

行政上の不作為義務履行確保にみる 強制金の運用

折 登 美 紀*

1. はじめに

本稿は、ドイツ行政執行法（Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz, VwVG、以下、行執法とする）において認められている強制金（Zwangsgeld）の強制執行手段としての性質について考察することを目的とする。強制金は、行執法において、代執行（Ersatzvornahme）、直接強制（Unmittelbarer Zwang）と並んで、一般的義務履行確保手段とされており、行政上の義務履行を確保するために行政庁が金銭を賦課することにより義務者の心理に圧力をかけ、義務者自らに義務を履行させるよう促す手段である。

行執法では、一般的強制執行の方法を二種に大別して規定している。一つが、行政上の金銭債務の徴収に関わるもの（Vollstreckbare Geldforderung）であり、もう一つが、作為（Handlung）、受忍（Duldung）あるいは不作為（Unterlassung）の強制に関わるもの（Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen）であり、後者に関わる手段が代執行、強制金、直接強制である。代執行は代替的作為義務に対して、強

* 福岡大学法学部教授

制金は代替的作為及び非代替的作為義務に対して、直接強制は代執行も強制金も効果を上げなかった場合の最終手段として用いられる¹。

我が国の義務履行確保手段では、個別法規が規定している場合は別として、執行罰や直接強制は一般的手段ではないため、不履行となっている義務が非代替的作為義務や不作為義務である場合の履行確保を、法的根拠なく行政庁自身が自力で執行することはできない²。例えば、建築基準法上、違法建築物を建築基準法適合的な建築物にするための履行確保手段として、行政庁は、除却命令、原状回復命令、工事の中止命令等を出すことができるが、工事中止命令の違反があっても、工事中止命令は不作為命令であるため、その履行を行政庁独自の執行手段で命令の履行確保をすることはできない。では、このような不作為義務の履行状態が出現した場合、どのような法的対応が可能であるのか。一つには、行政上の義務の民事執行、司法的強制 (judicial enforcement) を裁判所に求めるという方法であり、もう一つが、罰金などの刑罰を科すというものである。しかし、刑罰は、刑罰が法定されていることが義務者に威嚇的效果を与え、履行を促すということはあるが、義務違反という違法行為に対する制裁であり、当該問題となっている事案につき正面から向き合い履行の状態を創出するという履行確保手段ではない。したがって、行政法上課された不作為義務については、司法的執行を求める途のみが、現行法上考えられるものとなる。このような状況の下、従前より、行政法上課された不作為義務については、行政庁がその命令の履行を

1 Engelhardt/App, Verwaltungsvollstreckungsgesetz Verwaltungszustellungsgesetz, 9.Aufl. S. 92 ff.

2 戦前行政執行法において一般的手段として認められていた執行罰や直接強制は、戦後行政執行法の廃止により個別法規で認められる場合のみ許容される。代替的作為義務については行政代執行で対応することができるが、不作為義務や受忍義務については一般的手段が存在していない状況にある。

求める民事訴訟を提起してきた³。また、民事執行の方法を発展させることについて期待もされていたところである。ところが、近年、行政上の義務について司法的執行を求める訴訟を否定する最高裁判決が出されたことから、司法的執行の途も閉ざされたといつてよい状況にある。

この最高裁判決が、宝塚市パチンコ店建築禁止命令事件である⁴。宝塚市は、「宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテルの建築等の規制に関する条例」を制定し、その条例の中で、パチンコ店を建築する場合には、市長の同意が必要であること、市長の同意なく建築行為を行った場合には、市長が建築等の中止命令あるいは原状回復命令を出すことができると規定している。この条例には、罰則が規定されておらず、履行確保の手段は、原状回復命令については代執行、中止命令については司法的執行しか取りえないというものであった。パチンコ店の建築主は、市長の同意を得ず建築を始めたため、市長は工事中止命令を出したが、建築主はこれに従わなかったため、宝塚市が工事続行禁止を求める民事訴訟を提起したものである。

判旨は、「国又は地方公共団体が提起した訴訟であつて、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には、法律上の争訟に当たるといふべきであるが、国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対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であつて、自己の権利利益の保護救済を目的とするものといふことはできないから、法律上の争訟として当然に裁判所の審判の対象となるものではなく、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。そして、行政代執行法は、行

3 行政上の義務の司法的執行を認めた初期の判例として、河川所砂利の採取に関して、その原状回復命令の履行強制を認めたものとして、岐阜地判昭和44年11月27日判時600号100頁。

4 最判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁・判時1798号78頁。

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、同法の定めるところによるものと規定して（1条）、同法が行政上の義務の履行に関する一般法であることを明らかにした上で、その具体的な方法としては同法2条の規定による代執行のみを認めている。また、行政事件訴訟法その他の法律にも、一般に国又は地方公共団体が国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を提起することを認める特別の規定は存在しない。したがって、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、これを認める特別の規定もないから、不適法というべきである。」「本件訴えは地方公共団体である原告が、本件条例8条に基づく行政上の義務の履行を求めて提起したものであり…当該義務が原告の財産的権利に由来するものであるという事情も認められないから、法律上の争訟に当たらず、不適法というほかはない。」と述べて、訴えを却下した。

この判決には、法律上の争訟には、財産権の主体としての行政庁と行政権の主体としての行政庁とを区別すること、法律上の争訟を財産権の行使に関わるものに限定していること等の点について、学説から多くの批判がなされている⁵。さらに、義務履行確保手段との関係についても、不作為義務の履行を確保する行政上の手段が一般的に存在しないから民事執行を求めたにもかかわらず、民事執行が許されないとするならば、行政上の義務履行確保を求める手段は、存在しなくなる。この判決の根底には、行政庁の命令の確保は行政庁自身の手で行うべきとの「伝統的」行政国家的思想があるように思われる。司法国家的観点に立ち民事執行の運用が期待されてきたところ⁶、その期待に逆行する判決といえよう。このような最高裁判決が出された以上、行

⁵ 例えば、阿部泰隆『行政法解釈学Ⅱ』82 - 88頁、稲葉・人見・村上・前田『行政法第2版』164 - 165頁、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』157頁以下等。

政代執行の対象とならない不作為義務等の不履行状態を解消するためには、行政庁独自の履行確保手段ではない刑罰に任せざるを得ないか、立法措置として個別法規に新たな履行確保手段を設けるかのいずれかになろう。

行政上の義務履行確保の領域においては、このような非代替的作為義務や不作為義務など行政代執行を行い難い場合の履行確保手段が存在しないこと、また、行政代執行の機能不全も存在していること等から、代執行の活性化とともに、違反事実の公表や行政サービスの提供拒否等の新たな履行確保手段の活用、執行罰“復活”、課徴金の導入等を求める声も広がりつつある⁷。これらの見解は、このような手段を一般的手段として許容するのか、それとも、個別的手段として適用領域を限定して導入するのかについて違いはあるが⁸、代執行を中心とする現在の履行強制法制には限界があり何らかの立法措置を講ずることによって、義務違反状態の是正状態を解消すべきとする点で共通している。その手段の一つとして考察の対象となっているのが、ドイツ行執法における強制金である。代執行や直接強制は、行政庁自らが義務違反に直接向き合い義務履行状態を創出するのに対して、強制金は、義務者に対して金銭を賦課するという経済的措置を通して義務者の心理に圧力をかけ、

6 広岡隆『第5版行政法総論』173頁。

7 この点に関する論述として、大橋洋一「建築規制の実効性確保」法政研究65巻743頁、宮崎良夫「行政法の実効性確保」『行政上の諸問題（上）』214頁、小林奉文「行政の実効性確保に関する諸問題」レファレンス平成17年2月号7頁、田村泰俊「行政強制における『対物』との視点からの『ジュリスプリュデンス』—行政代執行の機能不全とアメリカ合衆国の「対物」手続を手がかりに—」国土交通政策研究44号、北村喜宣『行政法の実効性確保』、西津政信『間接的行政強制制度の研究』、同『行政規制執行改革論』8頁、21—24頁、山谷成夫・鈴木潔「行政上の義務履行確保等（上）・（下）—法制度改革のデザイナー—」自治研究第82巻第6号63頁、同第82巻第7号54頁、曾和・前掲注5）等。

8 北村・前掲注7）182頁以下、北村喜宣「行政罰・強制金」磯部・小早川・芝池編『行政法の新構想Ⅱ』131頁以下、北村喜宣「法執行の実効性確保」北村・山口・出石・磯崎編『自治体政策法務』169頁以下等。

義務者に義務履行を促すもので、義務履行は義務者の手に委ねられる間接的履行確保手段である。

我が国においても、民事執行の分野では、間接強制は、非代替的作為や不作為義務について履行強制をする手段として用いられ、更に、平成15年及び16年改正により、扶養義務等の金銭債権、不動産の明渡し・動産の引渡し義務に対しても、間接強制によることが認められるようになるなど、間接強制が用いられる範囲が広がっている。民事執行の場合は債務名義に基づき、裁判所が間接強制を決定するのに対して、行政上の履行確保手段として取り上げられる強制金は、債務名義を前提とせず行政庁が行政行為の実効性を確保するために裁判所の手を経由せずに決定・執行するものであり、いわば、第三者の介入なしに行われる手段である。したがって、行政庁の有する命令権の実効性確保のための執行権については、執行権自体を許容する法的根拠が個別に必要であることはもとより、適用範囲を限定する、手続きを厚くする等、制度設計上より慎重な考慮のもと、検討されるべきである⁹。このような視点に立ったうえで、ドイツ行執法の規定する強制金の運用の実態を探り、強制金で効果が得られる場合とそうでない場合とを明らかにする必要がある。特に、近年、ドイツにおいても強制金による対応の限界ともいえる事例があることから、その問題を中心に取り上げることとする。

2. 不作為義務の履行確保としての強制金

1) 強制金の法的性質

強制金の淵源は強制罰（Zwangsstrafe）にあり、強制金という名称が初めて法令上登場するのは、1931年のプロイセン警察行政法（Preußischen Polizeiverwaltungsgesetz）においてである。そもそも、強制罰は二つの性

⁹ 鈴木潔『強制する法務・争う法務』98頁以下。

質を有していた。一つは、義務者に行政庁の命令の実効性を確保する強制手段としての性質であり、もう一つは、刑罰としての性質である。1931年のプロイセン警察行政法は、強制罰を強制金と名称を変え、刑罰としての性質を排し、強制金の強制手段としての位置づけを明確にした。1953年4月27日制定の行執法で一般的強制手段として規定されるに至り、強制金は、過去の違法行為に対する制裁たる刑罰ではなく、将来の行動を強制する強制手段（Beugemittel）、行政上の強制執行手段（Zwangsmittel）として理解されている¹⁰。この性質から、強制金は義務者が義務に反している状態が続く限り反復して課され得ること、義務者が義務の履行をした場合には執行してはならないこと、罰金等の刑罰と併科し得ることが導かれる¹¹。

2) 履行確保が不可能となった場合の強制金の適用

ところが、この強制執行手段たる性質と矛盾するのではないか、性質が変容し強制手段の限界を超え刑罰化しているのではないかと思われる判決がでている。法的性質の揺らぎとも評される議論の発端となったのが、義務者による義務の履行がもはや望めない場合においてもなお、強制金を決定し徴収をすることができるのか、いわば、強制金の“事後的”決定、“事後的”徴収は可能かという点に関わる1991年¹²及び1992年のミュンスター上級行政裁判所判決¹³並びに1996年のザクセン＝アンハルト上級行政裁判所判決¹⁴である。これら判決は、義務履行が不可能になった場合でも強制金の決定及び徴収を認めるとするものであり、これに対して、批判的見解を展開し

¹⁰ Walter Stein, über das Wesen und die Bedeutung des Zwangsgeldes, DVBl. 1956, 505 ff., Ernst Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl. S. 289 ff.

¹¹ Hartmut Mauer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. S. 516 ff.

¹² OVG Münster, Beschl. v. 10. 10. 1991, NVwZ-RR 1992, 517

¹³ OVG Münster, Urt. v. 30. 9. 1992, DöV 1993, 398

¹⁴ OVG LSA, Urt. v. 13. 3. 1996, DöV 1996, 926

たのがデュンヒハイム（Dünchheim）¹⁵である。これら判決については、以前、拙稿¹⁶において取り上げたことがあり、デュンヒハイムの見解については詳細に紹介された論文¹⁷もある。この判決及びデュンヒハイムの提起した問題点について、この論文を参考に、以下、概略的に説明する。

1991年ミュンスター上級行政裁判所の事案は次のとおりである。

原告は家畜業を営んでいたが、被告行政庁は、原告に対し、ホルモンを投与した子牛の出荷を禁止する命令を課し、この命令の実効性を確保するため、子牛の出荷1頭につき3,000DM¹⁸を課す強制金の戒告も同時に行った。しかし、原告は出荷禁止命令を無視し、約50頭の子牛全頭をまとめて出荷したため、行政庁は総額で約100,000DMの強制金を決定した。原告が、この決定の取り消しを求めて出訴した。

判旨は、「全頭が出荷されてしまった以上、原告の行為がもはや強制手段により影響されるということがなくなったという状態においては、強制金の決定は強制手段としての性質を失うため、違法であるとの見解がある。しかし、当裁判所は、強制金とともに下された不作為命令に違反している場合であって、更なる違反行為はもはやあり得ない場合であっても、強制金は決定され、徴収され得るという見解に立つ。執行可能な措置が妥当している期間及び戒告後においても、違反行為は追及されるということが重要である。さ

¹⁵ Dünchheim, Vom Zwangsgeld zurück zur Zwangsstrafe?, NVwZ, 1996, 117 ff.

¹⁶ 拙稿「ドイツ行政法における代償強制拘留制度について」広島女学院大学人間・社会文化研究第3号55頁。

¹⁷ 森口佳樹『公権力による実力行使とその手続法的統制』151頁。また、ドイツの行政強制に関する近年の論考として、重本達哉「ドイツにおける行政執行の規範構造—行政行為と行政執行の法的関連性を中心に—（一）（二・完）」京都大学法学論叢第166巻第4号109頁、同第167巻第1号39頁。

¹⁸ 行政法の規定は、未だDMによる金額となっている。DMのEUROへの換算は、1EURO=1,95583DMである。Vgl. Engelhardt/App, a.a.O., S.112

もなければ、強制手段としての強制金戒告の有効性が、義務者による義務違反行為によって、奪い取られてしまうからである」と述べる。

1992年ミュンスター上級行政裁判所の事案は次のとおりである。

期間限定で行われる祭りの際に飲食を提供しようとした原告が、飲食提供許可の申請をしたが、行政庁は不許可処分とした。しかし、原告が飲食提供の準備をしたために、行政庁は、飲食提供の禁止命令を出すと同時に1日営業するごとに5,000DMの強制金を課する旨の戒告したものである。原告は、この戒告を無視し飲食の提供を続け、予定された祭りと飲食提供の期間は終了した。そこで、行政庁は、総額10,000DMの強制金を決定したため、原告はその取り消しを訴求したものである。

判旨は「期限が過ぎた、あるいは、命令された処分に従ったために、更なる違反状態の継続がもはやあり得ない状況になった場合でも、不作為命令違反の場合には、強制金はなお決定され、徴収することができる。戒告の後、あるいは、禁止の効力がまだ妥当している間、執行可能な処分に対する違反が存在しているということが重要である。この強制金の性質は、強制手段であるということから生ずる。…事後的决定及び徴収は強制手段を強化する。仮に、事後的な実施がなければ、戒告は無意味なものになってしまう」と述べる。

1996年ザクセン＝アンハルト上級行政裁判所の事案は、次のとおりである。

建築物取り壊し禁止命令を発すると同時に強制金が戒告されたが、原告は取り壊し禁止命令に反して建築物を解体した。そこで、行政庁は強制金の決定をしたというものである。判旨は「強制金は、不作為命令に対する更なる違反行為が不可能な場合であっても、決定することができる。…強制金は強制的性質を持つ。強制機能は、強制手段により当事者に当該措置を行わせるよう促すということを含んでおり、不作為命令違反という本件のような事例において、このような誘因を与えるためには、強制金の事後的な決定が必要

である。さもなければ、先行する戒告に強制的性質が欠けることになる。強制金の戒告は、当事者が禁止に対する違反行為を続けた場合には、事後的に、戒告された強制金の決定が下されるというイメージを起こさせ、禁止命令違反を思いとどまらせるよう、心理的な圧力をかける。…ある強制手段に強制力が備わっているか否かという問題は、強制手段を用いることを総合的に考慮する中で考えられる。」と述べる。

上記の各判決は、いずれも不作為義務の履行が対象となっている場合の事案で、かつ、期間が限定されている、あるいは、既に不作為命令違反が確定・完結しており、もはや履行確保をすることが不可能となった場合に、強制金の事後的決定が許容されたものである。許容の根拠とされたのが、事前になされた戒告の強制力を確保するという点、まさしく強制力の維持という点にあり、強制手段としての域を出るものではないとする。

これらの判旨に対して、デューンハイムが批判する点は、次の諸点に集約される。すなわち、違反の継続・反復可能性がもはや存在しない場合に強制金を課すことは強制手段たる目的・機能を逸脱するものであること、行執法が強制手段の手続きを戒告 (Androhung)、決定 (Festsetzung)、適用 (Anwendung) と三段階に区別している趣旨に反すること、累積した強制金の総額を事後的に決定することは義務者をして違反解消に向かわせるという心理誘導的役割を果たすものではなく、懲罰的機能を有することになるということである。

3) 履行確保が可能な場合の強制金の適用の可否

次に紹介する事案は、トルコ航空に対し、有効な入国書類を持たない者のドイツへの輸送を禁止する命令が課され、同時に強制金が戒告されたというものである。上記に紹介した事例と異なり、不作為命令の履行確保のために強制金が戒告された場合でも、履行確保がまだ期待される場合に関わるものである。

2003年連邦行政裁判所の事案¹⁹は、次のとおりである。

トルコ航空（原告）は、旅券やビザを持たない乗客を、トルコからドイツへと何度も繰り返し輸送したため、連邦内務省は、1965年外国人法第18条第5項に基づき1881年12月29日と1987年10月16日に、1990年外国人法第74条第2項²⁰により1991年12月17日に、それぞれ、旅券やビザなどの必要な書類を持たない外国人の輸送禁止命令を発していた。トルコ航空への警告と尋問の後、コブレンツ国境警備部（被告行政庁）は、1994年12月2日、必要な旅券及び国籍に応じて要求されるビザを有していない外国人を、ドイツへ空路輸送することを禁止するという決定をした。行政庁は、原告がこれまでの輸送禁止命令に何度も違反していたことに基づき、原告に対して、さらに外国人法第74条第2項第1文及び第2文に基づき、輸送禁止命令に違反してドイツに輸送した外国人個人々人につき、2000DMから

¹⁹ BVerwE, 117, 332

²⁰ 外国人法（Ausländergesetz, AuslG）第74条第1項「輸送事業者は、国籍に応じて必要とされる旅券及びビザを持っている場合でなければ、外国人を空路あるいは海路でドイツ連邦に郵送してはならない。連邦内務省は、連邦交通省との合意の上、必要とされる旅券及びビザを持っていない外国人が、その他の方法でドイツ連邦に入国することを禁止することができる。」

同条第2項「連邦内務省は、連邦交通省との合意の上で、輸送事業者に対し、次の措置を取ることができる。

1. 第1項第1文に違反して、外国人をドイツ連邦に輸送しないように義務づけること。
2. この義務づけ処分に違反した場合、あるいは、第1項第2文による輸送禁止命令に違反した場合には、第2文による強制金を戒告すること。

輸送事業者には、第1文の1あるいは第2項の1文による処分に反して外国人を輸送した場合には、外国人各々につき、250€から2,500€の間の金額で支払いが命ぜられるが、空路あるいは海路での輸送の場合には、1,000€以上の金額の支払が求められる。」

同条第3項「第1項第2文及び第2項第1文による命令は、輸送事業者が戒告されているにもかかわらず、必要な旅券やビザを持たない外国人を輸送した場合、あるいは、そのような外国人を輸送しているという疑いがある場合のみ、発せられなければならない。この命令に対する異議申し立て及び取消訴訟は、停止効を有さない。」

3000DM に強制金の額を引き上げるといふ強制金を戒告した。これらの処分に対して、原告は、異議を申し立て（Widerspruch）したが、国境警備部は、2000年3月17日、異議申し立てを棄却した。そこで、原告は、輸送禁止命令の取り消しを求めて出訴し、同時に強制金の戒告についても争ったが、第一審は原告の請求を棄却した。控訴審は、1997年以降の強制金の戒告については、国境警備部の裁量的判断が十分になされたとはいえないとの理由で、強制金の戒告を取り消したが、1994年から1996年までの強制金の戒告については、適法であるとの判断を示した。そこで、原告が、1994年12月2日の強制金の戒告の取り消しを求めて上告した。上告に際して、原告が争ったのは1994年の戒告のみである。

判旨は次のように述べ、原告の請求を棄却した。

「強制金の戒告は、原告からの事前の尋問の後、そして連邦内務省の輸送についての合意のもとで、外国人法第74条第2項第1文の2規定の権限に基づき形式上問題なく発せられたことについては、当事者間で争いが無い。強制金戒告の実質的前提の存否について、原告は争っているが、原告の主張は認められず、実質的前提は整っている。…輸送禁止命令も、強制金の戒告、決定及び執行も、旅券及びビザの携帯義務を確保するためという法の目的に適合するものである。輸送事業者は、ドイツに向かう乗客に対して、有効なコントロールをすることと同時に航空法上の営業許可から発する義務を果たす責任があり、行政庁の措置によって強制される。」「行政執行法におけると同様、基本的に輸送事業者の有責性（Verschulden）は必要ではない。原告は、…秩序金（Ordnungsgeld）や秩序拘禁（Ordnungshaft）を課す場合には、刑罰に類似する効果を持つことから、法治国家として過失原則が適用されるべきであると主張する。しかし、このような見解は、行執法第6条²¹以下と関連する外国人法第74条第2項による輸送禁止命令の実効性を確保する強制金に應用されるべきではない。行執法において、強制金により不

作為を強制する権限は、一般に刑罰類似の懲罰的性質を持たない純然たる強制手段としてのみ構成され認められるのか否かについては、未解決の部分ではあるが、いずれにせよ、本件において強制金の前提条件は整っている。立法者は、旅券及びビザの保有義務を確保するために、強制金以外の措置として、同法第73条²²には本国への送還義務を輸送事業者に課していること、認められない入国をしようとする外国人が入国した場合の費用を課す（同法第82条第3項、第83条）などの規定を置いている。さらに、輸送事業者が故意または過失により同法第74条あるいは…第2項第1文の1により執行可能な命令に違反した場合には、特別な秩序違反を構成するものとして、10000€（以前は20000DM）を上限とする過料を輸送事業者に課している。また、好ましからざる外国人を潜入させるような場合には、同法第92条第1項の6²³により、刑罰の対象となる。これらの規定を総合して評価すると、同法第74条第2項で規定されている輸送禁止命令の実効性を求める権

21 行執法（VwVG）第6条第1項「物の返却、作為、受忍、不作為の実施を求める行政行為は、不可争的であるか即時執行可能である場合、あるいは、停止効が働かない場合に、第9条で定める強制手段により実施される。」

同条第2項「行政強制は、刑罰や料金の構成要件を充足する違法な行為を防止するため、あるいは、差し迫った危機を回避するため不可避である場合、及び、行政庁が法律上の権限の範囲で行使することができる場合に、先行する行政行為がなくとも適用され得る。」

22 外国人法（AuslG）第73条第1項「空路、海路、あるいは陸路での交通手段を使って入国した外国人が送還される場合には、その輸送に携わった輸送事業者は、遅滞なくその者を国外に輸送しなければならない。」

同条第2項「第1項による義務は、当該人の国籍により必要とされる旅券あるいはビザを持たずに、ドイツ連邦に入国したが、政治的迫害あるいは本法第53条第1項あるいは第4項所定の状況にあるとして、入国の際には送り返されなかった外国人について、3年間継続する。この義務は、当該外国人に本法による滞在許可が与えられた場合には、免除される。」

同条第3項「輸送事業者は、国境警備にあたる機関の求めに応じて、当該外国人を、旅行書類を発行した、あるいは、その者が出発した国に送還するか、あるいは、その者の入国を保障する国に送還しなければならない。」

限は、法で認められた枠内にある強制金の戒告、決定、徴収という行政強制手続きの中にあり、もっぱら将来の客観的法違反を避けるための予防的効果を志向するという規定目的に適合するものである。同法第74条第2項第1分の2は、これに沿って解釈適用され、結果、輸送事業者に、将来、法の要求する信義に従った行動をするよう、強制金の戒告が影響を与え、促すべきであるし、輸送禁止命令とともに営業権もこのようなものにとらえられねばならない。強制金は行われた不法に対する刑罰類似の制裁として戒告されたり課されたりしてはならない。」「被告行政庁は、…同法第74条第2項第1文の2により与えられた裁量権行使について、瑕疵はない。…強制金の戒告については、執行法上及び憲法上の比例原則違反は存在しない。…原告は、1991年12月17日の処分により1000DM上積みされ3000DMとされた強制金の戒告に反論しているが、控訴審は、第一に、この3000DMという金額は、なお2000DMから5000DMという法の枠内にあることを考慮し、第二に、原告がすでに過去においても、繰り返し大量の許可されない乗客をドイツに輸送し、さらにその数を増やしてきていること、及び、非難されるべき過去の事例が存在していることを考慮して、強制金の額の引き上げを適法であると判断した。この控訴審の判断は正当である。輸送禁止命令が継続的に無視される場合には、強制金の額を上げることにより、その予防を図ることは法の枠内あるものとして正当化される。」「また、原告は、当該強制金の戒告は行執法第13条第3項第2文²⁴に規定するいわゆる併科禁止に反すると

²³ 外国人法 (AuslG) 第92条1項「次の者には、1年以下の懲役または罰金を科す。

6. 第58条第1項のあるいは2に反してドイツ連邦に入国した者」

²⁴ 行執法 (VwVG) 第13条第3項「戒告は、強制手段を特定してなされなければならない。同時に複数の強制手段を戒告した場合、あるいは、複数の強制手段を留保した戒告は許されない。」

主張する。この規定は、“複数の強制手段が執行庁により選択され得る場合に、同時に複数の強制手段を戒告したり、複数の強制手段を留保するような戒告は”許されないとするものである。原告は、被告の行った強制金の戒告は、“違反行為のそれぞれに応じて”、すなわち、十分な入国書類なく輸送禁止命令に反してドイツに入国させた外国人それぞれについて強制金を戒告することは、同法第13条第3項第2文本文1の禁止する強制手段の併科に該当すると主張する。その際、原告は、外国人法第74条第2項が、強制金は禁止命令に反して輸送されてきた“外国人それぞれに対して”強制金が戒告されると個別かつ明示的に規定していることを見落としているものである。」「度重なる違反行為に対して、その都度徴収することなかった強制金について、決定する権限が被告行政庁にあるのかという問題がある。本件で争われている処分の発布から2000年4月まででは合計で総額800,000€以上、1996年末までに区切った場合には400,000€以上となるが、原告は、上告理由において、そのような強制金の合算は比例原則に反すると主張する。これに対して、被告は、2000年3月まで異議申立ての手続きが進行中であったため、その間強制金の決定を執行に移さなかったのであり、これは禁止命令の憲法適合性に関する連邦憲法裁判所及び連邦行政裁判所の判断を待っていたからであると主張する。さらに、被告は、強制金で追及される強制的効果はすでに戒告と決定により達成されているので、強制金の徴収によりその目的を達成するものではないと主張する。これは、これまで徴収されず決定の段階で積算した金額を強制金の額とすることが執行法上できるのか、すなわち、同法第74条第2項による強制金は、適切に段階を踏んで徴収がなされるよう要求されているところ、長期間にわたり執行されなかったものを、一度に積算金額を請求することは、過剰禁止に反するとともに厳密な強制手段としての性質に反し、執行手段に刑罰類似の制裁的效果をもたらすことになってしまうのではないかという問題である。この点については事前の手続き

では問題とならなかった。原告は、1991年の輸送禁止命令に基づいて決定した強制金が徴収されていないということを理由に、1994年の当該強制金の戒告はなされるべきでないと主張する。新たな処分により代置された輸送禁止命令違反を理由として、事後的に強制金が徴収されることは不合法であるからといって、原告はなんら法的に重要な不都合を発見することはできない。…1996年末までの期間における強制金の戒告は、決定及び執行にとって予防的効果があり裁量違反はなく、行執法第9条第2項違反²⁵もない。」

判旨は次のように纏められる。つまり、行政庁には外国人法の規定により強制金を課す権限が認められている、その強制金の戒告においては金額の設定方法及び個々の金額について法令違反はない、合算した金額についても比例原則違反は存在せず裁量の範囲内にある、強制金は刑罰としての性質をもつものは認められず将来の義務履行を促すという効果を持つ強制手段である限りで許容される、刑罰ではないという性質から義務者の有責性は強制金の前提要件にはならない、戒告・決定にとどまり徴収（＝適用）が行われていなくても将来の行動を促す威嚇的効果が存在している限りで強制手段であると解されるとする。

次に取り上げる2004年判決²⁶も、2003年判決とほぼ同様の見解に立つ。事案の概要は次のとおりである。

トルコ航空（原告）は過去に繰り返し、旅券やビザを持たないトルコからの乗客をドイツに輸送してきたため、国境警備部（被告）は、2000年4月に輸送禁止処分を出し、同時に、この輸送禁止命令違反があった場合には、

²⁵ 行執法(VwVG)第9条第2項「強制手段は、目的に適切に比例して行われなければならない。この場合、強制手段は、可能な限り、当事者及び公衆にとって、最も非侵害的なものに特定されなければならない。」

²⁶ BVerwE, 122, 293 ff.

4000DMの強制金を課すことを戒告した。その後、国境警備部は、2001年5月に戒告の額を、法の定める最低額である2000DM（現在の1000€）に減じた。この戒告に基づき、2001年から2004年までの間、総額で140,000€が原告に課されること旨の決定がなされた。原告はこの決定の取り消しを訴求したものである。

判旨は、次のとおりである。

「強制金の戒告は、原告への事前の尋問及び連邦内務省による輸送の合意により、外国人法第74条第2項第1文の2の権限に基づいて行われており、形式的に適法である。原告は、強制金戒告の実質的前提が欠けていると主張している。（しかし）、被告には同法同条文により、同条同文の1による輸送禁止命令違反がある場合には強制金を戒告する権限が与えられている。…強制金の戒告が違法となるのは、基礎となる行政行為に基づかず、また行政行為が不可争的ではない場合である。」「原告は、控訴裁判所が客観的に、許可されていない外国人を輸送したという事実のみで、強制金賦課の条件が整っていると判断したことは違法であると主張する。つまり、原告は、命令違反には“悪質な意思あるいは反抗”が必要であると主張するが、そのような主張には法的根拠がなく認められない。なんとなれば、同法第74条第2項による強制金の性質は、刑罰類似の懲罰的性質ではなく純粹に強制手段として性質をもつものであるからである。これについてはすでに2003年1月21日の当裁判所の判決が示したとおりである。強制金の戒告や決定には、輸送事業者の有責性は必要ではない。むしろ、同法第74条第2項の規定する強制金の戒告、決定及び徴収の権限は、もっぱら将来の客観的違法を回避するためにのみ役立つべきである。したがって、同法第74条第3項第1文による強制金戒告の前提としては、輸送禁止命令の客観的違反…あるいは将来予測される客観的命令違反行為の蓋然性のみで十分である。強制金は、禁止命令違反がある場合に、同法第74条第2項第1文の2により戒告され

る。」「被告の裁量権行使についても違法性はない。…強制金の戒告は、執行法規定の比例原則に違反してはならない。原告は、飛行機の乗客をすべてコントロールし、輸送しないことは不可能であり過大な要求であると主張するが、…禁止命令の法適合性を解釈する際には、客観的に違法と思われる作為あるいは不作為による違反行為であるか否かで判断されるべきである。…また、戒告された強制金の金額も比例原則に相応するものである。」

判旨は、2003年判決と同様、強制金は刑罰としての性質をもつものでないため、義務者の有責性は必要でなく、法令上課せられている義務の客観的な違反行為あるということで強制金戒告の前提条件が充足しているとする。

3. 考察 —まとめにかえて—

本稿で紹介した判例は、いずれも不作為義務の履行確保手段として強制金が戒告された事案である。強制金の法的性質は、刑罰ではなく履行を促す強制手段であるとしている点でも見解は一致している。つまり、強制金が強制手段たるゆえんは、当該義務の履行を促す効果を有しているという点にある。しかし、事柄の性質上、将来にわたって継続的に義務違反を続けることが予測される場合と、義務違反の継続が見込まれないという場合とがあり、それぞれで履行確保という成果が得られるか否かが異なる。前者の場合には、不作為状態の創出という履行対象が存在しているのに対して、後者の場合には、義務違反が既に確定・完結しており履行対象が存在していない。本稿で取り上げたトルコ航空に関する事案は前者に該当し、ミュンスター上級行政裁判所及びザクセン＝アンハルト上級裁判所の事案は後者に該当する。義務履行が不可能になり、もはや履行対象が存在しなくなっている後者の場合に、強制金が果たす役割はどのようなものかわねなければならない。ミュンスター上級行政裁判所及びザクセン＝アンハルト上級行政裁判所の見解は、強制金の強制手段としての性質の中で、強制金の戒告後の手続

きである決定及び適用（徴収）を認める。その根拠は、強制金の将来の履行を促す効果は、強制金の戒告自身に認められるべきであり、履行確保が現実的に不可能になった場合でも後に決定ないし適用がありうるということが義務者等に認識されることにより、戒告の心理的な威嚇の効果が生きてくると考えるところにある。いわば、戒告、決定、適用といった個々の段階ごとに威嚇の効果の有無を判定するのではなく、強制金という強制力を戒告、決定、適用という枠組み全体でとらえようとするものといえる。

しかし、この点については、デュンヒハイムも指摘しているように、行執法が行政強制手段を三段階に分けての行政庁の判断の仕組みを採用した制度趣旨に必ずしも適合的であるとは思われない。三段階手続きを採用したのは、おそらくは行政独自の執行手段についての慎重考慮と慎重手続の履践に配慮したこと、段階を踏み時間をかけ義務者の様子を見て、次の段階へ進んでいくことにより義務者の心理に義務履行への強制を促す効果が得られると考えたことであろう。さらに言えば、義務不履行が不可能になった場合に、事後的に決定戒告しても、それで得られる効果は、当該不作為義務の履行ではなく、別の義務者への威嚇の効果、あるいは、見せしめの効果であって、当該義務は履行されない。にもかかわらず決定・徴収される強制金の性質は、強制手段の領域を超えた、当該行為の履行を放棄した、制裁の効果をもつ刑罰類似のものではないのか。このような性質をもつ手段を何ら戒告、決定、徴収の過程に裁判所が介入しない行政上の強制手段として位置づけることは、行執法の許容する限界を超えるように思われる。したがって、履行確保がもはや望めなくなった段階で、強制手段は実行されるべきではなく、あとは刑罰等で対応する領域としてそちらに任せるべきであろう。

このような不作為義務の強制金による履行確保が不可能となるのは、不作為義務の義務者による履行不能が、非常に短期間で確定してしまうというような場面で起こる。また、代執行や直接強制が行政庁自らが適用を行うた

め、適用が不可能になるということは考えられないのに対して、強制金はその不作為義務を履行するか否かがもっぱら義務者の心理次第であるという強制金の間接的手段性そのものから適用不可能が生ずる。さらに、代執行や直接強制の適用が、例えば、除却する、原状回復をするといった行為であるのに対して、強制金の適用は義務者による金銭の支払いである。このような点を考慮する場合には、強制金で強制効果が十分に発揮されない場合があることは否定できない。義務者に心理や行為に依存した強制手段である以上、やむを得ないところであろう。

宝塚市パチンコ店建築禁止命令事件最判により、行政上の義務の民事執行の途が完全に閉ざされたといえるかどうかはともかく、著しく狭められてしまったことは確かなことであり、この判決を前提とする限り、行政上の義務の履行確保については、行政代執行等行政独自の手段を活用する以外に方法はない。代替的作為義務の履行確保については、代執行が可能であるが、非代替的作為義務たる不作為義務についての履行確保については、立法的措置が必要である。法令上課された義務について、行政庁は、義務不履行を許容できないものとの評価判断を基に作為命令や不作為命令を出す、履行強制の段階になると、命令の内容が作為か不作為かにより、一方では履行強制が可能でもう一方は不可能となるのはバランスを欠き、必ずしも説得的とはいえない。不作為義務についての行政上の履行確保手段の構築と活用の可能性を積極的に探るべきであろう。

我が国で、不作為義務の履行強制手段として強制金の構想をする場合、強制金は万能ではなく限界があることを認識しておく必要がある。不作為義務の履行確保手段としての強制金は、不作為義務の履行期間が数日といった極めて短期間である場合等当該不作為義務の履行が望めなくなった場合は、強制手段としての意味をなさないため、使われ得ない。翻っていえば、違反状態が継続的・反復的であるような場合、具体的には、継続的に業務を行って

いるような場合、義務履行確保手段としての有用性があるといえるのではないか。