

# 行政の実効性確保に関する諸課題

小林 奉 文

## 目 次

はじめに

- I 行政の実効性確保に関する我が国の制度
  - 1 明治憲法下の行政強制制度
  - 2 現行憲法下の行政強制制度
- II 行政強制制度の現状と課題
  - 1 行政強制制度の運用実態
  - 2 行政強制制度の機能不全
- III 行政の実効性確保の課題
  - 1 行政代執行
  - 2 強制徴収
  - 3 行政罰・執行罰
  - 4 行政上の義務の民事執行
  - 5 その他の手法—新たな手法
  - 6 今後の課題

おわりに

はじめに

我が国では、最近、規制改革と地方分権が大きな政策課題となっている。規制改革においては、「事前規制から事後チェックへの移行」<sup>(1)</sup>が基本理念の一つとされ、地方分権においては、「国から地方への権限委譲」、「地方公共団体の行政体制の整備・確立」等が地方分権推進に関する基本方針とされている。その一方で、我が国には、「ざる法」といわれる法律が数多く存在するという現状がある。建築関係法、道路交通関係法、環境関係法、農地関係法等が代表

的なざる法であるといわれている。これらの法分野では、違法行為が蔓延し、法が適正に執行されているとはいえない状態にある。東京高裁民事第15部<sup>(2)</sup>は、「東京都およびその周辺において違法建築が多発し、その防止、是正のための行政的処置が実効を疑われるに至っていることは当裁判所に顕著であるが…」と判決理由のなかで判示している。行政上の義務履行を確保する各種の行政手段が機能不全状態に陥っていることに起因するといわれている。

行政規制の実効性の観点から、事後チェックのシステムについての改革はどのように進捗しているのだろうか。地方分権により地方公共団体の事務の範囲が拡大しているが、その事務の実効性を担保するシステム<sup>(3)</sup>は十分用意されているのだろうか。そもそも、行政法の課題の一つとなっている強制手段の機能不全状態を改善する方策が講じられているのだろうか。

本稿では、このような視点から、行政の実効性確保<sup>(4)</sup>についての現状と課題を概観しようとするものである。

## I 行政の実効性確保に関する我が国の制度

我が国においては、行政強制の制度が明治憲法下と現行憲法下では大きく変遷した<sup>(5)</sup>といわれているが、塩野教授は、その変遷は量的なもので、なお行政強制のカテゴリーは残されているとともに、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おり、また、司法機関の関与の手法は原則としてとられていないなど

として、「人権保障の理念に、行政強制の範囲の縮小で答えたのが、現行制度であるといえよう。」<sup>(6)</sup>としている。

## 1 明治憲法下の行政強制制度

明治憲法下の行政強制制度は、行政執行法

(明治33年法律第64号)を中心に構成されている。行政執行法案の提案趣旨<sup>(7)</sup>によれば、「法ナクシテ行政ノ自由ノ活動ニ委セルト云フコトハ、余リ行政権カ廣ク過ギマシテ、却ッテ濫用ノ恐モ亦ナイニモ限リマセヌ、是等ノコトハ法律ヲ以テ明瞭ニ規定致シマシテ、サシテ行政権ノア

(1) 行政改革委員会は、「規制緩和の推進に関する意見(第一次)『光輝く国をめざして』(平成7年12月14日)の基本認識の(7)官、民の役割の項において、「わたしたちは、規制の緩和・撤廃によって自由放任の無責任社会を目指すことを主張しているのではない。自由には自己責任が伴うことが当然であって、ルール違反には厳しい制裁が課せられる社会であるべきだと考える。」とし、「規制改革についての第1次見解」(平成10年12月15日)規制緩和の今後の進め方の2(3)「規制改革」という視点の項において、「事前規制型の行政から事後チェック型の行政に転換していくことに伴う新たなルールの創設…などにも、規制の緩和や撤廃と一体として取り組んでいくことが重要になっている。」としている。さらに、行政改革推進本部規制改革委員会は、「規制改革についての見解」(平成12年12月12日)総論の4(2)ウの項において、「今回の一連の不祥事は、そもそも規制が全く守られず、違法状態が生じていたという点で、日本の規制制度に規制の実効性の確保に関する重大な問題があったことを示している。我が国の規制制度については、その内容は詳細であるが、その実効性については、主として行政職員の人的制約等により、著しくルーズなことがよく指摘されている。…規制の実効性の確保には、人的及び予算上の措置が不可欠な場合が多く、困難が伴うが、そうした制約条件の下で、必要な体制を確保するよう努めるべきである。また、抜き打ち検査等も積極的に活用するとともに、ルール違反に対する厳正な処罰が必要である。…」としている。

そして、総合規制改革会議は、「規制改革の推進に関する第2次答申」(平成14年12月12日)第2章1競争政策の項において、「ルールとそのエンフォースメントはまさに車の両輪であり、双方の改革により、我が国の経済社会を真に競争的なものにしていくための市場監視体制を構築していく必要がある。」として、①独占禁止法のエンフォースメントの見直し・強化として、刑事告発手続の見直し、課徴金制度の見直し、課徴金減免プログラムの導入、課徴金適用範囲の拡大等、②公正取引委員会における審査機能・体制の見直し・強化、③専門分野におけるエンフォースメントの強化として、証券取引分野における市場監視機能の強化等(民事・行政的な制裁的負担を賦課する制度に関する検討等(「不公正取引や不実開示等の証券取引違反行為について、行政上の制裁として、英米等の民事制裁金や独禁法上の課徴金の制度等も参考にしつつ、民事・行政的な制裁的負担を賦課する制度の導入について検討を行うべきである。その際、適正手続の確保策についても併せ検討すべきである。))を掲げている。

(2) 東京高裁民事第15部 昭和42年10月26日判決「日照通風の妨害と不法行為の成否」(『判例時報』497号, 1967. 11, p.31.)

(3) 地方六団体地方分権推進本部『地方分権時代の条例に関する調査研究』の中間まとめ(平成13年11月);同『地方分権時代の条例に関する調査研究』報告書(平成16年3月)

(4) この問題については、行政強制、行政上の義務履行確保、行政の実効性の確保、制裁、サンクション等の種々の概念で説明ないし論議されてきたが、ここでは、行政上必要な状態を実現するというほどの意味で、行政の実効性の確保という概念を用いることとする。なお、直接強制と即時強制は主要なテーマとしては取り上げていない。畠山武道「サンクションの現代的形態」『岩波講座基本法学8-紛争』岩波書店1983, p.365;高木光「行政の実効性確保の手法」『神戸法学雑誌』36巻2号, 1986.9, p.187;同「実効性確保」『公法研究』49号, 1987.10, p.186;畠山武道「行政強制論の将来」『公法研究』58号, 1996.10, p.165等参照。

(5) 制度の変遷については、関根謙一「行政強制と制裁」『ジュリスト』1073号, 1995.8, p.62.

(6) 塩野宏『行政強制論』の意義と限界『行政過程とその統制』有斐閣, 1989, p.208.

(7) 明治33年2月16日衆議院治安警察法案及行政執行法案審査特別委員会速記録第1号7頁

ル所ヲ明ラカニシ、又越ユベカラザル範圍ヲ定メテ置ク必要ガアラウト存ジマス」と説明されている。プロイセン法制にならい、義務を課する行政行為については、行政庁が義務不履行の場合にみずから強制力を用いて、その義務を実現しうる権限を含むとする理論を背景に制定された法であり、換言すれば、義務の履行を強制する行為には別の法律の根拠は不要と解されていた。

行政執行法第5条は、代替的作為義務については代執行、非代替的作為義務・不作為義務については執行罰、代執行・執行罰により義務履行が確保できないとき又は急迫の事情があるときは直接強制をそれぞれ認めている。そして、公法上の金銭給付義務については、国税徴収法（明治30年法律第21号）の規定により強制徴収が認められている。また、行政執行法第1条から第4条は、行政上の即時強制についての手段を定めている。

明治憲法下においては、これらの規定により、私法上の金銭債務を除き、自己完結的な行政強制の制度を整えていたといわれている。これらのうち、執行罰については、比較的効用が少なく、ほとんど利用されていなかった。

## 2 現行憲法下の行政強制制度

現行憲法制定後に行政強制制度も改正された。行政執行法が廃止され、同法第5条の規定を引き継ぎ、行政代執行法（昭和23年法律第43号）が制定された。提案理由<sup>(8)</sup>として、「現行行政

執行法は…たとえば行政検束の規定のごとく、過去の歴史において暗い陰影に満ちておるものがあり、その他これを新憲法の光のもとに照らしますならば、調整を要するところ少なからざるものがある…暗い連想を払拭するとともに、将来における濫用の余地を閉ざし、今日必要な限度において、新たな制度の出発を企図することといたした…」と説明されている。執行罰と直接強制については、「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っておおむねその目的を達し得るものと考えられ、また直接強制は、人または物に直接実力を加えるものでありますがゆえに、すべての場合に通じて、一般的にその途を設けるのは行き過ぎであろう…」として、行政目的達成に必要な場合に限り個別法で設けることとされた。

改正後の行政強制制度の主な特徴点としては、①行政行為によって義務を課することとその義務を実力で強制することは別の問題で、行政強制は新たな義務を課すことであり、強制権限については別の法律の根拠が必要であるとされたこと、②民事上の強制執行制度は包括的に整備された制度的体系をなしているのに対し、行政上の強制執行制度は、一般的な強制執行の手段が規定されていないため、制度的な完結性をもたず、多くの場合刑罰的処罰の間接的強制によらざるをえないこと、③英米流の司法的執行の原理が採用されたとまではいえないこと<sup>(9)</sup>等の点が指摘されている。広岡教授<sup>(10)</sup>は、「憲法上の要請からすれば、行政上の義務の実現確保は、

(8) 昭和23年4月6日第2回国会衆議院司法委員会会議録第10号 p.1. なお、田中二郎「新行政執行制度の概観(1)」『警察研究』19巻8号, 1948.8, p.8.参照。

(9) 小早川光郎『行政法上』弘文堂, 1999, p.239. 塩野教授は、行政強制方式と司法機関利用方式の関係は、立法政策により定められるべきものであることは、現在では、すでに、学説上定着したものと考えられるとしている（塩野宏「行政強制論の意義と限界」『行政強制』ジュリスト増刊 1977.1.25, p.4.）

(10) 広岡隆『行政上の強制執行の研究』法律文化社, 1961, p.437. なお、今村成和・畠山武道（補訂）教授は、①問題は、罰則という間接強制手段にもかかわらず違法状態が出現した場合、これに対する強制執行の方法がないこと、②行政権独自の判断でことを運ぼうとするかぎり、強制執行の途がない場合が生じて、基本的人権の尊重はより重要な問題であるから、やむを得ないということになる（『行政法入門〔第7版〕』有斐閣 2004, p.155.）としている。

できるだけ義務違反に対する刑事的制裁で満足するか、あるいは、何らかの他の形で司法権の判断にかからしめる強制方法を立法的に認めてゆくべきであり、行政上の強制執行は、止むを得ない最小限度においてのみ認め、これに関する立法的規律の上において、強制手段をできるだけ穏便なものとし、強制手続を慎重にすることが要請されると解せられる。」として、代執行を一般的制度とし、行政罰規定の整備により行政上の義務履行の確保を刑事司法権の機能にかからしめる体制を強化していることは、「一応正当な方向に向かっているといえることができるであろう。」としている。その後の立法において、大多数の行政法令が、義務履行確保を行政罰に依存している。これに対して、田中教授<sup>(11)</sup>は、「少なくとも行政罰を科することができるというだけでは、十分に行政法の実効性確保の目的を達成することができないということを、この際、改めて反省してみる必要があるのではないかと思う。」としている。

## II 行制強制制度の現状と問題点

### 1 行政強制制度の運用実態

我が国の行政強制制度は機能不全を起しているといわれると多くの研究者や行政実務家が指摘している。その実態についての主な研究等<sup>(12)</sup>を紹介することとする。

#### (1) 建築行政

大橋教授の調査<sup>(13)</sup>によれば、①違反建築物のうち約3割は建築確認を受けていないもの、約6割は集団規定（容積率等）違反のものであ

る、②違反建築物32,000件のうち、3割は行政指導で是正され、9条の是正命令が発令されるのは悪質な事例に限定され、同条10項の工事施行停止命令は年間900件程度であるなどとして、悪質な一部のものを除いて、大半は放置されているとのことである。また、福井教授<sup>(14)</sup>によれば、①1997年の違反建築物の総数は13,092件（行政指導が12,534件、9条の是正命令が558件）であり、是正されたのは5,658件（うち是正命令によるものは227件）であること、②代執行実行件数は、1973年度から1977年度までの間においては、1974年度は5件であるが、他の年度は1件又はゼロ件であること、③告発件数は年間数件であるなどとして、法令違反が相当存在するにもかかわらず、現実には是正や処罰がなされるものは極めて少ないとのことである。なお、平成15年検察統計年報によれば、建築基準法被疑事件は、既済総数18人で、公判請求0、略式命令請求4、起訴猶予6、嫌疑不十分1、罪とならず3などとなっている。

#### (2) 水環境行政

環境省の水質汚濁防止法等の施行状況調査<sup>(15)</sup>によれば、排水規制の対象となる特定事業所は約30万で、平成14年度の立入検査は55,332件（平成13年度は59,980件）、行政指導は8,519件（7,807件）、改善命令は40件（40件）、一時停止命令は2件（2件）、排水基準違反の検挙件数は8件（3件）である。なお、平成14年検察統計年報によれば、水質汚濁防止法被疑事件は、既済39人で、公判請求0、略式命令請求16、起訴猶予5などとなっている。北村教授<sup>(16)</sup>は、①行政指導が圧倒的に多いのは、行政指導によ

(11) 田中二郎『行政法講義（上）』良書普及会、1965、p.288.

(12) 農地法関係については、宮崎良夫「行政法の実効性の確保」『行政法の諸問題 上』有斐閣、1990、p.214.参照

(13) 大橋洋一「建築規制の実効性確保」『法政研究』65巻、1999.1、p.743. なお、宮崎良夫「行政法の実効性の確保」（前掲注(12)）参照。

(14) 福井秀夫「行政上の義務履行確保」『法学教室』226号、1999.7、p.26.

(15) 環境省ホームページ（<http://www.env.go.jp/press/press.php3?serial=4601>）

(16) 北村喜宣「環境行政法と環境刑法の交錯（一）・（二）」『自治研究』67巻7号・8号、1991.7・8参照



り行政が満足のいく程度に是正されているからである、②ほとんどの自治体では、行政命令は伝家の宝刀という意識があり、また、すべての担当者が、違反に直面しても告発は考えたことがないといったなどと指摘している。

### (3) 廃棄物処理行政

#### (i) 産業廃棄物

循環型社会の形成が求められているなかで、廃棄物の不法投棄の防止が大きな課題<sup>(17)</sup>とされている。環境省の不法投棄等産業廃棄物の残存量調査<sup>(18)</sup>によれば、平成15年4月1日時点で、①不法投棄等事案の残存件数は2,505件、残存量は約1,096 t、②事業者別には、排出事業者839件・約145万 t、実行不明者652件・約96万 t、無許可業者575件・約336万 t等、③生活環境保全上の支障等のある事案のうち、措置命令発出が64件・約351万 t、代執行（予定を含む）は35件・約246万 tとなっている。他の行政分野と比較して、廃棄物の処理及び清掃に関する法律の規定に基づく代執行が措置命令の件数に占める割合が高い。平成15年検察統計年報によれば、廃棄物処理及び清掃に関する法律被疑事件は、既済4,048人で、公判請求942、略式命令請求2,472、起訴猶予1,159、嫌疑不十分107、嫌疑なし6である。

#### (ii) 硫酸ピッチ

軽油引取税の脱税を目的とした軽油密造に伴い生じる硫酸ピッチ等の不法投棄が急増している。硫酸ピッチの不適正処分<sup>(19)</sup>は、平成12年度以前は14件（ドラム缶換算で3,400本）であっ

たが、逐年増加し、平成15年度には75件（26,000本）となっている。措置命令発出事案は、12年度以前の案件は7件、15年度の案件は16件で、代執行事案は、12年度以前の案件は7件、15年度の案件は15件である。硫酸ピッチについては、措置命令履行による撤去が5%、地方公共団体等による撤去が12%、行政代執行による撤去が31%となっている。この分野でも、他分野に比べ、行政代執行を行った例が多い。

### (4) 屋外広告物行政

近時マスコミ等で、屋外広告物、ポイ捨て等の問題が取り上げられている。屋外広告物については、建設省屋外広告物基本問題検討委員会報告書（平成11年11月）によれば、平成10年度実績で、①17自治体の平均違反広告物数は71,789件、②全国計で、措置命令7,162件（うち履行件数2,551件）、行政代執行0件、略式代執行159回・5,265件、簡易除却24,417回・6,747,315件である。西津政信氏<sup>(20)</sup>は、「これらのデータは、屋外広告物規制では、違反の是正のため、行政指導にとどまることなく、違反の是正命令やその実現のための強制処分に至るケースは非常に限定されていることを示している。」と指摘している。

### (5) 税務行政

山下稔氏<sup>(21)</sup>は、国<sup>(22)</sup>・都道府県・市町村の強制徴収能力を比較し、「強制徴収も地方公共団体においては、機能不全とまではいえないにしても機能障害の症状を呈している。」として

(17) 北村喜宣「行政的対応の限界と司法的執行（一）～（四）」『自治研究』69巻7～10号 1993. 7～10参照

(18) 環境省ホームページ（<http://www.env.go.jp/press/press.php3?serial=4985>）

(19) 環境省ホームページ（<http://www.env.go.jp/recycle/ill-dum/sulfur/h15.pdf>）

(20) 西津政信「行政規制違反行為の自主的是正を促すための間接行政強制制度に関する研究」『国土交通政策研究』21号, 2003, p.1.

(21) 山下稔「地方公共団体における納税義務の履行確保」『法政研究』65巻1号, 1998, p.149.

(22) 国税の年度末における整理中の滞納の件数・額をみると、平成10年度の28,149億円・507万件をピークに減少し、平成15年度22,519億円・470万件となっているが、依然として2兆円を超えている。なお、渡来安雄「国税滞納整理の論理と課題」『法曹時報』47巻8号, 1995.7, p.1.

いる。山下氏の調査によれば、①都道府県徴収職員一人当たりの差押件数は国税の75%程度であるなど、滞納処分の量・額の両面で、国税庁との格差が認められること、②市町村の滞納処分に関する資料はほとんど公表されていないが、差押処分はきわめて少ないなどとしている。

## 2 行政強制制度の機能不全

行政法規違反行為が多く存在しているにもかかわらず、それらの行為に対して適正な措置が講ぜられていないことから、行政強制制度は機能不全に陥っているといわれているが、その原因についての見解を概観することとする。

### (1) 従来の行政強制制度が機能不全に陥った要因

従来の行政強制制度が機能しなくなった理由として、畠山教授<sup>(23)</sup>は、①ある種の法分野においては、法律違反が恒常化し、それを有効に規制する方法がないこと、その要因としては、○違反状態が蔓延し、限られた人員・予算で必要な措置を講ずることが困難であること、○代執行の要件・手続が厳格で、無数の違反行為に代執行を実施するのが困難であること、○罰金の額が低く、抑止力にならず、また、検察官の手を借りなければならず、よほど悪質なものを除き、科せられていないこと、②戦前の包括的な義務強制制度が廃止された結果、非代替的作為義務・不作為義務については、特に個別法に規定がある場合を除いて、強制する方法がないこと、③法律・条例を改正し、時代に即応するような義務履行確保制度を設けることが困難であること、④従来の行政強制システムは、法令・行政行為によって一方的・強制的に課された義務の履行を念頭においてつくられたもので

あり、今日の行政活動形態の多様化に行政システムが十分対応してこなかったことという4点を指摘している。福井教授<sup>(24)</sup>は、代執行の煩雑性・処罰の機能不全とともに、法の執行の規範感覚を指摘し、また、宮崎教授<sup>(25)</sup>は、「行政法の実効性を確保するためのわが国の法制度は、全体的にみれば、強靱性と機動性を欠いている」と指摘し、その理由として、①国民の規範意識の曖昧さ、②国民の権利の濫用とも思われるほどの強引な権利主張と立法者の過剰な財産権尊重の思考、③立法者が実効性確保のために利用可能な手段を設けようとしないこと、の3点をあげている。

以下行政強制の種別に応じた機能不全の状況についてみることにする。

### (2) 行政代執行の機能不全

行政代執行は、廃棄物処理行政において最近手続がとられるようになったが、他の行政分野では、ほとんどとられていない。機能不全の理由としては、代執行手続の煩雑さ、行政機関の法律知識と経験の不足、行政指導に依存する行政、代執行実施が強権発動のイメージがあること、代執行費用の強制徴収が困難なこと等があげられる。

#### (i) 代執行手続の煩雑さ

行政代執行法は、手続について抽象的に規定しているにすぎず、実務的には相当複雑な手順を踏むことが必要とされている。行政代執行の決定、執行、保管動産の返却、費用の徴収の各手続において、相当の事務量となり、その処理は容易でない<sup>(26)</sup>。多数の職員が長期にわたって入念な準備をする必要のある手続きであり、簡易迅速に行えるものではないといわれている<sup>(27)</sup>。

<sup>(23)</sup> 畠山武道「サンクションの現代的形態」前掲注(4) p.369.

<sup>(24)</sup> 福井秀夫「行政上の義務履行の確保」前掲注(14) p.29.

<sup>(25)</sup> 宮崎良夫「行政法の実効性の確保」前掲注(12) p.244.

<sup>(26)</sup> 岡山県行政代執行研究会『行政代執行の実務 岡山市違法建築物除却事例から学ぶ』ぎょうせい、2002.

<sup>(27)</sup> 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論』有斐閣、2004、p.186.

## (ii) 行政庁の法律知識と経験の不足

代執行するためには相当程度の法律知識が必要であるが、専門知識を有する職員がおらず、また、経験することがないため、その専門知識も蓄積されることがなく、事実上代執行制度を利用することがないといわれている。また、中央官庁も、行政代執行の実務的な手順を示すような資料を作成することに熱意を有していなかったといわれている<sup>(28)</sup>。

## (iii) 行政指導に依存する行政

行政庁は、違法是正について行政指導に頼り、行政指導を繰り返すことで、その適正な法執行のアリバイとして用いる傾向があるといわれている<sup>(29)</sup>。また、代執行に対する行政職員の心理的負担感と抵抗感が強く、職員が脅迫・暴行を受けることもあるといわれている<sup>(30)</sup>。

## (iv) 強権行使のイメージ

代執行は、「公権力の発動であり、話し合いを拒否したものとして、行政の強硬な姿勢が批判されることが多いのが、わが国の民情である」、マスコミも代執行に批判的であるといわれている<sup>(31)</sup>。特に住民に近い市町村行政においては、強硬手段はとりにくいとされている。

## (v) 代執行費用の徴収が困難

代執行に要した費用の徴収が事実上困難であり、最終的には税金で負担することとなるため、その執行が抑止されている。

## (vi) 行政にとってメリットがないこと

「違法が是正されたこと以外に行政官やその所属組織にとって明白な利益はなく」<sup>(32)</sup>、また、

「現在の判例は行政が代執行をしない自由を認めているため、結果として代執行を促すような仕組みになっていない」<sup>(33)</sup>といわれている。

## (3) 強制徴収の機能不全

行政上の強制徴収については、「国税徴収法に規定する滞納処分の例による」等の規定を置く法律が多いが、税行政以外の分野ではほとんど利用されていない。税分野でも、市町村ではほとんど機能していないといわれている。その理由<sup>(34)</sup>としては、強権発動に消極的で、行政指導に依存するとする行政一般に通じる理由のほかに、①滞納処分を行う執行体制を確立できず、また、滞納処分についての法知識と経験が蓄積できないこと、②地方公共団体、特に市町村では住民と行政の距離が近すぎて、住民の反感を買うような処分を躊躇する意識があること、③滞納処分が社会的弱者に対する過酷な侵害であるとして批判される傾向にあることなどがあるとされている。

## (4) 行政刑罰の機能不全

現憲法下の行政強制制度ではその手段が制限されており、行政刑罰により行政上の義務履行を確保することに依存する法システムを採用せざるを得ず、そのため、我が国の現行行政法規の多くは、義務違反に対する行政刑罰の規定を置くこととなった。しかし、行政刑罰に依存するシステムは、機能不全を起こしているといわれている<sup>(35)</sup>。その理由としては、①行政庁が

(28) 宮崎良夫「行政法の実効性の確保」前掲注(12) p.235.

(29) 福井秀夫「行政代執行制度の課題」『公法研究』58号, 1996.10, p.210.

(30) 同上

(31) 阿部泰隆『行政の法システム（下）[新版]』有斐閣, 1997, p.422.

(32) 福井秀夫「行政代執行制度の課題」前掲注(29) p.210.

(33) 大橋洋一「建築規制の実効性確保」前掲注(13) p.745.

(34) 山下稔「地方公共団体における納税義務の履行確保」前掲注(21) p.161.

(35) 宮崎良夫「行政法の実効性の確保」前掲注(12) p.222；市橋克哉「行政罰—行政刑罰、通告処分、過料」『公法研究』58号, 1996.10.10, p.234；大橋洋一「建築規制の実効性確保」前掲注(13) p.746；阿部泰隆『行政の法システム（下）[新版]』前掲注(31) p.454；北村嘉宣『自治体環境行政法第3版』第一法規, 2003, p.226. 等

刑事手続に委ねることを好まないこと、②行政刑罰の威嚇力が低いこと、③刑事司法機関が刑法犯の処理で手一杯で、行政刑罰事件の処理を好まないことなどの点があげられている。

(i) 行政庁の意識

行政庁の法意識が行政刑罰の機能不全に多大の影響を及ぼしている。多くの論者があげる点は、①行政指導により法令遵守を確保することが適切であると考え、行政命令や行政刑罰については極力回避したい傾向があること、②行政命令や告発については、被命令者との間の協調関係を壊し、行政目的達成に支障が生ずる恐れがあると考えていること、③確実に遵守される見込みがない限り行政命令を出さない傾向があること、④行政庁には行政犯が犯罪であるという意識が希薄であることなどである。

特に告発については、①規制遵守や遵守能力をつけさせるのが行政の役割で、処理を刑事司法機関に委ねるのは行政の役割放棄であると考えていること、②告発は、違反を是正できなかったことを自認するもので、行政の失敗と評価されると考えていること、③行政法規違反に対する制裁としては、行政刑罰は過酷であると考えていること、④告発は強権発動とみられ、行政庁のやりすぎと批判されることを恐れていること、⑤違反が多数で、告発すべきものを選定しにくく、ごく一部の者に行政刑罰を科すことはバランスを欠くと考えていること、⑥告発しても、捜査・起訴されるかどうか不明確で、告発をためらうこと、⑦告発の事務と事情聴取で、事務に支障が生ずると考えていることなどの点が指摘されている。そして、告発される事案は、重大かつ報道をにぎわした事件に限られているといわれている。

(ii) 行政刑罰の威嚇力

行政刑罰は威嚇力が欠けているといわれてい

る。告発が少なく、さらに公判請求される事案はきわめてまれである上に、判決も実刑はほとんどなく、罰金も低額であり、違反行為による利益と比較するとその額は微々たるものであり、制裁としての効果は低いといわれている。河上和雄氏<sup>(36)</sup>は、罰金刑に代表される財産刑の刑としての感銘力がない理由として、①財産刑の大半が略式手続（「日常生活とあまりかけ離れていない事務的手続」）によって処理され、科刑されており、悪いことをしたなどと心に沁みこむような刑罰の効果はほとんど期待できないこと、②財産刑の額自体が刑罰としての効果がないほど低いことの2点を指摘している。

(iii) 刑事司法機関の事件選好

警察・検察等の刑事司法機関は、刑法犯事犯で手一杯であり、反社会性が強くないといわれる行政犯にまで手がまわらない状況に置かれている<sup>(37)</sup>。

(iv) その他

行政刑罰が本来の機能を発揮するものとなっていないことともに、濫用のおそれがあるとの指摘がある。市橋教授<sup>(38)</sup>は、「…いわゆる公安事件を中心にして、警察・検察が行政刑罰の科罰手続である刑事訴訟法の強制措置を積極的に利用する例がしばしば見られたところである。」と指摘している。

(5) 条例上の義務の履行確保の問題

地方公共団体における行政上の義務の履行確保については、きわめて抑制的な法制度となっており、その義務履行確保に問題が生じているといわれている。さらに、最高裁第3小法廷平成14年7月9日判決は「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟に当たらず、これを認める

<sup>(36)</sup> 河上和雄「現在の刑罰は機能しているか」『判例タイムズ』609号、1986.10、p.18.

<sup>(37)</sup> 関根謙一「行政強制と制裁」『ジュリスト』前掲注(5) p.68.

<sup>(38)</sup> 市橋克哉「行政罰」前掲注(35) p.234.



特別の規定もないから、不適法というべきである。」と判示し、行政上の義務の民事執行の道が閉ざされた。

菊井康郎氏<sup>(39)</sup>は、条例で行政強制を規定できるかどうかについては、日本国憲法案の審議の際に論議された形跡がみられないし、また、地方自治法の審議にあたった帝国議会でも論議的になっていないようであるなどとした上で、①地方公共団体が権力的・統治的作用をいとなむにあたって、人民に行政強制を加えることを必要とする場合のあることは否めないこと、②条例の制定権者が地方公共団体の議会であり、憲法が地方公共団体に条例制定権を認めていることの2点を考えあわせると、条例で行政強制を規定することは憲法の予想するところであり、条例における行政強制に関する具体的事項は、法律の定め方次第であるとする。

法の定め方次第であるとの観点から、条例の規定に基づく義務についての議論のうち、行政代執行法第2条の対象となるか等の主要な論点を概観してみる。

(i) 行政代執行法第2条の条例の範囲

行政代執行法第2条が「(法律の委任に基く命令、規則及び条例を含む。)」と規定しているところから、文理解釈上は法律の委任に基づく条例に限定されていると解されることとなり、議論が生じている。行政実例<sup>(40)</sup>では、法律の個別的な委任に基づく条例に限定されないとされており、多くの論者も同様に解している。広岡教授<sup>(41)</sup>は、「条例というものの性質、その制定の民主的基盤ということから考えれば、法律の個

別的委任がある条例のみならず、地方自治法第14条の条例をも含めて考えてもよいのではないか」としているが、これに対して、議論の余地があるとの意見<sup>(42)</sup>もある。

(ii) 条例で行政強制規定を設けることについて

行政代執行法第1条が、「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。」と定めているところから、法律の規定によらずに条例により行政強制の手段を設けることは許されないとする見解が多数である。

これに対して、碓井教授<sup>(43)</sup>は、第1条の趣旨は包括的な執行権付与を否定することにより、法律のほかには条例による個別的な執行権の創設を否定するものではなく、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・直接強制も可能と解されている。また、第1条の行政上の義務の履行の確保の手法とは、代執行、直接強制、執行罰、強制徴収等伝統的な手法を指しているのであって、新たな手法、たとえば公表等は行政強制の種類に当たらないことから、条例による創設が認められるとする見解がある。塩野教授<sup>(44)</sup>は、「行政代執行法はおそらくこれらの新しい手法を予想していないであろうし、また、行政代執行法でいう義務履行確保の観念を広く解すると、地方公共団体の自主的判断による法の執行の余地があまりにも狭くなり、これは、地方自治を保障する憲法の趣旨に反すると解される」としている。なお、宇賀教授<sup>(45)</sup>は、立法論として

(39) 菊井康郎「行政強制と法の根拠」『公法研究』27号, 1965, p.221.

(40) 昭和26年10月23日地自行発第337号 福岡県議会事務局宛行政課長回答

(41) 広岡教授発言「行政強制」『行政強制』ジュリスト増刊 1977.1.25, p.17. なお、菊井康郎「行政強制と法の根拠」前掲注(39) p.223参照。

(42) 碓井光明「行政上の義務履行確保」『公法研究』58号, 1996.10, p.154; 小早川光郎『行政法上』前掲注(9) p.240.

(43) 同上

(44) 塩野宏『行政法 I [第3版] 行政法総論』有斐閣, 2003, p.203, p.213.

(45) 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論』前掲注(7) p.181.

は、条例を根拠規範とする直接強制・執行罰を認めるべきであるとする。

(iii) 過料を条例で規定することについて

地方分権一括法による改正前の地方自治法第14条第5項には、条例で過料を科する旨の規定を設けることができるとする規定がなかったことから、条例で過料を科すことを定めることができるかどうかについて、論議があった。法律に特別の定めがある場合以外は、条例で過料の規定を置くことができないとされているが、これに対して、荒教授<sup>(46)</sup>は、条例は規則と異なり議会により制定されたものであること、条例で過料よりも重い刑罰を規定しうるなどの点から、一般的に規定しうるかと解している。また、秋田教授<sup>(47)</sup>は、本来過料をもって足りる場合に、罰則規定を設けざるを得ないということになり、均衡論からかなり問題があり、立法論としては、過料を条例で定めるための根拠規程を地方自治法に設けるべきであるとしていた。

地方分権一括法により、条例の対象領域が拡大され、それにともない、義務違反の程度によって設けるべき制裁の幅を広げることが適当であるなどとの観点から、条例でも5万円以下の過料を科することができることが明示された<sup>(48)</sup>。

(6) 新たな手法の出現

行政の義務履行確保の手法としては、伝統的には行政強制制度と行政罰の制度があるが、これらの制度が機能不全を起こしており、そのようななかで、環境（公害）問題、都市問題、消費者問題等が顕在化してきたことから、1970年代以降行政上の義務履行を確保するために新たな手法が採用されてきた。公表、課徴金、給水拒否（行政権限の融合）等の手法である。

曾和教授<sup>(49)</sup>は、新しい手法が採用された時期の特色として、①公害問題が顕在化し、公害防止行政が前進したこと、②革新自治体の登場で、住民の権利保護を図るために公権力活用の視点が国民の間に生まれたこと、③石油ショック等による生活不安に対処するために、新たな法執行手段として課徴金や公表制度が導入されたこと、④都市問題が顕在化し、指導要綱による対応が進み、その実効性を確保するため、新たな法執行手段が求められたことをあげ、これらの動きの背景には、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法意識が生成したとしている。

これらの手法についても、例えば、公表はほとんど利用されていないのが実態であり、また、指導要綱による行政指導の実効性確保についても論議があるところであり、課題を残している。

### III 行政の実効性確保の課題

行政上の義務履行確保の伝統的な手法は、多くが機能不全を起こしており、また、新たな手法も利用されない状況にあることから、それらの行政の実効性確保の手法の主要な問題点と課題について概観する。

#### 1 行政代執行

(1) 代替的作為義務について

(i) 動産・不動産の引渡し・明渡し義務について

動産・不動産の引渡し・明渡し義務については、いわゆる「与える義務」であり、代替性を有していないことから、代執行になじまないと解されており<sup>(50)</sup>、このことから、土地収用法

(46) 荒秀他『現代行政法第3版』有斐閣, 1995, p.203.

(47) 秋田周『条例と規則 現代地方自治全集⑥』ぎょうせい, 1977, p.347.

(48) 松本英昭『新地方自治制度』ぎょうせい, 2000, p.141.

(49) 曾和俊文「法執行システム論の変遷と行政法理論」『公法研究』65号, 2003.10, p.218.

(50) 判例については、大阪高裁昭和40年10月5日決定（『判例時報』428号, 1966.1, p.53）参照。

102条の2（土地若しくは物件の引渡し又は物件の移転の代行及び代執行）第2項の規定<sup>(51)</sup>についての論議<sup>(52)</sup>がある。この点については、①物件移転の義務を対象とした規定であり、土地・物件の引渡しについては代執行の対象とならないとする見解、②物件の移転の義務については代執行、土地・物件の引渡しの義務については直接強制を規定したとする見解<sup>(53)</sup>、③存置物件を搬出することで引渡しの目的を達する場合には、搬出を引渡しの代執行の対象とする見解、④引渡しは引渡しの合意と所持の移転よりなり、合意は意思表示であり代理人によってなすことが可能などとして、代替性があるとする見解の4見解がある。いずれの見解も説明に成功していないといわれている。明治33年の土地収用法第73条第2項は、直接規制の規定を置いていたが、現行法はその規定を置いていない。そこで、広岡教授<sup>(54)</sup>は、「立法論としては、土地の引渡しを確保するために、素直に、直接強制を認め、…」としている。

(ii) 選択可能性のある義務について

代執行の対象とされるのは代替的作為義務であることから、建築基準法第9条第1項の規定に基づく是正命令、水質汚濁防止法第13条の規定に基づく改善命令等が代執行の対象となるかどうかについての論議がある。是正命令、改善命令等の内容を実現する場合に、その内容の技術性が相対的に高く、目的を達成するために複数の技術的方法が存することから生ずる論議である。

原田教授<sup>(55)</sup>は、水質汚濁防止法等は、①改善命令等の実効性は罰則によって担保することを予定しており、行政上の強制執行の手段を用いることは予想していないこと、②改善の手法は技術的・経営的に複数の選択の余地があり、一つの選択を事業者に対し強制することが、企業経営権に対する不当な干渉になる危惧がないではないなどとして、改善命令に具体的内容を盛り込めば、理論上は可能であるが、現実には稀な事例に限られるとする。これに対し、浜川教授<sup>(56)</sup>は、①水質汚濁防止法等が代執行を予定していないと解する必要はないこと、②改善方法の選択性は、建築基準法上の是正命令にもみられるところであり、これと区別する理由がなく、選択的な手段であっても、代替的作為義務を内容とする限り、代執行により強制できるとする。なお、広岡教授<sup>(57)</sup>は、公害規制・環境保全のための改善命令については、代替性に乏しい作為を命じることがあり、代執行に乗りにくい、「改善命令の実効性の確保が重要視されているので、義務の代替性についてできるだけリベラルに考えて、無理のないかぎりできるだけ改善命令を代執行の手續に乗せてその実効性をはかることが必要ではないか」としている。

原田教授<sup>(58)</sup>は、「立法論としては、改善命令や使用停止命令を環境行政の中核として実効的に機能させるために、迅速かつ実効的な強制方法として行政上の執行罰ないし反則金制度などの導入も一策であるといわれている。」として、

51) 同様の規定として、都市再開発法第98条第2項。

52) 広岡隆『行政法閑談』ミネルヴァ書房、1986、p.148、小澤道一『逐条解説土地収用法第二次改訂版（下）』ぎょうせい、2003、p.509参照。

53) 大浜啓吉『行政法総論』岩波書店、1999、p.280、遠藤博也『実定行政法』有斐閣、1989、p.103。なお、関哲夫『自治体行政の法律問題』勁草書房、1984、p.41参照。

54) 広岡隆『行政法閑談』前掲注52) p.155。

55) 原田尚彦『公害と行政法』弘文堂 1972、p.105；同『環境法 [補正版]』弘文堂、1994、p.123。

56) 浜川清「代執行」『演習行政法（上）』青林書院、1979、p.345。

57) 広岡隆「行政強制をめぐる問題点」『公法の理論（上）』有斐閣、1975、p.495。

58) 原田尚彦『環境法 [補正版]』前掲注55) p.124。

検討課題とする。

## (2) 代執行の要件

行政代執行法第2条は、他の手段がないこと（他の手段によってその履行を確保することが困難）と著しく公益に反すること（不履行を放置することが著しく公益に反する）の2要件を規定しているが、この規定の法律的意思が必ずしも明らかでないといわれている。また、代執行をいつどのように行使するかは、行政庁の裁量<sup>(59)</sup>に属するとされている。

### (i) 他の手段

直接強制・執行罰・行政罰を他の手段と考えることは不合理であるとされている。指導・助言・勧告、助成的措置等については、「他の手段」と考える必要があるのではないかとの見解<sup>(60)</sup>もあるが、それは比例原則の適用で足りるとする指摘<sup>(61)</sup>もある。

### (ii) 著しく公益に反すること

広岡教授は、「代執行は、単なる義務の賦課よりもいっそう由々しい自由の侵害であるから、代執行をできるだけ控えさせるため」の要件であるとし、さらに、「行政実務についてみれば、それが、代執行を行うか否かについての行政庁の判断を慎重ならしめているのは確かである。」と指摘している。柳瀬教授<sup>(62)</sup>は、「この規定もまた…具体的にそれが如何なることを意味するかを考えることなく、ただ漫然自由の尊重の外観を得るために書かれたものにすぎない」として、確認的規定であるとしている。

### (iii) 行政代執行法の要件の特則

行政代執行法の要件の特則を定めている主要

な規定例を概観する。

### (ア) 建築基準法第9条第12項

違反建築物については、行政代執行法第2条の要件該当性についての判断が困難であり、その判断に慎重すぎるあまり代執行を躊躇する傾向があったことから、昭和45年に建築基準法の一部改正により、第9条第12項が加えられ、行政代執行法第2条の要件（他の手段・著しく公益に反すること）を充足していなくても、是正命令が履行されていなければ代執行できることとされた。この改正について、浪岡洋一氏<sup>(63)</sup>は、「この限りでは、代執行要件の緩和といえようが、すべての前提として慎重な公益性判断が底流になければならないことはいうまでもないことであろう」と指摘している。荒教授<sup>(64)</sup>は、社会的支持がない限り、「この改正によって従来の代執行件数の統計表が画期的な変化を示すようには思えない。」と指摘しており、そして、実務上代執行件数にほとんど変化はみられなかったといわれている<sup>(65)</sup>。

### (イ) 廃棄物の処理及び清掃に関する法律第19条の7・第19条の8

産業廃棄物等の不法投棄については、原因者の速やかな原状回復措置が期待できない場合や原因者が不明等の場合があるとともに、行政代執行法の要件が厳しく時間がかかることや緊急の必要があるとして都道府県等が自ら原状回復措置を講じた場合に事後に原因者が判明しても費用負担を求めることができないなどの問題点があったことから、平成9年の一部改正で、行政代執行法の特例規定が置

<sup>(59)</sup> 裁量との関連で、利害関係のある第三者の代執行実施の請求権の問題がある。

<sup>(60)</sup> 兼子仁『行政法総論』筑摩書房、1983、p.207、磯野弥生「行政上の義務履行確保」『現代行政法体系第2巻』有斐閣、1984、p.239、芝池義一『行政法総論講義第4版』有斐閣、2001、p.203。

<sup>(61)</sup> 塩野宏『行政法I [第3版] 行政法総論』前掲注(44) p.205。

<sup>(62)</sup> 柳瀬良幹「行政強制」『行政法講座第2巻』有斐閣、1964、p.199。

<sup>(63)</sup> 浪岡洋一「建築行政と都市計画」『時の法令』739号、1971.2、p.4。

<sup>(64)</sup> 荒秀「建築基準法の執行体制上の問題」『ジュリスト』481号、1971.6、p.34。

<sup>(65)</sup> 荒秀・関哲夫編『建築基準法の諸問題』勁草書房、1984、p.243。



かれた。都道府県知事等は、原因者が原状回復措置を講じないとき等や原因者が不明のときには、行政代執行法の手続を経ることなく、原状回復措置（生活環境の保全上の支障の除去等の措置）を講じ、原因者に費用を負担させることができることとされた。なお、費用負担の観点から、産業廃棄物適正処理センター制度が創設された。さらに、直ちに措置を講じなければならないケースに対応できないことから、平成12年の一部改正で、緊急に支障の除去等の措置を講じる必要がある場合であって措置を構すべきことを命じるとまがないときにも、所要の措置を講じることができることとされた。

(ウ) 屋外広告物法第7条第3項

平成16年6月に景観緑三法の一つとして屋外広告物法の一部改正が公布された。改正は、①簡易除却制度の対象の拡大と要件の緩和、②行政代執行の要件の明確化（除却等の措置を命ぜられた者がその措置を履行しないとき等には、代執行できること）等を内容としている。

(3) 代執行に対する抵抗

行政代執行法には、民事執行法第6条のような規定が置かれていないことから、代執行の際に抵抗を受けたときの対処についての議論がある。田中教授<sup>(66)</sup>は、代執行が警察力等により又は協力により行われなければならないときは、それはもはや代執行ではなく、直接強制に当たるとして、許されないとする。これに対して、広岡教授<sup>(67)</sup>は、代執行の実効性の確保のために、抵抗を排除するにやむをえない最小限度で実力を用いることは、代執行に付随する機能として認められると解している。このほか、不退去罪・

公務執行妨害罪により現行犯として逮捕する手法や警察官職務執行法の規定により避難等や制止の措置を講じる手法による見解がある。避難等の手法については、自ら危険な状況を創り出しておいて、避難させる方法は、必ずしも適切でないとの批判がある。塩野教授<sup>(68)</sup>は、権力の行使については、やむをえず必要があるときは、これを一方で正面から認めるとともに、他方でその要件及び手続を明確に規定するのが本来のあり方であろうと指摘し、藤田教授<sup>(69)</sup>は、不退去罪等（刑事上の手段）や避難等（即時強制手段）の手法を転用の問題として捉え、直接強制が一般的には否定されている現行法制に対する脱法行為と見ることができるとし、①原則的に違法ということはできないとしても、個別的事情によっては濫用を認定すること等により、例外的に違法性を認めるべき場合も生じ得る、②立法論的には、要件・手続を厳しくしぼった上でやむを得ない場合についての直接強制手段を法定することが、法律による行政の原理の理念を活かすことになるだろうと指摘している。

(4) 略式代執行

行政庁が過失なくして相手方が確知しえない場合に、実効性を確保するために、代執行の手続の一部を省略できる旨を定めている法律がある。建築基準法第9条第18項、屋外広告物法第7条第2項、道路法第71条第3項、消防法第3条第2項、廃棄物の処理及び清掃に関する法律第19条の7・第19条の8等である。碓井教授<sup>(70)</sup>は、行政代執行法は義務者が確知されていること等を前提にしているとみられるが、義務者等が確知されない場合でも義務履行を図るための

(66) 田中二郎『行政法総論』有斐閣, 1957, p.388.

(67) 広岡隆『行政代執行法 [新版]』有斐閣, 1981, p.175. なお、『訟務月報』10巻2号, 1964.2, p.105.参照。

(68) 塩野宏『行政法 I [第3版] 行政法総論』有斐閣 前掲注(4) p.206.

(69) 藤田宙靖『第4版行政法 I (総論)』青林書院, 2003, p.278.

(70) 碓井光明「行政上の義務履行確保」前掲注(4) p.142.

方策を用意する必要があるとし、個別法で対処するか、又は行政代執行法に定めたいえ個別法で調整する方法が検討されるべきであると指摘している。

#### (5) 代執行制度の今後

代執行が機能不全に陥っているといわれていることから、その制度改善<sup>(71)</sup>についての意見を概観する。代執行制度の改善等と運用・組織の改善策に大別される。

##### (i) 制度の改善等

福井教授<sup>(72)</sup>は、①代替的作為義務については、軽微な義務から重大な義務まで一元的に代執行で処理することとされており、軽微な義務に対しては機能しにくくなっていることから、代執行の対象を重大な公共公益性の侵害に限定し、それに関しては行政庁に代執行をしない裁量を与えないこと、②長期間にわたる行政指導の繰返しを認めず、むしろ行政命令や代執行実施までの最長期間を法で定めること、③代執行費用については、法的な徴収制度を整備し、強制徴収を義務づけること、除却物件保管費用、担当公務員の人件費等を代執行費用に含めることを提案している。なお、福井教授は、さらに、「実効性がなく、著しく効率性が劣り、不公正な強制権の発動制度である代執行制度が、行政上の義務履行確保手段の一般原則となっていることに合理性がない」、「義務そのものの領域を簡素・合理化する方向で徹底的に見直したうえで、行政上の義務履行確保の一般原則としては、賦課金制度を採用すべきである。」としている。

阿部教授<sup>(73)</sup>は、代執行費用について、①代執行に要する費用以上の額を徴収する制度とすること、②代執行の戒告以後に要した費用には人件費を含め、代執行に至らない場合にも強制徴収すること、③代執行に伴い発生しうる債権の見積額を仮差押で保全できる制度をおくことなどとともに、行政指導にとどめ、それ以上の実力行使をためらう意識を改革することが必要であるとしている。

##### (ii) 代執行に対する救済

代執行の戒告が抗告訴訟の対象となるか否かについては、両説あるが、裁判例の多くは対象となるとしている。なお、行政手続法上は、代執行の戒告や代執行の実行行為は同法第2条第4号のただし書の規定により、不利益処分から除外されている<sup>(74)</sup>。碓井教授<sup>(75)</sup>は、法律により直接命ぜられた行為の執行については、戒告のみでは手続的に問題があり、何らかの手続整備が必要であるとしている。代執行が行われないことにより不利益をこうむる第三者の救済について、磯野教授<sup>(76)</sup>は、代執行が義務とされるときには、義務履行請求権が付与されるべき制度を設けるべきであると提案している。

##### (iii) 運用・組織体制の改善

大橋教授<sup>(77)</sup>は、代執行手続の改善は不可欠であるが、そのような改善では代執行が多用されるとは考えられない、むしろ担い手である行政の機構・人員を見直す必要があるとして、代執行の経験の蓄積等のできない執行体制の不備を改善すべきであると指摘し、①法律事務・執行事務に明るい職員を養成するために、人事異

(71) 日本弁護士連合会『不法投棄事件の未然防止及び適正解決を徹底するため廃棄物処理法の改正等を求める意見書』(平成16年7月)参照。なお、代執行に対する抵抗の問題に関する提案については、(3)参照。

(72) 福井秀夫「行政代執行制度の課題」前掲注(29) p.215.

(73) 阿部泰隆『行政法の法システム(下)[新版]』前掲注(31) p.424

(74) 宇賀克也『行政手続法の解説[第4次改訂版]』学陽書房, 2003, p.49.

(75) 碓井光明「行政上の義務履行確保」前掲注(42) p.158.

(76) 磯野弥生「行政上の義務履行確保」前掲注(60) p.244. ; 碓井光明「行政上の義務履行確保」前掲注(42); 阿部泰隆『行政法の法システム(下)[新版]』前掲注(31) 参照。

(77) 大橋洋一「建築規制の実効性確保」前掲注(13) p.749.

動期間を長くすること・研修制度を充実すること、②一部事務組合等による市町村の連携や都道府県の支援を提案している。阿部教授<sup>(78)</sup>は、ノウハウを培う機関をつくることや民間委託を提唱するとともに、行政機関が代執行等を怠ることがないように違法建築率等の情報の公表を義務づけることを提案している。

## 2 強制徴収

強制徴収についても機能不全の状況にあるといわれており、強制徴収の対象、強制徴収と民事執行の関係、強制徴収組織の課題等の問題がある。

### (1) 強制徴収の対象

国又は地方公共団体の有する金銭債権の強制徴収には法律の根拠規定が必要とされており、特別規定のない債権については、民事執行によることとなる。地方公共団体の有する債権については、条例で強制徴収の根拠規定を置くことができないと解されている。

碓井教授<sup>(79)</sup>は、対象を制限していることについて、①自治体債権の自力救済をみとめることは私債権よりも優越した地位を認めることになるので、抑制すべきこと、②対等性の認められる法律関係に過度に権力的手段を導入することは適当でないことの点で理由があるとしながらも、その範囲を立法的に拡大すべきとする。その理由として、①徴収コストの増大が避けられず、結局善良な納税者の負担になること、②滞納処分制度の存在により、督促等の段階で納付する例が増大すると予想されること、③現

行法の割り切り方も必ずしも合理的でないことをあげ、「支払困難者等に対する減免措置を整備したうえで、すみやかに歳入を確保できるよう滞納処分の対象金銭債権を拡大する必要がある。」とする。

### (2) 強制徴収と民事執行

行政上の強制徴収が認められている場合に、民事執行によることが認められるかについて、最高裁大法廷昭和41年2月23日判決（民集20巻2号320頁）は、「農業共済組合が、法律上特にかような独自の強制徴収の手段を与えられながら、この手段によることなく、…民訴法上の強制執行の手段によってこれらの債権の実現を図ることは、前示立法の趣旨に反し、公共性の強い農業共済組合の権能行使の適正を欠くものとして、許されないところ…」と判示している。宇賀教授<sup>(80)</sup>は、「行政権に特権を付与するという趣旨にとどまらず、それによって裁判所に不必要な負担を課すことのないようにして、一般私人による裁判所の利用へのしわ寄せを防止するという趣旨まで含まれていることが認められなければならない」としている。

### (3) 強制徴収の組織

強制徴収が機能不全に陥っている理由のひとつとして、執行体制を確立できず、また、強制徴収の法知識と経験が蓄積できていないことを多くの論者があげており、代執行と同様に<sup>(81)</sup>、今後の執行体制の在り方が問われている。山下稔氏<sup>(82)</sup>は、徴収嘱託員制度（特別職公務員であることから、守秘義務等の問題をクリアーし、外部

(78) 阿部泰隆『行政法の法システム（下）[新版]』前掲注(81) p.426.

(79) 碓井光明『自治体財政・財務法 [改訂版]』学陽書房、1995、p.192. なお、阿部泰隆教授も、「行政コストの節減になるように運営することを前提に、行政徴収を広く導入すべきである。…行政徴収の根拠を条例で作れるように、前記地方自治法第231条の3第3項を「法律又は条令で定める」と改正すべきである。」とする（同『行政法の法システム（下）[新版]』前掲注(81) p.409.）。

(80) 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論』前掲注(27) p.190.

(81) 参照 本稿Ⅲ 1(5) (iii) 運用・組織体制の改善

(82) 山下稔「地方公共団体における納税義務の履行確保」前掲注(21) p.177.

委託と同様の効果をあげられる制度)、一部事務組合等の広域行政制度を利用した広域徴収制度、併任制度(都道府県職員が市町村職員の身分を併任し、事務を処理する制度)及び事務委託制度(市町村が事務を都道府県に委託する制度)をあげ、そのなかで、事務委託が最も適切であるとし、さらに、徴収職員の能力アップのために人事政策の改善の必要性を指摘している。

### 3 行政罰・執行罰

#### (1) 行政刑罰

行政刑罰については、その罰則が低いといわれており、事案が発生すると、罰則強化の主張が起り、法改正されるケースがあるが、全体的には、依然としてその威力は低い。最近では、平成16年2月に発生した高病原性鳥インフルエンザの通報遅れで感染が拡大したとして、平成16年6月に家畜伝染病予防法が改正され、所有者の届出義務違反の罰則が「1年以下の懲役又は50万円以下の罰金」から「懲役3年以下又は100万円以下の罰金」に改正された例<sup>(83)</sup>がある。刑罰は、元来過去の行為を処罰するもので将来の義務履行確保手段として機能することを直接の目的としておらず、間接的に行政上の義務履行確保の手段としても期待されているものである<sup>(84)</sup>。II 2(3)で記したように行政刑罰が機能不全に陥っていることから、犯罪の非刑罰的処理(通告処分制度・交通反則通告制度)の導入、過料制度の拡大、執行罰の導入等が論議されている。

##### (i) 通告処分制度・交通反則通告制度

###### (ア) 制度の概要

国税犯則取締法は、国税局長等は、国税等

の犯則事件の調査により犯則の心証を得たとき、犯則者に対し理由を明示して、罰金又は料料に相当する金額等を納付すべきことを通告する旨規定しており、犯則者が履行した場合には公訴が提起されることはなく、20日以内に履行しない場合には、告発され、刑事手続に移行することとされている。この通告処分制度は、明治23(1890)年の間接国税犯則者処分法により導入された。同法は、明治33年(1900)年に全面改正され、新たな間接国税犯則者処分法が制定され、その後、昭和23年に国税犯則取締法と改称された。現行の国税犯則取締法は、第14条で通告処分について規定している。

通告処分制度にならい、昭和42年の道路交通法の一部改正で、交通反則通告制度が導入された。一定の交通違反者に対して、警察本部長が反則金の納付を通告し、通告を受けた者が10日以内に納付した場合には公訴が提起されなくなり、納付されない場合には刑事手続が進行することなどを内容<sup>(85)</sup>とする制度である。この制度<sup>(86)</sup>は、①交通切符制度など簡易迅速な処理の方式の導入にもかかわらず、交通違反者が逐年増加したことにより、その処理にかなりの時間・労力を要し、国民・国家にとって相当不利益となっていること、②大量の違反者が刑を科されることにより、刑罰の感銘力が乏しくなるなど刑事政策的見地からみて問題があるなどの観点から、多くの違反行為を反則行為としてとらえ、警察行政機関が反則金の納付を通告し、任意に納付した者については訴追しないという簡易迅速な処理方式が導入されたものである。

<sup>(83)</sup> 日本経済新聞(平成16年6月18日朝刊)は、養鶏業者の「この程度の罰則では、規模の大きい養鶏場は通報をためらうのではないか。(感染発覚の)打撃が大きすぎる」と漏らしているとの記事を掲載している。

<sup>(84)</sup> 曾和俊文「経済的手法による強制」『公法研究』58号, 1996.10, p.223.

<sup>(85)</sup> 告知・仮納付の制度がある(道路交通法第126条・第129条)。

<sup>(86)</sup> 「道路交通法の一部を改正する法律案要綱(案)について(警察庁)」『警察学論集』20巻5号, 1967, p.138; 吉田淳一「交通反則金制度について(一)」『法曹時報』20巻6号, 1968.6, p.4.



## (イ) 制度上の主要な論点

これらの制度については、①裁判を受ける権利を侵害するのではないか、②法の下での平等に反するのではないかと論点とともに、③通告処分は抗告訴訟の対象となるか、④納付金の不当利得返還請求ができるか等が主要な論点となっている。

裁判を受ける権利に関しては、最高裁第1小法廷昭和47年4月20日判決（民集26巻3号507頁）は、犯則者はいかなる場合にも納付を強要されず、また、通告の対象となった犯則事実の有無等については刑事手続において争ううるとして、合憲とする。なお、芝池教授<sup>(87)</sup>は、国民にとって、反則金を納付することは、単に刑事訴訟の手続を回避できるのみならず、懲役刑の危険を免れることにもなるのであるから、納付に対する心理的圧迫はますます強いものになり、事実上、反則金の納付を強いる制度であると指摘している。

法の下での平等については、最高裁大法廷昭和28年11月25日判決（刑集7巻11号2288頁）は、通告処分は、犯則者が負担を履行しうる能力を持っていることが前提であって、財産の有無又は貧富の程度によって、国民を差別して取り扱う趣旨の規定ではないとしている。

通告処分の処分性<sup>(88)</sup>について、判例は処分性を否定している。なお、通告処分については、最高裁大法廷昭和44年12月3日決定（刑集23巻12号1525頁）は、一種の行政手続としている。関税犯則事件について、判例（前掲最判昭和47年4月20日）は、関税法は、刑事

手続によって最終的に決すべきものとし、通告処分についてはそれ自体を争わしめることなく、これを行政事件訴訟の対象から除外することとしているものと解するのが相当であるとして、取消訴訟は許されないとしている。また、交通反則通告処分について、最高裁第1小法廷昭和57年7月15日判決（民集36巻6号1169頁）は、道路交通法は、反則行為の不成立等を主張しようとするのであれば、反則金を納付せず、刑事手続の中で争い、裁判所の審判を選ぶべきであると解するのが相当であるとして、取消訴訟は不適法としている。同判決は、抗告訴訟が許されるとすると、刑事手続における審判対象として予定されている事項を行政訴訟手続で審判することになり、また、刑事手続と行政訴訟手続との関係で複雑な関係が生じ、法がこれを容認しているとは到底考えられないとしている。これに対して、犯則事件の通告処分については、通告処分にしたがって納付した場合には刑事訴追の可能性は消滅するのであるから、通告処分が違法である場合には、納付者は、取消訴訟を提起することができるとする見解<sup>(89)</sup>、交通反則通告処分については、通告は反則行為認定の承認を迫るという法的効果をもつ行政処分性があるとともに、その違法一般の審査は刑事訴訟に専属しているため、通告の無効原因たる絶対的違法性を主張する場合に限り、取消訴訟を提起することができるとする見解<sup>(90)</sup>がある。なお、吉田検事<sup>(91)</sup>は、通告に重大な瑕疵がある場合（納付についても同じ。）に

(87) 芝池義一『行政法総論講義 [第4版]』前掲注(60) p.217.

(88) 矢崎秀一「道路交通法127条1項の規定に基づく反則金の納付の通告と抗告訴訟」『法曹時報』35巻7号, 1983.7, p.160.

(89) 小早川光郎「租税反則通告処分と行政事件訴訟」『ジュリスト』524号, 1973.1, p.135; 金子宏『租税法 [第9版増補版]』弘文堂, 2004, p.80.

(90) 兼子仁「交通反則金納付の通告は取消訴訟の対象となる行政処分に当たるか」『自治研究』58巻1号, 1982.1, p.141. なお、市橋克哉「行政罰」前掲注(35) p.240及び矢崎秀一「道路交通法127条1項の規定に基づく反則金の納付の通告と抗告訴訟」前掲注(88) p.177参照。

(91) 吉田淳一「交通反則金制度について (一)」前掲注(86) p.22.

は、行政行為の効力についての一般理論により、おおむね当該通告は当然無効とみることができ、その結果、反則者は不当利得返還請求訴訟又は公法上の法律関係に関する当事者訴訟を提起できるとしている。

(ウ) 制度の他分野への拡大について

通告処分制度と交通反則通告制度については、問題点が指摘される一方で、行政上の義務履行確保手段として有効な選択肢であるとする論議がある。

宇賀教授<sup>(92)</sup>は、「刑事司法の負担過重の解消という面においても、制裁金を確実に納付させるという面においても、高い実効性が確保されているとして、肯定的に評価することができる。」として、問題点があるとしつつも、「企業犯罪・組織犯罪についても、通告処分や反則金のような制裁措置は、有力な選択肢の一つである。」とする。阿部教授<sup>(93)</sup>は、通告制度は警察・検察のコストを軽減する合理的な方法であるとして、違反建築、PPM主義に違反する大気・水質汚染、繰返し違反（屋外広告物、消防法違反の通路閉鎖等）などで違反が明確なものについては拡張すべきであり、地方公共団体でも活用できるようにすべきであるとする。大橋教授<sup>(94)</sup>は、建築行政分野について、刑事手続に先行する形で行政手続を設定し、そこに反則金といった金銭賦課の仕組みを埋め込むことも、立法にあたり一つの選択肢となろうとしている。

(エ) 事前手続・救済方法について

通告処分制度や交通反則通告制度について

は、事前手続や救済方法が不備であるとして、その整備を求めている論者があり、他の行政分野でもこの制度を立法の選択肢の一つであるとする論者もその整備を求めている。

交通反則通告制度の立案過程において、司法的救済についての論議<sup>(95)</sup>があった。論点は、①反則者の納付前に、反則者の申立により、通告の当否について裁判所が審査すること、②反則金未納付で起訴され、有罪と認められる場合に、裁判所が納付の機会を与え、納付しないときは刑罰に処すること、③通告に重大な瑕疵がある場合に、通告の違法、事実誤認等を理由として、納付済反則金を返済することの3点であった。これらの制度を導入すべきとする論議<sup>(96)</sup>もあったが、法律上の制度としては採用されなかった。

芝池教授<sup>(97)</sup>は、反則金制度は、事実上その納付を強いる制度であり、権利保護の観点からは通告の適法性審査のための制度を設けるべきであろうと指摘している。阿部教授<sup>(98)</sup>は、通告処分という簡易な手段を用いる以上、これを争う者にも簡易な救済手段が用意されなければ不公平であるとして、第三者機関による不服審査制度を設けることを提唱している。

通告制度を他の行政分野での立法の一選択肢とする論議が最近交わされているが、その中でも、同様の見解が示されている。宇賀教授<sup>(99)</sup>は、通告制度を「肯定的に評価」しつつも、事実上の強制が働くとして、事前手続の整備を検討する必要があると指摘している。

(92) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』前掲注(27) p.203.

(93) 阿部泰隆『行政の法システム（下）[新版]』前掲注(31) p.262.

(94) 大橋洋一「建築規制の実効性確保」前掲注(13) p.750.

(95) 吉田淳一「交通反則金制度について（一）」前掲注(85) p.22；野田健・西村浩司「反則金（その一）」『判例タイムズ』24巻2号, 1973.1, p.301等

(96) 宮沢浩一「交通反則通告制度をめぐって」『法律時報』39巻4号, 1967.4, p.38；神垣秀郎「交通反則金制度に対する若干の問題」『ジュリスト』369号, 1967.5, p.87.

(97) 芝池義一『行政法総論講義 [第4版]』前掲注(60) p.217.

(98) 阿部泰隆『行政の法システム（下）[新版]』前掲注(31) p.463.

さらに、市橋教授<sup>(100)</sup>は、刑事手続への移行を選択することは事実上不可能であり、裁判をあきらめ納付せざるをえないという現実との乖離ははなはだしいとして、刑罰は刑罰として、制裁金は制裁金として科され、かつ、その救済の途も現実に保障されるためには、義務違反を非犯罪化し刑事訴訟から分離して、抗告訴訟を一般的に認める制度の改良を立法論として検討すべきであろうと指摘している。

#### (ii) 行政刑罰の構成について

大多数の行政法規に刑罰規定が置かれていることについては、刑法学者からの批判が強く、軽微な行政犯については非犯罪化し、行政罰の対象とすべきであるなどとする見解<sup>(101)</sup>が強い。

#### (2) 過料制度

我が国の過料の規定は、きわめて複雑で、統一がとれておらず、また、過料を科す手続も区々であり、行政法学者と刑法学者の双方から批判<sup>(102)</sup>されている。田中教授<sup>(103)</sup>は、純然たる秩序罰としての過料は、刑罰と区別して存置すべきであるが、①従来の過料に関する規定は甚だ不統一、②科する手続等も甚だまちまち、③一般的な定めもなく、どのような法原理の適用を受けるか明らかでないとして、一般原理を定め、科する手続を統一し、裁判所が当たるのが適当であるとしている。平野教授<sup>(104)</sup>は、過料について、「その使用方法はいわば雑然とし

ており、なかにはただこれまでも規定が置かれていたからというだけの理由で置かれているのではないかと思われるものも少なくない。その性質及び適用範囲は、何時かは総合的に再検討されなければならないであろう。」としている。過料には、秩序罰としての過料、懲戒罰としての過料、執行罰としての過料の三種があるが、現在はほとんどが秩序罰としての過料である。

#### (i) 秩序罰としての過料

秩序罰としての過料には、私法的秩序を維持するための命令・禁止に違反したことに対する制裁、訴訟手続を維持するための命令・禁止に違反したことに対する制裁、行政上の目的を達成するための命令・禁止に違反したことに対する制裁<sup>(105)</sup>の3種があるが、行政上の秩序罰を中心に、①行政刑罰と過料の区分と併科、②過料を科する手続等の問題が論じられている。

#### (ア) 行政刑罰と過料の区分

『例解立法技術』<sup>(106)</sup>は、①理論上は、法令による義務違反行為のうち、性質上直接に社会の法益を侵害するものではなく、実質的には単なる義務違反にすぎないが、間接的に社会秩序を乱す結果になるようなものに対して過料が科され、その性質上直接に社会の法益を侵害するものに対して刑が科される、②実際の立法例では、はっきりした区別がなく、ほとんど同じ性質の行為に対して、ある法令は過料を科し、ある法令は刑を科す例がある、

99) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』前掲注27) p.203. なお、同教授は、違反行為を犯罪にすることの問題が意識されにくくなるおそれがあると指摘している。

100) 市橋克哉「行政罰—行政刑罰、通告処分、過料」前掲注35) p.241. 市橋教授は、事後救済のみならず、事前手続の適正化と公開、オンブズマンの導入等についても併せ整備する必要があるとしている。

101) 井戸田侃「行政法規違反と犯罪」『犯罪と刑罰(上)』有斐閣, 1968, p.160; 佐伯仁志「制裁」『政策と法』岩波書店, 1998, p.237等

102) 佐藤功「過料制度と憲法の関係」『憲法解釈の諸問題』有斐閣, 1953, p.120.

103) 田中二郎「過料小論」『国家学会雑誌』62巻11号, 1948.11, p.636.

104) 平野龍一「特別刑法の基本問題(一)」『警察研究』57巻8号, 1986.8, p.11.

105) 田中利幸教授は、さらに通常の行政上の秩序罰と地方行政上の秩序罰に分類する(「過料と罰金・拘留との併科」『行政判例百選Ⅱ』別冊ジュリスト62号, 1979, p.432.)。

106) 林修三・吉国一郎『例解立法技術』全訂新版 学陽書房, 1969, p.514.

③一般的に言えば、比較的軽微な義務については過料、重要な義務については刑という漠然とした区別が認められるにすぎないとしている。既に、美濃部教授<sup>(107)</sup>は、①過料とするか、刑法上の罰とするかにつき、一貫した主義の見るべきものがない、②過料とされる行為と刑法上の罰とされる行為は、多くの場合において全然同じ性質の行政法上の義務違反であって、何等の性質の差異をも見出しえないと指摘している。戦後、過料制度が法制全体として甚だしい不統一が存在することをGHQから指摘され、全廃すべきだとする勧告をうけたが、これに対して、田中教授<sup>(108)</sup>が、行政刑罰と行政上の秩序罰の「両者を区別する意味は十分にある、ただ、従来、法規の上で、規定が不統一となっている点は、将来、改めていく必要がある」と主張し、GHQも過料制度の存続を了承したとのことであるが、「しかし、その後、法令の整備をせず、今日に至るまで、不統一のままになっている。」と指摘している。塩野教授<sup>(109)</sup>も、「実際の立法例における両者のふりわけ基準も必ずしも明確でない。」と指摘している。

#### (イ) 行政刑罰と過料の併科

行政刑罰と過料を併科することが憲法第39条に反しないかとの論議がある。訴訟手続に係る過料について、最高裁第二小法廷昭和39年6月5日判決(刑集18巻5号189頁)は、刑罰法第160条の秩序罰としての過料と同法第161条の刑罰としての罰金・拘留について、「両者は目的、要件及び実現の手続を異にし、必ずしも二者択一の関係にあるものではなく併科を妨げないと解すべきであり、」と判示

している。これに対して、両者の性格はかなり近似していて、質的に明確に区分できるほどのものでないとして、直ちに憲法第39条に反するといえないとしても、その精神にそぐわないとの批判<sup>(110)</sup>がある。

この判決は、刑罰と訴訟手続上の秩序罰の併科に関するものであるが、刑罰と行政上の秩序罰の併科にも妥当するとされている。なお、立法例の中には、併科しない旨の規定を置いているものがある(私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律第97条等)。宇賀教授<sup>(111)</sup>は、刑罰と行政上の秩序罰を総合的にみて、罪刑法定主義に反しない場合には両者の併科も認められようが、原則として刑罰は最後の手段として用いられるべきであろうとしている。

#### (ウ) 過料を科す手続

行政上の秩序罰としての過料を科す手続は区々であり、法律違反に対する過料は、非訟事件手続法第206条の規定により、他の法令に別段の定めある場合を除くほか、地方裁判所が科し、条例・規則違反に対する過料は、地方自治法第225条の3の規定により、普通地方公共団体の長が科すこととされている。また、手続も区々である。

非訟事件手続法に基づく過料を科す手続については、適正手続の要請や対審公開の裁判を受ける権利の保障等に反していないかについての論議がある。民事上の秩序罰としての過料(民法第84条・第46条)について、最高裁大法廷昭和41年12月27日判決(民集20巻10号2279頁)は、①民事上の秩序罰としての過料を科す作用は、国家のいわゆる後見的民事

(107) 美濃部達吉「行政罰法の統一とその通則」『算教授還暦祝賀論文集』有斐閣、1934、p.6.

(108) 田中二郎『行政法講義(上)』良書普及会、1965、p.310.

(109) 塩野宏『行政法I [第3版] 行政法総論』前掲注(44) p.220.

(110) 田中利幸「過料と罰金・拘留との併科」前掲注(105); 京藤哲久「過料と罰金・拘留との併科」『行政判例百選I (第二版)』別冊ジュリスト92号、1987、p.232、塩野宏『行政法I [第3版] 行政法総論』前掲注(44) p.220.

(111) 宇賀克也『行政法概説I 行政法総論』前掲注(27) p.208.



監督の作用であり、一種の行政処分としての性質を有するから、法律上裁判所が科すこととしても、刑事制裁を科する作用とは異なるのであるから、公開の法廷における対審及び判決による必要はない、②非訟事件手続法による過料の裁判は、違法不当に過料に処せられることがないように十分配慮しており、法律の定める適正な手続による裁判である、③不服申立を同法の抗告訴訟の手続によらしめているが、公正な不服申立の手続が保障されていることから、公開・対審を認めないとしても、憲法第82条・第31条に反しないとして、合憲と判示している。なお、反対意見があり、不服申立手続には公開・対審を保障すべきであり、それを保障していない非訟事件手続法は、過料を科す手続を含め違憲であるとしている。多くの論者が反対意見に賛成している。

#### (エ) 条例上の過料について

平成11年の地方分権一括法による地方自治法の一部改正により、条例で5万円以下の過料を科すことができることとされ、「これを適切に運用することにより、それぞれの自治体における政策実現に活かしていくことが求められている。」<sup>(112)</sup>。過料を条例で科すケースのうち、路上喫煙を禁止し、違反行為に過料を科す「安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例」(平成14年条例第53号)がマスコミ等によく取り上げられている。

千代田区条例<sup>(113)</sup>は、路上禁煙地区では、道路上で喫煙する行為と吸殻を捨てる行為を禁止し、違反行為者は2万円以下の過料に処する旨規定している。条例制定過程では、マ

ナーには頼れないので規制が必要ではないか、努力義務か罰則か等の観点から論議され、罰則については、当初罰金案に対して、警察の取締余力がなく、実効性のある運用ができないのではないかとの議論から、過料(2万円以下。現在は2千円)となったとのことである。過料規定の実効性と公平性を確保するために、当初職員4人一組の体制から、平成15年4月から、「息の長い取り組み」とするために、さらに、非常勤のパトロール職員10人を加えた体制としている。他の地方公共団体においても、同様の禁止規定を設けているが、執行体制が確保できない、行為者の特定が困難などの観点から、大多数は罰則なしの条例である。他の行政強制と同様に、執行体制の問題がある。

#### (オ) 過料制度の今後

碓井教授<sup>(114)</sup>は、行政刑罰を科す手続に要する時間とその効果を対比するとき、より多くの部分(ことに罰金刑)を秩序罰に移すことを考えてもよいと思われるとする。宇賀教授<sup>(115)</sup>は、行政上の秩序罰としての過料の実効性について、過料の額が低いこと、前科にならないこと、労役場留置という換刑処分ができないこと、強制徴収のコストが大きいことなどから、抑止力に欠けるとしながらも、刑罰の対象となっている行為を非犯罪化して過料の対象とすることも考えられるとする。これに対して、市橋教授<sup>(116)</sup>は、放置されてきた過料に関する一般法典の制定と併せて、刑罰に替えて過料を積極的に活用する立法政策も考えられるが、一般的に行政的強制を拡大することになるため慎重であるべきとする。

(112) 地方分権時代の条例研究会『「地方分権時代の条例に関する調査研究」の中間まとめ』前掲注(3) p.26.

(113) 千代田区生活環境課「追い詰められて過料に」『路上喫煙にNO!』ぎょうせい, 2003, p.25, 北村喜宣「こちら千代田区役所です!」『自治実務セミナー』42巻7号, 2003.7, p.63. なお、北村喜宣「過料処分と現場の認識」『自治実務セミナー』40巻5号, 2001.5, p.77参照。

(114) 碓井光明「行政上の義務履行確保」前掲注(42) p.144.

(115) 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論』前掲注(27) p.206.

### (3) 執行罰

執行罰<sup>(117)</sup>は、行政代執行法の制定により廃止され、当時は河川法第53条等の規定例があったが、現在は砂防法第36条の規定のみである。砂防法の規定も、整理漏れといわれており、きわめて低額（500円以内）で、全く適用されていない。

#### (ア) 執行罰の再導入について

大橋教授<sup>(118)</sup>は、執行罰について、①その効用が乏しいこと、②行政罰によって同様の効果が期待できることの2点から、戦後重視されてこなかったが、①執行罰は、金額の設定に失敗しただけで、履行を促すのに適切な金額を設定すれば有用な履行確保手段となる、②行政罰自体が機能不全であることから、特に違反是正まで繰り返し賦課できる点に着目して、建築法や環境法の分野で執行罰が有用であると指摘している。原田教授<sup>(119)</sup>は、「将来の立法論としては、改善命令や使用停止命令を公害行政の中核として実効的に機能させるようにするためには、迅速かつ実効的な強制方法として行政上の執行罰ないし反則金制度などの導入を検討することが適当であろう。」とし、広岡教授<sup>(120)</sup>は、執行罰を「簡単に廃止してしまったのは、いささか食わず嫌いの感がしないでもない。」として、「わが国でも、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。」とする。磯野教授<sup>(121)</sup>は、①行政刑罰による処罰後に不履行の状態が生じているならば、二重

処罰禁止から、行政刑罰では履行強制の意味を持たないこと、②罰金刑は、経済的損失にみあった額ではなく、強制効果が弱い、③司法機関によって科されるため、目的に合致した運用は期待できないなどとして、執行罰の特色である①反復して科すことができること、②行政の判断で科すことができることから、迅速かつ実効性ある制度たりうる可能性を有しているとする。

宮崎教授<sup>(122)</sup>は、行政罰や代執行制度に代わる制度、たとえば学界では執行罰の見直しの必要性が説かれているが、「そのような制度を真剣に検討しようとする姿勢は立法府にはみられない。」と指摘している。なお、昭和42年12月13日の建築審議会の答申で執行罰が取り上げられ、さらに、建築基準法の一部改正法の国会審議で、執行罰導入に関する質疑が行われ、そのような動きの中で、昭和45年の建築基準法の一部改正法附則第2項は、「政府は、建築基準法の規定による工事の施工の停止命令等の履行を確保するための措置について検討を加えるものとする。」と規定している<sup>(123)</sup>。

これに対して、曾和教授<sup>(124)</sup>は、経済的負担が私人に及ぼすインパクトの大きさを考慮すれば、違反抑止に有効であるという理由のみで、執行罰制度を導入することには、慎重であるべきであると指摘し、また、大浜教授<sup>(125)</sup>は、行政庁がイニシアティブを持つことは、逆に濫用の危険を伴うと指摘している。

<sup>(116)</sup> 市橋克哉「日本の行政処罰法制」『名古屋大学法政論集』149号, 1993.9, p.125. なお、同教授は、通告処分については、行政府に処罰権限を最終的に付与する危険性に十分配慮しつつ、制裁金を刑事訴訟手続とは別個の完結した行政上の秩序罰に転換し、事前手続と事後救済の仕組みを整備すべきであるとしている（同『現代行政法入門(1) [第4版]』法律文化社1995, p.224）。

<sup>(117)</sup> 近藤昭三「執行罰」『法学教室<第二期>第5号』有斐閣, 1974, p.156.

<sup>(118)</sup> 大橋洋一『行政法 現代行政過程論 [第二版]』有斐閣, 2004, p.403

<sup>(119)</sup> 原田尚彦『公害と行政法』前掲注(55) p.106; 同『環境法 [補正版]』前掲注(55), p.124.

<sup>(120)</sup> 広岡隆『行政法と現代社会』嵯峨野書院, 1982, p.102; 同『行政代執行法 [新版]』有斐閣 前掲注(67) p.251.

<sup>(121)</sup> 磯野弥生「行政上の実効性確保」前掲注(60) p.245; 大浜啓吉『行政法総論』前掲注(63) p.284参照。

<sup>(122)</sup> 宮崎良夫「行政法の実効性の確保」前掲注(12) p.246.

## (イ) 導入に当たっての課題

執行罰の導入については、条件整備が必要だとする論議がある。罰金との均衡、適正手続等の問題点である。阿部教授<sup>(126)</sup>は、実効性を欠いたのは執行罰の本質的属性ではなく、金額が抑止するに足りる高額でなかったことにあるが、高額にすれば罰金との均衡の問題が生じるとした上で、執行罰と比較すべきは、罰金刑ではなく、罰金に換算された自由刑であり、はるかに高額な執行罰を科すことができるとする。なお、宇賀教授<sup>(127)</sup>は、両者は性格が異なり、均衡論にこだわる必要性は乏しいとする。

執行罰が行政庁の判断で迅速に科すことができるとする導入論については、その濫用の恐れがあるとして、手続の整備が必要だと指摘されている。阿部教授は、相手方への告知・聴聞の事前手続が必要であるとし、宇賀教授は、裁判所が過料を科す仕組みにすればよいが、非訟事件手続法における問題があり、事後救済の改善が図られるべきであるとする。

このほか、①地方公共団体が条例で執行罰を賦課できるようにする一般的規定を置くべきこと、②滞納処分の実行組織体制を同時に整えること、③執行罰を強制金のような名称に変更すべきことがあげられている。

## (4) 放置違反金

ざる法といわれる道路交通法の中でも駐車違反は典型的なケースである。平成2年4月の警察庁の道路交通法の改正検討事項では、「駐車違反を非犯罪化し、放置車両の使用者及び運転者に対する行政制裁金制度を創設することとしてはどうか。」との項があげられていたが、制裁金の法律上の性格の問題、他の道路交通法違反との均衡等法律上の問題、不服申立ての救済機関の問題等で、改正が見送られた<sup>(128)</sup>。さらに検討のうえ、平成16年の道路交通法の一部改正により、運転者の刑事責任を補充・補完するものとして使用者に放置違反金を科す制度が導入された。放置制裁金<sup>(129)</sup>については、①使用者は、放置駐車違反をした直接行為者でない点で、反社会性の程度が運転者よりも低いと考えられることから、行政上の秩序罰と構成したこと、②道路交通規範は全国的に統一したものであることが望ましく、また、運転者責任との関係があることから、法律上の制度とする必要があることや大量の処分となることから裁判所の負担の観点から過料とすることは適当でないとして、公安委員会が放置違反金として納付を命ずる独自の制度としたとされている。さらに、事前手続として使用者に弁明の機会が付与され、また、納付命令の担保措置として、車検拒否制度が設けられた。行政刑罰の非犯罪化のケースではないが、新たな行政の実効性確保の制度といえよう。

<sup>(123)</sup> 浪岡洋一氏は、執行罰の検討について、「行政強制制度の基本にふれる問題であるので、かなりな時間を要することになる。」としている（『建築行政と都市計画』『時の法令』739号，1971.2，p.5.）。なお、政府委員は、執行罰について、①罰金の額を上回る過料は不適當ではないか、②10万円以下の過料とした場合の効果が期待できるか、③手続を相当慎重にしなければならないなどの検討課題があると答弁している（第61回衆議院建設委員会議録第24号昭和44年6月11日10頁）。

<sup>(124)</sup> 曾和俊文「法執行システム論の変遷と行政法理論」前掲注(49) p.221.

<sup>(125)</sup> 大浜啓吉『行政法総論』前掲注(53) p.284.

<sup>(126)</sup> 阿部泰隆「義務履行のための金銭の賦課」『行政法に学ぶ1』有斐閣，1978，p.231.

<sup>(127)</sup> 宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論』前掲注(27) p.182.

<sup>(128)</sup> 宮越極「道路交通法の一部を改正する法律について（上）」『警察学論集』43巻9号，1990.9，p.49.

<sup>(129)</sup> 北村博文「違法駐車対策に関する制度改正について」『警察学論集』57巻9号，2003.9，p.19.

#### 4 行政上の義務の民事執行

我が国の現行行政強制制度は、制度として完結しておらず、行政上の義務の実効性を確保することができないケース（非代替的作為義務、不作為義務、著しく公益に反するとされない代替的作為義務等）があることなどの点から、行政上の義務の民事執行（司法的執行）が論点となっていた。特に条例上の義務（行政強制の手段のない義務等）に関する問題が多い。

##### (1) 民事執行に関する従前の論議

この問題については、①法定の行政強制手段により履行確保ができる義務について、私法上の権原に基づき民事執行を利用しようとするケース、②法定の行政強制手段はないが、私法上の権原に基づき民事執行を利用しようとするケース、③法定の行政強制手段と私法上の権原を有しない場合に、行政上の義務履行のために民事執行を利用しようとするケースに類型化<sup>(130)</sup>して、①・③のケースについて、論議されている。裁判例<sup>(131)</sup>は、区々にわたっている。

①のケースについては、行政の能率性・迅速性の観点から行政強制を認めている立法趣旨から、民事執行は認められないとする考えが主流<sup>(132)</sup>で、前記の判例（最高裁大法廷昭和41年2月23日）も簡易・迅速な手段を法律が認めているときは、民事執行は許されないとする<sup>(133)</sup>。

これに対して、阿部教授は、代執行については、行政庁が要急事件につき自己の危険負担において義務履行確保を図る特権を付加的に認める制度にすぎず、代執行の要件の有無が明らかでない等のときには、原則的な手段である民事執行を禁止する理由はないとする。③のケースについては、行政上の義務履行を民事執行によらしめるとの制度を採用したとまではいえないが、民事執行は両当事者の対等性を基盤として相手方の不利益となるものではないこと、公法と私法を峻別する考え方は放棄されたと考えられること、十分な履行確保手段が用意されていない場合になすすべがないのは不合理であることなどの点から、民事執行が許されるとする見解<sup>(134)</sup>が多い。田中教授<sup>(135)</sup>は、「行政上の義務の強制についても、特別の定めがない場合には、一般の原則に戻り、裁判所に訴え、その協力を求めることができると解する。」としている。

このような論議の中で、民事上の請求権又は被保全権利についての理論構成の問題<sup>(136)</sup>、司法審査の範囲、行政庁の第一次判断権との関係等の問題があるとの指摘がなされていた。

##### (2) 最高裁第3小法廷平成14年7月9日判決

最高裁第3小法廷平成14年7月9日判決（民集56巻6号1135頁）は、「国又は地方公共団体が起こした訴訟であって、財産権の主体として自己の財産上の権利利益の保護救済を求めるよう

<sup>(130)</sup> 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」『自治研究』55巻6号、1979.6、p.3；小高剛「行政強制」『岩波講座 基本法学 8－紛争』岩波書店、1983、p.261。

<sup>(131)</sup> 宇賀克也・高田裕成「対話で学ぶ行政法 第5回 民事執行法との対話」『法学教室』253号、2001.10、p.104。

<sup>(132)</sup> 細川俊彦「公法上の義務履行と強制執行」『民商法雑誌』82巻5号、1980.5、p.69；塩野宏『行政法 I [第3版] 行政法総論』前掲注<sup>(4)</sup>（なお、バイパス理論（『行政強制』ジュリスト増刊 1977.1.25、p.19.）参照）等

<sup>(133)</sup> 判旨について、行政上の強制徴収が認められる債権について、民訴上の救済手続きは制度上許されないとする趣旨なのか、単に訴えの利益がないから許されないとする趣旨なのか不明とする見解がある（矢野邦雄「判例解説」『法曹時報』18巻4号、1966.4、p.128.）。

<sup>(134)</sup> 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」前掲注<sup>(30)</sup> p.12等

<sup>(135)</sup> 田中二郎『新版行政法上』弘文堂、1958、p.146。

<sup>(136)</sup> 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行」前掲注<sup>(30)</sup> p.17；村上順「最新判例批判109」『判例評論』332号、1986、p.174等



な場合には、法律上の争訟にあたるというべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として行政上の義務の履行を求める訴訟は、法規の適用の適正ないし一般公益の保護を目的とするものということではできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象になるものではなく、法律に特別の規定がある場合に限り、提起することが許されるものと解される。」「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、裁判所法3条1項にいう法律上の争訟にあらず、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである。」「当該義務が上告人の財産的権利に由来するものであるという事情もみとめられないから、法律上の争訟にあらず、不適法というほかない」と判示している。福井調査官<sup>(137)</sup>は、立法論はともかくとして、現行法制下においては、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟は、不適法として却下を免れないとしている。この判決について、ほとんどの論者が批判している。阿部教授<sup>(138)</sup>は、「本判決により、行政上の義務の民事執行は、英米と異なり、死に体となってしまった。」とする。批判の中心論点は、裁判所法第3条1項にいう法律上の訴訟のとらえ方<sup>(139)</sup>にあり、中止命令等の行政行為の相手方が取消訴訟を提起した場合には法律上の訴訟性を満た

しており、そうだとすれば行政庁がその履行を求める訴訟も当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争に該当するのではないかなどとする。塩野教授<sup>(140)</sup>は、最高裁は「法律上の争訟は本来、私権の保護に限定されることを前提としている。…法律上の争訟をこのように片面的に把握することに根本の問題がある…」などと批判している。

### (3) 行政上の義務の民事執行の今後

今後の課題は、最高裁判例により「行政上の義務の民事執行を求める訴訟は、とりえず死滅した。」ことを前提として、法律に特別の規定を設けるかどうかの検討にある。最判が判示するように、別の法律との観点から、行政事件訴訟法の改正により行政上の義務の履行を求める民事訴訟の提起を認めることとするなどの施策<sup>(141)</sup>が提言されているが、平成16年の行政事件訴訟法の一部改正では、この施策は取り上げられていない。地方公共団体の施策の関連では、条例と行政上の義務履行の確保の問題が顕在化し、その対策<sup>(142)</sup>が必要とされている。

## 5 その他の手法—新たな手法

II 2(6)で述べたように、1970年代以降各種行政分野で、行政強制制度の機能不全を補完する形で、新たな手法が取り入れられている。

なお、昭和22年に申告納税制度が採用された

<sup>(137)</sup> 福井章代「時の判例」『ジュリスト』1240号, 2003.3, p.117. なお、『判例時報』1798号, 2002.12, p.78のコメントは、「行政上の義務の履行確保の手段が不十分なのは不都合であるという制度の必要性のみから、行政上の義務の履行請求訴訟を認めようとする積極説の立場は、法解釈論としては問題がある。」としている。

<sup>(138)</sup> 阿部泰隆「行政上の義務の民事執行は法律上の争訟ではない」『法学教室』267号, 2002.12, p.40.

<sup>(139)</sup> 曾和俊文「演習行政法2」『法学教室』264号, 2002.9, p.145; 斎藤誠「自治体の法政策における実効性の確保—最近の動向から」『地方自治』660号, 2002.11, p.7等。なお、反対の論拠をまとめたものとして、曾和俊文「パチンコ店頭建築規制条例と民事訴訟」『別冊ジュリスト 地方自治判例百選』168号, 2003, p.84参照。

<sup>(140)</sup> 塩野宏『行政法I [第3版] 行政法総論』前掲注(44) p.198

<sup>(141)</sup> 阿部泰隆「判例クローズアップ」『法学教室』267号, 2002.12, p.40、南川諦弘「行政上の義務と民事訴訟」『判例評論』534号, 2003.8, p.14. なお、日本弁護士連合会『行政訴訟法(案)』第3条参照。

<sup>(142)</sup> 斎藤誠「自治体の法政策における実効性確保」前掲注(139); 江原勲・北原昌文「パチンコ店建設阻止は空振り」『判例自治』236号, 2003.4, p.7.

ときに加算税制度（当時は追徴税）が導入され、二重処罰との関係等が論議されたが、本稿ではふれないこととする。

## (1) 公表

### (i) 公表制度の趣旨

公表制度を取り入れている法律・条例がある。公表制度には、第三者の保護<sup>(143)</sup>（行政上の義務違反等により第三者に不慮の損害が生じることを予防するなど、保護のための情報提供）と制裁・抑止（公表によって義務違反者等の不利益になること）の二つの機能がある。制裁としての公表（行政上の義務履行の確保・行政指導等の効果確保のため<sup>(144)</sup>）は、①実力を行使することがないことから、行政罰等よりソフトであり、強権発動の印象が薄いこと、②行政強制とされていないために簡易迅速に利用できること、③信用を重んじる社会ではその効果が大きいこと、④行政上の義務の履行確保制度が機能不全に陥っていることなどの観点から多く導入されている。公表制度を制裁手段として用いることについて、広岡教授<sup>(145)</sup>は、江戸市中引き回しのうえ礮獄門という江戸時代の刑罰を連想させるもので、近代的な強制手段といえないから、一般化すべきものではなく、多くの国民に多大の迷惑をかけ

ている者についてのみ限定して用いられねばならないとし、芝池教授<sup>(146)</sup>は、公表はその実効性を国民による批判・非難に期待するという点で、適切な手段とはいえないとする。

### (ii) 法律の根拠・適正手続・事後救済

情報提供としての公表には法的根拠は要しないが、制裁機能を有する公表には法的根拠が必要であるとされている<sup>(147)</sup>。また、公表は伝統的な義務履行確保手段には含まれないとして、条例で創設が可能と解されている。公表の手続規定は、ほとんどの法律・条例で置かれていないことから、告知・聴聞・理由提示等の事前手続と過誤時の事後の訂正義務を規定すべきであると手続上の問題点が多く<sup>(148)</sup>の論者から指摘されている。事後救済については、損害賠償請求によることとなる。また、処分性を有する公表については取消訴訟の提起が認められるが、処分性のない行為について争う方法があるかという問題があると指摘<sup>(149)</sup>されている。

### (iii) 公表制度が利用されていないことについて

公表制度は、ほとんど利用されていないといわれており、その理由として、①公表の影響がどこまで及ぶかわからないことから容易に公表に踏み切れないこと<sup>(150)</sup>、②公表を誤った場合

<sup>(143)</sup> 情報提供としての公表に関する裁判例として、東京高裁平成15年5月21日判決等参照。

<sup>(144)</sup> 北村喜宣教授は、行政指導等については法的義務がないので、制裁としての公表という不利益を課すことは原則として許されないとする（「行政指導不服従事実の公表」『政策実現と行政法』有斐閣，1998，p.154.）。宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』前掲注<sup>(7)</sup> p.215参照。

<sup>(145)</sup> 広岡隆『四版行政法総論』ミネルヴァ書房，2000，p.172；塩野宏『行政法Ⅰ [第2版増補] 行政法総論』有斐閣，1999，p.201参照。

<sup>(146)</sup> 芝池義一『行政法総論講義 [第4版]』前掲注<sup>(60)</sup> p.220.

<sup>(147)</sup> 加藤幸嗣講師は、目的による区別の不明確さを指摘する（「行政上の情報提供・公表」『行政法の争点 [第3版]』2004，p.40.

<sup>(148)</sup> 碓井光明「行政上の義務履行確保」前掲注<sup>(42)</sup> p.143等

<sup>(149)</sup> 藤田宙靖『第4版行政法Ⅰ（総論）』前掲注<sup>(69)</sup> p.276. なお、塩野宏『行政法Ⅰ [第2版増補] 行政法総論』前掲注<sup>(44)</sup> p.201参照。

<sup>(150)</sup> 北村喜宣「環境行政法と環境刑法の交錯（二）」『自治研究』67巻7号，1991.7，p.95；三辺夏雄「自治体行政の実効性の確保」『公法研究』58号，1996.10，p.249；山下稔「地方公共団体における納税義務の履行確保」前掲注<sup>(21)</sup> p.165.

の損害賠償訴訟を恐れること<sup>(151)</sup>などがあげられており、単なる威嚇の効果にとどまるのではないかとされている。大橋教授<sup>(152)</sup>は、及び腰の公務員をサポートするため、公表該当性を判定する第三者機関を関与させる補完措置を講じなければ、伝家の宝刀に止まると指摘している。

## (2) 給付の拒否等（行政権限の融合）

行政上の義務違反行為や行政指導に対する不服従に対して、各種給付の拒否が制裁として行われることがある。給付の拒否等には、①給付と対価関係にある金銭債務の不履行の場合の給付等の拒否、②行政上の義務違反行為等と関連する給付等の拒否、③行政上の義務違反行為等と直接関係しない給付等の拒否のケースがあり、特に論議されているのが③のケースであり、給水拒否が主要な論議の対象となった。建築基準法等違反建築物に対する給水拒否と指導要綱に基づく行政指導に不服従の場合の給水拒否である。なお、税滞納者に対する行政サービスの拒否が、太田市で行われているとのことである。

### (i) 違法建築物と給水拒否

水道事業者は正当な理由がなければ給水を拒んで서는ならない（水道法第15条）とされており、建築基準法違反は水道法上の正当事由に該当するか否かということが論議されてきた。水道法自体の行政目的で判断すべきであり、建築基準法違反は該当しないとする見解と具体的事情によっては正当事由に該当することがあるとする見解<sup>(153)</sup>があり、裁判例も区々である。

昭和45年の建築基準法の一部改正において、給水拒否が論議された。建設省の「建築基準法改正の基本方針(案)」<sup>(154)</sup>（昭和43年11月8日）には、違反是正措置の強化として、水道事業者等の水道等の供給義務が免除されるものとする旨の記述があったが、改正法案には盛り込まれなかった。建設省・厚生省・通産省間の覚書<sup>(155)</sup>により、違法建築物については、水道等の申込みの承諾を保留するよう要請があった場合には、要請に応ずる措置を講じるように事業者を指導するものとする事とされたが、事実上措置が講じられることはないといわれている。

### (ii) 行政指導の不服従と給水の拒否・保留

行政指導は法的拘束力を持たないことから、基本的には給水の拒否はできないとされている。最高裁第二小法廷平成元年11月7日決定（『判例時報』1328号, 1990.1, p.16）は、「指導要綱に基づく行政指導には従わない意思を明確に表明し」、「指導要綱を事業主に順守させるため行政指導を継続する必要があったとしても、これを理由として事業主らとの給水契約の拒否を留保することは許されない」、「給水契約を締結して給水することが公序良俗違反を助長することとなるような事情もなかった」などと判示している。

### (iii) 供給拒否等の今後

芝池教授<sup>(156)</sup>は、違法状態の存続に手を貸すことになるような給付を行わなければならないのはいかにも不合理であると指摘している。法的に限界があることから、立法的な解決が望ま

<sup>(151)</sup> 阿部泰隆『行政の法システム（下）[新版]』前掲注(31) p.444.

<sup>(152)</sup> 大橋洋一「建築規制の実効性確保」前掲注(13) p.753.

<sup>(153)</sup> 篠田省二調査官は、理由づけとして、①水道法と建築基準法とは生活環境保全という共通目的があること、②公衆衛生や生活環境の悪化を放置できないという実務上の理由、③水道事業者は違法な事業をすることに助力する義務は負わないこと、④民法90条の趣旨を適用し、給水拒否できるとの4点に集約できるとしている（『判例解説29』『法曹時報』37巻5号, 1985.5, p.753.

<sup>(154)</sup> 「建築基準法改正の基本方針(案)」『ジュリスト』414号, 1969.1, p.37.

<sup>(155)</sup> 島田信次・関哲夫『建築基準法体系＝第五次全訂新版』酒井書店, 1991, p.520. 昭和44年12月26日・昭和46年1月29日付けの三省局長通達参照。

<sup>(156)</sup> 芝池義一『行政法総論講義第4版』前掲注(60) p.221.

れている。塩野教授<sup>(157)</sup>は、給付拒否の制度を認めたことが直ちに生活権の侵害で憲法違反の問題となるということにはならないが、発動の時期・手続の構成はかなり難しい問題だと指摘し、宇賀教授<sup>(158)</sup>は、行政上の義務違反と行政サービス、許認可等の拒否を結合させることについては、政策的合理性が認められるかについて慎重な検討が必要であると指摘し、大橋教授<sup>(159)</sup>は、法律に明記することが要請されるが、改善が進まないのは、行政の縦割り主義と中央省庁が自治体に給付拒否権限を正式に与えることへの躊躇があると指摘している。また、今村教授<sup>(160)</sup>は、供給拒否等について、「行政指導の限界を示すものにほかならないが、このような混乱状態を解決するのは、もはや政治の責任といわざるを得ないだろう。」と指摘している。

### (3) 課徴金

課徴金とは一般的には財政法第3条に規定するものをいうが、ここでは、国民生活安定緊急措置法上の課徴金、証券取引法上の課徴金、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（独禁法）上の課徴金が論議の対象となる。

#### (i) 制度の趣旨

国民生活安定緊急措置法上の課徴金は、特定標準価格制度の実効性を担保するため、行政庁が行政手続によりこの制度を乱すような行為をしたものから一方的に徴収するもので、その額は特定標準価格を超える超過額とされている<sup>(161)</sup>。

独禁法上の課徴金は、排除措置による差止め・原状回復ではカルテル規制の実効性が確保できないことから、昭和52年に導入された制度であ

る。カルテルによる経済的利益を強制的に徴収する制度で、社会的公正を確保するとともに違反行為の抑止をはかり、カルテル規制の実効性を確保するための行政上の措置とされている。この課徴金制度は、制裁的な効果を伴うことから二重処罰禁止に抵触するのではないかとの議論<sup>(162)</sup>があり、それを避けるために、不当な経済的利益を剥奪することとする旨の性格づけが行われるとともに、公正取引委員会の裁量はないものとされた。最高裁第三小法廷平成10年10月13日判決（『判例時報』1662号，1999.3，p.83）は、課徴金納付命令は憲法第39条に違反しないと判示している<sup>(163)</sup>。平成3年に課徴金の額の引き上げ等の改正が行われたが、課徴金の性格には変更がないとされた。

#### (ii) 平成16年の証券取引法等の一部改正

金融審議会金融分科会第一部会は、平成15年12月に、「市場機能を中核とする金融システムにむけて」と題する報告書を取りまとめた。同報告書は、市場監視機能・体制の強化について、「ひと口に違反行為といっても、現実には悪質性の度合いは千差万別である。刑事罰は対象者に与える影響が極めて大きいため抑制的に運用する必要があり、刑事罰を科すに至らない程度の違反行為は、結果として放置されることになってしまう。…さまざまな違反行為の程度や態様に応じ、最適な手段によるエンフォースメントを可能にするためには、金銭的負担を課す制度…や違反行為そのものへの差止・是正命令など、ツールの多様化を図る必要がある。」として、課徴金制度の導入、民事責任規定の見直し、市場監視体制の見直し等を提言している。報告を

(157) 塩野宏『行政法Ⅰ〔第3版〕行政法総論』前掲注(44) p.212.なお、遠藤博也「行政権限の競合と融合」『北大法学論集』19巻4号，1969.3，p.714参照。

(158) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』前掲注(27) p.218.

(159) 大橋洋一「建築規制の実効性確保」前掲注(13) p.749.

(160) 今村成和・畠山武道（補訂）『行政法入門〔第7版〕』前掲注(10) p.141.

(161) 伊藤博行「標準価格制度等がスタート」『時の法令』849号，1974.2，p.7.

(162) 公正取引委員会平成8年8月6日審判審決 審決集43巻110頁参照。

(163) 東京高裁平成5年5月21日判決高刑集46巻2号108頁参照。



受けて、証券取引法等が改正（平成16年法律第97号）された。この課徴金制度は、①内閣総理大臣は、虚偽記載のある開示書類により有価証券の募集等を行った者等に対して、違反行為による経済的利得を基準として算出される額の課徴金の納付を命じなければならないこと、②同一事件について、没収・追徴の確定裁判があった場合は、課徴金額から没収・追徴額を控除すること、③審判手続は、審判官で構成される合議体が原則として公開で行い、その決定に基づき課徴金納付命令が発せられること、④納付義務を履行しない者については、民事執行法その他強制執行の手続に関する法令の規定に従って執行することなどを内容としている。

この制度について、橋本教授<sup>(164)</sup>は、「証券取引法における課徴金制度は、独自の審判手続や、刑事手続との調整規定など、証券取引法における固有のエンフォースメント強化のための新しい行政法的な仕組みの導入であり、わが国における規制改革下での行政法モデルの現代的展開を図る契機として評価されるべきである。刑事罰と機能的分担を果たす行政的サンクションについて、審判手続を伴って立法化されたことは、エンフォースメント強化という法目的による行政手続の整備の大きなはずみになるであろう。」とし、特に適正手続原理に重きを置いた審判手続規定と二重処罰禁止の観点からの刑事処分との調整規定を評価している。

### (iii) 平成16年の独禁法改正案<sup>(165)</sup>

平成15年10月の「独占禁止法研究会報告書」は、独占禁止法違反行為に対する執行力・抑止力を十分なものにしていく必要があるとして、①課徴金制度の行政上の措置という位置付けを維持したまま、違反行為によって生ずる損失の

範囲内において、一定率を引き上げるとともに、違反行為を繰り返すなどの一定の客観的要件の下に一定割合を加算する制度を導入すること、②違反行為から自発的な離脱を奨励する措置減免制度を導入すること、③対象範囲を価格カルテル以外の重大な違反行為に拡大すること、④反則調査権限の導入等を内容としている。報告後、公正取引委員会はさらに検討を加え、「行政上の措置として、違法行為による経済的利得相当額を国が徴収する現行の仕組みを改め、不法利得相当額以上の金銭を徴収する仕組みとする」として、①算定率の引上げ（製造業等の大企業—6%→10%等）、繰り返し違反は5割加算、違反行為を早期にやめた場合は2割軽減、②対象範囲の見直し、③罰金相当額の半分を課徴金額から控除すること、④課徴金の減免制度の導入、⑤刑事告発のために反則調査権限の導入等を内容とする改正法案を平成16年10月に国会に提出した。

なお、報告書等が「経済的不利益の水準が不当利得を超える金額の徴収へと変更されることから、課徴金制度の性格が変わり、社会的に見て制裁としての機能が強まることは否定できない」が、「将来に向かって違反行為の不作為義務の履行を促し、また、社会的公正を確保するなどの行政目的を達成するために、必要な措置をとることに伴うもので」、刑事罰とは趣旨・目的等を異にするとしているが、日本経済団体連合会<sup>(166)</sup>等は、不当利得のはく奪を超えた課徴金は制裁であり、憲法上の二重処罰の禁止に抵触するなどとしている。また、研究会の検討過程で、制裁金についての議論があった。

### (iii) 課徴金の今後

課徴金の制裁的意義はわずかであり、一般的

<sup>(164)</sup> 橋本博之「証券取引法における課徴金制度の導入」『商事法務』1707号, 2004.9, p.4.

<sup>(165)</sup> 根岸哲「独占禁止法の改正と議論の経緯」・金井貴嗣「課徴金の見直しについて」・郷原信郎「課徴金と刑事罰の関係をめぐる問題と今後の課題」・志田至朗「課徴金減免制度について」『ジュリスト』1270号, 2004.6; 正田彬「独占禁止法改正案と課徴金制度の考え方」『ジュリスト』1274号, 2004.9 等参照。

<sup>(166)</sup> 日本経済団体連合会「独占禁止法改正(案)の概要」に対する日本経団連意見」2004.4.15.

には義務履行の確保手段とはされていないが、宇賀教授<sup>(167)</sup>は、経済犯罪に対しては、違法に得た経済的利得を国庫の納入させる課徴金制度を広範に活用してよいと思われるとし、曾和教授<sup>(168)</sup>は、執行強制金としての課徴金等の導入が検討課題であるとする。橋本教授<sup>(169)</sup>は、課徴金制度がエンフォースメント手段として有効かつ必要であるとする立法政策的判断を論議すべきであり、立法論としての議論に必要なのは、課徴金制度を理論的に設けられるかどうかではなく、①課徴金制度を設ける制度的合理性・必要性があるか、②刑事制裁・民事責任と有効な機能分担が可能か、③制裁としての重さにふさわしい適正手続の保障がなされるような制度設計ができるかという点にあると指摘している。

#### (4) その他の新たな手法

##### (i) 私法契約関係からの排除

国・地方公共団体は、公共事業等の主体として多額の契約を締結しており、契約関係から排除することは相手方にとって大きな経済的不利益となる。契約実務では、租税の完納等の一定の義務不履行がないことを競争入札参加資格とするなどの取扱いがあり、契約関係からの排除は、事実上制裁的效果を持っている。そこで、契約と直接関係のない行政上の義務不履行についても排除の対象とすることを検討する必要があるとする見解<sup>(170)</sup>がある。排除の対象とする

ことの政策的合理性の問題であろう。畠山教授<sup>(171)</sup>は、契約関係からの排除については、第三者機関による調査、意見聴取、異議申立手続等の整備が不可欠であると指摘している。

##### (ii) 許認可等の撤回等

許認可等、特に受益的行政行為の撤回は、相手方に不利益となることから、行政上の義務履行確保の手段として論議されている。今村教授(畠山教授補訂)<sup>(172)</sup>は、「純然たる行政上の手段をもって、不利益を課する方法も、広く用いられていることに留意すべきであろう。その一つは、従来享受していた利益を剥奪する方法で、営業許可…などの停止または取消し(学問上の言葉では撤回)がこれに当たる。」として、制裁の一種とする。これに対して、撤回は制裁を目的とするものではないとして、制裁の範疇に含めて論ずるのは妥当でないとの反論<sup>(173)</sup>がある。そして、宇賀教授<sup>(174)</sup>は、制裁を直接の目的とした受益的処分等の撤回等の制度が立法論として考えられないことを意味するわけではないとして、受益的処分等の撤回等を制裁として用いることは、行政の実効性確保の方策として検討に値するとしている。撤回の対象とすることの政策的合理性の問題であろう。

## 6 今後の課題

行政上の実効性確保の問題については、今まで記述したように、多くの手法が機能不全状態

<sup>(167)</sup> 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』前掲注(27) p.214.

<sup>(168)</sup> 曾和俊文「経済的手法による強制」前掲注(84) p.223.

<sup>(169)</sup> 橋本博之「証券取引法における課徴金制度の導入」前掲注(61) p.10.

<sup>(170)</sup> 碓井光明「行政上の義務履行確保」前掲注(42) p.147;阿部泰隆『行政の法システム(下)』前掲注(31) p.504;大橋洋一『行政法 現代行政過程論[第二版]』有斐閣前掲注(118) p.402等

<sup>(171)</sup> 畠山武道「サンクションの現代的形態」前掲注(4) p.385. なお、碓井光明「行政上の義務履行確保」前掲注(42) p.147参照。

<sup>(172)</sup> 今村成和・畠山武道(補訂)教授『行政法入門[第7版]』前掲注(10) p.159.

<sup>(173)</sup> 小早川光郎『行政法上』前掲注(9) p.245;塩野宏『行政法Ⅰ[第3版]行政法総論』前掲注(44) p.157.

<sup>(174)</sup> 宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論』前掲注(27) p.216. なお、森山佳奈子「行政上の実効性確保」『甲南法学』39巻3・4号,1999,p.65;早坂禧子「撤回法理についての一考察」『行政の発展と変革 上巻』有斐閣,2001,p.577参照。

に陥っており、その改善策が提案されているが、制度として制定されたものは多くない。

広岡教授は、前述のとおり、昭和36年の著作『行政上の強制執行の研究』<sup>(175)</sup>において、①行政上の義務の実現確保は、できるだけ義務違反に対する刑罰的制裁で満足するか、あるいは、何らかの他の形で司法権の判断にかからしめる強行方法を立法的に認めていくべきである、②行政上の強制執行を拡張していくよりも、むしろ、司法権の発動に依拠する強制方法を将来の立法で考える余地があるのではないか、③行政上の強制執行は、やむを得ない最小限度においてのみ認め、これに関する立法規律の上において、強制手段をできるだけ穏便なものとし、強制手続を慎重にすることが要請されるなどとする見解を示していた。

その後の新たな行政の展開に伴い、従来の行政強制制度が機能しないことから、新たな手法が採用されてきたが、それもほとんど行政実務上利用されていない。それぞれの行政上の義務履行確保の手法の改善策が提唱されるなかで、経済的手法による行政の実効性確保や行政刑罰の非犯罪化<sup>(176)</sup>・非刑罰的処理<sup>(177)</sup>の論議が盛んになってきている。特に、執行罰、課徴金等の論議に見られるように、金銭的負担による間

接強制手段<sup>(178)</sup>を設けるべきであるとの主張が多い。福井教授<sup>(179)</sup>は、代執行が行政上の義務履行確保手段の一般則となっていることには合理性がなく、立法論としては、裁判コスト、紛争コストなどの国民的負担を少なくするためにも、簡易迅速で、現実に機能する制度が適当であるとして、一般則としては賦課金制度が望ましいとしている。また、環境行政分野（廃棄物を含む。）について、北村教授<sup>(180)</sup>は、①刑事的制裁機能は重要であるが、逸脱行為の抑止をそれのみに頼るシステムは限界にきている、②経済的動機による違反が大半を占めている状況を考えれば、原状回復に加えてそれによる利益を完全に剥奪するような行政法的仕組みが考えられる、③制度設計にあたっては、アメリカ環境法で多く用いられている行政的課徴金の制度や自然破壊者の損害賠償制度が参考になるとして、刑罰との関係など制度化に際しての課題は少なくないが、議論の価値は十分にあるとしている。曾和教授<sup>(181)</sup>は、行政上の義務履行確保を主たる目的として行政上の義務違反に対して民事行政手続で課される金銭的負担を「執行強制金」と名づけ、我が国ではこの性格を有するものとして、独禁法上の課徴金、加算税、行政秩序罰としての過料、執行罰などが該当するとし、そ

(175) 広岡隆『行政上の強制執行の研究』前掲注(10) p.437, p.440.

(176) 美濃部達吉「行政刑罰の統一と其の通則」『寛政教授還暦祝賀論文集』有斐閣, 1934, p.3・34; 井戸田侃「行政法規違反と犯罪」前掲注(10) p.158; 平田紳「軽微犯罪・行政犯の非犯罪化と非刑罰化」『福岡大学法学論叢』31巻2～4号, 1987.3, p.253; 川出敏裕「交通事故に対する制裁のあり方について」『宮沢浩一先生古稀祝賀記念論文集』成文堂, 2000, p.23等

(177) 井上正仁「犯罪の非刑罰的処理」『岩波講座基本法学8—紛争』岩波書店, 1983, p.395等

(178) 諸外国の間接的強制制度については、村上暦造「行政庁による処罰」『ジュリスト』764号, 1982.4, p.110; 折登美紀「ドイツ行政法における強制金」『自治研究』68巻3号, 1992.3, p.117; 北村喜宣『環境管理の制度と実態』弘文堂1992; 森口佳樹「ドイツにおける強制金の性質の変化について」『経済理論』281号, 1998.1, p.199; 西津正信「行政規制違反行為の自主的是正を促すための間接行政制度に関する研究」前掲注(20)等

(179) 福井秀夫「行政代執行制度の課題」前掲注(29) p.213. 同教授の提案する賦課金（外部不経済に対応する限界費用相当分を賦課）制度の概要については、同論文参照。なお、同「行政上の義務履行確保」前掲注(14) p.30参照。

(180) 北村喜宣「行政的対応の限界と司法的執行（四）」前掲注(17) p.82、同「環境法執行手法としての課徴金制度」『環境法研究19号』有斐閣, 1991.10, p.176.

(181) 曾和俊文「経済的手法による強制」前掲注(84) p.223.

して、執行強制金は、①法執行手段としての刑罰に限界があること、②簡易な手続による迅速な法執行が必要であること、③経済的ディスインセンティブによる義務履行確保の有効性があること、④執行強制金の中には、原因者負担、不当利得の回収などの実質的合理性を持つものがあることから、検討課題はあるが、今後も導入が予想されるとしている。佐伯教授<sup>(182)</sup>は、財産的制裁は必ずしも刑罰である必要はないので、行政制裁を積極的に利用することが考えられる、今後の立法の方向としては、現在の過料の制度を改めて、より実効的な行政制裁金の制度を導入し、刑罰はそれで十分でない場合にのみ使用する制度とすることを検討すべきであると思われるとしている。

おわりに

行政の実効性確保の手法については、直接国民の権利・自由を制約することから、その運用は慎重でなければならないが、一方、行政の実効性確保の制度とその運用が不十分であれば、国民の利益や公益が害されることとなる。双方の要請の調和を図りつつ、その制度設計と運用方法を検討しなければならないが、その観点からは、現行制度は不十分といわれている。環境行政、都市行政、食品安全行政、公正取引行政、消費者行政等多くの分野で新たな行政需要が発生し、その迅速で適切な法執行が要請されており、その一環として、機能する行政の実効性確保手法が確立されることが望まれる<sup>(183)</sup>。規制改革、地方分権<sup>(184)</sup>などの動きのなかで、その確立は急務である。

(こばやし ともゆき 行政法務調査室)

---

<sup>(182)</sup> 佐伯仁志「規制緩和と刑事法」『ジュリスト』1228号, 2002.8, p.45.

<sup>(183)</sup> 宮崎教授は、実効性確保のシステムを機能させていくために、①規制法を制定する場合は、実行可能な規制策を長期的な視野にたって明確に規律すべきこと、②生活環境の保持・改善に関わる法規制を定める場合には、単に被規制者の財産権を尊重するという視点にこだわるのではなく、多くの住民の利害関係に関わることを考慮する視点を重視すべきこと、③立法者は規制を必要とすると考える事項に関しては、明確に立法化すべきであり、安易に行政指導要綱に逃げ込むことは避けるべきこと、④是正命令・代執行に関しては、個別行政分野ごとに必要要件を定め、違法状態が軽微な段階で行政庁が規制権限を行使できるように要件規定を改めること、⑤是正命令による義務の履行を強制する手段として、金銭的負担による間接的な強制手段で実効性あるものを設けること、その場合、不服申立て等の手続・審査体制を十分整備すること、⑥不服申立制度や行政訴訟制度が機能するように、生活環境保全分野では原告適格の拡大、執行停止要件の拡大、審査体制の確立の方策を提言している（宮崎良夫「行政法の実効性の確保」前掲注<sup>(12)</sup> p.246.）。

<sup>(184)</sup> 地方六団体地方分権推進本部『「地方分権時代の条例に関する調査研究」報告書』前掲注<sup>(3)</sup>