

はしがき

本書と前著『比例原則の現代的意義と展開』（2010年，法律文化社）は同時期に企画された。前著に遅れず出版しなかったが，比較法研究に過度に依らない研究手法を模索したこともあり，4年遅れの出版となった。「比例原則」が研究者として取り組んだ初めての研究テーマであり，生涯の研究テーマであるとするれば，本書のテーマは筆者が学生時代から抱いていた疑問を凝縮したものである。その疑問は本書の至るところに置かれた「問い」となり，長年抱いていた疑問に筆者自身が答えを見出すべく，その問いを一つ一つ掘り下げるように努めている。

比較法研究が主流の行政法学において，あえて戦前の学説・実務と占領期の議論に着目した研究の手法をとっている。比較法研究の成果として故広岡隆先生の卓越した業績が有ることは言うまでもないが，筆者が2002年にドイツ法を素材とした研究に取り組んだ際に（「行政強制」と比例原則，本書第6章所収），故広岡先生の研究以後のドイツ法にも議論の蓄積がさほど無い，という印象を抱いたことがきっかけであった。比較法研究の対象である相手国の研究が不活発である場合，どういった研究の手法をとり得るだろうかと考えた。そして占領期がわが国の「強制的仕組み」の画期であるならば，同じ敗戦国のドイツ法が多大な影響を与えたはずがないと思うに至り，戦前と占領期の資料を探し始めたのである。インターネットと電子化技術の発達，情報公開制度の進展により，国会図書館や全国の大学図書館に所蔵された古い文献，国立公文書館の公文書の検索は，最初に研究計画を考え始めた頃よりも各段に便利になった。情報技術の発達した現代でなければ筆者の根気は続かなかったかもしれない。

本書は占領期に着眼した研究であるが，しかしそれは占領された側がどのような影響を受けたかという視角からの研究であって，占領したGHQの意図したものを追究するものではない。GHQが狙いとしたことを検証するには，異

なった視角から別種の資料を収集することが必要であろう。

占領された側は立法過程においてアメリカ法の圧倒的な影響を受けつつも、GHQの意図に抗う様子も見せる。たとえば、GHQの担当者であった公安課主任消防行政官ジョージ・W・エンゼルは、火災に関する捜査権をアメリカ法に倣って消防に備えようとした。しかしそれは受容されることがなく、エンゼル氏は、「消防法の第35条には、失火及び放火の調査及び捜査を全面的に消防長の権限として書入れるつもりであった。不幸にして、同条は翻訳の際、消防長は現場で表面的の調査のみをなし、警察は、消防法施行以前同様に、全捜査を行うことになってしまった。」(原文ママ)と嘆く(本書第5章)。これははたして「翻訳」の問題であろうか。筆者は直観的に、日本側の官僚が巧妙に違ったものに作り変えたのではないかと思ったのであるが、そう断定できるような日本側資料は残されていない。

また、いったんGHQの意図に沿って立法化を図りながら、占領終了後に即座に条文を削除してしまったものもある。1950(昭和25)年に制定された商品所取引法151条である。条文は、占領終了後の1954(昭和29)年に早くも削除された。1950年の立法化に関わった当時の通商産業省官僚はこの151条1項を、行政上の必要からとった証拠がその者を処罰すべき唯一の証拠であったような場合に「爾後その証拠は司法上では証拠として使用できぬこととなり今後の我国の檢察行政の運営に重大な影響を来すものである」と評した(本書終章)。かような評価でありながら即座に削除した、いや、かような評価であったからこそ、官僚たちはこの条文を恐れたのだろうか。前述した火災調査権の「翻訳」問題もそうであるが、率直に言えば、筆者は、昔の官僚たちがGHQを相手に、あるいは立法府を相手に立ちまわるその巧妙さに唾然としたのである。消防法や食品衛生法など占領期に新たに立法化されたものはアメリカ法の影響を色濃く受けたもののはずであり、占領期に著された文献からは「新しい考え方に基づく行政を行うのだ」といった高揚感があった印象を受けるが、官僚あるいは行政法学者のせいであるのか、次第に昔のドイツ法的思考に引き戻されていくようであった。

行政法総論に話を戻せば、本書は現代行政法学において総論に登場する「即時強制」「行政上の強制執行」「行政調査」の三つの概念の相関性を、占領期の

議論に焦点を当てることによって明らかにしようとする。そもそも「即時強制」は戦前の行政法総論にはない。警察法における即時強制よりも「手段化」の傾向を強めて、占領期以後の故田中二郎先生の行政法総論の教科書に登場し始めるが、それは、故田中二郎先生が直接強制という手段に慎重であったことの裏返しではないかと思った。故田中二郎先生が即時強制と直接強制の異同について言及した文献が見当たらなかったことが残念である。

本書は、即時強制と直接強制の異同、代執行と直接強制の異同を論じることによって、忌避された直接強制の実体を追究しようとする。代執行と直接強制はどこが違うのか。序章冒頭にこの問いを置いたのは、筆者が立命館大学の学生から受けた質問に答えようとするものでもあった。

それは筆者が立命館大学に着任した2003年行政法演習の時間に遡る。「先生、直接強制は財産も対象にできるのでしょうか？だったら代執行と直接強制はどこが違うのですか？」。ゼミの3年生が発した素朴な質問に対する解答は、どの行政法教科書にもなく、故田岡隆先生がわずかに言及して以降、誰も取り上げることのない論点であった。故田中二郎先生が「行政強制」と名付けたカテゴリーに関する研究が30年以上の長きにわたって低調であることから説明しなければならなかったことが、教師として、行政法学者として、心底情けなかった。本研究は、筆者が学生時代から抱いていた疑問に自身で答えを見つけるため、また、立命館大学の学生たちに教科書に書いていないことを「本」の形で示すためのものであった。立命館大学法学叢書第19号として出版できることに、感謝とともに喜びを感じている。本書を出版するにあたり半年間の研究専念期間も与えていただいた。その半年、研究に没頭し、出版準備作業に追われる私を、2013年度ゼミ生たちが「先生、がんばって！」と励まし続けてくれた。励ます側と励まされる側、いつもと逆転していた半年であった。心温まる励ましに感謝している。本書を彼らとの演習に用いることができなかつたことが残念であるが、彼らの、幸い溢れる未来を祈るばかりである。

また、法律文化社の掛川直之さんには出版にあたって大変お世話になった。4年前の企画を実現してくださったことに、感謝申し上げます。

立命館大学法学会に原稿を提出したのは2013年9月末であった。その原稿に

基づいて出版することも可能であったが、2013年 MLB ポストシーズンの上原浩治投手の身を削るような投球を見て思うところがあり、そこから年末まで終章を全面的に改める作業に没頭した。そして12月のある日、国会図書館で商品取引所法に関する古い逐条解説を見つけた。それを読んだときの筆者の衝撃は大きかった。私を含めて行政法学者は、戦後に立法者は代執行を基本として刑事罰による間接強制を用いることとしたのだ、という「定説」に縛られすぎていたのではないだろうか。

2014年 4 月

須藤 陽子