

地方分権の進展に対応した行政の実効性確保のあり方に関する検討会  
(第2回)

議 事 次 第

平成24年 7月23日(月)  
13:30~15:30  
総務省低層棟 共用会議室3

(議事次第)

1. 開会
2. 前回発表に関する質疑
3. 大濱委員発表(民事における強制執行について)
4. 意見交換
5. その他
6. 閉会

(配付資料)

- 資料1 大濱委員提出資料
- 資料2 平成14年 宝塚市パチンコ条例最高裁判決
- 資料3 行政上の義務の実効性確保に関する制度の変遷
- 資料4 福岡県産廃措置命令義務付け訴訟(平成24年7月3日最高裁決定)
- 資料5 ドイツのOrdnungsamt(秩序維持部・仮訳)

# 民事執行—とくに非金銭執行について—

平成 24 年 7 月 23 日  
大濱しのぶ（関西学院大学）

## 第 1 民事執行の概要

### I 民事執行の概念

民事執行は、概していえば、国家（執行機関）により、私法上の請求権の強制的実現を図る手続。次の 4 種の手続の総称（民執 1）。

#### （1）強制執行

債務名義に基づいて、私法上の請求権の強制的実現を図る手続。

※債務名義：強制執行により実現されるべき請求権の存在範囲・当事者・責任財産の範囲を表示する公の文書。判決（確定判決・仮執行宣言付判決）・（仮執行宣言付）支払督促・執行証書・和解調書等（民執 22）※強制執行の要件：債務名義の正本＋執行文（民執 25）

- 金銭執行（金銭債権を実現するための強制執行）と非金銭執行（非金銭債権を実現するための強制執行）に大別され、両者の手続は著しく異なる。

金銭執行 基本形：差押え→換価→満足 執行の対象となる財産により手続が異なる。  
執行の対象財産による区別：不動産執行・動産執行・債権執行等

#### （2）担保権実行としての競売（担保権実行〔手続〕・担保執行）

抵当権・質権・先取特権に基づき、その目的物を競売その他の方法により換価して、被担保債権の満足を図る手続。

- 債務名義は不要（担保権の存在を証する文書は必要。民執 181 I II・190 I・193 I 等）
- 原則：強制執行（金銭執行）の規定準用（←担保権実行と金銭執行は金銭債権の実現手続である点で共通）

※金銭執行の語：担保権実行手続を含む意味で用いることもある。

#### （3）形式的競売

「担保権実行としての競売の例による」とされる手続。

※担保権実行手続との相違点：請求権の満足でなく、換価自体を目的とする。

#### （4）財産開示手続（平成 15 年改正で創設）

金銭執行の対象財産を発見するための手続（←金銭執行では、債権者は、原則として執行対象となる債務者の財産を特定せねばならない）。

※一定の債務名義を有する金銭債権者・一般の先取特権者は、執行が不奏功に終わった場合等に、申し立てることができる（民執 197）。裁判所は、債務者を呼び出し、宣誓させた上、その財産について陳述させる。不出頭・宣誓拒絶・陳述拒絶・虚偽陳述は過料 30 万円以下）に処せられる（民執 206）。

民事執行の種類一覧 [数字のみの場合は民事執行法の条文。規：民事執行規則]

強制執行 (22 - 174)	金銭執行 (43 - 167 の 16)	不動産執行 (43 - 112)	強制競売 (45 - 92) 強制管理 (93 - 111)
		準不動産執行	船舶に対する強制執行 (112 - 121)
			航空機・自動車・建設機械・小型船舶に対する強制執行 (規 84 - 98 の 2)
		動産執行 (122 - 142)	
		債権及びその他の財産権に対する執行	債権執行 (143 - 166)
			その他の財産権に対する執行 (167)
		少額訴訟債権執行 (167 の 2 - 167 の 14)	
	扶養義務等に係る金銭債務についての間接強制 (167 の 15・167 の 16)		
	非金銭執行 (168 - 174)	物の引渡執行	不動産の引渡 (明渡) 執行 (168・168 の 2)
			動産の引渡執行 (169)
			第三者が占有する物の引渡執行 (170)
		代替執行 (171)	
		間接強制 (172・173)	
		意思表示の擬制 (174)	
担保権実行 (180 - 194)	不動産担保権の実行 (180 - 188)	担保不動産競売	
		担保不動産収益執行	
	船舶競売 (189)・航空機等の競売 (規 175 - 177 の 2)		
	動産競売 (190 - 192)		
	債権及びその他の財産権についての担保権の実行 (193)		
物上代位権の行使 (193)			
形式的競売 (195)	留置権による競売		
	民法・商法その他の法律の規定による換価のための競売 (狭義の形式的競売)		
財産開示 (196 - 203)			

★民事執行の中心は、金銭債権を実現するための手続（金銭執行＋担保権実行）。民事執行法の条文も、その大半は、金銭執行とくに不動産強制競売に関するもの。本検討会との関連では、非金銭執行が重要と思われる。しかし、非金銭執行については、現代の社会生活の複雑化に伴い重要性が高まっているといわれるものの、関連条文は少ない。

## Ⅱ 執行機関 二元制（ただし、少額訴訟債権執行：裁判所書記官）

### （１）執行裁判所

裁判所の中で、民事執行の手續を担当する職分を与えられた裁判所

原則：地裁（例外 171Ⅱ・172Ⅵ等） 単独制（裁 25・26Ⅰ）

執行裁判所が執行機関となる場合：観念的処分

不動産執行・準不動産執行・債権その他の財産権に対する執行。

これらの金銭執行に準じる担保権実行・形式的競売。財産開示。

目的物を第三者が占有する場合の引渡執行・代替執行・間接強制

執行官の執行手續に関連する権限（8・142等）、その他の権限（11等）も有する。

### （２）執行官

裁判の執行・裁判所の文書の送達その他の事務を行う単独制の国家機関（裁 62ⅠⅢ）

地裁に所属。国家公務員。手数料制（不足分は国庫から支給）

執行官が執行機関となる場合：現実的処分

動産執行・動産競売・動産に対する形式的競売。

不動産・動産の引渡執行（第三者が占有する場合を除く）

執行裁判所の執行手續に関連する権限（55Ⅱ・57・64等）も有する。

## Ⅲ 民事執行法

### （１）沿革

強制執行：（旧）民事訴訟法（明治 23 年制定）第 6 編。ドイツ法を範とする。

担保権実行：競売法（明治 31 年制定）。

### （２）民事執行法の制定（昭和 54 年。55 年施行）

- 強制執行と担保権実行手續の統合・執行手續の現代化。

執行手續の迅速化（不服申立方法の整備等）・債権者の権利実現の確保（配当要求の制限等）・

不動産の買受人の地位の安定（184 等）・債務者の生活の保持（差押禁止財産の合理化等）

### （３）その後の主な改正

（i）平成元年改正 民事保全法（平成元年制定・3 年施行）に伴う改正。

仮差押え・仮処分の執行に関する規定の削除（民事保全法に統合）

☆不良債権処理対策の一環として、不動産競売手續（担保不動産競売・不動産強制競売）につき、執行妨害を排除し、迅速・適正化を図るための改正

※不動産競売の語：担保不動産競売のみを意味する場合、不動産執行及び不動産担保権の実行を包括する意味で用いる場合もある。

（ii）平成 8 年改正 住専処理対策のための改正。

「民事執行法の一部を改正する法律」（平 8 法 108 号。平成 8 年 9 月 1 日施行）。

保全処分の拡充（55・77・187）・引渡命令の拡大（83）。

- (iii) 平成 10 年改正 金融再生関連法の制定に伴う改正。「競売手続の円滑化等を図るための関係法律の整備に関する法律」(平 10 法 128 号。平成 10 年 12 月 16 日施行)。  
濫用的執行抗告の原審却下の新設 (10V)、執行官・評価人の調査権限強化 (57IV V・58 III)・保全処分<sup>の</sup>拡充 (68 の 2)、売却の見込みのない場合の措置の新設 (68 の 3) 等。

☆司法制度改革の一環として、権利実現の実効性強化を図るための改正

司法制度改革審議会意見書Ⅱ第 1・6

- 民事執行制度を改善するための新たな法策、たとえば、債務者の履行促進のための方策・債務者の財産の把握のための方策・占有屋等による不動産執行妨害への対策の導入
- 家事審判・調停により定められた義務など少額定期給付債務の履行確保のための制度の整備

- (iv) 平成 15 年改正 「担保物権及び民事執行制度の改善のための民法等の一部を改正する法律」(平 15 法 134 号。平成 16 年 4 月 1 日施行)。

(ア) 金銭執行・担保権実行関係

- 不動産競売：保全処分<sup>の</sup>強化 (55・77 等)・競売不動産の内覧制度の新設 (64 の 2)・担保不動産収益執行の新設 (180②等)
- 動産執行・動産競売：差押禁止動産の範囲の合理化 (131②③)・動産競売の申立要件の緩和 (190・192)
- 債権執行：扶養義務等に係る定期金債権に基づく債権執行の特例 (151 の 2・152Ⅲ)
- 財産開示の新設\* (196 以下)

(イ) 非金銭執行関係

- 不動産明渡執行の強化\* (27Ⅲ・168Ⅱ V VI・168 の 2 等)
- 間接強制の適用範囲の拡張 (173)

- (v) 平成 16 年改正 「民事関係手続の改善のための民事訴訟法等の一部を改正する法律」(平 16 法 152 号。平成 17 年 4 月 1 日施行)。

(ア) 金銭執行・担保権実行関係

- 裁判所書記官の職務の拡大\* (14・47・49・62・64・78・85)
- 不動産競売手続の改善：売却基準価額の新設 (60)・剰余主義の見直し (63)
- 少額訴訟債権執行の新設 (167 の 2 以下)
- 扶養義務等に係る金銭債権についての間接強制 (167 の 15・167 の 16)

(イ) 非金銭執行関係 - 執行官による援助請求の拡大\* (18 I)

※インターネットによる不動産競売手続に関する情報提供 (平成 14 年より順次導入)

不動産競売物権情報サイト (<http://bit.sikkou.jp/> Broadcast Information of Tri-set system 通称 BIT) 物件明細書・現況調査報告書・評価書 (3 点セット) の写し等。

※執行専門部・執行センターの設置

※執行官制度の改革：増員・配置の適正化、手数料制度・採用選考資格の見直し、総括執行官制度の導入。

★民事執行法のこれまでの改正：不動産競売手続を中心とした金銭執行・担保権実行の機能強化。もっとも、平成 15 年・16 年改正は非金銭執行にも及ぶ。

#### IV 民事執行の処理状況

##### 【民事執行の新受事件】(注1)

	金銭執行・担保権実行			非金銭執行		
	不動産 (注2)	動産 (注3)	債権 (注4)	不動産等引渡 執行(注5)	代替執行 (注6)	間接強制 (注7)
平成10年	78,538	162,204	174,990	20,186	853	71
平成15年	74,857	136,198	165,934	28,713		
平成20年	67,201	73,687	124,411	25,962	668	67
平成22年	51,278	72,831	115,290	29,742	536	69

(注1) 司法統計年報に基づいて作成。なお、平成22年の財産開示事件は1207件。

(注2) 不動産等に対する強制競売・強制管理、不動産等を目的とする担保権実行としての競売等の各事件数の合計。

(注3) 執行官事務事件数のうち、執イ事件の総数。

(注4) 債権及びその他の財産権に対する強制執行、債権及びその他の財産権を目的とする担保権の実行及び行使の各事件数の合計。

(注5) 執行官事務事件数のうち、執ロ事件の不動産等の引渡しの事件数。

(注6・7) 平成10年の件数は司法統計年報による(地裁・簡裁の各申立件数の合計)が、平成11年以降、同年報の形式は変更され、代替執行・間接強制の申立件数の記載はなくなった。平成20年・22年の件数は、西津政信『行政規制執行改革論』(2012)69頁による(最高裁判務総局への聴き取り調査)。同書によれば、「間接強制の申立ては平成18年までは増加していたが、平成19年に急減し(理由は不明)、それ以降はほぼ横ばいとなっている。なお、間接強制の申立てについては、特定の地方裁判所で特定の年に集中的になされている点に留意する必要がある」ということであり、平成18年の間接強制の申立件数は242件とされている。

##### 【金銭執行・担保権実行の新受事件】(注8)

	強制執行			担保権実行		
	不動産	動産	債権	不動産	動産	債権
平成10年	12,385	161,993	147,925	66,153	211	27,072
平成15年	9,490	136,101	159,109	65,367	97	6,825
平成20年	4,731	73,519	121,350	62,470	168	3,061
平成22年	4,970	72,728	112,462	46,308	103	2,828

(注8) 不動産(等に対する強制執行・担保権実行)、債権(等に対する強制執行・担保権実行)は、司法統計年報による。動産(等に対する強制執行・担保権実行)は、新民事執行実務10号55頁等の統計資料による。

【不動産競売事件（不動産に対する強制執行・担保権実行）】（注9）

	新受	既済	未済
平成10年	78,538	71,256	128,539
平成15年	74,857	84,271	70,647
平成20年	67,201	54,585	56,024
平成22年	51,278	65,210	40,664

（注9）以下の各表は、福田行宏＝松田努「平成21年度における不動産競売事件の処理状況」金融法務事情1904号74頁以下、岡村抄矢子＝有馬祐樹「平成22年度における不動産競売事件の処理状況」同1936号64頁以下に基づく。これらの文献によると、強制管理・担保不動産収益執行の事件数の合計は、平成21年は200件程度、平成22年は150件程度にとどまる。

【売却率】（単位％）

	全国	北海道	東北	関東	中部	関西	中国	四国	九州
平21	74.9	69.3	64.9	80.7	72.4	83.9	66.4	64.9	70.0
平22	76.8	75.5	63.7	84.7	72.3	87.9	68.0	59.2	70.8

[各地裁（本庁）]

		札幌	仙台	東京	名古屋	大阪	広島	高松	福岡
平21		78.5	79.4	94.2	90.1	92.8	77.1	92.8	91.8
平22		85.2	81.3	98.3	96.7	98.1	75.7	64.7	91.9

【申立てから売却実施処分（第1回目）までの期間】（単位％）（注10）

	3月以内	3月超 6月以内	6月超 9月以内	9月超 1年以内	1年超過	6月以内
平21	15.7	62.2	16.1	3.3	2.7	77.9
平22	23.8	62.0	9.0	2.9	2.3	85.8

（注10）福田＝松田・前掲及び岡村＝有馬・前掲によると、平成21年については、平成22年2月1日から同月28日までの間、平成22年については平成22年12月1日から同月31日までの間に、全国の地裁本庁・支部において開札期日が行なわれた事件における期間を調査対象とする。

★民事執行事件の動向は、経済情勢の大きな影響を受ける。

事件の多くを占めるのは、金銭債権を実現する手続。とくに担保不動産競売・債権執行が重要な役割を果たす。不動産競売に関する法改正は、着実に成果をあげている。

なお、動産執行は約90%が執行不能で終わるとされる（「座談会・動産を対象とする強制執行事件における実務の流れと事前準備」新民事執行実務9号〔2011〕17頁以下）。債権執行については、過払金返還請求訴訟の影響があるとみられるが、今後も重要な役割を果たすものと思われる（最決平成23年9月20日は金融機関の全ての店舗を対象として順位付けをする方式〔全店一括順位付け方式〕による預貯金債権の差押命令の申立ては、差押債権の特定を欠き不適法とした。こうした判例の動向等もあいまって、近時は財産開示への関心が高まっている）。

一方、非金銭執行の近年の件数は、不動産引渡執行（不動産競売手続に関連して、引渡命令・各種保全処分の執行としても利用される）を除くと、非常に少ない。

## V 民事執行制度の基本理念

権利の確実な実現（権利実現の実効性確保） 執行の迅速性 ⇔ 過酷執行の禁止（債務者の保護）  
不当な執行の防止

### ※強制執行についての伝統的な理解

権利判定手続（債務名義作成手続とくに判決手続）と権利実現手続（執行手続）の峻別  
執行機関は、権利の存在を前提として、執行に専念し、迅速に権利を実現すべきもの

### 比較的新しい考え方

- 最適執行 債権者・債務者双方の具体的事情を考慮し、執行の対象・方法の選択を含めての、最適の執行の要請（竹下守夫＝鈴木正裕編『民事執行の基本構造』〔1981〕30頁〔竹下〕。中野貞一郎『民事執行法』〔増補新訂6版、2010〕10頁等）
- 比例原則の適用（石川明『ドイツ強制執行法と基本権』〔2003〕）
- 和解的執行・執行ADR 執行機関（執行官）に調停者の役割を認めて、執行過程における当事者間の合意による紛争解決・関係調整を促進しようとする考え方。

背景には、動産執行の機能不全がある。従来、動産執行については、その多くが換価に至らず終了し、間接強制的機能（心理的圧迫により履行を促す機能）しか有していないと批判されてきた。また、執行官が当事者に分割弁済の合意を促し、裁量的に換価を延期するような行き方も、問題視されてきた。しかし、上記の考え方は、こうした執行官の果たす役割や動産の差押えの機能を積極的に評価する。平 15 年改正により導入された不動産明渡執行の明渡し催告も、このような考え方に関連付けられる（西川佳代「関係調整の場としての民事執行」民訴雑誌 51 巻 177 頁、中野・前掲 336 頁等。間接強制と和解的執行の関連につき、森田修『強制履行の法学的構造』〔1995〕333 頁以下）。

### 補足 民事執行に隣接する制度

#### (ア) 民事保全（民事保全法）

- (a) 仮差押え：本案の権利である金銭債権の実現を保全するため、債務者の財産につきその処分を制限する措置を講じる処分
- (b) 係争物に関する仮処分：本案の権利である物（係争物）の引渡・明渡請求権等の実現を保全するため、その物の現状を維持する措置を講じる処分 例：土地の処分禁止・占有移転禁止の仮処分
- (c) 仮の地位を定める仮処分：強制執行の保全とは関係なく、本案の権利関係につき判決の確定まで仮の状態を定める措置を講じる処分 例：出版禁止・不動産明渡断行の仮処分

民事保全は、保全命令と保全執行の段階に分かれ、保全執行は民事執行（とくに強制執行）に準じる（民保 43 以下）。

### ※特殊保全処分（民事保全以外の保全処分）

民事執行法上のもの：執行停止・取消し等の仮の処分（10VI・11II・32II・36等）・不動産競売手続における売却のための保全処分（55）・買受人等のための保全処分（77）・担保不動産競売開始決定前の保全処分（187）等



(イ) 家庭に関する事件の履行確保

履行勧告・履行命令・履行命令不遵守の過料（10万円以下）（家事事件手続法 289・290〔家事審判法 15 の 5 以下・28〕・人事訴訟法 38 以下）

(ウ) 滞納処分

公法上の金銭債権についての滞納処分（国税徴収法による滞納処分及びその例による滞納処分）は、執行対象が強制執行（金銭執行）・担保権実行・仮差押えの執行と共通する。同一財産に対して滞納処分と強制執行等が競合する場合については「滞納処分と強制執行等との手続の調整に関する法律」により調整が図られる（原則：先着手主義）。

(エ) 形式的強制執行

公法上の請求権の実現を図る手続のうち、民事執行法その他民事上の強制執行の手続に関する法令の規定に従って行われるもの。財産刑等の裁判の執行及びその費用（刑訴 490・506）・過料の裁判の執行（〔新〕非訟事件手続法 121〔旧 163〕・民訴 189 等）。これに適用されるべき民事執行法の規定の範囲は、明らかではない。

## 第2 非金銭執行

### I 非金銭執行の概要

債務（義務）の態様		執行方法
物の引渡し	不動産の引渡し	不動産の引渡（明渡）執行（168）〔直接強制〕 *間接強制（173）
	動産の引渡し	動産の引渡執行（169）〔直接強制〕 *間接強制（173）
	第三者が占有する物の引渡し	第三者が占有する物の引渡執行（170）〔直接強制〕 *間接強制（173）
作為	代替的作為	代替執行（171） *間接強制（173）
	不代替的作為	間接強制（172）
不作為		間接強制（172）
	〔不作為義務の違反結果の除去（※）〕	代替執行（171） *間接強制（173）
意思表示をする		意思表示の擬制（174）

※不作為義務の執行として、裁判所は、違反結果の除去（例、建物建築禁止義務に反して建築された建物の収去）の他、将来のための適当な処分を命じることもできる（171 I・民 414 III）。前者は、本来ならば新たな債務名義を要するところ、これを要しないで、することができる。後者の内容については、違反防止のための物的設備の設置、将来の損害に対する担保の提供等が挙げられるが、諸説あり、明らかではない。

(ア) 非金銭執行の基本的な枠組み

債務（義務）の態様	伝統的な執行方法	近時の改正
物の引渡義務	直接強制	+ 間接強制
代替的作為義務	代替執行	+ 間接強制
不代替的作為義務・不作為義務	間接強制	

- 直接強制：執行機関の行為のみで、直接に（債務者の行為を必要とせず）、債権の内容を実現する方法。なお、金銭執行（扶養義務等に係る金銭債務の間接強制を除く）は直接強制。
- 代替執行：債務者の費用で、債務者以外の者により、債権の内容を実現させる方法。
- 間接強制：債務者に心理的圧迫を加えて、債務者自身に債務を履行させる方法。

(イ) 間接強制の適用範囲

- かつての通説：間接強制の補充性肯定（我妻榮『新訂債権総則』、兼子一『増補強制執行法』等）。直接強制は、最も効果的であり、債務者の身体や意思に圧迫を加えない点で人格尊重の理念に合致する。一方、間接強制は、迂遠で、人格尊重の理念に反するおそれがある。→ 民事執行法も、制定当初、間接強制の補充性肯定。

- 批判：森田修『強制履行の法学的構造』、中野貞一郎『民事執行法』等。  
「強行的な直接強制のほうが意思の自由を前提とする間接強制よりも人格を尊重することになるというのは空虚な形式論であり、間接強制は…運用しただいではより迅速かつ効果的である」（中野・前掲）
- 平 15 改正で、非金銭債務のうち直接強制・代替執行が可能なものに間接強制を許容。  
平 16 改正では、扶養義務等に係る金銭債務（主に養育費）にも間接強制を許容。

II 不動産明渡執行（直接強制）

不動産（又は人の居住する船舶等）の明渡し（引渡し）について、執行官が債務者の占有を解いて債権者にその占有を得させる方法により行なう強制執行（168 I）。

※不動産明渡執行の語は、間接強制による不動産明渡しの執行を含む意味で用いることもできるが、以下では、168 I が定める方法（直接強制）による執行の意味で用いる。

※明渡し：引渡し（直接支配の移転）の一種。不動産に債務者等が居住し又は物品が存在する場合に、債務者等を退去させ物品を撤去した上で直接支配を移転すること。

※地上に建物が存する土地の明渡し 議論があるが、一般的には次のように解される。

- （建物所有者に対する）建物収去土地明渡しの執行  
建物収去執行（代替執行）+ 土地引渡執行。実務上は、建物収去の代替執行決定で、実施者として執行官が指定されるため、建物収去の実施と土地明渡執行を執行官に申し立て、両執行が連続的に行なわれる。
- （建物所有者以外の建物占有者に対する）建物退去土地明渡しの執行  
この建物退去は、独立の債務ではなく、土地明渡執行の一環と解される。実務上は、建物収去土地明渡しの執行と同時に申し立てられる（退去→収去→土地明渡し）。

## [不動産明渡執行の流れ]

### 執行官に対する申立て

(やむを得ない事由がある場合を除き) 2週間以内 (規 154 の 3)

### 明渡しの催告 引渡し期限・占有移転禁止の公示 (168 の 2 I IV V)

[通常] 明渡しの催告の日から 1 月を経過する日 (引渡し期限) 以内  
引渡し期限の伸長・延長は裁判所の許可を要する (168 の 2 II 但・IV)

### 断行日 (執行実施日) 債権者または代理人の出頭 (168 III)

### 目的外動産の処理

#### ※不動産明渡執行に関連する執行官の権限

質問権等 (168 II。平 15 改正)・ライフライン調査権 (168 IX・57 V)・立入権等 (168 IV)・威力行使・警察上の援助請求 (6 I)・官庁等に対する援助請求 (18 I。平 16 改正)。

なお、質問権・明渡催告の公示に関しては、平 15 改正で刑罰が設けられた (陳述等拒絶罪 205 I ③、6 月以下の懲役・50 万円以下の罰金。公示書等損壊罪 204 ②、1 年以下の懲役・100 万円以下の罰金)。

#### (1) 明渡しの催告

債務者に任意の履行を促す処分。実務で広く行われていた慣行で、債務者の利益になる (とくに住居明渡しの場合、即時断行は過酷執行となるおそれがありうる) と共に、任意の明渡しが行われる事例が多くなり、断行に要する費用等の面で債権者の利益にもなるとして、平 15 改正で、法律上の制度とされた (義務付けるものではない)。また、催告後に占有が移転された場合には、本来ならば、執行不能となり、承継執行文の付与を受けて明渡執行をやり直さなければならなくなるどころ、一定の期間 (引渡し期限) 内であれば、承継執行文を要しないで、即時に断行できるようにしている (当事者恒定効)。

※引渡し期限=明渡しの催告後に占有移転を受けた占有者に対し、承継執行文を要しないで、執行することができる (当事者恒定効が及ぶ) 期限

## (2) 目的外動産の処理

執行官は、目的外動産を取り除き、債務者等に引き渡す。引渡しができないときは、即時に又は保管した後に、売却する（168VI）。

保管費用は、執行費用となる。売却したときは、売得金から売却・保管費用を控除し、残余を供託しなければならない（168V-VIII）。

### 売却の手續（規 154 の 2）

(i) 原則 動産執行の例による。競り売りが多い。

競り売り期日（売却期日）の指定：保管の日から 1 週間以上 1 月以内の日（規 114）  
公告、債権者・債務者に対する通知が必要（規 115）

—例外 即時売却〔広義〕（平 15 改正。期日指定・公告の特則）

(ii) 即時売却〔狭義〕 明渡しの催告をした場合、同時に、断行予定日に売却する旨決定し、断行日に即時に売却する。

(iii) 即日売却 断行日に引渡しができる見込みがない場合、即日売却する。公告不要。

(iv) 近接日売却 (iii) と同様の場合、断行日から 1 週間未満の日に売却する。

高価な動産については、(iii) (iv) はできない。

即時売却については、動産の所有権を喪失させる手續であるため慎重を要する、大量の目的外動産がある場合には目録作成（規 102）に時間を要するため、實際上即時売却は不可能等との指摘がある。改正当初はあまり利用されていなかったようである。最近の状況については、名古屋・仙台ではほぼ用いていないが、東京では 3 種とも、大阪でも即日売却をかなり用いている、ということである。

目的外動産の処理は、従来から問題とされている。保管費用は執行費用となるが、実際に回収することは困難であり、また、無価値化したものが多く、買い手が現れないため、実際には債権者が買受けて廃棄することとなる、といわれる。このように債権者の負担は重く、執行を諦めることにも繋がっているようである。

平 15 改正の過程では、一定の期限を付して引取催告を行い、その期限内に引き取らない場合には動産の所有権放棄とみなす制度も検討されたとのことで、注目されよう。また、無価物として廃棄処分にする扱いについて弾力化することも考えられよう。

※参考文献 中野・前掲『民事執行法』、谷口園恵＝筒井健夫『改正担保執行法の解説』（2004）、最高裁事務総局民事局監修『条解民事執行規則』（3 版、2007）、同『執行官提要』（5 版、2008）、古賀政治＝小林明彦「対談・新しい執行法を語る」金融法務事情 1682 号（2003）、阿多博文ほか「座談会・改正担保・執行法の施行を踏まえた執行実務の問題点について」新民事執行実務 3 号（2005）、浜秀樹ほか「座談会・土地明渡・引渡事件の実務上の問題」同 10 号（2012）等。

### Ⅲ 代替執行

裁判所が、債権者は債務者の費用で債務者以外の者に一定の行為（代替的作為）を実施させることができる旨の決定（授權決定・代替執行決定）をする方法による強制執行（171・民414ⅡⅢ）。

執行裁判所に対する代替執行の申立て [＋費用前払いの申立て]

↓  
債務者の審尋  
↓

授權決定（代替執行決定） [＋費用前払決定] → 執行抗告

↓  
「債権者の申立てを受けた執行官（第三者）は、別紙物件目録記載の建物を債務者の費用で収去することができる」（授權決定）  
「債務者は、あらかじめ債権者に対し、別紙物件目録記載の建物を収去するための費用として金〇〇円を支払え」（費用前払決定）  
↓

作為の実施（代替執行の終了時につき、争いがあるが、通説は作為実施の完了時）

- 授權決定で執行官が実施者に指定されている場合  
執行官に対する代替行為の申立て → 執行官による実施
- 授權決定で実施者が指定されていない場合 債権者又はその代行者（債権者と請負・委任等の契約を締結したもの）が実施者となる。執行官に対する援助請求（171Ⅵ・6Ⅱ）

#### （1）代替的作為義務（作為の代替性）

作為義務のうち、債務者以外の者が代わってその内容を実現することができるもの。

代替性の基準：債務者が履行する場合と第三者が実施する場合で、作為結果に経済的・法律的差異を生じないこと。作為の具体的実施に仕様が幾つかある場合、いずれをとるかにより結果・費用等に著しい差異を生じない限り、代替性は否定されない（中野・前掲807頁）。建物収去が典型例。この他、建物の建築・修理、物品運送、樹木の伐採等。新聞に謝罪広告を掲載すること（最大判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁）。

作為実施に専門的な技術知識を要するものでも、債務者以外にも同様の技術知識を有する者があり、債務者による履行と同様の結果を実現できるならば、代替的。第三者の協力・同意を要するもの（第三者の所有地に建物を建築する義務等）については、代替性を肯定し、協力・同意が得られなければ作為の実施が不能とする見解が有力（香川保一監修『注釈民事執行法(7)』〔1989〕181頁〔富越和厚〕、鈴木忠一ほか編『注解強制執行法(4)』〔1978〕128頁〔山本卓等〕）。

※具体例 間接強制に関する後掲裁判例のうち、⑮の事案では、広島高裁松江支部は、ウラン残土の撤去につき、専門性・費用等を理由に、代替性を欠くとして代替執行申立て却下。⑧の事案では、ビル屋上の広告板の除去につき、まず代替執行が行なわれたが、ビルの所有者が立入りを拒絶したため、執行不能となった。

(2) 代替執行の費用

代替執行の費用：授權決定費用＋作為実施費用＝執行費用（42 I。作為実施費用は執行費用となるか否かに争いがあるが、肯定するのが通説）

(ア) 執行費用の取立て（非金銭執行一般）

申立てにより、裁判所書記官は、執行費用額を確定（執行費用額確定処分。42IV以下）



上記処分を債務名義として金銭執行により取り立てる。

（金銭執行の執行費用は、その執行手続内で債務名義を要しないで同時に取り立てることができる〔42 II〕が、非金銭執行の執行費用は同時取立てができない）

(イ) 作為実施費用の前払い

申立てにより、執行裁判所は、債務者に前払いを命じる（費用前払決定。171IV）。



上記決定を債務名義として、金銭執行により取り立てる。

前払額が不足する場合は（ア）の手続（42IV）。前払額に剰余がある場合は債務者に返還。

※参考文献 園部厚『書式代替施行・間接強制・意思表示擬制の実務』。

※やや古い文献（香川・前掲注釈民執(7)〔1989〕264-265頁〔富越和厚〕）であるが、実務に関して次のような指摘がある。「現実に、作為実施費用について、支出の必要性・支出金額の相当性を執行記録から判断することができず、一般的資料から定型的に判断することも困難な実情にあり、費用額確定決定手続（筆者注：現在の（ア）の手続に相当）ではまかないきれない面を含む」。前払決定については、「作為実施前の審理であるだけに、債権者から提出される資料も概括的なものが多く、勢い、一般的積算資料を重視し、控えめに算定せざるを得ないのが実情」とされる。

	代替執行の申立て	費用前払いの申立て
平成8年	843	415
平成9年	840	437
平成10年	853	377

※司法統計年報による

(3) 目的外動産の処理 明文規定はない。不動産明渡執行の規定（168V以下等）の類推を認める見解がある（前掲『執行官提要』327頁等）。

#### IV 間接強制 (172・173)

裁判所が、債務者に対し、遅延の期間に応じ、又は相当と認める一定の期間内に履行しないときは直ちに、債務の履行を確保するために相当と認める一定の額の金銭を債権者に支払うべき旨を命じる方法により行なう強制執行 (172 I)。

執行裁判所に対する申立て

↓  
債務者の審尋  
↓

間接強制決定 (支払予告決定・強制金決定) → 執行抗告

事情変更による間接強制決定の変更決定 (不奏功の場合、将来に向かって増額する等)

間接強制金の取立て 間接強制決定を債務名義とする金銭執行 ≠ 間接強制手続

#### ※間接強制決定の主文例

「1 債務者は、別紙物件目録記載の広告物を債務者の費用で除去しなければならない。

2 債務者が本決定送達の日から7日以内に前項広告物を除去しないときは、債務者は債権者に対し、上記期間の経過の翌日から除去に至るまで、1日につき金50万円の割合による金員を支払え。」(後掲裁判例⑧)

「1 債務者は、平成15年4月13日から平成17年4月12日までの間、千葉県及び茨城県において居酒屋営業又はこれに類似する営業をしてはならない。

2 本決定送達の日から7日を経過した日以降、平成17年4月12日までの間、債務者が、前項の記載の義務に違反し、千葉県及び茨城県において居酒屋営業またはこれに類似する営業をしたときは、債務者は、債権者に対し、違反行為をした店舗1店につき、各1日につき金10万円の割合による金員を支払え。」(後掲裁判例⑩)

#### ※扶養義務等に係る金銭債務についての間接強制の特則 (167の15・167の16)

- 債務者が支払能力を欠くために債務を弁済できないとき・債務の弁済により生活が著しく窮迫するとき：申立て却下 (167の15 I 但)
- 金額決定によりとくに考慮すべき要素：債務不履行により債権者が受けるべき不利益・債務者の資力・従前の債務の履行の態様 (同II)
- 事情変更による間接強制決定の取消し：申立時まで遡及・執行停止 (同IIIIV) 等。

#### (1) 日本の間接強制の特徴

沿革：ボアソナードによるフランスのアストラントを範とする旧民法の規定。

- 間接強制の方法：拘禁 [独型] は認めず、金銭支払のみ [仏型]。
- 間接強制金の帰属：債権者 [仏型。独は国庫]。
- 間接強制金と損害賠償との関係：損害額に制限されない (172 I) [仏独と同じ] が、損害賠償に充当される (同IV) [仏独とも異なる]。

- 間接強制金の額の制限：なし（無制限に増大）。なお、変更決定（172Ⅱ）により、過去に遡って減額することはできないと解するのが一般（私見反対）。

金額を抑制する実務上の工夫として、過大な額の強制金の取立てを権利濫用とした東京高判平成17年11月30日（後掲⑨関係。謝罪広告の掲示につき1日1万円の間接強制金を定めた間接強制決定の事案で、180日を超える部分は権利の濫用になるとして、同決定に対する請求異議の訴えを一部認容）、金銭債務についての間接強制であるが、存続期間を制限する一連の裁判例（後掲⑱-㉔）がある（ただし、具体的な結論には疑問がある）。

[仏は、事後的に金額を確定するしくみを設け、原則として、遡及的な減額を認める。これを認めない場合でも、存続期間の制限が必要。

独も、事後的に金額を確定するようである。また法定の上限額がある（作為義務の場合の個々の強制金(Zwangsgeld)については2万5000ユーロ、不作為義務の場合の個々の秩序金(Ordnungsgeld)については25万ユーロを超えてはならないとされる) ]。

- 適用範囲：非金銭債務（172・173）＋扶養義務等に係る金銭債務（167の15・167の16）[仏型。独は不代替的作為・不作為債務のみ]。

## （2）間接強制金の法的性質

沿革：損害賠償（旧民法財産編386Ⅲ「償金」→旧民訴734「一定ノ賠償」「損害ノ賠償」）民執172「債務の履行を確保するために相当と認める一定の額」。損害賠償に充当。

※仏法の変遷：損害賠償 → 損害賠償とは無関係な制裁（裁判所の命令違反の制裁）

### （ア）損害賠償金説（損害賠償と解する又は損害賠償の性格を重視する立場）

従来通説・民執法立案担当者の見解。法定の又は裁判所が定める「違約金」。

### （イ）制裁金説 履行命令違反の制裁

- 山本和彦・法学研究83巻5号：債務名義に含まれる履行命令違反の制裁

- 中野・前掲：間接強制決定に含まれる「債務名義上の執行債権についての履行命令」違反の制裁。「民事執行法の規定が強制金を損害賠償に結び付けているのは、本質的に強制手段であるものがその事実的結果として債権者の損害を填補することを法が期待した結果」。

- 私見（『フランスのアストラント』[2004]）：間接強制決定に含まれる裁判所の履行命令違反の制裁。損害賠償に充当する扱いは、債務者に過酷にならないため、また債権者に過剰な利得を与えないための、便宜的な措置にすぎない。間接強制金が債権者に帰属することについては、本来的にはその全部が国に帰属するものであるが、間接強制の手続を迫行した債権者は、国の任務に協力又は代行したので、その手当てとして合理的な範囲の強制金については取得が認められるとの説明も可能ではなからうか。

### （ウ）折衷説（損害賠償と制裁の性格併有）

福岡高判平成19年10月31日（後掲最判原審）、松下淳一「扶養義務等に係る金銭債権についての間接強制」家月57巻11号16頁（「損害賠償、及び債務名義が作出されたのにもかかわらずなお履行しないことに対する制裁（、さらに権利実現に対する報償）という性格を併有する」）等。



※間接強制金の法的性質は、最判平成 21 年 4 月 21 日民集 63 卷 4 号 765 頁（「仮処分命令における保全すべき権利が、本案訴訟の判決において、当該仮処分命令の発令時から存在しなかったものと判断され、このことが事情の変更に当たるとして当該仮処分命令を取り消す旨の決定が確定した場合には、当該仮処分命令を受けた債務者は、その保全執行としてされた間接強制決定に基づき取り立てられた金銭につき、債権者に対して不当利得返還請求をすることができる」とする）に関連して問題とされたが、同判決自体はその立場を明らかにしていない。

### （３）間接強制金の額

- 裁判例にみられる金額決定の考慮要素：不履行の状況・債務者の資力・損害・債務の性質。すなわち金銭債務に関する 167 の 15Ⅱを類推適用するような扱い。

- 私見もこの類推適用を認める。もっとも、167 の 15Ⅱが挙げる「債務不履行により債権者が受けるべき不利益」よりも、債務者が得る利益が重要と解する（拙稿「間接強制決定に関する覚書」小島古稀上）。

### （４）間接強制の問題点

基本的な視点：実効性確保・過酷執行防止（・間接強制金の取得者の利益の過剰防止）

- 過酷執行のおそれ

一般的に指摘されていることではないが、私見としては、現行の間接強制は、強制金の額を制限・調整するしくみを欠くため、強制金が無制限に積みあがり、過大になるおそれが大きいと考える（前掲東京高判平成 17 年 11 月 30 日参照）。損害賠償に充当する扱いは、一定の歯止めにはなるが、決定的なものではない。強制金が過大になるのを防ぐため、原則として存続期間を定める運用をすること（期間経過後、同一債務名義に基づいて再度の間接強制決定を求めることも可能と解する）、また、変更決定（172Ⅱ）により事後的な減額を認めるべきであろう。立法論としては、事後的に金額を確定するしくみを導入することが考えられる。

- 実効性に関して

間接強制は、広義では、義務者に対し、不履行の場合に一定の不利益を与える旨を予告することにより心理的圧迫を加えて、義務の履行を強制するものである。日本のように、この不利益を金銭の支払に限定する間接強制は、無資力者に対して、実効性を欠くことは明らかであるが、こうした限界を認めつつ、個別的事情に即した柔軟な強制手段として活用の方途を考えるべきである。無資力者に対しても実効的な間接強制を設けようとするならば、ドイツのように拘禁を用いることも考えられるが、これは人格尊重の理念との関係で問題があり（独でも議論があるとされる）、拘禁以外の方法が望ましい（履行を確保すべき義務の内容・類型に応じて、不利益を設定することになるだろうか）。

ところで、現行の間接強制では、奏功しない場合に更なる心理的圧迫を加える方法は、強制金の増額のみであり（なお、間接強制手続外であるが、強制金取立ての執行開始も、心理的圧迫となる）、この点が一つの問題であろう。上述の事後的に金額を確定するしくみの導入は、間接強制の手続に節目を設け、累積額を債務者に認識させることで、実効性向上につながる面もあるように思う（もっとも、債権者の負担は増加する）。なお、事後的に減額する措置は、緩やかに運用すると、実効性を低下させるが、厳格にすれば、そのおそれは小さく、むしろ、債務者に履行のインセンティブを与えうると思う。

間接強制金の額（非金銭債務）

裁判年月日等	債務類型（〔 〕は債務名義の種類）	強制金額
①大分地佐伯支決昭和 61 年 9 月 22 日（大分地佐伯支判平成 6 年 8 月 31 日判時 1517 号 152 頁）	会計帳簿類の閲覧謄写 [判決]	1 日 5000 円
②静岡地浜松支決昭和 62 年 11 月 20 日判時 1259 号 107 頁	暴力団の組事務所としての建物使用禁止 [仮処分]	違反 1 日 100 万円
③旭川家決平成元年 9 月 25 日家月 41 卷 12 号 129 頁	子の引渡し [審判]	1 日 3 万円
④前橋地高崎支決平成 3 年 3 月 5 日（東京高決平成 3 年 5 月 29 日判時 1397 号 24 頁・判タ 768 号 234 頁）	建築工事妨害禁止 [仮処分]	違反 1 日 50 万円
⑤大阪地堺支決平成 3 年 12 月 27 日判時 1416 号 120 頁	暴力団の組事務所としての建物使用禁止 [仮処分]	違反 1 日 100 万円
⑥東京地決平成 4 年 8 月 28 日（東京地判平成 6 年 1 月 28 日判タ 851 号 286 頁）	（病院の）土地建物の立入禁止、近隣での発言連呼・ビラ配りの禁止 [仮処分]	違反 1 日 20 万円
⑦東京地八王子支決平成 7 年 5 月 8 日（東京高決平成 7 年 6 月 26 日判時 1541 号 100 頁）。東京地八王子支決平成 7 年 7 月 3 日（東京高決平成 7 年 9 月 1 日判時 1541 号 100 頁）	廃棄物処分場に関する資料の閲覧謄写 [仮処分] ※債務者：東京都三多摩地域廃棄物広域処分組合・日の出町。 債権者：日の出町住民。	1 日 15 万円 →30 万円に変更。 ※総額 1 億 9095 万円（後に返還）
⑧東京地決平成 11 年 1 月 18 日判時 1679 号 51 頁判タ 1004 号 270 頁	ビル屋上の広告板の除去 [判決]	1 日 50 万円
⑨横浜地決平成 11 年 8 月 5 日（東京高判平成 17 年 11 月 30 日判時 1935 号 61 頁）	（報告書及びマンション掲示場における）謝罪広告の掲示 [判決]	各債務当たり 1 日 1 万円 ※総額 3484 万円の強制執行。180 万円を超える執行不許。
⑩福岡地決平成 12 年 10 月 2 日・平成 15 年 7 月 18 日（最判平成 21 年 4 月 21 日民集 63 卷 4 号 765 頁）	商標権処分禁止 [仮処分]	違反 1 日 5 万円 →10 万円に変更。 ※総額 1 億 8610 万円（後に返還）
⑪高松家審平成 14 年 6 月 25 日家月 55 卷 4 号 69 頁	（毎月 2 回の）面接交渉 [調停調書]	不履行 1 回 5 万円
⑫神戸家決平成 14 年 8 月 12 日家月 56 卷 147 頁	（毎月少なくとも 2 回の）面接交渉 [調停調書]	不履行 1 回 20 万円
⑬福岡地決平成 15 年 7 月 22 日・平成 16 年 3 月 31 日（福岡高判平成 17 年 6 月 1 日判タ 1259 号 336 頁）	取引禁止 [和解調書]	違反 1 日 100 万円 違反 1 日 50 万円

⑭大阪地決平成 16 年 5 月 26 日 (裁判所 HP)	(11 文書を電磁的記録に変換した) 情報のサイトからの削除 [仮処分]	1 日 11 万円
⑮鳥取地決平成 16 年 12 月 8 日 (拙稿「間接強制と他の執行方法」判タ 1217 号 75 頁。広島高松江支決平成 17 年 2 月 24 日の原審)。	ウラン残土 (ウラン鉱石採取の際に生じた土砂) の撤去 [判決] 残土 1 (袋詰、約 290 m <sup>3</sup> ) 残土 2・3 (土地と一体化、約 2710 m <sup>3</sup> ) ※債務者: 核燃料サイクル開発機構 (日本原子力研究開発機構)。 債権者: 住民で構成された団体	残土 1 の撤去 : 1 日 75 万円 残土 2・3 の撤去 : 1 日 5 万円 ※総額 1 億 4325 円支払
⑯東京地決平成 17 年 3 月 10 日 (最決平成 17 年 12 月 9 日民集 59 卷 10 号 2889 頁の原々審)	居酒屋営業の禁止 (2 年間。フランチャイズ契約の競業禁止条項に基づく) [判決]	違反店 1 店舗につき 1 日 10 万円
⑰東京地決平成 21 年 8 月 13 日判時 2055 号 99 頁・判タ 1308 号 299 頁	クレジットカードの会員に対する年会費徴収禁止 [仮処分]	20 億円

扶養義務等に係る金銭債務の間接強制 間接強制金の額 ※小数点第二位四捨五入

裁判年月日	債権額	1日あたりの強制金額	存続期間	強制金総額の上限	強制金 / 債権額※
⑱旭川家決平成 17 年 9 月 27 日家月 58 卷 2 号 172 頁	104 万 5000 円 (未払分 47 万 5000 円 + 将来分 9 万 5000 円 × 6 月)	3000 円	未払分 150 日 将来分 30 日	99 万円 (未払分 45 万円 + 将来分 54 万円)	94.7%
⑲横浜家川崎支決平成 19 年 1 月 10 日家月 60 卷 4 号 82 頁	120 万円 (未払分)	一時金 24 万円 + 2000 円	4 月	48 万円 (但し 1 月 = 30 日で計算)	40.0%
⑳大阪家決平成 19 年 3 月 15 日家月 60 卷 4 号 87 頁	172 万円 (未払分 142 万円 + 将来分 6 万円 × 5 月)	1000 円	未払分 120 日 将来分 30 日	27 万円 (未払分 12 万円 + 将来分 15 万円)	15.7%
㉑横浜家決平成 19 年 9 月 3 日家月 60 卷 4 号 90 頁	87 万円 (未払分)	5000 円	175 日	87 万 5000 円	100.6%
㉒広島家決平成 19 年 11 月 22 日家月 60 卷 4 号 92 頁	80 万円 (未払分 50 万円 + 将来分 5 万円 × 6 月)	1000 円	未払分 180 日 将来分 30 日	36 万円 (未払分 18 万円 + 将来分 18 万円)	45.0%

結びに代えて

民事執行は、金銭債権の実現手続を中心とする。とくに不動産競売に関しては、法改正により著しい改善がみられる。一方、非金銭債権の実現手続については、利用も少なく、法整備もあまり進んでいない。とはいえ、民事執行の状況等に鑑み、若干付言する。見当違いを御海容頂ければ幸いである。

(ア) 不動産競売の改善からの示唆

- 執行事件を専門的・集中的に扱う組織の必要（地裁の執行専門部・執行官制度の改革）
- 執行官の活用の可能性：執行官は引渡執行・代替執行のノウハウを有し、各地裁に配置されている。地方自治体における行政上の義務の履行確保について、執行官と協力することも考えられないであろうか。

(イ) 行政代執行に関する問題についての民事執行法からの示唆

行政代執行にみられる問題の一部（目的外動産の処理や執行費用回収の困難）は、民事執行にも共通。

- 目的外動産の処理

民事執行では、目的外動産の保管費用は執行費用とされている（168VII）

即時売却（平15改正。168VI・規154の2）のような長期保管を避ける工夫  
無価値として廃棄処分とする扱いの弾力化や一定期間内に引取りがない場合に所有権放棄を擬制する扱いを許容することも考えられよう。

- 執行費用の回収

民事執行では、代替執行の作為実施費用の前払いを命じる制度は存在する（171IV）  
もっとも、実際に、執行費用を取り立てることは困難とみられる。

(ウ) 間接強制の制度設計

前述のように、間接強制については様々な制度設計が考えられる。金銭支払のみを予定する間接強制については、限界を認めつつ、柔軟な制度として設計することが望ましい。1つの行き方としては、フランスの制度に準じて、発令の段階では、原則として、履行を促すための猶予期間・強制金が発生する存続期間を定め、事後的に金額を確定し、慎重を要するが、義務者の履行努力を考慮して、減額を認めることが考えられる。悪質な義務者には、不履行による利益を上回る高額な強制金を課す必要もある。

(エ) 義務者自身の履行を促す工夫

民事執行の分野では、執行妨害には厳しく対処し、権利実現の実効性を追及する一方、近時は、義務者側の事情にも配慮して、義務者自身の履行を促す工夫も重視される（不動産明渡執行における明渡しの催告の導入・間接強制の適用範囲拡大、和解的執行・執行ADRのような発想等）。こうした方向は、過酷執行禁止・執行の経済的効率の要請にかなうものとして、注目に値しよう。

## 行政上の義務の民事的執行

行政上の義務違反に対して、行政が代執行等によって自力執行するのではなく、裁判所に訴えて、民事上の強制執行制度を用いて、義務の履行を確保できるか否か  
⇒立退きや工事続行中止などの非代替的作為義務や不作為義務について、活用が期待できる



多くの学説はこれを積極的に解していた。  
下級審では、これを認める裁判例もあった。

## 平成14年7月9日 宝塚市パチンコ条例最高裁判決

(概要) 宝塚市が条例に基づいてパチンコ店の建築工事の中止命令を発したが、相手方がこれに従わなかったため、工事の続行を禁止を求めて、民事訴訟法に基づく訴えを提起

(判決要旨) 国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである  
→宝塚市の訴えを却下



行政上の義務について民事的執行により履行確保する途が閉ざされた

	一般制度	個別法	刑事・民事	その他
戦前	<b>M33 行政執行法制定</b> ・行政上の強制執行について包括的に定める一般法	<b>M30 砂防法制定</b> ・執行罰を規定	<b>M19 違警罪即決例制定</b> ・警察署長が違警罪(拘留、科料相当の罪)を即決可能	
戦後改革期	<b>S23 行政執行法廃止 行政代執行法制定</b> ・行政上の強制執行として、代執行についてのみ規定		<b>S22 違警罪即決例廃止</b>	【～昭和30年代】 戦前の公権力濫用の反省から、抑制的な強制執行制度のあり方を評価する時代背景
昭和		<b>S27 屋外広告物法改正</b> ・略式代執行を規定 <b>S38 屋外広告物法改正</b> ・簡易除却を規定 <b>S45 建築基準法改正</b> ・代執行の要件緩和 <b>S53 成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法制定</b> ・議員立法による直接強制の創設	<b>S42 道路交通法改正</b> ・反則金の導入	【昭和40年代～】 国民の生命、健康、生活を守るために、公権力を活用すべきとの意識の高まり 〈背景〉 ・公害や都市問題の顕在化 ・革新自治体の登場・拡大等
平成		<b>H10 感染症予防法改正</b> ・勧告つきの即時強制の導入 <b>H17 独占禁止法改正</b> ・課徴金水準の引上げ	<b>H3 刑法改正</b> ・罰金の額の引上げ <b>H11 地方自治法改正</b> ・条例による過料の導入 <b>H15 民事執行法改正</b> <b>H16 民事執行法改正</b> ・不動産の明渡し等について <b>H16 道路交通法改正</b> ・放置違反金の導入	<b>H14 宝塚市パチンコ条例 最高裁判決</b> ・行政上の義務の民事的執行を否定 <b>H16 行政事件訴訟法改正</b> ・非申請型義務付け訴訟を規定 <b>H21 福津市最終処分場事件 最高裁判決</b> ・公害防止協定の法的拘束力を肯定
		<div style="border: 1px dashed black; padding: 5px;">                     経済法分野での課徴金活用論の高まり                 </div>		

## (事案の概要)

福岡県の産廃最終処分場周辺で、地下水などが汚染されているとして、近隣住民が県に対し、行政事件訴訟法に基づき、主位的に産廃撤去の代執行を、予備的に措置命令の発出を行うよう求めたもの。

## 福岡高裁判決(平成23年2月7日)

### (主文)

- 県による代執行の実施の請求は棄却する。
- 県は、産廃業者に対し、廃掃法に基づき、生活環境保全上の支障の除去又は発生の防止のために必要な措置を講ずべきことを命ぜよ。

### (理由)

- 廃掃法に基づく権限は、周辺住民の生命、健康の保護を主要な目的として、適時にかつ適切に行使されるべきもの。
- 県が廃掃法に基づく規制権限を行使せず、措置命令を発出しないことは、規制権限を定めた法の趣旨、目的やその権限の性質等に照らし、著しく合理性を欠くものであって、その裁量権の範囲を超えもしくはその濫用になると認められる。

## 最高裁決定(平成24年7月3日)

福岡県の上告を棄却 = 2審(県の敗訴)確定

## 【参考1】行政事件訴訟法(抄) (昭和三十七年五月十六日法律第百三十九号)

(抗告訴訟)

第三条 (略)

1～5 (略)

6 この法律において「義務付けの訴え」とは、次に掲げる場合において、行政庁がその処分又は裁決すべき旨を命ずることを求める訴訟をいう。

- 一 行政庁が一定の処分をすべきであるにかかわらずこれがされないとき(次号に掲げる場合を除く。)
- 二 行政庁に対し一定の処分又は裁決を求める旨の法令に基づく申請又は審査請求がされた場合において、当該行政庁がその処分又は裁決をすべきであるにかかわらずこれがされないとき。

(義務付けの訴えの要件等)

第三十七条の二 第三条第六項第一号に掲げる場合において、義務付けの訴えは、一定の処分がされないことにより重大な損害を生ずるおそれがあり、かつ、その損害を避けるため他に適当な方法がないときに限り、提起することができる。

2 裁判所は、前項に規定する重大な損害を生ずるか否かを判断するに当たっては、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度並びに処分内容及び性質をも勘案するものとする。

3 第一項の義務付けの訴えは、行政庁が一定の処分をすべき旨を命ずることを求めるにつき法律上の利益を有する者に限り、提起することができる。

4 前項に規定する法律上の利益の有無の判断については、第九条第二項の規定を準用する。

5 義務付けの訴えが第一項及び第三項に規定する要件に該当する場合において、その義務付けの訴えに係る処分につき、行政庁がその処分をすべきであることがその処分の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ又は行政庁がその処分をしないことがその裁量権の範囲を超え若しくはその濫用となると認められるときは、裁判所は、行政庁がその処分をすべき旨を命ずる判決をする。



## 【参考2】代執行の発動に関する裁量に関する判例及び学説

○東京高判昭和42・10・26

(事案の概要)

隣家の建築基準法違反の増築により日照通風が悪化し、転居を余儀なくされた者が、東京都に対し、違法建築に対して代執行などの必要な措置をとらなかった違法があるとして、国家賠償法に基づく賠償を請求したものの。

(主文)

○都に対する請求を棄却する。

(理由)

○行政上の強制執行は国民の私権に深く関わりをもつものであるから、たとえ（これをなすべき）法律上の要件を具備したからといって、行政庁が常に必ずこれをなすべき義務と責任を負うものということはできない。

○強制力の行使は元来当該行政庁の自由裁量に委ねることを本旨とすべく、その自由裁量が著しく合理性を欠くと考えられるときに初めて裁判による司法的審査の対象とされる。

○都は代執行を行わなかったことが著しく合理性を欠くものとは断定するに困難である。

○塩野宏「行政法Ⅰ 第5版」P233

なお、法律上の要件が充足すると行政庁には代執行の権限が生ずるが、その権限をいつどのように発動するかは行政庁の（効果）裁量に属する（参照、東京高判昭和42・10・26）

# ドイツのOrdnungsamt(秩序維持部・仮訳)

資料5

- Ordnungsamtは、警察系統組織とは別に、市長部局に置かれる秩序維持を担当する部局。
- 公共の場での秩序維持、衛生、環境等の分野における監督・取締り等(行政警察機能)を担当。

## デュッセルドルフ市の例

- 1998年設置
- 現場スタッフ 1998年 24名  
→2008年 150名に拡充
- 制服を着用して、終日パトロールを実施
- 任務
  - ・道路、広場、緑地帯の監督
  - ・飲食店、宿泊施設の監督
  - ・犬に関する州法の遵守監督
  - ・非喫煙者保護法の遵守監督
  - ・騒音、異臭などに関する苦情処理
  - ・青少年保護
  - ・価格表示に関する取締り など
- 設置根拠・権限  
州秩序維持局法。同法により、尋問、召還などの権限が認められている。
- 警察との関係  
同法において、警察による執行力の援助を規定。
- 取扱件数  
約18万件(2007年)  
(うち、9割がパトロール中のもの、1割が通報によるもの)

