行政法　第九回　１１・２９

Copyright : Takumin

2007年11月29日

22:00

今日話すのは強制的な話である。

典型的な例としては、

(ア) 民事執行のしくみ：(例) A の建てた違法建築物の除却を、日照通風が害されている隣人Bは自ら行えるか。(＝民事では、権利の強制的実現は裁判所に独占)

というような話である。難しい建築法規ではあるが、明らかに何階建て以上はダメということがわかっているのに建て増しをしているとかいったときに、Bさんはこれでは日照も風も通らないので、Aさんの家を直接のこぎりで切っても良いのかというと、それは建造物損壊ということで罪になるし、Aさんから損害賠償を求められることにも成りかねない。民事の世界では自力救済は禁止されているのである。自分の望む権利状態を自らの手で実現するということは禁止されているのである。従ってBさんとしては裁判を提起するしかないのである。それで裁判所が訴えを認めてくれたら、命令で違法建築の除却を命じてくれるのである。Aさんが従わなければ裁判所がそれを強制執行するのである。つまり、民事の世界では自力救済の禁止があるので、Bさんの権利の実現を強制的に行うには、その権限は裁判所から発せられなければならないのである。

(イ) 行政上の強制執行（「行政的執行」）：いちいち訴訟をやるコスト、執行不全、義務不履行者の増加→公益上支障を生ずるおそれ、行政目的の早期実現もムリ、裁判所の負担軽減にも反する。

ところが、行政法の世界でもその仕組みを取るべきだ、とってもいいという考えはあるものの、税金をきちんと払わない人とか国民年金未納問題とかがあるが、お金の問題一つ考えても、国や地方公共団体が私人に対して金銭を支払えということを言って、支払わせるという案件は何千万とある。その内の多く部分が未払い対応と言うときにいちいち裁判所に訴えて、裁判所の判決を待って…ということになると、裁判所はパンクしてしまうと言うことになる。裁判所が苦労すると言うことなら裁判所の人数を増やせばいいと言うことにはならない。裁判というのは費用も時間も必要である。となると、結局未払いの人全員について執行できるかというとそうではない。結局不履行者は増えるのではないか。すると、それはそれで公益上支障を生ずるという恐れもあるし、正直者が馬鹿を見るという状況にもなりかねない。行政目的の早期実現も不可能になるおそれがある。なので、行政法の世界では、全部司法的な執行（全部裁判所にやってもらう）は合理性を欠くと言うことになる。そこで、行政的執行、これを認める方が合理的だと言うことになる。つまり、裁判所の判決を待たずに自分の手で自分の望む目的を達成する、強制的に執行するということが認められているのである。以下その話をしていく。

あと（ウ）として付け加えたいのが、この自力執行の仕組み（行政的執行）をやろうと言うときに、相手方の主人が、「ちょっと待って、俺の家を壊すのは待って！俺の家の建築除却命令を争いたいから。」といって、裁判所に出訴すると言うことがあるが、裁判所に出訴しても行政庁はその判決を待つ必要はない。行政的執行について、訴訟を提起したり、不服が申し立てられたりして争いになっている場合でも、原則として行政は自立執行を妨げられることはないのである。この点は条文を確認する。行政事件訴訟法の２５条１項である。

（執行停止）

第25条処分の取消しの訴えの提起は、処分の効力、処分の執行又は手続の続行を妨げない。

それと行政手続審査法の３４条ね。

要は、処分の取り消し訴訟の訴えを提起しても、処分の執行は妨げられないという、執行不停止原則である。裁判所の判決を待たずに自力執行していいというだけでなく、自力執行を争われている場合であっても止められなくてよいということなので、行政的執行においては行政には非常に強い権限が与えられているといえる。

さてこのような仕組み（行政的執行）には、どのようなものがあるのだろうか。

(ア) 行政行為の「執行力」の理論

① 昔、行政行為の当然に備わった効力としてこれがあり、行政行為によって課した義務を履行するための強制は当然出来る

② ＝もともとの行政行為に法律の根拠は必要であるが、義務の履行を強制する行為には独立の法律の根拠は不要という理論。

昔の教科書には執行力の理論というのがあり、オットンマイヤーという学者が、「行政行為は公定力があり、適法性が推定される」という学説を提唱した。なぜ行政にそのような特権があるのか。判決とはその執行ができるというものであるから行政の処分だって同じようなものだろうと考えられていたのである。

つまり、所得税法があれば、差し押さえでも何でもできると言うことである。いくら払えとかいう命令を出して、言うことを聞かなければ、もう処分を出す権限があるんだから財産の差し押さえだって当然できると言うことである。現在はこの考え方は否定されている。国税徴収法という法律が現在はちゃんとある。

このような考え方の背景に、行政執行法という法律があった。この法律はすごい法律で、何でもありということだった。

(イ) 「行政執行法」の内容

① 1900 年制定、非金銭執行に関する。代替的作為義務（ex.違法建築物の除却）についての代執行（同５条１項１号）、非代替的作為義務（ex.健康診断）・不作為義務（ex.営業停止）については執行罰（２号）、それらによっては義務の履行を確保できないときまたは急迫の事情があるときには直接強制も補足的に認められる（同３項）。

こんな感じだった。覚えてほしい言葉は「代執行」である。これは現在も認められている唯一の行政執行の仕組みである。その次に「執行罰」、これは、昔から認められている行政執行の手法その２である。そして三つ目は「直接強制」。行政的執行の仕組みといったらこの三つを考える。

＊行政上の義務履行確保

- 行政自身による場合（行政的執行）
  - 一般法があるもの
    - 行政上の強制徴収（国税徴収法）
    - 代執行（行政代執行法）
  - 個別法によるもの
    - 直接強制
    - 執行罰
- 裁判所を経由する場合（司法的執行）→判例により不可とされる

(ウ) なお、金銭執行、公法上の金銭債権の徴収について（国税徴収法参照）

お金についてだけは昔から国税徴収法という法律がある。なので、色んな法律で、「取り立てる時については国税徴収法の例による」という条文を置くことで、事実上国税徴収法という法律は国の強制徴収の一般法的な位置づけを得ている。昔も今もこれは一緒ね。

(エ) ＝以上、昔は、自己完結的な行政的執行のしくみ有り。原則、自力救済が認められていたといってよい。「三段階構造（法律―行政行為―強制執行）」（藤田）を基本モデルとしていた。むしろ、自力救済しかなかった。

(エ) ＝以上、昔は、自己完結的な行政的執行のしくみ有り。原則、自力救済が認められていたといってよい。「三段階構造（法律―行政行為―強制執行）」（藤田）を基本モデルとしていた。むしろ、自力救済しかなかった。

どんなタイプの義務についても、言うことに聞かないやつがいたら、あの手この手で行政が執行することができたのである。行政法の三段階構造＝行政というのは法律の定めに基づいて、行政行為を行って、行政行為によって課された義務の履行を強制するための強制執行と言うことができる、という意味。これしかモデルがなかったのである。昔は全然行政庁が自力救済の特権を使わないで、裁判所判決の方法を選べたかというと、それは不可能であった。行政裁判所と司法裁判所という二つに分かれていた時代では、司法裁判所は「公法上の事件（ここちょっと聞き取れなかった）」を取り扱えなかった。なので、税金を払えという典型的な事件も司法裁判所では扱えなかった。では、行政裁判所で扱ってくれるのかというと、昔の行政裁判所は、行政上の義務の履行強制というのは扱う事項には入っていなかった。つまり、度の合い板書も引き受けてくれないというような仕組みであった。従って、昔は自力救済しかなかったのである。

直接強制について話す。

「それらによっては義務の履行を確保できないときまたは急迫の事情があるときには直接強制も補足的に
認められる。」

これは義務者の身体または財産に対して直接有形力を行使して、義務の実現を図ることを言う。つまり実力で、伝染病が疑われる患者を入院させるとか、営業停止命令を出したのに従わないお店があれば実力で店舗を封鎖するという権限である。民法の世界の直接強制とは違う。民法では普通お金、つまり金銭執行も含めて直接強制という言い方をするのだが、行政法の世界ではお金は別の柱にしているので、あくまで非金銭的な債務についての執行である。例えば結核予防法という法律があるが、あれは結核にかかった人がいて伝染させるおそれがあるときには、知事が結核療養所への入所を命じるというものである。命じた後、それに従わない人がいれば強制入所させることができる、というものであった。相手方の体に有形力を行使するというのは権利侵害の度合いが高いと思われる。本当に急迫の必要があるときかどうかというとあまりそうではないと思われるのにもかかわらず、安易に直接強制に流れた時代があって、かなり戦後は権力的な仕組みに切り替わる。

4．現在のしくみ

(ア) 1948年、行政執行法の廃止、「行政代執行法」（後出）の制定

(イ) 執行力の理論が否定され、「義務履行の強制には別に根拠規範が必要」と解されるようになった。

① 代替的作為義務については行政代執行法。執行罰、直接強制には一般的根拠規範はない＝個別法に根拠がない場合はできない。

② （具体例）執行罰（砂防法３６条）、直接強制（いわゆる成田新法）

「執行力の理論が否定され、「義務康行の強制には別に根拠規範が必要」と解されるようになった」ということについては、建築基準法に基づいて違法建築物の除却命令を出す権限が昔も今もあるのだが、それに従わない人に対しては当然強制的にブルドーザーで壊して良いわけではなく、壊すためには別に法律の根拠が必要で、それが行政代執行法なのである。この法律があって初めて強制的に執行ができるのだと考えられたのである。

では、その根拠規範の作られ肩について考えてみる。

① 代替的作為義務については行政代執行法。執行罰、直接強制には一般的根拠規範はない＝個別法に根拠がない場合はできない。

② （具体例）執行罰（砂防法３６条）、直接強制（いわゆる成田新法）

① 代替的作為義務については行政代執行法。執行罰、直接強制には一般的根拠規範はない＝個別法に根拠がない場合はできない。

② （具体例）執行罰（砂防法３６条）、直接強制（いわゆる成田新法）

これは上にある図と同じやつね。行政的執行については、お金については国税徴収法が今もある。それ以外には、代執行法だけがある。この法律は一般法という位置づけになっている。一方、執行罰・直接強制については一般的な法はないので、特別法に根拠が無い場合にはできないということになる。
行政代執行法というのは、代替的作為義務というものについてのみの一般法である。

ここで義務について話しておく。

(イ)「行政執行法」の内容

① 1900 年制定、非金銭執行に関する。代替的作為義務（ex.違法建築物の除却）についての代執行（同５条１項１号）、非代替的作為義務（ex.健康診断）・不作為義務（ex.営業停止）については執行罰（２号）、それらによっては義務の履行を確保できないときまたは急迫の事情があるときには直接強制も補足的に認められる（同３項）。

これは昔の行政執行法の内容の引用であるが、一応義務について種類が載っているので参考に。
代替的作為義務とは他人が代わってやる義務である。違法建築物を除却する義務というのは、当事者がやらなければ、代わりに行政が壊してもいい。要するに、Aさん以外の人が代わってやるということね。一方、健康診断の場合、つまりAさんさんにエボラ出血熱が疑われるので健康診断を受けてくれとお願いしても受けてくれないので、行政が代わりにBさんに受けてもらうということは意味がないであろう。これは本人がやらなければ意味がない。つまり代替性がない、非代替的作為義務と言うことになる。一方、不作為義務というのもある。これは営業をしないという義務である。

では話を戻すが、これを踏まえて、この三つの内、代替的作為義務についてだけは、行政代執行法という一般法があって、これに基づいて強制執行ができると言うことになる。教科書では、
「代替的作為義務とは、他人が代わってなすことのできる行為を内容とする義務をいう。土地や物件の引渡しや物件の移転、物を壊すこと、移動した物を元の場所に戻すこと、壊したものを元通りに直す等の行為は、義務者以外の第三者でもなし得るので、代替的作為義務に数えられる。」
とあるので、例えばダムにするからその土地をよこしなさいということで引き渡すと言うこともありうるし、違法建築物を除却したり、勝手に河川にネットを張ったのを元に戻すとか、代替的作為義務には色んな法律に基づいた、色んなバリエーションがある。そこで違法建築物の除却する義務とか、勝手に張ったネットを取り外す義務をその人が命じられたのにサボったという場合にどうするのかというと、建築基準法にいちいち代執行できるとか河川法に代執行できるとか言う規定は必要ないと言うことになる。河川法にとにかく、代替的作為義務を課しておいてくれれば、サボるやつがいたら代執行法に照らしていつでも代執行法を根拠に強制執行をできるというのが一般法である。特別の法律に基づいて課された義務を、どんな法律に基づくどんな内容のやつでも、とにかくそれが代替的作為義務であるならば代執行法が全部引き受けるということね。
その他、執行罰や直接強制というのは、特に個別の法律で許されていればやってもいいという程度に控えているということである。執行罰というのは、義務者に自ら義務を履行させるため、きちんとやらないとお金払わせるよというように脅すことである。たとえば、今月末までに新しい煙突のフィルターをつけなさい、その義務を果たさないと１０００万払ってね、というように予告する。その言うことを聞かないと、じゃあ再来月までにやってくれ、それまでにやらなかったら１０００万払え、というような感じで期限内に履行しないとお金を課す、これを過料という。罰金とは性質が違う。これは何回食らっ

ても前科者にはならない。
そういう仕組みを作っていたのだが、今現在は砂防法に唯一の例があるだけである。それで、罰と違うというのはどこかということについては、罰で罰金払えというときには、あくまで過去にやった悪いことについて避難するという趣旨の制裁なのである。なので、基本的に悪いこと一回につき一回しかできないのが罰である。二重処罰の禁止とか言ったりする。そして、罪刑均衡というのも憲法上の大事な原則である。例えば墳墓発掘罪というと、墓を掘り起こしたやつは二年以下の懲役とか色々決まっているが、罰についてはバランスが大事であって、傷害罪でさえ５０万円以下の罰金なのに煙突のフィルターをつけなかったということで何千万だというと、ちょっとありえないよね。バランスが悪い。なので、刑法では過大な刑罰がないようにしているのだが、逆に言えば、前科者なんて恐くない、５０万くらいいくらでも払うわ、というように開き直られたら、これは機能していないと言うことになる。
その点、執行罰というのは刑法の世界ではないので、罪刑均衡とかない。なので、とにかく早くフィルタ０をつけないと１０００万、まだやらないと二回目は５０００万、まだだと２億円、とかやっていいと理論的には考えられている。ということで、ポイントは、義務の実現を図るために何度でもできるということと、刑罰の罰金とは異質なものなので目的達成の観点から合理的に過料の金額を決めることができる、つまり必要なら金額を高くしてもいいということ、このに点が執行罰の特徴なのである。
実は日本の代執行の仕組みは、違法建築物の除却を代執行する際に、ブルトーザーを買わすのではなく、まず税金で全部作業をやってしまう。その上で建築主にこの分のお金を払えよ、ということで後から取り立てて、取り損なうということが多い。いっぽうで、執行罰はとりあえずお金を払えというようにやるので、払われたお金を元手に公益を達成するということもできるので、非常にうまい制度ではないかといわれている。
ちなみになぜ執行罰はなぜ例が一個しかないのかというと、額が少なすぎて実効性がなかった。そこで、額はともかく、前科者になる刑罰を活用しようということで、戦後執行罰はほとんど使われることが無くなった。なので額さえ高くすれば、執行罰は期待できるだろうという議論があるのである。

直接強制についての例は成田新法である。成田空港を開く直前に管制塔が襲撃されたという事件があり、議員立法で成田新法というのを作った。成田空港の運営を阻害する目的で、暴力的破壊活動に使われると認められる建物があると、それを大臣が使用禁止命令を出せるという権限を付与した法律である。使用禁止命令まで出ているので、不作為義務である。代替的作為義務ではないので代執行はできない。どうするかというと、本当は営業停止や使用禁止の場合は、いうことを聞かないと罰金だということで、大体は間接強制が一般的である。しかし、成田の場合は、履行をしない場合にはいきなり建物を封鎖するという実力行使を認めている法律である。これも非常に不活発である。

（ウ）条例による執行罰・直接強制の可能性

① これまで一般に、否定的に解されている。代執行法１条と２条を参照（１条の法律の中に条例を読み込むことは、ここでは出来ない）。

② 条例で不作為義務（工作物設置禁止等）を課している場合、その履行確保に際しては、(a)間接強制の方法でなければ、(b)行政的執行のルート確保のため、禁止に違反にして設置された工作物の除却命令等を行うことで、→当該義務を代替的作為義務に転換しておく必要がある。→学説上異論もある。

誰かに義務を課したときに、いうことをきかないから直接強制的に行政が何とかするという仕組みを条例ではできるのだろうかという問題がある。これは従前、否定的に考えられていた。それは、行政代執行法の条文の解釈によるものである。

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。

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。

ポイントは、２条の**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。）**と書いてあるが、ここに条例も含まれている。つまり２条以下の法律については「法律＝条例も含む」と考えていいが、１条にある「法律」には条例を含まないという風に考えられていた。つまり、義務履行確保については、法律で別に定めることはできるけど、それ以外だったらすべてこの行政代執行法の定めることによるということで、条例で新たに義務履行確保の仕組みを作ることを許さないというように解釈ができるのである。とすると、条例で何か義務を課して、いうことを聞かないからといって執行罰や直接強制などを条例ではできないということになるのである。

例えばこんな問題があったらどうするか。ある県で暴走族集会禁止条例を作った。うるさいやつがいて、路上で一定基準以上の激音を発している人がいるときには警察官はそれを募集することができると定めた。このような定めを置くことができるだろうか。うるさい人に対して静かにしろというように命令をして、なお命令に従わない人がいたら取り上げるとかいう仕組みだとする。するとこれは不作為義務である。うるさくするなという不作為義務である。もしくは本人しかできない静かにするという義務、非代替的作為義務。それについていうことを聞かないからといって、景観が直接実現するというと、これはもう直接強制ということになりそうである。だから、このような条例は作れないということになる。さっきの代執行法にあったように、法律でなければ定められないという風に規定している。とある県の条例で、非代替的作為義務について、直接手を出すことはできないということになってしまう。強制執行には非常に慎重ななのが日本法の特徴なのである。

そこで、今まではできないんだという議論がされてきた。しかし、バイクを明け渡すとか建物を明け渡すとか、非代替的作為義務などについて民法の世界では普通に直接強制やったっていいじゃないか。なので別に法律じゃなければできないというように、慎重にやる必要はない。なので、直接強制の規定を置くことが必要なのではないかという議論がある。

そう言いたくなるのは即時強制というものについての議論である。

即時強制とは、相手方に義務を課すことをなしに、実力行使を認めるものである。伝染病患者に対して、一度健康診断を受けるように受診命令を出す。いうことを聞かなかったら健康診断を強制的にやるよといっても、その間に地下鉄で帰ってしまったら困るのであって、時間がもう無いというときには最初から強制的に受診させるということができるのである。即時強制というのは相手方に義務を課すことなしに、義務の履行を待たずに、いきなり実力行使をするということなのだが、実はこれになると概念上条例でできるということになる。代執行法はあくまで行政上の義務の履行確保についてなのである。健康診断を受ける義務であるとか、一度課しておいていうことを聞かない場合には強制執行するよというような仕組みであって、これが義務履行確保なのだが、感染症の時には時間がないので基本的にいきなり強制入所させることができるという仕組みになっているのである。こういうのを即時強制というのだが、そういういきなり手を加えるという方は、義務履行の確保ではない以上、条例でもできると考えられている。とりあえず静かにしろとかいう義務を課さずに、いきなり取り上げてよいという趣旨だと解せば、つまりこれを即時強制だと解せば、実は条例を作ってよいと言うことになる。

しかし、これはやっぱり変じゃないかということが言われている。直接強制の義務履行確保は代執行法の関係でできないのに、即時強制という形でいきなりやるなら構わないということになると、いきなりの方が本当は人権侵害が強いはずなのに、それを条例でできるというのはちょっとおかしいんじゃないかということがいわれている。

代執行に関してだけ一般法があり、その他についてはほとんどない。条例でも定められない。困ったところでしょうがないので、義務を課さずにいきなりやるという、もっと激しい即時強制では条例は許されるというのが日本である。根本的な検討と再整理が必要ではないかといわれている。

今いったことのまとめは以下に示す。

5．即時強制

(ア) 相手方の義務の存在を前提とせずに、行政機関が直接に身体又は財産に実力を行使して、行政上望ましい状態を実現する作用（即時執行とも言う、塩野、大橋）。

(イ) （例）義務を命ずる暇のない緊急事態や、犯罪調査・泥水者の保護のように義務を命ずることによっては目的を達成しがたい場合。

(ウ) （具体例）昔、行政執行法。今、警職法（3,4,5,6Ⅰ,7）、精神保健福祉法に基づく措置入院等、なお宮城県ピンクちらし根絶活動促進条例（４条１項）etc.

(エ) 根拠規範

① 侵害留保説からすれば、当然に根拠規範を要する。

② 行政代執行法１条の適用は受けないから（相手方に義務を課してその履行の確保を図るものではない）、条例を根拠規範とすることも可能と解されている。

③ （例）放置自転車の移動保管等

(オ) 手続保障

① 即時強制は事実上の行為ゆえ、不利益処分の定義には該当しない。

② 個別の法律における事前の手続保障は不十分との指摘

③ （稀な例１）感染症予防法

④ （稀な例２）精神保健福祉法

これからは基本的な代執行法の話をする。代執行はどういう時にできるかというのを法律の条文に沿ってみていく。

1．代執行の（実体的）要件

(ア) 義務の不履行の存在

① 「法律（…）により直接に命ぜられた行為」（火薬取締法 22 条）

② 「法律に基づき行政庁により命ぜられた行為」（建基９Ⅰ、河川 31）

＊ 条例に基づく義務でも代執行は肯定されるというのが一般的な解釈

③ 義務が存在しているためには、義務賦課行為が有効でなければならない。

(イ) 代替的作為義務（金銭の納付義務を除く）

① 庁舎の明渡しや立退きの義務などは対象とならないが、では、立ち退かない奴はそのままに物件の搬出だけ代執行、は可能か。

② 施設改善命令に基づく義務（たとえば公害防止施設の設置）

(1) 代替的作為義務ともいえるが、抽象的には代替的であっても、具体的場合にそうであるかどうかの弁別が困難なこともある。専門的技術、複数の選択肢。

(2) 法解釈論としては代執行を行うことは出来ると解するべき。立法論としては、むしろ執行罰の方がより適切な方法のように思われる（同旨、芝池）。

よく問題になるのは、何が代替的作為義務といえるのかどうかである。例えば庁舎の明け渡しや立ち退

きの義務を考えてみる。今まで今まで土地の一部を課していたが、手狭になったから土地を引き渡せという義務を課したのにいうことを聞かないとなると、他の人が出て行くというような代替的な措置はできない。しかし、机やいすを運ぶということは代わりにでもできるよね、ということで、人が居座っても机だけは我々が片付けるということができるのか。これもちょっとおかしい話である。非代替的作為義務は強制執行しないというシステムを採用しているわけで、居座ったらしょうがないのである。そう言うときには罰金とかで脅すしかないというのが日本の仕組みなので、そう言うときに机だけを運ぶのは自由でしょというのはちょっと筋が違うかなという気がする。それと代替的作為義務というのは、本当にどこがどうなのかというのは非常に難しい。実は違法建築物の除却命令というのは代替的作為義務であるということを前提にして話してきたが、実際にはこれも難しいところである。改築・増築を重ねて非常に大きな家になった。建坪率５０%のところを８０%の大きめの家を造ったというときに、じゃあ違反分の３０%取り壊します、といっても、どこを取り壊すかは難しい。まさかトイレから取り壊すというわけにもいかないし…ということで非常に具体的な判断が難しい。なので抽象的にはできそうなのだが、具体的には難しいのである。ただ、一度相手方が自分で義務を自発的に履行する機会があるのにやらないのだから、どこを壊されても文句は言えないだろうとはいえる。なので解釈論としてはできるというしかない。しかしこういう義務については執行罰を使う方が良いのではないかというのが先生の考えである。

(ウ) その他の要件（２条）

① 第１、他の手段によってその履行を確保することが困難であること。

(1) 何が、代執行に先行すべき「他の手段」にあたるか。

＊ 行政罰の存在や民事上の強制執行は含まれない。

＊ 義務者に対する助言・指導、必要な技術的援助など

(2) 比例原則の適用で足りるように思われる（塩野）。

② 第２、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こと。

(1) 義務の不履行は直ちに代執行の要件を満たすものではない（比例原則の適用はあるから当たり前の話し）。

(2) 結局、代執行の適用に慎重たれと、行政機関に求める趣旨

③ ＝代執行の機能不全を招く。

④ これら要件を規定しないで代執行の促進を意図した立法例（建基９条 12 項、収用 102 条の２第２項、都市再開発法 98 条２項）。

その他の要件についてである。義務者が履行しない場合にはやっちゃっていいよということではない。①の「著しく」というのは、法律的にはかなり厳しい。なので滅多にできないというような運用になっているである。しかし、（２）のように、比例原則で足りると考えられている。代執行の適用に慎重であれ、という趣旨であるという解釈が一般的である。これらは代執行の機能不全を招いたのは事実であって、現在はここまで厳しくない立法例がたくさんある。例えば建築基本法９条１２項では、義務を命じられたがそれを履行しないときには、あるいは履行しても十分でないときには、代執行していいという規定である。さっきの２条にあったような「著しい」のような条文をもっとすっきりさせたような規定になっていて、代執行をやれというように促している。しかし、なかなかうまくいかないのである。３条に手続について書いてある。

２．代執行の手続（的要件）

(ア) 相当の履行期限を定めて「戒告」を行い、なお義務が履行されないときに代執行をなすべき時期等を代執行令書によって「通知」をし、しかる後に実力の行使（3 条）。

戒告というお知らせをして、予告をして、もうそろそろこっちは用意しますので、きちんといつまでやってください、でもなお履行がないときには４ヶ月以内に代執行が入りますよ、というように通知をするということにしている。これはあくまでお知らせがあるということだが、もし代執行に不服があるときには戒告や通知を処分に見立てて取消訴訟をやるということが下級審では認められている。ただの

通知なんだけど実はこれが訴訟の手がかりになるのである。学説もそれを認めている。

次は履行責任者が抵抗した場合、どうすればいいかを考える。

(エ) 履行義務者が物理的に抵抗した場合、それを物理的に排除する可能性？

① たとえば違法建築物の除却の代執行で、占拠者が抵抗し立ち退かない場合。

② 立退命令を発して不履行→直接強制、あるいは直ちに即時強制を認めるような、法律上の規定はない。

③ 代執行に随伴する一定程度の実力行使を認める見解（広岡隆）もある。

④ 実務上は、警職法（4,5）によっているらしい。抵抗の仕方が公務執行妨害罪等の構成要件を充足する場合には、それで現行犯逮捕をしてもらうという方法。

⑤ あるいは、立ち退かないまま除却作業を開始→建物の損壊→立ち退かない人が危険な状況におかれている→避難させる（警職法４Ⅰ）という方法？

⑥ やむを得ず権力の行使の必要があるときは、立法でこれを正面から認めると共に、他方でその要件や手続を明確に規定するのが本来のあり方であろう。

終え近オリンピックに向けて土地開発が進んでいるが、ある家がスタジアムを作るのに、立ち退きを嫌がったらしく、広い区画のある一カ所に家がぽつんとあって、それが周囲が掘り下げられていて、一カ所だけ立ち退かない家があるのである。親戚が水や手部ものを提供指定らしいが、１～２ヶ月で抵抗をやめて、潰したらしいが、中国での立ち退き、これは土地収用するから立ち退きなさいと言えば、これは土地収用法に基づいて収容できる。嫌だという人には代執行ということで取り壊しても良いのだが、なおこのように物理的に抵抗する人がいたらどうするか。中国のようにやると、ちょっといじめっぽいような気もする。こういうときに、確かに家を取り壊すというのは代替的作為義務なのだが、そこにいるAさんを立ち退かせるというのはこの人にしかできない義務、非代替的作為義務なのである。これは代執行できない。では、こいつをどうするのかという問題がある。日本ではどうなっているのかというと、こういうときに直接をやっていいというような規定はない。実務上は上の④を使うのである。

④ 実務上は、警職法（4,5）によっているらしい。抵抗の仕方が公務執行妨害罪等の構成要件を充足する場合には、それで現行犯逮捕をしてもらうという方法。

⑤ あるいは、立ち退かないまま除却作業を開始→建物の損壊→立ち退かない人が危険な状況におかれている→避難させる（警職法４Ⅰ）という方法？

しかし、⑤のやつは警察とかが芝居をするということなので、おかしい。なので、やはりやむを得ず権力行使せざるを得ないのであれば、

⑥ やむを得ず権力の行使の必要があるときは、立法でこれを正面から認めると共に、他方でその要件や手続を明確に規定するのが本来のあり方であろう。

ということになる。

３．代執行と救済制度

(ア) 戒告・令書の通知の処分性：代執行が適法に開始され、進行するという法効果は有。

(イ) 行政手続法２条４号イで、かかる処分は不利益処分の定義から除外されている。

(ウ) 違法性の承継はない。代執行が終了してしまえば訴えの利益は消滅する。

(エ) 救済方法としては、国家賠償によることとするのが従来からの考え方。

基本的には、戒告や通知を争うと言うことができるといわれているが、強制執行が行われてしまえば取消訴訟とかも意味が無くなってしまうので、結局国賠でやることになるだろう。間違って代執行をやってしまったときには金銭賠償しかないだろうということね。

４．行政代執行の機能不全

(ア) 長期間の入念な準備が必要で、簡易迅速には行えない、２条のその他の要件の充足性に自信もてない、後で訴訟になる可能性を考え躊躇する、強権発動的でイメージが悪い、強制徴収は実際には困難（後出）＝税金で負担するかと思うとまた躊躇、ほとんど利用されてこなかった＝ノウハウの蓄積はない…。

(イ) 「行政代執行が多大の労力と専門知識を要求する作業であることに鑑みると、通常の

4．行政代執行の機能不全

(ア) 長期間の入念な準備が必要で、簡易迅速には行えない、２条のその他の要件の充足性に自信もてない、後で訴訟になる可能性を考え躊躇する、強権発動的でイメージが悪い、強制徴収は実際には困難（後出）＝税金で負担するかと思うとまた躊躇、ほとんど利用されてこなかった＝ノウハウの蓄積はない…。

(イ) 「行政代執行が多大の労力と専門知識を要求する作業であることに鑑みると、通常の組織が片手間で行うことが出来るという前提自体見直す必要があり、代執行専門組織の整備等も検討すべきである。」（字賀）

ここまでが代執行の基本的な仕組みの紹介である。

次に、お金についてはどうするかと言うことである。

5．行政上の強制徴収

(ア) 国税徴収法に定める手続

① 滞納処分の前段階：納税通知（国税通則 36）、督促（同 37）が行われ、督促をしてから所定の期間内に完納されない場合に、滞納処分に移行する。

② 滞納処分手続：滞納者の財産の差押え（国税徴収 47）、公売による差押財産の換価（同 89、94）、換価代金の配当（同 128）。

(イ) ↑「国税滞納処分の例により」とされている例は多い。

国税徴収の滞納処分の仕組みは

①納税の告知（国税通則法36条１項）

②督促（国税通則法37条１項）

③財産の差押え（国税徴収法47条以下）

④差押財産の公売等による換価（国税徴収法89条以下、94条以下）

⑤換価代金の配当（国税徴収法128条以下）

という流れであり、これが一般法的な位置づけになっている。地方税法についても「国税徴収法の例に例により…」と書いてあるので同じようにやることになっている。このように強制徴収の規定があればそのままこっちでいくのだが、根拠規定がない場合はどうなるのか。

(ウ) 根拠規定がない場合（＝強制徴収は出来ない）。

① その場合、民事訴訟を提起→給付判決をもらい、それを債務名義として民事執行法にもとづく強制執行（司法的執行）へ。

② ex.　公営住宅家賃、国公立学校授業料、水道料金など

この場合は、特権が認められていないと言うことなので、一般人と同じように、民法と同じやり方でやるしかないと言うことになる。実は水道料金、公営住宅家賃などは強制徴収できないということになっている。サービス行政的なものには行政執行は使われていない傾向があるのかもしれない。

そして問題は次である。

(エ) 行政上の強制徴収と民事執行

① 強制徴収という自力救済の特権が認められているとき、それによらないで、民事訴訟・民事執行の方法を選択することが許されるか。

② 判例：強制徴収が認められている場合には専らそれによるべき（119事件）

③ 学説：積極説・消極説（塩野「ハイウェー理論」(?)）の両方がある。

④ 行政上の強制徴収が単なる特権の付与か、それにとどまらない意義（裁判所に不必要な負担を課さないなど）があるか。それがなければ、司法的強制の可能性を一概に否定することも適当ではない。

問題は二つあって、行政がどういうときに司法的執行の方法をとれるのか。強制徴収という自力救済の特権が認められているときに、わざわざそれを使わないで、裁判所を頼っても良いのだろうかという問題である。これの例が、農業共済組合の話である。台風などの時に所得保障とかを援用するために、売り上げの内一部を組合費として払いなさいということになっていた。ところがＹさんが払わなかった。

そのときにどうするかというと、Aは強制的に払わせるということが法律上許されている。しかし、こういう団体では、顔がしれていて仲間であるので、なかなかそういうことをしない。そこで、Xが代わりに直接お金を払えというように言ったという事件である。Aさんさんは強制徴収できたのだが、果たしてXは直接いえるのだろうか。こういう事件で問題になったのは、本来強制徴収という仕組みできちんと支払い義務が履行されると言うことを予定していたこの法律の仕組みにおいて、X連合会が民事判決でYに払えということを申し立てたのだが、そんなことが許されるのだろうかということである。民法の発想で考えると、AがYに対して持っている債権を保全するために、Aさんに成り代わって、Yに対して民事訴訟を提起して支払い請求をしたということになる。それは強制徴収でいくべきなんだから、民法ではいけないんじゃないの？ということが問題になった。

判決はどうなったかというと、

② 判例：強制徴収が認められている場合には専らそれによるべき（119事件）

③ 学説：積極説・消極説（塩野「ハイウェー理論」(?)）の両方がある。

この判決の理論を学説は「バイパス理論」と呼んでいる。最近はハイウェー理論とは言わない。要は、高速道路がある以上はそっちを通れということである。行政だけ通れる高速道路があるのに、一般道は走ってはいけないというのが最高裁の判例の趣旨である。ただ、法令については学説が色々あって、バイパスがあると必ずそっちを通れというのは、そのように一律にはいかないだろうという理論がある。

④ 行政上の強制徴収が単なる特権の付与か、それにとどまらない意義（裁判所に不必要な負担を課さないなど）があるか。それがなければ、司法的強制の可能性を一概に否定することも適当ではない。

つまり、何のためにバイパスがあるかということである。一般道が混んでいるというときにはバイパスを通れというのはわかるが、どうしても一般道を通らなければできない手続があるとか、別に裁判所が混んでもいないというときであれば、別に民事判決を使っても良いのではないかと言うことが言われている。

(オ) 行政上の強制徴収の機能不全

はっきり言って、強制徴収も機能不全である。例えば、年金保険料もそうだし給食費の未納とかもよくあるが、結局国税庁以外は差し押さえ・換価などに必要なノウハウが全く十分ではない。実際にはほとんど強制徴収が実施できていないという問題がある。特に町村レベルにおいては、住民に身近なだけに躊躇してしまって、機能障害を起こしている。なのでなかなか難しい。

地方自治法で、一部事務組合という組織を作ることができる。例えば、小さな町や村で、消防署を持つのは大変である。小さな町や村で一つ一つはしご車を持とうというのはコストがかかって大変である。そこで、近隣三つくらいの町や村で、消防組合というのを作る。これが三つの町の共通共有の役所というように位置づける。そうやって自治体が自分たちの裁量でそういうことをできるという仕組みがある。それで、一部の地域では、市町村税レベルの滞納の処分に特化した、滞納処分組合というのを作っているところもある。普通の市民税課で通常の処分をするだけでも十分大変である。なので滞納の処分まではできないので、わざわざ一部事務組合を作って強制徴収しようという例がある。そのくらい特別なノウハウが必要なのである。なので、代執行のみならず強制徴収の場合も組織改正のあり方が根本的に見直される必要があるといわれている。

次は、行政上の徴収ができない場合どうなのかという話である。

6．行政的執行が認められない場合の民事執行

(ア) 従来、学説・下級審判例では、行政上の強制執行手段がなければ、通常の民事訴訟・民事執行の手続によって強制執行をすることができる、と考えてきた。

(イ) しかし、宝塚市パチンコ条例事件判決！

① 国又は地方公共団体がもっぱ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、そういったことを認める特別の法律上の規定がない限り

6．行政的執行が認められない場合の民事執行

(ア) 従来、学説・下級審判例では、行政上の強制執行手段がなければ、通常の民事訴訟・民事執行の手続によって強制執行をすることができる、と考えてきた。

(イ) しかし、宝塚市パチンコ条例事件判決！

① 国又は地方公共団体がもっぱ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、そういったことを認める特別の法律上の規定がない限り許されない、なぜならそれは「法律上の争訟」に当たらないから、という仰天すべき判決（最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 巻 6 号 1134 頁）。

② ＝行政上の義務の民事執行の道を閉ざしており、議論（批判）をよんでいる。

③ ここで「法律上の争訟」は、私権の保護に限定されることを前提としているようであるが、そのような片面的把握自体に問題があるし、現行法は、行政主体による民事訴訟の利用可能性を認めていると解するのが常識的であろう。

法律に基づいて何か処分をしたとしても、それが代替的作為義務ではないような時は、代執行の対象ではない。成田新法でなければ普通、別の法律を定めることもない。結局自力救済はできないことになる。そう言うときはどうするのか。従来は、上にもあるが、

(ア) 従来、学説・下級審判例では、行政上の強制執行手段がなければ、通常の民事訴訟・民事執行の手続によって強制執行をすることができる、と考えてきた。

例えば、古都保存条例を作って、景観を保護する。このように、特別な建築基準を設けているのにもかかわらず、パチンコ屋が営業しようとした。そして条例違反の建築工事が始まった。なので、当時中止命令を出したのだが、これを無視されれば、工事の続行の禁止についての仮処分の申請することで民事裁判をやることができる。また、市役所に入っていた喫茶店をまだ契約期間中だが、その区域が必要になったので出ていってくれというときに、どうしても嫌だといって居座り続けたらどうするか。この場合、使用権は一方的に中止できるので、この場合は権原なく占拠していることになり、不法占拠していることになる。この人に対して「出て行く」ということは非代替的作為義務なので、代執行はできない。この場合は市が民事訴訟を提起して庁舎の所有権に基づく立ち退きを求めるということをやる。

と思っていたのだが、宝塚パチンコ条例判決というのがでた。

(イ) しかし、宝塚市パチンコ条例事件判決！

① 国又は地方公共団体がもっぱ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、そういったことを認める特別の法律上の規定がない限り許されない、なぜならそれは「法律上の争訟」に当たらないから、という仰天すべき判決（最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 巻 6 号 1134 頁）。

行政が特に特権がないとき、ある時で行政が一方的に一人で色々判断してやるよりも、裁判を提起した方がコストはかかるが公正な第三者の立場から裁判所が色々判断すると言うことはそれ自体は権利保障が厚くなるので悪いことではないと思われていた。つまり、強制執行の際に、事件によっては裁判所を活用するのはバランスのとれた議論のはずなのである。しかし、この事件で裁判所は、訴えを却下した。宝塚市もちょっとまどろっこしい条例を作った。パチンコ店を建てるというときには市長の同意を要する。でも市長が同意できるときと言うのはこういうときだけだよ、というように縛っていて、結局はパチンコ店は本来色んなところでできるのだが、商業地域だけでしかできないというふうに厳しくした。それで、建築できなくなってしまったという事件。本来は運営法などに基づいてパチンコは規制している。その上で色んな都市計画の中で規制されるのである。なので、本来ならできるはずのところでも、宝塚市が一人だけ厳しい条例を作ってできなくしている、これはおかしいじゃないかと業者は怒って、同意をしていないから建築は中止せよと言う命令をしたのだが、業者はこれを無視した。

しかし、この条例をよく考えると、建築を中止せよと言うのは、不作為義務である。なので、代替的ではない。そういうことについての義務履行確保については、罰、罰金とかで担保するというのが普通なだが、罰則の規定がなかった。なので、パチンコ店の建設を阻止できなかった。そこで、民事訴訟を提

起した。宝塚市は負け続けた。それは全く別の理由であって、法律や兵庫県の条例でできるというものを、市の条例で全部できないというのは条例設定権の限界を超えているという理由であった。営業の自由と公共の利益の関係から運営法が定められていて、その規制より著しい規制は法律の趣旨目的を阻害していると言うことで、無効だとされた。

この判決に対する批判もある。街作りというのは地域的な取り組みがあって然るべきなので、およそ全部できないというわけではなく、商業地域という余地は残してあるので、裁量の範囲で許してくれても良いんじゃないかという議論もあったのだが、最高裁ではなんと却下された。つまり門前払い。

国又は地方公共団体がもっぱ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、そういったことを認める特別の法律上の規定がない限り許されない、なぜならそれは「法律上の争訟」に当たらないから、という仰天すべき判決（最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）。

最高裁は何と言ったのかというと、「これは国や自治体の提起した訴訟であって、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な場合であれば、これは法律上の争訟に当たるというべきなのだが、行政がもっぱ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、公益目的であって自己の財産上の権利利益の救済を目的とするとはいえないので法律上の争訟とはいえない」とした。

「法律上の争訟」という言葉は何かというと、①権利義務に関する具体的な紛争であるということ、②法の適用によって終局的に解決可能であるということ、この二つの要件を満たした訴訟のことである。

その他は、特別に法律が権限を与えていたらやっていいというのもある。一番の例は選挙訴訟である。あとは住民訴訟。

さっきの市役所から立ち退けという例あれば、自分の所有権に基づいて立ち退きしてくれという場合は、おそらく財産上の権利義務の保護救済を求めるような場合になるのだろう。その他の行政上の主体となっているやつはだめだよね、と裁判所は言ったのである。これは意味不明と批判されている。

② ＝行政上の義務の民事執行の道を閉ざしており、議論（批判）をよんでいる。

③ ここで「法律上の争訟」は、私権の保護に限定されることを前提としているようであるが、そのような片面的把握自体に問題があるし、現行法は、行政主体による民事訴訟の利用可能性を認めていると解するのが常識的であろう。

ではどうやって行政のやっている活動の実効性を担保するのか。それを以下で話す。行政が強制的にやってしまうのはできる限り控えて、罰則の威嚇で何とか言うことを聞いてもらおうという方にシフトしている。行政が自ら動いて何かさせるとか、望ましい状態を作るのではなくて、言うことを聞かないとお仕置きがあるよというようにして自発的にやってもらうというのがこの仕組みである。その基本的なものは、行政刑罰と秩序罰である。この二つを合わせて行政罰という。

行政罰とは、行政上の義務の不履行に対する制裁である。言うことを聞かなかったことへの制裁という趣旨なので、その点では将来の履行確保を目指す執行罰とは違う。

「制裁」の意味

(ア) 広い意味での制裁概念＝（A）行政上の義務違反を理由として、（B）直接名あて人に義務を課したりその権利を制限したりするなどして、（C）違反者に不利益な効果を及ぼすもの and（D）将来の違法行為も抑止しようとすること。

(イ) ＝「制裁（sanction）」という文言の理解の仕方にはいろいろある。

① 非違行為を理由とするもの（フランス）、＋「相手を何とか一定方向に向かせようと、つまり抑止効をねらうのも全部サンクション」（アメリカ）……

（イ）について、アメリカのように考えると、例えば独禁法とかで課徴金という仕組みがある。これは違法なカルテルなどをやって、それでも受けた人うなり駅を吐き出させるという仕組みである。こういういものは果たして罰なのかという問題がある。あれは丸儲けした部分を払わせて０に戻すだけなのである。一方で、罰金は悪いことをしたからマイナスを与えるという感じなのである。なので、０に戻すだけなら制裁じゃないのではないかということで、フランスではあまり課徴金の仕組みはない。ということで何を制裁と考えるかということで、どこまでを扱えばいいのか問題になる。
例えば、受益処分の撤回というのがあるが、これは免許取消のようなもの。これは罰金とか免停というのは受け取る方にしてみれば不利益である。しかし、行政法の世界ではこういうのを制裁として議論してこなかった。というのは、飲酒運転をした人から免許を取り上げるのは、別にその人を懲らしめるという意味はない。そういう人が運転していたら危ないので、公共の安全を守るためにやる措置なのである。あくまで公共の安全を確保するためであり、その人を非難するという趣旨ではない。
そのように、色々制裁という言葉にどこまでを含めればいいかというのが理論的には問題になる。しかしその中に絶対含まれるものは、行政罰であるので、その行政罰の仕組みを概説する。

行政罰
(ア) 過去の義務違反に対する制裁（執行罰は将来の義務履行を確保するため）
(イ) 行政罰には、行政刑罰（３.）と行政上の秩序罰（４.）とがある。両者の区別・振り分けの基準は必ずしも明確ではない。

（イ）について。例えば、船員の免状というのがある。彼らは船に乗り込むときに、自分たちの免状を携帯するということが法律上の義務になっている。何かあったときにきちんと出せるようにということで義務になっている。これをうっかり免状を忘れて載ってしまったらどうするかというと、過料ということになっている。これは秩序罰である。行政刑罰とは、刑法の９条を見ればわかるように、刑法に刑名のあるものだけを使うのが行政刑罰である。罰金とか。
これの振り分け基準は曖昧なのである。その船員免除の違反は過料であり秩序罰なのだが、私たちが運転免許を持たないで運転していると、１点減点になると思うが、これは何と行政刑罰で、罰金があり得るのである。同じような義務なのに、違反したときのペナルティがこのように違うというのは、必ずしも合理的ではないといわれている。しかし、道路交通については罰金にすることにとても意義があるのだが、後で言う。

３.　行政刑罰
(ア) 行政上の義務違反に対する制裁として「刑罰（刑法９）が用いられる場合」
(イ) 行政罰ないし行政罰の特殊性？
① 刑法８条（行政刑罰についても原則、刑法総則の適用あり）、「特別の規定」。
② 現在は、総則の適用あることを前提に、特別の規定の解釈を通じて行政犯の特色に対応すればよいというのが通説・判例。

行政刑罰も一応刑法の世界の問題である以上、刑法総則の適用があるし、刑事訴訟法の手続で執行される。しかし、行政刑罰の方も実は機能不全である。行政犯については刑罰権の発動を躊躇することが多く、犯罪の数も多いし、前科者になるので、重すぎるのではないかという話もある。実際に、重大事件（殺人や強盗）で警察は忙しいと言うこともある。略式手続があるといっても、それでも相当煩雑であるということもある。また、刑罰自体に威嚇力がないということもある。行政犯レベルになると、５０万円以下の罰金など、少額のものが多い。もし万が一非常に重たい罰で懲役とかになっても、大体執行猶予がつく。
（執行猶予）

第25条次に掲げる者が３年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金の言渡しを受けたときは、情状により、裁判が確定した日から１年以上５年以下の期間、その執行を猶予することができる。

1．前に禁錮以上の刑に処せられたことがない者

2．前に禁錮以上の刑に処せられたことがあっても、その執行を終わった日又はその執行の免除を得た日から５年以内に禁錮以上の刑に処せられたことがない者

そして、例えば違反建築物を取り締まるというときに、義務を課す行政機関と実際に行政刑罰を科す組織というのは分かれるのである。つまり違反建築物について取り締まるのは県の建築指導課なのであり、うまく行政指導をやったりしてうまく処理するのが腕の見せ所なのである。しかし、うまくいかないから県警に問い合わせて、県警に告発してくれと言うことをやるのである。つまり県庁の建築指導課の公務員が県警に相談に行くということは、言い換えると行政指導で問題を解決できなかった、建築指導課は無能であることを自ら言うことに等しく、恥をさらすようなものである。なので、なかなか相談しないという傾向がかなり強い。実際何か告発しても警察が捜査に本当に乗り出すか、警察が提起まで乗り出すかわからないということもある。そのような縦割り意識、告発自制意識というのが強いことも、行政刑罰の絹不全を招いている。

行政刑罰で大事なのは、特別な仕組みである。

反則金の仕組みである。例えば駐禁で捕まったとすると１万５千円を払いながら、輪っかを外してもらいに行くのであるが、この反則金を納めると起訴を免除するという仕組みを作っているのである。道路交通には違反者が多いので、全部刑事裁判をやっていては役所がパンクするので、特別な仕組みを作っている。こういうのを非刑罰的処理という。有名なのは国税に関する通告処分の仕組みと、道路交通についての反則金（即決裁判手続）である。反則金について言うと、一部の比較的軽微な犯罪について、反則行為者について反則金を払わせ、払ったら刑事訴追はしないという特別の制度を、刑事訴訟法の特例として設けた。なので、この場合は罰金でなければいけないということがある。

ただこの反則金を払えよという通告は処分性がないといわれている。なので、駐車違反はしていないという主張があれば堂々と刑事裁判で争いなさいと言うことである。とりあえず前科者にはなりたくないので反則金は払って刑事裁判を免除してもらったくせに、後からあれは間違いな反則金であったといって通告を処分に見立てて取消訴訟をやった人がいたが、そんな虫の良いことはダメだと最高裁は言っている。反則金というのは、身に覚えのある人が効率よく処理しましょうと言うことなので、争うなら裁判で争えという風に最高裁では言っている。

次は過料についてである。

行政上の秩序罰

(ア) 行政上の秩序に障害を与える危険がある義務違反に対して、刑法上の刑罰でなく、「過料」という制裁を科すもの。

(イ) 届出義務の懈怠など、単純な義務違反を念頭に置く。罪刑均衡の観点から、過料額は低く抑えられている（例外、商法498など）。

(ウ) 地方公共団体も条例又は規則で科すことができる（５万円以下、自治14Ⅲ・15Ⅱ）。

(エ) 刑法上の罰ではないので、刑法総則、刑訴法の適用はない。

過料の例としては、届け出義務違反が非常に多い。

(オ) 過料を科す手続

① 国の法律違反に対する秩序罰＝地方裁判所において科せられる（非訟事件手続法206以下）。条例・規則違反に対しては長がこれを科し、納付しないときには地方税の滞納処分の例による（自治255の3、231の3）

(オ) 過料を科す手続

① 国の法律違反に対する秩序罰＝地方裁判所において科せられる（非訟事件手続法206以下）。条例・規則違反に対しては長がこれを科し、納付しないときには地方税の滞納処分の例による（自治255の3，231の3）。

② かかる処分について行手法3条1項2号（3章適用除外）。制裁としての性格と憲法上の適正手続の要請の調和。

③ 判例は合憲説（最決昭和41年）。しかしここでの異議申立てには即時抗告と特別抗告しか認められておらず、対審公開の裁判を受ける権利の保障はない。

④ 自治体の場合は、自治体で完結できるシステム（条例違反→過料について、裁判所、検察官を煩わせない）を採用。行手13Ⅱ④、3Ⅱ、自治255の3Ⅰ

④の例は歩きたばこ禁止条例とかね。もちろん自治体が過料を科すと言うことはできる。その過料を科せると言うことについて、地方自治法は１４条で条例制定権の範囲を定めている。

第三章　条例及び規則

第十四条 普通地方公共団体は、法令に違反しない限りにおいて第二条第二項の事務に関し、条例を制定することができる。

○２ 普通地方公共団体は、義務を課し、又は権利を制限するには、法令に特別の定めがある場合を除くほか、条例によらなければならない。

○３ 普通地方公共団体は、法令に特別の定めがあるものを除くほか、その条例中に、条例に違反した者に対し、二年以下の懲役若しくは禁錮、百万円以下の罰金、拘留、科料若しくは没収の刑又は五万円以下の過料を科する旨の規定を設けることができる。

つまり秩序罰というのは義務違反に対して軽い罰と言うだけなので、額も５万円以下という風に非常に軽くなっているのである。国の法律では過料でも結構高額なものがある。取締役の登記義務を怠ったら１００万円以下の過料とかある。５万円以下だと強制徴収するコストと比べて非常に割に合わないことになる。なので実際には抑止力も欠けるし、たばこ吸っていたやつが逃げていったとしても、追いかけるというコストを払うのには見合わないのである。相手方が任意に支払ってくれないと過料は実効性確保をするのは困難である。

(ク) 刑罰と行政上の秩序罰の併科（123事件）

① 両者は性格が完全に一致するわけではないが、しかしその区別は実質的には必ずしも明確でないし、実際の立法例における両者の振り分け基準も不明確。

② 罪刑均衡原則の問題。秩序罰というラベルを貼ればいつでも併科可能というのも妥当でない。併科の場合でも、刑罰は「最後の手段」として用いられるべき。

行政刑罰と秩序罰の両方を併科して良いのかというと、趣旨が違うのだから良いのではないかという風位考えられている。しかし、制裁という意味では同じなので、バランスを失してはいけないという当然の縛りはある。

残りその他の制裁についてやる。

5．　加算税（過怠税、延滞税等）

(ア) 申告納税・源泉徴収の義務の懈怠・違反に対して課される附帯税（国税通則2Ⅳ）＝加算税。a.過少申告加算税、b.無申告加算税、c.不納付可算税、d.重加算税（同65-68）。

(イ) 追徴税（加算税の前身）と刑罰の併科について、122判決は、二重処罰禁止規定に違反しないと言う。いずれにせよ、当該不利益が実質的にも刑罰にあたる程度

5．　加算税（過怠税、延滞税等）

(ア) 申告納税・源泉徴収の義務の懈怠・違反に対して課される附帯税（国税通則 2IV）＝加算税。a.過少申告加算税、b.無申告加算税、c.不納付可算税、d.重加算税（同 65-68）。

(イ) 追徴税（加算税の前身）と刑罰の併科について、122 判決は、二重処罰禁止規定に違反しないと言う。いずれにせよ、当該不利益が実質的にも刑罰にあたる程度のものであるかどうかという観点をも、考慮する必要がある（北野解説）。

(ウ) 事前手続について、行手法は適用除外されている。しかし、およそ課税処分に手続不要とは言い切れず、とりわけ重加算税のような制裁的性格を有する課税処分の場合には、憲法上も要請されると見るべきであろう。

．　課徴金

(ア) 用法１：財政法３条、用法２：独禁法の課徴金（行政上の義務違反によって生じた利益を剥奪する制度、ex.独禁法７条の２Ⅰ）。二重併科も合憲（学説・判例）

これはきちんと申告納税しない人についてはペナルティとして、税金を増やすというやつである。これも別に二重処罰にならないんだということである。つまり、税法上の義務を果たさなければ罰金ということもあり得るのだが、それに加えて税金も値上げするというのは二重処罰にならないかという風に言われるが、別に良いんだと言うことである。実質的にバランスがとれていれば良いんだと言われている。

ちなみに二重処罰禁止規定とは、同一の犯罪について重ねて刑事上の責任を問われないというものである。後で出てくるが課徴金について考えてみると、課徴金とはうまいことをやってため込んだ不当な利益を吐き出させるというものである。現在は不当利得を上回る額が課徴金になることもある。なので単にため込んだ分を吐き出させるだけではないのである。場合によってはマイナスになるような高い課徴金を課すこともあり、制裁の仕組みになっているのではないかといわれ問題になった。

そこで、二重処罰禁止規定とは、ただの手続き上の問題だろう、二回起訴されないと言っているだけのことなのだと考える。憲法上の問題はむしろ罪刑均衡であろう。行政法的に言えば比例原則ということで

、目的を達成するための手段としてバランスを得ていれば良いんだとういことである。なので、課徴金についても違反行為抑止という行政目的との関係で、合理的な金額を最初から設定すればいいので、その限りで比例原則に反していなければ問題ないのだと考えられていた。なので、二重処罰といわれないようにするために課徴金の運用に異常に慎重であった従前の方がちょっとおかしいわけで、遠慮無く必要な課徴金を取ればいいと考えられている。ただ、罰金を受けると課徴金を負けてもらえるという仕組みがあり、理論的にはあまり徹底してないといえる。

課徴金が高いというのは、ある程度理由がある。刑罰があまり機能しないということで、では課徴金を高くしようというとで課徴金の額が高くなったのである。しかし、先生はこのことに対して危険な思想がちょっと見えると考えている。不正な有価証券を作っておきながら役員がそれを売り受けてボロ儲けすると、その人個人にも課徴金が課されるという仕組みになっている。つまり、個人に対して指導したやつには刑罰もあるし課徴金も課されるという仕組みになっている。一応刑と行政上の制裁なので趣旨が違うから二重処罰にはならないと言っているのだが、虚偽記載の認識があるのにもかかわらずやったというのが法律上の要件であって、身に覚えがあるかがポイントなのである。つまり、その人の責任を非難すると言うことが課徴金を課す際の要件なのである。「お前はだますつもりでやったんだろ？」ということで初めて課徴金、刑罰を科すのである。なのでその人の責任を問うというのは、刑法の刑罰と本質が非常に近い。従って課徴金といいながら刑罰とは違うんだということはなかなかいえないと先生

は考えている。市場をきちんとコントロールするために、スピードアップした手続で違反者を退場させると言うことは大事だと思うが、刑罰と同じような内容の制裁を課徴金でやろうというのはちょっと危険な気がする。実質上、刑罰を行政処分に代替させるという委とがあるとすると危険であると考えている。