

マルコ・マンステルファー
「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？」

岡上 雅美（訳）

〔解説〕

本稿は、2012年3月4日に立命館大学法科大学院で開催された刑事制裁・量刑研究会および同年3月5日に明治大学で行われたマルコ・マンステルファー教授（現ザールラント大学教授、当時はフライブルク大学私講師・弁護士）の講演の翻訳である。本稿の原題は、*Das deutsche Ordnungswidrigkeitenrecht als Modell eines neuen Strafrechtssystems?* である。同氏は、フライブルク大学のヴォルフガング・フリッシュ教授の弟子であり、経済刑法、ヨーロッパ刑法、コモン・ロー研究を中心に研究を行っている若手研究者であり、近著に *Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts*, 2011がある。理論刑法学に基づいた経済刑法研究を特色とする。

本講演は、秩序違反法につき、その沿革、法的性質、比較法を踏まえながら、現代的な問題点に踏み込んで、軽微事犯に関わる第1の側面と、軽微とはいええない事犯への、秩序維持のための対応としての第2の側面に分けつつ考察を行うものであり、同様の法律をもたないわが国にとっても、理論的にも立法論的にも興味深いものである。

なお、この講演および翻訳は、日本学術振興会科学研究費基盤研究（B）「裁判員裁判における量刑基準の明確化および理論的考察のための刑事学的総合研究」（課題番号：23330021、研究代表者：岡上雅美）の成果である。この場を借りて、2度の講演にご協力下さった方々にお礼申しあげる。

* * *

ドイツ秩序違反法は、非刑事化（*Entkriminalisierung*）という本来の目的を超えて、

刑法の下位にある制裁秩序として、社会秩序を維持し、それを支えるにあたって重要な役割を引き受けた。ドイツ秩序違反法は、1つには、軽微犯罪に制裁を加えること、そしてまた1つには、社会秩序の維持を支えることという双方の側面をもち、先験的な (a priori) いっそう強力な予防志向によって、他国の法秩序にとってもまたますます模範となりうるものであろう。現在、秩序違反法の立法という改革の傾向は、例えば、ヨーロッパではスウェーデン、そして南アメリカではチリにおける刑法の議論において見ることができる。日本では、このような議論は少なくとも今のところは行われていない。

I . 犯罪 (Straftat) と国家的制裁の概念に関する前提的考察

犯罪と秩序違反について考察するとき、ほぼ必ずといってよいほど、国家刑罰の性格と限界の問題に行きあたる。これにより、理論的な観点からは、もっとも基本的であるが故に、もっとも困難である刑法上の諸問題のうちのいくつかを語ることになる。進歩的で高度に発展した我々の社会においてすら、「犯罪とは何か」については、なお到底コンセンサスが存在するには至っていない。ドイツ文化圏¹においては、刑事刑法を、社会統制や予防の単なる手段として位置づけるのはおそらく拒絶されるであろう。我々は、刑事刑法を観念論的に神秘化するか、あるいはまた、最低限重要な基本権や社会の最低限の基本的価値の侵害と反作用とを結びつけるかの傾向がある²。行為者は、——個人法益であれ、普遍的な法益であれ³——法益を侵害し、刑罰に値するが故に、処罰されるのである。

もちろん、これらの抽象的な思考方法は、ドグマティックに関連づけられ、——ドイツにとっては、とくに憲法からの——現代的な異論にさらされる⁴。そのような異論によれば、刑法は、憲法で保障された個人の基本権とそれを実現するための

1 秩序の機能がずっと強力に前面に押し出されるコモン・ローの法域について、*Mansdörfer*, in: ders. (Hrsg.), *Die allgemeine Straftatlehre des common law*, 2005, S. 2 m. w. N. in Fn. 12 ff.

2 BVerfGE 51, 323, 324; 88, 203, 257.

3 これについては、*Hefendehl*, *Kollektive Rechtsgüter*, 2002だけを挙げる。

4 この意味で、例えば、*Appel*, *Verfassung und Strafe – Zu den verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, 1998; *Lagodny*, *Strafrecht vor den Schranken der Grundrechte – die Ermächtigung zum strafrechtlichen Vorwurf im Lichte der Grundrechtsdogmatik dargestellt am Beispiel der Vorfeldkriminalisierung*, 1996.

諸条件を保護するものであり、例えば、人の生命を保護することのない国家刑法は、それ自体考えがたいというものである。このような見方からすれば、行為者が処罰されるのは、彼がこのような基本権またはその実現のための諸条件を侵害したからであり、個人に対する刑罰が適切な公的ないし公権的な反作用であると思われるからである。最後に述べた考え方と結び付く、刑法固有の⁵比例性（Verhältnismäßigkeit）の考え方は、厳格な意味で、行為者自身がその犯罪により刑罰に値する不法を行った場合に限り、個人の自由に大きく影響を与える刑罰をもって人に制裁を加えることを正当化する。

このような刑法的に理解される比例性と当然に区別されるべきなのは、憲法上正当な目的を達成するための適切性・必要性・相当性という3点セットによる、行政法的な⁶比例性の考え方である。後に挙げた行政法的な比例性の考え方に依拠するとすれば、刑法は違う形のものとなろう。これは、もっぱら、出発点となるべき衡量の要素の相互の取り上げ方の土台がもちろん異なるからであり、そして、それと共に刑法の限界を設定したり外したりするために、まったく別の要因がその効果を発揮するということによる。しかし、このような行政法的な比例性の考え方は、おそらく最広義での行政法上の制裁——ここで私は、まず「行政制裁（administrative sanctions）」の意味での一般的な制裁を考えているのだが⁷——が保護される場合に、または、技術的で、ヨーロッパ法から取り入れられた新たな秩序刑法（Ordnungsstrafrecht）がその道を開くときに⁸、支配的となる。ここでまず、制裁の必要性と相当性の考慮が、刑法上の制裁を限界づける。その場合、違反が単なる形式犯に近ければ近いほど、いわば行政強制の代替物としての制裁を課す必要性が小さ

5 *Asp*, in: Festschrift für Lathi, S. 207, 207 ff. は、そこから特殊刑法的な比例性（C [riminal]-proportionality）の思想を展開した。

6 *Asp*, in: Festschrift für Lathi, S. 207, 207 f. は、これを行政上の比例性（A[dmistrative]-propositionality）と呼ぶ。行政法上の比例性と刑法上の責任主義との相違については、基本的に *A.Kaufmann*, in: Festschrift für Lange, 1976, S. 27, 33f. 並びに最近では、*Frisch* NStZ 2013, 249; この立場に対する批判として、*Callies*, Theorie der Strafe im demokratischen und sozialen Rechtsstaat, 1974, S.187.

7 例え ば、*Böse*, Strafe und Sanktionen im europäischen Gemeinschaftsrecht, 1996お よ び *Heitzer*, Punitive Saktionen im Europäischen Gemeinschaftsrecht, 1997でこのように表現されている。

8 経済刑法としての有価証券刑法を例として、いっそう明らかに表れているこの刑法モデルについて、*Vogel*, in: Festschrift für Jakobs, 2007, S.731, 745 ff.; この法的展開における経済刑法の推進効果については、*Volk*, in: Festschrift für Hassemer, S. 915, 915; ドイツに導入された租税の議論について、示唆的な法領域の把握として、*Wagner* AcP 206, 2006, 355.

いと思われれば思われるほど、そして、行為者がその犯行から経済的に得た利益が小さければ小さいほど、制裁は軽くなければならない。

現代の立法者は、これらの異なる制度に対処しなければならない。統制手段としての制裁法の投入を差し控えようとする試みは、刑罰を求める世論の高まりに鑑みると、現実的に成功を見込みえないように思われる。その場合、基本的には次の2つの選択肢がある。すなわち、1つには、立法者は、一元的な刑法システムを実践し、そのシステムの内部で上述の相違に対処することができる。また1つの選択肢として、立法者は、最初から、刑事刑法と、刑事刑法の下位で、しかしそれとは異なる制裁システムとの二元的なシステムを採用することもできる⁹。

法治国家として、多くの国々は、そして独自の法的伝統のある国々も、一元主義的刑罰制度を採用した。例えば、フランス、スペイン、連合王国¹⁰、デンマークやオランダ¹¹がこれに属する。しかし、二元主義的なアプローチは、比較法的には、例えばイタリアやポルトガルの刑法制度そしてもちろんドイツの秩序違反法に見られる。

II. 秩序違反法の発展について

1. 歴史的な文脈および刑法学的な文脈におけるドイツ秩序違反法の導入

ドイツの立法者も比較的早いうちから、二元的な制度を取り入れることを決めた¹²。一八七一年のライヒ刑法典はすでに、重罪、軽罪と単なる違警罪との間を区別していた¹³。*James Goldschmidt* と *Karl Binding* は、互いに引き続いて、しかしまさに的確にも、独自の行政刑法という考え方を説いていた¹⁴。

9 *Duff*, in: *Festschrift für Jung*, 2007, S. 87, 90, 98は、固定的な過料または訴追機関の独自の処罰請求をもつ混合的制度を記している。前者は大量の軽微事犯の領域以外では、そして部分的には同領域内部でも私には疑問があるように思われる。そして後者は、ドイツの理解によれば、権力分立の原則とかなりのあつれきを生じさせよう。

10 刑法上の犯罪と単なる規則違反との間でコモン・ロー内部で基本的に二分化していた。

11 *Commission of the European Communities* (Hrsg.), *The System of Administrative and Penal Sanctions within the Member States of the European Communities*, Vol. 1の研究により、包括的な比較法的概観ができる。

12 *Klaseszczewski*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2010, Rn. 9-16は、とくに19世紀における初期の議論についても手ほどきとなる。

13 違警罪については、例えば、*Frank*, *Studien zum Polizeistrafrecht*, 1897, S. 7 ff.

14 例えば、*Goldschmidt*, *Verwaltungsstrafrecht*, 1902; *Binding*, *Die Normen und ihre Übertregung*, Bd. 1, 2. Aufl., 1914, S. 313, 409を参照。

1950年代および60年代に、今日の現行法である秩序違反法が発展した際にも、このような基本思想が、いずれにせよ革新的部分で再び影響を与えた。重罪、軽罪および違警罪の三分法は、1871年の立法当時のライヒ刑法典を特徴づけるものであったが、1950年代初頭の時代精神にはもはや合わなかった。すなわち、違警罪に対する国家的対応として刑法を用いるのは行き過ぎに思われたのであり、非犯罪化への要求という当時の時代背景とはもはや調和しないように思われた。このような社会の動きの産物が、1968年の秩序違反法典¹⁵であり、これは20世紀のドイツ刑法の展開における主要な支柱の1つであった。

ドイツ秩序違反法典は、その基本的な意義にもかかわらず、1871年の刑法典や1900年の民法典の法典化とは異なり、目をひくものではなく、まさにひっそりと導入された。刑法の枠内における独自の制裁秩序をめぐる学問的議論は、今日でもなおまったく現代的だと思われる、注目すべき論拠を伴って、主として半世紀前に起こった¹⁶。1968年の秩序違反法典には、1949年の経済刑法典（WiStG）と1952年3月25日の第1次秩序違反法典という形ですでに2つの主要な前身があったため、同法典は、それが正式に導入される前に、基本的には定着しており、承認されてもいたのである¹⁷。したがって、秩序違反法とその本質をめぐる真の議論は不要であった。とくに、1968年法の立法者は、秩序違反法第1条において秩序違反の概念をまったく形式的に定義することにより、秩序違反とは何かをめぐる学問的議論を終結させた¹⁸。（困難な）実体的な概念規定に代えて、秩序違反とは、「法定構成要件を実現する非難可能な行為で、過料での処罰を許容するもの」であるといささか性急に確定した。そこから、立法者は、犯行が単に犯罪行為として制裁を加えたいのか、それとも秩序違反として制裁を加えたいのかを個々の場合ごとに決定することができた¹⁹。そのほか、立法者は、実体的な犯罪論の内部で、基本的に、すでに刑事刑法で認められていた諸規則を受け継いだ²⁰。したがって、議論の必要性は少ないよう

15 BGBl. 1968 I 481.

16 *Frank*, Studien zum Polizeistrafrecht, 1897; *Goldschmidt*, Das Verwaltungsstrafrecht, 1902; *Rosenberg*, Die Dreiteilung der strafbaren Handlungen, ZStW 24 (1904), 1 ff.; *Hofacker*, Über Verwaltungsstrafrecht, Verwaltungsarchiv, 1907, S. 405 ff.; *Mittermaier*, Über den Begriff Verbrechen, ZStW 44 (1924), 2 ff.; *Pechstein*, Vom alten und neuen Sinn der Ordnungsstrafe, 1942; *Krümpelmann*, Die Bagatelldelikte, 1966.

17 BGBl I S. 177.

18 1952年秩序違反法典における定義は、「過料」という法効果にのみ方向づけられていた。

19 これについては、BVerfGE 22, 49, 80; 27, 18, 33並びに学説からは *Weber* ZStW 92 (1980),

20 *Mitsch*, Recht der Ordnungswidrigkeiten, 2. Aufl., 2005, § 6 Rn. 2を参照。

に思われたのである。

2. ドイツ秩序違反法が性急かつ極めて法実務先行的に受け入れられた理由

秩序違反法は、法実務的にも完全に納得しうるものとして受容された²¹。国内での根源的批判は、数十年以上現われることはなかった²²。独自の制裁を課される秩序違反は定着し、規範から逸脱した態度に対する制裁の多くが、刑事刑法から秩序違反法へと拡大された。法政策的にいえば、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い。まさに特別刑法において、秩序違反法は、重要な制裁秩序となった。そしてまた、とくに数世紀来存在し²³、国際的な比較法では依然として現代的な²⁴問題とは、限定的であるとしても、行政庁独自の刑罰権が是か非かという問題であるが、(まさに多数の軽微事犯における) 過料の賦課は、まず行政庁によって行われ、異議があった場合にのみ(上級)裁判所が管轄をもつということにより解決した²⁵。新たな制裁秩序へは原則的に起訴便宜主義が導入され、そのことで、法を貫徹する際に一般に行政庁はかなりの裁量を与えられたということは、おそらく言及するまでもないであろう²⁶。目指される実務上の処罰政策に関する裁量、および、秩序違反法とその他の行政法上の処分との間で求められる共同作用に関する裁量のように、このような〔行政庁の〕裁量を制度として適用すると、法実務上、何が起こりうるかのさまざまな可能性も(その間の比例性に反した過酷さを排除する可能性も含めて)、従来は不十分にしか把握されてこなかった²⁷。

21 この意味でまた *Weigend*, in: EG-Kommission (Hrsg.), *The System of Administrative and Penal Sanctions, in the Member States of the European Communities*, Bd. I, 1994, S. 91, 114.

22 *Weigend* (Fußn. 11), S. 91, 114の評価も同旨である。

23 これについて詳細は、*Kleszczewski*, *Ordnungswidrigkeitenrecht*, 2010, Rn. 54 ff.

24 さしあたり、*Europäischen Gemeinschaft, The System of Administrative and Penal Sanctions in the Member States of the European Communities*, Bd. I und II, 1994の研究論文を参照。

25 ドイツ秩序違反法を評価するにあたり、例えば、*Duff*, in: *Festschrift für Jung*, 2007, S. 87, 94 f.はこの側面を強調する。

26 指導的な基準について詳細は、*Wieser*, *Handbuch des Bußgeldverfahrens*, 6. Aufl., 2009, S.78 ff.

27 この点で、(恥ずべき)例外であるのは、ヤミ労働対策法で強化された、社会保険法上の軽罪の処罰である。

Ⅲ. ドイツ秩序違反法の二面性について

すでに述べたように、立法者は、1960年代の改革で、当時の刑法の違警罪をかなりの範囲で非刑事化しただけではない。立法者は、軽微犯罪というこの第1の側面と並んで、まさに特別刑法において、殊に重要な第2の制裁秩序に向けて秩序違反法を改革した。

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、警察法並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²⁸。これらの禁止規範は、秩序違反法の古くからある第1の側面としての——例えば、道路交通のような——大量に行われる軽微な事犯の場合にある義務の警告という考え方と共通するものはほとんどない²⁹。その特徴はむしろ、手続における行政庁の地位の強化、国家による監視と制裁秩序の連結および法令遵守と犯罪抑止への事業内部での私的な義務である。

基本的には当初から秩序違反法第30条によって——その拡大適用と例えば秩序違反法第29a条、銀行法（KWG）第59条、競争制限に関する法律（GWB）第82条、エネルギー経済法律（EnWG）第96条における特別な事案も含めて——、〔秩序違反法は〕軽微犯罪の領域を離れることとなった。団体処罰（Verbandsstrafrecht）がドグマーティクにより秩序違反法典へと典型的に位置づけられたこと³⁰、および連結行為（Anknüpfungstat）の行為者の範囲を企業の「首脳」に元来は厳格に制限していたこととは別に、対企業過料の上限額は、1968年ですでに10万マルク（今日の貨幣価値では、100万ユーロ。さらに上昇する傾向にある）であった。団体の活動範囲において、経営者、使用者およびその他の経済事業家としての法的義務を効果的に行うことができるように、ここで、有効な威嚇的手段を定立しようとしたことは、すでに当時から明らかであった³¹。秩序違反法の第3編第4章「事業及び企業

28 Hoffmann-Riem, in: Festschrift für Jung, 2007, S. 299は、この点で「行政に導かれた科罰化（Pönalisierung）」と言っている。

29 有価証券取引刑法を例にした手本として、Vogel, in: Festschrift für Jakobs, 2007, S.731, 740ff.

30 帰属モデルとしての類型化については、例えば、Mansdörfer/Timmerbeil, EuZW 2011, 214; Ransiek, Unternehmensstrafrecht, 1996, S. 111; Theile/Petermann JuS 2011, 496, 500; 本来的な団体刑の承認については、さらに Korte NSTz 2007, 21, 23; König JR 2001, 426, 427.

31 これに対して、例えば、§§ 20 f. BImSchG, 35 GewO; 35 ff. KWG に定める営業停止や、§§ 396 AktG, 62 GmbHG に定める会社の解散のような処罰的な性格をもつ経済行政法上のその

の監督義務違反（秩序違反法第130条）」もまた、この関連に位置づけることができる。規範は、企業コンプライアンスをめぐる経済刑法の議論において、すぐれた企業統治（good corporate governance）の要請から刑罰で強化された義務へと変化させる中心的な規範となった³²。

規律から逸脱し、それ故に社会制度（Institution）もしくは社会秩序に反する態度³³に制裁を加えることを、立法者は、十分な根拠をもって、秩序違反法の第2の側面として刑事刑法の下位に設定した。基本的な刑法的比例性を背景にすれば、ここでは自由刑は正当化され得ない³⁴。ここでもまた、行為者がその態度で少なくとも社会的に負わされる最低限の連帯から遅れを取った限りで、規範から逸脱する態度を道徳的に非難することができるだろうという事情にもかかわらず、自由刑は正当化しえないのである³⁵。しかし結局、ここで問題になるのは、もっぱら制裁規範を投じることで、人間相互間の関係に置いてありうる無節操な態度を妨げるといふ、立法で記された技術的な規則の遵守を確実なものとするところである³⁶。そのような諸制度は、——すべての者のために——生じることが予想しうる人間の態度を誘導するような何らかの形の制裁を行う必要がある。

IV. 秩序違反法の第2の側面の独自性について

諸制度および社会秩序の安定化および保護³⁷という目的をもつ制裁秩序へと至つ

他の処分は、ほとんど実務上の意味はもたなかった。

32 *Volk*, in: Festschrift für Hassemer, 2010, S.915 (916) または *Rider/Falge*, in: Göring/Inderst/Bannenberg, Compliance, 2010, S.18ff.

33 秩序違反法のこの機能については、また *Duff*, in: Festschrift für Jung, 2007, S. 87, 96. 同じく、*Tiedemann*, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3. Aufl, 2010, Rn. 58もまた、(秩序違反法に典型的な)抽象的危険犯という犯罪類型において、刑法による諸制度の保護を重大な正当化事由と考えている。同書では、「抽象的危険」「たいていはただ急場しのぎに」(aaO. Rn. 59) という表現がある。そこでは、これは確かにすべての危険犯に妥当するわけではなく、まさに実体的もしくは個人法益に対する抽象的危険犯においても、まさに刑事刑法の刑罰構成要件としての抽象的危険犯を標準化することが適切となる。

34 これについては、すでに上述 I の導入的な考察を参照。

35 正当にも、秩序違反にも内在する「道徳的遺物」を指摘するものとして、*Duff*, in: Festschrift für Jung, 2007, S. 87, 96.

36 制度という概念をこのように規定することは、一般に受け入れられているが、これについて、*Kasper/Streit*, Institutional Economics – social order and public policy, 1991, S. 28.

37 ここで「諸制度 (Institutionen)」ではなく、(おそらくより分かりやすいが、より曖昧な)「社会秩序 (soziale Ordnungen)」の語を用いる者もいる (この点で、社会秩序概念について、*Mansdörfer*, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, Rn. 568 ff., 582 ff. を参照)。

た秩序違反法の展開を追ってみると、一般に刑法のために発展した諸原則が、実際に秩序違反法でも同様に妥当しなければならないのか否かの問題がおのずから生じてくる。その必要はないということ仮説として、以下のことから明らかとなる。

法理論的な出発点は、その限りで實際上適切な形で実質的に規制を加えたいという要請である³⁸。秩序違反法のこの第2の側面を、基本的に刑事刑法の下位に、そして、個人の自由への直接的な侵害を超えたところに位置づけることから、この法領域は全く別の内部システムに服するべきであるという帰結が生じる。冒頭に記した意味での基本的な刑罰的比例性は、決定的な要因になりえない。個々の制裁を量定する際にも、具体的な損害（通常は妥当性の侵害という形をとる³⁹）およびそれと共にタリオの原則（目には目を、歯には歯を）は後退する。社会的非難との均衡も同様である。まさに倫理的に無色な技術的規範においては、非難や義務の警告ではなく、むしろ——実際には、残念ながら看過されることがあまりに多いのだが——個々の行為者に対して、規範の内面的な意味とその意義を明らかにし、強化する必要性が生じる。一般人に対しては、予防と資産収奪の必要性が前面に現われる⁴⁰。行為者が抜け目なき者として社会に負担をかけて特別な利得を得たわけではないということが確認される限り、一般人の絶対的な処罰要求は小さいのが通常であろう。このような背景から秩序違反法第17条第4項の規定——それによれば、行為者が犯行を通じて獲得した特別な経済的利益を収奪するために必要があれば、過料の法律上の上限を超えることができる——は理解されうるものである。

この秩序違反の処罰根拠は、——刑事刑法と同様に——確かに、（通常は抽象的な）危険の創出でもありうる。もちろん、これは必ず必要なわけではない。まさにここで問題としている領域では、より優位にある理由から——必要な許可もしくは認可を得ずにした行為または文書保管義務、情報提供義務、証明義務もしくは届出義務の懈怠などのような——単なる形式的な違反だけでも犯罪とすることが個々の場合に正当となることがある。そのような認可取得義務——例えば、銀行業務（さしあたり銀行法第56条を参照）の領域または営業法（Gewerberecht）において制裁の対象となっている認可取得義務——の意義は、特定の市場を規制するため、または、公権による監督処分の基礎としてこれらの義務を果たさせるために過料法の制

38 これに関して、Duff, in: Festschrift für Jung, 2007, S. 87, 93 f. の法理論的考察をも参照。

39 この点で同旨、Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, Rn. 59.

40 この点で同様なのは、Arzt/Weber/Hilgendorf, Strafrecht Besonderer Teil, 2. Aufl., 2009, § 35 note 8, 11, 37.

裁が必要であるのと同じく、直接的に理解しうるように思われる。

同じこと〔刑事刑法の原則が必ずしもあてはまらないこと〕は、主観的帰属の基礎にも妥当する。法律上、主観的帰属が〔刑事刑法と秩序違反法とで〕パラレルであることは、秩序違反法第10条と刑法典第15条〔故意行為と過失行為〕の文言がほとんど一致することから明らかである。主観的帰属の実際の基本形態は、過失であり、重過失への限定はほとんどなく、故意の違反への限定は極めて稀である。実際の法状況を分析しても、パラレルさは明らかとならず、まさに逆に原則—例外の関係が明らかとなる。多くの領域で、性質上、特別の責任（Verantwortung）に根拠づけられる特別の帰責が問題となる⁴¹。

正当化のレヴェルでは、正当防衛の事案状況が形成されることはほとんどない。逆に、緊急避難および広義の免責の状況は、個別の状況においてずっと容易に一般的な法的立場を放棄しうるため、刑法におけるよりもずっと認められやすい⁴²。また、個別の事案では、一般の刑法の場合よりも、明らかに広い範囲で、特別の正当化事由——例えば、危険に対する十分な個別の配慮——が認められることも当然である。

起訴便宜主義原則を標準としたことで、立法者は、すでに現行法上、秩序違反法を基本的に独自の形にした。秩序違反法第47条の起訴便宜主義は、刑事訴訟法の起訴法定主義、および軽度と中程度の犯罪の領域でその間いっそう重要になっている、起訴便宜主義への関門と緊張関係にある⁴³。

V. 秩序違反が将来さらに発展するための手掛かり

比較法的には、ドイツ秩序違反法は、刑事刑法の下位にあるものの、独自した制裁秩序のモデルであると説く者は、もちろん現行法の状態にとどまることはできない。これまで述べてきたところを考えれば、むしろ、秩序違反法は、根本的に、その第2の側面、すなわち諸制度と社会秩序を支えるという側面と調和しうるのか否

41 これについて、経済刑法にも関連し、その基本思想において文脈につながりうる、*Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3 Aufl., 2010, Rn. 61 f., 67 ff.* の考察をも参照。

42 実務上重要な——そして行政庁からはあまりに利用を躊躇されている——例は、道路交通法（StVO）第1条である。これは、道路交通のすべての固有の規則を最大限の相互安全という一般則に従属させるものである。

43 これについては、例えば、刑事訴訟法第153条、第153a条。

か、するとしたらどのようにか、という問題が浮かんでこよう。以下では、その限りで3つの重点に限定して論じることしよう。

1. 主観的帰属：予防の基本思想に方向づけられた答責性思想の展開

すでに述べた秩序違反法の第2の側面は、刑事刑法の領域とははっきりと異なる領域で機能する。この制裁秩序は、基本的に事前的に（proaktiv）用いられる。これは、まさに経済行政法および監督法の実務で、官庁の指導への不服従の場合の秩序違反法上の制裁を定めることにまで至る⁴⁴。この目的設定に鑑みれば、主観的帰属もまた、相応に細分化されるのは当然である。とくにその不可侵性が保障されるべき規範（とくに特別な犯罪）について、規範の名宛人が、規範遵守のために十分な措置を講じていたことを証明できた場合にのみ免責されるような形で、客観的負責（Haftung）は命じられるべきであろう⁴⁵。実際、すでに現行法では、さまざまな事案で挙証責任が転換している⁴⁶。

主観的帰属が形式的な事情に基づいて根拠づけられる場合も、基本的に同様である。そのような形の負責は、刑事刑法では許容されないのに対し、秩序違反法では、道路交通法第25a条⁴⁷により自動車保有者の負責という形で、毎日何千件も行われている。かくして、過失責任（Verschuldenshaftung）と並んで、——少なくとも、手続費用に関して——過失に依存しない損失責任（Ausfallhaftung）の可能性が認められている。例えば、制裁が科されている形式犯の関連でこの考え方を一般化すること、そしてそのことにより公権力の手で費用負担とは別に、少なくとも規範の貫徹を実効的にすることは当然である。

そのほか、過失という責任カテゴリーを全体として細分化し、個別事例で科されるべき制裁とより緊密に結びつけることも当然である⁴⁸。まさに特別な犯罪において、不作為責任の考え方に従い、法律違反の状態が、引き受け責任の枠内で、不十

44 （保健所もしくは度量衡検査所またはその他の）監督機関のあり方により、これは具体化しよう。監督機関は、不都合があったとき、まず警告し、それがなお除去されなかったばあいに事前に指導し、その後過料法で制裁を加える。

45 歴史的には、営業法（GewO）（1869年）第159条に同様のアプローチが見られた。Rogall ZStW 98（1986），573, 579 m.w.N. を参照。

46 これについては、Hufen, Verfassungsrechtliche Maßstäbe und Grenzen lebensmittelstrafrechtlicher Verantwortung, 1987, S.37を参照。

47 この（費用）負担には憲法上の疑念がないことについて、BVerfG NJW 1989, 2679（2680）。

48 Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3.Aufl., 2010, Rn.62を参照。

分な管理または不十分な配慮に起因する場合にはそれだけで、その状態を規範の名宛人に帰することができよう。計算された過失 (*kalkulierte Fahrlässigkeit*) とは、規範違反をなるほど意欲したわけではないが、少なくとも態度に取り込んだものであるが、その場合は、故意行為と同じに扱うことができる⁴⁹。企業の答責性の領域では、まさに原則として、企業組織と企業経営における〔取組み・対処の〕不十分さ (*Unzulänglichkeit*) に責任の根拠をおくことができよう⁵⁰。それでも実際に、国際的に活動する企業の全職員をコントロールするのは不可能である。したがって、不十分な企業組織に対する秩序違反法の答責が、公権的な制裁制度と、実際に適切な企業経営に関する現代的なイメージとを再び調和させることができよう⁵¹。

2. 制裁：制裁の可能な形態を多様化すること (*Auffächerung*)

現在の法は、制裁を主に過料の賦課に限定している。確かに、これは原則的に刑罰固有の比例性の考慮と調和するものである。これによれば、制裁は、刑事刑法の下位にある違反と同様に位置づけられることになる。これに対して、秩序違反の制裁をさらにいっそう予防に方向づけることが前面に押し出されれば、裁量の幅は広くなる。もちろん、予防的な方向づけが支配的になれば、予防と反作用との間での比例性の程度を超える危険性を孕んでいる。

これによれば、秩序違反法は、新種の制裁、そして細分化され、しかも同時に解釈学的に形成される過料とそれに結びつく行政法上の処分システムを自由に用いる場となりえよう。現在の法において、予防的な行政法上の措置が介入しないことは決してない。逆に、双方のシステムがなお広く結びつくことなく相互に存在する。実際、これらは過料の処罰的な作用と、それと独立して課される行政法上の付随効果と比例性の程度をかなり超過することがしばしばおこっているという残念な帰結となるものである⁵²。

49 これについて、例えば、コモン・ローにおいて無謀 (*recklessness*) という故意と過失の間には存在する中間的な段階を考えよ (これについて、より詳細には、*Tiedemann, Wirtschaftsstrafrecht AT, 3.Aufl., 2010, Rn.62*をも参照)。

50 結果責任の対話に向けられた企業刑法について、例えば、*Schmitt-Leonardy, Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?, 2013, Rn.808 ff.*

51 そのような試みについて、詳細は *Mansdörfer, Zur Theorie des Wirtschaftsstrafrechts, 2011, Rn.55ff., 738 ff.* 並びに、指導力の行使についての答責性についてとくに *ders., in: Festschrift für Frisch, 2013, S.315 ff.*

52 これについてはすでに *Mansdörfer/Timmerbeil EuZW 2011, 214, 218.*

以上のことが明白なのは、例えば、もっとも軽微な競争法違反の場合において、部分的には企業の存続を危ぶませる発注法上の制裁、例えば、建設工事発注契約規定（VOB/A）第6条（当時は、同規定第8条第5項）による入札除外、発注停止の賦課または賄賂簿への記載が定められている場合である⁵³。そのような事実上の職業禁止は、刑事刑法においては、行為者が意識的かつ計画的に彼の事業を犯罪に利用し、または、その職業上の義務に著しく違反した場合に、もっぱら刑法典第70条の厳格な制限の下でのみ、科されるものである。秩序違反法では、通常とは言えないにしろ時折、手続終結前にすでに、行政法上の帰結が生じていることがあり、これは費用のかかる人的および組織的な処分のみに基づいて再度行われることがある。結局、まさにこれらの場合に、行政法上の処分がすでに制裁に数えられること、過料法上の制裁の執行を猶予すること、そして、特別な個別の順守事項の指示によって、具体的な不都合に対応すべきことが当然となる⁵⁴。

3. 手続法改正についての考察

最後に、ドイツの手続法を検討しなければならない。現在の法は、まず行政庁による事前手続を創設した。これは、戒告金（35ユーロ以下）または過料裁定をもって終結する。この手続の中で、事実関係の解明は制限される⁵⁵。行政庁での手続終結決定に対しては異議を申し立てることができ、それにより、行政庁がそれに対応することもでき、または、手続は区裁判所（*Amtsgericht*）に移送される⁵⁶。ここで批判的に検討されるべきは、とくに次の2点である。第1に、倫理的に無色の罰金刑に制裁を限定していることに鑑み、手続を簡略化できるか、できるとすればどの程度かの問題が生じる⁵⁷。第2に、制裁の賦課がそもそも受け入れられるためには、どのような手続が適切なものが問われなければならない。

その点で、行政が第1次的な制裁権限をもつ簡易手続は、もっぱら軽微な違反の場合と、とくに大量の違反の場合にのみ適切であるように思われるということは明

53 類似の制裁は、例えば、空路法（*LuftVG*）第68条による前科簿への記載、不法就労対策法（*Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz*）第21条による公契約からの排除である。

54 法人に対する別の制裁に賛成するものとして、例えば、*Mansdörfer/Timmerbeil* *EuZW* 2011, 214, 218; また批判的なものとして、*Trüg* *ZWH* 2011, 6.

55 秩序違反法第46条および *Böttcher* *NStZ* 1986, 393, 394を参照。

56 秩序違反法第77条、終結手続に批判的なものとして、*Kempf* *StV* 1986, 364, 365.

57 しかし、ドイツ法に対して基本的に批判的な立場から、*Duff*, in: *Festschrift für Jung*, S.87, 93.

らかである。その典型例は、例えば、道路交通における大量の違反である。過料法で保護されている制度に対する重大な違反の場合は、区裁判所による事案の審査(だけ)に結び付く行政の制裁権限は、もはや適切とはいえない。この典型例は、競争違反、最低賃金規定に対する違反または行政法上の届け出義務に対する著しい違反である。起こりうる違反に対して、立法者が非常に高額の過料を定めて制裁を加える場合にはすべて、法治国家原理は、完全な証拠調べと専門裁判官とを備えた実効的な手続を要請する。ドイツ法は、この点でなお発展する必要がある。實際上、このことから、秩序違反法の規範に対する違反が、被告人に対して、刑法上制裁が加えられる態度命令に対する同等の違反よりも、部分的には経済的に過酷になるという帰結となる⁵⁸。

VI. まとめと結語

秩序違反法は、一方では軽微犯罪に制裁を加え、他方では社会秩序および社会の諸制度に対する違反に制裁を加えるという二面性をもつ制裁秩序として形成されてきた。最後に挙げた秩序違反法のもつ第2の側面もまた、実質的に刑事刑法の下位にあり、そこから立法者によって秩序違反法に位置づけられた。現代の秩序違反法は、この第2の側面がなるほど支配的になっているが、その点でなお特別な手直しが必要である。

(人文社会系教授)

58 例えば、刑法第266a条に対する、刑法上の制裁が科される違反(社会保障税のごまかし)は、刑事訴訟法第153条により他の影響なく、手続きを打ち切ることができるのに対し、最下限の額を下回る秩序違反が競合するために過料が科され、そこから、企業にとっては存続を脅かす、公契約からの排除へと至りうるものが、しばしば問題となる。