

論 説

累犯加重と常習犯について（1）

西 岡 正 樹

- I はじめに
- II 累犯加重
 - （1）違法増大論の検討
 - （2）ドイツにおける軽微累犯の処理に関する近時の判例（以上、本号）
- III 常習犯
- IV むすびにかえて

I はじめに

わが国の現行刑法典は、累犯に関する規定を持つ（刑法第1編第10章）。わが国の累犯規定は、懲役に処せられた者ないしこれに準ずる者がその執行を終わった日またはその執行の免除を得た日から5年以内に「更に罪を犯した」場合を再犯とし（以下累次的に犯罪を重ねるごとに三犯、四犯と呼ばれ、それらの総称を累犯という）、その刑を加重する（その罪について定めた懲役の長期の2倍以下とする）ことを内容とする。そして、周知のように、従来、学説においては、累犯に対して刑が加重されることの理論的根拠が問われ、議論がなされてきた⁽¹⁾。しかし、累犯加重の根拠については、未だ理論的に十分な検討が尽くされていないように思われる。かつて、筆者も、このような認識のもとで、累犯加重の

(1) わが国における学説の詳細については、中島広樹『累犯加重の研究』（2005年）80頁以下参照。

根拠に関して若干の考察を加えた⁽²⁾が、これに対しては、「累犯の違法増大論による限定解釈の可能性の検証」および「常習犯に関する詳細な考察」が別途必要である旨の指摘を受けた⁽³⁾。そこで、本稿では、累犯加重の根拠を違法性の増大に求める見解（違法増大論）および特別刑法上唯一の累犯加重規定である盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条（常習累犯強窃盗）に関する考察を行う。なお、前者の検討に際しては、いわゆる前科の量刑上の位置付けに関する議論も参照する。というのも、量刑事情としての前科は、再犯よりも前に確定した有罪の裁判を意味することから、累犯と共通の性質を有する⁽⁴⁾のみならず、既に累犯加重規定を削除しているドイツやスイスにおいては、実務上、量刑事情としての「行為者の前歴（das Vorleben des Täters）」に関して考慮すべき要素として前科の有無が挙げられており⁽⁵⁾、また、学説においては、前科を量刑上考慮し得るか否かまたどの程度考慮し得るかを論ずるに際して、累犯加重の根拠を巡る議論が影響を及ぼしているからである⁽⁶⁾。

(2) 拙稿「累犯加重に関する一考察」山形大学法政論叢56号（2013年）1頁以下。

(3) 中島広樹「書評」平成法政研究18巻1号（2013年）145頁以下。

(4) 難波宏「前科、前歴等と量刑」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第3巻』（2011年）4頁参照。さらに、累犯加重と前科加重の同質性について、難波・前掲24頁以下参照。

(5) ドイツについて、vgl.K.Miebach,in:Münchener Kommentar zum StGB,2.Auflage,2012,§46 Rn.111f.; F.Streng,in:Nomos Kommentar StGB,4.Auflage,2013,§46 Rn.66ff.; K.Lackner,in:Lackner/Kühl StGB,28.Auflage,2014,§46 Rn.37.; W.Stree/J.Kinzig,in:Schönke/Schröder StGB,29.Auflage,2014,§46 Rn.30ff. スイスについて、vgl.H.Wiprächtiger/S.Keller,in:Basler Kommentar,Strafrecht I,3.Auflage,2013,Art.47 Rn.130.; G.Stratenwerth/W.Wohlers,Schweizerisches Strafgesetzbuch,Handkommentar,3.Auflage,2013,Art.47 Rn.11.

(6) 累犯加重規定削除後のドイツ刑法学における議論について、中島・前掲（注1）255頁以下参照。スイスにおいても、累犯加重規定の削除によって、「累犯は専ら（前歴の枠内で）責任との関連においてのみ評価されるべきである」とされている。Vgl. BBl,1999,S.2060.

II 累犯加重

（1）違法増大論の検討

一 累犯加重の根拠について、従来、わが国の学説においては、いくつかの見解が主張されてきた。その中でも、特に有力なのは、累犯者は前刑に含まれる訓戒・警告を無視して懲りずにまた罪を犯したという点で初犯者よりも責任が重い（非難可能性が高い）ことを加重根拠とする見解（いわゆる警告理論）である。たとえば、累犯者に対しては、「一度刑を科したのにもかかわらず、性懲りもなく、また罪を犯したという点で——したがって多分に行為責任的な見地から——初犯者よりも強い非難が加えられるのである」とする見解⁽⁷⁾や、累犯者においては「初犯の犯人が有するであろうところの、罪を犯してはならないという普通の反対動機のほかに、前刑の感銘力と行刑による教化改善の結果を受けいれることにより、およそ二度と罪を犯してはならないという反対動機にも直面していたのであって、この後者の反対動機をも押し切って再び罪を犯したところに、累犯前科のない者より重い刑を科してよい非難可能性がある」とする見解⁽⁸⁾が挙げられる。かつて累犯加重規定を有していたドイツにおいても、連邦憲法裁判所が、「ドイツ刑法（旧）48条の規定は、以前の有罪判決によって設定された反対動機を無視した者は、事情によっては、増大した犯罪的エネルギーをもって行為する者であり、したがって増大した責任をもって行為する者であるということを出発点としている」旨判示して、警告理論の考えを支持している⁽⁹⁾。

確かに、上記のような警告理論の発想は、社会通念ないし一般的な処

(7) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）532頁。

(8) 佐藤文哉「累犯と量刑について」罪と罰15巻4号（1978年）7頁。

(9) BVerfGE 50,125,134.さらに、vgl.G.Schäfer/G.M.Sander/G.v.Gemmer, Praxis der Strafzumessung,5.Auflage,2012,Rn.650ff.

罰感情に合致しているように思われる。また、当該理論は、累犯加重と併合罪加重（刑法45条以下）の相違を説明するのに適した理論であるともいえる。すなわち、累犯加重と併合罪加重とを比較した場合、裁判以前に数個の犯罪が存在するという点においては、累犯と併合罪は異なるところはないが、前者は既に処罰された犯罪とその後の犯罪を問題とするのに対して、後者は確定裁判を経ていない数個の犯罪を対象とするという点で互いに異なる性質を有するものである。そして、累犯加重の場合は刑の上限が2倍となるのに対して、併合罪で有期徒刑に処する場合は刑の上限は、その最も重い罪について定めた刑の長期の1.5倍にとどまるが、このような両者の違いは、警告理論からは容易に説明し得るように思われる⁽¹⁰⁾。なぜならば、警告理論は、以前に有罪判決を受けたにもかかわらず、このことを反対動機とすることなく犯罪を累行したという「刑罰の感銘力の無視」という点を刑罰加重において重視するからである。

しかし、周知のように、警告理論に対しては諸種の批判が向けられている。たとえば、G.シュトラーターテンヴェルトは、累犯から高められた犯罪的エネルギーを推断しそれと同時に責任の量と犯罪的エネルギーの量とを同視することは短絡的でありかつ問題があるとする⁽¹¹⁾。また、T.ヘアンレは、現代の犯罪論における責任は、行為に対する個別的答責性ないし行為の帰責を問題とするものであって、付加的な責任非難を問題とするものではないがゆえに、警告理論のような考えは、現代の犯罪論における責任理解とは一致しないとの批判を向けている⁽¹²⁾。惟うに、わが国の累犯加重規定は、過失犯をも加重処罰の対象とするものであり、したがって、警告理論のみによって累犯加重を根拠付けること

(10) 中島・前掲（注1）351頁参照。

(11) G.Stratenwerth, Schweizerisches Strafrecht, Allgemeiner Teil II, 2. Auflage, 2006, §6Rn.44. さらに, vgl. C.Erhard, Strafzumessung bei Vorbestraften unter dem Gesichtspunkt der Strafzumessungsschuld, 1992, S.79.

(12) T.Hörnle, Tatproportionale Strafzumessung, 1999, S.161.

はなおさら困難であろう。さらに、累犯者の多くは、情緒不安定や意思薄弱という特質を有する者であり、彼／彼女らは前刑の警告機能の影響を殆ど受けないということも夙に指摘されている¹³⁾。したがって、このような実態に鑑みれば、累犯者の責任はむしろ軽減されるべき場合が多いともいえる。翻って考えてみるに、警告理論は、「懲りずに（性懲りもなく）また罪を犯したことに對する非難可能性」という点に着目するのであるから、そこにおける「非難」は、個別の行為というよりも、むしろ、懲りずに罪を重ねてしまった行為者の危険な人格あるいは行為者の人格形成過程をその対象としており、当該理論は実質的に性格責任論ないし人格責任論と親和的であるように思われる¹⁴⁾。しかし、性格責任論という性格責任は非難の要素を欠くものであって本来の意味での責任ではないという批判¹⁵⁾や、人格責任論という人格形成過程は複雑であり有責なものとは有責でないものとを区別することは不可能に近いという批判¹⁶⁾が向けられており、これらの批判は正鵠を射るものである。犯罪は行為であり当該行為に對する法的な非難可能性を問うことが刑事責任の核心であるとの認識のもとで、責任主義の原則を、刑罰は行為責任を前提とし、かつ行為責任を限界とするものであると理解するならば¹⁷⁾、性格責任論や人格責任論は責任主義の原則に抵触する虞を多分に孕むものであり採用することはできない¹⁸⁾。現行刑法も個別の行為を責任非難の対象としており、基本的に行為責任論に立脚するものと解される¹⁹⁾。さ

13) G.Stratenwerth, *Tatschuld und Strafzumessung*, 1972, S.16.

14) 吉岡一男「累犯と常習犯」同『刑事制度論の展開』（1997年）200頁以下参照。

15) 団藤・前掲（注7）258頁。

16) 平野龍一「人格責任と行為責任」日本刑法学会編『刑法講座第3巻』（1963年）6頁。

17) 内藤謙『刑法講義総論（上）』（1983年）127頁参照。

18) Vgl. Stree/Kinzig, a.a.O. (Fn.5), §46 Rn.30.

19) 内藤謙『刑法講義総論（下）I』（1991年）740頁以下参照。

りとして、行為責任論の立場から累犯加重を根拠付けることはなおさら困難であることは、ドイツ刑法学やスイス刑法学においても強調されてきたところである²⁰⁾。

二 以上のように、累犯加重の根拠を「責任」の増大に求めることが困難であることに鑑みて、あくまで累犯加重を理論的に正当化しようとする見地から、累犯加重の根拠を「違法性」の増大に求める見解が有力に主張されている。たとえば、F.シュトレングは、「前の有罪判決を通じて与えられた警告を非難可能なかたちで顧慮しなかったということ」を根拠に高められた行為責任を承認することは、たとえば軽微犯罪を扱う領域において、時に過剰な刑へと至る」として警告理論を批判しつつ、「むしろ、累犯加重の根拠は、犯罪の累行によって強化された法秩序の否認に見出すべきである」と主張する²¹⁾。すなわち、法秩序の否認を通じて規範妥当が侵害されるが、累犯による規範妥当の侵害（新たな行為の有責な不法）は、前犯を通じてより強度なものとなる。したがって、繰り返し侵害された規範妥当を回復するためには、行為者に対してより強力な反作用、つまり刑罰加重が必要とされる。反復によって強化された法秩序に対する否認は、刑罰加重的な効果をもたらすのである²²⁾。ここでは、刑法上の違法性を法秩序の否認を通じた規範妥当の侵害と把握したうえで、刑罰をこの規範妥当を回復するための手段と捉え、累犯は

20) 拙稿・前掲（注2）4頁以下参照。なお、わが国と同様に、オーストリア刑法は累犯加重規定を存置している（オーストリア刑法39条）。オーストリア刑法39条は、法定刑の上限を加重する点と過失犯が問題となる場合にも適用可能である点でわが国の累犯加重規定と共通の性質を持つ。そして、オーストリア刑法39条に対しても、個別行為責任の原則からは疑わしい規定であり、実際には行為者の行状を非難の対象とするものであるとの批判が向けられている。Vgl. S. Seiler, Strafrecht Allgemeiner Teil, 5. Auflage, 2012, Rn. 253.

21) Streng, a.a.O. (Fn. 5), §46 Rn. 66. なお, Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3. Aufl., 2012, Rn. 565ff. においても同様の主張が展開されている。

22) Streng, a.a.O. (Fn. 5), §46 Rn. 66.

規範妥当の侵害度が高いがゆえに重い刑罰が賦科されるべきであるという考えが採られており、違法性の増大が累犯加重の根拠とされている。

同様の考えは、W. フリッシュによっても主張されている。フリッシュは、犯罪は法の侵害であり、法的関係の侵犯であり、法および法的状態の妥当の否認であるとしたうえで、この法違背としての犯罪に対して法状態の回復および法の妥当の確証の手段としての刑罰が賦科されねばならないとして、いわゆる積極的一般予防論の立場を採ることを宣明する²³⁾。そして、「累犯者は犯罪を反復したという点で法を敵対視する態度が明確であり、このことは法秩序の妥当の侵害として重く受け止められなければならない」として、累犯加重の根拠を「特に明確かつ強固な法の否認」に求めるのである²⁴⁾。さらに、フリッシュは、刑法上の不法の本質を「法の疑問視・否認・無視」と把握²⁵⁾したうえで、「以前に同種犯罪の有罪判決を受けた後の累犯が問題となる場合には、不法の領域における所見は一層重大である」という。なぜならば、このような場合、行為者は、従来は抽象的にしか知られていなかった法規範を自身の行為を通じて——明確な方法で——否認しただけでなく、むしろ、当該法規範が行為者に極めて明白な方法で一段と深く理解させられそして当該規範の拘束力が示されたにもかかわらず、組織化された共同体が保持している法に違背したから

23) W.Frisch, Strafkonzep, Strafzumessungstatsachen und Maßstäbe der Strafzumessung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: C.Roxin/G.Widmaier (Hrsg.), 50 Jahre Bundesgerichtshof. Festgabe aus der Wissenschaft, Band IV: Strafrecht, Strafprozeßrecht, 2000, S.278.

24) Frisch, a.a.O. (Fn.23), S.291f.

25) Frisch, Unrecht und Schuld im Verbrechensbegriff und in der Strafzumessung, in: Festschrift für Heinz Müller-Dietz, 2001, S.254. 本論文の翻訳として、岡上雅美訳「ヴォルフガング・フリッシュ『犯罪論と量刑論における不法と責任』」法政理論35巻4号（2003年）342頁以下参照。

である²⁶⁾。

また、G. シェーファー／G. M. サンダー／G. v. ゲンマーは、「以前に犯罪を行ったことは、——繰り返された法侵犯を理由として——保護法益に敵対する行為者の内的態度を推論することを許し、したがって高められた非難可能性を示し得るものである」とする²⁷⁾。そのうえで、以前のあらゆる犯行が刑罰加重的に作用するのではなく、以前の犯行が——しばしば連続犯にみられるように——もともと存在したあるいは増大した法敵対的な態度の表明である場合に、とりわけ高められた非難可能性が認められるべきであると主張する²⁸⁾。つまり、「各犯行は、同一または類似の法益に関係するものであるか、あるいは一般的な法敵対性ないし法の無視の表明でなければならない」²⁹⁾のである。

さらに、M. パヴリックは、累犯は法に対する忠誠心の欠如（忠誠義務違反）あるいは法に対する否認的態度が明白であるがゆえに累犯に対する刑罰加重は正当化されるとしたうえで³⁰⁾、「個別の不法な行為が行為者の経歴において独立した個別の出来事を意味するのではなく、全犯罪的経歴の構成要素であることを実証する場合には、刑罰は加重的に作用する。したがって、行為者の前科、とりわけ同種前科を行為者にとって不利益に考慮することは正当となる」³¹⁾と主張する。

26) Frisch, a.a.O. (Fn.25), S.256.

27) Schäfer/Sander/Gemmer, a.a.O. (Fn.9), Rn.653.

28) Schäfer/Sander/Gemmer, a.a.O. (Fn.9), Rn.655.

29) Schäfer/Sander/Gemmer, a.a.O. (Fn.9), Rn.658.

30) M.Pawlik, Person, Subjekt, Bürger, 2004, S.88ff.

31) Pawlik, a.a.O. (Fn.30), S.93. Frisch, a.a.O. (Fn.25), S.244もまた、同種前科について、「(以前に有罪の宣告を受けたという形での) 行為者への警告が強力であったにもかかわらず犯罪を累行したことは、——しばしばエピソードにとどまる——1度限りの違反と比較して、行為者の法に違背する態度を本質的により明確かつ宣言的に表明するものである」と主張している。さらに、Wiprächtiger/Keller, a.a.O. (Fn.5), Art.47 Rn.137は、「前科を理由とする刑罰加重は、行為者が

このように、犯罪ないし違法性の本質を法あるいは法秩序の否認という点に求め、累犯には特に強力な法敵対性ないし法否認の態度が看取されるがゆえに刑の加重が正当化され得るとする見解は夙に多くの論者によって主張されている。たとえば、J. ナーグラーは、「前科者による累次の法侵犯に対する評価は、事案において（初犯者による法侵犯とは異なり）専ら（高められた）法敵対性とともな法存立の増大した危険が認められる場合にのみ、その程度が高いと判断され得る」³²とし、V. シュワンダーは、「法律によってその形成と維持が目指される社会秩序の存立およびその権威に対する闘争において、法秩序は脆弱な状態に置かれるが、累犯者は初犯者と比較してより強力に法律の権威を侵害するがゆえに、累犯加重は正当化され得る」旨主張する³³。また、P. アルブレヒトは、「法定刑の相違は、第一に各犯罪の異なった不法内容に見出される。つまり、各々の保護法益の評価が重要である」としたうえで、「累犯加重を規定するスイス旧刑法67条1項1文を個人的責任の観点から根拠付けることはできない。すなわち、従来 of 行刑は、さらなる犯罪を阻止するというよりもむしろ促進してきたということを刑事学的経験が示している。したがって、当然の帰結として、累犯は刑罰賦科によって本来的に責任を軽減するものとして評価されるべきであろう。これに対して、立法者は、累犯を、法秩序に対する特に強力な違反であって厳しく処罰されるべきものと評価している」³⁴と主張する。

意図的に社会規範を否認することによって行為責任が高められる場合にのみ考慮され得る。社会規範の妥当性は、同一または同種犯罪を理由とする以前の有罪判決を通じて行為者に対して明白となる。累犯には『強固な法敵対性』が看取され得る」とする。

32) J.Nagler, Die Strafe, 1918, S.618.

33) V.Schwander, Der Rückfall, ZStrR80, 1964, S.371.

34) P.Albrecht, Schuld und Strafzumessung aus der Sicht des Richters, SJZ 79, 1983, S.267.

これらの見解は、犯罪によって法秩序の存立は危殆化され脆弱となるという点で累犯者は法秩序の存立を初犯者よりも強力に侵害したがゆえに違法性が高く、したがって重い刑罰に値すると解するものと評価し得る³⁵⁾。

さらに、アルミン・カウフマンは、累犯は、個別行為を禁止する規範のほかに「犯罪傾向を根付かすことなかれ！」という命令規範にも違反するがゆえに二重の義務違反が認められるとして、累犯加重の根拠を二重の義務違反という行為不法の増大に求めている³⁶⁾。つまり、実際に有罪判決を言い渡された犯罪行為の不法にさらなる不法が付加される（二重の義務違反という行為不法）と見ることによって、実際の犯罪行為に関する責任に「以前の有罪判決を警告として受け取らなかった」という違法な誤った行態に関する責任が加わることになり、この両不法および責任の量の合計を累犯加重の根拠とする見解と評価される³⁷⁾。また、H. ツィップは、累犯については、一般的な累犯加重規定を設けるのではなく、完全に異なる基準によって作り出されるべき犯罪特有の行為不法および（あるいは）結果不法の増大に着目すべきであるとして、累犯加重の根拠を行為不法のみならず結果不法の増大に求める見解を唱えて

(35) K.Bruckmüller, Die strafrechtliche Behandlung der Rückfälligkeit im österreichischen StGB, 2011, S.66もまた、オーストリア刑法39条の累犯加重規定に関して、「行為者は、適法に振る舞う者と比較して、保護法益に対して特に敵対的なあるいは無関心な態度を示すものである」ということを刑罰加重の根拠として挙げている。

(36) A.Kaufmann, Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie, 1954, S.211f.

(37) E.Horn, in: Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band I, 1975, §48 Rn.5.

(38) H.Zipf, Die Behandlung des Rückfalls und der Vorstrafen nach Aufhebung des §48 StGB, in: H.-H.Jeschek und T.Vogler (Hrsg.), Festschrift für Herbert Tröndle zum 70.Geburtstag am 24.August 1989, 1989, S.450. ツィップは、このような視点から説明され得る各則の規定として、1987年の刑法改正によって新設されたオーストリア刑法84条3項を挙げている。オーストリア刑法84条（重大な傷害）3項は、「行為者が、宥恕すべき動機なくまた強度の暴行を用いることによって少

いる³⁸⁾。

三 わが国においても、累犯加重の根拠を違法性の増大に求める見解は主張されている。西原春夫博士は、「累犯者の場合、規範に対する侵害の程度が初犯者に比べて格段に重い」ということを理由に、「累犯の場合、規範に対する侵害が二度目以上で、しかも単に確定裁判を受けたばかりでなく、その執行をも受けた上でのことであるという点からして、違法性の程度が重く、行為者個人に対する非難性の軽減を帳消しにするにいたらず、結局責任の量としては初犯者よりも重くなるのだと解すべき」と主張する³⁹⁾。また、内田文昭教授は、「行為者の法的責任は、刑罰の量を低減させる方向で機能する」⁴⁰⁾との前提のもとで、累犯加重の根拠は、単に「責任」の重さにあるのではなく、すでに「違法」の重大さ(法益侵害性の強さ)に求められ得るものであるとする⁴¹⁾。さらに、井田良教授は、量刑における前科に関して、再度の規範侵害が持つ規範動揺(法益の価値の軽視・否定)の明白性という点に前科が量刑上重く評価されることの根拠を求める。つまり、殺人の再犯の場合、「今回の具体的犯行への評価がより重いことは、再度の犯行が法益の価値を軽視・否定する意味をもった行為であり、生命保護という刑法の目的を挫折させる強いインパクトをもつ行為であることにのみ求められるであろう」

なくとも3度の独立した行為を行った場合」に行為者を3年以下の自由刑に処する旨規定する。Streng, a.a.O. (Fn.5), §46 Rn.68もまた、違法増大論の立場から、「反復された行為遂行の限定条件と評価は、完全に個別事案との関連において行われなければならない」と主張する。

39) 西原春夫『刑法総論〔改訂準備版〕(下巻)』(1993年)446頁以下。したがって、西原博士によれば、「累犯は、有罪の言渡のみならず刑の執行という国家の司法作用を受けているにもかかわらずふたたび規範に対する侵害を行っているという意味で、併合罪の場合よりもさらに規範的な非難の度合いが高い」(西原・前掲498頁)とされる。

40) 内田文昭『改訂刑法I(総論)〔補正版)』(1997年)46頁。

41) 内田・前掲(注40)224頁。

とする⁴²⁾。

四 シュトレングは、量刑責任にとって行為不法（行為無価値および結果無価値）と無関係に責任を増大させる要素を認めることを否定する見解を不法連関モデルと呼び、このようなモデルにおいては、従来責任を高めるものと見なされてきた諸要素が既に行為無価値または結果無価値の領域でどの程度考慮され得るか、またどのような形で間接的に責任に関係し得るかが問題になるという。さらに、（客観的な結果不法においては適切に表現されない）犯行によって惹起された法的平和の攪乱は、不法さらには責任に関係し得るものか否か、また場合によっては、法的安全を保障するためにどのような要件によって理解されるべきかは広範に不明確であるという⁴³⁾。シュトレングのいう不法連関モデルは、これまで検討した違法増大論に分類され得るが、違法増大論に対しては、そこにいう「違法性」の実質をいかに把握するかが問題となる。仮にこれを「法益の侵害または危険」（結果無価値）に求めるならば、確かに、わが国の累犯加重規定は、懲役に処された者ないしこれに準ずる者に対してさらに有期の懲役を言い渡す場合にその適用が限定されていることから、一定の重要な法益の侵害・危険を加重根拠と解し得るようにもみえる。しかし、保護法益の価値がそれに対する侵害・危険の回数に応じて変化するわけではないがゆえに、犯罪の反復を通じて一般に法益侵害・危険の程度が高くなると考えることは困難であろう⁴⁴⁾。他方、違法性の実質を「規範違反性」（行為無価値）に求める場合、とりわけ刑法規範の妥当性ないしその保護を重視する立場からは、累犯加重の根拠を違法

42) 井田良「裁判員裁判と量刑」論究ジュリスト2号（2012年）66頁。このような見解に対する批判として、野村健太郎「量刑における前科の考慮」曾根威彦先生・田口守一先生古稀祝賀論文集〔下巻〕（2014年）37頁参照。

43) Streng, a.a.O. (Fn.21), Rn.529.

44) F.Riklin, Rückfall und Bewährung im schweizerischen Strafrecht, ZStrR, 102, 1985, S.280., H.R.Hegg, Der Rückfall im schweizerischen Strafgesetzbuch, 1959, S.61.

性の増大に求めることに一定の説得力があるようにも考えられる。確かに、観念的には、犯罪反復の回数に応じて規範敵対性がより顕著になるとともに規範の妥当性は低下するように見える。しかし、違法増大論の論者も認めるように、このような見方に対しては、情緒不安定あるいは意思薄弱によって犯罪を累行する者に対しては妥当し難いという点⁽⁴⁵⁾のほかに、以下のような批判が向けられる。

たとえば、ヘアンレは、アルミン・カウフマンの見解に対して、「行為不法は専ら有罪判決を受けるべき行為の事情を通じて決定される。各刑法規範と結び付いた呼び掛け（Appell）は、万人に同等の方法で向けられている。このような呼び掛けを無視することに付け加わる第二の義務違反は、社会的—権威的な国家理解を背景としてのみ構成され得る。刑法上の行為規範に付け加わる、それを繰り返し無視することが付加的な不法を基礎付けるところの独自の国家に対する国民の服従義務は、法治国家的—自由主義的刑法の下では是認できない」と批判する⁽⁴⁶⁾。また、E.ホルンは、第一に、カウフマンのこのような特別な命令規範は存在せず、禁じられたまたは命じられた特定の構成要件の行為のみが行われ得るのであって、ある種の警告のために規範に適合する行為が要求されるというようなこともない、第二に、個別事案において、上記の命令規範違反に関して、行為者にどの程度帰責し得るかを明らかにすることは非常に困難であるという批判を向けている⁽⁴⁷⁾。

惟うに、わが国の累犯加重規定は過失犯が問題となる場合にも適用可能であるが、このような場合にも——故意犯が問題となる場合と同列に

(45) Streng, a.a.O. (Fn.5), §46 Rn.66.

(46) Hörnle, a.a.O. (Fn.12), S.162.

(47) Horn, a.a.O. (Fn.37), §48 Rn.6. 佐久間修「責任と刑罰（その3）」警察学論集 67巻5号（2014年）162頁は、「たとえ主観面を評価の対象とする場合にも違法判断は当該犯行それ自体に向けられる」ということを理由に、犯人の危険性を違法論で考慮するのは許されないとする。

——規範違反性が高いとして一律に刑の加重を認めることは理論的に問題であろう。さらに、法規範は法益の存在を前提としてのみ成り立ち得るものであり⁽⁴⁸⁾、各刑罰法規が有する法定刑も第一義的には保護法益の価値に依拠していると考えられるのであるから、この限りで、行為無価値に依拠する違法増大論に対しては、違法性の実質を結果無価値に求める違法増大論に対する批判がそのまま妥当すると思われる。

五 翻って考えてみるに、すでに警告理論の中に違法増大論の発想が含意されているように思われる。すなわち、違法増大論と警告理論の相違は、「前刑の警告無視」ないし「刑罰の感銘力の無視」という点を客観的非難可能性の増大と捉えるか、あるいは主観的非難可能性の増大と捉えるかの違いにすぎないとも考えられる⁽⁴⁹⁾。つまり、違法増大論も警告理論もともに、以前に有罪判決を受けた者は、初犯者との比較において、より高い（刑法）規範尊重意識ひいては法益尊重意識を持つべきであったのに再び規範を侵害した、ひいては法益を侵害・危殆化した点に累犯加重の根拠を求めるものと解され得る。とりわけ、刑法上の「責任」の内容を「予防上の処罰の必要性」の観点から再構成する見解に依拠するならば、このことは直截的に妥当しよう。しかし、このような見地からは、裁判官や検察官、警察官等の司法ないし捜査機関に属する者に対しては、通常、一般人に対するのと比較して高い規範尊重意識が認められることから、仮にこれらの者が犯罪を犯した場合には、同様の犯罪を犯した一般人と比較してより重い刑罰が科されるべきであるということになろう。確かに、責任判断は違法判断を前提とし、責任判断は違法判断

(48) 梅崎進哉＝宗岡嗣郎『刑法学原論』（1998年）173頁。

(49) 小池信太郎「量刑における前科」刑事法ジャーナル39号（2014年）59頁は、「前科者の犯行が示す法益・規範を軽視する性質を、行為の客観的意味として捉えたのが違法加重説であり、行為者の主観的傾向として捉えたのが責任加重説である」との見方を示している。

に従属するという見地に立てば、加重された違法に対する責任（法的非難可能性）の増大との理解はあり得よう⁵⁰。しかし、既述のように、累犯者の中には情緒不安定や意思薄弱によって犯罪を累行する者が少なからず存在するのであり、これらの行為者において一律に「強固な法敵対性・法の否認」を認めることはできないのではないかと思われる。さらには、「たとえ違法性は高くても、責任が低ければ、重い責任を基礎付け得ないのではないか」⁵¹との疑問も払拭し得まい。

結局、違法増大論や警告理論は、法秩序を動揺させる行為に対しては「予防上の処罰の必要性」から加重された刑罰を賦科すべきであるとする見解と何ら異なるところがないといえよう⁵²。実際に、刑罰賦科を通じた公衆一般に対する規範妥当および規範の貫徹力への信頼の確証ならびに公衆一般の法忠誠の強化を内容とする積極的一般予防論の主張者は、予防の必要性に依拠しつつ累犯加重を根拠付けている⁵³。しかし、刑罰加重の根拠付けのために公衆一般の刑罰要求が持ち出される時、責任原理の刑罰限定機能は著しく弱められてしまうであろう⁵⁴。さらに、実務上、初犯者の場合には起訴猶予がなされる割合は比較的高いものに対して、累犯者について起訴猶予処分が付される割合は低いことが窺われるが⁵⁵、

50 小池・前掲（注49）59頁参照。

51 中山研一『刑法総論』（1982年）325頁。

52 Vgl.Hegg,a.a.O.(Fn.44),S.61.高山佳奈子「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第3巻』（2011年）74頁は、警告理論の内実は「国家に対する反逆」を累犯加重の根拠とするものであると批判する。

53 たとえば、G.Jakobs,Strafrecht Allgemeiner Teil2.Auflage,1991,Rn.17/26.,Frisch,a.a.O.(Fn.23),S.292.

54 Hörnle,a.a.O.(Fn.12),S.164.積極的一般予防論の問題性については、北野通世「積極的一般的予防論」法学59巻5号（1995年）90頁以下参照。

55 法務省HP『検察統計統計表年報（2013年）』「罪名及び初犯者，前科者別起訴した事件の被疑者の犯時年齢及び性別人員」および「罪名及び初犯者，前科者別起訴猶予処分に付した事件の被疑者の犯時年齢及び性別人員」によれば、2013年中に検察が起訴した事件のうち初犯者の総数が63,897人，前科者の総数

これは、刑事訴訟法248条で起訴猶予とする場合に考慮すべき事項として「犯人の性格」が掲げられ、ここにおいて犯人の前科前歴の有無が考慮要素とされている⁵⁶ことが影響していると考えられる。このような実態を斟酌すれば、累犯であることは既に起訴猶予の可否を決するに際して行為者に不利益な方向で考慮されているのであるから、さらに科刑の場面でこのことを不利益に考慮する余地を残すことは妥当でないと思われる⁵⁷。

六 以上のように、累犯加重規定を理論的に正当化することは困難であり、結局、当該規定については、社会防衛または犯人の再社会化の必要性（特別予防の必要性）の増大という刑事政策的観点に加重根拠を求める見解⁵⁸、あるいはこのような刑事政策的見地から責任主義の原則の例外を認めた制度として把握する見解⁵⁹に落ち着かざるを得ない状況となっている⁶⁰。実際に、現行の累犯加重規定の立法目的も「再犯の防止」

が62,177人であったのに対して、不起訴処分にした事件のうち、初犯者の総数は79,350人、前科者の総数は32,341人であった。

(56) 白取祐司『刑事訴訟法〔第7版〕』（2012年）215頁、三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕』（2014年）297頁〔岩橋保〕等。

(57) 吉岡・前掲（注14）200頁参照。この点、わが国の実務においては、一般に累犯者は初犯者よりも重い刑を科せられてはいるものの、累犯者に対して累犯加重を行って初めて可能となるような刑が宣告されることは極めて稀であるとされる。大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第2版〕第4巻』（1999年）367頁〔佐藤文哉〕。さらに、平野龍一『犯罪者処遇法の諸問題〔増補版〕』（1982年）95頁、佐藤・前掲（注8）9頁をも参照。つまり、累犯加重規定の運用にあたっては、責任主義の原則との調和が図られているのが実態であるといわれる。遠藤邦彦『量刑判断過程の総合的検討』大阪刑事実務研究会編著『量刑実務大系第1巻』（2011年）47頁、大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第4巻』（2013年）423頁〔安東章〕。しかし、このことが累犯加重規定の存在を正当化する積極的な根拠とはなり得まい。

(58) 中野次雄『刑法総論概要〔第3版補訂版〕』（1997年）234頁、西田典之『刑法総論〔第2版〕』（2010年）424頁参照。

(59) 井田良『講義刑法学・総論』（2008年）559頁。

に求められよう⁶⁰。しかし、既述のように、累犯へと至る個々の行為者は、その原因を貧困や障がい等の生活環境に負っている場合が少なくなく、行刑それ自体が犯罪者の非社会化を促進することが稀ではないとの指摘がある⁶²。また、特別予防の必要性から累犯加重を根拠付ける見解に対しては、多くの前科の存在それ自体から常に累犯の危険が帰結され得るわけではないこと、過去の刑罰は、再社会化の努力ないし個別的な威嚇（積極的特別予防と消極的特別予防）が実を結ばなかったことの徴表のみならず、新たな犯罪を理由とする高められた刑罰および更なる非社会的効果の危険をも基礎付けるとの批判が向けられている⁶³。このような観点からは特別予防目的によって累犯加重を根拠付けることは不当となろう。特別予防であれ一般予防であれ、専ら予防上の処罰の必要性から責任不相応の刑罰を科すことは許されまい⁶⁴。この点、現在は既に削除

(60) 中島・前掲(注3)145頁以下参照。実際に、累犯加重の目的が危険な犯罪者対策という意味での特別予防にあることは否定できまい。この点について、阿部純二「累犯加重の根拠」岩田誠先生傘壽祝賀『刑事裁判の諸問題』(1982年)89頁参照。また、現行刑法典の累犯加重規定が加重対象となる期間を限定していることから、特別予防的観点を重視していることが看取され得る。

(61) 松尾浩也解題＝倉富勇三郎ほか編『増補刑法沿革総覧』(1990年)2152頁以下参照。なお、ドイツにおいて累犯加重規定が起草されたのは、再社会化が支配的な刑罰目的と見なされていただけでなく刑法の全体的な根拠付けの基礎に置かれていた「再社会化理念の黄金時代」である1960年代終わりであったとされる。Zipf.a.a.O.(Fn.38),S.441.

(62) W.Gimmi/S.Vogel,in:Basler Kommentar,Strafgesetzbuch I,2003,Art.67 Rn.5.

(63) Hörnle,a.a.O.(Fn.12),S.163. Seiler, a.a.O.(Fn.20),Rn.253は、「累犯へと至る強固な犯罪の否認ではなく、前科によって形成された状況がしばしば問題である。通常、自由刑の賦科は失職とそれに伴う将来の収入の可能性の喪失へと至る。行為者はなお高い(自由)刑を通じて正しい道へと導かれそして再社会化目的を達成し得るという見方は、かなり疑わしいように思われる」と主張する。

(64) Vgl.Horn,a.a.O.(Fn.37),§48 Rn.4., H.J.Hirsch,Tatstrafrecht-ein hinreichend beachtets Grundprinzip?,in:Festschrift für Klaus Lüderssen,2002,S.265f.,T.Fischer,Strafgesetzbuch,59.Auflage,2012,§46 Rn.5. 責任相応刑については、拙稿「量刑と責任」東北法学32号(2008年)229頁以下参照。

されているドイツ刑法旧48条の累犯加重規定は、特別予防の必要性による責任主義の原則との抵触を回避するために、いわゆる「非難性条項」⁶⁵を有していた⁶⁶。これに対して、わが国の累犯加重規定は、このような実質的条項を持たず、規定中の形式的な適用条件を満たせば機械的に刑が加重され得る。この点からしても、わが国の累犯加重規定は、その内容がより問題視されるべきであろう。

七 ところで、前述のように、ドイツ刑法旧48条の一般的累犯加重規定は、主として「行為責任原理と一致しない」という理由で削除されたが⁶⁷、とりわけ当該規定が累犯の刑の下限を一律に引き上げる点に批判が向けられた⁶⁸。つまり、ドイツ刑法学においては、警告理論に基づいて特に軽微犯罪に対して累犯加重を行うことが問題視され、このことがドイツ刑法旧48条を削除へと至らせる一要因となったのである⁶⁹。このことから、累犯加重規定を削除した現在のドイツの刑事実務においては、前科との関係で、軽微累犯に対する刑罰加重という問題を回避するために、行為責任の量の増加と確定は行為不法の側面に向けられている、あるいは憲法上の比例原則に関連付けられているとされる⁷⁰。そこで、次節では、累犯問題を考えるに際しての示唆を得るという視点から、この

(65) すなわち、「犯罪行為の種類と事情を考慮して、行為者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難を彼／彼女に加うべき場合」でなければ、累犯加重はなし得ないという内容の条項のことである。連邦憲法裁判所の判例（BVerfGE 50,125,134）においては、「実質的累犯条項（der materiellen Rückfallklausel）」と呼ばれている。

(66) したがって、「実際の事案において、前の有罪判決が実質的累犯条項の意味における警告効果を有しなかったという帰結へと至ったならば、刑法48条は適用されない」（BVerfGE 50,125,136）とされていた。

(67) BGBI 1,1986,S.393.

(68) Vgl.D.Dölling, Das Dreiundzwanzigste Strafrechtsänderungsgesetz, NJW 1987, Heft 18, S. 1045.

(69) 中島・前掲（注1）273頁以下。

ような動向について、軽微累犯を巡る近時のドイツの判例を題材として概観する。

（2）ドイツにおける軽微累犯の処理に関する近時の判例

一 前述のように、ドイツ刑法学においては、累犯加重規定削除の一要因として、軽微累犯に対する刑罰加重の問題性が挙げられたが、ドイツの刑事実務においては、累犯加重規定削除後も、量刑における前科の考慮との関係で、軽微累犯に対する刑罰加重を回避するための対応がなされている。わが国においても、比較的軽微な犯罪⁽⁷¹⁾である窃盗において有前科者率（起訴人員に占める罰金以上の刑に処せられたことがある者の人員の比率）は高い割合を示しており、軽微累犯に対する量刑のあり方が問題となり得る⁽⁷²⁾。後述するように、わが国においては、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律において、常習累犯強窃盗に対する刑の下限の一律的引き上げを明記する規定が存在しているが、当該規定に関する考察への示唆を得るという観点から、以下では、軽微累犯に関する近時のドイツの判例について概観する。

二 ① OLG Karlsruhe MDR 1997,85（判例①）は、被告人が自己使用

(70) Streng, a.a.O. (Fn.5), §46 Rn 66. ここでシュトレングが取り上げる判例を中心に次節では検討を加える。

(71) 厳密には、軽犯罪法（昭和23年法律第39号）において処罰対象とされる行為、あるいは刑事訴訟法217条によれば「30万円以下の罰金、拘留又は料りに当たる罪」が「比較的軽微な犯罪」ということになろうが、ここでは、法益侵害（危険）の程度が比較的軽微な事案という意味で当該概念を使用する。

(72) 法務省法務総合研究所編『平成26年版犯罪白書』（2014年）145頁によると、平成25年における窃盗の有前科者率は59.5%である。ちなみに、同書同頁によると、覚せい剤取締法違反の有前科者率が74.0%で最も高い。さらに、同書150頁によると、平成21年に出所した受刑者のうち出所から5年以内に再入所した者の累積人員の比率（累積再入率）は、窃盗が47.4%、覚せい剤取締法違反が49.8%であり、他の罪名と比較して相対的に高い。

目的で麻薬（アンフェタミン0.2g）を不法に所持したという事案について、被告人に4か月の自由刑を言い渡した区裁判所の判決を「被告人の多数のそして一部は重大な前科と強力な保護観察違反を理由として短期自由刑とその執行は必要不可欠である」として支持した地方裁判所の判断に対して、このような判断は責任評価の範囲を限定する行為連関を軽視し前科と保護観察違反を過大に評価するものであると批判する。つまり、責任に相応した帰責の範囲の設定にとって決定的でありかつ志向されるべきなのは責任に帰属可能な行為の無価値内容それ自体と行為が有する具体的な危険の可能性であり、したがって、責任量は実際の行為の重大さそれ自体との厳格な関連においてのみ適切に評価され得るものであって、本件のように軽微な事案においては特に比例性の原則（Verhältnismäßigkeitsgrundsatz）ないし過剰禁止（Übermaßverbot）が顧慮されねばならないと判示している。

② OLG Braunschweig NStZ-RR 2002,75（判例②）は、被告人がスーパーマーケットで煙草一箱（価格5マルク）を万引きしたという事案について、被告人に2か月の自由刑を言い渡した区裁判所の判断は、たとえ被告人が過去に同種前科によって多数回の自由刑を科されていたとしても、もはや正当な責任清算とは見なされ得ずかつ比例性原則にも違反するとした。その理由として、本件における客体（煙草一箱）の価値の僅少性という意味での行為不法の低さが指摘されている。確立した連邦憲法裁判所の判例⁽⁷³⁾によれば、刑罰は、行為の重大さおよび行為者の責任と適切な関係になければならないが、煙草一箱の窃取に対して2か月の自由刑を科することは全くもって不適切であって比例性の原則に反するという。

③ OLG Stuttgart NJW 2002,3188（判例③）は、被告人がミルクケーキ（価格26セント）を窃取したという事案について、被告人に1か月の自由刑

(73) BVerfGE 50,205,215.

を言い渡した地方裁判所の判断に対して、本件のように非常に価値の低い財物の窃取という事案における行為不法は過少であるがゆえに、被告人に自由刑を賦科することは不当に厳しいものであり、たとえ被告人に多数の同種前科があったとしても、過剰禁止に違反する制裁であるとする。上告裁判所は、事実審の刑罰が行為不法および行為責任と著しく均衡を失い比例性の原則に反する場合には例外的に量刑に干渉することができるのであって、このような原則から導出され、法治国家原則から帰結される過剰禁止は憲法上の地位を保持しそしてまた個別事案における国家刑罰権の限界になるという⁷⁴⁾。

④ OLG Karlsruhe NJW 2003,1825（判例④）は、被告人が専ら自己使用の目的で微量の指定麻薬を不法に所持したという事案について、2か月の自由刑を言い渡した区裁判所の判決に対する被告人の控訴を棄却した地方裁判所の判断について、被告人に同種前科があり保護観察違反があったとしても、過剰禁止ないし比例性の原則が相当程度顧慮されねばならないとしている。さらに、比例性の原則は、狭義の量刑に際してだけでなく、とりわけ刑法47条の例外規定による短期自由刑の必要性という問題に際しても適切に顧慮されねばならないという。判例④は、「量刑にとって中心的な結節点は、その重大さに従って段階付けられる有責な不法であり、したがって実際に表明された責任である。この責任相応の帰責枠を決定することが重要であり、そして第一に行為の不法内容それ自体とその具体的な危険の潜在性を志向すべきである。刑罰は、具体

(74) BVerfGE 90,145,173は、「介入の重さと介入の正当化根拠の重要性と緊急性との全体的衡量に際しては、禁止の名宛人に対する期待可能性の限界が保障されていなければならない。したがって、禁止の名宛人に過剰な不利益を課すような措置は許容されない（過剰禁止または狭義の比例性）。国家刑罰の領域においては、基本法1条1項に基礎を置く責任原理から、そして法治国家原理および自由権から導出され得る比例性の原則から、犯罪行為の重さと行為者の責任は刑罰と適切な関係になければならないということが帰結する」と判示する。

的な行為の重大さそして場合によっては刑罰減輕事由・減輕状況に依拠して量定されねばならない。責任の量は、実際の行為の重大さそれ自体との緊密な関係においてのみ適切に評価され得る」と判示している。ここでは、行為不法を志向した量刑の必要性が強調されている。

⑤ OLG Oldenburg BeckRS 2010,03827（判例⑤）は、被告人が専ら自己使用の目的で麻薬を入手したが、その麻薬の量がドイツ麻薬法29条5項に規定された「わずかの量（geringen Menge）」という限界値を下回っていたという事案について、被告人には多数の前科がありかつ麻薬の依存的常用者であったことから、同条項を適用して被告人に3カ月の自由刑を言い渡した区裁判所およびこれを支持した地方裁判所の判断に対して、このような量刑は、被告人の行為および責任と不均衡でありかつ憲法上保障されている過剰禁止に違反するとした⁷⁵⁾。

さらに、近時、⑥ OLG Hamm NStZ-RR 2014,214（判例⑥）は、被告人が自己使用目的で麻薬（マリファナ19.3g）を不法に所持したという事案について、多数の同種前科の存在を理由として被告人に7カ月の自由刑を言い渡した区裁判所の判決に対する被告人の控訴を棄却した地方裁判所の判断に対して、このような判断は被告人の行為の不法内容および責任と不均衡のものでありしたがって憲法上保障されている過剰禁止に違反するものであると判示している。本件のように自己使用目的のために微量の麻薬を所持したという事案で7カ月の自由刑を言い渡すことは「客観的な行為不法」の観点からは不適切であるという。

これらに対して、⑦ OLG Stuttgart NJW 2006,1222（判例⑦）は、被告人が3回の無賃乗車を行ったというドイツ刑法265条a（給付の不正入

⁷⁵⁾ さらに、KG StV 2004,383は、「行為の不法内容と行為者の責任が僅少であると思われる事案においては、自由刑を賦科することが制裁として不当に厳しいものでないかが検証されかつ判決の基礎において論議されねばならない」とする。

手) 違反の事案について、過剰禁止は軽微犯罪に対する自由刑の賦科を一般に排除するものではない、つまり、当該犯罪が自由刑の言い渡しを要求するならば、正当な責任清算と過剰禁止の考慮への要請は最低刑を言い渡すことを要求し得るとして、過剰禁止の過大評価について慎重な態度を採っている。しかしながら、本事案において被告人に保護観察なしの3か月の自由刑を言い渡した区裁判所の判決を維持した地方裁判所の判断に対しては、「地方裁判所は行為不法の範囲によって画定された責任評価の限界を見失いそしてこれに対して行為無価値の観点（本件では、前科と保護観察違反という行為者関係の事情）を過大に評価したものである」と判示している。その論拠として「責任相応刑の量定にとって規準となるのは、第一に、行為の重大さと侵害された法秩序に対するその意義ないし行為者の個人的責任の程度である。これらの要素は互いに結び付いている。一方で、行為の不法は一定の範囲においてのみ量刑にとって意義のあるものへと至り得るのであり、一定の範囲において行為者の有責な行為から生じ得るものである。他方で、刑法上重要な責任は専ら特定の構成要件の事象およびその効果においてのみ把握され得る。責任量は行為不法の重さとの緊密な関連においてのみ適切に評価され得る。したがって、行為責任の量定は、とりわけ行為無価値および結果無価値によって指導的に決定される行為の不法内容を志向するものでなければならない。事実審は、全体的評価において行為要素と結果要素を考慮しなければならない。言い渡される刑罰は、行為の重大さおよび行為者の責任と正当な関係になければならず、まったく不相応であってはならない。ここには、特別予防的あるいは一般予防的根拠からも踏み越えることのできない絶対的な限界が存在している。賦科される刑罰は、法律的に承認された刑罰目的の達成のためであっても、行為者の責任を踰越することは許されない」との見解を示している。判例⑦においては、前科の有無が量刑における行為者関係の事情として行為無価値に係す

るものと把握されている点と、責任相応刑の基準となる行為不法は行為無価値と結果無価値の両者に関係する事情を総合的に判断して決すべきものであるということが要請されている点が注目される。

⑧ OLG Celle NStZ-RR 2004,142（判例⑧）は、被告人がホームセンターで瞬間接着剤 2 チューブ（価格合計11.18ユーロ）を窃取したという事案について、3か月の自由刑を言い渡した区裁判所の判決を、被告人には前科がありかつ本件犯行が前の有罪判決からわずか10日後に行われたことを理由に行為相応かつ責任相応であると評価した地方裁判所の判断に対して、被告人に前科があることおよび累犯期間が極めて短いこと（hohe Rückfallgeschwindigkeit）を考慮に入れてもなお、本件における被害財物の価値の僅少性を顧慮すれば量刑は重過ぎるとした。ここでは、被告人には数多くの前科が認められるものの、窃盗の前科はなく自由刑の言い渡しも受けていなかったといった事情も総合的に判断されている。なお、判例⑧は、価値僅少物の窃取に対しても数カ月の自由刑を言い渡すことは可能であり、このような刑の言い渡しは基本法1条1項および2条1項から派生する責任相応刑の命令に違反するものではないとの立場を採り、このような立場に反対する判例②の見解には与しない旨判示している。

三 以上のように、累犯加重規定を削除したドイツの裁判実務においては、前科の有無を重要な量刑事情の一つとして顧慮しつつも、軽微累犯に対する刑罰加重を回避するために、被告人の前科の有無にかかわらず、行為の不法内容に着目して適切な刑罰を導くべきことが志向されている⁷⁶⁾。そこでは、過剰禁止ないし比例性の観点から、行為不法の内容として法益侵害・危険の程度（質と量）が重視されていることが看取される。そして、前科の内容という点では、いわゆる異種前科のみならず同種前科の場合であっても、上記の観点から責任不相応の刑罰賦科を回避すべきことが示唆されている。前掲のドイツ判例においても現れてい

るように、価値僅少物の窃盗や薬物の自己使用といった比較的軽微で再犯率の高い罪種における同種前科の位置付けが特に重要となろう。累犯加重の根拠に関する違法増大論においても、同種前科の存在においてより強固な法敵対性・法的否認が看取されることから刑罰加重が根拠付けられるとする見解も見られた。この点、わが国においても、軽微な窃盗については、常習累犯窃盗になるまでは、行為責任の観点から不相応に重い量刑がなされることは稀であることが指摘されている⁷⁶⁾。量刑においては、第一義的に、法益侵害・危険（結果無価値）の程度と当該法益侵害・危険を行為者がどの程度回避し得たか（個別的・主観的回避可能性）が問われるべきである。

76) この点、わが国の近時の裁判例においては、前科の存在を規範意識の欠如と結び付けることを志向するものも散見される。いずれも窃盗事案であるが、東京高判平成21年7月1日判タ1308号308頁は、「被告人は……原判示の累犯前科を含め、窃盗、常習累犯窃盗等といった本件同様の財産犯により実刑に処せられた前科を10件以上有していて、72歳になっているのに前刑終了後5カ月余りで、本件窃盗に及んでいるから、この種事犯に対する抵抗感や規範意識の欠落振り、犯罪傾向の根深さは誠に顕著といえる」とし、東京高判平成22年10月28日判タ1377号249頁は、「被告人は、本件と同種の窃盗罪（万引きの事案）により、平成19年4月に罰金30万円に、次いで同年7月に懲役1年、執行猶予3年に各処せられたにもかかわらず、その執行猶予期間中に本件各犯行を繰り返していることから、窃盗（万引き）の常習性は明らかで、規範意識も低いといわざるを得ない」とし、松山地判平成24年2月9日判タ1378号251頁は、「被告人は、平成21年3月に住居侵入・窃盗の罪により執行猶予付き有罪判決を受け、その猶予期間中であつたにもかかわらず本件犯行に及んだものであるほか、この点を含め前科6犯を有することからは、その規範意識が著しく鈍磨していることがうかがわれる」と判示して、それぞれ前科の存在を被告人の刑を加重する方向で考慮している。

77) 難波・前掲（注4）46頁参照。法務省法務総合研究所編『平成26年版犯罪白書』（2014年）51頁以下によると、平成25年における通常第一審での窃盗の終局処理人員の総数は10,904人で、このうち懲役を言い渡されたのは10,641人であったが、懲役を言い渡された者の9割以上が3年以下の懲役であった。この点、福岡高那覇支判平成19年6月12日高刑速報〔平成19年〕452頁は、被告人

さて、上述したように、かつてドイツ刑法に存在した累犯加重規定については、当該規定が累犯の刑の下限を一律に引き上げる点に批判が向けられた。この点、わが国の一般的累犯加重規定は刑の下限の一律的引き上げは予定していないが、特別刑法上唯一の累犯加重規定である盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条（常習累犯強窃盗）は、刑の下限の一律的引き上げを明記している。常習累犯強窃盗も累犯加重規定の一つである以上、一般的累犯加重規定との関係上、当該規定における刑の加重根拠とともに、刑の下限の一律的引き上げという処分がいかなる根拠付けによって正当化し得るが問われなければならない。さらに、同種の故意犯を累行した場合の刑の加重根拠如何という点に関しても当該規定の内実を詳らかにすることが必要であると思われる。そこで、次章においては、これらの点について検討する。

〔付記〕 本稿は、平成25年度科学研究費補助金（若手研究（B） 課題番号25780043）による研究成果の一部である。

が被害額283円の物品を万引きしたという事案について、「本件万引きは、被告人が、同種同態様の前科（万引き）の懲役刑の執行猶予期間中に犯した犯罪であり、かつ、その前科の前にも万引きの前歴が2回（微罪処分と起訴猶予）あること、執行猶予期間中、万引きのほかにも、3回ほど万引きをした旨自認していることなどに照らすと、その常習性が認められる以上、罰金刑に処するのは軽すぎて不当である」と判示し、原判決を破棄している。