

[2023年度 問題]

公の営造物の設置又は管理の瑕疵に対する国又は公共団体の賠償責任について、道路及び河川に関する判例を踏まえて説明せよ。

[解答のポイント]

本問は、国家賠償法2条に関する説明をすることになる。具体的には各要件の説明を一とおり行った上で、瑕疵の内容に関して道路の場合と河川の場合の違いについて、判例を踏まえつつ説明することになる。両者の違いとしては大まかにいうと、①河川の場合は未改修か改修済かで求められる安全性の内容が変わること、また②道路の場合は予算の抗弁は認められないが、河川の場合は予算の抗弁が認められることの2点である。あとはそれぞれそれぞれに理由を付して書くことができれば十分合格答案となる。

[解答例]

1 道路、河川その他の公の営造物の設置又は管理に瑕疵があったために生じた損害については、国又は公共団体が賠償責任を負う（国家賠償法2条1項）。この損害賠償責任が認められるためには、①「公の営造物」、②「設置又は管理の瑕疵」、③瑕疵と損害との間の因果関係、の3つの要件が必要である。そのうち以下の2つの要件が重要である。

(1) まず、「公の営造物」とは、国又は公共団体が公用又は公共の用に供している有体物、すなわち公物を指す。

(2) 次に、「設置又は管理の瑕疵」とは、構造や性質など物的状態に欠陥があって営造物が通常有すべき安全性を欠いているといった客観的な瑕疵のことをいう。

2 この瑕疵の内容については、道路の場合と河川の場合とで異なる。

(1) まず道路の場合について、判例は、道路管理の瑕疵に関して、①営造物の物的安全性の欠如、②無過失責任、③予算抗弁の排除を原則として示した（高知落石事件判決）。道路の場合は、当初から通常有すべき安全性を備えることが求められるため、これを欠くときは、危険責任の原理から、管理者の過失や財政力の有無にかかわらず責任を負うとしたものである。

(2) これに対し、河川の場合は、河川が洪水などの自然災害が発生する危険性を含んでいることから、上記安全性が当初から求められるわけではなく、また、道路以上に改修・整備に財政上等の制約を伴う。そこで、河川管理の瑕疵の有無は、諸制約の下での同種・同規模の河川の管理の一般水準及び社会通念に照らして是認しうる安全性を備えているかにより判断すべきである。そこでは、財政的制約を考慮できるので、③予算抗弁が認められうる。

(3) また、そこにいう①安全性については、治水事業により段階的に安全性を高めていく特質から、道路の場合と異なり、改修・整備の段階に応じて異なる。

この点、判例は、未改修河川に関しては、過渡的な安全性を備えていればよいとする（大東水害訴訟判決）。

他方、改修済河川に関しては、改修・整備された段階で想定された洪水から、当時の技術からみて通常予測し、かつ回避しうる水害を未然に防止するに足る安全性を備えている必要があるとしている（多摩川水害訴訟判決）。

以上

[2022年度 問題]

行政行為の付款について、付款の限界及び付款が違法な場合の効力に言及して説明せよ。

[解答のポイント]

本問では、行政行為の付款（附款）について、付款の意義及び種類のほか、付款の限界及び付款が違法な場合の効力にも言及することが必要である。言及すべき事項が多いので、できる限り簡潔に、各事項を記述していくことがポイントである。

東京都Ⅰ類Bにおいて2015年、2005年に類題が出題されている。

[解答例]

- 1 行政行為の付款とは、行政行為の効果を制限し、特別な義務を課すために、主たる意思表示に付加される行政庁の従たる意思表示をいう。付款には、以下の5つがある。
  - (1) 条件とは、行政行為の効果を、発生不確実な将来の事実にかからせる意思表示をいう。
  - (2) 期限とは、行政行為の効果を、発生確実な将来の事実にかからせる意思表示をいう。
  - (3) 負担とは、行政行為にあたり、相手方に特別の義務を命じる意思表示をいう。条件や期限と異なり、負担によって課された義務を履行しなくても、本体たる行政行為の効力が当然に失われるわけではない。
  - (4) 取消権（撤回権）の留保とは、行政行為にあたり、行政庁が当該行政行為を取り消す（撤回する）権利を留保する旨の意思表示をいう。ただし、取消し（撤回）をするには実質的な理由が必要である。
  - (5) 法律行為の一部除外とは、行政行為にあたり、法令が一般に当該行政行為に付した効果の一部を発生させないこととする意思表示をいう。
- 2 付款を付すにあたっては、次のような限界がある。
  - (1) 付款は、主たる意思表示に付加するものなので、行政庁の意思表示を要素とする法律行為的行政行為には付すことができるが、これを要素としない準法律行為的行政行為には付すことができない。
  - (2) 付款は、法律で付款を付すことを認めている場合、又は行政行為の内容の決定につき行政庁に裁量権が認められる場合に、その範囲内で付すことができる。
  - (3) 法目的とは無関係な内容の付款を付すことはできない。
  - (4) 付款によって相手方に課する義務は、必要最小限度のものでなければならない（比例原則）。
- 3 付款が違法な場合、付款も本体たる行政行為の一部なので、重大かつ明白な瑕疵がない限り、取り消されるまで一応有効である（公定力）。

また、違法な付款に対する取消訴訟の提起について、付款が本体たる行政行為と不可分一体の場合は、付款の取消しが本体たる行政行為にも影響するので、行政行為全体の取消しを求める訴訟を提起しなければならない。反対に、付款が本体たる行政行為と可分の場合は、そのような影響がないため、付款だけの取消しを求める訴訟を提起することができる。

以上

[2021年度 問題]

行政立法の意義を述べた上で、法規命令及び行政規則について、それぞれ説明せよ。

[解答のポイント]

行政立法の意義・趣旨について述べてから、法規命令と行政規則について分けて説明していくことになる。法規命令については、委任命令と執行命令が許されるための委任の程度について論じ、委任命令の限界に関する基本判例にも触れていくべきである。行政規則については、外部的効力を持たないので、法律の根拠が不要である旨を指摘するとよい。

[解答例]

1 行政立法の意義

行政立法とは、行政機関が法律の授權の範囲内で一般的・抽象的な法規を定立することをいう。福祉国家理念（憲法25条）を実現するために、専門性・技術性に優れた行政機関が一般的抽象的な法規を定立する必要性から、行政立法が認められている。

そして、行政立法は、国民の権利義務に関係する法規を定立する法規命令と、法規を定立しない行政規則とに分類される。

2 法規命令

(1) 法規命令は、法律の委任に基づいて国民の権利義務の内容自体を制定する委任命令と、法律の内容を実現するための手続の細目を制定する執行命令とがある。

執行命令は、国民の権利義務の内容を新たに制定するものではないので、法律の一般的な委任で足りる。しかし、委任命令は、本来は法律で定めるべき国民の権利義務の内容を行政立法によって定めているので、委任命令を認める根拠と限界が問題となる。

(2) まず、委任命令の根拠については、憲法73条6号但書が委任立法の存在を予定していることに求めることができる。

次に、委任命令の限界についてであるが、2つの類型がある。すなわち、①委任の程度の問題と、②委任命令の内容の問題がある。①については、国民の権利義務を不当に侵害することがないように、法律の包括的な白紙委任は許されず、個別具体的な委任が必要である。②については、委任された行政機関が委任の範囲を超えたかどうかの問題であり、委任命令は根拠法の授權の範囲内で許容される。そして、行政庁が授權の範囲を超える内容の命令を制定した場合、当該命令は無効となる。授權の範囲を超えるかどうかは法律の趣旨・目的等から判断される。

この点、判例は、旧監獄法50条の委任に基づき、監獄法施行規則が14歳未満の幼年者を保護するために在監者との接見を原則禁止すると規定したことは、監獄法の委任の限界を超え無効であるとしている。

3 行政規則

行政規則とは、行政機関が定立する一般的法規であって、国民の権利義務に関係する法規の性質を有しないものである。行政機関内での法解釈や処分をする場合の取扱いの統一性を保つために発せられるものが多い。

そして、行政規則は、行政機関のみを拘束し、外部の国民に対する法的拘束力がない（外部的効力を有しない）ので、法律の根拠は不要である。

以上

[2020年度 問題]

公法上の損失補償について説明せよ。

[解答のポイント]

損失補償は、2001年以来の出題である。事前準備をしていなくても、択一式の学習で培った知識をフル活用して記述することが十分可能なテーマである。

まず、損失補償の意義、法的根拠、具体的権利性について記述する。法的根拠については、損失補償について明文化した憲法29条3項に触れておきたい（条文番号は記載できるとよい）。具体的権利性については、判例（最大判昭43.11.27）の立場に言及できればよいだろう。

次に、損失補償の要否について記述する。内在的制約の場合は損失補償が不要であるのに対し、特別の犠牲といえる場合は損失補償が必要である、という伝統的通説の立場を踏まえて説明できればよい。内在的制約に関連して、奈良県ため池条例事件の判例（最大判昭38.6.26）にも触れてもよいだろう。

続けて、「正当な補償」の解釈について記述する。これは完全補償説と相当補償説を説明できればよい。その上で、判例が土地収用法事件（最判昭48.10.18）では完全補償説であるが、自作農創設特別措置法事件（最大判昭28.12.13）では相当補償説であることに触れておきたい。この点について、一般論としては、相当補償説を採用する別の土地収用法事件（最判平14.6.11）にも言及し、この判例が収用の前後において財産価値を等しくさせる土地収用法の規定には十分合理性があると述べており、完全補償説とほぼ同じ判断をしている旨に触れてもよいだろう。

[解答例]

- 1 公法上の損失補償とは、適法な公権力の行使によって個人に損失を与えた場合、その犠牲を個人の負担にせず全体の負担に転嫁し、損失に対する補てんを図り社会的公平の実現を目指す制度である。公権力による適法行為を前提とする点で、違法行為による損害の補てんを目的とする国家賠償と異なる。
- 2 憲法が、財産権を保障し（29条1項）、私有財産を「正当な補償」の下に、公共のために用いることができると規定するので（同条3項）、損失補償は憲法上の制度である。そして、損失補償請求権は、生存権とは異なり具体的権利であるから、個別の行政法規に損失補償に関する規定がなくても、憲法の規定（同条3項）に基づいて直接損失補償の請求が可能である（判例と同旨）。
- 3 では、どのような場合に損失補償が必要となるか。この点については、適法行為によって損失を受けた場合のすべてが損失補償の対象になるわけではなく、財産権に内在する社会的制約の場合は、損失補償が不要であるが、特別の犠牲にあたる場合は、損失補償が必要である。そして、特別の犠牲に該当するためには、①侵害行為の対象が一般人ではなく特定の人であって、②侵害行為が財産権に内在する制約として受忍すべき限度内を超えて、財産権の本質的内容を侵す強度なものであることが必要である。
- 4 以上から、適法な公権力の行使によって個人が損失を被った場合で、その損失が特別の犠牲に該当するときに、正当な補償をすることが必要となる。もっとも、「正当な補償」の解釈については争いがあり、①当該財産について合理的に算出された相当な額であれば市場価格を下回ってもよいとする相当補償説と、②当該財産の客観的な市場価格を全額補償すべきとする完全補償説とがある。判例は、自作農創設特別措置法事件では相当補償説の立場を採用し、その後の土地収用法事件

では完全補償説の立場を採用した。農地改革などの特別な社会事情のある場合は例外として、通常の土地収用などの場合には完全補償説を採用するのが妥当である。

以上

[2019年度 問題]

行政行為の職権取消し及び行政行為の撤回について、それぞれ説明せよ。

[解答のポイント]

過去の本試験においては、1991年に行政行為の取消し、2003年に行政行為の撤回が出題されている。本年度は、上記2つの過去問をベースに行政行為の職権取消と行政行為の撤回を説明する問題となっている。

択一式試験でも頻出テーマであり、比較的解答しやすいテーマであったと思われる。職権取消と撤回に関しては、①意義（成立当初からの瑕疵の有無、遡及的消滅の有無）、②法律の根拠の要否、③取消権者・撤回権者（上級行政庁による職権取消・撤回の可否）、④職権取消・撤回の制限等に注目して、両者の差異を意識して説明することが求められている。両者について比較の視点を答案に示すことができたかがポイントである。

なお、問題文には職権取消とあるので争訟取消には言及しなくてよいだろう。

[解答例]

1 意義

行政行為の職権取消とは、行政行為の成立当初から瑕疵がある場合に、行政機関が、当該行政行為の効力を遡及的に消滅させることである。衛生基準を満たしていない食堂の営業許可を取消す等である。

行政行為の撤回とは、瑕疵なく成立した行政行為について、後発的事情の変化を理由に、行政機関が、当該行政行為の効力を将来に向かって消滅させることである。食中毒を繰り返している食堂の営業許可を撤回する等である。

職権取消には遡及効が生じるのに対し、撤回には将来効が生じる。撤回の対象となる行政行為は、職権取消の場合と異なり、瑕疵なく成立しているので、将来効を認めれば十分だからである。

2 法律の根拠の要否

職権取消は、違法・不当な行政行為を放置せず、正しい法的状態を回復させる行為なので、法律の根拠は不要である。撤回については争いがあるが、法律の根拠は不要と解される（菊田医師事件判例）。法律の根拠がないことを理由に撤回できないとすると不当な結果を招くからである。

3 取消権者及び撤回権者

取消権者には、処分庁だけでなくその上級行政庁も含まれる。上級行政庁は下級行政庁に対する指揮監督権の行使として職権取消が可能といえるからである。しかし、撤回権者は、撤回権が処分権と裏腹な関係に立つことから、処分庁のみであると解される。

4 職権取消・撤回の制限

職権取消・撤回の制限に関しては、同様に解される。侵害的行政行為の職権取消・撤回は、自由に行えるのが原則である。行政行為の相手方にとって、職権取消・撤回は利益となるからである。しかし、授益的行政行為の職権取消・撤回は、相手方にとって不利益となるので、一定の制限があると解される。職権取消・撤回によって相手方が受ける不利益を上回るだけの公益上の必要性が高いと認められる場合、相手方の帰責事由で職権取消・撤回をすべき事情が生じた場合等に限り、授益的行政行為の職権取消・撤回が認められると解される。

以上

## [2018年度 問題]

行政罰の意義を述べた上で、行政罰の種類を二つ挙げ、それぞれ説明せよ。

## [解答のポイント]

行政法については2016年及び2017年は近時の法改正を問う難易度が高い問題が続いていた。そこで2018年は行政作用法から基本的な出題が予想されていたところである。

本問は、1999年の過去問である「行政罰について説明せよ。」と同一テーマであったため、準備していた方も多かったと思われる。問題文に指示があるので、指示にしたがって整理する必要がある。

まず、「行政罰の意義」については、行政罰とは何なのかを、刑事罰及び執行罰等と比較しながら説明できるとよいだろう。次に、「行政罰の種類」に関しては、行政刑罰と秩序罰の2つを挙げて、それぞれについて刑法総則の適用の有無、手続の差異を説明するとよいだろう。

## [解答例]

### 1 意義

行政罰とは、過去の行政上の義務違反に対して、制裁として科される罰をいう。

行政罰は、刑事罰と異なり、法益侵害の発生という実質を要しない形式犯に対する罰としての要素が強い。行政罰は、過去の行政上の義務違反に対する制裁である点で、将来にわたり行政上の義務履行の確保を目的とする執行罰（行政上の強制執行の一つ）と異なる。行政罰は一般統治権に基づく点で懲戒罰とも異なる。

また、行政罰については、他の罰との併科の可否が問題となるが、両者の目的、要件及び実現の手続を異にする場合には、両者を併科しても憲法31条、39条後段に反しないとするのが判例である。

### 2 種類

行政罰には、行政刑罰と秩序罰という2種類の罰がある。行政刑罰とは、行政上の義務違反に対して、刑法に定める刑罰（懲役、罰金等）を科するものである（刑法9条参照）。一方、秩序罰とは、比較的軽微な行政上の義務違反に対して、刑罰ではない過料という金銭的制裁を科するものである。

行政刑罰は、刑法に定める罰が科される点で、刑事罰と共通する。そのため、罪刑法定主義（憲法31条）が及び、法律の根拠が必要となる。

行政刑罰には、刑法総則の適用が認められ（刑法8条）、刑事訴訟法上の手続に従い、裁判所が判決で刑を言い渡すのが原則である。ただし、簡易迅速な行政運営のため、国税犯則通告制度、交通違反反則金制度など、特別の制度が用意されている。

一方、秩序罰は、届出義務違反など、比較的軽微な義務違反に対して科するもので、刑罰ではないから、刑法総則の適用はない。

秩序罰を科するのに、刑事訴訟法の手続による必要はなく、非訟事件手続法の定めにしたがって、裁判所による過料の裁判を経て、検察官が執行するのが原則である。ただし、地方公共団体の条例・規則の定めがあれば、その長の処分によって、5万円以下の過料を科することができる（地方自治法14条3項、15条2項）。

以上

## [2017年度 問題]

行政不服審査法の平成26年の全部改正の意義を簡潔に述べた上で、同法に定める行政不服申立ての種類及び審理手続を行う者並びに行政不服審査会等への諮問について、それぞれ説明せよ。

## [解答のポイント]

昨年の2016年は行政手続法の2014年改正をベースにした予想外の出題であり、標準的テキストにもほとんど記載がないテーマであった。そこで、2017年は救済法、作用法から過去問をベースにした基本的テーマの出題が予測されていた。ところが、2017年も昨年と同様に行政不服審査法の近時の全部改正を問う問題となっている。不服申立てに関する問題は2013年にも出題されており、予想外の出題ともいえる。

本問は問題文に指示があるので、指示に従って説明すればよいが、2014年の「全部改正の意義」を答案上に示すことが難しかったと推測される。その意義に関しては問題文に「簡潔に」とあるので、公正性向上、利便性向上の2つの観点に言及し、それぞれの観点に基づく主な改正点を指摘しておけば十分であると思われる。

後半の「行政不服申立ての種類」「審理手続を行う者」「行政不服審査会等への諮問」についても、改正法の基本的知識を示せばよいと思われる。

審理手続を行う者に関しては、審理員の意義、審理員が設置された趣旨（審理手続の客観性及び公正性の向上）、に言及することが必要である。

最後に、行政不服審査会等への諮問に関しては、行政不服審査会等の意義、諮問を行う趣旨（裁決の公正性の向上）、諮問を行わなくてよい場合の例外にも言及しておきたい。

## [解答例]

### 1 全部改正の意義

行政不服審査法（以下「法」と略す）の全部改正は、より簡易迅速かつ公正な手続による国民の権利利益の救済を図るため、(1)公正性向上、(2)利便性向上、の観点から抜本的な見直しが行われたことに意義がある。

観点(1)に基づく改正には、審理員による審理手続の導入、行政不服審査会等（第三者機関）への諮問手続の導入等がある。観点(2)に基づく改正には、異議申立てを廃止し行政不服申立て（以下「不服申立て」と略す）の種類を審査請求に一元化、審査請求期間（主観的審査請求期間）を60日から3か月に延長、不服申立前置の廃止・縮小等がある。

### 2 行政不服申立ての種類

法が定める不服申立ては、行政庁の処分・不作為について不服を申し立てる審査請求、処分庁に対し処分のやり直しを求める再調査の請求、処分に係る審査請求の裁決に不服がある者が申し立てる再審査請求、の3種類である。

ただし、再調査の請求及び再審査請求は、個別法の定めがある場合にのみ行うことができるので（法5条1項、6条1項）、原則として不服申立ての種類が審査請求に一元化されている。

### 3 審理手続を行う者

再調査の請求の審理手続は、処分庁が行う（法61条、別表第2）。これに対し、審査請求及び再審査請求の審理手続は、審理員が行う（法9条、66条）。審理員とは、審査庁や再審査庁に所属する職員のうち、審理対象である処分や不作為に関する手続に関与し、又は関与することとなる者以

外の者のことである（職能分離の原則）。

審理員の制度は、審理対象に関わっていない者が審理手を担当し、その客観性及び公正性を向上させることを趣旨とする。

#### 4 行政不服審査会等への諮問

審査庁は、審理員による審理手続の終了後、その審理手続の適正さや、審査庁の判断の妥当性をチェックして、裁決の公正性を向上させるため、原則として第三者機関である行政不服審査会等に諮問する（法43条）。行政不服審査会等とは、国の行政庁が審査庁の場合は行政不服審査会のことを指し、地方公共団体の長が審査庁の場合は条例で設置される機関のことを指す。

なお、再審査請求では行政不服審査会等への諮問は行われない（法66条が法43条を適用除外としている）。また、審査請求人が希望しない場合等には行政不服審査会等への諮問を例外的に不要とし（法43条1項）、迅速な裁決を希望する国民にも配慮している。

以上

[2016年度 問題]

行政手続法に定める「行政指導の中止等の求め」及び「処分等の求め」について、それぞれ説明せよ。

[解答のポイント]

2015年の基本的問題と異なり、本問は行政手続法の2014年改正をベースにした予想外の出題であり、解答は容易ではなかったと推測される。テキストにもほとんど記載がないテーマである。

本問は、意義、申出対象、申出者、行政機関の義務に分けて、説明できれば十分な合格答案になると思われる。その際、両者の意義を適切に示し、両者の内容、違いを比較しながら説明することがポイントである。比較の視点が示すと高評価につながるとと思われる。

[解答例]

1 意義

行政指導の中止等の求めとは、行政指導の根拠法律の定められた要件に適合しない行政指導の中止等を求める手続をいう（行政指導中止申出制度、行政手続法36条の2）。行政指導中止申出制度は、行政指導が行われた後で利用できる制度であり、事後的救済制度と位置づけられる。

処分等の求めとは、法令違反事実がある場合に、法令に違反する事実の是正のための処分又は行政指導を求める手続をいう（行政処分等申出制度、同条の3）。

行政処分等申出制度は、法令違反事実を是正するための行政処分等の発動を求める仕組みであり、行政事件訴訟法の非申請型義務付け訴訟（行政事件訴訟法3条6項1号）に相当する。権限ある行政庁または行政機関に対して職権発動の機会を与えるものである。

2 申出対象

行政指導中止申出制度は申出の対象が法令違反の是正のための行政指導で法令に根拠規定のあるものに限定されている（36条の2第1項本文）。

これに対し、行政処分等申出制度の対象は、法令違反事実を是正のための行政処分（違法建築物に対する除却命令等）と法令違反是正のための行政指導である（同条の3第1項）。

3 申出者

行政指導中止制度の申出者は、法令に違反する行為の是正を求める行政指導の相手方に限定されている。これに対し、行政処分等申出制度の申出者は、「何人」にも申立適格を認めており、非申請型義務付け訴訟と異なり法律上の利益も要求されていない。

4 行政機関等の義務

行政指導中止申出制度は、中止等の申出を受けて当該行政機関は、必要な調査をし（調査義務）、要件を満たしていれば、行政指導の中止その他必要な措置をとらなければならない（措置義務、36条の2第3項）。

行政処分等申出制度は、行政庁又は行政機関は、必要な調査をし（調査義務）、必要があると認めるときは、必要な処分又は行政指導をしなければならない（処分義務・行政指導義務、同条の3第3項）。

以上

[2015年度 問題]

行政行為の附款について説明せよ。

[解答のポイント]

2014年が行政作用法からの出題であったため、2015年は行政救済法から基本的テーマの出題が予想されていたところ、連続して行政作用法からの出題となっている。

ただし、2005年の過去問（「行政行為の附款とその限界について説明せよ」）とほぼ同様の出題であった

本問は行政行為の附款の意義、種類、限界に分けて、順に簡潔に説明していくことがポイントである。この際、意義につき簡潔に言及し、種類については5つを挙げ、具体例を適宜説明すると高評価につながるであろう。最後に附款の限界については、解答例で示した4つにつき簡潔に説明するとよい。

[解答例]

1 意義

行政行為の附款とは、行政行為の効果を制限したり、特別な義務を課すために、主たる意思表示に付加される行政庁の従たる意思表示をいう。

2 種類

附款には、以下の5つがある。

- (1) 条件とは、行政行為の効果を発生不確実な将来の事実にかからせる意思表示をいう。会社設立を条件とした河川の使用許可がこれに当たる。会社設立がなければ使用許可の効果は発生しない。
- (2) 期限とは、行政行為の効果を発生確実な将来の事実にかからせる意思表示をいう。日限を定めて使用許可を認める場合である。
- (3) 負担とは、許可等の授益的行政行為をするにあたり、相手方に特別の義務を命じる意思表示をいう。道路の占有許可に当たり、占有料の納付を命じる等である。条件や期限と異なり、負担によって課された義務を履行しなくても、本体たる行政行為の効力は完全に発生する。
- (4) 取消権（撤回権）の留保とは、許認可等の行政行為をするにあたり、行政庁が当該行政行為を取り消す権利を留保する旨の意思表示をいう。ただし、取消し（撤回）には、実質的な理由が必要であり、無制限に撤回できるわけではない。
- (5) 法律行為の一部除外とは、行政行為をするにあたり、法令が一般にその行為に付した効果の一部を発生させないこととする意思表示をいう。

3 限界

- (1) まず、附款は、法律行為的行政行為にのみ付することができる。準法律行為的行政行為には付すことはできない。法律行為的行政行為は行政庁の意思表示を要素とするところ、附款は行政庁の主たる意思表示に付す従たる意思表示だからである。
- (2) 次に、附款は、法律で附款を付すことを認めている場合、又は、行政行為の内容の決定につき行政庁に裁量権が認められている場合に、その範囲内で付すことができる。
- (3) また、附款は、行政目的に必要な範囲でのみ付すことが許される。法目的とは無関係の附款を付すことはできない。
- (4) 最後に、附款によって相手方に課す義務は必要最小限度のものでなければならない。

以上

[2014年度 問題]

行政上の強制執行の意義を述べた上で、行政上の強制執行の種類を4つあげ、それぞれ説明せよ。

[解答のポイント]

2013年が救済法からの出題であったため、作用法からの出題が予想されていた。

行政上の強制執行の意義を記述した上で、代執行（行政代執行）、直接強制、執行罰、強制徴収（行政上の強制徴収）という4種類の行政上の強制執行を総合的に説明することが求められている。

行政上の強制執行は、択一式では頻出であるが、東京都I類の近時の過去問ではあまり問われていない問題であったため、説明することは容易ではなかったと推測される。以下の流れで整理するとよいだろう。

まず、行政上の強制徴収の意義については、その定義、他の義務履行確保の手段との比較、法律の根拠を記述すること。

次に、4種類の行政上の強制執行については、それぞれの定義と具体例の説明を挙げることが望ましい。なお、行政代執行法が代執行一般の手続を定めているので、代執行の手続にも簡単に言及できるとよいだろう。

また、問題文には「行政上の強制執行の種類を4つあげ、それぞれ説明せよ」と明示されているので、4種類の行政上の強制執行すべてについて、一言でも説明しないと、問題文に答えたことにならないことに注意したい。

[解答例]

- 1 行政上の強制執行とは、国民に対して行政上の義務が課されていることを前提に、当該義務の履行を将来にわたり確保するため、行政が自ら一定の強制的手段をとることである。将来の義務履行確保を図る点で過去の義務違反への制裁である行政罰と区別され、義務の不履行を前提とする点でこれを前提としない即時強制と区別される。行政上の強制執行を行うためには、行政行為とは別個の法律の根拠が必要と解される。
- 2 行政上の強制執行には、代執行、直接強制、執行罰、強制徴収の4種類がある。以下、説明する。
  - (1) まず代執行とは、義務者が代替的作為義務を履行しない場合に、行政庁が自ら義務者のなすべき行為を行い、又は第三者にこれを行わせ、その費用を義務者から徴収する制度である。例えば、除却命令に基づく建築物除却義務を履行しない場合に、行政庁が代わりに建築物を取り壊すことが該当する。

なお、代執行については、その一般法として行政代執行法があり、同法によれば、義務者に対して戒告及び代執行令書の通知を行い、それでも義務を履行しないときに代執行が実施される。
  - (2) 次に直接強制とは、義務者の身体又は財産に対して直接有形力を行使して、義務の実現を図る制度である。例えば、いわゆる成田新法に基づく工作物の封鎖等が該当する。
  - (3) さらに執行罰とは、義務（作為義務・不作為義務を問わない）の不履行に対して過料に処することを予告し、義務不履行の場合にそのつど一定額の過料を科すことで、間接的に義務の履行を促す制度である。現行法では砂防法36条に唯一の例があるにとどまる。
  - (4) 最後に強制徴収とは、金銭支払義務の履行がない場合に、義務者の財産を差し押え、これを換価することで、強制的に金銭を徴収する制度である。例えば、国税の強制徴収は国税徴収法の定

めに従って行われるが、個別の法律で「国税滞納処分の例による」として、他の金銭債権も同様の手続で強制徴収が行われる。

以上