

行政の実効性確保手段としての 刑罰規定のあり方についての一考察

——ドイツにおける行政刑法理論と秩序違反法の制定を題材に——

田 中 良 弘*

- I はじめに
- II 問題の所在と方法論
- III ドイツにおける刑罰概念及び近代刑法学の歴史的考察
- IV ドイツにおける行政刑法理論の成立と秩序違反法の制定
- V わが国への示唆と今後の課題
- VI おわりに

I はじめに

わが国では、行政の実効性確保手段として、多くの行政法規に刑罰規定が定められているが、そのあり方や理論的背景について議論が十分に尽くされているとはいえない¹⁾。ドイツでは、刑法 (Strafrecht) と行政刑法 (Verwaltungsstrafrecht) との区別を論じたゴルトシュミット (J. Goldschmidt) 及びその理論を発展させた Eb. シュミット (Eb. Schmidt) らにより刑事犯と行政犯の理論的分離が図られ、それを基に制定された秩序違反法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten) により、犯罪 (Straftat) と秩序違反 (Ordnungswidrigkeit) との分離が実現した。本稿は、わが国における従来の行政刑法概念について整理し、ドイツ²⁾における行政刑法理論の成立過程や概要、秩序違反法の成立に与えた影響等について、

『一橋法学』(一橋大学大学院法学研究科) 第13巻第2号 2014年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科特任講師

1) 美濃部達吉『行政刑法概論』(勁草書房、1939) 序1頁、今村暢好「行政刑法の特殊性と諸問題」松山大学論集第23巻4号(2011) 155頁参照。

行政法規上の刑罰規定のあり方の観点から分析することで、わが国における行政法規上の刑罰規定のあり方について問題提起を行うとともに、その検討に必要な方法論を論じることを目的とするものである（なお、本稿は、わが国における行政法規上の刑罰規定のあり方に関し、行政刑法理論やドイツ秩序違反法についての比較法的検討を行う博士論文の序論に一部加筆して先行発表するものである）。

おって、刑罰史や刑法概念史を題材とする以上、犯罪論や刑罰論について言及することは避けられないが、本稿は、上記の理由からドイツにおける行政刑法理論と秩序違反法の制定について分析を行うものであり、犯罪論や刑罰論そのものについて論じることを主たる目的とするものではないため、犯罪論や刑罰論については、その都度取り上げるほか、詳細に論じることはしない。また、現代的な意味の犯罪概念や刑法概念が成立する以前のことを論じるにあたっては、犯罪や刑法の意味するところが現代における概念と異なる点に留意が必要であるが、歴史的考察という手法を用いるにあたり、それらの定義を厳密に行うことは困難であるため³⁾、本稿においては、時代ごとに犯罪概念や刑法概念が異なることを前提として、それらを統一して「犯罪」や「刑法」という用語を用いて論じることとする。

II 問題の所在と方法論

1 行政の実効性確保手段としての刑罰規定の限界

(1) 行政法規上の刑罰規定⁴⁾の問題点

行政法規上の刑罰規定は、行政法上の義務違反に対する制裁であるとともに、

-
- 2) 秩序違反法は西ドイツで制定されたものであるが、統一後のドイツにおいても同法は存続していること、本稿は東西ドイツの比較研究を行うものではなく、行政刑法理論及び秩序違反法について歴史的に分析するものであることから、同法の立法当時のことを論じるにあたっては、東西ドイツに分けて論じることはせず、西ドイツのことを単に「ドイツ」という。
- 3) 現代的な意味においては、犯罪とは「構成要件に該当する違法かつ有責な行為」、刑罰とは「犯罪を行なった者に対して国家が科す制裁」と定義するのが一般的であるが、成文法はおろか国家すら存在しない時代をも取り上げる以上、一般用語としての「犯罪」や「刑罰」概念を用いない限り歴史的考察を行うことは困難である。

刑罰の存在により行政法上の義務履行を確保する効果を期待するものである⁵⁾。行政法規における刑罰規定も刑罰である以上、罪刑法定主義をはじめとする刑法の基本原則を充たすべきであるのは当然である⁶⁾。他方、現代においては、社会の変化と価値観の変動に対応するため、刑罰規定を含む行政法規の立法が活発に行われており、刑事立法の時代といわれて久しい⁷⁾。行政法学説上も、行政の実効性確保のための手段として刑罰規定がしばしば取り上げられている⁸⁾。

行政法上の義務違反に対する制裁には、刑罰のほか、秩序罰、通告処分、反則

-
- 4) 行政法規上の刑罰規定に関する行政法学者による先行研究として、美濃部・前掲注1)、市橋克哉「日本の行政処罰法制」名古屋大学法政論集149号(1993)109頁以下等。刑法学者による先行研究として、八木胖「行政刑法」日本刑法学会編『刑事法講座第1巻』(有斐閣、1952)69頁以下、福田平『行政刑法〔新版〕』(有斐閣、1978)、藤木英雄『行政刑法』学陽書房(1976)、佐伯仁志『制裁論』(有斐閣、2009)、板倉宏「行政刑法の課題」ジュリスト増刊『現代の法理論』(1970)110頁、田中利幸「行政と刑事制裁」雄川一郎・塩野宏=園部逸夫編『現代行政法大系第2巻』(有斐閣、1984)263頁以下、今村・前掲注1)153頁以下等。両者による共同研究として、川出敏裕=宇賀克也「行政罰：刑事法との対話」宇賀克也=大橋洋一=高橋滋編『対話で学ぶ行政法』(有斐閣、2003)88頁以下、高山佳奈子ほか「特集 行政制裁法の課題」法律時報85巻12号(2013)4頁以下等。行政罰を含む「行政制裁」概念に関する先行研究として、山本隆司「行政制裁の基礎的考察」『現代立憲主義の諸相——高橋和之先生古稀記念』(有斐閣、2013)253頁以下及び同「行政制裁に対する権利保護の基礎的考察」『現代行政訴訟の到達点と展望——宮崎良夫先生古稀記念論文集』(日本評論社、2014)236頁以下。
- 5) 田中二郎『新版行政法上巻〔全訂第2版〕』(弘文堂、1974)185頁参照。
- 6) 佐伯・前掲注4)18頁。なお、行政犯と刑事犯には質的な差異があることを理由に行政犯に対する刑罰については刑法の一般原則と異なる原則があるとする見解も、罪刑法定主義等の基本原則を否定するものではない(美濃部・前掲注1)110頁、田中二郎・前掲注5)190頁参照)。
- 7) 川端博『『立法』の時代を迎えた刑事法学』『学術の動向』第8巻6号(2003)39頁以下。
- 8) 独占禁止法違反について刑事罰の活用が期待されるとするものとして、阿部泰隆『政策法学の基本指針』(弘文堂、1996)234頁。行政上の実効性確保手段として行政刑罰を取り上げるものとして、北村喜宣『行政法の実効性確保』(有斐閣、2008)185頁以下、曾和俊文『行政法執行システムの法理論』(有斐閣、2011)139頁以下、宮崎良夫「行政法の実効性確保——行政法違反とその是正をめぐる問題点」成田頼明ほか編『行政法の諸問題(上)』(有斐閣、1990)203頁以下、小林泰文「行政の実効性確保に関する諸問題」レファレンス平成17年2月号(2005)7頁以下、小早川光郎ほか「地方分権の進展に対応した行政の実効性確保のあり方に関する検討会報告書(1)(2・完)(補正)」自治研究89巻7号(2013)141頁以下、8号(2013)145頁以下、9号(2013)159頁以下、曾和俊文「行政の実効性確保(2)行政罰・新しい強制手段・即時強制」法学教室390号(2013)51頁以下等。

金、加算税、課徴金、受益的処分の撤回、公表等があるが⁹⁾、わが国における行政制裁は、刑罰が多用されていることに特徴がある¹⁰⁾。しかしながら、行政の実効性確保手段として刑罰規定を設けることが有効であるとしても、どのような場合に行政目的を達成する手段として刑罰規定を設けることができるかについては検討が必要である¹¹⁾。従来、行政法学説においては、刑罰規定の義務履行確保手段としての側面に着目した議論が中心で、行政法規上の刑罰規定の限界については十分な検討がなされてこなかったように思われる¹²⁾。また、わが国においては、行政法上の強制執行制度の不備のため、行政の実効性確保の手段として過度に行政刑罰に依拠する傾向があることも指摘されている¹³⁾。その結果、本来刑罰の対象とすべきでない行為についてまで刑罰規定が設けられている可能性は否定できない。わが国の行政法規において刑罰規定の濫用が生じているという指摘もなされている¹⁴⁾。

(2) 刑事立法の限界

刑法学説においては、刑事立法には刑法ないし刑罰の本質に由来する一定の限界（以下、「刑罰固有の限界」という）が存在するという考えが一般的である。たとえば、刑法の目的は法益保護にあり、法益侵害がない行為については立法に

9) 宇賀克也「行政制裁」ジュリスト1228号(2002)50頁以下、佐伯・前掲注4)9頁以下、曾和・前掲書注8)147頁。行政制裁の行政上の義務履行確保機能につき、確井光明「行政の義務履行確保」公法研究58号(1996)147頁以下参照。

10) 阿部泰隆『行政の法システム(下)〔新版〕』(有斐閣、1997)445頁、筑紫圭一「環境法執行と行政制裁」特集・前掲注4)7頁等。なお、市橋克哉「行政罰——行政刑罰、通告処分、過料」公法研究58号(1996)233頁参照。

11) 田中二郎・前掲注5)263頁。

12) わが国において、刑罰の必要性や適用可能性について十分な議論がなされないまま刑罰規定が用いられていることを指摘するものとして、西津政信『間接行政強制制度』(信山社、2006)52頁以下、阿部泰隆『行政法解釈学I』(有斐閣、2008)617頁、筑紫・前掲注10)9頁。

13) 戦後の立法政策において行政刑罰が偏重されてきたことにつき、市橋・前掲注4)125頁、阿部・前掲注10)454頁、高山佳奈子「行政制裁法の課題——総論」特集・前掲注4)4頁参照。

14) 井戸田侃「行政法規違反と犯罪」『犯罪と刑罰(上)——佐伯千仞博士還暦祝賀』(有斐閣、1968)162頁。

よっても刑罰を科し得ないという説明や、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 (ultima ratio) であるという説明がなされる¹⁵⁾。これによれば、行政の実効性確保手段として刑罰規定を用いる場合であっても¹⁶⁾、刑罰固有の限界を超えて立法を行うことはできないことになる¹⁷⁾。

これに対し、行政法学説においては、行政法規上の刑罰規定を論じるにあたり、刑罰固有の限界について論じられることは少なかったように思われる¹⁸⁾。たしかに、刑罰固有の限界は、後述のように近代刑法学の成立過程において論じられてきたものであり、近代刑法学が確立した現在においては、刑罰概念自体からその必要性を導くことは困難であるとも考えられる。しかしながら、仮に、刑罰固有の限界を否定したとしても、刑事立法の限界について論じる意義がないとはいえない。刑事立法であっても、比例原則等の法の一般原則の適用があるのは当然であるし¹⁹⁾、刑罰規定を設けることが許容される場合であっても、それが行政の実効性確保という観点から政策的に妥当であるのかという問題は、なお残されているからである²⁰⁾。

(3) 政策的側面からの制約

刑罰規定を設けることが許容される場合であっても、「いかなる場合に行政法

15) 生田勝義『行為原理と刑事違法論』(信山社、2002) 34頁以下、前掲高山 4頁。

16) 板倉宏「非当罰的不問行為の概念」前掲注 14)『犯罪と刑罰(上)』141頁は、刑事制裁の行使に関し、違法行為を抑止するには行政制裁を活用すれば足り、あえて刑事制裁を活用する必要がない場合が多いとする。

17) 佐伯・前掲注 4) 17頁以下参照。

18) 田中二郎・前掲注 5) 188頁は、刑罰を科すことが「行きすぎ」となる場合があること認めつつ、「行政法規の実効性を確保するために、どのような場合及び範囲に行政罰を設けるべきかは、主としては、立法政策の問題といてよい」とする。

19) 刑法学においては、比例原則は責任主義や可罰的違法性、残虐な刑罰の禁止との関係で論じられることが多いようである(板倉・前掲注 4) 143頁、平野龍一「可罰的違法性」ジュリスト 313号(1965) 64頁、芝原邦爾『刑法の社会的機能——実体的デュー・プロセス理論の提唱』(有斐閣、1973) 189頁以下、高山・前掲注 14) 4頁等参照)。国家行為の憲法適合性を一般に規律する原則としての比例原則を刑法学において用いるものとして、小林憲太郎「刑罰に関する小講義(改)」立教法学 78号(2010) 410頁以下。

20) 伊東研祐『法益概念史研究』(成文堂、1984) 423頁は、刑罰発動の限界付けにつき、「法益概念からではなく、社会的必要性という現実的基盤、それを反映して憲法秩序内で定立される刑事政策的諸原理等から導かれるべきものである」とする。

上の義務履行確保手段として刑罰を用いることができるか」(刑罰固有の限界)と「いかなる場合に行政法上の義務履行確保手段として刑罰を用いることが適切であるか」(刑罰規定の妥当性)は別の問題であるから、刑罰規定を設けることが行政の実効性確保という観点から政策的に妥当であるか否かについては、別途検討を要する²¹⁾。行政法規上の刑罰規定は、その存在により行政法上の義務履行を確保し、その結果、行政上の実効性を確保しようとするものであるが、実際に運用されない刑罰規定は、実効性を確保するどころか、執行されない刑罰規定を増大させることで刑罰全体の威嚇力を損ない²²⁾、結果として行政の実効性確保を阻害することにもなりかねない。わが国においては、多くの行政法規に刑罰規定が置かれているものの、運用がなされておらず、事実上機能していないものも多く存在する²³⁾。その理由として、刑罰は制裁の中で最も重いものであるが故に、その適用に慎重になりすぎ、結果として義務の不履行が放置される結果となることなどが指摘されている²⁴⁾。行政法規上の刑罰規定のあり方を検討するにあたっては、それが現実に機能し、行政法上の義務履行を確保せしめ、ひいては行政の実効性確保という効果をもたらすものであるか、運用を含めた政策的観点からの検討も求められる²⁵⁾。

21) 行政法規上の刑罰規定が、義務履行の強制効果において事実上の限界を有することを指摘するものとして、藤田宙靖『行政法Ⅰ〔第4版改訂版〕』(有斐閣、2005) 272頁、筑紫・前掲注10) 8頁、小林泰文・前掲注9) 13頁等。

22) 高山・前掲13) 4頁参照。

23) 畠山武道「サンクションの現代的形態」芦部信喜=六本佳平編『岩波講座基本法学8—紛争』(岩波書店、1983) 369頁、阿部・前掲注10) 454頁、西津・前掲注12) 52頁以下、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』(有斐閣、2008) 140頁、宇賀克也『行政法概説Ⅰ〔第5版〕』(有斐閣、2013) 242頁、櫻井敬子=橋本博之『行政法〔第4版〕』(有斐閣、2013) 197頁等。わが国の条例上の刑罰規定には、実際に刑罰を科すことを予定していないものが存在するとの指摘もある(鈴木潔『強制する法務・争う法務』(第一法規、2009) 93頁)。

24) 佐伯・前掲注4) 7頁、市橋・前掲注10) 235頁参照。阿部・前掲注8) 235頁は、独占禁止法違反につき、「公取と検察当局の人員が不足しているだけではなく、犯罪という社会的認識が不足しているから、刑事罰を積極活用する地盤に乏しい」とする。

25) 刑事罰をおく以上は、抑止力を高めるために法定刑の引き上げや運用の強化が必要とするものとして、阿部・前掲注8) 235頁。

(4) 行政法規上の刑罰規定の特殊性

以上のように、行政法規上の刑罰規定のあり方を検討するにあたっては、「いかなる場合に行政法上の義務履行確保手段として刑罰を用いることができるか」という刑法学的観点からの考察と、「いかなる場合に行政法上の義務履行確保手段として刑罰を用いることが適切であるか」という行政法学的観点の検討がなされなければならない。そして、それらは互いに独立したものではなく、特に境界領域においては、相互に関連しているものである²⁶⁾から、行政法規上の刑罰規定のあり方を検討するにあたっては、行政法と刑法の交錯によって生じる特殊性について配慮することが不可欠である。しかしながら、わが国においては、刑罰と秩序罰を使い分ける基準が存在しないとされる²⁷⁾ことがあrawすように、行政法規上の刑罰規定のあり方について、その特殊性に配慮した検討は十分にはなされていないように思われる。行政法規上の刑罰規定の「両属的性質」を指摘された美濃部博士は、同時に、わが国においてその研究が不十分であることをも指摘されたが²⁸⁾、現在においても、美濃部博士の指摘した問題はなお残されているといえよう²⁹⁾。

2 行政の実効性確保手段としての刑罰規定と行政刑法理論

(1) 刑法学説と行政法学説の対峙

わが国において、行政法規上の刑罰規定の特殊性については、「行政刑法」概

26) 一例として、重罰化による抑止効果の追求が責任主義という刑法的観点からの制約を受けることにつき、高山・前掲注13) 4頁参照。

27) 美濃部・前掲注1) 15頁、田中利幸・前掲注4) 269頁等。戦前においても同様の指摘がなされていたことにつき、泉二新熊『日本刑法論上巻〔第44版〕』（有斐閣、1936）752頁参照。なお、川出＝宇賀・前掲注4) 90頁〔宇賀〕は、「反社会性が強い行為には行政刑罰、単純な義務の懈怠に対しては行政上の秩序罰という一応の立法上の基準に従っておおむね整理が行われてきた」としつつ、「なお不統一と思われるものは残っている」とする。

28) 「行政刑法は言はゞ行政法と刑法との相接触する中間区域に在るもので、其の何れにも専属せず、両属的性質を有する。その結果として、行政刑法……に付いての学問的研究の公にせられて居るものは、殊に我が国に於いては甚だ稀である」（美濃部・前掲注1) 序1頁）。

29) 今村・前掲注1) 155頁参照。

念を用いて説明されることが多い³⁰⁾。しかしながら、行政法規上の刑罰規定は刑罰としての側面と行政の実効性確保手段としての側面を有するところ、「行政刑法」という概念についても、その刑罰的側面と行政法的側面のいずれを強調するかによって、その定義が微妙に異なることに留意が必要である。刑法学的側面を強調すれば、行政刑法は、単に行政法規上の刑罰規定の総体と定義される³¹⁾のに対し、行政法的側面を強調すれば、「行政法上の義務履行確保のために」義務違反に対して刑罰を科すことを定めた規定の総体³²⁾であるとして、その目的が強調された定義がなされる。

このことは、単なる定義上の差異ではなく、行政刑法に関する議論に重要な影響を生じさせるものである。すなわち、行政法学説においては、行政刑法につき、主として実効性確保手段としての側面が論じられるのに対し、刑法学説においては、主として刑罰規定としての側面が論じられ、行政刑法の両属的性質に着目した行政法規上の刑罰規定のあり方については、いずれの立場からも議論の対象から外れることとなった。行政刑法については、伝統的に、解釈論を中心に議論がなされてきたことも、立法論である行政法規上の刑罰規定のあり方について、行政刑法に関する問題点として十分に論じられてこなかったことの一因であると思われる。そこで、行政法規上の刑罰規定のあり方を論じるにあたり、その前提として、わが国における行政刑法理論における概念の整理を行う必要がある。

(2) 従来の行政刑法理論における概念の整理

(a) 行政刑法

わが国において行政刑法理論を最初に提唱された³³⁾美濃部博士は、その著書

30) 前掲注4) 参照。なお、近時、刑罰を含む行政法上の制裁を「行政制裁」と定義し、行政の実効性確保手段としての行政制裁について包括的研究がなされているが(佐伯・前掲4)等参照)、行政法規上の刑罰規定の限界について検討する際には、刑事立法固有の限界についての検討が必要であるから、行政刑法理論は今なお重要な意味を有するものと思われる。

31) 福田・前掲注4) 1頁は「行政刑法とは、広義において、……行政罰に関する法規の総称を意味するが、行政罰のうち、とくに刑法に名のある罰(行政刑罰)に関する法規を行政刑法(狭義の行政刑法)と称する」と定義する。

32) 美濃部・前掲注1) 5頁。

『行政刑法』において、行政刑法を「行政法規に於いて人民に作為不作為又は給付の義務を課して居る場合に、人民がその義務に違反したことに對し刑罰の制裁を附して居る法令の規定」と定義された³⁴⁾。そして、刑事犯と単純な行政法上の義務違反である行政犯との間には、重大な性質上の差異があり、それゆえに、両者は適用の原則を異にすべき場合があると主張されたのである³⁵⁾。美濃部博士の研究を嚆矢として、わが国においても行政刑法研究が進められ、行政犯には刑事犯と異なる原則が適用されるべきとする博士の主張につき、個々の具体的論点についての議論がなされてきたが³⁶⁾、美濃部博士の提唱された行政刑法概念については、博士の主張を否定的に解する見解を含め、特に争いはないものと思われる³⁷⁾。しかしながら、美濃部博士が、行政刑法の定義や解釈において、行政の実効性確保という目的に着目しているのに対し、博士の主張に否定的な見解においては、その点は必ずしも強調されていない。このような立場の違いは、行政刑法理論の重要な要素³⁸⁾である行政犯概念において、さらに顕著である。

(b) 行政犯

美濃部博士は、「行政犯」を、行政法上の義務違反のうち、その行為に対して刑罰又は過料の制裁が法律上定められているものと把握され、そのうち、過料が定められているものを「形式上の行政犯」、刑罰が定められているものを「実質上の行政犯」とする³⁹⁾。そして、法令上犯罪とされている行為には、「普通の犯罪」である刑事犯 (Kriminaldelikt, Verbrechen) と単純な行政法上の義務違反である行政犯 (Verwaltungsdelikt) があり、前者はその行為自身に社会的罪悪

33) 今村・前掲注1) 155頁参照。

34) 美濃部・前掲注1) 序1頁。

35) 美濃部・前掲注1) 3頁以下。

36) 一例として、行政犯には、刑法38条の規定にかかわらず、明文規定のない場合であっても過失犯が成立しようとする美濃部博士の主張に対し、これを否定的に解する見解 (藤木・前掲注4) 73頁等) と肯定的に解する見解 (田中二郎・前掲注5) 191頁) がそれぞれ主張されている。

37) 福田・前掲注4) 1頁、井戸田・前掲注14) 156頁等参照。

38) 美濃部・前掲注1) は、行政刑法の定義をした上で、その特殊性について問題提起を行っているが、実際に特殊性を議論する際には「行政犯」の問題として検討している。福田・前掲注4) も同様である。

性を有し、国家の命令又は禁止を待つまでもなく、国民はこれを犯さないだけの道徳的本分を有するのに対し、後者は行政上の目的のためにする国家の命令又は禁止に違反するが故にのみ、刑罰の制裁を科せられるという性質上の差異があるとする⁴⁰⁾。美濃部博士の定義では、行政刑法は刑罰を定めるもののみを意味するのに対し、行政犯は、刑罰に限らず、行政罰が科せられるもの全体を意味する。そして、行政犯は、行政法規に定められていることによってはじめて犯罪たる性質を有するものであり、法定犯と同一の概念であるとされる⁴¹⁾。これに対し、福田教授は、行政犯を、刑罰を科せられるべき行政法上の義務違反（非行）として、過料を科せられるべき行政法上の非行である秩序違反と区別され⁴²⁾、その上で、行政犯も法益に対する侵害・脅威を与えるものとして刑事犯と共通の性格をもつが、刑事犯は「基本的生活秩序（近代市民社会の基本的生活構造を規制する秩序）」に違反する行為であるのに対し、行政犯は基本的生活秩序に直接結合しない「派生的生活秩序（市民社会から一応遮断された外郭的生活秩序）」に違反する行為であるとされる⁴³⁾。

福田教授の見解は、行政犯と刑事犯との区別という「法律学者を絶望させる区別」⁴⁴⁾について正面から論じ、行政犯を積極的に定義しようとする意欲的なものであるが、ここではその論点には踏み込まず、次の点を指摘するに留める。すなわち、美濃部博士の行政犯概念は、刑罰であるか過料であるかを問わず、行政罰が定められている行政法上の義務違反すべてを含むものであるのに対し、福田教授の行政犯概念は、刑罰を科せられるべき行為のみを行政犯とする。また、美濃部博士の見解は、専ら法令に行政罰が定められているか否かによって行政犯と単

39) 美濃部・前掲注1) 2頁以下。そのほか、行政犯概念に過料が定められている行為を含むものとして、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：手続法の視点から」特集・前掲注4) 32頁以下等。

40) 美濃部・前掲注1) 4頁以下。

41) 美濃部・前掲注1) 6頁。

42) 福田・前掲注4) 2頁。

43) 福田・前掲注4) 37頁。

44) 福田・前掲注4) 3頁等。なお、「法律学者を絶望させる区別」は、行政犯と刑事犯の区別の困難さを表現するものとしても用いられるが、本来は真正の犯罪と違警罪との区別についての言である（Köstlin Christian Reinhold, *Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts*, 1845, S.28）。

なる行政法上の義務違反とを区別するのに対し⁴⁵⁾、福田教授の見解は、刑罰を科せられるべき行政法上の義務違反という前法的な概念によって行政犯を定義づけるものである。美濃部博士の定義と福田博士の定義は、その前提が異なっており、いずれの見解を採るかによって、議論の性質は自ずと異なるものとなることに留意が必要である。

(3) 行政刑法理論の再検討の必要性

以上より、わが国における行政刑法理論においては、その前提となる行政刑法概念や行政犯概念について必ずしも統一されておらず、したがって、本稿の目的である行政法規上の刑罰規定のあり方を検討するにあたっては、それらの概念を含め、行政刑法理論を再検討する必要があることが明らかとなった。この点に関し、ドイツでは、ゴルトシュミットらの行政刑法理論を背景として、秩序違反法が制定され、犯罪と秩序違反の分離がなされ、理論と法体系との整合が図られた。ドイツにおける行政刑法理論や秩序違反法の制定について再検討することは、わが国における行政の実効性確保手段としての刑罰規定のあり方を検討するにあたり有益であると思われる。

3 方法論

前述のとおり、行政法規上の刑罰規定のあり方を検討するには、刑罰固有の限界という刑法的考察と刑罰規定の妥当性という行政法学的考察の双方が求められる。また、行政刑法理論の前提となる概念である行政刑法概念について、わが国における伝統的な概念に拘泥せず、ドイツの概念を参考に再検討する必要がある。これらの考え方や概念は刑罰に関する歴史的経緯を経て成立したものであり、行政刑法理論も近代刑法学を背景に成立したものであるから、それらについて正しく理解するには、ドイツにおける刑罰概念及び近代刑法学の歴史的考察が不可

45) この意味において、美濃部博士の見解は行政犯を積極的に定義づけるものではない。なお、山本隆司「行政制裁に対する権利保護の基礎的考察」前掲注4) 243頁は、美濃部博士の行政犯概念は、後述のドイツ学説のうち、「行政刑法を積極的に性格づけるものとはいえない」M・E・マイヤーの見解を参照したものと思われるとする。

欠であると思われる。とはいえ、ドイツにおける刑罰概念史や近代刑法学についてはもちろん、ドイツにおける行政刑法理論や秩序違反法についても、既に多くのわが国における先行研究が存在する⁴⁶⁾ところ、そのすべてについて詳細に取り上げることは紙幅の都合上困難である。そのため、本稿においては、刑罰固有の限界の観点及び刑罰規定の妥当性の観点から、ドイツにおける刑罰概念及び近代刑法学について歴史的考察を行うとともに、ドイツにおける行政刑法理論及び秩序違反法の制定について再検討を行うこととする。なお、本稿は、わが国における行政法規上の刑罰規定のあり方について問題提起を行うことを目的とするものであり、ドイツにおける行政刑法理論や秩序違反法の紹介それ自体を目的とするものではないため、それらについては必要な限度でのみ取り上げ、その詳細な比較法研究については別稿に委ねることとしたい。

Ⅲ ドイツにおける刑罰概念及び近代刑法学の歴史的考察

1 刑罰論——前史⁴⁷⁾

(1) 歴史的経緯

(a) 古代ゲルマン時代

古代ゲルマン人は、現代的な意味での国家的統一体を形成しておらず⁴⁸⁾、国家による刑罰も存在しなかった。成文法は存在せず、法は裁判所によって発見され

46) ドイツにおける行政刑法理論や秩序違反法についてのわが国における先行研究として、須貝脩一「ゴルトシュミットの行政犯理論 (1) (2・完)」法學論叢40巻1号(1939)89頁以下、3号(1939)422頁以下、土屋正三「西独の秩序違反法に就いて (1)～(3)」警察研究25巻6号(1954)19頁以下、7号(1954)37頁以下、9号(1954)51頁以下、同「西ドイツ秩序違反法の改正」警察研究38巻8号(1967)127頁以下、加川帯刀「秩序違反法と非犯罪化」千葉大学教養部研究報告A11号(1978)55頁以下、長野實『調査資料・西ドイツ秩序違反法』(国立国会図書館、1980)、村上啓造「西ドイツにおける行政法令違反処理手続 (1) (2・完) —— 船舶関係法令違反に対する過料制度の実態と問題点」海上保安大学校研究報告第1部26巻1号(1981)1頁以下、同26巻2号(1981)1頁以下、吉田尚正「ドイツ法における秩序犯と刑事犯 (1)～(5・完)」警察研究60巻12号(1989)25頁以下、61巻1号(1990)33頁以下、3号(1990)35頁以下、4号(1990)45頁以下、6号(1990)43頁以下、西津・前掲注12)107頁以下、今村・前掲注1)153頁以下等。

47) 本稿では主に世俗的刑罰を扱い、宗教的刑罰については原則として取り上げない。

る判告法 (Spruchsrecht) であり、判決は法の単なる適用ではなく認識 (Erkenntnis) であった⁴⁹⁾。民事と刑事の区別は原則として存在せず、国家による裁判においては、違法行為は原則として賠償金の支払により解決された⁵⁰⁾。古代ゲルマン時代においては、国家による裁判は、ジッペ (Sippe) と呼ばれる共通の出自に基づいた共同体の間でのフェーデ (Fehde)⁵¹⁾を平和的に解消するために行われるものであり、原則として賠償金の支払を伴う裁判上の和解によってウルフェーデ (Urfehde) がなされた。違法行為に対する処罰は、主としてジッペによるフェーデとして行われた⁵²⁾。なお、現行犯については、被害者や近隣者らによって、侵害行為の重さを問わず殺されるにまかせられていた⁵³⁾。これに対し、直接に共同体の利益を侵害する行為または不名誉な心情の発露たる行為を行った者は、平和喪失 (Friedlosigkeit) 者とされ、現行犯人として処刑された場合を除き、民会の裁判によってアハト刑 (Achtstrafe) に処せられた。

ジッペによるフェーデは、当事者の満足を目的とし当事者によって刑罰権 (現代的な意味の刑罰とは異なり、単に罰を与える権限を意味する。本稿において、以下同じ) が行使されるものであるのに対し、民会によるアハト刑は、秩序の維持という公的関心に基づき全体的立場から刑罰権が行使されるものであるとされる⁵⁴⁾。平和喪失の効果は直接的には放逐・追放であるが、平和喪失者には、ジッペによる保護を失う (rechtlos) のみならず、多くの場合、その執行方法としてアハト刑の宣告がなされ、共同体全体によって総手的に共同執行された。アハ

48) Heinrich Mitteis, *Deutsche Rechtsgeschichte*, neubearbeitet von Heinz Lieberich, 16. erg. Aufl. 1981, S.16f. なお、邦訳につきミッターイス=リーベリッヒ=世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説〔改訂版〕』(創文社、1971)を参照した。以下同じ。

49) Mitteis, (Fn. 48), S.18.

50) 埴浩「刑罰の歴史—西洋—」『フランス・ドイツ刑事法史』(信山社、1982) 124頁。

51) フェーデとは、ジッペによる名誉回復のための自力救済を意味し、いわば組織的な復讐である (Vgl. Mitteis, (Fn. 48), S.36.)。「敵対関係」と訳されることもある (埴・前掲注 50) 124頁参照)。

52) ジッペは内部で犯された違法行為 (Frevel) をみずから処罰することができた。なお、父は家父権力に基づいて同様の刑罰権を持ち、従士の主君も同様であった (Mitteis, (Fn. 48), S.35f.)。

53) Mitteis, (Fn. 48), S.36.

54) 吉田道也「国家的刑罰権と非国家的刑罰権について—ドイツ—」法制史学会編『刑罰と国家権力』(創文社、1960) 556頁。 Vgl. Mitteis, (Fn. 48), S.37.

ト刑は、個人による復讐と同様、権利と同時に義務であるとされ、共同体の構成員は、平和喪失者を必ず殺さなければならなかった。民会の裁判は、犯罪を認定し刑罰を科すというよりも、犯人は誰によっても殺されうるようになったという事実を、儀式的法行為によって確定するものであり、かつ、犯行に対応すべき執行方法を決定するものであった⁵⁵⁾。

(b) フランク時代

フランク時代になると、刑罰の多くが成文法によって定められるようになった⁵⁶⁾、復讐とフェーデは存続し、刑罰権の大部分がジッペと家父長のもとに残された⁵⁷⁾。他方、ジッペ間のフェーデにおいて国家によるウルフェーデが強制されるようになり、人命金 (Wergeld) や贖罪金 (Buße) といった身請金の支払による裁判上の和解が多用されるようになったが、これは、身請金の一部が国家等に帰属することによる収入増を狙いとするものであった。同じく、かつて民会が有していた平和喪失に関する裁判権は裁判所へ移され、死刑 (Todesstrafe) や身体刑 (Leibesstrafen)、切断刑 (verstümmelnde Strafen) 等が国家的刑罰として定められたが、収入増を目的とする身請金の支払による刑の免除が多用され、刑法は「財源化 (fiskalisiert)」し、その本来の目的から逸脱していった⁵⁸⁾。他方、王権の強化に伴い、国王は罰令権 (Bannrecht) に基づき、人民法 (Volksrecht) には知られていなかった王法独自の犯罪構成要件を定めることができることとされた⁵⁹⁾。ただし、人民法とは異なり、国王罰令には身体刑や生命刑を定めることはできなかった⁶⁰⁾。また、これとは別に、国王は、人民の一般的誠実義務 (allgemeinen Treupflicht) に基づき、誠実義務違反 (infidelitas) に対

55) Mitteis, (Fn. 48), S.37f.

56) Mitteis, (Fn. 48), S.82f.

57) Mitteis, (Fn. 48), S.91f.

58) Mitteis, (Fn. 48), S.93. 堀・前掲注 50) 124 頁、吉田道也・前掲注 54) 559 頁参照。ただし、吉田道也・前掲注 54) 560 頁は、贖罪の強制は、「フェーデを克服し、国家的刑罰権を確立しようとする努力」でもあったと評価する。

59) Mitteis, (Fn. 48), S.94. 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」前掲注 4) 255 頁は、ドイツにおける行政制裁は君主の包括的な罰令権に淵源があるとする。

60) Mitteis, (Fn. 48), S.62.

し、みずからの裁量によって自由裁量刑 (Harmschar) を科すことも可能であった⁶¹⁾。

(c) 中世以後

いわゆる「オットーの戴冠」による神聖ローマ帝国成立後もなお、復讐及びフェーデは存続した。しかし、封建制の下、領主層の凶暴なフェーデに歯止めをかける必要から、10世紀末以降の「神の平和 (Gottesfriede)」運動を経て、神聖ローマ帝国においてラント平和令 (Landfrieden) がたびたび発布されるようになった⁶²⁾。ラント平和令は、領主層によるフェーデの制限をその内容とするものであるが、フェーデの制限に伴い犯罪行為を現実に処罰することが重大な問題となったことから⁶³⁾、ラント平和令は、従来非自由人に対して科せられていた⁶⁴⁾公権力による肉体的懲罰を自由人にも拡張し、公権力による「実刑 (peinliche Strafen)」が登場した⁶⁵⁾。これにより、ドイツにおける国家的刑罰権が実現したとされる⁶⁶⁾。贖罪金の支払によって済まされるのは比較的軽い犯罪の場合に限られるようになり、贖罪金は罰金としての性質を取得することとなった⁶⁷⁾。他方、かつてのアハト刑は予備的追放 (Verfestung) や帝国アハト刑といった形で残され⁶⁸⁾、罰令権も存続された。

(2) 考察

(a) 古代ゲルマン時代

古代ゲルマン時代においては、当事者による復讐は悪行とはされず⁶⁹⁾、現代

61) Mitteis, (Fn. 48), S.94.

62) Mitteis, (Fn. 48), S.209ff.

63) Mitteis, (Fn. 48), S.180.

64) 非自由人に対する肉体的懲罰は家長の懲戒権に由来するものとされる (Mitteis, (Fn. 48), S.38f.)。

65) Mitteis, (Fn. 48), S.278. 吉田道也・前掲注 54) 564 頁参照。

66) 吉田道也・前掲注 54) 561 頁以下参照。

67) Mitteis, (Fn. 48), S.278f.

68) Mitteis, (Fn. 48), S.279.

69) 吉田道也・前掲注 54) 552 頁、塙・前掲注 50) 124 頁。

的な意味の刑罰と異なるにせよ、共同体によって容認される制裁という意味の刑罰概念が既に存在していた⁷⁰⁾。また、上記の復讐ないしフェーデは、当事者の満足を目的として刑罰権が行使されるものであるのに対し、平和喪失（及びアハト刑）は、秩序の維持という公的関心に基づいてなされる共同体による刑罰権の行使である。ここに、公的関心から、裁判手続を経て共同体によって科せられるという意味での国家的刑罰概念の萌芽を認めることができる⁷¹⁾。加えて、平和喪失においては、公の秩序の侵害に対する応報的要素に加え、共同体社会の秩序維持を目的とする要素があったとされるように、古代ゲルマン時代において、すでに上記のような意味の国家的刑罰概念の萌芽に加え、公の秩序維持の手段という意味において、一種の行政罰概念の萌芽をも認めることができよう⁷²⁾。

(b) フランク時代

フランク時代に入り、成文法で定められた刑罰が誕生する。しかし、未だ大部分の刑罰権はジッペヤ家父長のもとに残されており、人民法で定められるもののうち、公的関心から、裁判手続を経て共同体によって科せられる刑罰はごく限られたものでしかなかった⁷³⁾。裁判所において身請金の支払が多用されるようになったが、公的関心から科せられる刑罰としての罰金を意味するものではなく、和解によって罪を免れるという意味合いが強いものであった。反面、王法においては、国王の罰令権に基づいて科せられる刑罰が発達した。注目すべきは、国王は、統治の手段として⁷⁴⁾、自由に犯罪を創出することができることとされたことである。ここに、統治権に基づいて定められる刑罰という現在のわが国における行政罰概念⁷⁵⁾に繋がる考え方が発生している。国王に対するものではあるが、義務違反に対する刑罰という概念も、一般誠実義務違反を理由に科せられる自由裁

70) 平場安治 = 作田啓一 = 中義勝「刑罰思想の流れ」平場安治編『刑罰の思想』（新友堂、1979）6頁〔作田〕参照。

71) 吉田道也・前掲注54）556頁。

72) 吉田道也・前掲注54）556頁以下参照。

73) 吉田道也・前掲注54）560頁以下、埴・前掲注50）126頁参照。

74) Mitteis, (Fn. 48), S.62.

75) 行政罰とは、一般に、「行政法上の義務違反に対し、一般統治権に基づき、制裁として科せられる罰」の総称であるとされる（田中二郎・前掲注5）185頁等）。

量刑の中に見ることができよう。

(c) 中世以後

中世以後、公権力による「実刑」が誕生し、刑罰は、従来の当事者による復讐や共同体による自力救済から、犯罪を抑止する意図をもって国家によって科せられるものへと変容した⁷⁶⁾。ここにおいて、公的関心から国家によって科せられる制裁という意味における現代的刑罰概念が出現したといえよう⁷⁷⁾。しかし、このことは、領主層の凶暴なフェーデに歯止めをかけるという必要性から発生したものであり、アハト刑や国王や領主層による罰令権はなお存続し、刑罰概念が近代的な意味における刑罰概念により統一されるのは、近代刑法学の誕生を待たなければならなかった。

(d) 小括

前述のとおり、刑罰は、歴史的に、共同体によって容認される個人の復讐に端を発しているが、古代ゲルマンの時代から、アハト刑にみられるように、公の秩序維持のための刑罰という概念も存在していた。とはいえ、アハト刑は、あるべき姿を実現するための手段というより、既に存在している公の秩序の侵害に対する応報としての意味合いが強かった。これに対し、フランク時代に入ると、国王は、自らの望む国家像を実現するため、罰令権により自由に犯罪構成要件を定めることができるようになった。ここに、国王が望むものという意味にすぎないにせよ、国家のあるべき姿を実現するために統治権に基づいて科せられる制裁としての刑罰という、現在のわが国における行政罰概念に繋がる考え方が誕生する。これは、応報を中心としたそれまでの刑罰概念からは、明らかに異質のものである上、国王が自由に犯罪構成要件を定めることができる点においても、判告法にあらわれるように、前法的な犯罪概念を中心とする古代ゲルマン時代における刑罰概念とは異なるものであった。こういった刑罰概念は中世以後にも引き継がれ、国王や領主層は、自らの思い描く国家像を実現するため、それに反する行為に対

76) Vgl. Mitteis, (Fn. 48), S.279.

77) Vgl. Mitteis, (Fn. 48), S.210. 吉田道也・前掲注 54) 561 頁以下参照。

し自由に刑罰を科すことができたのである。

2 近代刑法学の成立と展開

上記のような中世以来の刑罰概念の存在により、中世以降のヨーロッパにおいて、長らく刑罰権の濫用状態が存続した⁷⁸⁾。しかし、啓蒙思想を背景として、刑罰権の制約が論じられるようになり、現代的な意味における刑罰概念や犯罪概念等が次第に形成され、近代刑法学が成立することとなる。

(1) 近代刑罰論の誕生

当時のヨーロッパにおける刑罰権の濫用を背景に、ベッカリーア (C. Beccaria) は、社会契約論を根拠として犯罪と刑罰について論じた『犯罪と刑罰』⁷⁹⁾を1764年に出版し、刊行2年後の1766年にはドイツ語訳が出版され、その後のドイツ刑事法学に大きな影響を与えた。ベッカリーアが近代刑法学に与えた影響は多岐にわたるが、本稿との関係では、刑罰は各個人の行動が社会の存在を危うくした程度に応じて課せられるべきであり、必要最小限度に留めるべきであるとした点が重要であると思われる。また、ベッカリーアは、刑罰の目的は犯罪の予防にあり、予防のために刑罰の確実性を重視した。これに対し、カント (I. Kant) は、目的刑論を否定し、刑罰の根拠は国家による同害報復の原理にあり、犯罪に対しては断固として刑罰を科さねばならないとした⁸⁰⁾。

ベッカリーアは、刑罰の濫用を強く戒めただけでなく、その根拠として、社会契約に基づく刑法概念を唱え⁸¹⁾、近代刑法の基本原則である「刑法の謙抑性」に繋がる考え方を示した。すなわち、刑罰を科すことができるのは、それが目的の為に必要最小限の手段である場合に限られる。この考え方を徹底すれば、他の制裁によって実効性を確保できる場合においては、刑罰を科しえないことはもちろん、刑罰規定を設けることも許容されないことになろう⁸²⁾。これに対し、カ

78) Vgl. Mitteis, (Fn. 48), S.354ff.

79) Cesare Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, 1764. ベッカリーア = 風早八十二・五十嵐二葉訳『犯罪と刑罰』(岩波文庫、1938)。

80) Immanuel Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, Bd. 6, Akademie 1968, S.331ff.

81) 風早八十二「解説」前掲注79) 208頁。

ントは、目的刑論を否定し、刑罰の本質は応報にあると主張する。この見解によれば、ただ目的を達成するためだけに刑罰を科すことは許されないことになる。いずれの見解を採るにせよ、刑罰にはその本質に由来する固有の限界があり、それを超えて刑罰を科すことは許されない。この考え方は、それぞれの論者の立場を超えて受け入れられ、近代刑法学の前提となる⁸³⁾。

また、ベッカリーアは、苛酷な刑罰は、たとえそれ自体が公共の福祉に反するものでないとしても、犯罪の予防に無益である場合には、啓蒙された理性や正義に反し許されないとする。ベッカリーアの主張は、あくまで理性や正義に反することを理由とするもので、刑罰固有の限界に近いものであるが、目的にとって無益である場合には刑罰を用いてはならないとする考え方は、刑罰規定の妥当性に繋がるものとも考えることも可能と思われる。すなわち、刑罰規定は、それが犯罪の予防に無益である場合には、ベッカリーアの言うように啓蒙された理性や正義に反し許されないかはともかくとして、少なくとも、刑罰規定として妥当性を欠くものということができよう。

(2) 近代刑法学の成立

近代刑法学は、近代刑法の父と呼ばれるフォイエルバッハ (P. J. A. Feuerbach) により成立したとされる。フォイエルバッハは、法と道徳を峻別し、罪刑法定主義を提唱した⁸⁴⁾。また、犯罪の本質は権利の侵害であるとし、狭義の犯罪を「統治活動の執行及び国家の宣言とは無関係に存在する権利」の侵害、警察犯 (Polizeidelikt) を「一定の警察法規に対する服従を要求する国家の権利」の侵害であるとして両者を区別した⁸⁵⁾。これらの性質の違いから、違警罪 (Übertretungen) は、刑法典とは別個の法典において規定されるべきとされ

82) 前注 15) 及び 16) 参照。

83) 近代刑法学が秩序違反法の制定に及ぼした影響につき、山本隆司「行政制裁の基礎的考察」前掲注 5) 272 頁以下参照。

84) 莊子邦雄『近代刑法思想史序説』(有斐閣、1983) 40 頁以下参照。

85) Vgl. Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl, 1847, S.46. なお、邦訳につき伊東・前掲注 20) 15 頁以下を参照した。

る⁸⁶⁾。

フォイエルバッハの理論は、歴史的に拡張されてきた曖昧な犯罪概念を限定し、公権力の恣意から個人の自由を保護しようとする意図をもつものであり、警察犯の処罰根拠も、国家の権利侵害そのものに求められるのではなく、国家が個人の権利を保護するために発した警察法規に服従しないことにより、個人の権利が危殆化することに求められる⁸⁷⁾。法律によって刑罰が定められる場合であっても、公権力の恣意から個人の自由を保護する必要性は存在するところ、法益保護（フォイエルバッハは「権利保護」とする）の観点から、刑事立法には刑罰固有の限界が存在するといえよう。

他方、フォイエルバッハの見解によると、直接的には個人の権利を侵害しない行為についても、間接的に個人の権利にとって危険を有する行為については、刑罰（違警罪）を定めることが許される。しかしながら、フォイエルバッハの主張は、刑罰と異なる性質を有する「過料（Geldbuße）」が存在しない時代におけるものであったことを前提とする必要があるところ、現代のドイツにおいては、後述のように、「過料」という刑罰でない制裁が存在することからすれば、仮に、直接的には個人の権利を侵害しない行為について刑罰を定めることができるとしても、刑罰規定を用いることが妥当であるかについては、別途検討が必要であると思われる。

また、フォイエルバッハのいう法と道徳の峻別は、行政法規上の刑罰規定のあり方に関し重要なものと思われる。行政法規上の刑罰規定には、その目的や機能が法益保護にあるのか道徳の維持にあるのか必ずしも明確でないものも存在するところ、法と道徳の峻別は刑罰の本質からの要請である以上、たとえ権利保護の側面を有していたとしても、事実上その目的・機能が道徳の維持にあるような刑罰規定は、それが当該目的を達成するための手段として有効であったとしても、許容されないと考えるべきであろう。目的と手段の比較考量が必要であるが、刑罰のみならず他の制裁を科すことも許されない場合もあり得るとと思われる。

86) Vgl. Feuerbach, (Fn. 84), S.48.

87) 伊東・前掲注20) 17頁以下参照。

(3) 行為規範概念の形成

フォイエルバッハ以降、ビンディング (K. Binding) やベーリング (E. Beling) によって、行為規範概念が主張されるようになる。ビンディングは、フォイエルバッハ以前の刑法学の中心であったカントらによる形而上学的な考察ではなく、実定法を中心とした分析を行い、行為者を裁く法命題と行為者が違反する法命題とは区別されるべきと主張し⁸⁸⁾、犯罪の本質は行為規範への反抗であり、行為規範は、概念的に刑罰法規に先立つものであるとした⁸⁹⁾。ベーリングは、ビンディング同様、犯罪を行為規範への反抗とし、規範の淵源を国家の規範的意思という全法秩序に共通な一般規範に求めた⁹⁰⁾。なお、M・E・マイヤー (M. E. Mayer) は、ゴルトシュミットが行政刑法理論を提唱したのとほぼ同時期に、行為規範を前法的な社会の「文化規範」にあるとした上で、刑法は、社会の文化規範を承認した国法規範への違反に対するもの、行政刑法は、文化から中立的に定立される国法規範への違反に対するものであるとして、両者を区別した⁹¹⁾。

上記の行為規範概念は、ゴルトシュミットの行政刑法理論に大きな影響を与えたものと思われる。犯罪の本質が前法的な行為規範にあるとする見解を採ると、法が特別に課した義務の違反は、前法的な行為規範が存在せず、犯罪を構成しないという考えが導かれるからである。わが国においても、刑事犯と行政犯の性質の差異を前法的な道徳的本分の有無にあるとする美濃部博士の見解に顕れているように、行為規範概念は行政刑法理論に大きな影響を及ぼしているといえよう。

(4) 小括

ベッカーリア以後展開されてきた刑罰論は、論者によって立場は異なるものの、刑罰には一定の限界があるという前提に立ち、それを理論的に探求している点で

88) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl, 1922, S.3ff.

89) Binding, (Fn. 88), S.4.

90) Ernst Beling, Die Lehre vom Verbrechen, 1906, S.118f.

91) Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen, 1903, S.14ff. 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」前掲注4) 271頁は、マイヤーの主張は「文化規範」を論じることが中心であり、行政刑法を積極的に定義づけることを意図するものではないと指摘する。なお、マイヤーの見解と美濃部博士の行政刑法理論の関係につき、前注45) 参照。

は共通している。個人的な復讐それ自体は、歴史的・背景的な影響は別として、少なくとも理論的には刑罰概念から排斥され、刑罰は、国家によって公的関心から科せられるものとして位置づけられた。また、刑罰には前法的な制約があり、立法によっても、刑罰を科しえない領域が存在するという考えが次第に共通認識となっていった。これらは、わが国における行政法規上の刑罰規定のあり方を検討する際にも十分に考慮する必要がある。少なくとも、歴史的には、刑事立法に刑罰固有の限界が存在するという共通認識が、近代刑法学の前提となっているからである。また、近代刑法学の背景には、犯罪予防や正義の実現といった観点からの刑罰の実効性という観点が存在するところ、従来、刑法学においてはさほど考慮されていなかった、刑罰規定の妥当性という観点から、近代刑法学を検討することは、わが国における行政法規上の刑罰規定のあり方の検討に有益な示唆を与えるものと思われる。

IV ドイツにおける行政刑法理論の成立と秩序違反法の制定

1 行政刑法理論の成立

(1) 違警罪概念と警察刑法 (Polizeistrafrecht)

フォイエルバッハは、狭義の犯罪概念と警察犯とを区別し、前者は個人の権利を侵害するものであるが、後者はその内在する危険性ゆえに法律上禁止されたにすぎず、それゆえ、違警罪は、実定法上、刑法典とは別の法律で規定されるべきであるとした。これに基づき、1839年にヴュルテンベルク (Württemberg) で警察刑法が制定されたのを皮切りに、ヘッセン (Hessen, 1847年) やバイエルン (Bayern, 1861年)、バーデン (Baden, 1863年) 等で警察刑法が制定された⁹²⁾。しかし、1871年のライヒ刑法典により、違警罪の一部が刑法典に統合され⁹³⁾、これにより、違警罪も刑法典に規定される犯罪類型の一つとなった⁹⁴⁾。ただし、

92) Ottmar Bühler, Die eigene Strafgewalt der Verwaltungsbehörden nach deutschem Recht, Festschrift für Ernst Heinrich Rosenfeld, 1949, S.208.

93) この過程において、ドイツ国内でフランスの影響から刑事裁判権を通常裁判所に一本化する動きがあったことにつき、山本隆司「行政制裁の基礎的考察」前掲注4) 266頁。

従来の警察刑法の一部は依然として刑法典以外の個別法に規定されたままであり、その後も警察国家からの福祉国家への変化に伴い、刑法典以外の個別法に規定された刑罰規定は増加する一方であった⁹⁵⁾。このような国家観の変化に伴い、警察は数ある国家行政の一部門にすぎなくなり、行政の意味も警察行政から福祉行政を中心とする概念に変わっていく中、ゴルトシュミットは1902年に『行政刑法』⁹⁶⁾を発表し、従来の警察刑法理論とは異なる行政刑法理論を提唱したのである⁹⁷⁾。

(2) ゴルトシュミットの行政刑法理論

(a) 概要

ゴルトシュミットは、法と行政を区別し、前者の目的は、意思主体の勢力範囲の保護にあるのに対し、後者の目的は、公共の福祉の増大にあるとする。そして、前者に対する違反 (Unrecht) を司法犯 (Rechtswidrigkeit)、後者に対する違反を行政犯として区別し、司法犯に科せられる制裁が刑罰 (Rechtsstrafe) であり、行政犯に科せられる制裁が行政罰 (Verwaltungsstrafe) であるとして、刑法と行政刑法とを区別した。

(b) 行政犯概念

法と行政とは相対立する制度であり、法の目的は、意思主体の勢力範囲の保護にあるのに対し、行政の目的は、人間の共同生活の領域に関する公共の福祉の増大にある⁹⁸⁾。刑事犯は前者の侵害であるのに対し、行政犯は後者の促進を怠ることである。行政犯の本質は、公共の福祉の侵害であり、法益侵害 (= *damnum emergens*) ではなく、未だ発生していないよき結果 (= *lucrum cessans*) の妨

94) Vgl. Gesetz, betreffend die Redaktion des Strafgesetzbuchs für den Norddeutschen Bund als Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Vom 15. Mai 1871, § 1.

95) 吉田尚正 (1)・前掲注 46) 28 頁、西津・前掲注 12) 58 頁。

96) James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902.

97) 吉田尚正 (1)・前掲注 46) 28 頁参照。福田・前掲注 4) 11 頁以下は、「ゴルトシュミットは……はじめて行政刑法に学問的基礎を与えんとした学者である」とする。

98) Goldschmidt, (Fn. 96), S.532.

害にある⁹⁹⁾。刑事犯が不法 (Unrecht) を意味するのに対し、行政犯は行政違反 (Verwaltungswidrigkeit) であり、前者は形式的要素である法規違反に加え、実質的要素である法益侵害 (Beeinträchtigung eines Rechtsguts) の両方を伴うが、後者は形式的要素である行政意思に対する違反行為を伴うにすぎない¹⁰⁰⁾。

刑事犯と行政犯は上記のように区別されるが、法と行政とは究極において調和するものであるから、刑事犯と行政犯の間には、絶対的な区別が存在するのではなく、相対的な区別が存在するにすぎない。犯罪要素に関するその時代その場所における解釈 (Aufassung) によって、ある行為が刑事犯であるか行政犯であるかが定まり、刑事犯と行政犯の間には「層の移行の過程¹⁰¹⁾ (Abschichtungsprozess)」が存在する¹⁰²⁾。

(c) 行政刑法概念

行政罰は、法の反作用ではなく行政の自力救済の許容による反作用である。行政罰は刑罰法規 (Strafrechtssätze) の特別な類型と考えなければならないが、法の反作用でない以上、刑罰による威嚇が付加されることによって刑罰規定に変化することはない¹⁰³⁾。他方、刑罰が用いられる以上、罪刑法定主義により、法規命令なしに刑罰が科せられることはない。したがって、行政刑法においても、刑法と同様に、あらかじめその行使を予測させるための一般的表示が発せられることが必要である¹⁰⁴⁾。行政刑法とは、公共の福祉の促進を委ねられた国家行政が、法律上委任された範囲内において、法文 (Rechtssätze) の形式で行政法上の違反を構成要件として、行政的効果である刑罰を結合させた規定である¹⁰⁵⁾。

(d) 立法への影響

99) Goldschmidt, (Fn. 96), S.544f.

100) Goldschmidt, (Fn. 96), S.532.

101) 邦訳は山本隆司「行政制裁の基礎的考察」前掲注4) 271頁による。「変容過程」と訳するものとして、福田・前掲注4) 10頁、吉田尚正 (1)・前掲注46) 30頁。

102) Goldschmidt, (Fn. 96), S.584.

103) Goldschmidt, (Fn. 96), S.558ff.

104) Goldschmidt, (Fn. 96), S.570f.

105) Goldschmidt, (Fn. 96), S.573.

ゴルトシュミットの行政刑法理論は、当時の刑事法に大きな影響を与え、1911年から1930年にかけて提出された刑法典改正に関する多くの法案（未成立）は、重罪及び軽罪と違警罪を別の部（Teil）に規定するなど、行政犯の刑事犯からの分離を唱えたゴルトシュミットの主張を反映しようとした¹⁰⁶⁾。1925年のドイツ刑法典案の草案理由書は、「刑事不法（Kriminellen Unrecht）と単なる秩序違反（Ordnungswidrigkeit）、すなわち軽罪と違警罪との区別においては、行為の内在的本質のみが基準となりうる」¹⁰⁷⁾として、ゴルトシュミットの行政刑法理論の影響を受けていることを示唆している。同法案では、秩序違反についても刑法典の対象とされていたものの、違警罪につき、刑法典中に特別の総則規定と構成要件が定められることとなっていた。結果として、これらの法案はいずれも成立しなかったが、ゴルトシュミットの理論に立法担当者が影響を受けたことは明らかといえよう¹⁰⁸⁾。

(3) 立法化と Eb. シュミットの理論

1911年から1930年にかけて提出された刑法典改正法案はいずれも成立しなかったが、その後、ナチス時代に入ると、行政官庁の処罰権限が大幅に拡張された。行政官庁は、経済法分野における法令違反について、裁判所の手続により処罰されるべきものについても、行政官庁が専属告発権を有する場合は、当該官庁が裁判を行うべき利益がないと判断すれば、裁判手続によらず行政手続によって刑罰を科すことができた¹⁰⁹⁾。第二次大戦が終結すると、今度は、復興のために制定された多くの法規に刑罰規定が設けられた。ナチス時代と違って裁判所によるものであるにせよ、権利侵害が小さく、人道的に見ても致し方ないと思われるような行為についてまで刑罰を科せられる可能性が生じたことから、再び行政犯を刑事犯から分離することが検討され¹¹⁰⁾、1949年の経済刑法（Wirtschaftsstrafge-

106) 長野・前掲注 46) 9 頁参照。

107) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs nebst Begründung 1925, Materialien zur Strafrechtsreform, Bd. 3, S.177.

108) 吉田尚正 (1)・前掲注 46) 31 頁参照。

109) 長野・前掲注 46) 29 頁、山本隆司「行政制裁の基礎的考察」前掲注 4) 267 頁参照。

110) 吉田尚正 (2)・前掲注 46) 33 頁参照。

setz) において実現した。

Eb. シュミットは、1949年経済刑法に関する著書¹¹¹⁾において、法が保護を与えようとする益 (Güter) を、法益 (Rechtsgüter) と行政益 (Verwaltungsgüter) に区別し、各種の違反行為は、このいずれに悪影響を与えるかによって質的に異なり、前者の侵害は犯罪であるから刑法が適用されるが、後者の侵害は犯罪でなく行政刑法が適用されるべきであるとした¹¹²⁾。また、刑事犯と行政犯 (秩序違反) の区別につき、両者は質的に異なるという立場を維持しつつも、経済的分野における場合など、「量」が本質的に「質」を決定する場合も存在するとした。なお、立法化にあたり、両者の境界領域が問題となったが、秩序違反法は、秩序違反を「過料による処罰を許容する法律の構成要件を充たす行為」¹¹³⁾と定義し、両者は立法によって区別されるという立場が採用された。

(4) 考察

(a) 行政刑法概念について

ゴルトシュミットの理論は、多くの批判的見解¹¹⁴⁾が指摘するように、法に対する違反と行政に対する違反とを対立させ、実質的違法性という曖昧な概念を用いて刑事犯 (ゴルトシュミットは「司法犯」とする) と行政犯を区別している上、当時のドイツの法体系や刑法理論を背景としているため、難解である。ゴルトシュミットのいう「行政刑法」は、文言上、日本における通説的な行政刑法概念と同様、刑罰が定められているもののみを意味するようにも思われる。しかしながら、ゴルトシュミットが行政刑法理論を提唱した当時のドイツにおいては、後の秩序罰である「過料」は存在せず、少なくとも刑法学上は、「秩序違反」概念も存在しなかったことに留意が必要である。ゴルトシュミットが行政刑法理論を提唱することで意図したのは、その当時において刑罰の対象とされていた行為を刑事犯と行政犯とに分類し、後者に対しては、その性質上、刑事犯と分離された異

111) Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz, 1950.

112) Schmidt, (Fn. 111), S.21f.

113) OWiG 1968 §1.

114) Vgl. Mayer, (Fn. 91), S.109. Fritz Trops, Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechts, 1926, S.50ff.

なった原則が用いられるべきと主張することにあつたと考えられる。したがって、その前提を欠いたまま、ゴルトシュミットの行政刑法概念を刑罰規定に限定して解することは相当ではない¹¹⁵⁾。秩序違反法制定後のドイツにおいては、行政制裁についても刑事制裁と同様の憲法原理に服するものとされるなど¹¹⁶⁾、少なくとも基本法上は、秩序違反法についても、広義の「刑法」に包含されるものと解されている¹¹⁷⁾。行政刑法概念についても、広義の「刑法」を用いて理解すべきであろう。

(b) 行政刑法理論の再評価

後に刑法典から秩序違反法へ違警罪の大部分が転換されたことが示すように、行政刑法理論が提唱された当時、ドイツにおいては、必ずしも刑罰によって対処すべきとは考えられない行為についても刑罰が定められており、ゴルトシュミットの主張は、そのような時代背景において、漫然と刑罰が科せられていた行政犯につき、理論的に刑法犯から分離を図ったものである。ゴルトシュミットの行政刑法理論は、それまでの刑法理論においては重視されてこなかった「行政」概念を用いて、従来いずれも刑罰の対象とされていた行政犯と刑事犯には性質上の差異があることを指摘し、それらを理論的に区別しようとした点において画期的なものであった¹¹⁸⁾。ゴルトシュミットは、当時のドイツにおける刑罰規定のあり方について問題提起を行ったものであり、それがその後の秩序違反法の制定に繋がり、その結果として、必ずしも法益侵害と結びつかないにもかかわらず刑罰が定められていた行為の多くが非犯罪化されたことについては、わが国における行

115) ゴルトシュミットの行政刑法理論を明治42年にわが国に紹介した佐々木惣一博士は、“Verwaltungsstrafrecht”を「行政罰法」と訳しておられる(佐々木惣一「行政犯ノ性質を論シテ警察犯ニ及フ」京都法学会雑誌4巻3号(1909)54頁)。昭和15年に発表された須貝・前掲注46)も同様である。

116) 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」前掲注5)275頁以下参照。

117) 基本法74条1項1号の「刑法(Strafrecht)」につき、Vgl. Ingo von Münch, Grundgesetz Kommentar, Bd. 2, 6., neubearbeitete Aufl., 2012, S.90。ただし、基本法103条3項の「一般刑法律(allgemeinen Strafgesetze)」につき、連邦憲法裁判所は、秩序違反法は含まれないとする(BVerfGE 21, 391)。

118) 佐々木・前掲115)54頁以下、吉田尚正(1)・前掲注46)28頁等参照。

政法規上の刑罰規定のあり方を検討するうえでも重要であると思われる。したがって、刑罰固有の限界の観点からゴルトシュミットの行政刑法理論や行政刑法概念を検討し直すことは、わが国における政法規上の刑罰規定のあり方を検討するにあたり有益であるといえよう。法の違反と行政の違反とを対立させ、実質的違法性により両者を区別しようとした点につき理論的課題が残されているとしても、行政犯と刑事犯の分離については、それに伴う法効果や手続を含め、積極的な方向で再評価がなされるべきであると思われる¹¹⁹⁾。

2 秩序違反法の制定

ゴルトシュミットの行政刑法理論を理論的根拠として¹²⁰⁾、一連の秩序違反法に関連する立法がなされた。これにより立法によって理論と法体系の整合が図られたが、その過程において、刑事犯と行政犯につき、それらの区別を認める見解からも理論的に分類が難しいとされてきた境界領域について、立法的な解決が図られた。これらの立法経緯や秩序違反法の内容については、前述のとおり別稿において詳細に取り上げることとし、本稿においては、現行秩序違反法である1968年秩序違反法の制定及びその後の違警罪の秩序違反法への転換に至るまでの一連の立法の概要を紹介するに留め、その上で、刑罰固有の限界の観点及び刑罰規定の妥当性の観点からそれぞれ検討を行うこととする。

(1) 1949年経済刑法以前¹²¹⁾

ゴルトシュミットが行政刑法理論を提唱した後、ドイツでは、行政刑法理論を取り入れた刑法典の改正を試みたが、実現しなかった。特別法である1919年のライヒ租税通則法(Reichsabgabenordnung)は、「秩序刑(Ordnungsstrafe)」を科す規定(377条)を設けたものの、その性質は罰金刑(Geldstrafe)の一種

119) 須貝(2・完)・前掲注46)435頁以下参照。

120) BTDr., I/2100, S.14., Schmidt, (Fn. 111), S.14., Vgl. Lothar Senge, *Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*, 2006, S13f, S17ff., 長野・前掲注46)18頁以下、福田・前掲注4)21頁以下等。

121) 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界(1)——ドイツの法制度・学説・判例を中心に」*刑法雑誌*24巻2号(1981)1頁以下、長野・前掲注46)9頁以下参照。

であり、行政手続によって科せられるものの、あくまで刑罰であった。ナチス時代においては、多くの法律において司法刑に競合する形で秩序刑が定められ、裁判所に司法刑による処罰を求めて訴追するか、行政官庁が独自に秩序刑を科すかの判断は、行政官庁自身の裁量に委ねられることとなった。第二次大戦後においても、国民生活が困窮していたことから経済統制の必要性は大きく、ナチス時代の経済統制に関する法令は存続していたが、特に英米両国から、司法手続によらない科刑について疑問が呈され、1947年10月30日に経済統制緊急法 (Bewirtschaftungsnotgesetz)¹²²⁾が制定された。これは、裁判所への訴追の可否の決定権限を行政官庁から剥奪し、検察庁に委ねるものであったが¹²³⁾ (18条2項)、司法刑と秩序刑の競合は残されており (17条)、秩序刑についても依然として刑罰が規定されていた (17条、8条、9条)。

(2) 1949年経済刑法 (WiStG 1949)¹²³⁾

(a) 1949年経済刑法の制定経緯

1949年5月8日、ドイツ連邦共和国基本法が制定され、司法手続によらずに行政官庁が刑罰を科すことができるとする秩序刑につき、基本法 (101条1項、103条1項、19条4項) との抵触が問題となった。いかなる分野が裁判所により管掌され、いかなる分野が行政官庁に委ねられるかについては、従来のように行政官庁や検察庁の判断に委ねるのではなく「実体法的観点から」定める必要が生じ、秩序違反を刑法から実体法的に分離することが求められ、1949年経済刑法が制定された¹²⁴⁾。

(b) ゴルトシュミットらの行政刑法理論の影響

1949年経済刑法は、後述のとおり、犯罪と区別された「秩序違反」概念を導入し、それについては刑罰ではなく「過料」を科すこととした。その理由につき、

122) 経済、食物及び輸送の分野における緊急措置に関する法律 (Gesetz über Notmaßnahmen auf dem Gebiete der Wirtschaft, der Ernährung und des Verkehrs)。

123) 1949年7月26日経済刑法の簡略化に関する法律 (Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts vom 26. 7. 1949)。

124) Schmidt, (Fn. 111), S.9.

同法の立法理由書は次のように説明する。すなわち、従前は、犯罪と秩序違反とが明確に区別されておらず、司法と行政の権限配分が行政官庁や検察庁の裁量に委ねられていたため、恣意的な運用などの弊害が生じていた。そのため、同法においては、犯罪と秩序違反を概念的に区別し、そのことを明示的にあらわすため、従前用いられてきた「秩序刑」に代えて「過料」を用いることが適当である¹²⁵⁾。

1949年経済刑法は、ゴルトシュミットの行政刑法理論をそのまま採用することはせず、立法理由書もゴルトシュミットの理論を直接引用することはしていない。しかしながら、上記理由書は司法と行政の権限配分の問題を主な理由として挙げるものの、その背景には、犯罪と秩序違反が異なる性質のものであるという前提があり¹²⁶⁾、同法は、司法の対象（犯罪）と行政の対象（秩序違反）を概念上区別するという点において、ゴルトシュミットの行政刑法理論を実現するものであるといえる。また、「秩序違反」概念を引き継いだ1952年秩序違反法及び1968年秩序違反法の各立法理由書は、1949年経済刑法における犯罪と秩序違反の分離はゴルトシュミットの行政刑法理論に基づいて行われたとしている¹²⁷⁾。さらに、1949年経済刑法はEb.シュミットの強い影響を受けて制定されたものであるところ¹²⁸⁾、Eb.シュミット自身が、同法はゴルトシュミットの行政刑法理論に理論的根拠をおいているとしている¹²⁹⁾。加えて、コンメンタール等にお

125) Kurt Haertel, Günther Joël und Eberhard Schmidt, Gesetz zur vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts: textausgabe mit erläuternder Einführung, Verweisungen und amtlicher Begründung, 1949, S.135, S.141f. 同理由書は、ナチス時代における経済規制に関する複数の法令を挙げ、それらが、「違反行為」につき、刑事裁判を行う「公共の利益 (öffentliches Interesse)」がないと認めるときは、行政官庁が裁判によらず秩序刑を科すことができるとしていたことや、戦後に制定された経済統制緊急法も、判断権限を行政官庁から検察庁に移したものの、依然として行政と司法の権限配分が裁量に委ねられていたことを問題として指摘し、それによる弊害を解決するため、実体法によって経済犯と秩序違反とを区別することが必要であるとする。

126) 立法理由書・前掲注125)も、「本法は、犯罪と秩序違反が概念上分離可能であるという前提に立つ」(S.135)とし、また、犯罪と秩序違反の区分を規定した1949年秩序違反法6条につき「刑事犯と秩序違反とを概念的に区別することを試みるもの」(S.141)であるとしている。

127) BTDr., I /2100, S.14., Vgl. BTDr., V /1260, S.22f.

128) Vgl. BTDr., V /1260, S.23.

129) Schmidt, (Fn. 111), S.14.

いても、同法及びその後の秩序違反法がゴルトシュミット及びEb. シュミットの影響を受けて制定されたことについて争いはない¹³⁰⁾。以上のことからすれば、同法は、ゴルトシュミットの行政刑法理論及びそれを発展させたEb. シュミットの理論に基づいて制定されたと言って差し支えないものと思われる。

(c) 1949年経済刑法の特徴

1949年経済刑法の制定により、ドイツの法体系上、はじめて犯罪とは異なる「秩序違反」という概念が導入された(6条以下)。秩序違反については、刑罰とは異なる制裁である「過料」(29条)が科せられることとなり、秩序違反は犯罪から分離されて非犯罪化(Entkriminalisierung)された。犯罪と秩序違反は実定法により区別され、犯罪構成要件とも秩序違反構成要件とも評価される混合構成要件(Mischtatbestand)が規定されるものについては、「シュミットの混合公式(Schmidtsche Mischformel)」¹³¹⁾を用いて、法適用者により犯罪と秩序違反のいずれに属するものか判断されることとなった(6条)¹³²⁾。ドイツ刑事訴訟法において起訴法定主義が採用されているのに対し、1949年経済刑法は、秩序違反行為につき「過料」を科すことが「できる」として、訴追便宜主義を採用したことを示唆する(22条等)。刑罰については裁判所が、「過料」については行政官庁が科すこととされたが、混合構成要件に該当する行為については検察庁と行政官庁の間の調整規定が設けられた(80条、85条等)。行政官庁による「過料」裁定については、通常裁判所の裁判を求める申立等が認められた(81条)。なお、刑罰は過去の行為に対する贖罪を意味するのに対し、「過料」はその行為を契機として発せられる将来に向けての義務の督促であると説明された¹³³⁾。

(3) 1952年秩序違反法(OWiG 1952)¹³⁴⁾

130) Vgl. Karlsruher Kommentar, (Fn. 120), S17ff., 福田・前掲注4) 21頁以下等参照。

131) BTDr., V/1260, S.23.

132) Vgl. Joachim Bohnert, Kommentar zum Ordnungswidrigkeitengesetz, 3. Aufl., 2010, S.7.

133) Schmidt, (Fn. 111), S.41.

134) Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 25. 3. 1952.

(a) 1952年秩序違反法の制定経緯

1949年秩序違反法は、一年間限りの時限立法であったが、二度延長され、1952年3月31日に失効することとなった¹³⁵⁾。その間、同法によって「過料」制度が創設されたことにより、行政官庁が「過料」をもって行政法上の非行に対処することが可能となったことを理由として、ドイツにおいて伝統的に用いられてきた警察処分 (polizeiliche Strafverfügung) に関する規定が刑事訴訟法から削除されるなどしたため、行政官庁に秩序違反に対する処罰の一般的な法的根拠を設けることが必要とされ¹³⁶⁾、このことを背景として1952年秩序違反法が成立した。同法は、1949年経済刑法が導入した秩序違反概念をあらゆる行政分野に広げるものであった。その理由について、1952年秩序違反法の立法理由書は、刑事犯から秩序違反への転換は法治国家原理からの¹³⁷⁾要請であるとする。

(b) 1952年秩序違反法の特徴

1952年秩序違反法は、1949年経済刑法と同様¹³⁸⁾、法律上の処罰規定を①もつぱら「過料」が定められているもの、②もつぱら刑罰がさだめられているもの、③「過料」と刑罰のいずれかが定められているものに分類し、①③で規定されている行為を総称して「違反行為 (Zuwiderhandlung)」と定義した (3条)。そして、同一の行為が秩序違反であると同時に犯罪行為である場合は、刑法のみが適用され、秩序違反による附帯効果に限り、刑罰と併科できることとした (4条)。他方、混合構成要件について1949年経済刑法を引き継いだため (1条1項)、行政官庁と裁判所・検察庁との管轄の競合問題は残された。なお、同年には道路交通法が改正され、わが国における交通反則金制度の原型となった警告制度 (1952年道路交通法22条) が採用されたが、1952年経済刑法にも、同様の警告 (Verwarnung) 規定が設けられた (8条)¹³⁹⁾。

135) BGBI I 1950, Nr. 14, S.78.、BGBI I 1951, Nr. 15, S.223.

136) BTDr., I /2100, S.14.

137) “aus allgemeinen rechtsstaatlichen Gründen” (BTDr., I /2100, S.15).

138) Vgl. WiStrG 1949 §6.

139) ただし、長野・前掲注46) 56頁は、1952年道路交通法の警告制度と秩序違反法上の警告制度の法的性質の違いを指摘する。

(4) 1968年秩序違反法 (OWiG 1968)

(a) 1968年秩序違反法の制定経緯

1952年秩序違反法により、あらゆる行政分野に「過料」を定めることが可能となった。また、秩序違反については、行政官庁が監視と処罰の両方を担当するため、裁判手続に比べて迅速かつ低コストで軽微な行政法上の非行に対し処罰をもって対処することが可能になった。このことから、同法制定以後、多くの法律に「過料」が定められ、秩序違反の構成要件は著しく増加したが、他方で、犯罪との境界領域において、同法の制度的欠陥が目立つようになった¹⁴⁰⁾。1968年秩序違反法の立法理由書は、特に、真正混合要件について、刑事犯と秩序違反の間には本質的な違いがあり、両者は手続上も分離すべきであるのに、1952年秩序違反法においては、刑事手続と「過料」手続が併存し、裁判所が無罪としても、なお行政官庁に「過料」を科す権限が残っていること¹⁴¹⁾を指摘する¹⁴²⁾。このことから、1968年秩序違反法は、1952年秩序違反法と異なり、犯罪と秩序違反の両方を含む「違反行為」を定義せず(1条)、これにより、法適用者による犯罪と秩序違反の区別の判断(「シュミットの混合公式」)を伴う混合構成要件の創設は回避されることとなった¹⁴³⁾。

(b) 1968年秩序違反法の特徴

1968年秩序違反法は、「違反行為」について定義規定を設けなかったほか、犯罪と秩序違反につき、実定法がその行為について刑罰と「過料」のいずれを定めているかによって区別する形式的な定義を採用した(1条)。また、1952年秩序違反法と異なり、秩序違反の訴追と処罰に関する行政官庁の専権を廃し、一定の場合に検察官および裁判所が権限を有することとした(35条、40条、42条、45条等)ほか、軽微な非行に対する訴追便宜主義を採用して明文規定(47条1項)を設けるとともに、裁判所や検察官も、処罰を必要としないと思料したときは、

140) BTDr., V/1269, S.22ff.

141) Vgl. OWiG 1952 § 4 abS.2.

142) BTDr., V/1269, S.23f.

143) 法適用者による犯罪と秩序違反の区別の判断を伴わない不真正混合要件(unechte Mischtatbestände)は残されている(Vgl. OWiG 1968 § 21)。

裁判所は検察官の同意を得て、検察官は行政官庁の意見を聞いた上で、手続をいつでも中止できることとした(47条2項、63条3項)。道路交通法上の警告制度は、交通違警罪が秩序違反に転換されたことに伴って廃止され、1968年秩序違反法に引き継がれた(56条及び57条)。なお、同法の適用範囲は、州法(Landesrecht)にまで拡張された(2条)。

(5) 違警罪の秩序違反への転換

1952年秩序違反法制定後、個別法規中にある違警罪規定は改正の都度秩序違反へと転換され、新たな立法の際も違警罪に該当するような行為については秩序違反として規定された¹⁴⁴⁾。そして、1968年秩序違反法導入法(Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. Mai 1968)により、交通事故の大部分が秩序違反に転換され、さらに、1974年刑法典導入法(Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch vom 2. März 1974)により、刑法典中に定められていた違警罪が秩序違反に転換された¹⁴⁵⁾。これにより、ドイツでは実定法による秩序違反の非犯罪化が実現したのである。

(6) 考察

以上のように、1949年経済刑法を含め、一連の秩序違反法は、従来は刑罰の対象とされていた秩序違反行為につき、刑罰とは異なる「過料」を科すことによって、非犯罪化を実現した。それに加え、秩序違反法は、秩序違反に対する手続を規定し、訴追便宜主義など刑事訴訟法と性質が異なる手続を採用した。このことは、秩序違反法の制定によって(狭義の)刑事法制とは異なる独自の法体系が構築された¹⁴⁶⁾ことによって実現したものである。

(a) ライヒ租税通則法、経済統制緊急法

144) BTDr., V/1269, S.22ff.

145) Vgl. Karlsruher Kommentar, (Fn. 120), S15. 1952年秩序違反法制定直後から違警罪の秩序違反への転換が予想されていたことにつき、土屋(1)・前掲注46)26頁参照。

146) Vgl. BTDr., VI/3250, S.327f.

1949年経済刑法に先立つライヒ租税通則法は、行政手続によって科せられる「秩序刑」を導入したが、あくまで刑罰の一種であった。ナチス時代においても、行政官庁が司法手続によらずに秩序刑を科すことが可能であり、このことは、経済統制緊急法においても同様であった。

これらの立法は、行政手続による機動的な処罰を可能としたものであって、その効果のみに着目すれば、実効性確保の観点からは必ずしも否定的な評価がなされるものとはいえないと思われる。しかしながら、今日の憲法理論や刑事法理論からすれば、裁判によらない科刑を許容するような立法は許されないと解すべきであろう。そのような立法は、手続保障や比例原則といった行政法の一般原則の観点からも問題である。したがって、仮に刑罰固有の限界を認めない見解を採ったとしても、刑罰規定の妥当性の観点から、裁判手続によらない科刑は許容されないと考えられる。

(b) 1949年経済刑法

1949年経済刑法は、犯罪とは異なる「秩序違反」という概念を導入し、刑罰と異なる「過料」を制裁として定めることで、秩序違反とされた各行為について非犯罪化を実現した。同法では、「Strafe」という言葉は用いられず、同じく刑法典で用いられる「Tat (行為)」、「schuldhaft (有責)」、「bestrafen (処罰)」の代わりに「Handlung (行為)」、「vorwerfbare (非難可能性のある)」、「Ahndung (処罰)」が用いられるなど、従来の刑法理論における概念が意識的に避けられている¹⁴⁷⁾。秩序違反の非犯罪化によって、刑罰固有の限界の問題が解消され、さらに、秩序違反につき、刑事手続と異なる実体法上の要件や手続を定めることが可能となった。簡易な手続の採用は、手続保障や比例原則の範囲内で¹⁴⁸⁾迅速かつ低コストな手続きを可能とすることから、実効性確保にも資するものといえ、刑罰規定の妥当性の観点からも積極的な評価が可能であると思われる。な

147) 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」前掲注4) 268頁参照。

148) 笹倉宏紀「行政調査——刑事手続法の視点から」特集・前掲注4) 27頁は、行政制裁は、刑罰ほどには厳格な規制に服さず、両者の間で手続の差異化を図ることも直ちに許されないわけではないとしつつ、「その実体法上の性質を刑罰に接近させて考えれば考えるほど、発動のための手続も刑事手続に接近せざるを得ないであろう」とする。

お、ゴルトシュミットの行政刑法理論に対しては、行政犯と刑事犯の区別は困難であるという批判がなされているが、どのような分類によっても境界領域の存在は否定できないところ、境界領域における区別の困難さを理由に問題のある制度を放置することは、立法政策として好ましくない¹⁴⁹⁾。同法が、刑事犯との区別が明確なものを先行して秩序違反に分類し、境界領域にあるものについては、「シュミットの混合公式」を用いて分類されるとしたことは、後に1952年秩序違反法の制定によって対象となる行為が拡大されたことに伴い問題となったものの、秩序違反という新しい概念の導入過程における立法上の工夫として、積極的に評価すべきであろう。

(c) 1952年秩序違反法

1952年秩序違反法は、「過料」の対象を経済分野からあらゆる行政分野に広げるものであった。前述のとおり、刑事犯から秩序違反への転換は法治国家原理からの要請であることが立法理由として挙げられている。Eb. シュミットも、1949年経済刑法の制定について、経済統制緊急法の「法治国家的解消 (rechtsstaatliche Bereinigung)」であるとしており¹⁵⁰⁾、当時のドイツにおいては、行政機関による科刑という制度上の問題と相俟って、秩序違反に該当するような行為について刑罰を定めることは、法治国家原理に反すると考えられていたものと思われる。また、1949年経済刑法と異なり、1952年秩序違反法は秩序違反について規程する一般法であるところ、同法制定により、従来は刑罰規定が定められていた行為の秩序違反への転換が可能となった。事実上機能していない刑罰規定や実効性確保の効果が乏しい刑罰規定を非犯罪化することは、刑罰固有の限界の観点からのみならず、刑罰全体の威嚇力や捜査機関等の人的資源の効果的な配分といっ

149) ゴルトシュミットは、「動物と植物のいずれに属するか明確でない生物が存在するからといって、動物と植物の区別を否定する者はないであろう」と述べ、行政刑法の両属的性質を理由に刑事犯と行政犯の本質的相違を無視すべきではないとする (Vgl. Goldschmidt, (Fn. 96), S.529)。

150) Eberhard Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeiten: Erinnerungen an die Arbeiten der Wirtschaftsstrafrechtskommission (1947-1949), Festschrift für Adolf Arndt zum 65., 1969, S.421.

た、刑罰規定の妥当性の観点からも望ましいものといえよう。

(d) 1968年秩序違反法

1968年秩序違反法は、(真正)混合構成要件に関する規定を削除し、これにより、同法制定後、境界領域にある行為が犯罪と秩序違反のいずれに属するかについては、立法者の判断に委ねられた¹⁵¹⁾。このことは、両者が実定法によらず法適用者によって区別されるという、法の明確性の原則の観点から問題である状況を解決するのみならず、犯罪には刑法の総則規定が、秩序違反には秩序違反法の総則規定が適用されるとすることで、秩序違反法を法体系上独立させる意味をも有していたということができよう¹⁵²⁾。また、秩序違反には刑罰が科せられないため、刑法理論と異なる原理を採用することが可能であるところ、同法は、訴追便宜主義を明文で採用したほか、法適用の容易化や手続の簡易化を目的として、一部に刑法総則の規定とは異なる規定を設けた¹⁵³⁾。これらは、刑罰固有の限界という問題を解消するだけでなく、刑罰規定の妥当性を図るという意味でも重要な意味を有するものといえよう。なお、軽微な非行につき、裁判所は、訴追後であっても手続の中止により事件を終了させることを可能とした点も示唆に富むものと思われる。

(e) 小括

以上のとおり、ドイツにおける秩序違反法の制定は、ゴルトシュミットらの行政刑法理論を立法化したものであるといえる。その背景には、法治国家原理からの要請という理念があり、さらには、刑罰固有の限界と個別の刑罰規定の抵触の問題を解消するという意図が存在していたものといえよう。秩序違反法の対象となる行為の非犯罪化は、刑罰全体の威嚇力や捜査機関等の人的資源の効果的な配

151) 長野・前掲注46) 59頁。

152) Vgl. Karlsruher Kommentar, (Fn. 120), S14f.

153) 一例として、1952年秩序違反法では採用された刑法総則上の「共犯 (Teilnahme)」を用いず、「関与 (Beteiligung)」と規定しているが (§ 14)、これは法適用の容易化を意図したものと説明される (BTDr., V/1269, S.48)。ただし、同規定につき、刑法理論と整合的に解すべきとした判例がある (Vgl. BGHSt. 31, 309 = NJW 1983, 2272)。

分といった点からも好ましいものである。また、一連の秩序違反法には、適用の容易化や手続の簡易化といった、秩序違反の対象となる行為の抑制を図るための立法的工夫がなされており、刑罰規定の妥当性の観点からも積極的な評価が可能と思われる。

V わが国への示唆と今後の課題

1 行政刑法理論の再検討

ドイツでは、秩序違反法を刑法から独立させ、法律上「秩序違反」を「過料」の対象となる行為と定義することで、行政刑法概念ないし行政犯概念に関する論争に終止符を打った。しかしながら、ドイツにおいても、立法時の振り分けの際の理論的根拠としての犯罪（刑事犯）と秩序違反（行政犯）の区別の必要性は依然として残されている上¹⁵⁴、秩序違反法のような行政上の処罰に関する一般法が制定されていないわが国においては、行政刑法概念はなお重要な意味を有しているものと思われる。

私見によれば、「行政刑法」や「行政犯」などの概念は、それ自体から何らかの原理を導き出せるものではない。行政刑法を刑罰と過料の両方を含むものと定義した上で、両属的性質を有するゆえに刑法理論とは異なる一般原則に服すると主張するのは、一種の循環論法にすぎないように思われる。行政刑法を行政法規上の刑罰規定を総称するものと定義した上で、刑罰規定である以上刑法理論が適用されるべきと主張するのも同様であろう。「行政刑法」概念や「行政犯」概念は、個々の規定や行為を総合して分析するための、単なる分類のための概念にす

154) 刑事犯と行政犯との区分につき、秩序違反法の制定後も、「犯罪」と「秩序違反」の区分（Philipp Stein, Straftat und/oder Ordnungswidrigkeit?, 2008）や「犯罪」と「行政不法（Verwaltungsunrecht）」の区分（Winfried Hassemer, Warum und zu welchem Ende strafen wir?, ZRP 1997, S.316ff.）の問題として論じられている。なお、秩序違反法制定後の西ドイツにおける犯罪と秩序違反の区分に関する学説・判例の状況につき、村上暦造「行政官庁による処罰に関する一考察——西ドイツにおける秩序違反と犯罪の区別をめぐる論議を中心として」海上保安大学校研究報告第1部27巻1号（1981）1頁以下、神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（2）（3・完）——ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌26巻2号（1984）94頁以下、同27巻1号21頁以下参照。

ぎないと解すべきである。行政刑法の特殊性につき、その有無を含めて行政法の観点から論じるためには、行政刑法を、端的に「行政法規上の刑罰規定及び過料規定の総称」と定義した上で、必要があればさらに詳細に分類した上でそれぞれの性質を論じれば足りるものと思われる。行政犯についても、「行政刑法によって定められた犯罪及び過料の対象となる行為」と定義すれば足りよう。この点に関し、1949年経済刑法及び1952年秩序違反法が犯罪と秩序違反を総称して「違反行為」と定義したことが、行政上の処罰に関する一般法制定前の段階であるわが国の行政刑法理論に示唆を与えるものと思われる。ドイツにおける行政刑法理論及び秩序違反法の制定を参考に、わが国における従来の議論を整理することは、行政法規上の刑罰のあり方を検討するにあたって有益と思われる。

2 行政法規上の刑罰規定のあり方

(1) 刑法固有の限界の観点からの考察

(a) 刑罰固有の限界の有無について

少なくとも近代刑法学においては、刑罰には固有の限界があり、立法によっても刑罰を科しえない領域があるとされる。これに対し、行政法的観点から、裁量の逸脱・濫用や比例原則等の一般原則を用いて限界を探れば足りるとする反論も考えられるが、これまで検討したように、近代刑法学は、近代国家成立前からの刑罰概念の連続性を前提に形成されてきたものであり、わが国の刑法体系もそれを前提とする以上、行政法規上の刑罰規定についてのみその適用がないと解することは困難である。加えて、わが国においても、行政上の非行に対する制裁として、過料をはじめ刑罰以外の手段も存在することからすれば、あえて近代刑法理論の適用を否定してまで刑罰を広く許容する必要性は乏しいものと思われる。したがって、行政法規上の刑罰規定についても、刑罰固有の限界を認めるべきであろう¹⁵⁵⁾。

(b) 行政法規上の刑罰規定のあり方の検討方法

155) 高山・前掲注13) 4頁参照。

以上のとおり、行政法規上の刑罰規定についても刑罰固有の限界を認めるべきであるところ、そのあり方については、まず対象となる行為につき刑罰を科すことが理論的に可能であるかについて検討する必要がある、法益侵害がない、あるいは法益侵害が乏しいような行為については、刑法の謙抑性の観点から、刑罰ではなく過料をはじめとする他の制裁を用いるべきである¹⁵⁶⁾。新規立法の際はもちろん、既に存在する行政法規上の刑罰規定についても、刑法の謙抑性に反することが明らかであるものについては、法改正により非犯罪化を図るべきであろう¹⁵⁷⁾。

(2) 刑罰規定の妥当性の観点からの考察

(a) 刑罰の犯罪抑止効果の有無について

行政刑法をその目的によって定義せず、単に行政法規上の刑罰規定の総体と定義したとしても、目的がない刑罰は、それ自体刑罰の謙抑性に反するものであるから許されない。したがって、上記の定義を採用したとしても、行政法規上の刑罰規定が、ある行政上の目的を達成するためのものであることは否定されない。そのため、刑罰規定を定めるにあたっては、実効性確保の観点から、それが行政法上の義務履行確保に有効といえるかについて検討する必要がある。義務履行確保効果をおよそ期待できないものについては、刑罰規定の妥当性の観点から、刑罰規定を設けることが許容されない場合もあり得ると解すべきであろう¹⁵⁸⁾。なお、刑罰の抑止効果については、これを一般的に認めることに疑問を呈する見解も存在するが¹⁵⁹⁾、少なくとも、ある時点では行政法上の義務としての側面が強かったものが、「層の移行の過程」を経て前法的な規範となるとすれば、当該行政法規の目的は一定程度達成できたといつてよいものと思われる。

156) 筑紫・前掲注10) 12頁以下参照。

157) 報告書・前掲注22) 27頁は、「行政刑罰の対象を真に刑罰に値するものに限定し、刑罰本来の機能を回復することが適当である。併せて、必要に応じて行政上の秩序罰（過料）への移行を図ることが適当である」とする。

158) 山本雅昭「諸性質の性質——刑法の視点から」特集・前掲注4) 19頁参照。

159) 生田勝義「刑罰の一般的抑止力と刑法理論——批判的一考察——」立命館法学300・301号（2005）24頁以下。

(b) 実効性確保の観点からみた刑罰規定のあり方

行政法規上の刑罰規定がある行政上の目的を達成するためのものである以上、それは行政上の義務違反を抑止する効果を有するものでなければならない。特別予防の観点からはもちろん、一般予防の観点からも、刑罰によって行政の実効性を確保するには、国家が、自ら犯罪と定めた行政法上の義務違反につき、実際に刑罰を科すかどうかはともかく、少なくとも犯罪として取り締まることを前提とすることが必要と思われる。刑罰規定を設ける以上は、実際に運用させる必要がある。現実には機能しないような刑罰規定を設けることは、刑罰規定の妥当性の観点から許されないと考えられる¹⁶⁰⁾。したがって、行政法規上の刑罰規定は、できる限り、犯罪構成要件が簡潔で、かつ立証が容易であるよう規定されるべきであろう。また、捜査機関や司法機関の人的資源には限界があるところ、必要性に比して人的資源を大量消費するような刑罰規定は、実効性確保の観点から問題であると思われる。

(3) その他の秩序違反法からの示唆

(a) 軽微な義務違反について

わが国においては、軽微犯罪であっても、いったん起訴されれば原則として事件を途中で終了させることができず、また、構成要件に該当し、違法性阻却事由や責任阻却事由が認められない場合、裁判所は有罪の判決を言い渡すのが原則である。この問題に関し、刑法学上、公訴権濫用論や可罰的違法性論などが論じられているが、実務上十分に機能しているとはいえない。この点、秩序違反法は、訴追後であっても、裁判官が処罰の必要がないと考える場合には手続を打ち切ることが認められており、わが国における行政法規上の刑罰規定を検討するにあたり参考になるものと思われる。

(b) 過料制度について

わが国においても過料制度（非訟事件手続法 119 条以下、地方自治法 15 条参

160) 高山・前掲注 13) 4 頁等参照。

照)が存在するが、わが国においては行政制裁として行政刑罰が多用されてきたことから、行政上の秩序罰は行政上の非行に対する制裁として、限定的な範囲でしか用いられてこなかった¹⁶¹⁾。前述のように、行政法規上の刑罰規定については、刑罰固有の限界の観点や刑罰規定の妥当性の観点から限定的に用いるべきであるところ、従来刑罰規定が用いられてきた領域につき、過料を用いて対処する必要がある。わが国においても、ドイツの制度などを参考に、実効性確保の観点から、過料制度のあり方について再検討する必要がある¹⁶²⁾。刑事犯につき起訴法定主義を採用するドイツにおいて、秩序違反法に訴追便宜主義が導入されたことや、法適用の容易化や手続の簡易化を図る規定が設けられたことなどが参考になるものと思われる。なお、前述のとおり、刑罰規定については現実に機能することが求められるが、過料は、義務違反に対してその履行を促すものであり、少なくとも「層の移行の過程」の実現を図る必要はないから、秩序違反法が訴追便宜主義を採用したように、義務履行確保の必要性に応じ、法適用の段階においてある程度柔軟に運用の要否を判断することも許されると思われる。

3 今後の課題

ドイツにおける行政刑法理論や秩序違反法については、前述のように、既に先行研究が複数存在するものの、これまで論じてきたように、わが国の行政法規上の刑罰規定のあり方を検討するにあたり、その研究の必要性は未だ多く残されている。特に、本稿においては必要な限度でしか取り上げなかった秩序違反法の立法経緯や内容、その後の改正及び判例の動き等について、上記の観点から詳細に研究を行う必要があるものと思われる。また、ドイツと同様に行政処罰法が制定されたオーストリア (Verwaltungsstrafgesetz)¹⁶³⁾や中国 (行政処罰法)¹⁶⁴⁾など

161) 市橋・前掲注 39) 33 頁。

162) 西津・前掲注 12) 201 頁以下、真島信英「行政罰たる過料による制裁のあり方をめぐ
る研究：刑事的視点から見た刑罰と過料の限界を中心として」*亜細亜法学* 45 巻 2 号
(2011) 147 頁以下。条例の義務履行確保手段として過料を取り上げるものとして、北
村・前掲注 8) 27 頁以下。市橋・前掲注 39) 35 頁以下は、わが国においても「行政処罰
法」の制定を検討すべきとする。

163) 中川祐夫「オーストリア行政処罰法 (訳)」*立命館法学* 17 号 (1956) 68 頁以下参照。

の諸外国の立法や、イギリスにおける反社会的行動禁止命令 (Anti-Social Behaviour Order)¹⁶⁵⁾なども参考となろう。加えて、法制度のあり方を論じる以上、わが国の刑事法・行政法を含む法体系や、わが国固有の歴史的経緯、運用等の実務的観点等を踏まえた検討を行う必要がある。ドイツの行政刑法理論や秩序違反法についても、わが国との法体系の違いや歴史的背景の違いなどを考慮した上で¹⁶⁶⁾、過料制度を含むわが国の行政処罰法制全体についての比較法研究を行うことが求められよう。

VI おわりに

ドイツでは、ゴルトシュミットらの行政刑法理論を背景に、秩序違反法が制定され、従来犯罪とされてきた行為の多くが非犯罪化された。ゴルトシュミットの行政刑法理論には、批判的な見解が指摘するように理論的な問題点も存在するが、ドイツにおいては、ゴルトシュミットが刑事犯と行政犯との理論的分離を試みたことが契機となって秩序違反法が制定され、上記の非犯罪化が実現したことは事実である。本稿では、わが国の行政刑法理論の問題点について指摘した上で、ドイツにおける行政刑法理論や秩序違反法を参考にして、わが国の行政刑法概念や行政犯概念について整理するとともに、行政法規上の刑罰規定のあり方について問題提起を行った。今後、ドイツにおける行政刑法理論や秩序違反法の立法経緯及び内容を中心に、わが国の行政刑法理論においてはあまり検討されてこなかった行政上の実効性確保の観点から比較法研究を行い、わが国における行政法規上の刑罰規定及び過料規定のあり方について検討することとしたい。

164) 金如根「中国における行政処罰制度の法的研究 (1)~(4)」名古屋大学法政論集 200号 (2004) 173頁以下、205号 (2004) 67頁以下、211号 (2006) 183頁以下、212号 (2006) 381頁以下参照。

165) 葛野尋之「社会的迷惑行為のハイブリッド型規制と適正手続」立命館法学 327・328号 (上) (2009) 275頁以下参照。

166) 芝原邦爾「行政の実効性確保——刑事法の視点から」公法研究 58号 (1996) 256頁以下は、「刑罰は最後の手段」という命題について、証券取引法違反と独占禁止法違反の領域におけるわが国とアメリカ合衆国との法適用の比較をとおして検討している。