

## XⅢ．即時執行（即時強制）

2013.7.3 石崎

1、即時執行（即時強制）とは（櫻井・橋本p.183、宇賀Ⅰp.95、塩野Ⅰp.252）

### （1）概念

即時執行とは、差し迫った人身・財産等への危険を回避するためなど、国民に命令を發して自発的対応を待っている事柄の性質上目的を達しえない場合に、行政が義務を課すことなく直ちに国民の身体や財産に対して実力を行使して、行政上必要な状態を実現すること。

（伝統的に「即時強制」の語が用いられ、それには強制的な行政調査も含まれていたが、塩野Ⅰp.253は「即時執行」と表現し、行政調査は含めないものとしている。櫻井・橋本は「即時強制」を使用。）

櫻井・橋本p.194は、「即時強制とは、義務の存在を前提とせず、行政上の目的を達するため、直接身体もしくは財産に対して有形力を行使することをいう。」と定義している。つまり、時間的切迫性を概念要素から除外している。塩野p.253も同。

### （2）特質

- ①行政権の作用としての強制措置の一つ（権力的事実行為）
- ②行政処分による義務づけを前提としないで実施される点で、行政強制と異なる。
- ③公権力の行使であるから法律の根拠が必要（条例も根拠法たりうる）。

旧鉄道営業法42条1項の規定は、鉄道事業者が直接に車内又は鉄道地内における違法行動を排除する権限を付与したものであるとした事例として最高裁昭48.4.25判決（刑集27-3-418）があるが、反対意見も付されている。

（法廷意見）

鉄道営業法42条1項は、旅客、公衆が停車場その他鉄道地内にみだりに立ち入ったとき等同項各号に定める所為に及んだ場合、鉄道係員は、当該旅客、公衆を車外または鉄道地外に退去させよう旨を規定している。……そして、鉄道営業法42条1項の規定により、鉄道係員が当該旅客、公衆を車外または鉄道地外に退去させるにあたっては、まず退去を促して自発的に退去させるのが相当であり、また、この方法をもつて足りるのが通常であるが、自発的な退去に応じない場合、または危険が切迫する等やむをえない事情がある場合には、警察官の出動を要請するまでもなく、鉄道係員において当該具体的事情に応じて必要最少限度の強制力を用いるものであり、また、このように解しても、前述のような鉄道事業の公共性に基づく合理的な規定として、憲法31条に違反するものではないと解すべきである。

（反対意見）

鉄道営業法42条1項の定める排除権限は、対象者の違反行為の態様、程度に照らして真にやむをえない場合における必要最少限度の有形力の行使を含むとしても、対象者の身体に対する直接の実力行使による強制は許されず、これを必要とする場合には、警察官の援助を求めるべきであり、その余裕がなく、しかも、人の生命、身体に対する緊急の危険や、鉄道輸送の安全および鉄道施設に対する重大かつ緊急の侵害ないしはその虞れがある場合には、正当防衛、緊急避難として法律上許容される限度での実力行使であつて、はじめて正当化されるものと解すべ

きである。

第3回講義で扱った浦安漁港のヨット係留杭撤去は即時執行ととらえる余地はあるだろうか。またその場合適法となる余地があるだろうか。

#### ④ 比例原則の適用（警職法 § 1②、感染症予防法 § 34）

## 2、即時執行の種類

### （1）身体に対する即時執行の例

① 警察官職務執行法による保護（§ 3）、避難等の措置（§ 4）、犯罪の予防・制止（§ 5）、武器の使用（§ 7）は、いずれも身体に対する即時執行である。

※ 警職法による職務質問は任意性を基本とするので即時執行とは言い難い。

なお、所持品検査について最高裁昭53.6.20判決（刑集32-4-670、判時896-14）

所持品検査は、任意手段である職務質問の附随行為として許容されるのであるから、所持人の承諾を得て、その限定においてこれを行うのが原則であることはいうまでもない。しかしながら、職務質問ないし所持品検査は、犯罪の予防、鎮圧等を目的とする行政警察上の作用であつて、流動する各般の警察事象に対応して迅速適正にこれを処理すべき行政警察の責務にかんがみるときは、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と解するのは相当でなく、捜索に至らない程度の行為は、強制にわたらない限り、所持品検査においても許容される場合があると解すべきである。

所持品検査が違法であるとした事例として最高裁平7.5.30決定（刑集49-50-703、LEX/DB 27827892）

警察官が本件自動車内を調べた行為は、被告人の承諾がない限り、職務質問に付随して行う所持品検査として許容される限度を超えたものというべきところ、右行為に対し被告人の任意の承諾はなかったとする原判断に誤りがあるとは認められないから、右行為が違法であることは否定し難い（但し、違法の程度は大きいとはいえないとした）。

### ② 感染症予防法による健康診断の実施・入院

#### ・ 健康診断の実施（感染症予防法 § 17）

1. 知事は、感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者に対し、または保護者に対し、健康診断を受け又は受けさせることを勧告することができる。
2. 従わない時は、勧告にかかる感染症にかかっていると疑うに足りる正当な理由のある者について、職員に対し健康診断を行わせることができる。
3. 知事は、健康診断の勧告を行い、又は健康診断を実施するときは、その理由を書面で通知しなければならない。但し、差し迫った必要がある場合は通知なしで健康診断を行わせることができる。

#### ・ 入院（同法 § 19、§ 20）

1. 知事は一類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を勧告することができる（緊急の場合の医療機関についての例外がある）（§ 19①）。
2. 知事は勧告に従わないときは、上記医療機関に入院させることができる（§ 19

③)

3. これらの入院は72時間を超えてはならない。( § 19④)
4. 知事は必要があると認める場合は、さらに10日以内で入院を勧告することができ、勧告に従わないときは入院させることができる。( § 20①②)
5. 知事は入院を継続することが必要であると認めるときは、10日以内の期限を定めて、入院を延長することができ、さらに延長することができる。( § 20④)
6. 入院の期間が30日を超える者またはその保護者は、厚生労働大臣に審査請求をすることができる。( § 35①)

※これの規定は、二類感染症の患者について準用される。

※これらは即時執行と言うことになっているが、「勧告」がなされ、勧告に従わないときは強制措置（入院）を発動するので、実質的には「直接強制」ではないかという意見も少なくなく、公法学会でも議論となった。しかし、検査や入院を命令する制度には医療関係者等からの批判が強く、検査や入院は勧告に止める立法政策が採用されたとのことである。

この制度や④の強制収容・強制退去が即時執行に含まれるとすると、即時執行の概念要素としての時間的切迫性と矛盾する。塩野 I p. 230は、命令を介さない強制措置ということで、法論理的な意味での「即時」と理解できるとしている。

櫻井・橋本p. 186は、上述のように時間的切迫性を即時執行の不可欠の要素としていないので、これらを即時執行とした上で、事前手続の整備という要請を持ち込むことが可能となる。

但し、時間的切迫性がないにもかかわらず、命令的処分をすることなく、直ちに実力行使をするという制度が立法政策上適切なのかという疑問も残る。

私は、現時点ではこの点について明確な解答を与えることができない。

※2009年の新型インフルエンザに関する成田空港等での隔離・停留措置は検疫法 § 34以下に基づく即時執行である。国内発症患者に対する入院措置は感染症予防法 § 45以下にもとづく措置であるが、全員が自発的に入院したと思うので、即時執行はとられなかったであろう。

### ③精神保健法等による措置入院・緊急入院（精神保健法 § 27、 § 29、 § 29の2）

1. 知事に対する申請、通知又は届出  
精神障害者又はその疑いのある者を知った者による診察・保護の申請  
警察官・検察官による通知  
心神喪失状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律の指定通院医療機関管理者及び保護観察所長による届出
  2. 知事は、申請・通知・届出のあった者について、又は職権により自傷他害のおそれがあることが明かな者について（このレジュメでは、これらの者を「本人」という）、指定医に診察させなければならない（ § 27）。その場合、知事は診察について本人の保護の任に当たっている者がいる場合は、その者に通知しなければならない。
  3. 2名以上の指定医が一致して、本人が精神障害者であり、入院させなければ自傷他害のおそれがあると認めた場合には、知事は本人を入院させることができる。
- ※緊急入院の制度については略（ § 29の2）

④ 出入国管理法による収容と退去強制（出入国管理法 § 39以下、 § 51以下）

a) 出入国管理法 § 24各号（退去強制事由）に該当すると疑うに足りる相当の理由ある場合は、入国警備官は収容令書により収容することができる。収容令書は所属官署の主任審査官が発する（収容期間は30日以内、さらに30日を限度に延長可）。

b) その後の審査手続は次のようになる。

1. 入国審査官の審査→退去強制対象者と認定したときは主任審査官に報告する。容疑者が同認定に服したときは退去強制令書を発布。
2. 容疑者に異議があるときは特別審理官による口頭審理を行う。特別審理官が1.の認定に誤りがないと判定し、容疑者がこれに服するときは、主任審査官が退去強制令書を発付。
3. 容疑者が2.の判定に異議があるときは、法務大臣に対する異議を申し出ることができる。法務大臣が異議の申出に理由がないと判断したときは、主任審査官が退去強制令書を発付。
4. 入国警備官による退去強制令書の執行（直ちに送還できないときは、収容することができる。送還が不可能の場合、条件を付して放免することができる）

c) 審査のいずれの段階でも、退去強制事由に該当しないと判明したとき、また出国命令対象者（ § 24の2）に該当すると判断したときは、容疑者を放免する。

d) これらの収容及び退去強制措置は即時執行である。

退去強制とは別に出国命令制度があり（ § 55の2以下）、これによって出国する場合があることと比べると、収容が即時執行であることがよく分かる。なお出国命令は出国を義務付けるものであるが、違反に対する直接強制は予定されておらず、同命令に従うかどうかは本人の判断によることになる。但し、出国期限後滞在する者に対しては刑罰が科される（ § 70①8号の2）。

e) 収容令書及び退去強制令書の発付は行政処分であると解されている。

（これらは強制措置の手続的要件となるもので、義務を形成するものではない。このような行為に処分性が認められるのは、行政代執行の戒告や代執行令書の交付と同じである。法律行為論的には、準法律行為的行政行為の「通知」である。）

収容の執行停止を認容した事例として、東京地裁昭和44.9.20決定（判時569-25）、大阪地裁平成19.3.30決定（LEX/DB 28140285）。また、退去強制命令発付処分につき、主任審査官に裁量権行使の逸脱濫用があったとして、それを取り消した事例として、東京地裁平成15.9.19判決（判時1836-46）。なお、この判決は、異議申出に対する法務大臣の裁決は内部行為であって行政処分ではないとしている。

他方、名古屋地裁平成18.3.23判決（LEX/DB 28111183）は、異議申出に対する裁決も処分であることを前提にその無効を主文で確認し、併せて強制退去令書発付処分を取消している。

（2）財産に対する即時強制の例

① 消防法による消火対象物の利用・処分（ § 29②→この場合は損失補償不要）

他人の土地家屋の利用（ § 29③→この場合は損失補償必要）

延焼防止のための破壊消防行為が消防法 § 29③の場合に該当するとして、同項による

損失補償が認められた事例に、名古屋高裁昭和44. 3. 25判決(判時560-40) 及び同上告審の最高裁昭和47. 5. 30判決(民集26-4-851)

※損失補償の有無に差をつけた理由は、皆さんで考えてください。

②感染症予防法による衣服等の処分(§ 29①) や建物の封鎖など(§ 32②)

③食品衛生法による不衛生食品等の廃棄(§ 54)

④銃刀法による銃刀類の一時保管(§ 24の2) や仮領置(§ 25)

警察官がナイフの所持者からこれを提出させ一時保管の措置をとらなかつたことが違法とされた事例として、最高裁昭和57. 1. 19判決(民集36-1-19)。本判決は、権限不行使の違法を認定した事例としても著名である。

⑤道路交通法による違法工作物の除去等(§ 81②) や道路法による違法放置物件の除去(§ 44の2)。

※道路交通法 § 67の2に基づく違法駐車車両の移動は行政強制か即時執行かという問題があり(塩野 I p. 254注(2)参照)、櫻井・橋本p. 194は、直接強制とみる余地があるもの(道交法 § 51①②) と即時執行の場合(同条③) があるとしている

### 3、即時執行と救済

#### (1) 損害賠償(国賠法 § 1)

違法な即時執行に対する救済は、国家賠償の請求が主なものである。

義務を命じる処分が存在しないし、即時執行も一時的な措置で完了するものが殆どであるから、取消訴訟や無効確認訴訟は困難であるため。

#### (2) 抗告訴訟(取消訴訟)の可能性

即時執行が継続的性質を有する場合は、行政不服審査や取消訴訟が可能である(行政不服審査法 § 2の「事実行為」の規定及び上述の感染症予防法の規定を参照されたい)。

この場合、即時執行の措置そのものではなく、その措置の実行を相手方に通知する行為(収容令書の発付等)を行政処分と捉えることが通例である。

旧精神衛生法の入院措置の取消訴訟として、鹿児島地裁昭54. 10. 26判決(訟務月報26-1-136)がある。これは入院措置を処分とした。

収容令書については、既述の通り。

特殊な例であるが、条例に基づく放置船舶撤去の勧告を行政処分とした事例として、横浜地裁平成12. 9. 27判決(判例自治217-69)がある。

本件条例9条1項に基づく指導又は勧告は、それ自体としては権利義務に直接影響する行為ではないが、背後にあって権利義務に影響を及ぼす移動措置の要件となっている上、移動措置自体は争うことができないので、例外的に右指導又は勧告は抗告訴訟の対象たる行政処分に当たるといふべきである。したがって、本件条例9条1項に基づく指導又は勧告を書面にして船舶所有原告らに対してした本件各通知は、それ自体は事実行為であるが、行政処分性を有するといふべきである。

※即時執行の差止め訴訟は可能だろうか。

#### 4、即時執行に関連する問題

##### (1) 放置自転車問題

①放置自転車対策条例による撤去・保管も即時執行と解しうる（それ故に条例による撤去行為が可能である）。

例：掛川市自転車等の放置防止に関する条例

第10条 市長は、放置整理区域において、都市環境の悪化の防止と通行機能の確保及び歩行者の安全保持ができないと認めるときは、放置された自転車等に対して自転車等の利用者等が自ら除去すべき旨の警告書等を取り付けることができる。

2 市長は、前項の措置を講じた後、なお放置されている自転車等については、あらかじめ定められた場所に移送し保管することができる。

3 市長は、前2項の規定にかかわらず危険を防止する等のため、緊急やむを得ないと認めるときはあらかじめ定められた場所に移送し、保管することができる。

②しかしながら、引き取り手のいない自転車の処分を条例で規定できるかどうかは問題であった。しかし、1993年の自転車の安全利用の促進及び自転車等の駐車対策の総合的推進に関する法律（自転車法）改正（94年施行）でこれを明文で規定した。また、同法5項で原因者負担制度を採用することが可能となった（地方自治法には受益者負担規定は存在するが原因者負担規定はなかったため、従前は原因者負担制度を条例で定めることは困難であった）。

6条 市町村長は、駅前広場等の良好な環境を確保し、その機能の低下を防止するため必要があると認める場合において条例で定めるところにより放置自転車等を撤去したときは、条例で定めるところにより、その撤去した自転車等を保管しなければならない。

2 市町村長は、前項の規定により自転車等を保管したときは、条例で定めるところによりその旨を公示しなければならない。この場合において、市町村長は、当該自転車等を利用者に返還するため必要な措置を講ずるように努めるものとする。

3 市町村長は、第一項の規定により保管した自転車等につき、前項前段の規定による公示の日から相当の期間を経過してもなお当該自転車等を返還することができない場合においてその保管に不相当な費用を要するときは、条例で定めるところにより、当該自転車等を売却し、その売却した代金を保管することができる。この場合において、当該自転車等につき、買受人がないとき又は売却することができないと認められるときは、市町村長は、当該自転車等につき廃棄等の処分をすることができる。

4 第二項前段の規定による公示の日から起算して六月を経過してもなお第一項の規定により保管した自転車等（前項の規定により売却した代金を含む。以下この項において同じ。）を返還することができないときは、当該自転車等の所有権は、市町村に帰属する。

5 第一項の条例で定めるところによる放置自転車等の撤去及び同項から第三項までの規定による自転車等の保管、公示、自転車等の売却その他の措置に要した費用は、当該自転車等の利用者の負担とすることができる。この場合において、負担すべき金額は、当該費用につき実費を勘案して条例でその額を定めたときは、その定めた額とする。

6 都道府県警察は、市町村から、第一項の条例で定めるところにより撤去した自転車等に関する資料の提供を求められたときは、速やかに協力するものとする。

※ガードレール等にチェーンでつないである場合、チェーンの切断は可能か。

(2) 庁舎及び公共施設管理権との関係

庁舎管理権や公共施設管理権による掲示物の撤去等が、国民一般に対する権力行使という意味での即時執行に該当するかという問題があるが、参考のために判例を紹介しておく。この点は塩野Ⅲ p. 341以下参照。

①最高裁昭57.10.7判決（民集36-10-2091）

庁舎管理規程に基づき組合掲示板使用許可を取消して、郵便局長が掲示板を撤去した行為が適法であるとした事例。

②大阪地裁平13.1.23判決（判時1755-101）

市及び外部団体が同市総合市民交流センターで開催したパネル展の展示物を政治的中立性に反するおそれがあるとして撤去したことが違法とされた事例。表現物の撤去が適法と認められるためには、単に危険な自体を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要であると解するのが相当であるとして、本件ではそれに該当しないとされた。

(3) 国民保護法における即時執行

①避難住民の収容施設・医療施設開設のための土地の使用（§ 82②）

②放射性物質・化学物質等で汚染された物件の廃棄、建物への立入制限、建物の封鎖等（§ 108①）並びに土地等への立入（§ 109）

③武力攻撃災害への対処のための土地、建物その他工作物の一時使用、物件等の使用又は収用（§ 113①）並びに工作物の除去（同条②③）

※市町村長または警察官等による避難住民の誘導も強制性を持ちうるであろう。