Title	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
Sub Title	Zurechnungsfähigkeit und Strafzumessung im österreichischen StGB
Author	小池, 信太郎(Koike, Shintaro)
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.343- 367
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-20170224-0343

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責任能力と量刑

——関係規定の概観——

小池 信太郎

- 1 はじめに
- 2 責任主義
- 3 精神障害による責任無能力
- 4 量刑の一般原則と量刑責任の評価基準
- 5 責任能力に関わる量刑事由
- 6 結びに代えて

1 はじめに

精神障害が犯行に影響したという事情を量刑上どのように考慮すべきか。量刑の一般原則に関する規定を持たないわが国の刑法は、この問題を裁判所の判断に委ねている。

いうまでもなく、心神耗弱（限定責任能力）の場合に必要なに刑を減軽する規定（刑法 39 条 2 項）は存在する。それにより死刑の言渡しが不可能になる効果（同法 68 条 1 号）は重大である。しかし、懲役刑の量定に関する限り、刑の減軽により法定刑の上半分が使用できなくなり、また法定刑の下限を下回ることができるようになる効果（同法 68 条 3 号）は、もともと法定刑の下半分における量刑が多いことや酌量減軽規定（同法 66 条）の存在から、それ自体としては大きなインパクトを持たない場合が少なくない。それだけに、心神耗弱を根拠づけた精神障害の具体的影響を、なお広い処断刑の中でどのような考え方の

下に考慮するののかという問題が重要となる。また、心神耗弱には至らないものの、精神障害が犯行の意思決定ないしその動機に一定の影響を与えたという、より頻繁に生じるであろう場合には、より広い処断刑の中で同じ問題に向き合わなければならない。

裁判員制度の開始以来、裁判官と裁判員は、殺人などの重大犯罪の審理・評議の中でこうした問題に取り組んでいる¹⁾。また、非裁判員裁判でも、例えば、万引き窃盗を病的とも感じられる不合理さでもって繰り返す被告人について、摂食障害やいわゆるクレプトマニアという診断を基礎に責任能力の有無・程度や量刑が争われる場合が近年目立つところ²⁾、そうした場合にも、いかなる精神障害ないし精神状態が、どのような場合に量刑上の責任評価に影響するかということが問題となる。

本稿は、こうした問題領域にささやかな比較法的知見を加えるものである。対象国としてオーストリア³⁾を選択したのは、同国刑法のいくつかの特徴、例えば、限定責任能力の規定を置かずに、量刑上考慮されるべき事由を定めた規定の中に「異常な精神状態の影響」などを列挙していること、量刑の一般原則の規定において責任評価の一般の基準（「法的に保護された価値に対する拒否

1) 裁判例の検討として、例えば、菅野亮「量刑が問題となる場合の留意点」日本弁護士連合会刑事弁護センター編『責任能力弁護の手引き』（2016）131頁以下。

2) 小池信太郎「摂食障害・クレプトマニアを背景とする万引き再犯の裁判例の動向」法学新報123巻9＝10号掲載予定およびそこに引用された文献を参照。

3) オーストリア共和国及びその刑事司法制度の概要について、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・現在刑事法の諸問題 第2巻』（2011）357頁以下。同国の刑事制裁制度又はその運用を概観する最近の文献として、小池信太郎「オーストリアの刑罰・量刑制度と刑の一部執行猶予制度の導入」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集』（2016）737頁以下。さらに、Fink/Jehle/Pilgram, Strafrechtliche Sanktionen, Strafrechtliche Sanktionen im internationalen Vergleich Deutschland-Österreich-Schweiz, JSt, 2015, S. 81 ff.; Moser, Besonderheiten des österreichischen Sanktionenrechts, in: Hilgendorf/Valerius [Hrsg.], Alternative Sanktionsformen zu Freiheits- und Geldstrafe im Strafrecht ausgewählter europäischer Staaten, 2015, S. 67 ff.; Venier, Freiheitsstrafe, Geldstrafe, Starfbemessung: Eine rechtspolitische Betrachtung, in: Festschrift für Helmut Fuchs, 2014, S. 621 ff.

的又は無関心な犯人の態度」「法的に保護された価値を共有する者をも犯行に及ばせかねない外的事情若しくは動機」への犯行の帰属可能性)を示していること、自ら招いた酩酊状態による責任能力の(排除に至らない)低下による量刑の減輕を制限する規定を置いていることなどが、わが国の見地からも興味深く思われたことによる。

以下では、オーストリア刑法⁴⁾における責任主義の宣言規定(4条)、精神障害による責任無能力の規定(11条)、量刑の一般原則の規定(32条)、量刑事由を定めた規定(33条ないし35条)の中で精神障害ないし責任能力の低下に関わる部分について逐条的に説明を加える。現行刑法典のもとになった1971年草案の理由書(以下「理由書」という)⁵⁾や現在の代表的な注釈書⁶⁾に依拠した概観にとどまることを予めお断りしておく。

2 責任主義

(責任なくして刑罰なし)

第4条 有責に行為をした者に限って、これを罰する。

本条は、刑法における責任主義を宣言する規定である⁷⁾。

責任刑法が意味することは、刑罰は、行為者の「誤った意思決定／判断

4) Strafgesetzbuch (BGBl 1974/60). 制定当時の法文の邦訳として、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)。制定経緯を含めた概観として、内藤謙『刑法改正と犯罪論(上)』(1974)92頁以下。以下、特に断らない限り引用条文はオーストリア刑法典による。条文の訳出に際しては、上記文献を参考にした。

5) Erläuterungen, 30 der Beilagen zu den stenographischen Protokollen des Nationalrates X III.GP, S. 51 ff. (以下、EBRV 1971として引用)。

6) Fabrizy, StGB und ausgewählte Nebengesetze, 12. Aufl., 2016 (以下、Fabrizy StGB¹²として引用)；Höpfel/Ratz [Hrsg.], Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch, 2. Aufl. (以下、WK²として引用)；Triffterer u.a. [Hrsg.], Salzburger Kommentar zum Strafgesetzbuch (以下、SKとして引用)。

（fehlerhafte Willensbestimmung / Entscheidung）」に結びつけられるということである。刑罰の意義を一般予防、特別予防、応報のいずれに見出すかにかかわらず、「刑罰は、人が社会に対して責任を負わなければならない誤った意思決定に対する応答としてのみ有意義であり、また正当化される」⁸⁾。行為者の危険性だけでは、保安処分を基礎づけることはできても、刑罰は基礎づけられない。

本条は、「法秩序は、責任能力者はいずれにせよ自己の意思決定に責任を負うものと捉えている」⁹⁾ことを前提に、責任の定義を積極的に示すことはしていない。責任を定義しようとすれば、「煩瑣で教科書的なものにならざるをえないであろうが、いずれにせよ争われ、立法的に余計」であり、「法適用にとって必要な要素だけを記述すれば足りる」¹⁰⁾と考えられたからである。

ただし、責任阻却事由の1つである免責的緊急避難（10条）の要件として、「行為者の状況において、法的に保護された価値を共有する者から（von einem mit den rechtlich geschützten Werten verbundenen Menschen）他の行動を期待できなかった」ことが要求されており¹¹⁾、これがオーストリア刑法の責任概念を理解するための重要な手掛かりとなる。すなわち、免責的緊急避難は「期待可能性の観点の下での責任減少の極限」であるところ、「責任は、他の事情が同じであれば、行為者に法に忠実な行動を期待できなかった程度に応じて軽くなる。犯行が法に忠実な者にも犯行を決意させうる外的事情又は動機に帰するというならば、およそ非難は欠落する。……そうした場合には、犯行への決意は、法的に保護された価値の共有に関する欠陥を示すものではない。そうした者は、

7) 1971年草案に先行するいくつかの草案では、本条に対応する条文に、①故意犯処罰の原則や②結果的加重犯の加重結果について過失を要する旨の条項が置かれていた。しかし、故意・過失の犯罪体系論上の位置づけをめぐり、（主として）不法要素であるという見解も有力となったため、学説上の争いへの介入を避けて、本条では責任刑法それ自体の宣言にとどめることとされた（EBRV 1971, S. 63 f.）。なお、①②の事項は7条に定められた。

8) EBRV 1971, S. 64.

9) EBRV 1971, S. 64.

10) EBRV 1971, S. 64.

11) 諸草案における文言の変遷を含めて詳しくは、内藤・前掲注4) 360、366頁を参照。

法が一般的に人間的かつそれにより刑法的責任の意味で非難可能でないものとして受け入れなければならない枠にとどまっている」というのである¹²⁾。この「法的に保護された価値を共有する者」という評価基準は、客観的なものであり、行為者が置かれた状況が基準に適合した者にどのように作用したであろうかが問題とされる。その前提には、「あらゆる責任は結局のところ価値共有に関する欠陥 (Mangel an Wertverbundenheit) である。刑法の意味での責任非難を可能にするのはこの価値共有の欠陥のみであって、身体的又は知的な欠陥ではない」¹³⁾ という理解がある。この基準は、後述するように量刑責任の評価基準としても取り入れられており (32条2項)、オーストリア刑法の責任概念の基調をなすものといえることができる¹⁴⁾。

3 精神障害による責任無能力

(責任無能力 [Zurechnungsunfähigkeit¹⁵⁾])

第11条 行為の時に、精神病 (Geisteskrankheit)、知的障害 (geistige Behinderung)¹⁶⁾、根深い意識障害 (tiefgreifende Bewußtseinsstörung) 又はこれら

12) EBRV 1971, S. 73.

13) EBRV 1971, S. 74.

14) オーストリア刑法の責任概念については、司法省の顧問を務めたノヴァコフスキーの責任論 (紹介として、例えば浅田和茂『刑事責任能力の研究・上巻』[1983] 259頁以下) の立法への強い影響が知られる。学説 (史) について詳しくは、吉田敏雄『責任概念と責任要素』(2016) 20頁以下、69頁以下、113頁以下。オーストリアの文献の邦訳・紹介として、ラインハルト・モース (吉田敏雄訳) 「オーストリア刑法における責任概念」北海学園大学法学研究 33 卷 1 号 (1997) 173頁以下、金子正昭「オーストリア犯罪論 (5)」第一経大論集 (1997) 41頁以下 (Triffterer, Österreichisches Strafrecht Allgemeiner Teil, 1985 の翻訳および同書の 2. Aufl., 1994 の改訂箇所を補充)。

15) Schuldfähigkeit ではなく Zurechnungsfähigkeit (金子・前掲注 14) の訳は「帰責能力」の概念を用いたのは、責任能力は、およそその行為者に備わっているかではなく、特定の行為との関係で認められるかが常に問題であることを示すためである (EBRV 1971, S. 76)。

16) 2009年の法改正 (BGBl I 2009/40) により「精神薄弱 (Schwachsinn)」から変更された。

の状態と等価のその他の重大な心神の障害（seelische Störung）により、行為の不法を弁識し、又はその弁識に従って行動する能力がなかった者は、有責に行為したのではない。

（1）総説

責任阻却事由として、非難不可能な法律の錯誤（9条）、免責的緊急避難（10条）に続き、本条が精神障害による責任無能力を定めている¹⁷⁾ 18)。責任は非難可能性であり、一定の自己決定能力（Selbstbestimmungsfähigkeit）を前提とする¹⁹⁾ という見地から規定されている。

いわゆる混合的方法が法定されている。すなわち、行為を不法と弁識し、それに従って行動する能力（弁識・制御能力²⁰⁾）が、精神障害（精神病、知的障害、根深い意識障害、これらと等価のその他の重大な心神障害）によって失われている状態が責任無能力である。

理由書によれば、刑法典は、意思自由をめぐる特定の立場にコミットするものではない。意思自由（非決定）論の立場からは、意思の自由を排除すると考えられる全ての事情を、弁識・制御能力を失わせうる事由として認めることになる。決定論の立場からは、列挙された精神障害によって決定された場合に責

17) オーストリアを含むドイツ語圏刑法学の議論を詳しく参照しながら責任能力を論じるものとして、吉田・前掲注14) 144頁以下。オーストリアの体系書の翻訳・紹介として、金子・前掲注14) 58頁以下。独・墺・瑞・仏・英の責任能力規定の比較検討を通じて欧州標準モデルを提唱するオーストリア人による研究書（博士論文）として、Juhász, Die strafrechtliche Schuldfähigkeit, 2013.

18) 精神障害以外による責任無能力としての刑事未成年に関しては、刑法典ではなく、少年裁判所法（JGG）に定めがある。① 14歳未満は責任無能力者である（少年裁判所法1条1号、4条1項）。② 14歳以上18歳未満は原則として責任能力者であるが、能力の実質評価により責任無能力とされうる（同法1条2号、4条2項）。

19) Fabrizy StGB¹², § 11, Rz. 1.

20) ドイツでは Einsichts- und Steuerungsfähigkeit の語を用いるのに対し、オーストリアでは Diskretions- und Dispositionsfähigkeit（金子・前掲注14）の訳は識別能力・処分能力）の語を用いることが多い。

任がないことになる。しかし、「いずれにせよ、それが意思過程を左右した場合に責任非難を排除する事情については広く一致がある」という前提に立っての立法である²¹⁾。

(2) 弁識・制御能力

「行為の不法を弁識する能力」(弁識能力)は、問題の具体的行為の²²⁾ 不法性(禁止されていること)を認識する能力をいう。個人道徳的な意味で非倫理的と認識できるだけでは足りず、「自らの行動が社会の利益の見地から、つまり不法無価値(Unrechts-Unwert)の意味で否認されることを認識できなければならぬ」²³⁾。他方で、「行為者が法律上の禁止を知っていても、法規定の意義も行為の実質的な社会違反性それ自体も理解できない場合」には弁識能力が欠けるともいわれる²⁴⁾。

「その〔不法の〕弁識に従って行動する能力」(制御能力)は、行為の不法の弁識によって自己を動機づけ、この動機づけに応じて行動する能力をいう。不法を認識しながらその回避へと現に動機づけられなかったことをもってこの能力が否定されるのではなく、しっかりと意思を緊張させていれば(bei gehöriger Willensanspannung)動機づけることができたかが問題である。「この『他行為可能性』は、人がその意思の活動において自由であった場合にのみ肯定される以上、その限りでまた意思自由という規範的概念を前提にすべき」であり、制御無能力とされるのは、行為者が、「客観化可能な基準、例えば強迫観念(Zwangsvorstellungen)や『内なる』声を聴いたことに基づいて、主観的に他の

21) EBRV 1971, S. 77.

22) 「行為者によって正しく認識され、又は少なくとも認識可能な事実関係の実現を」不法と評価できる知的能力が求められる(Triffterer SK, § 11, Rz. 7)。

23) EBRV 1971, S. 77.

24) Höpfel WK², § 11 Rz. 10. 問題とすべきは倫理的にではなく法的に許されないことの認識(能力)であるが、そこでいう法的禁止の認識は、意味も全く分からずとにかく禁止されているというものでは足りず、ある程度実質を伴ったものでなければならないという趣旨であろうか。

行動をとることができなかつた場合」であると述べられている²⁵⁾。

(3) 精神障害

本条により責任無能力とされるためには、弁識・制御能力の減退が精神障害に基づく必要がある。4種類が列挙されている。

①「精神病」は、狭義の精神病（統合失調症、躁うつ病など）だけではなく、身体因性の精神機能の病的変化（脳梗塞、進行麻痺、てんかんなど）をも広く含む。

②「知的障害」としては、例えば重度知的障害（Idiotie）のような重い場合が適用の中心となる²⁶⁾。

③「根深い意識障害」は、意識の一時的な混濁や狭窄により精神機能が害されている状態をいい、せん妄、寝ぼけ、疲労、催眠状態、重い情動状態、アルコールや薬物による完全酩酊（volle Berausung）などがこれにあたる²⁷⁾。

④「これらの状態と等価のその他の重大な心神の障害」は、他の類型との境界は流動的であるものの、重い神経症（Neurose）、脳障害、きわめて重い欲動障害（Triebstörung）のほか、「概念上は精神病質（Psychopathie）に分類されうる、重い性格の歪み（Persönlichkeitsverzerrungen）」²⁹⁾をも含むうる。ただし、精神

25) Triffterer SK, § 11, Rz. 42. 制御能力の認定に関して、精神科医のミッテラウアーが人間行動の「バイオサイバネティック制御モデル」を提唱し、注釈書でも詳しく言及されている（Vgl. Triffterer SK, § 11, Rz. 43 ff.）。それについては、吉田・前掲注 14）162 頁参照。

26) Vgl. Fabrizy StGB¹² § 11, Rz. 6.

27) Fabrizy StGB¹² § 11, Rz. 7.

28) ただし、行為者が自らの行為によって責任無能力を自招した場合には、いわゆる原因において自由な行為（actio libera in causa）による処罰の可能性が解釈上認められる（Vgl. Höpfel WK², § 11, Rz. 13）。また、ドイツ刑法（323 条 a）同様、オーストリア刑法にも完全酩酊罪（287 条。完全酩酊による責任無能力状態を招く行為自体を独立の犯罪とし、責任無能力状態での犯罪実行を条件に 3 年以下の自由刑〔ただし当該の犯罪行為の法定刑以下〕で処罰する規定）が存在する（Vgl. Höpfel WK², § 11, Rz. 14）。概観として、吉田・前掲注 14）227 頁以下。

29) EBRV 1971, S. 77.

病等との等価性及び弁識・制御能力への影響度という観点から、「責任無能力の軟化や氾濫」は避けられ³⁰⁾、異常が強度でその者の人格像 (Persönlichkeitsbild) を破壊するようなものでなければならない³¹⁾。単なる反社会的傾向、性格の弱さ・異常、抑制のない情動、異常性行動や強度の攻撃性と結びついた欲動の強度は、弁識・制御能力を害しない限り、責任無能力の理由とはならない³²⁾。

筆者の関心からクレプトマニア (Kleptomanie) に言及すると、「それ自体が精神病であるわけではなく、他の障害の症状である。そのため司法精神医学はクレプトマニア概念を批判的に捉えている。それゆえ、クレプトマニアはそれ自体として考えれば責任能力を排除しない。しかし、その強迫的 (zwanghaft) 行動が真正の精神病又はそれと等価の精神障害の反映である場合には、極端な事案であればもとより責任能力が欠ける」³³⁾、「強迫性障害 (Zwangspychosen)」に至っている場合には「制御能力を排除するその他の重い等価の心神の障害の典型例をなす。行為者は、弁識能力に大抵問題はない。それどころか、この弁識にもかかわらず、具体的な事例で行為への強固な (bestimmt) 強迫に抵抗するのに意思の力が十分でないことに苦しむのである」³⁴⁾ などとコメントされている。

(4) 限定責任能力の規定がないこと

本条は責任無能力のみを定めており、限定責任能力 (verminderte Zurechnungsfähigkeit) に関する一般的規定はない。後述のように、「異常な精神状態の影響」(34条1項1号)などが量刑上の減輕事由として定められているが、これは他の多くの量刑事由との総合判断の対象であり、また原則として

30) EBRV 1971, S. 78.

31) Fabrizio StGB¹², § 11, Rz. 8.

32) Fabrizio StGB¹², § 11, Rz. 10.

33) Salimi WK², § 127, Rz. 186.

34) Triffterer SK, § 11, Rz. 37.

（後述の41条によらない限り）処断刑を変更するものではない。理由書では、「こうした規律が望ましいのは、責任能力の減退は、個別事例において重視されうる他の要素と並んで評価されるべき要素にすぎないからである。それゆえ、責任能力減退を取り出して刑罰規定を変更する事由とするのは適当でない」と説明されている³⁵⁾。

（5）保安処分

（精神異常触法行為者〔geistig abnorme Rechtsbrecher〕の施設収容）

第21条（1）ある者が1年を超える自由刑が定められた行為をしたが、責任能力を排除する高度の精神又は心神の異常（geistige oder seelische Abartigkeit）の状態（第11条）の影響の下で行為をしたことのみを理由にその者を処罰できない場合において、その者が人物、状態及び行為の性質に鑑み、その精神又は心神の異常の影響の下で、刑が定められた行為であって重大な結果を伴うものを行うおそれがあるときは、裁判所は、精神異常触法行為者のための施設への収容を命じなければならない。

（2）責任無能力ではないが、高度の精神又は心神の異常の影響の下で1年を超える自由刑が定められた行為をした者について、前項と同様のおそれがあるときは、精神異常触法行為者のための施設への収容を命じなければならない。その場合において、収容は、刑の言渡しと同時に命じなければならない。

（3）第1項及び第2項の収容処分の契機となる行為（Anlasstat）としては、刑が定められた行為であって他人の財産に対するものは考慮されない。ただし、人

35) EBRV 1971, S. 126. こうした判断傾向につき、後掲注62)に対応する本文の記述も参照。限定責任能力規定を設けないことのやや異なる角度からの説明として、「責任無能力が最終的には、その者が法的同胞市民（Rechtsgenossen）にとって『相手にできる人（Vergleichbares Du）』ではなく、そのため処罰は一般予防的、またその者の特殊な状態ゆえに特別予防的にも無意味であろうというとき、この考え方は責任能力者には、つまり精神障害があったとしても弁識・制御能力を排除しない程度のものであれば妥当しない。『限定責任能力』の概念はすでに、そうした基本的理解からは疑義のないものではない（非決定論的立場による場合にはおそらく異なる）」とのコメントもある（Höpfel WK², § 11, Rz. 21）。

に対する暴行を用いて、又は生命若しくは身体に対する現在の危険でもってする脅迫の下で行う場合（第 89 条）はこの限りでない。

精神障害の影響の下で一定の重大犯罪（法定刑の上限が自由刑 1 年を超える罪。ただし、非暴力的財産犯を除く）を行った被告人について、その精神障害からして重大結果を伴う再犯のおそれが認められる場合には、保安処分（予防処分〔Vorbeugende Maßnahme〕）としての「精神異常触法行為者の施設収容」が命じられる（21 条）。①責任無能力で無罪となる者に対する場合（1 項）と、②責任能力は否定されない者に対し、刑と併せて言い渡される場合（2 項）がある。②の場合、執行は刑に先行し、その期間は刑の執行期間として算入される（24 条 1 項）。

本制度は、責任無能力者に刑罰を科すことはできず、責任能力者であっても精神障害があれば責任が軽くなりうること（34 条 1 項 1 号参照）を前提に、しかし当該の精神障害に基づく再犯の危険があると判断される場合の社会の保安を図ろうとするものである³⁶⁾。

統計により運用をみると、年間の（新）収容数は、2000 年以降、①について 60～100 名前後、②について 40～60 名前後で推移している³⁷⁾。2015 年の刑事施設被収容者数（1 日平均）は、自由刑の執行によるものが 6,171 名に対し、保安処分によるもの（その多くが精神異常触法行為者³⁸⁾）が 852 名であり³⁹⁾、相応に存在感がある。収容期間は無期であるが（25 条 1 項）、平均的には①について 2～3 年、②について 4～5 年といったところで、近年やや長期化の傾向にある⁴⁰⁾。

36) Vgl. EBRV 1971, S. 98.

37) Bundesministerium für Justiz, Sicherheitsbericht 2015 Bericht über die Tätigkeit der Strafjustiz, S. 115.

38) 他に、アルコール・薬物の禁絶を要する触法行為者の収容処分（22 条）、危険な累犯者の収容処分（23 条）がある。

39) Bundesministerium für Justiz, aaO, S. 120.

40) Bundesministerium für Justiz, aaO, S. 119.

4 量刑の一般原則と量刑責任の評価基準

（〔量刑の〕一般原則）

第 32 条（1） 刑の量定の基礎は、犯人の責任（Schuld）である。

（2） 裁判所は、刑の量定に際して、加重事由と減輕事由（Erschwerungs- und Milderungsgründe）を、それらがすでに法定刑を決定していない限りで、相互に考量し、併せて刑及び犯行によるその他の予期される帰結が犯人の社会における将来の生活に及ぼす影響を斟酌する。その際、犯行をどの程度に、法的に保護された価値に対する拒否的又は無関心な犯人の態度（Einstellung）、及び法的に保護された価値を共有する者をも犯行に及ばせかねない外的事情若しくは動機に帰することができるかを特に考慮する。

（3） 刑は、一般的には、犯人に帰責され、若しくは犯人が惹起したわけではないがその負責が及ぶ侵害若しくは危険が大きい程、犯人の行為による義務違反が多い程、犯人が犯行を熟慮している程、犯人が犯行を周到に準備している程、又は犯人が犯行を無思慮に（rücksichtslos）実行しているほど、犯行に対して用心することが困難である程、重く量定されなければならない。

（1） 量刑における責任と予防

本条は、刑（自由刑の刑期など）の量定の一般原則を定めた規定である⁴¹⁾。

1 項は、責任を基礎とするという公式（Grundlageformel）により、量刑における責任主義を宣言する。この定めの下、量刑は、行為責任を基礎としつつ、特別予防と一般予防の目的をも考慮して行うものと解されている⁴²⁾。制定当時の条文は予防目的の考慮に言及していなかったが、ドイツやスイスに倣い、1996 年の法改正⁴³⁾により、2 項 1 文後段に「併せて刑及び犯行によるその他

41) 刑の全部・一部の執行猶予（43 条、43 条 a）や短期刑の罰金による代替（37 条）の判断は、32 条による狭義の量刑とは区別され、それぞれの規定により規律される。それについては、小池・前掲注 3）744 頁以下を参照。

42) Fabrizio StGB¹², § 32, Rz. 7.

の予期される帰結が犯人の社会における将来の生活に及ぼす影響を斟酌する」という文言が追加された。犯人の個人的事情を斟酌することで、刑の非社会化効果が(再)社会化効果を上回ってしまう危険を排除又は制限すべきものと説明される⁴⁴⁾。

量刑における責任と予防の関係については、責任相当性の幅の枠内で予防目的を考慮するものと解し、少なくとも責任刑の上回りを否定する理解が一般的と思われる⁴⁵⁾。従って、例えば精神障害を有する行為者の危険性を理由として、責任相当刑を上回る刑を科すことはできない⁴⁶⁾。

(2) 量刑責任の構造と責任評価の基準

量刑の基礎としての責任は、いわゆる個別行為責任 (Einzelentschuldung) である。犯罪論でいう不法を含む (不法を受けた) ものであり、①結果、②行為そして③心情 (Gesinnung) の無価値から成ると整理されることが多い⁴⁷⁾。

①結果無価値と②行為無価値は、不法の要素である。それらは、本条3項が列举する事由 (侵害・危険、義務違反、熟慮、周到さの程度など) 及び33条・34条が例示列举する特別な加重・減輕事由にも反映されている。

③心情無価値は、狭義の責任に関わる要素であり、列举事由にも反映されている。このカテゴリーは、代表的な注釈書の整理によれば⁴⁸⁾、犯罪論にいう

43) BGBl I 1996/762.

44) Erläuterungen, 33 der Beilagen X X. GP., S. 33 ff.

45) Vgl. Fabrizy StGB¹², § 32, Rz. 1; Medigovic/Reindl-Krauskopf, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2013, S. 69 f. (以下、Medigovic/Reindl-Krauskopf AT IIとして引用)。それに対して、明文で禁止されなかった経緯に鑑み、責任相当刑の上回りも必ずしも否定されないとの理解も代表的な注釈書において示されている (Ebner WK², § 32, Rz. 49. 後掲注 50) も参照)。ただし、そこでも、犯行の重大性以外の要素は調整的にのみ作用し、犯行の重大性に応じた上限・下限からの逸脱は、犯行の重大性と刑の均衡を失わない限りで許されるものと述べられている (Rz. 50)。

46) そのため前述の収容処分制度が設けられている (EBRV 1971, S. 98)。

47) Ebner WK², § 32, Rz. 3 ff.; Fabrizy StGB¹², § 32, Rz. 2.; Medigovic/Reindl-Krauskopf AT II, S. 65 ff.

責任要素（責任能力、不法の意識、期待可能性）を量的に把握したもの（典型例として、異常な精神状態〔34条1項1号〕、責任阻却事由類似状況〔11号〕、法律の錯誤〔12号〕）と、犯罪論にいう責任要素の存否を直ちに左右しないが、責任の程度に影響を与える人格的・性格的要素の総体から成る。

注目されるのは、本条2項2文が、加重事由と減輕事由の考量の際に、犯行を、「法的に保護された価値を共有する者をも犯行に及ばせかねない外的事情若しくは動機」と「法的に保護された価値に対する拒否的又は無関心な犯人の態度」のいずれにどの程度帰することができるかを考慮すると定めて、責任評価の基準を示していることである。このように、非難可能性としての責任を問題としつつ、その評価基準を「法的に保護された価値を共有する者」（モデル人〔Modellfigur〕）に求め、行為者の価値基準がそこからずれていることを非難の契機とする「規範的一性格論的責任概念（normativ-charakterologischer Schuldbegriff）」は、すでに見たように⁴⁹⁾、オーストリア刑法の責任概念の基調をなしている。その下で、責任の程度は、犯人の主観的基準ではなく、その身体的・生理的能力や犯行に至った経緯・動機を客観的基準（「法的に保護された価値を共有する者」にとって理解・共感可能か）で評価することで測られる。それにより、犯罪的な人格の偏りを持った者や反社会的な者ほど責任が重いと考えることが可能となり、その限りで、個別行為責任に人格的・性格的要素が流入するという説明がなされている⁵⁰⁾。

48) Vgl. Ebner WK², § 32, Rz. 6 ff.

49) 前掲注14) 及びそれに対応する本文を参照。

50) EBRV 1971, S. 123; Fabrizy StGB¹², § 32, Rz. 2. それに対し、この基準の個別行為責任との両立可能性を疑問視し、人格的・性格的要素は犯人の危険性（特別予防）の見地から評価すべきだとする見解も有力に主張されている（Ebner WK², § 32, Rz. 13; Medigovic/Reindl-Krauskopf AT II, S. 68. 安田拓人「責任能力論の到達点となお解決されるべき課題について」川端博ほか編『理論刑法学の探究⑥』〔2013〕27頁はおそらくそうした理解に依拠し、オーストリア刑法は「行為者人格が特別な危険性を示す場合には、特別予防上の考慮から責任減少に制限をかけ」、特別予防的考慮により責任刑を上回る刑を科すことを認めていると解している）。

(3) 加重事由・減輕事由

本条2項1文は、量刑に際して、「加重事由と減輕事由を、それらがすでに法定刑を決定していない限りで⁵¹⁾、相互に考量」することを求める。量刑事由としては、3項が、①帰責される侵害・危険、②行為の義務違反、③犯行の熟慮、④周到な準備、⑤無思慮さ⁵²⁾、⑥犯行に(被害者が)用心することの困難性の各程度に応じて刑が重くなることを定めている。

上記の6要素が「『一般原則』の下に取り込まれているのは、あらゆる犯罪行為の場合に問題になるからというだけ」であり、33条・34条の列举事由との間に重みの優劣があるわけではない⁵³⁾。つまり、6要素はいわばデフォルトでチェックされる項目であり、事案に応じて問題となる(その意味で「特別な」)33条・34条の列举事由による加重・減輕を加味して、行為責任の重さを評価する趣旨と考えられる。

ここでいう「加重事由と減輕事由」とは、原則的に、法定刑の枠内で量刑を重く又は軽くする方向で考慮される事由という趣旨であり、処断刑の加重・減輕を意味しない。ただし、次の例外がある。

(減輕事由が凌駕する場合の例外的〔außerordentlich〕減輕)

第41条 (1) 減輕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ときは、次の刑を科することができる。

1. その犯行について無期の自由刑が定められている場合、又は10年以上20年以下若しくは無期の自由刑が定められている場合には、1年以上の自由刑
2. その犯行について無期の自由刑は定められていないが、10年以上の自由刑が定められている場合には、6月以上の自由刑
3. (以下略)

51) いわゆる二重評価の禁止の趣旨である (EBRV 1971, S. 122; Fabrizy StGB¹², § 32, Rz. 5)。

52) 主として過失犯で問題となるもので、他者の利益を無視又は軽視して自己の目的を追求することをいうとされる (EBRV 1971, S. 124)。

53) EBRV 1971, S. 122.

このように、「減輕事由が加重事由を著しく凌駕」し、かつ、再犯のおそれに乏しい場合には、法定刑の下限を下回る量刑が許される。それが認められる場合の減輕の幅はかなり大きい。「減輕事由が加重事由を著しく凌駕」といえるには、事由の数は問題ではなく、単独の事由でも、法定刑の下限を下回る量刑を適切と思わせるような事情があればよいと解されている⁵⁴⁾。運用は罪名により異なるようであり、法定刑が重すぎると感じられる重強盜 (schwerer Raub) や職権濫用 (Amtsmissbrauch) の罪では5割以上の事案で本条による減輕がなされるのに対し、殺人の減輕類型である故殺 (76条。下限5年) では扱いはより厳格であるという⁵⁵⁾。

5 責任能力に関わる量刑事由

(特別な加重事由)

第33条 (1) 加重事由は、特に、犯人に次の事情がある場合に認められる。

1. 複数の同種若しくは異種の犯罪行為を行い、又は犯罪行為を比較的長期間にわたり継続した場合
2. 同じ有害性向 (schädliche Neigung) に基づく犯行によりすでに有罪判決を受けていた場合⁵⁶⁾
3. 他人を犯罪行為へと誘惑した場合
4. 複数人により行われた犯罪行為の発起者 (Urheber) 若しくは教唆者 (Anstifter) であり、又はそのような犯行に主導的に関与した場合
5. 人種差別的、排外的若しくはその他の特に悪質な (verwerflich) 動機… (略)

54) Vgl. Ratz WK², § 41, Rz. 11.

55) Vgl. Ratz WK², § 41, Rz. 2.

56) 「同じ有害性向」に基づくとは、定義規定 (71条) によれば、前回と今回の犯行が「同じ法益に向けられているか、又は同種の悪質な動機若しくは同じ性格の欠陥に帰すべき」場合をいう。さらに、複数の前科がある者について、前刑の執行終了から5年以内であるなどの要件を充たすと、法定刑の上限を (1.5倍まで) 上回る量刑が可能となる (39条・累犯加重)。

…で行為をした場合

6. 不意打ちにより (heimtückisch)、残酷に又は被害者に大きな苦痛を与える態様で行為をした場合

7. 犯行の実行に際して、他人の無防備又は無援助な状態を利用した場合

8. (略)

(2) (略)

(3) (略)

(特別な減輕事由)

第 34 条 (1) 減輕事由は、特に、犯人に次の事情がある場合に認められる。

1. 満 18 歳に達した後、満 21 歳に達する前に、又は異常な精神状態 (abnormer Geisteszustand) の影響の下で犯行に及んだ場合、犯人の知力が弱く (schwach an Verstand)、又は教育が非常におろそかにされてきた場合

2. それまで全うな生活を送ってきており、犯行は犯人の平素の行動と顕著に相いれない場合

3. 尊重に値する (achtenswert) 動機から犯行に及んだ場合

4. 第三者の働きかけの下で、又は恐怖心若しくは服従心から犯行に及んだ場合

5. 法律が結果の惹起に対して刑を定めているときに、犯人が結果を回避しなかったことのみを理由に可罰的とされる場合

6. 複数人によりなされた犯罪行為に従属的な態様で関与した場合

7. 無分別 (Unbesonnenheit) から犯行に及んだにすぎない場合

8. 一般的に理解できる激しい心の動揺 (allgemein begreifliche heftige Gemütsbewegung) において犯行へと突き動かされた場合

9. あらかじめ意図してというよりは特に誘惑的な機会に導かれて犯行に及んだ場合

10. 労働嫌悪には帰せられない切迫した困窮により犯行を決意するに至った場合

11. 責任阻却事由又は正当化事由に近い事情の下で犯行に及んだ場合

12. 責任を阻却しない法律の錯誤 (第 9 条) において犯行に及び、特に故意犯で処罰される場合

13. 犯行が既遂に至ったにもかかわらず損害を惹起せず、又は未遂にとどまった場合
 14. より重大な損害を加える機会があったにもかかわらず任意に思いとどまった（sich freiwillig enthalten）場合、又は、損害が犯人により若しくは第三者により犯人のために回復された場合
 15. 生じた損害を回復し、又はさらなる不利益な帰結を妨げる真剣な努力をした場合
 16. 容易に逃走でき、又は発覚しないことが蓋然的であったにもかかわらず自首した場合
 17. 悔悟から自白をなし、又はその供述により真実発見に重要な寄与を果たした場合
 18. 犯行に及んだのが相当以前であり、それ以来全うに振る舞ってきた場合
 19. 自己又は人的に近い人物が、犯行により又は犯行の帰結として、甚だしい傷害若しくは健康侵害又はその他の重大な事實的若しくは法的な不利益を受けたことにより、犯人が害を受けた場合
- (2) (略)

(1) 総説

32条2項1文を受け、33条と34条が特別な加重・減輕事由を上記のように多数（例示）列挙し、また後述のように35条が自ら招いた酩酊状態を理由とする量刑の減輕を制限する規定を置いている。列挙事由は、法改正により数次にわたり拡充されている⁵⁷⁾。以下では、減輕事由のうち、精神障害ないし責任能力の減退に関わるものを取り上げる。

前述のように、オーストリア刑法には限定責任能力の制度がないため、精神障害により弁識・制御能力が著しく減退していたとしても、原則として（前述

57) 改正履歴について、Birklbauer/Schmidhuber SK, § 33, Rz. 12 f.; § 34, Rz. 8 ff. 最新の改正は、BGBl I 2015/112による。政府案の理由書として、Erläuterungen, 689 der Beilagen X X V. GP. 逐条形式の解説書として、Manuela Troppacher, Strafrechtsänderungsgesetz 2015, 2016. 本稿の関心との関わりは薄い。

の41条の適用がない限り) 通常の法定刑の内部で、当該の事情を減軽方向で考慮しながら量刑を行うことになる。

(2) 若年成人・「異常な精神状態」の影響・知力が弱いこと・教育懈怠 (34条 1項1号)

本号は、責任能力(弁識・制御能力)に問題がありうる犯人の属性をまとめて規定したものとされる⁵⁸⁾。

①若年成人(18歳以上21歳未満)が減軽事由とされるのは、未成熟、人生経験や社会に対する理解の不足に基づく⁵⁹⁾。

②「異常な精神状態」は、理由書によれば、その程度が強くなったときに責任無能力に至るものに必ずしも限られない。医学的には病気としての性質を認められないのが通例である人格構造の特殊性、従って精神病質なども含むうる。「必要であるのは、その異常が行為者の意思活動に影響を与えたということだけ」である⁶⁰⁾。

もっとも、そのように素朴に考えると、行為者は自己の性格の欠陥・偏り(法により保護された価値を共有していないこと)については責任を負わなければならないという前述のオーストリア刑法の責任観(32条2項後段)と矛盾しかねないという問題がある。そのように「行為者が責任をとらなければならない性格ないし心情の欠陥と、むしろ減軽方向で評価されるべき人格構造の限界を引くのは困難である」ことに鑑み、「疾病性を伴う病的状態(pathologische Zustände mit Krankheitswert)ないしそれに近い状態」についてのみ、減軽事由と

58) Vgl. Birklbauer/Schmidhuber SK, 2015, § 34, Rz. 19. Ebner WK2, § 34, Rz. 2は、「(帰責性がなく非難不可能な) 弁識・制御能力の低減の法律上の推定」とする。

59) Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 21. なお、36条が犯行時21歳未満の者に対する処断刑の減軽を定めている。特に無期刑(lebenslange Freiheitsstrafe)が一律に排除されることが重要である。

60) EBRV 1971, S. 126. 高度の異常性により重大再犯のおそれがある場合には、前述の精神異常触法行為者の収容処分(21条2項)が命じられることになるが、その程度に達しなくても、本号の減軽事由としては認められる(Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 24)。

して認めるべきであるとの見解も主張されている⁶¹⁾。

また、他の事情との総合評価の中で責任能力の低減が埋め合わされ、量刑の減軽に結びつかない場合もあるということも認められている。例えば、「異常な精神状態は、裁判所が犯人の精神状況に帰せられる犯行実行の残虐性（33条1項6号）を加重的に評価することを妨げない。また32条3項に即して犯人の危険性も責任評価に取り込まれなければならない。精神障害から帰結する危険性も例外ではない。このことが意味するのは、総合評価により、……〔異常な精神状態という〕減軽事由により小さい重みしか与えられず、あるいはそれが欠落するということである。ただし、精神障害単体で加重的に作用することはない」などと述べられている⁶²⁾。

なお、アルコールや薬物の摂取により本号の精神・心神の異常な状態を生じた場合には、後述する35条の考え方に従い、それらの無責任な摂取に関する非難により責任能力の低下が埋め合わされる限りで減軽的には考慮されないとされる⁶³⁾。

③「知力が弱い」とは、かつての（責任無能力たりうる）精神薄弱と同じではなく、知的能力が明白に低く、「いわば絶え間なく、『無分別な（unbesonnen）行為』に陥りやすく、それゆえに責任減軽的に作用する」状態をいうとされる⁶⁴⁾。

④「教育が非常におろそかにされてきた」ことによる減軽は、成長過程に起因して不法の意識が阻害され制御能力（Dispositionsfähigkeit）が害されうることに基づくが、犯罪的・反社会的な環境で育ったか、又は全く教育的措置を受けていないというようなかなり狭い範囲でしか認められない。実務上は25歳を超えたり、複数回受刑の経験があったりすると否定されるという⁶⁵⁾。

61) Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 25. Vgl. auch Burgstaller, Grundprobleme des Strafzugesrechts im Österreich, ZStW 94, 1982, S. 141.

62) Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 27. Vgl. auch Ebner WK², § 34, Rz. 3.

63) Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 26.

64) Ebner WK², § 34, Rz. 4. Vgl. auch Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 28.

65) Ebner WK², § 34, Rz. 5.

(3) 「一般的に理解できる激しい心の動揺」(34条1項8号)

情動 (Affekt) による行為における責任減少は、期待可能性と責任能力の双方にまたがり、神経症などによる興奮状態であれば1号とも関わるとされる⁶⁶⁾。

本号が問題にする情動は、「激しい」ものでなければならず、それは「強度の倫理的抑制 (Hemmungen) をも上回ってしまうようなもので、行為者は専らその影響の下で犯行の決意をしたという程度において生じなければならない」⁶⁷⁾。

また、情動は「一般的に理解できる」ものでなければならない。ここでも、32条2項2文の方針に従い、法的に保護された価値を共有する者 (からの理解・共感可能性) が標準となる。そこから、激しい情動を招いた経緯に非難すべきものがある (例えば、落ち度のある飲酒酩酊に起因して激しい情動状態に陥った、自分の不倫に端を発して配偶者から離婚を突きつけられて激昂した) 場合や犯行自体が周到に計画されたものであった場合には、本号の適用が否定されうるという⁶⁸⁾。

本号の事由も原則として法定刑の中での量刑の一要素であるが、次の重要な例外がある。

(謀殺 [Mord])

第75条 他人を殺した者は、10年以上20年以下又は無期の自由刑に処する。

(故殺 [Totschlag])

第76条 一般的に理解できる激しい心の動揺において他人を殺すことへと突き動かされた者は、5年以上10年以下の自由刑に処する。

66) Vgl. Höpfel WK², § 11, Rz. 9; Moos WK², § 76, Rz. 5. さらに、Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 65 は、心理的な例外状況は不法を減輕させるという。

67) Vgl. Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 65. いわゆる強壯性 (sthenisch) と虚弱性 (asthenisch) の両者を含む。

68) Vgl. Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 66 f.; Ebner WK², § 34, Rz. 20. 犯行自体は是認できないものであることは前提である。犯行自体は理解可能でなくとも、それに至った経緯・動機が一定程度理解可能であればよい。

殺人については、34条1項8号と同じ事由（「一般的に理解できる激しい心の動揺」）が減軽構成要件（故殺）の要素へと格上げされている。オーストリア刑法における殺人の基本類型としての謀殺と減軽類型としての故殺は、前者は自由刑10年以上、後者はそれ以下という形で法定刑の区分けが行われており、情動性は、殺人に関しては刑の重さを決定的に左右する事情として扱われていることになる⁶⁹⁾。

故殺の成立要件の解釈に関しては多くの議論があるが⁷⁰⁾、本稿では立ち入ることができない。

(4) 「責任阻却事由…に近い事情」(34条1項11号)

異常な精神状態等の影響が甚だしく、具体的状態が責任無能力に近いものであれば、1号と本号が競合する。その結果、前述の減軽事由が凌駕する場合の法定刑の下回り(41条)につながることもありうる⁷¹⁾。

(5) 「酩酊」—自招の場合の減軽の制限(35条)

(酩酊 [Berauschung])

第35条 犯人が責任能力を排除しない酩酊状態 (Rauschzustand) で行為をした場合において、この事情は、それにより生じた責任能力の低下が酩酊剤 (barauschendes Mittel) の摂取又は使用が事情に応じて基礎づける非難によって埋め合わされない限りで減軽的に考慮する。

本条は、アルコールや薬物の摂取・使用により、責任能力が(失われはしないものの⁷²⁾) 低下した状態を自ら招き、その状態で犯罪行為をした場合につい

69) 参考までに適用頻度をみると、1975年から1999年までの有罪人員は、謀殺が1,141名、故殺が201名とのことである (Moos WK², § 75, Rz. 51; § 76, Rz. 62)。

70) 代表的な注釈書における故殺(76条)の注釈 (Moos WK², § 76) は、50頁近くに及ぶ。

71) EBRV 1971, S. 126 f. Vgl. auch Birklbauer/Schmidhuber SK, § 34, Rz. 85.

72) 責任無能力を自招した場合については、前掲注28) 参照。

て、責任能力低下の量刑減輕事由としての考慮を制限する規定である⁷³⁾。

その趣旨は、理由書において次のように説明されている。すなわち、アルコールや薬物の作用による「酩酊状態の持つ、抑制を失わせ、自己責任 (Selbstverantwortlichkeit) を解体し、そうして犯罪の原因となる作用は知られている。それゆえに、酩酊剤の過剰な摂取は、社会的な責任感の欠如を示す」⁷⁴⁾。そうしたところ、32条2項の考え方の下、酩酊による弁識・制御能力の減退と、酩酊剤を（その具体量において）用いたことの落ち度（社会的責任感の欠如）を比較考量し、前者が後者により埋め合わされてしまう場合には、減輕事由として考慮しないことが適当であるという⁷⁵⁾。つまり、32条2項は責任非難の基準として、犯行を「法的に保護された価値に対する拒否的又は無関心な犯人の態度」にどの程度帰することができるかを問題としているところ、酩酊の影響により弁識・制御能力が低下していたことは、原則的には上記程度が低いと思わせる事情にほかならない。しかし、行為者が酩酊剤を無責任な形で使用した結果としての犯行は、結局のところ法的価値に対する拒否的・無関心な態度の表現といえるため、責任非難の埋め合せが可能という理解であろう⁷⁶⁾。

73) 過失犯においては、他人の生命・健康・身体に対する危険をもたらすことを予見可能であったのに、酩酊剤の使用により自己の責任能力を排除しない程度の酩酊状態を招いた場合は、重過失の一類型（法定刑は、①過失致死〔単純過失の上限1年（80条1項）→重過失の上限3年（81条2項）〕、②過失傷害〔単純過失の上限3月〔88条1項〕→重過失の上限6月（同条3項）〕、③過失重傷害〔単純過失は上限6月〔同条4項1文〕→重過失は上限2年（同条4項2文前段）〕）又は④独立の犯罪類型（89条・他人の生命・健康・身体に対する危険を生じさせたこと自体を危険犯として処罰）とされている。なお、2015年改正により、被害者複数の場合の加重類型（単純過失致死〔80条2項〕、重過失致死〔81条3項〕、重過失重傷害〔88条4項2文後段〕）の創設などの修正が行われた。

74) EBRV 1971, S. 128.

75) EBRV 1971, S. 129.

76) そうした埋め合わせによる減輕の否定にとどまらず、無責任な薬物摂取等への「非難が凌駕すれば、結論において、減輕事由がないというだけではなく加重事由がある」（EBRV 1971, S. 129）、つまりむしろ量刑が加重されることもありうるのかについては、争いがある。最上級審の判例は、多くの場合に減輕の否定にとどめるものの、反対の判断もみられるようである（Vgl. Ebner WK², § 35, Rz. 8）。

そのような趣旨の下で、「摂取又は使用が事情に応じて基礎づける非難」の程度は、特に当該薬物等の摂取の効果に関する行為者の（個人的）知識ないし（過剰な）摂取の帰結としての犯罪的行動の予見可能性に即して評価される⁷⁷⁾。例えば、酩酊剤の摂取の前にすでに犯行を計画していたような場合はもちろん不利な事情となる。また、過去に同じ薬物などで犯罪的行動に及んだ前科等があるならば重視される。そうでなくとも、過剰飲酒による攻撃性の上昇に関する知識があった場合には非難されうる。医師の指示又は裁判所が命じた遵守事項に反する飲酒も同様である。違法薬物の使用（Drogenkonsum）による酩酊は、すでにその可罰性からして非難可能とされる^{78) 79)}。

6 結びに代えて

以上、オーストリア刑法における責任能力低下と量刑に関する規定を概観してきた。大ざっぱにまとめれば、責任の程度の評価の一般的基準を、犯行を「法的に保護された価値に対する拒否的又は無関心な犯人の態度」にどの程度帰すことができるかに求め、精神障害により弁識・制御能力に低下がみられる場合には上記程度が原則的に下がるという前提に立ちながら、犯情全体の考慮や、犯行時に精神障害の影響があってもなお犯行が犯人の法的価値に対する拒

77) 本条の前身規定では、自己に落ち度がある酩酊状態は、「特別な事情、特に犯人が無理もない激しい情動から酩酊剤の摂取へと突き動かされたときに限り」減輕事由とすると定められていた。しかし、酩酊剤の摂取をどの程度非難できるかは、例えば飲酒自体の動機に酌むべきものがあつたかよりも、飲酒等による自己の反応についての経験等の問題であるという考慮の下、現行 35 条の規定内容に改められた（EBRV 1971, S. 129）。

78) Vgl. Ebner WK², § 35, Rz. 4; Medigovic/Reindl-Krauskopf AT II, S. 81.

79) ただし、本条で規律されるのは、薬物使用により直接生じた酩酊状態下での犯行である。慢性中毒により精神病の症状を示し、あるいは人格崩壊に至っている場合、本条ではなく、34 条 1 項 1 号（「異常な精神状態の影響」）の問題である（Vgl. Ebner WK², § 35, Rz. 4, 7）。さらに、薬物依存者による自己使用目的での取得等については、嗜癖薬物法（Suchtmittelgesetz: SMG）に、責任減少に配慮した減輕規定（同法 27 条 5 項）がある（Vgl. Litzka/Matzka/Zeder, Suchtmittelgesetz Kurzkomentar, 2. Aufl., 2009, § 27, Rz. 101）。

否的・無関心な態度のあらわれである限りでは厳しい非難が可能であるという考慮を加味する思考が基本である。そのために、限定責任能力規定は置かず、量刑の一般原則の規定と特別の（法定刑内の量刑）減軽事由の組み合わせで原則的に対応し、また自招が問題になりやすいアルコールや薬物による酩酊については特に規定を設けるなど、理論的対立が激しい分野において決めるべきところは決め、相応に合理的なルール作りが目指されているといえる。責任減軽事由となる精神障害と自ら責任をとるべき法的価値の不共有（人格の偏り）の区別にはあいまいさも残り、また保安処分と一体的に機能していることへの注意も必要であるが、わが国の量刑判断を考えるにあたっても参考になるところが少なくないであろう。

もっとも、本稿では基礎知識を整理したにすぎず、立ち入った検討をすることはできない。具体的な関心に応じて判例・文献にあたるなどし、自分なりに論を組み立てていく作業については他日を期し、結びに代えざるをえない。