

行政法関連分野での課題

－ 極悪層対策の欠落をどう補うか－

神戸大学 法学部・法学研究科 教授

中川丈久

2022年3月31日

自己紹介

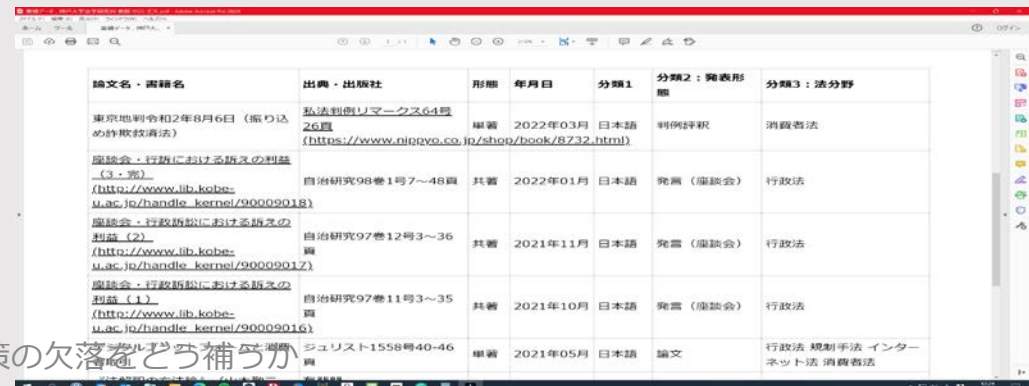
主要研究テーマ

- 行政法全般
行政裁量・行政指導・行政訴訟等
アメリカ行政法
- 国際 (transnational) 行政法
域外適用, デジタル空間と国家主権
- 行政手法
規制手法のイノベーション
- 統治機構
権力分立, 法の支配、民主制
- 立法・司法過程
法制改革, 最高裁論
- 法学教育

立法・法執行への関与

- 景品表示法検討会 (2022)
- アフィリエイト広告検討会 (2021)
- 消費者取引デジプラ検討会 (2020)
- 消費者安全調査委員会
- 総務省情報公開等審査会 など

業績データ→中川丈久で検索



論文名・書籍名	出版・出版社	形態	年月日	分類1	分類2: 発表形態	分類3: 法分野
東京地判令和2年8月6日(振り込め詐欺救済法)	私法判例リマックス64号	26頁	編著 2022年03月	日本語	判例評釈	消費者法
座談会・行政における法益の利益(3-第)	自治研究98巻1号7~48頁	共著	2022年01月	日本語	発表(座談会)	行政法
座談会・行政訴訟における法益の利益(2)	自治研究97巻12号3~36頁	共著	2021年11月	日本語	発表(座談会)	行政法
座談会・行政訴訟における法益の利益(1)	自治研究97巻11号3~35頁	共著	2021年10月	日本語	発表(座談会)	行政法
デジタルプラットフォーム事業者の権利保護と消費者保護	ジュリスト1558号40-46頁	編著	2021年05月	日本語	論文	行政法 規制手法 インターネット法 消費者法

中川丈久・極悪層対策の欠落をどう補うか

はじめに

全体テーマ：「犯罪対策の課題と未来」
そこで本報告は.....

- 法令違反を意図的に繰り返す「極悪層」に対する法制の在り方
- 日本の行政法規は「中間層」と「善良層」を念頭におくだけで「極悪層」対策が決定的に欠落している
- なぜか？「善良層」が規制強化に反対するからか
- 立法者は各層別の対応策を準備するべき

良い子悪い子
普通の子を
着想した契機

項目

1行政法について

①公共政策の実現手段, ②行政自身の統御手段, ③極悪層対策の欠落

2行政法ならではの規制手法 (1980年～)

①公表, ②他法の重疊的利用中間層

3近時登場した規制手法 (2010年～)

媒介者 (第三者) 規制極悪層を炙り出す

4なぜか立法に縁遠い規制手法

違法収益の剥奪と被害回復極悪層 + 中間層 (下)

5行政法規の域外適用

①よくある誤解 ②実効性確保極悪層 + 中間層

1-1 行政法について – 公共政策の実現手段

「法の三原色」 (造語)

極悪層対策は
刑事法が行政法でないと
担いにくい

◎ 民法 (何人の間にも成立する法律関係)

◎ 刑法 (国・私人間の刑事責任という法律関係のみ)

◎ 行政法 (国等との間にのみ成立する法律関係) ← 行政法規

- ・ 公共政策を実現する法令でのみ使われる
- ・ 民法 (多様な法律関係) と 刑法 (統治機構が執行) の両面あり
- ・ 法律関係を用いない手法も多用する (指導・公表)
- ・ 行政統御のシステムも重視

【表】法の全体像(除, 憲法・国際法)

法の目的 法的手法 (三原色)	社会規範型 立法	公共政策型 立法													
		租税法	競争法	消費者法	金融法	各種業法	労働法	社会保障法	環境法	土地法都市法	知的財産法	個人情報法	AMLCT	安全保障法	その他
民事法	民法典 商法典(商行為)														
行政法		行政法規(個別法)													
		行政通則法 (行政手続法・行政不服審査法・情報公開法・行政訴訟法など)													
刑事法	刑法典						直罰規定	行政処分の実効性確保							

1-2行政法について – 行政統御の手段

- 多様な権限を持たされる行政機関が、権限逸脱するのを防ぐ**制御システム**
 - 呼称：パブリック・ガバナンス / 行政のアカウンタビリティ
 - 多くは「行政通則法」として立法される
 - 公正性：行政手続法・行政不服審査法・行政訴訟法・国家賠償法・個人情報保護
 - 民主制：情報公開法・公務員法
 - 効率性：会計法・行政組織法（組織マネジメント）・政策評価法
- 現在、最大の課題は行政調査。**統御の欠落が最も甚だしい**.....本日は省略
 - 弁護士通信の秘密保護，立会権など.....弁護士の行政手続参加が乏しいので立法欠落
 - 行政が取得した情報の「事後管理」が完全に欠落
 - 現行法は、デジタル以前の捜査・調査イメージ（バラバラに把握・保存・廃棄）か
 - しかし、少なくとも警察は大量の照会をしており、データ蓄積・分析は可能。
 - 行政によるデータ分析を公式に立法で許容するならば、統御を同時に立法する必要がある。

1-3行政法についてー極悪層対策の欠落

(1)行政法規は公共政策実現のための立法。

(2)にもかかわらず、**日本法では極悪層対策が欠落。**

行政法規であっても、民刑法典のごとく、人間像が平板。政策は現状を変えることゆえ、“被規制者の行動パターン”の想定が重要なはず。

(3)ごくわずかな例外がある。

- **特商法**改正で導入された、違反事業者の中心人物に対する「業務禁止命令」
- **会社法**824条1項「公益を確保するため会社の存立を許すことができないと認めるときは」法務大臣等の申立てにより裁判所が**解散命令**。同825条で申立て時に財産を保全。→ほとんど使用例なし。「保険会社でないのに、保険業に類似した業務をした会社の解散命令の事案が、明治時代にある」とのこと。

消費者委員会・ルール形成WG（第3弾）2022年3月29日

1-3行政法について—極悪層対策の欠落

象徴的な3つの場面

①行政法上の義務に対する強制執行の大幅な欠落

金銭的債務 → 漏れなく滞納処分あり

非金銭的な義務 → 行政代執行法のみ，間接強制なし，直接強制は数件。
自治体は自ら条例化できず

中崎報告

②無許可等で操業する者に対する行政対応の欠落

無許可・無登録・無届の営業に対する**業務中止命令**.....なし（直罰のみ）

無許可・無登録・無届の営業について**広告禁止規定**.....なし

③法令違法してもお咎めが緩やか

違反見つければ現在と将来の是正だけでよい（停止・措置・改善の命令）。

課徴金納付命令も，**違法収益の剥奪**もなし←米国法はこれがセット。

②を次頁で

③をあとで

1-3行政法について—極悪層対策の欠落

無許可営業への行政対応の欠落②について

- 業法：無許可・無登録・無届の営業は直罰規定のみ。業務中止命令なし。
例) 銀行法, 宅建業法, 旅行業法, 廃棄物処理法など

- なぜかは不明

- 「監督官庁は許可等を受けた事業者のみを相手にする」という発想か
- 「直罰規定で十分機能する」と考えたか
- デジタル取引（当事者の物理的所在不明や、海外所在）を想定できていない
（直罰規定があっても、刑事訴訟は機能しづらい。共助はきわめて手間）。

- 裁判所の緊急停止命令を用いた対応例だけがある（応急的措置）

Sky Premium事件（金商法の無登録営業行為の禁止ないし停止）

金商法第192条①裁判所は、次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、内閣総理大臣又は内閣総理大臣及び財務大臣の申立てにより、.....その行為の**禁止又は停止**を命ずることができる。

- 一 緊急の必要があり、かつ、公益及び投資者保護のため必要かつ適当であるとき
この法律又はこの法律に基づく命令に違反する行為

1-3行政法について—極悪層対策の欠落

無許可営業への行政対応の欠落②について

- 業法：無許可・無登録・無届の営業について広告禁止規定なし。

業法にある広告規制は、誇大広告の禁止のみ。薬機法66条など

広告がなければ
被害は減る

- なぜかは不明

- 一般法である景表法は、優良誤認等の不当広告のみを禁止。

- 違法営業の広告禁止は、それぞれの業法で処理すべき問題。

- 業法で「何人も、法○条の.....事業につき許可を得ていない者の広告をしてはならない」と定めることに支障はないはず。

- ありうる反論：自分は広告作成・掲載を依頼されただけ（媒介者に過ぎない）。

→後述する「**媒介者規制**」

1-3行政法についてー極悪層対策の欠落

- 中崎報告

Binance等の無登録業者による暗号資産サービスの提供等について、広告禁止規定を資金決済法に挿入することが考えられるか。広告業者を通じて、日本への市場を遮断するという考え。イメージとしては、薬機法68条による未承認医薬品の広告禁止の規定である。

- 薬機法68条は、違法商品の広告禁止の立法例といえそう

(承認前の医薬品、医療機器及び再生医療等製品の広告の禁止)

①何人も、医薬品若しくは医療機器又は再生医療等製品であつて、まだ.....承認.....の認証を受けていないものについて、その名称、製造方法、効能、効果又は性能に関する広告をしてはならない。

2-1 行政法ならではの－公表

(1) 公表とは ～ 中間層向け（極悪層は屋号を変えるだけ。びくともしない）

法律関係を用いない政策実現手段のひとつ。

公表するだけなので、公表情報を知った人（情報を知った取引先・消費者など）がどう動くか次第。

非常に強力になりうる一方で、まったく空振りのこともある。

(2) 公表は行政処分か

- 行政処分の定義 → 該当せず（かつては少数説、今は多数説か）

名宛人の権利義務地位を、変動させる権限 → 法令に根拠必要

例：営業免許、運転免許、懲戒処分（戒告以上）、業務停止、課徴金

- 「紛争あり → 処分性あり」ではない。「紛争あり → 訴えの利益あり」である。

- もし、「公表対象者との取引禁止」等の規定が設けられるならば、公表に処分性が認められるだろう。「公表された者という地位」。

2-1行政法ならでは－公表

(3)公表するには法令の根拠－「○○について公表することができる」－が必要か

- 根拠規定を求める学説は多いが、何を指しての立論か？
- 憲法論（法律しか公表権限を創設できない？）であれば（侵害留保，法規留保，権力留保と同じ観点），それはおかしい。公表は誰でも実施できる。
- **事業者の法令違反情報**は，そもそも秘密扱いの情報ではないから，法令によって，合法化する必要もない。
- 公表内容の誤りは，法令の根拠を要求しても，防げない。

- 他方，誤った公表をしないよう，弁明機会と訴訟機会の確保は重要。それゆえ行手法に，法令違反に関する公表の手続規定を置く・閣議決定でも可。
- 公表（事業者の法令違反情報）にも「忘れられる権利」はあるならば，その点の規定も必要（公表期間の明示等）。

2-2行政法ならではの－他法令の利用

他法令の同時利用（異なる法令の連動的利用）というワザ

- 消費者法分野

 - 景品表示法の措置命令（是正命令のみ）

 - + 特商法の黒幕への「業務禁止命令」

 - アフィリエイト広告検討会の報告書（2022年1月）

- AML/CFT分野

 - 犯罪収益移転防止法18条の措置命令（是正命令のみ）

 - + 銀行法27条の「法令違反」を理由とする業務停止・解任・免許取消し

 - （26条の業務停止命令は、ぎりぎり、処分選択裁量としてならありうる程度）

- NG 「不当な権限連結」

 - 当該法令の解釈に読みこめない場合 ← 興津報告

 - 建築指導要綱違反 → 水道法の給水契約申込みの拒絶

2-2 行政法ならではの – 他法令の利用

犯収法

- 施策：犯罪収益移転の「予防」
- 情報収集：DMFSの届出義務
- 実効性確保（措置命令。没収・回復なし）
- 所管：国家公安委員会

vs. 業法（銀行法など）による
業務停止・禁止・解任命令

景品表示法

- 施策：不当表示の禁止
- 情報収集：不実証規制 + 調査権限
- 実効性確保：措置命令 + 課徴金納付命令（返金措置で減額）
私的執行（消費者団体による差止請求）
- 所管：消費者庁長官・都道府県知事

vs. 業法（特商法など）による
業務停止・禁止・解任命令

3近時登場した規制手法

- 「**共同規制**」 co-regulation善良層・中間層（上）

公的規制の一部に、自主規制を組みこむ
デジタル系（日進月歩の世界）で模索中

行政法学でいう
三者構造
（被規制者・規制庁・受益者）
とは別もの

- 「**媒介者（第三者）規制**」（試論）極悪層・中間層

公的規制のために、第三者的事業者に、その立場を用いた協力をさせる + 民事免責。
被規制者・規制庁・**規制媒介者(regulatory intermediaries)**から成る規制構造。

- 犯収法 疑わしい取引の届出義務
（特定事業者の免責）

第五条 特定事業者は、顧客等又は代表者等が特定取引等を行う際に取引時確認に応じないときは、当該顧客等又は代表者等がこれに応ずるまでの間、当該特定取引等に係る義務の履行を拒むことができる。

- 取引デジプラ消費者保護法4条による消費者庁長官からの販売停止等の要請

第四条③ 3 取引デジタルプラットフォーム提供者は、第一項の規定による要請を受けて当該要請に係る措置をとった場合において、当該措置により販売業者等に生じた損害については、賠償の責任を負わない。

3 近時登場した規制手法

- 振り込め詐欺救済法3条 金融機関の口座凍結（←警察等の情報提供）**免責規定なし**
- もし、ソーシャルメディア運営者に「不適切な発言」や「違法広告」の削除を求めるならば、このタイプの規制にあたるか

「媒介者（第三者）規制」を定義するならば、次のようになるか。

- ① **公的規制**がある（法令違反を発見し、違反者に法令遵守をさせることが目的）
- ② **違反者とは別の者（第三者）**に対して
例：金融機関、専門職（相談）、デジプラ（販売・ソーシャルメディア）
= 善良者やそれに近い中間層（業法あり/巨大すぎて政府が疑心暗鬼）
- ③ 法的義務を負わせる（届出義務等）
／規制協力を要請する = 契約上の権利を行使させる（違法物品の販売中止等）
※ **私的規制**：私人による情報収集・集積・届出・共有／私人による違反処理
規制媒介者の自律的判断を求める = リスクベース
- ④ 規制媒介者の免責規定（対取引相手に対して債務不履行責任を問われない）

公的規制と
私的規制の
組合せ？

4なぜか立法に縁遠い規制手法

「強力な違反処理」の三点セット（米国法が典型）

(1)違反収益を超えた損をさせる

課徴金納付命令 (civil money penalty)

米国では1960年代から立法例が拡大。日本の過料・課徴金の両方。

日本では、独禁法・景表法・金商法・薬機法・公認会計士法くらいに止まる。

(2)後始末させる、

違法収益(ill-gotten gains) の 没収&配分 (forfeiture & restitution)

仮没収（とりあえず本人帰属らしければよい）→異議提出→本没収

M R I インターナショナル事件は、米国法使って、日本の被害者救済。

(3)社会的に非難する

犯罪化 = 刑事罰の併科（直罰：罰金・短期でも収監）

4なぜか立法に縁遠い規制手法

違法収益の保全・没収・配分

(1) 刑事法

組織犯罪処罰法： 犯罪収益の没収保全命令（裁判所）・没収

犯罪被害回復給付金支給法： 組織犯罪の没収金→被害者が検察官に給付金請求

(2) 民事法

振り込め詐欺救済法：

金融機関が凍結（警察等からの情報）+失権・分配手続（金融機関・預金保険機構）

(3) 行政法（行政が提訴を含む） → いわゆる“民事没収”は立法例なし

消費者庁 H25年報告書（行政手法研究会）。その後立法化なし。

特商法7条1項「当該違反又は当該行為の是正のための措置、購入者又は役務の提供を受ける者の利益の保護を図るための措置その他の必要な措置をとるべきことを指示する」→返金・契約再交渉などの措置を含む

4なぜか立法に縁遠い規制手法

違法収益の保全・没収・配分

• 行政法として考えられる制度設計

(1)収益納付命令（国庫・特別法人へ）＋納付保全＋配分極悪層を想定

- 独禁法の初期の課徴金制度は，不法収益の剥奪だった。←収益納付命令の立法先例。
- 納付保全（口座凍結）にあたり，口座情報がわからないことが課題
→行政から金融機関に照会する権限が必要か（〇〇という特徴のある口座等）
- 仮想通貨やドメインの没収については（収益納付命令ではなく）
使用禁止命令＋ドメイン管理者への供用停止命令はどうか

(2)措置命令中間層を想定

- 原状回復の措置（顧客に被害告知し，返金・条件変更等に応じる措置）の命令
- 特商法7条はこのような運用例が，過去に少なくとも1件ある。

(3)現行法：課徴金減額事由としての返金措置の実施 景表法10条～（没収なし）

5-1 行政法規の域外適用 – 様々な誤解

域外適用に関する様々な誤解

① 「国内法の域外適用の可否は、国際法の問題」か？

- ・ 第1に、当該国内法の条文の解釈（趣旨目的解釈）の問題である。
= 域外の者・行為にも当該規律を妥当させる立法趣旨か
- ・ 第2に、その適用が他国の主権侵害になるか国際法で明確な基準なし。

中川：主権侵害は、国内法と外国法が矛盾した規律を及ぼすときだけでは？

執行管轄権についても、矛盾した規律を及ぼすのは、物理力の行使くらいでは？
身柄拘束（逮捕や送還，拘禁，措置入院），財産の領置，抵抗を排除する搜索等は、
当該国の当局に独占的に授權されている。なお検討中

5-1 行政法規の域外適用 – 様々な誤解

② 「域外適用をするには明文規定が必要」？

法令解釈の問題であり，明文は必須でない。

③ 「行政処分だと主権侵害だが，警告や行政指導ならよい」？

相手方（域外にいる者）の任意性の有無と，
相手方所在地の国家の主権侵害の有無とは，別次元の問題ではないか。

④ 「行政処分の通知は，執行管轄権の行使ゆえ国際法違反」？

- 誰が言い出したか不明のルール（小松一郎氏は司法管轄権と記す）。
- 民事商事の送達条約に基づき，日本政府が郵便送達を拒否宣言。しかし，公法関係でこのような条約なし。

中川：規律管轄権を域外行使できるなら，通知もできて当たり前。便電話メールが不可で，公示送達や国内代理人送達なら可は，矛盾していないか。さらに，法律上自動的に法律関係が発生するときは，そもそも通知不要であることも考慮する必要。

5-1 行政法規の域外適用 – 様々な誤解

⑤ 「域外適用するには公示送達を定めることが必須である」？

- あれば便利だが必須ではない。
特商法に公示送達が入ったのは、（国内の）所在不明者対策。
景表法は課徴金のみ送達し、措置命令は通常のお知らせと、未整理なこともある。
- 中川：日本法では「行政処分は、到達すれば発効する。送達は不要」という原則を、域外にも使えるのではないか。.....検討中

⑥ 「行政調査はすべて執行管轄権の行使だから禁止」？

- 中川：電話やメールでの問合せ、職員が現地で質問するのも、OKではないか（どのみち物理的に強制しようがない）。実際には、どの国もやっているのが実情かもしれない。.....なお検討中

5-2 行政法規の域外適用 – 実効的運用

外国企業への法執行は、日常的に必要

- 外国企業が日本マーケット向けの直販サイトを開設
- 外国企業（隠れcも）がインターネットモールを通じて販売

たとえば、特商法のルール（通信販売に関するルール）を不遵守
無登録、無許可で営業活動
禁止商品、リコール製品を販売続ける 等々

5-2 行政法規の域外適用 – 実効的運用

外国事業者への行政法執行の仕方

① 国内にコンタクトポイントを置かせること

- ・ 会社法817条 外国会社の日本における代表者
- ・ 報告命令の活用 (欧州)

媒介者 (第三者) 規制
を利用

② それを無視する外国事業者への対処方法

- ・ 調査の工夫 報告命令は無視されるだろうから、
職員が当該国で内偵活動 / 外国当局との情報共有・共助
- ・ 出発点として、措置命令・課徴金納付命令をする (相手が対応すること)。
- ・ それを前提に、**広告禁止**ができれば、かなり有効ではないか
- ・ 命令の**公表により、関係業界に情報共有** (広告・取引停止を期待)
- ・ 共助/当局間のアドホックな協力 (時間がかかる)

おわりに

極悪層への着目への圧力

消費者法（投資詐欺）は国内的圧力，AML/CFT法はFATFの圧力。

+

環境変化

グローバル化（クロスボーダー化・越境化）がもたらす諸問題
サイバー空間（インターネット化）における諸問題

↓

- まったく新たな思考が必要なのか？
パラダイム変換
- 「日の下に新しきものなし」（伝道の書1.9）か
従来からあった問題が再提起されているだけ