

わが国都市再生のための行政代執行制度の日独比較研究について

(財)民間都市開発推進機構都市研究センター
研究理事・博士(法学) 西津 政信

(要旨)

わが国の行政強制制度の支柱をなす行政代執行制度は機能不全に陥っており、多くの規制行政分野で極めて希にしか発動されないため、各種行政規制の違反行為が横行し、あるいは公共事業用地の円滑な明渡しが妨げられることによって、都市再生の広汎かつ基礎的な阻害要因となるとともに、これら規制の保護法益や公共事業の目的である国民の権利利益や公共の福祉の増進に対する侵害ないし阻害が恒常的に生じている。このような問題を解決するため、当初制定以降 60 年近くも放置されている行政代執行法の大規模改正により、わが国の行政代執行制度を使いやすい実効的なものにすることが急務である。

本研究では、第一に、ミクロ比較法的アプローチにより、連邦及び各州での多様な立法例を実現し、わが国よりもはるかに実効的に制度が活用されていることが窺える^{*[1]}ドイツの代執行制度の制度内容を文献調査により明らかにする。第二に、主要地方公共団体等へのアンケート調査によって、執行行政実務のニーズを踏まえた制度改善方向の提示とその実効性に対する評価を把握する。さらには、第三に、将来機会が得られれば、同国の主要都市における代執行制度の活用実績データ等を収集するための現地調査を実施する。以上により、ドイツなどの制度を範型とするわが国代執行制度の改善によってその活用が促進され、行政上の義務履行確保の実効性が向上するという仮説を検証することをねらいとする。

現時点で、ドイツの代執行制度について、わが国代執行制度の改善との関連で特に注目すべきと考えられる点は、代執行費用の事前徴収制度、比例原則の実定化、わが国行政代執行法 2 条のような制限的適用要件規定の不存在、一本化された事前手続(戒告)と戒告による代執行費用の概算見積額の明示などである。

なお、わが国行政代執行法の所管省庁は、同法の改正経緯及び設置法に包括所掌事務

条項が定められている府省の変遷過程から、現時点では総務省であると推測される。

解決すべき問題: 代執行制度の機能不全

わが国の行政強制制度の原則的手段である行政代執行制度は、機能不全に陥っているという指摘が少なからざる行政法学者からなされている^{*[2]}。このため、違反建築、違反屋外広告物、消防法規違反、環境規制違反などが法的強制手段の発動によって適正に是正されることなく、終局的な違反状態の是正に至らない行政指導の反復に依存することにより、44 名もの犠牲者を出した 2001 年 9 月の新宿歌舞伎町雑居ビル火災事件や都市の美観風致を損なっている違反屋外広告物の氾濫などに典型的にみられるように、各種の規制法の保護法益としての国民の権利利益が広汎に侵害されている^{*[3]}。このような状況は、わが国の「都市再生」に対する広汎かつ基礎的な阻害要因となっており、行政代執行制度の改善を通じた各種法的規制の実効性の向上や効率的な公的事業用地確保などによって、都市における法的秩序の回復や公的事業の円滑な推進を図ることが、優先的かつ喫緊の政策課題となっている。特に、わが国の地方都市においては、今般の「まちづくり三法」の改正を契機として、これまでの拡散型都市から集約型都市(コンパクトシティ)へ大きく方向転換していく必要があるが、その際、違法な開発・土地利用の是正や違反屋外広告物などの景観阻害要因の適正なコントロールなどにより、持続的かつ個性的な魅力ある都市を実現することが重要な都市政策上の課題となるものと見込まれる。

ところで、近年、このような代執行の機能不全問題から、これに代えて、相手方に予め命令などで違反是正義務を課すことなく、直接的に人や物に対して実力を行使し、あるべき状態を実現する即時強制が多用されている状況がある。しかしながら、行政にとって簡便な手段ともいえる即時強制については、

次のような問題も指摘されている。すなわち、事前手続のための時間的余裕が全くないほど緊急性が高いとは認められない場合についても制度化され、手続的保障が不十分なものが多いこと^{*14)}、実力行使が継続的でなく目的が即時に完結してしまうときには、行政処分としての命令を介在しないため、行政上の不服申立や取消訴訟などの争訟手段によりえず、事後的に損害賠償等を求めるのみとなり、私人の権利利益救済の面での制約があること^{*15)}である。そもそも、相手方の保護に厚く、相手方の自己決定権を尊重したより穏やかな強制手段とするためにも、命令を先行させる行政強制がより望ましいという指摘^{*16)}もある。私見としては、代替的作為の実現手段として即時強制が制度化されているものについても、比例原則に照らして、所要の命令を先行させ、可能な限り本来の行政強制手段である本稿主題の代執行制度、ないしは拙著西津(2006)において再導入提案を行った間接行政強制制度を積極的に活用することが要請されるものと考え^{*17)}。このような観点からも、代執行制度を大幅に使いやすいものにする改善方策が求められているといえよう。

代執行の機能不全の原因^{*18)}については、拙著西津(2006)5頁において従前の行政法学での議論を整理しつつ論じたところであり、本稿での再説は割愛する。他方で、法制度自体が、当初の制度設計の不十分さから、あるいは不断の改善努力を怠ってきたなどのため、諸外国の同種の制度と比較して「使いにくいもの」となっているのではないかといった比較法的分析は、管見の限りでは従来あまりなされていない。いうまでもなく、同制度のユーザーである地方公共団体等の立場からすれば、使いにくい法制度は、使いやすいものに改善することが常に求められるのであるが、行政代執行制度の改善を提案する立法政策論的先行研究は極めて少なく、最近の(財)日本都市センター研究室(2006)17頁以下や山谷ほか(2006a)63-64頁以下がその少数例である。また、行政代執行制度に関する比較法研究も、管見の限りでは、広岡(1961)や同(1981)以降は現れていない。

本研究が提示する仮説と調査研究手法

筆者は、拙著西津(2006)187頁において、個別法において行政代執行法2条の制限的適用要件を緩和する最近の立法例について、そのような限定的な措置のみでは必ずしも代執行の適用を大幅に拡大することにはつながらないのではないかという趣旨の指摘を行った。同種の改正後まだ日の浅い屋外広告物法についての情報は乏しいが、このような改正(昭和45年)から既に36年を経過している建築基準法については、改正後における代執行適用件数の顕著な増加の事実は見出されておらず、あまり変化はないという評価^{*19)}もなされている。

そこで、本研究においては、現行行政代執行制度にはその全面的な改善の必要があることを明らかにし、その主要な要改善点を特定したうえで、当該改善を行うことにより主題制度の実効性が向上するという仮説を提示する。

この仮説を実証するため、当面可能な範囲において、拙著西津(2006)において採用した調査研究手法^{*110)}に準じて、後述()の比較法(ないし比較公共政策)的、法社会学的調査手法により、本件調査研究を逐次展開していくこととする。本研究は、前掲西津(2006)の間接行政強制制度研究の延長上に位置するものである。

以下においては、本研究のスタートラインとして、ミクロ比較法のアプローチによってドイツ法の代執行制度を概観し、現時点における本研究での立法政策提言の基本的方向について述べる。

ドイツの代執行制度の概要とその適用状況

1. 代執行の適用要件と比例原則の実定化

連邦法では、代執行の適用要件は「他の者が行うことのできる作為(代替的作為)義務に係る義務が履行されないとき」(行政執行法10条)であり、州法においても概ね同様の規定ぶりとなっているが、「履行されず、不完全に履行され、又は相当な期間内に履行されないとき」のように、より詳細に書き分けている少数の立法例^{*111)}がある。

すなわち、ドイツ法においては、わが国の行政代執行法2条の規定する、補充性要件及び公益性要件は、代執行に限った明文の適用

要件とはされていない。その代わりに、連邦法及び州法においては、比例原則を実定化した規定を設けており^{*121}、代執行を含む強制手段（他に、強制金と直接強制がある）の適用を統制している。すなわち、例えば、連邦の行政執行法9条2項は、「強制手段は、その目的に照らし相当な比例関係にあるものでなければならない。この場合、強制手段は可能な限り義務者及び公共の利益に対する侵害が最小限となるように決定しなければならない」（西津仮訳）としている。

2. 事前手続

ドイツ法における代執行の事前手続は、他の強制手段である強制金及び直接強制と共通のものとしての戒告(Androhung)である。なお、代執行の前提となる違反是正命令については、ドイツの行政手続法(Verwaltungsverfahrensgesetz)により、聴聞(Anhörung)が必要となる。わが国の行政代執行法3条2項が規定する「代執行令書の通知」にあたる手続は、ドイツ法においては存在しない。

3. 戒告での代執行費用概算見積額の明示

プロイセン警察行政法^{*131}以降、ドイツの連邦法^{*141}及びほとんどの州法^{*151}は、代執行の戒告で、代執行費用の概算見積額を明示すべきことを規定している。その他の少数の州法は、これに関する明文の規定を置いていない。

連邦行政執行法13条4項1段の規定は強行規定であり、概算費用が示されていない戒告は違法無効であると解されている^{*161}。概算費用を明示していない戒告に基づいて行われた代執行は違法となり、義務者は費用負担義務を負わない。しかし、この概算費用額を戒告で明示する趣旨は、これによってより安価な費用による義務者の命令の自主的履行を促すことにあるとの解釈から、概算費用額を明示しなかった戒告の瑕疵は、義務者による自主的履行が可能な代執行の実施着手までの間に概算費用額が別途通知されることによって治癒されるとする判例^{*171}がある。代執行費用は戒告で示された概算額を上回ることも往々にしてあるが、その場合でも執行官庁は差額の事後的な追加徴収を妨げられないとされており^{*181}、戒告という早期の時点での事前手続における費用概算見積額明示の義務者に対する威嚇的

効果は大きい^{*191}と思われる。

4. 代執行費用の事前徴収

広岡(1961)128頁以下、同(1981)16、192頁で既に以前から指摘されているが、ドイツのほとんどの州法^{*201}は、執行官庁が代執行の実施に先立って、義務者に戒告で明示された代執行に要する概算費用を負担させることを定めている^{*211}。戒告で明示された代執行費用の概算見積額は、戒告で定められた命令の履行期限を徒過するとその徴収を決定し、義務者が決定に定められた期限までに当該費用を任意に支払わない場合は強制徴収することもできるが、代執行の実施前に義務者が命令を自ら履行したときは、強制徴収手続はその時点で中止しなければならない^{*221}。これらの規定により、執行官庁は、代執行の終了後にその費用を徴収できない事態が出現する危険を回避するため、この費用概算見積額の徴収を代執行の請負業者との契約に先立って行うのが通常であるとされている^{*231}。この制度により、執行官庁は、わが国の場合と異なり^{*241}、多額の行政代執行費用を、あらかじめ予算計上する必要もないことになる^{*251}。

このドイツの多数の州法における代執行費用の事前強制徴収制度は、義務者の自主的な命令の履行に向けた威嚇という効果において、強制金と同様の「間接強制」としても機能しうるものと考えられる。特に、代執行費用の概算見積額が自ら命令を履行するに要する費用を大幅に上回るような多額に上る場合（そのようになることが多いと想定される）には、その威嚇効果はかなり大きいものと見込まれる。

これに対して、プレーメン州法^{*261}では、代執行費用の事前徴収は認めず、事後的な決定・徴収のみを認めている。また、連邦法、ベルリン州法及びザールラント州法^{*271}は、代執行費用の事前徴収を認める明文の規定を設けていない。

ところで、これらの少数立法例をなす連邦・州法の下で、執行官庁は事後的に代執行に実際に要した費用を徴収しうるのみか、あるいは明文の規定がなくとも概算費用の事前徴収が認められるかについては、判例・学説上の争いがある。連邦行政裁判所は、代執行費用の支払義務はすでに代執行の執行前においても、その前提となる命令

が執行可能となり、かつ強制手段が戒告され、さらに強制手段の決定がなされたときに生じていると判示し^{*[28]}、これが現在の支配的解釈となっている^{*[29]}。しかし、この解釈に対しては、有力な反対説^{*[30]}がある。その論拠として、例えば、Engelhardt/ App (2001) § 10 Rdnr. 14, Erichsen/ Rauschenberg (1998) S. 35 及び Menger (1977) S. 86 ff. は、この支配的解釈は、法治国家原理に由来する法律の留保の原則に照らし問題であるほか、義務者は代執行が実施されるまでの間は、自ら命令を履行することにより、代執行費用負担義務を回避しうるのであるから、同費用負担義務は、代執行が執行された後にはじめて生ずるとする。また、Lemke (1997) S. 356-357 は、代執行費用の事前徴収制度は代執行とは異なった「強制金」(Zwangsgeld) ^{*[31]} 類似の機能を有するものであるから、行政代執行法上の明文の規定が必要であるとしている。

民事執行法上の代替執行制度との比較

1. 代替執行費用の事前支払命令

民事執行法 171 条 4 項は、執行裁判所は代替執行の決定をする場合には、申立てにより、債務者に対し、その決定に掲げる行為をするために必要な費用をあらかじめ債権者に支払うべき旨を命ずる決定をすることができる^{*}と規定している。債権者は、この決定を債務名義として金銭執行による事前取立てができる。

この規定の立法趣旨は、債権の保全ないしは債権者の保護であると考えられる。民事執行においては、債権者の権利利益の保護のため、代替執行費用の事前支払命令を制度化しているのに比して、わが国の行政代執行制度において同様の制度が設けられていないことについては、格別の合理的な理由は見出しにくい。特に、人口減少や高齢化の進展により、国や地方公共団体の財政が今後一層厳しさを増すと予想される今日においては、違反是正費用の原因者負担の可及的徹底を図り、後述(4.)の代執行制度活用の障碍を低減させる観点からも、民事執行法の代替執行における費用の事前支払命令と同様の制度的欠缺の補填、すなわち、ドイツの多数の州法の立法例に準じた代執行費用事前徴収制度の導入が、民事執行法との比較からも必要

である^{*}と考える^{*[32]}。

行政代執行法の所管省庁

行政代執行制度の改善は、これまで適用要件の特例的緩和として、個別法改正により行われてきた^{*[33]}。しかしながら、行政代執行法自体の改正によって、本格的な制度改善がなされたことは、同法の当初制定以来全くない。その理由としては、同法の所管省庁が必ずしも明確でなかったこと^{*[34]}、加えて、同法の適用が 1970 年代の成田空港反対運動の際に典型的に見られる^{*[35]}ように、「国家権力による強権発動」的な色彩を帯びることが少なからずあったため、前述のような個別法による緩和措置改正はともかく行政代執行法本体の改正は政治的に取り上げにくく、関係省庁においても積極的な動きを回避しがちな面があったことも挙げられよう。

行政代執行法は当初の制定後 3 回改正されているが、前述のように単独法改正ではなく、すべて他法律の改正に伴う関連改正である。このうち昭和 37 年 9 月 15 日に公布された法律第 161 号は、行政不服審査法の施行に伴う関係法律の整理等に関する法律である。同法は改正される法律の所管省庁ごとに「

府(省)関係」として、各府省の所管法律の一部改正の条文をまとめているが、第一章は総理府関係として、旧総理府の所管法律の一部改正条項を列挙している。このうち、恩給法などの一連の旧総理府本府の所管法律に先だって、第二条に行政代執行法の一部改正が置かれており、行政代執行法が旧総理府の所管法律として位置づけられている。

翻って、総理府設置法には、昭和 24 年の当初制定から、また、上述の第 3 回目の行政代執行法改正が行われた昭和 37 年時点においても、総理府の任務(第 3 条)及び総理府の権限(4 条)には、3 条には「他の行政機関の所掌に属しない行政事務」として、また、4 条には「他の行政機関に属しない事項」として、いわゆる包括的所掌事務条項を置いていた。しかしながら、「行政代執行法の施行に関する事務」というようなかたちでは、上述の総理府設置法には明示されていない。このことから、行政代執行法は、上述の包括的所掌事務、すなわち、「他の行政機関の所掌に属しない行政事務」に含まれるものとして

旧総理府が所管するものと整理されていたことが窺える。当該包括的所掌事務条項は、2001年の中央省庁再編において、総務省設置法4条99号に引き継がれることとされた^{*136)}。

以上より、過去の法改正の経緯及び関係行政組織法の規定ぶりから、行政代執行法は概念的には、旧総理府の所管から、上述の中央省庁再編に伴って、総務省の所管に移行したものと推測される。

わが国代執行制度の改善の方向

1. 代執行の適用要件緩和と比例原則の実定化

現行行政代執行法2条の適用要件（「他の手段によってその履行を確保することが困難であり、かつその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とき」）は、立法当時の国会審議記録^{*137)}によれば、代執行制度の適用における「濫用を防ぐ」ために設けられたものである。しかしながら、当該要件については、「他の手段」に何が含まれるか必ずしも明確でなく、行政罰や平成14年7月9日の最高裁第三小法廷判決（宝塚市パチンコ店等建築規制条例事件）によりその適用範囲が著しく制限された^{*138)}行政上の義務の民事執行もこれに当たらないとする見解^{*139)}もあり、両要件とも比例原則の適用で足りるとする有力な見解^{*140)}がある。特に、「著しく」公益に反するという要件は、文言上行政庁に行政代執行の発動を過度に萎縮抑制させ、あるいは不作為の裁量判断の重要な法的根拠とされるなどにより、多数の行政規制違反状態の放置につながる強制処分適用の「過少」を誘導する結果を惹起しているものと考えられる。

他方、この点に着目して、個別行政規制法においては、建築基準法9条12項や屋外広告物法7条3項により、違反建築及び違反屋外広告物に関する措置命令については、行政代執行法2条の要件を外すことが立法措置されている。これらの規制分野は、行政代執行法の立法当時において、代執行制度の適用が予想される代表的な規制分野として例示されていた^{*141)}ものに他ならない。この措置により、当該命令を発した行政機関は、行政代執行法2条の適用要件に代わり、憲法原則

と解される^{*142)}不文の比例原則の制約を受けて代執行制度を適用すべきこととなるものと解される^{*143)}。但し、立法論的には、代執行は義務者が形成した事実状態に対して重大な侵害を加えるものであるため、執行行政機関に明文の法規定による比例原則に基づく適用基準を与えることにより、代執行制度の適用における「過剰の禁止（Übermaßverbot）」とともに、その機能不全対策として「過少の禁止（Untermaßverbot）」を図ることが望ましいと考える。

そこで、私は、現行行政代執行法2条の付加的適用要件を外し、代わりに前述（1.）のドイツの行政執行法のように^{*144)}比例原則を実定化する規定を新設して、代執行の適用に係る行政機関の裁量を統制することを提案する。比例原則及びその行政強制法における実定化提案については、拙著西津（2006）第5章及び第9章185頁以下において詳述しているので本稿での再説は避けるが、国民の権利利益保護と行政裁量の適正な統制に資するため、主題の行政代執行制度の改善や間接行政強制制度の導入などの行政強制制度の拡充を契機として、その根拠となる個別法ないし一般法において、その実現を図るべきであると考えられる。

2. 戒告における代執行費用概算見積額の明示

代執行の戒告で代執行費用の概算見積額を明示することを求めるドイツの立法例は、当該費用の事前徴収のための前提とするほかに、戒告で費用の概算見積額を明示することにより、当該命令の義務者による自主的履行へ向けた威嚇とする意義がある^{*145)}。すなわち、戒告によって、代執行により大抵の場合自ら履行するよりも相当程度多額の費用が徴収されることを示すことにより、経済合理性の見地から、代執行を受忍するよりも少ない費用で実施しうるのである。また基準適合改修命令においては最も義務者に有利な合法形態の実現に向けた命令の自主的履行を選択することを義務者に促す、いわば強制金類似の間接強制的な効果が期待される^{*146)}。

このような命令の自主的履行による公益の早期確保の観点からも、また、義務者の予測可能性を可及的早期に増大させ、その

手続的な権利保護を図る観点からも、わが国の代執行制度においても、この戒告段階での代執行費用の概算見積額の明示を新たに制度化することが望ましいものと考えられる。

3. 事前手続の一本化

現行の行政代執行の事前手続は、戒告及び代執行令書による通知の二段階となっている。しかし、簡易な代替的作為義務の履行についてまで、原則的にこのような二段階に分割した事前手続を強いる必要性はないのではないかと考えられる。また、行政代執行法3条3項によれば、戒告及び代執行令書による通知は、非常の場合又は危険切迫の場合において、当該行為の急速な実施について緊急の必要があり、当該手続をとる暇がないときは、これらの事前手続を経ないで代執行をすることができることとされている。同項で、代執行に要する費用の概算による見積額は、戒告ではなく代執行令書によって初めて義務者に通知されるものとされている。このため、戒告も代執行令書による通知もいずれもとる暇がない最も緊急な場合はともかく、原則どおり戒告はしたがその後の状況変化により代執行令書による通知を行う暇がなく、後者を経ないで代執行がなされる場合でも、代執行費用の概算見積額は、結局、事前手続上義務者に対して明示されないままとなってしまう、戒告後に緊急性が増大した例外的な場合とはいえ、代執行費用の概算見積額という重要情報が結果的に与えられないことによって義務者の予測可能性を制限し、事前手続における代執行費用の概算見積額の明示に期待される、義務者による自主的な命令履行（違反是正）を促す効果を低減させてしまうことになる。

前述のように、ドイツの代執行においては、事前手続は戒告のみとなっている。むしろ、代執行を行わなければならないような公益上看過しがたい行政規制違反行為については、執行行政機関は事前に集中的な準備作業を行い、一本化された事前手続としての戒告による代執行費用の概算見積額とその事前徴収の実施予告を含めた包括的な情報提供によって強制処分全体の全体像に対する義務者の予測可能性を高め、これを通じて可及的に早期の段階で義務者による自主的な命令履

行の意思決定を強力に促すべきであると考えられる。

4. 代執行費用の事前徴収制度の導入

代執行費用の事後的徴収の困難性は、代執行制度における実務上の大きな経済的負担リスクであり、現下の多数の地方公共団体の財政難状況などから、その積極的活用に向けた重大な障碍となっている^{*[47]}。代執行費用の概算見積額の事前強制徴収を認めるドイツの多数の州法の立法例及びこれに基づく実務運用は、代執行を実施する行政機関の重要な負担リスクの軽減のみならず、前述の間接強制的効果によって、義務者による命令の自主的履行を強く促すこととなり、強制目的の経済効率的な達成につながるものであると考えられる^{*[48]}ことから、わが国の代執行制度について検討すべき最も重要な改善点であると考えられる。

これについて、ドイツの連邦行政執行法などのように法律の明文の規定なしに事前徴収を認めることについては、わが国においても、法律の留保の原則及び現行行政代執行法1条による行政強制法定主義から重大な疑義を避け得ないと思料されることから、ドイツの大多数の州法の立法例のように、明文の根拠規定を設けた上でその制度化を図るべきであると考えられる。

5. 個別法上の特例規定、構造改革特区での試行評価など

以上の代執行制度の改善は、最終的には行政代執行法の改正に至ることが望ましいが、当面の間は、個別行政規制法において、一般制度の特例として実現することも考えられる。すなわち、前述（1.）のように既にいくつかの個別法において実現されている代執行の適用要件緩和措置に加えて特例的な手続規定を設け、事前手続の一本化や代執行費用の事前徴収制度を設けるなどの立法措置は可能であると考えられる。

また、個別法での改正についても、拙著西津（2006）195頁以下において提案したように、構造改革特別区域制度を活用して、特定の規制行政分野で代執行制度の改善によって規制違反状態の広汎な是正を図る政策的必要性の高い特定の区域において、改善された制度を試行的に運用して、その有用性ないし実効性、特に、本邦初の代執行費用事前徴収制度の間接強制的効果などを

客観的に評価した上で、当該試行的制度改善の有用性が確認されれば、当該規制法自体の改正により、全国レベルでの制度改善を実現するといった段階的な制度改善方策も想定されよう。

さらには、諸般の規制行政権限の地方分権化を円滑に推進するためには、現行行政代執行法 1 条の行政強制法定主義を見直し、行政規制の強制手段としての代執行制度の特例規定を地方公共団体の条例でも定められるように措置することも必要であると考え^{*[49]}。

結語：今後の調査研究の方向

本稿は、本研究の出発点を示す予報論文として、主に個別法制度の比較を行うミクロ的比較法の観点から、行政代執行制度に関する概括的な日独比較を行ったものである。これにより、わが国現行行政代執行制度の課題と、研究初期段階で想定されるその改善の主な候補事項と立法政策の概括的方向を摘示しえたものとする。

今後の本調査研究の段階的な展開方向としては、拙著西津（2006）において採用した多面的な調査研究手法に準じて、第一に、ドイツの代執行制度を多角的に分析するとともに、より幅広い比較法的検討を可能にするため、比較法の対象として、補足的にフランスの職権執行(exécution d'office)を取り上げ、日本法の改善に資する制度的要素を抽出すること、第二に、独（仏）法の比較法的分析をもとに論点を整理した上で、わが国の主要な地方公共団体等に対するア

ンケート調査を実施し、規制執行行政の現場サイドからのニーズを踏まえた制度改善の方向性やその効果の予測評価を行うこと、第三に、より将来的・発展的には、海外現地調査により、ドイツの主要都市（特に、代執行を代替的作為義務に対する原則的な強制手段としている諸州の都市）における代執行制度の運用実績等に関する制度活用実態を究明し、ドイツ法の下での主題制度の実効性や効果を法社会学的観点から検証することが有益であろうと考える。

これらの調査成果をもとに、現行行政代執行制度の改善方策の有効性を実証するとともに、その実現に向けた総合的な立法政策的提言を行うことを本研究の最終的な目標として設定することとしたい。

なお、筆者は、去る 10 月初旬に中央大学法科大学院の展開・先端科目「政策形成と法」（2006 年度）第 2 回で、「行政強制制度のリノベーションと法務博士に期待される役割」というテーマで講義を行った。その際、法科大学院を修了して法務博士の称号を得（さらに司法試験に合格し）た法律専門職公務員が、行政代執行を含む行政強制制度の刷新のための法改正の企画立案及び新たな法制度の下での行政強制執行実務の統括に携わるべきことを提案した。このような法制度改革に伴って必要となる行政強制制度の企画立案・執行体制の整備に関する提案についても、本比較法制度研究において出来る限り言及することとしたい。

【注】

*[1] ベルリン市シャルロテンブルク・ヴィルマースドルフ行政区（人口約 32 万人）では、建築違反等に対し年間 40～50 件の代執行適用実績があり（西津（2006）120 頁）、また、ザクセン・アンハルト州都のマグデブルク市（人口約 23 万人）では、迅速に実現すべき違反屋外広告物の撤去命令の強制手段として、原則として、代執行を（年間平均 40 件程度。但し、実施の実績は僅少）戒告しているとされている（西津前掲書 118 頁）。

*[2] 宇賀（2006）200-201 頁、大橋（2004）393-397 頁、福井（1996）213 頁、宮崎（1990）228-244 頁など。

*[3] 西津（2006）4 頁。

*[4] 宇賀（2006）97-98 頁。

*[5] 塩野（2005）233 頁。

- *[6] 阿部 (1997) 428, 434 頁, 第 71 回公法学会 (2006 年) における須藤陽子報告 .
- *[7] 同旨 : 美濃部 (1940) 150 頁 .
- *[8] 最新の整理として, (財)日本都市センター研究室 (2006) 17 頁, 山谷ほか (2006 a) 63-64 頁参照 .
- *[9] 荒秀ほか (1990) 『建築基準法』 (第一法規, 改訂版) 201 頁 .
- *[10] 詳細については, 西津 (2006) 11 頁以下 .
- *[11] Art. 32 Satz 1 BayVwZVG, § 21 SaarIVwVG; 前二者の場合のみ規定しているものとして, § 74 Abs. 1 HessVwVG, § 50 Abs. 1 ThürVwZVG.
- *[12] ドイツの連邦及び州の行政執行法で実定化されている比例原則規定の分析については, 西津 (2006) 97-98 頁を参照 .
- *[13] § 55 Abs. 2 Satz 4 PrPVG : 原条文及び仮訳については, 西津 (2006) 243, 245 頁を参照 .
- *[14] § 13 Abs. 4 Satz 1 BVwVG : 原条文及び仮訳については, 西津 (2006) 234, 239 頁を参照 . なお, ドイツの連邦の行政執行法の関係条文仮訳を, 本稿末尾に参考資料 1 として掲げる .
- *[15] Art. 36 Abs. 4 Satz 1 BayVwZVG; § 20 Abs. 5 LVwVG BW; § 20 Abs. 4 BbgVwVG; § 19 Abs. 3 BremVwVG; § 74 Abs. 3 Satz 2 HessVwVG; § 110 VwVfG MV i.V.m § 87 Abs. 6 Satz 1 SOG MV; § 70 Abs. 1 NdsVwVG i.V.m. § 70 Abs. 4 NdsGefAG; § 63 Abs. 4 VwVG NW; § 66 Abs. 4 LVwVG RP; § 20 Abs. 5 SächsVwVG; § 71 Abs. 1 VwVG LSA i.V.m. § 59 Abs. 4 SOG LSA; § 236 Abs. 6 Satz 1 LVwG SH; § 50 Abs. 1 ThürVwZVG.
- *[16] 広岡 (1961) 128 頁, Sadler (2002) § 13 Rdnr. 50, PrOVGE 105, 240, 242, 247.
- *[17] OVG Berlin U 3.12.1968-2 B 55/67-: OVG Berlin 10, 87, 88= JR 1969, 476
- *[18] § 13 Abs. 4 Satz 2 BVwVG : 原条文及び仮訳については, 西津 (2006) 234, 239 頁を参照 .
- *[19] 同旨 : App/ Wettlaufer (2005) § 33 Rdnr. 8.
- *[20] Art. 36 Abs. 4 Satz 2 BayVwZVG; § 31 Abs. 5 LVwVG BW; § 19 Abs. 2 Satz 1 BbgVwVG; § 19 Abs. 2 HmbgVwVG; § 74 Abs. 3 Satz 2 HessVwVG; § 110 VwVfG MV i.V.m § 89 Abs. 2 SOG MV; § 70 Abs. 1 NdsVwVG i.V.m. § 66 Abs. 2 Satz 1 NdsGefAG; § 59 Abs. 2 Satz 1 VwVG NW; § 24 Abs. 2 SächsVwVG; § 71 Abs. 1 VwVG LSA i.V.m. § 55 Abs. 2 SOG LSA; § 238 Abs. 2 LVwG SH; § 50 Abs. 2 ThürVwZVG. : 代表的立法例として, ヘッセン州法の関係条文仮訳を, 本稿末尾の参考資料 2 に掲げる .
- *[21] Lemke (1997) S. 354.
- *[22] § 19 Abs. 2 Satz 2, 3 BbgVwVG; § 70 Abs. 1 NdsVwVG i.V.m. § 66 Abs. 2 Satz 2, 3 NdsGefAG; § 59 Abs. 2 Satz 2, 3 VwVG NW; § 71 Abs. 1 VwVG LSA i.V.m. § 55 Abs. 2 Satz 2, 3 SOG LSA; § 50 Abs. 3 Satz 1, 2 ThürVwZVG.
- *[23] 広岡 (1961) 128 頁 .
- *[24] 岡山市行政代執行研究会 (2002) 124 頁 : 同市では, 違反建築物除却に係る代執行費用の処理のため, 予算の流用, 補正予算案の議決による流用戻しなどが行われたとしている .

- *[25] Sadler (2002) § 10 Rdnr. 13.
- *[26] § 19 Abs. 3 BremVwVG.
- *[27] BVwVG, § 5 Abs. 2 BlnVwVfG i.V.m. BVwVG, SaarlvwVG.
- *[28] BVerwG, U. 16. 1. 1976 -4C 25/74-: NJW 1976, 1703.
- *[29] Sadler (2002) § 10 Rdnr. 13.
- *[30] App/ Wettlaufer (2005) § 33 Rdnr. 8, Engelhardt/ App (2001) § 10 Rdnr. 14, Lemke (1997) S. 357, Menger (1977) S. 90.
- *[31] ドイツの強制金制度の概要については, 西津 (2006) 第 6 章参照 .
- *[32] なお ,阿部(1997)424 頁は ,命令に際して将来代執行により発生しうる債権の見積額を ,一定の期限付きで仮差押えにより保全できる特別の制度を設けるべきとする .
- *[33] 建築基準法 9 条 12 項など : 西津 (2006) 186 頁 注 318) 参照 .
- *[34] 田村編著 (2006) 264 頁 , 山谷ほか (2006) 17 頁 , 西津 (2006) 195 頁 注 333) .
- *[35] 代執行警備にあたる機動隊と反対派学生などが衝突し ,警察官 3 名が殉職した東峰十字路事件など .
- *[36] 塩野 (2006) 63 頁 .
- *[37] 第二回国会衆議院司法委員会議録第 10 号 3 頁の佐藤達夫法制長官答弁 .
- *[38] 同判決の内容とその評価につき , 西津 (2006) 21 頁以下参照 .
- *[39] 芝池 (2001) 203 頁 .
- *[40] 塩野 (2005) 212 頁 .
- *[41] 第二回国会衆議院司法委員会議録第 10 号 2 頁の佐藤達夫法制長官答弁 .
- *[42] 西津 (2006) 75 頁 . 同旨 : 芝池 (2001) 84 頁 , 藤田 (2003) 100-101 頁ほか .
- *[43] 塩野 (2005) 212 頁 .
- *[44] 代表的立法例として , § 9 Abs. 2 BVwVG : 仮訳は , 本稿末尾の参考資料 1 参照 .
- *[45] 同旨 : App/ Wettlaufer (2005) § 33 Rdnr. 8, Engelhardt/ App (2001) § 13 Rdnr. 6.
- *[46] 前述 (6 頁) の Lemke (1997) S. 357 参照 .
- *[47] 宇賀 (2006) 201 頁 , 大橋 (2004) 394 頁 . また , 平子 (2003) 97 頁は , 代執行の完了によって債権額が確定したときには , 義務者たる法人の倒産 , 詐害行為による所有不動産等への抵当権設定 , 転売等がなされ , 代執行費用の回収ができなくなる可能性があることが , 代執行の執行困難性の最大の理由であるとしている . さらに , 宮崎 (2001) 15 頁以下によれば , 産業廃棄物不法投棄に係る代執行は年々増加の傾向にあり , 義務者不明の場合も多いと思われるが , 代執行費用の回収率は極めて低くそのほとんどが公費負担となっているとされている .
- *[48] この点につき , 西津 (2006) 177 頁参照 .
- *[49] 間接行政強制制度についての同旨の提案につき , 西津 (2006) 192 頁以下参照 .

【引用・参考文献】

(欧文文献)

- App, Michael/ Wettlaufer, Arno (2005) *Verwaltungsvollstreckungsrecht*, 4., neu bearbeitete Aufl., Carl Heymanns Verlag.
- Engelhardt, Hanns/ App, Michael (2001) *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz Verwaltungszustellungsgesetz*, 5. Aufl., Verlag C. H. Beck.
- Erichsen, Hans-Uwe/ Rauschenberg, Dirk (1998) "Verwaltungsvollstreckung", *Jura* 1988, S. 31ff.
- Lemke, Hanno-Dirk (1997) *Verwaltungsvollstreckungsrecht des Bundes und der Länder*, Nomos Verlagsgesellschaft.
- Menger, Christian- Friedrich (1977) "Die Fälligkeit des Anspruches auf Erstattung der Ersatzvornahmekosten" *Verwaltungsarchiv* 68, S.83 ff.
- Sadler, Gerhard (2002) *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz Verwaltungszustellungsgesetz, Kommentar anhand der Rechtsprechung*, 5. Aufl., C. F. Müller Verlag.

(邦文文献)

- 阿部泰隆 (1997) 『行政の法システム (下) 』 (有斐閣 , 新版)
- 宇賀克也 (2006) 『行政法概説 行政法総論』 (有斐閣 , 第 2 版)
- 大橋洋一 (2004) 『行政法 : 現代行政過程論』 (有斐閣 , 第 2 版)
- 岡山市行政代執行研究会 (2002) 『行政代執行の実務 : 岡山市違法建築物除却事例から学ぶ』 (ぎょうせい)
- 塩野 宏 (2005) 『行政法 』 (有斐閣 , 第四版)
- 塩野 宏 (2006) 『行政法 』 (有斐閣 , 第三版)
- 芝池義一 (2001) 『行政法総論講義』 (有斐閣 , 第 4 版)
- 鈴木 潔 (2006) 「義務の履行確保と政策法務 行政代執行」地方自治職員研修 542 号 67 頁以下
- 田村泰俊編著 (2006) 『最新・ハイブリッド行政法』 (八千代出版 , 改訂版)
- 西津政信 (2006) 『間接行政強制制度の研究』 (信山社出版)
- (財) 日本都市センター研究室 (2006) 『行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書』 ((財) 日本都市センター)
- 平子隆之 (2003) 「行政代執行の執行 : 行政上の強制徴収の課題」生活と環境 48 巻 3 号 96 頁以下
- 広岡 隆 (1981) 『行政代執行法』 (有斐閣 , 新版)
- 広岡 隆 (1961) 『行政上の強制執行の研究』 (法律文化社)
- 福井秀夫 (1996) 「行政代執行制度の課題」公法研究 58 号 206 頁以下
- 藤田宙靖 (2003) 『行政法』 (青林書院 , 第 4 版)
- 美濃部達吉 (1940) 『日本行政法 下巻』 (有斐閣)
- 宮崎文雄 (2001) 「不法投棄の負担は 1.8%!? : 増える行政代執行と国民負担」INDUST 16

巻 8 号 (通巻 166 号)

宮崎良夫 (1990) 「行政法の実効性の確保」成田頼明ほか編『行政法の諸問題・上』203 頁以下

山谷成夫ほか (2006 a) 「行政上の義務履行確保等(上)」自治研究 82 巻 6 号 37 頁以下

山谷成夫ほか (2006 b) 「行政上の義務履行確保等(下)」自治研究 82 巻 7 号 54 頁以下

【独法令名表記等略語一覧表】

Abs.	Absatz
BayVwZVG	Bayerisches Verwaltungszustellung- und Vollstreckungsgesetz vom 11.11.1970
BbgVwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Brandenburg vom 18.12.1991
BlnVwVfG	Gesetz über das Verfahren der Berliner Verwaltung vom 8.12.1976
BremVwVG	[Bremisches] Gesetz über das Verfahren zur Erzwingung von Handlungen, Duldungen oder Unterlassungen (Bremisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz) vom 1.4.1960
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVwVG	Verwaltungs- Vollstreckungsgesetz [des Bundes] vom 27.4.1953
ff.	folgende Seiten
HessVeVG	Hessisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 4.7.1966
HmbgVwVG	[Hamburgisches] Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 13.3.1961
JR	Juristische Rundschau
Jura	Juristische Ausbildung
NdsGefAG	Niedersächsisches Gefahrenabwehrgesetz vom 20.2.1998
NdsVwVG	Niedersächsisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 2.6.1982
LVwG SH	Allgemeines Verwaltungsgesetz für das Land Schleswig- Holstein vom 2.6.1992
LVwVG BW	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für Baden- Württemberg vom 12.3.1974
LVwVG RP	Landesverwaltungsvollstreckungsgesetz [für Rheinland- Pfalz] vom 8.7.1957
OVG	Oberverwaltungsgericht
OVGE	Entscheidungen der Oberverwaltungsgerichte
PrOVGE	Entscheidungen des Preußischen Oberverwaltungsgerichts
PrPVG	[Preußisches] Polizeiverwaltungsgesetz vom 1.6.1931
Rdnr.	Randnummer
SächsVwVG	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für den Freistaat Sachsen vom 17.7.1992
SaarIVwVG	Saarländisches Verwaltungsvollstreckungsgesetz vom 27.3.1974
SOG LSA	Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung des Landes Sachsen-

SOG MV	Anhalt vom 16.11.2000 Gesetz über die öffentliche Sicherheit und Ordnung in Mecklenburg- Vorpommern vom 4.8.1992
ThürVwZVG U.	Thüringer Verwaltungszustellungs- und Vollstreckungsgesetz vom 27.9.1994 Urteil
VwVfG MV	Verwaltungsverfahrens-, Zustellungs- und Vollstreckungsgesetz des Landes Mecklenburg- Vorpommern
VwVG LSA	Verwaltungsvollstreckungsgesetz des Landes Sachsen- Anhalt vom 23.6.1994
VwVG NW	Verwaltungsvollstreckungsgesetz für das Land Nordrhein- Westfalen vom 13.5.1980

【参考資料 1 : ドイツの連邦の行政執行法関連条文仮訳】

第 9 条 強制手段

(1) 強制手段は次のとおりである .

- a) 代執行 (第 10 条)
- b) 強制金 (第 11 条)
- c) 直接強制 (第 12 条)

(2) 強制手段は , その目的に照らし相当な比例関係にあるものでなければならない . この場合 , 強制手段は可能な限り義務者及び公共の利益に対する侵害が最小限となるように決定しなければならない .

第 10 条 代執行

他の者が行うことのできる作為 (代替的作為) に係る義務が履行されないときは , 執行庁は他の者に当該作為の履行を義務者の費用負担により委託することができる .

第 13 条 強制手段の戒告

(1) 強制手段は , それが即時に適用されうる (第 6 条第 2 項) のでないときは , 文書により戒告されなければならない . その際 , 義務の履行に関して , 当該義務を履行することが期待される相当な期限を定めなければならない .

(2) 戒告は , 作為 , 受忍又は不作為を課す行政行為と併せてすることができる . 即時執行が命ぜられ , 又は争訟に執行停止効が与えられない場合には , 戒告は行政行為と併せてしなければならない .

(3) 戒告では , 特定の強制手段を明示しなければならない . 複数の強制手段の同時戒告及び執行庁が複数の強制手段について選択を留保した戒告をすることはできない .

(4) 作為が義務者の費用で行われるべき場合 (代執行) は , 戒告で費用の概算見積額を

示さなければならない。代執行において概算見積額を超えた費用が生じたときは、追加徴収を妨げない。

- (5) 強制金は、一定の金額により戒告しなければならない。
- (6) 強制手段は、刑罰又は過料と併せて戒告することができ、義務が履行されるまで、反復し、その都度程度を高め、又は他の強制手段に換えることができる。新たな戒告は、直近に戒告された強制手段が効果がないときにのみ行うことができる。
- (7) 戒告は送達しなければならない。戒告がその前提となる行政行為に併せてなされ、当該行政行為の送達に関する定めがない場合も同様である。

第 14 条 強制手段の決定

戒告で定められた期限までに義務が履行されないときは、執行官庁は、当該強制手段を決定する。即時執行（第 6 条第 2 項）においては、決定を要しない。

第 15 条 強制手段の適用

- (1) 強制手段は決定に従って適用される。
- (2) 義務者が、代執行又は直接強制に際して抵抗する場合には、その抵抗を實力によって排除することができる。警察は、執行官庁の要請に基づき、職務上の援助を行わなければならない。
- (3) 執行は、その目的が達せられた場合には、直ちに中止しなければならない。

【参考資料 2：ヘッセン州行政執行法の代執行費用事前徴収制度関係条文仮訳】

第 74 条 代執行

- (1) ~ (2) (略)
- (3) 代執行の戒告では代執行費用の概算見積額を明示しなければならない。執行官庁は、事前に義務者から当該概算見積額を徴収することができる。代執行の費用が概算見積額を超過したときは、超過額の事後的な追徴を妨げられない。余分に徴収された費用は、義務者に還付されるものとする。