

平成 22 年 5 月 28 日現在

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2008～2009

課題番号：20730021

研究課題名（和文）

行政上の義務の司法的執行に関する研究

研究課題名（英文）

The Study of the judicial execution of the administrative obligation

研究代表者

松戸 浩 (HIROSHI MATSUDO)

大阪市立大学・大学院法学研究科・准教授

研究者番号：30292189

研究成果の概要（和文）：本研究は、行政上の義務の司法的執行に就いて現在我国がとる諸制度
を、制度選択の原点に戻って再検討すると共に、その後の学説の動向をフォローしつつ現時点
での制度の意義を明らかにすることを目的としている。その為、現行制度の成立した占領期の
行政執行制度の改革過程を一次史料を通じて明らかにしつつ、この問題について関心が高まる
きっかけとなった 2002 年最高裁判決とこれに対する学説の反応の再検討を図ることを目的と
している。

研究成果の概要（英文）：This study reviews the present systems where japan takes judicial
execution of the administrative obligation returning to the starting point of the system
selection. And then it follows the trend of the theory afterwards and has aimed to clarify
the meaning of the systems. Therefore, it attempts to clarify the reform process of the
administrative execution system at the occupation period by the analysis of the historical
materials and reviews Supreme court decision in 2002 that became a chance that the
concern of this problem rises. And then it reexamines the theory of this decision.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2008 年度	1,000,000	300,000	1,300,000
2009 年度	800,000	240,000	1,040,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,800,000	540,000	2,340,000

研究分野：公法学

科研費の分科・細目：

キーワード：行政の実効性確保・行政強制・行政執行法・立法過程・司法権の限界

1. 研究開始当初の背景

行政上の義務の司法的執行の可否を巡る
問題は、2002 年 7 月 9 日の所謂宝塚市パチ
ンコ店条例事件最高裁判決(民集 56 卷 6 号
1134 頁)を契機として、改めて学説上活発に

議論され、公法学会でも取り上げられるなど、
現在に至る迄学界の関心が極めて高い問題
である。行政上の義務の実現に関する研究は、
一般的に義務履行確保の方法を定めていた
行政執行法が廃止された第二次大戦後に盛

んに行なわれた。先ず、諸外国の制度比較を丹念に行なった広岡隆の一連の先駆的研究が挙げられるが、公法学会でも 29 回(1964 年)、60 回(1995)年の二度にわたりテーマとして取り上げられている(その成果は「公法研究」27、58 号にそれぞれ取り上げられている)。またこの間の 1977 年には、それ迄の研究を集大成したものとして位置づけられる「ジュリスト増刊 行政強制」が公刊された。これらを受け、行政主体が義務履行確保の手段として民事上の強制執行制度を利用できるとの見解が一般的となっていた為、これを否定した上記最高裁判決に対しては学説上の批判が今日に至るまで数多くみられる。

近時の行政上の義務履行確保に関する学説の関心は、畠山武道、高木光、阿部泰隆らの研究にみられるように、従来の行政強制制度の再検討やこれとは異なる新たな手法、更には様々な手法の併用の分析と、多角的な方面に向けられている。その結果、行政の実効性確保のための様々なチャンネルの発見乃至再構成が進む一方で、民事上の強制執行制度の利用を否定した上記最高裁判決は、行政上の義務履行確保につきエアポケットを開けたものとして評価されることとなっている。

行政上の義務履行確保につき民事上の強制執行制度が問題とされるのは、現行憲法の下で従来の行政執行法が廃止されたにも拘わらず、これに代わる一般的な履行確保制度が定められなかったことによる。従来この点に就いては、司法的執行制度の必要性乃至現行憲法による司法国家への移行から民事上の強制執行を容認する学説もみられたところである。

また、立法者が従来の行政的執行に代わるものとして司法的執行を認めたか否かも論点として挙げられてきた。しかしこの点に就いては制度変革時の一次史料を踏まえた分析が必要であるにも拘わらず、従来学説上このような分析は殆ど行われてこなかった。

2. 研究の目的

本研究の第一の目的は、1 で述べたように近時極めて大きな注目を集めている行政上の義務の司法的執行の問題につき、現行制度の成立の経緯を明らかにするというアプローチにより、更なる考察の前提を提供するところにある。

そしてこのように第二次大戦後の行政上の義務の履行確保に係る制度変革の分析を行なうと共に、これによって得られた知見を従来の関係する学説や上記の最高裁判決に照らし合わせ、その再評価を行なうことが第二の目的である。行政上の義務履行確保に就いては様々な論点が存在するが、本研究では

以上述べてきたことから、その司法的執行の問題に研究の対象を限定している。

また司法的執行の問題についてみても、実効的履行確保手段としての司法的執行の評価といった法政策的観点からの分析も従来学説では行われてきたところであるが、本研究は制度の評価そのものではなくその前提としての制度の意義の解明を目指している。その為かかる分析は本研究の対象外としている。

3. 研究の方法

2 で述べた研究目的を達成する為には本研究のとり手法としては先ず、第二次大戦後の占領期になされた行政執行法の廃止及び行政代執行法の制定の経緯を明らかにする為、関係する立案史料の把握・収集及び分析を行なうことが挙げられる。これは従来の研究に於ける空白領域であると共に、十分な目録もない為、史料の所在確認の段階から十分な時間が必要となり、研究初年度は殆どこれに費やされた。次いで、こうして収集された資料の整理と分析を次年度の末迄行なった。

上記と並行して、従来の関係研究を整理分析した。また、上記最高裁判決に就いては、ドイツの古典的公法関係論がその下地になっているとの批判が我国行政法学でなされていた為、ドイツの関係文献の収集分析も併せて行なった。

研究二年目には、未発見の史料の調査収集や、研究の進展に伴い新たに収集が必要となった史料の収集に当たるなど、上記の研究作業を継続して行なうと共に、上記最高裁判決によって提起された問題を再検討する作業を行なった。

4. 研究成果

本研究では先ず、2 の最初に挙げた関連法規の制定過程が明らかとされた。具体的には、行政執行法の廃止と行政代執行の制定に至る迄の日本側と総司令部当局との交渉過程、民政部や法務局をはじめとする総司令部内部での検討、日本側での行政代執行法の制定に向けての動きなどである。これらに就いては従来、ジュリスト増刊「行政強制」に於ける林修三元内閣法制局長官の発言でしか具体的に言及されることはなかった。しかし林元長官は両法の廃止・制定当時法制局乃至法務庁に在籍していた訳ではなく、この発言も、実際にこれに関与していた佐藤達夫元内閣法制局長官からの伝聞にすぎなかった。更に学説の側でも、行政強制研究の第一人者である広岡隆も、上記の過程に就いては公刊史料である国会議事録の参照のみに留まっていた(例えば同「行政上の強制執行の研究」309 頁以下)。また強制執行制度が改正されて間もなくの時期に著された田中二郎「新行政執行

制度の概観」(警察研究 19 卷 8・12 号)も、旧制度の理論的観点からの問題点の指摘と新制度の変更点を述べるのみであった。研究者による制度改革の説明は、本人が立案に関与したものでなければ、立案者の意図とは必ずしも一致するものではなく、一次史料の分析が不可欠の前提となる。

そこで本研究では両法の廃止・制定過程に係る一次史料の探索を試みたが、特に有意な史料は佐藤達夫文書・GHQ/SCAP 文書の中にみられた。

これ迄収集した史料によれば、先ず両法の廃止・制定過程に関与した当事者とタイムスケジュールが概ね明らかとなった。前者に就いては、日本側で交渉及び新法の立案を主導したのは佐藤達夫であり(ちなみに行政代執行法案の起案は佐藤が行なった旨の記述が GHQ/SCAP 文書にある)、総司令部側では法務局のアップルトン(R.B.Appleton)が中心であった。これは概ね、前述の林元長官の発言を裏づけるものとなった。そして総司令部側が問題としていたのは総司令部内部の文書によれば一これは日本側の史料によっても裏付けられるが一主として適正手続の観点からする官憲による人権侵害の弊害である。尤もこの点に就いては、即時強制の濫用による弊害も、行政上の強制執行によるそれとは必ずしも区別されずに指摘されていたところである。私人の身体財産に直接実力を加えるという即時強制との共通性が問題とされた為に、後述するように義務履行確保手段の担保への考慮が十分に払われたとはいえない状態で、直接強制も排除されたのが後に続く問題の発端となっているといえる(履行確保手段としての直接強制の評価はこれとは別である)。

そもそも上記の点が総司令部で問題とされたのは、当時新たに制定されようとした警察官の権限等に関する法律案が総司令部民政局の問題とするところとなり、これとの関係で行政執行法が問題視されたことによる。裁判所を介さない行政独自の強制執行が仮に新憲法との関係で問題となるのであれば、新憲法の施行に併せ整備さるべき法律として準備が進められたにも拘わらず、行政代執行法はそうした法律群とは別の制定時期となったのはこのことによるものである(同法の制定に向けての総司令部と日本側との折衝が行われたのは 1948 年 2 月からである。またこれより先の同年 1 月には行政執行法を改正する方向での検討が行われていたが、これは 2 月はじめに総司令部に拒否されるに至っている)。

上記の総司令部の疑義に対症的に答える形で直接強制・即時強制の一般的規定が削除され、必要と認められる場合に個別法の定めるところとなった。そして現行法では代執行

のみが一般法として残されているが、当初行政執行法に代わる新法は「行政上の義務の履行確保に関する法律」の標題で立案されると共に、そこでは代執行だけでなく執行罰も存置されていた。後に執行罰が外される他若干の修正がなされ、更に標題が変更されたのが現行の行政代執行法である。執行罰が外された理由に就いては、行政代執行法案の国会に於ける審議に於いて佐藤達夫政府委員が、「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っておおむねその目的を達し得るものと考えられ」と述べていた。日本側の史料によれば、48 年 1 月に法制局は建設院等に対し、執行罰をはじめとする行政執行手段の活用状況の照会を行っていた。佐藤委員の発言は、おそらくそこで得られたデータを参考にしてのものと思われる、その限りでは実証的な裏付けがあったものと思われる。

しかしこの過程では、以上のように次々と行政上の義務の一般的な履行確保手段が削除されていく中で、その代替的手段につき十分な検討が加えられていたとはいいがたかった。従って今日問題となっている行政上の義務の司法的執行は、後から学説が履行確保の必要性から提唱されたものと論定することができ、立案当時には必ずしも視野に入っていたものとはいいがたかったものといえる。また仮に司法的執行を認めた場合に問題となる一そして現に学説でも関心の対象となってきた一請求権の性質に就いても、立案当時には必ずしも検討されていたとはいいがたかった。

尤も、行政代執行法の制定により一般的規定のなくなった履行確保手段たる直接強制は、第二次大戦前には個別の法律の根拠なくとも、執行される行政行為に法律の根拠があれば足りると一般的に解されていたので、行政執行法は直接強制の根拠規範ではなく制限規範と解されていた。従って今日の履行確保手段の欠如は厳密には行政執行法の廃止によってもたらされたものではなく、新たに制定された行政代執行法一条が個別法で定めるものの他の執行手段を禁じたことにより、直接強制には個別の法律の根拠が備わることが要求されることになったことによる。従ってまた上の戦前の通説的理解は学説の変化によってではなく、制定法上、その持続が封じられる理論的基盤が提供されたことになる。その際司法裁判所の関与が認められるかは、戦前は公法上の義務ということにこれを否定的に解してきたのであるが、かかるドグマを認めないという前提の下では、別の回答が求められることになる。

この点に就いては、ドイツの法制は占領期我国のような大幅な変更を被らず、一般法としての行政執行法がある為に、今日のドイツ

の学説上の見解を直ちに我国の参考にすることはできない。他方でこれと対照的に、行政行為の強制執行を一般的に裁判所に委ねる米国の法制がある。また前述のように2002年最判に批判的な見解が多数を占める我国学説の中には、前記のドグマが廃されたことから直ちに司法的執行を広く認める見解もみられるが、そのように解されうるか、また米国での司法権概念を参考にできるかは一つの問題である。後者の点に就いていえば例えば、2002年最判は行政主体が行政上の義務の履行を求める訴訟を一般的に排斥したのではなく、これを認める法律の規定がない場合に就いてのものであったが、米国の場合にも法律の根拠がない場合に一般的に司法的執行がなしうるといえるかに就いては慎重な論定がなお必要であるということが、曾和敏文教授によって指摘されているところである。

司法裁判所の関与を認める見解に共通する前提とみられるのは、行政主体が私人に対し行政上の義務の履行を求める関係が法律上の争訟たる権利義務関係乃至法律関係に当たるとする見方であり、この見方からは、前記最高裁判決は不当に法律上の争訟概念を狭く解したものと批判される。これに対し例えば神橋一彦教授は2004年の学会報告に於いて、慎重に留保を付しつつも、行政上の義務の履行を求める行政主体の地位を、私人の実体的請求権を基礎とした地位と同列に解することに消極的な見解を示していた。これより前にも、行政上の義務に就いて考えられる履行請求権のあり方に就いては、民事における私人間の請求権との比較で、議論のあったところである。また司法権概念に就いても、中川丈久教授をはじめとする問題提起があったところである。これらの問題は、行政上の義務の司法的執行を妨げる要因が必ずしも伝統的な公法私法二元論にのみ存するとはいえないことを示している。前述の通り、戦前行政上の義務につき司法裁判所の関与を封じてきたのはそれが公法上の義務であること一公法私法二元論一であった。しかし以上の議論は、かかるドグマを前提としない場合でもなお、司法的執行を認めるには考慮すべき要素があることを意味するものである。これとの関係で、上記最高裁判決の論拠の把握に就いても、なお検討が必要であるように思われる。

本研究では、前述のように戦後の制度改革の際には空白となる義務履行確保手段の問題はペンディングのままにされたということを示した。この状態の下で、行政事件につき従前の行政裁判所に代わり通常裁判所がこれを裁判することになったというような司法国家への転換といったことから行政上の義務に就いても司法的執行が認められる

という論定には直ちに至るとはいえず、前述のような様々な考慮要素—これは必ずしも前記最判がベースとしたもの(これが何かに就いても更なる検討の余地があると思われる)には限られない—をなお検討する必要があるのではないかとと思われる。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計2件)

- ① 松戸浩、議会による行政組織・人事の統制、公法研究、査読無、72号、2010、掲載確定
- ② 松戸浩、行政立法と法律の根拠—法律の法規創造力の原則の意義—、広島法学、査読無、32巻2号、2008、73-100

[学会発表] (計1件)

発表者名:松戸浩

発表標題:議会による行政組織・人事の統制

学会名:日本公法学会

発表年月日:2009年10月11日

発表場所:京都大学

[図書] (計0件)

6. 研究組織

(1) 研究代表者

松戸 浩 (HIROSHI MATSUDO)

大阪市立大学・大学院法学研究科・

准教授

研究者番号:30292189

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし