

義務と強制の理論

——「行政強制」から「行政上の義務履行確保」、
「行政の実効性確保」へ——

須 藤 陽 子*

目 次

はじめに

I 警察権の分散と行政法総論の変化

1. 占領期の行政法総論教科書
2. 一般行政組織が行う強制措置 ——これを何という? ——

II 警察上の即時強制から行政上の即時強制へ

1. 行政法各論警察法と行政法総論の関係変化
——主客逆転——
2. 行政法総論における即時強制
3. 1960年代の行政法学界

III 「行政強制」論の特色

1. 「義務」と「強制」の捉え方
2. 行政上の強制執行と即時強制を区別する標準

IV 「行政上の義務履行確保」と「行政上の実効性確保」

1. 塩野宏：行政上の一般的制度としての即時執行
2. 藤田宙靖：三段階構造モデルの例外としての即時強制
3. 手法論としての「行政上の実効性確保」

おわりに

はじめに

現代の行政法学者が「行政強制」という場合、それは田中二郎が行政法

* すとう・ようこ 立命館大学法学部教授

総論において主唱した「行政強制」を意味する。「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。」とされ、「行政強制」のもとに、人の身体および財産(物)に対する「実力の行使」を共通項として、行政上の強制執行と即時強制を位置付けるという学説である(以下、「行政強制」論という)¹⁾。かかる学説は占領期以降の行政法学界において「通説」となったが、平成に入り、塩野宏が主唱した「行政上の義務履行確保」が支配的となった。「行政強制」や「行政上の義務履行確保」は行政法総論において強制にかかる制度を括るものであるが、現代において、各論者の強制措置を括る意図ないしその括り方が有する問題性が論じられることがなくなってしまっている。本稿は、まずその点を問い直したい。

また、即時強制が行政法総論に位置付けられた理由を問い直したい。即時強制は田中二郎によって行政法各論警察法から行政法総論にもたらされたが、警察法の制度である即時強制をなぜ行政法総論で位置付けることが可能であるかを、田中二郎は説明していない。即時強制が行政法総論にもたらされた理由、占領期に行政法総論に即時強制という概念と制度を必要とした理由を、学説史を辿って検証したい。

I 警察権の分散と行政法総論の変化

1. 占領期の行政法総論教科書

(1) 戦前の「行政強制」と即時強制

「行政強制」という用語法は戦前において一般的なものではない。一般的に行政法総論に「行政強制」は見られず、渡辺宗太郎の論説「行政強制」²⁾

1) 田中二郎『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)173頁以下参照。

2) 渡辺宗太郎「行政強制」『佐佐木博士還暦記念憲法及行政法の諸問題』(有斐閣、1938年)所収。

が知られる程度であった。戦前の渡辺宗太郎『改訂 日本行政法 上』（弘文堂、1940年）には「行政強制」という項目はないが、行政上の強制執行の項目において、「行政強制」と「行政上の即時強制」が若干言及されている。「行政上の即時強制」とは、行政の目的に違反する事実あるときに、それを除去する為に直ちに行政客体に対して必要な自由の制限を加ふること」であり、「行政上の強制執行と即時強制とを併せて行政強制といふことがある」と述べられている³⁾。しかし、それははたして日本法を指すのだろうか。そういった疑問が頭に浮かぶほど、行政上の強制執行と即時強制とを併せて行政強制とする戦前の文献を目にすることはない⁴⁾。

しかしながら、渡辺宗太郎は「行政上の即時強制」をそのまま戦後の行政法総論にもたらしめたわけではなく、占領期の行政法総論からは、退行したかのように「即時強制」というものが見られなくなる。渡辺宗太郎『改訂 日本国行政法要論 上巻』（有斐閣、1951年）には「行政強制」という章があり、その冒頭、「行政強制とは、行政権の作用として、行政客体に権力を以てする拘束を加へ、以て、行政目的を達成するために必要な特定の状態を実現することをいふ」。そして「行政強制」に行政上の強制執行と「行政上の直接手段」の二種を位置付け、強制執行に関するものとして行政代執行法および国税徴収法があり、「行政上の直接手段」に関するものとして警察官等職務執行法があるという⁵⁾。

つまり、「行政上の直接手段」が「行政上の即時強制」に相当すると思われるが、渡辺宗太郎がなぜ即時強制ではなく「行政上の直接手段」とし

3) 渡辺宗太郎『改訂 日本行政法 上』（弘文堂、1940年）360頁参照。

4) ドイツの古い文献には行政強制という用語法も見られる。美濃部達吉『日本行政法 第三巻』（有斐閣書房、1914年初版1915年訂正第5版）164頁「第一章 警察法 第六節 警察強制 第一款 警察強制ノ性質及種類」冒頭に挙げられているドイツ文献の表題には、「行政強制」、「警察の強制手段」という表現が見られる。Anschütz, Das Recht des Verwaltungszwang in Preussen, Verwaltungsarchive I, S.389ff. Ludwig Mayer, Über den Begriff des Verwaltungszwangsverfahrens und die Zwangsmittel der Polizei, Archiv des öffentlichen Rechts, XXXII, S.152ff.1914.

5) 渡辺宗太郎『改訂 日本国行政法要論 上巻』（有斐閣、1951年）386頁以下参照。

たか等、学説が変化した理由についてまったく説明はない。

(2) 新しい行政法教科書

占領期ないし占領期以降に出版された行政法総論教科書には、戦前には見られなかった「行政強制」ないし「行政上の強制」という項目が見られるようになった。田中二郎『行政法講義案 上巻 第二分冊』(有斐閣、1949年)、園部敏『新しい行政法』(新文化叢書、1949年)、須貝脩一『法学大系 行政法』(勁草書房、1950年)、田上穰治『行政法原論』(春秋社、1952年)などである。これに対して、杉村彰三郎『改訂増補 行政法要義 上巻』(有斐閣、1951年)、柳瀬良幹『行政法』(角川書店、1952年)、山田準次郎『行政法』(明治大学出版部、1952年)には「行政強制」ないし「行政上の強制」の項目はない。

田中二郎は1949年『行政法講義案 上巻 第二分冊』「第6章 行政上の強制」の冒頭、「行政上の強制とは、行政上の目的のために、人の身体または財産に実力を加え、もつて行政上の必要な状態を実現する事実上の作用をいう」といい、「行政上の強制」の下に行政上の強制執行と行政上の即時強制を位置付けている。しかし占領期の他の行政法総論教科書を見渡せば、「行政強制」ないし「行政上の強制」という用語が使われていても、必ずしも格別な意味づけが与えられているわけではない。たとえば、須貝脩一、田上穰治の教科書は「行政強制」の意味内容に言及しておらず、園部敏、須貝脩一の教科書には即時強制がない。

2. 一般行政組織が行う強制措置 ——これを何という?——

行政法総論に「行政強制」ないし「行政上の強制」という用語が見られるようになっても、占領期に即時強制を行政法総論に位置付けた行政法教科書は多くない。田中二郎の他には田上穰治『行政法原論』、山田準次郎『行政法』に即時強制が見られる程度である。しかし占領期の行政法総論を見渡せば、行政上の強制執行ではない(代執行、直接強制ではない)有形

力の行使の存在を読み取ることができる。園部敏は「警察上の実力行為」といい、渡辺宗太郎は「行政上の直接手段」という。即時強制とは言わないが、論者独自の用語で表現されている。

園部敏の「警察上の実力行為」、渡辺宗太郎の「行政上の直接手段」という表現から、実質的に即時強制と同様の行政作用であって、行政法総論において位置付けざるを得なくなったことが読み取れる。それは警察権の分散が背景にある。

警察権の分散とは、占領期の連合軍最高司令官総司令部（General Headquarters of the Supreme Commander for the Allied Powers、以下、GHQ という）がとった警察国家の解体であり、日本国憲法下、1947年に初めて「警察の責務」を明確に規定する旧警察法が定められ、建築、衛生、労働、産業等の取締り権限が警察機関から一般行政組織へ移されたことを意味する⁶⁾。明治憲法下、警察官が広範に有形力の行使を担い、行政執行法5条の適用もほとんどが警察機関によるものであったと指摘されているが、警察権の分散により、一般行政組織の職員が強制措置を行うこととなった。

行政代執行法（昭和23年法律第43号）の制定により、代執行が行政上の義務履行確保の基本となったが、一般行政組織が所管することとなった法令中に、義務履行に関わらない強制措置が規定されていることがある。たとえば、渡辺宗太郎が戦前の行政法総論で「行政上の即時強制」として挙げていたのは、道路上の障碍物除去であった。「道路に通行の障碍物ある場合に、行政主体がいきなり之を撤去するは行政上の即時強制に属し、障碍物の占有者に撤去の義務を命じ、其の履行なきときに行政主体が自ら之を撤去するは右にいふ行政上の強制執行に属する。」という。かかる作用を警察上の即時強制に分類することも可能であると思われるが、道路管理が常に警察機関に属する事務であるとは限らない。一般行政組織が所管する

6) 宮崎清文『警察官のための行政法講義』（立花書房、1960年）171頁参照。須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社、2014年）57頁以下。以下、須藤・『行政強制と行政調査』という。

法律にも、対物的即時強制に分類される作用があり得るといえよう。

II 警察上の即時強制から行政上の即時強制へ

1. 行政法各論警察法と行政法総論の関係変化 ——主客逆転——

かつて行政法各論警察法が主要な行政領域をカバーしていたのに対して、占領期には行政法総論が主要な領域をカバーしている。占領期の田中二郎の教科書では、現代の行政法理論が明瞭に語ることがない強制措置の必要性が、行政法総論において日本国憲法の人権保障との関係において語られている。「新憲法の下においても、行政上の義務の履行を強制する手段を確保し、且つ、社会公共の秩序を維持するため、その他行政上の目的を達成するために必要な即時強制の手段を保障する必要がある。」といいつつ、日本国憲法が掲げた基本的人権を侵害することは許されないという⁷⁾。

引用中の「社会公共の秩序の維持」は、行政法各論警察法で語られるべき概念のはずである。それが行政法総論において「行政上の目的を達成するために必要な即時強制」の正当化のために用いられている。また、「警察法(1条2項)に警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるものであって、いやしくも日本国憲法の保障する個人の自由及び権利の干渉にわたる等その権能を濫用することになってはならないと規定しているのは行政に関する一般原則を、警察について表現したものといわなくてはならぬ。」⁸⁾という。

注目すべきは、「行政に関する一般原則を、警察について表現したもの」という点である。占領期に著された田中二郎『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)から読み取れるのは、行政法総論と行政法各論警察法の主客逆転現象である。

7) 田中・前掲注(1)173頁以下参照。

8) 田中・前掲注(1)174頁以下。

2. 行政法総論における即時強制

行政法教科書における田中二郎の即時強制は、警察上の即時強制も行政上の即時強制も、表面上、ほとんど変わりがない。警察官等職務執行法も行政法総論と行政法各論警察法の両方に具体例として挙げられている。行政法各論警察法において生成し、警察法においてのみ許容されていた警察上の即時強制を、なぜ行政法総論に位置付けることが可能であるのか。この点について、警察制度改革及び行政執行制度改革をめぐる諸論考、戦後に出版された行政法教科書等において、田中二郎はその理由をまったく説明していない。行政法総論においてその理由を説明しきれていないことが問題なのである。

【『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」⁹⁾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」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がたい場合に、直接に、人民

9) 田中二郎単著の行政法教科書において「行政強制」という用語が現れるのは、（有斐閣全書）『行政法 上』（有斐閣、1953年）以降である。

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。」

塩野宏はジュリスト増刊号『行政強制—行政権の実力行使の法理と実態』(1977年)巻頭論文において、即時強制が各論としての警察法で論じられていた理由を、おそらく即時強制の適用場面が原則として警察の領域であったことに対応するものと解されるという。田中二郎が行政法総論に行政強制という包括的概念を打ち立て、警察法から即時強制を取り込んだ点を、現代行政においては警察目的とそれ以外の行政目的とが必ずしも明確に区分し難いものがあること、また土地への立入り等は、警察以外の領域でも広く認められていることに鑑みれば、即時強制も行政法通則の対象適格性を有し、実力行使の要素を中核として行政上の強制執行と共に、行政強制という包括概念の下に論じることの意義が備わっていると評価する¹⁰⁾。

警察上の即時強制を、なぜ行政法総論に位置付けることが可能なのか。この問いに対して、筆者は、人の身体および財産(物)に対する有形力の行使が「警察官」だけに認められるという前提はないはずである、という点から答えたい。警察上の即時強制が認められていた行政作用を警察機関以外の一般行政組織が所管するようになったのであるから、個別法律で権限行使を明確化したうえで、警察官以外にも即時強制を認め得るならば、それは行政法総論の制度であると考えられたのではないだろうか。

3. 1960年代の行政法学界

1960年代の行政法学界では、田中二郎の「行政強制」論が「通説」となっていたと思われる。広岡隆『行政上の強制執行の研究』(法律文化社、1961年)は、行政上の強制執行および即時強制について、不朽の名作と言うべき著作である。プロイセン法制研究および学説史研究において比類が

10) 塩野宏「『行政強制』論の意義と限界——序にかえて」ジュリスト増刊号『行政強制——行政権の実力行使の法理と実態』(有斐閣、1977年)5頁注(3)参照。

ない。しかしながら著作本文の最初の頁、「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⁾とある。名著であるがゆえに後進に対する影響力は大きく、「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。」という一文は、現代に生きる者を学問の迷路に誘いこみやすい。

また、菊井康郎の公法学会報告「行政強制と法の根拠」も、「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⁾と述べるところから始まる。わが国において「行政強制」が、さも昔からあるように誤解を招きやすいのである¹³⁾。

他方で柳瀬良幹は、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、『行政法講座 第2巻』（有斐閣、1964年）では「行政強制」という論題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¹⁴⁾。行政法総論において行政強制、即時強制が位置付けられるようになったのは占領期であるから、学説史の観点からすれば、柳瀬良幹の述

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（1964年）219頁。

13) 前述したように、戦前のわが国行政法の主たる領域は「警察」であった。「警察」のほ
うが広い領域をカバーし、有形力を行使するのは「警察官」であるから、警察強制とい
うことはあっても、それをより一般化した「行政強制」として論じる意義に乏しかったの
ではないだろうか。

14) 柳瀬良幹「行政強制」田中二郎・原龍之助・柳瀬良幹編『行政法講座 第2巻』（有斐
閣、1964年）所収189頁以下参照。

べるところが正しい。

占領期以降の行政法学界は、次第に、行政強制の下に行政上の強制執行と行政上の即時強制を位置付ける田中二郎学説が支配的になっていった。たとえば、前述したように、1951年の渡辺宗太郎『改訂 日本国行政法要論 上巻』では「行政強制」の下に行政上の強制執行と「行政上の直接手段」の2種であった。それが時の経過とともに渡辺宗太郎の学説は変化し、1967年の『新版 日本国行政法要論 上巻』には「行政上の即時強制」が見られるようになった。「行政強制」の下に行政上の強制執行と「行政上の即時強制」を位置付け¹⁵⁾、田中二郎学説にそったものとなっている。

「行政強制」論に対する批判的な学説もあった。批判点は、「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」うえで、義務強制の方法である行政上の強制執行と、義務を課さずに初めからいきなり実力を加えて必要とする状態を実現する方法である即時強制を、同列に位置付ける点にある。山田準次郎は行政法総論に即時強制を位置付けることを認めつつも、「人は、意思の主体であり、行為の主体であるから人を人として遇する場合には、先ず命令し、命令が聞かれざる場合に始めて強制の方法に出すべきである」¹⁶⁾という。田中二郎の「行政強制」論には、行政上の強制執行と即時強制の適用に関する原則論が欠けているのである。

1960年代に支配的となった「行政強制」論であるが、「通説」化への仕掛けは1950年代に見られる。1950年代の注目すべき行政法教科書は、田中二郎編『法律学演習講座 行政法 上巻』（青林書院、1954年。以下、法律学演習講座という）である。法律学演習講座には「第四章 行政強制」があり、「三六 行政上の強制執行」と「三七 行政上の即時強制」を扱って

15) 渡辺宗太郎『新版 日本国行政法要論 上巻』（有斐閣、1967年）289頁参照。295頁以下の「行政上の即時強制」の説明は、ほとんどが警察官職務執行法に基づく作用に関するものである。

16) 山田準次郎『行政法』（明治大学出版部、1953年）144頁以下。

いるが、「行政強制」の意義に言及していない。法律学演習講座は田中二郎が編者となり、今村成和、山田幸男、雄川一郎、高柳信一という行政法学者が執筆している。誰が、どの項目を執筆したかは明示されていないが、「第四章 行政強制」を担当したのは田中二郎ではないかと思われる。書かれている内容が『行政法講義案 上巻 第二分冊』と非常によく似ているからである。学説の普及にあたり、この法律学演習講座の果たした役割・影響は大きかったのではないだろうか。

法律学演習講座に記された1954年12月5日付け田中二郎による「序」を読めば、「序」が書かれた時点で教科書・入門書の類がすでに20数冊公刊されており、法律学演習講座は「諸々の学説・判例等を考慮に入れつつ、できるだけ、通説と思われるところに従って、平明な解説を試みようとしたものである」¹⁷⁾という。「行政強制」という用語に格別の意味づけがなされなかったのは、おそらく、法律学演習講座が田中二郎、今村成和、山田幸男、雄川一郎、高柳信一という5人により執筆された、学界の「通説」を明らかにしようとした行政法教科書という性格ゆえであろう。執筆された時点で「行政強制」が5人の執筆者たちの共通の理解ではなかったということではないだろうか。

学説史の観点からすれば柳瀬良幹の学説は正しいが、なぜ、田中二郎学説は「通説」化したのか。上述した田中二郎編『法律学演習講座 行政法上巻』の「序」を読むまで、それが筆者にとって、長い間の疑問であった。明治憲法下の行政法総論に即時強制はなく、行政法総論に即時強制を位置付けたのは田中二郎であって、1954年の時点でそれに追従した学者は多くはない。したがって法律学演習講座に書かれていることは「通説」ではない。「行政強制」のもとに「行政上の強制執行と行政上の即時強制」

17) 田中二郎編『法律学演習講座 行政法 上巻』（青林書院、1954年）「序」参照。須藤陽子「再考 行政法における強制措置に関する理論的基盤（一）」立命館法学391号（2020年）執筆時には、田中二郎編『法律学演習講座 行政法 上巻』（青林書院、1954年）ではなく1960年版を使用している。その後、1954年初版を入手した。

を位置付けることが「通説」だったのではなく、それを「通説」化しようとする田中二郎の意向、それに関する執筆者たちの理解があったのではないだろうか。

行政法総論において「行政上の即時強制」が「どのように通説化したか」という問題は、一般行政組織における行政上の強制執行手段以外の有形力の行使の必要性の存在と、「通説」化をめざす田中二郎編『法律学演習講座 行政法 上巻』に見られる強い意図から説明できるのではないだろうか。

Ⅲ 「行政強制」論の特色

1. 「義務」と「強制」の捉え方

1957年に公刊された田中二郎『行政法総論』は、ドイツ法との比較法研究に基づく体系書であり、この体系書をもって田中二郎は法学博士の学位(1962年)を取得した。「行政強制」は「行政目的の実現を確保するために、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行政権の事実上の作用をいう」¹⁸⁾と定義され、「行政強制」の下に行政上の即時強制と行政上の強制執行が位置付けられている。田中二郎の「行政強制」論の特色の一つは、行政上の即時強制と行政上の強制執行の共通項を「実力の行使」とする点である。「強制」については、それ以上語ることがない。

田中二郎の「行政強制」論の最大の特色は、実力の行使を広く認める目的面にある。「行政目的の実現を確保する」ために実力を行使するのであるが、その「行政の目的」とは必ずしも「義務」に関わるものではない。田中二郎は、実力の行使という面では「行政上の比例原則」(もはや警察法領域に適用を限定されないという意味で)による制限を認めつつ、即時強制が

18) 田中二郎『行政法総論』(有斐閣、1957年)378頁。以下、田中・『行政法総論』という。

許容され得る場合を、「社会公共の福祉の実現等行政上の目的を達成する場合までを含め、「予め義務を課し、その不履行をまって強制執行をしたのでは時期を失し、公共の安全を害し社会の福祉を損なうような結果を招く虞のあることも少なくない。また、義務の性質によっては、義務者の任意の履行を期待しがたいものもある」のであって、かような場合に行政違反の状態を除去するために即時強制が許容され得るとする¹⁹⁾。

しかし、義務者の任意の履行を期待しがたい場合に、なぜ即時強制でなければならないのか。直接強制という手段でも可能なはずである。「行政強制」論において「行政上の強制執行」と「行政上の即時強制」との関係は必ずしも明確ではなく、「行政上の即時強制」を許容する余地を広く解する傾向にあると思われる²⁰⁾。

2. 行政上の強制執行と即時強制を区別する標準

ドイツ法では行政行為によって義務を課すが、行政執行法および行政代執行法の規定ぶりを見れば、日本法においては、行政行為のみならず、法令によって直接に義務を課すことが認められている。ドイツ法において即時強制は「先行する行政行為がない」ことによって行政上の強制執行と区別される。「先行する行政行為がない」とは、換言すれば、義務を課する行為を前置しない、という意味である。

これに対して田中二郎『行政法総論』は、「行政上の強制執行」を「行政法上の義務の不履行に対し、行政の主体が、将来に向かい、実力をもって、その義務を履行せしめ又はその履行があったのと同様の状態を実現する作用」とし、「行政上の即時強制」を「行政法上の義務の履行を強制するためではなく、行政違反（Verwaltungswidrigkeiten）に対処し、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

19) 田中・『行政法総論』397頁以下参照。

20) 須藤・『行政強制と行政調査』144頁。

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をいう²¹⁾とする。田中二郎の『行政法総論』自体はドイツ法との比較法研究を基盤にしているが、行政上の強制執行と行政上の即時強制を区別する標準は、ドイツ法の影響を受けているか否かは明瞭でない。

占領期に公刊された行政法教科書では、ドイツ法との違いが明瞭に示されている。「行政上の強制執行 (Zwangsvollzug) とは、行政法上の義務の不履行に対し、行政権の主体が、将来に向かい、実力をもつて、その義務を履行せしめ、または、その履行があつたのと同様の状態を実現する作用」であり、「行政上の義務の不履行を前提とし、その義務の強制なる点において、直接、行政上、必要な状態を実現するためにする行政上の即時強制と区別される」²²⁾ (注：下線部筆者)。行政上の強制執行が行政上の義務の不履行を前提とし、即時強制は行政上の義務の不履行を前提としないという区別の標準は、田中二郎のみならず、渡辺宗太郎の「行政強制」論でも同様である²³⁾。

IV 「行政上の義務履行確保」と「行政上の実効性確保」

戦後の行政法総論において、即時強制と行政上の強制執行の関係ないし両者の関係の捉え方を説明するキーワードは、年代順に、昭和の時代に田中二郎により主唱された「行政強制」、主に平成の時代に展開された「行政上の義務履行確保」、平成・令和の時代に行政上の強制執行の機能不全の状況から「手法論」として展開されるようになった「行政上の実効性確保」という3つである。「行政強制」「行政上の義務履行確保」は、行政上

21) 田中・『行政法総論』378頁以下参照。

22) 田中・前掲注(1)198頁。

23) 渡辺・前掲注(15)289頁は、「行政上の強制執行は、常に行政客体の義務の不履行をその前提とするに対し、行政上の即時強制は、かかる前提を必要とすることなく、行政目的に違反する事実があるときに、それを除去するために直ちに行われるものである。」という。

の強制のための諸制度を共通項で括ろうとするが、その共通項が異なる。しかし確たる内容があるわけではないため、上位概念ないし包括的概念²⁴⁾というようなものではない。たとえば、塩野宏と藤田宙靖は「行政上の義務履行確保」という章題を行政法教科書に用いる点において共通しているが、即時強制の位置付け、行政上の強制執行の手段に関する理解が大きく異なっている。

1. 塩野宏：行政上の一般的制度としての即時執行

平成の初め、塩野宏は「行政強制」を用いず、「行政上の義務履行確保の制度」と「即時執行」（注：塩野宏が提唱した新しい用語）を各々独立させた。そして田中二郎の即時強制の定義から「立入調査」に該当する部分を取り出し、残余の部分を「即時執行」とする用語法を提唱し、行政法総論に新たに「行政調査」を行政上の一般的制度の一つとして位置付けた。その学説の影響は大きく、平成に公刊された多くの行政法教科書には「行政調査」という項目が設けられるようになり、現代に至って、多くの行政法教科書には「即時強制（即時執行）」という表記が見られるようになった。しかしながら、現代の行政法教科書は「即時強制（即時執行）」という表記の意義について説明せず、かえって即時強制と即時執行の相違が見えにくいものとなっている²⁵⁾。

昭和の「行政強制」論は、「義務」と関わりのない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が²⁶⁾、これに対し

24) 小高剛「六 行政強制」『岩波講座基本法学 8 紛争』（岩波書店、1983年）249頁は、論稿の冒頭、田中二郎の学説に依拠して「行政法学においては、行政強制という包括概念の下で「行政上の強制執行」と「行政上の即時強制」が論じられている。」と始まる。須藤・『行政強制と行政調査』43頁以下は、「行政強制」という用語法が戦後のものであり、「包括概念」とすることは疑問であることを指摘している。

25) 大橋洋一『行政法 I 現代行政過程論 第4版』（有斐閣、2019年）308頁は、即時執行という用語法を用いる。直接強制と類似した制度として即時執行を挙げ、具体の制度を紹介しているが、即時執行の概念自体に関する説明がない。

26) 須藤陽子「再考 行政法における強制措置に関する理論的基盤（一）」立命館法学391頁

て、平成の時代に普及した「行政上の義務の履行確保」は、義務に関わらない即時強制を行政上の強制執行とは切り離して位置付ける。塩野宏は「即時執行」を、「行政上の義務履行確保」(行政上の強制執行、行政上の強制徴収、行政罰)、行政調査、行政手続、行政情報管理と並んで「行政上の一般的制度」として位置付けている。

塩野宏は「行政上の義務履行確保」に行政罰をも含めているが、これは実力の行使を共通項としていた「行政強制」論には見られなかった点である。行政上の義務履行確保のために、行政罰の制裁機能ではなく、間接強制としての機能が強調される。高木光は「行政上の義務履行確保」という範疇は、「行政強制」という範疇と比較すると、「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。」と指摘している²⁷⁾。

2. 藤田宙靖：三段階構造モデルの例外としての即時強制

「行政強制」ではなく「行政上の義務履行確保」という範疇を掲げる論者は、行政行為という行為形式を重視する傾向にある。行政上の強制執行と即時強制を区別する標準は、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、という観点から説明される。とりわけ藤田宙靖は、「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考え方を行政法教科書において示し、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²⁸⁾。

この義務を課す法形式の差によって、即時強制と行政上の強制執行を分ける標準に差が生じる。ドイツ法において即時強制と行政上の強制執行の

↘号52頁以下。以下、須藤・「理論的基盤(一)」という。

27) 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(1986年)2号193頁。以下、高木・「行政の実効性確保の手法」という。

28) 藤田宙靖『[新版] 行政法総論 上』(青林書院、2020年)。

区別は先行する行政行為の有無によって判断されるのに対して、戦前から美濃部理論をベースとする田中二郎および渡辺宗太郎の学説は、即時強制と行政上の強制執行の区別の標準を「義務の不履行を前提とする」か否かに求める。即時強制は行政行為を前置しないのであるから、藤田宙靖の言うように三段階構造モデルの例外に該当するが、しかし「三段階構造モデルの例外」というのみでは、法令により直接に義務が課せられることもある日本法において、行政上の強制執行と即時強制の関係を説明し切れていないのである。

また、藤田宙靖の行政法教科書では「行政法上の義務の強制手段」という章題の下、行政上の強制執行について、代執行と直接強制の異同を論じる必要はないとする極端な説が唱えられている。わが国現行法制上、行政上の強制執行についての一般法たる性質を有するのは行政代執行法のみ、比較的一般的な性質を持つものとして滞納処分手続を位置付け、直接強制や執行罰を「その他の強制執行手段」として論じる²⁹⁾。直接強制とは「直接義務者の財産に実力を加え、義務の履行があったと同様の状態を実現する方法」として定義し、「結局滞納処分も代執行も直接強制の一種なのであって、ただそのための手続・要件が法律上特別に定められている例にすぎない」³⁰⁾という。今日では「代執行及び滞納処分以外は法律による個別的授権が無い限り許されないのであるから、その限りにおいては、ある行政活動が「直接強制」としての性質を有するか否かを問題とする理論的意味は、もはや存在しない」³¹⁾とする。

3. 手法論としての「行政上の実効性確保」

「行政上の実効性確保」³²⁾は、「行政上の義務履行確保」とほとんど同時

29) 藤田・前掲注(28)283頁以下参照。

30) 藤田・前掲注(28)288頁。

31) 藤田・前掲注(28)289頁。

32) 「行政の実効性確保」という用語自体は1984年から見られる。佐藤英善『行政法総論』（日本評論社、1984年）289頁以下は、「行政の実効性確保手段」という章題を行政強制

期に学界に登場した。高木光は、1986年第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、「行政上の実効性確保」という新しい範疇を提唱した³³⁾。平成・令和と、わが国の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、「行政上の実効性確保」はアメリカ法に触発されたものである。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³⁴⁾。

現代の行政法教科書で多く見られる「行政上の実効性確保」においては、即時強制も手法の一つである。義務履行確保手段の機能不全の状況下で強制の手法論に傾斜した議論であり、代執行、直接強制、即時強制という個別の概念ないし制度を深める議論ではない。現代行政における「強制」の仕組みの機能不全に対して、手法論に取り組むことも一つの方策であるが、そのような手法論には強制措置を適用するにあたり、原則的な考え方というものがない。手法を論じる前提となる代執行、直接強制、即時強制という個別の概念をまず明確にするべきではないだろうか。

かつてアメリカ法に示唆を得て「行政上の実効性確保」を提唱した高木光は、2015年に公刊した自己の行政法教科書において、「行政強制」に立つことを明らかにした。それは田中二郎の「行政強制」とは異なり、手段原則が明確なドイツ法の考え方による「行政強制」論である。行政上の強制執行を原則として、強制執行の「例外」としての「即時強制」を打ち出している³⁵⁾。

↘と行政罰を含めた意味で用いている。

33) 高木光「実効性確保」公法研究49号(1987年)186頁。以下、高木・「実効性確保」という。

34) 高木・「行政の実効性確保の手法」204頁以下参照。

35) 高木光『行政法』(有斐閣、2015年)166頁以下。

おわりに

代執行、直接強制、即時強制は概念的に重なる部分がある。とりわけ直接強制と即時強制の異同³⁶⁾は、医事衛生法関係の規定や外国人の退去強制などのように、実定法において用いられる場合、明瞭に区別することが難しい。両者を区別するメルクマールは予め義務が課されているか否かであり、「直接強制と即時強制は「法的仕組み」としては異なるものであるが（両者の区別は行政手続という観点を入れると明確になる）、行為類型として「事実行為」であり、かつそのなかで「物理的」かつ「強制的」なものである点で共通点を有する」³⁷⁾。

現代において問題とされるのは、「感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律」（平成10年法律第114号。以下、感染症予防法という）19条のように、予め義務を課す時間的余裕が十分にありながら直接強制の仕組みを「あえて」使わず、立法者が即時強制の仕組みを採用している場合である。それは直接強制と即時強制が概念的に重なっている部分があるとか、共通点があるというような問題ではなく、立法者による強制措置の選択の問題である。

「行政強制」「行政上の義務履行確保」「行政上の実効性確保」といういずれの範疇の立場にたっても、直接強制と即時強制、代執行と直接強制、代執行と即時強制と、その区分は明確ではないが、それは代執行、直接強制、即時強制という個々の概念が明瞭ではないがゆえに生じる問題である。他方、立法者による強制措置の選択の問題として直接強制と即時強制の区分が明瞭でないという場合、行政上の強制執行手段と即時強制の関係の問題である。

36) 須藤・『行政強制と行政調査』167頁以下、同・『再考 行政法における強制措置にかかわる理論的基盤（二・完）』立命館法学396号（2021年）67頁以下。

37) 高木・『行政の実効性確保の手法』199頁。

「行政上の実効性確保」は手法論であるから、手法論を唱える論者は行政上の強制執行手段と即時強制の関係にあまり関心を示さない。平成の初めに「行政上の義務履行確保」に立つ塩野説は、予め義務を課するか否かという点において行政上の強制執行手段と即時強制を区分し、即時強制のメルクマールとして時間の要素に重きを置かない学説であった。感染症予防法19条の立法者は塩野説に立って19条の制度を構築したと思われる。しかしながら、塩野説は義務を課することに重心を置いた学説であり、義務を課することを避けるために用いられるべき学説ではない。わが国は法治国家であり、法治国家において身体に対する強制に際して義務を課することの意義を再考すべきである。