

松 山 大 学 論 集
第 23 卷 第 4 号 抜 刷
2 0 1 1 年 10 月 発 行

行政刑法の特殊性と諸問題

今 村 暢 好

行政刑法の特殊性と諸問題

今 村 暢 好

目 次

- I. 問題の所在——本稿の目的
- II. 美濃部達吉博士の行政刑法理論
 - 1. 行政刑法の概念
 - 2. 刑事犯・行政犯の区別
 - 3. 刑法総則の適用と例外
 - 4. 秩序罰の「過料」と行政犯の「刑罰」の関係
 - 5. 考察
- III. 行政刑法の特殊性と問題点
 - 1. 刑法の解釈が行政法規の解釈に依存又は従属する問題
 - 2. 2つの法領域の原則が交錯・抵触する問題
 - 3. 犯罪行為と秩序違反行為の重なり合いの問題
- IV. ドイツ法における議論状況
 - 1. 比較法対象としてのドイツ法
 - 2. ドイツ法における問題状況
 - 3. 刑法の行政従属性の問題
 - 4. 両法領域の原則が抵触する問題
 - (1) 刑法の行政行為従属性
 - (2) インフォーマルな行政活動
 - 5. ドイツ秩序違反法：混合制裁に対するドイツ法の状況
 - (1) ドイツ秩序違反法の意義
 - (2) 秩序違反法の立法・改正の概略
 - (3) 秩序違反制裁としての過料
 - (4) 犯罪構成要件と秩序違反構成要件の混合構成要件
 - (5) 犯罪行為と秩序違反行為の競合規定：秩序違反法 21 条
 - (6) 考察
- V. 問題点の検討

I. 問題の所在 —— 本稿の目的

刑事法の分野においては、これまで類型化されていなかった刑事制裁が毎年のように立法される「刑事立法の時代」¹⁾に突入をし、それから10年以上が経過した。21世紀を迎えて全世界的に社会の価値秩序が急激に変動し、これまで想定しなかった社会の多様化が生じたことが日本においても数多く立法されている理由として考えられる。特に、経済分野における急速なグローバル化や、環境分野での諸問題に対する規制の必要性から、積極的な規制立法ないし法改正が行われ、そのほとんどに刑事制裁が規定されているのである。

特別刑法の中でも「経済刑法」の領域においては、関係法規の改正に伴い、多くの研究業績が意欲的に公表されている²⁾。日本の刑法の歴史において、これほどまでに特別刑法の分野が注目されたことはないと思われる。このことは、裁判員制度等の導入により刑事法への関心が人々に広まっただけではなく、刑事法があらゆる領域で必要とされていることの裏返しであると考えられる。しかしながら、これら特別刑法研究の大部分は、特別刑法領域の細分化と拡大に

1) 川端博「『立法』の時代を迎えた刑事法学」『学術の動向』第8巻6号(平成15年・2003年)39頁以下。同・『刑法各論講義 第2版』(平成22年・2010年)2頁, 同・「序論・刑事立法の時代のキーワード」『刑法雑誌』第43巻2号(平成16年・2004年)264頁以下参照。同・『現代刑法理論の現状と課題』(平成17年・2005年)i頁も「社会の変化と価値観の変動」が数多くの刑事立法をもたらしているとされる。刑事立法が急増したのは、2000年付近から現在に至っている。犯罪構成要件の新規立法した主要なものとしては、平成12年「ストーカー行為等の規制等に関する法律」「不正アクセス行為の禁止等に関する法律」「ヒトに関するクローン技術等の規制に関する法律」、平成13年には「危険運転致死傷罪」(刑法208条の2), 「支払用カード電磁的記録に関する罪」(163条の2～5), 「配偶者からの暴力の防止及び被害者の保護に関する法律」、平成14年「営業秘密漏示罪」(不正競争防止法21条), 平成15年「インターネット異性紹介事業を開催予定と利用して児童を誘引する行為の規制等に関する法律」、平成17年「人身売買罪」(226条の2), 平成23年「不正指令電磁的記録作成等罪」(168条の2, 3)などがある。上記のもの以外にこの間、裁判員制度の導入, 公訴時効の変更, 法定刑の変更, 窃盗罪等への罰金刑の追加など, 法改正が目まぐるしく行われている。

2) 企業犯罪の視点からは、松原英世『企業活動の刑事規制—抑止機能から意味付与機能へ』(平成12年・2000年), 甲斐克則編著『企業活動と刑事規制』(平成20年・2008年), 田口守一「企業犯罪と制裁制度のあり方」『刑法は企業活動に介入すべきか』(平成22年・2010年)17頁などがある。

よるものである。刑法とそれ以外の法律との交錯によって生じる根源的な問題については、その特殊性から解明されていない状況が続いている。これに対して、刑罰と課徴金の二重処罰の肯否の問題と法人処罰の問題については、近年の独禁法改正等を契機に盛んに議論されている³⁾。これら2つの議論は、既に多数の文献によって研究されているので、本稿で直接取り上げることは避けるが、この2つの問題以外にも特別刑法・行政刑法で生じる理論交錯的な問題は数多く存在するのであり、刑罰法規があらゆる法領域で積極的に立法され続けている以上は、この交錯によって生ずる問題解明が避けられない状況なのである⁴⁾。

そこで本稿では、一般刑法と特別刑法、行政刑法との相違によって生じる問題について、まず、行政刑法概念をわが国で初めて著した美濃部達吉博士の所説を参照してその問題点の原点に遡ることとする。次に、行政刑法の特殊性を分析し、その特徴から生じる諸問題についてこれまでの研究で判明したドイツ法の議論等を纏めて紹介をし、これからの特別刑法・行政刑法研究の検討すべき課題について明らかにしたい。

Ⅱ．美濃部達吉博士の行政刑法理論

経済刑法で特に論じられる2つの問題、すなわち、刑罰と課徴金の二重処罰の肯否の研究と法人処罰の研究においても、美濃部達吉博士の所説が参照されることが多い。なぜならば、博士の理論が日本法における議論の出発点であることにとどまらず、その理論が極めて論理的であり、本質的な問題点を指摘して論じられているからである⁵⁾。本稿においても、わが国における行政刑法理論

3) 莊子邦雄「特別刑法犯と責任」伊藤榮樹・小野慶二・莊子邦雄編『注釈特別刑法第一巻』(昭和60年・1985年)379頁は、「特別刑法というのは相対的概念である」として、普通刑法との対比で論じられると説明されている。

4) 島田聡一郎「経済刑法」『ジュリスト』1348号(平成20年・2008年)94頁以下では、「経済刑法における議論から、従来、刑法典中の犯罪を念頭に置いた総論においては、全く、あるいは極めて不十分にしか議論されていなかった理論的問題が浮かび上がり、そして新たな理論が登場することもある。」とされる。

の第一人者である美濃部博士の「行政刑法概念」についてその理論の基礎となる部分を参照し、その主張内容の検証を試みる。

1. 行政刑法の概念

行政刑法について、まずその著作『行政刑法』の序文で次のように述べられる。すなわち、行政刑法の領域を「一面に於いて行政上の目的を達するが爲にするものであることに於いて、行政法の範囲に属すると共に、一面的に於いては、刑罰の制裁を定めて居ることに於いては、刑法の範囲にも属する」⁶⁾と説明される。行政刑法が2種類の法的性格を併せ持つということが、行政刑法に内在する諸問題の出発点といってもよい⁷⁾。

美濃部博士は、行政刑罰が多用される状況について次のように述べられる。「各種の行政法規に於いて人民に或る義務を命じて居る場合には、多少の例外は有るにしても、通常は何等かの罰則をそれに附随せしめて居らぬものは無いと言つてよい程である」とされる。この「何等かの罰則」として、「過料」と

5) 樋口亮介『法人処罰』『ジュリスト』1348号69頁以下では、「法人処罰を将来に向かって考察する際の思考枠組みを明晰にするという観点からみると、美濃部は極めて有益な議論を行なっている」としてその論稿のはじめに美濃部博士の叙述を参照して検討されている。

6) 美濃部達吉『行政刑法概説』(昭和24年・1949年)序文。本書が日本における行政刑法に関する最初のモノグラフィーである。

7) 福田平『行政刑法〔新版〕』(昭和53年・1978年)1頁は、「行政上の目的を実現するために、行政法規において、国民に対して種々の命令・禁止をなし、これに従うべき義務を課するばあい、その義務の履行を担保して行政法規の実効性を確保するために、その義務違反に対して一定の制裁を科しようという罰則が規定されている…行政罰のうち、とくに刑法に刑名のある罰(行政刑罰)に関する法規を行政刑法(狭義の行政刑法と称する)」と定義される。このほかに八木胖『行政刑法』『刑事法講座第一巻』(昭和27年・1962年)1頁は、「行政目的の實効を確保するために、その違反に対して罰則を規定している」ものとしている。藤木英雄『行政刑法』(昭和51年・1976年)1頁、など。さらに西田典之『行政刑法について』(http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/mtng_2nd/material_2-1.pdf)は、「行政刑法とは、行政法規における義務の履行を確保するため、当該義務違反に対して「刑罰」という制裁を科するもの」と定義されている。宇賀克也『行政上の義務違反に対する「制裁」』(http://www8.cao.go.jp/chosei/dokkin/kaisaijokyo/mtng_2nd/material_2-2.pdf)は、「行政刑罰とは、行政上の義務違反に対する制裁として科される刑罰、すなわち、死刑、懲役、禁錮、罰金、拘留、科料、没収(刑法9条)を科す制裁である」と定義される。

「刑罰」の2種類の制裁をまず列挙し、さらに、その性質上の分類においては、刑罰を2つに分類して、あわせて3種類の罰則に分類される。すなわち、この2種類の刑罰が「刑事犯 (Kriminaldelikt, Verbrechen)」と「(實質上の) 行政犯 (Verwaltungsdelikt)」である。

2. 刑事犯・行政犯の区別

美濃部博士は、次のように述べている。まず、「行政法上の義務違反に對して刑罰の制裁を定めて居る場合には、刑罰に該當する行為は即ち刑法の意義における犯罪に外ならない」として「形式上にはこれを一般犯罪と區別すべき根據なく、單純な行政法上の義務違反に過ぎないものでも、苟も刑罰の制裁が科せられて居る以上は、法律上は一般の犯罪と全く同様に扱われる」とする⁸⁾

しかしながら、この両者については「形式上は等しく犯罪として、刑罰の制裁が科されて居るとしても、その犯罪たる所以が一に行政法上の命令又は禁止に違反したことに在る場合は、其の行為の性質において、明に一般の犯罪行為と區別せられねばならぬ」としている。これにより、行政法上の犯罪行為に対しては、「一般犯罪に關する理論はこれに適用することを得ないものが多い」として、形式上犯罪とされる行為も「刑事犯に該當するもの」と「實質上の行政犯に該當するもの」とを「區別せねばならぬ」と主張される。ここで注目すべきは、「法律の正文を以って形式的に兩者を區別して居るのではないから、兩者の間には判然たる境界線を劃し難く、時としては或る行為が行政犯又は刑事犯の何れに屬するかを明確に判斷し難い」と指摘される点である⁹⁾

博士は、行政犯と刑事犯を全く別物に分離するのではなく、ともに「刑法の意義における犯罪」であることを肯定しつつ、その一方で「行為の性質」において區別しなければならないとしている。すなわち、制裁の効果としての「刑罰」が同一であったとしても、その違反「行為の性質」が異なることを主張さ

8) 美濃部・前掲注(6)3頁。

9) 美濃部・前掲注(6)3頁。

れるのである。効果の同一性と行為の性質の同一性が連動しないことも主張しているのであって、制裁法における他の議論へも示唆を与える指摘であると考え¹⁰⁾ 刑事犯と行政犯の間には明確な「境界線」が無いことに着目していることも看過してはならない。刑法犯、行政犯に明確な境界線を引くことができないことを最初に示されたことは、歴史的に極めて重要であるといえる。また、一般的な犯罪行為と特別刑法違反の犯罪行為が、違法性や責任においても質が大きく異なる可能性を見つけることができる。この点については、次の刑法総則の適否に関して論じられている。

3. 刑法総則の適用と例外

美濃部博士は、「行政犯に對しても、法令が苟も刑に處すべきものと定めて居る限りは、過料を科すべき所爲とは異なり、法令の特別の規定ある場合の外、原則としては刑事犯と等しく刑法總則の適用を得くるものであることは、争を容るべき餘地は無い」と断言される。これは、行政犯においてもまた刑法8条の規定が原則として適用されることを認めているといえる。

しかしながら、博士は次のように続けて例外について説明される。すなわち「行政犯が其の性質に於いて著しく刑事犯と異なることは、前に述べた通りであるから、刑事犯に對して規定せられて居る刑法總則の定めを、無條件に其の儘行政犯に適用することが不條理であり不適當である」とされるのである¹¹⁾。それゆえに「法令は概ね行政犯に付いては刑法總則中の或る條項に付いてはこれを適用しないことを定めて居る」とする¹²⁾。

美濃部博士が、同条の「特別の規定」の解釈について、広範に例外を認める

10) 高橋則夫「これからの『制裁』の話をしよう」『理論刑法学の探求4』221頁は、「刑罰と行政制裁とが質的差異しかないとは断言することにはなお躊躇を覚えるのであり、依然として、刑罰の目的・機能と行政制裁の目的・機能の差異がどこにあり、両者を併用する場合に、その差異を克服できる正当性はどこにあるかなどがさらに検討されるべき課題」とされる。

11) 美濃部・前掲注(6)18頁。

見解を主張されたことは、刑法総論の議論においても広く取り上げられるところである。「單に法令に依る明示的な例外規定がある場合のみならず」「解釋上當然の條理と認むべき場合も亦特別の規定ある場合と等しく、其の適用を除外することが、條理上缺くべからざる必要である」とするのである。この代表的な見解に対しては否定的な見解が多数存在するが、この主張の根拠について注目されることは少ない。

総則規定の適用外を明文規定なく広く認める理由について美濃部博士は、次のように述べられる。「各種の行政法規、それぞれ主管官廳を異にし立法起草者を異にして居る結果、其の定め方は甚だしく不統一であつて、同じ性質の行政犯に付いても、或は明文を以つて刑法總則の或る條項を適用しない旨の例外規定を設けて居るものも有り、或は此の如き特別の明文規定を定めて居らぬものもある。殊に行政犯に對する罰則は、地方行政廳の命令を以つても定め得べく、而して地方廳の命令を以つて定められて居るものに至つては、其の不統一は一層甚だしい」とされるのである。行政犯に對する統一的な規定を欠いたまま放任されることにより、「同じ國法の下に於いて、同じ性質の行政犯に付き、或るものには刑法總則の規定が適用せられて、刑事犯と同一に律せられ、或るものには其の適用が除かれて、刑事犯とは區別して律せらるる」ことになり、「その結果の不合理であることは、言ふまでもない」と主張されるのである¹³⁾

12) 美濃部博士は、本来的な刑事犯についての特徴を次の7点列挙される。すなわち、美濃部・前掲注(6)11頁は、「(1)その犯罪行為に因り處罰せらるべき責任者は、其の犯罪に該當する行為をした者自身でなければならぬ」、「(2)其の罪責を負うべき者は行為の善惡を辨別する精神能力を有する者でなければならぬから、法律は心神喪失者及び十四歳に滿たざる者の行為は、罰しない」、「(3)又其の責任者は自然人に限り、刑事犯に關して全然犯罪能力は有しない」、「(4)若し二人以上が共同に其の犯罪に該當する行為を爲した場合には、共同行為者は何れも正犯として各自獨立に其の責任を負わねばならず」、「(5)これを教唆し又は幫助した者は共犯者としての罪責を負ふ」、「(6)又犯人の身分に因り構成すべき犯罪行為を加担したときは、其の身分の無い者でも共犯者としての罪責を負わねばならぬ」、「(7)刑事犯の成立する爲めには、又行為者が故意にこれを爲した場合であることを要する。」という部分が刑法犯特有の部分であり、行政犯においても全く同様に扱うことに疑問を呈せられている。

13) 美濃部・前掲注(6)19頁。

このように、「特別の規定」について明文規定不要説に立脚される理由は、刑事犯と行政犯の性質の違いのみならず、明文規定の有無の不統一による弊害を強調されるのである。これは、秩序罰と行政犯の統一総則の立法の必要性を唱えられたことに結びつく¹⁴⁾。

4. 秩序罰の「過料」と行政犯の「刑罰」の関係

美濃部博士は、秩序罰である「過料」について行政刑法との関係で言及されている。すなわち、秩序罰とは、行政法規違反に対する罰則の定めとして「其の制裁として金銭罰を科し、而もこれを刑法上に定むる罰金又は科料と區別する爲めに、特に『過料』と稱し、以つて刑法總則及び刑事訴訟法の適用の無いことを明示して居るもの」と定義される。

美濃部博士は、「秩序罰としての過料と刑法の適用ある刑罰との間には、性質上の區別が有るのではなく、両者は單に形式上の區別たるに止まる。」「而も同一の性質の罰則の適用に關しては、同一の原則に従ふべきことを當然と爲すのであるから、法律が刑を科すべきものと定めている所爲であつても、若しそれが性質上過料を科すべき所爲と等しく、單純な公法上の義務違反であり行政犯に該當すべきものであるならば、無條件に刑法總則の規定を適用すべきものでなく、寧ろ過料を科すべき所爲と同一の原則に依ることを正常と爲さねばならぬ」としている¹⁵⁾。注意しなければならないのは、この主張は、あくまでも例外的であつて、例えば行政犯における故意の議論においても、原則としては故意を要求することが述べられている。すなわち、「行政犯に付いても原則としては犯意が無ければ犯罪を構成しないもので、それは刑法（八條）の規定から言つても當然である」とし、さらに「殊に法令が法定の責任者を定めず、廣

14) 団藤重光『法学の基礎 [第二版]』(平成19年・2007年)133頁は、行政刑法について「固有の刑法とは區別された領域として、刑罰体系じたいも別個のものが構想されるべき」であると指摘される。

15) 美濃部博士は、刑罰だけでなく過料においても「科す」という語を用いているので、そのまま引用する。

く一般人に対して或る事を命令し又は禁止して居る場合には、概して言つて、故意に其の命令又は禁止に違反することに依つて、犯罪が成立するものと爲さねばならぬ」とまで言及しているのである。

行政犯の中にも過料と同一の性質の罰則を課すべきものである場合は、刑法総則の規定が当然に排除されるというのが、美濃部博士の結論ではあるが、その一方では一般人に対する命令・禁止に対する行政犯については、原則として故意であることを要求する立場¹⁶⁾を採られている¹⁷⁾。

5. 考察

美濃部達吉博士の見解を参照して、以下のようなことが判明した。美濃部博士は、行政制裁に関して、刑事犯と行政犯、過料のそれぞれの異同を検討され、行政刑法特有の特徴を明確に示されていたということである。原則と例外を丁

16) 本稿では、故意と過失についての議論は避けるが、故意犯処罰の原則に対して、法令が「特定の業務に従事する者又は或る特別の地位に有る者に對して、法令違反の状態を発生せしめないやうに注意すべき義務を負はしめて居る場合には…注意義務の懈怠に因り法令違反の状態が発生すれば、犯意なくとも處罰する趣意であると解さねばならぬ」とされ、刑法8条の特別の明文規定がなくとも、過失犯として処罰できる例外の条件を述べている。

17) 行政刑法・特別刑法における過失犯処罰に対する明文規定の要否については、学説において次のように見解を分類していた。すなわち、①明文規定必要説、②明文規定不要説と2つに大きく分けた上で、②明文規定不要説は、②(a)当然不要説（または当然処罰説）と②(b)法趣旨必要説（または趣旨確認説）に分類されていた。しかしながら、美濃部博士の所説をはじめ、一見当然不要説と思われる見解のほとんどが何等かの「法趣旨」を要求するものであり、その限界線を引くことは難しい。明文規定不要説はほぼ(b)法趣旨必要説であり、当然不要説は僅かに存在する限りである。（たとえば、小野清一郎『新訂刑法講義總論』147頁ほか。）判例も、②(a)については、大審院昭和12年3月31日決定は、「国防並二軍機保護ノ必要上」「其ノ取締ヲ要スル」という理由から「不注意」を「故意」と同視して処罰しているものとして列举される。たしかに、②(b)の要求する「法趣旨の確認」と同様とはいえないまでも、同判例も「法意」を強調する点では、法の趣旨を無視して過失犯を認めているわけではない。最高裁昭和57年4月2日決定も「船舶の油による海水の汚濁の防止に関する法律三六条、五条一項は過失犯をも処罰する趣旨」であることを認めている（『最高裁刑事裁判例集36巻4号503頁』）。同判例について、団藤重光『刑法綱要総論第三版』（平成2年・1990年）336頁は、「規定の文面からも故意・過失を問わない趣旨が十分に窺われるから、立法趣旨に照らして、判旨は支持されるべきもの」とされる。なお、団藤博士は同頁において、明文規定なく過失犯を認めることについて「絶無ではなからう」としつつも、「行政的な取締目的を理由として簡単にこれを認めることが許されないのは、もちろんである」とされる。

寧に示し、例外についてもその範囲を明らかにしている。例えば、行政犯は、刑法総則の規定が適用されることを原則としつつも、行政犯規定の不統一性という理由から例外を広く認める見解に至ったのである。しかし、その例外の範囲については、当該行政法規の法目的や趣旨から制約が生じるものであり、無制限ではないという主張であった。

ここで特に注目すべきは、行政犯・秩序犯の規定形式が不統一であることに着目をされていた点である。単に、法の趣旨だけから導くのではなく、他法において規定されている可能性にも言及されている。この不統一の問題について美濃部博士は、統一の総則規定や法律の「立法」が急務と主張された。この主張は実現されていないが、ドイツ法においてはその後、統一法典が立法されたのである。このように考えてみると、今後の行政刑法研究においては、行政罰の統一法典であるドイツ秩序違反法の研究が不可欠といえることができる。

そこで、本稿の後半では、ドイツ秩序違反法を題材として、犯罪行為と秩序違反行為のドイツにおける取り扱いを紹介する。

Ⅲ. 行政刑法の特殊性と問題点

行政刑法は、既に紹介した美濃部博士の示すとおり、刑罰規定が行政法規の一部として存在するという面から行政法の性格と外観を有し、それとともに刑法に刑名のある刑罰を用いるために刑法の原則が適用されて刑法の性格も有している¹⁸⁾。つまり、行政刑法は、この2つの性格が「理念的に競合」する特殊な法領域と考えられるのである¹⁹⁾。

この行政刑法の特殊性から、3つの大きな特徴を導き出すことができる。す

18) 美濃部・前掲注(6)序。

19) 小野清一郎「美濃部達吉著『行政刑法概論』『國家學會雜誌』53巻8号(昭和14年・1939年)106頁は、「行政的刑罰法規が其の性質上行政法的性格と刑法的性格とを混じて居り、兩者の理念的競合によつて其の具體的本質の把握が困難にされてゐる」とされる。団藤・前掲注(17)68頁は、「刑法全体としてみても、社会生活の複雑化・技術化にともなつて、これに対処するためにいちじるしく技術化の傾向が見られる」とし、「これを刑法の行政刑法化の現象といつてもよい」とされる。

なわち、それは、(1)あらゆる行政法規の中に刑罰法規が規定されるので、常にその刑罰法規の解釈が、規定されている行政法規またはその法目的に影響されるのである。また、(2)2つの法領域の性格が理念的に競合するゆえに、2つの法領域の法原則や理論が同時に適用されうる特殊領域ということになる。そして、(3)行政刑法は、行政目的達成のための強制的な手段として認められており、本来の行政制裁の過料とは別の性質を有する強力な制裁という位置づけがなされている。この大きな3つの特徴は、同時に、3つの問題点と言い換えることができるのである。そこで、以下では、3つの特徴から生じる(1)(2)(3)の問題点を挙げる。

1. 刑法の解釈が行政法規の解釈に依存又は従属する問題

行政刑法であっても、刑法に刑名のある刑罰が規定されている以上は、その法解釈は厳格にしなければならない。しかしながら、犯罪構成要件の大部分は、行政法規上に規定されているために、その解釈は必然的に、当該行政法規の概念や解釈そして法目的に依存し、一定の拘束を受けることになる。このような状態は、行政刑法という性質上、当然のように思われるが、厳格な解釈、謙抑主義、罪刑法定主義を根幹とする刑法が、迅速かつ柔軟な運用を必要とする行政法解釈にどこまで依存することが許されるかについては、限界領域において極めて重要な問題を生じさせるのである。後に紹介するドイツにおける「刑法の行政従属性」の議論が、まさにこの問題であり、わが国と同様の問題状況が生じている。

2. 2つの法領域の原則が交錯・抵触する問題

行政刑法は、2つの法領域の性格が理念的に競合するゆえに、2種類の法原則が適用される結果、2つの法領域の諸原則が競合するという事態を招来するのである。刑法においては、罪刑法定主義の原則と適正手続の保障という憲法上の要請から、当然に、実体的な真実に従って犯罪の成立要件を判断しなければ

ばならない。行政刑法においては、行為者が行政法規や行政処分に違反したことが要件となるが、当然にそれは適法な行政処分に違反することが前提となる。しかしながら、行政法理論においては、たとえ行政処分が違法であっても、それが抗告訴訟によって取消されない限り、有効性が否定されないとする「公定力」という概念が認められる。この公定力が行政刑法にも及ぶとなれば、違法な行政処分に従わなかった行為について、行政処分違反罪が成立する可能性があるという問題が生じるのである²⁰⁾

さらに、行政法理論においては「行政指導」という非公式な行政活動形式が広く承認されている。行政指導は、非公式であるがゆえに、法的拘束力を有しないが、その反面において、その柔軟さが迅速さと相俟って、行政機関の意思伝達手段の一種として多用されている。行政刑法の解釈においても、この多用される「行政指導」が、行政刑法の解釈と成立要件に影響を及ぼす可能性がある。すなわち、行政指導という行政機関の意思表示に行為者が従った結果、他の行政法規違反罪となる可能性があるからである。もし、公式で法律上の行政行為に従ったのであれば、法令行為ないしそれに準ずる正当行為として刑法35条によって正当化されて保護され得るが、行政指導の場合はこれを直接的に適用することができない。したがって、行政機関の意思に従った行為者は、行政法規違反罪に科せられる可能性が生じるのである²¹⁾

3. 犯罪行為と秩序違反行為の重なり合いの問題

行政刑罰は、行政秩序罰の過料とは別の性質のものと認められているために、犯罪行為と秩序違反行為が重なる場合や過料と刑罰の両方が適用される「混

20) 公定力が刑法上の違法性に及ぼす影響についての詳細については、拙稿「行政刑法と行政行為の公定力」『法学研究論集（明治大学大学院）』25号（平成18年・2006年）57頁以下参照。

21) 行政指導が刑法上の違法性に及ぼす影響についての詳細については、拙稿「行政指導と刑法上の違法性」『法学研究論集（明治大学大学院）』26号（平成19年・2007年）55頁以下参照。

合制裁」の状況が生じる可能性がある。この問題は、既に美濃部博士の所説においても明らかなように、刑事犯、行政犯、秩序罰（過料）の三者の区別が、行政刑法概念の認められた当初より議論されてきた。さらにいえば、行政刑法概念の母国であるドイツ法においても、この区別の議論が行われてきたのである。

そこで、これら3つの諸問題について、ドイツ法における議論を紹介し、とくに本稿では、(3)犯罪行為と秩序違反行為の重なり合いを中心にドイツ法を参照したい。まず、その前提として、比較法研究の対象として何故ドイツ法を参照するかについて述べることにする。

Ⅳ. ドイツ法における議論状況

1. 比較法対象としてのドイツ法

わが国の行政刑法の研究は、行政刑法の父と呼ばれるゴールドシュミットの行政刑法理論²²⁾を参考にしたことにはじまる。それ以来、行政刑法研究は、ドイツとの比較によって行われてきた。なぜならば、わが国の刑法研究も行政法研究も、ともにドイツ法理論の影響を大きく受けていたからである。そのために、従来は、環境刑法や経済刑法の研究においては、特にドイツにおける法制度を比較法対象として取り扱われることが多かったのである。

行政刑法の母国ドイツ法では、今や行政刑法理論を立法という形で発展させ、行政秩序罰である「過料」の統一法典『秩序違反法』を立法した。秩序違反法は、刑法上の違警罪と軽罪の一部を吸収して、改正を何度も施しながら今日に至っている。すなわち、行政刑法の性質について比較法研究する場合には、ドイツ秩序違反法が極めて有益な対象となるのである。

22) James Paul Goldschmidt, *Begriff und Aufgabe eines Verwaltungsstrafrechts*, 1902, S. 26. ゴルドシュミットの行政刑法論の研究としては、須貝脩一「ゴルドシュミットの行政犯理論（一）」『法學論叢』40巻1号（昭和14年・1939年）89頁以下、同・「ゴルドシュミットの行政犯理論（二）」『法學論叢』40巻3号（昭和14年・1939年）422頁以下。

2. ドイツ法における問題状況

日本法における行政刑法の問題点については、Ⅲで述べたとおり、大きく3つ存在する。そこで、その3つの問題に対応して存在するドイツ法の議論状況を説明する。

まず、(1)刑法の解釈が行政法規の解釈に依存又は従属する問題については、ドイツ法において「刑法の行政従属性」として明確な議論がなされている。すなわち、刑法がどのような形で行政法ないし行政領域に依存しているのかを、3種類の行政従属性のカテゴリーに分けて分類しているのである。

(2)2つの法領域の原則が交錯・抵触する問題については、①公定力との関係と②行政指導との関係を列挙したが、①公定力との関係については、上記(1)の中の「刑法の行政行為従属性」というカテゴリーにおいて「構成要件作用」との関係で議論されている。また、②行政指導については、日本特有の概念ではあったが、ドイツにおいても「インフォーマルな行政活動」という形で議論が展開され、刑事法との関係が僅かながら研究されはじめている。

(3)犯罪行為と秩序違反行為の重なり合いの問題については、ドイツ法においては、秩序違反法の立法によりほとんど解消しているので、秩序違反法がどのようなシステムを採用しているかについての分析が肝要となる。すなわち、美濃部博士の所説にあるように、日本法における行政刑法は、規定されている法律によって不統一であるという問題が存在する。博士の理想とされている行政犯統一法典を立法によって現実のものとしたドイツにおいては、どのような手法が採られ、またどのような問題が存在しているのかについて検討することが急務と考える。

このように日本法における行政刑法の問題は、ドイツ法においても対応している議論が存在している。本稿では、犯罪行為と秩序違反行為の重なり合いの問題について中心に取り扱うが、行政刑法全体の問題として(1)(2)ともに非常に重要であるので、それぞれのドイツ法における議論状況をまず簡単に紹介しておく。

3. 刑法の行政従属性の問題²³⁾

「刑法の行政従属性」とは、解釈において刑法が行政法に依存ないし従属する関係性を示す概念である。ドイツにおいては、特に環境刑法への刑法典の編入のための第18刑法改正法の登場によって、「刑法典の行政従属性」に注目が集まったとされている²⁴⁾。なぜならば、それらの構成要件のほとんどが「行政従属的」であったからである。例えば「権限なく²⁵⁾」「必要な許可なく」「行政法上の義務に違反して」「禁止に背いて」といった行政法上の内容を前提とする犯罪構成要件メルクマールが多く改正法に含まれていたのである²⁶⁾。

そこでドイツ法においては、刑法が行政法に依存しているということを「刑法の行政従属性」という用語を用いて説明するようになった。行政従属性はその内容によって、次の3つにカテゴリーに分類される。

- ① 「概念的従属性」は、刑罰法規に存在する用語が、行政法上で使用されている概念に従属するという関係である。ここでいう「概念」は、法規上に表現される概念を意味し、正確に表現すれば、用語で示される概念のことである。
- ② 「行政法従属性」は、行政法における「法規」に刑法が従属する関係であり、当該規定とは別の行政規定の違反が刑法上の可罰性の要件になっている状態を示す。たとえば、これは、「～の規定に反するときは…処する」と規定する場合である。刑罰法規において前提となる行政法規が参照引用されている場合も、行政法従属性にあたる。
- ③ 「行政行為従属性」は、行政機関の命令・禁止や許認可という行政行為

23) この議論の詳細については、拙稿「刑法と行政法の依存関係とその問題点」『法学研究論集（明治大学大学院）』29号（平成18年・2006年）101頁以下参照。

24) 伊東研祐「ドイツ連邦共和国における環境刑法の成立と展開」『環境刑法研究序説』（平成15年・2003年）107頁以下。

25) ここではとりあえず「権限なく」と訳出するが、行政法規の規定内容から「資格なく」と訳出することも可能である。交告尚史「環境刑法の行政従属性」『刑法雑誌』32巻2号（平成3年・1991年）1226頁注(2)を参照。

26) Wolfgang Winkelbauer, Zum Verwaltungsakzessorietät des Umweltstrafrechts, 1985, S. 521. f.

が刑法規定の可罰性の要件になっている関係である。たとえば、「行政法上の義務に反して」や「権限なしに」、「命令に反して」と規定される場合である。これは、行政機関が行う命令や禁止に反する行為や許可を与えられていない行為を処罰する規定が、行政行為従属性を有する規定といえることができる。行政行為従属性については、行政法従属性と同様に、基本法 103 条 2 項、104 条 1 項からの問題点が存在する²⁷⁾

行政行為従属性の詳細については、次の 4. 両法領域の原則が抵触する問題 (1) で取り上げることとする。

4. 両法領域の原則が抵触する問題

ここで問題となるのは、2つの法領域の原則が抵触する部分である。すなわち、ドイツ法においては日本法と同様に、ドイツ行政法が有する構成要件作用との関係で、行政行為従属性が問題となる。日本法においては、行政行為の「公定力」が行政刑法に対して及ぶとするのが学説の多数説であり、また判例の多くも肯定していると考えられている²⁸⁾。それでは、ドイツ法においては、この問題はどのように考えられているかについて以下において分析を行う。

27) Kristian Kühl, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrecht—insbesondere im Umweltstrafrecht, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, 1987, S. 820. f. なお, Kühl の同論文は要約として, 小田直樹「環境刑法—行政行為従属性を中心として (六)」『警察研究』62 巻 1 号 (平成 3 年・1991 年) 67 頁以下がある。

28) 肯定的な判例として, 建築基準法違反被告事件 (大阪地判昭和 39 年 7 月 29 日)『下級裁判所刑事判例集』6 巻 7・8 号 (昭和 39 年・1964 年) 883 頁, 道路交通法違反被告事件 (最判昭和 63 年 10 月 28 日),『最高裁判所刑事判例集』42 巻 8 号 (昭和 63 年・1988 年) 1239 頁, 関税法違反被告事件 (最決昭和 45 年 10 月 22 日)『最高裁判所刑事判例集』24 巻 11 号 (昭和 45 年・1970 年) 1516 頁以下がある。否定的な判例として風俗営業等取締法違反被告事件 (最判昭和 53 年 6 月 16 日)『最高裁判所刑事判例集』32 巻 4 号 (昭和 53 年・1978 年) 605 頁がある。

判例の詳細については, 拙稿・前掲注 20 101 頁以下参照。さらに, 島田聡一郎「行政行為と刑事罰」『行政判例百選 I 〔第 5 版〕』(平成 18 年・2006 年) 137 頁参照。

(1) 刑法の行政行為従属性²⁹⁾

行政行為従属性の定義的な意味については、行政従属性の項目で既に説明した通りである。行政行為が刑法規定の可罰性の要件となっている場合、その違反行為の法益侵害性判断に前置して、命令や許認可といった行政行為の適法性・有効性の判断が行われることになる。すなわち、行為の刑法上の違法性判断よりも前に、行政機関による行政行為が行政法上において法適合的であったかどうかという適法性・有効性の判断がなされるのである。

(a) 構成要件作用

日本法においては、公定力が取消訴訟の排他的管轄によって消極的に認められているのに対して、ドイツ法においては、行政法上の明文により「行政行為の有効性原則」(Prinzip von der Wirksamkeit fehlerhafter Verfügungen)を規定する³⁰⁾。行政手続法 43 条の 1 項は、行政行為は特定人又はその関係人に対して与えられた「その時点より有効である」と規定する。そして、43 条 2 項において、当該行政行為は、取消、撤回、その他の方法により廃止等で「解消されない限りは、有効性が存続する」と規定するのである。行政行為は、行政機関が行った時点で瑕疵があっても当然に効力が生じるのであり、それを否定するには別の手続きによってその効果を覆す判断を経なければならない³¹⁾。

これにより、行政行為は、日本法においてもドイツ法においても、違法性と有効性の点から次の 3 つに分類することができるのである。すなわち、①(違法で)無効な行政行為、②違法であるが有効な行政行為、③適法・有効な行政

29) この議論の詳細については、拙稿「行政刑法における許認可とその問題点」『法学研究論集(明治大学大学院)』30号(平成21年・2009年)19頁以下参照。

30) Ulli F. H. Rühl, Grundfragen der Verwaltungsakzessorität, Juristische Schulung, 1999, Heft. 6., S. 523. は、構成要件作用は、行政行為の一般的(内在的な)特性としても一般的に承認せられているとする。Karl Kormann, Beziehungen zwischen Justiz und Verwaltung, Jahrbuch öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band 7, 1913, S. 13. f. 1913年のKarl Kormannによる司法と行政の関係についての論文において、国家行為が事実として作用する「構成要件作用(Tatbestandswirkung)」がはじめて定義づけられた。

31) Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, Aufl. 17, 2008, S. 237. f.

行為である³²⁾。この中で特に、行政刑法の領域において問題となるのが、②「違法であるが有効な行政行為」である。なぜならば、行政行為が行政法上は違法であっても効力を有していた場合は、行政行為は行為者に対して有効なのであるから、行為者の行為が法秩序からは認められるにもかかわらず、当該規定には違反しているという極めて複雑な事態が生ずるからである。この場合において、行政処分違反罪が成立するの否かという問題になるのである。

(b) 行政刑法上の効果に関する学説

それでは、行政法上瑕疵ある行為の行政刑法上の効果は、どのように考えればよいだろうか。ここでは問題状況の解明に必要な範囲に止めるので、ドイツ法における詳細な学説状況については、別の文献を参照されたい³³⁾。

有効な瑕疵ある行政行為の取扱いに関しては、行政不服従に対する科刑という観点とそれに対する国家的な秩序体系の保護の観点から、違法な行政行為に対して刑法的制裁を認める見解が多数的であるとされる³⁴⁾。法益の重大性や危殆化の限界を確定することが困難であることから、行為の危険性について行為者の個人的判断を禁止し、専門行政機関の判断への服従を要求することが、法益保護に資するとされるのである³⁵⁾。

しかし、この見解に対しては、刑法上の視点から純粹に判断すべきであるという考え³⁶⁾も有力に存在するのである。見解は次の3つに纏められる。

すなわち、①刑事裁判官は「刑法規範の法益」との関係から行政行為の違法

32) 違法な行政行為の中でも、下命や負担といった「不利益的な行政行為」と許可や認可といった「助成的な行政行為」に分ける場合が多い。Rühl (o. Fn 30), S. 525. f. usw. は、刑法の司法審査権が行政判断から独立するという見解から特に前者が問題となると主張する。

33) 拙稿・前掲注2060頁以下参照。

34) Schönke/Schröder/Cramer/Heine Lenckner, Strafgesetzbuch Kommentar, 27. Aufl., 2006, S. 2646.

35) Rühl (o. Fn 30), S. 523.

36) Hans-Joachim Rudolph, Primat des Strafrechts im Umweltschutzrecht, NSZ 1984, S. 193. f. は、行政行為従属性の存在自体に批判的である。Rühl (o. Fn 26), S. 523. f. は、行政行為従属性は、法秩序の統一性原理からは説明し得ないとする。

性を考えるべきとして従属性を否定する見解³⁷⁾ ②行政法上において適法性が確定されることを要求する見解³⁸⁾ ③行政行為の適法性を記述されない構成要件メルクマールと解し、刑法独自の立場から「行政法上適法な行政行為」にのみ従属すべきであるとする見解³⁹⁾ などが存在する。

上記の他にも犯罪不成立ないし不処罰とすべき見解はあるが⁴⁰⁾ ドイツ法においても日本法と同様に、行政刑法違反罪が成立する見解が多数的であるとしている。

この問題について、私は次のように考える。すなわち、刑罰法規が行政法規内に規定されている以上は、刑法の解釈においても行政法の趣旨、当該法目的が最大限に考慮されるべきであると考ええる。しかしながら、違法な行政行為の効力が存続することによって、刑法上の違法性が確定されることは、罪刑法定主義の原則と適正手続きの保障が要求される刑事法の原則に反して認められないものと考ええる。行為者の行為が法秩序の観点から適法に行われた場合は、行政機関の瑕疵ある判断を経たからといって、刑法上の違法性を肯定すべきではないからである。したがって、瑕疵ある行政行為の公定力によって、刑法上の違法性が認められるような場合については、違法性が阻却されるを考える。

37) Kristian Kühl, Probleme der Verwaltungsakzessorietät des Strafrecht—insbesondere im Umweltstrafrecht, Festschrift für Karl Lackner zum 70. Geburtstag am 18. Februar 1987, S. 846. はさらに、行政行為違反という不服従のみを理由として処罰するのであれば、秩序違反規定を超える刑罰を用いることが説明できないのであって、環境刑法の場合は、違反をした具体的な行政行為が環境保護に適うものであるかどうかが重要であり、刑事裁判官は行政行為をこの視点で審査しなければならないとしている。

38) OLG Frankfurt, Beschl. v. 26. 10. 1966, NJW 1967, Heft 6. 262. f. この考え方は、その時点から破棄する考え方を準用して構成要件を阻却する結論を採用する。

39) Yanicki, Keine Strafbarkeit von Verkehrsverstößen gegen “rechtswidrige” Anordnungen, Juristenzeitung 1968, Nr. 3, S. 94. f. ほかの理由として、適法な行政行為上の可罰性が法治国家の原理や基本法 103 条から導かれること、違法な行政行為に対して効果排除要求を導き出そうとすること等がある。

40) Schönke/Schröder/Lenckner (o. Fn 34) S. 635. f. ほかは、行政行為が適法性の推定を覆す程度の違法である場合、瑕疵ある行政行為に対する違反行為が刑法上の法益を侵害していない場合や不服従における行為の無価値が行政機関の決定によって消滅する場合には、例外的に刑罰阻却事由になるとする。

(2) インフォーマルな行政活動 (informelles Verwaltungshandeln)⁴¹⁾

行政法においては、日本特有の「行政指導」が広く行われ、行政機関の迅速かつ円滑な行政運営に絶大な効果を発揮している。その反面、行政指導に従ったことにより他の行政法規違反罪に抵触する事態も生じうるのである。石油カルテル事件⁴²⁾などがその代表例であるが、このような場合について日本法では、違法性阻却の可能性を認める見解もあるが、責任阻却または犯罪が成立して違法性を肯定させる見解が多数的となっている。これに対してドイツ法においては、どのように考えられているかについて以下で検討する。

(a) 「インフォーマルな行政活動」の概念

厳格な法形式主義を採用し、法治主義の貫徹を特徴とするドイツ法においても、日本法における行政指導と同様に、高度に複雑化した社会と価値の変動に対応するために、行政機関は柔軟な運用による現代的変容が迫られ、1980年代初めにインフォーマルな行政活動と呼ばれる形式のものが認められるようになった⁴³⁾。この活動は、①伝統的な法形式によらない活動であり、②行為としては法律上拘束されない事実上の行為として取り扱われ、③行政決定やその手続きの前またはその代わりとして行われるもの⁴⁴⁾とされている⁴⁵⁾。

41) インフォーマルな行政活動が刑事法へ及ぼす影響の詳細については、拙稿「インフォーマルな行政活動と刑法上の違法性」『法学研究論集 (明治大学大学院)』31号 (平成21年・2009年) 1頁以下参照。

42) 石油価格協定事件上告審 (最判昭和59年2月24日)『最高裁判所裁判例集』38巻4号1287頁以下。

43) Renate Mainz, *Soziologie der öffentlichen Verwaltung*, 3. Aufl., 1986. ヴィンフリート・プローム (講演) / 大橋洋一 (訳)「講演・インフォーマルな行政活動」『法政研究』60巻3・4号 (平成7年・1995年) 90頁。ここで同教授は、ドイツにおいて1980年代に行政指導概念が日本より紹介されたことに注目している。日本の行政指導をドイツに紹介したものとして、例えば、Tokiyasu Fujita, *Streitvermeidung und Streiterledigung durch informelles Verwaltungshandeln in Japan*, NVwZ 1994, S. 123. f. usw. がある。

44) Fritz Ossenbül, *Informelles Hoheitshandeln im Gesundheits- und Umweltschutz*, *Jahrbuch des Umwelt- und Technikrechts* 1987, S. 18. オッセンビュールはインフォーマルな行政活動を「従来の法律上形式化された行政活動形式に分類されることのない、全ての行政活動」と定義し、現在では、このように広義に捉える見解が一般的になっている。Hartmut Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Aufl. 17, 2008, S. 28. f.

このようにインフォーマルな行政活動が多用される理由としては、次のようなインフォーマルな行政活動の特殊性が挙げられる。すなわち、①法的非拘束性⁴⁶⁾、②負担軽減作用⁴⁷⁾、③情報提供作用⁴⁸⁾である。これらの中でも特に重要なのが、③情報提供作用である。高度に複雑化した社会においては、私人である行為者は、特別法等が規制する「法律の氾濫」により、常に行政に対する情報・知識を必要としている。インフォーマルな行政活動は、双方が法的に非拘束的であるために、情報提供を受けやすい関係が形成されるのである。このようにインフォーマルな行政活動は、日本法における行政指導概念等と酷似するものであり、またその有用性についても日本法と同様であることから、比較検討において重要な意義を有するといえる。⁴⁹⁾

(b) インフォーマルな行政活動としての積極的黙認行為⁵⁰⁾

インフォーマルな行政活動が刑法に影響を及ぼすものとしてドイツ法において特に問題になっているのは、行政機関によって積極的黙認をされていた行為

45) Nicolai Dose, *Kooperatives Recht*, DV 1994, S. 91. f. 広義説への批判については、カール＝ハインツ・ラデアア/ドイツ行政法理論研究会 (訳) 「行政行為の将来－行為形式論は『インフォーマルな行政活動』の興隆から学習できるか?」『法政研究』66巻3号(平成12年・2000年)288頁も参照。インフォーマルな行政活動には、①警告(Warnung)、②推奨(Empfehlung)、③申し合わせ(Absprache)・協定(Agreement)、そして黙認行為であり、黙認はその性質により、④受動的黙認(passive Duldung)と⑤積極的黙認(aktive Duldung)の5種類のインフォーマルな行政活動が代表的であるとされる。本稿で取り扱う行政機関による黙認行為は、黙認に従った行為者の違法性が問題となる。

46) Maurer (o. Fn 44), S. 420.

47) Maurer (o. Fn 44), S. 420., ; Eberhard Bohne, *Der informale Rechtsstaat*, 1980, S. 75.; Martin Keller, *Haftungsprobleme bei informelle Verwaltungshandeln*, 2003, S. 217. 藤田宙靖「行政指導の法的位置付けに関する一試論」『行政法学の現状分析』(平成3年・1991年)173頁も、行政側と私人の間の「相互依存関係の中で事案が処理が図られることになる」点に注目が必要とされる。さらに同185頁は、インフォーマルな行政活動と行政指導を「紛争回避文化」の法原理」と称される。

48) Hans D. Jaarass, *Effektiverung des Umweltschtes gegenüber bestehenden Anlagen*, DVBl. 1985, S. 194. この点に注目するものとして、高橋正徳「西ドイツにおける『インフォーマルな行政作用』の法的統制」『法學會雑誌』38巻1号(平成2年・1990年)165頁。ここでは、法的不安定の除去の理由から情報提供作用が説明される。

49) わが国における行政指導は、行政手続法2条6号の定義規定により範囲が限定されている。

が刑法上の罪に問われた場合である。ドイツ法の通説的見解によると、「単なる黙認」または「受動的黙認」は、単なる不作為に過ぎないとして、刑法上は原則として、黙認された行為の構成要件該当性や違法性を阻却しないのである⁵¹⁾。これに対して、積極的黙認は、黙認した行為の違法性阻却の可否が正面から問題となるとされる⁵²⁾。

この「積極的黙認」の要件としては、①要求的な許認可を欠いた違法な状況の「行政機関の認識」、または要求的な許認可を欠いている違法な行動に対する行政機関の「認識」を有し、②行政機関は①の認識を得ながらも違法な状況に対して「不介入の決定」をし、⁵³⁾ ③不介入の決定により生じた秩序法上重大な状況を暫定的に「甘受」している3点が要求されるとしている⁵⁴⁾。

ドイツ法においては、これら要件を満たした行政機関の積極的黙認に従った行為に対しては、正当化作用を認める考え方が近時の多数的見解となっている⁵⁵⁾。ただし、その正当化根拠は異なっている。すなわち、④関係領域の利益衡量をする行政機関の判断事項は優越的利益によって護るべきとする見解⁵⁶⁾、

50) ドイツ法における積極的黙認行為の詳細については、拙稿「ドイツにおける行政機関による黙認行為と刑法の行政従属性」『法学研究論集(明治大学大学院)』32号(平成22年・2010年)39頁以下参照。

51) Klaus Rogall, Die Duldung im Umweltstrafrecht, NJW1995, Heft 14, S. 923; Kristian Kühl, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Aufl. 5, 2005, S. 294. は、違法な行為又は違法な状況に対する意識された不干渉と黙認を理解している。Schönke/Schröder/Cramer/Heine(o. Fn 35), S. 2649. も、行政機関の単なる黙認は、一般的に、構成要件ないし違法性を阻却しないとしている。Rogall(o. Fn 51), S. 923. f.; BGHSt 37, 21 (28), vgl. NJW 1990, S. 2477. はその理由として、受動的黙認は、違法状態の放置という行政機関の責任の問題を生じさせるとしても、行為者の行為を許容するまでには至らないからとする。

52) Dieter Gentzcke, Informales Verwaltungshandeln und Umweltstrafrecht, 1990, S. 127. f.; Rogall(o. Fn 51), S. 923. f.; Kühl(o. Fn 51), S. 295. 従来は責任(禁止の錯誤)ないしは刑罰の量刑(刑の軽減)の範囲で黙認の議論が行われていた。しかしながら、実務上において、インフォーマルな行政活動が特別な意義を有し、法律上の問題となったことによって、どのような場合の(積極的)黙認の場合に、正当化作用ないしは認可類似作用を認めるべきかという議論になったのである。

53) Hans Dahs/Kay Artur Pape, Die Behördliche Duldung als Rechtfertigungsgrund im Gewässerstrafrecht, NSTz 1988, Heft. 9, S. 395; Rogall(o. Fn 51), S. 923; Gentzcke(o. Fn 52), S. 22.

54) Rogall(o. Fn 51), S. 923; Gentzcke(o. Fn 52), S. 23.

⑥法執行機関が容認した行動は法秩序内において保護され得るとする見解（法秩序の統一性）⁵⁷⁾ ⑦行政機関の側が行為者に対して「信頼」を創出する情報連絡等をしていた場合は特に保護に値するとして正当化をする見解（信頼保護原則，多数説），⑧刑法における違法性判断は行政法上の評価に拘束されずに別個独立して判断できるとする見解⁵⁸⁾ ⑨行政機関の黙認を一種の事前承認として捉えて，正当化事由としての「承諾（Einwilligung）」を援用する見解⁵⁹⁾ などが存在するのである。

以上のように，ドイツ法においては，日本法の行政指導と極めて類似する行政活動形式が存在し，同様の議論が行われている。このような非公式な行政活動形式に従った結果として他の行政刑法規定に抵触した場合については，ドイツ法では犯罪を成立すべきでないとする見解が多数的であった。この見解については，日本法では少数説にとどまっている。この問題点に対して私は，次のように考える。すなわち，日本においてもドイツにおいても行政機関の情報に対する国民の必要性は，年々高まる一方であり，行政サービスの多様化によって行政客体である国民は，その情報に従って行動せざる負えない現状にあると思われる。そのような中で，行為者が行政指導または非公式な行政活動に従って行動した行為は，正当行為の類似の行為として，または故意不法が阻却されて違法性が阻却されると考える。

55) Kühl (o. Fn 51), S. 46; Michael Malitz, Zur behördlichen Duldung im Strafrecht, 1995, S. 108. f.; Schönke/Schröder/Cramer/Heine (o. Fn 35), S. 2649; Stefan Perschke, Die Verwaltungssakzessorietät des Umweltstrafrechts nach dem 2. UKG, S. 168. f.

56) Malitz (o. Fn 54), S. 111.

57) Rudolf Rengier, Die öffentlich-rechtliche Genehmigung im Strafrecht, ZStW 101, 1989, S. 906. f.

58) Gentzcke (o. Fn 52), S. 118. f.

59) Dahs/Pape (o. Fn 53), S. 395. f.

5. ドイツ秩序違反法：混合制裁に対するドイツ法の状況

(1) ドイツ秩序違反法の意義⁶⁰⁾

これまで、刑罰と行政罰の併科等の議論においては、犯罪行為と秩序違反行為の本質的異同についての伝統的大論点のみが注目され、ドイツ法における同様の議論が引用・参照されてきた。この議論は、併科などの問題を検討する上では現在もなお極めて有意義であり、今後も研究が必要と考える。しかしながら、行政刑法の母国であるドイツにおいては、この議論を経て併科の問題等に対して立法的解決をしている。そこで、本稿では、現在の行政犯に対するドイツ法の状況とその問題点を明らかにすることによって、刑事制裁と行政制裁の関係について言及したい。

ドイツ秩序違反法 (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: OWiG)⁶¹⁾ とは、行政上の秩序違反に対して「過料 (Bußgeld)」⁶²⁾ が課せられる一般的規定と手続規定を定めた法律である。その各規定については後述するが、刑法の規定形式に類似する点が多く、手続的にも刑事法の特色が伺える。秩序違反法は、数回の改正を重ね、それまでドイツ刑法典に規定されていた違警罪 (Übertretungen) 規定をも取り込み、ドイツのあらゆる行政法規に存在する秩序違反規定に対しても常に適用される法律として、行政秩序違反の一般法としての位置づけがなされている。すなわち、この法律は、ドイツが刑法犯から行政犯を分離する非犯罪化を目的としたものであり、我が国の行政刑法における議論⁶³⁾ が見据え

60) ドイツ秩序違反法の詳細については、拙稿「行政刑法の課題と秩序違反法」『法学研究論集 (明治大学大学院)』27号 (平成19年・2007年) 45頁以下参照。

61) Gesetz über Ordnungswidrigkeiten: BGBl. I, S. 1466.

62) 藤木・前掲注(7)23頁では、Bußgeldに「課徴金」という訳語を用いている。秩序違反法は、過料を規定する行政法であるが、BVerfGE 27, 18, 32f.では、基本法との関係から広義の刑法の範疇にも属するとしている。「行政制裁金」「制裁金」と訳されることもあるが、本稿では「過料」と訳す。

63) 秩序違反法との比較法的考察を行った文献として、伊藤・前掲注(4)417頁以下、西津政信「比例原則制度との関連における秩序違反法制度の導入に関する立法論的研究」『大学院研究年報 (中央大学)』34号 (平成17年・2005年) 37頁以下、同・『間接行政強制制度の研究』(平成18年・2006年) 107頁以下では、行政法の立場から、間接行政強制制度の参照すべき法律として、秩序違反法を挙げる。

る先を進んでいる法律といえるのである。

秩序違反法は、その総則規定がドイツ刑法典をベースとしているために、両法律の総則規定は極めて類似性を有している。例えば、処分法定主義や不作為犯規定、故意犯処罰の原則、違法性阻却事由の諸規定や比例原則に至るまで、酷似している。例外としては、法人処罰規定や関与罪規定、犯罪行為との競合規定などがある。さらに、秩序違反法は、その成立要件について1条において明文で規定されている。すなわち、秩序違反法違反といえるためには、構成要件該当性、違法性、非難可能性を兼ね備えることが必要であり、刑法とほぼ同じ体系を採用しているのである⁶⁴⁾。秩序違反法1条2項の「非難可能性 (vorwerfbar)」と刑法上の「有責性 (Schuld)」とは用語は異なっているが、判例、学説とも同様の意味に解している⁶⁵⁾。

ドイツ秩序違反法は、ゴルドシュミットの行政刑法の理論を発展させ成立したとされる。また、その立法の影響は、スイス「行政刑法 (Bundesgesetz über das Verwaltungsstrafrecht)」⁶⁶⁾をはじめ、オーストリア行政刑法 (Verwaltungsstrafgesetz: VStG)⁶⁷⁾、ポーランド「秩序違反に対する手続法 (Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia)」⁶⁸⁾のほか、ポルトガル⁶⁹⁾などのEU各国への影響を与えたとされ、その研究価値は極めて高いと思われる⁷⁰⁾。

64) Erich Göhler/Peter König, Ordnungswidrigkeitengesetz, 15. Aufl., 2009, S. 15. f.; Wolfgang Mitsch, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2005, S. 95. f.

65) Göhler/König (o. Fn 64), S. 24.; Mitsch (o. Fn 64), S. 95. f. 立法者は、刑罰法規の社会的害悪を与える責任とは「質的」に異なった非難として定義したとされる。

66) SR-Nummer: 313.0., Bundesgesetz vom 22. März 1974 über das Verwaltungsstrafrecht (VStrR). 1975年施行の連邦行政刑法典。ただし、本法には違警罪規定の存在もあるため、その意味ではドイツの秩序違反法とは異なる。

67) Verwaltungsstrafgesetz: VStG 1991, BGBl. Nr. 52.

68) Kodeks postępowania w sprawach o wykroczenia. 119条からなる手続法で2001年に公布、施行されている。

69) Göhler/König (o. Fn 64), S. 6.

70) 市橋克哉「日本の行政処罰法制」『名古屋大学法政論集』149号(平成5年・1993年)109頁は、「行政罰に対する法的コントロール」の確立の諸外国の状況から、日本の現状を踏まえ行政処罰法制の特徴と問題点を明らかにしようとする。

(2) 秩序違反法の立法・改正の概略

我が国の行政刑法概念との比較に当たって、諸外国に先立って整備されたドイツの秩序違反法がどのように展開してきたのかが重要なので、その経緯について簡単に紹介することとする。⁷¹⁾

ドイツにおいて秩序違反法が制定されたのは、1952年である。しかし、秩序違反行為自体の規定は、本法律の前提となり、当時限時法として定められた1949年の「経済刑法の簡素化についての法律〔以下、1949年経済刑法〕(Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts: WiStG 1949)」⁷²⁾第6条に規定されたことにはじまる。民主国家の基本となる西ドイツ基本法が制定されてまもなく登場した1949年経済刑法は、第二次世界大戦時の全体主義的なナチス体制による「秩序刑 (Ordnungsstrafe)」の利用状態を解消し、行政権の司法権優位からの離脱を目的として制定された。⁷³⁾

1952年に、1949年経済刑法の一部を引き継ぐ形で、「秩序違反法」は立法され、秩序違反行為に関する独立の法典が完成したのである。これによって、実体法上の基本的法律且つ手続的法律として、あらゆる分野に対して適用されるようになったわけである。秩序違反法の制定により、犯罪行為からの秩序違反行為の形式的区別が導入されたことになる。ただし、その1条は、秩序違反行為と犯罪行為の両方の性質を有する構成要件（これを混合構成要件という）を1949年経済刑法から引き続き規定している。

1960年代の刑法改正の情勢と交通刑法の非犯罪化 (Entkriminalisierung) の

71) 神山敏雄「経済犯罪行為と秩序違反行為の限界(二)」『刑法雑誌』26巻2号(昭和60年・1985年)256頁以下においては、経済犯罪行為と秩序違反行為の相違について異質理論は、はじめ当時のドイツ法の学説展開が詳細に論じられていて極めて有用である。近年のものでは、辻本淳史「ドイツにおける刑罰と過料の差異」『法学研究論集(早稲田大学大学院)』138号(平成23年・2011年)125頁以下がある。

72) Gesetz zur Vereinfachung des Wirtschaftsstrafrechts: WiStG 1949 vom 26. Juli 1949, Gesetzblatt der Verwaltung des vereinigten Wirtschaftsgebietes S. 193.

73) Eberhard Schmidt, Das neue Westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht – Grundsätzliches zu seiner Ausgestaltung und Anwendung –, 1950, S. 10. f. 「秩序刑 (Ordnungsstrafe)」は、刑法導入法 (EGStGB) 5条によって除去された。Göhler/König (o. Fn 64), S. 37.

潮流の中、1968年に秩序違反法は、1952年法に取って代わる⁷⁴⁾。ここで最も注目すべきは、混合構成要件を総則規定において規定しなかった点である。これによって、秩序違反法の当初の目的であった秩序違反行為の犯罪行為からの分離が進んだのである。

1969年7月4日の刑法典第二次改正法と1974年3月2日の刑法施行法によって、犯罪形式の「違警罪」は改められ、数多くの違警罪構成要件が秩序違反行為に変更または軽犯罪に地位が上げられ、削除されなければならなかった。刑法典にあった種々の違警罪は、秩序違反法の第3部（111条以下）に規律された秩序違反の諸構成要件に移されたのである⁷⁵⁾。

(3) 秩序違反制裁としての過料

「過料（Bußgeld）」とは、行政法規に違反した際の義務履行を確保するために設けられる制裁である。過料が課せられる行為類型は、日本の過料と同様に様々である。ドイツ刑法における罰金が、原則として法人には科せられないので、企業を対象とする経済法の分野や環境法の分野において多くの過料規定が定められている。

過料を課する規定は、すべて秩序違反法の総則規定が適用され、その手続きも秩序違反法の過料手続き規定に従うのである。過料の賦課手続きは、秩序違反法典内に規定されている過料手続きによって進められる。過料の手続きは、秩序違反法が別段の定めをしない限りにおいて、刑事訴訟法が準用される（46条1項）。特別の規定としては、検察のほか行政機関も訴追権限を有し（35条1項）、その権限は秩序違反法が特別の定めをしない限り犯罪行為の訴追の際は行政機関も検察官と同じ権限・義務を有する旨規定されている（46条2項）。秩序違反法は手続法においても、刑事訴訟法の規定が一般的に準用されるという点で、非常に刑事法と接近しているといえる。

74) Mitsch (o. Fn 64), S. 26.

75) Mitsch (o. Fn 64), S. 27.

過料の額は、最高上限が法律によって規定されなければならないとされている（3条）。過料の額について、秩序違反法は、17条において、個人に対して5ユーロから1,000ユーロまでと規定しているのである。しかしながら、その制限額は、法人の場合に100万ユーロと飛躍的に高くなり、また特別の規定を置くことによって個人の場合であっても17条を超える額を課することが出来るようになっていく。すなわち、秩序違反法は「特別の規定」を広く認めることによって、非常に高額な過料をあらゆる場面において課しているのが現状なのである。⁷⁶⁾

ここで注目されるべきは、秩序違反法の中で形成された2つのシステムである。1つは、犯罪構成要件と秩序違反構成要件の「混合構成要件」であり、もう1つが犯罪行為と秩序違反行為が重なり合う競合状態についての振り分け規定（21条）である。

（4）犯罪構成要件と秩序違反構成要件の混合構成要件⁷⁷⁾

（a）問題点

「混合構成要件（Mischtatbestand）」とは、1つの構成要件において犯罪構成要件とも秩序違反構成要件とも評価されうる両方の性質を内在する構成要件のことである。犯罪構成要件と秩序違反構成要件、すなわち、刑法規定と秩序違反規定とが重なり混じり合う交錯部分が、この混合構成要件なのである。秩序違反法は、本来、刑法違反と行政法規違反の「峻別」を目指して立法されたものであった。この混合構成要件概念は、秩序違反法の立法当初からその規定が存在し、秩序違反法の改正とともに変容を続けている。

犯罪行為から区別される秩序違反行為の構成要件において、再び犯罪構成要

76) Carsten Wegner, Die Auswirkungen fehlerhafter Organisationsstrukturen auf die Zumessung der Unternehmensgeldbuße, wistra, 19. Jahr., Heft. 10, 2000, S. 362.; Mitsch (o. Fn 64), S. 156.

77) 秩序違反法の混合構成要件については、拙稿「ドイツにおける犯罪行為と秩序違反行為との混合構成要件」『法学研究論集（明治大学大学院）』28号（平成20年・2008年）17頁以下参照。

件と重なり合う「混合構成要件」が存在したことを分析することは、比較法的観点からみて実益が極めて大きい。混合構成要件の存在は、まさに秩序違反法の刑事法との深い関係性を示す重要な要素の1つである。「混合構成要件」概念は、日本法においては勿論のこと、ドイツ刑法学においても、代表的な概念ではない⁷⁸⁾。そこで、「混合構成要件」の実態を分析することにより、刑法と秩序違反法の関係を検討する。

(b) 真正混合構成要件と不真正混合構成要件

混合構成要件 (Mischtatbestand) の「混合 (Misch-)」とは、犯罪構成要件と秩序違反構成要件の両方の性質を有していることを示している。しかし、秩序違反法上の「混合」の意味は、単なる異種同体であるハイブリッドを意味するものではない。この性質は、「基本犯同一的 (grunddeliktsidentisch)」である一方で「表裏二面的 (doppelgesichtig)」である⁷⁹⁾とされている。犯罪行為構成要件の充足は、秩序違反構成要件を排除する⁸⁰⁾意味を有するのである。法適用者は、混合構成要件に当たる場合、当該行為について、犯罪行為か秩序違反行為か否かを判断しなければならない。しかしながら、構成要件論における「明確性原則」(GG § 103 II, OWiG § 3 条) から考えると、過料によって処罰される行為の明確性が要求されるだけではなく、行為者が予測しうるものでなければならない⁸¹⁾。真正混合構成要件は、基準が不明確な「指針」メルクマールによって判断するので、明確性原則に反するとの虞があることから、その新規立法は回避されているのである。それでは、以下で、真正混合構成要件と不真正混合構成要件について検討する。

78) Creifelds/Weber, Rechtswörterbuch, 19. Aufl, 2007, S. 786. においても, Mischtatbestand を項目として挙げるだけで, 詳細は Ordnungswidrigkeiten の項 S. 852. f. に譲っている。判例においては, BGH, Beschluß vom 06. 04. 1983-2 StR 547/82. 参照。

79) Lothar/Rogall (o. Fn 51), S. 54.

80) Joachim Bohnert, Ordnungswidrigkeitengesetz Kommentar, 2. Aufl., 2007, S. 6. f.

81) Mitsch (o. Fn 64), S. 49.

①真正混合構成要件 (echte Mischtatbestände)

真正混合構成要件は、前述の混合構成要件の生成の経緯で見た通り1949年経済刑法に登場した概念であり、1952年秩序違反法までは総則規定にその根拠が規定されていたが、現行法では総則規定から排除されて、個別の新規立法も行われていない。現在のドイツ法においては、2つを残すのみである⁸²⁾。真正混合構成要件は、本来の意味における混合構成要件であり、種々の点で不真正混合構成要件とは全く異なる。

真正混合構成要件の犯罪行為と秩序違反との境界を示す法規定は、単なる「指針」規定にすぎず、その行為が犯罪行為か秩序違反行為かは、決定について権限のある機関が指針を具体的に判断して決定を下すのである⁸³⁾。この機関が判断に用いる指針規定は、判例・通説によれば、構成要件メルクマールではないとされている⁸⁴⁾。故意や過失のような構成要件要素も関係しないのである。

真正混合構成要件は、すでに述べたとおり、明確性原則 (GG § 103 II, OWiG § 3 条) の観点から問題があると批判された。混合構成要件の境界メルクマールとして規定された指針 (Richtlinie) は、一般条項としての性格を有しなければならないからである。そのため、1968年秩序違反法に立法されず、これ以上の真正混合構成要件の新規立法は回避されたのである。

②不真正混合構成要件 (unechte Mischtatbestände)

不真正混合構成要件とは、明文として混合構成要件規定がない場合においても、混合構成要件と同様の性質を有する規定ないしはその関係である。

犯罪構成要件と秩序違反構成要件の類似性によって生じるこの不真正混合構

82) 現在まだ残されている真正混合構成要件としては、労働保障法 (ArbSG) 32 条 1 項に対する同 5 項と、1954 年経済刑法 2 条とされている。

83) Göhler/König (o. Fn 64), S. 34.

84) BGH 11, 236, Göhler/König (o. Fn 64), S. 34. ただし、反対意見として, Mitsch (o. Fn 64), S. 48. は真正混合構成要件の場合であっても限界メルクマールは、構成要件メルクマールである旨を述べる。立法者の指針から裁判官の判断に依拠して境界付けがされる点については肯定される。

成要件は、その重なり合いの区別メルクマールから、大きく2つに分けることができる。

(a) 追加的メルクマールによる場合⁸⁵⁾

二種類の構成要件のうち、一方の構成要件に存在する「追加的な」メルクマールによって両者が区別される不真正混合構成要件が存在する⁸⁶⁾。これは、真正混合構成要件のように抽象的な指針によって判断されない点で、明確性原則に反することはなくない。

(b) 二者択一的メルクマールによる場合⁸⁷⁾

これに対して、両構成要件を区別するメルクマールが「故意」であるか「過失」であるかのように「二者択一 (alternativ)」のメルクマールである不真正混合構成要件も存在する。故意であり過失であるという同時的存在の可能性はないので、必ず犯罪行為が秩序違反行為かのどちらかに分類されることになる。

以上が構成要件が重なり合う混合構成要件である。次は犯罪行為と秩序違反行為が重なる場合についての規定を見てゆくことにする。

(5) 犯罪行為と秩序違反行為の競合規定：秩序違反法 21 条⁸⁸⁾

秩序違反法 21 条は、1つの行為が刑法と秩序違反法という2種類の制裁法によって処罰され得る場合について規定している。この21条の規定する法律

85) 代表的な例は、刑法 184d 条（禁止されている売春実行）と秩序違反法 120 条（禁止されている売春実行と売春の勧誘）1 項 1 号、営業法 [GewO] 144～116 条 1 項と 148 条の関係、航空交通法 [LuftVG] 58 条 1 項 1 号 10 号と 59 条の関係、少年労働保護法 [JArbSchG] 58 条 1～3, 5, 6 号の関係等が挙げられる。

86) Lothar/Rogall (o. Fn 51), S. 55.

87) 不真正混合構成要件としては、たとえば公課法 (AO) 370 条と 378 条の関係、食品および飼料の衛生法 (LFGB) 52 条 1 項 1～11 号, 2 項, 58 条 1 項, 59 条 60 条 1 項の関係、滞在法 (AufenthG) 95 条 1 項 1 号, 2 号, 2 項 1b 号, 98 条 1 項の関係等が挙げられる。Göhler/König (o. Fn 64), S. 35.

88) 秩序違反法の 21 条については、拙稿「ドイツにおける犯罪行為と秩序違反行為の関係」『法学研究論集 (明治大学大学院)』28 号 (平成 20 年・2008 年) 1 頁以下参照。

状態と類似する法律状態が、既に述べた混合構成要件である。ただし、混合構成要件は、1つの構成要件が、犯罪構成要件と秩序違反構成要件の両方の性質を有しているのに対して、21条の場合は、1つの行為が犯罪行為であり秩序違反行為でもある行為のときなのである。

この規定により、犯罪行為と秩序違反行為が重なり合う混合状態であっても、法的効果は「混合制裁 (Misch-Sanktion)」とはならないのである⁸⁹⁾。詳細については、以下の通りである。

(a) 刑法規定の優先適用の原則

秩序違反法 21 条は、前提要件として、1つの行為が犯罪行為であり同時に秩序違反行為であることを要求する⁹⁰⁾。この前提を満たす場合には、21 条は「刑法規定のみ」を適用するとしている。すなわち、刑法規定が原則として秩序違反行為に対して「優先関係」を有することを規定しているのである。この結果、刑罰という制裁のみが行為者に科せられるのであり、二重制裁や混合制裁は回避される結果となる⁹¹⁾。刑法規定が優先関係にある根拠としては、刑罰が過料よりも国家的に常に強力な作用を有していることや、犯罪行為の「不法の程度」が秩序違反法よりも上回っている⁹²⁾という考えが示されている。

この原則に対する例外として、両法の関係が、①特別関係である場合、②前

89) Mitsch (o. Fn 64), S. 204, ; Philipp Stein, Straftat und/oder Ordnungswidrigkeit?, 2007, S. 76. Mitsch は、刑罰と過料の両方の制裁が科される状況を「混合制裁 (Misch-Sanktion)」と称する。

90) 21 条の条文和訳については、田口守一「ドイツにおける企業犯罪と秩序法違反」甲斐・前掲注(2)163 頁も参照。

91) Michael Lemke/Andreas Mosbacher, Ordnungswidrigkeitengesetz-OWiG Kommentar, 2. Aufl., 2005, S. 135. 一つの行為の例としては、たとえば、致死結果を伴う通行権侵害などがある。Erich Göhler/Franz Gürtler (o. Fn 64), S. 208. これに対して、秩序違反法で禁止されている営業活動の継続中に、犯罪行為となる脱税や雇用を行っても、それらは一つの行為とは評価されない。これは、無免許運転と速度違反の関係と同様とされる。Senge/Bohnert (o. Fn 80), S. 402.

92) BVerfGE 22, 49 のほかに、カルテル秩序違反行為について BGHSt 41, 385[390. f.] (BGH Kartellsenat vom 19. 12 1995) 参照。

法・後法関係である場合、③不真正混合構成要件である場合の3つがあると思われる。特に問題となるのが、③不真正混合構成要件である。混合構成要件は既に述べたとおり、21条1項の射程外である。すなわち、混合構成要件は、構成要件内の「特殊メルクマール」や「指針」規定自体によって犯罪行為と秩序違反行為との区別が決定され、一方の規範のみが適用される。したがって、構成要件段階で1つの規範に絞られるので、21条の前提要件を欠くことになる。しかしながら、不真正混合構成要件の場合は、追加的メルクマールの関係では、1つの行為が2つの構成要件に該当する状態であるので、21条の前提要件を満たしつつも、追加的メルクマールによって判断されることになるのである⁹³⁾。

(b) 秩序違反行為の補充性の原則

21条2項は、1項の場合を前提として「刑罰が科されなかった」とときには、秩序違反行為として処罰できる旨を規定している。すなわち、1つの行為が秩序違反行為であり同時的に犯罪行為であるという前提において刑罰が科されない場合は、秩序違反行為の「補充性 (Subsidiarität)」の役割が果たされる状況となる。2項は1項の例外規定ということもできる⁹⁴⁾。

補充関係とは、一方の法規が他法の法規を補充する関係をいい、補充性を有する規定はもう一方の規定に優位性を与えるのである。秩序違反構成要件の場合には、「その行為が別の規定によって処罰されない場合に」と規定されることもある（形式的補充性ないし明示的補充性⁹⁵⁾）。補充関係は、法条競合を基礎づける形式の1つとされる⁹⁶⁾。

(c) 劣位する秩序違反構成要件の効力

21条1項の第2文は、秩序違反構成要件に附帯効果の定めがあった場合

93) Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Dieter Rössner/Jan Steinmetz, *Gesamtes Strafrecht*, 2008, S. 505.

94) Göhler/Gürtler (o. Fn 64), S. 214.

95) 例えば、公課法 [AO] 111条3項, 117条2項, 118条2項などが挙げられる。

96) Creifelds/Weber (o. Fn 78), S. 1129. usw.

は、もし犯罪行為として判断された場合であっても判決において附帯効果を言い渡すことが可能的であると規定する⁹⁷⁾。刑法規定の優先性により秩序違反構成要件の効果は後退はするが、その規定の全てが否定されるわけではない。特に、該当する刑法規範と秩序違反規範の不法の内容が異なるときには、附帯効果が命じられるとするのである。

それでは、1項1文によって劣位法となる秩序違反規範は、附帯効果以外には評価されないのだろうか。

この問題については、一定の条件の下で、犯罪行為の量刑判断の資料となり得るとされている。すなわち、秩序違反行為が、行為の不法の程度や非難を高める場合には、量刑の判断に加えられることが可能なのである。劣位法の秩序違反行為は、優位法の犯罪行為を加重する「附帯事情」となり得るのである。この考慮は、21条という競合規定が、両規範の優劣関係を決定的に確定していないことを示す重要な点であると考ええる。日本法における法条競合の議論においても参考となる。

(d) 21条と手続規定との関係

当該行為について行政機関が、犯罪行為か否か判断できない場合は、「即時に」行政機関は事件を検察に引渡さなければならない。これは、41条の規定によって義務づけられている。これは、秩序違反法の手続面においても、「刑事手続の優先性」が認められているからであるとされている⁹⁸⁾。もし、検察にお

97) Lemke/Mosbacher (o. Fn 91), S. 137. ただし、行政機関は、附帯効果であっても刑事手続なので参加できない。また、刑法規範にも同様の附帯効果の規定がされていた場合は、刑法規範が優先するとされている。

また、秩序違反規範は、一定の条件の下で、犯罪行為の量刑判断の資料となり得るとされている。すなわち、秩序違反行為が、行為の不法の程度や非難を高める場合には、量刑の判断に加えられることが可能なのである。劣位法の秩序違反行為は、優位法の犯罪行為を加重する「附帯事情」となり得るとしている。Senge/Bohnert (o. Fn 80), S. 404 は、特に異なった不法価値の程度が存在する場合に考慮されるとしている。Göhler/Gürtler (o. Fn 91), S. 212; BGH 23, 342, 345. 反対に、秩序違反による不法が、刑法違反の不法の一部であったような場合や、注意義務違反であったような場合は考慮されないとしている。たとえば、薬局法 [ApothekenG] 25条2項違反による身体傷害の場合である。

98) 実在的競合である併合罪の時も、行政機関から検察に対して引渡義務が生じる。

いて犯罪行為の疑惑が存在しないと判断された場合は、もはや法条競合の関係ではなくなり、21条の範囲外となる。また、秩序違反行為の手續が検察に引渡されて刑事裁判となった結果、裁判上の手續において犯罪の証明がなされなかった場合も、その行為は既に犯罪行為ではないので、同条の適用外となる。検察が犯罪行為の疑惑の不存在の判断をした場合や刑事手續を中止して手續を行政機関に返還した場合は⁹⁹⁾、検察が訴追をしないという判断であるから、検察による判断が行政機関を拘束することになる¹⁰⁰⁾。これとは反対に、過料の裁定によりその確定力が既に生じている場合においても、後から犯罪行為であると判明された場合は、後からの刑事訴追が可能とされて¹⁰¹⁾、その時は過料裁定の効力は否定されるのである。この場合は、21条の範囲内といえるであろう¹⁰²⁾。

(6) 考察

このように21条は、原則的には刑法のみが適用され、その刑罰が科されない場合に過料が課せられるという択一的な制裁適用を規定することによって、「混合制裁」という事態を回避しているのである。さらに、手續面においても、明文規定によって21条の実効性を確保する厳格な振り分けがなされている。それは、刑事手續の優位性と、検察判断の行政機関拘束性の2点によって支えられている。21条に関わる手續に矛盾のないシステムが構築されているのである。起訴法定主義が支配する刑事司法判断と、便宜主義による行政判断の2

99) この場合は、秩序違反法43条に該当する。

100) Dieter Dölling/Gunnar Duttge/Dieter Rössner/Jan Steinmetz, *Gesamtes Strafrecht*, 2008, S. 507. 秩序違反法41条2項による返還は、義務とされていて、44条によりその返還の決定は拘束されるために、行政機関は犯罪行為と主張することはできない。Senge/Bohnert (o. Fn 80), S. 405.; Göhler/Gürtler (o. Fn 91), S. 212.

101) 秩序違反法84条によって過料の裁定の効力が定められているが、86条は同一の行為に有罪判決が下された場合は、その部分の過料の裁定の効力が失われることを規定する。

102) 秩序違反法84条参照。犯罪行為に対する判決の言渡によって、秩序違反行為の訴追はもはや許されなくなる。なぜならば、刑事手續において同時に秩序違反行為に対しても判断を下しているからとされている。

種類の可能性に対して、実体法と手続法が有機的に関係して整理・システム化することによって混合制裁を回避しているということができるだろう。

V. 問題点の検討

行政刑法は、刑法と行政法の性格を併せ持っているために、当然の結果として、行政法に一定程度の従属をする性質を有している。しかしながら、行政刑法の全ての解釈が行政法に従属する必要はないと考える。行政刑法は、行政法だけでなく刑法の性格をも有しているのであるから、たとえ行政行為違反罪であっても、行為者による全く法秩序適合的な行為を行政法理論によって違法行為に逆転させることは認めるべきではないだろう。反対に、行政機関より必要な行政情報を得て適法と信じて行った行為者の行為については、その信頼を可及的に保護すべく、正当行為に準じて違法性を否定すべきものとする。

本稿では、行政刑法の特殊性から生じる問題について大きく3つに分類してドイツ法を比較法の対象として参照を行った。どの問題点においても、わが国で生じている問題が、似たような形でドイツ法において問題になっていることが判明したのである。これは、わが国の刑法と行政法の体系が、ドイツ法を参考に行っていることに理由があると考えられる。今後も、ドイツ法を比較法の対象とする価値は非常に高い。他方において、行政刑法理論自体については、ドイツは立法という形で進化させている。秩序違反法は、わが国に全く存在しない制度ではあるが、美濃部博士の行政刑法理論以来、行政犯の統一的総則規定の立法を望む見解も強く、統一法典のシステムや問題点を分析することは、今後の行政刑法理論を考える上で極めて重要な素材といえる¹⁰³⁾。特に、不真正混合構成要件の概念は、「非犯罪化」と「犯罪行為と秩序違反行為の峻別」という秩序違反法の制度目的に対して逆行的な現象であり、さらなる研究が必要と

103) 佐伯仁志「制裁」『現代の法4(政策と法)』(平成10年・1998年)227頁、同『制裁論』19頁所収。宇賀克也「行政制裁」『ジュリスト』1228号(平成14年・2002年)54頁参照。佐伯教授は、行政刑罰の改善を含め積極的に行政制裁の制度的な問題点について指摘される。

なる。この不真正混合構成要件とともに、過料の高額化が顕在化していることによって、秩序違反法は「準刑法」的地位を取り戻しているのであり、「非犯罪化」と「準刑法」の関係については、これからも注目しなければならない。一方で、秩序違反法 21 条は、「混合制裁の回避」のシステムとして手続法と有機的に連携して規定されており、その実効性は高いと思われる。もし、併科を否定する法制度を検討する場合においては、この 21 条のような規定は必要不可欠であると考えられる。罰金と過料の併科自体の是非については、今後の研究課題とする予定である。

以 上

(本稿は、松山大学にて開催された第 52 回・中四国法政学会の発表原稿に加筆・修正を施したものである。)