

# オーストリア環境刑法の発展について

— ウェークシャイダーの所説を中心に —

金子 正 昭

## はじめに

オーストリア現行刑法典（1996年刑法改正法律）は、その各則第7章に「公共に危険な可罰的行為および環境に対する可罰的行為」という表題を設け、いわゆる「環境刑法」の領域をも基本刑法に組み入れている<sup>(1)</sup>。しかし、環境刑法の基本的性格は1987年刑法改正法律によってほぼ完成していた（錯誤に関して、それまで総則規定の第9条（法律の錯誤）が援用されていたのを新たに「法規に関する錯誤及び官庁の委託に関する錯誤」規定（第183a条）と「有効な悔悟」規定（第183b条）を設けた）ものを一部修正して、新たに廃棄物処理および設備の操業に関する過失処罰規定を設けたに過ぎない。この意味で、オーストリア環境刑法は1987年刑法典によって誕生したとされている<sup>(2)</sup>。ところが、わたくしの見るところでは、1974年刑法典には、すでに水又は大気の汚染による故意又は過失の危害行為、動物および植物の生存に対する故意又は過失の危害行為の条項が存在していたため、実質的には1974年刑法典が「環境刑法」の萌芽であったと評価し得ると思われる<sup>(3)</sup>。

ここで明らかにしようとするのは、オーストリア環境刑法の発展についてである。その手がかりとなるのは、ウェークシャイダーの「オーストリア環境刑法の発展について」というトゥリフテラーの65歳誕生祝賀論文集に収録された論稿による。

なお、わが国では、特別法として1970年の「公害犯罪処罰法」（いわゆる

「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」(昭和45年法142号))を基礎としてあるいはドイツ環境犯罪取締法を手本にしながら「環境刑法」を理論づけようとの試みがなされている<sup>(4)</sup>。わが国の公害犯罪処罰法は、「人の健康に係る公害」を独立の刑事犯罪類型とし、その防止のために刑事制裁を使用することが可能な施策を設けている(例えば、過失危険犯の処罰、両罰規定、因果関係の推定など)。そして、昭和42年施行の公害対策基本法(昭和42年法132号)の下で、大気汚染防止法(昭和43年法97号)、騒音規制法(昭和43年法98号)、水質汚濁防止法(昭和45年法138号)、振動規制法(昭和51年法64号)等の法令が整備されている。そこでは、「国民の健康を保護するとともに生活環境を保全する」(大気汚染防止法1条、水質汚濁防止法1条)あるいは「生活環境を保全し国民の健康の保護に資する」(騒音規制法1条、振動規制法1条)という目的を実現するために、昭和45年の公害犯罪処罰法で導入された直罰主義を先鋒に、これらの法令に組み込まれた罰則体系はその都度改正・強化され、相当地に完備されたものとなっている<sup>(5)</sup>。

現時点で、わが国独自の「環境刑法」という研究分野はまだスタートラインについたばかりであるといえよう。「公害」という領域を刑法解釈論的に主として取り扱いながら、視点を「環境」に向けようとするものである。その意味で「公害刑法」と「環境刑法」の相関関係を明らかにしなければならないだろう。この点について、公害刑法と環境刑法、あるいは、公害犯罪と環境犯罪とを一応別概念として捉え、両者の関係を検討した上で、「両者を異質視すべきではない。…公害犯罪概念が成立したのは、単なる環境破壊にとどまらず、多数の実害を発生させた歴史的背景のためであろう。ただ、公害の刑罰による抑止という観点からみて重要なのは、過去の被害の制裁よりも、その予防である。そして、その予防の中心は環境破壊の防止、環境保護である」とか「環境犯罪も健康侵害の実害犯に集約される公害犯罪を中心としたグループとして構成されるべきである」という見解もある<sup>(6)</sup>。ここで問題となるのは「環境の保護」ということで何を保護しようとするのかである。米田論文では、公害刑法の根底にある基本的観念を「環境上の諸々の危険に対する人間の生命及び人間

の健康の保護」と理解されているように思われる。このような見解はドイツ環境犯罪取締法が採用している立場と相通じるものがある。この問題は、究極的には環境刑法の保護法益論に還元されよう。ここでは、この点に深く立ち入る予定はないが、一般的には、人格的ないし人間中心主義的法益構成論と生態学的・人間中心主義的法益構成論および生態学的法益構成論があるとされている。環境刑法に関する主流派的な見解によれば、従来は人間中心的法益構成論が多数を占めていたが、最近は生態学的・人間中心主義的法益構成論が主流となりつつあるとされている<sup>(7)</sup>。また、これに関連して、環境刑法の行政従属性の問題およびこれと不可分一体のものとも位置づけられている公務担当者(Amtsträger)あるいは行政機関(Verwaltungsorgan)の刑事責任という問題が議論されている<sup>(8)</sup>。これはドイツ環境犯罪取締法制定以来ドイツで議論され、「環境刑法の行政従属性」はドイツ刑法311 d 条、324 a 条、325条、325 a 条、326条 3 項、328条 3 項・4 項で「行政法上の義務に違反して」というメルクマールを統一的に使用していること、また、330 d 条 4 号で行政法上の義務が前提とされていることに起因している。したがって、ドイツ環境刑法上行政従属性の原理を主張することには刑法解釈論上論理的必然性があったといえる。ただし、ドイツではこの行政従属性に関して、その根拠をどこに見出すかについて議論されている。この点について、クレップファーは「法秩序の統一性」原則を主張する<sup>(9)</sup>。

以上、環境刑法における問題点を若干整理してみたが、これらの問題点に関する刑法解釈論上の解決策は、ドイツ環境刑法の解釈論に学ぶという以上に出ていないわが国の環境刑法において、伊東教授の「生態学的法益構成論」に基づいた環境刑法理論の構成を志向されているのは特に注目される。ドイツのように、もっとも重要な環境犯罪規定を周辺刑法(Nebenstrafrecht)から基本刑法に取り入れた結果的な産物が議論を複雑にしているといえなくもない。そもそも刑法の任務は何か。これを「環境保護」の手段として刑法を考えた場合、クレップファーは次のようにいう<sup>(10)</sup>。「刑法は、基本的には、環境状態を良くするためにはあまり貢献せず、むしろ環境状態がさらに悪化するのを防止しよ

うとするだけである」と。そして、環境刑法は環境の現実的な現存状態すなわち「現在事実」を保護するのであって、環境行政法を用いて達成しようとする仮説的な最適状態を保護するのではないと。この考え方は納得できる。刑法がUltima-ratio-Prinzipに則るとしてもである。何故かという、刑法は前面に登場してすべてを処罰するというものではない。刑法の補充性・謙抑性・断片性の原則はこれ当然の原則である。これを環境犯罪について見てみると、知らず知らずのうちに被害が拡大していつ、被害が可視的・認識的に理解され得る状態に至ったとき、それは単純に「一個の被害」で片づけられる性質のものではなくなる。個々の人間を超越した、いわば超個人的関係の上で捉えざるを得なくなる。この意味で環境刑法にいう保護法益は「生態学的法益」ということにならざるを得ない。この点の論証は未決定のままにしておきたい。そこで、以下、ウェークシャイダーの「オーストリア環境刑法の発展について」という論稿を検証してみよう。

ウェークシャイダーによれば、オーストリア環境刑法の発展を明らかにする場合、環境刑法の立法史にそって述べていくのが順序であるという。その場合、まず最初に「前史」について述べ、次にオーストリア環境刑法への架け橋を、最後に「環境」という刑法上の保護法益発掘への転換期を明らかにする。

#### 註

- (1) Vgl. Foregger/Kodek, StGB (MKK), 6. Aufl, 1997., オーストリア刑法第180条は1987年刑法改正法律により施行されたものである。表題を「環境に対する故意の侵害」とする。ここで、オーストリア現行刑法における環境犯罪規定をあげておこう。

#### 第180条（環境に対する故意の侵害）

- 1 法規又は官庁の委託に違反して水を汚染し又はその他侵害し、又は土又は大気を汚染した結果、これによって
  - ① 多数の人の身体又は生命に対する危険（第89条）又は
  - ② 動物又は植物の生存に対する危険を重要な地域で発生させた者は、3年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。
- 2 法規又は行政庁の委託に違反して重い持続的かつ重大な程度で水を汚染し又はその他侵害し又は土を汚染し、これによって
  - ① 汚染又は侵害の除去が不可能であるか又は経済的に代替不可能である限りにおいて、汚染又は侵害を永久に又は長期間持続させ、又は

- ② 汚染又は侵害を除去するために必要とされる経費が500,000シリングを上回させた者も、同じである

第181条（環境に対する過失の侵害） 法規又は官庁の委託に違反して180条において刑を科されている行為のいずれかを過失でなした者は、1年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

第181 a 条（騒音による重大な侵害） 法規又は官庁の委託に違反して所為が多数人の身体的状態の持続的かつ重大な侵害をもたらす程度に又はそのような事情の下で騒音を発生させた者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

第181 b 条（環境を危殆化する故意の廃棄物処理および廃棄物運搬）

- 1 法規又は官庁の委託に違反して廃棄物を処理し、貯蔵し、破棄し、放置し又はその他処分した結果、これによって180条1項の種類と範囲において汚染又は侵害の危険を又は水、土又は大気の重く、持続的かつ重大な程度における汚染又はその他侵害の危険を発生させる可能性のあった者は、2年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

- 2 法規又は官庁の委託に違反してその種類、状態又は量に基づいた規則的な処理が第1項で指示されている危険を避けるために必要とされている廃棄物を国内に持ち込み、国内から持ち出し又は国内を通過させた者も、同じである。

第181 c 条（環境を危殆化する過失の廃棄物処理） 法規又は官庁の委託に違反して181 b 条1項において刑を科されている行為のいずれかを過失でなした者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

第181 d 条（環境を危殆化する故意の設備の操業） 法規又は官庁の委託に違反して有害物質を放出する設備を操縦した結果、これによって180条1項の種類と範囲で汚染又は侵害の危険を、又は水又は土又は大気の重い持続的かつ重大な程度で生じた汚染又はその他侵害の危険を発生させた者は、2年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

第182条（動物又は植物の生存に対する他の危害行為）

- 1 次の行為、すなわち、

- ① 伝染病が動物へ伝播する危険を招来し、又は、
- ② 動物又は植物の生存に対して危険を及ぼす病原体又は有害物が伝播する危険を招来するのに適した行為をなした者は、2年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

- 2 法規又は官庁の委託に違反して180条において指示された方法と異なった方法で動物又は植物の生存に対する危険を重要な地域で招来した者も、同じである。

第183条（動物又は植物の生存に対する過失の危害行為） 182条において刑を科されている行為のいずれかを過失でなした者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

第183 a 条（法規に関する錯誤および官庁の委託に関する錯誤）

- 1 180条、181 a 条、181 b d 条、181 d 条および182条の事例において、行為者

がその職業・事務その他の事情によってそうすべき義務があったにも関わらず法規又は官庁の委託に精通していなかった場合又は行為者に法規に関する錯誤又は官庁の委託に関する錯誤が非難される場合に、行為者がさらに故意に行動した場合にはこの規定によって処する。

- 2 第1項は、181条、181c条および183条の事例において、行為者が過失で行動するときにも、相応に当てはまる。

第183b条（有効な悔悟）

- 1 180条、181条および181b条から183条までにおいて刑を科されている行為のいずれかにより、任意にかつ官庁（151条3項）が行為者の罪過について知ってしまう前に自己が招来した危険、汚染およびその他の侵害を除去した者は、実際に人間又は動物の生存又は植物の生存に対して損害が生じていない限りにおいて、これを罰しない。

- 2 167条4項は、これをその大意にしたがって適用する。

- (2) Herbert Wegscheider, Zur Entwicklung des Umweltstrafrechts in Österreich. In: Kurt Schmoller (Hrsg.), Festschrift für Otto Triffterer zum 65. Geburtstag, Springer-Wien 1996, S. 477.,  
(3) Vgl. Foregger/Serini, StGB, 2. Aufl, 1978, 法務資料423号「1974年オーストリア刑法典」(昭和52年) 参照。1974年オーストリア刑法典によれば、各則第7章「公共に危険な可罰的行為」の表題のもと、その181条から183条までは、いわゆる「環境刑法」と称される領域である。その条項をあげる。

第180条（水又は大気汚染による故意の危害行為）

- 1 水又は大気を汚染した結果、これによって他人の身体又は生命に対する危険（第89条）又は重大な程度で他人の家畜、又は他人の狩猟権若しくは漁業権の下にある動物に対する危険を招来させた者は、3年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。  
2 現行法規に違反して水又は大気を汚染した結果、これによって第1項に掲げた危険のいずれかを招来する可能性を生じさせた者も、同じである。

第181条（水又は大気汚染による過失の危害行為） 第180条において刑を科されている行為のいずれかを過失でなした者は、1年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

第182条（動物又は植物の生存に対する故意の危害行為）

- 1 次の行為、すなわち、  
① 伝染病が他人の家畜又は狩猟権若しくは漁業権の下にある動物へ伝播する危険を招来し、又は、  
② その他このような動物に対して第180条に掲げられた以外の方法で重大な程度における危険を招来するのに適した行為をなした者は、2年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。  
2 農業又は林業にとって危険な病原体又は有害物が伝播する危険を招来するのに適した行為をなした者も、同じである。

第183条（動物又は植物の生存に対する過失の危害行為） 第182条において刑を科されている行為のいずれかを過失でなした者は、6月以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する。

この1974年オーストリア刑法第180条2項は、抽象的危険犯と理解されている。

そして、法規に関する錯誤は総則規定の第9条（法律の錯誤）により処理されていた。フォレッガー—セリーニのコンメンタールによれば、「行政従属性」なる表現には全く触れられていないのである。ただし、現行法規には連邦法律又は州の法律及び州命令があるとされている（Vgl. Foregger-Serini, StGB. 2. Aufl. 1978. § 180 Anm III）。ところが、フォレッガー—セリーニのコンメンタール第5版451頁では、法規又は官庁の委託に違反して生じた場合にはじめて、これらの行為は構成要件に該当するという点で、「行政従属性」が存在すると主張されている（Vgl. Foregger-Serini, StGB. 5. Aufl. 1991. § 180 Anm II）。そして、フォレッガー—コーデクのコメンタール第6版も同旨である（Vgl. Foregger-kodek, StGB. 6. Aufl. 1997. § 180 Anm II）。

このようにオーストリア環境犯罪規定を洞察してみると、環境刑法の環境行政への依存性が強化されていると考えられる。この点で、まだ「行政従属性」がそれほど顕在化していなかった1974年刑法が「環境刑法」として独自の環境犯罪規定を設けていた点を評価したい。

- (4) 公害罪法と環境刑法を論じたのに、米田泰邦「公害・環境侵害と刑罰—公害刑法と環境刑法」石原＝佐々木＝西原＝松尾編『現代刑罰法大系』2 経済活動と刑罰163頁以下、芝原邦爾「公害犯罪処罰法の問題点」同『刑法の社会的機能—実体的デュー・プロセスの理論と提唱』113頁以下（「人の健康に係る公害犯罪の処罰に関する法律」としてジュリスト471号57頁以下）、名和鉄郎「公害刑法の理念と現実（1）」静岡大学法経研究26巻3＝4号123頁以下、浜田栄次「公害事犯の実態と取締上の問題点」法律のひろば29巻4号45頁以下、垣口克彦「公害犯罪処罰法の問題性」阪南論集（社会・人文・自然科学編）17巻4号71頁以下、中山研一「公害犯罪—企業活動と刑事責任」中山＝西原＝藤木＝宮沢編『現代刑法講座』第5巻83頁以下参照。また、ドイツ環境刑法をを手本としながら「環境刑法」の研究を進められているのに山中敬一「ドイツ環境刑法の理論と構造」関大法学論集41巻3号495頁以下、同「環境刑法」ジュリスト1015号124頁以下、川口浩一「環境刑法の基礎理論（1）」奈良法学会雑誌6巻2号1頁以下、伊藤司「環境（刑）法総論—環境利益と刑法的規制—」九大法政研究59巻3・4合併号637頁以下。
- (5) 脚注(4)であげた諸論文では、公害罪法の問題点が多数指摘されているが、とくに罰則の整備という点では「直罰主義」の導入があげられている。例えば、大気汚染防止法の改正を見てみると、改正前は、ばい煙排出者には排出基準を遵守する義務が課されていたが、この義務違反に対して罰則の適用はなく、むしろ自主的に排出基準を遵守することを期待するとともに、計画変更命令、改善命令等の違反に罰則を設けるという間接強制を施していたに過ぎなかった。これに対して改正法は、改善命令を介することなく、排出基準違反に対して直ちに罰則を適用することを可能

にした（同法33条の2、1項1号、同条2項）。この点は水質汚濁防止法（12条1項、31条1項1号、同条2項）も例外ではなくなった。なお、山村恒年「検証しながら学ぶ環境法入門」（昭和堂・1997年）55頁、94頁、104頁、113頁、123頁、144頁等参照。そこでは、罰則規定についてそれぞれ解説されている。

- (6) 米田・前出注(4)169-170頁
- (7) Vgl. Klopfer/Vierhaus, Umweltstrafrecht, 1995. S. 11ff., クレップファーはそこで「生態学的—人間中心主義」見解を支持し、「二重の法益関係」とも呼ばれているとする（ドイツの判例・通説の立場である）。伊東教授は、一連の論文で「生態学的法益構成論」を展開される。伊東研祐「環境刑法における保護法益と保護の客体」『刑事法学の現代的状況 内藤謙先生古希祝賀』305頁以下、同『「環境の保護」の手段としての刑法の機能』『団藤重光博士古希祝賀論文集 第3巻』265頁以下、同「刑法の行政従属性と行政機関の刑事責任—環境刑法を中心に—」『中山研一先生古希祝賀論文集第2巻』117頁以下、特に、121頁以下参照。
- (8) Vgl. Klopfer/Vierhaus, a.a. O., S. 23ff., 立石雅彦「ドイツ環境刑法の改正について」刑法雑誌32巻2号175頁以下、中山敬一「ドイツ環境刑法における解釈論上の諸問題」刑法雑誌32巻2号193頁以下、特に200頁以下、交告尚史「環境刑法の行政従属性」刑法雑誌32巻2号215頁以下、伊東「刑法の行政従属性と行政機関の刑事責任—環境刑法を中心に—」『中山研一先生古希祝賀論文集 第2巻』117頁以下参照。
- (9) Klopfer/Vierhaus, a.a. O., S. 7., ドイツではこの考え方が有力である。（交告・前掲論文・225頁）。
- (10) Klopfer/Vierhaus, a.a. O., S. 1.,

## I. 前史の概観

近代刑法典の環境に関する諸構成要件の前史については、1803年の刑法典よりもさらに遡る必要はない—この時点までは、1974年末まで施行されていた刑法が基本的には1803年刑法典を基礎としていたからである。すなわち、すでに旧刑法を一見すれば、環境刑法の理念について過去数百年間はまだ馴染みがなかったために、これ以上前史に遡る必要はないのである。次に、1852年刑法はいわば1803年刑法典の改訂増刷版であったということを簡潔に表さなければならない。それに続いて、戦時中までの最も重要な刑法草案に目を向けなければならない。第二次世界大戦後、刑法委員会は一環境刑法に対してとはいえないものの—画期的な業績をあげたということである<sup>(1)</sup>。



## 1. 1803年刑法典 (StGB 1803)

フランツⅡ世 (Franz II) のもとで、ハーン、ツァイラーおよびゾンネンフェルスは、(再度) 手続の問題を同時に規定し1804年に施行された当時非常に進歩的な刑罰法規を編纂した。

「第2編 重大なる違警罪について」のなかには、第9章の152条に泉への投毒 (Brunnenvergiftung) が存在し、後になって同じ言葉で1852年刑法典に採用され、1974年12月31日まで効力を有していたオーストリア法は次のようにいう。曰く「一集落の飲用水たる水又は醸造物に役立てられる泉、地下水槽、河川に死んだ家畜又はその他水を汚染する物質を投げ入れ、そして健康を害するに至った者は、一週間の拘禁刑 (Arrest) に処する。明らかに重大な悪戯で、又は悪意による場合には、市町村の公的労務および断食又はむち打ちを拘禁刑に加重して処する」と。

## 2. 1852年刑法典 (StG 1852)

1852年の改正は、もともと編纂上のものだけと考えられていた。公布書によると、刑法典においては、ただ1803年刑法典の「新版 (eine neue Ausgabe)」だけにかかわる問題であった。リットラーは、それについて、1926年、法規は最初から「1803年以後完全に改正された国家法的、経済的および社会的状態の結果時代遅れのもの」であったといったのである。健康に対する軽罪と違軽罪という第9章にただそれとなく環境に関連した構成要件として存在したのは、泉、地下水槽を汚染すること等、同じ言葉で一法定刑を除いて—1803年刑法典から引き継いだ398条である。

この場合、アルトマン・ヤコプの戦時中の初期のコンメンタールによれば、純粋な違警罪だけが問題であった。それ故、抽象的危険で足りたのである。これに対して、具体的危険が存在した場合には刑法335条と431条が適用されていた。しかしながら他方で、水は一集落の多数人に対して実際に飲用水として役立てる必要があった。

カニアクは犯罪が刑法238条の意味で純粹な禁止犯 (reines Verbotssdelikt) であることを示した。カニアクは、すでにこの危険犯は特別な構造を示し、記述されている危殆化を「潜在的なもの (virtuell)」と呼び、これは首尾一貫して「潜在的 (potentiellen)」危険という近代的な概念と同じ意味のものと考えられると的確に認識していたことである。

### 3. 第二次世界大戦までの草案

1852年刑法は1803年刑法の新たな刊行にすぎなかったので、新刑法典の草案はヒーエの手によって完成してほしいとの1861年2月16日の皇帝の決定は非常に整然としたものであった。もちろん、ここで扱われたテーマについて、改正作業はほとんど生産的なものではなかった。君主制の終わりまでに作業は3つの草案を作った。1867年草案 (ヒーエ草案)、1874年草案 (グラウザー草案) および1909年草案 (グライスパッハ草案) である。戦時中には、とりわけ1927年草案 (カデチカ草案) が注目される。

#### (1) 1867年草案

ヒーエが編集した草案は、現行法を基礎として刑法の全面改正を行ったものである。第18章「放火及びその他公共に危険な行為 (andere gemeingefährliche Handlungen)」という表題で、公共に危険な毀損の構成要件は、「人の使用に役立てられる泉又は水槽、公共の販売又は消費のために指定されている食糧又はその他の物資、牧場、家畜の水飲み場又は飼料貯蔵庫」に毒物を混入させる場合をも含み、また、行為者が「他人の所有権の完全な毀損又は少なくともそれに対する危険、又は人の生命又は身体的安全性に対する危険が招来するであろうことを認識していなければならなかった」(220条) という事情のもとで、故意の行為 (böswilligen Handlung) を実行する一般条項を含んでいたのである。故意の場合には最高20年以下の重懲役 (Zuchthaus) が、過失の場合には4年以下の禁固 (Einschließung) がそれぞれ予告されていた。理由書が明らかにしたことは、先行した1863年草案 (212条) に対する相違点は編纂上のものにす

ぎないということだけであった。

## (2) 1874年草案

グラザーの委任により仕上げられた草案は、結論において、1871年ドイツ刑法典をオーストリアの事情に適合させるという構想から始まった。ライヒ参議院に提出された草案は、ほぼ20年間審議されたが、一度も採決されなかった。この間に提出された、この時代の二つの草案すなわちブラザク草案及びシェーンボルン草案（1889年と1891年）についても触れておかなければならない。ここではシェーンボルン草案の規定を基礎にする。1891年草案である。

第26章には、公共に危険な重罪及び軽罪という表題下で359条がある。

「他人の使用に役立てられる泉又は水槽に毒物を投げ入れ又はそれと同一の物質を混入させ、それらが混入されたとき、人の健康を害するに適していることを知っていた者は、…」と。また、法定刑は、少なくとも1年以上の軽懲役から一最も重大なる加重事由がある場合 (bei der schwersten Qualifikation) には一20年以下の重懲役である。「他人のどんな行為によってでも必ず他人の所有権、健康又は生命に対して公共の危険を招来した者は…」(360条) という公共の危険に対する補充的な一般的規定もまた同じように解されていた。

## (3) 1909年草案

1895年、司法大臣グライスパッハはシェーンボルン草案を撤回し、とりわけラムマッシュ、シュトース及びホエーゲルを構成員とした政府委員会を設置した。1906年委員会草案は拡大調査委員会に付された。拡大調査委員会は口述の研究集会を通じて1909年に完結された。議論の成果は草案に取り入れられ、この草案は「1909年予備草案」として公表された。草案は比較可能な規定に泉への投毒という規定を含んではいなかったが、しかし公共に危険な行為という表題下の第34章で、(故意又は過失の) 公共危険という一般条項的な規定を含んでいた。つまり「他の特別な危険を及ぼす事情の下で、他人の生命に対する危険を招来した者は…」(425条) と。構成要件は大多数の人に対する具体的な生命

に対する危険犯として構成されたものであり、この場合には特別な危険を及ぼす事情が前提とされていた。

1912年の政府草案は確かにスイスやドイツの予備草案を考慮した。けれども、公共に危険を及ぼすという構成要件に関しては解説書（EB=Erläuterungen）を含めて完全に同文であった。第一次世界大戦は、すでに上院でほんの少し修正を加えただけで議決されていたこの草案の法典化を妨げたのである。

#### (4) 1927年草案

第一次世界大戦後の改正作業は、一再び、統一的な規定（eine einheitliche Regelung）という観点でドイツ帝国と共同して開始された。オーストリア刑事学協会は、1921年、グライスパッハを議長として1919年ドイツ草案に対する態度を決定し、ドイツ草案に対して1922年にカデチカが対案を提出した。協定を結ぶための話し合いが続けられた後、刑法総則の統一的な草案はドイツでは1925年に公にされ、オーストリアでは1927年草案として公表された。しかし、政治的な事情が法典化を妨げた。

刑法各則の第16章では、「公共に危険な行為、公共交通の妨害」という表題下で、草案は229条にいう泉への投毒を具体的危険犯として規定した。つまり「泉…に毒物を投げ入れ又は汚染させ、これによって身体又は生命に対する危険又は他人の家畜に対する危険を重大な程度で招来した者は、…」と。構成要件のメルクマールとしての危険は、この章の大部分の構成要件のなかで、身体又は生命と関係があったか又は他人の所有権と著しい関係があったのである。身体又は生命に対する危険とは、最低に見積もって、人間の生命を失うか又は少なくとも相当な健康上の害を蒙る人間に対する危険が存するということであった。

## 4. 刑法委員会の草案

まず最初に、1960年草案までの委員会の環境に関連した議論に触れなければ

ならない。その後、1960年草案自体の該当規定を述べることにする。最後に、第二読会すなわち1962年草案に触れることにする。

### (1) 1960年までの審議

戦後の最初の年は改正事業の再開を許さなかった。1954年6月2日の国会の決議に基づいて、司法省はゲレーのもと1954年10月25日の設立会議のための刑法草案起草委員会を招集した。1955年1月13日の第一起草会議の後、まず最初にカデチカ<sup>(2)</sup>を議長として、刑法委員会は総計177回の審議を行った。そして、後世の人々に遺産として残したものは数千ページにも及ぶ議事録の豊富な宝であり、また、結局1975年に成就した刑法改正に対して指標となった二つの刑法草案である。

もちろん、刑法委員会の環境刑法への貢献はどちらかといえば控えめなものであった。1958年春の第11回の会議において、委員会は、公共の危険という概念について十分な討議を行った後、泉への投毒は一他の委員が賛意を強調したように—そうでなくとも一般的な公共危険犯に吸収されるので、刑法から泉への投毒を削除するというリットラーの提案について採決を行った。議長は、これからの審議の成り行きの中で動物への伝染病という構成要件を相応に拡大することを提案した。採決の結果、二人の棄権があっただけで、リットラーの動議が圧倒的多数を占めた。

その後、テーマは、若干修正して、「動物への伝染病又は植物への有害物の故意の伝播」という分野で討議された。もちろん、十分な討議のなかで、特に、器物損壊と公共危険の構成要件に対する限界が問題となっていた。議論の成り行きのなかで、(意外にも) リットラーは工場からでる廃水によって魚類が絶滅する可能性を指摘した。リットラーにとっては、存在する魚類を絶滅させた工業企業体のわがまま勝手に対しては刑法という手段を用いたほうがよいとするのが「非常に重要だ」と思われたのである。それ故、伝染病等の伝播という構成要件の分野での犯行として、リットラーは、「水に毒物を投げ入れるか又は水を汚染する」ことを付け加えて完全なものにすることを提案した。多数の

委員は、一議長がいくらか疑問視しながらも討議に付したように一飲用水を考慮にに入れるだけでは不十分であるということを明らかにした。

ギュルトラーはポッテンブルンの繊維工場（Zellulosefabrik Pottenbrunn）の具体的な事例を指摘した。その工場の「導水路ではいかなる魚類もはや増殖することはない……。しかし、製造業主は、たとえ損害賠償を支払うとしても、自分が技術的水準により即座に考えられ得る浄化装置を造ろうとした場合よりも、はるかに安上がりであるという」。それ故、議長はそれに相当する規定を次のような文言でもって採択に付した。曰く「伝染病が家畜へ又は狩猟権又は漁業権の下にある動物へ伝播させ、または水路を汚染することによって又はその他の方法で家畜又は狩猟権又は漁業権の下にある動物に対する危険を重大な過程で故意に招来した者は、……。農業又は林業にとって危険な有害物を故意に伝播させた者も、同じである」と。動議は棄権を含む反対意見なしに可決された。それが過失である場合、動物の伝染病に関する法規（Tierseuchengesetz）で定められた刑が厳しすぎるが故に、再び激論が始まった。この討議のなかでは、主題として扱った犯罪の場合に問題になるのは動物の虐待ではなくて、所有権であるということも明らかにされた。結局、議長が提案した規定の題名は、なんとか「動物または植物の生存に対する故意の危害行為」ということで可決された。

## (2) 1960年草案

委員会草案は、第一読会において、250条および251条として「動物又は植物の生存に対する故意及び過失の危害行為」を含んでいた。故意犯の基本的な法定刑は2年以下の軽懲役又は罰金であった。農業又は林業又は狩猟又は漁業に対する重大な危険を招来した場合、3年以下の軽懲役であった。その過失犯は1年以下の拘禁刑又は罰金刑が科されていた。

## (3) 1962年草案<sup>(3)</sup>

第二読会では、それに相当する217条以下の文言が若干修正された。曰く

「伝染病が他人の家畜へ又は他人の狩猟権又は漁業権の下にある動物へ伝播する危険を招来し、又は水路を汚染することによって又はその他の方法で、他人の家畜又は他人の狩猟権又は漁業権の下にある動物に対する危険を重大な程度で招来した者は、…」と。それ以外に諸規定は一致していたけれども、加重構成要件 (Qualifikationstatbestand) は放棄された。以下のような意見表明を議題にした1961年の第21回会議<sup>(4)</sup>の討議は、この新規定に先行していた。まず最初に、ピッフは、残りの刑法委員が猛烈に拒否した「それ以外の有用動物」とりわけ鳴禽も保護の客体として含ませなくてもいいのかという質問を提出した。この場合に、議論の対象となっている規定の保護財は国民資産である、一家畜の場合には個人資産であり、狩猟権又は漁業権の下にある動物の場合には民族資産であるということがギュルトラーによって強調された。最後に、パリンは、鳴禽は財産の保護 (鳴禽による昆虫の激減) という見地から重要であると考えたために、有用動物 (特に、鳴禽) を取り入れることを擁護した。けれども、採決にあたって、言及された拡大に賛成したのは3人に過ぎなかった。そこで討議に付され、1960年草案に対して修正された構成要件の規定は、修正を議論することなく、一致して可決された。これが過失による場合、ピッフはこれについて棄権し、彼以外のものは新規定に賛成した。

## 註

- (1) Wegscheider, a.a. O., S. 457-464. 内藤謙「刑法改正と犯罪論(上)」第二次世界大戦までについては341頁以下、第二次世界大戦後については351頁以下参照、振津隆行「オーストリア刑法研究序説(1)―オーストリアにおける犯罪論の展開について―」商学討究34巻2号85頁以下。足立昌勝「『ヨセフィーナ刑法典』試訳(1)、(2・完)」法経論集41号57頁以下、同42号55頁以下参照。
- (2) 1961年5月から部分的にリットラーに交替し、1962年8月からはプロードが交替した。その委員会委員はギュルトラー、ホロウ、マラニウク、ノヴァコフスキー、パリン、リットラー、セリーニ、ライシッヒ、クンスト、フォレグガー、グラスベルガーのような傑出した委員で構成されていた。なお、これらの委員の詳細については、宮澤浩一「オーストリア刑事法学の一断面」同「オーストリア刑事法学の一断面(追録Ⅱ)」法学研究41巻12号51頁以下、同52巻4号74頁以下、同52巻5号51頁以下参照。

- (3) 法務省刑事局編 刑事基本法令改正資料第5号「1962年オーストリア刑法草案」(昭和39年)参照。
- (4) 1961年の第21回会議は、カデチカが89歳という健康上の理由から委員会の作業から身を引くため指揮をとった最後の会議であった。

## Ⅱ. オーストリア環境刑法の誕生

ここでは、1968年までの司法省草案を最初に取り上げ、これに続いて1971年政府案に触れ、さらに1974年司法委員会議事録に言及する。最後に、1984年の刑法改正法に簡単に触れることにする<sup>(1)</sup>。

### 1. 1968年までの草案

ここで重要なのは、司法省草案の1964年版と1966年版および1968年政府草案である。

#### (1) 1964年草案

ブローダが作成した緑表紙の司法省草案<sup>(2)</sup>において、はじめて挿入された規定として、水の汚染による故意又は過失の危害行為(216条aおよび216条b)が姿を現した。すなわち、ここでオーストリア環境刑法への歴史的転換期が現れた。オーストリア環境刑法史のこの最初の化石(erste Fossil)は、次の文言にあった。曰く「水を汚染し、そしてこれによって他人の身体又は生命に対する危険(112条)又は他人の家畜又は他人の狩猟権又は漁業権の下にある動物に対する危険を重大な程度で招来した者は、…の刑に処する」と。構成要件は具体的危険犯として構想された。そして故意犯では3年以下の自由刑、過失犯では1年以下の自由刑が予定された。人については個別的危険で足りるという。これに対して、動物の場合、「重大な程度」が考慮された。

それについて理由書は、刑法398条の違警罪は現行法においては水の保護に役立つと説明した。すでに1874年の刑法草案は、公共危険犯的な犯罪の分野で



多くの高い法定刑を有する具体的危険犯を予定していた。1927年草案の292条に関してもまた、飲用水を汚染し、そしてこれによって健康上の危害又は他人の家畜に対する危険を「重要な程度で」招来した者は、処罰されるという。つい最近、刑法委員会が泉への投毒を削除したことは、刑法委員会の態度は「…上水道に関する当時の認識状態に関して適切であったことは考えられない」と報告されかつ確認された。他方、工業や地方自治体の廃水による汚染の増加は、水の需要の増加に直面した。些細な訴追の危険性は、行政法上の規制の網の目をくぐらせた。その結果、公衆に対する危険と裁判上の法定刑とは対置されざるを得なくなった。

自然循環の段階にある水（Wasser）すべてが水域（Gewässer）で理解されることになった。これに対して、例えば、飲用水の貯槽が理解されているわけではない。このように保護領域を広げることによって、草案は以前のオーストリア草案の立場を克服したのである。しかもドイツやスイスの刑法典はこのような包括的な犯罪構成要件を全く持っていなかった。もちろん、理由書は、水域汚染に対しては必ず裁判上の刑罰を予定するというドイツの水管理法（Wasserhaushaltsgesetz）に触れていた。

汚染するという犯行は、水利権に関する法規30条（§ 30 Wasserrechtsgesetz）を視野に入れて定義された。例えば、漏水によって間接的に影響を及ぼすこともまた汚染として当てはまることになる。狩猟に有用でかつ漁業に有用な動物を含めることは、民族資産に対する差し迫った甚だしい侵害の故に禁止されている。「重大な程度」を解釈するためには、当該動物の数、それらの価値が問題になり、また、個々の動物に差し迫った損害の程度が問題にされた。

後続の諸構成要件は、拡大された効力範囲や所有権という保護財を伴う動物の伝染病に関する法規を受け継いで、動物の生存又は植物の生存に対する危害行為（217条以下）に関係した。

## (2) 1966年草案

黄表紙の司法省草案は、動物の生存又は植物の生存に対する危害行為の前で、

200条と201条の下ですでに正規の条項数に「水の汚染による危害行為」を統合してしまった。構成要件は、部分的にはかなり本質的に改変された。具体的危険犯から潜在的危険犯 (ein potentiellendes Gefährdungsdelikt) になった<sup>(3)</sup>。この改正は、理由書のなかでは先行する構成要件に適応させることと説明され、この場合、犯罪類型は「抽象的危険犯」により表示される。もちろん、犯罪の表題はこの改正に適応しなかったのである。

このような可罰的所為の事例として、「泉への投毒によって招来した健康上の害をもたらし得る方法で、人又は動物が利用する水に投毒された」という事例があげられる。自由刑という法定刑が維持され、罰金刑が制限され、それと同時に……「先行する規定 (vorhergehenden Bestimmungen)」に適合させられたのである。

### (3) 1968年政府草案

クレカツキーのもとと国会に提出された政府草案<sup>(4)</sup>は、環境刑法の領域について、1966年草案の200条と201条を同じ言葉で再現したものである。それ故に、理由書には首尾一貫した改革は全く存在しない。行刑法及び軍刑法の法律上の新規定の緊急性によって制約され、第12立法会期中に刑法典の政府草案を成立させることはもはや考えられなかった。

## 2. 1971年政府草案

前述した立法会期中に司法委員会で行われた議論の基礎にあったのは、ブローダのもとで再びその当時の政府草案に手を加えるためであった。とりわけ、罰金刑の日数罰金制への基本的な新しい方向づけが強調された。けれども、それ以外に部分的に徹底した改革は政府草案の環境刑法には表れなかった。新たに提出された政府草案は、今度は189条から190条において水の汚染による故意若しくは過失の危害行為を持っていた。諸構成要件は言葉の上で1968年政府草案と同じであった。ただ択一的な絶対的罰金刑だけは、新たな構想に応じて、故意の構成要件や過失の構成要件に対して360日以下の日数罰金に代替された。

したがって、理由諸もまた、1968年政府草案若しくは1966年司法省草案と比較して、基本的に新しいものは示さなかった。

### 3. 1974年司法委員会議事録 (Justizausschußbericht 1974)

けれども、司法委員会の小委員会での詳細な審議は、政府草案に対する多くの重要な改正を行った。多数の刑罰規定を削除することによって新たな緊張が生じた結果、環境犯罪構成要件は180条と181条に昇格した。司法委員会は環境に対する危害行為という犯罪構成要件を大気という環境媒体にまで拡大し、構成要件を再び具体的危険犯に改変し、この刑罰規定を行政従属的に構成された潜在的危険犯を付け加えて完全な形にしたのである。

それ故、以下では環境媒体を論じ、行政従属性を表すことにする。次に、危険犯のカテゴリーに立ち入り、もう一度行政従属性に立ち返ることにする。最後に、保護の客体を説明する。

#### (1) 環境媒体 (Umweltmedien)

司法委員会は、刑罰規定を大気汚染にも拡大することの理由づけを詳細に示さなかった。しかし、司法委員会は、「騒音による危害行為 (Cefährdung durch Lärmentfaltung)」を含めなかったのは何故か、その理由を詳細に述べていたのである。司法委員会の意見によれば、「現在、このような刑罰規定は因果関係把握の困難性で実務上挫折する」可能性があるために、危害を及ぼす騒音の処罰化を断念したのである。土壌汚染による危害行為に対しても裁判上の刑罰を科してはならないのは何故か、ということについての理由づけがなされていない。

#### (2) 行政従属性 (Verwaltungsakzessorität)

水の汚染や大気汚染に関する行政法上の規定とそれに相当する裁判上の犯罪構成要件との間の内面的関係の観点からは、司法委員会によってはじめて刑法典の立法史のなかで取り上げられたが、はっきりと理由づけられてはいないのであ

る。司法委員会がまず最初に前置きしたことは、汚染に対する許容性の問題に関しては詳細なさまざまな法律上の規定が存在するのではないかという考慮であった。このような法律規定から、「しかしながら、たいてい、個人はすでに最初から態様の公共に対する危害行為に関してイメージすることができるのか否かに依存する」ことになる。したがって、それに相当する行政法上の禁止の存在は、行為者の不法の意識に対する主要な徴候と考えられ、また、可罰性の程度 (Strafbarkeitsschwelle) を引き下げることになるかも知れない。何故かという、司法委員会は、「それ故に、現行法規を侵害する場合にはすでに抽象的な危害行為は…罰することができる」と結論したからである。

司法委員会は、ちょうど今引用した第1項の前置文から明らかになるように、法律上の規定を法規 (Rechtsvorschrift) ということと理解した。どのような汚染が許されたり禁止されたりするのかは、「若干詳細に法律で規定されている。このような法規の…存在には」、それ故に、たいてい公共に対する危険性への可能な認識が依存することになる。第2項は、言葉上直接的に「それ故、現行法規を侵害した場合には…される」ということと結びついたのである。

けれども、行政法従属性は、引用した第1項のなかで完全な形の後文が明らかにしたように、抽象的な危険性の領域に対してのみ当てはまるべきであった。すなわち「現行法規を侵害した場合には、すでに抽象的な危害行為は罰せられる。しかし、その他危険が発生してはじめて…」と。構成要件の定式化を統一して、すなわち二つの項に分類するのを統一して、「その他 (sonst)」という言葉は、行政従属性に関連させるときに限って、意味を与える。そして、実際に、構成要件を分類することは、裁判上の可罰性の現行法規違反への依存性が(司法委員会議事録のいう意味で)抽象的な危害行為の事例に限定されるときに限って、論理的に基礎づけることができるのである。これについてはまだ詳細に立ち入る必要があろう。

最初の一目で、議事録には次の項が潜んでいるように思われる。「司法委員会の見解によれば、刑罰規定は、それが官庁の許可に相当する形式で押し進められる限り、官庁が認可した施設には関係ない」と。例えば、個別的な行政行

為に対して、明白な法律上の根拠なしに、構成要件を行政従属的に限定することは、具体的な危害行為の構成要件たる第1項に対してもまた当てはまるべであったのか。確かに行政法従属性に関して分類することは外見上予見することができるであろうが、行政行為従属性に基づいて分類することはできないというのは驚かされる。司法委員会のこのような定式化は、水の汚染又は大気汚染という構成要件は一括してすなわち保護客体への具体的な危害行為に関してもまた一行政従属的なものと理解される、すなわち行政法従属的かつ行政行為従属的であるということに対する論拠として、文献や判例によってあげられたのである。「その他」（現行法規を侵害する事例を除いて）「危険の発生すなわち具体的な危害行為」が問題になるという司法委員会議事録の前述の定式化に関して、それは誤った解釈だと私は考える。すなわち、規定の内部的な均衡は、180条が段階づけられた行政従属的なものとして理解されている場合にはじめて、維持されることになる。

### (3) 危険犯 (Gefährdungsdelikte)

180条の二つの項は、行政従属性に言及することに関してのみならず、危害行為部分の定式化においても分類され、そしてその定式化において最初に分類されたのである。第1項は具体的危険を可罰性の下限として予定し、第2項によれば、すでに危険の招来する可能性で足りるという。

司法委員会議事録は、「危険を招来する態度の適正 (Eignung)」を「抽象的危険化」と呼んだ。今日、このような構成要件の定式化を潜在的な危険犯と呼ぶのが慣例である。

抽象的危険犯と具体的危険犯との間のこの用語上の区別は、効果のない解釈論的なガラス細工 (folgendloses dogmatisches Glasperlenspiel) では決してない。抽象的危険犯の場合、態度を処罰するという立法者の動機は、日常的なものに対して危険と結びつけられるため、示されていない。古典的な抽象的危険犯には、例えば、偽りの証言 (falsche Beweisaussage) がある。裁判所又は行政官庁での不実の陳述をしたという犯行だけが可罰性の前提条件である。これに

よって訴訟手続きが何らかの方法で侵害を受けたかどうか、又はこれがもしかしたら最初から排除されていたかどうかは、一般に重要ではない。それ故に、訴訟手続きにおいては、偽りの供述により、供述がその時その時の訴訟手続きにどの程度に影響を与えることができたかは証明の対象（Beweisthema）にもならないのである。

これに対して、潜在的危険犯という構想は以上と全く異なっている。潜在的危険犯の場合、立法者は規定の動機をも同時に類型化した。それ故に、可罰性に対してもまた、法規で詳細に規定された危険を招来する態度を審査したのが適当であったかどうか問題である。したがって、刑事手続においては、一般的な自然科学的経験によれば、起訴された犯行は法規に規定されている危殆化になった可能性があるのかどうかもまた実証されなければならない。

この概念的な区別は、ここでは、これ以上掘り下げなくてもよい。けれども、これに関しては、180条2項のいずれか（§ 180 Abs 2 alt）はこれを抽象的危険犯と見なしたのか具体的危険犯と見なしたのが問題である。「これによって…危険のいずれかを招来する可能性を生じさせた」という定式化は、（一般的な経験によれば）このような危険がまさしく発生する可能性がなかったというような場合には可罰性から除外されたということを示す。それ故に、司法委員会が抽象的危険犯として特徴づけたことは、一方で刑事手続において危険性（一般的な潜在的危険性）が証明され、他方で（具体的な）非危険性が180条2項の（既逐の）犯罪であるため必然的に有罪判決を排除したという点で、誤解を招きやすいものであった。

これに対して180条1項ははっきりと具体的危険犯として理解された<sup>(5)</sup>。したがって、第1項の可罰性の程度は、第2項のそれよりも明らかに高かったのである。それにもかかわらず、第2項が第1項と同一の刑を科した場合、その理由は以上とは異なった無価値の上昇に求められなければならない。そして、実際に、第2項は行政従属性を補充的な可罰性の要件としてあげる。それ故に、第2項には、犯行の無価値が些細なものであるにもかかわらず、単に潜在的に危険なものとして具体的危害行為に対するのと同じ法定刑を予告することを

正当化する代償的な機能がつけ加わる可能性がある。

#### (4) 行政従属性に対するさらなる考察

以上のことは、一異なった文言を超えて一、180条が段階づけられた行政従属性を予定したということを確認する。すなわち、一度具体的危険の程度を超えた場合、裁判上の可罰性は、場合によっては考えられ得る行政法における（一般的な又は個別的な）法的許可によって排除されない可能性があった。

よく保証されている法秩序の統一は、類似の事例が説明するように、これによって決して疑問視されなかった。例えば、運転免許証の所持者は、別の交通関与者が危害行為を行ったにもかかわらず、処罰される場合がある。（道路交通における運転という）一般的に危険な態度の許可は、具体的な事例のなかでは、一般的な注意義務を免除しないのである。別の個所にもまだ見ることができる。官庁は行為許可を交付する権限をもっている（運転免許証若しくは施設経営の許可）。これに対して、法的にみて効果の著しい法益の侵害を許可することはできない（89条又は旧規定180条1項の具体的危険）。身体の完全性や身体の安全という法益は、—90条が明らかにするように—、他人による処分から守られているのである。それ故に、官庁に処分権限が欠けている場合、人に対する具体的な危害行為の「許可」は法的には重要でない。これに対して、潜在的に危険な態度を容認するかどうかの決定を官庁に委ねるという場合には問題になる。これに関連づけられた行為への権限付与（例えば、施設経営の許可）は、刑法上もまた認められなければならない。

しかし、—もう一度精確にするために—、官庁には、特定の行為を許可する権限だけがある。官庁は（具体的な危害行為を含めて）法益の侵害を許してはならない。

ここで行った歴史的考察については、1974年刑法典で構想されたさまざまなニュアンスをもった行政従属性の論理性を確保することで十分であろう。180条が文献や判例によってさらに絶対的行政従属的なものと解釈されたとき、私見によれば、それは誤解によるものであった。

### (5) 保護の客体

180条によれば、刑罰の保護するものは人の身体の完全性、家畜および要求された動物を含んだものである。人の場合、法規は、180条1項の性格に関して具体的な危険犯に完全に覆われていないように見える個別的危険で満足した。家畜と並んで狩猟権や漁業権の下にある動物もあげられているのは、「野獣の生存や魚類の生存に対する危害行為もまた国民資産の明敏な侵害である」ということによって理由づけられたのである。ここでは個別的な法的保護が問題になっているので、重大な程度に限定することは適切 (sachgerecht) であることが明らかになる。しかしながら、他方では、1974年刑法典では生態学的な諸財の保護がまだ中心になっていたのではなく、むしろ個別的な利益（身体の完全性、家畜、狩猟権又は漁業権に関する所有権）の保護が中心になっていたということが明らかになる。

## 4. 1984年までの発展

第2次腐敗防止法 (Zweiten Antikorrupsionsgesetz BGB 1982/205) の改正は、環境刑法にいかなる影響も及ぼさなかった。1984年刑法改正法の草案もまた、この分野だけを余白にした。たとえ政府草案の理由書が、20条a (「利益の吸い上げ (Abschöpfung der Bereicherung)」) を理由づける場合に、腐敗と乱脈経営に集中したとにせよ、この付加刑 (Nebenstrafe) は環境犯罪 (Umweltkriminalität) に対してもまた完全に適用することができるのである。製造業者が浄化装置に投資しないで済ませ、これによって魚類の死を引き起こした場合、これに相当する高い企業利益が完全に利得と見なされる可能性がある。もちろん、政府草案は環境刑法との関係をはっきりと指摘しなかった。第16立法会期が会期前に終了した結果、すでに広い範囲において折り合っていた法律案はもはや可決される可能性はなかった。



## 註

- (1) Wegscheider, a.a. O., S. 464-472.
- (2) 法務省刑事局編 刑事基本法令改正資料第9号「1964年オーストリア刑法草案」(昭和39年)参照。
- (3) 1964年草案における216a条(水の汚染による故意の危害行為)では、「危険を…招来した(eine Gefahr...herbeiführt)」と表現して具体的危険犯と理解されていた。ところが1966年草案200条(水の汚染による故意の危害行為)では、「危険…招来する可能性を生じさせた(eine Gefahr...herbeigeführt werden kann)」と表現して潜在的危険犯と解されている(Wegscheider, a.a. O., S. 446)。なお、表現からすれば、1968年草案や1974年刑法典180条2項も潜在的危険犯となろう。しかし、一般には抽象的危険犯と解されている(Foregger-Serini, StGB, 2. Aufl. Erl II zu § 180)。ウェークシャイダーは、このような構成要件の定式化を潜在的危険犯と呼ぶのが慣例であると主張する(Wegscheider, a.a. O., S. 469)。
- (4) 法務省刑事局編 刑事基本法令改正資料第14号「1968年オーストリア刑法草案」(昭和43年)参照。
- (5) 180条1項の文言は、「汚染した結果、これによって…危険を招来させた(So verunreinigt, dass dadurch eine Gefahr...herbeigeführt wird)」と規定する。したがって、具体的危険犯と解されているのである。

### Ⅲ. 「環境」という刑法上の保護法益発掘への転換期

非常に重要なのは1986年議員立法法案(Initiativvznttrag)である。最後に、1987年司法委員会議事録を詳論する<sup>(1)</sup>。

#### 1. 1986年議員立法法案

1984年刑法改正法律に関する国会の審議および専門的な判定のために送付された環境構成要件に関する政党草案(Fraktionsentwurf)を受け継いで、国会議員オフナーとその同僚議員は、1986年12月17日、司法委員会の小委員会で、一特に、新環境刑法に関して一、非常に詳細な討議を行った後に包括的な議員立法法案を提出した。

議員立法法案は、刑法各則の第7章の表題に「環境に対する可罰的な行為」をつけて完全なものにすることを提案した。これは、おそらくオーストリア環

境刑法の発展における第二のコペルニクスの転換 (Zweite kopernikanische Wende) と考えられるものである。これまで通り個別的な利益が中心になっていたならば、包括的な環境保護に関する連邦憲法を受け継いで、章の表題の新規定は今や公衆という独立した法益を承認すべく予告したことになる。個々の構成要件は、根本的に新しく定式化され、有効な悔悟という規定がついて完全なものになった。草案は一貫して絶対的な行政従属性をはっきりと予告した。この場合、明らかに「法規」と並んで官庁の委任もまた個別的な法規範としてあげたのである。

環境を侵害するという構成要件は、第1項では具体的危険犯として起草され、第2項では結果犯として起草された。第3項は、多数の人が身体を侵害されたという事例に対する加重事由 (Qualifikation) を予告した。

騒音による侵害は、「多数人の身体的健康の持続的な侵害」が考慮され、侵害犯として捉えられた。

これに対して、「環境を危殆化する廃棄物処理および設備の操業」は潜在的な危険犯として起草され、本質的にはこの形式で法律化されたのである。

182条の潜在的な危険犯の領域では、180条とが関連したものになった。すなわち、「その他動物に対して180条に掲げられた以外の方法で重大な程度における危険を違法に招来する」のに適した行為をなした者もまた、罰せられるものとする。

議員立法法案は、有効な悔悟の刑罰消滅事由を補足的に予定した。

## 2. 1987年司法委員会議事録

司法委員会の最終報告書について、まず最初に、基本問題を提起する。その基本問題について、個々の規定を参照指示する。

### (1) 基本問題

1984年政府草案と比較する場合、小委員会における審議の重点は、議員立法法案の全く新しく規定された環境犯罪規定にあった。小委員会の審議は、別の

個所で証明され解説されている関連規定を繰り返し新しく定式化することになった。注目すべきことは、ごく内輪での（緑派の人々を除外して！）院外政党折衝による委員会討議の結論は再び破棄されたという事実、特に、具体的な危害行為における行政従属性の限界を明確に解明することに関して、破棄されたという事実である。

司法委員会議事録は、まず最初に、「司法刑法（Justizstrafrecht）が環境刑法に対して果たし得る貢献を新たに考えてみる」根拠を与えた包括的な環境保護に関する連邦憲法を引き合いにだした。重大なる環境侵害があった場合、「広範囲の住民居住地域の期待や隣接した…国家における法発展にも併せて」、一裁判上の刑罰をできる限り控え目に使用するという原則にもかかわらず、司法刑法が介入すべきであろうと。

すでに章の表題は、今や環境それ自体がその現象形式において保護法益になるべきだということを明らかにしているのである。この場合、保護客体のもとで土壤も挙げられることになる。動物や植物の保護は拡大されるべきであり、騒音を故意に招来することもまた、事情によっては裁判上の刑罰を科されることになる。そのためには法律の錯誤や有効な悔悟に関する特別規定を促すことになる。

新しい環境犯罪規定は、すでに1985年、精査のための草案として発せられていたものであり、それに相当する態度表明や異議は議員立法法案の規定に立ち入っていたものである。

司法委員会は、環境刑法のために必要な行政法上の基礎は、特に、連邦や州の行政官庁において設けられてもよいのだから、長期間の法的空白（längeren Legisvakanz）の必要性を強調した。

司法委員会は、環境犯罪構成要件をこれまでの体系的な関係においてそのままにしておくことが合目的的であると考えたのである。けれども、司法委員会は、環境に対する犯罪行為をどんな場合でも公共に危害を与えるものとはいえないだろうということを強調した。

(2) 180条1項について<sup>(2)</sup>

保護されている環境媒体に関して、水利権に関する法規（Wasserrechtsgesetz）の意味での水域（Gewässer）の概念は包括的に理解されている。「それに対応して、大気概念も包括的に解釈されている」。もちろん、これによって、地下水と比較可能なものが大気の場合には存在せず（一度も洞窟の大気（vor Luft in Höhlen）を問わない場合）、また、これに加えて、大気が（かなり大きな？）空間で同じように保護客体として問題になるのかどうか、という本来の重大な問題が未解決のままであるのは何故なのか、全く述べられていないのである。

小委員会の見解によれば、環境刑法は「最初から多数の行政規定と結びついている」ので、法的安定性の基礎は絶対的な行政従属性の構成にとって有利であるということになる。さらに、行政従属性を度外視することは「刑事訴訟に過大な要求をする」ことになる。これに対して、人又は他人の財産に対して純粋な具体的危険が生じた場合、公共危害行為に対する犯罪規定（特に、176条以下）が引用されることになる。

水の汚染と並んで、「例えば、発電所の冷却水を放流する場合の放流冷却水の質的義務の侵害」にも配慮されることになるために、その他の侵害行為もまた構成要件に該当することになる。

水や大気に付け加わって、（自然な）土壌もまた理解されることになる。この括弧付きの規定（Klammerbestimmung）は、包括的な環境保護に関する連邦憲法へのあまり演繹力のない参照指示を別にして、土壌という刑法上の概念が理解されているように、立法史から明らかになる唯一の参照指示である。

可罰性については、抽象的な危害行為で足りる。もちろんこれでもって、現代の用語例の意味での「潜在的な危害行為」が考えられていた。

多数の人（Größeren Zahl von Menschen）という概念に関して、169条3項が参照指示され、これに関して、最高裁判所は過去にすでに9人で足りるとした。「もちろん、それによって基準値（Richtwert）が与えられたとはいえないが」

と。

重大な地域に限定することは、「取るに足らない狭い範囲に限定された地域だけに要求を制限する」環境侵害の処罰化を排除すべきことになる。概念を解釈する場合、「事例の事情に応じて、個別的な基準を当てはめることになる」。

動物の生存又は植物の生存の下では、本来予め与えられている生態学的な均衡に対して必要な多数の同種の又は同質の動物又は植物が理解されている。基準となるのは「一定の生態学的な重要性」、すなわち、例えば、「猟獣、鳥類、昆虫類に該当する場合」である。植物の生存として、「例えば、すべての広葉樹、低木林、灌木林、草原の草花等が考え」られるのである。これに対して、農業や林業の慣例的な有害物克服措置は、「将来もまたこの規定の適用から除外される」ことになる。他方、将来も狩猟に適した野生動物は保護の対象となっていないのである。

### (3) 180条2項

180条2項は全く新しく規定されたものである。これによれば、水又はより広い危害行為の客体に関連することなく土壤の汚染（若しくはその他侵害行為）は、環境の侵害が高い経済的消費によってのみ排除されるか又は実際上全く排除されない場合、処罰されることになっている。ここでは、大気は、「汚染又は侵害の除去は大気の場合には問題にならない」ために、捉えられていない。

### (4) 181 a 条および181 b 条<sup>(3)</sup>

181 a 条について、委員会は、一方で「多数の人」というメルクマールを解説し、他方で「身体の健康状態の侵害」という犯罪結果を解説した。多数の人とは、少なくとも30人の人を言う。第2のメルクマールの場合、まず最初に、身体的虐待、「すなわち、傷害の下方に位置した身体の完全性の侵害」という概念とのパラレルが指摘された。すでに侵害されている状態の悪化も捉えられねばならないことになる。ただし、侵害行為は、「重い程度（重大な程度）および相当な期間であればよく、ごく僅かの期間若しくは一時的な期間（持続的

に)」である必要はないのである。いずれにせよ、純粹に心的な侵害では十分でない。

その他に、環境に危険を及ぼす廃棄物処理は、環境に危険を及ぼす設備の操業と同じように、抽象的危険犯（潜在的危険犯ともいわれる）として把握されることになる。「廃棄物処理設備の操業は、一般に要請されている1号の文言によって把握される」。

#### (5) 182条<sup>(4)</sup>

182条は、收容構成要件（Auffangtatbestand）に拡大されたものであり、動物の生存又は植物の生存に関して重要な地域で具体的危険犯に拡大されたものである。この場合、生存する動物又は植物の生命、健康又は繁栄に対する危険の発生が問題になる。実例として、司法委員会議事録は、多数の動物の不慮の災難又は餓死の危険、一定の湿潤という生活環境を持った地域（größeren Feuchtbio-top）が干からびてしまう等の危険をあげた。

#### (6) 183 a 条と183 b 条<sup>(5)</sup>

行政従属性に関して、錯誤の問題に関する183 a 条の特別規定は、確かに内容的には9条に対応していたが、「司法委員会は、ここで9条の一般規定を…使用させることを断念する。これに対する基準は、…一般的な錯誤の規定および事実の錯誤と法律の錯誤との識別に関して現在動揺している立場を、特に、法律規範又は法的効果に関する錯誤を解釈論的にどう位置づけるのかについての議論を先取りしないかもしくは封じないという考慮であった」。

181 a 条の例外として、まだいかなる損害をも発生していないという点で、環境構成要件は有効な悔悟を受け入れざるを得ないことになる。

#### 註

(1) Wegscheider, a.a. O., S. 472-477.

(2) ウェークシャイダーによれば、180条1項は具体的危険犯と理解されたと述べているが（Wegscheider, a.a. O., S. 470）、フォレグー—コーデルクによれば、1項1号

は多数の人間の生命又は身体に対する抽象的危険犯として、また同項2号は重大な地域における動物又は植物の生存に対する抽象的危険犯であるとする (Foregger-Koderk, StGB, 6. Aufl, § 180 Anm III)。それに対して、同書の第2版では、1974年刑法典の180条であるが、第1項は具体的危険犯、第2項は抽象的危険犯としていた (Foregger-Serini, StGB, 2. Aufl, § 180 Anm III)。また、マイエルホーファーは、180条1項は侵害犯と抽象的な潜在的危険犯の結合に関係しているという。そして、環境すなわち水、土壌又は大気が実際に侵害されていなければならない、これによって、だれかある者が実際に危険にさらされたということなく、多数の人間に潜在的な危険が発生しなければならないのである。犯罪の侵害の要素は水の汚染又は侵害に又は土壌又は大気を汚染する点にあるという。なお、行為不法を前提とするか結果不法を前提とするかにより、危険性犯 (Gefährlichkeitsdelikten) を主張したり危殆犯 (Gefährdungsdelikten) を主張したりする。具体的危殆犯と並んで抽象的危殆犯があり、抽象的危殆犯には抽象的危殆犯そのものと抽象的な潜在的危殆犯があるとする (Dr. Christoph Mayerhofer, Wiener Kommentar zum Strafgesetzbuch hrsg v Foregger und Nowakowski, 38. Lfg (§ § 169-187 StGB) 1991, § 180 Rz 2 und 3)。また、180条1項2号にいう重大な地域 (ein Größeres Gebiet) とは、少なくとも1平方キロ以上でなければならない。自然との調和に対する動物又は植物の生存に対する危殆化の生態学的意義が大きくなればなるほど、それだけ当該地域を拡大するという要求は小さくなる。したがって、重大な地域は数平方メートルの平地では足りないとしてされている (Foregger-Koderk, StGB, 6. Aufl, § 180 Anm III)。

- (3) 181 a 条に関して、181 a 条に関する違反と83条 (傷害) に関する違反との間に観念的競合が考えられ得るかどうか問題になる。181 a 条の保護客体は環境すなわち騒音のない環境である。83条は健康を保護する。ただし、環境犯罪もまた身体状態の加重的な侵害に結びつけられる。しかし、騒音の作用は傷害又は健康障害まで達する必要はない (Dr. Christoph Mayerhofer, Wiener Kommentar, 38. Lfg, § 181 a Rz 3)。また、181 b 条に関して、1987年規定では抽象的な潜在的危険犯と解されていた (Dr. Christoph Mayerhofer, Wiener Kommentar, 38. Lfg, § 181 b Rz 1) が、現行規定では抽象的危険犯と解されている (Foregger/Kodek, StGB, 6. Aufl, § 181 b Anm II)。なお、1987年規定は、次のとおりである。

第181 b 条 (環境を危険にする廃棄物の処理及び設備の操業)

法規又は官庁の委託に違反して、

- 1 廃棄物を処理し、貯蔵し、破棄し、放置し又はその他処分し、又は、
- 2 有害物質を遊離させる設備操業した結果、

180条2項の種類と範囲で汚染又は侵害する危険を発生させる可能性のあった者は、1年以下の自由刑又は360日以下の日数罰金に処する

- (4) 182条の1項については、従来の旧182条と同じように、行政従属性は要求されていない。2項は180条に関する補充的な収容構成要件である。重大な地域での動物又は植物の生存に対する (具体的) 危険な水、大気又は土壌に対する汚染によるのと異なった方法で招来したことがこの法文により処罰されることになる。2項はさら

に行政従属性が前提となっている (Foregger-Koderk, StGB, 6. Aufl, § 182 Amn III)。また、マイエルホーファーは、182条1項は抽象的な潜在的危険犯に関係するといいい、2項は行政従属性を要求するが、環境犯罪行為における唯一の具体的危険犯を表すという。そして、誰かが動物又は植物の生存に対する危険を重大な領域において招来しなければならないが、180条の意味での汚染によってではなくて、その他の方法で、例えば危険を招来させたために、生存する動物が餓死したか又は重大な湿潤地帯が干上がらせたという場合である (Dr. Christoph Mayerhofer, Wiener Kommentar, 38. Lfg, § 182 Rz 2 und 3)。

- (5) 183 a 条, 183 b 条は1987年刑法改正法律により新たに挿入されたものである。183a 条は、行政従属性に関係する錯誤論争を基礎とする。法規に関する錯誤及び官庁の委託に関する錯誤は規範的構成要件要素に関する錯誤である。このような錯誤が法律の錯誤 (Rechtsirrtum) なのか事実の錯誤 (Tatirrtum) なのか争いがある。これを法律の錯誤と解するのはリットラー、パリン、マイエルホーファー——リーダーであり、これに反対するのはノヴァコフスキー、ブラッツゲンマーである。行政従属性の本質をなす法規に関する錯誤及び官庁の委託に関する錯誤において、法律の錯誤が問題になる場合には、9条と同じ結論になるので183 a 条は不必要になる。これを事実の錯誤と解する場合には、183 a 条はそれと異なった規定を前提とする。この場合に事実の錯誤はここでは例外的に9条の法律の錯誤と全く同じように処理される。すなわち錯誤に非難可能性があるばあいには責任説の意味で故意犯の処罰が認められる。この責任説によれば不法の意識は故意と並んで固有の責任要素である。この責任要素が欠けるにもかかわらず、故意は存続し続ける結果、帰責無能力は故意の行動を排除しないのである (Dr. Christoph Mayerhofer, Wiener Kommentar, 38. Lfg, § 183 a)。

また、183 b 条は有効な悔悟を規定する。立法者は180条、181条、181 b 条から183条までの潜在的危険犯において、損害が発生する前に環境汚染全体がその作用すべてを排除してしまったとき、有効な悔悟を予定した。この点で、この有効な悔悟は中止未遂犯に順応して「任意性」として要求されるのに対し、有効な悔悟は行為者は「自由に (ohne Zwang)」自己の行動の続行を中止したということを要求する (Foregger-Kodek, StGB, 6. Aufl., § 183 b Anm)。



## IV. 結 論

まだ新しいオーストリア環境刑法の歴史の流れのなかで、二つの重要な転換期が明らかになった。1964年、「緑色の草案」のなかで、最初に水を保護する刑罰規定が提案された。1986年、オフナーやその同僚議員による議員立法法案によって、環境が独自の刑法上の保護法益という価値に引き上げられた。トゥリフテラー先生は、あらかじめ第3の転換期の路線を定めていた。しかし、(改正の) 動向 (der (Reform-) Zug) はまだ動き出してはいないと思う。

## あとがき

はしがきでも触れたが、「環境刑法」で問題になっている論点は、「環境」という法益によって何を保護しようとするのかという点と行政従属性の問題である。

まず後者から簡単に考えてみると、現行オーストリア刑法においては、環境刑法の行政従属性があまりにも強調されすぎている点に危惧を覚える。「法規又は官庁の委託に違反して」という文言が環境犯罪規定のほぼすべてに姿を現しているからである。しかし、前者において環境媒体を含む環境全体を保護法益とするかのような叙述があるが、全体としては「民族資産」を環境に対する保護法益として理解されているようにも解される。そう解するのであれば環境犯罪に対する保護法益は生態学的な法益構成論ともいえる。この点の論証は改めて行わなければならない。