



行政の実効性確保の手法 : 強制及び制裁の概念を手がかりとして

高木, 光

(Citation)

神戸法學雑誌, 36(2):187-216

(Issue Date)

1986-09

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/81004732>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/81004732>



行政の実効性確保の手法

——強制及び制裁の概念を手がかりとして——

高 木 光

187 行政の実効性確保の手法—強制及び制裁の概念を手がかりとして—

はじめに

- 一 伝統的手法の限界
- 二 行政過程論
- 三 強制
- 四 制裁ないしサンクション
- 五 行政手法論の位置づけ

はじめに

本稿は、「行政手法論」ともいうべきものが行政法理論のなかでどのような位置を占めるのか（あるいは、少なくとも占めうるのか）という問題意識の一貫として「行政の実効性確保の手法」の位置づけを考察するものである。

ここで、「行政の実効性確保の手法」というのは、これまで行政強制及び行政上の義務履行確保ないしはそれらと関連を有するものとしてグループピングされてきた様々なものを包括的にとらえる趣旨であり、それほど厳密な概念規定をするものではない。行政上の強制執行、即時強制、行政罰といった「古典的」なもののほか、公表、課徴金、サービスの停止・拒否など新たなものを視野にいれようとする、行政強制あるいは行政上の義務履行確保の概念の輪郭がはっきりしなくなることは避けられず、また、後に考察するように、この概念は法的なものというより「機能的」なものと考えるべきであるからである。

このような問題意識、即ち、古典的なものにかえて近時様々な手段ないし手法が用いられるようになった原因はどこにあるのかを考察し、「現代行政の手法」として「行政の実効性確保の手法」を新たに考察するという志向を明確に示す最近の論稿に、崑山教授の「サンクシヨンの現代的形態」があり、本稿はこれに若干の理論的補足を行おうとするものである。

以下、まず、崑山教授の整理に従って伝統的な強制手段の限界を瞥見し(一)、次いで、筆者が行政過程論をどのようにとらえているかに触れた(二)後、行政強制、行政上の義務履行確保というところえ方がどのような意義を有するのかをそれぞれ、強制、制裁ないしサンクシヨンの概念を手がかりに考察し(三、四)、最後に「行政手法論」の位置づけにつき得られる示唆を整理することにした。

(一) 本年度の日本公法学会の行政法部会は「現代行政と手法」をテーマとして予定している。筆者は報告者の一人として指名されており、本稿はそのためのメモという性格をも有している。

(二) 本稿は「行政手法論」というところえ方を、新たな視角をさぐるものにとらえている。新たな模索や意欲的な試みが必要と意識されている学界の状況につき、最近の整理として、藤田宙靖「現代の行政と行政法学」公法研究四六号一一五頁(昭五九)以下参照。

(3) 数年前に「行政法戦国時代」を唱えたものとして、阿部泰隆「行政法学の課題と体系」ジュリスト七三二号三八頁(昭五
六)

(4) 学界全体の状況につき、園部逸夫「各国行政法・行政法学の動向と特色・日本」現代行政法大系第一卷一三七頁(昭五八)

(5) 高山武道「サンクシヨンの現代的形態」岩波基本法學第八卷三六五頁(昭五八)以下。

(6) なお、「古典的」な手法の問題状況は、小高剛「行政強制」同二四九頁以下に整理されている。

〔要旨〕

- ① 伝統的な行政強制の手法は、現在十分に機能してはいえない。
- ② 行政の実効性確保の手法の多様化は行政活動の多様化に必然的に随伴するものである。
- ③ これまでみられる「行政強制」というグループینگと「行政上の義務履行確保」というグループینگはともに正當な観点を含むものであり、そのねらいはそれぞれ生かされるべきである。
- ④ 狭義の「強制」即ち「実力行使」という概念は、むしろ「行為形式論」のレベルの説明と理解できる。
- ⑤ 「行政上の義務履行確保」という視点は、よりひろげて「行政上必要な状態の実現」ととらえることができる。
- ⑥ 「制裁」は、「行政上必要な状態の実現」のための手法の一つにすぎない。
- ⑦ 行政調査は、行為形式に対しても、行政上必要な状態の実現の手法に対しても中立的な概念と考えられる。
- ⑧ サンクシヨンという「機能的な」概念は「行政の実効性確保の手法」をとらえるのに有益である。
- ⑨ 従来の行政強制及び行政上の義務履行確保の部分の説明は、「行為形式」にかかわる説明と、「行政手法」及び「行政手段」にかかわる説明を混在させていた。
- ⑩ 「行政手法」という用語で、社会管理の手法としての計画、調整、指導、給付、命令監督、基準策定などを論じるのが適切である。

①「行政手段」という用語では、より抽象的なレベルで、社会管理のための資源としての「人」「物」「金」「組織」「情報」「専門技術的知識」等を表現するのが適切である。

一 伝統的手法の限界

伝統的な強制手段の限界を意識させる近時の著名な事件に、最高裁判所まで争われた豊中市違法建築給水拒否事件がある。このいわゆる「水攻め」については、いちはやく「現代行政における行政手段の多様化」という観点から考察を加えた遠藤教授の「行政権限の競合と融合」をはじめ多くの論稿があるが、畠山教授もジュリストの論文で最高裁判決に至るまでの背景・学説判例の動向を詳細に整理・検討し、そこでの考察が「サンクシオン」論文に発展していると思われる。教授によれば、従来の制度がうまく機能しなくなった理由として四つの側面が指摘できる。¹⁰⁾

第一に、ある種の法分野においては、法律違反が恒常化し、それを有効に規制する方法がないことがある。建築基準法、風俗営業等取締法、屋外広告物法、道路交通法、食品衛生法、飼料安全法、廃棄物処理法、騒音規制法、水質汚濁防止法、下水道法等がその例とされるが、そこでの問題点としては更に、①規制機関の人員・予算の制約、②執行の要件・手続の厳重性、③罰金における額の低さ及び検察官の起訴に依存するという制約、があげられている。

第二に、行政強制制度一般の問題として、戦後の改革により、非代替的作為義務や不作為義務については、特に個別法に規定がある場合を除いて、(直接的に)強制する方法がなくなっているということがあげられる。

第三に、時代に即応した立法的対応がなされていないということがあげられ、国レベルでは、時間がかかること、自治体レベルでは条例制定権の範囲をめぐる疑義や議会内部の利害対立が阻害要因となっている点が指摘されている。

第四は、理論的な問題で、従来の行政強制システムは、法令や行政行為によって一方的・強制的に課された義務を念頭においてつくられており、行政の多様な活動形式に応じて生じる多様な義務になじみにくい面があるとされる。

なお、これら四つに加え、先にあげた遠藤論文のモチーフである、行政が多様な権限を有することから行政措置の組合せにより制裁的機能を果せしめることができるようになってい、という点が指摘されている。

(7) 最判昭和五六年七月一六日民集三五巻五号九三〇頁

(8) 遠藤博也「行政権限の統合と融合」北大法學論集一九巻四号七一四頁(昭四四)、後に、同・後出註(78)一〇九頁以下に要旨が再掲されている。(ここで素材とされた事件が、前出註(7)の事件とは若干類型を異にすることにつき、島山・後出註

(9)(一一二頁。その他の論稿については、阿部泰隆・ジュリスト七六八号(重要判例解説・昭和五六年度)三七頁(昭五七)参照。

(9) 島山武道「豊中市違法建築給水拒否事件」ジュリスト七五〇号一一七頁(昭五七)。他に、伝統的な手法の不十分さから公表という手法が導入されてきたとするものとして、阿部泰隆「違反企業の公表」山田〓市原〓阿部編・演習行政法上三六

四頁(昭五四)。

(10) 島山・前出註(3)三六九—三七〇頁

二 行政過程論

さて、「行政の実効性確保の手法」という用語法は、例えば佐藤英善教授が教科書で行政強制と行政罰をあわせて「行政の実効性確保手段」という章をたて、「行政目的の実現を確保するために認められているもの」と説明しているのに做つたものであるが、「行政の実効性」といい、「行政目的の実現」というも、ひろくとらえれば行政活動の全局面に及びうる面がある^①。そこで、より明確に表現するとすれば、「行政の最終的な実効性」ないし「行政目的の現実的

実現」ということになると思われる。ただ、いずれにしても、法的な概念というよりはむしろ、「行政過程論」的発想¹⁾によつて、「行政目的」の実現のためにとられる様々な「行政手段」を想定し、その中で、一連のプロセスのなかで最終的に「行政目的」が実現される（あるいは実現しようと努力される）局面を念頭におき、そこでどのような「手段」ないし「手法」が用意されているかを考察する趣旨である。

この点をこれまで説かれているところに即して説明すると以下の如くである。

まず、園部教授は、行政過程につき次のように説明している。

〔行政国家として特徴づけられる現代国家の現実的機能から見ると、行政が政策決定と政策執行の大部分を占めていゝることも認めざるを得ない。このような行政の機能を行為の連鎖という観点からとらえるときこれを行政過程と名付けることができる。〕〔要するに、行政過程というのは、行政権が、行政上の目的を達成するために、憲法の下で法令上、慣例上駆使することのできるあらゆる手段を講ずる、一連の手續の連鎖をいう。〕〔政策の発案・法律案の作成にはじまり、訓令通達を経て、具体的な行政処分（法律行為、準法律行為）が行われ、各種の行政上の強制執行や、即決執行（主として即時強制）のような事実行為によつて、一連の行政過程は終了する。〕

このような説明に従えば、本稿のいう「行政の実効性確保の手法」は「一連の行政過程の終了する部分である事実行為」を中心として考察することになる。

また、塩野教授は行政過程につき次のように説明している。

〔いわゆる公法關係が一般に通じる特色とみられるのは、そこにおける、権利義務が、公権・公義務であるとか、あるいは、その権利・義務の属性に特殊性があるとか等の点にあるのではなく、専ら、具体的権利義務の抽象的・具體的観念的・現実的な形成・実現の過程における、行政に特殊な法現象にある（それは具体的事情に応じて、行政過程で完結することもあるし、司法過程を経てはじめて終息することもある）。〕〔しかしして、その全体をマクロ的な意味で

のプロセスとしてとらえ、またそれぞれの段階ごとにおけるミクロ的プロセスを想定して、その特徴を分析すると共に、体系化をはかることが、現代行政法学の中心課題の一つとされるのである。いいかえるならば、行政法（解釈学）を、憲法規範の枠内で立法者によって選択された具体的法目的の実現の技術に関する法（解釈学）として徹底せしめるべきである。」

このような説明に即していえば、本稿は、「具体的権利義務の現実的な実現の過程」を中心として考察することになる。

さて、以上の園部・塩野両教授の説明において念頭におかれているものの典型例は「行政上の強制執行」であることがうかがわれ、また藤田教授のいう「三段階構造モデル」の最終段階にあたると考えればそのイメージは明確なものとなる。しかし他方「現代行政の特徴」として「行政手段の多様化」が指摘されるとき、そこでは、そのような「行政立法、行政行為、行政上の強制執行」という典型的権力的法技術「以外のものにも着目すべき」ことが含意されている。かくして、「行政の実効性確保の手法」はより包括的にとらえられるべきものとなり、行政上の強制執行、即時強制（即時執行）、行政罰などいわゆる「古典的」なもののほか、近時注目されている「行政調査」「公表」「給付の拒否」などを含むことになるが、これらのグループピングについては、二つの方向が示されてきている。つまり、近時いくつかの教科書等で再度採用されるようになっていく「行政上の義務履行確保」というグループピングは、「行政強制」というグループピングと比較すると、「行政上の強制執行」と「即時強制」を区別し、前者と「行政罰」との共通性を強調するものである。しかし、他方、問題は含むものの、「行政強制」というグループピングにも正当な観点が含まれていると思われる、そのかねあいに苦心したことをうかがわせる記述をなす教科書もみられる。

以上のような状況にてらしてみると、現在必要なのは、この二つの方向がもつ意義をより慎重に吟味し、それぞれのねらいをともに生かすことであると思われる。そして本稿では、それが「行政手法論」を「行為形式論」及び「行

「行政手続論」と異なるレベルのものとして整理することにより果されるのではないかという見通しを示すことにしたい。¹¹⁾ なお、さきほど「行政過程論的発想によって」と述べたが、筆者は「行政過程論」を團部教授の説明等から推測して、アメリカ的な発想と理解し、他方「行為形式論」をドイツ流に理解している。つまり、「行政過程」を administrative process に対応する言葉ととらへ、そのねらいは、経験科学、とりわけ行政学ないし政治学の成果を生かして、まず行政の実態を把握し、それに即して法的问题のあり方を考察していくものである。これは、ドイツ的な発想の一面面である。「概念法学」、実態から遊離した「悪しき法実証主義」に対する反省ないしアンチテーゼとして自然にでてくる立場であり、法的な制度・手法の「機能」に着目する立場ともいえる。¹²⁾

(11) 佐藤英善・行政法総論二八九頁(昭五九)

(12) 今村成和・行政法入門(初版)(昭四二)は、行政指導を行政上の強制執行及び制裁とともに「行政の実効性の確保」として説明していた。なお、同(新版)(昭五〇)以降は、通常の教科書と同様、行政行為等とともに説明している。

(13) 藤原淳一郎「行政過程」金子リ広岡山本編・法学演習講座・行政法上六八頁(昭四九)が整理していたように、当初行政過程論の意義は必ずしも明確ではなく、その後もある程度の議論の蓄積があるものの、論者の説くところにはニュアンスの相違があるように思われる。藤田前出註(3)参照。そこで、以下の位置づけは筆者なりに「行政過程論」のねらいを理解しようとし、そのなかで「行政手段論」「行為形式論」の意義についての示唆を引き出したものである。なお最近の整理である、塩野「行政過程」現代行政法大系第一巻一頁以下(昭五九)によると行政過程論の意義について次の五点が指摘されている。①行政過程論議は、従来の行政法の枠組みあるいは考察方法では不十分であるということから課題としてでてきている。②そこでの反省の対象は、まず従来の理論の中核たる行政行為論である。③従来の行政行為論は、公法私法二元論を背景とし、また「直接の法効果」をもたないその他の行為形式を視野の外に置いていた。④従来の行政法学は、それぞれの行為形式を切り離して、その法的性格を論ずる「局所的考察」にとどまり、行政手続的考察に欠けるところがあった。⑤従来の行政法学は、行政法関係を二面的にのみとらえる傾向があった。また、塩野教授は、行政過程論を「行為形式論」「法

的仕組み論」及び「行政手続論」を包括するものとしてとらえている。

(14) 圓部逸夫「行政手続」岩波講座・現代法第四卷九六頁(昭四二)、のちに、同・行政手続の法理四頁(昭四四)に所収

(15) 塩野宏「行政作用法論」公法研究三四号二一〇頁(昭四七)

(16) 藤田宙靖・行政法総論(新版)一八頁(昭六〇)

(17) 塩野・前出註(15)二二五頁注(7)

(18) 室井力編・現代行政法入門(1)二八〇頁以下(昭五六)(岡村周執筆)

(19) 藤田・前出註(16)及び原田・行政法要論(全訂版)(昭五九)も同様の傾向とみられる。

(20) 西岡久綱・松本昌悦・川上宏二郎・現代行政法概論(改訂版)一四四頁(昭五七)(川上執筆)

(21) 「現代行政の特徴としての行政機能の拡大ないし増大」を背景とした「行政手段の多様化、更には行政の法的行為形式の多様化」がほぼ共通の認識となっているなかで、次第に、「行為形式」「行為類型」「行政上の制度」「行政手段」「行政手法」という言葉の使いわけがなされてきている。ただ、これまでこれらの言葉は、行政行為、行政上の強制執行をはじめ、行政立法、行政契約、即時強制、行政調査、行政計画、行政指導等を論じる際に様々なニュアンスをもって用いられており、論者によって同じ言葉が厳密に同じ意義を有するものというわけではない。筆者は、この点につき、事実行為に関する分析に関連して、「行為形式」という言葉を従来よりも限定された場合にのみ用い、それでカバーできないものについては「行為類型」あるいは「行政手段」という言葉で表現すべきであると論じたことがある。高木「行政上の事実行為と行政の行為形式論(一)(四完)」九五巻五〇六号一頁、九〇一〇号一頁、九六巻三〇四号七〇頁、九八巻五〇六号一頁(昭五七—六〇)(九八巻五〇六号三四頁)

(22) 藤田前出註(3)二二二頁は、行政過程論の有力な主張者として原田教授をあげている。原田「行政過程と司法審査」(昭四七)及び「行政事件訴訟への期待」(昭四八)、いずれも同・訴えの利益(昭五二)所収には、アメリカの裁量統制の法理からの示唆が示されているとみられる。

(23) 筆者は、「行為形式論」をドイツの die Lehre von Handlungsformen に対応するものとしてとらえている。ただ、ドイツにおいてもそれが確立しているというわけではなく、方法論的な厳密さをもって論じているものを筆者なりに再構成したものというのがより正確であろうが、この場合「行為形式」は行政過程を分析的に考察し、いわばミクロのレベルまで分解して個々の行為をとらえて語られる。そして、それが、「法的行為形式」であること、つまり「行為形式論」が「法形式論」(Zur Lehre von Rechtsformen)の一部であることは、次のことを意味する。つまり、「行為形式」「組織形態」「制度」を含む「法形式」とは、行政活動を法的に考察する場合に意味をもつ単位にはかならず、「行為形式」とは、行政活動のある局面を「行為」概念でとらえた場合に、その「行為」に与えられる法的規律の総体が、その当該行為の具体的内容とはかかわりなく、共通のものであることを意味する。そして、その法的規律には、「権限」(どのような機関がその行為をなす権限を有するか)、「手続」(その行為をなすためにはどのような手続が必要とされるか)、「法効果」(その行為によって実体法上どのような権利義務が発生するか、その効果が誰に及ぶか)、「争訟形態」(その行為を争うにはどのような法的手段が認められるか)など、様々のものが想定しうる。これら考へうる法的規律のすべてにつき同一の取り扱いがなされる場合には「行為形式」は非常に明確な内容をもつものとなり、ある行政活動にどのような法的規律が及ぶかをみるためには、その「行為形式」にあてはまるかをみればよいことにならう。かくして無限のバリエーションを有する行政活動を法的に把握するという作業が容易となり、「行為形式論」は「複雑性縮減機能」を果すのである。

しかしながら、当該行為の具体的内容とはかかわりなく共通の法的規律をもたらすためには、「行為形式」のメルマークはある程度抽象的なものでなければならぬ。従って、さきにあげた考へうるすべての法的規律を「行為形式」の要件としてとすることは合目的でないこともあろう。そこで場合によっては、例えば「手続」という要素を除外し、実体法上、訴訟法上の扱いを同じくするものを「行為形式」として想定することが考えられる。しかし、あまり共通の法的規制を単純なものとするとき、「行為形式」にあてはまるという判断から得られる成果が小さなものとなる。例えば、「争訟形態」のみをメルクマールとして「行為形式」を語るのでは、「行政の行為は、処分と処分でないものに分けられる」ということになりか

ねず不十分であろう。

このような観点からすると、「行政行為」を「行為形式」の典型的なものとする場合には、行政行為の概念規定は、行政行為の訴訟法上の機能のみならず、実体法上、手続法上の機能をもにらんでなされるべきであろう。高木「訴えの利益論の再検討」神戸法学雑誌三五卷二四一頁(昭六〇)参照。つまり、行政行為の概念規定については、訴訟法的方法と実体法的方法の両者がみられ、また、どちらかが正しくどちらかが誤りであるかのような議論がなされる場合もあるが、むしろ「行政行為は実体法と訴訟法(手続法)の交錯するところに位置する」ということを素直に認めてもよいのではあるまいか。乙部哲郎「行政行為の概念と種類」現代行政法大系第二巻九一頁(昭五九)参照。

(24) もちろん、ドイツにおいても「法現象の動態的考察」という志向をはじめ様々の発想が随所に認められ、その背景が何であるかについては評価が分かれるところである。藤田・行政法学の思想形式三頁以下(昭五三)参照。また、伝統的行政行為論の負担過重を解消するために行政の行為形式論が展開してきたことにつき、高木前出註(21)(三) 國家学会雑誌九六卷三二四号七〇頁以下(昭五八)。行政法学方法論を扱った近時のまとまったものとして、

W. Meyer-Hesemann, Methodenwandel in der Verwaltungswissenschaft 1981がある。山下淳(紹介) 國家学会雑誌九五卷三二四号二二九頁(昭五七)参照。そして、これらのうちアメリカにみられるような発想をすべてを「アメリカ的」と評することには当然疑問もある。

三 強制

行政上の強制執行と即時強制(即時執行)をあわせて「行政強制」とする場合には、「強制」の概念がポイントとなる。

「行政強制」については、十余余以前にジュリストに連載され、その後別冊としてまとめられたものがあり、そこで様々な観点から検討が加えられている。二で指摘した、「行政の実効性確保の手法」のグルーピングについての二

つの方向の意義についても指摘されている。

即ち、一つの方向は、「強制」の概念を手がかりにグルーピングをするものであり、「強制概念の拡大」⁽²⁾によって「古典的」なものを中核としつつ、「現代的」な様々の手法をその周辺部に位置づけるものといえる。つまり、「強制」の概念を「実力行使」というようにせまく解するのではなく、「間接的な強制」をも含むとすれば、「行政強制」には含められてこなかった「行政罰」を包含しうるのみならず、「水攻め」「公表」等にも連続しうるという立場である。

しかし、この立場に対しては、あまりにも「強制」の概念が拡大されすぎる、例えば「公表」について「間接的」にせよ「強制」という言葉は不自然であるとの反論が予想されるのであって、対案として第二の方向が示される。

即ち、いま一つの方向は、「義務」の概念を手がかりとするものであり、「義務の履行」が直接的にめざされる強制執行を中核とし、「義務違反」に対する「制裁」⁽³⁾を周辺部に位置づけるものといえる。つまり、「行政上の義務履行確保」というとらえ方をすることにより、「行政罰」に連続して「水攻め」「公表」等がより自然に包含されるという立場である。

他方、この立場に対しては、「義務の履行を強制するものではない」と説明されてきた「即時強制」が切り離されることになるが、例えば医事衛生法関係の規定や、外国人の退去強制の例のように、「直接強制」と「即時強制」は解釈上必ずしも明確に区別できるものではなく、また、立法においても互換性がある場合があるという点が問題とされるであろう。

以上のような二つの方向の問題点をふまえて、塩野教授は、この二つを二者択一の関係にあるものではなく、次元の異なるものととらえるという解決策を示唆していた。

「行政法学上の行政強制論は、実は、従来から二つの局面を有していたのである。一つは、私人に認められない行政活動における実力行使の契機に着目した法的検討、いいかえれば、行政の実力行使の一般理論の場であり、いま一

つは、国家の権利の実現のための総合的な制度を考察する場であつた。」（伝統的な行政強制論の二つの局面はこれを分離させることが、それぞれの意義をより明確にする所以ではないかと考えられる。より具体的にいえば、行政活動における実力行使のモーメントは、これを行政の行為類型論の一部に位置づけ、行政調査及び国家の権利実現の諸制度（この内部はさらに、従来の即時強制から行政調査を除外したもの、行政上の強制執行、課徴金等の新たな手法、行政罰等に一応分かつことができる）は、行為類型論とは別の行政上の制度として体系化するという具合である。）

この点を、筆者の理解で補足すれば、行政強制というグループは、「行政上の制度」の説明としてよりも、行為類型の説明という側面を有している。そこで「強制」の概念は、行為類型の分類として用いるべきであるということになる。つまり、直接強制と即時強制は「法的仕組み」としては異なるものであるが（両者の区別は行政手続という観点をいれると明確になる）、行為類型として「事実行為」であり、かつそのなかで「物理的」かつ「強制的」なものである点で共通点を有するのである。

これに対し、「国家の権利実現」のための様々な仕組みという視点が「行政上の制度」の説明としてふさわしいことになる。これは、私人の側からみて「国家に対して負う義務の履行」即ち、「行政上の義務履行確保」ということと同義であるかにみえるが、即時強制をも包含するために「義務」という概念を注意深く避けている点がポイントであると思われる。¹⁶⁾

なお、行政法の理論体系という観点から留意を要するのは、行政上の強制執行と行政罰をあわせて行政上の義務履行確保の法制を論ずること自体は、旧来からもみられたことである。即ち、明治憲法時代の行政法学には、今日一般に用いられている行政強制という包括的な概念はなく、行政上の強制執行のみが行政法の総論でとりあげられ、即時強制（直接制限ともいわれた）は、各論としての警察法で論じられていた。¹⁷⁾

この点は、行政法の総論における「行政行為中心主義」の反映という側面を有していると考えられる。つまり、「行

政治上の義務履行確保」というも、その関心の中心は、「行政行為によって課せられた義務の履行確保」にあり、法律上行政行為が強制執行という「三段階モデル」がその背景にある。そこでは、行政行為が介在せずに、いきなり実力行使がでてくる「即時強制」は法治国の例外的現象とみなされるのであり、ある特定の行政領域においてのみ認められるものにとどまり、一般的なものとしては認知されないものである。このことは、行政の行為形式論という見地からは、事実行為、更には行政行為以外の行為形式の適切な位置づけがなされていないということになる。

さて、「強制」の概念がむしろ行為類型の説明にふさわしいということは、「制度」として「行政上の強制執行」を説明する場合にも、その概念にこだわって説明する必要はないということをも意味しよう。つまり、従来「行政上の強制執行」として説明されてきたもののなかに「実力行使のモーメントに忠実な強制の概念」にはあてはまらないものが含まれるという^{一書}ことは確かであるが、これは「制度」のなかに異質なものが含まれているということの根拠とはみられないのである。

かくして、制度としての「行政上の強制執行」は、「実力行使」という側面からではなく、むしろ結果ないし目的としての「行政上必要な状態」という側面から出発して説明されるべきこととなる。

「行政上必要な状態を実現する」という見地からみると、代執行及び直接強制は、まさにその状態をストレートに実現する点で、「直接的」といえるが、執行罰においては、相手方に心理的圧迫を加えるという点で「間接的」なものにとどまっている。

ところが何らかの媒介を経て、「行政上必要な状態を実現する」という意味で「間接的」であるという点では、執行罰も、行政罰も共通性を有する。そこで、かたや「強制執行」の一種、かたや「制裁」の一種としてその間に一線を画する意味がどこまであるかを検討する必要がある。また、即時強制は、遵守を促したのちに実力を行使する直接強制・代執行と比較すると行政行為という媒介を経ないという意味で、更に「直接的」なものと説明で

きるであらう。

なお、行政調査というカテゴリーは、即時強制というカテゴリーから分離独立する形でつくりだされ、近時の行政法の教科書で定着しつつあるが、その位置づけについてはやや問題が残っていると思われる。というのは、即時強制の分析のなかで直接明らかにされたのは、「強制」の概念を「直接的な」あるいは物理的なものに限定するとき、それにあてはまらないものがある、ということ、つまり例えば所得税法に基づく調査は即時強制ではないというべきである、という消極的な命題にとどまるのである。そこで、問題はその先にあり、それでは、ある行政決定に先だって情報を収集するという活動を、理論上どう位置づけるかということになる。その際情報収集一般とひろくとらえると、そのなかには、行政上の義務履行確保ないし制裁、あるいは行政上必要な状態の実現というグループピングにはあてはまりきれないものがあるが、行政調査をひとつの行為類型といえるかということ、これについても疑問がでてこよう。結局、行政が情報を収集するという点に着目して「行政調査」というカテゴリーをたてる場合には、それは、行為形式とか強制の有無については中立的であるというべきであらう。つまり、即時強制と行政調査という概念は相互排他的なものではなく、次元の異なるものと考えるほうが自然であり、即時強制のなかには、行政調査にあたるものもあるが、行政調査には強制の契機を含まないものもあると説明しうる。このように考えると、行政調査の適切な位置づけのためには、情報収集あるいはよりひろく情報の管理という視点がうかがわがる行政活動の分類基準が必要となるのである。筆者はこれを「行政手段論」が果しうると考えるが、これについては、五で扱うことにしたい。

(25) 「研究会・行政強制」ジュリスト五七四から五九九号(昭四九一昭五〇)

(26) ジュリスト総合特集・行政強制(昭五二)

(27) 蘆野「行政強制」論の意義と限界」前出註(26)七頁は、強制の概念の拡大論者として広岡教授をあげる。そこで引用されているのは、広岡隆・ジュリスト法学教室(第二期)六号九七頁(昭四九)である。他方、広岡教授の研究会での発言は、

むしろ「強制」という概念に替えて、「サンクション」とか「実効性の確保」という概念で広くとらえようというニュアンスである。広岡・前出註(26)一七四頁。島山・前出註(5)三九二頁注(71)参照。

(28) 今村・前出註(12)一四一頁。磯野弥生「行政上の義務履行確保」現代行政法大系第二巻二七頁以下。田中利幸「行政と刑事制裁」同二六三頁以下参照。

(29) 広岡隆「即時執行」同・二九三頁参照。

(30) 小高・前出註(6)二五四頁。広岡・前出註(29)二九七頁参照。

(31) なお例えば、性暴力防法二一条の「強制検診」については、そもそも実力行使を認めているのかも明確ではない。小高・前出註(6)二五四、二五七頁参照。

(32) また、更に、即時強制に対する不服従(義務違反)についても「行政の実効性を確保するための手段」として「制裁」を課すという説明をする場合には(今村・前出註(12)一四一頁)、即時強制自体のみが、別の取扱いをうける(行為類型論のところで説明される)ことになり、体系上の位置づけの不自然さが目立つことになる。

(33) 塩野・前出註(27)五頁。

(34) 村上義弘「東條武治編・行政法と現代社会(昭五七)八一頁以下(村上執筆)」は、單純事實行為と行政法上の事實行為をまず分類し、さらに後者を強制力のない事實行為、間接強制される事實行為、実力で強制される事實行為に分類している。

(35) 「行政上の義務履行確保」にかえて「行政の実効性の確保」とひろくとらえる視点は、今村・前出註(12)にも既に示されていると評価できる。島山・前出註(5)三九二頁注(71)。

(36) 塩野・前出註(27)五頁。

(37) 事實行為を一つの行為形式と呼ぶことには留保が必要であることにつき、高木・前出註(21)(三)国家学会雑誌九六巻三〇四号九五頁以下、(四完)九八巻五〇六号七頁参照。

(38) 例えば、塩野・前出註(27)八頁注(2)は、次のように説明している。「実力行使」というモーメントは、相手方の抵抗を

排除して必要な状態を実現するということを、その中核としている。つまり、行政上の強制執行の手段のうち、代執行及び直接強制は相手方の意に反する実力の行使の觀念に最も適合的であるが、執行前は、行政機關による強制徴収権が存在している限りにおいてなお、行政強制のカテゴリーに包摂されうるが、通常の質問・検査・立ち入り等、罰則による担保があるのみでは「強制」とはいいがたい。」これは、「間接強制」は概念上は「強制」の一種とはなっているが、「実力行使のモーメントに忠実な強制の概念」には含まれないという趣旨であろう。つまり、裁判所の判断を仰がずに、「人の身体又は財産に手をかける」というのが行政強制のイメージということになる。

なお、塩野教授の「国家の権利の実現のための総合的な制度」は「行政目的の現実的実現のための総合的な仕組み」ともいえることができる。

(39) 藤田・行政法総論一八八頁以下(昭五五)新版二〇二頁以下(昭六〇)は、「間接的強制制度」というまとめ方で、行政罰、公租・公課(延滞税・加算税、課徴金)、公表、諸手段の転用(接益的行為の撤回、公務執行妨害罪、サービスの拒否等)を説明している。

(40) 「制度の具体的機能」という観点からすると、「強制」という概念はよりひろく「事物の性質上、必然に近い(あるいは相当の)確率で必要な状態の実現に向かう」という意味になるであろう。その場合には、経験科学的な意味での「強制」として、経済的強制、社会的強制、技術的強制などが想定しうる。

このうち、「経済的強制」は近時アメリカ的発想として注目されている「経済的インセンティブ」のうち、ネガティブかつ、実効性の高いものということになろう。

(41) 罰則や不利益を課すことは、それ自体が目的ではないとすると、それが、本来の目的達成にとって、どの程度の実効性をもっているのかという点から評価される必要がある。「罰則による担保のみでは強制とはいえない」という命題は、強制の概念規定から立てられる場合には、価値中立的なものであるが、「行政の実効性確保」という観点から不十分なものである」ということを含意しているのであれば、全体としての実効性確保の仕組みを以下にデザインすべきかという立法論ないし法

政策論につなげられるべきものといふことができる。

四 制裁ないしサンクション

「行政上の義務履行確保」というグルーピング、とりわけ行政上の強制執行と行政罰とをあわせて行政の義務履行確保の法制を論じることが、明治憲法下の行政法学にみられたことは既にみたところであるが、「現代行政における行政手段ないし行政手法の多様化」に関連してこのようなとらえ方が再度注目をあつめることになつたのは、「行為形式」よりも、「機能」の共通性に着目する考察方法の有用性が強調されることによると考えられる。そして、このような考察方法の変化の背景には、筆者の推測するところ、アメリカ的な発想が背景にあつたと思われる。即ち、新たな整理を示し、近時に至るまでの議論の契機となつたものとして今村教授の「行政法入門」をあげるべきであろう。この初版は昭和四一年に出版され、行政罰、行政処分を包含して「行政制裁」という類型が示されたのであるが、英語で sanction という場合には、penalty のみならず我国でいう「監督処分」更には授益の拒否等をひろく含むものであるから、自然な発想といふことができよう。

そして、このような「機能」に着目した考察方法は遠藤教授の「融合」論文にも色濃くみられる。

〔現代国家における行政機能の拡大、行政事務の増大は、当然に行政権限の増大と行政手段の多様化をもたらす。〕（行政権限の増大と行政手段の多様化は、行政のもとにおける行政手段の適当なる組み合わせによって、新たな行政機能を創出するという現象を生み出すにいたつた。）

さて、二でみた「義務」の概念を手がかりとした第二の方向は、「義務の履行を確保する」機能を有するものを総合的に考察するという意味で「機能的」なグルーピングをするものであるが、その際の「機能」として「制裁」の概念を手がかりとすることは唯一の選択肢というわけではない。つまり、「制裁」という観点はある程度ひろい視野を

ひらくものであるが、「機能的」考察を強調する場合には、よりひろいとらえ方が有益であるとされることがあるのである。

即ち、豊山教授は、今村教授の「行政制裁」—義務履行確保手段のうち不利益を課すことにより間接的に強制するもの、という用語法をふまえつつ、「制裁」ということばにかえて「サンクション」ということばを用いている。そして、それは「行政の実効性を確保するために用いる措置であつて伝統的な行政強制手段以外のもの」をひろく視野にいれる趣旨であるとされる。というのは、サンクションということばは、利益を与えるもの、不利益を課すものの双方、つまりポジティブ、ネガティブ双方を含みうることから、通常の用法に従つてネガティブサンクションを中心として考察する場合でも、行政過程における機能をより適切に位置づけるからであると説明される。

そして、本稿の関心からすると、これらサンクションを、行政活動の行為形式とは無関係の制度（仕組み）と考え、かつ、これを「行政の実効性を確保するための方法」と位置づける方向が示されている点が注目される。

〔従来のサンクションに制度分類という縦糸と行為類型という横糸を通すことにより、公益の実現を目的としておこなわれる種々の行政活動の個々の場面ごとに、対国民との関係で行政の実効性を確保するためにどのような法制度が設けられており、またそれがどのような法形式によって構成されているのかを個別的に分析し、制度のあり方を考えることが可能となる。〕

なお、以上のような発想との関連で参考になると思われるのが、アメリカにおいて近時盛んに論じられている「法の経済分析」をふまえた規制手法のアイデアであり、その一例として、いわゆる「司法的執行の原則」ないし「裁判所によるエンフォースメントの原則」のもとで、実効的なエンフォースメントの手段として多用されている civil penalty（民事罰）があげられる。

このような「経済的インセンティブ」のうちある種のもものは、我国においてもかねてから注目されているとみられ、

建築行政や公害規制の分野において執行罰を再導入すべしという立法論や、立法化された課徴金制度もそのような文脈のなかで評価されよう。

以上のように、「機能的」な考察をする場合には、「制裁」という観念によってとらえられるものは、「サンクション」あるいは「インセンティブ」という観念によってとらえられるものの一歩ということになる。

そこで、本稿の関心からは、「行政の実効性確保の手法」として、ある程度限定された行政過程の局面において用いられる手法をとらえる場合に、どのような観念によるのが有益かということが問題となる。これまでみたところからすると、「制裁」という観念ではやや狭いと思われる。他方で、「サンクション」あるいは「インセンティブ」の観念は、やや広きにすぎる面があるものかなり有益であると思われる。このあたりをどう調整するかが、残された課題である。

(42) 例えば、南川原田・田村編「行政法総論」一八六一—一八七頁(昭五二)〔確井執筆〕は次のように説明している。
 「本書においては、講学上用いられる『行政強制』のほかに、強制作用を背景にして行政上必要な状態の実現を促すという機能に着目して、『行政罰をもあわせて考察することとする。』〔強制作用を背景にして行政上必要な状態の実現を促すという機能に着目する場合に、講学上の行政強制、行政罰のほか、次のようなものも、同様の機能を果たしている。〕以下、授益的処分の停止・撤回、金銭的負担、公表があげられている。

(43) 今村・前出註(12)

(44) 連邦の行政手続法(A.P.A.)の定義規定は非常にひろく。5 U.S.C. § 561 (2)

金子考雄「行政強制」とくに米國法制を中心として「慶応大学法学研究」三七巻一—一〇頁(昭三九)参照

(45) 環境法における enforcement のついで、sanctions と市民訴訟を中心した記述がある。Bonnie McGarity, The Law of Environmental Protection (1984) pp. 903 がある。しかし、行政法の概説書においては、通常、sanction という形の単語は

た説明はなされてはいない。

(46) ただ、sanction の中心は、やはり民事刑事の penalty であると見られる。

(47) 遠藤・前出註(8)七一四—七一五頁

(48) 中西又三「行政目的を確保するための制裁」金子・廣岡・山本編・法學演習講座・行政法上・二四一頁(昭四九)は、今村・前出註(12)に影響をうけ、「制裁」という観点からグループピングを試みたものであるとみられる。

(49) 島山・前出註(5)三六六—三六八頁。

(50) 同・三七一—三八〇頁によると、現代型サンクションとして次のものがある。

1. 経済的負担の賦課
これには、①延滞税・加算税②課徴金③誘導的租税がある。
2. 公表
3. 公共サービスの供給停止
4. 特典や資格の停止

これには、①授益的行政処分撤回②退職勧奨、公害防止等の分野におけるいわゆるアメとムチの組み合わせ③公共事業の指名・指名停止④私法契約における解除がある。

(51) 同・三八一—三八二頁

(52) 金子・前出註(44)、及び同「英米における行政強制」公法研究二七号二五二頁(昭四〇)なお、このような原則に対して重要な例外が認められているのが、租税の分野である。(以下については、東京大学助手佐藤英明氏に教示をうけた)

(連邦)内国歳入法典(IRC)の定めによると、徴収部局(Internal Revenue Service Collection Division)には滞納やれた租税につき、行政的に徴収する(collect the tax administratively)手段と訴訟による徴収(collect by court action)手段が選択的に与えられているが、通常は前者が用いられている。I. L. Shafer, Internal Revenue Service

Practice and Procedure Deskbook (1985) p. 69

これに対し、納税者側には、Tax Courtで争うか通常の訴訟で争うか等の選択があり、それぞれ得失がある。前者では、強制徴収はされないが、納税者が敗訴した場合には、延滞利子 (Interest: 11%) がかかる。後者は、いったん払った後の返還請求という形をとる。Sommerfeld / Anderson / Brock / Everett, *Hof Federal Tax Course* 1985 (1984), pp. 66-73

また、租税の滞納に対する抑止力として、行政的な徴収の手續におよび、合衆国のために発生した lien が登録される (filing the notice of tax lien) と、納税者はその後数年にわたって信用供与をうけるのが困難になることが指摘されている。

Shapiroff, *supra*, at 82

なお、無申告、過少申告に対するペナルティについては、Asimov, *Civil Penalties for Inaccurate and Delinquent Tax Returns*, 23 UCLA L. Rev. 637 (1975)

雑誌 XXXVI 雑学 法学 戸神

(53) 村上磨造「行政庁による処罰—行政法令違反に対する非刑事的金銭罰について—」ジュリスト七六四号一—〇頁(昭五七) アメリカにおける金銭罰は、原則として行政庁が額を決定し賦課しうるのではなく、裁判所が決定し執行するものであり、いわば行政が原告になる訴訟につき、起訴前の和解ないし訴訟上の和解がなされるという形が多いとされる。これに対して、最近若干の分野で、行政的な賦課(裁決)手續を用いる()が認められるようになっており、命令監督から経済的インセンティブへのという立法論的提言においては、このような行政による効率的な賦課が推奨されている。宇賀克也「行政法判事(下)」ジュリスト八二七号六三頁(昭五九)及び、後出註(60)(61)参照。

(54) エンフォースメントの観念はかなりひろく、行政機関が規制権限を十分に行使しない場合に、市民がおこなう訴訟もエンフォースメントの手段()として説明するものがある。Schoenbaum, *Environmental Policy Law* (1982), pp. 800; Gaynor, 30 *Vand. L. Rev.* 1187 (1977); Bonine = McGarity, *supra* note 45, at 973

(55) 昭和四五年の建築基準法の改正において、執行罰の導入がみおくられた。このとき、塚崎淑子「建築基準法の改正」ジュリスト四五五号六二頁(昭四五)

(56) 公害規制につき原田・公害と行政法一〇六頁(昭四七)参照。

(57) 独占禁止法のカルテル規制においてはかなりの運用実績が積み重ねられている。川井克俊・カルテルと課徴金(昭六一)二二一九頁次以下。なお、課徴金導入以前に、勸導の授与の停止がカルテルの抑止効果を有していたことにつき、同・はしがき参照。

(58) なお、課徴金の法的性格に関して、義務違反に対する制裁としてとらえるべきかという議論がある。衆生新「課徴金・原則金・違反の公表」行政法の争点一一二頁(昭五五)(否定説)

道徳的非難が含まれるか、賦課するかどうかの裁量があるか(制裁なら裁量があるという議論、独禁法の課徴金は行政上の措置であるから裁量なしという議論を想起せよ)という点は、アメリカにおいては、ペナルティが「民事的」か「刑事的」かという点と関連して議論されている。

Diver, The Assessment and Mitigation of Civil Money Penalties by Federal Administrative Agencies, 79 Col. L. Rev. 1434 (1979)

なお、アメリカにおけるペナルティが注目される理由の一つは、違反一日あたりいくらというような定め方ができ抑止効果期待できる点であると思われる。そして、民事罰のみならず刑事の罰金においてもそのような定め方が注目されている。藤田節「企業と責任」現代企業法講座第一巻三七二頁(昭五九)参照

(59) より一般に、公害規制手法としての金銭的負担の賦課について、人間環境問題研究会編「特集・公害規制としての賦課金制度」環境法研究九号(昭五三)参照。

(60) 法と制度の経済分析の基本的な考え方について、浜田宏一・損害賠償の経済分析(昭五二)が有益である。

(61) 命令監督(command and control)に対し、経済的インセンティブ(economic-based incentive)を代替あるいは補充手法として位圖(1)は、その採用を説く近時の文献としてStewart, Regulation, Innovation, and Administrative Law, A Conceptual Framework, 69 Cal. L. Rev. 1256 (1981)をあげ。

(62) 規制目的 (regulatory objectives) と規制手法 (regulatory tools) の関係について、Breuer, Analysing Regulatory

Failure: Mismatches, Less Restrictive Alternative, and Reform, 92 Harv. L. Rev. 547 (1979) 参照

(63) アメリカにおける規制手法をめぐる議論の動向については、本学大学院生 (現在パークレイ留学中) 北村喜宣氏の修士論文 (昭和六〇年一二月) 「実体的行政規制改革の展開—アメリカにおける大気汚染防止行政を中心として」から、文献の所在を含め多くの教示をうけた。同論文は近くその要約が公表される予定である。

(64) 大気汚染防止の分野における経済的インセンティブを利用した手法の一つとしてのバブル政策 (bubble policy) について、
 島田武道「最近の連邦最高裁判決から—バブル概念をめぐる紛争」判例タイムズ五七七号—七頁 (昭六二) 参照

五 行政手法論の位置づけ

以上の考察から明らかになったように、「行政の実効性確保の手法」という場合には、それぞれの「機能」に着目し、同様ないし類似の機能を有するものから順にグルーピングをしてゆくという説明になると思われる。そこで、その際における分類概念は、必ずしも「行為形式」を基準としてなされるということにはならないのは自然であろう。もちろん、ある行政作用がある「行為形式」を有することからある特徴的な「機能」を有するということ、つまり「行為形式の機能」を語りうることはいうまでもないが、「行為形式」を異にしても同様ないし類似の機能を有するものがあることも否定できない。⁽⁶⁵⁾ 例えば、「規制の行政指導」の「権力性」が齎られること、あるいは勧奨予防接種における「心理的強制」が語られることは、この点を示唆しているのである。

そこで、一で触れたように、今後は「行政手法論」ないし「行政手段論」を「行為形式論」とは別個の理論的レベルに属するものであることを明確にしつつ、行政法総論における説明をくみかえるのが適切であろうと思われる。つまり、従来の「行政強制」及び「行政上の義務履行確保」の部分の説明は、「行為形式」にかかわる説明と「行政手法」

ないし、「行政手段」にかかわる説明を混在させていたために、それぞれの概念の関係や、いくつかのグループビングの分類基準の理論的關係がやや不明確であったと評価できるのではなからうか。

ただ、このような見通しも「行政手法論」ないし「行政手段論」の理論的性格が明確になっていない現状では課題を示したにとどまる。そこで、以下、「行政手法論」ないし「行政手段論」をどのように位置づけることができるかを考察して本稿の結びとしたい。

まず、「行政手段論」の意義については、「行政過程論」の意義とともに藤田教授の整理がある。

藤田教授のいう「行政手段論」は一種のモデル概念であるが、「行政の諸活動を、行政主体がその目的を遂行する為に選択的に利用する、その意味で合目的・機能的な、単なる一つの「手段」として考える見方」であり、「諸々の行政活動について、このような意味での「手段」であるということから、その「法技術」としての性格を強調し、その技術性・形式性を重視する傾向がある」とされる。そして、この意味での行政手段論者としてあげられているのが、塩野教授、原田教授である。

これに関連して、筆者は次のように整理したことがある。

「そこで最も問題を含むのが「行政手段」という言葉である。これは抽象的に、行政目的—行政手段という枠組みでとらえるときには、きわめて多様な次元で語ることが許され、かつ行政学的な行政過程の分析になじむものである。そして筆者のみるどころ、行政法学との関連を有するものは、大きく分けて(人的・物的)「資源」(Resources, Mitteln)という意味で語られる場合と、管理 (Administration, Verwaltung) の手法としての計画、組織、調整、指導、給付、命令強制などをとらえる場合がある。「行政手段論」の名のもとに従来の公務員法、公物营造物法、行政組織法をまとめてとらえようとする志向は前者の次元に属するとみられるが、後者の次元に属するとみられる興味深いものとして、経済行政作用法(各論)の研究のなかで論じられている介入手段のカタログがある。」

筆者は前者の代表的論者として塩野教授を、後者の代表的論者として佐藤英善教授及び原田教授を念頭に置き、また、後者に属しつつ「行政手法」という用語法をとる論者として阿部教授を念頭に置いていた。しかし、藤田教授の整理をみる限りでは、塩野教授の「行政手段論」も主として後者の次元について注目されているようである。

そこで、筆者は今後の整理として、「行政手段論」と「行政手法論」をやや異なるレベルのものとして論じることが提唱したい。つまり、「行政手段」という場合には、行政が「社会管理作用」を果すために用いる様々な「資源」を抽象的に、即ち、行為形式とは無関係であるのももちろん、行政目的との関連をも一応たちきって把握するのである。例えば、金銭ないし財貨という「行政手段」は、それを給付ないし交付するという場面に限定しても、生活保障、社会保障、特定の産業の助成、公害防止等、様々な領域で用いられる。そして、それを剝奪するという場面を包括すれば、「経済的サンクション」が視野にはいるのである。このような抽象的な把握によれば、「人」「物」「組織」という「行政手段」を主として扱ってきたのが公務員法、公物法、行政組織法ということになり、また、營造物法、公企業法は、「人」「物」「サービス」という「行政手段」の組み合わせを扱ってきたものとも説明できよう。

なお、現代社会における「情報」の重要性に鑑みると、「情報」を一つの「行政手段」として考察することも有意義であると思われる。例えば、公表は、多くは指導（誘導）行政の実効性を担保するための不利益賦課の行政手段として着目されている。つまり、指示・勧告といった行政の非権力的行為を前提とし、事業者等の信用、イメージ等に対する不利益を課する点から、「違反に対する制裁」の延長線上にとらえている。

しかし、事実行為の重要性は、「侵害」のメルクマールを満たすかどうかのみにあるのではなく、それによってひき起こされる「事実状態の変動」が「行政目的の実現」に「行政上必要な状態の実現」にとつてどのような位置をしめるかによる。つまり、行政活動の「病理学」に「違法な行政活動に対する救済」のみならず、行政活動の「生理学」において正当な位置づけが必要である。

そこで、公表の意義は、「精神的事実行為」によりひきおこされる「事実状態の変動」≡情報という観点における事実状態の変動にあるから、その機能は、①事業者等が、その不利益をおそれて活動することにより、行政上必要な状態が実現される、という従来着目されてきたもののほかに、②情報提供により、事業者以外の行為主体（例えば消費者）の活動が影響をうけ、行政上必要な状態が実現されるという点にあることになる。

このようにみると、「情報」という「行政手段」を「提供」という形で操作するもの的一部分が、「制裁」ないし「負のインセンティブ」としての公表ということになろう。

さて、以上のように「行政手段」をかなり抽象的なレベルでとらえると、それを補完するものとして、「行政手法」をやや具体的なレベルでとらえるべきことになろう。「行政手法」は「行為形式」とは次元を異にし、行政目的とも直接の対応関係には立たないものであるが、ある程度、行政領域や行政目的になじみやすいものであるという点が指摘できよう。つまり、「権力行政」といわれてきたものは、「命令」「強制」「監督」という「行政手法」が主として用いられる行政領域を念頭に置いた概念であり、「給付行政」といわれてきたものは、「助成」「誘導」という「行政手法」が主として用いられる行政領域を念頭に置いた概念であったと評価できるのではなからうか。しかし、「調査」「計画」「指導」「調整」等の「行政手法」はほとんどすべての行政領域で必要とされるものである。

かくして、理論的な配列からすると、「行政手段」及び「行政手法」は共に、行政法総論の一章に「行為形式」「行政手続」「行政上の一般的制度」と別個に論じられるべきことになり、「行政過程論」はそのような配列の意味を説明するものの方と位置づけられる。

(66) 前出註(23)のように、「行政形式」をとらえる場合には、ある行為の果す機能に共通点があるだけでは、同一の「行為形式」を語るには不十分であることになる。これに対して「行政手法」という場合には「行政過程論」において「行政目的」の達成のために果す「機能」の共通性という観点から位置づけることが自然となる。そこで、例えば、「行政立法」というカテ

ゴリーは、しばしば「法規命令」と「行政規則」を包括するものとして用いられてきているが、権限、制定手続、法的拘束力という点で異なるものであるから、その共通点は、「行政過程」における「機能」の共通性ということにほかならない。

そこで、「行為類型」とやや方法的に中立的な呼び方をする方が適切であろう(高木・前出註(21)(四) 國家学会雜誌九八巻五二六号三六頁)。そして、「機能」の共通性を正面から掲げるのであれば、社会管理の手法としての「一般的抽象的な定め」として、政省令、告示、計画、内規、通達、要綱などのある部分をひろくとらえ、それらが、法的効力とはかわりなく、法律と個別行政決定の中間段階の「基準策定」の段階としての共通の機能を有するものと説明すべきであろう。これらは、法治主義の観点から、行政裁量とりわけ、個別行政決定のレベルでの裁量の幅を狭め、裁判所の審査を強化するという共通の機能を有するほか、行政の効率性という観点からも、多くの事案についての「画一的処理」あるいは「類型的処理」を可能にするものといえよう。西ドイツにおけるこの問題につき高木「通達における法と専門技術性の交錯」(三定)「自治研究六一巻五号一一四頁(昭六〇)、フランスにつき、交吉尚史「個別審査と画一的処理」(三定)「自治研究六一巻二号、六一巻三号、四号(昭五九、六〇)参照

(67) Meyer Heemann 前出註(24)も、行為形式の機能に着目すべきことを説いている。

(68) 藤田・前出註(2)一一九頁

(69) 高木・前出註(21)(四完) 國家学会雜誌九八巻三二四号三六頁

なお、公物法で「物的手段」、公務員法で「人的手段」、營造物について「設備的手段」という表現をしていたものとして、佐々木惣一・日本行政法論(総論)(六一〇)がある。

(70) ただ、佐藤教授は、作用形式Ⅱ行政手段とするようにもみえ、行為形式論と行政手段論の関係をどうみるかや不明確である。また、山内教授も行政手段ということばを用いるとともに、「行政措置制」を論じているが同様の疑問がある。山内一夫・新行政法論考(昭五四)はしがき五頁、同・行政指導の理論と実際(昭五九)(行政手段としての事実的行為)。島山武道「石油ヤミカルテル事件最高裁判決の検討—行政指導分析に関する従来の理論の再検討—」経済法学会年報六号七〇頁注

28、30（昭六〇）参照

(71) 塩野、原田兩教授についても「私法的手段」と表現する場合のように行為形式に着目しつつ、表現を変えてみるとみられる部分もある。なお、成田、荒川、南、近藤、現代行政法一〇九頁（昭四三）参照。

(72) 行政手法という用語は、成田教授の公法学会第三四回総会のシンポジウム発言にみられる。公法研究三三三—三四頁（昭四五）（これについては小早川教授の教示をうけた）。また、田中二郎博士は、行政のスタイルという意味で用いているが、本稿の関心からはややはずれる。田中二郎・塩野宏補訂・新版行政法・下（全訂第二版）一八頁（昭五八）。

(73) 阿部・前出註（3）四五頁。教授によれば、「行政手法論」とは、行政主体が公共目的を実現する手法に関して法的考察を加えるものであり、契約か行政行為かというような行為形式にこだわるのではなく、多様な手法を総合的にとらえて、手法の内容や機能に即して分類し、その問題点を明らかにし、また立法の参考にするものである。そこで、行政手法の分類としては、

- (1) 経済的インセンティブ
- (2) 行政のチェック・システム
- (3) 民間による自主的コントロール補助金
- (4) 補助金
- (5) 独立採算制・収入の一部還元制
- (6) 政府の市場介入
- (7) 政府契約
- (8) その他

があげられ、また別途、「強制・制裁手法論」のなかで、非刑罰化、通告処分拡張、アメリカの民事罰の導入等が指摘されている。

(74) 資金の交付を行政目的との関連を「広立ち切って」「行政手段」の一つと把握するものとして、塩野「資金交付行政の法律問題」国家学会雑誌七八巻三〇四号九九頁(昭三九)、同・前出註(15)一九八頁。

(75) 營造物の概念は必ずしも明確ではないが、その漂流であるオート・マイヤーの定義は「公行政の主体が特定の公共目的のために継続的に供用する人的物的手段の集合体」であり、そこでの「手段」にあたるドイツ語は *Mittel* である。原龍之助・公物營造物法「新版」三五九頁注(一)(昭四九)。Betz, Die öffentliche Anstalt, NJW 1985, 2294-2301 (2296)参照。

(76) なお、情報を収集するための手法として、行政調査の諸形態とともに、届出制、許可制、聴問、公聴会等を視野にいれることが必要であろう。

(77) 阿部・前出註(9)参照。

(78) 公表の機能について基本的な分献として、E. Gellhorn, Adverse Publicity by Administrative Agencies, 86 Harv. L. Rev. 1380 (1973) 連藤・計画行政法(昭五二)一六一頁以下に紹介がある。

(79) 従来、行政法各論として考察されてきた、警察法、公用負担法、財政法等も見方によれば、各行政分野を素材として様々な「行政手法」ないし「行政手段」を説明する部分が多く、その限りでは、行政法総論に移行しうるものであろう。なお、小高剛・行政法各論(昭五九)は、「行政手段法」として、行政組織法(公務員法を含む)及び財政法を説明する一方で、「規制」「事業」「誘導」などの「手段」という表現をしている。

(80) このような位置づけは、「行政手段論」を行政学的な発想で説いているとみられる連藤教授の「行政過程論」に最も近いといえようか。連藤博也・前出註(8)(78)及び同・行政法各論(昭五二)三〇〇頁(開発行政の手法)参照。