

**科学研究費助成事業 研究成果報告書**

平成 27 年 6 月 15 日現在

機関番号：34419

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2014

課題番号：25780023

研究課題名(和文)行政代執行の基礎理論の解明 日独比較法研究を中心として

研究課題名(英文)Clarifying the basic theory of "Ersatzvornahme", an administrative enforcement:  
With a focus on comparative studies of the Japanese and German Law

研究代表者

重本 達哉 (SHIGEMOTO, Tatsuya)

近畿大学・法学部・准教授

研究者番号：60584042

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,500,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、1)行政上の義務の実現という行政代執行を含む行政上の強制執行の中核的要素が行政強制全体に係るコスト負担のあり方を巡る制度変革の影響を少なからず受けるということ、2)義務者による自発的な義務履行の促進及びその権利保護の機会の確保に資する事前手続の行政代執行における「要素」としての重要性並びに 3)費用徴収手続が当該「要素」となり得ることを解明した。

研究成果の概要(英文)：This study clarified 1) that realization of the administrative duty - in other words, a key component of administrative enforcement including the "Ersatzvornahme" - can feel the effect of reforming the system in order to share costs of the whole administrative enforcement, 2) the importance of the pre-procedure, which contributes to promoting to fulfill the administrative duty spontaneous and to guaranteeing the chance of the legal remedy, as a "component" of the Ersatzvornahme, 3) and that the procedure for collecting costs can be the "component".

研究分野：行政法

キーワード：行政代執行 行政上の強制執行 行政強制 法執行 ドイツ 行政法 費用負担 行政手続

### 1. 研究開始当初の背景

わが国では、第二次世界大戦後、行政上の強制執行と一般的に呼ばれる伝統的な行政固有の義務履行確保手段のうち、租税法と密接に係る行政上の強制徴収を除けば、行政上の代替的作為義務を対象とする行政代執行についてのみ一般法（行政代執行法）が整備され、上記以外の行政上の強制執行——直接強制・執行罰——の採否は、個別法の規定に委ねられることとなった。しかし、そのような規定が設けられることはほとんどなく、一般法が整備された行政代執行についても、手続の煩雑さなどに起因する機能不全がつとに明らかにされており、行政機関に行政代執行に関するノウハウが蓄積されないという悪循環を招いていた。

その一方で、宝塚市パチンコ店等建築規制条例事件最判平成 14 年 7 月 9 日は、法律に特別の規定がない限り、裁判所を介して行政上の義務の履行を確保することは許されないと判示した。このような状況を受けて、現在のわが国では、行政上の強制執行不要論よりもむしろその活性化論が学説上有力化しつつあり、その一環として、行政代執行にも再度注目が集まりつつあるように思われたのである。

なお、この研究動向は、当時全国的に急速に注目を集めつつあった空家等の適正管理について諸施策が検討される中で、行政代執行の採否がしばしば問題とされたことなどと軌を一にしていた。

また、「代執行は、……義務者に課せられた代替的作為義務を変容し、当該義務者に対し行政庁または第三者による代替執行を容忍しその費用を負担する義務を新たに課するという法的効果を有するものである」と解する、行政代執行研究にとって注目に値する下級審裁判例（東京地判平成 25 年 3 月 7 日判時 377 号 65 頁）も現れていたのである。

しかし、理論上、行政代執行の対象としてどのような義務を具体的に想定すべきか、そもそも行政代執行とは何なのか、といった基礎理論に対する考察は依然として不十分な状況にあった。

### 2. 研究の目的

以上の状況を踏まえて、本研究は、少なくとも、どの範囲の人にどの程度の受忍義務を課すべきかといった点を含む、行政代執行の対象の中核的要素を理論的に解明し、可能な限り、その（立法政策に比較的左右されやすい）外延の画定や「行政代執行」概念そのものの解明に努めることを通じて、わが国における行政代執行に関するノウハウの蓄積について少なからぬ貢献を果たすことを主に企図して行われた。

### 3. 研究の方法

ところで、わが国の行政上の強制執行と歴史的淵源を共にするとされるドイツの行政執行に関して言及すれば、第二次世界大戦前からその一般的規定を設けていたプロイセン法が戦後も残存し、それに影響を受けつつも各時代状況に応じて連邦及び各州における一般法制化作業が漸次進展した結果、今や連邦及び全ての州において（直接強制・執行罰類似の強制金を含む）行政執行全体についての一般法が整備されている。この点に着目し、ドイツにおける行政代執行に関する立法を概括的に紹介した上でわが国の行政代執行に対して立法的提言を行う、西津政信教授の先行研究などが既に散見される。しかし、上記の一般法に関するドイツの判例・学説の蓄積は、わが国におけるそれとの比ではなく、研究の余地は大いに存在している。また、加盟国に原則として委ねられてきた EU 法の法執行への注目が高まりつつあることと比例するかのよう、ドイツ各州における一般行政執行法の逐条解説書の出版・改版が主に行政実務家の手によってであるが近年相次いでおり、行政執行関連の博士論文も本研究開始当時、新たにいくつか出版されていた。

そのような状況の下で、上述の両国の差異はどのような原因によるものなのか、具体的にはどのような異同をもたらしているのか、今後どのような帰結をもたらすのかということが、本研究代表者の従来一貫した問題関心であった。それゆえ、この問題関心に沿って、さしあたり、ドイツにおける行政執行制度の全体像を精確に把握すべく研究を進め、連邦法と州法との統一性の基盤が従来非常に脆弱であることから、連邦法だけではなく各州法も個別に検討するという研究手法の重要性を明らかにした上で、かつて多くの行政執行法制にしばしば見受けられた（それゆえ、行政代執行に関する日独比較法研究の難点が指摘されることもあった）行政機関を主体とする行政執行を代執行から除外する理解が、現在の州一般行政執行法の多くでは既に否定されており、わが国の行政代執行との類似性がますます高まっているという知見を既に得ていた。

そこで、本研究では、日本法のみを検討、連邦法を主とする立法の概要説明及び立法論的提言、又は一部の州の事例報告などにとどまっている先行研究との差異化に留意しつつ、ドイツにおける豊富な関連判例・学説を 2. で述べた観点からできる限り多く検討することによって、わが国への解釈論的示唆まで得ようと試みる稀有の手法を基本的に採用した。

具体的に言えば、本研究初年度において、まずは、行政法総論の概説書・基本書を含めた行政代執行に関連するわが国の基礎的な文献及び関連判例の収集・分析に努めた。なぜならば、わが国における行政代執行に関す

る研究は、本格的なものが長年途絶えていたこともあって必ずしも盛んではなく、実務においても同様に、近年やや注目を集めつつあるとは言え長年機能不全に陥っていた行政代執行が用いられた例は少なく、それに伴って必然的に、関連判例の蓄積も十分ではない状況であった。そのため、行政代執行の定義自体、概説書・基本書ごとに見過ごすことのできない差異を生んでいる始末だったのである。したがって、このような基礎作業自体意味のあることであり、かつ、不可欠であると思われたからである。なお、行政代執行の基礎理論の解明に際して、「強制」「執行」などの基礎的な法概念や、権力分立のあり方について検討する必要性が少なからず存在するために、上記の「関連文献」には憲法学・基礎法学の文献も含めた。また、ドイツにおける関連文献・判例についても、まずはドイツにおける行政法総論の教科書などをできる限り多く収集するよう努めるとともに、ドイツにおける行政代執行に係るドイツの最新の研究動向などについて、2月末からおよそ2週間直接ドイツに赴き、インタビュー調査などを行った。

続く本研究終了年度においては、前年度に収集した関連文献・判例の整理・検討を重点的に行った。たとえば、ドイツの各州における現行法制度の特色や最新の法改正に留意しつつ、研究の進展に伴い不足が生じた情報についてそのつどデータベースなどを駆使して文献調査を進めたのである。

#### 4. 研究成果

(1) その結果、本研究は、第一に、(少なくとも日独両国において)行政上の義務の実現という行政代執行を含む行政上の強制執行の中核的要素が行政強制全体に係るコスト負担のあり方を巡る制度変革の影響を少なからず受けることを明らかにした。

すなわち、まず、わが国における行政代執行の問題状況を再確認すべく、行政代執行の現行一般法である行政代執行法が新たに地方公共団体、特に市町村の行政機関にも一般的な行政代執行権限を付与すべく制定されたという立法趣旨を明らかにした上で、行政法規違反に対して行政行為や刑事告発を極力回避する代わりに行政指導に「過剰に」依存するのが日本的特徴であること、行政代執行に係る諸手続の煩雑さのみならず、行政代執行の(実体的)要件の不明確さ、行政代執行の実行に関する裁量の存在、行政代執行に係る費用の回収・確保の困難さも

行政代執行に関する専門的知識・ノウハウの組織的蓄積の困難さ(それに係る執行体制の不備)を招き、行政代執行自体への心理的抵抗も災いして、結局それらが複雑に絡み合うことによって行政代執行の機能不全が問題視されていることを明らかにした。また、

それと同時に、地方公共団体においては行政上の強制徴収すら十分に活用されていないこと、そして、行政代執行を含む行政強制に係るコスト負担のあり方を検討することこそ行政代執行と他の類似制度との理論的区別を明確化できる可能性を秘めていることを明らかにしたのである(下記雑誌論文)。

そもそも、上記東京地判平成25年3月7日が、行政代執行を、実現すべき行政上の代替的作為義務を変容させて義務者に行政代執行に係る費用の負担義務などを新たに課すものとして位置づけている。そして、それに類する見方はドイツにおいて一部法定化されているのである。つまり、ドイツにおいても、代執行は行政上の代替的作為義務の強制手段であり、したがって、仮に利害関係人に当該費用負担能力がない場合であっても、行政庁が代執行を実行することができる。一般に解されている一方で、主に地方自治体の財政難の影響を受けて、現在ではほとんどの州で代執行費用の事前徴収手続が法定化されていることは既に西津教授などによって指摘されているところであるが、たとえば、ドイツ特殊の遺体の埋葬義務の代執行に関連して、(特別法による授權の存在という限定付きながら)実際の費用負担能力に応じて(実現すべき行政上の代替的作為義務である)埋葬義務を課す相手方を変更し得ることが認められているのである(一部、下記学会発表)。

(2) 第二に、本研究は、義務者による自発的な義務履行の促進及びその権利保護の機会の確保に資する事前手続の行政代執行における「要素」としての重要性も明らかにした。

すなわち、比例原則を行政による説明の必要性を導く論拠の一つとして挙げているかのような裁判例(東京高判平成25年10月31日判時2217号3頁)を踏まえて、正式な手続を介さなくても不利益処分相手方からの懸念について説明を尽くす必要性が行政側に生じ得ることを明らかにした(下記雑誌論文)上で、その他の不利益処分に関する最新の裁判例及び戒告など行政代執行過程全体を通じて不服申立ての機会を一定程度確保すべきとする行政代執行法の立法者意思も併せて参照することにより、戒告などにおける法定記載事項の中に少なくとも弁明の機会の付与(行政手続法29条以下)に係る手続的措置と同程度の手続保障がなおさら要請され得ることを明らかにした(下記雑誌論文)。

その一方で、ドイツにおける代執行費用を事前に徴収し得る手続的措置の体系的な位置付け(代執行手続の一環として位置付けるべきか、それとも、別箇独立の行政執行における措置として位置付けるべきか)について検討する必要性を確認する(下記雑誌論文)と共に、前者のような位置付けを支持する判

例・学説が有力に存在する州が一部存在することが本研究を通じて明らかになっている。以上のことはまた、第三に、費用徴収手続が行政代執行の「要素」となり得ることも本研究が明らかにしたと言えよう（下記雑誌論文参照）。

(3) 最後に、代執行の手続を中止させる消極的要件に関する検討の深化こそドイツにおける代執行研究にとって重要であることは本研究を通じて明らかにできた（下記雑誌論文）が、当該検討の実質的な成果を公にすることは依然として今後の課題にとどまっている。また、当該検討を含む、本研究の目的に資するドイツ法研究の成果にはなお精緻に公表できていないものが多い。それらの成果には、関連諸制度を費用負担の面から包括的に検討することの意義を明らかにできる可能性が大いに秘められているだけに、公表まで今少し慎重に時間をかける必要があるように思われるからである。しかしながら、下記科研費研究の分担金などから支援を受けることで、少なくともそれらの一部が早晚日の目を見ることはほぼ疑いないであろう。

#### 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4件）

重本達哉、条例上過料で報告を強制する場合における相手方に対する説明の必要性、判例セレクト2014〔 〕 査読無、法学教室 414号別冊付録、2015年、5

重本達哉、不利益処分・行政執行に関する行政手続、法律時報、査読無、87巻1号、2015年、39-46

重本達哉、行政強制の課題、高木光・宇賀克也編『行政法の争点』、査読無、ジュリスト増刊、2014年、94-95

重本達哉、ドイツにおける行政執行の違法性をめぐる最近の動向、近畿大学法学、査読無、61巻2・3号、2013年、193-215

〔学会発表〕（計1件）

重本達哉、ドイツにおける墓地埋葬法に係る議論状況の一端、科研費研究「墓地提供という公役務と信教の自由 公役務を通じた自由実現モデルの考察」（平成26年度科学研究費助成事業・基盤研究(C)・課題番号26380039）研究会（第4回）2015年6月6日、京都大学（京都）

#### 6. 研究組織

(1) 研究代表者

重本 達哉 (SHIGEMOTO TATSUYA)

近畿大学・法学部・准教授  
研究者番号：60584042

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし