行政上之義務履行確保制度
－日本行政秩序罰制度之改革：從程序法之觀點

演講者／市橋克哉　譯者／林美鳳

譯者按：本文係日本國立名古屋大學市橋克哉教授（理事兼副校長），應國立政治大學法學院公法學中心邀請，參與2015年6月國際師資交流活動（教育部頂大計畫：法學院特色發展計畫）之演講稿件，原刊載於日本法律時報85卷12號（2013年），作者長年研究行政法、地方自治法制、俄羅斯法。本文不僅介紹日本最近行政秩序罰改革相關議論，也從裁罰程序之人權保障觀點，引進歐洲人權法院判決基準，分析檢討日本最近行政秩序罰制度改革，以及獨占禁止法課徵金繳納命令程序相關修正之內容，為國內少見以國際行政法觀點作分析檢討之論文。

壹 前言

現行日本行政上義務履行確保不具有實效性，在二次世界大戰後日本國憲法規定，行政上義務履行確保以行政代執行制度及行政刑罰制度為主要手段。但是，目前二者均陷於機能不彰。因此，重新構築具有實效性之行政上義務履行確保制度，而有制度改革或主張理論再構成[1]等之提起。特別是在中央法律幾乎不允許地方自治團體自行採取各種行政上義務履行確保手段下，使得地方公共自治團體受到很大之限制[2]。

再者，最近在行政管制鬆綁等行政改革下，使行政產生重大變化。從「事前預防型行政」轉變成「事後查核型行政」。其結果，對於未曾受到注意之義務履行確保制度，受到很大的關注[3]。

日本國憲法下，行政上義務履行確保之法制度係以法院為中心，採取司法程序為基礎[4]。因此，於此一現狀認識下，關於行政上義務履行確保之制度設計，當然以法院為核心，採取司法執行程序為基礎，亦即應為「強化司法權方向」之改革論[5]。但是，不僅此種戰後主要潮流之強化司法權方向，亦有以擴充行政程序為方向，討論行政上義務履行確保制度改革，亦即逐漸「強化行政權方向」之改革，上述為最近改革之新特徵[6]。

貳 行政秩序罰制度

一、問題所在

與強化司法權改革之方向並行，最近重新登場者為強化行政程序之行政上義務履行確保改革；換言之，強化行政權方向之改革，其代表例為行政秩序罰制度之改革，以下就此為檢討。

二、活用行政秩序罰

強化行政權方向改革論中，應注意者為，到目前為止幾乎很少被注意到之行政秩序罰。二次世界大戰後，不僅是行政罰，行政上義務履行確保之全體法制度，立法政策係以行政刑罰為基礎。其結果，另一種行政罰之行政秩序罰，長久以來，僅在妨礙間接行政目的達成之情形下才會被利用，例如：對於怠於申報、通知、登記、登錄等義務之行政犯為制裁，係在非常限定之範圍內使用[7]。因而，在日本雖有行政秩序罰制度之存在，但是其與設有行政罰之國家有很大不同；一般設有行政罰國家，其行政犯中很大部分係從刑事罰非犯罪化（decriminalization）而來，其改以行政秩序罰為對應處理之結果，此為日本與其他各國制度之根本不同[8]。

惟最近地方自治法修正，地方自治團體首長得訂定自治規則課處罰鍰（過料）之上限，提高到五萬圓以下（地方自治法第15條第2項）；不僅是刑罰，罰鍰如為五萬圓以下，亦明示得以自治條例訂之（地方自治法第14條第3項）。在上述條文規定下，越來越多地方自治團體，為了取締亂丟空罐、煙蒂或於道路抽煙等與居民生活息息相關之違反行為，在自治條例中以罰鍰規定來處罰之（例如：名古屋安心安全舒適社區營造自治條例第12條）。或者，中央政府也在2004年修正道路交通法，不僅對於違反停車之駕駛，對於其雇主，公安委員會亦得以繳納命令（納付命令）之方式，課處以「違反停車金」為名稱之罰鍰（道路交通法第51條之4）。

觀察此類新罰鍰制度可知，舊的罰鍰係對於違反申報義務等，妨礙間接行政目的之達成而處罰。新的罰鍰係對於直接侵害行政目的之違反義務者為處罰。長年以來之立法政策，對於如同輕犯罪法般之輕微義務違反，通常以刑罰來對應處理，最近也開始產生變化，可見到脫刑罰化與秩序罰化同時進行之傾向[9]。

參 最近關於行政秩序罰課處程序改革論

法律規定之罰鍰，以地方法院之非訟事件程序（非訟事件程序法第119條）課處之，係以非對審、非公開之即時抗告及特別抗告程序為之；這樣的程序是否符合憲法上受裁判之權利保障，有學者認為其違反憲法第32條及82條規定[10]。對於違反法律之罰鍰，為了保障其有接受對審公開裁判之權利，應修正非訟事件程序法，對於地方法院之決定有不服時，得依行政事件訴訟法規定，對於該決定提起撤銷之訴等提議[11]。如果此一改革可以實現，地方自治團體首長所課處之罰鍰決定，可為訴願或提起撤銷訴訟（地方自治法第255條之3第2項）；對於依法律由中央行政機關所課處之罰鍰決定，也開啟提起行政訴訟之途徑。如此一來，日本行政秩序罰決定之事後爭訟程序，也統一依行政事件訴訟法規定提起撤銷之訴。

肆 行政秩序罰課處程序改革論之比較法定位—「歐亞（Eurasia）大陸型」、「歐洲型」與「美國型」

關於課處程序之改革，行政秩序罰之課處，先以行政處分之「決定」，而以行政程序為之。對於該「決定」，亦即行政處分有不服時，作為爭訟程序，採取撤銷訴訟。此一程序，從比較法來看，中國、舊蘇聯各國以及台灣等，係採相同之程序。在日本，主張採用此一程序者，並沒有意識到其意味著，以所謂「歐亞大陸型」而範疇化之程序，日本也將採用而成為其中之一員。

在此，轉移目光至歐洲之相同制度，例如：德國秩序違反法，違反者對於罰鍰告知為聲明異議時，事件被送至法院，其程序並非採取撤銷訴訟等之行政訴訟程序，而係與刑事簡易訴訟相同，為對於略式命令之聲明異議，因此準用刑事訴訟程序。又，歐洲人權法院之一連串判決中，例如：1984年2月21日在CASE OF ÖZTÜRK v. GERMANY案件中，作了以下判決，認為：雖然有「非犯罪化」的傾向，但就算是減輕，只要是以制裁來懲罰並抑制違反行為，其本質即屬於「刑事領域」，其程序應受刑

（文轉三版）

註釋

1. 有認為現行行政上義務履行確保制度處於執行效能不彰之狀態者，參照，北村喜宣『行政の実効性確保』（有斐閣、2008年）、西津正信『間接行政制度の研究』（信山社、2006年）。又，提出以制度改革為方向之「立法・行政改革提案」，參照，西津正信『行政規制執行改革論』（信山社、2012年）21頁以下。關於行政上義務履行制度及其變化，參照曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2011年）1頁以下。
2. 最近整理分析地方自治團體之實務狀況文獻，日本都市センター『行政上の義務履行確保等に関する調査研究報告書』（日本都市センター、2006年）
3. 參照「特集　規制緩和社会における制裁の役割」ジュリスト1228号（2002年）25頁以下所收錄之各論文。
4. 例如：參照，塩野宏『行政法I　行政法総論〔第5版〕』（有斐閣、2009年）221頁以下。以田中二郎為首之多數行政法學者認為，明治憲法下之行政執行制度被廢止，基於日本國憲法精神（旨趣）為依據而作為「佔領政策」之結果，以法院司法執行作為中心之制度，形成於二次大戰後（參照，田中二郎『行政法総論』（有斐閣、1957年）383頁以下）。與此點相關聯，應記起過去室井力教授所言，縱使有實定法為根據之現代代執行制度及強制徵收制度，「在作為各個行政機關可自力為強制執行之根據上，立法政策上未必有充分之理由。必須就行政領域、行政機關、行政處分之內容、程序、義務人之權利利益性質等予以個別檢討後，僅在作為例外措施時，對於某一行政處分，承認其有執行力」。（室井力『現代行政法の原理』（勁草書房、1973年）52頁）。此乃因，室井教授從根本提出問題，認為各行政領域之個別具體上，縱使有法律根據，也應檢討其行政上強制執行之現行制度，是否妥當（行政執行制度個別暨実質否定説）。
5. 參照，拙稿「義務履行確保をめぐる司法権と行政権の相剋－行政法執行制度改革の方向性」紙野健二等編著『室井力先生追悼論文集　行政法の原理と展開』（法律文化社、2012年）38頁以下。
6. 參照，日本都市センター『行政上の業務履行確保等のあり方に関する提言』（同前揭註2報告書）8頁以下。該報告書不僅是到目前為止具有支配性之司法權強化方向，也採擴充行政上強制執行程序，亦即也明確提出行政權強化方向。
7. 參照，市橋克哉等著『アクチュアル行政法』（法律文化社、2010年）171頁以下（拙稿）。
8. 此種統一行政處罰法之例，例如：德國秩序違反法，可參照，国立国会図書館調査立法考査局『西ドイツ秩序違反法』（国立国会図書館、1980年）；中國行政處罰法（Law of the People's Republic of China on Administrative Penalty），參照，法律出版社法規中心編『行政法與社會法 Administrative Law and Social Law』（法律出版社、2004年）；ロシア行政法違反法典（2002年）。
9. 川出敏裕「行政罰の現状と課題」（前揭註2報告書所收）72頁以下；作為代替行政刑罰，而轉用或活用罰鍰，請參照，北村喜宣「行政罰・強制金」磯部力、小早川光郎、芝池義一編『行政法の新構想 II 行政作用・行政手続・行政情報法』（有斐閣、2008年）148頁以下。
10. 參照，宇賀克也『行政法概説 I 行政法総論〔第4版〕』（有斐閣、2011年）249頁。
11. 參照，前揭註6，報告書第34頁以下。
12. CASE OF ÖZTÜRK v. GERMANY, Judgement of 21 February 1984，http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-57553#{"itemid":["001-57553"]}（最終確認，2013/10/06），本判決認為：①違反行為不拘泥於其國內法之分類係「刑事領域」或其他（行政上）領域之形式上分類；②從違反行為之性質與③處罰目的及其嚴格性，使用「恩格爾基準（Engel Criteria）」（其先例，CASE OF ENGEL AND OTHERS v. THE NETHERLANDS, JUDGMENT of 8 June 1976, http://hudoc.

JUDICIAL 司法 復 刊 詞 稿 費 請 領 辦 法
四、院網站。
五、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。
JUDICIAL 司法 訂 閱 辦 法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院

（文接二版）

事事件之公正裁判權利保障，而有適用歐洲人權公約第6條之規定。縱以行政決定向法院提起訴訟為理由，其「刑事領域」之權利，例如：無罪推定原則、免費法庭通譯保障等，對於違反秩序之被告（嫌疑人），不得剝奪之[12]。

由此一歐洲人權法院判決可以理解，對於行政秩序罰課處決定所為之爭訟程序，「歐洲型」並非如同「歐亞大陸型」般，採取非訟程序或行政訴訟程序，而係要求須依刑事訴訟程序為之。對於行政秩序罰之「決定」，不承認其處分性。因此，該「決定」係以不具公定力或執行力之「通知」，而定位其效力。因而，如為爭訟時，即失去其效力，必須重新依刑事訴訟程序，由法院作出秩序罰之課處決定。

又，「美國型」對於行政上秩序罰之課處「決定」，也不承認其處分性，非以裁判程序，而係以近於準司法程序之行政審判，由AIJ（行政法審判官）之審決，進行罰鍰課處決定（所謂事前審查型審判方式）。2005年修正前之日本獨占禁止法（獨占禁止與公平交易法）第54條之2所規定之課徵金繳納命令程序，為近於此種制度之採用[13]。

伍 以「歐亞大陸型」為目標之獨占禁止法改革

不過，關於獨占禁止法之課徵金繳納命令程序，最近脫離「美國型」，而處於制度變化進行中。其改革之結果，現行獨占禁止法下，課徵金繳納命令不因行政審判程序開始而失其效力。換言之，現行行政審判程序與「行政不服審查法（訴願法）」相同，變成請求撤銷之爭訟程序（所謂的「不服審查型之審判方式」）。日本最近之立法例，也許立法者沒有意識到，如果客觀觀察的話，係以從「美國型」轉換到「歐亞大陸型」之改革為目標。此一「歐亞大陸型」之改革，因為把行政秩序罰課處決定定位為「行政處分」，構築以行政程序所為行政上之實效性確保之法制度，在此點上，屬於強化行政權方向之改革。

但是，作為日本國憲法下之立法政策，應以依法院程序為行政上實效性確保之法制度改革。換言之，日本戰後係採取強化司法權方向為目標之改革，在此一立場下，對於秩序罰等課處程序為檢討修正，為相當重要之事。

行政秩序罰等課處程序之改革中，縱使係為了提高實效性而有改革之必要性，在上述立場下，行政秩序罰等之課處，應依刑事訴訟程序或行政審判程序為之，選擇以法院之決定或具準司法機能行政委員會之審決，作為行政上實效性確保之最終完結機制。換言之，行政秩序罰等之制度改革，希望其制度設計應是遵循「歐洲型」或「美國型」。此點，2007年提出之「獨占禁止法基本報告書」（2007年6月26日）中指出，維持目前現行行政不服審查方式為適當，但是，舊法所採取之事前審查型審判方式之採用亦為適當。此一想法之提出，在今日更值得注目，其乃因獨占禁止法修正草案中，廢止行政審判制度，改由東京地方法院對於課徵金繳納命令（行政處分）為不服審理（撤銷訴訟）制度（所謂通常處分型三審方式）。此一修正，正是前述以「歐亞大陸型」為目標之改革[14]。

陸 行政秩序罰之一般法－制定「行政處罰法」

更進一步，有別於目前為止以行政代執行及行政刑罰為主，而行政秩序罰作為例外之制度處理，最近提出之改革提案，確立了日本將以行政秩序罰與行政刑罰並立，而作為義務履行確保法制度之基本。為此，參考德國秩序違反法之實體要件與程序要件，而為統一體系化之行政秩序罰通則法，亦即謀求制定「行政處罰法」的意見，也重新登場。此一謀求制定「行政處罰法」之改革提案，把多數現行以行政刑罰科刑之違反行為「非犯罪化」，取代刑罰改以行政秩序罰課處；刑罰科罰對象之違反行為，僅限於侵害國民或住民之生命、身體安全或健康、財產等惡質行為，與行政刑罰改革一體為之，此為其構想之特徵[15]。

要制定出何種「行政處罰法」呢？目前仍在議論中。確實，與行政刑罰「非犯罪化」一起改革之結果，制定行政處罰法係妥當之改革。但是，以行政程序作為強化行政義務履行確保之法制度方向，換言之，完成前述所謂「歐亞型」改革，真的沒有問題嗎？首先，行政就握有對國民或住民得為懲罰之權力，但是行政是否會濫用，將會令人非常恐懼不安。二次世界大戰後，日本因為反省戰前侵害人權之歷史，以此為教訓，決定不將此種權力委由行政行使。立法政策基於此一日本國憲法理念，具有其歷史重要性，於議論制定「行政處罰法」時，也需要為充分考慮[16]。

其次，下面所揭示之歐洲狀況也有考量之必要。換言之，在俄羅斯、烏克蘭等舊蘇聯各國或東歐各國，從社會主義時代以來，有很長之歷史，其行政處罰制度有廣泛之適用範圍，並以行政程序為課處程序，即所謂「歐亞型」之歷史背景。而且，如同舊蘇聯各國等，其在舊社會主義時代大量使用此等行政處罰制度，導致其存在著具有刑罰以上之殘酷懲罰效果。但是，這些國家已加盟歐洲委員會（Council Europe），對於這些新加盟國家，歐洲委員會依據「關於行政制裁之建議（Recommendation No. R(91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions）」，要求此等國家必須進行行政處罰制度之改革[17]。此一建議，係對於長期以來採取「歐亞型」制度之俄羅斯等舊蘇聯各國或東歐各國，在加入歐洲委員會後，必須遵守「歐洲型」原則。日本最近對於包含東歐等之歐洲現狀，完全沒有意識，輕易地為了行政上之便宜，而轉向「歐亞型」之制度修正方向，可說是很多日本學者專家所未意識到之狀況。此一狀況，將使日本陷於連俄羅斯等國目前所致力於達成之「歐洲型」原則，也無法達成之狀況。日本對於自國之法制度定位，因日本之歷史背景上，主要受到德國與美國等之影響，比較上以此等特定歐美先進國之法制度為對象，並以此作為衡量基準，來判斷或評價本國法制度發展程度高低，是發展太慢還是有自我特色。但是在全球化與區域統合下，世界新動向中，為自我反省時，僅以歐美特定國家－換言之，僅關心所謂法領域上發展「領先集團」各國之法制度是不夠的。此等舊蘇聯或東歐等諸國，雖然是落後於日本，但在某些情形下，其改革比日本更早起跑，因此日本在議論制度改革時，也應注意與以前所謂「落後集團」各國間之距離。此點，行政法制度之比較研究中，採取以兩方面國家動向為「遠近複焦點觀察（bifocal approach）」之複眼型比較行政法研究，對於日本行政法進步係有必要的[18]。

柒 結論

將來如制定「歐亞型」行政處罰法，係轉換日本國憲法理念之立法政策；日本二次世界大戰後為了反省戰前人權侵害歷史，將其作為教訓，原則上行政上實效性確保，其權力不委由行政來行使。但是，以有別於目前為止以法院為司法執行程序之基礎，新誕生了行政上獨立自我完結之行政上實效性確保法制度。此為，把陷於機能不彰之行政上實效性確保法制度之問題，以整備強化行政程序，作為行政上實效性確保來解決。換言之，把強化行政權方向之改革作為解決方式。法院所為司法執行程序之基礎，強化司法權程序之改革，卻以強化行政權方向改革為終結，其將蘊藏著失敗的危險性。

日本現在某一種流行潮流下，正在修法往強化行政權方向為改革。但是，不應該如此輕易地改變吧！日本國憲法理念下之立法政策，有其歷史重要性，且在全球化時代下，「歐洲型」或「美國型」之行政上實效性確保法制度，正擴散於全球大規模區域中，對於此所具備之意義，有必要再為確認。行政上實效性確保法制度之領域中，不應僅以最近流行之議論或自己內國之觀點，應以自國歷史為依據而討論之，並立於全球化觀點。其中心應為，以法院司法執行程序為基礎，亦即強化司法權方向之改革論。

（演講者為名古屋大學理事兼副校長）
（譯者為政治大學法研所博士生）

註釋

echr.coe.int/eng?i=001-57479最終確認2013/10/06），而確定其屬於「刑事領域」。如制裁以懲罰來抑制違反行為，其本質上即屬於「刑事領域」制裁，刑事事件即有歐洲人權公約第6條規定之適用，應保障有受公平裁判之權利。又，東歐於市場經濟轉型後，關於其行政處罰，歐洲人權法院也重複作出同樣理由之判斷。例如：最新判決，對於反普丁派之西洋棋世界冠軍選手Gary Kasparov，依俄羅斯行政違反法典所為之羈押及罰鍰課處事件，CASE OF KASPAROV AND OTHERS v. RUSSIA, JUDGEMENT of October 2013, http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-126541（最終確認2013/10/06）。

13. 請參照，第24回獨占禁止法基本問題懇談會（2006年12月14日）中所提出，中川丈久「改正独占禁止法の審判手続に関するコメント」http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/archive/kaisaijokyo/mtng_21st/mtng_21-4.pdf（最終確認2013/10/06）。

14. 請參照，独占禁止法基本問題懇談会「独占禁止法基本問題報告書」23頁以下，http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/archive/kaisaijokyo/finalreport/body.pdf（最終確認2013/10/06），對於採取「通常行政處分型」三審方式之修正案，行政法研究者中多數為批判，並認為應採取事前審查型第一審相當方式（例如：常岡孝好『独禁法の排除措置命令・課徴金納付命令と審判手続きの在り方（下）ジュリスト1344号』（2007年）31頁以下，特別是38頁。又，經濟法研究者中，關於課徵金制度，也有多數學者著眼於違反行為之反社會性與反道德性，重視應報觀點，而認為其不該當於刑事制裁（例如：林秀弥「裁量型課徴金のあり方について」名古屋大學法政論集248号（2013年）241頁）。但是，此一主張，不待法命令禁止，就其行為自身即具有反社會性與反道德性之刑事犯，以及該行為無此一特質，僅因違反法命令禁止而為處罰之法定犯之間的差異，並不區別之（請參照，田中，前揭註4，407頁以下）。又，如採用前述「歐洲型」之「Engel 基準」而作判斷，其當然係「刑事制裁」。

15. 請參照，前揭註6，建議第34頁；川出，前揭註9論文第72頁；西津，前揭註1書，184頁以下。

16. 最近，也有主張，為了規範課處罰鍰程序而認為應制定「罰鍰程序法」。請參照，北村，前揭註9論文，149頁；宇賀，前揭註10書第251頁。此均批判現行法之罰鍰課處程序借用非訟事件程序法，主張應為改革，其似乎係以作為事前程序之行政程序法與作為事後程序之行政事件訴訟法來規範。

17. Recommendation No. R(91)1 of the Committee of Ministers to Member States on Administrative Sanctions.

18. 例如：Tom Ginsburg, *East Asian Regulatory Informalism: Implications for Post-Communist Countries*, in **Law And Informal Practice: The Post-Communist Experience** 187 (Denis J. Galligan and Marina Kurkchiyan eds. 2003)，從日本與韓國行政程序法對於官僚制之影響，分別比較檢討，就民主化與立憲改革觀點，韓國的改革成果較為值得重視。又複眼型之行政法進化，請參照，拙稿「行政法整備支援の『メタ理論』と比較行政法への示唆」法律時報82巻12号（2010年）110頁以下。

WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利刊出。二、本刊並歡迎一次刊出文章並將置司法周刊網站。三、本刊對來稿有加註說明；利用司法人。文後請加註參考。四、文章中的故事，以利參考。五、及法律名詞解釋的，以故事。六、不論院接受者，請加註說明；利出文章並將置司法周刊網站。
WEEKLY 周刊 每週出刊 訂閱 郵撥 帳號 4377 戶 司法周刊 定價400元 訂閱