

# 緊急代執行

## ——行政代執行法 3 条 3 項——

藤 谷 豊 松

### 目次

- 第 1 節 緒言
- 第 2 節 行政上の強制執行
  - 1 直接強制
  - 2 執行罰
  - 3 代執行
  - 4 金銭強制徴収手段
- 第 3 節 行政上の義務
  - 1 不作為義務
  - 2 作為義務
  - 3 不代替的義務
  - 4 代替的義務
- 第 4 節 公法上の義務と行政上の強制執行の手段
  - 1 憲法 31 条
- 第 5 節 現憲法の下における強制執行の手段
  - 1 行政代執行
  - 2 国税滞納処分
  - 3 即時強制
  - 4 行政罰
- 第 6 節 行政代執行法による代執行
  - 1 代執行者
  - 2 代執行の要件
  - 3 代執行の手續
  - 4 代執行の実施
- 第 7 節 緊急代執行
  - 1 緊急代執行の要件

## 2 緊急代執行の手續

### 結語

### 第1節 緒言

国家はその目的（公共の福祉の保障，およびその実現等）のために，必要な種々の作用をおこなう。

行政作用法は，これら種々の作用のうち学問の性質上，法律関係を生成，消滅せしめる作用，すなわち行政行為<sup>(1)</sup>のみをその研究対象とする。法律関係はこれを主観的観点からみれば権利，義務の関係である。

行政法は国家作用のうち権利，義務（ことに行政客体との間の）に関する作用のみを取扱う。すなわち権利の賦与，剝奪，義務の賦課，解除に関する作用のみを問題とする。行政客体に対し，権利を賦与し義務を課す作用は，先づ第一に立法作用によっておこなわれ，第二には立法作用によって定立された法規の執行作用，すなわち行政作用によっておこなわれる。権利を賦与する作用は形成的作用であり，義務を課す作用は命令的作用である。命令的作用は，人民のもつ生来の自由権を制約するという手段によって，おこなわれる。換言すれば，人民の作為の自由（権）を制約して不作為を命じ，不作為の自由（権）を制約して作為を命ずる作用である。命令的作用のもたらす法的効果は，不作為の義務，作為の義務を行政客体に課すことである。これら作為，不作為の義務は，義務者の任意の意思による履行が期待されている。万一，義務者が任意に義務を履行しない場合には，これらの義務は公共の福祉のために必要なものとして課せられたものであるから，公共の福祉の実現は不可能となる。したがって国家にとってはこの義務の履行を確保するための強制手段が必要となる。この手段を行政上の強制執行（行政強制）という。

すなわち行政上の強政執行とは，法令，または法令にもとづく命令的処分（行為）によって，行政客体に課せられた義務が，義務者本人の任意の意思によって履行されない場合にその義務を履行させ，または履行されたと同一の状態を生ぜしめるための強制手段である。

- (1) 行政行為とは公法上の法律行為、すなわち公法上の法律関係を生成、消滅せしめる行為である。公法上の法律関係とは公権と公義務との対立関係である。

## 第2節 行政上の強制執行

国家がその目的を達成するための手段として、行政客体に対してとるべき途としては国家生成の目的からみて、行政客体の自由権を制約しておこなわれるものであることは、改めて説明する必要はない。

国家は行政客体に対し、その自由権を制約して作為、不作為の義務を課し、その義務が履行されない場合に公権力を発動して義務を履行させ、または履行されたと同じ状態を生ぜせしめる。その手段として先づ第一に考えられるものは義務者の自由、あるいは財産に実力を加えて義務を履行させるための手段、第二に金銭給付義務を義務者にあらかじめ予告することによって、義務者の心裡を圧迫して自発的に義務の履行を確保しようとする手段、第3に、第三者が義務者に代って義務の内容をなす行為をなし、義務者本人が履行したと同一の状態を生じせしめる手段、第4に金銭給付義務について、その義務が履行されたと同一の効果を生じせしめるための手段の4つが考えられる。

第一は直接強制であり、第2は執行罰、第3は代執行、第4は金銭強制徴収手段である。

これら4つの手段は旧行政執行法（昭和23年廃止）において採用されていた手段である。これらの手段の法的根拠は法令、または、法令にもとづく行政処分が、その特性としてもつ自力執行力に由来する。

## 第3節 行政上の義務

法律（法律の委任にもとづく命令、規則および条例を含む）により、直接に課せられ、または法律にもとづき行政庁により行政客体に課せられた義務は公法上（行政上）の義務である。したがってそれは私法の適用をうけない。

公法上の義務には先づ第1に作為の自由を制約する作用、すなわち禁止によって課せられる不作為の義務（公務員による公務の執行が適法におこなわ

れる場合、それを甘受すべき受忍の義務を含む)。第2には不作為の自由を制約する作用、すなわち下命によって課せられる作為の義務<sup>(2)</sup>および金銭給付を命ずる下命によって課せられる金銭給付義務等がある。

またこれらの義務が義務者本人によって履行されない場合、行政上の目的が達成されえないか、どうかの観点からこれを分類すると、第三者が義務者に代ってその義務を履行しても、義務者本人が履行したと同一の行政上の状態を生ずる義務と、第三者が義務者本人に代って履行しえない義務とに分類される。前者を代替的義務<sup>(3)</sup>といい、後者を非（不）代替的義務<sup>(4)</sup>と呼ぶ。

不作為義務は、義務の性質上つねに不代替的義務である。作為義務には、代替的作為義務<sup>(5)</sup>と不代替的作為義務とがある<sup>(6)</sup>。

- (1) 不作為の義務には、たとえば  
未成年者喫煙禁止法による未成年者の禁煙義務。  
風俗営業取締法によって命ぜられた営業主の営業禁止の義務
- (2) 作為の義務には、たとえば  
建築基準法による違法建築物の除去義務。  
所得税法による納税申告義務。
- (3) 代替的義務には、たとえば  
註(2)にあげた違法建築物の除去義務、その他がある。
- (4) 不代替的義務、たとえば  
未成年者飲酒禁止法による未成年者の禁酒義務。  
道路交通安全法による運転免許証を携行せずに、自動車を運転しない義務。
- (5) 代替的作為義務には、違法建築物の除去義務がある。
- (6) 不代替的作為義務には、医師法による医師の診療義務がある。

#### 第4節 公法上の義務と、強制執行の手段

以上、第2節および第3節において述べたように公法上の義務には1、不代替的不作為義務と、2、不代替的作為義務および、3、代替的作為義務ならびに4、金銭給付義務がある。これら4つの義務の履行を確保するためには、先にあげた4つの強制執行手段のうち、いずれの手段を採用すべきかが問題となる。

直接強制は義務者本人の自由（場合によっては財産）に直接実力を加えて義務を履行させる手段であるから、4つの公法上の義務のいずれに対しても、その履行を確保するために、もっとも有効な手段である。執行罰もまた義務の不履行に対して、もとの義務には含まれない金銭給付義務をあらたに課する作用であるから、いずれの義務の履行を確保するためにも採用することができる。代執行は第三者が義務者本人に代って義務の内容をなす行為をなし、義務者本人が義務を履行したと同一の状態を生じせしめる手段であるから、その適用は代替的作為義務の不履行にのみ適用される。金銭強制徴収手続は、金銭給付義務に対してのみとられる手段であることは論を俟たない。

行政強制はその意に反して義務者の自由、財産に実力を加えこれを侵害する行為であるから、これをおこなうには法律上の根拠が必要となる。

この法律上の根拠として考えられるものには先づ第1に、法令の直接義務を課す規定および、法令にもとづく行政行為（命令的処分）の中に、すでに行政強制をなしうる権限とそのために受忍の義務を課しうる権限とが含まれているとする説、第2には行政強制をおこなうに当っては、それを認める実定法の存在を必要とする説の2つがある。

第1の説は、法令の拘束力および命令的処分の特性である自力執行力等を拡大解釈することによって、義務を命ずる法令の規定および、これにもとづく命令的処分には、すでに行政強制を受忍すべき義務が含まれていると説く論であって、筆者はこれをとらない。

日本国憲法のもとにおいては、第2説が相当であると思われる。

日本国憲法31条は「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない。」と規定して法定の手続によらなければ、我々はその自由を拘束され、財産を侵害されないことを保障されている。これは一般に罪刑法定主義を規定したものと解されているが、行政行為によって自由、財産を侵害する場合にも本条の適用があるものと考えられている。したがって行政上の義務の履行を確保するための手段として、強制執行をおこなう場合にも、強制執行を認める実体法および、

その法定手続を規定する手続法の両者が必要である。

## 第5節 現憲法の下における強制執行の手段

第2節において述べたとおり強制執行の手段として直接強制、執行罰、代執行、金銭給付義務の不履行に対する金銭強制徴収手続の4つが考えられているが、それらのうち現憲法のもとにおいては、行政強制の手段としていかなる方法が認められているであろうか。

まず直接強制は、直接、国家が実力を用いて行政客体の自由（時としては権利）を侵害する処分である。人権を最大限に保障する日本国憲法18条において「何人も、いかなる奴隷的拘束も受けない。又、犯罪に因る処罰の場合を除いては、その意に反する苦役に服させられない。」と規定し、刑罰としてこれをおこなう場合をのぞいて、自由を侵害することを原則的に認めていない。行政上の強制執行の手段としておこなわれる自由の拘束が、本条に規定する苦役に該当するか、どうかはなお議論の余地があるが、現状では実定法のうちに直接強制を認める規定は存在しない（但しライ予防法、および出入国管理令には直接強制を認める規定があるが、これは例外的なものである）。それ故、直接強制は現憲法のもとにおいては、これを行政強制の手段としては採用することはできない。

旧行政執行法のもとにおいては、主として警察上の目的から、直接強制を認めていたが、予防検束、保護検束に藉口してみだりに人民の自由を拘束し、その弊害が大であったため、人権の尊重を第一とする現憲法のもとにおいてはこれを認めないことに改められた（ただし現実の行政においては即時強制<sup>(1)</sup>の名のもとに憲法上認められていない直接強制がおこなわれる例が多くみられる）。

執行罰は本来の作為、不作為の義務の不履行に対して金銭給付義務を付加することによって間接的に、義務の履行を確保する手段であるが、その金銭給付義務は従来、あまりに低額であって実効性にとぼしく、加えて義務の不履行<sup>(2)</sup>に対して行政罰としての金銭罰を科しており、これもまた間接的に義務

の履行を確保する手段であって、その金額は執行罰に比して高額であるためその実効性においては、執行罰にまさると考えられるから、現行法には執行罰を認める規定は原則として存在しない。ただその改正時において、なんらかの事由により削除をまぬがれた執行罰の規定が河川法、砂防法のうちにみられる。しかし、その実施はみられない。

代執行は第三者が義務者に代って、その義務を履行する手段であって、義務者が履行しても、第三者が履行しても同一の行政上の効果をもたらすための手段であって、その作用の性質上、代替的作為義務の不履行に対してのみとりうる手段である。しかも代執行を実施することによって義務者に与える損害も義務者本人が任意に義務を履行した場合とほとんど同様であるという見解に立って、現行法のもとにおいては、代執行を強制執行の手段として行政代執行法はこれを規定している。

金銭給付義務の履行を確保するための金銭強制徴収手段としては、国税通則法（昭和37法66）第3章に、国税の不納付（すなわち税債務の不履行）に対して滞納処分の規定が設けられている。同規定は公法上の他の金銭給付義務の不履行に対しても一般的に準用されている（たとえば、行政代執行法6条1項）。

すなわち、強制執行を認める現行法は、代替的作為義務の不履行に対する行政代執行法および、金銭給付義務の不履行に対する滞納処分以外には、その規定は存在しないのが実状である。したがってその性質上、非代替的義務である不作為義務（受忍の義務を含む）および、非代替的作為義務の不履行に対する強制執行の手段は、法律上認められていない。これらの義務の不履行は、不履行のまま放置されることになる。これが先きに述べたように即時強制に藉口して、直接強制のおこなわれる所以となる。

私見を述べるならば、必要な要件を明示して直接強制を認めることが、より特策であらう。<sup>(3)</sup>

- (1) 行政上の強制執行は、行政上の目的を達成するため、行政客体に対し、あらかじめ作為、不作為の義務を課し、義務者本人の任意の履行がない場合に、その目

的を実現するために採用される手段である。一方、即時強制は、緊急のため、あらかじめ義務を課し、その履行を待つ時間的余裕のない場合、または目的の性質上、あらかじめ義務を課すことによって、その目的が達成せられないようなたとえば秘密を要する事項等の場合に、義務を課すことなく、ただちに行政客体の自由、財産に実力を加え強制的に行政上の目的を達成するための作用である。これを、また実力強制ともいう。

即時強制は強制執行と同様に、行政目的を達成するため行政客体の身体、および財産に実力を加え、これを侵害する行為であるから、法の規定がない場合にはこれをおこなうことができない。

即時強制を規定する法律には、次のようなものがある。

- ① 身体に対する強制を規定するものとしては、たとえば  
伝染病予防法、精神衛生法、少年法、売春禁止法、優生保護法等その例は多い。
- ② 物に対する強制を規定するものとしては、たとえば  
質屋営業法、古物営業法、消防法等があげられる。
- ③ 土地、建物に対する強制を規定するものとしては、たとえば  
風俗営業取締法、伝染病予防法、食品衛生法、旅館業法等、その他、営業に関する多くの法律が存する。
- ④ 警察官職務執行法は、即時強制に関する一般法である。

即時強制は例示した法律からも推測されるように、警察行政の分野に多くみられる。法律はその制定の当時においては、将来、おこりうるであろう緊急事態のすべてを網羅して、これに対処するための規定を設けることは不可能である。したがって行政機関がその緊急事態に対処するため、即時強制をおこなう場合には大幅な裁量権（要件裁量、効果裁量）が認められる。しかしながら、この裁量権は自由裁量ではなく、法律に規定がない場合にも条理法(4)に拘束される羈束裁量である。

なお即時強制は、行政上の義務を負担すべき資格（行政の名宛人となるべき資格）を有しない者に対しても、これがおこなわれることがある（たとえば、消防法29条）。これを警察急状権と呼ぶ。

即時強制が法律にしたがって行使される場合には、その職務執行には、すでに受忍の義務が含まれているものと考えられる。したがって即時強制に消極的、または積極的に抵抗することは公務執行妨害罪の構成があるものと考えられる。

- (2) 行政罰は過去の行政上の義務の不履行に対して、義務者の自由、財産に加えられる害悪であるに対し、行政上の強制執行は、行政上の義務の不履行があった場合に、義務者の自由、財産に加えられる害悪である。両者ともに行政上の義務の

履行を確保するための強制手段であるが、行政上の強制執行は直接的、または間接的に履行を促がすことによって、将来に向って、その履行を確保する手段であり、行政罰は自由、財産に加えられる害悪を予知せしめることによって、その心裡を圧迫して間接的に義務の履行を確保せんとする手段である。

行政罰を科せられる非行を行政犯といい、他方、刑罰を科せられる非行を刑事犯という。

行政犯の内容をなす非行（行政上の義務違反）は行為そのものは本来、反倫理的、反社会的でないが、それを違法として処罰することを規定しているから、反法律的行為となる。他方、刑事犯の内容をなす非行は、行為そのものが反倫理的、反社会的であるから、法律にそれを禁ずる規定がないけれども反法律的である。

行政犯はそれ故に法定犯であり、形式犯である。これに対して刑事犯は自然犯であり、実質犯である。しかしながら、この両者の区別も相対的なものであって、社会状況の変化に応じて今日、行政犯であった行為が明日、刑事犯となることもあろう。

行政罰には刑法に刑名の定めある罰を科す行政刑罰と、単に、行政上の秩序を維持するため、その秩序をみだした者に対して課される秩序罰である過料とがある。

行政刑罰は、刑事訴訟法の手続にしたがって裁判所がこれを科し、過料のうち国が課す過料については非訟事件手続法（明31法14）の規定によって簡易裁判所がこれを課し、地方公共団体の課す過料は、条例の規定にのっとって、その長がこれを課す。

- (3) このためには、あらたに法律の制定が必要であると同時に、現憲法の取扱が問題とされるであろう。
- (4) 条理が法源として拘束力をもつか、どうかについては異論もあるが、筆者は、法的拘束力をもつという立場に立つ。

たとえば警察機関がその権力もちいて、即時強制をおこなうに当っては、註1にも述べたとおり、大幅な裁量権が認められている。

警察権を行使するに当っては法律、命令に拘束されることは勿論であるが、その裁量権を行使するに当っては、次のような条理上の限界がある。

- ④ 警察権は公共の安全と秩序の維持という消極的目的の奉仕にのみとどまるべきであって、それをこえて積極的に公益の実現を目的としてはならない。
- ⑤ 警察権は④の目的を達成するためのものである。すなわち公共のためにのみその発動が限定されなければならない。人の生命、財産の保護に任ずるに当たっても、それが公共になんらかの関連をもつ場合である。
- ⑥ その発動は憲法14条の平等の原則に拘束される。不合理な不平等な発動はゆ

るされない。

- ㊦ 警察権発動の効果は、その名宛人に対して平等でなければならない。不合理な差別はゆるされない。
- ㊧ 発動のもたらす効果は、警察権発動の結果うしなわれた自由、財産に対する損害と、発動の結果、得られる利益とが常に比例しなければならない。
- ㊨ 法律に警察急状権を認める規定がない限り、警察権は警察責任を負うもののみ発動されるべきである。

以上の事項は、警察権を発動する場合に必ず守るべき原則である。これに反して警察権を行使することは、違法であると考えられる。

## 第6節 行政代執行法による代執行

行政代執行法（昭和23，法43）は、①代執行をおこないうる者（代執行者）②代執行の要件③代執行の手続④代執行の実施⑤代執行に要した経費の取扱い等について規定する。

代執行の対象となる義務は前にも述べたとおり代替的作為義務（その内容をなす行為は法律ならびに法律の委任にもとづく命令、規則および条例等により、直接に命ぜられ、または法律にもとづき行政庁により命ぜられた行為のうち、他人が代ってなすことのできる行為、法2条）である。

① 代執行者 代執行をおこないうる者は当該行政庁である。当該行政庁とは処分庁、あるいは代執行をおこなう権限を与えられた行政庁をさす。

② 代執行の要件 代替的作為義務の不履行があった場合においても、ただちに代執行をおこなうことはできない。不履行があると同時に④他の手段によってその履行を確保することが困難である場合、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場合（法2条）にのみ代執行をおこなうことが認められている。

代執行をおこなう場合に充足されていなければならないこの二つの要件規定は、当該行政庁が代替的作為義務の不履行があった場合に、みだりに代執行という行政強制をおこなうことを規制するために設けられた規定であると

思はれるが、一見、明白な規定であるがごとく見えるけれども、その意味、内容は全く不分明であるといわざるをえない。

行政強制を規定する我が国の実定法は、金銭給付義務の不履行に対する国税滞納処分の規定以外には、代替的作為義務の履行を担保する本法のみである。

したがって④の規定に見られる「他の手段」とは、いかなる法的手段を指称するのか不明である。

強制執行の手段として考えられる「他の手段」とは直接強制であるが、直接強制手段は前にも述べたとおり現憲法下ではこれを認める法的規定はない。法に規定のない強制手段を本法が採用することを認めているとは解しがたい（ただし直接強制を認める法律が制定されるならば、それはまた別問題となる）。

また「その不履行を放置することが公益に反する義務」とは、いかなる公法上の義務をさすのか、これもまた理解しがたい。すべての義務は公益を目的として課せられるものであるから、その不履行は必らず公益に反するものと解さざるをえない。本来その不履行が公益に反しないような義務を課すこと自体無意味であり、かつ人権の保障にとっても有害な処分である。

つぎに「公益に反することが著しい場合」と規定されているが、万一同種の義務が、同一目的をもって、不特定多数の人民に課せられた場合、義務を履行した者と、その不履行が著しく公益に反しないとして、不履行者に対してその義務の不履行を放置することは、履行者と不履行者との間の行政平等の原則を犯かし、履行者に不測の損害をあたえることとなる。

その不履行が公益に損害をあたえないような義務は、公益のため必要のない義務であると考えられるから、憲法の趣旨からみて、すみやかか<sup>(1)</sup>にその義務を免除すべきであろう。

以上の諸点からみて、この二つの要件規定は無意味であるばかりでなく、この規定を遵守することは、かえって行政主体、ならびに行政客体にとって有害なものであらうと考えられる。

③ 代執行の手続 代執行の手続は次のとおりである。① 戒告、② 通知、③ 代執行の実施。

① 戒告 代執行をなすには「相当の履行期限を定め、その期限までに履行がなされないときは、代執行をなすべき旨を、予め文書で戒告しなければならない」(3条1項)。

相当の期限とは客観的にみて、義務を履行するに足る十分な時間的な余裕を意味する。戒告は文書でおこなわれなくてはならない。口頭による戒告は無効である。戒告の法的性質は通知<sup>(2)</sup>にあたる。戒告に記載すべき必要事項は履行期限である。

② 通知「義務者が、前項の戒告を受けて、指定の期限までにその義務を履行しないときは、当該行政庁は、代執行令書をもって、代執行をなすべき時期、代執行のために派遣する執行責任者の氏名及び代執行に要する費用の概算による見積額を義務者に通知する」(3条2項)。

代執行の通知は、法が代執行令書と規定しているから必ず文書をもって、おこなわれなければならない。この通知は要式行為である。代執行に記載すべき事項は法定されている。

この通知の法的効果は、義務者に対して、あらたに受忍の義務および内容不明の金銭給付義務を課することになる。

したがって①の戒告、および②の通知のいずれか一つ、または両者を欠く代執行は法律上、有効な処分とは認められない。

④ 代執行の実施 代執行令書によって指定された代執行をおこなうべき期限までに、義務者がその義務を任意に履行することは自由である。万一、その期限までに義務者による義務の履行があった場合には、もはや代執行をおこなうことはできない。代執行をなす場合、代執行令書に記載された代執行責任者は「その者が執行責任者たる本人であることを示すべき証票を携帯し、要求があるときは何時でもこれを呈示しなければならない」(4条)<sup>(3)</sup>。

証票を携行せず、または要求があるにもかかわらず、これを呈示しないでおこなう代執行は、正当な公務の執行とは認められない。

したがって義務者およびその関係人が実力をもって、その代執行の実施を妨害した場合において公務執行妨害罪が成立するか、どうかは微妙な問題となる。このことは代執行の手續に瑕疵ある場合、すなわち戒告、通知をなさず、ただちに代執行をなす場合においても同様な考え方が妥当する。その妨害の程度が過剰防衛にあたる場合をのぞいて、義務者およびその関係人に対し刑事責任を追求することは困難であろうと考えられる。

- (1) 同様に無意味であると考えられる規定が、たとえば憲法の規定にもみられる。

憲法73条は内閣の権限について規定し、その6号において「この憲法及び法律の規定を実施するために、政令を制定すること」と定めることによって内閣に政令（命令）制定権を認めている。

本号にもとづく政令は、いわゆる施行命令である。施行命令（ここでは政令）は施行さるべき法律と一体をなして、一般的に人民を拘束する。すなわち法規たる性質をもつ政令である。このことから本号は内閣に対して法規制定権を与えているものと解せられる。

一方、憲法41条は国民の代表機関である国会を「唯一の立法機関」と規定し、実質的意義の法規制定権は国会がこれを独占するものとしている（立法国会独占主義）。

国会の制定する法、これを法律というが、法律は一般的抽象的規定であるから、これを施行するためにはその施行のための法が必要となる。この法は法律を施行するため制定される法であるからそれを施行する機関（行政）がこれを定めるのが妥当であろう。これが行政機関に対して法規たる性質をもつ施行命令制定権を認めた所以である。換言すれば法律を施行するための政令であるから、法律に必らずその制定の根拠をおかなければならない。法律に根拠をもたない政令は独立命令であって、国会が唯一の立法機関であるという規定に相反する。すなわち法律に根拠のない独立命令を、たとえ、それが憲法を施行するための政令であっても、これを認めることはできない。

万一、内閣が本号によって法律に根拠をもたない命令たとえ、それが憲法を施行するための政令であっても、これを制定することを認めるならば、国会とは別に内閣にも立法権を認めることになり三権分立の原則に反することになる。

法段階説によると最高法規たる憲法には、法制定作用のみが内在し、施行作用はないと解されるから（最高裁人権規定のプログラム説を引用するまでもなく）、憲法を施行するための法を行政機関は制定することはできない。法律以外のすべての法は法律にその根拠を置かなければならない。よって本号の「この憲法」を

施行するため政令を制定するという規定は、無意味であり、その運用上、解釈によっては民主主義をおびやかす危険があると考えられるが大方の見解をまちたい（もっとも日本国憲法も、その制定過程からみて、国会がこれを制定したのだから、これもまた法律であるという見解をとるならば問題は別となる）。

- (2) 通知は口頭、または文書によって相手方に自己の意思を知らしめる作用であって、ただ単に自己の意思を知らしめるということだけであって固有の法的効果はない。ただし法が手続の一環として通知を規定する場合、それが適法におこなわれるならば、通知はその手続を法律上有効なものとする法効果をもつ。通知を要するという規定にもかかわらず通知を欠く行為は無効である。すなわち、ここで通知は公法上の準法律行為である。

3条1項の戒告は、戒告を、欠く代執行の通知は効力を発しないと考えられるから、その法的性格は通知にあたる。

ここで手続とは一つの法効果の発生を目的として、おこなわれる相連続する一連の法律行為をいう。

- (3) この規定は公務員が公務を執行する場合に同様な規定があると否とにかかわらず、遵守すべき規定である。ことに即時強制をおこなう場合には、その携行を求める規定はすくない。しかしながら規定がないからとして、証票を携行しないで職務をおこなうことは違法である。たとえば警察官が警職法2条の規定にしたがって職務質問をおこなう際にも証票の携行を義務づける規定は存しないが、証票を携行せずしておこなう職務質問は違法である。

## 第7節 緊急代執行

前節に述べた代執行は通常的なものであって、これとは別に行政代執行法は緊急の場合における代執行の手段を認め、次のように規定している。

「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、前2項に規定する手続をとる暇がないときは、その手続を経ないで代執行をすることができる」。(3条3項)

緊急代執行の要件は本項に規定されているように

- ① 義務の内容をなす行為の急速な実施を緊急に必要とする非常の場合
- ② 急速な実施を緊急に必要とするほど、公益に対する危険が切迫している場合

⊙ 実施の必要性が戒告、および通知をする時間的な余裕がないほど急を要する場合である。

非常の場合および危険切迫の場合等は、義務を課した時点では予知できなかったものでなければならない。

非常の場合、危険切迫の場合、時間的な余裕がないほど急を要する場合、急速な実施等の概念はその解釈が多義的であって、いわゆる法不確定概念である。

これらの多義的概念の解釈は、代執行の権限をもつ行政庁の裁量にゆだねられている。

当該行政庁がその裁量権を行使するにあたっては緊急代執行をおこなうことによって得られる公益と、それによって失なわれる人民の権利、利益等を慎重に比較衡量する必要がある。

緊急代執行を必要とする事態にいたるまで義務を不履行のまま放置したことは、義務者がその責任を負うとともに、当該行政庁もまた、その責任を分担しなければならない。したがって行政庁が緊急代執行をおこなうについては、人民の権利、利益の尊重を第1に考慮する必要がある。

この規定は緊急の必要ある場合に、相手方（義務者）に代執行のおこなわれるべきことをあらかじめ予告することなく、ただちに相手方の自由、財産に実力を加えてこれを侵害する行為である。

国家が人民（行政客体）の自由、財産に実力を加えてこれを侵害する行為は刑罰をのぞいては、行政上の強制執行、または行政上の即時強制に限られる。3項に規定されている緊急代執行は強制執行、あるいは即時強制のいずれの手段に該当するであろうか。

行政庁が代執行をなしうる場合はあらかじめ行政客体に対し、その行為の履行を内容とする義務を課し、その義務が義務者本人によって履行されない場合に限られる。その場合にはじめて法所定の手続を経ておこなわれる手段である。この考え方は義務の内容には、万一義務を義務者が履行しない場合

には義務者の身体、財産に対して加えられる国家の実力行使を受忍すべき義務（受忍義務）が含まれないと考えられる。したがって義務不履行の場合、義務者に加えられる実力行使は、あらかじめ義務者に対してこれを受忍すべき義務を課す手続を経ない限り、その実力行使は、適法な国家行為とは考えられ難い。

一方義務を課す時間的余裕のない緊急の場合、または義務を課すことによって行政上の目的を達成できないような場合（たとえば食品検査のため公務員が食品衛生法にもとづいて立入るような場合）、行政上の目的を達成するため、あらかじめ義務を課すことなく人民（行政客体）の自由、財産に実力を加えこれを侵害することが認められている。この手段は前にも述べたとおり行政上の即時強制といわれる。ただし即時強制をおこなうについても、それを認める法の規定がなければならない。

3項の規定する緊急代執行は、あらかじめ義務を課しその義務が履行されない場合に、その義務の不履行を放置することによって生じた緊急事態に対処するため実施される手段である。義務が課された後、その義務の履行期限前に3項に規定されているような緊急事態が生じた場合には、その事態に対応するため本項の緊急代執行の手段をとることができるか、どうかは考慮の余地がある。<sup>(1)</sup> 緊急代執行はあらかじめ義務が課されているという点で即時強制とはことなる。

また緊急代執行は受忍の義務を課す手続、すなわち「代執行の通知」を欠くから、義務者には受忍の義務が課されることなく、義務者の財産に直接実力を行使する作用であるという点で、本来の代執行とはことなり、その本質を行政上の即時強制と同一にする作用であって、これは義務の不履行を前提とし、その履行を確保する手段であるから、行政上の強制執行の一手段としての直接強制にあたる。すなわち3項は、代替的作為義務に対して緊急の場合、直接強制を認める規定であると考えられる。

人権の尊重を第一とし、刑罰をのぞいては身体に対する侵害を認めない日本国憲法<sup>(2)</sup>の精神からみて、たとえそれが緊急の場合にのみ限ってとられる手

段であるとしても、3項の規定には疑義が存する。

(1) この場合には、行政上の即時強制によるべきであろう。

## 結語

今日の知識は昨日までの知識の集積である。この命題は、ことに社会科学においてはそのまま妥当する。したがって社会科学の論文においては、その論文を作成するにあたって参考とした文献を、その論文の中にかかげるのが常識である。文献の掲載のない論文はその価値を半減する。

本論説は、筆者が多年にわたる研究思索にもとづいて作成したものであって、今回は特に参考とした文献はない。したがって如上の事情を承知の上、参考文献は付記しなかった。また本論説でとりあげた問題に関しては判例も多くみられるが、これも割愛し問題提起にとどめた。ただ本論説の基礎となった公法についての筆者の考え方を次のべる。

### 一 憲法について

日本国憲法は他の国の憲法と同様に、基本的人権の保障に関する規定（権利章典）と権力分立の政治制度に関する規定の二つを主要な構成部分とする。両者の関係をどのようにみるかによって憲法の解釈、ひいては人権の保障について重大な影響をおよぼすことになる。

人権の保障に関する規定は多義的な、すなわち不確定な法概念によって構成されている部分が多いから、その法概念の解釈いかんによってもまた、人権の保障に重大な関係をおよぼす結果となる。これら法概念の解釈は、国政を担当する者（国家機関）に任かされている。

筆者は従来の考え方にしたがって、権力分立の政治制度は人権の保障を確保するためのものであると考える。いやしくも、国政を重視するあまり人権を侵害することがあっては民主主義に反することになるであろう。たとえば何が公益（公共の福祉）であるかを判断するにあたっては、人権の保障をその判断の基準となすべきであって、仮りにも国益等の概念を導入してその判断の基準とすることは厳に、これを慎まなければならないと考えるものであ

る。

## 二 公法（ことに権限法）について

国民は自己の権利、利益を擁護し、かつこれを伸長させるため、契約にもとづいて国家を構成した。この考え方は、民主主義の根本理念である。このとき国家構成員である国民相互間に起るであろう権利、利益についての紛争を裁定し、調整する任務を国家構成員である国民が、これにあたることは妥当を欠くであろう。それ故この任務を遂行するため、統治契約にもとづいて統治権を国家にあたえたのである。

公法は国家の組織、および権限についての定をなす法である。

この公法についてはそれが授権法であるか、制限法であるか、見解のわかれるところである。

第一は、公法は授権法であるとする説である。

統治契約にもとづいて国家に信託された統治権は、抽象的であって、国家が統治権を発動するにあたっては、その目的、発動の要件等について一定の規定が必要である。

この規定は主権者国民が、その代表機関である国会をとおして、これを制定する(憲41条)。これが公法である。

公法は統治権を行使するための根拠をなす法である。換言すれば公法は国家に対して具体的場合に、統治権を行使するための権限をあたえる法である。すなわち公法は授権法である。

したがって国家が統治権を行使するにあたっては、法に羈束される。権限を踰越<sup>ゆ</sup>する行為をおこなうことは許されない。行為が法の明文をもってその権限として認められていない限り、その行為をおこなうことはできない。たとえば禁止処分によって行政客体に課される義務は、ただ単に不作為義務のみであって受忍の義務、作為の義務等は含まれない。したがって、この義務が履行されない場合にその履行を確保するため、義務者に対し行政上の強制執行の手段を受忍させる権限は認められない。この場合に行政上の強制執行をおこなうためには、それを認める授権法が必要である。

これに対し第二は公法（ことに権限法）は制限法であるとする説である。

この説によると、国家に信託された統治権は包括的、無限定的なものであって、国家が公益のため必要とする場合には、常に統治権を発動できるものとする。統治権を発動するにあたっては特に法律の授權を必要としない。ただ、統治権が国家によって恣意的に発動されるならば、人権を侵害する危険が生ずる可能性がないとはいえない。そのため、生じうるであろう危険を防止するために国民は、その代表者をととして統治権の発動について、一定の限界を定める。この定めが公法である。

すなわち公法は、統治権の乱用を抑止するため、発動の目的、要件等についてこれに一定の制約を加えるための法である。この意味から公法は、いわゆる制限法であるといえることができる。

この説にたつ場合、国家はその統治権を行使するにあたって、法律に禁止規定がない場合には、公益を実現するために必要なあらゆる手段をとることができる。

たとえば行政処分によって行政客体に義務を課した場合、公益を実現するためにその義務が課されたのであるから、義務が履行されない限り行政上の目的は達成されないことになる。それ故に行政上の目的を達成するため、法に禁止規定のない限り、その義務の履行を確保する必要な手段、すなわち行政上の強制執行をおこなうことができる。これは原処分をおこなう権限のなかにはすでにその目的を達成するために必要がある場合には、強制執行の手段を採用する権限が含まれているという考え方である。この考え方は、行政処分のもつ特質にもとづくものであろう。

この公法に関する二つの考え方は理論的なものであって、現実にはそれが涵括されているであろう。この2つのうち、現行法体系のもとにおいては第一説の見解にしたがって、公法（権限法）が整備されていると考えられる。

筆者もまた第一説の見解にしたがって、本論説を作成した。