

論文要旨

行政上の処罰概念と法治国家

—ドイツにおける行政罰の歴史的考察—

田中 良弘

行政上の処罰概念と法治国家
—ドイツにおける行政罰の歴史的考察—

論文要旨

第1 本稿の目的と構成

1. 本稿は、わが国の行政上の処罰法制の再検討に向け、その前提となる行政上の処罰概念について論じるとともに、行政罰規定の理論的基礎と立法時の判断枠組みを提示することを目的とするものである。
2. わが国においては、行政の実効性確保手段として、多くの行政法規に刑罰を含む処罰規定が定められている。しかし、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と思われる。

そこで、本稿は、ドイツ法から示唆を得るため、まず、ドイツにおける行政上の処罰概念の誕生と展開について、各時代の実定法規を中心に分析を行った。そして、次に、ドイツにおいて、各時代の行政上の処罰法規がいかなる原理に基づいて制定されたのか、その理論的背景と立法者意思について検討を行った。これにより、わが国における行政上の処罰法制の再検討に向けて一定の示唆を得ることができたものと考えられる。

第2 序説：日独の比較（第1章）

1. 第1章においては、わが国の行政罰規定に関し問題提起を行うため、行政上の処罰法制および行政刑法理論について日独の比較を行った。
2. わが国においては、行政の実効性確保手段として行政刑罰が多用される傾向があり、刑罰規定の濫用が生じているという見解も示されている。その一方で、行政刑罰を含む行政罰が、実効性確保手段として十分に機能しているとはいえない。そのため、わが国の行政罰規定について再検討する必要性は高いと考えられる。

行政刑罰は、刑罰であるとともに行政の実効性確保手段であるから、そのあり方を検討するにあたっては、刑法学的観点と行政法学的観点の両面から検討することが求められる。しかしながら、わが国においては、行政刑法理論が伝統的に解釈論を中心に議論されてきたため、立法論として行政刑罰の特殊性に配慮した議論がなされることは少なかったように思われる。

これに加え、わが国の従来の行政刑法理論は、その対象範囲や重要な要素である「行政犯」の定義が論者によって異なるなど、理論の前提について問題を抱えており、このことも、議論が十分に尽くされなかった一因であると考えられる。

このように、わが国においては、行政上の処罰に関し、実定法上および理論上の問題

が残されている状況にあるといえよう。

3. これに対し、ドイツでは、ゴルトシュミットが提唱した行政刑法理論は、当時の非刑事的刑罰 (nichtkriminellen Strafen) や執行罰を含む広義の刑罰概念を前提に、立法論として刑事犯 (Kriminaldelikt) と行政犯 (Verwaltungsdelikt) を区別することを主張するものであり、これを理論的背景として、第二次世界大戦後、行政上の処罰に関する一般法である秩序違反法が制定された。同法の制定により、従来は刑罰が定められていた行為の大部分が秩序違反へと転換され、「過料」という刑罰とは異なる制裁をもって対処されることとなった。また、「過料」を科すにあたり、法適用の容易化や手続の簡易化といった機能性に配慮した立法的工夫も行われた。
4. このように、ドイツにおいては、わが国におけるような理論的問題は生じておらず、実定法上も、秩序違反法の制定によって、刑罰の濫用状態解消と行政の実効性確保手段を両立させており、わが国の行政上の処罰法制について再検討するにあたり、一定の示唆を得ることができるものと思われる。

第3 行政上の処罰概念の誕生と展開 (第2章)

1. 第2章においては、ドイツにおける行政上の処罰概念の誕生と展開につき、実定法を中心に歴史的考察を行った。
2. ドイツにおける行政上の処罰概念は、近世領邦国家において、ポリツァイ条令に刑罰が用いられたことに端を発するものと考えられる。ポリツァイ条令上の刑罰規定は、公的・私的生活のあらゆる分野において、人為的に定められた秩序を刑罰の威嚇によって確保しようとするものであり、当時の領邦君主の強大な権限を背景に、極めて広い範囲をその対象としていた。

ポリツァイ条令上の刑罰規定は、人為的に定められた規範に違反することのみをもって刑罰を科す旨を定めるものであり、人や共同体に対する具体的侵害に対して刑罰を定めていた応報思想に基づく当時の刑法典とは本質的に異なるものであった。さらに、刑事手続に関する多くの規定を設けていた当時の刑法典と異なり、多くの場合、科刑手続についての規定が設けられず、簡易な手続によって刑が科せられていた。

このように、ドイツにおいては、行政上の処罰概念の発生当初から、行政犯に対して科せられる刑罰は、伝統的・古典的な犯罪に対して科せられる刑罰と本質的に異なるものと考えられており、科刑手続についても、刑事裁判によらない簡易な手続が許容されていた。

3. その後、19世紀のドイツにおいて、啓蒙思想を背景に、各領邦国家においてポリツァイ刑法典が制定され、刑罰の対象となるポリツァイ違反の範囲に一定の制限がなされるとともに、ポリツァイ違反に関しても罪刑法定主義が導入された。なお、ポリツァイ刑法典が刑法典とは別個の法典として制定されたのは、ポリツァイ違反については刑法典上の犯罪との本質の違いゆえに刑法典とは異なる法典において定められるべきとするフォイエルバッハの主張を受けたものであった。

一例として、1863年に制定されたバーデン大公国ポリツァイ刑法典は、刑罰の対象に一定の制限を設け、明文で存続される旨が定められたものを除き、従来のポリツァイ条令上の刑罰規定を廃止した。また、同法は、ポリツァイ違反に対して科せられる刑罰を比較的軽微なものに限定するなど、刑法典と異なる多くの特徴を有していた。特に、科刑手続きにつき、ポリツァイ違反に対する科刑は原則としてポリツァイ裁判所における非刑事手続によることとされ、一部については、ポリツァイ機関による科刑も認められるなど、刑法典上の犯罪に対する科刑手続とは大きく異なっていた。

バーデン大公国ポリツァイ刑法典の立法資料によると、同法の立法者は、刑法典の対象とポリツァイ刑法典の対象は、概念的に一部重なり合っており、犯罪とポリツァイ違反は、最終的には実定法によって分類されるものと考えていた。また、同法は、軽微な窃盗に対する刑罰や現代でいう執行罰についても規定しており、当時、これらは広義の行政上の処罰概念に含まれていたといえることができる。

4. その後、統一されたドイツ帝国においてライヒ刑法典が制定され、従来のポリツァイ違反の一部は、刑法典上の違警罪として定められた。違警罪につき、ライヒ刑法典の立法資料は、「悪行の亜種 (eine Unterart der Missethaten)」であると説明する。同法が、ポリツァイ違反の一部を違警罪という刑法典上の犯罪に転換したことにより、それらの行為については、刑法典上の犯罪ではあるものの、ポリツァイ違反と同じか、またはそれに近い性質を有するものとして位置づけられることとなった。
5. 以上のように、ドイツにおける行政上の処罰概念は、応報思想に基づく伝統的な刑罰概念とは別個に誕生・展開しており、このことが、刑事犯と行政犯の分離を唱えたゴルトシュミットの行政刑法理論や、ドイツにおいて、実定法上刑事犯と行政犯を分離することが広く受け入れられたこととの背景となったものと考えられる。

第4 20世紀における犯罪化と非犯罪化 (第3章)

1. 第3章では、20世紀のドイツにおける行政上の処罰法規につき、行政法規違反の犯罪化と非犯罪化という観点から分析を行った。
2. ナチス期においては、経済統制法規の実効性を担保するための刑罰規定 (近代経済刑法) が数多く用いられた。経済統制法規違反に対する刑罰規定は第一次世界大戦中にも用いられていたが、それが経済刑法という法分野として認識されるようになったのは、ナチス政権下において、国民社会主義に基づく経済統制が広く行われるようになってからであった。

近代経済刑法の第一の特徴は、死刑を含む重大な刑罰が用いられたことである。従来は、個人の生命・身体・財産や共同体の存続といった法益 (古典的法益) の侵害やその危険を伴わない単なる法令違反については、短期の自由刑や罰金刑などの比較的軽い刑罰が用いられるにすぎなかった。これに対し、近代経済刑法は、公益は私益に優先することを前提とするナチス期の刑法観に基づき、経済秩序そのものを法益ととらえ、経済統制法規違反に対し死刑をはじめとする重大な刑罰を用いることを正当化した。

第二の特徴は、刑事的刑罰が定められている行為につき、行政機関が刑事裁判によらずに刑罰を科すことを認める秩序刑が多用されたことである。多くの場合、行政機関は、極めて広い裁量により、刑事裁判を経ることなく自ら刑罰を科すことができた。他方、秩序刑として科すことができるのは刑罰のうち罰金のみとされ、極一部の例外を除き代替的自由刑は認められず、犯罪者名簿に登録されることもなかった。このように、秩序刑の法的効果は、現代における「過料」に近いものであり、行政機関による処罰という考え方と合わせ、秩序違反法における「過料」制度の原型となったと考えられている。

3. 第二次世界大戦終結後に制定された秩序違反法は、秩序違反に対し「過料」という刑罰でない制裁を用いることで、行政法規違反の大部分を非犯罪化するとともに、行政機関による処罰を可能とした。

秩序違反法に先立ち、1949年経済刑法が導入した「過料」制度は、秩序刑における司法と行政の管轄の競合を解消する目的で導入された。Eb. シュミットは、「過料」は、行政上の義務を履行することを強く促すものに過ぎず、過去の行為に対する贖罪を意味する刑罰とは本質的に異なるものであるとする。後に、連邦憲法裁判所もこの考え方を支持し、刑罰との本質の違いから、行政機関が「過料」を科すことは司法権を侵害しないと判示した。

1949年経済刑法が導入した「過料」制度は、1952年秩序違反法や現行法の前身である1968年秩序違反法にも採用され、経済法分野だけでなく、あらゆる法分野において「過料」を定めることが可能となった。1952年秩序違反法の制定後、様々な法分野において非犯罪化が行われたが、1968年秩序違反法の制定によって、非犯罪化の流れはさらに加速し、1960年代後半から1970年代にかけて、道路交通法違反や違警罪の大部分が秩序違反へと転換された。

4. 他方、上記の非犯罪化の流れと逆行するように、1970年代以降、実効性確保のための有用性の観点から刑罰を活用すべきとする「新たな犯罪化」の流れが生じた。特に、経済法や環境法の分野において、経済活動の複雑化や環境問題の深刻化に対処するため、経済刑法（現代経済刑法）や環境刑法が制定され、従来は刑罰の対象でなかった行為が刑罰の対象となり、犯罪化された。しかしながら、刑罰の対象の拡大に対しては強い抵抗が示され、古典的法益の侵害やその危険と関連性を有しない行為が刑罰の対象とされることはなされていない。

第5 行政上の処罰と法治国家（第4章第1節）

1. 第4章第1節では、ドイツにおける行政上の処罰法規に法治国家原理が果たした役割を検討するとともに、機能性の理念がいかなる形で反映されているかを分析した。
2. ドイツにおける行政上の処罰法規の立法資料や文献には、「法治国家 (Rechtsstaat)」という言葉が頻出しており、行政上の処罰法規には、各時代における法治国家原理が反映されているといえることができる。

19世紀半ばに制定されたバーデン大公国ポリツァイ刑法典は、従来のポリツァイ条

令上の刑罰規定を原則として廃止するとともに、ポリツァイ違反に対して科せられる刑罰を拘禁刑や罰金刑という比較的軽いものに限定した。同法の立法資料は、同法の制定はポリツァイ国家から法治国家への移行を意味すると説明しており、同法は、当時の自由主義的国家観に基づき、国家の作用を制限して個人の自由や権利の保護を図る古典的法治国家論の影響を受けて制定されたものといえることができる。

これに対し、ナチス期における近代経済刑法は、公益は私益に優先することを前提とする国民社会主義に基づき、経済統制法規違反に対して死刑を含む重罰を定めた。また、行政機関による科刑を認める秩序刑を多用することで、刑事分野においても、司法に対する行政の優位を実現した。これらは、ナチス期独特の「民族的法治国家 (Nationaler Rechtsstaat)」観に基づくものといえることができる。

3. 第二次世界大戦終結後、ナチスによる合法革命を阻止できなかったヴァイマール期の形式的法治国家論に対して強い批判がなされ、立法者も憲法秩序に拘束されるとする実質的法理国家論が提唱され、ボン基本法もこれを採用した。第二次世界大戦後に制定された秩序違反法は、この実質的法治国家論の影響を受けている。1949年経済刑法による「過料」制度の導入は、ナチス期の経済刑法における司法に対する行政の優位を解消し、権力分立を回復することを主たる目的としてなされた。これに対し、1952年秩序違反法は、秩序違反への転換によって非犯罪化を実現し、刑罰の濫用状態を解消することを主たる目的としており、刑罰法規の実質的妥当性や比例原則という観点が追加されている。さらに、1968年秩序違反法は、法的安定性や法の明確性を重視したほか、立法資料が訴訟経済や刑事司法の負担軽減を考慮しているように、機能性の理念が反映されている。このように、秩序違反法は、第二次世界大戦後における実質的法治国家論の発展に伴い、その影響を受けながら制定され、非犯罪化を実現したと考えられる。

他方、現代経済刑法と環境刑法は、非犯罪化とは逆行する「新たな犯罪化」の中で制定された。とはいえ、刑罰の対象を拡張することに対しては強い抵抗が示され、刑罰の活用に対する強い要望にもかかわらず、実定法上、古典的法益の侵害と結び付かない行為につき実効性確保のための有用性の観点のみから犯罪化することはなされていない。この意味において、現代経済刑法や環境刑法もまた、憲法秩序が立法者を拘束するという実質的法治国家原理の影響を受けているといえることができる。

4. 行政上の処罰規定は、行政の実効性を確保する目的で設けられるものであるから、処罰規定自体が機能することに加え、当該規定が行政の実効性確保手段として現実に機能することが求められる。さらに、ボン基本法が採用した実質的法治国家原理は、憲法秩序を実現するための機能的な司法を確保するため、刑事司法の負担軽減をも要請するものと考えられている。

機能性に関し、ポリツァイ刑法典は、ポリツァイ違反の管轄を原則として刑事裁判所ではなくポリツァイ裁判所としたほか、例外的にポリツァイ機関による科刑を認め、簡易な手続による機動的な処罰を可能としていた。また、軽微な犯罪行為を便宜的にポリツァイ違反として扱うなど、機能性を重視した規定を設けていた。

近代経済刑法は、実効性確保の観点を強調し、経済統制法規違反に対し死刑を含む重

罰を定めたほか、秩序刑を多用することで、行政機関による機動的な処罰を可能とした。これらは、実質的法治国家原理からは問題であるものの、他方で、機能性の観点からは必ずしも否定できない側面を有している。現に、ボン基本法のもとでも、実効性確保の手段として刑罰を用いること自体は、一定の制約のもと現代経済刑法や環境刑法において行われており、また、行政機関による処罰についても、秩序違反法による「過料」制度に導入されている。

秩序違反法は、刑罰ではない「過料」を用いることで、行政機関による機動的な処罰とボン基本法との抵触という問題を解消した。また、秩序違反への転換による非犯罪化は、行為者や刑事司法の負担軽減という観点からも行われており、機能性の理念が反映されている。

現代経済刑法および環境刑法は、いずれも、必要性の観点から、従来は犯罪とされていなかった一部の行為について刑罰を定め、犯罪化を行った。ドイツにおいて、古典的法益に関連する法益侵害またはその危険を伴う行為につき、比例原則の範囲内で刑罰を用いることは、実質的法治国家原理のもとでも許容されると考えられているといえよう。

第6 行政上の処罰の理論的基礎と判断枠組み（第4章第2節）

1. 第4章第2節では、ドイツにおける行政上の処罰規定の理論的基礎と判断枠組みについて検討を行った。
2. 一般に、刑罰規定の理論的基礎は法益の保護に求められ、法益保護と無関係の刑事立法は許されないと考えられている。そして、法益の刑事立法制限機能については争いがあるものの、少なくとも、単なる行政不服従について刑罰を科すことは、刑罰固有の限界の観点から許されないとされる。これに対し、「過料」は、その本質が刑罰と異なるものであるから、単なる行政不服従に対しても科すことが許容されると考えられている。
3. 刑罰固有の限界の観点から刑罰を用いることが許される場合であっても、別途、一般法治国家原理から刑罰規定の妥当性について検討する必要がある。その場合の判断要素としては、比例原則と機能性が挙げられる。軽微な行為に対して刑罰を用いることは、罰金刑であっても、最終的には自由の剥奪という重大な法的効果が予定されている以上許されないと解されている。また、機能性の理念から、刑罰規定は、現実に執行可能であり、かつ、刑事司法の負担を考慮してもなお刑罰を科す必要がある重大な行為に限られるべきとの考え方が主張されている。
4. 以上のように、ドイツでは、行政上の処罰規定における判断枠組みとして、刑罰を用いるには、①刑罰固有の限界の観点から、純粋な行政不服従でないこと、②比例原則の観点から、最終的に自由の剥奪が予定されている刑罰を用いるほど重大な行為といえること、③機能性の理念の観点から、現実に執行可能であり、かつ、刑事司法の負担を考慮してもなお刑罰を科す必要があるといえること、という3つの要件を満たす必要がある、そうでない場合は「過料」を用いるべきと考えられているといえることができる。

第7 わが国への示唆（第4章第3節）

1. 第4章第3節においては、手続規定を含むわが国における行政上の処罰法制の再検討に向け、これまでに論じてきたドイツ法から得られる示唆について検討するとともに、わが国とドイツとの法制度の違いに関し若干の考察を行った
2. ドイツの行政刑法理論は、非刑事的手続で科せられる刑罰を含む広義の刑罰概念を前提とするものであった。これに対し、わが国の行政刑法理論は、ドイツの理論の影響を受けているものの、現代的な狭義の刑罰概念を前提とするものであったため、その射程も、刑事的刑罰のみを意味する狭義の刑罰規定に限定された。ドイツの行政刑法理論は、広義の刑罰を対象としていたがゆえに、「過料」という非刑事的制裁を定める秩序違反法の理論的背景となり得たと考えられる。わが国においても、行政上の処罰法制の再検討に向けて、行政刑法理論の対象を過料を含むものへと拡張し、行政上の処罰法制全体に関する理論として再構築すべきであろう。

また、わが国においては、行政の実効性確保手段として刑罰が多用される傾向があり、刑罰が濫用されているとの指摘も存在する。ドイツでは、ナチス期の刑罰の濫用状態に対する反省から大規模な非犯罪化を実現しており、特に、刑罰の濫用状態の解消と実効性確保のための機動的な処罰の要請を両立させた秩序違反法は、わが国の行政上の処罰法制を再検討するに当たり示唆に富むものと思われる。

3. わが国の行政上の処罰法制を再検討するにあたっては、わが国とドイツの法制度の違いを考慮する必要がある。行政上の処罰に関する主要な相違点として、①わが国では他の実効性確保手段が必ずしも整備されていないこと、および②わが国では起訴便宜主義が採用されていることの2点が挙げられる。しかしながら、①については、過料制度の整備によって対処可能であり、②については、行政上の処罰規定の見直しの必要性を否定する根拠とはならないと考えられることから、ドイツ法を参考にすることの障害とはならないと思われる。
4. 以上のとおり、筆者は、ドイツ法、特に秩序違反法を参考に、わが国においても、行政上の処罰法制の再検討が行われるべきと考える。その必要性や判断枠組みについては上記のとおりであるが、行政上の処罰法制の再検討にあたっては、個々の規定につき、個別具体的にその許容性や妥当性について検討する必要がある。また、行政罰の機能不全を解消するため、過料制度の見直しを行う必要がある。これらについては今後の課題として残されている。