

# 行政刑法と秩序罰

—— ナチス経済刑法の歴史的考察 ——

田 中 良 弘<sup>\*</sup>

- I はじめに
- II ナチス経済刑法の誕生と展開
- III ナチス経済刑法と「秩序罰」
- IV 若干の考察とわが国への示唆
- V おわりに

## I はじめに

わが国においては、立法上、行政の実行性確保手段として行政刑罰が多用される傾向がある一方で、実務上、行政刑罰が実効性確保手段として機能していないという指摘がなされている<sup>1)</sup>。この点につき、ドイツでは、第二次世界大戦後（以下、単に「戦後」という）に秩序違反法（Ordnungswidrigkeitengesetz）を制定し、犯罪と行政に対する不服従である「秩序違反（Ordnungswidrigkeiten）」とを区別し、後者には刑罰ではなく「過料（Geldbuße）」をもって対処している。この「過料」制度の導入により、ドイツでは、行政刑法理論と法制度との整合性を図るとともに、実効性確保手段としての機能性を重視した手続を設けることを可能とした<sup>2)</sup>。このことは、わが国において、行政刑罰の見直しを

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第14巻第3号 2015年11月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科特任准教授

1) 西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2012）152頁以下。なお、わが国における行政刑罰に関する学説の整理につき、田中良弘「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——」782頁以下参照。

含め、行政の実効性確保手段としての行政罰全体を再検討するにあたり、一定の示唆を与えるものと思われる<sup>3)</sup>。

ところで、ドイツにおける「過料」制度の根拠法である秩序違反法の内容や制定経緯については、すでにわが国においても重厚な先行研究が存在するもの<sup>4)</sup>、「過料」制度の原型となった「秩序罰 (Ordnungsstrafe)」<sup>5)</sup>については、わが国における先行研究は比較的少なかったように思われる<sup>6)</sup>。しかし、ドイツにおける「過料」制度は、「秩序罰」をその原型とする一方で、経済統制違反に対し「秩序罰」を多用したナチス期の経済刑法（以下、現在のドイツにおける経済刑法概念<sup>7)</sup>と区別するため、「ナチス経済刑法 (Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus)」とよぶ)に対する問題意識を背景として、1949年経済刑法<sup>8)</sup>によって導入されたものである<sup>9)10)</sup>。そのため、ドイツの制度を参考にわが国の行政刑罰を再検討するにあたっては、ナチス経済刑法について分析を行い、ドイツにおける「過料」制度がいかなる問題意識から制定されたのかを明らかにする作業が有益であろう。本稿は、上記の観点から、「秩序罰」を中心に、ナチス経済刑

- 2) ドイツにおける行政刑法理論と秩序違反法の制定過程につき、田中良弘・前掲注1) 802頁以下参照。
- 3) 田中良弘・前掲注1) 819頁、西津・前掲注1) 185頁参照。
- 4) 代表的なものとして、長野實『調査資料・西ドイツ秩序違反法』(国立国会図書館、1980)。その他の先行研究については、田中良弘・前掲注1) 792頁の注を参照されたい。
- 5) 「秩序罰」が「過料」制度の原型となったことにつき、BT-Drs., V/1269, S. 22参照。なお、本稿においては、わが国における概念とドイツにおける概念を区別するため、ドイツにおける概念を用いるときは、「秩序罰」や「過料」のように、鍵括弧付きで表記する。
- 6) ドイツにおいてもナチス経済刑法の体系的研究が不十分であることを指摘するものとして、Stefan Werner, Das Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, KritV 1991, S. 139。
- 7) 現在のドイツにおいて、「経済刑法 (Wirtschaftsstrafrecht)」とは、一般に、超個人的・社会的法益の保護に向けられた刑罰規定や「過料」規定の総称を意味し (Vgl. Klaus Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht, Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 4. Aufl. 2014, S. 27ff; Vgl. Werner, (Fn. 6), S. 141)、①経済統制違反に限られない点及び②刑罰のみならず「過料」を含む点でナチス期の経済刑法と異なる概念である。
- 8) 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. Juli 1949 (WiStG 1949))。
- 9) Kurt Haertel/Günther Joël/Eberhard Schmidt, Gesetz zur vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts: textausgabe mit erläuternder Einführung, Verweisungen und amtlicher Begründung, 1949, S. 141f。
- 10) 秩序違反法は、経済法の分野に限定されていた「過料」制度をすべての法分野に拡張したものである (BT-Drs., I/2100, S. 14)。

法について批判的に考察し、わが国の行政罰のあり方について示唆を得ることを目的とするものである。

## II ナチス経済刑法の誕生と展開

1933年にナチス政権が発足すると、国民社会主義（Nationalsozialismus）の名のもと、国民の権利よりも社会秩序が重視されることとなった。ナチス経済刑法も、公益は私益に優先するというナチス特有の思想を前提とするものであり<sup>11)</sup>、現代において、これを参考とすることができないことは当然である。しかし、当時の状況を批判的に考察することは、わが国における行政罰規定のあり方を検討するために有益であると考えられる。そこで、まず、ナチス経済刑法の誕生と展開について確認することとしたい。

### 1. ナチス経済刑法の誕生

#### (1) 経済刑法前史

ローマ時代において、すでに穀物の買占めや食糧品等の品質に関する粉飾・偽造に対する刑罰が既に存在していたように、不当な経済活動に対する刑罰は、古くから存在していた<sup>12)</sup>。また、ローマ帝国において、鉄や武器の輸出が死刑等の刑罰をもって規制されていたように、国家的利益の観点から、特定の商取引について規制を行い、違反行為に対し刑罰をもって対処することで当該規制の実効性確保を図ることも、古くから行われていた。これらは、経済関係を規律する法領域という広い意味における経済法規であり、経済活動に対する刑罰規定の総体という意味の経済刑法と観念することができよう<sup>13)</sup>。しかしながら、これらは刑罰をもって経済関係を規律する法規ではあるものの、他の行政法規ないしポリツァイ法規と区別されて認識されることはなく、経済刑法が固有の法分野として認識されるのは、国家が経済の分野に広く介入し、経済分野において行政上の規

---

11) Vgl. Werner, (Fn. 6), S. 163.

12) Tiedemann, (Fn. 7), S. 32.

13) Vgl. Tiedemann, (Fn. 7), S. 32f.

律が広く設定されるようになった20世紀に至ってからであった<sup>14)</sup>。

## (2) ナチス経済刑法概念の誕生

ナチス経済刑法は、主として、ナチス政権下において、経済統制を担保する手段として用いられた刑罰の総称を意味する<sup>15)</sup>。ナチス経済刑法は、第一次世界大戦中の困窮した社会情勢において、経済統制を担保するため刑罰を用いたことがその端緒であるとされる<sup>16)</sup>。第一次世界大戦終結後、経済分野における国家介入主義はいったん放棄されたが、その後、ナチスが政権を掌握して国民社会主義が推進されたことで、再び経済分野における国家の介入が広く行われるようになり、それを担保するための手段としての経済刑法（ナチス経済刑法）が重視され、後述の「秩序罰」の発展と相俟って、固有の法分野として認識されることとなった<sup>17)</sup>。ここにナチス経済刑法概念の誕生をみることができる<sup>18)</sup>。

なお、上記のような経済分野における国家の介入を前提とする刑罰規定は、第二次世界大戦中のわが国においても、経済統制に関する諸法律において用いられ<sup>19)</sup>、学説上も、「経済刑法」という新たな法分野として、それを否定する見解を含め、広く認識されるに至っていた<sup>20)</sup>。

## 2. ナチス経済刑法の展開

### (1) ナチス経済刑法とライヒ刑法典

ナチス政権は、政権掌握後、直ちに第一次世界大戦後の弱体化していた経済の

---

14) Vgl. Karl-Ernst Gruhl, Grundfragen des nationalsozialistischen Wirtschaftsstrafrechts, 1939, S. 5f.

15) Vgl. Werner, (Fn. 6), S. 159; Vgl. Tiedemann, (Fn. 7), S. 34f.

16) Werner, (Fn. 6), S. 142; Tiedemann, (Fn. 7), S. 34.

17) Gruhl, (Fn. 14), S. 6.

18) ナチス経済刑法概念の成立における「秩序罰」の意義を強調するものとして、Karl Siegert, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 25; Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 10.

19) 例えば、国家総動員法第31条ノ2以下、輸出入品等二関スル臨時措置ニ関スル法律第4条以下。この二法は、経済統制に関し幅広い権限を勅令ないし命令に委任しており、「戦時における経済刑法の最も重要な基本的法源」と位置づけられていた（美濃部達吉『経済刑法の基礎理論』（有斐閣、1944）4頁）。

強化に取り組み、自由経済から計画経済（Planwirtschaft）への移行を図った。しかしながら、当時のライヒ刑法典（Reichsstrafgesetzbuch）には、経済そのものを保護するための規定が設けられていなかったため、1936年に発表された『今後のドイツ刑法各論〔第2版〕』<sup>21)</sup>は、「経済に対する侵害（Angriffe auf die Wirtschaft）」という章を設け、経済秩序違反を刑法典上の犯罪として扱うことを提言した<sup>22)</sup>。この「経済に対する侵害」の罪とは、経済活動を行う個人ないし法人の権利を保護していた従来の財産犯と異なり、国民経済それ自体を保護するものであると説明された<sup>23)</sup>。

上記草案は結局実現することはなかったものの、ナチス政権は、特別法や、「授權法（Ermächtigungsgesetz）」<sup>24)</sup>に基づく命令を次々と制定することで、ナチス経済刑法を実現していった。そのため、ナチス経済刑法は、特定の法典を中心に構成されたものではなく、多くの経済法令に個別に刑罰規定が設けられる形で構成された。

## (2) ナチス経済刑法の立法例

ナチスが政権を掌握した約6か月後の1933年7月12日、「ドイツ国民経済へ

20) この時期におけるわが国の経済刑法に関する総合的研究として、美濃部・前掲注19)、八木胖『経済刑法の基本問題』（日本評論社、1944）、経済刑法研究会編『経済刑法研究』（みたま出版、1944）、定塚道雄『日本経済刑法概論』（日本評論社、1943）。同時期にナチス経済刑法を取り上げたものとして、市川秀雄『ドイツ戦時刑法研究第1巻』（栗田書店、1943）、司法省調査部『独逸経済刑法：経済に於ける秩序罰』（司法資料第297号、1942）。なお、美濃部博士は、経済刑法を「國民經濟の健全性を保持するが爲めに國家が人民の經濟上の生活行動に付き或る事を爲し又は爲さざることを命じ、其の違反に對し刑罰の制裁を定めて居る場合に、其の人民に對する行為又は不行為の命令及び之に對する刑事制裁を定むる國法の全體を指す觀念」と定義し、行政刑法の一部に位置づけておられる（美濃部・前掲書1頁）。

21) Hrsg. Franz Gürtner, Das kommende deutsche Strafrecht—Besonderer Teil. Bericht über die Arbeit der amtlichen Strafrechtskommission, 2. Aufl., 1936.

22) Gürtner, (Fn. 21), S. 228ff.

23) Vgl. Gürtner, (Fn. 21), S. 229.

24) 「民族および國家の危難を除去するための法律（Gesetz zur Behebung der Not von Volk und Reich（Ermächtigungsgesetz）vom 24. März 1933）」。同法第1条により、政府は、法律の効力を有する命令（Verordnung mit Gesetzeskraft）を定めることができ、ナチス経済刑法の分野においてもこの法形式が多用された。

の背信行為に関する法律<sup>25)</sup>が制定された。同法第8条は、同法第1条から第5条に定める義務につき、ドイツ国民が故意に違反した場合は3年以上の重懲役(第1項)に処し、過失で違反した場合は1年以上の軽懲役(第2項)に処す旨を定めていた<sup>26)</sup>。その後も、1936年12月1日に制定された「経済サボタージュ防止法」<sup>27)</sup>に死刑が定められたように、経済犯に対して厳しい態度で臨む立法が次々となされた<sup>28)</sup>。また、前述のとおり、ナチス期においては、政府は、授權法に基づいて法律の効力を有する命令を定めることができ、ナチス経済刑法の分野においてもこの法形式が多く用いられた。例えば、1939年6月3日には、「価格統制令違反に対する処罰及び刑事手続に関する命令」<sup>29)</sup>が、同年9月1日には、戦時の国民経済を統制する一般法(令)である「戦時経済令」<sup>30)</sup>が、1940年4月6日には、「消費規制刑罰令」<sup>31)</sup>がそれぞれ公布された。

### 3. ナチス刑法と「刑事的経済犯」

#### (1) ナチス刑法の特徴と「刑事的経済犯」

前述のとおり、ナチス経済刑法は、ナチス政権下の国民社会主義を前提として誕生・発展した概念である。ナチス政権下においては、国民社会主義の影響を受け、経済法の分野のみならず、刑法の分野においても、独特の展開が見受けられた。ナチス経済刑法も刑法の一分野である以上、当時のいわゆるナチス刑法(Nationalsozialistisches Strafrecht)の影響を受けているということができる。そこで、以下、ナチス刑法の特徴とそれがナチス経済刑法に与えた影響について検討する。なお、「秩序罰」については次章で詳細に取り上げるため、ここでは、

---

25) Gesetz gegen Verrat der Deutschen Volkswirtschaft vom 12. Juni 1933.

26) ドイツ国民でない者については、故意過失を問わず下限を定めない軽懲役が定められていた(8条3項)。

27) Gesetzes gegen Wirtschaftssabotage vom 1. Dezember 1936.

28) Werner, (Fn. 6), S. 151; Vgl. Tiedemann, (Fn. 7), S. 35.

29) Verordnung über Strafen und Strafverfahren bei Zuwiderhandlungen gegen Preisvorschriften vom 3. Juni 1939 (PStrVO 1939).

30) Kriegswirtschaftsverordnung vom 4. September 1939 (KWVO 1939).

31) Verordnung über Strafen und Strafverfahren bei Zuwiderhandlungen gegen Vorschriften auf dem Gebiet der Bewirtschaftung bezugsbeschränkter Erzeugnisse vom 6. April 1940.

刑事罰 (Kriminalstrafe) の対象である「刑事的経済犯 (kriminellen Wirtschaftsvergehen)」を中心に取り上げることとする。

(a) ナチス刑法と罪刑法定主義の廃止

ナチス刑法の特徴を最も的確に示す規定が、1935年にライヒ刑法典の改正<sup>32)</sup>によって成立した、ナチス刑法典第2条である。

第2条第1項 法律が可罰的であると宣言した行為又は刑罰法規の基本思想並びに健全な国民感情に従い処罰に値する行為を行った者は処罰される<sup>33)</sup>。  
 第2項 行為に対し直接適用すべき特定の刑罰法規がない場合、行為は、それにもっとも適合する基本思想を有する法律に基づいて処罰される<sup>34)</sup>。

1935年改正前のライヒ刑法典第2条第1項は、「行為は、それがなされる以前に刑罰が法律により定められている場合に限り処罰することができる<sup>35)</sup>と規定して、罪刑法定主義を宣言していた<sup>36)</sup>。これに対し、ナチス政権は、同条を全面的に改正し、刑罰法規の類推解釈を正面から肯定した<sup>37)</sup>。当該改正につき、立法理由書は、「刑事司法の柔軟化、実質的正義の実現及び国家共同体のより効果的な保護」を目的とするものであると説明する<sup>38)</sup>。このうち、「実質的正義 (materielle Gerechtigkeit)」は、ナチス期における諸法令に強く影響を及ぼした

32) Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom 28. Juni 1935 (RStGB 1935).

33) RStGB 1935, § 2 Abs. 1, "Bestraft wird, wer eine Tat begeht, die das Gesetz für strafbar erklärt oder die nach dem Grundgedanken eines Strafgesetzes und nach gesundem Volksempfinden Bestrafung verdient."

34) RStGB 1935, § 2 Abs. 2, "Findet auf die Tat kein bestimmtes Strafgesetz unmittelbar Anwendung, so wird die Tat nach dem Gesetz bestraft, dessen Grundgedanke auf sie am besten zutrifft."

35) Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871, § 2 Abs. 1, "Eine Handlung kann nur dann mit einer Strafe belegt werden, wenn diese Strafgesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde."

36) 1919年に制定されたワイマール憲法 (Weimarer Verfassung) 第116条も、1871年ライヒ刑法典第2条1項の文言と同様に規定し、罪刑法定主義が憲法上の原則であることを宣言していた (Vgl. Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, § 116)。

37) ナチス刑法第2条は、1946年の刑法典改正により削除された。



思想であり、ナチス刑法第2条は、これを明確に体现するものであるとされる<sup>39)</sup>。

(b) ナチス刑法における「実質的正義」

前述のように、立法理由書は、ライヒ刑法典第2条の改正につき、「実質的正義」の実現をその目的のひとつとして掲げている。すなわち、国民社会主義の実現のためには、社会的正義に基づく実質的不法概念をもって、従来の自由主義的思想に基づく形式的不法概念に代える必要があり、自由主義的思想に基づく伝統的な罪刑法定主義も克服すべき対象である。そのため、従来のライヒ刑法典第2条が採用していた「法律なければ刑罰なし (nulla poena sine lege)」という標語は、「刑罰が科せられない犯罪はない (nullum crimen sine poena)」と置き換えられるべきであるとされた<sup>40)</sup>。

この「実質的正義」は、1935年の「ナチス刑法綱領」<sup>41)</sup>において公に用いられた観念である。同綱領では、国民社会主義が新しい刑法の根拠とされなければならないこと(第2項)、ナチス刑法は国民の誠実義務の上に建設されなければならないこと(第3項)等が提唱された。そして、第9項において、「ナチス刑法においては、形式的な法又は不法は存在せず、実質的正義という思想が存在するのみである」<sup>42)</sup>として、ある行為が犯罪に該当するか否かは、形式的に判断されるべきではなく、実質的に判断されなければならないとされた。具体的には、国民の義務に対する重大な違反については、すべて刑法上の贖罪をなすべきこと(第10項)、時間的

---

38) Die Strafrechtsnovellen v. 28. Juni 1935: Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuchs, Gesetz zur Änderung von Vorschriften des Strafverfahrens und des Gerichtsverfassungsgesetzes und die amtlichen Begründungen zu diesen Gesetzen, Amtliche Sonderveröffentlichungen der Deutschen Justiz, Nr. 10, 1935, S. 27.

39) Vgl. Ernst Schäfer, Die Auflockerung des Verfahrens im künftigen Strafprozeß und der Gedanke der materiellen Gerechtigkeit, DStR, n. F. 2, 1935, S. 247.

40) Schäfer, (Fn. 39), S. 247.

41) Hans Frank, Nationalsozialistische Leitsätze für ein neues deutsches Strafrecht, I. Teil, hrsgg. vom Reichsrechtsamt der NSDAP, 3. Aufl., 1935.

42) Frank (Fn. 41), Pkt. 9, "Im nationalsozialistischen Strafrecht kann es kein formelles Recht oder Unrecht, sondern nur den Gedanken der materiellen Gerechtigkeit geben."



場所的適用範囲についても、「実質的正義」の観点から定められるべきこと（第11、12項）、法規上の用語は国民の生活上の有機的概念と一致すべきであること（第13項）等が提唱された。

(c) ナチス経済刑法と「実質的正義」

ナチス刑法第2条が「秩序罰」の対象である「秩序犯（Ordnungsstraftat）」に適用されるか否かは、当時においても論争がなされていた。ナチス経済刑法における「秩序罰」については次章で詳述することとし、ここでは、次のことを確認するにとどめる。すなわち、ナチス刑法第2条につき、刑事罰の対象である「刑事的経済犯」と「非刑事的刑罰（nichtkriminelle Strafe）」である「秩序罰」の対象である「秩序犯」<sup>43)</sup>との間の本質上の区別に関し、これを肯定する見解と否定する見解のいずれの立場を採るかによって、同条の「秩序犯」への適否についても見解が分かれていた。具体的には、両者の区別を肯定する見解は、「秩序犯」を単なる秩序規定（Ordnungsvorschriften）に対する違反であり、「健全な国民感情」とは無関係であるとして、ナチス刑法第2条の適用を否定する<sup>44)</sup>。これに対し、両者の区別を否定する見解は、経済法規は単なる合目的性から定められたものではなく「健全な国民感情」と結びついており、経済法規上の「秩序犯」は、直接または間接にドイツ国民の生育中の経済秩序に対して反逆するものであるとして、同条の適用を肯定する<sup>45)</sup>。

以上のように、刑罰規定の類推解釈を許容したナチス刑法第2条が「秩序犯」に適用されるか否かにつき、当時においても、統一の見解は存在しなかった。しかしながら、いずれの見解も、「実質的正義」の実現を目的とするナチス刑法2条が掲げる「健全な国民感情」を前提として、同条の「秩序犯」への適否を検討している。そして、「刑事的経済犯」に同条が適用されることについて争いはなく<sup>46)</sup>、また、「秩序犯」についても、個別の法令により、規定の文言に形式的に

43) 「秩序罰」が「非刑事的刑罰」であることについては、両見解とも特に争いはない（Meeske, (Fn. 18), S. 89; Siegert, (Fn. 18), S. 31）。

44) Meeske, (Fn. 18), S. 93.

45) Siegert, (Fn. 18), S. 33f.

46) Vgl. Siegert, (Fn. 18), S. 33.

は違反しない場合であっても脱法と認められる行為については違反行為とみなす旨が明文で定められているもの<sup>47)</sup>については、当然に類推解釈が認められた。これらのことからすれば、ナチス経済刑法もまた、ナチス刑法同様、当時の「実質的正義」を前提とするものであったということができよう<sup>48)</sup>。

## (2) ナチス経済刑法と「刑事的経済犯」

### (a) ナチス経済刑法と国民社会主義

国民社会主義は、本質的に「公益は私益に優先する (Gemeinnutz geht vor Eigennutz)」<sup>49)</sup>ことを前提とするものであり、経済法の分野においても個人の経済活動の自由よりも経済秩序全体が重視されることとなった。この思想が実定法に反映した一例として、前述の「戦時経済令」を挙げることができる。同令は、その前文において、「その能力及び財産を国民及び国家に提供し、統制経済の継続を確保することは、祖国におけるすべての国民の当然の義務である」<sup>50)</sup>として、統制経済の継続のために個人の権利が制限を受けることは国民の当然の義務である旨を宣言していた。このような国民の義務を前提として<sup>51)</sup>、経済統制に違反することは、単なる法令違反にとどまらず、刑事罰の対象となるものと考えられ、実定法上も、多くの経済法規に刑罰が用いられた<sup>52)</sup>。

### (b) 国民社会主義と「刑事的経済犯」

前述のように、ナチス経済刑法には死刑を含む重大な刑罰が用いられた。これにつき、当時の刑法学者は、これらの重罰規定は、必ずしも威嚇主義に基づく合

---

47) 一例として、Verordnung über die Bildung von Preisen und Entgelten auf dem Gebiete der Lederwirtschaft vom 29. April 1937, § 11 Abs. 2.

48) Vgl. Siegert, (Fn. 18), S. 40f.

49) 「ナチス党綱領 (Das 25-Punkte-Programm der Nationalsozialistischen Deutschen Arbeiterpartei, 24. Februar 1920)」第24条第2項参照。

50) KWVO Präambel, "...ist es selbstverständliche Pflicht jedes Volksgenossen in der Heimat, alle seine Kräfte und Mittel Volk und Reich zur Verfügung zu stellen und dadurch die Fortführung eines geregelten Wirtschaftslebens zu gewährleisten."

51) Vgl. Werner, (Fn. 6), S. 159f.

52) Vgl. Siegert, (Fn. 18), S. 21; Vgl. Werner, (Fn. 6), S. 159.

目的的思想に基づくものではないとして、経済犯に重罰を用いることを正当化する。すなわち、経済犯は、国民社会主義に基づく国民の義務に違反する行為であり、国民経済秩序という保護法益に対する重大な侵害であるから、当然に重大な刑罰をもって対処すべき行為であると説明された<sup>53)</sup>。

このように、ナチス経済刑法は、国民経済秩序という新たな秩序を觀念し、それを保護法益とすることで、法益概念による刑罰の制限を事実上形骸化した。これにより、個人の権利利益を侵害しない行為であっても、国民経済秩序を侵害すると立法者が判断したものについては、刑事法上、単なる秩序違反行為ではなく、刑法典上の犯罪に準じたものとして、死刑をはじめとする重罰が科せられ得ることとなり、少なくとも刑事罰の対象である「刑事的経済犯」については、その法的効果および科刑手続につき、刑法典上の犯罪と同種のものとして位置づけられることとなった<sup>54)</sup>。

### Ⅲ ナチス経済刑法と「秩序罰」

前述のように、ナチス経済刑法は、国民社会主義に基づく経済秩序の維持という目的を達成するための手段として発展したものであり、国民の権利保障に比して経済秩序の維持が重視され、その実効性確保のため、手続面に関しても、国民の権利保護より経済秩序維持のための機能性が重視された。その最たるものが、行政機関自らが、刑事裁判によらず刑罰を科すことを認めた「秩序罰」であり、ナチス経済刑法は、この「秩序罰」が多用された点に大きな特徴がある<sup>55)</sup>。そこで、以下、ナチス経済刑法上の「秩序罰」について検討する。

53) Vgl. Gürtner, (Fn. 21), S. 228ff. Siegert, (Fn. 18), S. 21 は、刑法は自由 (Freiheit) に對する甚だしい侵害であるから、自由経済のもとでは従属的役割 (untergeordnete Rolle) しか果たしえなかったが、国民社会主義経済のもとでは、経済犯は社会秩序に対する重大な侵害であり、それゆえに、幅広く刑罰を用いることが正当化されるとする。

54) 「秩序犯」は、刑罰が科せられる点では刑法典上の犯罪と同様であるものの、後述のように、科刑手続や法的効果の点で刑法典上の犯罪とは大きく異なる特徴を有していた。このことから、「秩序犯」は「刑事的経済犯」と異なり法益侵害を伴わない単なる秩序違反であるとする見解として、Meeske, (Fn. 18), S. 79ff. 反対、Siegert, (Fn. 18), S. 30。

55) Meeske, (Fn. 18), S. 10ff; Siegert, (Fn. 18), S. 25.

## 1. 前史——ライヒ租税通則法

### (1) ライヒ租税通則法上の「秩序罰」

ドイツにおいては、行政上の処罰に関し、伝統的に、裁判手続によらず、行政機関によって科せられる刑罰が法定されていた。行政機関による科刑を定める規定の中には、例えば、1877年に制定された海難審判法<sup>56)</sup>第12条のように違反行為に対して「秩序罰」のみを規定するものも存在した。他方、ナチス経済刑法において用いられた「秩序罰」は、ある構成要件を満たす行為につき、刑事裁判手続によって科せられる刑罰（刑事罰）を定めた上で、一定の場合には行政機関による科刑を認めるという形式を採用していた点に大きな特徴がある。なお、ナチス期以前にこのような形式の「秩序罰」を定めていたものとして、1919年に制定されたライヒ租税通則法<sup>57)</sup>を挙げることができる<sup>58)</sup>。

1919年ライヒ租税通則法第377条第1項第1文は、税務調査のために制定された税法上の規定またはそれらに関する行政規則（Verwaltungsbestimmungen）において違反行為に対し刑を科す旨が定められている場合、5マルク以上500マルク以下の「秩序罰」に処す旨を定めていた<sup>59)</sup>。なお、罰金が支払われない場合、それが「秩序罰」として科せられたものであっても、3か月以下の自由刑（Freiheitsstrafe）による代替刑を科すことができるとされた（同法第378条）。

同法は、租税犯（Steuerzuwiderhandlungen）に関する科刑手続として、租税犯に関する事実関係の調査権限は、原則として財務官庁（Finanzämter）が有することとし（同法第386条第1項）、また、財務官庁は、罰金刑（Geldstrafe）もしくは没収（Einziehung）またはその両方を科す場合、裁判手続によらず、独自に刑を宣告することができる<sup>60)</sup>とされた（同条第2項）。これに対し、違反者は、無条件に違反行為を認める場合には、「即時承諾（Unterwerfung）」により刑の

56) Gesetz, betreffend die Untersuchung von Seeunfällen vom 27. Juli 1877.

57) Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919 (RAO 1919).

58) 長野・前掲注4) 10頁は、1919年ライヒ租税通則法第377条第1項を挙げ、「『秩序罰』という言葉が、ここではじめて出現した」とするが、本文中に述べたとおり、「秩序罰」という用語自体は19世紀中にはすでに実定法上出現しており、表現としてやや不正確であると思われる。

59) Vgl. RAO 1919, § 377 Abs. 1 S. 1.

通告処分（Strafbescheid）を放棄して直ちに刑を確定させることができる。一方、決定に不服のある場合、違反者は、行政手続により抗告（Beschwerde）するか、裁判所の裁判（gerichtliche Entscheidung）を求めることができるとされた（同法第415条）。抗告については、ラント財務官庁（Landesfinanzamt）が決定を行うものとされ、抗告に対する決定に不服がある場合は、さらに上級官庁に再抗告をすることができ、当該上級官庁の決定が終局的な決定となるとされた（同法第418条）。

## （2）ライヒ租税通則法上の「秩序罰」の特徴

上記のように、ライヒ租税通則法は、比較的軽い刑罰を科す場合に限り、裁判手続によらず、財務官庁が行政手続によって刑を宣告することができるとした上で、処分を受けた者に、裁判所による裁判を求める権利および上級行政庁に不服を申し立てる権利を付与していた。すなわち、同法における「秩序罰」は、本質的には「刑事的経済犯」に該当する行為につき、事案が軽微であることを理由として、便宜上、「秩序犯」として処罰することを認めたものと解される<sup>60</sup>。そして、同法は、「秩序罰」の対象となり得る軽微な犯罪行為に対し、刑事裁判手続によって刑事罰を科すか、簡易な手続によって「秩序罰」を科すか、その選択を行政機関の裁量に委ねていた。このことから、ライヒ租税通則法の立法者は、権利保護の観点と機能性の観点を両立させるため、比較的軽い刑罰を科す場合に限り、行政機関に刑事裁判によらず刑罰を科す権限を付与した上で、違反者の権利保護の観点から、処分を受けた者に裁判手続を求める権利や上級行政庁に不服を申し立てる権利を付与したものと考えられる。

---

60) 事案が軽微であることを理由に、刑事犯に該当する行為を「便宜上（Zweckmäßigkeit）」より簡易な手続によって処罰することは、19世紀から行われていた。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（Polizeistrafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden vom 31. Oktober 1863, BadPolStGB）第159条は、極めて軽微な窃盗について、刑法典上の犯罪としてではなく、「ポリツァイ違反（Polizeiübertretung）」として処罰する旨を定めていた。なお、ポリツァイ刑法については、別稿において詳細に取り上げる予定である。

## 2. ナチス経済刑法における「秩序罰」

### (1) 広義の「秩序罰」と狭義の「秩序罰」

ナチス経済刑法においては、「秩序罰」が多用された結果、実定法上、「秩序罰」を定める規定が刑罰のみを定める規定を数的に凌駕することとなった<sup>61)</sup>。ただし、ナチス期において、実定法上「秩序罰」という用語は必ずしも統一的に用いられておらず、過去の義務違反に対する反作用として科せられる刑罰のみならず、「将来の一定の状態を実現ないし確保するためののみ」<sup>62)</sup>用いられる行政処分(Verwaltungsmaßregeln)である執行罰(Erzwingungsstrafe)についても、「秩序罰」という用語が用いられていた<sup>63)</sup>。そのため、ナチス経済刑法における「秩序罰」には、執行罰としての性質を有さない「固有の秩序罰(echte Ordnungsstrafe)」<sup>64)</sup>のみを意味する狭義の「秩序罰」概念と、執行罰を含む広義の「秩序罰」概念とが存する<sup>65)</sup>ことに留意が必要である。

そこで、以下、本稿の問題関心との関係において、戦後に導入された「過料」制度の原型となった「秩序罰」、すなわち「固有の秩序罰」に焦点を絞り、執行罰としての性質を有する「秩序罰」については、本稿では取り上げないこととする(本稿において、単に「秩序罰」というときは、ナチス経済刑法上の「固有の秩序罰」をいう)。以下、ナチス経済刑法における「秩序罰(固有の秩序罰)」の特徴について検討することとしたい。

### (2) 「秩序罰」と行政機関の裁量

ナチス経済刑法上の「秩序罰」は、刑罰ではあるものの、ライヒ租税通則法上の「秩序罰」と同様、刑事裁判によらず、行政機関によって科せられるものであった。また、ナチス経済刑法上の「秩序罰」は、前述のとおり、本来は刑事裁判

61) Siegert, (Fn. 18), S. 25.

62) Meeske, (Fn. 18), S. 79.

63) Meeske, (Fn. 18), S. 10. は、執行罰の性質を有する「秩序罰」の例として、当時の民事訴訟法(Zivilprozessordnung)第888条や商法(Handelsgesetzbuch)第14条を挙げる。なお、Vgl. Siegert, (Fn. 18), S. 27.

64) Siegert, (Fn. 18), S. 29. なお、Meeske, (Fn. 18), S. 10. は、“eigentliche Ordnungsstrafe”とする。

65) Meeske, (Fn. 18), S. 10f; Vgl. Siegert, (Fn. 18), S. 26ff.

によって科せられる刑罰（刑事罰）の対象である行為につき、便宜上、行政機関による科刑を認めるものであった。そのため、「秩序罰」の定めのある経済法規違反につき、刑事罰を科すか、それとも「秩序罰」を科すかは、「秩序罰」を定めた個々の法令に基づいて判断されることとなった。そこで、以下、「秩序罰」を選択する基準と行政機関の裁量について検討する。

(a) 「秩序罰」を用いる基準が定められているもの

例えば、1938年の「伐採前後の木材の市場取引規制に関する命令」<sup>66)</sup>第4条は、第1項において、違反行為（Zu widerhandlung）につき、ライヒ森林長官（Reichsforstmeister）の告訴を要件として軽懲役（Gefängnis）もしくは10万ライヒマルク以下の罰金またはその併科に処す旨を規定し、さらに、第2項において、違反者（Zu widerhandelnden）の責任（Schuld）および違反行為の結果（Auswirkung）が軽微である場合、ライヒ森林長官は1000ライヒマルク以下の「秩序罰」を科すことができる旨を定めていた。また、1937年の「商品取引令」<sup>67)</sup>第15条は、ライヒから授権された者（Reichsbeauftragter）は、「裁判所の裁判を求めるべき公共の利益が存在しない場合」<sup>68)</sup>、裁判所に起訴することなく秩序罰を科すことができると定めていた。

これらの規定においては、「秩序罰」を用いる基準として、事案の軽微性や刑事裁判を行う公共の利益の有無といった一応の基準が示されているといえる。ただし、これらの要件の存否は行政機関の判断に委ねられており、行政機関は、事実上、幅広い裁量を有していた<sup>69)</sup>。

(b) 「秩序罰」を用いる基準が定められていないもの

66) Verordnung über den marktmäßigen Absatz von Holz vor und nach dem Einschlag vom 30. April 1938.

67) Verordnung über den Warenverkehr vom 4. September 1934 in der Fassung vom 28. Juni 1937 (VOW 1937).

68) VOW 1937, § 15, "Wenn ein öffentliches Interesse an der Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung nicht besteht".

69) Vgl. Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz, 1950, S. 10.



上記のような「秩序罰」を用いる一応の基準が示されている法令と異なり、「秩序罰」を定める個々の法令の中には、「秩序罰」を用いる要件が定められていないものも存在した。例えば、1939年の「価格統制令違反に対する処罰及び刑事手続に関する法律」は、第1条第1項において、故意または過失により法規命令または個々の命令に違反した者は、軽懲役もしくは上限のない罰金刑またはその併科に処せられる旨規定し、さらに、第8条第1項において、第26条に定める機関（価格形成弁務官またはその権限を付与された執行機関<sup>70)</sup>は、第1項に定める違反行為があった場合、「有責者（行為者及び共犯者）」<sup>71)</sup>に対し、「金銭による秩序罰（Ordnungsstrafen in Geld）」を科することができる旨を定めていた。なお、同条第3項は、第1項の「金銭による秩序罰」につき、「この罰金刑（Geldstrafe）の最高額には制限がない」<sup>72)</sup>と定めており、同法上の「秩序罰」が罰罰と区別されたものではなく、罰金刑という刑罰である旨を示していた。

このように、同条第1項は、「秩序罰」を用いる要件を明示しておらず、また、同条3項により、行政機関は、刑事裁判による場合と同じく、上限のない罰金刑を科できるとされていた。したがって、同法は、事案が軽微であることを「秩序罰」の直接の理由としておらず、実効性確保手段としての機能がより強調されているということができよう。

以上のように、ナチス経済刑法上の「秩序罰」は、それを用いる要件が法律上示されているものとそうでないもので若干の相違はあるものの、いずれにおいても、行政機関の幅広い裁量が認められていた。そのため、行政機関は、刑事裁判手続により刑罰を科すか、それとも、簡便な行政手続<sup>73)</sup>により「秩序罰」を科すかについて、自らの判断に基づいて選択することができた。また、「秩序罰」

---

70) Vgl. PStrVO 1939, § 26.

71) PStrVO 1939, § 8 Abs. 1 S. 1, “die schuldigen Personen (Täter und Teilnehmer)”.

72) PStrVO 1939, § 8 Abs. 3, “Das Höchstmaß der Geldstrafe ist unbeschränkt”.

73) Meeske, (Fn. 18), S. 11. なお、ライヒ経済裁判所 (Reichswirtschaftsgericht) のような特別裁判所 (Sondergericht) による手続によって科せられる秩序罰も存在した。ただし、その場合であっても、刑事裁判手続に比べると遥かに簡便な手続であったとされる (Vgl. Siegert, (Fn. 18), S. 32)。

には便宜主義 (Opportunitätsprinzip) が採用されており<sup>74)</sup>、行政機関は、「秩序犯」に対し刑を科さないという選択をすることも可能であった。これらのことから、刑事法の分野においても、司法に対する行政の優位が実現したとされる<sup>75)</sup>。これに対しては、戦後に強い批判が寄せられ、1949年経済刑法の制定につながることとなる<sup>76)</sup>。他方、「秩序罰」が採用していた、行政機関による処罰という考え方や便宜主義は、現行の秩序違反法にも採用されており<sup>77)</sup>、これらの点については、ナチス経済刑法における「秩序罰」の特徴が秩序違反法に引き継がれたものといえることができる<sup>78)</sup>。

### (3) 「秩序罰」の法的効果

ナチス経済刑法は、個々の経済法規における刑罰規定の総称であり、ナチス経済刑法上の「秩序罰」についても、刑の種類や上限を定めた一般法は存在しなかった。しかし、「秩序罰」の法的効果については、以下のような特徴が認められる。

#### (a) 刑の種類

「秩序罰」には、もっぱら罰金刑が用いられた<sup>79)</sup>。すなわち、ナチス経済刑法は、「刑事的経済犯」に対しては、死刑を含む重大な刑罰を法定していたのに対し、「秩序犯」に対しては、死刑や自由刑は法定されず、刑の種類が罰金刑に限定されていた。

また、刑事罰としての罰金刑については、罰金が支払われない場合、代替的自由刑 (Ersatzfreiheitsstrafe) が科せられることが予定されていた<sup>80)</sup>。これに対し、「秩序罰」として科せられる罰金刑については、罰金が支払われない場合で

74) Vgl. Meeske, (Fn. 18), S. 80.

75) Vgl. Schmidt, (Fn. 69), S. 10.

76) Vgl. Haertel/Joël/Schmidt, (Fn. 9), S. 135ff.

77) Vgl. Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. Mai 1968 (OWiG 1968), § 35 Abs. 2 und § 47 Abs. 1.

78) BT-Drs., V/1269, S. 22.

79) Meeske, (Fn. 18), S. 63.

80) Vgl. Verordnung über Vermögensstrafen und Bußen vom 6. Februar 1924, § 27.

あっても、代替的自由刑は予定されていないのが通常であった<sup>81)</sup>。この点は、3か月以下の代替的自由刑を認めていたライヒ租税通則法上の「秩序罰」と異なる、ナチス経済刑法上の「秩序罰」独自の特徴である<sup>82)</sup>。このことは、当時の立法者が、「秩序罰」につき、手続面に関しては実効性確保のための機能性を重視しつつ、その法的効果に関しては、刑事裁判を経ない「秩序罰」の特殊性に一定の配慮をしていたことを示すものといえよう。

(b) 副次効果 (Nebenfolgen)

違警罪 (Übertretungen) を除く刑事罰に処せられた「刑事的経済犯」は、検察庁 (Staatsanwaltschaft) の犯罪者名簿 (Strafregister) および警察 (Polizei) の行状表 (Führungsregister) に登録されて前科者となるのに対し、「秩序罰」に処せられた「秩序犯」については、これらに登録されず<sup>83)</sup>、「前科者 (Vorbestrafte)」として扱われることはなかった<sup>84)</sup>。このことから、「秩序罰」は名誉侵害 (Ehrenminderung) を伴わないものと考えられていた<sup>85)</sup>。

以上のように、ナチス経済刑法上の「秩序罰」の法的効果は、罰金刑という刑罰であるものの、代替的自由刑に転換されることはなく、犯罪者名簿にも登録されないなど、刑事罰としての罰金刑とは異なる特徴を有していた。したがって、「秩序罰」は、刑罰 (Strafe) ではあるものの、その法的効果は、刑事罰 (Kriminalstrafe) と異なる特徴を有しており、むしろ、現在のドイツにおける「過料」に近い性質を有していたといえることができる<sup>86)</sup>。

---

81) Meeske, (Fn. 18), S. 63; Siegert, (Fn. 18), S. 32.

82) 例外として、1933年カリ統制法 (Kariwirtschaftsgesetz vom 18. Dezember 1933) 第57条は、「秩序罰」につき、6週間以下の拘留 (Haft) に変換することを定めていた。同条は、「秩序罰」が代替的自由刑に転換されることが予定されている唯一のケースであるとされる (Siegert, (Fn. 18), S. 189)。

83) ただし、当時、刑法典上の違警罪に処せられた者も、「秩序罰」に処せられた者と同様、犯罪者名簿には登録されなかった (Meeske, (Fn. 18), S. 80)。

84) Meeske, (Fn. 18), S. 80; Siegert, (Fn. 18), S. 32.

85) Siegert, (Fn. 18), S. 32. Meeske, (Fn. 18), S. 80 は、「秩序罰」は、いかなる副次効果とも結合することはできないとする。

86) Schmidt, (Fn. 69), S. 44f.

## (4) 「秩序犯」の法的性質

上記のとおり、「秩序罰」は、その科刑手続および法的効果について、刑罰とは異なる特徴を有していた。そのため、ナチス期のドイツの刑法学説において、「刑事的経済犯」と「秩序犯」につき、その本質上の区別を肯定する見解と否定する見解との間で論争が生じた。

(a) 両者の区別を肯定する見解<sup>87)</sup>

両者の区別を肯定する見解の代表的な論者であるメースケ (H. Meeske) は、刑事罰と「秩序罰」は、いずれも過去の不法 (Unrecht) に対する贖罪 (Sühne) であるとした上で、前者は、国民的道德秩序 (völkischen Sittenordnung) の侵害 (Verletzung) を伴う犯罪行為 (Straftaten) に対する贖罪であるのに対し、後者は、国民的道德秩序の侵害を伴わないとして、両者は本質的に異なるものであるとする<sup>88)</sup>。すなわち、メースケによれば、「秩序罰」によって威嚇されている違反行為 (Zuwiderhandlungen) は、国民的道德秩序の侵害を伴わない単なる秩序違反 (bloße Ordnungsverstöße) であり、「秩序罰」は倫理的に無色 (ethisch neutral) である。それゆえに、「秩序罰」には便宜主義が採用され、行為者が犯罪者名簿に登録されることもない。そして、「秩序罰」につき、刑事裁判によらずに刑罰が科せられることは、その決定に行為者が道徳的に非難されるべき (sittlich verwerflich) 行為をしたか否かの判断が含まれないことによって正当化される。

次に、メースケは、「秩序罰」につき、違警罪に対して科せられる「違警罰 (Übertretungsstrafe)」や、将来の一定の状態を実現ないし確保するために用いられる執行罰とは、本質的に異なるものであるとする。すなわち、「秩序罰」の対象である「秩序犯」は、倫理的に無色である点において「違警罪」と共通の性格を有するものの、違警罪は、刑事犯としての形式的構成 (formelle Ausgestaltung als Kriminalstrafe) がなされる点において「秩序犯」と本質的に異なっ

87) Meeske, (Fn. 18), S. 10; Richard Kunisch, Die strafrechtliche Sicherung der deutschen Eiermarktordnung, 1936, S. 84.

88) Meeske, (Fn. 18), S. 78ff.

いる<sup>89)</sup>。また、「秩序罰」は、過去の不法に対する贖罪である点において、将来の一定の状態を実現ないし確保するためにのみ用いられる執行罰とも異なるものである<sup>90)</sup>。したがって、「秩序罰」は、執行罰と異なり真の刑罰 (echte Strafe) であるが、「違警罰」と異なり、刑事的性質 (krimineller Natur) を有しない<sup>91)</sup>。

(b) 両者の区別を否定する見解<sup>92)</sup>

上記のメースケの見解に対し、ジーゲルト (K. Siegert) は、「刑事的経済犯」と「秩序犯」とは、いずれも経済秩序 (Wirtschaftsordnung) に対する侵害を伴う行為であり、「秩序罰」といえども行為者に対する重大な倫理的な非難を含んでいるとして、「刑事的経済犯」と「秩序犯」との本質的な区別は否定すべきであると主張する<sup>93)</sup>。

すなわち、「秩序罰」が保護する共同生活上の個々の秩序の背景には、国民経済の全秩序 (Gesamtordnung der Volkswirtschaft) および倫理的に強調された共同社会の価値 (ethisch betonter Gemeinschaftswert) が存在する。そのため、「秩序犯」といえども、その行為自体を行為者に対する重大な倫理的な非難 (erheblichen ethischen Vorwurf) と結びつけることが可能である。したがって、「刑事的経済犯」と「秩序犯」は、いずれも経済秩序を侵害するものであり、行為者には、贖罪と秩序教育 (Erziehung zur Ordnung) が必要である。このことから、「刑事的経済犯」と「秩序犯」との本質的な区別は否定すべきであり、両者は、その倫理的無価値内容の程度 (Stärke des ethischen Unwertgehaltes) によって区別されるにすぎない。そして、両者がその法的効果や手続において異な

---

89) Meeske, (Fn. 18), S. 80. なお、メースケは、違警罪および軽微な軽罪 (niedern Vergehensstrafe) も、倫理的に無色であり、倫理的に結合される狭義の刑事罰 (ethisch gebundenen Kriminalstrafen im engeren Sinne) とは本質的に区別されるとして、経済法上の秩序罰と違警罪および軽微な軽罪は、刑罰手段として実体法的 (materiell-rechtlich) に同一であり、両者は正規の刑事裁判権 (ordentliche Strafgerichtsbarkeit) の対象か否かという点において異なるにすぎないとする (Ibid, S. 90)。

90) Meeske, (Fn. 18), S. 79.

91) Vgl. Meeske, (Fn. 18), S. 11.

92) Siegert, (Fn. 18), S. 29ff.

93) Siegert, (Fn. 18), S. 30f.

るものとして扱われることは、本質的な差異によるものではなく、その倫理的無価値内容の程度が異なることによって正当化されるにとどまる<sup>94)</sup>。

次に、ジーゲルトは、「秩序罰」と「違警罰」についても、両者の本質的な区別は否定すべきと主張する。すなわち、「違警罰」は、刑事手続において科せられるものであるが、その対象となる行為（違警罪）は、必ずしも「秩序犯」より大きな倫理的無価値内容を有しているとはいえず、「秩序犯」に比べて小さな倫理的無価値内容を有するにとどまるものも多い。これらが刑事犯とされているのは、本質的な差異によるものではなく、単に歴史的経緯によるものにすぎない。したがって、「秩序犯」と違警罪についても、両者の本質的な区別は否定すべきである<sup>95)</sup>。なお、「秩序罰」は不服従（Unbotmäßigkeit）に対する反作用として科せられる刑罰であるから、執行罰とは本質的に異なるものである<sup>96)</sup>。

以上のように、ナチス経済刑法上の「秩序罰」の対象である「秩序犯」については、その本質を倫理的に無色な行為であるとする見解と、国民の経済倫理に反する行為であるとする見解にわかれていた。とはいえ、両見解は、「秩序犯」の倫理的無価値の有無という点において異なるものの、「秩序罰」を過去の行為に対する贖罪とする点では一致している。したがって、「秩序罰」は、その手続や法的効果において現在のドイツにおける「過料」と類似点を有しているものの、その法的性質につき、過去の行為に対する贖罪であると考えられていた点において、贖罪としての性質を有していないとされる「過料」とは本質的に異なるものであったといえることができる<sup>97)</sup>。

94) Vgl. Siegert, (Fn. 18), S. 32. なお、当時、わが国において、田中二郎博士が、ジーゲルトの見解を紹介した上で、「秩序犯」が国民の経済倫理に対する違反であるとしつつ、その法的効果は名誉侵害を伴わないとするのは、一貫性を欠くのではないか、との批判をされている（田中二郎「新刊紹介：ジーゲルト『ドイツ経済刑法』」法学協会雑誌 58 卷 7 号（1940）94 頁）。

95) Siegert, (Fn. 18), S. 31.

96) Siegert, (Fn. 18), S. 27.

97) Vgl. Schmidt, (Fn. 69), S. 44f.

## IV 若干の考察とわが国への示唆

これまで論じてきたように、ナチス経済刑法は、①経済法規違反につき、経済秩序という法益を侵害するものとして、死刑をはじめとする重罰を用いることを正当化し、また、②経済法の分野において、実効性確保のための機能性を優先し、行政機関が刑事裁判によらず独自に刑罰を科すことを認める「秩序罰」を多用した。これらの特徴は、当時の国民社会主義思想を前提とするものであり、ナチス期の他の立法と同様、ナチス政権下における個人の自由および権利の相対化や権力分立の形骸化という特徴を強く表すものである。そのため、戦後のドイツにおいて確立した実質的法治国家 (materieller Rechtsstaat) のもとでは、上記のような立法は許容されないと考えられる。そこで、以下、ナチス経済刑法に対する戦後のドイツ学説からの批判を中心に、若干の考察を行うこととしたい。

### 1. ナチス経済刑法と行政刑法理論

#### (1) 当時の行政刑法理論と実定法への影響

ナチス経済刑法に対する批判について検討する前提として、ドイツにおける行政刑法理論とそれがナチス経済刑法に与えた影響について確認しておきたい。

ゴルトシュミットが1902年の『行政刑法』<sup>98)</sup>において提唱した行政刑法理論<sup>99)</sup>を契機として、1908年の第29回法曹大会 (Deutscher Juristentag) において、刑法典から警察不法 (Porzeiunrecht) を分離することが決議されるなど、20世紀初頭のドイツにおいて、刑事犯と行政犯の分離が強く主張された<sup>100)</sup>。ただし、当時の行政犯概念は、広義の意味において、行政上の強制執行手段である執行罰の対象となる行為を含むものであったことに留意が必要である。すなわち、ゴルトシュミットのいう「行政刑罰 (Verwaltungsstrafe)」は、わが国における一般的な行政刑罰概念と異なり<sup>101)</sup>、必ずしも過去の行為に対する贖罪としての

---

98) James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902.

99) ゴルトシュミットの行政刑法理論と秩序違反法の制定に与えた影響につき、田中良弘・前掲注1) 803頁以下参照。

100) Meeske, (Fn. 18), S. 85f.



刑罰のみを意味するものではなく、将来の義務違反に対して科せられる執行罰としての刑罰をも含むものであった。

このように、当時の行政刑法理論は、司法刑罰 (Rechtsstrafe) と (狭義の) 行政刑罰とを分離することを主張するのみならず、司法刑罰から執行罰を分離することをも主張するものであった<sup>102)</sup>。例えば、1930年の刑法典導入法草案の理由書<sup>103)</sup>は、刑事罰以外の不利益 (Nachteile) として、過去の法律違反に対する贖罪として科せられるがゆえに刑罰性 (Strafcharakter) を有する「固有の意味の非刑事的刑罰 (nichtkriminellen Strafen im eigentlichen Sinne)」と、過去の行為に対する贖罪ではなく、対象者にある行為をなすことを心理的に強制するために用いられる執行罰とが存在すると述べている。

なお、上記草案は成立しなかったものの、1931年のプロイセン行政警察法<sup>104)</sup>は、執行罰として科せられる金銭上の不利益について「刑罰」ではなく「強制金 (Zwangsgeld)」という文言を用いるなど、実定法上、刑罰と執行罰の区別を図ったものも存在した。

## (2) 行政刑法理論のナチス経済刑法への影響

前述のように、ナチス経済刑法は、広義の「秩序罰」に執行罰を含めており、1931年プロイセン行政警察法と異なり、執行罰と刑罰とを文言上区別していない。したがって、この限りにおいては、行政刑法理論のナチス経済刑法への影響は定かではない。

他方、ナチス経済刑法は、従来の考え方からすれば行政犯に分類されるべき「刑事的経済犯」に対し、国民経済秩序という法益を侵害するという考え方に基づき、死刑をはじめとする重大な刑罰を用いた。このことは、行政犯であっても社会的法益を侵害すると主張したエリック・ヴォルフ (Erik Wolf)<sup>105)</sup>の行政刑

101) わが国においては、一般に、行政刑罰は、過去の行政法上の義務違反に対する制裁であると理解されている (田中二郎『新版行政法上巻 [全訂第2版]』(弘文堂、1974) 185頁参照)。

102) Meeske, (Fn. 18), S. 86.

103) Entwurf eines Einführungsgesetzes zum Strafgesetzbuch von 1930.

104) Preußisches Polizeiverwaltungsgesetz vom 1. Juni 1931.

法理論の影響を受けたものされる<sup>106)</sup>。ただし、ヴォルフの行政刑法理論は、行政犯には法益侵害がないと主張したゴルトシュミットの行政刑法理論とは必ずしも一致しない<sup>107)</sup>。

また、ナチス経済刑法が、「秩序罰」につき、行政手続による科刑を認めたこと、便宜主義を採用したこと、および代替的自由刑を認めず、犯罪者名簿にも登録されないとしたことは、「秩序犯」について、「刑事的経済犯」と異なる独自の手続や法的効果を採用したものと見える。この点については、刑事犯（「刑事的経済犯」）と行政犯（「秩序犯」）とを実定法上区別したものと評価することも可能であり、これらの点において、ナチス経済刑法は、当時の行政刑法理論の影響を受けていたということができよう<sup>108)</sup>。

## 2. ナチス経済刑法と実質的法治国家

### (1) 刑事司法と実質的法治国家

実質的法治国家原理は、権力分立や基本権の尊重、比例原則等の原則により、形式的小および実質的に国家作用を制約し、国家権力の濫用による権利侵害を防止しようとする原理である。そして、刑法の分野においては、実質的法治国家原理から、近代刑法学の基本原則である刑法の謙抑性が導かれるとされる<sup>109)</sup>。

また、権力の濫用による権利侵害は、積極的な国家作用に限らず、国家の消極的な作用によっても起こり得るため、実質的法治国家のもとでは、国家自らが憲法秩序に従って積極的に行動することが要請されるという見解が示されている<sup>110)</sup>。この見解は、三権分立が実質的に実現するためには、三権が分離していることはもちろん、分離された権力がそれぞれ適切に機能することが求められる

---

105) Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. 2, 1930, S. 516ff.

106) Schmidt, (Fn. 69), S. 44.

107) Vgl. Goldschmidt, (Fn. 98), S. 544f.

108) Vgl. Werner, (Fn. 6), S. 160; Vgl. Meeske, (Fn. 18), S. 85ff.

109) Vgl. Peter-Alexis Albrecht, Entkriminalisierung als Gebot des Rechtsstaates, KritV 79, 1996, S. 330.

110) Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 19. Aufl., 1993, S. 79f.

と主張する<sup>111)</sup>。すなわち、憲法秩序は、形式のおよび実質的に適切に制定された法律によって具体化されるものであるから、行政および司法は、法律によって具体化された憲法秩序の内容が実現するよう積極的に行動しなければならない<sup>112)</sup>。この点につき、連邦憲法裁判所は次のように述べ、上記の見解を肯定した<sup>113)</sup>。すなわち、実質的法治国家原理は、憲法秩序に基づく正義の理念をその本質的な要素として含んでいるから、正義を実現するための機能的な司法 (funktionstüchtig Rechtspflege) の維持が不可欠であり、そのことから効率的な刑事訴訟 (wirksamen Strafverfolgung) が要請される。刑事訴訟における真実の究明には公共の利益が存し、重大犯罪の解明は、法治国家的公共体 (rechtsstaatlichen Gemeinwesens) の本質的任務 (wesentlichen Auftrag) である。

このように、現在のドイツにおいては、刑事司法における実質的法治国家原理は、刑法の謙抑性や被疑者・被告人等の権利保障はもちろん、それに加え、機能的な司法を実現するための効率的な刑事訴訟、刑事訴訟における真実の究明および重大犯罪の解明をも要請するものと考えられているといえる<sup>114)</sup>。

## (2) ナチス経済刑法と刑法の権抑性

前述のとおり、ナチス政権下においては、国民の権利よりも社会秩序が重視され、経済法の分野においても、個人の経済活動の自由より経済秩序全体が重視さ

111) Hesse, (Fn. 110), S. 80.

112) Hesse, (Fn. 110), S. 80f.

113) BVerfGE 33, 367. 本判決の事案は、証言拒絶権について定めるドイツ刑事訴訟法第 53 条第 1 項第 3 号が、限定列举する職業にソーシャルワーカー (Sozialarbeitern) を含めていないことにつき、その憲法適合性が争われた事案である。連邦憲法裁判所は、概ね次のように判示した。すなわち、本文中にあるように、法治国家原理から機能的な司法の要請が導かれるから、いかなる職業にある者に証言拒絶権を認めるかは、立法者の自由裁量によって定められるものではなく、憲法上の特別な正当性が要求される。そのため、同条第 1 項第 1 号に列举される職業にのみ証言拒絶権を認め、ソーシャルワーカーに証言拒絶権を認めなかったとしても、平等原則には反しないし、プライバシー権や職業選択の自由を侵害することもない。

114) わが国の刑事訴訟法第 1 条も「この法律は、刑事事件につき、公共の福祉の維持と個人の基本的人権の保障とを全うしつつ、事案の真相を明らかにし、刑罰法令を適正且つ迅速に適用実現することを目的とする」として、個人の基本的人権の保障と適正かつ迅速な刑罰法令の適用実現の両方を目的として掲げている。

れた。そして、それを前提として、ナチス経済刑法においては、「刑事的経済犯」の保護法益は国民経済秩序そのものであるとされ、死刑を含む重罰を用いることが正当化された。

これに対し、戦後のドイツ学説は次のように批判する。すなわち、保護法益を社会秩序のような曖昧な概念をも含むものへと拡張すると、秩序維持の名のもと、国家はあらゆる行為に重罰を定めることが可能となり、ひいては、刑罰の濫用から個人の自由を保護しようとした近代刑法学を否定する結果につながるおそれがある<sup>115)</sup>。そのため、実質的法治国家の観点から、「刑事不法 (Kriminalunrecht)」と「行政不法 (Verwaltungsunrecht)」とは区別されなければならず、前者に対しては刑罰を科すことが許されるが、後者に対しては、法益侵害を伴わないため、刑罰を科すことは許されない<sup>116)</sup>。

### (3) ナチス経済刑法と権力分立

権力分立とは、分割された権力が、相互に他の権力を抑止することにより、権力の濫用防止を図る原理である<sup>117)</sup>。そして、刑罰権の行使も権力の行使にほかならないため、実質的法治国家においては、刑事分野においても権力分立の実現が要請される。

これに対し、ナチス経済刑法は、「秩序罰」を多用し、本来刑事裁判によって刑罰が科せられるべき多くの行為について、行政機関が独自に刑罰を科すことを認めていた。このことは、戦後のドイツ学説から、刑事分野における司法に対する行政の優位を意味するものであり、権力分立を損なうものであるとして批判されている<sup>118)</sup>。また、ナチス経済刑法は、「秩序罰」を用いるか否かにつき、行政機関の幅広い裁量を認めており、「刑事的経済犯」として刑事裁判所に公訴提起

---

115) Eberhard Schmidt, Kriminalpolitische und strafrechtsdogmatische Probleme in der deutschen Strafrechtsreform, ZStW 69 (1957), S. 361; Werner, (Fn. 6), S. 159.

116) Vgl. Schmidt, (Fn. 115), S. 364.

117) Vgl. Charles de Montesquieu, De l'esprit des lois, 1748, S. 112.; モンテスキュー = 野田良之・稲本洋之助・上原行雄・田中治男・三辺博之・横田地弘訳『法の精神』(岩波文庫、1989) 289頁参照。

118) Schmidt, (Fn. 115), S. 363.

するか、それとも独自に「秩序罰」を科すか、あるいは便宜主義に基づき処罰しないかは、事実上、行政機関の判断に委ねられていた。しかしながら、戦後のドイツ学説においては、司法と行政の権限配分について行政機関の幅広い裁量を認めることは、権力分立を損ねるものであり、実質的法治国家においては許されないと考えられている<sup>119)</sup>。

#### (4) ナチス経済刑法と機能性の理念

ナチス経済刑法上の「秩序罰」は、行政機関が刑事裁判によらずに簡易な手続によって刑罰を科すものであり、経済秩序の維持のための手段として用いられた。ドイツにおいては、伝統的に行政機関による科刑が認められており<sup>120)</sup>、ナチス経済刑法上の「秩序罰」もその流れを汲むものであった。しかしながら、上記のように、実質的法治国家を採用したボン基本法のもとでは、刑事裁判によらずに行政機関が独自に刑罰を科すことは許されないものと解されている<sup>121)</sup>。

他方、行政機関による処罰という考え方自体は、戦後のドイツにおいても、必ずしも否定的な評価がなされているわけではない。むしろ、軽微な行政法規違反に対し、刑事裁判という厳格な手続によらない機動的な対処を可能とすることは、行政法規の実効性確保に資するものであり、かつ、結果として、刑事司法の負担軽減を実現するものであるとして、機能性の観点から肯定的な評価がなされている<sup>122)</sup>。現に、現行の秩序違反法も、行政機関が刑事裁判によらずに「過料」という制裁を科すことを認めている。また、「過料」制度を導入した1949年経済刑法の立法理由書は、その理由について、従来は、司法と行政の権限配分が行政機関等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おり、それを解消するため、刑事犯と「秩序違反」を概念的に区別し、その区別を明示的に

119) Schmidt, (Fn. 115), S. 359; Vgl. Werner, (Fn. 6), S. 154; Vgl. Haertel/Joël/Schmidt, (Fn. 9), S. 133ff; Vgl. Albrecht, (Fn. 109), S. 331f.

120) 近世ドイツにおいては、各領邦国家において、刑事裁判によらない刑罰を定めた「ポリツァイ条令 (Polizeiordnung)」が数多く定められた (Vgl. Wilhelm Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 1958, S. 64f)。

121) Vgl. BVerfGE 22, 49.

122) Vgl. BT-Drs., V/1269, S. 29f.

あらわすために、従前用いられてきた「秩序罰」に代えて「過料」を用いることとしたと説明しており<sup>123)</sup>、その問題意識が、司法と行政の権限配分が行政機関等の裁量に委ねられていた点を解消することにあつたことを示唆している。

以上のことから、戦後のドイツ学説において、ナチス経済刑法上の「秩序罰」の問題点は、行政による処罰という考え方それ自体ではなく、第一に、処罰の内容として、罰金刑という刑罰を用いたこと、第二に、行政と司法の管轄配分を執行機関の裁量に委ねたことにあると考えられている、ということができよう<sup>124)</sup>。

### 3. わが国への示唆

#### (1) 行政刑罰の保護法益について

現在のドイツにおいては、一般に、刑法の任務は法益の保護にあるとされ、そこから、法益保護機能を有しない刑罰規定は許されないという法益の刑事立法制限機能が主張されている<sup>125)</sup>。これに対し、19世紀のドイツにおいては、執行罰にも刑罰が用いられるなど、法益による刑罰の限界づけは十分に認識されていなかった。とはいえ、近代刑法学の父と呼ばれるフォイエルバッハ(P.J.A.Feuerbach)は、19世紀において既に権利侵害の有無によって刑法典上の犯罪(狭義の犯罪)と「ポリツァイ違反(Polizeidelik)t」を区別すべきであると主張しており<sup>126)</sup>、実定法上も、ポリツァイ違反に対しては、刑法典上の犯罪と比べ本質的に当罰性が小さいことを理由に<sup>127)</sup>、科せられる刑罰の種類は比較的軽いものに限定されていた<sup>128)</sup>。

これに対し、ナチス経済刑法は、前述のとおり、経済法規違反であっても、経

---

123) Haertel/Joël/Schmidt, (Fn. 9), S. 135, S. 141f.

124) Werner, (Fn. 6), S. 160ff.

125) Vgl. Adolf Schönke/Horst Schröder, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, S. 153.

126) Vgl. Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847, S. 46.

127) L. Stempf, Das Polizeistrafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden mit den Motiven, Commissionsberichten und den landständischen Verhandlungen, 1864, S. 30.

128) 一例として、バーデン大公国ポリツァイ刑法典・前掲注60)第4条第1項は、ポリツァイ違反に対して科せられる刑罰を拘禁刑(Gefängnißstrafen)、罰金刑(Geldstrafe)および商業権停止(zeitliche Einstellung der Gewerberechte)の3種類に限定していた。

濟秩序という保護法益に対する重大な侵害を伴うとして、死刑を含む重罰を用いることを正当化した。これにより、「刑事的経済犯」は、手続のみならず、その法的効果においても、刑法典上の犯罪と同様に扱われることとなった。このことは、前述のとおり、戦後のドイツ学説において、刑罰の保護法益を無制限に拡張することの危険性を意味するものとして指摘されている<sup>129)</sup>。すなわち、法益概念は、その曖昧さゆえに、「法益」の定義次第で、あらゆる行為に刑罰を科すことが可能となるおそれが否定できない<sup>130)</sup>。そのため、戦後のドイツでは、少なくとも、個人の生命・身体・財産といった伝統的な保護法益の侵害またはその危険を伴わない単なる行政不服従については、行政刑罰を用いることは許されないと考えられている<sup>131)</sup>。

冒頭で述べたとおり、わが国においては、行政の実行性確保手段として行政刑罰が多用される傾向が指摘されている。この限りにおいて、ナチス経済刑法と共通の問題を指摘することができよう。上記のようなナチス経済刑法に対する反省を踏まえたドイツにおける議論は、わが国の行政罰制度を再検討するにあたり、一定の示唆を与えるものと思われる。

## (2) 行政罰の機能性について

前述のとおり、戦後のドイツでは行政機関による科刑を認める「秩序罰」は、

129) 前注115) 参照。なお、第二次大戦中のわが国においても、経済統制違反の自然犯化が多くの刑法学者によって指摘された（佐伯千仞「経済法犯と刑法理論」法律時報12巻12号（1940）3頁、牧野英一「最近の刑事判例」法律時報12巻12号（1940）19頁、同「統制経済法違反の性質」警察研究12巻1号（1941）2頁以下、小野清一郎「経済刑法と違法の意識(1)」法学協会雑誌59巻6号（1941）854頁、瀧川幸辰「経済事犯の違法と責任」統制経済3巻2号（1941）122頁等）。経済犯に対し、長期の懲役刑を含めた重罰をもって対処すべきとの主張するものとして、市川秀雄・前掲注20) 241頁以下。

130) このことを理由に、法益論による刑事立法の限界づけに疑問を呈する見解として Wolfgang Wohlers, Rechtsgutstheorie und Deliktstruktur, GA 2002, S. 15ff; 松宮孝明『刑事立法と犯罪体系』（成文堂、2003）10頁等。ただし、これらの見解は、法益概念の曖昧さ故に法益論のみによって刑事立法の限界を導くことはできないとするものであり、法益保護と無関係の刑事立法を許容するものではない（松宮孝明「法益論の意義と限界を論ずる意味——問題提起に代えて——」刑法雑誌47巻1号（2007）6頁以下参照）。

131) Schmidt, (Fn. 115), S. 364; Vgl. Werner, (Fn. 6), S. 160f; Vgl. BT-Drs., I/2100, S. 15; Vgl. BT-Drs., V/1269, S. 23.



実質的法治国家においては許容されないと考えられているものの、行政機関による処罰それ自体は、必ずしも否定されていない。現行法上も、秩序違反法によって、行政機関が刑事裁判によらずに「過料」という制裁を科すことが認められている<sup>132)</sup>。かえって、現行の秩序違反法の立法理由は、訴訟経済の観点から、軽微な刑事犯については、「秩序違反」に転換した上で、行政機関によって「過料」をもって処罰されるべきであるという考え方を示しており<sup>133)</sup>、戦後のドイツにおいても、行政機関による処罰という考え方自体は、機能性の観点から肯定的に評価されているということができ<sup>134)</sup>る。

ところで、戦後のドイツにおいて、軽微な刑事犯の「秩序違反」への転換による非犯罪化が進められた背景には、機能しない刑罰規定に対する次のような問題意識があることを指摘することができる。すなわち、戦後のドイツにおいては、①現実に機能しない行政刑罰規定は、個々の行政法規の実効性確保の観点から問題であるのみならず、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うおそれがあると考えられている<sup>135)</sup>。また、②立法者が違反行為につき処罰する旨を定めたにもかかわらず、それが現実に執行されないことは、権力分立の観点から問題であるという指摘もなされている<sup>136)</sup>。加えて、既に述べたように、③機能的な司法の実現という実質的法治国家原理の要請から、前述の訴訟経済の観点が導かれると考えられている。

冒頭で述べたとおり、わが国においては、行政刑罰の機能不全が指摘されている。この点に関し、制度は異なるものの、刑罰の威嚇力<sup>137)</sup>や権力分立、機能的

---

132) 連邦憲法裁判所も、「過料」制度はボン基本法に反しないと判示している (BVerfGE 27, 18)。

133) BT-Drs., V/1269, S. 29f.

134) 1968年秩序違反法と同日に制定された1968年秩序違反法導入法 (Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten vom 24. Mai 1968)、道路交通法を改正し、同法上の交通事犯の大部分を秩序違反に転換した。

135) Schmidt, (Fn. 115), S. 362.

136) Albrecht, (Fn. 109), S. 331f.

137) わが国において、刑罰全体の威嚇力についてドイツ学説と同様の指摘をする見解として、高山佳奈子「行政制裁法の課題—総説」法律時報85巻12号(2013)4頁。現実に執行されない刑罰規定の威嚇効果について疑問を呈する見解として、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(2015)24頁以下。

な司法の実現といった観点は、わが国においても基本的に妥当するものと考えられる<sup>138)</sup>。その意味において、上記のドイツの議論や戦後のドイツにおける「過料」制度の導入による非犯罪化をわが国の参考とすることは、一定の意義を有するものといえよう<sup>139)</sup>。

## V おわりに

ナチス経済刑法とは、ナチス政権下のドイツにおいて、経済統制の実効性を確保するために用いられた刑罰規定の総称である。本稿は、ナチス経済刑法の歴史的経緯や特徴について確認した上で、戦後のドイツ学説からの批判を中心に検討を行い、そこで得られた知見から、わが国の行政罰制度の見直しに向けた示唆を得ることを目的とするものであった。

ナチス経済刑法は、ナチス政権下の国民社会主義思想に基づいて制定されたものであり、その特徴は、第一に、経済法規違反に対しても死刑をはじめとする重大な刑罰が用いられたこと、第二に、刑事裁判によらず、行政機関によって科せられる刑罰である「秩序罰」が多用されたことである。第一の点につき、ナチス経済刑法においては、経済法規違反は経済秩序という法益を侵害するとして、重罰を用いることが正当化された。また、第二の点につき、「秩序罰」は、当時の司法権に対する行政権の優位をあらわすものであり、行政機関は、幅広い裁量により、刑事手続きによって刑事罰を科すか、独自に「秩序罰」を科すか、あるいは処罰しないかについて、事実上自由に選択することができた。

上記の特徴は、いずれも、現在のドイツにおいては、実質的法治国家原理に反し許容されないものと考えられている。すなわち、第一の点については、経済秩

138) わが国において、現実に執行されていない刑罰規定につき非犯罪化を検討すべきとする見解として、板倉宏「非当罰的不問行為の概念——社会統制の手段としての刑事制裁の干渉範囲を設定するための試行概念として——」団藤重光＝平場安治＝平野龍一＝宮内裕＝中山研一＝井戸田侃編『犯罪と刑罰（上）——佐伯千仞博士還暦祝賀』（有斐閣、1968）161頁。

139) ドイツ秩序違反法を参考に、わが国においても秩序違反法制度の導入を提言する見解として、西津・前掲注1）151頁以下。

序のような曖昧な概念を保護法益とすることで重罰を用いることを正当化することは、実質的法治国家原理から導かれる刑法の謙抑性を損なうものであるとされる。また、第二の点については、司法と行政の権限配分につき行政機関の幅広い裁量を認めることは、実質的法治国家の重要な要素である権力分立に反するとされる。他方、戦後のドイツ学説においても、行政機関による処罰それ自体はボン基本法に反しないと考えられており、むしろ、行政法規の実効性確保の観点や実質的法治国家において要請される機能的な司法という観点から、有益なものと考えられている。

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る一方で、実務上、行政刑罰が実効性確保手段として機能していないという問題点が指摘されている。上記のような、ナチス経済刑法に対する戦後のドイツ学説からの批判とそこから導かれる帰結は、わが国の行政罰制度を見直すにあたり、一定の示唆を与えるものと思われる。なお、本稿においては、ナチス経済刑法の特徴について紹介した上で、それに対する戦後のドイツ学説からの批判を中心に考察を行ったものの、紙幅の都合もあり、戦後、秩序違反法を制定する過程において実質的法治国家原理が具体的に果たした役割について、十分に検討することができなかった。この点については今後の課題とし、別稿に委ねることとしたい。