慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	オーストリア刑法における違法性の意識と違法性の錯誤
Sub Title	Unrechtsbewusstsein und Rechtsirrtum im österreichischen Strafrecht
Author	薮中, 悠(Yabunaka, Yu)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2017
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.37 (2017. 2) ,p.393- 418
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	井田良教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20170224-0393

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

オーストリア刑法における違法性の意識と違法性の錯誤

藪　中　　悠

1　はじめに
2　現行刑法 9 条の成立経過
（1）旧刑法 3 条及び 233 条
（2）政府草案 9 条と司法委員会における修正
3　違法性の意識について（9 条 1 項）
（1）「不法」及び「認識」の意義
ア　認識対象としての「不法」
イ　不法の「認識」について
（2）オーストリア連邦最高裁の立場
4　違法性の錯誤の非難可能性について（9 条 2 項）
（1）非難可能な 2 つの類型
ア　第 1 類型（不法が容易に認識可能な場合）
イ　第 2 類型（調査義務を懈怠した場合）
（2）非難可能性の限界について――オーストリア連邦最高裁の免責事案を中心に
ア　弁護士の助言を信用した事案
イ　裁判所の判断を信用した事案
ウ　行為主体が少年等である事案
5　違法性の錯誤が認められる場合の法律効果（9 条 1 項及び 3 項）
（1）錯誤の非難可能性が否定される場合
（2）錯誤の非難可能性が肯定される場合
6　おわりに

1　はじめに

本稿は、オーストリアにおける違法性の意識及び違法性の錯誤に関する議論

を概観するものである[1]。

オーストリアの現行刑法典[2]は、1971年政府草案[3]をもとに1974年に成立し、1975年1月1日から施行されている[4]。違法性の錯誤（法律の錯誤）に関するオーストリア刑法9条は、次のように規定している[5]。

【現行刑法9条（法律の錯誤〔Rechtsirrtum〕）】[6]

1）先行研究等として、松原久利『違法性の意識の可能性』（成文堂、1992年）223頁以下〔以下「松原①」とする〕、齋野彦弥『故意概念の再構成』（有斐閣、1995年）14頁以下、金子正昭「オーストリア犯罪論（5）」第一経大論集26巻4号（1997年）79頁以下〔Triffterer の体系書（Otto Triffterer, Österreichisches Strafrecht, Allgemeiner Teil, 1985）を、第2版（2. Aufl. 1994〔以下「Triffterer AT^2」とする〕）の改訂内容も参照して紹介〕、松原久利『違法性の錯誤と違法性の意識の可能性』（成文堂、2006年）291頁以下〔以下「松原②」とする〕、林弘正『相当な理由に基づく違法性の錯誤』（成文堂、2012年）11頁及び104頁以下、吉田敏雄『責任概念と責任要素』（成文堂、2016年）168頁以下等がある。

2）BGBl. Nr. 60/1974.

3）Erläuternde Bemerkungen zur Regierungsvorlage des StGB 1974（30 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XIII. GP）〔以下「EBRV」とする〕.

4）現行刑法の成立過程については、内藤謙『刑法改正と犯罪論（上）』（有斐閣、1974年）92頁以下〔概観〕・342頁以下〔第二次大戦以前〕・351頁以下〔第二次大戦以後〕、法務大臣官房司法法制調査部『1974年オーストリア刑法典〔法務資料423号〕』（1975年）III頁以下、振津隆行『刑事不法論の展開』（成文堂、2004年）13頁以下等参照。

5）本稿で引用する条文は、特に断りのない限りオーストリア刑法典の条文である。訳出にあたっては、『1974年オーストリア刑法典〔法務資料423号〕』・前掲注4）1頁以下、内藤・前掲注4）94頁以下〔現行刑法成立時の犯罪論規定を逐条的に解説・検討〕のほか、特に、9条に関しては齋野・前掲注1）14頁以下及び吉田・前掲注1）170頁を、量刑規定に関しては小池信太郎「オーストリア刑法における責任能力と量刑―関係規定の概観」慶應法学37号〔本号〕（2017年）を参照した。

6）9条の表題を「禁止の錯誤（Verbotsirrtum）」ではなく「法律の錯誤」としたのは、全面的に Hans Welzel の見解（厳格責任説）に依拠したとの誤解を避けるためだったとされている。Frank Höpfel, in: Frank Höpfel/Eckart Ratz（Hrsg.）, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2000, § 9, Rz. 3〔以下「Höpfel WK^2」とする〕. 正当化事由の錯誤に関する8条は、錯誤に過失がある場合で過失犯処罰規定があるときには過失犯として処罰する旨規定している。このため、オーストリア刑法は制限責任説に依拠していると理解されている。Höpfel WK^2, § 9, Rz. 2.

（1） 法律の錯誤のために犯行（Tat）の不法（Unrecht）を認識しなかった者は、その錯誤について行為者を非難することができない場合には、有責に行為したものではない。

（2） 法律の錯誤は、不法が行為者にも何人（jedermann）にも容易に認識することができた場合、または、行為者がその職業（Beruf）、業務（Beschäftigung）もしくはその他の事情により当該規定（einschlägige Vorschriften）を知る（sich bekannt machen）義務があったにもかかわらず、それを知らなかった場合に非難することができる。

（3） 錯誤を非難することができる場合は、行為者が故意で行為したときは故意犯の法定刑を適用し、行為者が過失で行為したときは過失犯の法定刑を適用する。

特徴的なのは、2 項で錯誤が非難可能な場合が示されている点である。政府草案の理由書によれば、これは、いかなる場合に錯誤を非難することができ、いかなる場合に非難できないのかを詳しく示すべきであるとの要請に基づいて、立法者が規定したものである[7)]。

本稿は、この 9 条をめぐる議論の現状について、オーストリア連邦最高裁判所（OGH）[8)] による適用の実際を参照しながら、全体像を素描することを目的としている。このような目的に鑑み、本稿では、多くの文献が参照する事案の中から、違法性の意識に関しては OGH の基本的立場がよく表れているもの、違法性の錯誤に関しては主に OGH が免責の結論（あるいはその可能性）を示しており、非難可能性の限界を把握するのに資するものを選択した。

7）EBRV, S. 72, r. Sp. 現行刑法 9 条の成立過程について詳しくは、内藤謙「オーストリア新刑法における『法律の錯誤』」鈴木茂嗣（編集代表）『平場安治博士還暦祝賀　現代の刑法学（上）』（有斐閣、1977 年）484 頁以下、松原① 223 頁以下・松原② 291 頁以下参照。

8）オーストリアの刑事司法制度については、國井恒志「オーストリアの刑事司法制度の実情（市民参加裁判を中心に）」「植村立郎判事退官記念論文集」編集委員会（編）『植村立郎判事退官記念論文集　現代刑事法の諸問題〔第 2 巻 第 2 編 実践編〕』（立花書房、2011 年）357 頁以下参照。

本稿の構成は次のとおりである。基本的に 9 条の規定内容に即している。

まず、第 2 章では、9 条の成立経過について、特に政府草案の基本的立場と司法委員会における修正内容を確認する。次に、第 3 章では、違法性の錯誤と表裏をなす違法性の意識の内容（9 条 1 項の「不法」及び「認識」の意義）を確認する。続いて、第 4 章では、9 条 2 項に規定された錯誤を非難可能な 2 つの類型について基本的内容を確認した後、非難可能性の限界に関して、OGH が免責を認めた（あるいはそれを示唆した）事案を参照する。第 5 章では、違法性の錯誤が認められる場合の法律効果（9 条 1 項及び 3 項）を確認する。最後に、第 6 章では、オーストリアにおける議論の特徴的内容を指摘する。

なお、本稿は、日本法等との比較法的検討に先立ち、オーストリアにおける議論の現状を紹介するものである。議論されている内容の分析・検討については別の機会を予定している。

2　現行刑法 9 条の成立経過

(1) 旧刑法 3 条及び 233 条

現行刑法の成立以前の旧刑法[9]では、次のように 3 条で重罪について、233 条で軽罪及び違警罪について、法の不知は許さない旨が規定されていた[10]。

【旧刑法 3 条及び 233 条】

3　条　何人も重罪に関する現行法を知らないことによって責任を免れることはできない。

233 条　本法本編に規定された軽罪及び違警罪はすべて、何人も自ずと許されていないことを認識することができる作為及び不作為、または、行為者がその身分、職業、業務もしくは置かれた状況により違反した特別の規定を知るこ

9）Allgemeines Reichs-Gesetz- und Regierungsblatt für das Kaiserthum Österreich, Nr. 117/1852.

10）旧法下の判例は、刑罰法規の錯誤と非刑罰法規の錯誤とを区別し、後者については免責の可能性を認める立場であった。しかし、全法秩序に関係する違法性阻却事由や民法と関係する窃盗罪における物の他人性等を例に不都合性が指摘されていた。Vgl. EBRV, S. 70 f.

とが義務づけられている作為及び不作為である。したがって、本法を認識していないことは、本法規定の軽罪及び違警罪を免責しえない。

(2) 政府草案９条と司法委員会における修正

現行刑法９条のもととなったのは、次の 1971 年政府草案の９条である[11]。

【1971 年政府草案９条】[12]

(1) 法律の錯誤のために犯行の不法を認識しなかった者は、その錯誤について行為者を非難することができない場合には、有責に行為したものではない。錯誤を非難することができる場合は、行為者が故意で行為したときは故意犯の法定刑を適用し、行為者が過失で行為したときは過失犯の法定刑を適用する。

(2) 法律の錯誤は、特に（insbesondere）、不法が行為者にも何人にも容易に認識することができた場合、または、その職業（Beruf）・事業（Gewerbe）・業務（Beschäftigung）もしくはその他の事情により当該規定を知らなかった（sich bekannt machen）ことについて行為者を非難する（verwerfen）ことが可能な場合に非難する（verwerfen）ことができる。

政府草案の理由書によれば、本条は、違法性の意識（の可能性）を故意とは異なる独立の責任要素とする「責任説（Schuldtheorie）」に基づいて立法されたものである[13]。

この政府草案は、司法委員会（Juztizausschuss）で審議された。その報告書[14]

11）９条に関する政府草案理由書の説明内容については、内藤・前掲注 7）490 頁以下参照。政府草案以前に作成された主な刑法草案の規定については、法務省刑事局「1962 年オーストリア刑法草案」刑事基本法令改正資料５号（1964 年）、同「1964 年オーストリア刑法草案」刑事基本法令改正資料９号（1964 年）、同「1968 年オーストリア刑法草案」刑事基本法令改正資料 14 号（1968 年）参照。

12）EBRV, S. 3, l. Sp.

13）EBRV, S. 73, l. Sp.

によれば、法律の錯誤に関する 9 条については政府草案の内容が基本的に維持されることとなった[15]。しかし、修正された点もある。①政府草案 9 条 1 項後段の内容を現行刑法 9 条 3 項として規定した点、②2 項の「特に（insbesondere）」を削除した点、③ 2 項の「事業（Gewerbe）」を削除した点、④ 2 項後段の規定振りを変更した点である。

それぞれの修正理由は、次のとおりである[16]。修正①は、法律の錯誤が非難可能な場合の法律効果は、非難可能な場合を示した後に規定するのが論理的であるとの理由による。修正②は、2 項を単なる例示規定として条文化すべきでないとの理由から、修正③は、「事業（Gewerbe）」は「職業（Beruf）」に含まれるとの理由からなされた削除である。修正④は、同じ文言（verwerfen）を重複して使用するのを避けるためになされた表現の変更である。

ここでは、後述の内容との関係で、現行刑法 9 条は責任説を基礎として成立した規定であること、及び、「特に」の文言が削除された上述の趣旨から、現行刑法 9 条 2 項の 2 つの類型は限定列挙（taxative Aufzählung）と理解されていること[17]を確認したい。

3　違法性の意識について（9 条 1 項）

9 条 1 項は、「法律の錯誤のために犯行の不法を認識しなかった者は、その錯誤について行為者を非難することができない場合には、有責に行為したものではない。」と規定する。これは、行為者に責任が認められるのは、①行為者

14）Bericht des Justizausschusses 1973（959 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates XIII. GP）〔以下「JAB」とする〕.

15）JAB, S. 3, r. Sp.

16）JAB, S. 3, r. Sp.

17）Höpfel WK^2, § 9, Rz. 11; Diethelm Kienapfel/Frank Höpfel/Robert Kert, Grundriss des Strafrechts, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2016, Z 18, Rz. 21〔以下「Kienapfel AT^{15}」とする〕. 政府草案では例示列挙と考えられていた。Vgl. EBRV, S. 72, r. Sp. この点に関しては、内藤・前掲注 7）493 頁以下も参照。

が不法を認識している場合（現実的な違法性の意識〔aktuelles Unrechtsbewusstsein〕がある場合）か、②不法を認識していないことについて行為者を非難できる場合（違法性の意識の可能性〔potenzielles oder virtuelles Unrechtsbewusstsein〕[18]がある場合）であることを裏面から規定するものといえる[19]。

(1)「不法」及び「認識」の意義

ア　認識対象としての「不法」

まず、9条1項の「不法」の意義については、（実定）法秩序に違反することと理解されている[20]。可罰性の認識までは不要である。これに対して、道徳・倫理に違反するという認識では足りない[21]。

イ　不法の「認識」について

次に、「認識」については、行為者が犯行の違法性を確実なものと認識している（確定的な違法性の意識〔sicheres Unrechtsbewusstsein〕が認められる）場合は、現実的な違法性の意識（aktuelles Unrechtsbewusstsein）が認められる。「認識」しているというためには、法律家の正確な認識は不要であり、素人的（laienhaft）認識で足りる[22]。

18）本稿では、Otto Leukauf/Herbert Steininger, Kommentar zum Strafgesezbuch, 3. Aufl. 1992, § 9, Rz. 4〔以下「Leukauf/Steininger[3]」とする〕やKienapfel AT[15], Z 17, Rz. 5, 10等の用例から、「potenzielles oder virtuelles Unrechtsbewusstsein」には「違法性の意識の可能性」という1つの訳語を用いている。この点に関しては、吉田・前掲注1）188頁以下も参照。

19）Helmut Fuchs, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 9. Aufl. 2016, Kap. 23, Rz. 1〔以下「Fuchs AT I[9]」とする〕; Kienapfel AT[15], Z 17, Rz. 1.

20）Diethelm Kienapfel, Unrechtsbewußtsein und Verbotsirrtum, ÖJZ 1976, S. 114, l. Sp.〔現行刑法が成立して比較的間もない時期に公にされ、判例・学説への影響が看取される文献。以下「Kienapfel ÖJZ」とする〕; Höpfel WK[2], § 9, Rz. 4; Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 2; Ernst Eugen Fabrizy, Strafgesetzbuch, 12. Aufl. 2016, § 9, Rz. 3〔以下「Fabrizy[12]」とする〕; Fuchs AT I[9], Kap. 23, Rz. 6; Kienapfel AT[15], Z 17, Rz. 3. これに対して、Peter Lewisch, Casebook Strafrecht, 7. Aufl. 2007, S. 70 f. は、私法的な違法性の認識では足りない旨主張している。

21）ただし、道徳・倫理違反の認識が調査義務（9条2項後段。後述「4」参照）を生じさせることがある。Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 5, Höpfel WK[2], § 9, Rz. 14.

22）Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 3; Höpfel WK[2], § 9, Rz. 4.

通説的見解は、確実に違法であるとは認識していないが、違法でありうると真摯に考え、それを甘受して行為を行った場合にも、現実的な違法性の意識を認める（未必的な違法性の意識〔bedingtes Unrechtsbewusstsein〕）[23]。その理由は、故意に未必の故意が含まれるのと同様に理解できる点に求められている（5条1項後段参照）[24]。反対説は、違法性の意識にはその旨の規定がないことなどを論拠とする[25]。反対説によれば、未必的な違法性の意識の場合は違法性の錯誤の問題となり、非難可能性の有無が検討されることになる[26]。

また、潜在的な違法性の意識（latentes Unrechtbewusstsein）も現実的な違法性の意識に含まれる。したがって、激情犯、常習犯も通常は違法性の意識が否定されない[27]。

(2) オーストリア連邦最高裁の立場

次の2つの事案で違法性の意識に関するOGHの基本的立場を確認する[28]。

【判例①：OGH 30. 1. 1979（9 Os 177/78 = SSt 50/14）】

（事案の概要） ①被告人N（1958年生、男性）と被告人G（1959年生、男性）は、1973年から1976年にかけて14歳未満の者であったE（1962年生、男性）に対して行ったわいせつの罪（207条1項）により、②被告人Nはさらに1976年から1977年にかけて14歳以上18歳未満の者となったEに対して行った少年との同性間のわいせつの罪（209条[29]）により起訴された[30]。原審は、次のような理由で無罪を言い渡した。すなわち、NとGには可罰性についての法律の

23）Kienapfel ÖJZ, S. 116, r. Sp.; Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 3.

24）Kienapfel ÖJZ, S. 116, r. Sp.; Einhard Steininger, in: Otto Triffterer/Christian Rosbaud/Hubert Hinterhofer（Hrsg.）, Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch, 1996, § 9, Rz. 22〔以下「Steininger SK」とする〕.

25）Fuchs AT I[9], Kap. 23, Rz. 13.

26）Fuchs AT I[9], Kap. 23, Rz. 13.

27）Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 3; Kienapfel AT[15], Z 17, Rz. 6.

28）以下、本稿で参照する判例中の条文や国名、制度等はいずれも当時のものである。

錯誤が認められる。しかし、当該錯誤は非難できない。N と G は、刑事未成年[31]の頃から行っていた性的行為を続けていたにすぎず、その可罰性を改めて考える契機はなかった。また、特別の調査義務も認められない。調査を行ったとしても、正確で十分な情報が得られたかは疑わしいからである。これに対して、検察官は（非難できない）法律の錯誤の存在を争って上訴した。OGH は、原判決を破棄して事件を差し戻した。

（決定の要旨）「9 条 1 項にいう法律の錯誤を認めるためには、行為者が犯行を可罰的（strafbar）ではないと誤解したというのでは足りない。可罰性の認識は、行為者を処罰するための要件ではないからである……。むしろ、9 条 1 項により行為者が有責的にではなく行為したといえるのは、（非難できない）法律の錯誤が行為者に犯行の不法（Unrecht）を認識させなかった場合だけである。これに対して、行為者がまったく一般的にではあっても行為の法的な禁止を認識している場合には、それどころか、単に不確定的にではあるが行為の不法を表象し（つまり、なお適法なのか既に不法なのかをはっきりと認識せずに）、それにもかかわらず――不法を犯す可能性を考慮しながら、それを甘受して――未必的な違法性の意識をもって行為した場合でさえも、法律の錯誤は存在しない。」

本件において原審は、ただ被告人が（わいせつ）行為の可罰性について評価を誤っていたことだけを認定している。被告人が犯行の不法についても誤って認識していたのかは、判決から窺い知ることができない。この点で事実認定が不十分である。

差し戻し後の手続で裁判所は、被告人が少なくとも一般的には自身の行為の法的な禁止を認識していなかったか、または、それを甘受していなかったかを明らかにしなければならない。「その際に裁判所は、法律が要求する違法性の意

29）当時は 209 条で 18 歳以上の男子による少年との間の同性間のわいせつ行為が処罰されていた。また、当時は 74 条 2 号で「少年（jugendlich）」について「14 歳以上 18 歳未満の者」と定義されていた。しかし、現在はいずれも削除されている。

30）オーストリア刑法の各種性犯罪に関しては、深町晋也「オーストリア刑法における性犯罪規定」立教法務研究 9 号（2016 年）17 頁以下で詳細に紹介・分析がなされている。

31）14 歳未満の者。少年裁判所法 4 条 1 項（Jugendgerichtsgesetz 1988, BGBl. Nr. 599/1988. 当時は旧法の 9 条〔Jugendgerichtsgesetz 1961, BGBl. Nr. 278/1961〕で同内容を規定）。

識を（単なる）犯行の道徳違反の認識で代替できないことに注意しなければならない。違法性の意識をもって行為するというのはすなわち、犯行により法秩序に違反するために不法が実現されるのを認識していることをいう。」

【判例②：OGH 27. 7. 1976（12 Os 70/76 ＝ SSt 47/39）】

（事案の概要） 20 歳の被告人 R は、H（14 歳未満の者）に対するわいせつの罪（207 条 1 項）で起訴された。原審は、次のような理由で R に無罪を言い渡した。すなわち、R は、H が 14 歳未満であることを知りながら性的行為を行っている。しかし、R が 207 条の禁止規範を知らず非難可能性がない場合には、9 条にいう責任を阻却する法律の錯誤が認められる。R は、14 歳未満の少女と任意に互いの性器に触る行為が可罰的であるとは考えていなかった。当該法律の錯誤について R を非難することはできない。性的分野において広く浸透し、ますます自由で開放的になっている社会的認識が、（知的・精神的発育の十分ではない）R に犯行の不法を容易に認識させなかったためである。これに対して、検察官が上訴した。OGH は、原審は R の違法性の錯誤の非難可能性の問題について法的に誤った見地から判断しているとして、原判決を破棄して事件を差し戻した。

（決定の要旨） 原審の認定によれば、被告人は 207 条 1 項の禁止規範について錯誤に陥っている。しかし、被告人が個別の規範（本件では 207 条 1 項）を知らなかったことは、決定的ではない。「違法性の意識を認めるためにはむしろ……行為者が一般的に自身の行為が法的に禁止されていることを知っていれば足り、その際には行為者が未必的な違法性の意識をもって犯行を行っていれば足りる。さらに、成人で責任能力のある行為者の場合には通常、禁止の認識を推定しうる……。

OGH が既に明らかにした、14 歳未満の者に対する性的行為の刑法的な禁止及びそのような行為の無価値性は、オーストリアでは一般に明白であり、社会一般の法意識の構成要素であるという見解……を変更する理由は存在しない。」

原審は、これらの内容を顧慮していない。そのため、被告人がどのような理由から 207 条 1 項の構成要件を有責的に実現するのに必要な違法性の意識を欠いたのかという点について十分な認定がなされていない。

判例①は、代表的注釈書等で違法性の意識の内容を説明する際に共通して引用されているものである[32]。本判例では、「法律の錯誤」が認められるのは行為の（可罰性ではなく）違法性の評価を誤った場合であること、違法性の意識を認めるためには未必的な違法性の意識で足りること[33]、しかし、行為が道徳に違反するという認識では足りないことが示されている。

判例②では、成人で責任能力ある行為者には通常、違法性の意識が「推定（vermuten）」される旨が判示されている[34]。もっとも、この「推定」には挙証責任を転換する意味はなく経験的事実を表現するものと理解されている[35]。

4　違法性の錯誤の非難可能性について（9条2項）

違法性の意識と違法性の錯誤とは表裏の関係にあり、違法性の錯誤が認められるのは違法性の意識を欠いた場合である[36]。9条2項は、違法性の錯誤が非難可能な場合（＝違法性の意識の可能性が認められる場合）として2つの類型を規定している[37]。この2類型は限定列挙であり、いずれにも該当しなければ行為者の責任は阻却される[38]。しかし、実務は容易には免責を認めない傾向

32）Höpfel WK^2, § 9, Rz. 4; Leukauf/Steininger^3, § 9, Rz. 3; Steininger SK, § 9, Rz. 1; Fabrizy^{12}, § 9, Rz. 3.

33）もっとも、裁判所が適法性へのわずかな疑いで未必的な違法性の意識を広く認めることへの懸念も示されている。Kienapfel AT^{15}, Z 17, Rz. 8.

34）この表現は既に Kienapfel ÖJZ, S. 120, r. Sp. に見られるものである。

35）Höpfel WK^2, § 9, Rz.10.

36）Höpfel WK^2, § 9, Rz.10; Kienapfel AT^{15}, Z 18, Rz. 1.

37）Kienapfel AT^{15}, Z 17, Rz. 10 によれば、違法性の意識の可能性は、刑法が責任の領域で前提とする人間像（「法的に保護された価値を備える者」＝標準的な法忠誠の基準を満たしているという意味での「適合者」〔maßgerechter Mensch〕）と密接に関連している。適合者には適法・違法に関して期待可能なあらゆる認識可能性を活かす義務があるにもかかわらずそれを怠った点に、非難可能な違法性の意識の欠如（＝違法性の意識の可能性）と違法性の意識とが同等とされる理由があるとされている。

38）「第1類型に該当せず第2類型にも該当しない」という構造で免責の結論が示されている例として、後掲の判例⑦等。比較的最近の例として OGH 3. 7. 2003（12 Os 35/03）。

にあると評価されている[39]。

(1) 非難可能な２つの類型

ア　第１類型（不法が容易に認識可能な場合）

（ア）　基本的内容

非難可能性が認められる第１の類型は、「不法が行為者にも何人にも容易に認識することができた場合」である。ここで問題となっているのは、一般人が特別な刑罰規定を知らなくても認識に至る程度に明白な違法性である[40]。多元的な社会においても一般に受け容れられている価値的基礎（法秩序の基礎にある前法的な価値体系）があり、それを無視することは法的心情の重大な瑕疵を示すものとして非難の対象となる[41]。

第１類型の主な適用対象は、刑法の中核領域に属する犯罪である。判断にあたっては、まず一般人（Durchschnittsmensch）[42]が行為の違法性を容易に認識できたかを検討し（客観的基準）、それが肯定される場合は、行為者にも容易に認識できたかを検討する（主観的基準）[43]。「客観的基準・主観的基準からなる二重の基準（objektiv-subjektiver Doppelmaßstab）」と呼ばれている[44]。

一般人に容易に認識可能な例としては、14 歳未満の者へのわいせつ行為[45]や殺人、窃盗、強盗等[46]が挙げられている。一般人に容易に認識可能ではない例としては、（いわゆる「ハード」ではない）ポルノのポルノ法違反[47]や（特殊な領域に妥当している）特別刑法違反等[48]が挙げられており、このような場

39）Kienapfel AT[15], Z 18, Rz. 27.

40）Triffterer AT[2], Kap. 17, Rz. 50; EBRV, S. 72, r. Sp.; Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 10.

41）Fuchs AT I[9], Kap. 23, Rz. 24.

42）Höpfel WK[2], § 9, Rz. 12 によれば、「何人（jedermann）」とは「オーストリアの文化的・法的生活に平均的に（durchschnittlich）根ざした人」のことである。Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 11 及び Triffterer AT[2], Kap. 17, Rz. 50 は、「一般人の価値観・法感情」が基準となると説明する。「法的に保護された価値を備える者」（10 条参照）との関係は必ずしも判然としない。Vgl. Triffterer AT[2], Kap. 17, Rz. 50; Kienapfel AT[15], Z 18, Rz. 22.

43）Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 11; Triffterer AT[2], Kap. 17, Rz. 50 f.; Höpfel WK[2], § 9, Rz. 12. 判例としては、OGH 3. 7. 2003（12 Os 35/03）等。

合は（さらに）後述の第 2 類型に当たるかが問題となる。

（イ） 行為者の事情の考慮範囲 ── 特に外国人や少年の場合

上記の判断基準によれば、行為者の事情も考慮される[49]。この点に関して、政府草案の理由書が明示するのは、行為者が異なる法圏（Rechtskreis）出身の場合であり、この場合には第 1 類型の意味での非難はできないとされている[50]。学説でも、たとえば、出身国では 13 歳の少女との性交が許されている者が出身を同じくする 13 歳の少女と性的関係を持った場合[51]、オーストリアに来て間もない者が出身国では正当防衛が可能な利益のために防衛的行為に出た場合[52] に、責任を阻却する法律の錯誤が認められる可能性が指摘されている。

もっとも、仮に第 1 類型により非難できない場合であっても、次の事案のように第 2 類型（調査義務の懈怠）により非難可能性が認められる場合がある[53]。

44）もっとも、Kienapfel ÖJZ, S. 117, r. Sp. は、一般人に容易に認識可能なことは、行為者にも容易に認識可能であることの徴憑になるとする。さらに、基本的に客観的基準により判断すべきとする見解（Winfried Platzgummer, Vorsatz und Unrechtsbewußtsein, Strafrechtliche Probleme der Gegenwart, 1973, S. 60 f.「行為者にも」の文言は削除すべきと提案する。もっとも外国人であることは考慮する）もあり、裁判でも行為者に特殊な事情がある場合等に検察側から主張されるが、OGH は採用していない。最近の例として、OGH 7. 3. 2013（12 Os 159/12t）参照。

45）前掲判例②参照。

46）Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 10.

47）後掲判例⑦参照。

48）Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 10. このほかに、容易に認識可能ではないとされた例として、無資格医療の罪（184 条）に問われた被告人がドイツでは当該診断等を行う資格を有するなどと争った事案に関する OGH 29. 4. 2003（11 Os 42/03=SSt 2003/34）がある（第 2 類型の調査義務があったとして非難可能性が肯定され、免責は否定されている）。

49）Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 11.

50）EBRV, S. 72, r. Sp.

51）Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 12.

52）Triffterer AT[2], Kap. 17, Rz. 51.

53）このため外国人でも最終的な結論はさほど変わらないと見られている。Kienapfel ÖJZ, S. 118, l. Sp.

【判例③：OGH 29. 3. 1979（13 Os 24/79=EvBl 1979/194）】

（事案の概要） ユーゴスラビア出身の被告人 A（男性）は、1978 年 8 月に同性の 14 歳以上 18 歳未満の者に対してわいせつな行為（209 条）をしたとして有罪判決を受けた。A は、自分は全く別の法観念（Rechtsvorstellung）を持つ異なる文化圏の出身であり、法律の錯誤により当該犯行の違法性を認識していなかったなどと主張して上訴した。

（決定要旨）「被告人が実際に法律の錯誤のために犯行の不法を認識していなかった場合でも、9 条 1 項に規定された責任阻却事由は認められない。……被告人は、ともかくも既に 1974 年からオーストリアに滞在している。このように滞在期間が長い場合には、（オーストリアの）一般的な法意識への帰属を拒む状況にとどまり続けることは決して許されず……むしろ本件の事情に照らせば、被告人は、まさに外国人としてかなり前から、滞在先国家の性的行為に関する禁止について（も）調べること、そして、少なくとも 9 条 2 項にいう当該規定の中核部分について知ることが義務付けられていたといえる。」

出身（外国人であること）以外の事情については、政府草案の理由書は「その他一般的な認識に至らない特別な状況」として考慮の余地を認めるのみで具体的事情は示していない。OGH が考慮している事情としては、年齢（若さ・未成熟さ）が挙げられる[54)]。これは行為者の社会化が十分でないこと（Sozialisationsdefizit）を示す事情の 1 つといえる[55)]。少年等に対しては免責の余地を相対的に広く認めている点は、オーストリアの議論の特徴である[56)]。

これに対して、行為者が一般的な法意識への帰属を拒む状況にとどまり続けていることは、考慮すべきではない（非難されるべき）事情であると考えられている[57)]。

54）後掲の判例⑦や判例⑧参照。逆に成人であることについては前掲判例②等参照。

55）Höpfel WK^2, § 9, Rz. 13.

56）Kienapfel AT^{15}, Z 18, Rz. 17.

イ　第２類型（調査義務を懈怠した場合）

（ア）　基本的内容

非難可能性が認められる第２の類型は、「行為者がその職業、業務もしくはその他の事情により関係規定を知る義務があったにもかかわらず、それを知らなかった場合」である。問題となっているのは、特別な規定に基づいてのみ認識可能な違法性である。第２類型の主な適用対象は、特別刑法上の犯罪である。

判例[58]及び通説的見解[59]は、第２類型についても「客観的基準・主観的基準からなる二重の基準」を用いる。その論拠は、同じく「義務」の概念が問題となる過失犯との並行的理解に求められている[60]。したがって、第２類型でも行為者の具体的事情が考慮される。

調査義務を基礎づける事情としては、条文上、「職業」、「業務」、「その他の事情」が挙げられている。政府草案の理由書では、「職業」は当該規定を知る義務のための例示であり、旅行者には旅先の国の交通に関する規定を知る義務があるとされている[61]。代表的注釈書によれば、行為者が自己の行為は道徳・倫理に違反すると認識している場合には調査義務が認められる可能性があり、また、適法性に疑問を抱いている場合には調査義務が認められるが、この場合には行為者の状況に置かれた法的に保護された価値を備える者もその疑問を抱くか否かが重要であり、行為者はそれを超えて（さらなる）調査を行う必要はないとされている[62]。次の事案では、調査義務の有無の判断に際して保

57）EBRV, S. 72, r. Sp.; Leukauf/Steininger[3], § 9, Rz. 10. なお、Einhard Steininger, Strafrecht, Allgemeiner Teil I, 2. Aufl. 2013, Kap. 14, Rz. 36〔以下「Sreininger AT I[2]」とする〕は、考慮すべき事情について、「年齢、職業、教育、社会的・民族的出身といった客観的な、外部から行為者に備わる、確かに行為者の事情ではあるが原則的に一般化可能な事情」と説明している。

58）最近では OGH 29. 4. 2003（11 Os 42/03=SSt 2003/34）。

59）Triffterer AT[2], Kap. 17, Rz. 54; Kienapfel AT[15], Z 18, Rz. 26.

60）Kienapfel ÖJZ, S. 120, l. Sp.; Triffterer AT[2], Kap. 17, Rz. 54. なお、Steininger SK, § 9, Rz. 63 も参照。

61）EBRV, S. 72 f.

62）Höpfel WK[2], § 9, Rz. 14. 誤った助言を信じて行動した場合の問題もこの観点から解決されるとする。この問題については、後述「5（2）」参照。

護法益の重要性も考慮されている。

【判例④：OGH 7. 3. 2007（13 Os 114/06y=SSt 2007/14）】
（事案の概要） 被告人 H は、W の要望に基づいて数種類の薬とそれを用いた自殺方法の詳細な指示を送ることによって W の自殺未遂を助けたとして、自殺関与罪の未遂（15 条、78 条）で有罪判決を受けた。被告人は上訴したが、OGH は次のように調査義務の懈怠があったとしてそれを棄却した。
（決定の要旨） 行為者の当該規定を知る義務は、「客観的基準・主観的基準からなる二重の基準」により、「行為者の状況に置かれた誠実で法的に保護された価値を備える者が同様に行動するかどうか」によって判断される。
それによれば、被告人は、オーストリアの法状況に関する調査義務（行為者の置かれた状況によればそれは可能である）の懈怠について、一方では既に自殺に関する業務を行っていたために非難される。「他方で、侵害された保護法益の特別の価値に応じて高度の配慮義務が生じる。人の生命には、放棄できない法益として社会一般の価値意識が求める高度の保護要求・尊重要求が認められる……。その結果、当該法益を処分するあらゆる行為は、したがって、自殺への意図的な関与もまた常に制限なく調査義務を生じさせる。」

（イ） 第２類型による非難可能性の肯定例

実務は広く義務を認める傾向にあると評価されている[63]。OGH が調査義務を認めた事案としては、前掲の判例③及び判例④や、政治的傾向を有する出版物の編集者にナチス的な行動・表現に関する「禁止法（Verbotsgezetz）」について知る義務を認めた後掲判例⑤[64] 等がある[65]。

63）Fuchs AT I^{9}, Kap. 23, Rz. 26.
64）「禁止法（Verbotsgezetz）」（BGBl. Nr. 15/1946）については、注 73）も参照。
65）その他の義務肯定例については、松原① 227 頁・松原② 295 頁以下参照。比較的最近の例として、OGH 29. 4. 2003（11 Os 42/03=SSt 2003/34）〔注 48）も参照〕がある。

(2) 非難可能性の限界について ── オーストリア連邦最高裁の免責事案を中心に

錯誤の非難可能性は、「期待可能性（Zumutbarkeit）」により限界づけられるとされている[66]。具体的には、①弁護士等の助言を信用した場合[67]、②裁判所の判断（判例や決定）を信用した場合[68]、③見解が対立している状況で行動した場合[69]、④見解が不明または新たな状況で行動した場合[70]等にも行為者を非難可能か（不法が容易に認識可能だったといえるか、〔さらなる〕調査義務があったといえるか）が議論されている[71]。

以下では、OGHが免責の結論（あるいはその可能性）を示した事案の中から、弁護士の助言を信用した事案、裁判所の判断を信用した事案、そして、主体が少年等であった事案を取り上げる。

ア　弁護士の助言を信用した事案[72]

【判例⑤：OGH 15. 12. 1994（15 Os 103/94=JBl 1997, S. 122 ff.）】

（事案の概要）　①被告人Tは、1990年にカレンダー（„Alter Jahreszeitweiser 1991“）を作成・送付し、また、1991年にカレンダー（„Alter Jahreszeitweiser 1992“）を作成・送付したことにより、禁止法3条g[73]に違反したとして起訴された。また、②被告人T及び被告人Sは、1992年5月から、ビラ（„Die Wahrheit über die Waffen-SS“〔武装親衛隊の真実〕）を作成するなどの方法により、禁止法3条gに違反したとして起訴された。原審は有罪判決を下した。OGHは、

66）Kienapfel ÖJZ, S. 118, 120; Steininger SK, § 9, Rz. 68. なお、注62）及びそれに対応する本文で言及したHöpfel WK^2, § 9, Rz. 14の内容も参照。

67）Kienapfel ÖJZ, S. 118 f., 120; Leukauf/Steininger^3, § 9, Rz. 15; Steininger SK, § 9, Rz. 69 ff.; Sreininger AT I^2, Kap. 14, Rz. 38 ff.

68）Steininger SK, § 9, Rz. 79 ff.; Steininger AT I^2, Kap. 14, Rz. 41.

69）Steininger SK, § 9, Rz. 82 ff.; Steininger AT I^2, Kap. 14, Rz. 42.

70）Steininger SK, § 9, Rz. 85 ff.

71）①②③の議論に関しては、吉田・前掲注1）197頁以下も参照。

次のように②に関して非難できない法律の錯誤を否定した理由が不明であることなどを理由に、原判決を破棄して事件を差し戻した。

（決定の要旨：②について）「被告人T及び被告人Sは公判で、彼らの知るかぎり禁止法違反の刑事事件に従事している弁護士Sに確認のためにビラの原案を渡し、弁護士Sは確認後にビラの内容は禁止法に抵触しないと判断したと弁明した……。弁護士Sは、受け取ったビラを『入念に検査した（„genau angeschaut“）』ことや、ビラは禁止法に抵触しない、ましてや武装親衛隊は国防軍の一部であったのだからなおさらであるとの自己の見解を述べたことを証言した……。さらに、被告人Sは、――1946年出版の――禁止法の注釈書を参照したところ、そこには武装親衛隊の構成員は禁止法上の親衛隊（SS）に該当しないと記載されていたと主張した……。

これらの事情は、9条にいう法律の錯誤が存在した可能性を示唆している。それればかりか、法律の錯誤の非難可能性は、特に、すべての事実関係について知らされた、信頼のおける、事柄に関して適格な相手方による専門的立場からの助言を得た場合には排斥されうる……。

すべての記録を精査しても、弁護士Sがビラの内容について不完全な情報しか与えられていなかったとか、たとえば配布されたビラは弁護士に示した文面

72）本文で取り上げた事案のほかに、次のような事案がある。OGH 24. 3. 1977（12 Os 15/77=SSt 48/21）は、保険機構（Sozialversicherungsanstalt）職員である被告人が、弁護士に促され、自己が訴えられた民事訴訟で用いるために原告に関する保険記録を持ち出し、守秘義務違反の罪（刑法310条、一般社会保障法〔Allgemeines Sozialversicherungsgesetz, BGBl. Nr. 189/1955〕460条a参照）に問われた事案である。OGH 6. 9. 1988（11 Os 60/88=JBl 1989, S. 329 f.）は、オーストリアで破産手続中であった被告人が、3万5千シリング（5千ドイツマルク）を自己の財産から隠匿して分割払いに充てたとして、詐欺的な違法破産の罪（156条）に問われた事案である。被告人は、弁護士の助言により当時ドイツで認められていた5千マルクの手数料請求権はオーストリアで自己の破産手続が行われていたとしても行使できると考えたと主張した。OGHは、当該主張は9条の責任を阻却する法律の錯誤を示唆していることをも理由に、原判決を破棄して事件を差し戻した。

73）禁止法3条gは、「3条a乃至3条fとは異なる態様でナチス的意味を示す活動をした者は、他に重く処罰する規定がない限り、1年以上10年以下の自由刑に処し、行為者又は活動が特に危険な場合は1年以上20年以下の自由刑に処する。」と規定する。

に変更が加えられたものだったとか、たとえば被告人は初めから自分たちの行為が禁止されていることを確信していながら、いわば罪を逃れるアリバイ作り（Alibiaktion）として弁護士の回答を得たとか、被告人とその意図を知った弁護士との間で口裏合わせ（abgekartetes Spiel）がなされたに過ぎないといった事情は窺われない。」

本件のように行為者が専門家から得た情報が誤っていた場合であっても、それが専門分野の点で適切であり公正な相手方（適格な相手方〔kompetente Stelle〕）に正確で十分な情報を提供した上で得たものであるときには、非難可能性が否定されうることは一般的に認められている[74]。信用性を失わせる事情がある場合は別論であり、たとえば、本判例が示した相手方に提供した情報が不十分である（情報を隠した）という事情は、行為者に（少なくとも未必的な）違法性の認識があったことを推認させる事情にもなりうる[75]。

イ　裁判所の判断を信用した事案

【判例⑥：OGH 19. 12. 1979（10 Os 61/79=EvBl 1980/115）】

（事案の概要）　被告人 T は、雑誌 A 及び雑誌 L を営利目的で頒布するために仕入れて販売したことにより、ポルノ法 1 条 1 項 a 及び c で有罪判決を受けた。しかし、被告人は、本件以前のポルノ法違反の手続で押収された雑誌の還付を受けており、返還された雑誌は本件起訴の理由となった雑誌と同様の内容のものであった。OGH は、次のように判示して原判決を破棄して事件を差し戻した。

（決定の要旨）　被告人は、少年裁判所から押収物の還付を受け、その出版物の内容は今回有罪とされたものと同様のものであったと弁明している。これで被告人は、還付を受けたものと同種のものを仕入れたり、他人に譲渡したりする

74）Triffterer AT^{2}, Kap. 17, Rz. 56; Leukauf/Steininger^{3}, § 9, Rz. 15; Höpfel WK^{2}, § 9, Rz. 14; Kienapfel AT^{15}, Z 18, Rz. 18. この点に関しては、後述「6」も参照。

75）Vgl. OGH 31. 7. 2007（14 Os 113/06h）. 信用性の限界については、Steininger SK, § 9, Rz. 77 f. 参照。

ことは許されていると考えたと主張している。法律の錯誤の主張を意味するこの弁明を、少年裁判所は判決で全く顧慮していない。

記録からは、予審判事の決定で数多くの書籍、雑誌等の押収が解かれて、それらのTへの返還が命じられたことが明らかである。また、同日、Tに対するポルノ法1条違反の手続が終了している。被告人は、上訴にあたり、そのときに返還された各雑誌のコピーを添付している。これにより、本件雑誌が基本的に同様のものであることを主張している。

このような被告人の弁明は、還付を受けたのと同様のものを販売することが禁止されているとは全く思っていなかったという主張を含んでいる。被告人の証拠物の返還に関する弁明は、9条1項の責任阻却事由の存否についての認定を求めるものといえる。しかし、この点に関する認定がなされていない。

「裁判所が新たな手続で被告人に9条1項にいう法律の錯誤を認める場合には、同条2項の非難可能性の検討は不要である。本件で問題となる法律の錯誤は、裁判所の行為への信頼の現れにほかならないといえるので、不法を容易に認識することができたとはいえないし、行為者は当該規定を知らなければならなかったとも、つまり、いわば自発的に裁判所を監督しなければならなかったともいえない。」

この関係ではほかに、判例を信用した場合（行為時には適法であったが、判例変更により違法と評価された場合）が論じられている。判例は許される解釈の枠内で被告人に不利な解釈を選択することができるが、それに対応する違法性の錯誤について行為者を非難することはできないとされている。また、最上級審の直近の判断を信じた場合や、同等の裁判所による時間的に離れていて内容的に相互に矛盾した判断がある場合において、より最近の判断を信用したときには、非難可能性がないとされている[76)]。

76）Steininger SK, § 9, Rz. 79 ff.; Steininger AT I^2, Kap. 14, Rz. 41 f.

ウ　行為主体が少年等である事案

【判例⑦：OGH 26. 7. 1978（10 Os 107/78）】

（事案の概要）　被告人 A は、B 社の売り場の従業員として勤務していた。その担当業務には録音テープ等の発注も含まれていた。A は、女性の裸体等が描かれたカバー付きの 2 つの録音カセットを、営利目的で、頒布するために仕入れ、公然と陳列し、他人に提供したとして、ポルノ法[77] 1 条 1 項 a 及び c により有罪判決を受けた。A は、責任を阻却する法律の錯誤を否定したことは不当であるなどとして上訴した。OGH は、次のように無罪を言い渡した。

（決定の要旨）　はじめに述べておくと、2 つの録音カセットの表面に描かれている内容は、既に一般人（Durchschnittsmensch）が（意図せず）目にした場合に嫌悪感を生じさせるのに十分なものである。これらは、いわゆる「ハード」ポルノには該当しないが、ポルノ法の保護目的に照らせば、同法 1 条の可罰的なわいせつの概念に当てはまる。

原判決は、被告人は当該カセットを納入会社の販売部長から販売しても処罰されないと説明されて渡されたと認定している。さらに、被告人はこの情報に基づいて法律の錯誤に陥っていたと認めたが、その錯誤を非難している。しかし、「当該領域に妥当している判例の区別基準は、それを知るためには法律家であっても判例を研究しなければならないことに鑑みれば、現在のオーストリアでいわゆるハードポルノに該当しない物品の販売の違法性が何人にも容易に認識可能であるとはいえない。」

「その結果、被告人は自己の責任で売り場の仕入れを担当する者として関係規定を知らなければならなかったという原審の非難が残る。しかし、このような非難は正当ではない。被告人は、本件カセットを仕入れた当時ようやく 21 歳になったばかりであり……被告人が受けたのは小学校での 8 年間及び総合技術課程の教育である。企業（納入会社）の販売部長は、いずれにせよ被告人に対して知性及び職務上の知識の点で優越している。このような者が、被告人に当該

77）BGBl. Nr. 97/1950.

カセットの販売は禁止されていない、つまり適法であると教えた。このような事情の下では、9条2項の解釈により被告人がさらに調査を行う義務を導くことはできない。最後に事実関係で見逃してはならないのは、B社の責任者（被告人の上司）が……カセットの盗難被害を警察に届け出て、そのときはじめて警察によって当該商品を16歳以下の青少年に見せたり、売ったりすることは許されていないことに気づかされ、そして、ただちにポルノ法1条の被疑者として取調べを受けたことである。これらの事情を総合すると、原判決で認定された被告人の法律の錯誤は非難することができないという結論に至る。」

【判例⑧：OGH 14.12.1978（13 Os 121/78-10=EvBl 1979, 145）】

（事案の概要） 調理師見習いの被告人A（1960年生）及び調理師の被告人B（1959年生）と調理師見習いの被害者Cとは共にレストランを併設する宿泊施設で働き、共同の部屋で生活する者であった。A及びBは、①Cを風呂場まで連れて行き、服を脱がせてシャワーの下でブラシで洗った。それに続けて、②Cにシャワールームの清掃をさせ、③その間Cを10分から15分シャワールームに閉じ込めた。原審は、①②について強要罪（105条1項）、③について自由剝奪罪（99条1項）で有罪判決を下した。

OGHは、上記①は罪にならないとした上で、上記②のシャワールームの清掃を強いた強要罪及び上記③のシャワールームに閉じ込めた自由剝奪罪について、責任を阻却する法律の錯誤が認められる可能性を示唆し、原審を破棄して事件を差し戻した。

（決定の要旨）「確かにたいていの場合、ある犯罪を故意に実行した者は、違法性の意識をもって行為している……。しかし、このことが制限なく妥当するのは、その刑法的な不法が明らかで、成人の責任能力のある者により行われた犯行の場合、つまり、通常は禁止の認識が推定される場合だけである……。一方において、今や少年（あるいは青年）には思春期特有の交際の荒さが認められることは周知のとおりであり、他方において、他人の意思や他者からの自由という法益は、重大な侵害が生じない限り、刑法の保護法益として、人の身体の完全性に対する権利のような若い頃から誰の目にも分かるような明白さを備え

てはいないので、具体的な事案の状況、特に――本気で思ったわけでない（？）にもかかわらず――雇用主がCがみずから洗わないのであれば被告人がそうして構わないと促したこと、さらにその原因が至るところで不快に感じる迷惑なCの臭いにあることや、犯行が行われた環境（共同の宿舎の見習い同士）を考慮すると、生じていた可能性のある禁止の錯誤は、シャワールームの清掃に関する強要罪についても、それと関連する自由剝奪の罪についても、9条2項の意味における非難をすることはできない。」

行為者に回答を与えた相手方の信用性については、行為者の置かれた状況を考慮して判断され、少年や経験の浅い者の場合は通常、身近にいる関係者（直属の上司等）に相談すれば足りるとされている（特に相手方が知識の面で優越性及び信頼性を備えた者である場合）[78]。

もっとも、判例⑦については、納入会社の販売部長は製品を売ることに利害・関心を持つ者であり、「信頼性（Zuverlässigkeit）」や「適格性（Kompetenz）」といった要素を考慮しない場合にのみ正当化可能であるとの批判が見られる[79]。

また、判例⑧について、Kienapfelは、評釈で、少年・青年に関しては免責の余地が相対的に広く認められるとする自身の見解と同旨であり、適法と違法の限界が明確ではない強要罪や自由剝奪罪（監禁罪）では特にそういえるとして一定の評価を示しつつも、本件において非難できない禁止の錯誤を認めることができるかについては疑問を呈している[80]。

5　違法性の錯誤が認められる場合の法律効果（9条1項及び3項）

法律の錯誤が認められる場合には、錯誤が非難可能か否か（違法性の意識の

78）Steininger SK, § 9, Rz. 73; Steininger AT I^2, Kap. 14, Rz. 40.

79）Peter J. Schick, Die Vorwerfbarkeit des Verbotsirrtum bei Handeln auf falschen Rat – Eine Analyse der Vorwerfbarkeitsklausel des § 9 Abs 2 StGB, ÖJZ 1980, S. 602, r. Sp.

80）JBl 1979, S. 555, l. Sp.

可能性の有無）により、それぞれ次のような法律効果が生じる。

(1) 錯誤の非難可能性が否定される場合

まず、錯誤を非難できない場合には、責任が阻却される（9条1項）。犯罪は（故意犯としても過失犯としても）成立しない。9条が基礎とする責任説の帰結である[81]。

(2) 錯誤の非難可能性が肯定される場合

次に、錯誤を非難できる場合には、故意行為については故意犯の法定刑が適用され、過失行為については過失犯の法定刑が適用される（9条3項）。これは、認識なく調査義務を懈怠した場合にも故意犯の責任を問えるかに争いがあり、また、財政刑法9条[82]では異なる取扱いをしていることから、非難可能な場合の法律効果を明確に示すことが適切であるとして規定されたものである[83]。

違法性の意識を欠いたことは、量刑の際に考慮される[84]。34条1項では、特別の減軽事由の1つとして「責任を阻却しない法律の錯誤（9条）において犯行に及び、特に故意犯で処罰される場合」（12号）が規定されている[85]。これは、非難可能な法律の錯誤の場合（特に故意行為の場合）の当罰性（Strafwürdigkeit）は、違法性の意識が認められる場合に比べて相当程度減少しうるとの考え方によるものである[86]。さらに、事案により、例外的に法定刑

81）EBRV, S. 73, l. Sp.; Fuchs AT I^{9}, Kap. 23, Rz. 23; Kienapfel AT^{15}, Z 18, Rz. 16.

82）財政刑法9条（Finanzstrafgesetz, BGBl. Nr. 129/1958）は、非難可能な法律の錯誤の場合に（重）過失で処罰する旨の「故意説」的な規定である。Kienapfel AT^{15}, Z 18, Rz. 20; Fuchs AT I^{9}, Kap. 23, Rz. 28.

83）EBRV, S. 73, l. Sp.; Höpfel WK^{2}, § 9, Rz. 15.

84）以下で参照する32条、34条及び41条の条文や規定内容について詳しくは、小池・前掲注5）参照。

85）34条1項各号に規定された事由が認められても（41条とは異なり）法定刑に変更は生じない。量刑の際に当該事由が刑を軽くする方向で考慮される。なお、Höpfel WK^{2}, § 9, Rz. 16は、34条1項12号について、故意説の影響が残っており責任説からは一貫していない旨指摘する。

の下限を下回ることを認める41条の適用可能性もある[87]。

これに対して、実際に行為者は違法性の意識を欠いていたが、行為者にも何人（一般人）にも容易に違法性が認識できた場合は、そのことが刑を加重する方向に働く事情（「法的に保護された価値に対する拒否的な又は無関心な行為者の態度」〔32条2項2文〕）となりうる[88]。

6　おわりに

本稿では、オーストリアにおける違法性の意識及び違法性の錯誤に関する議論の状況について、OGHの事例（9条の適用の実際）も参照しながら概観した。

オーストリアの議論に特徴的なのは、①犯行の主体と、②法規の種類・性格に応じて判断のあり方に相違が見られる点である[89]。成人が刑法の中核領域に属する罪を犯した場合には、違法性の意識が「推定」されるなど行為者にとって厳しい判断がなされる[90]。これに対して、社会化が十分ではない（未成熟な）少年等については、相対的に広く免責の余地が認められると考えられている[91]。

また、法律の錯誤の非難可能性の限界に関しては、非難可能性が否定されうる場合として、いくつかの具体的な状況が論じられている。その中で、OGHの事案が散見され、多くの文献でも取り上げられているのが、弁護士等の誤っ

86）EBRV, S.73, l. Sp.

87）EBRV, S.73, l. Sp.; Fabrizy[12], § 9, Rz. 11. なお、41条は、「減軽事由が加重事由を著しく凌駕しており、かつ犯人が法定刑の下限を下回る自由刑を科されたとしても再犯をしないであろうという理由のある見込みがある場合」に適用される規定である。

88）Höpfel WK[2], § 9, Rz. 16.

89）松原① 228頁・松原② 296頁参照。

90）前掲の判例②参照。

91）Kienapfel AT[15], Z 18, Rz. 17. もちろん、少年でも免責を認めなかった事例は多くあり（OGH 4. 9. 1980〔12 Os 87/ 80=SSt 51/42〕は救護義務違反の罪（94条）の事案で16歳の少年について免責を認めなかった例である）、前掲の判例⑦・判例⑧は結論が批判されているなど、少年であれば広範に免責すべきと考えられているわけではない。

た助言を信用した場合である。最後に、この点について記述の詳しい注釈書・体系書[92]の内容を簡潔に確認すると、免責が認められるためには、①適格な相手方に対して調査を行ったこと[93]、②回答が一義的に明確で積極的な見解の表明であること[94]、③判断する事実関係についての真実で完全な情報に基づいた回答であること、④回答が法的状況・事実的状況についての詳細な検討の結果であること[95]等を要し、これらが認められる場合には、免責の可能性が肯定され、これらが認められない場合には、適格ではない相手方を選択した点、あるいは、適格な相手方に不十分な情報しか与えなかった点等において行為者は非難を免れない旨説明されている[96]。

前述のとおり本稿は、違法性の意識及び違法性の錯誤に関するオーストリア刑法９条をめぐる議論の状況を概観・素描するものであり、議論の内容の分析や当否の検討、日本法等との比較法的検討等については、機会を改めて行うこととしたい。

92）Steininger SK, § 9, Rz. 69 ff.; Steininger AT I^2, Kap. 14, Rz. 38 ff.

93）これは、公的な管轄があるという意味ではなく、必要な専門知識を有しているという意味である。したがって、弁護士等の私人であっても適格な相手方となる。Steininger SK, § 9, Rz. 71; Steininger AT I^2, Kap. 14, Rz. 39.

94）意図した行為が許されているかについて、一義的に明確で積極的な見解の表明が必要であり、当局が違法行為を単に黙認したというのでは足りない。Steininger SK, § 9, Rz. 75.

95）即答的になされた法的助言でも十分なのは、普段から類似の事例を取り扱っていて既に相応の知識と経験を有している場合である。Steininger SK, § 9, Rz. 76.

96）日本において、弁護士の助言に従った場合にも免責に肯定的なのは、井田良『講義刑法学・総論』（有斐閣、2008年）380頁、松原芳博『刑法総論』（日本評論社、2013年）251頁等。弁護士の場合について否定的なのは、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（弘文堂、2010年）246頁、高橋則夫『刑法総論〔第3版〕』（成文堂、2016年）375頁等。