

論
説

オーストリアにおける軽微事犯論の展開(三)

——刑法四二一条(所為の当罰性の欠如)をめぐる議論を中心に——

丹 羽 正 夫

目 次

第一章 緒論

第一節 問題の所在

第二節 「軽微事犯」の概念と本稿の用語法

第二章 一九七四年刑法の成立に至るまでの展開

第一節 総説

第二節 一九七四年刑法四二条の成立過程

第一款 一九七四年刑法四二条成立の前史(以上、第二八卷第二号)

第二款 戦後の刑法改正事業における展開

第三款 小括(以上、第二九卷一号)

第三章 一九七四年刑法四二条による軽微事犯への対応

——一九八七年の刑法改正に至るまでの展開

第一節 総説

第二節 「所為の当罰性の欠如」の実質的要件

——一九七四年刑法四二条による可罰性阻却とその限界

第一款 概観

第二款 刑法四二条一項本文に関する諸問題(以上、本号)

第三章 一九七四年刑法四二条による軽微事犯への対応

——一九八七年の刑法改正に至るまでの展開

第一節 総 説

一 前章においては、一九七四年一月の新刑法典（以下、便宜上これを「一九七四年刑法」とする）の成立に至るオーストリアの刑法改正事業において、軽微事犯に対する立法措置がどのように論じられてきたかを、一九七四年刑法四二条の成立史を中心に検討してきた。すでにみたように、ここでは、「特別に軽微な事態」に対する量刑上の特則の新設という方向で軽微事犯への対応が論じられてきたのであったが、各草案における規定の形式や、規定の法的性格に関する理解は必ずしも同一ではなかった。最終的に成立した一九七四年刑法四二条が、規定の趣旨等につき、なおあいまいな部分を残存させていたことも、すでに指摘したとおりである。一九七四年刑法成立後の問題状況を論ずる際には、これらの点にも十分に留意しなければならぬであろう。

本章では、右のような点をも踏まえたうえで、一九七四年刑法四二条（所為の当罰性の欠如）が、具体的にはどのように解釈・適用されているかを主に検討しながら、一九七四年刑法の施行（一九七五年一月一日）から一九八七年の刑法改正に至るまでの議論の展開をたどることにする。もとより、一九七四年刑法成立後の法状態において、軽微事犯への対応と関連しうる制度は刑法四二条に限定されていたわけではないが、刑法四二条が軽微事犯への対

応策の中核をなすものとして新設されたものであることや、同条をめぐる議論にこの時期の論争の重点が存する。ことなどからすれば、同条の解釈・適用に眼を向けることは、議論の展開を検討するうえで重要かつ不可欠であるといつてよい。また、刑法四二条の解釈・適用をめぐる議論は、軽微事犯への対応システムに関する様々な立法提案を生み出し、やがて一九八七年の刑法改正における(刑法四二条を含めた)種々の法改正へと帰結することとなったが、本章では、そうした改正論議の動向にも注意を払いつつ、検討をすすめることにしたい。とりわけ、上記の改正前後の動向の分析からは、制度論ないし立法論の見地からも有益な示唆が得られるものと期待することが許されよう。

このような見地から、以下の論述では、刑法四二条の解釈・適用をめぐる問題状況の分析に力点を置くこととするが、同時に、本章では刑法四二条に関する訴訟法の問題や同条の法的性格といった論点をも一瞥するとともに、一九八七年の刑法改正に至る改正論の動向にもふれ、同年の刑法改正以降の問題状況の分析にそなえることにしたい。

二 一九七四年刑法施行後の議論の推移を検討するに際しては、言うまでもなく、我が国とオーストリアとの問題状況の相違にも注意を払わねばならない。とりわけ、オーストリアにおいて起訴法定主義が採られていることは、制度的基盤にかかわる相違として重要である。そこでは、いかに軽微な行為であっても原則として起訴され、裁判の対象とされるため、我が国では軽微性の故に微罪処分や起訴猶予処分の対象となりうるような事案も、オーストリアでは判例上数多く登場することになる。この点は、軽微性の故に多数の事案が微罪処分や起訴猶予処分の対象とされている我が国の状況と対照的であるといつてよい。しかしながら、別の見方をすれば、これらの処分にあつ

ては事案処理上の裁量の余地が大きく、その実態にも不明な点が多いの⁽¹⁾に対して、オーストリアでは、軽微な事案の取り扱いが判例上かなり「可視的」になっているとみること可能であろう。そして、まさしくこうした「可視性」の故に、刑法四二条の適用に関する判例からは、同条所定の様々なファクターを可罰性評価に際して用いることの意義や問題性を、かなり明瞭に看取することができるのである。同時にまた、一九七四年刑法には我が国の刑法三五条のような一般的規定が置かれていないことも、注意すべき点として挙げておかねばならない。⁽²⁾本章では、これらの点にも十分留意しつつ、考察をすすめていくことにする。

三 次に、一九七四年刑法の成立から一九八七年の刑法改正に至るまでの間の法状態を一瞥し、軽微事犯への対応の全体的な制度構想において、刑法四二条にいかなる位置づけが与えられているかを、あらかじめ確認しておく。

すでに見たように、「軽微事犯」という概念は、それ自体必ずしも明確ではない。⁽³⁾そのため、軽微事犯に対応するための制度としていかなるものを挙げるかという点も論者により異なりうるが、ここでは代表的な理解の一例として、ノヴァコウスキ (Nowakowski) による分類⁽⁴⁾を掲げよう。

- (1) 法律効果に関する諸規定(所為の当罰性の欠如〔刑法四二条〕、自由刑に代わる罰金の科刑〔同三七条〕、刑の条件付き猶予〔同四三条〕、特別な刑の減輕〔同四一条〕)
- (2) 事案処理に関する検察官の決定権(競合する可罰的行為の訴追の中止〔刑訴法三四条二項〕⁽⁵⁾、少年裁判所法や行刑法、軍刑法などにみられる起訴法定主義の例外)⁽⁶⁾

(3) 訴訟法的対応の可能性(刑訴法四六〇条所定の略式手続、親告罪化等による訴追の制限〔親告罪、訴追に授權を必要とする犯罪、私人訴追によってしか訴追されない犯罪〕)

(4) 各則規定の類型的メルクマールによる軽微事犯の排除(規範的概念による限定、一定の軽微な過失傷害を不可罰とする刑法八八条二項、軽微な財産侵害に関する減輕規定である刑法一四一条など)⁽⁷⁾

(5) 事案が軽微な場合における犯罪登録簿(Stratregister)からの情報入手の制限⁽⁸⁾

右の分類では多様な制度が列挙されているが、子細にみるならば、上記(2)のように起訴法定主義の例外はごく少数の特別な場合についてしか認められておらず、親告罪化等による訴追の制限(上記(3))も事案の軽微性のみを考慮するものとは言い切れない⁽⁹⁾とすれば、軽微事犯への手続法的な対応の可能性は、かなり限定されているといえるであろう。これに対して、実体法上は、各則の個別規定(刑法八八条二項、同一四一条)に加え、軽微性を理由とする可罰性の阻却(刑法四二条)や、法律効果の面での有利な取り扱い(同三七条、四一条、四三条)が、総則規定により一般的な形で認められていることからすれば、可罰性がゼロとなる極限態から、可罰性は阻却されないがなお特別な取り扱いが必要な場合に至るまで、事案の性質に応じた連続的な対応が制度上も意図されているように思われる(なお、上記(5)は本稿の問題関心とは直接関係しないため、ここではさしあたり除外して考えることにしたい)。

こうしたことからすれば、先に第一章において言及した如く、オーストリアの立法者は、一九七四年刑法の制定とこれに関連する一九七五年の刑事訴訟法改正に際して、手続法的には起訴法定主義の伝統を厳格に維持する方向

を選択し、問題の解決を主として実体法的制度に委ねたものと解することが許されよう。そして、右にみたような諸規定のうち、法律効果の面での有利な取り扱いに関する刑法三七条、四一条、四三条が、適用要件ないし適用対象たる行為の重さの面で、軽微事犯への対応のみを意図したものは必ずしもいえないことからすれば、実体法的制度としてまず注目されるべきものは、一般的な可罰性阻却につき定める刑法四二条であり、次いで、特定の犯罪類型に関連する個別規定たる八八条二項および一四一条が重要であるとの位置づけが可能となるように思われる。

右のような見地から、本章では、上記の諸制度のうち刑法四二条を最も重要なものと捉えたうえで、同条との関連で刑法八八条二項および一四一条の解釈・適用にも眼を向けながら、議論の展開をみていくことにする。その余の諸制度は、考察対象としてそれぞれ興味深い点を含んでいるが、必ずしも軽微事犯への対応を念頭に置いているとはいえないものも多いうえ、その詳細にふれることは本稿の範囲を越えるため、以下の論述では必要な範囲でのみ言及するにとどめたい。

四 以下、本章では、一九七四年刑法の施行から一九八七年の刑法改正に至るまでの議論の展開をみていくことにするが、まず、つづく第二節では、刑法四二条が規定する「所為の当罰性の欠如」の実質的要件の解釈と適用を検討する。そこから得られた知見は、軽微事犯の実体法的可罰性評価のあり方を考えるうえでも重要な意味をもつものとなるであろう。また、刑法四二条の解釈・適用をめぐるのは、いくつかの訴訟法的論点も存するが、それらについては第三節で一括して取り扱い、本稿の目的と重なる限度で考察を加えておくことにする。

他方、刑法四二条に関する判例の蓄積と議論の進展は、学説の関心を同条の法的性格という問題にも向けさせることとなった。刑法四二条所定の「所為の当罰性の欠如」という制度を論ずるにあたっては、この理論的に最も激

しく争われている問題にもふれておく必要がある。そこで、第四節では、刑法四二条の法的性格をめぐる議論の状況を紹介し、若干の検討を行うことにしたい。

最後に、第五節では、刑法四二条の解釈・適用を中心とする議論の展開が、軽微事犯への対応システムをめぐる法改正の動きとどのように関わっていくかという観点から、一九八七年の刑法改正に至る改正論の動向を一瞥し、同年の刑法改正以降の問題状況の分析にそなえらるとともに、一九七四年刑法施行後の議論の流れをひとまず総括することとしたい。

- (1) 起訴猶予処分や微罪処分の実態につき、たとえば、三井誠「検察官の起訴猶予裁量(四)」法学協会雑誌九一巻一一号(昭和四九年)一六九三頁以下、荒川雅行「ディヴァージョンと刑法に関する一考察——警察における微罪処分を中心として——」法と政治三八巻三号(昭和六二年)一頁以下、同「軽微な財産犯の処理——警察における微罪処分を中心として——」刑法雑誌二八巻二号(昭和六二年)一九一頁以下、米田昭・岩井宜子「微罪事件の実態と被疑者の成行に関する研究」法務総合研究所研究部紀要一四号(昭和四六年)一頁以下等を参照。

- (2) この点につき、内田文昭「刑法三五条の制定」神奈川法学三〇巻一号(平成七年)一四九頁および同頁注(3)参照。
- (3) 本稿第一章第二節参照。

- (4) Friedrich Nowakowski, Die Behandlung der Bagatelkriminalität in Österreich — Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft—, in: ZStW 92, 1980, S. 255 ff.

- (5) 刑法三四条一項によれば、被疑者が数個の可罰的行為の責を負うべき場合において、「不訴追又は訴追の取消が、刑

罰又は保安処分、有罪宣告と結びついた法律効果のいずれにも本質的に影響を及ぼさないとき」又は「被疑者がその他の可罰的行為の故に外国の官庁に引き渡され、かつ、国内において科されるべきものと予期される刑罰又は保安処分が、外国において言い渡されるものと予測される刑罰又は保安処分と比べて重大でないとき」には、検察官は、個々の可罰的行為を訴追せず、又は爾後の訴追を留保したうえで訴追を取り消す（刑訴法三六三条一項三号）ことができるものとされている。

- (6) ここでは、軽い罰金刑や軽い自由刑の訓戒（Ermanung）による代替に関する少年裁判所法一二条、六月を超えぬ自由刑にあたる軍刑法（Militärstrafgesetz）上の軽罪の訴追の中止・取り下げに関する刑訴法五〇一条三項、刑の執行中になされた軽微な犯罪の訴追の中止に関する行刑法一一八条三項、上官の命令によりなされた軽微な犯罪の訴追の中止・取り下げに関する軍刑法三条二項の各規定が、こうした例外にあたるものとして挙げられている（Nowakowski, a.O., S. 264）。
- (7) これらのほか、ノヴァコウスキは、少量の麻薬の取得および所持を一定の条件のもとで訴追しないものとする麻薬法（Suchtstoffgesetz）9条aをも参考になる規定として挙げている（Nowakowski, a.O., S. 269）。なお、八八条二項および一四一条の文言については、本稿第二章第一節注（1）参照。

- (8) 有罪記録の抹消および情報入手の制限に関する一九七二年二月一日の連邦法律（Tilgungsgesetz = BGBl. 1972/68）六条参照。

- (9) ノヴァコウスキ自身も、親告罪等にあつては事案の軽微性よりも関係者の利益の顧慮が決定的に重要であることをみとめている（Nowakowski, a.O., S. 266）。

第二節 「所為の当罰性の欠如」の實質的要件

——一九七四年刑法四二条による可罰性阻却とその限界

第一款 概 観

一 本節では、一九七四年刑法四二条（以下、「刑法四二条」ないし単に「四二条」とする）の實質的要件（同条第一項）の解釈・適用を、個々具体的に検討することにより、同条所定の「所為の当罰性の欠如」という制度による輕微事犯への対応がどのようになされているかを明らかにする。はじめに、刑法四二条の文言をここで再度確認しておく。

第四二条（所為の当罰性の欠如 Mangelnde Strafwürdigkeit der Tat）

(1) 職権をもって訴追される所為に対し罰金刑だけが法定刑として定められている場合、又は一年以下の自由刑、又は一年以下の自由刑及び罰金刑が法定刑として定められている場合において、

- 一 行為者の責任が輕微であり、
- 二 所為が何らの結果を惹起せず、又は些細な結果を惹起したにすぎず、これに加えて、
- 三 行為者に可罰的行為をさせないため、又は他人による可罰的行為の遂行を阻むために行為者を処罰する必

要がないときには、

その所為は可罰的でない。

- (2) 前項の要件の存否についての決定は裁判所に留保される。前項の要件が存在する場合には、手続はその状態の如何にかかわりなく終了するものとする。

右の規定のうち、第二項をめぐる議論は次節以降の論述にゆずることとし、以下の論述においては、実質的要件につき定めた第一項のみを考察対象として取り上げることとする。

刑法四二条による軽微事犯への対応がどのようになされているかを明らかにするには、オーストリアにおける具体的事案の処理の検討を通して、同条所定の種々の要件のそれぞれにつき、処罰範囲の確定のためにかなる基準が設定されているのか、また、それらが適切に機能しているのかが問われねばならないであろう。そこで本節では、刑法四二条適用の実質的要件を定める第一項を、便宜上、一項本文、責任の軽微性（一項一号）、結果の軽微性（同二号）、予防の観点（同三号）の四つに分けたうえで、上記の各要件ごとに、学説のみならず判例の展開をも重視しながら考察をすすめることにしたい。

二 次に、一九七四年刑法の施行から一九八七年の刑法改正に至る時期の問題状況につき、特徴的と思われる点をあらかじめいくつか指摘しておこう。

(一) 上記の時期をひとことで形容するならば、刑法四二条をめぐる試行錯誤の期間と位置づけることが可能であろう。四二条は一九七四年刑法において新設された規定であったため、実務の動向が当初から注目されたが、判例

による同条の解釈には必ずしも安定的ではない面もみられ、論点によっては判例の基本線を見出しがたい部分があることに注意しなければならない。

(二) 刑法四二条所定の「所為の当罰性の欠如」という制度を、それ自体としてどう評価するかは、軽微事犯に対する各論者の基本的価値観に左右される面が大きい。いかに些細な行為であっても「犯罪」であることに変わりはないとの立場をとる論者からは、当然のことながら否定的評価が下されることになる。学説には同条に対して肯定的評価を下すものも少なからず存するが、実務は同条による可罰性阻却の余地を大きく認めているとはいえず、判例のなかにはかなり厳格な態度を示すものもみられる。

(三) この時期における刑法四二条の適用数は、立法者が期待したほどに大きなものとはならなかった。⁽¹⁾この点も、同条に対する実務の心理的抵抗を物語るものといえるように思われる。

(四) 判例による刑法四二条一項の解釈と適用には、同条に規定された種々のファクターの機能や連関の理解につき、あいまいな面も散見される。そこでは、問題を量刑論の次元で扱おうとする立法時の志向が、なおも大きく影響しているといえるように思われる。

そのほか、本節において展開される議論との関係では、学説が寄せる理論的関心の大きさの故に、「刑法四二条の法的性格」というテーマが一個の論争問題となつていくこと、すでに述べたように一九八七年の刑法改正では四二条にも手が加えられたが、それは同条の適用範囲を拡大する方向での改正であったことを、⁽²⁾ここであわせて確認しておきたい。

三 本論に入る前に、刑法四二条一項一―三号に共通する適用上の一般原則についても、あらかじめ一言してお

くことにする。⁽³⁾

まず、四二条を適用するためには、同条に規定された要件（とくに一項一―三号所定の要件）がひとつでも存すれば足りるのか、それともすべて存在しなければならぬのか、という問題にふれておかなければならない。この点について四二条をみると、条文の規定形式上は、ややあいまいさが残るようにもみえるが（とくに一項一号と二号との関係について）、一項各号の要件がすべて存在しなければ同条は適用されないとすることに異論はみられない。⁽⁴⁾ 実務上も、四二条一項一―三号の要件がひとつでも欠ければ、その余の要件の存否を吟味するまでもなく同条の適用は否定されることとなるのである。

第二に、四二条の適用の可否は、常に個々の事案の具体的状況の如何により決定されるという一般原則が承認されていることにも注意を要する。この点はとくに、ある特定の犯罪ないし行為態様（例えば万引きなど）⁽⁵⁾ に対する四二条の適用が、当該犯罪行為の発生頻度の高さなどの故に初めから否定されることがあるのかという、一般予防の観点との関連で問題とされることが多い（四二条一項三号参照）。ひとくちに軽微事犯と言っても、その発現形態にはきわめて多様なものがあり、またそうした多様性は、万引きなど特定の行為態様の内部にあっても変わるところがないものと考えられる。かかる観点からすれば、個々の事案における「軽微性」評価に際しては、画一的な処理により徒に四二条の適用範囲を狭めることのないよう、常に留意する必要があるものといえよう。

以上で一般的考察を終え、つづく第二款では、刑法四二条一項本文に関する問題点を検討することにする。

(1) 刑法四二条の適用数に関するデータ等の詳細は後に改めて論ずる。

- (2) 一九八七年の改正の内容につき、本稿第一章第一節三参照。
- (3) 以下の論述における便宜のために、引用頻度の高い文献ならし判例集等の略称と判例の引用法を、カッコで一括して掲げよう。
- Foregger-Serini, StGB=Egmont Forreger/Eugen Serini, Strafgesetzbuch: StGB samt den wichtigsten Nebengesetzen, Kurzkomentar, 3. Aufl. 1984; 4. Aufl. 1988; 5. Aufl. 1991
 - Foregger-Serini, StPO = Egmont Forreger/Eugen Serini, Die österreichische Strafprozeßordnung (Strafprozeßordnung 1975) samt den wichtigsten Nebengesetzen, Kurzkomentar, 3. Aufl. 1982; 4. Aufl. 1989
 - Mayerhofer-Rieder, StGB = Ch. Mayerhofer/S. Rieder, Das österreichische Strafrecht, Erster Teil, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 1981; 3. Aufl. 1989 [Entscheidungen: Seite/Nummer]
 - WK = Foregger/Nowakowski (Hrsg.), Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1979 ff.
 - JBl = Juristische Blätter [Entscheidungen: Jahr/Seite]
 - OGH = Oberster Gerichtshof
 - RZ = Österreichische Richterzeitung [Entscheidungen bis 1972 Jahr, Seite: seit 1973 Jahr/Nummer]
 - SSt = Entscheidungen des österreichischen Obersten Gerichtshofes in Strafsachen und Disziplinarangelegenheiten, veröffentlicht von seinen Mitgliedern unter Mitwirkung der Generalprokuratur [zitiert: Bandzahl/Nummer]
 - ZVR = Zeitschrift für Verkehrsrecht [Entscheidungen: Jahr/Seite]
 - ÖJZ = Österreichische Juristen-Zeitung
 - EvBl = Evidenzblatt der Rechtsmittelenscheidungen (in der ÖJZ) [zitiert: Jahr/Nummer]

• OJZ-LSK = Österreichische Juristen-Zeitung-Leitsatzkartei in Strafsachen [zitiert: Jahr/Nummer]

- (4) Vgl. Foregger-Serini, SKGB, 3. Aufl., §42 Erläuterungen II: Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1971, S. 139 (「特別に軽微な事態」は、制度の基本思想からすれば、考慮されるべきいすれの観点からも要罰性が否定される場合にのみ認められる」とする)。

- (5) Vgl. OGH 8. 8. 1979 SSt 50/45 [S. 169] = EwBI 1980/7; OGH 5. 10. 1976 SSt 47/55 [S. 223] = EwBI 1977/102; Foregger-Serini, SKGB, 3. Aufl., §42 Erläuterungen II.

第二款 刑法四二条一項本文に関する諸問題

- 一 一九七四年刑法四二条一項本文は、「職権をもって訴追される所為 (die von Amts wegen zu verfolgende Tat) に対し罰金刑だけが法定刑として定められている場合、又は一年以下の自由刑、又は一年以下の自由刑及び罰金刑が法定刑として定められている場合」にのみ「所為の当罰性の欠如」がみとめられるものとしており、同条の適用に一定の制限を設けている。上述の文言の解釈・適用上の問題としては、(1)所為が「職権をもって訴追される」ものでなければならぬという要件、(2)法定刑による適用の制限、の二つを挙げることができるであろう。これらのうち、(2)については一九八七年の刑法改正に際して要件が緩和され、自由刑に関する制限が「一年以下」から「三年以下」へと改められたが、その余の基本的な文言は現在に至るまで同一である。以下、上述(1)および(2)の二点に

つき分説することにした。

(1) 「職権をもって訴追される所為」という要件

ここに所為が「職権をもって訴追される」ものでなければならぬというのは、私人訴追 (Privatanklage) によつてしか訴追され得ない犯罪 (Privatanklagedelikte)⁽¹⁾ を適用対象から除く趣旨である。したがって、刑法四二条は私人訴追手続においては適用されず、職権をもって訴追される犯罪 (しばしば Offizialdelikte と称される) に関するのみ、その適用が問題とされることになる。⁽²⁾

では、立法者はなぜ私人訴追によつてしか訴追され得ない犯罪 (以下、Privatanklagedelikte と記す) に本条の適用を認めなかったのであろうか。⁽³⁾ この点に関しては、Privatanklagedelikte に四二条を適用すると、一方では解困難な訴訟費用をめぐる問題が生ずること、また他方では、大多数の侮辱罪が処罰されなくなつてしまい、同罪に関する処罰規定を間接的に廃止するに等しくなつてしまうことの二つが決定的に重要であつたとされている。⁽⁴⁾ しかしながら、Privatanklagedelikte を四二条の適用対象から除いたことに対しては学説からの批判も多く、裁判所の訴訟負担の軽減という観点からは好ましくないという趣旨の批判や、⁽⁵⁾ 職権をもって訴追される犯罪が四二条により不処罰とされ得ることとの不均衡に対する懸念が表明されていることなどが注目される。実際上も、パリンが言うように、⁽⁶⁾ 他人の身体に虐待を加え、それにより傷害を負わせた場合 (刑法八三条) には四二条による処理が可能だが、これよりも軽微な、傷害の結果を伴わぬ虐待行為 (刑法一一五条一項) については、Privatanklagedelikte であるが故に四二条を適用しえない、といった不均衡が生じうることは否定できないであろう。このように、軽微な事案の平等な取り扱いという観点からみても、立法者が Privatanklagedelikte を四二条の適用対象から除外した

ことに対する批判には、充分な理由があるように思われる。

(2) 法定刑による適用の制限

刑法四二条の適用には、前述の「職権をもって訴追される所為」という要件のほか、法定刑の面からも制限が加えられている。すなわち、立法者は、所為に対し罰金刑のみ、又は一年以下の自由刑、あるいは一年以下の自由刑および罰金刑が法定刑として規定されている場合に限り、本条の適用が可能としたのである。

では、こうした法定刑による適用の制限には、いかなる理由が存するのであるうか。この点は一九七一年政府草案の理由書に詳しく説明されているので、次にそれを見てみることにしよう（ただし、同草案においては、自由刑につき適用の上限が六月とされていた）。同理由書は、まず次のような前提から出発する。「その性質上〔本来的に〕軽い (leicht) 犯罪にあつては、その無価値 (Unwert) が当罰的な程度に達しない事例が常に生じうる。（これに對し）より重い (schwerer) 所為の無価値は、その性質上、限界事例においてもなお刑法的対応を正当化しうるだけの重さをすでに充分に備えているのである」。そして、その性質上本来的に軽い犯罪を特徴づけるメルクマールとしては、法定刑に下限の定めがとくに存するか否かが参照されるべきであり、「下限がとくに定められていない場合には、立法者は、当罰性が直ちにゼロにまで低減しうることを認めているのである。したがって、この理を一貫させれば、特別に軽微な事態においては当罰性が全く欠如する場合もありうる」との理解から、法定刑の下限がとくに定められていないことを以て第一の条件とするのである。だが、こうした理解によれば、四二条は三年以下の自由刑が法定されている犯罪（草案はこれらに対し法定刑の下限をとくに定めていない）すべてに適用されることになり、適用範囲が著しく拡がってしまう。そこで草案は、「その性質上、平均的事例も重大なものとはならない

犯罪」に限って四二条の適用を認めるべきであるとの見地から、自由刑については法定刑が六月以下であることを第二の条件としたのであった。すなわち理由書によれば、「これらの犯罪の不法内容は、本来的に軽微 (gering) であるが故に、当該犯罪の類型的無価値を前提として考察した場合にも、特別に軽微な事態における不処罰を妥当なものとする⁽⁸⁾」とされるのである。

このように、一九七一年草案は、法定刑の下限がとくに定められておらず、かつ、その性質上、平均的实现態様も軽微である犯罪を選ぶ趣旨から、法定刑による限界を設定し、もって四二条の適用範囲が過度に拡がることを防ごうとしたのであった。こうした自由刑についての限界は、一九七四年刑法の成立の際に、最終的には六月以下から一年以下に引き上げられたが、先⁽⁹⁾にみたような立法上の考慮は依然として維持されていると考える⁽¹⁰⁾であろう。もっとも、こうした立法上の考慮に対しては異論がなかったわけではなく、法定刑による適用の制限を緩和すべきであるとの批判が後に学説により展開されることとなった。ことに、自由刑について「一年以下」という限界が設定されたことに対しては批判が集中し、実務における四二条の適用数が少ないのは、こうした法定刑による適用の厳しい制限によるのではないかと指摘や、少なくとも軽罪 (法定刑は三年以下) についてはすべて本条の適用を認めるべきであるとの主張がみられる点が注目される。この問題は、後に一九八七年の刑法改正の際にも議論され、同年の改正により、自由刑についての制限が先述の如く「三年以下」と緩和されるに至ったので、詳しくは後に改めて論ずることとしたい。

二 なお、法定刑による四二条の適用の制限に関しては、さらにいくつかの論点が存するので、それらについても付言しておこう。まず、数個の犯罪行為が競合した場合にも四二条の適用が可能かという点が実際上問題となり

うるが、これにはいくつかの形態が考えられる。①第一に、観念的競合ないし実在的競合により、最も重い罪の刑が適用される場合（刑法二八条参照⁽¹¹⁾）が問題となるが、学説は個々の行為ごとに四二条の適用の可否を論ずべきものとしており、二八条による処理によって四二条の適用が排除されることはない⁽¹²⁾と解されている。②第二に、二二八条（重い窃盜 schwerer Diebstahl）一項四号、二項などのように、行為客体の価額ないし損害額により刑が加重される犯罪類型との関係で、行為者が同種の所為を数回実行した場合が問題とされる。すなわち、かかる事例においては、刑法二九条により、客体の価額ないし損害額の合計額を基準として刑を量定すべきものとされている⁽¹³⁾ため、行為者が被害額の比較的少ない所為を数回犯した結果として法定刑加重の要件が充足される場合、四二条の適用は排除されるのがここでの問題である。判例には、同種の所為が数個犯された場合、それらのうち一つに対する四二条の適用を論ずるにあたっては、二九条により決定される法定刑が基準となるとするものも存したが（OGH 13. 11. 1975）⁽¹⁴⁾、OGH（オーストリア最高裁）はその後、傍論ながら、四二条の適用は二九条による刑の加重に影響されず、各々の所為を四二条により個別に処理しようとの立場に転じ（OGH 28. 10. 1976）⁽¹⁵⁾、こうした理解が学説の一部によっても支持されるに至っている⁽¹⁶⁾。③同様に、我が国の刑法五〇条（併合罪中の余罪の処理）が想定する事例の如く、競合する関係にある数罪中の余罪について追加刑を言渡す場合（三一条及び四〇条参照⁽¹⁷⁾）にも二九条による合算がなされることはない⁽¹⁸⁾と判例は解しており、三一条及び四〇条による処理がなされる場合にも四二条の適用が可能であるとする⁽¹⁹⁾ような理解は、学説によっても承認される⁽²⁰⁾ところとなっている。

次に、累犯加重（三九条参照⁽²⁰⁾）の要件が充足される場合、刑の加重によって四二条の適用が排除されるか、という問題にも触れておかねばならない。上述してきたところからすれば、かかる場合にあっては四二条の適用は当

然には排除されないと考えることができよう。判例 (OGH 29. 7. 1975)⁽²¹⁾ も、三九条による累犯加重は、一七条の定める重罪と軽罪の区別や、法定刑により適用範囲が制限されている二二条、三七条、四二条、五七条⁽²²⁾の適用可能性に対し何ら影響を及ぼさないと立場を採っており、これらの規定については、当該所為に対し、いかなる刑が法定されているかということのみを問題にすべきであると解している。三九条が、二九条等と同じく、所為それ自体の性質に鑑みた加重規範ではなく、単に量刑原則を定めた規定であるに過ぎない⁽²³⁾ことからすれば、こうした理解は妥当なものといえるであろう。⁽²⁴⁾

三 以上を総ずるに、法定刑による限界設定によって四二条の適用範囲が妥当な形で画定されうるとの立法者の意図は、判例・学説によっても尊重されており、先に述べた法定刑の要件を充たすものであれば、四二条はすべての犯罪類型に適用される⁽²⁵⁾との原則をそこから看取しうるものと言えよう。

以上で四二条一項本文に関する諸問題の検討を終えることにする。次款以降では、四二条所定の諸要件の核心をなす同条一項一―三号について、その解釈・適用をめぐる議論をみていくことにしたい。

- (1) 刑事訴訟法二条一項によれば、「可罰的行為が、被害者又はその他の関与者の請求に基づいてのみ (nur auf Verlangen des Verletzten oder eines anderen Beteiligten) 訴追されるべきときは、これらの者が、私人訴追の提起を行う」ものとされており、ここにいう「被害者又はその他の関与者 (被害者が未成年者である場合の法定代理人など——筆者注) の請求に基づいてのみ訴追される」犯罪については檢察官に訴追権限はなく、この種の犯罪は私人訴追によってしか訴追され得なす。Vgl. Foregger-Serini, SPO, 3. Aufl. §2 Erläuterungen III, §46 Erläuterungen I ff.; Otto Triffler, Österreichisches

Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1985, S. 104. したがすなわち刑法四二条の適用対象外とされる Privatanklagedelikte であり、通常、行為者ないし行為は被害者の請求に基づいてのみ訴追される旨が、各本条中に規定されている。一九七四年刑法における Privatankegelikte には、一一〇条(専断的治療行為)、一一一条(悪評の流布)、一一三条(裁判上すでに解決済みである可罰的行為に対する非難)、一一五条(侮辱)、一一七条(名誉に対する可罰的行為についての訴追の権利に関する規定)、一一八条(信書の秘密の侵害及び信書隠匿)、一一九条(通信の秘密の侵害)、一二〇条(録音装置又は盗聴装置の濫用)、一二一条(職業上の秘密の侵害)、一二二条(営業上の秘密又は企業秘密の侵害)、一二三条(営業上の秘密又は企業秘密の探知)、一五二条(信用毀損)、一六六条(家族内での犯行)財産罪が親族間でなされた場合の減輕規定)、一九三条(欺罔による婚姻及び婚姻の強要)及び一九四条(姦通)と、比較的多くのものが存する。これらのうち、一二三条は法定刑が四二条の制限を超える(二年以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金)ため、これに対する四二条の適用はありえないが、それ以外の犯罪については、もしそれらが Privatanklagedelikte でないとすれば四二条の適用が可能となるため、職権をもって訴追される犯罪が同条により不可罰とされる場合との不均衡が問題となりうることに注意すべきであろう(この点につき、さらに後出注(6)参照)。

- (2) オーストリア法では、訴追権限を有する主体の相違に応じて、検察官が訴追権限を独占し、職権により訴追される犯罪たる Offizialdelikte と、検察官は訴追権限を有せず、訴追が被害者の自由な裁量に委ねられている犯罪たる Privatanklagedelikte の二つが区別されており、前者すなわち Offizialdelikte には、親告罪(Antragsdelikte)や、訴追に被害者による(検察官への)授權を必要とする犯罪(Ermächtigungsdelikte)も含まれるとされている(Vgl. Foregger-Serini, SPO, 3. Aufl. §2 Erläuterungen II f. 両者の相違は、その名称をみただけでは判りにくい)が、親告罪にあつては告訴をまつて初めて国家の訴追権が生ずるのに対し、Ermächtigungsdelikte ではすでに犯罪の遂行により訴追権が発生し[Vgl. dazu

OGH 19. 6. 1980 OJZ-LSK 1980/178)「ただ被害者による授權がなければ檢察官は訴追権を公判開始後に行使できぬに過ぎない、などの相違点がある。これにつき詳しくは、Foregger-Serini, aa.O., §2 Erläuterungen II; Triffler, aa.O., S. 103 f. を参照)。一九七四年刑法では、一九五条(未成年者を教育権者の支配力から免れさせる行為)、一九六条(官庁の命令した教育処置を無効にする行為)、三二六条(外国に対する大逆的攻撃)、三二七条(外国の象徴に対する誹謗)の各罪が親告罪として規定されている。また、同じく一九七四年刑法における Ermächtigungsdelikte としては、一〇七条(危険な脅迫)、一〇八条(欺罔)、一〇九条(住居侵入)、一一七条(名誉に対する可罰的行為についての訴追の権利に関する規定)、一一八条(信書の秘密の侵害及び信書隠匿)、一一九条(通信の秘密の侵害)、一二九条(他人の狩猟権又は漁業権の侵害についての訴追条件に関する規定)、一四一条(盗取)、一四九条(給付の詐取)、一五〇条(困窮詐欺)が存在する。これらのうち、一一七条、一一八条、一一九条は場合を分けて規定されており、原則として Privatanklagedelikte とされていることに注意されたい。

- (3) Vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1971, S. 141.
- (4) Foregger-Serini, SKGB, 3. Aufl., §42 Erläuterungen II; vgl. auch Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1971, S. 141.
- (5) ハンコした観念からの批判「ハンコ」 Heinz Zipf, Die mangelnde Strafwürdigkeit der Tat (Salzburger Universitätsreden, Heft 58), 1975, S. 17; Franz Pallin, Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht, 1982, Rz 151 等を参照。ハリンは「Privatanklagedelikte が四二条の適用対象から除外されたこと」を「明らかに立法者の誤りである」と批判している。
- (6) Pallin, aa.O., Rz 151; ders., in: WK Rz 8 zu §42.
- (7) Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1971, S. 138.
- (8) Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1971, S. 138 f.

(9) この間の経緯に関する司法委員会報告書の説明によれば、立法に際して、四二条の要件の存否に関する決定の権限が検察官には与えられず、裁判所にのみ委ねられたことの帰結として、法定刑による適用の制限を緩和することが認められたようである。Vgl. Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Dokumentation zum Strafgesetzbuch, Wien 1974, S. 96.

(10) ちなみに、軽微な行為への特別な対応を定めた規定の適用範囲を法定刑により画するという発想は、たとえばドイツ法などにもみられるものであり、その際、刑法典総則における重罪と軽罪の区別がしばしば援用されるのが興味深い(例として、ドイツ刑事訴訟法一五三条、一五三条a等を参照。こうした考察方法につき、さらに、Krumpholmann, Die Bagatelldelikte, 1966, S. 36 ff., 51, 62, 111, 127 ff.をも参照)。我が国の刑法典は重罪と軽罪の区別をみとめていないため、上述の如き発想は我が国の問題状況にはなじみにくい部分もあるが、軽微な行為への対応に関する立法論の見地からは、検討に値する考察方法であるように思われる。

(11) 刑法二八条(可罰的行為の競合)は次のような規定である。

(1) 一個の所為により又は独立した數個の所為により、同種又は異種の數個の可罰的行為をなした者があり、かつこれらの可罰的行為に關し同時に判決を下すときに、競合する各法規がいずれも自由刑のみ又は罰金刑のみを規定している場合には、單一の自由刑又は罰金刑を宣告するものとする。その刑は最も重い刑を予告している法規に従つて定めるものとする。ただし、特別に刑を減輕する場合を除いては、競合する法規がそれぞれ規定している最も軽い刑のうちで最も重いものより軽い刑を科してはならない。

(2) 競合する法規の一方に自由刑が、そして他方に罰金刑がそれぞれ法定されているとき、又は競合する法規のうちただ一個の法規のみに自由刑と罰金刑とが併せて法定されているときに、これら二種類の刑がそれぞれ必要的に科されるべきものとして規定されている場合には、一個の自由刑と一個の罰金刑とを宣告するものとする。自由刑又は罰金刑のう

ち必要的に科されるべきものとして法定されていないものは、これを科すことができる。自由刑又は罰金刑とともに法定されている別種の刑についてもこれと同様とする。自由刑及び罰金刑の量定については第一項を適用する。

(3) 第二項により一個の自由刑と一個の罰金刑を宣告すべき場合であっても、自由刑に代えて罰金刑を宣告することができるときは(第三七条)、第一項により罰金刑のみを宣告するものとする。

(4) (略)

(12) Pallin, in: WK Rz 7 zu §42 (＝旧説を改説) vgl. ders.: Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht, Rz 151); Foregger-Serini, StGB, 3. Aufl., §42 Erläuterungen IV. もともと「*ト*」した帰結は、「処断刑」ではなく「法定刑」を基準としている。四二条の文理からすれば当然のようにも思われるが(vgl. OGH 29. 7. 1975 StS 46/40) この点は論者によってあまり意識されていないようである。

(13) 刑法二九条(価額及び損害額の合算)は次のような規定である。

法定刑の量が、行為の客体となった物の数字により定められた価額に依存し、又は行為が惹起した損害若しくは行為者の故意がそれに及んだところの損害の数字により定められた額に依存するときに、行為者が同種の数個の所為を犯した場合には、価額又は損害額の合計額を基準とする。

(14) OGH 13. 11. 1975 OJZ-LSK 1976/21.

(15) OGH 28. 10. 1976 StS 47/63 [S. 243]. 本件の事案そのものは、四二条の適用が直接争点となったものではなく、損害が比較的低額の詐欺を営業的に反復して犯したという事実が一四七条一項(五〇〇〇シリングを超える損害を惹起した詐欺罪を加重処罰する規定)及び一四八条第二文(一四七条の重い詐欺を営業的に反復した場合の加重規定)に該当するか否かが争われたものであった。OGHは、一四八条第二文の要件が充足されるには個々の詐欺行為自体が五〇〇〇シリ

ングを超える損害を惹起するものでなければならぬと判示し、二九条による合算額を本件における損害額とすることはできないとした。したがって、本件の如き事案にあつても「個々の犯罪行為を四二条に従つて処理することが可能」であるとOGHは述べるのである。もつとも、本件では詐欺行為が総数八名の被告人により不特定多数人に対しかわるがわる行われたという事情が考慮されているようであり、同一人による数個の詐欺行為を同一の判決において評価する際には損害額を合算しうるとの口吻も判決文からは窺われる。したがって、本判決が判例としていかほどの射程を有するかという点に関しては、なお慎重な留保が必要であらう。

(16) Palim, in: WK Rz 7 zu §42; dagegen ders.: Die Strafzumessung in rechtlicher Sicht, Rz 151.

(17) 刑法三二条及び四〇条はそれぞれ次のような規定である。

第三二条（事後的な有罪言渡の場合の刑）

- (1) すでに刑の言渡を受けたことのある者が、その遂行の時点からすればすでに以前の手續において判決を受けることができたにもかかわらず判決を受けなかつた別の所為の故をもつて有罪の判決を受ける場合には、追加刑（Zusatzstrafe）を科すものとする。この刑は、新たに判決を受ける所為について法定されている刑の上限を超えてはならない。先に言渡された刑と追加刑との総量は、可罰的行為が競合する場合の刑の量定に関する規則（二八条——筆者注）並びに価額及び損害額の合算に関する規則（二九条——筆者注）によるとすれば許容されるであらう刑の上限を超えてはならない。
- (2) 第七三条（外国判決の効力に関する規定——筆者注）の定める条件が存在しない場合にも、以前に外国で受けた有罪判決は、以前に内国で受けた有罪判決と同等の効力を有する。

第四〇条（事後的な有罪言渡の場合の刑の量定）

事後的な有罪言渡に際しては、第三二条に規定されている限界の範囲内で追加刑を量定するものとする。その際、先

に言渡された刑と追加刑との総量は、それらの刑がもし同時に言渡されるとすれば科されることとなるであろう刑に依りて定めるものとする。それらの刑が仮に同時に言渡されたとしても、以前の判決において科された刑を超える刑を言渡すべきではない場合には、追加刑は免除するものとする。

(18) OGH 22. 6. 1977 StS 48/49 = RZ 1977/126 = OJZ-LSK 1977/259.

(19) Vgl. Foregger-Serini, StGB. 3. Aufl., §42 Erläuterungen IV; Pallin, in: WK RZ 7 zu §42.

(20) 刑法三九条(累犯の際の刑の加重)は次のように規定している。

(1) 行為者が、すでに二回、同様の加害的性向 (schädliche Neigung) に基づく所為の故をもって自由刑の言渡を受けており、かつその者がこれらの刑を、たとえ専ら前勾留 (Vorhaft) の算入又は予防処分 (vorbeugende Maßnahme) の執行に伴う自由剝奪の算入によってであれ、少なくとも部分的に終えている場合において、その者が満一八歳に達した後と同様の加害的性向から新たに可罰的行為をなしたときは、法定されている自由刑又は罰金刑の上限をその半分だけ超過することができる。ただし、有期自由刑は、二〇年を超えて定めることができない。

(2) 以前の刑を終えた後、新たに所為をなすまでに五年を超える期間が経過したときは、以前の刑はこれを考慮しない。この期間には、有罪の言渡を受けた者が官庁の命令によって拘置されていた期間を算入しない。専ら前勾留の算入によって刑を終えた場合には、上述の期間は判決の確定と同時に進行する。

なお、前勾留の算入に関しては三八条を、また、予防処分の執行に伴う自由剝奪の算入に関しては二四条をそれぞれ参照された。

(21) StS 46/40 [S. 115].

(22) 刑法二二条は精神的に異常な法侵害者のための施設への収容処分につき定めた規定、三七条は自由刑に代わる罰金の科

刑に関する規定、また五七条は可罰性の時効（Verjährung der Strafbarkeit）につき定めた規定であり、各々法定刑によって適用範囲や時効期間等が区別されている。

- (23) StE 46/40 [S. 113]. 参考として、二九条との関連では StE 47/63 [S. 243] をも参照。
- (24) Pallin, in: WK Rz 6 zu §42.
- (25) Vgl. OGH 5. 10. 1976 StE 47/55 [S. 222] = EvBl 1977/102 = ÖZLSK 1976/346 = RZ 1976/125; Foregger-Serini, StGB, 3. Aufl., §42 Erläuterungen II.