

論  
説

オーストリアにおける軽微事犯論の展開(二)

——刑法四二条(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、本号）

## 第二款 戦後の刑法改正事業における展開

一 先述したように、戦前のオーストリアにおける刑法改正事業は、ドイツとの密接な協調関係のもとに進められていたが、第二次大戦の勃発により、そうした刑法改正の試みは中断のやむなきに至った。刑法の全面改正が必要であるという意識は、終戦後のオーストリアにおいてもなお存続していたが、終戦直後の諸情勢は、直ちに刑法の全面改正に向けた作業を再開することを許さなかったため、終戦後は、さしあたり一九三八年当時の法状態を基本としつつ、一八五二年制定の旧刑法が引き続き<sup>(45)</sup>妥当することとなった。刑法改正につき新たな展開がみられるのは、ようやく一九五三年になってからである。

一九五三年に刑法一部改正案が政府案として国会（Nationalrat）に提出された際、国会の司法委員会は、これを契機に、国会議長は司法委員会と協同して刑法改正の準備のために作業部会を召集すべしという内容の決議案を国会に提出し、その後、この決議案は国会により全会一致で採択されるに至った。これを踏まえて、一九五四年四月

に上述の作業部会が開催された結果、刑法の全面改正ないし広範囲にわたる改正が必要であるとの見解が大勢を占めたため、司法委員会は、連邦司法省に対し刑法草案起草のための委員会を召集するよう求めるとともに、緊急に必要な刑法の一部改正は刑法の全面改正を顧慮してただちに実現されねばならないとする決議案を提出し、同決議案は同年六月の国会において再び全会一致で採択されたのであった。

右のような国会の意向に依じて、刑法草案の起草のために、裁判所、検察庁、弁護士会、学者、政党関係機関および司法省当局といった各方面から選出された委員からなる委員会が、連邦司法大臣ゲレー（Gerö）により召集された。かくして、一九五四年一〇月、カデツカを委員長とする刑法草案起草委員会（Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes）が発足し、戦後の刑法改正事業は同委員会を中心として推進させられることとなったのである。

二 上述の刑法草案起草委員会は、一九五五年六月に実質的な審議を開始し、その成果として、いわゆる第一読会草案が一九六〇年一月に完成するまでの間、一四〇回にもおよび会議を開催した。軽微な所為につき特別な規定を設けることの是非に関しては、当初、刑罰ないし保安処分は特別な事由（所為の重大性や違法性ないし責任の程度、所為に対する社会的反響、所為により行為者自身に生じた結果、犯行後の態度、等々がこの点につき考慮される）が存在するために有罪宣告または刑罰ないし保安処分が不要である場合には科すことができない、という趣旨の総則規定を第一条に追加する案も議論の対象とされた。<sup>(46)</sup>この問題をめぐっては様々な意見が出されたが、結局、上記の案は大方の賛同を得るまでには至らず、<sup>(47)</sup>最終的には、特別に軽微な事態における刑の免除の可能性を各則で個別的に定めるとともに、軽微性の判断基準としては行為者に対する非難可能性を重視するカデツカの案が賛成多

数により支持されたため、一九六〇年草案にもそうした規定形式が採用されることとなったのである（四二条）。<sup>(48)</sup>  
 ここではまず、同草案の規定から検討していくことにしたい。<sup>(49)</sup>

#### 第四二条（特別に軽微な事態）

(1) 特別に軽微な事態において、いかなるときに裁判所が刑を免除しうるかについては、法律が特にこれを定める。

(2) 特別に軽微な事態とは、所為が行為者を非難することができないような外的要因 (andere Ursachen) にとんど専ら帰すべきものである場合である。

この規定をみると、第一項は先にみたドイツ・オーストリア一九二七年草案七六条一項と全く同一であり、一九二七年草案からの影響を看取しうるが、第二項は行為者に対する非難可能性を中核としており、必ずしも一九二七年草案の形式を踏襲したものではない。第二項についてはむしろ、オーストリア一九二二年対案一〇七条の影響が色濃く窺われることを指摘しうるが、同対案がやはりカデツカにより起草されたものであったことを想起すれば、両者の類似性は容易に説明がつくものといえよう。戦後の刑法改正において、一九二七年草案七六条の規定が一九七四年刑法四二条成立の基礎となったことは、オーストリアにおいてしばしば指摘されることであるが、その影響がより明確に現れるのは、つづく一九六二年草案四七条以降である。次に一九六二年草案四七条の規定を掲げよう。<sup>(51)</sup>

#### 第四七条 (特別に軽微な事態)

(1) 特別に軽微な事態においては、裁判所は、その旨が明文で規定されているところの刑を科されている行為につき、その処罰を免除することができる。

(2) 特別に軽微な事態とは、行為者の責任が軽微であり、刑を科されている行為が何らの結果を惹起せず又は些細な (unbedeutend) 結果を惹起したにすぎず、かつ、行為者の将来の法違反を防止するために行行為者を処罰する必要がない場合である。

ここでは右の規定につき、次のような点を指摘しておきたい。

(一) まず、規定の形式および内容という点で本条を一九二七年草案七六条と対比するならば、第一項は一九二七年草案と実質的に同趣旨の規定であり、また、第二項についても、責任の軽微性と結果の軽微性をファクターとしていた一九二七年草案の態度を引き継いだものであることが窺われる。一九六二年草案は理由書等を欠いているため、右の規定のみから多くを断ずることはできないが、こうした点に着目する限り、戦前の刑法改正事業において展開された議論と本条の立法趣旨との間の連続性いかんという問題については、これを肯定的にとらえることが許されよう。

(二) 「特別に軽微な事態」における不処罰という制度の基本構想に関しては、刑法草案起草委員会の内部においても議論がなかったわけではなく、かかる制度は刑法を骨抜きにし、その威信を損なうものであるという趣旨の批判も提起された。<sup>(52)</sup> この点は各人の世界観ないし刑法観の根本にかかわる問題であるだけに、厳しい見解の対立が生

ずることは避けられないというべきであろう。右に掲げた規定が最終的に採択されるに際しても、同条を削除すべきであるとの反対意見がマラニウク (Malinik) から四名によって表明されたことに注意しなければならぬ。<sup>(53)</sup>

(三) 「特別に軽微な事態」の要件を定める第二項は、一九二七年草案のそれよりも複雑になっており、「結果」のファクターについて結果の不発生と些細な結果の発生とが併記されたほか、新たな要件として、特別予防の観点からみた処罰の必要性(「行為者の将来の法違反を防止するために行為者を処罰する必要がある場合」)が付加された。ここで、第二項の掲げるこれら三つのファクター、すなわち、①責任の軽微性、②結果の軽微性、③特別予防の観点からみた処罰の必要性を、一九七四年に最終的に成立した新刑法の四二条一項一―三号所定の各要件と比較するならば、すでにこの段階で一九七四年刑法四二条の実質的要件がほぼ出そろっていることに気づくであろう(一九七四年刑法四二条では、実質的要件として、さらに、一般予防の観点からみた処罰の必要性が加えられている)。

このように、一九六二年草案の規定は、戦前の議論との連続性を保ちつつも、「特別に軽微な事態」の実質的要件に関しては、新たな方向性をも示すこととなった。かくして、一九七四年刑法四二条(所為の当罰性の欠如)は、ここにその成立へ向けて大きな一步を踏み出し、以後、かかる規定を設けることの当否について、議論がしだいに活発化していくこととなったのである。

三 一九六二年草案の成立をうけて、連邦司法省は、同草案を基礎にしつつ新たな草案の作成に着手し、同草案成立から二年後の一九六四年に、いわゆる司法省草案を詳細な理由書とともに公表した。先にもふれたように、「特別に軽微な事態」に関する例外的な規定を設けることの是非をめぐっては、かねてから批判的見解も存したと

ころであるが、一九六四年草案は、かかる規定にむしろ積極的な意義をみとめ、一九六二年草案四七条の規定を、ほぼそのまま受け継ぐこととしたのである。一九六四年草案では、次のような規定が採用されている。<sup>(34)</sup>

#### 第四七条（特別に軽微な事態）

- (1) 特別に軽微な事態においては、裁判所は、その旨が明文で規定されているところの可罰的行為につき、その処罰を免除することができる。
- (2) 特別に軽微な事態とは、行為者の責任が軽微であり、可罰的行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、かつ、行為者の将来の法違反を防止するために行為者を処罰する必要がない場合である。

このように、一九六四年草案四七条は、一九六二年草案四七条の規定をほとんどそのまま引き継いだものであり、一九六二年草案では「刑を科されている行為」という表現であった箇所が「可罰的行為」と改められたほかは、一項・二項とも一九六二年草案の文言と同一となっている。次に、理由書をも参照しつつ、重要と思われる点につき、いましし検討を加えておくことにしよう。

(一) 本条の立法趣旨に関して、理由書は、処罰が不可欠な所為のみを捕捉しようよう犯罪類型を定立せんとする立法者の努力には限界があり、犯罪類型によつては当罰的とはいえぬ所為も捕捉されてしまう可能性がある点をまず指摘する。そして、その性質上すでに十分な重さの無価値内容を備える犯罪にあつては、限界事例にあつてもなお刑法上これに何らかの措置をとることが正当といえることから、処罰の免除は特定の犯罪についてのみ考慮さ

れることとなる、という理解を理由書は示し、各則で明文により許容されている場合にのみ本条の適用をみとめた趣旨を明らかにするのである。<sup>(55)</sup> こうした説明をみる限り、立法技術上の限界を自覚したうえで、実質的正義という観点にも配慮しつつ軽微な事案の妥当な解決をはかるという基本的志向は、戦前の諸草案と同様、右の規定においてもなお維持されているとみる事が可能であろう。

(二) 第二項では、責任の軽微性と結果の軽微性が要件とされているが、これは理由書によれば、当該所為の違法性および責任が当罰的といえる程度に達していないときのみ、特別に軽微な事態における処罰の免除が許されるという考慮に基づくものであるとされる。<sup>(56)</sup> また、これらのファクターに加え、さらに特別予防の観点からみた処罰の不要性も要件とされているが、この点に関しては、所為がそれ自体としては当罰的とはいえずとも有害な性向(schädliche Neigung)を示す場合がありうるので、再犯予防のためには「行為者」の要素も考慮しなければならぬとの説明がなされていることに注意すべきであろう。<sup>(57)</sup> 一九六二年草案の規定と同様、行為者関係的な要素がここでも重視されている点が注目に値するものといつてよい。

(三) とところで、本条の定める「処罰の免除」は、いかなる法的性格を有するものであろうか。理由書は、一方において、この点が本条の規定上は必ずしも明らかでないことを認め、有罪判決が下されたうえで刑の言渡しが免除されるに過ぎないのか、あるいは、手続が打ち切れ、そもそも有罪の言渡しがなされぬこととなるのかは、訴訟法上の規定の新設により明らかにされねばならないとするが、他方では、本条が適用される場合、後者の形式(すなわち、有罪判決なき手続打ち切り)により事案処理がなされるべきことを強調している。すなわち、そうした処理のみが制度の趣旨に合致し、また、本条の各要件はかかる処理を念頭に置いて規定されている、というのである。



かくして、本条により処罰の免除がなされる場合には、「処罰の必要性が欠けるが故に刑罰権が発生しない」ものとされるのであるが、一九二七年草案七六条に典型的にみられるような(特別に輕微な事態における)「刑の免除」が、通常、「刑の言渡しなき有罪宣告」として理解されていることと対比すれば、本条には通常の意味における「刑の免除」とは異なつた、より積極的な意義がみとめられているということができよう。<sup>(59)</sup>

(四) 本草案が通常の意味における「刑の免除」を採用しなかつた理由としては、特別な刑の減輕(草案四六条)や刑の条件付き猶予(同四八条)の規定を活用すればそれで十分であるが故に「刑の免除」という制度は不要であるということが挙げられているが、さらに、有罪を宣告しながら、当罰性に欠けるが故に何らのサンクションも科さず、犯罪登録簿への記載も行わないといった処理をすることは、かえつて刑事司法の威信と重要性を損なうという点も根拠とされていることに注目しておきたい。この点につき、「刑罰が必要ではない場合には、可能な限り刑事手続を行わず、したがつて有罪の宣告がそもそもなされぬようにすべきである」との認識が示されていることは、上記(三)のような理解とともに、本条の性格を考へるうえで特記されるべきことがらであるように思われる。<sup>(60)</sup>

(五) 本条が意図する効果は、ドイツ刑法一五三条および一五三条aにみられる如く、起訴法定主義を緩和することによつても達成されるものと考えられるが、草案はかかる方向を採らず、処罰の免除の可否についての決定権をすべて裁判所に委ねた。したがつて、檢察官は起訴法定主義に拘束され、輕微性のゆえに手続が打ち切られるべきものと思料される場合にも、裁判所の判断を仰がねばならないとされていることに注意しなければならぬ。<sup>(61)</sup>

(六) すでに述べたように、本条のような規定に対しては、刑法の威信を損ない、刑事司法の弱体化を招く等々の批判がかねてから存したが、理由書はかかる批判に対し、本条の適用が問題となるような場合にまで有罪を宣告し

刑を科すことは、現実を目を向けようとしないう形式主義に墮するものであり、実質的には不正義であると反論する。そして、制度の基本構想との関連では、本条が定める処罰の免除は決して単なる寛大な措置に止まるものではなく、むしろ法の形式的適用による実質的不正義を避けんとするものであって、刑事政策的合目的性をもつとの理解が理由書によって鮮明に打ち出されている点が注目されるのである。<sup>(62)</sup>

四 一九六四年草案が作成された後、連邦司法省は、連邦最高裁、最高検察庁、ウィーン上級地方裁判所をはじめとする各方面に対し、一九六四年草案に対する意見提出をひろく求め、<sup>(63)</sup>これを考慮したうえで一九六六年の初めに第二次司法省草案を完成した。一九六四年草案四七条の如き制度に対しては、これを寛きに失するものとする批判も一部の保守勢力からなされたが、<sup>(64)</sup>「特別に軽微な事態」における処罰の免除に関する規定は、結局、一九六六年草案にも実質的変更を加えることなく受け継がれた。すなわち、一九六六年草案四四条がその規定である。次にそれを掲げよう。<sup>(65)</sup>

#### 第四四条（特別に軽微な事態）

- (1) 特別に軽微な事態においては、裁判所は、その旨が法律において明文で規定されているところの可罰的行為につき、その処罰を免除することができる。
- (2) 特別に軽微な事態とは、行為者の責任が軽微であり、可罰的行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、かつ、行為者の将来の法違反を防止するために行為者を処罰する必要がない場合である。

一見して明らかのように、右の規定も一九六二年草案以来の規定形式を踏襲しており、第一項の表現が「その旨が法律において明文で規定されているところの」と改められている他は、一九六四年草案四七条の文言と全く同一である。<sup>(66)</sup> かかる規定形式は、つづく一九六八年政府草案においても実質的に維持されることとなり、第二項の表現に若干の変更が加えられたほかは一九六六年草案と同一の規定が採用された。一九六八年草案四四条がそれであり、同条は次のように規定している。<sup>(67)</sup>

#### 第四四条 (特別に軽微な事態)

- (1) 特別に軽微な事態においては、裁判所は、その旨が法律において明文で規定されているところの可罰的行為につき、その処罰を免除することができる。
- (2) 特別に軽微な事態とは、行為者の責任が軽微であり、可罰的行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、かつ、行為者の新たな可罰的行為を防止するために行為者を処罰する必要がない場合である。

かようにして、一九二七年草案にみられた「特別に軽微な事態」における刑の免除という制度の基本的構想は、規定の法的性格に関する理解の異同を別にすれば——一九六二年草案を経て一九六八年草案まで維持されるに至ったのである。一九六二年草案以降は要件として特別予防のファクターが新たに加えられているほか、刑事政策的合目的性が立法者によって戦前の諸草案よりも強調されているという相違がみられるものの、規定が「量刑」の

章に位置づけられている点では戦後の諸草案と戦前の諸草案との連続性が窺われる。かくして、「特別に軽微な事態」を量刑の問題とする態度は一九六八年草案にまで引き継がれてみるとみることができであろう。

五 ところが、つづく一九七一年草案では上述の如き一九六八年草案までの規定形式がそのまま採用されず、かなり大幅な修正が施されることとなった。一九七四年刑法四二条の成立史は、ここに新たな局面を迎えるに至るのである。まずその規定、すなわち一九七一年草案四二条を次に掲げよう。<sup>(69)</sup>

#### 第四二条（特別に軽微な事態の不処罰）

(1) 所為に対して罰金刑だけが科され、又は六月以下の自由刑、又は六月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は、行為者は特別に軽微な事態においては処罰されない。

(2) 特別に軽微な事態とは、行為者の責任が軽微であり、所為が何らの結果を惹起せず又は些細な結果を惹起しにすぎず、かつ、行為者に可罰的行為をさせないために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場合である。

(3) 第九一条（傷害）筆者注（以下同様）、第一四三条（他人の狩猟権の侵害）、第一四六条（他人の漁業権の侵害）、第二〇二条第一項及び第二項（未成年者・幼年者を教育権者の支配力から免れさせる行為）に規定されている所為は、前項の要件が存在する場合には処罰されない。

以上の規定を一九六八年草案のそれと比較するならば、①処罰の免除が可能な犯罪を各則で個別的に規定する従

来の規定方法をとらず、法定刑により一律に限界を画し、また、②裁量的な「処罰の免除」ではなく必要的に「処罰されない」(……so ist der Täter in besonders leichten Fällen nicht zu bestrafen)」としたこと、さらに、③特別予防のファクターに加え、一般予防のファクターも要件として規定している(「他人による可罰的行為の遂行を阻むために行爲者を処罰する必要がある場合」)こと、の三点を大きな相違として挙げる事ができる。これらの相違との関連では、さらに次のような点を指摘しておくべきであろう。

(一) まず、上述①の変更は、理由書によれば、処罰の必要性が欠けるか否かは「犯罪の種類ではなく、その重さによつて」決せられるということ(70)を考慮するとともに、特定の犯罪を各則で選択するのは恣意的であるとの批判に応えようとしたものである(70)。ただし、第三項では若干の犯罪について例外が定められており、これらの犯罪においては、六月を越える自由刑が法定刑とされているにもかかわらず、「特別に輕微な事態」にあたる時は処罰されないものとされている点に注意しなければならない。こうした例外たる犯罪の選択につき、理由書は、經驗的にみて必要と思われるという実践的な観点により行われた選択であつて、決して恣意的なものではないと説明しているが、かかる例外を認める限りにおいて、本条は、一九六八年草案までの従前の諸草案の規定形式にみられたカズイステイツシユな色彩を払拭するものではないと言わねばならないであろう。

(二) 草案は三年以下の自由刑につき下限を特に定めていないため、本条の適用の限界を画する法定刑の上限については「三年以下の自由刑」とすることも論理的には可能であつたが、上述の限界は最終的には「六月以下の自由刑」とされた。これは、理由書によれば、「その性質上、平均的事例においても(犯罪の重さが)さほど重いものとはならない」ような犯罪に限つて本条の適用を認めるべきであるとの理解にもとづくものである(71)。ここで

は、「六月以下の自由刑」を法定刑とする犯罪であれば、所為の不法の程度も本来的に軽微なので、当該犯罪の典型的実現態様における不法の程度を前提として考察した場合にも、「特別に軽微な事態」を不処罰とすることが適切なものとなるといった、実際的な考慮がなされていることに注目しておきたい。<sup>(73)</sup>

(三) 上述②の点は、本条の法的性格の理解にもかかわるものであり、その意味でも重要な変更であるということができる。この点に関しては、「科刑なき有罪宣告」に関する定めを置くことがオーストリア法にあつては「無意味」であり、特別な刑の減輕や刑の条件付き猶予といった制度の存在を前提とすれば、本条の意義は科刑を回避することではなく、有罪宣告を回避することこそ存するのだという理解が理由書により強調されていることも注目されてよい。<sup>(74)</sup> すなわち、「特別に軽微な事態」は刑罰権の発生を阻止する実体法的事由であり、そこでの「所為」は有罪宣告を受けるに値する重さを持つものとはいえない、というのである。<sup>(75)</sup> しかしながら、本条の規定形式ないし内容をみた場合、上述のような理由書の理解が貫徹されているとは必ずしもいえぬ面も存するように思われる。たとえば、本条第三項では「所為」それ自体の不処罰が規定されているのに対して、第一項では「行為者」の当罰性が問題とされており、「所為」そのものの不可罰性が正面から論じられているわけではない。また、「特別に軽微な事態の不処罰 (Straflosigkeit besonders leichter Fälle)」という本条の見出しも、どちらかといえば中立的な性格のものであり、本条の法的性格との関連ではあいまいな面を残しているとみることができるともできる。こうしたことから、本条の法的性格に関しては、これを人的処罰阻却事由として理解することも可能であるとの指摘がなされていることに注意を要するであろう。<sup>(76)</sup>

(四) 上述③の変更につき、理由書は十分な説明を加えていないが、かかる形式による一般予防のファクターの考

慮は、自由刑と罰金刑との間の選択に関する一九六八年草案四〇条および本草案三七条、あるいは、自由刑に代わる罰金の科刑に関する本草案三六条などにおいてもみられるものである。こうしたことからすれば、上述③の変更は決して本条独自の新奇なものではなく、上述の諸規定との整合性をも意識したものともみること可能であろう。

六 このように、一九七一年草案の規定は、一九六八年草案までの一貫した態度に大幅な修正を加えるものであった。かかる方向は一九七一年草案が国会において審議される過程でさらに推し進められるところとなり、一九七四年に最終的に成立した新刑法典においては、次のような規定が採用されたのである。

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 行為者の責任が軽微であり、
- 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あるときには、

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。

ここでは、右の規定と一九七一年草案四二条との相違に関して、次のような点を指摘しておくことにしたい。

- (一) 一九七一年草案四二条の「特別に軽微な事態の不処罰」は、その法的性格につきあいまいな面を残していたが、右の規定では軽微な所為を端的に「可罰的でない (nicht strafbar)」とする構成が採られ、見出しも「所為の当罰性の欠如」と改められた。<sup>(80)</sup>これは、特別に軽微な事態における「行為者」の不処罰を問題にする一九七一年草案の立場(四二条一項)を意識的に改め、所為そのものの不可罰性を前面に押し出すものといふことができよう。もっとも、この点に関して司法委員会の報告書は、個々の事案において所為の当罰性が欠如するかどうかという判断は(仮定的な)量刑判断を前提とするが故に、本条の適用が「量刑の問題なのだ」ということを、見出し(「所為の当罰性の欠如」)において表現しておくことは合目的<sup>(81)</sup>であると説明している。しかしながら、本条において、個別的・一身専属的な性格を本来的に有する「量刑」というモメントを強調するならば、行為者関係的な要素を排除することはかえって困難となるようにも思われる。<sup>(82)</sup>だとすれば、「所為」の当罰性の欠如<sup>(82)</sup>という見出しはミスリーディングであり、むしろ、一九七一年草案の規定の如く、所為ではなく「行為者」の不可罰性を問題とするほうが一貫するのではないかとの疑問もありえよう。<sup>(83)</sup>
- (二) 新刑法典の規定では、一九七一年草案四二条三項の認める例外が廃止されたが、他方では、法定刑による適用範囲の制限が自由刑につき「六月以下」から「一年以下」へと緩和された。上述の「例外」たる犯罪は、ほとんどのものが一年以下の自由刑を法定刑としていたので、それらの犯罪は右の新規定においても適用対象となりうる(したがって、この点に関して実質的な変更はない)が、カズイスティツシユな規定方式を改め、上述の「例外」以外の犯罪をも適用対象にとりこむ可能性をみとめた点では、一九七一年草案の規定に比し一步を進めたものとい



えるであろう。

(三) 新刑法典の規定では、検察官に本条所定の制度の適用権限が認められず、適用についての決定権は裁判所にのみ委ねられた。この点に関しては、個々の事案における所為の当罰性の欠如の判断が、裁判官の専権事項である量刑判断を前提としているという根拠とともに、検察官が自己の判断で本条による事件処理をなした場合には、たとえそれが正しい判断であったとしても、指揮権が濫用されて検察官により手続が恣意的に打ち切られたのではないかとの疑念が提起されうるといふ根拠も挙げられているのが注目<sup>(84)</sup>に値する。しかし、こうした理由づけに対しては学説からの批判も存することに注意しなければならないであろう。<sup>(85)</sup>

かようにして、オーストリア新刑法は、軽微事犯のうち一定のものにつき「当罰性の欠如」を認め、これを不可罰とする画期的な制度を新設するに至った。ここにオーストリアにおける理論状況は新たな局面を迎え、以後、この刑法四二条の規定をめぐる激しい議論がたたかわされることとなるのである。

### 第三款 小 括

以上の検討は我々に多くのことを示唆してくれるものと思われるが、ここではさしあたり次の諸点を確認しておくに止めたい。

(一) まず、軽微事犯への対応を意図した立法措置の根底に存する思想いかんという点については、「特別に軽微な事態」を刑法上特別に扱おうという思想が古くからみられたことを確認することができた(ドイツ一九〇九年予備草案等を参照)。他方ではまた、軽微事犯に対する寛大な措置の濫用を懸念する声も古くから常に存在してきたことに注意しなければならない。かくして、立法者は、とりわけ、一般予防か個々の事案の妥当な解決かという二者択一に関する勇断を立法に際して迫られてきたのであった。かかる対立の図式は現代における議論にもそのまま妥当するものであり、軽微事犯にいかに対応すべきかという問題は決して新しいものではないことが窺われよう。

(二) そしてその際、「特別に軽微な事態」に関する規定の立法理由として、立法技術には限界があり、真に処罰に値する行為だけを捕捉しようような立法が不可能であること、したがって、行為者を有罪とすることが不当である場合がどうしても生じてしまうことが認識されていた点<sup>(86)</sup>にも、注目しておくべきものと思われる。我が国では、かかる場合を解釈論上解決せんとする理論として可罰的違法性論が存在し、しかもそれは我が国独自の理論であるということがしばしば強調されるが、上述の如き問題状況そのものは、いかなる国においても変わるところがないと言えるように思われる。

(三) 立法形式の点では、「特別に軽微な事態」に対する量刑上の特例(刑の減輕・免除ないし処罰の免除)という規定形式が、一九六八年草案まで維持されていたことを特記しておくべきであろう。一九七一年草案以降は従前の諸草案の一貫した態度に修正が加えられ、一九七四年新刑法では所為そのものを不可罰とする構成へのラディカルな変容がみられたが、問題を量刑の次元で扱おうとする志向は、一九七四年に成立した新刑法の規定にも色濃く残存している。そして次節以下でみるように、まさしくこの点が、刑法四二条の具体的適用にも大きく影響してく

ることになるのである。

(四) 規定の法的性格に関しては、各草案において必ずしも同一の理解がなされていたわけではなく、理由書等の説明にも時折あいまいな面がみられた。言うまでもなく、これには上述(三)のような規定形式の変遷が大きく関係しているが、他方では、規定の適用に際して考慮さるべきファクターが実に多様であるという事情も無視しえないように思われる。「所為の当罰性の欠如」の法的性格は、刑法四二条につき最も激しく争われる論点のひとつとなっているが、これには右に述べたような事情が大きくかかわっていることを、ここであらためて指摘しておきたい。

以上でオーストリア刑法四二条に関する立法史的考察を終える。次節以下では主として刑法四二条所定の諸要件とその適用につき検討を加えながら、オーストリアにおける軽微事犯への対応の具体的展開をみていくことにしたい。

(44) 以下の論述につき、内藤・刑法改正と犯罪論(上)(前掲)第二章第二節第一款以下同様。注(7)三五一—三五五頁、Regierungsvorlage 1971(前掲注(6))以下、RV 1971と略称)、Erläuterungen, S. 51 ff.; Regierungsvorlage 1968(前掲注(5))以下、RV 1968と略称)、Erläuternde Bemerkungen, S. 52 ff.; Entwurf 1964(前掲注(5))以下、E 1964と略称)、Erläuterungen, S. 1 ff. 参照。

(45) Vgl. Kundmachung des Staatsamtes für Justiz vom 3. November 1945 über die Wiederverlautbarung des österreichischen Strafgesetzes, Artikel I; Gesetz vom 12. Juni 1945, StGBL. Nr. 25/1945, über die Wiederherstellung des österreichischen

## Strafreches.

- (46) Protokoll der 2. Arbeitssitzung 1956 (= Protokoll über die in der Zeit vom 12. bis 14. Jänner 1956 abgehaltene Tagung der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes, 13. Jänner 1956), S. 174 f. ニサナレハズレタル (Estl) の 大抵趣意を参照。
- (47) Vgl. Protokoll der 2. Arbeitssitzung 1956, S. 174—204.
- (48) Vgl. Protokoll der 2. Arbeitssitzung 1956, S. 204 f.
- (49) Entwurf 1960 (編號社(一)), S. 20.
- (50) 前出註(48)参照。
- (51) Entwurf 1962 (編號社(2)) = 改正 E 1962 ヲ廢棄, S. 42.
- (52) たスルヲ Protokoll über die dreizehnte Arbeitssitzung der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes im Jahre 1961, S. 1185—1187 ニサナレコトナリ (Ritter) の譯文 サヤチ, S. 1170—1172 ニサナレトナリナン (Malanik) の意見を参照。
- (53) マラニウタクの他、ハツツヘナウアー (Hezenauer)、ピッフル (Piff) リトラが採決に際して反対を表明したが、四七条の削除を求むる見解は、ツレラ四名の少数意見は止まらぬものとせられた。Vgl. Protokoll über die dreizehnte Arbeitssitzung, S. 1189 f.; E 1962, S. 42; E 1964, Erläuterungen, S. 76.
- (54) E 1964, Allgemeiner Teil, S. XI.
- (55) 改正ニシテ E 1964, Erläuterungen, S. 75 参照。
- (56) ただし、第二項にらう「結果 (Folgen)」には、構成要件の結果のみならず、所為から生じた効果 (Auswirkungen) が

- すべて含まれるとされてくることに注意しなければならぬ。Vgl. E 1964, Erläuterungen, S. 75.
- (57) E 1964, Erläuterungen, S. 75.
- (58) 以上につき E 1964, Erläuterungen, S. 75 参照。
- (59) Vgl. dazu auch Moos, ZStW 95, S. 161 und S. 161 Anm. 31. — もともと、理由書の説明の如く、本条による「処罰の免除」を通常の「刑の免除」とは異なったものと理解する場合には、刑罰権の不発生が実体法上どのように根拠づけられるのかという観点から、その法的性格が改めて問われねばならないであろう。ことに、本条第二項が結果(違法)と責任の程度のみならず、特別予防という行為者関係的な要素をも考慮していることや、右の「結果」には構成要件の結果以外のものも含まれる(前出注(56)参照)とされていることからすれば、これらの多様な要素を考慮した「不処罰」をいずれかの犯罪成立要件に還元する形で説明することはおそらく困難であろう。そして、まさにこうした事情の故に、本草案の規定を経て一九七四年刑法四二条が成立した後も、その法的性格につき、厳しい学説の対立が生ずることとなったのである(この問題につき、詳しくは後述する)。
- (60) 以上につき E 1964, Erläuterungen, S. 75 f. 参照。
- (61) E 1964, Erläuterungen, S. 75.
- (62) E 1964, Erläuterungen, S. 76. もともと、かかる説明のみをもってしては、草案起草者が具体的にいかなる事例を念頭に置き、どの程度の適用頻度を本条につき見込んでいたのかということを判断することはできない。しかしながら、少なくとも制度の趣旨という面からは、本条の適用に積極的な意義がみとめられているものといえることができよう。これに對し、*Roeder, Der allgemeine Teil des österreichischen Strafgesetzbuches in der Fassung des Ministerialentwurfes von 1964* (前掲注(59)), S. 69 は、不法および責任の程度が第二項の要件のもとでほとんどゼロに近いといえるため、もは

や当罰でない所為に対してのみ、本条の適用が認められるべきであるとし、本条の適用につきかなり抑制的な態度を示している。

- (63) Vgl. RV 1968, Erläuternde Bemerkungen, S. 54. 提出された意見書の種類については、W. Stangl, Die neue Gerechtigkeits, 1985 (前掲注(7)), S. 121 f. 参照。
- (64) Vgl. Stangl, aa.O., S. 60.
- (65) Entwurf 1966 (前掲注(4)) 以下 E 1966 と略称, S. XV.
- (66) 本条の立法趣旨や法的性格に関する理由書の説明も、一九六四年草案理由書の記述をほぼそのまま踏襲したものになっているが (Vgl. E 1966, Erläuternde Bemerkungen, S. 82 f.)、<sup>1)</sup>「本条の要件が充足される場合には公判を開始することなく手続を打ち切るか、公判において判決をもって手続を終了させるべきであり、後者の場合における判決は無罪と同等の効果をもつ」とされている点や(なお、こうした理解は、連邦司法省が一九六五年に起草した刑事訴訟法一部改正草案がすでに示していたものであった。Vgl. dazu RV 1968, Erläuternde Bemerkungen, S. 137) <sup>2)</sup>本条による処理の決定権は裁判所に委ねるべきであるが、それは「法治国家的」な考慮に基づくものであるとされている点などは、すでに一九六四年草案理由書が示していた方向を、より鮮明に打ち出すものであるといえよう (E 1966, Erläuternde Bemerkungen, S. 83)。
- (67) RV 1968, S. 8. 「処罰の免除」の訴訟法上の効果につき一九六六年草案理由書や一九六五年刑事訴訟法一部改正草案が示していた理解(前出注(66)参照)に対しては、科刑のみならず有罪の言渡しまで行わないこととするのは疑問であり、いかに軽微な所為といえども、それに対して何らかの否定的評価は下すべきであるといった見地から、種々の疑念も表明されていた (Vgl. RV 1968, Erläuternde Bemerkungen, S. 137 f.)。そうした疑念に対して、一九六八年草案理由書は、同様の効果をもとめている少年裁判所法の規定やドイツ刑事訴訟法の規定がうまく機能していることや、先に述べたような訴訟

法上の処理が刑事司法の負担を著しく軽減すること、あるいはまた、軽微な事案に科刑なき有罪宣告を行うことは現実にもそぐわない形式主義と感ぜられやすいが故に、刑事司法の威信を損なうばかりか、犯罪登録簿への記載がなされることにより、有罪宣告を受ける者の社会的立場が悪化する恐れもあることなどを指摘するが (RV 1968, Erläuternde Bemerkungen, S. 137)、全体としては賛否両論を併記したうえで結論を留保する態度をとっており、最終的な解決は訴訟法の規定の立法を俟たねばならないとしている (S. 138)。立法趣旨等に関する説明においては従前の理解がほぼそのまま踏襲されているものの、上記のような点からすれば、「特別に軽微な事態」への対応に関する一九六八年草案の基本的態度は一九六六年草案ほど明確ではなく、あいまいな面が残されているように思われる。Vgl. dazu auch Moos, ZStW 95, S. 161 Anm. 31.; RV 1971, Erläuterungen, S. 140.

(68) もっとも、こうした点に関しては批判がないわけではなく、たとえばバリンは、一九六六年草案の規定につき、あまりに行為者関係的であり、所為それ自体の違法性の軽微性が要件として十分に考慮されていないとの評価を下していた。

Vgl. Franz Pallin, Die leichten Fälle und die österreichische Strafrechtsreform, in: Der modernen Gesellschaft ein modernes Strafrecht, 1968, S. 27.

(69) RV 1971, S. 7.

(70) RV 1971, Erläuterungen, S. 138, 140 f.

(71) 四二条三項が例外としてとくに掲げる犯罪の法定刑は、それぞれ、九一条、一四三条および一四六条につき一年以下の自由刑又は三六〇日以下の日数罰金、二〇二条一項につき一年以下の自由刑、同条二項につき三年以下の自由刑となつてゐる。

(72) Vgl. RV 1971, Erläuterungen, S. 139. なお、傷害罪等については、法定刑が一年以下の自由刑とされているにもかかわらず

らず四二条の適用が第三項により例外的にみとめられているのに対し、軽微事犯の典型例たる軽微財産犯、すなわち、単純窃盗（一一三三条）、委託物横領（一一三九条一項）、詐欺（一五五条）などについては、いずれも法定刑がやはり一年以下の自由刑とされているにもかかわらず、第三項の例外のうちに含まれてはいない。この点は、軽微財産犯の発生頻度が一般にきわめて高いため、たとえ軽微であってもこれに対する刑法的対応を放棄しえないということを考えれば納得がいくかにみえるが、統計上の数値をみると、実際には軽微な窃盗よりも軽微な傷害のほうが例年三・五倍も多く有罪とされており、少なくとも発生頻度の点からは傷害罪も四二条の適用対象から除外されるべきであったとの指摘がなされていることに注意しなければならぬ（Vgl. Wolfgang Zagler, Die mangelnde Strafbarkeit der Tat. in: OJZ 1975, S. 347）。すなわち、本文に掲げたような理由書の説明にもかかわらず、第三項の定める例外たる犯罪の選択については十分な根拠が示されていないように思われる。

(73) 以上について、RV 1971, Erläuterungen, S. 138 f. 参照。

(74) Vgl. RV 1971, Erläuterungen, S. 140.

(75) RV 1971, Erläuterungen, S. 140.

(76) 以上について、Moos, ZStW 95, S. 174 f. 参照。

(77) Vgl. RV 1971, Erläuterungen, S. 139 f.

(78) 一九七一年草案の審議経過については、Bundesministerium für Justiz (Hrsg.), Dokumentation zum Stragesetzbuch, Wien 1974, S. 54 f. 参照。本文で述べたように、七一年草案以降は、六八年草案に至るまでの諸草案の態度に大幅な変更が加えられているが、この点は、七〇年四月に保守党たる国民党の単独政権から社会党の単独政権への政権交代がなされたことを背景として、七一年草案と七四年新刑法典が六八年草案にみられた保守的色彩を弱め、とくに刑罰制度全般につき、現代の刑



事政策的要請に答えるべく、かなりの修正を施している(内藤・刑法改正と犯罪論(上)九三頁)ことも無縁ではなからう。  
 (79) 内藤・刑法改正と犯罪論(下)(前掲掲(8))六九三頁、および西原春夫ほか訳「一九七四年オーストリア刑法典」法務資料四二三号一八頁は、この部分を一年以下の自由刑と罰金刑との「併科」と訳されているが、厳密には選択刑として罰金刑が規定されている場合をも含む趣旨である。

(80) 下記の通り、Driendl, ZStW 90, S. 1080; Dokumentation zum Strafgesetzbuch, S. 96. 参照。

(81) Bericht des Justizausschusses (959 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates VIII. GP), in: Dokumentation zum Strafgesetzbuch, S. 96.

(82) Vgl. Moos, ZStW 95, S. 175.

(83) この点につきキースは、量刑のモメントが一方では強調されながら、他方では本条の本文と見出しにおいて「所為」の不可罰性が問題とされているのはまったく不可解であると批判し、実体法的な「所為」の不可罰性を問題としつつ、量刑判断としての性格をも強調し、本条の適用の可否の判断を裁判所に委ねたことによつて、本条の法的性格は一九七一年草案の規定をもましてアンビバレントなものとなった、と評している(Moos, ZStW 95, S. 175 f.)。

(84) Dokumentation zum Strafgesetzbuch, S. 96.

(85) Vgl. dazu z.B. Nowakowski, ZStW 92, S. 275 f.; ders., Zum Verständnis des Anklageprozesses bei der Ausarbeitung der Strafprozeßordnung 1873, in: Viktor Liebischer u. Otto F. Müller (Hrsg.), Hundert Jahre österreichischen Strafprozeßordnung 1873-1973, Festschrift, 1973, S. 157 f., 162 ff. (insbesondere S. 165 u. S. 165 Anm. 73); Zagler, ÖJZ 1975, S. 347.

(86) Vgl. Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, Allgemeiner Teil, 1909, S. 321 f.; E 1964, Erläuterungen, S. 75; E 1966, Erläuternde Bemerkungen, S. 82, usw.