

国土交通政策研究 第44号

客員研究官論文

行政強制における「対物」との視点からの
「ジュリスプリュデンス」
— 行政代執行の機能不全とアメリカ合衆国の
「対物」手続を手がかりに —

2005年1月

客員研究官 田村泰俊

(明治学院大学大学院法務職研究科教授)

(要旨)

我が国では、裁判規範的に法的問題を理解することが長く中心的課題とされてきたことは、否定し得ないが、既にある法制度を前提としその適用場面にものみ焦点を当てるのではなく、むしろ法手段の開発あるいは法制度設計という創造的場面への期待が高まっている。その一つの表現が、政策法学である。この政策法学的発想は、近年、自治体の「政策法務」論として一つの展開を見せているが、何も自治体のみにあるわけではなく、当然、国にもあり、法手段の開発は一つの国の政策法務にとっての重要な課題である。そこで、近代法的「人」に焦点を当てた法制度とは別に、むしろ「物」に焦点を当てた法手段の検討を、行政代執行法の機能不全との関係で試みしてみる。

行政代執行には、その機能不全や、代執行でカバーしきれない問題が存在する。その根本的理由は、我が国では、戦後、純粋な近代法の原理を確認する必要性が歴史的にあったが、そこで確認された法制度は、行政上の強制システムへの強い抑制的理解があったからに他ならない。そして、それが、高度に複雑化した現代社会の中で、特に国民・住民等保護目的から業者等へ行政がアクションを起こさざるを得ない三面関係という法律関係の中で、いわば有効な法手段を有しなくなったからに他ならない。

このような機能不全にもかかわらず、自治体の法制度設計に当たっては、他の手段・法手段の欠如から、結局、代執行に頼らざるを得ない現実がある。

行政代執行の機能不全は、その要因の一つとして「物」に対する執行でありながら「人」の要素による点にあるが、例えば、合衆国での行政権限による強制手続としての段階での「物」と「人」との分離という発想はわが国でも参考となる点が多い。

キーワード：政策法務、即時強制、代執行、対物手続、Administrative Forfeiture

Abstract

Though it is undeniable that in Japan it has long been regarded as a principal subject to interpret legal matters according to the judicial code, there is a growing expectation for a creative scene of developing legal measures or designing a legal system rather than focusing only on each application case based on the existing legal system. Policy jurisprudence is one such expression, and in recent years, this idea has been incorporated as “Policy Judicial Affairs” theory in municipalities. This concept, however, should be applied not only to the cases in municipalities but also to the entire nation, thus, the development of legal measures is an important task for the national policy judicial affairs. Now, rather than a legal system which focuses on “persons” as stipulated by the modern law, examination of legal measures focusing rather on “things” should hereby be tried in conjunction with the dysfunction of administrative execution by proxy.

There exist some dysfunctions and problems that will not be sufficiently covered via execution by proxy in the administrative execution by proxy. The fundamental reason derives from the fact that while there was the necessity to confirm the principle of pure modern law after the war in Japan, there was a strongly inhibited understanding toward compulsory administrative systems that were witnessed in the legal system. And by the same token, in highly complex modern society this cause shall be found in the situation where effective legal measures were lacking in the three-sided legal relationship that left administrations with no choice other than taking actions against the business entities concerned especially for the purpose of protection of the nation.

Despite these dysfunctions, there is the reality that they will eventually have to resort to execution by proxy in designing legal systems for municipalities because any other means or legal measures are insufficient.

Dysfunction in the administrative execution by proxy is partly caused by the element of “persons”, while the execution is conducted toward “things.” There are many examples which could serve as good references for Japan, such as the concept of separation of “things” and “persons” adopted in the stage of compulsory execution by the administrative authority in the United States.

Keywords: administrative legal affairs, immediate compulsion, execution by proxy, formalities in rem, Administrative Forfeiture

目 次

第1章	本稿の視点－政策法学的視点の必要－	1
第2章	行政代執行法の機能不全	3
第3章	代執行等による法制度と現状の確認 －プレジャー・ボート対策での法手法を例として－	5
1.	政策法務の視点からの問題の所在	5
2.	横浜市条例－即時強制の利用例	6
3.	広島県条例－代執行の利用例	8
第4章	代執行の法的性格と運用の実態	11
1.	代執行の法的性格	11
2.	代執行法運用の分析	11
(1)	東京都中野区の事例	11
(2)	岡山市の事例	12
(3)	小括	14
第5章	アメリカの対物手続	15
1.	アメリカにおける「行政権」による強制手続	15
2.	Administrative Forfeiture の概要	16
3.	Administrative Forfeiture と裁判所の「ジュリスディクション」喪失の法理	19
4.	remission の申立制度及び Bond 制度	21
5.	刑事手続との関係	22
6.	小括	22
第6章	課題と展望	23
	参考文献	
	参考資料	

第 1 章

本稿の視点－政策法学的視点の必要－

第1章 本稿の視点—政策法学的視点の必要—

わが国では、裁判規範的に法的問題を理解することが長く中心的課題とされてきたことは、否定し得ないように思われてならない¹。そして、それは、すぐれて「近代法的」法の視点であったことも、これまた否定し得ないであろう。そして、この近代的な「法」の理解は、「司法」での適用場面を中心に法を見るので、そこでの法は既に存在する実定法及びそこでの法的手段に、必然的にその焦点が当てられることとなる。

しかし、現代のすなわちポスト・モダンの高度に複雑化した社会においては、既にある法制度を前提としその適用場面にもみ焦点を当てるのではなく、むしろ法手段の開発あるいは法制度設計という創造的場面への期待が高まっている。その一つの表現が、政策法学であると言ってよいであろう。もちろん、そこでの政策法学、がその内容としていかなるものを盛り込んでいるのかには様々な議論がありうるであろう²。だが、その中に、新たな法手法やそれを支える論理の開発がその内容として含まれていることには異論はないのではないかと思われる。

さて、この政策法学的発想は、近年、自治体の「政策法務」論として一つの展開を見せたことは周知の事実であろう³。そして、それは、わが国での政策法学の発展という視点から、十分に評価されてしかるべきものである。

一方、阿部泰隆教授が指摘されているように、「政策法務」は何も自治体のみにあるわけではなく、当然、国にもあるわけである⁴。さて、そのような意味で、国の政策法務に期待すべき内容も、これまた当然に種々様々なものがあるであろう。その中で、筆者は、法手法の開発は一つの国の政策法務にとっての重要な課題ではないかと思われてならない。

そこで、本稿では、近代法的「人」に焦点を当てた法制度とは別に、むしろ「物」に焦点を当てた法手法の検討を、行政代執行法の機能不全との関係で試みてみることにしたい。

¹ 例えば、著名な朝日訴訟最高裁判所判決（最（大）判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁）では、いわゆるプログラム規定説が判示され、この理解への批判が強かったことは周知の事実であろう。そして、そのような意味では、憲法訴訟論の隆盛は、裁判規範的憲法論を基礎として展開されたことも、これまた当然の方向性であったと言えよう。しかし、朝日訴訟を例とした場合、憲法訴訟論的理解からその後の判例理論も含め批判的アプローチを加えることは当然としても、現実の実務的な視点として（それゆえ筆者もプログラム規定説を是としているわけではない）、判決理論を前提とせざるを得ない状況で、生活保護法等の具体的な社会補償関連法令の法制度設計や解釈による打開策が十分に検討されてきたのか疑問を持たざるを得ない。筆者は、このような典型例を考えてみた場合、政策的法のアプローチが現代において必須の検討課題であると考えている。

このような政策法学的アプローチの実例を最近の例に求めれば、宝塚市パチンコ条例事件最高裁判所判決（これについては、学界からの批判が多いことは周知のこのように思われる）を前提として、それでは自治体はどう対応すべきかについて論じている、阿部(2003a)p.4。

² このような政策法学の多様性については、最近、その一つの到達点を示していると思われる、政策法務研究会（編集代表 鈴木康夫）(2003)。また、北村喜宣教授は、「政策法学ライブラリィ・刊行に当たって2001年6月」で、「政策法学ライブラリィ」は、新たな志向を持つ研究者・実務家に門戸を開く。確立した学問的成果があるわけではない。方法論も定まっていない」（信山社。なお、この文章はこのシリーズすべてに附されているので刊行年は掲記しない）と述べられ、政策法学の多様性を指摘されている。

³ 代表的文献として、阿部(1993)；同(1999)；北村(1999)；同(2002)。

⁴ 阿部教授は「政策法務といわゆる自治体法務との異同を論ずる向きがあるが…（略）…政策法務は、自治体からの政策法務や訴訟法務を排除する趣旨ではない（阿部(1996)はしがき p.iii）」と述べられ、「政策法務」のコンセプトは、国・自治体双方を含むことを示されている。

第 2 章

行政代執行法の機能不全

第2章 行政代執行法の機能不全

2002年のいわゆる宝塚パチンコ条例事件（最（3小）判平成14年7月9日民集56巻6号1134頁）について、原田尚彦名誉教授は、そのテキストの最新版で、その判決論理に、次のような強い批判を行っている。すなわち、「行政側からの出訴を法律上の争訟にあたらず、絶対に許されないとするのは疑問である。司法国家の原点に立ち戻って原理的に再検討する必要がある」と指摘されている。

このような強い指摘が出る理由は、自治体はその条例違反に対し、行政代執行が利用できない場合、いわゆる司法的執行によらざるを得ないが、判例理論ではこの道をふさいでしまったことによると考えてよいであろう⁵。

すなわち、行政代執行には、その機能不全や、代執行でカバーしきれない問題が存在するわけである。この機能不全やカバーしきれない問題を起こしている根本的理由は、わが国では、戦後、純粋な近代法の原理を確認する必要性が歴史的にあったが、そこで確認された法制度は、行政上の強制システムへの強い抑制的理解があったからに他ならない。そして、それが、高度に複雑化した現代社会の中で、特に国民・住民等保護目的から業者等へ行政がアクションを起こさざるを得ない三面関係⁷という法律関係の中で、いわば有効な法手法を有しなくなったからに他ならない⁸。

そして、この機能不全の問題を、よく具体的に分析を加えられているのが大橋洋一教授であろう。そこで、具体的に大橋教授の指摘を見てみることにしよう。

まず、大橋教授は、建築基準法での法運用を例に、福井秀夫教授のデータ⁹を引用して「例えば建築基準法違反の建築物1万5268件に対して、是正指導が1万4097件、措置命令が1164件と、行政指導による対応が圧倒的である。さらに興味深いことは、措置命令に

⁵ 原田(2004)p.223。また、同様に、塩野宏名誉教授のテキストの最新版でも、法律上の争訟につき、最高裁判所判決は「法律上の争訟は本来、私権の保護に限定されることを前提としている…(略)…このように片面的に把握することに根本の問題があるとともに、仮にそのような理解に立ったとしても、なお、わが国の行政上の義務履行確保制度の歴史的、比較法的考察を十分行うならば、現行法が行政主体による民事訴訟の利用可能性を認めているという結論を導き出すことができるものと解されるのであって、その意味で本件最高裁判決は…(略)…戦後のわが国の行政上の強制執行体制の展開の意義に全く理解を示さないものである」(塩野(2003)p.198)と述べられている。また、本最高裁判所判決について批判的に検討を加えている重要な文献として、阿部(2003b)p.155。

なお、その他の文献については本件についての筆者の評釈、田村(2004a)p.126以下を参照されたい。なお、この評釈後、村上裕章・民商法雑誌第128巻第2号32頁以下(2003年)に接した。この村上評釈では、調査官の学説引用の誤りにつき阿部教授の分析と同様の立場を採っているが、他に、一般論として「行政権の主体」性に主にその分析を向けている(村上(2003)pp.39-43)ように思われてならない。しかし、むしろそれは判決の言う「法律上の争訟」との関係で論ずべきではないかと考える。もちろん、筆者は、一般論を学術論文として判例を題材に展開することはむしろ望ましいことだと考えており、その意味では村上評釈で論じられている内容の理論的水準はその高さを認める。しかし、評釈は、むしろ裁判所の判断そのものの分析だと考えるので、あえて上記の指摘を行うこととした。

別の局面ではあるが、筆者の判例評釈方法論についての文献として、田村(2004b)。

⁶ 阿部(2003b)p.155

⁷ この法関係を「三面的利害調整モデル」として構成されている、阿部(1997)p.37。多極間モデルとする、大橋(2001)p.15。

⁸ このような理解につき、田村編(2003)p.15。

⁹ 福井(1996)p.206以下。なお、1996年当時と異なり、産業廃棄物の不法投棄に対しては、代執行が積極的に利用されるケースが増加しているであろう。ただ、一般的傾向としては、当時のデータも参考となるであろう。

より是正されない場合でも代執行が用いられることは極めて少なく、年間 0～3 件程度にとどまる。誇張していえば、代執行は違反件数に対し何万分の一といった程度の利用率にとどまる¹⁰と実務での現状をその前提として実証されている。そして、その前提の上に立ち、代執行の機能不全について、三つの主要な原因を摘示されている。それは、第一に、代執行を実際に行う場合の「行政事務量の膨大性」、第二に、「代執行により生じる摩擦を公務員が回避する傾向」、第三に、「費用徴収が十分にできないという予算上の理由」¹¹を具体的に掲げておられる。

さらに、筆者は、以上の大橋教授の摘示された原因以外にも様々なものが考えられると思う。その中からアット・ランダムに取り上げてみよう。

例えば、建築基準法を例にとれば、実体法にもそもそも原因が存在することが考えられる。筆者が、筆者が自治体の行政実務家に行ったヒアリングによれば¹²、建築基準法の改正の歴史それ自体が多くの不適合建物を生み出しているのです、実体法自体の手当てがむしろ必要ではないかとの指摘が実務家サイドにはあるという事実である¹³。そこには、不適合建物も、実際にはその存続を認めざるを得ないという現実が、特に、大都市部では認められ、ましてその種の建物への代執行は考えにくいという現状があろう。

また、もう一つの代執行の機能不全の例を示せば、代執行は、義務者という「人」に焦点を当てた法制度となっている点であろう。そもそも、代執行は、義務者以外の第三者でも対応可能な「物」に対する法手法であるとの性格が強い。しかし、実務においては、現実の人の抵抗や、實際上、代執行をしづらい対象人物の所有者であるとの理由から代執行をなしえない場合がしばしば生ずると言われる。

さて、以上のような機能不全にもかかわらず、自治体の法制度設計に当たっては、他の手段・法手法の欠如から、結局、代執行に頼らざるを得ない現実がある。次に、その現実を、最近の例から見てみることにしたい。

¹⁰ 大橋(2001)p.409。

¹¹ 大橋(2001)p.410。なお、ここで大橋教授は、宮崎(1990)p.299 以下を引用されている。また、これに関連し、筆者が建築基準法関係の自治体行政実務家へ行ったヒアリングでは、代執行の経験者の中で、「二度とやりたくない」という本音が多く聞かれた。

¹² ヒアリングの性格上、対象者、発言者の氏名等は掲記することはできないことをお断りしておきたい。

¹³ このような事態は、老朽化した建築物の建て替えの際に生じ易いであろう。

第 3 章

代執行等による法制度と現状の確認
—プレジャー・ボート対策での法手法を例として—

第3章 代執行等による法制度と現状の確認 —プレジャー・ボート対策での法手法を例として—

1. 政策法務の視点からの問題の所在

さて、本稿は、既に述べたように政策法学的側面から法手法について検討を加えようとするものだが、その意味からも、政策法務の視点から、代執行等に頼る（あるいはそうせざるを得ない）わが国の法制度の現実を、ここで確認しておくこととしたい。そして、その具体例として、プレジャー・ボートの不法係留対策をその例としてみたい¹⁴。

そこで、その前提として、この種の問題が生じる現実（政策事実¹⁵）を見てみよう。

まず、具体的数値を、既に報告されている資料¹⁶から引用してみることにしたい。例えば、横浜市では、いわゆる放置艇としてのプレジャー・ボート数は、1993年3月時点での調査によれば、1,454隻にのぼっていると報告されている¹⁷。また、1996年における代表的な上位10県レベルでの数値の報告として、広島県17,066隻、静岡県9,231隻、岡山県8,132隻、長崎県7,085隻、神奈川県3,805隻、兵庫県6,786隻、愛知県5,464隻、愛媛県5,467隻、香川県3,634隻、和歌山県5,416隻であり、プレジャー・ボート総数に占める放置艇のパーセンテージは、上記それぞれの県におおいて、89.2%、74.4%、68.5%、61.6%、36.9%、67.2%、67.2%、73.3%、53.3%、83.9%との高いパーセンテージ示しており、全国では、138,194隻の放置艇があり、同様のパーセンテージとして66.6%と報告されている¹⁸。

さて、以上のような実情から生じる具体的問題として、ある新聞の社説は「①多数の集積による航行船舶や漁業活動の阻害、②係留場所の私物化・利権化、③洪水、高潮時の流出や管理不行き届きによる船の流出、④都市景観上の問題、⑤利用者の不法駐車や騒音、ゴミ、油の投棄による環境問題」¹⁹を指摘している。また、その外、河川において、1991年には台風により放置艇が防波堤を損傷し、「危険管理上も問題」²⁰とも指摘されている他、「浚渫や護岸改修等の工事の障害」²¹なども指摘されている。

さて、以上のような政策事実を踏まえた上で、代表的自治体の政策法務的な取組みと、国の法システムを、本稿に必要な限りにおいて概観することにより、政策目的の実効性確保手段として代執行等に頼る傾向が強い点と、その機能不全的傾向を示してみることとしたい。

¹⁴ プレジャー・ボート対策については、阿部(2003c)pp.93-94では、課税手法とデポジット手法という金銭上の手法が提言されており、筆者も代執行によるより、阿部教授の提言のほうが、より有効であると考え。

¹⁵ 「政策事実」とのコンセプトは、松下(2002)p.180以下によっている。

筆者は、政策法務では計画手法等もあるので、「立法事実」とのコンセプトでは狭いと考え、この「政策事実」というコンセプトを利用している。

¹⁶ 財団法人自治研修協会(2003)。

¹⁷ 財団法人自治研修協会(2003)p.21。

¹⁸ 財団法人自治研修協会(2003)p.49。

¹⁹ 中国新聞1997年4月21日、財団法人自治研修協会(2003)p.53。

²⁰ 財団法人自治研修協会(2003)p.50。

²¹ 財団法人自治研修協会(2003)p.22。

2. 横浜市条例—即時強制の利用例

まず、即時強制²²の利用を試みた事例として「横浜市船舶の放置防止に関する条例」(1995年条例第26号)の必要部分を概観するとともに、これが争点とされた裁判例も紹介してみることにしたい。

まず、この条例の関係部分の法システムは、8条で、放置の禁止義務を課し、9条で、指導、勧告に加え8条での義務違反者に対し係留施設等への移動命令を規定している。そして、10条では、次のように規定している。すなわち「市長は、所有者等が前条第1項の規定による指導若しくは勧告若しくは命令に従わない場合…(略)…第1条の目的を達成するため必要な限度において、当該職員に、当該船舶をあらかじめ市長が定めた場所に移動させることができる」と定めている。なお、それに続く12条では、移動の告示後、「その所有者等に当該船舶を返還するために必要な措置を講じなければならない」とし、13条では、所有者等からの費用徴収を定めている。

以上の手順のフローから、この条例での法システムは、以下のように法的に位置付けることが可能であろう。

第一に、この条例上の法システムは、即時強制としての法的性格を有する。

第二に、とはいえ、義務者に代わり行政による義務の実現、費用徴収とのフローは、行政代執行と共通の要素を有し(それゆえ、後に示すように訴訟で争われることとなった)、本稿の代執行の機能不全との関心からも参考となる。

第三に、それゆえ、代執行と同様に、まさしく義務者という「人」に焦点を当てている。

次に、この条例は、その制定後訴訟により争われることとなった。その事実は、移動通知を受けた原告が、通知の無効確認及び予備的請求としてその取消を求めたというものだった。横浜市地裁平成12年9月27日判決²³は、以下のように判示した。

すなわち、「4 本件条例との行政強制法体系との抵触の有無(争点2)。(一)原告らは、本件条例に定める船舶の移動手続は行政代執行法等に違反し違法である旨主張する。(二)(1)本件条例は、船舶の放置の禁止を定め(8条)、違反した所有者等に対し被告が指導、勧告又は命令をすることができ(9条)、この措置に従わない場合には、被告がこれを移動させることができる(10条)としており、行政上の不作為義務の一般的設定、その違反に対する原状回復の履行要請又はその作為義務の個別的設定、右の履行要請又は作為義務違反に対する行政上の強制について定めているということができる。(2)次に、右の放置船舶に対する移動に関し、法令がどのような対応をしているかを見ると、該当する個別の規定はなく、行政上の義務の履行一般について定めた法律として行政代執行法がある。そして行政代執行法は、行政上の義務の履行に関しては、別に法律で定めるものを除いては、この法律(行政代執行法)の定めるところによらし(1条)、代替的作為義務についての代執行の手続一般を定めるほかは、特別の規定を設けていない。そして、右一条という別の法律の定めとして本件との関係があると思われるものは、開発保全航路における船舶の放置の禁止に関する港湾法43条の8第1項、右の違反者に対する原状回復等の監督処分に関する同法56条の4第1項1号イ、河川法上の河川における船舶の放置の禁止(河川法23条)、その違反者に対する原状回復等の監督処分に関する同法75条1項等である(ほかに下水道法38条1項)。ところで、以上の行政代執行法を中心とした法令上の規定は、行政上の義務がある場合に関するものであり、行政上の義務の履行を前提としない行政上の強制については何ら触れていない。しかし、行政上の義務を課す時間的余裕もないほど緊急である場合において、公益的見地から、私人の身体財産に直接実力を加え、行政がその目的を達成する必要が認められるときもあるので、少なくとも法令の規定がある限り、

²² 即時強制については、代表的説明として、原田(2004)p.230

²³ 判例自治217号p.69。なお、本件評釈として、柘植一郎・新井幹人(判例自治225号)p.13以下。

これを認めるのが相当であり、行政代執行法がこれを禁止していると解するのは相当ではない。現に、例えば、「消防吏員又は消防団員は、消化若しくは延焼の防止又は人命の救助のための必要があるときは、火災が発生せんとし、又は発生した消防対象物及びこれらのものの在る土地を使用し、処分し又はその使用を制限することができる。」(消防法 29 条)との規定が設けられているのであり、これに基づき義務の履行を前提としないで行政上の強制が加えられるものである。これは、講学上の即時強制と呼ばれるものである。ただし、放置船舶について即時強制を定めた個別の法令上の規定はない。(3)放置船舶の移動をどのような方法で実現するかという面で見たとときに、右のように本件条例と法令の定め方には異動があるわけであるが、このような場合の両者の関係についても、前記 1 の条例と法令との関係に関する考え方を踏まえることが必要である。そこで右の見地から検討するに、まず、行政代執行法は、その規定(1 条)ぶりからすると、私人に対する強制的な義務の履行手段の持つ重大性及び措置を誤った場合の損害の大きさなどの性質に照らし、行政代執行法か他の個別法律の規定によらなければ、行政上の義務の履行の強制はできないことを原則とする旨を定めていると解するのが相当である。そこで、仮に本件に即して、放置船舶に対する移動措置を行政代執行法の手続に則って行うことができないかを検討すると、代替的作為義務とその違反についての監督処分に関する規定を条例に設け(行政代執行法 2 条が作為義務の根拠法規には条例を含むとしているから、このようにすれば、代執行は可能となる。本件条例 9 条 1 項の命令は、これに該当すると解する余地がある。)、その後行政代執行法 3 条に定める戒告と代執行令書による通知をもって代執行をすることができると考えられるが、そもそも船舶の一時的移動についての執行を可能とすることが目的であり、私人に対する影響の必ずしも大きいものではないこと、そのため行政代執行法の手続によるまでの慎重さを求める必要が乏しく、反対にそこまでの手続を要求するとかえって時間と経費の無駄になるといった問題があると考えられる。そこで、次に即時強制との関係を検討すると、行政上の義務を前提としない行政上の即時行政については、法令だけが根拠となる旨を明示的に定めた規定もない上、即時強制といわれるものの性質からしても、法令ではなく、条例を根拠にしてこれを行うことがおよそできないというものではないと解される。そうすると、少なくとも次のような要件を満たす場合には、条例に放置船舶に対する措置について規定を設けることも許されると解するのが相当である。すなわち、関係する法律に放置船舶に対する即時強制に関する規定はないけれども、地域に固有の問題に対処するための制度を設ける必要性が高いこと、船舶の一時的移動についての執行を可能とすることだけを目的とし、私人に対する影響の必ずしも大きいものとはしないこと、そのため行政代執行の手続によるまでの慎重さを求める必要が乏しく、反対にそこまでの手続を要求するとかえって時間と経費の無駄になること、移動措置の方法としては、法令が他の場合に設けている即時強制の制度に準じた手段によること、以上のような要件が満たされるならば、例外的に条例により移動措置に関する規定を定めることもできるというべきである。(4)このような観点から本件条例を見ると、本件条例の定めは、放置船舶に対する措置であり、その目的は自治法で定める自治体の事務を実現するためであり、近時のプレジャーボートの増大に対処するためにその必要性が高いものであること、このような場合に適用できる規定は関係する法律には定められていないこと、本件条例が定める措置は放置船舶の一時的な移動であり、それによる私人の財産的な損失は船舶の一時的な使用不能と移動費用の支払であって、重大な財産的な損失とまでは必ずしもいえないこと、放置船舶の移動を行政代執行法による手続で処理することは不必要に煩瑣であるという面があること、本件条例の定める執行手続きの内容は、指導、勧告又は命令を発した後にこれに応じない者の船舶について移動措置を講ずるというもので、履行要請を事前に行うことを要件としたいわゆる即時強制の方法であり、法令が個別に定めている即時強制の制度あるいはそれに準じたものということができること、これらを総合すると、本件条例の定める移動措置の内容及び手続が行政強制の法体系に抵触して許されないというのは相当で

はない。また、本件条例は、移動措置を講ずる前に指導、勧告又は命令を発することとされており、かつ、前記のとおりこれらを行政処分として裁判上争うことができると解するので、本件条例に定める移動措置は、事前の履行要請（と場合によっては司法判断）の時間を予定する分、高度の緊急性に欠ける面があるとはいえる。通常、即時強制が予定される場合というのは、高度の緊急性があり、履行要請を課している余裕もないという場合であると思われるが、少しでも余裕があるときには、まず履行要請等を課すべきであって、いきなり即時強制を実施するのを避けることはむしろ望ましいことである。また、移動措置（即時強制）の前にその要件として履行要請を介在させても、緊急性の高い事案においては履行要請に引き続き直ちに移動措置を実施することもできるので、適宜な措置が採ることができなくなるというおそれはない。したがって、本件条例の定める制度は、緊急性がないのに即時強制を認めるものとの非難を受けるほどのものではなく、また本来行政代執行法の手続に従って行うべきものを潜脱したとの非難を受けるほどのものでもないというべきである。」

さて、以上のように、この裁判例は、本条例の法システムを合法としている。この点は、現在のわが国の法制度を考えた場合、例えば、消防法 29 条での家屋の倒壊や、道路交通法 51 条での違法駐車でのレッカー移動などに照らせば、判旨の言うように、違法とまでは言えないであろう。しかし、即時強制は、原田尚彦名誉教授の著名なテキストの定義を借りれば、それは「なんらかの予告もしないで、いきなり行政機関が有形力（実力）を行使」²⁴するものであるから、本条例のように、実務運用上まず指導や勧告がある（例えば、神奈川新聞 1997 年 10 月 28 日は「指導に従わない放置船舶が依然多いことから、本年度内に船舶放置防止条例による強制移動に踏み切る方針を決めた」と報じている）場合、本質論として即時強制と完全に位置付けられるのかには、なお疑問があるのではないかと考えられる。現に、横浜市では、「指導文書・勧告文書」により一定の期限を置いていることが報告されているし²⁵、そもそも 12 条で移動の告示も規定されている。

そこで、むしろ新しい法理論や法制度設計（本稿で後に述べるように、むしろ「人」ではなく「物」自体に焦点を当てるなど）を考えてみるべきであろう。

加えて、2002 年に出された報告書では、その時点までで 6 回の強制移動²⁶のみとなり、費用負担の問題の外、技術上の理由などから一部水域での実施にならざるを得ないとの指摘もある²⁷。

確かに、条例制定前よりは、違法係留は減少したことは²⁸政策法務の視点からは評価されるとしても、一方で、ここで見たように、行政代執行の機能不全と同様のあるいは共通の現象や要素を見つけることができるのも、これまた忘れられてはならないように思われる。

3. 広島県条例一代執行の利用例

広島県では、「プレジャーボートの係留保管の適正化に関する条例」（1998 年）を見てみよう。

広島県は、繫留されているプレジャーボート数が、当時の運輸省、水産庁、建設省の平成 8 年の合同調査によれば、19,131 隻で全国一位となっており、その中での放置艇の割合は、89.2%となっている²⁹。そして、政策事実としては、平成 9 年 2 月に出された広島県

²⁴ 原田(2004)p.230。

²⁵ 横浜市港湾局放置船舶指導担当(2002)p.33

²⁶ 横浜市港湾局放置船舶指導担当(2002)p.33

²⁷ 神奈川新聞 1997 年 10 月 28 日

²⁸ 横浜市港湾局放置船舶指導担当(2002)p.32

²⁹ 財団法人自治研修協会(2003)p.49。

放置艇対策あり方検討会「プレジャーボートの放置防止のあり方に係る報告」によれば、次のような事実に求められている。すなわち、「河川の流水阻害、高潮や洪水災害の助長、航路障害…（略）…油流水による水質汚濁…（略）…護岸の損傷」³⁰が指摘されている。つまり、環境・安全性の保持に集約されていると評価しうるであろう。

また、公物法的視点からも、³¹次のような指摘もなされていた。それは、「河川などの公共水面は市民共有の財産であり、広く市民に利用されるべきものである。それを特定の個人が長期にわたり、成り行きで占有することは、もはや許されない。」³²という指摘なのである。最近の公物法理論では、本稿注 27) 文献に代表されるように、環境法的視点も加え公物管理の意味をかなり広く捉えるので、このようにいわば公共性からの指摘は重要である。

それでは、このような政策事実に支えられた広島県条例は、特に本稿の視点からの関連では、どのような法システムとなっているのだろうか。

まず、条例 12 条では、11 条での知事の指定した「重点放置禁止区域」を受けて、その地区に、プレジャーボートが放置されている場合、知事は「当該プレジャーボートの所有者等に対し、プレジャーボートを係留保管施設等に移動するよう指導し、若しくは勧告し、又は命じることができる」とし、13 条では「前条の命令を受けた者がその措置を履行しない場合における代執行に関しては、行政代執行（昭和 23 年法律第 43 号）の定めるところによる」としている。また、14 条では、この代執行手続に関連する公告等の定めがある。さらに同条では簡易代執行の規定を置いている。

この法システムは、河川法、港湾法、漁港法での、代執行、簡易代執行との法システムとほぼ同様のものとなっている。

ところで、広島県条例は、この強制的法システムの他に、第 4 条で、県の責務として、係留保管施設の整備の促進を定めている。ところで、その後のこの条例に対する関心は、むしろ、この保管施設の整備に向いているようである³³。それは、代執行と同様、まさに所有者等への「政策」に焦点を当てている法制度であり、代執行という法システムよりも「人」に焦点を当てた場合、採りやすい選択肢でもあろう。しかし、逆に、代執行の機能不全あるいは、それが選択しづらい法手法である点も、制定後の法運用は示しているようにも思われてならない。

そこで、以下、この代執行の法的性格の分析と運用の実体を見てみたい。横浜市条例も本来の即時強制と言えるのかどうかは疑問であり、本稿の目的からは代執行の分析で目的は達するものと思われる。

³⁰ 財団法人自治研修協会(2003)p.51。

³¹ 塩野宏教授は、公物法と環境との関係について、次のように指摘されている。それは、「公物法の成立過程においては、主たる対象は道路、河川、公園などであり、これらの当時の利用形態を前提とした物事態の管理が関心事項であった…（略）…しかし、時代が進展してくると、一方において、公のサービスの範囲が広がるにつれ、…（略）…利用形態の変化とともに、管理のあり方の関心の所在も変化してくるという現象が生ずる。とりわけ、公物の利用が公物の外の環境に強い影響を及ぼすようになると、もともとの公物法通則の下での法理では処理できないような問題も生ずる」（塩野(2001)p.273）と指摘されておられる。この指摘は、本稿の関心からも参考となる。

³² 中国新聞 1997 年 4 月 21 日（財団法人自治研修協会(2003)p.53）より引用。

³³ 例えば、朝日新聞 2002 年 5 月 25 日、財団法人自治研修協会(2003)pp.64-67。

第 4 章

代執行の法的性格と運用の実態

第4章 代執行の法的性格と運用の実態

1. 代執行の法的性格

ここでは、代執行の法的性格が、まさしく「人」すなわち義務者に焦点を当てた法制度であることを確認しておこう。

例えば、最近のわが国での代表的テキストを執筆しそこで代執行の機能不全にも言及される宇賀克也教授は、「代執行の要件は、代替的作為義務の不履行があることであるが、この代替的作為義務は、『法律（法律の委任に基づく命令、規則及び条例を含む。以下同じ。）により直接に命ぜられた行為』の場合と、『法律に基づき行政庁により命ぜられた行為』である」³⁴と述べられている。そして、これは、行政代執行法第2条が示す要件であるから、それは代執行の本質が、「小早川光郎教授が述べられているように、多くの法律が採る「一定の義務違反状態が存する場合に行政庁が義務者等に対し一定の是正措置をとるように命ずることができる」³⁵とするシステムと結びつくように、まさしく義務者としての「人」が前提とされている。なお、筆者は、後に見るように、「他の手段によってその履行を確保することが困難」「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」との代執行法2条の「実体要件」³⁶の認定も本来客観的判断になじむものでありながら、義務者としての「人」との相関関係でむしろ運用されているのではないかと見ているが、それは建築基準法等でこの客観要件を緩和しても³⁷、代執行にまで至るケースが例外中の例外であることから論証されるのではないかと考えている。そして、それはもちろん、「他の手段の不明確性」や代執行を行うのかどうか行政庁の「裁量」³⁸にまかされていることにも大きな要因はあるであろう。

ともあれ、最近は、「建築物の除却の場合であっても、それが義務者の意思に反するものであることは当然の前提であろうし、他方、建築物の明渡義務も、出入口を封鎖するとか、あるいは鍵を換えてしまうことで目的を達することができ、こうした行為自体は代替的であるから、従来の考え方は観念的に過ぎる」³⁹としていわば「代替性」の相対化を指摘する文献がいみじくも示しているように、代執行はまさしく「義務者の意思」すなわち「人」がその法制度の基礎にあるわけである。

2. 代執行法運用の分析

(1) 東京都中野区の事例

まず、行政代執行が、比較的うまく動いたケースを見てみることにしたい。その事例として、東京都中野区が、当時23区内で20年ぶりとなった違法建築物に対する代執行を採りあげてみることにしたい⁴⁰。

まず、中野区の報告書は、次のように述べている。それは「このたびの事例は、代執行が実施されたこと、全国的にも稀な建築物全部の除却であったこと、23区内においても代執行の実施は20年ぶりであったことなど、種々の点が区の内外において話題になり、関心呼んだ」⁴¹と報告し、まさしく、代執行は例外中の例外であること（機能不全であること）を指摘している。

³⁴ 宇賀(2004)p.182。

³⁵ 小早川(1999)p.240。

³⁶ 小早川(1999)p.240。

³⁷ 建築基準法では、昭和45年にこの二つの実体要件が、緩和された（荒編(1998)p.85-87）。

³⁸ この「不明確性」と「裁量性」の2つを指摘されているのは、植村(2000) p.141。

³⁹ 櫻井・橋本(2004)p.115。

⁴⁰ 東京都中野区環境建築部建築課監察係(1994)。

⁴¹ 東京都中野区環境建築部建築課監察係(1994)p.1。

事実の概要は、おおむね、次のようなものであった。この違反建築物は、建築確認申請においては専用住宅としてなされていたものの、現実には共同住宅であり、そのような工事が進められた。中野区は、1993年に入り施工者等への出頭要求等を行ったが、相手方の対応は、連絡もなく、また、施工者が変更され、工事現場も万能鋼板による約3メートルの仮囲いがなされるなどした。その後、再度、専用住宅としての計画図等が区に提出されたが、11月に再開された工事では、共同住宅としての建築工事が着々と進められた。そこで、1994年1月17日、区は工事停止命令書を出したが、これは無視され、標識も損壊され、その後の各種命令書も受領が拒否された。さらに、3月には工事中のこの建築物に施工関係者を入居させ、建築物完成後には不動産業者の仲介により一般賃借人を募集するなど中野区報告書によれば「挑戦的ともいえる行為」⁴²をとり続けた。

一方、本件では、警察との連携も、比較的スムーズに行われていることは注目すべきであろう（後に分析を加える岡山市のケース⁴³はこの点で相当手間取っている）。それは、代執行がスムーズに行くのかどうかは、筆者の分析によれば対象者たる「人」にかかっているという傾向があるが、公安委員会サイドの関心が高い「人」であれば、その協力を得やすいことが、そこに示されているからに他ならない。ともかくも、中野区のケースで、この点の経過を確認しておこう。中野区は、4月20日に、建築基準法及び東京都建築安全条例違反を理由に、建築主、施工者、設計者三者を警視庁中野警察署に告発した。これを受けて、6月7日以降、家宅捜索・現場検証など刑事手続が開始された。加えて、17日には警視庁と協議の上プレス発表が行われている⁴⁴。このように、中野区のケースにあっては、警察サイドとの協力がうまくなされているケースであると評価してよいように思われる。

なお、この代執行は、その期間として約20ヶ月を要したことが報告されている⁴⁵ほか、対象者が共同住宅への入居募集を行い、現実には11戸の入居があり、これの対策に「最も労力」が費やされたこと⁴⁶などが報告されている。これらの点は、建築基準法が代執行の要件をいわば緩めたからといって、この手続は極めて困難を有する点と、対象は共同住宅と言っても、結局は、この困難性は「人」を対象としていることから由来している面が大きいことも示しているように思われてならない⁴⁷。

（2）岡山市の事例

次に、最近公刊された、岡山市における、同市にとって「初めての経験」⁴⁸を見てみたい。このケースは、既に分析を加えた中野区のケースより、困難を伴ったケースととらえてよさそうである。その一つの証左として、この代執行に関しては、実にすべての一連の手続として「13年の歳月」が費やされたことが報告されている⁴⁹。

本件では、五階建ての違法建築物がその対象とされた。

本件の経過は、昭和63年に、元市議員からの通報に始まったが、この当時は、建築

⁴² この一連の経過は、東京都中野区環境建築部建築課監察係(1994)p2-4。

⁴³ 岡山市行政代執行研究会(2002)。

⁴⁴ 東京都中野区環境建築部建築課監察係(1994)pp.7-8。

⁴⁵ 東京都中野区環境建築部建築課監察係(1994)p.33。

⁴⁶ 東京都中野区環境建築部建築課監察係(1994)pp.28-29。

⁴⁷ なお、筆者のヒアリングによれば、東京都特別区内で、区が代執行の方針を決定したにもかかわらず、結局、代執行を行い得なかったケースで、それを行い得なかった主要な理由として、対象者たる「人」の情況（なお、この情況については、極めて微妙な問題もあるので省略する）が大きな要因を占めていたことを、その担当者からは報告を得ている。

⁴⁸ 岡山市代執行研究会(2002)はじめに。

⁴⁹ 岡山市代執行研究会(2002)はじめに。

確認を受けずに建築工事を行っているというものだった⁵⁰。工事中止の要請にもかかわらず、対象「者」は、まさに「聞く耳持たず」指導に従う意思も示されず、事情の聴取すら行い得ないまま 5 年も、その後、時間が経過することとなった⁵¹。このように、岡山市では、「行政指導の限界」を強く意識することとなり、代執行へその目が向けられることとなってゆく⁵²。このように、これらの経過はまさしく「対象物」の違法状態ではなく、「対象者」の状況によっていることを示していると分析結果を出してもよいのではないかと思われる。

なお、この間、平成 7 年 2 月には、この違法建築物に対し、食品衛生法 21 条 2 項による営業許可が与えられているという事実⁵³は、率直に言って、縦割り行政の姿と法システムの連携の欠如を感じざるを得ない。

ともあれ、この違法建築物では三階がダンスホール、二階がカラオケ喫茶として利用されるなど、違反者の行為はエスカレートすることとなってゆく⁵⁴。さて、本件では、行政指導の限界が強く意識されているわけだが、行政実務の通常フローとして、周知のように、「行政指導」⇒「措置命令」⇒「代執行」⁵⁵という「人」に向けた手続のフローとして構成されていることを、ここでも知ることができる。実は、そこにこそ、一連の手続が長期に及んでいる原因を見出し得るのではないだろうか。

さて、次に、中野区での事例の対比上の問題として、刑事上の告発という段階に焦点を当ててみよう。既に分析を加えたように、中野区のケースでは、比較的、うまく行ったケースであった。それに対し、岡山市のケースはどのような状況だったのだろうか。この点については、次のように報告されている。すなわち、「告発に先立つ警察側との協議を進めていく中で、刑事告発による行政義務の履行促進の効果を強調しすぎたためか、警察側に、市は行政命令の内容を間接的に警察の手を借りて実現させようと考えているのではないか、警察に市の下請け（建築物除却による原状回復措置）をさせようとしているのではないかと疑心を与えてしまい、告発についての理解をなかなか得ることができなかった」⁵⁶とされている。そして、警察側の協力の必要な実質的理由としては、「予想される執行妨害等」への対応⁵⁷があったとされる。これらの経過は、「人」に対する警察の助力の必要性という岡山市側の関心と、建築基準法・都市計画法違反という警察にとって関心の薄い対象「者（人）」の違反事実とのいわば関心の「ズレ」が両者の間に生じていると分析してよいのではないかと思われる。

ともかく、この市と警察の不協和音は、さらに続くことともなる。例えば、都市計画法等に立入調査権限の明文規定が欠如しているので「当該立入調査は、刑事告発に伴う警察側の現場検証の際、それに付随して行う予定にしていたが、警察側との調整がつかなかった」⁵⁸ので建築基準法 12 条 4 項に基づき市が単独で行うこととした（その背景には、違反建築物の構造上の理由から、建物の一部が建築基準法では除却の対象外となるため、全部除却を行うため、違反の根拠を建築基準法から都市計画法へ切り替えていたという事情がある。）⁵⁹

⁵⁰ 岡山市代執行研究会(2002) p.2。

⁵¹ 岡山市代執行研究会(2002) pp.3-4。

⁵² 岡山市代執行研究会(2002) pp.5-6。

⁵³ 岡山市代執行研究会(2002) p.6。

⁵⁴ 岡山市代執行研究会(2002) p.8。

⁵⁵ 田村編(2003)p.103 以下。

⁵⁶ 岡山市代執行研究会(2002) p.45。

⁵⁷ 岡山市代執行研究会(2002) p.46。

⁵⁸ 岡山市代執行研究会(2002) p.56。

⁵⁹ 岡山市代執行研究会(2002) p.16。

なお、建物内の保管動産の処分や費用徴収の問題⁶⁰は、代執行の機能不全という面では重要となるが、本稿での「対人」か「対物」かとの関心からはその点への本稿での分析は行わないこととしたい。

(3) 小括

以上、中野区及び岡山市のケースを概観し、若干の分析を政策法学的視点から加えてみた。

そこでは、代執行の現実的問題は、対象物に加え、対象者たる「人」の要素にかかっている部分がかんりのウェートを占めていることを知ることができた。

それは、代執行法自体の基本的構造⁶¹がまさしく「義務者」という「人」をベースにしているからに他ならない。

さて、筆者は、本稿を政策法学的視点から構成している。この政策法学的視点の一つの重要な関心として、「柔軟な発想」を挙げること⁶²に、それほど、異論はないものと思われる。

ところで、すでに検討を加えた代執行は、まさしく「物」に対する現実的な権限の行使となっている（「物」の移動・除却）。しかし、一方で、義務「者」の代わりにその履行をするとの法理論となってもいる。そこで、代執行の機能不全に対し法政策学的に法制度設計を考える場合、何とか「物」と「人」との分離をなしえないのかとの着眼点を設定しても、それほど、奇異な視点にはならないのではないかと思われる。そこで、本稿では、次に、この「物」と「人」との分離という視点から、そのような「分離」を法制度として有しているアメリカ法の法制度とその法運用に分析の手を進めてみることを試みたい。

ところで、わが国の比較法の一般的手法は、ほぼ同様の法的エリアから同種の法制度を選択し比較するという方法が採られる場合が多い。しかし、本稿では、柔軟な発想とともに法政策学的アプローチから、この比較法での一般的手法にはあまりこだわらないこととしたい。この点を、特にお断りした上で、次にアメリカでの「対物(in rem)」手続を検討してみよう。

⁶⁰ 岡山市代執行研究会(2002) p.124 以下。

⁶¹ なお、この点からの行政代執行法の制度・運用全体については、広岡(1981)参照。

⁶² この点を強調する文献として、阿部(2001)。

第 5 章

アメリカの対物手続

第5章 アメリカの対物手続

1. アメリカにおける「行政権」による強制手続

従来のがわが国での、アメリカでの行政強制制度の紹介は、いわゆる「司法的執行」すなわち、裁判関与手続による執行にその焦点が当てられてきたことは否めない⁶³。しかし、注 63) 文献のように⁶⁴アメリカでも、行政権自らによる強制制度は存在する⁶⁵。

本稿では、このアメリカにおける行政上の強制手続の中で、既に指摘した「物」と「人」との分離という法制度、すなわち、行政権による対物没収・追徴手続を分析してみることとしたい。

さて、この対物手続、特に行政権による手続(Administrative Forfeiture)に入る前に、以下の点を確認しておきたい。

それは、この「対物手続」たる没収・追徴制度に分析を加える前提として、まず、アメリカにおける行政上(すなわち裁判官関与手続を経ない)の強制・制裁手続の最近の位置付けの確認なのである。なぜなら、既に指摘したように、わが国ではアメリカでは「司法的執行」によるのであり、行政的執行には消極的であるとのイメージがほぼ定着していると考えられるからに他ならない。

しかし、最近では、アメリカでも、行政権自らの行政上の強制・制裁を積極的に採り入れる時代に入っていることは忘れられてはならないように思われる⁶⁶。

このような積極利用の事実を明らかにしているのが、西津政信氏の論文である⁶⁷。西津論文は、この点を次のように分析している。必要部分をそのまま引用しておきたい⁶⁸。すなわち、「シビルペナルティは、1960年代に環境規制法など各種の行政規制法において取り入れられるようになり、1972年12月には合衆国会議(Administrative Conference of the United States)が、このシビルペナルティについて、特に行政機関自ら賦課できるタイプのもを行政法規に積極的に導入するよう勧告している。この勧告においては、行政機関が自ら賦課できるシビルペナルティを導入すべき理由として、①年間に処理すべき違反事案の件数が多いこと、②(免許等の停止や剥奪などの処分に比べて、)より弊害が少なく穏やかな違反是正が可能であること、③迅速な強制措置の裁決が可能となること、④事案の処理において、行政機関の専門的知見が必要となることが多いこと、⑤行政機関ではなく裁判所が決定する「司法的執行によるべき法解釈などの法律問題が少ないこと、⑥司法的執行による場合よりも処分内容の標準化が可能であることなどが列挙されている。また、行政機関により賦課されるシビルペナルティについては、連邦行政手続法の行政聴聞(agency hearing)の機会を経て行政記録(record)に基づき決定されることが法律上要求されている正式裁決(formal adjudication)に際して採られるべき手続である証拠聴聞

⁶³ 小早川教授のテキストは、これを次のように説明している。すなわち「英米では、人の権利義務について決定し、義務の履行を強制することは、本来、裁判所の行うべき事柄であるとする、いわゆる司法的執行(Judicial enforcement)の原理が妥当し、したがって、行政上の義務に関しても、行政機関自らによる行政上の強制執行は例外的にしか認められない」(小早川(1999)pp.237-238)。

⁶⁴ 小早川(1999)p.238。

⁶⁵ 具体的には、田村編(2003)p.252。

⁶⁶ *See generally*, Colin s. Diver, *The Assessment and Mitigation of Civil Money Penalties by Federal Administrative Agencies*, 79 Colum. L. Rev. 1735 (1979)

⁶⁷ 西津(2004)

⁶⁸ この論文は修士論文として提出された文献なので現時点で公開されていない。しかし、今後のわが国の法制度設計上、重要な提言や情報を含んでいるので、西津の了解の下、そのまま同論文を引用する。この点は、以下注 71) で引用する行政強制のフローに関する図も同様である。

(evidentiary hearing)を採用することが推奨されている」⁶⁹と述べられている⁷⁰。加えて、西津氏は、この行政機関自らによる手続を、屋外広告物規制を例に図示している⁷¹。

ともあれ、このような行政機関による手続の例としての没収・追徴手続の分析に入りたい。

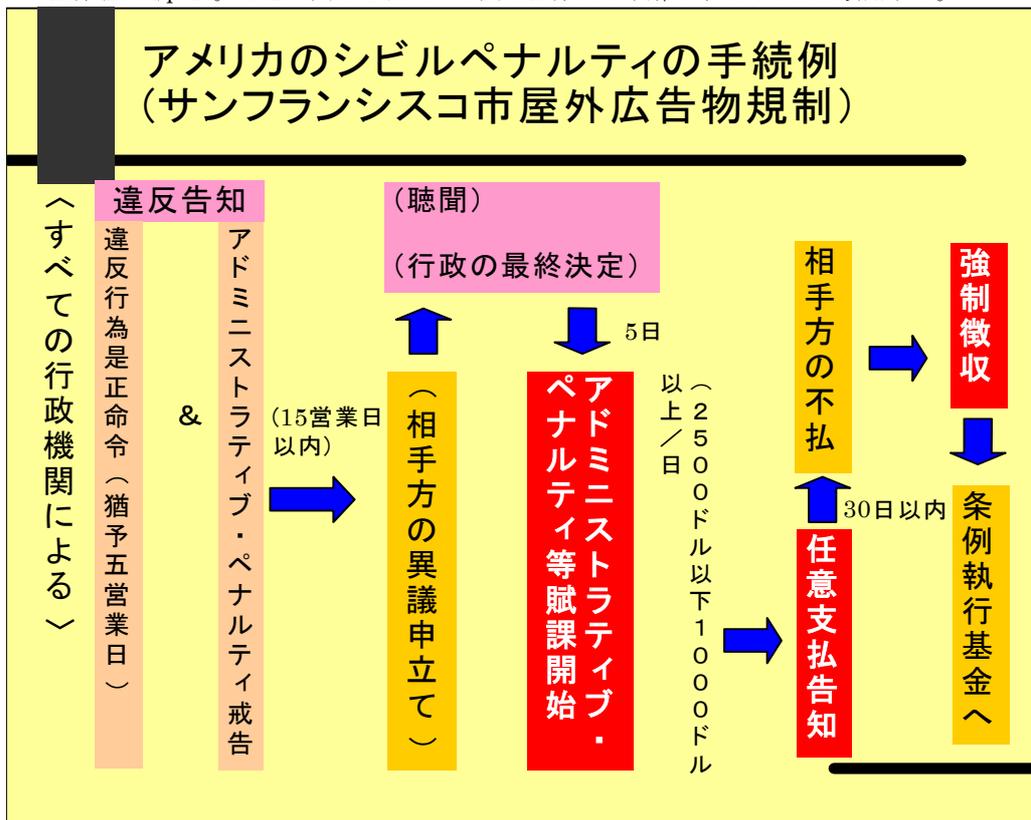
2. Administrative Forfeiture の概要

アメリカ合衆国における Forfeiture (なお、イギリスでは同様の法制度を Confiscation と呼ぶ。)とは、イギリス法以来の法制度なのである⁷²。この Forfeiture には、大別して刑事(criminal)と非刑事(民事・行政 Civil)の2つの手続がある⁷³。そして、この Civil すなわち民事・行政上の没収・追徴には、裁判官関与手続によるものと行政権自らによるものがあり、特に Administrative Forfeiture と呼んでいる。近年、この非刑事(民事・行政)没収・追徴は、合衆国内で行政の実効性確保手法として多く利用され注目を集めている⁷⁴。具体的には、既に 1990 年代初めには 100 を越える連邦法でこの非刑事手法が採用され、

⁶⁹ 西津(2004)p.47。西津論文の指摘する 1972 年勧告の原文は、本稿末に掲記する。

⁷⁰ この西津論文が引用する勧告は、*See Rec.72-6;"Civil Money Penalties as a sanction" 1C.F.R § 305.72-6.* である。

⁷¹ 西津(2004)p.49。そこで図示されている図を西津氏の了解の下でそのまま引用する。



⁷² この法制度一般については、渥美編(1998)p.121 以下；田村(2002)p.79 以下；田村(2003)p.237 以下。

⁷³ *See generally* Steven L.Kessler *Civil and Criminal Forfeiture:Federal and State Practice*, West Group 2001.

⁷⁴ *See generally* Project, *The Decriminalization of Administrative Law Penalties: Civil Remedies, Alternatives, Policy, and Constitutional Implications*, 45 Admi. L. Rev. 367, 388-389(1993)

強力な武器として利用されていると報告されている⁷⁵。歴史的には、この Civil の手続は旧約聖書やローマ法での 12 表法にもそのルーツは求められると言われる⁷⁶。しかし、現代のアメリカの法制度の直接の由来は、イギリスのコモン・ローでの Deo Dardum に求められ⁷⁷ている。その意味で、重罪の有罪判決に自動的に付随していた、Criminal (刑事) の没収・追徴とはその由来を異にしているとも指摘されている⁷⁸。

ともあれ、その後は長く、刑事没収は、アメリカでは、廃止され 1970 年の RICO 法⁷⁹で採用されるまであまり注目されることはなかった。

一方、Civil すなわち非刑事手続による没収・追徴は、比較的初期の段階から利用されてきたが、関税法の分野では、既に 1814 年の United States 1960 Bags of Coffee 398 事件⁸⁰でこの種の手続が争点とされていた⁸¹。

それでは、この Civil Forfeiture の法理論的な構成は、どのようになされているのだろうか。それは、次のように説明されてきている。すなわち一般論としては「非刑事没収・追徴は、我々のジュリスプリュデンスの中で、多くのフィクションに根拠を求めている」と⁸²。それでは、そのフィクションの具体的内容はどのようなものとなっているのだろうか。

それは、短的に言えば、「対物(in rem)」手続として構成されている(一方で、刑事没収・追徴は「対人(in personam)」とされる)。すなわち、著名な *The Palmyra*(1827)事件⁸³でのストーリー裁判官(Justice Story)の説明以来、それは「物自体の汚染」にその法理論は求められている⁸⁴。つまり、「人」ではなく「物」それ自体が「犯罪者」として「逮捕」されるとの構成を採っている⁸⁵。換言すれば、「人」と「物」とは分離され、「物」自体が違法であり、「人」の属性とは無関係なものとして構成されている。

さて、この Civil Forfeiture では、既に述べたように行政権自らによる Administrative Forfeiture が制度化されている。この種の没収・追徴を許容する主要な理由は、「手続に要する費用が低廉であり、かつ最大の効果をあげうる」⁸⁶点に求められている。

具体的には、司法省及び没収権限を有する行政庁により、50 万ドル以下の価値の「物」に対して、この種の手続が許容されている⁸⁷。没収対象物は、現金や運送手段などかなり広い(例外は不動産だが⁸⁸)、不動産も裁判官関与手続によれば、非刑事没収・追徴の対象

⁷⁵ *Id.*

⁷⁶ Steven L.Kessler,*supra* note69 at 1-4-1-5.

⁷⁷ O.Holmes,*The Common Law* at 1-38(1881) cited by Steven L.Kessler,*supra* note69 at 1-5n.7

⁷⁸ Steven L.Kessler,*supra* note69 at 1-7-1-8

⁷⁹ *Id.* at 1-8-1-9. RICO 法については、田村(2003b)。

⁸⁰ 12U.S.398(1814).

⁸¹ Steven L.Kessler,*supra* note69 at 8-8-8-9

⁸² *Id.* at 1-1.このように Jurisprudence として述べられている。この「ジュリスプリュデンス」は、そのコンセプトについて、わが国では誤解があるように思われてならない。このアメリカでのコンセプトは、「理論」と「実務上の法運用や要請」とが融合されたものであり「わが国での「法理学」「法哲学」との訳語では狭い(田村編(2003)p.440)。Forfeiture でも、フィクションとしての法理論ではあるけれども、そこには実務上の法運用の要請があることが示されていると言える。

⁸³ 25U.S.(12 wheat)1(1827).

⁸⁴ Steven L.Kessler,*supra* note69 at 8-9.

⁸⁵ *Id.* at 2-3-2-4.

⁸⁶ *Id.* at 6-2.

⁸⁷ *Id.* at 6-3.

⁸⁸ *Id.*

となり⁸⁹、Civilによる没収は「物」自体が違法として可能となることを忘れてはならない⁹⁰。この行政権による没収・追徴は、実に連邦の没収・追徴による収益の80%に上ると報告されている⁹¹。

最も頻繁にこの行政上の没収を利用しているのは、FBIの他、薬物関連(DEA)、税関(customs)、入国管理(IRS)、アルコール・タバコ・銃器関係(ATF)であると報告されている⁹²。ただ、Administrative ForfeitureやそもそもCivil Forfeitureはその対象がそれらに限られているのではなく、例えば、不道德な物(Immoral articles)⁹³などもその対象となっている⁹⁴。

それでは、その具体的な手続は、どのようになっているのであろうか。それは、大要、以下のような手続となっている。最近の裁判例に、その例を求めてみよう。その裁判例は、United States v. Wade(2002)事件⁹⁵なのである。

事件の概要は、フロリダ州ハイウェー・パトロールが、Drug enforcement Administration(DEA)の要請を受け、通信傍受によりコケイン取引目的での移動との情報を基に、マイアミへの移動中のウェードを逮捕した。この時点で、法執行機関は、車の中とバッグの中に、それぞれ約24,990ダラー及び1,000ダラーの現金が発見された。その後、薬物犯罪を理由とする刑事手続で終身刑との有罪判決がなされた。

一方、DEAは、合衆国法典21巻881条(21U.S.C. § 881)に基づき、現金に対する行政上の没収・追徴手続を開始した。

ウェードには、まず書面による告知(written notice)がなされた他、USA Today等3つの新聞に公告による告知(published notice)がなされた。この告知への十分性が争点とされ、その十分性の判断の中で、行政上の没収・追徴手続について判旨は、次のように述べている。すなわち、この告知から、20日間以内に不服申立がなされない場合、裁判所はその「ジ

⁸⁹ *Id.* at 6-4.

⁹⁰ このような意味では、不動産もCivil Forfeitureの対象となるので、「物」自体の違法性と構成するアメリカ法と「物を対象としながらも義務者の義務という人」を対象とし機能不全を起こしているわが国の制度を比較することには問題はないと考える。

⁹¹ Steven L.Kessler,*supra* note69 at 6-4.

⁹² *Id.*

⁹³ 19U.S.C. § 1305.cited by Steven L.Kessler,*supra* note69 at 1-10n.10.

⁹⁴ このような点は、屋外広告物について参考となろう。現にわが国のこのエリアでの報告書は「違反広告物に対する取締りの実効性が上がらない原因として、行政側の体制に起因する問題もあるが、他方で屋外広告物規制の分野で真に有効な強制手法が不足しているのではないか。そのため、欧米諸国の制度も参考にしながら、新たな法的制度の創設に向けた検討あるいは既存の法制度の運用方法の見直しなどを行う必要があるのではないか」(屋外広告物基本問題検討委員会報告書—美しい日本の屋外広告物のために—(1999)p.6)と報告している。

また、2002年に制定された「福岡市ピンクちらし等の根絶に関する条例」(条例第60号)10条は、7条の掲示等の禁止規定を受け「何人も、第7条の規定に違反して、はり付けその他の方法により掲示され、又は配置されたピンクちらし等を除却し、又は廃棄することができる」と規定する。このような規定の法理論的根拠として、筆者などは、「物」それ自体が違法とのアメリカ法の論理を参考にしてもよいのではないかと考えている。それは、筆者の自治体職員へのヒアリングによれば、自治体職員は、この種の広告においても、はった「者」の財産権を強く意識する傾向があるからに他ならない。そこで、「物」と「人」とを分離する発想も必要ではないか。

あるいは、この種の広告は「そもそも憲法や民法で保障された財産権の埒外」(北村(2003)p.84)と構成する場合であっても、「物」と「人」との分離は有効な、まさしく先に指摘した「ジュリスピリュデンス」的発想での法理論となるのではないか。また、同様の関心は、阿部泰隆教授の「違反状態の撤去」との発想にも通じるものがある(阿部(2002)p.10-11。この阿部教授の理解も本稿では参照させていただいた。

⁹⁵ 230 F.Supp.2d 1298 (M.D.Fla.2002).

ュリスディクション」を失うこととなる。ただ、もし不服申立がなされれば、それは裁判官関与手続による **Civil Forfeiture** として事案処理がなされることとなる。もっとも前者の場合、手続固有の違法性（すなわち本件での告知の不十分性）のみは裁判所での審査対象となる⁹⁶。

以上のように、この行政上の没収・追徴手続は、この裁判例が説明しているように、裁判所がそのジュリスディクションを喪失した場合、告知の十分性しか原則として争い得ないこととなる。実は、この法システムにこそ「物」と「人」との分離という **Civil Forfeiture** の法的性格が表れているのではないかと考えられる。そこで以下、この点に分析の目を向けてみることにしたい。

3. Administrative Forfeiture と裁判所の「ジュリスディクション」喪失の法理

以上のような、裁判所の「ジュリスディクション」⁹⁷を失うとの理解が生じる理由は、ある最近の裁判例の指摘よれば、**Administrative Forfeiture** は、「対物(in rem)」のジュリスディクションそれ自体を行政機関に移した法制度である⁹⁸からだとされる。

それでは、ここで言われる「ジュリスディクション」の法的性質はどのようなものなのか、これも最近の裁判例にその説明を求めてみよう。それは、**Garcia v. Meza(2000)**事件⁹⁹である。

本件では、INS が、ID カード偽造を理由に、被疑者宅を無令状で捜索した際、約 21,700 ドララーの現金及び偽造カードが発見され、その後、行政上の没収手続が開始され、それが連邦不法行為請求権法で争われたというものだった。政府は、この民事訴訟で、既に裁判所は行政上の没収・追徴の内容それ自体を争点とする「実体上のジュリスディクション (subject matter jurisdiction)」を喪失していると主張し却下判決を求めた¹⁰⁰。判旨は、20 日以内に不服申立がなされない限り、行政上の救済制度によるべきであり、裁判所は実体的ジュリスディクションを有しないと判示された¹⁰¹。但し、告知の十分性という手続固有の問題のみは、争いうるが、この場合でも、その告知は、ケース・バイ・ケースに事情を総合して判断されるべきものであり、郵送によるそれが到達しない場合、本人を探し出してまでなす必要はないとも判示されている¹⁰²。

このような理解の **Civil Forfeiture** の「物」と「人」との分離との法的性格から由来すると考えてよいであろう。

このように、行政権それ自体に没収・追徴では、手続上の要件が充足されれば、もはや裁判所は、実体審理を行うことができないこととなる。

それでは、残った問題として、手続固有の問題、具体的には、告知の十分性と争点への司法審査とはどのような位置付けのものなのだろうか。それは、端的には、裁判所の法政策的配慮と考えてよいのではないかと思われる。

そこで、その根拠を、**Madewell v. Downs(1995)**事件¹⁰³に求めてみよう。この事件の法廷意見では、近年の行政上の没収・追徴の例は、1930 年の関税に関する **Tariff Act** にも見られ、当時は 10 万ドルまでではあったが、その際には、事前の告知は不要であったこ

⁹⁶ *Id.* at 1306-1308.

⁹⁷ Jurisdiction は、わが国での「管轄」より広いコンセプトなのであえて「ジュリスディクション」と表記する。

⁹⁸ *United States v. Arthur*, 263 F.Supp.2d 703, 705 (S.D.N.Y. 2003).

⁹⁹ 235 F.3d 287 (7th Cir. 2000).

¹⁰⁰ *Id.* at 290.

¹⁰¹ *Id.*

¹⁰² *Id.* at 291.

¹⁰³ 68 F.3d 1030 (8th Cir. 1995).

とが指摘されている¹⁰⁴。

このように、本来、この手続は、いわば完全に「物」と「人」とは分離されていた。

そこで、現在でも、FBIが車に対し、行政上の没収・追徴を行った *Litzenberger v. United States*(1996)事件¹⁰⁵でも、単にオーナーだと主張しただけでは、行政上の没収・追徴を裁判官関与手続における没収・追徴に切りかえるべきではないと判示されている¹⁰⁶。

それでは、以上のように「物」と「人」との分離が根本にあるとして、そこでも法政策的に告知の十分性を争うとする理由は、どこにあるのだろうか。これも、注 103)と同じ巡回区のある裁判例にその理由を見出すならば、それは、司法審査は、行政上の没収・追徴手続の違法に対する基本的なセーフ・ガードである¹⁰⁷という点に求めうるであろう。

それでは、この手続固有の問題を争点とするセーフ・ガードのより具体的な法理由上の根拠は、どこに求めうるのだろうか。それは、一般に、裁判所の有する「エクイティー」による権求に求められている¹⁰⁸。

もっとも、このエクイティーによる、いわば司法の行政へのスーパーバイズリー・パワーの権限(*supervisory authority*)を行使するのかどうかは、裁判所の「高度に裁量的」な事項とされる¹⁰⁹。ここにも、この権限行使の裁量性から、この種の審査の政策的性をうかがうことができよう。

ともあれ、この裁判所の裁量権に基づく権限行使の判断基準は、第一に、政府が憲法上の権利を侵害したのかどうか、第二に、申請者の個人的利益と必要性、第三に没収による侵害の程度、第四に十分な救済制度の存否とされている¹¹⁰。この第四点目については後に分析を加えることとして、それでは、手続違反の効果は、どのようなものとなるのだろうか。

この手続法違反の効果について、最近の裁判例は、各巡回区の動向を次のように伝えている¹¹¹。それによると、まず、不十分な告知により行政上の没収・追徴が「無効(*void*)」となるとするのが、第 2、第 5、第 9、第 10 巡回区であり、一方で、「無効としうる(*voidable*)」とするのが第 6 巡回区だと指摘されている¹¹²。

それでは、そこでの告知は、どの程度のものが求められているのだろうか。この点、最近、合衆国最高裁判所が判断を示した。

それは、*Dusenbery v. United States*(2002)事件¹¹³であり、そこでは、郵送による告知の場合、書留郵便で送れば、本人への現実の到達がなくとも、デュー・プロセスの要請には反しないというものだった。

このように、ここでも「物」と「人」との分離思想が働いていると言ってよいであろう。そこで、限定的に、告知の十分性についての司法審査は可能であることは判例法理上は固まっているとしても、現実はその不十分性を理由にデュー・プロセス違反となり、無効又は無効にしうる事例の範囲は狭いと考えてよいのではないかと思われる。

ともあれ、原則にもどれば、20 日間以内に不服申立がなされなければ、裁判所はその実

¹⁰⁴ *Id.* at 1038-1039.

¹⁰⁵ 89F.3d 818(Fed.Cir.1996).

¹⁰⁶ *Id.* at 821.

¹⁰⁷ *United States v. Woodall*, 12 F. 3d 791, 793 (8th Cir. 1993).

¹⁰⁸ *United States v. Rapp*, 539 F. 2d 1156, 1160 (8th Cir. 1976).

¹⁰⁹ *Matter of \$67,470.00*, 901 F. 2d 1540, 1544 (11th Cir. 1990).

¹¹⁰ *Id.* at 1545.

¹¹¹ *Longenette v. Krusing*, 322 F.3d 758 (3d Cir 2003).

¹¹² *Id.* at 765-766.

¹¹³ 70U.S.L.W.4044(2002). 本件評釈として、田村・比較法雑誌第 38 巻第 1 号 195 頁以下(2004 年)。

体的ジュリスディクション¹¹⁴を喪失することとなる。この点は、行政上の没収・追徴の法的性質を理解する場合、極めて重要な点となっている。

4. remission の申立制度及び Bond 制度

さて、既に裁判例の示している基準を見た際、救済制度の存否がその第四基準として上げられていた。加えて、多くの裁判例は、行政上の没収・追徴に対しては、行政上の救済によるべきこと¹¹⁵を裁判所の subject matter jurisdiction 喪失の根拠としている。それでは、その行政上の救済制度とは、どのようなものなのだろうか。それは、remission や mitigate すなわち、没収・追徴対象物の返還申立と呼ばれる法制度である。そして、この行政機関への remission の申立手続の中では、争訟として行政上の没収・追徴の実体問題・争点を争うことができる¹¹⁶。但し、既に述べられたように、行政上の没収・追徴は、その subject matter jurisdiction を行政機関に移した制度であるから、一般には、remission 等の拒否決定を司法審査によっては争い得ないとされている¹¹⁷。

もっとも、この場合であっても、行政手続法を根拠に司法審査が許容されるとする裁判例も存在する¹¹⁸。

ともあれ、この remission の制度は相当古くから存在し、既に引用した 1930 年法は、第 1 回連邦議会の Act.5 May 26,1790 Ch.12,1Stat,122 を引き継いでいるとも言われている¹¹⁹。

さて、この申立手続は、現行の法制度では、行政上の没収・追徴の全手続終結後、30 日以内に行うものとされている¹²⁰。

さて、この remission の制度の他に、もう一つの局面で、やはりその根底に「物」と「人」との分離との法理論が存在することを見ることができる。

そのもう一つの局面が、金銭による担保制度(Bond)である¹²¹。この制度は、不服申立に当たっては、金銭による担保をなせば、裁判官関与手続による没収・追徴をアターニー・ジェネラルは提起し直さなければならないというものである(なお、資力等を理由に、Bond の免除の申立は可能となっている¹²²。

そこでまず、remission・mitigation¹²³から検討を加えてみよう。さて、この種の申立は、行政上の没収・追徴手続の告知後 30 日以内になされなければならないが¹²⁴、その申立に対し、アターニー・ジェネラルはそれを認めるのかどうかの「裁量権」を有している¹²⁵。ところで、この裁量権の幅は、まさしく「広汎なもの」¹²⁶であるとされている¹²⁷。そこで、

¹¹⁴ subject matter jurisdiction は、「ケース本体又は請求の趣旨そのものについてのジュリスディクション」
See Black's Law Dictionary 7th ed at 857(1999).と説明されている。

¹¹⁵ 代表的な裁判例として、裁判所のジュリスディクションは限定的・例外的なものであり、行政上の救済によるべき点は、LaChance v. Drug Enforcement Admin., 672F.Supp. 76,79-80(E.D.N.Y.1987).

¹¹⁶ *See* Scarabin v. Drug Enforcement Admin, 919 F.2d 337,338(1990).

¹¹⁷ *See* United States v. One 1973 Buick Riviera Auto., 560F. 2d 897,901 (8th Cir.1977).

¹¹⁸ *Id.*at 900 n.2.

¹¹⁹ Steven L.Kessler, *supra* note 69 at 6-4.

¹²⁰ *See* Onwubiko v. United States, 969F.2d 1392,1398(2d Cir.1992).

¹²¹ *See generally* Steven L. Kessler, *supra* note 69 at 6-9-6-10.

¹²² *Id.*

¹²³ *See generally Id.*at 6-24-6-32.

¹²⁴ *Id.* at 6-25.

¹²⁵ United States v.One 1976 Porsche 911S,Etc.,670F.2d 810,813(9th Cir.1979).

¹²⁶ United States v.One 1987 Jeep,972 F.2d 472,479(2d Cir.1992).

¹²⁷ その主要な理由は、その判断はテクニカルなものだからだとされる、*See* Steven L. Kessler,*supra* note 69

このような「広汎な裁量」権が許容される理由は、「人」を「物」と分離して、この手続の中で、没収・追徴の実体判断をなしうるからではないかと考えられる。

次に、Bond 制度は、どうだろうか。この制度は、既に述べたように、不服申立に当たっては金銭による担保を求めるものとなっている。その価額は、司法的（裁判官関与手続による）没収・追徴額で要するコスト相当額で、まさしく **timely** に納付しなければならない¹²⁸、あるいは、「物」の価額の 10 パート相当額¹²⁹であるとされる。

これも、「物それ自体の違法性」に基づく制度であり、やはり「物」と「人」との分離から「人」の影響を最小限度にとどめる法制度設計であると考えてよいであろう。

5. 刑事手続との関係

さて、最後に「物」と「人」との分離という法理を、行政上の没収・追徴と刑事手続との関連から見てみたい¹³⁰。

歴史的には、1827 年の *Palmyra* 事件¹³¹ 当時は、合衆国においては Civil Forfeiture も「人」の有罪を前提としたが、その後、イギリスのコモン・ロー以来の「人」が仮に犯罪行為に参加したり、それを知らなかったとしても没収されるという「対物没収(in rem)」の考えから、この人の有罪という前提は捨て去られることとなった¹³²。

そこで、近年の裁判例は、具体的な争点に関し、次のように判示してきている。それは、例えば、ひとたび行政上の没収・追徴手続が開始された場合、もはや刑事手続の中での「モーション（異議申立）」制度は利用できない¹³³、あるいは、有罪の答弁後、4 年以上を経て行政上の没収・追徴をなすことも許容される可能性があるとの判断である¹³⁴。

これらの判断は、「人」に対する刑事手続と「物」に対する行政上の手続は、やはり分離していることを示している。

6. 小括

以上、行政上の没収・追徴を分析の対象としつつ、様々な局面から「物」と「人」との分離というアメリカ独特の法理論を見てきた。

この本理論は、合衆国でも、まさに「フィクション」しかも「ジュリスピュルデンスとしてのフィクション」であると述べられている¹³⁵。

そして、そのフィクションは、「物を被疑者として逮捕する」¹³⁶との擬制として構成されている。そして、これが、まさしくジュリスプリュデンスとして要請され構成されているという事実は、「物」と「人」との分離が現実にその必要性を有し、かつ有効な法手法であると認識されているからに他ならない¹³⁷。

at 6-4.

¹²⁸ 322F.3d at 763.

¹²⁹ *Boero v. Drug Enforcement Admin.*, 111F.3d 301, 304(2d Cir.1997).

¹³⁰ *See generally* Steven L. Kessler, *supra* note 69 at 6-6 n.15.

¹³¹ 25U.S.(12Weat1,9,6L.E.A 531(1827)).

¹³² *United States v. One Tintoretto. Painting, Etc.*, 691F.2d 603, 605-606(2d Cir. 1982).

¹³³ *United States v. \$3,542 in U.S. Currency*, 754 F.Supp.378.(D.Vt.1990). このような場合、最近の裁判例(本稿注 32) は Civil の手続でのモーションとして読みたがるべきと判示している、238F.3d at 477n.4.

¹³⁴ *United States v. U.S. Currency, The Amount of \$228,536.00, 895F.2d908,917(2d Cir. 1990).*

¹³⁵ 972F.2d at 476.

¹³⁶ *Foehl v. United States*, 238 F.3d 474, 475(3d Cir.2001).

¹³⁷ 既に引用した文献では、Civil のマナー・ペナルティとこの行政上の没収・追徴は並行した制度として掲記されている、Project, *supra* note 70 ので、非刑事としての同様の制度として比較の対象とすることには無理はないと考える。

第 6 章

課題と展望

第6章 課題と展望

本稿では、行政代執行の機能不全は、その要因の一つとして「物」に対する執行でありながら「人」の要素による点にあることを論証とし、その上で、合衆国での行政権限による強制手続としての段階での「物」と「人」との分離という発想を示し、これが、わが国でも参考となる点を、例えば屋外広告物などもその例としつつ¹³⁸提言を試みた。

そして、その根底には、政策法学的発想があることも、すでに示してきたとおりである。

確かに、わが国では、伝統的にドイツ法的な近代法的発想が根強く、英米法の法理は、いわば奇異な法制度として捉える傾向があることは事実であると考えられよう。

しかし、英米法がはぐくんだ法制度・法理論は、わが国になじみの薄いものが多いだけ、柔軟な発想を求める政策法学上の参考材料の宝庫であるといつてよいであろう。

本稿では、その中で、「物」と「人」との分離との法制度・法理論を分析と比較の対象として採り掲げた。

そこで、今後、この法制度・法理論を参考とし、どのような法制度設計が可能なのかを課題とし、その背景には「物」と「人」との分離が必要とされる局面を有する時代が来つつあるとの展望の下に、本稿を締めくくるとしたい。

¹³⁸ 最近の屋外広告物法の改正については、阿部(2004)p.4以下。

参考資料

參考資料（合衆国行政會議 1972 年勸告原文）

CODE OF FEDERAL REGULATIONS

TITLE 1--GENERAL PROVISIONS

CHAPTER III--ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES

PART 305--RECOMMENDATION OF THE ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES

1 C.F.R.s305.72-6

s305.72-6 Civil Money Penalties as a Sanction (Recommendation No. 72-6).

(a) Federal administrative agencies enforce many statutory provisions and administrative regulations for violation of which fixed or variable civil money penalties may be imposed.

During Fiscal 1971, seven executive departments and thirteen independent agencies collected well in excess of \$10 million, in over 15,000 cases; all evidence points to a doubling or tripling dollar magnitude and substantially increasing caseload within the next few years.

For purposes of this recommendation, no distinction has been drawn between sanctions denominated "money penalties" and sanctions denominated "forfeitures" (e.g., in FCC legislation) and "fines" (e.g., Postal Service legislation) so long as: (i) The sanction is classified as civil and (ii) money is, in fact, subject to collection by an agency or a court. Excluded are situations involving penalties or liquidated damages assessed pursuant to the terms of a government contract or sums withheld or recovered for failure to comply with the terms of a government grant.

(b) Increased use of civil money penalties is an important and salutary trend. When civil money penalties are not available, agency administrators often voice frustration at having to render harsh "all-or-nothing decision" (e.g., in license revocation proceedings), sometimes adversely affecting innocent third parties, in case in which enforcement purposes could better be served by a more precise measurement of culpability and a more flexible response. In many areas of increased concern (e.g., health and safety, the environment, consumer protection) availability of civil money penalties might significantly enhance an agency's ability to achieve its statutory goals.

(c) In developing a range of sanctions adequate to meet enforcement needs, Congress and agencies must often determine whether a "criminal fine" or a "civil money penalty," or both, should be applied to a given regulatory offense. The choice they make has large consequences.

Criminal penalties expose an offender to the disgrace and disabilities associated with "conviction"; they require special procedural and other protections; and they can not be imposed administratively. These factors make it appropriate to consider whether criminal sanctions should not be supplemented or replaced by civil money penalties.

(d) Under most money penalty statutes, the penalty cannot be imposed until the agency has succeeded in a de novo adjudication in federal district court, whether or not an administrative proceeding has been held previously. The already critical overburdening of the courts argues against flooding them with controversies of this type, which generally have small precedential significance.

(e) Because of such factors as considerations of equity, mitigating circumstances, and the substantial time, effort and expertise such litigation often requires in cases usually involving relatively small sums (an average of less than \$1,000 per case), agencies

settle well over 90 percent of their cases by means of compromise, remission, or mitigation. Settlements are not wrong per se, but the quality of the settlements under the present system is a matter of concern.

Regulatory needs are sometimes sacrificed for what is collectible. On the other hand, those accused sometimes charge that they are being denied procedural protections and an impartial forum and that they are often forced to acquiesce in unfair settlements because of the lack of a prompt and economical procedure for judicial resolution. Moreover, several agency administrators warn that some of the worst offenders, who will not settle and cannot feasibly be brought to trial, are escaping penalties altogether.

This recommendation is intended to meet the problems posed above.

Recommendation

A. Desirability of Civil Money Penalties as a Sanction. 1. Federal administrative agencies should evaluate the benefits which may be derived from the use (or increased use) of civil money penalties as a sanction. Such penalties should not be adopted as a means of supplanting or curtailing other private or public civil remedies.

2. Civil money penalties are often particularly valuable, and generally should be sought, to supplement those more potent sanctions already available to an agency--such as license suspension or revocation--whose use may prove: (a) Unduly harsh for relatively minor offenses, or (b) feasible because, for example, the offender provides services which cannot be disrupted without serious harm to the public.

3. Each federal agency which administers laws that provide for criminal sanctions should review its experience with such sanctions to determine whether authorizing civil money penalties as another or substitute sanction would be in the public interest. Such authority for civil money penalties would be particularly appropriate, and generally should be sought, where offending behavior is not of a type of readily recognizable as likely to warrant imprisonment.

B. Adjudication of Civil Money Penalty Cases in an Administrative Imposition System.

1. In some circumstances it is desirable to commit the imposition of civil money penalties to agencies themselves, without subjecting agency determinations to de novo judicial review. Agencies should consider asking Congress to grant them such authority. Due to the special procedures and status of the United States Tax Court, the rationale for administrative imposition may have only limited applicability to civil money penalties administered by the Internal Revenue Service.

Factors whose presence tends to commend such a course with respect to a particular penalty provision include the following:

- (a) A large volume of cases likely to be processed annually;
- (b) The availability to the agency of more potent sanctions with the resulting likelihood that civil money penalties will be used to moderate an otherwise too harsh response;
- (c) The importance to the enforcement scheme of speedy adjudications;
- (d) The need for specialized knowledge and agency expertise in the resolution of disputed issues;
- (e) The relative rarity of issues of law (e.g., statutory interpretation) which require judicial resolution;
- (f) The importance of greater consistency of outcome (particularly as to the penalties imposed) which could result from agency, as opposed to distinct court adjudications; and
- (g) The likelihood that an agency (or a group of agencies in combination) will establish

an impartial forum in which cases can be efficiently and fairly decided.

Considerations such as those set forth above should be weighed heavily in favor of administrative imposition when the usual monetary penalty for an offense or a related series of offenses would be relatively small, and should normally be decisive when the penalty would be unlikely to exceed \$5,000. However, the benefits to be derived from civil money penalties, and the administrative imposition thereof, should also be considered when the penalties may be relatively large.

2. An administrative imposition system should provide:

(a) For and adjudication on the record pursuant to the Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. 554-57 (1970), at the option of the alleged offender or the agency;

(b) For finality of an agency's decision unless appealed within a specified period of time;

(c) That, if the person on whom the penalty is imposed appeals, an agency's decision will be reviewed in United States Courts of Appeals under the substantial evidence rule in accordance with the Administrative Procedure Act, 5 U.S.C. 706(e);

(d) That issues made final by reason of (b) above and issues which were raised, or might have been raised, in a proceeding for review under (c) above may not be raised as a defense to a suit by the United States for collection of the penalty.

Agencies should adopt rules of practice which will enable just, inexpensive and speedy determinations. They should provide procedures for settlement by means of remission, mitigation or compromise.

Authority: 5 U.S.C. 591-596.

SOURCE: 38 FR 19782, July 23, 1973; 57 FR 61760, 61768, Dec. 29, 1992, unless otherwise noted.

(出典)<http://www.law.fsu.edu/library/admin/acus/acustoc.html>

合衆国行政會議 1979 年勸告原文

CODE OF FEDERAL REGULATIONS

TITLE 1--GENERAL PROVISIONS

CHAPTER III--ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UNITED STATES

PART 305--RECOMMENDATIONS OF THE ADMINISTRATIVE CONFERENCE OF THE UDNITED STATES

1 C.F.R.s 305.79-3

s 305.79-3 Agency Assessment and Mitigation of Civil Money Penalties (Recommendation No 79-3).

(a) The civil money penalty has become one of the most widely used techniques in the enforcement programs of federal administrative agencies. Most regulatory offenses punishable by civil penalties involve adverse social consequences of private business activity. The motivational impact of these penalties depends in large part on the certainty of imposition and uniformity of amount, although some cases may require individualized tailoring to the circumstance of the offender so as to remove the economic benefit of the illegal conduct. Other civil penalties may also serve a secondary function of compensating society for the harm caused by unlawful conduct.

(b) Recommendation 72-6 urged that the advantages of civil money penalties would be best achieved through an "administrative imposition system" in which the agency would be empowered to adjudicate the violation and impose the penalty after a trial-type hearing, subject to "substantial evidence" judicial review. Such a system, it was stated, would avoid the delays, high costs, and jurisdictional fictions inherent in the traditional and most common system of imposing civil money penalties by a court in a civil action initiated on behalf of the agency by the Department of Justice.

(c) Since adoption of that Recommendation in 1972, the use of civil money penalties in general and adiministratively imposed civil money penalties im particular has increased significantly, and the constitutionality and desirability of administratively imposed penalties has been widely recognized.

(d) Experience has showm that agencies play a crucial role and exercise broad discretion in the administration of civil penalty programs, whether or not the statute in question authorizes an administrative imposition system. Agencies possessing such authrity have found it efficient to try to resolve cases before the formal hearing stage, through settlement and negotiation. Those agencies not possessing adminisirative imposition authority operate under a wide variety of statutes: some make no express reference to an agency role in the penalty process, while others confer on the agency only a power to "assess" or to "mitigate" penalties, thereby expressly or implicitly reserving to the respondent the right to seek a subsequent de novo fact-finding hearing by the court in a collection proceeding. Agencies typically exercise their statutory authority to "mitigate" in resolving contested penalty assessments prior to the initiation of formal enforcement action. In these recommendations the term "mitigation" refers to any informal process of resolving a contested initial penalty assessment.

(e) Whatever the statutory framework, the enforcing agency typically makes the initial assessment, and provides a process for mitigation of the penalty. Thus, both where there exists administrative imposition authority and where such authority does not exist, agencies and respondents customarily utilize these initial assessment and mitigation processes to resolve the great majority of civil money penalty cases without reaching the stage of formal administrative adjudication or court collection proceeding.

(f) These informal processes for the initiation and termination of civil penalty proceedings represent an area of previously unstudied and largely discretionary

agency action. Appropriate standards and structures for the exercise of such discretion are needed to improve the consistency, efficiency and openness of agency assessment and mitigation processes.

(g) The recommendations that follow focus on: (1) The need for agencies to develop standards for determining penalty amounts, (2) agency procedures for initially assessing penalties, (3) agency mitigation procedures, and (4) the use by agencies of evidentiary hearings to impose civil penalties where such a procedure, though not required by statute, might result in a limited scope of judicial review.

Recommendation

A. Standards for Determination of Penalty Amount

1. Agencies enforcing regulatory statutes, violation of which is punishable by a civil money penalty, should establish standards for determining appropriate penalty amounts for individual cases. In establishing standards, agencies should specify the factors to be considered in determining the appropriate penalty amount in a particular case. To the extent practicable, agencies should specify the relative weights to be attached to individual factors in the penalty calculation, and incorporate such factors into formulas for determining penalty amounts or into fixed schedules of prima facie penalty amounts for the most common types or categories of violation. A penalty intended to deter or influence economic behavior should, at a minimum, be designed to remove the economic benefit of the illegal activity, taking into account the documented benefit and the likelihood of escaping detection. Penalty standards should, in addition, specify whether and to what extent the agency will consider other factors such as compensation for harm caused by the violation or the impact of the penalty on the violator's financial condition.

In order to reduce the cost of the penalty calculation process and increase the predictability of the sanction, simplifying assumptions about the benefit realized from or the harm caused by illegal activity should be utilized.

2. Agencies should periodically evaluate the continuing effectiveness of their penalty standards. Such evaluations should be based upon the results of compliance surveys and internal audits of agency assessment and mitigation decisions as well as data on the nature and frequency of violations routinely generated by the agency's enforcement program.

3. Agencies should make such standards known to the public to the greatest extent feasible through rulemaking or publication of policy statements. Such an approach is especially desirable where adjudications that produce written decisions are rare.

4. Agencies should collect and index those written decisions made in response to mitigation requests or after agency assessment hearings, and make such decisions available to the public except to the extent that their disclosure is prohibited by law. Whenever a respondent cites a previous written decision as a precedent for the agency to follow in the respondent's case, the agency should either do so, distinguish the two cases, or explain its reasons for not following the prior decision.

B. Initial Assessment of Penalties

1. Agencies should give adequate written notice to the respondent of the factual and legal basis for, and amount of, the penalty assessment.

2. Agencies should not mechanically assess variable civil money penalties at the statutory maximum if reliable evidence in their possession indicates the presence of mitigating factors. Nor, if they possess such evidence, should agencies assess at the statutory level fixed penalties which are subject to an express administrative "mitigation" authority.

3. The greater the degree to which an agency decentralizes its penalty assessment

authority, the more it should structure the exercise of that authority by the use of highly specific standards.

Agencies should not ordinarily delegate discretionary authority to assess civil money penalties to investigative personnel unless the delay inherent in review by an independent assessment official would materially impair the effectiveness of the enforcement process.

C. Mitigation of Penalties

Respondents in civil money penalty cases have a right to a trial-type hearing at either the administrative or judicial level. It is nevertheless desirable that agencies establish fair and economical procedures whereby respondents may informally contest the initial assessment of civil penalties without the necessity of going forward to trial-type hearings. These procedures should be governed by the following principles:

1. Agencies should provide the respondent with a right to reply in writing to a penalty claim.
2. Agency staff should not refuse a reasonable request to discuss a penalty claim orally. But an informal conference need not be built into the process except in those categories of case where the use of written communications is likely to prove inadequate because of such factors as the unsophistication of violators or the prevalence of factual disputes.
3. Agencies should consider providing an opportunity for administrative review of a decision denying a request for mitigation.
4. Agency decisions on mitigation requests should be in writing and should be accompanied by a brief indication of the grounds for the decision.
5. In regulatory programs typically involving the imposition of small penalties, agencies may appropriately rely most heavily on readily ascertainable standards of liability, fixed schedules of prima facie penalty amounts for the most common types of categories of violations, and highly objective inspection procedures. Opportunity for mitigation should be narrowly confined and mitigation requests entertained only if in written form.
6. In regulatory programs typically involving the imposition of large penalties, agencies may appropriately provide an opportunity to a respondent to present a request for mitigation, orally or in writing, request an oral conference thereon, receive a written decision, and submit a written petition for review of such decision or for compromise of such claim at a higher agency level.

D. Evidentiary Hearings

As expressed in Recommendation 72-6, it is desirable that agencies be given express authority to employ the procedures of adjudication on the record pursuant to the APA, 5 U.S.C.554-557, for the imposition of civil money penalties. Where its statute does not provide for such procedure but confers upon the agency authority to "assess" or to "mitigate" a penalty, particularly if the agency is required to conduct a "hearing," the agency should consider establishing such procedures by regulation, especially where by doing so a de novo proceeding upon judicial review could be avoided. Where such a hearing procedure has in fact been observed by the agency, and the statute does not provide for de novo judicial proceedings, the court should ordinarily utilize a limited scope of review of such agency action imposing civil money penalties.

[44 FR 38824, July 3, 1979]

Authority: 5 U.S.C.591-596.

SOURCE: 38 FR 19782, July 23, 1973; 57 FR 61760, 61768, Dec. 29, 1992, unless otherwise noted.

(出典)<http://www.law.fsu.edu/library/admin/acus/acustoc.html>

参考文献

参考文献

<日本語文献>

- 渥美東洋編(1998)「組織・企業犯罪を考える(田村泰俊担当)」中央大学出版部
- 阿部泰隆(1993)「政策法務からの提言」日本評論社
- 阿部泰隆(1996)「政策法学の基本指針」弘文堂
- 阿部泰隆(1997)「行政の法システム 上〔新版〕」有斐閣
- 阿部泰隆(1999)「政策法学と自治条例」信山社
- 阿部泰隆(2001)「やわらか頭の法政策―既存の発想を乗り越えて新しい法制度設計をしよう―」信山社
- 阿部泰隆(2002)『屋外広告物条例の強化』「自治セミナー第41巻第10号」
- 阿部泰隆(2003a)『宝塚市パチンコ店条例門前払い最高裁判決を受けて、市はどうすべきか』「自治実務セミナー第42巻第10号」
- 阿部泰隆(2003b)「行政訴訟要件論―包括的・実効的行政救済のための解釈論―」弘文堂
- 阿部泰隆(2003c)「政策法学講座」第一法規
- 阿部泰隆(2004)『政策法学演習講座・実例編・』「自治実務セミナー第43巻第5号」
- 荒秀編(1998)「新建築基準法50講〔補訂版〕」有斐閣
- 植村栄治(2000)「行政法教室」有斐閣
- 宇賀克也(2004)「行政法概説I 行政法総論」有斐閣
- 大橋洋一(2001)「行政法―現代行政過程論」有斐閣
- 岡山市行政代執行研究会(2002)「行政代執行の実務―岡山市違法建築物除却事例から学ぶ―」ぎょうせい
- 屋外広告物基本問題検討委員会報告書―美しい日本の屋外広告物のために(1999)
- 北村喜宣(1999)「環境政策法務の実践」ぎょうせい
- 北村喜宣(2001)「政策法学ライブラリィ・刊行に当たって」信山社
- 北村喜宣(2002)「政策法務がゆく！」公人の友社
- 北村喜宣(2003)「自治力の冒険」信山社
- 小早川光郎(1999)「行政法上」弘文堂
- 財団法人自治研修協会(2003)「行政課題の解決手法としての条例」
- 櫻井敬子・橋本博之(2004)「現代行政法」有斐閣
- 塩野宏(2001)「行政法Ⅲ〔第2版〕」有斐閣
- 塩野宏(2003)「行政法Ⅰ〔第3版〕」有斐閣
- 政策法務研究会(編集代表 鈴木康夫)(2003)「自治体法務サポート・政策法務の理論と実践」第一法規
- 田村泰俊(2002)『非刑事没収・追徴とその手続の分析―行政手法と刑事手法の流動化論と法制度設計の視点―』「法学新報第109巻第3号」
- 田村泰俊(2003a)『非刑事没収・追徴と合衆国憲法第8修正の適用―2000年法改正と *Bajakajian* 判決の分析―』「学新報第110巻7・8号」
- 田村泰俊(2003b)「組織・企業と公的規制訴訟―RICO法研究」中央大学出版部

- 田村泰俊(2004a)『行政実例研究 484 (条例の義務履行確保を求める裁判が、裁判所法 3 条 1 項でいう「法律上の争訟」にあらず、不適法とされた例) 評釈』「自治研究第 80 巻第 2 号」
- 田村泰俊(2004b)『公立学校での行政調査としての薬物検査と合衆国憲法第 4 修正』「明治学院大学法律科学研究所年報第 20 号」
- 田村泰俊編(2003)「最新ハイブリッド行政法」八千代出版
- 東京都中野区環境建築部建築課監察係(1994)「行政代執行の実施について (報告)」
- 西津政信(2004)『行政規制の実効性確保のための間接強制制度に関する比較研究』「中央大学法学研究課修士論文」
- 原田尚彦(2004)「行政法要論<全訂第 5 版>」学陽書房
- 広岡隆(1981)「行政代執行法〔新版〕」有斐閣
- 福井秀夫(1996)『行政代執行の課題』「公法研究第 58 号」
- 松下恵一(2002)「自治体政策づくりの工具箱」学陽書房
- 宮崎良夫(1990)『行政法の実効性確保「雄川一郎先生献呈 行政法の諸問題 (上)」』有斐閣
- 横浜市港湾局放置船舶指導担当 (2002)『横浜市における放置船舶対策について』「自治フォーラム平成 14 年 2 月号 (財団法人自治研修協会編)」

なお、本稿脱稿後、下記の文献が発表された。

- 阿部泰隆(2004.10)『誤解の多い対物処分と一般処分』「自治研究 80 巻 10 号(p.26 以下)」