

論
説

オーストリアにおける軽微事犯論の展開(一)

——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、本号)

第一章 緒 論

第一節 問題の所在

一 われわれの日常生活において日々生起する軽微な犯罪現象を、刑事法上いかに評価し、また、これにどう対応していくべきかという問題は、特定の国や地域に固有のものでもなければ、決して新しいものでもない。⁽¹⁾ ひとしく法に触れる行為のなかでも、ごく軽微なものがとくに人々によって犯されやすいことは経験が教えるところであり、かかる行為は、古くから日常的な大量現象としてわれわれの前にあらわれてきた。⁽²⁾ 著名な一厘事件判決の例をひくまでもなく、我が国においてもこうした行為をめぐる議論は古くから存在し、とくに実体刑法理論においては、周知のとおり可罰的違法性論との関連で問題が論じられるところとなっている。そして、軽微な犯罪現象をどのよう扱いかということは、そこに内包される問題領域の広がり、視点の多様性のゆえに、刑事法上の難問の一つにかぞえられてきた。いま、刑事法上問題とされるこうした軽微な行為を「軽微事犯」と指称するならば、⁽⁴⁾ かかる「軽微事犯」に対する刑事法的評価・対応はいかにあるべきかということは、ひとつの古典的問題であると同時

に、なお論ずべき点を多く残しているという意味において、すぐれて今日の問題でもあるといつてよい。とりわけ、軽微事犯のきわだった大量現象化は、今日の問題状況を特色づけるものであり、問題を以前にもまして深刻なものにしているものといえよう。万引きなどの些細な財産犯や交通事犯などの例を見ても明らかのように、軽微な犯罪現象は、われわれの社会の至る所で大量に生起しており、ことに今日では、社会の複雑化に伴う各種の法定犯の肥大化と相俟つて、刑事法上補捉される軽微な行為は莫大な数にのぼっている。そのため、個々のには日常ありふれた些細な行為であるかに思われるこれらの行為も、総体としてみると決して些細なものとはいえぬ損害を社会にもたらすこととなり、その実効的な克服が重要な課題として浮かび上がってくるのである。⁽⁷⁾

かくして、軽微事犯に対し何らかの特別な対応が必要であることは、今や共通の認識となつているが、しかし他方、かかる行為をすべて訴追・処罰することが問題の解決に資するかといえは、必ずしもそうではない。むしろ、軽微な反法行為を余すところなく刑事法の対象とすることは、多くのマイナス面を伴うことに注意しなければならぬのである。すなわち、大量に生起するこうした行為をすべて訴追・処罰するときは、①訴追機関および裁判所に過重な負担がかかり、司法経済ないし訴訟経済の問題が生ずるとともに、②刑事罰の濫用による刑法の威信の低下をも招き、さらには、③前科者であるとの烙印(ステイグマ)づけを余りに過剰に行つてしまうことになるであろう。また、とくに実体刑法理論との関連では、④必罰主義的な法運用が刑法の謙抑性の原則に抵触することを看過しえず、解釈論による処罰範囲限定の努力が無に帰してしまふことをおそれなければならぬ。かくして、上述①の問題は、刑事司法の効率化・実効性の確保を緊急の課題として浮かび上がらせることとなり、具体的には、司法の負担軽減と訴追上の適切な重点形成が重要な課題としてそこから導かれ、手続簡易化や訴追裁量のあり方など

が論ぜられるに至る。同様に、②③の問題からは刑事罰行使の制限とステイグマ回避の要請が導かれ、種々の方策による非犯罪化・非刑罰化⁽⁹⁾が追求されるとともに、④の観点からは、とりわけ実体的非犯罪化⁽¹⁰⁾の解釈論・立法論の双方における実現という課題がクローズ・アップされることになるのである。

二 このように、軽微事犯が提起する諸問題は、刑事実体法のみならず、刑事手続法や刑事政策ないし犯罪学の領域にまで及んでおり、議論も一九七〇年代からしだいに国際的な広がりをみせつつあるということができるが⁽¹¹⁾、そうしたなかにあつて、オーストリアの立法者は、一九七四年の新刑法典の制定に際し、問題の解決を主として実体的制度に委ねる途を選んだ。すなわち、軽微な行為を一定の条件のもとで「可罰的でない」ものとする刑法四二条の新設を中核として、同条と関連する規定や法律効果に関する規定等を整備することにより、軽微事犯への適切な対応を意図するとともに、起訴便宜主義や手続打切りといった手続法的制度はこれを導入せず、手続法的にはオーストリアの伝統である起訴法定主義⁽¹²⁾をむしろ厳格に維持するという方向を選択したのである。軽微事犯への対応策として一九七四年刑法に規定された実体的制度には複数のものがあるが、ここではそれらのうち、上述のごとく制度構想の中核をなすものとして新設された刑法四二条の規定を、最も重要なものとして掲げておこう。⁽¹³⁾

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。

このように、一九七四年オーストリア刑法四二条は、①責任の軽微性、②結果の軽微性、③特別予防ないし一般予防の観点からみた処罰の不要性(第一項第三号参照)という三つの実質的ファクターを重疊的に考慮することにより、軽微な行為を端的に「可罰的でない (nicht strafbar)」とするものであり、複数のファクターの総合的考慮による可罰性の阻却を認める点で、きわめて注目すべき立法例であるといえよう(なお、本条は一九八七年の刑法一部改正に際してその適用要件がかなり緩和されているが、この点については後述する)。もとより、オーストリアにあつても、親告罪規定や私訴手続、あるいは、主として種々の特別法にみられるごく少数の起訴法定主義の例外に関する規定など、種々の特別な制度¹⁴⁾がないわけではない。しかしながら、これらの制度の趣旨には必ずしも軽微事犯への対応を企図したものとはいえぬ部分が存するうえ、軽微事犯の取り扱い全体に占める比重という点でも、上述のような制度の重要性はさほど高くないということができるように思われる。軽微事犯をめぐるオーストリアの議論は、一九七四年刑法法の制定を契機として一九七〇年ごろから活発となり、今日に至っているが、そのほ

とんどが刑法四二条による処理につき言及していることも、論争の重点が那邊に存するかを窺わせるものといえよう。少なくとも、一九七四年刑法およびこれと関連する一九七五年刑事訴訟法の制定における制度構想をみるかぎり、問題の解決は、主として刑法四二条をはじめとする実体法上の制度に委ねられていたと理解することが可能であると思われる。このような見地からすれば、オーストリアにおける軽微事犯論を検討するにあたっては、刑法四二条を中核とする実体法的諸制度に眼を向けることがなかならず重要であるということができよう。

もつとも、考察対象の範囲をどのように限定すべきかということは、こうした理解に基づいて検討をすすめるとしても、なお独立に検討を要すべき一個の問題である。これは、「軽微事犯」という概念にどういった内容を盛り込むかということと表裏一体をなす問題であるといえるが、後に述べるように、「軽微事犯」とは何かということについては見解が分かれており、オーストリアにおいても一致した理解がなされているわけではない。軽微な行為のすべてが上述の刑法四二条等により可罰性を阻却されるとは限らず、軽微ではあるがなお可罰的な行為の取り扱いはもさらに問題となりうるとすれば、議論の射程は一定の広がりをもちうることとなる。こうした「軽微ながらもなお可罰的とされる行為」をも考察対象に含めるならば、オーストリアにおける軽微事犯の取り扱いの全容を解明するためには、刑法四二条に代表されるような実体法的可罰性評価による事案処理のみならず、わが国の略式手続に相当する簡易な手続や、刑の減輕・猶予あるいは自由刑に代わる罰金の科刑などの法律効果に関する制度などにも触れることが必要となる。しかし、それらの制度すべてを取り上げて詳細に論じることが、問題が多岐にわたるため必ずしも容易ではないばかりか、それによって議論がいたずらに拡散してしまう虞があることも否定できない。そこで本稿では、オーストリアにおける議論が活発化するきっかけとなった一九七四年刑法の制定後の状況に

考察の重点を置き、上述の諸制度にできるだけ留意しつつも、主たる考察対象はこれを刑法四二条による実体法的可罰性評価の問題に限定して、オーストリアにおける軽微事犯論の展開を検討していくことにしたい。もとより、これによつてオーストリアにおける軽微事犯論の現況がすべて明らかになるわけではないが、今日の法状態の基礎となつた制度構想における刑法四二条の重要性に鑑みれば、少なくともその本質的部分は描出されうるものと期待することが許されよう。

三 ひるがえつて、なぜオーストリアに眼を向けるのか。オーストリアの問題状況がさほど論じられているとはいえない我が国の現状からすれば、ドイツ法やフランス法、アメリカ法等ではなく、必ずしも注目されることが多いとはいえないオーストリア法をとりあげることの意味は、それにより比較的研究の空白を多少なりとも埋めることができるという点にまず求めることができよう。のみならず、オーストリア法を研究対象とすることには、より積極的な意義をも認めることができるように思われる。たとえば、オーストリアにおいて、一方では、刑事司法システムの基本構造につき、我が国の制度的基盤とは対極に立つかにみえる起訴法定主義という前提が採られながら、他方では、上述の刑法四二条を中核とする実体法的可罰性評価との関連で、我が国の可罰的違法性論とも共通項を有する議論が展開されていることなどは、きわめて重要な点として指摘されるべきであろう。そうした議論を参照することは、我が国における軽微事犯の実体法的評価の問題を考える上でも、重要な意味をもつものと考えられる。さらに、先にも一言した如く、刑法四二条の適用要件は一九八七年の刑法一部改正に際してかなり緩和され、今日に至っているが、それによつて問題状況に一定の変化がもたらされていることも重要であろう。同年の改正後の新規定は、次のようなものである(旧規定との相違点を明瞭にするため、変更が加えられた部分については傍線

を施した⁽¹⁵⁾。

△新規定▽

第四二条（所為の当罰性の欠如）

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、又は三年以下の自由刑、又は三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、又は所為により生じた結果が本質的に除去され、償われ、若しくはその他の方法をもって埋め合わせられているうえ行為者がそれらにつき少なくとも真摯な努力を払っており、これに加えて、⁽¹⁶⁾

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。

（注記）旧規定の第二項「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」は削除された。

右のように、結果の輕微性の要件(旧第一項第二号)については、行為者の真摯な努力により結果が本質的に除去されている等の事情が存すれば、本条の適用を認めるに足りることとされたが、これは、損害回復等による結果の事後的な輕微化を正面から認めるものであり、近時関心を集めている「損害回復論」との関連でも注目し得る立法例であるといえよう。⁽¹⁷⁾ また、改正前の第二項は、本条の適用要件の存否についての決定権を裁判所のみ委ねていたが(「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」)、新規定では第二項が削除された結果、改正後は新たに檢察官も自己の判断に基づいて本条により手続を終了させることが可能となった。この点は、適用対象を一般的に制限する法定刑の要件(旧第一項本文)が、自由刑につき「一年以下」から「三年以下」へと緩和された点とともに、輕微事犯への対応システムをどう構想するかという基本的な問題にもかかわるゆえに、改正前後の動向⁽¹⁸⁾の検討は、我が国の議論にも一定の制度論的ないし立法論的示唆を与えるものと期待される。

このように、一九七四年刑法の制定を契機として活発に議論がたかかわられるようになったオーストリアの輕微事犯論は、同刑法の成立後もきわめてダイナミックな動きをみせており、今後の問題状況の推移には予断を許さないものがある。やや誇張しているなら、輕微事犯をめぐる近年のオーストリア法の展開は、全体としてそれ自体をひとつの壮大な実験に譬えることが許されるであろう。

本稿は、オーストリアにおける輕微事犯論のかかる特質に着目し、上述のような問題意識のもと、刑法四二条による実体法的可罰性評価の問題を中心に、オーストリアにおける輕微事犯論の展開を検討せんとするものである。

- (1) 問題の普遍性に¹⁾ Gunther Kaiser, Möglichkeiten der Bekämpfung von Bagatelkriminalität in der Bundesrepublik Deutschland, in: ZStW 90, 1978, S. 877 参照。
- (2) Vgl. Kaiser, a.o., S. 878.
- (3) ドレーアーは、軽微な行為が人々によって犯されやすく、その結果、大量現象となることを、事物の本性すなわち人間の本性にもとづくものと説明している。Eduard Dreher, Die Behandlung der Bagatelkriminalität, in: Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, 1974, S. 917.
- (4) 零細・軽微な刑法上の逸脱行為を指称するには、「軽微犯罪」という語が用いられることが多い。しかしながら、「軽微犯罪」という用語は、当該行為の犯罪性がすでに前提とされているかの如き印象を与えかねず、そもそもかかる行為を有罪とすべきか否かという可罰性評価の側面や、さらには非犯罪化の視点などを十分に表現しえぬ憾みがあるように思われる。そこで近時では、こうした点を考慮に入れ、「軽微犯罪」の代わりに「軽微事犯」という表現を意識的に用いる論稿もみられるようになってきた(例えば、鈴木茂嗣「軽微事犯の処理・総論」刑法雑誌二八卷二二号(昭和六二年)一七〇頁、重松一郎「軽微事犯に関する一考察——軽微事犯の捉え方——」法と政治三八卷四号(昭和六二年)一〇五頁注(一)など参照)。こうした用語法は、単に言葉の問題に止まらぬ問題意識に支えられたものであり、本稿もこのような用語法が意図するところに基本的に替同するものである。もとより、かかる用語法を前提としても、本稿で考察の対象とすべき行為は、刑事法上始めからまったく問題とならないような価値中立的なものではありえず、刑法上捕捉される行為として、何らかの形で法に触れるものであることは否定できない。その意味では、いかなる用語法によってもさほどの相違は生じないと言いうこともできようが、当初よりある行為が有罪であることを前提として、その処理や刑事政策的な対応を論ずるのではないかぎり、「軽微事犯」という用語を自覚的に用いることには、なお一定の意味がみとめられるように思われる。

以上のほか、従来の議論における「軽微事犯」ならし「軽微犯罪」の概念については次節参照。

(5) Vgl. Kaiser, a.a.O., S. 877-879, 900; Erhard Kausch, Der Staatsanwalt - Ein Richter vor dem Richter? Untersuchungen zu §153a StPO, 1980, S. 19 ff.; Heinz Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl. 1980, S. 115, 117; Michael Schauf, Entkriminalisierungsdiskussion und Aussonnungsgedanke. Eine Würdigung des Privatklageverfahrens unter dem Aspekt der Entkriminalisierung der Bagatelldelikte, 1983, S. 26-29, 31.

(6) Vgl. Dreher, a.a.O., S. 917; Friedrich Nowakowski, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in Österreich - Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft -, in: ZStW 92, 1980, S. 290; Kaiser, a.a.O., S. 879; Schauf, a.a.O., S. 26 f., 31; Zipf, Allgemeine Grundsätze des Strafbuchbuches und die Rechtsprechung, Gutachten, in: Verhandlungen des siebenten österreichischen Juristentages Salzburg 1979, Bd. 1, 2. Teil, 1978, S. 104 f.; Kausch, a.a.O., S. 19 f.

(7) 軽微事犯の民事放棄の放棄について Kaiser, a.a.O., S. 877 ff.; Kausch, a.a.O., S. 18 ff.; Johannes Driendl, Wege zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in Österreich und der Schweiz, in: ZStW 90, 1978, S. 1025 ff.; Peter Hünnerfeld, Kleinriminalität und Strafverfahren, in: ZStW 90, S. 907 f.; Schauf, a.a.O., S. 26 ff. 兼て論議。

(8) 問題状況について Dreher, a.a.O., S. 917 ff.; Naucke, Empfehle es sich, in bestimmten Bereichen der kleinen Eigentums- und Vermögenskriminalität, insbesondere des Ladendiebstahls, die strafrechtlichen Sanktionen durch andere, zum Beispiel zivilrechtliche Sanktionen abzulösen, gegebenenfalls durch welche? Gutachten, in: Verhandlungen des 51. Deutschen Juristentages, Bd. 1, Teil D, 1976, S. 16 ff.; Kaiser, a.a.O., S. 877 ff.; Hünnerfeld, a.a.O., S. 905 ff.; Klaus Lüderssen, Ab- und Anschwellen der Kriminalisierung von Bagatellverstößen im Schnittpunkt materieller und prozeduraler Gerechtigkeit, in: E. Demninger/K. Lüderssen (Hrsg.), Polizei und Strafprozess im demokratischen Rechtsstaat, 1978,

S. 210 ff.; Hans Joachim Hirsch, Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland — Unter besonderer Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft —, in: ZStW 92, 1980, S. 218 ff.; Schauf, a.a.O., S. 21 ff.; Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl., S. 115 ff., 134, 146 f., 188, 200; Maurach/Zipf, Strafrecht Allgemeiner Teil, Teilband 1, 6. Aufl. 1983, S. 162—164; Ewa Weigend, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland, in: H.-H. Jescheck/G. Kaiser (Hrsg.), Erstes deutsch-polnisches Kolloquium über Strafrecht und Kriminologie, 1983, S. 133 ff.; Josef Kürzinger, Die Bagatelldelinquenz in der Bundesrepublik Deutschland — Kriminologische Aspekte, in: H.-H. Jescheck/G. Kaiser (Hrsg.), a.a.O., S. 165 ff.; Driendl, a.a.O., S. 1017 ff.; Nowakowski, a.a.O., S. 255 ff.; Reinhard Moos, Zur Reform des Strafprozedurrechts und des Sanktionenrechts für Bagatelldelinquenz, 1981; Robert Hauser, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in der Schweiz, in: ZStW 92, S. 295 ff.; Wolfgang Beckmann, Diskussionsbericht von der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung, Lausanne 1979, über die Behandlung der Bagatelldelinquenz (unter Berücksichtigung der Stellung der Staatsanwaltschaft im Strafverfahren), in: ZStW 92, S. 592 ff.; ders., Das Bagatelldelinquenz und seine Behandlung im Strafgesetzbuch der Schweiz, 1982; Carl-Johan Cosmo, Zur Behandlung der Bagatelldelinquenz in Schweden, in: ZStW 92, S. 561 ff.; L.H.C. Hulsman, Die Behandlung der Bagatelldelinquenz in den Niederlanden — unter Berücksichtigung der Arbeiten des Europarats zur Entkriminalisierung —, in: ZStW 92, S. 568 ff.; Ewa Weigend/Andrzej Zoll, Die Bekämpfung der Bagatelldelinquenz in Polen, in: ZStW 95, 1983, S. 749 ff. 等を参照。

- (9) 非犯罪化および非刑罰化に関する我が国の文献として、たとえば、森下忠「ディベナリセイション（非刑罰化）について」同「犯罪者処遇論の課題」（昭和六三年）二二—三二頁以下（初出『ジュリスト』五四—号（昭和四八年）九四頁以下）。なお、同『刑事政策大綱（新版）』（平成五年）一九頁注12をも参照。同「非犯罪化をめぐる海外の動向——第3回（4）の国際

学会の合同国際会同の覚書——」同・前掲書二二五頁以下(初出||ジュリスト五九五号(昭和五〇年)八〇頁以下)、同「非犯罪化と非刑罰化」Law School 四二号(昭和五七年)九九頁以下、土屋眞一「刑法改正と非犯罪化」罪と罰一三卷二号(昭和五一年)三四頁以下、同「非犯罪化と犯罪化」警察学論集一九卷五号(昭和五一年)五〇頁以下、「特集 ディクリミナリゼイション」法学セミナー三二〇号(昭和五五年)一八頁以下、朝倉京一「非犯罪化と非刑罰化の問題」Law School 五〇号(昭和五七年)九三頁以下、金澤文雄「刑法とモラル」石原一彦ほか編「現代刑罰法大系第一巻」(昭和五九年)一〇四—一〇頁、平田紳「告訴人のいない犯罪の非刑罰化論」福岡大學法学論叢三二卷一・三・四号(昭和六二年)一二五頁以下、同「軽微犯罪・行政犯の非犯罪化と非刑罰化」同前二二七頁以下、鈴木茂嗣「軽微事犯の処理・総論」(前掲注(4))一六二頁以下、とくに一六四—一六六頁、岩井弘融||所一彦||星野周弘(編)「犯罪観の研究——現代社会の犯罪化・非犯罪化」(昭和五四年)、大谷實「刑事政策講義(第三版・平成六年)八八頁以下、澤登俊雄ほか編著「新・刑事政策」(平成五年)一二五頁以下、加藤久雄「刑事政策学入門」(平成三年)三二頁以下、藤本哲也「刑事政策あ・ら・かると」(平成二年)三七頁以下、吉岡一男「刑事政策の基本問題」(平成二年)二五一頁以下等を参照。さらに、アメリカの動向につき、吉岡「合衆国における非犯罪化の動向」法学論叢一〇二卷五・六号(昭和五三年)一六三頁以下、ドイツの状況につき、ギュンター・カイザー||神山敏雄(訳)「今日の刑事政策における犯罪化と非犯罪化」ジュリスト八一二号(昭和五九年)一〇一頁以下がそれぞれ重要である。

もっとも、「非犯罪化」、「非刑罰化」という概念の定義には複数の観点が絡みうるため、論者によりこれらの概念の内容に関する理解は一樣でなく、議論には若干の混乱も見られる(この点につき、たとえば、森下・前掲「非犯罪化と非刑罰化」参照)。この問題については、鈴木・前掲論文一六五—一六六頁が、非犯罪化に関し、①「どの段階における誰による非犯罪化か」、②「法上の非犯罪化か単なる事実上の非犯罪化か」という二つの視点を、また非刑罰化に関しては、

①狭義の犯罪（可罰的違法有責行為）につき刑罰以外の法的介入をする「狭義の非刑罰化」と、②不介入化も含めて刑罰介入からはずす「広義の非刑罰化」という二つのカテゴリーを、それぞれ設定されているのが明快であり、かつ、広くディヴァージョン論との関連が意識されている点で、有益な分類であると思われる（なお、鈴木教授は、前述の非犯罪化の視点をさらに具体化され、①から、①(a)「立法上の非犯罪化（立法機関による非犯罪化）」、①(b)「司法上の非犯罪化（裁判所による非犯罪化）」、①(c)「訴追上の非犯罪化（訴追機関による非犯罪化）」の三つを、また②からは、②(a)「法上の非犯罪化」、②(b)「事実上の非犯罪化」の二つを、それぞれ導かれる。さらに「非刑罰化」についても、事実上のものと法上のものの区別が妥当するとされる。前掲論文一六五—一六六頁参照）。以上のほか、軽微事犯と、広義のディヴァージョンおよび非犯罪化・非刑罰化との関連については、鈴木・前掲論文一六八—一七〇頁が重要である。

(10) この用語は、米田泰邦「実体法的、手続法的非犯罪化」同「犯罪と可罰的評価」（昭和五八年）三四三頁以下（初出）岩田誠先生傘寿祝賀・刑事裁判の諸問題（昭和五七年）所収）に倣うものである。ただし、犯罪成立後の可罰的評価の変化を可罰性の「手続法的修正」として論じられる米田・前掲三四五頁以下の用語法については、これに批判的な見解として、鈴木茂嗣「規範的評価と可罰的評価」小野慶二判事退官記念論文集「刑事裁判の現代的展開」（昭和六三年）三四頁注(1)が存することに注意を要するであろう。

(11) 諸外国における議論の概況については、前出注(8)所掲の文献を参照。我が国における先駆的業績としては、内藤謙「軽微犯罪と刑事裁判——立法論的考察——」中野次雄判事還暦祝賀「刑事裁判の課題」（昭和四七年）四三三頁以下（のち、同「刑法改正と犯罪論（下）」（昭和五一年）六七四頁以下に所収）が重要である。さらに、諸外国における理論動向につきふれるものとして、大野平吉「軽微な犯罪の処理——西ドイツの軽微犯罪論——」井上正治博士還暦祝賀「刑事法学の諸相（上）」（昭和五六年）二三七頁以下、前田雅英「可罰的違法性論の研究」（昭和五七年）四五二頁以下（とくに四五七

頁以下)、米田・犯罪と可罰的評価三五〇頁以下、指宿信「軽微な犯罪に対する訴追の打切り制度・その1—アメリカにおける微罪 (de minimis infractions) 打切り規定をめぐって—」北大法学論集四一卷二号(平成二年)九〇八頁参照。以上のほか、「軽微事犯」の概念規定との関連で、重松・前掲注(4)一〇三頁以下を、また、非犯罪化・非刑罰化との関連で、平田「軽微犯罪・行政犯の非犯罪化」(前掲注(9))、二二七頁以下をそれぞれ参照。軽微犯罪ないし軽微事犯の処理は日本刑法学会でも一度にわたり論じられ、その内容は、刑法雑誌二五卷三・四号(昭和五八年)五九七頁以下、同二八卷二号(昭和六二年)一五九頁以下にそれぞれまとめられている(それらのうち、二八卷二号所収の光藤景皎「西ドイツにおける軽微事犯の処理と交通事犯」、神山敏雄「西ドイツにおける軽微財産犯の処理」、宮澤節生「アメリカにおける軽微交通違反の処理」の各論稿は、それぞれ比較法的研究として貴重である)。

(12) Vgl. Foregger-Serini, StPO, 3. Aufl. 1982, §34 Erläuterungen I ff.; Driendl, aa.O., S. 1019; ders., Legalitätsprinzip und Richterprivileg, Anmerkungen zu §42 StGB, in: ÖJZ 1979, S. 337 ff.

(13) 以下、本稿において一九七四年オーストリア刑法を訳出するにあたっては、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(昭和五〇年)を参照したが、訳文はこれと必ずしも同一ではない。

(14) これらについては後に改めて論ずる。なお、一九七四年刑法成立後の法状態につき概観を与えるものとして、Driendl, aa.O., S. 1035 ff., Nowakowski, aa.O., S. 257 ff. が有益である。

(15) Vgl. Strafrechtsänderungsgesetz 1987, BGBl. Nr. 605/1987, S. 3970.

(16) 改正後の第一項第二号は、原文では次のように規定されている(新たに挿入された部分には下線を付した)。2. die Tat keine oder nur unbedeutende Folgen nach sich gezogen hat oder, sofern sich der Täter zumindest ernstlich darum bemüht hat, die Folgen der Tat im wesentlichen beseitigt, gutgemacht oder sonst ausgeglichen worden sind und⁴

- (17) オーストリアにおける問題状況については、高橋則夫「オーストリア刑法における損害回復論」東洋法学三八巻一号(平成六年)一八一頁以下が重要である。そのほか、刑法における損害回復論に関してはきわめて多数の文献が存する。重要なものとして、たとえば、吉田敏雄「刑法における損害弁償(上)(下)」北海学園大学法学研究二六巻二号(平成二年)二五一頁以下、同三号(平成三年)五九一頁以下、ハンス・ヨアヒム・ヒルシュ「吉田敏雄(訳)」刑法および刑事訴訟法における被害者の地位について とくに損害弁償」同二六巻二号三三五頁以下、同(訳)「実体刑法の領域における損害弁償」同二七巻一号(平成三年)一三三頁以下、トーマス・ヴァイゲント「吉田(訳)」刑法における損害弁償の位置価値をめぐるドイツの論争——最近の展開と実践的経験——」同二八巻一号(平成四年)一三九頁以下、吉田(訳)「刑法における損害弁償(上)(中)(下)」同二八巻二号(平成四年)三一一頁以下、二八巻三号(平成五年)五九三頁以下、二九巻一号(平成五年)一四二頁以下、同「法的平和の回復(一)」行為者—被害者—仲介・和解の視座——」同三〇巻三号(平成七年)一頁以下、三二巻一号(平成七年)一頁以下、佐伯仁志「刑罰としての損害賠償——アメリカ合衆国連邦法を素材として——」平野龍一先生古稀祝賀論文集下巻(平成三年)八五頁以下、高橋則夫「刑法における損害回復論——刑法理論的・解釈論的アプローチ——」刑法雑誌三三巻三号(平成四年)三四三頁以下、宮澤浩一「ドイツにおける刑事政策の新しい動き——『損害回復』に関する『対案』(その1)(その2)——」時の法令一四三〇号(平成四年)三八頁以下、同「四三二号(平成四年)五六頁以下、山中敬一(訳)「ハインツ・ミューラー・ディーツ『刑事制裁としての被害回復か』」関西大法学論集四二巻五号(平成四年)一六六頁以下、高橋則夫「川口浩一『自由剣奪のない刑事制裁の可能性——第五九回ドイツ法曹大会刑法部会報告——』」ジュリスト一〇三二号(平成五年)六四頁以下、Thomas Weigend, Sanktionen ohne Freiheitsentzug, in: GA 1992, S. 345 ff.; Claus Roxin, Zur Wiedergutmachung als einer „dritten Spur“ im Sanktionensystem, in: Arzt/Weber (Hrsg.), Festschrift für Jürgen Baumann zum 70. Geburtstag, 1992, S. 243; ders., Die Wiedergutmachung im

strafrechtlichen Sanktionensystem, in: Badura/Scholz (Hrsg.), Wege und Verfahren des Verfassungslebens. Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, 1993, S. 301 ff.; Dieter Rossner, Strafrechtsfolgen ohne Übelzufügung? – Zur Reform der Sanktionen ohne Freiheitsentzug –, in: NSIZ 1992, S. 409 ff.; Eckhard Horn, Empfehlen sich Änderungen und Ergänzungen bei den strafrechtlichen Sanktionen ohne Freiheitsentzug?, in: JZ 1992, S. 828 ff.; Hirsch, Wiedergutmachung des Schadens im Rahmen des materiellen Strafrechts, in: ZStW 102, 1990, S. 534 ff.; Jürgen Baumann et al., Alternativ-Entwurf Wiedergutmachung (AE-WGM), 1992, 以下の同書一三五頁以下に掲げられた文献を参照。

- (18) 刑法四二条改正の趣旨については、Bericht des Justizausschusses über den Antrag der Abgeordneten Dr. Ömer und Genossen betreffend ein Strafrechtsänderungsgesetz 1987 (2/A) (359 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. GP.), S. 8 f. を参照。

第二節 「軽微事犯」の概念と本稿の用語法

一 「軽微事犯」論における考察対象と「軽微性」概念

本論に入る前に、そもそも本稿の考察対象たる「軽微事犯」とはいかなる行為を指称するのかという点を、あらかじめ明らかにしておかなければならない。「軽微事犯」という用語の語感からは、おそらく、些細な暴行・傷害や、被害額がわずかな万引き、あるいは些細な交通事犯などをその典型例として想定しうるであろうが、いわゆる「軽

「微事犯」論が従来いかなる行為を考察対象としてきたかという点は、必ずしも一見して明らかではなく、本稿の考察対象を確定する上で、いま一度の検討を要するよう思われる。このことは、たとえば、いわゆる「軽微事犯」論において、「軽微性」を規定するファクターの提示による考察対象の限定が議論の前提とされるものの、多様な視点が提示されているために「軽微事犯」の概念規定それ自体がすでに争われていることを見ても明らかであるといえよう。そして、結論を先に述べるならば、一見明確であるかにも見える「軽微(性)」という概念も、そこでは決して一義的に理解されてはならず、問題意識の多様性とも相まって、軽微性概念の解釈にはそれぞれの論者の間でかなりの幅がみられるのである。そこで以下では、従来の議論との関係において本稿の考察対象と議論の射程を明確にするために、従来の議論ではどのような行為がいかなる問題意識のもとに考察の対象とされてきたかという点を、まず検討しておくことにしたい。

(一) 「軽微事犯」概念をめぐる諸見解

いわゆる「軽微事犯」論において考察の対象とされる「軽微事犯」とはそもそも何かという問題は、ドイツをはじめとする諸国において盛んに議論されており、およそ零細・軽微な犯罪現象を論じようとする場合には避けて通ることのできない論点となっている(なお、用語としては「軽微事犯」のほか「軽微犯罪」という表現も用いられるが、以下の論述では便宜上もっぱら前者のみを用いることにする⁽¹⁹⁾)。この問題は、議論の対象と射程を明確にするためにまず解明されねばならぬものであり、いわば前提問題ともいえるべきものであるが、必ずしも同一の視点に基づいて論争がなされているとはいえず、議論はかなり錯綜した様相を呈している。これは、「軽微事犯」なる概

念が実定法上ないし解釈論上の手掛かりを有するものではないことに起因する部分が大いだが、他方では、論争の場が刑法解釈論のみならず、刑事訴訟法学、犯罪学ないし刑事政策学にまで及んでいることも、議論を複雑にしているといえよう。そして、先述した如く、「軽微性」を規定するファクターについては多様な視点が提示されているため、考察の前提となる「軽微事犯」の概念規定それ自体がそこでは争われているのである。⁽²⁰⁾ここであえて概念の統一を試みることは本節の目的ではなく、また、それは全刑法学的視野からの検討をも必要とするが故に、本稿の枠を越えることとなるであろう。したがって、ここではこの問題それ自体に深く立ち入らず、必要な限度で諸説を概観するにとどめたい。以下、分説する。

(1) 軽微事犯を本来的なものと非本来的なものに区別する見解

クリュムペルマン (Krumplmann) は、旧 (西) ドイツ刑法における違警罪と軽罪ないし重罪との差異に着眼して、軽微事犯を「独立の軽微事犯 (selbständige leichte Delikte)」と「非独立の軽微事犯 (unselbständige leichte Delikte)」とに区別した。前者は、法定刑の上限が低く定められている犯罪であり、違警罪がこれにあたるものとされる。これに対し、後者は、軽罪のうち、その具体的な違法内容が違警罪と同様の軽い処罰を要求する軽微な行為を指し、法定刑の下限の定めのない軽罪構成要件において、このような非独立の軽微事犯を認めうるのである。⁽²¹⁾ また、ドレーアー (Dreher) も、ほぼ同様の見地から、「本来的軽微事犯 (eigentliche Bagatelldelikte)」と「非本来的軽微事犯 (uneigentliche Bagatelldelikte)」との区別を認めており、前者の典型例としては違警罪を挙げ、また後者については、法定刑の下限の定めのない犯罪類型 (違警罪以外のもの) の軽微な実現態様がこれにあたるとする。⁽²²⁾

これらの所説は、いずれも違警罪の特殊性に着眼するものであり、概念規定としても法定刑が基準とされる点で

興味深いものを示しているが、しかしながら、ここでは「軽微事犯」とされるものの存在が始めから前提とされており、その内部での概念的区別がなされているにすぎない。上にみた分類は、軽微事犯それ自体を特徴づけるフアクターを挙げていないという点で、軽微事犯の一般的定義には役立たないものと思われる⁽²³⁾。また、上述のような区別の手掛かりとされている違警罪のカテゴリーがドイツやオーストリアにおいて廃止されている今日にあつては、かかる区別の意義も乏しくなったとみるべきであろう。

(2) 軽微事犯をごく軽微なものとそうでないものとに分かつ見解

ナウケ(Nauke)は、軽微事犯を通常の「軽微な事犯(Kleinkriminalität)」と「ごく軽微な事犯(Kleinstkriminalität)」とに分ち、前者はなお当罰的(stratwüridig)な行為だが、後者はもはや当罰的ではない、という区別を認めるよう提案した。そして、かかる区別は、軽微な事案についての単純な手続打ち切り(ドイツ刑法一五三条)と事件付き手続打ち切り(同法一五三条a)との区別にも対応しているとナウケは説き、一五三条aが前者すなわち「軽微な事犯」に対する手続打ち切りを定めているのに対し、一五三条はもはや当罰的でない「ごく軽微な事犯」に対するそれを規定したものと説明するのである⁽²⁴⁾。

このような理解は、「軽微事犯」として一括される行為も、その内部では行為の軽重に段階的差異を認めうることを示唆するものであり、ごく軽微な行為を刑罰から解放していこうという志向がそこではみられる。そしてこれを、現実の事件処理に際してきわめて重要な機能を果たしているドイツ刑法一五三条と一五三条aとの質的相違に関連させて説く点で、ナウケの見解は、これら両条の規範内容の理解にも重要な指針を与えるものといえよう。しかしながら、この見解も「軽微事犯」そのものについては直接語るところがなく、これを定義するためには軽微

事犯を規定するファクターのさらなる解明が必要であるというべきであろう。その意味では、ナウケの見解についても前記(1)の見解に対するのと同様の批判が妥当しうるものと思われる⁽²⁵⁾。

以上のように、上述(1)、(2)の見解は、いずれも軽微事犯の概念を正面から規定していない点で不十分な面が残るものであった。そこで、上記のような分類に代えて、何らかの観点から軽微事犯の概念を確定しようとする試みがなされることとなるが、これには大別して以下の(3)～(5)に掲げる三つのアプローチが存する。

(3) 所為の違法内容および責任内容に着眼する見解

この見解は、軽微性を規定するファクターとして、所為の行為無価値および結果無価値の程度ならびに責任の程度を挙げ、これらにより軽微事犯の概念を規定しようとする試み⁽²⁶⁾である。すなわち、軽微事犯とは上記三つのファクターがいずれも軽微な所為をいい、これらファクターのうち一つでも軽微性の限界を越えるならば当該所為は軽微とはいえない、とするのである⁽²⁷⁾。

この概念規定は、軽微性を規定するファクターを個別に挙げており、また、不法と責任という犯罪成立要件に着眼している点でも、刑法解釈論上の対象の限定にとつて有用なものであると思われる。しかしながら、「軽微性」がそれ自体として観念されうるものではなく、あくまで何らかの基準との対比によってはじめて確定されうるものであることに鑑みれば、いかなる基準をもつて行為無価値・結果無価値、責任の各々を軽微と評価するかという点⁽²⁸⁾が、ここで直ちに問題とならざるを得ないであろう。また、違法と責任の連関をどう捉えるかという点や、違法要素・責任要素として各々いかなるものを認めるかということも問題として残り、軽微性の確定は決して容易ではないように思われる。こうした難点は論者によつても意識されており、様々に議論がたたかわされているが、明確な

概念規定に成功するまでには至っておらず、現状では明確かつ信頼のおける基準は得られていないとの有力な批判⁽²⁹⁾も存在することに注意しなければならない。このように、この見解は、考察対象の限定に際して実体的な犯罪成立要件に着眼している点で注目すべきものではあるが、軽微性の判断基準についてはなお検討の余地を残しているように思われる。

(4) 所為に対するサンクションに着眼する見解

この見解は、所為に対し科されるサンクションを軽微性の決定要因とみるものである。すなわち、この見解によれば、一定額までの罰金ないしはごく短期の自由刑が科される行為⁽³⁰⁾、あるいはそれらよりも軽いサンクションを受ける行為、もしくは手続が打ち切られる行為が軽微であるとみなされることとなるのである⁽³¹⁾。

かかる考察方法は、一見する限りでは軽微性に関する我々の常識的感覚に合致し、かつ明快な基準を与えてくれるように思われる。しかし、こうした定義も、概念規定としては、やはり所為それ自体の軽微性を規定するフアクターを提示するものではなく、要件たる所為に対し科される法律効果が軽微であるから当該所為も軽微であるとする限りにおいて、いわば問をもって問に答えるに等しいとの批判を免れ得ないものと思われる。かかる批判を避けるとすれば、所為に対し具体的に科されるべきものと予想される刑をあらかじめ量定する形で軽微性を判断するほかはなく、軽微性の確定が、いわば「先取りされた量刑」の基準により行われることとなるが、こうした方法によるならば、軽微性の問題が量刑の次元に移しかえられるため、軽微性概念はきわめて個別化されざるを得ず、そこから一般的定義をもとめることは不可能となる⁽³²⁾。また、罰金刑や略式手続ないし手続打ち切りの適用範囲は、立法例により多様なため、サンクションを基準とする考察方法は少なくとも比較法的には統一的基準たりえない、

との批判が存することにも注意しなければならない。⁽³³⁾ 以上のような点からすれば、この見解は、軽微事犯の統計的把握などの現象面における考察に際しては有益な示唆を与えてくれるものと思われるが、一般的概念規定には必ずしも適さない面があるといえるのではなからうか。また、この見解が軽微事犯をあくまで「犯罪」として捉え、サンクションの軽重による区別を認めようとするにすぎないのであれば、軽微事犯の実体法的可罰性阻却や非犯罪化の可能性に眼を向けぬ点で、批判の余地を残しているようにも思われる。

(5) 刑事政策的目的観念を基準とする見解

上述(3)および(4)でみたように、「軽微事犯」の概念を解釈論上厳密な基準によって把握することは困難であると言わざるを得ない。そこで、こうした問題性に鑑み、軽微事犯の問題を解釈論上のテーマとして扱う途を棄て、むしろこれを法政策的な課題として論ずるべきだとする見解が登場することとなる。すなわち、こうした見解は、方法論としてドグマ・テイシユな考察よりも法政策的観点を重視し、⁽³⁴⁾ 比較的軽微な犯罪現象に対しては、原則として簡易化された手続により軽いサンクションをもつて対処すべきであるという共通の認識から出発する。そして、かかる認識から、軽微事犯の概念を規定するファクターとして、①訴訟法的には、簡略化された手続で処理がなされること、②刑事政策的には、(a)条件付きもしくは条件なしでサンクションが放棄されること、ないしは、(b)控え目なサンクションが科されること、を挙げるのである。⁽³⁵⁾

この見解は、上述の諸見解とは異なり、解釈論的観点からの概念規定の困難さを率直に承認する点が特徴的である。このような概念規定の困難さについての認識には傾聴すべきものがあり、また、ことに立法論的観点から問題を考察しようとする場合には、法政策的観点からの対象の把握も一定の意味を持ちうるものといえよう。しかしな

から、かかる見解はそもそも解釈論的志向をもたず、刑事政策的目的意識を前面に押し出すため、軽微事犯への「対応」ないしその「処理」のみが問題とされ、所為それ自体の特性たる軽微性の分析には眼が向けられていない。その意味で、上記のようなファクターにより対象を限定することは、軽微事犯それ自体の特性を把握するには必ずしも適当でなく、また、科されるべきサンクションに着眼する点については、前掲(4)の見解に対する批判が同様に妥当するものといえるであろう。

(二) 検 討

以上のように、「軽微事犯」概念をめぐる論争状況は、視点の不統一も手伝って錯綜しており、改めて統一的な概念規定を試みるのは困難なのが現状である。本稿の研究対象たるオーストリアにおいても統一的な理解がなされているわけではなく、究極的には、カイザー (Kaiser) も言うごとく、「軽微事犯」なる概念が、解釈論上も、経験的にも、また法政策的にも不明確であること⁽³⁶⁾を率直に認めざるを得ないであろう。そこで近時では、一応の定義として、上述(3)～(5)の見解をふまえた折衷的基準の提示が試みられるほか(たとえば、「違法及び責任が軽微であるため、または他の理由からその犯罪が刑事政策上重要でない」とされるため、刑罰を科すことが不適當であると思われる行為「(シャウフ (Schaufl) など)⁽³⁷⁾」、他方では、概念規定が困難であることを自覚して、軽微事犯概念を意識的に未確定のままにしておくべきであると主張する見解すら存在するのである⁽³⁸⁾。しかしながら、ひるがえって考えてみるに、上にみた如く様々な視点から議論がなされれば、概念が相対化され不明確なものとなるのはむしろ当然であり、あらゆる問題意識に適合し、かつ刑事法学の全領域に共通するような定義をあらかじめ求めようとする

こと自体に、そもそも無理があったとみるべきではなからうか。たしかに、全刑法学的な視野から問題を考察する道をひらくために、統一的な観点から概念規定を行う必要があることは否定できない。しかし、ドイツ等の諸国においてしばしばなされているごとく、そうした統一的概念規定それ自体を自己目的として議論を行うならば、そのことにどれほどの意義があるかは疑わしいようにも思われる。概念の統一が困難であるならば、むしろ、学問領域と問題意識の相違にに応じて、各々の考察の目的にそった概念規定を行う可能性を率直に承認する方向が目指されてよいのではなからうか。

さらにまた、右にみた如く、「軽微事犯」概念をめぐる論争において概念規定の手掛かりとされている視点やファクターは多様であるため、一見明確であるかにみえる「軽微性」概念が、かなりの幅を有するものとして解釈されていることも、問題を残しているように思われる。たとえば、ドイツでは、軽微な行為につき、手続の打ち切り(刑訴法一五三条以下)や、これを親告罪とする(例として、刑法二四八条aなど)⁽³⁹⁾等の特例が認められているが、万引きなど軽微な財産犯の「軽微性」の限界は一般に五〇マルクとされるのに対し、被害が高額となりやすい経済犯罪では一萬マルクがその限界とされる場合もあることが指摘されているのである。⁽⁴⁰⁾しかしながら、一萬マルク(約七〇万円)もの被害をなお「軽微」と称するのは通常の語感からかけ離れており、軽微性概念を著しく弛緩させる点で妥当とは思われない。行為の軽微性を問題とするのであれば、「軽微」という語の日常用語的な語感を逸脱しない範囲でこれを論ずるべきであろう。このように見てくるならば、軽微事犯概念をめぐる上述の如き論争には必ずしも追随する必要はなく、従来の議論を参考にしつつも、最終的には本稿の問題意識にふさわしい対象の限定がなされれば足りるものと思われる。

そこで、いかなる観点から対象を限定するかが本稿でも当然問題となるが、本稿がとりあげるオーストリア刑法四二条に限っていえば、責任の輕微性、結果の輕微性、予防の観点からみた処罰の不必要性の三つが適用要件として明示されているため、考察対象たる行為の特性を規定するファクターは何かという点は、さほど深刻な問題とはならないということが許されよう。すなわち、これらの要件によれば、「責任および結果が輕微で、かつ、一般予防および特別予防の観点からみて処罰が不必要と思われるため、可罰性の阻却が問題となりうる行為」が、ここで考察すべき対象であるということになる。さらに、刑法四二条の適用は、当該犯罪の法定刑によっても制限されている（一九八七年の改正までは一年以下の自由刑、同年の改正後は三年以下の自由刑が、それぞれ適用範囲を画する法定刑の上限となっている）ため、考察対象は犯罪類型の面でも絞りこまれるものといつてよい。

もつとも、上記のような条件を充たす行為には様々なものがあるうえ、そのすべてが刑法四二条により可罰性を阻却されるとは限らないことも事実である。そのような事例群も議論の途上で現れうるとすれば、考察対象は——可罰性の阻却が異論なく認められるような——典型的事例群を中核としつつも輕重の広がりをもつこととなり、その一義的で嚴密な画定は困難であることを自覚しておくべきであろう。さらにまた、行為の輕微性に鑑みた何らかの特別な取り扱いは、行為の可罰性が「阻却」される場合のみならず、阻却の限界を超えて残存するに至った場合にもなお問題となりうる。刑法四二条による可罰性評価を論ずる際にも、可罰性が「阻却」されない場合の行為の取り扱いには十分留意する必要がある。こうした見地からすれば、刑法四二条により可罰性が阻却される行為のみをとりあげるのはやや狭きに失し、考察対象にもある程度の広がりをもとめるべきこととなるが、先に一瞥した論争が示している如く、「輕微事犯」の概念をアプリアリに規定することが不可能であるとすれば、さしあたり、

上述のシャウフによる定義を基本としつつ、「違法及び責任が軽微であるため、または他の理由からその犯罪が刑事政策上重要でないとされるため、刑事罰を科すことの可否ないし何らかの特別な取り扱いが問題となりうる行為」という、比較的広い定義をもつて考察対象を画しておくのが便宜であると思われる。

二 「絶対的軽微性」と「相対的軽微性」

先に本稿は、考察対象につき一定の広がりを見とめつつも、「軽微性」概念については、従来の議論に時としてみられるような過度に広い理解を採らず、「軽微」という語の語感を逸脱しない範囲でこれを用いるべきものとした。しかし、「軽微」という語の意味内容は、それによって直ちに定まるわけではない。この問題については、さらに、可罰的違法性論において展開され、近時しだいに定着しつつある、「絶対的軽微性」、「相対的軽微性」という用語法にも触れておく必要があると思われるので、次にそれにつき述べておくことにしたい。

可罰的違法性論の適用事例について、「絶対的軽微性」、「相対的軽微性」といった二様の「軽微性」を問題にすることは以前から指摘されていたが、これを可罰性阻却の構造とも関連させて近時有力に主張されているのは前田教授である。周知のように、前田教授は可罰的違法性論の「曖昧性」を問題とされ、従来「可罰的違法性論」の名のもとに論じられてきたものは、「違法の相対性」の問題と狭義の可罰的違法性論の問題に分けて論ずる必要がある、後者はこれを実質的構成要件解釈による「絶対的軽微性」の判断と、実質的違法阻却事由の有無の確認をその内実とする「相対的軽微性」の判断とに解消すべきであると主張された。⁽⁴³⁾ こうした判断枠組の当否についてはなお議論が存するものの、⁽⁴⁴⁾ 事例の単なる事実的分類に止まらず、可罰性阻却の実体構造との関連で前田教授が上述の

ような区分を示された点は、きわめて重要であると思われる。

しかしながら、かかる用語法がいわば一人歩きし、「軽微性」それ自体に「絶対的」なものと「相対的」なものがあると思われるならば、それは用語法として混乱を招く恐れがあるというべきであろう。⁽⁴⁵⁾ 何となれば、ある事象が「軽微である」という評価は比較される対象の存在を前提としており、特定の基準に照らしてはじめて確定されるものであることからすれば、その基準との関係では当該事象の属性は軽微であるか否かのいずれかでありえず、その意味では、軽微性とはあくまで「絶対的」なものであると解されるからである。⁽⁴⁶⁾ それゆえ、「相対的軽微性」というものをアプリオリに観念する事は不可能であり、仮に「相対的」という語を「軽微性」概念につき用いるとしても、何と何がいかなる意味で「相対的」なのかを常に明らかにする必要があるであろう。

かくして、すでに述べてきたところからも明らかなる如く、本稿で「軽微(性)」という場合には、ある事象が特定の評価の基準との関係で絶対的に軽微なことを指し、「相対的軽微性」という用語は原則としてこれを用いないこととする。

以上で前提的考察を終え、次章ではさっそく、一九七四年刑法の成立に至るまでの問題状況の検討へと考察の歩を進めることにしよう。

(19) 「軽微事犯」あるいは「軽微犯罪」といった用語法につき、前出注(4)参照。なお、ドイツ語では „Bagatelldelikte“ という表現のほか、 „Bagatelldelinquenz“, „Bagatelldelinquenz“, „Kleinkriminalität“ などといった表現も用いられるが、本稿

では、これらの語をとくに区別する必要のなから限り、すべて「軽微事犯」と訳出した。

- (20) 「軽微事犯」概念の不明確性につき、Justus Krumpelmann, Die Bagatelldelikte. Untersuchungen zum Verbrechen als Steigerungsbegriff, 1966, S. 13; Driendl, a.a.O., S. 1020 ff.; Kaiser, a.a.O., S. 881 f.; Hirsch, a.a.O., S. 218 Fn. 1; Kausch, a.a.O., S. 18; Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl., S. 118; Beckmann, Das Bagatelldelikt und seine Behandlung im Strafgesetzbuch der Schweiz, S. 15 ff.; Maurach/Zipf, a.a.O., S. 163 (Rdn. 16); Karl-Ludwig Kunz, Das strafrechtliche Bagatellprinzip, 1984, S. 317 等を参照。なぜ、我が国の文献で近時々の問題を取り扱ったものとして、重松・前掲注(4)一〇三頁以下参照。
- (21) Krumpelmann, a.a.O., S. 37. かかる区別は、Helmut Mayer, Zuchtgewalt und Strafrechtspflege, 1922, S. 63 f. を示唆して行ったものであった。
- (22) Dreher, a.a.O., S. 918. 同様の区別を採用するものとして、Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl., S. 118 f. 参照。
- (23) Schaaf, a.a.O., S. 22.
- (24) Naucke, a.a.O., S. 13. 同様の分類をみよるものとして、Kunz, a.a.O., S. 313 参照。
- (25) Schaaf, a.a.O., S. 22.
- (26) Krumpelmann, a.a.O., S. 62 ff., 94, 109, vgl. auch S. 241; Dreher, a.a.O., S. 917; Hauser, a.a.O., S. 297 (責任内容と結果とをフアンクターとして挙げる)。
- (27) Dreher, a.a.O., S. 917.
- (28) Vgl. Hauser, a.a.O., S. 297; Schaaf, a.a.O., S. 23.
- (29) Vgl. dazu Kaiser, a.a.O., S. 881.
- (30) Hauser, a.a.O., S. 297.

- (35) Vgl. Schauf, aa.O., S. 23.
- (36) Driendl, aa.O., S. 1021; vgl. auch Schauf, aa.O., S. 23 f.
- (37) Driendl, aa.O., S. 1021 f. — ミーランドルはまさに「サンクションないし手続法的な取り扱いの観点から軽微事犯の概念を確定する試みは、現行法の規定にのみ眼を向けるものであり、将来の法改正や制度改革という面をいずれも等閑にせず、必ずしも批判する（Driendl, aa.O., S. 1022）」。
- (38) Vgl. Kaiser, aa.O., S. 882; Zipf, Kriminalpolitik, (1. Aufl.) 1973, S. 71; Naucke, aa.O., S. 37; Eberhard Blankenburg/Heinz Steinert/Hubert Treiber, Empirische Rechtssoziologie und Strafrechtsdogmatik. Die Beliebigkeit von Ergebnissen empirischer Sozialforschung für die strafrechtsdogmatische Diskussion. Am Beispiel der von Juristen geführten Debatte zum Ladendiebstahl, in: Kritische Justiz 1977, S. 126 ff.
- (39) Driendl, aa.O., S. 1022.
- (40) Kaiser, aa.O., S. 899.
- (41) Schauf, aa.O., S. 24.
- (42) Driendl, aa.O., S. 1022.
- (43) Vgl. z.B. Albin Eser, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 24. Aufl. 1991, §248a Rdn. 10 (mit weiteren Nachweisen); Peter Rieß, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 24. Aufl. 1986, §153 Rdn. 49 f.
- (44) 上の点に「軽微性」が犯罪類型ごとに相対化されるを得ないという問題を指摘し、たとえば経済犯罪にあつては一万マルクの被害が発生してもなお軽微とされる場合があるのに対して、万引きにあつてはたとえ被害が二〇〇マルクでも軽微とはいえないというディレンマが存するとする。同様に、経済犯罪など特定の生活領

域における犯罪にあっては万引きなどに較べて軽微性の基準となる被害額がかなり高額になることの問題性について、Berckhauer, Die Erledigung von Wirtschaftsstrafen durch Staatsanwaltschaften und Gerichte, in: ZStW 89, 1977, S. 1035 f.; Hans-Jörg Albrecht, Bericht über das Kolloquium „Die Erledigung von Wirtschaftsstrafen durch Staatsanwaltschaften und Gerichte“, in: ZStW 89, S. 1095 ff.; Schuaf, a.O., S. 23 をも参照。

(41) たとえば、曾根威彦「可罰的違法性」西原春夫ほか編『判例刑法研究第2巻違法性』(昭和五六年)一三三五頁参照。

(42) 前田・可罰的違法性論の研究七頁以下、同『刑法総論講義』(昭和六三年)一一一頁、同『現代社会と実質的犯罪論』(平成四年)一〇二頁等を参照。

(43) 前田・可罰的違法性論の研究二六―二八頁、四三四頁以下、四六八頁以下、五〇八頁以下、同『刑法総論講義』一一一頁以下、一三七頁以下、一二九頁以下、同『刑法総論講義』(第二版・平成六年)一三七―一三八頁、一五一頁以下、二五六頁以下、同『現代社会と実質的犯罪論』一〇二頁以下参照。絶対的軽微性の問題となる類型とは、「法益侵害の結果ないし行為態様の逸脱の軽微性のみで可罰性を否定する型」であるのに対し、相対的軽微性の問題とされる類型とは、「法益侵害等の軽微性も一つの要件ではあるが、それに加え他の利益を衡量した結果として可罰性を否定する型」であるとされる(前田・可罰的違法性論の研究二七頁。ただし、これらはいくまで判断枠組の観点からの分類であり、緊急行為型〔権利対立型〕か軽微犯罪かという事案の性質による分類とは区別されねばならないとされ、「権利対立型」の事案でも絶対的軽微性に該当する場合があることを肯定される)。

(44) 前田教授の所説に対する批判として、米田「可罰的評価と理論用語」同『犯罪と可罰的評価』三九八頁以下(初出Ⅱ「書評」法律時報五五巻七号〔昭和五八年〕)、内田文昭「可罰的違法性の理論(刑事判例時評59)」判例タイムズ七〇八号(平成元年)五九頁注(3)、六一―六二頁、六二頁注(17)―(19)を、また、米田・上掲に対する反論として、前田「米田泰邦著

『犯罪と可罰的評価』（書評）法律時報五六卷六号（昭和五九年）一〇六一—一〇八頁を、それぞれ参照。前田説については、さらに、西村克彦「可罰的違法性論の消長」判例時報一〇七五号（昭和五八年）一一頁以下、内藤謙『刑法講義総論（中）』（昭和六一年）六六七頁以下を参照。

(45) 事実、「絶対的輕微」、「相對的輕微」といった語が用いられる場合には、論者の間に若干のニュアンスの相違がみられる。たとえば、曾根・前掲注(41)三三五頁は、可罰的違法性論の適用事例の区別として、「端的に被害法益が輕微な場合」を「絶対的輕微型」、「被害法益自体は必ずしも輕微ではないが、当該侵害行為が意図する保全法益との比較において法益侵害の程度が比較的輕微といえる場合」（傍線筆者）を「相對的輕微型」とされるのに対し、内藤・前掲注(44)六五四—六五五頁では、「法益侵害の程度が極度に輕微であつて、そのことのみにより可罰性が否定される型」を「絶対的輕微型」、「法益が衝突する状況で、法益侵害の程度が極度に輕微とはいえないが、比較的輕微であり、それに加えて法益侵害行為が保全する利益を衡量した結果として可罰性が否定される型」（傍線筆者）を「相對的輕微型」とされている。前者の定義による「相對的輕微性」にあつては「保全法益との比較において」法益侵害の程度が相對化されるという構造にみえるが、後者では「比較的輕微な」法益侵害の程度それ自体には相對化をみとめず、保全される利益と法益侵害との衡量が獨立の判斷要素とされているように読める。もとより、これら兩者の定義が意図するところに實質的差異は認められないとみるべきであろうが、これらの例を見ても、「相對的輕微性」ないし「相對的輕微型」という用語法には、なお検討の余地が残されているといえるのではなからうか。なお、この点につき前田・可罰的違法性論の研究（一九頁注(12)）は、「相對的輕微型とは、法益侵害性が、侵害行為により守ろうとした利益に比して相對的に輕微だということではない」とされているが、他方、前出注(43)に掲げた同書二七頁の定義をみる限りでは、「法益侵害等の輕微性も一つの要件」となるとされており、法益侵害ないし行為態様の逸脱の「輕微性」の程度に関する「絶対的輕微性」と「相對的輕微性」の相違が必ずしも明ら

かではないようにもみえる。この点について、さらに同書四三七頁をみるならば、「相対的輕微型」は、「処罰に値する法益侵害行為自体の存在は否定し得ないが、行為が一定の価値を担っていることを中心に諸般の事情を加味することによって処罰を否定する場合」と定義されており、また同・刑法総論講義二二二頁、二二九頁、二三四頁、および同・同(第二版)一三八頁、二五六頁、二六〇頁において「輕微性のみでは可罰性を否定し得ない」、「輕微性のみで可罰性を否定し得る程ではない」、「一定程度以下の法益侵害」といった説明が「相対的輕微型」についてなされていることからすれば、「相対的輕微型」における行為の法益侵害の程度は「絶対的輕微型」におけるそれよりも重いことが予定されているものと解されよう(こうした前田教授の用語法を曖昧であると批判されるものとして、内田・前掲注(44)五九頁注(3)、六一頁注(18)参照)。

(46) この点については、Kumpelmann, a.a.O., S. 38 ff. の論述が詳細かつ重要である。

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

一 前章でも述べたように、ドイツなどの諸国とは異なり、オーストリアにおいては、起訴法定主義の原則が比較的厳格に維持されてきた。そのため、軽微事犯への対応は主として実体法の領域でなされており、ドイツ法など

とは異なつた、オーストリア独自の法状態がそこでは形成されているということができるであろう。軽微事犯との関連で言及すべき法律制度には種々のものが存するが、それらのうち最も重要なのは、すでに述べたように一九七四年刑法四二条である。先にも述べたように、刑法四二条は、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り、本条をめぐる議論を検討することは、オーストリアにおける軽微事犯論の理解に欠かせないものといつてよい。同条の規定内容についてはすでに第一章で一瞥したが、ここではもう一度その文言をみておこう。

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

(1) 職種をもつ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。

右のように、本条は、複数の実質的ファクターを重疊的に考慮し、責任や結果が完全に「ゼロ」にならずとも可罰性を否定しうる旨を定める点で、軽微事犯の可罰性を総合的な観点から論ずるものといえよう。この点に着目するならば、本条をめぐる議論の検討は、オーストリアにおける軽微事犯論の理解に不可欠なばかりでなく、軽微事犯の可罰性阻却につき我が国において論じられている理論枠組（とりわけ可罰的違法性論を中核とする理論枠組）の意義についても、一定の示唆を与えてくれるように思われる。そして事実、本条をめぐる議論においては、上にみたような種々のファクターの機能と連関、あるいはそれらを用いることの長所と短所を、かなり明確な形で看取することができ、我が国において展開されている議論との関連でも、改めて自覚的に議論を展開するための視点がそこから得られるものと期待しうるであろう。

二 ところで、右にみたように、一九七四年刑法四二条は、①法定刑による適用範囲の一般的制限、②責任の軽微性、③結果の軽微性、④特別予防ないし一般予防の観点からみた処罰の不必要性（第一項第三号参照）の四つを実質的要件として規定しているが、このような規定形式は、一九七四年刑法の成立に至るまでの刑法改正事業の当初から意図されていたものではなかった。実際に右に掲げたような文言が採用されるに至るまでには長い年月を要しており、個々の草案の規定内容にも様々な変遷がみられる。こうした点に鑑みるならば、上記①―④の実質的要件の意義を分析し、刑法四二条所定の各要件が具現しているところの「軽微性原理」ともいうべきものを明らかにするためには、本条のような「所為の当罰性の欠如」による不処罰という制度が立法された趣旨それ自体について、一定の知見をあらかじめ得ておくことが必要とならう。そこで以下ではまず、考察を進める前提として刑法四二条の成立史から検討し、そこから得られた知見を踏まえた上で、同条による可罰性評価につき具体的検討を試みるこ

としたい。

なお、刑法四二条との関連では、軽微な行為を不可罰とし、あるいはこれに対する刑を減輕する刑法典各則の特
別規定や、刑の減輕・猶予、あるいは自由刑に代わる罰金の科刑などの制度(1)にも着目すべきであるが、それらの詳
細は次章以下の論述にゆずることとし、本章では、刑法四二条の成立史を中心に、一九七四年刑法の成立に至るま
での時期における議論の展開を検討していくことにする。

(1) たとえば、一九七四年刑法八八条二項二、四号、一四一条、三四条、四一条、四三条、三七条等を参照。ここではとく
に重要なものとして、刑法四二条と同様に一定の軽微な行為の可罰性阻却をみとめる刑法八八条（軽微な過失傷害につい
ての特例）、および一四一条（盗取 *Entwendung*）の規定を掲げておこう。

第八八条（過失による傷害）

(1) 過失により他人の身体を傷害し又は他人の健康を害した者は、三月以下の自由刑又は一八〇日以下の日数罰金に処
する。

(2) 何ら重い責任が行為者になく、かつ

一 被害者が、行為者の尊属、卑属、姻族、配偶者、兄弟姉妹もしくは七二条二項により近親者として扱われる者の
いずれかである場合、又は、

二 行為者が医師であり、当該傷害又は健康状態の悪化が同人の医術の実施に際してなされ、かつ、所為から一四日
を超えて継続する健康状態の悪化又は就労不能が生じなかった場合、又は、

三 行為者が、看護専門職、医療技術業務又は衛生補助業務に携わる者で、当該傷害又は健康状態の悪化が同人の業務の遂行に際してなされ、かつ、所為から一四日を超えて継続する健康状態の悪化又は就労不能が生じなかった場合、又は、

四 所為により他人に三日を超えて継続する健康上の加害又は就労不能が生じていない場合には、行為者は、第一項によつては罰しない。

(3) (4) (略)

第一四一条 (盗取)

(1) 困窮から若しくは無分別から、又は欲望を満足させるために価値の些細な物を他人から奪い又は他人に領得させた者は、(中略) 一月以下の自由刑又は六〇日以下の日数罰金に処する。

(2) 行為者は、被害者の授権に基づいてのみ訴追する。

(3) (略) (『同居の親族間での犯行を不可罰とする規定——筆者注))

(4) 価値の些細な農産物又は土地の構成要素(樹果、森の産物、落枝など)を違法にわがものとする行為は、裁判上、罪とならない。

これらのうち、一四一条は、ドイツ刑法二四八条 a (些細な価値の物の窃盗及び横領) などと同趣旨の規定であり、同条とおなじく客体の価値の軽微性が要件とされているが、同時に、主観的要件として「困窮」や「無分別」などが要求されている点では、ドイツ刑法旧二四八条 a に類似した立法例であるといえよう。また、我が国で零細な反法行為の典型例としてしばしば挙げられる「花一輪」を盗む行為」と同様の行為が第四項によつて不可罰とされている点も興味深い。これに対し、八八条二項二—四号は、軽微な過失傷害を一定の場合に不可罰とするオーストリア独自の規定であり、こと

に、医師等の特定の身分を有しない者の所為についても可罰性阻却がみとめられている点は重要であろう（八八条二項四号参照）。そこでは、①重い責任が行為者に存しないこと、②結果の軽微性、の二つが重要なファクターとされており、刑法四二条の適用要件との共通性が窺われるほか、②の結果の軽微性につき、三日間という具体的数値による限界設定（「所為により他人に三日を超えて継続する健康上の加害又は就労不能が生じ」たか否か）がなされていることなども、注目すべき点であるといえるように思われる。このように、一四一条および八八条二項四号の適用要件は刑法四二条のそれと共通する部分が多く、実際上も、これら両規定の軽微性の限界は刑法四二条との関連で論じられることが多い。そのため、ここではこれらの規定にこれ以上立ち入らず、より詳しい検討は、後に刑法四二条の適用要件を分析する際に改めて行うこととしたい。

第二節 一九七四年刑法四二条の成立過程

本節では、オーストリア刑法四二条所定の各要件につき検討を加える前に、刑法四二条がいかなる意図をもって制定されたかをたずねるべく、同条の沿革を一瞥しておくことにしたい。これによって刑法四二条所定の各要件の意義に関する制度史的理解が得られると共に、軽微事犯に対する立法論の見地からも一定の示唆が得られることを期待しうるものと思われる。以下では便宜上、第二次世界大戦の前後で時期を区分し、刑法四二条の沿革を検討していくこととしたい。

第一款 一九七四年刑法四二条成立の前史

一 一九七四年オーストリア刑法の成立に至る刑法改正事業としては、とりわけ、いわゆる一九六〇年委員会草案(第一読会草案)⁽¹⁾の作成に始まる一連の過程が重要であり、オーストリアでは同草案以降、全部で六つの草案(一九六〇年委員会草案のほか、一九六二年委員会草案⁽²⁾、一九六四年司法省草案⁽³⁾、一九六六年司法省草案⁽⁴⁾、一九六八年政府草案⁽⁵⁾、一九七一年政府草案⁽⁶⁾)が作成された⁽⁷⁾。一九六〇年委員会草案から一九七一年政府草案に至るまでのこうした過程は、一九七四年刑法四二条の成立を論ずるうえで立法の最終段階として重要な意義を有するが、刑法四二条の根底にある思想については、すでに古く第二次世界大戦前のドイツおよびオーストリアの諸刑法草案の内にその原型を見出すことができるように思われる。周知のように、オーストリア刑法はドイツ刑法と共通の歴史的基礎の上に生成したものであり、オーストリアの刑法改正事業は、かつてドイツのそれと密接な関連を有していた⁽⁸⁾。そして、軽微事犯に対する立法措置として第二次世界大戦前の両国の刑法改正事業で論じられたものの中には、一九七四年オーストリア刑法四二条の成立とその内容を考えるうえで重要なものが存するように思われるのである。

そこで以下ではまず、第二次世界大戦前のドイツおよび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刑法四二条成立の前史として一瞥し、次節以下の考察の前提とすることにしたい⁽⁹⁾。そして、検討を進めるにあたっては、①軽微事犯に対応するための各立法措置の根底にある思想はいかなるものであるか、②同上の立法措置の内容および規定形式ないし方式上の特色はどのようなものか、という二点を分析視角としてとくに重視したいと思う。それによって、第二次世界大戦前のドイツおよびオーストリアの刑

法改正事業において展開された議論と、戦後のオーストリアにおける刑法四二条の成立に至る経緯との連続性ないし非連続性いかんといった問題についても、自ずと一定の示唆が得られることとなるであろう。

二 軽微事犯に対する刑法上の立法措置が論じられた例にはさまざまなものがあるが、刑法四二条の成立を論ずるうえで重要な規定としては、一九〇九年ドイツ刑法予備草案八三条をまず挙げることができよう。⁽¹⁰⁾ 同予備草案八三条は次のように規定する。⁽¹¹⁾

第八三条（特別に軽微な事態）

- (1) 特別に軽微な事態 (Besonders leichte Fälle) においては、裁判所は、自由な裁量により刑を減輕することができる。また、それが明文で許容されている場合には、特別に軽微な事態において刑を免除することができる。
- (2) 特別に軽微な事態とは、行為の違法な結果が些細なものであり (unbedeutend)、かつ行為者の犯罪的意思が微弱であり (gering) 諸事情に照らして免責しようとみられるため、正規の法定刑の適用が不当な過酷さを伴うであろう場合をいう。

このように本予備草案は、「特別に軽微な事態」における刑の減輕・免除の可能性を総則で定めるとともに、刑の免除をなしうる犯罪については各則で個別的に規定したのであった。⁽¹²⁾ そして、これにつづくドイツ一九一三年草案一一六条⁽¹³⁾、同一九一九年草案一一六条⁽¹⁴⁾も基本的に同趣旨の規定を置き、一九〇九年草案の態度を引き継いだのである。

それでは、「特別に軽微な事態」に関するこうした特別な規定を設けることの意義につき、草案起草者はいかに考えていたのであろうか。この点について、一九〇九年予備草案理由書において示されている見解を次に見てみることにしよう。同理由書はまず、自由裁量による刑の減輕について、同予備草案八三条と同様に自由裁量による刑の減輕を定める一九〇三年スイス刑法予備草案五〇条¹⁵⁾を援用し、その根底にある思想は全く正当なものであると位置づけた上で、次のように述べる。「個々の犯罪の構成要件を定立する際に、いかに綿密な注意を払ったとしても、特異な (außergewöhnlich geartet) 事例においては、〔事実が〕法律上の概念規定は充たすものの、当該法律の思想および目的からは外れるものであるために、法律に規定されている法定刑が、それ自体、ないし刑種および刑量の点からみて過酷であると思われるような事態を避けることはできない。かかる事例に対して有罪判決を下すことは不当とみなされるであろうし、司法に対する世論の反感を招くだけである。しかし、現実というもののありようは多様であるから、法律上の概念規定を行う際に尽力したとしても、こうした有罪判決を全くあり得ぬものにすることはできない。それはただ、裁判官に対し、法律が予測していないような並外れて軽い事態において、刑を自由裁量により減輕する特別の裁量権を与えることによってのみ可能なのである」¹⁶⁾——そして、同予備草案八三条の規定は、前述の一九〇三年スイス刑法予備草案五〇条の如くカズイステイツシュに適用を制限せず、一般的に自由裁量による刑の減輕が可能な点でより優れたものであり、かつ十分に必要を充たすものであるとする¹⁷⁾。また、八三条のような規定に対しては、裁判官に一定の恣意を許すことになり、刑事司法の弱体化を招く等々の批判が当然予想されるところであるが、この点についても同理由書は、「特別に軽微な事態」は八三条二項所定の特別な場合についてしか認められず、それ自体として重い性質の犯罪については、實際上ほとんどすべて同条による減輕がな

されないことが明白であるから、同条は「裁判官に過度に一般的な裁量的減軽の権限を与えることから生じうる、刑事司法や社会防衛にとつての弊害を回避」しうるものであり、同条所定の「諸概念はある程度まで裁量を許し、裁判官に若干の裁量の余地を与える」としても、それは「何ら制限のない一般的減軽の権限を導入した場合はほど大きくかつ不確定なものではない」という理解を示しているのである。⁽¹⁸⁾

次に、明文で許容されている場合の刑の裁量的免除に関して、草案起草者はどのように考えていたのであろうか。この点について理由書は、「刑の裁量的免除の権限を全く一般的な形で裁判官に与えることは、起訴法定主義を著しく侵すものとなるであろう」という前提からまず出発する。そして、刑の免除は、構成要件の性質からみて経験上それが許容される場合に限って、すなわち、「処罰が不必要であり、かつ不処罰とすることが予防の観点からみて有害 (schädlich) ではないと思われるほどに軽微で、かつ免責可能な所為」もまた該当しうるような構成要件に限って認めるべきであるとの理解を示すことにより、刑の免除が可能な犯罪を各則で個別的に定めた趣旨を明らかにしている。⁽¹⁹⁾

それでは、上述のような目的意識のもとに起草された同予備草案八三条の法的性格は、どのように理解されるべきであろうか。この問題については、八三条は量刑原則を打ち立てるものであるに過ぎないとの理解が理由書によって明快に示されており、⁽²⁰⁾ 実際上も同草案の「量刑」の章に同条が位置づけられていることが注目されるところである。また、本稿の問題関心からすれば、「特別に軽微な事態」が認められる場合としていかなる例が想定されるかという点が興味を引くが、理由書はその例として、①善意から (aus guter Absicht) 行為した場合、②免責可能な刑罰法規の錯誤に基づいて行為した場合、③挑発の結果として行為をなし、かつその後、行為による悔悟 (Tatige

Reue) がみられた場合、④可罰的ではあるが諸事情に照らし免責可能な過失に基づいて行為した場合、の四つをとくに挙げている。⁽²²⁾ これらの例から判断する限り、「特別に軽微な事態」の認定に際して、草案起草者は行為者の主観面ないし責任をかなり重視しているようにみえることを特記しておかなければならないであろう。

以上のように、一九〇九年ドイツ刑法予備草案理由書からは、「特別に軽微な事態」に対する草案起草者の一定の態度決定が看取されるのであるが、ここでは次のような点を確認しておけば足りよう。すなわち、まず、軽微事犯に対する立法措置の根底に存する思想いかんという観点からは、(i) 同草案八三条の立法理由として、構成要件をいかに綿密に定めたとしても、特別に軽微な事態に対する不当な有罪宣告を完全に排除することはできないという、立法技術上の限界が認識されていること、(ii) 八三条の如き規定の導入に対し予想される批判に対し、社会防衛の観点にも配慮しつつ軽微な事案の妥当な解決をはかる立場が示されていること、の二つが指摘されるべき点であるように思われる。これらは軽微事犯への対応が議論される場合に必ずといってよいほど論じられる問題であり、ことに上述(ii)の点をめぐっては、今日でもきびしい価値観の対立がみられることからすれば、古くから同様の問題状況が存在したことに注目しておくべきであろう。次に、規定の形式、内容という観点からは、(iii) 「特別に軽微な事態」を認めるための要件として、結果の軽微性、行為者の主観面ないし責任、正規の法定刑の適用の不当過酷性といったファクターが区別されている点で、すでに一九七四年オーストリア刑法四二条一項一—三号にかなり近い規定形式がみられること、また、(iv) 「特別に軽微な事態」の存否の判断において行為者の主観ないし責任のファクターがかなり重視されていること、の二点を挙げておきたい。とくに(iv)の点は、一九〇九年予備草案以降の諸草案にも一定の影響を与えているものと考えられ、「量刑」の章への規定の位置づけと相俟って、以下に述べるような諸規定

の法的性格の理解につき、重要な示唆を与えてくれるものと思われるのである。

三 一方、オーストリアにおいても、刑法改正の試みは一八五二年の刑法典公布以来、脈々と続けられており、一九世紀の諸草案を経て、一九〇二年草案、一九〇九年予備草案等がすでに作成されていた。⁽²³⁾そして、かかる流れをうけて成立した一九二二年オーストリア刑法政府草案も、⁽²⁴⁾軽微な事案に対処するための規定を有していたが、規定の形式は先にみたドイツの諸草案とは異なり、一般的な量刑規定はこれを設けず、各別に個別的な規定を置くに止まるものであった。理由書によれば、本草案がこのようにカズイスティツシユな規定方法⁽²⁵⁾を採り、総則に一般規定を設けなかったのは、そのような規定が過度に用いられる危険をおそれたためであるとされている。⁽²⁶⁾制度の背景に存する基本思想にはドイツの諸草案と同じものがあるにもかかわらず、⁽²⁸⁾当時のオーストリアにおける理論状況⁽²⁷⁾がドイツとは異なる道を探らせた点が注目される⁽²⁸⁾ところである。

一九二二年草案は、ライヒ上院の審議に付された後、一九一三年にわずかの修正を経て同上院により承認されるに至った。しかしながら、折しも第一次世界大戦が一九一四年に勃発したため、下院による同草案の審議は不可能となり、結局、同草案は最終的に日の目をみることなく終わったのであった。かくして、ドイツの刑法改正事業を意欲しつつもそれとは別個に独立して展開されてきた当時のオーストリア刑法改正の試みは、いよいよ決定的な段階に達しながら、大戦によりやむなく水泡に帰したのである。⁽²⁹⁾

四 第一次大戦終結後、オーストリアの刑法改正事業は、ドイツとの法の統一という方針を掲げつつ、ドイツ司法省との密接な協調関係のもとに進められることとなった。そのため、ドイツを意識しつつもあくまでオーストリア独自の成果として完成された一九二二年草案は撤回されることとなり、オーストリアの刑法改正事業はここに新

たな局面を迎えるに至つたのである。

ドイツでは当時すでに、第一次世界大戦後の刑法改正事業の成果として、一九一九年草案が完成されていた。したがって、オーストリアの刑法改正事業もドイツ一九一九年草案を意識しつつ進められることとなつたが、その最初の成果として結実したのが、カデツカ (Kadetta) により起草された、いわゆるオーストリア一九二二年対案である。これは、オーストリア刑事学協会 (österreichische kriminalistische Vereinigung = österr. IKV) の一九二一年の議決に基づいて、ドイツ一九一九年草案に対する対案として作成されたものであり、⁽³⁰⁾先にみた一九二二年オーストリア刑法政府草案と同様、軽微な事案に対する特別の規定を置いていた(二〇七条)。しかしながら、規定の方式としては一九二二年草案のようなカズイスティッシュなそれを採用せず、先述のドイツ諸草案に接近した態度を示している点が注目されるのである。次にその規定を掲げよう。

第一〇七条 (特別に軽微な事態)

特別に軽微な事態とは、所為の結果が些細な (unbedeutend) ものであり、かつ、行為者が外部的事情 (äußere Umstände) の極めて強い影響のもとで行為したために、その所為を理由として行為者を非難することがほとんどできない場合をいう。裁判所は、特別に軽微な事態が存するものと認めるときは、刑を自由な裁量により減輕する。法律によつてそれが許容されている場合には、裁判所は、特別に軽微な事態が存するものと認めるときに刑を免除することもできる。⁽³¹⁾

このように同対案は、「特別に軽微な事態」について自由裁量による刑の減輕を行うことを認め、さらに法律上許容されている場合には刑の免除もなしうる旨を定めたのであった。ここで、先に検討した諸草案の規定との異同を念頭に置きつつ上に掲げた規定をみるならば、次のような点を指摘することができるであろう。

(1) まず規定方式の観点からは、一九一二年政府草案の如きカズイステイツシユなそれを棄て、総則に一般規定を置くというドイツ諸草案の方式へと赴いた点が大きな変化である。第一次世界大戦前のオーストリアにおいては——批判も存したものの——カズイステイツシユな規定方式が裁判実務への不信任感を背景として一定の支持を得ていたこと⁽³²⁾を想起すれば、大戦後の刑法改正事業がドイツ法へ大きく傾斜した様がこの点からも看取されうるといえよう。

(2) 一〇七条第一文の「特別に軽微な事態」の定義規定は、(a)結果の軽微性ととも、(b)外部的事情の強い影響を理由とする非難可能性の減少をその要件としている。一九一九年草案までのドイツ諸草案が、①結果の軽微性に加えて、②行為者の犯罪的意思の微弱性、③諸事情に鑑みた免責可能性、をメルクマークとして挙げ、さらに、④刑の不当過酷性を決定的ファクターとしていたことと対比するならば、①は(a)と共通するが、②④は対案一〇七条における「特別に軽微な事態」の要件として明示的に採用されてはいない。また(b)は③に近似するが、「外部的事情の極めて強い影響」という事情が明示されることにより、行為者に対する非難可能性のコメントがより前面に押し出されているといえる。その意味で、対案一〇七条にあっては、適用の要件がドイツ諸草案に比し明確化された反面、適用範囲についてはこれをより限定しようとの志向が窺われるように思われる。また、先述④の要件が採用されなかった点も、ドイツ諸草案の流れから大きくそれるものといえよう。その趣旨は必ずしも明らかではないが、

裁判官の裁量の余地を減らそうとの考慮がここでも働いたためであろうか。

(3) 次に、オーストリア一九二二年対案一〇七条の法的性格については、理由書等を欠く同対案の規定のみから多くを断ずることはできない。しかし、規定が量刑の章に位置づけられ、また、結果の輕微性と並んで責任のフアクターが重視されていることなどは、ドイツ一九〇九年予備草案八三条がすでに示していた態度を引き継ぐものといえよう。

五 こうした中であつて、一九二二年ラートブルフ草案は、やや異なる態度を示した。すなわち、同草案は、上述の諸草案が定めていた刑の裁量的免除を認めず、処罰に代わる警告をなしうるものとするとともに、「特別に輕微な事態」の定義規定をも改めるといふ、二つの新しい点を含んでいた。同草案七五条は次のように規定する。⁽³⁴⁾

第七五条

- (1) 特別に輕微な事態においては、裁判所は、自由な裁量により刑を減輕する。裁判所は、それが許容されている場合には、行為者を処罰する代わりにその者を警告する (verwarnen) ことができる。
- (2) 特別に輕微な事態とは、減輕事由を認めたとしても、それに対し科されるべき最も輕い刑がなお不当に過酷なものとなるであろう場合をいふ。

これに続く一九二五年ドイツ刑法草案七五条も、上述のようなラートブルフ草案の規定を基本的に受け継ぎ、「特別に輕微な事態」について、ラートブルフ草案と同一の定義規定をおいた(七五条二項)。それとともに、特別

に軽微な事態における自由裁量による刑の減輕についてもラートブルフ草案と同一の規定をおいたが、(各則で個別的に許容されている場合の) 処罰に代わる警告は採用せず、一九〇九年予備草案等と同様に、刑の裁量的免除をなしうるものとしたのである(七五条一項⁽³⁵⁾)。

六 先述したように、第一次世界大戦後、オーストリア一九二二年政府草案はドイツとの法の統一のため撤回されることとなり、それ以降、オーストリアとドイツの刑法改正は密接な関連のもとに進められていた⁽³⁶⁾。そして、上述のような改正事業の流れをうけた両国の司法省当局の共同作業の成果として結実したのが、ドイツ||オーストリア一九二七年草案であった⁽³⁷⁾。その七六条は次のように規定する⁽³⁸⁾。

第七六条(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、行為者の責任が軽微であり、かつ、所為の結果が些細なものである(unbedeutend)ため、処罰の必要性が存しない場合をいう。

このように、本草案の規定はドイツ一九二五年草案とはかなり異なるものとなった。これは、理由書によれば、一九二五年草案の規定は裁判官の裁量の余地を過度に拡げ、刑罰威嚇(Stratbedrohungen)の意義をあまりに弱め、被害者に相応の考慮を払わぬものであるという批判、また、重罪(Verbrechen)については軽く軽い刑を科す権

限を裁判官に認めるのは適當でないとの批判を考慮したためである。⁽³⁹⁾ これらの批判をうけて、一九二七年草案は、「特別に軽微な事態」における自由裁量による刑の減輕を認めぬこととし、軽微な軽罪の一部および違警罪についてのみ刑の裁量的免除を認めたのであった。⁽⁴⁰⁾ そして同時に、「特別に軽微な事態」の概念規定についても従来より厳格にする提案がなされ、⁽⁴¹⁾ 刑の不当な過酷性に代えて、行為者の責任の軽微性、結果の軽微性、処罰の必要性の三つが要件とされることになったのである。

「特別に軽微な事態」に関するこれらの要件(七六条二項)をみるならば、一九七四年オーストリア刑法四二条一項一—三号に列挙されている要件(行為者の責任の軽微性、結果の軽微性、一般予防ないし特別予防的観点からの処罰の必要性)との著しい類似性をそこに看取することができるであろう。その意味で、上にもた一九二七年草案の規定は、一九七四年刑法四二条の成立の基礎となったものといえることができ、同条の沿革を考えるうえで注目すべきものであるといえるように思われるのである。⁽⁴²⁾

一九二七年草案は、オーストリア国民議会(Nationalrat)に提出されたのち、同議会の刑法委員会における審議に付された。それとともに、法の統一のため、ドイツIIオーストリア刑法会議が繰り返し開催されたが、やがて(ナチスの登場を背景とする)一九三三年前後の政治情勢のため、ドイツとの協調によるオーストリアの刑法改正の試みも終結を余儀なくされたのであった。⁽⁴³⁾ そして、戦後新たな展開をみるには、一九五三年の刑法一部改正案提出に始まる一連の改正事業をまたねばならなかったのである。

- (1) Entwurf eines österreichischen Strafgesetzes (E 1960) nach den Beschlüssen der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes in erster Lesung. 本草案の総則部分の概要を紹介したものととして、平野龍一「オーストリア刑法草案について——改正刑法準備草案との関連で——」法律時報三四卷三三三(昭和三十七年)七二—七三頁(のち、同「犯罪者処遇法の諸問題(増補版)」(昭和五七年)一八八頁以下に収録)がある。なお、本草案は、いちおう外部に出されたものの、正式に公表されたものではないようである(この点につき、平野・前掲論文七二頁参照)。
- (2) Entwurf eines österreichischen Strafgesetzes, zweite Lesung (2. Auflage) —E 1962— nach den Beschlüssen der Kommission zur Ausarbeitung eines Strafgesetzentwurfes. 本草案の翻訳として、法務省刑事局・刑事基本法令改正資料第五号「一九六二年オーストリア刑法草案」(昭和三十九年)がある。
- (3) Bundesministerium für Justiz, Entwurf eines Strafgesetzbuches samt Erläuterungen 1964. 本草案の条文の部分的翻訳として、法務省刑事局・刑事基本法令改正資料第九号「一九六四年オーストリア刑法草案」(昭和三十九年)がある。なお、本草案を批判的に検討する Roeder, Der allgemeine Teil des österreichischen Strafgesetzentwurfes in der Fassung der Ministerialentwurfes von 1964, 1965. の一部紹介として、香川達夫「一九六四年オーストリア刑法草案について」学習院大学法学部研究年報 3 (昭和四二年)四三頁以下参照。
- (4) Bundesministerium für Justiz, Entwurf eines Strafgesetzbuches samt erläuternden Bemerkungen 1966.
- (5) Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches samt erläuternden Bemerkungen, Wien 1968 (706 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XI. GP.). 本草案の条文の翻訳として、法務省刑事局・刑事基本法令改正資料第一四号「一九六八年オーストリア刑法草案」(昭和四三年)がある。
- (6) Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches vom 16. 11. 1971 (30 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des

Nationalrates XIII. GP).

- (7) 第二次大戦後のオーストリアにおける刑法改正事業の展開については、内藤謙『刑法改正と犯罪論(上)』(昭和四九年)九二—九三頁、三五〇—三五五頁、西原春夫「比較法的研究3 オーストリア」平場・平野編『刑法改正の研究—概論・総則』(昭和四七年)一一五—一一六頁、Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1971 eines Strafgesetzbuches, S. 51 ff.; Wolfgang Stangl, Die neue Gerechtigkeit, Strafrechtsreform in Österreich 1954—1975, 1985, 等を参照。
- (8) この点については、内藤・前掲注(7)九二頁、同『刑法改正と犯罪論(下)』(昭和五一年)六九〇頁、Leopold Schäfer, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927. Synoptische Gegenüberstellung der deutschen und österreichischen Strafgesetzentwürfe und des geltenden deutschen Strafrechts, 1927, Einleitung S. VIII f.; Hans-Heinrich Jeschek, Deutsche und österreichische Strafrechtsreform, in: Günter Warda et al. (Hrsg.), Festschrift für Richard Lange zum 70. Geburtstag, 1976, S. 365 f. 等を参照。
- (9) Vgl. Reinhard Moos, Die mangelnde Strafwürdigkeit bei Bagatelldelikten nach §42 österr. StGB, in: ZStW 95, 1983, S. 157 ff. および、内藤・刑法改正と犯罪論(下)六八二頁以下を参照。第二次大戦までのオーストリアの刑法改正事業の展開については、Regierungsvorlage 1968 (前掲注(5)), Erläuternde Bemerkungen S. 52 f. および内藤・前掲書(上)三四—頁注(2)参照。
- (10) Driendl, ZStW 90, S. 1019 f.; Moos, ZStW 95, S. 157 および内藤・前掲書(下)六八二頁を参照。さうして、「特別に軽微な事案」における刑の免除の立法史については、大原邦英「刑の免除序説(一)」法学五一巻一号(昭和六二年)七一頁以下、Krumplmann, Die Bagatelldelikte, S. 194 ff. (insbesondere S. 198 ff.) 参照。
- (11) Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, bearbeitet von der hierzu bestellten Sachverständigen-Kommission, mit

Begründung, Berlin 1909, S. 17. 本予備草案八三条の定める「特別に軽微な事態」における刑の減輕・免除という制度は、従前の規定を引き継いだものではなく、本予備草案において新設されたものである。なお、一九〇九年から一九二七年までのドイツおよびオーストリアの諸草案相互の關係・異同を知るには、Schäfer, aa.O., S. 2 ff. が便利である（予備草案八三条とその後の諸草案との關係につき、vgl. Schäfer, aa.O., S. 56 ff.）。

- (12) 「特別に軽微な事態」における刑の免除が可能な犯罪は、一六八条（宣誓しないとする偽りの供述 *falsche uneidliche Aussage*）、一二七条（傷害）、二五九条（侮辱）二六二条（死者への追憶の誹毀）にも準用されうる）、一二七条（盗取）、二九六条（密漁）、および違警罪（三〇五—三〇九条）二一〇条一項により「特別に軽微な事態」における刑の免除が可能とされている）である。

- (13) Entwurf der Strafrechtskommission (1913), in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, veröffentlicht auf Anordnung des Reichs-Justizministeriums, 1920, S. 33 f. 一九一三年草案一一六条は次のような規定である。

- (1) 特別に軽微な事態とは、行為者の犯罪的意思が微弱 (*gering*) であり、諸事情に照らして免責可能であるうえ、所為の結果が些細な (*unbedeutend*) ものであるため、最も軽い法定刑でさえも不当な過酷さを伴うであろう場合をいう。
- (2) 特別に軽微な事態においては、裁判官は自由な裁量により刑を減輕することができる。〔法律上〕それが許容されている場合には、裁判官は特別に軽微な事態において刑を免除することができる。

このように、一九一三年草案一一六条は、刑の不当過酷性の要件が「正規の法定刑」から「最も軽い法定刑」という表現に改められているほかは、一九〇九年予備草案八三条と実質的に同一の規定であるといえよう。

- (14) Entwurf von 1919, in: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, S. 31. 一九一九年草案一一六条は次のような規定である。

特別に軽微な事態とは、行為者の犯罪的意思が微弱であり、諸事情に照らして免責可能であるうえ、所為の結果が些細なものであるため、法律が減輕事由の認められる場合について規定した最も軽い刑でさえ、なお不当に過酷なものとなるであろう場合をいう。裁判所は、特別に軽微な事態が存するものと認めるときは、法律が減輕事由の認められる場合について規定した最も軽い刑を、自由な裁量により減輕する。〔法律上〕それが許容されている場合には、裁判所は特別に軽微な事態が存するものと認めるときに刑を免除することもできる。

この規定も実質的には前述の一九一三年草案のそれと異ならないものといえようが、ここでは「特別に軽微な事態」における刑の減輕が任意的ではなく必要のものとして規定されている点に注意を引く(刑の免除は一九一三年草案と同様、任意的なものとしてされている)。「特別に軽微な事態」をより寛大に扱わんとしている点で、一九一三年草案の規定に比し一歩を進めたものといえようか。

(15) 一九〇三年スイス刑法予備草案 (Vorentwurf zu einem Schweizerischen Strafgesetzbuch und zu einem Bundesgesetz betreffend Einführung des Schweizerischen Strafgesetzbuches nach den Beschlüssen der von dem Eidgenössischen Justizdepartement mit der Durchführung des Vorentwurfs von 1896 beauftragten Expertenkommission, Juni 1903, Bern 1903) 五〇条は、「法律が裁判官に対し、刑を自由な裁量により減輕する権限を明文で与えている場合には、裁判官は当該犯罪に對し法定されている刑種および刑量に拘束されない」と規定していた。(上述の一九〇三年スイス刑法予備草案五〇条の文言は「Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Begründung, Allgemeiner Teil, 1909, S. 321 f.」に於て)。

(16) Vorentwurf 1909, Begründung, Allgemeiner Teil, S. 321 f.

(17) Begründung, S. 322.

(18) Begründung, S. 322 f.

- (19) Begründung, S. 323 f. なお、手続法的な問題との関連では、八三条により例外的に刑が免除される場合には被告人を訴追せずとも良いという立場を草案が採っていることが注目される。すなわち理由書によれば、検察官は、裁判官が八三条によって刑を免除するであろうと予想される場合には、訴追を思い止まらねばならない、というのである (Begründung, S. 324.)
- (20) Begründung, S. 324. 理由書は、八三条二項の法的性格につき、同条項は(被告人により)「特別に軽微な事態」が存する旨の主張がなされた場合には、反証がこれに対しなされねばならず、反証なき場合には八三条が適用可能となる、という趣旨の)「特別に軽微な事態」という独自の構成要件を創設するものではない、と説明している (Begründung, S. 324.)。こうした説明からも窺われるように、戦前の諸草案にみられる「特別に軽微な事態」に関する規定とオーストリア刑法四二条とは、「量刑」の章に規定されている点で体系的位置づけを同じくするとはいえず、その実質ないし立法の意図という点ではかなり異なっているとみることができると思われる。もとよりオーストリアにおいても、刑法四二条の法的性格につき争いが無いわけではないが、刑法四一条が有罪判決によるステイグマの回避を主眼に立法されたものであり、単なる量刑原則以上の役割を期待されている規定であることについては、後にもふれるように、大局的な一致がみられるといえるように思われる。
- (21) 同草案六一条二項、七六条三項参照。
- (22) Begründung, S. 324.
- (23) Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1968, S. 52 および内藤・前掲書(上)三四二頁注(2)等を参照。なお、Alexander Löffler, Die Reform des österreichischen Strafgesetzes, in: Österreichische Zeitschrift für Strafrecht (ÖZStr), 1. Jg., 1910, S. 149 Anm. 10 によれば、公表はされなかったものの一九〇六年にも草案が作成されたようである。

- (24) Der Entwurf eines Strafgesetzbuches, in: Regierungsvorlage zur Reform des Strafrechts, Wien 1912 (90-95 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Herrenhauses, XII Session, 1912). 本草案は一九一二年六月二十九日、當時の司法大臣ホックンブルガー (Dr. Viktor Ritter v. Hochenburger) に於りシキニ上院 (Herrenhaus des Reichsrat) に提出されたものであり、その中に刑法草案の他に次の五つの草案が同時に上程された。Der Entwurf eines Gesetzes über die Abänderung der Strafbestimmungen der Gesetze vom 27. Oktober 1862 zum Schutze der persönlichen Freiheit und des Hausrechtes: Der Entwurf eines Gesetzes, womit das Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873 abgeändert wird, Der Entwurf eines Gesetzes, womit die Strafprozeßordnung vom 23. Mai 1873 abgeändert wird; Der Entwurf eines Gesetzes über die Bildung der Geschwornenlisten und Schöffentlisten; Der Entwurf eines Gesetzes zur Einführung des Strafgesetzbuches und der Gesetze, welche das Einführungsgesetz zur Strafprozeßordnung und die Strafprozeßordnung abändern。——これら諸草案のタイトルを一瞥するだけでも、オーストリアの刑法改正事業が一九一二年政府草案當時までの大詰めを迎えようとしたことが窺ふ知られるべきであらう。Vgl. dazu Theodor Ritter, Die Regierungsvorlage zur Reform des Strafrechts, in: ÖZStr. 3. Jg., 1912, S. 326 ff. なお、一九一二年政府草案の内容とこれとを比べると、當時の理論状況はつとゞや、ゆゑに、Löffler, Vorschläge zum österreichischen Strafgesetzentwurfe, in: ÖZStr. 3. Jg., 1912, S. 401 ff., 4. Jg., 1913, S. 45 ff.; Fr. Storch, Die Bemessung der Strafe in den österreichischen Strafgesetzentwürfen, in: ÖZStr. 4. Jg., 1913, S. 1 ff. 等と、また、上院における一九一二年政府草案の審議経過については、Löffler, Die Arbeiten der Kommission des Herrenhauses für Justizgegenstände über die Gesetzesvorlagen zur Reform des Strafrechts, in: ÖZStr. 4. Jg., 1913, S. 117 ff.; ders., Die Beratungen des österreichischen Herrenhauses über die Gesetzesvorlagen zur Reform des Strafrechts, in: ÖZStr. 4. Jg., 1913, S. 232 ff. を参照せられたる。

(25) 軽微な事案に対するカズイステイッシュな対応は、一九二二年政府草案に先立つ一九〇九年予備草案においてすでにみられた態度であるが、かかる規定方式に対しては、これを不十分なものであるとす批判もレフラー等によって展開された。Vgl. Löffler, ÖZStr. 1. Jg. S. 157 Anm. 26; vgl. auch Moos, ZStW 95, S. 158; Adolf Lenz, Die Aufgaben des Richters nach dem Vorentwurf zu einem österreichischen Strafgesetzbuche, in: ÖZStr. 1. Jg., 1910, S. 123.

(26) Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1912, S. 100; vgl. auch Moos, ZStW 95, S. 158.

(27) なお、草案は刑の減輕についても一般的な形ではなく特定の場合にのみこれを許容していたが、この点にもやはり、裁判官による過度の適用を懸念する声が影響していた。こうした懸念の背景となつてゐる当時の刑事裁判の実態については、残念ながら多くを知ることができなかったが、たとえばリトラヤーやレンツによれば、当時の裁判実務の慣行として、法律上特別の刑の減輕が可能な事案についてはほとんど例外なく法定刑以下に刑を減輕するといった運用がなされてゐたといふ。そしてリトラヤーは、そうした実務慣行は法改正後も改められぬであらうし、「刑事判決においては、依然として『確固たる、客観的な公の意思ではなく、個々の裁判官の不安定な主観的意思』（ビルクマイヤー＝筆者注）が表明されることであろう」が故に、特別の刑の減輕を行う権限を広範かつ一般的な形で裁判官に与えるのは適當ではないとして、刑の減輕を特定の場合に限り認める草案四七条の態度を正当なものとして評価するのである（Vgl. Ritter, ÖZStr. 3. Jg., 1912, S. 334; Lenz, ÖZStr. 1. Jg., 1910, S. 127.——先のビルクマイヤーの言葉は、Karl von Birkmeyer, Gesetz und richterliches Ermessen in den Vorentwürfen zu einem österreichischen und einem deutschen Strafgesetzbuch, in: ÖZStr. 2. Jg., 1911, S. 334 にみられる）。かかる言説のみを以てして当時の論争状況を即断することはもとより許されぬところであるが、仮に、当時の裁判実務が上述の批判の如く刑の減輕を認めるにおいて寛きに失するものであったとすれば、いかに軽微な事案といえどもその特別な処理をカズイステイッシュに制限しようとの動きが草案作成に際して生じたのも、充分うなずけるも

のといえよう。ちなみに、一九〇〇年前後の実務が「特別の刑の減輕」をいかに適用していたかについては、Ferdinand Kadetka, Das Milderungsrecht im österreichischen Vorentwurf, in: *OZStr.* 2. Jg. 1911, S. 185 ff. に詳細な統計上のデータが掲げられており、カテッカによってもリトララーと同様の批判が展開されているのが注目される。

(28) なお、少年については例外が認められており、輕微な機会的犯行で、かつ、初犯の場合には、一般的に刑の免除が可能となっていた(草案五四条参照)。

(29) Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1968, S. 52 および内藤・前掲書(上)三四二頁等を参照。

(30) 以上二つを、前出注(28)およびMoos, ZStW 95, S. 158 等を参照。オーストリア刑事事協協会による各種の立法提案に「こうして、Hrsg. von Graf W. Gleispach, Der Deutsche Strafgesetzentwurf, Berichte und Abänderungsvorschläge bei der 1. Tagung der österreichischen kriminalistischen Vereinigung, 1921 参照」。

(31) Österreichischer Gegenentwurf zu dem Allgemeinen Teil des Ersten Buches des Deutschen Strafgesetzentwurfes vom Jahre 1919, Wien 1922, S. 24.

(32) 前出注(25)および(27)参照。

(33) モースはこの点に注目して、一九二二年対案一〇七条を責任阻却事由に近うものと理解しようとする(Vgl. Moos, ZStW 95, S. 158)。また、対案起草者によるカテッカの見解に「こうして、Kadetka, Strafzumessung, in: Gleispach (Hrsg.), a.O., S. 122 を参照」。

(34) Gustav Radbruchs Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches (1922). Mit einem Geleitwort von Bundesjustizminister Dr. Thomas Dehler und einer Einleitung von Professor Dr. Eberhard Schmidt, 1952, S. 10; vgl. auch Bemerkungen, S. 57. なお、刑の減輕事由については、同草案七三條、七二條を参照。

(25) Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung 1925 (Reichratsvorlage), in: Materialien zur Strafrechtsreform, 3. Band, 1954, S. 11, 53 f. 54 f. 刑の減輕事由につき「本草案七三條「七」條参照」なお、ドイツ一九二五年草案の内容につき「テーマ別に批判的検討を行うものとして」P.F. Aschrott und Ed. Kohlrausch (Hrsg.), Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des Amtlichen Entwurfs eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches, auf Veranlassung der Deutschen Landesgruppe der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung, 1926. がある。

ところで、オーストリア側からは、一九二五年草案七五条に対し、いかなる評価がなされていたであろうか。この点につき P.F. Aschrott und Ed. Kohlrausch (Hrsg.), a.a.O. の共同執筆者としてオーストリア側から参加したグライスバハは、「ドイツ一九二五年草案の「特別に軽微な事態」の規定は許容しうる裁量の自由の程度を越えるものであるとの見地から、批判を展開していた。すなわち、同草案七五条二項の「特別に軽微な事態」に関する定義規定は無内容であるうえ、「特別に軽微な事態」のメルクマールを挙げることによって量刑原則を示そうとするのではなく、「不当に過酷」であるか否かを問題とする点で本末転倒であるところである (Gleispach, Abschnitt 9: Strafbemessung, in: P.F. Aschrott und Ed. Kohlrausch (Hrsg.), a.a.O., S. 186 ff., 192)」。そして「これらの難点を解消する方途としては、スイス刑法草案の如きカズイステイツシユな規定方式も考えられるが、それとてもそうした規定方式に伴う弊害を免れえないとして、結局、「特別に軽微な事態とは、ほとんど処罰阻却事由となるに等しい事由の決定的影響の下に所為がなされた場合をいう」といった形に定義規定を改めるべきであるとグライスバハは主張し、オーストリア一九二二年対策一〇七条をも参照しよう求めている (S. 192 f.)。グライスバハが批判するように、ドイツ一九二五年草案七五条二項の定義する「特別に軽微な事態」は、刑の「不当過酷性」を要件とするのみであるゆえ、「特別に軽微な事態」のメルクマールを比較的具体的に挙げてい

たドイツ一九〇九年草案以降の諸草案に比し、判断基準の明確性に欠けるといわねばならないであろう。ことに、オーストリアでは独自の対案がすでに一九二二年に作成されており、しかも、その規定が「特別に輕微な事態」のメルクマールを具体的に挙げるドイツ一九一九年草案の規定に更なる批判的検討を加えたものであったことを考えれば、オーストリアの学者の側からは自国の対案の規定との懸隔に抵抗を覚えざるを得なかつたであろうことも充分にうなずけるのである。

(36) Vgl. Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1968, S. 52.

(37) Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1968, S. 52. および内藤・前掲書(上)三四二頁注(2)、『三四五頁』三四九頁参照。なお、(1)では Moos, ZStW 95, S. 159 にならつて「ドイツ＝オーストリア一九二七年草案」と表記したが、同草案は、それぞれドイツのライヒ議會、オーストリア國民議會(Nationalrat)に提出されたので、厳密には二つの草案が存在する(しかし、二つの草案の内容はほとんど同一である。Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1968, S. 52. および内藤・前掲書(上)三四二頁注(2)、『同・同(一)六九〇頁参照』)。

(38) Der österreichische Strafgesetzentwurf vom Jahre 1927, mit Erläuterungen aus der Begründung und Anmerkungen, hrsg. von Ferdinand Kadetka, 2. Aufl. 1931, S. 44; Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs 1927 mit Begründung und zwei Anlagen (Reichstagsvorlage), in: Materialien zur Strafrechtsreform, 4. Band, 1954, S. 9. なお、注(36)に述べたように、ドイツ一九二七年草案とオーストリア一九二七年草案は厳密には別個のものであるが、七六条に関しては両者はほとんど同一である。「処罰の必要性」と訳出した部分が、ドイツ一九二七年草案では「Bedürfnis für eine Bestrafung」となっているのに対し、オーストリア一九二七年草案では「Bedürfnis für eine Strafe」となっている。その余の部分については両者はまったく同一である。

(39) ドイツ一九二七年草案の理由書に於ける (Vgl. Begründung des E 1927, in: Materialien zur Strafrechtsreform, 4. Band,

S. 57)。この点につき、*モース*、前出注(35)をも参照。

(40) Vgl. Begründung des E. 1927, S. 57.

(41) Begründung des E. 1927, S. 57.

(42) モースは、一九二七年草案七六条を、戦後のオーストリア刑法委員会の審議および提案の基礎になったものと位置づけ、その規定方式は、一九六二年草案から一九六四年草案、一九六六年草案を経て、一九六八年草案に至るまで維持されたとしつゝる (Moos, ZStW 95, S. 160 und S. 160 Anm. 30)。*モース*、*Friendl*, ZStW 90, S. 1020 もやはり、一九二七年草案は一九五四年に再開された刑法改正作業の基礎となった、としてゐるほか、一九七一年政府草案理由書においても同様の理解が示されつゝる (Vgl. Erläuterungen zur Regierungsvorlage 1971, S. 138)。

(43) Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage 1968, S. 52 および内藤・前掲書(上)三四二頁注(2)参照。

国際シンポジウム
(上)

中国と日本——市場をめぐる法と経済

新潟大学法学部主催・経済学部協賛

一九九四年九月八日、新潟市の「だいしホール」において、国際シンポジウム「中国と日本——市場をめぐる法と経済」（新潟大学法学部主催、経済学部協賛）が開催された。ここでは本シンポジウムの開催に至る経緯と当日のプログラム、およびここに収録する報告について簡単に記しておくことにする。

一九九四年四月一日、新潟大学法学部は北京大学法律学系との間で交流協定を締結した。協定の内容には学術研究者および学生の交流を進めることがうたわれており、新大法学部は、研究者間の交流の具体化の一環として北京大学法律学系から研究者を何人か招き、報告を依頼した。そのさいシンポジウムのテーマを標記のとおり決定したことから、同時に新大経済学部に対しても協賛を求め、快諾を得ることができた。当日のプログラムは次のとおりであった。

開会あいさつ
午前の部

中国の会社法をめぐる問題点

新潟大学法学部長・小野坂弘
北京大学法律学系講師・李 黎明

日本の土地所有の現代的課題

新潟大学法学部教授・関 武志

中国涉外民事・経済紛争の裁判制度と仲裁制度

中国司法部・韓 曉武

午後部の部

独占禁止法と行政・政治の相克

新潟大学法学部教授・沢田克己

中国の法人犯罪について

北京大学法律学系教授・張 文

戦後日本の経済危機とその克服

新潟大学経済学部教授・西嶋周二

報告書による参加

中国不動産法の新たな発展

北京大学法律学系副教授・錢 明星

中国金融市場の発展と法律

北京大学法律学系副教授・呉 志攀

総合同会

新潟大学法学部教授・國谷知史
（通訳協力 新潟大学大学院法学研究科・王 秀雲）

大変残念なことは、北京大学からの参加予定者一名が諸般の事情により急遽来日できなくなったことであつたが、ただ幸いにも報告原稿が事前に届けられていたことから、報告書による参加は間に合つた。シンポジウムは一般にも公開しておこなわれ、数多くの市民の参加を得ることができて盛会であつた。ここでは当日参加できなかった両氏の報告を含め、次の六報告を二回に分けて掲載することにする。

関 武志 「日本の土地所有の現代的課題」

銭 明星 「中国不動産法の新たな発展」

韓 曉武 「中国涉外民事・経済紛争の裁判制度と仲裁制度」

(以上、本号)

沢田克己 「独占禁止法と行政・政治の相克」(以下、次号)

呉 志攀 「中国金融市場の発展と法律」

張 文 「中国の法人犯罪について」

(國谷知史 記)