

## 論 説

# 累犯加重と常習犯について（2・完）

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、60・61合併号）

### III 常習犯

#### （1）常習累犯強窃盗の刑の加重根拠

#### （2）常習累犯強窃盗における「常習性」の認定に関する判例の検討

#### （3）常習性の中心概念としての「習癖」とドイツ刑法における「習癖（Hang）」概念

### IV むすびにかえて（以上、本号）

## III 常習犯

### （1）常習累犯強窃盗の刑の加重根拠

一 わが国の現行刑法典には、累犯に対するのとは異なり、常習犯に対して一律に刑の加重を認める一般的規定は存在せず、主として特別刑法の領域において個別の常習犯加重規定が設けられているにすぎない<sup>(1)</sup>。この個別的な常習犯加重規定のうち、他の規定との比較において異なる

(1) 現行刑法典上の常習犯加重規定としては、常習賭博（186条1項）が存在するのみであるが、特別刑法上は、暴力行為等処罰ニ関スル法律において、常習

性質を有するものとして、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（以下、盗犯等防止法）3条を挙げることができる。盗犯等防止法3条は、常習として、窃盗（刑法235条）、強盗（同236条）、事後強盗（同238条）もしくは昏睡強盗（同239条）の罪またはその未遂罪を犯した者で、当該行為前10年以内に、これらの罪またはこれらの罪と他の罪との併合罪について3回以上、6カ月の懲役以上の刑の執行を受け、またはその執行の免除を得た者に対して刑を科す場合に、有期懲役の下限を窃盗の罪は3年に、強盗の罪は7年に一律に引き上げると規定する。当該規定は、他の特別刑法上の常習犯加重規定とは異なり、「常習累犯」の刑を加重する規定である。さらに、当該規定は、一般的累犯加重規定（刑法第1編第10章）とは異なり、刑の下限の一律的引き上げを明記する。

ここで問題となるのが、盗犯等防止法3条の刑の加重根拠である。盗犯等防止法3条は、行為者が単に強窃盗の常習犯であるにとどまらず所定の累犯性を具備することによって刑の加重が認められることを規定するものであることから、当該規定の刑の加重根拠の理解の仕方によっては、一般的累犯加重規定との関係で、二重処罰の禁止に抵触する虞がある。そこで、本章では、盗犯等防止法3条の規定する常習累犯強窃盗における「常習性」概念（その前提として常習犯における「常習性」概念）を明らかにしつつ、常習累犯強窃盗の刑の加重根拠（その前提としての常習犯の刑の加重根拠）について考察する。

二 常習犯は、「犯罪を反復して行う」という性質を有する点で累犯と共通し、累犯と同様に、その刑が加重される。ただし、一般に、累犯は、

---

的傷害・暴行・脅迫・毀棄（1条ノ3）と常習的面会強請・強談威迫（2条2項）が規定され、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律において、常習特殊強窃盗（2条）、常習累犯強窃盗（3条）および常習強盗傷人・常習強盗強姦（4条）が規定され、その他に、公職選挙法222条2項に常習犯加重規定が存在している。

犯罪の反復累行という形式的基準に基づく概念であるのに対して、常習犯は、反復された犯罪行為に徴表される犯罪的傾向それ自体に基づく実質的な概念であるという点に両者の差異が見出される<sup>(2)</sup>。また、常習犯は、罪質を同じくする犯罪の反復累行を特徴とするという点においても累犯とは性質を異にするものである<sup>(3)</sup>。「常習性」の意義について、大判昭和6年3月9日法律新聞3254号12頁は、「賭博ノ常習トハ反復シテ賭博行為ヲ為スノ習癖ヲ謂フ」とし、大判昭和7年8月6日刑集11巻1169頁は、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律ニ所謂盗罪ノ常習トハ反復シテ同法律所定ノ条件ニ依ル窃盗又ハ強盗ヲ為ス習癖ヲ謂フ」とする。つまり、常習性とは、所定の犯罪を反復累行する習癖を意味し、したがって、常習犯とは、所定の犯罪を反復累行する習癖を有する者をいう。このように、判例は、常習犯に犯罪の習癖性を要求することで、常習犯を累犯とは概念的に異なるものとして把握する。そして、このような理解をもとに、従来、常習犯の刑の加重根拠は累犯のそれとは異なるものとして理解されてきた。

三 常習犯の刑の加重根拠をいかに把握するかを巡っては、常習性の法的性格をいかに解するかについての議論が影響を与える。周知のように、学説においては、常習性の法的性格について、行為者の属性であると解する見解<sup>(4)</sup>、行為の属性であると解する見解<sup>(5)</sup>、行為者の属性であ

(2) 団藤重光編『注釈刑法(2)-II』(1969年)666頁〔田宮裕、藤本哲也「累犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座第1巻』(1992年)247頁。〕

(3) 岩崎二郎「累犯」『総合判例研究叢書刑法(6)』(1957年)60頁。

(4) 小野清一郎『新訂刑法講義各論〔第3版〕』(1950年)148頁、団藤重光『刑法綱要各論〔第3版〕』(1990年)355頁、西田典之『刑法各論〔第6版〕』(2012年)404頁等。

(5) 平野龍一『刑法総論I』(1972年)108頁、内藤謙『刑法講義総論(下)I』(1991年)741頁、内田文昭『改訂刑法I(総論)〔補正版〕』(2002年)100頁、林幹人『刑法各論〔第2版〕』(2007年)413頁、曾根威彦『刑法総論〔第4版〕』(2009年)142頁等。

るとともに行為の属性であると解する見解<sup>(6)</sup>の対立がある。そして、常習性の法的性格の理解の違いが、常習犯の刑の加重根拠についても見解の相違を生み出す。

たとえば、常習性を行為者の属性と解する小野清一郎博士は、累犯加重の根拠と常習犯加重の根拠についていう。「累犯の方は犯人が前に既に刑の言渡を受け、更にその刑の執行をも受けて居りながら、それにも拘らず再び犯罪を繰返したという点に其の責任の加重される理由が見出される。従ってその刑の加重は刑事政策的、特別予防的な意味もあるが、同時に道義的責任が重いという意味が相当強いようである。之に反して常習犯は何等前科を条件としない。専ら行為者の習性乃至性格に着眼したものである。其の刑の加重が要求される理由は道義的責任が重いというよりは寧ろ全く刑事政策的、特別予防的なものであると思われる」<sup>(7)</sup>と。また、団藤重光博士は、常習犯に関する規定は、累犯に関する規定と同様に、広い意味では行為者の人格ないし性格に着眼したもので、いずれも行為者責任の性質を持つとするが、常習性には多分に素質的因子と環境的因子が含まれているがゆえに、常習犯はまさに行為者の常習性そのものに着眼したものであるとして、人格形成責任の見地から常習性を責任要素と解している<sup>(8)</sup>。そして、一般的累犯加重規定が原則として前犯の刑の執行の完了を要件としているのに対して、盗犯等防止法3条はその完了を要件としていない点を根拠として、刑法の累犯の規定が多分に行為責任的であるのに対して、盗犯等防止法3条は人格責任的な考え方

---

(6) 大塚仁『刑法概説（各論）〔第3版増補版〕』（2005年）530頁以下、大谷實『刑法講義各論〔新版第4版補訂版〕』（2015年）530頁、佐久間修『刑法総論』（2009年）58頁等。

(7) 小野清一郎「盗犯等防止法3条の常習盗犯と累犯加重」刑事判例研究会編『刑事判例評釈集第2巻』（1942年）191頁以下。

(8) 団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕』（1990年）138頁、531頁以下。

を大幅に取り入れているものということができる<sup>(9)</sup>と主張する。

これに対して、常習性を行為の属性と解する平野龍一博士は、常習犯の刑の加重について、「危険な性格」が一つの違法状態であり、そして「違法行為」に対する責任とともに、この「違法状態」を惹き起こしたことについて、あわせて責任を問われるのであるとする<sup>(10)</sup>。また、内田文昭教授は、「常習『行為』のもつ法益侵害性の強さ（度重なる犯行がもたらす法益侵害の強靱性とその行為の危険性）が処罰根拠・加重根拠をなすものと考えべきである<sup>(11)</sup>と主張し、吉岡一男教授も、「一連の行為の特殊性が表わす、通常のものより高い法益侵害性・違法性」を常習犯加重の根拠と把握する<sup>(12)</sup>。このように、常習性を行為の属性と解する立場からは、常習犯の刑の加重根拠を違法性の高さに求める見解が主張される<sup>(13)</sup>。さらに、常習性を行為者の属性であるとともに行為の属性であると解する大塚仁博士は、「常習犯として、行為者性自体が構成要件的に類型化されている場合には、その重い犯罪性は、行為者に対する責任非難の重さに負うことはもちろんであるが、同時に、その行為の違法性の重さにも由来するであろう<sup>(14)</sup>とする。

以上のように、学説においては、常習犯の刑の加重根拠について、常習性の法的性格の理解に従って見解が分かれており、帰一するところを知らないが、いずれの見解においても累犯の刑の加重根拠とは異なる理解がなされている。この点、判例は、常習性の法的性格に関して、最決昭和54年10月26日刑集33巻6号665頁が、「刑法186条1項にいう賭博の

(9) 団藤・前掲（注8）536頁以下。

(10) 平野龍一『犯罪者処遇法の諸問題〔増補版〕』（1982年）113頁。

(11) 内田・前掲（注5）100頁。さらに、林・前掲（注5）413頁参照。

(12) 吉岡一男『刑事制度論の展開』（1997年）203頁。

(13) ただし、山中敬一『刑法各論〔第3版〕』（2015年）712頁は、常習性を行為の属性であって責任要素であるとする。

(14) 大塚仁『刑法概説（総論）〔第4版〕』（2008年）365頁以下。

常習性とは、賭博を反覆累行する習癖をいい、行為者の属性として認められるものであるというのが、確定した判例である<sup>(15)</sup>、常習犯加重に関して、最判昭和26年8月1日刑集5巻9号1709頁が、「刑法186条の常習賭博罪が同185条の単純賭博罪に比し、賭博常習者という身分によって刑を加重していることは所論のとおりである。そして右加重の理由は賭博を反復する習癖にあるのであって、即ち常習賭博は単純賭博に比しその反社会性が顕著で、犯情が重いとされるからである」と判示している。他方、累犯加重に関して、下級審裁判例ではあるが、大阪高判昭和54年8月9日判時597号117頁が、「累犯加重の規定が設けられた趣旨は、前に刑の執行を受けたにもかかわらず、5年を経過しない間に、刑罰に含まれる訓戒、警告を無視し、再び犯罪を犯したところに、非難の加重性、社会的危険性が認められるということにある」と判示するように、常習犯加重と累犯加重について、実質的には重なり合っているようにも見えるものの、形式的には異なった根拠付けを行っている。

このような理解を踏まえたうえで、常習性と累犯性の両面を考慮して刑の加重を行う常習累犯強窃盗の法的性格をいかに解すべきかが問題となろう。

四 判例は、大審院<sup>(16)</sup>以来、常習累犯強窃盗に該当する犯人の罪に対して、さらに一般的累犯加重規定を適用し得ることを認めている。その根拠として、最決昭和44年6月5日刑集23巻7号935頁は、①盗犯等防止法3条は「窃盗その他同法2条所定の罪を行う習癖を有する者を、その習癖のない者より重く処罰するため、通常の窃盗その他の罪とは異なる新たな犯罪類型を定めたものであって、刑法所定の累犯のゆえに法定刑を加重したのではなく、また、右累犯による加重を排除する趣旨を

---

(15) 同旨、大判昭和7年8月6日刑集11巻1169頁。

(16) 大判昭和14年7月14日刑集18巻12号411頁。

含むものでもない」という点（根拠①）と、②「もし、同法3条所定のいわゆる常習累犯窃盗の罪を犯した者に対して、刑法所定の累犯加重の要件がそなわっているのに、累犯加重の規定が適用されないとすれば、その者に対しては、3年以上15年以下の懲役刑によって処断することとなり、その処断刑の上限は、通常の窃盗罪に対し累犯加重をしたときの処断刑の上限である懲役20年に及ばないこととなり、「窃盗等の罪を行う習癖のある者を、その習癖のない者より重く処罰しようとした盗犯等の防止及び処分に関する法律3条の趣旨に反する結果となる」という点（根拠②）を挙げる。このうち、根拠②については、平成16年の刑法一部改正によって有期懲役刑の上限が20年に引き上げられたことから、現在においては必ずしも根拠たり得なくなっている<sup>17)</sup>。

それでは、根拠①については、どのように解すべきであろうか。この点、学説においては、盗犯等防止法2条が累犯性を考慮しない常習犯処罰規定であるのに対し、同法3条は累犯性を考慮した常習犯処罰規定であることから、盗犯等防止法3条は刑法56条の累犯性考慮と重複するものである、つまり、一つの前科が盗犯等防止法3条においてのみならず刑法56条においても考慮されることとなり、憲法39条後段の二重処罰の禁止に抵触するとの見解が主張されている<sup>18)</sup>。このような見解に対して、根拠①を支持する立場から、「盗犯等の防止及び処分に関する法律3条は、窃盗罪および強盗罪の犯人の常習性に着目して、後に犯された罪の刑を加重し、犯人に道義的、人格的、社会的により重い責任を科そうとするものであるのに対し、累犯は、刑の執行の効果に着目して、後に犯された罪の刑を加重し、より効果的な科刑をしようという刑事政策的、特別予防的な目的を達成しようとするものである」<sup>19)</sup>との理解が示されてい

17) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第4巻』（2013年）424頁〔安東章〕。

18) 澤登俊雄「常習犯と累犯加重」警察研究42巻6号（1971年）111頁以下。

19) 『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和44年度）』（1970年）223頁〔坂本武志〕。

る<sup>20)</sup>。つまり、常習累犯強窃盗と一般的累犯加重規定の刑の加重根拠は異なるものである——常習累犯強窃盗の刑の加重根拠は専ら「常習性」に求められ、一般的累犯加重規定の刑の加重根拠は「累犯性」に求められる——から、常習累犯強窃盗に該当する犯人の罪に対しても一般的累犯加重規定の適用が可能であるということである。また、盗犯等防止法3条における「常習性」は、単に窃盗（または強盗）自体について認められれば足りるのであって、同条所定の「累犯性」が認められることによって当然に「常習性」が認められるものではないとの見解<sup>21)</sup>も、判例の立場に親和的なものであろう。

惟うに、盗犯等防止法3条において、常習性とともな累犯性を刑の加重根拠と捉えるならば、同条は刑法56条の特別規定と解されることとなり、そのように解した場合、常習累犯強窃盗に該当する犯人の罪に対して一般的累犯加重規定を適用することはできないという批判が妥当する<sup>22)</sup>。したがって、このような批判をかわすためには、盗犯等防止法3条の刑の加重根拠を専ら「常習性」に求めざるを得ないであろう。

五 それでは、盗犯等防止法3条の刑の加重根拠を専ら「常習性」に求めることは可能であろうか。可能であるとして、そこで要求される「常習性」とはどのような性質を有するものでなければならないか。この点

---

20) 札幌高判昭和42年12月26日刑集23巻8号1051頁は、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条は、所定の強窃盗者を、刑法累犯の場合に考えられるような前刑の威力発揮の有無とは別に、非常習強窃盗者よりも重く処罰することを目的とするものである」として、常習累犯強窃盗の刑の加重根拠をいわゆる警告効果以外の点に求めている。重井輝忠「常習性概念における一断面」経済理論310号（2002年）61頁以下参照。さらに、近時、東京地立川支決平成24年4月9日D1/DB28210137は、常習累犯窃盗罪を「異なる機会に犯された別個の窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪ととらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪」と把握している。

21) 大塚仁『特別刑法』（1959年）97頁。

22) 中島広樹『累犯加重の研究』（2005年）98頁。



を明らかにするために、まず、盗犯等防止法2条と同法3条との関係に注目する必要がある。盗犯等防止法2条は常習特殊強窃盗として、常習として特定の危険な方法によって強窃盗罪を犯した者に対して同法3条と同一の法定刑で処理することを規定している。そして、盗犯等防止法2条における「常習性」は、同条に規定された特定の危険な方法によることの強窃盗の常習性であることが要求されている<sup>23</sup>。つまり、常習特殊強窃盗においては、刑の加重根拠が「純粋な常習性」（単に当該犯罪を反復累行する習癖を有すること）以外の点にも求められている。これとの均衡上、盗犯等防止法2条と同一の法定刑を有する同法3条の常習累犯強窃盗においても、その刑の加重根拠を専ら「常習性」に求めるならば、当該「常習性」の内容として、純粋な常習性を超える「相当程度の常習性（顕著な常習性）」が要求されるはずである<sup>24</sup>。盗犯等防止法3条の刑の加重根拠を専ら常習性に求める場合、同条における「常習性」の内実を詳らかにする必要がある。次節では、盗犯等防止法3条における「常習性」が実際にどのような判断基準に従って認定されているのかについて、判例を概観しつつ明らかにしたい。

## （2）常習累犯強窃盗における「常習性」の認定に関する判例の検討

一 常習累犯強窃盗における「常習性」の認定に関するリーディングケースとして、①最判昭和33年7月11日刑集12巻11号2553頁（判例①）

<sup>23</sup> 古田正武「盗犯等の防止及処分に関する法律案解説（二）」警察研究1巻4号（1930年）3頁、大塚・前掲（注21）95頁、安西温「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」研修266号（1970年）117頁、伊藤榮樹＝小野慶二＝荘子邦雄編『注釈特別刑法〔第2巻〕』（1982年）288頁〔中谷瑾子〕。

<sup>24</sup> 盗犯等防止法3条の立法趣旨も、同条における「常習性」を「顕著な常習性」と把握するものであることについて、中島広樹「常習累犯窃盗罪における『常習性』」渡部保夫先生古稀記念論文集『誤判救済と刑事司法の課題』（2000年）553頁、557頁以下参照。

を挙げることができる。判例①の是認する原判決（福岡高判昭和33年1月29日刑集12巻11号2576頁）は、盗犯等防止法3条所定の窃盗の前科三犯を有する被告人がA工事現場においてB株式会社所有の水道用鉄管1本（時価3万5000円相当）を窃取しようとしてこれを抱起し自己の運転する自動三輪車に積み込もうとしたところA工事現場の監視人に発見されたためその目的を遂げず、さらに同日のほぼ同時刻にC工事現場において所携のプライヤおよびスパナ各一挺を使用しD市所有の同工事用トロッコ1台から車軸2本に付着した車輪4個（時価9000円相当）を取り外してこれを窃取しようとしたが警察官の追跡を受けたためその目的を遂げなかったという事案について、「常習性の認定に付いてはその資料に何等の制限はないのであるから問題とされている窃盗行為の態容のみによってこれを肯定することも可能であり又原判決のように、これに被告人の過去の経歴（前記受刑の事実）を総合してこれを肯定することも素より適法である」と判示する。つまり、盗犯等防止法3条における「常習性」の有無を認定する資料に制約はないとされることから、同条所定の「累犯性」もまた、同条における「常習性」の認定資料から排除すべきことも要求されていない<sup>25)</sup>。

常習性の認定資料として何らの制限を加えない判例①の見解を貫くと、盗犯等防止法3条の刑の加重根拠を専ら常習性に求める判例の立場と矛盾することになるようにも思われるが、このような見解は、その後の裁判例においても基本的に踏襲されている。たとえば、②福岡高判昭和34年12月26日下刑集1巻12号2709頁（判例②）は、i）起訴にかかる犯罪行為自体から常習性が認定できる場合と、ii）起訴にかかる犯罪行為自体からは常習性が認定できない場合（もしくは不十分な場合）とを区別し、ii）の場合には、「常習性認定の資料については、別段の定めがあるわ

---

25) 『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和33年度）』（1959年）530頁〔栗田正〕。

けではない。従って起訴にかかる盗犯行為自体と法所定の受刑の事実とから、常習性を認定することは、もとより差支えない」とする。さらに、判例②は、ii)の場合において常習性の認定資料とされる法所定の受刑の事実に関しては、「前科にかかる犯罪行為、過去における犯罪行為をも加えて、全体として観察評価して常習性を判定することができる」と解すべきである」とする。そして、「起訴にかかる犯罪行為とともに前科にかかる犯罪行為を考慮に加えて常習性を認定するに当っては、例えば動機についていえば、それが犯罪的習癖に基くものであるのか、それとも、たまたまの機会に偶然になされたもの、誘惑に対する抵抗力が乏しかったがため、出来心で、ついうっかりなされたもの喰うに困った挙句のはて、せっぱつまってついちょっとなされたものであるのかが、とくに考慮されなければならない」とする。これに対して、上記i)の場合とは、「当該犯行の手口・態様（例えば、すり）、あるいは犯行回数・期間・頻度（短期間内に急速、連続的に引きつづき行った場合）から常習性が認定できる場合がこれに当るであろう」とする。つまり、判例②の基準によれば、犯行の手口・態様、犯行回数・期間・頻度から「反復して当該行為をする習癖」が認められれば「常習性」が認定されるが、これが認められない場合には、前科の事実を認定資料として参酌しつつ総合的に常習性を認定すべきこととなる。

さらに、③東京高判平成10年10月12日高刑集51巻3号479頁（判例③）は、盗犯等防止法3条所定の窃盗の前科三犯を有する被告人が他人所有のビデオカメラ1台ほか2点（時価合計約1万2000円相当）を窃取したという事案について、常習性を否定して単純窃盗罪の成立を認めるとどめた第1審判決（東京地判平成10年5月8日D1/DB28162157）を破棄し、「窃盗の常習性は、機会があれば、抑制力を働かせることなく安易に窃盗を反復累行するという習癖があれば足りるものと解される」との前提のもと、常習性を肯定し、被告人に常習累犯窃盗罪の成立を認め

た。判例③は、「前科の回数、間隔、その動機、態様等に照らせば、被告人には、少なくとも生活に困るような状況下においては窃盗を反復累行するという習癖が形成されていたと認めるほかはなく、……出所後本件犯行に至るまでの期間やその間の生活態度、本件犯行及びその動機等の諸事情を総合すると、被告人には右の習癖が存続しており、機会があればそれが発現する状態にあつて、本件犯行はその習癖の発現として行われたものと認めるのが相当である」との理由で、常習性を肯定している。ここでは、常習累犯強窃盗における常習性を認定する事情として前科の実質的な内容と今回の犯行に至るまでの犯情等が提示され、これらを総合的に判断して常習性を認定すべきことが示されている<sup>26)</sup>。これに対して、常習累犯窃盗罪の成立を認めなかった第1審判決は、「常習累犯窃盗が成立するためには、常習性があること、すなわち、窃盗行為を反復してする習癖を有する者がその習癖の発現として窃盗を犯すことが必要である」との前提のもと、本件犯行が多分に偶発的なものであつたという点（本件犯行の態様）と被告人が前刑で出所後本件で逮捕されるまでの間に他に窃盗行為を行ったと認められる証拠がないという点（被告人の行状）から「本件犯行が犯罪的習癖に基づくものとは到底認められない」と判示した。さらに、被告人の窃盗の前科の各犯行と本件犯行は、動機の点、被害金額の程度、共犯者がいないことなどの点で共通性を有するものの、犯行手口がかなり異なっているという点をも考慮して、「本件が被告人の窃盗行為を反復してする習癖の発現として行われたものと認めるのは困難というほかない」と判断している<sup>27)</sup>。

---

26) 本判決の評釈として、林弘正「判批」判例評論499号（判例時報1715号）222頁以下、重井輝忠「常習累犯窃盗における『常習性』についての三判例」阪大法學49巻6号（2000年）121頁以下、柴田秀樹「常習性（2）——窃盗」小林充＝植村立郎編『刑事事実認定重要判決50選（下）〔第2版〕』（2013年）105頁以下参照。

このように、裁判例においては、「常習性」の認定にあたって、i) 被告人の前科の内容（前科の回数、態様）、ii) 最終刑から今回犯行に至るまでの期間および被告人の行状、iii) 今回犯行の内容（動機、態様）等の事情が重要な判断資料とされている<sup>28)</sup>。そして、概ね、i) が習癖の形成、ii) が習癖の存続、iii) が習癖の発現に関係する要素とされ、これらの要素の有無を段階的に判断することが志向されている<sup>29)</sup>。

判例③で示された段階的判断枠組みは、近時の裁判例においても採用されている。たとえば、④東京高判平成24年12月3日判時2191号144頁（判例④）は、盗犯等防止法3条所定の窃盗の前科三犯を有する被告人が、E 歯科医院から現金5万円在中の手提げ金庫を盗み出したという事案について、窃盗関係の前科は全て被告人が2年弱の間に9回にわたり自動車窃盗団の一員として行った自動車窃盗の事案であり、その頃の被告人には自動車窃盗を反復累行する習癖が形成されたと認められる、として習癖の形成を肯定しつつも、今回犯行の直近の3回の受刑は窃盗罪によるものではなかったこと、前科にかかる窃盗と本件犯行とは動機および態様が著しく異なっていること、窃盗前科と今回犯行との間には8年間もの隔たりがあること等を理由に、「窃盗を反復累行する習癖を、被告人がその後も保持し続け、その発現として本件犯行を行うに至ったと認めるには、無理があるというほかない」のであり、「本件犯行については、その動機、態様等からして、被告人の窃盗に対する規範意識の低さは認

27) 東京高判平成5年11月30日判時1495号141頁も、今回犯行の手口・態様等から常習性が認められない事案について、前科の各犯行（住居侵入窃盗）と今回犯行（万引き）との間に動機および態様の著しい相違が認められることを考慮して常習性を否定している。

28) 谷村・前掲「常習犯罪における常習性の認定」判タ711号57頁参照。

29) 柴田・前掲（注26）112頁以下参照。なお、判例①以降判例③に至るまでの常習累犯窃盗に関するその他の裁判例については、中島・前掲（注24）549頁以下参照。

められても、それが習癖として発現しているとまでみることはできない」と判示して、習癖の存続と習癖の発現を否定して、単純窃盗罪の成立を認めるにとどめている<sup>30)</sup>。

二 以上のように、近時の裁判例においては、常習累犯窃盗における常習性の認定に際して、習癖の形成、存続、発現という段階的判断が採用され、常習性の認定は制限的に行なわれているように見える。そして、常習性の認定にとって、とりわけ、被告人の前科の内容（前科の回数、態様）、最終刑から今回犯行に至るまでの期間および被告人の行状、今回犯行の内容（動機、態様）といった事情が重要な判断資料とされている<sup>31)</sup>。しかしながら、「常習性」認定の重要な判断資料とされるこれらの事情は、別途、認定された「常習性」が「顕著」であるか否かという形で、量刑事情としても考慮されていることに注意する必要がある。

たとえば、⑤東京地判平成11年3月25日 D1/DB28168227（判例⑤）は、「被告人には、電車内での仮睡者からのすりによる窃盗や窃盗未遂等の前科が前記累犯前科を含めて五犯あり、本件が前記累犯前科の刑執行終了の約4か月後の犯行であることなどを考慮すると、常習性は顕著である」とし、⑥東京地判平成19年2月16日 D1/DB28145159（判例⑥）は、「被告人は、前刑で刑務所を出所した後、金銭に窮して本件犯行を行ったもので、その利欲的な動機に酌量の余地はない。被害金額は約2万4000円と少なくなく、被告人はこれらを全て消費し、今後、被告人によって被害が回復される見込みも乏しい。被告人は、同種犯行によりこれまでに何度も服役を繰り返しているにもかかわらず、前刑出所後わずか2か月足らずで本件犯行に及んでいるのであって、その常習性は顕著である」

---

<sup>30)</sup> これに対して、原審（東京地判平成24年8月7日公開物未登載）は常習性を肯定して常習累犯窃盗罪の成立を認めている。

<sup>31)</sup> さらに、東京地判平成20年5月22日判時2027号160頁参照。

とし、また、⑦東京高判平成22年11月18日東高刑時報61巻300頁（判例⑦）は、「累犯前科（窃盗罪等により懲役2年4月に処せられ、その後犯した常習累犯窃盗罪により懲役2年6月に処せられたもの）を含め、多数の窃盗の前科を有しながら、前刑執行終了後間もないのに、連続して5件もの窃盗行為を繰り返した被告人については、顕著な常習性が認められ」として、「常習性」認定の判断資料として挙げられた諸事情を、「顕著な常習性」認定の判断資料として量刑において考慮している。

三 以上のように、近時の裁判例は、常習累犯窃盗の事例において、当該犯罪の成否における「常習性」判断と量刑における「顕著な常習性」判断を区別している。このような判断手法を採用する場合には、犯罪成立要件としての常習性判断はかなり緩やかなものとなろう。実際に、たとえば、⑧広島高判平成10年3月19日判時1645号157頁（判例⑧）は、盗犯等防止法3条所定の窃盗の前科三犯を有する被告人が、ショッピングセンター2階売場において、婦人用ジャンパー1着、革製セカンドバッグ2個、紳士スエード靴2足の計5点（販売価格の合計7万6500円）を窃取したという事案について、常習性を否定して単純窃盗罪の成立を認めるにとどめた第1審判決（広島地判平成9年3月3日公刊物未登載）を、「常習累犯窃盗罪の成立要件としては、その行為前10年間に窃盗罪等で3回以上6か月の懲役刑以上の刑の執行を受けたことのほかに、当該窃盗の犯行が常習として行われたこと、すなわち、当該犯行が、反復して窃盗行為をする習癖の発現としてなされることが必要であるが、右習癖はあるかないかで判断されれば足りるものであり、右習癖が特に顕著なものに限られるという原判決の判断は、常習性の要件を限定的に狭くとらえるものであって、相当ではない。そして、右の常習性の判断につき、常習特殊窃盗罪のように定まった手口、態様の犯行をなすことまで必要ではなく、当該犯行と前科の犯行の態様等の類似性は、常習性認定のための要件そのものではなく、常習性認定判断に用いる資料の内の

一要素であると解すべきである」として破棄自判し、常習性を肯定して、被告人に常習累犯窃盗罪の成立を認めた。そのうえで、判例⑧は、量刑判断において、「被告人は、前述のとおり窃盗罪または常習累犯窃盗罪等により12回懲役刑に処せられ（内最初の1回は執行猶予付であったが、後に執行猶予が取り消された。）、いずれも服役しているにもかかわらず、常習累犯窃盗罪等による前刑の執行終了後5か月も経過しないうちに本件犯行に及んだものであることに照らすと、被告人の窃盗罪に関する常習性は顕著であるといわざるをえず、犯情はよくなく、被告人の刑事責任は重いといわなければならない」として、顕著な常習性を認定したうえで、これを被告人にとって不利益な事情として考慮している。

さらに、⑨神戸地判平成14年6月5日裁判所 HP（判例⑨）は、盗犯等防止法3条所定の窃盗の前科三犯を有する被告人が、パチンコ店において、遊技中の被害者のすきに乗じて、同人が管理するパチンコ玉2445個（景品交換5686円相当）を窃取したという事案について、本件犯行は窃盗の常習性の発現として行われたものではないとの弁護人の主張に対して、前科の態様の同質性から習癖の形成を認めたとうえで、「確かに、被告人は前刑終了後等において働いていた時期も長く、被告人が前記各前科前歴以外の盗犯を一定期間継続して反復累行していたことを認めるべき証拠はないが、先に検討したような前科等の時期、内容からは、本件犯行は、被告人の周囲に対象物の所有管理者がいないすきがあれば抑制力を働かせることなく安易に財物を盗むなどする習癖の発現としてなされたといわざるを得ない」と判示して、常習累犯窃盗罪の成立を認めている。そのうえで、量刑判断において、「被告人は、判示の累犯前科を含め、これまでに窃盗罪や常習累犯窃盗罪等で何度も懲役刑の執行を受けた前科があるにもかかわらず、前刑の建造物侵入、窃盗罪による懲役2年の刑の出獄後3か月余りにして、またもや本件犯行に及んだものであって、被告人の窃盗の常習性は顕著である」としている。



四 しかしながら、前述したように、盗犯等防止法2条（常習特殊強窃盗）との均衡上、同条と同一の法定刑を規定する同法3条の常習累犯強窃盗においても、その刑の加重根拠を専ら「常習性」に求めるならば、常習累犯強窃盗罪の成立要件としての「常習性」には「相当程度の常習性（顕著な常習性）」が要求されねばなるまい<sup>32</sup>。このような見地からは、当該常習性の要件を概括的に広く捉える判例⑧の立場に与することはできない。また、犯罪成立要件としての「常習性」の認定を緩和したうえで、量刑判断において「顕著な常習性の認定」を行うという判断方法も二重評価の禁止に抵触するものであり承認することはできない。さらに、犯罪成立要件としての常習性の認定を緩和し、盗犯等防止法3条の常習性を「純粋な常習性」と把握するならば、盗犯等防止法3条の刑の加重根拠を専ら「常習性」に求めることは困難となり、「累犯性」を考慮せざるを得なくなることから、ここでは二重処罰の危険に抵触する虞がある。したがって、前掲最決昭和44年6月5日が示した根拠①については、重畳適用を正当化する根拠とはなり得ないように思われる。実際に、常習累犯強窃盗に該当する犯人の罪に対する一般的累犯加重規定の適用を肯定する論者も、最終的には、その論拠として、根拠②を決定的なものとしてきたのである<sup>33</sup>。つまり、二重処罰の禁止に抵触する虞を危惧しながらも、刑の不均衡を回避するために両規定の重畳適用は已むなしとしてきたという実態が看取されるのである<sup>34</sup>。

五 以上のように、盗犯等防止法3条の刑の加重根拠として「累犯性」を考慮せざるを得ないとすれば、盗犯等防止法3条の刑罰加重根拠とし

32 この点について、伊藤嘉亮「常習累犯窃盗罪における常習性」法律時報87巻2号（2015年）124頁参照。

33 例えば、小野・前掲（注7）192頁、大塚・前掲（注21）97頁、安西・前掲（注23）125頁、伊藤＝小野＝莊子編・前掲（注23）305頁〔中谷瑾子〕。

34 中島・前掲（注22）99頁。

での「累犯性」認定のための要件が刑法56条における「累犯性」においても考慮され得ることは否定できず、二重処罰の危険を払拭し得ないであろう。したがって、常習累犯強窃盗に該当する犯人の罪に対して一般的累犯加重規定を適用することはできないと解すべきである。仮に、盗犯等防止法3条と一般的累犯加重規定の重畳適用を認めるならば、盗犯等防止法3条における常習性の内容を、累犯要件とは関係のない顕著な常習性に限定する必要があるだろう。そして、このように解した場合、常習性認定のための諸事情は、盗犯等防止法3条の成立要件としてのみ考慮されるべきであり、量刑において被告人にとって不利益となる方向でさらに考慮することは許されまい。

それでは、盗犯等防止法3条における常習性の内容を「顕著な常習性」に限定するとして、その内実をいかに画定すべきか。惟うに、常習性の有無を判断するためには、当該行為態様に着目する必要があるが、既に確認したように、刑罰は行為責任を前提とし、かつ行為責任を限界とするという思想を標榜する責任主義の原則を堅守する立場からは、行為者の人格あるいは性格を法的非難の対象とすることは妥当でない。したがって、行為責任論の見地からは、常習性の法的性格を、行為者の属性であり責任要素であると解することはできない<sup>35)</sup>。むしろ、常習性の法的性格は行為の属性であり、常習犯は反復して行なわれた数個の行為が集合して一個の犯罪を構成するものと解すべきである<sup>36)</sup>。ただ、このような見解に対しては、一回限りの場合にも常習性を認める判例の立場と

---

35) 内藤・前掲（注5）741頁。さらに、佐久間修『刑法総論の基礎と応用』（2015年）277頁以下は、常習性を行為者の属性と解した場合、同種の行為を反復した犯人に対して、常習犯加重に加えて累犯加重を行うことには二重評価という理論上の問題が生じるとする。

36) 平野龍一「人格責任と行為責任」日本刑法学会編集『刑法講座第3巻』（1963年）5頁。

矛盾するものであるとの批判が向けられる<sup>37)</sup>。しかし、批判されるべきは、一回限りの場合にも常習性を認める判例の立場であろう。常習性を認定するためには、少なくとも、当該犯行を繰り返しているという客観的事実の存在が要求されるべきである<sup>38)</sup>。一回限りの犯行から常習性を認定する判例の立場は、行為責任論と矛盾するものであり、是認することはできない<sup>39)</sup>。

六 以上のような理解から、あくまで盗犯等防止法3条の規定を正当化しようとするならば、そこでの常習性は、「客観的にみて顕著な常習性」であることが要求されよう。既にみたように、判例によれば、常習性とは、所定の犯罪を反復累行する習癖を有することを意味する。したがって、このような見地からは、所定の犯罪を反復累行する顕著な習癖が客観的に看取される場合に「常習性」が認められるべきである。このような理解から「常習性」認定にとって重要な判断要素とされるのは、犯行の回数・期間・頻度、犯行の手口・態様、前科等であろう。しかし、これらの要素は、通常、常習犯でない犯罪においても量刑事情として考慮され得るものである。しかも、たとえば、東京高判昭和31年7月7日裁

37) 城下裕二「常習累犯窃盗罪における常習性の判断基準」現代刑事法2巻5号(2000年)90頁。

38) ちなみに、ドイツ刑法には常習犯加重規定として、常習賭博集団による賭博(284条2項)および常習密猟(292条2項1号)が存在するが、判例によれば、常習性(Gewohnheitsmäßigkeit)とは、犯罪の反復累行によって形成される独自に作用し続ける習癖(Hang)を意味する(Vgl.BGHSt 15,377,379f.)。したがって、常習性を認めるためには、少なくとも2つの別個の行為が存在することが前提であり、有罪判決を言い渡される行為が習癖に基づいている場合に初めて、常習性による刑罰効果が生じるとされる。D.Sternberg-Lieben/N.Bosch, in: Schönke/Schröder StGB, 29.Auflage, 2014, Vor§52 Rn.98-101. なお、ここで登場する「習癖」概念については次節で検討を加える。

39) 森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」ホセ・ヨンバルト＝三島淑臣編『法の理論8』(1987年)99頁以下参照。

特3巻15号732頁が、「犯人に多数の窃盗前科があつてしかも更に短期間に同種行為を反覆累行したことが認定せられるに於ては『盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律』第3条にいわゆる常習としてこれを為したものと認定するを相当とし、それが職業的に或は習癖的にくり返される必要はない」と判示するように、実務上は、盗犯等防止法3条における「常習性」を認定するうえで必ずしも「強窃盗の習癖性」が要求されているわけではない。

さらに、常習性の認定一般の問題として、各犯罪類型の持つ特性に注目することが必要である。実際に、常習賭博罪に関して、大阪高判昭和49年9月27日刑裁月報6巻9号958頁は、『『常習トシテ』とは賭博が常習癖に出ること、すなわち行為主体が常習者であることを意味し、習癖の発現とみられる限りはただ一回の賭博行為でも本罪を構成するけれども、習癖の発現とみなされない単なる賭博行為が数回行われたというだけでは本罪にあたらぬ。そして常習性の存否は、賭博罪の前科の有無、賭博の性質、方法、期間、度数、賭金額などの諸事情を総合して判断されなければならない』と判示する<sup>(40)</sup>。これに対して、判例②は、「窃盗罪については、それが統計上わが国における最も数多い犯罪であり、従つて窃盗罪の動機、方法、手口、規模、回数、時期、時間、期間、頻度、場所、目的物の品目、種類、性質、数量、価格、形態、技術の有無、巧拙、危険性の度合、共犯者の有無、及び犯人の環境等は、千差万別であること、衆知のとおりである。とうてい賭博罪のそれとは比べものにならないということができよう。従つて盗犯の常習性認定と、賭博罪のそれとの間に、事実認定の上において、かりに違いが生ずるとしても、別にあやしむには足りないというべきであらう」と判示している。すなわち、常習犯と一口にいても、互いにその内実を異にする各種の常習犯が存

---

(40) 夙に、大判大正4年9月16日刑録21輯1315頁。

在するのであり、これら各犯罪類型において求められる「常習性」の具体的な内容（事実認定における常習性の認定）は必ずと異なる。このような視点からは、常習犯の刑の加重根拠を一義的に確定できるかも疑わしい。判例②もいうように、とりわけ窃盗は、刑法犯認知件数の半数以上を占めており<sup>(41)</sup>、窃盗の動機、方法、犯人の環境等も様々であるがゆえに、常習犯として類型化したうえで一律に加重処罰の対象とすることは否定されるべきである。したがって、常習犯加重を理論的に正当化することは困難であるように思われる。この点を明らかにするために、次節では、ドイツ刑法における保安監置に関する規定を取り上げ、「常習性」認定にとっての指針たる「習癖」概念について検討を加える。

### （3）常習性の中心概念としての「習癖」とドイツ刑法における「習癖（Hang）」概念

一 前述のように、わが国の判例は、常習性の認定において「習癖」概念を重視している。すなわち、前掲判例②によれば、「常習性とは、反覆して当該行為をする習癖をいう。つまり、性癖によってくり返し当該犯行を行って来ており、かつ再びくり返す傾向のあることをいうと解することができる」とされる。そして、前掲最決昭和54年10月26日によれば、「習癖とは、性癖、習慣化された生活ないし行動傾向、人格的、性格的な偏向などをいうと理解される」。つまり、犯罪の常習性とは、行為者をして犯罪を反復累行させる習慣化された内的状態を意味する<sup>(42)</sup>。

ところで、ドイツ刑法は66条に保安監置（Sicherungsverwahrung）に

(41) 法務省法務総合研究所編『平成26年版犯罪白書』（2014年）5頁によれば、平成25年における刑法犯認知件数の総数1,917,929件のうち、窃盗は981,233件であり、全体の51.2%を占めている。

(42) 安田拓人「コメント」大阪刑事実務研究会編『量刑実務大系第2巻』（2011年）159頁参照。

関する規定を置き、同条において裁判所が保安監置を命じることのできる場合の一つとして、重大な犯罪行為への習癖の結果として行為者が社会にとって危険な場合を挙げている<sup>43)</sup>。このドイツ刑法66条における「習癖」概念とわが国の判例における「習癖」概念は同義といえる<sup>44)</sup>。つまり、確立した判例によれば、ドイツ刑法66条における「習癖」とは「行為者をして繰り返し新たな犯罪行為を行わせる、習慣化された内的状況が行為者に存在していること」を意味しており、「習癖犯（Hangtäter）」とは「絶えず犯罪行為を決意し、または固く根付いた性向に基づいて、機会が与えられれば繰り返し犯罪行為へと至る者」であり、意志薄弱（Willensschwäche）<sup>45)</sup>および内的な情緒不安定から犯罪への誘惑に抗することのできない者も習癖犯に含まれるとされている<sup>46)</sup>。さらに、ドイツ刑法66条1項4号は、「習癖の結果として、有罪判決の時点で、行為

---

43) ドイツ刑法66条1項は「裁判所は、次に掲げる場合においては、刑と並んで保安監置を命じる」として、充たすべき要件の一つとして、「行為者及び行為の総合評価により、重大な犯罪、特に、被害者の精神若しくは身体を著しく侵害する犯罪行為への習癖の結果として、有罪判決の時点で、行為者が社会にとって危険であることが明らかである場合」（同条同項4号）と規定する。ちなみに、現行ドイツ刑法66条は2010年に一部改正されたが（BGBl I, 2010, S.2300f）、同じく保安監置に関する規定である改正前の旧66条1項は「故意の犯罪行為を理由として2年以上の自由刑を言い渡された者のあるとき、裁判所は、次に掲げる場合においては、刑と並んで保安監置を命じる」として、充たすべき要件の一つとして、「行為者及び行為の総合評価により、重大な犯罪、特に、被害者の精神若しくは身体を著しく侵害し又は重大な経済的損害を引き起こす犯罪行為への習癖の結果として、行為者が社会にとって危険であることが明らかである場合」（同条同項3号）と規定していた（条文の訳は、法務省官房司法法制部編『ドイツ刑法典（法務資料第461号）』（2007年）44頁以下を参照した）。

44) 安田・前掲（注42）161頁参照。

45) 意志薄弱とは、誘惑に対する抵抗力が先天的あるいは後天的に減退している状態であり、行為者の人格に起因するものである。第一義的には、例えばアルコール中毒、賭博中毒または薬物中毒のような病氣と評価される中毒形式が想起され得る。Vgl. T.Fischer, Strafgesetzbuch, 59.Auflage, 2012, §291 Rn.13; U.Kindhäuser, in: Nomos Kommentar StGB, 4.Auflage, 2013, §291 Rn.22.

者が社会にとって危険であることが明らかである場合」でなければ保安監置を命じることができないと規定するが、ここにいう「習癖」と「習癖の結果としての行為者の社会にとっての危険性」という2つのメルクマールの関係が問題とされる。

二 この点について、判例は、習癖性が肯定されることで通常は被告人が将来また犯罪を犯す蓋然性が認められるが、このことは必然的ではなく、「習癖ないし習癖犯であることと刑法66条1項4号によって要求される行為者の将来の危険性の予測とは区別すべきであり、両メルクマールは同一ではない」<sup>(47)</sup>として、習癖と危険性を区別する（あるいは「習癖」概念を必要とする）立場を採る。そして、その根拠として、習癖は、包括的な過去の考慮（*umfassender Vergangenheitsbetrachtung*）に基づいて確定される現在の状況を意味するのに対して、危険性の予測は、行為者が彼／彼女の習癖にかかわらず将来において重大な犯罪を行い得るか否かについての蓋然性を判断するものである、という点を挙げている<sup>(48)</sup>。

三 これに対して、学説においては、「刑事実体法上、66条にいう習癖ほど争いのある概念はない」<sup>(49)</sup>とも評されるように、判例の立場を支

(46) BGH NJW 1980,1055; BGHSt 50,188,195f. 近時の判例として、BGH NStZ-RR 2011,204; BGH NStZ-RR 2011,272; BGH NStZ-RR 2014,271; BGH BeckRS 2015,10528 Rn.29. この点、L.Böllinger/A.Dessecker, in : Nomos Kommentar StGB, 4. Auflage, 2013, §66 Rn.27は、反復犯罪者（*Mehrfachtätern*）のおよそ1割は「情緒不安定な、意志薄弱な精神病者」と呼ばれる精神病質的背景を持つ者であるという。わが国において、常習累犯窃盗で起訴されたものの行為者に心身喪失が認められ無罪とされた近時の裁判例として、福岡地判平成26年12月17日 D 1/DB28230135, 京都地判平成25年8月30日判時2204号142頁参照。後者の評釈として、丹羽正夫「判批」判例評論674号（判時2247号）149頁参照。

(47) BGH BeckRS 2015,10528 Rn.30.

(48) Vgl. BGHSt 50,188,196; BGH NStZ-RR 2010,203; BGH NStZ-RR 2011,272f.

(49) T.Ullenbruch/K.Drenkhahn/C.Morgenstern, in : Münchener Kommentar zum StGB, 2. Auflage, 2012, §66 Rn.97.

持する見解が存在する一方、両メルクマールの区別を否定する（あるいは「習癖」概念を不要とする）見解も有力に主張されている。

たとえば、判例と同様に両メルクマールを区別する立場を採る G. シェーファー／G.M. サンダー／G.v. ゲンマーは、「危険性は習癖の確定によって即座に認定されるものではない。極めて困難な予測判断の統一的な検証が明瞭であり、かつ習癖と危険性の各論証が広範に重なり合うとしても、一義的な法律用語に鑑みれば、習癖の確定のほかに危険性の個別の検証が必要である」<sup>50)</sup>と主張する。習癖の存在が確定されることによって通常は危険性の存在が予測されるが、このことは絶対的ではなく、66条の条文自体が「習癖」と「行為者が社会にとって危険であること」を区別して規定している以上、両者は異なるものであり、両要件の存在は段階的に精査されるべきであるとする見解といえよう<sup>51)</sup>。

これに対して、F. シュートレングは、「習癖犯概念は、とりわけ行為者のこれまでの犯罪歴から導かれた更なる犯罪実行の予測以上の意味を持たない」<sup>52)</sup>といい、T. フィッシャーもまた、習癖性を認めながら危険性を認めないこと（あるいはその逆）について疑問を呈したうえで、「学説においても、習癖と危険性との内容的区別が前提とされる限り、両者の区別の実質的基準は極めて不明確であるか、あるいは異なってはいるが不確定的な概念によって記述されるにとどまっており」、したがって、「習癖概念の適用には、明確性と予測可能性が全体的に欠如している」

---

<sup>50)</sup> G.Schäfer/G.M.Sander/G.v.Gemmer,Praxis der Strafzumessung, 5 .Auflage, 2012, Rn.492.

<sup>51)</sup> R.Rissing-van Saan/J.Peglau, in : Leipziger Kommentar zum StGB, 12.Auflage, Band 3, 2008, §66 Rn.138f; Ullenbruch/Drenkhahn/Morgenstern, a.a.O.(Fn.49), §66 Rn.97ffも同様に、両メルクマールを区別する判例の立場に親和的である。さらに、vgl. BGH NStZ 2006, 280ff [Anm. J.Renzikowski] .

<sup>52)</sup> F.Streng, Strafrechtliche Sanktionen, 3 .Auflage, 2012, Rn.454.



として、両メルクマールを区別することに対して否定的な立場を採る<sup>53</sup>。

W. シュトレ/J. キンツィヒも、「習癖の確定と危険性の予測とは区別し得るというテーゼはもはや説得力を失っている。というのも、将来重大な犯罪を犯す高度の蓋然性を肯定することは、通常、『習癖』の存在を示唆するからである」<sup>54</sup>として両メルクマールの同一性を主張する。キンツィヒは、1998年の論稿<sup>55</sup>において、ドイツ刑法66条にいう「習癖」概念について詳細な批判的考察を行っている。キンツィヒは、1981年から1990年の保安監置を命じた判決（318件）を対象として、判例が「習癖」の存在を確定する際にいかなる事情を考慮しているかを仔細に検討した結果、とりわけ行為者の前科（Vorstrafen）と鑑定意見の援用が習癖の認定にとって重要な意義を有していることを確認している<sup>56</sup>。そのうえで、「このような帰結は、学説においてこれまで度々推察されかつ批判されてきたように、裁判実務において習癖は独自の意義を持たないということを示している」、つまり、「習癖」概念は、量刑事情あるいは累犯の要素としても重要な前科の有無・内容と鑑定意見に多くを負っており、その存在を認めるための独自の根拠は存在せず、むしろ法的安定性と

53) Fischer, a.a.O.(Fn.45),§66 Rn.27f. この点, Rissing-van Saan/Peglau, a.a.O.(Fn.51), §66 Rn.139は、「危険性の評価においては、行為者の人格および人格の展開、社会的環境、行為者の犯罪の個人的および状況的諸条件そしてそれらの時間的継続性または可変性といった事情が重視されている」とするが、フィッシャーは、「人格、人格の展開、社会的環境、犯罪の状況および経緯といった事情は習癖の評価にとって重要ではないと主張することはほぼ不可能である」(a.a.O.,§66 Rn.27a) という。

54) W.Stree/J.Kinzig, in : Schönke/Schröder StGB, 29.Auflage, 2014, §66 Rn.25.

55) Kinzig, Der Hang zu erheblichen Straftaten - und was sich dahinter verbirgt - Zugleich eine empirische Analyse zur Begründung der Anordnung der Sicherungsverwahrung durch die Gerichte, NStZ 1998, S.14ff.

56) Kinzig, a.a.O.(Fn.55), S.16ff. 検討対象とした判例318件のうち283件が、習癖を肯定するための事情として「前科・前歴」(Vordelinquenz) を考慮しており、とりわけ、同種の前科・前歴であるかが重視されているとする。

法の下での平等を蔑ろにするものであると批判する<sup>57)</sup>。したがって、キンツィヒによれば、「習癖というメルクマールは、保安監置を命じるための条件としては問題のある規範的構成要素であって、独自の意義を持たず、それ故に保安監置を命じるための真の理由を隠蔽するものである」<sup>58)</sup>とされる。

以上のように、学説においては、ドイツ刑法66条の「習癖」概念は不明確であり独自の意義を見出すことができないとの批判が寄せられているが、その背景には、習癖を根拠付けるために引き合いに出される要件が、危険性（予測）を根拠付けるためにも利用されることから、習癖と危険性を区別することは不可能に近いとする見方が存在している<sup>59)</sup>。そして、このような見解は、学説において支配的となっているといえよう<sup>60)</sup>。

四 このような学説の趨勢に対して、「習癖」概念に独自の意義を認めるドイツの判例は、「習癖」を肯定するための事情として特に前科の存在を重視している<sup>61)</sup>。前科については、とりわけ、前科の数、前科の同種性、前科の期間が重要であるが、前科以外にも、保護観察違反、累

---

57) Kinzig, a.a.O.(Fn.55), S.19は、このような「習癖」概念の空疎性によって、（責任と結び付いた）刑罰と（責任から独立した）処分の区別が、既にそれらを命じる段階において曖昧にされているという。

58) Kinzig,a.a.O.(Fn.55), S.19. 学説における「習癖」概念に対するその他の批判的見解については、vgl.Kinzig, a.a.O.(Fn.55), S.15f. さらに、vgl. Böllinger/Dessecker, a.a.O.(Fn.46), §66 Rn.81ff.

59) Rissing-van Saan/Peglau, a.a.O. (Fn.51), §66 Rn.134f.

60) Vgl. Rissing-van Saan/Peglau, a.a.O.(Fn.51), §66 Rn.135. したがって、このような見解からは、「習癖が存在するにもかかわらず、社会にとっての危険性はないとされるのは、行為者が『そのような愚かな振る舞いをする』と、彼／彼女の行為は常に失敗する運命にある場合だけである」(a.a.O., §66 Rn.135)とされる。

61) 既にみたように、わが国の近時の裁判例においても、前科の有無・内容は「常習性」の認定において重視されている。ただし、私見は、前科を量刑において考慮することには否定的である。この点については、拙稿「累犯加重に関する一考察」法政論叢56号（2013年）14頁以下参照。

犯の頻度、累犯期間、犯罪の重大性および熟練性が「習癖」認定にとっての事情として挙げられ、逆に、犯罪と無縁の生活を送ってきた期間が長いことは、習癖の存在を否定する事情であるとされる<sup>62</sup>。前科以外の事情の中では特に累犯期間（Rückfallgeschwindigkeit）が判例上重視されるが、これは、66条の形式的な要件（二度の有罪判決の言い渡し、一定期間内の累犯）が、通常、充足されるだけでなく、明白に踏み越えられることが理由とされる<sup>63</sup>。

このように、ドイツ刑法66条における「習癖」の存在を認定するために挙げられた事情は、習癖概念を基礎とするわが国の「常習性」認定において判例が重視する事情と大部分が重なるものである。しかしながら、前述したように、これらの事情は一般に量刑において（も）考慮され得るものであって、「習癖」ないし「常習性」を認定するために独自の意義を有するかについては疑問がある。キンツィヒが示唆するように、「社会に対する危険性」が再び「習癖」から導出されるというように、両メルクマールは循環論法に陥っており、それ故に、習癖概念は、「危険な犯罪者対策」という真の目的を隠蔽するという負の側面を持つものであるように思われる<sup>64</sup>。しかも、保安処分を対象とするドイツ刑法66条とは異なり、わが国の場合には「刑罰」賦科の対象となる常習犯ないし常習性を基礎付ける要素としての「習癖」が問題となっているのであって、二重処罰の禁止との関係で、この点はより問題視すべきであろう<sup>65</sup>。そ

62) Stree/Kinzig, a.a.O.(Fn.54), §66 Rn.30. これに対して、BGH NStZ-RR 2011,77は、「長期に亘り犯罪と無縁の生活を送ってきたことは必ずしも習癖を否定する事情ではない」とする。

63) Vgl. Kinzig, a.a.O.(Fn.55), S.19.

64) Kinzig, a.a.O.(Fn.55), S.19.

65) 因みに、スイスは旧刑法42条に「常習犯に対する保安拘禁」の規定を置いていたが、現在は削除されている。スイスの専門委員会および学説の一部の見解によれば、旧法における常習犯に対する保安拘禁は、その大部分が、比較的軽

して、習癖概念が実質的には「危険性の予測」という将来志向的な要件に支えられているとするならば、当該概念を基礎とする常習犯加重は行為責任論と矛盾するものでもあるといえる<sup>66</sup>。さらに、ドイツ刑法66条における「習癖」の存在を認定するために挙げられた事情と、習癖概念を基礎とするわが国の「常習性」認定において判例が重視する事情とが大部分において重なるものであるならば、ドイツ刑法66条の保安監置が危険な犯罪者対策による社会の保安を目的とするのと同様に、わが国の常習犯加重規定の実質的な根拠も、——累犯加重規定と同様に——危険な犯罪者対策を内容とする純然たる刑事政策に求めざるを得ないように思われる。特に、盗犯等防止法3条は、——同法2条および4条と同様に——未遂犯をもその主体としていることから、このことは一層明白となろう。しかし、夙に指摘されているように、単純な刑の加重によって犯罪予防目的が達せられるかは甚だ疑問である<sup>67</sup>。したがって、私見としては、習癖概念を基礎とした類型的な常習犯加重規定を別途設ける必要性は乏しく、犯行の手口・態様、犯行回数・期間・頻度等の事情を、各犯罪の特性を十分に勘案したうえで、犯罪類型ごとに量刑において適切に考慮することによって、反復累行される犯罪に対応すべきであると考え<sup>68</sup>。このような方途によってしか、反復累行される犯罪に対する刑罰加重的評価は理論的に正当化し得ないように思われる。

---

微な犯罪（とりわけ窃盗）を犯した者に対して命じられるものであり、したがって比例性の観点からは適切でないがゆえに削除すべきとされた（BBl 1999, Bd II, S.2096）。なお、スイス旧刑法42条においても、保安拘禁を命じるための要件として「重罪または軽罪の習癖」の存在が必要とされていた。Vgl. O.A.Germann, Schweizerisches Strafgesetzbuch, 9. Auflage, 1972, S.97.

(66) 平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根拠」『団藤重光博士古稀祝賀論文集第2巻』（1984年）103頁参照。

(67) 大塚・前掲（注21）90頁。

(68) あるべき量刑基準および量刑事情について、拙稿「量刑と責任」東北法学32号（2008年）229頁以下参照。

## IV むすびにかえて

以上の考察によって、累犯加重規定と同様に、常習犯加重規定を理論的に正当化することは困難であり、したがって、少なくとも、本稿で考察の中心とした常習累犯加重規定についてはその存在自体が否定されるべきであるとの結論に達した。尤も、実際には、わが国の実務上、常習累犯窃盗においては、累犯加重の場合と同様に、加重された法定刑の下限（懲役3年）以上の刑の言渡しを受ける者は多くはないという指摘もある<sup>69</sup>。確かに、比較的最近の裁判例においても、常習累犯窃盗で有罪判決を受けた者のうち、懲役3年以上の刑を言い渡された者はわずかである<sup>70</sup>。しかし、このことが常習累犯加重規定を正当化する理由とはなり得まい。

[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。

---

(69) 田邊信好「常習累犯窃盗罪についての判決の実情と刑事政策的課題」ジュリスト929号（1989年）54頁以下参照。昭和62年4月から昭和63年8月までに大阪地方裁判所で言い渡された常習累犯窃盗の被告人225人に対する判決結果を資料としたものである。

(70) 昭和63年9月以降の常習累犯窃盗罪の成立が認められた裁判例のうち参照し得たもので、懲役3年以上の刑を言い渡されたのは、東京地判平成11年3月25日D1/DB28168227（被告人2名に対しそれぞれ懲役4年6月と懲役3年）、東京地判平成20年5月22日判時2027号160頁（懲役4年）のみであった。他の参照し得た裁判例は、すべて3年未満の懲役刑を言い渡したものであった。東京地判昭和63年10月7日判時1303号150頁（懲役2年8月）、東京高判平成2年5月10日判タ741号245頁（懲役2年）、東京高判平成5年11月30日判時1495号141頁（懲役1年2月）、名古屋高判平成8年11月13日判時1593号143頁（懲役2年6月）、広島高判平成10年3月19日判時1645号157頁（懲役2年6月）、東京高判平成10年10月12日判時1678号153頁（懲役2年6月）、神戸地判平成14年10月16日D1/DB28075716（懲役2年）、神戸地判平成14年10月16日D1/DB28085059（懲役1年6月）、東京地判平成21年12月22日判タ1333号282頁（懲役2年6月）、東京高判平成24年12月3日判時2191号144頁（懲役1年8月）。