

ドイツにおける行政執行の違法性を めぐる最近の動向

重 本 達 哉

はじめに

第一章 近年の判例の動向

第二章 くすぶる論争の種とその展開可能性

おわりに

はじめに

(1) 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ることがあり⁽¹⁾、かつ、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〔Zwangsgeld〕、③直接強制〔Unmittelbarer Zwang〕、④行政上の強制徴収に相当する金銭債権の行政執行、いわゆる徴収手続〔Beitreibungsverfahren〕⁽²⁾の4つに分けること)について現在なお酷似しているドイツの行政執行(Verwaltungsvollstreckung)⁽³⁾について、それを適法に貫徹する(durchsetzen)ために一般的に求められ

(1) 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。

(2) 例えば、*Hans-Detlef Horn, Verwaltungsvollstreckung* (Teil I), *Jura* 2004, S. 447 (447)。

(3) この概念については、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〔112頁注(5)〕参照。Vgl. auch *Veronika Schweikert, Der Rechtswidrigkeitszusammenhang im Verwaltungsvollstreckungsrecht* (2013), S. 27-40。

る要件（以下、一般要件⁽⁴⁾という。）として何を挙げることができるのか。このことについて、特に、（警察法を視野に入れながら）前記④を除く作為、受忍又は不作為の行政執行（いわゆる行政強制〔Verwaltungszwang〕⁽⁵⁾）を中心に検討した結果、[A] 現代ドイツの実定法構造が行政執行の一般要件として確かに要求していることは、——消極的要件を除くと——行政執行を基礎付ける行政行為（以下、基礎処分〔Grundverfügung〕という。）が無効ではないということだけであると言っても過言ではないこと、ただし、[B] 個別具体的には、行政執行によって終局的に実現されることが法制度上意図されている行政実体法と行政執行法との「法的関連性」を強める方向で個々の強制手段の要件が加重されていくようであり、その際、行政訴訟法、すなわち、裁判所の介入可能性が大きな影響を及ぼしていること、したがって、（ごく当たり前のことかもしれないが）行政執行法・行政訴訟法間の多様な相互作用への着目は、行政執行法制を形成・運用する上で依然として必要不可欠なものであると言わざるを得ないこと、という程度の知見を既に得ている⁽⁶⁾。

その後、ドイツ行政法学においても議論の盛んな領域とは決して言えない行政執行においては珍しく⁽⁷⁾、その一般要件として（取消可能な瑕疵すら帯びていないという意味での）基礎処分の適法性まで要求されるのかという

(4) ここでの「一般」とは、拙稿・前掲注(3)112頁注(6)と同様に、特殊事例に係る要件はもちろんのこと、行政執行における個々の強制手段（代執行、強制金、直接強制等）にのみ関係する要件も考察の対象外とすることを含意している。

(5) この概念についても、拙稿・前掲注(3)112頁注(5)参照。

(6) 拙稿・前掲注(3)及び同「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頁以下。個々の強制手段に求められる要件の一例として、代執行及び直接強制の行使のための要件を列記している高木光『事実行為と行政訴訟』（有斐閣，1988年）263頁参照。なお、本稿における「基礎処分が無効ではない」という表現は、基礎処分に係る「義務」が依然として存在し得ることも含意している。

(7) 拙稿・前掲注(3)112頁注(3)参照。

ことをはじめとして、行政執行の適法性が基礎処分の適法性によって左右されるのかという問題が、依然として論争の種をまき続けている。すなわち、基礎処分と（通例の⁽⁸⁾）行政執行との「適法性関連 [Rechtmäßigkeitszusammenhang]」、「違法性関連 [Rechtswidrigkeitszusammenhang]」又は「牽連性 [Konnexität]」等の名称の下で議論されているこの問題を主題とする博士論文 (Dissertation)⁽⁹⁾ が最近ドイツで出版されたほか、当該問題にとって少なからぬ意義を有する判例もいくつか新たに現れている。

(2) そこで補遺的存在である本稿では、行政執行の「違法性」という側面に着目しながら、上記の問題を含む基礎処分と行政執行の法的関連性に係るドイツの現下の (aktuell) 議論動向を踏まえて、当該問題を捉え直すことを主たる目的とする。すなわち、筆者は以前、【1】民事訴訟上の強制執行とは異なる独自の執行形式、【2】行政執行の中止義務、【3】即時強制 (sofortiger Zwang) からの帰結、【4】行政の法律適合性の原則、【5】権利保護の重視、【6】警察法固有の事情等を論拠として、基礎処分の適法性を行政執行の一般要件として肯定する程度に基礎処分と行政執行との適法性関連を強く肯定する学説 (以下、肯定説という。) に焦点を当てて当該問題を検討した⁽¹⁰⁾ が、本稿では逆に、現下の知見をさらに取り入

(8) 行政執行の例外の諸相については、拙稿「ドイツにおける行政執行の例外の諸相(1)(2)・完——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頁以下、同169巻2号(2011年)52頁以下参照。

(9) *Schweikert*, a. a. O. (Fn. 3).

(10) とりわけ、拙稿・前掲注(6)47頁以下参照。その上で、肯定説が最も意味を持ち得るのは、権利保護の欠缺を埋めるために、公権力に対する実効的な権利保護の保障が優先的に考慮されるべき場合である。しかしそのような場合については、反対説に立ちつつも、行政執行にさらに後続するものと位置付けることもできる手続において、又は、その手続の存在を根拠として基礎処分自体の〈決着〉(Erledigung)を否定することにより、肯定説とほぼ同様の結論に達し得るということを明らかにした。

れながら、肯定説を批判する学説（以下、否定説という。）を中心として前記の問題を捉え直すことを意図している。もっとも、本稿の意図する先には当該問題だけにとどまらず、強制手段の戒告（Androhung）及び強制手段の確定（Festsetzung）といった行政行為としての性質を有する行政執行における措置（執行措置〔Vollstreckungsmaßnahme〕）と基礎処分との関係、それから、行政行為としての執行措置と他の執行措置との関係といった、行政行為と行政執行の法的関連性全体についての検討をさらに深めるところにもあることをあらかじめ述べておく⁽¹⁾。もちろん、従前と同様に、ドイツにおける実定行政執行法の構造がいかなる有り様を示しているのかをより深く検討する目論見もある。

なお、公権力の行使に対する実効的な権利保護をどのように保障すべきかが問題を解く1つの、しかし重要な鍵となり得る上記の問題の検討を引き続き深化させることを通じて、近時権利保護の実効性の観点に強い注意を払っているように思われる⁽²⁾ わが国の判例を評価する際に有益となり得る示唆を多少なりとも得られることが今後期待される。

(3) 以上で述べた本稿の趣旨を踏まえて、以下ではまず、基礎処分と行政執行との違法性関連の問題に関して注目される近年の判例の動向を改めて瞥見する（第一章）。次に、前記の博士論文その他最近の主要な関連文献⁽³⁾を参照しながら、否定説の論拠を批判的に整理することを通じて、基

(1) このような問題意識は、拙稿・前掲注③及び前掲注⑥の執筆当時既に持ち合わせており、「基礎処分」と「行政行為」という概念の区別によってそのことを暗に示していたつもりである。なお、vgl. auch *Schweikert*, a. a. O. (Fn. 3), S.51.

(2) 山本隆司『判例から探究する行政法』（有斐閣、2012年）【21】Ⅱ 2 参照。

(3) 代表的なものとして、*Jost Pietzcker*, Der „Rechtswidrigkeitszusammenhang“ beim Verwaltungszwang, in: Peter Baumeister/Wolfgang Roth/Josef Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag (2011), S. 1045 ff. を挙げることができる。なお、↗

礎処分と行政執行との違法性関連の問題を検討する先に見えるものを可能な限り明らかにすることに努めることとする（第二章）。なお、これらの検討に際して、ドイツにおける行政執行法制の統一を促す基盤が存外に脆弱であり、判例による理論的統一の可能性についても一定の障壁が存在することについて改めて注意を喚起しておく⁽¹⁴⁾。

第一章 近年の判例の動向

第一節 概観

(1) 基礎処分と行政執行との違法性関連についての先例としてしばしば引用されるのは、建築物改善命令（Gebäudesanierungsanordnungen）の代執行の戒告で仮に見積もられた金額⁽¹⁵⁾をはるかに超える実費を義務者に対して請求した決定が争われた事案において、「行政執行法の根本原則〔tragender Grundsatz〕は、〔ベルリン：筆者注〕上級行政裁判所が適切に述べているように、先行する行政行為の適法性ではなく、有効性〔Wirksamkeit〕が、後続行為、ひいては強制手段の適用の適法性の条件である」と判示した、1984年4月13日連邦行政裁判所判決⁽¹⁶⁾である⁽¹⁷⁾。

しかし他方で、米軍施設敷地前における無届けの座り込みデモに対する警察の口頭の解散命令が、警察による直接強制の適用によって貫徹され、その適用にかかった費用を事後的に義務者に対して請求する決定が争われ

↳ピーツカーは、前掲注(3)に掲げた博士論文の筆者、シュヴァイケルトの指導教授（Doktorvater）である。

(14) その詳細は、拙稿・前掲注(3)114頁。

(15) 代執行費用の事前徴収手続については、広岡・前掲注(1)128-129頁、西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2012年）64-67頁等参照。

(16) BVerwG Urt. v. 13.4.1984, DVBl. 1984, 1172 (1172).

(17) Pietzcker, a. a. O. (Fn. 13), S. 1047.

た事案において、基礎処分が不可争力（形式的存続力）を獲得することはなく、かつ、行政執行の費用に係る争訟において初めて審査される限りにおいて、その基礎処分の適法性に対する異議が当該決定の取消訴訟の際に考慮されると判示した1986年3月20日バーデン・ヴェルテンベルク高等行政裁判所判決⁽¹⁸⁾等もあることは、以前に検討した通りである⁽¹⁹⁾。

それゆえ、「基礎処分の適法性の問題は、執行措置の適法性の判断にとって重要ではない。これは、判例において完全に一致している見解及び学説における圧倒的な考えとも合致する」と判示した1998年12月7日連邦憲法裁判所決定⁽²⁰⁾は、判例の動向をあまりに十把一絡げに（zu pauschal）捉え過ぎていると批判される状況にある⁽²¹⁾。

(2) そのような状況下で、最近の判例は基礎処分と行政執行との違法性関連についてどのように判断しているのであろうか。以下では、最近の主要な連邦行政裁判所判決及び連邦憲法裁判所決定を挙げて、それらを分析することとする。

第二節 2008年9月25日連邦行政裁判所判決⁽²²⁾

(1) 2008年9月25日連邦行政裁判所判決は、原告がかつて化学薬品を用いたクリーニング業者に貸していた土地の汚染調査の一環として原告に義務付けられた、地下水のボーリング調査の代執行にかかった費用約770万

(18) VGH BW Urt. v. 20.3.1986, VBIBW 1986, 299.

(19) その詳細は、拙稿・前掲注(6)44-47頁。

(20) BVerfG Beschl. v. 7.12.1998, NVwZ 1999, 290 (292).

(21) *Pietzcker*, a. a. O. (Fn. 13), S. 1048.

(22) BVerwG Urt. v. 25.9.2008, NVwZ 2009, 122. 本判決については、拙稿・前掲注(6)55-56頁も参照。

ユーロの請求に原告が異議を唱え、当該費用弁済決定 (Kostenerstattungsbescheid) の取消訴訟を提起した事案に係る判決である。本年の第1審²³⁾、原審²⁴⁾ともに原告の請求を認容しなかったため、原告は、原審が基礎処分の適法性を審理しなかったことは不当であると主張して、原裁判所の許可に基づいて上告したのである。

(2) 本判決は、上記の原告の主張に対して、以下のように述べて上告を理由のないものと判断した。すなわち、連邦行政執行法や州の一般行政執行法によれば、「適法な行政執行における不可欠の根拠は、もっぱら基礎処分の有効性であって、基礎処分の適法性ではない」ということを、前節(1)で触れた1984年4月13日連邦行政裁判所判決等を引用しながら確認している。その上で、「行政行為の〈決着〉は、行政行為がもはや法効果を生み出すのに適していない場合に、又は行政行為に本来内在する制御機能が事後的に消滅した場合に初めて生じる。」なおかつ、「基礎処分は同時に費用決定の基礎を成」している。したがって、「当該基礎処分の名義機能〔Titelfunktion〕は存続している」とする。

結局、原告は既に基礎処分に対する異議審査請求 (Widerspruch) を取り下げていたのだが、その時点において基礎処分は依然として〈決着〉しておらず、執行手続のために (für) 引き続き法効果を有していたことから、原告は基礎処分の適法性に対する異議を基礎処分に対する法的救済手段の中で主張すべきだった (のに、その機会を異議審査請求の取下げという形で自ら放棄した) と述べている。

²³⁾ VG Stuttgart Urt. v. 15.12.2006 -18 K 3260/06- juris.

²⁴⁾ VGH BW Urt. v. 8.1.2008, VBIBW 2008, 305.

(3) 本判決は、「行政行為は、破棄され〔zurückgenommen ist〕、撤回され、他の方法で取り消され、又は時間の経過若しくは他の方法で〈決着〉しない限り、有効のままである。」と定める連邦行政手続法43条2項と全く同じ文言のバーデン・ヴュルテンベルク州行政手続法43条2項に定められた〈決着〉という概念に係る判断を、以上のように示している。このように、本判決が、制定法が整備される以前から既に州ごとの異なる運用を許さない不文の一般法原則が判例・学説を通じて発展してきたと解されることもある一般行政手続に係る判断も示しているからかどうか定かではないが、その後、本判決は、執行手続のための法効果が引き続き基礎処分由来する場合には、代執行という形式の下における作為義務を課す命令の不可逆の執行は基礎処分の〈決着〉には至らない旨を判示した先例として、2009年1月27日ザクセン上級行政裁判所判決²⁵⁾や2012年12月19日ノルトライン・ヴェストファーレン上級行政裁判所決定²⁶⁾等に引用されている。

他方で、行政行為の〈決着〉を扱いにくい領域²⁷⁾に係る本判決に対しては、次のような批判が現れている。例えば、執行措置の費用徴収は法律上規律されており、その費用徴収の根拠はその法律上の規律であって基礎処分そのものではない、という批判がある²⁸⁾。また、行政行為がその執行によって〈決着〉しなければ、その名宛人は、行政行為が自然の考え方に基づいて〈決着〉する場合にもその行政行為を取り消さなければならないという、ある種の存続力リスク (Bestandskraftisiko) が予想され、それは権利保護の観点からすれば問題であるとする、従来実務家が痛烈に唱えて

²⁵⁾ SachsOVG Urt. v. 27.1.2009, NVwZ 2009, 1053.

²⁶⁾ NW OVG Beschl. v. 19.12.2012 -12 B 1339/12- juris.

²⁷⁾ Pietzcker, a. a. O. (Fn. 13), S. 1046.

²⁸⁾ Dirk Ehlers in: Dirk Ehlers/ Friedrich Schoch (Hrsg.), Rechtsschutz im Öffentlichen Recht (2009), § 26 Rn. 13.

いた批判⁶⁹⁾に類するものもある⁶⁹⁾。

なお、本判決による前記の確認を受けて、本判決は基礎処分と行政執行との違法性関連の欠如を追認する最近の連邦行政裁判所判決として紹介されることがある⁶⁹⁾。一方で、本判決が——行政執行の費用の納付を命じる給付決定 (Leistungsbescheid) を執行措置として位置付けるべきか否かについて、依然として争いがあるにもかかわらず⁶⁹⁾——本件の費用弁済決定を執行手続として解しているかのように読める部分を踏まえて、上記の給付決定 (執行費用決定) に対する争訟の中で基礎処分の違法性を主張できるとする従来の主張を維持するためにも、明示的に「執行措置の適法性は基礎処分の適法性に左右される。」と述べ、基礎処分と行政執行との違法性関連を明らかに肯定するようになった者すら存在する⁶⁹⁾。

第三節 2010年7月29日連邦憲法裁判所決定

(1) 次に紹介する2010年7月29日連邦憲法裁判所決定の事案は、2001年

⁶⁹⁾ *Frederic Rachor*, in: Hans Liskén/ Erhard Denninger/ Frederic Rachor (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 4. Aufl. (2007), Kap. F Rn. 870.

⁶⁹⁾ *Christoph Enders*, *Der Verwaltungsakt als Titel für die Anforderung der Kosten seiner Vollstreckung*, NVwZ 2009, S. 958 (962).

⁶⁹⁾ *Pietzcker*, a. a. O. (Fn. 13), S. 1047.

⁶⁹⁾ *Christoph Enders*, *Der vollzogene Grundverwaltungsakt als Gegenstand der Vollstreckungsabwehr neben dem Leistungsbescheid*, NVwZ 2000, S. 1232 (1236) が既に、当該決定は執行措置ではない旨を強調していたことを踏まえると、エンダースには余計本判決に同調できない理由があるように思われる。なお、当該決定を執行措置として位置付けられるかについては、ドイツの判例の中でも対立がある点について、拙稿「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——」近畿大学法学60巻3・4号(2013年)71頁[94頁]参照。

⁶⁹⁾ *Frederic Rachor*, in: Erhard Denninger/ Frederic Rachor (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 5. Aufl. (2012), Kap. E Rn. 804. もっとも、ラホルの見解は従来ゆらぎが認められることについて、vgl. *Schweikert*, a. a. O. (Fn. 3), S. 58.

3月に行われたある政治集会及びデモに参加した原告が、当該集会解散後、他の一部の参加者と共に許可を得ずに鉄道施設に立ち入ったため、警察によって退去命令（Platzverweis）が課せられ、その後、警察によって実力でその場を離れさせられ、かつ、警察による勾引（Polizeigewahrsam）の下での収容を受けたことに端を発する。もっとも、当該勾引は裁判官による令状を得られなかったことから、事件の翌日に取り消された。しかし、それから約半年後、事前の聴聞（Anhörung）を経て、当該収容及び原告らの警察車両による移送にかかった費用のうち、108ドイツマルクを原告に割り当てる費用負担決定（Heranziehungsbescheid）が下されたため、原告は同費用負担決定に対する異議審査請求を申し立て、それに対する棄却決定を受けてから、同費用負担決定の取消訴訟を提起した。同訴訟の中で原告は上記勾引の違法性等を主張したが、本件第1審⁸⁴⁾は、同費用負担決定の審理の枠内で前提問題として上記勾引の適法性を審理することは許されない等と述べてその請求を棄却したので、原審⁸⁵⁾で原告は、公権力に対する実効的な権利保護を要求する基本法19条4項違反を主張したがそれも斥けられた。そこで、連邦憲法裁判所に憲法異議（Verfassungsveschwerde）が申し立てられたのである。

(2) 本決定⁸⁶⁾は、以下のように述べて審理を本件第1審に差し戻した。すなわち、上記勾引に対する直接の権利保護を区裁判所に、上記勾引に基づく費用負担決定の適法性審査を行政裁判所に委ねるという州の立法者による「法的救済の途の分割〔Rechtswegspaltng〕は、機械的に、訴えを提起された裁判所に対して前提問題を審理することを禁じるという結果をも

⁸⁴⁾ VG Lüneburg Urt. v. 23.1.2004 -3 A 120/02- juris.

⁸⁵⁾ OVG Lüneburg Beschl. v. 14.6.2004 -11 LA 79/04- juris.

⁸⁶⁾ BVerfG Beschl. v. 29.7.2010, NVwZ 2010, 1482.

たらさない。」と述べた上で、「行政庁が事案を不当に処理したことによって生じた費用は免除されなければならない。」と定める「ニーダーザクセン行政費用法11条1項によれば、費用負担決定という形式に基づく国家の弁済請求権の適法性審査の枠内で、その決定を基礎付ける職務行為の適法性も調査しなければならない。というのも、当該規定は、『不当な事案処理』の場合における費用免除を定めているからである。」と判示している。

(3) このように、本決定は、明らかに上記州法の特殊性に基づくものである。また、本決定は、直接には勾引という高権的行為 (Hoheitsakt) を対象とするものであるとは言え、行政行為というよりもむしろ事実行為として評価されるべきものに係る事案に対する決定である。それにもかかわらず、次のように指摘する者がある。すなわち、本決定を踏まえると、上記州法に対する本決定の理解に基づいて基礎処分³⁷⁾の違法性が一般的に論じられるのか、そのように論じられる場合、当該基礎処分が不可争力を有していてもよいのか、あるいは、強制手段が適用される場合の瑕疵のみがここでは問題となるのか、という疑問がまず提起される。その上で、それらの問題を本決定は直接取り上げていないものの、本決定は素朴に基礎処分との関連を想定しながら判示していることから、本決定を、基礎処分と行政執行との違法性関連の完全な否定に対する居心地の悪さを表現するものとして理解することができる、と³⁸⁾。

要するに、本決定は、場合によっては、基礎処分と行政執行との違法性関連の否定に対する批判として理解することができるとされているのである。

³⁷⁾ Pietzcker, a. a. O. (Fn. 13), S. 1048-1049.

第四節 小括

以上の分析によれば、2010年7月29日連邦憲法裁判所決定のように、一部の判例から否定説への批判を読み取ることができるけれども、2008年9月25日連邦行政裁判所判決が基礎処分の適法性は行政執行の適法性の要件ではないことを明示的に確認していること等を踏まえると、近年の判例もまた、従前の判例と同様に否定説に与する傾向の中にあると言えよう。実際のところ、基礎処分と行政執行との違法性関連を強く肯定しようと試みる論者からも、「判例においては、おそらく違法性関連の否定が支配的である。³⁸⁾」と分析される状況にある。

なお、2008年9月25日連邦行政裁判所判決を受けて基礎処分と行政執行との違法性関連を明示的に肯定する論者が存在することを踏まえると、執行費用決定を執行措置として位置付けられるか否かという論点³⁹⁾が議論を複雑にしているように見受けられることを強調しておく。

第二章 くすぶる論争の種とその展開可能性

第一節 概観

(1) 前章で検討した判例の動向に対して、学説上、ドイツ連邦共和国(旧西ドイツ)建国当初は否定説が支配的であったが、その後しばしば肯定説が提唱されるようになり、近年では再度否定説が増加中であると指摘されることがある⁴⁰⁾。その指摘は同時に、現在の学説の支配的見解を突き止めることは困難であるという評価も下しているけれども、現在ではおお

³⁸⁾ Pietzcker, a. a. O. (Fn. 13), S. 1047.

³⁹⁾ 前掲注³⁸⁾参照。

⁴⁰⁾ Pietzcker, a. a. O. (Fn. 13), S. 1046. 1990年代初め以降に専ら基礎処分と行政執行との違法性関連の問題に取り組む論稿が登場し始めたことを含めて、vgl. auch Schweikert, a. a. O. (Fn. 3), S. 21-26.

むね否定説が支持されていると言ってもよい状況であるように思われる。そして、「判例及び学说では、延長手続〔das gestreckten Verfahren〕⁽⁴¹⁾において行政行為の存続力が生じた後に基礎処分⁽⁴²⁾の適法性が問題となることはもはやない、ということの広範囲にわたる一致が支配している。⁽⁴³⁾」ともされる状況であると言える。近年、基礎処分と行政執行との違法性関連を強く肯定しようと試みる論者からも、その違法性関連が問題となる典型的事例は、即時執行可能と宣言された基礎処分又は即時に執行された基礎処分ではなく、執行費用決定のみであるとされている。というのも、原告は、当該執行費用決定の発付後にはじめて危険防御の契機を見出すのであって、たいていの場合、おそらく原告は自らの目的を基礎処分の取消しによっではじめて達成できるということを知らないからである。そのような指摘がなされていることを踏まえると、そもそも、基礎処分に不可争力が生じた後に、基礎処分の適法性が行政執行の一般要件であることを否定することについてほぼ異論はなさそうである。そのように解さないと、行政訴訟上の取消期間等が弱体化してしまうという指摘もある⁽⁴³⁾。

(41) 典型的には、①強制手段の戒告、②強制手段の確定、③強制手段の適用の3段階から構成される通例の行政執行手続のことを指す。これについては、拙稿・前掲注(8)(1)42-44頁も参照。

(42) Schweikert, a. a. O. (Fn. 3), S. 54-55.

(43) Torsten Gerhard, Das Verbot der Vollstreckung von Verwaltungsakten als Rechtsfolge prinzipialer Normenkontrollen, in: Peter Baumeister/ Wolfgang Roth/ Josef Ruthig (Hrsg.), Staat, Verwaltung und Rechtsschutz: Festschrift für Wolf-Rüdiger Schenke zum 70. Geburtstag (2011), S. 721 (734). シュヴァイケルトは、3つの行政行為、すなわち、基礎処分、戒告及び確定の適法性は、それらの存続力発生後、後続する段階で注目されるべきではないという「分離原則〔Trennungsgrundsatz〕」が存在し、この原則は、不可争力という、基本法20条3項における法治国原理の下で保障されている法的安定性を保障する効力を有する行政行為について憲法上要請されるとまで述べている (Schweikert, a. a. O. [Fn. 3], S. 55-73.)。

(2) 以上のことを併せて考慮して、以前の検討では、否定説が依拠する直接の論拠として、不可争力を主とする基礎処分 of 効力及び基礎処分 of 適法性が行政執行の一般要件であることを否定する趣旨の実定法構造の2つが考えられ、そのうち前者は、基礎処分 of 不可争力が制定法、特に行政訴訟法に基づく効力であること等から、結局のところ、後者に大きく依存するようである旨を一応解き明かした⁴⁴⁾。

他方で、最近、基礎処分と行政執行との違法性関連を強く肯定しようと試みる論者からは、否定説の論拠として、もう少し細かく、《1》連邦行政執行法6条1項・2項等の文言、《2》民事訴訟上の強制執行手続との類似性、《3》法治国的距離保障原則、《4》基礎処分 of 存続力の観点等が挙げられている⁴⁵⁾。

そこで、以下でそれらを順次検討していくこととする。

第二節 否定説の論拠

(1) 連邦行政執行法6条1項・2項等の文言

否定説の第1の論拠として、連邦行政執行法6条1項・2項及び文言上それらに対応する州法上の規定の文言（及びその体系）が挙げられることがある。すなわち、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*〕に停止的効果〔*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。」として、命令的行政行為が強制手段によって貫徹され得る要件を規定しているが、そこに基礎処分 of 適法性は要件として明示的に挙げられていない。他

⁴⁴⁾ 拙稿・前掲注(6)57-59頁。

⁴⁵⁾ *Pietzcker*, a. a. O. (Fn. 13), S. 1052-1059.

方で、同条2項は、「行政強制は、刑罰若しくは過料の構成要件を実現する違法行為の阻止又は切迫する危険の回避のために即時執行〔sofortiger Vollzug〕⁽⁴⁶⁾が必要不可欠であり、かつ、行政庁がこのときその法律上の権限内で行動する場合、先行する行政行為なしに適用され得る。」として、先行する行政行為なき強制手段の適用のためには、「行政庁がこのときその法律上の権限内で行動する場合」という要件を求めている。そこで、支配的見解によれば、連邦行政執行法6条1項の状況下では、発せられた基礎処分⁽⁴⁷⁾の即時執行が命じられた場合であっても、その強制手段の適用の適法性にとって基礎処分の適法性は問題とならないとされるのである。

しかし、この論拠に対しては、次のような批判が加えられている。立法者による明瞭な確定があれば、それは一般的に決定的な評価として正当に位置付けられなければならない一方で、例えば、連邦行政執行法6条1項は、基礎処分の適法性が行政執行の一般要件であることを否定する論者によっても認められているように、決して完結的な解決策を提示するものではなく、不文の要件として基礎処分の適法性を読み込む余地を残している⁽⁴⁸⁾。結局のところ、基礎処分の適法性が行政執行の一般要件であるかという問題は、連邦行政執行法6条1項の主題ではないのである。さらに言えば、連邦行政執行法6条1項は、基礎処分の適法性を明示的に要件として挙げないことによって、基礎処分の即時執行が命じられる状況⁽⁴⁹⁾でその適法性を確定的に確認することはできないということに対する機知を含ん

(46) なお、拙稿・前掲注(8)(1)45-46頁で既に述べたように、連邦行政執行法6条1項の「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 8 6 Rn. 130-131; *Schweikert*, a. a. O. (Fn. 3), S. 31.

(47) Vgl. *Schweikert*, a. a. O. (Fn. 3), S. 58-59.

(48) その詳細は、拙稿・前掲注(8)78-88頁。

でいると解することも可能であろう⁴⁹⁾。

ただし、関連する法制史をたどれば、立法者は、連邦行政執行法6条1項から意識的に基礎処分⁵⁰⁾の適法性に係る判断基準を放棄したという歴史的解釈が成り立つという再反論がなされている⁵¹⁾。

(2) 民事訴訟上の強制執行手続との類似性

否定説の第2の論拠として、民事訴訟上の強制執行手続との類似性、要するに、民事訴訟上の判決と執行との分離、ひいては、行政執行によって実現されることが法制度上意図されている行政実体法と行政執行法との断絶(Entkoppelung)がしばしば挙げられる。

しかし、この論拠に対しては、即時執行可能と宣言された基礎処分に似れば似るほどそれらはいよいよ口頭で発せられることから、裁判所の判決及びその執行との違いがより明らかになるとして、上記の類似性を真っ向から否定する批判が加えられている。また、この批判は、仮の執行の危険責任を定めた民事訴訟法717条2項に対応する損害賠償規定が公法上存在しないため、なおさら上記の類似性は否定されるべきという主張によって補強されている⁵²⁾。

そもそも、以前検討したように⁵³⁾、民事訴訟上の強制執行と異なり⁵⁴⁾、行

49) Pietzcker, a. a. O. (Fn. 13), S. 1053.

50) Schweikert, a. a. O. (Fn. 3), S. 62-63. そして、この再反論は、「一方では、行政執行法が実定法制度として整備されるとともに、行政訴訟法が以前に比して整備され、実質的にも充実してきた結果として、行政執行によって実現されることが法制度上意図されている行政実体法から行政執行法が適法性要件に関して一般的には「分離」する傾向が、ドイツにおいてより明確になってきた」(拙稿・前掲注(6)63-64頁)と結論付けた筆者の以前の検討ときわめて整合的である。

51) Pietzcker, a. a. O. (Fn. 13), S. 1053-1054.

52) 拙稿・前掲注(6)47-48頁。

53) Vgl. Hanno-Dirk Lemke, Verwaltungsvollstreckungsrecht des Bundes und der Länder: Eine systematische Darstellung (1997), S. 162-163.

政執行、特に行政強制は例外なく命令行政庁自身によって実行されるため、そこに名義機能、すなわち、問題の請求権が執行可能であることを証明するものは不必要であり、かつ、あり得ないことから、執行手続においてもその実体的正当性の審理から解放されない、したがって、結局のところ、基礎処分と行政執行との違法性関連が肯定される、という行政執行の独自の形式に着目した逆の主張も古くから見受けられる⁶⁴⁾。これに対して、行政執行の場合も、命令行政庁と執行行政庁が別になることがあること⁶⁵⁾、すなわち、連邦及び州の大多数の一般行政執行法が命令行政庁とは異なる執行行政庁を許容しており、実際にも、いわゆる執行共助 (Vollzugshilfe)⁶⁶⁾等の場合に義務者に対して命令行政庁とは異なる行政庁が行為することがある⁶⁷⁾という批判がさらに加えられる一方で、肯定説によれば、執行可能な基礎処分には、民事訴訟における執行名義のように実質的確定力 (materielle Rechtskraft) がないことから、それに名義機能も認めることができないと主張されることもある⁶⁸⁾。そして、このような主張に対して、民事訴訟上の執行名義にも、仮執行宣言付き判決、公証人による執行可能な公文書、仮処分等のように、取消し・変更可能なものがあるという批判がつとに加

64) *Gottfried Arndt*, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung* (1967), S. 60, 63-64.

65) *Wolf-Rüdiger Schenke/Peter Baumeister*, *Problem des Rechtsschutzes bei der Vollstreckung von Verwaltungsakten*, NVwZ 1993, S. 1 (2).

66) Vgl. *Christian Waldhoff*, *Vollstreckung und Sanktionen*, in: Wolfgang Hoffmann-Riem/ Eberhard Schmidt-Aßmann/ Andreas Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts* Bd. 3, 2. Aufl. (2013), § 46 Rn. 179-186.

67) *Lemke*, a. a. O. (Fn. 53), S. 162. もっとも、*Lemke*, a. a. O. (Fn. 53), S. 163 は、行政執行と民事訴訟上の強制執行との実質的差異が、第三者の協力を頼りとせず執行可能であるか否かという点に求められること、したがって、行政執行の領域において、執行請求権の正統化を仲介する特別の名義が不要であることは認めつつも、「この問題は未確定 (dahinstehen) であり得る」と一定の含みを持たせて、厳密には結論を留保している。

68) *Arndt*, a. a. O. (Fn. 54), S. 60.

えられている⁵⁹⁾、という状況にある。

要するに、行政執行と民事訴訟上の強制執行が類似しているとみるか否かは、論者によって区々であり、このことから基礎処分と行政執行との違法性関連に対する一義的な解答を示すことはきわめて困難であるように思われる⁶⁰⁾。

(3) 法治国的距離保障原則

否定説の第3の論拠として、近年のドイツ行政執行法研究に対して少なからぬ貢献を果たしているヴァルトホフが主張する法治国的距離保障原則が挙げられる。すなわち、ヴァルトホフは、従来の法状況において、「行政執行法の基礎である、民主的に正統化された決定の貫徹のための統一的法実現過程の解明は、容易に、民主的な兆し〔Vorzeichen〕の下での法貫徹厳格主義〔Rechtsdurchsetzungsrigorismus〕及び抑圧的な能動主義〔Aktivismus〕に至ることができ、この中心的概念規定〔Determination〕は、他の憲法上規定されている諸原理とバランスをとられないであろう。」つまり、「まず議会法律が、行政の各法貫徹過程における不可欠の基礎として、その平等を保護される大衆〔Allgemeinheit〕によって、かつ、強固に一貫して規範化された立法手続に基づいて、一方における統治権と他方における私人との間の距離を創造」することを通じて、政治的決定に対する民主的距離が描写され、その結果、行政執行によって実現されることが法制度上意図されている行政実体法と行政執行法との「距離」、つまり「分離」が実定法上保障されるようになったと説いているようである⁶¹⁾。

59) 例えば、*Wolf-Rüdiger Schenke*, Buchbesprechung: Gottfried Arndt, *Der Verwaltungsakt als Grundlage der Verwaltungsvollstreckung*, DÖV 1969, S. 366 (367).

60) ほぼ同旨、*Schweikert*, a. a. O. (Fn. 3), S. 93-101.

61) *Waldhoff*, a. a. O. (Fn. 56), § 46 Rn. 166-178.

しかし、この論拠に対しては、少なくとも、命令行政庁と執行行政庁が同じであり、かつ、基礎処分⁶²⁾の即時執行命令の下で行われやすい警察処分に関して、そのような「距離」は保障されていないという批判が加えられている⁶³⁾。

(4) 基礎処分の存続力

否定説の第4の論拠として、基礎処分の存続力の観点が挙げられる。すなわち、基礎処分の不可争力（形式的存続力）と共に、基礎処分の発付によって生じるその実体的な拘束的效果（*Bindungswirkung*）が、基礎処分の適法性が行政執行の一般要件であることを受け入れることに對抗する決定的な論拠となるとされることがある。この実体的な拘束的效果の本質は、行政手続法上の諸規定に基づいて浮き彫りとなる。そして、行政行為の名宛人のみならず、それを発した処分庁その他の行政庁もまた、前章第二節(3)で言及した連邦行政手続法43条2項等によれば、1度発した行政行為に拘束されることとなり、処分庁と言えども、1度発した行政行為から解放されたいのであれば、それを取り消さなければならない。したがって、基礎処分と行政執行との違法性関連を肯定しても、行為義務を伴う基礎処分は存在したままとなってしまう、それを肯定する意義に欠ける。また、執行行政庁が処分庁と異なる場合には、基礎処分の適法性を審理する権限が執行行政庁にない点も否定説を支持する論拠となり得るとされるのである⁶⁴⁾。

62) 拙稿・前掲注(3)121頁等参照。

63) *Pietzcker*, a. a. O. (Fn. 13), S. 1054. なお、法国的距離保障原則に関する最近のわが国の論稿として、板垣勝彦「ドイツ公法学における「距離」概念について」自治研究89巻10号（2013年）46頁以下がある。

64) *Schweikert*, a. a. O. (Fn. 3), S. 73-93. なお、基礎処分を含む行政行為の拘束的效果については、人見剛「西ドイツ行政法学における行政行為概念の位置づけ」兼子仁編著『西ドイツの行政行為論』（成文堂、1987年）1頁 [12-15頁]も参照。

しかし、この論拠に対しては、次のような異論が唱えられている。すなわち、行政行為の実体的な拘束的効果は、処分庁自身をも拘束することになるが、処分庁その他の行政庁がその行政行為を即時に貫徹しなければならない、ということまで意味するものではない。法律がそのような義務を課していない限り、行政執行は行政の裁量の下にある。したがって、基礎処分の適法性が未確定であることは、決して基礎処分の遵守・服従義務と連結しておらず、そのことを逆に解すれば、基礎処分と行政執行との違法性関連を受け入れても、それは仮の服従義務と矛盾はしないのである。基礎処分の適法性とその仮の貫徹可能性とは断絶可能なのである。そうであるからこそ、執行費用決定に対する争訟は、不可争力を有さない基礎処分の違法性を根拠に成功することがあったとしても（執行費用決定に対する争訟の中で、基礎処分の違法性を主張できるとしても）何ら問題はない、という異論がある⁶⁵⁾。この異論は、基礎処分の適法性が行政執行の一般要件であることを否定する否定説への批判として、つまり、基礎処分と行政執行との違法性関連を強く肯定する肯定説の論拠として成り立ち得るかはともかく、行政行為と行政執行の法的関連性に係る検討を深化させる上で極めて示唆的な見解である。

第三節 小括

(1) 以上の検討を踏まえた上で、従来の検討、とりわけ、「はじめに」(2)で言及した肯定説の論拠として考えられる【1】ないし【6】を再度検討し直すと、(【2】を肯定説の論拠として唱える者は今日誰も見受けられないのでこの点はひとまず措くとして、)【1】と【3】から直ちに基礎処分と行政執行との違法性関連に関して一義的な回答を示すことは難しいよ

⁶⁵⁾ Pietzcker, a. a. O. (Fn. 13), S. 1054-1057.

うに思われる（ただし、歴史的解釈を踏まえると、即時強制を含む行政執行法に係る制定法の体系は、むしろ否定説を補強する傾向にある）。また、【6】について、それに対する批判に耐えられないように思われることは既に確認済である⁶⁶。したがって、結局のところ、現在もなお【4】と【5】の調整が問題となる訳である。例えば、前章第二節(3)で触れた基礎処分と行政執行との違法性関連を強く肯定しようと試みる論者は、【5】を重視して、執行費用決定の争訟において不可争力を有していない基礎処分の違法性を主張できることを強く求めている。しかし、そもそも、執行費用決定が執行措置として、すなわち、他の執行措置と同一の行政執行手続内に位置付けられるのかがまさに争われている現状を踏まえると、結局のところ、基礎処分と行政執行との違法性関連についてすら、何が肯定説で、何が否定説なのかを混沌としているように思われる。

(2) 他方で、上記の【4】と【5】の調整に関して付言すると、「違法だが依然として存続力を有さない行政行為は、原則として有効であるけれども、取り消されるか、又は変更されなければならない。すなわち、実体的正当性という法原則は、行政行為の形式的存続力の発生まで無制限に保障されるのである。もっとも、その形式的存続力の発生に伴い、法的安定性の原則が前面に出る。これら両原則は、基本法20条3項に基づく法治国原理の構成要素として互いに優劣を付けられない、等価値のもの」であり、具体的な調整は、立法裁量に委ねられる、と指摘されることがある⁶⁷。そ

⁶⁶ 拙稿・前掲注(6)56-57頁。

⁶⁷ Gerhard, a. a. O. (Fn. 43), S. 723. Schweikert, a. a. O. (Fn. 3), S. 69-70 は、同旨の見解を示しつつ、法的安定性の原則、行政の法律適合性の原則、実効的な法律執行の原則といった憲法上の諸原則の中で完全におなじりにしてもよいものは1つもないと述べている。なお、Schweikert, a. a. O. (Fn. 3), S. 102-120 は、拙稿・前掲注(6)61頁注(153)でも触れた、行政庁の職権取消義務や連

の結果、基礎処分⁶⁸の違法性と行政執行の違法性を関連付けられるか否かは、やはり制定法次第であるということに落ち着くかも知れない。しかし、より重要なことは、この指摘を踏まえた上で、基礎処分の不可争後は現状維持 (Beibehaltung des status quo) がなされなければならない、違法と認められた決定を強制手段によって将来に向かって執行してはならないとされることである⁶⁹。また、基礎処分の事後的な違法は、その後の行政執行を比例原則に反するという理由で違法にする場合があることが指摘されることもある⁶⁹。それらに加えて、執行費用決定に対する争訟は、不可争力を有さない基礎処分の違法を根拠に成功することがあったとしても（執行費用決定に対する争訟の中で、基礎処分の違法性を主張できるとしても）何ら問題はないという、前節(4)で言及した異論も併せて考慮すると、たとえば基礎処分と行政執行との違法性関連が一見否定されるとしても、基礎処分の瑕疵は【2】の行政執行の中止義務に影響を与え得るという観点から、「連関」と言える程度に強い結び付きがあるとは言い難い）行政行為と行政執行の法的関連性が別途検討されなければならないように思われる。また、繰り返しになるが、執行費用決定に対する争訟の中で基礎処分の違法性を主張できるかという問題と、基礎処分の適法性が行政執行の一般要件であることを肯定するかという問題は、一応切り離して論じられる余地がある。

↘ 邦行政手続法51条等が定める一般行政手続の再開 (Wiederaufgreifen) 等に着眼することにより、訴訟経済の観点や【5】は肯定説の論拠とならないと述べており、憲法上の諸原則の比較衡量の場面では基本法19条4項に基づく公権力に対する実効的な権利保護の保障の観点に直接注目していないようである。

⁶⁸ Vgl. *Gerhard*, a. a. O. (Fn. 43), S. 724-729, 733.

⁶⁹ *Thomas Weber*, Tücken des Verwaltungsvollstreckungsrechts, DVBl. 2012, S. 1130 (1130).

おわりに

本稿におけるわずかばかりの検討の結果、執行費用決定が執行措置として位置付けられるか否かを検討する必要性を改めて確認することができた。しかし、それ以上に、行政執行の中止義務⁷⁰⁾が生じる場合をはじめとする、行政執行の一般的な消極的要件⁷¹⁾の検討の深化こそが——引き続き否定説が幅広く支持を集めているにもかかわらず、当該消極的要件に係る指摘が最近いくつか見受けられるようになったことから看取されるように——行政行為と行政執行の法的関連性を精確に論じる上で、そして、公権力の行使に対する実効的な権利保護を行政執行に関連してどのように保障すべきかという観点からも強く求められよう。これが次稿の課題である。

【付記】

本稿は、科学研究費補助金・若手研究(B)「行政代執行の基礎理論の解明——日独比較法研究を中心として」(研究課題番号：25780023)の成果の一部である。

⁷⁰⁾ Vgl. *Lemke*, a. a. O. (Fn. 53), S. 226-255.

⁷¹⁾ 例えば, *Michael App/ Arno Wettlaufer*; *Praxishandbuch Verwaltungsvollstreckungsrecht*, 5. Aufl. (2011), § 6 Rn. 5.