

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8回)

議 事 次 第

平成25年1月23日(水)  
13:30~15:30  
総務省 8階 国地方係争処理委員会室

(議事次第)

1. 開会
2. 行政上の実効性確保に関する論点について
3. 意見交換
4. その他
5. 閉会

(配付資料)

- 資料1 行政上の実効性確保に関する論点について  
資料2 論点関連資料

## 行政上の実効性確保に関する論点について

○：これまでの議論で触れたもの

◎：これまでの議論で触れたもので、今回、資料を追加しているもの

☆：議論が必要なもの

論点	前回までの資料	今回の資料	次回 予定※
<b>1. 前提</b>			
(1) ○地方自治体における規制を伴う施策の動向はどのようなものか。	第1回資料2	—	
(2) ○行政上の義務履行確保に関する諸制度にはどのようなものがあるか。	第1回資料3	—	
<b>2. 行政上の強制執行に関する制度の現状等</b>			
(1) ◎行政上の強制執行の活用実態はどうなっているか。	第1回資料4	論点2 (1)	
(2) ○行政刑罰への過度の依存、機能不全が指摘されるがどうか。	第3回資料1 (川出委員)	—	
(3) ◎戦後の執行罰の廃止(縮小)の経緯をどう考えるか。	第6回資料1 (西津委員)	論点2 (3)	
(4) ◎行政上の強制執行に関する戦後の改革議論はどのような流れであったか。	第2回資料3	論点2 (4)	
<b>3. 本検討会のスタンスと改革に向けた課題</b>			
(1) ◎行政目的の達成と行政上の強制執行の関係について、どのように考えるか。	—	論点3 (1)	
(2) ☆現行制度下での行政上の強制執行の適切な活用の課題は何か。	—	—	○
(3) ☆行政上の強制執行の適切な活用に向けた課題はどのようなものか。	—	—	○
(4) ◎規制の創設に際して、必ずしも履行確保まで見通して立案されていない現状をどう見るか。	—	論点3 (4)	

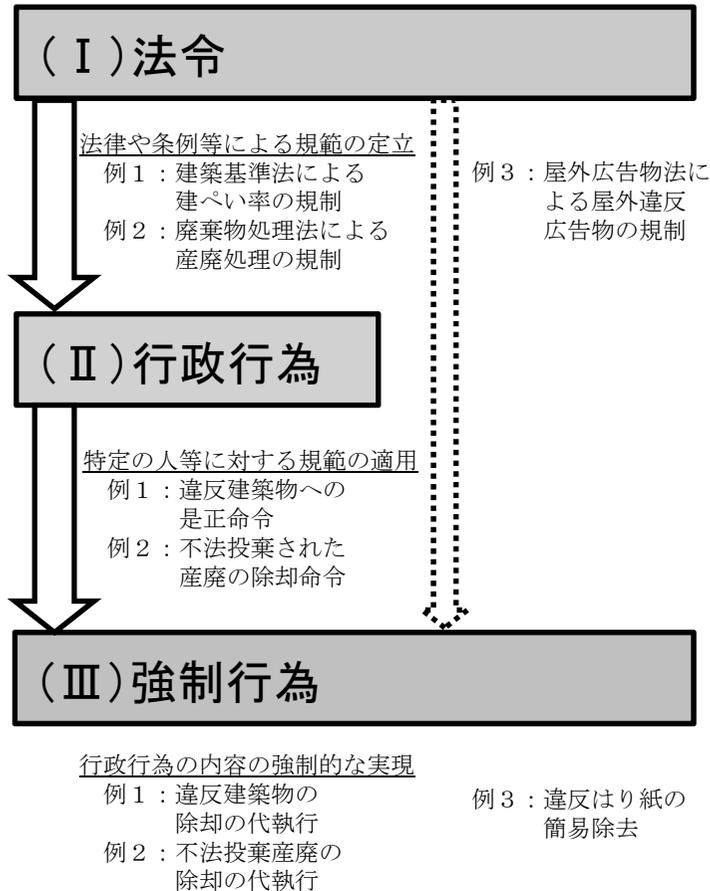
論点	前回までの資料	今回の資料	次回予定※
(5) ◎罰則の立案手続と比べて、行政上の強制執行手段の立案手続は適切か。	—	論点 3 (5)	
<b>4. 現行制度の活用・拡充</b>			
(1) ◎代執行：略式代執行の創設により代執行の活用は促進されているか。	第1回資料4 第2回資料3	論点 4 (1)	
(2) ○直接強制：直接強制はごくわずかの法令で定めているのみであるが、その現状をどうみるか。即時執行の便宜的な活用が見られるのではないか。	第1回資料3 第4回資料2	—	
(3) ◎間接強制：課徴金に関する制度の進展が参考になるのではないか。	—	論点 4 (3)	
(4) ☆地方自治体において代執行を予定した独自条例が制定されている現状をどう評価するか。	第1回資料5 第4回資料2	—	
(5) ○地方自治体の条例における行政上の強制執行の位置づけや取扱いに問題はないか。	第4回資料2	—	
(6) ☆現行制度下での活用・拡充を進めたときに顕在化する問題・論点はどのようなことが考えられるか。	—	—	○
<b>5. 体系的な制度整備（又は将来的な制度改革）</b>			
(1) ☆体系的に整備する必要性や意義をどう考えるか。	—	—	○
(2) ☆施策立案者・執行者、対象者、国民にとって、透明性や活用可能性を高めるためには、どうしたら良いか。	—	—	○
(3) ◎民事法との関係：民事執行における直接強制中心主義との異同をどう考えるか。近年の民事執行における間接強制の拡充との関係をどう考えるか。	第2回資料1 (大濱委員) 第7回資料1 (太田委員)	論点 5 (3)	

論点	前回までの資料	今回の資料	次回予定※
(4) ☆具体的に、施策立案時に規制と強制執行手段をセットで法制化することが考えられるか。また、行政上の強制執行制度のメニュー化、ルール化を行うことが考えられるか。	—	論点 5 (4)	
(5) ☆行政上の強制執行と司法の関与との関係をどう考えるか。	—	論点 5 (5)	
(6) ☆行政上の強制執行と手続の充実をどう考えるか。	第7回資料1 (太田委員)	論点 5 (6)	
6. 残された課題にはどのようなものがあるか。	—	—	○

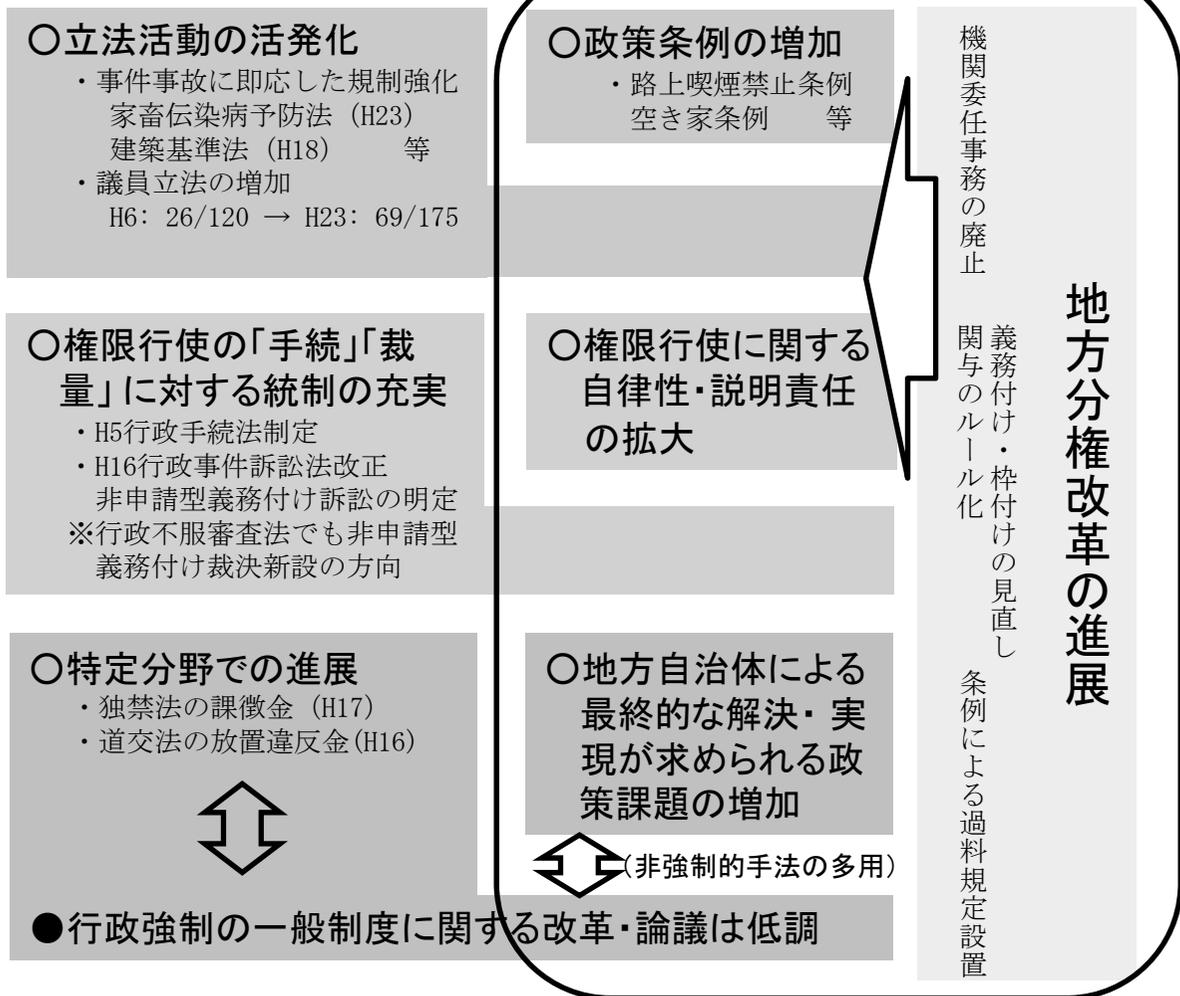
※次回、報告書骨子案の中で提示予定

## 地方自治体における行政の実効性を確保するための課題は何か？

### 行政の活動プロセス



### 近年の動向



行政上の義務の実効性確保

(1) 義務履行強制

(行政上の強制執行制度)

(2) 義務違反の制裁

# 行政上の義務の実効性確保に関する現行制度の概観

## (1) 義務履行強制(行政上の強制執行制度)

種類	概要	根拠法	想定される適用例
行政代執行	代替的作為義務について、行政機関が義務者に代わって自らその行為を行い、または第三者に行わせ、要した費用を義務者から徴収するもの ※非代替的作為義務(例:明渡しや立退き)、不作為義務(例:営業の停止)は対象外	行政代執行法 建築基準法9条12項 等	違反建築物について、除却命令が履行されない場合、行政が代わって解体
直接強制	行政機関が義務者の身体または財産に実力を加えることにより、義務が履行されたのと同様の状態を直接に実現するもの	学校施設の確保に関する政令21条 成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法3条8項	成田空港周辺の団結小屋の除去
間接強制(執行罰)	行政機関が義務者に対しあらかじめ予告したうえで、期限内に義務が履行されない場合には一定の罰(過料)を科することとし、それによって義務の履行を確保しようとするもの	砂防法36条	砂防工事を拒否する土地所有者に対して、過料を科すことを予告して工事の受入れを命令
行政上の強制徴収	行政上の金銭支払い義務について、行政機関が強制的な手段を用いて義務が履行されたのと同様の状態を実現するもの	国税徴収法47条以下 地方税法、行政代執行法等で準用	税の滞納者への差押え、換価、徴収

※なお、即時執行(義務があらかじめ命じられることを前提とせず、直接に行政上の望ましい状態を実現する手法。例えば、違反屋外広告物の簡易除却)は、命じられた義務の履行強制にはあたらないが、行政上の義務の実効性確保に関するものと位置づけることができる。

# 行政上の義務の実効性確保に関する現行制度の概観

## (2) 義務違反の制裁

種類		概要	根拠法	想定される適用例
行政罰	行政刑罰	行政上の義務違反に対する制裁として科される刑罰 (死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、没収)	個別法多数	(例: 消防法) 消防用設備等の設置基準違反に対する措置命令にも関わらず、設置しなかった者は、1年以下の懲役又は百万円以下の罰金
	過料	行政上の義務違反に対する制裁として科されるもので刑罰ではない金銭罰	個別法多数	(例: 住民基本台帳法) 正当な理由がなく、転出入の届出をしない者は5万円以下の過料
租税犯則通告処分制度		間接国税・関税等に関して、罰金又は科料に相当する金額等を納付すべきことを通告するもの 納付したときは公訴を提起されないが、納付しないときには通常の刑事手続に移行する	国税犯則取締法14条以下	揮発油税の脱税に対する通告処分
交通反則金制度		道路交通法違反行為に関して、反則金の納付を告知するもの。告知された者が納付したときは公訴を提起されないが、納付しないときには通常の刑事手続に移行する	道路交通法125条以下	スピード違反に対する反則金

# 行政上の義務の実効性確保に関する現行制度の概観

## (2) 義務違反の制裁(つづき)

種類	概要	根拠法	想定される適用例
加算税	申告、納付等の法律上の義務を果たさない場合に課す金銭的不利益	国税通則法65条以下	所得隠しに対する重加算税
課徴金	義務違反行為によって生じた利益を剥奪する等のため、違反者に対して課す金銭的不利益 ※現在の独禁法では、違反行為防止の実効性を確保するため、カルテル等の不法利得相当額を超えて徴収	独占禁止法7条の2第1項 等	カルテルを行っていた事業者に対する課徴金
公表	義務の不履行があった場合に、その事実を一般的に公表するもの	国民生活安定緊急措置法6条 等	主務大臣から標準価格等の表示の指示を受けた小売業者が、指示に従わなかったとき、その旨を公表

※義務違反の制裁については、これがあらかじめ定められることにより、義務履行強制の機能・効果を併せ持つ。

このため、具体的な制度を義務履行強制と制裁のいずれに区分するかについては、様々な考え方がある。

※課徴金については、法的な義務の不履行に対する制裁として設けられるもののほかに、国民生活安定緊急措置法の課徴金(特定標準価格を超える部分に係る利益を吸い上げるもの)など、制裁以外の目的のために設けられるものがあり、これらをどのように把握・整理するかは様々な考え方がある。

※公表については、法的な義務の不履行に対する制裁として設けられるもののほかに、行政指導への不服従に対する制裁や第三者保護のための情報提供などを目的として設けられるものがあり、これらをどのように把握・整理するかは様々な考え方がある。

## 論点2(1) 行政上の強制執行の活用実態

違反屋外広告物や産業廃棄物の不法投棄への対応をみると、措置命令が発出されるケースは少なく、行政上の強制執行に至る例はさらに限られる。

⇒行政上の強制執行は十分に活用されていないのではないか。

### 【参考】関連する学説

#### ○屋外広告物行政：西津政信『間接行政強制制度の研究』P3、2006年

旧建設省が平成10年度に73都道府県市を対象として実施した調査によれば、全国の違反屋外広告物の総数は不明であるが、17地方公共団体が実態調査を実施しており、1団体当たり平均で約7万件を超える違反広告物が存在している。これに対し平成10年度において、これら17地方公共団体に限らず、全国でなされた簡易除却の実績は24,417回、6,747,315件と多数に上っているが、他方、措置（是正）命令の件数は約7,200件にすぎず、さらにこのうち命令に従ったものは約2,600件である。また、同じく全国で、相手方不明による略式代執行は159回（約5,300件）行われたが、行政代執行法に基づく代執行の事例はなしとされている（屋外広告物基本問題検討委員会事務局（1999））。

#### ○建築行政：福井秀夫「行政代執行制度の課題」『公法研究』58号、P206、1996年

1993年度には全国で建築基準法9条による除却等の措置命令をした建築物件数1,164件、行政指導をした建築物件数14,097件、違反建築物の総件数15,268件となっている。これに対して、是正がなされたものは計6,411件、全体の42.0%にとどまる。（略）

代執行の実施状況をみると代執行手続きに入ったものの件数はここ約20年にわたって毎年0から3件であり、それが実行にいたったものについては0又は1件にとどまっている。（中略）是正命令によっても是正がなされない案件は、1976年以降毎年千件前後あるが、これらのうち代執行手続きによって是正されるものは、多くてもわずか数件にすぎないのである。

○建築行政：宮崎良夫「行政法の実効性の確保」『行政法の諸問題 上』P228、1990年

東京都が1980年（昭和55年）4月から1985年（昭和60年）9月までに集計した「違反建築物取扱い状況」である。（略）違反建築物件数の総数26,786件のうち約57パーセントにあたる15,216件が行政指導による是正勧告によって処分済みとされている。そして、建築基準法9条1項による是正命令の総数は163件であり、行政代執行の手続きがとられた件数はゼロである。（略）

昭和40年度から昭和50年度までの代執行実施件数を示している。（中略）戒告、代執行令書の通知といった代執行の手続きがとられた件数は、右11年の間に103件であり、実際に代執行を実施した件数は27件である。そして、東京都では、昭和50年2月に代執行が実施された例が最後であったといわれており、その後代執行は行われていないという。

○産業廃棄物行政：北村喜宣「行政執行過程と自治体」P110、1997年

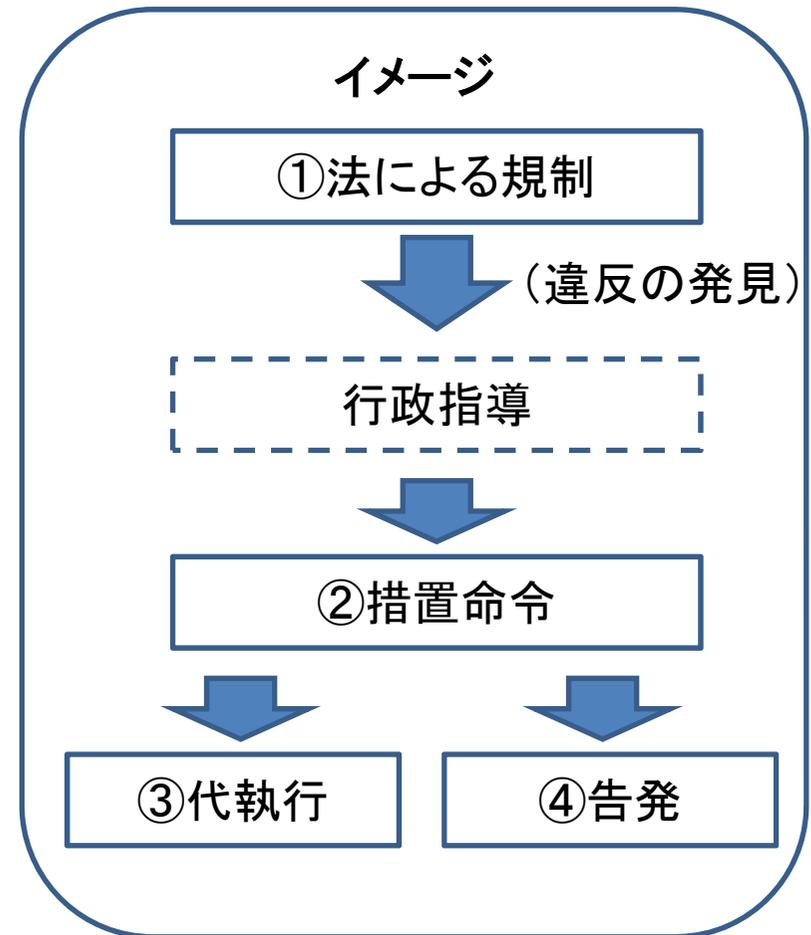
行政措置としては、行政指導が圧倒的であって、（中略）不法投棄に対する措置命令は、きわめて少ない。

# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(①建築行政)

【参考】第1回資料4

(参考)違反建築物に対する対応

- ①建築基準法において、建築物に対する規制がなされている。  
例)建ぺい率:建築面積の敷地面積に対する割合。  
用途地域に応じて上限が定められている。(法第53条)
- ②違反建築物に対して、特定行政庁は、除去等の違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。(法第9条第1項)
- ③特定行政庁は、措置命令を行った場合、次の時は代執行できる。(法第9条第12項)
  - ・命ぜられた者が履行しないとき
  - ・履行しても十分でないとき
  - ・履行しても期限までに完了する見込みがないとき。
- ④また、告発を行い、刑事処分を求めることができる。
  - ・法第9条第1項の違反は、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金(法第98条)



## 行政上の義務の実効性確保に関する現状(②廃棄物行政)

### 産業廃棄物の不法投棄への対応状況(平成22年度末時点)

○平成22年度末において都道府県及び指定都市が把握した産業廃棄物の不法投棄(1件当たりの残存量が10t以上のものに限る。)

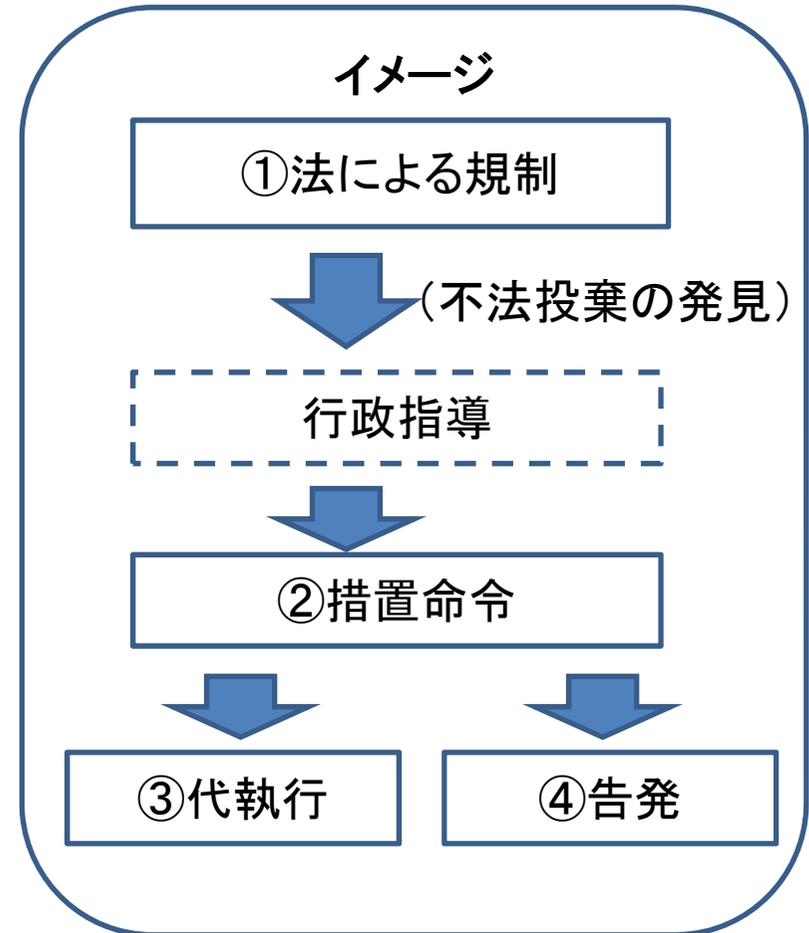
区分	残存件数	残存量
措置命令発出済	4.3% (112件)	50.1% (893万トン)
行政代執行着手済	0.6% (15件)	30.0% (534万トン)
未着手	3.7% (97件)	20.1% (359万トン)
措置命令未発出	95.7% (2498件)	49.9% (889万トン)
行政指導等対応	72.0% (1879件)	40.0% (713万トン)
実行者不明、対応なし	23.7% (619件)	9.9% (176万トン)
合計	2610件	1781万6521トン

※行政指導等対応とは、行政指導、立入検査、事業の停止等を指す。

# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(②廃棄物行政)

(参考)産業廃棄物の不法投棄に対する対応

- ①廃棄物の処理及び清掃に関する法律において、廃棄物の処理について規制がなされている。
- ②不法投棄に対して、生活環境の保全上の支障がある場合、知事は処分者等に対して、除去等の措置を命ずることができる。(法第19条の5第1項)
- ③知事は、措置命令を行った場合、次のときは、代執行できる。(法第19条の8第1項第1号)
  - ・措置を講じないとき
  - ・講じても十分でないとき
  - ・講ずる見込みがないとき
- ④また、告発を行い、刑事処分を求めることができる。
  - ・法第19条の5第1項の違反は、5年以下の懲役又は1,000万円以下の罰金(法第25条第1項第5号)



# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(③屋外広告行政)

## 違反広告物に対する措置の状況

○単年度及び累計の違反広告物に対する措置数は未把握

(参考)平成20～22年度における違反広告物に対する措置の状況

出典:国土交通省平成23年度政策レビュー「美しい国づくり政策大綱」

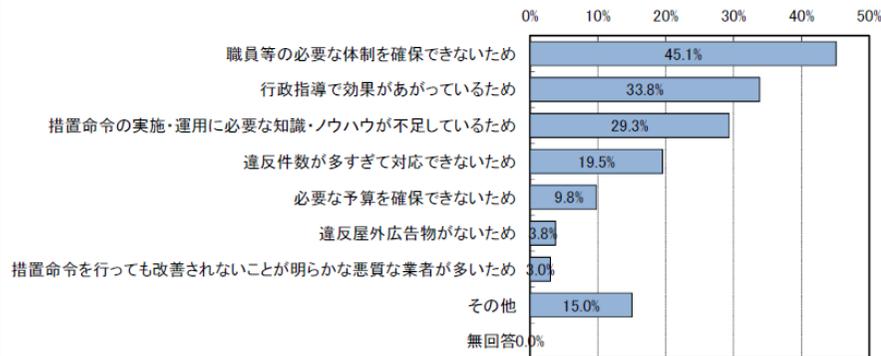
区分	実施した	実施しなかった	備考
措置命令	8.1%(12団体)	89.9%(133団体)	
行政代執行	0.0%(0団体)	97.3%(144団体)	措置命令の年度に関わらず H20～22に実施された件数
略式代執行	2.7%(4団体)	94.6%(140団体)	公告の年度に関わらず H20～22に実施された件数
簡易除却	92.6%(137団体)	6.1%(9団体)	H22実績 347万枚余の違反広告物を 除去

※屋外広告物条例を制定している地方自治体148団体(47都道府県、19政令指定都市、41中核市、41市町村(平成23年9月1日現在))を対象に調査。

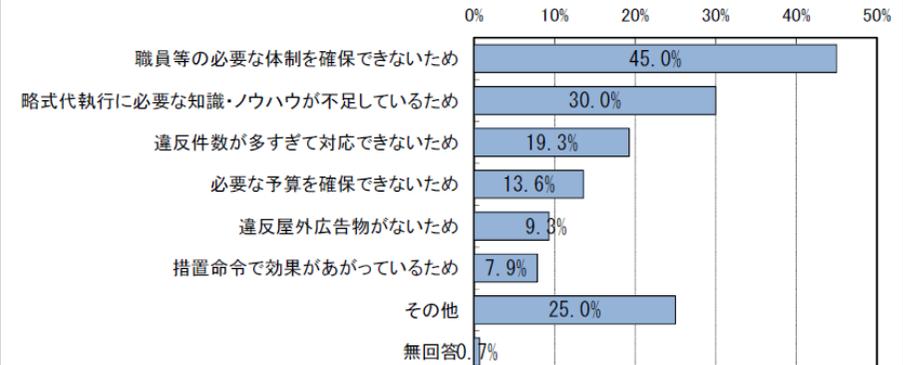
※無回答等があるため、合計は一致しない。

# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(③屋外広告行政)

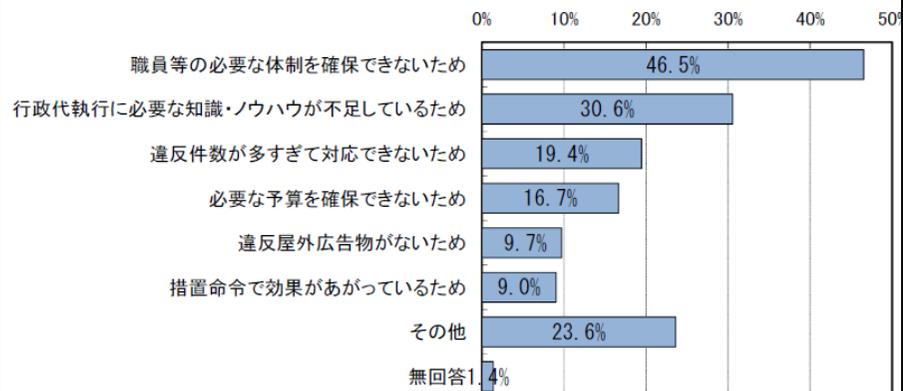
○措置命令を行わなかった理由(複数回答可)  
(H23年9月1日時点、措置命令を行わなかった理由 n=133)



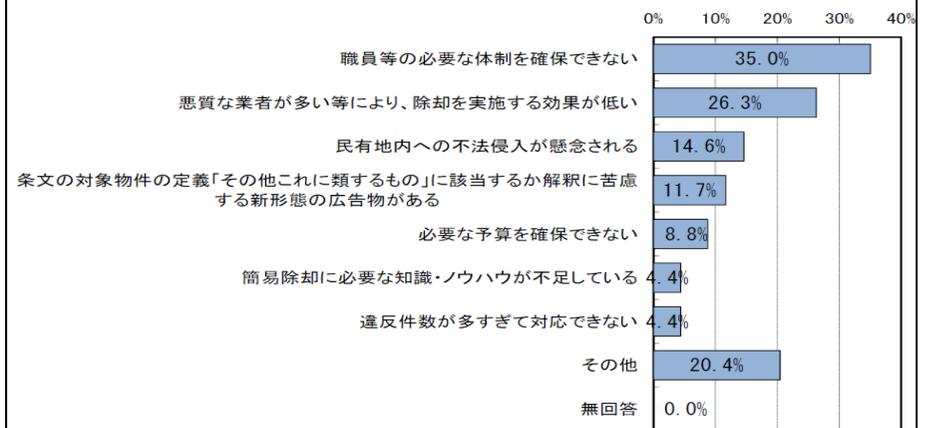
○略式代執行を行わなかった理由(複数回答可)  
(H23年9月1日時点、略式代執行を行わなかった理由 n=140)



○行政代執行を行わなかった理由(複数回答可)  
(H23年9月1日時点、行政代執行を行わなかった理由 n=144)



○簡易除却の課題(複数回答可)  
(H23年9月1日時点、簡易除却を実施している団体n=137)



# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(③屋外広告行政)

(参考)違反屋外広告物に対する対応

①屋外広告物法及び屋外広告物条例(都道府県、政令市など)において、屋外広告物の設置場所や表示方法等について規制がなされている。

②-1 違反屋外広告物に対して、知事等は設置管理者に対して除却等の必要な措置を命ずることができる。(法第7条第1項)

②-2 設置管理者が確認できない場合は、条例の定めるところにより、屋外広告物を除却する旨等を公告することができる。(法第7条第2項)

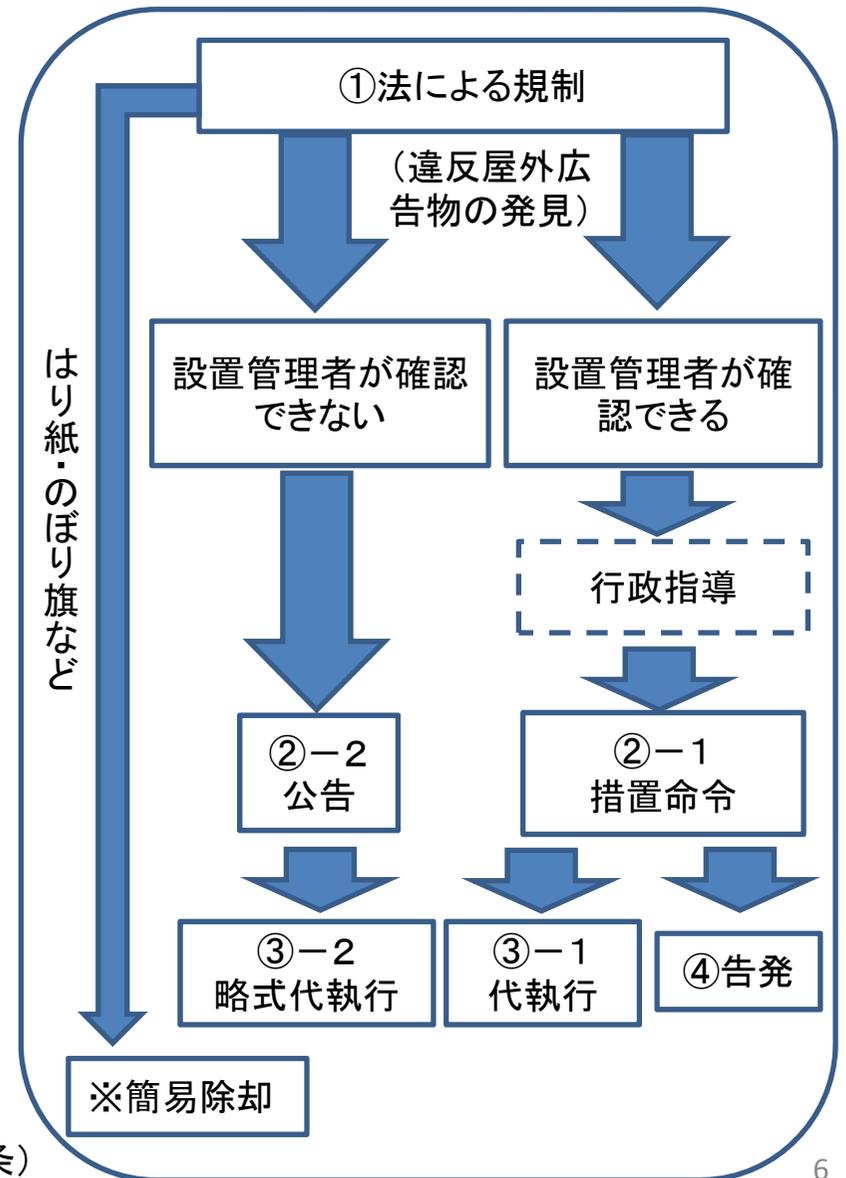
③-1 知事等は、措置命令を行った場合、次のときは、代執行できる。(法第7条第3項)

- ・命ぜられた者が履行しないとき
- ・履行しても十分でないとき
- ・履行しても期限までに完了する見込みがないとき

③-2 設置管理者が確認できない場合、知事等は自ら措置を行うことができる。(略式代執行:法第7条第2項)

※はり紙、のぼり旗などの場合は、措置命令を発することなく除却できる(簡易除却:法第7条第4項)

④また、告発を行い、刑事処分を求めることができる。  
・法第7条第1項の違反は、条例により罰金又は過料(法第34条)



## 行政刑罰の現状と課題

川出 敏裕

### I. 行政刑罰の概念

行政刑罰＝行政上の義務違反に対する刑罰

↑

行政犯（法定犯）と刑事犯（自然犯）の区別

⇒行政犯を対象とした特別な刑法としての行政刑法

（美濃部）行政犯は刑事犯とは質的な差異があり，明文の規定がなくとも刑法総則の規定の適用を排除することが認められる

↑

現在では支持されていない⇒犯罪及び刑罰についての統一的な理解の浸透

### II. 行政刑罰と行政上の秩序罰

#### 1. 区別基準

##### (1)理論上の区別基準

###### ①行政法規違反の性格による区分

(a)行政刑罰⇒直接的に行政上の目的を侵害し，社会法益に侵害を加える場合

(b)行政上の秩序罰⇒間接的に行政上の秩序に障害を及ぼす危険があるにすぎない場合

###### ②刑罰の本質論による区別

刑罰は倫理的な非難を課すものであることを前提としたうえで，刑法の謙抑性に基づき，行政刑罰と行政上の秩序罰を区分

↓

行政刑罰は，それに値するだけの高度の違法性，有責性が認められる行為に対して，他の手段によっては，その目的が達成できない場合にのみ科しうる

##### (2)現状

\*上記のいずれの基準によって考えても，行政刑罰と行政上の秩序罰との間に不統一が見られる。

\*ほとんどの行政法規違反には罰則が付いており，単純な義務の懈怠に過ぎないものも行政刑罰の対象にされているし，また，その際に，刑罰ではなく秩序罰で行政目的が達成できるか否かが検討されているとは考えにくい。

## 2. 刑罰法規依存の背景

- ①歴史的な経緯⇒行政機関による制裁への警戒感
- ②行政上の秩序罰に対する体系的な考察の不十分さ
- ③行政上の秩序罰の実効性の低さ
  - (a) 威嚇力が弱い⇒一般に過料は低額である
  - (b) 賦課手続が面倒である⇒法律違反に基づく場合, 非訟事件手続法に基づき裁判所が課す
  - (c) 執行手続の実効性が低い⇒行政上の強制徴収制度の機能不全

## 3. 刑罰法規の運用状況

\*実際に刑罰が科されることは少ない

(要因)

- ・行政機関側が告発を行うことが稀である
- ・告発が行われても, 警察が受理しない場合が少なくない
- ・告発が受理され, 捜査が行われても, 起訴猶予となる場合が少なくない

↑

捜査機関側の消極的な対応の背景

- ・捜査資源の配分の問題
- ・違反行為の悪質性の評価⇒刑罰を科すに値するものなのかについての疑問

\*象徴的な意味合いとしての刑罰法規

⇒その存在自体が威嚇力になっているといえるのか?

## 4. 今後の方向性

### (1) 刑罰の積極的活用

実現の見込みはうすい

### (2) 行政上の秩序罰の拡大

#### (a) ダイバージョンの手法の導入 (ex. 反則金制度)

↓

行政法規違反を犯罪として残したうえで, 行政制裁金を支払った場合には刑事手続に移行しない仕組みを設ける

## (b) 行政上の秩序罰への一元化



悪質な違反を除いて、行政法規違反を非犯罪化し、それらについては行政上の秩序罰に制裁を一元化する

\*いずれの手法をとるにしても、以下の点の検討が必要である

①行政上の秩序罰の適用を妨げている要因の解消

⇒金額の引き上げ、賦課手続と履行の担保手段の見直し

②行政上の秩序罰を積極的に活用できる組織体制の整備

## Ⅲ. ドイツの制度

### 1. 犯罪行為と秩序違反行為との区別

(歴史的経緯)

1952年 秩序違反法の成立

自然犯と行政犯の区別を前提に、単に行政的な秩序に反するにすぎない行為(元々は、いわゆる経済統制法規違反が対象)を犯罪とは別個に処理することを目的とする



1968年 交通犯罪の秩序違反行為への転換

1975年 違警罪とされていた多くの行政法規違反が秩序違反行為へ転換

(一般的な区別基準)

刑罰も過料も過去の行為に対する非難であるが、刑罰は、社会倫理的な非難であるのに対し、過料は、義務履行を促すためのものであって、社会倫理的な非難を伴わない



境界領域では、その区別は量的なものでしかなく、ある違反行為を犯罪とするか秩序違反とするかは、立法政策の問題である

### 2. 秩序違反の実体的成立要件

\*犯罪成立要件とほとんど同じ

⇒秩序違反行為とは、過料を定めた構成要件に該当する、違法で非難可能性のある行為である(秩序違反法1条1項)

### 3. 過料の額

【自然人】

5ユーロから1000ユーロ(秩序違反法17条1項)。ただし、個々の法律により、それを超える額を定めることができる。

具体的な額は、秩序違反行為の重大性、行為者の非難の程度、行為者の経済状況を考慮して、裁量に基づき決定される（同3項）。

#### 【法人】

従業員等の行為の種類により区分（秩序違反法 30 条 2 項）

- (a) 故意による犯罪行為の場合→100 万ユーロ以下
- (b) 過失による犯罪行為の場合→50 万ユーロ以下
- (c) 秩序違反行為の場合→当該行為に対する過料額の上限

（過料と不法利得との関係）

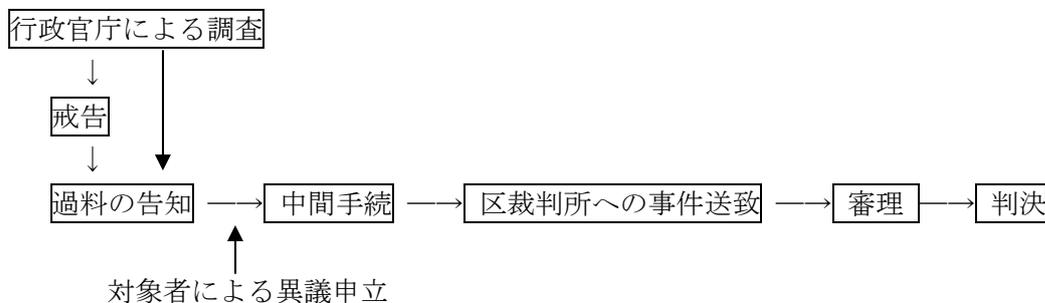
秩序違反行為によって獲得した利得は、過料として課されなければならない。その額が上記の上限額を超える場合は、利得額に対応した過料を科すことができる（同4項）。

#### 4. 過料賦課手続

\* 刑事手続とは大きく異なる

⇒過料手続においては、異議申立がなされた場合は、裁判所によって審理がなされるという前提で、過料を科す権限を、裁判所ではなく管轄行政官庁が持つ

#### 【過料賦課手続の流れ】



\* 過料告知までの手続→刑事事件における捜査手続と類似している（審判手続ではない）

↑

特別規定がないかぎり、刑事訴訟法の規定が準用される。管轄行政官庁は、原則として、検察官が刑訴法上有するのと同様の権限を持つとともに、対象者にも、原則として、刑事手続上の権利と同様の権利が保障される。

\* 裁判所での事件の審理→行政官庁による過料告知の当否を審査するのではなく、裁判所により、秩序違反の成立の有無、及び、成立する場合の過料額につき、はじめから審理が行われる。手続は、原則として、略式命令に対して異議が申し立てられた場合の刑訴法の規定が準用される⇒直接主義の緩和、証明基準は同様

◇何が秩序違反にあたり、過料を課す権限をいかなる行政官庁が有するか



連邦及びラント（州）の個別の法律によって規定されている

ex. 道路交通法（連邦）⇒警察（一部の違反を別部局に移している場合あり）

競争制限禁止法（連邦）⇒カルテル庁

建築法（州）⇒地方公共団体

<Ordnungsamt について>

警察とは別組織である複数の秩序維持部局（Ordnungsbehörde: 公共の安全と秩序に対する危険を除去することを任務とする組織）をまとめたもの



市レベルの組織であり、いくつかの市に置かれている。

(例) デュッセルドルフ

1990年代初めまで、広く秩序違反行為一般に対処していた警察が、犯罪の取締りと予防に重点を移し、秩序違反行為の取締りが減少した結果、秩序の乱れが生じたことへの対応策として創設された組織である。



警察に近い権限を有しており、それぞれの対象分野を規律する法律に基づく秩序違反行為に対する過料の賦課権限も有する

## 論点2(3) 戦後の執行罰の廃止(縮小)の経緯

砂防法に定める執行罰は、「整理漏れ」とされるが、実証的な根拠が薄弱なのではないか。

### 執行罰に関する法律の変遷

M29	旧河川法制定	-執行罰を規定
M30	砂防法制定	-執行罰を規定
S23	行政執行法廃止	-一般制度としての執行罰廃止
S39	新河川法制定	-執行罰廃止
現在	砂防法のみ執行罰が存在	

この時点では、河川法と砂防法に執行罰が存在

### 行政代執行法の提案理由(昭和23年4月6日衆議院司法委員会 佐藤達夫法制長官)

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、執行罰及び直接強制の途をも存してはありますが、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つておおむねその目的を達し得るものと考えられ、(略)従つてこれらの手段は、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。

## 執行罰の額に関する学説

○西津政信『間接行政強制制度の研究』P34、2006年

執行罰の額は、旧行政執行法では、処分庁に応じ、各省大臣は「二十五円」以内、庁府県庁官は「十円」以内、その他の行政官庁は「二円」以内とされていた。また、旧河川法では「千円以内」、砂防法では「五百円以内」とされていた。

これらの上限額は、旧行政執行法の執行罰では1948年に同法が廃止されるまで、また、旧河川法の執行罰については、現河川法の制定に伴って1965年4月1日に同制度が廃止されるまで、また、砂防法の執行罰については現在まで改定されていない。

これらの金額を日本銀行調査統計局の総合卸売物価戦前基準指数による物価水準で換算すると、当時（総合卸売物価戦前指数の調査が開始された1901年）の25円は現在（2000年）の約35,000円、1,000円は約142万円、500円は約71万円に相当し、また、旧河川法廃止時点（1965年）の1,000円は現在（2000年）の約1,850円程度に相当する。

これに対し、旧河川法及び砂防法の当初制定時の罰金の上限額は、ともに「二百円」であり、執行罰の上限額はこれを大きく上回っていた（旧河川法58条、当時の砂防法41条）

## 【参考】関連する学説

○広岡隆「行政強制と仮の救済」P85、1977年

公害規制のための操業停止や作業時間の変更の命令、建築基準法に基づく違反建築物についての公示施行の停止命令などの実効性確保のためには、それにふさわしい有効な強制手段が必要ではないかと思われる。かつて旧行政執行法のもとで一般的に認められていた執行罰の制度は、間接強制であり実効性がなく、それとほぼ同様の間接的強制機能は義務違反に対する行政罰に期待できると考えられて、廃止されたが、旧行政執行法のもとで、どれだけ執行罰による強制が実際に試みられ、どれだけその実効性の有無が経験的に実証されたかは明らかではない。

（中略）運用のよろしきを得ればかなりの効果が期待できるのではないか。また、執行罰はそれほど過酷な手段とも考えられない。義務賦課処分ないし執行罰の戒告の段階で事実認定を慎重にするための行政手続を整備し、執行罰の内容に合理的な制限を加えるならば、強制手段として復活することにとくに反対する理由はないのではなからうか。

## 調査研究報告

# ドイツの強制金制度と その運用実態及び 日本版強制金制度に関する アンケート調査等について


**新潟大学** 西津政信

1

## 行政上の強制執行手段と適用対象 義務の関係

	代替的作為義務 ex. 違法建築物 除却or改修命令	非代替的作為義務 or 受忍義務 ex. 健康診断受診命 令, 予防接種命令, 報告命令	不作為義務 ex. 違法建築工 事中止命令, 違 法営業停止命令
保護義務違反or 過小の禁止違反			
行政代執行	○	×	×
間接強制 (執行罰or 強制金)	(○) ×	○	○
直接強制	○	○	○

2012年 新たな間接強制 (左側)      従来の執行罰 (右側)

2

## 【0. 執行罰制度について】 日本の執行罰制度とその沿革

- 現行個別法: 砂防法36条(明30); 500円以下の過料.
- 〔旧河川法53条(明29); 1,000円以下の過料→1965年の現行河川法制定時に廃止〕
- 旧一般法: 旧行政執行法(明33): 各省大臣 25円, 庁府県長官 10円, その他の行政官庁 2円以下の過料; 非代替的作為義務及び不作為義務を対象; プロイセンの共通ラント内務行政法の'金銭罰'を継受.

3

## 一般的執行罰制度の廃止理由と評価

- 「執行罰は実効性に乏しい。」
  - ➡ 「間接行政強制制度」は、**独仏の主要都市で実務上実効的に活用。** 疑義あり!
- 「罰則による間接強制で目的を達しうる。」
  - ➡ 行政刑罰の機能不全(威嚇効果小)など
- 執行罰と行政刑罰の併科可否論争
  - ➡ 目的が別であり, 併科しうる. また, 立法的に解決可能(独行政執行法の立法例)

4

### 砂防法36条の執行罰は「整理漏れ」との評価について

「立法者」へのマイナス影響？！

(行政法教科書の記述例)

- ◇ 「執行罰については砂防法36条があるが、これは戦後、整理漏れで残ってしまったといわれており、・・・」
- ◇ but 執行罰の一般的規定を廃止した、行政代執行法案の提案理由では、個別法上の執行罰制度も旧行政執行法のそれと同様に逐次すべて廃止すべきであるとする「立法者意思」は示されていない。すなわち、執行罰や直接強制などの手段は、「特に行政上の目的達成上必要な場合に限り、それぞれ法律において、各別に必要な規定を設けることとし」とされていた(第2回国会衆議院司法委員会会議録第10号1頁)。

故田中二郎博士の「主張」⇒少なからざる教科書で伝承的に引用

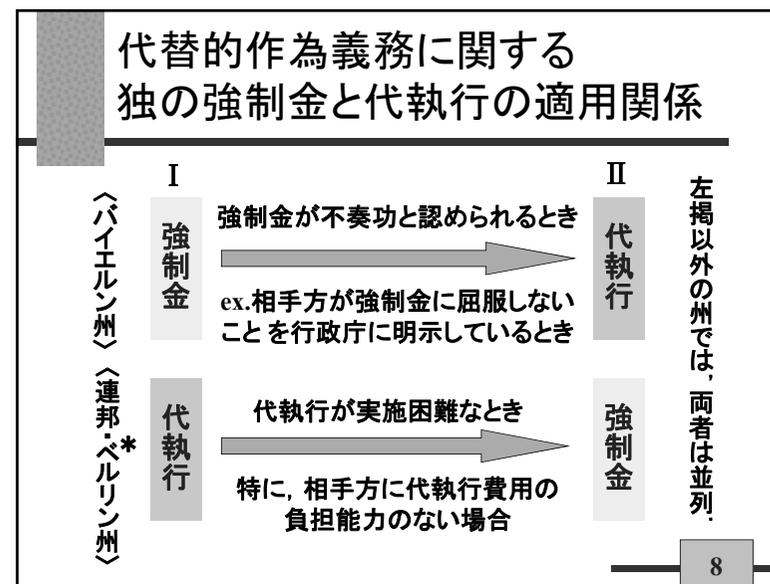
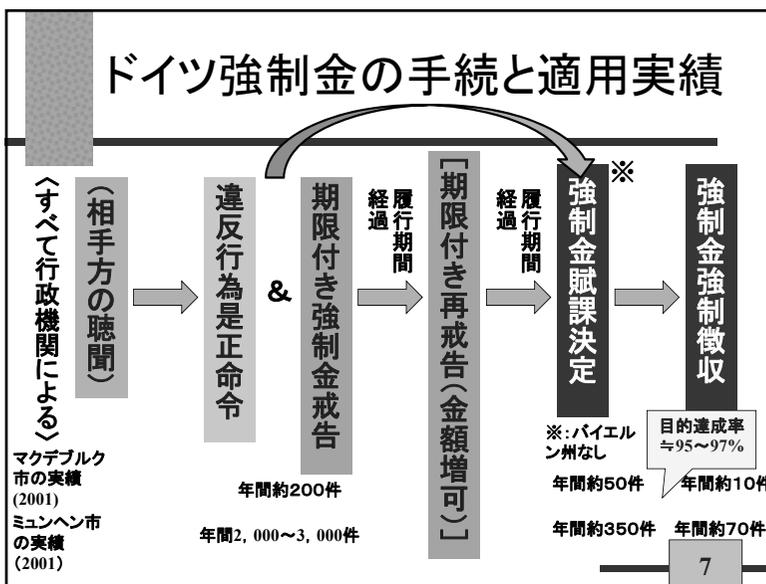
2012/11/29

5

## 1. ドイツの強制金制度の概要とその運用実態

2012/11/29

6



### 各州の行政執行法における強制金の上限額

[Sadler(2011) VwVG VwZG, 8. Aufl., S. 258]

経済的収益額 (固定上限なし)	バイエルン州	cf.連邦: 2,000DM (≒1,000Euro) ;1953~据え置き
50万Euro	ザクセン・アンハルト州	
25万Euro	チューリンゲン州	
10万Euro	ノルトライン・ヴェストファーレン州	
5万Euro	バーデン・ヴュルテンベルク州、ベルリン州、ブランデンブルク州、プレーメン州、メクレンブルク・フォアポンメルン州、ニーダーザクセン州、ラインラント・プファルツ州、ザールラント州、シュレスヴィヒ・ホルスタイン州(以上9州)	
2.5万Euro	ハンブルク州、ヘッセン州、ザクセン州	

2012/11/29 9

### 連邦個別法上の強制金上限額

[Sadler(2011) VwVG VwZG, 8. Aufl., S. 258]

競争制限禁止法 § 86a, § 114 Abs 3 S 3	1,000万Euro
エネルギー経済法 § 94	同上
郵便法 § 26 Abs 2, § 45 Abs 4	50万Euro
電気通信法 § 25 Abs 8 S 2 usw.	同上
一般鉄道法 § 5a Abs 7	同上
金融サービス監督法 § 17	25万Euro
欧州共同体消費者保護実施法 § 10	同上

2012/11/29 10

### 代償強制拘留制度ほか

[Sadler(2011) VwVG VwZG, 8. Aufl., S. 258]

- 連邦及び14州の行政執行法に規定あり。なお、バイエルン州、ハンブルク州及びザールラント州においては、独立かつ最終の補完的強制手段としての「代償強制拘留」(前者)又は「強制拘留」(中者、後者)とされている。
- 大多数は、強制金制度を副次的に補完する行政強制制度: 強制金の戒告書に代償強制拘留の警告を付して威嚇効果発現。
- 相手方の支払能力の欠如が確実なときなど、強制金が徴収されえないときに適用。
- 行政機関の申立てに基づく行政裁判所の決定により適用: 但し、行政裁判所の運用が慎重であるため、適用実績は僅少。
- 上掲の強制拘留を含め、最短1日、最長2週間(13州)、6週間(ハンブルク州、ザールラント州)ないし6月(ザクセン・アンハルト州)の範囲内で、命令を履行するまで義務者を拘留。

2012/11/29 11

### ドイツ諸都市における強制金の適用実績等その1

- ミュンヘン市(人口約126万人: 現地調査実施時、以下同じ)  
建築違反又は屋外広告物違反に対する、強制金戒告件数は年間2,000~3,000件、うち戒告期限徒過により支払命令としての効力を発するケースは10~20%('04: 277件, '03: 305件, '02: 370件, '01: 350件)で、強制徴収に至るのは、このうちの約20%程度。行政裁判所の司法的救済を求める事例は、年間10件程度。
- マクデブルク市(同約23万人)  
建築違反に対する、強制金戒告件数は年間約200件程度、うち賦課決定に至るものは約25%で、強制徴収に至るものは年間10件程度。行政裁判所の司法的救済を求めた事例は、過去4年間で3件のみ。

2012/11/29 12

## ドイツ諸都市における強制金の適用実績等その2

- ハノーバー市(人口約52万人)  
 建築違反に対する、'01~'03までの強制金戒告件数は179件(年平均約60件)、うち賦課決定及び徴収がなされたのは61件(年平均約20件)。2回以上戒告・賦課決定・徴収が繰り返されたのは、このうち、5~10件のみ。179件のうち、行政への異議申立てがなされたものは83件、行政裁判所の司法的救済を求めたものは6件。
- ベルリン市シャルロテンブルク・ヴィルマースドルフ行政区(同約32万人)  
 屋外広告物違反に対する、強制金戒告件数は年間約10件程度。このうち、行政裁判所の司法的救済を求めたものは、全体の2/3。しかし、殆どのケースで行政側が勝訴し、95%は命令を自主履行し、強制金の強制徴収に至る例は希。

2012/11/29

13

## ドイツにおける具体的適用事例

- 事例1(独・マクデブルク)\*: 二軒の家屋の階段空間の上部に排煙設備を設ける義務:  
**5,000DM→6,000DMの強制金**
- 事例2(同上)\*: テント式倉庫の撤去義務;  
**10,000DMの強制金**
- 事例3(独・ベルリン)\*: ビル壁面の巨大広告板の撤去義務;  
**20,000Euroの強制金** cf. スライド No.15  
 \*: 戒告書等による情報

2012/11/29

14

## ベルリン市の巨大違反屋外広告物

(写真:ベルリン市シャルロテンブルク・ヴィルマースドルフ行政区提供)

2万ユーロの強制金で自主撤去



2012/11/29

15

## 2. ドイツにおける比例原則と行政執行法での実定化

2012/11/29

16

## 比例原則の部分原則(ドイツ判例・学説)と同原則の法的位置づけ

- ①適合性の原則: 当該義務者自身による目的達成が可能
- ↓
- ②必要性の原則: 手段が目的達成のため必要最小限
- ↓
- ③狭義の比例性原則: 侵害が公益に照らし相当範囲内

※報告者は、比例原則は、憲法13条後段に基づく憲法原則であるとする行政法学の多数説を支持(∵現代社会の極めて多数の行政規制における被処分者の基本的人権擁護のための立法・行政の裁量統制の必要)

2012/11/29

17

## ドイツの行政執行法における比例原則の実定化

- 連邦の行政執行法9条2項:「強制手段は、その目的に照らし相当な比例関係にあるものでなければならない。この場合、強制手段は可能な限り義務者及び公共の利益に対する侵害が最少限となるように決定しなければならない。」  
;第1段=適合性の原則 & 狭義の比例性原則,  
第2段=必要性の原則
- 各州の行政執行法にも、規定ぶりは異なるが、比例原則を規定する条項あり。

2012/11/29

18

## 3. 主要地方公共団体等に対する日本版強制金制度アンケート調査

2012/11/29

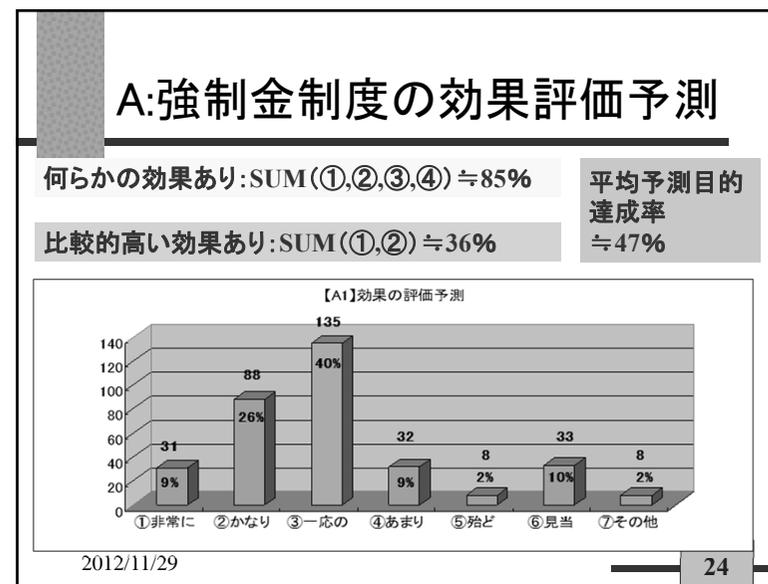
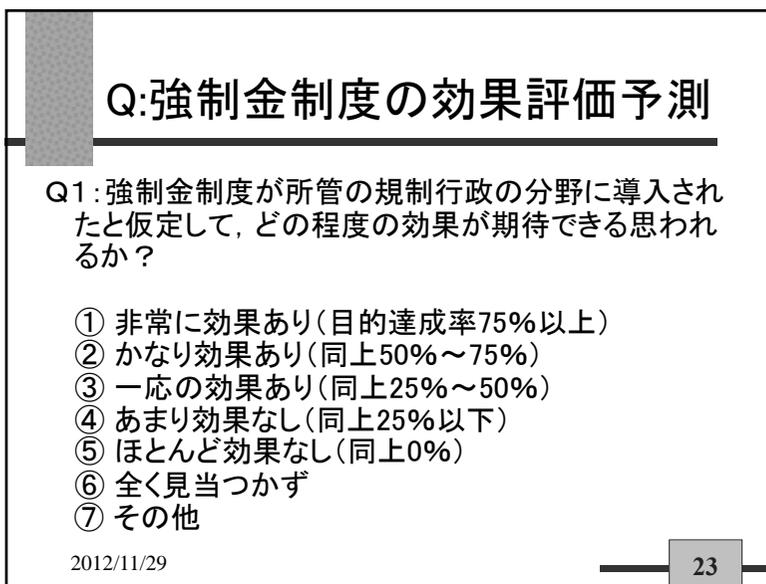
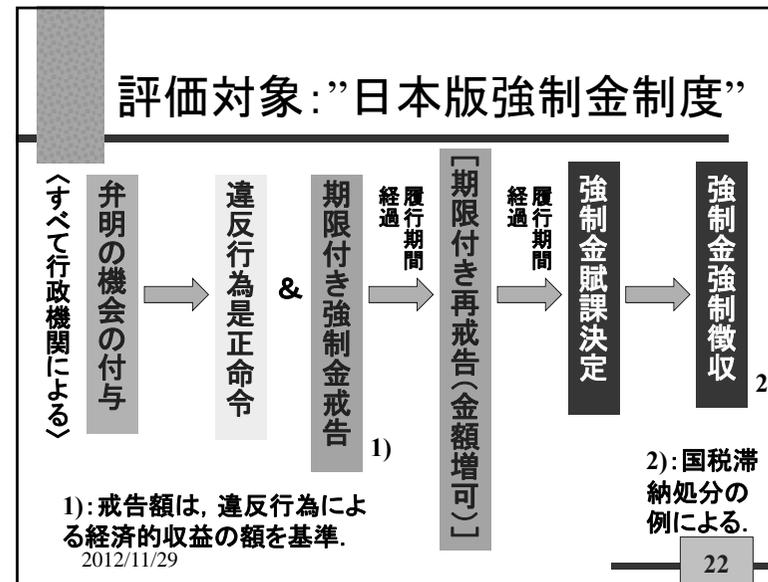
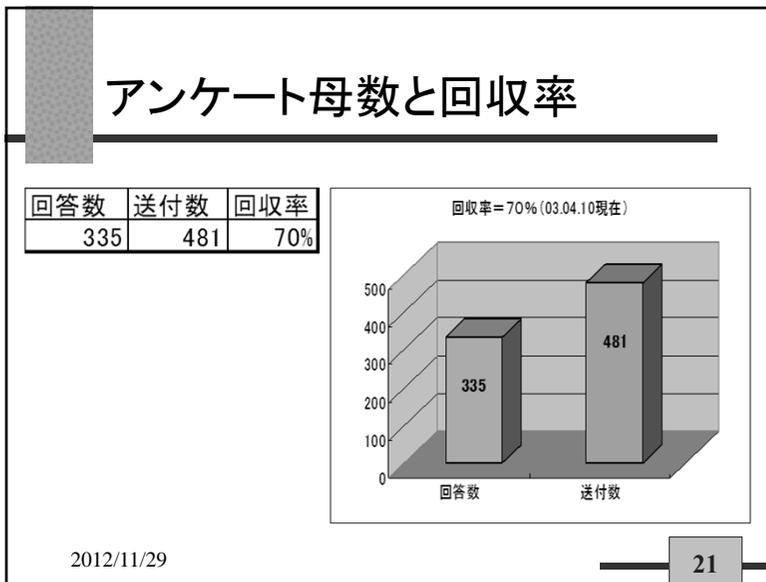
19

## 規制執行機関アンケート調査の概要

- 対象団体・機関: 主要地方公共団体として都道府県、都の特別区、政令指定都市、中核市、特例市及び国土交通省地方整備局の169団体・機関
- 対象部局: 違反建築物及び違反屋外広告物の取締り並びに道路及び河川の不法占用取締り担当部局
- アンケート内容: モデル例としての強制金制度の効果評価予測、具体的な制度構成要素など

2012/11/29

20



## Q:強制金の決定主体

Q2:強制金の決定主体として、大別して、次の2つのものが想定されるが、どちらが適当か？

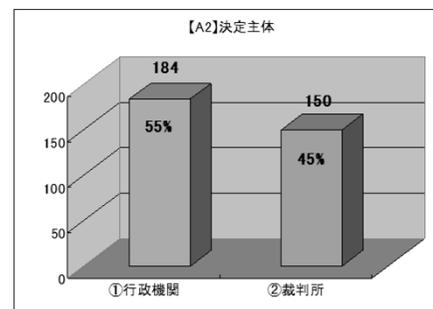
- ① 行政規制を所管する行政機関自身
- ② 規制所管行政機関の申立てを受けた裁判所

2012/11/29

25

## A:強制金の決定主体

規制所管行政機関の決定によるべきとするものが55%と多いが、裁判所決定の支持も45%あった。



2012/11/29

26

## Q:強制金の賦課方式

Q3:強制金の金銭賦課の方式としては、次のどれが適当か？

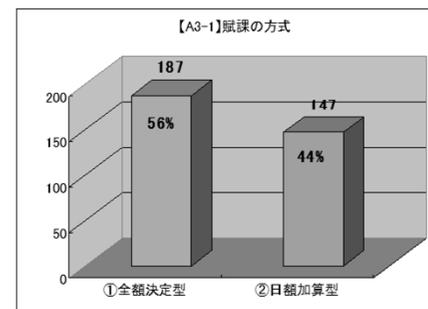
- ① 全額決定型(例:期限までに命令を履行しないときは、金〇〇円の強制金を戒告する。)
- ② 日額加算型〔例:期限までに命令を履行しないときは、その遅滞一日当たり金〇〇円(日額)の強制金を戒告する。〕

2012/11/29

27

## A:強制金の賦課方式

全額決定型を支持するものが56%と多いが、日額加算型の支持も44%あった。



2012/11/29

28

### Q: 期限と金額の決定

Q4:違反是正の履行期限と強制金の金額の決定の仕方として、次のどの方式が適当か？

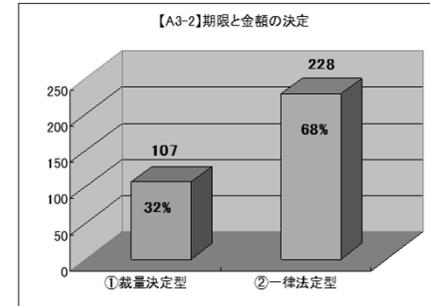
- ① 命令の履行期限と強制金の額を事案ごとに裁量で決定するもの
- ② 命令の履行期限と強制金の額を一律に法律で定めるもの(法律の規定例:命令が送達された日から〇週間以内に××の命令を履行しないときは、違反者に対し、違反物件1件当たり1日につき〇〇円の強制金を課すものとする。)

2012/11/29

29

### A: 期限と金額の決定

一律法定型を支持するものが68%と圧倒的多数、裁量決定型の支持は32%にとどまる。



2012/11/29

30

### Q: 代執行可能案件への適用

Q6:行政代執行法上の代執行が適用できる場合にも強制金制度が適用できるようにすべきか？

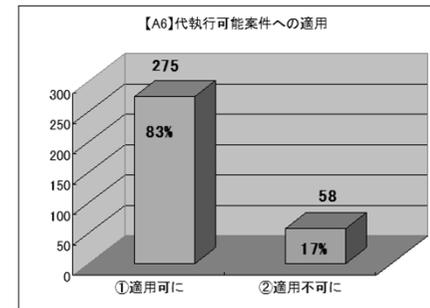
- ① 代執行が適用できる場合でも、強制金制度も適用できるとすべきである。
- ② 代執行が適用できる場合には、強制金制度は適用できるとすべきでない。

2012/11/29

31

### A: 代執行可能案件への適用

適用できるようにすべきとするものが83%と圧倒的多数、適用できるようにすべきでないとするものは17%のみ。



2012/11/29

32

### Q:代償的強制拘留制度の要否

Q9-1:強制金制度の一部として、強制金の賦課による強制のほかに、違反者に資力が不足して強制金を徴収できないなどの場合に行政機関の申立てによって裁判所が違反者の拘留を決定できる「代償的強制拘留制度」を設けるべきか？

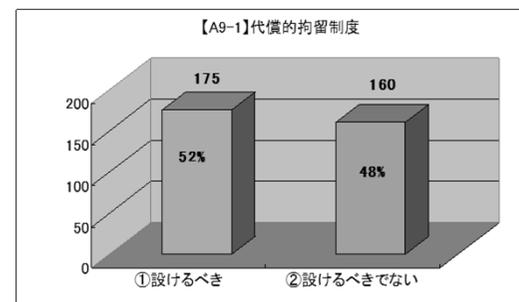
- ①設けるべきである。
- ②設けるべきではない。

2012/11/29

33

### A:代償的強制拘留制度の要否

設けるべきとするものは52%、設けるべきでないとするものは48%と拮抗している。



2012/11/29

34

### Q:条例による強制金制度の特例

Q10:法律だけでなく地方公共団体の条例によっても、法律が条例に委任する一定の枠内で、例えば上限額を独自に設定するなど地域の実情や必要性に応じた強制金制度を設定できるようにすべきか？

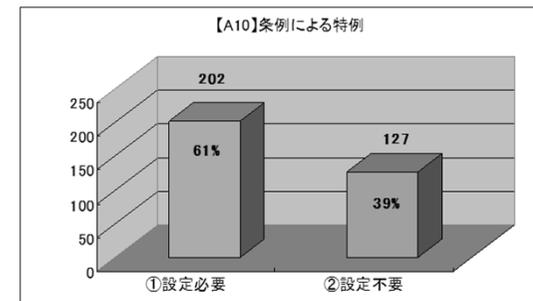
- ① 条例で設定できるようにすべきである。
- ② 条例で設定できるようにする必要はない。

2012/11/29

35

### A:条例による強制金制度の特例

設定できるようにすべきとするものが61%と多数、その必要はないとするものは39%。



2012/11/29

36

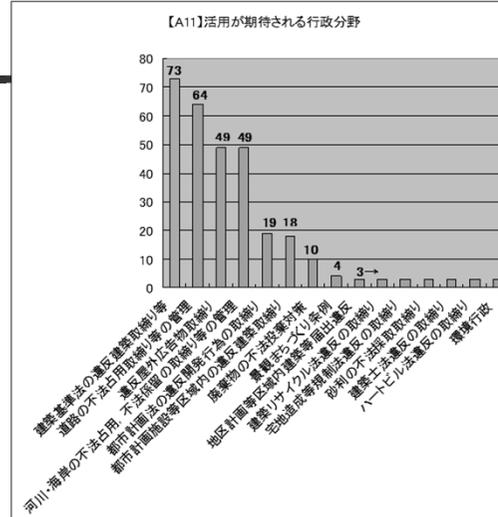
### Q:活用が期待される行政分野

Q11:強制金制度が新たに創設された場合、  
所管のどのような行政分野に有効に活用  
できそうか？

2012/11/29

37

### A:活用が期待される行政分野



38

### Q:その他の意見

Q12:強制金制度に対するその他の意見が  
あれば、ご提示下さい。

2012/11/29

39

### A:その他の意見

次掲の拡大版整理表を参照.

2012/11/29

40

# A:その他の意見

【A12】その他のご意見	回答数
1.強制金は有効, 強力又は迅速に違反の自主是正を促すことができる	12
2.人員, 経費などを含めた制度運用体制の構築が課題	9
3.事務手続が簡便で行政機関の裁量余地の少ない制度を希望	4
4.金銭の強制徴収手続を簡便化すべき	3
5.(コストパフォーマンスのよい)実効的な制度としてほしい	3
6.違反者に対して公正・公平に適用される制度とすべき	3
7.ビラなど簡易な屋外広告物は違反者特定が困難であり, 小規模違反が多数などのため効果は疑問	3
8.強制金適用の相手方を明確にする必要あり	3
9.簡便に運用できる制度としてほしい	3
10.新たに強制金の徴収問題を生ずるおそれがある	3
11.他の類似違反事例への不適用説明の問題残る	2
12.強制金の心理的圧迫による違反是正促進効果は期待できない	2
13.国民の遵法精神を涵養する制度の具体的実現に向けた調査研究成果を期待	2
14.行政規制法の多くに実効的な違反是正手段がなく, 違反処理に多大の事務負担を強いられている. 強制金制度の実現を強く希望	2
15.違反貼り紙広告などについては, 手続中に一定の広告効果を果たし, 累犯是正の効果は小さい	2
16.違反置き看板などについては反復違反がなされるため, 駐車違反取締りのようにその場で対応しなければ実効性はない	2
17.違反行為の是正に実効性あり. 早急な法整備を希望	2
18.強制金制度についての詳しい情報を希望	2

## 間接行政強制制度の効用と限界

### 【効用】

義務者自身による！

- ①行政規制違反行為の「自主的是正」を実現しうる実効性.
- ②代執行に比べ低コストで機動的な発動が可能.
- ③非代替的作為義務・不作為義務に対する有力な強制手段.
- ④相手方の自主性を尊重した、より穏やかな、国民経済的にも合理的な違反是正 (ex. 最適な基準適合改修) が可能.

### 【限界】

- ①相手方違反者が不明の場合  
⇒ 個別法上の略式代執行(：公告により戒告)
- ②相手方義務者が無資力などの場合  
⇒ 代償強制拘留制度などで補完する必要.

2012/11/29

社会奉仕命令も？

41

## 本報告関連参考文献－1

- ◇ 西津政信『間接行政強制制度の研究』（信山社出版、2006）

※ 本報告の関連部分抜粋の  
コピーを参考に配布.



2012/11/29

42

## 本報告関連参考文献－2

- ◇ 西津政信『行政規制執行改革論』（信山社出版、2012）

※ 直接行政強制などに関する報告者の近年の発表論文を集成。  
⇒本書第一章（「日本国憲法は、行政強制消極主義を容認するか？」）に報告者の問題認識を集約。



2012/11/29

43

ご静聴ありがとうございました。



2012/11/29

44

## 論点2(4) 戦後の改革議論の流れ

○戦後、行政執行法が廃止され、代執行のみが一般制度として存続した経緯について、しばしば、「戦前の権限濫用、人権抑圧に対する反省」と説明されるが、強制手段ごとに分けてより詳しく見れば、以下のように評価・継承されたと言えるのではないか。

- (1) 一般的な制度として継承：
  - ①行政代執行法：代執行
  - ②警職法：保護、立入、土地等の使用制限等
- (2) 個別法に継承：間接強制、直接強制
- (3) 廃止：予防検束、直接強制(演説中止、集会解散等)

○「行政上の強制執行手段の拡充が必要」との見解は戦後早い時期に存在したが、その後沈滞したのは、行政代執行法や警職法、個別法での対応や、行政スタイルそのものの変革により、強制執行以外のソフトかつ効果的な手法(行政指導等)の進展によって、実務上の必要が満たされたためではないか。

○すなわち、戦後の改革の意義は、行政上の強制執行の必要性は認めつつ、一般法主義から個別法主義へシフトしたものと見るべきではないか。

### 【参考】関連する学説

○塩野宏 ジュリスト増刊「行政強制」 昭和52年  
(戦前から戦後の法制度の変化を述べた上で)

ここには、制度的にみて、たしかに、明治憲法のそれと比較した場合の変革がみられる。しかし、それは、なお、量的なものであるといえるように思われる。すなわち、適用範囲は縮小されたとはいえ、なお、行政強制のカテゴリーは残されており、その内部では、行政機関の自力救済のシステムが、貫徹している。(中略) いかえれば、人権保障の理念に、行政強制の範囲の縮小でこたえたのが、現行制度であるといえよう。

○柳瀬良幹「行政強制」『行政法講座 第二巻 行政法の基礎理論』P210、1964年

直接強制を行う必要のある事態は依然としてあり得るのである以上、その濫用の防止は別にその方法を考えるべきで、濫用を慮るがために直接強制そのものを行い得なくするのは、所詮糞に懲りて膾を吹くものと評しなければならぬ。（中略）要するに、これらの不都合は、すべて立法者が、實際上その必要のあることが明かであるに拘らず、それを顧みずに直接強制の規定を廃止し、自由の尊重を装ったところにその原因があるので、今後の立法に依って解決せられなければならぬ問題である。

○田中二郎「行政法（I）新法律学演習講座」P185、1961年

現行制度下においては、一般的に、行政法上の義務の履行を強制する手段としては、代執行のみより認められないことになる。つまり代執行を適用しえない義務については、特別法に特別の執行手段を認めていない限り、強制的にそれを実現せしめる手段がないというのが現状である。これは、行政法上の下命権をもつ行政主体の立場よりすれば著しく不便であり、また論理的に考えても、適法有効に成立した行政法上の義務について、これが履行されない場合においても、行政主体としてこれを放置せざるをえない場合のあることを認めることになり、首尾不徹底の感をいだかせる点がないわけでもない。しかし、従来国家公益のためと称して、人民の正当な権利が不当に侵害されたことに鑑みても、従来の一般的行政強制の原則（略）の上に立つ制度は十分に批判反省されるべき理由があった。また、義務の内容如何によっては、強制執行の方法が存在しないことは、一般に強制執行制度に伴う制約であって、格別この場合だけの現象ではない。むしろ、（略）日本国憲法の建前よりすれば、行政上の義務の履行の担保は、原則として、違反に対する事後的制裁（行政罰）にまつべきであり、それ以上に出て、義務者の身体・財産に実力を加えて義務を実現することは、（略）必要最小限度に抑え、人権を侵害しない程度に止めるべきは当然であると考えられる。

# 行政上の義務の実効性確保に関する制度の変遷(未定稿)

【参考】第2回資料3

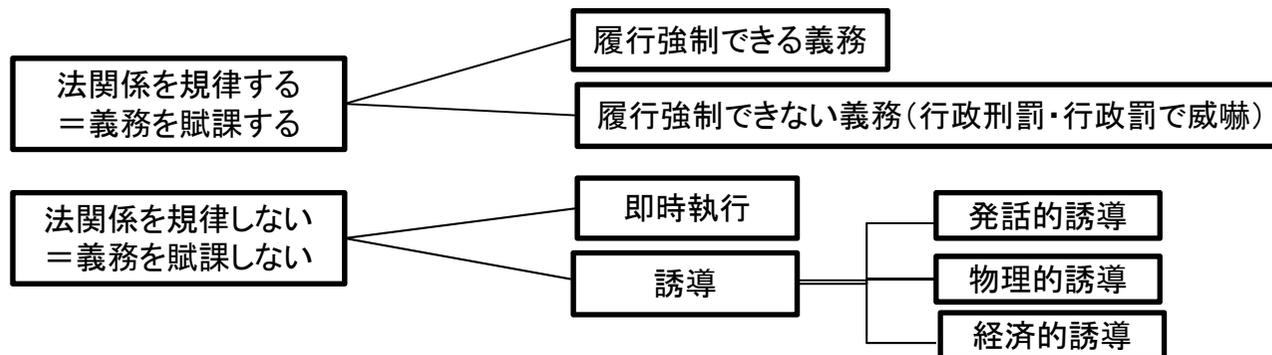
	一般制度	個別法	刑事・民事	その他
戦前	<b>M33 行政執行法制定</b> ・行政上の強制執行について包括的に定める一般法	<b>M30 砂防法制定</b> ・執行罰を規定	<b>M19 違警罪即決例制定</b> ・警察署長が違警罪(拘留、科料相当の罪)を即決可能	
戦後改革期	<b>S23 行政執行法廃止 行政代執行法制定</b> ・行政上の強制執行として、代執行についてのみ規定		<b>S22 違警罪即決例廃止</b>	<div style="border: 1px dashed black; padding: 5px;"> <p>【～昭和30年代】 戦前の公権力濫用の反省から、抑制的な強制執行制度のあり方を評価する時代背景</p> </div>
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>S42 道路交通法改正</b> ・反則金の導入 <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		<div style="border: 1px dashed black; padding: 5px;"> <p>【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</p> </div>
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 <div style="border: 1px dashed black; padding: 5px; margin-top: 5px;"> <p>経済法分野での課徴金活用論の高まり</p> </div>	<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 間接強制の拡大	<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

## 論点3(1) 行政目的の達成と行政上の強制執行の関係

- 行政目的を達成する手段は、法令による義務の賦課に限らず多様であり、近時はさらにその深化が見られる。
- 法令により賦課した義務の履行を確保しようとする行政上の強制執行は、法治主義の要請に最もかなうものであるが、その活用を考える際には、これにふさわしい領域や限界を十分意識する必要があるのではないか。

### 第7回 太田委員発表(抄)

○実効性確保の諸措置として以下のように分類できる。



## 第4回 大屋委員発表(抄)

○規制手段には4つのモードがある。規制は4つの圧力の合計。

- ・法：刑事罰則の制定、警察力による取締り
- ・規範：伝統、宗教、家庭教育、説得、共同体的な制裁
- ・市場：需要／供給による調整、価格操作
- ・アーキテクチャ：社会生活の「物理的に作られた環境」

○アーキテクチャは、相手方(確信犯、無資力者、能力等)を問わず、意識されることなく物理的に行為の可能性自体を消し去る「事前規制」。安価かつ完全な予防が実現できる点にメリットがある一方、民主的なオーソライズがなくても可能な点がポイントでもあり、問題点でもある。

## 第5回 手塚委員発表(抄)

○義務履行確保の代表的な手法は、「罰則」、「指導」、「情報提供」、「利益誘導」。

○すべての違反者に有効な手法はなく、違反者の類型に応じて、手法を組み合わせて対応することが必要。

○行政の過誤を回避するため、公的責任の範囲を限定しようとし、法による義務付けをやめる動きもある(例:予防接種の任意化)

## 《関連》論点5(3)行政法と民事法の比較 P5 ④行政法と民事法の義務と強制手段の相違から得られる示唆

### (3)履行強制できない義務と義務の特定

○行政法においても、履行強制できない義務や抽象的義務(例:業務改善命令)の特定について整理する必要があるのではないか。

## アーキテクチャと政策

2012年9月26日

名古屋大学 大屋雄裕

### アーキテクチャによる規制

---

ローレンス・レッシグ(Lawrence Lessig, 1961-)「新シカゴ学派」(Lessig1998)

人々の行動を制約する要因＝規制手段 regulator

旧シカゴ学派……法の非効率性を主張、市場による代替

新シカゴ学派……アーキテクチャと法、さらに相互関係に注目

#### 規制手段の四つのモード……法・規範・市場・アーキテクチャ

具体例：地下道でホームレスが寝るのを止めさせるためにはどうしたらいいか？

法 刑事罰則の制定、警察力による取締り

規範 説得、共同体的な制裁

市場 代替財の価格操作(宿泊所の価格引き下げ)

アーキテクチャ 「社会生活の「物理的につくられた環境」」(Lessig1999)

行為が選択される環境自体を操作することによるコントロール

#### 細かい議論

網羅的か、それぞれは排他的か……おそらく否(eg. 市場は法と独立ではない)

規制は「法、規範、市場そしてアーキテクチャ」という「四つの圧力の合計」

「制約は別個のものでありながら、しかし明らかに相互に依存している」

重要なのはどのようなアーキテクチャか……ソフトウェアとネットワーク(Lessig1999)

アーキテクチャに相当するものが、サイバー空間での行為を規制する。それがコード

反「ミッキーマウス保護法」運動

Eldred v. Ashcroft, 537 U.S. 186 (2003)

→ 1998 Sonny Bono Copyright Term Extension Act

19世紀半ばに自由を脅かしていたのが規範で、20世紀初頭にはそれが国家の力で、20世紀半ばのかなり部分で自由を脅かしたのが市場だったなら、わたしの議論というのは、20世紀末から21世紀にかけて別の規制手段——コード——こそが懸念となるということを理解すべきだということだ。(Lessig1999)

政府＝法・市場という「社会秩序の二勢力の連合」(Lessig2006)

### アーキテクチャによる規制の特徴

---

事前規制 行動の可能性自体を、意識されることなく消去してしまう。

だれも知らない違法行為をこっそり処罰する法律は、罰則対象になるふるまいを規制するのには役に立たない。(……)鍵は、鍵がドアをロックしているのを泥棒が知らなくても、泥棒を制約する。(Lessig1999)

法・規範＝事後規制(特定の行為のあとに働く制裁)

規制への意識を通じて事前規制に転化する……理性的な主体が必要

確率性 強い意志、特殊な選好を持つ個体には役に立たないかもしれない。

実験心理学的手法(喫茶店の BGM)

環境犯罪学・犯罪機会論(地域安全マップ(小宮 2005))

薄い前提 法や規範に比較して、より広範囲の個体を包含することができる。

痛みを感じ、それを忌避しようとする。概ね一定の範囲の肉体のサイズ……

## 監視との結合と活用

地下鉄ホームの監視システム《クロマティカ》(Lyon2001)

たとえばロンドンの地下鉄に導入された監視システム《クロマティカ》は、ホームの上であやしげなそぶりを繰り返す乗客を自動的に発見して警告を発するようになっているという。鉄道自殺者の多くが共通して取るような行動(ホームの端と内側のあいだを何度も往復してみる、とか)を抜き出し、同じように振る舞う乗客に対してあらかじめ注意を払えば、確率的には多くの自殺志願者の生命を救うことができるだろう。(大屋 2007)

ホームドア……アーキテクチャの権力

あるいはそもそも、ホームと線路のあいだを遮断するホームドアを普及させれば、電車が来る直前に線路に降りるといった行動の可能性自体がなくなることになるだろう。アーキテクチャの権力は、我々の鉄道自殺する自由を奪うことになるのだ。(大屋 2007)

電子式のハクスリアン・ユートピア

オルダス・ハクスリー(Aldous Huxley, 1894-1963)『すばらしい新世界』(Huxley1932)

個体の計画的な生産と、化学薬品・条件付けを用いた教育 → 徹底した階級制度  
階級ごとに体格・知能を規定されて生み出される。

物理的な階級の隔離……住居、交通手段

監視の結果に応じて自動的に構造が変わるような通路が登場したら？

「社会福祉は最良の治安対策」？

## 注意すべき点：民間による活用

現代において拡大・浸透している監視・規制の主体は国家(だけ)ではない。

監視社会という概念は、非身体的な監視が社会に浸透した状況を指す。オーウェルの管理という全体主義的な危惧が主として国家による監視に関わるのに対して、監視社会という概念が示唆するのは、監視活動が久しい以前から政府官僚機構の手を溢れ出し、想像しうる限りの社会的水路に満ちているということである。国家は今なお、日常生活のモニタリングの多くを狙っているが、そうした政府の活動は、現に監視データを流通させている多くの領域のうちの、その一つでしかない。(Lyon2001)

監視技術 商店街・コンビニの監視カメラ→社会の隅々への浸透

情報収集 クレジットカード・ポイントカード・会員登録と特典

アーキテクチャ 空港の椅子・ホームドアや《クロマティカ》・ソフトウェア

国家と個人の間にあつたはずの存在——共同体や教会・企業を典型とする「中間団体」が国家の垣根を越えて肥大化し、相互接続し、世界規模で影響力を持っていくという事態が生じている。(……)それぞれの国家では「中間」にあるように見える団体は国家の境界を超えて相互に結合した統一体となり、国家とは別にわれわれ個人をコントロールし、われわれの行為に影響を与えようとする。情報の流通を握るものは国家から個々の中間団体へと移りかわっているのだ。(大屋 2008)

## 規制の分散・国家による規制との相克

確率的な支配、柔軟い支配……アーキテクチャと監視の結合

我々に気付かれることなく、望むものを提供する／リスクを排除するシステム

著作物が不正にコピーされるのを防止したいとしよう。国家は「法」を用いて、すなわち特定のルールを明示し、それに違反したものに対して事後的に制裁を加えることによって、それを実現してきた。これに対し、例えばコピーしたあとのデータに自動的にその出自が埋め込まれてしまう電子透かしであるとか、ダウンロード後に一定の時間が経過すると再生できなくなってしまう動画ファイル、あるいはそもそも一部分のコピーを拒否するようなデータ形式がコードの書き手によって創造され、著作物を売る側に利用されていくとき、われわれには最初から問題行動(……)を行なう可能性が与えられないようになっていく。「法」が制裁の予告によってわれわれの自由を奪っていくのに対して、「アーキテクチャ」のもとでは行為の自由が最初から与えられないのだ。(大屋 2008)

「古代の専制者は命じた。汝、するなかれと。全体主義者は命じた。汝、すべしと。

我々は命じる、汝、かくなり、と」(Orwell1949)

## 政策論とアーキテクチャ

---

### (1) 法に代わる規制手段としての可能性

事後規制システム(control *ex post*)としての法

典型的機能……(刑事)事後の制裁、(民事)事後の救済

救済を得るためには被害者の能動的な行為(+時間的・経済的資源)が必要

事後規制の事前規制(control *ex ante*)への転化

予期的主体としての「個人」…行為の帰結を予想し、悪い結果を避けようとする

罪刑法定主義……人権保障＝国家への制約／予測可能性の担保＝統治の手段

問題点：「歪んだ」選好、予期能力を欠く主体

事後救済の機能しないケース

確信犯(マルチ商法)…救済の原資が失われている／存在しない

弱い主体(サラ金問題)…法律を知らない／救済を受ける方法を知らない

不公正な契約(附合契約)…能力・知識の差異による自己決定能力の限界

事前介入への転換

労働規制…契約自由の制限と国家介入

現実の格差・自己決定能力の限界を承認、実践的な妥当性

消費者契約法…格差の承認による「消費者の利益の擁護」

より徹底した事前規制へ……アーキテクチャの活用

不完全・不徹底な法・規範ではなく、反逆可能性すらない全面的な規制へ

足下の白線……個人の注意に依存／自由な意思決定の余地／「弱い」主体の問題

ホームドア……物理的遮断／完全かつ平等な制約

地域安全マップから、リスクとの接触を排除するアーキテクチャへ？

### (2) 偏在化する規制への対抗

民間事業者によるアーキテクチャ的な規制……しばしば国家法と相克

コピーコントロール CD と著作権法上の例外

視覚障害者用誘導タイルとハートビル法(東横イン事件(2006))

近代……暴力の独占に裏付けられた国家法システム

現代……アーキテクチャという暴力なき規制 → 規制主体の分散化

対抗できるのか？……問題

中国政府によるグーグル・ヤフーへの圧力、検閲

## 参考文献

---

- ✓ 大屋雄裕『自由とは何か：監視社会と「個人」の消滅』ちくま新書、筑摩書房、2007。
- ✓ 大屋雄裕「電子化された社会とその規制」「電子化された社会とその制度」渡部明 他『情報とメディアの倫理』(シリーズ〈人間論の21世紀的課題〉7巻)、第3章・第4章、ナカニシヤ出版、2008、pp.50-74.
- ✓ 大屋雄裕「ホラーハウス／ミラーハウス：松原報告へのコメント」日本法哲学会編『法哲学年報2009：リスク社会と法』有斐閣、2010、pp. 93-97.
- ✓ 大屋雄裕「情報化社会の個人と人権」愛敬浩二編『人権論の再定位2 人権の主体』法律文化社、2010、pp. 97-114.
- ✓ 小宮信夫『犯罪は「この場所」で起こる』光文社新書、光文社、2005。
- ✓ Aldous Huxley, *Brave New World*, Chatto and Windus, 1932. (オルダス・ハクスリー『すばらしい新世界』松村達雄(訳)、講談社文庫、講談社、1974。)
- ✓ Lawrence Lessig, "The New Chicago School", *Journal of Legal Study*, no. 27, 1998, pp. 661-691.
- ✓ Lawrence Lessig, *CODE: and other Laws of Cyberspace*, Basic Books, 1999. (ローレンス・レッシング『CODE：インターネットの合法・違法・プライバシー』山形・柏木(訳)、翔泳社、2001。)
- ✓ David Lyon, *Surveillance Society: Monitoring Everyday Life*, Open University Press, 2001. (デイヴィッド・ライアン『監視社会』河村一郎(訳)、青土社、2002。)
- ✓ George Orwell, *Nineteen Eighty-Four*, Secker and Warburg, 1949. (ジョージ・オーウェル『1984年』新庄哲夫(訳)、ハヤカワ文庫、早川書房、1972。)



# アーキテクチャの権力

- 社会生活の「物理的につくられた環境」
- 行為が選択される環境の操作
- レッティング自身はコードに注目
- ネットワークに対する規制手段
- 反「ミッキーマウス保護法」



5

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

# アーキテクチャの特徴

- 事前規制
  - 意識される必要なく、行為可能性を消去
  - 法・規範＝事後規制  
+ 予期による事前規制への転化
- 確率性・薄い前提
  - 物理的・生物的な性質を前提
  - 特殊な個体には通用しない？
  - 法・規範よりは広い範囲が対象？



6

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

# 監視技術との結合

- クロマトフィカ：監視と確率的分析
- ホームドア：アーキテクチャの権力
- 結合＝対象の属性に応じた行為可能性の操作

## デジタル・サイネージ

見るものは見られている  
訴求対象の把握・分析

## 行動経済学(nudge)

情報配置・デフォルトの操作  
→ 人間行動のソフトな誘導



7

---

---

---

---

---

---

---

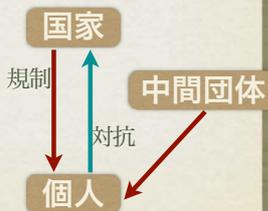
---

---

---

# 監視・規制の浸透と分散

- 規制手段の変化
  - 物理的な実力を背景とする国家＝法
  - 所有に依存するアーキテクチャ＝権力主体の拡散
- 監視・情報・規制の分散
  - 監視カメラ：全体で300万台以上？
  - 個人情報：消費を通じた取得
  - アーキテクチャ



8

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

## 法の動作環境

- 事後の制裁・救済システム
  - 被害者の行為・資源が必要
- 機能しないケース
  - 確信犯・弱い主体・不公正な契約
- 事前介入への転換
  - 労働法・消費者保護法
  - ストーカー規制法などの治安対策



国民のリスク回避志向

9

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

## アーキテクチャの価値

- 低コストで高効率の規制
    - 不完全・不徹底な法
- ↓
- 反逆可能性の否定



安価な規制の実現

より完全な予防

意識されない規制



10

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

## アーキテクチャの問題性

- リスク認知の低下
  - 同意のない服従 → 意識の消失
  - JCO臨界事故(1999)
- 統治の民主的正統性
  - 「社会政策こそが最善の刑事政策」(リスト)
  - 前提：移動・生活空間の共有
  - 「すばらしい新世界」からゲートッド・コミュニティへ



11

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---

## 国家法との摩擦

### 国家法

暴力の独占を背景  
人権・他の価値との調整  
特許法

リバースエンジニアリングの許容  
著作権法  
例外規定(公正利用 fair use)

### アーキテクチャ

分散した所有に立脚  
完全なコントロールを志向

ライセンス契約  
リバースエンジニアリングの禁止  
プロテクト  
想定外の利用可能性を除去

矛盾・相克

12

---

---

---

---

---

---

---

---

---

---



総務省 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5回（2012.11.2）

## 「過誤回避のディレンマ」からみる実効性確保の諸問題

手塚洋輔（京都女子大学・行政学）

### 1. 行政が直面する2種類の過誤

#### ◆ 作為過誤と不作為過誤

専門性を基盤とする官僚制にとって「過誤」の問題は避けなければならない問題

作為過誤（第1種過誤） 「するべきでないのにした」

不作為過誤（第2種過誤） 「するべきなのにしなかった」

#### ◆ 過誤回避のディレンマ

時間等の資源が一定のとき、両者を同時に回避することはできない

→「あちらを立てればこちらが立たない」トレードオフ関係

→「過誤回避のディレンマ」

いずれかを重視するか選択せざるを得ない

→「主たる過誤」と「従たる過誤」

#### ◆ 作為過誤回避指向と不作為過誤回避指向

作為過誤回避指向の制度（＝作為過誤を主たる過誤）

→ 確実性を重視，入念な情報収集・調査

不作為過誤回避指向の制度（＝不作為過誤を主たる過誤）

→ 可能性を重視，即断

※ 作為過誤回避する手段 → 不作為過誤の可能性が高まる（逆も同様）

#### ◆ 過誤と非難

過誤をゼロにできない → 何をして（しなくても）「過誤」として非難される可能性

→ 単純に「主たる過誤」の極小化を目指せない

→ 過誤と非難を遮断し、制度の安定させるためには、「従たる過誤」の扱いをめぐる「仕掛け」が不可欠ではないか

## 2. 従たる過誤への対処手法——予防接種を事例に

### ◆ 過誤回避からみる3つの時期区分

不作為過誤回避指向の制度

第1期（1948～1967） 作為過誤＝潜在的 ⇒不可視化

第2期（1967～1987） 作為過誤＝顕在だが不可避 ⇒希釈化

第3期（1987～） 作為過誤＝顕在かつ回避可能 ⇒分散化

### ◆ 1948年予防接種法制定

GHQ 主導

非科学的な法定ワクチン

罰則付強制（当時で罰金3000円）；当初から適用しない旨の通達

### ◆ 作為過誤の不可視化と集団接種における不作為過誤回避指向

副作用事例は「特異体質」として処理・隠蔽 ⇒「作為過誤」の不可視化

育児雑誌：「不作為過誤」に重点

法定外接種の実質定期接種化（特別対策・混合ワクチン）

履行確保に向けたインフォーマルな執行

伝家の宝刀としての罰則／人数規定・予診規定の無視／乳幼児検診

学校集団接種（行事の一環）／接種無料化

### ◆ 接種行為にかかる作為過誤の顕在化

被害者の組織化（1960年代後半）・報道・70年種痘禍問題

⇒接種行為の「作為過誤」の政治化

医師からの要求

### ◆ 作為過誤の希釈化＝公的責任の拡大

行政が責任を負う（接種医師の法的地位を明確化・損害賠償請求は市町村対応＝医師に対する免責）

作為過誤の肯定と不可避性の強調

「現在においては、遺憾ながら、極めてまれであるが、重篤な副反応（があり）、事前に予知する医学的方法がない」

無過失責任による被害救済制度（1970年）⇒貴い犠牲論

### ◆ ワクチンにかかる作為過誤の顕在化＝同意接種の開始（強制接種の崩壊）

インフルエンザ予防接種の効果に疑念（作為過誤の可能性）

→保護者の同意を得る方式の開始（実質的な強制接種制度の終了）

MMRの副作用問題

→使用禁止の決定をせず、同意接種として維持（最終的には使用禁止）

同意接種＝決定しなければならない圧力からの解放・緩和

→結果として作為過誤（副作用）と不作為過誤（麻疹の流行）を招く

◆予防接種禍訴訟の進展＝集団接種体制の否定

1992年東京高裁判決＝国側敗訴（副作用発生は厚生大臣の施策上の過失という論理）

⇒作為過誤の再定義（不可避なものから回避可能なものへ）

回避しなければならない作為過誤⇒過誤回避のディレンマの顕在化

「規制から条件整備へ」＝決定から情報提供へ

強制接種→勧奨接種（接種努力義務）⇒行政の決定回避・保護者との責任分担

新規の法定ワクチンは1978年以降なし⇒任意接種で対応（民主党政権下で、Hib、肺炎球菌、HPV、不活化ポリオが定期接種化）

◆空き家条例の事例

作為過誤回避指向の制度

周辺住民からの要請→「分散化」として理解できるか

発見探索コストを転嫁

◆分散化の問題点

3. 義務履行確保手法とその限界（補足）

◆行動を誘導する代表的な手法

①罰則 ②指導 ③情報提供 ④利益誘導

→組み合わせ

◆違反者への対応

→すべての違反者に対応できる戦略はない

		行政機関・行政職員の執行方法			
		柔軟な対応	強硬な対応		柔軟な対応
		①周知戦略	②制止戦略	③制裁戦略	④適応戦略
違反者の類型	①不知・不能者	効果あり	効果あり	直接の効果なし	効果なし
	②利己的行動者	効果なし	効果あり	効果あり	逆効果の余地あり
	③-1 異議申し立て者	効果なし	逆効果の余地あり	逆効果の余地あり	効果あり
	③-2 反抗者	効果なし	効果あり	逆効果の余地あり	行政側の屈服



総務省 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5回発表資料(2012.11.2)

## 「過誤回避のディレンマ」からみる 実効性確保の諸問題

手塚 洋 輔

(京都女子大学現代社会学部講師・行政学)



### 不確実性下の行政活動と 二つの過誤(問題意識)

1. 二つの過誤の潜在的な可能性
  - 作為過誤 「するべきでないのにした」
  - 不作為過誤 「するべきなのにしなかった」
2. これら二つの過誤の発生を同時には回避できない→「過誤回避のディレンマ」
3. 何をしても非難される可能性を払拭できない
4. 非難を遮断する「仕掛け」が行政活動の安定に不可欠なのではないか

参考文献:手塚洋輔(2010)『戦後行政の構造とディレンマ:予防接種行政の変遷』藤原書店



# 作為過誤回避指向と 不作為過誤回避指向

作為過誤回避指向の制度(医薬品承認)

不作為過誤回避指向の制度(児童虐待防止)

とるべき行動 とった行動	承認 すべき	承認 すべきで ない
承認した	正しい決定 (効果のある医薬品が流通)	作為過誤 (副作用の発生)
承認 しなかった	不作為過誤 (必要な医薬品が供給されない)	正しい決定 (副作用発生の防止)

とるべき行動 とった行動	介入 すべき	介入 すべきで ない
介入した	正しい決定 (児童の救出)	作為過誤 (健全な親子の離反)
介入 しなかった	不作為過誤 (虐待の激化・死亡)	正しい決定 (不必要な介入の回避)

主たる過誤

従たる過誤

3



# ディレンマに対応する 2つの方向

## ① 従たる過誤の「非政治化」

- 過誤の不可視化
- 過誤の希釈化
- 従たる過誤(予防接種の場合は作為過誤)を非政治化することで制度の安定をはかる

## ② 公的責任範囲の限定

- 主体の分散化
- 公的責任範囲を限定・縮小することで、作為・不作為双方の過誤の可能性を低め、制度の安定をはかる

4



# 従たる過誤への非政治化

従たる過誤	行政手法
潜在的	(過誤の)不可視化 情報隠蔽・執行上のミスなど
顕在回避不能	(過誤の)希釈化 技術的限界の主張・公的補償制度の整備など
顕在回避可能	(主体の)分散化

とるべき行動 とった行動	すべき	すべきでない
した	正しい決定	従たる過誤
しなかった	主たる過誤	正しい決定



# 公的責任の限定(主体の分散化)

従たる過誤	行政手法
潜在的	(過誤の)不可視化
顕在回避不能	(過誤の)希釈化
顕在回避可能	(主体の)分散化 当事者の同意・申請など

とるべき行動 とった行動	すべき	すべきでない
した	正しい決定	(従たる)過誤
しなかった	(主たる)過誤	正しい決定



# 予防接種の事例 時期区分

年	主要事項	作為過誤	主な政策対応
1948	48予防接種法制定 (強制+罰則)	潜在的	不可視化 ※特異体質、情報隠蔽 等
1967頃	副作用の社会問題化+医師 の免責要求 70被害補償制度	顕在 不可避	希釈化 ※無過失補償、「尊い犠牲」
1987頃	76予防接種法改正 (強制+罰則なし) 審議会への疑念+訴訟敗訴 94予防接種法改正 (勧奨+罰則なし)	顕在 回避可能	分散化 ※保護者の同意、任意接種

7



# 予防接種の事例

- 作為過誤(副作用)と不作為過誤(感染症)
- 副作用=潜在的
  - 情報隠蔽、特異体質論 (不可視化)
- 副作用が社会問題化
  - 回避不能の主張
  - 無過失補償、「尊い犠牲」(希釈化)

とるべき行動 とった行動	するべき	するべきでない
した	正しい決定	作為過誤 (副作用)
しなかった	不作為過誤 (感染症)	正しい決定

8



# 予防接種の事例

## ■ 効果への疑問＋訴訟敗訴

- 回避可能な作為過誤
- 保護者の同意、任意接種(分散化)

## ■ 不作為過誤に対する非難の回避(ワクチン・ギャップ)→政権公約による変化

とるべき行動 とった行動	すべき	すべきでない
した	保護者の同意・任意接種	作為過誤(副作用)
しなかった	不作為過誤(感染症)	正しい決定
	保護者の不同意・未接種	



# 空き家条例の事例

## ■ 作為過誤(所有権侵害)と不作為過誤(環境の悪化・危険の増加)

## ■ 環境悪化＝潜在的

- 空き家の少なさ(不可視化)
- 所有権不可侵(希釈化)

とるべき行動 とった行動	すべき	すべきでない
した	正しい決定	作為過誤(所有権の侵害・行政コスト)
しなかった	不作為過誤(環境悪化・危険)	正しい決定



# 空き家条例の事例

- しかし、空き家放置の問題化→「不作為過誤」の顕在化
- 周辺住民の要請がない→「黙認されているから不作為過誤ではない」

とるべき行動 とった行動	すべき	すべきでない
した ↓	周辺住民の要請 正しい決定	作為過誤 (所有権の侵害・行政コスト)
しなかった ↓	不作為過誤 (環境悪化・危険)	正しい決定
↑	周辺住民の黙認	

11



# 義務履行確保の手法

## 1. 脅迫

- 罰則付き強制接種
  - 3000円以下の罰金
  - 威嚇効果
  - ただし、実際には適用されず

## 2. 指導

- 保健所による指導
- 学校での集団接種
  - 特別対策

## 3. 情報提供

- 広報, 育児啓蒙書
  - ただし、不作為過誤(感染症の恐怖)中心

## 4. 利益誘導

- 接種無料化
- 混合ワクチン

12



# 違反者への対応

		行政機関・行政職員の執行方法			
		柔軟な対応	強硬な対応		柔軟な対応
		①周知戦略	②制止戦略	③制裁戦略	④適応戦略
違反者の類型	①不知・不能者	効果あり	効果あり	直接の効果なし	効果なし
	②利己的行動者	効果なし	効果あり	効果あり	逆効果の余地あり
	③-1 異議申し立て者	効果なし	逆効果の余地あり	逆効果の余地あり	効果あり
	③-2 反抗者	効果なし	効果あり	逆効果の余地あり	行政側の屈服

出典：西尾勝『行政の活動』有斐閣，2000年，p.38 13



# おわりに

1. いずれの過誤回避の重視するのか→ディレンマ構造にあることが前提
2. 従たる過誤の対処が制度の安定には不可欠
3. 従たる過誤の問題化→「ディレンマ」の先鋭化→分散化による安定へ
4. 分散化の問題点＝行政の過誤として帰責される部分は減るかもしれないが，誤った決定の確率が減るわけではない（被害は変わらない）
5. 違反者への対応は相手によって組み合わせていく必要

## 論点3(4) 必ずしも履行確保まで見通して立案されていない現状

履行確保手段を意識した施策立案、法律・条例の立案が必要ではないか

### 京都府児童ポルノ規制条例 (平成23年制定)

第4回資料2より

知事は、児童ポルノを所持する者に対して、廃棄等を命じることができる(8条)

#### 【問題点】

現行法上、条例に基づく義務について地方公共団体が一般的にとることができる強制手段は、代執行のみであるが、

- ・代替的作為義務ではないのではないか  
(当人以外の者が、所持している児童ポルノをすべて特定できるか)
- ・直接強制に当たるのではないか

#### 【検討会での意見】

行政上の強制執行ではなく、義務者の任意の履行を府職員が代行していると解せる(解すほかない)のではないか

本人の同意が得られない場合には、廃棄等を断念することとなる(強制手段のない義務)が、それを明確に意識して立案されているか

## 【参考】関連する学説

○北村喜宣「行政法の実効性確保」P313、2008年

どのような制裁規定を設けようとも、違反は確実に発生する。違反の多さと比較すれば、行政執行リソースの過小さは絶望的に明白であるが、それを十分に認識して補完するような措置は、当該法律にはされていないのが通例である。それなりの法的対応をしたのであるから違反はそれほど発生しないという前提や、違反があった場合にも無制約に行政リソースを動員できるという前提がインプットされているように思われる。

## 論点3(5) 罰則の立案手続と強制執行手段の立案手続の比較

### 条例案の立案手続

- 自治体が条例に罰則を定めるときには、事前に地方検察庁と協議することとなっている。
- 強制執行手段については、特段の協議やルールはない。

【参考】 昭和48年1月全国都道府県総務部長会議連絡事項（法務省）

#### 条例の罰則について

##### 罰則の定めのある条例の制定等に関する検察庁との協議について

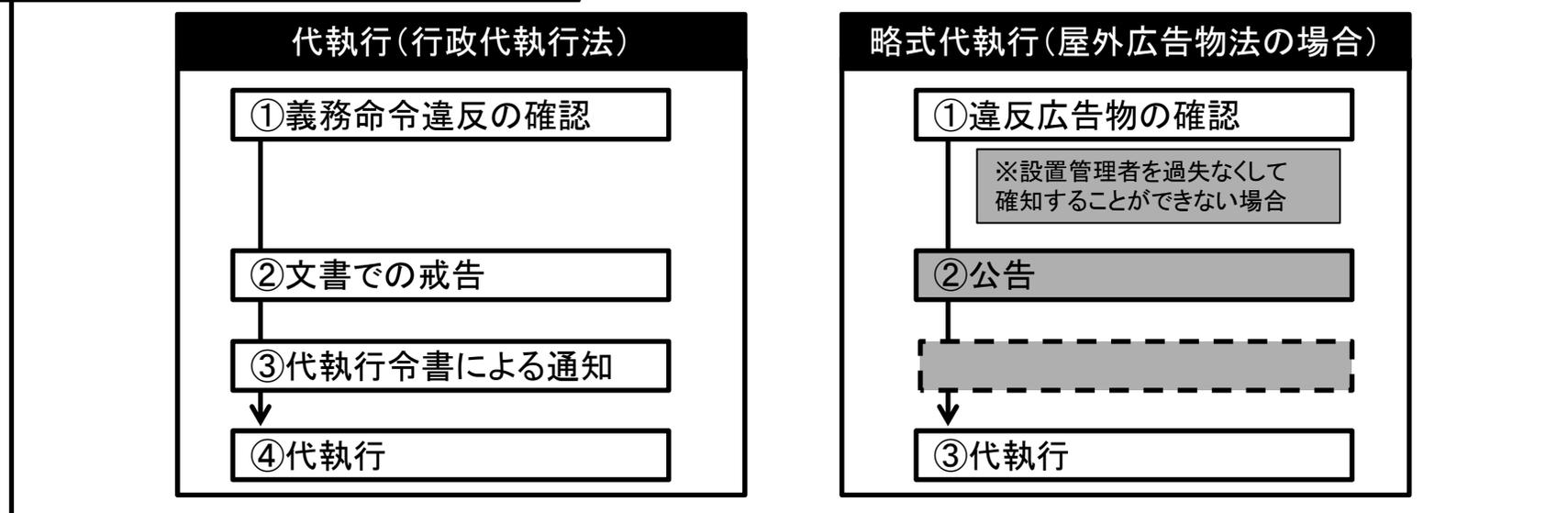
近時、各種条例の整備に伴い、罰則の定めのある条例が次第に増加しつつあるが、これらの条例のうちには、国の法令との関係で問題のあるものや罰則の構成要件が不明確なもの、あるいは義務規定を定めた本則との間にそごがあるものなども少なからず見受けられ、このような罰則が制定され、その是正がなされない場合には、本来処罰すべき違反者を処罰しえないこととなり、当該条例の実効性のみならず一般法令の権威にも少なからぬ影響をもたらすものと考えられる。

法務省においては、各地方検察庁に「罰則の定めのある条例に関する事項」を所管する特定の係検事を置き、これら係検事をして地方公共団体からこの種の条例の制定、改正等に関し意見を求められた場合には、これに協力して適宜助言等をなさしめることにしている。各地方公共団体においては、罰則の定めのある条例の制定、改廃等に当たっては、関係地方検察庁との連絡を密にし、その運用に支障を生ずることのない適切妥当な規定が定められるよう配慮願いたい。

## 論点4(1) 略式代執行の活用状況

- 行政代執行法の要件・手続が著しく厳格であり、実効性が確保できないとの見地から、個別法において、略式代執行(要件・手続の特例)を創設する例がみられる。
- 略式代執行の活用状況を見ると、代執行よりも活用されてはいるものの、いまだ十分とは言えないという評価がある。

### 略式代執行と代執行の相違点



### 【参考】関連する学説

○櫻井敬子・橋本博之『行政法 第3版』P184、2010年

行政代執行の機能不全という事態を少しでも改善するために、個別法では代執行の要件を緩和した簡易代執行と呼ばれる例がみられる。(略)しかし、簡易代執行自体が簡易ではないため、あまり利用されていない。このように、代執行の要件緩和にも限界があることから、より直截的に同じ目的を実現することができる即時強制の立法例が増えている。機動的な対応を可能にする新しい仕組みの構築が必要である。

## 屋外広告物法の改正経緯と実績

S24	屋外広告物法施行
S27 改正	略式代執行を規定
S38 改正	簡易除却を規定
S48 改正	はり札及び立看板を簡易除却の対象に追加
H16 改正	広告旗等を簡易除却の対象に追加

(参考)違反広告物に対する実績 (単位:回)

年度	行政代執行	略式代執行	簡易除却※
H10	0	159 (約 5,300件)	24,417 (6,747,315件)

○出典:西津政信「間接行政強制制度の研究」P4、2006年  
※簡易除却は即時執行

## 河川法の改正経緯と実績

S40	新河川法施行
H7 改正	略式代執行を規定
H9 改正	略式代執行における撤去船舶の売却、 廃棄、売却代金の保管等を可能に
(H10)	(計画的な不法係留船対策の促進に 関する旧建設省河川局長通知を発出)

(参考)不法係留プレジャーボートに対する実績 (単位:隻)

年度	行政代執行	略式代執行	合計
H元~H6	0	0	0
H7~H10	23	11	34
H11	0	69	69
H12	5	52	57
H13※	107	115	222
H14	3	34	37
H15	0	9	9
合計	138	290	428

○出典:平成16年4月9日 国土交通省社会資本整備審議会河川分科会第13回資料  
○平成13年度の実施隻数が増加した理由について、国交省は、平成10年の通知に基づき対策を講じた結果と考えられると説明(会議議事録より)

## 【参考】関連する学説

○阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』P570、2008年

建基法9条12項は、(略)この代執行の実体法上の要件②③(※)の制約を排除する趣旨である。(略)これは代執行の活用を促進するためであるが、違反建築物はすべてことの軽重を問わず情け容赦なく代執行で取り壊せるとは解されないのであって、比例原則の適用があることに変わりはない。ただ、上記②③に由来する代執行権の心理的制約を排除する意味があろう(略)が、この法改正は実際には代執行の活用には結び付いていないようである。

※代執行法2条の要件

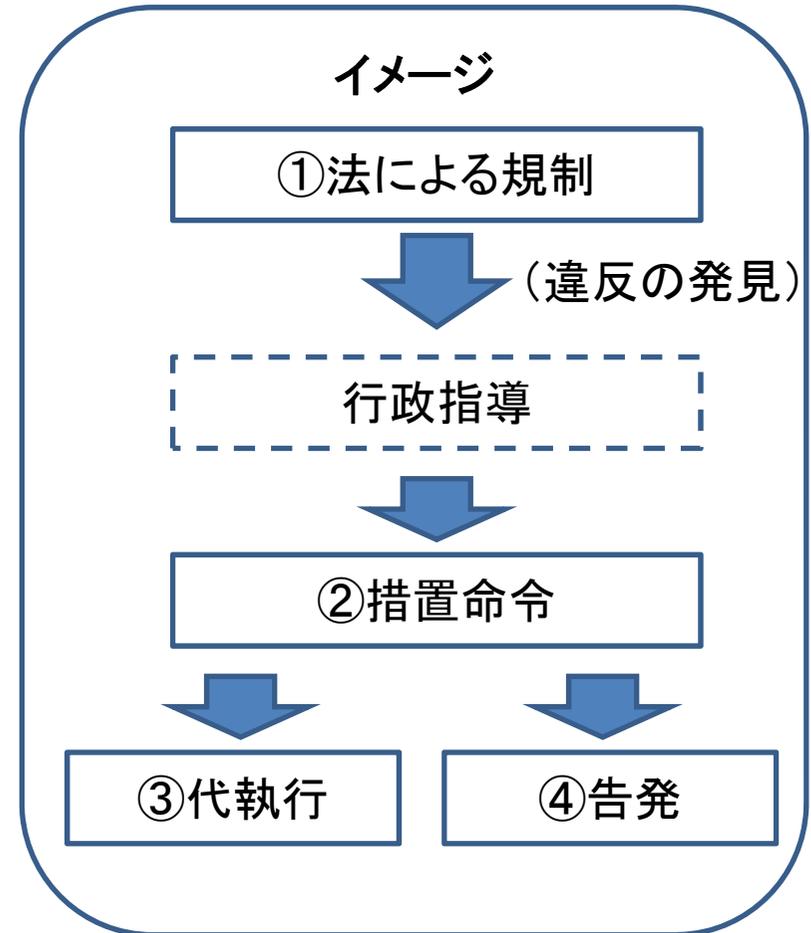
- ①義務者がこれを履行しない場合、
- ②他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、
- ③且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるとき

# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(①建築行政)

【参考】第1回資料4

(参考)違反建築物に対する対応

- ①建築基準法において、建築物に対する規制がなされている。  
例)建ぺい率:建築面積の敷地面積に対する割合。  
用途地域に応じて上限が定められている。(法第53条)
- ②違反建築物に対して、特定行政庁は、除去等の違反を是正するために必要な措置をとることを命ずることができる。(法第9条第1項)
- ③特定行政庁は、措置命令を行った場合、次の時は代執行できる。(法第9条第12項)
  - ・命ぜられた者が履行しないとき
  - ・履行しても十分でないとき
  - ・履行しても期限までに完了する見込みがないとき。
- ④また、告発を行い、刑事処分を求めることができる。
  - ・法第9条第1項の違反は、3年以下の懲役又は300万円以下の罰金(法第98条)



## 行政上の義務の実効性確保に関する現状(②廃棄物行政)

### 産業廃棄物の不法投棄への対応状況(平成22年度末時点)

○平成22年度末において都道府県及び指定都市が把握した産業廃棄物の不法投棄(1件当たりの残存量が10t以上のものに限る。)

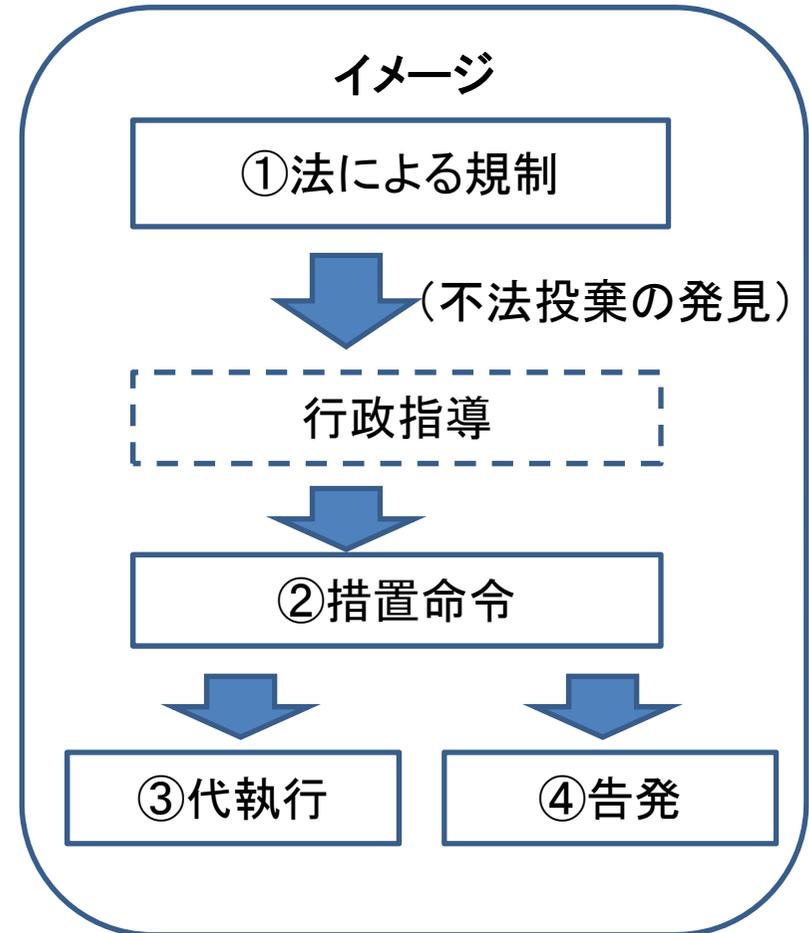
区分	残存件数	残存量
措置命令発出済	4.3% (112件)	50.1% (893万トン)
行政代執行着手済	0.6% (15件)	30.0% (534万トン)
未着手	3.7% (97件)	20.1% (359万トン)
措置命令未発出	95.7% (2498件)	49.9% (889万トン)
行政指導等対応	72.0% (1879件)	40.0% (713万トン)
実行者不明、対応なし	23.7% (619件)	9.9% (176万トン)
合計	2610件	1781万6521トン

※行政指導等対応とは、行政指導、立入検査、事業の停止等を指す。

# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(②廃棄物行政)

(参考)産業廃棄物の不法投棄に対する対応

- ①廃棄物の処理及び清掃に関する法律において、廃棄物の処理について規制がなされている。
- ②不法投棄に対して、生活環境の保全上の支障がある場合、知事は処分者等に対して、除去等の措置を命ずることができる。(法第19条の5第1項)
- ③知事は、措置命令を行った場合、次のときは、代執行できる。(法第19条の8第1項第1号)
  - ・措置を講じないとき
  - ・講じても十分でないとき
  - ・講ずる見込みがないとき
- ④また、告発を行い、刑事処分を求めることができる。
  - ・法第19条の5第1項の違反は、5年以下の懲役又は1,000万円以下の罰金(法第25条第1項第5号)



# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(③屋外広告行政)

## 違反広告物に対する措置の状況

○単年度及び累計の違反広告物に対する措置数は未把握

(参考)平成20～22年度における違反広告物に対する措置の状況

出典:国土交通省平成23年度政策レビュー「美しい国づくり政策大綱」

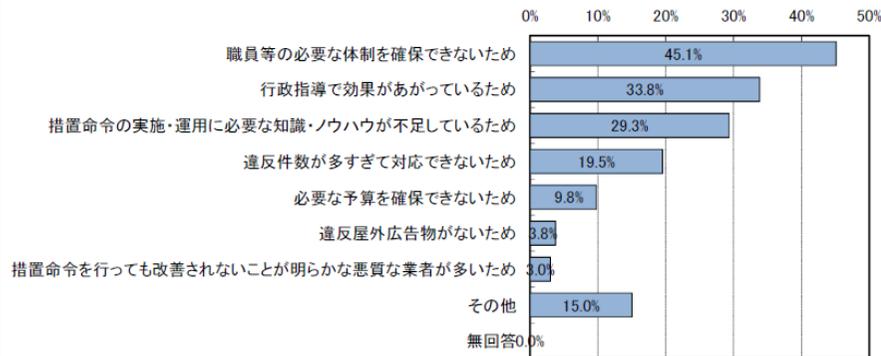
区分	実施した	実施しなかった	備考
措置命令	8.1%(12団体)	89.9%(133団体)	
行政代執行	0.0%(0団体)	97.3%(144団体)	措置命令の年度に関わらず H20～22に実施された件数
略式代執行	2.7%(4団体)	94.6%(140団体)	公告の年度に関わらず H20～22に実施された件数
簡易除却	92.6%(137団体)	6.1%(9団体)	H22実績 347万枚余の違反広告物を 除去

※屋外広告物条例を制定している地方自治体148団体(47都道府県、19政令指定都市、41中核市、41市町村(平成23年9月1日現在))を対象に調査。

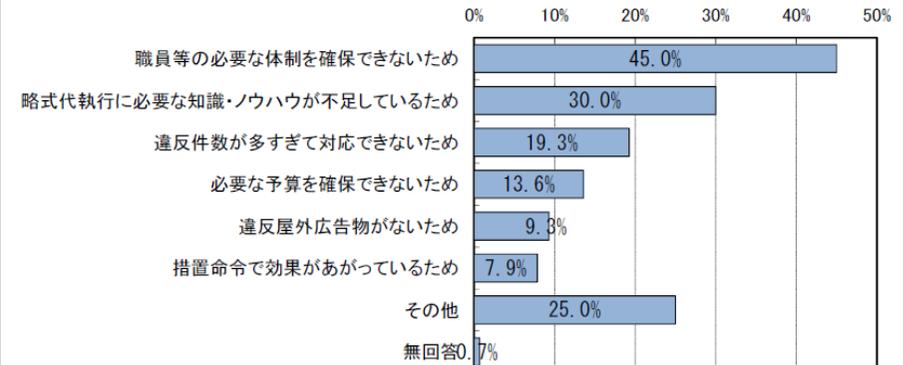
※無回答等があるため、合計は一致しない。

# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(③屋外広告行政)

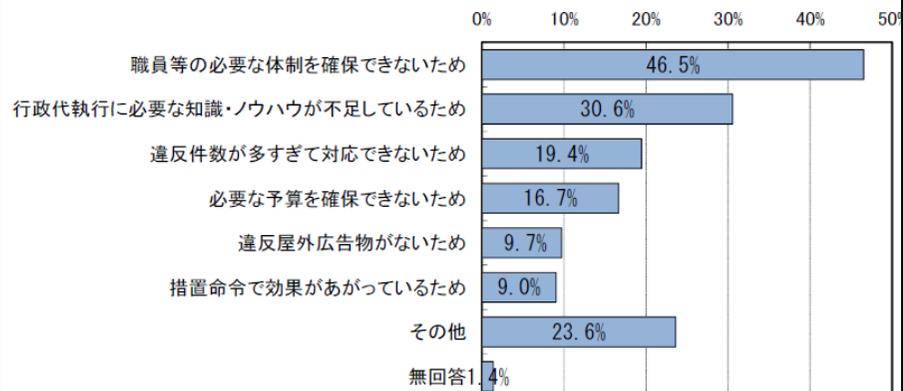
○措置命令を行わなかった理由(複数回答可)  
(H23年9月1日時点、措置命令を行わなかった理由 n=133)



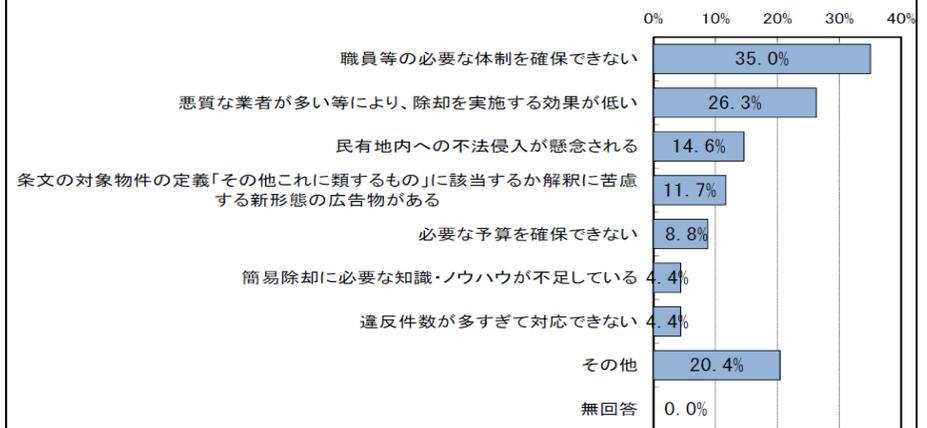
○略式代執行を行わなかった理由(複数回答可)  
(H23年9月1日時点、略式代執行を行わなかった理由 n=140)



○行政代執行を行わなかった理由(複数回答可)  
(H23年9月1日時点、行政代執行を行わなかった理由 n=144)



○簡易除却の課題(複数回答可)  
(H23年9月1日時点、簡易除却を実施している団体n=137)



# 行政上の義務の実効性確保に関する現状(③屋外広告行政)

(参考)違反屋外広告物に対する対応

①屋外広告物法及び屋外広告物条例(都道府県、政令市など)において、屋外広告物の設置場所や表示方法等について規制がなされている。

②-1 違反屋外広告物に対して、知事等は設置管理者に対して除却等の必要な措置を命ずることができる。(法第7条第1項)

②-2 設置管理者が確認できない場合は、条例の定めるところにより、屋外広告物を除却する旨等を公告することができる。(法第7条第2項)

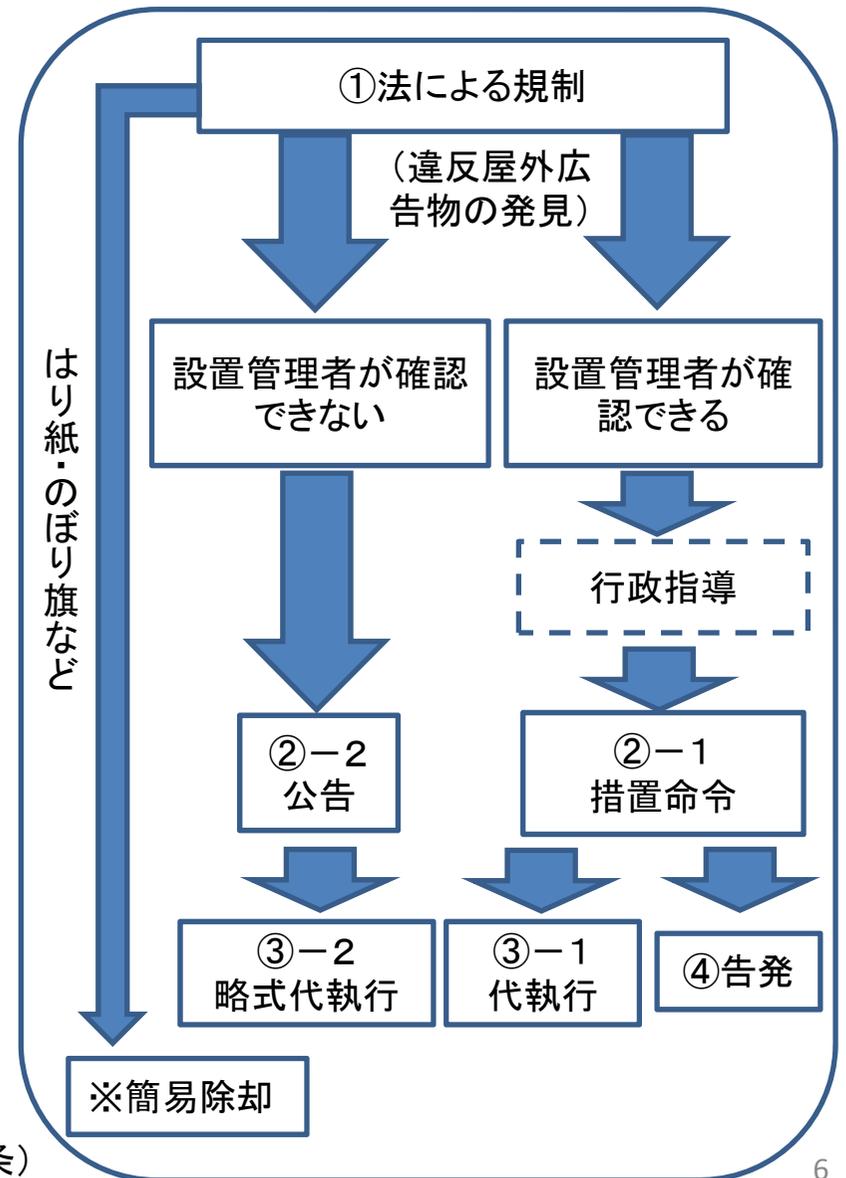
③-1 知事等は、措置命令を行った場合、次のときは、代執行できる。(法第7条第3項)

- ・命ぜられた者が履行しないとき
- ・履行しても十分でないとき
- ・履行しても期限までに完了する見込みがないとき

③-2 設置管理者が確認できない場合、知事等は自ら措置を行うことができる。(略式代執行:法第7条第2項)

※はり紙、のぼり旗などの場合は、措置命令を発することなく除却できる(簡易除却:法第7条第4項)

④また、告発を行い、刑事処分を求めることができる。  
・法第7条第1項の違反は、条例により罰金又は過料(法第34条)



# 行政上の義務の実効性確保に関する制度の変遷(未定稿)

【参考】第2回資料3

	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>	<div style="border: 1px dashed black; padding: 5px;"> <p>【～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</p> </div>
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>S42 道路交通法改正</b> ・反則金の導入 <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		<div style="border: 1px dashed black; padding: 5px;"> <p>【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</p> </div>
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 <div style="border: 1px dashed black; padding: 5px; margin-top: 5px;"> <p>経済法分野での課徴金活用論の高まり</p> </div>	<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 間接強制の拡大	<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

行政上の義務の実効性確保

(1) 義務履行強制

(行政上の強制執行制度)

(2) 義務違反の制裁

# 行政上の義務の実効性確保に関する現行制度の概観

## (1) 義務履行強制(行政上の強制執行制度)

種類	概要	根拠法	想定される適用例
行政代執行	代替的作為義務について、行政機関が義務者に代わって自らその行為を行い、または第三者に行わせ、要した費用を義務者から徴収するもの ※非代替的作為義務(例:明渡しや立退き)、不作為義務(例:営業の停止)は対象外	行政代執行法 建築基準法9条12項 等	違反建築物について、除却命令が履行されない場合、行政が代わって解体
直接強制	行政機関が義務者の身体または財産に実力を加えることにより、義務が履行されたのと同様の状態を直接に実現するもの	学校施設の確保に関する政令21条 成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法3条8項	成田空港周辺の団結小屋の除去
間接強制(執行罰)	行政機関が義務者に対しあらかじめ予告したうえで、期限内に義務が履行されない場合には一定の罰(過料)を科することとし、それによって義務の履行を確保しようとするもの	砂防法36条	砂防工事を拒否する土地所有者に対して、過料を科すことを予告して工事の受入れを命令
行政上の強制徴収	行政上の金銭支払い義務について、行政機関が強制的な手段を用いて義務が履行されたのと同様の状態を実現するもの	国税徴収法47条以下 地方税法、行政代執行法等で準用	税の滞納者への差押え、換価、徴収

※なお、即時執行(義務があらかじめ命じられることを前提とせず、直接に行政上の望ましい状態を実現する手法。例えば、違反屋外広告物の簡易除却)は、命じられた義務の履行強制にはあたらないが、行政上の義務の実効性確保に関するものと位置づけることができる。

# 行政上の義務の実効性確保に関する現行制度の概観

## (2) 義務違反の制裁

種類		概要	根拠法	想定される適用例
行政罰	行政刑罰	行政上の義務違反に対する制裁として科される刑罰 (死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、没収)	個別法多数	(例: 消防法) 消防用設備等の設置基準違反に対する措置命令にも関わらず、設置しなかった者は、1年以下の懲役又は百万円以下の罰金
	過料	行政上の義務違反に対する制裁として科されるもので刑罰ではない金銭罰	個別法多数	(例: 住民基本台帳法) 正当な理由がなく、転出入の届出をしない者は5万円以下の過料
租税犯則通告処分制度		間接国税・関税等に関して、罰金又は科料に相当する金額等を納付すべきことを通告するもの 納付したときは公訴を提起されないが、納付しないときには通常の刑事手続に移行する	国税犯則取締法14条以下	揮発油税の脱税に対する通告処分
交通反則金制度		道路交通法違反行為に関して、反則金の納付を告知するもの。告知された者が納付したときは公訴を提起されないが、納付しないときには通常の刑事手続に移行する	道路交通法125条以下	スピード違反に対する反則金

# 行政上の義務の実効性確保に関する現行制度の概観

## (2) 義務違反の制裁(つづき)

種類	概要	根拠法	想定される適用例
加算税	申告、納付等の法律上の義務を果たさない場合に課す金銭的不利益	国税通則法65条以下	所得隠しに対する重加算税
課徴金	義務違反行為によって生じた利益を剥奪する等のため、違反者に対して課す金銭的不利益 ※現在の独禁法では、違反行為防止の実効性を確保するため、カルテル等の不法利得相当額を超えて徴収	独占禁止法7条の2第1項 等	カルテルを行っていた事業者に対する課徴金
公表	義務の不履行があった場合に、その事実を一般的に公表するもの	国民生活安定緊急措置法6条 等	主務大臣から標準価格等の表示の指示を受けた小売業者が、指示に従わなかったとき、その旨を公表

※義務違反の制裁については、これがあらかじめ定められることにより、義務履行強制の機能・効果を併せ持つ。

このため、具体的な制度を義務履行強制と制裁のいずれに区分するかについては、様々な考え方がある。

※課徴金については、法的な義務の不履行に対する制裁として設けられるもののほかに、国民生活安定緊急措置法の課徴金(特定標準価格を超える部分に係る利益を吸い上げるもの)など、制裁以外の目的のために設けられるものがあり、これらをどのように把握・整理するかは様々な考え方がある。

※公表については、法的な義務の不履行に対する制裁として設けられるもののほかに、行政指導への不服従に対する制裁や第三者保護のための情報提供などを目的として設けられるものがあり、これらをどのように把握・整理するかは様々な考え方がある。

## ○行政代執行法(抄)

第1条 行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる。

論点1:「行政上の義務の履行確保」の範囲

- ・即時執行(義務をあらかじめ命じられることを前提とせず、直接に行政上の望ましい状態を実現する方法)を含むか

論点2:「法律」に条例を含むか

- ・条例により、新たな義務の履行確保の手段を創設できるか
- ・条例により、代執行の要件、手続きを変更できるか

第2条 法律(法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。)により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為(他人が代つてなすことのできる行為に限る。)について義務者がこれを履行しない場合、他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは、当該行政庁は、自ら義務者のなすべき行為をなし、又は第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収することができる。

論点3:代執行に係る行政の裁量と条例による統制

論点4:条例に基づく義務に関する代執行の実態はどうなっているか

**論点1:「行政上の義務の履行確保」の範囲**

即時執行(義務をあらかじめ命じられることを前提とせず、直接に行政上の望ましい状態を実現する方法)を含むか

**【通説】** 即時強制は、行政代執行法1条の射程外(→法律に拠らず条例に基づいて即時執行を創設することができる)

※条例に基づく即時執行の創設を消極的に解する見解もある

原田尚彦「行政法要論」P228

条例で即時強制の根拠を定め直接強制に代替する機能を果たさせることが許されるかは疑問である。  
基本的には消極に解すべきであろう。

**【問題点】** 直接強制(「行政上の義務履行の確保」に該当)は、条例で設けることができないため、直接強制の対象とすることが適当な義務についても、便宜的に即時強制と位置づける誘因が存在

横浜市プレジャーボート条例事件判決(横浜地裁 平12・9・27)

放置船舶の移動の指導、勧告、命令を発した後にこれに従わない場合、移動措置を講ずるという市条例の手続について、次のように判示

- ・履行要請を事前に行うことを要件としたいいわゆる即時強制の方法(直接強制でない)
- ・少しでも余裕があるときは、まず、履行要請等を課すべきであって、いきなり即時強制を実施するのを避けることはむしろ望ましいこと

**【課題】** ・立法論としては、地方自治体が、各義務の履行確保に最もふさわしい強制手段を選択できるようにすべきではないか  
・例えば、行政強制の各手段に関する手続きや効果を統一的に定める通則法を制定し、地方自治体は条例でふさわしい手段を規定する仕組みが考えられるのではないか

## 論点2:「法律」に条例を含むか

- ・条例により、新たな義務の履行確保の手段を創設できるか

【通説】 行政代執行法1条の「法律」に、条例は含まれず、条例により新たな手段を設けることはできない(2条の「法律」には、明文により、条例を含めていることとの対比より)。  
ただし、公表、給付拒否のような新たな手段は、同条のいう義務履行確保の手段に含まれず、条例で設けることが可能

※条例による義務履行確保の手段の創設を積極的に解する見解もある

碓井光明「行政上の義務履行確保」(公法研究第58号P155)

- ・行政代執行法第1条は、同法以外に包括的な一般法を定めることはしないという方針を宣明したもの
- ・法律のほかに条例による個別的な執行権の創設を否定する意図をもつのではない
- ・条例で個別に定める限りにおいては、固有条例に基づく義務の履行としての代執行および直接強制も可能

・条例により、代執行の要件、手続きを変更できるか

【通説】代執行の手続きや要件の変更は、法律によることが必要

【問題点】条例により代執行の手続きを緩和しているように解されるものがある

自然公園における原状回復命令の略式代執行

	国立公園	国定公園	県立自然公園
環境大臣	○ (自然公園法 34条2項)		
都道府県知事		○ (自然公園法 34条2項)	× (※)

※自然公園法には、都道府県立自然公園における略式代執行を認める規定はない。  
しかし、複数の都道府県では、自然公園条例において、代執行手続きの緩和(略式代執行の創設)を行っている例がある。

- 【課題】 ①立法論としては、自然公園法において、都道府県立自然公園についても、条例で定めることにより、略式代執行ができるよう規定すべきではないか  
②さらには、一般的に、条例により、代執行の手続きや要件を変更できるような仕組みを、通則法で定めることが考えられないか

## 【参考】

### ○自然公園法

(中止命令等)

第三十四条 環境大臣は国立公園について、都道府県知事は国定公園について、当該公園の保護のために必要があると認めるときは、第二十条第三項、第二十一条第三項、第二十二条第三項若しくは第二十三条第三項の規定、第三十二条の規定により許可に付された条件又は前条第二項の規定による処分に違反した者に対して、その保護のために必要な限度において、その行為の中止を命じ、又はこれらの者若しくはこれらの者から当該土地、建築物その他の工作物若しくは物件についての権利を承継した者に対して、相当の期限を定めて、原状回復を命じ、若しくは原状回復が著しく困難である場合に、これに代わるべき必要な措置を執るべき旨を命ずることができる。

2 前項の規定により原状回復又はこれに代わるべき必要な措置（以下この条において「原状回復等」という。）を命じようとする場合において、過失がなくて当該原状回復等を命ずべき者を確知することができないときは、環境大臣又は都道府県知事は、その者の負担において、当該原状回復等を自ら行い、又はその命じた者若しくは委任した者にこれを行わせることができる。（以下略）

### ○北海道立自然公園条例

(中止命令等)

第22条 知事は、道立自然公園について、当該道立自然公園の保護のために必要があると認めるときは、第10条第4項若しくは第11条第4項の規定、第12条の規定により許可に付せられた条件又は前条第2項の規定による処分に違反した者に対して、その保護のために必要な限度において、その行為の中止を命じ、又はこれらの者若しくはこれらの者から当該土地、建築物その他の工作物若しくは物件についての権利を承継した者に対して、相当の期限を定めて、原状回復を命じ、若しくは原状回復が著しく困難である場合に、これに代わるべき措置を執るべき旨を命ずることができる。

2 前項の規定により原状回復又はこれに代わるべき必要な措置（以下「原状回復等」という。）を命じようとする場合において、過失がなくて当該原状回復等を命ずべき者を確知することができないときは、知事は、その者の負担において、当該原状回復等を自ら行い、又はその命じた者若しくは委任した者にこれを行わせることができる。（以下略）

### 論点3: 代執行に係る行政の裁量と条例による統制

#### 【通説】

○代執行を行うか否かの判断は、行政庁の自由裁量とされてきたところ

(参考: 第2回資料4P4 東京高判昭和42・10・26)

#### 【問題点】

○地方自治体の代執行に対する抑制的(消極的)な態度と相まって、代執行が適切に活用されない背景になっているとの指摘があるところ

○これに関して、最近、代執行が見込まれる義務の命令について、住民のイニシアティブを導入する例が見られる

#### 和歌山県景観支障防止条例 (平成23年制定)

(建築物等の外観の維持保全及び景観支障状態の制限に関する条例)

○廃墟の周辺住民は、知事に対し、建物所有者等に  
除却などの措置をとらせるよう要請できる

○知事は、建物所有者等に対し、除却などの措置を  
とるよう、勧告・命令できる

⇒従わない場合は、代執行の対象とすることを想定

周辺住民の要請

勧告 ・周辺住民の要請のあった廃墟  
・特定景観形成地域の廃墟

命令 ・周辺住民の要請の  
あったものに限る

代執行

【課題】 条例により、代執行に係る行政の裁量を統制しようとする動きをどう評価するか

- ・積極的な法執行により国民一般の公益を実現するものとして肯定的な評価
- ・権力の濫用を招き、個人の権利自由が侵害される恐れがあるとして慎重な評価

#### 論点4: 条例に基づく義務に関する代執行の実態はどうなっているか

【現状】最終的な履行確保を重視した条例が制定されるようになっている。

京都府児童ポルノ規制条例(平成23年制定)

知事は、児童ポルノを所持する者に対して、廃棄等を命じることができる(8条)

【問題点】現行法上、条例に基づく義務について地方公共団体が一般的にとることができる強制手段は、代執行のみであるが、

- ・代替的作為義務ではないのではないか  
(当人以外の者が、所持している児童ポルノをすべて特定できるか)
- ・直接強制に当たるのではないか

【課題】①現行制度の下で、独自に条例で義務を定める際には、履行確保の手段まで十分検討するよう注意を促す必要があるのではないか  
②立法論としては、地方自治体が、各義務の履行確保に最もふさわしい強制手段を選択できるよう、例えば、手続きや効果を統一的に定める通則法を制定することが考えられないか【論点1再掲】

## 論点4(3) 間接強制の活用 —課徴金制度の進展を参考に—

- 間接強制は、実効性に乏しいという理由から、戦後、一般制度として廃止された。
- 一方、経済的手法という面で類似の機能を営む課徴金制度が、経済法の世界では独自の発展を遂げている。
- 課徴金制度を参考に、金銭的不利益を課すことにより法目的の実現を図るものとして、間接強制を再評価できるのではないか。

### 課徴金制度の概要

#### 【定義】

- 実定法上、一義的な定義はなく、個別法の必要性に応じて作られてきた。
- 伝統的な行政上の強制執行手段ではない。
- その目的・性格は、個別法によって、不法・不当な収益の剥奪、制裁、それらを通じた再発予防などと説明されるが、最終的には、法執行の実効性確保を企図するものと言える。

#### 【参考】

課徴金とは、「違法行為によって法の予定しない利得を得た者に当該利益を帰属させないために 国家がこれを徴収するものであり、違法行為を有効に防止するための手段としての機能を持つ。」(櫻井敬子・橋本博之『行政法 第3版』P192、2010年)

#### 【導入例】

一部の経済法において導入されている。

- (例) ・独占禁止法 : 違法カルテル等による収益
- ・国民生活安定緊急措置法 : 特定標準価格を超える販売価格による収益
- ・金融商品取引法 : インサイダー取引による収益

## 近年における課徴金制度の活用 (1) 独占禁止法の課徴金引上げ

○平成17年独禁法改正で、課徴金水準の引上げが行われた。

(例) 課徴金算定率 大企業製造業 6%→10%

※課徴金算定率: 違反行為に係る商品や役務の売上高に乗ずる率

○引上げの理由

【改正前】 カルテル等による不当利得相当額を徴収

(→違反行為が後を絶たず、現行の算定率では違反行為防止の観点から不十分)



違反行為防止の実効性を確保するため

【改正後】 カルテル等による不当利得相当額を超えて金銭を徴収

【参考】公正取引委員長答弁(平成16年11月19日 衆議院経済産業委員会)

「今回、我々の整理は、不法利得相当額以上の金銭をいただくという仕組みを明らかにさせていただきたい、そうすると行政上の制裁という機能がより強まるということは間違いございません。(略)(課徴金の)法的性格は、不当利得の剥奪という法的性格ではなくて、課徴金というものは、そもそも独占禁止法違反行為を防止するために行政庁たる公正取引委員会が違反事業者等に対しまして金銭的不利益を課すというものである。要するに、行政目的のために金銭的不利益を課す、その手段として課徴金がある。」

## 近年における課徴金制度の活用 (2)消費者行政分野での導入検討

○消費者庁において研究会を設置し、消費者行政分野での課徴金導入について検討中。  
(消費者の財産被害に係る行政手法研究会)

### 【問題意識】

- 現行制度は、民事訴訟によって、悪質事業者から不法収益を取り上げ、被害回復を図ることが基本。
- しかし、被害者1人当たり損害額が訴訟費用より少額である場合が多い、被害額の立証が容易ではない場合が多いなどの理由により、民事訴訟では十分対応できず、その結果、事業者に不法利得が残る場合がある。
- 事業者にとって、同様の行為を行うインセンティブが残り、再び繰り返される可能性があることから、行政による経済的ディスインセンティブの賦課が必要。

### 【想定される対象事案】

- システムとして違法・破綻必至な事案 : ねずみ講、投資商法など
- 多数の消費者に財産被害を与える事案 : 悪質リフォーム、原産地等の偽装表示など

### 【参考】関連する学説

○中原茂樹『地方分権と自治体法務 第2章4. 条例・規則の実効性の確保』P137、2000年

課徴金は伝統的な行政上の強制執行手段ではないから、これを条例で課しても、行政代執行法1条を前述(4.(1))のように解釈する限り(※)、同条に違反しない。しかし、自治法の収入に関する規定(223条以下)が課徴金というカテゴリーを設けていないことからすると、これを条例で課しうるのかどうかについては疑義がある。また、仮に課徴金を課しうるとしても、行政上の強制徴収の対象とはならない(法231条の3第3項参照)から、その実効性は限られたものとなる。立法論としては、課徴金に関する国の法律の整備と併せて、自治体の課徴金に関する法整備も行うべきである。

※行政代執行法1条は、「行政上の義務の履行に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる。」と規定しており、ここにある法律には、同法2条との対比から、条例は含まれないと解される。したがって、条例で行政上の強制執行の手段を創設することは認められず、条例・規則上の義務であっても、その履行の確保については、法律が用意している制度を利用することとなる。

○塩野宏『行政法Ⅰ 第5版』P245、2009年

加算税、課徴金等の違反金は税法、経済法など個別法の必要性に応じて作られ、かつ、それぞれの分野で論議の対象とされてきたものである。したがって、もともとの立法理由も一様ではないが、法令違反を抑止する、別言すれば、法執行の実効性確保を企図するものとして収斂しつつあるといえよう。

○櫻井敬子、橋本博之『行政法 第3版』P192、2001年

平成17年には独占禁止法上の課徴金の金額について重要な改正がなされた。これは、課徴金の額が「不当利得相当額」を超えると「制裁」としての性格を帯び、憲法上禁止されている二重処罰（憲法39条後段）に該当するという従来の議論に配慮して、これまで比較的低額に抑えられてきた課徴金について、その算定率が高められ、不当利得を上回る額の課徴金が初めて実現されたものである（独占禁止法7条の2第1項・6項）課徴金は刑事罰でない以上、違法行為を抑制するという行政目的との関係で効果的とみられる金額を合理的に設定することに、本来憲法上の障害は存在しない。（略）課徴金を不当利得の剥奪にとどまらない行政制裁金に改変したうえで、刑事罰を廃止し、行政制裁金に一本化するという立法政策も可能であろう。

○北村喜宣「行政罰・強制金」『行政法の新構想Ⅱ』P150、2008年

原因者負担的発想に基づく課徴金は、多様な機能を持ちうる手法であり、行政法学においては、かねてより活用が提案されている。建築基準法の建ぺい率・容積率違反の建築物については、「空間の違法使用料」として、地価を踏まえた課徴金を課すことが考えられる。道路法の占用許可を受けない違法占用物件についても、同様の発想で対応できる。許可申請をしても許可されないような態様で違法占用をしていた場合には、「正規の占用料」を観念できないから、その数倍を賦課することが合理的であろう。

違法な自然環境破壊についても、課徴金は有効である。例えば、産業廃棄物不法投棄によって貴重な生態系が破壊された場合、廃棄物を適正処理しても、なお破壊は、当分の間は回復されない。「自然資源の価値低落分補填」としての課徴金を構想できる。なお、現行法においても、自然公園法違反の自然破壊行為に対して、原状回復が著しく困難な場合に、代替措置を命ずることができるが（27条1項）、課徴金納付を代替措置のひとつに含めて制度化することも考えられる。

(以下この項、内閣府作成資料)

## ①空き家等管理の条例等の制定状況

- 空き家等管理に係る条例等は、ここに掲げた事例以外にも制定事例が見られる。ここでは、「防災・防犯」、「まちづくり」、「景観」の3つに大別して整理した。

目的	防災・防犯	まちづくり	景観
豪雪地帯	<ul style="list-style-type: none"> <li>○滝川市空き家等の適正管理に関する条例【H24.4.1】</li> <li>○横手市空き家等の適正管理に関する条例【H24.1.1】</li> <li>○大仙市空き家等の適正管理に関する条例【H24.1.1】</li> <li>○美郷町空き家等の適正管理に関する条例【H24.1.1】</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○松江市空き家を生かした魅力あるまちづくり及びまちなか居住促進に関する条例【H23.10.1】</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>○ニセコ町廃屋撤去促進事業補助要綱【H14.8.1】</li> <li>○白馬村廃屋対策事業補助金交付要綱【H19.4.1】</li> </ul>
非豪雪地帯	<ul style="list-style-type: none"> <li>○所沢市空き家等の適正管理に関する条例【H22.10.1】</li> <li>○ふじみ野市空き家等適正管理に関する条例【H23.4.1】</li> <li>○松戸市空き家等の適正管理に関する条例【H24.4.1】</li> <li>○足立区老朽家屋等の適正管理に関する条例【H23.11.1】</li> </ul>		<ul style="list-style-type: none"> <li>○建築物等の外観の維持保全及び景観支障状態の制限に関する条例【H24.1.1】(和歌山県)</li> </ul> <p style="text-align: right;">【】条例施行年月日</p>

# 最近の地方自治体の取組み((1)空き家条例)

## ②「防災・防犯」目的の空き家等管理条例等の内容

- 「代執行」を盛り込んでいる地方自治体は滝川市、大仙市、美郷町である。
- 「助成(※)」を盛り込んでいる地方自治体は大仙市と足立区である。

※助言・指導・勧告に従って措置を講ずるものに補助金を交付

	滝川市	横手市	大仙市	美郷町	所沢市	ふじみ野市	松戸市	足立区
目的	1条	1条	1条	1条	1条	1条	1条	1条
定義	2条	2条	2条	2条	2条	2条	2条	2条
民事による解決との関係			3条					
所有者等の責務/空き家等の適正管理	3条	3条	4条	3条	3条	3条	3条	3条
空き家等の情報提供	4条	4条	5条	4条	4条	4条	4条	
実態調査(立入は行わず、外観等調査)		5条	6条	5条	5条	5条	5条	4条
立ち入り調査	7条	5条	7条	5条	5条	5条	5条	4条
助言	5条	6条	8条	6条	6条	6条	6条	
指導	5条	6条	8条	6条	6条	6条	6条	5条
勧告	5条	6条	9条	6条	6条	6条	7条	5条
助成			10条					6条
公表	8条	8条	11条	8条	8条	8条	9条	
命令	6条	7条	12条	7条	7条	7条	8条	
行政代執行	9条		13条	9条				
関係行政機関等との連携/協力依頼	10条	9条	14条	10条	9条	9条	10条	13条
委任	11条	10条	15条	11条	10条	10条	11条	14条
緊急安全阻措置、足立区老朽家屋等審議会、 審議会の組織、会長の選任及び権限、審議 会の運営、守秘義務								7~12条

除雪

除却

# 最近の地方自治体の取組み((1)空き家条例)

## ③空き家管理の実効性を担保する手段

- 空き家等管理の実効性を持たせるため、「氏名公表」や「補助金」、「代執行」が取られている。

氏名公表	補助金	行政代執行
<p>(公表) 第8条 市長は、前条の規定による命令を行ったにもかかわらず、当該所有者等が正当な理由なく命令に従わないときは、次に掲げる事項を公表することができる。</p> <p>(1) 命令に従わない者の住所及び氏名(法人にあっては、主たる事務所の所在地並びに名称及び代表者の氏名) (2) 命令の対象である空き家等の所在地 (3) 命令の内容 (4) その他市長が必要と認める事項</p> <p>2 市長は、前項の規定により公表するときは、当該公表に係る所有者等に意見を述べる機会を与えなければならない。</p> <p>出典: 所沢市空き家等の適正管理に関する条例</p>	<p>(補助金の交付) 第6条 市は、条例第10条の規定に基づき、大仙市補助金等の適正に関する条例(平成17年大仙市規則第62号)及びこの規則に定めるところにより、条例第8条の助言若しくは指導又は条例第9条の勧告に従って措置を講ずるものに補助金を交付する。ただし、次に掲げる場合はこの限りではない。</p> <p>(省略: 所得制限の記載)</p> <p>前項の補助金の額は、50万円を限度として、次に掲げる措置に要する費用の2分の1に相当する額とする。</p> <p>(1) 建物等除去 (2) 廃材等運搬及び処理 (3) 前各号に掲げるもののほか、市長が助言し、指導し、若しくは勧告し、又は特に必要と認めた措置</p> <p>(後略)</p> <p>出典: 大仙市空き家等の適正管理に関する条例施行規則</p>	<p>(行政代執行) 第9条 市長は、第6条の規定による命令を受けた者がこれを履行しない場合において、他の手段によってその履行を確保することが困難であり、かつ、その不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは、行政代執行法(昭和23年法律第43号)に定めるところにより、自ら必要な措置を行い、又は第三者にこれを行わせ、その費用を当該命令を受けた者から徴収することができる。</p> <p>出典: 滝川市空き家等の適正管理に関する条例</p>
<p>●上記以外の導入市町村例 滝川市、横手市、大仙市、美郷町、ふじみ野市、松戸市</p>	<p>●上記以外の導入市町村例 足立区</p>	<p>●上記以外の導入市町村例 大仙市、美郷町</p>

# 最近の地方自治体の取組み((1)空き家条例)

## ④秋田県大仙市の事例

平成22年度の大雪の際に空き家等の除雪の問題が顕在したことを受けて、平成23年度に空き家等管理の条例(「大仙市空き家等の適正管理に関する条例」)を制定した。空き家管理の問題については「平成18年豪雪」の頃から問題視されており、行政規程によって各種対策が講じられるとともに、条例化に伴う財産権や費用負担の法的解釈に関して、内部検討がなされていたことが、条例化する際に大いに役に立った。今後は空き家管理のデータベースを再度構築し、条例に基づき適正に関していくことが準備されている。

### 【取組の経緯】

- ・平成18年豪雪の頃から空き家等除雪の問題が大きくなり始めた。当時は合併直後で新市の地域防災計画が未策定のため「大仙市雪害対策実施要領」にて空き家等除雪に対応した。実施要領では雪害のみであったが「年間を通じた空き家等管理」、「空き地管理」、「空き家活用」等も含め空き家管理の必要性が高まった。平成22年度に庁内で空き家管理に係る法令解釈の検討を行った。
- ・平成22年度冬期の大雪では多数の苦情が寄せられ、議会での質問も相次いだことから、実施要領を廃止し、条例策定を行うこととした。

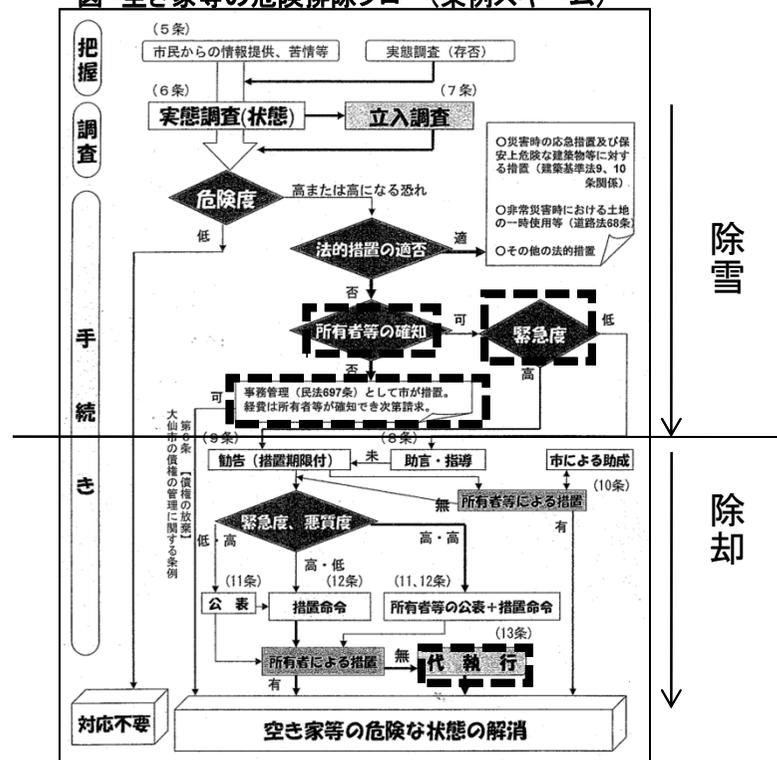
### 【主な取組と成果】

- ・条例では「空き家実態調査」、「立入調査」、「勧告」、「助言・指導」、「公表」、「措置命令」、「代執行」等が盛り込まれている。
- ・空き家等除雪の費用負担は代執行によって対応する。代執行によって費用は市が一時立替えておき、所有者が判明した家屋については後日請求する。ただし、所有者不明の場合は市が立替えることとなる。
- ・法的措置の根拠としては、「事務管理(民法第697条)」、「災害時の応急措置及び応急公用負担等(災対法第62条、第64条)」、「違反建築物に対する措置及び保安上危険な建築物等に対する措置(建築基準法第9条第1項、第10条第3項)」、「非常災害時における土地の一時使用等(道路法第68条第1項)」ととらえている。

### 【今後の課題】

- ・現在、あまり活用されていない空き家等管理台帳を一新する準備をしている。電子地図とデータベースを組み合わせたシステムで、電子地図には写真や空き家等の破損状態等の情報も付加するイメージである。情報更新等は自治会からの情報に基づくスキームを考えている。空き家管理地図を各町内会館等に張り出し、住民の見える化をはかることで町内会での空き家管理を進めるねらいがある。

図 空き家等の危険排除フロー(条例スキーム)



# 最近の地方自治体の取組み((1)空き家条例)

・大仙市では、空き家等管理条例に基づき、空き家の解体を進めている。

## 【空き家等の解体の概要】

秋田県大仙市では、H24年1月1日から施行された「大仙市空き家等の適正管理に関する条例」に基づき、H24年3月5日から30日までの間で、行政代執行により、空き家5棟の解体を進めている。

3月12日現在、5棟のうち4棟までの解体が終了しており、残り1棟は3月13日から15日にかけて解体し、その後は廃材の撤去等を進める予定である。

解体撤去費用の概算額178万5千円は、4月以降に所有者に請求する。

## 【空き家等の概要】

- 空き家等の種類:元事務所、物置、車庫等の5棟
- 所有者:1名
- 場所:小学校に隣接した場所

大仙市総務部総合防災課ヒアリング結果より作成

## 【行政代執行の手続きの流れ】

H24.2.22	行政代執行戒告(1週間)
H24.3.1	行政代執行令書(本人手渡し)
H24.3.5~3.30	行政代執行実施
H24.3.30	解体撤去費用確定
H24.4以降	所有者への費用請求



# 最近の地方自治体の取組み

## ((2) 京都府児童ポルノ条例)

### 児童ポルノの被害から児童を守るための条例を制定しました

#### ◇条例のねらい

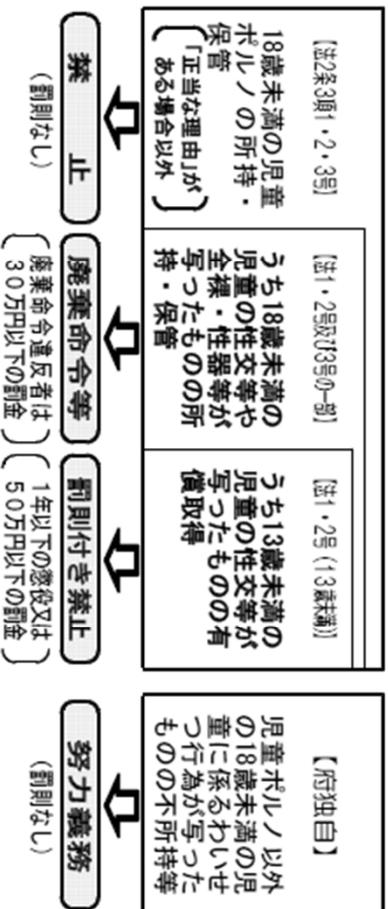
児童ポルノによる子どもたちの権利の侵害を決して許さない社会を目指すため児童ポルノを根絶し、児童ポルノの被害をなくすことを目的とした「京都府児童ポルノの規制等に関する条例」を制定しました。

#### ◇主な内容

##### (1) 児童ポルノの被害から児童を守るための規制

本条例における「児童ポルノ」の定義は、「児童買春、児童ポルノに係る行為等の処罰及び児童の保護等に関する法律」(以下、「法」という。)における「児童ポルノ」の定義と同じです。(法文は裏面のとおり)

※漫画やアニメは規制や努力義務の対象外とします。



##### (2) 府等の責務

児童ポルノを根絶し、児童ポルノによる被害をなくするため、府及び府民等の責務を規定しました。

◎インターネット上で児童ポルノを見つけた場合、下記サイトまでご連絡下さい  
 【通報先】インターネット・ホットラインセンター  
 URL: <http://www.internethotline.jp>

##### (3) 被害児童等に対する支援

被害児童とその保護者に対し、関係機関と連携し、個々のケースに応じた必要な支援を実施します。

◎被害児童等に対する心の支援等に関する相談は下記まで  
 【相談先】京都府家庭支援総合センター 電話：075-531-9900  
 もしくは 電話：0570-064-000 (全国共通ダイヤル)

#### ◇公布・施行日

平成23年10月14日  
 ※規制に関するもの(上記(1))については平成24年1月1日から施行

\*条例本文は、府ホームページ(見出しの欄)に掲載していますのでご参照下さい。  
 ※PDFレス <http://www.pref.kyoto.jp/cp/index.html>

京 都 府

★このチラシについてのお問い合わせは京都府府民生活部青少年課まで  
 電話：075(414)4305 FAX：075(414)4303 E-mail：seisho@pref.kyoto.lg.jp

## ○行政代執行法(抄)

第1条 行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる。

論点1:「行政上の義務の履行確保」の範囲

- ・即時執行(義務をあらかじめ命じられることを前提とせず、直接に行政上の望ましい状態を実現する方法)を含むか

論点2:「法律」に条例を含むか

- ・条例により、新たな義務の履行確保の手段を創設できるか
- ・条例により、代執行の要件、手続きを変更できるか

第2条 法律(法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。)により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為(他人が代つてなすことのできる行為に限る。)について義務者がこれを履行しない場合、他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは、当該行政庁は、自ら義務者のなすべき行為をなし、又は第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収することができる。

論点3:代執行に係る行政の裁量と条例による統制

論点4:条例に基づく義務に関する代執行の実態はどうなっているか

**論点1:「行政上の義務の履行確保」の範囲**

即時執行(義務をあらかじめ命じられることを前提とせず、直接に行政上の望ましい状態を実現する方法)を含むか

**【通説】** 即時強制は、行政代執行法1条の射程外(→法律に拠らず条例に基づいて即時執行を創設することができる)

※条例に基づく即時執行の創設を消極的に解する見解もある

原田尚彦「行政法要論」P228

条例で即時強制の根拠を定め直接強制に代替する機能を果たさせることが許されるかは疑問である。  
基本的には消極に解すべきであろう。

**【問題点】** 直接強制(「行政上の義務履行の確保」に該当)は、条例で設けることができないため、直接強制の対象とすることが適当な義務についても、便宜的に即時強制と位置づける誘因が存在

横浜市プレジャーボート条例事件判決(横浜地裁 平12・9・27)

放置船舶の移動の指導、勧告、命令を発した後にこれに従わない場合、移動措置を講ずるという市条例の手続について、次のように判示

- ・履行要請を事前に行うことを要件としたいいわゆる即時強制の方法(直接強制でない)
- ・少しでも余裕があるときは、まず、履行要請等を課すべきであって、いきなり即時強制を実施するのを避けることはむしろ望ましいこと

**【課題】** ・立法論としては、地方自治体が、各義務の履行確保に最もふさわしい強制手段を選択できるようにすべきではないか  
・例えば、行政強制の各手段に関する手続きや効果を統一的に定める通則法を制定し、地方自治体は条例でふさわしい手段を規定する仕組みが考えられるのではないか

## 論点2:「法律」に条例を含むか

- ・条例により、新たな義務の履行確保の手段を創設できるか

【通説】 行政代執行法1条の「法律」に、条例は含まれず、条例により新たな手段を設けることはできない(2条の「法律」には、明文により、条例を含めていることとの対比より)。  
ただし、公表、給付拒否のような新たな手段は、同条のいう義務履行確保の手段に含まれず、条例で設けることが可能

※条例による義務履行確保の手段の創設を積極的に解する見解もある

碓井光明「行政上の義務履行確保」(公法研究第58号P155)

- ・行政代執行法第1条は、同法以外に包括的な一般法を定めることはしないという方針を宣明したもの
- ・法律のほかに条例による個別的な執行権の創設を否定する意図をもつのではない
- ・条例で個別に定める限りにおいては、固有条例に基づく義務の履行としての代執行および直接強制も可能

・条例により、代執行の要件、手続きを変更できるか

【通説】代執行の手続きや要件の変更は、法律によることが必要

【問題点】条例により代執行の手続きを緩和しているように解されるものがある

自然公園における原状回復命令の略式代執行

	国立公園	国定公園	県立自然公園
環境大臣	○ (自然公園法 34条2項)		
都道府県知事		○ (自然公園法 34条2項)	× (※)

※自然公園法には、都道府県立自然公園における略式代執行を認める規定はない。  
しかし、複数の都道府県では、自然公園条例において、代執行手続きの緩和(略式代執行の創設)を行っている例がある。

- 【課題】 ①立法論としては、自然公園法において、都道府県立自然公園についても、条例で定めることにより、略式代執行ができるよう規定すべきではないか  
②さらには、一般的に、条例により、代執行の手続きや要件を変更できるような仕組みを、通則法で定めることが考えられないか

## 【参考】

### ○自然公園法

(中止命令等)

第三十四条 環境大臣は国立公園について、都道府県知事は国定公園について、当該公園の保護のために必要があると認めるときは、第二十条第三項、第二十一条第三項、第二十二条第三項若しくは第二十三条第三項の規定、第三十二条の規定により許可に付された条件又は前条第二項の規定による処分に違反した者に対して、その保護のために必要な限度において、その行為の中止を命じ、又はこれらの者若しくはこれらの者から当該土地、建築物その他の工作物若しくは物件についての権利を承継した者に対して、相当の期限を定めて、原状回復を命じ、若しくは原状回復が著しく困難である場合に、これに代わるべき必要な措置を執るべき旨を命ずることができる。

2 前項の規定により原状回復又はこれに代わるべき必要な措置（以下この条において「原状回復等」という。）を命じようとする場合において、過失がなくて当該原状回復等を命ずべき者を確知することができないときは、環境大臣又は都道府県知事は、その者の負担において、当該原状回復等を自ら行い、又はその命じた者若しくは委任した者にこれを行わせることができる。（以下略）

### ○北海道立自然公園条例

(中止命令等)

第22条 知事は、道立自然公園について、当該道立自然公園の保護のために必要があると認めるときは、第10条第4項若しくは第11条第4項の規定、第12条の規定により許可に付せられた条件又は前条第2項の規定による処分に違反した者に対して、その保護のために必要な限度において、その行為の中止を命じ、又はこれらの者若しくはこれらの者から当該土地、建築物その他の工作物若しくは物件についての権利を承継した者に対して、相当の期限を定めて、原状回復を命じ、若しくは原状回復が著しく困難である場合に、これに代わるべき措置を執るべき旨を命ずることができる。

2 前項の規定により原状回復又はこれに代わるべき必要な措置（以下「原状回復等」という。）を命じようとする場合において、過失がなくて当該原状回復等を命ずべき者を確知することができないときは、知事は、その者の負担において、当該原状回復等を自ら行い、又はその命じた者若しくは委任した者にこれを行わせることができる。（以下略）

### 論点3: 代執行に係る行政の裁量と条例による統制

#### 【通説】

○代執行を行うか否かの判断は、行政庁の自由裁量とされてきたところ

(参考: 第2回資料4P4 東京高判昭和42・10・26)

#### 【問題点】

○地方自治体の代執行に対する抑制的(消極的)な態度と相まって、代執行が適切に活用されない背景になっているとの指摘があるところ

○これに関して、最近、代執行が見込まれる義務の命令について、住民のイニシアティブを導入する例が見られる

#### 和歌山県景観支障防止条例 (平成23年制定)

(建築物等の外観の維持保全及び景観支障状態の制限に関する条例)

○廃墟の周辺住民は、知事に対し、建物所有者等に  
除却などの措置をとらせるよう要請できる

○知事は、建物所有者等に対し、除却などの措置を  
とるよう、勧告・命令できる

⇒従わない場合は、代執行の対象とすることを想定

周辺住民の要請

勧告 ・周辺住民の要請のあった廃墟  
・特定景観形成地域の廃墟

命令 ・周辺住民の要請の  
あったものに限る

代執行

【課題】 条例により、代執行に係る行政の裁量を統制しようとする動きをどう評価するか

- ・積極的な法執行により国民一般の公益を実現するものとして肯定的な評価
- ・権力の濫用を招き、個人の権利自由が侵害される恐れがあるとして慎重な評価

#### 論点4: 条例に基づく義務に関する代執行の実態はどうなっているか

【現状】最終的な履行確保を重視した条例が制定されるようになっている。

京都府児童ポルノ規制条例(平成23年制定)

知事は、児童ポルノを所持する者に対して、廃棄等を命じることができる(8条)

【問題点】現行法上、条例に基づく義務について地方公共団体が一般的にとることができる強制手段は、代執行のみであるが、

- ・代替的作為義務ではないのではないか  
(当人以外の者が、所持している児童ポルノをすべて特定できるか)
- ・直接強制に当たるのではないか

【課題】①現行制度の下で、独自に条例で義務を定める際には、履行確保の手段まで十分検討するよう注意を促す必要があるのではないか  
②立法論としては、地方自治体が、各義務の履行確保に最もふさわしい強制手段を選択できるよう、例えば、手続きや効果を統一的に定める通則法を制定することが考えられないか【論点1再掲】

## ○行政代執行法(抄)

第1条 行政上の義務の履行確保に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律の定めるところによる。

論点1:「行政上の義務の履行確保」の範囲

- ・即時執行(義務をあらかじめ命じられることを前提とせず、直接に行政上の望ましい状態を実現する方法)を含むか

論点2:「法律」に条例を含むか

- ・条例により、新たな義務の履行確保の手段を創設できるか
- ・条例により、代執行の要件、手続きを変更できるか

第2条 法律(法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。以下同じ。)により直接に命ぜられ、又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為(他人が代つてなすことのできる行為に限る。)について義務者がこれを履行しない場合、他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、且つその不履行を放置することが著しく公益に反すると認められるときは、当該行政庁は、自ら義務者のなすべき行為をなし、又は第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収することができる。

論点3:代執行に係る行政の裁量と条例による統制

論点4:条例に基づく義務に関する代執行の実態はどうなっているか

**論点1:「行政上の義務の履行確保」の範囲**

即時執行(義務をあらかじめ命じられることを前提とせず、直接に行政上の望ましい状態を実現する方法)を含むか

**【通説】** 即時強制は、行政代執行法1条の射程外(→法律に拠らず条例に基づいて即時執行を創設することができる)

※条例に基づく即時執行の創設を消極的に解する見解もある

原田尚彦「行政法要論」P228

条例で即時強制の根拠を定め直接強制に代替する機能を果たさせることが許されるかは疑問である。  
基本的には消極に解すべきであろう。

**【問題点】** 直接強制(「行政上の義務履行の確保」に該当)は、条例で設けることができないため、直接強制の対象とすることが適当な義務についても、便宜的に即時強制と位置づける誘因が存在

横浜市プレジャーボート条例事件判決(横浜地裁 平12・9・27)

放置船舶の移動の指導、勧告、命令を発した後にこれに従わない場合、移動措置を講ずるという市条例の手続について、次のように判示

- ・履行要請を事前に行うことを要件としたいいわゆる即時強制の方法(直接強制でない)
- ・少しでも余裕があるときは、まず、履行要請等を課すべきであって、いきなり即時強制を実施するのを避けることはむしろ望ましいこと

**【課題】** ・立法論としては、地方自治体が、各義務の履行確保に最もふさわしい強制手段を選択できるようにすべきではないか  
・例えば、行政強制の各手段に関する手続きや効果を統一的に定める通則法を制定し、地方自治体は条例でふさわしい手段を規定する仕組みが考えられるのではないか

## 論点2:「法律」に条例を含むか

- ・条例により、新たな義務の履行確保の手段を創設できるか

【通説】 行政代執行法1条の「法律」に、条例は含まれず、条例により新たな手段を設けることはできない(2条の「法律」には、明文により、条例を含めていることとの対比より)。  
ただし、公表、給付拒否のような新たな手段は、同条のいう義務履行確保の手段に含まれず、条例で設けることが可能

※条例による義務履行確保の手段の創設を積極的に解する見解もある

碓井光明「行政上の義務履行確保」(公法研究第58号P155)

- ・行政代執行法第1条は、同法以外に包括的な一般法を定めることはしないという方針を宣明したもの
- ・法律のほかに条例による個別的な執行権の創設を否定する意図をもつのではない
- ・条例で個別に定める限りにおいては、固有条例に基づく義務の履行としての代執行および直接強制も可能

・条例により、代執行の要件、手続きを変更できるか

【通説】代執行の手続きや要件の変更は、法律によることが必要

【問題点】条例により代執行の手続きを緩和しているように解されるものがある

自然公園における原状回復命令の略式代執行

	国立公園	国定公園	県立自然公園
環境大臣	○ (自然公園法 34条2項)		
都道府県知事		○ (自然公園法 34条2項)	× (※)

※自然公園法には、都道府県立自然公園における略式代執行を認める規定はない。  
しかし、複数の都道府県では、自然公園条例において、代執行手続きの緩和(略式代執行の創設)を行っている例がある。

- 【課題】 ①立法論としては、自然公園法において、都道府県立自然公園についても、条例で定めることにより、略式代執行ができるよう規定すべきではないか  
②さらには、一般的に、条例により、代執行の手続きや要件を変更できるような仕組みを、通則法で定めることが考えられないか

## 【参考】

### ○自然公園法

(中止命令等)

第三十四条 環境大臣は国立公園について、都道府県知事は国定公園について、当該公園の保護のために必要があると認めるときは、第二十条第三項、第二十一条第三項、第二十二条第三項若しくは第二十三条第三項の規定、第三十二条の規定により許可に付された条件又は前条第二項の規定による処分に違反した者に対して、その保護のために必要な限度において、その行為の中止を命じ、又はこれらの者若しくはこれらの者から当該土地、建築物その他の工作物若しくは物件についての権利を承継した者に対して、相当の期限を定めて、原状回復を命じ、若しくは原状回復が著しく困難である場合に、これに代わるべき必要な措置を執るべき旨を命ずることができる。

2 前項の規定により原状回復又はこれに代わるべき必要な措置（以下この条において「原状回復等」という。）を命じようとする場合において、過失がなく、当該原状回復等を命ずべき者を確知することができないときは、環境大臣又は都道府県知事は、その者の負担において、当該原状回復等を自ら行い、又はその命じた者若しくは委任した者にこれを行わせることができる。（以下略）

### ○北海道立自然公園条例

(中止命令等)

第22条 知事は、道立自然公園について、当該道立自然公園の保護のために必要があると認めるときは、第10条第4項若しくは第11条第4項の規定、第12条の規定により許可に付せられた条件又は前条第2項の規定による処分に違反した者に対して、その保護のために必要な限度において、その行為の中止を命じ、又はこれらの者若しくはこれらの者から当該土地、建築物その他の工作物若しくは物件についての権利を承継した者に対して、相当の期限を定めて、原状回復を命じ、若しくは原状回復が著しく困難である場合に、これに代わるべき措置を執るべき旨を命ずることができる。

2 前項の規定により原状回復又はこれに代わるべき必要な措置（以下「原状回復等」という。）を命じようとする場合において、過失がなく、当該原状回復等を命ずべき者を確知することができないときは、知事は、その者の負担において、当該原状回復等を自ら行い、又はその命じた者若しくは委任した者にこれを行わせることができる。（以下略）

### 論点3: 代執行に係る行政の裁量と条例による統制

#### 【通説】

○代執行を行うか否かの判断は、行政庁の自由裁量とされてきたところ

(参考: 第2回資料4P4 東京高判昭和42・10・26)

#### 【問題点】

○地方自治体の代執行に対する抑制的(消極的)な態度と相まって、代執行が適切に活用されない背景になっているとの指摘があるところ

○これに関して、最近、代執行が見込まれる義務の命令について、住民のイニシアティブを導入する例が見られる

#### 和歌山県景観支障防止条例 (平成23年制定)

(建築物等の外観の維持保全及び景観支障状態の制限に関する条例)

○廃墟の周辺住民は、知事に対し、建物所有者等に  
除却などの措置をとらせるよう要請できる

○知事は、建物所有者等に対し、除却などの措置を  
とるよう、勧告・命令できる

⇒従わない場合は、代執行の対象とすることを想定

周辺住民の要請

勧告 ・周辺住民の要請のあった廃墟  
・特定景観形成地域の廃墟

命令 ・周辺住民の要請の  
あったものに限る

代執行

【課題】 条例により、代執行に係る行政の裁量を統制しようとする動きをどう評価するか

- ・積極的な法執行により国民一般の公益を実現するものとして肯定的な評価
- ・権力の濫用を招き、個人の権利自由が侵害される恐れがあるとして慎重な評価

#### 論点4: 条例に基づく義務に関する代執行の実態はどうなっているか

【現状】最終的な履行確保を重視した条例が制定されるようになっている。

京都府児童ポルノ規制条例(平成23年制定)

知事は、児童ポルノを所持する者に対して、廃棄等を命じることができる(8条)

【問題点】現行法上、条例に基づく義務について地方公共団体が一般的にとることができる強制手段は、代執行のみであるが、

- ・代替的作為義務ではないのではないか  
(当人以外の者が、所持している児童ポルノをすべて特定できるか)
- ・直接強制に当たるのではないか

【課題】①現行制度の下で、独自に条例で義務を定める際には、履行確保の手段まで十分検討するよう注意を促す必要があるのではないか  
②立法論としては、地方自治体が、各義務の履行確保に最もふさわしい強制手段を選択できるよう、例えば、手続きや効果を統一的に定める通則法を制定することが考えられないか【論点1再掲】

# 論点5(3) 行政法と民法の比較 ① 行政上の義務と強制手段

		義務の性質	
		代替的作為義務	非代替的作為義務・不作為義務
法律又は行政庁による命令	あり	<div style="border: 1px solid black; padding: 10px; text-align: center;"> <p><b>代執行</b></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・違法建築物の除却(建築基準法9条)</li> <li>・土地等の引渡し(土地収用法102条の2)</li> </ul> </div>	<div style="border: 1px solid black; padding: 10px; margin-bottom: 10px;"> <p><b>執行罰</b>      ・砂防工事の施工(砂防法36条)</p> </div> <div style="border: 1px solid black; padding: 10px;"> <p><b>直接強制</b>      ・らい患者の療養所入所(旧らい予防法6条)                      ・学校施設の返還(学校施設確保令21条)</p> </div>
	なし	<div style="border: 1px solid black; padding: 10px; margin-bottom: 10px;"> <p><b>即時執行</b>      ・違法駐車車両の移動(道路交通法51条)</p> </div>	<div style="border: 1px solid black; padding: 10px;"> <p><b>即時執行</b>      ・一類感染症患者の入院(感染症予防法19条)</p> </div>

一般制度

個別制度

## ②民事上の義務と強制手段

	作為義務		不作為義務
	代替的作為義務	不代替的作為義務	
為す債務 (義務)	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">代替執行</div> <p style="text-align: center;">+</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">間接強制</div> <p style="text-align: center;">・建物の収去</p>	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">間接強制</div> <p style="text-align: center;">・株式の名義書換      ・私有地の通行の禁止</p>	
与える債務 (義務)	<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">直接強制 + 間接強制</div> <p style="text-align: center;">・土地等の引渡し</p> <p style="text-align: center;">※民事法では、与える債務について、代替的/ 不代替的の区別は明らかにされていない</p>		<div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;">                     履行強制 できない義務 ・焼失した株券の交付                 </div>

### ③ 行政法と民法の義務と強制手段の相違

		義務の性質		
		代替的作為義務		非代替的作為義務・不作為義務
法律又は行政庁による命令	あり	為す	作為義務 代替的作為義務 代替執行 + 間接強制 代執行	不作為義務 不代替的作為義務 執行罰 間接強制 履行強制できない義務 直接強制
		与える	直接強制 + 間接強制	
	なし		即時執行	即時執行

【前提】行政法と民法で、対象とする義務に相違があり、それが強制執行手段の相違に反映されている

(1) 引渡しを目的とする義務(債務)

- 民法では、統一的に整理し、統一的な手段を用意する。  
(与える債務→直接強制+間接強制)
- 行政法では、統一的な整理がなく、実定法上も位置づけが分かれています。
  - ・土地収用法: 代替的作為義務(?)→代執行
  - ・学校施設確保令: 非代替的作為義務→直接強制



個別法に定めがない場合:

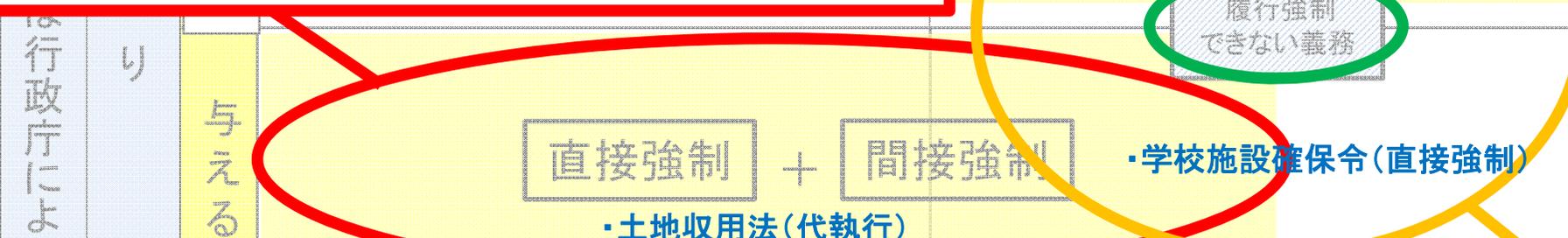
義務の性質の解釈により強制執行(代執行)の可否が分かれる。

個別法に定める場合:

立法者の判断により強制執行の種別(代執行/直接強制)が分かれる。

(3) 履行強制できない義務と義務の特定

- 民法では、履行強制できない債務や抽象的義務の特定について自覚的に議論。
- 行政法では、「課された義務は必ず履行されるべき」との側面が強調され、明示的な議論が少ない。



(2) 直接強制の根拠と対象とする義務 : 民法と行政法で相違がある

	根拠	対象とする義務
民法	一般制度あり	・与える債務に純化し、為す債務には用いない。 (人の身体への実力行使を含む抵抗排除は執行手続の一部として整理 参考資料1)
行政法	一般制度なし (個別法を根拠)	・「与える債務」相当の義務(学校施設の返還)のみならず、「為す債務」相当の義務(らい患者の療養所入所)にも用いる。 (明確な概念はないが、ドラスティックな態様のもの、人の身体への実力行使を伴うものとして主に説明されてきた)

## ④行政法と民法の義務と強制手段の相違から得られる示唆

行政上の義務の種類や性質に見合った実効的な強制手段を整備する見地からは…

### (1) 引渡しを目的とする義務

○行政法においても、引渡しを目的とする義務の位置づけを整理し、それに見合った強制手段を定める必要があるのではないか。

### (2) 直接強制の位置づけ

- 義務の性質に即して、直接強制の利用が適切な領域を検討する必要があるのではないか。
- その際には、次の点の整理が必要ではないか。
  - ・民法では一般制度として直接強制が設けられているが、一方で対象となる債務が限定されていること。
  - ・民法では直接強制に際しての対人実力行使を別途用意しているのに対し、行政法では、直接強制の内容として位置づけていること。
  - ・なお、行政法では、対人実力行使が、**便宜的に即時執行に位置づけられる傾向にあること。**(参考資料2)

### (3) 履行強制できない義務と義務の特定

○行政法においても、履行強制できない義務や抽象的義務(例:業務改善命令)の特定について整理する必要があるのではないか。

論点3(1)P2へ

### (4) 今後の改革の方向性について

○現行の代替的作為義務/非代替的作為義務・不作為義務の区別にとどまらず、より丁寧に義務を把握・分類し、それに見合った強制手段を用意する必要があるのではないか。

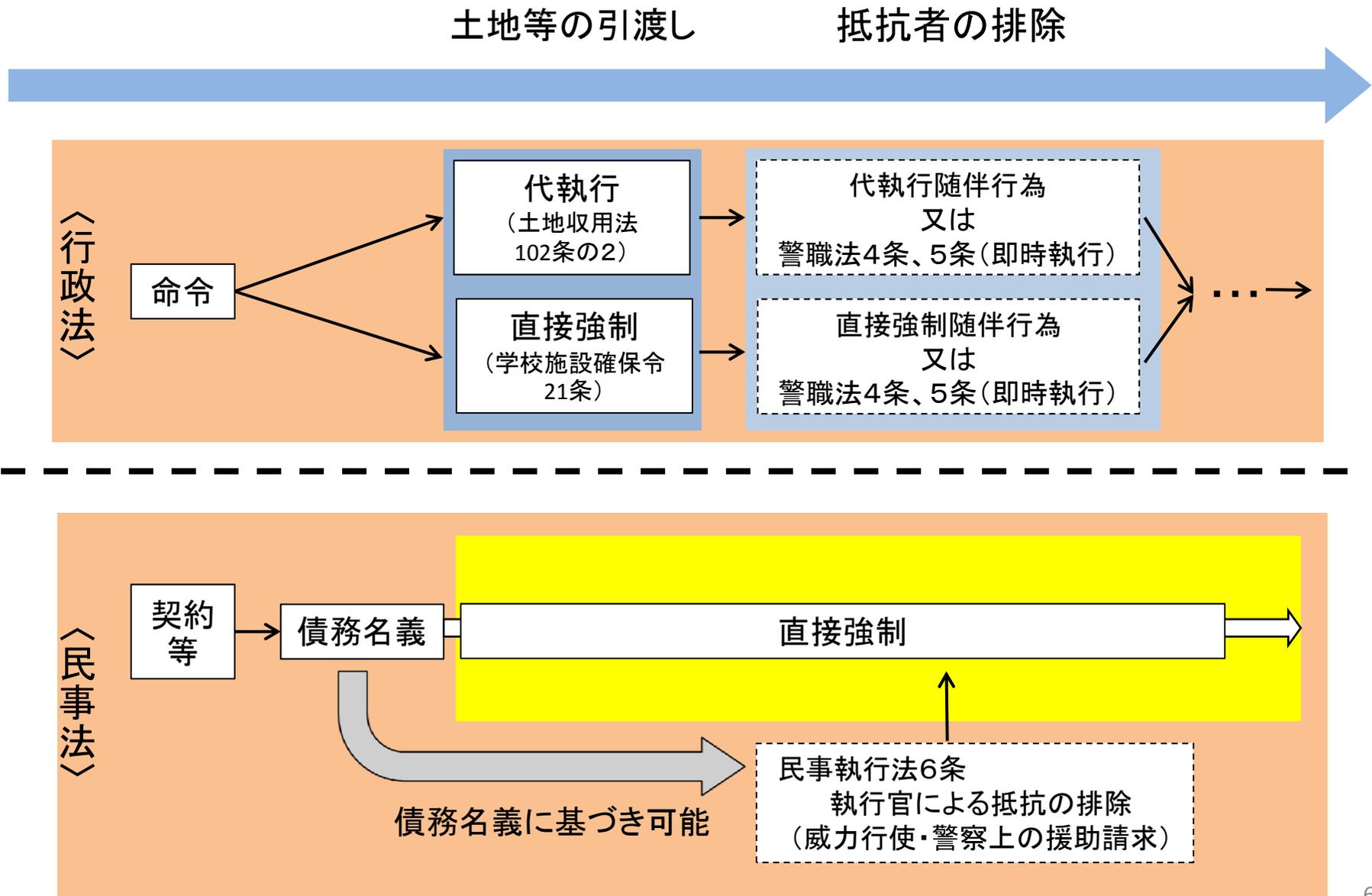
(例)非代替的作為義務の細分化

①人の身体の収容 ②引渡し ③その他当該人が行わなければならない作為義務

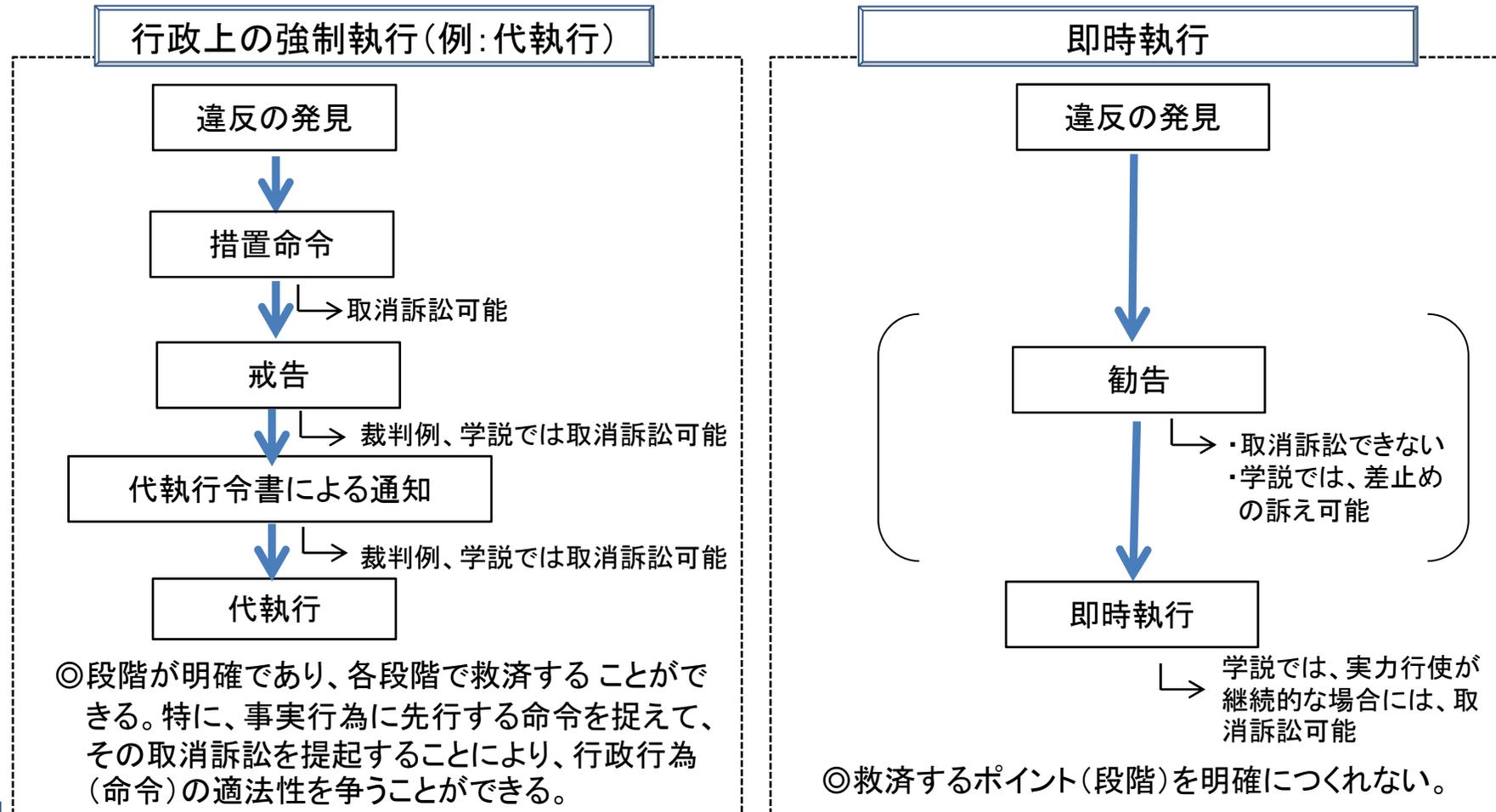
○義務の細分化を前提として、施策立案者、義務を課される者、国民それぞれにとって「見通しが良い」制度となるよう、それぞれの義務にふさわしい強制執行手段を体系的に整備することの必要性やメリットをどう考えるべきか。

# 参考資料1

## 行政法と民事法の相違(例:土地等の引渡し)



## 参考資料2 行政上の強制執行と即時執行の手続の違い



手続と救済に関する考え方として、以下のようにいくつかのパターンが考えられる。

- (1) 三段階構造モデルに基づき、行政行為の存在とそれに対する取消訴訟を重視する考え方
- (2) H16行訴法改正で差止訴訟が明定されたことを受けて、差止訴訟の積極的な活用を重視する考え方(取消訴訟中心主義を見直す考え方)
- (3) 取消訴訟の処分性の解釈を拡大し、即時執行の「勸告」をこれに取り込むことで、取消訴訟を可能とする考え方

## 【参考】

### ◎代執行について

○塩野宏『行政法Ⅰ 第5版』P234、2009年

行政代執行法上の代執行の戒告（法3条1項）、代執行令書による通知（法3条2項）のいずれも新たな義務を賦課するものではない。しかし、両者とも、行政代執行手続の重要な一環を構成し、また、行政代執行法上の要件を認定するものであるので、取消訴訟の対象となると解される（代執行の通知・戒告に処分性を認めたものとして、東京地判昭和48・9・10行裁例集24巻8・9号916頁、東京地判昭和41・10・5行裁例集17巻10号1155頁がある。なお、東京地決昭和44・6・14行裁例集20巻5・6号740頁は、戒告の処分性を否定している。最高裁判所の判例はまだない）。

○櫻井敬子・橋本博之『行政法 第3版』P183、2010年

戒告、代執行令書の通知は、いずれも事実行為であり、義務者に新たな義務を課したり権利を制約するものではない。しかし、行われようとしている代執行が要件を充足していない等違法なものである場合に、義務があるとされた者には事前にこれをとどめる手段がないことから、戒告・代執行令書の通知について、救済の見地から処分性を認め、取消訴訟の対象とするのが通説・判例である。

### ◎即時執行について

○塩野宏『行政法Ⅰ 第5版』P256、2009年

即時執行に際しては、事前の救済として、即時執行の差止めの訴え（行政事件訴訟法2条7項（注：現3条7項）・37条の4）がある。実力行使が継続的なときには、その状態の除去を求める事実行為に対する取消訴訟が認められる。行政事件訴訟法には事実行為の取消訴訟は明示的には規定していないが、これを認めるのが通説であるし、この場合には、出訴期間の規定は働かないものとみるべきであろう（略）。これに対して、強制健康診断とか破壊消防のように目的が即時に完成してしまうときには取消訴訟は機能を発揮することができないので、当該即時執行が違法な場合は、国家賠償法1条による国家賠償の問題となり（略）、適法な場合は、損失補償による救済の問題となる（略）。

## 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 171 II・172 VI等） 単独制（裁 25・26 I）

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 62 I III）

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（55 II・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 (57IVV・58 III)・保全処分の拡充 (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：保全処分の強化 (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・168ⅡVVI・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(最高裁事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。

実効性確保検討会  
2012年12月26日

実効性確保・義務履行強制・実力行使

太田 匡彦（東京大学）

## I 実効性確保の諸措置の中の義務履行強制

### A. 制御としての行政、制御学としての行政法学

- －行政作用の捉え方：制御としての行政
- －法の目標としての実効性
- －法関係と行政作用：法関係を規律する行政、法関係を規律しない行政

### B. 制御の諸相

- －即時執行
  - ・「行政機関が、相手方の側における義務の存在を前提とせずに、人の身体または財産に実力を加え、もって行政上望ましい状態を実現すること」<sup>(1)</sup>
  - ・「即時執行とは、相手方に義務を課すことなく行政機関が直接に実力を行使して、もって、行政目的の実現を図る制度をいう。」<sup>(2)</sup>
- －義務賦課－義務履行強制（三段階モデル）
- －義務賦課－（古典的）制裁（＝行政刑罰・秩序罰）
- －発話的・物理的・経済的誘導

### C. 義務賦課－義務履行強制型の抱える（立法論的、政策論的）問題

- －義務を賦課しない（法関係を規律しない行政）の位置づけ
- －義務を賦課する（法関係を規律する行政）の位置づけ
- －曖昧な制度を如何に排除するか
- －「濫用の危険防止」と「使い勝手の良さ」の隘路を縫う必要。

## II 実力行使と義務履行強制

### A. 民事上の強制執行と行政上の強制執行の比較から得られる要検討事項

#### 1. 履行強制の対象となる義務の範囲・特定方法

- (a) 民事における履行強制の行えない義務（＝強制執行に親しまない請求権）

#### －民事における整理

- ①債務者の履行につき執行方法では克服できない外的な障害がある場合
    - e.g. 「債務者が第三者たる会社から震災により焼失した株券の再発行を受けて質権者に交付すべき債務」（大決昭和5年11月5日新聞3203号7頁）
    - e.g. 「債権者の側で受電設備を完成する以前の送電義務」（大決大正4年12月21日新聞1077号18頁）
  - ②義務者の自由意思に反して履行を強制することが現代の文化観念上是認できない場合
    - e.g. 夫婦の同居義務（大決昭和5年9月30日民集9巻926頁）
    - e.g. 不代替的労務の提供を目的とする雇用契約上の債務
  - ③債務者の自由意思を圧迫して強制したのでは債務の本旨に適った給付がえられない場合
    - e.g. 「自由な創造力発揮の必要な芸術的活動を目的とする債務など」
- －慎重な判断の必要と強制執行のできる義務
- α) 「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のもの」謝罪広告は、代替的作為義務として代替執行が可能。

(1) 小早川『行政法（上）』（1999年）192頁。

(2) 塩野宏『行政法I（第5版、補訂）』（2009年、補訂2012年）252頁。

cf.最判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁

β) 義務の本旨に従う履行が債務者本人の特別の地位・技能・経験等に依存する場合。  
e.g.芸能人の劇場出演義務、鑑定義務など

γ) 債務者本人が自らの法律上の責任において行為しなければならない場合

e.g.財産管理の清算行為をなすべき義務(大決対象10年7月25日民録27輯1354頁)、手形その他の証券上に署名すべき義務など

cf.最判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁(沖縄署名等代行)

δ) 債務者本人の裁量に委ねなければならない場合

e.g.代行者選任義務など

—履行強制の行えない、行政上の義務?

#### (b) 抽象的義務と強制執行

—民事執行における抽象的差止め判決に基づく強制執行

—行政代執行における抽象的義務賦課行為に基づく強制執行

#### (c) 具体的義務賦課行為と「転換執行」

—民事執行における具体的差止め判決に基づく転換執行

—行政法学における議論状況

### 2. 執行方法の分類(各制度)および義務の区分の違いから見えてくるもの

#### (a) 民事執行における執行方法の分類論と義務の区分

##### (1) 民事執行における執行方法の分類論と対象となる義務

###### (i) 直接強制

—意義:「執行機関がその権力作用により(債務者の積極的協力をまたないで)直接に執行の目的たる利益状態を実現する方法」<sup>(3)</sup>

—これに含まれる執行、および義務

—不動産の引渡し等の強制執行としての直接強制(民事執行の場合)

—動産引渡しの強制執行としての直接強制(民事執行の場合)

—第三者占有物の引渡しの強制執行

—子の引渡しの強制執行

—執行費用

###### (ii) 代替執行

—意義

:「代替的作為債務(建築物の取壊しなど)等につき、債権者が自らまたは第三者により作為内容を実現できる旨の授権およびその費用を債務者から取り立てうる旨の授権を執行機関たる裁判所より受けて、これに基づき債権者または第三者が権利内容を実現し、要した費用を債務者から取り立てるという方法」<sup>(4)</sup>

・「裁判所の授権を媒介として債務名義上の債務内容たる作為を金銭支払に切り替えて執行する、一種の代償的執行」<sup>(5)</sup>

—対象となる義務

—執行費用

###### (iii) 間接強制

—意義

---

(3) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂6版)』(2010年)10頁。

(4) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂6版)』10頁。

(5) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂6版)』11頁。

：「債務者に対してその不履行に一定の不利益（金銭の支払）を賦課して意思を圧迫し、あくまで債務者による履行を強いる方法」<sup>(6)</sup>

－対象となる義務

・非代替的作為義務、不作為義務、代替的作為義務、物の引渡（含む、土地の明渡し）義務（以上につき、民執 172 条、173 条）、金銭支払義務の一部（民執 167 条の 15、167 条の 16）

－民事執行における間接強制の利用範囲について

－間接強制金の金額の定め方、間接強制金の行き先

－不作為義務の事前強制

(2) 義務の区分論

－与える債務と為す債務に区分、その上で、為す債務を代替的作為義務、非代替的作為義務、不作為義務に区分。

(b) 行政上の強制執行における執行方法の分類論と義務の区分

(1) 行政上の強制執行の区分論

－行政上の代執行（行政代執行）

・「義務の内容が他人の代わってなしうべき行為（金銭の支払を除く）である場合、すなわち代替的作為義務について、行政機関が義務者に変わって自らその行為を行い、または第三者に行わせるもの（その費用は義務者から徴収する）」<sup>(7)</sup>。

・「代執行とは、私人の側の代替的作為義務が履行されないときに、行政庁が自ら義務者のなすべき行為をし又は第三者をしてこれをなさしめ、これに要した費用を義務者から徴収する制度」<sup>(8)</sup>。

－行政上の金銭上の強制徴収

・「金銭支払義務に関し、行政機関が強制的な手段を用いて義務が履行されたのと同様の状態を実現するもの」<sup>(9)</sup>

－行政上の直接強制

・「行政機関が義務者の身体または財産に実力を加えることにより、義務が履行されたのと同様の状態を直接に実現するもの（強制徴収または代執行として行われるものを除く）」<sup>(10)</sup>

・「義務者の身体又は財産に直接力を行使して、義務の履行があった状態を実現するもの」<sup>(11)</sup>。

－行政上の間接強制

・「行政機関が義務者に対しあらかじめ予告したうえで期限内に義務が履行されない場合には一定の罰（過料）を課することとし、それによって義務の履行を確保しようとするものを行政上の間接強制と言い、そのようにして科される罰を執行罰と言う。」<sup>(12)</sup>

・「義務の不履行に対して、一定額の過料を科すことを通告して間接的に義務の履行を促し、なお義務を履行しないときに、これを強制的に徴収する義務履行確保の制度」<sup>(13)</sup>。

(2) 行政上の義務の区分論

---

(6) 中野貞一郎『民事執行法（増補新訂 6 版）』11 頁。

(7) 小早川光郎『行政法（上）』236 頁。

(8) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』231 頁。

(9) 小早川光郎『行政法（上）』236 頁。

(10) 小早川光郎『行政法（上）』236-237 頁。

(11) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』235 頁。

(12) 小早川光郎『行政法（上）』236-237 頁。

(13) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』237 頁。

—代替的作為義務、非代替的作為義務、不作為義務、金銭給付（支払）義務にしか分類しない。

(c) 差異が意味するもの

(1) 与える債務（義務）と為す債務（義務）の区分の有無

- 差異の確認
- 引渡義務の位置付け
- 金銭支払義務の位置付け

(2) 不作為義務の履行と強制執行制度

- 民事執行における不作為義務の履行強制
- 行政的執行における不作為義務の履行強制
- 差異の確認
- 差異の原因？

(3) 直接強制・代執行に関する民事法学と行政法学の理解の食い違い

- 金銭支払義務の位置付け
- 物の引渡義務の位置付け
- 物に対するドラスティックな実力行使としての直接強制？
- 人の身体に対する有形力行使（実力行使）の位置付け
- 行政上の代執行を用いることのできる義務の範囲  
cf.大阪地判平成 21 年 3 月 25 日判例自治 324 号 10 頁  
cf.大阪高決昭和 40 年 10 月 5 日行集 16 卷 10 号 1756 頁  
cf.横浜地判昭和 53 年 9 月 27 日判時 920 号 95 頁
- 実力行使として行える範囲の曖昧さ

B. 実力行使の対象

1. 問題の整理

- 考察対象となる実力行使
- 実力行使の分類——対物の実力行使／対人の実力行使

2. 対物実力行使

- 一般的承認
- 対物実力行使しか行えない履行強制

3. 対人実力行使の可能性と文脈

(a) 対人実力行使の 2 つの文脈

- α) 抵抗を實力により排除する場合
- β) 人を拘束し収容する、人の支配を解く（＝占有を解除する）など、執行の目的それ自体又はその一部を構成する場合。

(b) 抵抗を實力により排除するための対人実力行使について

- 民事執行における抵抗排除
- 行政代執行における抵抗排除
- 行政上の直接強制における抵抗排除のための対人実力行使
- 即時執行における抵抗排除のための対人実力行使
- 行政調査における抵抗排除のための対人実力行使  
・強制調査：「調査の実施に当たり、その手段として實力を用いることが認められる」

もの<sup>(14)</sup>

- ・強制的：「相手方の同意なしに、かつ、その抵抗を實力で制圧しつつ実施する」こと<sup>(15)</sup>
- －立法論上の課題

(c) 執行目的それ自体を構成する対人實力行使について

- －民事執行における執行目的を構成する対人實力行使
- －行政上の強制執行（直接強制）・即時執行における執行目的を構成する対人實力行使
- －行政調査における調査目的を構成する対人實力行使

C. 實力行使を伴わない義務履行強制としての間接強制（執行罰）

1. 期待される機能

- －簡便な効果
- －實力行使を伴う履行強制（代執行、直接強制）との比較におけるメリット
- －制裁（行政刑罰・秩序罰）との比較におけるメリット

2. 経済的誘導・制裁との連続性

- －威嚇による履行強制としての間接強制
- －威嚇を通じた制御の多様性
- －間接強制（執行罰）と制裁との連続性と文脈の違い

3. 間接強制の限界、立法論上の注意点

- －行政上の強制徴収の実効性
- －實力行使の必要性が残ること
- －対象となる義務が必要な特定性
- －法律が直に賦課する不作為義務

D. 直接強制を用意する必要について

1. 問題の所在

- －履行強制の対象となる義務を考える必要

2. 不作為義務について

- －代執行による不作為義務の履行強制？
- －法律が直接に賦課する不作為義務
- －行政行為が賦課する不作為義務

3. 非代替的作為義務について

- －非代替的作為義務の内部を分類する必要
  - ア) 人の身体の収容（収容される義務＝居所を特定の場所に置く義務）の類型か？
  - イ) 物の引渡ししか？
  - ウ) 上記以外の、当該人が行わなければならない作為の義務
- －人の身体の収容型について
- －物の引渡し義務型について
- －それ以外の非代替的作為義務
- －抵抗排除
- －意外に少ない必要性？

---

(14) 小早川『行政法（上）』306頁。

(15) 小早川『行政法（上）』307頁。

### III 手続について

#### A. 前提

##### －問題の所在

- ・義務履行強制を行うに際してどのような手続を要求すべきか？

##### －方針

- ①義務賦課のための手続の標準型としての「弁明の機会の付与」
- ②実力行使を伴う行政調査（強制調査）に関する令状主義？  
cf.最判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁（川崎民商）  
cf.最判平成4年7月1日民集46巻5号437頁（成田新法）

#### B. 即時執行・行政調査のための手続

##### －即時執行における令状・令書

- ・例外としての警職法3条3項
- ・出入国管理法39条、51条

##### －強制調査における令状（裁判所の許可状）

- e.g.国犯則2条
- e.g.入管法31条
- ←→国税徴収法142条

##### －第三者機関によるチェック

- e.g.感染症予防法19条7項による協議会への報告。協議会は、意見を述べる（感染症予防法24条3項2号）。

##### －文書主義

- e.g.感染症予防法23条

##### －事前の防御機会の付与

- ・勧告前置（予防接種法19条）
- ・行政調査に関し、国税通則法74条の9（未施行）

#### C. 義務履行強制のための手続

##### 1. 義務賦課のための手続から見た場合

- －現状の確認
- －事前防御の視角から
- －第三者によるチェックの関係から

##### 2. 実力行使のための手続から見た場合

- －裁判所の関与可能性
- －考えられる関与
- －履行強制に入る段階で特にチェックしておくべき問題——執行に適した義務か？
- －裁判救済制度について

### IV 補論：費用負担

#### A. 民事執行の場合

#### B. 行政執行・即時執行の場合

実効性確保検討会  
2012年12月26日

実効性確保・義務履行強制・実力行使

太田 匡彦（東京大学）

## I 実効性確保の諸措置の中の義務履行強制

### A. 制御としての行政、制御学としての行政法学

- －行政作用の捉え方：制御としての行政
- －法の目標としての実効性
- －法関係と行政作用：法関係を規律する行政、法関係を規律しない行政

### B. 制御の諸相

- －即時執行
  - ・「行政機関が、相手方の側における義務の存在を前提とせずに、人の身体または財産に実力を加え、もって行政上望ましい状態を実現すること」<sup>(1)</sup>
  - ・「即時執行とは、相手方に義務を課すことなく行政機関が直接に実力を行使して、もって、行政目的の実現を図る制度をいう。」<sup>(2)</sup>
- －義務賦課－義務履行強制（三段階モデル）
- －義務賦課－（古典的）制裁（＝行政刑罰・秩序罰）
- －発話的・物理的・経済的誘導

### C. 義務賦課－義務履行強制型の抱える（立法論的、政策論的）問題

- －義務を賦課しない（法関係を規律しない行政）の位置づけ
- －義務を賦課する（法関係を規律する行政）の位置づけ
- －曖昧な制度を如何に排除するか
- －「濫用の危険防止」と「使い勝手の良さ」の隘路を縫う必要。

## II 実力行使と義務履行強制

### A. 民事上の強制執行と行政上の強制執行の比較から得られる要検討事項

#### 1. 履行強制の対象となる義務の範囲・特定方法

- (a) 民事における履行強制の行えない義務（＝強制執行に親しまない請求権）

#### －民事における整理

- ①債務者の履行につき執行方法では克服できない外的な障害がある場合
    - e.g. 「債務者が第三者たる会社から震災により焼失した株券の再発行を受けて質権者に交付すべき債務」（大決昭和5年11月5日新聞3203号7頁）
    - e.g. 「債権者の側で受電設備を完成する以前の送電義務」（大決大正4年12月21日新聞1077号18頁）
  - ②義務者の自由意思に反して履行を強制することが現代の文化観念上是認できない場合
    - e.g. 夫婦の同居義務（大決昭和5年9月30日民集9巻926頁）
    - e.g. 不代替的労務の提供を目的とする雇用契約上の債務
  - ③債務者の自由意思を圧迫して強制したのでは債務の本旨に適った給付がえられない場合
    - e.g. 「自由な創造力発揮の必要な芸術的活動を目的とする債務など」
- －慎重な判断の必要と強制執行のできる義務
- α) 「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のもの」謝罪広告は、代替的作為義務として代替執行が可能。

(1) 小早川『行政法（上）』（1999年）192頁。

(2) 塩野宏『行政法I（第5版、補訂）』（2009年、補訂2012年）252頁。

cf.最判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁

β) 義務の本旨に従う履行が債務者本人の特別の地位・技能・経験等に依存する場合。  
e.g.芸能人の劇場出演義務、鑑定義務など

γ) 債務者本人が自らの法律上の責任において行為しなければならない場合

e.g.財産管理の清算行為をなすべき義務（大決対象10年7月25日民録27輯1354頁）、手形その他の証券上に署名すべき義務など

cf.最判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁（沖縄署名等代行）

δ) 債務者本人の裁量に委ねなければならない場合

e.g.代行者選任義務など

－履行強制の行えない、行政上の義務？

#### (b) 抽象的義務と強制執行

－民事執行における抽象的差止め判決に基づく強制執行

－行政代執行における抽象的義務賦課行為に基づく強制執行

#### (c) 具体的義務賦課行為と「転換執行」

－民事執行における具体的差止め判決に基づく転換執行

－行政法学における議論状況

### 2. 執行方法の分類（各制度）および義務の区分の違いから見えてくるもの

#### (a) 民事執行における執行方法の分類論と義務の区分

##### (1) 民事執行における執行方法の分類論と対象となる義務

##### (i) 直接強制

－意義：「執行機関がその権力作用により（債務者の積極的協力をまたないで）直接に執行の目的たる利益状態を実現する方法」<sup>(3)</sup>

－これに含まれる執行、および義務

－不動産の引渡し等の強制執行としての直接強制（民事執行の場合）

－動産引渡しの強制執行としての直接強制（民事執行の場合）

－第三者占有物の引渡しの強制執行

－子の引渡しの強制執行

－執行費用

##### (ii) 代替執行

－意義

：「代替的作為債務（建築物の取壊しなど）等につき、債権者が自らまたは第三者により作為内容を実現できる旨の授権およびその費用を債務者から取り立てうる旨の授権を執行機関たる裁判所より受けて、これに基づき債権者または第三者が権利内容を実現し、要した費用を債務者から取り立てるという方法」<sup>(4)</sup>

・「裁判所の授権を媒介として債務名義上の債務内容たる作為を金銭支払に切り替えて執行する、一種の代償的執行」<sup>(5)</sup>

－対象となる義務

－執行費用

##### (iii) 間接強制

－意義

---

(3) 中野貞一郎『民事執行法（増補新訂6版）』（2010年）10頁。

(4) 中野貞一郎『民事執行法（増補新訂6版）』（2010年）10頁。

(5) 中野貞一郎『民事執行法（増補新訂6版）』（2010年）11頁。

：「債務者に対してその不履行に一定の不利益（金銭の支払）を賦課して意思を圧迫し、あくまで債務者による履行を強いる方法」<sup>(6)</sup>

－対象となる義務

・非代替的作為義務、不作為義務、代替的作為義務、物の引渡（含む、土地の明渡し）義務（以上につき、民執 172 条、173 条）、金銭支払義務の一部（民執 167 条の 15、167 条の 16）

－民事執行における間接強制の利用範囲について

－間接強制金の金額の定め方、間接強制金の行き先

－不作為義務の事前強制

(2) 義務の区分論

－与える債務と為す債務に区分、その上で、為す債務を代替的作為義務、非代替的作為義務、不作為義務に区分。

(b) 行政上の強制執行における執行方法の分類論と義務の区分

(1) 行政上の強制執行の区分論

－行政上の代執行（行政代執行）

・「義務の内容が他人の代わってなしうべき行為（金銭の支払を除く）である場合、すなわち代替的作為義務について、行政機関が義務者に変わって自らその行為を行い、または第三者に行わせるもの（その費用は義務者から徴収する）」<sup>(7)</sup>。

・「代執行とは、私人の側の代替的作為義務が履行されないときに、行政庁が自ら義務者のなすべき行為をし又は第三者をしてこれをなさしめ、これに要した費用を義務者から徴収する制度」<sup>(8)</sup>。

－行政上の金銭上の強制徴収

・「金銭支払義務に関し、行政機関が強制的な手段を用いて義務が履行されたのと同様の状態を実現するもの」<sup>(9)</sup>

－行政上の直接強制

・「行政機関が義務者の身体または財産に実力を加えることにより、義務が履行されたのと同様の状態を直接に実現するもの（強制徴収または代執行として行われるものを除く）」<sup>(10)</sup>

・「義務者の身体又は財産に直接力を行使して、義務の履行があった状態を実現するもの」<sup>(11)</sup>。

－行政上の間接強制

・「行政機関が義務者に対しあらかじめ予告したうえで期限内に義務が履行されない場合には一定の罰（過料）を課することとし、それによって義務の履行を確保しようとするものを行政上の間接強制と言い、そのようにして科される罰を執行罰と言う。」<sup>(12)</sup>

・「義務の不履行に対して、一定額の過料を科すことを通告して間接的に義務の履行を促し、なお義務を履行しないときに、これを強制的に徴収する義務履行確保の制度」<sup>(13)</sup>。

(2) 行政上の義務の区分論

---

(6) 中野貞一郎『民事執行法（増補新訂 6 版）』11 頁。

(7) 小早川光郎『行政法（上）』236 頁。

(8) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』231 頁。

(9) 小早川光郎『行政法（上）』236 頁。

(10) 小早川光郎『行政法（上）』236-237 頁。

(11) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』235 頁。

(12) 小早川光郎『行政法（上）』236-237 頁。

(13) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』237 頁。

—代替的作為義務、非代替的作為義務、不作為義務、金銭給付（支払）義務にしか分類しない。

(c) 差異が意味するもの

(1) 与える債務（義務）と為す債務（義務）の区分の有無

- 差異の確認
- 引渡義務の位置付け
- 金銭支払義務の位置付け

(2) 不作為義務の履行と強制執行制度

- 民事執行における不作為義務の履行強制
- 行政的執行における不作為義務の履行強制
- 差異の確認
- 差異の原因？

(3) 直接強制・代執行に関する民事法学と行政法学の理解の食い違い

- 金銭支払義務の位置付け
- 物の引渡義務の位置付け
- 物に対するドラスティックな実力行使としての直接強制？
- 人の身体に対する有形力行使（実力行使）の位置付け
- 行政上の代執行を用いることのできる義務の範囲  
cf.大阪地判平成 21 年 3 月 25 日判例自治 324 号 10 頁  
cf.大阪高決昭和 40 年 10 月 5 日行集 16 卷 10 号 1756 頁  
cf.横浜地判昭和 53 年 9 月 27 日判時 920 号 95 頁
- 実力行使として行える範囲の曖昧さ

B. 実力行使の対象

1. 問題の整理

- 考察対象となる実力行使
- 実力行使の分類——対物の実力行使／対人の実力行使

2. 対物実力行使

- 一般的承認
- 対物実力行使しか行えない履行強制

3. 対人実力行使の可能性と文脈

(a) 対人実力行使の 2 つの文脈

- α) 抵抗を実力により排除する場合
- β) 人を拘束し収容する、人の支配を解く（＝占有を解除する）など、執行の目的それ自体又はその一部を構成する場合。

(b) 抵抗を実力により排除するための対人実力行使について

- 民事執行における抵抗排除
- 行政代執行における抵抗排除
- 行政上の直接強制における抵抗排除のための対人実力行使
- 即時執行における抵抗排除のための対人実力行使
- 行政調査における抵抗排除のための対人実力行使
  - ・強制調査：「調査の実施に当たり、その手段として実力を用いることが認められる」

もの<sup>(14)</sup>

- ・強制的：「相手方の同意なしに、かつ、その抵抗を實力で制圧しつつ実施する」こと<sup>(15)</sup>
- －立法論上の課題

(c) 執行目的それ自体を構成する対人實力行使について

- －民事執行における執行目的を構成する対人實力行使
- －行政上の強制執行（直接強制）・即時執行における執行目的を構成する対人實力行使
- －行政調査における調査目的を構成する対人實力行使

C. 實力行使を伴わない義務履行強制としての間接強制（執行罰）

1. 期待される機能

- －簡便な効果
- －實力行使を伴う履行強制（代執行、直接強制）との比較におけるメリット
- －制裁（行政刑罰・秩序罰）との比較におけるメリット

2. 経済的誘導・制裁との連続性

- －威嚇による履行強制としての間接強制
- －威嚇を通じた制御の多様性
- －間接強制（執行罰）と制裁との連続性と文脈の違い

3. 間接強制の限界、立法論上の注意点

- －行政上の強制徴収の実効性
- －實力行使の必要性が残ること
- －対象となる義務が必要な特定性
- －法律が直に賦課する不作為義務

D. 直接強制を用意する必要について

1. 問題の所在

- －履行強制の対象となる義務を考える必要

2. 不作為義務について

- －代執行による不作為義務の履行強制？
- －法律が直接に賦課する不作為義務
- －行政行為が賦課する不作為義務

3. 非代替的作為義務について

- －非代替的作為義務の内部を分類する必要
  - ア) 人の身体の収容（収容される義務＝居所を特定の場所に置く義務）の類型か？
  - イ) 物の引渡しか？
  - ウ) 上記以外の、当該人が行わなければならない作為の義務
- －人の身体の収容型について
- －物の引渡し義務型について
- －それ以外の非代替的作為義務
- －抵抗排除
- －意外に少ない必要性？

---

(14) 小早川『行政法（上）』306頁。

(15) 小早川『行政法（上）』307頁。

### III 手続について

#### A. 前提

##### －問題の所在

- ・義務履行強制を行うに際してどのような手続を要求すべきか？

##### －方針

①義務賦課のための手続の標準型としての「弁明の機会の付与」

②実力行使を伴う行政調査（強制調査）に関する令状主義？

cf.最判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁（川崎民商）

cf.最判平成4年7月1日民集46巻5号437頁（成田新法）

#### B. 即時執行・行政調査のための手続

##### －即時執行における令状・令書

- ・例外としての警職法3条3項

- ・出入国管理法39条、51条

##### －強制調査における令状（裁判所の許可状）

e.g.国犯則2条

e.g.入管法31条

←→国税徴収法142条

##### －第三者機関によるチェック

e.g.感染症予防法19条7項による協議会への報告。協議会は、意見を述べる（感染症予防法24条3項2号）。

##### －文書主義

e.g.感染症予防法23条

##### －事前の防御機会の付与

- ・勧告前置（予防接種法19条）

- ・行政調査に関し、国税通則法74条の9（未施行）

#### C. 義務履行強制のための手続

##### 1. 義務賦課のための手続から見た場合

##### －現状の確認

##### －事前防御の視角から

##### －第三者によるチェックの関係から

##### 2. 実力行使のための手続から見た場合

##### －裁判所の関与可能性

##### －考えられる関与

##### －履行強制に入る段階で特にチェックしておくべき問題——執行に適した義務か？

##### －裁判救済制度について

### IV 補論：費用負担

#### A. 民事執行の場合

#### B. 行政執行・即時執行の場合

# 論点5(4) 個別法主義から一般法主義(行政共通制度)への移行

## 第1次地方分権改革における取組み(平成11年地方分権一括法)

### 1. 機関委任事務の廃止と法定受託事務の創設(マーキングとリスト化の手法)

#### ○改革前の状況

機関委任事務制度：  
首長を「国の機関」として法令に基づいて国から委任された事務を処理する仕組み

#### 【問題点】

- 法令上の位置づけの不明確さ
  - ・個別法に規定される具体的な事務が機関委任事務か否かは法令上明確でない⇒もっぱら解釈によるとされた
- 自治権への制約
  - ・国は包括的な指揮監督権を有する
  - ・条例制定権が及ばず、議会の関与が制限される

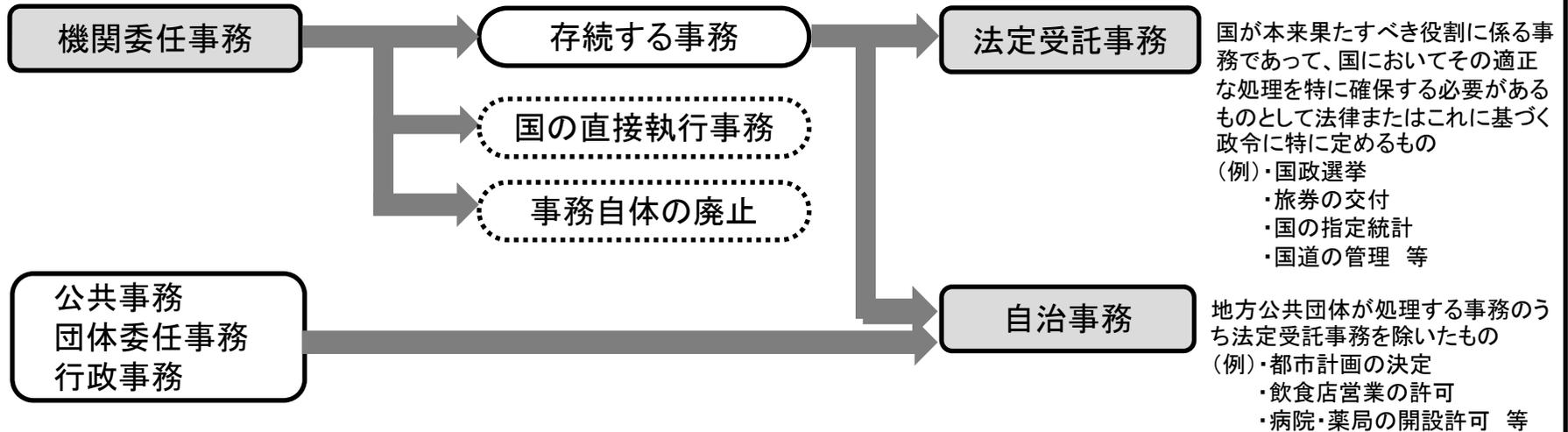
機関委任事務にとどまらず事務全般について、リスク回避的に条例制定等の行使を控える萎縮効果がみられた

改革では、機関委任事務を廃止し、「法定受託事務」と「自治事務」に区分。  
→その際に、法定受託事務のマーキングとリスト化の手法が採用された。

○法定受託事務に関する具体例

国の強い関与を受け得る法定受託事務に関し、個々の事務について、個別法と地方自治法の双方において、法定受託事務であることを規定

- ①個別法：法定受託事務とするものを条項単位で明示して規定(マーキング)
- ②地方自治法：地方自治法の別表に、すべての法律に基づく法定受託事務を一覧的に掲げる(リスト化)



## (例) 戸籍に関する事務の規定

<改革前> 戸籍法第1条 戸籍に関する事務は、市町村長がこれを管掌する。



<改革後> ①戸籍法

第1条 戸籍に関する事務は、市町村長がこれを管掌する。

2 前項の事務は、地方自治法（昭和二十二年法律第六十七号）第二条第九項第一号に規定する第一号法定受託事務とする。

②地方自治法

別表第一 第一号法定受託事務（第二条関係）

備考 この表の下欄の用語の意義及び字句の意味は、上欄に掲げる法律における用語の意義及び字句の意味によるものとする。

法律	事務
砂防法(明治三十年法律第二十九号)	一 この法律の規定により地方公共団体が処理することとされている事務のうち次に掲げるもの イ 第四条第一項、第五条、第六条第二項、第七条、第八条、第十一条ノ二第一項、第十五条から第十七条まで、第十八条第二項、第二十二條、第二十三條第一項、第二十八條から第三十條まで、第三十二條第二項、第三十六條及び第三十八條の規定により都道府県が処理することとされている事務 ロ 第六条第二項、第七条及び第二十三條第一項の規定により市町村が処理することとされている事務 二 他の法律及びこれに基づく政令の規定により都道府県が第二条により国土交通大臣の指定した土地の管理に関し処理することとされている事務
運河法(大正二年法律第十六号)	第二条、第三条第二項、第四条第一項から第四項まで(運河の効用に妨げがあるかどうかについて争いがある場合における決定に係る部分に限る。)、第五条から第十条まで、第十八條及び第十九條ノ三の規定により都道府県が処理することとされている事務
⋮	⋮
戸籍法(昭和二十二年法律第二百二十四号)	第一条第一項の事務
⋮	⋮

## (2) 国等の関与のメニュー化

### ○改革前の状況

- 個別法ごとに多くの関与が規定されていた上、要件、効果、方式等は区々で未整理。
- 機関委任事務については、包括的な指揮監督権の名の下に、不定形で濃密な関与（通知、口頭指導など）が常態化。

### 【問題点】

#### ○関与の不統一

- ・横断的にみれば同種・類似の行為に対しても、個別法ごとにまちまちの関与が行われている。

#### ○根拠が不明の広範な関与

- ・機関委任事務の範囲が一見して明らかでないことと相まって、地方自治体の事務全般に対して根拠が不明確な関与が行われている。

### 【見直しの考え方】

①法定主義の原則：関与は、法律又はこれに基づく政令の根拠を要する

②一般法主義の原則：

- ・関与の基本類型は一般的ルール法に定める
- ・個別の事務に対する国の関与は、原則、その類型の中から当該事務に関する法律又はこれに基づく政令で定める。

改革では、地方自治法において、関与のタイプのメニューを一覧的に規定。

## ○国等の関与の具体例

地方自治法において、

- 関与の種類のメニューを一覧的に規定。
- 事務の区分(自治事務/法定受託事務)に即して、取りうる関与を特定。

(例)自治事務

- ①助言・勧告、是正の要求等が関与の基本類型とされ、地方自治法に基づいて、国は当該関与を行うことができる。
- ②別に法律で定める特別の場合には、当該法律に基づいて同意、許可・認可、指示を行うこともできる。  
＝地方自治法の関与の種類から選択し、個別法で規定。
- ③しかし、別の法律によっても国による代執行を定めることはできない。

### 【参考】関与の基本原則(地方自治法245の3条)の考え方

	自治事務	法定受託事務
助言・勧告	○ ( § 245の4)	○ ( § 245の4)
資料の提出の要求	○ ( § 245の4)	○ ( § 245の4)
是正の要求	○ ( § 245の5)	
同意	△	○
許可・認可・承認	△	○
指示	△	○ (是正の指示: § 245の7)
代執行	×	○ ( § 245の8)
協議	△	△
その他の関与	×	×

凡例:

網掛け部分は関与の基本類型

○印: 関与可能

△印: 関与可能(地方自治法に定める立法指針に従う必要あり)

×印: 関与できない(できる限り関与の規定を設けない)

## <旧制度>

**団体事務**  
(公共事務・団体委任事務・行政事務)

- 助言・勧告( § 245)
- 資料の提出の要求( § 245)
- 是正措置要求( § 246の2)

※その他個別法に基づく関与

(例)

- ・教育長の任命に係る文部大臣等の承認
- ・地方債の発行に係る自治大臣等の許可
- ・小笠原諸島振興開発計画に基づく事業を実施する地方公共団体の長等に対する内閣総理大臣の指揮監督

**機関委任事務**

- 包括的な指揮監督権( § 150, § 151)
- 助言・勧告( § 245)
- 資料の提出の要求( § 245)
- 是正措置要求( § 246の2)
- 職務執行命令(代執行: § 151の2)

※その他個別法に基づく関与

(例)

- ・戸籍事務に関する法務局等の監督
- ・一般国道に関する建設大臣の是正措置命令
- ・生活保護事務に関する厚生大臣の指揮監督

地方分権一括法による事務区分の見直し

## <新制度>

**自治事務**

**関与の基本類型**

- 助言・勧告( § 245の4)  
(是正の勧告( § 245の6))
- 資料の提出の要求( § 245の4)
- 協議
- 是正の要求( § 245の5)

※その他個別法に基づく関与

- ・同意、許可、認可、承認、指示  
一定の場合に限定
- ・代執行、その他の関与  
できる限り設けない

**法定受託事務**

**関与の基本類型**

- 助言・勧告( § 245の4)
- 資料の提出の要求( § 245の4)
- 協議
- 同意
- 許可・認可・承認
- 指示(是正の指示( § 245の7))
- 代執行( § 245の8)

※その他個別法に基づく関与  
できる限り設けない

## (例) 戸籍事務に関する規定

<改革前> 戸籍法

第三条 戸籍事務は、市役所又は町村役場の所在地を管轄する法務局又は地方法務局長がこれを監督する。



<改革後> 戸籍法

第三条 法務大臣は、市町村長が戸籍事務を処理するに当たりよるべき基準を定めることができる。

2 市役所又は町村役場の所在地を管轄する法務局又は地方法務局長は、戸籍事務の処理に関し必要があると認めるときは、市町村長に対し、報告を求め、又は助言若しくは勧告をすることができる。この場合において、戸籍事務の処理の適正を確保するため特に必要があると認めるときは、指示をすることができる。

3 戸籍事務については、地方自治法第二百四十五条の四、第二百四十五条の七第二項第一号、第三項及び第四項、第二百四十五条の八第十二項及び第十三項並びに第二百四十五条の九第二項第一号、第三項及び第四項の規定は、適用しない。

## 論点5(5) 執行過程に司法を関与させている例

行政の執行過程に司法を関与させている例も存在。人身の保護、住居への立入に係るものが主。

区分	効果	法律名	場合	司法の関与
即時執行	・24時間をこえての保護	警察官職務執行法3条	精神錯乱・泥酔により自傷他害の恐れがある者等を24時間をこえて保護しようとする場合	簡裁の許可
	・児童養護施設等への入所	児童福祉法28条	虐待等により、保護者に監護させることが著しく児童の福祉を害する場合	家裁の承認
行政調査	・臨検 ・捜索	児童虐待の防止等に関する法律9条の3	保護者が立入検査を拒否し、出頭要求に応じない場合	地裁等の許可
	・臨検 ・捜索 ・押収	出入国管理及び難民認定法31条	強制退去の要件に該当すると思料される外国人がいる場合	地裁等の許可
その他	・使用者による救済命令の履行	労働組合法27条の20	使用者が労働委員会の救済命令の取消しの訴えを提起したとき	労働委員会の申立てにより、裁判所が命令
	・独禁法違反の疑いのある行為の一時停止	私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律70条の13	緊急の必要があるとき	公正取引委員会の申立てにより、裁判所が命令
	・委託者指図型投資信託の受益証券の募集の禁止・停止	投資信託及び投資法人に関する法律26条	行為者が同法に違反している場合等で、投資者の損害拡大を防止する緊急の必要があるとき	内閣総理大臣の申立てにより、地裁が命令

## 論点5(6) 行政上の強制執行と手続の充実

### 第7回 太田委員発表(抄)

○義務賦課に加えて強制執行のための手続を置く場合、そこで何を争わせるか、どの程度慎重な手続にするか。

①義務賦課の適法性を争わせるか

②手続の主体をどうするか

③手続の種類をどうするか

・義務賦課の手続と同じく「弁明の機会の付与」にするか

・より簡易なものにするか

・最後のチェックとして、「聴聞」に引き上げるか

○いずれにしても、第三者のチェック機能を入れることは必要。

### 【参考】関連する学説

○濱西隆男「『行政上の義務履行確保』私論(下)」『自治研究』第85巻第11号、P83、2009年

実力行使にも手続が必要と解されるのであって、筆者は、執行の通知→執行という基本的な共通手続を構想することができ、国民の権利利益を保護するため、執行の通知の段階において行政訴訟で争えるようにして訴訟手続との連結を確保しておくことではないかと考える。現に基本的な共通手続のベンチマークとして、一般法の行政代執行法の手続は、代執行を実施する前に、戒告(同法3条1項)及び代執行令書の通知(同法3条2項)という執行の通知をおいている。

## 各制度における手続の例

行政の行為	根拠法	調査等	事前手続			救済	
			戒告・通知等	意見の聴取等	その他	行政不服審査法に基づく不服申立て	行政事件訴訟法に基づく取消訴訟
代執行	行政代執行法(2条)		<ul style="list-style-type: none"> <li>・文書による戒告(3条①)</li> <li>・代執行令書による通知(3条②)</li> </ul>	<行手法は適用除外(行手法2条(4)イ)>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・執行責任者の証票の携帯、呈示(4条)</li> </ul>	○	○
直接強制	成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法(3条⑥⑧⑨⑩)	<ul style="list-style-type: none"> <li>・工作物への立入り又は関係者への質問(3条③)</li> <li>・身分証の携帯、提示(3条④)</li> </ul>		<行手法は適用除外(行手法2条(4)イ)>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・身分証の携帯、提示(6条②)</li> </ul>	○	○
国税の滞納処分	国税徴収法(47条①)、国税通則法	<ul style="list-style-type: none"> <li>・質問又は帳簿書類の検査(徴収法141条)</li> <li>・住居の搜索等(徴収法142条)</li> <li>・滞納者の立ち会い(徴収法144条)</li> <li>・身分証の携帯、呈示(徴収法147条)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・納付の督促(通則法37条①)</li> </ul>	<行手法は適用除外(通則法74条の2①)>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・身分証の携帯、呈示(国税庁通達)</li> </ul>	○ + 通則法75条	○ + 通則法114条
交通違反による運転免許取消	道路交通法(103条①②)		<ul style="list-style-type: none"> <li>・処分理由等の通知、意見聴取の期日等の公示(104条①)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・公開による意見の聴取(104条①)</li> <li>&lt;行手法は適用除外(113条の2)&gt;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・参考人等からの意見聴取(104条③)</li> </ul>	○	○
食中毒による営業停止	食品衛生法(55条)		<ul style="list-style-type: none"> <li>・弁明の機会の付与の書面による通知(行手法30条)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・弁明の機会の付与(行手法13条①(2))</li> </ul>		○	○
バス事業者の営業停止	道路運送法(40条)	<ul style="list-style-type: none"> <li>・事業所への立ち入り、帳簿書類の検査、関係者への質問(94条③)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・不利益処分の内容等の書面による通知(行手法15条)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・聴聞(90条①)&lt;行手法の特例&gt;</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・関係人の参加(行手法17条①)</li> </ul>	○	○
いじめをした生徒の出席停止	学校教育法(35条①)		<ul style="list-style-type: none"> <li>・理由等を記載した文書の交付(35条②)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・保護者の意見聴取(35条②)</li> <li>&lt;行手法は適用除外(行手法3条①(7))&gt;</li> </ul>		<適用除外(4条①(8))>	○
不法所持の銃砲の没収	銃砲刀剣類所持等取締法(27条①)	<ul style="list-style-type: none"> <li>・保管場所への立ち入り、保管施設の検査、関係者への質問(10条の6(2))</li> <li>・立ち入る旨の通告(10条の6(3))</li> <li>・身分証明書の携帯、呈示(10条の6(4))</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・提出命令書の交付(27条①、規則104条)</li> <li>・弁明の機会の付与の書面による通知(行手法30条)</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・弁明の機会の付与(行手法13条①(2))</li> </ul>		○	○

実効性確保検討会  
2012年12月26日

実効性確保・義務履行強制・実力行使

太田 匡彦（東京大学）

## I 実効性確保の諸措置の中の義務履行強制

### A. 制御としての行政、制御学としての行政法学

- －行政作用の捉え方：制御としての行政
- －法の目標としての実効性
- －法関係と行政作用：法関係を規律する行政、法関係を規律しない行政

### B. 制御の諸相

- －即時執行
  - ・「行政機関が、相手方の側における義務の存在を前提とせずに、人の身体または財産に実力を加え、もって行政上望ましい状態を実現すること」<sup>(1)</sup>
  - ・「即時執行とは、相手方に義務を課すことなく行政機関が直接に実力を行使して、もって、行政目的の実現を図る制度をいう。」<sup>(2)</sup>
- －義務賦課－義務履行強制（三段階モデル）
- －義務賦課－（古典的）制裁（＝行政刑罰・秩序罰）
- －発話的・物理的・経済的誘導

### C. 義務賦課－義務履行強制型の抱える（立法論的、政策論的）問題

- －義務を賦課しない（法関係を規律しない行政）の位置づけ
- －義務を賦課する（法関係を規律する行政）の位置づけ
- －曖昧な制度を如何に排除するか
- －「濫用の危険防止」と「使い勝手の良さ」の隘路を縫う必要。

## II 実力行使と義務履行強制

### A. 民事上の強制執行と行政上の強制執行の比較から得られる要検討事項

#### 1. 履行強制の対象となる義務の範囲・特定方法

- (a) 民事における履行強制の行えない義務（＝強制執行に親しまない請求権）

#### －民事における整理

- ①債務者の履行につき執行方法では克服できない外的な障害がある場合
    - e.g. 「債務者が第三者たる会社から震災により焼失した株券の再発行を受けて質権者に交付すべき債務」（大決昭和5年11月5日新聞3203号7頁）
    - e.g. 「債権者の側で受電設備を完成する以前の送電義務」（大決大正4年12月21日新聞1077号18頁）
  - ②義務者の自由意思に反して履行を強制することが現代の文化観念上是認できない場合
    - e.g. 夫婦の同居義務（大決昭和5年9月30日民集9巻926頁）
    - e.g. 不代替的労務の提供を目的とする雇用契約上の債務
  - ③債務者の自由意思を圧迫して強制したのでは債務の本旨に適った給付がえられない場合
    - e.g. 「自由な創造力発揮の必要な芸術的活動を目的とする債務など」
- －慎重な判断の必要と強制執行のできる義務
- α) 「単に事態の真相を告白し陳謝の意を表明するに止まる程度のもの」謝罪広告は、代替的作為義務として代替執行が可能。

(1) 小早川『行政法（上）』（1999年）192頁。

(2) 塩野宏『行政法I（第5版、補訂）』（2009年、補訂2012年）252頁。

cf.最判昭和31年7月4日民集10巻7号785頁

β) 義務の本旨に従う履行が債務者本人の特別の地位・技能・経験等に依存する場合。  
e.g.芸能人の劇場出演義務、鑑定義務など

γ) 債務者本人が自らの法律上の責任において行為しなければならない場合

e.g.財産管理の清算行為をなすべき義務(大決対象10年7月25日民録27輯1354頁)、手形その他の証券上に署名すべき義務など

cf.最判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁(沖縄署名等代行)

δ) 債務者本人の裁量に委ねなければならない場合

e.g.代行者選任義務など

—履行強制の行えない、行政上の義務?

#### (b) 抽象的義務と強制執行

—民事執行における抽象的差止め判決に基づく強制執行

—行政代執行における抽象的義務賦課行為に基づく強制執行

#### (c) 具体的義務賦課行為と「転換執行」

—民事執行における具体的差止め判決に基づく転換執行

—行政法学における議論状況

### 2. 執行方法の分類(各制度)および義務の区分の違いから見えてくるもの

#### (a) 民事執行における執行方法の分類論と義務の区分

##### (1) 民事執行における執行方法の分類論と対象となる義務

###### (i) 直接強制

—意義:「執行機関がその権力作用により(債務者の積極的協力をまたないで)直接に執行の目的たる利益状態を実現する方法」<sup>(3)</sup>

—これに含まれる執行、および義務

—不動産の引渡し等の強制執行としての直接強制(民事執行の場合)

—動産引渡しの強制執行としての直接強制(民事執行の場合)

—第三者占有物の引渡しの強制執行

—子の引渡しの強制執行

—執行費用

###### (ii) 代替執行

—意義

:「代替的作為債務(建築物の取壊しなど)等につき、債権者が自らまたは第三者により作為内容を実現できる旨の授権およびその費用を債務者から取り立てうる旨の授権を執行機関たる裁判所より受けて、これに基づき債権者または第三者が権利内容を実現し、要した費用を債務者から取り立てるという方法」<sup>(4)</sup>

・「裁判所の授権を媒介として債務名義上の債務内容たる作為を金銭支払に切り替えて執行する、一種の代償的執行」<sup>(5)</sup>

—対象となる義務

—執行費用

###### (iii) 間接強制

—意義

---

(3) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂6版)』(2010年)10頁。

(4) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂6版)』10頁。

(5) 中野貞一郎『民事執行法(増補新訂6版)』11頁。

：「債務者に対してその不履行に一定の不利益（金銭の支払）を賦課して意思を圧迫し、あくまで債務者による履行を強いる方法」<sup>(6)</sup>

－対象となる義務

・非代替的作為義務、不作為義務、代替的作為義務、物の引渡（含む、土地の明渡し）義務（以上につき、民執 172 条、173 条）、金銭支払義務の一部（民執 167 条の 15、167 条の 16）

－民事執行における間接強制の利用範囲について

－間接強制金の金額の定め方、間接強制金の行き先

－不作為義務の事前強制

(2) 義務の区分論

－与える債務と為す債務に区分、その上で、為す債務を代替的作為義務、非代替的作為義務、不作為義務に区分。

(b) 行政上の強制執行における執行方法の分類論と義務の区分

(1) 行政上の強制執行の区分論

－行政上の代執行（行政代執行）

・「義務の内容が他人の代わってなしうべき行為（金銭の支払を除く）である場合、すなわち代替的作為義務について、行政機関が義務者によって自らその行為を行い、または第三者に行わせるもの（その費用は義務者から徴収する）」<sup>(7)</sup>。

・「代執行とは、私人の側の代替的作為義務が履行されないときに、行政庁が自ら義務者のなすべき行為をし又は第三者をしてこれをなさしめ、これに要した費用を義務者から徴収する制度」<sup>(8)</sup>。

－行政上の金銭上の強制徴収

・「金銭支払義務に関し、行政機関が強制的な手段を用いて義務が履行されたのと同様の状態を実現するもの」<sup>(9)</sup>

－行政上の直接強制

・「行政機関が義務者の身体または財産に実力を加えることにより、義務が履行されたのと同様の状態を直接に実現するもの（強制徴収または代執行として行われるものを除く）」<sup>(10)</sup>

・「義務者の身体又は財産に直接力を行使して、義務の履行があった状態を実現するもの」<sup>(11)</sup>。

－行政上の間接強制

・「行政機関が義務者に対しあらかじめ予告したうえで期限内に義務が履行されない場合には一定の罰（過料）を課することとし、それによって義務の履行を確保しようとするものを行政上の間接強制と言い、そのようにして科される罰を執行罰と言う。」<sup>(12)</sup>

・「義務の不履行に対して、一定額の過料を科すことを通告して間接的に義務の履行を促し、なお義務を履行しないときに、これを強制的に徴収する義務履行確保の制度」<sup>(13)</sup>。

(2) 行政上の義務の区分論

---

(6) 中野貞一郎『民事執行法（増補新訂 6 版）』11 頁。

(7) 小早川光郎『行政法（上）』236 頁。

(8) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』231 頁。

(9) 小早川光郎『行政法（上）』236 頁。

(10) 小早川光郎『行政法（上）』236-237 頁。

(11) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』235 頁。

(12) 小早川光郎『行政法（上）』236-237 頁。

(13) 塩野宏『行政法 I（第 5 版、補訂）』237 頁。

—代替的作為義務、非代替的作為義務、不作為義務、金銭給付（支払）義務にしか分類しない。

(c) 差異が意味するもの

(1) 与える債務（義務）と為す債務（義務）の区分の有無

- 差異の確認
- 引渡義務の位置付け
- 金銭支払義務の位置付け

(2) 不作為義務の履行と強制執行制度

- 民事執行における不作為義務の履行強制
- 行政的執行における不作為義務の履行強制
- 差異の確認
- 差異の原因？

(3) 直接強制・代執行に関する民事法学と行政法学の理解の食い違い

- 金銭支払義務の位置付け
- 物の引渡義務の位置付け
- 物に対するドラスティックな実力行使としての直接強制？
- 人の身体に対する有形力行使（実力行使）の位置付け
- 行政上の代執行を用いることのできる義務の範囲
  - cf.大阪地判平成 21 年 3 月 25 日判例自治 324 号 10 頁
  - cf.大阪高決昭和 40 年 10 月 5 日行集 16 卷 10 号 1756 頁
  - cf.横浜地判昭和 53 年 9 月 27 日判時 920 号 95 頁
- 実力行使として行える範囲の曖昧さ

B. 実力行使の対象

1. 問題の整理

- 考察対象となる実力行使
- 実力行使の分類——対物の実力行使／対人の実力行使

2. 対物実力行使

- 一般的承認
- 対物実力行使しか行えない履行強制

3. 対人実力行使の可能性と文脈

(a) 対人実力行使の 2 つの文脈

- α) 抵抗を實力により排除する場合
- β) 人を拘束し収容する、人の支配を解く（＝占有を解除する）など、執行の目的それ自体又はその一部を構成する場合。

(b) 抵抗を實力により排除するための対人実力行使について

- 民事執行における抵抗排除
- 行政代執行における抵抗排除
- 行政上の直接強制における抵抗排除のための対人実力行使
- 即時執行における抵抗排除のための対人実力行使
- 行政調査における抵抗排除のための対人実力行使
  - ・強制調査：「調査の実施に当たり、その手段として實力を用いることが認められる」

もの<sup>(14)</sup>

- ・強制的：「相手方の同意なしに、かつ、その抵抗を實力で制圧しつつ実施する」こと<sup>(15)</sup>
- －立法論上の課題

(c) 執行目的それ自体を構成する対人實力行使について

- －民事執行における執行目的を構成する対人實力行使
- －行政上の強制執行（直接強制）・即時執行における執行目的を構成する対人實力行使
- －行政調査における調査目的を構成する対人實力行使

C. 實力行使を伴わない義務履行強制としての間接強制（執行罰）

1. 期待される機能

- －簡便な効果
- －實力行使を伴う履行強制（代執行、直接強制）との比較におけるメリット
- －制裁（行政刑罰・秩序罰）との比較におけるメリット

2. 経済的誘導・制裁との連続性

- －威嚇による履行強制としての間接強制
- －威嚇を通じた制御の多様性
- －間接強制（執行罰）と制裁との連続性と文脈の違い

3. 間接強制の限界、立法論上の注意点

- －行政上の強制徴収の実効性
- －實力行使の必要性が残ること
- －対象となる義務が必要な特定性
- －法律が直に賦課する不作為義務

D. 直接強制を用意する必要について

1. 問題の所在

- －履行強制の対象となる義務を考える必要

2. 不作為義務について

- －代執行による不作為義務の履行強制？
- －法律が直接に賦課する不作為義務
- －行政行為が賦課する不作為義務

3. 非代替的作為義務について

- －非代替的作為義務の内部を分類する必要
  - ア) 人の身体の収容（収容される義務＝居所を特定の場所に置く義務）の類型か？
  - イ) 物の引渡しか？
  - ウ) 上記以外の、当該人が行わなければならない作為の義務
- －人の身体の収容型について
- －物の引渡し義務型について
- －それ以外の非代替的作為義務
- －抵抗排除
- －意外に少ない必要性？

---

(14) 小早川『行政法（上）』306頁。

(15) 小早川『行政法（上）』307頁。

### III 手続について

#### A. 前提

##### －問題の所在

- ・義務履行強制を行うに際してどのような手続を要求すべきか？

##### －方針

- ①義務賦課のための手続の標準型としての「弁明の機会の付与」
- ②実力行使を伴う行政調査（強制調査）に関する令状主義？  
cf.最判昭和47年11月22日刑集26巻9号554頁（川崎民商）  
cf.最判平成4年7月1日民集46巻5号437頁（成田新法）

#### B. 即時執行・行政調査のための手続

##### －即時執行における令状・令書

- ・例外としての警職法3条3項
- ・出入国管理法39条、51条

##### －強制調査における令状（裁判所の許可状）

- e.g.国犯則2条
- e.g.入管法31条
- ←→国税徴収法142条

##### －第三者機関によるチェック

- e.g.感染症予防法19条7項による協議会への報告。協議会は、意見を述べる（感染症予防法24条3項2号）。

##### －文書主義

- e.g.感染症予防法23条

##### －事前の防御機会の付与

- ・勧告前置（予防接種法19条）
- ・行政調査に関し、国税通則法74条の9（未施行）

#### C. 義務履行強制のための手続

##### 1. 義務賦課のための手続から見た場合

- －現状の確認
- －事前防御の視角から
- －第三者によるチェックの関係から

##### 2. 実力行使のための手続から見た場合

- －裁判所の関与可能性
- －考えられる関与
- －履行強制に入る段階で特にチェックしておくべき問題——執行に適した義務か？
- －裁判救済制度について

### IV 補論：費用負担

#### A. 民事執行の場合

#### B. 行政執行・即時執行の場合