

明治憲法下における行政執行法の諸問題

島田新一郎

- 1 はじめに
- 2 行政執行法の構成
- 3 行政執行法の内容
- 4 行政執行法の廃止
- 5 問題点の検討
- 6 おわりに

1 はじめに

明治23年11月29日に大日本帝国憲法（以下「明治憲法」という。）が施行され、日本は近代国家としての本格的なスタートをきった。

明治憲法61条では、「行政官庁ノ違法処分ニ由リ権利ヲ傷害セラレタリトスル訴訟ニシテ別ニ法律ヲ以テ定メタル行政裁判所ノ裁判ニ属スベキモノハ司法裁判所ニ於テ受理スルニ限ニ在ラス」と規定し、司法裁判所とは異なる行政裁判所によって行政救済を図る仕組みを採用した。この規定を受けて、行政裁判法（明治23年6月30日法律48号）、訴願法（明治23年10月10日法律105号）、行政庁の違法処分に関する行政裁判の件（明治23年10月10日法律106号）が順次制定された。これら行政救済制度は、戦後、行政事件訴訟特例法（昭和23年7月1日法律81号）、行政不服審査法（昭和37年9月15日法律160号）が制定されるまで継続することになる。

他方、行政執行に関する法制度は、明治憲法制定から10年後に制定施行された行政執行法（明治33年6月2日法律84号）によって整備され、昭和23年6月15日に廃止されるまで通則法の役割を果たすことになった。

行政上の義務履行確保の方法としては、課せられた行政上の義務に違反したという過去の行為に対する制裁として行政罰を科す場合と、課せられた行政上の義務を将来的に実現する行政上の強制執行に分けることができるが、行政執行法が規定するのは主に後者についてである。もっとも、行政上の強制執行のうち、公法上の金銭給付義務の履行については、租税の強制徴収を定める国税徴収法（明治30年3月29日法律21号）の規定が重要な地位を占めている。

本稿は、行政執行制度の通則法として重要な役割を果たした旧行政執行法の内容を概観したうえで、改めてその問題点を分析し、行政執行法を全面的に廃止したこ

とが適切であったのかを検討しようとするものである。

2 行政執行法の構成

行政執行法は全7条によって構成される簡潔な法律であるが、1条から4条が、いわゆる「即時強制」に関する規定、5条が「行政上の強制執行」の規定であり、6条が費用等の強制徴収、7条が物件の国庫帰属に関する規定となっている。

戦前の文献では、「即時強制」という用語を使用しているものは少なく¹⁾、むしろ「警察強制」という用語を使用するのが一般的であり²⁾、美濃部達吉氏も、「日本行政法」³⁾の上巻では第1編「総則」・第4章「行政罰及び行政上の強制執行」で代執行・執行罰・直接強制を取り上げるが、いわゆる即時強制については、下巻の第4編「行政各部の法」・第1章「警察法」の第6節「警察強制」の中で取り上げられている。これは、行政上の強制執行が、講学上行政法総論のなかに位置づけられるのに対して、即時強制といわれる部分は、警察行政という行政法の一分野に位置付けられていたことを意味している⁴⁾。

このように、行政の一分野としての警察行政に関する即時強制に関わるものが、行政通則法としての行政執行法に規定されていた理由は必ずしも明らかではないが、行政権実現のための強制手段としての警察強制も行政上の強制執行と同じく国民（臣民）に対する強制という点では同じであったこと、権限のある行政機関は他の国家機関の判断等を介することなく自己の権限（警察権を含む）を実力によって満足するという行政権の自力救済を法的に根拠づける必要があったこと⁵⁾、明治憲法下における行政の主要部分が内務省及びそこから派生した省庁によって担われる警察行政を中心とするものであったことをあげることができよう⁶⁾。

3 行政執行法の内容

行政執行法の規定内容について具体例を踏まえながら、その概要を見てみる⁷⁾。

(1) 検束及び仮領置（第1条）

ア 規定内容

1 項 当該行政官庁ハ泥酔者、瘋癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者ニ対シ必要ナル検束ヲ加ヘ戎器、兇器其ノ他危険ノ虞アル物件ノ仮領置ヲ為スコトヲ得暴行、闘争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ亦同シ

2 項 前項ノ検束ハ翌日ノ没後ニ至ルコトヲ得ス又仮領置ハ三十日以内ニ於テ其ノ期間ヲ定ムヘシ

イ 検束について

検束とは、警察上の目的を達成するために一時的に身体の自由を拘束する行政作用のことである。検束することができる場合とは、「泥酔者、瘋癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル者」（救護目的）と、「暴行、闘争其ノ他

公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ」(危害予防目的)である。前者は検束される者を保護するためのもので保護検束と呼ばれ、後者は公共の安寧秩序を維持するためになされるもので予防検束という。

検束の方法については特に規定がないが、上記の目的を達成するために必要な程度方法でなければならず、検束の期限については開始した日の翌日の日没までである。

保護検束の具体例としては、泥酔によって前後不覚となり道路に倒れている者を安全な場所に運搬する、迷子を警察署に連行して他に迷い出ることを防ぐことなどが挙げられる。

これに対し、「公安を害する」場合に認められる予防検束の具体例としては、「例えば、喧嘩、鬭争、口論、乱暴者、狼藉者、浮浪者、犯罪人、犯罪嫌疑者、交通整理に従わぬもの、集会に於て警官の制止に従わぬもの、警官の中止命令に従わぬ弁士、言論又は文章を以て犯罪を煽動、賞揚する者等等」に対する検束が挙げられ、さらに「一々の刑罰法令に触れぬものでも、公安を害すると認むるときは、警察官是を検束してもよい。例えば、風俗を害する虞ありと認むる場合も検束できる。」と広汎に解釈されている⁸⁾。

ウ 仮領置について

仮領置とは、警察上の目的を達成するために一時的に他人の所持する物件を押収する行政作用である。仮領置ができるのは、検束ができる場合と同じく、救護目的又は危害予防目的の場合である。

仮領置の方法は、物件をその占有者から一時その占有を奪い、官署に保管することであり、その期間は30日以内である。法は仮領置に対象となる物件として「戎器、兇器其ノ他危険ノ虞アル物件」を挙げているが、これは例示にすぎず、救護の必要上、仮領置が必要と判断された物件でも構わない。通常は、刀剣、銃砲等など人を殺傷するために作られた戎器や、包丁や小刀、木片、礫、マッチ、火薬や弾丸毒物劇物など使い方によっては人の殺傷の用に用いられる凶器に区別することができる。

具体例としては、自殺をしようとした人から刃物等を取り上げるとか、乱暴狼藉を働くものから凶器などを取り上げる場合などが考えられる。

(2) 邸宅侵入 (第2条)

ア 規定内容

当該行政官庁ハ日出前、日没後ニ於テハ生命身体又ハ財産ニ対シ危害切迫セリト認ムルトキ又ハ博奕、密売淫ノ現行アリト認ムルトキニ非サレハ現居住者ノ意ニ反シテ邸宅ニ入ルコトヲ得ス但シ旅店、割烹店其ノ他夜間ト雖衆人ノ出入スル場所ニ於テ其ノ公開時間内ハ此ノ限ニ在ラス

イ 邸宅侵入について

邸宅侵入とは、邸宅内に占有者の意思に反して侵入することである。明治憲法25条では、「日本臣民ハ法律ニ定メタル場合ヲ除ク外其ノ許諾ナクシテ住所ニ侵入セラレ及搜索セラルルコトナシ」と定めて、国民(臣民)の居住の自由

を保障しているが、この居住の自由を侵害できることの例外の一つを定めたものである⁹⁾。

邸宅侵入が例外的に認められるのは、生命身体又は財産に対する危害が切迫していると認めるとき（救護目的）、又は博奕、密売淫の現行あると認めるとき（犯罪防止目的）である。

具体的には、救護目的の侵入としては、強盗や窃盗、喧嘩口論があると認められときや、火災・水害・地震等の災害による家屋が倒壊・毀損しているかその虞があるときなどにその救護のために侵入する場合が挙げられる。犯罪防止目的の侵入としては、花札や麻雀等の博奕が行われている場所へ侵入する場合や密売淫の常習のある料理店や待合への侵入などが挙げられる¹⁰⁾。

(3) 強制診断・強制治療及び居住制限（第3条）

ア 規定内容

- 1 項 当該行政官庁ハ密売淫犯者若ハ其ノ前科者ニシテ尚密売淫ノ常習アル者ニ対シ其ノ健康ヲ診断シ若ハ指定シタル医師ノ検診ヲ受ケシメ伝染性疾患ニ罹リ必要アリト認ムルトキハ病院ニ入ラシメ又ハ指定シタル医師ノ治療ヲ受ケシメ治癒ニ至ル迄指定シタル場所ニ居住セシメ其ノ外出ヲ禁止スルコトヲ得
- 2 項 前項療養ノ費用ハ本人又ハ媒合者ノ負担トス但シ本人又ハ媒合者ニ於テ費用ヲ負担スルノ資力ナシト認ムルトキハ庁府県警察費ヲ以テ支弁スヘシ
- 3 項 風俗上ノ取締ヲ要スル業ヲ為ス者ノ居住其ノ他ノ制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム

イ 強制診断・強制治療・居住制限について

強制診断は、官庁が、人の意思に反して強制的に健康診断を行うことであり、強制診断の結果、伝染性疾患に罹患している者に対して本人の意思に反して強制的に治療を行うことを強制治療という。なお強制治療のために入院を強制し外出を禁止することもできる（1項）。居住制限は、風俗上取締を要する一定の営業を行うもの¹¹⁾に対して居住地域の指定等の制限を認めるものである。

強制診断・強制治療等の対象となるのは、密売淫犯者又は密売淫の前科者にしてなお常習ある者である（1項）。また風俗上取締を要する業をなすもので命令で規定されている者については別途健康診断等の義務が課せられている。

密売淫とは、「官の許可をうけずして、報酬を得、又は之を得ることの約束の下にする男女の性的行為」¹²⁾を言う。密売淫犯者とは、「密売淫に対する刑罰が確定し、刑の執行が未だ了らざるもの」¹³⁾であり、密売淫の前科者にしてなお常習ある者とは、密売淫の前科（判決確定した者）があり、それを繰り返す慣行のある者である。

「風俗上ノ取締ヲ要スル業ヲ為ス者ノ居住其ノ他ノ制限ハ命令ヲ以テ之ヲ定ム」（3項）との委任規定を受けて制定された委任命令の代表例が、娼妓取締規則¹⁴⁾である。

強制診断や強制治療等の対象者がこれらの者に限られているのは、「密売淫は国民をして淫逸遊惰に導き風俗上取締るべきのみならず、病毒を伝播して害を後世に残す憂あり、何れの方面から見ても絶滅を期すべきものである。」¹⁵⁾からとされる。

強制診断・強制治療等を行う設備については庁府長官が之を行い、その費用は庁府県の警察費を以て支弁することになっている（行政執行法施行令1条）¹⁶⁾。なお、本人に負担能力があるときはその者が負担する。

具体的には、官の許可を受けずに売春を行っている者を摘発した際に、強制診断等を行う場合が考えられるほか¹⁷⁾、官の許可を受けて売春を行っている者について健康診断の義務（娼妓取締規則9条）や居住制限（同7条）が課せられている事などがあげられる。

(4) 土地物件の使用制限（第4条）

ア 規定内容

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

イ 土地・物件の使用制限について

本条は、国民（臣民）の所有する土地・物件について、使用、処分或いはその使用の制限を認めた規定である。明治憲法27条は「日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サルルコトナシ 公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル」と規定して所有権の不可侵を保障しているが、本条は、公益の為に制限を加えられる例外の一場合である。

所有権の制限が認められるのは、天災事変に際して危害予防若しくは衛生上の為に必要があると認められるとき（法4条）である。行政執行法施行令では、さらに生命身体若しくは財産に対し危害が切迫していると認められるとき又は水陸の交通に危害を及ぼす虞ありと認められるときで、危害防止又は衛生上必要と認めるとき（令2条1項）、及び「左ノ各号に掲げる」土地・物件で法令の規定に違背し因って危害を生じ又は健康を害する虞あると認められるとき（令2条2項）にも、所有権の制限を認める。ここに「左の各号に掲げる」とは、①崩壊又は人を陥落せしむる虞ある場合（1号）、②家屋その他の工作物（2号）、③船車その他交通の用に供する器具又は装置（3号）、④汽關、汽機及びその附属装置（4号）、⑤前各号に掲げるものの外主務大臣の定めたる土地物件（5号）である。

具体的には、洪水のときに他人の所有する船舶を使用する場合（使用する場合）、地震などの天災や喧嘩暴動などの事変によって火災が発生したときに延焼を防止するために他人所有の家屋を破壊する場合（処分する場合）、暴動の際に汽車、電車の交通を中止する場合（使用の制限の場合）などがあげられる。

(5) 代執行・執行罰・直接強制（第5条）

ア 規定内容

- 1 項 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 自ラ義務者ノ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二十五円以下ノ過料ニ処スルコト
 - 2 項 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ニ在ラス
 - 3 項 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
- イ 行政上の強制執行について

第5条は、行政上の強制執行について定めた規定である。行政上の強制執行とは、「臣民が、公法上の義務を履行せざる場合に、其の義務を強制して履行せしめ、又はこれを履行したと同様の状態を実現する行政上の権力作用」¹⁸⁾である。行政執行法が認める行政上の強制執行手段には、代執行（1項1号）、執行罰（1項2号）、直接強制（3号）の3種類がある。行政上の強制執行は、前述のいわゆる警察強制（即時強制）と同じく行政上の強制力の行使の一つではあるが、即時強制と異なり、まず、臣民（国民）に対して一定の公法上の義務を命じたうえで、その義務を履行しない場合に行われるものである。検束等の警察強制は、あらかじめ何らかの義務が課されることなく、救護のため、あるいは公安の予防の為に即時に検束等の強制力が行使されるのである（それゆえ即時強制とも言われる）。

ウ 代執行について（1項1号）

代執行とは、法令又は法令に基づきなされた行政処分により命ぜられた代替的作為義務に対する強制手段であり、行政官庁自ら義務者のなすべき作為義務を行い、又は第三者をしてこれを為さしめて、その費用を義務者から徴収する行政作用のことである。代執行をなすには原則として戒告が必要となる（2項）。

具体的には、道路に廃材等を積み上げて障害物を設置したのに対してその除去を命ずるような場合や、崩壊等の危険のある建築物等の除却を命ずるような場合に、義務者本人に代わって行政官庁自ら除却するか、あるいは業者など第三者をして解体除去させる場合などである。

エ 執行罰について（1項2号）

執行罰は、法令又は法令に基づきなされた行政処分により命ぜられた不代替的作為義務又は不作為義務を強制すべき場合に、義務を履行しない者に対して一定の金銭の支払い（過料）を課すことである。執行罰を課すには、代執行と同じく原則として戒告が必要となる（2項）。

具体的には、交通遮断区域への立ち入りを禁ずる義務や免許地以外での娼妓稼業を禁止する義務を課す場合（不作為義務）、種痘を為す義務や娼妓の健康診

断を受ける義務を課す場合にそれを強制するために過料を科す場合などである。

オ 直接強制について (3 項)

直接強制は、法令又は法令に基づきなされた行政処分により命ぜられた作為義務 (代替的作為義務・不代替的作為義務の双方を含む) 又は不作為義務について、義務者の身体や物件に実力を行使して、履行されたものと同様の状態を実現する行政作用のことである。直接強制は、代執行又は執行罰によっては行政上の目的を達成することができないとき、又は急迫の事情がある場合に例外的になされる強制執行方法である。

具体的には、①集会の解散命令に従わぬ者に対して実力をもって退散させる場合、②交通遮断区域に立ち入ろうとする者を実力をもって阻止する場合、③選挙演説会場に持参した戎器凶器を領置する場合、④火災のときに類焼を防止するために家屋を破壊する場合、⑤演説の中止を命じたにもかかわらずこれに従わず演説を続行する弁士を演壇より曳きおろし、又は検束する場合、⑥禁漁区域に猟具を持って立ち入った者を実力で退去させる場合などがあげられる¹⁹⁾。

上記の具体例のうち、③の領置、⑤の検束、⑥の退去などは、「警察上の即時強制ではないかと思われる事例である」²⁰⁾と指摘されるように、直接強制と即時強制との区別が判然としない部分もある。

(6) 費用等の強制徴収 (第 6 条)

ア 規定内容

- 1 項 第三条及第五条ノ費用及第五条ノ過料ハ国税徴収法ノ規定ニ依リ之ヲ徴収スルコトヲ得
- 2 項 行政官庁ハ前項ノ徴収金ニ付国税ニ次キ先取特権ヲ有ス
- 3 項 第一項ノ費用及過料ニ関スル繰替支弁、収入ノ所属其ノ他必要ナル事項ハ勅令ヲ以テ之ヲ定ム

イ 費用及び過料の強制徴収について

強制診断・強制治療の費用 (3 条) 及び代執行の費用及び執行罰として過料を納付しない場合 (5 条) について、その費用の強制徴収について定めた規定である。行政上の強制執行のうち、公法上の金銭給付義務の履行については、租税の強制徴収を定める国税徴収法によることになっており、行政執行に関する諸費用の徴収についても同様の扱いとすることを示したものである。

(7) 物件の国庫帰属 (第 7 条)

ア 規定内容

認可又ハ許可ヲ受クルニ非サレハ所有スルコトヲ得サル物件行政庁ノ保管ニ帰シタル場合ニ於テ其ノ所有ヲ認許スヘカラサルトキハ其ノ所有権国庫ニ帰属ス仮領置ヲ為シタル物件ニシテ一箇年以内ニ交付ヲ請求スル者ナキトキ亦同シ

イ 物件の国庫帰属について

行政官庁の保管に帰した物件の国庫帰属を定める規定である。認可又は許可

を受けなければ所有することができない物件と、仮領置をした物件で1年以内に交付請求をされない物件については国庫に帰属する。認可又は許可を受けなければ所有することができない物件の具体例としては、毒薬、劇薬、火薬などである。仮領置の対象となる物件は、前述したように刀剣、銃砲、包丁、小刀、木片、礫、マッチ、火薬などである。仮領置の期間は30日以内（1条2項）であるが、本条の規定は、仮領置の時から1年以内に交付請求をしなければ、その所有は国庫に帰属することを示すとともに、1年以内であれば交付請求ができることを意味している²¹⁾。

4 行政執行法の廃止

(1) 廃止の経過とその理由

ア 廃止の経過

行政代執行法（昭和23年法律第43号）が昭和23年5月15日に公布、同年6月14日から施行されたことに伴い、同法附則により、行政執行法は同年6月15日に廃止された。この廃止によって、行政上の強制執行に関する通則法としては、行政代執行法だけの状態となった。

イ 廃止の理由（立法者の認識）

第2回国会衆議院司法委員会において、行政代執行法案が審議された際、佐藤（達）政府委員は、行政執行法の廃止理由を次のように述べている。

「現行行政執行法は、古く明治三十三年の制定にかかるものでありまして、その内容において、たとえば行政検束の規定のごとく、過去の歴史において暗い陰影に満ちておるものがあり、その他これを新憲法の光のもとに照らしますならば、調整を要するところから少なからざるものがあると思われるものであります。よって政府は、これが調整について、今日まで種々研究を進めてまいったのでありますが、その結論として、この際行政執行法を全面的に廃止して、これに伴う暗い連想を拂拭するとともに、将来における濫用の余地を閉しも、今日必要なる限度において、新たな制度の出発を企図することとしたのです。」（第2回国会衆議院司法委員会議事録第10号1頁）

ウ 廃止の理由（学説の理解）

田中二郎氏は、行政上の強制執行の手段の問題点として「過料処分なる執行罰は、行政上の強制執行の手段としては、比較的効用が少く、又、直接、義務者の身体又は財産に実力を加える直接強制の手段は、行政上の義務履行確保のための一般的な手段としては、新憲法の問題からいって、少しく行きすぎで、妥当とはいえない。これらの手段は、一般的な手段としてではなく、むしろ必要に応じ、個々の法律の中に、具体的に規定するだけで十分である。又、逆に、代執行は、必ずしも国の行政官庁のみならず、地方公共団体の行政庁が、行政上の義務を強制するための手段として認める必要がある。かように、行政執行法による強制執行の手段は、一般法としては、一面において広きに失し、

他面において狭きに失するの憾なしとしなかった。この意味において、これが改正が問題とされるに至ったのである。」と指摘される。

また、即時強制の手段の問題点として、検束などの手段を発動しうべき場合及び条件を嚴重に制限していたにもかかわらず、「実際上には、この制度が、屢々濫用され²²⁾、政治的、経済的、思想的活動を弾圧するための手段として、時には刑罰にも代わるべき制度として利用されたため、従来から、この制度に対する批判が高かった。殊に新憲法の下においては、検束の制度は、全体として特に予防検束は、憲法違反の恐れありとして、その改廃は、もはや時の問題となってきた。」と指摘されている²³⁾。

(2) 廃止後の状況

ア 行政上の強制執行のうち、公法上の金銭給付義務の履行については、租税の強制徴収を定める国税徴収法（明治30年3月29日法律21号）の規定が引き続き重要な役割を果たし、同法は昭和34年に大きく改正（昭和34年4月20日法律147号）されて、現在に至っている。

イ 行政執行法において、最も弊害があったとされる保護検束などのいわゆる即時強制に関する部分については、全て廃止されたわけではなく、警察官職務執行法（平成23年7月12日法律136号）として、形を変えて別途制定されることになる。

第2回国会衆議院治安及び地方制度委員会において、警察官職務執行法案が審議された際、齋藤国家地方警察本部長官は、同法案の提案理由を次のように述べている。

「ご承知の通り新警察法には、警察官及び警察吏員の職務執行上の権限や責任に関する具体的な規定はまったくこれを包含していないのであります。従来は行政執行法及び行政警察規則において、警察官の職務執行の心得や、権限、責任等を規定いたしておつたのでありますが、その形式も内容もいささか新憲法の精神にふさわしくないものがありますので、先般御審議の結果行政執行法は廃止せられたわけでありまして、このために警察官等の行う保護や犯罪防止のための立ち入りや、緊急の場合におけるやむを得ざる措置について、新たに法的の根拠を設ける必要が生ずるに至ったのであります。その他警察官による緊急避難の措置や、犯罪の予防、制止の権能や、武器使用の権限のなどにつきましても、従来明確な規定がなかったのでありますが、この際人権を尊重するまづたく新しい見地から、必要な最小限の事項を具体的に規定した方が新憲法の精神に副い、また民衆や警察にとっても好ましいと考えましたので、これらの事項を一括してこの法律を立案したわけでありまして。」（第2回国会衆議院治安及び地方制度委員会議事録第38号5頁）。

ウ 結局、行政執行法の廃止によって、行政上の強制執行のうち、代執行に関する部分のみが一般法として制定され、執行罰については砂防法36条に、直接強制については学校施設の確保に関する政令21条（後に成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法3条1項・8項も制定された）など個別法に規定があるに留まる

形となった。

また即時強制に関する部分は、前述のように、警察官職務執行法における職務質問（2条）、保護（3条）、避難等の措置（4条）、犯罪の予防及び制止（5条）、立入（6条）、武器の使用（7条）に改められた。

5 問題点の検討

（1）検討の視点について

田中二郎氏の分析に基づいて、行政執行法が廃止された理由を要約すると、①警察強制については思想等の弾圧の為にしばしば濫用されたこと、②執行罰についてはその効用が少ないこと、③直接強制という手段は少し行き過ぎがあること、④代執行については地方公共団体がその主体に入っていないことの4点を挙げるができる。

未曾有の敗戦から新憲法制定に向けて大きく社会が変動していた当時の政治的・社会的状況からすれば、行政執行法を廃止することは「行政執行法を全面的に廃止して、これに伴う暗い連想を拂拭するとともに、将来における濫用の余地を閉しも、今日必要なる限度において、新たな制度の出発を企図する」²⁴⁾ という政治的な選択として合理的理由があったといえよう。しかし、行政執行法が、行政上の強制執行に関する通則法であるという観点から見たときに、全面廃止に合理性があったのかについては改めて検討する必要があると思われる。

本稿では、警察強制（即時強制）であれ、行政上の強制執行であれ、そのような強制力を行使すること自体の正当性と、執行手段としての適切性（例えば行政目的達成のために、その強制力を行使することが役に立つか否か、より侵害の程度の少ない手段はないか、目的達成の手段として行き過ぎていないかといった視点）等を考慮し、かかる強制力の行使を認める必要があるかどうかを改めて検討したいと思う²⁵⁾。

（2）各条項の検討

ア 検束及び仮領置（1条）について

前述の行政執行法廃止理由のなかで佐藤政府委員が「行政検束の規定のごとく、過去の歴史において暗い陰影に満ちておるものがあり」と説明し、田中二郎氏も「実際上には、この制度が、屢々濫用され、政治的、経済的、思想的活動を弾圧するための手段として、時には刑罰にも代わるべき制度として利用されたため、従来から、この制度に対する批判が高かった。殊に新憲法の下においては、検束の制度は、全体として特に予防検束は、憲法違反の恐れありとして、その改廃は、もはや時の問題となってきた。」と指摘したように、行政執行法廃止の大きな理由となったのがこの検束に関する規定である。

検束という強制力の行使によって実現しようとした警察上の目的は、臣民の救護（保護検束）と公共の安寧秩序の維持（予防検束）であって、それ自体不当なものとは言えない。もっとも、公共の安寧秩序の意味を、軍部政府を中心とした軍国主義体制の維持と歪曲し、或いは拡大解釈し、予防検束を政治的・思

想的弾圧の道具として使ったことは紛れもない事実でもある。特に表現の自由を直接的に侵害するような検束、例えば共産党のアジビラを撒いたりする場合の検束などは、田中二郎氏が指摘するように憲法違反の恐れがあるといわざるを得ない。また「労働運動の人々などみんなこの自殺のおそれありで保護検束された」²⁶⁾との指摘があるように、保護検束でさえも労働運動弾圧の為に濫用された歴史があることは忘れてはならない。

次に、手段としての適切性については、検束が一時的であれ身体的自由を拘束するものである以上、目的達成のために必要な程度方法でなければならないことは当然である。例えば、道路で泥酔している者を保護するために安全な場所に移動するなどの保護検束の場合には、手段の適切性から見ても問題は少ないと思われる。また、喧嘩や闘争など、実力を伴う犯罪行為を制止するには、どうしてもその行動を抑制する必要があるため、実力をもって強制する側面が強くなることは否定できないが、それは現代社会でも事情は同様と思われる。実際、警察官職務執行法でも犯罪予防のために「その行為を制止すること」（5条）を定めるが、「制止」のために一定の実力行使は不可欠だからである²⁷⁾。

このように、政治的・思想的弾圧のために濫用される場合を除いて、救護のための検束や暴行傷害等の防止のための予防検束自体は、その正当性や適切性ひいてはそのような即時強制の必要性を全面的に否定することは困難なのではなかろうか。

おそらく、検束の是非に関する一番の問題は、田中氏も指摘するように²⁸⁾、行政執行法1条が検束を発動すべき場合を「泥酔者、癡癲者自殺ヲ企ツル者其ノ他救護ヲ要スト認ムル」ときと、「暴行、闘争其ノ他公安ヲ害スルノ虞アル者ニ対シ之ヲ予防スル為必要ナルトキ」に限定し、その時期についても「翌日ノ日没」までと条件を厳重に制限していたにもかかわらず、なぜ、しばしば濫用されることになったのかである。この点については後に検討する。

また仮領置については、その対象となる物件が「戎器、兇器其ノ他危険ノ虞アル物件」であり、これを一時押収・保管することは社会通念からみて正当であって、その方法も一時的に占有を奪い、期間を区切って官署に保管するのであるから手段としての適切性も肯定できるのではなかろうか。なお、警察官職務執行法に同様に規定はなく、昭和33年の第30回国会に、同法改正案として一時保管に関する規定を第8条として新設する案が提出されたが、審議未了のため廃案となっている²⁹⁾。

イ 邸宅の侵入（2条）について

居住の自由への侵害の例外の一つとして邸宅侵入を認めた規定が本条であるが、生命身体又は財産に対する危害が切迫していると認めるときの立入り（救護目的侵入）については、目的の正当性も手段の適切性も共に認められることについてあまり異論はないと思われる。強盗・窃盗が行われているときや、災害によって建物等が損壊して危険な状況にあるときに、救護の為に警察官が邸

宅内に立入ることは、社会的にみても警察官の職務としてみても正当かつ適切な行為と言わざるを得ない。

警察官職務執行法6条1・2項でも、行政執行法2条とほぼ同様の内容の規定が置かれており、かかる強制力の行使を認める必要性はあると言えよう。

しかし、博奕、密売淫の現行ありと認めるときの邸宅侵入（犯罪防止目的侵入）については、すでに目的の正当性も手段の適切性もないといえよう。博奕については刑事司法の観点から搜索令状を得て行えば足りることであり、即時強制を認めてまでそれらの行為を防止する必要性はないし、密売淫に至っては公娼制度も警察犯処罰令も廃止されている以上、即時強制としての邸宅侵入を肯定する必要性は全くないからである。

ウ 強制診断・強制治療・居住制限（3条）について

これらの各強制措置の対象となっているのは、いずれも密売淫犯者やその前科者としての常習者、また娼妓等の風俗上の取締を要する業を為す者である。これら各強制措置の前提となっている公娼制度自体が、社会的相当性を欠くものとして全て廃止されたのであるから³⁰⁾、このような即時強制を肯定する必要性は無いといえる³¹⁾。

エ 土地物件の使用・処分・使用の制限（4条）について

天災事変に際して危害予防若しくは衛生のために土地・物件の使用・処分・使用制限を認めたのが本条である。天災事変の際に、生命・身体・財産への危害予防等のために、他人の所有する土地や物件を使用したり、処分したり、あるいはその使用を制限することは、目的は正当なものであり、その使用や使用の制限も手段としての適切といえることができる。具体例として前述したように、洪水のときに他人の所有する船舶を使用することや、暴動の際に汽車、電車の交通を中止する場合などは、手段としての適切性の観点からも特に問題はないと思われる。

手段としてやや問題なのが、地震などの天災や喧嘩暴動などの事変によって火災が発生したときに延焼を防止するために他人所有の家屋を破壊する場合、つまり物件の処分まで認めた点である。確かに倒壊しかかった建物など、その物件の存在自体が危険な場合には除却や廃棄などの処分が必要となる場合があり得ることも否定できない。その意味で、この除却や廃棄などの手段を認めることも必要とはいえるが、その発動を認める要件については慎重さを要求する必要があるといえる。

警察官職務執行法でも類似の規定が置かれているが、その手段としては、その事物の管理者その他の関係者への警告と危険防止のために通常必要とされる措置をとることを命じることまず規定している（4条）³²⁾。

オ 代執行・執行罰・直接強制（5条）について

第2回国会衆議院司法委員会において、行政代執行法案が審議された際、佐藤（達）政府委員は、行政代執行法の提案理由を次のように述べている。

「御承知の通り、従来の行政執行法には、前述の検束、仮領置等の警察的措

置のほか、行政上の義務の履行確保に必要な手段について、若干の條項を設けておるのでありますが、本案は、これに規定されておりました代執行に関する手続を補足整備いたしまして、単独の法案といたしましたものであります。(中略)

なお現行行政執行法には、行政上の義務履行確保の手段として、右のいわゆる代執行のほかに、執行罰及び直接強制の途をも存しているのですが、執行罰については、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むねその目的を達し得るものと考えられ、また直接強制は、人または物に対して直接実力を加えるものでありますがゆえに、すべての場合に通じて、一般的にその途を設けるのは行き過ぎであろうと考えられるのであります。従ってこれらの手段は、特に行政上の目的達成上必要な場合に限り、それぞれの法律において、各別に適切なる規定を設けることとし、本案におきましては、行政上の義務履行確保の手段として、一般的に必要であり、かつ適当と認められる代執行に関して、その手続を定めることとした次第であります。」(第2回国会衆議院司法委員会議事録第10号1～2頁)

まず、代執行については、上記の提案理由にもあるように、行政執行法廃止後も、独立して行政代執行法が制定されたように、行政上の強制執行として最も有用であり必要な手段であることは特に異論がないと思われる。

執行罰については、行政上の強制執行の手段としては、比較的効用が乏しく、行政罰による間接的強制によってその目的を達成することができるとされている。執行罰が行政上の義務の履行を強制する目的で課されるのに対して、行政罰は、行政上の義務不履行という過去の行為に対する制裁であり、理論的には異なるものである。両者は間接的な強制という意味では実質的に同じともいえるが、執行罰は、代執行の対象とならない不作為義務や不代替的作為義務についてその履行を強制できる役割を持たせることができる点に意味があり、しかも行政罰と異なって、義務を履行させるために何度でも課することができること、裁判所の判断を経ずに行政官庁の判断で課することができることなどを考えると、やはり有用性はあると思われる³³⁾。

もっとも問題となるのは直接強制である。直接強制は、代執行又は執行罰では行政上の目的を達成することができないとき、又は急迫の事情があるときに例外的になされるもので(3項)、補完的あるいは緊急時にいてのみに例外的に許されたものである。これは「それが国民の身体に強制を加えたり、国民の財産を破壊すること等をその内容とするため、人権侵害の危険性が高く、また実際にそのような弊害があったから」³⁴⁾である。

しかし、他方で、行政庁によって課された義務の内容が、不代替的作為義務及び不作為義務のように代執行ができない義務であるときに、履行がなされたと同様の状態を実現することができる直接強制は公益実現の観点からみて大きな意義があるといえよう。とくに不代替的作為義務や不作為義務の内容が公益の観点からみて重大性があればあるほど、直接強制を認める正当性若しくは必要性は高くなるといえる。また、いったん義務を課してからその履行を強制す

る点で、即時強制と比べてもより穏当な手段であるといえるから³⁵⁾、手段としての適切性も認められるといえ、結論として行政上の強制執行の手段として直接強制を認める必要性は依然として存すると思われる。

むしろ問題とされるべきものは、その前提として臣民（国民）に課される義務が、どのような法律に基づき、どのような理由で課されたのかという行政実体法のあり方そのものではないかと思われる。例えば、労働組合の集会が、その態様は極めて穏当であるのに、その集会で語られる内容が政府方針に反対するものであることから解散命令を出すような場合である。この解散命令を直接強制することは言論・集会の自由を侵害することになる極めて重大な問題といえることができるが、これは執行手段としての直接強制の当否の問題というよりも、課せられた義務自体の当否の問題、ひいてはそのような命令を出せることを規定した法令自体の当否（現行憲法では違憲性）に問題の本質があると思われる。

カ 費用等の強制徴収（6条）について

ここは代執行の費用及び執行罰として過料を納付しない場合の規定としては依然として必要性が認められる制度といえる。なお強制診断・強制治療の費用については必要性が喪失していることは前述のとおりである。

キ 物件の国庫帰属（7条）について

この規定についてはとくに問題はないと解される。

(3) 問題点のまとめ

ア 即時強制について

まず、即時強制については、検束が政治的・思想的弾圧の為に濫用されたこと、強制診療や強制治療などは公娼制度というそれ自体相当性を欠く制度を前提としたものであったことなどの問題点があったことは否定できない。また、そもそも警察強制（即時強制）に関する規定が、通則法としての行政執行法に規定されるべきであったのかという疑問もないわけではない。しかし、人権保障と民主政治が進展した現代社会であっても、警察官職務執行法で保護（3条）、避難等の措置（4条）、犯罪の予防及び制止（5条）、立入（6条）などが規定されているように、行政による強制力の行使が社会公共の秩序維持に必要であることもまた否定できない。

即時強制には、その制度自体に濫用の危険性が内在しているのだから、そのような制度は認めるべきではないという考えもあり得るが、むしろ即時強制の必要性は認めつつも、必要となる即時強制を選別し、その濫用の危険性を食い止める方途を検討するのが妥当な考え方であると思われる。

イ 行政上の強制執行について

次に、行政上の強制執行については、地方公共団体に代執行の権限が認められなかったことが大きな問題点である。また執行罰は行政罰と比較してその効用に疑問があること、直接強制については、即時強制との区別が判然としない部分があることも含めてその濫用の危険性も否定できない。田中二郎氏の指摘

のように、「これらの手段は、一般的な手段としてではなく、むしろ必要に応じ、個々の法律の中に具体的に規定するだけで十分である」という考え方にも十分理由があるといえよう。

しかし、前述のように、執行罰も直接強制もそれ自体に固有の利点或いは存在意義があり、民事執行でも直接強制や間接強制は一般的な手段として扱われているのだから、行政通則法として残しておく必要はあったのではなかろうか。前述のように、執行罰や直接強制については、執行手段の適切性に本質的な問題があったのではなく、むしろ、その前提として課せられた行政上の義務内容自体に問題があったと考えるべきではなかろうか。

ウ 濫用の原因について

即時強制や直接強制などの濫用を食い止める方途を検討するとしても、そもそもそれらが濫用された原因としてはどのようなことが考えられるであろうか。

政治的・社会的にみるならば、明治維新後、内務省の官僚主導によって日本の近代国家化が進んだことにより行政警察中心の行政機構が構築されたこと、言論出版の自由が十分には保障されず、民主主義の成熟性が十分でなかったことなどが大きな要因といえよう。しかし、制度的にみた大きな原因は、救済方法の不備ではないかと思われる。

明治憲法下における行政執行に対する救済方法としてはどのようなものが考えられるであろうか。一つには「請願」(明治憲法30条、議院法60条以下、請願令に基づく請願)が考えられるが、実質的に請願が行政救済として機能するとは考えにくい。沼田照義氏も、議院法に基づく請願について「従来例によれば、政治に関する問題は兎に角、それ以外の問題でこの請願により救済は愚か、問題にされた例がない。故にこの方法による望は絶無と云つてもよい。」と述べ、請願令に基づく請願についても同様に「肝腎な請願も殆どうけ取り放しとなるのが例である。唯国家機関に対し注意を喚起するに過ぎない。従つて警察強制其他行政執行につきての救済方法としては殆んど望が薄い譯である。」としている³⁶⁾。

それでは、行政執行は、訴願や行政訴訟の対象となるか³⁷⁾。

まず、即時強制については、訴願及び行政訴訟の対象には原則としてならない。即時強制は、事実上身体又は財産に侵害を加える行政作用であり、いわゆる行政処分ではないからである³⁸⁾。美濃部達吉氏は「違法の警察強制に対しては、一般に訴願又は行政訴訟を以つて救済を求むるの途の無いのを原則とする。警察強制は実力の圧迫であり事実上の侵害であるから、其の侵害が既に行われた以上は、これを取消すことは不可能であり、訴願又は行政訴訟に依つて其の取消を求むることは、性質上為し得べき所ではない。違法の警察強制が訴願又は行政訴訟の目的となり得るのは、その強制が長期間に互り継続して行はれる場合に、将来に向かつて其の強制を廃止することを求むるが為にのみ、これを思考することが出来るだけである。」としたうえで、精神病患者監護法(12・

13条)の、精神病者でない者が違法に精神病者として監置せられた場合には、その解放を求めるために訴願又は行政訴訟を提起できるとする³⁹⁾。

次に、行政上の強制執行についてはどうであろうか。

代執行に対する訴願及び行政訴訟は許されないと解するのが一般的である。代執行は、法令又は行政処分によって課された代替的作為義務を、事実的行為によって義務者に代わって実現するものであって行政処分とは言えないからである⁴⁰⁾。同様に、直接強制も実力で法令又は行政処分によって要求される作為・不作為の状態を、事実的行為によって実現するものであるため訴願及び行政訴訟の対象とならない⁴¹⁾。これに対し、執行罰は、義務者に対してさらに過料の納付義務を課すものであるから一種の行政処分と解することができることから訴願及び行政訴訟の対象となると解される⁴²⁾。もっとも執行罰は効用が乏しいとされるなど行政上の強制執行としてはあまり多用されないこともあり、行政処分性を肯定してみても救済の観点からはあまり意味はないかもしれない。

なお、代執行や直接強制が訴願及び行政訴訟の対象とはならないとしても、義務の前提としてなされた行政処分そのものについて訴願及び行政訴訟が可能であることは言うまでもない。もっとも、明治憲法下においては行政訴訟自体が極めて限定的にしか機能していなかったことを考えると、濫用防止という観点から見るとほとんど機能しなかったのではなかろうか⁴³⁾。

それでは、国家又は官吏の賠償責任についてはどうか。

明治憲法下では、行政裁判法16条で「行政裁判所ハ損害要償ノ訴訟ヲ受理セス」と規定して、いわゆる主権無答責の法理が通用しており、公権力の行使に対する国家の損害賠償責任を認めていなかった。国家の私経済作用に関する側面において官吏が損害を生じさせた場合には、民法44条(旧)や同715条によって賠償責任を負うことも認められないわけではなかったが、即時強制及び行政上の強制執行など行政執行法による行為は、全て公権的な行為であるから、国家には賠償責任がないと言わざるを得ない。もっとも、官吏が行政執行法により執行した行為によって臣民(国民)に損害を与えた場合、その行為が違法であり、その違法な権利侵害が官吏の故意過失による場合には、例外的に賠償責任を負う場合があり得るが⁴⁴⁾、実際に損害賠償が認められるのは、公務員職権濫用罪などで立件されたような例外的な場合に限られたのではなかろうか。

以上のとおり、行政執行法による強制力の行使について、その濫用の歯止めになるほどの実効性のある救済方法は、残念ながら殆んど見当たらなかったと言える。逆にいえば、濫用の危険性に歯止めをかけるには、強制力の行使を伴う行政執行に関する行為について、事前・事後に手厚い救済手段を講じることが最も有効であることを示している。このような救済手段を十分に講じることが出来るのであれば、即時強制や直接強制を通則法としての行政執行法からあえて放逐する必要はなかったのではないと思われるのである。

ウ 履行すべき義務自体の当否と法令の違憲性判断について

次に、直接強制については、執行手段の適切性に本質的な問題があったのではなく、むしろ、その前提として課せられた行政上の義務内容自体に問題があったと考えるべきではないかという点についてはどうか。

とりわけ問題が多かったと思われる治安警察法（明治33年法律第33号）を例にとると、警察官は、演説の中止（10条、16条）⁴⁵⁾、喧噪等の制止（12条）⁴⁶⁾、集会の解散（8条）⁴⁷⁾を命じることができ、その命令に従わないときには、直接強制として演壇から降壇させ、腕力で退去あるいは解散させることが可能である。これらの命令によって課される義務は、いずれも言論や集会などの表現の自由を侵害するものであり、現代の人権保障の観点から見れば、命令自体さらにはそれを規定する法令自体も違憲と評価され、義務自体が違法無効とされる可能性が高いものといえよう。

この観点からみると、手段としての直接強制の問題というよりも、その前提として法令又は法令に基づく行政処分によって課された義務自体の適切性・相当性、ひいては、当該義務を課す法令又は行政処分自体の憲法適合性の有無が、問題の本質なのであったと思われる。その意味で、直接強制に関する規定を廃止することについては適切さを欠いた判断であったと思われるのである⁴⁸⁾。

エ 以上の検討の結果によるならば、行政執行法を全面的に廃止することは適切だったのかという冒頭の疑問に対しては、必ずしも適切とはいえないという結論にひとまず立ちたいと思う。

6 おわりに

戦後、内務省の解体に伴う行政機関と権限の分化によって、行政警察の中心であった内務省によって統括されていた経済産業、保健衛生、交通、建設、労働などの内政一般に関する事項と権限が、通産省や厚生省、建設省、労働省など（いずれも旧名称）の一般行政機関に分割されるに伴って、これら一般行政機関が行使すべき強制権の行使にあり方、とりわけ即時強制に関わる問題（現代では行政調査に関わる事項でもある）について、行政通則法として何らかの整備をする必要があると思われる⁴⁹⁾。

さらに、行政上の強制執行として、代執行だけではなく執行罰と直接強制についても、行政通則法として整備する必要がより高まってきたのではなかろうか。とくに、非代替的作為義務や不作為義務の履行の確保は、公害・環境問題などでより重要性を増していると言えるからである。加えて、行政調査に関する一般原則や公表などの新しい義務履行確保の手段なども踏まえた総合的な行政執行に関する通則法を整備する必要に迫られてきていると思われる。

注

- 1) 山田洋一郎「行政執行法」昭和17年・新光閣及び沼田照義「実務理論行政執行法」昭和7年・松華堂。
- 2) 加々美武夫＝有松金兵衛「行政執行法」大正12年初版・大正13年改版・良書普及会。
- 3) 美濃部達吉「日本行政法 上巻・下巻」昭和11年初版・昭和61年復刻版・有斐閣。
- 4) 雄川一郎・金子宏・塩野宏・新堂幸司・園部逸夫・広岡隆「行政強制—行政権の実力行使の法理と実態」ジュリスト増刊（1977年1月・有斐閣）5頁注(3)参照。塩野宏氏は、「明治憲法時代の行政法学には、今日一般に用いられている行政強制という包括的な概念はなく、行政上の強制執行のみが行政法の総論でとりあげられ、即時強制（直接制限ともいわれた）は、各論としての警察法で論じられてきた。」とされる。
- 5) 第14回帝国議会貴族院治安警察法外1件特別委員会において小松原政府委員は「本案ノ目的ハ詰リ行政権ノ権限ノアル所ヲ明ニシテ警察其他行政官ノ事ニ臨ンテ処分スル上ニ於テ抛ルベキ法律ノ規定ヲ茲ニ定メテ置キタイト云ウ大体ノ主意デ此法案ヲ提出シタノデアリマス」と説明している（第14回帝国議会貴族院治安警察法外1件特別委員会議事速記録第1号9頁）。
- 6) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」6頁注1でも、「本法に規定する執行の手段は総て強制の力を有す。或学者の説くが如く警察は果して内務行政の強制手段に外ならずとせば行政執行法は其の実に於て警察権執行の方法を規定したものと云わざるを得ず、唯夫れ警察なる語は現行制度の実際に於て斯くの如く広義に解釈して使用するの例にあらず故に本法は名づくるに警察執行方法を以てせずして之を行政執行法と称し、適用上の疑義を避けらるものとす、故に土木、衛生、教育、交通等其他如何なる事件に係らず行政各種の事項に関し、各種行政官庁の処分を強制するが為め必要なる手段は総て本法に依ることを得るものとす、但し本法は未だ以て各種の行政手段を網羅したるものと謂うことを得ず本法の規定以外に於ても他に適法的手段あるときは亦之に依ることを妨げざることを勿論とす」との有松英義氏講述行政執行法講義1～2頁を引用する。
- 7) 詳細は、前掲注1、2の各概説書等で明かであるが、なかでも沼田照義「実務理論行政執行法」は内容も比較的新しく、内容もより網羅的といえる。
- 8) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」108頁参照。なお同106頁では「共産党のアジビラを撒いたり、赤化運動に従事するもの」も検束することができるとしている。前掲注2加々美・有松「行政執行法」20頁以下も参照。
- 9) 明治憲法下でも、旧刑事訴訟法に基づく押収搜索令状の執行（170～173条、552条）としての邸宅侵入が認められていた。
- 10) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」154頁参照。
- 11) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」169頁。「娼妓、芸妓、酌婦、女給、女中、待合、料理店等の類」を挙げている。
- 12) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」166頁。
- 13) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」166頁。「密売淫を為したる者」は、30日未満の拘留に処される（警察犯処罰令1条2項）。
- 14) 娼妓取締規則（明治33年内務省令第44号・昭和21年廃止）の主な内容は、①娼妓は18

歳以上の女性で、娼妓所在地所轄警察署に備える娼妓名簿に登録されたものでなければ娼妓稼をなすことができないこと（1・2条）、②娼妓名簿への登録の申請は、登録前健康診断（3条3項）を受けたうえで、娼妓になろうとする者が自らが、警察署に出頭して一定の項目を具した書面を提出して行うこと（3条1項・2項）、③娼妓は庁府県令で指定した地域外に住居できず、許可なくして外出することもできず（7条）、また官庁の許可した貸座敷内でなければ娼妓稼はできないこと（8条）、④警察官署は娼妓名簿の登録拒否ができ、庁府県長官は、娼妓稼の停止・禁止を命じることができること（11条）、娼妓稼を禁止された者は娼妓名簿から削除され、娼妓自らの申請により削除することもでき（4条）、娼妓名簿からの削除申請は原則として自ら警察署に出頭してこれをなさなければならず、娼妓名簿の削除申請に関しては何人といえども妨害をなすことはできないこと（妨害者は3ヶ月以下の懲役または100円以下の罰金）（6条、13条）、⑤何人といえども娼妓と通信、面接、文書の閲読、物件の所持、購買その他の自由を妨害することはできないこと（12条）、⑥娼妓には庁府県令の規定に従って健康診断を受ける義務があり（9条）、警察官署が指定した医師等によって疾病に罹患して娼妓業に堪えない或いは伝染性疾患者と診断された娼妓は治癒の上健康診断を受けなければ再度娼妓業に就くことはできないこと（10条）などが規定されていた。

- 15) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」164頁。なお第14回帝国議会議院治安警察法案及行政執行法案審査特別委員会において有松英義政府委員は「衛生ノ点カラ申シマスレバ、能ク分リマスノガ徴兵検査ノ結果デゴザイマス、年々徴兵検査ニ不合格ノモノガ増エテ居ル、其不合格ノモノガ増シテ居ル中デ第一多数ヲ占メテ居ルノガ、梅毒ノタメニ兵役ニ付クコトガ出来ヌノデゴザイマス」と説明している（第14回帝国議会議院治安警察法案及行政執行法案審査特別委員会議事速記録第1号16頁）。
- 16) 行政執行法施行令1条は「庁府県長官ハ行政執行法第三条ノ健康診断ヲ行フカ為必要ナル設備ヲ為スヘシ 2 前項設備ニ要スル費用ハ庁府県警察費ヲ以テ之ヲ支弁スヘシ」と規定する。
- 17) この問題は売春防止法（昭和31年5月24日法律第118号）制定前の悲惨な状況を踏まえていないと理解が難しい問題でもある。前述のように明治憲法下では、娼妓稼業に関する取締法規として娼妓取締規則が存在しており、いわゆる公娼制度が存在していた。この公娼制度に登録されていない者による売春行為が「密売淫」とされて取締りの対象となっていたのである。警察犯処罰令（明治41年内務省令第16号）は、「密売淫ヲ為シ又ハ其ノ媒合若ハ容止ヲ為シタル者」は「30日未満ノ拘留ニ処ス」（1条2号）と規定していた。
- 18) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」205頁。
- 19) 前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」224頁。
- 20) 須藤陽子「直接強制に関する一考察」2007年・立命館法学312号22頁。なお同「『即時強制』の系譜」2007年・立命館法学314号1頁以下でもこの点を述べられる。
- 21) 行政執行法施行心得（明治33年警視庁令第61号）第3条は「仮領置物件ハ其ノ所持者ニ交付ス可キ期日ヨリ満一箇年以内ニ受取ル者ナキトキハ目録ヲ付シテ本庁官房第三課ニ送付スヘシ」と規定する。

- 22) 前掲注4「行政強制—行政権の実力行使の法理と実態」ジュリスト増刊29頁の林修三氏の発言参照。林氏は「自殺のおそれというのは、これはご承知のように戦前非常に乱用されたわけです。労働運動の人々などみんなこの自殺のおそれありで保護検束された。」と指摘する。
- 23) 田中二郎「新行政執行制度の概観(一)」警察研究19巻8号4～5頁。
- 24) 第2回国会衆議院司法委員会議事録第10号1頁。
- 25) ある制度の是非を検討する際に、当該制度の目的の正当性と、その制度において執られている手段の適切性・相当性の両面から検討するのは比較的オーソドックスな手法と思われる。
- 26) 前掲注4「行政強制—行政権の実力行使の法理と実態」ジュリスト増刊29頁の林修三氏の発言参照。
- 27) 古谷洋一編著「注釈警察官職務執行法〔再訂版〕」平成20年・立花書房278・285頁参照。同書では「本条の制止には、その具体的手段として、身体の一時的拘束、凶器の取上げ等の措置が含まれる。」としたうえで、制止の方法として「犯罪を行おうとする者を抱き止めること、一時的に押さえつけること、他の場所に連れ出す（連行する）こと、凶器を取り上げること等が考えられる。」とする。
- 28) 前掲注23田中「新行政執行制度の概観(一)」警察研究19巻8号4～5頁参照。
- 29) 前掲注27古谷「注釈警察官職務執行法〔再訂版〕」平成20年・立花書房12～15頁参照。
- 30) 終戦後、GHQ 司令官から公娼制度廃止の要求がなされ、昭和21年に娼妓取締規則が廃止された。翌昭和22年には、婦女に売淫をさせた者等の処罰に関する勅令（昭和22年勅令第9号）が出されている。
- 31) もっとも伝染病等に罹患した場合の強制診断や強制入院等の必要性については一概に否定できない側面もある。感染症法17条（健康診断の受診の勧告・措置）、同19条（入院の勧告・措置）参照
- 32) 前掲注27古谷「注釈警察官職務執行法〔再訂版〕」平成20年・立花書房250頁注(1)を参照。同書では「行政執行法も、天災、事変等の場合における危害防止のための土地及び物件の使用等の権限を規定していたが（同法第4条）、警職法は、権限の濫用を抑制する見地から要件の明確化を図るとともに、措置の対象を主として人とし、土地や物件に対する措置は付随的なものにとどめ、さらに公安委員会への報告を義務付けている点で行政執行法と異なっている。」とする。
- 33) 前掲注2 加々美＝有松「行政執行法」140頁参照。同書では「(ハ) 執行罰ハ制裁ニ非ズシテ義務ノ強制ナルカ故ニ義務違反ノ事実カ継続セル間ハ継続シテ同一事実ニ対シテ数回過料ヲ科スルヲ得ルモ刑罰ハ一ツノ制裁ナルヲ以テ同一ノ違反行為ニ対シテ数回之ヲ科スルコトヲ得ズ即チ執行罰ニ対シテハ一時不再理ノ原則ノ適用ナシ」、「(ニ) 仍成法上刑罰ハ司法裁判所ノ判決ヲ以テスルヲ原則トスルモ執行罰ハ行政官庁ノ決定ニ依リ之ヲ科ス。」とする。
- 34) 櫻井敬子・橋本博之「行政法（第3版）」平成23年・弘文堂186頁参照。
- 35) 前掲注34櫻井・橋本「行政法（第3版）」187頁参照。
- 36) 前掲注1 沼田「実務理論行政執行法」93頁。

- 37) なお、明治憲法下でも所得税法60条や営業税法27条などの異議申立や、漁業法56条などの裁決申請という制度が、個別法において若干定められていたが、行政上の執行についての一般救済規定ではないためここでは割愛する。前掲注1の沼田「実務理論行政執行法」94頁。
- 38) 前掲注2加々美＝有松「行政執行法」は、警察強制も一つの行政処分と考え訴願も許される場合があるとする。同書172頁は「然レドモ検束ヲ以テ吾人ノ如ク一ノ行政処分ナリトスルニ於テハ所謂地方官庁カ其ノ行政区画内ニ於テ行ウ警察即チ通説上ノ地方警察ナルヲ以テ通説ニ依ルトキハ其ノ違法又ハ不当ノ行為ニ依リ權利又ハ利益ヲ侵害セラレタル者ハ之ニ対シテ行政訴願ヲ提起スルコトヲ得ルモノト云ウヲ得ベシ。」とする。同様に仮領置については訴願の対象となると述べるが、邸宅侵入については単純な事実行為であるとして否定する（同179頁）。強制診断については事実行為であり対象にはならないが、強制入院については居住の自由制限の効果を生じさせるとして一種の行政処分であるとして訴願の対象になるとする（同180頁）。所有権の制限等は、その効果は事実上の効果にすぎないとして対象にならないとする（同181頁）。なお、仮に訴願が許されると考えても、行政訴訟の対象からは「地方警察に関する事項」（訴願法1条1項6号）が外れているため（法律第106号）、行政訴訟の対象にはならないと解される。
- 39) 前掲注3美濃部「日本行政法 下巻」167～168頁。
- 40) 前掲注2加々美＝有松「行政執行法」181頁は、「行政官庁カ義務者ノ為スベキ行為其ノモノヲ実行スルコトハ事実に義務者ノ為スヘキコトヲ代テ為スモノニシテ之カ実行ノ甘受ハ其ノ結果ニシテ行政処分ノ目的トスルモノニ非ラサルヲ以テ之ニ依リテ權利又ハ利益ヲ害セラレタリト主張スル者モ訴願ヲ為ス能ハサルナリ」と述べる。
- 41) 同様に前掲注2加々美＝有松「行政執行法」183頁では、「直接強制ハ実カヲ以テ法令又ハ行政処分ノ要求スル行為、不行為ノ状態ヲ実現セシムルニアルヲ以テ事実的ノ状態ヲ事実的の行為ヲ以テ為スモノト云ワザルヘカラス（中略）従テ之ニ対シテ行政訴願ヲ提起スル能ハサルモノト云ワザルヘカラス」と述べている。
- 42) 前掲注2加々美＝有松「行政執行法」182頁は、「義務ヲ強制スルカ為メニ義務者ニ所罰ヲ科スル行為ナルヲ以テ本来所罰ヲ科スルヲ行政官庁ノ目的トスル所ニ非サルモ既ニ過料ヲ科スル場合ニ当リテハ一定ノ金額ヲ納付スヘキヲ目的トスルモノニシテ義務者ハ之ニ依リテ一定ノ過料ヲ納付スヘキ義務ヲ負担スルモノナリ然モ司法事件ニ非ストセハ一種ノ行政処分ナリト謂ハサルヘカラス」と述べている。
- 43) 明治維新後から行政裁判法制定に至る経緯については、飛田清隆「明治国家体制における行政訴訟制度の成立過程に関する体系的考察」2007年・法制史研究57号123頁以下が詳しい。
- 44) 前掲注3美濃部「日本行政法 上巻」344～349頁参照。
- 45) 治安警察法10条「集会ニ於ケル講談論議ニシテ前条ノ規定ニ違背シ其ノ他安寧秩序ヲ紊シ若ハ風俗ヲ害スルノ虞アリト認ムル場合ニ於テハ警察官ハ其ノ人ノ講談論議ヲ中止スルコトヲ得」、同16条「街頭其ノ他公衆ノ自由ニ交通スルコトヲ得ル場所ニ於テ文書、図画、詩歌ノ掲示、頒布、朗読若ハ放吟又ハ言語形容其ノ他ノ作為ヲ為シ其ノ状況安寧秩序ヲ紊シ若ハ風俗ヲ害スルノ虞アリト認ムルトキハ警察官ニ於テ禁止ヲ命スルコトヲ

得」

- 46) 治安警察法8条「安寧秩序ヲ保持スル為必要ナル場合ニ於テハ警察官ハ屋外ノ集会又ハ多衆ノ運動若ハ群集ヲ制限、禁止若ハ解散シ又ハ屋内ノ集会ヲ解散スルコトヲ得」
- 47) 治安警察法12条「集会又ハ多衆運動ノ場合ニ於テ故ラニ喧擾シ又ハ狂暴ニ渉ル者アルトキハ警察官ハ之ヲ制止シ其ノ命ニ従ハサルトキハ現場ヨリ退去セシムルコトヲ得」
- 48) もっとも、明治憲法下では、司法裁判所にも行政裁判所にも、行政実体法の内容の合憲性を審査する権限（法令審査権）は与えられていなかったのであるから、それは無い物ねだりというべきであろう。
- 49) 前掲注20須藤『『即時強制』の系譜』19頁では、「筆者は、広範な行政警察権限が警察組織から一般行政組織へ移管されたことが行政法総論へ即時強制を位置づけ得る根拠ではないかと考える。つまり、実質的警察概念からすれば権限が移管されてもその作用の性質は変わらず『警察作用』であるが、形式的警察概念で捉えれば警察組織の所管する範囲から外れたのであるからもはや『警察作用』ではない。一般行政組織に行政警察権限が移管され、警察組織と一般行政組織、両方に共通する法的仕組みが存するのであれば、行政法総論・行政法通則として論じ得ると思われる。」と述べる。