

# 行政制裁の許容性と基本構造

東北大学大学院法学研究科

博士課程後期

法政理論研究専攻

王 明喆（オウ メイテツ）

B9JD1001

## 目次

序章 問題意識と研究方法.....	4
第一節 問題意識と先行研究.....	4
第二節 研究方法と内容構成.....	14
第三節 前提問題：行政制裁の概念.....	16
第一章 ドイツの行政制裁の過去と現在.....	19
第一節 行政による処罰の制度史.....	20
第一款 近世領邦国家の行政による処罰.....	20
第二款 ポリツァイ罰の法典化と行政による処罰の縮小.....	24
第三款 ドイツ帝国における行政による処罰.....	29
第四款 小括.....	30
第二節 警察犯と行政犯の理論史.....	32
第一款 古典の警察犯理論.....	32
第二款 ゴルトシュミットの行政刑法理論.....	34
第三款 行政刑法理論の変容と展開.....	36
第四款 小括：理論の到達点および行政制裁との差異.....	39
第三節 ナチスにおける秩序罰と行政制裁.....	40
第一款 ナチズムの世界観と犯罪観.....	40
第二款 ナチス経済刑法における秩序罰.....	45
第三款 小括.....	51
第四節 戦後ドイツの行政制裁.....	53
第一款 1949 年経済刑法における行政制裁.....	53
第二款 1952 年秩序違反法における行政制裁.....	60
第三款 1968 年秩序違反法とその後の行政制裁の発展.....	65
第五節 中間的結論（一）：ドイツにおける行政制裁の許容性と法的構造.....	82
第二章 中国の行政制裁の過去と現在.....	86
第一節 伝統的な制度と清末の法制変革.....	87
第一款 伝統的な制度と行政による処罰.....	87
第二款 大清違警律と行政による処罰.....	89
第二節 中華民国の違警罰法と行政制裁.....	96
第一款 中華民国の刑事法制.....	96
第二款 違警罰法と行政制裁.....	100
第三節 社会主義法制の確立と行政制裁の発展.....	107
第一款 共産党革命根拠地における行政による処罰.....	107
第二款 建国初期の法制発展と行政制裁.....	111
第四節 改革・開放後の行政制裁.....	118
第一款 行政制裁に関する法制の整備.....	118
第二款 行政制裁の許容性と基本構造.....	121
第五節 中間的結論（二）：中国における行政制裁の許容性と法的構造.....	132
第三章 行政制裁の許容性と基本構造—比較法を踏まえた検討.....	135

第一節 行政制裁の許容性.....	135
第一款 ドイツ、中国の行政制裁の許容性について.....	135
第二款 日本における行政制裁の許容性.....	139
第二節 実体面の構造：行政制裁の範囲.....	151
第一款 ドイツ、中国における行政制裁の実体構造.....	151
第二款 日本の行政制裁の対象範囲に対する示唆.....	155
第三節 手続面の構造：行政制裁の制裁手続と救済.....	164
第一款 ドイツ、中国における行政制裁の手続構造.....	164
第二款 日本の行政制裁の手続構造に対する示唆.....	166
<b>終章 総括：行政制裁の整備に向けて.....</b>	<b>173</b>

# 序章 問題意識と研究方法

## 第一節 問題意識と先行研究

### 一、問題意識

本論文は、刑罰中心の制裁体制を改善し、行政制裁制度の整備に向け、その前提とする行政制裁の許容性、および行政制裁の制裁範囲、制裁手続などの、行政制裁に関する基本問題を研究するものである。

日本では、行政上の義務違法行為を含める違法行為に対する制裁について、刑罰が多用されている<sup>[1]</sup>。秩序罰も存在しているが、長らく間接的に行政目的の達成を妨げるにとどまる届出、通知、登記、登録等の義務を怠った非行に対する制裁として、限定的な範囲でしか使われてこなかった<sup>[2]</sup>。このような刑罰に過度に偏った体制は、比較法の観点からも特徴的であり<sup>[3]</sup>、刑罰中心の制裁体制と言える。しかしながら、この刑罰中心の制裁体制は、違法行為を制裁し義務履行を確保する視点からみて、必ずしも有効的ではないと考えられる。行政刑罰は必ずしも活用されておらず、機能不全の状況に陥った<sup>[4]</sup>。このような刑罰中心の制裁体制の合理性を反省し、制裁体制の改善を提言するのは本研究の出発点である。

行政刑罰の機能不全を改善し義務履行の実効性を確保するために、先行研究は意味深い改善策を提出した。その中、過料<sup>[5]</sup>、課徴金<sup>[6]</sup>などの行政手段を活用する見解が有力となった。論者によって具体的な見解に若干の差異が存在するが、その要点は、行政機関によ

---

<sup>[1]</sup> 西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2006年）151頁；田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）1頁；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年）134頁；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年）112頁参照。その原因と背景について、田中利幸「行政と刑事制裁」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 2 行政過程』（有斐閣、1984年）269-275頁参照。

<sup>[2]</sup> 市橋克哉「行政上のエンフォースメントー行政上の秩序罰制度改革について：手続法の観点から」法律時報 85 卷 12 号（2013年）33頁。なお、近年、地方公共団体の条例の過料について、活用する傾向が見られる。碓井光明「地方公共団体の科す過料に関する考察」明治大学法科大学院論集 16 号（2015年）49頁以下参照。

<sup>[3]</sup> 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）14頁参照。

<sup>[4]</sup> 塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、第六版、2015年）274頁；宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第七版、2020年）269頁；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年）140-143頁参照。

<sup>[5]</sup> 過料の活用論について、宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第七版、2020年）276頁；佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）44頁；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年）148頁；碓井光明「行政上の義務履行確保」公法研究 58 号（1995年）144頁参照。そして、近年、ドイツの秩序違反法を考察し、日本の過料制度を改正し活用する見解が有力である。田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）194頁以下；西津政信『間接行政強制制度の研究』（信山社、2006年）201頁以下；西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2006年）151頁以下参照。

<sup>[6]</sup> 課徴金の活用論について、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年）150頁；曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2012年）9頁参照。なお、行政上の秩序罰の再構成とともに、秩序罰と課徴金制度を統合して、行政上の制裁金として構築する主張も存在している。宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第七版、2020年）293頁参照。

って過料や課徴金などの非刑罰的な手段をもって違法行為に対処することにあると思われる。先行研究の行政制裁活用論は、上記の問題に対する回答であるが、必ずしも完備ではないと思われる。行政制裁を活用しようとする場合、少なくとも以下の問題を検討しなければならないと思われる。

まず、日本において、行政制裁が認められるかどうかという許容性の問題を回答しなければならない。明治憲法下にあつては、行政執行法および警察犯処罰令が存在し広く用いられていたが、日本国憲法の下では、基本人権を尊重し保障するためには行政上の強制措置を司法上のものに切り替えなければならないという観点から廃止されることとなった<sup>17)</sup>。行政機関の制裁権限を認めるのは、裁判所による司法的執行の手続を基本とする司法権強化の改革に反するものではないかと思われる<sup>18)</sup>。残念ながら、研究者・実務家からの過料などの制裁手段を活用すべきとの提言が多いものの、行政機関に制裁権を委ねられるかに関する問題を正面から論じることが少なく、行政制裁の許容性の問題に関する論述は不十分であるといわざるをえない。そのため、行政制裁の活用を実現するために、まず、行政制裁の許容性問題をクリアしなければならないと思われる<sup>19)</sup>。

次に、行政制裁を活用する場合、行政制裁の制裁対象、特に行政制裁行為と犯罪行為の限界づけ、行政制裁と刑事制裁との役割分担を検討しなければならない。刑罰中心の制裁体制の下で、ほとんどの違法行為に対する制裁は刑罰であり、行政制裁の制裁範囲、行政制裁行為と犯罪行為との限界、行政制裁と刑事制裁との役割分担に関する考察が必ずしも十分ではない。個別の法分野において、行政制裁行為と犯罪行為との限界づけは重要であるが、より一般的に、行政制裁と刑事制裁の制裁範囲、役割分担に対する考察も不可欠ではないかと思われる。マクロ的な視点から行政制裁の範囲を考察するのは、個別法レベルでの線引きに対しても重要であると考えられる。そのため、行政制裁の制裁範囲は本論文が検討する一つの問題点である。

そして、行政制裁を本格的に活用する場合、制裁範囲という実体面の問題のみならず、行政制裁の制裁手続、救済手段などの手続面の問題も考察しなければならない。日本では、法律における過料と条例・規則における過料の制裁手続が異なっており、各法律が導入した課徴金の賦課手続も異なっている<sup>110)</sup>。法分野の差異によって制裁手続が若干の異なりを有しても当然であるが、現行法上の制裁手続の差異について、必ずしも合理的な理由があるわけではないと思われる。そして、現行法上の各制裁手段の個別の法規定についても、実効性不足や権利保障不足などの不適切なところが存在していると考えられる。行政制裁について、その制裁手続、救済手段、及び行政制裁手続と刑事制裁手続の関係などの手続面の一般論の考察も不可欠であると思われる。そのため、行政制裁の手続構造は本論文が検討するもう一つの問題点である。

このように、先行研究は刑罰中心の制裁体制を批判し、行政制裁の活用を主張したが、必ずしも完全な改善策を提出しなかった。本研究も、刑罰中心の制裁体制を批判し、改善方法の提出を試みながら、先行研究とも戦い、その穴を補い、行政制裁の基本構造を検討

<sup>17)</sup> 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018年）79－83頁参照；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年）133頁；市橋克哉「行政罰－行政刑罰、通告処分、過料」公法研究58号（1996年）233頁参照。

<sup>18)</sup> 市橋克哉「行政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：手続法の観点から」法律時報85巻12号（2013年）37頁は、行政官庁に行政権を付与するのは、裁判所による司法的執行を基本とする司法権強化を志向する改革に反する危険性を孕んでおり、安易に認めるべきではないと指摘した。

<sup>19)</sup> この作業は、行政制裁活用論という先行研究の理論不足を補充するものでもある。

<sup>110)</sup> 独占禁止法の課徴金のように、行政審判を廃止し、制裁手続を根本的に改正した例も存在する。常岡孝好「行政審判」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣、2014年）86－87頁参照。

していきたい。具体的には、①行政制裁が認められるか、その理由は何か、という許容性の問題、②行政制裁の制裁範囲はどこまで及ぶべきか、行政制裁と刑事制裁との限界づけ、両者の役割分担をどのように調整するか、という実体面の構造問題、および③行政制裁の手続、救済の手続面の構造問題、を考察する。

## 二、問題意識の展開と先行研究の考察

### 1、行政制裁の許容性に関する問題の所在と先行研究

#### (1) 問題の所在

行政制裁の許容性問題とは、行政機関に制裁権限を与えることができるかどうかに関する問題である。

戦前、行政機関は広い強制・制裁の権限を有した。行政執行法は、検束、仮領置、強制診断などの即時強制、および代執行、執行罰、直接強制などの強制権限を行政機関に委ねており、警察犯処罰令、違警罪即決例は、違警罪の処罰権限も行政機関に任せた。戦後初期、行政執行法、警察犯処罰令、違警罪即決例など、行政官庁の強制・処罰権を認めた法令が廃止されており、行政機関の強制・制裁権限が大幅に制限された。GHQの基本的な考え方は、刑罰を用いて検察、裁判所を関与させることによって公正さを得ようとするものであった<sup>[11]</sup>。過料について、それを全廃すべきという勧告をGHQから受けたが、過料と刑罰とを区別する意味が十分にあると述べられて、GHQの諒解を得て留保されるようになった。田中二郎によれば、過料の規定について、不統一になっている点が存在するが、将来、改めていく必要があると述べられた<sup>[12]</sup>。過料の制裁権限は一つの不統一な点であるが、それについて、1948年に発表された田中二郎「過料小論」は、「過料も一種の罰であるから、憲法の本質からいって、法律の定める手続より、裁判所において科することにするのが適当であろう」（傍点原文ママ）と指摘した<sup>[13]</sup>。このように、戦後初期、過料が留保されたが、日本国憲法のもとで、過料の制裁権限も裁判所によって行使されるべきと考えられた。このような認識は多くの学者に支持されており<sup>[14]</sup>、戦後初期の支配的な見解であり、立法実務に対しても重要な影響を与えたと思われる。

①法律に基づく過料について、戦前から裁判所によって科することとされている。当初、その制裁権限を裁判所に委ねる理由は必ずしも明確ではないが<sup>[15]</sup>、戦後の上記の見解と一致したため、そのままに認められている。最高裁は、「現行法は、過料を科する作用がこれを科せられるべき者の意思に反して財産上の不利益を課するものであることに堪がみ、公正中立の立場で、慎重にこれを決せしめるため、別段の規定のないかぎり、過料は非訟事件手続法の定めるところにより裁判所がこれを課すること」と指摘した<sup>[16]</sup>。非訟事件訴訟の過料手続に関する議論が多く存在するが、裁判所による制裁という仕組みに対する議論が必ずしも多くないと思われる。実定法上にも、裁判所による制裁という制度設計

<sup>[11]</sup> 田中二郎『行政法講義 上』（良書普及会、1965年）282頁以下；須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018年）88、92、102-103頁参照。

<sup>[12]</sup> 田中二郎『行政法講義 上』（良書普及会、1965年）310頁参照。

<sup>[13]</sup> 田中二郎「過料小論」国家学会雑誌62巻11号（1948年）636頁。

<sup>[14]</sup> 佐藤功『憲法解釈の諸問題（第一巻）』（有斐閣、1953年）139頁；金子芳雄「過料にかんする若干の問題」法学研究35巻3号（1962年）259頁参照。

<sup>[15]</sup> 磯崎辰五郎「非訟事件手続法により科する過料について」龍谷法学3巻3＝4号（1971年）352頁は、「もともと、過料を裁判所をして科せしめるという方法は、必ずしも十分な考察を遂げた上でのことではなく、旧憲法下においては、行政事件訴訟は極めて限局的に認められるに止まり、過料処分については始めからこれが否定されていたので、それならばせめて非訟事件として裁判所にこれを担当させようと考案されたものの如くである」と指摘した。

<sup>[16]</sup> 最大決昭和41年12月27日民集20巻10号2279頁。

は今日でも維持されている。

②これに対して、条例・規則における過料について、戦前から行政機関によって科されており、法律に基づく過料と比べて異質的であると思われる。地方自治法に基づく過料の場合、当初、その適用範囲は基本的に規則における過料のみであり、金額も極めてわずかであるため、行政機関の制裁権限が例外として<sup>[17]</sup>許容されたと思われる<sup>[18]</sup>。しかしながら、過料の不統一を改正し、裁判所によって科されると主張した田中二郎の見解からみて、そのような規定は「スッキリした筋と通った制度とは言えない」<sup>[19]</sup>、むしろ改正すべきものであると思われる<sup>[20]</sup>。しかしながら、実体法の制度を考察すればわかるように、そのような改正は実現されなかったのみならず、例外とする行政機関による過料制裁が逆に拡大した。つまり、平成 11 年地方分権改革において、条例が過料を規定できるように改正されて、従来の例外とする行政による過料制裁の適用範囲が拡大されたのである。過料を科することができるとするのは、条例事項の拡大することに伴い、義務違反の程度によって設けるべき罰則の幅を広げる必要があるという比例原則からと考えられるが<sup>[21]</sup>、過料を裁判所に科するという戦後過料の改革希望との関係について、必ずしも十分に論じなかったと考える。

③交通反則金制度を導入した時期に、現行法の通告処分案以外に、違警罪即決方式、過料方式案も存在したが、前者については、憲法 76 条（司法権は裁判所に属する）との関係で検討の余地があり、過去の同制度にたいしてにがい思い出をもつ日本の国民感情に照らし、採用できないのであり、後者については、警察かぎりの行政官庁に強制徴収力をもつ制裁権限を付与する結果となって危険なのであるなどの理由によって、採用されなかった<sup>[22]</sup>。そして、通告処分の制度設計についても、国会の審議で、警察官の行過ぎが出てきて、ごく軽微な違反でも取り締まるようになるのではないかという意見が強く存在した<sup>[23]</sup>。

④過料制度に関する戦後の議論は、必ずしも多くないが、他方、戦後に登場した新たな制裁手段とする課徴金に関する議論は多く存在しており、その中に、行政制裁の許容性に関する問題も存在する。ただし、問題の展開について、若干の差異があり、つまり、過料について、その制裁とする法的性格には議論がほとんど存在せず、問題点はその制裁権限の付与にあるのに対して、課徴金について、最初からその賦課権限が行政機関に委ねられるが、その法的性格が議論の焦点であった。独占禁止法の課徴金について、導入した当時、その性格は違法行為によって得た利益の剥奪の措置であると考えられるが、その後の金額

<sup>[17]</sup> 地方自治法における過料は、過料を科する手続面と強制徴収制度から、過料制度一般における例外として位置づけられる。上田豊三「過料の裁判」鈴木忠一・三ヶ月章編『実務民事訴訟講座第 7 巻』（日本評論社、1969 年）143 頁以下参照。

<sup>[18]</sup> 宇賀克也、大橋洋一、高橋滋『対話で学ぶ行政法—行政法と隣接法分野との対話』（有斐閣、2003 年）93 頁は、「条例・規則に基づく過料の場合は、金額も極めてわずかで、また、法律に基づくものとは異なり、行政上の義務自体、地方公共団体の立法である条例・規則に基づくのですから、その違反に対する制裁も国の機関である裁判所や検察庁を煩わして科すべきではなく、地方公共団体の責任において、これを科して、必要であれば、自ら強制徴収すれば足りると思われたのであると思います」と指摘した（宇賀発言）。

<sup>[19]</sup> 田中二郎『行政法講義 上』（良書普及会、1965 年）312 頁。

<sup>[20]</sup> 同じ見解について、佐藤功『憲法解釈の諸問題（第一巻）』（有斐閣、1953 年）139 頁；金子芳雄「過料にかんする若干の問題」法学研究 35 巻 3 号（1962 年）259 頁参照。

<sup>[21]</sup> 松本英昭『逐条地方自治法』（学陽書房、第 8 版、2015）203-204 頁；北村喜宣『行政法の実効性確保』（有斐閣、2009 年）28 頁参照。

<sup>[22]</sup> 安西温「交通反則金通告制度にたいする若干の所見」ジュリスト 370 号（1967 年）124 頁；吉田淳一「交通反則金通告制度について（1）」法曹時報 20 巻第 6 号（1968 年）1197 頁参照。

<sup>[23]</sup> 板倉宏ほか「〔座談会〕交通反則通告制度の運用をめぐる」法律ひろば 20 巻 9 号（1967 年）8-9 頁参照。

の引き上げと適用範囲の拡大に伴い、その法的性格や制度設計について、利益剥奪か制裁かの議論が登場した。「制裁」としての課徴金の導入が許さないという見解の裏に、二重制裁に当たるかという周知の懸念以外に、「制裁的機能は刑法が専管的に担う」<sup>[24]</sup>という理念が存在したと考えられる。今日、独占禁止法の課徴金を含めて、課徴金の制裁的な性格が認められているが、異論が存在しないわけではない。つまり、裁量的な課徴金を導入するとすれば、裁判所の判決なくして行政機関によって刑罰に相当する制裁が課されることとなるのであるから、法体系全体との整合性が問題となり<sup>[25]</sup>、行政機関にそのような権限を与えることが問題ではないかという見解が存在している<sup>[26]</sup>。特に、法曹界、産業界を中心に抵抗感が強いのである<sup>[27]</sup>。その裏に、「裁量的制裁金ドグマ」が存在していると思われる<sup>[28]</sup>。2019年独占禁止法の改正について、課徴金も一つのポイントであり、「独占禁止法研究会」の最中などには「裁量」型課徴金の導入ということも言われたようであるが、結局、各方面に配慮してか公正取引委員会も「裁量」とは言わなく、出来上がった法律も、構成取引委員会の「裁量」によって課徴金額を左右するものとなっていない<sup>[29]</sup>。「独占禁止法研究会」は、一定の範囲で公正取引委員会の裁量を認めることが違憲ではないと述べたが、裁量の制度設計について、課徴金制度が「カルテルによる経済的利得を徴収することによって公正を確保する」ものとして導入し、算定の基本的な考え方が「違法カルテルにより得られた経済上の経済上の利得を納付させようとするもの」として設計されてきたことを配慮することが適当であると指摘した<sup>[30][31]</sup>。

このように、戦後初期に、過料についても、制裁である以上、裁判所によって科されるべきという見解が支配的であり、今日についても、法律に基づく過料は裁判所によって科されるとされている。条例・規則に関する過料、課徴金は行政機関によって科されるが、反対する意見も存在するし、過料を裁判所によって科されるという戦後の制裁体制の改革希望の視点からみて、その正当性に関する考察がまだ不十分と言わざるをえない。従って、行政制裁を活用しようとする場合、行政官庁に行政権を付与するのは裁判所による司法的執行を基本とする司法権強化を志向する改革に反する危険性を孕んでおり、安易に認めるべきではないという反論を検討しなければならないと思われる。

以上では、行政制裁に関する学問上の認識を簡単に整理した。それによって、行政制裁を否定する見解を以下のように分けることができよう。第一に、行政機関に制裁権限を付与するのは三権分立の基本原則に違反して、違憲する見解が存在する。一部の学者によって、秩序罰としての過料は、実質的に刑法上の財産刑としての罰金や科料と異ならず<sup>[32]</sup>、過料を科する作用が裁判作用であると思われる<sup>[33]</sup>。そのため、過料を科する権限を行政機

<sup>[24]</sup> 高木光「独占禁止法上の課徴金の根拠付け」NBL774号（2003年）21頁参照。なお、高木教授は、この見解に反対する。同24頁参照。

<sup>[25]</sup> 沢田克己「課徴金制度の再検討」森本滋ほか編『企業の健全性確保と取締役の責任』（有斐閣、2001年）575頁参照。

<sup>[26]</sup> 中原茂樹「景品表示法上の課徴金について」宇賀克也・交告尚史編『現代行政法の構造と展開：小早川光郎先生古稀記念』（有斐閣、2016年）801頁参照。

<sup>[27]</sup> 村上正博「課徴金額の算定実務と裁量型課徴金の創設」判例タイムズ1350号（2011年）46頁参照。

<sup>[28]</sup> 越知保見「経済事件についてのサンクションのあり方」国際商事法務40巻5号（2012年）671頁は、「日本の体系では金銭的制裁で裁量を伴うものは裁判所でないと課することができない（行政庁では課することができない）とのドグマ」を「裁量的制裁金ドグマ」という。

<sup>[29]</sup> 白石忠志「令和元年独占禁止法改正の概要」ジュリスト1550号（2020年）14頁参照。

<sup>[30]</sup> 独占禁止法研究会「独占禁止法研究会報告書」（2017年）5－10頁参照。

<sup>[31]</sup> なお、裁量を認める理由に関する説明、特に行政制裁の相対反対論、過料などの制度との整合性に関する説明が必ずしも充実ではないと思われる。

<sup>[32]</sup> 佐藤功『憲法解釈の諸問題（第一巻）』（有斐閣、1953年）121頁；小島和夫「過料制度—秩序罰を中心とした検討」立法と調査92号（1979年）51頁参照。

<sup>[33]</sup> 佐藤功『憲法解釈の諸問題（第一巻）』（有斐閣、1953年）137頁参照。



関に委ねることは三権分立に違反する恐れがあると思われる。ドイツの秩序違反法と学説に対する考察によって、三権分立の原則から行政官庁の制裁権限を疑問視する見解も存在した。すなわち、「過料決定は行政活動ではないので、行政庁にそれを属せしめることは三権分立の原則に反するとしている点が傾聴すべきである。確かに過料決定は違法行為に対する制裁であるので、裁判機能の一種である」<sup>[34]</sup>。

第二に、憲法の本質、趣旨、もしくは憲法の理念に基づく立法政策によって、行政権に対する懸念や人権保護のために、行政制裁を否定する意見が存在している。このような見解は行政制裁の相対反対論、憲法精神違反論、立法政策反対論である。田中二郎をはじめとする戦後初期の主流見解、および今日に存在する行政制裁の反対意見は基本的にこの類に属し、行政制裁反対論の主流意見であると思われる。なお、留意すべきなのは、相対反対論は行政制裁の許容性に関するものでありながら、行政制裁の適用範囲にも関連することである。つまり、人権保護や行政権の懸念などの見解は、行政制裁の存在を反対する理由でありながら、行政制裁を認めるとしても、その適用範囲を縮小しようとする理由でもある。この意味で、許容性の問題は、行政制裁の適用範囲などの構造問題にも繋がっており、行政制裁の相対反対論に対する反論は、同時に行政制裁の適用範囲の拡大の理由にもなりうると思われる。行政制裁の許容性の問題は、本論文のもう一つの軸、行政制裁の適用範囲にも繋がっていると思われる。

## (2) 先行研究

行政制裁の活用を主張する学者が多くなっているが、許容性問題を正面から論じる先行研究が必ずしも多くないと思われる。注目すべきなのは、課徴金の根拠付けと裁量型課徴金の導入可能性に関する高木光教授の見解である。高木教授によって、性格づけと根拠づけとは別問題であり、課徴金または行政制裁金の根拠は、憲法的価値を実現するための立法裁量によって与えられる独自のものと理解すべき、民事法と刑事法の限界を克服するために、行政法システムが必要である<sup>[35]</sup>。性格づけと根拠づけとの区別、行政法システムを重視する点が非常に有意義であるが、それは行政制裁の相対反対論に対する反論にとどまり、行政制裁の違憲論に対する説得力が不十分ではないかと思うし、課徴金の根拠付けが過料その他の制裁手段に拡大することができるかという問題も存在すると思われる。

近年、アメリカのシビルペナルティ制度を考察し、行政制裁を活用する見解が有力である。曾和俊文教授は、アメリカのシビルペナルティを考察する際、それがアメリカで活用される理由も詳しく分析した。教授によって、政府機能の拡大に伴い、国民の適切な法執行の要請、従来の行政手段の不足、刑罰の機能不全、実質的根拠が語られること、有効性が高い、裁量性を有して柔軟的な法執行が可能にするなどの理由が存在する<sup>[36]</sup>。このような行政制裁の活用理由の指摘が極めて有益であるが、あくまでアメリカ法に対する考察であり、日本において行政制裁の許容性を立証するためには、更なる検討が必要であろう。そして、アメリカのシビルペナルティについても、裁判手続で科されるものと行政手続で科されるものがあり<sup>[37]</sup>、その制裁権限に関する問題をより丁寧に考察すべきではないかと思われる。

そして、ドイツの秩序違反法を考察することによって、日本の過料制度を整備し、法益

<sup>[34]</sup> 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）—ドイツの法制度・学説・判例と中心に」刑法雑誌 26 巻 2 号（1984 年）301 頁。

<sup>[35]</sup> 高木光「独占禁止法上の課徴金の根拠付け」NBL774 号（2003 年）26 頁参照。

<sup>[36]</sup> 曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2012 年）75-79 頁参照。

<sup>[37]</sup> 曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2012 年）65-67 頁参照。

保護を伴わない純粋な行政不服従を非犯罪化し、過料を活用する見解が有力である<sup>[38]</sup>。田中良弘教授は、行政刑法の父といわれるゴルトシュミット、および戦後初期の経済刑法の制定に対して重要な役割を演じたEb.シュミットの理論を丁寧に考察し、「ドイツでは、固有の刑法と行政刑法との分離を論じたゴルトシュミットおよびその理論を発展させたEb.シュミットにより刑事犯と行政犯の理論的分離が図られ、それを理論的背景として制定された秩序違反法により、犯罪と秩序違反との実体法上の分離が実現した」と指摘し<sup>[39]</sup>、応報思想を背景とする狭義の刑罰と行政上の義務履行確保を目的とする過料との分離が日本に対して参考になると述べた<sup>[40]</sup>。ドイツ法、とくにゴルトシュミット、Eb.シュミットの行政刑法理論に対する考察により、過料の法的性格が行政上の義務履行手段であり、過料の賦課が純粋な行政作用であるということが明らかになった<sup>[41]</sup>。しかしながら、過料を科することが行政事項であると認めても、直ちに行政制裁の許容性を認められるわけではないのであろう<sup>[42]</sup>。田中教授の研究テーマは行政制裁の許容性ではなく、ドイツにおける行政制裁の認容の理由を全面的に提示するものではないため、ドイツ法を引き続き検討すべきではないかと思われる。そして、ドイツの過料制裁制度が複数回の法改正を経たため、秩序違反法と行政刑法論との関係に対する理解の更新も必要であろう。過料の法的性格、行政制裁の許容理由に対する理解の変化も注目しながら、ドイツの行政制裁の許容性を引き続き考察するのが不可欠ではないかと思われる。

以上のように、先行研究において、行政制裁の許容性問題に関する論述も存在するが、問題意識の設定によって、正面から論じることが必ずしも多くない。そのため、行政制裁を本格的に活用するために、その前提として、行政制裁の許容性を引き続き検討せざるを得ない考える。

## 2、行政制裁の制裁範囲について

### (1) 問題の所在

行政制裁の制裁範囲の問題とは、どのような違法行為に行政制裁で対処するかというものであり、とくに刑事制裁と行政制裁の対象の限界づけ、両者の役割分担の問題が重要である。

日本において、刑事罰以外に、行政上の秩序罰とされる過料が戦前から存在してきたが、その適用範囲が必ずしも広くないし、刑罰と過料をいかに使い分けるかについての確固たる立法上の指針がなく、不統一であった。戦前に、行政上の秩序罰と行政刑罰との制裁範囲の区別について、「法律が過料を科すべきものとして定めて居る所為と、刑を科すべきものとして定めて居る所為との間には、必ずしも明白なる性質上の差異が有るのではない」と指摘された<sup>[43]</sup>。戦後、田中二郎は、行政刑罰と行政上の秩序罰を区別する意味があり、従来の規定が不統一である点を将来改めていく必要があると指摘したが、その願い必ずしも実現されていないと思われる。今日において、両者の区別について、反社会性が強

[38] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）182頁以下；西津政信『間接行政強制制度の研究』（信山社、2006年）201頁以下；西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2006年）151頁以下参照。

[39] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）6頁。

[40] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）196頁参照。

[41] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）130頁参照。なお、Eb.シュミットは、49年経済刑法が定めた手続規定は行政刑法の理論の成果であると述べた。Eberhard Schmidt, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, 1950, S. 59.

[42] 上記の相対反対論は、むしろ過料などの制裁作用が司法権に属しないと認めた上で、基本人権の尊重などの理由から行政制裁を否定する見解であろう。

[43] 美濃部達吉『行政刑法』（岩波書店、1939年）15頁。

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理解が有力であるが、なお不統一であるといわざるを得ない<sup>[44]</sup>。過料の問題のみならず、新たな行政制裁手段の登場に伴い、課徴金、加算税の制裁手段の適用範囲、および課徴金と刑罰との制裁対象の関係も重要な問題となる。とくに、行政上の秩序罰と課徴金を統合し行政上の制裁金として活用する場合、行政制裁と刑事制裁との限界づけの問題がより重要であろうと思われる<sup>[45]</sup>。

刑事罰と行政制裁との制裁対象の限界づけが必ずしも明確ではないが、違法行為に対する制裁手段として、刑罰が多用されていることが確かであり、違法行為に対する主な国家制裁の手段は刑罰そのものである<sup>[46]</sup>。過料について、近年ある程度活用されているが、刑罰と比べて、その適用範囲がまだ狭いといわざるを得ない。課徴金や加算税について、その適用範囲が必ずしも広くないし、課徴金や加算税の制裁対象とする違法行為は、同時に犯罪行為、つまり、刑罰の制裁対象である。このように、現行法において、刑事制裁と行政制裁との役割分担について、刑事制裁が主導的であると言える。この刑罰中心の制裁体制は、機能不全などの問題をもたらして、今日では検討せざるを得ないと考えられる。

## (2) 先行研究

行政上の秩序罰とする過料と行政刑罰との区別に関する議論が昔から存在してきたが、近年、行政制裁の活用論の登場に伴い、行政制裁と刑事制裁との関係について、新たな見解が示された。行政制裁活用論の論者は、行政制裁を軽微な行政違法行為への制裁にとどまらなく、行政犯を非犯罪化し行政制裁で対処するという見解を指摘している<sup>[47]</sup>。最近の研究として、たとえば、田中良弘教授は、法益保護と無関係の刑事立法が許されないという刑罰固有の制約、および比例原則や機能性の立法政策上の考慮によって、行政犯を非犯罪化し、行政上の義務履行確保を目的とする過料で対処するドイツのやり方の参照意義を強調し、日本の過料制度を整備し、行政上の違法行為に対処すると述べている<sup>[48]</sup>。一方、アメリカ法のシビルペナルティについて、それが「法違反に対して経済的負担を課し、違反を是正するための間接強制手段とすることは有効であり、今後、行政領域と限定してその制度化が検討すべき」（傍点筆者）と主張する意見も存在している<sup>[49]</sup>。

留意すべきなのは、行政犯のみならず、軽微な自然犯も非犯罪化し、行政制裁をもって対処する見解も存在しているということである<sup>[50]</sup>。そして、今日見られる地方公共団体の過料の中には、反道徳性の強いものが少なくなく、必ずしも行政犯ではない行為でも、過料の制裁対象となっている<sup>[51]</sup>。しかしながら、自然犯を刑事法で対応すべき、行政制裁の制裁対象が行政犯にとどまるべきという見解が存在している。戦後初期、過料は行政犯に

<sup>[44]</sup> 宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第七版、2020年）274頁。

<sup>[45]</sup> なお、ドイツでは、「過料」や「課徴金」のような制裁手段の区分が存在せず、行政機関が科す金銭制裁が一本のみであり、つまり秩序違反法上の「過料（Geldbuße）」である。

<sup>[46]</sup> 西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2006年）151頁；田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）1頁；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年）134頁；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年）112頁参照。

<sup>[47]</sup> 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）28頁；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年）148頁参照。

<sup>[48]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）196頁参照。

<sup>[49]</sup> 曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2012年）9頁。

<sup>[50]</sup> 平田紳「軽微犯罪・行政犯の非犯罪化と非刑罰化」福岡大学法学論叢 31巻2＝4号（1987年）13－16頁参照。

<sup>[51]</sup> 碓井光明「地方公共団体の科す過料に関する考察」明治大学法科大学院論集 16号（2015年）87頁参照。

対してのみ科せられるべきものであり、刑法上の刑罰は刑事犯に対してのみ科せられるべく、行政犯に対して科すべきものではないという見解が存在した<sup>[52]</sup>。立法実務においても、交通反則金の導入について、過料方式という案も存在したが、道路交通違反は人身に危険を及ぼすおそれのある行為であるから、刑罰を科さないとする立場を取ることは適當ではないと述べられた<sup>[53]</sup>。今日においても、自然犯には刑罰をもって臨むべきという見解が有力である。軽犯罪法について、その法定刑が低い、「程度が軽度であっても、自然犯的性格を有しているために、行政手続によるべきでないとする見解が多数であることは、極めて意義深いと考えられる」<sup>[54]</sup>。行政制裁活用論についても、そのほとんどは活用範囲を行政犯、行政上の義務不履行にとどまると主張している。

このように、行政制裁の活用論が多くの学者に支持されているが、一般論として、どこまで活用できるか、すなわち、行政制裁の範囲、刑事制裁との関係について、必ずしも一致していない。そのため、行政制裁を本格的に導入する場合、行政制裁の制裁範囲、行政制裁と刑事制裁との限界づけ、役割分担の問題を引き続き検討しなければならないのであろう。

### 3、行政制裁の手続・救済について

#### (1) 問題の所在

日本において、統一的な行政制裁法は存在しておらず、現存の行政制裁手段が各法律において個別的に導入されるものである。過料、課徴金などの各行政制裁の手段について、その制裁手続、および救済方法がさまざまであり、過料についても法律における過料と条例・規則における過料の制裁手続、救済規定が異なっており、課徴金についても各法律の課徴金の制裁手続、救済規定が異なっている<sup>[55]</sup>。制裁手続と救済について、法分野や導入経緯によって若干の差異が存在しても必ずしも不合理ではないが、上記のような手続面の差異が必ずしも合理的な根拠を有せず、行政制裁を活用する面から見ても望ましくないではないかと思われる。

制裁手続と救済の不統一のみならず、現行法上の各制裁手段の個別の法規定についても、不適切なところが存在していると考えられる。一方では、行政制裁の制裁手続、執行手続は必ずしも機能的なものではないと思われる<sup>[56]</sup>。他方では、制裁における手続保障および事後の法的救済が必ずしも充足ではないと思われる<sup>[57]</sup>。従って、行政制裁を本格的に導入するために、行政制裁の手続面の問題、とくに、行政制裁の賦課手続、救済方法をどのように設計すべきかを検討しなければならないのであろう。

#### (2) 先行研究

行政制裁の制裁手続、救済に関する先行研究について、ほとんどが個別の制裁手段に関

<sup>[52]</sup> 佐藤功『憲法解釈の諸問題（第一巻）』（有斐閣、1953年）128頁参照。

<sup>[53]</sup> 警察庁「反則金通告制度について」ジュリスト 369号（1967年）92頁参照。

<sup>[54]</sup> 今村暢好「軽微な犯罪と行政秩序違反」愛媛法学会雑誌 39巻 3＝4号（2013年）221頁。

<sup>[55]</sup> 独占禁止法の課徴金では、意見を述べ、証拠を提出する機会が規定されており、金融商品取引法、公認会計士法の課徴金では、審判手続が規定されており、景品表示法、医薬品法の課徴金では、弁明の機会が認められている。

<sup>[56]</sup> 宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第七版、2020年）281頁参照。

<sup>[57]</sup> 国の法律における過料の賦課と救済について、最高裁は違憲しないと判断した（最大決昭和41年12月27日民集20巻10号2279頁参照）。しかしながら、即時抗告と特別抗告しか認められず、対審公開の裁判を受ける権利が保障されていないのではないかと批判があり（宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第七版、2020年）279頁）、そして、違憲ではないとしても、それが必ずしも手続・救済保障が十分であると意味していないと思われる。

する検討であり<sup>[58]</sup>、一般論として行政制裁の制度設計に関する考察が必ずしも多くないと思われるが、注目すべきなのは市橋克哉教授の指摘である。教授は、比較法上の行政制裁の賦課手続を考察し、それを、①旧ソ連、中国、台湾が適用する行政処分・取消訴訟モデルの「ユーラシア・タイプ」、②ドイツが適用する過料告知・刑事訴訟モデルの「ヨーロッパ・タイプ」、及び③準司法手続の行政裁判モデルの「アメリカ・タイプ」という三種類を分けて、行政上の秩序罰等の制度改革について、②や③に則った制度設計を行うことが望ましいと述べた<sup>[59]</sup>。それ以外、行政制裁の活用論の論者も、行政制裁の手続構造について言及した。その中、ドイツの秩序違反法の手続構造を参照し、日本の過料制度を改造する提言が有力である<sup>[60]</sup>。

留意すべきなのは、ドイツの秩序違反法の制裁手続についても、当初の法的構造と今日の法的構造が異なるということである。当初、秩序違反行為に対する制裁は、行政官庁に排他的に管轄されて、事件の調査から過料の決定まで、行政官庁に独自に担当されていた。その制裁モデルは、むしろ「ユーラシア・タイプ」に近いと思われる。1968年の新秩序違反法において初めて、制裁に関する行政機関の排他的管轄権が廃止されて、行政機関の過料決定が簡易な手続による仮の決定と位置づけられている<sup>[61]</sup>。そこで、ドイツ法からの示唆を探求するために、ドイツにおける行政制裁の手続構造の改正の経緯と趣旨などに対する引き続きの考察も不可欠ではないかと思われる。そして、より一般的に、行政制裁の手続構造の制度設計にとって、ドイツの制裁モデル（ヨーロッパ・タイプ）、中国の制裁モデル（ユーラシア・タイプ）の制度構造のそれぞれの法的特徴、メリットとデメリットを考察ことも重要ではないかと思われる。そのため、日本の行政制裁の制度設計に対して、ドイツ、中国の制裁モデル、およびその制度改正の経緯・趣旨などの問題を引き続き検討すべきであると思われる。

---

<sup>[58]</sup> たとえば、2019年の独占禁止法の課徴金改正について、手続面について、弁護士・依頼者間隠匿特権の問題が一つのポイントである。宇賀克也「2019年の独占禁止法の改正」行政法研究 32号（2020年）vii - x 頁参照。

<sup>[59]</sup> 市橋克哉「行政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：手続法の観点から」法律時報 85 卷 12 号（2013 年）34-35 頁参照。

<sup>[60]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017 年）197 頁参照。

<sup>[61]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017 年）137 頁参照。

## 第二節 研究方法と内容構成

### 一、研究方法

本論文では、ドイツ法と中国法を対象として、その行政制裁の現状と歴史を考察し、許容性と基本構造の問題を検討した上で、日本法のもとでの行政制裁の本格的な導入の可能性を探求し、その基本構造への提言を行いたい。

行政制裁の基本問題を検討するために、比較法の研究は不可欠であろう。行政制裁を活用している国々の制度と理論を分析するのは重要だと思われる。先行研究において、ドイツの秩序違反法およびアメリカのシビルペナルティに関する考察が多く、意義深い提言や示唆が指摘されている。特に、ドイツのように行政制裁の一般法としての秩序違反法が制定される場合、その法制と理論に対する考察が重要であると思われる。しかしながら、先行研究は、ドイツやアメリカなどの欧米諸国に焦点を絞り、その行政制裁を考察しているが、中国、台湾、ロシアなどの国や地域の行政制裁に関する考察が必ずしも十分ではないと思われる。

理論由来や歴史背景などの点において、さまざまな差異が存在しているが、中国などの国々も行政制裁に関する統一法典を制定し、行政制裁を活用している。行政制裁を認めて活用する原因、行政制裁の制度構造などの問題に対して、歴史、文化、法制がさまざまな点で異なる国家の行政制裁の理論と制度を研究することが重要ではないかと思われる。中国の行政制裁を考察することは、一方において、ドイツと中国の行政制裁の共通性を明確できて、行政制裁の一般原則の探求に対して有意義であり、他方において、ドイツ法と中国法の相違性を確認できて、ドイツの行政制裁の特徴性をより一層明確できる。そして、中国の行政制裁のルーツと考えられる清末の「違警律」は当時の日本の「警察犯処罰令」を参照して制定されたものであり、ただし、その後、両国における行政制裁の発展が異なっている。この点からしても、両国の法制が異なって発展してきた原因、中国における行政制裁が留保・認容された理由、などの問題を考察することが重要ではないかと思われる。

従って、本論文は、一方において、先行研究においても重視されるドイツの行政制裁を考察し、先行研究の到達点と不足を意識しながら、ドイツの行政制裁を引き続き検討したい。他方において、中国の行政制裁を考察し、その制度と理論の変遷と現状を検討したい。その上で、両国の行政制裁における法制と理論に対する考察し、その共通性と相違点を探究し、日本法における行政制裁の本格的な導入の可能性を探求し、その基本構造への提言を行いたい。

行政制裁の基本問題の検討に対して、法制史や理論史の考察も不可欠であろう。先行研究で確認したように、ドイツの行政制裁は戦後で初めて登場したのではなく、そのルーツを君主の包括的な罰令権に遡ることができて<sup>[1]</sup>、行政刑法理論、ナチス時代の秩序罰にも影響されると考えられる<sup>[2]</sup>。そのため、行政制裁の許容性と基本構造を検討する場合、今日の秩序違反法がもちろん、歴史上の行政制裁に対する考察も必要であろう。歴史上、行政機関の制裁権を認めた理由は何か、ドイツ基本法のもとで、それらの理由はまだ正当性を有するか、などの考察は、ドイツの行政制裁制度の一貫性を理解することに対して重要であると思われる。他方、中国法について、20世紀初に法制の近代化が始まり、日本法を参照し、「違警律」を制定し、警察の処罰権限を認めた。その後、清王朝が滅亡し、

<sup>[1]</sup> 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男等編『現代立憲主義の諸相』（有斐閣、2013年）255頁参照。

<sup>[2]</sup> 1968年秩序違反法立法理由書、BT-Drs., v/1269. S. 22.

中華民国時代に入り、行政による処罰が留保されながら、行政制裁へ転換しつつあった。1949年、中華人民共和国が成立し、旧法制を廃止したが、行政制裁そのものを留保した。改革解放後、行政制裁に関する法律が整備されて、行政制裁が活用されている。このように、中国において、政治制度や法制が激しく変化していたにもかかわらず、行政制裁は一貫して存在してきた。それを理解するために、法制史を丁寧に考察すべきではないかと思われる。従って、本論文は、ドイツと中国の行政制裁の今日の制度と理論のみならず、歴史変遷をも考察していきたい。

## 二、内容構成

上記のとおり、本論文は、ドイツと中国の行政制裁を考察し、許容性と基本構造の問題を検討した上で、日本法のもとでの行政制裁の本格的な導入の可能性を探求し、その基本構造への提言を行いたいものである。そのため、本論文は、序章以外、三部分を分けて、行政制裁を考察していきたい。

まず、第一章においては、ドイツの行政制裁の過去と現在を検討する。第一節は、ナチス時代以前の行政による処罰の制度史、とくに近世領邦国家のポリツァイ罰、19世紀の刑法典や警察刑法典における行政による処罰、および1871年ライヒ成立以降の行政による処罰を考察する。第二節は、ナチス時代以前の警察犯、行政犯の理論史を考察する。第三節は、ナチズムの犯罪・刑罰の理論および経済刑法理論を考察した上で、ナチス経済刑法における秩序罰の登場・活用の理由およびその法的構造を検討する。第四節は、1949年経済刑法、1952年秩序違反法および1968年秩序違反法を中心として、戦後の行政制裁の変遷を考察する。

そして、第二章においては、中国の行政制裁の過去と現在を検討する。第一節は、伝統の制度と法制の変革を考察し、清末における違警律を中心に、行政による処罰が登場した理由およびその法的構造を検討する。第二節は、中華民国時代における違警罰法を検討し、1943年違警罰法における違警罪の非犯罪化の理由、および非犯罪化された後の行政制裁の法的構造を考察する。第三節は、新中国の建国初期の行政制裁を考察し、旧法制が全廃された背景の下で、行政制裁そのものが留保された理由、および新法制のもとでの行政制裁の法的構造を検討する。第四節は、改革・開放以降の行政制裁の変容を考察し、今日において行政制裁の許容性、行政制裁の範囲と手続構造などの問題を検討する。

第三章においては、第一章と第二章の考察によって解明された点をまとめて、日本法において、行政制裁の許容性を立証し、実体面と手続面の基本構造に対する参考意義や示唆を探求する。第一節は、ドイツ、中国において、行政制裁が認められる理由を整理し、日本における行政制裁に対する絶対反対論、立法政策反対論の可否を検討する。第二節は、ドイツと中国の行政制裁の適用範囲を整理し、日本法に基づき、行政制裁の制裁範囲、自然犯に対する行政制裁の適用の可能性、行政制裁と刑事制裁との役割分担を検討する。第三節は、ドイツ、中国の行政制裁の手続、救済モデルにおける共通点と相違点を整理し、日本法に対する示唆を探求する。

終章では、本研究の検討の動機となった問題意識に立ち戻り、以上の三章の内容をまとめた。

### 第三節 前提問題：行政制裁の概念

行政制裁という言葉は、必ずしも一義的に用いられているわけではない。その語義と範囲については論者により必ずしも一致していない<sup>[1]</sup>。まず、「制裁」とは何かという問題が存在している。違法行為よりも不利益な状態に置くことが必要かどうか、名宛人を非難し懲らしめることが必要かどうか、事実上のものとしても制裁に属することができるかどうかによって、制裁の内包と外延が異なっている<sup>[2]</sup>。この問題に対して、学問上の検討は少なくなく、制裁概念の相違は、理論的に一義的な回答が導かれる問題というよりも、言葉の使用法の相違にすぎないと考えられている<sup>[3]</sup>。しかしながら、「制裁」の語義の問題を措くとしても、「行政制裁」とは何かという問題も存在している。「行政制裁」の概念についても、言葉の使用法の問題といってもいいかもしれないが、概念理解の差異によって、それに関連する問題意識も異なっていると考えられる。本節では、行政制裁の概念に関する二つの可能な理解を説明し、その裏の問題意識の差異を考察し、本論文でいう行政制裁の概念を説明する。

#### 一、「行政上の義務違反に対する制裁」としての行政制裁

今日、行政上の義務の実効性を確保するための方法を、①行政上の義務の履行を強制する仕組みを設けるものと、②行政上の義務違反に制裁と科すことによって間接的に義務履行を促すものとして分けている見解が有力である<sup>[4]</sup>。そのため、行政制裁を、行政上の義務不履行に対する制裁の略称として使用することが多く存在している。このような捉え方によって、行政制裁の「行政」は、違法行為が違反した義務の行政性を指すと考えられる。つまり、行政制裁は、行政上の義務に違反する行為に対して科する法律制裁である。

行政制裁をこのように理解すれば、制裁の賦課主体、賦課手続に関わらず、行政義務に違反する行為を対象とする制裁であれば、たとえば、(行政) 刑罰、(行政上の) 秩序罰、課徴金、加算税、公表等、行政制裁に属することになる<sup>[5]</sup>。今日では、学者によって若干の差異が存在しているが、行政制裁を行政上の義務違反に対する制裁として理解するのは一般的であろう。

行政制裁は確かに戦後に現れた法学概念であるが、行政上の義務履行措置を統一に把握する思想は戦前に遡ることができる。戦前における美濃部達吉の著作に、行政罰は行政法上の義務違反に対し国家または公共団体がその一般統治権に基づき人民に科する所での制裁たる処罰であり、刑罰と過料を含んでいると述べられた<sup>[6]</sup>。刑罰と過料の法的性格、処罰手続、法的効果が異なるにもかかわらず、統一的に行政罰として把握するのは、それらが行政上の義務履行を確保する機能を有するからであると考えられる。さらに、同じように行政上の義務の履行を担保する機能を有する行政罰と行政上の強制執行とを一緒に

<sup>[1]</sup> 塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、第六版、2015年）248頁参照。

<sup>[2]</sup> 宇賀克也「行政制裁」ジュリスト1228号（2002年）50-52頁参照。

<sup>[3]</sup> 宇賀克也「行政上の義務の実効性確保（2）」法学教室49号（2005年）49頁参照。

<sup>[4]</sup> 小早川光郎『行政法（上）』（弘文堂、2007年）235頁；宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第七版、2020年）239頁参照。

<sup>[5]</sup> 「制裁」という用語を広く捉えていれば、授益的処分の撤回・停止、行政サービス、許認可等の拒否、契約関係からの排除なども行政制裁に属することになる。

<sup>[6]</sup> 美濃部達吉『行政法撮要 上巻』（有斐閣、第四版、1933年）213頁参照。なお、行政罰に対する美濃部達吉の理解の変化について、須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018年）45頁以下参照。



論じることとも存在した<sup>17)</sup>。この意味で、戦後、田中二郎は、行政罰と行政上の強制執行を分けて、後者を即時強制とともに「行政強制」として捉えて把握するのは、戦前の理論システムを継承したものではないと思われる。むしろ、今日のように、行政上の義務違反に対する制裁を統括的に把握するのは、戦前の学問上の理解に近いといえよう。

## 二、「行政機関によって科す制裁」としての行政制裁

前述の行政制裁の理解と異なり、行政制裁を「行政機関が行政手続によって科す刑罰以外の制裁」と把握することも可能である。このような行政制裁の捉え方は、行政制裁の「行政」を行政作用として非刑事的に科されるものを指すと思われる。行政制裁をこのように理解すれば、今日の実定法上、課徴金、加算税、行政官庁が科す過料<sup>18)</sup>、公表などは行政制裁に属し、行政刑罰が行政制裁に属しないことになる<sup>19)</sup>。

先行研究には、行政制裁をこのように理解するのは存在しているが<sup>10)</sup>、学界の主流とはいえないと思われる。その理由は、日本では行政官庁によって科す制裁がそもそも少ないということだと考えられる。戦前では、地方自治団体の条例が定める過料は行政機関によって科す制裁であるが、必ずしも活用されなかった。「警察犯処罰令」と「違警罪即決例」は警察の処罰権限を規定していたが、それは軽微の犯罪の処罰権限を便宜上の理由で警察に委ねるという刑事訴訟手続の例外であり<sup>11)</sup>、警察犯に対する罰則も刑罰そのものである。戦後において、課徴金、加算税などの措置が続々現れたものの、個別法に存在しており、ドイツや中国のような法律全般に広げたものではない。行政官庁による制裁は少ないため、学問上、それらの措置を統括的に把握する必要性もあまり高くないと思われる。

行政制裁を行政機関によって科す制裁として捉えるのはあまり多くないが、しかしながら、一部の学者は（無意識的かもしれないが）この意味での行政制裁をも使っていると思われる。とくに、いわゆる刑事制裁と行政制裁の二重処罰の問題を論じる場合<sup>12)</sup>、ここでいう行政制裁を、「行政上の義務違反に対する制裁」というより、「行政機関が行政手続によって科す刑罰以外の制裁」と理解するのは自然的であろう。なぜなら、ここでいう行政制裁は刑事制裁と並列するものであり、行政刑罰をも含む「行政上の義務違反に対する制裁」と理解するのは、不適切ではないかと思われる。二重処罰の問題意識からして、刑事制裁を裁判所によって科される刑罰、行政制裁を過料、課徴金、加算税などの行政によって科される刑罰以外の制裁だと理解するのは合理的だと考える。

## 三、本論文でいう行政制裁

行政制裁をどのように理解するのかは、ある意味で言葉の使用法の問題であるといえるが、前述の二種類の行政制裁の概念について、その裏の問題意識が異なっていることを無視してはいけない。

行政上の義務違反に対する制裁という捉え方は、行政上の義務履行を確保することを目的として、そのような目的を達成できる手段を統括的に把握するものである。つまり、こ

<sup>17)</sup> 美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣、1936年）317頁参照。

<sup>18)</sup> 行政上の秩序罰とする過料のみならず、民事上の秩序罰であっても、行政官庁によって科されるものであるならば、行政制裁である。

<sup>19)</sup> 反則金は行政機関によって科す金銭的不利益であるが、原則として、反則金の支配は任意であり、反則行為は犯罪行為そのものであるため、厳密に言えば、行政制裁ではないと思われる。

<sup>10)</sup> 宇賀克也「行政制裁」ジュリスト 1228号（2002年）50頁参照。

<sup>11)</sup> 大矢根岩雄『警察犯処罰令・違警罪即決例解義』（清文社、1923年）14頁参照。

<sup>12)</sup> たとえば、佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）115頁参照。

の意味での行政制裁は機能の共通性に着目する概念であり<sup>[13]</sup>、その関心事は目的達成のためにどのような手法が存在し、それらの手法をどのように組み合わせるか等の事項である。行政上の義務違反を制裁という機能を有すれば、制裁主体、制裁手続、制裁の法的性格に関わらず、行政制裁に属するに違いない。それは行政制裁の法的性格、法的仕組み等を分析するための概念ではなく、むしろ、一定の目的を実現するに、そこにおいて用いられる手法や手段を把握する「行政手法論」の捉え方であろう<sup>[14]</sup>。

これに対し、行政官庁によって科す制裁という捉え方は、制裁の主体、手続と法的効果に着目し、行政官庁が行政手続によって賦課する刑罰と異なる制裁を統括的に把握するものである。この意味での行政制裁に属する各手法に共通するのは、行政上の義務履行確保という機能ではなく、行政官庁の権力行使という行政作用である。制裁の対象はいわゆる行政上の義務違反に当たるかどうかに関わらず、行政官庁が賦課する制裁であれば、行政制裁に属すると思われる。行政制裁をこのように理解すれば、行政官庁に制裁権限を委ねるのは許容できるか、行政制裁の適用範囲がどこまで含むか、行政制裁と刑事制裁との役割分担などの問題を回答しなければならない。

本論文は、問題設定との関連性で、行政制裁を行政官庁によって科す制裁として理解する。すなわち、本論文の問題意識は、行政機関が制裁を科すことが認めうるかどうか、その適用範囲と手続構造をどのように把握すべきであるかということである。以下の内容に「行政制裁」を論じる場合、特別な説明がない限り、行政制裁を行政官庁によって科す制裁として理解するのである。

---

<sup>[13]</sup> 高木光「実効性確保」公法研究 49 号（1987 年）191 頁参照。

<sup>[14]</sup> 行政手法論について、高木光『技術基準と行政手続』（弘文堂、1997 年）85－113 頁参照。

# 第一章 ドイツの行政制裁の過去と現在

前章で述べたように、日本では、個別法に課徴金や過料などの行政制裁手段が規定されているが、立法上でも実務上でも必ずしも活用されていないと思われる。これに対し、ドイツでは、秩序違反行為に関する一般法としての秩序違反法が定められて、大量の刑事可罰性を有しない違法行為が非犯罪化されて秩序違反行為として行政機関によって制裁されることとなっている。

戦後ドイツでは、1949年に「経済刑法の簡略化に関する法律」（以下は49年経済刑法という）<sup>[1]</sup>が制定されて、秩序違反行為と犯罪行為の分離は最初に経済刑法分野で行われた。1952年に、秩序違反法が制定されて、秩序違反行為と犯罪行為との分離は経済刑法分野を越えて、すべての法律分野に拡大することとなった。1968年に、秩序違反法が改正されて、秩序違反法の実体面と手続面の規定が修正・完備された。一連の法制整備によって、行政制裁体制が確立されており、秩序違反行為の拡大に伴い、活用されている。

ドイツでは、行政制裁が戦後の経済刑法を制定した時点ではじめて登場したわけではない。実は、ドイツ法制史上、最初に行政制裁を本格に適用したのはナチス時代であると考えられる。ナチス時代において、経済刑法法令の中に、刑罰以外、秩序罰（Ordnungsstrafe）も大量に存在していた。秩序罰は行政機関に行政手続によって科されて、その種類は基本的に金銭罰に集中して、前科効果を有しないなどの点において、従来の（狭義の）刑罰と異なっている。1968年の秩序違反法の立法理由書は、戦後の秩序違反法のルーツの一つがナチスの秩序罰であると明確に述べた<sup>[2]</sup>。ナチス時代に、刑罰以外に、行政制裁を多用した理由、そして、戦後のドイツ基本法の下で、行政制裁が引き続き適用された理由を探究することはドイツの行政制裁の理解に対して不可欠であると思われる。

ナチス以前の時代でも、行政官庁によって刑罰を科すことが存在した。近世では、主権と高権を獲得した領邦国家は数多くのポリツァイ条令を制定しながら、条令違反に対するポリツァイ罰の制裁権限を従来の司法裁判所と異なるポリツァイ官庁に付与して、ポリツァイ官庁の刑罰賦課権限を認めた。その後、時代の変化によってその範囲は若干の差異が存在したが、行政官庁の刑罰制裁権限は戦後まで存在していた。歴史上行政官庁の刑事処罰権限を認めた理由、戦後にそれが廃止された原因に対する考察は行政制裁を全面的に把握するに対して重要であろう。戦後の行政制裁を理解するために、歴史上の行政による処罰に対する制度史の考察が不可欠であると思われる。

一方、前章で確認したように、戦後49年経済刑法の制定について、行政刑法理論の影響が大きいと先行研究が指摘した。行政刑法論、およびその前の警察犯理論は、行政犯（警察犯）と刑事犯との分離を主張した。1949年経済刑法が規定した秩序違反行為は行政犯であり、秩序違反行為に対する制裁とする過料（Geldbuße）は行政罰であると指摘された<sup>[3]</sup>。そのため、戦後49年経済刑法、ないしその後の秩序違反法の整備に対して、警察犯理論、行政刑法理論に対する理論史の考察も必要ではないかと思われる。

このように、ドイツの行政制裁を考察するために、今日の秩序違反法のみならず、戦後の49年経済刑法、52年秩序違反法、ナチス時代の秩序罰ないし歴史上の行政による処罰の制度および行政刑法の理論も検討しなければならないと思われる。行政制裁の許容性と

<sup>[1]</sup> Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts (Wirtschaftsstrafgesetz), Vom 26. Juli 1949.

<sup>[2]</sup> BT-Drs., v/1269. S. 22.

<sup>[3]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 25ff.

基本構造を全面的に考察するために、以下では、便利上、時代によって四節を分けて、ナチスまでの行政による処罰の制度史、ナチスまでの行政刑法の理論史、ナチス時代の秩序罰、および戦後の行政制裁を検討する。

従って、本章は四節を分けて、ドイツの行政制裁の過去と現在を検討する。第一節は、ナチス時代以前の行政による処罰の制度史、とくに近世領邦国家のポリツァイ罰、19世紀の刑法典や警察刑法典における行政による処罰、および1871年ライヒ成立以降の行政による処罰を考察する。第二節は、ナチス時代以前の警察犯、行政犯の理論史、特に行政刑法理論の父と呼ばれるゴルトシュミットの行政刑法理論を考察する。第三節は、ナチズムの刑法理論および経済刑法理論を考察した上で、ナチス経済刑法における秩序罰が登場した理由およびその法的構造を考察する。第四節は、1949年経済刑法、1952年秩序違反法および1968年秩序違反法を中心として、戦後の行政制裁の変遷を考察する。

## 第一節 行政による処罰の制度史

ドイツでは、行政官庁（ポリツァイ機関）によって処罰を科することは近世の領邦国家に遡ることができる。絶対王権の形成に伴い、領邦国家の君主は大量のポリツァイ条令を制定して、その処罰権限をポリツァイ官庁に委ねることとなった。19世紀に入って、ポリツァイ刑法や統一的な刑法典が制定されて、行政による処罰の適用範囲が徐々に縮小された。ドイツが統一された以後制定された1871年刑法典と1877年の刑事訴訟法は、処罰権限を原則として司法裁判機関に委ねた。本節では、歴史上の行政による処罰を考察し、行政による処罰の登場と式微の裏にどのような理由が存在したか、行政による処罰の範囲はどこまで及ぶかなどの問題を検討する。

### 第一款 近世領邦国家の行政による処罰

ドイツでは、古代ゲルマン社会において、国家的統一体は形成されておらず、成文法も存在しなかった。法は、裁判所によって発見される判告法(Weistumsrecht)であり<sup>[4]</sup>、「事物の理性的な秩序、客観的な真理であり、ひとびとはこれを単に発見しさえすれば足りる」と思われる<sup>[5]</sup>。国家による処罰はもちろん存在せず、個人は生命、身体、財産その他の保護を国家機関に期待することができず、違法行為の被害者は、自身でまたは親族団体等の協力で、復讐やフェーデの形で、加害者に制裁を科することが普通である<sup>[6]</sup>。

フランク時代において、刑罰の多くは成文化されて、刑罰権の主体が部族から国家へと次第に移行していたことを観察することができる<sup>[7]</sup>。国王は罰令権に基づき勅令

<sup>[4]</sup> 判告法は、定められた (gesetzt) ものではなく、永遠に妥当する秩序、生活の諸事情に内在する自然的秩序であり、共同体の構成員によって自然と形成されるものであった。田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017年) 44頁参照。詳しい分析について、Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 1958, S.12ff. 日本語訳、W・エーベル著、西川洋一訳『ドイツ立法史』(東京大学出版会、1985年) 10頁以下参照。

<sup>[5]</sup> ミッタイス・リーベリッヒ著、世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説〔改訂版〕』(創文社、1971年) 22頁。

<sup>[6]</sup> 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年) 553-555頁参照。

<sup>[7]</sup> ミッタイス・リーベリッヒ著、世良晃志郎訳『ドイツ法制史概説〔改訂版〕』(創文社、1971年) 158

(Kapitularen) と呼ばれる法を出すことができた<sup>[8]</sup>。ただし、国王の独自勅令についても、支配層の助言や同意を必要であり、締約法<sup>[9]</sup>としての性格が有するし、国家の刑罰権以外に、団体や騎士の間の復讐やフェーデが普遍に存在していた。国家による処罰はまだ形成の途中であると思われる。

中世に入って、騎士階級が行う騎士的フェーデとそれ以外の非騎士的フェーデが多く存在していた。フェーデに歯止めをかける必要性から、10世紀末以降は「神の平和」の運動が行われて、ラント平和令 (Landfriede) がたびたび発布されたが、自力救済の必要がないほど完備した裁判制度が存在しなかったから、必ずしも実効性を有しなかった。フェーデや復讐を本格的に制約し、今日的な意味における国家処罰を備えるには、近世の絶対主義国家の時代が来るのを待つ必要があった<sup>[10]</sup>。

## 一、絶対主義国家の形成とポリツァイ

近世に入り、主権 (Souveränität) とラント高権 (Landeshoheit) を獲得した帝国等族 (Reichsstände) が治めるラントにおいて、主権を有する近代的国家としての領邦国家が登場した<sup>[11]</sup>。宗教改革と三十年戦争の後、神聖ローマ帝国の分解は誰の目にも明らかとなった。1648年のヴェストファーレン条約の制定により、真の政治的実体としての帝国の統一性がなくなった。ドイツの運命は、個別国家と化した諸領邦に握られることとなった。これらの領邦において、近代的意味における国家が、理論的にも現実的にも生まれたのである<sup>[12]</sup>。

中世の権力の分散と違い、近世以来、領邦君主は、ポリツァイ高権 (Polizeihochrecht) によって広範で完結の国家権力を求めた。これによって、等族の国家構造と国家主権の分散状況を除去し、等族の社会秩序の克服を努力し、あらたな国家秩序を形成した。ポリツァイという概念は、近世の開始から、広範的かつ中央的な国家権力を正当化すること、ラント諸侯の国家構想に満たす社会を形成するために国家の事柄および市民の事柄に関する無限の権限を作り出すこと、などの点について、絶対国家の形成に仕える。ポリツァイの概念によって、様々な生活領域の詳細な規則が制定されて、社会の生活・義務秩序が築かれて保障された<sup>[13]</sup>。

絶対国家の形成に仕える道具としての「ポリツァイ」の意味は、共同体の公的生活と私的生活のあらゆる分野におけるよき秩序の状態、およびこの状態の確立と維持（立法活動も含まれる）である<sup>[14]</sup>。領邦君主が秩序の確立や管理を引き受けるもろもろの対象は、「良いポリツァイ (= 良い行政)」という概念でまとめられていた<sup>[15]</sup>。一般的にポリツァイは、行政全般を指すものと理解されているが、16、17世紀には、よいポリツァイは行政によって実現されたわけではなく、臣民自身がポリツァイ規定を守るように期待されたわけで

---

—161頁；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年）558—564頁参照。

[8] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）47頁参照。

[9] 締約法について、Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 1958, S.15ff. W・エーベル著、西川洋一訳『ドイツ立法史』（東京大学出版会、1985年）25頁以下参照。

[10] 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年）565頁参照。

[11] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）49頁。

[12] Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 1958, S.57. W・エーベル著、西川洋一訳『ドイツ立法史』（東京大学出版会、1985年）98頁参照。

[13] Heinz Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Bd.1, 1977, S.58.

[14] 今村哲也「Polizeiの意味について」一橋研究第7巻第3号（1982年）64頁。

[15] Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 1958, S.59. W・エーベル著、西川洋一訳『ドイツ立法史』（東京大学出版会、1985年）102頁参照。

あり、18 世紀にはじめてポリツァイ官庁が登場してからであった<sup>[16]</sup>。それゆえに、領邦君主にとっては、まず第一に立法権の行使こそ、つまり、ポリツァイ条令の制定が重要である<sup>[17]</sup>。

## 二、ポリツァイ条令

ポリツァイ条令は、領邦国家のみならず、神聖ローマ帝国全体についても出された。帝国は、1530 年、1548 年と 1577 年に帝国ポリツァイ条令（Reichpolizeiordnung）を出した。帝国ポリツァイ条令は、16 世紀にとって重要な生活関係を保護するための刑法内容を含んでおり、カール五世刑事裁判令（Constitutio Criminalis Carolina）のような昔からの実体刑法犯罪要件を「帝国一般法」として規定した従来の刑法と違い、新たな犯罪構成や刑罰をまとめたものであった。両者は互いに補完し、具体的な要件についても、相互に調整するものである<sup>[18]</sup>。しかしながら、帝国ポリツァイ条令は、重大な影響を起こせなかった。帝国全体のポリツァイ条令について、1530 年、1548 年、1577 年のものが存在していたが、その後、帝国の弱化とともに、帝国全体について定められるような条例は減少した。三十年戦争以後、帝国ポリツァイ条令は二度と発布されていない。ポリツァイ条令は主に各領邦で大量に制定されるようになった<sup>[19]</sup>。以下に検討するポリツァイ条令は領邦国家のポリツァイ条令である。

### 1、ポリツァイ条令の形態

一口にポリツァイ条令といっても、その具体的な形態や名称はさまざまである。かなりの分量の法命令を、程度の差があれ体系的に編纂したものもあり、きわめて包括的なラント条令の一部として出されたものもあり、個々の対象に関するポリツァイ条令もある。具体的にいえば、①文字どおりのポリツァイ・ラント条令（Polizei- und Landordnung）があり、その規範対象は包括的であり、しばしば百を越える個別規定を持っていた。②特別条令（Ordnung）としてのテーマ別の立法（薬事条令、貧民条令、ユダヤ人条令など）も存在した。そして、③命令（Verordnung）というほとんど章立てや条項のない短い規定も存在した。最後に、④通達（Reskript）のような上級当局から下級当局への書面解等であるが、単なる指導を超えて規範的価値を持つものも存在した<sup>[20]</sup>。実際に、この 4 種類のうち、①のようなポリツァイ・ラント条令の数はもっとも少なく、②③④のような個別的な条令が多く、とりわけ 18 世紀中葉から、領邦レベルで個別条令の爆発的増加という現象が認められる<sup>[21]</sup>。

### 2、ポリツァイ条令の内容

前述のように、ポリツァイ条令は領邦君主の絶対主義国家を創立する重要な道具であった。そのため、ポリツァイ条令の規制対象は、前述の広いポリツァイ概念を反映して、基本的に臣民生活のあらゆる事柄に及んでいた。

ポリツァイ条令の規定内容は広範にわたり、臣民の日常生活のほぼすべてをカバーしていた。一方では奢侈禁止令や服装規定、身分ごとに許される食器・客・薬師の数や支度金の

<sup>[16]</sup> カール・クレッシェル著、村上淳一訳「司法事項とポリツァイ事項」法学協会雑誌 99 巻 9 号（1982 年）137 頁参照。

<sup>[17]</sup> 今村哲也「Polizei の意味について」一橋研究第 7 巻第 3 号（1982 年）57 頁参照。

<sup>[18]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.51f.

<sup>[19]</sup> 田口正樹「近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法」北大法学論集 59 巻 4 号（2008 年）1932 頁；松本尚子「ドイツ近世の国制と公法—帝国・ポリツァイ・法学」法制史研究 48 巻（1998 年）188 頁参照。

<sup>[20]</sup> 松本尚子「ドイツ近世の国制と公法—帝国・ポリツァイ・法学」法制史研究 48 巻（1998 年）187 頁。

<sup>[21]</sup> 松本尚子「ドイツ近世の国制と公法—帝国・ポリツァイ・法学」法制史研究 48 巻（1998 年）188 頁。

額を詳細に規制した婚礼条令や葬送条令、賭けごとや不作法なダンス、過度の飲酒、呪詛、軽率な誓約の禁止等が制定されて、他方では高利貸、仲買、食料品への混ぜ物、取引の独占の禁止、手工業者の公定報酬、同業組合の協定と仕事に対するコントロールなどに関する規定が存在した。これらは当初から立法の主たる対象であったが、その後に次々と新しいものが付け加わった。建築条令、薬局条令、外科医条令、堤防条令、学校条令、森林条令、消火条令、消費税条令、決闘条令、禁煙令、などのさまざまな条令も登場した。<sup>[22]</sup> 領邦国家のポリツァイ条令は、経済統制、風俗や公共衛生、高利貸、労賃、建築などのさまざまな分野における規制を定めた<sup>[23]</sup>。

### 三、ポリツァイ罰

各領邦君主は国家生活の新秩序の創出・維持するために、ポリツァイ条令を大量に制定した。ポリツァイ条令の中、多くの場合、定めた秩序に違反した者に対して罰 (Strafe) 規定も設けられた<sup>[24]</sup>。

ポリツァイ罰の性格上の特徴に対応し、その構成要件、刑種と科刑手続などの点について、従来の刑法と異なる特徴を有していた<sup>[25]</sup>。①ポリツァイ条令は、新しい犯罪類型を導入した。たとえば、詐欺罪やそれに関する各種の経済犯罪がポリツァイ条令に規定されていた。ただし、すべてのポリツァイ条令における罪は新犯罪というわけではなく、暴利行為の禁止や流神などの犯罪は、従来の (中世の教会) 刑法によっても禁止されていた。②ポリツァイ条令は新たな刑種を導入した。ポリツァイ条令は、死刑、身体刑、追放刑、罰金刑、名誉刑などの伝統の刑種以外に、労働刑 (Arbeitsstrafe) を導入した<sup>[26]</sup>。そのうち、受刑者の教育・改造を図るための手段という性格を有するものもあり、そうではなく身体刑に類するものも存在していた。③ポリツァイ条令では、個別の犯罪について禁止された行為とその刑罰を詳細に記述する傾向がある。④罰の手続規定については、ポリツァイ条令は多くの罰則を規定しているのだが、その罰則が科される際の手続についてはほとんど規定しない特徴がある。カロリナ刑法典の多くの部分は刑事手続に関する規定であるが、ポリツァイ条令においては、具体的に定められていないことが多く、実際に、ポリツァイ条令違反のケースは、しばしばいわゆる略式手続 (簡易な手続) によって、刑に処せられるとされた<sup>[27]</sup>。

### 四、行政による処罰

ポリツァイ条令およびポリツァイ罰は、さまざまな点で重要な意義を有しているが、本研究の問題意識との関連においては、ポリツァイ罰の処罰権限をポリツァイ機関に任せた点が注目される。

新たな絶対主義の国家構想の下で、ポリツァイ罰は国家の改造および新たな国家・生活秩序の助成と確保に仕えていた。ポリツァイ事項に関する裁判権限もポリツァイ高権を有

<sup>[22]</sup> Wilhelm Ebel, *Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland*, 1958, S.60. W・エーベル著、西川洋一訳『ドイツ立法史』(東京大学出版会、1985年) 104-105頁参照。

<sup>[23]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017年) 54頁。ポリツァイ条令と従来の刑事立法の犯罪構成における差異について、田口正樹「近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法」北大法学論集 59巻4号(2008年) 1937-1938頁参照。

<sup>[24]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017年) 51頁以下; 田口正樹「近世ドイツのポリツァイ条令と刑事司法」北大法学論集 59巻4号(2008年) 1937頁以下参照。

<sup>[25]</sup> 以下の内容、田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017年) 56頁以下参照。

<sup>[26]</sup> 松本尚子「ドイツ近世におけるポリツァイ労役刑」一橋論叢 124巻1号(2000年) 68頁以下参照。

<sup>[27]</sup> Karl Härter, *Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat, Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation*, in: Anders Blauert/Gerd Schwerhoff(hrsg.), *Kriminalitätsgeschichte: Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne*, 2000. S. 467.

した官庁に委ねられた<sup>[28]</sup>。絶対国家の形成について、ポリツァイ条令の制定・公布とともに、領邦君主は中央と地方の官庁を設立した。当初、その組織や名称は時々変更して不安定であり、司法的な性格と共に行政的な性格も有し、ポリツァイに関する事項を掌握していた<sup>[29]</sup>。その後、ポリツァイ官庁の整備に伴い、ポリツァイ罰の科刑をポリツァイ官庁によって行われる例が多くなった<sup>[30]</sup>。

このように、近世領邦国家につき、従来の裁判所と異なる行政機関の性質を持っているポリツァイ機関の処罰権限が認められた。その背景には、近世領邦国家の絶対主義国家という理念が存在していた。ポリツァイ条令を制定した目的は、領邦君主の権力を強化し、社会秩序を維持することであった。そのため、ポリツァイ罰を規定し、その管轄を従来の裁判機構を異なつて領邦君主が設けた新たなポリツァイ機関に任せて、簡易な科刑手続によって処罰されるように設定した。ポリツァイ官庁による処罰の登場は、絶対主義国家の形成に強く繋がっているといえるであろう。

ポリツァイ罰の対象は、臣民の公的生活と私的生活のあらゆる分野に広がっていた。前述のように、近世領邦国家において、ポリツァイは共同体の公的生活と私的生活のあらゆる分野におけるよき秩序の状態を指していた。そのため、ポリツァイ条令、およびポリツァイ罰の対象については、臣民の日常生活のほぼすべてをカバーしていた。そのうち、経済犯罪のような従来の刑法とはまったく異なる新たな違法行為も存在した一方、従来の犯罪構成の規定対象は同じであるが、それを補完・詳細化するものも存在した。

以上のように、近世領邦国家には、国家権力強化や秩序維持のために、従来の裁判所と異なる（ポリツァイ、行政）機関が簡略な手続によって処罰を科すことが登場した。

## 第二款 ポリツァイ罰の法典化と行政による処罰の縮小

19 世紀に入って、フランス大革命とナポレオン刑法典の影響を受けて、ドイツの各ラントにおいても法典の編纂が進んでいた。啓蒙思想の影響で、極めて広いポリツァイの範囲に一定の制限を設けて、従来の数多くのポリツァイ罰を整理する傾向が見られた。この過程において、プロイセンを代表とする北ドイツのラントは統一的な刑法典を制定したのに対し、ヴュルテンベルク、バーデン等の南ドイツのラントはポリツァイ刑法典を制定した<sup>[31]</sup>。以下では、プロイセン刑法典とバーデンのポリツァイ刑法を検討し、この時期の行政による処罰の特徴と変遷を考察する。

<sup>[28]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.60; Karl Härter, Strafverfahren im frühneuzeitlichen Territorialstaat, Inquisition, Entscheidungsfindung, Supplikation, in: Anders Blauert/Gerd Schwerhoff (Hrsg.), Kriminalitätsgeschichte: Beiträge zur Sozial- und Kulturgeschichte der Vormoderne, 2000, S. 467.

<sup>[29]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.60; Wilhelm Ebel, Geschichte der Gesetzgebung in Deutschland, 1958, S.60. W・エーベル著、西川洋一訳『ドイツ立法史』（東京大学出版会、1985 年）106 頁参照。

<sup>[30]</sup> たとえば、プロイセン一般ラント法第二部第 17 章 11 条：Die Untersuchung und Bestrafung der gegen solche Polizeygesetze begangnen Uebertretungen kommt, sobald damit kein vorsätzliches oder schuldbares Verbrechen verbunden ist, der Polizeygerichtsbarkeit zu. 同法 61 条によって、「ポリツァイ裁判権」（Polizeygerichtsbarkeit）はポリツァイ裁判所（Polizeigericht）によって行使するが、実際にポリツァイ裁判所が存在しなかったため、プロイセン一般ラント法の「ポリツァイ裁判権」はポリツァイ官庁によって行使されるようになった。Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.78.

<sup>[31]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.93.



## 一、統一刑法典における違警罪

前款で確認したように、近世のプロイセンでは、ポリツァイ罰の権限がポリツァイ官庁に委ねられた。Friedrich Wilhelm I（1701－1713 在位）の時代で、行政の処罰権は頂点に達した。その後、啓蒙主義の影響で、行政官庁の裁判権限が徐々に制約されており、司法を行政に分離すること、およびすべての刑法―ポリツァイ違反として把握されたものを含めて―を統一的に把握・規制することが努力の方向であった<sup>[32]</sup>。この努力は、実定法の観点からみて、1851 年のプロイセン刑法典<sup>[33]</sup>の成立することをもたらした。

### 1、重罪、軽罪、違警罪

プロイセン刑法典は、重罪(Verbrechen)、軽罪(Vergehen)と違警(Übertretungen)という三部分を規定して、従来の犯罪規定を統一的に規定した。プロイセンにおいても、当初、独立なポリツァイ刑法を法典化する試みが存在しており、「ポリツァイ刑法」(Polizeistrafgesetze)草案も作成された<sup>[34]</sup>。しかし、1845 年の刑法草案は、ポリツァイ違反を Polizeidelikt として刑法に取り入れ、従来の重罪、軽罪とともに、違警行為も普通の犯罪として規定した。この捉え方は 1847 年草案、最終に 1851 年プロイセン刑法に引き継がれた。

プロイセン刑法典に規定した違警罪は、国家安全と公共秩序に関する違警行為（340－342 条）、および個人安全、名誉、自由に関する違警行為（348－349）に分けられた。後者について、侮辱、交通安全妨害、ポリツァイ命令違反、住宅侵入と人身危害、一般危険行為、商業規則違反、その他違警行為が規定されていた。その中、静穏な生活環境と公共秩序を保護する規定が存在する以外、直接に個人の法益を保護する規定も多く存在していた。なお、個人法益と関係せずに、単に公共秩序を保護する軽罪規定も存在あり（97－120 条）、違警罪と重罪・軽罪とは厳格に区別されていたとはいえないと思われる。

### 2、科刑手続：行政による処罰の原則否定と例外留保

ポリツァイ違反を一般刑法典に統合することに伴い、処罰権限に関する新発展も現れた。1846 年に、長時間の準備を経た後、ポリツァイ裁判所 (Polizeigericht) がようやく成立されて、ポリツァイ官庁の刑事処罰権が終了となった<sup>[35]</sup>。ポリツァイ裁判官 (Polizeirichter) は、以前のポリツァイ官庁が処罰したポリツァイ犯罪事件を第一審として判決した。特別ポリツァイ検察は刑の訴追を担当して、ポリツァイ裁判官は起訴に基づいて判決した。その後、1849 の命令によって<sup>[36]</sup>、1846 年法が規定した新規則と新手順の適用範囲は全邦に拡大されていた。それで、地方ポリツァイ官庁、ラント委員会などの機関の科刑権限が完全に奪われて、ほぼすべての州に、裁判所は刑裁判権を排他的に行使するようになった<sup>[37]</sup>。

1846 年法と 1849 年命令は公布された後、ポリツァイ罰の科刑も司法裁判所に行われるようになったものの、ポリツァイ官庁の仮の科刑はその後再び認められた。1852 年法<sup>[38]</sup>

<sup>[32]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.69f.

<sup>[33]</sup> Preußisches Strafgesetzbuch von 1851. (332 条以下は違警罪)

<sup>[34]</sup> 1830 年、「プロイセン刑法草案、第一部分：刑法(Entwurf des Strafgesetzbuches für die Preußischen Staaten, Erster Teil: Kriminalstrafgesetze)」が完成されて、ポリツァイ刑法をその第二部分として作成する動きがあり、1833 年に「第二部分：ポリツァイ刑法(Zweite Teil: Polizeistrafgesetze)」が完成された。

<sup>[35]</sup> Das Gesetz vom 17. Juli 1846: betreffend das Verfahren in den bei dem Kammergericht und dem Kriminalgericht zu Berlin zu führenden Untersuchungen, §112.

<sup>[36]</sup> Die Verordnung über die Einführung des öffentlichen und mündlichen Verfahrens mit Geschworenen in Untersuchungssachen vom 3. Januar 1849.

<sup>[37]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.96. 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相』（有斐閣、2013 年）266 頁参照。

<sup>[38]</sup> Gesetz vom 14. Mai 1852 über die vorläufige Straffestsetzung wegen Übertretungen.

は、ポリツァイ行政の官庁は、1851 年刑法の違警罪について、命令（Verfügung）をもって仮に(vorläufig)刑を科すことができると規定した。ただ、その刑は五ダーレル貨または三日間の懲役刑を越えてはいけない。もし重い刑を科そうとしたら、ポリツァイ官庁は刑の訴追をポリツァイ検察に委ねるべきである<sup>[39]</sup>。

ポリツァイ機関の科刑を再び認めたのは、目的に対する便宜性（Zweckmäßigkeit）を重視した結果である。すなわち、処罰手続の迅速化、ポリツァイ官庁の効能の確保、裁判所の負担の軽減などの目標を追求したからであると考えられる<sup>[40]</sup>。

## 二、ポリツァイ刑法典と行政による処罰

ポリツァイ違反を刑法典に統合して統一な刑法典を制定したプロイセンと異なり、南ドイツでは、従来の刑法とポリツァイ刑法を区別した上で、ポリツァイ刑法を単独に作成するラントが多く存在した。ヴュルテンベルク（1839 年）、ヘッセン（1855 年）、バイエルン（1861 年）、バーデン（1863 年）等のラントは、次々にプロイセン刑法典を作成していた。これらのポリツァイ刑法には、処罰権限の司法化などの共通性が存在した<sup>[41]</sup>。ここではバーデンのポリツァイ刑法典を取り上げて、ポリツァイ罰の進展と行政による処罰の状況を検討する<sup>[42]</sup>。

### 1、ポリツァイ罰の対象

バーデン大公国ポリツァイ刑法典はポリツァイの概念を定めていないが、ポリツァイ罰の対象行為を明確に規定した。同法典は第二編において、延べ 10 章のポリツァイ違反行為を定めており、それ以外の従来のポリツァイ条令の刑罰規定を、第 34 条と第 36 条の例外を除けば、原則として効力を失うこととしていた。

バーデン大公国ポリツァイ刑法典第二編に、違法行為が具体的に定められていた。第一章（39 条—68 条）は、公共の安全、平和および秩序違反する違反であり<sup>[43]</sup>、国家防衛、兵士募集、武器の所有と携帯、出産と死亡の届出、闘争とその他の暴行、公共安穩の妨害、人の住所に侵入、夜間奏楽、金銭等の募集、などの違法行為が規定されていた。第二章は、宗教、教育、風俗に関する違反であり<sup>[44]</sup>、神の奉仕と日曜日の祭、教育所、学校不参加、違法同居、淫乱、動物虐待などに関する違法行為が規定されていた。第三章は、生命および健康に関する違反であり<sup>[45]</sup>、毒物と薬剤、種痘、伝染病、病院と浴場の設置、飲食物の検査と馬肉の販売、死体と埋葬、養育責任、火薬とそれに類する物品、などに関する違法行為が定められた。第四章は、消防ポリツァイに関する違反であり<sup>[46]</sup>、消防警察規則、煙突掃除規則、火災予防規則などに関する違法行為が定められた。第五章は、建築ポリツァイに関する違反であり<sup>[47]</sup>、工事の安全取締規則、建物の危険、避雷針などに関する違法行為が規定された。第六章は、道路および水事ポリツァイに関する違反であり<sup>[48]</sup>、道路ポリツァイ、公の清潔、河川の工事、飲用水などに関する違反が定められた。第七章は、営業

<sup>[39]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.97.

<sup>[40]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.97.

<sup>[41]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.99.

<sup>[42]</sup> バーデン大公国ポリツァイ刑法典に関する詳細な紹介について、ル・ステンプ＝内務省刑保局編『独逸聯邦巴丁國警察刑法積義—日本立法資料全集別巻 449』（信山社、2007 年）参照。

<sup>[43]</sup> Übertretung in Bezug auf die öffentlich Sicherheit, Ruhe und Ordnung.

<sup>[44]</sup> Übertretung in Bezug auf religiöse Einrichtungen, Erziehung und Sittlichkeit.

<sup>[45]</sup> Übertretung in Bezug auf Leben und Gesundheit.

<sup>[46]</sup> Übertretung in Bezug auf die Feuerpolizei.

<sup>[47]</sup> Übertretung in Bezug auf die Baupolizei.

<sup>[48]</sup> Übertretung in Bezug auf die Straßenpolizei und Wasserpelizei.

ポリツァイに関する違反であり<sup>[49]</sup>、免許営業、発明免許、金銀物品の販売などに関する違法行為が規定された。第八章は、農業、狩猟および漁業ポリツァイに関する違反であり<sup>[50]</sup>、畑ポリツァイ、狩猟などに関する違反が規定された。第九章は、船舶、筏の通行および鉄道に関する違反であり<sup>[51]</sup>、船舶と筏の通行に関するポリツァイ規制、鉄道に関する規制などの違法行為が規定された。最後、第十章は、他人の財産に関する犯罪であり<sup>[52]</sup>、窃盗隠匿と騙取、毀損などの違法行為が規定された。

上記の列举でわかるように、バーデン大公国は単独なポリツァイ刑法典を規定したが、その処罰対象が闘争、住宅の侵入、養育責任などの、ポリツァイ違反というより、典型的な自然犯に属する違法行為も含んでいた。特に、当該法典の第 10 章には、軽微な窃盗、横領、詐欺、財物毀損など、刑法典の犯罪構成要件に該当することを前提に、事案が軽微であることを理由として、狭義の刑罰ではなくポリツァイ罰を科す旨を定めているものが多く存在した<sup>[53]</sup>。その章の題目が示したように、これらの規定が保護する客体は公共秩序というよりむしろ個人の法益そのものであろう。

立法資料によって、これらの刑法典を補充する類型の犯罪規定は、便宜上（Zweckmäßigkeit）、違警罰として規定されていたと考えられる<sup>[54]</sup>。すなわち、これらのポリツァイ違反規定は、もともと狭義の犯罪であり、その性質がほかの狭義の犯罪行為とは異ならない。ただ、これらの違法行為の可罰性が軽微で、危険が小さいと考えられるので、手続の便宜と負担の軽減のために、ポリツァイ違反として取り扱われて、処罰される<sup>[55]</sup>。

## 2、ポリツァイ罰の科刑手続：行政による処罰の原則否定と例外留保

ポリツァイ罰の科刑権限は、ポリツァイ裁判所（Polizeigericht）に委ねられた。ポリツァイ罰の科刑権限について、市民保護の観点からポリツァイ官庁の科刑権限を認めない見解と、簡易迅速な手続の観点から従来のようにポリツァイ官庁の科刑権限を認める見解との区別が存在したが<sup>[56]</sup>、バーデン大公国ポリツァイ刑法典 4 条 3 項は、「警察裁判所は、些細の違反につき法律に定める他の刑を回避し没収を刑としてこれを宣告することできる」<sup>[57]</sup>と規定して、ポリツァイ裁判所の科刑権限を肯定した。その後、1864 年に制定された「バーデン大公国におけるポリツァイ罰に関する裁判管轄と手続に関する法律」第 1 条は、ポリツァイ違反事件の第一審が区裁判所（Amtsgericht）に管轄されると明確に規定した<sup>[58]</sup>。そこで、ポリツァイ罰の管轄権限は原則として裁判所に委ねられるようになり、ポリツァイ機関のポリツァイ罰を科する権限が原則として禁止された。

しかしながら、ポリツァイ機関による科刑は例外としてまだ存在していた。バーデン大

[49] Übertretung in Bezug auf die Gewerbepolizei.

[50] Übertretung in Bezug auf die Feldpolizei, Jagdpolizei, und Fischereipolizei.

[51] Übertretung in Bezug auf Schifffahrt, Flößerei und Eisenbahnen.

[52] Übertretung in Bezug auf fremdes Eigentum.

[53] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017 年）77 頁参照。

[54] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017 年）79 頁参照。

[55] L. Stempf. Das Polizeistrafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden mit den Motiven, Commissionsberichten und den landständischen Verhandlungen. 1864, S.251f. ル・ステンプ＝内務省刑保局編『独逸聯邦巴丁國警察刑法積義—日本立法資料全集別巻 449』（信山社、2007 年）773 頁以下参照。

[56] L. Stempf. Das Polizeistrafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden mit den Motiven, Commissionsberichten und den landständischen Verhandlungen. 1864, S.7f. ル・ステンプ＝内務省刑保局編『独逸聯邦巴丁國警察刑法積義—日本立法資料全集別巻 449』（信山社、2007 年）52 頁以下参照。

[57] ル・ステンプ＝内務省刑保局編『独逸聯邦巴丁國警察刑法積義—日本立法資料全集別巻 449』（信山社、2007 年）110 頁。

[58] Gesetz über die Gerichtsbarkeit und das Verfahren in Polizeistrafsachen im Großherzogthum Baden vom 28. Mai 1864.

公国ポリツァイ刑法典には、今日執行罰と理解されるものについても規定していた。ポリツァイ刑法典 31 条によって、ポリツァイ権限を有する行政機関は、公法上の義務履行を確保するために、罰金刑を宣告することによって、当該義務の履行を強制することができる<sup>[59]</sup>。そして、上述のように、バーデン大公国刑法典 34 条と 36 条は、同法執行後も例外的に失効しない従来のポリツァイ条令を列挙した。同法典 36 条 2 項により、同条 1 項に列挙されたものについては、その管轄権限は従来のようにポリツァイ機関に留保されるようになった。このように、同法典は、市民の権利保護の観点と簡易迅速な手続という機能性の観点を両立させるため、従来のポリツァイ官庁の処罰権限を一部存続させたと考えられる<sup>[60]</sup>。

なお、ポリツァイ違反行為の処罰権限を裁判所に委ねる傾向は、その他の南ドイツ連邦にも見られる。その中、行政による処罰を留保した例も存在していた<sup>[61]</sup>。

### 三、小括：行政による処罰の縮小

19 世紀に入って、啓蒙運動の影響はドイツまで及んでいた。とくに、人権保護と三権分立の思想によって、行政による処罰は問題視されていた<sup>[62]</sup>。そのため、ドイツの各ラントでは、科刑権限を司法裁判所に委ねて、行政による処罰を原則廃止するようになった。北と南の各ラントにおいて、ポリツァイ罰の法典化の進路が異なっていたが、行政による処罰が縮小する傾向が同じである。

しかしながら、北ドイツでも南ドイツでも、行政による処罰は徹底的に廃止されたわけではない。プロイセンでは、ポリツァイ行政の官庁は、違警罪について、命令 (Verfügung) をもって仮に (vorläufig) 刑を科すことができるし、バーデンでは、例外として認めた従来のポリツァイ罰の一部について、従来のポリツァイ官庁の科刑権限と認めた。行政による処罰は例外として留保されることには、処罰手続の迅速化、ポリツァイ官庁の効能の確保、裁判所の負担の軽減などの便宜性 (Zweckmäßigkeit) の考慮が存在したと思われる。

行政による処罰の適用範囲についても、北と南の各ラントに共通性が存在した。行政による処罰の範囲が基本的に違警罪、ポリツァイ違反行為に制限されていた。プロイセンでは、刑法典に規定する違警罪に対して仮の行政処罰が可能である一方、バーデンでは、適用範囲が従来のポリツァイ条令の一部のみに制限されて、ポリツァイ刑法に規定される違法行為は適用の対象外とされた。プロイセンのほうが適用範囲は少し広いといえるものの、近世領邦国家の行政による処罰に比べて、大幅に制限されると思われる。

留意すべきなのは、プロイセン刑法典の違警罪にせよ、バーデンポリツァイ刑法典にせよ、その制裁対象とする違法行為については、通常の犯罪類型とはっきり分けられない部分が存在していた。つまり、違警行為 (ポリツァイ違反) を規制する法典と認識されたものの、その保護客体は必ずしも行政秩序や公共秩序だけではなく、公共秩序と関連する公衆の法益、個人法益をも保護の対象となっていた。今日の観点からみて自然犯と考える違法行為も行政による処罰の対象になっていた。違警罪と普通の犯罪とは完全に別物として取り扱われるわけではなく、互いに補充・補完する面も存在したと思われる。

<sup>[59]</sup> ル・ステムプ＝内務省刑保局編『独逸聯邦巴丁國警察刑法積義—日本立法資料全集別巻 449』(信山社、2007 年) 301 頁；田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017 年) 82 頁参照。

<sup>[60]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』(弘文堂、2017 年) 173 頁参照。

<sup>[61]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.99-101.

<sup>[62]</sup> フランスにおいて、人権宣言以来、人権保護と、司法と行政との厳格な分離の考え方により、処罰は法律に基づき司法により科されるべきとする観念、そして行政機関による処罰に対する懐疑が強くなった。山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相』(有斐閣、2013 年) 256 頁参照。

## 第三款 ドイツ帝国における行政による処罰

1871年にプロイセンはドイツを統一し、ドイツ帝国を創立した。帝国の成立にともない、立法権の中心は各ラントから帝国へ移転した。1871年にライヒ刑法典<sup>[63]</sup>、1877年に裁判所法<sup>[64]</sup>、ライヒ刑事訴訟規則が定められた<sup>[65]</sup>。ライヒ刑法典は、プロイセン刑法典と同じように、犯罪行為を重罪（Verbrechen）、軽罪（Vergehen）と違警罪（Übertretungen）に分けて、ライヒ刑法典の最終章に（360条 - 370条）違警罪を規定した<sup>[66]</sup>。その前身であった1870年の北ドイツ連邦刑法典<sup>[67]</sup>もこの三分法を採り入れた<sup>[68]</sup>。北ドイツ連邦刑法の立法草案によって、ポリツァイ違反も刑法の一部であり、刑事可罰性とポリツァイ可罰性の限界線を求める試みは無駄であり、違警行為は可罰的な行為である以上、重罪と軽罪と同じように、裁判所により処罰されるべきであった。したがって、北ドイツ連邦刑法は、違警行為をも刑法の中で定め、違警行為をその他の犯罪類型と異なった分野としての取扱いを避けて、重罪と軽罪に適応する規則を違警行為に対しても適用させて、「総則（allgemeine Teil）」の適用を重罪、軽罪と違警行為まで及ぶとした<sup>[69]</sup>。1871年のライヒ刑法典もその三分法をそのまま継承した。

### 一、違警罪の対象

ライヒ刑法典の違警罪の対象とする違法行為について、ポリツァイ違反が多く存在していた。秘かまたは当局の命令に違反して武器または弾薬を備えること（360条2号）、事故、危険その他の状況で警察の援助要求に遵守しないこと（360条10号）、国外追放された人が許可なしに国に帰ること（361条2号）、公共道路などの安全便利を維持するポリツァイ条令に違反すること、許可なしに火薬などを用意すること（367条4号）、などの違法行為は違警罪として制定されていた。その中に、空白要件のみを規定し行政機関によって初めて具体化するものも存在した。

一方、違警罪として規定された犯罪行為の中、単にポリツァイ違反や行政秩序違反ではなく、むしろ狭義の犯罪と同じように、法益そのものを侵害する行為も存在した。たとえば、ライヒ刑法典において、腐敗な食料品を売り出し（367条7号）、森林、建築物など危険な場所で放火することまたは花火を打ち上げること（368条6号7号）、少量または低価値の食料品を盗んですぐに使用すること（370条5号）、のような軽微な法益侵害行為も違警罪として規定されていた。前款で確認したように、このような状況は、プロイセン刑法典にも見られた。

### 二、違警罰の科刑手続

違警罰の科刑権限は裁判所に任せられた。裁判所法によって、違警罪に関する処罰は、比較的に軽微な犯罪と同じように、参審裁判所（Schöffengericht）において行われるとされた

<sup>[63]</sup> Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich vom 15. Mai 1871.

<sup>[64]</sup> Gerichtsverfassungsgesetz. Vom 27. Januar 1877.

<sup>[65]</sup> Strafprozeßordnung vom 1. Februar 1877.

<sup>[66]</sup> 1851 プロイセン刑法典は、その内容を Erster Theil. Von der Bestrafung der Verbrechen und Vergehen im Allgemeine, Zweiter Theil. Von den einzelnen Verbrechen und Vergehen und deren Bestrafung, Dritter Theil. Von der Uebertretungen という三部と分けて、違警罪を重罪・軽罪と区別して特別部分として扱った。1871 ライヒ帝国刑法典は、Zweiter Theil. Von den einzelnen Verbrechen, Vergehen und Uebertretungen und deren Bestrafung のように、重罪、軽罪と違警罪を同じように扱った。

<sup>[67]</sup> Strafgesetzbuch für den Norddeutschen Bund vom 31. Mai 1870.

<sup>[68]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.94.

<sup>[69]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.95.

[70]。そこで、19 世紀の違警罪やポリツァイ刑法の犯罪行為の科刑と同様に、違警罪を含めてほぼすべての犯罪の科刑は裁判機関によって行われるようになり、行政による処罰は原則として廃止された。

しかしながら、1877 年のライヒ刑事訴訟規則は、行政官庁の科刑権限を完全に排除せずに、「ポリツァイの先行処罰処分手続 (Verfahren nach vorangehender polizeilicher Strafverfügung) (453—458 条)」と「公共税金の徴収に関する規定に違反するときの手続 (Verfahren bei Zuwiderhandlungen gegen die Vorschriften über die Erhebung öffentlicher Abgaben und Gefälle) (459 条—469 条)」を規定した<sup>[71]</sup>。前者においては、警察官庁が、ラント法の授權に基づき、違警罪に対して処分 (Strafverfügung) によって、14 日以下の拘留または罰金刑、および罰金不能の場合の代替的拘留、ならびに没収を科すことが認められた。この場合、非処分者は、上級ポリツァイ官庁に抗告するか、裁判所の判断を仰ぐ申立をすることができる。後者においては、行政官庁が、公課規定違法行為に対して、刑罰決定 (Strafbescheide) により罰金刑および没収を科すことが認められた。非処分者は、上級行政官庁に抗告するか、裁判所の判断を仰ぐ申立をすることができる」と規定された<sup>[72]</sup>。このように、違警罪を含む犯罪行為の制裁は裁判所に行われることが規定される一方、例外的に行政官庁の処罰権限を留保した。

## 第四款 小括

ドイツでは、近世に入って、帝国等族が治める各ラントにおいて、主権を有する近代的国家としての領邦国家が誕生した。従来から存在した私的決闘やフェーデが禁止されて、自力救済の必要がないほど完備した裁判制度が整えられたし、領邦君主は独自の立法権を獲得し、絶対主義国家を創立し、大量のポリツァイ条令を制定した。この時期のポリツァイ条令は、臣民の公的・私的生活のあらゆる面に侵入し、条令義務に違反する場合の制裁として、ポリツァイ罰も規定した。ポリツァイ罰の科刑権限は、従来の裁判所と異なる新設した行政官庁に任せることとなった。

19 世紀に入り、啓蒙運動やフランス革命の影響で、ドイツにおいても法典編纂が進んでいた。その中で、ポリツァイ違反行為を含めて統一な刑法典を制定したラントも存在しており、ポリツァイ違反行為を統括し単独なポリツァイ刑法も制定したラントも存在した。各ラントにおける法典の編纂進路が異なっていたが、刑事法律に関する発展の方向には一貫性が発見できる。すなわち、三権分離や人権保障などの思想の影響で、行政による処罰は原則として廃止されるようになった。ポリツァイ概念の縮小や明確化に伴い、行政による処罰も徐々に制限された。一方、行政による処罰は原則として廃止されたものの、ポリツァイ違反行為 (違警罪) の一部に対して、ポリツァイ官庁の処罰権は例外として留保されていた。このように傾向は、1871 年の帝国成立後においても見られると思われる。

以上の考察によって、行政による処罰は昔から存在したということがわかるようになった。近世領邦国家では、絶対主義国家の形成とともにポリツァイ官庁による処罰が迅速に

[70] Gerichtsverfassungsgesetz. Vom 27. Januar 1877. § 27.

[71] Karlheinz Boujong(Hrsg), Karlsruher Kommentar zum Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 1989, S9-10. 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相』(有斐閣、2013 年) 266 頁参照。

[72] Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.102f. 辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異(2)」早稲田大学大学院法研論集 139 号 (2011 年) 149—150 頁参照。

膨大した。その後、啓蒙思想やフランス革命の影響によって処罰権限を原則上裁判所に委ねるようになったものの、行政による処罰は例外として留保されていた。本研究の問題意識、すなわち行政制裁の許容性と基本構造に基づき、行政による処罰の制度史を考察して、以下のような要点が挙げられる。

まず、近世領邦国家において、行政による処罰は絶対主義の国家の形成に仕えるものとして登場した。当初、権力分立などの思想は存在せず、ポリツァイ官庁による処罰の許容性はそもそも問題とならなかった。啓蒙運動やフランスの影響によって、処罰権限は裁判所に委ねられたが、行政による処罰が例外として留保された。その裏に、便宜上（*Zweckmäßigkeit*）の考慮が存在したと思われる。

また、行政による処罰の範囲について、主にポリツァイ違反行為に及んでいたものの、ポリツァイの外延が徐々に制限された。近世領邦国家では、その範囲は臣民の生活のほぼすべての面を含んでいたが、19世紀に入り、罪刑法定主義の下で、その範囲は刑法典の違警罪、もしくはポリツァイ刑法が規定した違法行為に縮小した。特に注意すべきなのは、違警罪やポリツァイ刑法といっても、その処罰行為は必ずしもポリツァイ違反や行政秩序違反にとどまるわけではなく、軽微な窃盗、傷害など個人法益を侵害する行為、すなわち自然犯と考えられる非行も含んでおり、従来の犯罪と違警罪との繋がりが明確に見られる。

そして、行政による処罰の手続は、刑事訴訟手続より簡略である。近世領邦国家のポリツァイ罰について、処罰の手続規定はほぼ存在しなかった。19世紀の違警罰やポリツァイ刑法についても、行政による処罰の手続は簡単であった。

最後に、注意すべきなのは、ドイツにおいて、行政による処罰は長い歴史を有するが、それは行政官庁によって刑罰を科すということであった。行政官庁によって科されるのは刑罰そのものであり、今日のような（刑罰と異なる）過料ではなかったのである。この意味で、行政による処罰は昔から存在したが、今日の行政制裁とは異なるものだと思われる。行政制裁の登場には、ナチスの秩序罰を待つ必要があった。

## 第二節 警察犯と行政犯の理論史

戦後ドイツ、1949年経済刑法は秩序違反行為と犯罪行為との分離を確立して、行政制裁の基本制度を構築した。49年経済刑法の制定に対して、ドイツの行政刑法理論は重大な影響を与えたと考えられる。1949年の経済刑法の制定を主導したEb.シュミットによって、49年経済刑法が規定した秩序違反行為は行政犯であり、秩序違反行為に対する制裁とする過料（Geldbuße）は行政罰である<sup>[1]</sup>。実体法上の秩序違反行為（行政制裁）と犯罪行為（刑事制裁）は、理論上の行政犯（行政罰）と刑事犯（刑事罰）に繋がったとされる。日本の先行研究も、既にこの点を指摘した。行政刑法論を理論的に背景として、秩序違反行為と犯罪行為との分離が行われたと指摘された<sup>[2]</sup>。

行政刑法論は、20世紀初期にゴルトシュミットによって提出されたものである。ただし、刑事犯と行政犯との区別に関する問題はより早い時代にも存在した。ゴルトシュミット以前においては、主として、警察犯と刑事犯との区別として論じられていた。警察犯は行政犯の原型とも思われる<sup>[3]</sup>。

そのため、戦後の行政制裁を理解するために、警察犯論、行政刑法理論に対する考察が不可欠であると言えよう。1949年経済刑法を含む戦後の行政制裁に対する考察を本章第四節で行うとするが、今節はその準備作業として、警察犯論、行政刑法論に関する理論史を簡単に整理したい。一方において、警察犯論、行政刑法論を整理し、その理論要点をまとめる。他方において、行政刑法論の理論主張と戦後の行政制裁との差異を指摘し、戦後の行政制裁が行政刑法理論の実定法上の実現として理解できないという仮説を初歩的に説明する。

### 第一款 古典の警察犯理論

啓蒙主義の自然法の思想からみて、犯罪は個別の法主体の主観権利を攻撃するものである。ポリツァイは権利侵害を防ぐために存在するものであり、国家のポリツァイ活動とポリツァイ立法の目標は危険防止である。この目的を達成するために公布されたポリツァイ条令に違反する行為は、ただ国家の創出した秩序に違反する行為、つまりポリツァイ違反行為であり、「自然的な」または「本来の」違法行為ではないと考えられる<sup>[4]</sup>。そこで、犯罪は有責的に損害付与行為または主観権利の侵害行為であると考えられて、法益侵害とする犯罪行為と純粋な危険行為の分離という思想が生じた<sup>[5]</sup>。以下では、犯罪と違警との区別に関する典型的な見解を簡単に考察する。

#### 一、フォイエルバッハの警察犯理論

近代刑法の父と呼ばれるフォイエルバッハ（P.J.A. Feuerbach 1804-1872）は狭義の犯罪とポリツァイ違反とを区別し、両者を実定法で分離すべきと主張した。フォイエルバッハ

<sup>[1]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S.26f.

<sup>[2]</sup> 行政刑法論のドイツ法への影響について、田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）32-36頁参照。

<sup>[3]</sup> 警察犯と行政犯との関係について、福田平『行政刑法』（有斐閣、1978）3-4頁参照。

<sup>[4]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.109.

<sup>[5]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.110.



によって、狭義の犯罪は、統治活動及び国家の宣言と無関係に存在する権利に侵害する違法行為であり、ポリツァイ違反は、ポリツァイ法規に対する服従を要求する国家の権利に侵害する違法行為である<sup>[6]</sup>。

フォイエルバッハによって、犯罪の本質は国家または私人の権利の侵害であり、刑法は国家、市民と臣民の権利を保護するために生じたものであり、処罰権力の基礎は権利侵害ほかならない。国家の統治活動と意思表示と関係なしに、国家自身または国家の臣民の権利が存在しており、それは狭義の犯罪概念を根拠づけた。これに対して、ポリツァイ違反は、国家自身や臣民の権利に関わらない。そこで、フォイエルバッハはこのような違法行為の性質上の差異を理由として、ポリツァイ違反に関する罪（*Polizeiübertretungen*）を刑法典から分離し、単独な法典で規定すべきであると述べた<sup>[7]</sup>。

フォイエルバッハが起草したバイエルン王国刑法典の草案において、彼はポリツァイ違反を「行為自体が国家または臣民の権利を侵害しないが、法的秩序と安全に対する危険を有するために、刑罰（*Strafe*）で禁止する作為または不作為」として定義していた。その中で、暴利、独占地位の乱用、近親相姦、売春、内縁等の行為が規定された<sup>[8]</sup>。

## 二、ケストリンの警察犯理論

ケストリンによれば、犯罪とポリツァイ違反との区別は「法律学者を絶望させる区別」である<sup>[9]</sup>。フォイエルバッハと異なって、ケストリン（*Köstlin 1813-1856*）は、法益侵害行為と法益危険行為という差異を基準として、狭義の犯罪とポリツァイ違反とを区別すると主張した。

ケストリンは、法益を侵害する行為と法益を危険ならしめる行為とを分け、法益を侵害するものが刑事犯であり、法益を危険ならしめるものがポリツァイ違反であると論じた<sup>[10]</sup>。ケストリンは現実の不法と可能な不法とを区別させて、後者が現実の犯罪ではなく、ただ危険な行為だけであり、ポリツァイ権力によって禁止されていれば十分であると示した。ポリツァイ違反行為は、法律に違反する点においては犯罪と共通しているが、それ自体は本物の犯罪ではなく、ただ対象への危険である。そのような行為は、現実にかきた不法のみを裁判する司法裁判の範囲に所属せず、社会および個人を危険から守るその他の作用—安全警察—toに所属すべきであると述べられた<sup>[11]</sup>。

## 三、ビンディングの警察犯理論

ビンディング（*Karl Bindung 1841-1920*）は、法益侵害と純粋な不服従との区別を基準として狭義の犯罪とポリツァイ違反とを分けた。つまり、刑事犯は、一定の法益の侵害・脅威を実質とするが、ポリツァイ違反は、法規に対する純粋な不服従あるいは単純な不服従を実質すると主張された<sup>[12]</sup>。ビンディングによって、全部の違法行為は規範に対する不服従であるものの、一部の不法は服従権力への攻撃以外に、また第二重の不服従、つまり法益侵害、を含んでいる。そこで、不服従には、法益と規範の二重不服従と単に規範に違反する純粋な不服従が存在しており、前者は狭義の犯罪であるのに対して、後者はただ

<sup>[6]</sup> Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847. S. 46.

<sup>[7]</sup> Paul Johann Anselm von Feuerbach, Lehrbuch des Gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts, 14. Aufl., 1847. S. 48.

<sup>[8]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.112.

<sup>[9]</sup> 福田平『行政刑法』（有斐閣、1978年）3頁参照。

<sup>[10]</sup> Christian Reinhold Köstlin, Neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts, Tübingen, 1845, S. 692ff.

<sup>[11]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.112f.

<sup>[12]</sup> Karl Bindung, Normen und ihre Übertretung, Bd. 1, 4. Aufl., 1922, S.364ff.

ポリツァイ違反である<sup>[13]</sup>。彼は、不服従がすべての非行に共通のものであることを認めつつ、非行を不服従以外の他の要素が本質的でない純粋な不服従と、法益の侵害・危険を本質的に包含する不服従とに分け、ポリツァイ違反が前者であり、侵害犯・危険犯が後者に属するとしている。<sup>[14]</sup>

#### 四、警察犯理論の要点

警察犯と狭義の犯罪との区分理論を主張した論者が多く、すべての論者の見解を考察するのは不可能であるが、以上の代表的な論者の見解を考察することによって、警察犯理論の以下の二点の特徴が見られる<sup>[15]</sup>。第一に、警察犯と狭義の犯罪とを分ける基準は論者によって若干異なるが、両者を区別すべきという主張において一致性が存在する。前述のように、フォイエルバッハ、ケストリン、ビンディングの区別基準は必ずしも同様ではないものの、警察犯と狭義の犯罪とを区別すべきという見解が同じである。第二に、警察犯理論は、狭義の犯罪と警察犯とを区別することを重視しているが、警察犯に対する処罰の法的特点や科刑手続などに関する論述は少ないと思われる。警察犯の論者は警察犯と狭義の犯罪との区別基準に焦点を絞っており、警察犯に対する処罰の法的性格や科刑手続などをあまり論じなかったと思われる。

## 第二款 ゴルトシュミットの行政刑法理論

警察犯理論は昔から存在していたが、行政犯の理論を本格的に論じたのはゴルトシュミット（James Goldschmidt 1874－1940）である。行政刑法理論の父と呼ばれるゴルトシュミットは、1902年に彼の著作『行政罰法（Das Verwaltungsstrafrecht）』を発表し、行政犯に関する理論を系統的に論述した<sup>[16]</sup>。ゴルトシュミットは、法制史と比較法的考察を行ったうえで、行政刑法の理論を展開した。以下では、その内容を考察する。

### 一、意欲可能性と福祉、法と行政

ゴルトシュミットの行政刑法の理論起点は意欲可能性（Wollendürfen）<sup>[17]</sup>と福祉（Wohlfahrt）の差異にあると考えられる。意欲可能性とは、特定の意思主体の利益であり、さまざまな意思主体相互間の関係における勢力範囲（Machtsphäre）である。かかる勢力範囲を確定することは、人間の共同生活を可能ならしめ、平和を保障するものである。これに対して、福祉は個別の意思主体の利益ではなく、個々人を全体的・集合的公衆として把握に、公衆全体に配慮するものである。福祉は、経済的・文化的な財を増大させ、公衆全体に利益を与えることを目的とするものであり、到達しえない一つの憧憬であり、物

<sup>[13]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.127.

<sup>[14]</sup> 福田平『行政刑法』（有斐閣、1978年）7頁参照。

<sup>[15]</sup> なお、古典警察犯理論に対する綿密な考察、Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.109ff.

<sup>[16]</sup> ゴルトシュミットの Das Verwaltungsstrafrecht を日本に最初に紹介したのは佐々木惣一である。佐々木惣一「行政犯ノ性質ヲ論シテ警察犯ニ及ブ」京都法学会雑誌4巻3号（1909年）54頁以下。その他の先行研究、須貝脩一「ゴルトシュミットの行政犯理論（一）（二）」法学論叢40巻1号（1939年）89頁以下、3号（1939年）422頁以下。辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異(2)」早稲田大学大学院法研論集139号（2011年）150－159頁参照。その理論背景と評価について、山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相』（有斐閣、2013年）270－271頁参照。

<sup>[17]</sup> Wollendürfen の翻訳について、佐々木惣一はそれを「意思力」に訳し、須貝脩一はそれを「意欲し得ること」に訳し、辻本淳史はそれを「意欲可能性」に訳した。

質的・観念的な絶対的状态である<sup>[18]</sup>。

意欲可能性と福祉の区別は、法と行政の区別を導き出すと述べられた。意欲可能性と福祉は、国制（*Verfassung*）<sup>[19]</sup>と行政（*Verwaltung*）という手段によって実現される。人間社会の国制は、さまざまな意思主体の勢力範囲の現在承認されるべき範囲に関する一般意思の表示（*Erklärung des allgemeine Willens*）であり、意思主体相互の勢力範囲を一般意思の表示によって限界づけ、人間の共存を保護する。この国制を保障するのは、法制（*Rechtsverfassung*）<sup>[20]</sup>である。これに対し、人間社会の行政は、福祉促進に向けられる人間的活動である。行政において、国家は自立的な地位を有する特別意思の担い手として現れる<sup>[21]</sup>。

## 二、行政違反と行政刑法

法と行政の区別は違法（*Rechtswidrigkeit*）と行政違反（*Verwaltungswidrigkeit*）の区別を導き出すと言われた。違法は、ある意思主体は一般意思の表示、すなわち法規に対する侵害でありながら、他の意思主体の勢力範囲（*Machtsphäre*）、すなわち法益に対する侵害である。当該違法に対して、国は法の代理人として、個々の意思主体の正当な支配領域を回復するために、侵害者としての意思主体に刑罰を科すのである<sup>[22]</sup>。

これに対して、行政違反の場合において、国は、法の代理人や実施機関ではなく、自立的な地位を有する特別意思主体であり、国民は、個別の意思主体ではなく、行政国家を頂点とする福祉目的促進のための行政機関として把握される。行政違反は、主体なき公衆の利益として公共の福祉への侵害であり、目標への促進を怠ることである。個別の国民は公共福祉の助成を義務付けられており、その懈怠は公共福祉を目的とする行政への侵害である<sup>[23]</sup>。

行政違反の場合、国家は行政国家の個人に対する優越を利用して、個人を強制（*Zwang*）することができる。強制の方法として、履行強制（*Zwang zur Erfüllung*）と罰（*Strafe*）が存在する<sup>[24]</sup>。ただし、行政国家は刑罰を用いるといっても、法の代理人としての国家における刑罰とは異なり、行政国家の刑罰使用は、行政強制権力（*Verwaltungszwangsgewalt*）の発動として、行政活動であり、個々の意思主体の勢力範囲の限界づけには関わらず、法益の侵害とは無縁である<sup>[25]</sup>。

しかしながら、行政国家の自力的な強制でも、法治国家思想の下で制約を受けなければならない。行政国家は刑罰を強制手段として使用する以上、刑法の形の内（*in Gestalt des Strafrechts*）で機能しなければならない<sup>[26]</sup>。自力救済としての刑罰を規定する行政規定は、一般意思によって個別の意思主体の支配領域を限界づけるものではないが、一般意思の表示として働くことに見られる<sup>[27]</sup>。行政の請求権利への侵害も、単に行政違反ではなく、違法行為であると考えられた。そのため、行政刑法は、「法律なくして刑罰なし、法規命令

<sup>[18]</sup> James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, S. 529f.

<sup>[19]</sup> 辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異(2)」早稲田大学大学院法研論集 139 号（2011 年）151 頁は、*Verfassung* を「国制」に訳している。

<sup>[20]</sup> 辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異(2)」早稲田大学大学院法研論集 139 号（2011 年）151 頁は、*Rechtsverfassung* を「法制」に訳している。

<sup>[21]</sup> James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, S. 531ff.

<sup>[22]</sup> James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, S. 539f.

<sup>[23]</sup> James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, S. 544f.

<sup>[24]</sup> James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, S. 550.

<sup>[25]</sup> James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, S. 551f.

<sup>[26]</sup> James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, S. 556.

<sup>[27]</sup> James Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht*, 1902, S. 569.

なくして刑罰なし（Nulla poena sine lege, keine Strafe ohne Rechtsverordnung）」、「判決なくして刑罰なし（Nulla poena sine iudicio）」との法原理を遵守しなければならないと述べられた<sup>[28]</sup>。

### 三、行政罰の科刑：行政裁判所

以上の考察からして、ゴルトシュミットがいう行政罰は、行政と法の結合の産物であるといえると思われる。行政罰は、行政違反に対する行政国家の自力救済としての強制手段であり、行政作用そのものであるものの、刑罰という手段を採用した以上、刑法の原理や原則に一致しなければならないと思われる。

そのため、ゴルトシュミットは行政刑罰の賦課が行政裁判所（Verwaltungsgerichten）によって行われると述べた<sup>[29]</sup>。行政刑罰は行政の自力救済であるが、一般意思の表示という形で作用しており、刑罰という手段を使用したため、行政裁判所の判断を必要とするからである。ゴルトシュミットが述べた「判決なくして刑罰なし（Nulla poena sine iudicio）」という原理のように、彼は行政刑罰の科刑権限を行政裁判所に委ねることを主張し、行政官庁の科刑権限を反対とした。

要するに、ゴルトシュミットは、裁判所のみが科刑できるという原則を守っていると思われる。彼は、行政刑罰の本質の特殊性、行政犯と刑事犯の区別などを積極的に主張したが、行政官庁に処罰権限を委ねることまで主張したわけではない。行政違反に対する罰は刑罰である以上、刑法の一般原則を遵守すべきからである。ゴルトシュミットの理論の肝要は、行政犯と刑事犯の分離であり、行政犯に対する制裁権限や制裁手続の改造ではないと思われる。

## 第三款 行政刑法理論の変容と展開

### 一、ゴルトシュミットの行政刑法論に対する批判

ゴルトシュミットの法と行政、違法と行政違反の区別に基づく行政刑法理論に対して、多くの批判が加われている。その中、代表的な批判学者として、ゴルトシュミットと同時代の M.E.マイヤー（Max Ernst Mayer 1875-1923）を挙げることができよう。M.E.マイヤーによって、法と行政の区別は不適切であり、国家活動の法的に秩序づけられたすべての領域において、使用される手段が同じであり、すなわち法規を遵守する行動である。そして、法益と福祉の区別も正しくなく、福祉が国家および国民の利益として、法的に保護された利益、すなわち法益そのものである<sup>[30]</sup>。

その上、M.E.マイヤーは、文化規範論（Kulturnormentheorie）を理論出発点として、侵害される規範の性質を基準として行政犯と刑事犯とを区別するとした。彼によって、法（Recht）は文化的産物であり、法規範は前法律的な文化規範複合体であり、国家承認によって法規範になった。国家は文化規範から一部を選んで、それを法として認めて国家の法規範として「作成」する<sup>[31]</sup>。文化規範から作成した法規範以外に、また他の法規範が存

<sup>[28]</sup> James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 570-571, 583-584. 辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異(2)」早稲田大学大学院法研論集 139 号（2011 年）157 頁参照。

<sup>[29]</sup> James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 583 f.

<sup>[30]</sup> Max Ernst Mayer, Rechtsnormen und Kulturnormen. 1903, S. 110. 福田平『行政刑法』（有斐閣、1978 年）10-11 頁参照。

<sup>[31]</sup> Max Ernst Mayer, Der allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts. 2. Aufl., 1923, S.45ff.

在しており、それは前法律的な文化規範から生じたものではないが、国家の維持に対して必要なものである<sup>[32]</sup>。このような規範は発見・承認された規範ではなく、法秩序から作成した規範であり、その目的は文化利益を保護するわけではなく、純粋な行政利益を保護することほかならない。この行政利益とは、国家は共同体を管理（*verwalten*）することから生じた利益であり、共同体から生じた利益ではない。行政犯の実質的な基礎は、文化規範と無関係な行政の利益である<sup>[33]</sup>。そこで、刑事犯は、法規範および文化規範に違反するものであり、行政犯は、法違反に違反するが文化規範に違反しないとしている<sup>[34]</sup>。

M.E.マイヤーを代表とする反対論者は、ゴルトシュミットの行政犯と刑事犯との区別基準を反対したが、両者の区別そのものを賛成したとされる。それに対して、行政犯と刑事犯の区別を根本的に否定する見解も存在した。トロース（*Fritz Trops*）はゴルトシュミットの行政刑法理論を徹底的に反対して、行政犯と刑事犯の性質上の差異を否定し、刑法体系の一体性を強調していた。彼によって、行政も法的な目的を追求しており、法秩序（*Rechtsordnung*）の中に完全に組み入れられうる<sup>[35]</sup>。行政犯も刑事犯も刑法上の可罰的な行為として、構成要件に該当する違法、有責な行為である。犯罪にとって重要なのは、法規範の違反としての形式的な違反であり、そして、この形式的な違反は、行政犯にも刑事犯にも共通するものであるので、両者は犯罪として、質的な区別が存在しないと述べられた<sup>[36]</sup>。このように、トロースは行政刑法理論を根本的に非難した。

## 二、エリック・ウォルフの行政刑法理論

エリック・ウォルフ（*Erik Wolf*）は、行政刑法論に対する批判を配慮しながら、ゴルトシュミットの行政刑法理論を継承し発展した。

### 1、国家価値と行政刑法

エリック・ウォルフは、行政刑法の刑法性質を認めたものの、意義・価値の区別からして行政刑法と刑事刑法とは異なるものであると主張した。彼によって、行政刑法と刑事刑法との意義区別は、法価値（*Rechtswert*）、権力価値（*Machtwert*）と福祉価値（*Wohlfahrtswert*）という国家価値の発展に繋がっている。彼によって、国家価値は法価値、権力価値と福祉価値の三種の価値からなっており、それに対応し、司法刑法（*Jusitizstrafrecht*）、強制刑法（*Zwangsstrafrecht*）、と行政刑法（*Verwaltungsstrafrecht*）が生じる。正義は最高の司法価値であり、それは司法刑法の根本価値を形成しているのに対して、福祉は最高の行政価値であり、行政刑法の根本価値を形成した。二種の価値発展は相互に区別して、そして二つの完全に異なる刑法領域を生じさせた<sup>[37]</sup>。この異質性からしてわかるように、刑事犯者は道徳（*ethisch*）の法限度の最低限を守らなく、共同体の道徳の信条に違反し、反社会的な危険な者であり、行政犯者はただ社会的な熱意もしくは社会的な慈善の不足を見せる者であり、後者は本来の不法ではなく、不利益（*ungut*）、不公益（*unwohl*）である<sup>[38]</sup>。

### 2、行政刑法と行政犯

エリック・ウォルフによって、行政犯でも刑事犯でも、可罰的な行為として、構成要件

<sup>[32]</sup> Max Ernst Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*. 1903, S. 27.

<sup>[33]</sup> Max Ernst Mayer, *Rechtsnormen und Kulturnormen*. 1903, S. 115ff.

<sup>[34]</sup> 福田平『行政刑法』（有斐閣、1978年）15頁参照。

<sup>[35]</sup> Trops, *Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes*, 1926, S. 45ff.

<sup>[36]</sup> Trops, *Begriff und Wert eines Verwaltungsstrafrechtes*, 1926, S. 50ff.

<sup>[37]</sup> Erik Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 520f.

<sup>[38]</sup> Erik Wolf, *Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem*, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 525f.

該当性、違法性、および有責性という形式的な概念枠組みについて共通しているが、その内実が質的に異なっている<sup>[39]</sup>。

構成要件該当性について、刑事犯は、人または物によって示される個々の人の支配領域を侵害する行為であるのに対して、行政犯は行為客体（*Tatobjekt*）が存在しないという点に特徴性を有する。行政犯の特徴は被侵害法益がないということではなく、行為客体（*Tatobjekt*）がないという点において、エリック・ウォルフの見解はゴルトシュミットの理論と異なっている。このような行政犯は、道徳・文化無色で、国家の法秩序に結ばれる特別な秩序に違反するものに過ぎないと述べられた<sup>[40]</sup>。

違法性について、行政犯と刑事犯とは形式的な違法性において異なるわけではなく、実質的な違法性において異なっている。両者の区別は、刑事犯が法益を侵害して行政犯が法益を侵害しないというわけではなく、行政犯の損害が刑事犯の損害と異なる評価を受けるという点に存在する。行政違法行為は、些細な個人損害、不重大な文化損害しか有しないが、特別な性質の社会損害を有しており、その社会損害が行政刑法の違法性の本質的なものである。法は権利個人の安定を保護するのに対して、行政は個人の国家任務の履行活動を要求する。行政犯の違法性の実質は、違法行為による客観法意識の動揺、国家命令の不遵守による国家意識の動揺である<sup>[41]</sup>。

有責性について、行政犯は責任能力や故意・過失などの点に特徴性を有する。行政犯における帰責能力がある行為者とは、国家仲間（*Staatgenosse*）および行政利益担い手（*Verwaltungsgutträger*）であると言われる。故意・過失についても、特徴性が存在する。例えば、行政刑法上の故意にとっては、不法な行為を知ること（*Wissen vom Unrecht*）が不可欠である。過失における予見の欠如は、文化的に必要な、他者の利益に対する注意ではなく、自らの公共的・国家仲間地位に基づく注意義務であると述べられた<sup>[42]</sup>。

### 3、行政罰の科刑：行政裁判所

エリック・ウォルフは、行政犯と刑事犯との区別を論じた上で、行政犯に対する処罰、すなわち行政罰の特徴も言及した。エリック・ウォルフは行政罰の「罰」性格を認めた上で、その特質を強調した。すなわち、行政罰は、再社会化や道徳改善的なものではなく、一つの懲戒手段（*Zuchtmittel*）であり、その目的は訓戒（*Vermahnung*）である<sup>[43]</sup>。行政罰は、秩序遵守への強調で、行政活動の関与を引き呼ぶものであり、その目的は、怠惰かつ無関心な法仲間の法的な人格性を規律的に活動させることである<sup>[44]</sup>。

注意すべきなのは、エリック・ウォルフも、行政裁判所が行政罰を科すことを主張した<sup>[45]</sup>。エリック・ウォルフは行政犯と行政罰の特質を強く主張し、行政犯の実質内容と行政罰の特殊性格を論述したが、行政罰が裁判所によって科されるべきという原則を遵守した。

<sup>[39]</sup> Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 560ff.

<sup>[40]</sup> Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 561.

<sup>[41]</sup> Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 563ff.

<sup>[42]</sup> Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 569ff.

<sup>[43]</sup> Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 585.

<sup>[44]</sup> Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 583.

<sup>[45]</sup> Erik Wolf, Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, Festgabe für Reinhard von Frank, Bd. II, 1930, S. 587. 山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相』（有斐閣、2013年）270—272頁参照。

## 第四款 小括：理論の到達点および行政制裁との差異

ドイツにおいて、古典の警察犯理論から行政刑法論まで、行政犯（警察犯）と狭義の犯罪との区別は多くの学者に述べられた<sup>[46]</sup>。各論者の行政刑法論の内容を全面的に把握すること、もしくはどの学者の理論が正確的で支持されるべきであることを探求することは筆者の能力を大幅超えるし、本研究との関係においても適切ではないと思われる。本節で警察犯、行政犯の理論史をスケッチしたのは、行政刑法論と戦後の行政制裁との関連を検討するための準備作業である。戦後の行政制裁の許容性と法的構造は第四節で本格的に検討したいが、本節の考察によって、少なくとも以下のようなことが解明できると思われる。

警察犯の論者、行政刑法の論者の見解は一致していないが、それらの理論の重点は行政犯（警察犯）と刑事犯との分離、特に区別の基準にあると思われる。行政犯（刑事犯）と刑事犯とを分けて、独立な行政刑法を制定すべきであるという見解が多くの論者に主張されたが、行政犯に対して（刑罰ではなく）過料を持って対応し、その制裁権限を行政官庁に委ねるというような見解がほとんど存在しなかった。ゴルトシュミットでも、エリック・ウォルフでも、行政犯や行政罰の特性を強調したものの、行政罰の行政官庁による科刑が認めなかったのである。むしろ、行政犯が犯罪である以上、「法律なくして刑罰なし」、「判決なくして刑罰なし」などの刑法原則を遵守しなければならない、行政犯の科刑権限を行政裁判所に委ねるべきと主張した。行政罰は行政違反に対する「強制」であり、訓戒と目的とする一種の懲戒手段であると主張されても、その法的性格は刑罰であり、今日の秩序違反行為に対する過料とは異なっていると思われる。

このように、行政刑法理論は行政刑法の特殊性を強調し、行政犯と刑事犯とを分けて、単独な行政刑法を制定しようと主張したが、その見解は、今日での行政制裁のように、行政官庁によって過料を科すことまでに至らなかったと思われる。行政制裁の登場には、行政刑法理論以外の理由が存在すると思われる。

---

<sup>[46]</sup> 戦後においても、特に戦後初期経済刑法が制定された時点、行政刑法理論が復興された。詳しい内容は第四節で考察したい。

## 第三節 ナチスにおける秩序罰と行政制裁

前々節と前節において、ドイツ歴史上の行政による処罰の制度史および警察犯論、行政刑法論に関する思想を考察した。以上の考察で確認したように、ドイツにおいて、近世領邦国家から行政官庁の処刑権限が認められていたが、19世紀に入り、それが厳しく制限されて、結局的に例外として適用しかできなかった。歴史上の行政による処罰は、その科刑範囲、科刑手続および罰の法的性格について、今日の行政制裁とはかなり異なっている。行政刑法理論は行政犯と刑事犯の分離、行政刑法の独立性を積極的に強調したものの、行政官庁に処罰権を委ねることまで主張しなかったのである。

ドイツにおいて、従来の刑事制裁以外に、行政官庁が狭義の刑罰と異なる制裁を科するという行政制裁が本格的に登場したのは、ナチス時代だと思われる。ドイツの行政制裁を考察するとき、ナチスの秩序罰を無視してはならないと思われる。ナチス国家において、行政制裁が登場した理由は何であろうか、行政制裁の法的構造は何であろうか、ナチスにおける秩序罰はゴルトシュミットの行政刑法理論との関係は何であろうか。本節は、ナチス時代の行政制裁、すなわち秩序罰制度を考察する。

ただし、注意すべきなのは、ナチスの秩序罰の理論的基礎とするナチスの刑法理論、およびより基礎的なものとするナチズム理論は極めて特殊であり、その国家観、民族観、犯罪犯は従来の理論とは根本的に異なっているということである。それ故に、ナチスにおける秩序罰を考察するために、その基礎とする刑法理論、およびナチズム理論をも考察すべきではないかと思われる。ナチスの行政制裁をナチスの理論全体の中の考察することによって、その許容理由、法的構造などの問題をより適切に理解できるのであろう。以下では、ナチスにおける国家・民族の理念、およびナチスの刑法基礎理論を考察した上で、ナチスの秩序罰の法的問題を考察する。

## 第一款 ナチズムの世界観と犯罪観

ナチスにおける処罰法制はその特殊な国家・民族の理念を基礎にして築造されたものである。犯罪は民族共同体に対する忠誠義務違反であり、刑罰は民族共同体を形づける手段である。そして、民族共同体の建設はナチズムの目標と世界観を達成するための手段である。そのため、犯罪と刑法は、民族共同体の建設、最終的にナチズムの「生活空間の拡大」という目標を実現するための手段だと位置づけられていた。本款では、ナチスの世界観、目標、ナチズムにおける民族共同体、およびその犯罪観・刑罰観を考察する。

### 一、闘争の世界観と民族共同体の建設

#### 1、「ドイツ民族による世界支配」という目標

ナチス理論によって、いわゆる「生活空間の拡大」は正当的であり、国境は流動的なものであり、人間が作り出した国境は、人間によって作り変えられるものであり、その際、「法律上の根拠」といったものが必要ではなかった。そして、「生活空間の拡大」を実現するための手段は、「無敵の剣」である。平和主義は無用でありながら、有害的である。

こうした世界観の下で、ナチスの目標は戦争によって領土の拡大であることほかならない。ヒトラーによって、将来の目標は「東方における新しい生活空間の奪取と、その徹底



的なゲルマン化」である。ただし、それは必ずしも最終目標ではない。ロシア支配が達成した後、ヨーロッパを統一し、「ドイツ民族による世界支配」することが最終の目標であると述べられた<sup>[1]</sup>。

## 2、目標実現手段としての民族共同体の建設

「ドイツ民族による世界支配」という目的を実現するための手段は様々であるが、そのうち最も重要で不可欠なのは、民族共同体の建設である。ヒトラーによると、「北方人種の中核民族として最大・最良・最強の民族」とするドイツ民族は、世界戦の戦いの最後の勝利者であるに違いない。しかしながら、なぜ「最大・最良・最強」のドイツ民族は第一次世界大戦に敗れたか。ヒトラーによって、その原因は、軍事的な事情ではなく、むしろ「当時から既に顕現し、今日ますます顕著になってきたドイツ民族の内的墮落」にこそ求められなければならないとする<sup>[2]</sup>。従って、世界戦の戦いの勝利を取るために、「政治的世界観的分裂」およびそれと密接に結んでいた「血の分裂」を克服して、民族共同体を建設しなければならない。

注意すべきなのは、ナチズムにおける「民族」という概念についても、通常の理解とは異なっていると考えられる。「民族共同体」というイデオロギーは、「共同体」＝「指導者＋臣従者」の理論で指導者国家を基礎付けるのみならず、「民族の同種性」の原理によって、非ドイツ人種を民族共同体から排除するシステムを作り上げた<sup>[3]</sup>。つまり、ナチズムにおける「民族」は、「人種」に強く繋がっている概念であり、「肉体的特徴及び精神的特性を共有することにより、他のすべての人間集団から区別され、かつ繰り返し同じ子孫が生み出されてゆく一つの人間集団」とする「人種（Rasse）」に基礎を置く自然的な民族概念である<sup>[4]</sup>。「人種」は自然科学の概念で、「民族」は歴史道徳の概念で、両者は同じものではないが、前者は後者の基礎であると述べられた。従って、ナチズムが出発点とし、また目標としたドイツ民族とは、北方人種を中核とし、その類縁の人種から構成される「種共同体」であると同時に、北方人種の影響下に生み出された共同の歴史を文化により結ばれた「運命共同体」であると定義されている<sup>[5]</sup>。

ナチズムにおける「民族」におけるもう一つの特性は、世界観と民族一より正確に言えば当該民族の支配人種一が不可分のものと考えていたことである。世界観の内容は人種によって異なり、血に根ざすものであると述べられた。ドイツ民族にとって、その血と人種に繋がっている世界観はナチズムでなければならない。ナチズムとはドイツ民族の種の本質の表現、真なる自己認識であり、ドイツ民族の世界観そのものとして位置づけられるべきものであった。ナチズム信仰告白が各個人の自由な選択に委ねられるようなあれこれの政治信条の一つといったものではなく、むしろ、ドイツ人である限り、ナチズムへの信仰告白は当然の事、自明の事柄であったのだ。ナチズムは「この世界の中でドイツであり、ドイツ人であろうと欲するすべての者にとって拘束力ある法則」である<sup>[6]</sup>。ナチス的世界観に区別する世界観や思想は徹底的に排除され、弾圧された<sup>[7]</sup>。

民族共同体の建設について、さまざまな措置が採られたが、主に二種類の措置に分別さ

[1] 南利明『ナチズムは夢か』（勁草書房、2016年）379-390頁参照。

[2] 南利明『ナチズムは夢か』（勁草書房、2016年）370-393頁参照。

[3] 広渡清吾『ドイツ法研究—歴史、現状、比較』（日本評論社、2016年）166頁参照。

[4] 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998年）73頁参照。

[5] 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998年）76頁参照。

[6] 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998年）81頁。

[7] 柳澤治『戦前・戦時日本の経済思想とナチズム』（岩波書店、2008年）166頁参照。

れうると考えられる<sup>[8]</sup>。第一に、従来のドイツの多元的な社会構造を解体し、溶解することであった。世界観の全体性を要求するナチズムにとって、「階級社会」の存在は真っ先に打ち壊されなければならない障害物以外の何物でもなかったということにもなる。階級の存在が許されなくなれば、当然のことながら、階級の利害を代表すべき政党の存在もまた許されるものではなかった。それどころか、政治的に無害であるはずの町の小さなコーラスグループや登山の会に至るまでの組織体も改鑄のための溶解作業の対象である。第二に、破壊が自己目的ではなく、溶解作業と同時に鑄造作業も進められなければならない。この点について、ナチスは青少年から成人まで、「世界観の改鑄」するために、家庭教育、ヒトラーユーゲント、労働奉仕、大衆集会などいろいろな手段を採用した。これらの措置によって、ドイツ民族全体を「献身と自己犠牲的精神」と指導者の「絶対服従の精神」を有する団体に改造されていた。

## 二、ナチズムにおける犯罪観と刑罰観

ナチスの民族理論によって、ドイツ人である限り、ナチズムへの信仰告白は当然自明の事柄であるが、ヒトラーもまた、もっとも優れた血を分有するはずのドイツ民族の中にも教育によっては改善不可能な「最悪の人間の屑」が常に存在することを承認せざるを得ないとしていた。従って、対外的に生活空間を獲得するためには、まず「対内的な素清」が求められなければならない。「民族の敵」に対する戦いについて、もっとも有効な武器は「刑法」である。しかし、上述のようなナチズム世界観と理論の下で、自由主義的な性格をもっていた 1871 年の帝国刑法典はそのまま適用されることができない。ナチズム理論によって刑法を改造することが不可避である<sup>[9]</sup>。

### 1、ナチスの犯罪観

ナチスにとって、犯罪は民族の運命共同体の忠誠義務違反である<sup>[10]</sup>。ナチス刑法は国民の忠誠義務の上に建設されたものである。1936 年の刑法典改正草案が、前文において、刑法の目的として「不法に対する贖罪」、「民族の保護」と並んで「共同体的意思の確立」を掲げていた<sup>[11]</sup>。この刑法典改正草案の理由書の冒頭の文言によって、「ナチズムにとって、ドイツ民族があらゆる国家的措置の内容であり意味である。ナチズムはこの生ける民族の運命共同体の保護を従来の個人人格の保護に取って代わらせた。.....犯罪行為を行った者は共同体に対する自らの義務を侵害した者ほかならない。もっとも重大な犯罪行為にあっては、義務の侵害は明白な忠誠義務違反にまで高められることになる。民族に対する忠誠を破った者は、民族から自己を解き放ち、自らの名誉を失い、裏切者となる。刑法の課題は構成成分の義務の侵害及び忠誠義務から共同体を保護することである」<sup>[12]</sup>。このように、犯罪は法益を保護するためのものではなく、民族共同体を保護するためのもので、民族への忠誠義務の違反であると考えられる。

こうした犯罪観の下で、背反罪、軍事機密漏洩罪などの犯罪が増えていた。窃盗罪や強

[8] 南利明『ナチズムは夢か』（勁草書房、2016 年）433-439 頁参照。

[9] 南利明『ナチズムは夢か』（勁草書房、2016 年）469-471 頁参照。

[10] 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998 年）149 頁参照。

[11] J. Regge/W. Schubert (Hg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts. II. Ableitung. NS.Zeit (1933 - 1939): Strafgesetzbuch, Bd. 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs. 1. Teil, Berlin-New York 1988, S. 409. 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998 年）150 頁。

[12] J. Regge/W. Schubert (Hg.), Quellen zur Reform des Straf- und Strafprozeßrechts. II. Ableitung. NS.Zeit (1933 - 1939): Strafgesetzbuch, Bd. 1. Entwürfe eines Strafgesetzbuchs. 2. Teil, Berlin-New York 1990, S. 1. 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998 年）151-152 頁。

盗罪等といったそれまで一般に義務違反を問題とする余地も必要もないと考えられてきた犯罪についても、大きな変化が見出される。つまり、これらの犯罪行為が、戦争状態につけこんで共同体に対する攻撃とする行為だと考えられた。

そして、犯罪を民族への忠誠義務違反として捉えるナチス犯罪観の下で、罪刑法定主義が廃止されていた。前述のように、ナチズムの犯罪は民族共同体に対する忠誠義務違反である。この忠誠義務とは、ドイツ人である限り課せられるものであり、その内容が必ずしも明確的ではないものである。忠誠義務違反を基礎とする犯罪を事前に定めて公表することが考え難いと思われる。民族の最終目標の実現を目的として、法律や命令の有無にかかわらず、「共同体の分枝である」という事実そのものに基づいて、すべての民族同胞に対し、最終目標に至るあらゆる生活状況の中で、共同体に対する「全体的義務」を課するものとし、刑法をこのような義務に違反する民族の敵に対する闘争方法とするナチス理論にとって、「法律なければ犯罪なし」との原則は無用だけではなく、有害的であるといえよう<sup>[13]</sup>。そのため、1935年6月28日の刑法改正によって<sup>[14]</sup>、「刑事司法の柔軟化、実質的正義の実現および民族共同体のより効果的な保護」を目的とし<sup>[15]</sup>、罪刑法定主義を規定した第2条が以下のように改正された。すなわち、

「法律が可罰的であると宣言した行為、または刑罰法規の基本思想もしくは健全な民族感情に基づき処罰に値する行為を行った者は処罰される」、

「行為に対する直接適用されるべき特定の刑罰法規が存在しない場合、行為はそれにもっとも適合する基本精神を持った法律に基づいて処罰される」<sup>[16]</sup>。

## 2、ナチスの刑罰観

独特な犯罪観と関連して、ナチズムの刑罰観についても、従来の刑罰観と異なる要素が存在していた。ナチス刑法学において、刑罰の根拠を「民族の生存の諸条件の保護の必要性」に求めるという特徴が存在していた。ナチス刑罰は、従来の刑罰における理論と同様に、その基礎を過去の違法行為の贖罪に求める点が存在していたが、「民族の生存の諸条件の保護」するための手段とする刑罰における贖罪の根拠は、法益侵害ではなく忠誠義務違反に存在すると考えられる。贖われるべきは、侵害された法益ではなく、忠誠義務に違反して省みない行為者の「反共同体の人格性」そのものであった<sup>[17]</sup>。

このような理念の下で、刑罰は「民族共同体からの追放」、「民族共同体の浄化」であると考えられていた<sup>[18]</sup>。贖罪思想の本質は、裏切者を民族共同体から抹殺することにより、彼の裏切によって汚れた民族を浄化することである。背反罪や民族の害虫のように、裏切を不法の本質とする犯罪の場合、何らかの法益の剥奪に代わる、「種的変質者としての裏切者」の共同体からの離反の程度に応じた「共同体における法的身分」の「減少」または「剥奪」、つまりは「共同体からの追放」以外にはなかったに違いない。追放による共同体の「浄化」とは文字通り種的統一体としての民族体の「生物学的浄化」を意味するものであったと結論される。「死刑」もこの「追放」の表現であり、終身刑や有期の自由刑もそうである<sup>[19]</sup>。

[13] 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998年）205－216頁参照。

[14] Gesetz zur Änderung des Strafgesetzbuch vom 28. Juni 1935.

[15] Amtliche Sondervoröffentlichungen der Deutschen Justiz Nr. 10, S. 27.

[16] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）107頁。

[17] 南利明『ナチズムは夢か』（勁草書房、2016年）489-491頁参照。

[18] 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998年）181、186頁。

[19] 南利明『ナチズムは夢か』（勁草書房、2016年）491-493頁参照。

### 3、刑事手続について

民族の裏切者に対する処罰を科すために、刑法典の改正を中心とする実体法の領域における一連の立法作業と平行して、司法制度の領域での改革作業も進んでいた。

最初の大きな措置は特別裁判所を設置することであった。「特別裁判所設置令」は、各上級ラント裁判所の管轄区域毎に、三名の職業裁判官からなる「特別裁判所」の設置を宣言し、「民族及び国家の保護の大統領令」、「国民高揚の政府に対する陰謀的攻撃を防衛するための大統領令」が規定する重罪および軽罪の管轄権に関し、それがライヒ裁判所または上級ラント裁判所に属さない限りにおいて、特別裁判所に帰属するものとした。その後、特別裁判所の管轄権が拡大していた。政治犯罪の他、刑法典が規定する非政治的な重罪、軽罪の一部までに及んでいた。

特別裁判所の具体的な訴訟手続に関しても、「刑事訴訟法および裁判所構成法の規定を準用する」としながら、「迅速な審理と処罰」の実現を目的として、通常の裁判において必要とされる重要な法的手続を一部免除した。拘留命令の口頭弁論、予審等は「行わず」あるいは「必要としない」とされて、証拠調べについても拒否しうるものとされた。このように、特別裁判所にとって裁判の「客観性」よりも「合目的性」、つまり、「国家と民族の維持並びに保護の実現の奉仕」がもっとも重要な課題であると思われる<sup>[20]</sup>。

その後、大逆罪および背反罪等の政治的な犯罪の導入に伴い、これらの犯罪に対する管轄権がライヒ裁判所から取り上げられ、新たな「特別の裁判所」としての「民族裁判所」に付与された。政治犯罪の種類の拡大に伴い、「民族裁判所」の管轄権も広がっていた<sup>[21]</sup>。その裁判官は「まずはじめに政治家であり、しるか後にはじめて裁判官である」とされて、民族裁判所が通常の意味の裁判所ではなく、一つの「政治的裁判所」といったものだと考えられる<sup>[22]</sup>。

特別裁判所や民族裁判所の設置や管轄権の拡大の背景には、「合目的性」を基本原理とする新たな裁判観の登場の他に、ナチス政権が通常裁判所や裁判官に対する不信感も存在したと考えられる。「国会放火事件」における共産主義者を無罪とした通常裁判所の判決に対して、「判決は民族の法感情に照らせば明らかに誤った判決である」、「共産主義の危険をドイツから排除することが不可能なままに終わる」のような指導部の意見からして、ナチス政権の裁判所に対する不満がはっきりと明らかになった<sup>[23]</sup>。

### 三、小括

以上では、ナチスの秩序罰を考察するための前提作業として、ナチスの国家観・民族観、および犯罪観・刑罰観をスケッチした。ナチスの最終目標は「ドイツ民族による世界統治」であり、そのために、民族共同体の建設は不可欠である。そのような理念の下で、ナチスは特殊な犯罪観・刑罰観を保有していた。つまり、犯罪は民族忠誠義務の違反であり、刑罰は裏切者を民族共同体から抹殺し、民族を浄化する手段であると考えられた。そのため、ナチス国家は、罪刑法定主義を否定して、特殊裁判所を設置し、刑事手続を簡略にし、「民族共同体」を建設していた。以上の考察によって、ナチスにおける世界観や法律観は、通常理解、とくに啓蒙運動以降の理解とは根本的に異なっているといえよう。このような立場に立って、以下ではナチスにおける経済刑法と秩序罰を考察する。

<sup>[20]</sup> 南利明『ナチズムは夢か』（勁草書房、2016年）493-494頁参照。

<sup>[21]</sup> 南利明『ナチズムは夢か』（勁草書房、2016年）495-501頁参照。

<sup>[22]</sup> 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998年）223頁参照。

<sup>[23]</sup> 南利明『ナチス・ドイツの社会と国家』（勁草書房、1998年）219頁参照。

## 第二款 ナチス経済刑法における秩序罰

ナチスにおける秩序罰は主として経済刑法に関する諸法令に存在した。秩序罰はナチスのオリジナルではなかった。1919年に制定されたライヒ租税通則法は、租税調査や租税監督のために制定した租税規定や規則に違反する場合、刑罰（Strafe）を科すと定める場合以外に、5マルク以上500マルク以下の秩序罰（Ordnungsstrafe）を科すと規定した<sup>[24]</sup>。しかしながら、ヴァイマル共和時代、秩序罰の適用範囲はまだ広くなく、制裁手続や法的効果についても様々な相違点が存在していた<sup>[25]</sup>。ナチス時代において、経済刑法の膨張に伴い、従来の刑罰と異なる新たな制裁手段とする秩序罰は本格的に登場した<sup>[26]</sup>。以下では、ナチスの経済刑法を概観した上で、経済刑法における秩序罰の法的性格、法的構造、登場の理由と膨張の原因などを考察する。

### 一、ナチスの経済刑法

ナチスの経済刑法は、統制経済に基づき構築されたものである。ナチズムにおける「経済」は、従来の自由主義の経済ではなく、「国家社会主義経済（Nationalsozialistisch Wirtschaft）」、つまり統制経済であった。

自由主義国家は国の経済の管理・操縦をねらわず、個人主義の視点から経済を捉えていた。「自由に意思表示をする権利」、「自由に結社・集会する権利」を有することと同様に、国民は、自由に経済活動を行う権利も有している。国家は、国民が不道德・不公正な経済活動をする場合のみ、経済活動を規制する意欲を示している。しかしながら、ナチス国家において、国家が経済を指揮することをその任務とする<sup>[27]</sup>。

自由経済から統制経済への転換の理由・目的については、ナチス基礎理論、特に犯罪観・刑罰観を考えれば簡単に理解できると思われる。「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」<sup>[28]</sup>。ナチス時代の学者 Karl・Siegart はその著作において統制経済への転換の理由を明確に説明した。すなわち、「われわれは、軍事の軍備のみならず、全体の国民経済についても、立て銃の姿勢を取らなければならない」、「経済法は、社会の国民秩序の形成に本質的に貢献を提供する」と述べられた<sup>[29]</sup>。このように、刑法の一部とする経済刑法も、民族共同体を形成し、究極的に「生活空間」を拡大するに、民族の敵と戦う道具として構築されるものであった。

そのため、ナチス経済刑法の目標は「民族的利益」の実現であり、その経済思想の基礎はいわゆる「公益優先原則」（Gemeinnutz vor Eigennutz）であると考えられる<sup>[30]</sup>。このような目的を達成するために、ナチス国家は大量の経済組織を創立し、経済統制法令を制定していた。ごく短い期間で、統制経済を基礎とする新たな経済刑法の分野が現れた。この新たな経済刑法は、さまざまな点で重要な意義を有しているが<sup>[31]</sup>、本研究の問題意識との

<sup>[24]</sup> Reichsabgabenordnung vom 13. Dezember 1919. § 377.

<sup>[25]</sup> Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 11; Stefan werner, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, 1988, S.45.

<sup>[26]</sup> Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 12; Karl Siegart, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 20.

<sup>[27]</sup> Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 9.

<sup>[28]</sup> 田中良弘「行政刑法と秩序罰—ナチス経済刑法の歴史的考察」一橋法学 14 卷 3 号（2015 年）990 頁。

<sup>[29]</sup> Karl Siegart, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 20.

<sup>[30]</sup> 柳澤治『戦前・戦時日本の経済思想とナチズム』（岩波書店、2008 年）165-166 頁参照。

<sup>[31]</sup> たとえば、国家と経済の関係のこのような変化は、長期的な社会発展の傾向から生じた社会経済的な要請であり、戦後の経済法や行政法との連続性を有するという意見も存在している。広渡清吾『ドイツ法研究—歴史、現状、比較』（日本評論社、2016 年）170—174 頁参照。

関連においては、従来の刑罰と異なる制裁手段—秩序罰—を多用する点が注目される。

## 二、ナチス経済刑法における秩序罰

ナチス時代では、秩序罰が大幅に導入され、経済刑法の典型的な制裁手段として、経済刑法の全体領域に拡張する傾向を有した<sup>[32]</sup>。ナチス経済刑法について、主として、帝国農業協会が制定した法令、森林経済・木材経済に関する法令、経済組織に関する法令、経済を規制した法令、価格監督に関する法令、および帝国文化組織の経済規定などが存在していた<sup>[33]</sup>。ほぼすべての経済刑法の分野において、秩序罰が規定されていたが、各分野で秩序罰の発展には不統一性が存在していた。

帝国農業協会（Reichsnährstand）の法令の中、秩序罰が多く存在していた。帝国農業機関の主要機関と経済連合組織（Zusammenschlüssen）は秩序処罰権を有しており、帝国農業協会の会員に対して、法規、規則、命令に違反することを理由として、秩序罰を科すことができる。帝国農業協会の法令において、秩序罰は重要な役割を演じていた。ほとんどの義務違反に対して秩序罰が罰せられる<sup>[34]</sup>。

経済組織に関する法令は各種の組織を構築する組織法であり、その中に強制罰が存在していたが、秩序罰は多くなかった。ただし、内水航行の分野では、内水航行を管理する組織は規制権限を有し、秩序罰を科すこともできる<sup>[35]</sup>。

経済規制と価格監督の法令について、秩序罰が大量に存在していた。価格監督法のうち、1934年12月11日の価格監督命令（Preisüberwachungsverordnung）、および1935年1月8日の補足命令によって、すべての価格違法行為に対して秩序罰を科すことが可能となった。また、経済規制の法令の中、一般授權のような秩序罰条項が存在していたし、重要な個別法の中にも、たとえば1934年9月4日の商品取引令（Verordnung über den Warenverkehr）、秩序罰が規定されていた<sup>[36]</sup>。

帝国文化官庁の法令の中にも、秩序罰が存在していた。たとえば、1933年11月1日の帝国文化官庁法の第一の執行命令の28条によって、官庁の首長は違反者に対して秩序罰を科すことができるとされていた<sup>[37]</sup>。

以上のように、経済統制法令の拡張に伴い、秩序罰も広範に適用されていた。刑罰とともに、場合によって、刑罰よりもっと重要な制裁手段として活用されていた。

## 三、秩序罰の法的性格

ドイツの歴史上、近世領邦国家において、ポリツァイ官庁による処罰が存在していた。その後、啓蒙運動およびライヒの成立の影響で、統一的な刑法典や刑事訴訟規則が制定された。その中、行政による処罰はまだ存在していたものの、例外的なものとして留保されただけに過ぎない。特に注意すべきなのは、ポリツァイ罰についても、行政官庁による例外的な処罰についても、罰そのものは刑罰であるということである。そして、ゴルトシュミット等の行政刑法論者は、行政犯と刑事犯の区別、行政刑法の独立性などを強調したものの、行政犯に対する処罰について、その法的性格は刑罰であるに違いない。これに対して、ナチスの秩序罰は、その法的性格は従来の刑罰と根本的に異なっている点に注目されている。

[32] Karl Siegart, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 20; Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 12.

[33] Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 45.

[34] Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 46.

[35] Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 47.

[36] Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 47.

[37] Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 48.

第一に、秩序罰（*Ordnungsstrafe*）は、その法的効果について、狭義の刑罰（*Strafe*）とは異なっている。ナチス経済刑法の秩序罰は金銭罰に限定されていた<sup>[38]</sup>。普通の罰金刑の場合、罰金を支払わないとき罰金刑が自由刑に転換するようになったのに対して、秩序罰については、違反者が罰金を支払わない場合であっても自由刑を科することができないのが通常である<sup>[39]</sup>。そして、特に注目されるべきなのは、秩序罰を処せられた違反者を検察の刑罰登録簿（*Straferegister*）または警察の管理登録簿（*Führungsregister*）に登録せず、前科者として取り扱わないとされていた<sup>[40]</sup>。

第二に、秩序罰は裁判所ではなく、行政機関によって科されるものである<sup>[41]</sup>。帝国農業協会の法令に違反する場合、秩序罰は協会のリーダーとする帝国農民指揮者（*Reichsbauernführer*）またはラント農民指揮者（*Landesbauernführer*）によって科されるのである。経済連合組織（*Zusammenschlüssen*）の法令に違反する場合においても、秩序罰は経済連合組織のリーダーとする議長（*Vorsitzend*）によって科されるのである。価格監督の法令違反について、価格監督命令（*Preisüberwachungsverordnung*）によって、価格特別委員または価格監督機関は秩序罰を科することができる。その他の領域では、統一な手続規定は欠如していたが、秩序罰が行政機関によって賦課されることが一般的である<sup>[42]</sup>。

1877年のライヒ刑事訴訟規則が制定された後でも、行政による処罰は存在していた。この意味で、秩序罰が行政官庁によって科されることは特有なものではないと言えるのであるが、前々節で確認したように、行政による処罰が三権分立原則の例外として捉えられており、その適用範囲が違警罪や公課・租税に集中しているのであった。しかしながら、秩序罰はまさに逆であり、その賦課権限は原則として行政官庁に委ねられており、例外の場合のみ、行政官庁の申請によって裁判所に賦課されるのであった。この点において、秩序罰は最初から「行政制裁」として登場したものであり、秩序罰と従来の刑罰とは異なっていると考えられる。

第三に、第二点と関連して、秩序罰の賦課は行政手続によって行われており、事後の救済についても、刑事訴訟手続を適用しないとされている。秩序罰の処罰主体は行政機関であるため、その処罰手続についても、刑事訴訟手続ではなく、行政上の手続を適用することが何の不自然もないといえよう。ただし、注意すべきなのは、ナチス時代において、前述のように、「公正」「客観」より「合目的性」を追求したために、秩序罰の処罰手続はかなり不備であり、秩序罰の賦課は定式なしで行進していた<sup>[43]</sup>。刑事訴訟についても特別裁判所の設立や訴訟手続の簡略が進んでいたナチス時代において、秩序罰の制裁手続の不備は必ずしも大切なことではないと言えよう。綿密・複雑な刑事訴訟規定を避けるために行政官庁の秩序罰を適用したから、秩序罰の制裁手続が不備となるのはむしろ望ましいで

<sup>[38]</sup> Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 63. 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）118頁参照。

<sup>[39]</sup> Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 63; Karl Siegart, *Deutsches Wirtschaftsstrafrecht*, 1939, S. 32. 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）118頁。但し、例外として、1933年12月18日カリ塩経済法57条は、秩序罰を執行しない場合6週以下の「秩序拘禁（*Ordnungshaft*）」を科せられると規定した。Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 58; Karl Siegart, *Deutsches Wirtschaftsstrafrecht*, 1939, S. 31. 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）118頁参照。

<sup>[40]</sup> Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 10; Karl Siegart, *Deutsches Wirtschaftsstrafrecht*, 1939, S. 32. 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）118頁。

<sup>[41]</sup> Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 63.

<sup>[42]</sup> 経済規制の法令の秩序罰について、国家の行政機関（*Stelle*）の申請によって特別裁判所（帝国経済裁判所またはカルテル裁判所）が秩序罰を科す例外が存在していた。Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 57.

<sup>[43]</sup> Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 136; Karl Siegart, *Deutsches Wirtschaftsstrafrecht*, 1939, S. 32.

はないかと思われる。

そして、秩序罰に対する不服する場合、普通裁判所への法救済の方法が一般的に排除されていた<sup>[44]</sup>。たしかに、帝国農業協会等機関が科す秩序罰の賦課に対して不服がある場合、仲裁裁判所（*Schiedsgericht*）へ救済を求められる場合が存在したが<sup>[45]</sup>、普通の場合、行政機関への不平苦情（*Beschwerd*）のみが可能であり、司法救済（*Rechtsbehelf*）が認められていなかった<sup>[46]</sup>。

以上の秩序罰の法的性格に対する考察によって、秩序罰は本格的な行政制裁であるといえよう。秩序罰の賦課主体、賦課手続、法的効果については、狭義の刑罰とは異なっており、後節で分析しようとする今日の秩序違反法の過料とは基本的に同じである。従って、ナチス時代になってはじめて、刑罰と異なる新たな制裁手段が現れて、行政制裁はドイツにおいて本格的に登場したと思われる。以下では、その登場の原因、およびその法的構造を考察する。

#### 四、秩序罰（行政制裁）の登場の原因

ナチス時代、制裁権限が行政機関に委ねられた秩序罰が登場した。前述のように、ナチス時代において、罪刑法定主義が放棄されており、政治的な性格を有する特別裁判所や民族裁判所が大量の犯罪行為の裁判を管轄していた。「法律なくして刑罰なし」、「判決なくして刑罰なし」などの近代的な刑事基本原則が必ずしも遵守されていなかった。そのため、ナチス時代において、行政官庁の制裁権限を認めうるかどうかはそもそも問題ではなかったかもしれない。この意味で、行政制裁の「許容性」はただ一つの偽命題にすぎないと言えるかもしれない。適切に言えば、問題は行政制裁の許容性ではなく、ナチス時代において秩序罰が登場した理由であるといえよう。

秩序罰はナチス以前の時代から存在したが、ナチス立法者に重視されていた。その理由には、さまざまな点があると考えられるが<sup>[47]</sup>、もっとも重要な理由は、秩序罰が「迅速的」「効率的」であり、違法行為を迅速に制裁できるという機能性を有するという点にあると思われる。「秩序罰は迅速的に賦課されうる、且つ事後審査が制限される制裁形式である。それは便宜性（*Zweckmäßigkeit*）と効率性（*Effektivität*）のために創立した法の一部である」<sup>[48]</sup>と考えられる。秩序罰はナチスのオリジナルなものではなく、ナチス時代前から存在していたが、ナチス時代で爆発的に増大した理由は、その迅速性と効率性がナチスの目標実現にとって不可欠だということであろう。ナチス国家は、経済政策の目標を達成し、経済領域の困難をコントロールするために、経済生活を積極的に介入しておら、秩序罰は、全体の経済生活の新秩序を実現するための手段である<sup>[49]</sup>。ナチス国家においても、刑事制裁が存在するが、刑事司法は経済制裁を迅速に実現するための速度と柔軟性を欠くと思われる。刑事追訴手続に比べて、秩序罰の手続は極度に簡単であり、秩序罰は「国家の経済に対して迅速・柔軟に干渉することを確保する道具であり」<sup>[50]</sup>、経済統制や経済干渉の増加に伴い、秩序罰の適用必要性も増大しつつあったのであろう。「生活空間の拡大」、「民族の害虫の除去」、「指揮経済の形成」等の一連の目的を達成するために、煩雑な刑事手

<sup>[44]</sup> Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 63.

<sup>[45]</sup> Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 133.

<sup>[46]</sup> Helmut Meeske, *Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft*, 1937, S. 63.

<sup>[47]</sup> たとえば、秩序罰を制度化する理由について機能的自治の要素が存在していたという見解が存在する。山本隆司「行政制裁の基礎的考察」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相』（有斐閣、2013年）267頁参照。

<sup>[48]</sup> Stefan Werner, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Teil 1, 1988, S.49.

<sup>[49]</sup> Heinz Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten*, Bd.2, 1982, S.167.

<sup>[50]</sup> Stefan Werner, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus*, Teil 1, 1988, S.236.



続によって賦課する刑罰ではなく、行政機関がインフォーマルな手続によって賦課する秩序罰を適用することは、ナチスにとって当然的なことと言っても過言ではなからう<sup>[51]</sup>。経済法分野の違法行為と戦うために、秩序罰とそれに関連する行政官庁の権力強化が必要であり、そこで、行政機関は経済統制のために強い権力を委ねられていた<sup>[52]</sup>。

留意すべきなのは、ナチス時代において秩序罰の登場は、行政刑法理論と関連するのか、ナチスにおける秩序罰の適用は、行政犯と刑事犯との分離を主張する行政刑法論の実定法上の実現であるといえるのか。これについて、ナチス秩序罰と行政刑法論とは根本的に異なっているものであると思われる。

まず、ナチス秩序罰と行政刑法論の目的・趣旨は根本的に異なっている。秩序罰を考察する場合、ナチス経済刑法、ナチス刑法ないしナチス一般理論を無視してはならない。前款で確認したように、ナチスは独特な犯罪観・刑罰観を有していた。それは行政刑法論の目的・趣旨が一致していないと思われる。行政刑法理論は、行政犯と刑事犯の区別を強調し、独自の行政刑法の制定を主張するのに対し、ナチス秩序罰は経済統制の手段であり、経済分野における民族共同体と戦うための道具であった。ナチス秩序罰についても、その理論基礎はナチズムであり、行政刑法論の基礎とする近代の刑事基本原則とは異なるものである。

そして、行政刑法論は行政犯と刑事犯との区別を主張したが、ナチスにおける犯罪行為と秩序罰行為との区別は必ずしも行政犯と刑事犯との区別ではない。それどころか、後述のように、ナチスにおける秩序罰の制裁対象と刑罰の制裁対象の間に、そもそも明確な区別基準が存在しなかった。ナチスの立法者は、「行政犯」と「刑事犯」の分離を意識して秩序罰を定めたわけではなかった。これに関連して、ナチス時代の学問研究についても、秩序罰行為と犯罪行為の分離の問題を真剣に取り扱わないというイメージが感じられ、「この問題に関する論説はしばしば、理論的、実践的な意義を有しないえさ科学の飾りである」と考えられる<sup>[53]</sup>。

また、ゴルトシュミットとエリック・ウォルフ等の行政刑法論者が論じた行政罰の罰は、あくまで刑罰であり、行政裁判所によって科されるべきであるのに対し、ナチスにおける秩序罰は、行政官庁によって制裁されて、刑事追訴や刑事救済から排除されて、刑罰の法的性格を有しない制裁手段であった。

従って、ナチスの秩序罰は、行政刑法理論の実定法上の実現であるとは言えないと考えられる。「秩序罰の大部分は、ナチス政権下における、全くの政治的、ゆえにまた恣意的な目的によって来るものであり、実際の意味では行政刑法理論とは何の関係もないものである」と言わざるとえない<sup>[54]</sup>。

## 五、秩序罰の法的構造

秩序罰について、実体面の制裁範囲と手続面の制裁手続などの法的構造の考察が不可欠な問題である。ただし、前述のように、ナチスの秩序罰の訴追手続と救済方法に関する規定がほとんど存在せず、秩序罰の賦課は定式なしで行われていた。以下では、主に実体面、すなわち制裁範囲の問題を考察する。

### 1、実定法について

<sup>[51]</sup> Stefan Werner, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, Teil 1, 1988, S.292.

<sup>[52]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 11.

<sup>[53]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 24.

<sup>[54]</sup> 吉田尚正「ドイツ法における秩序犯と刑事犯（一）—その区分と法的効果」警察研究 60 巻 12 号（1989 年） 31 頁。

ナチス経済刑法の中、違反者の責任や違法行為の結果の軽重によって秩序罰と刑罰を分けた例が存在した。たとえば「伐採前後の木材の市場取引規則に関する命令」について、その第4条1項は、帝国森林官（Reichsforstmeister）の告訴を要件とする刑罰を科すことを規定し、第2項は、違反者の責任および違法行為の結果が軽微である場合、帝国森林官によって秩序罰を科すことができることを定めていた<sup>[55]</sup>。このように、実定法上、秩序罰と刑罰の区別を規定する例が確かに存在した。

多くの場合、経済法令は、「裁判所の裁判を求める公共利益」を基準として、「公共利益」がある場合、行政機関が告訴し犯罪を追求し、「公共利益」が存在しない場合、行政機関が自ら秩序罰を科すと規定していた<sup>[56]</sup>。たとえば上述の商品取引令（Warenverkehrsordnung）の第15条、消費規制処罰命令（Verbrauchsregelungs-Strafverordnung）の第4条はそのような内容を規定していた<sup>[57]</sup>。しかしながら、「裁判所の裁判を求める公共利益」の有無は、行政機関の裁量によって判断されていた。行政機関は、事実上、極めて広い裁量を有していた<sup>[58]</sup>。

そして、実定法上、秩序罰と刑罰の区別基準をまったく規定しない場合も存在していた。たとえば「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」について、その1条1項は法令違反に対して軽懲役または罰金を科すことを規定しながら、8条1項は、1条1項に定める違法行為があった場合、「有責者」に対し金銭秩序罰を科すことを定めていた<sup>[59]</sup>。この場合、同一な違法行為に対し、刑罰も秩序罰も科せられており、刑罰の適用範囲と秩序罰の適用範囲について、一部の重なる部分が現れた。

以上のように、ナチス経済刑法は、秩序罰の適用について、「公共利益」や「軽微性」などの不確定概念を基準とする場合もあり、適用基準をまったく規定しない場合も存在した。適用基準を規定した場合でも、公共利益の有無、責任や結果が軽微なのか、に関する判断は、行政官庁に恣意に裁量されていた。従って、ナチスにおける秩序罰の制裁範囲はとて広くて、犯罪との限界は不明であったといわざるを得ない。

## 2、学問上の整理

実定法上の秩序罰と刑罰との限界づけについて、学問上はどう理解されたのか。これに対して、両者の質的区別を肯定する見解は存在していた。Meeskeによって、犯罪は国民の道德秩序への違反であり、刑罰は国民道德秩序の侵害を伴う犯罪行為に対する贖罪であり、違反者個人に対する無価値判断（Unwerurteil）を含んでいる。これに対して、秩序罰は違反者に対する道德上（sittlich）の非難判断を含んでおらず、秩序罰が科される違法行為は、国民の道德秩序命令に対する違反（Verletzung von Geboten der völkischen Sittenordnung）ではなく、ただ秩序違反（Ordnungsverstoß）にすぎない。ただし、Meeskeによって、犯罪行為の中でも、道德中立の違法行為も存在するのである。すなわち、刑法典に規定される違警罪は、狭義の犯罪とは異なり、道德中立の違法行為であり、違警罪に対する罰は、違反者に対する道德非難を含んでおらず、秩序罰とは実質的に同じである<sup>[60]</sup>。この意味で、Meeskeの学説は完全な質的区別説ではなく、秩序違反行為と違警罪につい

<sup>[55]</sup> Karl Siegart, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 29; Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz, 1950, S.22. 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）115—116頁参照。

<sup>[56]</sup> Karl Siegart, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 29; Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 64. 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）115—116頁参照。

<sup>[57]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz, 1950, S.21.

<sup>[58]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafgesetz, 1950, S.10.

<sup>[59]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）116頁参照。

<sup>[60]</sup> Helmut Meeske, Die Ordnungsstrafe in der Wirtschaft, 1937, S. 76ff.

ては、量的差異しかないと考えられる<sup>[61]</sup>。なお、Meeske 以外、Rietzsch も質的区別を主張していた<sup>[62]</sup>。

それに対して、秩序罰と刑罰の本質的な区別を否定する見解も存在した。Meeske の質的区別論に対して、Siegart は「彼は今日の経済が有する重要な意味と倫理道德性 (Ethos) を誤解した」<sup>[63]</sup>と述べて、以下のように批判していた<sup>[64]</sup>。Siegart によって、秩序罰行為の確定についても、共同体の (道德) 評価が含まれていた。経済刑法の秩序罰行為について、その経済秩序への故意の抵抗は道德上非難されるべきものである。「われわれは、倫理道德と結んでいる処罰行為の範囲 (Kreis) をより広く引かなければならない」。秩序罰行為は、経済秩序に全体的に妨害しないものの、その運行を侵害する行為である。秩序罰が保護する共同生活上の個々の秩序の背景には、国民経済の全秩序および倫理的に強調された共同社会の価値が存在する。刑事犯罪でも秩序犯でも、それは経済秩序への攻撃で、贖罪すべき行為であり、両者の区別は道德無価値内容の程度 (Stärke des ethischen Unwertgehalts) である<sup>[65]</sup>。なお、Braukmüller は Siegart の見解に賛成して、倫理無価値の内容の程度の区別しかないと主張していた<sup>[66]</sup>。

上記の学問上の見解を理解するとき、以下の二点を無視してはならない。一方では、ナチス時代の質的区別理論と量的区別理論の背景に流れていた共通の思想は、ナチス刑法観、即ち、民族倫理秩序に支えられていた違法論であり<sup>[67]</sup>、その「倫理」「道德」とは、前述のナチスの特殊な世界観、犯罪観の下で理解すべきであろう。他方では、前述のナチス実体法上の規定からしてわかるように、いずれの学問上の見解も実定法に当たらないと思われる。なぜならば、秩序罰は、「ナチス国家が、その全体主義的政治体制のもとで、その権力政治を実現するために、経済刑法の分野において、司法権の干渉をできるだけ制限して、行政官庁による簡単な手続による処罰を拡張するためのものであり、必ずしも学問上の理論的基礎を有せず、政治的考慮によって導入したものからである」<sup>[68]</sup>。

### 第三款 小括

ナチス時代において本格的に導入した秩序罰は、行政官庁が行政手続によって科する制裁であり、本物の行政制裁であり、本研究の問題意識との関連で、とても重要である。

ナチスにおける特殊な世界観・民族観、犯罪観・刑罰観の下で、秩序罰を多用したことは、機能性を追求した結果であるといえよう。一方では、一般論として、ナチス時代において、犯罪は民族共同体に対する裏切りであり、刑罰は民族の敵を除去し民族を浄化する手段であると捉えられて、罪刑法定主義が廃止されて、特殊裁判所や民族裁判所の創立にともない、訴訟手続も大幅に簡略されていた。他方では、具体的に、経済刑法分野について、戦

<sup>[61]</sup> 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界 (一) —ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 24 巻 2 号 (1981 年) 169 頁参照。

<sup>[62]</sup> Rietzsch の主張は Meeske とほぼ同じである。神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界 (一) —ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 24 巻 2 号 (1981 年) 169 頁参照。

<sup>[63]</sup> Karl Siegart, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 29.

<sup>[64]</sup> Karl Siegart, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 29ff.

<sup>[65]</sup> Karl Siegart, Deutsches Wirtschaftsstrafrecht, 1939, S. 30f.

<sup>[66]</sup> 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界 (一) —ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 24 巻 2 号 (1981 年) 171 頁参照。

<sup>[67]</sup> 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界 (一) —ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 24 巻 2 号 (1981 年) 172 頁参照。

<sup>[68]</sup> 福田平『行政刑法』(有斐閣、2004 年) 23 頁参照。

争を備えるために、国家は自由経済を統制経済へ転換し、国民経済に深く介入しながら、秩序罰を活用して違法行為に制裁していた。秩序罰の多用は、特殊裁判所の設立や訴訟手続の簡略の原因とは同じであり、つまり、簡略な手続によって迅速的に違法行為を制裁するからである。

このような背景の下で登場した秩序罰は、その法的構造はめちゃくちゃであった。一方では、秩序罰の制裁範囲はとても広がった。秩序罰は経済刑法の各分野に存在しており、刑罰よりも多く規定されていた。秩序罰の違法行為と犯罪行為との区別について、「公共利益」のような曖昧な基準しか存在しなかった。行政官庁の恣意な裁量によって、秩序罰が広範に使用されており、行政権は司法権を遥かに凌駕していた。他方では、秩序罰の手続は極めて簡単であり、事後の司法救済も制限されていた。手続面の規定はほとんど存在しなかった。

秩序罰は、刑罰ではなく、刑事手続を頼まず、前科効果を有しなかった。この意味で、秩序罰は新たな制裁手段として、非犯罪化の可能性を提供した。しかしながら、ナチス時代において、秩序罰は必ずしも合法的に規定・賦課されていなかったため、逆に三権分立に違反し、人権侵害の道具となった。それを合法的に改造し、非犯罪化の手段として活用するのは、戦後のことであった。

## 第四節 戦後ドイツの行政制裁

戦後、経済刑法を含むナチス法制が根本的に改正された。ただし、行政制裁は廃止されなかった。1949年に制定された経済刑法において、秩序罰は留保されており、刑罰とともに、経済分野の違法行為に対する制裁手段として規定された。秩序違反行為と犯罪行為の分離は、経済刑法の分野においてはじめて実現した。1952年に秩序違反法が制定されて、秩序違反行為と犯罪行為との分離は全分野に拡大した。1968年に新たな秩序違反法が制定されて、実体面と手続面の規定が改正されて、法制がより一層整備された。その後、道路交通法や刑法典の改正によって、秩序違反行為の範囲は拡大しつつあり、行政制裁は着実に活用されている。

戦後の行政制裁は、ナチスの秩序罰から発展したものである。1949年経済刑法において、（ナチス時代の）秩序罰（*Ordnungsstrafe*）は「過料（*Geldbuße*）」という名称で継承されており、秩序罰の合法性改造、すなわち適用範囲、制裁手続、救済方法等の法整備が重要な問題となった。ナチスにおける秩序罰が濫用されたことがあるが、戦後には廃止されなかった。その理由は何であろうか。秩序罰の合法性改造がどのように行われたのか。行政制裁、特にその許容性を理解するために、1949年の経済刑法に対する考察は不可欠である。

1952年秩序違反法は制定された以降、秩序違反行為と犯罪行為との分離は全法域に拡大した。法制の整備に伴い、行政制裁の許容性に関する疑問も現れたが、連邦憲法裁判所はそれを肯定した。一方、秩序違反行為の範囲は拡大し、行政犯以外に、一部の軽微な自然犯までに及んだ。1968年に新秩序違反法が制定され、秩序違反行為範囲は一層拡大している。それに伴い、秩序違反行為の制裁手続も円滑的に改正された。連邦憲法裁判所は行政制裁の許容性をどのように正当化したのか、それと行政刑法論とはどのような関係を有するのか、秩序違反行為と犯罪行為とはどのように区別されるのか、秩序違反行為の制裁・救済手続はどのように構造されているのか。以下では、1949年の経済刑法における行政制裁、1952年の秩序違反法における行政制裁、1968年の秩序違反法およびそれ以降における行政制裁という三款を分けて、戦後初期から今日まで行政制裁の許容性と基本構造を考察する。

### 第一款 1949年経済刑法における行政制裁

戦争の終結により、ドイツは連合国軍によって分割統治されることとなった。それに伴い、ナチス時代の法律は根本的に改造された。経済刑法も改造の対象である。戦後、国民経済を維持するために、経済刑法が留保されたが、その範囲、手続、決定、救済等の点について、法治国に適合するように改造された。

1945年の敗戦後、ドイツ連邦の地域は、四カ国の占領下に置かれたが、戦後においても、食糧などの諸物資の不足、住居の払底など、国民の生活困窮は、戦争直後においてはむしろ戦争中に比し勝るとも劣らない深刻な状態であった<sup>[1]</sup>。戦争によって、国民経済は徹底的に破壊されて、戦争の賠償も加えて、統制経済は不可欠であった<sup>[2]</sup>。そのため、戦

[1] 長野實『西ドイツ秩序違反法』（国立国会図書館、1980年）15頁参照。

[2] Kurt Haertel/Günter Joel/Eberhard Schmidt, Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts: Textausgabe

後 2 年目の早い時期、1947 年 10 月、英米両国占領区の統合地域において、統制経済緊急法（Bewirtschaftungsnotgesetz）が制定されていた。この法律は、秩序罰と行政制裁を留保し、ナチス経済刑法にも見られるように、違法行為について裁判を求めるべき公共利益が存在しない場合には、秩序罰を科すことを規定した。ただし、このような公共利益の有無について、ナチス時代では行政機関が最終判断権を有したのに対して、統制経済緊急法では、その裁断権を檢察機関に委ねた。戦後においても、経済違法行為を迅速的に制裁する必要性が相変わらず存在した一方、国民は軽微な違法行為によって犯罪と評価される恐れもあったため、秩序罰は不可欠であると考えられる<sup>[3]</sup>。

1947 年の統制経済緊急法は、戦争が終了したところ時期に制定される過渡的な法律であり、「裁判を求めるべき公共利益」等のナチス経済刑法の要素が留保されており、ナチス経済刑法体制に対する全体的な反省や改造はまだ行われなかった。ナチス経済刑法を根本的に改造し、行政制裁を正式的に認めたのは、1949 年に制定された経済刑法である。

## 一、49 年経済刑法の概観

統制経済緊急法が制定された二年後、フランス占領区を含めた統合経済地域について、「経済刑法の簡略化に関する法律」（以下では、49 年経済刑法という）が制定された<sup>[4]</sup>。49 年経済刑法は、未来の経済発展の軌道や特定の経済システムを示すような重要な経済政策などを規定しておらず、その意義はむしろ経済刑法をナチスの全体主義国家権力という墮落思想から解放したという点に存在すると述べられた<sup>[5]</sup>。

49 年経済刑法は、経済法規違法行為を、「経済犯罪行為（Wirtschaftsstraftaten）」、「秩序違反行為（Ordnungswidrigkeiten）」および「違法行為（Zuwiderhandlung）」という三種類を分けた。「違法行為」とは、犯罪または秩序違反行為のいずれかになりうる、法の適用段階において、当法の規定する判断基準によっていずれに該当するかが判断される違法行為である。犯罪行為に対して刑罰を科す一方、秩序違反行為に対して過料（Geldbuße）を科すと規定された。過料は、行政官庁が行政手続によって科される制裁であり、秩序罰とほぼ同じであるが、ナチスにおける秩序罰とを区別するために、「過料」として規定された。経済犯罪行為の処罰は裁判権限であり、刑罰の賦課は裁判所に行われるが、秩序違反行為は行政官庁の管轄に服すると規定された。このように、49 年経済刑法は、ナチス時代に多用されていた秩序罰を留保し、行政制裁を認めた。

## 二、行政制裁の許容性

戦後の経済刑法の改革において、ナチス時代に濫用された秩序罰は廃止されないのみならず、留保された上で活用されるようになった。行政の秩序罰の制裁権限を認めた理由は何であろうか。

### 1、行政刑法理論と行政制裁の許容性

1949 年経済刑法を研究するとき、Eberhard Schmidt の理論を無視することができない。「彼は戦後の初期経済刑法の立法においても、名実ともに理論的指導者としての役割を果たしていた」<sup>[6]</sup>。彼の経済刑法に関する思考の「総決算としての本格的体系書」とする『新西

mit erläuternder Einführung, Verweisungen und amtlicher Begründung, 1949, S.134.

<sup>[3]</sup> Göhler/Gürtler/Seitz/Bauer, Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, 17.Aufl. 2017, S.2, Rn. 5.

<sup>[4]</sup> Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrecht(Wirtschaftsstrafgesetz) vom 26. Juli 1949.

<sup>[5]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 9.

<sup>[6]</sup> 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）—ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 26 巻 2 号（1984 年）256 頁。

ドイツ経済刑法』によれば、49年経済刑法における犯罪行為と秩序違反行為との分離は、行政刑法理論の実定法上の実現である。

49年経済刑法における犯罪行為と秩序違反行為との区別について、後述の「三、制裁範囲」のところで詳しく分析したいが、ここで述べたいのは、Eb.シュミットによって、49年経済刑法の犯罪行為と秩序違反行為は、刑事犯と行政犯に対応するものである。すなわち、秩序違反行為は行政に違反し、行政益を侵害する行政違法行為であり、秩序違反行為に対する制裁—過料（Geldbuße）—は行政罰である<sup>[7]</sup>。秩序違反行為と過料をこのように理解すれば、過料は行政違法行為に対する制裁であり、行政国家が行政義務違反に強制する手段であるに過ぎなく、過料を科す作用も行政作用そのものである<sup>[8]</sup>。このように、過料は行政機関の行政義務違反に対して科す法的反作用として正当化されている。Eb.シュミットが述べたように、過料の適用は、純粋な行政事務（Verwaltungsangelegenheit）であり<sup>[9]</sup>、49年経済刑法の手続法部分は、法治国の行政刑法の理論（der rechtsstaatlichen verwaltungsstrafrechtlichen Theorie）から導き出すものである<sup>[10]</sup>。行政官庁の制裁権の認容は、その制裁対象の特徴（行政犯）、制裁作用の性質（行政作用）に求めるのは自然的であろう<sup>[11]</sup>。

しかしながら、第二節で考察したように、ゴルトシュミットでもエリック・ウォルフでも、行政犯や行政罰の特性を強調したものの、行政罰の行政官庁による科刑が認めなかったのである。むしろ、行政犯が犯罪である以上、「法律なくして刑罰なし」、「判決なくして刑罰なし」などの刑法原則を遵守しなければならず、行政犯の科刑権限を行政裁判所に委ねるべきと主張した。そのため、過料を科す作用の本質は行政作用であり、司法作用ではないと認めるとしても、直ちにそれを行政官庁に委ねるべきという結論を出せないと思われる。49年経済刑法が行政制裁を認めたことについて、行政刑法理論以外の理由が存在したと思われる。

## 2、機能性と行政制裁の許容性

行政制裁が認められた理由を探究するとき、当時の時代背景を無視することができない。敗戦と軍事占領は、ナチズム体制からの解放をも意味したが、ドイツはラディカルな断絶と結びつく全く新しい出発への希望を持ちながら、崩壊社会の状況に陥った。よく引用される「零時刻」という言葉のように、解放と希望のみならず、全面的な崩壊や混乱も存在していた。避難と人口流動、空襲等の破壊、食糧等の必要品物の欠如、闇市等の犯罪、戦争賠償、等の様々な問題が存在していた<sup>[12]</sup>。戦後初期の経済刑法は、まさにこのような社会状況の下で生じたものであったため、機能的、効率的かつ迅速的な行政制裁は、経済分野の大量に出現した軽微な違法行為に対して有効な制裁手段としては不可欠といっても過言ではない。

Eb. シュミットはその著作において、統制経済および効率的な行政作用の必要性を強調した。Eb.シュミットによって、経済法の発展は、必ず経済官僚機構の規制的、統制的な

<sup>[7]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S.26f.

<sup>[8]</sup> 行政刑法理論の考察は本章の第二節参照。

<sup>[9]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S.44.

<sup>[10]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S.59.

<sup>[11]</sup> なお、Eb.Schmidt はその後の著作の中においても、「質的区別という理論基礎からのみ、過料手続の合憲性、および過料の合憲性が、その基礎を有する」と述べた。Eberhard Schmidt, Schrittm zum neuen Ordnungswidrigkeitwnrecht, JZ 1969, S.401. 類似的な見解、Klaus Tiedemann, Die Gesetzgebungskompetenz für Ordnungswidrigkeiten, AöR 1964, S.58.

<sup>[12]</sup> クリストフ・クリスマン著、石田勇治、木戸衛一訳、『戦後ドイツ史 1945-1955』（未来社、1995年）45頁以下参照。

活動に伴っており、経済はすでに個人だけのことでなく、国家事務となった。国家の経済任務の解決は、行政機関の持続な活動を前提としており、行政機関が私人の自由活動を制限する命令と指令を出し、国民の行動を国家経済利益に適應するように要求している。そこで、行政命令の強制が重要な問題となり、新経済刑法の登場に伴い、行政強制執行と処罰は現れた<sup>[13]</sup>。Eb・Schmidt は、戦後の統制経済の意義を国家全体の経済利益から導き出し、国家がその任務を遂行するとき、立法と集中な経済行政が重要であると強調した。それ故に、統制経済の必要性および統制経済における行政作用を重視することからみれば、行政制裁を認容するのは不適切ではなく、むしろ歓迎すべきことであろう<sup>[14]</sup>。

従って、戦後初期のドイツについて、行政制裁を認容したのは、効率性・機能性を重視した結果とも言えるであろう。行政刑法理論は秩序違反行為に対する制裁が行政作用に属することを立証した上で、立法者は、効率性・機能性を配慮し、ナチス時代に多用された秩序罰を留保したと考えられる。

### 三、法的構造（一）：行政制裁の範囲

以下では 49 年経済刑法における行政制裁の法的構造を考察する。まず、実体面の問題、すなわち制裁範囲を検討する。

#### 1、実定法について

前述のように、49 年経済刑法は、経済法規違法行為を、「経済犯罪行為」、「秩序違反行為」および「違法行為」という三種類を分けた。「経済犯罪行為」は、第 1 条から第 5 条までに列挙した違法行為であり、需要充足の危険（1 条）、配給資格の隠匿・偽造および偽造配給資格の使用（2 条）、配給資格の偽造の準備行為（3 条）、行政官吏および専門家の義務違反（4 条）、職業禁止・営業停止の違反（5 条）である。「秩序違反行為」は、23 条と 24 条の違法行為であり、監督義務にする違反する業務主または法人（23 条）、重大な過誤に基づく業務主または法人（24 条）に対する過料を科すことが規定された。

その他、7 条から 21 条までの行為は「違法行為」、つまり「犯罪または秩序違反行為のいずれかになりうる違法行為（Zu widerhandlung, die Wirtschaftsstraftaten oder Ordnungswidrigkeiten sein können）」であり、このような犯罪にも秩序違反行為にも該当できる構成要件は「真正混合構成要件（echte Mischtatbestände）」と呼ばれる。これらの行為については、犯罪または秩序違反行為のいずれもなりうるが、法の適用段階において、当法 6 条の規定する判断基準によっていずれに該当するかが判断される。第 6 条は、「（第 2 項）違法行為は、以下のいずれかの方法によって、全体または個別分野における経済秩序の存続または維持に関する国家的利益を侵害する場合には、経済犯罪である。①当該違法行為は、その範囲または影響にしたがい、国家的に保護された経済秩序の給付能力を侵害する性質を有しているものであり、または②行為者は、業として、非難されるべき利欲から、またはその他のように無責任に行動し、もしくは執拗に違法行為を繰り返すことにより、国家的に保護された全体または個別分野における経済秩序を軽視する態度を表明する。（第 3 項）その他のすべての事案については、違法行為は秩序違反行為である」と規定された。

<sup>[13]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 14.

<sup>[14]</sup> なお、その後の 1952 年秩序違反法の制定について、Eb.シュミットは正義と刑事司法の機能性が刑法の肥大に苦しんでおり、刑事司法を大きな弊害から解放するために、行政制裁が不可欠であると指摘した。Eb.Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeit -Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetz über Ordnungswidrigkeit, JZ 1951, S.101.



## 2、経済犯罪と秩序違反行為の理論区別

犯罪行為と秩序違反行為との区別について、学問上はどのように理解されたのか。これについて、「名実ともに理論的指導者としての役割を果たしていた」Eb.シュミットの見解は支配的であった<sup>[15]</sup>。彼は、ゴルトシュミット、エリック・ウォルフの行政刑法理論に基づき、犯罪行為と秩序違反行為との区別を、刑事犯と行政犯との区別であると主張した。彼によって、経済刑法の保護する利益について、以下の二種類が存在している。つまり、国家が各種の任務を遂行するための必要な給付能力とそれに関する経済秩序の維持に関する利益、および国家経済行政において行政主体の個人に対する命令等の服従要求に関する利益である。前者は実体の経済の生活利益の領域で（*der Raum der materiellen wirtschaftlichen Lebensinteressen*）、後者は行政適合の利益（*der Raum der verwaltungsmäßigen Interessen*）である<sup>[16]</sup>。49年経済刑法は、この法益と行政益の質的な区別を承認して、法益を侵害する行為が経済犯罪として刑事罰を科し、行政益を侵害する行為が秩序違反行為として行政罰を科すと規定した<sup>[17]</sup>。違法行為の事実効果と違反者の内心の態度を考慮して、給付能力や経済秩序に関する法益を侵害する場合、刑事犯として処理されており、そうではない場合、秩序違反行為として過料を科すと考えられる<sup>[18]</sup>。

そして、前述のように、第6条は、犯罪行為と秩序違反行為の区別基準を定めて、違法行為の範囲または影響を基準として犯罪行為と秩序違反行為を分けると規定した。この基準は質的なものというより量的なものではないかという疑問は存在しているが、Eb.シュミットによると、経済領域では、量は質を決定するものであり（*daß das Quantitative ganz wesentlich das Qualitative bestimmt*）、この場合も、経済犯罪と秩序違反行為との差異は、「量」的差異ではなく「質」的差異である<sup>[19]</sup>。

このように、49年経済刑法が規定した犯罪行為と秩序違反行為について、その区別は刑事犯と行政犯との差異だと捉えられた。行政制裁の範囲は、行政犯、すなわち行政益を侵害する行政違法行為にとどまると理解された。

## 四、法的構造（二）：行政制裁の手續と救済

ナチス時代における秩序罰について、手續規定がほとんど存在せず、事後の救済も制限されていた。行政機関は、恣意に裁量し、刑罰を排除し秩序罰を適用して、司法機関を凌駕していた。49年経済刑法は、行政と司法の機能権限を明確することを目標として、三権分立の思想から司法の作用範囲を完全に回復して、行政機関の権限を法治国に適合するような手續に結びつけた<sup>[20]</sup>。

### 1、行政と司法の権限

49年経済刑法によって、犯罪行為の訴追・審理は通常の刑事訴訟によって行われており、秩序違反行為の調査、訴追、決定は完全に行政官庁に委ねられていた。

違法行為の調査権限について、経済犯罪の場合は検察機関、秩序違反行為の場合は行政機関が担当する（54条1項）。ただし、行政機関は、その調査によって違法行為が司法追訴を行うべき行為であると判明する場合、調査権限を検察機関に引き渡すべきと規定さ

<sup>[15]</sup> 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）—ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 26 卷 2 号（1984 年）257、278 頁参照。

<sup>[16]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 14.

<sup>[17]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 15.

<sup>[18]</sup> Kurt Haertel/Günter Joel/Eberhard Schmidt, Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts: Textausgabe mit erläuternder Einführung, Verweisungen und amtlicher Begründung, 1949, S.18.

<sup>[19]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 38.

<sup>[20]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 58.

れた（54条3項）。これに対して、検察機関は、違法行為が過料事件であるはずと考える場合、その事件を行政機関に引き渡すべきである（58条1項）。そして、行政機関は過料決定（Bußgeldbescheid）を出す場合、過料決定を検察機関にも送達して、検察機関は違法行為が犯罪行為だと考える場合、違法事件が司法追訴で処理されるべきかどうかについて裁判所の審査を提起することができる（85条）。行政機関も検察機関も裁判所の判断を服従すべきである。

このように、経済犯罪行為と秩序違反行為の対処はそれぞれ検察と行政に委ねられていた。行政機関は秩序違反行為の調査から決定まで完全な権力を有しており、検察機関は過料の調査、訴追、決定について、介入する権限を有しない。行政官庁は独占的に一貫して過料の手続を行うこととした<sup>[21]</sup>。事件の管轄について紛争がある場合、裁判所が最終的に判断するとされている。

## 2、行政制裁の手続と救済

秩序違反行為の制裁は、最初の調査から最後の決定まで、行政機関に行われるのであり、訴追機関と決定機関の分離は存在していない。その理由には、過料の決定が判決ではなく、行政義務違反に対する行政強制の遂行であることが挙げられる<sup>[22]</sup>。

具体的に、行政機関は、あらゆる行政機関から情報を求め、捜査を自ら行うか警察をして行わしめるかすることができて、また証人と専門家に文書による説明を要求することができる（66条1項）。そして、文書等の対象物品の提示を求めたり、部屋や容器等を検閲したり、また事務の記録や商品見本の一時的提出を求めることもできる（67条）。この要求が拒否される場合、対象物に対して、行政機関は差し押えをすることも認められていた（72条）。証人や鑑定人の不服従に対して、過料を科することができるが（70条）、出頭強制、逮捕、身体検査等の権限が認められない。それが必要であると考えるとき、行政機関は裁判所の調査を申請することができる（66条1項）。

当事者は回答を与える義務を有しておらず、黙秘権を有している（74条1項）。ただし、過料決定を出す前に、当事者は意見陳述することができる（74条2項）。そして、手続のいずれの段階でも弁護士を利用することができる（75条）。

行政機関は、秩序違反行為が成立すると考えるとき、過料決定（Bußgeldbescheid）を出す（77条）。その中で、過料の金額、場合によって付随効果等が記載されおり、過料決定の事実と法律の理由も説明されるべきである（79条）。当事者は過料決定に不服するとき、裁判所の判決の申請（Antrag auf gerichtliche Entscheidung）を提起できる（81条1項）。留意すべきなのは、過料決定は行政行為であるが、過料決定に対する救済が行政裁判所ではなく、通常裁判所に求めると規定された。経済犯罪行為の審理は通常裁判所に行われるから、過料決定の救済を行政裁判所に委ねるとすると、法律判断上の問題が生じるおそれがあるからである。

裁判所の手続は、刑事訴訟法の抗告に関する規定が類推適用されて、行政機関の意見を聴かなければならないが、検察官は関与しない（82条2項）。裁判所は、過料決定を維持すべきか、取消すべきか、または変更すべきかを判断するが、過料決定を当事者の不利になるように変更することができない（82条3項）。最後に、通常裁判所の裁判に不服がある場合、原則的な意義を有する法律問題が問題となる場合、行政官庁も関係者も、州上級裁判所への法律上の抗告を提起できる（83条）。

<sup>[21]</sup> 長野實『西ドイツ秩序違反法』（国立国会図書館、1980年）35頁参照。

<sup>[22]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 68.

## 五、小括

戦後初期のドイツにおいて、ナチス法制が根本的に改造されたが、経済の回復と国家の安定を図るために、統制経済を趣旨とする経済刑法およびその手段とする行政制裁が留保された。**49 年経済刑法**における犯罪行為と秩序違反行為との分離は、ゴルトシュミット等の学者が主張した行政刑法論の実定法上の実現と考えられているが、以上の考察によって、このような見解は必ずしも全面的ではないと思われる。一方では、**49 年経済刑法**の制定は確かに行政刑法理論の影響を受けていた。特に、犯罪行為と秩序違反行為との区別について、Eb.シュミットは、ゴルトシュミットとエリック・ウォルフの理論に基づき区別基準を提出した。他方では、秩序違反行為に対する制裁とする過料について、その法的性格、賦課主体、制裁手続は、ナチスにおける秩序罰とは一貫性を有している。従って、**49 年経済刑法**が確定した行政制裁は、行政刑法論とナチス秩序罰とを結合したものであると言えよう。つまり、**49 年経済刑法**は、行政刑法理論の行政犯と刑事犯の分離に関する理論を利用し、ナチス時代の秩序罰違法行為と犯罪行為との限界不明を解消する一方、ナチス時代における秩序罰を利用し、行政犯に対する非犯罪化を実現したと考えられる。

**49 年経済刑法**は、行政官庁の制裁権限を認めた。行政刑法理論の継承者とする Eb.シュミットによって、秩序違反行為（行政犯）に対して過料（行政罰）を科す作用は行政作用であり、司法作用ではない。そのため、行政犯に対する制裁権限を行政機関に委ねるとしても、三権分立の憲法原則に違反しないと思われる<sup>[23]</sup>。ただし、前述のように、行政罰の賦課は行政作用であるとしても、行政裁判所に委ねるべきという見解が存在するから、行政機関の制裁権を認めることには、またその他の理由が存在すると思われる。**49 年経済刑法**の制定原因を考察すればわかるように、その理由は機能性に対する重視であると思われる。統制経済の緊迫性と制裁の機能性・効率性を重視することからみれば、行政制裁を認容するのは不適切ではなく、むしろ歓迎すべきことであろう。なお、戦後において、機能性を重視することはナチス時代のような手続不要論とは異なっており、行政制裁の手続と救済法制が整備されている。

行政制裁の対象について、**49 年経済刑法**は、経済犯罪行為と秩序違反行為とを列挙し、両者のいずれもなりうる「違法行為」に関する区別基準も規定した。Eb.シュミットによって、**49 年経済刑法**における経済犯罪は、国家の給付能力と経済秩序を損なう法益侵害行為であり、秩序違反行為は、行政主体の命令に違反する行政違法行為である。秩序違反行為は行政犯であり、過料は行政罰である。そのため、行政制裁の制裁範囲は、行政犯にとどまると考えられる。Eb.シュミットの見解は、ゴルトシュミットやエリック・ウォルフなどの行政刑法理論の学者の見解とは基本的に同じである。

行政制裁の手続について、**49 年経済刑法**は、行政官庁の独立型の制裁手続を規定した。過料事件の制裁は、調査から決定まで行政主体に行われており、検察機関の介入が排除された。独自で完全な行政制裁手続が規定された。行政制裁の救済について、過料は行政処分であるが、その救済は行政裁判所ではなく、通常裁判所に求めるとされていた。裁判所の司法救済手続は普通の刑事訴訟手続と異なり、刑事訴訟法の抗告に関する規定が類推適用された。

<sup>[23]</sup> ドイツ基本法第 92 条によって、裁判権は、裁判官に委任されており、連邦憲法裁判所、この基本法に予め規定されている連邦裁判所およびラントの裁判所によって、行使される。

## 第二款 1952 年秩序違反法における行政制裁

1949 年経済刑法は、二度に延長されたが、1952 年 3 月 31 に失効することになり、同法の代わりものとして、経済分野のみならず、あらゆる行政分野に適用される秩序違反法が制定された。1952 年秩序違反法は、犯罪行為と秩序違反行為の分離等の実体規定から、過料事件の調査、訴追、決定等の手続規定にかけて、49 年経済刑法と類似した内容を規定していた。

### 一、秩序違反法の制定と行政制裁の拡大

1952 年秩序違反法は、経済刑法分野で実現した秩序違反行為と犯罪行為の分離を全分野に拡大した。その立法理由書によって、秩序違反法の制定には、以下のような考慮が存在した。

一方では、新たな刑事訴訟法は、従来の例外として認められた行政官庁の刑事処罰権、つまり、従来の警察処罰処分（die polizeilich Strafverfügung、StPO413 条以下）および公課公租徴収（die Erhebung öffentlich Abgaben und Gefälle、StPO419 条以下）の規定を削除した。連邦議会の法律委員会は、基本法が刑事不法の科刑を排他的に裁判所に委ねるという観点を支持している。そのため、様々な法律において認められた行政官庁の仮の刑事処罰権が疑問視されている。ただし、このような懸念は、行政官庁の権限を秩序違反行為として明確に特徴づけられる行為を制裁することに限定していれば、消失しているため、行政官庁に秩序違反行為の制裁に関する一般的な法的根拠を設けることが焦眉の急となった<sup>[24]</sup>。

もう一方、経済刑法分野における犯罪行為の秩序違反行為への転化は、経済刑法分野以外のより軽微な違法行為が犯罪として規定されるという処罰の不釣り合いを引き起こした。届出規則違反のような大量の違警罪は、49 年経済刑法における秩序違反行為より軽微であるものの、犯罪行為として評価されている。このようなアンバランスを除去するために、刑法典の違警罪および附属刑法における犯罪行為を再評価しなければならない。犯罪行為を秩序違反行為に転化することを成功するために、秩序違反行為に関する一般法律は不可欠である<sup>[25]</sup>。

### 二、行政制裁の許容性—ドイツ連邦裁判所判決を中心に

行政官庁の制裁権限を認める原因について、立法理由書は明言しなかったが、刑事司法の負担軽減および機能性の向上は、重要な理由であると考えられる。この点を明確に指摘したのは Eb・Schmidt であった。彼によって、秩序違反法の制定は必要であり、正義および刑事司法の機能性（Zweckmäßigkeit der Strafrechtspflege）は、両者が同じように国家の刑（Strafe）の肥大に苦しんでおり、われわれは刑事司法を大きな弊害（ganz großen Übelstand）から解放しなければならない<sup>[26]</sup>。そのため、行政官庁の制裁権限が廃止されないどころか、拡大し活用されるようになった。

しかしながら、留意すべきなのは、上記のように、立法者は行政官庁の刑罰処罰権限を否定したということである。そのため、行政官庁の過料制裁権限は、司法権が裁判所に属すると規定する基本法 92 条に違反するかどうかの疑問が現れた<sup>[27]</sup>。これに対し、ドイツ

<sup>[24]</sup> BT-Drs., I /2100. S. 14.

<sup>[25]</sup> BT-Drs., I /2100. S. 15.

<sup>[26]</sup> Eb.Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeit -Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetz über Ordnungswidrigkeit, JZ 1951, S.101.

<sup>[27]</sup> 違憲説の主張と理由について、Eberhard Gossrau, Ist die Strafgewalt und die Bußgeldkompetenz von

連邦憲法裁判所は、1958 年の判決で、行政官庁の過料制裁権限の合憲性を以下のように説明して肯定した。

#### 1、1958 年 10 月 12 日連邦憲法裁判所判決

連邦憲法裁判所は、1958 年の判決において、過料の制裁権限が司法権に属しないと明言した。「ここでは、基本法 92 条の『司法権』概念に関して、明確な実体の基準が存在するかどうかという一般的な論争を取り上げる必要がないが、刑事裁判権の行使（die Ausübung der Straferichtbarkeit）は確かに司法権の機能に属する。しかし、過料手続（Bußgeldverfahren）は刑事手続（Strafverfahren）ではない。最近何十年、実定法の発展方向は、刑法の構成要件の範囲から軽微な不法内容（geringerem Unrechtsgehalt）のみ有する事件を分離し、それを『行政不法（Verwaltungsunrecht）』として（裁判所の法律監督と伴い）行政官庁に制裁させることである。「過料手続は、その実際的な形態についても刑事手続とはかなり異なっている。検察機関が参加せず、訴追強制が存在せず、過料が自由刑に転化できず、刑事犯罪簿に登録しない。法治国の必要条件は、すべての過料決定に対する通常裁判所への救済が可能であること、裁判所が事実確定と法的評価について相当な自由を有すること、過料の金額が不利益変更の排除の下で裁判所の裁量によって決定できること、等の点において顧慮される」<sup>[28]</sup>。

上記の判決理由によって、刑事裁判権限は司法権に属しているが、過料手続は刑事手続ではないため、基本法 92 条にいう司法権に属しないと解される。一方では、過料の制裁対象は刑事制裁の対象と異なっており、他方では、過料の制裁手続、法的効果も刑罰とは異なっていると思われる。それ故、過料制裁は司法権に属せず、必ずしも裁判所に委ねるべきではなく、行政機関に委任しても基本法 92 条に違反しないと解される。裁判所への事後救済が認める以上、法治国原則に違反しないと考えられる。

#### 2、1967 年 6 月 6 日連邦憲法裁判所判決

連邦憲法裁判所は、その後の 1967 年の判決においても、同じような見解を示した。「刑法の中核領域（Kernbereich）では、基本法第 92 条前段によって、裁判官が例外なく排他的に予防的法統制の責任を負う。このような領域において、行政官庁の『事前手続（Vorverfahren）』または『事前接続手続（Vorschaltverfahren）』は、たとえ申立によってそれが裁判所手続に移行しうるものであっても許されない。すべての重要な不法構成要件は、刑法の中核領域に属する。立法者はそれらを裁判所から切り離すことはできない。更に、刑法上の軽微構成要件についても、それが刑罰によって処罰される場合には、その限りで、すべて第 92 条に基づいて裁判官に委ねられた刑事司法に属する。ただし、この軽微な構成要件については、前述したように、立法者は過料によって処罰される秩序違反行為に転換することができる。それが行われた場合に、始めて秩序違反について事後的裁判官の審査に服する行政事前手続が考えられる」<sup>[29]</sup>。

留意すべきなのは、連邦憲法裁判所が示した行政制裁の合憲理由は、49 年経済刑法が制定した際の Eb.シュミットの見解とは必ずしも一致ではないと思われる。行政刑法理論の継承者とする Eb.シュミットによって、秩序違反行為（行政犯）に対して過料（行政罰）を科す作用は行政作用であり、その作用が裁判権に属しないと解される。これに対して、連邦憲法裁判所は、過料制裁対象と刑罰制裁対象の区別を言及したが、必ずしも行政犯と

Verwaltungsbehörden mit Art.92 GG vereinbar? NJW 1958, S. 929.

<sup>[28]</sup> BVerfG Entscheidung v. 14. 10. 58, E 8,197.(S.207)

<sup>[29]</sup> BVerfG Entscheidung v. 6. 6. 67, E 22,49.(S.81)

刑事犯との区別であると言いきらなく（以下の三、2 参照）、そして、制裁対象の区別以外に、過料の制裁手続・法的効果などを特に強調し、過料の制裁手続、法的効果をより重視する態度を示した。

### 三、法的構造（一）：行政制裁の制裁範囲

#### 1、実定法について

1952 年秩序違反法は、①もっぱら過料が規定されている秩序違反行為（1 条 1 項）、②もっぱら「刑罰」が規定されている犯罪行為（1 条 2 項）、および、③過料と刑罰とのいずれも規定されて、個々の場合ごとに、刑罰が科される場合は犯罪で、過料が科される場合は秩序違反である行為（1 条 3 項）、という三種類を定めて、①と③を総称として「違法行為」を名づけていた（1 条 4 項）。1952 年秩序違反法は、「犯罪または秩序違反行為のいずれかになりうる違法行為」という真正混合構成要件を引き継いだ<sup>[30]</sup>。しかしながら、1952 年秩序違反法は、1949 年経済刑法のように真正混合構成要件の区別基準、つまり、どのような場合に刑罰を科すか、どのような場合に過料を科すかという適用基準を規定しておらず、それを個々の違法行為が適用する具体法の規定に任せていた（2 条）<sup>[31]</sup>。

1952 年秩序違反法が制定された後、犯罪行為と秩序違反行為の分離は経済刑法以外の方野にも始まった。留意すべきなのは、52 年以降に秩序違反行為として規定された違法行為は行政犯に止まらなく、法益を侵害・危険する軽微な違法行為等も行政制裁の範囲に入り、非犯罪化されたということである。その後の 1968 年秩序違反法の立法理由書が述べたように、「立法者が、純粋な行政不服従（たとえば、届出義務または情報提供義務の違反）のみを取り扱うことに限らなかったからである」<sup>[32]</sup>。

この時期に、秩序違反行為として導入されたのは、主として、従来違警罪に分類されたもの、もしくは従前であれば違警罪に分類されるべきものであるが、軽罪の構成要件が秩序違反行為に転化した例も少なくない<sup>[33]</sup>。1962 年の刑法典改正案は、「軽罪に格上げされない限り秩序違反行為に転換する」<sup>[34]</sup>という考え方に基づき、新たな違警罪の構成要件を定めなかった。そして、生命及び健康の保護に資する下命または禁止に対する違法行為が秩序違反行為と評価される例も現れた<sup>[35]</sup>。さらに、1957 年 7 月 27 日のカルテル法のように、犯罪行為を規定せずに、すべての違法行為を秩序違反行為として規定する法律も現れた<sup>[36]</sup>。このように、52 年秩序違反法が制定された後、実定法上、不法の質および不法の量の両面から秩序違反への転換による非犯罪化が行われた<sup>[37]</sup>。

#### 2、連邦憲法裁判所の見解

秩序違反行為と犯罪行為の区別を争点とする連邦憲法裁判所の判決は存在しなかったが、秩序違反行為に関する事件において、両者の区別問題を言及した判決は存在した。

まず、前述の 1958 年 10 月 12 日連邦憲法裁判所判決は、犯罪行為と秩序違反行為との関係を以下のように述べた。つまり、「最近何十年、法発展の方向は、刑事法の構成要件

<sup>[30]</sup> BT-Drs., I /2100. S. 14.

<sup>[31]</sup> Eb.Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeit -Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetz über Ordnungswidrigkeit, JZ 1951, S.103.

<sup>[32]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 23.

<sup>[33]</sup> 長野實『西ドイツ秩序違反法』（国立国会図書館、1980 年）59 頁参照。

<sup>[34]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 22.

<sup>[35]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 23. たとえば、1960 年 8 月 20 日の薬局法第 25 条、1960 年の 8 月 9 日の少年労働保護法第 67 条 1 項、2 項および第 68 条。

<sup>[36]</sup> Han-Heinrich Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, S.458.

<sup>[37]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017 年）133 頁参照。

の範囲から軽微な不法内容（geringerem Unrechtsgehalt）のみ有する事件を分離し、それを『行政不法(Verwaltungsunrecht)』として（裁判所の法律監督と伴い）行政官庁に処罰を委ねることである」<sup>[38]</sup>。ここでは、確かに「行政不法」という文言が使用されたが、「行政不法」の意味は「軽微な不法内容」であるため、量的な区別だと理解されている<sup>[39]</sup>。

そして、1959年2月4日連邦憲法裁判判決は、秩序違反が、責任非難が倫理の領域に及ばないということの意味し、「ただ時間および事情によって条件づけられた国家行政の技術的な秩序法に対する不服従が存在して、それに対して『義務督促』が反応される」と述べた上で、経済刑法における秩序違反行為が、「倫理不法内容の程度によって刑事犯罪と区別され、行政によって秩序罰をもって処罰されて、名誉に関わる性格を有せず、刑事犯罪簿に登録しなかった」という見解と示した<sup>[40]</sup>。前段と後段とでは必ずしも理論が一貫しているとはいえないと思われる<sup>[41]</sup>。

また、前述の1967年6月6日の連邦憲法裁判所判決は、すべての重要な不法構成要件が刑法の中核領域（Kernbereich）に属し、裁判官が排他的に担当すると述べる一方、軽微な構成要件については、過料によって制裁される秩序違反行為に転換することができるという見解を示した<sup>[42]</sup>。ここでは、連邦憲法裁判所は「刑法の中核領域」という文言を使い、重要な不法構成要件をそれに属することを述べながら、軽微な構成要件を秩序違反行為に転化することの可能性を認めた。

このように、連邦憲法裁判所の見解は必ずしも明確・一貫ではないと思われるが、秩序違反行為と犯罪行為との質的区別という見解が連邦憲法裁判所に忠実に支持されていないことがわかる。

### 3、学問上の見解

秩序違反法の制定と法律上の非犯罪化とともに、犯罪行為と秩序違反行為の区別基準に関する学問上の研究も進んでいた。Eb.Schmidtの法益と行政益の質的区別説を支持する見解がまだ多かったが、それに反対する学説も大量に現れた。同じように質的区別を主張したが、侵害結果としての法益と行政益の区別ではなく、違法行為の質的相違が犯罪行為と秩序違反行為の区別基準だという行為の質的区別論が登場した<sup>[43]</sup>。そして、法益侵害と行為無価値の両面を判断素材にして、犯罪行為と秩序違反行為の区別を当罰的評価において社会倫理的な非難に値するものかどうかに求める当罰性による質的区別理論も現れた<sup>[44]</sup>。

それ以外に、秩序違反行為と犯罪行為との質的区別を否定し、量的区別にすぎないという見解も登場し、多くの学者に支持されている<sup>[45]</sup>。量的区別理論が打ち出されていく中で、「量的区別理論の基礎を本格的に構築したものの一つ」<sup>[46]</sup>はJescheckの理論である。彼は法益と行政益の区別の意義を否定した。彼によれば、法益と行政益の質的な区別の学説

[38] BVerfG Entscheidung v. 14. 10. 58, E 8,197.(S.207)

[39] 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（三）—ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 27 巻 1 号（1986 年）25 頁参照。なお、質的区別を主張した Eb・Schmidt はこの判決の見解が「不適切」だと述べた。Eberhard Schmidt, Schrittm zum neuen Ordnungswidrigkeitwnrecht, JZ 1969, S.402.

[40] BVerfG Entscheidung v. 4. 2. 59, E 9,167.(S.171, 172)

[41] 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（三）—ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 27 巻 1 号（1986 年）25 頁参照。

[42] BVerfG Entscheidung v. 6. 6. 67, E 22,49.(S.81)

[43] Wolfgang Sommer, Die Abgrenzung von Wirtschaftsstraftaten und Ordnungswidrigkeit, 1952, S.88-89.

[44] Albin Eser, Die Abgrenzung von Straftaten und Ordnungswidrigkeiten, 1961, S.123ff.

[45] 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）—ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 26 巻 2 号（1984 年）278 頁以下参照。

[46] 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）—ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 26 巻 2 号（1984 年）282 頁以下。

は、18 世紀の自然法理論の観点に立脚するものであり、その意味は既に今日の社会にふさわしくない。現在、個人は社会義務を有する共同体の一員として見なしている。実質な法違反は、人間の共同生活にとって、命令された行政活動を法益の範囲から排除することなしに、耐え難い行為である<sup>[47]</sup>。

その上で、Jescheck は、犯罪行為と秩序違反行為の区別を「社会倫理上の無価値判断（sozial-ethischen Unwerturteil）に内在する程度等級の差異」だと主張した。彼によって、国家は、法共同体の基本信条によって道徳上拒否されて、非難に値する行為のみに対して、抑制的な制裁を科すことができる。共同体にとって耐え難い法違法行為の全範囲の中、法益に対する影響が軽微な行為、および単に抽象的な危険性のみを有する行為が存在しており、それらは可罰性が低いものの、安易に民法に任せることできないため、立法者の積極的な裁量によって秩序違反行為として規定すると述べられた<sup>[48]</sup>。

#### 4、小括

まとめて言えば、1952 年秩序違反法が制定された後、実定法にせよ、連邦裁判所にせよ、学問上にせよ、秩序違反行為と犯罪行為とは質的に区別されるという Eb.シュミットの見解が既に瓦解し始まりつつあった。49 年経済刑法における過料は行政犯に対する制裁であると考えられるが、52 年以降、過料の制裁対象は拡大しつつあり、一部の自然犯まで含んでいると思われる。けだし、立法理由書が指摘したように、52 年秩序違反法は、行政による処罰が廃止された後で行政の制裁を維持し、経済刑法分野の秩序違反行為とそれ以外の分野の犯罪行為のアンバランスを解消するために制定したものであり、必ずしも行政犯と自然犯とを分離するために制定したものではないため、過料の制裁対象を行政犯に制限する必要がないと思われる。

### 四、法的構造（二）：行政制裁の手續と救済

1952 年秩序違反法は、過料の手續と救済について、範を 49 年経済刑法にとっており、編成および細目において若干の差異が存在したが、主な内容は類似している。

違法行為の調査・訴追について、刑事事件の場合は検察官が、秩序違反行為の場合は行政官庁が行う（27 条 1 項）。過料決定は、「法を形成する行政行為」<sup>[49]</sup>として、行政官庁によって行われる（48 条）。過料決定に対する法的救済手段として、通常裁判所の裁判を求める申立を認めた（54 条 1 項、2 項）。裁判所の手續について、刑事訴訟法の抗告に関する規定が類推適用される（55 条 2 項）。裁判所は、判決ではなく、決定によって過料と維持するか、取消するか、変更するかを裁判するが、不利になるように変更することができない（55 条 4 項）。法律上の抗告は、その決定が法律に違反することのみを理由として提起しうるものである（56 条 1 項、2 項）。

#### 五、小括

1952 年秩序違反法は、49 年経済刑法の実体面と手續面の規定を継承し、行政官庁の制裁権限を認めた。連邦憲法裁判所判決において、行政制裁の許容性問題、とくにその違憲性問題が言及された。連邦憲法裁判所は、刑罰の処罰権限が排他的に裁判所に属すると認めながら、過料制裁が刑事制裁ではないことを理由として、その制裁権限を行政機関に委ねても基本法 92 条に違反しないと述べた。裁判所への事後救済などの手續が整備された

<sup>[47]</sup> Han-Heinrich Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, S.461.

<sup>[48]</sup> Han-Heinrich Jescheck, Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht, JZ 1959, S.461.

<sup>[49]</sup> 長野實『西ドイツ秩序違反法』（国立国会図書館、1980 年）59 頁。



以上、法治国原則に違反しないと述べられた。

52 年秩序違反法が制定された後、秩序違反行為の拡大がより速く進んでいる。大量の行政犯が秩序違反行為へ転換されたのみならず、一部の軽微な自然犯も秩序違反行為として規定された。連邦憲法裁判所判決において、犯罪行為と秩序違反行為とは、量的に区別されるという見解も現れた。学問上、Eb.シュミットの質的区別説以外に、「社会倫理上の無価値判断に内在する程度等級の差異」のような量的区別説が登場し、有力となった。

52 年秩序違反法は、49 年法が規定した手続と救済の規則をほとんど引き継いだ。過料手続と刑事手続を厳密に区別した上で、過料の制裁を完全に行政官庁に任せた。

### 第三款 1968 年秩序違反法とその後の行政制裁の発展

52 年秩序違反法が制定された以降、犯罪行為の秩序違反行為への転換は着実に進んでいた。しかしながら、秩序違反行為の拡大によって、真正混合構成要件や複雑な制裁手続などの実体面と手続面の欠陥が明らかとなった。52 秩序違反法の不備を改正し、秩序違反行為の拡大に適切な法律を定めるために、1968 年秩序違反法が制定された。68 年秩序違反法は、実体上の規定を調整しながら、制裁手続と救済手続を大幅に調整し、今日の行政制裁の法構造を確定した。その後、秩序違反法導入法（EGOWiG）が制定されて、交通違警罪が秩序違反行為に転換された。従来から刑法典に規定された違警罪も秩序違反行為に転換された。ドイツでは、秩序違反行為と犯罪行為とを分けて、それぞれに過料と刑罰を科す「二元的制裁システム」が構築されている<sup>[50]</sup>。

#### 一、 行政制裁の許容理由

49 年経済刑法において、過料の制裁は行政機関の権限だと規定されており、秩序違反行為の調査から決定までの制裁過程は行政機関に独自に担当されると定められる。49 年経済刑法に確立されて、52 年秩序違反法に継承されたそのような秩序違反行為の制裁手続は、1968 年秩序違反法に大幅に改正された。旧法の手続の問題点と新法の改正は後で検討したいが、ここで留意すべきなのは、68 年秩序違反法の立法理由書は、行政官庁の制裁権限を認める理由を正面から論じたということである。52 年秩序違反法の手続規定の不備を改正するために、68 年法は行政官庁の過料の排他的制裁権限を廃止し、検察機関と裁判所の管轄権限を例外的に認めた。ただし、68 年秩序違反法は、行政官庁の過料制裁権限を徹底的に廃止し、それを裁判所に任せることをしなかった。68 年法の立法理由書には、法改正の理由が詳しく記載されており、それによって、行政制裁に対する立法者の態度と観点が明確に読み取られた。以下は、立法理由書を中心に、行政制裁の許容性を検討する。

なお、前款で確認したように、連邦憲法裁判所判決は、過料手続が刑事手続ではないと述べたうえで、行政制裁が基本法 92 条に違反しないと判断し、行政制裁の違憲性の問題を回答した。68 年秩序違反法が制定された後、連邦憲法裁判所は、過料と刑罰との法的性質の差異を強調し、引き続きそのような見解を示した。つまり、司法の伝統的な中核領域、特に民事審判と刑事裁判は、基本法 92 条によって裁判官に委ねられた。しかし、立法者は、たとえば刑事事項を減少させ、または不法内容を別個の法政策的評価することに

[50] マルコ・マンズデュルファー、岡上雅美訳「新たな刑法システムのモデルとしてのドイツ秩序違反法」筑波法政 59 号（2014 年）84 頁参照。

よって、重要性が低い刑事不法構成要件を秩序違反行為に転換することに通じて、実質的裁判の領域を一定の範囲で変更することができる。刑罰の賦課は、行為者に対する名誉に関わる無価値判断（Unwerurteil）であり、法秩序に対する反抗への批判であるのに対して、過料は義務督促（Pflichtenmahnung）の性質を有している。そのため、行政制裁は基本法 92 条に違反しないと述べられた<sup>[51]</sup>。

## 1、立法理由書における機能性の論述

68 年秩序違反法の立法理由書によって、秩序違反行為の制裁権限を規定するとき、国家任務の意義と訴訟経済の要素を考慮すべきである。つまり、「根本的に、秩序非行の処罰権限の問題は、国家の任務を考慮の対象となり得る機関に適切に分配するという上位の原則の下で、決定されるべきである。その任務の分配は、関係者の正当な利益を守るといふ法治国の一般原則の枠内で、任務の意義と訴訟経済上の考慮によって行われるべきである。それは、教義上の考慮によって行われるものではない」とされている<sup>[52]</sup>。

その上で、行政官庁の制裁権限を認めた理由について、以下のように述べられた。68 年法は、「時々要望されたように、全部または特定の事物領域で、行政官庁の代わりに秩序違反行為の処罰を裁判所の権限とすることは、不適切だと認める。もしそうであれば、刑事非行から秩序違反行為を分離することはその意義と実質的価値を失ってしまう。分離という出発点の反対面に移行することとなる」。「秩序非行ということは、最初は、主として手続法の基礎から成立したものである。その導入にとって決定的な考慮は、法律の実施、下命および禁止が遵守されているか否かの監視を担当しており、かつこの任務履行の際に違法行為を発見する行政機関に対して、軽微な事件において『秩序罰』を確定する権限を認めるという考え方である。非行は専門知識を有する地位に迅速かつ形式を要しない手続によって処罰されることができる。同時に、関係者を通常の刑事手続の欠点から救出されて、刑事司法の負担を軽減する利点も存在する。そのような非行がますます増加することにつれて、このような規則の緊急必要性が増大する」<sup>[53]</sup>。

以上の説明によって、行政官庁の制裁権限を認めるのは、「関係者の正当な利益を守る」といふ法治国の一般原則の枠内で、任務の意義と訴訟経済上の考慮によって行われる」からであり、秩序違反行為の本質（行政犯など）から導き出すからではないと解される。具体的に、①違法事件を迅速に対応するため、専門知識を有する行政官庁の制裁は違法行為、とくに大量に起こる軽い違法行為に対して有効である、②刑事司法の負担を軽減し、司法の機能性を保障できる、などの利点があるため、行政官庁の制裁権限が認められた。

## 2、連邦憲法裁判所判決における機能性の展開

### （1）機能性の沿革

行政制裁、ないし歴史上の行政による処罰の登場、認容には、機能性の考慮が存在したと考えられる。近世領邦国家における行政による処罰は、絶対主義国家の理念に伴って登場したものである。19 世紀に入って、三権分立などの啓蒙思想の影響で、行政による処罰が大幅に制限されたが、処罰手続の迅速化、ポリツァイ官庁の効能の確保、裁判所の負担の軽減などの便宜性（Zweckmäßigkeit）の考慮によって、例外として留保された<sup>[54]</sup>。ナ

<sup>[51]</sup> BVerfG Entscheidung v. 16. 7. 69, E 27,18.(S.29、33)

<sup>[52]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 30.

<sup>[53]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 30.

<sup>[54]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.97. 田中良弘『行政上

チス時代において、秩序罰が多用されており、行政制裁が本格的に導入された。秩序罰は「国家の経済に対して迅速・柔軟に干渉することを確保する道具であり」<sup>[55]</sup>、それは「便宜性（Zweckmäßigkeit）と効率性（Effektivität）のために創立した法の一部である」<sup>[56]</sup>と考えられる。戦後、ナチス法制が改造されたが、行政制裁が留保された。Eb.シュミットが指摘したように、正義および刑事司法の機能性（Zweckmäßigkeit der Strafrechtspflege）は、両者が同じように国家の刑（Strafe）の肥大に苦しんでおり、刑事司法を大きな弊害（ganz großen Übelstand）から解放するために、行政制裁が不可欠である<sup>[57]</sup>。1968年秩序違反法の立法理由書は、機能性を重視する立場をはっきり示しており、非行を迅速的に制裁し、刑事司法の負担を軽減することなどの考慮要素を指摘した。このように、行政制裁ないし歴史上の行政による処罰の裏に、違法行為に対する簡易迅速な制裁、刑事司法の負担軽減などの機能性の考慮がずっと存在したと解される。

## （2）連邦憲法裁判所における機能性

留意すべきなのは、連邦憲法裁判所は、その後の判決において、効率的な刑罰の訴追と機能的司法の重要性を強調して、法治国の要請であると指摘した。つまり、法治国原理は、単に個人の尊厳、特に刑事手続における被疑者などの諸権利を保護することに尽きるものではなく、刑事制裁の機能的な運行をも要請すると思われる<sup>[58]</sup>。

68年秩序違反法が制定される前に、連邦憲法裁判所は、個人的自由に対する各人の権利の保障と、「効率的刑事訴追（eine wirksam Strafverfolgung）」の必要性が、法治国家にとって同じように重要な二つの原則であると述べた<sup>[59]</sup>。その後、連邦憲法裁判所はその趣旨をさらに敷衍して、機能的司法が法治国の要請であると明確に指摘した。つまり、「法治国原則は、正義の理念を本質的な要素として含んでおり、機能的な司法の維持（funktionstüchtig Rechtspflege）を要求している。それがなければ、正義が世間に認められない。連邦憲法裁判所は、効率的な刑事訴追の必要性を繰り返して承認した。刑事訴訟についてできる限り全面的に真実調査することは、公共利益の要求であり、重大犯罪の解明は、法治国家的公共体の本質的任務である」<sup>[60]</sup>。このような見解は、確立した判例と呼ぶことができる<sup>[61]</sup>。

## （3）分析と展開

①機能的な司法、特に効率的な刑事訴追にとって、非行を迅速的に制裁し、裁判所の負担を軽減するメリットを有する行政制裁が不可欠であると思われる。一方において、機能的な刑事司法に対して、司法の負担軽減が重要である<sup>[62]</sup>。人手、精力、時間の制限の下で、

の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）173頁参照。

[55] Stefan Werner, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, Teil 1, 1988, S.236.

[56] Stefan Werner, Wirtschaftsordnung und Wirtschaftsstrafrecht im Nationalsozialismus, Teil 1, 1988, S.49.

[57] Eb.Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeit -Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetz über Ordnungswidrigkeit, JZ 1951, S.101.

[58] 効率的な刑罰の訴追と機能的司法は、違法行為を適切に制裁するという処罰の実効性という見地、および被告者の迅速な裁判を受ける権利という見地から要請されるところと考えられる（田中開「迅速な裁判」井上正仁ほか編『刑事訴訟判例百選』（有斐閣、第9版、2011年）130頁）。連邦憲法裁判所は、基本的に前者の立場に立って、効率的な刑罰の訴追と機能的司法が法治国原理の要請であると指摘した。後者について、迅速裁判の一般原則は刑事訴訟の基本原則であると思われる（クラウス・ロクシン著、新矢悦二、吉田宣之訳『ドイツ刑事手続法』（第一法規、1992年）133頁参照）。

[59] BVerfG Entscheidung v. 15. 12. 65, E 19, 342.(S.347)

[60] BVerfG Entscheidung v. 19. 7. 72, E 33,367.(S.383)

[61] K.H.ゲッセル著、宮澤浩一、井田良監訳『正義・法治国家・刑法一刑法・刑事訴訟法の根本問題』（成文堂、1990年）205頁参照。

[62] 刑事訴訟は長期に継続しすぎており、その本質的な理由は、公判期日の指定が裁判所の負担過剰によ

刑事司法の効率的な運行にとって、刑事処罰の対象を制限し、大量の軽微な違法事件を刑事裁判から排除するのは重要であると思われる。行政制裁はまさにこのような役割を演じている。Eb.シュミットが指摘したように、刑事司法の機能性は、国家の刑（Strafe）の肥大に苦しんでおり、刑事司法を大きな弊害（ganz großen Übelstand）から解放するために、行政制裁が不可欠である<sup>[63]</sup>。歴史上の行政による処罰について、処罰権限を裁判所に委ねるという原則の下で行政による処罰が留保された理由の一つは、裁判所の負担を軽減することである。戦後の行政制裁についても、立法者は、大量の軽微な違法行為を行政制裁を持って対応することによって、刑事司法の負担過重を改善したいのである<sup>[64]</sup>。機能的な司法に対して、非犯罪化による刑事司法の負担軽減が要請されると考えられる<sup>[65]</sup>。

他方において、効率的な刑事訴追（eine wirksam Strafverfolgung）は、秩序違反行為を迅速的に制裁することを直接に要求すると理解できようと思われる。秩序違反行為は、犯罪行為と異なっているが、その多くは違警罪または違警罪に属すべき行為から転換されたものであり<sup>[66]</sup>、秩序違反行為に対する罰とする過料も秩序罰（Ordnungsstrafe）から由来するものである。68年立法理由書が指摘したように、秩序非行を刑事非行から分離したことは、ただいかなる軽微事犯も全て通常の刑事手続で訴追されなければならないということはふさわしくないと考えられたからに過ぎず、犯罪行為と秩序違反行為との間に本質的差異があるわけではない<sup>[67]</sup>。そのため、秩序違反行為に対する過料も広義の刑（Strafe）の一種であると解される<sup>[68]</sup>。68年秩序違反法は、過料の手続について、刑事訴訟法の規定を類似的に適用すると規定するの、過料を一種の刑（Strafe）とする立場に立つのではないと思われる。このように理解すれば、効率的な刑事訴追（eine wirksam Strafverfolgung）は、刑事訴訟の効率性のみならず、秩序違反行為に対する制裁の効率性も要求するのではないと思われる。

このように、効率的な刑事訴追にとって、非行を迅速的に制裁し、裁判所の負担を軽減するメリットを有する行政制裁が不可欠であると思われる。効率的な刑事訴追は法治国原理の要請であると位置づけられる以上、その実現にとって不可欠な行政制裁もより重要となり、ただ立法政策の選択ではなく、法治国原理の要求であると解されるのであろう。

②学問上、より一般的に、国家権力の機能的な運行が法治国原理の要求であると主張する意見が有力である。基本権、行政の法律適合性の原則あるいは権力分立の原則といった一定の権利および諸原則が、基本法の法治国の本質的要素である<sup>[69]</sup>。基本法の下での実質的法治国は、基本権や社会国家などの実体面の要素もその主張としている<sup>[70]</sup>。法治国原理は、実質的な基本要素も内容として含んで、正義の維持とその実現を追求しており、法治国家が法律国家であると同時に、正義国家でもあると言われるものである<sup>[71]</sup>。そのため、

---

り遅延する点にあると指摘された。クラウス・ロクシン著、新矢悦二、吉田宣之訳『ドイツ刑事手続法』（第一法規、1992）134頁参照。

<sup>[63]</sup> Eb.Schmidt, Straftaten und Ordnungswidrigkeit -Betrachtungen zum Entwurf eines Gesetz über Ordnungswidrigkeit, JZ 1951, S.101.

<sup>[64]</sup> Wolfgang Knapp, Das Recht der Ordnungswidrigkeit, JuS 19, S.610.

<sup>[65]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）181頁参照。

<sup>[66]</sup> 第二款の三の1、以下の第三款の二の1参照。

<sup>[67]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 29.

<sup>[68]</sup> ドイツにおける「Strafrecht」は、刑法典や特別刑法に加え、秩序違反法も含まれる。田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）7頁参照。

<sup>[69]</sup> Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, §6, Rn. 183. 日本語訳、コンラート・ヘッセ著、初宿正典、赤坂幸一訳、『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）120頁参照。

<sup>[70]</sup> Andreas Voßkuhle, Grundwissen-Öffentliches Recht: Das Rechtsstaatsprinzip, JuS 50, S.117.

<sup>[71]</sup> K.H.ゲッセル著、宮澤浩一、井田良監訳『正義・法治国家・刑法一刑法・刑事訴訟法の根本問題』（成文堂、1990年）191頁参照。

法治国原理は、単に個人の尊厳の保障、特に刑事手続における被疑者・被告人の諸権利の保障ということに尽きるものではなく、国家権力に対し、全体法秩序の枠内での全ての人への平等な法律の適用と執行を義務付けるものであると述べられる<sup>[72]</sup>。法治国原理は、これまでの理解において想定されてきたところとは異なり、法の諸原則を確保することと、個人の自由のために単に国家権力を制限することに尽きるものではなく、政治的統一を実質的に根拠づけ堅固にする機能も有し、諸権限を創設し整序し国家的任務の有効かつ効率的な遂行を可能にするものでもあると考えられる<sup>[73]</sup>。権力の濫用による権利侵害は、必ずしも積極的な国家作用によるものに限られるものではなく、人権侵害を放置するという消極的な国家作用によっても起こりうる。そのため、国家による人権侵害を防止するためには、国家が憲法秩序の実現に向けて機能的に行動することが要請されるという見解が有力している<sup>[74]</sup>。このように、国家権力の機能的な運行が法治国原理の要求であると理解すれば、行政制裁は、大量の軽微な違法行為を効率的に制裁できるし、刑事司法の負担を軽減できるため、国家権力の効率的な運行にとって不可欠であり、法治国原理の要求でもあると考えられる。

## 二、法的構造（一）：行政制裁の範囲

68年秩序違反法の立法理由書によって、52年秩序違反法が発効されて以来、立法者は、特殊な例外を除いて、附属刑法に違警罪を規定することを一度もしなく、そして旧法律を改正する際、違警罪を留保することもしなかった<sup>[75]</sup>。各分野において、犯罪行為の秩序違反行為への転換が大幅に行われた。68年秩序違反法は、このような背景のもとで制定されたものであり、法の制定によって更なる秩序違反行為の拡大を促進した。以下では、68年が制定された以降の実定法の発展と学問上の見解を考察し、行政制裁の範囲を検討する。

### 1、実定法について

#### （1）「真正混合構成要件」から「非真正混合構成要件」へ

まず、注目すべきなのは、49年経済刑法から存在した「真正混合構成要件」が68年秩序違反法に廃止されたということである。49年経済刑法と52年秩序違反法は、犯罪行為と秩序違反行為のいずれもなりうる真正混合構成要件を規定していたが、法の安定性と明確性を確保するために、68年法は、真正混合構成要件を定めなかった。秩序違反行為は、将来も、法律が刑事罰を規定しているか過料を規定しているかということだけによって、犯罪行為から区別することとし、制裁権限を有する行政官庁または裁判所が、個々の場合ごとに個別の非行をその実体の不法内容からして犯罪行為か秩序違反行為かのいずれかに評価するということにより区分するわけにはいかない<sup>[76]</sup>。

真正混合構成要件が正式に廃止されたが、立法者は「非真正混合構成要件」をよく規定している<sup>[77]</sup>。すなわち、犯罪と秩序違反行為の境界領域において、しばしば基本となる構成要件には過料の罰則を規定し、刑事罰は、一つまたは二つ以上の、構成要件上の特定

<sup>[72]</sup> K.H.ゲッセル著、宮澤浩一、井田良監訳『正義・法治国家・刑法—刑法・刑事訴訟法の根本問題』（成文堂、1990年）204-206 参照。

<sup>[73]</sup> Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, §6, Rn. 186ff. 日本語訳、コンラート・ヘッセ著、初宿正典、赤坂幸一訳、『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）122-124 頁参照。

<sup>[74]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）160-162 頁参照。

<sup>[75]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 23.

<sup>[76]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 27.

<sup>[77]</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §1, Rn. 12.

の加重メルクマールを存在する場合についてのみ規定された<sup>[78]</sup>。非真正混合構成要件の場合、犯罪行為と秩序違反行為の基礎要件が同じであり、違法行為が犯罪または秩序違反行為のどちらに属することは、法律が規定する補足の加重要件によって判断されなければならない。このような規定方法は、いかなる前提条件の下で非行を単なる秩序違反行為でなく犯罪行為と見なされなければならないかを、構成要件ごとに個別的に規定し、一般的な区分指針より明確であるという利点がある<sup>[79]</sup>。「加重メルクマール」には、「特に重大な事件」、「執拗的に」、「業として犯行を犯して」というようなものが存在する<sup>[80]</sup>。たとえば、動物保護法によって、正当な理由なく飼育している動物を苦しめることが秩序違反行為であるが（動物保護法 18 条）、正当な理由なくそれを殺す行為が犯罪行為である（動物保護法 17 条）。

## （2）1968 秩序違反法施行法と交通違警罪の転換

1968 年秩序違反法と同じ時期、秩序違反法導入法が制定された<sup>[81]</sup>。この法律の制定により、秩序違反行為は、国防法、経済法、労働法、社会保険法、交通法等に波及しており、「秩序違反法は大幅に拡充された」<sup>[82]</sup>。秩序違反法導入法について、特に重要なのは、交通違警罪が秩序違反行為に転換されたことである（第 3 条）。

秩序違反法導入法によって、旧道路交通法の第 21~23 条、第 26 条に規定された犯罪行為が、秩序違反行為に転換されて、新道路交通法 24 条に編入された。修正後の道路交通法の第三章は「刑罰と過料規定（Straf- und Bußgeldvorschriften）」であり、21 条（免許なし運転）、22 条（自転車ナンバープレート濫用）は犯罪行為であり、23 条（無許可の車両、車両部品および機器の提供）、24 条（交通秩序違反）は秩序違反行為である。

第 24 条には、秩序違反行為が規定される。つまり、「（第 1 項）故意または過失によって、（当法）第 6 条 1 項 1 号ないし 5 号に基づき公布された法規命令、または当該法規命令に基づき制定された命令の規定に違反する場合、その法規命令が、特定の構成要件において過料規定を参照指示している限り、秩序違反行為である。（第 2 項）秩序違反行為に対して、過料を科すことができる」。

具体的にいえば、道路交通法 6 条 1 項は、「連邦交通大臣は、連邦参議院の同意を得て、以下の各号について、法規命令および一般的行政規則を公布する」と定めて、1 号はトレーラーの運行や運転免許に関するもの、2 号は外国自動車と運転手の許可に関するもの、3 号は道路における秩序と安全の維持および迷惑行為の防止に関するもの、4 号は乗客を保護するために自動車機能や設備の検査に関するもの、5 号は最大運転時間や運転手の休みに関するものである<sup>[83]</sup>。このように、第 24 条と第 6 条によって、1 号ないし 5 号に基づき制定した命令に違反する行為は秩序違反行為である。第 24 条と第 6 条の直接的な目的は、道路等における秩序と安全を維持することであるが、「24 条により実効性が確保される法規命令の背後には生命・健康等の所与の生活利益が控えている」と考えられる<sup>[84]</sup>。たとえば、第 3 号に列举されたものに、居民や療養者を自動車交通による騒音と廃気から保護すること、道路使用者の注意を逸らす態様での広告・宣伝の禁止、に関する規定が存

[78] BT-Drs., v /1269. S. 28.

[79] Erich Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 17. Aufl., 2017, § Vor1, Rn. 36.

[80] Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl., 2016, §1, Rn. 12.

[81] Einführungsgesetz zum Gesetz über Ordnungswidrigkeit (EGOWiG) Vom 24. Mai 1968.

[82] 辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異（1）」早稲田大学大学院法研論集 138 号（2011 年）136 頁。

[83] 4 号と 5 号はその後廃止された。

[84] 辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異（1）」早稲田大学大学院法研論集 138 号（2011 年）137 頁。

在しており、それらの保護対象は、公共秩序というより、むしろ健康や安全等の法益そのものであるといえよう。その後、道路交通法の改正によって、過料の適用範囲がより一層拡大されて、6条1項のすべての号、そして6e条1項、6g条4項に基づき公布された法規命令、または当該法規命令に基づき制定された命令の規定に違反する行為も秩序違反行為となった。

### (3) 1974年刑法施行法と違警罪の転換

1968年秩序違反法が制定された際、当法は総則、過料手続および最後規定という三編から成っていた。泥酔、児童に対する監督義務違反、企業の監督義務違反の三つの過料構成要件とその共通規定を「個々の秩序違反行為」として総則に規定された。「これらは、本来は、別個の編に入れるべきものであるが、刑法典中の違警罪を秩序違反行為に転換する立法作業が刑法改正委員会で当時進行中であり、その結果を見なければ、刑法典中にもこのような特別編が設けられるか否かが不明なので、一応、取りあえず必要な上記の不法のみを、秩序違反法として採り上げ、これを総則編中に『個々の秩序違反行為』として入れることとした」<sup>[85]</sup>。その後、1974年刑法導入法<sup>[86]</sup>の制定によって、刑法典の違警罪規定が削除された。従来の違警罪の一部は、秩序違反行為に転換され、新たに設けられた第三編「個々の違法行為」中に編入された。

改正後の秩序違反法について、その第三編に具体的な秩序違反行為が定められている。第一章は国家命令に違反する行為（*Verstöße gegen staatliche Anordnungen*）であり、虚偽の氏名の申立（111条）、立法機関の所内規則の違反（112条）、許容しえない集会（113条）等が規定されている。第二章は公共秩序違反に違反する行為（*Verstöße gegen die öffentliche Ordnung*）であり、許容しえない騒音（117条）、公衆を迷惑にすること（118条）、粗野で下卑な行為と迷惑行為（119条）、売春禁止（120条）、危険な動物の飼育（121条）等が規定されている。第三章は国家標識と国家保護する標識の濫用（*Mißbrauch staatlicher oder staatlich geschützter Zeichen*）であり、第四章は企業における監督義務の違反（*Verletzung der Aufsichtspflicht in Betrieben und Unternehmen*）であり、第五章は共通規定（*Gemeinsame Vorschriften*）である。

秩序違反法に規定される具体的な違法行為の中、個人の法益とあまり関係なく、純粹に行政秩序を確保する規定が存在している一方、公共の秩序と共に、人の身体や財産を保護する規定も存在している。たとえば、許容しえない騒音、および危険な動物の飼育に関する規定である。秩序違反法第117条によって、「正当な理由なくして、または、許容しえなく回避しうる程度で、公衆もしくは隣人に迷惑をかけ、または、他人の健康を害する程度の騒音を惹起する行為は、秩序違反行為である」。この条文が規制する秩序違反行為は、法益を侵害する行為そのものである<sup>[87]</sup>。そして、第121条によって、「野生種の危険な動物もしくは凶悪な動物を自由に行動させて、または、そのような動物の監督責任がある者として、危険防止するための予防措置を怠る行為が、秩序違反行為である」。この二つの条文は、公共秩序を保護するものでありながら、直接に人の健康や安全を守る条文であると解されて、人の身体・健康等の所与の生活利益の保護に秩序違反法がより一層関与を深めることが窺える<sup>[88]</sup>。

<sup>[85]</sup> 長野實『西ドイツ秩序違反法』（国立国会図書館、1980年）70頁。

<sup>[86]</sup> *Einführungsgesetz zum Strafgesetzbuch (EGStGB)* Vom 2. März 1974.

<sup>[87]</sup> Roxin, *Strafrecht AT*, 3. Aufl, 1997, §2 Rn. 6.

<sup>[88]</sup> 辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異（1）」早稲田大学大学院法研論集 138号（2011年）139頁参照。

#### (4) 今日における秩序違反行為の拡大と行政制裁の活用

以上では、68年秩序違反法が制定された後、犯罪行為が秩序違反行為に転換した二回の法改正を考察した。後述のように、この二回の法改正は、犯罪行為と秩序違反行為との区別に関する学問上の見解に重要な影響を与えて、質的区別説から量的区別説、質量的区別説への変更を促進した。

今日、秩序違反法は、実定法的に完全に納得されて受容される。ほぼすべての行政法律に、秩序違反行為が存在している。行政制裁は、違法行為に対する重要な制裁手段として活用されている。秩序違反法は、刑事罰の賦課が適しているとは考えられない制裁の受け皿となっただけではなく、まさに特別刑法において、重要な制裁秩序となった<sup>[89]</sup>。環境行政法および経済行政法という専門的法律、労働・安全に関する諸規定、労働法および社会法の福祉国家的な基準設定、警察法ならびに租税法および税法は、今日、主として秩序違反法で手厚く保護され、貫徹されている。

今日の秩序違反行為の拡大傾向は、これからも引き続き存在すると考えられる。刑法の謙抑性や比例原則に基づき、立法上の行政制裁を活用する見解は有力である。Roxinによって、刑法は法益保護の唯一の方法ではなく、最後の保護措置である。そのために、その他の問題解決の手段が失敗する場合のみ、刑法が適用できる。刑法は、国家が国民に対する最も強い干渉であるので、より緩和な手段が十分な結果をもたらせない場合のみ、適用できる。刑法の謙抑性や最後性は憲法の法治国原則から導き出す比例原則から生じたものであると述べられる<sup>[90]</sup>。Baumannによって、比例原則によって確保される刑法の「最後手段原則（ultima ratio-Prinzip）」に応じて、立法者は、軽微な違法行為に対して、場合によっては、秩序違反行為という形態を選ばなければならない<sup>[91]</sup>。このように、刑事的可罰性を有しない行為を刑事制裁で処罰し対応するのは、法治国原則、特に比例原則に違反する恐れがあると考えられるため、行政制裁はこれからも引き続き拡大していくと考えられる。

## 2、理論と判例の発展

1968年秩序違反法の制定、および68年の交通違警罪、74年の刑法違警罪の秩序違反行為への転換によって、学問上、質的区別、とくにEb.シュミットが主張した法益と行政益の質的区別説がより一層式微となり、量的区別を主張する意見が増えている。そして、連邦憲法裁判所の判決から発展している質的量的区別説が登場し、今日の通説となった。

### (1) 量的区別説

52年秩序違反法が制定されて以来、量的区別説を主張する学者が多くなったが、交通違警罪と刑法の違警罪が秩序違反行為へ転換されることによって、より多くの支持を得ている。Baumannは、その著作の第5版まで質的区別理論を主張していたが、第6版以降では量的区別の理論を採った。彼によって、秩序違反法の新条項の追加、および1968年秩序違反法導入法によって、大量の倫理道徳的内容を有する違法行為が秩序違反行為の範囲に割り当てられた。それ以外でも、立法者は大量の軽微事件を秩序違反行為として規定しているため、質的区別説がすでに支持できなく、秩序違反行為と犯罪行為の区別は量的

[89] マルコ・マンズデュルファー、岡上雅美訳「新たな刑法システムのモデルとしてのドイツ秩序違反法」筑波法政 59 号（2014 年）84 頁参照。

[90] Roxin, Strafrecht AT, 3. Aufl, 1997, §2 Rn. 38ff. クラウス・ロクシン、山中敬一監訳『刑法総論第一巻 基礎・犯罪論の構造』（信山社、第4版、2019年）55－58頁参照。

[91] Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl, 2016, §3, Rn. 10.



区別であると主張された<sup>[92]</sup>。

Ulrich Weber も量的区別を主張した。彼によって、秩序違反法はすでにゴルトシュミットの行政刑法理論の鑄造品ではなく、すなわち、予防的な行政強制法（Verwaltungszwangsrecht）ではなく、むしろ、純粋な法益保護に仕えて、国家制裁の賦課を規制するものである。秩序違反行為と犯罪の区別について、二つの法分野は質的に法益の性質によって区別されるわけではなく、遅くとも、1968年の道路交通違警罪が非犯罪化された時点に、刑法と秩序違反法は量的、すなわち、不法の程度（Grad）によって区別されることが明らかとなった<sup>[93]</sup>。

Wolfgang Knapp も量的区別を主張した。彼によれば、交通違警罪と違警罪の秩序違反行為への転換によって、秩序違反法は決して単なる行政不服従を制裁するものではなく、むしろ、個人と公衆の法益を保護するためのものである。ゴルトシュミットから Eb.シュミットにかけて主張された質的区別が賛成できなくなり、量的区別が認められるべきであると思われる<sup>[94]</sup>。

そして、Heinz・Mattes は、ドイツの行政制裁の制度と学説の歴史を詳しく分析し、イタリア、フランス等の外国の法制度を比較して（以上、第一巻）、秩序違反行為と犯罪行為の区別を丁寧に研究して（第二款 3~8 章）、以下のような結論を述べた<sup>[95]</sup>。すなわち、「今までの研究からして、非行の質的区別によって、刑事犯罪行為と区別される秩序違反行為が存在しないことが明らかになった。刑事不法と本質的に区別して、独自性を有する秩序不法または行政不法が存在するという理解は誤ったものである。その点では、ただ非行の重さ（Schwere des Unrechts）による区別が可能である」と述べられた<sup>[96][97]</sup>。

## （2）質的量的区別説（混合区別理論）

量的区別以外、連邦憲法裁判所判決から発展した質的量的区別説も登場して、今日通説的な見解として、多くの学者に支持されている<sup>[98]</sup>。以下では、連邦憲法裁判所の見解を考察し、学問上の質的量的区別説を検討する。

前述のように、連邦憲法裁判所 1967 年 6 月 6 日判決は、刑事不法構成要件の秩序違反行為へ転換することを承認した上で、「刑法の中核領域（Kernbereich）」という概念を提出して、「このような領域では、行政官庁の『事前手続（Vorverfahren）』または『事前接続手続（Vorschaltverfahren）』は、たとえ申立によってそれが裁判所手続に移行しうるものであっても許されない。すべての重要な不法構成要件は、刑法の中核領域に属する。立法者はそれらを裁判から切り離すことはできない」と述べながら、「軽微な構成要件に

<sup>[92]</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12.Aufl, 2016, §3, Rn. 8f.

<sup>[93]</sup> Ulrich Weber, Die Überspannung der staatlichen Bußgeldgewalt, in ZStW 92, S.316. なお、Weber は秩序違反行為の拡大に対して控え目な態度を取って、刑法の謙抑性を秩序違反法の分野にも適用すべきと主張した。

<sup>[94]</sup> Wolfgang Knapp, Das Recht der Ordnungswidrigkeit, JuS 19, S.610.

<sup>[95]</sup> 本書は、Mattes の学位論文や 1954 年大刑法改正のための比較法的準備研究の枠内で報告された専門家としての参考意見等から成り立ち、夫人によって多少手が加えられたものである。本書はドイツの行政制裁を考察するための重要資料であり、日本の先行研究にもよく参照された。

<sup>[96]</sup> Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd2/2, 1982, S.251.

<sup>[97]</sup> なお、Mattes は、秩序違反行為と犯罪行為の量的区別を述べた上で、刑罰と過料の区別を否認した。彼によって、過料は刑法意味上の純粋な処罰（Strafe）であり、確かに罰金（Geldstrafe）であり、その他の罰金、とくに昔の違警罪罰金（Übertretungsgeldsstrafe）とは異ならない（Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.2, 1982, S.299）。従って、Mattes は「秩序違反法の理論を主張することはできない」と述べた（Heinz Mattes, Untersuchungen zur Lehre von den Ordnungswidrigkeiten, Bd.1, 1977, S.4）。

<sup>[98]</sup> 辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の構造と差異（2）」早稲田大学大学院法研論集 139 号（2011 年）143 頁参照。

については、前述したように、立法者は過料によって処罰される秩序違反行為に転換することができる」と述べた<sup>[99]</sup>。

その後、1969年7月16日連邦憲法裁判所判決は、67年判決の趣旨に基づき、より一方進んで、「限界領域（Grenzbereich）」という概念を提出したうえで、秩序違反行為と犯罪行為との区別を論じた。まず、69年判決は、67年判決を引用して、刑事不法要件を秩序不法要件への転換可能性を指摘しながら、すべての重要な不法構成要件が「中核領域」に属し、転換不可と述べた。その上で、「刑法の任務は、共同体生活の根本的価値を保護することである。もちろん、何が刑法の中核領域に属するのは、基本法の価値秩序に基づき確実に探求しなければならない。一部の軽微で伝統的な刑法の構成要件は、確実にこの中核領域から除外される。刑法の中核領域と秩序違反行為の精密な境界線を引くことは難しいであり、とりわけ、限界領域（Grenzbereich）において、具体的な行為の不法内容の評価に関する法共同体の支配的な見解はいつも変動している」と述べられた。そして、犯罪行為と秩序違反行為の線引きについて、「それぞれの具体的歴史的な状態を考慮して、この境界線を個別的に引くことは立法者の任務である。連邦憲法裁判所は、立法者が個別的に最も合目的かつ合理的で公正な解決を採ったかどうかを審査することができない。ただし、連邦裁判所は、立法者の判断が憲法上の価値秩序に一致し、不文の憲法原理及び基本法の基本決定に適合することについて監視する」と述べられた<sup>[100]</sup>。

以上の両判決からして、以下の三点が解される。第一に、刑事不法構成要件は、秩序違反行為に転換することができる。第二に、ただし、刑法の中核領域では、立法者であっても、それを「裁判から切り離すことができない」。つまり、中核領域において、秩序違反行為への転換が認められない。第三に、中核領域以外に、犯罪行為と秩序違反行為の線引きは立法者の任務であり、すなわち、限界領域において、立法者は秩序違反行為の範囲を調整することができる。

Göhler は、戦後の49年経済刑法の立法において、秩序違反行為の導入が質的区別理論によって根拠づけられていたと認めながらも、秩序違反行為の発展過程においてその考え方が変わっていたことを指摘している<sup>[101]</sup>。1975年に刑法の違警罪が秩序違反行為へ変更された後、Göhler はその著作の中で質的量的区別説を明らかに表明した。つまり、限界領域においては、刑事不法と秩序不法の内部における法違反は、その実質的意味によると、質的メルクマールによるのではなく、量的メルクマールによって区別される。ただし、刑法において、中核領域が存在し、その任務は共同生活の基本的価値を保護することであり、当該分野においては、裁判官が例外なく且つ専属的に予防的な法的な監督をする権限を有する。すべての重要な不法構成要件は刑法の中核領域に属し、これらの不法構成要件は立法者によっても司法から奪うことができないと述べられた。そして、彼の最新版の著作においても、その見解が変わらない<sup>[102]</sup>。

Günter は、刑罰および過料の謙抑性、両法制度の機能の観点から刑法と秩序違反法を区別し、質的量的区別説を主張する。Günter は、1968年交通違警罪と1974年刑法の違警罪の秩序違反行為への転換によって、秩序違反行為と犯罪行為との区別が量的区別であると表明する一方、質的区別もまだ存在すると述べた。質的区別について、「当該違法行為に関わる行為規範が国民の価値観念（Wertvorstellung）に密着し、内面化されているか

<sup>[99]</sup> BVerfG Entscheidung v. 6. 6. 67, E 22,49.(S.81)

<sup>[100]</sup> BVerfG Entscheidung v. 16. 7. 69, E 27,18.(S.29-30)

<sup>[101]</sup> 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）ードイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 26 卷 2 号（1984 年）291 頁参照。

<sup>[102]</sup> Erich Göhler, Ordnungswidrigkeitengesetz, 17. Aufl., 2017, Vor §1, Rn. 6f.

どうか」という区別基準を示唆した。生命、自由、財産等の個人法益に対する直接侵害は、犯罪行為として刑法によって処罰されなければならない、行政官庁により処罰することが不適切と述べた。しかしながら、限界領域においては、立法者の判断により、違法行為の不法の量によって区別することが可能であると述べた<sup>[103]</sup>。

Roxin も、質的区別を否定した。彼によって、秩序違反行為において、生活と健康等の法益を侵害する行為が存在する一方、行政官庁の命令に違反してはじめて犯罪行為となる行為も存在する。法益を基準とする質的区別が存在せずに、「刑事犯罪は必要な道德非難、秩序違反行為は道德中立であるともいえない」。彼も、「中核領域」と「限界領域」を分けて考察して、質的量的区別説を支持する<sup>[104]</sup>。

### 三、法的構造（二）：行政制裁の手續と救済

49 年経済刑法、52 年秩序違反法は、過料と刑罰の調査、訴追、制裁権限をはっきり分けた上で、それぞれを行政官庁と検察・裁判所に任せていた。このような「二軌道平行主義」（Zweigleisigkeit beider Verfahren）は適用上の問題をもたらし、68 年秩序違反法に大幅に改正された。以下では、法改正の原因（旧法の問題点）と改正後の手續規定を考察する。

#### 1、旧法における「二軌道平行主義」の問題点

68 年秩序違反法の立法理由書によって、52 年法の手續規定は、経済刑法の分野において有効であるが、経済刑法以外の各分野における秩序違反行為の拡大によって、根本的に改正されなければならない。52 年秩序違反法の手續規則は、大量に発生する秩序違反行為、または刑事法との境界線に近接した秩序違反行為に対して、不適切である。まず、秩序違反行為と犯罪行為の双方に関連する行為を別々の手續で処理するのは、訴訟経済上不適切である。そして、違法行為は犯罪行為かどうかが疑わしい場合には、検察と行政官庁との間で消極的または積極的な権限衝突が生じる可能性がある。さらに、過料裁定に対して不服のある者が裁判を求める場合、裁判所の公判において、それが秩序違反行為ではなく犯罪行為であるという結論を到達したであっても、その行為を単なる秩序違反行為として判定しなければならない場合がある一方、裁判所が刑事手續において、不法は犯罪ではなくただ秩序違反行為と判明するとしても、その不法を秩序違反行為として判定することもできない。

このように、52 年秩序違反法の手續規定は、「ふさわしくない手續コストをもたらし、矛盾する判定の危険も引き起こし」、「関係者と司法の利益のために、手續を迅速化、簡素化し、手續を本質的なものに限定するという現代の手續発展の基本的願望と矛盾している」<sup>[105]</sup>。今後、犯罪行為から秩序違反行為への移行が各分野においてますます増加することにつれて、その不便不利は一層顕著となろう。従って、この犯罪非行と秩序非行の訴追・制裁の二軌道平行主義を改正し、「一体的な訴追と処罰(eine einheitliche Verfolgung und Ahndung)を認める一般的な手續法の規定を設けなければならない」<sup>[106]</sup>と述べられた。

68 年秩序違反法の手續規定を三部分に分けることができる。最初の調査から過料決定までは事前手續（Vorverfahren）であり、関係者は過料決定に不服して異議を提出する場

<sup>[103]</sup> Hans-Ludwig Günter, Das Recht der ordnungswidrigkeit —Aufbruch zu neuen Ufern? in: 40 Jahre Bundesrepublik Deutschland 40 Jahre Rechtentwicklung, 1990, S. 388ff.

<sup>[104]</sup> Roxin, Strafrecht AT, 3. Aufl, 1997, §2 Rn. 49f. クラウス・ロクシン、山中敬一監訳『刑法総論第一巻 基礎・犯罪論の構造』（信山社、第4版、2019年）70－73頁参照。

<sup>[105]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 24-25.

<sup>[106]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 26.

合、中間手続（Zwischenverfahren）が開始することとなり、検察官は事件を裁判所に移送した後、司法手続（das gerichtliche Verfahren）の段階に入ることとなる<sup>[107]</sup>。

## 2、事前手続（Vorverfahren）

### （1）秩序違反行為の管轄権限

68年秩序違反法は、行政官庁の秩序違反行為の管轄権限を認めるが、行政官庁の排他的管轄権まで認めない。秩序違反行為の訴追と制裁は、原則として、行政官庁によって行う（35条）。ただし、検察機関は、刑事手続において、その事案を秩序違反行為の法視点から訴追することもできる（40条）。そして、検察機関は、秩序違反行為と関連する犯罪行為と訴追する場合、その秩序違反行為の訴追権限を有する行政官庁が過料決定を出さないうちに、手続の加速や関連性等の理由で、その秩序違反行為の訴追権限を引き受けることができる（42条）。検察機関が訴追する場合、犯罪行為に対して管轄権を有する裁判所は秩序違反行為の処罰権限を有する（45条）。

そして、事案の管轄について、行政機関と検察機関の間に、事案の相互移送が可能である。行政機関は違法行為を秩序違反行為として訴追する場合、それが犯罪であると考えた場合、それを検察機関に移送しなければならない（41条）。検察機関は、40条の事案について、それを犯罪行為としての訴追を停止する場合、または42条の事案において、事案を引き受けない場合、違法行為を行政官庁に移送すべきである（43条1項）。ある違法行為は犯罪行為として追訴すべきかどうかについて、行政官庁は検察機関の決断に拘束される（44条）。これによって、検察機関と行政官庁の権限争いを迅速に解消することができる<sup>[108]</sup>。

### （2）一般手続規定

秩序違反行為に対して行政官庁と警察の調査権限について、68年は52年法と異なっており、その内容を詳しく規定しておらず、刑事手続の類似適用を規定している。「過料手続について、本法は例外規定を定めなければ、刑事手続の一般法の規則が類似的に適用される」（46条1項）。そして、「本法が例外規定を定めなければ、訴追機関は、過料手続において、検察機関が刑事手続において有する権利や義務と同じような権利や義務を有する」と規定される（46条2項）。そこで、過料の制裁過程において、行政機関は訴追機関として、刑事訴訟における検察機関の地位と類似的な法地位を有して、刑事訴訟法に規定される権限を行使することができる。52年法が過料の制裁手続を具体的に規定したことに対して、68年法は一括して刑事訴訟規定の適用を認める。この類似適用規定によって、「法律のわかりやすさが本質的に改善されて、実践中の（刑法の）『ふさわしい』適用に意味内容を探求する作業も省かれる」<sup>[109]</sup>。

ただし、68年法は、秩序違反法の特徴を考慮して、若干の適用例外を規定している。秩序違反行為について、訴追便宜主義が採られて（47条）、捜査終了前の関係者の訊問を必要せずに、単に意見を表明する機会を与えることを以て足りる（55条1項）。そして、行政機関は、（関係者、証人、専門家の）訊問、搜索、差押等の措置を命じることができるが、收容（Anstaltsunterbringen）、勾留（Verfahrung）、仮逮捕（vorläufige Festnahme）、郵便物および電報の差押（Beschlagnahme）、通信の秘密を侵害する報告要求（Auskunftsuchen）を命じることができない（46条3項）。関係人の身体検査は、血液

<sup>[107]</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 10f.

<sup>[108]</sup> 49年経済刑法、52年秩序違反法によって、行政官庁と検察機関の権限衝突が生じる場合、裁判所の判断を求めることができる。

<sup>[109]</sup> Erich Göhler, Das neue Gesetz über Ordnungswidrigkeiten, JZ 1968, S.587.

採取その他の軽微な侵害に限って許されている（46 条 4 項）。

そして、警察は、自分の裁量によって、秩序違反を調査し、事件の煙滅を防止するために猶予を許さないすべての措置を採らなければならない（53 条 1 項）。警察は、秩序違反行為を調査するとき、犯罪調査と同じような権限を有する。調査が終わった後、調査書類等を遅滞なく行政官庁または検察機関に移送しなければならないと規定される（53 条 1 項）。

過料手続において、関係者は意見表明の権利を持っており（55 条 1 項）、これは基本法 103 条 1 項から生じた要請であると思われる<sup>[110]</sup>。ただし、この場合、関係人に彼が弁護士を訊問前に相談することができる旨を知らせる必要がない（55 条 2 項）。

このように、過料手続の事前手続の規定は相当に概略で簡潔であり、それは大量手続（Massenverfahren）の性格から由来するものであると考えられる<sup>[111]</sup>。

### （3）事前手続の終了

行政官庁は調査を行った後、秩序違反行為が存在しないと判明する場合、または秩序違反行為を制裁する必要性がないと考えて且つ検察機関の同意をもらう場合、訴追を中止することができる。秩序違反行為が存在する場合、軽微な秩序違反行為に対して、警告（Verwarnung）を科すことができる。警告には、「警告金付きの警告」と「警告金なしの警告」が存在しており（56 条 1 項）、前者について、拒否権を教示した上で、関係者の警告に対する同意をもらって、警告金が支払われる場合のみに有効であり、支払われない場合、警告が無効となり、普通の過料手続に移行する（56 条 2 項）。警告が発効した後、その警告を発する際に把握された事実上または法律上に範囲に限って、再度の訴追が阻害される（56 条 4 項）が、犯罪の訴追阻害事由となれない<sup>[112]</sup>。

行政官庁は調査を行った後、秩序違反行為が存在すると判明する場合、過料決定（Bußgeldbescheid）を科すことができる。過料決定は行政行為（Verwaltungsakt）として把握されて、その送達、形式、効力等について、行政行為に関する一般規定が適用される<sup>[113]</sup>。過料決定の中、①関係人および共同参加者、②弁護人の名前、場所、③違法行為の特徴、日時、場所の事実関係と違反条項、④証拠、⑤過料および付加処分、⑥過料の執行可能性、支払方法、強制勾留、異議申立、異議申立の場合に不利変更の可能性等の教示などの事項を記入しなければならない。

注意すべきなのは、過料決定の性質である。52 年秩序違反法の場合、過料決定は行政機関が秩序違反法の手続規定によって科す不利益処分であるのに対して、68 年法の場合、立法理由書によって、過料決定は、「正確性を必要とする事態の解明の後に発し、後の手続においては裁判官によってのみ事後審査されるという『真実の言い渡し』の意味での決定ではない。過料決定はむしろ簡素な手続によって出された仮の言い渡しであり、関係者の自分の服従によってはじめて最終的なものとなる」<sup>[114]</sup>。つまり、68 年法における過料決定は、行政機関が簡素な手続によって科されて、関係者がそれを服従してはじめて完全な意味を有する仮の言い渡しとして位置づけられるものである。過料決定は刑事訴訟法における略式命令を模写して作られるものと理解することができる<sup>[115]</sup>。このような考え方

[110] 基本法 103 条 1 項によって、「何人も、裁判所において、法的審問を請求する権利を有する（Vor Gericht hat jedermann Anspruch auf rechtliches Gehör）」。

[111] Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 123.

[112] Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 145ff.

[113] Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 165ff.

[114] BT-Drs., v/1269. S. 32.

[115] Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 166.

から、過料決定には、違法行為、証拠、違反条項等の事項以上に理由づけをする必要がなく（66条）、限定的な確定力しかなく（84条、過料決定が発効した後、違法行為は秩序違反行為として再び訴追することができない）、関係者が異議を提起する場合、過料決定がその意義を失って、ただ過料決定の中に含まれた訴追意義だけが残されると考えられる。

### 3、中間手続（Zwischenverfahren）

過料の当事者は、過料決定が送達されてから二週間以内に、過料決定を発した行政官庁に異議（Einspruch）を申し立てることができる（46条）。異議が提出されてから司法手続に入る前までの過程が中間手続（Zwischenverfahren）と捉えられている。

異議申立は、過料決定の法効力を阻止する。すなわち、過料決定の効力は、異議申立によって消える。その後の手続において、検察機関と裁判所は、過料決定が違法かどうかを審査するわけではなく、むしろ、自ら秩序違反行為の存否を判断して、「完全に自主的な判断」を行う<sup>[116]</sup>。ただし、過料決定は、その違法行為に対する法的評価を失うこととなるが、具体的な訴訟上の行為と違反者を限定する訴追機能をまだ有する。

異議申立が行われた後、行政機関はまずその適法性を審査する。期限を過ぎて、形式が誤って、異議申立が有効ではない場合、行政機関はそれを許されないもの（unzulässig）として却下決定を行う。その決定に対して、62条が規定する裁判所判決の申請が可能である（69条1項）。異議が許される場合（zulässig）、行政機関は過料決定を維持し、または撤回することができて、その前に、更なる調査を行うことができて、関係者に意見表明の機会を与えることもできる（69条2項）。過料決定が撤回される場合、手続は過料が出される前の状況に戻るため、行政機関は手続を中止し、または再び過料決定を発することができる<sup>[117]</sup>。

行政機関は過料決定を維持すると判断するとき、事案を検察機関に移送する。事案が検察機関に移送された後、訴追機関の任務も検察機関に移転される（69条4項）。刑事訴訟法152条1項によって、検察機関はまず、その違法行為は犯罪行為として訴追すべきかどうかと判断しなければならない。その後、検察機関は、事案の調査が不十分と考えるとき、補充調査をすることができるし、それを非正式に行政機関に返送することもできる。そして、訴追する必要性がないと考えるとき、手続を中止することができる。検察機関は補充調査も中止もしない場合、事案を裁判所に提出する（69条4項）。

検察機関は、事案を裁判所に提出した後、裁判所はまず異議の適法性を審査すべきである。異議提出の規定が遵守されなければ、裁判所はそれを不適法として却下する（70条1項）。それに対して、即時抗告が許される（70条2項）。異議が適法であれば、司法手続に入ることとなる。

### 4、司法手続（das gerichtliche Verfahren）

異議申立に伴って事案が裁判所に移送された後、裁判所が過料手続の主体となる。審査権限を有するのは、行政官庁が所在する地区（35条）の区裁判所（Amtsgericht）である（68条1項）。司法手続において、過料決定はその意義を失って、単に起訴機能を維持する。裁判所は、事実の面でも法律の面でも、過料決定に拘束されず、自主的に判断する。

#### （1）手続の選択

<sup>[116]</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 207.

<sup>[117]</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 226.

司法手続に入ると、裁判所は、公判手続 (Hauptverhandlung) または書面手続 (schriftlichen Verfahren) のいずれかを適用することを決めなければならない。

一般的に、異議が許された後、刑事訴訟法の略式命令 (Strafbefehl) に対する異議に関する規定を適用して公判を行う (71 条)。ただし、裁判所は公判を行う必要がないと考えて、関係者と検察機関が反対しない場合、書面手続によって裁定 (Beschuß) を以て審理することができる (72 条 2 項)。裁判所は、関係者に、書面手続の可能性およびそれに反対できることを事前に示すべきであり、意見表明の機会を与えなければならない。そして、公判手続または書面手続の前に、事件を解明するために、裁判所の証拠調べが認められている (71 条 2 項) <sup>[118]</sup>。

## (2) 公判手続

公判に参加できる者は以下のとおりである。まず、検察機関は訴追機関として公判に参加することができる。ただし、検察機関には、公判参加の義務は存在しない (75 条 1 項) <sup>[119]</sup>。検察機関は訴追機関として事案を裁判所に移送した後で、自分の裁量によって裁判に参加するかどうかを決定するのである。これは、大量の軽微な違法行為の対応負担から検察機関を解放することから由来する規定である。実務上、検察機関が参加する例は珍しい <sup>[120]</sup>。次に、過料決定を発する行政機関は、公判に参加することができて、その立場から意見を述べることができる (76 条 1 項)。ただし、行政機関においても、公判に参加する義務が存在しない。これに対して、関係者は公判に出席する義務を有する (73 条 1 項)。ただし、関係者は事前手続においてすでに意見表明した場合 (55 条)、または公判で意見表明する意図がない場合、その出席が事態解明にとって必要ではない場合、関係者の申請によって、その出席義務を免除することができる (73 条 2 項)。

公判手続について、刑事訴訟法に規定される略式命令 (Strafbefehl) に対する異議の手続規定を適用する (71 条)。事態解明のために、裁判所は職権主義で証拠を調べて、事件を調査することができる (77 条 1 項)。具体的な手続について、刑事訴訟法の規定が適用される。ただし、過料手続の特性に即して、簡略な手続規定が規定されている (77a 条~78 条)。

裁判官は、事案を審理した後で、判決 (Urteil) を出して手続を終了する (刑事訴訟法 260 条 1 項、268 条)。手続中止事由が存在する場合、手続を中止することができる (刑事訴訟法 260 条 3 項)。判決の中で、裁判所は過料決定の違法性を判断する必要がなく、事実と法律に基づき、自ら判断した結果を示せば足りるのである。そして、裁判所は、過料手続においては、違法行為を秩序違反行為として判定することに拘束されず、過料手続と刑事手続に転換することができる (81 条 1 項)。この場合、その旨を関係者に示すべきであり、関係者の法地位は刑事被告に変わることとなる (82 条 2 項)。なお、刑事訴訟において、裁判所はその違法行為を同時に秩序違反行為の法的観点から判定すべきである (82 条)。このように、裁判所の司法手続において、過料手続と刑事手続が結びついている。

<sup>[118]</sup> 証拠調べの規定は 71 条「公判」の下で規定されているが、学説によって、書面手続の場合においてもそれが適用できると解される。Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 249.

<sup>[119]</sup> ただし、裁判所は審査した後で、違法行為が犯罪行為として把握すべきと考えて、過料手続を刑事訴訟に転換する場合 (81 条)、検察機関が出席しなければならない。

<sup>[120]</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, S. 123. 村上歴造「西ドイツにおける行政法令違反処理手続—船舶関係法令違反に対する過料制度の実態と問題点」海保大学研究報告 26 巻 2 号 (1980 年) 24 頁参照。

### (3) 書面手続

裁判官は公判を行う必要がないと考えて、関係者と検察官が反対しない場合に、書面手続で審理する。この場合、裁判所は裁定（Beschluss）で裁決する（72 条）。書面手続においても、裁判所は過料決定の違法性を審査するわけではなく、自ら違法行為を審理する。注意すべきなのは、書面手続において、不利益変更禁止の規定が定められている（72 条 3 項）<sup>[121]</sup>。そして、書面手続も過料手続の一種であるので、上記の過料手続を刑事手続に転換する規定は、書面手続においても適用できる。

### (4) 法律上の抗告

裁判所の判決（Urteil）または裁定（Beschluss）に対して不服があれば、法律上の抗告（Rechtsbeschwerde）を提起することができる（79 条 1 項）。79 条、80 条には若干の修正規定が定められているが、抗告には基本的に刑事訴訟法の手続が適用される（79 条 3 項）。

すべての判決・裁定に対して法律抗告が提起できるわけではなく、その適格性について、法律救済の一般的な適格要件以外に、79 条と 80 条に規定されている特別要件も満たさなければならない。その中、特に重要なのは、1 号が規定する過料金額の要件であり、つまり、250 ユーロ以上の過料決定のみ、法律上の抗告が認められる。そして、刑事訴訟法の規定によって、法律上の抗告は法律違反を理由とする場合に限られる<sup>[122]</sup>。

抗告手続において、区裁判所の判決・裁定の違法性が審査されて、事実問題は審査されない<sup>[123]</sup>。違法性について、秩序違反行為の根拠法とする具体的な実体法、および秩序違反行為の手続に関する手続法の両面から審査されるのである<sup>[124]</sup>。

## 四、小括

68 年秩序違反法は、今日の行政制裁の基本構造を確定している。行政制裁の許容性について、52 年秩序違反法が制定された後、連邦憲法裁判所はすでに行政制裁に対する違憲性の質疑を回答した。68 年秩序違反法の後でも、連邦憲法裁判所は行政制裁が違憲ではないという見解を一貫して示した。そして、68 年秩序違反法の立法理由書は行政制裁の許容性を正面から論じて、機能性の重要性を強調した。つまり、秩序違反行為の制裁権限の決定は、訴訟経済上の考慮によって行われているのであり、それを行政官庁に委ねるのは、違法行為の迅速な対応、刑事司法負担の軽減などの利点があるからであると考えられる。その後、連邦憲法裁判所は、効率的な刑事訴追と機能的な司法が法治国原理の要請であると指摘した。行政制裁は、違法行為を迅速に制裁し、刑事裁判の負担を軽減する機能性のメリットを有し、効率的な刑事訴追にとって不可欠であり、法治国原理の要請であると解される。

68 年秩序違反法が制定された後、秩序違反行為は大幅に拡大している。一方では、実定法上、道路交通法における交通違警罪、刑法典における違警罪が秩序違反行為に転換されたのみならず、今日、ほぼすべての行政法律に、秩序違反行為が存在している。過料は、違法行為に対する重要な制裁手段として活用されている。刑法の謙抑性や比例原則に基づき、秩序違反行為を拡大し、行政制裁を活用する見解が有力である。他方では、学問上、秩序違反行為と犯罪行為との区別について、実定法上の変化に伴い、量的区別説を主張する学者がより多くなった。そして、連邦憲法裁判所判決の「中核領域」「限界領域」の見

<sup>[121]</sup> 公判の場合では、この規定が存在しない。

<sup>[122]</sup> StPO337 : Die Revision kann nur darauf gestützt werden, daß das Urteil auf einer Verletzung des Gesetzes beruhe.

<sup>[123]</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 386.

<sup>[124]</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 381f.



解から発展した質的量的区別説が有力であり、今日の通説となった。量的区別説にせよ質的量的区別説にせよ、法益を侵害する（軽微な）自然犯であっても、行政制裁をもって対処できることには異議がないと考えられる。

68 年秩序違反法は、旧法の「二軌道平行主義」の制裁モデルを廃止し、「一体的な訴追と処罰を認める一般的な手続法の規定」を定めている。52 年秩序違反法において、行政機関は主導的な役割を演じ、事実を解明した上で「真実の言い渡し」とする過料決定を発する。これに対して、新法の下で、最初の調査から過料決定までは事前手続において、行政機関は相変わらず主導的であるが、行政機関が出す過料決定はただ「仮の言い渡し」である。過料決定に対して異議を申し立てる場合、過料決定はその意義を失い、訴追権限も検察機関に移転される。最終的に、裁判所は、事実の面でも法律の面でも、過料決定に拘束されず、自主的に判断する。

## 第五節 中間的結論（一）：ドイツにおける行政制裁の許容性と法的構造

ドイツにおいて、戦後の1949年経済刑法は犯罪行為と秩序違反行為を区別し、秩序違反行為に過料を規定し、行政制裁を確立した。その後、1952年秩序違反法と1968年秩序違反法が制定されて、行政制裁が全分野に拡大している。今日、秩序違反行為と犯罪行為とを分けて、それぞれに過料と刑罰を科す「二元的制裁システム」が形成されている。以下では、本研究の検討の動機となった問題意識に立ち戻り、本章前四節の考察によって解明された点をまとめて、ドイツにおける行政制裁の許容理由、およびその基本構造を整理する。

### 一、行政制裁の許容理由

ドイツの場合、近世領邦国家において、行政による処罰が多く存在していたが、19世紀に入り、三権分離の啓蒙思想によって、行政による処罰が原則的に廃止されて、処罰権が裁判所に委ねられた。ただし、機能性の考慮に基づき、違警罪などのポリツァイ違反に関する行政による処罰が例外として認められていた。ナチス時代に入り、狭義の刑罰以外に、秩序罰が本格的に登場しており、ナチスにおける特殊な犯罪観・刑罰観の下で、非行を迅速的・効率的に制裁という理念に基づき、活用されていた。戦後、ボン基本法の下で、ナチス法制が徹底的に改造されたが、行政制裁そのものが留保された。

#### 1、49年経済刑法における行政制裁の許容性

戦後初期、行政刑法理論を理論背景として、49年経済刑法が制定された。基本法92条は、司法権（die rechtsprechende Gewalt）を裁判所に委ねると規定している。それにしても、49年経済刑法は、行政機関の過料制裁権限を認めた。当時、行政制裁が認められた理由について、以下の二点が挙げられる。

①行政刑法理論によって、行政違法行為に対して過料を科す作用は司法権ではなく、行政作用である。行政刑法理論の父といわれるゴルトシュミットによって、行政罰が行政違反に対する行政国家の自力救済としての強制手段であり、その本質が行政作用である<sup>[1]</sup>。Eb.シュミットはゴルトシュミットの理論を継承し、49年経済刑法における秩序違反行為が行政違法行為であり、過料が行政罰であると指摘した<sup>[2]</sup>。このように、過料制裁作用が行政作用であり、司法権に属しないと解される。

②そして、戦後初期、行政制裁を認めることについて、機能性に関する考慮が重要である。Eb.シュミットは、49年経済刑法の手續規定が法治国の行政刑法の理論（der rechtsstaatlichen verwaltungsstrafrechtlichen Theorie）から導き出されると強調した<sup>[3]</sup>。しかし、行政刑法理論は行政犯と刑事犯の区別を主張したものの、行政犯の非犯罪化、行政機関の制裁権限の許容まで主張しなかった。秩序罰、行政制裁はナチス時代で本格的に登場したものであり、それが制裁の迅速化、効率化から生じたものであるし、戦後初期においても、統制経済の緊迫性、経済刑法における行政機能の必要性などの理由で留保された。

<sup>[1]</sup> James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 551.

<sup>[2]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 44.

<sup>[3]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S.59.

## 2、秩序違反法が制定された後の行政制裁の許容性

1952 年秩序違反法が制定された後、秩序違反行為の範囲が着実に拡大した。行政制裁の活用に伴い、その許容性が問題となった。連邦憲法裁判所は過料制裁権が司法権ではないと明言し、その合憲性を認めた。ただし、留意すべきなのは、連邦憲法裁判所が示した行政制裁の合憲理由は、行政刑法論ではないということである。そして、行政制裁の許容理由を示した 1968 年秩序違反法の立法理由書の見解も、行政刑法理論との見解とは異なるのである。秩序違反法が制定された後、行政制裁を認めた原因には、以下の二点を挙げられる。

①過料制裁作用が司法権ではなく、基本法 92 条に違反しないとされている。連邦憲法裁判所は、「過料手続(Bußgeldverfahren)は刑事手続(Strafverfahren)ではない」と明言し、その合憲性を肯定した<sup>[4]</sup>。しかしながら、連邦憲法裁判所が示した行政制裁の合憲理由は、49 年経済刑法が制定した際の Eb.シュミットの見解とは必ずしも一致ではないと思われる。Eb.シュミットによって、秩序違反行為（行政犯）に対して過料（行政罰）を科す作用は行政作用であり、その作用が裁判権に属しない。これに対して、連邦憲法裁判所は、過料制裁対象と刑罰制裁対象の区別を言及したが、必ずしも行政犯と刑事犯との区別であると言いきらず、そして、制裁対象の区別以外に、過料の制裁手続・法的効果などを特に強調し、過料の制裁手続、法的効果をより重視する態度を示した。その後の判決においても、連邦憲法裁判所は一貫の見解を示しており、刑事制裁が裁判所に独占すべきと示しながら、過料制裁がその目的・趣旨、制裁範囲、制裁手続、法的効果からして刑事制裁ではないため、裁判所以外の機関に委ねても憲法 92 条に違反しないと指摘した。

②行政制裁を認めることについて、機能性が重要な原因である。機能性は歴史上の行政による処罰、および行政制裁を認めた重要な理由であり、52 年秩序違反法、68 年秩序違反法の立法理由書は機能性の考慮を明確に指摘した。68 年秩序違反法の立法理由書によれば、秩序違反行為の制裁権限を決定するとき、国家任務の意義と訴訟経済の要素を考慮すべきである。行政機関に制裁権限を認めることによって、非行が専門知識を有する機関に迅速かつ形式を要しない手続によって制裁されることができ、刑事司法の負担を軽減する利点も存在する。その後、連邦憲法裁判所は、効率的な刑事訴追と機能的な司法が法治国原理の要請であると指摘した。行政制裁は、違法行為を迅速に制裁し、刑事裁判の負担を軽減する機能性のメリットを有し、効率的な刑事訴追にとって不可欠であり、法治国原理の要請であると解される。

## 3、小括

以上のように、ドイツにおいて、行政制裁が認められる理由には、以下の二つの理由があると思われる。

第一に、過料制裁が司法権に属せず、行政機関に委ねても基本法 92 条に違反しない。その理由について、49 年経済刑法が制定された際、行政上の不服従に対する制裁が行政作用であるという行政刑法理論の理屈が考えられるが、その後の連邦憲法裁判所と立法説明によって、行政制裁が特定の違法行為に対して科される限定的な非難意味しか有しない制裁であり、その目的・趣旨、制裁範囲、制裁手続、法的効果が刑事制裁と異なるため、司法権に属しないと述べられる。

第二に、行政制裁を認めることについて、機能性が重要な原因である。行政制裁の違憲性をクリアするとしても、それを直ちに承認できるわけではなく、1968 年秩序違反法の

<sup>[4]</sup> BVerfG Entscheidung v. 14. 10. 58, E 8,197.(S.207)

立法理由書が示したように、秩序違反行為の制裁権限を決定する際、国家任務の意義と訴訟経済の要素を考慮すべきである。機能性の視点からみて、行政機関が専門知識を有し、迅速な手続によって制裁できて、刑事司法の負担を軽減できるため、行政制裁が不可欠であると思われる。制裁の機能性を重視することは、今日の秩序違反法のみならず、戦後初期の経済刑法、ナチス時代の秩序罰、および歴史上の行政による処罰を規定するポリツァイ刑法、ポリツァイ条例にもはっきり発見できて、早期の行政による処罰、現在の行政制裁を正当化する重要な理由であると思われる。

## 二、行政制裁の制裁範囲

過料という制裁手段は、ナチス時代に本格的に登場し、戦後にも継承された。ナチス時代において、秩序非行と犯罪行為との限界が不明であったが、戦後には、両者の限界づけ、役割分担が重要な課題となった。49年経済刑法の時点で、過料制裁は経済刑法分野の行政犯のみに適用するものであったが、その後、過料の適用範囲が拡大しつつある。

### 1、行政制裁行為と刑事犯罪の限界づけ

ドイツにおいて、近世領邦国家の行政による処罰が、絶対王権の形成に伴い登場したものであり、その範囲が極めて広く、臣民の公的生活と私的生活のあらゆる分野に広がっていた。19世紀に入り、行政による処罰の範囲が縮小されており、基本的に違警罪、ポリツァイ違反行為に制限されていた。近世領邦国家のポリツァイ罰がもちろん、19世紀の刑法典、ポリツァイ刑法典における行政による処罰についても、後の観点からみて自然犯と考える違法行為も行政による処罰の対象になっていた。行政による処罰が必ずしも行政犯にとどまるわけではないと思われる。

ナチス時代、行政制裁が多用されており、その制裁範囲はとても広がった。秩序罰の違法行為と犯罪行為との区別について、「公共利益」のような曖昧な基準しか存在しなかった。これに対して、戦後49年経済刑法は、秩序罰を過料として留保した上で、秩序違反行為と犯罪行為との限界を法律で規定した。Eb.シュミットによって、49年経済刑法における経済犯罪は、国家の給付能力と経済秩序に侵害する違法行為であり、秩序違反行為は、行政主体の命令に違反する行為である。秩序違反行為は行政犯であり、過料は行政罰である。秩序違反行為と犯罪行為との区別は法益侵害と行政不服従との質的区別であると考えられる。

しかしながら、秩序罰が登場し、行政制裁が認められることについて、機能性が重要な原因であるため、大量の軽微な違法行為を迅速に処置し、司法負担を軽減するために、行政犯のみならず、軽微な自然犯でも秩序違反行為に転換されている。従って、行政刑法論に基づくEb.シュミットの質的区別説が批判されており、秩序違反行為と犯罪行為との区別が社会倫理上の無価値判断に内在する程度の差異、つまり量的区別である見解が有力となった。今日、連邦憲法裁判所の判例から発展した質的量的区別説が多くの学者に支持されて、通説であると思われる。このように、ドイツにおいて、自然犯であっても、刑法の中核領域に属しないかぎり、行政制裁をもって対処できるということに異論がないといえよう。行政制裁が行政不服従行為しか適用できないというドグマが成立できない。

### 2、行政制裁と刑事制裁の役割分担

実定法上の秩序違反行為の拡大に伴い、行政制裁の活用論も有力である。その理由について、行政制裁の許容性を認める理由としての機能性の考慮という点以外に、刑法の謙抑性、より一般的に言えば比例原則が考えられる。すなわち、刑法は法益保護の唯一の方法

ではなく、ただ最後の保護措置であり、そのために、その他の問題解決の手段が失敗する場合のみ、刑法が適用できる。刑法は、国家が国民に対する最も強い干渉であるので、より緩和な手段が十分な結果をもたらせない場合のみ、適用できる。比例原則によって確保される刑法の「最後手段原則（ultima ratio-Prinzip）」に対応して、立法者は、軽微な違法行為に対して、場合によっては、秩序違反行為という形態を選ばなければならない。このように、行政制裁は、軽微な自然犯までの違法行為に対して、適用できるのみならず、適用すべきであるといっても過言ではないといえよう。

### 三、行政制裁の手続と救済

ドイツでは、戦後の 1949 年の経済刑法において初めて、行政制裁の制裁手続と救済方法がきちんと規定されて、1952 年秩序違反法に継承された。49 年経済刑法と 52 年秩序違反法が確立したのは、二軌道平行主義の下での行政の独立型制裁モデルである。一方において、秩序違反行為の調査、追訴、決定が行政機関に独自に行われており、検察機関、裁判所の関与が排除される。他方において、過料は行政処分であるが、その救済は行政裁判所ではなく、通常裁判所に求めると規定される。裁判所の司法救済手続は普通の刑事訴訟手続と異なり、刑事訴訟法の抗告に関する規定が類推適用される。

二軌道平行主義の下での制裁モデルは、簡潔的な制度設計であるが、検察と行政官庁との間で消極的または積極的な権限衝突、および過料手続と刑事手続との転換の難しさをもたらした。そのため、1968 年秩序違反法は、機能性に基づき、犯罪非行と秩序非行の訴追・処罰の二軌道平行主義を改正し、「一体的な訴追と処罰を認める一般的な手続法の規定」を定めている。新法の下で、最初の調査から過料決定までは事前手続において、行政機関は相変わらず主導的であるが、行政機関が行う事前手続は、刑事訴訟法における略式命令手続と類似的な性質を有する。過料決定に対して異議を申し立てる場合、過料決定はその意義を失い、訴追権限も検察機関に移転される。最終的に、裁判所は、事実の面でも法律の面でも、過料決定に拘束されず、自主的に判断する。

## 第二章 中国の行政制裁の過去と現在

前章では、ドイツの行政制裁に関する制度と理論を考察した。ドイツでは、秩序違反行為に関する一般法とする秩序違反法が制定されており、大量の刑事可罰性を有しない違法行為が非犯罪化されて、行政制裁で対処されていることが明らかになった。実は、ドイツは行政制裁を活用している唯一の国ではない。中国において、軽微な社会危害性しか有しない違法行為に対して、行政制裁をもって対処するやり方は昔から存在しており、今日では活用されている。

中国は、法制の継受国であり、日本と同じようにドイツなどの欧米諸国の影響を受けているし、日本からも影響されている。清末からの法制変革において、日本法の影響を受けて、刑法以外に単独な違警律が制定されて、違警罪の処罰権限が警察官庁に委ねられた<sup>1)</sup>。違警律は制定されたわずか3年後、清王朝が滅亡されたが、しかし違警律は新たな中華民国時代に継承されて、いくつかの変遷を経て、1943年に違警罰法に変容した。1943年違警罰法は、従来の違警罪を違警行為に変更し、非犯罪化した上で、その制裁権限を行政官庁に委ねて、行政制裁を正式に確立した。

1949年、中華人民共和国が成立する前夜に、共産党中央委員会は中華民国法制を廃止する命令を出した。実定法としての違警罰法が廃止されたが、ソ連法制を手本として社会主義法制の建設が進んでいた過程において、行政制裁が廃止されないのみならず、強化された。その後、70年代末から改革・開放が行われて、「行政処罰法」「治安管理処罰法」の制定によって、行政制裁と刑事制裁の二元的制裁システムが確立されている。

このように、中国の行政制裁は、清末の違警律に遡ることができる。当初、違警律を刑法から分離して単独的に制定されて、その処罰権限を行政官庁に任せるのは、日本からの影響を受けた結果であった。しかしながら、その後の法制変遷について、中国において行政制裁が継承・発展されて、ドイツのように独自の法典が制定されて活用されているようになるのに対して、日本において戦後では「警察犯処罰令」「違警罰即決令」が廃止されて、刑罰中心の制裁システムが構築されている。中国では、行政制裁がどのような変遷を経たのか、政権交代と政治運動が続く歴史の中で行政制裁が留保された理由は何か、今日において行政制裁が認める理由は何か、今日の行政制裁がどのように構築されているのか。本章では、中国の行政制裁の許容性と基本構造を考察する。

本章は、四節を分けて、中国の行政制裁の過去と現在を検討する。第一節は、伝統の制度と法制の変革を考察し、清末における違警律を中心に、行政による処罰が登場した理由およびその法的構造を検討する。第二節は、中華民国時代における違警罰法を検討し、1943年法における違警罪の非犯罪化の理由、および非犯罪化された後の行政制裁の法的構造を考察する。第三節は、新中国の建国初期の行政制裁を考察し、旧法制が全廃された背景の下で、行政制裁法制が留保された理由、および新法制のものの行政制裁の法的構造を検討する。第四節は、改革・開放以降の行政制裁の変容を考察し、今日において行政制裁の許容性、行政制裁の範囲と手続構造などの問題を検討する。

<sup>1)</sup> 日本では、1907年に公布された新刑法は、1880年の旧刑法において単独の一編として規定された違警罪を削除した。その部分は1908年に単独の「警察犯処罰令」として定められた。伊藤榮樹、勝丸充啓『軽犯罪法』（立花書房、新装第2版、2018年）5-6頁参照。

## 第一節 伝統的な制度と清末の法制変革

中国において、法制の近代化は 20 世紀初頭の清王朝の末期時代から始まった。行政制裁に対する考察も、清末に制定された違警律から始めたほうがよいと思われる。ただし、古代中国においても、行政による処罰が存在していた。本節では、清王朝を例として、古代中国の国家処罰を簡単に考察した上で、清末の法制変革における違警律に焦点を絞り、法制近代化の下で行政による処罰を考察する。

### 第一款 伝統的な制度と行政による処罰

一口に中国と言ってもその歴史が長く、ここでその数千年の法制史を考察することは不可能でありながら、本研究に対しても必ずしも必要とはいえない。中国の長い歴史が基本的には一つの動かぬ型の中で営まれており、一つの時期について明らかにされたことが他の時期にも共通するものであることは、中国史においてしばしば経験するところであるため<sup>[2]</sup>、ここでは、帝制中国の最後の王朝とする清の刑事法制と国家処罰を考察する。

清王朝の基本的法典は、1740 年に制定された「大清律例」である。それは、名例律（総則）、吏律（職制・公式）、戸律（戸役、田宅、婚姻、倉庫、課程、錢債）、礼律（祭祀、儀制）、兵律（宮衛、軍政、郵驛）、刑律（犯罪、訴訟）、工律（營造、河防）という七部分からなり、民事法、刑事法ないし行政法等の多くの法分野を含める膨大な法典であり、「刑法を主としての中国伝統法典の集大成の法典」である<sup>[3]</sup>。

#### 一、清王朝の刑事法制

帝制中国時代に、民事法と刑事法との区分が存在しなかった。すべての裁判は、軽重の差こそあれ刑罰を結果する一少なくとも一可能性を含んでいた<sup>[4]</sup>。しかし、それは民事的な法律関係が存在しないというわけではない。婚姻、相続、契約などの事案は「戸婚田土錢債」事件だと捉えられて、「大清律例」において重要な地位を有した。ただし、当法典において、このような今日からみて民事事件だと捉えられる事件についても、犯罪行為であり、「これらの事案が一つのカテゴリーとして呼び分けられるのは、それが民事である一すなわち私権の保護を主題とする事案である一という観点からではなくして、むしろ、それが概して軽微な刑罰しか結果しない重要性の低い事案であるという観点からであったことである」<sup>[5]</sup>。

具体的にいえば、清朝における犯罪について、以下の種類が存在した<sup>[6]</sup>。第一に、皇帝や政権を危害する犯罪として、謀反大逆罪、謀叛罪、不敬罪等が存在した。第二に、人身

<sup>[2]</sup> 滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判—その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて」法制史学会編『刑罰と国家権力』（創文社、1960 年）227 頁参照。

<sup>[3]</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015）302 頁。

<sup>[4]</sup> 滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判—その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて」法制史学会編『刑罰と国家権力』（創文社、1960 年）229 頁参照。

<sup>[5]</sup> 滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判—その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて」法制史学会編『刑罰と国家権力』（創文社、1960 年）229 頁。

<sup>[6]</sup> この分類は、現代の研究者が提出したものである（懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015 年）309-313 頁）。「大清律例」は、当時の中央政府の基本構造とする六部（吏部、戸部、礼部、兵部、刑部、工部）に応じて、名例律（総則）、吏律、戸律、礼律、兵律、刑律、工律というように規定された。

権利を侵害する犯罪として、殺人罪、傷害罪、強姦罪、誣告罪等があった。第三に、財産権利を侵害する犯罪として、強盗罪、強奪罪、窃盗罪、詐欺罪等が存在した。第四に、社会管理秩序を侵害する犯罪として、詐偽罪（官僚偽証または官文書偽造）、私塩罪（私人の塩の売買）<sup>[7]</sup>等が存在した。最後に、官僚流職類犯罪として、収賄罪、官僚出入人罪（官僚は当事者の罪を違法に減免または加重する）等が存在した。

刑罰について、「大清律例」は、笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑の五種類を規定していた。それ以外、凌遲刑（切り苛み）、充軍刑（軍隊に編入して労作）等の非正式な刑罰も存在した。

## 二、清王朝の司法体制

清朝において、地方上の司法機構と行政機構は同一であり、各地方の行政長官は同時に司法長官であり<sup>[8]</sup>、裁判は基本的に地方の行政長官が担う仕事である<sup>[9]</sup>。官僚機構の末端として直接に人民に接するのは州と県であり、それは第一審級であり、「戸婚田土」等の笞、杖刑を科すべき軽い犯罪事件を裁判し、殺人、窃盗等の徒刑以上の刑罰を科すべき事件の場合、調査、証拠収集、初審の権力を有する<sup>[10]</sup>。数個の州県を統轄する中級地方官庁として府がある。その長官とする知府は、州県が上申した事件を審査し、また上級機構に上申する権限を有しており、州県の裁判に不服がある場合の控訴事件の審査権限も有する。数個の府を統轄する地方官庁は省である。一省の政務を統べる上級地方官庁として、布政使と按察使がある。布政使は「錢穀」に関する事項を統轄し、按察使は「刑名」に関する権限を行使する。按察使は第三審級として、府が上申した案件を審査し、また上級機構に上申すべきである。布政使と按察使の上に位置して、一省の政務の最高責任者として各省に巡撫があり、さらに二三個の省をあわせて管理する総督がある<sup>[11]</sup>。地方上の最高審級として、一般の徒刑を科すべき事案を最終審査する権限を有する。そして、人命事案の徒刑、流刑、及び死刑の事案を中央官庁に上申すべきである<sup>[12]</sup>。

中央政府において、六部の一つとして、「天下の刑名総匯」たる重要な裁判機関である刑部が存在した。地方から上申される重要案件を審査する権限を有する。刑部以外に、大理寺と督察院も存在しており、前者は再確認機関であり、死刑事件を再審査する権限を持っており、後者は監察官庁であり、刑部と大理寺が処理した事件を監督する権限を有する<sup>[13]</sup>。これらのすべての官僚機構の上に、あらゆる権限の源たる皇帝が位した<sup>[14]</sup>。

このように、清朝において裁判は、「皇帝を頂点とし州県を末端とする、仕組みは複雑であるが全体としてよく統制された単一の官僚機構によって行われていた」<sup>[15]</sup>。各省の布政使と按察使との区分、および中央の六部の区分以外に、頂点の皇帝から末端の州県まで、

<sup>[7]</sup> 伝統中国では、塩の売買は国家専売事業である。

<sup>[8]</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）322頁；馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）170頁；葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）218頁参照。

<sup>[9]</sup> 寺田浩明『中国法制史』（東京大学出版会、2018年）154頁参照。

<sup>[10]</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）322頁参照。

<sup>[11]</sup> ただし、巡撫があり総督がない場合が存在しており、また総督があり巡撫がない場合も存在した。

<sup>[12]</sup> 滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判—その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて」法制史学会編『刑罰と国家権力』（創文社、1960年）240頁；滋賀秀三「中国法文化の考察—訴訟のあり方を通じて」滋賀秀三『続・清代中国の法と裁判』（創文社、2009年）12頁参照。

<sup>[13]</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）169頁参照。

<sup>[14]</sup> 上記の国家機構を含み、清代の国家行政機構を模式的に示すものについて、寺田浩明『中国法制史』（東京大学出版会、2018年）153頁の図表13参照。

<sup>[15]</sup> 滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判—その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて」法制史学会編『刑罰と国家権力』（創文社、1960年）273頁。



裁判も行政事務一般も同一機関によって処理される仕組みであった。布政使と按察使との区分、および中央の六部の区分が存在していたが、それは近代における三権分立とは異なり、ただ国務の分掌という一般的現象の一環にすぎないと考えられる<sup>[16]</sup>。従って、清王朝において、裁判と行政、もしくは裁判官と行政官との区分が存在せず、司法裁判は国家による人民統治の自然な一部分として行われており<sup>[17]</sup>、王朝が天下を治める行為、すなわち行政の一環でしかなかったと思われる<sup>[18]</sup>。

### 三、小括：伝統的な法制における行政による処罰

行政と司法と区別せずに、国家行政機構が裁判機構として、今日からみて単に民事事件たる紛争を含めて、広い範囲の違法行為に対する処罰を科すという意味で、伝統中国では行政による制裁が確かに存在した。伝統中国では、今日にいう行政制裁が存在するとはいえないが、行政機構によって紛争を裁き、とくに刑罰を科すことという状況があったことが否定できない。そのため、その後の時代において、行政権の強化、特に行政官庁に制裁権限を付与することは、国民にとって特に耐え難いものではないということが理解できるのであろう。行政による処罰を認めた伝統法制は、その後の行政制裁が許容される一つの重要な歴史背景であると思われる。

## 第二款 大清違警律と行政による処罰

19世紀中期から、列強の侵入に伴い、西洋の自然科学技術と社会科学成果が中国で広まった。有識者は西洋の先進な技術と制度を学ぶと呼びかけて、国の改革を求めた。その中、治外法権を排除するために、伝統法制の変革が重要な課題であった。列強は、西洋法制を手本として伝統法制を改革すれば、その治外法権を放棄すると承諾した<sup>[19]</sup>。北清事変後、清王朝は1901年に「新政実施」の方針を出して、1902年に修訂法律館を設立して、国の法制改革を本格に開始した。その中、刑法以外に、単独な「違警律」が制定されており、狭義の犯罪と違警罪の区別が認められて、行政による処罰が現れた。

一方、留意すべきなのは、清王朝の法制改革より早く、列強がその各自の租界<sup>[20]</sup>において、近代的な国家機関および法律制度を導入したことである。中国の法制現代化は租界から始まったという見解も存在する<sup>[21]</sup>。上海、天津等の都市に存在した租界において、土地利用、建物建築、営業許可、治安管理等の都市管理法令が大量に存在しており、その中、法令違反に対して行政官庁によって処罰されると規定するものもあった<sup>[22]</sup>。従って、近代中国において、行政による処罰は租界で最初に登場したと思われる。しかしながら、租界

[16] 滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判—その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて」法制史学会編『刑罰と国家権力』（創文社、1960年）238頁参照。

[17] 寺田浩明『中国法制史』（東京大学出版会、2018年）152頁参照。

[18] 滋賀秀三「清朝時代の刑事裁判—その行政的性格。若干の沿革的考察を含めて」法制史学会編『刑罰と国家権力』（創文社、1960年）272頁参照。

[19] 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）177頁参照。

[20] 租界（そかい）とは、清国（のちに中華民国）内の外国人居留地で、通商等の目的で通常は都市などのより狭い一部区域に設定されるものであり、近代中国における列強の半植民地支配の拠点であった。治外法権等の多くの特権が設けられたものの、主権はまだ清王朝に属する点において、植民地と異なるのである。

[21] 王立民「中国的租界与法制現代化—以上海、天津和漢口の租界為例」中国法学2008年第3期167頁参照。

[22] 史定梅主編『上海租界志』（上海社会科学出版社、2001年）280、284、499、529頁参照。

の行政による処罰は、その適用範囲が租界にとどまり、統一の法的仕組みも有しなかった。行政による処罰の本格的な登場は、清王朝の法制改革を待たなければならないと考えられる。

## 一、刑事法制の変革

アヘン戦争以降、西洋の先進な技術と制度を学んで国の改革を求める意見が徐々に多くなり、清王朝の実際の統治者である西太后は 1901 年によりやく法制変革の詔書を公布した。法制変革は、外からの西洋の中国侵略に抗し、内からの改革・革命運動に処して、大清帝国を維持するべく、やむなく行なわざるをえなくなった、伝統的体制の改革の開始を意味するものである<sup>[23]</sup>。その後、清王朝は沈家本と伍廷芳を修訂法律大臣として任命し、修訂法律館を設置した。沈家本は岡田朝太郎、松岡義正等の外国の学者を雇用し、それらを法律改正に直接に参加させた。そして、修訂法律館はドイツ、ロシア、日本、イギリス、アメリカ、フランス等の外国の法典を翻訳して、外国法制を系統的に紹介した。

1902 年から 1912 年（清王朝滅亡）までの 10 年間で、清末の法制変革は憲法、民法、刑法、商法、訴訟法等の幅広い分野で行われた。その中、草案のままで発効されなかった法律も少なくなかった。ここでは、本研究と関係する刑事法律の改正を絞って清末の法制変革を検討する。

### 1、大清新刑律草案の制定

沈家本が主導した下で、大清新刑律草案は 1907 年に完成された。草案の制定において、日本学者岡田朝太郎は重要な役割を演じていた。大清新刑律草案は、欧米各国の近代刑法典および日本の新刑法を参考して制定ものであり、その体裁・内容において、とくに日本の刑法に倣ったのであった<sup>[24]</sup>。

大清新刑律草案は総則と分則からなり、延べ 53 章、187 条を有した。総則には、近代刑法原理が規定された。比附（類推適用）が削除されて、正当防衛、緊急避難等の近代刑法制度が定められた。罰則について、伝統刑罰が廃止されて、主刑（罰金、拘役、懲役、死刑）と附属刑（公権の取り上げ、没収）が規定された。分則には、具体的な罪名が列挙された<sup>[25]</sup>。謀反、不敬、不孝等の「十惡」が削除された一方、国交、選挙、交通、衛生等に関する犯罪が加えられた<sup>[26]</sup>。

大清新刑律草案は、以下の特徴を有する<sup>[27]</sup>。一方では、形式上、従来の法典のような、刑事と民事、および実体法と手続法とを区分せず一括して規定した法典形式を放棄し、刑事実体法のみを対象として規定した。他方では、内容上、西洋の刑法制度と刑法理念を大幅導入した。類推適用が排除されて、罪刑法定、法の前の平等などの法律原則が確立された。謀反等の犯罪が削除されて、新型犯罪が規定された。刑罰も改革されて、死刑が絞首に限られて、凌遲刑（切り苛み）、充軍刑（軍隊に編入して労作）等の残酷な刑罰が廃止された。

### 2、大清新刑律草案をめぐる「礼法之争」

<sup>[23]</sup> 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980 年）11 頁参照。

<sup>[24]</sup> 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980 年）178 頁参照。

<sup>[25]</sup> 分則に規定された罪について、島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980 年）175 頁参照。

<sup>[26]</sup> 葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017 年）217 頁参照。

<sup>[27]</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016 年）181 頁；島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980 年）178 頁参照。

大清新刑律草案の制定と審議において、激しい「礼法之争」が現れた。「礼法之争」とは、法律改正の基本精神と具体制度について、保守的「礼教派」と革新的「法理派」の間の論争であった<sup>[28]</sup>。礼教派は、伝統礼教を守り、法律と礼教の結合を主張したのに対して、法理派は、近代法治原理を支持して、法律と伝統礼教の分離を主張した。

1907年に、大清新刑律草案が完成されて、審議に交付されたが、軍機大臣たる張之洞をはじめとしての礼教派の猛烈な反発を受けた。礼教派は、大清新刑律草案における犯罪と刑罰を体系的に批判した。一方では、犯罪について、謀反等の皇室に対する犯罪における処罰が軽すぎて「君臣の倫理」に違背する、尊属に対する犯罪について死刑を適用しなくて「父子の倫理」に違背する、「妻妾毆夫」の条文が定められなくて「夫婦の倫理」に違背する、「親族相姦」を通常の場合と区別せずに扱ったり、無夫女性の内通行為を犯罪行為として定めなかったり、「男女区別の倫理」に違背する、というような反対意見が出された<sup>[29]</sup>。他方では、罰則の種類と適用について、笞刑、杖刑の廃止は時期尚早であり、死刑を絞首に絞るのは適切ではなく、比附（類推適用）を廃止するのは裁判の法律運用に困難を与える、などの反対意見も現れた<sup>[30]</sup>。

礼教派の反対と清王朝統治者からの圧力の下で、沈家本等の草案制定者は原案に加減を加えて、「倫理綱常」に関する犯罪の刑罰を加重して、修正後の草案を再び提出した。修正草案が法部<sup>[31]</sup>に送付された後、再び批判を受けていた。法部の最高指導者、礼教派の支持者である廷傑は、草案内容を批判した上で、草案の最後に、皇室に対する罪、内乱外患に関する罪における刑の加重、斬刑の適用、無夫女性の内通の処刑、尊属に対する罪に正当防衛の不適用などの礼教内容を五カ条にまとめ、暫時章程として添付した<sup>[32]</sup>。伝統礼教を守るために、草案に「五条付則章程」が添付されていたが、それにしても礼教派の反対が収まらなかった。その後の憲政編查館で審議においても、再び激烈な論争が起きた。礼教派は草案に痛烈な批判を加えて、沈家本はその批判意見を一々論駁し返した。その論争は刑律草案をめぐる進歩派と保守派との最も華々しい論争であると考えられる<sup>[33]</sup>。

「礼法之争」は終わりがないように進んでいたが、内政と外交の困難に臨んだ清王朝は1911年（旧暦では宣統二年12月）に、大清新刑律の総則、分則、付則章程を公布して実行を準備した。しかしながら、それが施行される前に、清王朝が滅亡した<sup>[34]</sup>。

### 3、大清現行刑律

大清新刑律を編纂した沈家本は、新刑律が容易に時世に容れられないことを知っており、清刑律を起草と同時に、過渡期の立法として、清王朝の伝統法典「大清律例」を加減して、「大清現行刑律」を制定した。1910年に「大清現行刑律」が公布され施行された。

「大清現行刑律」は、従来の吏律、戸律、礼律、兵律、刑律、工律という体制を廃止し、総則としての名例律を留保した上で、法律条文の性質によって、それを三十の「門」に分けて整理した。「大清現行刑律」は、民事等の内容をも規定したが、民事違法行為に対す

<sup>[28]</sup> 葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）226頁参照。

<sup>[29]</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）330頁参照。

<sup>[30]</sup> 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980年）181頁参照。

<sup>[31]</sup> 法部は、従来の刑部を改革して設立した機関である。

<sup>[32]</sup> 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980年）181頁；懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）331頁参照。

<sup>[33]</sup> 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980年）189頁参照。

<sup>[34]</sup> ただし、中華民国初期では、共和政体に合しない部分を除き、大清新刑律は「中華民国暫行刑律」として公布施行された。島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980年）200頁；高見澤磨「近代法制の形成過程」飯島渉ほか編『グローバル化と中国』（東京大学出版会、2009年）87-92頁参照。

る刑罰を定めなかった。そして、時代に対応して、交通破壊等の新犯罪を規定した。笞刑、杖刑、徒刑、流刑、死刑の五種類の刑罰を死刑（絞首、斬刑）、遣刑、流刑、罰金として改革した<sup>[35]</sup>。

「大清現行刑律」は過渡期の立法として、ある程度の近代化要素を含んでいたが、大清律例の範囲を出ないものとどまった<sup>[36]</sup>。

## 二、違警律と行政による処罰

清末の法制変革において、刑法体制について、上述の「大清新刑律」と「大清現行刑律」以外に、「大清違警律」も制定された。「大清違警律」は特別刑法の地位を有して、近代中国の最初の治安管理法であり、行政による処罰を確立という点で重要な意義を有する。

### 1、大清違警律の制定

刑事、民事等の幅広い分野の法規定を含む統一法典を制定した中国伝統法制の下で、個別刑法を制定するのは不可能であり、「警察」「違警」「違警律」等の文言は、伝統法制には存在しなかった。「大清違警律」の制定は西洋法制の影響を受けた結果ほかならない<sup>[37]</sup>。

まず、違警律の制定について、租界法制の影響が見られる。当時の国民は、すでに租界における警察制度と治安法令を察知した<sup>[38]</sup>。当時の人々は、租界の良好な治安状況を感じて、租界の警察制度に対して、「泰西巡捕、御災捍患、意美法良。清潔街道、逐捕盜賊、永朝永夕植立、途聞号令嚴明、規模整肅、風清弊絕、井然秩然」という高い評価を与えた<sup>[39]</sup>。そして、一般国民のみならず、清王朝の官吏、政治人物も租界の治安法令を了知し、清王朝に対して現代警政制度の導入を主張した<sup>[40]</sup>。租界は、近代中国人が外国を了解するための重要な窓口であり、西洋法制に対する最初の知識は、租界を通じて得たものであった。租界の治安法規体系は清王朝の違警罪立法に対して鮮やかな範を示した<sup>[41]</sup>。

そして、違警律の制定について、日本の立法実務と日本の学者は重要な役割を演じた。清末の警察制度は日本を倣って創立したものであった。当時中国で政治活動を行った川島浪速は清王朝統治者に支持されて、中国の最初の警察教育機構一京師教務学堂一を創立して、日本の警察制度と理念を紹介した。それゆえに、警察制度と密接する違警律の制定について、日本法制を参照することは意外的ではないと考えられる<sup>[42]</sup>。当時の日本では、1880年の旧刑法に単独の一編として規定された違警罪は、1907年の新刑法に削除されて、1908年に単独の「警察犯処罰令」として定められた。このような日本立法上の変化、および違警罪の単独立法の思想は中国に影響を及ぼした。清末の刑法改革に深く関与した岡田朝一郎は、刑法の中に違警罪を規定することを反対して、「（違警は）刑律とは無関係であり、違警行為は罪と呼ばれるが、刑法にいう罪とは異なる。違警罪は行政規則に違反する行為であり、その処置とする拘留、罰金等は行政罰則であり刑律ではない。それゆえ

[35] 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）330頁；葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）226頁；馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）180頁参照。

[36] 島田正郎『清末における近代的法典の編纂』（創文社、1980年）197頁参照。

[37] 李秀清「『大清違警律』移植外国法評析」犯罪研究 2002年第3期 8頁参照。

[38] 当時上海に住んだ葛元旭は、その著書で租界の法令を記載した。（清）葛元旭『沪游杂记』（上海書店出版社、2006年）9頁参照。

[39] 陳熾「巡捕」趙樹貴、曾麗雅主編『陳熾集』（中華書局、1997年）98頁。

[40] 韓世龍、蘇亦工『中国近代警察史』（社会科学文献出版社、1999年）5-14頁参照。

[41] 沈嵐「『大清違警律』立法源流探析」法学雑誌 2012年第2期 15頁参照。

[42] 沈嵐「『大清違警律』立法源流探析」法学雑誌 2012年第2期 15頁参照。

に、違警罪は刑法に定められなく、刑法以外に、単独の一部となる」という観点を表明した<sup>[43]</sup>。

また、違警律の制定原因に、当時の現実状況に対する考慮も存在した。近代的警察制度が創立された後、それが「防外之備（外患を防ぐための整備）」と「治内之具（内国の混乱を治るための道具）」として清王朝に重視されていた。警察制度をうまく作用するために、関連法規を整備することは不可欠であり、違警行為を統制する法律の制定は警政建設の重要な措置だと統治者に考えられた<sup>[44]</sup>。しかしながら、刑法の一般法典の性格を有する大清新刑律は「礼法之争」に陥り、その成立は難航した。それゆえに、警政法制の整備という急務に対応するために、単独の違警律を規定したと思われる。

以上の諸要素の総合影響で、1906年に「違警罪章程」が制定された。しかしながら、その内容は粗末で抽象的であり、北京周辺で試行されてすぐにその不足が現れたので、1908年に新たな「大清違警律」が制定された。

## 2、違警律と行政による処罰

違警罪の管轄権限は警察に委ねられた<sup>[45]</sup>。違警律の第4条によって、拘留されるべき者は巡警官署に拘留される。6条によって、違警罪の現行犯に対して、巡警は呼び出し状を有しなくても召喚できる。13条1項によって、犯罪が発見される前に巡警官署または被害者に自首すれば、処罰を軽減できる。16条1項によって、15歳未満の者が犯罪する場合、巡警官署は叱責した後、その父兄等の養育者に取り締まらせる。このように、違警律は警察官庁による処罰を認めた。ただし、注意すべきなのは、後に述べるように、違警律は各章の題目で明らかに「罪」という文言を使い、違警行為を犯罪として規定したということである。そのため、違警律における行政による処罰は行政制裁ではなく、警察による刑事制裁であると言わざるをえない。

違警罪の処罰権限を警察に委ねることは認められるべきか。この問題について、当時、反対説が存在した。その理由には以下の三点が挙げられる<sup>[46]</sup>。まず、立憲国で臣民に罰を科す裁判は、司法機関によって管轄されるべきであり、この原則に従って、警察庁による違警処罰は違憲であるといわれた。そして、違警罪は単独に制定されたが、その性質は刑事事件ほかならないため、警察庁ではなく裁判所によって処罰されるべきであった。さらに、警察官吏は必ずしも法学知識を有するわけではないため、処罰権限を警察官吏に委ねるとすれば、不法・不当な処罰が生じる恐れがあるといわれた。

一方、反対説の理由を批判し、警察庁の処罰権限を認めるべきと主張する賛成説が存在した<sup>[47]</sup>。まず、憲法には処罰権限を裁判所に排他的に付与する規定が存在すれば、警察庁に処罰権を委ねるのが違憲であるが、清国は成文憲法を制定しなかったため、その主張は成立できないと思われる。そして、違警罰の処罰権の本体は、刑事訴訟ではなく、行政処分である。違警行為を処罰する行為は、危害を除去することを目的とする行政作用であり、警察の権限そのものであり、警察庁に委ねることは違憲どころか、正当な権限分配である。ドイツでも日本でも、違警罪に対する警察庁の処罰権限を認めた例が存在する。さらに、警察庁の処罰権限を認めたもっとも重要な理由は機能性の考慮であった。「違警律に規定

<sup>[43]</sup> 熊元瀚編『刑法総則』（安徽法学社、1911年）119-120頁。この本は岡田朝太郎の京師法律学堂での授業のメモによって整理された著作である。

<sup>[44]</sup> 沈嵐「中国近代治安処罰法規的演變—以違警法的去刑法化為視角」政法論壇 2011年第4期 181頁参照。

<sup>[45]</sup> 汪有齡『大清違警律論』（北京第一書局、1909年）25頁；李秀清「『大清違警律』移植外国法評析」犯罪研究 2002年第3期 11頁参照。

<sup>[46]</sup> 汪有齡『大清違警律論』（北京第一書局、1909年）25-27頁参照。

<sup>[47]</sup> 汪有齡『大清違警律論』（北京第一書局、1909年）27-28頁参照。

された行為について、軽微な犯罪および偶発な犯罪が多く、警察は直接に人民に面するため、このような犯罪行為を発見すれば直ちに裁判・執行できて、極めて便利である」と述べられる<sup>[48]</sup>。

違警律は違警罪の処罰権限を警察に委ねたが、手続規定をほとんど定めなかった。刑事訴訟、民事訴訟に関する法律の制定がまだ途中であり<sup>[49]</sup>、実体法を重視し手続法を軽視する伝統思想の下で、手続規定の欠如は理解できないわけではない。

### 3、違警律の処罰対象

違警律の第一章は「総綱」である。第2条は、「凡本律所未載者、不得比付援引（本律に記載されないものについて、比付援引（類似適用）ができない）」と規定し、罪刑法定主義を正式に確立した<sup>[50]</sup>。第3条は罰則に関する規定であり、拘留、罰金、充公（没収）、停業（営業停止）、勒令歇業（休業命令）を規定した。それ以外、訴追期限、累犯の加重、処罰の軽減、自首、刑罰の執行等の内容も規定された。

第二章から第九章まで、犯罪行為はその性質と類型によって分けられて規定された<sup>[51]</sup>。具体的に、政務に関する違警罪（デマを飛ばす行為、公共場所で喧嘩、法規に違反して営業する行為、届出義務違反、等）、公衆危害に関する違警罪（人家が多い場所で花火等の火器の使用、狂犬等の危険動物が道路での走りなどを放縱する行為、等）、交通に関する違警罪、通信に関する違警罪（郵便専用物件の破壊、郵便運送の妨害、等）、秩序に関する違警罪（道路側の植物の破壊、規定価格を上回る価格での販売、等）、風俗に関する違警罪（理由なし凶器を持つ行為、墓碑の毀損、道路側で賭博に類する行為をすること、公衆の前で他人に罵言または嘲弄、許可なしで他人の家の壁で落書、等）、身体と衛生に関する違警罪（他人に暴行を加えたが傷害に達しない場合、過失で飲用水を汚染する行為）、財産に関する違警罪（家宅の表札または店の看板を毀損する行為、他人の野菜、果物または花を盗ること、等）、という八種類の犯罪行為が規定された。

違警律の処罰対象は、社会治安に関するさまざまな行為であった。そのうち、届出義務違反のような純粋な行政義務違反の規定も存在した一方、軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定も存在した。そして、社会秩序を維持しながら、不特定の公衆の法益をも保護する規定も多く存在した。

学問上、違警律と刑法の処罰対象について量的区別を主張する観点が有力であった。日本法政大学卒の学者たる汪有齡は、その著作で違警罪と普通犯罪の区別に関する外国の理論を分析し、両者の区別が「程度の区別」であると主張した。彼によって、違警罪と普通犯罪の区別は困難であり、東西の学者の見解は一致ではないが、質的区別説と量的区別説が存在した。質的区別については、さらに犯人の心情、犯罪行為の性質または犯罪結果の性質の区別の学説が存在した。しかしながら、個人または団体の法益を損害または危険することで犯罪を成立することについて、違警罪と普通犯罪が同様であり、区別が存在しな

<sup>[48]</sup> 汪有齡『大清違警律論』（北京第一書局、1909年）28頁。

<sup>[49]</sup> 1906年に「刑事民事訴訟法」草案が制定されたが、保守派の猛烈な批判を受けて、棚上げされた。その後、1911年に新たな「刑事訴訟律」草案、「民事訴訟律」草案が制定されたが、清王朝の滅亡によって、立法手続が中止せざるを得なくなった。

<sup>[50]</sup> 先述のように、大清新刑律草案に、罪刑法定主義が規定されたが、礼教派と法理派の論争によって、清王朝が滅亡まで施行しなかった。従って、違警律は近代中国の最初の罪刑法定主義を正式に確立した法律であった。

<sup>[51]</sup> 違警律の体制は当時の日本の「警察犯処罰令」と異なる（「警察犯処罰令」は犯罪行為を、その刑罰の重さによって、分類して定めた）。その理由について、犯罪を性質によって定めた伝統中国法典の影響、世界各国の立法の参考、および警察の法適用の便利、という三点が考えられる。沈嵐「中国近代治安処罰法規的演變—以違警法的去刑法化為視角」政法論壇 2011年第4期 182頁参照。

いと述べられた。大清違警律が規定する違法行為の中にも、個人法益や団体法益を侵害する例もすくなくない。犯罪行為については、情状や危害性の差が大きい行為が存在し、その中、軽微なものは違警律に規定される。従って、違警罪と普通の犯罪との間に、質的区別が存在せず、量的区別しかないと述べられた<sup>[52]</sup>。

### 三、小括

清末の法制変革において、単独な違警律が制定された。違警律の制定について、当時の租界の警察制度と治安法令の影響があり、日本の立法実務と学者の影響も存在していた。違警律は違警罪の処罰権限を警察に委ねることについて、反対意見も存在していたが、違警行為を処罰するのが警察機関の権限であり、警察による処罰は便利であるなどの賛成した声も存在した。

違警律の処罰対象は、社会治安に関するさまざまな行為であった。その中、純粋な行政義務違反の規定も存在し、社会秩序を維持しながら不特定の公衆の法益をも保護する規定も多く存在し、軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定も存在した。これに対して、違警罪と普通の犯罪との間に、程度の区別しか存在しないという見解が有力であった。従って、違警律の処罰対象は、同時代の大清新刑律の処罰対象とは質的な区別を有しないと考えられる。違警律を軽刑法と理解してもよいであろう。

このように、清末の法制変革において、警察による処罰が確立された。違警罪は犯罪であり、違警罪に対する処罰は刑罰であるため、今日の行政制裁とは異なると思われる。もっとも、次節で考察するように、中国民国時代において、違警罪が非犯罪化されて、違警罪に対する処罰が行政制裁に変更したため、大清違警律が後日の行政制裁のルーツであると思われる。

---

<sup>[52]</sup> 汪有齡『大清違警律論』（北京第一書局、1909年）6-12頁参照。

## 第二節 中華民国の違警罰法と行政制裁

1911年10月に、革命者は武昌蜂起を発動した。1912年の元旦に、革命者のリーダーとする孫文が帰国して、臨時大統領に就任して、中華民国南京臨時政府が成立した。ただし、その時、清王朝はまだ存在していた。清王朝と南京臨時政府との政治談判によって、臨時大統領を当時の清朝内閣総理大臣とする袁世凱に譲る等の条件の下で、清の皇帝の退位ということを達成した。200年以上中国を統治した清王朝は滅亡して、2000年以上の封建帝政も終了した。袁世凱は臨時大統領に就任して、首都を南京から北京へ移動し、中華民国北京国民政府を創立した。袁世凱は死んだ後、その部下であった各北洋軍閥は互いに争いながら中華民国北京国民政府を維持していた。1926年、孫文をはじめとしての革命者は、北京国民政府、北洋軍閥を打倒して全国の統一を目指した戦争を引き起こして、翌年に中華民国南京国民政府を創立して、1928年に全国を統一した。このように、中華民国の1911年から1949年までの歴史を、中華民国南京臨時政府（1911-1912、ただ三ヶ月ぐらい）、中華民国北京国民政府（1912-1928）、中華民国南京国民政府（1928-1949）という三つの段階に分けられる。

アジアの最初の共和国として、中華民国政府は清末から始まった法制変革を引き継ぎながら発展した。治外法権を廃止して、工業、商業を発展するために、大量の近代化の法令を公布・施行した。一方、中華民国時代は必ずしも安穏な時期ではなかった。北京国民政府時代において、各軍閥の間の戦争とともに、頻繁なレジーム・チェンジが発生した。17年間、47の内閣が存在して、6日間で失脚した内閣も存在した<sup>[1]</sup>。南京国民政府時期、国家は統一されたが、日中戦争、国共内戦などの一連の戦争が存在した。このような歴史背景の下で、中華民国時代の法制は必ずしも安定ではなかったと思われる。政治勢力の強弱変更によって法律を改正したことが多くて、敵対勢力を圧制するために、特別刑事法令、軍事法令などの特別法を制定したことも少なくなかった。本研究の対象とする違警罰法についても、1915年北京国民政府が制定した違警罰法、1928年、1943年南京国民政府が制定した違警罰法という三つの違警罰法が存在した。本節では、中華民国時代の刑事法制を概観したうえで、三つの違警罰法を中心に、中華民国時代の行政による処罰、行政制裁を考察する。

## 第一款 中華民国の刑事法制

南京臨時政府はわずか三ヶ月ぐらい存在しており、「中華民国臨時約法」、「臨時政府組織大綱」などの憲法、組織法に関する基本的法律を制定したが、刑事法に関する立法は少なかった。留意すべきなのは、南京臨時政府は、共和政体に抵触する部分を除き、「大清新刑律」を臨時に援用すると決定し<sup>[2]</sup>、拷問・体罰の禁止命令を公布し、笞刑、杖刑を罰金、拘留に変更したということである<sup>[3]</sup>。南京臨時政府は刑事法制の進歩に努めていたが、三ヶ月という短い時期で政権を失ったから、その影響は必ずしも大きくなかったと思われる。刑事法制の変革について、重要なのは北京国民政府と南京国民政府時代である。

[1] 王立民『中国法制史』（上海人民出版社、2003年）426頁参照。

[2] 葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）249頁参照。

[3] 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）197頁参照。



## 一、中華民国北京国民政府時代における刑事法制

北京国民政府は、「大清新刑律」を引き続き援用しながら、大量の特別刑事法規を制定した。北京国民政府時期において、刑法の改正作業が二回で行われたが、草案にとどまり施行できなかった。

### 1、刑法について

1912年3月30日、北京国民政府は、「削除新刑律与国体抵触各章条等並削除暫行章程文（新刑律の国体に抵触する条文と暫行章程を削除する命令）」を公布して、大清新刑律の中の「帝国」「臣民」「恩赦」等の文言を「民国」「人民」「赦免」に改正し、皇室侵害と皇室特典に関する内容、および「五条付則章程」<sup>14)</sup>を削除した。その上で、北京国民政府は「大清新刑律」を継承して、「（中華民国）暫行新刑律」と名づけて公布・施行した。清王朝に制定されて王朝の滅亡によって施行できなかった近代化の刑法典は中華民国北京国民政府の時代に実施された<sup>15)</sup>。しかしながら、1914年、北京国民政府は「暫行新刑律補充条例（暫行新刑律の補足条例）」を制定して、封建礼教を規定する「五条付則章程」を回復したのみならず、尊属に対する犯罪の厳罰、尊属に対して正当防衛の不適用などの封建礼教に関する内容を一層強化した<sup>16)</sup>。そして、同年、北京国民政府は「徒刑改遣条例」「易答条例」を制定して、廃除された流刑、笞刑を回復した<sup>17)</sup>。

「（中華民国）暫行新刑律」以外に、北京国民政府は大量の特別刑事法規を制定した。1914年に「懲治盜匪条例（強盜・匪賊を懲罰する法令）」を制定し、違反者に対して県知事によって死刑を科すことができると規定した。1914年に「違令罰法」を制定し、大統領の命令に違反する場合、1年以下の懲役、拘役等の刑罰を科すことができる。それ以外、「懲治盜匪条例」「戒嚴法」「治安警察法」「辺界禁匪章程」「乱党自首条例」「懲戒国賊法」「陸軍刑事条例」等の一連の特別法規を制定した。「懲治盜匪条例」において、強盜・賊徒に対して県知事によって死刑を科すことができると規定された。「懲役改遣条例」によって、内乱・外患罪を犯して5年以上の懲役を科される犯罪者に対して、懲役を「發遣」に変更できて、黒竜江省、雲南省、ウイグル地区に放逐できる。これらの特別法規は、刑法典の犯罪構成要件を緩和したり、刑罰を加重したり、厳重な刑罰と簡略な手続によって、国民の民主・自由の権利および「暫行新刑律」に確立された近代的刑法原則を厳しく破壊した<sup>18)</sup>。

### 2、刑事訴訟法について

制裁手続について、北京国民政府は最初に清末の「法院編制法」「刑事訴訟律」等の規定を改正し援用して、中央に大理寺を最高裁判所として設置し、地方に高等裁判庁、地方裁判庁と初級裁判庁を設置した。しかしながら、1914年に、「県知事兼理司法事務暫行条例」「県知事審理訴訟暫行章程」が制定されており、三分の二ほどの地方裁判庁と全部

<sup>14)</sup> 清末法律改正の際、礼教派は、皇室に対する罪、内乱外患に関する罪に刑を加重して、斬刑の適用、無夫女性の内通の処刑、尊属に対する罪に正当防衛の不適用などを五カ条にまとめ、暫時章程として刑律に添付した。前節参照。

<sup>15)</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）357頁参照。

<sup>16)</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）202頁；葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）250頁参照。

<sup>17)</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）358頁参照。

<sup>18)</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）203頁；葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）250頁；懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）358頁参照。

の初級裁判庁が撤廃されて、地方の裁判権限が県知事に委ねられた<sup>[9]</sup>。このように、伝統の行政・司法の権限混同が復活し、行政による処罰が留保された。

そして、北京国民政府時代に、上述の通常裁判システム以外に、軍事裁判システムが存在していた。その時、各軍閥の間に戦争が頻繁に発生して、国家が戦争状態や戒厳状態に陥った状況がよく存在して、軍事裁判は重要な役割を演じた。軍事裁判機関はその権限を越えて、通常裁判機関の権限に干渉・侵入したことがよく存在して<sup>[10]</sup>、通常裁判システムより、軍事裁判システムが主導的であった<sup>[11]</sup>。通常の刑事裁判より、軍事裁判の手続は極めて不備で、傍聴、弁護士の依頼、控訴は一斉に認められず、一審終審で訴訟が終わった。このような不備な訴訟手続であっても、実際には適切に適用されず、売国の疑いがあるから訴訟手続を経ずに銃殺する事件、警察に逮捕されて軍事機関に移送して翌日に処刑する事件も存在した<sup>[12]</sup>。

## 二、中華民国南京国民政府の刑事法制

中華民国南京国民政府は、1928年に全国を統一した。その後の約十年間、南京国民政府は法制を整備して、中国バージョンの六法全書を完成した。刑事法制について、1928年に刑法と刑事訴訟法を制定して、1935年に新たな刑法と刑事訴訟法を制定した一方、大量の刑事特別法規も定めた。

### 1、刑事法について

南京国民政府が成立した後、新刑法の制定作業を開始した。立法者は、北京国民政府時代に制定したものの施行しなかった第二回の刑法修正案に基づき、1928年に新たな刑法典を制定した（28年刑法）。新刑法は、総則と分則の二編からなり、総則編には、基本原則、刑事責任、未遂、共犯、刑罰などの基本内容が規定されて、分則編には、具体的な罪名が規定された。28年刑法は、罪刑法定主義、事後法の禁止などの原則を規定して、工商業発展を保護する内容も定めた。罰則について、死刑、無期懲役、有期懲役、拘役、罰金という主刑、および公権剥奪、没収という従刑を規定した。一方、28年刑法は、家族・親族の間の犯罪について尊卑によって加重または軽減のような封建礼教を維持する内容を含んでいた<sup>[13]</sup>。

28年刑法が制定された後、南京国民政府は多くの特別刑事法を制定した。その中、刑法と矛盾する部分を存在したので、立法院は1931年に刑法改正を着手し、1933年に草案を完了し、1935年に可決して公布した。35年刑法も総則と分則の二編からなり、罪刑法定などの近代化の原則を定めた一方、尊卑倫理などの封建礼法に関する内容も留保した。そして、35年刑法は、欧米と比べても新しい制度とする保安処分を導入した。14歳未満の者に対して刑罰の代わりに保安処分を出して、感化教育場所で教育することができて、18歳未満で処罰が軽減される者に対して刑罰を科す前、もしくは科した後で感化教育を行うことができて、麻薬依頼者、乱酒者、性病患者、犯罪を業とする者または犯罪習慣がある者に対して、強制治療、強制矯正、矯正労働などの処分を行うことができると規定された<sup>[14]</sup>。

<sup>[9]</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）372頁参照。

<sup>[10]</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）206頁参照。

<sup>[11]</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）372頁参照。

<sup>[12]</sup> 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）372-373頁参照。

<sup>[13]</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）216頁；葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）251頁参照。

<sup>[14]</sup> 35年刑法 86-91条参照。馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）216頁；

28 年刑法と 35 年刑法以外、南京国民政府は大量の特別刑法を制定した。1928 年に、南京国民政府は全国を統一したが、共産党の革命運動がずっと存在していた。その後、日中戦争と国共内戦などの戦争が勃発して、南京国民政府は大量の特別刑法を制定した。1928 年に、「暫行反革命治罪法」を制定し、国民党または国民政府を破壊しようとする者に死刑を科すという内容を規定した。同年、「共産党人自首法」を制定し、共産党員が自首、告発する場合、刑罰を軽減することを規定し、共産党員の自首を誘導して、刑罰を執行した後でも、「反省院」に送って反省させると定められた。それ以外、「危害民国緊急治罪法」（1931）、「国家総動員法」（1942）、「勘乱時期危害国家緊急治罪条例」（1947）などの刑事法規も制定されており、その中、刑法典の犯罪構成要件を緩和し、犯罪対象を拡大し、刑罰を加重する内容があり、刑法の原則と相容れない部分が存在していた。

## 2、刑事訴訟法について

1928 年、南京国民政府は刑事訴訟法を制定し公布した。ただし、それは 28 年刑法を適用するために倉卒に制定したものであり、その後の刑法改正と裁判所組織法などの法律改正によって、その不足が現れた。それゆえに、刑事訴訟法が改正されて 1935 年に公布・施行した。35 年刑事訴訟法は、公訴と自訴、回避制度、弁護制度、公開審理、無罪推定などの法原則を定めて、県・市の地方裁判所、省の高等裁判所、中央の最高裁判所の三級三審制度を確定した。刑事制裁権限を裁判所に委ねて、行政によって処罰を排除した。

しかしながら、刑事実体法と同じように、訴訟法についても、南京国民政府は大量の特別法規を制定した。1928 年に「反革命案件陪審暫行法」を制定して、いわゆる「反革命」事案の裁判について、陪審制度を導入した。陪審員は国民党党員とする陪審員リストから選出された。1931 年の「修正危害民国緊急治罪法」、1942 年の「妨害国家総動員懲罰暫行条例」などの規定は、それに関連する犯罪の制裁権限を軍事裁判所に任せた。1944 年の「特種刑事案件訴訟条例」は、売国、盗匪、内乱、外患などの犯罪行為について、特別刑事手続を適用することを規定し、その処罰権限を裁判所に設立した特別刑事法廷に任せた<sup>15)</sup>。軍事裁判と特別裁判について、処罰の手続が不備であり、公開審理、控訴、弁護士の依頼などの規定の適用が制限されて、刑事訴訟法が確定した法原則を破壊したと思われる。

## 三、小括

中華民国時代の刑事法制について、以下の特徴を挙げられる。一方において、共和政体の創立とともに、罪刑法定、無罪推定等の近代刑事原則を規定した刑法典、刑事訴訟法典が定められた。中華民国北京政府時代に、行政機関による処罰に関する規定が一時に回復したが、中華民国南京国民政府時代となると、廃止された。刑法典と刑事訴訟法典は近代刑事法制を確立した。他方において、厳然な国内国外環境の中で、特別法規が大量に制定されていた。特別法規は、犯罪構成要件を緩和し、軍事裁判機関と手続を創立し、刑法典と刑事訴訟法典が確立した罪刑法定、無罪推定と衝突する内容も有した。各軍閥の間の戦争、国共闘争と内戦、日中区別と戦争等の複雑な歴史背景の下で、中立な裁判所と厳密な刑事手続より、簡略で便利な軍事裁判を偏った傾向が明らかに見える。

---

葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017 年）251 頁参照。

<sup>15)</sup> 葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017 年）251 頁；懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015 年）362 頁参照。

## 第二款 違警罰法と行政制裁

中華民国時代、1915 年違警罰法、1928 年違警罰法、1943 年違警罰法という三つの違警罰法が制定された<sup>[16]</sup>。「大清違警律」が制定・施行された後、ただ三年間で清王朝が滅亡したが、中華民国北京国民政府は、「大清違警律」をすこし改正した上で、「違警罰法」を改称して 1915 年 11 月に公布した。中華民国南京国民政府時代に入って、1928 年新刑法の制定に伴い、違警罰法も改正されて、1928 年に公布された。28 年違警罰法は、個別の文言しか改正せずに、15 年法とほぼ同じである<sup>[17]</sup>。その後、1935 に刑法が改正され、翌年に違警罰法の改正も始まって、1937 年に草案が完成されたが、戦争のために 1943 年によりやく公布された。43 年違警罰法は、総則から各章まで幅広い内容を改正し、従来の違警罪を違警行為に転換し、行政制裁を確立した。以下では、15 年法・28 年法と 43 年法という二部分を分けて、中華民国時代の違警罰法を検討する。

### 一、1915 と 1928 年違警罰法について

1915 年に、北京国民政府は「大清違警律」を改正して、「違警罰法」に改称して公布した。1928 年に、新刑法の制定に伴い、南京国民政府は北京国民政府の「違警罰法」を改正し公布したが、個別の文言しか改正しなかった。一方、実定法はあまり変革しなかったが、学問上、特に 28 年法が制定された後、違警罰法に関する研究が増えており、違警罪と通常の犯罪行為の区別、違警罪の処罰権限などの問題が注目された。

#### 1、行政の処罰権限の継承

15 法と 28 年法は、大清違警律が確立した行政による処罰を継承し、警察の違警罰の管轄権限を認めた。15 年違警罰法によって、拘留されるべき者を巡警官署に拘留する（14 条）。犯罪が発見される前に警察官署または被害者に自首すれば、処罰を軽減できる（20 条）。巡警人員が違警罪の現行犯に対して、呼び出し状を有しなくても召喚できる（26 条）。28 年違警罰法は、「警察官署」という文言を「公安局」、「公安所」に差し替えた以外、ほぼ同じ内容を規定していた。

行政の処罰権限を認可することが学問上に支持されていた。違警罪の管轄権限が行政機関に属して、司法機関が干渉できないという見解が有力であった<sup>[18]</sup>。その理由について、当時の学説をまとめて、以下の三点があった。第一に、違警罰法が警察法制の一環として位置づけられる見解が存在した。清代から、警政制度を整備する一環として、違警律を単独に制定したため、警察の即決権を許容したのは、「警察政治の当然であり、そうしないといけない」と考えられた<sup>[19]</sup>。第二に、一部の学者によって、違警犯は刑事犯と質的に区別するので<sup>[20]</sup>、違警犯に対する処罰は司法事件ではなく、行政事件であり<sup>[21]</sup>、そのため、

<sup>[16]</sup> 早期の違警罰法は、特別刑法の性格を有したが、前款で説明した特別刑法とは異なっていると思われる。違警罰法は、大清違警律から発展したものであり、通常の犯罪と異なる性格を持っている違警行為を処罰するもので、刑法典以外に単独に制定されたものである。これに対して、前款で説明した特別刑法は、犯罪構成要件を補充し、処罰手続を簡略するなどの目的を実現するために、特定種類の犯罪行為（反革命や国家妨害など）を処罰するために制定したものであった。

<sup>[17]</sup> 熊一新、李富声「我国治安管理处罚制度回顾与展望」遼寧公安司法管理幹部学院学報 2009 年第 1 期第 19 頁参照。

<sup>[18]</sup> 靳巩『違警罰法通詮』（大東書局、1929 年）26 頁参照。

<sup>[19]</sup> 黄憲生『違警罰法积義』（上海法学編訳社、1930 年）8 頁。

<sup>[20]</sup> 違警犯と刑事犯の限界づけについて、下文で検討する。

<sup>[21]</sup> 黄憲生『違警罰法积義』（上海法学編訳社、1930 年）7 頁参照。

違警犯に対する処罰は刑事訴訟に属せずに、行政機関に管轄されるべきであった<sup>[22]</sup>。第三に、違警犯を刑事手続で対応するのは、当事者に苦痛を与えて、裁判所の負担を加重する等の欠点があるという意見も存在した<sup>[23]</sup>。

注意すべきなのは、警察によって科される罰は刑罰であるか、それとも行政制裁であるかということである。換言すれば、15年法と28年法が確立したのは、行政による処罰であるか、それとも行政制裁であるか。この点は必ずしも明確ではないと思われる。一方において、違警罰が刑罰であるという見解が存在した。前節で確認したように、清末の大清違警律が特別刑法として定められたのであり、それが刑事法であるほかならない。中華民國の違警罰法について、違警罰法が刑事法であり、違警罰が刑罰であるという学問上の意見も存在した。15年違警罰法は、刑法の一種であるという意見が存在した<sup>[24]</sup>。28年違警罰法についても、「違警罰は違警犯に対する刑罰であり」、「刑法以外の諸法令に規定する刑罰、すなわち行政罰である」という観点があった<sup>[25]</sup>。他方において、15年法と28年法は、処罰の種類を、拘留、罰金、訓戒という主罰、および没収、営業停止、休業命令という従罰と規定しており、当時の刑法が規定した死刑、無期懲役、有期懲役、拘役、罰金という主刑、および公権剥奪、没収という従刑と比べて、若干の差異を有した。立法者は違警罪の犯罪的な性格を弱化する意図があるのではないかと考えられる。違警罰を科す作用が行政作用であるという学問上の見解が存在したし<sup>[26]</sup>、1932年の中華民國司法院の解釈によって、「違警罰法によって科される拘役、罰金または営業停止、休業命令が、行政処分に属しており、それに不服する場合、訴願を提起することができる」とされていた<sup>[27]</sup>。このように、違警罰法が確立したのは行政による処罰であるという学問上の見解が有力であるが、立法者は刑事法と違警罰法とを意識的に区分しようとするという傾向も見られると思われる。

## 2、違警罰の対象

### (1) 実定法について

違警罰法は、第二章から第九章まで、幅広い違警犯を規定した。大清違警律と比べて、違警犯の種類分け方について若干の差異が存在するが、処罰範囲はたいいてい同じであった。

1928年法は、第二章は、安寧に妨害する違警行為であり、許可せずに花火の製造・販売、デマを飛ばす行為、狂人、狂犬その他の危険動物が道路での走りなどを放縱する行為などが禁止された。第三章は、秩序に妨害する違警行為であり、法令に違反して工商業の従事、婚姻・出産・死亡についての届出義務に違反する行為、道路側の植物、街灯などを破壊する行為などが違警行為であった。第四章は、公務に妨害する行為であり、官署で喧嘩する行為、故意ではなく告示を除去または毀損する行為が禁止された。第五章は、誣告、偽証、証拠を埋没する違警行為であった。第六章は、交通に妨害する違警罪であり、郵便・ファックスの伝送を邪魔する軽微な行為、郵務専用物件を毀損する軽微な行為、許可せずに道路で屋台を行う行為、路標などを毀損する行為、不当運転で他人に邪魔する行為が禁止された。第七章は、風俗に妨害する行為であり、墓碑を毀損する行為、道路側で賭博に類する

[22] 靳玢『違警罰法通詮』（大東書局、1929年）29頁参照。

[23] 黄憲生『違警罰法积義』（上海法学編訳社、1930年）8頁；靳玢『違警罰法通詮』（大東書局、1929年）26-28頁参照。

[24] 汪文玢『違警罰法积義』（商務印書館、1917年）3頁参照。

[25] 靳玢『違警罰法通詮』（大東書局、1929年）19頁。

[26] 黄憲生『違警罰法积義』（上海法学編訳社、1930年）7頁参照。

[27] 中華民國「司法院院字第701号解釋」（1932年）。

行為をする行為、公衆の前で他人に罵言または嘲弄する行為が定められた。第八章は、衛生に妨害する行為であり、媚薬や下ろし薬を販売する行為、利益のために食べ物に衛生を損する物質を添加して販売する行為、偽の薬を販売する行為が禁止された。第九章は、他人の身体や財産に妨害する違警行為であり、傷害に達しないが他人に暴行を加える行為、家宅の表札または店の看板を毀損する行為、他人の野菜、果物または花を盗る行為などが禁止された<sup>[28]</sup>。

このように、違警罰法は、大清違警律と同じように、社会治安に関する幅広い違法行為を禁止した。各章の題目からして、違警罰法の対象範囲は公共秩序から個人法益まで及んでいたということが明らかである。そのうち、不特定の公衆の法益を保護する規定も多く存在し、軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定も存在した。個別の条文について、「故意ではない場合」「軽微な場合」「犯罪に至らない場合」等の文言も存在して、故意・過失、情状、危害等を基準として違警犯と刑事犯とを区別することがわかった。

## (2) 学説上の見解について

違警犯と刑事犯の区別について、違警犯を形式的違警行為と実質的違警行為を分けて論じた学説が有力であった<sup>[29]</sup>。形式的違警犯は、「その性質に関わらず、立法者はそれを違警犯として明文に規定する行為であり」、実質的違警犯は、「違警罰法に確定された警察目的に違法行為である」<sup>[30]</sup>。形式上の違警犯は、「その性質は犯罪行為とは異ならなく、ただその程度が軽微であり、処理上の便利のために、違警罰法に規定した」<sup>[31]</sup>。交通に妨害する違警罪、他人の身体に妨害する違警罪は、形式上の違警犯であり、刑法で規定されたほうがより適切であるが、軽微な違法行為なので、刑事政策上、違警犯として位置づけられた<sup>[32]</sup>。

これに対して、実質上の違警犯は、通常の刑事犯と質的な区別を有すると考えられた。「犯罪は、法益に対する侵害および危険を根本要件とする一方、違警はそうではなく、その行為が危険をもたらす、または公共善良秩序に違反し、または遵守すべき規則に反するので、制裁が科せられる」<sup>[33]</sup>。警察は危険防止、秩序維持、行動強制の権能を有して、それに違反する行為は違警犯であり、犯罪は実際の損害や危険を本質とする一方、違警犯は危険発生の傾向を有するに過ぎないと述べられた<sup>[34]</sup>。

## 3、違警罰の手続と救済

15年法にも28年法にも、違警犯の処罰手続に関する規定がほとんど定められなかった。現行犯に対して呼び出し状を有しなくても召喚できること（26条）、呼び出し状が送付された三日以内に出頭しなければならない（27条）という内容しか規定しなかった。今日の視点からみて、手続規定が不備であると考えられる。

中華民国時代、行政訴訟法（1914）、訴願法（1914）が制定されていた。違警罰法にお

<sup>[28]</sup> ここで列举したのは28年法の規定である。15年法と28年法の各章の題目、条文数はまったく同じであり、内容もほぼ同じである。

<sup>[29]</sup> 靳珣『違警罰法通詮』（大東書局、1929年）4頁以下；黄憲生『違警罰法积義』（上海法学編訳社、1930年）5頁以下参照。

<sup>[30]</sup> 靳珣『違警罰法通詮』（大東書局、1929年）5-6頁。

<sup>[31]</sup> 黄憲生『違警罰法积義』（上海法学編訳社、1930年）5頁。類似的な見解、範揚『警察行政法』（商務印書館、1940年）50頁参照。

<sup>[32]</sup> 靳珣『違警罰法通詮』（大東書局、1929年）9頁参照。

<sup>[33]</sup> 黄憲生『違警罰法积義』（上海法学編訳社、1930年）5頁。

<sup>[34]</sup> 靳珣『違警罰法通詮』（大東書局、1929年）8頁参照。靳氏は、ドイツ人「扶蘭克（音：フランク）」の理論を参照して、この見解を提出した。

いて、処罰に対して不服する場合の救済方法などが規定されなかったが、当時の学者によって、違警罰に対して不服する場合、訴願や行政訴訟によって救済を求めることできる<sup>[35]</sup>。そして、1932年の中華民國司法院の解釈によって、「違警罰法によって科される拘役、罰金または営業停止、休業命令が、行政処分に属しており、それに不服する場合、訴願を提起することができる」とされており、違警罰法に対する訴願が認められた。

## 二、1943年違警罰法における行政制裁

清末の大清違警律から、1928年違警罰法まで、三つの違警罰法（違警律）が制定されたが、その内容はほとんど同じである。中華民國南京国民政府時代において、1935年刑法の制定に伴い、違警罰法の改正作業も始まった。1937年の春に草案が完成されたが、戦争のため1943年によりやく可決し公布された<sup>[36]</sup>。1943年違警罰法は、総則と分則からなり、総則には、処罰法定主義、属地主義、訴追時効、責任、共犯、処罰種類、処罰の加減、処罰手続（管轄、調査、裁決、執行）などが規定されて、内容が大幅に充実された。そして、留意すべきなのは、1943年違警罰法は、違警罪の犯罪性格を払拭し、従来の刑罰とする違警罰を行政制裁に転換したということである。

### 1、違警罰法の脱刑法化と行政制裁の登場

大清違警律は、外国法、とくに日本法に模倣して、特別刑法として制定された。大清違警律の各章の題目に、「〇〇に関する違警罪」という文言が用いられて、個別の条文にも、「定罪」「応得之罪」のような「罪」という文言が明らかに使用された。しかしながら、1943年に違警罰法が可決された時点、立法院は違警罰法が行政法に属すると明言した<sup>[37]</sup>。学問上も、違警罰法は行政法であると認められた<sup>[38]</sup>。立法者は、以下の点において、違警罰法の独特性を強調し、刑法と区別した<sup>[39]</sup>。まず、「罪」「刑」などの刑法専門用語を一切に使わず、「違警行為」「違警事件」のような文言を使用していた。刑法を言及して「犯罪」などの専門用語を使わなければならない場合以外、法律条文には「罪」という字が見えなかった。処罰手続の章にも、「刑事事件」と「違警事件」、「判決」と「裁決」などの文言を区別して使用した。次に、違警罰の種類についても、刑罰と区別して定められた。43年法は、従来使ってきた「罰金」を「罰鍰」<sup>[40]</sup>に変更し、「没収」を「没入」に変更し、<sup>[41]</sup>拘留罰の期間を大幅に縮小して<sup>[42]</sup>、そして、訓戒の適用を拡大し、新たな制裁手段—罰役—を創出した<sup>[43]</sup>。さらに、43年法は、違警罰の制裁手続を大幅に充実して、警察の制裁権限を肯定した上で補充した。違警罰に対する不服する場合、訴願という救済方

[35] 黄憲生『違警罰法釈義』（上海法学編訳社、1930年）11頁；中央陸軍軍官学校特別訓練班『違警罰法講義』（中央陸軍軍官学校、1937年）6頁参照。

[36] 孟慶超「簡評1943年『中華民國違警罰法』」行政法研究 2003年第3期 50頁参照。

[37] 錢定宇『中国違警罰法総論』（正中書局、1947年）18頁参照。錢定宇氏は、中華国内政部に就職し、1943年違警罰法の立法に関与した。

[38] 林振鏞『新違警罰法釈義』（商務印書館、1947年）8頁；龍沢洲『違警罰法概論』（中華書局、1948年）6頁；趙安仁『違警罰法釈義』（説文社、1946年）5頁参照。

[39] 沈嵐「中国近代治安処罰法規的演變—以違警罰法的去刑法化為視角」政法論壇 2011年第4期 183-185頁参照。

[40] 「罰鍰」は刑罰ではないとされていた。範揚『警察行政法』（商務印書館、1940年）52頁参照。

[41] 「罰金」「没収」は刑法上の刑名で、それを区別するために、「罰鍰」「没入」のような「行政罰の罰名」に変更した。錢定宇『中国違警罰法総論』（正中書局、1947年）78、80頁参照。

[42] 当時の刑法は「拘役」という刑罰を規定して、その期間は1日から二ヶ月までであった（刑法33条）。違警罰法の拘留は4時間から七日間までであった（違警罰法18条）。

[43] 罰役は、2時間から8時間まで、公共利益に関する労役を命令される処罰であった。

法を明確に規定した。

行政制裁が行政官庁によって科される刑罰と異なる制裁であると理解すれば、少なくとも 43 年違警罰法が制定された時点に、行政制裁制度が正式に確定された。1908 年の大清違刑律から 1943 年違警罰法までの 35 年間、違警罰法の発展について、脱刑法化という傾向は明確に見られた。違警法は特別刑法から行政法になって、行政による処罰から行政制裁に変更した。それはなぜであろうか。

清末に制定された大清違警律は、特別刑法に位置づけられたが、処罰権限が警察機関に委ねられた。それは警察権限を保障するための政策選択であったが、行政による処罰という矛盾な状況を生じさせた。中華民国時代に入って、三権分立を標榜した国民政府<sup>[44]</sup>は、この身分（行政）と権限（刑事処罰）の衝突を解決しなければならなかった。解決策として、行政による処罰の規定を廃止することによって、処罰権限を排他的に司法機関に任せるという方法、もしくは行政の制裁権限を留保しながら、「刑罰」そのものを刑罰以外の制裁手段に変更するという方法が存在した。中華民国南京国民政府は、後者の方法を採用した。すなわち、立法者は、行政による処罰を規定した違警罰法が違憲して廃止することを行わずに、「刑罰」を刑罰以外の制裁手段に変更することによって、違警罰法を合憲させた<sup>[45]</sup>。

共産党革命や日中戦争などの当時の時代背景を考えていれば、行政制裁を留保するのが理解できないわけではないと思われる。普通の犯罪行為であっても、特別刑事法規、軍事裁判などによって、迅速・効率的な対処を迫及した時代において、「違警事件にとって、迅速な解決が有利であり、違警罰法の裁決効能を増進するために、司法の繁雑な手続を避ける必要がある」<sup>[46]</sup>というような考え方のもとで、行政機関の制裁権限を留保したことも当然だといえるのであろう。従って、警政建設を拡充し、統治効能を強化しようとした中華民国南京国民政府は、行政による刑事処罰という衝突を解決するために、行政制裁を確立した<sup>[47]</sup>。

## 2、行政制裁の範囲

### (1) 実定法について

1943 年違警罰法の分則には、具体的な違警行為が規定された。43 年法は、旧法の安寧に妨害する違警と秩序に妨害する違警行為を統括して、第一章の安寧秩序に妨害する違警行為を定めて、家屋の傍や山林田野で放火する行為、狂人や危険動物の道路での走りまたは公私の建物に侵入することを放縱する行為、法令に従わずに工商業を行う行為、許可せずに花火を製造または販売行為、深夜で騒音を出して公衆を妨害する行為などが禁止された。第二章は、交通に妨害する行為であり、鉄道、航空その他の交通に妨害するものの、犯罪に至らない行為、郵便、電話その他の電信に妨害するものの、犯罪に至らない行為などが定められた。第三章は、風俗に妨害する行為であり、非公共場所で賭博する行為、異性に猥褻する行為、動物を虐待する行為などが禁止された。第四章は、衛生に妨害する行為であり、媚薬を販売する行為、偽の薬を販売する行為、公共場所でつばを吐く行為、公共場所で大小便する行為などが規定された。第五章は、公務に妨害する行為であった。第

<sup>[44]</sup> 孫文は「五権憲法」という主張を提出したが、それは立法、行政、司法の三権に、中国古来の考試・監察の二権を加え、官吏登用権と弾劾権を独立させたという理論であり、三権分立とは本質的な差異がないと思われる。

<sup>[45]</sup> 沈嵐「中国近代治安処罰法規的演變—以違警罰法的去刑法化為視角」政法論壇 2011 年第 4 期 186 頁参照。

<sup>[46]</sup> 趙安仁『違警罰法積義』（説文社、1946 年）5 頁。

<sup>[47]</sup> 沈嵐「中国近代治安処罰法規的演變—以違警罰法的去刑法化為視角」政法論壇 2011 年第 4 期 186 頁参照。



六章は、誣告、偽証、証拠を埋没する違警行為であった。第七章は、他人の身体や財産に妨害する違警行為であり、傷害に達しないが他人に暴行を加える行為、ストーカー行為、他人の身体や衣服を汚れる行為、他人の野菜、果物または花を盗る行為などが禁止された。

このように、43 年法は、違警行為の分け方をすこし調整して、具体的な違警行為を補充したが、その内容について、本質的な変化が存在しなかった。

## (2) 学問上の理解について

違警行為と犯罪行為の区別について、質的区別説と量的区別説が存在した。質的区別説によって、違警罰は、国家の命令禁止に違反する場合に科される制裁であり、刑事罰は、法益を侵害する行為に対する処罰であり、国家の命令禁止を待たなくても、侵害できないという当然の義務が存在すると考えられた<sup>[48]</sup>。他方、量的区別を主張する意見も存在した。

「違警罰法と刑法は、その区別について、犯行の程度の深浅を基準として区別される。両者の目的について、一致する場合がある。たとえば、違警罰法に規定される他人の身体や財産に妨害する行為は、刑法の傷害罪と侵蝕罪と同じように、その目的は人民の身体と財産の安全を保護することである。その差異は、犯行の軽重に過ぎない」<sup>[49]</sup>。犯罪と違警は、「社会または人民の法益に侵害するものであるが、侵害された法益の軽重・大小が異なっている」<sup>[50]</sup>。それ以外に、法益を侵害する行為が犯罪、警察義務に違反する行為が違警であると述べた上で、両者の繋がりを認めた意見も存在した。すなわち、法益を侵害する犯罪行為は、同時に警察義務に違反する場合があります、警察義務に違反する違警行為は、同時に法益を侵害する場合があります、この場合、立法政策上、違法行為の社会影響によって、刑罰か違警罰かを科すことを決めるということであった<sup>[51]</sup>。

## 3、行政制裁の手續と救済

1943 年違警罰法は、制裁の手續と執行に関する規定を単独の章として定めた。法の第五章に、管轄（32-35 条）、偵訊（調査）（36-41 条）、裁決（42-47 条）、執行（48-53 条）に関する規定が定められており、わずかな 22 条の条文であったが、従来の違警罰法と比べて、重大な進歩であった。

法によって、違警罰の管轄権限は警察官署に属し（32 条）、違警事件と刑事事件が繋がる場合、それを裁判所に移送しなければならないのであった（35 条）。違警事件の調査は警察官署に担当されて（36 条）、通知書類によって容疑者や証人を呼び出すことができ（38 条）、現行違警行為者に対して直接に呼び出すことができ、強制的な呼び出しも可能であった（39 条）。違警罰の決定書には、違警者の基本情報、違警行為の時間・場所、制裁の種類、数額、簡単な理由など内容が記載されるべきであり（42 条）、それに不服する場合、上級官署に訴願を提起することができて、訴願が決定される前に、制裁の執行が停止するのであった（46 条）。このように、1943 年違警罰法は、違警行為の訴追・制裁を警察機関に完全に委ねて、制裁手續における検察機関と裁判所の介入を避けて、行政の独立型制裁モデルを確立した。

1943 年違警罰法は、制裁手續と救済について、専門の一章を設けて、従来の違警罰法と比べて重大な進歩を有したが、容疑者の手續権利などの重要な内容は規定されず、調査、裁決の規定も簡略的であり、今日の視点から見てまだ不十分であると思われる。

<sup>[48]</sup> 趙安仁『違警罰法釈義』（説文社、1946 年）8-9 頁参照。

<sup>[49]</sup> 龍沢洲『違警罰法概論』（中華書局、1948 年）9 頁。

<sup>[50]</sup> 林振鏞『新違警罰法釈義』（商務印書館、1947 年）9 頁。

<sup>[51]</sup> 銭定宇『中国違警罰法総論』（正中書局、1947 年）3-4 頁参照。

### 三、小括

1943 年違警罰法は、行政制裁制度を正式に確立した。清末の「行政機関による刑事処罰」という状況は、「刑罰」を刑罰以外の制裁手段に変更する方法で解消された。行政機関の制裁権限を廃止する選択肢も存在するが、共産党革命や日中戦争などの当時の複雑な環境の中、迅速で便利な行政制裁を放棄することができないのであろう。

違警行為の質的区別を強調した学説もあったが、実定法の制裁対象は行政犯に拘らなく、交通違反等の不特定の公衆の法益をも保護する規定から軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定まで、幅広い違法行為を規定した。行政制裁は、刑法と並立した治安管理分野の重要な制裁手段となった。

実体法の規定より、行政制裁の手続規定は長年に不備であったが、1943 年違警罰法は、制裁手続を規定した。法は、制裁権限を完全に行政機関に任せて、検察と裁判所の介入を避けて、行政制裁の裁決を行政処分として位置づけていた。救済についても、通常の行政処分と同様に訴願と行政訴訟制度を適用した。このように、刑事訴訟と行政制裁の手続上の二軌道平行主義が確立された。

なお、1943 年違警罰法が制定された前後、違警罰法以外にも、新たな制裁手段—罰鍰—を定める法律が現れた。たとえば、1945 年の森林法は、森林を毀損する行為などに対して懲役と罰金を規定した一方、「本法もしくは本法に従って発せられた命令による義務に違反する場合、三百元以下の罰鍰を科す」と規定した<sup>[52]</sup>。そして、狩猟法のように、法律改正で制裁手段を罰金から罰鍰までに変更した例もあった<sup>[53]</sup>。ただし、個別法において、罰鍰が規定されたが、その制裁権限が必ずしも行政機関に属するわけではなく、司法機関によって制裁する例もあり<sup>[54]</sup>、行政官庁によって制裁する例もあった。このように、この時期において、違警罰以外にも行政制裁の形成傾向が見えるが、各法律の規定がまだ不統一であった。

---

<sup>[52]</sup> 森林法（1945 年）第 54 条。

<sup>[53]</sup> 狩猟法（1920 年）第 17 条、狩猟法（1945 年）第 17 条。

<sup>[54]</sup> たとえば、映画検査法（1943 年）第 11 条。

### 第三節 社会主義法制の確立と行政制裁の発展

1949 年、三年の国共内戦を経て、中国共産党は中華民国政府を打ち倒し、中華人民共和国を創立した。1978 年に提出された改革・開放を堺として、中華人民共和国の法制建設を二部に分けられる。1949 年から 1978 年までの約 30 年（以下は建国初期という）は、ソビエト法理論が主導した時代であり、政治面の制度改革と経済面の公有制に伴い、社会主義法制が創設された。建国初期は、中華民国の旧法制を廃止し、新たな社会主義法制を建築するという法制の大変革の時代であり、違警罰法を含む中華民国の実体法が一斉に廃止されるようになった。しかしながら、実体法が廃止されたものの、行政制裁制度そのものが留保されて、行政制裁と刑事制裁との二元的制裁システムが継承された。法制変革の時代において行政制裁が留保された理由は何か、新体制の下で行政制裁がどのように構築されたか。本節は、このような問題を検討し、建国初期の行政制裁を考察する。

実は、新法制の創設が 49 年に建国された時点から開始したわけではなく、建国前、共産党の革命根拠地において、共産党は独自の法を制定し、中華民国の法を実質上排除していた<sup>[1]</sup>。革命根拠地において、行政による処罰も存在していた。そのため、本節は、建国初期の行政制裁の前史とする革命根拠地の行政による処罰を簡単に考察した上で、建国初期の行政制裁の留保原因と法的構造を検討する。

### 第一款 共産党革命根拠地における行政による処罰

共産党革命根拠地の法制は、マルクス・レーニン主義、毛沢東思想のイデオロギーの下で作成されたが<sup>[2]</sup>、革命の各時期において、その法制の特徴は少し異なっていた。

中国共産党は、1921 年に成立した後、国民党と連携したこともあるが、1927 年に独自の革命運動を開始した。中華民国政府との対抗に伴い、早期の法制は、ソビエト法理論に強く影響されていた。日中戦争の時代に入り、戦争のために、共産党と国民党は再び連携して、建前上、共産党の革命根拠地は中華民国の「特区政府」になって、中華民国中央政府に隷属した<sup>[3]</sup>。この時期の法制は「抗日」「団結」「民主」を中心に創立されていた<sup>[4]</sup>。日中戦争が収束した後、共産党と国民党の衝突は再び中国社会の主要矛盾となり、革命根拠地の法制において、武装自衛、土地改革などの内容が規定された。このように、革命根拠地時代の法制は、各時期の社会状況の影響によって、その重点も若干異なっていた。

#### 一、革命根拠地の刑事法制

##### 1、刑法について

共産党の革命根拠地の刑事法制は、革命成果を維持し政権を守る刑事法規、および革命根拠地の正常秩序を維持する刑事法規、という二部分に分けられる。そして、秩序維持類の法規より、革命と政権を維持する法規がもっと重要であると考えられる<sup>[5]</sup>。

[1] 福島正夫「社会主義法におけるブルジョア旧法典の継承利用の諸条件と問題点」比較法研究 28 号（1967 年）70 頁参照。

[2] 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016 年）225 頁参照。

[3] 葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017 年）264 頁参照。

[4] 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016 年）226 頁参照。

[5] たとえば、1932 年の中央ソビエト区の各級裁判部の統計によって、反革命事案の数量は総数の約 7 割

早期に、激しい国共闘争の背景の下で、肅犯法規（反革命者を肅清する法規）が刑事立法の主要な内容であった<sup>[6]</sup>。1934年に制定された「中華ソビエト共和国懲治反革命条例」<sup>[7]</sup>によって、「ソビエト政府および工農民主革命によって得た権利を覆すもしくは破壊することを図り、大身地主資産階級の統治者を維持するもしくは回復することを意図するすべての行為は、その方法に関わらず、反革命行為である」（第二条）。そして、第3条から第30条まで、28種の反革命罪の行為が規定された。その中、27種の行為に対して死刑を適用できる。また、条例第30条に、「本条令に定められない反革命行為は、本条令に規定される類似的な条文によって処罰されることができ」と規定して、条例の類推が認められた。条例は、反革命犯罪を打撃する点において重要な役割を演じたが、当時の歴史背景の下で、拡大適用されたこともある<sup>[8]</sup>。一方、反革命犯罪のほか、個別法規において、一般刑事犯罪も規定された。たとえば、人口販売罪、金融攪乱罪、汚職罪、浪費罪、労働法違反罪、森林破壊罪である。

日中戦争時代の刑事法制について、売国者（漢奸）に対する処罰は、刑事立法でも司法実践でも、一番重要な任務であった<sup>[9]</sup>。刑事手法を利用して、政権を保護するのは、刑事法制の主要な任務であった<sup>[10]</sup>。各革命根拠地では、「陝甘寧辺区抗戦時期懲治漢奸条例」、「晋察冀辺区处理偽軍組織人員弁法」、「山東省戦時除奸条例」などの一連の売国者処理法規が制定された。その中、漢奸罪、軍事妨害罪、公務妨害罪、空室清野財物罪<sup>[11]</sup>など、戦争に関する犯罪行為が規定された。それ以外、汚職罪、窃盗罪、煙毒罪、賭博罪、人口売買罪、婚姻家庭妨害罪、殺人・違法拘禁などの人身・財産権利を侵害する罪が規定された。なお、先述のように、この時期に共産党と国民党は再び連携して、建前上、共産党の革命根拠地中華民国中央政府に隷属したので、中華民国の一部の刑事法規は革命根拠地で適用されたことが存在した<sup>[12]</sup>。

日中戦争が終了した後、国共の闘争が激しくなったため、革命根拠地の刑法の任務は、人民民主政権を強固し、土匪、悪党、反動勢力を肅清し、人民の生命財産安全を保護して、解放戦争の勝利を保障することである<sup>[13]</sup>。この時期の主要な犯罪の類型は、戦争罪と反革命罪であった。内戦の責任者、反動団体とスパイ組織、「会道門」という封建迷信組織の主要関与者は刑事法の主要な打撃対象であった。それ以外、汚職罪、民力浪費・濫用罪、窃盗罪、煙毒罪、婚姻妨害罪、金融攪乱罪、交通破壊罪、森林破壊罪、殺人傷害罪などの一般犯罪も規定された。

## 2、刑事訴訟について

刑事制裁の手續についても、時期によって、革命根拠地によって、司法制度が若干異なっていた。

早期、各根拠地は独自に裁判機関と裁判手續を規定した。たとえば、閩西ソビエト政府

---

を占めていた。王立民主編『中国法制史』（上海人民出版社、2003年）512頁参照。

<sup>[6]</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）229頁；葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）274頁参照。

<sup>[7]</sup> 原文は、韓延龍、常兆儒『中国新民主主義革命時期根拠地法制文献選編』（中国社会科学出版社、1981年）第三卷所収。

<sup>[8]</sup> 張希坡、韓世龍『中国革命法制史（上）』（中国社会科学出版社、1987年）316-318頁参照。

<sup>[9]</sup> 張希坡、韓世龍『中国革命法制史（上）』（中国社会科学出版社、1987年）319頁参照。

<sup>[10]</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）230頁参照。

<sup>[11]</sup> 空室清野財物とは、戦争のために貯蔵したすべての公私財物である。

<sup>[12]</sup> 張希坡、韓世龍『中国革命法制史（上）』（中国社会科学出版社、1987年）320頁参照。

<sup>[13]</sup> 馬作武主編『中国法制史』（中国人民大学出版社、第四版、2016年）232頁参照。

は「裁判条例」を規定して、郷、区、県政府が裁判機関として確定した<sup>[14]</sup>。中華ソビエト共和国が成立した後、裁判体制が充実されていた。裁判機関について、各級ソビエト政府のうちに裁判部を設立して、民事・刑事案件を審査して、それ以外、国家政治保衛局、肅反委員会を成立して、反革命犯罪を捜査、逮捕、審理、裁判した。裁判手続について、完全な刑事訴訟法が存在せずに、司法機関組織法において少し規定されていた。1934年に、「中華ソビエト共和国司法手続」が規定されたが、これは反革命案件における手続規定であり、通常の刑事訴訟法とは違ったと考えられる<sup>[15]</sup>。注意すべきなのは、この時期では、三権分立という資産階級の原則が否定されており、裁判部と革命法廷は同級政府の一部であった<sup>[16]</sup>。裁判部は同級政府のうちに設立されて、政府の一つの部分に過ぎなく、政府の指導を受けなければならない。

日中戦争時期に、建前として、各根拠地は中華民国の裁判所組織法、訴訟法に基づき裁判体制を建設したが、共産党の方針と実際状況によって特別法令を制定して、独自の司法制度を形成した。中華民国の裁判所組織法に従って、中華民国最高裁判所を最上級裁判機関として、辺区で（つまり、根拠地であり、中華民国と省と見なして）高等裁判所、県で地方裁判所を設定するべきであるが、実際に、辺区政府裁判委員会（三審、1944年廃止）、辺区高等裁判所、高等裁判所分廷（二審）、県司法処（一審）を設立して、国民政府の裁判機構と平行性のままで済ませた<sup>[17]</sup>。そして、この時期においても、司法機構は政府の指導を受けなければならない<sup>[18]</sup>。

国共内戦の初期、司法体制は抗日戦争時期とたいてい同じであったが、革命根拠地の拡大に伴い、司法体制も改革されていた。各解放区で人民裁判所が設置されて、土地改革の実施のために土地人民法廷が設置され、若干の地域で軍事法廷が設置された<sup>[19]</sup>。

## 二、革命根拠地における行政による処罰

### 1、個別法における行政による処罰

革命根拠地の法令において、義務の実効性を確保するために、罰則を規定することが多かった。政府の司法に対する指導を定めたため、通常の刑事裁判についても、行政の関与が存在した。また、個別法の罰則に、政府や行政の処罰権を明らかに認めた規定も存在した。たとえば、1939年の「陝甘寧辺区政府訓令―食糧禁止運輸出口」によって、食糧の密輸行為は県政府に処罰されると規定された。1943年の「陝甘寧辺区農業統一累進税試行条例」の27条によって、違法行為の処罰は県政府に行われると規定された。なお、当時の革命根拠地の法制と理論は必ずしも完備ではなく、統一の刑法典が存在せずに、行政制裁に関する法典も存在せず、立法者は意識的に刑罰と行政制裁を区別したとはいえないと思われる。それゆえ、個別法に確定された制裁は行政制裁というより、行政による処罰であったと考えられる。

革命根拠地の厳然な状況を考慮してみれば、行政による処罰を認めた理由がわかると思われる。「当時、この制度（行政・司法統一）を実施したのが正しいに相違なく、それは政府の司法活動に対する指導を強めることを促進し、政策法令の貫徹、実施に利し、革命戦争環境の需要に適合し、裁判活動の革命戦争と根拠地建設に対する奉仕を促進できる」。

「戦時環境の革命根拠地にとって、法制建設は根拠地の実際状況に従わなければならない、

[14] 葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）282頁参照。

[15] 葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）283頁参照。

[16] 張希坡、韓世龍『中国革命法制史（上）』（中国社会科学出版社、1987年）385頁参照。

[17] 葉孝信、郭建主編『中国法制史』（復旦大学出版社、第三版、2017年）284頁参照。

[18] 張希坡、韓世龍『中国革命法制史（上）』（中国社会科学出版社、1987年）425頁参照。

[19] 懷効鋒主編『中国法制史』（中国政法大学出版社、第四版、2015年）397頁参照。

地域の状況に適応し、事情の状況に適応し、正規化・体系化をあまりに強調するのは、不良効果をもたらすだけであった」と考えられる<sup>[20]</sup>。国民党、日本軍との戦いの中で、革命根拠地にとって最も重要なのは政権の安全であろう。革命成果を維持し政権を守る刑事法規を大量に制定し、国家政治保衛局、肅反委員会などの特殊裁判機関を設立するのも、政権を守るためほかならない。それゆえに、行政と司法を統合し、行政による処罰を認めることも当然のことであろう。

## 2、革命根拠地の違警罰条例

日中戦争時代の革命根拠地において、中華民国の違警罰法を参照し、革命根拠地の違警罰条例を制定したことがある。1942年に制定された「陝甘寧辺区違警罰暫行条例」は革命根拠地に制定された最初で代表的な違警罰法令であった<sup>[21]</sup>。これは日中戦争、国共連携の時期に制定された法令なので、中華民国違警罰法の影響が強かった<sup>[22]</sup>。条例の第1条は、「本条例は陝甘寧辺区の抗日民主秩序を維持し、社会と人民の安寧を保障するために、国民政府の違警罰法と辺区の実際状況によって制定された」と説明した。

条例の第一章によって、違警行為の処罰は警察に任せられた（11条、13条、20条）。それ以外に、責任能力、未遂、正犯、従犯、加重、軽減などの内容が規定されており、条文の順番などの些細な差異があったが、国民政府の違警罰法とはほぼ同じであった。しかしながら、違警罰条例には、処罰法定主義が規定されなかったという点は、国民政府の違警罰法との最も顕著な差異である。

第二章と第三章に、具体的な違警行為が規定された。第二章には、安寧に妨害する違警行為（24条）、秩序に妨害する違警行為（25条）、公務に妨害する違警行為（26条）、交通に妨害する違警行為（27条）、風俗に妨害する違警行為（28条）、衛生に妨害する違警行為（29条）、他人の身体財産に妨害する違警行為（30条）が規定されており、第三章には、誣告、偽証、証拠を埋没する違警行為が規定された（31条、32条）。違警罰条例に規定されて違警行為の種類は、当時の国民政府の違警罰法とはまったく同じであった<sup>[23]</sup>。具体的な違警行為について、条文の文言や順番が若干異なったが、本質的な区別が存在せずに、届出義務違反のような純粋な行政義務違反の規定から、軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定まで、社会治安に関する幅広い違法行為を禁止した。ただし、許可せずに軍事要害を測量・撮影する行為、抗戦民主精神に妨害する戯曲を歌う行為など、戦争時代の特色を有する違警行為も規定された。

違警行為に対する罰として、拘留、罰金、没収、営業停止、休業命令が規定された。ただし、違警罰条例が規定したのは、本物の行政制裁であると断言できないと思われる。つまり、制裁手段そのものは刑罰と異なる制裁手段とはいき切れないのである。上述のように、革命根拠地では、統一の刑法典が存在せずに、各時期、各根拠地の法律用語についても異なっていたので、違警罰と刑罰とは異なるか、区別基準は何か、などの疑問が存在したと考えられる。

## 三、小括

共産党の革命根拠地の法制は、ソビエト理論の影響を受けながら、各革命時期の状況に基づき調整していた。国共闘争、日中戦争のように厳然な歴史背景の下で、革命根拠地法

<sup>[20]</sup> 張希坡、韓世龍『中国革命法制史（上）』（中国社会科学出版社、1987年）385、425頁。

<sup>[21]</sup> 各革命根拠地の法制について、若干の差異があり、違警罰法を定めない地域もあった。

<sup>[22]</sup> 謝川豫『危害社会行為制裁体系研究』（法律出版社、2013年）61頁参照。

<sup>[23]</sup> 違警罰条例はただ誣告、偽証、証拠を埋没する違警行為を取り出して、第三章として規定したに過ぎない。

制の最も重要な役割は革命根拠地政権を守ることであった。刑事法において、反革命犯罪、売国罪等の政治犯罪を規定する一方、司法機関に対する政府の指導を認めて確定した。行政による処罰が広範に認められた。そして、日中戦争時代の革命根拠地において、国共連携の背景の下で、中華民国違警罰法を参照して独自の違警罰条例を制定したことも存在した。ただし、共産党革命根拠地が確定したのは、行政制裁というより、行政による処罰であると思われる。

## 第二款 建国初期の法制発展と行政制裁

国共内戦の状況の変化に伴い、国民党政府は 1949 年元旦声明において講和を求めて、その条件の一つとして、中華民国の法統を中断しないことを提出したが、共産党は直ちに拒否して、「にせ憲法を廃止すること」、「にせの法的正統性を廃止すること」を提案した<sup>[24]</sup>。同年 2 月、共産党中央委員会は、「国民党の六法全書を廃止し、解放区の司法原則を確定することに関する中共中央の指示」<sup>[25]</sup>（以下は指示という）を出して、中華民国の法制を徹底的に廃止し、共産党の革命根拠地の法制を発展させようとすることを決定した。しかしながら、中華民国の旧法が廃止されたが、行政制裁そのものが留保されていた。以下では、旧法廃棄の経緯を考察し、建国初期の行政制裁を検討する。

### 一、旧法の廃棄と社会主義法制の確立

指示によって、新中国は中華民国の法制を迅速に、徹底的に廃棄した。他の社会主義国家と比べても、旧法制を全廃するのは相当にラディカルなやり方であった<sup>[26]</sup>。「指示」は制裁法制を含んだ中華人民共和国の法制建設に大きな影響を与え、今日でもその影響はまだ残っているといっても過言ではない。以下は旧法廃止の理由、および指示の内容と影響を簡単に分析する。

#### 1、旧法制を廃止した原因

新中国は中華民国政府の法制を廃棄したことについて、多様の理由を有したが、まとめて言えば、現実と理論の二点を挙げられる。第一に、新中国の成立は、共産党と国民党の敵対した状況の下で、最も激烈な革命戦争の手段で実現した。革命の目的は旧政権と旧秩序を覆ることであった。国民党政府は、特別刑法を制定し利用して、共産党員と革命者を圧迫した経験があったため、共産党は長年に国民党政府の法制に対して抵抗感を有していた。それゆえに、新中国は国民党の旧法制を廃止したことが理解できるのであろう<sup>[27]</sup>。第二に、革命ないし戦争の手段によって政権を取得した例は共産党政権だけではなく、中国歴史上でも、戦争によって旧政権を打倒したことも多く存在したため、上述の現実の原因以外に、もっと重要な理論上の理由、すなわち、ソビエトの法理論が存在すると考えられる。中国におけるソビエト理論によって、法律は統治階級の意志であり、政権を取得した階級が制定した階級統治の道具である<sup>[28]</sup>。旧法制は国民党政府、すなわち資産階級の利益

[24] 「中共中央毛沢東主席関与時局的声明」（1949 年 1 月 14 日）。

[25] 日本語訳、浅井敦「国民党の六法全書と中共中央の指示」法律のひろば第 34 巻第 2 号（1981 年）82-83 頁参照。

[26] 社会主義国家の旧法継承の状況について、福島正夫「社会主義法におけるブルジョア旧法典の継承利用の諸条件と問題点」比較法研究 28 号（1967 年）70-72 頁参照。

[27] 蔡定劍『歴史と変革—新中国法制建設的歷程』（中国政法大学出版社、1999 年）231 頁参照。

[28] 蔡定劍『歴史と変革—新中国法制建設的歷程』（中国政法大学出版社、1999 年）231 頁参照。

を維持するためのものであり、無産階級政権とする新中国は、資産階級が制定した無産階級を圧迫する旧法制を継承することがもちろんできないと考えられた。このように、法の階級性理論は旧法制を廃棄した主な理論上の理由であるとされる<sup>[29]</sup>。

## 2、指示の内容

「指示」の内容をまとめて言えば、以下の三点であった。第一に、旧法の適用を絶対に認めなかった。「国民党のすべての法は、ただ地主と買弁官僚ブルジョアジーの反動的支配の用具であり、広範な人民大衆を鎮圧し束縛する武器でありうるにすぎない」と述べられた。日中戦争の時期に、国民党の法のうち人民に有利な条文を利用したことがあるが、それは「われわれの一時期における戦術的な行動から、われわれが基本的に国民党の反動的法を承認したと解釈したり、あるいは新民主主義政権の下で基本的に国民党の反動的法を採用することができると考えたりしてはならない」と考えられる。第二に、旧法が廃止されて人民の新法がまだ系統的に発布されない時期に、共産党の政策、人民政府と人民解放軍の各種の綱領、法律、命令、条例、決議が法と見なして、従うべきであった。つまり、「当面、人民の法律がまだ完備していない状況の下においては、司法機関が事務を処理する原則は、以下のとおりである。綱領・法律・命令・条例・決議の規定があるときは、綱領・法律・命令・条例・決議の規定に従う。綱領・法律・命令・条例・決議の規定がないときは、新民主主義の政策に従う」。第三に、西方国家の資本主義法制を全面的に否定し、社会主義の法律観を掌握しなければならない。すなわち、「司法機関は、つねに六法全書および国民党のその他すべての反動的な法律・法令の精神を蔑視し批判し、欧米と日本の資本主義国家のすべての反人民的な法律・法令の精神を蔑視し批判し、マルクス・レーニン主義—毛沢東主義思想の国家観、法律観および新民主主義の政策・綱領・法律・命令・条例・決議の六法を学習し掌握することによって、司法幹部を教育し改造しなければならない」<sup>[30]</sup>。

## 3、指示の影響

旧法を廃止し、社会主義法制を確立したのは、中国法制史上の重大事件であった。その影響は深刻で複雑であり、ここでそれを全面的に把握するのができないが、制裁体制、とくに行政制裁に関する内容をまとめて見ると、以下の点を挙げられる<sup>[31]</sup>。第一に、刑法、違警罰法を含んで中華民国時代の処罰法令の適用が禁止されて、新中国はゼロから刑法、行政法を制定しなければならなかった。第二に、政策、綱領、決議は重要な法源となった。戦争時代と新中国初期、法制が不完備で、党、政府または解放軍の政策などを法律と見なすことが理解できたが、その後の法制発展においても、法律の代わりに政策を制定することも多かった。80年代の初頭まで数え切れないほどの「条例」「規定」「弁法」「決定」「決議」「指令」「指示」「通告」「布告」「方案」「通則」「細則」「規程」が党または国務院によって制定・公布された<sup>[32]</sup>。実際に、「法律がなければ政策を適用する」という決定は、「政策があれば法律がなくてもかまわない」ということになった<sup>[33]</sup>。第三に、欧米法制の参照が禁止されたため、法制創立において、ソビエト理論、ソ連などの社会主義国家の法制が唯一の参考・比較対象であるようになった。

<sup>[29]</sup> 蔡定劍『歴史と変革—新中国法制建設の歷程』（中国政法大学出版社、1999年）231頁参照。

<sup>[30]</sup> 浅井敦「国民党の六法全書と中共中央の指示」法律のひろば第34巻第2号（1981年）82-83頁参照。

<sup>[31]</sup> 旧法廃止の影響に関する日本語の分析について、高見澤磨、鈴木賢『中国にとって法とは何か—統治の道具から市民の権利へ』（岩波書店、2010年）82-84頁参照。

<sup>[32]</sup> 張勇『中国行政法の生成と展開—日本法との比較の視点からみる』（信山社、1996年）17頁参照。

<sup>[33]</sup> 蔡定劍『歴史と変革—新中国法制建設の歷程』（中国政法大学出版社、1999年）234-235頁参照。



## 二、行政制裁を認めた原因

前節で述べたように、中華民国時代において、1943年に制定された違警罰法は、従来の違警罪を違警行為に変更し、行政制裁の制度を正式に確立した。建国後、43年違警罰法を含む中華民国の法制が廃止されていた。しかしながら、旧法が確立した行政制裁そのものが留保されていた。建国初期、中央人民政府委員会と政務院が制定した法規の中、刑罰と異なる制裁手段を行政機関に委ねることが多く存在した。行政制裁は正式な制度として認められた。1957年に、全国人民代表大会は「治安管理处罰条例」<sup>[34]</sup>を可決して、治安管理分野に関する行政制裁の基本法を制定した。この条例は一つの法分野の行政制裁を系統的に規定したものであり、当時の他の法分野の行政制裁に対しても重大な参照意義を有して、その後の行政制裁にも重要な影響を与えた。この時期に、行政制裁を認めることについて、以下の理論上と現実上の理由を挙げられる。

### 1、理論上の原因：「人民内部矛盾」と行政権

建国初期、「敵味方矛盾」と「人民内部矛盾」の区別論の下で、「人民内部矛盾」に属する違法行為への対処は行政機関の責務であり、刑事裁判とは異なっていると考えられる<sup>[35]</sup>。

この理論は、社会主義国家に存在する矛盾を「敵味方矛盾」と「人民内部矛盾」とに分けた。「敵味方矛盾」とは、対抗的な矛盾で、人民と人民の敵方との矛盾である。「人民の敵方」というのは、社会主義革命に反抗し、社会主義建設を破壊する社会勢力、社会集団である。これに対して、「人民内部矛盾」とは、非対抗的な矛盾で、人民の間の矛盾である。「人民」というのは、「社会主義建設事業に賛成・擁護・参加する階級、階層と社会団体」である。まとめていえば、「前者（敵味方矛盾）は敵味方を区別する問題であり、後者（人民内部矛盾）は是非を判断する問題である」。

社会矛盾の性質が異なるため、解決方法も異なると述べられた。「人民内部矛盾」について、「団結—批評—団結」という「民主」の方法によって解決すべきであった。すなわち、「団結」という目的から出発し、「批評」を通じて問題の是非を判断し、最後に「団結」という状態を実現することであった。具体的に、行政命令、教育、説得、批評などの手法が存在した。これに対して、「敵味方矛盾」については、「専政」によって解決すべきであった。反革命分子に対して、刑罰を適用すべきであった。「反革命分子を逮捕して処罰して、一定の時期に地主階級分子と官僚資産階級に選挙権と言論自由の権利をあげない」という方法が存在した。そして、「社会秩序と人民大衆の利益を維持・保護するために、窃盗犯、詐欺犯、殺人放火犯、ごろつき集団および社会秩序を嚴重に破壊する悪い分子に対しても、専政を行わなければならない」とされていた。

このように、反革命分子等の敵に対して、刑罰のような「専政」の手段をもって対処するのに対して、「人民内部矛盾」に属する問題が行政命令、説得、教育のような方法によって対処されるべきと考えられる。そのため、「人民内部矛盾」の処理は行政機関の権限であると考えられる。刑法は「統治階級が敵方階級に対して鎮圧する手段」であり<sup>[36]</sup>、人

<sup>[34]</sup> 中国法における「条例」は地方公共団体の議会が制定するものではなく、行政立法である。

<sup>[35]</sup> 1956年に社会主義制度が確立された後、1957年に毛沢東は最高国务会議で「敵味方矛盾」と「人民内部矛盾」に関する講演を行い、この講演に基づき修正されたものは同年6月の「人民日報」で発表された（「關於正確處理人民内部矛盾的問題」人民日報1957年6月19日参照）。この理論の主な着目点は必ずしも処罰法制ではなかったが、行政制裁の許容性、刑事制裁と行政制裁の関係に対して重要な影響をもたらした。

<sup>[36]</sup> 曹子丹「談談犯罪和階級闘争的關係」政法研究1964年1期12頁。

民に適用できない<sup>[37][38]</sup>。「人民内部、国家工作人員にたいして、刑罰ではなく、教育、整風の方法によって対処すべきである」と考えられる<sup>[39]</sup>。

## 2、現実上の原因：機能性の考慮

建国初期、行政制裁を認めたことについて、上記の「人民内部矛盾」の対処が行政権に属するという理論上の理由以外、違法行為の迅速な対応、刑事司法の負担軽減のような機能性の理由も存在した。

建国初期の社会状況からして、違法行為に対して行政権力による制裁を認めざるを得ないといっても過言ではない。上述のように、新中国が成立した後、国共内戦がまだ完全に終了しなかった。共産党の解放区においても、国民政府のスパイ、特務、反共分子との戦いはまだ続いていた。建国の翌年に朝鮮戦争が勃発して、その後、台湾に移動した蒋介石政府も「大陸反攻」と叫んでいた。「国民党の六法全書を廃止し、解放区の司法原則を確定することに関する中共中央の指示」に、「人民の法律がまだ完備していない状況の下においては、綱領・法律・命令・条例・決議の規定があるときは、綱領・法律・命令・条例・決議の規定に従い、綱領・法律・命令・条例・決議の規定がないときは、新民主主義の政策に従う」という規定からしてわかるように、建国初期、行政機関の権限が広範に認められた。政府の綱領、命令、決議などは（狭義の）法律と同じような地位を有して、行政機関には立法権まで認められた。不安定な社会状況は、国家の迅速な対応を求めて、複雑で細緻な刑事制裁より、行政の簡略で迅速な対応がより適切であろう。「仮に検察機関と裁判機関はその注意力を軽微な違法行為に集中すれば、嚴重な危害性を有する犯罪行為に対処する力が弱まるのでであろう」とされている<sup>[40]</sup>。それゆえに、新中国は違警罰法を含めて中華民国時代の法制を徹底的に廃止したが、行政制裁という制裁手法そのものを継承した。

## 三、行政制裁の法的構造（一）：制裁範囲

### 1、実体法について

「治安管理处罰条例」は治安管理分野の軽微な違法行為を取り扱うとした。「治安管理处罰条例」の立法理由書によって、「治安管理处罰のいくつかの条文は刑法の条文の罪名と同じであり、たとえば、窃盗、詐欺などである。しかしながら、刑法との区別は、主に情状が軽微で、危害がそれほど嚴重ではなく、刑事犯罪に達しないことである」<sup>[41]</sup>。「治安管理处罰条例」そのものも、当条例における治安管理違法行為は軽微な違法行為であると定義した。第2条によって、「公共秩序を攪乱し、公共安全を妨害し、公民の人身権利を侵害し、公私財産を損害する行為、その情状が軽微で、刑事制裁に達せずに、本条例によって処罰を受けるべき行為は、治安管理違法行為」であった。

「治安管理处罰条例」の5条～15条は、具体的な治安管理違法行為を列挙した。5～7条は、集団を作って喧嘩する行為、駅・港・空港・公園等の公共空間の秩序を乱す行為、暴力ではないが国家治安の従業員の職務行為を拒絶、阻害する行為、情状が軽微な公印・証明書等を偽造する行為等の公共秩序を攪乱する行為を規定した。8～9条は、鉄道・

<sup>[37]</sup> 于鉄民「对各种刑事犯罪分子必须实行专政必须看作敌我矛盾」政法研究 1958 年 3 期 77 頁参照。

<sup>[38]</sup> なお、刑罰は「専政」の手段だと考えられるが、例外として人民に対しても適用できる見解も存在した（高明宇「可以用专政的方法处理人民内部的犯罪分子」政法研究 1958 年 3 期 80 頁）。ただし、人民に対して刑罰を適用できると主張した学者でも、刑法は主に反革命者や重大な悪い分子に対する専政手段であるということを認めた。

<sup>[39]</sup> 韓延龍『中華人民共和國法制通史』（中共中央党校出版社、1998 年）486 頁。

<sup>[40]</sup> 喬偉、何秀芳「犯罪与違警的初步研究」政法研究 1956 年第 5 期 31 頁。

<sup>[41]</sup> 羅瑞卿「関与中華人民共和國治安管理处罰条例草案的說明」（1957 年）。

道路で穴を掘りもしくは邪魔物を放置したものの、まだ車両運行に危険をもたらさない行為、街頭を破壊する行為、消防設備や道具を破壊する行為、許可せずに運動用の銃を購入・所有する行為等の公共安全行為を妨害する行為を規定した。10条は、女性を猥褻する行為、他人を殴る行為、他人を悪罵する行為等の人権権利を侵害する行為を規定した。11条は、役畜を傷害したものの、嚴重な損失をもたらさない行為、農作物を損害する行為、国家・合作社・私人の少量の竹林・樹木を破壊する行為等の財産権利を侵害する行為を規定した。さらに、12条は交通管理に違反する行為、13条は戸籍管理に違反する行為、14条は公共衛生と都市清潔を妨害する行為を定めた。

「治安管理处罰条令」以外に、建国初期の個別法においても、行政制裁を規定した法令が存在しており、行政制裁の適用の拡大化傾向が存在した。たとえば、1950年の「対外貿易管理暫行規定」によって、本条令またはその他の輸入輸出規定に違反する場合、対外貿易管理局は、その情状の軽重によって、教育、警告、営業停止命令を科し、情状が嚴重する場合、司法機関に移送すると規定された。1964年に制定された「外国人入境出境過境居留旅行管理条例」によって、本条例に違反する行為は、その情状の軽重によって、警告、過料（罰款）、拘留、出国命令等の罰を科されて、もしくは刑事責任を追及されると規定された。個別法に規定した常用の行政制裁の種類に、警告、過料、営業停止、許可の取消し等が存在して、死刑、懲役、罰金等の刑罰とは区別されていた。注意すべきなのは、個別法において、行政制裁と刑事制裁を同時に規定した場合が多く、「情状が輕微な場合、行政制裁を科し、情状が嚴重な場合、刑事責任を追及する」というように、違法行為の情状の輕重によって行政制裁または刑罰のどちらかを科すということである。

## 2、理論上の見解：犯罪の社会危害性理論

前述のように、「敵味方矛盾」と「人民内部矛盾」の区別論は行政制裁を認めたことの理論基礎である。そのため、刑事制裁と行政制裁の区別が「敵味方矛盾」と「人民内部矛盾」との区別であると理解しても間違わないと思われる。ただし、その理論が必ずしも行政制裁または刑事制裁を専門的に論じるものではなく、「敵味方矛盾」と「人民内部矛盾」の内包と外延も必ず明確ではないため、その理論をもって行政制裁の範囲を論じるものが多くなかった。学問上、刑事制裁と行政制裁の関係を専門的に論じる見解が存在した。それはソ連法からの社会危害性理論である。

ソ連刑法理論における犯罪概念において、社会危害性が重視されている。1922年の最初のソビエト刑法典（第6条）は、「ソビエト制度の基礎、および工農政權が共產主義制度へ過渡する時期に創立する法律秩序を脅威する一切の社会を危害する作為または不作為は犯罪である」と規定した。1926年のソビエト刑法典は（6条）、語順や文言を少し調整したが、この犯罪概念を継承して、刑法法律の任務は「社会を危害する行為を防止する」と強調した（1条）。このように、ソ連の刑法理論によって、「犯罪の最も重要的、本質的な要件は、作為または不作為の社会危害性である」<sup>[42]</sup>。犯罪行為は違法行為でありながら、その本質は社会危険性を有する行為である。ただし、「時々、ある行為は刑事法律が規定する犯罪構成の形式要件を満たしているが、実質上は社会を危害する行為と思われる。そのために、このような行為は犯罪行為と認められない」<sup>[43]</sup>。すなわち、刑法の規定する犯罪構成要件にあっても、社会危険性を有しなければ、その行為は犯罪ではないと考えられる。

<sup>[42]</sup> 契希克瓦節着、中国人民大学刑法教研室訳『蘇維埃刑法總則』（法律出版社、1955年）189頁。

<sup>[43]</sup> この旨は、1926年ソビエト刑法にも規定された（第6条の附則）。契希克瓦節着、中国人民大学刑法教研室訳『蘇維埃刑法總則』（法律出版社、1955年）191頁参照。

中国の学者は、上述のソ連刑法理論を受け入れた。犯罪の基本特徴はその社会危害性であると考えられた<sup>[44]</sup>。そして、犯罪構成要件を満たす行為であっても、その行為は軽微で、損害結果が存在しない場合に、刑法の根本任務からして、その行為に刑罰を科すのは余計で、不必要であるから、それを犯罪として取り扱わないとされていた。「もっとも、その行為に対して、公安機関によって違警罰則によって処分することができる」と述べた<sup>[45]</sup>。それゆえに、新中国において、最初から刑法は重大な違法行為に対処するものとして位置づけられており、社会危害性が少ない軽微な違法行為は、犯罪から排除されて、行政制裁の対象として把握された。

社会危害性理論によって、刑法は重大な違法行為に対処するものと認められた。このような認識は、当時の刑法草案において明確に見られる。刑法草案 22 案は、旧案が規定した経済秩序妨害罪、管理秩序妨害罪、流職罪の一部を削除した。削除された犯罪は、社会状況に合わないもの以外に、行政管理部門による行政制裁で済むもの、警察による治安行政制裁で済むものであった<sup>[46]</sup>。刑法草案 33 案は、その認識をより深刻に貫徹し、反革命犯、殺人犯、放火犯、強奪犯などの悪質な犯罪のみに焦点を絞っていた<sup>[47]</sup>。このように、建国初期において、刑事制裁は重大な社会危害性を有する行為に処罰するものと理解される一方、行政制裁は軽微な社会危害性を有する行為に制裁するものと位置づけされた。犯罪行為と行政制裁行為の区別は社会危害性の程度の差異であるという説が通説となった<sup>[48]</sup>。

#### 四、行政制裁の法的構造（二）：制裁手続と救済

「治安管理处罚条例」は、行政制裁の管轄権限が行政機関に属するということを明確に規定し、治安管理違法行為の立件、調査、決定の権限を警察に任せた。

「治安管理处罚条例」によって、治安管理違反の案件は公安機関に管轄された。治安管理における制裁は市、県の公安局、公安分局によって裁決されて、警告は公安交番によって裁決されうると規定された（17 条 1 項）。農村等の遠い地域で、公安交番が存在しない場合、警告と五日以下の拘留は郷（鎮）人民委員会によって裁決されうるのであった（17 条 2 項）。容疑者を呼び出すとき、現行犯に対して口頭で行えるが、それ以外の場合に呼び出し状を使うべきであり、治安管理違反に対する制裁の裁決について、裁決書を作成しなければならない、違反者に交付すべきであった（18 条 1~3 項）。公安分局、交番の裁決に不服する場合、48 時間以内に申立をすることができて、元裁決機関は 24 時間以内に制裁裁決書を含める書類を上級公安機関に送付し、上級公安機関は 5 日以内に最終裁決を出すべきであり、郷（鎮）人民委員会の制裁裁決に不服する場合、県の公安局に申立を提出するのであった（18 条 4 項）。市、県公安局の制裁裁決に不服する場合、48 時間以内に申立をすることができて、市、県公安機関は 5 日以内に最終裁決を出さなければならないと規定された（18 条 5 項）。このように、治安管理における行政制裁に不服する場合、不服申立を提出することができた。ただし、行政訴訟法が制定されなかったため、司法救済が利用できなかった<sup>[49]</sup>。

<sup>[44]</sup> 張仙根「關於犯罪概念中社会危害性問題的商榷」華東政法學報 1956 年第 2 期 41 頁；曾紹棠「關於犯罪概念中社会危害性問題的討論」法学 1957 年第 1 期 70 頁參照。

<sup>[45]</sup> 喬偉、何秀芳「犯罪与違警的初步研究」政法研究 1956 年第 5 期 31 頁。

<sup>[46]</sup> 韓延龍『中華人民共和國法制通史』（中共中央党校出版社、1998 年）486 頁參照。

<sup>[47]</sup> 韓延龍『中華人民共和國法制通史』（中共中央党校出版社、1998 年）501 頁參照。

<sup>[48]</sup> 江仁宝「「關於犯罪概念中社会危害性問題的討論」法学 1957 年第 1 期 68 頁。曾紹棠「關於犯罪概念中社会危害性問題的討論」法学 1957 年第 1 期 70 頁參照。

<sup>[49]</sup> 1989 年に、行政訴訟法が制定された。

今日の視点から見て、建国初期の「治安管理处罰条例」における制裁手続の規定は必ずしも完備ではなかった。そして、上記のように、「治安管理处罰条例」以外の個別法に、行政制裁が規定されることもあったが、それらの手続規定はより簡略であり、制裁手続と救済手段の規定がほとんど存在しなかった<sup>[50]</sup>。

## 五、小括

建国初期、法が階級統治の道具という理念の下で、中華民国時代の旧法が廃止された。新中国は、社会主義法制をゼロから創立し始めた。その過程において、ソ連法理論が重要な役割を演じていた。

旧法廃止の下で、中華民国の違警罰法も廃止されていたが、違警罰法が確立した行政制裁が留保された。一方では、「敵味方矛盾」と「人民内部矛盾」の区別論の下で、建国初期において、治安管理等違法行為などの「人民内部矛盾」の対処は行政の権限であると認められた。他方では、建国初期においても、国共内戦の余波がまだ存在しており、社会秩序が必ずしも安定ではなかったため、違法行為に対して行政官庁による制裁を認めざるを得ないといっても過言ではない。

行政制裁の制裁範囲について、治安管理处罰条例とその立法理由書が示したように、その制裁対象は、情状が軽微で、危害性が少なく、刑事犯罪に至らない違法行為である。このような立法の裏に、ソ連法からの犯罪の社会危害性理論が存在した。その理論によって、犯罪は嚴重な社会危害性を有する違法行為であり、刑罰は反革命犯罪その他の悪質な違法行為を対応ものであると理解されたため、軽微な違法行為が行政制裁をもって対処されると考えられた。刑事犯罪と行政制裁行為との区別は社会危害性の程度の差異であるとされている。

行政制裁の制裁手続について、「治安管理处罰条例」は、行政制裁の制裁権限が行政機関に属するというを明確に規定し、治安管理等違法行為の立件、調査、決定の権限を警察に任せた。刑事制裁と異なって独自の制裁体制が確立された。

なお、建国初期の時代に、1966 から 1976 年までの十年は文化大革命の時期であり、この時期において、国家立法が停止したのみならず、すでに制定された法律も必ずしも執行されなかった。そのため、この十年間で、行政制裁制度の発展も停滞していた。

---

<sup>[50]</sup> 楊一凡、陳寒楓『中華人民共和國法制史』（黒龍江人民出版社、1997 年）183 頁参照。

## 第四節 改革・開放後の行政制裁

文化大革命が終了した後、1978年に、共産党の第十一期中央委員会第三回全体会議で改革・開放の方針が確立された。それと共に、「有法可依、有法必依、執法必嚴、違法必究」<sup>[1]</sup>の十六字方針が打ち出された。翌年の七月に、「地方各級人民代表大会および地方各級地方人民政府組織法」「全国人民代表大会および地方各級人民代表大会選挙法」「人民法院組織法」「人民検察院組織法」「刑法」「刑事訴訟」「中外合弁経営企業法」という七本の法律を一気に採択して、「中国が法の時代へと転換したことを強烈に印象づけた」<sup>[2]</sup>。80年代の立法について、文化大革命の前の時代に作成した法律案、および従来のソビエト法の理論の影響がまだ見えたが、90年代に入って、とくに92年に社会主義の市場経済論が打ち出された後、ソビエト法の影響がどんどん式微し、欧米の法制、特に大陸法系の国々の法制の影響が再び強くなった。

改革・開放の初期から、行政制裁の適用が迅速に拡大している。当初、行政制裁に関する一般法が存在せず、各個別法が行政制裁を規定したが、制裁の主体と手続がばらばらであり、その適用についても混乱が存在していた。1996年に「行政処罰法」<sup>[3]</sup>が制定されており、「行政処罰法」は行政制裁の原則、種類、適用、執行などを定めて、行政制裁と刑事制裁の二元的制裁システムを確立している。本節では、改革・開放後の行政制裁の問題を考察し、その許容性と法的構造の問題を検討する。

## 第一款 行政制裁に関する法制の整備

80年代から、経済の発展と改革・開放の深化とともに、国家と地方の各人民代表大会、各級の行政機関は、大量の法律、行政法規（日本でいうと政令）、地方性法規（日本でいうと条例）、部門規章（日本でいうと省令）、地方政府規章（日本でいうと規則）を制定した。そのうち、ほとんどは行政制裁を規定した。行政制裁は、経済、貿易、環境、教育、科学、文化、衛生、安全など、国民生活のほぼすべての面に浸透した<sup>[4]</sup>。

しかしながら、改革初期の行政制裁、法治主義に合わない面も存在していた。行政処罰法の立法説明によって、この時期の行政制裁には、その設定、制裁主体および手続という三つの方面で、問題点が存在していた<sup>[5]</sup>。第一に、行政制裁の設定、つまり、いかなる法令は行政制裁を規定できるという問題が存在した<sup>[6]</sup>。正式な法源としての法律、行政法規、

[1] 「根拠とする法がなければならず、法があれば必ず従い、法の執行は厳格に行い、違法行為は必ず追及されなければならない」。

[2] 高見澤磨、鈴木賢『中国にとって法とは何か―統治の道具から市民の権利へ』（岩波書店、2010年）96頁。

[3] 本節でいう改革・開放後の「行政処罰」は、行政制裁であり、行政による処罰ではない。

[4] 全国人民代表大会常務委員会法律工作委員会編『「中華人民共和國行政処罰法」講話』（法律出版社、1996）9頁。なお、学者の調査によって、80年代前に、行政制裁権を有したのは警察、税務、交通、国境検査、航空、税関、漁業などの少数の機関であったが、80年代に入って、工商、環境、財政、監査、外貨、農林、労働、衛生、海洋、土地、鉱業、エネルギー、水利、旅行、農牧、電力、技術、原子力、放送、鉄道、ニュース、体育、文化、証券監査などの行政機関も行政制裁の権限を有した。馮軍『行政処罰法新論』（中国検察出版社、2003年）145頁参照。

[5] 「関与『中華人民共和國行政処罰法（草案）』的説明」（1996年）参照；張春生「制定中的『行政処罰法』刍議」中国法律1995年第3期第24頁参照（著者は全人代常委会の法律工作委員会の主任）。

[6] 張尚鸞『走出低谷的中国行政法学—中国行政法学綜述与評價』（中国政法大学出版社、1991年）240

地方性法規、部門規章、地方政府規章のみならず、行政機関が制定した規定、解釈、弁法などにも行政制裁が規定された。第二に、行政制裁の主体の不明確という問題が存在した<sup>[7]</sup>。ほとんどの法規は、行政制裁の制裁主体を行政機関と規定していたが、行政主体はその制裁権限を他の組織に授権または委託することができるかが不明であった。そして、行政機関内部についても、縦と横の権限配分が不明であり、どのレベルの行政機関は制裁権を有するか、行政機関の中のどの部門は制裁権を有するかについて、各法規の規定はばらばらであり、国民にとって、どの組織は制裁を科すことができるかを承知するのは必ずしも簡単ではなかった。第三に、行政制裁の手續不備という問題が存在した<sup>[8]</sup>。行政制裁を規定した法規が多かったが、制裁の手續を丁寧に定めた法規は必ずしも多くなかった。そして、制裁手續を規定した法規についても、その手續規定の内容も一致しておらず、不統一であり、行政制裁に対する手續面の規制が不十分であった。

一方、上記のような行政制裁の「乱」、つまり設定、主体および手續の混乱という問題以外に、「軟」という実効性不足の問題も存在した<sup>[9]</sup>。日常生活の違法行為は多くて、行政制裁の手段が足りなくて、行政機関にも人手不足、資金不足の問題が存在した。制裁権限の規定が曖昧する場合、もしくは事案が複雑で難しい場合、どの行政機関にもその負担を背負いたくなかったのであった<sup>[10]</sup>。上記の問題を解決するために、行政制裁を規制する一般法とする「行政処罰法」などの行政制裁に関わる法律が制定された<sup>[11]</sup>。

### 一、行政制裁の法制化（一）：行政処罰法の制定

行政処罰法は、行政制裁を規範化する点において重大な意義を有するし、行政法制全体に対しても重要である。中国の行政法制の整備は救済法から開始しており、1989年に「行政訴訟法」、1990年に「行政復議条例」（訴願法）、1994年に「国家賠償法」が制定された。ただし、行政手続法の制定は難航である。行政手続法が存在しない中国では、過料、拘留などの典型的な制裁手段のみならず、営業停止命令、違法利得の没収、許可等の撤回等の不利益処分も行政制裁の手段として位置づけられて、行政処罰法によって規制されている<sup>[12]</sup>。この法律において、行政制裁の制定、適用、手續等の重要な内容を規定しており、不利益処分を規制する一般法の性格も有して、行政法全般に対しても、重要な理念や原則を成文法の条文として定める点において、画期的な意義を有すると思われる。

当時の全国人民代表大会の常務委員会の事務局長とする曹志の全人代に対する報告によって、行政処罰法の主な関心点は以下の五点である<sup>[13]</sup>。第一に、行政処罰の設定につい

---

頁参照。

<sup>[7]</sup> 全国人民代表大会常務委員会法律工作委員会編『「中華人民共和國行政処罰法」講話』（法律出版社、1996年）10頁参照。

<sup>[8]</sup> 全国人民代表大会常務委員会法律工作委員会編『「中華人民共和國行政処罰法」講話』（法律出版社、1996年）10頁参照。

<sup>[9]</sup> 韓延龍『中華人民共和國法制通史』（中共中央党校出版社、1998年）1002頁；陳斯喜『中華人民共和國行政処罰法理論と適用』（法律出版社、1996年）6頁参照。

<sup>[10]</sup> 「軟」の表現、理由および改善提言、楊解君『秩序、権力と法律控制—行政処罰法研究（増補本）』（四川大学出版社、1999年）95頁以下参照。

<sup>[11]</sup> 立法過程について、陳斯喜『中華人民共和國行政処罰法理論と適用』（法律出版社、1996年）4-6頁参照。

<sup>[12]</sup> 「行政処罰法」は制裁の種類を規定しており、当初、明文に列挙されるのは六種類であり、「警告」、「過料」、「違法利得または不法財物の没収」、「生産停止または業務停止の命令」、「許可（証）の暫定的差押えもしくは取消しまたは営業許可（証）の暫定的差押えもしくは取消し」、「行政拘留」である。それ以外に、「法律・行政法規が規定するその他の行政処罰」という概括条項が定められる（行政処罰法第8条）。2021年の法改正によって、「通報批評」、「資格または等級の格下げ」、「生産・経営活動の制限」、「従業の制限」等のあらたな制裁種類が補充される。

<sup>[13]</sup> 「関与『中華人民共和國行政処罰法（草案）』的説明」（1996年）参照。

て、「処罰法定」の原則を貫徹すべきである。つまり、「国民、法人その他の組織の行為は、法によって処罰すべきと規定する場合のみ、処罰されうる」とされ、「行政処罰の設定について、法律、行政法規および本法の規定する国家機関が職権範囲内で法によって規定すべきである」。第二に、行政処罰は行政機関によって決定されるべきである。「行政処罰権は一種の重要な国家行政権であり、行政機関によって行使されるべきであり、これは行政処罰と刑事処罰の重要な差異である」と述べられて、「あらゆる行政機関は処罰権を有するわけではなく、どの行政機関が処罰権を有するかについては、法律と行政法規によって規定されるべきである」。そして、行政機関以外にも、授権または委託された公共組織は処罰を裁決することができる。第三に、行政処罰の原則について、処罰と教育の結合原則、処罰法定、公正・公開が規定し、行政処罰の手續について、一般手續と簡易手續の分離、聴聞手續等を導入した。第四に、当事者の権利について、意見陳述の権利、訴願または訴訟を提起する権利、国家賠償の請求権利が規定された。最後に、行政機関は違法処罰する場合に、その情状の軽重によって、行政機関の担当者その他の責任者に、懲戒処分または刑事処罰を科すと規定された。

行政処罰法は、「西側の發達国家の行政法治の先進な経験と我が国の具体的な国情の有機的な結合である」と思われ、行政機関の「既存利益」に対して、ある程度の妥協を有するが、行政機関の制裁権を規範化する性格を持っている<sup>[14]</sup>。行政処罰法は、建国から存在してきた行政制裁を正面から認めながら、その設定、手續、適用、決定等の規定を定めており、行政制裁と刑事制裁の二元制の制裁システムを正式に確立している。

## 二、行政制裁の法制化（二）：治安管理处罰法

建国初期の 50 年代に、「治安管理处罰条例」が制定された。1980 年に、文化大革命が収束した後、「治安管理处罰条例」が有効な現行法であることを示すために、「治安管理处罰条例」が再公布された。もっとも、同条例は制定されてから二十年余りを経ており、当時の社会情勢に対応できなくなった。そこで、1983 年より同条例の改正作業が着手され、1986 年に改正された「治安管理处罰条例」が公布された。

1957 年の旧条例と比べて、1986 年の新条例は違法行為の種類を拡充しながら、制裁の手續と救済を整備した。注目すべきなのは、類推規定の削除と救済の整備である<sup>[15]</sup>。1957 年条例の 31 条によって、「同条例が列举しなかった治安管理工作について、市、県の公安局は、5 条から 15 までの中の最も類似する条文に照らして処罰することができる。ただし、市、県の人民委員会の批准によらなければならない」とされた。1986 年の新条例において、このような規定が存在しなかった。そして、1957 年の旧条例は、制裁処分に対して不服する場合、一級上の公安警察機関に対する不服申立が認めるにとどまったが、1986 年の新条例は、不服申立の他、裁判所への提訴を明文に規定した。

1996 年の「行政処罰法」が制定・公布された後、統合された行政制裁の適用原則や手續規定に従って各行政管理分野における既存の行政制裁制度を改革する必要がある。治安管理工作分野の行政制裁について、公安部は 1997 年 8 年から「治安管理处罰条例」の改正と「治安管理处罰法」の制定を取り掛かり、2005 年 8 月に「治安管理处罰法」を制定した。

「治安管理处罰法」は、行政制裁を受けるべき違法行為を拡充して、法人その他の組織に対する制裁の規定を補充して、過料の幅を引き上げて拘留の上限を引き下げる等の実体上の規定を調整しながら、引き続き制裁の手續を整備した。法は、治安管理工作分野の特徴に

[14] 馮軍『行政処罰法新論』（中国檢察出版社、2003 年）71 頁以下参照。

[15] 葉陵陵「中国における治安管理处罰法の制定と行政処罰制度の改革—中国の行政行為に関する手續と法」熊本法學 112 号（2007 年）115 頁参照。



照らして、若干の「行政処罰法」と異なる規定を定めて、「行政処罰法」より綿密な手続規定を定めた。

### 三、行政制裁の法制化（三）：労働教養制度の廃止

1957年の「治安管理处罰条例」は、労働教養制度を規定した<sup>[16]</sup>。条例第30条により、正業に励まず不良行為を行い、繰り返し治安管理中に違反する人に対して、処罰の執行が完了した後で労働教養が必要な場合、労働教養機関に送付し労働教養を行うことができると規定された。同年、国務院は「労働教養問題に関する決定」を制定し、労働教養を「強制的な教育改造の措置」と位置づけながら、労働教養の対象、決定権限などを定めた。文化大革命が終了した後、1979年に国務院は「労働教養に関する補充決定」を定めて、労働教養の期間を1年から3年までであり、必要な場合に1年間以内の延長ができると規定した。そして、1982年に公安部は「労働教養試行弁法」、1992年に司法部は「労働教養管理工作細則」を制定して、労働教養制度の細部を規定した。

しかしながら、労働教養制度は猛烈な批判を受けた<sup>[17]</sup>。まず、労働教養の対象が恣意的・不確定的であると批判された。1957年の「労働教養問題に関する決定」の労働教養の対象に関する規定について、「正業に励まず」、「労働を拒否、紀律を破壊、公共秩序を妨害し」などの曖昧な文言が使用された。そして、「反革命分子、反社会主義的反動分子」という規定も不適切であると思われ、刑法改正において「反革命」「反動」等の文言が削除されたものの、労働教養に関する規定でこのような概念を使うのは不適切であると考えられる。

次に、公正な裁決手続が欠落している。1979年の国務院の「労働教養に関する補充決定」によって、労働教養の裁決は地方の労働教養管理委員会に出されると規定された。訴訟手続を経ずに人身の自由を最大4年間で剥奪することは人権に対する侵害であると考えられる。

さらに、労働教養制度に関する規定は2000年に制定された「立法法」に違反すると考えられた。立法法第8条は、公民に対して、政治的な権利を剥奪する事項または人身の自由を制限する強制措置および処罰事項について、（狭義の）法律で定めなければならないと規定して、第9条は、全人代または全人代常務委員会の委任によって、第8条が列挙した事項を政令で規定することができるものと定めつつ、犯罪・刑罰に関する事項、政治的権利の剥奪、人身自由を制限する強制措置および処罰、および司法制度について、委任することができず、法律で規定しなければならないと規定した。上記の労働教養に関する規定は政令または省令であるため、立法法の規定に違反するほかならない。

それゆえに、2013年に、全人代常務委員会は労働教養制度を正式に廃止した<sup>[18]</sup>。

## 第二款 行政制裁の許容性と基本構造

### 一、行政制裁の許容性

前節で確認したように、行政制裁は、戦後初期にすでに確立された。改革・開放後に、特に行政処罰法の制定前後、行政処罰法の制定の準備作業としての外国法制の考察によっ

<sup>[16]</sup> 「労働矯正」と翻訳される場合もある。金如根「中国における行政処罰制度の法的研究（四）」法政論集 212 号（2006 年）383 頁参照。

<sup>[17]</sup> 金如根「中国における行政処罰制度の法的研究（四）」法政論集 212 号（2006 年）408-409 頁参照。

<sup>[18]</sup> 「全国人民代表大会常務委員会關於廢止有關勞動教養法律規定的決定」（2013 年 12 月 28 日）参照。

て、中国の制裁体制と外国の制裁体制との区別を了解した後で、行政制裁を廃止し、制裁権限を裁判所に独占的に任せるという意見も現れた<sup>[19]</sup>。しかしながら、行政制裁の以下の理由によって認められた。

## 1、理論上の原因：行政制裁の法的性格

まず、行政制裁権は行政権に属し、行政機関によって行使すべきという見解は有力である。前節で確認したように、建国初期、「敵味方矛盾」と「人民内部矛盾」との区別論によって、行政制裁は「人民内部矛盾」に対処する手段であり、行政権に属すると考えられた。改革・開放後の著作において、「人民内部矛盾」「敵味方矛盾」のような理論説明がほとんど見えなくなったが、行政制裁権が行政権に属する見解が相変わらず有力である。一方において、行政制裁は「単純な処罰ではなく、その目的が違法者と一般国民を教育し、違法行為を予防・抑制することである」と思われる<sup>[20]</sup>。行政制裁の目的は、制裁そのものではなく、当事者に違法行為の違法性と社会危害性を教育することによって、違法行為の再発を防止することである<sup>[21]</sup>。他方において、行政制裁について、その制裁範囲が軽微な社会危害性を有する違法行為に止まり、その制裁手続が行政機関に行われて、その制裁効果が前科効を有せず、刑事制裁とは異なっていると思われる<sup>[22]</sup>。従って、行政制裁は、その目的趣旨と法的構造が刑事制裁と異なり、行政権に属していると考えられる。刑事制裁が裁判所によって行われるべきであるが、行政制裁が行政機関に行われると思われる。「行政処罰権は、その性質からして、国家行政権の一部であり、我が国の政治体制の下で、行政権は行政機関に行使されており、司法機関は司法権のみを行使している」と考えられる<sup>[23]</sup>。

## 2、現実上の原因：機能性の考慮

そして、法の執行の視点から見ると、行政制裁は、違法行為を適切・迅速に制裁できるという利点を有する。行政機関の職員は、専門知識、日常的な管理経験を有して、実践中のさまざまな違反事件に効率的に対応できる。行政職員の人数は裁判官より多く、大量の違法行為に迅速に対応することができる。そして、司法手続より、行政手続は簡略で便利であり、事件の累積を防止する点にも有利である<sup>[24]</sup>。特に、行政管理権の拡張に伴い、行政管理は社会のあらゆる方面に及ぼし、行政違反の数も急増して、裁判所のコスト・人手・資源の制限の下で、大量の違法行為を迅速的・効率的に対応するために、行政機関にも一部の制裁権限を認めるべきである<sup>[25]</sup>。違法者が不当に法律制裁を逃れないために、一般違法行為を行政機関によって制裁されるべきである<sup>[26]</sup>。

さらに、行政制裁は、裁判所を大量の軽微な違法行為から救出し、刑事司法の負担を軽減し、刑事制裁を重大な違法行為に集中できるように促進する<sup>[27]</sup>。さまざまな行政管理分野の事件をその分野の専門職員によって対応して、事件を裁判所に集中することを避ける

[19] 楊解君『秩序・権力与法律控制—行政処罰法研究（増補本）』（四川大学出版社、1999年）10頁参照。

[20] 楊解君『秩序・権力与法律控制—行政処罰法研究（増補本）』（四川大学出版社、1999年）215頁。

[21] 馮軍『行政処罰法新論』（中国檢察出版社、2003年）110頁。

[22] 何建貴『行政処罰法律問題研究』（中国法制出版社、1996年）17-18頁；皮純協、余凌雲『行政処罰法原理与運作』（科学普及出版社、1996年）27-37頁参照。

[23] 陳斯喜『行政処罰法理論適用』（法律出版社、1996年）49頁。

[24] 馮軍『行政処罰法新論』（中国檢察出版社、2003年）150-151頁；陳斯喜『行政処罰法理論適用』（法律出版社、1996年）49頁参照。

[25] 皮純協、余凌雲『行政処罰法原理与運作』（科学普及出版社、1996年）3頁参照。

[26] 楊解君『秩序・権力与法律控制—行政処罰法研究（増補本）』（四川大学出版社、1999年）11頁参照。

[27] 時延安「犯罪化与懲罰体系的完善」中国社会科学 2018年第10期第113頁参照。

る。違法行為の制裁権限を裁判所に独占的に委ねるのは、裁判所の任務を不当に増加している。司法崩壊を防ぐために、裁判所は一部の事件を無視せざるをえないが、それは不法事件を適切に制裁する点も、平等性の点も、問題視されるべきと考えられる。

このように、「行政管理事務の急増、裁判所の能力の制限、公共利益を維持し、行政効率を追求し、当事者の合法権益を保護する」等の多様な理由のために、行政制裁という行政上の手段の適用を正当化した<sup>[28]</sup>。

## 二、行政制裁の法的構造（一）：制裁範囲

改革・開放後、行政制裁はほぼすべての法分野に導入されて、犯罪行為以外の違法行為に対処する手段と位置づけられた。この場合、行政制裁の対象とする違法行為と犯罪行為との区別および役割分野が重要な問題となる。

### 1、実体法について

ある学者は、「治安管理处罰法」と「刑法」に規定する違法行為を比較して、「治安管理处罰法」に規定する 153 種の違法行為の中、90 種の違法行為の侵害客体は刑法に規定する犯罪行為の侵害客体とは同じ（または類似）である一方、「刑法」が規定する国家を裏切る犯罪、国家を分裂する犯罪、殺人罪、決水罪、強姦罪等の犯罪行為について、「治安管理处罰法」には対応する行為が存在しないと発見した<sup>[29]</sup>。

このように、行政制裁行為はそもそも刑罰の対象にあたらない場合がある。たとえば、道路にごみを捨てたり、路上でタバコを吸ったりする行為は刑罰の対象にならない。そして、刑罰の対象はそもそも行政制裁行為にあたらない場合もある。たとえば、殺人、麻薬販売は犯罪であり、行政上の制裁手段が存在しない。他方、多くの場合、行政制裁行為は同時に刑罰の対象行為となりうる。その場合、法律は、違法行為の情状の軽重、数額の多少、結果の状況により、行政制裁もしくは刑罰を規定している<sup>[30]</sup>。

具体的に言えば、現行法上、以下の区別点が挙げられる<sup>[31]</sup>。

第一に、情状（違法行為の状況、様態）によって行政制裁行為と犯罪を区別する場合が存在する。たとえば、酒気運転と酒酔い運転である。「道路交通安全法」第 91 条第 1 項により、「飲酒運転した場合、運転免許を六ヶ月間差し押さえ、千元以上二千元以下の過料を併科できる。飲酒運転によって処罰され、再び飲酒運転した場合、十日以下の拘留を科し、千元以上二千元以下の過料を併科し、運転免許を取り消す」。これに対して、「刑法」第 133 条第 1 項により、「道路で自動車を運転するとき、酒に酔って自動車を運転した場合、拘役を科し、罰金を併科する」。

第二に、違反者は違法行為を実行する際、特定の条件を利用するか否かにより、行政制裁行為と犯罪を分けることもある。「治安管理处罰法」第 67 条により、「売春を誘引、收容、斡旋する場合、十日以上十五日以下の拘留を課し、五千元以下の過料を併科できる；情状が軽い場合、五日以下の拘留または五百元以下の過料を科す」。これに対して、「刑法」第 361 条により、「旅館業者、飲食服務業者、文化娛樂業者、自動車賃貸業者は、本組織の条件を利用し、売春を組織、脅迫、誘引、收容または斡旋した場合、本法第三百五十八条、第三百五十九条によって処理する」<sup>[32]</sup>。通常、売春斡旋行為に対して行政制裁を

<sup>[28]</sup> 皮純協、余凌雲『行政処罰法原理与運作』（科学普及出版社、1996 年）4 頁参照。

<sup>[29]</sup> 謝川豫『危害社会行為的制裁体系研究』（法律出版社、2013 年）第 94 頁参照。

<sup>[30]</sup> 陳興良「論行政処罰与刑罰処罰的關係」中国法学 1992 年第 4 期第 30 頁参照。

<sup>[31]</sup> 章劍生「違反行政法義務的責任：在行政処罰与刑罰之間」行政法研究 2011 年第 2 期 13 頁以下；謝川豫『危害社会行為的制裁体系研究』（法律出版社、2013 年）第 99 頁参照。

<sup>[32]</sup> 刑法第三百五十八条、第三百五十九条は売春に関する犯罪であり、懲役、罰金と財産沒收を定める。

科すが、特定業者は自分の施設、場所などの特有のものを利用して、売春斡旋行為に従事すれば、刑罰を科すと規定されている。

第三に、違法行為の金額も区別基準である。典型的な例は窃盗である。「治安管理处罰法」第 49 条が、「窃盗、詐欺、略奪、横奪、強請りまたは故意に公私財物を毀損する場合、五日以上十日以下の拘留を科す；情状が重い場合、十日以上十五日以下の拘留を科し、千元以下の過料を併科できる」を規定する。これに対して、「刑法」264 条により、「公私財物を窃盗し、金額が比較的に高い場合<sup>[33]</sup>、または繰返し窃盗、住宅に侵入して窃盗、武器を持って窃盗・万引きする場合、三年以下の有期懲役、拘役、管制を科し、罰金を単独に科すまたは併科することができる」。このように、他人のものを盗むことが直ちに犯罪になるわけではなく、窃盗の金額が低い場合、行政制裁をもって対処すると規定されている。

第四に、一般国民が違法行為をした場合、行政制裁が科されるのに対して、特別主体が違法行為を行う場合、刑罰を受けることもある。たとえば、「治安管理处罰法」第 48 条により、「他人の郵便を隠匿する、毀損する、無断に開封する、違法に検査する、他人を偽称し受領する場合、五日以下の拘留または五百元の過料を科す」。ただし、刑法第 253 条により、「郵政従業者は郵便や電報を無断に開封、隠匿または毀損する場合、二年以下の有期懲役または拘役を科す」。

第五に、違法行為の結果に関する要素も重要である。道路交通安全法規に違反する場合、行政制裁を科す場合が多い。上記の「道路交通安全法」第 91 条以外に、たとえば、89 条によって、「歩行者、同乗者、軽車両の運転者が道路交通安全法律・法規の規定に違反すれば、警告または五元以上五十元以下の過料を科す」、90 条によって、「自動車の運転者が道路安全法律・法規の規定に違反すれば、警告または二十元以上二百元以下の過料を科す」と規定されている。これに対して、「刑法」第 133 条により、「道路交通運輸法規に違反し、重大な事故を起こし、他人を重傷または死亡させ、もしくは公私財産に重大な損害を与えた場合、三年以下の有期懲役を科す」。

## 2、学問上の見解

実定法の発展に伴い、行政制裁行為と犯罪行為の区別に関する学問上の研究も進んでいる。上記のような実定法上の区別は、学説上はどうやって理解されるのか。この時期における学説には、以下のような特徴が存在すると思われる。一方、犯罪行為と行政制裁行為の区別の肝要は社会危害性であるということが相変わらず主流である。他方、社会危害性に対する理解は豊富となり、実定法に基づき、違法行為の質や量と社会危害性とを繋がって理解するのは有力である。

### (1) 核心要素：社会危害性

前節で述べたように、建国初期に、治安管理处罰行為と犯罪行為との区別は社会危害性の程度の差異にあるという学説がかなり有力であった。改革・開放の後、今日においても、社会危害性はまだ犯罪行為と行政制裁行為を区別するポイントであるとされている。行政制裁行為と犯罪行為の区別問題を本格的に論じた最初の研究者は陳興良である。陳氏は、台湾学者林山田の研究を参照し、「法理上の区別」について、「量的差異論」「質的差異論」と「質量的差異論」を論じた後<sup>[34]</sup>、犯罪行為と行政違法行為の区別は社会危害性にか

[33] 「最高人民法院、最高人民検察院の窃盗刑事事件を処理する場合の法律適用に関する若干問題の解釈」の第 1 条によって、「金額が比較的に高い」とは、千元以上三千元以下である。

[34] 「量的差異理論は、行政違法行為が犯罪行為と比べて軽微な損害性と危害性を有する行為、もしくは

かっているという見解を述べた。つまり、「違法行為は、あくまでその社会危害性によって変動するものであり、刑事不法は、多くの場合に嚴重な社会危害性を有しており、行政不法はある程度の社会危害性を有するが、その程度はまだ犯罪に達しない」と述べられた<sup>[35]</sup>。

今日では、行政制裁行為と犯罪行為は、社会危害性の程度によって区別する学説が依然として通説である。前節で述べたように、建国初期においては、行政制裁行為と犯罪行為の区別について、犯罪行為は社会危害性が高い違法行為であり、行政制裁行為は社会危害性が低い違法行為という学説がかなり有力であった。今日まで、社会危害性の程度によって違法行為を二分化する見解はまだ主流である。すなわち、「行政不法と刑事不法の区別は、違法行為の社会危害性によらなければならない。立法者は社会危害性が大きく高く、社会の根本生存条件を危険する違法行為を刑事不法に位置づけ、刑罰をもって対処する一方、ある程度の社会危害性を有するが、社会の根本生存条件を危険しない違法行為を行政不法に位置づけ、行政処罰を規定している」と考えられる<sup>[36]</sup>。「社会危害性は治安違法行為と犯罪行為の最も基本的な共同点であり、本質上では、治安違法行為と犯罪行為とは同質な行為であり、両者の主要な差異は社会危害性の程度の違いに存在している」<sup>[37]</sup>。

## (2) 社会危害性に対する理解

犯罪行為と行政制裁行為の区別は社会危害性の程度の差異にかかっているといっても、その程度差異をどうやって理解するのも必ずしも自明のことではない。実定法に基づき、違法行為の「量」や「質」によって社会危害性を説明するのはかなり有力である。<sup>[38]</sup>

基本構成要件が同じものの、情状、条件、数額、主体または結果によって区別されている違法行為について、情状の軽重、条件の有無、数額の大小などは社会危害性の程度の差異を表現するものであると考えられる。情状、数額、結果などの「量」の差異は違法行為の社会危害性の差異を反映すると考えられる<sup>[39]</sup>。行政制裁行為にせよ犯罪行為にせよ、社会危害性を有するが、情状、数額、結果の差異によって社会危害性の程度が異なっている。違法行為の情状が嚴重で、もしくは数額が大きい場合、その社会危害性が高いと考えられて、犯罪行為に属しており、そうでない場合、行政制裁行為に属するとされている。

情状や結果の程度の差異は社会危害性の程度に影響することは理解されやすいのであるが、前述のように、行政制裁行為はそもそも刑罰の対象にあたらない場合、もしくは、刑罰の対象はそもそも行政制裁行為にあたらない場合も存在する。この二種の違法行為の間に、「量」の差異が存在するとは思えず、区別された根拠はむしろ行為の性質であると思われる。すなわち、違法行為の性質と類別によって、行政制裁行為もしくは犯罪行為のいずれかに属すると考えられる<sup>[40]</sup>。ただし、このような場合についても、その区別は社会

---

犯罪行為のような高度な可責性を欠く行為であるとする」。「質的差異理論は、行政不法と刑事不法との間に、質的な区別が存在すると述べる」。「質量的差異理論は、行政不法と刑事不法は、行為の量にだけでなく、行為の質においても異なると考える。刑事違法行為は、質について、より深い倫理批判内容と社会倫理の非難性を有して、量について、より高い損害性と社会危害性を有する一方、行政違法行為は、質について、より低い倫理可責性しか有しなく、もしくは社会倫理上の非難内容を全く有せず、量について、重大な損害性と社会危害性を有しないとされている」。

<sup>[35]</sup> 陳興良「論行政処罰与刑罰処罰の關係」中国法学 1992 年第 4 期第 26-27 頁。

<sup>[36]</sup> 何建貴『行政処罰法律問題研究』（中国法制出版社、1996 年）20 頁。

<sup>[37]</sup> 謝川豫『危害社会行為的制裁体系研究』（法律出版社、2013 年）83 頁。類似的な見解、儲槐植「我国刑法中犯罪概念的定量因素」法学研究 1998 年第 2 期、第 28 頁。

<sup>[38]</sup> 以下の理論、謝川豫『危害社会行為的制裁体系研究』（法律出版社、2013 年）99 頁以下参照。

<sup>[39]</sup> 王莹「論行政不法与刑事不法的分野及对我国行政処罰法与刑事立法界限混淆的反思」河北法学 2008 年第 10 期第 27 頁参照。

<sup>[40]</sup> 汪永清『行政処罰』（中国政法大学出版社、1994 年）18 頁；周佑勇、劉艷紅「試論行政処罰与刑罰

危害性の程度の差異であると考えられる。つまり、若干の違法行為は、その基本構成要件のみによって、その社会危害性が決定されており、情状や結果における差異が存在しても、その犯罪行為（もしくはただ行政制裁行為）の属性に影響できないとされている。たとえば、殺人、放火、強姦、爆発などの悪性行為は、情状などの要素を考慮しなくても重大な社会危害性を有するに違いない。従って、違法行為の基本構成要件によってその犯罪行為または行政制裁行為の性質を決定する場合が存在しているが、その場合でも、違法行為の性質のみによって社会危害性の程度が決定されることを理由として、犯罪行為と行政制裁行為の区別は社会危害性の程度の差異と考えられている。

### 3、行政制裁と刑事制裁の役割分担：行政制裁の適用範囲論

前述のように、改革・開放の時代に入り、行政制裁法制が整備された上で、行政制裁が多くの法分野で活用されている。しかしながら、近年、実定法上の行政制裁行為の犯罪化に伴い、行政制裁の適用範囲を縮小する見解が登場しており、そのために、行政制裁と刑事制裁の役割分担が問題となった。

#### （1）犯罪化と行政制裁の縮小論

現行刑法は、1979年に制定された。79年刑法は、犯罪行為と行政制裁行為の区分論に立って、犯罪を嚴重な社会違法行為に限定し、「情状が顯著に輕微、危害が大きい場合、犯罪と認めない」と規定している<sup>[41]</sup>。1997年に刑法が改正された際にも、犯罪の觀念が変化せずに、「情状が顯著に輕微、危害が大きい場合、犯罪と認めない」という規定が留保されている<sup>[42]</sup>。ただし、2006年の「刑法修正案（六）」が公布されて以来、犯罪行為の範囲が拡大しており、新たな犯罪を規定しながら、従来では行政制裁の対象とする違法行為も犯罪行為に変更している<sup>[43]</sup>。このような犯罪化の傾向に対して、学問上、賛成している見解が存在している。

賛成論は、行政制裁の縮小、犯罪行為の拡大を主張している。その原因には、さまざまな点があるが、まとめて言えば以下の理論を挙げられる。まず、リスク社会において、社会リスクをコントロールするために、行政制裁行為の犯罪への格上げが不可避である。古典刑法の事後法の性格は現代社会に合わなく、現代刑法は積極的、事前的な予防性格を持つべきである<sup>[44]</sup>。そして、社会転換時代において、積極的な刑事立法が不可欠である。すなわち、中国は高速な社会転換の時代に位しており、経済、社会治理の方法、価値観、生態、政治治理の方法が激しく変化しており、そのため、積極的な刑事立法が必要である<sup>[45]</sup>。新たな犯罪を規定すること、もしくは行政制裁行為を犯罪行為に転換することは、必然的要求である<sup>[46]</sup>。また、行政権の強勢に対する懸念も存在している。前述のように、行政処罰法が制定される前後、行政制裁の許容性が論じられた時期に、行政権に対する懸念が存在したが、今日においても、そのような見解も存在している。治安制裁と行政制裁は、その他の機関の制約が有せずに、行政機関に独自に行われており、効率的であるが、法治主義に悖る恐れがある<sup>[47]</sup>。行政制裁が刑事制裁より厳しい場合も存在しているのに、その裁

---

処罰的立法衔接」法律科学 1996 年第 3 期第 79 頁参照。

[41] 1979 年刑法第 10 条。

[42] 1997 年刑法第 13 条。

[43] 盧建平「犯罪門檻下降及其对刑法体系的挑戰」法学評論 2014 年第 6 期第 69-70 頁。

[44] 勞東燕「公共政策与風險社会的刑法」中国社会科学 2007 年第 3 期第 126 頁以下参照。

[45] 周光權「轉型時期刑法立法的思路与方法」中国社会科学 2016 年第 3 期第 126-128、134—135 頁参照。

[46] 周光權「積極刑法立法觀在中国的確立」法学研究 2016 年第 4 期第 29-31 頁参照。

[47] 陳興良「犯罪範圍的合理定義」法学研究 2008 年第 3 期第 142 頁参照。

量を行政機関に委ねるのは、手続公正の憲法精神に違反すると述べられる<sup>[48]</sup>。

以上の理由によって、犯罪範囲を拡大し、行政制裁の適用範囲を制限する意見が存在している<sup>[49]</sup>。

## (2) 刑法の謙抑性、比例原則と行政制裁の活用論

一方、犯罪化に対する反対の意見も現れ、犯罪行為の拡大に強く批判している。犯罪行為の拡大は刑法道具主義の結果で、避けるべきである意見が存在している<sup>[50]</sup>。犯罪化は伝統の「重刑輕民（刑事を重視し民事を軽視する）」思想および外国の制裁制度の影響を受けたものであり、中国の「大国法治」の要求に必ずしも合わないという見解が存在している<sup>[51]</sup>。実証研究の立場からみて、犯罪化は司法機関に過大な負担をかけるということを理由にして犯罪化を批判する意見も存在している<sup>[52]</sup>。それ以外、刑法謙抑主義、比例原則を理由として、犯罪範囲の拡大を批判し、行政制裁の活用を支持する見解も有力である。

刑法の謙抑性原則は、「法治国家の最も基本的操守」と位置づけられて<sup>[53]</sup>、刑事立法と刑事司法の両面において、刑罰適用の謙抑を要求するとされている<sup>[54]</sup>。刑法謙抑主義とは、刑法はすべての違法行為をその処罰対象とすべきではなく、やむを得ない場合のみ、違法行為を刑法の対象とするという原則である<sup>[55]</sup>。刑法の謙抑性の内容について、以下の三点を挙げられる<sup>[56]</sup>。第一に、刑法の制裁範囲の不完全性。社会関係を調整する手段の中、法律以外に風俗、習慣、道徳、宗教などの手法が存在しており、法律の規制範囲に入っても、ほとんどは民法、行政法等の部門法に規定されて、民事賠償、行政制裁などの手段をもって対処されるべきである。「刑法は法益の一部しか保護しなく、その一部の法益に対しても刑法の保護は一般的ではない」とされている<sup>[57]</sup>。第二に、刑法の最後性。刑法は社会統制の最後の手段であり、違法行為は相当嚴重な社会危害性を有するため、民事、行政の手段をもって十分に対応できない場合のみに、刑法によって制裁すべきであると考えられる。第三に、刑罰制裁の発動の自制性。刑法規定の犯罪構成を満たす行為に対して、それに対応する刑事制裁を科すべきであるが、人権保護の視点からみて、裁判所は刑罰を科す場合、なるべく刑を科さない自制を持つべきであり、刑罰を科すとしてもなるべく軽い刑罰、刑罰の猶予を採るべきであると考えられる。

刑法の謙抑性は刑法の原則にとどまらず、憲法上の根拠があると主張する意見も有力である。中国の現行憲法には、刑法の謙抑性が明文に規定されていないが、少なくとも 2004 年の憲法改正において「国家は人権を尊重し保護する」という規定が憲法に規定された時点では、刑法の謙抑性は憲法上の原則として認めうると考えられる<sup>[58]</sup>。そして、刑法の謙

[48] 張明楷「犯罪定義与犯罪化」法学研究 2008 年第 3 期第 144 頁参照。

[49] なお、極端の場合、行政制裁を廃止する意見も存在する。陳興良「犯罪範囲の合理定義」法学研究 2008 年第 3 期第 142—143 頁参照。

[50] 何榮功「我国輕罪立法的体系思考」中外法学 2018 年第 5 期第 1214 頁；謝望原「謹防刑法過分工具主義化」法学家 2019 年第 1 期第 89 頁参照。

[51] 劉艷紅「我国应該停止犯罪化的刑事立法」法学 2011 年第 11 期第 115 頁参照。

[52] 齊文遠「修訂刑法應避免過度犯罪化傾向」法商研究 2016 年第 3 期第 10-12 頁参照。

[53] 石聚航「刑法權抑制是如何被擱淺的？—基於定罪實踐的反思性觀察」法制与社会發展 2014 年第 1 期第 190 頁。

[54] 田宏傑「行政犯的法律属性及其責任—兼及定罪机制的重構」法学家 2013 年第 3 期第 54 頁参照。

[55] 賈學勝「非犯罪化与中国刑法」刑事法評論第 21 卷（2007）第 509 頁参照。ところで、著者は謙抑主義を定義する際、中国語版の大谷実『刑法総論』を参照した。

[56] 莫洪憲、王樹茂「刑法謙抑主義論綱」中国刑事法雜誌 2004 年第 1 期第 16 頁参照。

[57] 王世洲「刑法的補助原則与謙抑原則的概念」河北法学 2008 年第 10 期第 10 頁。

[58] 楊春然「論法教義學視角下的最後手段原則的規範構成及適用—兼論憲法对犯罪論体系的選抉」中国刑事法雜誌 2017 年第 5 期第 7 頁参照。

抑性を憲法上の比例原則の基本要請であるという見解も存在する<sup>[59]</sup>。刑法の謙抑性の適用について、比例原則を通じて展開する主張が存在する。つまり、刑事立法に対して、手段としての刑罰の目的に対する適当性、手段としての刑罰の必要性、および立法目的と刑罰の均衡性という三つの方面から考察すべきであるとされる<sup>[60]</sup>。

刑法の謙抑性以外に、直ちに比例原則を根拠として、犯罪の拡大を批判し、行政制裁を活用する意見が存在している。比例原則は憲法上の原則であり、刑法の謙抑性の内核を含めて、刑法の謙抑性より強い拘束力を有して、刑事立法と刑事司法の両方を統制すると考えられる<sup>[61]</sup>。刑事立法に対して、①目的は合理性を有するか、②刑罰は目的を達成するための有効な手段であるか、③刑罰を代替する手段が存在するか、④刑罰は法益を保護するときに何らかの損害をもたらすか、⑤犯罪に対するどのような刑罰を規定すべきか、という五段階で審査すべきと述べられる<sup>[62]</sup>。そして、刑法の謙抑性と比例原則との両方から、刑事手段の控えと行政制裁の活用と主張する見解も存在する。刑法の謙抑性原則と比例原則は、行政制裁と刑罰手段の配置の基本原則となるべきであり、ある種の違法行為に対して、行政制裁の手段をもって目的を達成できる場合に、刑罰手段を採用する必要性が存在しないと考えられている<sup>[63]</sup>。

このように、犯罪行為の拡大に関する賛否両論の議論の中、行政制裁の適用範囲の問題も論じられた。絶えない刑法の改正とともに、この議論も引き続き展開すると思われる。行政制裁の縮小論も有力であり、一部の学者に支持されているが、刑法の謙抑性などの理論によって主張される行政制裁活用論はまだ学説の主流であると考えられる。立法実務についても、犯罪化が確かに進んでいるものの、行政制裁を縮小する傾向は全く見えない。

### 三、行政制裁の法的構造（二）：手続、執行と救済

行政処罰法には行政制裁の手続が詳しく定められており、行政執行法、行政訴訟法には、行政制裁を含む行政処分の執行と救済に関する規定が定められている。まとめていえば、行政制裁は行政官庁に独自に賦課されており、その執行と救済について、普通の行政処分と同じような規定を適用するとされる。

#### 1、制裁手続

「行政処罰法」には、行政処罰の賦課手続が定められ、簡易手続と普通手続の二種類がある。

##### (1)共通手続

簡易手続にも普通手続にも、共通の手続規定が存在する。行政制裁を実施する場合、2名以上の職員が必要であり（42条）、案件と利害関係を有する職員が除斥しなければならない（43条）。行政機関は行政制裁を科す前に、当事者に行政制裁の事実、理由、根拠と当事者の権利を告知しなければならない（44条）。当事者は弁明する権利を持っており、行政機関が当事者の意見を聴取しなければならない。聴聞は弁明の一種であり、「行

[59] 何榮功「予防刑法的拡張及其限度」法学研究 2017年第4期第151頁参照。

[60] 楊春然「論法教義學視角下的最後手段原則的規範構成及適用——兼論憲法對犯罪論體系的選擇」中國刑事法雜誌 2017年第5期第11-16頁参照。

[61] 姜濤「追尋理性的罪刑模式：把比例原則植入刑法理論」法律科學 2013年第1期103-104頁；姜濤「比例原則與刑罰積極主義的克制」學術界 2016年第8期94-98頁参照。

[62] 張明楷「法益保護與比例原則」中國社會科學 2017年第7期第101-108頁参照。

[63] 張勇「行政違法行為的犯罪化及其合理限制」法治研究 2020年第6期第50頁；張紅「讓行政的歸行政、司法的歸司法——行政處罰與刑罰處罰的立法銜接」華東政法大學學報 2020年第4期；吳振宇「行政刑罰與刑罰交錯適用之困境與出路」當代法學 2013年第5期第55頁参照。



政処罰法」に詳しく規定される。それ以外の弁明の方式について、具体的な規定が存在しないが、口頭弁明でも書面弁明でも認められている。行政機関は当事者の弁明を理由として処罰を加重してはならない（45 条）。案件事実を証明する証拠として、書証、物証、視聴資料、電子データ、証人証言、当事者の陳述、鑑定意見、検査記録などが認められており、違法手段によって獲得証拠は採用できない（46 条）。行政機関は、書面または録音・録画などの方法によって、行政制裁の開始、調査、審査、決定、送達、執行などの過程を記録、保存しなければならない（47 条）。

## （2）簡易手続

簡易手続とは、行政の効率を高めるために、法律根拠と違反事実が明らかな事件、または国民の権利に対して影響が大きい事件に対して、適用する簡便な手続である。行政処罰法により、違法事実が明確で、法的根拠があつて、個人に対して 200 元以下の過料、法人その他の組織に対して 3000 元以下の過料または警告を科す場合、現場で制裁を科すことができる（51 条）。具体的に言うと、行政機関の職員は身分証明等を提示し、当事者に対して違反事実や法律根拠を説明した上で、当事者の弁明を聞かなければならない。その後、「行政処罰決定書」を記入し、その場で当事者に交付する。行政職員は簡易手続によって行政制裁を科す場合、事後に行政機関に報告し、行政機関がこれを記録しなければならない（行政処罰法 52 条）。

## （3）普通手続

普通手続の適用対象は、簡易手続を適用する以外の案件である。具体的な手続について、立件、調査、理由提示、弁明、決定、送付がある。行政機関は違法行為を発見する場合、上記の簡易手続が適用できない限り、全面的、客観的、公正的に調査しなければならない、立件基準に達する場合、速やかに立件すべきである（54 条）。調査について、職員は身分証明を提示しなければならない、身分証明を提示しない場合、当事者は調査を拒否することができる。当事者は、職員の質問に正確に回答すべき、調査を協力すべきである（55 条）。調査が終了する場合、職員は調査結果によって、制裁決定を行うかどうかを判断しなければならない。違法行為が犯罪であると判明する場合、それを司法機関に移送しなければならない（57 条）。事案が重大公共利益と関連する場合、当事者または第三者の重大権益と関連し、聴聞を行った場合、もしくは事案が複雑な場合、制裁決定を行う前に行政機関の法制審査職員によって審査すべきである（58 条）。行政制裁は決定された後、「行政決定処罰書」を作らなければならない。「行政決定処罰書」には、当事者の名前または名称、住所、違法行為の事実と証拠、行政制裁の種類と根拠、行政処罰の履行方式と期限、不服申立または行政訴訟の方法と期限、行政機関の名称と決定日付等を記入すべきである（59 条）。行政機関は、立件から 90 日間以内に、決定を行うべきである（60 条）。「行政処罰決定書」は宣告の後に、その場で当事者に交付しなければならない。当事者が現場にいない場合、7 日以内に民事訴訟法の規定によって送付しなければならない（61 条）。

普通手続を適用する案件のうち、数額が比較的に大きな過料、数額が比較的に大きな違法利得または違法財物を没収、資格・等級を格下げ、許可を取消し、生産停止または業務停止の命令などの厳重な制裁を科す前に、当事者に聴聞を要求する権利があると告知しなければならない。当事者が聴聞を要求する場合、行政機関は聴聞を行わなければならない、行政機関には裁量権が認められない。そして、当事者は聴聞の費用を負担しない（63 条）。

## 2、行政制裁の執行

行政制裁の執行規定は、「行政処罰法」「行政強制法」に散在している。行政上の強制執行に関する通則的な法典—「行政強制法」—が定められたが、「行政処罰法」が「行政強制法」より早く制定された法律であるので、行政制裁の執行に関する内容も規定した。

当事者が行政制裁について不服申立もしくは行政訴訟を提起しても、行政制裁の執行は停止しない。ただし、法律に特別の規定がある場合、執行を停止する（行政処罰法 73 条、行政訴訟法 56 条）。

行政制裁の執行方式について、二種類がある。法律が行政機関の執行権を認める場合、行政機関が自力で執行することができる。それ以外の場合、行政処罰を科した行政機関は、裁判所に申請して、裁判所が行政処罰を執行する（行政強制法 13 条）。個別法は行政機関の自力執行を認める場合が少ないから、行政上の義務履行が基本的に司法的執行により確保されており、これが司法執行中心主義であると言われる<sup>[64]</sup>。

具体的に、行政処罰法は執行罰、直接執行と裁判所執行を定めた（行政処罰法 72 条）。期限が切れても過料を納付しない場合、行政機関は一日につき過料の 3% の加算過料を課すことができる。ただし、加算過料は元過料の金額を超えてはならない。期限が切れても、行政制裁の決定を履行しない場合、行政機関は封印し、差し押さえた財物の競売をすることまたは凍結した預金の振り替えることができる。それ以外の場合、自力執行権を持たない行政機関は裁判所に申請し、裁判所が行政制裁を執行する。

## 3、行政制裁の救済

行政制裁は行政行為であり、行政制裁に関する紛争が起こる場合、刑事訴訟ではなく、行政行為のために備えられた救済方法を適用すべきである。つまり、行政不服申立、行政訴訟である。

### （1）行政不服申立

国民、法人その他の組織は、行政行為が自らの権利、利益を侵害すると考えるとき、行政不服申立を提起することができる。「行政復議法」（行政不服審査法）第 6 条第 1 号は、明文に行政処罰に対する不服申立を提起する可能性を肯定する。不服申立適格について、行政制裁を受けた被処罰人はむろん、違法行為の被害者も不服申立の提起資格を持っている。そして、原則上、不服申立の審理は書面審査であるが、申請者が要求する場合または審査機関が必要だと考える場合に、審査機関は申請者、被申請者と第三者の意見を聴取できる（行政復議法 22 条）。さらに、申請者、第三者は被申請者の提出した資料を閲覧することもできる（行政復議法 23 条）。

### （2）行政訴訟

国民、法人その他の組織は行政行為が自らの權益を侵害すると考えるとき、行政訴訟を提起することができる。「行政訴訟法」第 12 条は、行政訴訟の受理範囲を定め、第 1 号が、行政処罰に対する訴訟の提起を肯定する。「行政訴訟法」第 25 条は原告適格について内容を規定し、この条文により、行政行為の相手方とその他の行政行為と利害関係がある国民、法人その他の組織が訴訟を提起する権利を持っている。最高人民法院の司法解釈により、行政機関に対して、加害者の法律責任を追求することを要求する人が、「利害関

<sup>[64]</sup> たとえば、杭州市 2005 年から 2007 年の執行案件のうち、9 割は裁判所執行案件である。鄭琦「基層行政機関申請人民法院強制執行具体行政行為面臨的問題与对策研究」行政法學研究 2009 年第 1 期 96 頁参照。日本の先行研究について、上拂耕成「中国の行政強制法について—行政の法治化の観点から」アドミニストレーション第 19 巻第 2 号（2013 年）41 頁以下参照。

係」要件に適合する原告である<sup>[65]</sup>。

行政機関は立証責任を負い、行政行為の証拠と根拠を提供しなければならない（行政訴訟法第 34 条第 1 項）。行政機関は違法行為の事実、行政処罰の根拠等を提供しなければならない。行政機関が証拠を提供しないかまたは期間が過ぎて証拠を提供した場合、証拠がないとみなす。ただし、当該行政行為が第三者の利益に関わり、第三者が証拠を提供する場合、この限りではない（行政訴訟法第 34 条第 2 項）。

行政制裁に対する司法審査は、普通の行政処分とほぼ同じように行われる。裁判所は、裁量の有無を判断し、裁量を有すると認めるとき、判断代置ではなく、行政制裁決定の違法性を審査するとされている。ただし、行政制裁について、若干の特別規定が定められている。一方、行政制裁が不当であることが明確な場合、裁判所はそれを変更することができると規定されている（行政訴訟法 77 条）。変更する場合、原則として、行政制裁を加重することができない。他方、行政制裁などの自由裁量権の行使に関する案件について、裁判所が主導して調停することができる（行政訴訟法第 60 条第 1 項）。調停は任意で行い、法律に違反してはならず、国家利益、社会利益または他人の利益を侵害してはならない（行政訴訟法第 60 条第 2 項）。

行政訴訟の訴訟手続について、簡易手続が定められる。行政行為が現場で行われる事案、関係金額が 2000 元以下の事案、情報公開の事案について、事実が明瞭、権利義務関係が明確、争いが大きくない場合、簡易手続を適用することができる（行政訴訟法第 82 条第 1 項）。訴訟の簡易手続は、行政制裁の決定の簡易手続、執行の簡易手続と相まって、簡単な行政制裁の事案が迅速に処理する可能性を開ける。

#### 四、小括

改革・開放の初期から、行政制裁の適用が迅速に拡大している。当初、一般法典が存在しなかったため、各個別法が規定した行政制裁は統一しておらず、その適用についても、法治主義に合わないところが存在していた。その後、行政処罰法は制定されており、行政制裁の原則、種類、適用、執行などを定めて、行政制裁と刑事制裁の二元的制裁システムを確立している。

行政処罰法が制定される前後、行政制裁を廃止し、制裁権限を裁判所に一元的に委ねる見解も存在したが、行政事務が急増する背景の下で、行政制裁が違法行為を適切・迅速に制裁できるし、刑事司法の負担を軽減し、刑事制裁を重大な違法行為に集中できるように促進できるなどの理由で、行政制裁が正当化されている。

行政制裁の範囲について、行政制裁の対象とする違法行為は同時に刑事制裁の対象となりうる場合が多く、法律が違法行為の情状の軽重、数額の多少、結果の状況等の要素によって、行政制裁か刑事制裁かのいずれに規定している。自然犯を含む違法行為について、危害性が軽微である場合、行政制裁で対処されており、行政制裁行為と犯罪行為との区別は、社会危害性の程度の差異であると考えられる。行政制裁と刑事制裁の役割分担について、リスク社会、転換時期における刑法の活用、行政権に対する懸念からして行政制裁を縮小する意見も存在しているが、刑法の謙抑性、比例原則に基づき行政制裁の活用を支持する意見が有力である。

手続面について、行政制裁の立件、調査、決定は行政機関が独自に行われる。執行と救済について、通常の行政処分と同じように、行政執行法と行政訴訟法を適用する。このように、行政制裁と刑事制裁とは、はっきり区別されており、二軌道平行主義の制裁手続が規定されている。

<sup>[65]</sup> 「最高人民法院の『中華人民共和國行政訴訟法』の適用に関する解釈」第 12 条第 3 号。

## 第五節 中間的結論（二）：中国における行政制裁の許容性と法的構造

中国では、清末の法制改革において、違警律が制定されて、行政による処罰が規定された。中華民国時代の違警罰法において、行政制裁が確立された。その後、中華人民共和国が成立し、旧法制を廃棄したが、行政制裁を留保した。改革・開放後、行政処罰法、治安管理処罰法が制定されており、行政制裁と刑事制裁との二元的制裁システムが固められた。以下では、本研究の検討の動機となった問題意識に立ち戻り、本章前四節の考察によって解明された点をまとめて、中国における行政制裁の許容理由、およびその基本構造を整理する。

### 一、行政制裁の許容理由

中国では、清末の法制改革において、特別刑法としての違警律が制定されており、警察の処罰権限を認めた。中華民国時代に入り、違警罰法が制定されたが、その刑事法の性格が弱化されており、行政による処罰という身分と権限の衝突を解消するために、警察による処罰が行政制裁に変更した。中華人民共和国が成立した後、旧法制が廃止されたが、行政制裁が留保された。その裏に、「人民」と「敵」との区別に関連し、刑事制裁と行政制裁との法的性格の差異論が存在した。今日、行政制裁が違法行為を予防・抑制する法的措置であると位置づけられて、機能性の考慮に基づき認められている。

#### 1、中華民国 1943 年違警罰法における行政制裁の登場原因

1943 年違警罰法は、「罪」「刑」等の文言を使わず、「罰役」「没入」などの刑法の刑罰と異なる制裁を規定し、違警罰法と刑法とを意識的に区別し、行政制裁を確立した。当時、従来の警察による処罰が行政制裁に変更したことには、以下の二点があると考えられる。

①行政による処罰が身分（行政）と権限（刑事制裁）の衝突をもたらし、三権分立に違反する恐れがある。そのため、行政による処罰の規定を廃止することによって処罰権限を排他的に司法機関に任せるという方法、もしくは、行政の制裁権限を留保しながら、刑罰そのものを刑罰以外の制裁手段に変更するという方法、のいずれかを選択せざるをえないと思われる。

②そして、「違警事件にとって、迅速な解決が有利であり、違警罰法の裁決効能を増進するために、司法の繁雑な手続を避ける必要がある」という機能性の観点から、後者にして、刑罰そのものを刑罰以外の制裁手段に変更し、行政による処罰を行政制裁に改造した。

#### 2、中華人民共和国における行政制裁の許容原因

新中国の成立に伴い、旧法制が廃棄されたが、行政制裁が留保されて、今日でも活用されている。行政制裁の許容について、以下の原因が存在すると思われる。

①行政制裁が行政作用であり、行政機関に行使されるべきであるとされている。建国初期、「人民内部矛盾」と「敵味方矛盾」との区別理論によって、刑罰が基本的に反革命分子、悪分子などの敵に対する処罰手段と位置づけられており、「人民内部矛盾」に属する問題が行政命令、説得、教育のような方法によって対処されるべきと考えられる。そのため、「人民内部矛盾」の処理は行政機関の権限であると考えられる。改革・開放後、「人

民内部矛盾」「敵味方矛盾」のような理論説明がほとんど見えなくなったが、行政制裁権が行政権に属する見解が相変わらず有力である。行政制裁は、単純な処罰ではなく、その目的が違法者と一般国民を教育し、違法行為を予防・抑制することであり、前科効果という法的効果を有せず、その目的・趣旨、法的構造が刑事制裁と異なっており、行政権に属していると考えられる。

②行政制裁を認めることについて、機能性が重要な原因である。建国初期において、「仮に検察機関と裁判機関はその注意力を軽微な違法行為に集中すれば、嚴重な危害性を有する犯罪行為を対処する力が弱まるのであろう」と考えられた。今日においても、法の執行の視点から見ると、行政制裁は、違法行為を適切・迅速に制裁できるという利点を有すると述べられる。「行政管理事務の急増、裁判所の能力の制限、公共利益を維持し、行政効率を追求し、当事者の合法權益を保護する」等の多様な理由のために、行政制裁という行政上の手段の適用が正当化されている。

## 二、行政制裁の制裁範囲

刑罰と異なる制裁とする行政制裁は、中華民国時代に登場した。当初は、行政制裁の対象は違警行為に限定されていた。中華人民共和国時代に入り、行政制裁が留保されて活用されており、その制裁対象も拡大しつつある。行政制裁と刑事制裁との限界づけ、役割分担は、歴史上も今日も重要な問題である。

### 1、行政制裁行為と刑事犯罪の限界づけ

大清違警律の処罰対象には、社会治安に関するさまざまな行為があり、届出義務違反のような純粋な行政義務違反の規定が存在した一方、軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定も存在した。中華民国時代における違警罰法は、大清違警律と同じように、社会治安に関する幅広い違法行為を禁止した。各章の題目からして、違警罰法の制裁範囲は公共秩序から個人法益まで及んでいたということが明らかである。そのうち、不特定の公衆の法益を保護する規定も多く存在し、軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定も存在した。個別の条文について、「故意ではない場合」「軽微な場合」「犯罪に至らない場合」等の文言も存在して、故意・過失、情状、危害等を基準として違警行為と刑事犯罪とを区別することがわかった。

新中国に入り、行政制裁行為と犯罪行為との区別が社会危害性の程度の差異であると思われる。建国初期、ソ連法理論により、犯罪が嚴重な社会危害性を有する非行であると考えられる。社会危害性が少ない軽微な違法行為は、犯罪から排除されて、行政制裁の対象として把握された。当時の「治安管理处罰条例」第2条は、「公共秩序を攪乱し、公共安全を妨害し、公民の人身權利を侵害し、公私財産を損害する行為、その情状が軽微で、刑事制裁に達せずに、本条例によって処罰を受けるべき行為が、治安管理条例違反行為」とし、行政制裁行為と犯罪行為の量的区別を明確に示した。今日、犯罪行為と行政制裁行為の区別の肝要は社会危害性であるということが相変わらず主流である。ただし、社会危害性に対する理解は豊富となり、実定法に基づき、違法行為の「質」や「量」と社会危害性とを繋がって理解するのは有力である。

このように、中国においては、中華民国における違警罰法から、行政制裁をいわゆる行政犯に制限することが存在しなかった。特に、新中国において、社会危害性の程度を基準として行政制裁行為と犯罪行為とを区別する場合、自然犯であっても、行政犯であっても、軽微な非行であれば、行政制裁をもって対処されている。このように、行政制裁が行政上の違法行為しか適用できないというドグマが成立できない。

## 2、行政制裁と刑事制裁の役割分担

改革・開放の時代に入り、行政制裁法制が整備された上で、行政制裁が多くの法分野で活用されているが、近年、実定法上の行政制裁行為の犯罪化に伴い、行政制裁の適用範囲を縮小する見解が登場した。しかしながら、刑法謙抑主義、比例原則を理由として、犯罪範囲の拡大を批判し、行政制裁の活用を支持する見解が有力である。

刑法の謙抑性原則は、「国家は人権を尊重し保護する」という憲法条文から由来する「法治国家の最も基本的操守」であり、刑事立法と刑事司法の両面において、刑罰適用の謙抑を要求するとされている。そのため、刑法は社会統制の最後の手段であり、違法行為は相当嚴重な社会危害性を有するため、民事、行政の手段をもって十分に対応できない場合に、刑法によって制裁すべきであると考えられる。そして、比例原則を根拠として、行政制裁の活用を支持する見解も存在している。比例原則は憲法上の原則であり、刑法の謙抑性の内核を含めて、刑法の謙抑性より強い拘束力を有して、刑事立法と刑事司法の両方を統制すると考えられる。比例原則に基づき、刑事立法に対して、手段としての刑罰の目的に対する適当性、手段としての刑罰の必要性、および立法目的と刑罰の均衡性という三つの方面から考察すべきと主張する意見も存在する。

このように、犯罪行為の拡大に関する賛否両論の議論の中、行政制裁の適用範囲の問題も論じられた。絶えない刑法の改正とともに、この議論も引き続き展開すると思われる。行政制裁の縮小論も有力であり、一部の学者に支持されているが、刑法の謙抑性、比例原則などの理論によって主張される行政制裁活用論はまだ学説の主流であろうと考えられる。立法実務についても、犯罪化が確かに進んでいるものの、行政制裁を縮小する傾向は全く見えない。

## 三、行政制裁の手続と救済

中国において、1996年に制定された行政処罰法は、行政制裁の制裁手続を規定している。行政制裁が行政処分と位置づけられて、その執行と救済は行政処分と同じように行政執行法、行政訴訟法を適用するとされている。

まとめて言えば、中国において、行政制裁の立件、調査、決定が行政官庁に独自に行われており、検察機関、裁判所の関与が排除される。そのため、中国の行政制裁の手続は、二軌道平行主義の下での行政の独立型制裁モデルであると言える。行政制裁の執行と救済について、普通の行政処分と同じように、行政法律を適用し、刑事制裁とはっきり区別されている。従って、中国の行政制裁は、刑事制裁と厳密に区別されており、完全な独立型制裁モデルであるといえよう。

留意すべきなのは、機能性の考慮に基づき、行政制裁の制裁手続、執行方法について、行政処罰法は簡易制裁手続、現場執行を規定しており、大量の軽微な非行に迅速・効率的に対処できるようにしている。

# 第三章 行政制裁の許容性と基本構造一 比較法を踏まえた検討

序章で述べたように、日本では、行政上の義務違法行為を含める違法行為に対する制裁について、刑罰が多用されている。しかしながら、このような刑罰に過度に偏った体制は、違法行為を制裁し義務履行を確保する視点からみて、必ずしも有効的ではないと考えられる。そのため、義務履行の実効性を確保するために、過料、課徴金などの行政制裁を活用しようとする見解が有力である。行政制裁を活用しようとする場合、行政機関に制裁権限を委ねることができるか、行政制裁の制裁構造をどのように設けるか、刑事制裁との関係をどのように捉えるかなどの基本問題を検討しなければならない。

前々章と前章は、ドイツおよび中国の行政制裁の歴史と現状を考察し、両国において行政制裁の登場原因、現行法の下での許容理由、制度構造および変遷を確認した。本章は、本研究の検討の動機となった問題意識に立ち戻り、ドイツ、中国の行政制裁の考察によって解明された点、および両国の行政制裁の相同・相違をまとめて、日本における行政制裁の許容性を立証した上で、行政制裁の整備に対する示唆を考察していきたい。

## 第一節 行政制裁の許容性

行政制裁の許容性は、最も基礎的な問題であり、行政制裁の制度構造、活用可能性を検討する前に、許容性を立証せざるを得ないと思われる。序章で確認したように、日本では、今日においても、行政制裁に対して抵抗感を示す意見が存在しており、行政制裁を認容することが必ずしも当然的なことではないのであろう。

行政制裁の許容性を立証するために、①行政制裁の絶対反対論、つまり、行政制裁が三権分立に反して違憲する見解、②行政制裁の相対反対論、つまり、憲法の本質、趣旨、理論に基づき、行政権に対する懸念や人権保護を理由として、行政制裁を反対する意見、をクリアしなければならないと思われる。以下では、行政制裁に関する一般法が制定されて、行政制裁が活用されているドイツ、中国における行政制裁の登場原因、許容理論をまとめて整理し、日本法と比較しながら、上述の二点の行政制裁反対論を検討する。

## 第一款 ドイツ、中国の行政制裁の許容性について

### 一、ドイツにおける行政制裁の許容性

#### 1、行政による処罰の登場と留保

近世領邦国家において、行政による処罰が登場した。絶対主義の国家構想の下で、ポリツァイ条令が大量に制定されており、ポリツァイ義務に違反する場合の罰も規定されていた。ポリツァイ罰の処罰権限がポリツァイ高権を有した官庁に委ねられた。その背景には、近世領邦国家の絶対主義国家という理念が存在していた。ポリツァイ条令を制定した目的

は、領邦君主の権力を強化し、社会秩序を維持することであった。そのため、ポリツァイ罰を規定し、その管轄を従来の裁判機構と異なって領邦君主が設けた新たなポリツァイ機関に任せて、簡易な科刑手続によって処罰されるように設定した。

19 世紀に入って、啓蒙運動の影響はドイツまで広げた。とくに、人権保護と三権分立の思想によって、行政による処罰は問題視されていた。そのため、ドイツの各ラントでは、科刑権限を司法裁判所に委ねて、行政による処罰を原則として廃止するようになった。しかしながら、行政による処罰は徹底的に廃止されたわけではなく、行政による処罰は例外として留保されていた。その点について、機能性の考慮が存在していたと考えられた。

## 2、ナチスの秩序罰の登場

ナチス時代、従来の刑罰と異なる新たな制裁手段とする秩序罰が登場し、経済刑法領域に多用されていた。ナチスにおける特殊な世界観・民族観、犯罪観・刑罰観の下で、秩序罰を多用することは、機能性を追求した結果であるといえよう。一方では、一般的に言えば、ナチス時代において、犯罪は民族共同体に対する裏切りであり、刑罰は民族の敵を除去し民族を浄化する手段であると捉えられて、罪刑法定主義が事実上廃止されて、特殊裁判所や民族裁判所の創立にともない、訴訟手続も大幅に簡略されていた。他方では、具体的に、経済刑法分野について、戦争を備えるために、自由経済を統制経済へ転換し、国民経済に深く介入しながら、秩序罰を活用して違法行為に制裁していた。秩序罰の多用は、簡略な手続によって迅速的に違法行為を制裁するという考慮からである。

## 3、戦後行政制裁の許容理由

### (1) 49 年経済刑法における行政制裁の許容性

戦後初期、行政刑法理論を理論背景として、49 年経済刑法が制定された。49 年経済刑法において、行政の制裁権限が留保されており、過料が経済分野の秩序違反行為に対する制裁手段として定められた。留意すべきなのは、基本法 92 条は、司法権（die rechtsprechende Gewalt）を裁判所に委ねると規定している。それにしても、49 年経済刑法は、行政機関の過料制裁を認めた。当時、行政制裁が認められた理由について、以下の二点が挙げられる。

①過料制裁権限が司法権ではなく、行政作用であると考えられる。行政刑法理論の父といわれるゴルトシュミットによって、行政罰が行政違反に対する行政国家の自力救済としての強制手段であり、その本質が行政作用である<sup>[1]</sup>。Eb.シュミットはゴルトシュミットの理論を継承し、49 年経済刑法における秩序違反行為が行政違法行為であり、過料が行政罰であると指摘した<sup>[2]</sup>。

②そして、戦後初期、行政制裁を認めることについて、機能性に関する考慮が重要である。行政機関の秩序罰制裁権限がナチス時代で本格的に登場したものであり、それが非行対処の迅速化、効率化から生じたものであるし、戦後初期においても、統制経済の緊迫性、経済刑法において行政の機能性の重要性などの理由で留保された。

### (2) 秩序違反法が制定され後の行政制裁の許容性

1952 年に、秩序違反法が制定されており、行政制裁が経済刑法分野を超えてすべての法分野に拡大した。行政制裁の活用に伴い、その許容性が問題となった。連邦憲法裁判所は過料制裁権が司法権ではないと明言し、その合憲性を認めた。そして、行政制裁の許容

[1] James Goldschmidt, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902, S. 551.

[2] Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 44.



理由を示した 1968 年秩序違反法の立法理由書の見解も、行政刑法理論との見解とは異なるのである。秩序違反法が制定された後、行政制裁を認めた原因には、以下の二点を挙げられる。

①過料制裁作用が司法権ではなく、基本法 92 条に違反しないとされている。連邦憲法裁判所は、「過料手続(Bußgeldverfahren)は刑事手続(Strafverfahren)ではない」と明言し、その合憲性を肯定した<sup>[3]</sup>。連邦憲法裁判所が示した行政制裁の合憲理由は、49 年経済刑法が制定した際の Eb.シュミットの見解とは必ずしも一致ではないと思われる。連邦憲法裁判所は、過料制裁対象と刑罰制裁対象の区別を言及したが、必ずしも行政犯と刑事犯との区別であると言い切らなく、そして、制裁対象の区別以外に、過料の制裁手続・法的効果などを特に強調し、過料の制裁手続、法的効果をより重視する態度を示した。その後の判決において、連邦憲法裁判所は、刑罰の賦課が行為者に対する名誉に関わる無価値判断(Unwerurteil)であり、法秩序に対する反抗への批判であるのに対して、過料が義務督促(Pflichtenmahnung)の性質を有していると述べて、両者の目的・趣旨の差異を指摘した<sup>[4]</sup>。このように、過料制裁はその制裁範囲、制裁手続、法的効果、法的趣旨からして刑事制裁ではないため、裁判所以外の機関に委ねても憲法 92 条に違反しないと指摘した。

②1968 年秩序違反法立法理由書が示したように、行政制裁を認めることについて、機能性が重要な原因である。秩序違反行為の制裁権限を分配するとき、国家任務の意義と訴訟経済の要素を考慮すべきである。行政機関に制裁権限を認めることによって、非行が専門知識を有する地位に迅速かつ形式を要しない手続によって処罰されることができ、関係者を通常の刑事手続の欠点から救出されて、刑事司法の負担を軽減する利点も存在する。従って、行政官庁の制裁権限を認めるのは、「関係者の正当な利益を守るという法治国の一般原則の枠内で、任務の意義と訴訟経済上の考慮によって行われる」からであり、秩序違反行為の本質（行政犯など）から導き出すからではないと考えられる。その後、連邦憲法裁判所は、効率的な刑事訴追と機能的な司法が法治国原理の要請であると指摘した。行政制裁は、違法行為を迅速に制裁し、刑事裁判の負担を軽減する機能性のメリットを有し、効率的な刑事訴追にとって不可欠であり、法治国原理の要請であると解される。

## 二、中国における行政制裁の許容性

### 1、清末の行政による処罰の登場

伝統中国において、行政と司法と区別されず、国家行政機構が裁判機構として、今日からみて単に民事事件たる紛争を含めて、広い範囲の違法行為に対する処罰を科していた。清末、法制の近代化が始まり、新刑法の制定が難航した一方、単独な違警律が制定された。違警律の制定について、当時の租界の警察制度と治安法令の影響があり、日本の立法実務と学者の影響も存在していた。違警律は、違警罪の処罰権限を警察に委ねることについて、反対意見も存在していたが、違警行為を処罰するのが警察機関の権限であり、警察による処罰は便利であるなどの理由によって、支持されていた。

### 2、中華民国時代の違警罰法と行政制裁の登場

中華民国時代においても、違警罰法が制定されており、違警行為の処罰が警察に委ねられていた。特に留意すべきなのは、中華民国時代において、行政による処罰が行政制裁に変更していた。1943 年違警罰法は、「罪」「刑」等の文言を使わず、「罰役」「没入」などの刑法の刑罰と異なる制裁を規定し、違警罰法と刑法とを意識的に区別し、行政制裁

<sup>[3]</sup> BVerfG Entscheidung v. 14. 10. 58, E 8,197.(S.207)

<sup>[4]</sup> BVerfG Entscheidung v. 16. 7. 69, E 27,18.(S.33)

を確立した。従来の行政による処罰が行政制裁に変更したことには、以下の二点があると考えられる。

①行政による処罰が身分（行政）と権限（刑事制裁）の衝突をもたらし、三権分立に違反する恐れがある。そのため、行政による処罰の規定を廃止することによって処罰権限を排他的に司法機関に任せるという方法、もしくは、行政の制裁権限を留保しながら「刑罰」そのものを刑罰以外の制裁手段に変更するという方法、のいずれかを選択せざるをえないと思われる。

②そして、「違警事件にとって、迅速な解決が有利であり、違警罰法の裁決効能を増進するために、司法の複雑な手続を避ける必要がある」という機能性の観点から、後者にして、「刑罰」そのものを刑罰以外の制裁手段に変更し、行政による処罰を行政制裁に改造した。

### 3、中華人民共和国における行政制裁の許容原因

新中国の成立に伴い、旧法制が廃棄されたが、行政制裁が留保されて、今日でも活用されている。行政制裁の許容について、以下の原因が存在すると思われる。

①行政制裁が行政作用であり、行政機関に行使すべきであるとされている。建国初期、「人民内部矛盾」と「敵味方矛盾」との区別理論によって、刑罰が基本的に反革命分子、悪分子などの敵に対する処罰手段と位置づけられており、「人民内部矛盾」に属する問題が行政命令、説得、教育のような方法によって対処されるべきと考えられる。そのため、「人民内部矛盾」の処理は行政機関の権限であると考えられる。改革・開放後、「人民内部矛盾」「敵味方矛盾」のような理論説明がほとんど見えなくなったが、行政制裁権が行政権に属する見解が相変わらず有力である。行政制裁は、その目的が違法者と一般国民を教育し、違法行為を予防・抑制することであり、その制裁の対象範囲、制裁手続と法的効果が刑事制裁と異なって、行政権に属していると考えられる。

②行政制裁を認めることについて、機能性が重要な原因である。建国初期において、「仮に検察機関と裁判機関はその注意力を軽微な違法行為に集中すれば、嚴重な危害性を有する犯罪行為に対処する力が弱まるのであろう」と考えられており、今日においても、法の執行の視点から見ると、行政制裁は、違法行為を適切・迅速に制裁できるという利点を有すると述べられる。「行政管理事務の急増、裁判所の能力の制限、公共利益を維持し、行政効率を追求し、当事者の合法權益を保護する」等の多様な理由のために、行政制裁という行政上の手段の適用が正当化されている。

## 三、小括

以上のように、ドイツにせよ、中国にせよ、行政制裁は、その許容性が立証された上で活用されている。両国において、行政による処罰、行政制裁の登場と原因について、さまざまな差異が存在する一方、行政制裁の許容理由に関する共通点も存在すると思われる。

### 1、行政制裁が司法権に属しない

ドイツにおいても、中国においても、行政制裁が司法権もしくは司法権に属しないと考えられる。すなわち、刑罰が司法権に属する一方、行政制裁が刑事制裁と異なっており、司法権に属しないと思われる。

ドイツにおいて、連邦憲法裁判所によれば、刑事制裁は司法権であるに違いないが、過料の制裁範囲、制裁手続、制裁効果と目的・趣旨が刑事制裁と異なるから、司法権に属し

ない<sup>[5]</sup>。刑罰は、法秩序の反抗に対する非難に伴い、犯罪者の名誉に関わる無価値判断であるのに対して、過料は、当事者の評価の侵害を有せず、強い義務督促である。

中国においても、行政制裁と刑事制裁との目的、趣旨、法的効果、法的性格が異なると考えられる。行政制裁は、単純な処罰ではなく、その目的が制裁そのものではなく、当事者に違法行為の違法性と社会危害性を教育することによって、違法行為の再発を防止することである<sup>[6]</sup>。そして、その制裁範囲が軽微な社会危害性を有する違法行為、その制裁手続が行政機関に行われて、その制裁効果が前科効果を有せず、刑事制裁とは異なっている<sup>[7]</sup>。

## 2、機能性の考慮

ドイツにおいても、中国においても、行政制裁を認めることについて、機能性が重要な原因である。ドイツにおいて、1968年秩序違反法の立法理由書が指摘したように、秩序違反行為の制裁権限を分配するとき、国家任務の意義と訴訟経済の要素を考慮すべきである。機能性の考慮は、1968年秩序違反法のみならず、戦後初期の1949年経済刑法、ナチス時代の秩序罰にも存在したと思われるし、より早く時代の行政による処罰においても見られると考えられる。中国においても、行政の制裁権を認めることについて、機能性の考慮が存在していると思われる。今日のみならず、中華人民共和国建国初期にせよ、中華民国時代にせよ、激しい法制変更が存在したが、行政制裁が登場・留保したことの裏に、機能性の考慮が潜んでいると考えられる。

行政制裁の許容性を支える機能性について、68年秩序違反法の立法理由書が示したように、①大量の軽微な違法行為を効率的に対処すること、および②大量の軽微な違法行為を刑事制裁から離脱することによって刑事負担を軽減し機能的刑事司法を維持することという二つのポイントが存在している。このような機能性の理解は、中国法に対しても適切であると思われる。留意すべきなのは、ドイツにおいて、連邦憲法裁判所は、効率的な刑事訴追と機能的な司法が法治国原理の要請であると指摘したということである。行政制裁は、違法行為を迅速に制裁し、刑事裁判の負担を軽減する機能性のメリットを有し、効率的な刑事訴追にとって不可欠であり、法治国原理の要請であると解される。

## 第二款 日本における行政制裁の許容性

前款において、ドイツ、中国における行政制裁が許容される原因、およびその共通性を確認した。以下では、上記の検討を参照しながら、日本において行政制裁が許容できるかを考察する。特に、①行政制裁の絶対反対論（違憲論）、および②行政制裁の相対反対論（憲法精神違反論）の合理性を検討する。

### 一、行政制裁を科する作用は司法権に属するか

日本において、過料は実質的に刑法上の財産刑と異ならないという見解も存在し<sup>[8]</sup>、比

<sup>[5]</sup> BVerfG Entscheidung v. 14. 10. 58, E 8, 197. (S. 207)

<sup>[6]</sup> 楊解君『秩序・権力と法律制御—行政処罰法研究（増補本）』（四川大学出版社、1999年）215頁；馮軍『行政処罰法新論』（中国檢察出版社、2003年）110頁参照。

<sup>[7]</sup> 何建貴『行政処罰法律問題研究』（中国法制出版社、1996年）17-18頁；皮純協、余凌雲『行政処罰法原理と運作』（科学普及出版社、1996年）27-37頁参照。

<sup>[8]</sup> 小島和夫「過料制度—秩序罰を中心とした検討」立法と調査 92号（1979年）51頁参照。

較法の検討にもとづき、過料を科する作用が司法権であるとする見解も存在する<sup>[9]</sup>。確かに、ドイツにおいて、過料制裁が基本法 92 条の司法権に属し、行政官庁に委ねるのは違憲である見解が存在した。しかしながら、前述のように、ドイツの連邦憲法裁判所はこのような見解を否定し、行政制裁の合憲性と肯定した。実は、日本においても、最高裁は過料を科する作用が行政処分であると指摘した<sup>[10]</sup>。そのため、日本最高裁は、行政制裁の絶対反対論を否定するといえよう。以下では、行政制裁の許容性の視点から、最高裁の判例を再検討し、行政制裁の絶対反対論を反論する。

## 1、最高裁の指摘：過料を科する作用が行政処分

非訟事件手続法による過料の賦課は憲法 31 条、32 条、82 条に違反するかの判例で、最高裁は、過料を科する作用について、このように説明した。つまり、「右のような民事上の秩序罰としての過料を科する作用は、国家のいわゆる後見的民事監督の作用であり、その実質においては、一種の行政処分としての性質を有するものであるから、必ずしも裁判所がこれを科することを憲法上の要件とするものではなく、行政庁がこれを科する（地方自治法一四九条三号、二五五条の二参照）ことにしても、なんら違憲とすべき理由はない。従つて、法律上、裁判所がこれを科することにしている場合でも、過料を科する作用は、もともと純然たる訴訟事件としての性質の認められる刑事制裁を科する作用とは異なるのであるから、憲法八二条、三二条の定めるところにより、公開の法廷における対審及び判決によつて行なわれなければならないものではない」<sup>[11]</sup>。

このように、最高裁は、過料を科する作用が刑事制裁を科する作用と異なり、行政処分であると指摘した。このような見解に基づき、過料を科する権限を行政官庁に委ねても違憲ではないと解される。ただし、最高裁は、その判断の理由をはっきり説明しなかったため、その説得力を損したと思われる。

この点について、調査官解説は、「私見」として、重要な指摘を示した。つまり、「それが行政作用であるとされた理由は、おそらくは、過料を課することがもっぱら『義務の励行』を目的とするという点にあるのではないか。なぜなら、そこには、その義務が登記義務であり、その登記義務は『法人に対する私権関係の形成の安全化を助長しもって私法秩序の安定を期する』ためのものだということが説示されてはいるけれども、秩序罰たる過料一般についていえば、私法秩序の維持だけを目的とするとは限らず、公法秩序維持のためにも科せられるものであるから、右の私法秩序云云という説示部分が過料の本質を説明したものとは考えにくく、むしろ法秩序維持のため法の定める義務を励行させるために過料を科する、それが国家の後見的監督作用なのだ、というところに重点があるように思われるからである」<sup>[12]</sup>。

## 2、検討

当該判例と調査官解説は、過料を科する作用の法的性格を、制裁される違法行為の性質に求めることをしていない。本件について、問題となったのはいわゆる「民事上の秩序罰」である。最高裁は、「民事上の秩序罰としての過料を科する作用は、国家のいわゆる後見的民事監督の作用であり」、「行政処分としての性質を有する」述べて、（行政上の秩序

<sup>[9]</sup> 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為との限界（二）—ドイツの法制度・学説・判例を中心に」刑法雑誌 26 卷 2 号（1984 年）301 頁参照。

<sup>[10]</sup> 最高裁昭和 41 年 12 月 27 日民集 20 卷 10 号 2279 頁。

<sup>[11]</sup> 最高裁昭和 41 年 12 月 27 日民集 20 卷 10 号 2279 頁。

<sup>[12]</sup> 中野次雄『最高裁判所判例解説民事篇昭和 41 年度』581 頁。

罰ではなく) 民事上の秩序罰を科する作用であっても、その性質が行政処分であると指摘した。このように理解すれば、過料制裁は、その制裁対象が行政上の秩序に違反する行為でなくても、法的性格が行政処分であると解される。調査官解説も同じような見解を示した。すなわち、「右の私法秩序云云という説示部分が過料の本質を説明したものとは考えにくく、むしろ法秩序維持のため法の定める義務を励行させるために過料を科する、それが国家の後見的監督作用なのだ、というところに重点があるように思われるからである」。そのため、行政上の秩序罰のみならず、民事上の秩序罰を科す作用も行政処分であると解される。

過料を科する作用が行政処分であると認める原因は何であろうか。この点について、調査官解説は、過料を科する作用が「義務の励行」を目的とするものであり、行政処分であると指摘している。このような見解は、ドイツと中国における行政制裁の法的性格に対する理解とは類似していると思われる。ドイツにおいて、過料制裁は当事者の評価の侵害を有せず義務督促であり、中国においても、行政制裁は、その目的が制裁そのものではなく、当事者に違法行為の違法性と社会危害性を教育することによって、違法行為の再発を防止するものであると位置づけられる。比較法の視点からみて、日本における過料を科する作用の性格づけは、ドイツと中国における行政制裁に対する位置づけと、一致性を有すると考えられる。

過料を科する作用が行政作用であるが、課徴金、加算税その他の行政制裁手段の場合はどうか。この点について、最高裁は、課徴金、加算税が行政上の措置であると指摘している。加算税の前身である追徴税について、最高裁は、「追徴税は、単に過少申告・不申告による納税義務違反の事実があれば、同条所定の己むを得ない事由のない限り、その違反の法人に対し課せられるものであり、これによつて、過少申告・不申告による納税義務違反の発生を防止し、以つて納税の実を挙げんとする趣旨に出でた行政上の措置であると解すべきである」と指摘した(傍点筆者)<sup>[13]</sup>。追徴税は、①賦課要件が違脱犯と異なり、②その目的が納税義務の発生を防止し、納税の実を挙げようとするものであり、③行政機関による行政手続により租税の形式による課すものであるから、刑事制裁ではないと指摘された<sup>[14]</sup>。その後、重加算税についても、最高裁は「重加算税は、同法六五条ないし六七条に規定する各種加算税を課すべき納税義務違反が課税要件事実を隠ぺいし、または仮装する方法によつて行なわれた場合に、行政機関の手続により違反者に課せられるもので、これによつてかかる方法による納税義務違反の発生を防止し、もつて徴税の実を挙げようとする趣旨に出た行政上の措置であり、違反者の不正行為の反社会性ないし反道徳性に着目してこれに対する制裁として科せられる刑罰とは趣旨、性質を異にするものと解すべきであ」と指摘した(傍点筆者)<sup>[15]</sup>。

課徴金について、最高裁によって、「独禁法の定める課徴金の制度は、昭和 52 年法律第 63 号による独禁法改正において、カルテルの摘発に伴う不利益を増大させてその経済的誘因を小さくし、カルテルの予防効果を強化することを目的として、既存の刑事罰の定め(独禁法 8 9 条)やカルテルによる損害を回復するための損害賠償制度(独禁法 2 5 条)に加えて設けられたものであり、カルテル禁止の実効性確保のための行政上の措置として機動的に発動できるようにしたものである」と述べた(傍点筆者)<sup>[16]</sup>。課徴金や加算税な

[13] 最高裁昭和 33 年 4 月 30 日民集 12 卷 6 号 938 頁。

[14] 川出敏裕「追徴税と罰金との併科」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I』(有斐閣、2017 年) 224 頁参照。

[15] 最高裁昭和 45 年 9 月 11 日刑集 24 卷 10 号 1333 頁。

[16] 最高裁平成 17 年 9 月 13 日民集 59 卷 7 号 1950 頁。

どの措置は、それぞれの具体的な制度目的・趣旨が必ずしも一致ではないが、行政上の措置であると認められた。そうであれば、それらを科する作用が行政作用であるといえよう。このように、過料のみならず、課徴金、加算税を科する作用も行政作用であると解される。

### 3、小括

以上の検討からわかるように、最高裁の判例からして、過料、課徴金、加算税などの措置を科する作用は、司法権ではなく、行政作用であると考えられる。けだし、それらの措置は、制裁的意味を有しているが、その趣旨・目的、賦課の主体と手続、刑罰との要件などの点において、刑罰と異なるから、刑事制裁ではなく、ただ行政上の措置であろう<sup>[17]</sup>。このような認識は、ドイツ、中国における行政制裁に対する性格づけとは類似していると思われる。従って、日本においても、行政制裁を科する作用は司法権に属せず、それを行政機関に委ねても、憲法 76 条 1 項の「すべての司法権は、最高裁判所および法律の定めるところによる設置する下級裁判所に属する」という規定に違反しないと解される。行政制裁の絶対反対論、違憲論が賛成できないと思われる。

## 二、行政制裁を科する権限を行政官庁に委ねるべきか

過料、課徴金などの制裁を科する作用が行政作用であると認めても、それを必ずしも行政官庁に委ねなければならないわけではない<sup>[18]</sup>。行政制裁の相対反対論が指摘したように、過料も一種の罰であるから、憲法の本質・趣旨からいって、裁判所によって科することにするのは適当ではないかと思われる。行政制裁の許容性を立証するために、行政制裁の相対反対論の可否を検討しなければならない。以下では、戦後に登場し、今日にも存在している行政制裁反対論の登場原因、特徴を考察し、機能性の観点も含めてその適切性を再検討する。

### 1、戦後の法制改革と行政制裁の相対反対論の登場

行政制裁の反対論は、戦後の法制改革に伴って登場したものである。戦前、行政執行法、警察犯処罰令、違警罪即決令が制定されて、行政機関は広範な即時強制、強制執行、ないし処罰権限を有していた。しかし、戦後、それらの法令が廃止されて、行政制裁の強制権限、処罰権限が大幅制限された。それに伴い、行政の過料制裁権限を廃止する意見も登場した。

#### (1) 行政執行法の廃止

周知のように、戦前、行政執行法は検束、仮領置、強制診断などの即時強制、および代執行、執行罰、直接執行などの強制執行を規定した。それによって、行政機関は、裁判所の力を借りずに、義務違法行為を強制的に執行することができた。しかしながら、一般法的根拠を与えた即時強制や家宅侵入に濫用的利用状況があったようであり、執行罰につい

<sup>[17]</sup> 最高裁は、ある措置が刑罰に実施的に等しいかどうかを判断する際、不利益処分の趣旨・目的、賦課の主体と手続、刑罰との要件の異同を総合的に考慮すると考える意見がある。これに対して、刑罰に等しいかどうかにつき、判例が示した本質的な部分は、当該処分の趣旨・目的にあるという見解も存在する。川出敏裕「追徴税と罰金との併科」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I』（有斐閣、2017 年）224 頁参照。このように、最高裁が示したある措置が刑罰ではない理由について、学問上の理解には差異がある。

<sup>[18]</sup> 実定法制度は、裁判所が非「司法」作用を行ったり、行政機関が「司法」作用を行ったりすることを認めている。憲法は、国会、内閣、裁判所の組織の独立性と、それぞれの機関のコアの権限が奪われないかぎり、一定の社会管理機能をいかに行使するのかについて、国会の広範の裁量に委ねていると考えられる。曾和俊文「行政と司法」磯部力・小早川光郎・芝池義一編『行政法の新構想 I 行政法の基礎理論』（有斐閣、2011 年）329 頁参照。

て、その額が低いゆえに効果に乏しく手続ばかりが煩雑であり、直接執行も、濫用気味であり、新憲法の精神からいって、少し行きすぎで妥当ではないと考えられたため、行政執行法が戦後に廃止された<sup>[19]</sup>。その代わりに、行政代執行法が制定されており、行政強制制度について、行政代執行と行政罰（特に行政刑罰）が二つの主な手段となった。

## （2）行政による処罰の廃止

戦前、日本においても、行政による処罰が存在していた。明治 13 年、フランス刑法にならって制定された刑法典（旧刑法）において、第 4 編「違警罪」が規定されていた。しかしながら、その後、明治 40 年に新刑法が制定されるに当たり、違警罪は、刑法典から除くこととされ、旧刑法の違警罪に相当する規定は、内務省令をもって規定することとされた。その結果として、明治 41 年に、内務省令第 16 号「警察犯処罰令」が制定された<sup>[20]</sup>。警察犯処罰令はわずか 4 条からなり、実体の処罰規定のみを規定しており、「違警罪即決令」と相まって、警察による処罰を確立した。違警罰即決令は、警察署長および分署長またはその代理たる官吏が、正式の裁判によらず、簡略な科罰手続によって違警罰を即決することを規定しており、警察による処罰を認めた。原則として、犯罪は裁判所において刑事訴訟法の規定に従い審理裁判されるべきであると考えたが、「警察犯ハ元来極メテ輕微ノ犯罪ナルヲ以テ便宜上此原則ニ從ハス」（傍点筆者）と述べられた<sup>[21]</sup>。このように、戦前の日本において、便宜性の考慮に基づき、違警罪の処罰を警察に委ねることが存在した<sup>[22]</sup>。

しかしながら、違警罪即決令 3 条によって、即決の言い渡しに対して、違警罪裁判所に正式の裁判を請求することができるが、正式の裁判に至ることは少なく、日常生活に関する各種の違法行為を検挙し、刑罰を科する、両方の権限を警察機関に委ねたから、権限の濫用が生じやすかった<sup>[23]</sup>。警察による処罰は、「犯罪捜査に恣意的に転用されたり社会運動や政治運動を弾圧する特高警察の道具として濫用されたりしたことから」、違警罪即決令と警察犯処罰令が廃止された<sup>[24]</sup>。

## （3）行政機関の過料制裁権の廃止論

戦前、行政機関は、即時強制、強制執行と処罰権以外に、過料の制裁権も有した。都道府県市町村など地方公共団体においても、過料を科する権限を与えられおり、その賦課と徴収の知事の権限に属する<sup>[25]</sup>。

序章で確認したように、戦後初期、GHQ の基本的な考え方は、刑罰を用いて検察、裁判所を関与させることによって公正さを得ようとするものであった<sup>[26]</sup>。当初、GHQ から過料という特殊な制度を全廃する勧告を受けたが、田中二郎がその勧告に対して、行政刑罰と行政上の秩序罰を区別する意味は十分にある、従来の規定の不統一は将来改めていく

[19] 田中二郎「新行政執行制度の外観（一）」警察研究第 19 巻第 8 号（1948 年）4-5 頁；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 年）133 頁参照。

[20] 伊藤榮樹『輕犯罪法』（立花書房、新装第 2 版、2018 年）5-6 頁参照。

[21] 谷田勝之助『警察犯処罰令講義』（巖松堂書店、1922 年）6 頁。

[22] なお、戦前でも、拘留、科料を科することが裁判作用であり、違警罪即決令が違憲であると主張する見解が存在した。村上恭一「違警罪即決令管見」警察研究 3 巻 6 号（1932 年）28 頁参照。

[23] 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）80 頁参照。

[24] 市橋克哉「行政罰—行政刑罰、通告処分、過料」公法研究 58 号（1996 年）233 頁。

[25] 美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣、1936 年）329 頁参照。

[26] 田中二郎『行政法講義 上』（良書普及会、1965 年）282 頁以下；須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）88、92、102-103 頁参照。

必要があることと主張した<sup>[27]</sup>。過料の制裁権限について、田中二郎は、「過料も一種の罰であるから、憲法<sup>1</sup>の精神からいって、法律の定める手続より、裁判所において科することにするのが適当であろう」（傍点が原文所有）と主張した<sup>[28]</sup>。

法律に基づく過料は、戦前から、非訟事件手続法によって、裁判所に科されるとされる。このような裁判所による制裁は司法権強化の基本方法と一致するから、そのまま保存された。最高裁によれば、過料を科する作用がこれを科せられるべき者の意思に反して財産上の不利益を課するものであることにかんがみ、公正中立の立場で、慎重にこれを決せしめるため、裁判所がこれを科することとされる<sup>[29]</sup>。

これに対して、地方自治法における過料は、戦前から行政機関によって科されており、法律に基づく過料と比べて異質的であると思われる。地方自治法は昭和 22 年 4 月に制定されたが、当初、法 223 条（現行法 228 条）の戦前の財政罰と称された過料のみを有して、法 14 条と 15 条に過料の規定を定めおらず、法律の定めるところにより、刑罰を科することができる<sup>[30]</sup>と規定された<sup>[30]</sup>。その後の第一次改正において、条例制定の範囲の拡大に伴い、罰則規定を導入された。日本政府の修正案は、行政事務に関する地方公共団体の条例に違反した者に対して、過料を科することができる<sup>[30]</sup>と規定したが、GHQ から刑罰を科するものとするように命じられて、結果的に、法 14 条に刑罰、法 15 条に過料という罰則に分かれた<sup>[31]</sup>。地方自治法に基づく過料の場合、当初、その適用範囲は規則における過料のみであり、金額も極めてわずかであるため、行政機関の制裁権限が例外<sup>[32]</sup>として許容されたと思われる<sup>[33]</sup>。しかしながら、過料の不統一を改正し、裁判所によって科されると主張する田中二郎からみて、そのような規定は「スッキリした筋と通った制度とは言えない」<sup>[34]</sup>、むしろ改正すべきものであると思われる<sup>[35]</sup>。このように、規則における過料のような例外が存在したが、学問上、過料についてもその制裁権限を裁判所に委ねる見解が有力であった。

このように、行政制裁反対論は戦後の法制改革に伴って登場したものであり、それが必ずしも単独な主張ではなく、むしろ戦後の行政権限改革に一環であると思われる。行政制裁反対論は、行政権限を制限しようとした背景の下で現れたのである。

<sup>[27]</sup> 田中二郎『行政法講義 上』（良書普及会、1965 年）310 頁；須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）83-85 頁参照。

<sup>[28]</sup> 田中二郎「過料小論」国家学会雑誌 62 卷 11 号（1948 年）636 頁。

<sup>[29]</sup> 最高裁昭和 41 年 12 月 27 日民集 20 卷 10 号 2279 頁。

<sup>[30]</sup> 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）100 頁参照。

<sup>[31]</sup> 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）101-102 頁；今枝信雄編『戦後自治史 第 7』（自治省自治大学校、1965 年）57-62 頁参照。

<sup>[32]</sup> 地方自治法における過料は、過料を科する手続面と強制徴収制度から、過料制度一般における例外として位置づけられる。上田豊三「過料の裁判」鈴木忠一・三ヶ月章編『実務民事訴訟講座第 7 卷』（日本評論社、1969 年）143 頁以下参照。

<sup>[33]</sup> 宇賀克也、大橋洋一、高橋滋『対話で学ぶ行政法—行政法と隣接法分野との対話』（有斐閣、2003 年）93 頁は、「条例・規則に基づく過料の場合は、金額も極めてわずか、また、法律に基づくものとは異なり、行政上の義務自体、地方公共団体の立法である条例・規則に基づくのですから、その違反に対する制裁も国の機関である裁判所や検察庁を煩わして科すべきではなく、地方公共団体の責任において、これを科して、必要であれば、自ら強制徴収すれば足りると思われたいのであると思います」と指摘した（宇賀発言）。

<sup>[34]</sup> 田中二郎『行政法講義 上』（良書普及会、1965 年）312 頁。

<sup>[35]</sup> なお、平成 11 年地方分権改革において、条例が過料を規定できるように改正されて、従来の例外とする行政による過料制裁の適用範囲を拡大したのである。過料を科することができるのは、条例事項の拡大することに伴い、義務違反の程度によって設けるべき罰則の幅を広げる必要があるという比例原則からと考えられるが（松本英昭『逐条地方自治法』（学陽書房、第 8 版、2015 年）203-204 頁参照）、過料を裁判所に科するという戦後過料の改革希望との関係について、必ずしも十分に論じなかったと考える。



## 2、戦後法制改革の特徴、原因

戦前日本、行政機関は完全な強制執行権、ないし処罰権限を有しており、当時のドイツ、中国についても、行政機関は刑罰の仮処罰権、秩序罰制裁権を有したため、三カ国の状況は類似すると言える。戦後日本、行政の強制権、処罰権を規定した法律が廃止されており、行政の過料制裁権を廃止する学問上の見解も登場した。一方、ドイツ、中国において、戦後もしくは新政権が成立した後、行政の権限が改造された上で留保された。比較法の観点から、ドイツ、中国の法制改革を行政権改造モデルといえる一方、日本の戦後の法制改革を行政権制限モデルと言えよう<sup>[36]</sup>。

行政権制限モデルは、行政権改造モデルに比べて、行政権を縮小しようとする特徴を有する。ドイツでは、ナチス経済刑法における秩序罰は、犯罪との区別不明や賦課・救済手続の不備で、濫用されていたが、戦後の法制改正において排除されたわけではなく、その賦課要件、手続、救済に関する規定を整備した上で留保された。中国では、中華民国時代において、行政による処罰は三権分立に反する恐れがあるため、処罰そのものを行政制裁に変更した。中華人民共和国に入り、従来の中華民国の実定法が廃止されたが、行政制裁そのものは留保された。これに対して、日本の法制改革は、行政の処罰のみならず、直接執行、執行罰の強制執行権限、過料の制裁権限も廃止しようとする点について、ラジカル的であるといえよう。

それはなぜであろうか。執行罰のように、それが効果に乏しいと考えられて廃止された例も存在したが<sup>[37]</sup>、一般的に言えば、行政権を制限しようとした原因には、行政権に対する懸念と裁判所に対する信頼が存在したのではないかと思われる。戦前の即時強制、違警罪即決などが人権を弾圧し、濫用されたことに対する反省として、基本人権の尊重のために、行政の強制権、制裁権を最小限にとどまる見解が存在した。これに関連し、刑罰を用いることは、検察・裁判所が関与するということであり、それによって公正が担保されて、権限濫用の恐れがないと思われた<sup>[38]</sup>。前述の行政強制法、警察犯処罰令、違警罪即決例が廃止された例からして、行政権に対する懸念と裁判所に対する信頼が見られる。「そこには、占領政策の下、国民の身体・財産に実力を加える行為を事前に裁判所の判断を通すことなく行われることに対するアメリカ法的な疑念が大きく影響していた、といわれている」<sup>[39]</sup>。今日にも存在する「制裁的機能は刑法が専管的に担う」、「裁量的制裁金ドラマ」、およびより一般的な行政制裁の相対反対論も基本的にこの立場に立っていると思われる<sup>[40]</sup>。

しかしながら、留意すべきなのは、戦後の法制改革において、基本人権の尊重と保護がきちんと考慮された一方、違法行為を迅速に制裁できるか、刑事裁判の負担が過重なのかというような機能性の問題が充実に考慮されたとは言えないと思われる。行政執行法、警

[36] 塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、2001年）154頁は、権力の統制というのは、法律上与えられた権力の統制、つまり法律の優位の厳格な履行にあるという面と、行政権の権限行使を抑制するという、つまり権限を与えないという面があり、戦後日本は極端な権力の抑制策を取ったと指摘した。

[37] 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年）133頁。なお、執行罰は本当に効果に乏しいかどうかについて、疑問が存在する。執行罰の運用実績を考察し、本制度の実務的活用が想定され、規定されていたことを解明した研究について、西津政信『間接行政強制制度の研究』（信山社、2006年）40-43頁以下参照。

[38] 田中二郎『行政法講義 上』（良書普及会、1965年）283、295頁；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年）134頁；須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018年）80頁参照。

[39] 藤田宙靖『行政法総論 上』（青林書院、第二版、2020年）294頁参照。

[40] 「制裁的機能は刑法が専管的に担う」、「裁量的制裁金ドラマ」および行政制裁相対反対論の基本主張について、序章の第一節の二参照。

察犯処罰令などの廃止について、行政権の人権侵害の反省、および刑事制裁の公正性が注目されたが、違法行為が効率的・適切に対処できるか、裁判所の負担が過重であるかに関する議論があまりされなかった<sup>[41]</sup>。過料の制裁権限についても、過料が罰である以上に裁判所によって科されると多くの学者に主張されたが、彼らの論述には、過料事件を迅速に対処できるか、裁判所の負担に加重するかなどの考慮があまり見えない。これに対して、ドイツと中国において、基本人権の尊重が一つのポイントであったが、機能性も重要な考慮要素であった。両国においても、行政の強制権、制裁権は濫用されたことがないとはいえないが、戦後にも改造された上で留保された。この点は、日本とドイツ・中国のもっとも重要な差異であり、日本が行政権制限モデルにして、ドイツと中国は行政権改造モデルにしたことの理由でもあると思われる。

### 3、行政制裁の相対反対論の合理性の再検討：機能性も含めて

行政権制限モデルの改革は、行政の制裁、強制権限を大きく制限し、刑罰の多用をもたらした。しかしながら、実務上、行政刑罰は必ずしも活用されていないと思われる。行政機関の告発の意欲がなく、行政刑罰の制裁効果に疑問を持っているなどの行政側の事情、および行政違反が刑罰によってではなくあくまで行政措置で対応すべき、捜査リソースに絶対的な制約があることなどの警察・検察側の事情が存在しているため、全体としてみれば必ずしも活用されていないといわざるをえない<sup>[42]</sup>。このように、戦後の行政権制限モデルの法制改革は、機能不全の結果をもたらした。

#### (1) 比較法からの示唆

比較法の視点からみて、基本人権の尊重に伴い、機能性も重視する立場に立って、行政制裁を合法的に改造して留保した外国法は重要な示唆を示していると思われる。ドイツにおいて、戦後の法制改革で、行政の秩序罰を廃止するとしなくて、行政刑法理論を利用して刑罰と秩序罰との区別を明確し、その制裁手続と救済を整備した上で、留保された。行政制裁は、①違法事件の迅速な対応の考慮から、専門知識を有する行政官庁の制裁は違法行為、とくに大量に起こる軽い違法行為の対応に有効であり、②刑事司法負担を軽減し、司法の機能性を保障できる、などの利点を有するため、認容された。連邦憲法裁判所は、その後の判決で、効率的な刑罰の訴追と機能的な司法は、法治国原理からの要求であると指摘した。学問上、刑事訴追や司法作用のみならず、国家権力の効率的な運行が法治国原理の要請であると指摘された。そのため、違法行為を迅速に制裁し、刑事制裁の負担を軽減するメリットを有する行政制裁も、ただの立法政策の選択ではなく、法治国原理の要請であると解される。

他方、中国において、清末に違警罰法が制定されて、警察の処罰権限と認めた。その裏

<sup>[41]</sup> 行政執行法に対する評価および行政代執行法の制定過程について、北村喜宣ほか『行政代執行の理論と実践』（ぎょうせい、2015年）4-10頁参照。警察犯処罰令、違警罪即決例に関する改革、伊藤榮樹『軽犯罪法』（立花書房、新装第2版、2018年）7-10頁参照。

<sup>[42]</sup> 機能不全およびその原因について、詳しく、塩野宏『行政法Ⅰ』（有斐閣、第六版、2015年）274頁；宇賀克也『行政法概説Ⅰ』（有斐閣、第七版、2020年）254頁、269頁；佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）7頁；佐藤英明『脱税と制裁』（弘文堂、2018年）45頁；畠山武道「サンクションの現代的形態」芦部信喜＝六木佳平編『岩波講座基本法学 8—紛争』（岩波書店、1983年）369頁；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年）140頁；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」成田頼明ほか編『雄川一郎先生献呈論集—行政法の諸問題（上）』（有斐閣、1990年）222頁；市橋克哉「行政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：手続法の観点から」法律時報 85巻 12号（2013年）32頁参照。

に、警察は直接に人民に面し、軽微な犯罪行為があれば直ちに裁判・執行することは極めて便利であるという理由が存在した。中華民国時代に入り、警察による処罰は、行政による処罰が身分（行政）と権限（刑事制裁）の衝突をもたらしたが、制裁の機能性の考慮から、「刑罰」そのものを刑罰以外の制裁手段に変更し、行政による処罰を行政制裁に改造した。その後、政治制度や法制が激しく変化していたにもかかわらず、行政制裁は一貫して存在してきた。行政制裁を認めることについて、機能性が重要な原因である。今日においても、法の執行の視点から見ると、行政制裁は、違法行為を適切・迅速に制裁できるという利点を有すると考えられる<sup>[43]</sup>。

## （2）日本における行政制裁の許容性の検討

日本においても、基本人権の尊重を維持しながら、機能性の観点も含めて、行政制裁の役割、価値などを再検討したほうがよいのではないと思われる。つまり、①大量の軽微な違法行為を効率的に対処する、②および大量の軽微な違法行為を刑事制裁から離脱することによって刑事負担を軽減し機能的刑事司法を維持する、という観点から見てみれば、機能性を過小評価した戦後の行政権制限モデルの従来の見解を修正すべきではないと思われる。一方において、周知のように、行政の代執行と行政刑罰が機能不全であり、行政上の義務不履行がきちんと対応されているとはいえない。他方において、行政刑罰が多用されており、法益侵害に伴わない軽微な違法行為も犯罪として規定されて、刑事司法の負担が不当に増加されている<sup>[44]</sup>。そのため、機能性を重視する立場に立っていれば、田中二郎をはじめとする戦後初期の主流意見、および今日にも存在している行政制裁の反対論は必ずしも賛成できないといえよう。行政制裁は、大量の軽微な非行を専門の知識を有する行政官庁によって簡易的な手続に制裁できる点に、義務履行確保に対して重要であるし、刑事制裁の対象を重大な非行に限定できて、刑事制裁の負担を軽減する点も有意義であり、現存制度の機能不全の状況を改善できる<sup>[45]</sup>。国家・規制対象者・規制受益者の三主体からなる法的三極関係が成立する場合<sup>[46]</sup>、違法行為を効率的に制裁し、第三者の権益を適切に保護する点からして、現代行政モデルの下で、機能性がより重要ではないと思われる。民事法、刑事法の限界を克服するために行政法システムが存在しており、裁判所を利用した実効性確保の欠点を改善するために、行政法システムによって補完する必要があると考えられる<sup>[47]</sup>。従って、違法行為を適切・効率的に対処し、義務の履行を確保し、刑事司法の負担を軽減するために、行政機関の行政制裁権限を認めたほうがよいと思われる。

具体的に、現行法における行政制裁について、非訟事件手続法が確立した裁判所による過料制裁の仕組みを改正し、過料の制裁権限を行政機関に委ねたほうがよいと思われる。地方公共団体の過料について、戦後初期に例外とした行政による過料制裁はその後の法改正で大幅に拡大したが、機能性を根拠として正当化できるとと思われる。そして、課徴金に

[43] なお、戦後日本の法制改革に対して重要な影響を与えたアメリカにおいても、70年代以降、シビルペナルティを授権する制定法が増大し、今日でも活用されている（曾和俊文『行政法執行システムの法理論』（有斐閣、2012年）43頁以下参照）。この点から見ても、日本における行政権消極主義に基づく行政制裁の反対論を再検討すべきではないと思われる。

[44] これに対して、刑事司法が順調に運営しているから、負担過重ではないという反論が存在するかもしれない。確かに、刑事司法は正常に動いているが、それは大量の違法行為は告発・起訴されておらず、入口から阻まれたからであり、義務不履行の放置状況をもっと悪化させる副作用を有している。

[45] 佐伯仁志『制裁論』（有斐閣、2009年）44頁は、「行政制裁金の最大の長所は、検察の人的資源等の制約を受けることなく、専門的知識を持った行政機関が、自ら制裁手続を発動することができる点にある」とする。

[46] 大橋洋一『行政法①現代行政過程論』（有斐閣、第4版、2013年）12頁参照。

[47] 高木光「独占禁止法上の課徴金の根拠付け」NBL774号（2003年）26頁参照。

ついて、裁量型課徴金が制裁に当たると認めても、それが本格的に導入できると解される。他方、現行法上存在せず、将来に導入しようとする各種の行政制裁の正当性も立証できると思われ、基本人権の尊重のみを強調し、行政制裁の導入を反対する意見が賛成できないと考える。

行政制裁の許容に対して、行政制裁を認めるのが、戦前のように行政権限の膨大・濫用を招来し、基本人権の尊重と法治国原理に反しないかとの反論が現れるかもしれないが<sup>[48]</sup>、留意すべきなのは、行政制裁の認容は、決して戦前の行政強制、行政処罰の体制を回復するのではないということである。塩野宏教授が指摘したように、権力の統制というのは、法律上与えられた権力の統制、つまり法律の優位の厳格な履行にあるという面と、行政権の権限行使を抑制するという、つまり権限を与えないという面がある。機能性を重視する立場に立って行政制裁を再評価するのは、基本人権の尊重や法治国原理を放棄するわけではなく、むしろ、「権限を与えない」というやり方を「（権限を認めた上で）権限を統制する」というやり方に転換することである。従って、認めるべき権力はこれを明確に認めたとえ、その統制の手法を確立することが重要である<sup>[49]</sup>。その中、特に以下の二点が留意すべきであると思われる。第一に、行政による処罰は絶対に許容できないと思われる。前述のように、最高裁によれば、過料を科する作用が行政処分、課徴金、加算税などは行政上の措置であるが、刑罰を科する作用は司法権そのものであるに違いない。そのため、行政による処罰は、行政機関に司法権を委任することとなり、機能性の利点を有しても、認められないと解される。この点について、ドイツ、中国も同じ立場に立っていると思われる。第二に、行政制裁に対する裁判所への救済の確保が不可欠である。ドイツにおいて、行政制裁の許容性を肯定すると共に、法治国原理も考慮し、法的救済は不可欠であるとされている。連邦憲法裁判所によって、「法治国の必要条件は、すべての過料決定に対する通常裁判所への救済が可能であること、裁判所が事実確定と法的評価について相当な自由を有すること、過料の金額が不利益変更の排除の下で裁判所の裁量によって決定できること、等の点において顧慮される」とされている<sup>[50]</sup>。従って、機能性を重視して行政制裁を認容するとしても、ナチスのように「機能性」に基づき法的救済の省略は認められないと解される。このようなドイツの視点からみて、即時抗告と特別抗告しか認めない法律における過料の異議の申立ての規定が問題視されるべきではないかと思われる<sup>[51]</sup>。

### (3) 憲法上の位置づけの試み

ドイツにおいて、効率的な刑事訴追や機能的な司法、および国家権力の効率的な運行が法治国原理の要請であると指摘された。これに対して、日本では、機能性が憲法の要請であると解されるか。日本国憲法 37 条は、「すべて刑事事件においては、被告人は、公平な裁判所の迅速な公開裁判を受ける権利を有する」と規定した。効率的な刑罰の訴追と機能的司法は、違法行為を適切に制裁するという処罰の実効性という見地、および被告者の迅速な裁判を受ける権利という見地から要請されると考えられるが、憲法 37 条は、特に後者の立場に立って、「迅速な裁判」を被告者の権利として保障されている<sup>[52]</sup>。つまり、憲法 37 条は、被疑者の権利を保護するために迅速な裁判を要求しており、違法行為を効

[48] 市橋克哉「行政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：手続法の観点から」法律時報 85 巻 12 号（2013 年）36 頁参照。

[49] 塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、2001 年）154 頁参照。

[50] BVerfG Entscheidung v. 14. 10. 58, E 8,197.(S.207)

[51] 制裁の手続・救済は第三節で検討するが、非訟事件手続法の申立の規定が憲法 32 条、82 条に違反する恐れがある意見が有力である。宇賀克也『行政法概説 I』（有斐閣、第七版、2020 年）279 頁参照。

[52] 田中開「迅速な裁判」井上正仁ほか編『刑事訴訟判例百選』（有斐閣、第 9 版、2011 年）130 頁参照。

率的に制裁するために迅速な裁判を要求するわけではない。そのため、違法行為を迅速的に制裁し、刑事裁判の負担を軽減するという意味での機能性は憲法 37 条の要請であると解されないと思われる。

ただし、これは機能性が憲法上の根拠を有しないというわけではない。日本において、機能性の憲法上の根拠は法治国原理であると理解する可能性が存在する。つまり、ドイツの判例と学説が指摘したように、実質的な法治国は、ただの法律国家ではなく、正義の維持と実現も追求しており、そのために、憲法秩序を実現するための国家権力の効率的な運行が不可欠である。この立場からみて、違法行為を迅速的に制裁し、刑事裁判の負担を軽減するというメリットを有する行政制裁は、法治国原理の要請であると理解できるのであろう。留意すべきなのは、塩野宏教授は「法の執行場面での法治主義」という理念を提出したということである。つまり、法治主義は権力の統制、あるいは権力の規律化のみに関心するわけではなく、法の執行も関心する<sup>[53]</sup>。この点を敷衍すれば、法治主義は基本人権の尊重や公権力の規制だけではなく、法の執行のための公権力の効率的な運行も要求すると解されるのであろう。

なお、行政制裁と同様に改革された一環である行政強制執行について、憲法上の基本権保護義務論と比例原則（過少措置の禁止）から、行政強制執行の消極主義を批判する見解が存在している。つまり、「法的三極関係において、国家が行政規制により規制対象者の人権を制約するについては、過剰侵害の禁止原則により規制の上限が画され、同時に、規制受益者の人権を保護するためのあり方については、過少保護によって規制の下限が画される」。行政強制法制に存する重大な欠陥が放置され続けている立法状態は、過少保護の禁止に抵触すると指摘された<sup>[54]</sup>。このような示唆は極めて意義深いものであると思われる。ドイツにおいて、基本権保護義務論は立法、行政、司法の各権に、憲法上配分されたそれぞれの固有の機能に応じて、基本権保護を要請する。立法者に対して、保護義務は、一定の条件を満たした法律を制定し、維持し、さらに保護義務に適合するようにこれを修正すべきと要求する。その具体化にあたり、立法者に広範な形成裁量の余地が与えられるが、それは無制約ではなく、立法者は、過少保護禁止に拘束されて、実効的かつ十分な規定の制定が要求された<sup>[55]</sup>。このように理解すれば、機能的制裁体制を整備し、制裁権限を効率的に行使するのが基本権保護義務の要請であると考えられるのであろう。そのため、機能性の憲法上の根拠を基本権義務保護論や比例原則（過少措置の禁止）に遡ることが不可能ではないと思われる。しかし、西津教授も指摘したように、基本権保護義務論を日本法への導入について議論が存在するので、日本において、それを行政強制執行や行政制裁の消極主義を批判する憲法上の根拠とすることができるかどうかについて、もっと深い検討が必要であると考えられる。

### 三、小括

このように、日本国憲法の下で、行政制裁の許容性が肯定できると考えられる。第一に、過料、課徴金、加算税などの制裁措置を科する作用は司法権に属しないと解される。最高裁によって、過料を科する作用は行政処分であり、課徴金、加算税も行政上の措置であり、これらを科する作用が司法権ではなく、裁判所に委ねなくても違憲ではない。この点について、ドイツ、中国、日本における認識が一致していると思われる。第二に、基本人権の

<sup>[53]</sup> 塩野宏『法治主義の諸相』（有斐閣、2001 年）157-158 頁は、「制定法の権力抑止の立場はある意味では法治主義的立法政策と評価できるのですけれども、逆に法の執行場面での法治主義からの乖離状況が生じている」と指摘し、「法の執行場面での法治主義」という理念を提出した。

<sup>[54]</sup> 西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2012 年）16-19 頁参照。

<sup>[55]</sup> 小山剛『基本権保護的法理』（成文堂、1998 年）51-56 頁参照。

尊重や行政に対する警戒に基づく行政制裁の相対反対論は、戦後の行政権限改革の一環であり、重要な見解を示したが、機能性に対する考慮が不足であると思われる。義務履行確保措置の機能不全と不履行の放置を改善するために、基本人権の尊重と共に、機能性を含めて行政制裁の価値を再検討しなければならない。大量の軽微な違法行為を効率的に対処し、大量の軽微な違法行為を刑事制裁から離脱することによって刑事負担を軽減し機能的刑事司法を維持するために、行政制裁が不可欠であると考えられる。

## 第二節 実体面の構造：行政制裁の範囲

刑罰中心の制裁体制を改善し、行政制裁を活用しようとする場合、行政制裁の実体面の構造という問題を検討しなければならない。行政制裁の実体面の構造は、行政制裁の適用範囲に関する問題であり、つまり、行政制裁の制裁範囲がどこまで及べるか、行政制裁と刑事制裁との区別が何か、両者の役割分担をどのように調整するか、に関するものである。日本において、義務違反に対する制裁として、刑罰が主な手段であり、刑罰を中心とする制裁体制が形成されている。刑罰以外に、過料という制裁手段も存在するが、戦前から行政上の秩序罰と行政刑罰との区別不明の問題が存在した。戦後では、その他の行政制裁手段との導入に伴い、過料と刑罰の関係のみならず、課徴金、加算税の制裁対象と刑事犯罪との関係も問題となった。

序章で確認したように、刑罰中心の制裁体制に対して、先行研究は、行政刑法論を理論根拠として、行政上の違法行為を非犯罪化し、行政制裁をもって対処すると主張している<sup>14)</sup>。軽微な自然犯を非犯罪化し、行政制裁で対処する見解は皆無ではないが、自然犯が刑事法で対応すべき、行政制裁の制裁対象が行政犯にとどまるべきという見解が有力である。行政制裁の制裁範囲を自然犯まで及べるか、刑事犯罪と関係をどのように把握すべきかを検討しなければならない。以下では、ドイツと中国の行政制裁の制裁範囲、行政制裁と刑事制裁との区別基準、役割分担等の実体面の構造問題を考察し、その共通性を確認した上で、日本における行政制裁の可能な様態を探求しておきたい。

### 第一款 ドイツ、中国における行政制裁の実体構造

#### 一、ドイツにおける行政制裁の範囲

##### 1、行政制裁の対象と刑事制裁の対象との限界づけ

ドイツにおいて、行政による処罰は、近世領邦国家における絶対王権の形成に伴い登場したものであり、その処罰範囲がとても広く、臣民の公的生活と私的生活のあらゆる分野を含んでいた。その後、19世紀に入り、行政による処罰が縮小されており、例外として、違警罪、ポリツァイ違反行為に制定されていた。ドイツが統一して、ライヒが成立した後の時期においても、行政による処罰が例外として、違警罪などの狭い分野で適用されていた。留意すべきなのは、歴史上の行政による処罰について、その処罰範囲が必ずしも行政上の違法行為に限定されたわけではない。近世領邦国家における行政による処罰はもちろん、19世紀以降の例外とされた行政による処罰についても、軽微な自然犯まで含んでいたと考えられる。各領邦の刑法典、ポリツァイ刑法典における違警罪において、今日の観点からみて自然犯と考える違法行為も含まれた。

ナチス時代に入り、秩序罰が登場し、多用された。ナチス時代における秩序罰は、その制裁行為と犯罪行為との区別が不明であるし、制裁手続と救済方法が制限されたため、行政機関に濫用されていた。具体的に言えば、法律が規定する秩序罰の適用条件について、「公共利益」や「軽微性」などの不確定概念を基準とする場合もあり、適用基準をまったく規定しない場合も存在した。適用基準を規定した場合でも、「公共利益」「軽微性」に

<sup>14)</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）182頁以下参照。

関する判断は、行政官庁に恣意に裁量されていたため、明確な基準があるとは言えないと思われる。

戦後、経済刑法における改革について、秩序罰の改正が重要な課題であった。戦後 49 年経済刑法は、非行を「経済犯罪行為」、「秩序違反行為」および「違法行為」という三種類を分けて列挙した。そのうち、「違法行為」とは、犯罪または秩序違反行為のいずれかになりうる違法行為であり、「真正混合構成要件 (echte Mischtatbestände)」と呼ばれた。「違法行為」が犯罪か秩序違反行為かに関する判断について、49 年経済刑法の第 6 条は判断基準を示した。このような実体法上の規定について、行政刑法論の継承者であり、49 年経済刑法の制定に重大な影響を与えた Eb.シュミットは、両者の区別は法益侵害と行政益侵害との質的区別であると指摘した。彼によって、49 年経済刑法における経済犯罪は、国家の給付能力と経済秩序に侵害する法益侵害行為であり、秩序違反行為は、行政主体の命令に違反する行為である。秩序違反行為は行政犯であり、過料は行政罰である。秩序違反行為と犯罪行為との区別は法益侵害と行政不服従との質的区別でありと考えられる<sup>[2]</sup>。

1952 年秩序違反法が制定されており、行政制裁が全法域に拡大した。1952 年秩序違反法は、必ずしも行政犯を非犯罪化するために制定されたものではなく、当法の立法理由書が示したように、従来の行政による処罰が廃止されており、そして経済刑法とその他の法分野との処罰のアンバランスが生じたため、秩序違反法が制定された<sup>[3]</sup>。52 年以降に秩序違反行為として規定されたのは、行政犯のみならず、法益を侵害・危険する軽微な違法行為等も行政制裁の範囲に入り、非犯罪化された。この時期に、秩序違反行為として導入されたのは、主として、従来違警罪に分類されたもの、もしくは従前であれば違警罪に分類されるべきものであるが、軽罪の構成要件が秩序違反行為に転化した例も少なくない<sup>[4]</sup>。これに対して、Eb.シュミットの質的区別説が批判されており、秩序違反行為と犯罪行為との質的区別を否定し、量的区別にすぎないという見解も登場し、多くの学者に支持されるようになった。

1968 年新秩序違反法が制定されて、49 年経済刑法が規定し、52 年経済刑法が継承した「真正混合構成要件」が消えた。これに対し、「非真正混合構成要件」が多く使用されるようになった。非真正混合構成要件の場合、犯罪行為と秩序違反行為の基礎要件が同じであり、違法行為が犯罪または秩序違反行為のどちらに属することは、法律が規定する補足の加重要件によって判断されなければならない。そして、1968 年新秩序違反法が制定された後、秩序違反行為の拡大がより速く進むようになった。1968 年に交通違警罪が秩序違反行為に転換し、1974 年刑法改正で違警罪が秩序違反行為に転換したように、軽微な自然犯でも非犯罪化されて、秩序違反行為に格下げた。これに対して、実定法上の変化に伴い、量的区別説を主張する学者がより多くなった。そして、連邦憲法裁判所判決から発展した質量的混合区別説が有力であり、今日の通説となった。量的区別説にせよ質量的区別説にせよ、法益を侵害する（軽微な）自然犯であっても、行政制裁をもって対処できることには異議がないと考えられる。

## 2、行政制裁と刑事制裁の役割分担：行政制裁の活用論

実定法上の秩序違反行為の拡大に伴い、行政制裁の活用論も有力である。その理由について、機能性という点も存在すると思われるが、刑法の謙抑性、より一般的に言えば比例

<sup>[2]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 14.

<sup>[3]</sup> BT-Drs., I /2100. S. 14f.

<sup>[4]</sup> 長野實『西ドイツ秩序違反法』（国立国会図書館、1980 年）59 頁参照。



原則が考えられる。

刑法の謙抑性の視点からみて、刑法は法益保護の唯一の方法ではなく、ただ最後の保護措置であり、そのために、その他の問題解決の手段が失敗する場合のみ、刑法が適用できる。換言すれば、刑法は、国家が国民に対する最も強い干渉であるので、より緩和な手段が十分な結果をもたらせない場合のみ、適用できる。刑法の謙抑性や最後性は憲法の法治国原則から導き出す比例原則から生じたものであると述べられる<sup>[5]</sup>。比例原則によって確保される刑法の「最後手段原則（ultima ratio-Prinzip）」に対応して、立法者は、軽微な違法行為に対して、場合によっては、秩序違反行為という形態を選ばなければならない<sup>[6]</sup>。そのため、行政制裁は、軽微な自然犯までの違法行為に対して、適用できるのみならず、適用すべきであるといっても過言ではないといえよう。

## 二、中国における行政制裁の範囲

### 1、行政制裁の対象と刑事制裁の対象との限界づけ

中国において、清末の法制革新で、行政による処罰が登場した。当時、日本の影響を受けて、刑法以外に、独立な違警律が制定された。大清違警律の処罰対象には、社会治安に関するさまざまな行為があり、届出義務違反のような純粋な行政義務違反の規定も存在した一方、軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定も存在した。

中華民国時代に入り、行政による処罰は行政制裁へ転換しつつあった。当時の違警罰法は、大清違警律と同じように、社会治安に関する幅広い違法行為を禁止した。各章の題目からして、違警罰法の制裁範囲は公共秩序から個人法益まで及んでいたということが明らかである。そのうち、不特定の公衆の法益を保護する規定も多く存在し、軽微な暴行、窃盗等の個人法益を保護する規定も存在した。自然犯と考える非行も違警罰の対象となり、行政機関によって対処された。留意すべきなのは、違警罰法の個別の条文について、「故意ではない場合」「軽微な場合」「犯罪に至らない場合」等の文言も存在して、故意・過失、情状、危害等を基準として違警行為と刑事犯罪とを区別することがわかった。

中華人民共和国に入り、行政制裁行為と犯罪行為との区別が社会危害性の程度の差異であると思われる。建国初期、ソ連法理論により、犯罪が嚴重な社会危害性を有する非行であると考えられる。社会危害性が少ない軽微な違法行為は、犯罪から排除されて、行政制裁の対象として把握された。当時の「治安管理处罰条例」第2条は、「公共秩序を攪乱し、公共安全を妨害し、公民の人身権利を侵害し、公私財産を損害する行為、その情状が軽微で、刑事制裁に達せずに、本条例によって処罰を受けるべき行為が、治安管理違法行為」とし、行政制裁行為と犯罪行為の量的区別を明確に示した。

今日、犯罪行為と行政制裁行為の区別の肝要は社会危害性の程度の差異であるということが相変わらず主流である。現行刑法13条も、犯罪の概念に関する規定であり、「情状が顯著に軽微で、社会危害が大きい行為が、犯罪では」と指摘している。具体的に、法律は、違法行為の情状の軽重、数額の多少、結果の状況により、行政制裁もしくは刑罰を規定している場合が多いし、違法行為の類型から直ちにその正確を決定する場合も存在している。このように、実定法に基づき、違法行為の「質」や「量」と社会危害性とを繋がって理解するのは有力である。

### 2、行政制裁と刑事制裁の役割分担：行政制裁の活用論

<sup>[5]</sup> Roxin, Strafrecht AT, 3. Aufl, 1997, §2 Rn. 38ff. クラウス・ロクシン、山中敬一監訳『刑法総論第一巻 基礎・犯罪論の構造』（信山社、第4版、2019年）55－58頁参照。

<sup>[6]</sup> Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 12. Aufl, 2016, §3, Rn. 10.

改革・開放の時代に入り、行政制裁法制が整備された上で、行政制裁が多くの法分野で活用されているが、近年、実定法上の行政制裁行為の犯罪化に伴い、行政制裁の適用範囲を縮小しようとする見解が登場した。これに対して、刑法の謙抑性、比例原則を重視する立場からの行政制裁の活用を賛成する意見が強く批判している。

刑法の謙抑性原則は、「国家は人権を尊重し保護する」という憲法条文から由来し「法治国家の最も基本的操守」であり、刑事立法と刑事司法の両面において、刑罰適用の謙抑を要求するとされている。そのため、刑法は社会統制の最後の手段であり、違法行為は相当嚴重な社会危害性を有するため、民事、行政の手段をもって十分に対応できない場合のみに、刑法によって制裁すべきであると考えられる。

比例原則は、目的と手段に関する一般原則であり、刑事立法と刑事司法と両方を拘束するとされている。比例原則に基づき、刑事立法に対して、手段としての刑罰の目的に対する適当性、手段としての刑罰の必要性、および立法目的と刑罰の均衡性を考察すべきとする見解が有力である。そして、刑法の謙抑性と比例原則の両方から、刑事手段の控えと行政制裁の活用と主張する見解も存在する。

犯罪行為の拡大に関する賛否両論の議論の中、行政制裁の適用範囲の問題も論じられた。絶えない刑法の改正とともに、この議論も引き続き展開すると思われる。行政制裁の縮小論も有力であり、一部の学者に支持されているが、刑法の謙抑性などの理論によって主張される行政制裁活用論はまだ学説の主流であろうと考えられる。立法実務についても、犯罪化が確かに進んでいるものの、行政制裁を縮小する傾向は全く見えない。

### 三、小括

ドイツ、中国において、行政制裁と刑事制裁の二元的制裁システムが形成されており、行政制裁の対象と刑事制裁の対象との区別、行政制裁と刑事制裁との役割分担などの問題が重要な課題である。言うまでもなく、両国の行政制裁の対象について、さまざまな異なりが存在している。ドイツの連邦憲法裁判所が指摘したように、秩序違反行為と犯罪行為との限界について、それぞれの具体的歴史的な状態を考慮して、この境界線を個別的に引くことは立法者の任務である<sup>7)</sup>。どのような違法行為が行政制裁で対処し、どのような違法行為が刑事制裁で対処するかについて、両国の実定法の規定に差異がある当然的であるが、以上の分析からわかるように、行政制裁の対象範囲における共通点も存在している。

#### 1、行政制裁の範囲は軽微な自然犯まで含んでいる

ドイツ、中国において、行政制裁の対象範囲について、行政犯が含まれていることがもちろん、軽微な自然犯も含んでいる。ドイツにおいて、49年経済刑法の秩序違反行為は行政犯であり、犯罪行為は刑事犯であり、両者は質的に区別されると認識された。ただし、1952年秩序違反法が制定された後、行政犯のみならず、軽微な自然犯も秩序違反行為に変更した。1968年秩序違反法が制定された後、交通違警罪、刑法の違警罪も秩序違反行為に変更し、行政制裁の拡大がより速く進んでいる。このように、秩序違反行為と犯罪行為との区別は、必ずしも行政犯と刑事犯との区別ではなく、自然犯であっても、行政制裁で対応されうる。中国において、中華民国時代の違警罰法は、軽微な窃盗や人身傷害などの非行を違警行為として取り扱った。中華人民共和国時代に入り、非行を社会危害性を基準として分けて対処するから、行政犯でも自然犯でも、その危害性が軽微であれば、行政制裁の対象になりうる。ドイツ、中国において、過料などの制裁手段の登場、行政機関の制裁権限の許容は、必ずしも行政刑法論の実定法上の実現ではないため、その制裁範囲を

<sup>7)</sup> BVerfG Entscheidung v. 16. 7. 69, E 27,18.(S.29-30)

いわゆる行政犯に限定する理由が存在せず、自然犯は刑事法で対応するドグマが存在しないと思われる。

## 2、行政制裁の活用論：刑法の謙抑性と比例原則

ドイツ、中国において、従来では例外として認めた行政制裁が確実に拡大しており、行政制裁が活用されており、行政制裁と刑事制裁との二元的制裁システムが確立された。学問上にも、行政制裁の活用論が多くの学者に支持されており、行政制裁の活用論がかなり有力である。その原因について、機能性の理由も存在しているが、特に注目すべきなのは、刑法の謙抑性と比例原則である。

ドイツにおいて、刑法の謙抑性は憲法の法治国原則から導き出す比例原則から生じたものであると考えられる。刑法は法益保護の唯一の方法ではなく、最後の保護措置であると考えられる。その他の問題解決の手段が失敗する場合のみ、刑法が適用できる。刑法は、国家が国民に対する最も強い干渉であるので、より緩和な手段が十分な結果をもたらせない場合のみ、適用できる。中国において、近年の立法上の犯罪化に対して、刑法の謙抑主義、比例原則を理由として批判する意見が存在している。刑法はすべての違法行為をその処罰対象とすべきではなく、やむを得ない場合のみ、違法行為を刑法の対象とするという原則であると考えられる。そのため、違法行為は相当嚴重な社会危害性を有し、民事、行政の手段をもって十分に対応できない場合のみに、刑法によって制裁すべきであると考えられる<sup>18)</sup>。

## 3、行政制裁行為と刑事犯罪とを区別する方法：非真正混合構成要件

留意すべきなのは、ドイツ、中国において、行政制裁行為と犯罪行為とを区別する場合、非真正混合構成要件が立法技術上の技として活用されている<sup>19)</sup>。犯罪行為と行政制裁行為の基礎要件が同じであり、違法行為が犯罪または秩序違反行為のどちらに属することは、法律が規定する補足の加重要件によって判断されなければならない。加重要件には、「故意」「特に重大な事件」、「執拗的に」、「業として犯行を犯して」、「数额が大きい」というようなものが存在する。このように、非真正混合構成要件を利用して、行政制裁と刑事制裁との範囲を明確に区別し、悪質性が高い非行を刑事制裁で対応し、大量の軽微な非行を行政制裁で対処し、機能性の点から見ても適切であるし、刑法の謙抑性から見ても合理的であると思われる。

# 第二款 日本の行政制裁の対象範囲に対する示唆

日本では、義務違反に対する制裁として、刑罰が主な手段として規定されている。過料は戦前においても存在したが、経済刑法に秩序罰を大幅に規定したドイツと比べて、日本における過料の適用範囲は極めて狭かったと言えよう。戦後、行政執行法の廃止に伴い、不作為義務と非代替的作為義務に対して、行政刑罰が多く規定された。義務違反に対する制裁の手段として、過料も存在したが、序章で確認したように、GHQ から過料という特別な制度を全廃すべきという勧告を受けた。処罰に対して GHQ の考え方は、刑罰を用い

<sup>18)</sup> 中国において、刑法の謙抑性は、「国家は人権を尊重し保護する」という規定が憲法に規定された時点では、刑法の謙抑性は憲法上の原則として認めうるという見解が有力である。

<sup>19)</sup> 中国において、「非真正混合構成要件」という用語が使用されていない。

て検察、裁判所を関与せざることによって公正さを得ようとするのであった<sup>[10]</sup>。過料を全廃するという勧告を引き受けなかったが、厳格な司法的統制に服するがゆえに濫用の恐れが少ないと考えられる行政刑罰が多用された傾向があることが否定できない<sup>[11]</sup>。

これに関連して、行政上の秩序罰と行政刑罰との区別の不統一のような問題は戦前から存在してきた。課徴金などの新たな制裁手段の導入に伴い、行政制裁と刑事制裁との限界づけ、役割分担の問題がより重要となった。以下は、ドイツ法と中国法に基づき、日本における行政制裁の制裁対象、行政制裁と刑事制裁との限界づけ、役割分担の問題を考察する。

## 一、行政制裁の制裁範囲：自然犯を含めるか

序章で確認したように、過料、課徴金などの行政制裁手段を活用する意見が有力であるが、行政上の違法行為に対する活用論にとどまり、自然犯までに活用するべきかどうかあまり論じられなかった<sup>[12]</sup>。学問上、行政犯のみならず、軽微な自然犯も非犯罪化し、行政制裁をもって対処する見解も存在しているが、自然犯が刑事法で対応すべき、行政制裁の制裁対象が行政犯にとどまるべきというように反対された。戦後初期、佐藤功教授は、過料と刑罰との区別を行政犯と刑事犯との区別に求めており、「過料はこのようなものであり、従って、理論的には、過料は、以上述べてきたような行政犯に対してのみ科せらるべきものであり、また、刑法上の刑罰は以上述べてきたような刑事犯に対してのみ科せらるべく、これを行政犯に対して科すべきものではない」と指摘した<sup>[13]</sup>。実定法上、交通反則金の導入について、過料方式という案も存在したが、道路交通違反は人身に危険を及ぼすおそれのある行為であるから、刑罰を科さないとする立場を取ることは適当ではないと述べられた<sup>[14]</sup>。そして、今日においても、軽犯罪法について、「本法の規定する各種犯罪類型が国民の日常生活における卑近な道德律に違背する行為であり、むしろ自然犯と見るべきものであることにかんがみれば、そのような言い渡しおよび徴収手続の行政手続への移行は、全く妥当でないといわなければならない」と考えられる<sup>[15]</sup>。このような見解は、自然犯を刑罰をもって対処し、過料などの制裁対象を行政犯に止まるというものである。このような見解は、その根拠がどこにあるのか、適切であるか。

### 1、理論的根拠：美濃部達吉の行政刑法論

自然犯的性格を有する非行が行政制裁によるべきではないという見解を主張する論者たちは、「自然犯」「行政犯」などの文言を使用するから、その理論上の根拠が行政刑法理論にあると思われる<sup>[16]</sup>。戦前、行政刑法理論を論じた代表的学者として挙げられるのは、佐々木惣一と美濃部達吉であると思われる。両氏の行政刑法論の構成には、ある程度の差異が存在しており、過料の制裁対象を行政犯に限定する見解は、美濃部達吉の主張に基づ

[10] 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018年）92頁参照。

[11] 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年）134頁参照。

[12] 問題意識の差異かもしれないが、田中良弘教授は、ドイツにおける軽微な自然犯が秩序違反行為に格下げのことを気づいたが、基本的に行政犯の非犯罪化を主張するにとどまる。田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017年）182頁以下参照。

[13] 佐藤功『憲法解釈の諸問題（第一巻）』（有斐閣、1953年）128頁。

[14] 警察庁「反則金通告制度について」ジュリスト369号（1967年）92頁参照。

[15] 伊藤榮樹『軽犯罪法』（立花書房、三訂版、1982年）57頁。これを賛成する見解、今村暢好「軽微な犯罪と行政秩序違反」愛媛法学会雑誌39巻3＝4号（2013年）221頁参照。

[16] 例えば、佐藤功『憲法解釈の諸問題（第一巻）』（有斐閣、1953年）128頁は、刑罰と過料との限界づけを論じる際、佐々木惣一、美濃部達吉、およびゴールドシュミットなどのドイツの行政刑法学者の理論を言及した。

いているものではないかと思われる。

ゴルトシュミットの行政刑法論を日本に最初に紹介したのは佐々木惣一である<sup>[17]</sup>。ただし、ゴルトシュミットの理論を学界に紹介しつつも、佐々木惣一の行政法体系書に「行政罰」が位置づけられるのは遅かったものであり、大正 10 年（1923）に公刊された『日本行政法論 総論』の大正 13 年改版である<sup>[18]</sup>。佐々木惣一の「行政罰」理解の特徴は、「行政罰」が立法政策によって形づくられるものであることを前提としている点である<sup>[19]</sup>。一方において、佐々木惣一は法益の侵害に対する罰（「刑罰」）と行政上の義務違反に対する罰（「行政罰」）とを分けたが、彼によって、ある非行が同時に法益侵害または行政上の義務違反となる場合もあり、その場合、刑事犯か行政犯かのいずれに規定するのは立法政策問題である<sup>[20]</sup>。他方において、「行政罰」の手段について、「行政罰」としていかなる手段を使用するのは理論によって定めることができず、各個の法律および法律の委任による命令を見る他ならない<sup>[21]</sup>。つまり、「行政罰」の罰則も立法政策問題である。彼によれば、行政罰たる手段には、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、過料がある。その中、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料は「刑罰」と「行政罰」両者共通の手段であり、過料は「刑罰手段トシテ存セス、又行政罰ノミナラス他ノ行政上ノ処罰ノ手段トシテモ存シ」である。このように、佐々木惣一は、実体法において、過料が「行政罰」の一種であり、「刑罰」として使用されることがないと指摘した。しかしながら、佐々木惣一は、過料が「行政罰」のみとして適用すべきと主張しなかった。つまり、佐々木惣一は、実体法上の過料の適用状況を論述したが、立法論として過料が行政犯のみに適用すると主張しなかったと思われる。

これに対して、美濃部達吉は、行政犯を刑事犯と区別し、それに対する罰も刑法上の刑名と区別すべきと主張した。戦前、美濃部達吉は、行政犯と行政罰の理論を丁寧に検討した。ただし、美濃部達吉の行政刑法論について、その位置づけと構成には、大きな変遷が存在した<sup>[22]</sup>。彼の明治 42 年の『日本行政法 上巻』<sup>[23]</sup>によって、「本来の意義における刑罰」には、「狭義の刑罰または刑事罰」と「行政罰または秩序罰」という二種があり、実定法上、過料を設けることが両者を区別する制度上の形跡である<sup>[24]</sup>。大正時代の著作に、行政罰に関する内容が存在しなかったが、昭和時代に入り、行政罰に関する内容が復旧し、より詳細に論じられた。彼の昭和 11 年の『日本行政法』によって、「行政犯に対する制裁として定められている処罰には、刑罰と秩序罰との二種がある」、「秩序罰とは国または公共団体と人民との関係において人民の公法上の義務違反に対する制裁として刑法の刑名の定める処罰以外において国または公共団体がその違反者に対して科する制裁である」<sup>[25]</sup>。このように、美濃部達吉は実定法上の行政罰には行政刑罰と行政上の秩序罰が存在すると主張しており、この点について、佐々木惣一と異ならないと考えられるが、美濃部達吉は、より一歩進んで、行政犯に対する罰を統一し、それを刑法上の罰と異なるものにすべきと主張した。つまり、「私は立法者が行政犯の性質について一層深き注意を払い、

[17] 佐々木惣一「行政犯ノ性質ヲ論シテ警察犯ニ及フ」京都法学会雑誌 4 巻 3 号（1909 年）54 頁以下参照。

[18] 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）44 頁参照。

[19] 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）65 頁参照。

[20] 佐々木惣一『日本行政法論 総論』（有斐閣、1924 年）547 頁参照。

[21] 佐々木惣一『日本行政法論 総論』（有斐閣、1924 年）549 頁参照。

[22] 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）55 頁以下参照。

[23] この本の「序」に、美濃部達吉はこの明治 42 年の『日本行政法』が初めての著書であると言った。

[24] 美濃部達吉『日本行政法 上巻』（有斐閣、1908 年）198-199 頁参照。ただし、美濃部は、罰金、科料などの罰則も行政犯に適用できることを否定しなかった。

[25] 美濃部達吉『日本行政法』（有斐閣、1936 年）325、327 頁。

立法条これを刑事犯とは区別して規定し、刑法総則の規定はこれに適用せず、別に行政犯に通ずる統一的総則規定を設けることが、行政犯の性質に適當する所以であると思う。これに対する処罰についても、行政犯には専ら金銭罰と為し、その名称においても刑法上の罰とは区別することが適用であると思う」ということである<sup>[26]</sup>。このように、美濃部達吉は、実体法上の行政罰には、行政刑罰と行政上の秩序罰が存在すると認めたが、両者を過料に統一すべきという立法論を提出した<sup>[27]</sup>。このような見解によれば、過料は専ら行政犯に対する制裁であり、自然犯に対して適用できないと解される。

## 2、合理性の検討：ドイツの法制と理論に基づき

美濃部達吉は、過料を専ら行政犯に対する罰として使用するという見解を提出した。美濃部達吉の見解は、その根拠はどこにあるのか、そして適切であるか。

上記の引用のように、美濃部達吉は、その見解の理論的根拠を、行政犯と刑事犯との区別を主張する行政刑法論に求めた。しかしながら、過料を行政犯に対する罰として排他的に適用する見解は、おそらく美濃部達吉のオリジナルなものであると思われる。第一章の第二節で確認したように、ゴルトシュミットの行政刑法論は、行政犯と刑事犯との区別、行政犯に関する単独な法典を制定すると主張したが、彼がいう行政罰は刑罰そのものであり、行政犯を非犯罪化して刑罰と異なる罰で対応するまで主張しなかった。刑罰と異なる罰とする秩序罰は、ナチス時代の経済刑法において初めて本格的に登場したのであり、それは必ずしも行政犯と刑事犯とを分離するために導入したものではないと思われる。つまり、行政刑法論は行政犯・刑事犯、行政罰・刑事罰の区別と主張したが、行政罰を一種の特定の制裁手段に排他的に繋がるということを主張しなかった。秩序罰は、行政刑法論以降の時代において登場したものであり、その理由が必ずしも行政刑法論ではないと思われる。ドイツにおいて、理論上の行政罰と実定法上の秩序罰の結合は戦後 49 年の経済刑法において初めて実現したものである。これに対して、美濃部達吉は、行政犯と行政罰との特性を強調するのみならず、それを日本実定法上の過料に排他的に繋がることを主張したのである。この点において、美濃部達吉の理論見解は、ドイツの行政刑法論から由来するものではないと思われる。

美濃部達吉の見解はオリジナルなものといっても、直ちにそれが賛成できないとは言えない。では、美濃部達吉の過料の適用の見解は、適切であるか。この点についても、ドイツの法制と理論は興味深い示唆を提供したと思われる。ドイツにおいても、美濃部達吉の主張と実質的に類似な、理論上の行政犯・刑事犯と実体法上の秩序罰・刑罰との対応は 1949 年経済刑法で初めて実現した。49 年経済刑法の制定に対する重大な影響を与えた Eb. シュミットによって、49 年経済刑法における秩序違反行為は行政犯であり、犯罪行為は刑事犯である<sup>[28]</sup>。この意味で、1949 年経済刑法において、過料は専ら行政上の違法行為に対する行政罰であり、自然犯に対して適用できないと解される。しかしながら、このような理論と実定法の対応はすぐに放棄された。第一章第四節の第二款と第三款で確認したように、1952 年秩序違反法が制定された後、秩序違反行為の範囲が拡大しつつあり、特に 1968 年新秩序違反法が制定された後、大量の軽微な違法行為が非犯罪化されて、過料の制裁対象となった。秩序違反行為に対する過料は、行政犯に対する制裁として把握されるものではないと言わざるを得ない。けだし、実定法上の過料は、行政刑法論が主張した

<sup>[26]</sup> 美濃部達吉「行政罰法の統一と其の通則」杉村章三郎編『寛教授還暦祝賀論文集』（有斐閣、1934 年）34 頁。

<sup>[27]</sup> 田中利幸「行政と刑事制裁」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 2 行政過程』（有斐閣、1984 年）265 頁参照。

<sup>[28]</sup> Eberhard Schmidt, Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht, 1950, S. 15.

行政罰とは、もともと異なるものであろう。秩序罰をルーツとする過料は、そもそも行政犯と刑事犯とを分離するために登場したものではなく、それはナチス時代に多用されて、戦後にも留保された重要な理由はその制裁の機能性と法的効果の輕微性である。そのため、数多くの輕微な自然犯行為も行政制裁の制裁対象になった。今日、秩序違反行為と犯罪との区別について、Eb.シュミットの行政犯と刑事犯との質的区別がすでに賛成できなくなり、質的量的区別説が通説である。このように、ドイツにおいて、自然犯に対して過料を適用できないという命題は、49年經濟刑法の時代に成立できるかもしれないが、今日では賛成できないと思われる。

このように、過料の行政犯への排他的適用は、ドイツで一時的に実現されたが、その後すぐに諦められた。実定法上の過料は、行政犯の罰として登場したものではなく、それが登場、留保、活用される理由は制裁手続の機能性と法的効果の非犯罪化にあるからである。このようなドイツの経験は重要な示唆と提供した。日本についても、過料は、そのルーツが必ずしも行政刑法論ではなく、それが行政犯と刑事犯とを分離し行政犯に対する罰として専用するために登場したものではなく<sup>[29]</sup>、それが制裁手続の相対的な便利性と法的効果の非犯罪性などのメリットを有するから、過料を行政犯に排他的に適用する見解は成立し難いと思われる<sup>[30]</sup>。過料は、行政犯の制裁手段として適切であるが、自然犯的違法行為についても、大量に発生し、危害性が輕微な場合に、行政制裁を持って対応するのも合理的ではないかと思われる。行政上の違法行為を行政制裁を持って対応するのは適切であるが、行政上の違法行為のみにするのは、その制度のメリットを不当的に制限したのではないかと思われる。過料などの行政制裁は、一種の制裁手段であり、その適用対象を特定の違法行為に限定する理由が必ずしもないと思われる。そのため、道路交通法の反則行為、輕犯罪法などの自然犯行為に対して<sup>[31]</sup>、非犯罪化して行政制裁で対処することも可能であろう<sup>[32]</sup>。

## 二、行政制裁の活用論：刑法の謙抑性、比例原則からの検討

以上の考察によって、行政制裁は自然犯に対しても適用できると述べた。ただし、行政制裁は行政犯・自然犯に対して適用できるといっても、直ちに行政制裁を活用すべきと導き出せないと思われる。行政制裁を例外として限定的に適用するか、もしくは、行政制裁を大幅に導入し積極的に適用するか、その理由は何かなどの問題を検討しなければならない。

日本において、過料、加算税、課徴金などの行政制裁がある程度設けられているが、周

<sup>[29]</sup> 須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018年）16頁以下参照。

<sup>[30]</sup> 日本においても、地方公共団体の条例の過料について、反道徳性の強いものが少なくない。確井光明「地方公共団体の科す過料に関する考察」明治大学法科大学院論集 16号（2015年）87頁参照。

<sup>[31]</sup> なお、今日、輕犯罪法に規定される非行は自然犯であると考えられるが、その理解が適切であるかを引き続き検討する必要があると思われる。輕犯罪法は、戦前の警察犯処罰令に代わるべき法律として制定されたものである（輕犯罪法の沿革について、伊藤榮樹『輕犯罪法』（立花書房、新装第2版、2018年）5-6頁参照）。戦前において、警察犯処罰令に規定された非行が行政犯であると考えられた（佐々木惣一「行政犯ノ性質ヲ論シテ警察犯ニ及フ」京都法学会雑誌 4巻3号（1909年）60-62頁；大矢根岩雄『警察犯処罰令 違警罪即決例解義』（清文社、1923年）2頁参照）。しかしながら、戦後、輕犯罪法の提案説明は、この法律には日常生活における卑近な道徳律に違反する軽い罪を拾うことを主眼とするものであると指摘した。輕犯罪法に規定する各種犯罪は、自然犯の範疇に属するものと述べられた。なぜ戦前に行政犯と考えられる非行が戦後に自然犯に属すると考えられた、それらの行為は一体行政犯か自然犯か、などの問題はまだ存在していると思われる。ただし、本研究の以上の検討からして、それらの非行の法的性質にかかわらず、行政制裁をもって対応することができると解される。

<sup>[32]</sup> ここでは、単に道路交通法の反則行為、輕犯罪法などの自然犯行為に行政制裁で対処できるといい、行政制裁で対処すべきかどうかについて、引き続き検討する必要がある。

知のように、刑罰が主な処罰手段であり、行政上の違法行為に対しても刑罰を適用するように多用されている。この点について、ドイツと中国では、行政制裁を活用するというやり方は有用な示唆を示していると思われる。前款で確認したように、ドイツ、中国において、従来では例外として認めた行政制裁が確実に拡大しており、行政制裁が活用されており、行政制裁と刑事制裁との二元的制裁システムが確立された。その原因について、機能性の理由も存在しているが、特に注目すべきなのは、刑法の謙抑性と比例原則である。

#### 1、日本における刑法の謙抑性、比例原則

日本においても、謙抑主義が刑法学の根本主義の一つであると考えられる<sup>[33]</sup>。刑罰は強力な制裁であるから、何を刑法の対象とするかの判断について、本当に刑罰をもって抑止する必要がある行為かどうかを慎重に判断しなければならない<sup>[34]</sup>。刑罰の賦課という保護手段は、侵害行為に対して科される法的制裁の中でもっとも峻厳なものであり、重大な悪害を意図して科するものだから、それ自体が決して望ましいものではない。刑罰は、他の保護手段では足りないときにだけ用いられるべきものである<sup>[35]</sup>。これを刑法の謙抑性もしくは補充性という。そして、刑法の謙抑性は、刑法の断片性に通じるものであると考えられる。つまり、刑法が補充性を有するから、刑法による保護の領域は、法益侵害全般に包括的なものではなく、必然的に断片的なものになる<sup>[36]</sup>。刑法は、重要な法益侵害であっても、そのすべてを刑罰の対象としていない<sup>[37]</sup>。

謙抑主義がたてられる理由について、①違法行為を行ったものであっても、科刑に適し、かつ科刑に必要とする程度に心身が発達していないものがあり、②違法かつ有責な行為であっても、それが軽微であり、不問しても差し支えないもの、もしくは刑罰に適しないものであることがあり、③伝統的な社会感情や国家政策上の必要が、刑法上の処罰要求に譲歩を求める場合があると挙げられる<sup>[38]</sup>。刑法の謙抑性の憲法上の根拠について、名古屋中郵便事件大法廷判決における団藤重光裁判官の反対意見は、刑罰謙抑主義は憲法 31 条に含蓄されると指摘した<sup>[39]</sup>。学説上にも、刑罰謙抑主義は、実体的デュー・プロセス論と結んでおり、前者を憲法上の要請と解するのが支配的である<sup>[40]</sup>。そのため、刑罰に値しない行為に対しても刑罰をもって対処するのは、刑法の謙抑性、より根本的に実体的デュー・プロセスに違反する恐れがあると言わざるを得ない<sup>[41]</sup>。

日本において、刑法の謙抑性と比例原則との結び付いて論じる場合が多いが、直接に比例原則に基づき、刑罰の多用を検討する見解も存在する。日本においても、比例原則が単なる条理上の原則ではなく、憲法 13 条に基づく憲法原則であると考えられる<sup>[42]</sup>。比

<sup>[33]</sup> 萩原滋「刑罰権抑主義の憲法的基礎」宮澤浩一先生古稀祝賀論文編集委員会編『刑法理論の現代的展開』（成文堂、2000 年）63 頁参照。

<sup>[34]</sup> 西田典之『刑法総論』（弘文堂、第 3 版、2019 年）33 頁参照。

<sup>[35]</sup> 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第 3 版、2020 年）5 頁；山口厚『刑法』（有斐閣、第 3 版、2018 年）6 頁参照。

<sup>[36]</sup> 山口厚『刑法総論』（有斐閣、第 3 版、2020 年）5 頁；山口厚『刑法』（有斐閣、第 3 版、2018 年）6 頁参照。

<sup>[37]</sup> 西田典之『刑法総論』（弘文堂、第 3 版、2019 年）33 頁参照。

<sup>[38]</sup> 佐伯千仞『刑法講義』（有斐閣、3 訂版、1977 年）82 頁参照。

<sup>[39]</sup> 最高裁昭和 52 年 5 月 4 日刑集 31 卷 3 号 182 頁。

<sup>[40]</sup> 萩原滋「刑罰権抑主義の憲法的基礎」宮澤浩一先生古稀祝賀論文編集委員会編『刑法理論の現代的展開』（成文堂、2000 年）63 頁参照。

<sup>[41]</sup> 宇賀克也「行政上の義務の実効性確保（2）」法学教室 49 号（2005 年）54-55 頁は、「刑罰に値しない行為に刑罰を科すことは、実体的デュー・プロセス違反で違憲であることは、たえず銘記しなければならない」と指摘した。

<sup>[42]</sup> 藤田宙靖『新版行政法総論 上』（青林書院、2020 年）109 頁；宇賀克也『行政法概説 I』（有斐閣、第七版、2020 年）63 頁参照。



例原則の視点から見て、刑事罰は最も重い制裁であり、現実的に機能不全であるとしても、抽象的には相当程度の違反抑止力と有するから、比例原則の部分原則としての適合性の原則に違反しないと解されるが、必要性の原則を充していないと評価しうる。つまり、義務の不履行や命令の不遵守の抑制という目的は、刑罰によらなくても代替的制裁手段としての行政制裁によって、刑罰を受けた前科として後々まで残る重大な不名誉を被ることなく、当事者の基本権をより少なく侵害するかたちで十分に達成できるから、必要性原則に違反する恐れがあると解される<sup>[43]</sup>。

## 2、刑法の謙抑性と比例原則に基づく検討

このように、日本において、刑法の謙抑性、比例原則が憲法上の根拠を有する原則であると位置付けられている。しかしながら、日本は、ドイツと中国と同じように刑法の謙抑性、比例原則を受け入れているが、軽微な秩序違反行為に対しても刑罰を規定するような刑事制裁の多用を容認している。社会的危害が必ずしも大きくない違法行為に対しても、刑事犯罪と位置付けて、刑罰を持って対処している。このような刑罰の多用は、機能不全の状況をもたらしたのみならず<sup>[44]</sup>、刑法の謙抑主義、比例原則の視点からみても適切ではないと思われる。刑罰はもっとも厳しい国家制裁で、他の保護手段では足りない場合のみ適用されるべきものと思われるが、実体法上、軽微な行政違法行為、ないし軽微な自然犯行為に対して刑罰が規定されている。刑法の謙抑性、比例原則を貫徹する立場からみて、刑事制裁を本当に刑罰をもって抑止する必要がある行為に制限し、それ以外にも制裁が必要な場合で、行政制裁を持って対処するとしたほうが良いのではないと思われる。自然犯であれ、行政犯であれ、刑事的可罰性を備えない違法行為であれば、それを非犯罪化して行政制裁を対応し、刑事範囲の範囲を最後の制裁手段として、行政制裁では足りない場合に適用するのが適切ではないかと思われる。

一方において、これからの立法について、立法者が罰則を規定しようとする場合、まず行政制裁という選択肢を考慮し、違法行為が悪質であり行政制裁を持って対処するのは不十分する場合のみ刑罰を適用したほうが良いのではないか。他方において、現行法に存在する刑罰規定についても、刑罰の可罰性がない行為に対して刑罰を規定する例があるから、刑事的謙抑性と比例原則に基づき現行法の刑罰規定の適切性を検討したほうが良いと思われる。この問題について、具体的な法分野ごとに検討しなければならないが、非犯罪化されるべき例として、軽犯罪法と交通反則行為を挙げられると考える。軽犯罪法に規定される犯罪行為は、刑罰の適用範囲に属するが、その大半は被害者のない軽微な違法行為であり<sup>[45]</sup>、必ずしも刑罰しか対処できないものではないと思われる。比較法からみて、軽犯罪法に相当するドイツの違警罪、および中国の治安行為処罰行為は、既に非犯罪化されて行政制裁行為に変更した。また、交通反則行為は比較的軽微なものであり、その悪質または危険性も必ずしも高くないため<sup>[46]</sup>、行政制裁を持って対処するのが適切ではないかと思われる<sup>[47][48]</sup>。そのため、刑法の謙抑主義と比例原則の立場からみて、日本における非

<sup>[43]</sup> 西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2012年）180 - 181頁参照。

<sup>[44]</sup> 行政刑罰の機能不全における理由は多いが、その一つは、実害を伴わない違法行為に刑罰を適用するのは酷であるという行政側、警察・検察側の考慮である。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年）141頁参照。

<sup>[45]</sup> 平田紳「軽微犯罪・行政犯の非犯罪化と非刑罰化」福岡大学法学論叢 31 巻 2＝4号（1987年）12頁参照。

<sup>[46]</sup> 綾田文義「交通反則通告制度の憲法問題」警察研究 38 巻 11号（1967年）5頁参照。

<sup>[47]</sup> 現行法の反則金制度について、行政刑罰の機能不全を改善するなどのメリットがあるが、反則金の農夫の通告に対する事前手続および司法救済が保障されていないという問題がある。それは、反則行為が本来犯罪行為であるという制度の建前と、反則金が行政制裁金として機能しているという実態との乖離

犯罪法、交通反則行為についても、それを非犯罪化して行政制裁を持って対処したほうが良いと思われる。

### 三、行政制裁行為と犯罪行為との区別方法：非真正混合構成要件

行政制裁の適用について、どこまで適用できるか、活用すべきかどうかに関する議論が重要であるが、どのように適用するかという方法論上の検討も不可欠である。行政制裁行為と刑事犯罪とをはっきり限界づけることができるか、どのように実現するかなどの方法論上の問題を回答しなければ、行政制裁の活用が単なる空中楼閣になる恐れがある。この点について、ドイツ、中国において活用される非真正混合構成要件が参考になると思われる。

非真正混合構成要件は、真正混合構成要件と対照するものである。ドイツにおいて、1949年経済刑法と1952年秩序違反法は、真正混合構成要件を規定していた。これらの違法行為は、犯罪または秩序違反行為のいずれにもなりうるが、法の適用段階において、法律が規定する判断基準によっていずれに該当するかが判断される。しかしながら、法の安定性と明確性の視点から、真正混合構成要件が問題視されたので、1968年秩序違反法はそれを廃止した。その代わりに、非真正混合構成要件が活用されており、犯罪と秩序違反行為の境界領域において、しばしば基本となる構成要件には過料の罰則を規定し、刑事罰は、一つまたは二つ以上の、構成要件上の特定の加重メルクマールを存在する場合についてのみ規定される。中国において、非真正混合構成要件という文言が使用されていないが、非真正混合構成要件そのものが確かに適用されている。犯罪行為と行政制裁行為の基礎要件が同じであり、違法行為が犯罪または秩序違反行為のどちらに属することは、当事者の身分、主観的故意、違法行為の情状、結果、特定条件の使用などの法律が規定する補足の加重要件によって判断されなければならない。

非真正混合構成要件は、機能性と刑法の謙抑性からみて適切であると思われる。一方において、大量の軽微な違法行為は行政制裁行為として位置づけられて、行政機関に効率的に対処されるようになり、刑事裁判の負担も軽減できる。そのため、大量の軽微な違法行為の不当放置が改善できて、義務履行の実効性が確保できるし、裁判所が重大な刑事事件に人手や資源を集中し対処することができる。他方において、故意、情状または結果などの加重要件の適用によって、より軽微な違法行為を非犯罪化して、行政制裁をもって対処されるようになり、刑法の謙抑性の立場からみても望ましいと思われる。従って、日本においても、行政制裁を活用し、行政制裁行為と犯罪行為とを分ける場合、非真正混合構成要件を使用するのが良いと思われる。

### 四、小括

上記の一の検討によって、行政制裁は自然犯に対しても行政犯に対しても適用できると思われる。上記の二の検討によって、刑法の謙抑性、比例原則の視点から見て、行政制裁は、活用すべきであり、特に刑罰をもって抑止する必要のない行為に対して、行政制裁を活用すべきである。この二点を総合的に理解すれば、行政制裁は、刑罰を持って対処する必要がない自然犯・行政犯に対して活用すべきであると解される。このような見解は、機能性の視点からみても賛成できると思われる。機能性は、行政制裁の許容性を認める重要

---

に起因するものと考えられる。中原茂樹「交通反則金制度」ジュリスト 1330号（2007年）13頁参照。

<sup>148)</sup> 当初、行政制裁というやり方を取らなかった理由には、行政権限に対する懸念、自然犯に対して刑罰で対処するという見解、および過料の制裁手続・救済に関する困難などの点が存在した。行政権限に対する懸念、自然犯に対して刑罰で対処するという見解が既に検討された。手続と救済の問題は次節で検討する。

な理由であり、行政制裁の活用を立証する理由でもありうる。そして、行政制裁の対象範囲を確定する場合、行政制裁行為と犯罪行為とを限界づける場合、非真正混合構成要件を適用することが考えられる。

### 第三節 手続面の構造：行政制裁の制裁手続と救済

行政制裁の手続面の構造は、行政制裁の制裁手続と救済などの問題である。日本において、過料、課徴金、加算税を導入した時点、経緯、目的・趣旨が異なっており、手続面に関する規定も異なっている。法分野の差異によって制裁手続は若干の異なりを有しても当然であるが、行政制裁を活用するために、統一的な手続面の構造は必要ではないかと思われる。そして、日本の現行法における各制裁手段の手続に関する規定について、制裁を効率的・実効的に賦課する点にも、当事者の手続権利を保護する点にも、不適切な点が存在していると思われる<sup>[1]</sup>。

先行研究において、ドイツの秩序違反法における制裁手続を参考し、過料制度を整備する意見が有力である<sup>[2]</sup>。そして、比較法上の行政制裁の賦課手続を、①旧ソ連、中国、台湾が適用する行政処分・取消訴訟モデルの「ユーラシア・タイプ」、②ドイツが適用する過料告知・刑事訴訟モデルの「ヨーロッパ・タイプ」、及び③準司法手続の行政裁判モデルの「アメリカ・タイプ」という三種類を分けて、行政上の秩序罰等の制度改革について、②や③に則った制度設計を行うことが望ましいと主張する意見も存在している<sup>[3]</sup>。このような提言が適切であるかどうかを考察するため、ドイツ、中国の制裁手続モデルにはどのような特徴があるか、どのような共通点と異同点が存在しているか、などの問題を検討するのが重要であると思われる。以下では、ドイツ、中国の行政制裁の手続面の構造を考察し、その異同点と共通性を確認した上で、日本における行政制裁の可能な制度設計を探索しておきたい<sup>[4]</sup>。

### 第一款 ドイツ、中国における行政制裁の手続構造

#### 一、ドイツにおける行政制裁の手続面の構造

近世領邦国家の時代から登場した行政による処罰について、その手続規定があまり重視されなかった。機能性を重視したため、行政による処罰の手続規定が必ずしも充足ではないと思われる。ナチス時代に入り、秩序罰が登場し、立法に多用された。秩序罰は、刑事訴訟手続によらず、行政機関に行政上の手続によって科されたが、その手続規定がほとんど存在しなかった。秩序罰に対して不服する場合、裁判所への法救済も一般的に認められなかった。

戦後 1949 年の経済刑法において初めて、行政制裁に関する手続面の規定がきちんと定められた。1949 年経済刑法に確立されて、1952 年秩序違反法が継承された行政制裁の手続モデルは、二軌道平行主義の下での行政の独立型制裁モデルである。まとめて言えば、以下のような特徴をあげられる。①犯罪行為の訴追・審理は通常の刑事訴訟によって行われており、秩序違反行為の調査、訴追、決定は完全に行政官庁に委ねられており、経済犯

[1] 過料の実効性と救済の問題について、宇賀克也『行政法概説 I』（有斐閣、第七版、2020 年）278-282 頁参照。

[2] 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017 年）197 頁；西津政信『間接行政強制制度の研究』（信山社、2006 年）205 頁；西津政信『行政規制執行改革論』（信山社、2012 年）185 頁参照。

[3] 市橋克哉「行政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：手続法の観点から」法律時報 85 卷 12 号（2013 年）34-35 頁参照。

[4] 筆者の能力の制限で、ここでは、アメリカ・タイプに対する考察を行わない。

罪行為と秩序違反行為の制裁手続がはっきり分けられた。②行政機関は過料の調査から決定まで完全な権力を有しており、検察機関は過料の調査、訴追、決定について、介入する権限が認められていない。行政機関は、秩序違反行為が成立すると考えるとき、過料決定を出して、過料を賦課する。③当事者は過料決定に不服するとき、裁判所の判決の申請を提起できて、裁判所の手続は刑事訴訟法の抗告に関する規定が類推適用された。

しかしながら、秩序違反行為の拡大に伴い、二軌道平行主義の下での行政の独立型制裁モデルは、以下のような欠点を暴露した。まず、秩序違反行為と犯罪行為の双方に関連する行為を別々の手続で処理するのは、訴訟経済上不適切である。そして、違法行為は犯罪行為かどうか疑わしい場合には、検察と行政官庁との間で消極的または積極的な権限衝突が生じる可能性がある。さらに、過料裁定に対して不服のある者が裁判を求める場合、裁判所の公判において、それが秩序違反行為ではなく犯罪行為であるという結論を到達したであっても、その行為を単なる秩序違反行為として判定しなければならない一方、裁判所が刑事手続において、不法は犯罪ではなくただ秩序違反行為と判明するとしても、その不法を秩序違反行為として判定することもできない。

1968 年秩序違反法は、旧法の制裁手続モデルを改正した。①行政機関の秩序違反行為に対する排他的管轄権は改正された。秩序違反行為の訴追と制裁は、原則として、行政官庁によって行われるが、犯罪に関連する秩序違反行為などの場合、検察機関の訴追・裁判所の制裁権限を認めた。②秩序違反行為の調査から決定までは、行政機関に担当されているが、新法は手続規定をいちいち規定しておらず、刑事手続の類似適用を規定しながら、若干の適用例外を規定している。行政官庁は捜査を行った後、秩序違反行為が存在すると判明する場合、行政機関は過料決定を科することができるが、注意すべきなのは、過料決定は、「簡素な手続によって出された仮の言い渡しであり、関係者の自分の服従によつてはじめて最終的なものとなる」ということである<sup>[5]</sup>。過料決定は刑事訴訟法における略式命令を模写して作られるものと理解することができる<sup>[6][7]</sup>。③過料決定はまるで略式命令なので、当事者が過料決定に不服する場合、過料決定の効力が消えるとされている。過料決定が送達されてから二週間以内に、過料決定を発した行政官庁に異議（Einspruch）を申し立てることができて、行政機関は自分で審査した上で、過料決定を維持すると判断するとき、事案を検察機関に移送し、検察機関は訴追機関となり、訴追が必要であると判断する場合、事案を裁判所に提出する。司法手続において、過料決定はその意義を失って、単に起訴機能を維持する。裁判所は、事実の面でも法律の面でも、過料決定に拘束されず、自主的に判断する。

	1952 年秩序違反法	1968 年秩序違反法
管轄権限	行政官庁に排他的に管轄される	原則として行政官庁に管轄されるが、犯罪と関連する場合、検察に訴追され、裁判所に科される。
制裁手続	行政官庁に独自に行われる。	行政官庁が管轄する場合に、行政官庁

<sup>[5]</sup> BT-Drs., v/1269. S. 32.

<sup>[6]</sup> Bohnert/Bülte, Ordnungswidrigkeit, 5 Aufl, 2016, §3, Rn. 166.

<sup>[7]</sup> ただし、過料決定は行政処分であり、処分性を有しており、強制執行することができる。市橋教授は、「行政上の秩序罰の『決定』には、処分性が認められていない。『決定』は、公定力や執行力をもたない『通知』として位置付けられている」と指摘したが、必ずしも正確ではないと思われる。市橋克哉「行政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：手続法の観点から」法律時報 85 巻 12 号（2013 年）35 頁。

	秩序違反法は手続規定をいちいち定めた。	に独自に行われる。 刑事訴訟の規定を類似適用しながら、例外規定を定める。
過料決定	行政処分	行政処分。ただし、関係者がそれを服従してはじめて完全な意味を有する仮の言い渡しとして位置づけられる。
法的救済	通常裁判所に救済を求めて、刑事訴訟法の抗告に関する規定が類推適用される。	行政処分はその効力を失って、裁判所は事実の面でも法律の面でも、過料決定に拘束されず、自主的に判断する。それに不服する場合、法律上の抗告を提起することができる

## 二、中国における行政制裁の手続面の構造

中国において、清末の違警律は行政による処罰を確立したが、手続・救済に関する規定をあまり定めなかった。中華民国時代に入っても、早期の違警罰法には、行政による処罰の手続規定がほとんど定められなかった。1943の違警罰法は、行政制裁を確立しており、行政制裁の手続面の規定を大幅に補足した。法の第五章に、管轄、偵訊（調査）、裁決、執行に関する規定が定められており、違警行為の制裁権限は行政機関に完全に委ねられており、違警行為の調査、決定などは行政機関に独自に行われるように規定された。行政制裁に対する不服する場合、訴願と行政訴訟によって救済されると規定された。

中華人民共和国時代に入り、治安管理処罰法が制定されて、治安管理違反事件の制裁は行政機関に担当されており、行政制裁に不服する場合、行政上の不服申立を利用できると規定された。改革解放後、行政制裁の法制化に伴い、行政制裁の手続構造が詳しく規定されている。今日の行政制裁モデルには、以下のような特徴をあげられる。①行政違法行為の制裁は行政機関に排他的に行われている。行政制裁と刑事制裁との手続ははっきり分けられている。②行政機関は事件の調査から決定まで完全な権力を有しており、検察機関は過料の調査、訴追、決定について、介入する権限が認められていない。行政機関は、違法行為があると判断する場合、制裁決定を出して制裁を賦課する。③当事者は行政制裁に不服するとき、行政上の不服申立、行政訴訟によって救済を求められる。このように、今日の中国の行政制裁モデルは、ドイツの旧秩序違反法の規定に類似しており、二軌道平行主義の下での行政の独立型制裁モデルであるといえよう。

## 第二款 日本の行政制裁の手続構造に対する示唆

日本において、過料、課徴金、加算税などの制裁手段を導入した目的、趣旨、経緯が必ずしも一致ではなく、その手続面の構造も異なっている。ドイツや中国のように、行政制裁の一般法を制定し、行政制裁を活用しようとする場合、行政制裁に関する手続構造の統一化が避けられないと思われる。これに対し、行政上の秩序罰の改革について、中国の「ユーラシア・タイプ」より、ドイツの「ヨーロッパ・タイプ」に則った制度設計を行うことが望ましいという見解が存在する<sup>[8]</sup>。では、ドイツの手続構造と中国の手続構造について、

<sup>[8]</sup> 市橋克哉「行政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：手続法の観点から」法

それぞれはどのようなメリット・デメリットを有するか、相違点以外に、何らかの共通点が存在しているか、日本法に対してどのような示唆を提供できるか。以下では、両者を比較しながら検討して、ドイツモデルと中国モデルの異同点を考察して、日本法への示唆を探求する。

## 一、ドイツモデル・中国モデルの相違点

### 1、行政制裁事件の管轄

行政制裁の事件の管轄について、ドイツにおいて、原則として行政機関に担当されており、犯罪に関する場合には、検察の訴追・裁判所の制裁を認めているのに対して、中国において、行政機関に排他的に担当されるような二軌道平行主義が確立されている。実は、ドイツにおいても、旧秩序違反法は二軌道平行主義、つまり秩序違反行為事件の行政機関の排他的管轄権を確立した。しかしながら、1968年秩序違反法の立法理由書が指摘したように、厳然な管轄権限の区別は、適用上の困難をもたらした。秩序違反行為と犯罪行為との双方に関する行為を別々の手続で対処するのが不経済的であり、秩序違反行為か犯罪行為かが疑わしい場合に行政機関と検察機関との権限の衝突が生じやすく、刑事訴訟において非行が犯罪ではなく秩序違反行為に過ぎないと判明してもそれを秩序違反行為として判定できないというような欠点が存在した<sup>[9]</sup>。たしかに、中国において、二軌道平行主義が適用されており、上記の不具合がある程度存在している<sup>[10]</sup>。

このように、行政制裁の事件の管轄について、二軌道平行主義が理論としてわかりやすいと考えられるが、実際の運用について、機能性の視点からみて適切ではないところも存在していると思われる。厳格な二軌道平行主義より、ドイツの今日のやり方、つまり行政制裁の事件が原則として行政機関に担当されており、犯罪に関する場合には、検察の訴追・裁判所の制裁を認めるという方法が適切ではないかと思われる。

### 2、行政制裁の制裁手続

行政制裁の制裁手続について、ドイツにせよ、中国にせよ、行政機関が主導的に行っているが、ドイツの場合、秩序違反法が定める制裁手続の規定が簡略であり<sup>[11]</sup>、当事者の手続権利の保障も簡略的であるのに対して、中国の場合、制裁手続が詳しく規定されており、聴聞手続が規定されるほど整備されている。

ドイツでは、過料決定は関係者がそれを服従してはじめて完全な意味を有する仮の言い渡しであるため、その制裁過程における手続権利の規定がそれほど綿密ではないと思われる。関係者は意見表明の権利を持っているが、聴聞に関する規定が存在せず、過料決定には秩序違反行為、制裁内容、証拠などの記入が必要であるが、それ以上の理由づけが必要ではないとされている<sup>[12]</sup>。留意すべきなのは、今日のドイツにおいて、このような簡略な制裁手続が適切であるかという意見が存在しているということである。つまり、現行法のこのような簡易な事前手続は、軽微な違法行為や大量の違反の場合に適切であるが、秩序違反行為の拡大に伴い、独占禁止法など的高額の過料を規定する相対的に重大な違反の場合では、もはや適切ではないかと考えられる<sup>[13]</sup>。これに対して、中国では、行政機関の制

律時報 85 卷 12 号 (2013 年) 35 頁参照。

<sup>[9]</sup> BT-Drs., v/1269. S. 24f.

<sup>[10]</sup> 行政制裁と刑事制裁の手続上の接続の問題点などについて、応松年ほか編『当代中国行政法』（中国方正出版社、第二版、2016 年）1454 頁以下参照。

<sup>[11]</sup> 秩序違反法は、具体的な制裁手続を規定せずに、刑事手続の類似適用と適用例外を規定している。

<sup>[12]</sup> BT-Drs., v/1269. S. 32.

<sup>[13]</sup> マルコ・マンズデュルファー、岡上雅美訳「新たな刑法システムのモデルとしてのドイツ秩序違反法」

裁決定は通常の行政処分であると位置づけられるため、行政機関の制裁手続が詳しく規定されており、管轄、立件、調査、証拠、理由説明、決定、送付などがいちいち規定されている。当事者は、弁明する権利を有するし、高額な過料を科そうとする場合など、聴聞を求める権利も認められる。このように、行政制裁の制裁手続について、ドイツの手続モデルに比べて、中国の行政の独立型制裁モデルがより詳細ではないかと思われる。

### 3、行政制裁の救済

事後の救済について、ドイツにおいて、裁判所は事実の面でも法律の面でも過料決定に拘束されず、秩序違反行為が成立するかどうか、過料決定を科すかどうかを自主的に判断するのに対して、中国において、制裁決定は通常の行政処分と同じように不服審査や行政訴訟の方法によって救済されており、裁判所は行政機関の制裁決定の合法性を事後的に審査している。

ドイツでは、当事者が過料決定に不服する場合、過料決定が送達されてから二週間以内に、過料決定を発した行政官庁に異議を申し立てることができて、行政機関は自分で審査した上で、過料決定を維持すると判断するとき、事案を檢察機関に移送し、檢察機関は訴追機関となり、訴追が必要であると判断する場合、事案を裁判所に提出する。司法手続において、過料決定はその意義を失って、単に起訴機能を維持する。中国では、救済の段階に入っても、檢察機関の出番が存在せず、司法手続において、当事者と行政機関は、制裁決定の合法性について議論し、裁判所は制裁決定を審査するとされている<sup>[14]</sup>。このように、事後の救済について、権利保護の視点からみて、中国の行政の独立型制裁モデルに比べて、ドイツのほうがより適切であると思われる。

## 二、ドイツモデルと中国モデルの共通点

上記の異同点以外に、ドイツ、中国の行政制裁の手続構造について、共通点も存在している。具体的手続規定について共通するところも存在するが、手続面の構造に関する基本的な理念についても、共通性が存在している。

### 1、機能性の考慮

ドイツと中国において、行政制裁の手続構造を設ける際、機能性が重要な考慮要素であると考えられる。ドイツにおいて、1968年の新秩序違反法は旧法の手続規定を改正するのは、旧法の規定は「手続を迅速化、簡素化し、手続を本質的なものに限定するという現代の手続発展の基本的願望と矛盾している」からである<sup>[15]</sup>。そのため、新法は秩序違反行為の行政機関の排他的管轄のような硬い規定を改正し、より柔軟な管轄、訴追、手続規定を定めている。中国においても、機能性が重要な考慮要素である。今日の行政処罰法は、行政制裁の簡易制裁手続を規定している。警告または一定の金額以下の過料を科する場合、当事者に違反事実と法的根拠を説明し、当事者の弁明を聞いた上で、簡易手続によって制裁を科することができる。それに伴い、現場執行手続も規定されており、一定の金額以下の過料、またはその場で徴収しないと執行できない場合、過料をその場で徴収することができる。このように、ドイツにせよ、中国にせよ、行政制裁の制裁手続を制定する際、行

筑波法政 59 号（2014 年）93－94 頁参照。

<sup>[14]</sup> なお、日本において、条例・規則における過料に関する過料処分に裁量権が認められるか否か、審査の方法などについて、学界における議論が必ずしも充足ではない。須藤陽子『過料と不文の原則』（法律文化社、2018 年）149 頁参照。実務上、行政機関の裁量権を認めて比例原則を適用し審査する例が存在する。名古屋地裁平成 16 年 9 月 22 日判例タイムズ 1203 号 144 頁。

<sup>[15]</sup> BT-Drs., v /1269. S. 24-25.



政制裁が機能的に適用できるかどうかが重要な考慮要素である。なぜならば、両国において、機能性は、行政制裁が登場し、行政制裁の許容性を認めることの重要な理由であると思われる。

## 2、司法裁判の救済権利の保障

ドイツと中国において、当事者は行政制裁に対して不服する場合、裁判所に提訴し、司法裁判を受ける権利が保護されている。ドイツにおいて、旧秩序違反法の下で、過料決定に不服する場合、通常裁判所の裁判を求める権利が認められており、裁判所の手続について、刑事訴訟法の抗告に関する手続が類似適用されていた。新秩序違反法の下で、過料決定に対する救済がより手厚く保障されている。司法手続において、過料決定はその意義を失って、単に起訴機能を維持し、裁判所は過料決定に拘束されず、自主的に事件を判断する。中国において、行政制裁は通常の行政処分であると位置づけられており、当事者の行政制裁に不服する場合、行政上の不服審査および行政訴訟によって救済を求められる。このように、ドイツでも中国でも、具体的な救済方法が異なっているが、裁判所への救済が認められている。

## 三、日本法に対する示唆

### 1、行政制裁の手続構造のモデルの選択

行政制裁の活用について、ドイツの秩序違反法を参考し過料制度を整備する見解が有力である。今日のドイツの秩序違反法は、旧法の二軌道平行主義を修正し、柔軟な管轄規定を導入し、一体的な訴追と制裁を認める一般的な手続法の規定を設けている。しかしながら、ドイツの制裁モデルは、管轄の柔軟性と司法救済の充足というメリットを有するが、制裁過程における当事者の手続権利保障がやや薄いと思われる。過料決定は関係者がそれを服従してはじめて完全な意味を有する仮の言い渡しであるため、立法者は制裁の機能性を重視し、制裁過程における当事者の手続権利を簡略化したが、独占禁止法などの分野で高額の過料もまれではないと考えて見れば、制裁過程における当事者の手続保障を適切に充実すべきではないかと思われる。上述のように、簡略な制裁手続が重大な秩序違反行為に適切ではないという見解はドイツにも存在している。事前の制裁手続において、十分な手続保障がなされるとすれば、当事者の手続権利保障の面のみならず、紛争の減少にも利するではないかと思われる<sup>[16]</sup>。そのため、ドイツの制裁モデルを導入しようとする場合、その制裁過程における当事者の権利保障を充実させたほうが良いと思われる。

中国の制裁モデルは、二軌道平行主義の下での行政の独立型制裁モデルであり、行政制裁事件は行政官庁に排他的に管轄されて、事件の調査、決定も行政機関に行われており、行政制裁に不服する場合、行政訴訟を提訴できるとされている。ドイツの旧秩序違反法も大体このような制裁モデルを採用した。日本の現行法上、地方公共団体の条例・規則における過料、および課徴金、加算税の手続モデルも、基本的に行政の独立型制裁モデルであると思われる。このような制裁モデルは、行政制裁行為と犯罪行為との管轄権をはっきり分けて、前者に対して通常の行政処分のような手続権利・救済方法を規定されており、法治主義の視点からみても特に不具合な点がないと言えよう<sup>[17]</sup>。ただし、ドイツの 68 年秩序違反法の立法理由書が示したように、その硬い管轄規定は、違法行為の迅速・効率的な

<sup>[16]</sup> 中国では、行政制裁の聴聞は有効に活用されており、聴聞手続を経て科される行政制裁に関する不服申立や行政訴訟の数は少ないと指摘された。朱芒「行政処罰聴証制度的功能-以上海市聴証制度為例」法学研究 2003 年第 5 期 89 頁参照。

<sup>[17]</sup> ドイツの新秩序違反法は、旧法の制裁モデルを改正するのは機能性を考慮する結果であり、必ずしも旧モデルが違憲または法治国原理に違反するからわけではない。

対処を損する場合も存在している。そして、司法救済の充実さについても、ドイツ式よりやや薄いと思われる。

ドイツの制裁モデルも、中国の制裁モデルも、当事者の手続権利と裁判を受ける権利を保障し、憲法の理念や法治主義に違反しないと考えるから、どのタイプを選択するのは立法政策の問題である言えよう<sup>[18]</sup>。前述の分析によって、ドイツの制裁モデルは事件管轄の柔軟性、制裁手続の機能性および司法救済の充足性などのメリットを有するから、日本の行政制裁の制度設計に対して重要な参考意味があると思われる。ただし、ドイツの制裁モデルは全体として参考できるが、改善すべきところがないとはいえない。つまり、制裁過程の手続権利の保障をより充実させたほうがよいと思われる。ドイツの制裁モデルが一部の複雑な事案に不適切であるという見解が存在し、その制裁過程における当事者の権利規定は日本の現行法上の権利規定よりやや薄いから、ドイツの制裁モデルを導入する場合、日本現行法上の手続規定の到達点を引き下げることが避けたほうが良いと考える。従って、ドイツの制裁モデルを基本的に維持しながら、制裁手続について、弁明の機会付与、証拠提出の機会の保障、制裁決定の理由の付記などの日本法にすでに確立した手続規定を維持し、ドイツモデルの制裁手続を改善したほうが良いと思われる<sup>[19]</sup>。そして、手続権利をより充実し保護するために、中国法が規定するように、高額な過料が規定される場合、聴聞などの手続を導入したことも考えられる<sup>[20]</sup>。

## 2、機能的な手続構造

ドイツ、中国の行政制裁の手続面の構造が異なっているが、共通の基本理念も存在している。このような理念から、日本における行政制裁の制度設計に対する重要な示唆を示していると思われる。

ドイツ、中国において、行政制裁の手続構造の制度設計について、機能性が重要な考慮要素である。ドイツと中国において、行政制裁の登場、行政制裁の許容、行政制裁の活用の中に、機能性という理由が存在しているから、効率的な制度を設計することが重要なポイントであると思われる。日本においても、行政制裁の手続構造について、効率的・機能的な制裁手続を設けることが望ましいと思われる。大量の軽微な違法行為を非犯罪化し、行政制裁を持って対処したい場合、機能的な制裁手続が不可欠であろう。行政制裁の手続を整備する際、ドイツ秩序違反法にみられる機能性の理念を反映した諸規定が参考になるものという見解は賛成できる<sup>[21]</sup>。そして、ドイツのみならず、中国の行政処罰法の機能性を反映する諸規定についても参考意義があると思われる。

日本において、地方公共団体の条例・規則の過料について、過料の額が低く、強制徴収のコストが大きいので、相手方が任意に納付しない場合、過料の実効性を確保するのは困難であると思われるが、東京都千代田区の「安全で快適な千代田区の生活環境の整備に関する条例」に基づく路上喫煙等に対する過料のように、その場で過料処分を行い現場で徴収し、過料の実効性を保障される例が存在している<sup>[22]</sup>。機能性の視点からみて、現場で過

<sup>[18]</sup> 前述のように、非訟事件手続法が規定する法律における過料の制裁手続と異議申立の規定は必ずしも充実ではないが、最高裁はそれが違憲ではないと判断した。行政制裁の手続構造の憲法上の要請が緩いと思われる。ドイツの制裁モデル、中国の制裁モデルは日本国憲法の要請に満たすと解される。

<sup>[19]</sup> ただし、手続モデルの全体の整合性と制裁の機能性からして、金融商品取引法や公認会計士法のような審判手続を維持する必要性がないと思われる。

<sup>[20]</sup> 中国の行政処罰法 63 条により、数額が比較的に大きな過料などの嚴重な制裁を科す前に、当事者に聴聞を要求する権利があると告知しなければならない。当事者が聴聞を要求する場合、行政機関は聴聞を行わなければならない。

<sup>[21]</sup> 田中良弘『行政上の処罰概念と法治国家』（弘文堂、2017 年）197 頁参照。

<sup>[22]</sup> 宇賀克也『行政法概説 I』（有斐閣、第七版、2020 年）281 頁；北村喜宣『行政法の実効性確保』（有

料を決定・執行することは過料の順調な執行を確保できて、義務の実効性を確保できるから、適用を拡大し一般化することが期待できると思われる。ただし、その場合、以下の問題を注意せざるを得ない。一方において、地方公共団体の過料における現場決定・徴収は、地方自治法の規定に違反する恐れがある。地方自治法 255 条の 3 によって、過料の処分をしようとする場合においては、当事者にあらかじめその旨を告知するとともに、弁明の機会を与えなければならない。告知、弁明の具体的なやり方が定められていないが、「弁明の機会は、告知後相当の機関内に与えるべきであり、機関の余裕をみない場合、弁明の機会を与えることにはならないと解される」から<sup>[23]</sup>、現場で過料処分を決定し、徴収することが許されるかという疑問が存在すると思われる<sup>[24]</sup>。過料の現場決定、現場徴収の法的根拠を補足すべきではないかと思われる。他方において、千代田区の場合、路上禁煙の過料の金額が基本的に 2000 円であり、現場処分・執行が適切であるが、過料を本格的に導入し活用する場合、どのような過料事件に対しても現場処分・徴収を適用するのも不適切ではないかと思われる。比較法上、ドイツにおいて、軽微な秩序違反行為に対して（警告金づきの）警告も対応できるとされており<sup>[25]</sup>、中国において、軽微な行政制裁行為に対して簡易手続で対処し、現場で執行できるとされている<sup>[26]</sup>。このように、違法事件の軽重によって対応方法を分けて、軽い事件に対して警告手続、簡易手続などで対処するのは良いではないかと思われる。

### 3、裁判救済の確保

ドイツ、中国において、行政制裁に不服する場合、裁判所に提訴し裁判を受ける権利が保障されている。ドイツにおいて、裁判所は過料に拘束されずに自主的に秩序違反行為の有無や過料を科するかどうかを判断しており、中国において、制裁決定は通常の行政処分とほぼ同じように裁判所に審査されている。救済の方法が異なっているが、対審公開の裁判を受ける権利が保障されている。ドイツ連邦憲法裁判所の判決が指摘したように、「法治国の必要条件は、すべての過料決定に対する通常裁判所への救済が可能であること、裁判所が事実確定と法的評価について相当な自由を有すること、過料の金額が不利益変更の排除の下で裁判所の裁量によって決定できること、等の点において顧慮される」とされている<sup>[27]</sup>。そのため、司法裁判を受ける権利を認めないとすれば、法治国原理に違反する恐れがあると思われる<sup>[28]</sup>。

法治主義を採る日本においても、行政制裁に不服する場合、裁判を受ける権利を保障すべきであろうと思われる。現行法上の制裁手段について、それに対する不服する場合、ほとんどの場合には対審公開の裁判を受けることができるが、法律における過料について、即時抗告と特別抗告しか認められず、対審公開の裁判を受ける権利が保護されていない。この点について、非訟事件手続法に基づく過料の手続に関する最高裁決定は、「同法の定める手続により過料を科せられた者の不服申立の手続について、これを同法の定める即時

---

斐閣、2008 年）27 頁以下参照。

[23] 松本英昭『逐条地方自治法』（学陽書房、第 8 版、2015 年）1481 頁。

[24] 過料の賦課手続における地方自治法の規定が簡略であり、過料の現場決定ができるかどうか判断し難いと思われる。千代田区の例は、この地方自治法の曖昧さを利用したのではないと思われる。

[25] ドイツ秩序違反法 56 条によって、軽微な違法行為に対して、行政機関は当事者に警告をすることができて、5-55 ユーロの警告金を科すこともできる。

[26] 中国の行政処罰法 51 条によって、違法事実が明確で、法的根拠があつて、個人に対して 200 元以下の過料、法人その他の組織に対して 3000 元以下の過料または警告を科す場合、現場で科すことができる。

[27] BVerfG Entscheidung v. 14. 10. 58, E 8,197.(S.207)

[28] ドイツ基本法 19 条 4 項により、何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途が開かれている。

抗告の手続によらしめることにしているのは、これまた、きわめて当然であり、殊に、非訟事件の裁判については、非訟事件手続法の定めるところにより、公正な不服申立の手続が保障されていることにかんがみ、公開・対審の原則を認めなかつたからといつて、憲法八二条、三二条に違反するものとすべき理由はない」と指摘した<sup>[29]</sup>。しかしながら、本決定には直後から多くの批判ないし疑問が寄せられて、過料を科す手続が行政作用としての実質を持ち、これを非訟事件手続法の定める手続によらしめることは立法政策として可能であるが、過料の裁判に対して、これを違法として争うことが法律上の争訟であり、対審公開の裁判が保障されていなければ、憲法 32 条・82 条に違反する恐れがあると思われる<sup>[30]</sup>。「過料を科せられた者が過料に関する実体規定の解釈適用を争い、違法に自己の権利利益を侵害されたと主張する場合には、終局的に法律上に争訟となり、『純然たる訴訟事件』になること」と思われる<sup>[31]</sup>。過料の不服申立手続について、対審公開の裁判が保障されていなければ、憲法 32 条・82 条に違反する見解は有力である<sup>[32]</sup>。従って、行政制裁の手続構造を制度設計する際、法律における過料についても、その他の過料、課徴金と同じように裁判を受ける権利をきちんと保障した方が良いではないかと思われる。

#### 四、小括

行政制裁の手続面の構造について、ドイツのタイプと中国のタイプにはさまざまな異同が存在している。ドイツのタイプは、柔軟な管轄規定と充実な司法救済などのメリットを有するが、制裁過程における当事者の手続権利の保護がやや薄いと思われる。これに対して、中国タイプは、二軌道平行主義の下での行政の独立型制裁モデルであり、制裁手続が詳細に規定されており、行政上の不服審査と行政訴訟などの救済が保障されているが、ドイツタイプの司法救済の程度より弱く、事件の管轄に関する難点が存在している。両タイプともに、基本的な手続権利と司法救済が確保されており、法治主義に背かないと思われる。どのような制裁モデルを採用するのは、立法政策の選択だと考えられるが、制裁の機能性と司法救済の充実性からみてドイツタイプはより良いではないかと思われる。その場合、制裁手続の手続権利の保障をより充実させたほうが良いと思われる。

ドイツ、中国の行政制裁の手続構造について、機能性の重視と司法救済の保障という共通的な理念も存在している。行政制裁の制度設計にとって、違法事件を機能的に制裁するために、軽い事件に対して警告手続、簡易手続などを設けるのは望ましいし、対審公開の裁判を採用しない制度設計を避けたほうが良いと思われる。

<sup>[29]</sup> 最高裁昭和 41 年 12 月 27 日民集 20 卷 10 号 2279 頁。

<sup>[30]</sup> 宇賀克也『行政法概説 I』（有斐閣、第七版、2020 年）279 頁参照。

<sup>[31]</sup> 重本達哉「行政上の秩序罰」宇賀克也ほか編『行政判例百選 I』（有斐閣、2017 年）223 頁参照。

<sup>[32]</sup> 西津政信「行政上の義務違反に対する制裁」高木光・宇賀克也編『行政法の争点』（有斐閣、2014 年）99 頁参照。

## 終章 総括：行政制裁の整備に向けて

日本では、行政上の義務違法行為を含める違法行為に対する制裁について、刑罰が多用されている。しかしながら、このような刑罰に過度に偏った体制は、違法行為を制裁し義務履行を確保する視点からみて、必ずしも有効的ではないと考えられる。この刑罰中心の制裁体制は、機能不全などの問題をもたらして、今日では再検討せざるを得ないと考えられる。

これに対して、近年、義務履行の実効性を確保するために、過料、課徴金などの行政制裁を活用しようとする見解が有力である。しかしながら、先行研究の回答は必ずしも完璧ではないと思われる。日本において、戦後の司法権強化の背景の下で、行政機関に制裁権を委ねることができるかという問題が存在しており、行政制裁を本格的に導入し活用したい場合、まず行政制裁の許容性問題を検討しなければならないと思われる。その上で、行政制裁を活用する場合、その制裁対象、制裁範囲などの実体面の構造問題、およびその制裁手続、救済方法などの手続面の構造問題も検討しなければならない。

ドイツ、中国において、行政制裁に関する一般法が制定されて、行政制裁と刑事制裁との二元的制裁システムが整備されている。上記の問題を検討するために、筆者はドイツ、中国の行政制裁制度を比較対象として考察した。

第一章は、ドイツの行政制裁の歴史と現状を考察した。第一節は行政による処罰の制度史を考察した。行政による処罰の登場と認容の裏に機能性の考慮が存在したと思われる。その処罰範囲はいわゆる違警行為に限定されていたが、軽微な自然犯も含まれていた。第二節は警察犯、行政犯の理論史を簡略的に考察した。警察犯理論、行政刑法論は警察犯（行政犯）・刑事犯、警察罰（行政罰）・刑事罰との区別を主張したが、行政犯の非犯罪化、行政犯と秩序罰との繋がり、行政機関の制裁権限まで主張しなかった。第三節はナチスにおける秩序罰を考察した。ナチス時代で初めて、秩序罰が登場し、行政機関の秩序罰の制裁権限が正式に認められた。ナチス時代の秩序罰は必ずしも行政犯理論の実定法上の実現ではない。その制裁対象は広く、刑事制裁の対象との限界づけが不明であり、手続面の規定もかなり簡略であった。第四節は戦後の行政制裁を考察した。1949年経済刑法は、ナチス時代の秩序罰、行政制裁を改造した上で認容した。それは行政刑法論に基づきながら、機能性を重視した結果である。1952年に秩序違反法が制定されて、機能性と非犯罪化の理念に基づき、行政制裁が全法域に拡大した。行政制裁の対象も行政上の違法行為から軽微な自然犯まで拡大した。1968年に新秩序違反法が制定されて、行政刑法論の影響がより式微し、機能性と刑法の謙抑性の理念によって、秩序違反行為がより一層拡大し、行政制裁が活用されている。

第二章は、中国の行政制裁の歴史と現状を分析した。第一節は、法制近代化の開始時期たる清末の行政による処罰を検討した。清末の違警律は、日本法の影響を受けて制定したものであり、警察による処罰を認めた。その処罰対象は社会治安に関するさまざまな行為であり、純粋な行政義務違反の行為も存在し、軽微な暴行、窃盗などの個人法益を侵害する自然犯も存在した。第二節は、中華民国時代の違警罰法を考察した。中華民国時代、行政による処罰は行政制裁に転換しつつ、1943年の違警罰法は行政制裁を正式に確立した。それは三権分立原則に違反しないように行った法制改革でありながら、機能性を考慮する結果でもあった。第三節は中華人民共和国初期の行政制裁を考察した。中華人民共和国の時代に入り、違警罰法を含む中華民国時代の法制が廃止されたが、「人民内部矛盾」の理

論構造と機能的制裁の現実の要求のため、行政制裁そのものが留保された。第四節は、改革・開放後の行政制裁の発展を考察した。改革・開放後、行政制裁に関する法制が整備されている。機能性と刑法の謙抑性の理念に基づき、行政制裁が拡大して、活用されている。

第三章は、第一章と第二章の検討に基づき、ドイツと中国の行政制裁の共通性・相違点を比較しながら、日本法を検討して、以下のようなことを解明した。

## 一、行政制裁の許容性について

制裁権限が司法権に属し、行政制裁が違憲であるという行政制裁の絶対反対論が存在するが、このような見解は賛成できないと思われる。過料、課徴金、加算税などの制裁措置を科する作用は司法権に属しないと解される。最高裁によって、過料を科する作用は行政処分であり、課徴金、加算税も行政上の措置であり、これらを科する作用が司法権ではなく、裁判所に委ねなくても違憲ではないと解される。

基本人権の尊重や行政に対する警戒に基づく行政制裁の絶対反対論は、戦後の行政権限改革の一環であり、重要な見解を示したが、機能性に対する考慮が不足であると思われる。義務履行の実効性を確保するために、基本人権の尊重と共に、機能性を含めて行政制裁の価値を再検討しなければならない。大量の軽微な違法行為を効率的に対処し、大量の軽微な違法行為を刑事制裁から離脱させることによって刑事負担を軽減し機能的刑事司法を維持するために、行政制裁が不可欠であると考えられる。

## 二、行政制裁の実体構造について

行政制裁活用論の先行研究は、行政上の違法行為を非犯罪化し、行政制裁をもって対処すると主張している。本研究は、自然犯にせよ、行政犯にせよ、刑事的可罰性を有しない軽微な違法行為に対して、行政制裁を活用すると主張する。

自然犯的性格を有する非行が行政制裁によるべきではないとする見解は存在している。ドイツにおいて、自然犯に対して過料を適用できないという命題は、49年経済刑法の時代に成立するかもしれないが、今日では賛成できないと思われる。秩序罰をルーツとする過料は、そもそも行政犯と刑事犯とを分離するために登場したものではなく、それはナチス時代に多用されて、戦後にも留保された重要な理由はその制裁の機能性と法的効果の軽微性である。日本においても、過料は行政犯と刑事犯とを分離し、専ら行政犯に対する罰として利用するために登場したものではなく、過料は制裁手続の相対的な利便性と法的効果の非犯罪性などのメリットを有するから、それを行政犯に排他的に適用する見解は成立し難いと思われる。過料は、行政犯の制裁手段として適切であるが、自然犯的違法行為についても、大量に発生し、危害性が軽微な場合に、行政制裁を持って対応するのも合理的であると思われる。

軽微な自然犯、行政犯などの違法行為に対して行政制裁が適用できるのみならず、刑法の謙抑性、比例原則からみて、適用すべきであると思われる。ドイツ、中国において、刑法の謙抑性、比例原則に基づき、行政制裁が軽微な違法行為に対する制裁手段として活用されている。日本においても、刑法の謙抑性、比例原則が憲法上の根拠を有する基本原理であることからして、行政制裁は、刑罰を持って対処する必要がない自然犯・行政犯に対して活用すべきと思われる。自然犯であれ、行政犯であれ、刑事的可罰性を備えない違法行為であれば、それを非犯罪化して行政制裁で対応し、刑事制裁を最後の制裁手段として、行政制裁では足りない場合のみに適用するのが適切であると思われる。行政制裁の対象範囲を確定する場合、行政制裁行為と犯罪行為とを限界づける場合、ドイツ、中国において活用される非真正混合構成要件を適用することが考えられる。

### 三、行政制裁の手續構造について

行政制裁の手續面の構造について、ドイツの制裁モデルと中国の制裁モデルにはさまざまな異同が存在している。ドイツタイプは、柔軟な管轄規定と充実な司法救済などのメリットを有するが、制裁過程における当事者の手續権利の保護がやや薄いと思われる。これに対して、中国タイプは、二軌道平行主義の下での行政の独立型制裁モデルであり、制裁手續が詳細に規定されており、行政上の不服審査と行政訴訟などの救済が保障されているが、ドイツタイプと比べて、司法救済の程度が弱く、事件の管轄に関する難点が存在している。

日本の過料の改革について、ドイツの制裁モデルに則った制度設計を行うことが望ましいという見解が存在している。両タイプともに、手續権利と司法救済のルートが確保されており、法治主義に背かないと思われて、どのような制裁モデルを採用するのかは、立法政策の選択だと考えられるが、制裁の機能性と司法救済の充実性からみてドイツタイプはよい選択ではないかと思われる。その場合、制裁手續の手續権利の保障をより充実させたほうが良いと思われる。

ドイツ、中国の行政制裁の手續構造について、機能性の重視と司法救済の保障という共通的な理念も存在している。行政制裁の制度設計にとって、違法事件に機能的に対処するために、軽い事件に対して警告手續、簡易手續などを設けるのは望ましいし、対審公開の裁判を採用しない制度設計を避けたほうが良いと思われる。

### 四、総括：行政制裁の整備に向けた提言

刑罰中心の制裁体制を改正するために、完全な行政制裁制度を本格的に構築し、行政制裁と刑事制裁との二元的制裁システムを導入し、行政制裁を活用すべきであると考ええる。本研究は、行政制裁制度の整備に向け、その前提とする行政制裁の許容性、および行政制裁の基本構造を研究するものである。本研究の考察によって分かるように、行政機関に制裁権限を委ねることが違憲ではないのみならず、機能性の視点からみて、望ましいと思われる。行政制裁の制裁対象について、行政犯か自然犯かにかかわらず、刑事的可罰性を有しない行為であれば、行政制裁を持って対処すべきと思われる。違法行為に対する罰則として、まず行政制裁という選択肢を考慮し、刑事制裁を最後の手段として、行政制裁では足りない場合にのみ適用すべきと考えられる。行政制裁の手續と救済について、ドイツの現行の秩序違反法が採用した手續構造が参考になるが、制裁手續における権利保障の規定が簡略であるから、制裁過程の手續権利の保障をより充実させたほうが良いと思われる。そして、機能性の視点からみて、現場での制裁決定、現場徴収などの簡易手續を導入したほうがいい。権利保護の視点からみて、対審公開の裁判を採用しない制度設計を避けたほうが良いと思われる。