

自治体職員のための政策法務入門

～公共政策立案に必要な法的知識の修得を目指して～

行政上の義務履行確保

鹿児島大学法文学部法政策学科准教授
宇那木正寛

今回のポイント!

今回は、義務の履行がなされた場合に、義務の履行がなされた状態を行行政が強制的に作出するシステム（行政上の強制執行）を中心に行行政上の義務履行確保の制度についてみておきましょう。

義務履行確保制度の必要性について

①

行政課題に対処するため、規制的手法を用いる場合には、法令又は条例で直接に又はこれらに基づく行政の命令により義務を課す手法があります。多くの場合、こうした行政上の義務は履行されますが、一部の人たちの不履行により法令又は条例の目的が果たせないことがあります。このような場合に備えて義務の履行を確保する手段が必要になります。ところで、義務履行の確保の制度は、私人間の関係においても不可欠です。金銭の貸主が当該貸付金の返還を求める権利（貸金返還請求権）を有しているとしても、借主がそ

の請求に応じなければ、その権利は実現されないままに終わってしまいます。そこで、私人の義務履行の確保については、裁判所の確定判決等の債務名義に基づき民事執行手続によつて義務の履行が確保されるのです。このように私法上の権利を強制的に実現する作用は、社会秩序維持の観点から、国家によつて独占されています（自力救済の禁止）。自力救済禁止の原則は、契約によつても回避することはできないと考えられています。

これに対しても、行政の命令などにより課される私人の行政上の義務のうち、一定範囲の義務については、裁判所の手続（司法的執行）によらず、行政自らの手により、その義務内容を強制的に実現することができます。例えば、税金を納めなければ、裁判所の手続を利用することなく、租税行政が滞納処分により滞納者の財産を差押え、これを公売し、公売代金を滞納税に充当することにより、義務内容の実現を図つたり、違法建築物の除却命令に応じない義務者に代わって行政自らが当該違法建築物を除却することによつて義務内容の強制的実現を図ることがで

きます（行政上の強制執行）。

こうした行政上の強制執行制度を定めた一般法として行政代執行法があります。同法1条にいう「行政上の義務の確保」のシステムには、こうした行政上の強制執行の制度とともに、①間接的に履行を強制する執行罰制度、②過去の行為に対する制裁である行政罰制度も含めて論じられます。行政サービスの給付拒否、制裁的公表等の新たな制度についても、行政上の義務履行確保の手段として論じられます。行政代執行法1条にいう「行政上の義務履行確保」のシステムには含まれないと解釈されています。含まれると解すると同条の解釈から条例では定められず法律で定めなければなりません。こうした新たな義務履行確保の制度は、行政代執行法の制定時には想定されていなかつたという解釈をすることにより行政代執行法1条の義務履行確保の手段の中には含まれないとされています。⁽¹⁾

行確保に関する法律では、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」と定めています。このことから、現行の義務履行確保の制度については、行政代執行法が一般法となります。同法以外に代執行のシステムを定めるものとしては、例えば廃棄物の処理及び清掃に関する法律19条の7、19条の8（生活環境の保全上の支障の除去等の措置）の規定などがあります。

の手段によって履行を確保することが困難であること、**③**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が必要です

義務履行システムの体系

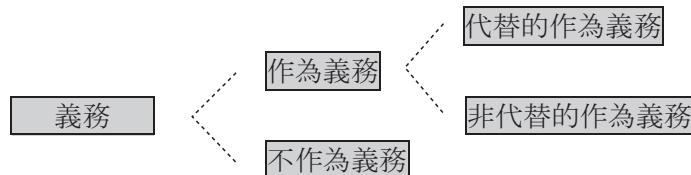
2

行の直接の対象とはなりません。

①代替的作為義務の不履行があること、②他

（1）行政代執行

図12-1：義務の内容



す。行政代執行法2条の規定と比較するとわかるのですが、同条の②及び③の要件が定められていません。このように建築基準法9条12項は、行政代執行法2条に定める代執行要件を緩和している規定なのです。

また、土地収用法
102条の2第2項

も、「前条の場合において、土地若しくは物件を引き渡し、又は物件を移転すべき者がその義務を履行しないとき、履行しても充分でないとき、又は履行しても明渡しの期限までに完了する見込みがないときは、都道府県知事は、起業者の請求により、行政代執行法（昭和23年法律第43号）の定めるところに従い、自ら義務者のなすべき行為をし、又は第三者をしてこれをさせることができる」と定め、行政代執行法2条に定める②及び③の要件を緩和しています。

イ 代替的作為義務と物件の明渡し義務

都市公園、道路、河川といった公共物にある建物等の工作物が私人の占有下にある場合、この占有を解いて、当該工作物の存する敷地の明渡しを求めることが代執行できるのかどうかが実務上、よく問題になります。

この点について参考になる裁判例があります。大阪市が設置管理する都市公園において、テント等の工作物を設置し起居していた路上生活者に対し、当該テント等の工作物の除却義務が行政代執行法に基づき執行されたという事件です。この事件について訴訟が提起され、義務者側が、本件代執行は本来明渡し訴訟でしか実現できない債務（占有の移転義務＝非代替的作為義務）を強制的に実現するのに等しく、代替的作為義務しか執行を認めない行

政代執行法2条に反するとの主張をしました。

右主張に対して、大阪地判平21・3・25（判自324号10頁）は、まず、本件テント等の構造、設置の目的、態様及び利用形態等からすれば、路上生活者らは本件テント等の設置場所ないしその周辺場所を事实上その排他的支配下に置いていた（＝占有）との事実認定をしました。この事実認定を前提に本件除却命令は、あくまでも工作物その他の物件又は施設としての本件テント等の除却義務を課すものであって、「本件テント等の除却によって本件テント等の設置場所ないしその周辺場所に対する原告らの事実上の排他的支配状態が失われること」になつても、それは、当該テント等の除却によって生じる「事実上の効果」にすぎないとしたのです。つまり、本件除却命令によって課された義務は代替的作為義務であつて土地の明渡し義務（占有の移転義務）ではないから、この義務の代執行によつて明渡し義務を履行したのと同じ効果がもたらされたとしても行政代執行法2条に反するものではないと判断したのです。

この判決は、通説、実務と同じ考え方をとるもので、占有の移転をその中心的内容とす る明渡し義務（非代替的作為義務）を代執行することはできないが、代替的作為義務である工作物の撤去を代執行した結果、占有者が占

有をあきらめて（占有を放棄して）占有の移転の効果が事実上生じる場合には、行政代執行法2条に反するものではないということです。

ウ 条例上の義務に基づく代執行

行政代執行法2条は、「法律（法律の委任に基づく命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接命ぜられ、又は法律に基づき行政庁により命ぜられた行為」について代執行できると規定しています。この条文を素直に読むと「条例」は法律の個別の委任に基づく「条例」に限ると読みます。しかし、条例に基づき代執行の前提となる義務賦課行為が失われることになると規定していると、条例が地域の自主立法であるとする憲法の理念に適しません。

そこで、地方自治法14条1項の規定が委任の根拠であるとすることで、自主条例で代執行が可能な義務を設定できると解釈されています。条例は、地方自治法の委任条例として制定されるわけではありませんから、こうした解釈はかなり技巧的な面があります。しかし、即時執行等が条例を根拠として可能であることとの均衡からしても、妥当な結論といえるでしょう。

エ 代執行の手続

行政代執行の手続は、戒告→代執行令書の通知→代執行の実施→納付命令→滞納処分という流れになります（図12-2参照）。

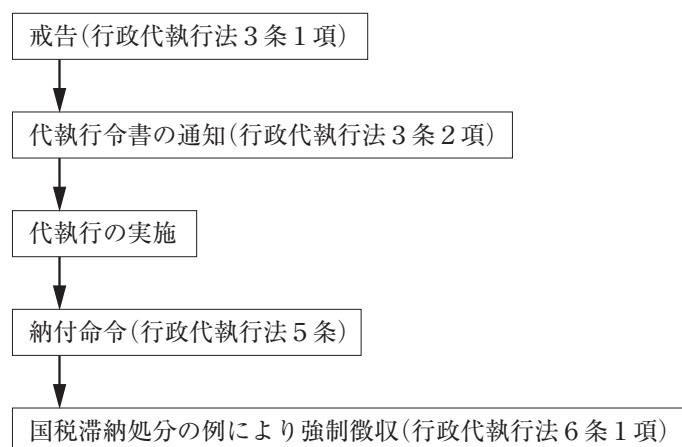
訟の対象となると解されています。なお、緊急の場合には、戒告や代執行令書の手続を経ないで代執行を行う緊急代執行の制度があります（行政代執行法3条3項）。

オ 対物処分と対人処分

行政庁の処分は、人を名宛人としてするものですが、医師免許（医師法2条）、運転免許（道路交通法84条）、生活保護決定（生活保護法24条）のように特定の人の能力、特性等特に着目してなされる処分を対人処分といいます。したがって、当該名宛人が死亡すると、特に行政庁が許可取消等の処分を行うことなく当然にその法的効果は失効します。行政庁の処分は対人処分以外に、特定の物件の客観的状況に注目してなされる処分があります。このような処分を対物処分といいます。さらに、対人処分と対物処分の両方の性格を持つ処分（対人対物処分）も少なくありません。

戒告は、義務履行の期限までに当該義務を履行しない場合に、代執行を行う旨を義務者に告知することで、事前の警告のようなものです。代執行令書とは、義務者が戒告にもかかわらず、義務の履行しない場合に、①代執行をなすべき期日、②執行責任者、③費用の概算を通知するものです。納付命令とは、代執行が終了したのちに、代執行に要した費用の額及びその納期限を通知し、納付額を確定するものです。戒告、代執行令書及び納付命令については、行政庁の処分として、抗告訴

図12-2：行政代執行の手続

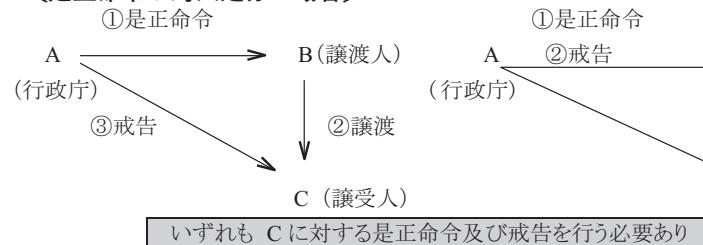


の規制及び業務の適正化等に関する法律、③売春防止法、又は④児童買春、児童ポルノに係る行為等の处罚及び児童の保護等に関する法律の規定に反し許可の取消し、又は営業停止の処分を受け一定の期間を経過しない場合には、同項の許可を与えないことができる（同項）としており、人に着目した対人処分としての性格を兼ね備えています。対物処分の性格が強いものとして、公衆浴場法や興業法に基づく営業許可などの例があります。対物処分も人に対する処分であることは違ひありませんが、対物処分の場合、その性格上、許可や義務の対象となっている営業、施設等が譲渡されると理論上、その許可を受けた者や義務者の法的地位が譲受人に承継されます。たとえば、旅館業法3条の2、3条の3、公衆浴場法2条の2では、許可権者の地位の承継の規定が置かれています。⁽⁵⁾ただし、承継に特に行政庁の関与（承認）を必要とする立法政策がとられている場合がほとんどです。同法は、旅館営業の申請があつた場合において、その申請に係る施設の構造設備が政令で定める基準に適合しないと認めるとき、当該施設の設置場所が公衆衛生上不適当であると認めるときは許可を与えないことができると認め（同法3条2項）、物の特徴に着目して行う対物処分の性格を有することがわかります。他方、申請者が①刑法、②風俗営業等

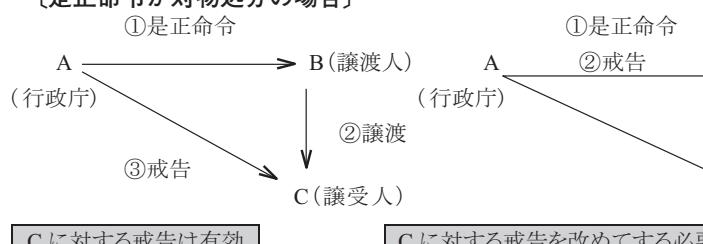
の規制及び業務の適正化等に関する法律、③売春防止法、又は④児童買春、児童ポルノに係る行為等の处罚及び児童の保護等に関する法律の規定に反し許可の取消し、又は営業停止の処分を受け一定の期間を経過しない場合には、同項の許可を与えないことができる（同項）としており、人に着目した対人処分としての性格を兼ね備えています。対物処分の性格が強いものとして、公衆浴場法や興業法に基づく営業許可などの例があります。対物処分も人に対する処分であることは違ひありませんが、対物処分の場合、その性格上、許可や義務の対象となっている営業、施設等が譲渡されると理論上、その許可を受けた者や義務者の法的地位が譲受人に承継されます。たとえば、旅館業法3条の2、3条の3、公衆浴場法2条の2では、許可権者の地位の承継の規定が置かれています。⁽⁵⁾ただし、承継に特に行政庁の関与（承認）を必要とする立法政策がとられている場合がほとんどです。同法は、旅館営業の申請があつた場合において、その申請に係る施設の構造設備が政令で定める基準に適合しないと認めるとき、当該施設の設置場所が公衆衛生上不適当であると認めるときは許可を与えないことができると認め（同法3条2項）、物の特徴に着目して行う対物処分の性格を有することがわかります。他方、申請者が①刑法、②風俗営業等

義務賦課行為に関しては、建築基準法9条1項に基づく是正措置命令が対物処分と解されています。東京高判昭42・12・25行集18巻12号1810頁は、同項の命令について、「建物の除却命令は特定人の主觀的事情に着目してなされた命令ではなく、建物の客觀的事情に着目してなされるいわゆる対物的性質の命令に属し、その効力は当該建物の譲受人に及ぶと解するのが相当である」と判示しています。なお、第三者保護の觀点から9条13項は、特定行政庁が是正措置命令をした場合には、標識の設置等の方法によりその旨を公示することを義務づけています。⁽⁶⁾

図12-3: 対人処分と対物処分 〔是正命令が対人処分の場合〕



〔是正命令が対物処分の場合〕



12号1810頁は、同項の命令について、「建物の除却命令は特定人の主觀的事情に着目してなされた命令ではなく、建物の客觀的事情に着目してなされるいわゆる対物的性質の命令に属し、その効力は当該建物の譲受人に及ぶと解するのが相当である」と判示しています。なお、第三者保護の觀点から9条13項は、特定行政庁が是正措置命令をした場合には、標識の設置等の方法によりその旨を公示することを義務づけています。

なお、代執行回避のために相手方と通じてした虚偽の意思表示は無効（民法94条1項）となるので、この場合は、譲渡人にに対する処決の名宛人となつていいない者であつて、明渡裁決後に当該物件を譲り受けた者、不法占拠者などは当該物件の引渡し又は移転の義務を有すると規定しています。

なお、代執行回避のために相手方と通じてした虚偽の意思表示は無効（民法94条1項）となるので、この場合は、譲渡人にに対する処決の名宛人となつていいない者であつて、明渡裁決後に当該物件を譲り受けた者、不法占拠者などは当該物件の引渡し又は移転の義務を有すると規定しています。

土地又は物件を占有する者であれば、明渡裁決の名宛人となつていいない者であつて、明渡裁決後に当該物件を譲り受けた者、不法占拠者などは当該物件の引渡し又は移転の義務を有すると規定しています。

義務賦課行為の違法性は、戒告等の代執行手続に承継されるのでしょうか。先行行為の違法性が後行行為に承継されると解される場合には、後行行為の争訟手続において先行行為の違法性を主張することができます。つまり、先行行為について出訴期間の経過により当該行為を争うことができなくなつたとしても、後行行為に対する争訟手続で、先行行為の違法性も後行行為の違法性として主張できるわけです。

先行の行政行為と後行の行政行為とは相互に独立した行為であり、また、行政行為は法的安定性の觀点から早期に確定する必要がありますから、原則として、先行行為の違法性が後行行為に承継されることはありません。しかし、例外的に①両者の行為が一連の手続において先行行為と後行行為との関係にある場合で、②両行為が結合して一つの目的・効果の実現を目指す場合、には違法性が承継されると解されています。具体的な例でいって、建築基準法9条1項の命令と戒告は、先行行為と後行行為との関係にあります。前者は義務の賦課を目的とするものであるのに対し、後者は義務の強制執行を目的とするもの

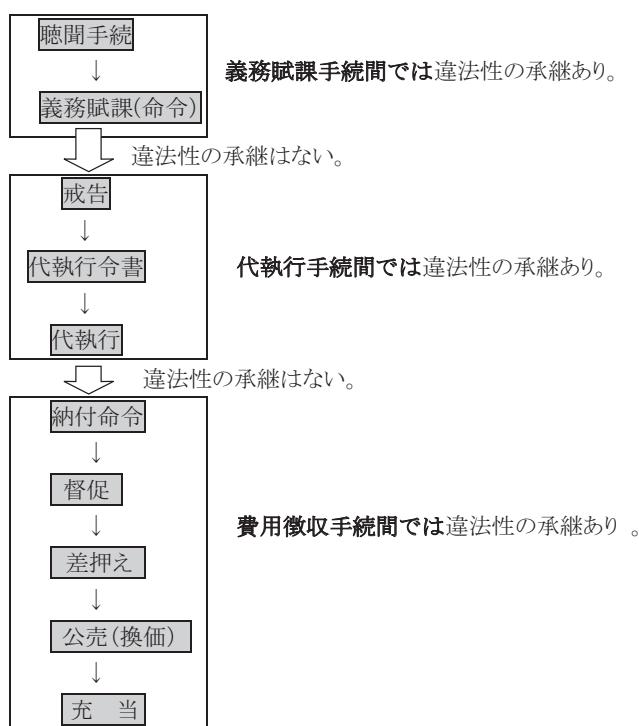
です。よって、両行為の目的・効果が異なることから違法性は承継されないということになります。これに対し、戒告と代執行令書は、先行行為と後行行為との関係にあり、かつ、両行為とも義務内容の強制的実現という目的・効果を実現するための一連のものなので違法性が承継されると解されます（図12-4 参照）。

キ 簡易代執行

行政代執行を少しでも執行しやすくするために、個別法では、簡易代執行というシステムを定めている場合があります。通常の代執行では、是正措置命令などによって特定の相手方に対し義務を課すことが前提となりますが、簡易代執行のシステムでは、過失なくして代執行の相手方を確知できない場合に、相当の期間を定めて当該措置が期間内に行われないときは代執行をする旨の公告をしたうえで、代執行ができることになります。

つまり、代執行の対象となる義務の設定を容易にしているシステムなのです。義務者を具体的に特定していないという点で即時執行のシステムと非常に似ています（現実にいずれの制度かわからぬ制度設計が条例でなされる場合があります）が、一応義務の設定があるということで、代執行に分類されます。

ところで、この簡易な代



執行システムの構築については、行政代執行法1条の解釈から、法律の根拠が必要であるとの理解されています。これに対し、条例で定めている例も見受けられます。たとえば、広島県プレジャーボートの係留管理の適正化に関する条例14条は、「第12条の規定により普

レジャーボートの移動について必要な措置をとることを命じようとする場合において、過失なく当該措置を命すべき所有者等を確知することができないときは、知事は、当該措置を自ら行い、又は第三者をしてこれを実行せることができる。この場合においては、相当の期限までに当該措置を行うべき旨及びその期限までに当該措置を行わないときは、知事又は第三者者が当該措置を行なう旨を、あらかじめ、公告しなければならない」としています。

義務を課さないで、いきなり実力行使を行うことができる即時執行も条例で定めることができます。このことを考えれば、条例で簡易な代執行のシステムを定めることは認められます。

義務を課さないで、いきなり実力行使を行うことができる即時執行も条例で定めることができます。このことを考えれば、条例で簡易な代執行のシステムを定めることは認められます。

ク 行政代執行の機能不全

行政代執行は機能不全に陥っているとよく言われます。その理由として代執行要件が厳しいとか、代執行手続が煩雑であるとか、主に制度の問題が指摘されています。このような理由に加えて、相手方から費用徴収できないことが明らかに分かっている場合に公費を使つて他人の違法状態を解消することに対する住民の批判を考慮せざるを得ないということも機能不全の大きな理由の一つです。したがつて、執行費用の回収が困難と思われる事

案については、執行の最終的決断に至るまでに、議会や住民等への代執行の必要性について十分な説明をする必要があります。そうした対応を怠ると、必要な予算を確保できなかつたり、決算が不認定となるリスクもあります。

なお、最近の立法例の中には、この点を配慮しているものもあります。例えば、廃棄物処理法に基づく不法投棄の行政代執行に関しては、それに要した費用を特定の機関が補助する仕組みが作られています（廃棄物の処理及び清掃に関する法律13条の15）。

（2）金銭の強制徴収

租税のような金銭の納付義務が履行されない場合に、行政庁が強制的に徴収するシステムを特に金銭の強制徴収といいます。国税徴収法に基づき執行されます。手続は、督促→差押え→公売による換価→換価→充当という流れになります。国民健康保険の保険料（国民健康保険法79条の2）や代執行費用など自治体や国の金銭債権を強制徴収する場合、国税徴収法の例により執行されます。

（3）直接強制

行政が、実力を行使する最もストレートな対応が直接強制であると言われています。直接強制とは、義務者の身体又は、財産に対し直接有形力を行使して義務の実現を図ること

を言います。代執行では、代替的作為義務の

みが対象ですが、直接強制では、代替的作為義務、又は非代替的作為義務であろうと不作為義務であろうと、どのような義務でもその対象となります。例えば、建物から退去する義務は非代替的作為義務ですが、不退去の人を建物から運び出したりすることも可能ですし、営業停止の命令に違反して営業しているラーメン店を実力で閉鎖することも可能です。しかし、こうした直接強制の制度は、憲法が保障する人権の侵害になる場合も多いことから、現在直接強制を認める法律は限られたものとなっています。

その例として、成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法があります。同法3条では、国土交通大臣が規制区域内に所在する建築物その他の工作物について、その工作物が、多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用、暴力主義的破壊活動等に使用され、又は使用されるおそれがあると認められる爆発物、火炎びん等の物の製造又は保管の場所の用、成田国際空港又はその周辺における航空機の航行に対する暴力主義的破壊活動者による妨害の用のいずれかの用に供され、又は供されるおそれがあると認めるときは、当該工作物の所有者、管理者又は占有者に対して、期限を付して、当該工作物をその用に供することを禁

止することを命ずることができます（同条1項）。これを受けて、同条6項は「国土交通大臣は、第1項の禁止命令に係る工作物が当該命令に違反して同項各号に掲げる用に供されていると認めるときは、当該工作物について封鎖その他その用に供させないために必要な措置を講ずることができる」とし、直接強制も可能である旨を定めています。

また、学校施設の確保に関する政令にも直接強制のシステムが設けられています。題名は政令ですが、これはいわゆるポツダム命令⁽¹⁾であつて、法律と同等の効果を有するものであります。右政令は「学校施設が学校教育の目的以外の目的に使用されることを防止し、もつて学校教育に必要な施設を確保すること」を目的とし（1条）、「管理者は、学校教育上支障があると認めるときは、学校施設の占有者に對してその学校施設の全部又は一部の返還を命ずることができる」（返還命令）と定め（4条）、さらに「管理者は、返還の目的である学校施設にある工作物その他の物件の所有者に、その物件の移転を命ずることができる」（移転命令）と定めています。これらの返還命令、移転命令が履行されない場合であつて、行政代執行法による代執行によつては義務の履行の確保することができないときは、管理者は、直接にこれを強制することができます

(21条)。

特に、占有者に命じられた学校施設の全部又は一部の返還義務（明渡義務）は、占有者本人しか履行しえない非代替的作為義務であり、代執行は行えず、直接強制によるしかありません。

なお、この直接強制のシステムですが、行政代執行法1条が行政上の義務履行確保については法律事項としているため、条例でこの直接強制を定めることはできないと解されています。

(4) 執行罰

執行罰とは、義務者自らに義務を履行させるために、あらかじめ義務不履行の場合には、過料（行政罰としての過料ではありません）を課すことを予告とともに、義務不履行の場合には、そのつど過料を徴収することによって義務の履行を促す間接的な強制の方法です。「罰」という表現がとられていますが、過去の行為に対する制裁としての行政罰とはその性格が異なります。

代執行、直接強制、金銭の強制徴収というのは、義務が履行された状態を強制的に作り出す強制執行のシステムでした。この執行罰は、それとは性格が少し異なりますが、行政の義務履行確保の手段の一つとして位置づけられています。

行政罰における過料が過去における行政上の義務違反に対する制裁として1回限りにおいて課されるものであるのに対し、執行罰は、将来にわたって義務の履行を確保するために課されるもので、義務を履行するまで何度も課すことができるという点に特徴があります。行政代執行の対象とならない非代替的作為義務の履行を促す手法としてはかなり有用であると思われます。しかし、現在は砂防法36条に、「私人ニ於テ此ノ法律若ハ此ノ法律ニ基キテ発スル命令ニ依ル義務ヲ怠ルトキハ国土交通大臣若ハ都道府県知事ハ一定ノ期限ヲ示シ若シ期限内ニ履行セサルトキ若ハ之ヲ履行スルモ不充分ナルトキハ500円以内ニ於テ指定シタル過料ニ処スルコトヲ予告シテ其ノ履行ヲ命スルコトヲ得」とする規定があるのみです。この規定も戦後の改正時に削除し忘れたのではないかといわれています。

執行罰は、刑罰よりも柔軟な利用ができる、金額の設定によっては、実効性も期待されることから、違法行為抑制のための手段として積極的に活用すべきであるとの主張もなされてています。この執行罰は、行政代執行法1条が行政上の義務履行確保については法律事項としているため、条例でこの執行罰のシステムを作ることはできません。

なお、民事執行法上は、作為又は不作為を

求める請求権に関し、間接強制のシステム（債務者に一定の額の金銭の支払うべき旨を命じることにより、心理的圧迫を加え、債務者自身の作為又は不作為を強制する方法による執行）が認められています（民事執行法172条、173条1項本文、167条の15第1項本文）。

司法的執行による義務履行の 確保—金銭義務

③

(1) 金銭債務の強制的実現

国や自治体が私人に対して有する金銭債権については、租税や代執行費用のよう国税徴収法あるいは同法の例により強制徴収であります。債務もあればそうでない債権もあります。後者については、司法的執行によらざるを得ないのは当然です。これに対し、前者の場合、司法的執行も可能なのでしょうか。この点について考えてみましょう。

(2) 農業共済金等請求事件

この問題を検討するうえで、農業共済金等請求事件についての検討が必要不可欠です。この事件は、下妻市農業共済組合がその組合員に対して有する昭和29年度から同35年度に

わたる共済掛金等の債権につき、右組合を会員とする茨城県農業共済組合連合会が、右組合に代位して支払いを求めたものです。

この農業共済組合の組合員に対する債権は、農業災害補償法87条の2第4項の規定により、地方税の滞納処分の例（「国税滞納処分の例」と意味は同じ）によつて強制徴収することができます。

農業災害補償法に定める強制徴収のシステムは複雑ですが、この事件を理解する上で必要なで、簡単に説明しておきましょう。①まず、農業共済組合は、組合員に共済掛金等の滞納があった場合には、督促状をもつて期限を指定して、督促します（農業災害補償法87条の2第1項）、②次に、当該指定期限までに納付されない場合には、市町村にその徴収を請求でき（2項）、③市町村は当該請求を受けたときは、地方税の滞納処分の例により強制徴収を行うことができます（3項）。④しかし、市町村が当該請求を受けた日から30日以内に処分に着手せず、又は90日以内にこれを終了しないときは、農業共済組合は、都道府県知事の認可を経て自ら地方税の滞納処分の例により強制徴収することになります（4項）。

（3）1審及び2審判決

右事件の第1審である水戸地判昭37・11・29

（行集13巻11号2155頁）は、「一般に公法上の金銭債権であつても、特別の定めがない限り行政上の強制徴収の手段に訴えて徴収することはできないのであつて、一般的の強制執行の手段による外はないのであるが、行政上の強制徴収の方法によるべき根拠があり、直ちにこれによることができる場合においては

公法上の金銭債権は行政上の強制徴収の方法によつて債権の実現を図るべきであり、民事訴訟法に基く強制執行によることは許されないものと解すべきである。けだしかく解することが、法が可及的迅速かつ確実に財源を確保し、能率的な債権の実現を企図して地方公共団体ないし公法人に対し便益のある強制徴収の方法を授与した趣旨に適合するからである。農業共済組合の徴収金についても同様に解するのが相当である」とし、本件訴えを不適法であるとしています。

このように、1審から最高裁まで、一貫して、地方税の滞納処分の例により、債務名義を要せず、手続的には簡易迅速に、実体的には私債権よりも有利に優先的に徴収する手法が法定されている場合（「特別の便宜」がある場合）には、それによるべきであり、司法的執行によることは許されないと立場に立つていています。より有利な手法を用いて最大限の公益を実現すべきであるといえますから、この判断は妥当な判断といえます。

最高裁が「特別の便宜」として、具体的にあげるのは一般的の私債権に対する優先弁済権だけでですが（農業災害補償法87条の2第5項）、これ以外にも、債務名義を要さず執行でき、年10・75パーセントを超えない範囲で

最大判昭41・2・23（民集20巻2号320頁）は、「共済掛金又は賦課金を滞納する者がある場合には、（中略）農業共済組合は、都道府県知事の認可を受けて、自ら地方税の滞納処分の例により処分することができます。

（4）最高裁判決

延滞金を徴収できるといった「特別の便宜」もあります（同条7項）。さらに、公課間での差押先着手や交付要求先着手あるいは、担保を徴した場合の優先弁済権（国税徴収法12~14条）、質問検査権及び財産搜索の権限（同141条、142条）なども「特別の便宜」といえるでしょう。

（5）判決の射程

この判決の射程は、設問のような行政代執行費用や租税などの金銭債権だけではなく、非金銭債権の場合についても及ぶのでしょうか。同判決は、「自ら地方税の滞納処分の例により処分することができる」となっています。右徴収金の先取特権の順位は、国税及び地方税に次ぐものとされる等、その債権の実現について、特別の便宜が与えられている」としており、明らかに国税滞納処分の例により強制徴収できる公法上の金銭債権を前提とした理由付けとなっています。したがって、「特別の便宜」が与えられていない非金銭債権については、右判決の射程は及ばないと考えられます。

なお、右最高裁の考え方を前提に、義務者の財産が散逸するおそれがあるからといって、滞納処分が可能な公法上の金銭債権について、仮差押え等の民事保全手続を利用することができないと解されています。

司法による義務履行の確保 —非金銭義務

4

（1）非金銭義務と司法的執行

最高裁は、行政上の金銭義務のうち、国税徴収法によりその強制的徴収が可能なものについては、優先弁済権をはじめ、有利にしかも効率的に徴収できる「特別の便宜」が与えられるシステムがあることを理由に、行政庁は、その手法（行政的執行）によるべきであります。司法的執行によることは許されないとしました（最判昭41・2・23民集20巻2号320号）。では、行政上の非金銭的義務についてはどうでしょうか。

（2）宝塚市パチンコ店等規制条例事件

かつての下級審は、行政上の義務履行確保の手段がない場合には、非金銭的義務の司法的執行を認めるという態度をとるものがありました。ところが、これを認めないとする次のような最高裁判決（最判平14・7・9民集56巻6号1134頁）が登場したのです。

宝塚市パチンコ店等、ゲームセンター及びラブホテル建築等の規制に関する条例3条は、パチンコ店等の建築に際しては市長の同意が必要であると定めていました。しかし、この同意を得ないで建築に着手した業者がい

たので、宝塚市はこの業者に対し同条例8条に基づきパチンコ店の建築工事の中止命令を発しました。業者がこれに従わなかつたため、同市は、業者に対して同工事を続行してはならない旨の裁判を求めました。

この事件の経過についてみると、宝塚市は、まず、建築工事続行禁止仮処分の申請を行いました。これに対し神戸地裁伊丹支部判（平6・6・9判自128号68頁）は、行政代執行法上の代執行によって強制的に履行させることができる不作為義務については、行政は裁判所にその履行を求める訴えを提起することができます。ところが、履行請求権を被保全債権として仮処分を求めることができると判示しました。

その本案である神戸地判平9・4・28（行集48巻4号293頁）では、①行政主体が私人に対して行政上の義務の履行を求める訴訟を適法に提起することができるか、②条例は、風俗営業等の規制及び業務の適正化等に関する法律及び建築基準法に反しないか、③条例が職業選択の自由を保障する憲法22条及び財産権を保障する憲法29条2項に反しないかが争点となりました。①の論点については、判断を示さず、②の論点について、いずれの法にも反するとして宝塚市の請求を棄却しました。2審（大阪高判平10・6・2判時1668

号37頁）の判断も同様でした。

これに対して宝塚市は、上告及び上告受理の申立てを行いましたが、最高裁は、上告不受理決定を先行させた上で、上告について、裁判官全員一致の意見で原審を破棄、一審判決を取り消し、訴えを不適法として却下しました（民訴326条2号）。その理由は「国や地方公共団体が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は別として、国や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、自己の主観的な権利利益の保護救済を目的とするものという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、提起が許されるものと解される」とするものでした。

最高裁は、従前から、裁判所法3条1項にいう「法律上の争訟」の意義について、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争」であつて、かつ、「それが法律の適用によつて終局的に解決し得べきもの」であると解していました。^⑨つまり、「法律上の争訟」＝「主觀訴訟」という理解です。この理解を前提に、主觀訴訟とはいえない「法

規の適用の適正ないし一般公益の権利利益の保護を目的とするもの」に対する裁判は、原則、裁判所の権限に属しないものとして不適法だというのです。もちろん、自己の権利義務にかかわらない客觀訴訟であつても、住民訴訟（自治法242条の2）などのように法律が特に認めた場合には裁判所は本案の判断をします（裁判所法3条1項）。

（3）判決の問題点

宝塚市パチンコ店等規制条例事件最高裁判決の趣旨に従うと、行政上の義務の履行を確保するための訴えについては、それが行政的

執行が可能な代替的作為義務はもちろんのこと、そうでない非代替的作為義務や不作為義務についてのものでも不適法となります。代執行が可能な義務については、まだしも、代執行が不可能な義務についてまで司法的執行のルートを閉ざすことになります。この点については、多くの批判があります。

仮に、本件事件において司法的執行が認められた場合、当該義務についての債務名義を得た上で、当該債務名義に基づき強制執行をすることになります。本件中止命令のような不作為義務の強制執行については、原則、間接強制によることになります。ただし、不作為義務に反して建築された場合、その部分については、執行裁判所の授権決定を経て、こ

れを除却することも可能ですが（民執171条、173条、民法414条3項）。

なお、地方公共団体のような行政主体であつても、財産権の主体として訴えを提起する場合には、「法律上の争訟」として適法です。例えば、道路法71条に基づき道路上の障害物を撤去する命令の義務内容を司法的執行により実現することはできませんが、道路敷地の所有権に基づく障害物の撤去請求であれば、司法的執行により請求内容を実現することが可能です。^⑩

行政上の義務を前提としない 実力行使のシステム

5

（1）即時執行の意義

行政は公共の安全維持などの場合で、目前急迫の障害を除く必要上、義務を命ずることにない場合又はその性質上義務を命ずることによつては目的を達成したい場合に、その目的を達成するため、義務の履行を前提としたことで（この点が直接強制との根本的な相違です）、人の身体や財産に対して有形力を行使して行政上必要な状態を実現するシステムが法律や条例で定められる場合があります。こ

のシステムを即時執行（即時強制）といいます。義務の存在を前提としませんから義務履行の確保の手段とはいえませんが、直接強制と結果において異なりません。即時執行には、レッカー車による車の移動を定める道路交通法51条2項といった軽微なものから国外退去を定める出入国管理及び難民認定法52条1項、破壊消防を定める消防法29条、要保護者の保護を目的とする警察官職務執行法3条の規定、条例では放置自転車撤去の規定など多數あります。

（2）即時執行の問題点と有用性

即時強制は、義務者の身体又は財産に対し直接有形力を行使して、義務の実現を図るという点で直接強制の場合と同じような問題があります。さらに、緊急の必要性（義務を課す余裕がない）といった一応の理論上の歯止めは一般的にあるものの、直接強制とは異なり事前に義務を課さないという点からして、直接強制より問題点の多い手法であるともいえます。さらに、即時執行は事実上の行為なので、行政手続法上、不利益処分の定義には該当しないため（同法2条4号イ）、聴聞や弁明の機会が与えられないという手続保障上不十分であるという問題点も指摘されています。

右のように、義務賦課行為を前提としない

即時執行については、権利保障の観点から抑制的に論じられるのが一般的ですが、放置船舶、放置自動車の移動のように義務者を特定し、義務の賦課行為を行うことが困難な場合であって、当該財産に対する侵害の度合いが大きくないような場合には、有効な行政目的達成の手法として、その活用は認められるべきでしよう。

即時執行は、義務の存在を前提とする制度ではないため、行政代執行法1条の反対解釈として条例でそのシステムを構築できると考えられています。ただし、侵害留保の原則から、制度設計は条例でしかできません。

注

（1）塩野宏『行政法I「第5版補訂版』（有斐閣、2013）231頁

（2）広岡隆『行政代執行法（新版）』（有斐閣、1981「復刻2000」）61-62頁

（3）都市公園の占有者に対して、都市公園敷地の明渡義務は代執行できないと判断したものとして横浜地判昭53・9・27判時920号95頁がある。

（4）戒告の处分性については、議論がある（最高裁判決はない）が、大阪高決昭40・10・5行集16卷10号1756頁は、戒告が行政代執行の前提要件として行政代執行手続の一環に

なすとともに、代執行の段階に入れば多くの場合に直ちに代執行は終了し、救済の実を挙げ得ない点から、处分性を認めるべきであるとする。また、代執行令書については東京地判昭48・9・10行集24卷8号916頁が、代執行の実行については横浜地判昭53・9・27判時920号95頁が、納付命令について京都地判平5・2・26判タ8335号157頁がそれぞれ处分性を認めている。

（5）相続又は合併により当然に承継する立法例として、興業場法2条の2、公衆浴場法2条の2（ただし、いざれも承継後届出が必要）、承継に承認を必要とする立法例として旅館業3条の2、3条の3がある。

（6）公示の制度は、建築基準法昭和45年の改正

で新たに定められた制度である。この制度は、公示をしなければ、是正措置命令の効力が違反建築物の新たな所有者に承継されるという法的効果が生じないとするものではなく、第三者の取引の安全を図ろうとするものと考えられる。したがって、公示のための標識が滅失していたとしても、当然にその対物処分性が失われるわけではなく、違反建築物を譲り受けた者が違反建築物であることを知らなかつた場合に、行政庁が当該処分の効力を第三者に主張できないと考えるべきであろう。なお、本制度ができた後も、建築基準法9条1項に

基づく是正命令が対物処分であることを判示するものがある（大阪地判平1・11・1判時1353号55頁）。

（7）ポツダム宣言ノ受諾二伴ヒ発スル命令ニ関スル件（昭和20年勅令542号、ポツダム緊急勅令）に基づいて日本国憲法施行日前に發せられた勅令。これにより政府は、連合国最高司令官のなす要求事項を実施するために特に必要がある場合には、政府は、法律と形式的同等の効力を有する「政令」を定めることが可能であつた。平和条約の発効とともに廃止された。

（8）大阪高決昭40・10・5行集16巻10号
1756頁参照

（9）最判昭56・4・7民集20巻2号196頁（板
まんだら訴訟）

（10）最判平18・2・21民集60巻2号508頁



●第32号（2013年2月発売）定価（本体1,143円+税）

・特集 再生可能エネルギーと自治体の取り組み

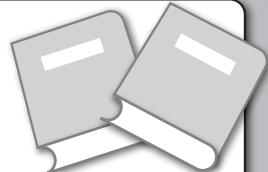
再生可能エネルギー事業における自治体の役割
再生可能エネルギーの固定価格買取制度について
再生可能エネルギー事業の先進事例

・CLOSE UP 先進・ユニーク条例

京都市伝統的な木造建築物の保存及び活用に関する条例について

・トピックス

地方自治法の一部を改正する法律（平成24年8月公布）の概要について
地方公会計整備の現状とそれへの見方



Back Number

商品に関するご照会・お申込は、株式会社 ぎょうせい フリーコール（通話料無料）
受付時間：月～金 9時から17時 TEL：0120-953-431 Web サイト URL：<http://gyosei.jp>
FAX：0120-953-495