

法的执行体系论与行政法的理论体系

[日] 高木光* 著
王贵松** 译

【摘要】 “强制”和“制裁”，是法律执行的重要手段。行政强制和行政制裁从性质和功能两个角度可以有不同的界定和建构。某措施是指向履行义务（强制），还是不履行义务而予以惩戒（制裁），取决于该手段所要实现的功能，仅从其制度上定位也许是无法判断的。“实效性保障”是比“确保履行义务”更进一步的“发现”，包括广义的“制裁”和广义的“强制”概念，可以使“行政强制”的整理方法和“确保履行义务”的整理方法双方的目标实现共生。在引入某手段时，应根据“功能”来“定性”，对于没有实现与“性质”相应“功能”的手段，首先应探讨强化其“功能”的对策。

【关键词】 法的执行 行政制裁 行政强制 实效性保障

一、引言

为了考察行政法体系在“法的执行体系”中应有何种地位、应如何

* 高木光，东京大学法学博士，京都大学法学部教授。本文《法執行システム論と行政法の理論体系》原载于日本《民商法杂志（民商法雜誌）》第143卷第2号（2010年），143~169页。本文以作者在科学研究费补助金、学术创新研究费“邮政构造改革中市场与社会的新秩序形成——自由与协同性的法律体系”（研究代表：京都大学川滨升教授）主持的第三回学术创新席明纳上所作的报告《强制·制裁·赏罚——以行政法学为视角》（2007年11月2日）的基础上，根据之后的状况修改而成。摘要和关键词系译者所加。

** 王贵松，法学博士，中国人民大学法学院副教授。

在法的“控制社会的功能”^① 关系上理解行政活动的存在意义^{②③}，本文拟作准备性研究，旨在以“行政制裁”与“行政强制”两个概念以及两者的关系为线索，整理“法的执行体系”的理解方法对于行政法理论体系的意义。^④

京都大学合作研究项目“邮政构造改革中市场与社会新秩序的形成——自由与协同性的法律体系”旨在探索“构造改革后法律秩序的应有状态，亦即并非仅仅自由放任，尊重自律性，同时维持支撑自律性的全部体系”^⑤。该合作研究设立了“市场秩序的形成”、“社会秩序的形成”、“法的执行”三个分会，从其名称中含有“秩序的形成”、“法的执行”的用语来看，该合作研究必不可少地要着眼于分析法或规则的“功能”。

在形成市场和社会秩序的过程中，应有状态是作为“目标”而设定的，也就要分析如何实现其“目标”。因而，一个重要的视角是，各种实现“目标”的“手段”具有何种程度的“实效性”。另外，对于作为应有状态的“秩序”或者实现“秩序”的规则，不可避免地存在违反它们、阻碍形成秩序和遵守规则的行为。因而，就必须准备一些手段，去“抑制”这些行为、“纠正”这些行为的结果。这些手段的核心在于公共机构行使的“强制”和“制裁”，而这些手段在何种程度上具有实效性，就成为重要的视角。

另外，在日本行政法学中，已有先驱性的学者在 20 世纪 60 年代后

① 田中成明在《法理学讲义（法理学講義）》（有斐阁、1994 年版，74～80 页）中将法的功能分为“控制社会功能”、“促进活动功能”、“解决纠纷功能”和“分配资源功能”四种。具有“控制社会功能”的，他列举了刑法和侵权行为法。在考察“制裁”和“赏罚”的概念之际，该书的说明是富有启发意义的，但他对行政法的“控制社会功能”却没有分析。对此进行补充是笔者本文之后的课题。参见日本机械学会编：《机械工学便览 β9 编（机械工学便覧 β9 編）（法工学）》（丸善 2003 年）第一章（高木光执笔）。

② 考察 20 世纪 90 年代规制缓和论中“从行政事前规制到司法事后规制”口号的界限的论文有曾和俊文：《司法改革的理念与行政法（司法改革的理念と行政法）》，载《自治研究》第 77 卷第 10 号（2001 年），7～16 页。

③ 更为一般地从民事法和刑事法的界限说行政法学的存在意义，其先驱性研究是阿部泰隆：《行政的法体系（行政の法システム）（上）》（有斐阁、1992 年）。

④ 参见曾和俊文：《法执行体系论的变迁与行政法理论（法執行システム論の変遷と行政法理論）》，载《公法研究》第 65 号（2003 年），216 页。根据曾和教授的定义，“法的执行体系”是指“纠正私人违反（行政）法的行为，实现符合（行政）法的目的之状态的法律构造”。如此，与美国法上的“法的执行”（Law Enforcement）是相近的。

⑤ 笔者在第三次学术创新席明纳上的报告概要《强制·制裁·赏罚——以行政法学为视角（強制・制裁・サンクション——行政法学的視点から——）》，载《学术创新通信（學術創成通信）》第 2 号，13 页。

半期至70年代注意到“实效性的保障”视角^①，20世纪80年代后半期，在学会报告的标题中已采用“实效性的保障”这一措辞^②，尤其是20世纪90年代以来，在学会的统一课题^③或者论文标题中也予以采用^④，它已在相当大范围内成为共享的问题意识，现在标准的教科书^{⑤⑥}也给予了一定的说明。如此，依笔者来看，“实效性的保障”用语不外乎就是行政法学所接受的“法的执行体系”或“法的执行”。在这一意义上，“法的执行体系”的理解方法的确已给日本行政法的理论体系带来了一定影响。然而，众所周知，日本行政法学的理论体系在第二次世界大战前受到德国理论（乃至大陆法系的理论）的强烈影响，现在仍在很大程度上继受着这种影响。因此，为了在使用传统概念的讨论中适当地定位从“法的执行体系”所得到的启发，有必要对各种概念的意义进行慎重的考察。

因而，本文以下先回顾《反垄断法》中课征金性质的讨论（第二部分），再来整理“行政制裁”概念（第三部分）和“行政强制”概念

① 先驱性研究是今村成和：《行政法入门（行政法入門）》（有斐阁、1966年，第1版）其他文献，可参见曾和俊文前掲论文《法执行体系论的变迁与行政法理论》和拙著《技术标准与行政程序（技術基準と行政手続）》（弘文堂、1995年），第一编第三章“行政手段论”（首次发表于1986年）。

② 拙文《实效性的保障（実効性確保）》，载《公法研究》第49号（1987年），186页。

③ 参见碓井光明：《履行行政上义务的保障（行政上の義務履行確保）》、畠山武道：《行政强制论的未来（行政強制論の未来）》、早坂喜子：《行政调查（行政調査）》、福井秀夫：《行政代执行制度的课题（行政代執行制度の課題）》、曾和俊文：《经济性手段的强制（経済的手法による強制）》、市桥克哉：《行政罚（行政罰）》、三边夏雄：《自治体行政的实效性保障（自治体行政の実効性の確保）》、芝原邦尔：《行政实效性的保障——以刑事法为视角（行政の実効性の確保——刑事法の視点から——）》，载《公法研究》第58号（1996年）。

④ 例如，宫崎良夫：《行政法的实效性保障（行政法の実効性の確保）》，载雄川一郎先生献呈论集《行政法之诸问题（上）（行政法の諸問題）》（有斐阁、1990年），203页；大桥洋一：《建筑规制的实效性保障（建築規制の実効性確保）》，载《法政研究》第65卷第3·4号（1999年），1页等。最近的论文集有，北村喜宣：《行政法的实效性保障（行政法の実効性確保）》（有斐阁、2008年）。

⑤ 盐野宏《行政法I》（有斐阁、2009年，第5版，227页注（4））指出“辨别以制裁为目的的制度与具有制裁效果的抑制性制度，从整体上整理确保行政法实效性的制度，也是有意义的”，对大桥洋一《行政法》（有斐阁、2004年，第2版，245页）的整理方法作出了评价。盐野宏教科书自身在第二部分“行政上的一般制度”中分为第一章“履行行政上义务的保障”、第二章“即时执行”进行整理。这里所说的“即时执行”相当于传统说法的“即时强制”。

⑥ 与此相对，宇贺克也《行政法概说（行政法概説）I》（有斐阁、2009年，第3版）第四部分的标题“行政上义务的实效性保障”，分为第十五章“履行行政上义务的强制”、第十六章“对违反行政上义务的制裁”进行说明。“即时强制”是在第二部分“行政活动的法律构造”的第八章“规制行政中主要的法律构造”中说明的。

(第四部分)的意义,同时考察包含“制裁”和“强制”两大要素的“实效性的确保”在理论上具有何种意义。

二、课征金的性质论争

《反垄断法》于2005年修改,为了提高该法的“实效性”,强化了课征金*。它在立法论上的政策判断是,以前《反垄断法》的“法的执行体系”、“法的执行”并不充分,为了纠正违法行为、“实现符合法律目的的状态”,有必要采取更具“抑制效果”的框架。更为具体地说,将课征金的标准控制在相当于“不当得利”的额度,这是有问题的。众所周知,在修改讨论中^①,再度推出了古典性解释问题的“禁止双重处罚论”,就课征金的性质设定了“是剥夺利益还是制裁”的问题。^②

设定这种问题的主要目的在于,以一种命题为前提,即“制裁性的课征金和刑罚的并科与宪法第39条禁止双重处罚相抵触”,为“在强化课征金的情形下,应废止刑罚”或“在保留刑罚时应放弃强化课征金”的立法建议提供基础。^③前一个立法建议与我们合作研究关于“行政制裁金的引入、强化与刑罚的废止”之基本方向的中间结论并不矛盾。然而,其前提命题在理论上存在不可忽视的重大错误^④,有必要再度确认。

宪法第39条规定,“任何人在其实行时合法的行为、或已被判无罪

* 反垄断法上的课征金,是一种行政措施,指国家征收卡特尔企业的经济利益,而不放任违法者保持该所得,以确保社会公正,同时抑制违法行为,确保禁止卡特尔规定的实效性。——译者注

① 笔者有幸在修改之前,从2002年开始就参加反垄断法研究会设置的“重估措施体系分会”进行讨论。

② 该问题并不是新设定的,在1977年引入课征金之际、1991年强化之际,就用课征金是“剥夺利益”而非“制裁”的逻辑加以“正当化”,这已埋下伏笔。这一逻辑在创设课征金时就能看到,回应了当时的一种怀疑,即课征金的性质是制裁,与刑罚并科,不违反宪法第39条禁止的双重处罚吗?因而,即使在2005年修改时,有人再度强硬地主张,在课征金变得具有“制裁”的性质时,必须整理其与刑罚的关系。

③ 有人主张必须在理论上整理“行政制裁”和“刑事制裁”的关系。该主张从其自身来看是正当的。对于该主张的政治意义,参见岸井大太郎:《课征金(課徴金)》,载《法学教室》第286号(2004年),2页。

④ 对于当时的问题,刑法学者佐伯仁志教授给出了最为详细的具有说服力的分析。笔者依据其研究,撰写了一篇小论文。高木光:《反垄断法上课征金的根据(独占禁止法の課徴金の根拠づけ)》,载《NBL》第774号(2003年),20~26页。佐伯仁志:《制裁论(制裁論)》(有斐阁,2009年),第二章第一节(首次发表于1994年)、第二节(首次发表于2003年)。

的行为，均不得追究刑事责任。对于同一犯罪，不得重复追究刑事责任”。从第 39 条后段推导出“不得并处制裁性的课征金和刑罚”的命题是极为勉强的。也就是说，对卡特尔企业科以课征金，也意味着追究其“刑事责任”，这是过度的“扩大解释”。

宪法第 39 条的蓝本是美国宪法第五修正案“任何人不得因同一犯罪而两次遭受生命身体的危险”的规定。对此，佐伯仁志教授根据美国判例的研究，作出如下评论^①：

宪法第 39 条应理解为禁止双重起诉，限定于程序性的保障。这一程序性保障原则上限定于刑事程序上的负担。而刑罚权的实体性制约原理，应诉诸宪法第 13 条中所包含的“罪刑均衡原则”。行政制裁和刑罚的并科，其制约同样应诉诸“罪刑均衡原则”（或者“比例原则”）。

有的刑罚规定是并处自由刑和罚金刑的，尤其是并处没收刑。如果允许在一种程序中并处这种复数性制裁，那么若仅就其实体性问题而言，在不同程序中的并处也应是允许的。如此，也能允许这些制裁的一部分作为行政制裁而非刑罚来科处。如果不允许并处行政制裁和刑罚，那不是因为分成两次科处，而是因为会在整体上失去均衡。

根据上述佐伯仁志的说法，主张“并处制裁性的课征金和刑罚违反宪法第 39 条”，就变得全无根据了。如此，在理论观点上特别应作为问题的是，上述主张过度“扩大解释”，将一切“制裁”均当做是“刑罚”，在其背景中就可以看到一种错误的观念，即“制裁性功能专属于刑事法”^②。

另外，判例上允许并处非刑事性制裁和刑罚，从来就没有被特别当做问题提出来。^③ 即使对于《反垄断法》的课征金，1998 年最高法院判决^④虽然是在其附论中所说的，但也认可其与刑罚并科合

① 佐伯仁志，前掲书，95～96 页。

② 高木光，《反垄断法上课征金的根据》，24 页。

③ 例如，在租税领域，有关并科追征税和刑罚的最高法院 1958 年 4 月 30 日判决（《最高法院民事判例集》第 12 卷第 6 号，938 页）、关于并科重加算税和刑罚的最高法院 1970 年 9 月 11 日判决（《最高法院刑事判例集》第 24 卷第 10 号，1333 页）。另外，关于刑事诉讼中证人拒绝作证的罚款和刑罚并科，有最高法院 1964 年 6 月 5 日判决（《最高法院刑事判例集》第 18 卷第 5 号，189 页）。

④ 最高法院曾作出如下判决（1998 年 10 月 13 日《判例时报》第 1662 号，83 页，封缄投标磋商事件审查决定撤销诉讼）：“对于本案卡特尔行为……确定罚金刑，同时国家对上诉人提起民事诉讼要求返还不当得利时，以本案卡特尔行为为理由，命令上诉人依该法第 7 条之二第 1 款规定缴纳课征金，不违反宪法第 39 条、第 29 条、第 31 条，最高法院……1958 年 4 月 30 日大法庭判决（《最高法院民事判例集》第 12 卷第 6 号，938 页）的旨趣已表明了这一点。”

宪^①，2005年最高法院判决明确指出不“构成不当得利”^②。因而，应视为已经确认，现在没必要再像引入课征金时将课征金说成是“剥夺利益”而非“制裁”，将其“正当化”^{③④}。

三、行政制裁的概念

(一) 狭义的制裁与广义的制裁

在考察应有的“法的执行体系”之际，一个不可回避的问题是，行政法的“制裁”与刑事法的“制裁”如何进行功能上的分担。

其前提在于，“行政制裁”在行政法理论中能作出怎样的整理。在我看来，相关研究实际上并不充分。因而，对此进行深入考察便成为今

① 作为例外，东京高等法院2001年2月8日（《判例时报》第1742号，96页，封缄投标磋商事件请求返还不当得利诉讼）虽然也在附论中如此说明，但其判决如下：“《反垄断法》对卡特尔行为另行规定了刑罚，因而命令缴纳课征金如果带有制裁的色彩，就违反宪法第39条的禁止双重处罚。因而，课征金制度即使从社会上来看无法否定其具有一种制裁功能，本来也是旨在剥夺卡特尔行为不当经济利益的制度。如此，从课征金的经济效果来看，也不能否定课征金制度具有类似于民法上不当得利制度的功能……虽然获益者向受损失者返还所有利益，此外若其不具有可剥夺的不当得利，也仍然课予课征金时，有必要研究这种缴纳课征金命令的合宪性。”这一东京高等法院判决的“朴素的禁止双重处罚论”也许是受到公平交易委员会传统上所說的“构成某种不当得利”误导。从上述判例的走向来看，东京高等法院的判决应该可以说是个特例。

② 最高法院2005年9月13日作出如下判决（机械保险卡特尔，《最高法院民事判例集》第59卷第7号，1905页）：“《反垄断法》规定的课征金制度是在1977年第63号法律修改《反垄断法》时，在既有的刑罚规定（《反垄断法》第89条）和恢复卡特尔损害的损害赔偿制度（《反垄断法》第25条）之外新设的制度，其目的在于增大卡特尔被揭发后所产生的不利，缩小其经济性诱因，强化预防卡特尔的效果。它作为确保禁止卡特尔实效性的行政措施，可灵活地启动。课征金额度的计算方式采用的是实行期间卡特尔商品或服务销售收益额乘以一定比率。而课征金制度是行政上的措施，因而期待其也应明确计算基准。为了通过积极而有效地运用该制度来确保抑制效果，其计算有必要容易点，逐案计算经济利益是不适当的。其计算方式一经采用，即予维持。如此，课征金的数额就不应是必须与卡特尔实际所得的不当得利一致。”

③ 白石忠志：《反垄断法（独占禁止法）》（有斐阁、2006年），440页。

④ 《证券交易法》2003年修改时引入了课征金制度。对其一并解说，参见樱井敬子：《课征金（課徴金）》，载《自治实务席明纳（自治実務セミナー）》第44卷第11号（2005年），12页。该论文收录于其《行政法讲座（行政法講座）》（第一法规2010年）第七章“法的执行”。

后的课题，目前从宇贺克也教授的说明出发是方便的^①：

“行政制裁”有广义和狭义之分。广义的“行政制裁”是指“对过去违反行政义务课予刑罚以外的制裁，以其威慑效果间接地强制履行义务”；狭义的“行政制裁”是指在广义的行政制裁中，[将违法者——译者注]“置于比违法行为前更为不利的状态”^②。

从以上分析来看，有两点须予以留意。第一，在课征金性质的讨论中，“剥夺利益与制裁的二者择一论”是着眼于狭义的“行政制裁”。也就是说，如果仅限于“剥夺利益”，就不产生“双重处罚”的问题。但一旦超出“剥夺利益”而带有“制裁”的性质，就会产生“双重处罚”的问题。在这种立论中，给人的印象是“制裁”的概念与“罚”的概念相重合，而且“罚”的概念与“刑罚”的概念完全没有区别。因此，“制裁”的概念大致相当于美国法上的制裁（penalty）。然而，制裁不仅是刑罚，也包括非刑事的（civil）制裁，即制裁金。不可忽视的是，在美国，它被应用于税法、环境保护法、证券交易法、虚假请求法（False Claims Act）等诸多领域。^③

（二）“性质”与“功能”的区别

广义的“行政制裁”的理解方法系着眼于“功能”。即广义的概念旨在囊括具有“制裁性功能”的措施。然而，要留意的是，其另一面是有点“间接强制”的意味，因而其范围就可能变得模糊不清。

之所以这么说，例如，传统行政法理论中的“行政罚”除了“行政刑罚”之外就是“行政上的秩序罚”，它就包含于广义的“行政制裁”。然而，现行法上“行政上的秩序罚”是课予较低数额的“罚款”，因而，是否能“通过威慑力”实现预定的“强制”功能，仍留有疑问。^④

同样以“罚款”为名，却又属于“行政强制执行”中的“执行罚”。

① 参见宇贺克也：《行政制裁》，载《法律家（ジュリスト）》第1228号（2002年），50页。

② 尤其是从广义上来把握“行政制裁”，他将撤销许可认可等也包括在内。但盐野宏（前掲书，第226页注（4））批评认为，不仅仅着眼于“功能”，还有必要充分注意“法的性质”（“本来的制度旨趣”）。对此，宇贺克也则指出，在立法论上，并不是没有以制裁为直接目的来理解许可认可的撤销的，而是现实存在的（《行政法概说I》，249页）。

③ 参见佐伯仁志，前掲书，77页。

④ 参见樱井敬子：《行政的制裁》，载《自治实务席明纳》第46卷第1号（2007年），16页。

该“罚款”经过第二次世界大战后改革在现行法上几乎看不到了，但在理论上应预定为“间接强制”，以实现“间接地强制履行义务”的功能。不过，因为它不是“针对过去违反义务”，而是“为了强制将来履行义务而课予的”，所以它大概不包含在宇贺克也教授所说的广义的“行政制裁”中。

然而，是指向履行义务（“强制”），还是不履行义务而予以惩戒（“制裁”），取决于该手段所要实现的功能，仅从其制度上的定位也许是无法判断的，亦即不得不说，某措施的“（法的）性质”与“功能”有时是重合的，有时是不同的。

所谓“定性”，依该措施的“旨趣”或“目的”而定。“秩序罚”是“针对过去违反义务而课予的”，具有“制裁”的“性质”，但也变得具有宇贺克也教授所说的“强制功能”。另外，“执行罚”是“为了强制将来履行义务而课予的”，具有“强制”的“性质”，但因为缺乏“实效性”，也许有时也仅限于具有“制裁”的“功能”而已。

（三）“赏罚”的概念

这里想补充一下“制裁”与“赏罚”（sanction）之间的关系，同时对“实效性保障”概念的目的进行评价。

在行政法学上，有人以“实效性保障”的手段分类为线索，在“强制”和“制裁”之外提倡“赏罚”的概念。例如，畠山武道教授使用的“赏罚”概念，与“制裁”一样着眼于“功能”，并较“制裁”更为广泛。^①也就是说，他所说的“赏罚”可以包括两种内容，即对相对人不利的“否定性惩罚”和对相对人有利的“肯定性奖励”。如此，我们很容易就能推测到，这种新思想是从英语中而来的，在环境法等领域中使用的“经济性激励”等是其例示，以经济学考察为其背景。因为税与补助金虽然在法的“定性”上完全不同，但在经济学上有时也是“功能上的等价物”。

如此，“赏罚”和“激励”的理解方法对于“制裁”的理解方法而言，具有进一步拓宽视野的意义。在功能层面上整理多个制度构造的构思，比较具有相同功能者、意识到其相互关系的构思，从制度设计的观点来看是重要的。

^① 参见畠山武道：《赏罚的现代形态（サンクシヨンの現代形態）》，载《岩波基本法学第8卷》（1983年），365页。

另外，如前所述，“实效性保障”是20世纪60年代中期到70年代比“确保履行义务”^{*}更进一步的“发现”。其契机是“行政指导”的频繁使用，“行政指导”当初被视作日本特有的现象。“行政指导”因为在定义上并不课予法律意义上的义务，所以即便在其目标正当、使用实现指导目标的手段（“公告”和“拒绝给付”等）正当时，也无法用“确保履行义务”的概念对这些手段加以整理。^①

“实效性保障”的社会背景在于公害问题和都市问题的严重化、消费者问题的发生。传统的“依法律行政的原理”以“自由主义国家观”为出发点，如果忠实地遵循其原理，“公共规制”仅在法律授权时方可实行，其手段也限定于“行政行为”、“强制执行”和“行政处罚”。然而，因为国家的法令不能充分应对社会，行政机关意识到现实的行政需求，紧急避险性地突破了这些制约，行政法理论方面也给予了这些应对以一定的积极评价。^②

如此，“实效性保障”的概念包括广义的“制裁”和广义的“强制”概念，因而，“实效性保障”的整理方法可以使“行政强制”的整理方法和“确保履行义务”的整理方法双方的目标实现共生。这种整理和说明的方法有其长处，同时也存在短处。

其短处在于，法律问题的焦点可能模糊不清。据曾和俊文教授说^③，若重视规范论上的行政法理论，那么即使同为“经济性手段”，也必须区分确保履行义务的经济性手段和社会体系中的经济性手段（不以确保履行义务或纠正违法为目的的经济性负担）。因为对于前者，先对私人的行动进行合法或违法的判断，其判断基准的妥当性才是传统法律学的关注事项。

不过，曾和俊文教授也指出，能够在以前的“行政强制”论框架中讨论的制度多数也能理解为实现行政目的的手段，“法的执行体系”的理解方法若作最广义理解的话，就变成了“法律目的的实现体系”，包括规制手段、助成手段、经济性手段等各种手段。

* “确保履行义务”（确保履行行政上的义务）是1948年日本《行政代执行法》第1条所采用的术语。——译者注

① 参见高木光：《技术基准与行政程序》，99页。

② 也有人认为，“纲要行政”和“无权限行政”是后来的“政策法务”、所谓“进攻性的法律学”的先驱性形态。人见刚：《分权改革与自治体政策法务（分権改革と自治体政策法務）》，载《法律家》第1338号（2007年），96页。

③ 曾和俊文，《法执行体系论的变迁与行政法理论》，219页。

四、行政强制的概念

(一)“即时强制”的定位

在“法的执行体系”的说明中，“确保履行义务”的范畴与“行政强制”的范畴是不同的。例如，在田中二郎博士的教科书中，“行政强制”的概念是“行政强制执行”和“行政即时强制”的上位概念，而与“行政罚”相对应。^①但在20世纪70年代以来的多数教科书采用“确保履行义务”的范畴时，“行政强制执行”和“行政罚”被置于“确保履行义务的制度”中，而多数人则将“即时强制”（或“即时执行”）孤立出去。^{②③}如此，在第二次世界大战后的行政法学学说史上，形成了从“行政强制论”到“确保履行义务论”的走向。因而，“行政强制”的分类是“旧的”，而“确保履行义务”的分类则是“新的”。然而，有必要留意的是，第二次世界大战前的行政法学未必被纳入了视野之中。^④

另外，在“即时强制”的概念中，首先应注意的是，其“强制”是最狭义的“行使有形的力量”^⑤。也就是说，“即时强制”中的“强制”是“行使有形的力量”，与“直接强制”具有共同点。从行为类型来看，

① 参见田中二郎：《新版行政法上》（弘文堂、1974年）。

② 参见盐野宏，前掲书，221页。

③ 参见宇贺克也，前掲书，103页。

④ 参见高木光：《技术基准与行政程序》，97页。作为详细的概念史研究，参见须藤阳子：《“行政强制”与比例原则（‘行政强制’と比例原則）》，载川上宏二郎先生古稀纪念论文集：《信息社会的公法学（情報社会の公法学）》（信山社、2000年），599页；同《关于直接强制的一个考察（直接强制に関する一考察）》，载《立命馆法学（立命館法学）》第312号（2007年），5页；同《“即时强制”的谱系（‘即時强制’の系譜）》，载《立命馆法学》第314号（2007年），1页。

⑤ 櫻井敬子、桥本博之：《行政法》（弘文堂、2009年，第2版）179、187页有如下说明：“所谓直接强制，是指直接对义务人的身体或财产行使有形力量，以实现义务。不论是作为义务还是不作为义务，非替代性作为义务的情形自不待言，可替代性作为义务的情形也可能成为直接强制的对象。”“所谓即时强制，是指不以存在义务为前提，为了实现行政目的，直接对身体或财产行使有形力量。因为不以存在义务为前提，就不能说是确保履行义务的手段，但实际上与直接强制并没有多大的不同。例如，对于汽车肇事者违法停车的移动，有两种情形，其一是警察命令司机移动（《道路交通安全法》第51条第1款、第2款），其二是司机不在现场，警察不发出移动命令就拖走车辆（第3款）。以移动命令为前提的移动有视为直接强制的余地，不以移动命令为前提的移动则是即时强制。两者在概念上有差异，但实际上的措施并没有质的不同。”

所谓“权力性事实行为”就成为其核心。从形成市场和社会秩序的观点、法的“控制社会功能”观点来看，这一范畴的存在是不可忽视的。然而，在另一方面，以法院的活动为中心分析法的功能时，确实也难以定位。

而“行政强制执行”包含“强制征收”、“代执行”、“执行罚”和“直接强制”四个类型，各自的“强制”具有形形色色的意味。因而，“强制执行”中的“强制”概念更为广泛。

第二点应注意的是，“即时强制”与“直接强制”乃至“代执行”的不同，与其说是“行为类型”上的差别，不如说是“行政程序上的定位”不同。也就是说，谈及“法的执行体系”时，从广义上加以把握，就变成了“法的实现过程”，因而从“行为”和“程序”组合的观点来加以整理是有效的。

因此，在理解“即时强制”时，首先应参考的是德国法上的定位^①，这是其概念的渊源。

首先，在德国，“行政强制执行”采用了“二元构成”，即实现金钱给付义务的强制执行和实现除此之外的“作为、容忍和不作为义务”的强制执行。对于实现“作为、容忍和不作为义务”的强制执行，一般使用“行政强制”(Verwaltungszwang)的概念。^②

在德国，“行政强制”被理解为对“行政行为”所课予的义务的“强制执行”(Verwaltungsvollstreckung)，“代执行”、“强制金”^{*}和“直接强制”三个类型被定位于“行政强制”的手段。^③

如此，“即时强制”并不是独立的行为类型，而是被理解为将“行

① 以下的表述依据学术创新研究 2009 年度研究员重本达哉向京都大学研究生院提出的最新的学位论文。重本达哉：《德国行政执行的规范构造——行政执行的一般要件与行政执行的例外形态（ドイツにおける行政執行の規範構造——行政執行の一般要件と行政執行の例外形態——）》（2010 年，未公开发表）。其前半部分发表于《法学论丛（法学論叢）》第 166 卷第 4 号（2010 年），109 页；第 167 卷第 1 号（2010 年），39 页。

② 联邦的“行政强制”的一般法规定是这样的，《联邦行政执行法》第 6 条第 1 款规定：“命令让渡物品、作为、容忍或者不执行的行政行为，在其变得不可争讼、命令立即执行、或者法律争讼手段没有停止的效果时，可以第 9 条规定的强制手段予以实现。”

* 强制金（Zwangsgeld）即学理上的执行罚，因其并非针对过去行为的制裁，德国于 1931 年普鲁士警察行政法中首次改称执行罚为强制金，此后立法中鲜有“罚”字。参见城仲模：《行政法之基础理论》，272 页，台北，三民书局，1999。——译者注

③ 《联邦行政执行法》第 9 条第 1 款：“强制手段是指代执行（第 10 条）、强制金（第 11 条）、直接强制（第 12 条）。”第 2 款：“强制手段必须限于与所要实现的目的之间关系适当。强制手段给相关人员和公众的侵害必须最小化。”

政强制”的手段用于“没有先行的行政行为”的情形。^①这样，德国的“即时强制”虽然表达了“行政强制”手段的使用样态，但应当注意的是，“即时强制”使用的手段仅限于“代执行”和“直接强制”二类。这是由于“强制金”在性质上不适合“省略程序”而决定的，所以，在联邦法上就作如此解释，而各邦的法中有些则在条文中予以明示。

如上所述，在德国，行政行为课予的义务原则上通过“告诫”（《联邦行政执行法》第13条）、“强制手段的决定”（第14条）的“程序”形态予以实现。如此，与这种“标准”形态相对，“即时强制”位于两者的中间，虽然行政行为先行，但却属于省略了“告诫”和“强制手段的决定”的“简易程序”（Abgekürztes Verfahren）。

（二）“间接强制”的概念

前文提及，“强制”是一个多义的概念。尤其是说“间接强制履行义务”，从功能上理解“强制”的概念时，就不能不产生其范围模糊不清的问题。例如，宇贺克也教授将“广义的行政制裁”理解为“通过对过去违反行政义务课予刑罚以外的制裁，以其威慑效果间接地强制履行义务”。这时，“行政上的秩序罚”也似乎变成了“间接地强制”。然而，现行法上的“行政上的秩序罚”因为课予的“罚款”数额较低，能否以其“威慑力”实现“强制”的功能尚有疑问。因此，定性为“制裁”者，有的却没有“强制性功能”，若进行制度设计，则应该整理本来仅具有“制裁”功能的低额“罚款”（=秩序罚）。

根据通常的理解，“行政刑罚”是“严厉的制裁”，一定是作为对普通市民具有“强制功能”而设计的制度。然而，如果通常的处理是，放过了多数的违法行为，或者仅以较低数额的罚金而告终，那么可以说“行政刑罚明显功能不全”。

另一方面，同样以“罚款”为名，作为“行政强制执行”的一种，被归类到“执行罚”的种类中。在第二次世界大战前继受的德国构造中，现在其德国的名称变成了“强制金”（Zwangsgeld）。“执行罚”在日本战后经改革整理，现行法上几乎看不到了，但在德国却是作为一般法而予

^① 《联邦行政执行法》第6条第2款：“为了阻止实现刑罚或罚款之构成要件的违法行为或避免迫切的危险，即时执行必不可少，而且行政机关在其法律权限内行动时，行政强制可不用先行实施行政行为。”

以承认的，而且近期还正在试图灵活运用。^①“执行罚”或“强制金”在理论上应属于“间接强制”，预定其要实现“间接地强制履行义务”的功能。即便在日本，大家也希望通过以应用为目的的立法进行改革。^{②③④}

（三）“公告”的“制裁性功能”

另外，可以指出的是，“公告”是作为“新的确保履行义务的手段”来说明的^⑤，但其问题在于究竟是“行政制裁”的一种，还是“行政强

① 参见西津政信：《间接行政强制制度研究（間接行政強制制度研究）》（信山社、2006年），32页。

② 参见阿部泰隆：《行政法解释学（行政法解释学）I》（有斐阁、2008年），594页。

③ 从这一点来看，民事执行领域应用“间接强制”的动向可以成为参考。亦即，在司法制度改革讨论中，民事执行的无效率性遭到批判，其原因之一就是以前所说的“间接强制补充性”原则。如此，对于让渡物品义务和可替代的作为义务、不作为义务、扶养义务等的金钱债权，通过2003年《为了改善担保物权和民事执行制度而部分修改民法等的法律》（简称为《新担保·执行法》）和2004年《为了改善民事相关程序而部分修改民事诉讼法等的法律》（简称为《续改善法》），承认了间接强制的强制执行。参见中野贞一郎：《民事执行法》（青林书院、2006年增补版，新订第5版），11页。

④ 另外，民法中的“代替执行”和行政法上的“代执行”源于同一概念，但有必要注意的是，“直接强制”和“间接强制”的作用分担是不同的，亦即，民事执行中所说的“代替执行”除了“可替代性作为义务”外，对于不作为义务，其形态是请求法院消除债务人行为的结果，或者为将来而作出适当的处分（《民法》第414条第3款）。而民事执行中的“直接强制”被当作一般的强制手段时，就变成了包括行政法上所说的“强制征收”在内的制度。参见阿部泰隆，前揭书，554页。

⑤ 参见最高法院2002年7月9日《最高法院民事判例集》第56卷第6号，1134页。该事件是宝塚市根据条例作出“中止命令”后，在企业不服从时，便以企业为被告，提起民事诉讼，要求履行不作为义务。对于不履行行政上义务时如何处理，是“法的执行体系”问题。对此的古典分类是“司法执行模式”和“行政执行模式”。所谓“司法的执行”，是指即使不履行的是行政上的义务，也由普通法院承担“强制”和“制裁”的体系，这是英美法所采用的做法。所谓“行政的执行”，是指对于行政上的义务，行政机关可以不借助于普通法院的力量，而通过“强制”和“制裁”予以处理的体系，这是德国法所采用的做法。法国属于英美和德国的中间体系。参见阿部泰隆，前揭书，556页。（对于法国法的现状，学术创新研究2008年度研究员福重智子仍在持续研究之中（未公开发表））上述最高法院判决的启发是，日本“法的执行体系”的应有目标在于强化“行政执行模式”的要素。

宝塚市的条例在2003年全面修改，对于违反命令的行为，除了刑罚之外，还设置了公告的规定，作为其“确保实效性”的手段。《宝塚市关于老虎机店等和爱情旅馆的建筑规制的条例》第12条：“建筑主等未经第4条第1款或第9条第1款的同意……准备建设建筑，或在建筑后，市长可命令建筑主等……中止该建筑工程，或者命令其应当在一定延缓期限内采取变更该建筑工程、恢复原状、拆除以及其他必要的措施。”第13条第1款：“建筑主不遵守市长依前款规定作出的命令时，市长可以在必要时公布该事实。”第2款：“市长依前款规定公布事实时，必须事前赋予被公布事实的建筑主等申辩的机会。”第22条：“违反第12条规定的命令者，处6个月以下拘役或30万日元以下的罚款。”

制”的一种。例如，樱井敬子、桥本博之两位教授的教科书中对公告的说明，给人的印象是他们将“公告”作为“行政强制”的一种来把握。^①然而，多数学说认为，“公告”的“制裁功能”有必要以法律（或条例）为根据，尚不能断言采取了与上述教科书不同的立场。

无论采取何种立场，多少都注意到了应如何确保对公告的说明与《行政代执行法》第1条的解释说明的整合性。问题在于，《行政代执行法》是在1948年废止《行政执行法》后制定的，应该想一想那时采取的观点是什么，它在现今还在多大程度上维持着。《行政代执行法》第1条规定，“有关确保履行行政上的义务，除其他法律另有规定外，适用本法的规定”。对比第1条中“其他法律”的“法律”与该法第2条括号里所写的“法律”，从“文理解释”看，就变成了限定于国会制定的“法律”。如此，在该法制定当时，“确保履行义务”的手段的不包含“公告”。

前文提及的樱井敬子、桥本博之两位教授的观点认为，设计确保履行义务制度的权限，不仅仅属于国家，也属于地方公共团体，这是符合宪法旨趣的，因而，应当限定地解释《行政代执行法》第1条“实定化”的“法律主义”的所及范围。这种观点是多数主张者所共有的，在政策上是适当的。不过，作为“目的论解释”的技术，“法律主义”仅限于制定当时的考虑是妥当的。除此之外，严格解释该法中“确保履行义务”的概念，“法律主义”也仅限于理论上的“强制执行”。

根据第二种观点（“强制执行法定说”），《行政代执行法》仅限于规

^① 樱井敬子、桥本博之（《行政法》（有斐阁、2009年，第2版），183页）有以下说明：“有时将公布不履行义务者的姓名（个人姓名或企业名称）、住所等予以制度化，促使履行义务……公告具有提供信息的意味，同时也有促使被公告者履行义务的功能。”“公告作为一种确保履行义务的手段，被期待具有好的效果，其反面是有可能给被公布姓名的个人或企业带来严重的不利，一旦公布的信息有误，事实上是难以恢复原状的。因而，为了确保履行义务而设计公告制度，要有法律的根据，应当完善直接利害关系人在公告前提出意见的事前程序。”“以条例课予一定的行为义务，设计公告姓名等的制度作为确保履行义务的手段，区别于直接强制和执行罚，这是可能的。因为公告是制定《行政代执行法》时所没有想到的新的确保履行义务的手段，不属于该法的规制范围。”

* 《行政代执行法》第2条规定：“对于法律（包括根据法律委任而制定的命令、规则及条例。以下同）直接命令的行为，或行政厅根据法律所命令的行为（限于可由他人代替的行为），义务人不履行，而其他手段又难以确保该义务的履行，如果认为放任其不履行明显违反公益时，行政厅可自行或者使第三人作出义务人应当作出的行为，并向义务人征收相应的费用。”——译者注。

定只容许个别法律承认“直接强制”和“执行罚”（与“强制征收”），“行政处罚”作为对不履行义务的“制裁”，变得不受规范。因而，能否以条例规定“行政刑罚”，与《行政代执行法》第1条的解释问题不同，其是“罪刑法定主义”和《地方自治法》的解释问题，能否以条例规定“罚款”（一种“行政上的执行罚”）应当作为其应用问题予以解决。如此，尤其是法对于作为新型“制裁”之公告的控制，同样与《行政代执行法》第1条的解释问题不同；首先要阐明它是否服从“法律保留”，在答案是肯定的时候，接下来就应研究是否容许以条例为根据。

从上文来看，对于即时强制的容许性，似乎还有再讨论的余地。现在多数教科书采取的立场是，“直接强制”的根据限于法律，而“即时强制”的根据也可以是条例。^①然而，也有人采取原田尚彦教授那样的立场，他重视与“直接强制”之间的平衡。^②

因此，如果根据上述第二种观点，采取的解释是以条例为根据容许即时强制，有人就可能依据“即时强制”不是“强制执行”的形式逻辑提出批评。为了避免这种批评，推导出相反的结论，可以有第三种观点（“行政强制法定说”），即《行政代执行法》第1条所说的“确保履行义务”不仅仅包括理论上的“强制执行”，也包括“即时强制”。根据刚才介绍的德国的观点（“即时强制”是“行政强制的例外中的例外”），这些观点的立场可以说是坦率的。^③

（四）广义的“强制执行”

从广义上理解“强制执行”，“即时强制”也是“强制执行”的一种。最后来说明一下这一点。

在奥地利公法学中，作为基础理论的纯粹法学，其影响更为根深蒂固。例如，宪法学的标准教科书表明立场是，“刑罚”（Strafe）或

① 参见盐野宏，前掲书，242页；宇贺克也，前掲书，248页。

② 参见原田尚彦：《行政法要论（行政法要論）》（学阳书房、2010年，全订第7版），239页。

③ 没有明确表示的，参见芝池义一：《行政法总论讲义（行政法総論講義）》（有斐阁、2006年，第4版增补版），211~212页。与此相反，阿部泰隆采取的立场是（前掲书，592页）与地方分权的时代相适应，将《行政代执行法》第1条进行“违反文理”的限定解释（第四种观点“条例准法律说”）。因而，其结论是在不发生重大的人权侵害时，即使是条例，也能规定“直接强制”和“简易代执行”，他试图与以条例规定“即时强制”的结论相权衡。

“强制执行”（Exekution）是“强制性规范”（Zwangsnormen）的要素。^①

对本文而言，颇为有趣的是，在教科书关于行政程序方面的说明中^②，即使是“强制执行”（Exekution），也有狭义和广义之分。“狭义的强制执行”有两个阶段，其一是课予义务的行为，其二，实现义务的行为。“即时强制”是其例外。包含“即时强制”在内，就称之为“广义的强制执行”。

从前文来看，“确保履行义务”的理解方法是以“强制执行”的概念为核心的，因而，与眼下以法院活动为中心分析法律功能的立场具有亲和性。也就是说，在民事法的世界里，给人以应有的本来形态和印象是，通过法院的判决个别具体地确定“义务”，由义务人“任意地”履行义务，来维持法的秩序。而在行政法的世界中，则应让人想起与其类似的“三阶段构造模式”^③，亦即，给人以应有的本来形态和印象，通过行政厅的行政行为个别具体地决定“义务”，由义务人“任意地”履行义务，实现行政目的。如此，没有这种“任意性履行”时，对维持法律秩序而言，“强制地”确保履行则是不可或缺的。^④

然而，仍有一些疑问是，在重视“法的控制社会功能”时，以法院活动为中心能充分分析法的功能吗？在重视“行政法的控制社会功能”时，以法院的判决和行政厅的行政行为为中心能充分分析法的功能吗？行政法学上展开的“从行政行为论到行政的行为形式论”^⑤的理论，其

^① Walter/Mayer/Kucsko-Stadlmayer, Bundesverfassungsrecht, 10. Aufl. (2007), Rz 3. 另外，“刑罚”（Strafe）或“强制执行”（Exekution）的上位概念是惩罚（Sanktion），因而“制裁”的概念比本文更广，还包括“强制执行”。

^② Walter-Mayer, Verwaltungsverfahrenrecht, 8. Aufl. (2003), Rz 969. 同样，Antonolli-Koja, Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Aufl. (1996), S 622.

另外，对于奥地利所谓权力性事实行为与行政行为论的关联，参见高木光：《即时性命令强制行为（即時的命令強制行為）》（行政法入门 45），载《自治实务席明纳》第 48 卷第 8 号（2009 年），3 页。

^③ 藤田宙靖：《行政法 I（总论）（行政法 I 総論）》（青林书院、2005 年，第 4 版改订版），110 页。另参见高木光：《三阶段构造模式（三段階構造モデル）》（行政法入门 27），载《自治实务席明纳》第 46 卷第 9 号（2007 年），3 页。

^④ 另外，在刑事法的世界里，“刑罚”因由法院科处，其自身被设想为具有“制裁”破坏法律秩序者的功能。不过，从刑事政策的观点来看，有必要对确保刑事事实法（包括缓刑等制度在内）“实效性”的应有状态进行功能分析。

^⑤ 高木光：《事实行为与行政诉讼（事實行為と行政訴訟）》（有斐阁、1988 年），283 页（首次发表于 1985 年）。

背景正是在于，有必要注意到“行政指导”、“事实行为”、“行政立法”、“行政计划”等“行政行为”以外的行政活动。

五、结语

如上所述，本文不是要给以前的研究添加特别新颖的内容，而仅限于显示一点从奥地利法的研究中得到的启示，真的只不过是基础性作业。本来的课题是考察应该如何在与法的“控制社会功能”的关系上思考行政活动的存在意义、行政法体系应该如何“法的执行体系”中定位，但最后姑且想就“课征金的普遍性”再说几句便结束本文。

众所周知，对于违法行为，很长时间仅限于根据《反垄断法》课予“课征金”。2004年在《证券交易法》中引入了课征金，当初其标准也是与违法行为的所得利益数额相当。^①此外，2007年修改《公认会计师法》时引入了对监查法人的课征金。但即使将这些规定合起来看，“课征金”很明显也还不是日本“法的执行体系”中的普遍方法。应该如何评价这种状况，是下一步的问题。作为其前提，必须以“制裁”和“强制”的概念来整理各种方法构造之间的关系。以下先从理论层面加以透视。

《反垄断法》主要是“经济法学”的研究领域，对于行政法学而言，是一个“参照领域”^②。其中，即使当初毫无抵制地引入了“法的执行体系”和“法的执行”的理解方法、“实效性保障”的用词^③，但对行政法理论而言，理解、“消化”这种新引进的视点，尚需时间和精力。^④标准教科书象征性地显示这一点，它是这么说的^⑤：

加算税、课征金等违反金，根据税法、经济法等个别法的必要

① 《证券交易法》在2006年修改时改名称为《金融商品交易法》，2008年修改时提高了课征金的标准。宇贺克也教授认为，该法的课征金是为了剥夺利益，因而应当是固定的（参见宇贺克也，前掲书，246页）。

② “参照领域”理论是德国施密特·阿斯曼教授等所说的。参见大桥洋一：《行政法》（有斐阁、2004年，第2版），14页；大桥洋一：《行政法I》（有斐阁、2009年），17页。

③ 如前文注释所示，今村成和教授重视“实效性保障”的视点，该词在其行政法教科书的表述中首次采用，他是反垄断法领域造诣精深的研究者，我想这并非偶然。

④ 参见白石志志，前掲书；金井贵嗣、川滨升、泉水文雄编：《反垄断法（独占禁止法）》（弘文堂、2010年，第3版）。

⑤ 盐野宏，前掲书，245~246页。

性而制定，而且，能在各自领域中被当作讨论的对象。因而，原本的立法理由也并不一样，但为了抑制违反法令，换言之，为了实现法的执行实效性，在持续收取。不过，我们必须注意到，日本还没有达到将违反金制度作为确保履行行政上义务的一般制度予以普遍化的程度，而限于抑制不当经济得利，将来也只能以专门性应对来推动。在这一意义上，妥当的做法是研究违反金制度普遍化后在法制上的定位、与秩序罚的关系、特别是由条例应用违反金制度的可能性，此后再推进违反金（可能有行政制裁金等各种名称）法制的完善。那么，像从前那样，有必要在个别具体的作用法上探讨违反金的必要性、计算额度。

上述说明作为对现状的认识，笔者并无异议。不过，笔者被介绍为“课征金的普遍性”的主张者^①，但笔者在上述修改讨论中主张的重点在于应区分“课征金的定性”和“课征金的根据”^②，而并不是在立法论上建议在行政的全部领域应引入课征金。

一般而言，日本的行政法规多数未将“确保实效性”的法律手段充分完善起来，通过立法来予以改善的必要性是很大的。如此，这时的基本方针是，在引入和强化后，手段的“（法的）定性”与手段实际实现的“功能”之间尽可能少有乖离。也就是说，在引入某手段时，应根据“功能”来“定性”，对于没有实现与“性质”相应“功能”的手段，首先应探讨强化其“功能”的对策。像相当多的主张者建议那样，笔者也期望引入、强化“行政制裁金”（=违反金）或“强制金”，以确保日本行政法规的实效性。这一结论是从比较法的研究中得出的洞见。

① 参见盐野宏，前掲书，246页注释（3）。

② 高木光，《反垄断法上课征金的根据》，21页。