論説

明渡しか，除却か

──「占有」と「事実上の排他的支配」の間に立つ大阪地裁第 2 民事部*

東京大学准教授
太田匡彦

I. 問題の所在
1 課題
2 大阪市靱公園におけるテント除却
(1) 事実の概要
(2) 本稿が取り上げる問題
(3) 大阪地裁決定の議論
(4) 今一つの法律構成の可能性
(5) 課題となる問題の定式

II. テントの設置された都市公園区画に係るテント設置者の占有？
1 日本法が有する二つの前提
(1) 権原と占有との区別
(2) 公物と民法上の占有
2 テントを設置し居住するホームレスのテント設置区画に係る事実的支配の評価
(1) 2 つの最高裁判例
(2) ホームレスの占有が語られうる条件
3 ここで語られる占有の意味・機能

III. テントの除却と占有の解除
1 問題の再確認とその分節
(1) 課題および大阪地裁決定の議論の再確認
(2) 大阪地裁決定の議論を構成する各部分に対する疑問
(3) 課題の整理
2 大阪市の目的とホームレスの占有
(1) 認定事実から予想される大阪市の最終目的
(2) 占有を回復する意図がないとした場合の評価
(3) 小括
3 明渡し（引渡し）・除却・代執行
(1) 問題の確認
(2) 引渡義務の代執行による実現？──土地収用法 102 条の 2 第 2 項
(3) 占有の取り戻しを狙った除却命令およびその代執行の評価

IV. おわりに──本稿の議論の明確化のために
1 以上の議論の射程
(1) 行政の取るべき執行方法
(2) ホームレスの権原？
(3) 以上の議論の意味
2 本案判決について
(1)「占有」概念の回避
(2) 回避の意味するもの

* 本稿は，大阪地裁での平成 18 年（行ウ）3 号ほか事件第 10 回口頭弁論（平成 20 年 10 月 15 日）で筆者が行った証言に再度の考察を加え，議論の骨子は維持した上で詳細にしたものである。証言を依頼することで，詰めた考察の機会を与えて下さった遠藤比呂通弁護士，本稿が取り上げる問題の担当弁護士として主尋問を引き受けられた小野順子弁護士に心より御礼を申し上げる。両弁護士は，私の考察を深めかつ理解可能なものとするために多くのテストを行うと共に，私が自己の学問的良心に忠実な証言ができるよう最大限の配慮を示された。また，本稿の基礎となる報告は 2008 年 7 月に，ある研究会でも行っている。記して参加者各位に謝意を表する。本稿は，平成 20 年度科研費（若手研究 (B)）「地方公共団体と最低生活保障」による成果の一部でもある。

シャイロック「私がこの男に要求する一ポンドの肉は
高い値段で買った私のもの，だから頂戴する。
ならぬとおっしゃるなら，法律もくそもない！
ヴェニスの法律は骨抜きだ。」
（シェイクスピア『ヴェニスの商人』第4幕第1場。松岡和子訳による）

I. 問題の所在

1 課題

ある人が，都市公園の一部区画にテントを設置し，このテントで生活している。この人は，他に帰るべき空間を有していない。すなわち，この人は，ホームレスと呼ばれる人々に該当する。この公園を設置管理している市町村が，この人にテントの除却命令を行い，その上でこのテントを行政代執行によって除却した。これにより，この人は当該テントでの，ひいてはこの公園での生活が不可能となった。

このテントの除却は適法か。本稿は，この問題に含まれる多くの問題の一部，行政代執行という行政的執行方法の選択が適切であったか，の検討を直接の課題とする。

2 大阪市靭公園における テント除却

(1) 事実の概要

以上の課題の契機は，大阪市靭公園に居住するホームレスの設置したテントに対して行われた大阪市による行政代執行にある。そこで，これに関連する大阪地決平成18年1月25日判タ1221号229頁によりながら事案を今少し詳しく見て，検討対象とする問題を特定しよう。

大阪市は，平成18年5月11日から同月17日の予定で開催される世界バラ会議大阪大会に向けて，平成15年度から平成17年度にかけての3か年計画で，靭公園東園にあるバラ園の全面改修，東園全体の再整備等を内容とする靭公園再整備工事を施工してきた。平成17年10月4日に，靭公園の管理を管轄する大阪市西部方面公園事務所は，同公園にテント等の工作物を設置して居住するホームレスに，近く靭公園において工事を施工する予定であるところ，彼らの設置しているテント等が工事の支障となるので，同年11月30日までに撤去するようお願いする旨を記した書面を配布した。その後，靭公園に居住するホームレスらによって構成された自治会との交渉が行われたものの，テント等の撤去は行われず，大阪市長は，平成18年1月13日付けで，同公園にテントを設置し生活するホームレスらに対して，都市公園法27条1項に基づく，テント等の除却命令（以下，本件除却命令）を行った。ホームレスらは，この除却命令で定められた期限である同月17日午後1時までに，命令の対象となったテント等を除却せず，それ以降も除却しなかった。

大阪市は，これを受けて，同月18日に，除却命令の名宛人であるホームレスらに対し，行政代執行法3条1項に基づき，同月23日までにテント等が除却されないときは同法2条に基づく代執行を行う旨を文書で戒告し，他方，ホームレスら（の一部）は，大阪市を被告として，本件除却命令の取消訴訟を提起するとともに，本件除却命令の執行停止申立てを行った。

この執行停止申立ては大阪地裁第2民事部の前掲大阪地決平成18年1月25日（以下，単に大阪地裁決定と呼ぶことがある）により却下され，同年1月30日に代執行が行われた。これに伴い，本件除却命令取消訴訟の原告は国家賠償請求に訴えを交換的に変更し，この訴えは，大阪城公園において同日行われた行政代執行の対象となったテントに居住していたホームレスらの提起した訴訟と併合審理された。大阪地裁第2民事部は，大阪地判平成21年3月25日判例集未登載（平成18年（行ウ）3号ほか）（以下，大阪地裁本案判決，ないし本案判決と呼ぶことがある）において請求を棄却した[1]。

1) 同判決の写しは遠藤比呂通弁護士・小野順子弁護士からいただいた。記して謝意を表する。

(2) 本稿が取り上げる問題

この事件の執行停止申立てにおいて申立人は，本案の理由（参照，行訴法 25 条 4 項）として，多岐にわたる主張を展開している。第 1 に，①公園にテントを設置し，この設置公園区画部分を占用する黙示の許可を受けているとする主張であり，第 2 に，②都市公園法 27 条 1 項に基づく除却命令は「占有を解くことなくして工作物等を除却することができる場合，すなわち，代替的作為義務を命ずる場合に限定されている」ところ，本件除却命令は，申立人が「家屋として占有使用している」テントの除却を命ずるものであるから，このテントを除却命令の対象とはできないとする主張であり [2]，第 3 に，③本件除却命令はいわゆる社会権規約に違反するとする主張であり，第 4 に，④本件除却命令は，比例原則に違反するとする主張である。

以上の主張の中で，本稿は②の主張に着目する。筆者の見るところ，申立人の主張の中で，①，③，④と②とは異なる性格を持つ。すなわち，①，③，④の主張は，公園に住み続ける地位（権原，本権）を申立人が有していることを基礎付けようとする主張と理解できる。これはとりわけ①に明瞭であると同時に，除却命令そのものの違法性を主張する③，④にもこのような性格を認めうる。本件の状況下では，申立人のテントを除却する権限が公物管理者たる市に認められない，つまり申立人がこのまま公園に居住できる地位を有すると市は認めなくてはならないという主張だと解されるからである。

これに対し，②は，以上の主張と異なる性格を持つ。簡単に言えば，この主張は，義務を負うとしても，その執行方法として行政代執行を選択すること自体に誤りがあるという主張と解しうる。すなわち，これは，申立人自らが公物管理法に照らして義務違反の状態にあるとしても，大阪市は，この義務違反の状態を解消（あるいは義務の履行された状態を実現）するために，行政代執行を用いることはできないという議論と理解する余地がある。執行方法の選択が誤りであり違法とされた限りで申立人は反射的に住み続けることになるかもしれないが，「住み続けうる地位」が与えられるわけではない。つまり，ここでの議論は，本権（権原）とは区別された次元に関わる。しかしながら，申立人側も，自らの議論の意味するところを明晰に把握していたとは言いがたい。むしろ後述するように裁判所の方が適切に理解していたとも解される。申立人の理解の不明瞭さは，除却命令は代替的作為義務のみを命じることができるとした点，占有の対象をテントとしている点に窺える。そこで，この点を検討して，先に述べた②の主張の意味のヨリ精確な把握を試みよう。

申立人は，除却命令で命じうる内容は代替的作為義務に限られると主張している。この点に申立人の主張の不明瞭の第 1 が認められる。都市公園法 27 条 1 項は，命じることのできる内容の一つとして「行為若しくは工事の中止」を明示しており，命令発出時点で実際に行われている工事に関する工事中止命令が不作為義務（それ自体常に非代替的である）のみならず非代替的作為義務を課す要素を持つと考えられることからして，非代替的作為義務も命じることができると解すべきであろう。申立人は，同法 27 条 3 項の簡易代執行規定を指摘しているものの，これは行政的執行のあり方に関わる定めであり，行政的執行に先行する行政処分で命じうる内容それ自体について影響を与えるとは考えられない。行政的執行方法の存しない内容を行政処分により命じること自体は，非代替的作為義務・不作為義務について見られるところである [3]。とすると，申立人の主張は，都市公園法 27 条 1 項によっては命じえない筈の非代替的作為義

2) 引用は，判タ 1221 号 233 頁に記された裁判所による申立人らの主張の要約による。

3) 行政による民事的執行の可否という論点の実益は，まずここに関わる。最判平成 14 年 7 月 9 日民集 56 巻 6 号 1134 頁は，「国又は地方公共団体が専ら行政権の主体として国民に対して行政上の義務の履行を求める訴訟」を不適法却下したけれども，行政的執行方法のない非代替的義務を行政処分により命じること自体を違法とする論理は含まない。

務を命じた点にではなく，申立人の負う義務は非代替的作為義務であるのにそれを代替的作為義務と構成し除却命令の形で行政処分を行った点，この処分を基礎に行政代執行を行おうとしている点に向けられていると解するべきであろう。

次に，申立人が，自らの負う義務が非代替的作為義務である（代替的作為義務ではない）とする根拠は，除却を求められた「当該テント等を家屋として占有使用している」点に求められている。申立人の主張に含まれる不明瞭の第 2 はこの点に関わる。すなわち，建築基準法違反の建築物に対する同法 9 条に基づく除却命令が代替的作為義務を命じる典型と考えられ，そこで当該建築物が現に居住に供されているか否かによって義務の性格が変わるなどとは議論されていない点に示されているように，「テント等を家屋として占有使用している」こととテント等を除却する義務の性格とは無関係であり，「家屋として占有している」テント等の除却義務もそれ自体は代替的作為義務である。

申立人の主張の混乱は，「占有を解くことなくして工作物等を除却することができる場合」に都市公園法 27 条 1 項の除却命令は限られる，と主張する場合の「占有」の対象の混乱に起因すると考えられる。申立人の主張する「占有」の対象は，テントそれ自体ではなく，当該テントが設置されている公園区画であると考えるべきであろう。すなわち，申立人の言わんとするところは，テントが除却されることにより，このテントが設置されている公園区画に対する占有も解かれてしまう，この除却命令は，本来，テントを除却することでこの公園区画の占有解除を命じるものであり，その義務は非代替的作為義務として理解されるべきである，したがって，テントの除却を行政代執行によって行うことは違法である，という点にあると理解すべきであろう。少なくとも，以上のように解釈する方が合理的な主張として理解できる。そして興味深いことに，大阪地裁は実際上，この趣旨で申立人の主張を理解したと考えられる。というのも，大阪地裁は，テント自体の占有ではなく，「テント等の設置場所に係る占有を解くこと自体を」本件除却命令が命じているか，本件除却命令が「当該工作物［テント等のこと：筆者注］の設置場所に係る占有を解くこと自体を目的とする」か否かに着目して判断を示したからである。では，大阪地裁決定は，このように理解された原告の主張に対していかなる応答を示したか。次にこれを確認しよう。

(3) 大阪地裁決定の議論

以上に分析した②の主張を，大阪地裁決定は，以下の論理で排斥した。曰く，「公園管理者が同法［都市公園法：筆者注］27 条 1 項に基づき同項 1 号に該当する者に対して命ずる措置（監督処分）のうち都市公園に存する工作物その他の物件若しくは施設（工作物等）の除却を命ずる除却命令は，その性質上，当該命令を受ける者に対して当該工作物等を除却すべき行政上の義務を賦課することを法的効果とする処分にすぎず，それを超えてその者に対して当該工作物等の設置場所に係る占有を解くこと自体をも命ずる趣旨を含むものではな」く，「本件各除却命令に係る除却命令書の記載からも本件各除却命令が申立人らに対して本件各物件の除却に加えて申立人らがテント等の設置場所に係る占有を解くこと自体を命ずる趣旨をも含むものとは読み取れない。しかるところ，工作物等を除却すべき行政上の義務が行政代執行法 2 条にいう『他人が代わってなすことのできる行為』に該当することは明らかである。もっとも……申立人らは，本件各除却命令の対象とされたテント等を起居の場所として日常生活を営んでいるものであるが，都市公園法 27 条 1 項は，同項に基づく除却命令の対象となる工作物等の種類，機能等を何ら限定してはいないから，申立人らの主張するように本件各物件が申立人らにとって住居としての機能を果たしているものであるとしても，本件各物件の除却は『他人が代わってなすことのできる行為』に該当」し，都市公園法 27 条 3 項から「そのような物件に対する除却命令が許されないと解することもできない」。「本件各除

却命令の執行によって申立人らが当該テント等及びその敷地の占有を失う結果になるとしても，除却命令及びこれに基づく行政代執行手続は，上記のとおり，当該除却命令の対象とされた工作物等の除却のみを目的とし，当該工作物の設置場所に係る占有を解くこと自体を目的とするものではないから，これに伴う占有の喪失は，当該工作物等が除却されることに伴って事実上生じる結果にすぎ」ず，「このことをもって，当該テント等を含む本件各物件が都市公園法 27 条 1 項に基づく除却命令の対象にならないと解することはできない」。「仮に本件各除却命令が申立人らに対して本件各物件の除却に加えて申立人らがテント等の設置場所に係る占有を解くこと自体を命ずる趣旨をも含むものと解する余地があるとしても，本件各除却命令に基づいて行政代執行法による代執行を行うことができるのは，本件各除却命令のうち本件各物件の除却を命ずる部分に限られるのであって，本件各除却命令のうちの申立人らがテント等の設置場所に係る占有を解くことを命ずる部分そのものが執行されるものではないから，そのことのゆえに本件各除却命令が都市公園法 27 条 1 項に違反するということもできない」。

この決定は，これまでの分析に照らして，妥当な論理も問題のある論理も含んでいる。すなわち一方で，テントが実際に果たしている機能と切り離してテントの除却義務の性格を論じている点，また都市公園法 27 条 3 項の扱いは，(2) での検討からすれば一応，支持できよう。

しかし他方で，除却命令の内容理解および代執行により生じる結果の処理については，幾つかの疑問を呈しうる。第 1 に，除却命令の内容をテントの除却のみに限定し，その結果として起こるテントの設置場所に係る申立人の占有――地裁決定は占有と性格付けている――の解除は命じられていないとする理解は適切か。後に検討するように，事案に鑑みれば，大阪市は「テントの設置場所に係る占有」を回復しなくてはならない立場にあり，この点を外に置いた命令内容に大阪市が固執するならば，それは公物管理者として自らが負う義務に対して，あるいは日本の行政上の強制執行制度に対して不誠実であって，裁判所はこのような内容を額面通りに受け取るべきではないのではないか。第 2 に，第 1 の指摘とも関連するが，この除却命令の内容を額面通りに受け取るとして，工作物除却の結果生じる，当該工作物の設置場所に係る占有の喪失は事実上生じる結果に過ぎないというこの議論を使うと,行政は実際上の問題として，かなりの範囲で，物件除却命令の行政代執行という形で占有の解除・土地の明渡義務の行政的執行を行えることにならないか。これは，代替的作為義務に限って行政代執行を行えるとする現行日本法の基本態度に照らして行政代執行の可能性を広げすぎていないか。第 3 に，この地裁決定は，申立人たるホームレスがテントを設置し，そこを起居の場所として日常生活を営んでいるという事実認定を前提として，このテントの設置場所に係る占有を申立人たるホームレスが有していると評価し（評価したと理解できる記載をし)，さらに，大阪市の行政処分はこの占有の解除を命じていない，よしんば命じているとしてもこの占有の解除は行政代執行により執行されるものではない，とまで述べる一方で，テントの除却として行われる行政代執行によりこの占有が喪失させられる事態を予測しつつも，これに法の保護を与えようとはしない。このような形で喪失させられても法の保護をうけられない「占有」は，占有の名に値するものなのか。この地裁決定は，占有の概念（言葉）を使うことで，占有の概念の帰結をみすぼらしいものにし，申立人に対する法の保護の惨めさを一層際立たせている。このような法的把握は適切なのか。

(4) 今一つの法律構成の可能性

ただし，大阪地裁決定に対する上記の疑問は，同決定が，「テント等の設置場所」に対してホームレスが行っている事実的支配を占有と評価したと理解し，この評価を共有して初めて生じる。

しかし，この評価は自明か。靭公園は，大阪市が設置管理しており，テントの設置場所

も含めて公園区画を占有しているのは大阪市ではないか[4]。このように理解する場合，テントの除却により当該テントの設置場所に対してホームレスが有している支配が失われるとしても，それはホームレスの有する占有が（法の保護もないままに）奪われた，とは評価されない。むしろ，自らの占有を害されている大阪市が除却命令とその代執行によって自らの占有を完全な形で回復したと評価される。ホームレスの持つ占有の解除という非代替的要素は生じず，テント除却のみがホームレスに課される義務となり，少なくとも執行方法の選択という本稿の着目する文脈では，代執行が適切である。とすれば，テントの設置場所に係る占有をホームレス（申立人）が有していると評価しなければ，この地裁決定の代執行の選択を適法とするその結論は支持されるべきなのかもしれない。次のような例を考えてみてもよい。道路に自動車が放置されている時，この自動車の所有者は道路を占有していると評価されるか。おそらくそうは評価されず，自動車の所有者が負う義務は代替的作為義務としての自動車の移転・除却であり，行政代執行の選択は適切であろう（参照，道路法 71 条）。では，路上の自動車でホームレスが生活しているとき，そのホームレスは，自動車の位置する道路敷を占有していると評価され，そのホームレスの負う義務は非代替的と考えるべきか。ここに，我々は，テントの設置場所にホームレスが及ぼしている支配を法の観点からどのように捉えるかという今一つの問題を意識することになる。

(5) 課題となる問題の定式

以上から，本稿冒頭で掲げた課題を解決するには，二つの問題を検討しなくてはならない。第 1 に，公園区画にテントを設置して生活を営んでいるホームレスは，公園区画たる当該テントの設置場所を占有していると評価できるか（これが否定されると行政代執行の選択は適切となる）。第 2 に，第 1 の問いが肯定され，当該テントの設置場所たる公園区画をホームレスが占有していると評価できるとき，当該ホームレスが公物管理法上負う義務は，当該区画に設置されたテントを除却する，行政代執行が可能な代替的作為義務と評価されるべきか（この場合，行政代執行の選択は適切となる），それとも非代替的作為義務たる公園区画の明渡義務と評価されるべきか（この場合，行政代執行の選択は違法となる）。本稿は，第 1 の問いの検討を Ⅱ で，第 2 の問いの検討を Ⅲ で行い，最後に，以上の検討の射程を確認し，また本案判決の示した議論を検討する（Ⅳ）。

この結果，申立人主張の①③④の議論の当否は検討されない。このことは，ホームレスが公園に居住する権原を有すると考えるべきか否か，また代執行の選択が適切だとされたときに，代執行を行うための他の要件が充足されているか否か，の検討を行わないことを意味する。このような限定を伴う本稿の分析が示す意味についてもⅣで明らかになろう。

Ⅱ. テントの設置された都市公園区画に係るテント設置者の占有？

1　日本法が有する二つの前提

Ⅰ 2 (5) で述べた第 1 の問題を検討するにあたり，前提を 2 点確認しておく。

(1) 権原と占有との区別

周知のことであるが，占有は，問題とされている物に対する権原（本権）の有無とは独立にその有無が判定される。その結果，無権原者も物に対する占有を有しうる[5]。また，占有の有無は，権原の有無と独立に評価されるため，その評価は事実に対する法的観点か

4)　テントの設置場所に係る占有を，ホームレスが直接占有者として，大阪市が間接占有者として有するという構成は，両者の関係に鑑みて考えられない。

5)　例えば我妻栄（有泉亨補訂）『新訂物権法（民法講義 Ⅱ）』（岩波書店，1983）456-457 頁（[530]），461 頁（[537]）など。

らの評価ではあっても，事実に一層密着した性格を持つと言える[6]。

(2) 公物と民法上の占有

今一つの前提は，日本法では，公物（公共用物・公用物）に関しても，（民法上の）占有の成立が一般に認められてきた点である。公物に関して民法上の占有を語ることが論理的に（あるいは概念的に）矛盾しているとは考えられてこなかった。大阪地裁決定もこの前提を共有している。占有が語られる様々な文脈の中から，本稿に重要な文脈として，現実的支配それ自体の評価にヨリ強く関わると考えられる，以下の文脈での占有概念の利用を確認しておこう。

第1に，都市公園法5条2項の許可が更新されなかったため無権原で都市公園に存在することとなった施設（具体的にはゴルフ場施設）に係る区画の公園管理者への返還が問題となった事案で，都市公園管理者自身が明渡命令を行い，これを行政代執行で履行強制しようとしたところ，「人の占有している土地の明渡義務の実現」は直接強制によってのみ可能であるとし，行政代執行を違法とした事案がある（横浜地判昭和53年9月27日判時920号95頁）。このケースでは，無権原になったゴルフ場施設管理者が都市公園の一部をなす区画に及ぼしている支配は占有であるという評価が関係当事者全員に共有されている。この他にも，不法占拠者に対し本権（所有権）に基づき明渡請求が行われた事案では，この際，所有権に基づく明渡請求訴訟の被告とされることで公物の不法占拠者の行っている支配が占有と評価されていると理解できる[7]。第2に，すぐ後に触れる最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁は，道路管理者が道路敷に対する妨害行為に対抗すべく占有訴訟を提起する可能性を認めている。これは，当然，公物管理者が公物に及ぼしている支配を占有と評価できることを前提にしている[8]。

以上に見たように，公物管理者であれ不法占拠者であれ，ある人が公物に及ぼす現実的支配を占有と評価することについて日本法は特別の躊躇も議論も示していない。この態度自体，本来，一層の考察を要求するが，本稿ではこの点に係る本格的な考察と評価は断念し（ただしこの点への意識は後の検討にも影響を与える），この法状況を前提として議論を進める[9]。

---

6)　しばしば占有権は，占有という事実を法律要件として生ずる法律効果とされる（例えば我妻（有泉補訂）・前掲注5)456頁（[530]）。これに対し，星野英一『民法概論Ⅱ（物権・担保物権）』（良書普及会，1976）81-82頁はニュアンスに富んだ説明を与える）。しかし，占有という事実（法律事実，要件事実）の存否の判断は単純な事実認定ではなく，一定の規範的評価を伴うものであり，本文はこの点を述べようとしている。筆者が持つイメージの明確化のため，筆者の専攻分野である行政法学にヨリ親しい判断に引きつけ，住所の有無の判断と外国人在留資格の有無の判断とを敢えて対比すると，占有の有無の判断は，住所の有無の判断に近いと思われる。これらが単純な事実認定の問題に尽きないことは，ホームレスの住所や不法滞在外国人の国民健康保険法上の住所に関する裁判例が示すところである。

7)　例えば，東京地判平成元年8月25日判タ724号204頁。

8)　この事件では，所有権が国か（登記を経由した）被告にしか存し得ず，道路を管理する原告（市）には存しようのない事案であったため，占有訴訟が用いられたと考えられる。

9)　本稿が取り上げなかった，しかし占有が公物に関しても語られる文脈は時効取得である。最高裁によれば公物（公共用物）の時効取得は，「公共用財産が，長年の間事実上公の目的に供用されることなく放置され，公共用財産としての形態，機能を全く喪失し，その物のうえに他人の平穏かつ公然の占有が継続したが，そのため実際上公の目的が害されるようなこともなく，もはやその物を公共用財産として維持すべき理由がなくなつた場合」であることが要求されるところ（最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁），この要件設定は，公物に対する（時効取得の原因となる）占有が成立しうることを特段の議論もなく認めていることになる。しかし，ここでの占有は，所有権の原始的取得という本権の次元とヨリ強く関わる占有であり，本稿の念頭に置く占有とはやや次元を異にするとも考えられるので，これ以上は立ち入らない。

2　テントを設置し居住するホームレスのテント設置区画に係る事実的支配の評価

(1) 2つの最高裁判例

筆者の見るところ，最高裁は，公共用物に対する占有・公共用物上で生活するホームレスの当該公共用物に対する関係を考える手掛かりを近時の2つの判例において与えている。そこで，まずこれらの判決を検討する。

(a) 最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁

第1が，占有保全訴訟の可否の文脈で，道路を管理する地方公共団体の道路敷に対する占有の有無が問題となった最判平成18年2月21日民集60巻2号508頁（以下，平成18年最判と言うことがある）である。ここで最高裁は，公共用物たる道路に対してそれを管理する地方公共団体が及ぼす事実的支配が占有に該当しうること，その要件，本件での仮定的包摂（当てはめ）を判示している。

最高裁は，まず，「占有権の取得原因事実は，自己のためにする意思をもって物を所持することであるところ（民法180条），ここでいう所持とは，社会通念上，その物がその人の事実的支配に属するものというべき客観的関係にあることを指す」という従来の立場を確認した上で，「地方公共団体が，道路を一般交通の用に供するために管理しており，その管理の内容，態様によれば，社会通念上，当該道路が当該地方公共団体の事実的支配に属するものというべき客観的関係にあると認められる場合には，当該地方公共団体は，道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず，自己のためにする意思をもって当該道路を所持するものということができるから，当該道路を構成する敷地について占有権を有する」と判示する。

ここでは，公共用物たる道路についても民法上の占有を観念できるという判断は暗黙のうちに前提となっており，その上で，占有の成立要件（占有権の取得要件）は，自己のためにする意思が認められることを前提に，社会通念上，事実的支配に属すると言える客観的関係が認められるか否かによって決されること，占有の成否は道路法上の道路管理権を地方公共団体が有するか否かには関わらないことが指摘されている。これは，私有地を念頭に置いて行われる通常の判断と実際上変わるところがない。最高裁は，占有の成否を，一方で事実的支配に属すると言える客観的関係の有無に事実上かからしめ[10]，他方で道路管理権の有無と切り離して判断するという基本的立場を示すことで，占有と権原の分離を（少なくとも表面上は）貫徹している。

以上から我々は，都市公園にテントを設置して居住するホームレスが，都市公園法（公物管理法）上は違法とされる（権原を有さない）存在であるとしても，また社会通念に照らして判断されるとしても，ホームレスの及ぼす，テントの設置場所に係る事実的支配が，その態様によっては占有と評価される可能性が存すること自体は確認できる。確かに，事実的支配が占有と評価されるか否かは社会通念によって判断されるため，無権原の支配であることの評価がこの段階で既に忍び入る可能性は否定できない。しかしながら，この判

10)　本判決が自己のためにする意思の要件を無視したとは，この要件を判決文に明記している以上，言えない。しかし本判決は，「自己のためにする意思」については特段の問題とせず，この事件では認められることを前提にしていると解される。最高裁の判示を，最高裁の示した「所持」の定義を使って言い換えると，「地方公共団体が，道路を一般交通の用に供するために管理しており，その管理の内容，態様によれば，当該道路を当該地方公共団体が所持していると認められる場合には，当該地方公共団体は，道路法上の道路管理権を有するか否かにかかわらず，自己のためにする意思をもって当該道路を所持するものということができるから，当該道路を構成する敷地について占有権を有する」，となる。これは，所持していると認められる場合には，自己のためにする意思をもって所持していると言えると言っているに等しく，「自己のためにする意思」の要件は限りなく軽く扱われている。この態度は判例通説の一般的傾向と軌を一にする。参照，川島武宜＝川井健編『新版注釈民法（7）』（有斐閣，2007）12-14頁〔稲本洋之助〕，我妻（有泉補訂）・前掲注5)464-465頁（[544]），星野・前掲注6)85-87頁。

断の段階で無権原であることを重視すると，権原の有無と占有の成否とを区別する意味を失わせる。

現に最高裁が，この事件において，原告たる市が道路敷に対する占有を有する可能性を認める際の根拠は――道路管理権を有さないまま管理していたという認定はないが――，道路管理権の存在ではなく，道路を管理していた事実そのものに求められている。すなわち，平成18年最判は，道路管理を行っていた地方公共団体が当該道路敷に対して占有を有する条件を一般的に判示したのみならず，原告たる市が「主張するとおりの内容，態様で本件道路を管理している事実が認められるとすれば，上告人［原告：筆者注］は，本件道路敷について占有権を有する」という判断も示しており[11]，この判断も見逃せない。

最高裁が着目した，原告（市）の主張する道路管理の態様は，「①道路法28条に基づき，道路台帳の調製及び保管を行い，②同法42条に基づき，昭和45年には道路舗装補修工事を，昭和51年には道路補修工事を，昭和63年には道路舗装工事を行うなど，本件道路を常時良好な状態に保つために必要な維持，修繕を行い，③同法第3章第3節に基づき，電線，電話線，水道管等の架設，埋設工事のため本件道路を継続して使用する必要がある場合には，道路の占用の許可を与え，④同法71条に基づき，被上告人［被告：筆者注］らが本件道路について……交通妨害行為を行う都度，監督処分を行い，これによってなお原状を回復することができないときには，行政代執行法に基づく代執行をするなど」であった。

この判断に照らせば，本稿が直接の検討対象としている靭公園の事案でも，公園を管理している大阪市が公園区画に対する占有を有しているのではないか，という疑問は当然に生じる。大阪地裁決定の認定によれば，「大阪市は，都市公園法2条の2及び同法2条の3に基づき，靭公園を都市公園として設置し，これを管理をして」おり，また既に見たように，「平成15年度から平成17年度にかけての3か年計画で，バラ園の全面改修，東園全体の再整備等を内容とする靭公園再整備工事を施工してきた」し，訴訟が提起された原因は監督処分としての除却命令にあった。また，最高裁が指摘する，台帳の調製・保管も当然行われていただろうし（参照，都市公園法17条），各種の占用許可も与えてきただろうと考えられるからである。

しかし同時に，公園区画の一部がホームレスの生活場所としてその支配下に置かれることで，当該部分のみが事実上，公園管理者の支配から脱し，ホームレスの占有下にあると評価される可能性はなお否定されない。この観点からすると，平成18年最判について，被告の行為態様も確認する必要がある。というのも，この判決は，原告たる市の主張が認められるならば，道路を管理する市に道路敷に対する占有が認められるとすることで，原告の主張するような被告の行為によっては，当該道路敷に対する占有を被告が持つことはないという判断も示していることになると考えられるからである（この事件では，同一の道路敷に，原告と被告両方の占有が同時に成立することはない）。

平成18年最判は，原告（市）の主張するところによれば，被告は，問題となった道路敷に対して，「平成5年10月21日ころから平成9年9月7日までの間，断続的に，本件道路の交通を妨害し，あるいは，今にも本件道路の交通を妨害するかのような態度を示し」，「今後も，本件道路の交通を妨害するおそれがある」という形でしか被告の行為を記載していない。この点，原告の請求を認容した第1審判決（浦和地判平成13年1月16日民集60巻2号525頁参照）によれば，被告らは平成「5年10月21日ころから11月5日ころにかけて，本件各土地上［被告らが所有権を主張し，また原告が管理する道路の一部をなす道路敷：筆者注］に屋台用2トン・トラック等を置いたりして本件各土地の通行

11) このような仮定的当てはめ（包摂）を最高裁が示したのは，原審である東京高判平成13年10月30日判時1781号102頁が原告の主張をそれ自体失当としたことによる。

を妨害し，同6年7月13日ころには『盆明けに，ガードレールを設置して通行止めにする。』などと言って，今にも妨害するような態度を示し，また，同9年3月から同年6月までの間，第三者が被告らから本件各土地を買い受けたとして，原告に対し被告らの前記要求と同様の要求をしたり，通行を阻止する旨記載されたビラを配布したり，道路にペイントで『私有地』と書くなど，本件市道［原告が管理している道路:筆者注］に対する種々の妨害行為を行ったこと，さらに……同年9月6日午後11時30分ころ，本件各土地の境界周辺（側溝）にポールを打ったり，掘削機械（カッター）で道路舗装部分に切り込みを入れたりする行為にまで及び，翌7日これを止めようと説得していた原告の建設部次長に暴行を働いたこと」が認定されている。すなわち，この事件で被告が道路に対し行っている行為には,居住という要素はない。つまり，被告は,どこか別の場所に本拠を持っており，そこから本件道路敷に出撃して妨害としか言いようのない行為を行っている。この点で，都市公園にテントを設置して生活している，他に帰る場所のないホームレスと事情が異なるとは言える。

(b) 最決平成14年9月30日
刑集56巻7号395頁

最高裁は，今一つ，最決平成14年9月30日刑集56巻7号395頁（以下，平成14年最決と言うことがある）において，公共用物の上で生活するホームレスの当該公共用物に対する関係の理解について示唆を与える議論を示す。

この決定は，直接には，ホームレス——最高裁は路上生活者と呼んでいる——が多く起居していた地下道において，東京都が民間業者に請け負わせた，「①路上生活者が自主的に退去した後に残された段ボールやごみ等を撤去する作業，②工事区域内に歩行者が入らないようにするためのバリケードやカラーコーンを設置する作業，③動く歩道を設置するため床のタイル舗装を撤去する作業」からなる環境整備工事を，水平エスカレーター（動く歩道）の設置に伴う工事として行った際に，この工事を実力で阻止しようとした被告人が威力業務妨害罪に問われた刑事事件である[12)]。最高裁は，本件環境整備工事を，「強制力を行使する権力的公務」ではなく刑法234条にいう「業務」に該当するとした上で,「路上生活者の意思に反して段ボール小屋［この決定では,「段ボールを用いた簡易な小屋」を指す：筆者注］を撤去するに及んだ」ことが威力業務妨害罪としての要保護性を失わせるか否か検討し，その中でこの事件におけるホームレスの道路上での生活をどう捉えたか窺わせる判示を行っている。

本稿の問題関心からこの決定を検討する際，第1に，同決定が業務の適法性を検討する際，環境整備工事として行うことで足りたか，それとも道路法71条1項に基づく除却命令を行った上で行政代執行手続を採るべきだったかという文脈を設定して検討していたと解される点がまず注目される。つまり，除却命令－行政代執行の手続が適法と評価されることは，最高裁にとって前提とされていたと考えられる[13)]。さらに最高裁は，ホームレスの起居していた段ボール小屋がその意思に反して撤去されたという要素を認めつつ，生活の場である段ボール小屋を「本件通路に放置されていた段ボール小屋」と性格付け，これを環境整備工事により撤去したと把握している。以上の議論のコンテクストと段ボール小屋の性格理解は，最高裁が，ホームレスが道路上の段ボール小屋で生活を営んでいる

12) 第1審の認定によれば，被告人は，路上生活者ではなく，その支援者である。ただし，自らも路上にしばしば寝泊まりし，活動してきた。参照，東京地判平成9年3月6日判時1599号41頁。

13) もちろん，この決定は，業務妨害罪の成否という文脈で以上の検討を行っており，かつ，「業務妨害罪としての要保護性を失わせるような法的瑕疵があったとは認められない」と結論づけている点に示されているとおり，環境整備工事として行ったこと，さらには除却命令を行った上で行政代執行を行うことの，行政法上の法的評価を行ってはいない。この限りで，本稿が取り組んでいる問題に対する最高裁の結論を十分に予告するものではない。しかし，除却命令－行政代執行というルートを経た場合には一層問題がないと考えていたことは確かであろう。

ことに基づき段ボール小屋の位置する道路敷にホームレスの占有の成立を認めるという構成を選択しなかった（考えなかった？）ことを示す[14) 15)]。つまり，居住しているという事実だけで，公共用物の上に占有が成立するとも考えられないことを，この判決は示している。

(2) ホームレスの占有が語られうる条件

(a) 問題の位相

以上を踏まえて，公園にテントを設置して居住するホームレスがいかなる条件を満たす場合に，当該ホームレスによる，その居住場所に係る占有の取得を語りうるか。これまでの検討からすれば，現在の日本法に関する議論を前提とする限り，この条件は，「社会通念上，その物がその人の事実的支配に属するものというべき客観的関係にある」か否か，つまり所持の成否の判断に関わるものとなる[16)]。とすると，この条件を探る作業は，この社会通念に照らした判断が直観的判断に堕する，あるいはブラックボックスと化さないために，この判断を行う際の考慮事由としていかなる事情が考慮されるべきかを検討し，その判断の合理化を目指す作業となる。この作業を本稿の考察対象に即して行うには，以下の3つの事情に分けて考察することが適切と思われる。第1に，非公物（通常の私有地のほか行政主体の有する普通財産も含まれる）・公物に共通する判断要素，第2に，公共用物に対する占有が問題となっていることの評価，第3に，ホームレスの居住が支配の実質的内容であることの評価である。

ただし，以下で考察を進める前に，所持の有無が問題とされる文脈を今一度確認しておく。所持の有無が問題とされる判例の多くは，占有訴権の基礎としての占有権の成否を判断する文脈に関わる[17)]。これに対して，本稿が占有の成否を問題とする文脈は，ホームレスが本権あるいは公物管理権の観点からは不法占拠者と評価されるとした場合に（そう仮定して），この者の負う義務の性格を判定することにある。この違いが持つ意味については，3で改めて確認するけれども，あらかじめ注意を促しておく。

(b) 非公物・公物に共通する判断要素

所持・占有を語るためには，その概念上，支配を語りうる事実の存在がまず必要となる。この観点から，土地の利用に関しては，土地の利用が軽度か否か（軽度であれば占有が否定される），排他性・必要性を持つか否か（持つと占有が認められる），明認性および恒常性を持つか否か（排他性・必要性を補充する要素と位置づけられ，明認性・恒常性を欠くと占有が否定される）といった観点が指摘されてきたところ，占有が否定された諸例に，居住という利用はないように見える[18)]。居住には，利用の排他性・継続性が

14) このことは当事者から主張されなかったことによる，と考えてもよいが，占有の成立可能性を被告人の弁護人も含めて考えなかった点は，さらに注意してよい。

15) 最高裁は，路上生活者が不法占拠者であったこと，段ボール小屋の撤去により被る居住上の不利益についても行政は一応の対策を立てていたこと，事前の周知活動がなされ不意打ちではなかったこと，道路法に基づく除却命令を為した上で行政代執行の手続を採る場合には実効性を期し難かったことの諸点を根拠に，路上生活者の意思に反した段ボール小屋の撤去に業務妨害罪としての要保護性を失わせるような法的瑕疵があったとは認められない，としており，権原を中心に据える判断方法をとっている。このことからすれば，占有が認められ，その結果，行政代執行であっても違法となる可能性が生じたからといって，業務妨害罪としての要保護性が失われたとは簡単には予測できない。しかし，この点は本稿の課題とは直接に関わらないので，これ以上は立ち入らない。

16) 判例において「自己のためにする意思」の有無が問題とされた事例は少なく，主として占有補助者か占有代理人かの文脈に関わる。この「自己のためにする意思」は，「所持による事実上の利益を自己に帰せしめようとする意思」と一般に解されており，テントを設置して居住するホームレスにこれを否定することは困難であろう。参照，川島＝川井編・前掲注 10)12-14 頁〔稲本洋之助〕。

17) 平成 18 年最判もこの文脈で占有の成否を判断したものであった。所持の成否に関して参照，川島＝川井編・前掲注 10)14-19 頁〔稲本洋之助〕。

18) 判例も含めて参照，川島＝川井編・前掲注 10)15-16 頁〔稲本洋之助〕。ここで指摘される判例の多くは，通行という利用形態であり，多くは認められていない（例えば東京高判昭和 30 年 11 月 25 日東高民時報 6 巻 12 号 282 頁，東

伴うから，居住という利用形態は，占有を基礎付ける支配の成立を肯定する方向に働こう。また,居住という形態である点に,平成18年最判における被告の行為態様との間の質的差異が認められる。

とはいえ，居住の排他性・継続性を考える際，その居住態様が持つ，居住場所に対する支配の程度も考慮せざるを得ない。この点で,タイル舗装された道路上に段ボール小屋を置いて起居していた，平成14年最決でのホームレスの居住態様について言えば，段ボール小屋が道路に定着しておらず，この点で既に段ボール小屋の置かれている道路敷に係る支配を――後述するように生活場所が道路であるという問題を度外視しても――語り難くする。これに対して，公園にテントを設置してそこで生活しているホームレスの居住態様については，テントと公園区画との定着が認められるから，テントの設置場所に係るホームレスの占有はなお語りやすかろう。ここに，大阪地裁決定で問題となったホームレスと平成14年最決で問題となったホームレスとを区別する手がかりの一つが存する。

今一つ，ある物の一部だけを独立の対象として占有を語りうるかという問題もここで考察しておこう。この点については，夙に，東京地判昭和29年6月14日下民集5巻6号877頁が，占有訴訟を基礎付ける占有の存否に関して，占有の対象たる物は，有体物で特定性があり,さらに,「物に対する事実支配の外形,とりわけ物の利用関係の現状を保護する」という占有訴訟制度の目的に鑑みて,「利用関係の面においてみれば，社会観念上一ケの独立した使用価値を有する」という条件を具備すれば足りる，所有権の客体たる物は「経済的取引関係において外形的，物質的状態からみて,『一つの物』としての統一性がなければならない」としても,「物の事実上の支配によつて成立する占有権の場合は，物に対する事実支配とりわけ利用関係の面のみが問題となるのであるから，所有権の対象におけるような取引関係から要請される物の統一性は必ずしも要求されるものではない。例えば木造家屋の一室の如く，家屋全体の効用からして独立した所有権の客体となしがたいような一ケの物の部分についても，部屋としての利用関係からみれば，なお占有が成立ちうるのである」という判断を示し，実際にも部屋の一区画について占有の成立を認めている[19)]。この判断に鑑みれば，公園にテントを設置して生活しているホームレスについて，当該テントの設置された公園区画（公園の一部）に対して独立の占有を認めたとしても，その判断が，当該区画が物の一部でしかないが故に不適切とされることはなかろう。

(c) 公共用物に対する占有が問題とされていることの評価

第2の考慮事由は，占有の対象（客体）となる物が公共用物であることである。公共用物は，本来その性質上，占有，その前提としての支配と緊張関係に立つ。行政主体により一般公衆の用に供されている有体物である公共用物は，一般使用（自由使用）を，その利用の基本形態とする[20)]。一般使用と認めら

京地判昭和41年7月29日判時461号46頁。通行を根拠に占有訴訟を基礎付ける占有を認めた例として東京地判昭和25年12月14日下民集1巻12号1978頁）。通行でない利用形態を主張したものとして，一般公衆の通行の用に供されているコンクリート道路（私道）上に看板空きびん空箱を置いて一般通行の妨害とならない程度に利用し,「店先道路の清掃も社会人としてなすべき務め」程度に行っている事案に関する東京高判昭和37年7月5日東高民時報13巻7号103頁が占有を成立させる所持を否定しているほか（原審である東京地判昭和36年3月24日判時255号27頁も同旨),マーケット内の一部を被告から賃借してマーケット内で営業を営んでいる原告が被告の開放していたマーケット敷地の一部を利用の度に用途を告げて利用していた事案に係る東京地判昭和30年10月27日下民集6巻10号2246頁が当該敷地に係る原告の占有を否定し，空地の「一隅に薪を置いたり，収穫時期には地上に藁などを乾すこともあつた」という程度の利用に止まる事案に係る水戸地判昭和25年6月22日下民集1巻6号969頁も占有を否定している。また後掲注24) も参照。

19) 学説も物の一部について占有が成立することを認める（我妻（有泉補訂）・前掲注5)469頁（[553]））。ただし，この判決は，問題となった建物が公用物（官公署）であった点にも特色を持つ。この点に関しては，後掲注22) を参照。

20) 公共用物の概念につき，塩野宏『行政法Ⅲ（第3版)』（有斐閣，2006）321頁，一般使用の概念につき，同344頁。

れる使用形態は，「その形態において排他的かつ継続的な占用でなく，また，他の者による同様に排他的・継続的でない使用と並存しうべき態様の使用」である[21)]。

以上のこと，つまり公共用物が公衆（万人）の排他的・継続的でない利用に開かれている物であることは，公共用物が，利用者の誰も当該公共用物に対して支配を有してはならない物であることを意味する。もし，誰かの支配が成立するならば，誰もが利用できるという状態がその限りで（その部分について）実現されないからである。

この観点からすると，公共用物に対して安穏と占有――しかも私人が有することを典型とする民法上の占有――を語ってよいかは，本来，大問題であろう。この思考は，権原の有無と区別された，占有の成否が問題とされている物の法的性格に関わり，占有の成否を判断する際の考慮事由たりえよう。もっとも，ある物を公共用物として公共の用に供する行政主体が占有を持ち，その支配の表れとして，当該物の利用が万人に開放されているという構成であれば，以上の公共用物の理念と占有（支配）とを折り合わせることが不可能ではない。したがって，平成18年最判に反対まではしなくてよい。しかし，以上の公共用物の理念からすれば，行政主体でない者，つまり私人には，公共用物に対する占有を簡単に認めるべきではないことになる。排他的支配を許す権原を与えるべきではないというのではなく，事実的支配が生じているように見えても，それを占有と評価すべきではない，というのがここでの議論である。支配という事実の有無が決定的な意味を持っていると考えられる，占有の成否の判断に関する現在の実務のあり方を前提にしたとき，支配の対象が公共用物であることだけを根拠に占有の成立を否定し続けることは，事実認定をねじ曲げることに帰着しかねず，限界は自ずと存在しよう。しかし，以上の議論に鑑みて，公共用物に対する占有の成立を認めるために必要な支配については，非公物に対する支配よりも強度の継続性・排他性を要求することは考えられて良い[22)]。

以上の議論は，公共用物としての道路にとりわけ妥当する。というのも，以上に見た性格を持つ公共用物が道路としてくまなく存在する場合に初めて我々は，その道路を通るこ

21) 小早川光郎『行政法 上』（弘文堂，1999）229頁。これに対して，排他的・継続的な公物利用は特許使用に位置づけられる。

22) これに対して，公用物は行政主体自身の利用に供されているもので，公衆（不特定多数）の利用に開かれているものではない。このため，公用物の一区画に対する支配を占有と評価するためのハードルは公共用物より低く，非公物に準じて判断してよいのではないかと思われる。この点につき下級審判例は若干錯綜している。東京地判昭和26年4月21日労民集2巻4号465頁は，国の官公署の一部たる部屋を事務室として使用することで管理・支配してきた労働組合が国を相手方として行った占有回収の仮処分申請において，両者の間には「公法上の管理関係があるのみで，私法の適用が排除されているから，私法上の占有権」の成立する余地はないとし，被保全権利の疎明がないとしたのに対して，Ⅲ3(3)(b)で検討する大阪高決昭和40年10月5日行裁例集16巻10号1756頁は，市庁舎の一部を組合事務所として使用することの許可の取消処分に伴い発生した，職員組合の負う義務について，ここで課される「庁舎の明渡しないしは立退きの如き，いわゆる『与える義務』」の「強制的実現には実力による占有の解除を必要とするのであつて，法律が直接強制を許す場合においてのみこれが可能」として行政代執行の執行停止を命じており，問題となっている市庁舎の一部に対する占有を職員組合が有するという評価を前提とした判断を示している。さらに，前掲東京地判昭和29年6月14日は，官公署内における私人間紛争という文脈で提起された占有訴訟に関して――この点で公物管理者を相手取った前掲東京地判昭和26年4月21日と異なる――，「公物の使用者は，私法上その物を占有することはできるが，管理権に服する関係においては，管理作用という公法上の関係にたたされるが故に，管理権者に対して占有権という私法上の権利の効果を主張できないのである。しかしながら，私法上の関係において占有が成立しうる以上，管理権者以外の者に対する関係においては，私法上の関係にたたされるが故に，その占有による効果を主張することを妨げるものではない。かように公法上の管理と，私法上の占有は各々その面を異にするものであるから本件の如く，私法上の関係においては，私法上の観点からのみ，占有の有無を判断すれば充分である」として，原告（被控訴人）の占有を認めている。本稿ではこれ以上立ち入ることを得ないが，現下の公物利用に関する行政法的規律と民事法的規律の交錯に鑑みると，公用物について厳格な公法私法分離論を採って私人の占有の成立可能性をおよそ否定する立場は適切に思えず，公用物については非公物に準じる形で占有の成否を判断してよいのではないか。

とで，任意の場所から自らが権原を有する場所へ，他人が権原を有する場所を通ることなく帰りうるからである[23)]。すなわち，誰の支配（占有）にも服さない――服するとすれば管理者の支配（占有）にのみ服する――道路という観念は，私的所有という制度・秩序――各人が各人の有する物を互いに尊重する秩序――の基本的前提をなしている。このことからすれば，公共用物としての道路に存する管理者でない者の支配を占有と評価することには十分慎重でなくてはならない[24)]。

もっとも，公園については，その本来的利

23) 公共用物としての道路に面していない土地については，相隣関係として通行を確保することになる。囲繞地通行権（民法 210 条以下）は，この点で公共用物の機能と連続性を持つ。

24) 公共用物としての道路という点に着目して占有の成立を強烈な形で否定したものとして，大阪地判昭和 43 年 11 月 4 日判時 566 号 76 頁がある。本判決は次のように述べる。「道路法上の道路はすべて公共用物であって，道路法第 4 条は道路敷その支壁その他の物件について所有権の移転，抵当権の設定及びその移転を除いて，私権の行使を許さない……。私法上の占有権は，占有と言う事実に民法は法律効果を付与して権利として保護するために認められた権利であることに鑑みるときは，被控訴人［占有訴訟を提起した原告：筆者注］が出店営業をして事実上道路の一部を継続して独占して使用していたとしても，これは道路法の前記規定を俟つまでもなく，公共用物である道路の目的に反するものであるから，一私人である被控訴人の独占使用は公共上これを阻止し排除すべきものであって，私法上もこれを保護する必要のないものである。従って被控訴人の右道路の一部の事実上の独占使用（事実上の占有）は私法上に於ても占有権の成立を認めることができないものと解するのを相当とする。成程道路法は道路の敷地その他の付属物につき私権の成立存在を否定してはいないが，所有権の移転，抵当権の設定及びその移転を除いて私権の行使を許さないことは前叙の通りである。それ故事実上の物の支配即ち占有と言う事実を基とする占有権は，その権利の発生存続とその権利の行使とを分離することのできない権利であることは前説示によって明かであり，行使のできない占有権の成立する余地のないことは言うまでもなく，道路法第 4 条の規定からしても，道路上に私法上の占有権の成立を認めることはできない」。

公共用物の理念を重視する立場からすると注目すべきこの議論は，しかし，本判決の事案との関係においては，若干硬直に過ぎたのではないかという疑問も拭えない。実は，この事件の被告は私人であり，本事件は，道路に出店営業することで道路敷の一部を独占使用していた原告（被控訴人）の当該区画に対する支配――これを原告は占有と主張している――が，被告私人によって奪われたとして，原告が占有回収の仮処分を申請した事案である。このような事案において，占有訴訟を提起させないとなると，原告被告間での実力行使（当該道路敷に対する支配の奪い合い）は公物管理者（あるいは警察）が介入するまで法的に止める術がなくなり，ヨリ多くの実力（暴力）を動員できる側が当該区画に対する支配を得ることになりかねない。これとは独立に，公物管理者がさらに大きな実力（公権力）を行使して当該道路区画に対する公物管理者の支配（＝万人へ開放された状態）を回復すればよく，法がそれ以前に出動する必要はないと本判決は考えたと理解できるものの，むしろ占有訴訟を利用して暴力の連鎖を早い段階で中断させ，平和秩序を暫定的にでも回復させるべきではないか。すなわち，前掲東京地判昭和 29 年 6 月 14 日が示した柔軟さが――理由付けはともかく――，この事件でも発揮されるべきだったのではないかとも思われる。

もっとも，私人間紛争であることに着目してこの限りでの占有訴訟を可能とする議論と，本文での，道路に私人の占有を認めること自体を簡単には許さない議論は容易には接続しない。公物管理者との関係では占有を成立させず，しかし私人間に限っては占有を認め占有訴訟を許すとする立場をとると，占有権の物権としての位置付けおよび私権行使を一律に制限する道路法 4 条と衝突する。公物管理者との関係でも占有を認め，しかし公物管理者に対する占有訴訟は認めず，第三者私人に対する占有訴訟は認めるという立場まで譲歩すれば，衝突対象は道路法 4 条だけになるものの，公物管理者との関係でも占有を認めることは，既に本文で見た，公共用物としての道路が我々の政治・社会秩序に対して持つ基本的意味に鑑みて，公園にホームレスの占有を語ろうとする本稿にとって（さえ）耐え難い。しかも，占有を認め明渡が問題となるため行政代執行を用いえないとすると――本稿は公園にテントを設置して居住するホームレスについてこの議論を行うことを試みているのだが――，行政代執行しか一般的な行政的執行制度を有さない日本法の下では，各種妨害を迅速に排除することにつき道路管理者に困難を抱えさせることも否定できない（ただし道路と公園を別異に扱える余地があることは本文で述べる）。

道路法 4 条との関係について言えば，公物管理者の占有訴訟提起が道路法 4 条に反するなどとは平成 18 年最判が考えていない点に示されているように，この規定は公共用物利用を阻害する私権行使を制限するための規定であり，私人の支配が存在するにせよ平和的秩序が保たれている方が，道路上での私人間の暴力の応酬よりはまだましであると考えて，私人間の占有訴訟に限って目をつむるという解釈が成立しないわけではない。物権としての占有権という観念との関係について言えば，ここでの問題は，占有訴権という，相対的な解決を許す訴権構成をとらず，訴権の背後に実体権としての占有権を観念し，それを物権に位置付けた現行日本民法典の故に生じており，そのこと自体の適切さを問うという立場も考えられる。しかし本稿は，現行日本民法典とそれに付随する多くの観念を前提にして議論を進めており，ここで日本民法典自体の前提を問うのは，本稿の範囲内では，ルール違反であろう。この点は，占有に関する基礎的考察を回避した本稿の限界とせざるを得ない。ただし，あくまでも本稿の直接の対象は，公共用物に対して支配を及ぼし

用目的に鑑みて，道路と若干異なる考慮をなしうる。すなわち，道路は移動のために設置されており，そこに（管理者以外の）誰かの支配を成立させることは，この移動（流れ）を妨げることとなって道路の本来的目的と正面衝突を起こす。これに対して，公園は，人の滞留をある程度予定しており（人と出会って話す,座って休むなど),その滞留が継続性・排他性を持ったときにそれを支配と見ても，公園の本来的目的を阻害する程度は，道路に支配を認める場合よりは少ないと考えうる。したがって，私人の公園区画に対する支配を占有と評価するために必要な支配の継続性・排他性を道路よりは低く設定することも許されるかも知れない。ここに，平成14年最決におけるホームレスの居住態様と靭公園におけるホームレスの居住態様を区別する手がかりの今一つが存する。

(d) ホームレスが居住していることの評価

第3の考慮事由が，公園にテントを設置して居住することで公共用物の当該区画を支配下に置いている者がホームレスであることである。ここではその居住が違法と評価されるか否かではなく，この者がホームレスであること自体が考慮事由となる。

ホームレスである，ということの意味を，土地（空間）との関係で考えるならば，それはまず，帰り居住できる権原を自己が有する私的空間を持たない，ことを意味する。とすると，この者は，なお生きていく（存在する）ために，どこかの私的空間か公共空間に存在し続けざるを得ない。この際，公共用物が万人に開放され利用に供される点にその本来的性格を持つ以上，公共用物は，他の私的空間に帰る場所を持たない人が行き着く場所としても機能しなくてはならない。この機能を公共空間が示さなければ，私的空間から叩き出された私人は，同時に，この者の居場所と認識される場所を法の世界で失ってしまう。これは，法の規律する全空間のどこにも，法が当該私人の居場所と認識する場所がないことを意味する。この場合，法はその人をその個性において認識できないから，この事態の放置は，ホームレスを法の世界ではもはや主体として扱わないことに近づく。法の規律する全空間のどこにも居場所を持たない人を，どうやって法は認識できるか。認識されえない者がなぜ保護されるか。以上の帰結は，全ての個人（自然人）が出生によってのみ人（法主体）として扱われる社会を我々が作ろうとしているならば（参照，民法3条），この我々の基本構想と矛盾する。

この帰結を回避しようとするならば，ホームレスの居場所と認識する空間（場所）を法は用意しなくてはならない。このことは,人，その生存に最低限必要な物，その人とその物が存在する区画との間に一定の特別な関連を認めねばならないことを意味する。人は，生存のために物を必要とし，かつ物も人も有体の存在である以上，存在すべき区画が必須である(我々は宙に浮かぶ存在ではない)。もっとも，人・最低限の物・その人および物が存在する区画との間で一定の特別な関連を認めねばならないとしても，それはまず，当該区画を生活の本拠と認めるだけで足りる，すなわち公園に居住するホームレスについてその公園を住所と認めれば足り，居住区画に対する占有を認める必要はない，という議論も考えうる。しかし，当該区画に対する占有も認めるべきである。そうすることで，我々は初めて，当該区画に対する支配をホームレスから奪うとしても，ホームレスの人格，彼が人であることを承認し続け，その限りでホームレスを人として扱い続けたと言いうるようになる（したがって本権（権原）まで認めるべきかはさらに検討の必要がある)。

もし，テントを設置して居住するホームレスの当該設置区画に対する事実上の支配を占有と認めないと，次のようになる。第1に，もし占有を認めないのであれば，テントを設置して居住するホームレスが負う義務は，義務の性格（類型）という質的な次元では，

ていると見える私人と公物管理者との関係であり，私人間関係ではない。そこで，本注で論及した問題との関係で（も）本稿の議論に限界があることを認めながらも，これ以上は立ち入らず本文の議論を進めることにしたい。

ゴミを放置した人に当該ゴミの撤去を求める義務と変わらなくなる。テントを設置し居住しているという事実，その人の生活がそこにあるという事実は，考慮された上で保護されないのではなく，そもそも考慮されない。その人の生活がそこにあることさえ認識しないで，その人の人格を認知したとは言えないであろう。認知されない存在に保護はない[25)]。第2に，占有は語られないから，設置されたテントの除却だけが義務の性格を決めることとなり，ホームレスの負う義務は確かに代替的作為義務であって行政代執行に適しており，他の要件を満たす限り，行政（公物管理者）による除却が可能である。しかし同時に，そこで生活していたホームレスは，占有が認められない結果，明渡し・立ち退きを命じられたわけではないから，テントが除却された後の区画に帰ってくることも可能である[26)]。公園に帰ってきて身一つで座ることは自由使用であり，公物管理者にそれを禁じる権限はない。しかし，そのホームレスは，そこで生活するための物（手段）を除却命令によって大きく奪われている。つまり，生活に必要な物の中でも重要なテントを除却し，しかしそこで生活していたホームレスには当該区画に滞在することを認めるという帰結になる。主たる生活手段を奪いつつ滞在することだけを認めるこの帰結は，そのホームレスを人として扱っているか。もちろん，主たる生活手段を奪われた以上，実際は滞在もできないであろう。その人の個性（人格）とは関わらない義務であるとして生きていくために必要な物を除却し，立ち退かざるを得ない状況に追い込んで退去させ，後は無関心を決め込む態度は，この者の人格を尊重しているとは言えない。テントを設置して居住するホームレスに当該区画に対する占有を認めない時に生じる帰結は，それと変わりなく，当該ホームレスの人格を認めていない，つまり当該ホームレスを主体と扱っていないと言えるように思われる。

行き場のない人，公共空間にしか生活する場を持たない人も人として扱うことを貫徹するのであれば，むしろ，その人が生きていくために最低限必要な物とその人が共にあることを保障するため，その人とその物の存在する区画のその人による占拠についても最低限の保護を与えるべきであろう。この最低限の保護とは，公共空間の管理の必要に鑑み当該区画から退去させるにしても，その（退去すべき）人とその人が生きていくために必要な物とをワンセットで扱い，その人とその物が存在する区画を正面から認知した上で，その区画からその人自身と物を共に退去させることである。これは，当該区画とホームレスとの間に特別の関係が成立していることを認め，ホームレス自身の人格に関わる義務が生じていることを認めた上で履行させることを意味する。すなわち，ここでの最低限の保護とは，当該ホームレスでなければ履行できない義務であると認め，彼自身の人格を正面から認知することを意味する。最低限の保護の目的（対象）は，ホームレスの人格である。公園にテントを設置し居住するホームレスの当該区画に対する支配を占有と評価することが，以上のことを達成するための第1の条件となる（さらにⅢで見る議論が必要である）。公共用物は，他の私的空間に帰る場所を持たない人が行き着く場所としても機能しなくてはならない，とは，以上のことを意味すると考えるべきである。そして,既に見たように,公園は（道路と異なり）以上の要請を実現させる場として相応しい性格を持つ[27)]。

ただし，以上の議論は，テントを設置して

25) 実際は占有を認めない場合であっても，一定限度の対応は可能であるけれども，明晰な議論とならない。後掲注76) を参照。

26) もちろん, これは, 工事などの関係で当該公園区画の供用が停止され, 当該区画が閉鎖されないことが前提となる。靭公園のテントの設置されていた区画は，工事を実施するため代執行後供用が停止された。大阪城公園も一部について供用が休止された（本案判決 36 頁）。

27) 以上の観点から見たとき，大阪地裁決定を行った大阪地裁第 2 民事部は興味深い立場を示す。大阪地裁第 2 民事部は，大阪地裁決定の 2 日後，大阪地判平成 18 年 1 月 27 日判タ 1214 号 160 頁において，大阪市扇町公園内にテント

居住するホームレスが，行き場のない人，公共空間にしか生活する場を持たない人であること，つまり孤立した人であることに着目している。したがって，孤立したホームレスのように見えてそうではない人，ホームレスの側にいるがホームレスではない人には，以上の議論を行う必要がない。第1に，公園にテントを設置して居住するホームレスではあるものの，誰かのエージェントと化し，その誰かのために公園区画を占拠していると解されるホームレスについて，そのホームレスが有する居住区画に対する支配を占有と評価する必要はない。これは，外部にいる他者の支配を公共用物たる公園に引き込むもので，占有を通した保護に値しない。むしろ，このような者を保護すると，平成18年最判に類する問題状況が生じてしまう。第2に，ホームレスと同じようにテントを設置して居住しているものの，実は帰る場所を有する人についても，その居住区画に対する支配を占有と評価することはできない[28)]。この観点からすれば，平成14年最決に見られた，ホームレスとの連帯を示すためかホームレスと同様の生活を行う支援者について，占有を語る必要はない。ホームレスを支援するために支援者が設置する工作物も同様であり，当該工作物の設置区画について支援者の占有を語る必要はない。この観点からは，判決全文の参照ができなかったため事案にやや不明瞭なところが残り，また争点とはされなかったようであるけれども，支援者団体の設置した工作物の除却が問題となったと解される大阪地判昭和56年4月24日判タ459号112頁に関し，少なくとも，設置した支援団体の占有を認めず除却命令－行政代執行のルートを用いた点は適切であったと考えられる[29)]。

を設置して居住するホームレスにつき，同公園を住所と認める判決を行った。完全に同一の裁判体ではないため（それぞれの事件を担当した3人の裁判官の中で2人が共通する），一貫した立場を担当裁判官が持ったか否か不明であるものの，結果だけ見れば大阪地裁第2民事部は，テントを設置して居住するホームレスと居住区画との関係について，住所は認める，占有も語る，しかし本文で述べた意味における保護は与えないという立場を示したことになる（大阪地裁本案判決の立場は後述する）。本文に見たように，本稿は住所を認めるだけでは人格の保護として十分でないと考えるものである一方，扇町公園に係る訴訟の控訴審である大阪高判平成19年1月23日判時1976号34頁，上告審である最判平成20年10月3日判時2026号11頁は，（それぞれ論理は異なるものの）共に住所を否定した。これに対し塩野宏『行政法Ⅰ（第5版）』（有斐閣，2009）33-34頁は，この最高裁判決「の如き判断の結果，当該原告の法律上の生活の本拠がどこにも存在しなくなるとすれば，選挙権等の基本的人権の否定をもたらすことにもなる。事柄の重要性に鑑みれば，立法上の手当を講ずる必要性があるのはもとよりのことであるが，裁判過程の場面においても，いずれかの住所を認定するという解釈論を展開する余地があるように思われる」と述べる。ここには本稿と共通する問題意識がある。基本的人権は，人・物・その人と物が存在する区画との関係を保障せずに保障されるものではない。筆者の立場については，太田匡彦「住所・住民・地方公共団体」地方自治727号2頁（2008）も併せて参照。

28) なお，成人のホームレスに兄弟･親子がいるとしても，そのことだけを理由に帰るべき場所があるとは言えない。この点を考慮に入れてしまうと，ホームレス自身およびその家族に事実上の同居義務を課すことになる。これは，民法･生活保護法が課す義務以上のものであり，適切でない。

29) 本文で述べた立場は，ホームレスが絶対的に孤立した存在である場合に限り，この者の人格を保障する観点から占有を認める立場と言える（本権の次元での判断としては義務を負う存在と位置づけられることになるとしても）。しかし，他方，ホームレスが生きていくためにも，またそのような状態から脱却するためにも，他者と連帯することは不可欠であり，実際上もホームレス同士，ホームレスと支援者との間の連帯を観察できる場合が多い。問題は，この連帯を基礎にした関係が時折，暴力集団に変容する危険がある点である。このような場合，公共空間の上に暴力集団が存在することになり，占有を承認する限りでの保護を与える必要もないと考えるべきであろう。

この観点からは，靭公園においてホームレスらの一部と支援者らが靭公園自治会と称する団体を組織し，公園事務所に対して「工事を始めとしたすべての事項についてまず自治会に話を通し，各野宿生活者らに対する個別訪問は行わ」ないことを要求し，さらに「巡回相談員の靭公園内の各野宿生活者への訪問を拒絶するなどしていた」点が問題となる（本案判決29頁）。（“切り崩し”を恐れることによる？）このような閉鎖組織化は，当該組織を暴力集団に近づけ，行き場のない人が孤立して生活しているという認定を却って妨げかねない（なお，靭公園における原告の1人は，「自己が起居するためのブルーシート製テントのほか，自治会本部として用いるためのブルーシート製テント及び自治会の掲示板」も設置していたとあるところ（本案判決36頁），本文での議論からすると，自治会本部としてのテントについては（掲示板については言うまでもなく）占有を認める必要はない）。もっとも，同自治会に対して距離をとるホームレスもおり，この者に対しては巡回相談員が相談に訪れることもあったこと，除却命令－代執行の措置をとる方針を大阪市が決定し

(e) 小括

以上の考察を経て，我々は，一応の結論を得る。すなわち，他の私的空間に帰る場を有さないある人（ホームレス）が，生活に最低限必要な物と共に，公園の一部区画を安定的・継続的に支配したと言える態様で生活している場合（例えば，テントを設置して居住し，他方で公園管理者は即時にその者を排除できなかった場合），当該区画に対する占有をホームレスが獲得すると考えるべきである。その目的は，公共空間にしか行き場のない人も人（主体）として扱うという要請を貫徹し続けること，その人の人格を保護することにある 30)。

3　ここで語られる占有の意味・機能

以上に検討してきた，公園にテントを設置して居住するホームレスにつき，当該公園区画に対する占有を認める議論は，その最終目的を，当該区画に設置されたテントの除却を求めることは当該区画の明渡しを求めるもので，したがって靭公園の事案でホームレスが負っていた義務は非代替的作為義務としての明渡義務であり，行政代執行に適さない義務であったことの論証に持つ。ただし，この部分の考察はⅢで行われる。ここでは，それに先だって，本稿のように占有を語るとしても，目指す効果以上のことが実現されないことを確認しておく。

第 1 に，ホームレスからの占有訴訟の許否について，少なくとも公園管理者に対する占

てからは，公園事務所職員も（再度）個別にホームレスを訪問し，テント等の撤去を直接求めるようになったこと，自治会はこれに対して罵声・脅迫的言辞を伴う抗議・妨害を試みたものの効果を上げていないことからすると（以上につき本案判決 28-32 頁），自治会構成員であったホームレスに占有を認める必要のないほどの暴力集団と化していたと見る必要もないであろう。とはいえ，同日に行われた靭公園と大阪城公園それぞれでの行政代執行の態様がかなり異なること（本案判決 35-36 頁），大阪城公園では靭公園のような組織化が行われていなかったこと（本案判決 29-30 頁）両者の間には関連があると考えるべきであろう。支援者・ホームレス間の連帯が持つべき性質に関する考察は他日を期す以外ないものの，少なくとも暴力を招く連帯であってはならないことは確かであろう。

30) もっとも，本文での議論による限り，何らかの空間を支配しているとは言えない態様で生活を送るホームレス，公園ではなく道路で生活しているホームレスは，何らかの区画に対して占有を有すると評価されないことになる。では，占有が認められないということで人格の保護は図られなくなるのか，そこまで人格の保護にこだわるのであれば，ホームレスの居住する区画に対して当該ホームレスは占有を有すると自動的に評価すべきではないか，という批判はありえよう。もちろん，道路は言うに及ばず公園であっても，そこにテントを設置して居住するホームレスの当該設置区画に対する支配を占有と評価する必要はないとする立場からの批判もありえる。すなわち，どちらの方向からも，本稿の議論を中途半端とする評価は成り立ちうる。

本稿は，生活態様も公共用物の種類も問わず，公共用物の上で生活するホームレスが当該公共用物の区画に対して占有を持つことはないという方向からの批判に対しては，本文での議論で一応対応したと考えているが，反対方向からの批判，ホームレスの居住する区画に対して当該ホームレスが占有を有すると自動的に評価すべきであるという方向からの批判に対して，若干の補足を行っておきたい。

確かに，何らかの区画に対する占有さえ認められないホームレスが，法の世界における主体としての地位・人格の保障について危殆に瀕していることは否定しがたい。しかし，占有を認める形で主体としての地位・人格保障を性急に試みた場合，我々の社会を成り立たせる別の基本要請が損なわれる。公共用物としての道路が持つ基本的な地位，支配という一定の事実的概念も基礎としつつ，しかしそれだけにも解消されない占有概念で社会事象を整序していく思考など。道路は道路であることが必要であり占有の成否を判断する文脈でもそのようなものとして評価されねばならないし，占有という概念も支配という事実的概念をベースに据える以上その概念としての限界は自ずと存在する。法の世界において何らかの問題を概念を用いながら考察し解決していこうとする場合，その解決は常に相対立する要請の中で隘路を縫う形で行われざるを得ず，ホームレスに関する問題はそのような領域の代表と言ってさえよい。今回，本稿が占有の承認を通して人格の保障を試みるホームレスは一部の類型にとどまるけれども，他の類型のホームレスについて別の形での人格保障を試みる必要があることは否定しないし，本権レベルでの議論や別の形での議論を通じて一部なりともこの必要に応えていくことは不可能でないと考えている。また逆に，別の形での対応が可能だからといって，本稿の議論が意味のないものだとも思わない。この点については，Ⅳ1 (3) を参照。

有訴訟は，都市公園法32条の私権行使制限規定に基づき，いかなる形でも認められない[31)]。第2に，公物の時効取得も，最高裁の立場を前提とする限り（参照，最判昭和51年12月24日民集30巻11号1104頁），認められることはないと考えられる。最高裁は，公の目的に供用されなくなったことを一つの重要な要件としているところ，ここで問題とされているのは，現時点で公共用物として公の目的に供用されている公園であり，だからこそ帰るべき私的空間を持たない私人が最後に辿り着く場所として占有の成立が認められるという関係も存在するからである[32)]。この結果，本稿が認めようとする占有は，防御的にしか機能しない形で極小化されている。このように解することで，我々は，公共用物の上に特定私人の占有を承認することの緊張に耐えることができるだろう[33)]。

III. テントの除却と占有の解除

1　問題の再確認とその分節

(1) 課題および大阪地裁決定の議論の再確認

我々は以上の検討を経て，他の私的空間に帰る場を有さない人（ホームレス）が，生活に最低限必要な物と共に，公園の一部区画を安定的・継続的に支配したと言える態様で生活している場合（例えば，テントを設置して居住し，他方で公園管理者は即時にその者を排除できなかった場合），当該区画に対する占有をホームレスは獲得する，という結論に達した。本稿の第2の課題は，この当該ホームレスが負う義務は，当該区画に設置されたテントを除却する，行政代執行が可能な代替的作為義務と評価されるべきか，それとも，行政代執行の選択が違法となる，非代替的作為義務たる公園区画の明渡義務と評価されるべきか，の検討である。

再確認すると大阪地裁は，当該公園区画に対するホームレスの支配を占有と評価した上で――したがって，本稿の第1の課題に対す

---

31) これに対し，私人間の場合には認める余地がある（前掲注24) を参照)。そこで述べた議論に比べても，ここでは公園が問題になっているため，占有を認めその上で占有訴権の行使を制限するという構成をまだ採りやすく，道路の場合に比べて議論の難点はより小さい。

32) 本稿は，時効取得との関係での占有の成否は正面からは取り上げていない。またこれまでの考察を踏まえると，公物の時効取得を論じる際に，我々は安易に占有の成立を認めすぎていたのではないかという疑問も生じるところであろう。しかし，本文で述べた程度のことは言えよう。

33) なお，公共用物に対して私人の占有を語ることの難点をさらに重視するならば，公園にテントを設置して居住するホームレスに認められる，当該区画に対する占有は，民法上の占有規定（特に民法180条）によって成否が判断されるものの，民法上の占有とは区別された，しかし民法上の占有に範型を採った特殊な占有であり，ホームレスの負う義務の性格がこの特殊な占有に基づいて判断される点にのみ意味があるという議論を行うことも考えられる（法廷での証言では,「民法の占有が準用された占有」としてこの構成の可能性も指摘した)。一定の条件を満たすホームレス（私人）が民法上の占有を公共用物に対して持ちうるという議論の承認は，この占有を通じて公共用物の切り取りが生じるという認識も引き受けることを要請し，公共用物の理念から抵抗を覚えるのは確かである。民法上の占有の準用と理解してこの抵抗を多少なりとも和らげようとする点に，この法律構成（法学的構成）の魅力がある。しかしながら，公園にテントを設置して居住するホームレスが当該公園区画に対して取得する占有は，民法上の占有であると割り切るべきであろう。準用構成をとった場合，そこで認められた特殊な占有と（通常の場合，公物管理者が有する）民法上の（あるいは通常の）占有との関係など不要な問題と混乱を招く危険がある。ホームレスの負う義務の非代替性を基礎付ける前提要件として占有を観念する限り，公物管理者が同一区画にそれと競合可能な占有を主張することは排除されると考えねばならず，準用構成でも，一定の切り取りが生じるという問題状況は回避できない。であれば，公園にテントを設置して居住するホームレスが当該公園区画に対して取得する占有は民法上の占有であり，公物管理者は当該区画に対する民法上の占有を失ったと割り切るべきであろう (公物管理者は当該区画に対する占有を回復すべき地位に立つことになる)。

る考察と結論を共有する――，この点に関して次のような議論を示した。i) 大阪市の除却命令は，公園にテントを設置して居住するホームレスの占有を解くことは命じていない，ii) 除却によって占有が失われるとしてもそれは事実上生じる結果にすぎず，これを理由に除却命令が違法となることはない，iii) 仮に占有の解除を命じる趣旨が含まれているとしても，その部分の代執行はできないから，このことの故に除却命令が違法となることはない。この議論の検討・評価が，Ⅲでの課題と言っても良い。

(2) 大阪地裁決定の議論を構成する各部分に対する疑問

上に再確認した，大阪地裁決定の議論を構成する3つの部分の各々については，その適切さを問いうる。Ⅰ2(3) で既に簡単に触れたけれども，以下，改めて各部分に向けられる疑問を分説する。

(a) 除却命令の内容理解に関する疑問

第1に，大阪市の行った除却命令を，言葉通りにテント除却だけを命じている，公園区画に対する占有の解除を命じていないと理解することは適切か。命令の理解自体はこれでよいとしても，除却を命じるという当該命令内容が，具体的行政過程における大阪市の行政目的との関係でいかなる意味を占めるか評価する必要はないか。その評価なしでは，脱法行為の如き行政活動を見逃すことにならないか。この観点から生じる疑問は，以下のように定式化できる。

大阪市は，その真意において，ホームレスが公園区画に対して有する占有の解除を本当に求めていなかったのか。真に求めていない時，それは許されるのか。あるいは，その真意は占有の解除を欲しているものの，監督処分としては除却命令に止め，代執行に適した義務だけを課すことにしたと解される場合，このような命令のあり方は如何に評価されるのか。

(b) 除却命令と占有解除の関係に関する疑問

第2に，除却の代執行によって生じるかもしれない占有の解除は，事実上生じる結果に過ぎず，この結果が除却命令の適法性判断に影響を与えることはないという議論，すなわち除却命令という事象と占有喪失という事象とを相互に無関係なものとする把握は適切か。占有喪失という結果の発生は合理的に予測可能であり，これを考慮外に置くことが適切か。とりわけ，Ⅱでの考察に示されたように，我々が一定の条件を満たすホームレスにテントの設置された公園区画に対する占有を認める場合，それは一定の目的に導かれたものであった。大阪地裁決定の議論は，この目的から見て，ホームレスと公園区画との関係を占有と評価した意味を失わせないか。

確かに，大阪地裁決定のこのような議論は，一般論としては不可能でない。行政が，除却命令の名宛人が当該命令の対象工作物設置区画に対して有する占有を解く意図，工作物の位置する区画の明渡しを求める意図を持たない場合，行政が当該区画に対する占有の帰趨に関心を持つ必要のない場合は確かに考えられ，このような場合，大阪地裁決定の議論は認められてよかろう。例えば，借地上に存する建物に対して，建築基準法違反を理由に建物全ての除却を命じ（参照，建基法9条），これを代執行する場合――単純に借地人＝建物所有者＝建物占有者の場合を考える――，建物除却により借地人が土地に対する占有を失うと理解すべきかそもそも疑わしいもの の[34]，もしそう理解すべき状況が生じたとしても，このことを理由に，除却命令を行い行政代執行を選択したこと自体が執行方法選択の誤りとして違法とされることはないと考えるべきであろう（占有喪失を招くことが比例原則違反として除却命令または行政代執行の違法を招く可能性は考慮外に置く）。この場合，行政（建築警察行政）は，当該建物の存在する区画に対する占有の帰趨に関心を持つべき立場にない。建築基準法に基づく除却

34) この点に関し後掲注 68) も参照。

命令は，当該建築物が建築基準法の定める各種基準を満たしているか否かの観点から行われることが定められており，建物は常に土地に定着して存在するにもかかわらず建築基準法がその土地に対する占有関係を要考慮事由にしていない以上，その除却が占有のあり方に何らかの影響を持つ可能性があるとしても除却命令がこの点だけから違法になるとは考えられないし，その除却のみを切り出して義務の性格を判断し代替的作為義務として行政代執行を行うことが，この点だけから違法となるとも考えられない。以上は，建築確認が建築予定地の所有関係・占有関係に関心を示さず，それを規律しないことの裏面とも言えよう。以上からすると我々は，大阪地裁決定の論理を検討評価しようとするならば，以上に見た局面と，大阪地裁決定の直面した局面とが同一に扱われて良いのか，という観点も踏まえて考察しなくてはならない。

大阪地裁決定の示したこの議論は，おそらく広岡隆の議論に依拠したと考えられる。彼は，引渡し・明渡しの義務は代執行の対象となりえないという立場を支持しつつ[35)]，次のように述べる。

「河川法 75 条 1 項，道路法 71 条 1 項などによれば，河川や道路が不法占拠せられた場合において，公物管理者は，監督処分として，工作物の除却や河川・道路の原状回復を命ずることができる。工作物が除却されることによって，結果として，それまでその工作物の設置によって行われていた河川や道路の敷地の占有がなくなり，当該者がその身体などによって占有を継続しないかぎり，その土地が公物管理者に明け渡されることになるので，一見すると，そこで，明渡しの義務が問題となるようにみえる。しかし，厳密に言えば，監督処分によって課せられる義務は，工作物の除却の義務であって，土地の明渡しの義務ではなく，土地の明渡しは，工作物の除却の義務が実現せられることに伴って事実上生じる結果であるにすぎない。そして，工作物の除却の義務が，代替的作為義務であって，代執行に適する義務であることは，いうまでもない。また，監督処分によって命ぜられる河川・道路の原状回復とは，不法占拠者等によって河川・道路の形状が変更せられた場合において，それをもとの状態に復旧する工事を行うことであって，土地の明渡しを意味するものではない。そして，このような原状回復の義務も，代替的作為義務であって，代執行に適するものである」[36)]。

しかし，広岡のこの議論は，幾つかの問題を含む。第 1 に，彼の議論は，占有の成立している場合と占有の成立していない場合とを区別せず，安易に占有を語りすぎている。広岡の意識する問題状況には，そもそも不法占拠者が占有を取得していないと評価できるケースが多く含まれている可能性があり，その場合，占有が失われることになるとしてもそれは事実上生じる結果であるという議論を行う必要はない。先に見た平成 18 年最判，平成 14 年最決は共にこの点を示唆する[37)]。第 2 に，このような議論を行う結果，明渡義務が問題となる場合と除却義務が問題となる場合との仕分けに困難を抱える。土地に対する占有を成り立たせる支配の有無は利用態様によって判断され，その排他性・継続性・安定性が当該土地の上に存する物によって表象されることも多かろう。にもかかわらず，広岡のような議論をするならば，除却命令－代執行のルートを使って物を除却して占有の基礎をなす支配を破壊することで，占有の解除，さらに明渡し・引渡しを事実上実現させることが可能となる（身体による支配の継続，さらにはこれを占有と評価し続ける可能性の指摘は，後に見るように無意味である）。これは，

35) 広岡隆『行政代執行法（新版）』（有斐閣，1981（復刊 2000））58-61 頁。

36) 広岡・前掲注 35)61-62 頁。

37) 広岡隆は，平成 18 年最判以前に，公物の不法占拠の排除のために占有訴訟を用いる手法を指摘している（広岡隆「公物法理論の省察」（初出 1988）同『公物法の理論』（ミネルヴァ書房，1991）3 頁，47-50 頁）。公物管理者が占有訴訟を用いうるならば，公物管理者は占有を失っていない。当然，不法占拠者は占有を持たない。

明渡し・引渡しは非代替的作為であり履行強制としては代執行でなく直接強制を行わなくてはならない[38]，という広岡自身も支持する議論からすれば，むしろその意味を相当に失わせる脱法行為と評価すべきものではないか[39]。以上の観点からすれば，広岡・大阪地裁の示す議論は，行政が相手方の占有を尊重する態度を示す場合，すなわち占有の解除を真に狙っていないと考えられる場合に限って許されるべきではないか。

つまり広岡・大阪地裁の議論は，占有を安易に語り，その裏面として（実際上はコロラリーであるが）占有の意味を真剣には考えないとも評しうる。我々は本来，占有の成立を慎重に考え，かつその意味も慎重に考えなくてはならないのではないか。

(c) 第 3 の予備的議論について

他方，大阪地裁の示した iii) の予備的議論，すなわち仮に占有の解除を命じる趣旨が含まれているとしてもその部分の代執行はできないからこのことの故に除却命令が違法となることはないという議論について，本稿では独自に取り上げる必要はないと考えられる。というのも，代執行後は，この議論が独自の検討を要求する要素を示さないと考えられるからである。

確かに，除却命令として行われた監督処分に占有解除を命じる趣旨があるとしてもこの部分は代執行できないという議論は，執行停止申立てに関する判断として示されるなど代執行の執行前の段階で行われる場合，除却命令として行われた監督処分の命令内容と代執行できる範囲をそれぞれ明確化する意味を持つ。また，この結果，代執行の態様について警告を発する機能も期待できるかも知れない。これに対し，代執行がなされ，実際上は占有が解除されてしまった場合，大阪地裁の示した iii) の予備的議論は，生じてしまった占有解除は代執行の違法を基礎付けるか否かという問題に直面する[40]。

まず，実際上の結果として占有が解除されたに止まり除却命令，さらには代執行の法的評価に影響しないと考える場合，これは既に見た，大阪地裁の示した ii) の議論と同一であり，検討すべき問題も (b) でみた問題と重なる。これに対して，除却命令として行われた監督処分の中で占有解除を命じる部分は代執行できないとの言明をヨリ真剣に考える場合，占有が命令名宛人に保障される（残る）態様で代執行を行わなかった点が（除却命令ではなく）代執行のあり方の違法を独自に基礎付けないかという疑問も呈しうる。これは，除却命令として行われた監督処分の中の占有解除を命じない部分，つまりテント除却を命じる部分については代執行が行えることを前提とした上で，その態様に法的評価を加える議論である。しかしこの場合，法的評価の対

38) 本稿では，行政法学の一般的用語法に従い，直接強制として，非金銭執行のために行われる実力行使（で代執行以外のもの）を指すこととする。金銭執行も含む民事訴訟法学での直接強制概念との違いにつき，高田裕成＝宇賀克也「行政上の義務の履行確保――民事執行法との対話」宇賀克也ほか編『対話で学ぶ行政法――行政法と隣接法分野との対話』（有斐閣，2003）71 頁，74 頁。

39) もっとも，広岡隆『行政強制と仮の救済』（有斐閣，1977）74-75 頁は，前掲注 36) に対応する本文での議論を繰り返した上で（この議論は広岡・後掲注 55)57-58 頁に由来する），「この場合，河川や道路の不法占拠は，当該工作物の設置の結果として，その設置されている部分においてのみ存するにすぎないから，公物管理者は，当該工作物の除却を命じその代執行をすることによって，その結果として，不法占拠されていた土地の占有が回復されるようにすれば足りることであって，わざわざ土地の明渡しの義務を表面に押し出すまでもないであろう」と述べており，脱法行為ではないかという疑問（問題関心）はうかがえない。むしろ一つの工夫ぐらいに考えているように思われる。実際，広岡・前掲注 35)80-98 頁を見る限り，公物管理の局面で，不法占拠者の支配が占有と評価されるものか否かに注意を向けず，工作物等除却命令－行政代執行のルートを用いて公物管理者が占有を完全なものにする，あるいは再取得する実務がかなり行われていたようである，とは言わざるを得ないであろう。後掲注 74) に掲げる下級審裁判例も参照のこと。

40) 代執行がなされた後も占有解除が生じなかった場合，除却命令（監督処分）に含まれるとされた占有解除（明渡し）を命じる部分は代執行後も履行されていないことになる。この場合，除却命令のこの部分の適法性を論じるという問題が残るようにみえるものの，これは除却命令それ自体の適法性（明渡しを命じることの可否そのもの）に係る問題であり，代執行を用いることの可否に焦点を合わせている本稿の問題とは異なるし，代執行の前後を問わず独立に存在する問題である。

象（違法原因となる事実）は，実際の結果として占有解除が生じたこととなるため，実際考慮すべき事柄は，やはり (b) で見た問題と重なってしまう。以上からすれば，この予備的議論については，以下で独立に検討する必要がない[41)]。

(3) 課題の整理

以上からすると，Ⅲで検討すべき課題である, 公園にテントを設置して生活しており，当該テント設置区画を占有していると評価されるホームレスが負う義務は，当該区画に設置されたテントを除却する，行政代執行が可能な代替的作為義務と評価されるべきか，それとも，行政代執行の選択は違法となる，非代替的作為義務たる公園区画の明渡義務と評価されるべきかを，大阪地裁決定も手がかりとしながら考察するためには, (2) (a) と (2) (b) で見た問題を検討すべきことになる。まず，靭公園のケースにおける大阪市による除却命令をテント除却しか求めていないと解釈してよいか，もしテント除却しか求めずテント設置区画の占有解除を求めていないとした場合，この除却命令はどのように評価されるべきかを考察する（2)。次いで，除却命令の代執行によりテント設置区画に対するホームレスの占有が解除され，大阪市が占有を（再）取得したことを如何に評価すべきかを考察する（3)。

2　大阪市の目的とホームレスの占有

(1) 認定事実から予想される大阪市の最終目的

靭公園のケースにおいて，大阪市は，公園にテントを設置して居住するホームレスに対してテント除却命令を行っている。では，大阪市は，ホームレスのテント設置公園区画に対する占有を尊重する故に，除却命令を出したのだろうか。除却命令からそのような態度を読み取りうるか。

しかし，ホームレスの占有を尊重する態度を大阪市に認めることは難しい。裁判所の認定によれば大阪市は，整備工事を行うことを目的とし，その支障になるとして除却命令を行っている。工事の支障とならないようにするためには，テント設置区画に居住するホームレスを排除してテント設置区画に対する支配を回復する必要があり，これだけでも，大阪市がホームレスの占有を尊重するために（明渡命令でなくて）除却命令を行ったとは解しがたい[42)]。しかも，本件での除却命令はその命令区域を靭公園東園全体としており[43)]，テントの設置区画を特に取り出して除却命令対象区域としているわけではない。このことは，大阪市がテントの設置された区画を個性あるものとは認識していないことを示す。これは，大阪市には，テントを除却した後の，テント設置公園区画に対する占有をホームレスにとどめる準備・意図がなかったことを疑わせる。

41) なお大阪地裁本案判決は，この予備的議論は行わず，除却命令として行われた監督処分は，あくまでもテント除却しか命じていないという認定（性格づけ）だけを行い，それを前提に議論を組み立てている。

42) 本案判決は，テント設置場所と工事区域との位置関係や工事に対する支障の程度等は，テント除却命令の不履行を放置することが著しく公益に反するか否かの判断を左右するものではないとしつつ，「予定された工事の目的及びその具体的内容並びに工事対象区域と本件テント等の設置場所との位置関係にかんがみると，本件テント等の設置場所自体が……工事による土地の区画形質の変更ないし工作物その他の物件又は施設の設置の対象範囲に含まれていなかったとしても，本件テント等の存在が……工事の迅速かつ円滑な遂行に支障を与えるものであることは明らかというべきである」とする（本案判決 63-64 頁)。この論述からすれば，支障の回避のために大阪市はテント設置区画に対する支配を回復しておく必要があった，と理解するのが素直であろう。テントさえなければホームレスがそこで暮らしていても工事の支障はないとは考えにくいように思われる。

43) 本案判決には，除却命令の対象区域は別紙図面で示され，「別紙図で示す範囲として靭公園東園全面が記載された図面及び靭公園原告らが各自設置した本件テント等の写真がそれぞれ添付されていた」とある（判決文 34 頁)。

(2) 占有を回復する意図がないとした場合の評価

しかし，除却命令を行った以上，この命令を字義通りに解すれば，大阪市はホームレスが有する，テント設置区画に対する占有を自己に移転させる，つまり当該区画を引渡すことは命じていない。もし，大阪市が本当に，この占有を自己の下に回復させるつもりがないとするならば，それはどのように評価されるだろうか[44)]。

まず，大阪市の負う公物管理法上の義務から見た場合，公共用物の占有がホームレスによって奪われているにもかかわらずその取り戻しを図らない点で，大阪市は公物管理者として誠実でないという評価も可能である。

もっとも大阪市は，公物管理だけでなく，ホームレスの生活保障も含めた行政任務を負う。したがって，ホームレスの利益に配慮する観点から，占有の取り戻しは求めないと意識的に決定した可能性，すなわちホームレスによって引き起こされた，都市公園法上は違法と評価されうる状態を受忍すると決定した可能性も考えられないではない。しかしながら，この場合，ホームレスの利益に配慮するとはまずはホームレスの生活保障への配慮を意味すると考えられるところ——それ以外のホームレスの利益を優先的に考えるのは不合理であろう——，にもかかわらず，なぜ，生活を困難にすることが予測されるテント除却を命じ代執行まで行うのかという疑問が生じる。ホームレスの生活保障の観点からテント設置区画に対する占有の取り戻しは断念するもののテントの除却は命じるという態度は自己矛盾ではないか。

あるいは，適切な公物管理とホームレスの生活保障の調和点として，テントは除却させるものの，しかしテント設置区画に対するホームレスの占有は取り戻さない(受忍する)という行政上の政策決定を行ったという解釈もあり得ないではない。しかし，これは，意味のある，許される説明だろうか。結論から言えばそうではない。生活手段を奪った上で滞在だけを認める点で，ホームレスの人格を尊重しているとは言えず，占有を認める意味を失わせるからである。

第1に，Ⅱでの考察によれば，公園にテントを設置して居住するホームレスについて，当該テントの設置区画に対する占有を認める目的は，人とその人の最低生存のための物が共にあることを保障する点にあった。このために，人・最低生存のための物・人とこの物とが存在する区画相互に特殊な関連を認め，この人が法の世界において主体であり続けるための最低限の保障を与えるため，人とこの物とが存在する区画についてその人の占有を認めなくてはならない，と考えたのであった。しかるに代替的作為義務としての物の除却を命じ，その代執行によってその物だけを除却することは，人と最低生存のために必要な物とを切り離すことであり，占有を認めた意味を失わせる。ホームレスのテントを除却するとは，以上の意味を持つ行為であると考えるべきだろう。第2に，テントを除却されて残る占有は意味がない。テントを設置することなく，公園の地べたで眠るならば，それは自由使用の範疇に含まれる。公物管理者にそれを禁じる権限はない。このような自由使用に用いる区画について占有を語る必要はなく，したがって，テントは除却せよ，ただし占有を解くことは要求しないと，さも重要な選択を行ったかの如く殊更に言わせる必要もない。しかも，後に確認するように，テントが除却されれば，ホームレスは法的評価として必然的に占有を失う。

(3) 小括

以上からすると，大阪市はテント除却命令

44) もちろん，大阪市がテント設置公園区画に対するホームレスの支配を占有と評価していない可能性も，可能性としては考えられる（代執行の選択の適法性の論証としては，これまでの論述から明らかなように，こちらの方が明晰である）。しかし，本案段階でも，大阪市は，（大阪地裁決定と同じく）除却命令はテントの除却を命じるものにすぎず占有を解くこと自体を命じる趣旨を含まない，代執行の結果ホームレスが占有を失うことになってもそれは事実上の結果に過ぎないという主張を行っており（本案判決20頁），ホームレスがテントの設置された公園区画に対する占有を有するとの評価を共有した自己正当化を行っている。

を行い，占有の解除は命じていないと述べるにもかかわらず，その真の狙いは占有の取り戻しにあることが強く疑われる。また，占有の解除を命じていないという言明も，実質を分析すると，テントの除却を命じるが故に，占有をホームレスに認める意味を失わせ，占有を語らずとも足りる地位しかホームレスに認めないもので，意味のある言明ではない。大阪市が真に占有回復を狙うつもりがない＝相手方ホームレスの占有を受忍するつもりであるならば，テント除却を図ることは自己矛盾とも言うべき行動である。

むしろ，大阪市が公物管理者としての地位にあることにも鑑みれば，同市は占有の取り戻し（再取得）を図るべき立場にあり，除却命令がなされたこと，占有の解除が文言上は求められていないことの意味は，大阪市の真の狙いはテントの設置された公園区画に対する占有の取り戻しにあるけれども敢えて除却命令に止めている，という文脈で理解すべきであろう。有り体に言えば，大阪市は，この除却命令の行政的執行として代執行を行い，（法的評価には付されない）事実上の結果として当該区画に対するホームレスの占有の解除を生じさせ，もって当該区画に対する自己の占有を回復（再取得）することを狙っていると考えられる。少なくとも，そのように理解しない限り，大阪市の行動は自己矛盾の行動と評価され，その時点で違法と評価されねばならない。では，上記のように合理的に予測される，このような真の狙いを隠した除却命令は如何に評価されるべきか[45)]。

3　明渡し（引渡し）・除却・代執行

(1) 問題の確認

もっとも，この評価を行うためには，なお幾つかの検討を前提として必要とする。第1に，明渡（引渡）義務の履行強制に行政代執行は本当に用い得ないのか，それは何故か。もし，実は代執行も引渡義務の履行強制に利用できるのであれば，大阪市の行動は強い非難に値せず，違法とまでは評価できないかもしれない。もちろん，行政代執行は代替的作為義務に対してのみ行える，よって引渡（明渡）義務の履行強制のために用いえないという議論は，異論の余地なく認められているように見える[46)]。だからこそ，大阪市の示したような真意を隠した除却命令がなされたと

45) 平成18年最判は，原告たる市が，被告の妨害行為がなされる度に道路法に基づく監督処分（除却命令）を行い，必要があれば行政代執行を行って占有を保持し続けた上で，これ以上の妨害行為を防ぐため占有保全訴訟を提起した事案であった。これに対して，占有が私人にあると承認し，その占有を解くために監督処分として明渡命令を行うと，その義務の非代替性から行政代執行が違法となってしまう。横浜地判昭和53年9月27日判時920号95頁はこのような例である。では，私人が占有している公共用物の区画上に存する工作物の除却命令だけを行い，行政代執行によって当該除却義務が履行された状態を実現し，同時に実際上，あわせて当該区画に対する支配（占有）も回復する手法は如何に評価されるべきか。靭公園で大阪市が行った措置の評価は，このような問題として位置づけることができる。

46) 例えば，小早川・前掲注21)239-241頁，塩野・前掲注27)232頁，宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第3版）』（有斐閣，2009）210-211頁，芝池義一『行政法総論講義（第4版補訂版）』（有斐閣，2006）202頁。なお，民事法学（民法学及び民事訴訟法学）は，議論内容として概ね対応する債権（債務）の分類において，引渡債務を「与える債務」の一類型として代替的か不（非）代替的かの分類の外に位置付ける点で，行政法学における義務の分類論と異なる形の分類を示す。すなわち，現在の民事法学では，債務を，まず作為債務と不作為債務に分類し，前者の作為債務をさらに引渡債務（または「与える債務」。金銭債務と物の引渡を目的とする債務が含まれる）と行為債務（または「為す債務」）とに分類し，行為債務（と不作為債務）についてのみ代替的か不代替的かの観点を持ち込む説明が通例のように見える。もっとも，引渡債務の履行強制方法は，あくまでも直接強制と（現在では）間接強制であり，代替執行（代執行）ではない（以上につき，例えば平井宜雄『債権総論（第2版）』（弘文堂，1994）15-20頁（[10]-[14]），241-253頁（[213]-[221]），内田貴『民法Ⅲ――債権総論・担保物権（第3版）』（東京大学出版会，2005）15-16頁，116-122頁，中野貞一郎『民事執行法（増補新訂5版）』（青林書院，2006）753-786頁，我妻栄『新訂債権総論（民法講義Ⅳ）』（岩波書店，1964）24-25頁（[28]-[29]），87-98頁（[111]-[132]））。したがって後に本稿が引渡義務を非代替的作為義務と性格付ける際に，民事法学の分類論を想起して違和感を抱く読者が生じるかも知れないけれども，これは行政法学の従来の用語法に従ったものとして了解されたい。本稿が非代替的作為義務というとき，それは（金銭支払を除く）作為義務の中で代替的でないものという意味である。雄川一郎ほか『行政強制――行政権の実力行使の法理と実態』ジュリ増刊（1977）13頁の図に表れているように，行政法学は，行政上の強制執行の文脈において私人が負う義務を代替的作為義務・非代替的作為義務・

も言える。しかし，この議論の根拠を理解しなければ，大阪市の行動が賞賛されるべき創意工夫か非難されるべき脱法行為かも評価できない。

第2に，ホームレスが負う義務は，公物管理者に対する占有の移転（占有の解除）＝テント設置公園区画の明渡しだけと考えられるべきか。この場合テント除却との関係は如何に捉えられるか。占有移転（解除）とテント除却とがそれぞれ独立に観念できるのであれば，テント除却は占有移転（解除）の義務に影響を与えないかも知れない。であれば，テント除却だけを命じることも可能かも知れない。この場合，本来であれば，その真意において占有移転（解除）を狙いつつもテントの除却命令を出したと考えられる大阪市は，真の狙いを達成できない客観的可能性があったことになろう。靭公園で生じた事実はそうではなかったけれども，それこそ偶々であり，必ず起こることと考えられないのであれば，大阪市の活動は違法とは評価されないかも知れない。

以上の問題意識を踏まえて改めて行政代執行法2条を確認すると，同法に基づく行政代執行を代替的作為義務にしか用いることができないという解釈は，二つの点に条文上の根拠を有する。第1に，「他人が代つてなすことのできる行為に限る」という明示の限定，第2に，「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」ることができる，という部分である。第1点が根拠たりうることの説明は不要であろう。第2点も，行政自身ないし第三者がなすことで義務者のなすべき行為がなされた（＝義務の履行があった）と言える状態が作り出されうる義務についてしかこのような権限は履行強制として意味を持たないため，根拠となる。

他方，どのような行為が「他人が代つてなすことのできる行為」であるかは行政代執行法2条が定めているわけではない。したがって，ある命じられた行為について行政代執行法に基づく行政代執行が許される履行強制方法か否かの判断には，義務者の義務として負う行為を特定しそれが代替的か否かを判定する段階が先行していることになる。しかしここでは，この思考の順序とは離れて，引渡しという行為の内容・土地の上に存する物件の除却と土地に対する占有との関係をさらに考察させる契機を含むことから，義務者の負う義務が土地・物件の引渡義務であると特定された上で，その履行強制方法として行政代執行を認めているように見える定めである土地収用法102条の2第2項に関する議論から考察を開始する。

(2) 引渡義務の代執行による実現？ ——土地収用法102条の2第2項

(a) 土地収用法102条の2第2項の特異性

土地収用法102条の2第2項前段は，「土地若しくは物件を引き渡し，又は物件を移転すべき者がその義務を履行しないとき，履行しても充分でないとき，又は履行しても明渡しの期限までに完了する見込みがないときは，都道府県知事は，起業者の請求により，行政代執行法……の定めるところに従い，自ら義務者のなすべき行為をし，又は第三者をしてこれをさせることができる」と定めている[47]。物件移転義務は代執行に適する代替的作為義務であるため以下では度外視するとしても，この定めは，一読する限り，行政代執行法と同じ書き方をした行政の権限（「自ら義務者のなすべき行為をし，又は第三者をしてこれをさせる」）を，土地・物件の引渡義務の履行強制方法として定めているように見える[48]。そのため，この定めを如何に解釈すべきかが行政実務家を中心に争われてき

不作為義務・金銭給付義務にしか分類しない（金銭給付義務が独立に扱われていることと行政法学における直接強制が金銭執行を含まない点（前掲注38）参照）とは対応している）。

47) 類似の定めとして都市再開発法98条2項がある。本稿は土地収用法102条の2第2項をめぐる議論で代表させ，都市再開発法に関する議論は必要に応じて言及するに止める。

48) 引渡義務を負う者は，明渡裁決があった時点でその対象となる「土地又は当該土地にある物件を占有している者」

た。本稿の見るところ，この条文に関する様々な議論の中には，引渡しという行為の性格，代執行に含まれる実力行使のあり方，物件の除却と当該物件が存在する土地の占有との関係等に関して，いくつかの示唆が含まれている。本稿は，土地収用法102条の2第2項をどう解釈すべきかではなく，大阪地裁決定の議論を評価するためにこの示唆を得るという観点に立って，同条に関する解釈論を検討する。

(b) 提唱されている解釈と帰結

まず，土地収用法102条の2第2項前段の解釈論として提唱されているものを簡単に確認する[49]。

第1に，この条文を直接強制を認めたものと解する理解が提案される。引渡しは対象物を占有する義務者以外の者が代わって行えないのだから非代替的作為であり，この履行強制は直接強制とならざるを得ず，行政「代執行法にいう戒告通知という手続，それを借りなさい，あとは要するに直接強制だ」と考える立場である（直接強制説）[50]。しかし，この読み方は，旧土地収用法にあった直接強制規定が削除されたという立法過程にそぐわないという問題のほか[51]，「自ら義務者のなすべき行為をし，又は第三者をしてこれをさせる」という文言が行政代執行法2条にもあり，それが，代替的作為義務の履行強制たる代執行としての実力行使を同条が定めていることの一つの根拠を提供している以上，土地収用法102条の2第2項のこの文言も同様に解すべきではないか，直接強制であれば別の書き方になろうという批判が向けられることになる[52]。そこで，第2に，「自ら義務者のなすべき行為をし，又は第三者をしてこれをさせる」という文言はあくまでも代執行としての実力行使を定めたものであり，「収用地上の物件を移転すべき義務や家財道具等の存置物件を移転すべき義務には代替性があるのに対して，人が退去して占有を解くこと自体には代替性がないと考えられる」[53]以上，同項中の土地・物件の引渡しの代執行を定める部分は無意味であり空文に帰すると解釈する立場が成立する（空文説）[54]。もっとも，

である（土地収用法102条）。

49) 概要につき，小澤道一『逐条解説土地収用法（下）（第2次改訂版）』（ぎょうせい，2003）509-513頁，同「土地収用法102条の2第2項」法教145号70-72頁（1992）を参照。本稿が用いる学説の名称は，小澤・法教論文のそれに従っている。

50) 雄川ほか・前掲注46)51頁（〔塩野宏発言〕。ただし塩野がこの立場に立っているわけではない。同書53頁の発言を参照）。この他，遠藤博也『実定行政法』（有斐閣，1989）102-103頁は，「特殊の代執行もしくは実質的に直接強制をみとめたものと解するほかない」とし，関哲夫『自治体行政の法律問題――重要判例の研究』（勁草書房，1984）41頁が，都市再開発法98条2項につき，そこで定める「『代執行』は行政代執行法上のそれとは性格を異にし，代替性のない与える義務を対象とする特殊な行政上の強制執行手段（一種の直接強制）と見るべきである。都市再開発法98条2項が『行政代執行法……の定めるところに従い』と規定するのは，行政代執行法の定める戒告等の手続き規定のみを準用する趣旨と解すべきであろう」としている。関の見解を明示に支持するものに大浜啓吉『行政法総論（新版）』（岩波書店，2006）360頁。

51) 立案過程で旧法にあった直接強制規定が削除され，現行法になったことにつき，小澤・逐条（前掲注49））503頁。

52) 直接強制を認めた現行法規定である「学校施設の確保に関する政令」21条は，「行政代執行法……による代執行によつては義務の履行を確保することができないときは，管理者は，直接にこれを強制することができる」という文言，今一つの直接強制規定である「成田国際空港の安全確保に関する緊急措置法」3条6項は，「国土交通大臣は，第1項の禁止命令に係る工作物が当該命令に違反して同項各号に掲げる用に供されていると認めるときは，当該工作物について封鎖その他その用に供させないために必要な措置を講ずることができる」という文言を用いている。また，現在は廃止された，らい予防法6条3項は，「都道府県知事は，前項の命令［国立療養所への入所命令：筆者注］を受けた者がその命令に従わないとき，又は公衆衛生上らい療養所に入所させることが必要であると認める患者について，第2項の手続をとるいとまがないときは，その患者を国立療養所に入所させることができる」という文言になっていた。もっとも，後者の規定は，即時執行に関する規定でもあり，感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関する法律（これは現行法である）19条3項は，即時執行の規定として「都道府県知事は，……患者を……入院させることができる」という文言を用いている。

53) 小澤・逐条（前掲注49））510頁。

54) 小澤・逐条（前掲注49））510-511頁，513頁，広岡・前掲注35)59-61頁。なお，ここで指示した広岡の論述については，次に述べる存置物件撤去説を維持しているかのように読む理解も存在する（例えば大浜・前掲注50)360頁，小

空文説は，条文を無視しているという批判を招き，条文に忠実な解釈を目指す立場から，土地・物件の引渡義務を代執行に適する形で再構成する試みがなされる。まず第3の立場として，引渡義務者が引渡対象の土地・物件（建物）を家財道具などの物件の存置だけによって占有している場合には，その存置物件の搬出によって占有を解き，引渡対象の土地・建物の現実の支配を起業者に取得させることができ，それは代替性が認められるので代執行に馴染むとし，ただし人が身体で占有している場合にはそれまでは排除できないと考える（そのような実力行使は直接強制によってのみ可能とする）立場が存在する（存置物件撤去説）[55]。しかし，この考え方でも，「人が身体で占有している」場合には本条による強制執行は否定されることになるし，存置物件の撤去は，土地収用法102条の2第2項が定める物件移転義務の代執行に包含できるため，実益もなく，空文化を避けることだけを目的とした技巧的な解釈と評されることになる（提唱者自身も認めていた）。他方で第4として，引渡しを引渡しの合意（意思表示）と所持の移転に分解し，引渡しの意思表示は代理人を通して行いうるし，所持の移転も履行補助者によってなしうることから，引渡義務は，引渡義務者が身体的実力により引渡しを拒む場合を除けば，非代替的作為義務ではない，したがって代執行に適する，引渡しの意思表示の具体的な執行方法としては，知事等が引渡対象地に人が存しないことを確認した上で起業者に対する引渡しを宣言し，それを示す文書に調印することなどが考えられる，とする見解が提案されている（意思表示代執行説）[56]。しかし，この議論に対しては，引渡義務を一般的に代替的作為義務に読み替

山正善「代執行の要件」芝池義一ほか編『行政法の争点（第3版）』ジュリ増刊（2004）47頁）。しかし，ここで広岡は「土地物件の引渡しを確保するために，その障害となっている収用の対象外の物件……を代執行によって移転することはでき，土地収用法102条の2第2項前段の規定による代執行はそれにつきると解すべきであろう」とし，全てを物件移転の代執行に取り込んでいると考えられるため，この時点で存置物件撤去説から空文説に改説したと考えるべきだろう（広岡のこの記述を空文説と読むものに小澤・同上）。その後の広岡隆『行政法閑談』（ミネルヴァ書房，1986）151-156頁，同『行政法総論（第5版）』（ミネルヴァ書房，2005）167-168頁は，彼が現在では空文説へ改説したことを明瞭に伝える。

55) 広岡隆『行政代執行法（初版）』（有斐閣，1970）56-57頁，雄川ほか・前掲注46)51頁〔広岡隆発言〕。ただし，広岡は前掲注54)に掲げたように，その後，空文説に改説している。しかし，この説を採用する裁判例もある。都市再開発法98条2項につき東京地決昭和56年10月19日判時1022号32頁（「本件土地及び本件建物に存置された物件を搬出することによって，引渡しの対象である本件土地及び本件建物の現実の支配を東京都に取得させることは必ずしも代替不可能ではなく，右引渡しをもって行政代執行の対象となし得ない義務ということはできない」とする。ただし，引渡義務者の占有態様が，身体で占有しているのではなく，家財道具などの物件の存置だけによって占有しているかはやや不明である），土地収用法102条の2第2項につき福岡地判平成5年12月14日判自143号72頁（「本件代執行により，原告らに対し課せられた義務は，『土地若しくは物件を引き渡す義務』であるところ，右義務は，引渡義務者が身体的実力で引渡しを拒否するため身体に対する直接強制を必要とする場合を除き，義務者が引渡の対象である土地若しくは物件を家財道具等の存置により占有している場合は，存置された物件を搬出することにより占有を解き，引渡しの対象である土地物件の現実の支配を起業者に取得させることで足りるのであって，本件代執行においては，被告は，引渡対象土地上の物件（建物，工作物，立木等）を当該土地上から除去，搬出した上，当該土地を起業者に対して引渡したものと推認され，原告らが身体的実力をもって引渡しを拒否した事実も認められない」としており，明確に存置物件撤去説に立っている）。

56) 桃井弘志「土地又は物件の引渡しの代執行」月刊用地1981年8月号8頁，とりわけ12-14頁。この他，田村正博「行政代執行――土地引渡義務の代執行の可否」内閣法制局内行政法実務研究会編集『ケーススタディ行政法実務』（ぎょうせい，1993）118頁，120-123頁も，「土地の引渡しが一般的に代替的なものかどうかは別として」とは述べるものの，「土地の引渡しは，もともと，引渡しの合意と現実の所持の移転によってなされる」，「現実の所持の移転は，受け取る者の占有の開始によって行われ，移転されるべき物がある場合にはそれを移転・除去することが併せて行われる」，この物件移転・除去は代執行に適しており，「引渡しを合意し，起業者による占有の開始を可能にするために義務者の行うべき行為のみを，行政庁又は第三者が代わって行うこととなる。この方法については，直接の規定はなく，適宜のものによることができるが，知事等が当該土地において起業者に対する引渡しを行う旨を宣言し，引渡しを示す文書に調印をするといった方法で行うことが考えられる」としており，実際上は，引渡義務を一般的に代替的作為義務に読み替える意思表示代執行説と言える（また，田村も土地収用法102条の2第2項によって「引渡しを代わって行うことができるといっても，それは，あくまでも本人が引渡しをしたのと同様の法律上の効果を発生させる効果が認められるというだけであっ

えるというその議論の一般性が持つ射程の広がりに対する危惧と併せて，具体的な批判として次の諸点が指摘されている。まず，「義務者の意思に全く反する結果の強制実現を目指す代執行」の局面において，本人の利益のために活動範囲の拡張を目指す代理制度を根拠に意思表示をなす義務の代替性を認めることは適切ではない。また，この説でも，義務者が身体的実力により引渡しを拒む場合は非代替的となり，結局，引渡義務が代替的か非代替的かは，義務者の拒み方に依存することになるけれども，義務が代執行に適するか否かは義務の性質によって一律に決まるべきもので，義務者の対応如何によって変わるべきではない[57]。さらに意思表示代執行説は，このような議論を行う前提となる占有の捉え方として，占有を「物に対する具体的・事実的な支配から離れた抽象的・観念的な法的構成として」捉えていると解されるところ，土地収用において問題になる占有は具体的・事実的な支配としての性格を色濃く示し，行政上の履行強制として行われる代執行の局面にこのような抽象的・観念的な捉え方をそのまま持ち込むことも適切でない[58]。

このように様々な見解が提唱されているものの，議論の念頭に置かれている問題状況は，意外と限定されている。というのも，物件移転義務が代執行に適するため，収用対象地を更地にする段階までは，どの見解からもそれと関係なく行政代執行で行えるからである。その結果，土地収用法102条の2第2項による引渡しの代執行が問題になる状況は，「①義務者が身体的実力をもって占有解除に抵抗する場合，②移転すべき物件が存在しない更地について，義務者の身体的実力による抵抗はないが，占有放棄があったとはみなしにくい状況にある場合（例えば，義務者が明渡期限後も占有継続の意思を表明し，随時見廻りをしている場合）」の二つとされている[59]。そこで，これらの状況に対する各説の結論を確認すると，次のようになる。まず①の状況については，義務者自身に対する実力行使の可否が結論を決する。直接強制説であれば，直接強制として義務者に対してもそれを退去させるための必要最小限の実力行使が行える[60]。これに対して，空文説・存置物件撤去説・意思表示代執行説は全て，代執行としての実力行使しか行えない，その実力行使に身体に対する実力行使は含まれないと考えている[61]。

次に②の状況については，起業者が収用対象の土地に立ち入って占有を開始すること

て，……相手方に直接有形力を加えて占有を放棄させることを目的とするものでもないから，旧法下で行われてきたような『直接強制』とは異なる」としている)。

57) 以上の2点の批判につき，小澤・法教（前掲注49)）71-72頁。

58) 小澤・逐条（前掲注49)）513頁。

59) 引用部も含めて小澤・法教（前掲注49)）70頁。また田村・前掲注56)は，設問事例に対する解説という形を取っているところ，本文にいう②の設例が使われている。この他，桃井・前掲注56)10頁は，①よりも②の問題をヨリ重視すべきであるとの評価を示す。

60) このため，立法論としては直接強制を認める規定を置くべきであるとする見解が空文説に立つ論者からも提案されている（広岡・前掲注35)247頁，小澤・逐条（前掲注49)）520頁。併せて参照，広岡・前掲注39)81-82頁)。

61) 直接強制を否定し，人の退去による占有解除の契機に着目して引渡しの代執行も不可能とする空文説はこの思考を明確に示すし，代執行に適する要素・局面を抜き出すという思考を採用する存置物件撤去説・意思表示代執行説も，本文で見たように，人が身体的実力によって占有を維持しようとし引渡しに抵抗する場合に，代執行として人の身体に有形力を行使することを認めるものではない。

しかしながら任意履行に委ねるということでもなく，例えば空文説に立つ小澤は，占有者の退去措置（強制退去）につき，「執行行為を完遂する上で必要最少限度の実力を行使することは，代執行に随伴する機能として当然認められる」とした上で（小澤・逐条（前掲注49)）520頁，広岡・前掲注35)176頁)，さらに，土地収用法143条4号違反，公務執行妨害罪・暴行罪等による現行犯逮捕，警察官職務執行法4条・5条による措置を利用できるとする。もっとも，同時に，「動産も含めて収用地上の全物件を代執行により除去すれば，義務者は長期にわたって占有を継続することは事実上不可能となるので，自然に占有が解除されることを期待することができる」とも述べている（小澤・逐条（前掲注49)）520頁)。意思表示代執行説からの同旨として桃井・前掲注56)13頁。ただし，警職法4条1項の利用について，広岡・前掲注39)80頁の指摘も参照。

を，いつ，どのような手続の下で行えば違法とならないか，という形で議論されることとなる。直接強制説であれば，直接強制の結果知事から起業者に引渡し（占有の移転）が行われた時となる。意思表示代執行説では知事による引渡し宣言時となろう[62)]。これに対して，残りの見解では，明確な手続がなされず，引渡時点の特定も難しい。空文説だと，引渡義務者が何らかの形で占有を解除したと解される時点の後に，特段の手続を経ることなく起業者は当該収用対象地に立入り適宜占有を開始することになる[63)]。存置物件撤去説では，代執行としての存置物件の撤去が終了した時点以降，起業者が収用対象地の現実の支配を得た時となる。現実の支配を得る際の特別の手続は予定されていないように見えるものの，（移転義務履行の代執行ではない）引渡義務履行の代執行がその手続を構成すると考えることも可能かもしれない。

(c) これらの解釈が示唆するもの

さて，我々は，この諸説の織りなす議論からいかなる示唆を得ることができるか。

筆者の見るところ，以上の議論は，幾つかの共有された前提観念と異なる前提観念を示す。共有された前提観念から見ていこう。

第1に，以上の諸説は，人は自らの身体だけによって更地の土地に対する占有を保持できるという観念を共有すると考えられる。先に見た問題状況の①を問題状況と考える点は，このことを示す。また，問題状況の②を問題状況として考える点は，物件の移転により更地になってもそれにより当然に占有が失われるとは考えていないことを示していると解される[64)]。更地に対する占有をまだ解除していないと考えられる事情として居座り・見廻りが考えられている点は，身体による占有としてどのような事態を考えているかも併せて推測させる。更地になってもなぜ占有が失われていないと考えられるのか，その根拠については，必ずしも定かではないが，一つには，収用対象となった区画が，土地収用手続を通して相手方（引渡義務者）の占有している収用対象として，起業者，収用委員会，代執行を担当する知事全てによって個性のあるものとして特定されて認識されることで，更地となっても他の区画と区別され続けているという事情が考えられる。さらに，今一つ，義務者が多くの場合にこれまでの所有権者であることが影響を与えているかもしれない。この点は (3)(a) で改めて触れる。

第2に，身体的実力によって引渡しを拒絶している義務者に対して用いられる有形力は，強制執行制度の枠内では直接強制としてのみ認められる，という観念も共有されてい

62) ただし，小澤・逐条（前掲注 49））512-513 頁は，引渡宣言後も義務者がこれを無視して，「居座りや見廻りという行動」で自己の占有を主張し続けるならば，「この『引渡しの代執行』は，結局のところ，無意味となる」と指摘する。

63) 小澤・逐条（前掲注 49））513 頁。

64) 義務者が自主的に物件を移転しつつ占有を解除しない旨を表示し見廻り等を行っている場合，空文説や意思表示代執行説は，これまで見た議論からすれば，義務者の占有がさしあたりは解除されていないと考えるであろう。とすれば，代執行による物件移転が行われたとしても当然に義務者の占有が解除されたと考えるべきか疑問である。空文説に立つ小澤が，代執行後は起業者が占有を適宜開始して良いと考えるのは，物を存置することで占有を主張していた義務者について，物件移転の代執行が行われることで現実の支配が解かれ占有が解除されると考えるからである（とりわけ，代執行と同時に義務者の身体が前掲注 61) で見たような手法により対象地から排除されると，現実支配を及ぼすことが不可能になる）。とはいえ，前掲注 61) で見たように，義務者が諦めて占有を解除することを期待できると小澤が述べる点が示すように，結局，物件撤去後も義務者の占有が解除されないケースが考えられると論者も考えているように思われる。意思表示代執行説は，占有が解除されていないと考えた上で，このようなケースこそ自分の出番で，知事が代執行として引渡しの宣言をしなくてはならないと考えるであろう。これに対して，存置物件撤去説は，物件を存置させることで義務者が占有を主張している場合に，物件搬出を引渡しの代執行として行うことでその占有を解けると考えていることからすると，物件移転により更地になっても占有が当然に失われるわけではないという前提を共有していないと答えるかも知れない。しかし，見廻り・居座りと物件存置とによって重畳的に占有が主張されている状況をどう処理するかが不明であり，もし身体による占有が可能であるという前提から占有は解除されていないと考えるのであれば，結局は同一に帰すると思われる。結局，物件が移転され更地になっても当然に占有が解かれるわけではないという要素は，暗黙のうちに全ての論者の共通了解になっているように思われる。

る。引渡義務の非代替性を可能な限り認めない意思表示代執行説でさえ，この故に，身体的実力による引渡し拒絶の場合，占有解除・引渡しの非代替性を肯定する。また，代執行自体に伴う最低限の実力行使も認められているにもかかわらず[65]，このような状況下での有形力の行使を代執行の範疇外としていることは，積極的な抵抗とまでは言えない，引渡しを拒否する際に用いる実力を特別視しているということになろう。つまり占有を守るためだけに行使される実力が特別視される存在である，という観念も，暗黙のうちに共有されているように見える[66]。

他方で，以上の諸見解において共有されていない観念として以下の点を指摘できる。

第1に，引渡しの中に認められる代替的要素の扱いを指摘できる。引渡しという行為をさらに細分化して代替的行為の要素を見出し，そこに代執行の可能性を認めようとする思考は，存置物件撤去説・意思表示代執行説に認めうる。このようなことを行う根拠は，「引渡しの代執行」を土地収用法102条の2第2項が認めた点に求められる。

これに対して，直接強制説・空文説共に，引渡しの中から代替性の要素が認められる行為を抜き出すことはしない。もっとも，なぜ抜き出さないかと問えば，引渡しの履行強制は直接強制（現在では間接強制も）という民事執行の議論を適用しているからとしか言えないように見える[67]。では，なぜ民事執行法に関する議論がこのような抜き出しを行わないかといえば，民事執行では直接強制が当然に行えるので，代替執行（代執行）を用いるための議論を無理に行う必要性がないからであろう。

第2に，土地収用法102条の2第2項という特別の定めの存在をどこまでどのような形で重視するかも異なる。存置物件撤去説は，明らかに，特別の規定の存在を重視した故の対応である。他方で，引渡しの中から，物件の存置のみによって占有を保持している場合という類型を取りだしてその局面に限って代執行を認める点，引渡義務が本来的には非代替的作為義務として直接強制に馴染むことを否定しない点で，（民事執行制度も含めて）制度全体を成り立たせている基本観念を組み替える意図はうかがわれない。

これに対し，意思表示代執行説は，土地収用法102条の2第2項の空文化を避けるための解釈である点で，特別の規定の存在を重視しているように見える。しかし，その解釈として行われるものは，引渡しという行為・引渡義務の性格の理解を組み替えるもので，その議論内容は土地収用法102条の2第2項に限定された議論とはならず，むしろ一般的な射程を持ちうる形となっている。したがって，解釈論の内容という次元では，特別の規定であることを重視した議論になっていない。

意思表示代執行説とこの限りで対照的なのが直接強制説であり，特別の規定であることを根拠に，代執行を定めたように見える文言を敢えて直接強制に読み替えている。文言を無視している点で特別規定の存在を軽視したようにも見えるけれども，空文化を避ける限りでは特別規定の存在を重視している。また，直接強制と事実上読み替える解釈は，代執行との共通性を戒告手続以外に認めないことを意味しており，行政代執行法の解釈には逆流しない構造を示す。この点で，これまでの一般観念を踏まえた，特別規定であるが故のそれ限りの解釈論となっている。

以上と比較すると，空文説は，行政代執行法という一般法の背後にあり民事執行とも共通する一般原則に依拠して特別規定と目すべきものの事実上の意味を失わせるのだから，直接強制説以上に特別規定の存在を重視していない点は否定しがたい。また，特別規定の文言を重視して体系的解釈の観点から当該特

65) 前掲注61) も併せて参照。

66) これは必ずしも特異なものとは言えず，例えば我妻（有泉補訂）・前掲注5)500-502頁（[606]-[608]）に，本権者の自力救済の余地と占有権者の自力救済の余地とを比較したときに，後者の方が広く解されることに関する印象的な説明がある。

67) 雄川ほか・前掲注46)52-53頁を参照。

別規定の意味を事実上失わせる点に直接強制説と異なる解釈手法が見える。他方，強制執行に関するこれまでの観念を成立させてきた義務の性格理解およびそれと執行方法の対応は，このような解釈によって守られることとなり，この守られる観念は直接強制説と共通していることになる。

以上に見てきた，土地収用法 102 条の 2 第 2 項をめぐる議論は，行政は行政的執行として一般的に代執行はできるものの直接強制・間接強制（執行罰）は個別規定に基づいてしかできないという基本体制の下で，引渡しにつき代執行ができるかのような規定があるという現状が産んだ議論である。直接強制も当然に行える民事執行では行う必要がない議論であろうし，それ故に混乱していると思われるかもしれない。しかし，そこに示された，土地に対する占有と土地に存する物件の除却との関係，身体による土地の占有といった諸観念は，テントを設置して公園に居住するホームレスが，それ故にテント設置区画に対して有するとされた占有とテント除却命令に基づくテント除却の代執行との関係を考える手掛かりを与える。これを次に見る。

(3) 占有の取り戻しを狙った除却命令およびその代執行の評価

(a) テント除却後も占有は存続するか

土地収用法 102 条の 2 第 2 項前段に関する諸説が共有すると考えられた，人はその身体だけで土地を占有できる，という観念から議論を始めよう。この観念は，大阪市及び大阪地裁決定が示した，テント除却命令はテントの除却を命じているだけで占有の解除は命じていないという言明を支える機能を持つ。テント除却が占有解除を意味しないと大阪市・大阪地裁決定が言いうるためには，テント除却後の公園区画にホームレスがなお占有を持ちうるという前提を彼らも共有しなくてはならない。でなければ，テントの除却＝占有の解除であり，彼らの議論は矛盾をきたす。テント除却後のホームレスが占有を持ちうるとすれば，それを可能とするのは，その者の身体だけであろう。しかし，人はその身体だけで土地を占有できるという観念は，どのような場合でも当然に認めてよいだろうか。

本稿には，それは適切でないと思われる。土地収用法 102 条の 2 第 2 項をめぐる議論が身体による土地の占有の態様として念頭に置いていた態様は，居座り・見廻り等であった。しかし，ある人がある庭園を美しいと思い自らのものにしたいと思って座り込み，あるいは見廻っているとして，それだけの故に当該区画を所持（支配）していると我々は考えないはずである。しかし同時に，土地の上の物件除却と共に占有が失われるとも言えないのも確かである。ある土地所有者が土地の上に建物を建てて生活していた場合，土地所有者＝建物での生活者は当該土地区画に対する占有を有する。この建物が火事等で滅失した場合，そのことの故に土地に対する占有まで所有者が失ったとは考えないであろう。火事の後に焼け残った建材を通してのみ土地を占有できるとも考えないであろう。焼け残った物件を除却し更地にしても，（それが所有者による行動である限り）所有者が占有を失ったとは評価しないはずである。

なぜ我々はそう考えるのか。土地収用法 102 条の 2 第 2 項に関する議論に再び焦点を合わせるならば，おそらくは，占有が失われたか保持されているかを社会通念上支配に属するといえる状態，つまり所持がなお残っているか否かによって実際上判断している点と，土地収用が収用対象区画に対する従来の所有権者の所有権を消滅させ当該区画に対する所有権を起業者に原始取得させる制度であることから引渡義務者が（元）所有権者であるケースを念頭に置いている点に，その原因を求められるのではないか。すなわち，所有権者が及ぼす支配を念頭に置くと，我々は，所有権者の支配の現れとしての物件が失われたぐらいでは占有を基礎付ける支配が失われることはないと考えてしまうのではなかろうか。所有権者でない者，特に無権原者が見廻り・居座りだけである土地を占有したと我々が考えないのも，所有権者が及ぼしている支配と比すべきものでないからではないか。しかし，このように考えると，占有と権原とが

区別される観念である，という出発点にある基本観念に抵触するように見える。とはいえ，ここでは権原の有無が直接に機能しているのではなく，ある人がある物に対して及ぼす支配の程度について，その人の権原を支配の背後に透かし見る形で，占有を基礎付ける所持に該当するか否か判断していると考えられ，権原の判断が占有の判断に忍び入っているという思考の不明瞭は否定しがたいものの，権原と占有の完全な混同が行われているわけでもない[68]。

以上を踏まえて，改めて考えてみると，公園にテントを設置してそこに居住していることを根拠に，当該テント設置区画を占有していると認められるホームレスの占有について，テント除却後もその身体によってテントの設置されていた区画を占有し続けていると評価できる可能性は，法的に皆無である。公園にテントを設置して居住するホームレスと土地収用における引渡義務者――（元）所有権者が念頭に置かれていると解された――とは，この文脈では，以下の点が異なる。土地収用における引渡義務者は，通常その占有を起業者・収用委員会・代執行を担当する都道府県知事の与り知らぬところで獲得しており，起業者・知事は完全に外部から当該占有を奪いに行く存在である。これに対して，公園にテントを設置して居住するホームレスの場合,事情は複雑である。このホームレスは，まず公園管理者が占有している都市公園に進入し,そこにテントを設置して居住を開始し，安定的･継続的な居住を作り上げた。我々は，このホームレスが他の誰かのエージェントであると認定できる事情もなく，さらに帰るべき場所もなく，生存に最低限必要な物と共にそのテント設置区画で安定的・継続的に生活している時に，そこにある支配を占有と評価することとし，その限りで当該公園区画に対する占有を公物管理者は失うことになると考えた。とすると，ホームレスが占有を獲得するための出発点となる支配は，テントを設置して生活していることにあげて依存する。他方，公園でテントなしに地べたに眠り生活する程度では，それは自由使用の範疇に含まれる利用である。このような自由使用に含まれる利用が占有を成立させることは，自由使用の概念からしてあり得ない。また，ホームレスの占有は，周囲を残りの公園区画に対する

68) 夙に大審院には，借地権者が関東大震災によって自己の所有する建物を焼失しかつ自らも一時行方不明になっていたという事実によって，建物敷地に対する所持を失ったとは社会通念に照らして言えないとした判例がある（大判昭和5年5月6日新聞3126号16頁。焼失後の土地に仮小屋が建築されたため占有回収の訴えが提起された事案）。ただし後に，大判昭和9年5月5日大審院判決全集（1輯）5号234頁は，建物所有者は自己が建物を占有する場合に限りその敷地に対しても占有を有するという立場を示している。しかしこれは，建物の敷地を板塀などで取り囲み爾後の工事を行えなくされたことにより建物所有者が敷地に対する占有を失ったと言えるか否かという文脈での判断であり――単純化すると本件は，板塀で取り囲んだ側が建物所有者によるその後の自力救済に対して，敷地に対する占有権を基礎に占有回収の訴えを提起した事案であり，建物所有者が敷地に対する占有を保持していれば請求棄却，建物所有者が敷地に対する占有を失い板塀で取り囲んだ側が敷地に対する占有を獲得していれば請求認容という関係にあったようである――，大審院の判示は，原審が建物を所有することから直接に建物所有者に敷地に対する占有権を認めるという理由付けなのか，認定された事実の下では建物所有者は建物に対する占有を失っておらず故に敷地に対する占有もなお保持しているという理由付けなのか不明として論難する出発点に置かれており，前掲大判昭和5年5月6日とは事案の様相をかなり異にする。川島＝川井編・前掲注10)15頁〔稲本洋之助〕は，前掲大判昭和5年5月6日と類似する判断を示す下級審判例について，「これらの判例は，実質的には，建物所有者の敷地占有の権原（土地賃借権）を考慮したものであろう」とする。本文で析出した思考に類する思考と言えようか。このような思考は，占有に関する過去の判例にのみ見出されるものではなく，占有と似た次元に位置すると考えられる（前掲注6) 参照）住所に関して近時示された判断方法と一部共通するように思われる。民法上の住所とは異なる国民健康保険法上の住所について参照，最判平成16年1月15日民集58巻1号226頁――「国民健康保険……法5条にいう『住所を有する者』は，市町村の区域内に継続的に生活の本拠を有する者をいうものと解するのが相当である。そして，……法5条が，日本の国籍を有しない者のうち在留資格を有しないものを被保険者から一律に除外する趣旨を定めた規定であると解することはできない」。「我が国に在留する外国人の法的地位にかんがみると,外国人が法5条所定の『住所を有する者』に該当するかどうかを判断する際には,当該外国人が在留資格を有するかどうか，その者の有する在留資格及び在留期間がどのようなものであるかが重要な考慮要素となるものというべきである」。

公園管理者の占有に取り込まれており，ホームレスの占有を徴表する存在の除却により，周りの公園区画へ再び飲み込まれてしまう関係にある。以上からすると，公園にテントを設置して居住することから当該テント設置区画を占有していると評価されるホームレスについては，テントの除却はすなわち占有の喪失（解除）と考えなくてはならない。

あるいは，テントの除却によりホームレスが占有を喪失するとしても，それはその程度の占有しかホームレスが有していないことを意味し，一般論として物件除却が占有喪失を常に帰結する関係にない以上，テント除却すなわち占有解除という関係が当該事案に認められるとしても，命じられているのはテント除却であり占有解除ではないという議論は否定されない，という批判も生じるかも知れない。しかし，これは，物件除却により占有を常に失うわけではないという観念が，所有権者を念頭に置いて作られていた観念であることを軽視し，その結果として最終的に，所有権者の占有とホームレスの占有とが異なるという帰結を招き，権原と占有との区別を一層混乱させてしまう。所有権者の支配と無権原者の支配とが，その強さにおいて異なることが現在の日本法において暗黙裏に認められているとしても，所有権者の占有と無権原者の占有とが異なる保護に服することは認められていないはずである。ひとたび占有であると評価したならば，盗人の占有でも占有としては所有権者の占有と同じように保護されなくてはならない。とすれば，ホームレスの支配をひとたび占有と評価するのであれば，その評価に忠実であるべく，物件除却が占有解除を意味する局面にあっては，占有保護の観点から占有の対象となる区画の明渡し・引渡しがむしろ問題となっていると考えるべきではないか。

さらに，もし大阪市の側に，真に占有を取り戻すつもりがないのであれば，占有喪失という不必要な損害をホームレスに発生させない形で代執行を行わなくてはならない。比例原則はこれを要請するはずである。とすると最低でも，土地収用手続に見られたように，テントの設置された占有区画を個性ある存在として特定する手続を先行させその認識を示さなくてはならない。しかし大阪市は，靭公園でのテント除却において，除却命令の対象区域を靭公園の東園全体としており[69]，テントの設置区画を特に取り出して除却命令の対象としているわけではない。すなわち，大阪市はホームレスがテントを設置した区画を個性あるものとは認識しない形で除却命令を行っており，テント除却後の，テントの設置されていた公園区画に対する占有をホームレスに止める措置を全く用意していない。しかも，以上の検討に基づけば，占有を解除することなくテント除却のみ行うことは，実際上のみならず法的にも不可能である。すなわち，テント除却には必ず占有解除が伴う。とすれば，この側面からも，そこでホームレスが実際に果たすことを求められている行為は，テント除却でなく公園区画の明渡しと評価すべきではないか。

(b) 公園区画の引渡し・明渡しと テント除却

以上から我々は，ホームレスにとって，テント除却とテント設置区画の占有解除とは同一の事柄であり，テント除却によりホームレスは必然的に当該テント設置区画に対する占有を失う関係にあると考えるべきことを確認した。また，公物管理者が占有の取り戻しは狙っていないとあくまでも主張するのであれば，比例原則に鑑みて，行政代執行を行う行政がホームレスの占有喪失を防ぐ措置を取った上で行政代執行を行わなくてはならないところ，本件でこれはなされなかったし，なされようとしても法的に不可能であることも確認した。これらのことは，ホームレスがなすべき行為を，代替性のあるテント除却ではなく，非代替的なテント設置公園区画の明渡しと評価すべきではないか，という強い疑いを我々に与える。では，この場合，公園区画の引渡し（明渡し）とテント除却との関係は如

69) 前掲注 43) を参照。

何に捉えられるのだろうか。

Ⅲ3(1)で見たように，ある命じられた行為について行政代執行法に基づく行政代執行が許される履行強制方法か否かの判断には，義務者の義務として負う行為を特定し，その行為が代替的か非代替的かを考える判断が先行する。とすれば，引渡（明渡）義務を非代替的作為義務と考えて行政代執行を許さないとした下級審裁判例である大阪高決昭和40年10月5日行裁例集16巻10号1756頁，横浜地判昭和53年9月27日判時920号95頁も，義務者の負う義務を引渡（明渡）義務と特定する判断を含むはずである。では，これらの判決は,なぜ義務者の負う義務を引渡（明渡）義務と考えたのか。

とはいえ，実際のところ，前掲横浜地判昭和53年9月27日は，原告私人の負う義務が明渡しと評価される根拠について特段の議論をしていない。被告行政（公物管理者）自身が都市公園法に基づく監督処分として明渡命令を行っており，この点は争点とならなかった。これに対し，前掲大阪高決昭和40年10月5日にはこの点に関わる議論が存在する。この事件で行政は，執行停止申立人となった職員組合に対して，市庁舎の一部を組合事務所として使用する許可を取り消し，次いで組合に対して，組合事務所内の存置物件搬出についての行政代執行法上の戒告を行っており，形の上では明渡しを命じていない（戒告自体は義務を賦課する行政処分でない点を一旦度外視する)。にもかかわらず大阪高裁は，「庁舎の管理権者たる抗告人［市長：筆者注］が，相手方に対する庁舎の使用許可を取消すときは，庁舎の使用関係はこれによつて終了し，抗告人が管理権に基いて相手方に対し庁舎の明渡ないし立退きを求めることができ，相手方はこれに応ずべき義務あることはいうまでもない」との判断を先行させた上で，戒告が存置物件搬出についてなされていることとの関係について，次のように述べる。「抗告人が相手方に対してなした行政代執行の前提たる戒告は，……庁舎内にある相手方組合事務所の存置物件の搬出についてであつて，組合事務所の明渡しないしは立退きについてではないが，組合事務所存置物件の搬出は組合事務所の明渡しないしは立退き義務の履行に伴う必然的な行為であり，それ自体独立した義務内容をなすものではなく，況んや，法律が直接命じた義務あるいは法律に基ずく(ママ)行政処分により命じた義務でないこと勿論である。従つて，組合事務所の明渡しないしは立退きについて前記の如く代執行が許されないからといつて，組合事務所存置物件の搬出のみを取上げ，これが物件の搬出という面では代替的な作為義務に属することの故に，代執行の対象とするが如きことが許されないのは，いうまでもない。［原文改行：筆者注］そうであるから，前記庁舎使用許可取消処分に基ずく(ママ)行政代執行は，その執行の範囲を相手方組合事務所内の存置物件搬出に限定すると否とを問わず，行政代執行法2条の要件を欠き違法であるといわなければならない」。

前掲大阪高決昭和40年10月5日は，使用許可の取消により発生する義務を実体法に照らして独立かつ客観的に把握する判断，そこに含まれる一部の行為だけを取り出し当該行為について代替性を認め代執行を行うことは許さないという判断を明示に持つ。その根拠は，取り出される行為が実体法に照らして私人の負う義務に必然的な行為で独立の内容をなすとは言えない点，またこの一部の行為が法律により直接命じられた義務あるいは行政処分によって命じられた義務ではない点に求められている。同決定は明示していないが，職員組合がこれまで使用許可を受け使用していた市庁舎の一部に対する占有を有していることは前提となっていると考えるべきであろう[70]。

70) 占有の成立が認められない場合には，引渡義務を負っているとは評価されない。この場合には，相手側（権利者）の占有を妨害している何かを除去すればよく，この何かが物である場合には，当該物の除却を義務付ければ足りる。これは言うまでもなく代替的作為義務である。また，占有を自己に引き渡してもらう必要がない（そのような地位を有さない）ものの，義務者の支配の一表現と位置づけられる，支配区画に存在する物について除却を命じる場合も，代替的な作為を求めていると言える（景観破壊・建築基準法違反などの理由により建物（の一部）の除却を求めるなど）。ただ

以上の議論を踏まえて，靱公園のケースでのテント除却命令の機能・位置を改めて考察してみよう。靱公園でのテント除却に関しては，監督処分ー行政代執行というルートが取られており，実体法（公物管理法たる都市公園法）に照らしてホームレスが負う義務を独立かつ客観的に判断できるかは争いの余地がある。監督処分によって命じられるまで具体的な義務を負っていないと理解する余地は，行政行為が介在させられている以上，確かに存在する。テント除却は行政行為によって命じられているのであって，この点に前掲大阪高決昭和40年10月5日との違いを見る理解も成立しうる。しかし，公園にテントを設置して居住することでテント設置区画に対する占有を有するに至ったホームレスが，都市公園法に照らして違法と評価され何らかの義務を負うならば，その義務は当該占有を解くことであろう。利用そのものは自由使用である限り違法と評価され得ない以上，（占用許可を得ることなく）自由使用として行われている公園利用態様が，当該利用の結果として公園区画に対する占有を成立させる態様である点に違法と評価される原因が求められることになるからである。とすると，靱公園の事件で除却命令が持つ意味は，ホームレスが負う義務としての占有解除の一部のみ切り出した形を取ってテント除却を命じている点に認められる。しかし (a) で確認したようにテント除却と占有解除は法的に等価であった。とすれば，靱公園においてホームレスに対して行われた除却命令については，前掲大阪高決昭和40年10月5日が問題とした戒告と同じくその文言に固執する必要はなく，都市公園法に照らして明渡しを命じていると考えるべきではないか，という疑問が成立する。

しかも，土地収用法102条の2第2項の解釈論を検討する中でも，土地引渡しと物件除却との関係に関する幾つかの立場が確認できたところ，引渡行為の類型化ないし要素への分解により，引渡しの中から代替性ある行為を抽出する思考を採る存置物件撤去説と意思表示代執行説は，土地収用法102条の2第2項という特別規定の存在をその出発点としており，引渡しから代替性ある行為を抽出するこのような可能性を，特別規定も持たない都市公園法・行政代執行法に基づく行政活動について認めるべきではなかろう。引渡しを代替的作為に事実上読み替えるとも言える意思表示代執行説は，確かに，その実質に照らすと一般的な射程をもった議論とも言える。しかし，この議論は，(c) で見るように，大阪市の行ったような占有の取り戻しをむしろ否定的に捉え，そのような事態の回避を目的とした解釈論である。また，直接強制説も空文説も，民事執行・行政強制に関するこれまでの一般論を尊重し，引渡しから何らかの代替性ある行為を抽出することをしない見解であった。

さて我々は，この一般的観念において，義務の非代替性を認めることとは，義務者でなければ行えないことの承認であり，その限りでの義務者のかけがえのなさ（代わりのきかなさ）の承認，つまり義務者の人格の尊重を意味すると考えるべきであろう。そして，公園にテントを設置して居住するホームレスについて占有を認める目的は，公共空間にしか行き場のない人も人（主体）として扱うという要請を貫徹し続けること，その人の人格を保護することに求められた（Ⅱ2(2)）。とすると，この目的の実現は，公園にテントを設置して居住するホームレスが負う義務を，その者でなければ履行できない義務，非代替的義務である明渡義務に一本化しなければ達成できない。すなわち，公園にテントを設置して居住することから当該テント設置公園区画に対する占有を認められたホームレスが負う義務は，公園区画の明渡しだけであり，テント除却行為は明渡行為に吸収されると考えなくてはならない。占有の引渡しを求めているのではない，テントの除却だけを求めているのであるという言明を許し，それに基づき実

し，靱公園のケースにおいて，公園管理者たる大阪市が除却命令に止めて占有の保障を図ったという理解が合理的なものとしては成り立たないことはⅢ2で確認した。

際上はテント設置公園区画に対する占有も解除させる手法は，テント設置公園区画に対する占有を認めないことに他ならない。それでは，ホームレスの人格の保障を貫徹できないことはⅡで確認したことであった71)。

(c) テント除却と大阪市による占有取得

さらに，大阪市が，テント除却を命じているだけでテント設置区画に対する占有解除を命じているのではない，と言いながら，実際上は当該区画に対する占有を取得したことについては，なお問題点を指摘できる。

再び土地収用法に戻ると，土地収用法102条の2第2項に基づき「土地引渡しの代執行」が試みられるとき，起業者は引渡しを明示に求めて収用委員会の下での手続を経て明渡裁決も取得しており，その上で，土地収用法102条の2第2項に基づく「代執行」が行われることになる。占有を起業者が取得するための手順は，土地収用法102条の2第2項に関する諸見解が示したようにそれぞれの立場による特質はあるものの，引渡しを求めて一定の手順を踏む必要があることは意識されており，それぞれにそれなりの慎重な考慮を見せている。

このことを踏まえると，除却を求めたのであって引渡し（占有解除も含む）を求めたのではないと言い続ける大阪市が，にもかかわらず，なぜ引渡しのための手続も踏まないで，テント除却を行った後に当然のようにテント設置区画に対する占有を（再）取得できるのか。土地収用の際の厳密な手続と厳格な議論に比べれば，除却命令に基づく物件（テ

71) 広岡・前掲注39)74頁は，「土地のうえまたは建物のなかに置かれている物件で，引渡し・明渡しの対象とならないものの移転・搬出は，それだけをとりあげて考えれば，代替的作為であるとしても，それは土地や建物などの引渡し・明渡しの義務の履行に伴う必要的な行為にすぎないから，とくにそれが，法令や行政処分により独立の義務として命ぜられる場合は別として，代執行の対象とせられないことは，あらためていうまでもなかろう」とする。この議論と，大阪地裁決定の原型を提供したと考えられる広岡の議論（前掲注36）に対応する本文を参照）とを併せ考えたとき，靭公園での大阪市の除却命令を，「明渡しの義務の履行に伴う必要的な行為である」としても「とくにそれが，法令や行政処分により独立の義務として命ぜられる場合」に該当すると考える余地も生じるかも知れない（このような読み方で靭公園の事案と前掲大阪高決昭和40年5月10日とを区別する可能性が存することは既に前頁本文で指摘した)。実際，広岡自身，土地収用法102条の2第2項に関し空文説に改説したと考えられる（参照，前掲注54））広岡・前掲注35)21-22頁において，「土地・建物の明渡しの義務においては，物件の収去・搬出は，独立の義務として課せられているのではなくして，土地・建物の明渡しの義務の履行に伴う行為にすぎず，また，かりに物件の収去・搬出が行なわれても，義務者が身体をもって土地・建物を占有して明渡しを拒否するときは，まだ明渡しがなされたことにならないのであるから，物件の収去・搬出の部分だけを切り離して考えて，それが代替的作為であることを理由として，その代執行を行なうことはできないと考えられる。土地・建物の明渡しの義務についての強制執行の手段は，本来，直接強制である（……)。河川・道路等の敷地を不法占拠して設置された工作物について，公物管理者たる行政庁がその除却・移転を命じた場合において，除却・移転の代執行が行なわれうることは勿論であるが，この場合は，工作物の除却・移転の義務が独立の義務として課せられているのであって，この義務が実現されることによって，事実上，河川・道路等の敷地の明渡しが招来されるという関係にあることに注意しなければならない」と述べる。

しかし，これまでに見てきたように，不法占拠された状態でも公物管理者がなお占有を有しているのか，それとも不法占拠者が占有を持つに到ったのかの識別が不十分である点，身体による占有という観念は少なくともホームレスの有する占有に関しては意味がない点に加えて，公園にテントを設置して生活するホームレスについてテント設置区画に対する占有の成立を認める目的を阻害する点，このような義務の切り出し操作は土地収用法102条の2第2項のような「引渡しの代執行」を認める特別規定がある場合でも直接強制説・空文説の行わない操作である点で，そのような特別規定を持たない公物管理法と行政代執行法に基づく通常の行政作用が問題となっている場合に，義務の切り出し操作の余地を認めることは適切に思われない。むしろ，都市公園法における監督処分は，私人の妨害態様と実体法とを照らし合わせて当該私人の負う義務の内容を確定すると共に，履行すべき期限を設定する点に主たる作用があり，義務内容を公物管理者自らの都合に合わせて自由に操作する権能は与えられていないと考えるべきであろう。行政行為の規律内容＝拘束的言明の対象＝逸脱禁止要請の及ぶ対象は，行政行為が規律対象とする法関係の構成要素の一部または全部であるところ，どの要素について規律がなされたかは当該行政行為の位置する法的仕組みに照らして個々に判断される必要があり，一つの行政行為が法関係変動に関連する全ての要素を一度に自ら規律するとは限らない。法的仕組み自体によって内容が決定されていたり法関係が既に発生（変動）したことにされている場合があり，この場合，行政行為は，これらの既に内容の決定されたあるいは生じた（変動した）諸要素を拘束的なものとする言明を行っているに止まる。詳細につき参照，太田匡彦「行政行為――古くからある概念の，今認められるべき意味をめぐって」公法67号237頁，237-243頁（2005)。

ント）除却によってテント設置区画に対する占有を（再）取得した大阪市の行政過程は，つまるところ代執行のどさくさに紛れて占有を（再）取得したという評価こそが相応しく，不透明な実力行使であり，それ故に違法な暴力行使と評価されるべきである。土地引渡しの代替性を認めて引渡しの代執行を可能と考える，それ故に大阪市の行動に寛大にも見える意思表示代執行説は，この点，大阪市の行動を最も厳しく批判するであろう。この見解が，なぜ引渡しの意思表示の代執行という構成に拘るかと言えば，それがない限り明渡義務者は占有解除をしておらず，引渡しの意思表示の代執行なしに起業者が収用対象地に対する支配を開始することは私人の許されない実力行使（自力救済）であり，明渡義務者に占有回収の訴えの可能性がなお残ると考えるからである[72]。もし意思表示代執行説が，自己を一般化して靭公園のケースもその射程に収めようとするのであれば，引渡義務は代替的作為義務であるとして明渡命令を行い明渡し（引渡し）の行政代執行を行うことを要求したであろう。テント設置区画に対する占有の引渡しを命じずテントの除却だけを命じ，その上でテント設置区画に対する占有の取り戻しを実現する，そのような手法を正当化する見解ではない。大阪市の行政活動に最も近い活動を認めるのは空文説であるものの，それさえ大阪市の行動よりは占有を尊重している[73]。

確かに，このような占有奪取に対してホームレスから占有回収の訴えを提起しても，私権行使制限規定からして認められないと考えるべきだろう（参照，Ⅱ3）。しかし，だからといって，それを見越して暴力を働いて良いわけではない[74]。義務の性格を定め本権者の取るべき手続を定める点に，占有権を行使できずとも，占有を認めることの意味はなお認められる。占有を認めるならば，その意味に忠実な解釈を行うべきである。

(d) まとめ

以上から，我々は次の結論を得る。公園に

72) 参照，桃井・前掲注 56)12 頁，田村・前掲注 56)122 頁。空文説に立つ小澤も，「更地について義務者が占有を放棄したとはみなしにくい状況にある場合（……）に，引渡しの代執行を経ることによって起業者の占有開始を穏便なものにすることができる」点に意思表示代執行説の実益を認める（小澤・法教（前掲注 49））71 頁）。これに対し，空文説からは，「義務者が素手で更地の占有を長時間継続することは不可能であるし，起業者が直ちに占有を開始したとしても，義務者の占有訴権を根拠としてその行為を排除することを裁判所が認めるとは思われない」という議論が示される（小澤・逐条（前掲注 49））513 頁）。

73) 空文説は，「更地については，起業者は，引渡しの代執行という手続をとることなく，適宜占有を開始してよい」（小澤・逐条（前掲注 49））513 頁）とする点で，大阪市の行動を是認する契機を最も強く持つ（しかも土地引渡しを任意履行に委ねるのでもなかった）。しかし空文説は，明渡裁決が行われ，引渡しが明示に求められているという状況下での議論である点で大阪市の行動と異なるだけでなく，身体による占有を認めるため，最終的には，更地にした上で義務者が占有を解除したと社会通念上考えうる状態まで待つ契機を持つことも否定できない（以上につき前掲注 61) 参照）。つまり空文説は，自己が認めた占有に忠実であり，それを尊重する契機をなお持つ。引渡しを求めていないと言いながら除却対象物件設置区画に進入し占有を（再）取得する大阪市には，一旦相手方に認めた占有に忠実にそれを尊重する契機が欠けている。つまるところ，大阪市は（大阪地裁決定も）自らが選んだ議論の前提に忠実ではない。

74) 物件除却の行政代執行によって土地に対する占有が奪われたことを理由とする占有回収の訴えに関して，占有喪失原因となった実力行使が私人の実力行使ではない点に着目し，原則としてこのような訴えは認められないとしたものに，東京地判昭和 35 年 9 月 8 日行裁例集 11 巻 9 号 2677 頁，名古屋高判昭和 38 年 7 月 16 日高民集 16 巻 6 号 454 頁がある（東京地裁は，「外観上執行行為と認めるに足りる方式を欠く等執行行為として不成立のものと認めるべき場合又は外観上明白に公権力による執行行為と認められない場合」に限って，名古屋高裁は「執行行為が著しく違法性を帯び，外観上も私人の私力行使と同視できるようなとき」に限って，占有回収の訴えを許している。名古屋高裁の判断は，民事の強制執行により占有を奪われた者が提起した占有回収訴訟に関する最判昭和 38 年 1 月 25 日民集 17 巻 1 号 41 頁を参照している）。両判決とも，行政代執行によって占有が奪われたこと自体の違法性判断は明示しておらず，また占有を一度私人に回復させるつもりのないことも確かであるけれども，行政代執行を用いた行政による占有奪取を積極的に正当とする趣旨も含まないと解される。なお，両判決とも私人の私権行使制限規定に触れるところがない。ただし東京地裁の事案では，係争の土地は都条例に基づき管理されていた公共物揚場と認定されているところ，同条例は明確な私権行使制限規定を持っていない。また名古屋高裁の事案では，係争の土地が公物であることの明示の認定がない（行政代執行を行っているのだから公物ではあったと思われるけれども）。

テントを設置して居住していることから，当該テント設置公園区画に対する占有を得たと評価されるホームレスが，都市公園法上負う義務は（負うとして），テント設置区画の明渡しであり，それ故に非代替的な作為義務である。占有しているテント設置区画上のテント除却だけを代替的作為義務として命じる除却命令は，テント除却がすなわち占有解除であると考えられること，占有喪失を防ぎつつ代執行を行うことが法的評価の観点から不可能であることから，テント除却もその一部として吸収されるテント設置区画の明渡命令に読み替えられなくてはならない。したがって，行政代執行により義務の履行強制を試みることは，執行方法の選択の誤りであり，それだけの故に違法である。

さらに，代替的作為義務としてのテント除却を代執行により強行しテント設置区画に対する占有を（再）取得する行為は，命令している内容以上を義務者たるホームレスから奪うため，よしんば公園管理者として本権を有するとしても，違法な自力救済と評価されるべきである。

つまり，占有回復を実際上は狙いつつ工作物除却命令を出し，代執行を行い，占有を（再）取得する行政活動は，一方で，非代替的作為義務として自らの義務が位置づけられることにより守られるホームレスの人格を侵害し，他方で代替的作為義務についてのみ行政代執行が行える，行政が一般的に許されている行政的執行は行政代執行だけであるという日本法の（現在の）基本構造を潜脱する試みである点で，創意工夫ではなく許されざる脱法行為である。

我々は，ホームレスの負う義務を非代替的作為義務としての明渡義務であるとすることによって，ホームレスに占有を認めた意味を達成できる。すなわち，Ⅱ2(2)(d) で見たように，行き場のない人，公共空間にしか生活する場を持たない人も人として扱うことを貫徹するのであれば，その人が生きていくために最低限必要な物と共にその人があることを保障するために，その人とその物の存在する区画のその人による支配についても最低限の保護を与えることが必要であった。この最低限の保護とは，公共空間の管理の必要に鑑み当該区画から退去させるにしても，その（退去すべき）人とその人が生きていくために必要な物とをワンセットで扱い，その人とその物が存在する区画を正面から認知した上で，その区画からその人自身と物を共に退去させることであった。これは，ホームレス自身の人格に関わる義務が生じていることを認めた上でその義務を履行させることを意味した。すなわち，ここでの最低限の保護とは，当該ホームレスでなければ履行できない義務であると認めることで，彼自身の人格を正面から認知することを意味し，最低限の保護の対象は，ホームレスの人格であった。

明渡義務の履行強制として，直接強制ないし間接強制によって人と最低限の生存に必要な物とを同時に排除することにより，逆説的ではあるけれども，その人と物とがワンセットで扱われること，かつそれが次の場所にワンセットで移動することを保障できる。代執行は，人とその生存に必要な物とを切り離してしまう。興味深いことに，この切り離しは占有を認めない場合にも生じるものの，占有を認め占有解除を求めない形を取ることで，人とその人の生存に最低限必要な物との切り離しは一層顕わになる。占有解除を求めていないとすることにより，表面上は人を排除せず物だけを人から切り離すからである。占有を認めないテント除却の代執行は，テントで生活する人の存在を特に認知せず人と物を切り離すと言えるのに対して，占有を認めて占有解除を求めずに行われるテント除却の代執行は，人の存在を認知しその上で人とその最低限の生存に必要な物とを切り離すのである。

喩えていえば，大阪市及び大阪地裁決定の議論は，人から肉を切れば血も当然に出るにもかかわらず，証文に求められているのは肉だけであり，血が出るのは事実上の結果にすぎない，証文に肉を切り取る執行が許されている以上，肉を切り取って良い，と言っているに等しい。この場合，法律家は，そこまで肉を欲するならば血を一滴たりともこぼさず

に肉を切り取ってみよ，それができないなら執行は許さないと言うべきではなかったか。せめて，敢えて血を流す執行を許すなら，そのための手続をとらせるべきではないのか。

IV. おわりに——本稿の議論の明確化のために

1　以上の議論の射程

(1) 行政の取るべき執行方法

以上の考察は，つまるところ，行政代執行という執行方法の選択が誤りであることを述べてきたにすぎない。本稿の観点からすれば，公物管理者は，ホームレスの負う義務が非代替的作為義務としてのテント設置区画の明渡義務であることを認めた上で，当該区画に対する権原（所有権）に基づく返還（明渡）請求を行い[75]，任意の履行がなされない場合には，確定判決に基づいて直接強制ないし間接強制による強制執行を行うべきことになる[76]。もちろん，断行の仮処分を申し立てることも考えられる。このような手順を踏んで大阪市がホームレスの排除を試みてきた場合，ホームレスがテント設置区画を占有していることは，この手順を要請したという以上の意味を持たず，争いは権原（本権）のレベルに移ることになる。

(2) ホームレスの権原？

これまでの本稿の議論は，いかなる意味でもホームレスの権原（類似のものも含む）を認める構造にはなっていない。むしろ，本権（権原）と占有とを厳密に区別することで，ホームレスの占有を認め，その尊重を要請する構造を持つ。ホームレスの持つ占有は，どのような形でもその占有区画に対する権原を推測させるものではない。

他方で本稿は，公共用物の上に存する支配を簡単に占有と承認することの危険性を強調するものでもあった（参照，II 2 (2) (c)）。むしろ，IIでの議論は，非公物（私有地・行政主体の普通財産たる土地）の上にテントを設置して居住を開始したホームレスの方が占有の取得を認められやすくなる議論でさえある。では，以上の公共用物の理念の重視という観点に照らして，占有を認められたホームレスも基本的に排除されるべき存在となるか。

しかし，ホームレスの持つ占有が，どのような形でもその占有区画に対する権原を推測させるものでないとはいえ，ホームレスの占

75) 大阪地裁本案判決の認定によれば，ホームレスに対する法的措置として「民事訴訟が議題とされたり具体的に検討されることはなかった」（判決文 30 頁）。

76) 直接強制（ないし間接強制）という執行方法の中でこそ，テント除却により生活場所を失わせることの評価，すなわち過酷執行の回避という問題も正当な位置づけを与えられる。大阪地裁決定は，除却命令の比例原則違反（除却命令取消訴訟の執行停止申立てであったため）という申立人の主張を検討する箇所で，テント除却がホームレスの生活拠点を奪うことになる点の評価を行っている（大阪地裁本案判決は，行政代執行法 2 条の定める「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」の要件充足の有無と別に，行政代執行を行うか否かの効果裁量に関する濫用・逸脱の有無を判断する箇所を設け，そこで評価している。本案判決文 92-95 頁）。このような検討を行う必要を否定はしないものの，これは，代執行の選択を適法とするために大阪地裁決定が示した論理との関係で緊張関係に立つ。ホームレスが公園にテントを設置して生活を営んでいることを総体として法的に捉えるには，これまでの検討からすれば，人・その人の最低限の生活に必要な物・人とその物とが存在する区画との関係に特別な意味を認めることが必要であり，占有を認めるとは，この特別な関係を認めることを意味した。この観点からすると，大阪地裁決定は，IIIで検討してきたように，誰でもできるテント除却しか問題になっておらず（したがって義務者の人格それ自体には関わらない），また除却に伴って生じるかも知れない占有喪失は実際上の効果，つまり除却命令の法的評価に際して無視して良い効果と位置づける一方で，その無視して良い効果であったはずの占有喪失が実際上意味している生活拠点の喪失という不利益を改めて法的評価に付していることになる。必要な考慮を一応行ったとも言える一方で，論理的には，考えなくても良いとされたはずの不利益に対して改めて法的評価を加えたようにも見え，思考の明晰を欠く。このような議論よりは，人格に関わる非代替的作為義務としての明渡義務が問題になっているとし，直接強制——間接強制はおそらく意味がないだろう——の際に，その執行が人格侵害としての生活破壊をもたらす過酷執行に当たらないか否かを判断させる議論構造の方が，理論的に明晰であろう。

有する公園区画からの当該ホームレスの排除がその生活拠点破壊を意味する以上，この点への配慮は欠かせない。とすると，まずは，具体的なテント設置区画について公園管理者が自らの下へ占有を取り戻す必要と，当該テント設置区画で生活するホームレスの必要との比較衡量がまず行われるべきである。これだけではどちらも決め手を欠く場合には，全体的な公物管理の観点と，ホームレスも人間でありどこかでは生きていかねばならないのだからどこかの公共用物の上に存在することを認めざるを得ないという観点とがさらに付加されて比較衡量が行われるべきであろう。後者の段階では，行政主体がホームレスの生活再建のために提供している代替措置の実効性なども併せて考慮されてよい。すなわち，万人に開かれた，その故に誰の支配にも属してはならない場所という，我々の政治社会を成り立たせる観念の一つである公共用物の理念と，全ての人は法の世界においても主体として認知され人格を保障されねばならないというこれまた我々の政治社会を成り立たせる理念とは，当該区画からホームレスを排除すべきか否かという本権レベルの議論で，改めて両方とも更地から，事案に即して具体的に比較衡量されねばならない。この衡量の結果，公物管理法に反した状態が生じているもののこの時点でホームレスを排除しなければならないものでもない，という判断に達することがあったとしても，それは奇異なものではないように思われる。いずれにせよ，本稿の射程外であることを強調することが以上の論述の主目的であり，この問題は改めて考察することとしたい77)。

(3) 以上の議論の意味

(1)(2) で見た議論は，公園にテントを設置して居住するホームレスの法的運命は結局のところ権原のレベルで決まるのであって，占有の有無という問題は，問題として存在しても重視する必要はないという感想を生じさせるかも知れない。部分的には妥当とも思われるこの感想について，本稿は以下の点を指摘しておく。

本稿の見るところ，占有の有無およびそれと関連づけて人の負う義務の性格を論じる段階を無視することは，実力行使のあり方を統制する重要な手がかりを一つ失う，つまり裸の暴力が秩序を支配する社会へ一歩近づくことを意味する。本稿がホームレスの占有の有無を論じ，それを踏まえて公物管理者による代執行という手段の選択の適否を論じてきた際，公物管理者の実力行使のあり方を問うだけでなく，ホームレスの居住に伴う，当該居住区画に対する支配のあり方も問うていたことを無視すべきではない。すなわち我々は，この問題を精密に考えることで，本権者の実力行使であろうとなかろうと，誰のそれかを問わず，まずは独立に実力行使・支配のあり方を問い，制御しようとしていたことになる。実力行使・支配の制御こそ，人の自由・人格を守るための第一歩とされるべきものであろう。

2　本案判決について

以上の議論を提出された大阪地裁第 2 民事部は，冒頭に述べたとおり，2009 年 3 月 25 日の判決で原告らの国家賠償請求を棄却し，本稿の議論も同判決の採用するところとはならなかった。そこで最後に，本稿が考察してきた問題に関する，この判決の議論を紹介し，簡単な批評を加えておく。

(1)「占有」概念の回避

一言で言えば本判決は,「占有」の概念（言葉）を回避することによって，執行申立却下

77) ただ，以上の観点から見た簡単な印象として，大阪地裁本案判決の議論（とりわけ行政代執行法 2 条の（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るとき」該当の有無（判決文 59-64 頁）及び行政代執行を行うか否かの効果裁量に関する濫用・逸脱の有無（前掲注 76) 参照）に関する判断）は，公共用物の理念に性急に傾きすぎているように思われるし，対照的に，笹沼弘志『ホームレスと自立／排除――路上に＜幸福を夢見る権利＞はあるか』（大月書店，2008）209-252 頁は，ホームレスであることを重視して定型的にこの者に権原を認める方向に傾きすぎているように思われる。

決定（大阪地裁決定）で示した議論の維持を試みたと言える。本判決は，次のように述べる。「本件除却命令は，各原告に対し，同人らが本件各公園内に設置する物件（本件テント等）を除却する義務を賦課することをその法的効果とする処分にすぎず，それを超えて，本件各公園の敷地である土地の明渡しを命じる趣旨までをも含むのではないと解され，本件除却命令に係る除却命令書の記載からも，このような趣旨を読み取ることはできない。そして，本件除却命令によって賦課される上記義務（本件テント等を除却する義務）自体は，他人が代わってなすことができるものであること（代替的作為義務であること）は明らかである」。「確かに，……原告らが本件各公園内に設置した本件テント等は，人の居住空間を提供するに足りる設備及び構造を有するものと推認され，原告らは，本件テント等を単にその起居の場所として利用するにとどまらずその生活の拠点として利用していた事実が認められるのであって，本件テント等の構造，設置の目的，態様及び利用形態等からすれば，原告らは，本件テント等の設置場所ないしその周辺場所を事実上その排他的支配下に置いていたということができる。［原文改行：筆者注］しかしながら，前記のとおり，本件除却命令は，あくまでも工作物その他の物件又は施設としての本件テント等の除却義務をその原告らに課すものにすぎず，本件テント等の除却によって本件テント等の設置場所ないしその周辺場所に対する原告らの事実上の排他的支配状態が失われることとなるとしても，それは，本件テント等の除却によって生じる事実上の効果にすぎないのであって，これをもって本件テント等の除却命令の法的効果の実現であるということはできない。のみならず，工作物その他の物件又は施設の設置によって当該物件又は施設の設置場所ないしその周辺場所が事実上その設置者等の排他的支配下に置かれることも少なくないと考えられるところ，そのような場合に当該物件又は施設の除却によって当該場所に対する設置者等の事実上の排他的支配状態の消滅という当該施設等の引渡しないし明渡しと同等の事実上の効果が生じてしまうことを理由に当該除却命令の代執行が許されないとすると，行政代執行法の適用場面が相当程度限定されたものとなって，行政上の義務の履行確保を原則として行政代執行法による代執行に限定した（1条）同法の趣旨が没却されるものというべきであり，……そのような限定解釈をすべき特段の理由は見いだせない」[78)]。

(2) 回避の意味するもの

以上の議論が，本稿の提出した議論を採用しなかったことは明らかである。また大阪地裁第2民事部は，安易に「占有」という概念を用いると厄介な問題を惹起する危険があると思い，この概念の利用に慎重になったのかも知れない。では，この結果として，大阪地裁本案判決は，どのような議論を提示したことになるのか。しかし，明確な理解は必ずしも容易でない。

第1に，ホームレスの有する事実上の排他的支配を占有という概念で表さなかったことは，判決が，当該公園区画に対する占有を公園管理者たる大阪市が有していると考えたことを示しているのだろうか。これはこれで，支配を嫌うという公共用物の理念を前面に打ち出した一つの明確な立場である。しかし，そのような読み方も成立しうるものの，であれば，大阪市が占有を有すると明示すべきであり，明示すれば代執行という執行方法の選択は当然に適法である[79)]。事実上の排他的支配的状態が失われる云々という回りくどい論証も必要ない。占有を大阪市が有しているにもかかわらず，大阪市の支配を妨害する事実上の支配，つまりホームレスが公園区画に対して及ぼしている暴力を破壊するための除却命令であり代執行である。占有でない，事実上の排他的支配が法の保護に値するということはない。

第2に，行政代執行の適用場面が限定され

78) 判決文52-54頁。
79) 参照，前掲注70)。

すぎるという議論も，本稿の観点からすれば，それを防ぐためにも，相手方の支配が占有と評価されるべき支配か否かの判断を先行させ明確化する必要があると述べてきたのであって，占有の成否を判断する段階を無視するからそう見えるというだけの話である。相手方が何らかの物件を公物上に放置していれば相手方が占有を得ることになると簡単に考えてはならない，というのが本稿の議論の出発点であった。だからこそ，ホームレスの支配が占有と評価されて良いかを検討したのである。厳密なテストにより占有とは評価されない支配であれば，その支配を成り立たせている物件は，除却命令と代執行で除却されるべきものである。占有が認められる時には，明渡しとして代執行と別のルートを通る必要があることも述べたところであるけれども，それは，それこそ行政代執行法が命じているところである。占有の有無に関する厳格なテストを回避して，これでは代執行の行える範囲が狭くなるから採用できない，というのは，勝手に自分で自分の首を絞める類の議論であり，占有の成否をテストして占有の有無を厳密に識別すれば首は絞まらない。

あるいは，第3に，第1の指摘での読み方とは異なる読み方として，ホームレスが公園区画に及ぼす支配が占有であるのか否か裁判所が決定できなかったこと，この問題の決定を回避したまま議論を進めようとしたことを，占有の用語を回避した本判決の議論は示しているのかも知れない。占有の成否を問題にすることなく行政代執行の機能すべき範囲に関する考察から自らの立場を基礎付けようとする議論を執行申立却下決定での議論に付加している点も，このことを示唆する。

しかし，本稿の議論は，占有が認められれば明渡しの問題となり代執行の選択は違法，占有が認められなければ物件除却の問題として代執行の選択は適法と考えるもので，占有の有無を決めないことには先に進めない構造になっていた。では，決めずに先に進めるのだろうか。

占有が認められるならばテントの除却すなわち占有解除となると考える限り，先へ進めない。しかし，認められた占有の消長とテント除却とが切り離されうるものである——これこそ大阪地裁決定の示した立場であった——と考えるならば，テント設置と居住による支配が占有を基礎付けているか否かさえ決することなくテント除却だけを議論対象としうると考えるかも知れない。しかし，これは，占有の成否を決定しないため，さらに厄介な問題をもたらすように見える。

占有の成否を決定しそれによって決するという構造をもった議論であれば，占有の有無を論じることで，占有を成立させているように見える支配（実力）とその支配を打ち壊そうとしている実力とは，それぞれに法的な位置づけを与えられ，一定の手順・性質により正当とされない実力（支配）は解体されるか行使を禁止されることになる。ホームレスに占有が認められなければ，ホームレスの支配は先に見たように公物管理者の占有を害する暴力となり，代執行という実力行使（の選択）は適切であって，ホームレスのテント設置区画に対する支配はそれにより解体されるし，占有がホームレスに認められるならば，ホームレスの支配は一旦それとして認知された上で，公物管理者は，行政代執行でなく民事執行としての直接強制という実力を編成してもらいホームレスから占有を取り戻すことになる。いずれにせよ，それぞれの実力と支配は，それぞれに明確な法的位置づけを与えられる。

ところが，大阪地裁本案判決の議論は，占有の成否を明確に判断しなかった結果，ホームレスがテントを設置して居住したことに伴う，その公園区画に対する支配が如何に評価されるべきかを不明にしたまま，ヨリ大きな実力で公物管理者がその支配を打ち壊した，それを全体として適法としたという程度の分析しか示さなくなる。それは，行政代執行法に基づき適法であるという論証を一応行ってはいるものの，客観的な義務の性格に照らして行いうる実力行使の手順とあり方を定める，最も定型的でそれ故に最も統制しやすい箇所での判断を回避したものである。この統制を実質化させずに，我々は何のために義務

の性格理解と執行方法の対応を議論するのか。それは単なる知的遊戯としての分類論か。以上は，実力行使の客観的統制を可能にする絶好の箇所を放棄したことを意味する。不十分な統制はもちろん私人の権利救済の観点から批判されるべきであると共に，裏面として行政活動の十分な正当化がなされなかったことも意味し，行政活動の正当性になお疑いの余地を残してしまったことにもなる。不十分な統制は行政活動のためにもならない。

以上からすると，もし，ホームレスが公園にテントを設置して居住することで当該テント設置区画に及ぼしている支配を占有と評価できるか否か本案判決が決定できなかったのだとすれば，その回避は決める勇気を持てないままに重要な問題を回避したことを意味し，一層の混迷をもたらすだけのものであったと評価すべきだろう。その結果として失われたものは，私人・行政それぞれの実力のあり方を統制するための重要な手がかりであり，その結果，我々は裸の暴力が秩序を支配する社会へ一歩近づいてしまったことになるというべきであろう。確かに，我々は占有を重視し，その概念あるいはその成否の判断に何か，とりわけ義務者の人格の扱いをかからせることはしてこなかったという事実を，これまでの考察は却って浮き彫りにしていたかもしれない。それが日本の社会かもしれない。しかし，であれば，そのような混乱と暴力が支配する社会に止まることしか意味しない判断よりは，明示にホームレスの占有を否定して公物管理者の占有を認め代執行を適法とする構成の方が，実力行使・支配にヨリ明確な位置づけを与える試みである限りにおいて，(少なくとも行政法学者としては）いくらか評価に値すると見えたろう。

もちろん，ホームレスの占有を明示に否定したとして（あるいはそう読むとして），占有を否定したことの適否は議論の対象となる。「人の居住空間を提供するに足りる設備及び構造を有する」テントが設置され，当該「テント等を単にその起居の場所として利用するにとどまらずその生活の拠点として利用していた事実が認められ」，その「テント等の構造，設置の目的，態様及び利用形態等からすれば，原告らは，本件テント等の設置場所ないしその周辺場所を事実上その排他的支配下に置いていた」と認められるのに，なぜ占有が認められないのだろうか。実質的に見れば，帰る場所も有しそこで生活しているわけでもない人々の及ぼす公共用物に対する支配が，前掲横浜地判昭和 53 年 9 月 27 日において全く争いなく占有と認められていたことと対比すると，大阪地裁本案判決が認めた支配態様で占有の成立を否定するのは疑問の余地が残る。しかし，社会通念による判断ということか，本案判決にこの点につき語るところはない。単純に，強い者の強度の支配だけが占有なのだろうか。しかし，とすれば，法は徹頭徹尾，強者のための存在であることにならないか。ただし，今後，「事実上の排他的支配」と「占有」との違いがヨリ意識され，他の社会状況に関してもその識別が精緻にかつ合理的基準に基づいてなされるのであれば，大阪地裁本案判決はその必要を提起した判決として評価されうるかも知れない。せめてそうなって欲しいと筆者は思う。

法は，あくまでも「財産と教養」を持つ家長（たりうる者）同士の関係を規律する存在であり，帰るべき家さえ持たない者は法の世界において人格が尊重されずともやむを得ないと嘯く（あるいは諦める）か，それとも，全ての人はその生物学的存在の故に人格を持つ者と扱われねばならないという我々の constitution, Verfassung を成り立たせる要請が，法の世界でも実現されることを狙うか。ホームレス，何も持たない人々が，このことを法と法律家に問うている。

シャイロック「いや，命なら丸ごと取ってくれ，赦さなくていい——
家を支える親柱をとるのは
家を取るってことだ。
生きる手立てを取るのは
命を取るってことだ。」
（シェイクスピア『ヴェニスの商人』第 4 幕第 1 場）

（おおた・まさひこ）