

# ドイツにおける行政執行と 「公益」に関する予備的考察

——代執行の迅速な費用徴収可能性——

重 本 達 哉

はじめに

第一章 行政行為の即時執行命令と代執行の費用

第一節 「例外」としての即時執行命令

第二節 即時執行命令の要件（特別な公益の存在等）

第三節 即時執行命令が不要な「公の賦課金及び費用」と代執行の費用

第四節 即時執行命令を不要とする特別法と代執行の費用

第二章 代執行の費用と即時執行命令を正当化する「公益」

第一節 財政上の利益と「公益」

第二節 検討——代執行の費用に係る若干の判例と「公益」

おわりに

はじめに

(1) 本稿は、わが国における行政代執行法2条所定のいわゆる「公益」要件に関して、ドイツ法から一定の示唆を得るための予備的考察を行うものである。

わが国における行政代執行法2条は、

法律（法律の委任に基く命令，規則及び条例を含む。〔以下略〕。）

により直接に命ぜられ，又は法律に基き行政庁により命ぜられた行為

(他人が代つてなすことのできる行為に限る。)について義務者がこれを履行しない場合、他の手段によつてその履行を確保することが困難であり、且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、当該行政庁は、自ら義務者のなすべき行為をなし、又は第三者をしてこれをなさしめ、その費用を義務者から徴収することができる。

と定められている。本条は、行政代執行（行政上の代執行）の実体的要件を規定するものと位置付けられるが、その内容については、従来様々な解釈上の問題が指摘されてきた<sup>(1)</sup>。中でも、「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」という前記の「公益」要件については、少なくとも行政代執行を実行することの慎重さを行政機関に求めるものであると解することはできる<sup>(2)</sup>ものの、それ以上に意味するところが必ずしも明確ではない<sup>(3)</sup>。そのため、必要以上に公務員の心理に影響を及ぼ

---

(1) 主だったものとして、本文でとり上げた「公益」要件に係る問題のほか、①自主条例に基づく義務の不履行について行政代執行を実施することが可能かという問題、②行政代執行の対象である代替的作為義務に該当する義務とは具体的にどのようなものかという問題、③本条の「他の手段」とはどのようなものを意味するかという問題がある。これらの問題の詳細については、広岡隆『行政代執行法〔新版〕』（有斐閣、1981年）17-24頁・53-143頁、津田和之「行政代執行手続をめぐる法律問題(1)」自治研究87巻9号（2011年）85頁〔86-95頁〕参照。

(2) 主に、広岡・前掲注(1)129-130頁、稲葉馨ほか『行政法（第2版）』（有斐閣、2010年）166頁〔稲葉馨執筆〕参照。「著しく」という文言にのみ着目して同旨の見解を述べる、芝池義一『行政法総論講義〔第4版補訂版〕』（有斐閣、2006年）203頁も参照。

(3) 広岡・前掲注(1)127-128頁、津田・前掲注(1)92頁及びさいたま地判平成16年3月17日訟月51巻6号1409頁等は、行政代執行によって義務を強制的に実現することは単なる義務の賦課よりも権利・自由に対する侵害の程度が大きいの、行政代執行の対象である義務を課する際に要求される公益よりも一層大きい公益上の必要を行政代執行に際して要求するのが「公益」要件の趣旨であると解

し、行政代執行が行われることを過度に抑制する結果を生んでいるとされることすらある<sup>(4)</sup>。そもそも、本条が規定する行政代執行の要件が不明確であることだけでなく、行政代執行に要した費用を実際に徴収できないことが多いと指摘されていること等も災いして、行政代執行が「機能不全」に陥っていると、少なくとも行政代執行の利用が抑制されているとしばしば評されている<sup>(5)</sup>。そして、このように行政代執行を実行しにくいものとみなす傾向にあるわが国の現状は、ひいては関連する判例の蓄積を、さら

---

ゝしている。筆者も基本的にこの立場に同調するが、あらゆる場合にそのような趣旨が妥当するかについては、疑問を抱いている。というのも、行政代執行の基礎となる義務賦課処分（以下「基礎処分」という。）を発するのとほぼ同時に「公益」要件が充足される場合も想定できるからである。なお、「公益」要件の不明確さについて、塩野宏『行政法Ⅰ〔第5版〕』（有斐閣、2009年）233頁も参照。

- (4) 津田・前掲注(1)92頁。ほぼ同旨の見解を述べるものとして、宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣、2011年）222-223頁。岡山市行政代執行研究会『行政代執行の実務』（ぎょうせい、2002年）24-27頁からは、行政実務が個別事案においてこの「公益」要件への対応に苦慮する様子も窺える。なお、「公益」要件を行政代執行の要件の中で特に問題視するものとして、平川英子「行政強制制度における代執行の役割とその機能不全に関する一考察」早稲田大学大学院法研論集123号（2007年）323頁 [331頁]、黒川哲志「行政強制・実力行使」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008年）113頁 [120頁] 及び小川康則「地方公共団体における行政上の義務履行確保について」地方自治771号（2012年）2頁 [18頁] がある。
- (5) 例えば、大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論』（有斐閣、2009年）408-409頁、宇賀・前掲注(4)226頁参照。行政代執行の利用が抑制されている原因として考えられる諸事情の詳細については、宇賀克也「行政上の義務履行確保の課題と対策」自治体法務研究6号（2006年）70頁 [71頁]、津田・前掲注(1)102頁注(2)等参照。なお、2007年から2012年までの5年間に全国で実行された行政代執行の事例を可能な限り一覧表に示した三枝茂樹「実務から見た行政代執行の課題」自治体法務 navi 49号（2012年）10頁 [11-14頁] は、廃棄物の処理及び清掃に関する法律及び河川法に関する行政代執行はかなりの頻度で実行されていると評している。しかし、その評価は、手続的観点からすれば即時強制と同視することができる、いわゆる略式代執行（簡易代執行）を相当数含めた上でのものである。

に言えば本条の解釈論の発展をも——その当否は別にして——停滞させてしまうという悪循環に陥っている感すらある。

(2) ところで、ドイツにおける行政執行 (Verwaltungsvollstreckung) 制度は、わが国における行政上の強制執行制度と淵源を同じくするとされ<sup>6)</sup>、少なくともその分類 (全体を①代執行 [Ersatzvornahme]、②執行罰に相当する強制金、③直接強制、④行政上の強制徴収に相当する金銭債権の行政執行の4つに分けること) について現在なお酷似している。もっとも、現在、ドイツにおける行政執行制度は連邦及び16のラント (州) でそれぞれ独自に施行されている一般法によって主に規律されている<sup>7)</sup>。それでもなお、連邦行政執行法6条1項は、

物の引渡し、作為の履行、受忍又は不作為に対して向けられる行政行為は、それが不可争である場合、その即時執行 (sofortiger Vollzug) が命ぜられた場合又はその争訟手段 (Rechtsmittel) に停止的效果 (aufschiebende Wirkung) が付与されていない場合に、9条による強制手段をもって貫徹され得る。

と定められ、これとほぼ同一の規定を全ての州一般行政執行法から読み取ることができる<sup>8)</sup>。これらは、金銭債権の執行を除く作為、受忍又は不

---

(6) 広岡隆『行政上の強制執行の研究』(法律文化社、1961年)10頁、西津政信『間接行政強制制度の研究』(信山社、2006年)39頁。

(7) ドイツにおける行政執行法制の現況については、拙稿「ドイツにおける行政執行の規範構造(1)——行政行為と行政執行の法的関連性を中心に——」法学論叢166巻4号(2010年)109頁[113-117頁]参照。なお、本稿で言及する法律の内容は、全て2012年12月末時点のものである。

(8) 拙稿・前掲注(7)118頁。後掲注(2)も参照。

作為の行政執行を適法に貫徹する（durchsetzen）ために一般的に求められる積極的な要件（以下「積極的な一般要件」という。）を定めるものである。そして、その要件の1つに係る（行政行為の）即時執行命令については、ドイツ全土で統一的に適用される行政裁判所法80条2項が、

停止的効果は、次の場合に限り生じない。

1. 公の賦課金及び費用（öffentliche Abgaben und Kosten）の請求。
2. 執行警察官の停止不能な（unaufschiebbar）命令及び措置。
3. その他、連邦法律によって、又は州法について州法律によって規定されている場合。特に、投資又は雇用創出に係る行政行為に対する第三者の異議審査請求（Widerspruch）及び取消訴訟の場合。
4. 行政行為を発付した行政庁又は異議審査請求について決定しなければならない行政庁が、公益又は関係人（Beteiligte）の優越的な（überwiegend）利益の下で、即時執行（sofortige Vollziehung）<sup>(9)</sup>を特に命令する場合。

州は、法的救済手段（Rechtsbehelfe）が、行政執行において州により連邦法に基づいてなされる措置に向けられている場合に限り、停止的効果を有しない旨を定めることもできる。

という2文を定める中で、その1文4号によって主に規律されている<sup>(10)</sup>。

---

(9) 拙稿「ドイツにおける行政執行の例外の諸相(1)——即時強制及び略式手続の法的構造——」法学論叢169巻1号（2011年）38頁 [45-46頁] で既に述べたように、連邦行政執行法上の「即時執行〔sofortiger Vollzug〕」概念と行政裁判所法上の「即時執行〔sofortige Vollziehung〕」概念は、その用語上の差異にもかかわらず、同一のものとして一般に解されている。Vgl. auch *Gerhard Sadler*, *Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz Verwaltungszustellungsgesetz*, 8.Aufl. (2011), VwVG §6 Rn.130-131.

(10) 他に、いわゆる二重効果的行政行為（Verwaltungsakte mit Doppelwirkung）<sup>↗</sup>

すなわち、即時執行命令は、わが国における執行停止（行政事件訴訟法25条）の効力にほぼ相当する、法的救済手段（ここでは、異議審査請求及び取消訴訟<sup>11)</sup>）の停止的效果を生じさせないための1つの方法として、主に行政訴訟法上制度化されている<sup>12)</sup>ものであるが、これに関する判例の蓄積

---

に関して行政庁が受益者の申立てに基づいて即時執行命令を発することができる旨を定めた行政裁判所法80 a条1項2号及び2項が、1990年の第4次行政裁判所法改正法によって追加されている。なお、連邦のみならず州にも統一的に適用される行政裁判所法によって即時執行命令が主に規律されていることに基づいて、ドイツにおける行政執行法制の統一を促す基盤は存外に脆弱であるにもかかわらず（拙稿・前掲注(7)114頁）、積極的な一般要件については、州法と連邦法とで歓迎すべき統一性が維持されていると評価されることもある（例えば、Gerhard Sadler, „Sofortige Vollziehung“ und „sofortiger Vollzug“ in der Praxis, Die Polizei 2005, S.185）。なお、即時執行命令に関するわが国の先行研究として、植村栄治「行政訴訟における仮の救済(1)」法学協会雑誌93巻7号（1976年）1007頁 [1034-1036頁・1040-1041頁]、広岡隆『行政強制と仮の救済』（有斐閣、1977年）203-206頁・211-220頁、東條武治『行政保全訴訟の研究——ドイツ行政裁判法をふまえて——』（信山社、2005年）140-171頁等がある。

- (1) 両者の関係及び近年前者を撤廃する試みが一部の州で行われていることについて、山田洋「行政不服審査制度の実効性？——ドイツにおける廃止論議によせて」阿部泰隆先生古稀記念『行政法学の未来に向けて』（有斐閣、2012年）573頁以下参照。Vgl. auch Friedrich Schoch, Entbehrlichkeit des Vorverfahrens nach der VwGO kraft Richterrechts, in: Peter Baumeister/Wolfgang Roth/Josef Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag (2011), S.1207ff.
- (12) このことに影響を受けてであろう、連邦法のように、積極的な一般要件として即時執行命令の存在を法的救済手段の停止的效果の欠如と並列的かつ明示的に規定する一般行政執行法は、現在、プレーメン、ハンブルク、バイエルン、ラインラント・プファルツ、テューリンゲンで存在するにとどまり、他の州一般行政執行法は、「作為の履行、受忍又は不作為に対して向けられる行政行為は、それが不可争である場合又は争訟手段に停止的效果が付与されていない場合に、強制手段をもって貫徹され得る。」と定めるノルトライン・ヴェストファーレン州行政執行法55条1項のように、法的救済手段の停止的效果の欠如のみを明示的に規定している（拙稿・前掲注(7)124頁注(12)参照）。もっとも、これらの規定の仕方の違いに応じて解釈論上の違いが生じることはないようである。

は——比較的統一的な視点の下で——膨大な量に至っている。その実体的要件の1つである「公益」の存在に係る判例の蓄積もまた同様である。したがって、ドイツ行政執行法における代執行をも結局正当化し得るこの「公益」概念を代執行との関連で分析することにより、わが国における行政代執行法2条所定の「公益」要件に関して少なからぬ示唆を得られるかもしれない。

もっとも、本稿は、上記の「公益」要件の不明確さ及び行政代執行に要した費用を実際に徴収できないことが多いと指摘されていることの2点が行政代執行の利用を抑制する要因としてわが国で指摘されていることにまず着目して、ドイツでは代執行の費用を迅速に、つまり、より確実に徴収する必要性が即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付ける場合があるのかという点についてのみ、若干の判例を中心に検討する。

(3) そのために、以下ではまず、即時執行命令及びそれに関連する諸制度を上記の検討に必要な限り概観し、その過程において、代執行の費用徴収手続についても瞥見する（第一章）。次に、上記の検討を行う前提として「財政上の利益〔fiskalische Interessen〕」と即時執行命令を正当化する「公益」との関係を検討し、それを踏まえて、最後に、代執行の費用を迅速に徴収する必要性と即時執行命令を正当化する「公益」との関係について判示した若干の判例を紹介しながら上記の検討をまとめ、上記の「公益」要件への示唆を付言する（第二章）。

## 第一章 行政行為の即時執行命令と代執行の費用

### 第一節 「例外」としての即時執行命令

(1) 「はじめに」(2)で述べたように、ドイツにおける積極的な一般要件に深く関わり、かつ、「公益」の存在をその実体的要件の1つとする即時執行命令は、法的救済手段の停止的效果を生じさせないための1つの方法として、ドイツ全土で統一的に適用される行政裁判所法によって主に制度化されている。また、その停止的效果は、1794年に制定されたプロイセン一般ラント法における課税処分に関する規定にその萌芽を見出すことができ、長らく法制度上の原則として位置付けられ、なおかつ、現行法制度においても引き続き「原則」として位置付けられている（行政裁判所法80条1項）。

さらに言えば、たとえ上記の停止的效果が当初生じない場合であっても、処分庁又は異議審査庁は、原則として争われている行政行為の執行を停止することができる（同法80条4項）。そして、裁判所は、申立てに基づいて、上記の停止的效果を命じ、若しくは回復させることができ、又は既に行われた行政執行の取消し等を行うこともできる（同法80条5項）<sup>13)</sup>。

(2) 以上のような法的救済手段の停止的效果について、連邦行政裁判所もその創設当初から、取消訴訟の有する停止的效果という「遮断効

---

<sup>13)</sup> 既に、拙稿・前掲注(7)120-122頁で述べたことである。本稿の以下の叙述も、一部それと重複する。なお、法的救済手段の停止的效果に係る法制度全体を——関連条文の訳出も含めて——的確に概説する比較的最近のものとして、山本隆司「行政訴訟に関する外国法制調査——ドイツ（下）」ジュリスト1239号（2003年）108頁 [116-125頁]、湊二郎「ドイツにおける建築許可の執行停止」鹿児島大学法学論集41巻2号（2007年）1頁 [4-10頁] がある。



〔Suspensiveeffekt〕は、基本法（19条4項1文）において保障される行政上の権利保護の本質的メルクマールの1つ〔ein Wesensmerkmal〕である。というのも、行政行為の即時執行の場合、経験上比較的長い時間のかかる行政裁判手続を踏まえると、既成事実が創出されるので、訴えの遮断効がなければ、行政上の権利保護はしばしば虚弱なものになるだろうからである。そのことによって、独立の裁判所による行政行為の審査という目的は無に帰せられる。すなわち、行政行為の利害関係人は、結果として行政裁判所による保護を奪われるだろう。基本法に合致する行政上の権利保護の確保は、法治国の基礎の1つとして、疑いなく公益によって要請される。<sup>44)</sup>と判示している。

連邦憲法裁判所もまた、「訴えの停止的効果は公法上の訴訟の基本原則の1つ〔ein fundamentaler Grundsatz〕である。<sup>45)</sup>」と判示したり、（基本法19条4項は行政訴訟における法的救済手段の停止的効果を例外なしには保障していないと明言する一方、）「優越的な公の利益は、公共の福祉のために停止不能な措置を適時に軌道に乗せるべく、個人の権利保護請求権を一時的に後退させることを正当化することができる（……）。しかし、それは例外に止まらなければならない。例えば、行政行為を一般的に即時執行可能と宣言することによってこの原則・例外関係を逆にするような行政実務は、憲法と相容れないであろう。<sup>46)</sup>」と判示したりしている。そして、少なくとも即時執行命令との関係で、法的救済手段の停止的効果が原則として発生することが基本法上の要請であるかのように理解する判例の思考

---

(4) BVerwG Urt.v.8.9.1953, BVerwGE 1, 11 (12). もっとも、本判決は、現行規定である1960年の行政裁判所法80条の前身の1つ、1952年の連邦行政裁判所法29条に関するものである。本判決については、既に広岡・前掲注(0)214-216頁が詳しく紹介している。

(5) BVerfG Beschl.v.19.6.1973, BVerfGE 35, 263 (274).

(6) BVerfG Beschl.v.13.6.1979, BVerfGE 51, 268 (285).

は、基本法19条4項に基づく公権力に対する実効的な権利保護の要請が取返しの付かない行政決定を「できる限り」で良いから排除することを保障していると解されながらも<sup>(17)</sup>、今日なお、少なくとも形式的には維持されているように思われる<sup>(18)</sup>。

また、行政裁判所法の体系から、同法80条1項に定められている法的救済手段の停止的効果が「原則」であると簡潔に述べる判例も今日なお少なくない<sup>(19)</sup>。

(3) もっとも、法律における位置付けは当該規定の解釈にとって何物をももたらすものではないと学説上解されることがある<sup>(20)</sup>上に、行政上の義務を貫徹する場合の実効性強化を行政が望んでいることを主なきっかけとして、近年、総じて本来例外的な要件として位置付けられてきた行政裁判所法80条2項1文2号ないし4号の要件が恒常的に（stetig）その意義を増しつつあると評価されることもある<sup>(21)</sup>。すなわち、①判例によって同条2項1文2号にいう警察法上の措置が広範に解されていること、②法的救

---

(17) 既に BVerfGE 35, 263 (274) の述べる点でもある。

(18) 例えば, BVerfG Beschl.v.24.10.2003, NJW 2003, 3618 (3619). Vgl. auch *Kerstin Glaab*, Die zwangsweise Vollstreckung von Entscheidungen der Verwaltung; Ein deutsch-französischer Vergleich (2010), S.459. なお, ヴォルフ＝リュエディガー・シェンケ (村上裕章訳)「ドイツ行政訴訟における仮の権利保護」北大法学論集59巻1号(2008年)116頁[127頁]は、憲法裁判所の最近の諸判決においてそのような思考は実質的に放棄されていると断言している。

(19) 例えば, OVG Koblenz Beschl.v.28.7.1998, NVwZ-RR 1999, 27 (28); OVG Münster Beschl.v.6.7.2010, DVBl. 2010, 1455.

(20) *Friedrich Schoch*, in: Friedrich Schoch/Jens-Peter Schneider/Wolfgang Bier (Hrsg.), Verwaltungsgerichtsordnung (Stand: 22.Sept.2011), § 80 Rn.10.

(21) 詳細は, *Glaab*, a.a.O. (Fn.18), S.460-484.

済手段の停止的効果の原則を次第に内部から衰弱させるおそれのある特別法上の例外要件が恒常的に増加していること<sup>22)</sup>、③欧州司法裁判所の仮の権利保護に関する諸判例が EU 法の執行のためにしばしば即時執行命令の活用を支持する傾向にあること<sup>23)</sup>が、同法80条1項の原則に対して激しく圧力をかけていると評されているのである。

## 第二節 即時執行命令の要件（特別な公益の存在等）

(1) 行政裁判所法80条1項に基づく法的救済手段の停止的効果と相補的に対をなすもの、と言うよりもむしろ、その停止的効果との原則・例外関係が今日の学説上においても特に強調されることがある<sup>24)</sup>（行政行為の）即時執行命令を正当化する「公益」の存否を判断する際にも、前節(2)で述べた、即時執行命令は一応例外的にのみ許容されるという思考が色濃く影響を及ぼしている。すなわち、即時執行命令を正当化する「公益」は、確立した判例及び多数説によれば、原則として行政行為そのものを正当化する利益を超える特別な公益でなければならないのである<sup>25)</sup>。

したがって、原則として行政行為そのものの適法性だけではその不可争

---

<sup>22)</sup> Vgl. auch *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.127; *Ferdinand O. Kopp/Wolf-Rüdiger Schenke/Ralf Peter Schenke*, Verwaltungsgerichtsordnung, 18.Aufl. (2012), § 80 Rn.65.

<sup>23)</sup> 山本・前掲注③118-119頁参照。

<sup>24)</sup> *Glaab*, a.a.O. (Fn.18), S.472-474.

<sup>25)</sup> BVerfG Beschl.v.18.7.1973, BVerfGE 35, 382 (402); BVerfG Urt.v.16.7.1974, BVerfGE 38, 52 (58); OVG Greifswald Beschl.v.24.1.2006, NVwZ-RR 2007, 21 (23); *Christoph Külpmann*, in: Klaus Finkelnburg/Matthias Dombert/Christoph Külpmann, Vorläufiger Rechtsschutz im Verwaltungsstreitverfahren, 6.Aufl. (2011), Rn.759; *Jörg Schmidt*, in: Erich Eyermann/Ludwig Fröhler, Verwaltungsgerichtsordnung, 13.Aufl. (2010), § 80 Rn.35; *Glaab*, a.a.O. (Fn.18), S.472.

力発生前の即時執行を正当化することはできないと解されている<sup>68)</sup>。もっとも、時に行政行為そのものを正当化する公益とその即時執行を正当化する「公益」の一致が認められることもある<sup>69)</sup>。というのも、今日の支配的な見解によれば、法的救済手段の停止的効果の発生を求める公益<sup>70)</sup>やその排除を求める「公益」をはじめとする、個別具体的な場合に係る諸利益の衡量こそ重要だからである<sup>71)</sup>。

上記の一致が認められる結果、確かに、可罰的行為を阻止すべき場合<sup>72)</sup>や生態系の不可逆的な損害を回避すべき場合<sup>73)</sup>のように、「公益」の重大な侵害を伴うことなく行政行為の執行を延期することができない場合には、即時執行命令を正当化する「公益」が通例存在するということもできる<sup>74)</sup>。また、法的救済手段の停止的効果が明白に濫用されている場合には、大抵利害関係人は不当に行使された法的地位からできるだけ長く経済的利益を

---

<sup>68)</sup> *Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.759. Vgl. auch BVerfG Beschl.v.15.2.1982, NVwZ 1982, 241.

<sup>69)</sup> 例えば, OVG Greifswald, NVwZ-RR 2007, 21 (23); OVG Lüneburg Beschl.v.20.9.2006, NVwZ-RR 2007, 239 (240). Vgl. auch *Schmidt*, in: Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn.25), § 80 Rn.36; *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 6 Rn.162. 特に危険防除の場合に双方の利益が一致することがあるとされる (*Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. [Fn.25], Rn.759; *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O. [Fn.20], § 80 Rn.211)。このことと、行政裁判所法80条2項1文2号が執行警察官の停止不能な命令及び措置に関して停止的効果を一般的に排除していること、そして、本文の直後に紹介される同法80条3項2文の存在等を併せて考慮すれば、警察法における法的救済手段の停止的効果は容易に排除できるというのが法律上の建前であると言える。以上の点について、拙稿・前掲注(7)121-122頁参照。

<sup>70)</sup> Vgl. BVerwGE 1, 11 (12).

<sup>71)</sup> Vgl. *Glaab*, a.a.O. (Fn.18), S.472.

<sup>72)</sup> BVerfG Beschl.v.27.4.2005, NVwZ 2005, 1303 (1304).

<sup>73)</sup> OVG Lüneburg Beschl.v.20.9.2006, NVwZ-RR 2007, 239 (241).

<sup>74)</sup> *Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.762. 既に, BVerwGE 1, 11 (12) が示唆する点でもある。

得るために手続を遅らせようと努めていると考えられるので、即時執行命令を正当化する「公益」が常に存在すると解するべき一定の傾向も認められよう<sup>63)</sup>。さらに、以上の点を踏まえると、即時執行命令を発するためには、行政行為の不可争力の発生まで行政執行を実施すべき緊急の必要性が大抵問題になっているとも言えよう。なお、そのような緊急の必要性が問題となっている場合には、やや繰り返しになるが、即時執行命令によって切迫する損害の発生を阻止することこそ問題となっているのである<sup>64)</sup>。

しかし、前節(2)で紹介した連邦憲法裁判所決定が言及しているように、行政行為を一般的に即時執行可能と宣言することによって法的救済手段の停止的效果と即時執行命令との原則・例外関係を逆転させるような行政実務は基本的に基本法と相容れないであろう<sup>65)</sup>。というのも、基本法19条4項に基づく実効的な権利保護の要請を充たすためには、常に競合諸利益の衡量が必要だからである<sup>66)</sup>。また、そうであるからこそ、即時執行命令を発することによって専ら重要なのは、結局のところ、個別事案ごとの特別な事情なのである。このことは、①行政裁判所法80条2項1文4号によれば、法的救済手段の停止的效果を排除できるのは即時執行が「特に」、つ

<sup>63)</sup> *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), VwVG §6 Rn.174. なお, *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, a.a.O. (Fn.20), §80 Rn.150; *Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler*, a.a.O. (Fn.25), §80 Rn.35によれば, 私人側の明白な違法性が例外的にのみ即時執行命令を正当化することができる。

<sup>64)</sup> *Glaab*, a.a.O. (Fn.18), S.473. Vgl. auch *Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler*, a.a.O. (Fn.25), §80 Rn.35.

<sup>65)</sup> BVerfGE 51, 268 (285). 運転免許の取消しのように、行政にとって同様の利益状況が通常存在する場合に、即時執行を大量かつ一様に命ずることまでは否定されていない。もっとも、そのような場合でも、個別事例の特殊性が即時執行命令に不利に作用するか否かを審査することが常に行政の義務であるとされる (*Külpmann*, in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, a.a.O. [Fn.25], Rn.760)。

<sup>66)</sup> *Külpmann*, in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, a.a.O. (Fn.25), Rn.761.

まり、個別具体的かつ明示的に命令される場合であること、及び②行政裁判所法80条3項が、

2項4号の場合、行政行為の即時執行をすることの特別な利益を文書で理由付けなければならない。急迫の危険の場合に、特に生命、健康又は財産に対する不利益が切迫している場合に、行政庁が万一に備えて公益の下での緊急措置を、そのような緊急措置であることを示して行うとき、特別の理由付けは必要ない。

と定めて、即時執行命令に特別の理由付記義務を原則として課していることから支持できるように思われる。

(2) この行政裁判所法80条3項1文は<sup>37)</sup>、即時執行命令に係る理由付記の内容について何も述べていない<sup>38)</sup>が、本節(1)で述べたことを踏まえると、原則として行政行為そのものの理由とは別の、特別の理由付けが求められていると言える。つまり、行政庁は、自らの見解に従い、個別具体的な場合に一般的な考慮を超えて、特別な利益を明らかにする本質的な事実上の理由及び法的な理由を主張しなければならないのである<sup>39)</sup>。

---

37) なお、同項2文は、同条2項1文2号が存在していること、実務上は即時強制やいわゆる（行政執行の）略式手続（わが国における行政代執行法3条3項所定のいわゆる緊急代執行に相当するもの。略式手続については、拙稿「ドイツにおける行政執行の例外の諸相(2)・完——即時強制及び略式手続の法的構造——」法学論叢169巻2号〔2011年〕52頁〔66-76頁〕参照）が代わりに多用されていること等から実務上無意味なものと評されることもある（*Sadler*, a.a.O. [Fn.9], *VwVG* §6 Rn.185; *Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler*, a.a.O. [Fn.25], §80 Rn.46）。

38) *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), *VwVG* §6 Rn.162.

39) *Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler*, a.a.O. (Fn.25), §80 Rn.43; *Wilfried Erbguth*, *Allgemeines Verwaltungsrecht* 4.Aufl. (2011), §21 Rn.6.

また、即時執行命令は申立てに基づいてだけでなく、職権によっても発することが可能であり<sup>40)</sup>、かつ、行政行為そのものと併せて発することも可能であれば事後に発することも可能である<sup>41)</sup>、原則として義務適合的な裁量行為である<sup>42)</sup>。このことから、即時執行命令に係る理由付記は、裁量決定の理由付記に関する連邦行政手続法39条1項3文に基づいて、行政庁が裁量行使の際に出発点とした観点 (Gesichtspunkte) をも認識させるべきとされる。すなわち、このことから、即時執行命令に係る理由付記は個別具体的な事案に関係していなければならず、原則として行政行為そのものの理由に基づくことはできないとすることができる<sup>43)</sup>。

具体的に言えば、所定の用紙に印刷されている一般的な理由付け、ステレオタイプで型通りの慣用表現、当該行政行為の下では従来常に即時執行が命じられているという指摘及び単なる法律の文言の繰返し等は、即時執行命令の理由付記としては原則として不十分であると一般に解されている<sup>44)</sup>。

もっとも、時に行政行為そのものを正当化する利益とその即時執行を正当化する利益の一致が認められる場合には、行政庁が行政行為そのものの理由付けを参照し、その理由から当該個別事案において即時執行命令を正

---

40) *Erbguth*, a.a.O. (Fn.39), § 21 Rn.5.

41) *Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.731によれば、異議審査請求又は取消訴訟の提起前に即時執行命令を発することも可能であり、その場合、法的救済手段は当初から停止的效果を有さないことになる。なお、*Adelheid Puttler*, in: Helge Sodann/Jan Ziekow (Hrsg.), *Verwaltungsgerichtsordnung Großkommentar*, 3.Aufl. (2010), § 80 Rn.76 は、即時執行命令は実務上しばしば行政行為を発すると同時に発せられていると述べる。

42) *Puttler*, in: Sodann/Ziekow, a.a.O. (Fn.41), § 80 Rn.86.

43) Vgl. *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 6 Rn.162.

44) *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 6 Rn.169-172; *Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.746-748; *Friedhelm Hufen*, *Verwaltungsprozessrecht*, 8.Aufl. (2011), § 32 Rn.17.

当化する利益も明らかになるということを明白にすれば十分であり<sup>45)</sup>、また、大量に同種の行政行為を発する場合には、同種又は類型ごとの理由付記が許容されている<sup>46)</sup>。

(3) その他、行政裁判所法80条2項1文4号によれば、「関係人の優越的な利益」も（行政行為の）即時執行命令を正当化することができ<sup>47)</sup>、その利益の存否を検討するにあたって、行政庁は即時執行命令を求める者の利益と法的救済手段の停止的効果を求める者の利益を慎重に衡量する義務を負っている<sup>48)</sup>。また、処分庁と異議審査庁の権限分配、即時執行命令独自の聴聞義務及び前節(1)で言及したような裁判所への申立てに関する教示義務等の（行政）組織又は行政手続に係る問題についても、判例・学説上争いがある<sup>49)</sup>。

もっとも、本稿の検討にとって何より補足すべきことは、法的救済手段の停止的効果を排除することが主目的である即時執行命令は、即時執行命令が問題となっている行政行為に不可争力が生じてその行政行為に関する法的救済手段自体が問題とならなくなった場合には、もはや必要とされないということである<sup>50)</sup>。行政裁判所法80条2項1文1号及び2号並びに同

---

45) Vgl. *Schmidt*, in: Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Fn.25), § 80 Rn.43.

46) *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 6 Rn.172. 前掲注<sup>45)</sup>も参照。

47) 前掲注<sup>40)</sup>で言及した行政裁判所法80 a 条1項2号及び2項も、「関係人の優越的な利益」に密接に関わる規定である。

48) *Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.806; *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.221.

49) さしあたり, Vgl. *Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.728-739.

50) *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 6 Rn.72 は、この行政行為の不可争力こそ行政執行の原則的な要件であり、行政実務において最もしばしば生じる要件であると述べているが、この見解には異論があることについて、拙稿・前掲注(7)126頁注<sup>49)</sup>参照。



項1文3号及び2文に基づく個別の規定によって法的救済手段の停止的効果が一般的に排除されている場合もまた同様である<sup>51)</sup>。

したがって、即時執行命令を正当化する特別な公益の存在は、原則として個別具体的な事情に照らして判断されなければならないが、かつ、行政行為に不可争力が生じた場合又は法的救済手段の停止的効果を一般的に排除する個別の規定が存在する場合にはもはや問題とならないのである。

そこで、以上のような即時執行命令に関する諸制約を踏まえた上で、ドイツでは代執行の費用を迅速に徴収する必要性が即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付ける場合があるのかという点について検討するためには、まず、代執行の費用に係る即時執行命令の存在可能性を明らかにするべく、代執行の費用と法的救済手段の停止的効果を一般的に排除する個別の規定との関係、特に、行政裁判所法80条2項1文1号及び同項2文に基づく特別法との関係をあらかじめ検討しておく必要がある。次節及び第四節の課題はまさにこの点にある。

(4) なお、行政裁判所法80条2項2文との関連で付言すると、法律上定義されていないことが（行政行為の）即時執行命令の法的性質に関する疑問を投げかけている<sup>52)</sup>が、即時執行命令は行政行為の実体法上の有効性そ

---

51) *Hans Engelhardt/Michael App/Arne Schlatmann/Jürgen Glotzbach*, Verwaltungs-Vollstreckungsgesetz Verwaltungszustellungsgesetz, 9.Aufl. (2011), VwVG § 6 Rn.9. また、特別法によって即時執行命令が禁止されていることについても、Vgl. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.222.

52) 具体的に言えば、即時執行命令そのものが行政行為であるか否か（消極説が多数）について、Vgl. *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.199; *Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler*, a.a.O. (Fn.25), § 80 Rn.33; *Klaus Joachim Grigoleit*, Die Anordnung der sofortigen Vollziehbarkeit gemäß § 80 Abs.2 Nr.4 VwGO als Verwaltungshandlung (1997), S.66 ↗

のものではなく、あくまでも訴訟法と密接に関連する行政行為の執行可能性（Vollziehbarkeit）と関係するものと思われる<sup>53</sup>。また、即時執行命令が発せられた行政行為に対する違反行為は刑罰又は過料の構成要件を実現させることができると共に、即時執行命令が発せられた時点以降にはじめて、強制手段（代執行、強制金、直接強制）の戒告（Androhung）又は確定（Festsetzung）といった行政執行における措置の実施が許容されることになると解されている<sup>54</sup>。もっとも、即時執行命令そのものは行政執行における措置ではないと解されている<sup>55</sup>。

### 第三節 即時執行命令が不要な「公の賦課金及び費用」と代執行の費用

(1) 行政裁判所法80条2項1文1号所定の「公の賦課金及び費用」の請求に係る法的救済手段の停止的效果は、同号によって一般的に排除されている。さらに、同号の「公の賦課金及び費用」に該当すれば、その請求に対する法的救済手段について直接裁判所にその停止的效果の回復等を申し立てることが原則として認められなくなる（同法80条6項）。裁判所に仮の権利保護を求める機会が同法80条2項1文2号ないし4号所定の諸類型と比べて限定されているのである<sup>56</sup>。

---

↘-96. なお、即時執行命令はいわゆる命令的行政行為に対してのみならず、形成的行政行為及び確認的行政行為に対しても発することができると共に、一般処分に対しても発することができる是一般に解されている（Puttler, in: Sodann/Ziekow, a.a.O. [Fn.41], § 80 Rn.72; Engelhardt/App/Schlammann/Glotzbach, a.a.O. [Fn.51], § 6 Rn.4）。

<sup>53</sup> Vgl. Sadler, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 6 Rn.128.

<sup>54</sup> Glaab, a.a.O. (Fn.18), S.474. さらに, Sadler, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 6 Rn.137 は, 行政庁が即時執行命令を発したならば, 行政庁は即時執行可能となった行政行為を精力的に貫徹するべきでもであると述べる。

<sup>55</sup> Sadler, a.a.O. (Fn.10), S.186. その他, 即時執行命令の機能については, 拙稿・前掲注(7)127頁注(7)のほか, Vgl. auch Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.200.

<sup>56</sup> 湊・前掲注(3)6-7頁参照。

同号の萌芽は、法的救済手段の停止的效果そのものと共に、1794年に制定されたプロイセン一般ラント法における課税処分に関する規定に見出すことが可能である。そのプロイセン法において既に、公の資金需要を適時に (zeitnahe) 充足するために、納付義務者の側から提起された法的救済手段は徴収の猶予という結果に至らないという考えが規定されていた。すなわち、既に初期から元々予定されていた財政計画のために納付義務者の権利保護利益を一時的におさなりにしてでも、当該義務者に対し、給付内容が確定する前から国家への給付義務を課すという、いわゆる「事前給付義務〔Vorleistungspflicht〕」を課す用意ができていたのである<sup>57)</sup>。そして、同号でも依然として、公の賦課金による資金調達確保の利益が、一般的に私人である債務者の停止的效果を享受する利益よりも高く評価されているとされている<sup>58)</sup>。

もっとも、同号の根拠は、公の賦課金による資金調達を確保することではなく、公的資金の計画可能性、それから、公の賦課金決定又は公の費用決定の法的救済手段に停止的效果が生じれば当該決定の名宛人はその間の利息を後に当該決定の有効性が確定しても負担せず済むという不合理な利益が生じてしまうため、法的救済手段の停止的效果が一般的に排除されていなければ、当該決定に対して法的救済手段を用いることがその名宛人にとって特に誘惑的になるということに求められることもある<sup>59)</sup>。

(2) 以上のような同号の沿革及び根拠を踏まえて、同号における「公の賦課金」とは、公的主体がその一般的な資金需要充足のためにその高権的権利に基づいて要求する給付、特に租税通則法 (Abgabenordnung) の意

---

<sup>57)</sup> *Glaab*, a.a.O. (Fn.18), S.462.

<sup>58)</sup> *Glaab*, a.a.O. (Fn.18), S.463.

<sup>59)</sup> Vgl. *Hufen*, a.a.O. (Fn.44), § 32 Rn.10.

味における租税等のことであると一般に解されている<sup>60)</sup>。また、それらに該当するためには、収入を得るという目的がそれによって追求される他の目的と少なくとも同等の地位にあるということが求められる<sup>61)</sup>。その結果、損害賠償金、罰金及び強制金も同号における「公の賦課金」には該当しないと一般に解されている<sup>62)</sup>。

他方、同号における「公の費用」とは、行政庁の公法上の職務行為のための行政手続において生じ、かつ、場合によっては主たる行政行為を考慮することなく生じる手数料 (Gebühren) 及び立替金 (Auslagen) のことであると一般に解されている<sup>63)</sup>。そして、この「公の費用」に代執行の費用<sup>64)</sup> が該当するかがまさに問題となり得るのだが、学説はほぼ異論なく、

---

<sup>60)</sup> *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.130-138; *Schmidt*, in: *Eyermann/Fröhler*, a.a.O. (Fn.25), § 80 Rn.19; *Hufen*, a.a.O. (Fn.44), § 32 Rn.10. 例えば、租税通則法3条1項によれば、「租税とは、特別な給付に対する反対給付ではなく、法律が給付義務をそれに結び付けている要件に該当する全ての者に対し、収入を得るために公法上の団体が課す金銭給付をいう。なお、収入を得ることは付随的な目的とすることができる。関税及び輸入課徴金は、この法律の意味における租税である。」と定義されている。

<sup>61)</sup> *Finkelnburg* in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, a.a.O. (Fn.25), Rn.681.

<sup>62)</sup> *Finkelnburg* in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, a.a.O. (Fn.25), Rn.681.

<sup>63)</sup> Vgl. *Finkelnburg* in: *Finkelnburg/Dombert/Külpmann*, a.a.O. (Fn.25), Rn.690.

<sup>64)</sup> *Matthias Schell*, Die Kosten der Ersatzvornahme gemäß Art.32 VwZVG, BayVBl. 2005, S.746 (747)によれば、「代執行の費用 [Kosten der Ersatzvornahme]」として義務者から徴収可能なのは、代執行という方法で行われるべき行為のための費用、すなわち、当該行為の代替的な執行のための支出全てであり、例えば、事業者への委託費用、除去費用 (スクラップ費用又は廃棄物処理手数料等) 又は代執行に必要な調査に係る費用である。その限りで必要なのは、代執行との関連における終局性 (Finalität) 又は代執行により直接惹起されることである。したがって、代執行の実施に必要な行政行為そのものに係る費用又は執行行政庁の人件費のような費用は「代執行の費用」に含まれない。Vgl. auch *Michael App/Arno Wettlaufer*, Praxishandbuch Verwaltungsvollstreckungsrecht, 5.Aufl. (2011), § 42 Rn.1-10.

代執行の費用はそれに該当しないと解している<sup>65)</sup>。その理由として、①行政裁判所法80条2項1文1号の例外的性格から要請される費用概念の限定的解釈を無視すれば、利害関係人の権利保護利益が不合理に限定されてしまうこと<sup>66)</sup>、②代執行の費用に関して問題となっているのは具体的に生じる経費の立替であって、公的主体の一般的な資金需要の充足ではないこと<sup>67)</sup>、③代執行の費用は、場合によっては主たる行政行為を考慮することなく発せられる費用分担命令に基づく費用ではないこと<sup>68)</sup>、④同号における「公の費用」は国家が予算における固定費として計上するものだが、代執行の費用はそれに該当しないこと<sup>69)</sup>等を挙げることができる。判例もまた、単に判例・学説上ほぼ一致した見解であることを理由とするもの<sup>70)</sup>にとどまらず、同号の目的は国家の予定通りの予算執行を保障することであるが、代執行の費用はそれとは無関係であると理由付けるもの<sup>71)</sup>等様々なものが存在するものの、おおよそ学説の大勢に同調している<sup>72)</sup>。かつて、代執行の費用を行政裁判所法80条2項1文1号における「公の費用」に該当すると判示していたバイエルン（ミュンヘン）高等行政裁判所<sup>73)</sup>も、近

65) 例えば, *Kopp/Schenke/Schenke*, a.a.O. (Fn.22), § 80 Rn.63; *Schoch*, in: *Schoch/Schneider/Bier*, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.144; *Engelhardt/App/Schlattmann/Glotzbach*, a.a.O. (Fn.51), § 10 Rn.12; *Klaus Martens*, *Die Kostentragung bei der Ersatzvornahme im Verwaltungsrecht* (1976), S.64.

66) Vgl. *Schell*, a.a.O. (Fn.64), S.749.

67) *Puttler*, in: *Sodann/Ziekow*, a.a.O. (Fn.41), § 80 Rn.62.

68) *Joachim Erdmann*, *Suspensiveeffekt von Rechtsbehelfen gegen Vollstreckungskostenbescheide ?*, NVwZ 1988, S.508.

69) *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 10 Rn.50.

70) VGH Mannheim Beschl.v.18.1.1993, NVwZ-RR 1993, 392; VGH Mannheim Beschl.v.5.2.1996, NVwZ-RR 1997, 74 (75).

71) OVG Koblenz, NVwZ-RR 1999, 27 (28).

72) 他に, OVG Berlin-Brandenburg Beschl.v.23.12.2005, NVwZ-RR 2006, 376 (377).

73) VGH München Beschl.v.15.11.1993, NVwZ-RR 1994, 471 (472); VGH München Beschl.v.27.6.1994, NVwZ-RR 1994, 618 (619).

年、同号の厳格な解釈の必要性に基づいて、代執行の費用は同号における「公の費用」に該当しないと判示するようになってきている<sup>74)</sup>。

#### 第四節 即時執行命令を不要とする特別法と代執行の費用

(1) 代執行の費用は、前節で検討したように、行政裁判所法80条2項1文1号における「公の賦課金及び費用」に該当しないとしても、同項1文3号又は2文に基づいて制定される特別法によってそれに係る法的救済手段の停止の効果が一般的に排除される可能性がある。現に、代執行の費用の納付を命じる「給付決定〔Leistungsbescheid〕は即時執行可能である。」と定めるザクセン行政執行法（SächsVwVG）24条3項2文や、代執行の費用の「給付決定に向けられた法的救済手段は停止の効果を有さない。」と定めるテューリンゲン行政送達・執行法（ThürVwZVG）50条5項のように、代執行の費用の給付決定（執行費用決定）に係る法的救済手段の停止の効果を一般的に排除する規定が存在する。

さらに、行政執行における措置に係る法的救済手段の停止の効果は、「異議審査請求及び取消訴訟は、それが行政執行においてなされる措置に向けられている限り、停止の効果を有さない。」と定めるバーデン・ヴュルテンベルク州行政執行法（VwVG BW）12条1文に類する16全ての州法上の規定によって（連邦法に基づく行政執行を対象を限定することなく）一般的に排除されている<sup>75)</sup>。そこで、代執行の費用の給付決定が行政執行にお

74) VGH München Beschl.v.25.2.2009, NVwZ-RR 2009, 787 (788).

75) 本文で引用した VwVG BW 12条1文のほか、バイエルン行政送達・執行法21a条、ベルリン行政裁判所法施行法4条、ブランデンブルク州行政執行法39条、プレーメン行政裁判所法施行法11条（ただし、金銭債権の行政執行における措置についてのみ適用）、ハンブルク行政執行法75条1項2文、ヘッセン行政裁判所法施行法16条、メクレンブルク・フォアポシメルン公安秩序法99条1項2文、ニーダーザクセン公安秩序法64条4項、ノルトライン・ヴェストファーレン行政裁判所法施行法8条、ラインラント・プファルツ州行政執行法16条5

ける措置として位置付けられるかが問題となる。

(2) なお、代執行の費用は、本節(1)で既に言及しているように、給付決定によって請求することができる。当該給付決定は、独立の行政行為であると共に、独立して執行可能であり、その帰結の1つとして、当該給付決定を発する前には費用納付義務者に独自の聴聞 (Anhörung) の機会を与えなければならないと解されている<sup>76)</sup>。もっとも、当該給付決定の要件として行政執行における他の措置の適法性が判例によって求められており<sup>77)</sup>、当該給付決定と行政執行における他の措置との関係は決して断絶できるものではない。さらに言えば、ドイツにおける代執行法制の大多数において、行政執行における最初の措置である戒告の中で義務者に対して明示された代執行の概算費用を、代執行の実行前に請求できると解されており<sup>78)</sup>、少なくとも戒告で見積もられる費用には義務者への圧力を強化す

---

ㄨ項、ザールラント行政裁判所法施行法20条, SächsVwVG 11条, ザクセン・アンハルト州行政執行法53条4項, シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州一般行政法248条1項2文, ThürVwZVG 30条がある。ただし、厳密に言えば、基礎処分とは独立して事後に行われる措置のみが以上の州法によって即時執行可能になると一般に解されている (Sadler, a.a.O. [Fn.9], VwVG § 6 Rn.211-212)。

76) 例えば, *Erbguth*, a.a.O. (Fn.39), § 19 Rn.27. もっとも、ドイツにおける「聴聞」とは、わが国における行政手続法第3章第3節所定の「弁明の機会の付与」に近い (高木光『技術基準と行政手続』[弘文堂, 1995年] 138頁, 塩野宏=高木光『条解 行政手続法』[弘文堂, 2000年] 210頁参照)。また、給付決定の行政執行は、金銭債権の行政執行手続に基づく。

77) BVerwG Urt.v.13.4.1984, NJW 1984, 2591 (2592). なお、代執行の費用の給付決定と代執行の基礎処分との間に「適法性関連 [Rechtmäßigkeitszusammenhang]」があるかについては若干の争いがある。この点について、拙稿「ドイツにおける行政執行の規範構造(2)・完——行政行為と行政執行の法的関連性を中心に——」法学論叢167巻1号 (2010年) 39頁 [53-55頁] 参照。

78) 西津政信『行政規制執行改革論』(信山社, 2012年) 64-67頁が、この点について概説している。

る付随的機能があるとされている<sup>79)</sup>。

(3) そのような代執行の費用の給付決定を行政執行における措置として位置付ける判例は、例えば、当該給付決定が代執行の実行前に行われようが、実行後に行われようが、代執行における不可欠の要素であることを強調する<sup>80)</sup>。他方で、多数の支持を得ている、当該給付決定を行政執行における措置として位置付けない判例には、例えば、執行されるべき作為に係る費用を伴う義務者の負担が代執行の本質的メルクマールであると述べながら、強制機能を費用請求自体が有するのはせいぜいそれによって高額な費用負担に至ることが推測されなければならない場合であるが、問題となった事案がそのような場合に該当するかは何も明らかではないと判断した上で、最終的に、事前請求の目的は専ら行政庁を固有の事前給付から解放し、かつ、事後徴収のリスクを減らすことにありと判示するものがある<sup>81)</sup>。端的に、一般的な行政執行の定義に基づいて多数の見解に与する学説もある<sup>82)</sup>。

以上で検討した、代執行の費用の給付決定と行政執行における措置との関係についてはより詳細な検討が求められようが、ここでは少なくとも、ドイツでは代執行の費用に係る（行政行為の）即時執行命令が存在する可能性が認められること、つまり、代執行の費用を迅速に徴収する必要性が

---

<sup>79)</sup> *App/Wettlaufer*, a.a.O. (Fn.64), § 33 Rn.8. 西津・前掲注7864頁も、ほぼ同旨の見解を述べている。

<sup>80)</sup> OVG Berlin Beschl.v.3.3.1997, NVwZ-RR 1999, 156 (157); OVG Berlin-Brandenburg, NVwZ-RR 2006, 376 (377).

<sup>81)</sup> VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 74 (75); OVG Koblenz, NVwZ-RR 1999, 27 (28-29). Vgl. auch OVG Weimar Beschl.v.12.3.2008, ThürVGRspr 2009, 183 (183).

<sup>82)</sup> *Schell*, a.a.O. (Fn.64), S.749. Vgl. auch *Engelhardt/App/Schlatmann/Glotzbach*, a.a.O. (Fn.51), § 10 Rn.15.



即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付ける場合があるかという点を検討する意義が存在することを確認するととどめておく。

## 第二章 代執行の費用と即時執行命令を正当化する「公益」

### 第一節 財政上の利益と「公益」

(1) ドイツでは代執行の費用を迅速に徴収する必要性が（行政行為の）即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付ける場合があるかという点を検討する際に最も関連する論点として、「財政上の利益」が即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付ける場合があるかということを挙げる事ができる。

この「財政上の利益」という概念は、ドイツにおいて定着しているものの、様々な法領域における公の異なる利益を集合的に表示するものに過ぎないと指摘されている<sup>83)</sup>。もっとも、かつては、そのような包括的な概念をいわゆる国庫理論に基づいて一様に私益にしかかなり得えないものと解し、行政裁判所法80条2項1文4号の意味における「公益」ではないと断じる学説も存在した<sup>84)</sup>。ところが、現在では、「財政上の利益」は公益であり、かつ、他の諸事情との関連において即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付けることもできると解され<sup>85)</sup>、予定通りの財政活動（geordnete Haushaltswirtschaft）に関する公益でも、それが十分に重大である（hin-

---

<sup>83)</sup> Schoch, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.217.

<sup>84)</sup> Peter Häberle, „Fiskalische“ Interessen als „öffentliche“ Interessen i. S. des § 80 Abs.2 Nr.4 VwGO?, DVBl. 1967, S.220 (220).

<sup>85)</sup> Friedrich Schoch, Vorläufiger Rechtsschutz und Risikoverteilung im Verwaltungsrecht (1988), S.1262-1265; Külpmann, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.772; Puttler, in: Sodann/Ziekow, a.a.O. (Fn.41), § 80 Rn.88.

reichend gewichtig) 場合には、即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付けることができるとまで言われる状況にある<sup>86)</sup>。

それでもなお、「財政上の利益」は通例、行政裁判所法80条2項1文1号によって考慮されている<sup>87)</sup>。したがって、例えば、前章第三節(1)で言及したような利息に係る不合理な利益を防止するという通例同号の下で考慮される利益は、即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付けるのに十分ではないとされる<sup>88)</sup>。金銭債権に向けられた行政行為が、上記の利息の利益に関連する公的主体の利益を理由とするだけでは、即時執行可能とは認められないのである。また、即時執行命令はまさに個別具体的な金銭債権の実現に役立たなければならず、また、そのために発せられるべきなので、遅滞なき資金流入 (Finanzzufluss) のための単なる一般的利益ではそれを正当化する「公益」としては不十分であるとも解されている<sup>89)</sup>。

(2) 他方で、迅速な執行がなければ公法上の金銭債権の実現が深刻な危険にさらされるような場合、例えば、資金の隠匿 (ein Beiseite-Schaffen von Geldmitteln) のおそれがある場合又は行政行為の名宛人が破産寸前の

---

<sup>86)</sup> *Kopp/Schenke/Schenke*, a.a.O. (Fn.22), § 80 Rn.99. 東條・前掲注<sup>80</sup>161-162頁は、ニーダーザクセン (リュエネブルク) 上級行政裁判所1950年11月15日決定を引用した上で、「財政上の利益」(「国庫の利益」) は即時執行命令を根拠付けるために不十分であると断じているが、*Häberle*, a.a.O. (Fn.84), S.221によれば、即時執行命令を正当化する「公益」として「財政上の利益」を位置付ける兆しは、1960年代前半の連邦行政裁判所決定等に既に現れている。また、植村・前掲注<sup>80</sup>1041頁も、特に理由を述べてはいないものの、「私人に支払う金銭が後に返還されるかどうかという経済的利益も「公益」の一要素になり得る。」と結論付けている。

<sup>87)</sup> *Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.772.

<sup>88)</sup> VGH Mannheim, NVwZ-RR 1993, 392; OVG Münster Beschl.v.6.7.2010, DVBl. 2010, 1455.

<sup>89)</sup> VGH Kassel Beschl.v.12.1.1989, NVwZ-RR 1989, 329.

状態にある場合には、給付決定の即時執行命令の「公益」が存在すると解されることがある<sup>90)</sup>。なお、以上のような場合は個別具体的に確認されなければならない<sup>91)</sup>。例えば、「財政上の利益」に基づいて即時執行可能と認められた、分担金の支払猶予の撤回の場合には、猶予されていた金銭債権の実現が実際に危うくなくなっていなければならないのである<sup>92)</sup>。

さらに一歩進めて、前章第二節(1)で検討したように、即時執行命令が問題となる場合は大抵切迫する損害の発生を阻止する緊急の必要性がある場合であると解すれば、そこで問題となる「財政上の利益」もまた、「公益」又は関係人の優越的な利益の下で、特に公共の安全及び秩序に対する危険を迅速かつ有効に防除するために必要とされる財政的手段を正当化するものとして位置付けることもできるだろう<sup>93)</sup>。

(3) 例えば、ホテル営業で生じた廃棄物を公の廃棄物回収業者に引き渡す際の不作為義務を課す処分 of 即時執行可能性が争われた事案について、バーデン・ヴュルテンベルク（マンハイム）高等行政裁判所1999年5月31日決定<sup>94)</sup>は、次のように判示している。

すなわち、まず、上記の処分を維持することに有利に働く点が多いと指摘した上で、「多くの廃棄物占有者が存在する場合に看取され得る、専らコストの衡量によって動機付けられる『再生利用への逃避』は、既存の廃棄物処理の仕組み〔Entsorgungsstrukturen〕の維持という自治体の利益の保護と同様に法律の目的ではな」く、「申立人が既に循環経済・廃棄物

---

<sup>90)</sup> *Külpmann*, in: Finkelnburg/Dombert/Külpmann, a.a.O. (Fn.25), Rn.773.

<sup>91)</sup> *Schoch*, in: Schoch/Schneider/Bier, a.a.O. (Fn.20), § 80 Rn.217.

<sup>92)</sup> VGH München Beschl.v.25.5.1987, NVwZ 1988, 745 (746).

<sup>93)</sup> Vgl. *Sadler*, a.a.O. (Fn.9), VwVG § 6 Rn.163.

<sup>94)</sup> VGH Mannheim Beschl.v.31.5.1999, NVwZ 1999, 1243.

法の施行前からS会社のサービスを利用していたという理由で公法上の廃棄物処理主体が有する手数料を得る利益はわずかであると評価することもできない。というのも、廃棄物処理義務を負う郡〔Kreis〕は、申立人を確かに公の廃棄物回収業者の利用から解放していたが、さらに、——手数料支払い義務を伴う——郡固有の廃棄物処理施設の利用義務からは解放しなかった。後者の義務に対して、申立人は当時S会社の収集車による搬入を通じて応じていた。」という被申立人の陳述に対して特に抗弁がなされていないことを踏まえて、原審と同様に、行政裁判所法80条5項に基づく停止的効果の回復の申立てを、理由がないと判断したのである<sup>95)</sup>。

本決定は、申立人側の不十分な訴訟活動が裁判所の決定に影響している可能性を否定できないものの、手数料を得るという「財政上の利益」を重視して、当該利益の発生的前提となる行政行為の即時執行可能性を判断する際、当該利益が考慮要素となり得ることを示すものとして注目に値する。

## 第二節 検討——代執行の費用に係る若干の判例と「公益」

(1) 以上の検討を、中でも、前節(1)及び(2)の検討を踏まえて、最後に、代執行の費用を迅速に徴収する必要性と即時執行命令を正当化する「公益」との関係について判示した、若干の典型的な州上級行政裁判所決定を紹介した上で本稿の検討をまとめ、わが国の「公益」要件への示唆を付言する。

(2) 第1に、専門家によって斜面の地滑り（Hangrutsch）を調査させるという代執行で見込まれる費用の事前請求に対する異議審査請求事案に

---

<sup>95)</sup> ドイツにおける公法上の廃棄物処理主体が得る手数料収入の重要性について、関連制度の概説も含め、既に本決定について紹介している、野田崇「ドイツにおける廃棄物処理の民間化と廃棄物概念(2)・完」法学論叢151巻3号（2002年）61頁〔70-79頁〕参照。

ついて、ラインラント・プファルツ（コブレンツ）上級行政裁判所1998年7月28日決定<sup>96</sup>は、次のように判示して、原審の判断を覆し、本件異議審査請求の停止的效果を認容した。

すなわち、まず、行政裁判所法80条2項1文1号の「規範を逆に解すると、少なくとも付随的目的として資金調達性を有する限り、国家のいかなる金銭債権に対する法的救済手段にも停止的效果を与えないという結果になる。そうすることによって、80条2項1号は、公的主体の金銭給付請求権の処理の単なる単純化のために道具として利用されかねない（……）が、それは立法者意思ではない。行政裁判所法の体系によれば、80条1項に定められた停止的效果が通例である」と述べている。また、「同項の目的は、国家の予定通りの予算執行を保障すること」であると判示して、代執行の費用の事前請求が行政裁判所法80条2項1文1号所定の「公の費用」の請求に該当しないことを明確にしている。

次に、「被申立人は代執行実行前の費用請求の「抑止効果〔Beugewirkung〕」についても何も述べていない。」と前章第四節(2)で言及した付随的機能に関する判示を述べた上で、「予測される費用の請求が利害関係人に対して、代執行の実行は費用と結び付いているということを初めて知らせるのではない（例外なく既に代執行の戒告で知らせるのである）。しかし、その費用が義務者に差し迫っているだろうということを義務者が知る場合に、費用請求に潜んでいるその事実の再度の指摘がどのような追加の抑止的性質を有しているのかは分からない。それゆえ、抑止効果は費用リスク自体の指摘にあるのではなく、費用リスクが代執行の実行の際に増すであろうということにある。もっとも、申立人は自らに求められている措置を実施するよう義務付けられているのではなく、彼に……建築監督上の処分義務付けられた措置をむしろ専門知識を持った人物に実施してもらうべきであ

<sup>96</sup> OVG Koblenz, NVwZ-RR 1999, 27.

るため、本件の具体的な場合において、申立人による処分遵守と代執行との相違は減殺されている。強制機能を費用請求が有するのは、せいぜい被申立人による委託が申立人自身による委託よりもかなり高額な費用に至ることが推測されなければならない場合であるが、それに関しては何も明らかではない。」と判示する。また、通例も（特に建築法・環境法・水法の多くの手続では）同様であると述べている。その後、「本件調査の場合、義務者による個人的実施と結び付いている時間的・身体的負担は完全にフェードアウト〔ausblenden〕している。義務者に対して通例処分に従う気にさせることは、せいぜい義務者に課せられたことの範囲内でさらに別の出来事を自ら制御できる可能性である。事前弁済の請求目的は専ら行政庁を財政的に固有の事前給付から解放し、事後徴収のリスクを減らすことにある。」と述べて代執行の費用の事前請求が専ら「財政上の利益」に係る目的を有することを明らかにする一方で、「代執行の実行にとって事前弁済の請求は不必要であり、かつ法的には重要でない。」とまで判示する。

本決定の趣旨は、代執行の費用が、行政裁判所法80条2項1文1号所定の「公の費用」に該当せず、前章第四節(1)で紹介した、州法によって法的救済手段の停止的效果を一般的に排除される行政執行における措置にも該当しない、ということである。もっとも、本決定が、代執行の費用の事前請求の目的が専ら「財政上の利益」に関係していることを明らかにしている点を踏まえると、代執行の費用に関して即時執行が認められるか否かは、まさに上記の「財政上の利益」が即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付けるか否かにかかっていることを示唆している。他方で、代執行の費用の請求を直接の目的としないものの、当該費用の発生原因である代執行そのものの実施にとって、当該費用の事前請求は不必要であり、かつ、法的には重要でないと判示している<sup>97)</sup>点は、代執行そのものを即時に執行す

<sup>97)</sup> VGH Mannheim, NVwZ-RR 1997, 74 (75) 等のように、同様に判示する。

ることを正当化する理由として、代執行の迅速な費用徴収の必要性を挙げることがかなり難しいということを示唆している。

(2) しかし他方で、第2に、害虫が発生している一戸建て住宅の除去義務、消毒義務及び清掃義務の代執行的措置の実行によって生じた高額のコストに関する申立人への給付決定の即時執行命令が争われた事案について、ノルトライン・ヴェストファーレン（ミュンスター）上級行政裁判所2010年7月6日決定<sup>98)</sup>は、次のように判示して、申立人の抗告を棄却している。

すなわち、まず、「財政上の利益」によって「争われている給付決定自体を正当化する利益を超える特別な執行利益が肯定されるべきである。」と述べた上で、既に実行された代執行のためにかかった約48,000ユーロの「給付決定が適法であることも明らかである。」ことを判示している。その上で、「財政上の利益は例外的に（のみ）費用決定の即時執行命令における特別な公益を根拠付けることができる。」として、例外的にのみ根拠付けられるという判示事項については、次のように理由付ける。

まず、「行政裁判所法の体系によれば、原則として同法80条1項に定められている法的救済手段の停止的效果から出発しなければならない。」と述べている。そして、当該費用は同法80条2項1文1号に該当しないことを指摘しつつ、同号において法的救済手段の停止的效果という「遮断効の消滅のために考慮されることは、公的主体の予定通りの予算執行を確保するために資金の絶え間ない流れを保障することに立脚する。」と述べる。

---

↘判例は決して少なくない。この点について、前章第四節③も参照。

<sup>98)</sup> OVG Münster, DVBl. 2010, 1455. 本決定を引用して、同旨の内容を判示するものとして、OVG Magdeburg Beschl.v.16.10.2012 -2 M 149/12-juris, Rn.28; OVG Magdeburg Beschl.v.22.10.2012 -2 M 22/12-juris, Rn.42がある。

他方で、即時執行命令にとって必要な単なる財政上の利益を超える利益は、あらゆる金銭債権の場合と同様に存在する利息に係る利点を確保する利益のみが問題になっている場合には通例承認されない。」なおかつ、「一般的な資金不足もそれだけでは例外的に給付決定の即時執行命令を根拠付けることのできる特別な事情ではない。」ということ述べている。

その上で、「給付決定の即時執行における公益は、当該給付決定の実現が（本案手続の確定的終結後では）より深刻に危険にさらされているように見える場合に、又は費用のかかる〔kostenintensiv〕代執行が実施されるべき場合若しくは代執行の費用が立て替えられている場合に、例えば十分には財政適的に用いることのできない資金を原因としてその補填問題が生じ得る場合に存在する。」と一般的に判示する。このとき、代執行の費用請求が行政執行における措置である可能性を示唆しつつも、本件において被申立人が「専ら資金不足を即時執行の根拠として挙げているのではない。」ということよりもむしろ、「実行された代執行に付随して発生し、被申立人の矛盾のない陳述によれば、そのような措置のために予算に即して予定されていた年間の見積りの数倍を超える高額な費用を特に詳しく説明している。」という被申立人の個別具体的な事情に即した態度を強調している。さらに、資金需要の更なる高額化の予見可能性は明白でないと述べながら、「(追加で) 主張された資金不足の観点からすれば、当該資金需要を衛生予算その他の予算に基づく資金によって補填することは容易には期待できないように思われる。」ことを踏まえて、「ほぼ確実に被申立人(……)は……〔従前と〕同様に申立人に対して介入しなければならず、発付した秩序処分を強制的に、更なる費用を惹起しつつ貫徹しなければならない。」と指摘して、更なる費用を生じさせる代執行の必要性から給付決定の即時執行の特別な切迫性が明らかであると判示しているのである。

本決定は、以上のように、代執行の費用が予定していた予算執行に重大



な支障を及ぼしかねないこと及び引き続き新たな費用を生じさせる代執行を行う必要性が高いこと等、当該事案における特別な事情に基づいて、すなわち、行政庁の個別具体的な事情に即した理由付けに基づいて、「例外的に」という限定付きであるものの、「財政上の利益」に基づいて当該給付決定の即時執行命令を正当化している。しかも、その即時執行命令が問題となった行政行為とは別の（少なくともそれに遅滞なく後続する）行政行為等への「財政上の利益」に係る影響も考慮してそれを正当化しているのである。このことを踏まえて、代執行や直接強制を実施するのが早ければ早いほど更なる危険を克服でき、また、行政庁は通例、最初の措置に基づいて弁済された費用を直ちに次の措置のために用いることが可能な場合にのみ、更なる危険を克服できる状況にあり、したがって、そのことに、行政裁判所法80条3項1文において定められている、即時執行命令のための特別な利益に係る理由付記は依拠することができる。仮にそうでなければ、金銭的手当がなされないがゆえに行動しないか、又は適時に行動しないという有害な実務の蔓延に至りかねず、そのような不作為の損害はしばしば重大なものとなる。つまり、そのような場合の行政庁の利益は公の費用を必要とする行政裁判所法80条2項1文1号の利益と同等である、とまで述べる学説もある<sup>99)</sup>。

(3) 以上の検討を踏まえると、前章第一節(3)で述べたような、法的救済手段の停止的效果と即時執行命令の原則・例外関係の近年における動揺を受けて、国家に対する「事前給付義務」が際限なく徐々に拡大していると評されることもある<sup>100)</sup> ドイツにおいて、(依然として即時執行命令の例外性

<sup>99)</sup> Sadler, a.a.O. (Fn.9), VwVG §6 Rn.163.

<sup>100)</sup> Glaab, a.a.O. (Fn.18), S.484.

が強調されることはあるものの) 代執行の費用を迅速に徴収する必要性をはじめとする「財政上の利益」が、(行政行為の) 即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付ける場合があると言うことができる。もっとも、そのように言えるのは、主として、代執行の費用の給付決定のような、「財政上の利益」と直接の関係がある行政行為との関連においてすら例外的にであって、そのような行政行為の発生原因である行政行為との関連で同様の趣旨を述べることは、(結局は両者の関係をどのように位置付けるか次第であると思われるが) 相当困難であるように思われる。それでもなお、前節③で紹介したバーデン・ヴェルテンベルク高等行政裁判所決定が示唆するように、「財政上の利益」の発生の前提となる行政行為の即時執行命令を正当化する「公益」の一考慮要素として、特別な「財政上の利益」を位置付けられる可能性も捨て切れない。さらに言えば、本節②で紹介したノルトライン・ヴェストファーレン上級行政裁判所決定が示唆するように、「財政上の利益」が別の(少なくとも遅滞なく後続する) 行政行為へ及ぼし得る影響も、即時執行命令を正当化する「公益」の一考慮要素として位置付けることができる場合もあろう。もっとも、いずれにせよ、即時執行命令を正当化するためには、個別具体的な事情に即した理由付けが強く求められるのである。

(4) 翻って、わが国における行政代執行法2条所定の「公益」要件に目を転ずると、①この要件は代執行の基礎となる義務賦課処分に要求される公益上の必要性よりも一層大きい公益上の必要を要求するものと解する一方で、「義務の不履行を放置することが「著しく公益に反する」と認められないとして、代執行をすることは違法である、とした判例はみあたらない。<sup>(10)</sup>」とか、「裁判例で見ると、この要件のハードルは必ずしも高くない

(10) 広岡・前掲注(1)127-128頁。

いといえるだろう。<sup>(102)</sup>」等と評されていること、②費用の事前徴収がかなり困難である<sup>(103)</sup>ために、ドイツと比べてより一層迅速に代執行そのものを実行する実務上の必要性があると言えること等を踏まえると、費用を迅速に徴収する必要性に基づいて、「公益」要件が実務上充たされてしまう可能性は決して否定できない。しかし、①事前徴収がかなり困難であるということは、費用を迅速に徴収することを根拠として代執行そのものを行うことすら否定されているという趣旨であると解することができること<sup>(104)</sup>、②行政代執行法3条2項は、代執行の費用の概算による見積額を、代執行手続の最初に位置付けられる戒告ではなく、それに後続する代執行令書による通知の中で義務者に対して知らせればよいと規定していること、③何よりも、ドイツにおける有力な判例<sup>(105)</sup>と異なり、事後に費用を徴収される可能性を根拠として代執行の基礎となる義務賦課処分等に対する取消訴訟の

---

(102) 津田・前掲注(1)92-95頁。

(103) 行政代執行法5条は「実際に要した費用」の納付を命じなければならないと定めている。また、代執行の費用に関して仮差押え等の民事保全手続を利用することを一律に排除しようとする判例の傾向があり（福岡高決平成17年8月22日判時1933号91頁。最大判昭和41年2月23日民集20巻2号320頁も参照）、国税徴収法159条の保全差押えの制度も代執行の費用徴収に対しては適用されないと指摘されることすらある（宇那木正寛「まちづくり関係法令の実効性確保——行政代執行制度を中心に（下）」自治実務セミナー47巻2号〔2008年〕38頁〔40頁〕）。もっとも、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2011年）172頁等が述べるように、このような解釈論的帰結そのものを問題にする余地はあり得るだろう。

(104) 黒川・前掲注(4)121-122頁は、「公益」要件の解釈方法として、「制度全体の趣旨にそってなされるべきことになる」と述べている。なお、費用の徴収を実質的に諦めるという一種の「割り切り」には実務上限界があるだろう。しかし、そうは言っても、本来実行すべき行政上の強制執行を、費用徴収の困難性を「かくれみの」にして実行しないという事態は避けるべきである（三枝・前掲注(5)15頁・18頁参照）。

(105) BVerwG Urt.v.25.9.2008, NVwZ 2009, S.122。本判決については、拙稿・前掲注(7)55-56頁参照。

訴えの利益の延長を認めることはなさそうな、わが国の判例の動向<sup>100)</sup>からすれば、費用を迅速に徴収する必要性に基づいて「公益」要件を充足させられる可能性については、極めて限定的に解するのが妥当であろうか。もっとも、いずれの立場を採るにせよ、個別具体的な事情に即した理由付け（又は論証）が強く求められることは確かであろう<sup>101)</sup>。

なお、本稿で主に検討した、即時執行命令を正当化する「公益」は、ドイツ法上、あくまでも訴訟法によって私人の権利保護の機会を一定程度制約するために主に規律されているに過ぎず、しかも、行政行為の不可争力発生「前」という時間的制約等に強く拘束されてはじめて問題となり得るものである。したがって、上記の「公益」要件よりも——その不明確さのゆえに断言はできないが——私人の権利保護の観点や時間的要素等に強く影響を受けているものであり得ることには、十分留意する必要がある<sup>102)</sup>。

## おわりに

- (1) 本稿の検討の結果、ドイツでは代執行の費用を迅速に徴収する必要

---

<sup>100)</sup> 最判昭和48年3月6日集民108号387頁、東京地判昭和44年9月25日判時576号46頁等参照。代執行の瑕疵を費用納付命令に承継させないのが多くの下級審裁判例の見解であることを含め、これらの判例について、津田和之「行政代執行手続をめぐる法律問題②・完」自治研究87巻10号（2011年）61頁〔77-80頁〕も参照。

<sup>101)</sup> さいたま地判平成16年3月17日訟月51巻6号1409頁が、「行政庁としては、代執行に係る義務を課する法令又はその義務を課する行政処分の本拠となる法令の趣旨・目的、具体的な義務違反の態様、義務違反を放置した場合の障害等を考慮し、それを放置することが著しく公益に反するか否かを慎重に判断しなければならない。」と述べている点は、本稿と同趣旨の方向性を示すものと思われる。

<sup>102)</sup> ドイツの仮の権利保護制度における時間の観念について、シェンケ・前掲注⑬117頁のほか、vgl. auch Schoch, a.a.O. (Fn.85), S.1310-1317.

性が即時執行命令を正当化する「公益」を根拠付ける場合があり得ることを明らかにできた。しかし、それは、第二章第二節(4)においてわが国における行政代執行法2条所定の「公益」要件への示唆を検討しながら述べたように、ごく限られた場面でのみ妥当し得ることであろう。また、上記の根拠付けのためには、個別具体的な事情に即した理由付けが強く求められていることが明らかにできたにとどまる。

(2) そもそも、代執行等の行政執行との関連でドイツにおける（行政行為の）即時執行命令を正当化する「公益」を論ずるのであれば、財政上の利益以外の「公益」該当性をより深く検討することこそ本筋かもしれない<sup>(10)</sup>。本稿が「予備的考察」とどまる所以である。また、第二章第二節(3)で言及した、国家に対する「事前給付義務」が徐々に際限なく拡大していることの是非に係る議論を探究することは、代執行の迅速な費用徴収可能性その他の財政上の利益を、即時執行命令を正当化する「公益」として位置付けることがどの程度適切かを論ずるにあたって、ひいては、代執行の費用として徴収可能な範囲や代執行に係る「義務」とは一体何であるのかを検討する上でも、不可欠の作業かもしれない<sup>(11)</sup>。しかし、これらの点

---

(10) また、原田尚彦『行政法要論〔全訂第7版補訂2版〕』（学陽書房、2012年）231頁が、「代執行は、国家公益の実現のためだけではなく、私人相互の利益の調整をはかり集団生活の安全と社会の秩序を維持するためにも行われるべきである。代執行権の行使がいたずらに消極に流れ、個人の生活に危険状態が生じているのに行政府が漫然と代執行権の行使を怠ることは許さるべきではない。」と述べていること等との関連では、ドイツにおける即時執行命令を正当化する「関係人の優越的な利益」を検討することも有益であろう。

(11) この検討はまた、費用の事前徴収が一般に許容されている代執行の対象が主に立法を通じて随時拡大してきているという、ドイツ行政執行法制の現況を認識し、その妥当性を探る上でも極めて有用な作業であろう。なお、これに関連して、伊藤泰充「警察活動と負担金」「警察行政の新たなる展開」編集委員会編『警察行政の新たなる展開 上巻』（東京法令出版、2001年）264頁〔272頁〕が、

も今後の課題とせざるを得ない。

---

ㄨ代執行の費用といわゆる原因者負担金との一定の関連性を念頭に置いた国内法の検討を行っていることが注目に値する。また、本稿は、わが国に代執行の費用の事前徴収制度を導入すべきという立法論を否定するものではない。ただし、そのような立法論を展開する際には、(行政)組織上及び行政手続上の諸問題を検討することはもちろんのこと、事前に費用を徴収されるおそれのある私人の権利保護の機会についても——抗告訴訟にこだわる必要はないものの——あらかじめ十分検討しておくべきであろう。