

渋谷区の野宿者排除に対する国家賠償請求事件

控訴審<sup>①</sup>・東京高判・平成二七年九月一七日(雑誌未掲載)

原審<sup>②</sup>・東京地判・平成二七年三月一三日(判例自治・四〇一号五八頁)

李 斗 領

I、はじめに

II、事件の検証

- (1) 事実の概要
- (2) 判 旨

III、判例の検討

- (1) 本件計画の違法性
- (2) 有形力の行使をめぐる違法性
- (3) 本件代執行の違法性
- (4) 裁量権の逸脱・濫用
- (5) 違法性の承継
- (6) 生存権違反(憲法第二五条・表現の自由)の問題

## (7) その他の問題

## IV、まとめ

## I、はじめに

本稿は、平成二二(二〇一〇)年、宮下公園整備工事のために、公園内にとどまる野宿者の体を担ぎ上げて強制退去させたことをめぐり、野宿者(原審原告)や支援者ら(野自連<sup>3</sup>・渋谷・野宿者の生存と生活をかちとる自由連合<sup>3</sup>)が渋谷区を国家賠償法第一条一項に基づき、訴えたものを取り上げ検討する。渋谷区は控訴審で「担ぎ上げの時間は二三秒間」に過ぎず、「野宿者自身の安全確保のためだった」と主張していたが、当時の様子を撮影したDVDを証拠として提出され、高裁は「野宿者が公園からの退去を拒み、抵抗しており、直接強制にあたる」と渋谷区の違法性を指摘し、主張を退けた事件である。渋谷区は、上告せず判決は控訴審で確定した。

特に、渋谷区が公園整備工事のために、野宿者を強制退去させたことに対して、野宿者や支援者らが、渋谷区に損害賠償を求めた裁判の控訴審判決で、東京高裁は渋谷区の控訴を棄却した。高裁の柴田寛之裁判長は「法律上許されない直接強制に該当する」と述べ、一審と同じく渋谷区に十一万円の損害賠償を命じた。

以下において、①公園の改造計画が議会の承認を經ていないこと(議決が必要な地方自治法九六条の「負担付き贈与」の問題)、②地方自治法第二三四条における競争入札をめぐる議論、③地方自治法第二三八条の四の違反の有無(行政財産の目的外使用時は、許可によらなければならない)問題、④公園生活者を相当でない態様の「有形力の行使」をして排除したことに對する法的問題、⑤行政代執行に至る手続において「弁明の機會」の付与の範圍の問題、

最後に、都市計画マネジメントの観点（計画策定手続の必要性）を取り上げて検討する。

## Ⅱ、事件の検証

### (1) 事実の概要

特別地方公共団体である渋谷区（原审被告、控訴人）は、自らが設置・管理する都市公園法上の公園である渋谷区立宮下公園（宮下公園）の命名権（ネーミングライツ）を株式会社ナイキジャパン（ナイキ）に売却し、宮下公園の整備工事を行う計画（本件計画）の一環として、平成二二（二〇一〇）年九月一五日、宮下公園で起居していたホームレスである被控訴人（原審の原告）を公園から退去させ、同月二四日、公園内に残置されていた物件を行政代執行により撤去した（本件代執行）。

被控訴人が宮下公園を活動拠点としていた団体（権利能力なき社団）らとともに原告となり、①被控訴人を宮下公園から強制排除した控訴人の行為は違法である、②本件計画は議会の議決を経ていない等の違法があり、本件計画を実施することを目的に、平成二二（二〇一〇）年九月二四日に行われた本件代執行はその違法性を継承（違法性の承継）する、③本件代執行は弁明の機会が付与されず違法であり、これらの違法行為により一審原告らが宮下公園で居住・活動する権利等を侵害されたと主張して、国家賠償法第一条第一項に基づき、所有物件の物的損害及び慰謝料等並びにこれに対する違法行為日（被控訴人が退去させられた平成二二（二〇一〇）年九月一五日）から支払済みまで民法所定金五分の割合による遅延損害金の支払を請求した。

原審は、被控訴人の請求については、控訴人が、被控訴人の意に反し、被控訴人を無理やり担ぎ上げて宮下公園

から退去させたことは、国家賠償法上違法であるが、本件代執行は、被控訴人が本件代執行が行われる以前に宮下公園内に残置された被控訴人所有の物件に関する所有権を放棄しているから、本件代執行が被控訴人との関係で違法とならないとして、被控訴人を公園から退去させられたことの慰謝料として一〇万円及び弁護士費用一万円並びにこれに対する遅延損害金の支払請求を認容した。

また、被控訴人以外の一審原告らの請求については、控訴人とナイキとの間で契約(本件契約)を締結したことについて、地方自治法第九六条一項九号、同法第二三四条二項に違反した違法があるが、その違法性は本件代執行に承継されず、その他これらの一審原告らとの関係では本件代執行が違法であるとは認められないとして、これらの請求をいずれも棄却した。

控訴審は、特別地方公共団体である被告(控訴人)渋谷区は、宮下公園の命名権をナイキに売却し、宮下公園の整備工事を行う計画の一環として、宮下公園で起居していたホームレスである原告(被控訴人)を公園から退去させ、公園内に残置されていた物件を行政代執行により撤去したが、原告は、原告を宮下公園から強制排除した被告の行為は違法であること、本件計画は議会の議決を経ていない等の違法があること、本件計画を実施することを目的に行われた本件代執行はその違法性を承継し、本件代執行は弁明の機会が付与されおらず違法であること、これらの違法行為により一審原告らが宮下公園で居住・活動する権利等を侵害されたこと等を主張して、国家賠償法第一条第一項に基づき、所有物件の物的損害及び慰謝料等の支払を求めたところ、原審は、請求を一部認容したため、被告が控訴した事案において、控訴を棄却した。

## (2) 判 旨

## 【原審・一部認容、一部棄却、控訴審・請求棄却】

原審は、「都市公園内にテントを設置する等して違法に公園を占用している者が除去命令に従わず、その任意の履行を期待できない状況にあり、右公園内に不法占用されていた物件等に火がつく事故が発生していた等の事情が認められる場合、テント等の除去について行政代執行を行うことは適法である」としながらも「特別区が都市公園の命名権（ネーミングライツ）を株式会社売却する契約に、議会の議決を欠く等の地方自治法上の違法があるとしても、契約は行政処分でない上、右契約と公園整備のためなされた行政代執行の目的は法的に同一でないから、契約の違法は行政代執行に承継されない」とした。また、「条例に基づく退去命令に従わなかった者を、一時的にであれその身体の自由を制限する形で担ぎ上げ、その意思に反して移動させることは、その態様において相当性の範囲を逸脱し、右命令を直接強制するものとして国家賠償法上違法である」とし、退去に関する「行政手続法上の弁明手続が履践されていない場合、特段の事情がない限り、その後になされた処分も違法となるが、除去命令の相手方に対し、除去公告により一定程度弁明の機会が付与されていると認めることができ、警告札等により、相手方において違反事実やその根拠を認識していた等の事情の下では、右特段の事情があると認められ、その後になされた除去命令が違法であるとは認められない」とし、一部認容、一部棄却した。

そして、控訴審は、地方自治法第九六条第一項九号の『負担付きの寄付又は贈与を受けること』に関する問題と地方自治法第二三四条第二項の違反の有無をめぐる一般競争入札（本件は、随意契約）によらないことの違法性の承継については、控訴人（渋谷区）は、これらの規定違反の主張は住民訴訟でしか主張できず、また、本件契約の締結についてはこれらの規定違反はない旨の主張をしたが、しかし、判決は、「原審においては、上記規定違反に

よる違法の問題は、その違法が後行する本件代執行に継承されて本件代執行も違法となる主張の前提問題であったところ、被控訴人の関係では、本件代執行が行われる以前に宮下公園内に残置された被控訴人所有の物件に関して被控訴人が所有権を放棄していたことから、本件代執行が被控訴人との関係で違法となることは認められないとして、本件代執行が違法であることに基づく被控訴人の物的な損害に係る主張が排斥されたものである。そうすると、控訴人の当該主張に係る地自法上の法律問題は、もっぱら被控訴人以外の一審原告らとの関係でのみ取り扱われるべき問題であり、被控訴人との間では関係がない。そして、控訴人の上記主張で取り上げられている法律問題の結論がどのようなものであっても、被控訴人の請求に対する判断を何ら左右するものではないから、控訴人の上記主張は、本件（被控訴人との関係）においては、失当である」とし、渋谷区の主張も採用できないとした。

また、公園生活者を相当でない態様の『有形力の行使』については、渋谷区は、被控訴人を宮下公園から退去させるに際して被控訴人を担ぎ上げたことについて、担ぎ上げの前に控訴人の職員が被控訴人に対して立入禁止区域であることを説明し退去を促していた経緯があったこと、担ぎ上げは、歩行のバランスを崩しそうになった被控訴人が扉付きガードフェンスにつまずかないように安全確保のために行なったことから、直接強制には当たらない旨の主張であったが、「宮下公園の六番ゲートを通過するためには扉付きガードフェンス出入口の下部の構造物を跨いで進行する必要があったこと、被控訴人は宮下公園からの退去を拒み、六番ゲート手前でも腕を手すりにかけるなど抵抗しており、被控訴人は少なくとも自己の意思で出入口から退出しようするような様子はなく、警備員四名が被控訴人の両肩及び両足をつかんで担ぎ上げて出入口の構造物上を通過し、六番ゲートの外で被控訴人が降ろされたこと、その後被控訴人は五番ゲート手前でも再度担ぎ上げられて同様に出入口の構造物上を通過して五番ゲートの外で降ろされたことが認められる。このように、被控訴人の退去の様子を撮影したDVDを視聴する限りでは、

被控訴人は上記各ゲートを自己の意思で通過する意思がなかったために、各ゲートを通過するために控訴人の職員らが被控訴人を担ぎ上げて同所を通過し、被控訴人を公園から退出させたものと認められるのであり、この担ぎ上げ及び担ぎ上げに伴ってされた被控訴人の場所的移動は、控訴人の被控訴人に対する退去命令の内容を実現するものであつて、かつ、被控訴人の意思に反するものであるから、直接強制に当たる」というほかないものであるとし、結果、控訴人の職員らが被控訴人をその意思に反して担ぎ上げて宮下公園から退去させたことは退去命令を直接強制した違法があり、原判決が認容した限度で被控訴人の控訴人に対する慰謝料請求等は理由があるとしたのである。更に、「被控訴人を担ぎ上げたことについて、業務の正当性ないし必要性があり、民法上の正当防衛又は自救行為として許されることも主張するが、控訴人の被控訴人に対する退去命令について、その実施のために対象者の意思に反して直接有形力を行使してその内容を実現することの実定法上の根拠が認められない以上、民法上の正当防衛や法律上許容された自救行為に当たる余地はない」こと、また、「被控訴人を担ぎ上げたことについて、緊急性、相当性が認められ、違法性がないとも主張するが、倒木、枝の落下等の危険や被控訴人の安全確保といった事情は、被控訴人を公園から退去させる必要性として理解できても、そのために被控訴人を担ぎ上げて公園から排除する必要があるといえるほどの緊急性を基礎づけるものにはなりえない。また、相当性があるとして控訴人が指摘する各事情についても、被控訴人を担ぎ上げたこと自体が法律上許されない直接強制に該当するものである」とし、請求棄却した。

### Ⅲ、判例の検討

#### (1) 本件計画の違法性

① 地方自治法第九六条第一項九号の「負担付きの寄付又は贈与を受けること」<sup>(4)</sup>が議会の議決事項であるか否かの問題である。

原審の原告らは、「負担付きの寄付又は贈与を受けること」の条件とは、寄付又は贈与の対価的な関係にあることを意味し、契約履行に当たって同時履行の関係にあることを意味するものではないとし、ナイキに対するネーミングライツ付与の対価であるから渋谷区が負担する一定の条件であると主張する。

これに対して、渋谷区は、ナイキから公園施設の引渡しを受けた後に負担する義務であり、寄付又は贈与を受けるときに負う義務でないから、「負担付きの寄付又は贈与を受けること」に該当しないと主張する。

思うに、「負担付きの寄付又は贈与を受けること」は、「寄付又は贈与を受ける際に、反対給付的な意味において、普通地方公共団体の負担を伴う一定の条件が付され、その条件に基づく義務を履行しない場合、当該寄付又は贈与が解除されるようなもの」<sup>(5)</sup>をいうことから鑑みると、渋谷区の、ナイキに対するネーミングライツ付与の対価であるから渋谷区が負担する一定の条件であることの解釈が正しいと思われる。

② 地方自治法第二三四条第一項、第二項<sup>(6)</sup>の違反の有無をめぐる一般競争入札(本件は、随意契約)によらないことの問題である。



地方自治法第二三四条第一項の「契約」であり、同法第二三四条第二項は、公正さを担保し、機会均等と経済性を確保すべく、地方自治体の行う契約は、「一般競争入札」を原則とするとし、渋谷区は、公衆便所の契約締結の募集はしたものの、宮下公園に関しては、募集要項を公表して対象企業を集めることは行っていないかった。

結局、ナイキとFidoの二社が提案を行っており、二社のうちどちらを選ぶか決定するに止まった。しかも、ナイキは、美竹公園のジョーダンコートを寄付した会社であり、Fidoも宮下公園フットサルコートの管理業務委託を受けている会社であることから、渋谷区と特定企業の癒着を疑わせる関係にある。

また、渋谷区宮下公園施設ネーミングライツ選定委員会の構成員の半数は、渋谷区の幹部であることから不透明な点が多いと言わざるを得ないとしたこと。従って、契約選定方法は、「一般競争入札以外の方法」はできず、一般競争入札によることを原則とする地方自治法第二三四条第二項の趣旨に反し、違法であると主張（原審の原告ら  
 Ⅱ被控訴人）した。

これに対して、渋谷区は、地方自治法第二三四条第一項の「契約」は、売買、貸借、請負、保管、運送等の契約をいうことであって、ナイキの選定過程は選定委員会を経ており、審査においても施設の社会的貢献、経済的寄与等を総合的に評価した結果、他社よりも優れていると判断されたので、選定過程は不透明でないと主張した。

地方自治法第二三四条一項の「契約」は、「普通地方公共団体が締結する契約の方法、契約の相手方の決定の方法、入札保証金の帰属、契約確定の時期等について規定したものである。本条に規定する契約は、『売買、貸借、請負その他の契約』であるから、普通地方公共団体が私人と対等の地位において締結する私法上の契約<sup>(7)</sup>をいう。

また、地方自治法第二三四条二項の契約締結方法とは、「かつては、競争入札に付さなければならぬとしつつ、例外として『臨時急施を要するとき、入札の価格が入札に要する経費に比較して得失相償わぬとき、又は条例で

定める場合に該当するとき』には、この限りでないとしていた。このため結果的には、条例又は条例の委任に基づく規則において、随意契約等による場合が極めて弾力的に規定され、ほとんどの普通地方公共団体が、例外の方式を相当活用していた。しかし、普通地方公共団体の行う契約事務執行は、公正をもって第一義として、機会均等の理念に最も適合し、かつ経済性を確保しようという観点から、昭和三八年の改正において、一般競争入札を原則とする建前を明確にし、指名競争入札、随意契約又はせり売りは、政令で定める場合に該当するときに限り、これによることができる<sup>(8)</sup>とされた。

他の判例においても、「契約の公正及び価格の有用性を図ることを目的として普通地方公共団体の契約締結の方法に制限を加えている地方自治施行令一六七条の第一項二号の趣旨を勘案し、個々具体的な契約ごとに、当該契約の種類、内容、性質、目的等諸判の事情を考量して当該普通地方自治団体の契約担当者の合理的な裁量判断により決定されるべきものと解する<sup>(9)</sup>」のが相当であるとする。

従って、指名競争入札、随意契約又はせり売りの方法によることができる場合は、政令で定める場合に限るのであり、この政令に定める場合に該当しない契約は、一般競争入札によらなければならないのであろう。

③地方自治法第二三八条の四の違反の有無（行政財産の目的外使用時は、許可によらなければならない）問題を提起する。

行政財産に私権を設定することは原則として許されず<sup>(10)</sup>、例外的に目的外使用する際に、許可が必要とされる（地方自治法第二三八条の四第一項、同第七項<sup>(11)</sup>）。本件について、ネーミングライツは、施設命名権を中核とした、一種の債権であり、「私権」に当たり、また、公園という公共空間が特定私企業の広告塔としての役割を果たすこととな

り、これまで無料で公園の効用を享受してきた利用者が排除されていることから、行政財産の効用の減少をもたらすことになり、ネーミングライツの設定行為は、「私権の設定」にあたり、許可が必要になる。

しかし、渋谷区は、「私権」は、地上権、地役権等の用益物権や、質権、抵当権等の担保物件を意味すると解すべきであるとし、ネーミングライツの設定行為は「私権の設定」には該当しないとみる。

本来、行政財産とは、『公用』に供する財産であり、普通地方公共団体がその事務又は事業を執行するため直接使用することをその本来の目的とする公有財産をいう。公用とは、国有財産、公有財産であつて、行政目的に供されている（供されることが決定されているものも含む）をいう。<sup>13</sup> 例えば、庁舎、議事堂、試験場、研究所、実習船等である。また、『公共の用』に供する財産とは、住民の一般的共同利用に供することをその本来の目的とする公有財産をいい、公の施設を構成する物的要素たる場合が多い。例えば、道路、病院、福祉施設、学校、公園等の敷地及び建物等がそれに該当する。

また、地方自治法第二三七条第一項では、「この法律において『財産』とは、公有財産、物品及び債権並びに基金をいう。」、同法第二三八条で公有財産について、同条第三項で「公有財産は、これを行政財産と普通財産とに分類する。」、同条第四項で「行政財産とは、普通地方公共団体において公用又は公共用に供し、又は供することと決定した財産をいい、普通財産とは、行政財産以外の一切の公有財産をいう。」と規定している。

従つて、本件において問題となつた、ネーミングライツの設定行為は、ナイキが申し入れ渋谷区が承認した通称名を宮下公園の名称とする権利その内容とするものであり、宮下公園の名称が通称名となることによつて、宮下公園がナイキの広告塔としての役割を果たすことになつたとしても、公園本来の行政目的が阻害されないこと、また、宮下公園の一部が有料化になることがネーミングライツを付与すること自体により生じた制約ではないと解釈する

立場に立てば、「私権の設定」には該当しない理屈も一理あるように思われる。本来、行政財産は、原則として私法上の関係において運用することが禁止されており、すなわち、行政財産を貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、出資の目的とし、信託し、またはそれに私権を設定することはできず、これに違反する行為は無効とされる<sup>(15)</sup>。

ただし、例外的に、行政財産である土地の本来の目的を効果的に達成することができるような建物等の所有を目的とする場合の土地の貸し付け、庁舎の空き床の貸付けなど、一定の場合には、その用途・目的を妨げない限度において、行政財産を貸し付け、またはそれに私権を設定することができる<sup>(16)</sup>。その他、その用途・目的を妨げない限度で、その使用を許可することも認められている<sup>(17)</sup>からである。また、実定法上、民間資金等の活用による公共施設等の整備等の促進に関する法律（PFI法）は、この原則を覆し、選定事業者に対する貸付を認めている場合もある<sup>(18)</sup>。

## (2) 有形力の行使をめぐる違法性

公園生活者を相当でない態様の「有形力の行使」をして排除したことに對する違法性の問題であるが、野宿者に對する退去時の違法性（担ぎ上げによる退去をめぐる問題）について検証する。

渋谷区は、原審の原告（野宿者）を含む宮下公園のテント等に居住する人々を極めて多数の職員・警備員等の実力を用いて、強制的かつ暴力的に排除した上で、同公園を封鎖したこと、特に、野宿者に対しては、公園内から立ち退くことを拒否したが、警備員十数名がかりで腕がみみず腫れになるほどの暴行を受け、公園外に引きずり出された。この行為は、法の定める手続を一切踏まずに行われた違法な自力救済行為であるか否かの問題である。

渋谷区条例第十一條第一項<sup>(19)</sup>に基づく退去命令に当たると解することができるが、渋谷区は、野宿者の意に反し、

無理やり担ぎ上げて宮下公園から退去させており、これは退去命令を直接強制したと評価するほかなく、国家賠償法上違法であると認めざるを得ない。<sup>(20)</sup>

### (3) 本件代執行の違法性

#### ① 除去命令の違法性

まず、除去公告に関する弁明の機会をめぐる問題である。

本件除去公告は、原告野宿者との関係では、都市公園法第二十七条第三項の要件を満たさないものであると認めつつも、原告A I Rに対しては、都市公園法第二十七条第三項に基づく工作物の除去等を行うに当たって、行政手続法に基づく弁明の機会を付与する必要があるとはいえないとした。

しかし、除去命令に関する弁明の機会の付与をめぐる問題は、弁明の機会の付与の通知は、原則として不利益処分の名宛人となるべき者に対して書面により通知する必要があるが、名宛人の所在が判明しない場合には、弁明書の提出先等を記載した書面をいつでもその者に交付する旨を行政庁の事務所の掲示場に掲載することによって行うことができる<sup>(23)</sup>ことから、野自連及び原告守る会に対しては、弁明の機会が付与されていないという手続上の違法があるといえる。

要するに、行政庁は、不利益処分の名あて人となるべき者の所在が判明しない場合においては、行政手続法第一五条第一項の規定による通知<sup>(24)</sup>を、その者の氏名、同項第三号及び第四号に掲げる事項並びに当該行政庁が同項各号に掲げる事項を記載した書面をいつでもその者に交付する旨を当該行政庁の事務所の掲示場に掲示することによって行うことができる。この場合においては、掲示を始めた日から二週間を経過したときに、当該通知がその者に到

達したものとみなすと解釈する。

## ②代執行の問題

原審の原告野宿者との関係で除去公告は違法であると認められるものの、行政代執行が行われる以前に宮下公園内に残置された野宿者所有の物件に関する所有権を放棄しているから代執行そのものが野宿者との関係で違法となるとは認められないか、否かの問題である。

代執行とは、「法令または行政処分に基づく行政上の代替的行為義務を義務者が履行しない場合に、行政庁が代わりにこれを行って（または第三者に代わりこれをなさしめ）、その費用を義務者から徴取する制度」<sup>(25)</sup>である。

本件では、区長の許可を得ずに本件公園にテント等を設けて生活することにより、都市公園法六条第一項（都市公園の占用の許可）に違反して不法に公園を占用したことになるが、他の判例において、長としては、テント等の違法設置物を都市公園から除却するためには、同法第二十七条第一項に基づく除却命令をし、これに従わない場合に、行政代執行をすることができることを認めた事例<sup>(26)</sup>がある。要するに、都市公園内にブルーシート製のテント・小屋掛けその他の工作物を設置し日常生活を営んでいた原告らが、同公園の管理者である被告から、都市公園法第二十七条第一項に基づき、工作物の除却命令を受け、引き続き、行政代執行法に基づき行政代執行を受けたことについて、除却命令及び行政代執行はいずれも違法であるとして、被告に対してした国家賠償法第一条第一項に基づく損害賠償請求が、除却命令及び行政代執行は違法とはいえないなどとして棄却された。

しかし、「代執行の本体は物理的ちからの行使そのものであるが、もともとが代替的作為義務であるので、義務者の身体に対する強制力はそれ自体としてはない」<sup>(27)</sup>が、義務者が代執行に物理的に対抗する場合、その物理的な排

除が問題になる。要するに、「行政代執行ができるのは、代替的作為義務（他人が代わってなすことができる物の破壊、移転等の義務）に限られ、義務者自身が自らの意思に基づいてなすべき明渡しや立退きの義務は行政代執行の対象とはならないとされ<sup>(28)</sup>」る。

具体的に、本判決においては行政代執行第二条の違反は、代執行の要件<sup>(29)</sup>として、「法律に基づき行政庁により命じられた行為について義務者がこれを履行しない場合」であること（要件①）、「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」こと（要件②）、「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」こと（要件③）を規定している。

要件①については、原審の原告らは、本件除去命令は違法無効であるから、「法律に基づき行政庁により命じられた行為について義務者がこれを履行しない場合」に該当しないと主張しているが、原告野宿者以外の原告らの関係で、除去命令等が無効であるとは認められない。

また、要件②については、原審被告（渋谷区）は本件弁明公告に加え、度重なる通知や公告等を行ったにもかかわらず、原告らは、宮下公園内の物件を除去しなかったことから、原告らによる任意の履行は期待できない状況であったと認められる。また、原告らは、債務名義を得た上で、民事執行により宮下公園内の物件を排除できるのであるから、「他の手段によってその履行を確保することが困難」であるとはいえない旨主張している。しかし、渋谷区が民事訴訟による場合、都市公園法に基づく除去命令とは全く異なる要件につき裁判所で審議する必要があり、債務名義が得られるか否かは不明確といわざるを得ず、これによって原告らが負う除去義務の履行を確保できるとは認められないであろう。

更に、要件③については、原告らは、渋谷区の許可を得ることなく宮下公園内にテントを設置する等して違法に

公園を占用しており、渋谷区からの度重なる通知等にもかかわらず当該物件は除去されることなく、原告らは宮下公園を違法に占用し続けていた。

また、宮下公園内に不法占用されていた物件等に火がつく事故が発生し、近隣住民から早期除去の要望等が出される等しており、原告らの物件を宮下公園内に不法に占用させ続けることは「著しく公益に反する」と認められる。従って、行政執行法第二条に違反することは認められないであろう。

よって、条例違反者に対して公園からの退去等を命じることができる<sup>30</sup>とされている。そこで、「公園を不法占用する者に対し、渋谷区条例に基づいて退去等を命じたのであるが、この退去命令に自力執行力はないので、この命令に付随する行為は、違反者を説得するか、誘導するなどの任意の履行を促す行為に限られる<sup>30</sup>」ことになる。

### ③行政代執行法第三条第一項の違反

行政代執行法第三条は、同条第二条の規定による処分(代執行)をなすには、「相当の履行期限を定め、その期限内までに履行がなされなるときは、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」と定めている。本件では、渋谷区は、平成二二(二〇一〇)年九月一八日に本件戒告をし、履行期間を同月二一日正午までとしている。ここでいう「相当の履行期間」とは、社会通念上、義務者が債務を履行するに十分な期間をいうと解される<sup>31</sup>ところ、原告らが宮下公園内に残置していた物件は、簡易テントやブルーシート等容易に除去できるものであると認められるから、前期履行期間は「相当の履行期間」であると認められる。

また、平成二二(二〇一〇)年九月一八日から二〇日はいずれも休日であり、区役所も裁判所も開庁しておらず、司法的な対抗手段や被告への抗議・弾劾行動が十分にできないため「相当履行期間」が定められていない旨主張す



るが、当該期間は、義務者が債務を履行するに十分な期間をいうのであり、渋谷区への抗議等を行うための期間ではない以上、原告らの主張は、採用できない。従って、行政執行法第三条に違反することは認められない。

#### (4) 裁量権の逸脱・濫用

原告らは、代執行により野宿者の生活の拠点が奪われ、原告野自連、原告守る会及び原告AIRの活動の拠点が奪われたため、原告らが被る不利益が極めて重大であると主張する。しかし、野宿者の宮下公園内での生活はさほど長くなく、生活の拠点であったとはいえないこと、また、被告の許可なく公園内を占用したいたため、宮下公園に居住する権利等を有していないといえる。従って、代執行を行ったことが、渋谷区（公園管理者）に与えられた裁量権の逸脱、濫用したものであるとは認められない。

#### (5) 違法性の承継

地方自治法第九六条第一項第九号及び同第二三四条第二項に違反した違法があると認められるところ、当該違法が行政代執行に承継されると主張しているが、違法の承継は、複数の行政処分がある場合に問題となるところ、本件契約は行政処分でない以上、そもそも本件契約と本件代執行の目的が法的に同一であるとは認められない。また、本件の計画の違法性についても主張しているが、この違法性についても本件代執行に承継されるとは認められないことから、一連の渋谷区の行為と代執行との関係においては、違法性は認めない。

## (6) 生存権違反（憲法第二五条・表現の自由）の問題

憲法第二五条が公園における居住権を保障しているとは認められない以上、渋谷区が代執行等を行ったことにより、直ちに、憲法第二五条上の居住権を侵害されたことは認められない。また、原告 A I R の表見の自由を侵害されたことに対しても、有料化<sup>(21)</sup>によつて宮下公園内で表現活動を行うことができなくなったわけではないから表現の自由が侵害され不法行為を構成することは認められない。

## (7) その他の問題

最後に、戒告名宛人の問題として、被告が本件除去命令の名宛人である原告野自連及び原告守る会に対して戒告したことは、違法と認められない。その他、損害とその額に関する範囲に関しては、原告（野宿者）に対する物件撤去による損害は、撤去させた行為と原告の物件を撤去したことにより生じた損害との間には因果関係があるとは認め難いし、残置した物については全て所有権を放棄しているから物的損害は認められない。しかし、野宿者を宮下公園から退去させるに当たつて直接強制をしたことは違法であり、精神的苦痛を被つたこと、特に警備員四名に担ぎ上げられて強制的に退去させられたもののその時間は短く、また、野宿者は、傷害を負つたとも認められないこと、公園内に不法に占用し続けていたことを考慮すると慰謝料として一〇万円、弁護士費用一万円が妥当な判断であるように思う。

## IV、まとめ

控訴審は、一審判決同様に、違法に設置された公園内のテントなどを撤去した行政代執行が適法と認められており、渋谷区の対応は適切であったといえる部分もある。特に、本件は、都市公園に私人がテント等を設けてこれを占用するには公園管理者の許可を得なければならず、これに違反した者には、工事等を中止させ、工作物等の改築、移転、除去等を命じることができるとされている。しかし、渋谷区都市公園条例第十一条第一項に基づく退去命令に当たると解することができるとしても、渋谷区は、原告の野宿者の意に反し、無理やり担ぎ上げて宮下公園から退去させており、これは退去命令を直接強制したと評価するほかに、国家賠償法上違法であると認めざるを得ないのは当然の結果であると思われる。

また、渋谷区条例においても区長は、都市公園内に立入禁止区域を指定することができ、また、公園を保全するために区域を定めて公園の利用の禁止等ができ、区長は、条例の規定に基づく処分に違反する者に対し、監督処分として、行為の中上や公園からの退去等を命じることができ、そもそも「行政代執行では、テント等の設置物を除即することはできるが、公園で生活等する者自身を公園から立ち退かせることはできないことになる<sup>32)</sup>理由」である。つまり、行政代執行ができるのは、代替的作為義務（他人が代わってなすことができる物の破壊、移転等の義務）に限られ、義務者自身が自らの意思に基づいてなすべき明渡しや立退きの義務は行政代執行の対象とはならないとされていることからである。

本稿においては、①公園の改造計画が議会の承認を経ていること（議決が必要な地方自治法九六条の「負担付き

贈与」に該当の問題や、②競争入札をしていないこと（地方自治法第二三四条の問題、更に、③地方自治法第二三八条の四の違反の有無（行政財産の目的外使用時は、許可によらなければならない問題）、④公園生活者を相当でない態様の「有形力の行使」をして排除したことの違法性の範囲、特に、⑤行政代執行の違法性の範囲（問題）、⑥行政代執行に至る手続で除去命令時の「弁明の機会」の付与を行わなかったことについて検討した。

その他、今後の課題として、本件の計画は、住民のための施設でありながら、行政の一方的な計画・契約の推進から生じた問題であるように思われる。なかんずく行政上の計画の策定には、行政機関に広範な裁量が認められることから、計画の策定手続において利害関係を有する住民の意見を聞く等、計画の策定手続に参加させることが重要であり、このような利害関係者の参加手続を経ない計画は、行政手続法に違法となる理屈であるが、実務においては、実行性の担保が困難な場合は多くある。従って、今後、都市計画マネジメントの観点（計画策定手続の必要性）からの検討も必要不可欠であると思われる。

最後に、本件のように、公物を占有する野宿者の場合、生活環境保障（憲法上の保障の限界）の程度範囲問題以外、公物論に関する行政財産の明確な使用関係の議論<sup>33</sup>が必要であることを痛感させられた。

- (1) 東京高等裁判所・平成二七年九月一七日判決・平成二七年(ホ)第二一〇四号・損害賠償請求控訴事件である。
- (2) 東京地方裁判所・平成二三年(ワ)第一三二六五号・損害賠償請求事件である。判例自治・四〇一号五八頁。
- (3) その他、原告として、「みんなの宮下公園をナイキ化計画から守る会」原告守る会、「宮下公園アーティスト・イン・レジデンス」原告AIRがある。野宿連を併せて「一審原告ら」である。
- (4) 地方自治法第九十六条第一項第九号は、以下である。第一項は、普通地方公共団体の議会は、次に掲げる事件を議決してしなければならない。第九号は、負担付きの寄附又は贈与を受けること。
- (5) 松本英昭『新版 逐条地方自治法』第八次改訂版（学陽書房 二〇一五年）三六五頁参照。
- (6) 地方自治法第二三四条第一項は、「売買、貸借、請負その他の契約は、一般競争入札、指名競争入札、随意契約又はせり売りの方法により締結するものとする。」また、第二項は、「前項の指名競争入札、随意契約又はせり売りは、政令で定める場合に該当するときに限り、これによることができる」規定である。
- (7) 松本英昭・前掲注(5)八七二頁〜八七三頁参照。
- (8) 松本英昭・前掲注(5)八七三〜八七四頁参照。
- (9) 最高裁判昭和五七年(行ツ)七四号昭和六二年三月二〇日第二小法廷判決・民集四一卷二号一八九頁、判例タイムズ六三三号一六頁参照。本判決では、「ごみ処理施設建設工事請負契約を随意契約の方法によって締結したことに違法はない理由は、「その性質又は目的が競争入札に適しないものをするとき」には、競争入札の方法によることが不可能又は著しく困難とはいえないとしても、当該契約の目的・内容に相応する資力、信用、技術、経験等を有する相手方を選定してその者との間で契約を締結するという方法をとるのが当該契約の性質に照らし又はその目的を達成する上でより妥当であり、ひいては当該普通地方公共団体の利益の増進につながる」と合理的に判断される場合も該当する」からである。
- (10) 三好規正「公物と私権」高木光、宇賀克也『行政法の争点』（有斐閣 二〇一四年）二二三頁参照。その他、法律であるが、国有財産法第一八条一項は、行政財産は、「貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、信託し、若しくは出資の目的とし、又は私権を設定することができない」としており、六項は、「行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度において、その使用又は収益を許可することができる。」と定めている。
- (11) 目的外使用について、地方自治法第二三八条の四第七項は、「行政財産によつては、本来の用途又は目的外に使用させても、

本来の用途又は目的を妨げないばかりか、場合によっては積極的に行政財産自体の公用を高めることもあり、また、行政財産の本来の用途又は目的が阻害されない限り、行政財産の効率的利用の見地からみて、その用途又は目的以外についても使用を認めることが適当であることがあるので、行政上の許可処分として使用させることが認められている。」一般的に、その期間はなるべく短い期間とすることが望ましく、通常1年以内を原則とし、著しく実情に沿わない場合に限り適宜必要の程度に応じて期間を延長することが適当であるとされている。

(12) 地方自治法第二三八条の四第一項は、「行政財産は、次項から第四項までに定めるものを除くほか、これを貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、出資の目的とし、若しくは信託し、又はこれに私権を設定することができない」とし、第七項は、「行政財産は、その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる。」

(13) 宇賀克也『行政法解説Ⅲ 第四版』(有斐閣 二〇一五年) 五一三頁参照。

(14) ネーミングライツの内容は、以下の「渋谷区立宮下公園ネーミングライツ基本協定書」を参照。

第四条 甲は、乙に対して、次の各号の権利を付与することを承認する。

(1) ネーミングライツ

協定期間中、乙が申し入れ、甲が承認した呼称を本公園の名称(以下「通称名」という。)とする権利をいう。なお、本協定において、以下の名称を乙が申し入れ、甲が承認したことを確認する。

・宮下NIKEパーク

(2) 通称名の表記

協定期間中、乙が使用する通称名の表記は、日本語、英語を含む複数言語で構成できるものとする。

(3) 通称名の掲示

甲は、乙に対し、協定期間中、本公園に看板、サインで通称名を掲示することを許諾する。なお、当該掲示物の制作及び維持・管理等の費用又は当該掲示の具体的なサイズ、色彩、材質、数量、設置方法等は、別途、甲乙の協議により、これを決定するものとする。

(15) 行政財産の管理及び処分として、地方自治法第二三八条の四第一項・第六項参照。

(16) 地方自治法第二三八条の四第二項参照。

(17) 地方自治法第二三八条の四第七項参照。なお、使用許可を受けて行政財産を使用する場合には、借地借家法の規定は適用されない。

(18) 櫻井敬子、橋本博之『行政法 第五版』（弘文堂 二〇一六年）一二四頁参照。

(19) 渋谷区立都市公園条例

（行為の禁止）

第十一条 公園においては、次に掲げる行為をしてはならない。ただし、法第五条第一項、法第六条第一項若しくは第三項又は

第九条第一項若しくは第三項の許可に係るものについては、この限りでない。

一 公園を損傷し、又は汚損すること。

二 竹木を伐採し、又は植物を採取すること。

三 土砂の採取その他土地の形質を変更すること。

四 動物を捕獲し、又は殺傷すること。

五 はり紙若しくははり札をし、又は広告を表示すること。

六 区長が指定した立入禁止区域に立ち入ること。

七 区長が指定した場所以外の場所へ車両を乗り入れ、又は留め置くこと。

八 池で遊泳又は舟遊びをすること。

九 たき火をすること。

十 前各号に掲げるもののほか、公園の管理に支障がある行為をすること。

(20) 一番の判決においても、「原告に対し、一時的にであれその身体を制限する形で、担ぎ上げて、その意に反して移動させたものであり、その態様において相当性の範囲を逸脱しているといわざるを得ず、国家賠償法上法との評価を免れない。」とした。

(21) 都市公園法第二七条（監督処分）参照。

第二項 公園管理者は、次の各号のいずれかに該当する場合には、この法律の規定による許可を受けた者に対し、前項に規定する処分をし、又は同項に規定する必要な措置を命ずることができる。

一 都市公園に関する工事のためやむを得ない必要が生じた場合

二 都市公園の保全又は公衆の都市公園の利用に著しい支障が生じた場合

三 前二号に掲げる場合のほか、都市公園の管理上の理由以外の理由に基づく公益上やむを得ない必要が生じた場合

第三項 前条第二項若しくは第四項又は前二項の規定により必要な措置を命じようとする場合において、過失がなくてその措置を命ぜられるべき者を確認することができないときは、公園管理者は、その措置を自ら行い、又はその命じた者若しくは委任した者に行わせることができる。この場合においては、相当の期限を定めて、その措置を行うべき旨及びその期限までにその措置を行わないときは、公園管理者又はその命じた者若しくは委任した者がその措置を行うべき旨をあらかじめ公告しなければならぬ。

また、都市公園法第二六条（公園保全立体区域における行為の制限）は、以下である。

第一項 公園保全立体区域内にある土地、竹木又は建築物その他の工作物の所有者又は占有者は、その土地、竹木又は建築物その他の工作物が立体都市公園の構造に損害を及ぼすおそれがあると認められる場合においては、その損害を防止するための施設を設け、その他その損害を防止するため必要な措置を講じなければならない。

第二項 公園管理者は、前項に規定する損害を防止するため特に必要がある場合においては、同項に規定する所有者又は占有者に対して、同項に規定する施設を設け、その他その損害を防止するため必要な措置を講ずべきことを命ずることができる。

第四項 公園管理者は、前項の規定に違反している者に対し、行為の中止、物件の改築、移転又は除却その他立体都市公園の構造に損害を及ぼすことを防止するための必要な措置をすることを命ずることができる。

(22) 行政手続法第三〇条の内容は、弁明の機会の付与の通知の方式を定めており、「行政庁は、弁明書の提出期限（口頭による弁明の機会の付与を行う場合には、その日時）までに相当な期間において、不利益処分の名あて人となるべき者に対し、次に掲げる事項を書面により通知しなければならない。」としている。また、以下の各号も参照。

一 予定される不利益処分の内容及び根拠となる法令の条項

二 不利益処分の原因となる事実

三 弁明書の提出先及び提出期限（口頭による弁明の機会の付与を行う場合には、その旨並びに出頭すべき日時及び場所）



- (23) 行政手続法第三条は、聴聞に関する手続の準用の規定を定めており、第一条第三項及び第一六条の規定は、弁明の機会の付与について準用する。この場合において、第一条第三項中「第一項」とあるのは「第三〇条」と、「同項第三号及び第四号」とあるのは「同条第三号」と、第一六条第一項中「前条第一項」とあるのは「第三〇条」と、「同条第三項後段」とあるのは「第一条において準用する第一条第三項後段」と読み替えるものとする。
- (24) 聴聞の通知の方式に関する行政手続法第一条、行政庁は、聴聞を行うに当たっては、聴聞を行うべき期日までに相当な期間において、不利益処分の名あて人となるべき者に対し、次に掲げる事項を書面により通知しなければならない」と定めており、以下の各号を設けている。
- 一 予定される不利益処分の内容及び根拠となる法令の条項
  - 二 不利益処分の原因となる事実
  - 三 聴聞の期日及び場所
  - 四 聴聞に関する事務を所掌する組織の名称及び所在地
- (25) 阿部泰隆『行政法再入門(上)』（信山社 二〇一五年）三五八頁参照。その他、文献としては、広岡隆「裁判を通じてみた行政執行の法理」『法と政治』一九卷三号、関西学院大学、一九六九年、三五三～三九八頁参照。福井秀夫「行政代執行制度の課題」『公法研究』五八号、一九九六年、二〇六～二一九頁参照。最近の文献は、北村喜宣、須藤陽子、中原茂樹、宇那木正寛『行政執行の理論と実践』（ぎょうせい 二〇一五年）がある。
- (26) 除去措置に対する代執行適法性が争われた事例として、大阪地裁平成二二年三月二五日判決・判例自治三二四号一〇頁参照。
- (27) 塩野宏『行政法 第六版』（有斐閣 二〇一五年）二五八頁参照。
- (28) 判例自治・四〇一号・前掲注(2)五九頁のコメント参照。
- (29) 行政代執行法第二条は、「法律（法律の委任に基づく命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられ、又は法律に基づ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、他の手段によっ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。」と規定している。

(30) 渋谷区の職員のなした野宿者の身体に直接有形力を行使して義務の履行があつた状態を実現する直接強制の行為は人権保障の観点からみても問題であろう(直接強制を認めた個別法としては、成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法三条八項など特殊例外的なものに限られることが多い)。判例自治・四〇一号・前掲注(2)五九頁参照。

(31) 兼六園(石川県)は明治七(一八七四)年より一般開放され、昭和五一(一九七六)年より有料化された。その他、最近は、富士山では平成二五(二〇一三)年夏により入山料を徴収している。公園利用の際に、有料化によって直ちに、権利侵害は生じないように思われる。

(32) 判例自治・四〇一号・前掲注(2)五九頁参照。

(33) 公物の使用関係は、一般使用、許可使用、特許使用があるが、一般使用は、公衆(国民)による公物の最も基本的な使用形態である。元来国民の自由な使用が予定されており、特定の私人が特別な利用をするには、行政庁の処分によるのが通例である。特に、公園に関する民間企業との契約や有料化等の措置以外、特別なケースにおける公物の法的问题の整理が必要に思われる。