

論 説

行政上の義務違反に対する制裁について
—中国の行政処罰制度との比較における考察

Research on the Sanctions for Violation of
Administrative Obligations:

A Comparative Study with the Administrative Penalty of China.

王 明 喆

目 次

- 一、はじめに一検討の対象と観点
- 二、中国の行政処罰制度
 - 1、行政処罰の概要
 - 2、行政処罰の種類と設定
 - 3、行政処罰と刑罰
 - 4、行政処罰の手續
 - 5、行政処罰の執行
 - 6、行政処罰の救済
- 三、行政上の義務違反に対する制裁の考察—日中比較
 - 1、行政制裁の学問上の把握について
 - 2、行政制裁と刑事制裁の関係
 - 3、機能不全と行政制裁手段の多様化
 - 4、手續、執行と救済
- 四、終わりに—本稿の成果と残された課題

一、はじめに一検討の対象と観点

近時、学問上、行政上の義務履行確保の手段について、行政上の義務履行強制と行政上の義務違反に対する制裁とに分ける見解が有力である。従来から制裁として認識してきた行政罰以外に、課徴金、加算税などの戦後に導入された新たな行政法上の制度、違反事実の公表、行政給付の拒絶などの事実行為も制裁として把握する観点が有力となっている。しかし、義務違反に対する制裁について、理論上も実定法上も以下のような問題点が考えられる。

理論上、制裁というカテゴリーには、刑事的な手法、行政的な手法などのさまざまな手段が存在しているが、そのような豊富で複雑な内容を「制裁」の範疇に含めることが適切かどうかという問題が存在している（問題点一）。

実定法上、行政上の義務違反に対する制裁の各手法について、以下の問題点が存在している。まず、刑罰規定が濫用され、刑事制裁と行政制裁の限界が不明である。秩序罰を科すべき行為に刑罰を科しているという批判は戦前から存在する⁽¹⁾。加算税と課徴金の導入にともない、税法でも、独占禁止法でも、刑事制裁と行政制裁の限界づけが問題となった（問題点二）。次に、機能不全という問題がある。行政刑罰の機能不全は昔から指摘されてきた。刑罰が苛酷な制裁にあたり、悪質な違反でないかぎり起訴されないため、また逆に、刑罰が軽く制裁としての威嚇力に欠け、行政が告発意欲をなくし、実際の運用においては活用されないでいる場合も多い。行政上の秩序罰についても、抑止力が足りない、強制徴収のコストが高いという問題点が存在している⁽²⁾（問題点三）。そして、手続の混乱と権利保障の不足という問題がある。法律に違反する場合の過料と条例・規則に違反する場合の過料の賦課手続が異なり、課徴金を導入した各法律における課徴金の賦課手続も異なる。そして、法律に違反する場合の過料について、対審公開の裁判を受ける権利が保障されていないので、国民の権利救済にとって、十分だといえないだろう（問題点四）。

学問上も制度上も、行政上の義務違反に対する制裁に関する問題は少なくないと思われ、本稿は、行政上の義務違反に対する制裁の学問上の把握と制裁の各手法に関する実定法上の問題を課題とする。

中国では、行政処罰は従来から行政上の制裁として把握され、制度上も学問上も独立した制度だと認識されてきた。中国法では、行政制裁の意味は何だろうか、行政制裁を独立に把握する理由は何だろうか。制裁に関する日中両国の学問上の把握についてどこが異なるか。これらの問題を検討することは、制裁に関する日本の学問上の理解に対して意義があるのではないか。そして、中国には、行政処罰が大量に存在しており、行政上の制裁と刑事上の制裁の役割分担に関する研究が多く存在している。これを検討することは、日本法に対して意味があるのではないか。さらに、中国の行政処罰の種類について、金銭制裁以外に、精神罰、能力罰と身体自由罰があり、行政処罰の賦課手続・執行手続について、簡易手続と現場執行が存在している。このような多様な制裁手段と柔軟な制裁手続は、日本に存在している機能不全状況の改善に対して参照する価値があるのではないか。従って、本稿は、中国の行政処罰制度を素材として検討を加えることとしたい。なお、中国の行政処罰に関する先行研究はまったく存在しないわけではない。しかし、本稿と先行研究の視点は異なる。先行研究は、刑事制裁中心主義を前提として、日本法の理論に基づき中国法を検討するものである。日本法の刑事制裁中心主義は戦前の行政機関の人権侵害の経験を反省した結果で、とても重要なものであるが、刑事罰の設定濫用などの問題を生じさせるので、学問上討論できないものではない。先行研究は、刑罰中心主義の合理性など、それ自体検討すべき内容を前提として理解するものであり、この視点は必ずしも適切だといえないと思われる。本稿は、前提をまったく設けずに、中国の行政処罰制度を客観的に分析し、その上で日本法上の問題を、中国法と比較しながら検討したい。

本稿はまず、中国の行政処罰制度を分析する。具体的には、まず、行政処罰

に関する学問上の把握（概念、位置づけなど）と適用原則、構成要件などの基礎問題を検討したい（二の1）。その上で、行政処罰の実態を考察する（二の2から6まで）。具体的には、行政処罰の手段（2）、行政処罰と刑事罰の関係（3）、行政処罰の手續（4）、執行手續（5）、救済方法（6）を検討する。その後、中国の行政処罰制度と比較しながら、日本法上の行政上の義務違反に対する制裁の学問上および実定法上の諸問題を分析したい（三）。

二、中国の行政処罰制度

1、行政処罰の概要

（1）行政処罰の定義

「行政処罰法」や「治安管理条例」などの実定法には、行政処罰の概念が定められていない。学問上の概念は、論者により一致していない⁽⁴⁾。行政処罰を定義するとき、若干の注意点がある。第一に、行政処罰の賦課主体は行政主体である。ここでいう「行政主体」は中国法上の概念であり、つまり、国家の行政職権を享有し、国家を代表して行政を行うことができ、独立で行政訴訟の当事者になれる組織である。行政機関と法律・法規の授權を受けた組織は行政主体である。すべての行政処罰は行政主体により課され、裁判所が行政処罰を課すことができない⁽⁵⁾。第二に、行政処罰の目的は、公共利益と社会秩序を維持し、公民、法人またはその他の組織の正当な権利利益を保護することである。行政処罰は、法律規範が設定した秩序により生じる「第一次的義務」に違反する行為に対して賦課する「第二次的義務」である⁽⁶⁾。たとえば、中国の「道路交通安全法」は右側通行を規定しており、この右側通行義務が「第一次的義務」であり、この義務に違反すれば、義務違反者に過料を課す。過料などの行政処罰は「第二次的義務」であり、その目的が「第一次的義務」の効果を確保し、法律が目指す目標を実現することである。第三に、行政処罰の対象は、行政上の義

務に違反する行為に限られるものではない。たとえば、窃盗などの違反行為に対して行政処罰を課すことも存在している。第四に、行政処罰は制裁である。「第一次的義務」に違反する行為に対して賦課する「第二次的義務」の實質は「第一次的義務」の不履行に対する制裁である。最後に、行政処罰は具体的行政行為である。中国法上の「具体的行政行為」は日本法上の「行政行為」とほぼ同じである。⁽⁷⁾中国では、行政処罰は他の職権処分と同じように、裁判所の力を借りずに、行政庁により処分手続に基づき賦課される。

以上の諸要素をまとめると、行政処罰とは、行政主体が、公共利益と社会秩序を維持し、国民の正当な権利利益を保護するために、法律が定めた義務に違反する国民、法人その他の組織に対して行う行政上の制裁である。

(2) 行政処罰の法源

中国では、行政処罰における一般的な法典—「行政処罰法」「治安管理処罰法」—が制定された。それ以外に、個別法に、法典の最後のところに、「法律責任」という章を設け、行政処罰を規定する場合が多い。

① 「行政処罰法」

「行政処罰法」は1996年に公布された行政処罰に関する一般法である。「行政処罰法」は、行政処罰の種類、設定権限、管轄、適用、手続、執行などの内容を規定した。ただし、「行政処罰法」には、行政処罰の根拠規範は定められていない。根拠規範は各個別法に規定される。行政処罰法は行政処罰の組織規範や規制規範に関する法律である。

② 「治安管理処罰法」

「治安管理処罰法」は治安管理に関する一般法であり、治安管理分野の行政処罰の根拠規範を定めた。処罰対象は社会秩序、公共安全、人身・財産権利を侵害した行為であり、「公共秩序の攪乱行為と処罰」、「公共安全の妨害行為及び処罰」、「人身権及び財産権への侵害行為及び処罰」、「社会管理の妨害行為及

び処罰」が規定されている⁽⁸⁾。

「治安管理处罰法」は行政処罰に関する規制規範も定めた。その大部は、「行政処罰法」が定める一般的な規則に対する変更である。たとえば、治安管理に合わない処罰種類が排除され、「行政処罰法」より綿密な手続規定が定められる。

③個別法

行政処罰はほぼすべての分野に存在している。治安管理の分野には、統一的な法典があり、それ以外の分野には、個別法が行政処罰を規定している。中国では、法律の最終章が「法律責任」である場合が多く、その中に、行政処罰と刑罰に関する内容を規定する。これらの規定は行政処罰の根拠規定である。具体的に言うと、概括式と列挙式がある。概括式とは、違反行為を詳しく定めずに、一括に規定する方法である。たとえば、「道路交通安全法」第89条は、「歩行者、同乗者、軽車両の運転者が道路交通安全法律・法規の規定に違反すれば、警告または五元以上五十元以下の過料を課す」を定めている。行政機関は、この条文により、歩行者、同乗者、軽車両の運転者のすべての当該法律に違反する行為に対して処罰を課すことができる。個別的な処罰根拠は必要ではない。列挙式とは、違反行為と処罰を明文に列挙する方法である。「下記行為を行う場合」という表現は列挙式の典型的な例である。法律に私人の義務が規定されても、処罰根拠が列挙されないと、処罰を課すことができない。實際上、概括式と列挙式を併用するケースが多い。つまり、違反行為を列挙した後、「その他の本法に違反する行為」という概括条項を定めることである。

（3）基本原則

「行政処罰法」は、第一章「総則」に行政処罰に関する基本的な原則を定めている（第3-5条）。行政処罰法定原則（罰則の法定化、処罰主体の法定化、手続の法定化）、公開原則（行政処罰の根拠規定の公開、処罰の施行過程の公

開)、公正原則、過失と罰則の相当原則(比例原則)、処罰と教育の結合原則、権利保護原則(告知を受ける権利、陳述権・弁明権、行政復議請求権、行政訴訟請求権、行政賠償請求権)が考えられる。⁽⁹⁾

上述の基本原則の内容を見れば、基本的に二種類に分けることができる。まず、行政法全般に共通する基本原則である。行政処罰法がそれを規定するのはただ確認的な意味であり、これらの原則の意味と適用について、行政処罰の分野とその他の分野とはほぼ同じである。たとえば、行政処罰法定原則は「法による行政」の具体化であり、そして、公開原則、公正原則も行政法全般に共通する原則の確認である。さらに、行政処罰分野では特有な原則、もしくは、特有ではないが、行政処罰の分野では特別な意味がある原則である。たとえば、「処罰と教育の結合」は行政処罰の特有な原則である。比例原則は共通する原則であるが、行政処罰の分野では、「二重過料の禁止」として具体化された。⁽¹⁰⁾

(4) 構成要件

行政処罰の構成要件について、四要素説と三要素説が存在する。四要素説により、行政処罰の構成要件は主体要件、主観要件、客観要件、客体要件である。⁽¹¹⁾三要素説により、行政処罰の構成要件は、「行政法律規範に違反した行為の存在」、「公民、法人または組織が責任能力を持っている」、「法律が処罰を行うべきことを明らかに定める」⁽¹²⁾ということである。それ以外に、行政処罰の構成要件における学説が存在しているが、内容はほぼ同じである。「時効要件を満たす」を主張する学説がある⁽¹³⁾、特殊状況があるとき、特定の要件や効果が必要であるという主張もときどき見られる。⁽¹⁴⁾

行政処罰の構成要件について、問題となるのは、いわゆる「主観要素」であり、つまり、故意・過失の要否である。故意・過失が構成要件として要るかという問題に関する争論が多い。故意・過失が必要ではない学説が存在しており、その理由は、行政処罰の根拠規範に違反者の故意・過失がほとんど言及されな

いということである。これに対して、行政処罰の制裁性質に着目し、故意・過失がない行政の相手方に処罰をするのがおかしいという主張がある。故意・過失が明言されないということは故意・過失がいないというわけではないという見解も存在する。私人が違法行為を実行すれば、この違反者が故意・過失があると推定できるという主張もある⁽¹⁵⁾。

ごく一部の行政処罰の根拠規範しか故意・過失の要否を明らかに規定しないということが事実である。しかしながら、過失がない行為に対して制裁を行うことが不合理的のみならず、行政処罰法の4条が定める「行政処罰の設定と実施は事実に依拠し、違反行為の事実・性質・情状及び社会危害程度と相当するものでなければならない」という原則に違反するおそれがあると考えられる。刑法の場合、犯罪を認定するために、故意・過失が必要であり、民法の場合、不法行為の構成要件として故意・過失が必要である。行政処罰の場合、故意・過失要件がいないということは妥当ではないと思われる。従って、行政処罰を行う場合、故意・過失が必要であると解される。ただし、行政処罰の対象行為は日常生活の中によく発生する軽い違反行為であり、しかも、行政処罰の罰則は刑罰と比べてかなり軽いので、違反者の故意過失における立証責任を行政機関に負わせることは妥当ではないと考えられる。従って、上述の故意・過失推定説は支持されるべきだと思われる。責任能力がある私人が行政に関する法規に違反する行為を実行すれば、原則的に行政処罰を下すべきである。もし違反者は自分が故意・過失がないと証明できれば、例外として、処罰を下さないことが合理的だと思われる。

2、行政処罰の種類と設定

行政処罰にはさまざまな種類があり、金銭制裁以外に、精神罰、能力罰、身体自由罰も存在している。ここで、学問上の行政処罰の分類と、「行政処罰法」が定める処罰の種類を考察したい。これに関して、行政処罰の設定権限も問題

になる。⁽¹⁶⁾

(1) 行政処罰の分類

学問上、行政処罰は四種類に分けられる。つまり、精神罰、財産罰、行為罰、身体自由罰である。

①精神罰とは、違反者に精神上の苦しみを与える処罰手段である。たとえば、警告、公表、通報批評⁽¹⁷⁾である。通説により、精神罰は違反者の財産または自由を侵害しないので、最も軽い行政処罰である。⁽¹⁸⁾しかしながら、違反事実を公表することは違反者の名誉に大きな影響を与え、違反者に対して巨大な侵害になるおそれがないとはいえないと思われる。なお、行政処罰は具体的行政行為だと思われるが、精神罰が違反者の法的権利、義務に影響しないから、具体的行政行為ではなく、事実行為である。②財産罰とは、違反者の財産を奪い、財産上の損失を負わせる制裁である。たとえば、過料、違法利得と不法財物の没収である。財産罰は、違法行為前よりも不利益な状態に置くとは限らない。③行為罰または能力罰とは、処罰対象の特定行為に従事する権利または資格を制限する制裁である。たとえば、許可（証）の暫定的差押えまたは取消である。日本法の処分の撤回と違い、中国では、授益処分の撤回とは、法律の変更または社会状況の変化によって行われる処分効力の停止行為⁽¹⁹⁾である。行政の相手方の違法行為によって行われる許可等の剥奪が行政処罰だと把握されてきた。④身体自由罰とは、違反者の自由を短期間制限する処罰であり、最も厳しい制裁である。現行法の規定により、法律のみが身体自由罰を制定できる。自由罰の賦課手続や執行手続も厳しく制限される。

(2) 「行政処罰法」が定めた行政処罰の種類

「行政処罰法」は処罰の種類を規定しており、明文に列挙されるのは六種類である。それ以外に、「法律・行政法規が規定するその他の行政処罰」という

概括条項が定められる（行政処罰法第8条⁽²⁰⁾】。

①警告

警告は精神罰の一種で、精神上の制裁である。警告の適用範囲は極めて広く、社会への危害が小さい違法行為に対してよく使われる。警告を単独に規定する場合もあるが、他の処罰手段と併用する場合もしくは選択的に用いる場合が多い。たとえば、「道路交通安全法」第89条により、「歩行者、同乗者、軽車両の運転者が道路交通安全法律・法規の規定に違反すれば、警告または五元以上五十元以下の過料を課す」。

警告は軽微な処罰手段であるが、書面で行わなければならない。例外規定が存在する場合、この限りではない。

②過料

過料とは、違反者の金銭を奪う制裁である⁽²¹⁾。過料を定める法律はよく見られるし、実務上、行政機関が過料を課すことも極めて多いので、過料が、最も重要な処罰手段だといっても過言ではない。ここで、過料金額の設定方式、設定態様と実務上の運用実態を検討したい。

ア 過料金額の設定方式

過料の設定にはさまざまな方式がある⁽²²⁾。まず、過料の金額を規定する数値式があり、具体的に言うと、固定数値式、数値範囲式、数値上限式が存在している。固定数値式とは、固定的な過料の数値を設定する方法であり、たとえば「道路交通安全法」第91条第3項により、「飲酒後、営利運輸の自動車を運転する場合、十五日拘留を課し、五千元の過料を併科し、運転免許を取り消し、五年以内に運転免許を取得することができない」。数値範囲式とは、過料金額の上限と下限を定める方法である。前文に挙げた「道路交通安全法」第89条の過料の設定方式は数値範囲式である。数値上限式とは、過料数値の上限を定める方法である。「治安管理处罰法」第23条第1項により、国民は本条に列挙された行為を行う場合、「警告または二百元以下の過料を課す；情状が悪い場合、五

日以上十日以下の拘留を課し、五百元以下の過料を併科できる」。

過料の金額を規定せずに、特定基数と倍率を定める倍率式も存在する。倍率範囲式とは、特定基数と倍率の上限と下限を定める方法である。たとえば、「食品安全法」第122条第1項により、「本法に違反し、食品生産経営許可証を取得せずに、食品の生産・経営活動に従事する場合、もしくは食品添加物の生産許可を取得せずに、食品添加物の生産活動に従事する場合、県級以上人民政府の食品薬品監督管理部門は、違法利得、違法に生産または経営した食品、食品添加物と違法生産のための道具、設備、原料等を没収する；違法生産・経営した食品・食品添加物の価値金額が一万元未満のとき、五万元以上十万元以下の過料を課す；価値金額が一万元以上のとき、価値金額の十倍以上二十倍以下の過料を課す」。倍率上限式とは、特定基数と倍率の上限を定める方法であり、たとえば、「河南省畜産業条例」第44条第2項は、「本条例第25条第2項の規定に違反する場合、県級以上の畜産行政部門は改正命令を出し、違法利得を没収でき、違法利得二倍以下の過料を併科できる」ということを定める。

それ以外、特定の基数と倍率を規定する固定倍率式、過料の計算基準を定めない概括式などの設定方式も零細に存在する。たとえば、「環境保護法」第62条により、「本法規定に違反し、汚染排出主体は環境情報を公開しないまたは誤った情報を公開する場合、県級以上地方人民政府の環境保護管理部門は情報公開を命令し、過料を課し、公表する⁽²³⁾」。

イ 過料の設定態様

過料金額の各種の設定方式について、法律が単独的に規定する以外に、複数の設定方式を使用することもある。上述の「道路交通安全法」の第89条は、数値固定式を単独に使用する例である。「食品安全法」の第122条第1項は、数値範囲式と倍率範囲式を定めて、違法行為に関する違法物の価値金額により、過料金額の確定方式が異なるので、これが複数使用である。それ以外、併用と選択的に使用も存在している。「広東省都市ごみ管理条例」第32条第9号は、数

値固定式と数値上限式を併用する。つまり、勝手にごみを捨てる場合、一立方メートルごとに五百円の過料を課することができる。ただし、過料額が五万円を超えてはならない。さらに、「上海市都市道路・橋梁管理条例」第49条第2号により、処罰機関が「五千元以上二万元以下または道路修繕費用の三倍ないし五倍」の過料を課することができる。これは、数値範囲式と倍率範囲式の選択使用の典型例である。

ウ 適用の実態

過料を規定する法律は極めて多い。治安管理に関する処罰の根拠規範が規定されている「治安管理处罰法」第三章に、延べ54条の条文があるが、過料を定める処罰規範は43条に達する。地方公共団体の場合で、状況も同じである。上海市を例として、過料を規定する地方性法規が全体の地方性法規の68.6%に達する⁽²⁴⁾。そして、上海市の過料の規定態様について、単独使用が最も多いが、併用、選択的に使用、複数使用の場合が以前より多くなり、概括式過料がほとんど存在しない⁽²⁵⁾。

エ 過料の設定における問題点

過料の設定方式が多いが、問題点も存在している。まず、過料金額に関する裁量範囲が大きい場合がある。特に、数値範囲式または倍率範囲式の上限と下限の差が大きいから、裁量範囲が広すぎる場合がある。たとえば、「不正競争防止法」第19条により、「経営者は本法第7条の規定に違反し他人に賄賂を供用とき、監督検査部門が違法利得を没収し、十万元以上三百万元以下の過料を課す。情状が悪いとき、営業許可を取り消す」。ここに規定される過料の上限と下限に、三十倍の差があり、その合理性に疑問がある。

次に、倍率式過料の基数の種類が多く、統一性が欠けるという問題がある。上海市の地方性法規が規定する倍率式過料について、何十種類の基数があり、たとえば、「違法利得」、「違法収入」、「貨価金額」である。規制分野に応じてさまざまな基数があり、倍率式過料の基数の選択について、必ずしも基準があ

るとはいえない。

さらに、過料の選択使用を規定する法律に不合理なところがある。たとえば、「上海市都市道路・橋梁管理条例」は、「五千元以上二万元以下または道路修繕費用の三倍ないし五倍」の過料を課すことを定める。もし道路修繕費用が十万元であれば、倍率範囲式により、過料金額の範囲三十万から五十万までであり、これと「五千元以上二万元以下」の過料を選択使用することが明らかに不合理である。

③違法利得または不法財物の没収

没収は財産罰の一種であり、行政処罰法に違法利得の没収と不法財物の没収が定められる。ちなみに、中国の刑法は、「財産の没収」を付加刑として定めている。行政処罰としての「違法利得または不法財物の没収」がそもそも違反者に所属すべきではない違法な財物を没収する処罰であるのに対して、刑法の「財産の没収」が犯罪者の合法的個人財産を没収する刑罰であり、両者の目的と趣旨は異なる。⁽²⁷⁾

ア 不法財物の没収

不法財物とは、禁制品または違反行為を行うための道具である。不法財物を没収することの目的は結果の除去や再犯の防止である。麻薬などの禁制品の没収が、違反行為の結果を除去する行為であり、刀などの違反行為の道具を没収することが、違反行為の継続を防止する行為である。不法財物の没収は、違反者に金銭負担を課す懲罰ではなく、違反者に所属すべきではない財物の取上げであるので、過料と比べて制裁の性質が弱い。

イ 違法利得の没収

違法利得の没収とは、行政機関は違反者の違反行為によって獲得した利得を没収する処罰である。その目的は、違反行為により得た利益を吸い上げ、違反行為の結果を除去することである。

問題は違法利得の算定である。「行政処罰法」は違法利得の概念や計算方法

を規定しないので、違法利得については、ケースバイケースで確定する。学問上、違法行為によって取得した全部の収入は違法利得である「全部収入説」もあり、全部の収入からコストなどを除外して残る部分は違法利得である「実際利益説」もある。違法利得を没収することの本旨は、違反行為により得た利益を吸い上げ、違反行為の結果を除去することである。「利得」という文言の本意は、コストを除去した後の利潤である。この意味で、「実際利益説」は合理的である。しかしながら、法律上、違法利得を倍率式過料の計算基数として定める場合が多い。「実際利益説」に基づき違法利得を解釈すれば、倍率式過料の計算基数が低くなって、過料の金額も低くなり、過料の制裁効果が弱まる場合が存在する。さらに、法律の文言は「違法利得」であるが、立法者の本意は「取引金額」または「全部の収入」である場合も存在する⁽²⁸⁾。ある学者は、違法利得の没収と過料の趣旨・目的を分析して上で、「違法利得の没収」の場合の「違法利得」と倍率式過料の計算基数の場合の「違法利得」の意味を分けて理解すると主張した。つまり、前者の場合、「違法利得」は違反者が獲得した実際の利益であり、後者の場合、「違法利得」が違反行為によって獲得した全部の収入である⁽²⁹⁾。しかし、同一の条文の同一の概念について、区別して解釈するのが不自然ではないか。なお、違法利得が倍率式過料の計算基数として定めること自体は妥当ではないという主張も存在する⁽³⁰⁾。

実務上、行政機関は大量の通達を定めた。このうち、「全部収入説」を採る通達もあるし、「実際利益説」を採る通達もある。裁判上でも同じように、「全部収入説」を支持する判決と「実際利益説」を支持する判決、両方が存在している⁽³¹⁾。この問題に関する定論はまだ形成されていない。

④生産停止または業務停止の命令

生産・業務停止の命令とは、企業、組織などに対して、一定の期間に生産・経営活動を禁止する処罰であり、行為罰の一種である。違反者に対して生産・業務停止の命令を課しても、違反者のすべての活動を禁止するわけではない。

生産・経営活動と無関係な活動を従事することができる。たとえば、ある食品会社は不合格な食品を生産し、行政機関が調査をした後で一ヶ月の生産停止命令を課す場合、この一ヶ月に、食品の生産が禁止されるが、再発防止のために設備を消毒することができるし、また、第三者と原料売買契約を結ぶこともできる。

⑤許可（証）の暫定的差押えもしくは取消しまたは営業許可（証）の暫定的差押えもしくは取消し

許可（証）の暫定的差押えもしくは取消しとは、行政機関が、違反者の特定の活動の資格を制限または剥奪する処罰であり、行為罰のうち最も厳しい制裁である。許可（証）の暫定的差押えもしくは取消しの対象は合法的な許可であり、溯及効果が有せず、未来を向けて発効する。

日本では、行政行為の撤回とは、「瑕疵なく成立した法律関係について、その後の事情により、その法律関係を存続させることが妥当でないということが生じたときに、この法律関係を消滅させる行政行為」⁽³²⁾である。中国では、許可（証）の暫定的差押えもしくは取消しは、行政行為の撤回と異なる。「行政許可法」により、処分の撤回とは法律の変更または社会状況の変化によって行われる処分効力の停止行為である（第8条）。これに対して、私人の違反行為によって行われる許可の取上げは行政処罰だと認識されている。この場合、許可の取上げは、許可者の過去の違反行為に対する制裁である。

許可の取上げを行政処罰として把握するから、許可の根拠と異なる許可の取上げの法律根拠が必要である。前述したように、中国では、ほぼすべての法律は「法律責任」という章を定め、この章に、当該法律の規定に違反する行為に対する処罰を規定する。許可の取上げの根拠は個別法の「法律責任」に規定される。1（2）で述べたように、概括式と列挙式が存在する。問題となるのは、概括条項が存在しない場合、列挙されない違反行為に対して処罰できるか。この問題については、ある違反行為に対して処罰規範が定められた場合、危害が

より大きい同一類型の違反行為に対して、法律の根拠がなくても処罰することができるという学説が存在するが⁽³³⁾、「処罰法定原則」を理由として、処罰可能性を否定する主張が多い。

⑥行政拘留

行政拘留とは、違反者の身体自由を短期間制限する行政処罰であり、最も厳しい行政処罰である。中国では、行政拘留以外に、「刑事拘留」と「司法拘留」が存在している。「刑事拘留」とは、警察機関が「刑事訴訟法」の規定により現行犯や犯罪の嫌疑が高い人に対して行う措置である。「司法拘留」とは、裁判所が「民事訴訟法」「刑事訴訟法」「行政訴訟法」の規定により訴訟過程を妨害する人に対して行う措置である⁽³⁴⁾。行政拘留と司法拘留は拘留所で執行されるのに対して、刑事拘留は看守所で執行される。ちなみに、日本では、「拘留」が刑罰の一種であるが、中国では、拘留は以上の三種類しか存在しない。刑法には「拘役」が定めているが、これは短期間の身体自由を制限する刑罰である。

行政拘留は嚴重な違反行為に対する処罰として、治安管理の分野に定められることが多い。「治安管理处罰法」に、行政拘留を定める根拠規範の条文は10個に達する。たとえば、第43条により、「他人を殴り、または故意に他人の身体を傷害する場合、五日以上十日以下の拘留を課す、二百元以上五百元以下の過料を併科する；情状が軽微な場合、五日以下の拘留または五百元以下の過料を課す」。治安管理の分野以外、行政拘留を定める法律もある。たとえば、「道路交通安全法」「消防法」「銃砲管理法」にも行政拘留が定められる。企業または組織が法律に違反したとき、企業・組織に対して処罰を課した上で、企業・組織の責任者に対する拘留を課す場合も多い。

行政拘留は最も厳しい行政処罰であるので、県級以上の警察機関しか課すことができない⁽³⁶⁾。現行法のうち、最も長い行政拘留の期間が十五日であり、治安管理の分野に、拘留が併科されても、二十日を超えてはならない⁽³⁷⁾。そして、行政拘留の期間は刑罰の懲役の刑期に算入することができる⁽³⁸⁾。

⑦法律・行政法規が規定するその他の行政処罰

「行政処罰法」第8条は、上述の処罰種類を規定した上で、概括条項として「法律・行政法規が規定するその他の行政処罰」を定め、法律と行政法規が処罰の種類を創設することを承認する。

「法律・行政法規が規定するその他の行政処罰」の存在には一定の合理性がある。つまり、「行政処罰法」は、処罰の分類によって行政処罰の種類を定めるわけではなく、ただ若干のよく使われる処罰を列挙することにとどまる。列挙される処罰の名称と違うものの、実質上、行政処罰に該当する処分が存在している。たとえば、「除名」または「登録の取消」は、実質上、「行政処罰法」が規定する許可の取消しと同じである。このような「質同名異」の処分を性質づけるために、「法律・行政法規が規定するその他の行政処罰」が承認された。しかしながら、言語の多様性から、法律と行政法規は大量の「その他の行政処罰」を定める⁽³⁹⁾。行政処罰と行政強制措置、行政強制執行の限界はあやふやである批判も存在している。個別列挙の代わりに、精神罰、財産罰、行為罰、身体自由罰のような分類によって、行政処罰を定めるべきという主張が存在する⁽⁴⁰⁾。

(3) 行政処罰の設定権限

行政処罰の種類に関連して、行政処罰の設定権限が問題となる。行政処罰の設定とは、行政処罰に関する根拠規範を制定すること、つまり、違反行為（法律要件）と処罰の種類・程度（法律効果）を定めることである。行政処罰における違反行為の規定は後で検討するが、ここで、行政処罰の種類の設定を考察したい。

この問題の実質は、法律、行政法規、地方性法規、規章などの法規範の処罰設定の権限分担、つまり、立法権限の分配である。立法権限の分配は、行政法に関する通則的な問題であるが、1996年に公布された「行政処罰法」が率先して処罰の分野の権限分担を定めた⁽⁴¹⁾。中国行政法の成文法源は憲法、条約、法律、

行政法規、部門規章、地方性法規、地方政府規章である。ここでは、憲法と条約を除き、法源を簡単に紹介しながら、行政処罰の設定権限を説明する。

法律は、全国人民代表大会またはその常務委員会が制定する規範である。全国人民代表大会は国家の最高権力機関であり、その常設機関が全国人民代表大会常務委員会である（憲法57条）。従って、法律は、警告から行政拘留まで、すべての種類の処罰を定めることができる。

行政法規の設定機関は國務院である⁽⁴²⁾。行政法規は、身体自由罰以外の行政処罰を設定することができる。さらに、法律が行政処罰を設定したとき、行政法規は設定された処罰について、具体的な規定を定めることができる（行政処罰法第10条）。

地方性法規とは、省または市（直轄市、地級市⁽⁴³⁾）の地方人民代表大会が定める規範である。地方性法規は、身体自由罰と企業の営業許可（証）の取消し以外の処罰種類を設定することができる。同じように、法律、行政法規が行政処罰を設定したとき、行政法規は具体的な規定を定められる（行政処罰法第11条）。そして、法律条文によく現れる「法律・法規」とは、ここまで言及した法律、行政法規、地方性法規の略称である。

部門規章は國務院の部、委員会等が定めた規範である。部門規章は法律、行政法規が定める処罰範囲内において、具体的な規定を設定できる。さらに、法律、行政法規の定めなないとき、部門規章は警告または一定数量の過料を設定することができる。設定できる過料の限度は國務院により定める（行政処罰法第12条）。

地方政府規章とは、省または市（地級市）の地方政府が定める規範である。「行政処罰法」は、省の政府と省、自治区政府の所在地の市または國務院が許可した比較的大きな市が法律、法規が定める範囲内で、具体的な規定を設定できると規定している⁽⁴⁵⁾（行政処罰法第13条）。加えて、法律、法規の定めがないとき、上記の地方政府規章は警告または一定数量の過料を設定することができ

る。設定できる過料の限度は省級人民代表大会の常務委員会により定める。

3、行政処罰と刑罰

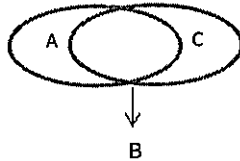
行政処罰と刑罰の関係について、問題となるのは、以下の三点である。①行政処罰の対象と刑罰の対象の限界である。つまり、どのような違反行為に対して行政処罰を課し、どのような違反行為に対して刑罰を科すか。②行政処罰と刑罰の併科問題である。行政処罰を課した後、刑罰を科すことができるか。また、犯罪行為に対して、行政処罰を課することができるか。③行政処罰と刑罰の手續関係に関する問題である。

(1) 行政処罰と刑罰の限界

中国では、「刑事犯と行政犯を区別せず、すべての非行を情状の軽重によって区分し、可罰性が重いものについては刑事訴訟手續により裁判所が刑事処罰を加えるが、可罰性が軽いため刑事処罰には及ばないとされたものについては、行政機関が行政事務処理手續に従い行政処罰を科す⁽⁴⁶⁾」。行政処罰の対象と刑事処罰の対象の区分基準について、「量的差異論」「質的差異論」「質量的差異論」が存在しているが⁽⁴⁷⁾、「質量的差異論」は適切であると思われる。

まず、行政処罰の対象とする違反行為がそもそも刑罰の対象にあたらない場合がある。たとえば、道路にごみを捨てたり、路上でタバコを吸ったりする行為は刑罰の対象にならない。そして、刑罰の対象はそもそも行政処罰の対象にあたらない場合もある。たとえば、麻薬販売行為は犯罪であり、行政上の制裁手段が存在しない。違反行為の性質により、行政処罰と刑事罰を区別する場合がある。ただし、多くの場合、行政処罰の対象行為は同時に刑罰の対象行為となりうる。たとえば、他人を殴ることや違法運転などの行為が、情状や結果により、行政処罰もしくは刑罰の対象になる可能性がある。このように、違反行為の性質以外に、違反行為の様態や程度により、両者を分けることも存在する。

下図のように、仮に、左の円が行政処罰の対象であり、右の円が刑罰の対象である。図中のAは、行政処罰の対象であり、刑罰の対象ではない。Cは刑罰の対象であり、行政処罰の対象ではない。Bは行政処罰と刑罰の対象の重なる部分である。AとCの区別は、いわゆる「質的差異」である。



極めて軽い違反行為と厳しく非難すべき犯罪行為以外、多くの違反行為はBに該当する。しかも、A、Cと比べ、Bの量は圧倒的に多い。すなわち、大量の違反行為は同時に行政処罰と刑罰の対象である。基礎要件が同じであるが、ある違反行為に対して行政処罰を課し、ある違反行為に対して刑罰を科するという区別の決定要素はいわゆる「量的差異」である。

「量的差異」について、具体的に違反行為の情状、条件、数額、特定主体、結果などの要素が存在する。①情状とは、違反行為の状況、様態であり、たとえば、飲酒運転と酒酔い運転である。「道路交通安全法」第91条第1項により、「飲酒運転した場合、運転免許を六ヶ月間差し押さえ、千元以上二千元以下の過料を併科できる。飲酒運転によって処罰され、再び飲酒運転した場合、十日以下の拘留を課し、千元以上二千元以下の過料を併科し、運転免許を取り消す」。これに対して、「刑法」第133条第1項により、「道路で自動車を運転するとき、酒に酔って自動車を運転した場合、拘役を科し、罰金を併科する」。②違反者は違反行為を実行する際、特定の条件を利用するか否かにより、行政処罰と刑罰を分けることもある。「治安管理条例」第67条により、「売春を誘引、収容、斡旋する場合、十日以上十五日以下の拘留を課し、五千元以下の過料を併科できる；情状が軽い場合、五日以下の拘留または五百元以下の過料を課す」。これに対して、「刑法」第361条により、「旅館業者、飲食服務業者、文化娯楽業

者、自動車賃貸業者は、本組織の条件を利用し、売春を組織、脅迫、誘引、収容または斡旋した場合、本法第三百五十八条、第三百五十九条によって処理する⁽⁴⁸⁾。③違反行為の数額も区別基準である。典型的な例は窃盗である。「治安管理条例」第49条が、「窃盗、詐欺、略奪、横奪、強請りまたは故意に公私財物を毀損する場合、五日以上十日以下の拘留を課す；情状が重い場合、十日以上十五日以下の拘留を課し、千元以下の過料を併科できる」を規定する。これに対して、「刑法」264条により、「公私財物を窃盗し、数額が比較的に高い場合、または繰返し窃盗、住宅に侵入して窃盗、武器を持って窃盗・万引きする場合、三年以下の有期懲役、拘役、管制を科し、罰金を単独に科すまたは併科することができる」。④一般国民が違反行為をした場合、行政処罰が課されるのに対して、特別主体が違反行為を行う場合、刑罰を受けることもある。たとえば、「治安管理条例」第48条により、「他人の郵便を隠匿する、毀損する、無断に開封する、違法に検査する、他人を偽称し受領する場合、五日以下の拘留または五百元の過料を課す」。刑法第253条により、「郵政従業者は郵便や電報を無断に開封、隠匿または毀損する場合、二年以下の有期懲役または拘役を科す」。⑤違反行為の結果に関する要素も重要である。道路交通安全法規に違反する場合、行政処罰を課す場合が多い、たとえば、上記の「道路交通安全法」第89、90、91条である。これに対して、「刑法」第133条により、「道路交通運輸法規に違反し、重大な事故を起こし、他人を重傷または死亡させ、もしくは公私財産に重大な損害を与えた場合、三年以下の有期懲役を科す」。

(2) 行政処罰と刑罰の併科

一つの違反行為が同時に行政法と刑法に違反する場合、違反者に対して行政処罰と刑罰を同時に適用することができるか。

中国現行法の規定からして、両者は併科することができる。「行政処罰法」第7条第2項により、「違反行為は犯罪を構成する場合、法による刑事責任を

追及すべきであり、行政処罰が刑罰を代替してはならない」。しかも、「行政処罰法」第28条は、「違反行為が犯罪を構成し、人民法院が拘役や有期徒刑を科そうとするとき、行政機関がすでに違反者に行政拘留を課している場合には、当該拘留の期間を刑期に算入しなければならない。違反行為が犯罪を構成し、人民法院が罰金を科そうとするとき、行政機関がすでに違反者に過料を課している場合、当該過料の金額を罰金に算入しなければならない」と定める。この条文は刑罰と行政処罰の併科の可否を明らかに定めないが、その前提として、行政拘留または過料を課した後、刑罰または罰金を科してもかまわないと理解することができる。

学問上、併科反対説が存在しているが、通説は併科を承認する。併科に反対する理由は、「行政処罰と刑罰はともに公法上の責任として相互に代替することができる⁽⁵⁰⁾」ことである。併科を認める理由は、行政処罰と刑罰の性質が違い、両者は異なる性質の制裁である⁽⁵¹⁾。つまり、行政法と刑法の目的が異なり、目的を達成するための方式も異なり、行政処罰と刑罰の併科が禁止されるべきではないということである。ただし、併科は比例原則に反してはならない⁽⁵²⁾。

行政処罰と刑罰の併科について、二つの可能性が存在しているが、行政処罰を課した後刑罰を科しても、刑罰を科した後行政処罰を課しても、原則的に併科することができる。ただし、行政処罰と刑罰の法効果が同じ場合、刑罰は行政処罰を吸収する⁽⁵³⁾。たとえば、行政拘留が先に課された場合、懲役の刑期に算入することができる。また、懲役、罰金などの刑罰が先に科された場合、行政拘留や過料を課さなくてもかまわない。他方、異なる性格の行政処罰と刑罰を併科することができる。たとえば、懲役と許可の取消の併科が認められる。

なお、複数の行政処罰の併科も問題になる。「行政処罰法」を起草した際、総則のところ「一事不再罰」を行政処罰の一般原則として定める見解があった。しかしながら、学問上の対立と行政機関の反対によって、結局、「行政処罰法」の第24条は「当事者の同一の違反行為に対して、二回以上の過料を課し

てはならない」と定めた。つまり、「当事者の同一の違反行為に対して、行政機関が同一事実と同一理由に基づいて、二回以上の過料を課してはならない⁽⁵⁴⁾」。実務上、過料はもっとも使われる処罰の方法であり、そして、過料の「二罰」以外に、「二罰」はあまり存在しないから、「二重過料の禁止」原則は極めて重要である。

(3) 行政処罰と刑罰の手續上の関係

行政処罰と刑罰の併科を認める以上、行政処罰の手續と刑事調査・訴訟の手續の接続が問題となる。この問題については、「行政処罰法」と「刑事訴訟法」があまり定めおらず、国務院が2001年に「行政機関の犯罪嫌疑のある案件の移送に関する規定」（「行政執法機関移送涉嫌犯罪案件的規定」）という行政法規（以下は「2001規定」という）を公布し、移送に関する内容を規定した。その後、最高人民檢察院、公安部、監察部等は独自または合同で一連の規定を定めた。しかしながら、これらの規範の内容について、執行し難い抽象的な部分が存在するし、各規範の間に衝突もある。行政処罰の手續と刑事調査・訴訟の手續の接続はかなり複雑な問題であり、紙幅のために詳しい説明が無理であるが、ここでは接続の仕組みと主な問題点を検討する⁽⁵⁵⁾。行政処罰の手續と刑事調査・訴訟の手續の接続について、二つモデルが存在する。つまり、行政処罰事件から刑事事件に転換する「先行後刑」モデルと刑事事件から行政処罰事件に転換する「先刑後行」モデルである。

①「先行後刑」について

「行政処罰法」第22条により、違反行為が犯罪を構成する場合、行政機関は案件を司法機関に移送しなければならない。第38条により、調査が終結したとき、行政機関の責任者は調査結果を審査し、違法行為が犯罪を構成すると考える場合、案件を司法機関に移送する。これは「刑事優先原則」と言われる⁽⁵⁶⁾。具体的な手續にいえば、案件の移送主体は行政機関であるが、移送先とする司法

機関は場合により異なり、公安機関、検察機関、監察機関または国家安全機関が考えられる。移送すべき資料は、移送書以外に、案件に関する調査報告、鑑定の結論などである。移送先機関が受理しない場合、移送主体は移送先機関に複議を申請することができるし、また、検察院に立件監督を提言することもできる。そして、案件移送に関する連合会議制度、情報交流制度も整備され、移送活動が検察機関、監察機関と上級政府の監督を受け、違反する場合法律制裁が定められる。

「先行後刑」モデルについて、特に以下の点を注意すべきである。

第一に、犯罪の「最初判断権」が行政機関に存在するという批判が妥当ではない。行政機関が自ら調査し、調査の結果によって自分の判断に基づき、行政処罰を課すかまたは案件を移送するかを決めるという意味で、行政機関は犯罪の「最初判断権」を持っていると言っても間違いではないと考えられる。しかしながら、行政機関は自分の意志により案件を移送するかどうかを決めるわけではなく、刑法が定める犯罪構成要件に照らさなければならない。案件が移送されても、検察機関や裁判所の審査を受けなければならない。そして、犯罪の「最初判断権」はあくまでも刑事訴訟の入口に関するもので、国民の利益に対して必ずしも重大な侵害をもたらすわけではない。なお、「行政処罰法」第7条第2項を犯罪の「最初判断権」の授権根拠と理解する学説も存在する。⁽⁵⁷⁾

第二に、実務上、移送すべき案件を移送しないことが存在する。⁽⁵⁸⁾「犯罪を構成する」ことの判断基準が複雑で、行政機関の公務員が犯罪構成を判断する能力が足りない場合がある。そして、「2001規定」は移送における規則を定めているが、実務上、移送機関、移送先と移送すべき書類がわからないときもある。また、案件移送の監督における規定が抽象であるので、あまり執行されていない。このように、行政機関が移送すべき案件を移送しないことは存在し、刑罰を科すべき犯行に行政処罰を課して済む状況がある。

第三に、行政処罰を課して済むべき事件が刑事事件として処理される場合が

⁽⁶⁰⁾ある。警察は、同時に治安管理处罰権と刑事事件立件・調査権を有する。治安管理处罰が課されて、国民が不満を持って行政訴訟または国賠訴訟を提起する場合、警察機関が被告になって、責任が問われる可能性がある。これに対して、案件を刑事事件として処理する場合、刑事調査が終了したら、警察の任務も終わるので、国民は起訴決定や刑事裁判結果に対して不満があっても、警察が被告にならない。従って、警察機関が自分を保護するために、行政処罰を課して済むべき案件を刑事事件として取り扱うことが存在する。

第四に、行政機関は案件を司法機関に移送した後、行政処罰を課することができるかどうかが問題になる。この問題について、「2001規定」は規定していないが、最高人民法院によれば、「税務機関が犯罪の恐れがある案件を移送し、公安機関が案件における刑事調査を始めたら、同一の違法行為に対して行為罰や精神罰以外の行政処罰をしてはならない；刑事被告人の行為が犯罪だと認められ、人身や財産の刑罰が課された後、税務機関は再び過料を課してはならない⁽⁶¹⁾」。つまり、案件が移送され、刑事調査が始まった後でも、行政機関は行為罰や精神罰を課することができる。また、刑事訴訟が終わって、犯罪が認められても、特定の種類の処罰以外の行政処罰が課せられる⁽⁶²⁾。

最後に、案件が移送される場合、行政処罰の調査で得られた資料を刑事責任追及のために用いることができるか。最高人民法院が公布した刑事訴訟法に関する司法解釈によって、行政機関が法律を執行するまたは案件を調査・処理する際に収集した物証、書証、視聴資料、電子データ等証拠材料は、刑事訴訟中に証拠として使用することができる。法廷で審査され、事実と合致し、しかも収集の手續が法律、行政法規の規定に適合する場合、案件事実を確定する証拠として使える⁽⁶³⁾。

②「先刑後行」について

刑事事件から行政処罰事件に転換する場合、三つの可能性が存在している。まず、裁判所は刑事訴訟手続により審理して、無罪判決を下す場合に、案件に

おける資料を正当な行政機関に移送し、行政機関が行政処罰の手續により行政処罰を課すことができる。また、⁽⁶⁴⁾ 検察機関は刑事責任を追及する必要がないと考え、起訴しないと決定するとき、「検察意見」を提出し、案件を行政機関に移送することも可能である（刑事訴訟法第173条）。さらに、警察機関は違反行為が軽微で、刑事責任を追及する必要がないと考えるとき、それを適切な行政機関に移送しなければならない（2001規定第13条）。

4、行政処罰の手續

「行政処罰法」には、行政処罰の賦課手續が定められ、簡易手續と普通手續の二種類がある。

（1）共通手續

「行政処罰法」により行政機関は行政処罰を課す前に、当事者に行政処罰の事実、理由、根拠と当事者の権利を告知しなければならない（法31条）。当事者は弁明する権利を持っており、行政機関が当事者の意見を聴取しなければならない（法32条）。行政機関は当事者の弁明を理由として処罰を加重してはならない。行政機関が行政処罰を決定する前に、処罰の事実、理由と根拠を告知しないまたは弁明の意見を聞かない場合、行政処罰は成立できない（法41条）。

（2）簡易手續

簡易手續とは、行政の効率を高めるために、法律根拠と違反事実が明らかな事件、または国民の権利に対して影響が大きい事件に対して、適用する簡便な手續である。「行政処罰法」により、違法事実が明確で、法的根拠があって、個人に対して五十元以下の過料、法人その他の組織に対して千元以下の過料または警告を課す場合、その場で処罰を課すことができる（法33条）。具体的に言うと、行政機関の職員は身分証明等を提示し、当事者に対して違反事実や法律根拠を説明した上で、当事者の弁明を聞かなければならない。その後、

「行政処罰決定書」を記入し、その場で当事者に交付する。行政職員は簡易手続によって行政処罰を課す場合、事後に行政機関に報告し、行政機関がこれを記録しなければならない（法34条）。

（3）普通手続

普通手続の適用対象は、簡易手続を適用する処罰以外のすべての行政処罰である。具体的な手続について、立件、調査、理由提示、弁明、決定、送付がある。「行政処罰法」には、立件が明確に定められないが、実務上、立件表の記入、行政機関の責任者の立件認可などの手続が行われている⁽⁶⁵⁾。調査について、職員が二人以上で行わなければならない、身分証明の提示、除斥規定などの内容が定められている（法37条）。行政処罰は決定された後、「行政決定処罰書」を作らなければならない。「行政処罰決定書」には、当事者の名前または名称、住所、違反行為の事実と証拠、行政処罰の種類と根拠、行政処罰の履行方式と期限、不服申立または行政訴訟の方法と期限、行政機関の名称と決定日付等を記入すべきである（法39条）。「行政処罰決定書」は宣告の後に、その場で当事者に交付しなければならない。当事者が現場にいない場合、七日以内に民事訴訟法の規定によって送付しなければならない（法40条）。

（4）聴聞手続

普通手続を適用する案件のうち、生産停止または業務停止の命令、許可・営業許可の取消し、数額が比較的に大きな過料等処罰を課す前に、当事者に聴聞を要求する権利があると告知しなければならない。「行政処罰法」の条文に「等」と書いてあり、通説によって、上述の三種類の処罰以外、性質が近い行政処罰に対しても、聴聞を適用することができるとされており、判例も通説の見解を支持した⁽⁶⁷⁾。当事者が聴聞を要求する場合、行政機関は聴聞を行わなければならない、行政機関には裁量権が認められない。そして、当事者は聴聞の費用

を負担しない。

実務上、聴聞手続は有効に活用されている。当事者は、違反行為の事実認定に関する異議のみならず、法律の解釈に関する異議も提出できる。それ以外に、当事者個人の特別事情を理由として提出する場合も少なくない。⁽⁶⁸⁾たとえば、収入が低くて過料を負担できないという主張がある。提出される理由のうち、違反行為の事実認定に関する理由がもっとも多い。これに対して、聴聞組織は、当事者が提出する個人の特別事情を含むさまざまな理由を考慮する。さらに、当事者が提出しなくても、聴聞組織は当事者の特別事情を聴聞報告書に記録することもある。⁽⁶⁹⁾聴聞の際に、当事者の異議が十分に表明されるので、聴聞手続を経て課される処罰に関する不服申立や行政訴訟の数は非常に少ない。⁽⁷⁰⁾

（5）特殊規定

治安管理に関する行政処罰には「行政処罰法」の手続規定が適用されず、「治安管理处罰法」が治安管理处罰の手続規定を定めている。「治安管理处罰法」が規定する手続規定は「行政処罰法」の手続規定より詳しい。「治安管理处罰法」は、不法手段により証拠収集することの禁止、不法手段により収集した証拠の適用禁止（法79条）、調査職員の除斥、尋問、検査、物品の差し押さえなどの刑事調査に近い規定を定めている（法80-90条）。

それ以外、「治安管理处罰法」の手続規定は「行政処罰法」とほぼ同じである。ただし、若干の違いがある。たとえば、治安管理处罰の「行政処罰決定書」の送付期間は二日以内である（法97条）。そして、聴聞の適用対象は許可の取消しと二千元以上の過料であり（法98条）、簡易手続の適用対象は警告または二百元以下の過料である（法100条）。

5、行政処罰の執行

行政処罰の執行規定は、「行政処罰法」「治安管理处罰法」「行政強制法」に

散在している。行政上の強制執行に関する通則的な法典—「行政強制法」—が定められたが、「行政処罰法」が「行政強制法」より早く制定された法律であるので、行政処罰の執行に関する内容も規定した。特に、過料の執行における詳しい内容は「行政処罰法」に定められている。2011年、行政強制執行の一般法として「行政強制法」が公布され、行政処罰を含めて全体行政行為に適用される。そのほか、身体自由を制限する行政処罰の執行手続は、「治安管理処罰法」に規定されている。

(1) 行政強制執行総説

中国では当事者が行政訴訟を提起しても、行政行為の執行は停止しない。ただし、法律に特別の規定がある場合、執行を停止する（行政訴訟法56条）。

行政行為の執行方式について、二種類がある。法律が行政機関の執行権を認める場合、行政機関が自力で執行することができる。それ以外の場合、行政機関は裁判所に申請して、裁判所が行政行為を執行する（行政強制法13条）。個別法は行政機関の自力執行を認める場合が少ないから、行政上の義務履行が基本的に司法的執行により確保されており、これが司法執行中心主義と言われる⁽¹⁾。

(2) 行政処罰の執行の方法

「行政処罰法」は執行罰、直接強制と裁判所執行を定めた（行政処罰法51条）。期限が切れても過料を納付しない場合、行政機関は一日につき過料の3%の加算過料を課すことができる（行政処罰法51条1号）。ただし、加算過料は元過料の金額を超えてはならない（行政強制法45条2号）。期限が切れても、行政処罰の決定を履行しない場合、行政機関は封印し、差し押さえた財物を競売することまたは凍結した預金を振り替えることができる（行政処罰法51条2号）。それ以外の場合、自力執行権を持たない行政機関は裁判所に申請し、裁判所が行政処罰を執行する。

（3）執行の手續

行政機関が自らで執行する場合、まず、当事者に催告しなければならない（行政強制法35条）。催告は書面で行い、義務履行の期限や方式などを記入しなければならない。当事者は催告を受けた後、陳述・弁明を要求することができる（行政強制法36条）。陳述・弁明するとき、強制執行に関する不満だけでなく、執行の根拠とする行政処罰に関する異議を主張することも認められる⁽¹²⁾。行政機関は当事者の弁明に正当な理由がないと考える場合、行政処罰の強制執行を決定し、「行政強制執行決定書」を送付する（行政強制法37条）。そして、公共利益、他人の利益を損害しない限り、行政機関は当事者と執行契約を結ぶことができる（行政強制法42条）。

行政機関が執行権を持たない場合、期間が過ぎてから三ヶ月以内に、裁判所に行政処罰の執行を申請することができる。申請する前に、当事者に催告しなければならない（行政強制法54条）。裁判所が申請を受けた後、五日以内に受理するかを判断し、受理しないと判定する場合、行政機関は上級の裁判所に抗告を申し立てることができる（行政強制法56条）。受理した場合、裁判所は行政処罰を書面で審査すべきである。明らかに事実根拠が欠乏し、明らかに法律・法規の根拠が欠乏し、その他の明白に法律に違反しかつ被執行人の権利を損害することがないとき、七日以内に執行裁定を行う（行政強制法57条）。裁判所は上述の状況があると考えられる場合、被執行人や行政機関の意見を聴取することができる（行政強制法58条）。このように、行政機関が裁判所に強制執行を申請する場合、裁判所は行政処罰の合法性を書面で審査できる。そして、法定事由がある場合、裁判所は被執行人と行政機関の意見を聴取できる。

（4）過料と行政拘留について

過料の執行手續は、「行政処罰法」に定められる。具体的に、過料の賦課機関と徴収機関は分離しなければならない（行政処罰法46条）。これは、「罰収分

離原則」と言われる。「行政処罰法」が制定される前、過料の賦課機関が自分で過料を徴収したことが広範に存在した。行政機関の職員が過料を課した後、直接に過料を徴収していたこともあった。行政機関が「収入」を増やすために、不当に過料を課す場合は少なくなかった⁽⁷³⁾。従って、「行政処罰法」は「罰収分離原則」を定め、原則上、当事者が行政処罰決定書を受けてから十五日以内に、指定された銀行で過料を納付することとし、過料を徴収する際、行政機関を登場させないようにした。そして、過料の徴収について「簡易手続」も存在しており、二十元以下の過料、またはその場で徴収しないと執行し難い場合に、過料をその場で徴収することができる（行政処罰法47条）。また、辺地、水上、交通不便な地域で課す過料もその場で徴収できる。過料の金額が低いまたは後日徴収し難い場合、執行のコストを低減し、制裁の効果を確保するために、現場徴収が認められる（行政処罰法48条）。

「治安管理处罰法」は、行政拘留における特別な規定を定めた。行政拘留に対して不服申立や行政訴訟を提起する場合、警察機関は行政拘留の執行の暫定猶予を申請することができる。警察機関は、執行猶予が社会に危害を与えないと考えるとき、かつ被処罰人や被処罰人の近親族が担保人を提供する、または保証金を交付する場合、行政拘留の執行の暫定猶予を認めることができる（治安管理处罰法107条）。「行政処罰法」第42条の第2項により、身体自由を制限する行政処罰については、「治安管理处罰法」の規定を適用するので、上述の規定がすべての行政拘留に対して適用される。

（5）執行の問題点

行政執行により国民の権利を侵害することを防ぐために、行政機関の自力執行を認める場合は少ない。しかしながら、司法執行中心主義にも問題点がある⁽⁷⁴⁾。まず、行政処罰の賦課権限を持つ行政機関は多いが、自力執行の権限を認める行政機関が少ないので、裁判所は大量の執行案件に対応しなければならない。

そして、裁判所執行に関する手続規定が細かいので、執行に要する期間が長い。さらに、行政機関が行政処罰を不当に課した場合、この処罰の執行が困難である。たとえば、状況がまったく同じ二つの違法行為に対して、行政機関が差別的に処罰する場合、行政機関のやり方が違法ではないが、被処罰者に不満を与えるおそれがある。行政機関は処罰を賦課して、自己の任務が終わるが、裁判所の執行に負担をかける。また、行政機関は軽微な違反行為を無視または放任し、違反行為が重大な結果をもたらした後に処罰を課す場合もある。この場合、裁判所の執行のコストがかなり高まる。そのほか、行政機関は複雑な事件、公衆に注目された事件を安易に処罰し、執行の難題を裁判所に任せる場合もある。

6、行政処罰の救済

行政処罰は具体的行政行為であり、行政処罰に関する紛争が起こる場合、刑事訴訟ではなく、具体的行政行為のために備えられた救済方法を適用すべきである。つまり、行政上の不服申立、行政訴訟と国家賠償制度である。

（1）行政上の不服申立

国民、法人その他の組織は、具体的行政行為が自らの権利、利益を侵害すると考えるとき、不服申立を提起することができる。「行政復議法」（行政不服審査法）第6条第1号は、行政処罰に対する不服申立を提起する可能性を明らかに肯定する。不服申立適格について、行政処罰を受けた被処罰人はむろん、違反行為の被害者も不服申立の提起資格を持っている。そして、原則上、不服申立の審理は書面審査であるが、申請者が要求する場合または審査機関が必要だと考える場合に、審査機関は申請者、被申請者と第三者の意見を聴取できる（行政復議法22条）。さらに、申請者、第三者は被申請者の提出した資料を閲覧することもできる（行政復議法23条）。

(2) 行政訴訟

国民、法人その他の組織は行政行為が自らの權益を侵害すると考えるとき、行政訴訟を提起することができる。「行政訴訟法」第12条は、行政訴訟の受理範囲を定め、第1号が、行政処罰に対する訴訟の提起を肯定する。「行政訴訟法」第25条は原告適格について内容を規定し、この条文により、行政行為の相手方とその他の行政行為と利害関係がある国民、法人その他の組織が訴訟を提起する権利を持っている。最高人民法院の司法解釈により、行政機関に対して、加害者の法律責任を追求することを要求する人が、「利害関係」要件に適合する原告である。⁽⁷⁵⁾ 違反行為の被害者は、行政処罰が課されるべきなのに課さないと考えるとき、または、課される行政処罰が軽いと考えるとき、原告適格が認められる。

行政機関は立証責任を負い、行政行為の証拠と根拠を提供しなければならない（行政訴訟法34条1項）。行政機関は違反行為の事実、行政処罰の根拠等を提供しなければならない。行政機関が証拠を提供しないまたは期間が過ぎて証拠を提供した場合、証拠がないとみなす。ただし、当該行政行為が第三者の利益に関わり、第三者が証拠を提供する場合、この限りではない（行政訴訟法34条2項）。すなわち、違反行為の被害者が違反事実の証拠と法的根拠を提供してもかまわない。

2014年の「行政訴訟法」改正により、行政訴訟事件に関する調停が認められた。つまり、行政賠償、補償および自由裁量権の行使に関する案件について、裁判所が主導して調停することができる（行政訴訟法60条1項）。行政処罰の根拠規定からして、行政処罰を課すか、どの処罰を課すかなど問題は行政機関の裁量によって決定される場合が多い。従って、行政処罰に関する行政訴訟は、調停により解決することができる。

行政訴訟の第一審訴訟手続について、簡易手続が定められる。行政行為が現場で行われる事案、関係金額が二千元以下の事案、情報公開の事案について、

事実が明瞭、権利義務関係が明確、争いが大きくない場合、簡易手続を適用することができる（行政訴訟法82条1項）。訴訟の簡易手続は、行政処罰の決定の簡易手続、執行の簡易手続と相まって、簡単な行政処罰の事案が迅速に処理する可能性を開ける。

裁判実務上、行政訴訟の中で、行政処罰に関するものがとくに多い。2011年から2016年まで、全国の裁判所はおおよそ100万件の行政訴訟を受理し、この中、行政処罰に関する案件はおおよそ14万件であり、行政許可、行政強制、賠償補償に関する案件より多かつた⁽⁷⁶⁾。そして、行政処罰に関する訴訟について、以下の特徴がある⁽⁷⁷⁾。第一、行政処罰に関する訴訟の却下率が比較的低い。「行政訴訟法」は明らかに行政処罰の可訴性を認め、処分性に関する問題が存在しない。被処罰者と被害者の原告適格について、異論があまり存在せず、実務上、被処罰者と被害者の身分も確定しやすいので、原告適格の判断も複雑ではない。そして、行政処罰決定書に、行政処罰を賦課する機関、行政訴訟の出訴期間などの事項がはっきり記載されるので、被処罰者にとって便利である。第二、行政機関の敗訴率が比較的低い。行政処罰に関する根拠規範と規制規範が厳しく定められているため、行政機関がこれらの規範に従い処罰を決定するとき、争いが少ない。

（3）国家賠償

「国家賠償法」第3条と第4条により、行政拘留を違法に課し、身体に関する権利を侵害した場合、または、過料、許可または営業許可の取消し、生産停止または業務停止の命令、財物の没収などの行政処罰を違法に課し、財産に関する権利を侵害した場合、被害者は賠償を受ける権利を持っている。中国の国家賠償法は日本と異なり、故意・過失を要件としなく、行政処罰に関する国家賠償について、「違法帰責主義」を採った⁽⁷⁸⁾。つまり、行政処罰が違法で、これにより国民に損害を与える場合、公務員の故意・過失を問わず、賠償をしなけ

ればならない。⁽⁷⁹⁾

三、行政上の義務違反に対する制裁の考察—日中比較

本稿の冒頭において、日本法の行政上の義務違反に対する制裁に関する問題点を指摘した。学問上、「行政上の義務違反に対する制裁」というカテゴリーに、刑事手法、行政手法などのさまざまな方法が存在しており、そのような豊富で複雑な内容を「制裁」の範疇に入れることは相当であろうか、そして、制裁の各手法について、何らかの共通性が存在するか（問題点一）。実定法上、行政上の義務違反に対する制裁の各手法について、刑事制裁と行政制裁の関係が不明（問題点二）、機能不全（問題点三）、手続の混乱と救済不足（問題点四）というような問題が存在する。以下では、中国の行政処罰制度に照らして、日中比較研究を行い、これらの問題点を検討したい。

1、行政制裁の学問上の把握について

（1）中国

中国では、法により課される一般的な義務に違反する行為に対する行政機関の制裁は、主に「行政処罰」として統一的に把握されている。「行政処罰法」を中心として、行政処罰に関する制度は法定されている。「行政処罰法」は行政処罰の原則、種類、設定権限、手続、執行などの基礎内容を定め、「治安管理処罰法」は行政処罰が最も使われる分野である治安管理に関する処罰を定めた。これに対して、行政処分により課される具体的な義務の履行を確保するために、「行政強制法」が制定された。

実定法の状況に対応して、学問上、行政処罰を行政法総論の重要なテーマとして、独立して把握する場合は多い。行政処罰は、社会秩序を維持し、公共利益を保護するために、法律規範が設定した「第一次的義務」に違反する行為に

対して賦課する「第二次的義務」である。「第一次的義務」とは、法律が定める全国民に対する一般的・抽象的な義務であり、この一般的・抽象的な「第一次的義務」に違反する場合、行政機関が「第二回の義務」—行政処罰—を課す。このように、行政処罰は、法律により課される一般的な義務の違反に対する制裁だと理解することができる。これに対して、行政強制執行とは、具体的行政行為（行政処分）の実効性を確保する制度である。⁽⁸⁰⁾ 具体的行政行為（行政処分）により確定される義務は、内容が確定し、義務者が明確な具体的な義務であるので、行政強制執行は、具体的な義務の実効性を確保する制度だとしても間違いではない。なお、中国では、義務履行確保または実効性確保という上位概念は存在しなく、行政処罰制度を義務履行確保の制度として把握する見解はほとんど存在しなく、行政強制執行と行政処罰を統一して理解することも珍しい。⁽⁸¹⁾

（２）比較分析

①中国モデルの特徴

中国では、行政処罰に関する見解には以下のような特徴がある。第一に、行政処罰制度と行政強制執行を分けて理解する。行政処罰は、法律が規定する一般的な義務に違反する場合に、違反者に課す行政上の制裁である。行政強制執行は、具体的行政行為により確定される具体的な義務の実効性を確保する手法である。このように、行政処罰は具体的行政行為そのものであり、行政強制執行は具体的行政行為の執行である。両者は次元の異なる制度である。第二に、行政上の制裁とする行政処罰と刑事制裁とする刑罰を分けて理解する。中国では、制裁を行う主体や制裁の手續に着目して、行政上の制裁と刑事制裁を分けるのが通例である。刑罰は国家利益、社会秩序、私人権利利益を保護する最後の制裁手段であり、行政上の義務（一般的な義務と具体的な義務）の実効性を確保する手法であるのみならず、⁽⁸²⁾ すべての社会分野（たとえば、民事法や経済法）につながるることができる。

行政上の義務について、行政処罰、行政強制執行と刑罰の関係は下図のようである。

	行政上の対応	刑法上の対応
具体的な義務	行政強制執行	刑罰 (刑事制裁)
一般的な義務	行政処罰 (行政制裁)	

②日本法との比較

日中両国の実定法制度は異なり、学問上の制裁についての捉え方も異なる。中国では、行政処罰は、一般的な義務に違反する場合に、違反者に課す不利益であり、行政強制執行は、具体的行政行為により確定する具体的な義務の履行を確保する手法であり、両者は峻別される。それでは、日本法上の義務履行を確保する諸制度が確保する義務はどのような義務だろうか。

ア 行政上の義務履行強制

行政上の義務履行強制には、行政代執行制度が存在している。しかも、あまり採用されていないが、直接強制や執行罰も存在している。行政代執行法第2条により、行政代執行の対象は「法律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義務」である。ただし、実定法を分析すれば分かるように、行政代執行の対象は、基本的に行政行為に基づく義務である⁽⁸³⁾。「行政上の強制執行の対象となる義務は、具体的特定の義務でなければならないのであって、法令により直接に具体的特定の行為を行う義務を課すことは比較的すくなく、多くの場合は、行政処分によってはじめて具体的特定の行為を行う義務が課せられるから、實際上代執行の対象となるのは、原則として、行政処分に基づく義務である⁽⁸⁴⁾」。そして、直接強制を規定している新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法3条8項の適用対象は国土交通大臣の「命令」である⁽⁸⁵⁾。直接強制を規定している学校施設の確保に関する政令21条および執行罰を規定している砂防法36条の適用対象は、行政代執行法と同じように、法令

上の義務または法令に基づき発する処分による義務であるが、法令上の義務が行政処分により具体化された後に執行されるのが通例であり、法令上の義務を直ちに執行する場合は少ない。従って、行政上の義務履行強制は具体的な義務の履行を確保する手法だと言っても過言ではない。

なお、行政上の義務履行強制の対象が具体的な義務だということは偶然ではないと解される。その理由には二点がある。第一に、理論上、「法律—行政行為—強制行為」というクラシックな「三段階構造モデル」⁽⁸⁷⁾からみて、強制行為は行政行為の実効性を担保するものであるので、いうまでもなく、その対象は行政行為により命じられた具体的な義務である。行政行為が行われて、義務者および義務の内容などが明確されてはじめて、義務の執行が可能となる。第二に、歴史を遡って分析すればわかるように、戦前の行政執行法は19世紀末におけるプロイセンをはじめとするドイツ諸邦の法制を模範としたものであって、⁽⁸⁸⁾プロイセン一般行政法132条（Gesetz ü.d.allgemeine Landesverwaltung）によれば、代執行などの強制行為の対象は行政機関の命令である。⁽⁸⁹⁾

イ 行政上の義務違反に対する制裁

行政上の義務違反に対する制裁という範疇に含まれるものの範囲については、論者により異なるが、行政刑罰と行政上の秩序罰などの伝統的な制裁手段、課徴金、加算税、制裁的公表などの新たな手段が考えられる。これらの制度の対象義務は何だろうか。⁽⁹⁰⁾

刑罰は究極的な制裁手段であり、「行政刑罰の対象行為には、『法律による一般的義務付けの違反』と『法律にもとづく命令による個別的義務付けの違反』がある」⁽⁹¹⁾。すなわち、刑罰は、一般的な義務に対しても、具体的な義務に対しても利用することができる。⁽⁹²⁾

行政上の秩序罰とする過料について、法律に違反する場合の過料と条例・規則に違反する場合の過料が存在している。前者の場合、行政上の秩序罰は、戦後の行政刑罰を基本とするという立法政策の影響によって、あまり活用されて

いなかったで、「長らく間接的に行政目的の達成を妨げるにとどまる届出、通知、登記、登録等の義務を怠った行政犯に対する制裁として、限定的な範囲でしか使われてこなかった⁽⁹³⁾」。届出、通知、登記、登録等の義務は行政処分により命じられる義務ではなく、法律により一般国民に対して賦課される一般的な義務である。ただし、現行法上、行政処分（具体的な義務）の実効性を確保するために、過料を利用する場合が存在している。例として、独占禁止法第97条、銀行法第65条第10号、特定放射性廃棄物の最終処分に関する法律第94条第5号、空家等対策の推進に関する特別措置法第16条第1号が存在する。しかしながら、一般的な義務の履行確保の場合と比べて、具体的な義務の履行を確保するために過料を利用することは少ない。たとえば、銀行法第65条が規定する過料を課そうとする違法行為のうち、具体的な義務につながるのは第10号のみであり、その他の延べ20号の内容が一般的な義務と関連するものである。特定放射性廃棄物の最終処分に関する法律第94条についても、延べ5号のうち、具体的な義務につながるのは第5号のみである。そして、行政処分（具体的な義務）の実効性を確保するとき、刑罰を規定するのが通例であり、過料規定があっても、その適用範囲が必ずしも広いわけではない。たとえば、独占禁止法の排除措置命令に違反する行為に対して、第90条が刑罰を定めており、刑罰を科すべきでない場合のみ、過料を課すことが認められる⁽⁹⁴⁾。このように、具体的な義務の履行を確保するために過料を利用することが存在するが、処分に違反する行為の悪質が高いので過料より刑罰で対応すべきという観点、及び行政刑罰を基本とする立法政策の下では、これは必ずしも主流ではないと考えられる。したがって、法律に違反する場合の過料は、主に一般的な義務の履行を確保するために使われていると言える。

条例・規則の違反に関する過料の場合、過料の活用論に伴い、「空き缶、タバコの吸殻の投捨て、路上喫煙といった住民生活に身近な違法行為を取り締まるために、過料を条例に盛り込むことが増えている⁽⁹⁵⁾」。これらの条例について、

勧告や命令を介在する場合も存在しているが、条例・規則がポイ捨てなどの義務を定めて、これに違反する場合の直接に過料を課すことが多い。⁽⁹⁶⁾

なお、地方公共団体の課す過料の場合、先行処分と過料処分の関係について、さまざまな問題が存在している。まず、手続上の問題が存在している。たとえば、行政手続条例に基づき先行処分を行った以上、過料処分について弁明の機会の付与を要するのであろうか。そして、先行処分の違法性は過料処分に承継されるかも問題になりうる。過料処分は制裁であり、その適法性を争うとき、制裁の基礎としての先行処分に関する抗弁を禁止するのは妥当ではないが、先行処分と過料処分とは、同一の目的に向けられた一連の過程における行政処分とは言い難いので、先行処分の違法性が承継されないように見える。このように、行政処分の実効性を確保するために過料を利用することは妥当ではなく、制度設計上できるかぎり避けるべきである。

そして、現時点では、制裁的課徴金を導入する法律には、独占禁止法、金融商品取引法、公認会計士法と景表法がある。各法律が規定する課徴金の対象とする違反行為は多種多様であるが、すべての対象行為は一般的な義務に違反する行為である。加えて、加算税の対象行為とする過少申告、無申告、不納付などの行為も法律により賦課する一般的な義務に違反する行為である。

最後に、制裁的な公表などの新たな手法は、一般的な義務に対しても、具体的な義務に対しても利用することができる。

以上の分析からして、行政上の義務違反に対する制裁というカテゴリーに、一般的な義務の履行を確保する制度と具体的な義務の履行を確保する制度が存在する。換言すれば、行政上の義務違反に対する制裁というカテゴリーには、行政行為と行政行為の履行確保手段が存在している。「三段階構造モデル」に照らして、「行政行為」のみならず、「強制行為」も存在する。

③日本の学問上の把握についての検討

以下では、日本の学問上の捉え方を検討したい。日本では、「義務履行確保」

または「実効性確保」という上位概念を設けて、その具体的な手段について、義務履行強制と義務違反に対する制裁とに分ける場合が多い。ここで、まず「義務履行確保」「実効性確保」という捉え方の背景を探求して、その上で、両者の意義を分析したい。そして、義務履行強制と義務違反に対する制裁という二分法を検討する。

ア 「義務履行確保」「実効性確保」の登場

戦前、行政上の義務履行を確保する手段として、行政罰と行政上の強制執行が存在した。⁽⁹⁸⁾ 即時強制と行政上の強制執行は同一の法律—行政執行法—に定められたが、学問上、即時強制が警察法の一部として行政法各論に位置づけられたのに対して、行政上の強制執行が行政法総論に位置づけられた。戦後初期、学問上の把握は一転して、即時強制と行政上の強制執行を統一して行政強制として把握する学説が現れた。⁽⁹⁹⁾ 1970年代から、課徴金、違反事実の公表、給付拒否などの措置が立法により、あるいは実務上導入されたので、これらの手法を理論上どのように位置づけるのかが問題になった。それとともに、行政強制論に対する学問上の批判も現れる。⁽¹⁰⁰⁾ このような状況で、「義務履行確保」ないし「実行性確保」という新概念が現れた。⁽¹⁰¹⁾ そして、戦前の行政罰と戦後の課徴金、加算税などの新手法を、上位概念として制裁の観念の下で論じる例が多くなっている。現在、「行政上の義務履行確保」または「実効性確保」という上位概念を設定し、行政上の強制執行、行政罰、課徴金などの制度をこの上位概念の下に位置づけ、これらを義務履行強制と義務違反に対する制裁とに分けるのは通例となった。

イ 「義務履行確保」「実効性確保」について

「義務履行確保」ないし「実効性確保」の登場は機能論の影響を受けた結果だと思われる。「『行政上の義務履行確保』というグルーピング、とりわけ行政上の強制執行と行政罰をあわせて行政の義務履行確保の法制を論じることが、明治憲法下の行政法学にみられたことは既にみたところであるが、『現代行政

における行政手段ないし行政手法の多様性』に関連してこのような捉え方が再度注目をあつめることになったのは、『行為形式』よりも、『機能』の共通性に着目する考察方法の有用性が強調されることによると考えられる⁽¹⁰²⁾。そして、「実効性確保」についても、これは「法的な概念というよりむしろ機能的な概念ということ」⁽¹⁰³⁾である。行政上の強制執行、行政罰、課徴金、加算税などのさまざまな手法の機能に着目して、これらを統一して捉えるのは、これらの手法の理論上の位置づけに対して重要であり、そして、「一連のプロセスのなかでいわば最終的に『行政目的』が実現される局面を念頭におき、そこでどのような『手段』ないし『手法』が用意されているかを考察する」⁽¹⁰⁴⁾ことに対しても不可欠である。

しかしながら、このような捉え方のみでは必ずしも十分ではないと思われる。第一に、「実効性確保」という概念に対して、その範囲が広すぎるという批判は以前から存在してきた⁽¹⁰⁵⁾。第二に、「義務履行確保」ないし「義務の実効性確保」についても、その「義務」の意味は必ずしも明確ではない。行政上の強制執行が行政行為により賦課される具体的な義務の履行を確保する制度であり、課徴金、加算税が法律により賦課される一般的な義務の履行を確保する制度であり、行政刑罰の制裁対象が具体的な義務違反する行為および一般的な義務に違反する行為である。このように、ここにいう「義務」の範囲はとても広くて、行政行為により賦課される具体的な義務に限らなく、法律上の一般的な義務も含める。このように理解すれば、すべての行政行為は法律上の義務を具体化するものとして、法律上の義務の履行を確保する手段だと言えるように思われる。第三に、機能論に着目することは、新手法の発見や位置づけに対して重要であるが、これらの手法の法的分析に対する意義が限定的である。義務履行確保の手段には、刑事手段と行政手段があり、行政手段については、行政行為と行政行為の執行行為があるので、これらの次元が異なるものを分けて、同一種類のものを同一のカテゴリーに置いて、各自のカテゴリーに共通する法的性格を探

求することも重要ではないか。義務履行確保の諸手法の機能だけに着目すれば、これらの手法の法的性格、各手法の関係などの重要な問題を見過ごすおそれがあると思われる。

ウ 義務履行強制と義務違反に対する制裁という二分法について

義務履行確保の諸手段について、義務履行強制と義務違反に対する制裁とに分けることが多い。義務履行強制について、戦後、行政執行法の廃止と行政代執行法の制定によって、実定法の制度が変化したが、行政上の強制執行に関する学問上の理解や位置づけはあまり変化していない。上述のように、義務履行強制は行政行為による具体的な義務の履行確保におけるものだと解される。これに対して、義務違反に対する制裁について、実定法上も学問上もかなり変化した。戦前、行政罰は制裁として把握されていたが、「義務違反に対する制裁」のようなカテゴリーはあまり存在しなかった。そして、制裁の手段は行政刑罰と行政上の秩序罰だけであった。しかし、戦後、「義務違反に対する制裁」の登場とともに、制裁の手段も多くなった。このような「義務違反に対する制裁」の「義務」の概念は、行政行為による具体的な義務に限定されておらず、法律による一般的な義務も含める。このように、義務履行強制と義務違反に対する制裁とで、「義務」の意味と範囲は一致しないので、両者は対等なものではないと思われる。異なる「義務」の概念を持っている義務履行強制と義務違反に対する制裁の二分法は妥当とはいえないのではないか。

義務違反に対する制裁については、実定法上も学問上もさまざまな変化があった。この変化とは、義務違反に対する制裁に位置づける手段の範囲が徐々に拡大されていることである。さまざまな異なる手段を義務違反に対する制裁として把握するのもおそらく機能論の影響を受けた結果である。しかしながら、上述のように、機能論は新手法の位置づけなどに対して重要であるが、機能論に力を入れすぎると、新手法の法的性格、各手法の関係などの重要な問題が見逃されるおそれがある。各手法の機能に着目して、これらを義務違反に対する

制裁のカテゴリーに位置づけるのは有意義であるが、法学の視点から出発し各手法の法的性格に注目して、より精密に分類することも重要ではないかと思われる。

（3）新構想—具体的な義務と一般的な義務の二元論から

行政上の義務履行確保または実効性確保という上位概念、義務履行強制と義務違反に対する制裁という二分法について、上述のような問題点があるので、学問上の新たな把握を探求すべきではないか。ここで、中国の学問上の見解を参照し、具体的な義務と一般的な義務の区別から出発して、行政制裁ないし義務履行確保に関する学問上の新たな捉え方を検討したい。

上記の通り、行政代執行、直接強制と執行罰などの行政履行強制の諸手法は具体的な義務の履行を確保する制度である。加算税、課徴金などの制度は一般的な義務の履行を確保する行政上の制裁である。そして、行政刑罰は、具体的な義務と一般的な義務を確保する最後の手段である。さらに、公表、行政サービス・許認可の拒否、契約関係からの排除などの事実上の行為は具体的な義務と一般的な義務の履行を確保する制度として使えると思われる。

従って、新たな位置づけは下図のようである。⁽¹⁰⁸⁾

	行政上の対応		刑事上の対応
具体的な義務	行政強制執行 (代執行など)	事実行為 (公表など)	行政刑罰
一般的な義務	行政制裁 (課徴金など)		

この図について、いくつかの注意点を説明したい。第一に、具体的な義務と一般的な義務の区別基準は、行政行為の有無である。すなわち、行政行為が行われ、私人が賦課される内容が明確、義務者も確定される義務は具体的な義務である。これに対し、法律により、国民全体に要求される義務は一般的な義務

である。

第二に、ここでいう行政制裁は、法律により課される一般的な義務に違反する場合に、行政機関が違反者に賦課する行政法上の制裁である。現行法上、行政制裁について、課徴金、加算税が典型的な例である。そして、授益処分⁽¹⁰⁷⁾の撤回を制裁として把握すれば、これも行政制裁である。しかし、刑罰は裁判所が行う制裁であるので、ここでいう行政制裁に該当しない。公表などの事実行為は国民の法的権利利益を確定する行為ではないので、ここでいう行政制裁に該当しない。このように、義務違反に対する制裁に位置づけられてきた各手法が、この図の「行政制裁」「事実行為」「行政刑罰」に移動する。

第三に、過料はこの図の「行政制裁」に位置づけるべきであると考えられる。法律違反に対する過料について、一般的な義務の履行を確保する場合でも、具体的な義務の履行を確保する場合でも、過料が利用されているが、前述のように、現行法上、前者の例が多い。法律違反に対する過料は、非訟事件手続により課されるが、刑事上の制裁とはいえないと思われ、法律違反に対する過料を「一種の行政処分⁽¹⁰⁷⁾」として理解すれば、これは特殊の行政制裁だと言える。そして、条例・規則違反に対する過料について、具体的な義務の履行を確保するために、過料を利用することも存在しているが、前述の手続上の問題および違法性承継の問題に着目すれば、これをできるかぎり避けるべきであろう。このように、現行法上の過料の運用実態と制度設計として過料のあるべき姿という両方からみて、過料は「行政制裁」に位置づけられるべきである。

第四に、行政制裁の諸制度は、行政行為そのものである。これに対して、行政強制執行の諸制度は行政行為の執行行為である。たとえば、課徴金は行政行為そのものであり、もし課徴金の義務者が義務を履行しなければ、行政強制執行が登場し、強制徴収により課徴金の納付を確保すると考えられる。このように、行政制裁と行政強制執行は、異なる段階の活動である。

最後に、このように把握すれば、行政上の義務履行確保という概念の意義は

縮小される。義務履行確保に位置づけられた諸制度は新たな位置を持っているので、「義務履行確保」を利用して各手段を統合する必要性はなくなった。⁽¹⁰⁸⁾

なお、ここまでにもいくつかの箇所而言及したが、ここでは、具体的な義務と一般的な義務の二元論から出発する新たな構造を採用すべき理由（すなわち、新構造の意義）をまとめて説明したい。第一に、今日の一般的に捉えている考え方は不十分である。すなわち、今日の一般的な捉え方—「義務履行確保」「実効性確保」という上位概念、および義務履行強制と義務違反に対する制裁という二分法—は機能論の影響を受けた結果であり、各手法の位置づけや機能発見に対して重要であるが、このような機能論からの観点は各手法の法的性格および各手法の関係の研究に対する意義が限定的である。そして、機能論に着目しすぎると、各手法の法的性格および各手法の関係などの問題を見過ごすおそれがある。第二に、学問上の研究に対して、マクロの意味で、新たな捉え方は、機能論と異なる視角を提供するので、各手段の位置づけ、各手段の法的性格、各手段の異同・関係、などの問題を分析することに対して有意義ではないか。過料、課徴金、加算税、処分の撤回などの手段は同じ法的性格を有するので、これらを統一的に把握し、共通の法原理を検討するのは重要ではないか。第三に、ミクロの意味で、この二元論の新構想は今日に存在している具体的な問題を分析することに対しても有意義である。たとえば、行政制裁が一般的な義務の履行を確保するものであるので、行政制裁の強化は、具体的な義務の履行確保とは無関係である。このように、義務履行確保に関する問題を検討するとき、具体的な義務と一般的な義務を分けて検討するのは重要である。最後に、将来の立法に対しても、具体的な義務と一般的な義務という分類も重要である。たとえば、具体的な義務を確保するために行政制裁を利用するのは、新たな行政処分を利用して、既存の行政処分の実効性を確保するものであり、前述のように、先行の行政処分と制裁としての行政処分の違法性承継などの問題が起こしやすいので、なるべく避けたほうがよいのではないか。義務の履行確保手段

を考慮するとき、具体的な義務と一般的な義務を分けて考慮し、妥当な手段を選択するのはよいのではないか。

2、行政制裁と刑事制裁の関係

刑罰は、行政上の義務の履行を確保する手段として、大幅に利用されている。しかしながら、刑罰規定が濫用されており、刑罰と行政上の秩序罰の区別が不明であるという見解も存在する。一般的な義務と具体的な義務の二元論の角度から、この問題を検討したい。

(1) 行政上の義務における刑法対応

①行政刑罰の再検討—刑罰規定が濫用される？

日本では、行政上の強制執行の弱化に対して、義務履行を確保するために、刑罰が多く設定され、行政上の義務を担保する重要な仕組みになった。⁽¹⁰⁹⁾ 刑罰は一般的な義務の履行と具体的な義務の履行を確保する手段として利用できる。具体的な義務と一般的な義務を分けた上で、行政刑罰を分析してみよう。

具体的な義務の履行を確保するために、行政刑罰は不可欠である。その理由は以下のとおりである。第一、具体的な義務の履行を確保するために、利用できる制度はそもそも少ない。具体的な義務の履行について、代執行、行政刑罰、公表などの手段しか存在しない。⁽¹¹⁰⁾ 公表などの事実上の執行制度は完備されていないから、具体的な義務の履行を確保する手段は、主に行政上の強制執行と行政刑罰である。⁽¹¹¹⁾ 第二、戦後、直接強制と即時強制の人権侵害の経験を反省し、それを避けるために、行政執行法が廃止され、代執行と行政刑罰の二元執行モデルが採用された。執行罰のような間接的な執行制度を再び評価して現行制度に導入することを認めても、直接強制を含める完全な行政強制執行を復活するのは、日本国憲法とこれに基づく立法政策に反するおそれがあり、安易に認めるべきではないという見解がある。⁽¹¹³⁾

一般的な義務の履行を確保する場合、行政刑罰を削減すべきであろう。一般的な義務履行については、戦前から、刑事罰が中心的手段である⁽¹¹⁴⁾。しかしながら、戦前から貫徹してきた刑罰中心主義にはさまざまな問題点がある。刑罰は、他の手段によって目的を達成できない場合にはじめて用いられる手段である⁽¹¹⁵⁾が、行政刑罰の範囲が本来の刑罰で罰すべきではない行為にまで広がり、「可罰性のない行為をも犯罪化している傾向は否定しがたい」⁽¹¹⁶⁾。刑罰は厳格な制裁手段であり、国民の軽微な法令違反行為に対しても直ちに刑事制裁を科すのは過酷である。一方、刑罰の範囲が広すぎるため、実際に執行されない刑罰規定が存在することは刑罰全体の威迫力を損なうおそれがある⁽¹¹⁷⁾。

②行政刑罰の改革—行政上の措置の強化

以上の分析からして、完全な行政上の強制執行が存在していない今日には、具体的な義務に関する行政刑罰の規定は不可欠であると思われ、機能不全という「副作用」があるが、安易に行政刑罰を廃止し、行政の強制執行を強化すべきではない。これに対して、一般的な義務に関する行政刑罰は規定の濫用と機能不全に陥り、一般的な義務に関する行政上の対応と刑事上の対応の関係を見直すべきであり、行政上の対応措置—行政制裁—を強化すべきである⁽¹¹⁸⁾。

（２）行政制裁と刑事制裁の接続

一般的な義務の違反について、行政上の制裁と刑罰の両方が課される場合がある。行政上の対応措置—行政制裁—を強化するとき、どの違反行為に刑罰を科し、どの違反行為に行政制裁を賦課することが重要な問題である。

①線引きの不明

行政刑罰と行政上の秩序罰の区別が不明確であるという批判は戦前から存在してきた。「この不統一と刑罰の濫用とは戦後においても基本的には変化がないと理解されている」⁽¹¹⁹⁾。加算税や課徴金などの導入に伴い、新しい問題が現れた。加算税や課徴金の制裁対象と刑罰の制裁対象の間に、実質的な区別がある

か、もしあれば区別の基準は何か。これらの問題は十分に検討されたとはいえない。

現行法制度における線引きは必ずしも明白ではないが、行政制裁の適用範囲はあまり広くないので、今の段階では大きな問題とならない。しかし、将来、過料、課徴金などの行政上の措置が大幅に導入されたら、行政制裁と刑事制裁の線引き問題を無視できないといえるだろう。「非犯罪化」を実現するために、刑事制裁と行政制裁の区別基準を探求するのは最も重要である。無謀に刑事制裁を行政制裁に転化するのは危険な行為である。

②中国法の線引きと立法論上の参考

中国では、行政処罰と刑罰の線引きといえば、「行政犯」と「自然犯」の区別に拘らずに、「質」と「量」に基づき区別する。殺人などの反社会性・反道徳性が強い非行と路上喫煙などの軽微な非行は「質」により区別する。その他の大量の非行は違反行為の情状と結果の軽重（「量」）により区別する。「量」を検討する際、条件、数額、主体の身分、結果の重さなどの要素が重要である。

将来、行政上の制裁手段を導入するとき、「質」と「量」を考慮したほうが良いのではないか。⁽¹²⁰⁾まず、非行の性質を考えてみよう。殺人、放火などの行為は反社会性・反道徳性が強い行為であり、非行の「質」からして、行政制裁の対象となるのは不合理であろう。これらの行為に対して、過料や課徴金などをもって対応するのは妥当ではない。次に、非行の情状を検討しよう。違反行為の性質と同じように、非行の情状も重要である。他人と喧嘩することに対して直ちに刑罰を科すのはあまり妥当ではないが、故意に他人の身体を傷害するのは犯罪である。逆に、パソコンなどの高い品物を窃盗することは犯罪であるが、レストランのお皿を盗むことに対して刑罰を科すのは不合理ではないか。情状を検討する場合、違反者の身分、主観悪意、違反行為の様態、金額、違法行為の結果、危害などの要素を考慮するほうが適切ではないか。

3、機能不全と行政制裁手段の多様化

一般的な義務の履行確保について、行政刑罰が機能不全だと指摘されている。過料、課徴金などの手段を活用する見解が提出されたが、違法行為抑止力が不足で、強制徴収コストが大きいなどの状況があり、過料も機能不全に陥る。⁽¹²¹⁾機能不全について、実体上の理由と手続上の理由が存在しており、手続に関する内容は後で検討するので、ここでは、実体上の問題について検討したい。

（1）金銭制裁を主とする行政制裁とその問題点

日本の行政上の制裁措置は金銭制裁を中心としてきた。金銭的制裁は、一般的な義務の履行を確保する制度としてよく使われ、経済法や租税法上の義務の履行に対する意義が大きい。しかしながら、金銭制裁には限界が存在している。まず、違反者の身分、地位、経済能力などが異なるから、違反者にとって、金銭制裁の制裁効果が異なる。高収入者の違反行為を抑止できない可能性も存在する。次に、違反行為の「収益」が金銭制裁という「コスト」より大きな場合、金銭制裁は実効性を持たない。特に、環境法上の義務について、「違法行為により得られる経済的利益が莫大であるときは、罰金刑の威嚇効果・強制効果は、極めて希薄なものになる」⁽¹²²⁾。さらに、制裁金額の設定方式は単一である。過料について、数額上限式がよく使われる。しかしながら、数額上限式の設定方式は必ずしも完璧ではなく、上限の数額が低いとき、制裁の威嚇効果が足りないのに、上限の数額が高いとき、行政庁の裁量権が広すぎる。最後に、各種の制裁の間に統一性が必ずしもあるわけではない。過料を賦課する際、過料の金額における裁量を認めるが、課徴金の場合、倍率固定式を採用し、行政の裁量を認めない。同じように、法律の義務に違反する行為に対する制裁なのに、区別して対応する実質的な理由は存在するか。

(2) 制裁手段の多様化と注意点

一般的な義務の履行を確保するために、過料の上限や課徴金の百分比を上げるという方法があるが、上限を高めても、状況が必ずしも改善するわけではない。⁽¹²³⁾ 比例原則の視点から見ても、この方法は必ずしも妥当だといえない。機能不全を改善するために、制裁手段の多様化が一つの解決策として考えられる。

まず、制裁手段の多様性を検討してみよう。中国では、過料以外に、警告、没収、生産停止・業務停止の命令、許可の撤回、行政拘留などの制裁手段が存在している。これらの措置は日本法上まったく存在しないというわけではない。生産停止・業務停止の命令、許可の撤回はよく使われるが、行政制裁として把握することは少ない。行政上の一般的な義務の履行を確保する制度を行政制裁として理解すれば、生産停止・業務停止の命令、許可の撤回は行政制裁というカテゴリーに入る余地がないわけではない。そして、「立法政策としては、違法行為を行った者に不利益を科すことを直接の目的とする授益的な処分⁽¹²⁴⁾の撤回等の制度を設けることも考えられる」という見解もある。しかも、違法行為により得た利益の剥奪という性格がある課徴金と中国の違法利得の没収の趣旨は類似している。従って、日本の制裁手段を豊富にさせることは不可能ではない。行政上の諸措置の制裁性を考え、統一的に把握した上で、行政法の各分野に活用することが重要である。

次に、金銭処罰の設定方式の多様性も重要である。新たな行政上の制裁措置を導入しても、金銭制裁の重要性は否定できない。ただし、過料や課徴金の金額について、制裁の有効性や比例原則を考えた上で、新しい設定方式を採用することが重要だと思われる。過料について、簡単に上限を上げるのではなく、倍率上限式、倍率範囲式を導入することもありうる。課徴金の計算方法について、数額式、倍率式のなどのうち、いずれが適切かを検討する余地がある。どのような設定方式を採用するかについては、制裁の目的・趣旨を考慮しなければならないし、実効性に関する実証研究も不可欠である。さらに、過料も課徴金も

金銭的制裁であるが、過料の裁量を認めるのに、課徴金の裁量を認めないのは不妥当であろう。違法行為を制裁し、一般的な義務の履行を確保するために、課徴金における裁量も認めるべきではないか。⁽¹²⁵⁾

なお、多様な制裁の手段を備える場合、いくつかの注意点がある。第一に、制裁に関するマクロ的な把握が不可欠である。新たな行政上の制裁手段を導入する目的は、一般的な義務の履行を確保することであり、この目的を念頭に置きながら、各制裁手段の実効性、各制裁手段の関係に注意しなければならない。第二に、適切な裁量の範囲を定めなければならない。過料を設定するとき、数値範囲式または倍率範囲式の上限と下限の差が大きく、裁量の範囲が広すぎる場合がある。制裁の機能を果たすために、裁量を認めることは重要であるが、制裁の裁量の範囲を確定する場合、実質的な理由を考えなければならない。

4、手続、執行と救済

日本法上、行政制裁における手続、救済方法は統一されていないし、国民の手続権利が充実に保障されているとはいえないと思われる。さらに、繊細な執行手続が存在すること、執行コストが高まることが機能不全の理由だという見解も存在している。ここでは、手続、執行と救済の問題を検討したい。

（1）日本法の問題点

日本の現行法制度には、いくつかの問題点が存在する。まず、手続規定の統一性の欠落と手続保障の不足という問題がある。過料について、法律に違反する場合と条例・規則に違反する場合の手続が違う。課徴金について、審判手続を採用する法律と採用しない法律が存在している。そして、過料を行政制裁として把握すれば、過料の賦課手続は、普通の不利益処分の手続より充実したものであるべきなのに、現行法の規定はそうではない。⁽¹²⁶⁾次に、繊細な処分手続・執行手続は義務履行の実効性を損害する場合もある。違反行為の軽重を考えず、

低い過料に対しても、高い過料に対しても、単一な処分手続・執行手続によって対応するので、執行コストが高まり、過料の実効性が損なわれる。また、事前の手続と事後の救済の接続について不合理なところがあり、救済が不十分であるという問題も存在する。金融商品取引法と公認会計士法は審判手続を採用したが、審級省略と実質的証拠法則を定めない。「事前手続において、十分な手続保障がなされるとすれば、事後手続の意味が著しく低下することになる⁽¹²⁷⁾」のに、コストが高い審判手続を採用する実益、審判手続と行政訴訟の役割分担が不明である。最後に、権利救済が充実していない問題もある。法律違反に対する過料の場合、即時抗告と特別抗告しか認められず、対審公開の裁判を受ける権利は保障されていない。

(2) 中国法制と比較

中国では、行政処罰を行政処分として把握した上で、行政処罰の賦課手続、執行手続と事後の救済は他の行政処分とほぼ同じである。行政処罰の賦課手続については、簡易手続と一般手続という二種類があり、これに対応し、処罰の執行について、現場執行という簡易執行方法が存在している。簡易賦課手続と現場執行は大量の軽い違反行為に対応する。それ以外の行政処罰の執行は、法律が行政機関の自力執行を認めなければ、行政強制法が定める非訟執行手続により、行政機関が裁判所に申請し、裁判所が執行する。行政処罰に対する不服がある場合、不服申立や行政訴訟を提起できる。

手続と救済を検討するとき、権利保護と義務履行の効率とのバランスを考えなければならない。具体的言えば、以下の注意点がある。第一に、裁判所が過料を課すことの合理性について。過料を制裁として把握すれば、裁判所が課すことには正当性があるが、非訟事件手続法が定める規定は当事者の手続と救済をしっかり保障することができるかにつき疑問が存在している⁽¹²⁸⁾。刑事訴訟に近い手続規定を導入することが考えられるが、過料の実効性がさらに損なわれる

恐れがある。刑罰と違い、過料が対応するのは大量の軽微な違反行為であり、裁判所が中途半端な手続に基づき過料を課すことより、行政庁が課し、裁判所が行政庁を監督するという作法がよいのではないか。第二に、簡易手続と現場執行の導入について。金額が低い過料などの軽い制裁につき、簡易な手続により課し、現場執行を導入することができる。複雑な賦課手続と執行手続を懸念し、過料の賦課を放棄し、違法を放任することより、軽い違反行為に簡易手続を適用し過料を課するのが合理的であろう。なお、日本でも、現場での過料徴収を定める条例が存在している。⁽¹²⁹⁾ 過料の実効性を高めるために、軽微な違法行為に関する簡易賦課手続と現場執行を活用すべきであると考えられる。

四、終わりに一本稿の成果と残された課題

最後に、本稿の検討の動機となった問題意識に立ち戻り、本稿によって解明された点をまとめたい。

学問上、行政上の義務履行確保の手段について、行政上の義務履行強制と行政上の義務違反に対する制裁とに分ける見解が有力である。行政上の強制執行、行政罰、課徴金、加算税などのさまざまな手法の機能に着目して、これらを統一して捉えるのは、これらの手法の理論上の位置づけにおいて重要であるが、機能だけに着目すれば、各手法の法的性格、各手法の関係などの重要な問題を見過ごすおそれがあるので、この捉え方のみでは必ずしも十分ではないと考えられる。そして、義務違反に対する制裁の範疇に、刑罰、行政処分、事実行為などのさまざまな手段が存在するが、これら諸制度は、「義務履行確保」という機能が共通することを除いては、法的性格が大きく異なっている。したがって、それぞれの法的性格の違いに応じた考察が必要である。その際に、履行確保の対象とされている義務を、行政処分により課される具体的な義務と法令により課される一般的な義務とに分けて、実定法上の諸制度を検討することが有

意義ではないか。すなわち、現行法上、代執行などの行政上の義務の強制執行制度は具体的な義務の履行を確保する制度として、また、課徴金、加算税、処分の撤回などの手法は一般的な義務の履行を確保するものとしてそれぞれ位置づけられるのが一般的である。また、制度設計上もそのように位置づけられるのが妥当である。過料については、現行法上、具体的な義務に対して課される例があるが、制度設計としては、過料の対象は一般的な義務に課されるべきであると考えられる。そして、刑罰は最後の手段として、具体的な義務に対しても一般的な義務に対しても用いられうる手法である。違法事実の公表など新たな手段も、具体的な義務に対しても一般的な義務に対しても利用できる手段であると考えられる。

行政法規に刑罰を規定することが濫用され、刑事制裁と行政制裁の限界が不明であるという批判が以前からなされてきた。具体的な義務と一般的な義務に基づいて分析すれば、以下のことが解明される。完全な行政強制執行制度が存在しない今日、具体的な義務を担保するために、行政刑罰が重要であり、刑罰を簡易に廃止すべきではない。これに対して、一般的な義務の履行を確保するために、すべての違反行為に対して行政刑罰を設定するのは適切ではない。悪質性が低い違反行為に対して過料などの行政上の制裁を活用することが有益である。ただし、このように非犯罪化をするとき、刑事制裁と行政制裁の対象の限界に特に注意しなければならない。

行政刑罰と過料は機能不全だと指摘されてきた。その原因について、刑罰規定の濫用を除いて、現行法制度の問題点が存在する。現行法上、金銭制裁が主な方法であり、金銭制裁の金額設定方式が多様ではない。金銭制裁は義務履行の確保に対して重要であるが、それ自身の欠点を持っている。金銭制裁以外に多様な制裁手段が存在するので、これらを導入することが考えられる。そして、金銭制裁についても、数額式、倍率式などの設定方式が存在する。過料の金額の設定を豊富にさせることがよいのではないか。

機能不全について、手続上の原因も存在する。そして、事前及び事後の十分な手続保障は国民の権利保護に対して重要である。したがって、権利保護と義務履行効率のバランスを考えながら、諸制度の賦課手続、執行手続と救済を統一的に把握しなければならない。裁判所が非訟事件手続法に基づき過料を課すことは、義務履行確保の観点からも権利救済の観点からも問題があると考えられる。さらに、手続保障に留意しつつ、行政制裁の簡易賦課、現場徴収などの簡易手続にも注目すべきである。

本稿は、中国の行政処罰制度を研究した上で、日本法との比較研究を行うものである。行政上の義務違反に対する制裁というカテゴリーの合理性、刑罰濫用、機能不全などの問題に対して、中国法との比較により、答えを提出する試みを行った。そして、過料、課徴金、加算税の対象と刑罰の対象の区別などの問題を提出したが、紙幅と主題の制限で詳しく分析しなかった。なお、日本法から中国の行政処罰制度を検討することもできるが、これが日本法に対する意味が少ないので、別稿で検討するのが適切だと考える。そして、日中両国以外、他の国の義務履行確保に関する先行研究が多く存在しているが、具体的な義務と一般的な義務の角度から改めて分析することも有意義ではないかと思われる。

- (1) 田中利幸「行政と刑事制裁」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 2 行政過程』（有斐閣、1984）269頁参照。
- (2) 市橋克哉「日本の行政処罰法制」名古屋大学法政論集第149号（1993）110頁参照。
- (3) 宇賀克也『行政法概説 I』（有斐閣、第五版、2013）248頁参照。
- (4) 金如根「中国における行政処罰制度の法的研究（一）」名古屋大学法政論集200号（2004）184頁参照。
- (5) 本稿は、行政処罰と刑罰を区別するために、引用文を除いて、行政処罰の場合「課す」という文言を使い、刑罰の場合「科す」という文言を使う。
- (6) 応松年主編『行政法与行政訴訟法学』（法律出版社、第二版、2009）221頁。
- (7) 具体的行政行為の意味について、金・前掲注（4）178頁参照。

- (8) 葉陵陵「中国における治安管理处罰法の制定と行政処罰法制度の改革」熊本法学112号(2007)113頁以下参照。
- (9) 金如根「中国における行政処罰制度の法的研究(三)」名古屋大学法政論集211号(2006)186頁以下参照。
- (10) 「行政処罰法」第24条により、「当事者の同一の違法行為に対して、二回以上の過料を課してはならない」
- (11) 応松年主編、章劍生副主編『行政処罰法教程』(法律出版社、2012)12頁参照；江必新「論応受行政処罰行為的構成要件」法律適用1996年第6期3頁参照。
- (12) 応・前掲注(11)12頁参照；江・前掲注(11)3頁参照。
- (13) 応・前掲注(11)19頁参照。
- (14) 孫秋楠「受行政処罰行為的構成要件」中国法学1992年第6期48頁参照；江・前掲注(11)6頁参照。
- (15) 応・前掲注(11)18頁参照；江・前掲注(11)4頁参照。
- (16) ここでいう「設定」の意味は「制定」である。中国の行政処罰法は、「設定」という文言を使っているので、ここでも「設定」を使う。
- (17) 「通報批評」を規定する個別法は存在するが、その定義や手続に関する法的規定があまり存在しない。実務上、通報批評と公表のやり方はほぼ同じである。
- (18) 応・前掲注(11)66頁参照。
- (19) 「行政許可法」第8条第2項により、「行政許可の依拠する法律、法規、規章が改正または廃止、もしくは、行政許可の依拠とする客観状況が激しく変化する場合、公共利益のために、行政機関は法によって、発効した行政許可を変更または撤回することができる」。
- (20) ちなみに、中国「刑法」は、管制、拘役、有期懲役、無期懲役、死刑を主刑として定め、罰金、政治権利の剥奪、財産の没収を付加刑として定めている。管制とは、犯罪者を刑事施設に拘置しないが、その自由を一定の程度で制限する刑罰である。拘役とは、犯罪者の自由を短期間制限し(1~6ヶ月)、労働を強制する刑罰である。
- (21) 中国の行政処罰法が使う文言は「罰款」である。日本の先行研究では、「罰款」を「過料」として訳したことが多いので、本稿も「過料」という文言を使う。
- (22) 徐向華、郭清梅「行政処罰中罰款数額の設定方式—以上海市地方性法規為例」法学研究2006年第6期90頁以下参照。
- (23) 概括式過料について、政令、省令または行政規則が過料金額の確定方法を具体的に定める場合が多い。

- (24) 地方性法規は日本法の「条例」にあたる。
- (25) 閻銳「行政処罰罰款設定普遍化研究」行政法學研究2005年第2期64頁参照。
- (26) 徐・前掲注(22) 94頁以下参照。
- (27) 宓・前掲注(11) 76頁参照。
- (28) 葉平、陳昌雄「行政処罰中の違法所得研究」中國法學2006年第1期109頁参照。
- (29) 肖沢晟「違法所得的構成要件与数額認定—以内幕交易為例」行政法學研究2013年第4期55頁以下参照。
- (30) 葉・前掲注(28) 115頁参照。
- (31) 汪家元「行政処罰中の『違法所得』認定探究—基於相關判例的整理与研究」安徽行政學院學報2015年第2期90頁以下参照。
- (32) 塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、第六版、2015）191頁。
- (33) 柳硯濤「論拳擊以明重在行政処罰中的應用」政治与法律2015年第8期62頁以下参照。
- (34) 「刑事訴訟法」第82条。
- (35) 「民事訴訟法」第110条から第115条、「刑事訴訟法」第194条、「行政訴訟法」第59条。
- (36) 公安機関と性質が類似する国家安全機関も課することができる。
- (37) 「治安管理処罰法」16条により、「二種以上の治安管理に違反する行為を行う場合、分別に決定し、合併に執行する。行政拘留を合併に執行する場合、二十日を超えてはならない」。
- (38) 「行政処罰法」第28条により、「違反行為が犯罪を構成し、人民法院が拘役や有期徒刑を科そうとするとき、行政機関がすでに違反者に行政拘留を課している場合には、当該拘留の期間を刑期に算入しなければならない」。
- (39) 胡建森「其他行政処罰若干問題研究」法學研究2005年第1期70頁の注2参照。ちょっと古いデータであるが、この論文により、「行政処罰法」が制定された1996年に、「その他の行政処罰」の種類は120に達した。
- (40) 胡・前掲注(39) 79頁参照。
- (41) 「立法法」（2000年）、「行政許可法」（2003年）、「行政強制法」（2011年）が定める権限分担の内容は「行政処罰法」と首尾一貫である。
- (42) 行政法規を含め、中国の行政立法には、職権立法と授權立法という二つの種類があり、職権立法について、法律の授權が必要ではない。張勇『中国行政法の生成と展開』（信山社、1996）38—41頁参照。
- (43) 中国では、三種類の「市」がある。直轄市は省と同じレベルであり、地級市は省の下、県の上のレベルであり、県級市は県と同じレベルである。

- (44) 地級市の地方性法規の制定権について、「立法法」が改正される前に、一部の地級市だけが地方性法規を設定できた。2015年に改正された「立法法」は、すべての地級市の地方性法規の設定権を認めた。ただし、設定できる分野に対する制限を加えた。つまり、地級市は、都市と農村の建設・管理、環境保護、歴史文化保護等事項について、地方性法規を設定できる。なお、改正する前に設定された他の分野の地方性法規は引き続き有効である。
- (45) 本条が規定する地方政府規章の制定主体は改正前の「立法法」と同様である。「立法法」の改正によって、本条も改正すべきと思われる。
- (46) 金如根「中国における行政処罰制度の法的研究(二)」名古屋大学法政論集205号(2004) 89頁。
- (47) 金・前掲注(46) 94-95頁参照。
- (48) 刑法第三百五十八条、第三百五十九条は売春に関する犯罪であり、懲役、罰金と財産没収を定める。
- (49) 「最高人民法院、最高人民檢察院の窃盜刑事案件を処理する場合の法律適用に関する若干問題の解釈」の第1条によって、「数額が比較的に高い」とは、千元ないし三千元以上である。
- (50) 金・前掲注(46) 98頁。
- (51) 行政法学の論述について、章劍生「違反行政法義務的法律責任：在行政処罰与刑罰之間」行政法学研究2011年第2期19頁参照；刑法学者の論述について、陳興良「論行政処罰与刑罰的關係」中国法学1992年第4期31頁参照。
- (52) 章・前掲注(51) 19頁参照。
- (53) 章・前掲注(51) 19頁以下参照；練育強「行刑銜接視野下的一事不再罰原則反思」政治与法律2007年第1期125-126頁参照。
- (54) 吳高盛編『中華人民共和國行政処罰法釈義及実用指南』（中国民主法制出版社、2015）71頁。
- (55) この問題における詳細な分析について、応松年ほか編『当代中国行政法』（中国方正出版社、第二版、2016）1454頁以下参照。
- (56) 章・前掲注(51) 21頁参照。
- (57) 金・前掲注(4) 182頁参照。
- (58) 章・前掲注(51) 21頁参照。
- (59) 応・前掲注(55) 1493頁以下参照。
- (60) 張沢濤「行政違法行為被犯罪化处理的程統控制」中国法学2018年第5期198頁以

下参照。

- (61) 最高人民法院「關於在司法期間對當事人開增值專用發票立案之後刑事判決之前，稅務機關又以同一事實以偷稅為由對同一當事人能否作出行政處罰問題的答復」。
- (62) 練育強「行刑銜接中的行政執法邊界研究」中国法学2016年第2期第238頁以下参照。
- (63) 「最高人民法院『刑事訴訟法』の執行に関する司法解釈」第65条参照。
- (64) 章・前掲注(51) 23頁参照。
- (65) 応・前掲注(11) 193頁参照。
- (66) 応・前掲注(11) 204頁参照。
- (67) 指導性案例第6号：黄沢富等訴金堂工商行政管理局行政処罰案。
- (68) 朱芒「行政処罰聽證制度的功能—以上海市聽證制度為例」法学研究2003年第5期81頁参照。
- (69) 朱・前掲注(68) 85頁参照。
- (70) 朱・前掲注(68) 89頁参照。
- (71) たとえば、杭州市2005年から2007年の執行案件のうち、9割は裁判所執行案件である。鄭琦「基層行政機關申請人民法院強制執行具體行政行為面臨的問題與對策研究」行政法學研究2009年第1期96頁参照。日本の先行研究について、上拂耕成「中国の行政強制法について—行政の法治化の観点から」アドミニストレーション第19巻第2号(2013) 41頁以下。
- (72) 応・前掲注(11) 225頁参照。
- (73) 朱繼萍、王麟「從自罰自収到罰収分離：制度變遷的分析與思考」法律科學1999年第2期48頁参照。
- (74) 鄭・前掲注(71) 97頁以下参照。
- (75) 「最高人民法院の『中華人民共和國行政訴訟法』の適用に関する解釈」第12条第3号。
- (76) 耿宝建「行政処罰案件司法審查的数据變化と疑難問題」行政法學研究2017年第3期3頁参照。
- (77) 耿・前掲注(76) 3頁以下参照。
- (78) なお、「違法帰責主義」以外に、違法性も必要ない「結果責任主義」も存在している。姜明安主編『行政法与行政訴訟法』（北京大学出版社、高等教育出版社、第六版、2015年）555頁以下参照。日本の先行研究について、張・前掲注(42) 278—279頁参照。
- (79) 姜・前掲注(78) 556頁参照。

- (80) 応・前掲注 (55) 1561頁参照。
- (81) 最近、日本法を参照し、「義務履行確保」または「実効性確保」という概念を提出した研究が現れた。たとえば、王天華「行政行為執行力的觀念及其消彌—我國行政義務実効性確保手段研究之芻議」当代法学2014年第5期42頁；王貴松「經濟誘導措置与行政法的実効性保障—以社会扶養費為分析对象」当代法学2015年第2期12頁。これは日本留学の背景がある学者たちが提出した概念であり、用語や意味は統一的ではなく、中国行政法の主流とはいえないと思われる。
- (82) ちなみに、完全な行政強制執行制度が存在するので、刑罰は具体的な義務の実効性を確保する手法として利用されることは多くない。
- (83) 北村喜宣ほか編『行政代執行の理論と実際』（ぎょうせい、2015）31頁参照（中原茂樹執筆）。
- (84) 広岡隆『行政代執行法』（有斐閣、1970）50頁。
- (85) 新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法3条8項参照。
- (86) 学校施設の確保に関する政令21条参照。砂防法36条参照。
- (87) 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013）21頁。
- (88) 法律上の義務を直接に執行できる例として挙げられるのが、火薬類取締法第22条である。しかし、この条文の文言からして、義務者や義務の内容は必ずしも明確ではない。なお、この条文に違反する行為について、罰則が定められている（第60条第1号）。同じように廃棄義務を規定する法令として、未成年者飲酒禁止法第3条は「行政ノ処分ヲ以テ之ヲ没収シ又ハ廃棄」と定めるのに対して、火薬類取締法第22条は処分を規定していない。立法者は、この条文の実効性確保については、そもそも刑罰に任せて、代執行を考慮しなかった可能性も存在する。
- (89) 広岡・前掲注 (84) 1頁。
- (90) 市村光恵『行政法原理』（宝文館、第六版、1916）190頁参照。
- (91) 宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第五版、2013）239頁以下参照。
- (92) 北村喜宣「行政罰・強制金」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』（有斐閣、2008）135頁。
- (93) 市橋克哉「行政法上のエンフォースメント—行政上の秩序罰制度改革について：手続法の観点から」法律時報85巻12号（2013）33頁。
- (94) 独占禁止法第97条「排除措置命令に違反したものは、五十万円以下の過料に処する。ただし、その行為につき刑を科するべきときは、この限りでない」。
- (95) 市橋・前掲注 (93) 33頁。

- (96) 碓井光明「地方公共団体の科す過料に関する考察」明治大学法科大学院論集16号（2015）59頁参照。
- (97) 碓井・前掲注（96）69頁以下参照。
- (98) 美濃部達吉『行政法撮要上巻』（有斐閣、第四版、1933）213頁参照。
- (99) 田中二郎『新版行政法上巻』（弘文堂、全訂第2版、1988）168頁（本書の初版は1954年に出版された）。
- (100) 塩野宏「『行政強制』論の意義と限界一序にかえて」ジュリスト増刊行政強制（1977）7頁参照。
- (101) 1986年の公法学会では、高木光教授は「実効性確保」をテーマとして報告を行った。高木光「実効性確保」公法研究49号（1987）187頁。
- (102) 高木光『技術基準と行政手続』（弘文堂、1995）99頁参照。
- (103) 高木・前掲注（101）186頁。
- (104) 高木・前掲注（101）187頁。
- (105) 曾和俊文「法執行システム論の変遷と行政法理論」公法研究65号（2003）219頁参照。
- (106) この捉え方は中国法との比較の結果であるが、日本でも、これに近い構造を主張する学者がいた。市村・前掲注（90）183頁以下は、「法規及処分ノ維持」という章を設け、「法規ノ維持」と「処分ノ維持」を分けた。そして、法規の維持について、処罰が考えられるのに対して、処分の維持について、代執行などの行政上の強制執行が備えられる。「法規ノ維持」と「処分ノ維持」という分け方は本稿の「一般的な義務」と「具体的な義務」と同じだと思われる。すなわち、法規の維持は一般的な義務の履行確保であり、処分の維持は具体的な義務の履行確保である。なお、市村光恵の二分法に関する説明、須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018）40-41頁参照。
- (107) 最高裁昭和41年12月27日大法廷決定民集20巻10号2279頁。
- (108) ただし、機能論上の意義はまだ存在する。
- (109) 市橋・前掲注（93）33頁。
- (110) 課徴金、加算税などは具体的な義務を担保する制度ではない。
- (111) 中国、ドイツの制度を見ても、具体的な義務の履行を確保する制度は主に行政上の強制執行制度と行政刑罰である。従って、この点について、日本は制度が不備で異例であるわけではない。
- (112) このような主張、たとえば西津成信『間接行政強制制度の研究』（信山社、2006

- 年) 40頁参照。
- (113) 塩野・前掲注(32) 274頁参照；市橋・前掲注(93) 37頁参照。
- (114) 戦後と比べ、課徴金や加算税などの行政上の措置が存在しなかった戦前の制度は本物の刑罰中心主義だといえる。
- (115) 高山佳奈子「行政制裁法の課題—総説」法律時報85巻12号(2013) 4頁。
- (116) 北村・前掲注(92) 134頁参照。
- (117) 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017) 14頁参照。
- (118) 戦後日本でも、このような傾向がある。条例・規則における過料の活用は一例である。
- (119) 田中・前掲注(1) 269頁参照。
- (120) ドイツでは、機能的な司法、刑事負担の軽減という理念の下で、軽微な犯罪行為が秩序違反へ転換することが存在する。田中・前掲注(117) 181頁参照。
- (121) 西津・前掲注(112) 56頁参照。
- (122) 築紫圭一「環境法執行と行政制裁」法律時報85巻12号(2013) 8頁。
- (123) 行政刑罰、過料の機能不全の理由は複雑である。宇賀・前掲注(91) 242、248頁参照。
- (124) 宇賀・前掲注(91) 239頁以下参照。
- (125) 課徴金の裁量性を肯定する見解は存在している。中原茂樹「景品表示法上の課徴金について」宇賀克也、交告尚史編『現代行政法の構造と展開』(有斐閣、2016) 803参照。
- (126) 最高裁の判断(最大判昭和41年12月27日民集20巻10号2279頁)によれば、非訟事件手続法に基づき過料を課す手続は違憲ではない。しかし、憲法の適正手続の要請に違反しないということは手続が充実していることを意味しない。最低限とする憲法の要求を達しても、十分な手続があるとはいえない。
- (127) 山田洋「事前手続と事後手続」磯部力ほか編『行政法の新構想Ⅱ』(有斐閣、2008年) 233頁。
- (128) 宇賀・前掲注(91) 252頁参照。
- (129) たとえば、「安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例」。

(おう・めいてつ 東北大学大学院博士後期課程)