

《論 説》

行政強制と権力分立

——ドイツ連邦憲法裁判所の最近の1つの判決を契機として——

木 藤 茂

- I 本稿の経緯と問題意識
- II ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2018年7月24日判決（BVerfGE 149, 293）
- III 若干の考察（その1）— 裁判官留保の位置付け
- IV 若干の考察（その2）— 行政執行と行政強制
- V まとめに代えて

I 本稿の経緯と問題意識

日本の行政法学上、「行政上の強制執行」は明治期以来の伝統的かつ中心的なテーマの1つに属する。このことは、公法と私法あるいは行政行為の執行力などといった長年にわたって多くの議論を呼び起こしてきた諸論点を意識しつつ歴代の著名な行政法の教科書の目次を眺めてみるだけでも、十分に窺い知ることが出来よう。他方で、我が国における「行政強制」の体系は、むしろ戦後になってから田中二郎先生によって「伝統的」学説に昇華したことが先行業績の説くところであるとともに、近時はより広い射程とともに「行政上の義務履行確保」ないしは「行政の実効性確保」などという表題の下で議論が展開されていることも周知のとおりである¹⁾。

1) 行政手続の文脈において不利益処分とともに「行政上の強制執行」が「古典的」な検討対象の例に挙げられることにつき、参照、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87巻1号（2015年）39頁以下（39頁）。他方、本文で述べたような我が国における「行政強制」概念定着の経緯については、須藤陽子『行政強制と行政調査』（法律文化社、2014年）138～144頁などが実証するところである。

もっとも、本稿筆者個人としては、このような分野における研究上の素地や土地勘を持ち合わせているわけでは全くない。にもかかわらず、このたび小論をしたためるに至った背景には、とある科学研究費補助金助成事業の共同研究へのお声掛けをいただいた経緯があり²⁾、実際にも、本稿は、当該研究会での報告レジュメが基になっている³⁾。もとより、大学の講義等で表面的に触れる程度以上の知見を有していない中で果たして研究会で何か出来ることなどあるのか、今なお自問自答を繰り返している状況にあるけれども、これまでの幾許かの研究の延長線上で何らかの示唆が得られそうなものとして、兎にも角にも本稿のような素材と論点に行き着いた、というのが正直なところである。

以上のような経緯の下で、本稿では、筆者なりの長年の学問的関心の基層にある行政組織法さらには憲法の統治機構論への視座から、行政強制や行政執行といった項目を改めて眺めてみるとどのように映るのか、そのごく一端を示してみることにしたい。しっかりとした土台が無いにもかかわらず大風呂敷を広げる格好になってしまったことは十分に自認しつつも、他方で、本稿の直接のテーマに精通しているわけではない“素朴な”問題意識や思考の流れそれ自体が、ひょっとすると従来の重厚で濃密な議論を再確認ないし再検証するための思わぬきっかけにもなり得るのではないか、という淡い期待から、以下、若干の紹介と考察を試みる。

併せて、理論面のみならず実証的見地をも含めた「実効性」に強い関心を寄せるものとして、参照、北村喜宣『行政法の実効性確保』（有斐閣、2008年）。

- 2) 「行政の実効性確保法制の整備に向けた総合的研究：統一法典策定の試み」（2019年度基盤研究（B）（一般）課題番号19H01414／研究代表者：高橋滋・法政大学教授）。

本研究の概要については、濱西隆男「行政法の実効性確保法制の整備に向けて」行政法研究35号（2020年）1頁以下をご参照いただきたい。

併せて、次注で触れる点も含めて、本稿が同科学研究費補助金による研究成果の一部であることも、予め付言しておく。

- 3) 第6回研究会（2021年1月10日）での「ドイツにおける行政強制をめぐる一断面—裁判官留保（Richtervorbehalt）を1つの契機として—」と題する報告である。

以下で個別に言及する点も含めて、これまでの間にメンバーの先生方から賜ったご教示とご示唆に、この場を借りて改めて感謝申し上げる。

なお、その際の“契機”としてこの後すぐにドイツの連邦憲法裁判所の判決を取り上げるが、本稿の考察の中心はドイツ法そのものではないことに加えて、現下の厳しい状況での各種資料へのアクセスと本領域における筆者の能力上の制約にもかんがみ、基本的には敢えて邦語による先行業績のみを直接の素材とする。こうした事情も相俟って、日本語文献も含めて断片的な描写に過ぎず、併せて、本誌全体にわたる紙幅の関係からも、内容面でもごく粗くまた偏った考察にとどまることについて、予めご容赦を賜りたい。

II ドイツ連邦憲法裁判所第2法廷2018年7月24日判決 (BVerfGE 149, 293)⁴⁾

本稿での関心の文脈をより詳しく述べる前に、まずはその“契機”として、最近出されたドイツ連邦憲法裁判所の1つの判決の概要を見てみたい。

本判決をめぐっては、目に付いた限りでも既に日本語で何件か紹介がなされているようなので⁵⁾、具体的な内容に関してはそれらにも依拠しつつ、本稿の視角から適宜補足を行う形で、以下簡単に紹介する。

(1) 事案の概要

本判決は、2つの州で起こった全く異なる事案をめぐって提起された2つの憲法異議 (Verfassungsbeschwerde) について併合審査が行われたものである。

内容としては、基本法 (GG) 2条2項が保障する人身の自由と、その一定の制限 (「剥奪」) について裁判官の決定を必要とする旨を定める104条2項の

4) Urteil des 2. Senats vom 24. Juli 2018, – 2 BvR 309/15, 502/16 –, BVerfGE 149, 293-345.

5) 本判決判旨の詳しい紹介として、神野礼斉「患者の身体拘束の要件に関するドイツ連邦憲法裁判所判決」広島法科大学院論集16号 (2020年) 283頁以下、本判決の評釈として、太田航平「公法上の収容における身体拘束の合憲性」自治研究96巻 (2020年) 6号154頁以下を参照。併せて、本判決を受けた連邦及び各州におけるその後の立法的対応の状況については、渡邊斉志「精神科病院等における自由を剥奪する身体拘束に係る法規定の整備」論究ジュリスト31号 (2019年) 172頁以下による簡潔な紹介がある。

「裁判官留保 (Richtervorbehalt)」と呼ばれる仕組みに関係する。

第1の事案は、ドイツ南西部のバーデン・ヴュルテンベルク州で起こったものである。同州の精神病患者支援法 (PsychKHG BW) 1条及び15条1項の規定に従って出された区裁判所の命令に基づいて約1か月半の期限内で医療施設に収容されていた患者に対し、同法25条に基づく特別の保安措置 (Besondere Sicherungsmaßnahmen) の1つとして医師の命令に基づいて数日間にわたり数回の身体拘束が行われた。同法25条については、邦語文献では必ずしも明確な紹介はないようなので、以下での考察の必要からごく簡単に記すと、1項で特別の保安措置の要件が定められた上で、2項で特別の保安措置の具体例が1号から5号までにわたって列記されており、その中の4号が件の「拘束 (Fixierung)」であった。そして、3項の1文において「あらゆる特別の保安措置は、認定された施設の医師によって、期限を付して命じられなければならない。」と定められていた。こうして行われた身体拘束に対し区裁判所に不服が申し立てられるも棄却されたため、身体拘束に対する裁判官の決定の必要性を理由に憲法異議の申し立てがなされた。

第2の事案は、その東隣のバイエルン州でのものである。精神病患者等を対象とする同州の収容法 (BayUnterbrG) についても邦語文献での詳細な言及は見られないようなので、以下での検討に重要と思われる限りで付記しておく。同法では、まず、10条で「即時の暫定的な収容 (Sofortige vorläufige Unterbringung)」が定められ、その1項では、概ね、郡の行政庁は、収容の要件が満たされていると認める緊急の根拠があり、かつ、公の安全と秩序を脅かす損害を避けるために、裁判所の決定がもはや適時になされ得ないときは、即時の暫定的な収容を命じることができるが、この場合、遅滞なく、遅くとも翌日の12時までには、裁判所に知らせなければならない、といった形で要件が規定されていた。加えて、19条として「直接強制 (Unmittelbarer Zwang)」の項目が設けられ、1項では、施設の従事者は、収容及び看護のほか施設における安全及び秩序を保持するための措置の実施に必要な場合には、直接強制を適用する (anwenden) ことができる、とされた上で、4項では、「直接強制は、事前に戒告されなければならない。戒告は、事情が許さない場合に限り、

行われないことができる。」と規定されていた⁶⁾。これらの規定に基づき、アルコール中毒の症状で警察により医療施設に収容された異議申立人に対して、約8時間にわたり身体の拘束が行われた。これに対して、同人は、収容の終了後に地裁及び上級地裁に職務責任に基づく損害賠償請求訴訟を起こすも認められなかったことから、憲法異議に及んだものである。

(2) 連邦憲法裁判所の判断

2件の憲法異議を受けて、連邦憲法裁判所は概要次のような判断を下した。以下、本稿の主題に直接関係しそうな箇所のみ抜粋しながら、訳出ないし要約を施すこととする。

① まず、主文では、バーデン・ヴュルテンベルク州精神病患者支援法25条は、特別の保安措置としての身体拘束の命令に関する限りで、基本法104条1項及び2項と結びつく2条2項2文及び3文と相容れないとした上で、両州に共通する論拠として、身体の拘束は、30分に満たないと予想される単なる短期間の措置である場合を除いて、基本法104条2項1文の裁判官留保の下に置かれる、ということをも明言した。そして、両州の立法者は2019年6月30日までに憲法に適合した状況を創出する義務を負うとしたため、その後両州を含めた各州及び連邦において所要の法改正が行われることとなったわけである。

② 判旨は多岐にわたるため、以下では、本稿の関心に沿った主要箇所のみ抄訳ないし要約して列記する（各項目冒頭のローマ数字は本稿筆者が便宜上付したものである一方、末尾の< >内の表記は公式判例集における記載箇所を示す）。

i) 基本法2条2項2文の（人身の自由の）保護領域は、（104条1項の）自由を制限する（freiheitsbeschränkende）措置と（104条2項の）自由を剥奪す

6) 同法の訳出に際しては、研究会の席上、田中良弘・新潟大学教授（現：立命館大学教授）から貴重なご指摘をいただいた。記して謝意を表する。

る (freiheitsentziehende) 措置を包摂するが、連邦憲法裁判所はそれらを侵害の強度に従って (nach Intensität des Eingriffs) 相互に区別している。…自由の制限の最も厳しい形態としての自由の剥奪は、事実上そして法的に所与の移動の自由があらゆる方向に向けて放棄されている場合に認められる。…いずれにせよ〔今般問題となっている身体の本稿筆者注〕拘束は、単なる短期間の措置である場合を除き、基本法104条2項にいう自由剥奪措置に該当する。短期間の措置は、原則として、およそ30分間に満たないと予想される場合に認められる。〈D. I. 2. a) b) Rn. 67-68〉

ii) (身体拘束の) 特別の侵害の強度の理由から、単なる短期間ではない四肢全体への拘束は、「既に生じている自由剥奪関係の枠内であっても、基本法104条2項1文の裁判官留保を再び作動させる独自の自由の剥奪として評価されなければならない」。裁判官によって命じられている自由剥奪の収容の執行 (Vollzug) の枠内には、確かに、原則として、起こり得る懲戒上の処分や収容施設のより狭く区切られた部分に閉じ込めておくような特別の保安措置が含まれるが、「それらによっては、単に一度命じられた執行の態様と方法が一より強力に一変化するに過ぎない」。しかし、〔今般問題となっている身体の本稿筆者注〕拘束は…「裁判官による収容命令によってはカバーされず、独自の自由の剥奪として位置付けることを正当化する」。〈D. I. 3. Rn. 69-70〉

iii) 「基本法104条1項1文は、法治国家の原則から生じる明確性の要請を具体化し、既に2条2項3文に含まれている法律の留保を強化している。」〈D. II. 2. b) Rn. 79〉

iv) 「比例原則からは、授權の根拠の創設に対する実体的な要請が生じる。拘束は、より穏やかな手段が(もはや)考慮されない場合に、最終手段としてのみ予定される」。その際、当事者を隔離することは、あらゆる場合により穏やかな手段として看做されることにはならない、ということが留意されなければならない…。基本権の保障からは、比例原則と結びつく形で、官庁及び裁判所における手続への要請も生じる。…さらに、自由権からは、措置の終了後に、実施された身体拘束の許容性を裁判所で審査してもらう可能性を教示する義務が生じる。〈D. II. 3. Rn. 80/4. Rn. 81/4. d) Rn. 85〉

v) 「基本法104条2項は、自由の剥奪のために…(形式的な)法律の留保に、立法者の手中にはない更なる手続法上の裁判官の決定の留保を付加している」。さらに、104条2項4文からは、裁判官留保を手続法的に形作ることを立法者に義務付ける規律の委託が生じる。〈D. III. 1. Rn. 93-94〉

vi) 裁判官留保は、基本法2条2項2文に基づく基本権の強化された保障に資する。「それは、独立した中立の機関 (eine unabhängige und neutrale Instanz) による予防的な措置のコントロールを目的とする。基本法は、裁判官が、その人的かつ事実上の独立性と強度の法律への従属性 (基本法97条) を理由として、当事者の権利を個々のケースで最も良くかつ確実に (am besten und sichersten) 守ることができる、ということを出発点に置いている」。…基本法104条2項1文によれば、自由の剥奪の許容性と継続期間については、裁判官のみが決定しなければならない。この「決定」の概念には、「裁判官が全ての範囲で (in vollem Umfang) 措置の責任 (Verantwortung) を引き受ける (übernimmt)、ということが含まれる」。〈D. III. 2. Rn. 96-97〉

vii) 自由の剥奪は原則として事前の裁判官の命令を要請する。事後的な裁判官の決定は、裁判官の決定が措置に先行しなければならないとすると自由の剥奪によって追求される憲法上許容される目的が達せられない場合にのみ許される。〈D. III. 3. Rn. 98〉

viii) 基本法104条2項2文は、そのようなケースで、裁判官の決定を遅滞なく後から得なければならないことを要求する。…夜間に事前の裁判官の決定なしに適法に(身体)拘束が医師によって命じられた場合には、通例翌朝6時以降に遅滞なく事後的な裁判官の決定がなされることができる。当事者の権利保護を確実にするために…6:00~21:00の時間帯をカバーする日々の裁判官の待機業務が必要となる。〈D. III. 4. Rn. 99-100〉

ix) 「裁判官の決定は、措置の理由が消滅した後によく決定が出されることが既に措置の開始時点で予測される場合や、決定が得られる前に措置が事実上終了した反復が見込まれない場合には、(もはや)必要とされない」。…したがって、単なる短期間にとどまらない身体拘束の際には、「医療施設側では、裁判官の決定が得られる前に拘束が終了していると既に明白に予測できない場

合には、遅滞なく裁判官の決定を求めなければならない」。<D. III. 5. Rn. 101-102>

以上、あくまでも本論の“契機”として判決の概要を確認してきた。

以下では、項を改めて、冒頭で述べたような視角から、僅かばかりの考察を行ってみたい。具体的には、まず、ドイツ法において裁判官留保が行政強制ないし行政の実効性確保との関係においてどのような位置付けを与えられているのかについて若干の確認を行うとともに(Ⅲ)、その延長線上の議論という理解の上で、ドイツ法における行政強制ないし行政執行の概念を素材に、改めて少し考えてみたい(Ⅳ)。

Ⅲ 若干の考察(その1) — 裁判官留保の位置付け

(1) ドイツの裁判官留保についての日本における参照状況

外国法を研究素材とする際に、その歴史的・文化的・制度的背景を軽視して安易に日本法との対比や受容可能性を探るような姿勢を厳に慎むべきことは論を俟たないにしても、戦後ドイツの基本法において憲法上明文化された裁判官留保の仕組みがかねて日本の研究者の関心を喚起してきたことに、何ら不思議はないであろう。その内容からすれば、憲法や刑事訴訟法といった学問分野からの視角がまずは自然とも言えようが⁷⁾、行政法においても、行政強制ないし行政執行のような観点から、夙に、同分野の泰斗である広岡隆教授による紹介・分析があるほか⁸⁾、近年でも折に触れて踏み込んだ言及・参照がなされること

7) ここで数ある論考に言及することは控えるが、とりわけ本文ですぐ後に触れるような流れからすれば、「住居の不可侵」を定める基本法13条1項との関連で同条2項が「搜索(Durchsuchungen)」について規定する裁判官留保をめぐって精緻な分析を加える森口佳樹『公権力による実力行使とその手続法的統制—ドイツ公法学における議論を対象として—』(白桃書房、1999年)が予め挙げられておくべきであろう。

8) 代表的なものとして、参照、広岡隆『行政強制と仮の救済』(有斐閣、1977年)第

も決して稀ではない⁹⁾。

その際、日本法からの視線という意味では、とりわけ憲法ないし刑事訴訟法の観点からすると、いわゆる川崎民商事件最高裁判決（最大判昭47・11・22刑集26巻9号554頁）を念頭に、「住居、書類及び所持品」に係る「侵入、捜索及び押収」について規定する日本国憲法35条の射程という論点がまずは意識されることになるか。これは、ドイツの基本法13条2項が規定する裁判官留保の文脈に相当する。同様の意味で、行政法ないしは租税法においても、行政調査とりわけ強制立入調査との関連で令状主義の是非が議論されることが1つの既定路線になっているとも言えよう¹⁰⁾。

翻って、ドイツにおける「(狭義の) 憲法上の裁判官留保」¹¹⁾として、基本法

5章147頁以下。

- 9) 以下でも適宜触れるが、近時この主題に強い関心を示しつつ浩瀚な議論を展開する代表的論者の1人と目されるのが、横田光平・同志社大学教授である。まずは同「行政過程への司法関与」同志社法学67巻2号（2015年）449頁以下のみを挙げておく。
- 10) 横田光平「司法機関が関与する行政過程」法律時報87巻1号（2015年）47頁以下（48頁）も、「私人の法的地位の観点からみた行政活動への司法機関の関与のあり方は、従来、令状主義の問題」として、「とりわけ行政調査における令状主義＝憲法35条の適用を中心に議論が展開されてきた」とする。もっとも、すぐ後でも触れるように、「質問・検査・立ち入り等の行政手段」は「本来の行政活動に先行する行政の調査活動」であり、「必ずしも、常に実力の行使や罰則の担保によって行なわれるのではない行政調査は、「それ自体1つのまとまったものとして、少なくとも、研究対象としては独自の分野を構成する」との認識の下で学説上整理されてきた経緯があることは、念のため再確認されよう。参照、塩野宏「『行政強制』論の意義と限界」ジュリスト増刊『行政強制』（有斐閣、1977年）3頁以下〔7頁〕（同『行政過程とその統制』（有斐閣、1989年）202頁以下所収）。
- 11) こうした分類を含めたドイツ法における「裁判官留保」の多様性につき、参照、山田哲史「続・権利ドグマティックの可能性（2）：ドイツにおける裁判官留保」岡山大学法学会雑誌70巻1号（2020年）109頁以下（152～155頁）。なお、同稿は、以下本文（3）で触れるように、従来の我が国の研究では必ずしも正面からは取り上げられて来なかったように見える文脈からも裁判官留保について分析を加えているという意味でも、本稿の視角からは興味深く映る。

上13条2項と並ぶ“双壁”を成し、上で概観した事案でも実際に争点となった104条2項の裁判官留保については、もとより日本法の文脈からも—英米法の人身保護令状との対比も含めて—しばしば言及や紹介がなされるものの、相対的に見るならば、日本法における議論への射程が必ずしも明確には定まっていないように映らなくもない。そのように見える原因はいくつか考え得るが、客観的な1つの要因として、人身の自由をめぐる憲法上の規律手法の違いが挙げられよう。すなわち、先にIIで若干触れたとおり、ドイツの基本法においては、2条2項が人身の自由を保障する実体的な一般条項として機能し得るのに対し、日本国憲法にはそれに明確に対応する規定がなく、かと言って—刑事手続を主に念頭におく31条、33条及び34条はあるものの—実体的規律として—とりわけ13条に同様の負荷をかける訳にもいかない、という憲法“解釈”論としての事情ないしは制約があるようにも見受けられる¹²⁾。

もっとも、行政法により近い文脈に話を戻せば、とりわけ近時の児童虐待防止法といった個別の“実定法”上の制度改正を前提ないし契機として、行政調査といった「行政活動の目的に着目した制度分類」ではなく「実力の行使」という「事実行為」としての行政強制の「態様」に着目した上で、即時強制（即時執行）さらには「行政上の強制執行一般についてまで」を視野に令状主義の射程を考えることが説かれるような場面では¹³⁾、人身の自由との関連において

12) 以上述べたような理解は、研究会の席上で須藤陽子・立命館大学教授から頂いた示唆によるところが大きい。重ねて御礼を申し上げたい。なお、後掲注16)も参照。

13) 横田・前掲注9) 451頁。実際、同稿は、「人身の自由」の項目の下で、警職法さらには児童福祉法や少年法を素材に検討する中で、基本法104条2項の裁判官留保をめぐる議論を参照する(461頁以下)。もとより「実力行使」の観点からは、即時強制のみならず直接強制と令状主義という問題も夙に意識されている。参照、前掲注10) ジュリスト増刊『行政強制』80～82頁。

他方、そうした視角には、正面から裁判官留保を論じる文脈ではないが、自身の立論の前提として「行政調査の法的問題は主としてデュー・プロセスあるいは令状主義という英米法研究者の分析になじむ形で議論され、その意味ではきわめてドイツ的な事実行為や行為形式論というとらえ方との関係、即時強制というドイツから継受したカテゴリーとの関係が明確でないことも自然ななりゆきであろう」と小括

基本法104条2項の裁判官留保の参照がなされることになる。

(2) 実力行使の態様と対象 — 「モノ」と「ヒト」？

これまでのごく表面的な理解からだけでも、1つの論点が改めて浮き彫りになって来よう。すなわち、ドイツでは、狭義の憲法上の裁判官留保、つまり、基本法上明文で定められたそれが、既述のとおり、13条2項と104条2項という“2つ”の条文に分けて規定されている、という“事実”の意味についてである。

もとより形式的には、単に両条項の歴史的経緯や射程の相違に帰着することである、ということで形が付くのかかもしれないが、それでもなお、次のような表現も可能なように思われる。すなわち、一口に実力行使と言っても、また、もしも仮に同じ執行機関によって実力行使が行われるとしても、それぞれの場面で裁判官留保の仕組みが導入されている“意味”は必ずしも同じではないのではないかと。別の言い方をすれば、逆説的に映るかもしれないが、裁判官留保の要請を「実力行使」という「事実行為」を“切り口”に一体的に把握しようとするほど、その射程はもとより、その具体的な「態様」そしてそれにまさしく“運動”しあるいはむしろその“前提”を成す「対象」の“多様性”に目が向けられることになるのである。

より広い視野から改めてまず確認できることは、当然のことながら、「モノ」と「ヒト」の区別ということになる。上で抜粋引用したとおり日本国憲法の35条の対象それ自体はその書き振りから「モノ」であることは明白であるし、ドイツの基本法13条が「住居」の不可侵を保障するものであるのに対して、104条は「人身」の自由をめぐる規律であることも論を俟たない。人間の尊厳を出発点とする憲法、意思(能力)を基礎に置く民法、さらには、故意・過失の責任を問う刑法のいずれにおいても、「ヒト」が「モノ」と区別されていることに、何ら疑念を挟む余地はない。そして、実力行使をめぐる、両者の

する高木光『事実行為と行政訴訟』(有斐閣、1988年)288頁の理解にも通ずる面があるように映る。併せて、須藤・前掲注1)65~71頁も参照。

区別を念頭に置くことが必須であることは、およそ首肯し得るところである。

さはさりながら、こうして日独の境を越えて一見自明であるかのように映る「モノ」と「ヒト」の区別を前提に実力行使に係る制度設計までも“単純に”二分してしまって良いかどうかは、一考を要する問題であるように思える。典拠例として、實際上“同じ”く「ヒト」による建物の明渡し・退去命令が問題になり得る場面として、一方に建物の「取壊し（除却命令）」他方に「使用許可の取消し（撤回）」あるいは「使用停止命令」といった2つの“異なる”契機をイメージしてみると分かるけれども、もとより理論的には「モノ」と「ヒト」の区分を前提に各々の場面における強制執行ないし義務履行確保についての法学的説明がなされ得るにもかかわらず、「実効性」の確保という観点からすると、代執行が可能な除却命令の場合でも（少なくとも空き家のような場合を除いて）「ヒト」の立退きも“本来”視野に入れておく必要があることが改めて確認されよう。裏から言えば、（「代替的」作為義務を自明の前提とする）行政代執行の「機能不全」が説かれる1つの要因として、「モノ」と「ヒト」の厳格な区分を基礎に置く行政執行法制における「二分法的な体系上の思考」とそれに起因する「両者の交錯・連動の可能性への意識の不十分さ」があるように思えてならない¹⁴⁾。

14) この点は、すぐ後に触れる「義務」の理解や行政代執行の射程、さらにはそれと裏表の関係に立つ民事執行ないし司法的執行の可能性の問題にも関係してくるように思われる。行政代執行における「抵抗の排除」や「第三者の占有」といった問題につき、夙に、参照、前掲注10) ジュリスト増刊『行政強制』55～62頁。併せて、同書20頁〔塩野教授と広岡教授のやりとり〕及び193～194頁。比較的詳細に言及する行政法の教科書として、宇賀克也『行政法概説I〔第7版〕』（有斐閣、2020年）249頁以下、阿部泰隆『行政法解釈学I』（有斐閣、2008年）569頁以下など。また、行政調査との関連から行政代執行法2条への着眼の必要性を説く須藤・前掲注1) 71頁以下も、本文で述べたような関心からは興味深い。さらに後掲注17) も参照。

他方で、行政強制・執行の分野に特に造詣が深い重本達哉「行政強制の課題」高木光・宇賀克也編『ジュリスト増刊・行政法の争点』（有斐閣、2014年）94頁以下による代執行の「機能不全」の要因をめぐる近時の整理の中にあっては—もちろん紙幅の制約や他の文献を参照する文脈もあろうが—本文で述べたような観点は見当た

言葉を換えれば、建物の取壊しの場面でも本来その背後には財産権の担い手である所有者という「ヒト」の要素が観念される一方、明渡しの際に実力行使が必要となる場合には既に「モノ」の撤去や破壊がある程度は想定されているはずである。実際に、日本国憲法35条1項冒頭の語句は「何人も」であるし、ドイツの基本法13条2項にいう住居に係る「搜索」の対象にはモノや事実関係のほかに「ヒト」も含まれると解されていることを改めて確認するまでもなく¹⁵⁾、そもそもいずれも基本的「人権」の一部として憲法上定位されていることは容易に想起されよう¹⁶⁾。この点、理論上は、とりわけ「モノ」を対象とする実力行使は主たる義務の執行に“付随”するものとして整理することが出来るとしても、あるいは、行政行為に関して伝統的に言われてきた「対物行為」と「対人行為」の区別がその強制執行ないし実力行使のあり様に直接連動するのかどうかは措くとしても、現実の多種多様な具体的場面にあっては、全て事が一面的な切り口だけからそう単純に割り切れるものでもないように思われる¹⁷⁾。

らないので、もしかすると本稿筆者の杞憂なのであろうか。

- 15) Vgl. *Hans D. JARASS / Bodo PIEROTH*, Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland Kommentar, 14. Aufl., 2016, Art. 13, Rn. 14 [JARASS].
- 16) 日本国憲法35条につき「私生活の自由ないし広義のプライバシーの権利の1つを構成するものと解することもできる」とする芦部信喜=高橋和之補訂『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）257頁を参照。併せて、ドイツ基本法104条2項の裁判官留保が「司法」の章に位置付けられているにもかかわらず「基本権規範」とされることにつき、参照、広岡・前掲注8）148頁。
- 17) もちろん、現行法においても、「モノ」と「ヒト」の交錯を想定している規定も見られないわけではない。刑事訴訟法221条、土地収用法47条の2の権利取得裁決と明渡裁決、逆のベクトルとして民事執行法96条、さらには土地収用法102条の2の土地・物件の引渡しの代執行など。もっとも、民事法と行政法との間で明渡しや引渡しの概念・射程が必ずしも整合的でないように思われる点も注意を要する。併せて参照、夙に、前掲注10）ジュリスト増刊『行政強制』50～53頁。ちなみに、同書56頁は、代執行「随伴」行為という表現をとる。

他方で、本文で述べたような問題意識からすると、「物の法的地位」といった切り口も参照可能なようにも思われる。こうした視線から行政行為に焦点を当てて詳細

以上縷々述べてきたような「モノ」と「ヒト」をめぐる僅かな考察だけからも、行政上の実効性確保の文脈にあつては、行政上の「義務」を果たす「義務(履行・負担)者」という「ヒト」をどのように場面に組み込むか、あるいは、その裏側としての「意思(意志)」の要素を如何に考えるか、さらには、行政上の強制執行や行政罰の基礎を成すとともに直接強制と即時強制とを区別するメルクマールとされてきた「義務」というものをそもそもどのように観念・理解するか、などといった壮大な論点にも容易に議論が波及し得ることが改めて示唆されよう¹⁸⁾。

翻つて、IIの連邦憲法裁判所の判決に視線を戻すと、そこにはさらに一次元別の内容が含まれていることが分かる。すなわち、とりわけ前掲の判旨ii)は、“同じ”く「ヒト」を対象にする実力行使であっても、「収容」と身体の「拘束」には“別の”意味がある、と説いているように映る¹⁹⁾。前述のような両国にお

な検討を施す論考として、参照、土井翼「名宛人なき行政行為の法的構造—行政法と物の法、序論的考察(6・完)」国家学会雑誌132巻9・10号(2019年)1頁以下(15頁以下)。

- 18) 本文中で述べたような「義務」をめぐる様々な問題をめぐる論考は、須藤・前掲注1) 53～57頁の興味深い分析を含め多くあるが、こうした文脈からも示唆に富むように思われるものとして、さしあたり、参照、神橋一彦『行政判例と法理論』(信山社、2020年)第2章16頁以下。併せて、事実行為と「受忍義務」といった論点も改めて浮かび上がって来よう。夙に、前掲注10) ジュリスト増刊『行政強制』128頁〔塩野教授と広岡教授のやりとり〕、高木・前掲注13) 26頁以下などを参照。

他方で、憲法や行政法の土俵上では、「行政上の義務」という用語は、当然のことながら、「法律上の争訟」さらには「行政的執行」と「司法的執行」の関係といった文脈の上で著名な宝塚市パチンコ条例事件最高裁判決を想起させよう。参照、太田匡彦「民事手続による執行」高木光・宇賀克也編『ジュリスト増刊・行政法の争点』(有斐閣、2014年)96頁以下、中川丈久「行政上の義務の強制執行はお嫌いですか?」論究ジュリスト3号(2012年)56頁以下。

なお、「義務」の理解をめぐるのは、これまでの研究会では、須藤教授はもとより、野口貴公美・一橋大学教授や田中良弘・立命館大学教授などの先生方が少なからぬ関心を示されているように拝見している。

- 19) 実は、類似の問題意識は、既に日本の行政法研究者からも示されている。近時の

ける憲法の規律状況の相違からすると、日本における法解釈論として明快で説得力のある一般的基準を立てることは容易ではないようにも見受けられる中で、人身の自由に対する実力行使のあり様をドイツ法のように「制限」と「剥奪」といった概念を梃子に二分するかどうかは措くとしても、同じ人身の自由をめぐっても如何なる範囲なり侵害の態様に裁判官留保の仕組みを照応させるかは必ずしも単純には決まっておらず、という点には改めて注意を向けておく必要があることになろう。

(3) 裁判官留保と権力分立

ここまでの紆余曲折を経た思考は、とりわけ上述したような筆者なりの関心の下では、裁判官留保にいう裁判官の決定ないし命令はそもそも司法権の行使なのか、という素朴な疑問にも連なってくる。

このようなともすると哲学的・形而上学的に映る命題は、日本法の感覚からすれば、おそらく単なる机上の空論として何ら現実的な意義を有しないように思われるかもしれない。もっとも、これまでの日本での議論にあっても、同様の関心が感じられないわけでもないが²⁰⁾、いずれにせよ、ドイツでは、裁判官

例を挙げれば、児童福祉法の一時保護をめぐって「一時保護開始の適法性のうち、事実行為による子どもの自由制限の態様に係る適法性は、必ずしも一時保護継続の適法性と論理的に直結するものではない」とする横田光平「子ども法における『複効的行政処分』と行政訴訟」大橋洋一・仲野武志編『法執行システムと行政訴訟—高木光先生退職記念論文集』（弘文堂、2020年）113頁以下（120頁）のほか、主として法律の留保の観点からではあるが、IIの判旨iv)とv)にも関連する意味で、「強制入院のための法律の根拠は、基本的人権としての自己決定権との関係という観点からのみならず、強制入院のための判断構造という観点からみても、強制治療のための法律上の根拠と理解すべきでない」とする太田匡彦「日本法における強制入院制度に関する一考察」同書135頁以下（153頁）も、こうした文脈の上に位置付けられよう。

20) 夙に、ドイツの基本法104条2項を直接の考察の対象とする広岡・前掲注8) 155～159頁のほか、例えば、前掲注10) ジュリスト増刊『行政強制』181～185頁。合わせて、即時強制と行政調査の「境界線」を探る中にあって、裁判官の令状を実力行使ないし即時強制の要件とすることは、即時強制の存在意義を否定することにつながる

留保における裁判官の「決定」の性質が裁判権か執行権かという問題が、単なる理論上の論点にとどまらず、基本法19条4項が保障する法的救済の途(Rechtsweg)が開かれるか否かを画する「公権力(öffentliche Gewalt)」該当性の理解との関連において実際上も意味を有し得る議論として展開されてきた経緯があることが、近時の邦語文献で改めて詳らかにされている²¹⁾。

このような関心からは、比較的初期の連邦憲法裁判所の判決も改めて視野に入ってくる。そこでは、基本法92条の「裁判権(rechtsprechende Gewalt)」の内包が一般的に論じられる中で、既に見た基本法上の2つの裁判官留保が「実質的意味の裁判権として特徴付けられる」例に数えられているようにも見える一方、現に裁判所に属しているあらゆる任務が92条によって裁判官に留保されている実質的な裁判権として理解されるわけではないとされるとともに、別の箇所では一当時の用語法の問題もあるので詳論は避けるが一自由刑

思われる、とする須藤・前掲注1) 187頁の叙述も関心を惹く。

もっとも、近年の関心・論調はベクトルが少し異なるように映る。例えば、曾和俊文「行政と司法—行政機関と裁判所の役割分担」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想I』(有斐閣、2011年)309頁以下は、「行政と司法」というテーマを行政法学で取り扱う場合には「権力分立」原理を「どのように理解するかの問題を避けて通れない」との考えを明確に述べつつ(309頁)、むしろ「行政機関と裁判所の協働」として捉える(329頁以下)。また、横田教授は、これまで見てきたように、裁判官留保をも含めて「行政過程」をベースに「司法」の「関与」と表現する。この点、「行政である以上、司法ではない」という「司法と行政の峻別論」を最高裁判例を支える「立法ドグマ」の1つに定位し、その1つの表れとしての「訴訟の非訟化」現象を批判する中川・前掲注18) 62頁以下の主張は、かなり明確である。このように、表現手法こそ論者によって異なるものの、そこには共通して、伝統的で厳格な権力分立観ではなく、この後に本文で一言触れるような機能的ないし協働的な権力分立観が基礎にあるように感じられる。この点に関連して、後掲注24)も参照。

21) 山田・前掲注11) 126~140頁。同稿は、既に示唆したとおり、こうした視角からも裁判官留保をめぐる議論に分析を加える稀有で貴重な業績であるように本稿筆者の目には映る。

(Freiheitsstrafe) が104条2項で裁判官に留保されているのと同様の文脈で罰金刑 (Geldstrafe) についても裁判官への留保が説かれている点が気になるところである²²⁾。ここで連邦憲法裁判所の(とりわけ前半部分の)判示の歯切れが良くないように見えるのは、事案の内容に照らすと、その主眼が、実質的な意味の裁判権の周囲に明確な境界線を引くことではなく、むしろ「伝統的な裁判権の核心領域 (die traditionellen Kernbereiche der Rechtsprechung)」の存在を確認することにあつたためであるように、本稿筆者の視座からは推察される²³⁾。一方で、一(2)で見た「ヒト」と「モノ」の区別といった観点からは後半部分にも関心を惹かれるけれども一、少なくとも(憲法ではない)個別実定法上の裁判官留保については、その性質がなお問題になり得る、ということもまた同時に示唆されているように見える。もっとも、このような伝統的な思考方法に対しては、その後学説から根強い批判が加えられ続けていることについても、また十分に想像できよう。

ここで再びⅡで取り上げた最近の判決に視線を戻すと、これまで述べてきた文脈から目を引くのは、上掲判示のうちのvi)である。そこには、直截的な表現こそ見られないものの、本稿筆者の関心からすると、連邦憲法裁判所がかねて採ってきた権力分立をめぐる機能的思考(機能的権力分立論)が看取されるからである。統治機構論ないし組織法的観点からは「機関適性(適正)」など

22) Vgl. Urteil des 2. Senats vom 6. Juni 1967, – 2 BvR 375, 53/60, 18/65 –, BVerfGE 22, 49-83 (74 ff., 80). 合わせて参照、山田・前掲注11) 136~137頁。本文で一言だけ触れたドイツ法学上の「刑 (Strafe)」の用語法については、研究会メンバーお2人の専門的なご教示に委ねさせていただきたい。参照、須藤陽子『過料と不文の原則』(法律文化社、2018年) 7頁以下、田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017年) 30頁以下。

23) BVerfGE 22, 49 (77)。ドイツ連邦憲法裁判所が展開してきた核心領域説も引き続き本稿筆者の研究組上にあるが、さしあたり、参照、木藤茂「行政責任と核心領域説」獨協法学105号(2018年) 223頁以下。合わせて参照、山田・前掲注11) 137頁。なお、ドイツ法に直接言及するわけではないが、曾和・前掲注20) にいう「それぞれの機関のコアの権限」(329頁)といった表現にも類似の思考が垣間見られる。

と邦訳されるドグマティックが含まれることになるが、そこではむしろ「裁判官」の決定が“なぜ”憲法上要請されるのかという問題が“正面から”取り上げられることになるのである²⁴⁾。

こうした論点についても、日本における近時の議論は決して無関係ではない。一般の考察を行うに際して偶然目にしたものではあるが、入管法の収容・送還のあり方をめぐって近時出された専門部会の報告書のとりまとめに向けた議論に関し、論点の1つとされた事前の「司法審査」が何を指しているのか、その「意味が論者によって違っていて議論のズレがあり、うまく議論が噛み合っていなかったように思われ」る、との印象が第三者の専門家から提起されていることは²⁵⁾、以上の視線からは興味深く映る。

さらに、これまでの検討は、当然のことながら、裁判官留保の仕組みの下における裁判官の審査範囲つまり審査権限とその裏面としての職務ないし責任の理解の仕方にも関わってくるはずである。この点に関しては、「裁判官が全ての範囲で措置の責任を引き受ける」とする前掲判示vi)の意味が問われることになろうし、実際一IIでは引用しなかったが一当該箇所のすぐ後では裁判官の「義務 (Pflicht)」という表現が用いられている。少なくとも日本の国家賠償法の文脈からすると、職務行為基準説が妥当する一場面とされてきた裁判官の職務行為の違法性や過失の問題にも連なり得る論点のように思われる。

24) ドイツ公法学における権力分立の機能的理解（機能的権力分立論）とその一環としての「機関適性（適正）」をめぐる日本での紹介・議論については、木藤・前掲注23) 249頁注10) 及び241頁注26) で掲げた文献を参照。併せて、日本国憲法の文脈における考察として、参照、中川丈久「立法権・行政権・司法権の概念の序論的考察」小早川光郎・宇賀克也編『行政法の発展と変革上巻・塩野宏先生古稀記念』（有斐閣、2001年）331頁以下（とりわけ「実質的意義の司法」をめぐる348～353頁及び総括としての359頁）。

25) 「〔座談会〕収容・送還に関する専門部会による提言の検討」法律時報92巻11号（2020年）56頁以下（71頁）〔坂東雄介・小樽商科大学准教授の発言〕。実際、坂東准教授は、「司法審査」ではなく「公平な第三者機関」による審査という用語を使えば議論の混乱は避けられたのではないかと総括する（72頁）。

他方で、ここでは立ち入らないが、筆者の関心の角度からすると、「行政」責任との関係についても整理が必要になってくるように感じる。このように考えてみると、そもそも裁判官留保の仕組みは「行政」強制ないし「行政」執行といった文脈の上で如何なる立ち位置を有することになるのかという問いに、巡り巡って戻って来ることになる。

IV 若干の考察（その2）— 行政執行と行政強制

(1) 連邦行政執行法 (BVwVG) における「執行」と「強制」

もっとも、Ⅲ(3)の末尾で掲げた問いを深追いすると、おそらくは行政や司法の概念という“迷宮”に再び足を踏み入れざるを得なくなるので、以下ではむしろ行政「強制」と行政「執行」というもう一方の要素に敢えて着目することで、これまでの議論の向きを少し変えつつ、引き続き検討を重ねてみたい。

本稿の出発点を再確認する意味で「行政強制」ないし「行政の実効性確保」などの諸概念とそれらの教科書等における扱われ方を眺めてみると、一筆者の知識・理解不足を差し引いた上でも—“意外にも”必ずしも一様ではないことに改めて気付かされる。

これら一連の諸概念をめぐるっては、精緻な整理・分析を行う優れた先行業績が既にあるので²⁶⁾、素人による個々の概念の更なる精査は避けるが、とりわけ複雑な理解が必要なように思われるのが、直接強制と即時強制ないし即時執行

26) 近時の代表的なものとして、須藤・前掲注1) 137頁以下、黒川哲志「行政強制・実力行使」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想Ⅱ』(有斐閣、2008年) 113頁以下、濱西隆男「『行政上の義務履行確保』私論(上)(下)」自治研究85巻(2009年) 10号86頁以下及び11号81頁以下。

このうち、行政法学体系上の「行政強制」の位置付けの変遷については、夙に、前掲注10) ジュリスト増刊『行政強制』169頁の塩野教授の簡潔な整理を参照。その際、即時強制が警察法の領域から行政法総論に取り込まれていったことについては、同書171～172頁〔雄川教授及び塩野教授の発言〕及び須藤・前掲注1) 142～144頁を参照。

との関係である。ここでの関心の文脈から敷衍すると、直接「強制」が行政上の強制「執行」の中で説明されるのが通例であることを前提に、即時「強制」ないし即時「執行」との関係を如何に整理して理解するか、ということになるように思われる。

以上の問題意識から、ここで再びドイツ法に目を転じ、今さらながらのそしていささか初歩的な手法ではあるけれども、改めて連邦行政執行法(BVwVG)における用語例を参照することから何らかの示唆を得てみたい。

そこで、直接関係してくる条文のうち必要最小限の6条と9条に絞って若干の確認を行う。まず、「行政強制(Verwaltungszwang)の許容性」との見出しがある6条の骨格を見てみると、1項で「物の引渡し、作為の履行又は受忍若しくは不作為に向けられる行政行為は、それが不可争である場合、その即時執行(sofortiger Vollzug)が命ぜられた場合又は…場合には、9条による強制手段をもって貫徹される(durchgesetzt werden)ことができる。」とされた上で、2項では「行政強制は、即時執行(sofortiger Vollzug)が…のために必要不可欠であり、かつ、官庁が法律の権限の範囲内で活動する場合には、先行する行政行為なしに適用される(angewendet werden)ことができる。」と規定されている。他方、1項でも引用される9条は「強制手段(Zwangsmittel)」との見出しの下に、1項で「強制手段」として「a) 代執行(Ersatzvornahme)、b) 強制金(Zwangsgeld)、c) 直接強制(unmittelbarer Zwang)」の3項目を列記した上で、2項で「強制手段は、その目的に対して適切な関係に立たなければならない。その際、強制手段は、可能な限り、当事者と一般共通性が最も少なく害されるように決定されなければならない。」という比例原則の考え方を明文化している。

連邦行政執行法とりわけ6条の条文をめぐっては、プロイセン時代以来のいわゆる「合成的行政処分」の理論を基礎に置くいささか時代遅れとなった「規範構造」²⁷⁾であるとともに、用語法の面でも行政裁判所法(VwGO)80条2項

27) 重本達哉「ドイツにおける行政執行の規範構造(1)(2・完)」法學論叢166巻4号(2011年)109頁以下及び167巻1号(2011年)39頁以下。併せて、参照、高木・

の「即時執行 (sofortige Vollziehung)」との混同を招く恐れも含めて必ずしも整合的でないことが彼の地でも指摘されているとのことであるし²⁸⁾、もとよりこれら一連の概念が日本法におけるそれらと決してパラレルではないことも、当然のことながら念頭に置かなければならない²⁹⁾。

こうした点には改めて留意した上で、まず確認できることは、少なくとも連邦の一般法である同法には、即時「執行」とは異なり即時「強制」という制定法上の概念はないこと、他方で、直接強制は、強制「手段」の1つとして「適用」される対象として明文化されていることである。そして、「即時執行」は、先行する行政行為なくして「行政強制」(＝強制手段)を「適用」すること、裏から言えば、「行政強制」が先行する行政行為なしに「適用」されることによって「即時執行」がなされ得ることになる。

一方、ドイツにおける「即時強制」については、州警察法上しばしば用いられてきた「直接執行 (unmittelbare Ausführung)」との類似性が指摘され³⁰⁾、現在では、直接執行は「行政執行法上の即時強制の特殊事例を意味するものと捉えてよ」と解されているようでもあるが、それでもなお「即時執行」との間での概念の混乱は見られるようである³¹⁾。

以上の分析と理解を前提とした上で、既存の整理に拠るならば、「強制手段の行使自体はあくまでも事実行為である」との理解の上で、ドイツ法における「いわゆる即時強制は、代執行及び直接強制と並ぶ強制手段の1つの種類ではなく、そのような強制手段がどのような手続を経て行使されるかという点で通

前掲注13) 160頁以下。

28) 参照、重本達哉「ドイツにおける行政執行の例外の諸相 (1) (2・完)」法學論叢 169巻1号 (2012年) 38頁以下及び2号 (2012年) 52頁以下 (1号45頁以下)、須藤・前掲注1) 152～160頁。ドイツの概念が「非常に混乱している」ことにつき、夙に、参照、前掲注10) ジュリスト増刊『行政強制』128頁〔広岡教授の発言〕。

29) 参照、須藤・前掲注1) 「はしがき」及び144～160頁。

30) 日本における「即時強制」概念の系譜については、須藤・前掲注1) 138～144頁。

31) 重本・前掲注28) (1) 44頁以下 (引用は51頁)。併せて、参照、宮尾亮甫「行政執行における実効性と権利保護」早稲田法学会誌67巻2号 (2017年) 477頁以下 (489頁)。

常の行政上の強制執行と区別される」との総括的表現が簡明ながらも的を射ているように思われる³²⁾。

(2) 日本法における行政執行と行政強制

このような考察の流れの延長線上で日本法に再び視線を戻すならば、日本においてそもそも直接強制と即時強制が場合によると“並列的”ないし“選択的”に議論される(ように見える)ことそれ自体の意味が、改めて問われてしかるべきということになろう³³⁾。

より具体的には、少なくとも日本における即時強制は、「即時」という時間的な要素に加えて(あるいはそれよりもむしろ)「義務」が無いということがその特徴とされてきたが、本当に「義務」は観念できないのか、ということにもなる。そして、とりわけ先行する行政行為が無い場合(ドイツ法的な表現をすれば、基礎処分によって課された義務が存在しない場合)の理論構成の問題として一敢えて「一般処分」といった概念の助けを借りなくともより端的に一法律によって一般的に(全国民に)「義務」が課されている場合にもここでの文脈にいう「執行」は観念できるのか³⁴⁾、そしてもしもそれが可能と解される場合には、それを刑事罰による「司法的執行」とするか、それとも即時強制ないしはむしろ即時執行という「行政的執行」とするかは、果たして完全に立法裁量の問題に帰着し得るのか、裏から言えば、何ら憲法上の制約はないのか、などといった更なる疑問にも連なっていくことになる³⁵⁾。

32) 高木・前掲注13) 264頁。

33) この点、須藤・前掲注1) 156頁は、日本では即時強制を「手段として解するため」に混同が生じ易いのではないだろうか」と評する。

34) 重本・前掲注28) (1) 45頁と同頁注41) 及び注46) の説明(54頁)は、こうした問題がドイツでは実際に論点になっていることを示す。もっとも、同様の関心は、我が国でも夙に存在している。参照、前掲注10) ジュリスト増刊『行政強制』127～128頁〔塩野教授と広岡教授のやりとり〕。

35) この点、中川・前掲注18) 61頁は、「行政上の義務」が「強制執行の対象になるかどうかは、優れて立法政策の問題であると考えられる」と評する。もっとも、その

別の角度からすると、もしも仮にドイツ法の理解のように、「執行」が（基本的には行政行為によって）賦課された「義務」を“強制”的手段によって実現することだとすれば—その対極には義務の“自主”的な「履行」が対置されそうに思うけれども—³⁶⁾、上述の前半の命題は、そもそも「義務」の「執行」が観念出来ないような場合であっても「強制」手段を用いるということが果たしてあり得るのか、という表現で言い換えることも出来そうにも思える³⁷⁾。その上で、Ⅲで見た裁判官留保の場面と組み合わせると、後半の内容は、「司法」機関が「執行」に関与ないしはむしろ自らの「責任」でその「決定」を行う仕組みであっても、用いられる「強制手段」が行政（の「執行」機関）によって「適用」されるものである以上はやはり（「司法」ではなく）「行政」強制ということにもなりそうな反面、それでもなお全体として「行政」的「執行」の範疇で理解されるべきなのか、といった問題にもなってきた³⁸⁾。

もとより、こうした議論を我が国の文脈において整理するためには、本来、刑事訴訟法や民事訴訟法・民事執行法といった他の法分野における基礎概念の整理も参照しなければならないし、他方で、既存の重厚で精緻な先行業績の分析、そして、かつての行政執行法をはじめとする個別法を含めた関連法令の制

真意は、「行政上の義務」につき「その性質上不可能なものを除き、すべからず強制執行の対象とされてよいと考えているのではないか」というこれまでの行政法学説への批判であり、同頁注16)では、小早川説と神橋説を参照しつつ、個別法の規定の仕方如何によっては、強制執行も制裁も伴わない義務を観念することも示唆する。

36) 例えば、須藤・前掲注2) 48頁注20)は、「行政罰」の文脈ではあるが、美濃部達吉『日本行政法第1巻』（有斐閣書房、1909年）の教科書の目次の構成から、「執行」の意味は単なる「義務の履行よりも一段高い『国家の意思』の実現」にある、という美濃部説の視座を読み取る。

37) こうした点にも関連して、これまで少なからず参照してきた須藤・前掲注1)は、本稿筆者の理解では、「強制」あるいは「実力行使」といった概念をめぐるのは戦前の行政執行法をはじめとする旧態依然とした理解に今なお「囚われている」のではないかという問題意識の下に、これらの概念の理解の現代的精緻化とそれに基づく強制をめぐる法制度の明確化の必要性を説くものであるように映る。

38) この点に関しては、濱西・前掲注2) 4～6頁も参照。

定経緯や条文の精査さらには少なからぬ裁判例の検証が必要であることは当然念頭にありつつも、本稿全体の関心の文脈そして筆者の能力不足と時間的制約ゆえに参照や言及がほとんど出来なかった。その意味でも、おそらくは基本的な知識・理解不足による根本的な誤解なども含まれているであろうから、少なくともこの(2)で進めてきた考察については、こうした各方面での知見を有する諸先生方によるこれまでの分析・整理の再検証と今後の更なる議論の発展のための“捨て石”として、あくまでも暫定的な雑感にとどめさせていただくことでご海容を乞いつつ、本論を閉じることにしたい。

V まとめに代えて

冒頭でも述べたとおり、これまでの考察は、明治期以降多くの先人たちによって固められ続けてきた行政上の強制執行ないし行政強制さらには行政の実効性確保といった途方もなく大きくまた分厚い氷の塊の表面のごく一部を、本稿の関心の文脈から筆者なりの表現を使って薄く軽く削ってみたに過ぎない。その際、ドイツの連邦憲法裁判所の判決を契機としつつ、一方では、行政代執行法を基軸とする戦後の“新たな”行政執行法制がある程度定着しその運用の検証が十分に可能になり、また、そうした法制度を理論面から支えた田中二郎先生の行政法学が集大成を迎えた時期にあって、“新たな”世代の学説に連なる当時の議論状況を今なお如実に感じ取ることが出来るように思われたことから、1977年発行の『行政強制』を特集したジュリスト増刊号を重点的に参照するとともに、他方で、比較的若い世代を中心とする近時の研究者による先行業績をごく一部取り上げてはみたものの、これまでの多岐にわたる深い学問的考察の蓄積をほとんど咀嚼出来ていない。加えて間接強制としての執行罰（強制金）や行政罰さらには公表といった手法は一切考慮出来ておらず、いずれにせよ、行政の実効性確保という大きな主題のごく一部しか視野に入っていない。

実際、本論で少なからず提起してきた“素朴な”疑問に関しては、当然のことながら先達たちによって折に触れて既により深く彫琢されてきたことが改めて実感できたし、本稿の主題の分野に通暁している方々から見れば、ここでの

考察のほとんどは、おそらく既視感を覚える事柄ばかりだったのであろう。

こうした諸々の制約が筆者個人の知識・理解不足によることは明らかであるけれども、本稿での僅かな掘削によって、これまでの光の入射角に微妙な変化が生まれ、大きな氷塊の奥に新たな一筋の光が照射されたことを願うばかりである。

もっとも、表題のような大それたテーマを掲げて若干の考察を行ったことで、少なくとも筆者なりの関心からは、幾許かの示唆が得られたように感じている。

まず、当然と言えば当然かもしれないし、何を今さらという気はするものの、マクロの観点からは、行政による強制あるいは実力行使のあり方を考える際に（事後救済という文脈に限らず）司法をも視野に入れることが必要であるならば、そこでは、行政あるいは司法ということ以上に、そもそも「国家」がなぜ強制出来るのか（„Gewaltmonopol“）、という根本的な命題に立ち返って三権全体を視野に入れるような思考が必要であるように、改めて感じられたことである³⁹⁾。裏から言えば、なぜ今さら行政「強制」なのか、さらには、そもそも「行政」強制に権力分立が関係してくる余地など果たしてあるのか、という本稿の表題ないし土俵の設定それ自体にある種の“違和感”を感じていただけたようならば、その時点で既に本稿の目的の大部分は達成されたと言っても良いのかもしれない。なお、本稿の関心の中心にはなかったので直接の言及はしなかったが、こうした視点は、そもそも“私人”が「公権力の行使」の執行の一翼を担うことをどう考えるか、具体的には、民営化ないしは公私協働さらにはそれらと表裏一体としての「保障国家」のような局面をも視野に入れるとなると、より一層必要になってくるように思われる⁴⁰⁾。

39) Christian WALDHOFF, Staat und Zwang –Der Staat als Rechtsdurchsetzungsinanz-, Ferdinand Schönigh, 2008. 併せて、国家と自力救済の禁止との関係をめぐる塩野・前掲注10) 3～4頁の示唆がここでも再び想起されよう。

40) ドイツにおいては、基本法33条4項にいう「高権的権限の行使 (Ausübung hoheitsrechtlicher Befugnisse)」の「国家留保」の射程に関わる問題として、民主的正当化ないしは正統化の観点からの理論的整理が必要になることにつき、参照、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』（法律文化社、2017年）176～178頁及び187～193頁。

また、ミクロの観点では、本文で述べてきたようにとりとめもなく「義務」の意味に考えを巡らす中で、偶然にも本稿の脱稿から公刊までの間そして市川先生からちょうど1年後となる本年3月に西南学院大学で定年退職を迎えられた小林博志先生の直近のご研究の1つである「経由機関の研究」⁴¹⁾からも示唆を受ける形で、行政強制の領域においても、(地方自治法におけるものでなく行政官庁理論としての)「執行機関の研究」、とりわけ(古い言い方をすれば)命令機関と執行機関との関係といった行政組織法の視角からの研究にも、なお更なる深化の余地がありそうに思えたことである。行政強制の分野に疎い筆者個人として具体的に何をどこまで出来るのか全く自信がないが、いずれにせよ本研究会を含めた行政の実効性確保をめぐる学問研究全体の今後の検討課題の1つとして再確認することは出来たように思う。

このようにいささか稚拙な論考ではあるけれども、目下進行中のドイツ法の個人研究に出来るだけ早く形を与えることも含め、今後も引き続きひっそりとしかし着実に研鑽を積み重ねていくことをお約束しながら、本稿を市川先生に献呈させていただくことで、ひとまず筆を擱くこととしたい。

【付記】

本号が市川須美子先生の定年退職したがって古稀そして名誉教授祝賀の記念号になると伺い、これまでのご厚誼へのお礼の気持ちから、やはりドイツ公法に関連させて何か書こうと思うに至りました。市川先生からは、私が本学に着任してからの13年の長きにわたり、草加のみならず時にはベルリンでも、優しく人間味のある有形無形のご指導とともに、美味しく楽しいひとときもまた沢山頂戴しました。これからは少しごゆっくり、そして引き続きお元気にお過ごしいただくようにお祈りしつつ、今後とも折に触れてのご教示を何卒よろしくお願い申し上げます。

41) 小林博志「経由機関の研究」西南学院大学法学論集53巻1号(2020年)1頁以下。併せて、参照、須藤・前掲注1)198~200頁。