

論 説

常習犯規定に関する一考察 (1)

西 岡 正 樹

- I はじめに
- II わが国の判例と学説 (以上、本号)
- III ドイツ語圏刑法における常習犯規定
- IV むすびにかえて

I はじめに

刑法学上、常習犯とは、「繰り返して犯罪を犯す習癖に基づいて犯罪を行うことをいう」とされる⁽¹⁾。常習犯は、累犯と同じく、その刑が加重される⁽²⁾。ただし、わが国の現行刑法典は、累犯に対するのとは異なり、常習犯に対して一律に刑を加重することを認める一般的規定を持たない。現行刑法典上唯一の常習犯加重規定として、常習賭博 (186条1項) が存在するのみであり、その他の個別の常習犯加重規定が特別刑法において設けられているに過ぎない。一律的な刑の加重規定を設けないという点で、現行刑法典は、累犯と常習犯とで異なった取扱いをしている。さらに、一般に、累犯が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

(1) 三井誠ほか編『刑事法辞典』(2003年) 420頁 [林美月子]。

(2) 累犯について、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頁以下参照。

それ自体に基づく実質的な概念であるとの理解⁽³⁾や、累犯とは異なり、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ものであるとの理解⁽⁴⁾から、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把握されている⁽⁵⁾。

わが国の常習犯規定に対しては、累犯に対するのと同様に、社会的に危険な犯罪者対策が実質的根拠とされているとの批判的見解⁽⁶⁾も存在し、責任主義の原則と調和し得る説得的な根拠づけは未だ提示されていないのが現状である。行為責任論を採り、責任主義の原則を堅持する立場から常習犯規定を正当化することはできるのか。

本稿は、このような問題意識の下、わが国の常習犯規定について、理論的観点から再考するものである。さらに、ドイツ語圏刑法における常習犯規定についても併せて検討する。

II わが国の判例と学説

前述のように、わが国の現行刑法典における常習犯加重規定としては、186条1項の常習賭博が存在するのみであり、他に特別刑法上いくつかの常習犯加重規定が設けられている。対象とされた各犯罪類型の特性に着目すれば、各規定において求められる「常習性」の内実は自ずと異なる。本章では、まず、判例において各規定の「常習性」がどのような基準を用いて認定されているかについて考察し、次に、学説において常習

(3) 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。

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

(5) 常習犯の刑の加重根拠について、拙稿「累犯加重と常習犯について(2・完)」山形大学法政論叢63・64合併号(2015年)63頁以下参照。

(6) 吉岡一男「累犯と常習犯」中山研一ほか編『現代刑法講座第3巻』(1979年)307頁以下〔同『刑事制度論の展開』(1997年)194頁以下所収〕。

犯規定がいかにか把握されているかについて概観する。

(1) 判例

i) 常習賭博における「常習性」

一 常習賭博罪における常習性について、大審院は、大判大正3年2月17日新聞925号27頁が「刑法第百八十六條二所謂常習トハ博戯又ハ賭事ヲ慣行スルノ謂ニシテ」としていたが⁽⁷⁾、大判大正3年4月6日刑録20輯465頁が「賭博ノ常習トハ反復シテ賭博行為ヲ為ス習癖ヲ云フ」と判示し、大判大正3年5月18日刑録20輯932頁が「犯罪ノ常習性トハ反復シテ罪ヲ犯ス習癖ニシテ犯人ガ屢次之ヲ犯スコトニ因リテ成立スルモノナリ從テ常習トシテ賭博ヲ為ストハ屢次賭博ヲ為スコトニ因リ犯人ノ反復シテ賭博ヲ為ス習癖カ外部ニ発現スルノ謂ニ外ナラス」と判示するように、「習癖」ないし「習癖の発現」を「常習性」の中心概念としている⁽⁸⁾。最高裁も大審院の理解を踏襲し、最判昭和24年2月24日集刑7号553頁が「刑法第一八六条第一項に所謂賭博常習者とは、賭博を反覆累行する習癖あるものをいう立法趣旨であつて、必ずしも賭博を渡世とする博徒の類のみを指すものではない。又かかる習癖のあるものである以上たといそのものが正業を有しているとしてもその一事を以て直ちにこれを賭博常習者でないとはいいい得ない」と判示している⁽⁹⁾。さらに、

(7) 夙に大判大正2年7月10日刑録19輯785頁は、「苟クモ賭博慣行ノ事情アル者ハ所謂博徒ナラサルモ賭博ノ常習者トシテ処罰スヘキ」と判示する。なお、常習賭博罪の成立過程について、中島広樹「常習犯に関する一考察」平成法政研究7巻1号(2002年)44頁以下参照。

(8) その後の同旨の大審院判例として、大判大正5年2月21日刑録22輯301頁、大判昭和2年6月29日刑集6巻238頁、大判昭和9年7月19日刑集13巻993頁、大判昭和11年3月19日刑集15巻323頁、大判昭和14年3月22日刑集18巻151頁参照。

(9) 同旨、最判昭和23年7月29日刑集2巻9号1067頁、最判昭和26年3月15日集刑41巻871頁。

最決昭和54年10月26日刑集33巻6号665頁(以下、昭和54年決定)は、被告人が、長期間営業を継続する意思のもとに、5200万円を投下して賭博遊技機34台を設置した遊技場の営業を開始し、警察による摘発を受けて廃業するまでの3日間、これを継続し、その間延べ約140名の客が来場して合計約70万円の売上利益を挙げたという営業賭博の事案について、「被告人に賭博を反覆累行する習癖があり、その発現として賭博をしたと認めるのを妨げないというべき」と判示して常習賭博罪の成立を認めているように、「習癖」ないし「習癖の発現」概念を中心とする「常習性」把握が定着している⁽¹⁰⁾。

問題となるのは、「習癖」の内実であるが、この点について、昭和54年決定における塚本重頼裁判官の反対意見では、「刑法一八六条一項にいう賭博の常習性とは、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、確定した判例であり、ここに習癖とは、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」とされている。賭博の常習性を行為者の属性として把握する判例の立場は、常習犯加重の根拠について、「刑法一八六条の常習賭博罪が同一八五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」とする判例⁽¹¹⁾の見解と整合するものである。

(10) なお、東京地判平成2年10月12日判タ757号239頁によれば、昭和54年決定の事案のように、当該賭博行為前には「賭博を反復累行する習癖」を有していなかったとしても、当該賭博行為の反復累行を通じて「賭博を反復累行する習癖」が形成・獲得されたものと認められれば、「賭博の常習性」が肯定され得ることが示されている。

(11) 最大判昭和26年8月1日刑集5巻9号1709頁。

以上のように、「刑法一八六条一項にいう賭博の常習性とは、賭博行為を反復累行する習癖をいうのであって、行為自体の属性ではなく、行為者の属性であり、常習賭博罪は、右の習癖を有する者が、その習癖の発現として賭博を行うことによって成立する」とするのが、判例の立場である¹²⁾。つまり、判例においては、行為者に賭博行為を反復累行する習癖（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）があり、かつ、当該習癖の発現として今回犯行が行われたと判断される場合に、常習賭博罪の成立が認められる。

二 それでは、判例は、常習賭博罪における常習性（賭博を反復する習癖）をいかなる資料に基づいて認定しているか。最判昭和25年3月10日集刑16号767頁は、「賭博の常習とは犯人に反覆して賭博をする習癖があることをいうのであつて必ずしも賭博の前科のあることを要するものではない、そしてその習癖のあらわれた賭博行為であるか否やは現に行われた賭博の種類、賭金の多寡、賭博の行われた期間、度数、前科の有無等諸般の事情を斟酌して裁判所の判断すべき事項である」と判示する¹³⁾。比較的近時の裁判例である前掲広島高岡山支判平成3年10月18日においても、「常習性の認定については、被告人の職業・経歴、賭博の前科・前歴の有無、賭博の性質・方法、賭博の行われた期間、賭金額など諸般の事情を総合して判断すべきことは、累次の判例の示すとおりである」とされており、従前の判例の認定方法が踏襲されている。

以上のように、実務上は、常習賭博罪における「常習性」について、

(12) 広島高岡山支判平成3年10月18日判時1435号139頁。本件の評釈として、神垣清水「刑事判例研究 [245]」警察学論集45巻7号（1992年）152頁。

(13) また、東京高判昭和32年1月17日高刑集10巻1号1頁は、「刑法第186条第1項の常習性を認定するには特定の資料殊に賭博の前科あることを要するものではなく、被告人の所為自体に於て賭博の習癖が存するものと認定するを妨げないところである」と判示して、連日に亘り多数の客を相手として賭博行為を反覆したという被告人の行為態様に基づいて常習性を認定している。

被告人の職業・経歴、賭博の前科・前歴の有無、賭博の性質・方法、賭博の行われた期間・度数、賭金額など諸般の事情を総合して判断すべきとされている。したがって、例えば、賭博の前科を有すること、2、3回続けて賭博をしたこと等の個々の事情のみでは常習性を認定するに不十分である場合でも、それらを総合的に考慮して常習性を認定することは可能である¹⁴⁾。他方で、賭博の前科のみによって賭博の常習性を認定することも判例において認められる¹⁵⁾が、その場合には、前科の回数や態様等が問題とされ、賭博の前科の存在が常習性の認定に直結するわけでもない¹⁶⁾とされる。前科に関しては、10年以上前の賭博の前科であっても、常習性の認定資料とすることはでき¹⁷⁾、刑法34条の2によって刑の言渡しの効力を失っている賭博の前科であっても、常習性の認定資料とすることは可能であるとされる¹⁸⁾。さらに、「常習性」は行為者の属性とされることから、「賭博ノ常習アルモノカ賭博ヲ為シタルトキハ其回数ノ如何ニ拘ハラズ常習賭博トシテ之ヲ処罰スヘク之ニ反シテ賭博ノ常習ナキ者カ賭博ヲ為シタルトキハ仮令其行為ハ数個ニシテ意思継続シテ之ヲ為シタルモノナリト雖モ常習賭博トシテ之ヲ処罰スヘキモノニアラス」とされる¹⁹⁾。このような大審院以来の判例の立場は、近時の下級審裁判例においても踏襲されている²⁰⁾。

14) 最判昭和23年6月29日刑集2巻7号764頁、最判昭和25年11月28日集刑36号555頁。

15) 前掲最大判昭和26年8月1日。

16) 大判大正3年5月20日刑録20輯960頁、大判大正12年2月15日刑集2巻69頁等。

17) 最判昭和25年4月7日刑集4巻4号507頁。

18) 大阪高判昭和28年7月13日高刑集6巻7号878頁。ちなみに、最判昭和26年2月2日集刑40号191頁によれば、前科の事実は自首のみによって認定することが可能とされる。

19) 大判大正4年9月16日刑録21輯1315頁。

20) 前掲広島高岡山支判平成3年10月18日参照。

三 惟うに、賭博の常習性を行為者の属性として把握する以上、常習性の認定においては、諸般の事情を総合的に評価せざるを得ないであろう⁽²¹⁾。そして、判例によれば、賭博行為を反復累行する習癖を有する者が、その習癖の発現として賭博を行うことによって常習賭博罪は成立するとされることから、諸般の事情を考慮した上で、当該賭博行為が「習癖の発現」と認められない場合には、常習賭博罪の成立は否定されることになる⁽²²⁾。

四 それでは、どのような場合に「習癖の発現」が認められないとされるのか。

この点、大判昭和2年6月29日刑集6巻238頁は、賭博の前科3犯を有する被告人が、最終前科から10年余り経過した大正15年12月1日より同月5日までの間に自ら胴親となって俗に「チーハー」と称する賭博を行った（最終前科から本件犯行に至るまでの間に賭博を行った事実は認められなかった）という事案について、常習賭博罪の成立を認めた原判決に対して、「賭博ノ常習トハ反復シテ賭博行為ヲ為スノ習癖ヲ謂フモノニシテ犯人ニ賭博ノ前科アル事ハ其ノ習癖ノ成立ヲ認ムルノ一資料タルヲ失ハスト雖前科ノ事アルヲ基礎トシテ犯人ニ賭博ノ常習アルコトヲ推断スルニハ前科タル賭博行為ト現ニ間擬セラルル賭博行為トノ間ニ於テ犯人ニ賭博ノ慣行アリト認ムヘキ時間的牽連關係存在シ之ヲ包括シテ単一ナル賭博習癖ノ発現ナリト視ルコトヲ得ヘキ場合ナラサルヘカラス」との見解を示した上で、「該前科タル賭博犯行当時ニ於ケル被告ノ賭博慣行ノ習癖ハ爾後中絶シタリト認ムルヲ妥当トスヘクスノ如ク長年

(21) 谷村允裕「常習犯罪における常習性」小林充=香城敏麿編『刑事事実認定(下)』(1992年)451頁。

(22) したがって、賭博の前科が無い場合でも、賭博を反復累行する習癖の発現と認められる以上、たまたま捕捉された一時一回の賭博行為についても常習賭博罪が成立するとされている。大阪地判昭和50年3月19日判時787号129頁。

月間賭博行為ヲ敢テセサリシニ拘ラス猶且賭博慣行ノ習癖ヲ持續シタリト為スカ如キハ明ニ実験法則ニ違背スルモノト謂ハサルヘカラス」と判示して、原判決を破棄した²³⁾。ここでは、賭博の前科の存在によって賭博の習癖の形成が認められる場合であっても、当該前科と今回犯行との間に時間的牽連関係が存在しなければ習癖の存続が認められず、結果として今回犯行は習癖の発現として行われたものとは評価できず、したがって常習犯の成立は否定されることが示唆されている。

これに対して、大判昭和10年5月21日刑集14巻545頁は、「賭博ノ前科ト賭博行為トノ間二十年餘ノ星霜ヲ経過セル場合ニハ前科ノ事実ニ基キ賭博行為ヲ常習犯行ナリト推断スルコトヲ得ストノ当院判例ノ存スルコト洵ニ所論ノ如シト雖右判例ノ趣旨トスルトコロハスクノ如キ前科アリタル一事ニ依リ犯人ニ賭博ノ常習アルコトヲ推断スルヲ得スト云フニ止リ前科ノ事実ト相俟チテ賭博ノ種類方法犯行ノ連続累行セラレタル状況其ノ他ノ事情ヲ參酌シ犯人ニ賭博ノ常習アルコトヲ推断スルハ固ヨリ妨ナキモノトス」と判示して、前科と今回犯行との間に相当長期の時間的懸隔がある場合であっても、諸般の事情を考慮して常習性を肯定することは可能であるとしている²⁴⁾。

また、大阪高判昭和49年9月27日刑月6巻9号957頁は、「刑法186条1項の常習賭博は『常習トシテ博戯又ハ賭事』をなすことによつて成立するものであるが、『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1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な

23) このような見解を踏襲する裁判例として、札幌高判昭和28年6月23日判特32号32頁、大阪高判昭和28年7月13日高刑集6巻7号878頁参照。

24) 同旨、大判大正9年6月19日新聞1728号18頁。

年間においては本件以外に約2ヶ月前の右賭博行為だけであり、しかも被告人はこれまで賭博の前科のないのはもちろん、賭博の取調べを受けた経歴も認められないのであつて、本件のさい本引賭博が1回や2回見て覚えられるものではなく、玄人のバクチとして行われるものであることは関係証拠からこれを認めるところであり、昭和39年よりも以前には被告人も時に右さい本引賭博をしていたものと推認するに難くないけれども、今までに全く賭博の前科、前歴のない被告人が、2ヶ月前に賭博をしたことがあるからといつて、前認定にかかる程度の本件賭博をもつて、習癖の発現としてなされたものであると認めるには、ちゆうちよせざるを得ない」と判示して、賭博の常習性を否定している。

さらに、昭和54年決定の第1審（大阪地判昭和51年12月20日刑集33巻6号676頁）は、前記の本件事案について、「営業形態による賭博の場合における営業の継続は、必ずしも常に賭博習癖の形成をもたらすものではないと考えられるが、少くとも、営業の継続自体によつて習癖が形成されたと認められるためには、ある程度の期間の経過が必要であるというべきであつて（最判昭和28年11月20日、刑集7巻11号2067頁参照）、僅か3日間営業を行つたにすぎない本件においては、その間にも100名を超える客が遊技機を用いて賭銭していることがうかがわれる点を考慮しても、営業によつて被告人に賭博習癖が形成されたと認めることは困難である」と判示して、常習賭博罪の成立を否定している。しかし、この第1審判決は、控訴審（大阪高判昭和52年10月19日刑集33巻6号678頁）において、下記の理由づけによって破棄されている。すなわち、「なるほどこの実績期間およびこの間における行為者の賭博営業に関する態度、行動、依存性の変転は、行為者の属性としての右習癖を認めるための一要素たるを失なわないが、反面、右『習癖』の意義を実績を積むことによつて附加された肉体的、精神的、心理的依存性のごとく狭く理解するかがりにおいては、賭博営業者がその営業を継続したというだけのこと

では右習癖の程度に直接変化を与えるものがなく、かえつて営業期間が長くなることにより投下資金の回収が進み、それだけ廃業が容易になるものとも考えられ、賭博営業の期間が長くなつて実績期間が積まれたとしてもそのことは習癖の認定にとつて無意味であるとの批判の余地も生じるのである。むしろ、投下資金に拘束され容易に賭博営業を廃止することができず、したがつて賭博を反覆累行せざるを得ないという、いわば資本的もしくは経済活動上の依存性もまた習癖の一内容をなし得るものであり、当初の段階ですでにこの種の依存性に強固なものがあるときは、行為者の属性としての常習性を認定するにあたり必ずしも実績期間の長期にわたることを必要としないと考えるのが相当である。そして叙上で検討した本件の諸事情を総合するとき、被告人はすでに賭博を反覆累行する習癖すなわち常習性を持ち、前記A外2名に対する賭博行為も右習癖の発現としてすなわち常習性の一環としてなされたものと認めるに十分と考えられ、したがつて右各賭博については単純賭博ではなく、検察官の訴因どおり常習賭博の罪が成立するものといわなければならない。被告人は賭博罪その他の前科がないばかりか、これまで賭博に親しんだ事実もなく、また店における具体的な営業事務の遂行は前記のとおり店の責任者として雇入れたBに責任を持たせてこれにあたらせていたものであり、前記3日目における警察の手入後は賭博営業を廃止し、再び賭博行為には及んでいないこと等もこの認定の妨げとはならない」と。

昭和54年決定のような営業形態による賭博事案については、賭博場開帳図利(刑法186条2項)を適用する方が実態に合っているのではないかとの見解もあるが²⁵⁾、その後の判例においても、当該事案に対して常

25) 判タ402号71頁の匿名解説参照。なお、東京高判昭和45年2月18日高刑集23巻1号171頁によれば、賭博場開帳図利およびその幫助は、本来賭博罪の幫助としての性格を包含するものであるとの理由から、これらの罪の前科を賭博の常習性の認定資料とすることができるとされている。

習賭博をもって対応することが確認されており、実務的には確定した方途であるとされる²⁶⁾。このように、営業形態による賭博における常習性の認定については、昭和54年決定が提示した、伝統的な形態による賭博事案の場合とは異なった「常習性」の認定基準が採用されている²⁷⁾。しかし、賭博の常習性を、賭博を反覆累行する習癖とし、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する判例の理解からは、営業形態による賭博に関して賭博の常習性を認めることは困難であるように思われる。したがって、常習賭博罪の成立を肯定した昭和54年決定は、従来「習癖」概念を拡張するものであるといえよう²⁸⁾。昭和54年決定の事案について1審と2審で結論が分かれた主因も「習癖」概念の理解の相違にあると考えられるが²⁹⁾、終極的には、「習癖」概念の不明確性が理解の相違をもたらしたものであると思われる。

ii) 暴力行為等処罰二関スル法律（大正15年法律第60号）における「常習性」

一 暴力行為等処罰二関スル法律（以下、暴力行為等処罰法）は、1条ノ3において常習的傷害・暴行・脅迫・毀棄罪（以下、常習的傷害等罪）を、2条2項において常習的面会強請・強談威迫罪を規定する。大判昭和2年7月11日刑集6巻260頁は、「暴力行為等処罰二関スル法律第

²⁶⁾ 最決昭和61年10月28日刑集40巻6号509頁。池田修「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和61年度）』（1986年）263頁。

²⁷⁾ 田邊三保子「賭博における常習性について」警察学論集68巻4号（2015年）123頁。

²⁸⁾ この点で、昭和54年決定における塚本裁判官の反対意見がいうように「原判決及び多数意見は、いわゆる営業賭博を直ちに常習賭博に該当すると結論づけることに帰着し、首肯しがたい」ものであり、第1審の判断が妥当であったと考える。

²⁹⁾ 大谷實「判批」ジュリスト743号180頁。

一条第二項ノ犯罪ハ常習トシテ同条第一項ニ掲クル刑法各条ノ罪ヲ犯シタル場合ニ成立スルモノニシテ其ノ所謂常習トハ叙上掲記ノ刑法罰条ニ規定スル各個ノ犯罪行為ノ常習性ノミヲ指スモノニ非ス是等ノ犯罪行為ヲ包括シタル暴力行為ヲ為ス習癖ヲモ言フモノト解スルヲ相当トスル」と判示している³⁰⁾。最高裁も、最判昭和44年9月26日刑集23巻9号1154頁が、「常習的暴行等の罪を定めた暴力行為等処罰に関する法律1条の3は、暴行、脅迫等同条所定の行為を常習として行なう習癖のある者が新たに犯した暴行、脅迫等につき、通常の暴行、脅迫等よりも法定刑の重い特別罪を構成するものとした規定であり、刑法に定められた累犯加重の規定の適用を排除する趣旨のものではない」と判示し、大審院以来、「習癖」概念を中心とした「常習性」の理解がなされている。このような理解は、近時の下級審裁判例においても踏襲されており、とりわけ暴力行為等処罰法1条ノ3にいう「常習」とは、「反復して暴行、器物損壊等の粗暴行為を累行する性癖ないし習癖」を意味するとされている³¹⁾。さらに、「暴力行為等処罰に関する法律1条の3にいう常習とは、同種の犯罪を反復累行する習癖を有する者が、その習癖の発現として、さらに同種の犯罪を犯した場合をいうものと解される」³²⁾とされるように、常習的傷害等罪の成立を肯定するためには、i) 行為者が暴力的行為を行う習癖を有し、かつii) 当該犯行がその習癖の発現(粗暴性の発現)

30) 当時の暴力行為等処罰法は、1条1項で「団体若ハ多衆ノ威力ヲ示シ団体若ハ多衆ヲ仮装シテ威力ヲ示シ又ハ兇器ヲ示シ若ハ数人共同シテ刑法第二百八条第一項第二百二十二条又ハ第二百六十一条ノ罪ヲ犯シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金ニ処ス」と規定し、同条2項で「常習トシテ前項ニ掲クル刑法各条ノ罪ヲ犯シタル者ノ罰亦前項ニ同シ」としており、昭和39年の改正によって現行法1条ノ3の規定に改められた。

31) 東京高判平成26年10月17日高刑速(平26)108頁。

32) 神戸地判平成14年5月20日裁判所HP。

として行われることが必要とされる³³⁾。

二 上記 i) に関して、前述のように、判例は、暴力行為等処罰法 1 条ノ 3 における「常習性」について、包括的な暴力行為を行う習癖を意味すると解している³⁴⁾。したがって、傷害罪が暴行罪の結果犯であることを理由に、今回の犯行が暴行・脅迫である場合に、以前に傷害罪により 2 度刑に処せられた事実をもって暴力行為等処罰法 1 条ノ 3 の「常習性」を認定することも相当とされる³⁵⁾。また、東京高判昭和 47 年 9 月 25 日高刑集 25 卷 3 号 408 頁も、傷害の前科 1 犯と器物損壊の前科 1 犯を有する被告人が、器物損壊を行った事案について、「暴力行為等処罰二関スル法律第一条ノ三にいわゆる常習とは、同条にかかげる刑法各条に規定する各個の犯罪行為についての常習性のみを指すものではなく、これらの犯罪行為を包括して考え、かかる暴力を要素とする犯罪行為を習癖的に犯す場合をも含むものと解すべきであるから、前記傷害罪の前科もまた右常習性を認定する資料となり得るものというべきである」と判示する。さらに、東京高判昭和 52 年 2 月 23 日東高刑時報 28 卷 2 号 16 頁は、傷害の前科 2 犯および暴行の前科 1 犯を有する被告人が、被害者に暴行を加え、傷害を負わせたという事案について、「暴力行為等処罰に関する法律 1 条の 3 に規定する『常習として』とは同条に掲げる刑法各条の犯罪行為を包括して考察し、その一種又は数種の暴力行為を犯す習癖が

33) 城祐一郎「刑法と暴力行為等処罰二関スル法律」警察公論 70 卷 1 号 (2015 年) 41 頁、鹿野伸二「暴行・傷害事件における常習性について」警察学論集 69 卷 2 号 (2016 年) 133 頁参照。

34) これに対して、長島敦「暴力行為等処罰に関する法律の罪」日本刑法学会編『刑事法講座第 7 卷・補巻』(1953 年) 1689 頁は、常習犯は犯罪についての習癖をいうのであるから、暴力行為等処罰二関スル法律 1 条ノ 3 における「常習性」は、同条所定の傷害・暴行・脅迫・毀棄の各行為を行う習癖と解すべきである旨主張する。同旨、大塚仁『特別刑法』(1959 年) 84 頁。

35) 最決昭和 31 年 10 月 30 日刑集 10 卷 10 号 1493 頁。

あることをいうものと解すべきであるから、被告人が前記のように刑法204条、208条の数種の犯行を繰り返えし犯した前科等により被告人には暴力行為等処罰に関する法律1条の3所定の常習性があるものと認められる」と判示している。

以上のように、暴力行為等処罰法1条ノ3における「常習性」は、包括的な暴力行為を行う習癖を意味すると解されることから、ここにいる習癖を認定するために、前科の存在とその内容（とりわけ、種類・回数）および当該前科と今回犯行との間の時間的間隔が特に重要な考慮要素となろう³⁶⁾。例えば、大阪高判昭和40年5月6日下刑集7巻5号795頁は、「暴力常習者とは、反覆して暴力行為を行う習癖をもっている者を謂うのであるから、当該暴力犯人がその習癖を有するかどうかを判断するに当り、前科だけでこれを認定しようとする場合には、現に問擬されている暴力行為とその同種前科との間における時間の長短の外前科である暴力行為の回数やその動機、態様等諸般の事情を勘案して決定すべきものである」と判示して、前科の存在のみによって常習性を肯定することは可能としながらも、その場合には、前科の内容および当該前科と今回犯行との間の時間的間隔に関して慎重な認定が必要であることを示唆している。

まず、問題となるのは、常習性の認定資料となし得る前科の罪種の範囲である。この点について、広島高判昭和41年6月3日下刑集8巻6号861頁は、恐喝の前科を有する被告人が被害者に脅迫を加えたという事案について、「恐喝罪は暴力行為等処罰ニ関スル法律1条ノ3の罪とはいわゆるその罪質を異にするものではあるが、だからといって、これを

³⁶⁾ ただし、近時、大阪地判平成20年11月11日裁判所HPは、前科のない被告人が短期間に立て続けに複数の者に対して強烈な脅迫行為を繰り返していた（約1週間の間に3名に対して計4回）ことを理由に、脅迫行為の常習性を認定し、常習脅迫罪の成立を認めている。

右規定にいう暴力行為の常習性を認定する資料となし得ないと一律に決めることはできない。また、同条における常習性は、その立法趣旨に照らしても、同条の暴行、脅迫、器物損壊等のそれぞれの行為について各別に考えるべきものではなく、これらの行為に共通する粗暴な行動（いわゆる暴力行為）の習癖の有無によつて認定すべきものと解せられる。従つて、本件暴力行為等処罰二関スル法律違反の犯行が脅迫を内容とするものであるからといつて、当然に恐喝罪の前科が右規定の常習性認定の資料となり得るものとはいひ難いとしても、当該前科にかかる恐喝罪の犯行の具体的態様において、前記のような性質の暴力行為をその手段としている場合は、これをもつて右常習性認定の資料となし得るものと解することができる。本件においても、被告人の右恐喝の所為は、他人の運転する單車等に故意に接触したうえ、日当、治療費等を要求し、これに応じなければ数名で暴力をふるいかねない態度を示して金員を喝取した、いわゆる『当り屋』の事案であり、その犯行手段において右の暴力行為としての粗暴な行動と共通する性質を認めることができる。また、その回数も30数回の多数に及ぶものである。そうであるとすれば、被告人に対する右恐喝罪の前科は、被告人が前記のような暴力行為に及ぶ習癖を有することを認定する1つの資料となし得るものといわなければならない。また、被告人は右前科にかかる刑の仮出獄を受けて、前記更生保護寮に収容されている間、飲酒を続け素行があらたまらぬまま本件犯行に及んだものであること、並びに前記認定のような本件犯行の際の状況及び犯行の態様などの諸点を併せて判断するならば、被告人は容易に前記暴力行為に出る習癖を有し、且つ本件犯行も右習癖に基づく犯行であると認定し得るところであるから、右は暴力行為等処罰二関スル法律1条ノ3後段の罪を構成すべきものというべく」と判示して、前科の犯罪が傷害・暴行・脅迫・毀棄以外であっても、その具体的態様によっては暴力行為等処罰法1条ノ3の常習性認定の資料となし得ることを示唆

している。

これに対して、釧路地帯広支判昭和45年6月8日判タ255号278頁は、「暴力行為等処罰ニ関スル法律第1条の3にいう『常習トシテ』とは、単に同条に掲げられている傷害、暴行、脅迫又は器物損壊の各個の罪ごとの常習性のみを意味するものでなく、これらの各犯罪行為を包括した暴力的行為を反覆累行する習癖をも意味するものと解すべきであるから、これら四つの罪種又はこれと本質的には同一の犯罪と考えられる傷害致死、暴力行為等処罰ニ関スル法律第1条、第1条の2等の罪につき相当数の前科、前歴がある場合には、これを有力な資料としてその常習性を認定することが比較的容易であると思われる」としつつ、「右の各罪種をこえ、暴行、脅迫、器物損壊等を手段とすることの多い恐喝、強要、公務執行妨害、威力業務妨害等の各罪の前科、前歴がある場合に、これをもつて暴力的行為の常習性の認定資料とすることは、これら各罪が単なる暴力的行為とは罪質、被害法益を異にすることを考慮すると、絶対に許されないものとまではいえないとしても、特別の慎重を必要とするものと解せられる」と判示する。このような前提の下、同判決は、恐喝の前科2犯および脅迫と傷害の各前科1犯を有する被告人が、飲食店の2人の客に暴行を加えたという事案について、前記の前科に関して「それぞれの犯罪の種類、動機、態様に相異なる点が少なくなく、これらに本件各犯行を考慮してみても、被告人に暴力的行為を行なう習癖があり、本件がその発現であるとまで断ずることは困難であるといわねばならない」と判示して、暴力行為等処罰法1条ノ3の常習性を否定している。常習性は否定しているものの、前掲広島高判昭和41年6月3日の考えを否定するものではないといえよう。

次に、前科と今回犯行との間の時間的間隔について、夙に大判昭和17年7月18日判例総覧刑事編第3巻391頁は、「十数年前ノ前科ト雖被告人ノ過去ニ於ケル性行ノ一端ヲ知ルノ資料タリ得ヘク從ツテ之ト他ノ証拠

トヲ綜合シテ暴行常習ノ事実ヲ認定スルハ毫モ妨ケナキ」と判示して、10数年前の傷害の前科を暴行の常習性の認定資料としている。これに対して、およそ10年前の傷害の前科2犯について、相当以前の行為であることを理由に暴行の常習性認定の情況事実とはなり得ないとした裁判例³⁷⁾もあったが、近時、広島高判平成20年6月12日高刑速(平20)229頁は、昭和48年11月から昭和60年11月までの約12年間に、傷害罪または同罪と暴行罪もしくは暴力行為等処罰法違反の罪を併せ犯した前科5犯のほか暴行罪の前科1犯を有する被告人が、被害者に傷害を加えたという事案について、「被告人の前科や、本件においては、本件の原因となった金銭貸借と無関係な知人が、たまたま被告人方に居合わせているのに、人目をはばかるところか、その目の前で、まことに容易に犯行に及んでいくことにかんがみると、被告人自身が『短気だということは自分でも分かっているのですが、カッとしたときに我慢できなくなるという感じがすかね』『こいつは口で言うても分からんなど判断したときに手を出しますね』『自分でも腹が立つと頭に血が上り、手が出やすい性格だと自覚しています』などと供述するように、本件傷害は、ささいなことにも立腹して粗暴な行動に出やすいという被告人の習癖が発露したものとみることができる」とした上で、「かなり古い前科であっても、当該前科と犯行との間の時間的間隔を十分考慮に入れつつ、動機・態様の異同等にも着目して、傷害の常習性認定の判断要素の一つとすることに何ら不当な点はない。そして、平成13年以降の被告人の傷害の前科、被害者の弟に対する暴行および本件犯行の内容のほか、昭和60年以前の傷害等の前科の内容も併せ考えると、被告人に傷害の常習性があることは否定し難いというべきである」と判示した。ここでは、20年以上前の前科を「常習性」を認定するための資料とすることが是認されているが、判例にお

37) 福岡高判昭和42年8月18日下刑集9巻8号1043頁。

いては、粗暴的な犯罪の前科は、たとえそれがかなり以前のものであったとしても、常習性の認定にとって重要な要素とされている。

さらに、常習性の認定資料となし得る前科の罪種の範囲および当該前科と今回犯行との間の時間的間隔の両者について争われた近時の裁判例として、前掲東京高判平成26年10月17日は、粗暴犯の前科3犯を有する被告人が、Aに対し、その顔面を殴るなどの暴行を加えて傷害を負わせ、Bに対して包丁を示して「刺すぞ。」などと言い脅迫したという事案について、「暴力行為等処罰に関する法律1条の3にいう『常習』とは反復して暴行、器物損壊等の粗暴行為を累行する性癖ないし習癖をいう」とした上で、「関係証拠によれば、被告人は、前科に係る粗暴行為として、(1) 被害者が被告人の妻を食事に誘ったことなどについて話し合いをしたが、これが不調に終わったことから、平成15年12月、共犯者3名と共謀の上、被害者の顔面を殴るなどの暴行を加えて傷害を負わせ（罰金30万円）、(2) 同16年3月、共犯者らと共謀の上、被害者を略取し、被害者に模造刀等で殴る、蹴る、ライターの火を押し付けるなどの暴行を加えて金品を強取するとともに被害者を負傷させ（懲役7年）、(3) 同年5月、自動車乗車中に別の自動車の走行方法や同自動車に乗車していた被害者らの態度に立腹し、共犯者と共謀の上、同自動車をゴルフクラブで殴打して損壊し、被害者の顔面を殴打するなどの暴行を加えて傷害を負わせた（懲役2年）との各事実が認められる。このうち(1)及び(3)の傷害等は、被告人に争いごとを暴力等で解決する習癖があったことを認めることができる事実であるし、(2)の行為は暴力団の上位者に指示された行為であるが、被告人自身暴力や脅迫によって目的を達するという暴力団的発想（なお、被告人は当時暴力団に所属していた。）に同調して加担したという面を否定できない。そして、本件暴行、脅迫は、被告人が、兄の交際相手が実際には合意の上であったのに、Aに強姦されたという話を聞いて信じ込み、Aの弁明に耳を貸すことなく同人に強度

の暴行を振るい、更に、同伴者であったBに対しても兇器を示して脅迫に及んだものであって、粗暴な行為によって問題を解決しようとしたものといえることができる。そうすると、本件暴行、脅迫は被告人の粗暴行為を累行する習癖の発露としてなされたものといえるから、被告人は暴力行為等処罰に関する法律1条の3にいう、『常習として』本件暴行、脅迫をしたものといえるべきである」と判示する。さらに、「①上記(2)の行為は利欲目的の犯行であって、粗暴犯的習癖とは異質である、②(1)及び(3)の行為は、少なくとも約9年前、被告人が暴力団員であった頃に共犯者とともに犯した犯罪であって、本件当時は暴力団員を辞め、まじめに働いていたが、実兄が交際していた女性が強姦されたと聞いて相手に謝罪させようとしたところ、開き直った態度を取られたことに立腹したものであり、前科の内容と異質である」との弁護人の主張に対して、「約9年前の前科であっても、その動機や態様等に共通性があれば常習性の認定に繋がるものであるし、被告人は上記(2)及び(3)の行為により有罪判決を受け、長期間服役していたことも勘案すれば期間経過の点を捉えて常習性が消滅したということとはできない。また上記(2)の行為が被告人の粗暴行為の常習性を基礎づけるものであること及び上記(1)ないし(3)の粗暴行為に照らせば、本件が被告人の粗暴行為を累行する習癖の発露と認められる」と判示している。本判決も言うように、強盗、強姦、殺人、公務執行妨害等の前科・前歴を暴力行為等処罰法1条ノ3の「常習性」の認定資料とすることについては否定的な見解が強いところ、本判決は、同法1条ノ3に規定されていない強姦致傷等の犯罪の前科を常習性認定の資料とすることを肯定している。

以上のように、裁判例においては、暴力行為等処罰法1条ノ3の「常習性」の認定に際して、同条に規定されていない犯罪の前科を資料とすることが広く認められており、かつ、前科と今回犯行との間にかかりの

時間的間隔がある場合であっても、両者に動機や態様等の共通性が認められれば「常習性」が肯定されている。

三 上記ii)に関して、暴力行為等処罰法1条ノ3の習癖の存在は肯定されつつも、習癖の発現と認められず常習犯の成立が否定された事例においては、「偶発的な犯行」であったことに言及されているものが散見される。そして、「偶発的な犯行」であったか否かの判断要素としては、前科と今回犯行の動機・態様が重視されている³⁸⁾。

例えば、大阪高判昭和41年2月5日判タ199号185頁は、クラブの支配人であった被告人が、従業員ホステスAが前日に引続いて無断で早退しようとしたため、これを咎めたところ、Aは被告人に対する反感を露骨に現わして食ってかかり、いきなり被告人の下顎をかきむしり暴言を吐いたので、被告人は、Aの下腿を足蹴にし、なおもAが抵抗するのでもつれる間にAの胸部腰部等に若干の打撲傷を負わしめたという事案について、「被告人がAに対し暴力を揮ったこと自体については非難を免れないが、本件の動機は、Aが店を二晩も続けて無断早退しようとしたこと及び被告人にそれを見とがめられた際口答えするなどAの態度が悪かったことなど主としてA側にあり、本件はいわば偶発的な犯行であって被告人のみを責めることはできない」と判示し、被告人について傷害の常習性を認定した原判決を破棄している。

また、天津地判昭和46年11月5日判時653号122頁は、暴行・傷害等の前科6犯を有する被告人が自動車を運転中、右折のため右折指示をして停止したところ、直進するものと判断したS県警察本部警備部巡查Iより後続車両が停滞するから早く直進するよう大声で指示されたが、同巡查が雨合羽を着用していたため附近の交通整理にあっていたガードマンと誤認してその態度に立腹し、下車するや同巡查に対し体当たりし、さら

38) 高橋太郎「常習犯罪における常習性」判タ292号59頁。

に左下腿部を蹴る暴行を加え、よって同巡査に対し加療約5日間を要する左下腿挫傷の傷害を負わせたという事案について、「被告人は、同42年4月10日に犯した右最終の事件で服役し、同43年2月27日に右刑の執行を受け終わった後は、自己の短気な性格を自覚反省し、以来自制して真面目に働いていたものと認められ、最終事件の犯行より4年余、右刑の執行終了後3年余の間、暴力的事犯はまったく認められない。そして、本件は、交通混雑状況にあった大津競輪場附近道路における、判示認定のような動機、態様の偶発的事案と認められ、以前の各犯行もいずれも些細な動機からのものと認められるから、その点、被告人に短気な性格傾向は窺われるものの、現在においても、かつてのように、被告人に暴力行為を反覆累行する習癖があり、本件行為はその常習性の発現として行なわれたと認めるには不十分であり、常習的傷害を認定するには合理的疑いをさしはさむ余地がある」と判示して、常習傷害罪の成立を否定している³⁹⁾。

四 既述のように、判例は、暴力行為等処罰法1条ノ3における「常習性」を、包括的な暴力行為を行う習癖を意味するものと把握しているが、他方で、「同条にいう『常習として』とは、暴行、傷害、脅迫又は器物損壊の罪を反復して行う習癖を有する者が、その習癖の発現として犯行に及ぶことをいうと解される」と判示する裁判例⁴⁰⁾もあるように、同条の常習性を前科の存在によって認定する場合には、同条に規定され

39) 偶発的な犯行であること、あるいは前科と今回犯行の動機・態様の違いを理由に暴力行為等処罰法1条ノ3の罪の成立を否定したその他の裁判例として、大阪高判昭和40年5月6日下刑集7巻5号795頁、岡山地判昭和40年10月21日下刑集7巻10号1893頁、大阪高判昭和41年2月5日判タ199号185頁、大阪高判昭和41年6月20日下刑集8巻6号843頁、宮崎地都城支判昭和42年6月15日判タ218号268頁、甲府地都留支判昭和42年12月25日判タ218号263頁、神戸地判昭和43年7月25日下刑集10巻7号772頁等参照。

40) 大阪高判平成15年7月28日D1/DB28095197

た犯罪の前科に限定すべきであるように思われる。さらに、常習性認定の重要な資料とされる前科の回数、前科と今回犯行の時間的間隔および両者の動機・態様等は、行為の特性であるとの指摘⁽⁴¹⁾が妥当しよう。判例が重視する常習性認定のための資料は、常習性を行為者の属性とする判例の理解と一致しない。この意味で、常習性の拡張が看取される。

翻って、そもそも暴力行為等処罰法は、主として暴力団による暴力的行為に厳罰をもって対応することを立法趣旨とするものであったことを再確認すべきであろう⁽⁴²⁾。さらに、昭和39年の改正によって、現行法1条ノ3の規定に改められた際に傷害が加えられ法定刑が引き上げられた主たる理由も、暴力団の構成員等がしばしば暴行、脅迫または器物損壊の罪とともに傷害の罪をも反復累行しているという事実を考慮したためであるとされており⁽⁴³⁾、このように本来意図された射程を超過して「常習性」を広く認定することは妥当でないと思われる。

iii) 盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（昭和5年法律第9号）における「常習性」

一 盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（以下、盗犯等防止法）は、2条で常習特殊強窃盗を、3条で常習累犯強窃盗を、4条で常習強盗傷人、常習強盗・強制性交等を規定する。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二所謂盗罪ノ常習トハ反復シ

(41) 伊藤榮樹＝小野慶二＝荘子邦雄編『注釈特別刑法〔第2巻〕準刑法編』（1982年）243頁以下〔内田文昭〕。

(42) 塩野季彦『暴力行為等処罰法積義』（1926年）12頁以下。なお、暴力団員による不当な行為の防止等に関する法律2条は、暴力団を「その団体の構成員（その団体の構成団体の構成員を含む。）が集団的に又は常習的に暴力的不法行為等を行うことを助長するおそれがある団体」と定義している。

(43) 吉田淳一「暴力行為等処罰に関する法律等の一部を改正する法律」ジュリ303号（1964年）56頁以下。

テ同法律所定ノ条件ニ依ル窃盜又ハ強盜ヲ為ス習癖ヲ謂ヒ」と判示して、「習癖」概念を中心とした「常習性」理解を示している。本節では、盗犯等防止法2条および4条における「常習性」について検討する⁽⁴⁴⁾。

二 盗犯等防止法2条は、常習として特定の危険な方法によって窃盜、強盜、事後強盜もしくは昏睡強盜の罪またはその未遂罪を犯した者に対して、通常の窃盜あるいは強盜の罪を犯した場合よりも刑を加重する旨の規定であり⁽⁴⁵⁾、最判昭和46年11月26日刑集25巻8号1022頁によれば、「同条は、特殊の犯罪手口を用いる習癖のある強盜又は窃盜の常習者を特に重く処罰しようとする趣旨の規定である」とされる。すなわち、たとえ強盜の常習者であっても、その方法が同条所定の危険な性質のものでない限り、同条にはあたらず⁽⁴⁶⁾、さらに、同条の常習特殊強盜が成立するためには、同条1号ないし4号に定められた犯罪の手口について常習性が存することが必要である⁽⁴⁷⁾。したがって、例えば、特殊窃盜(同条所定各号の場合)だけでは常習性を認めることはできず単純窃盜をも含めなければ窃盜の常習性が認められない場合や、単純窃盜の常習性はあるがこれに常習性のない特殊窃盜が一連の関係をなす場合等には、同条の適用はないとされる⁽⁴⁸⁾。朝鮮控判昭和7年5月9日司法協会雑誌11

(44) 盗犯等防止法3条における「常習性」については、拙稿・前掲注(5)61頁以下参照。

(45) 大塚仁『特別刑法』(1959年)95頁。同条が規定する方法は、兇器ヲ携帯シテ犯シタルトキ(1号)、二人以上現場ニ於テ共同シテ犯シタルトキ(2号)、門戸牆壁等ヲ踰越損壞シ又ハ鎖鑰ヲ開キ人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ艦船ニ侵入シテ犯シタルトキ(3号)、夜間人ノ住居又ハ人ノ看守スル邸宅、建造物若ハ艦船ニ侵入シテ犯シタルトキ(4号)である。

(46) 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)2頁。裁判例として、福岡高宮崎支判昭和33年4月18日高刑集11巻3号97頁参照。

(47) 大阪高判昭和50年5月2日高刑集28巻3号238頁。

(48) 前掲福岡高宮崎支判昭和33年4月18日。

卷6号48頁は、窃盜の前科4犯を有する被告人が住居侵入窃盜を行ったという事案について、盜犯等防止法2条4号の成立を認めた原審に対して、「同法3条ニ所謂常習トハ単ニ強盜又ハ窃盜ヲ常習トシテ犯スノ意ニシテ之ヲ犯ス方法ニ付テノ常習ハ敢テ問フ所ニ非スト雖同法第2条ニ所謂常習トハ之ニ反シ畜強盜又ハ窃盜ヲ常習トシテ犯スノミニ止マラス之ヲ犯スニ當リ常習トシテ同条第1号乃至第4号ニ掲クル方法ニ據ルコトヲ要スルモノ」とした上で、「原審カ被告人ノ本件窃盜ノ所為ヲ同法第2条ノ罪ニ問擬セントスルニハ須ラク被告人ハ常習トシテ同条各号ニ掲クル方法ノ孰レカニ依據シテ強盜若ハ窃盜ヲ犯セル旨認定セサルヘカラサリニニ拘ハラス唯單ニ被告人ハ常習トシテ窃盜ヲ犯セル旨ヲ判定スルニ止マリ之ヲ犯スニ際シ右方法ノ何レヲ常習トシテ使用セルヤニ付テハ説示ヲ缺ク」ということを理由に「原審カ該事実ニ付同法第2条第4号ヲ適用シタルハ正ニ擬律錯誤ノ違反アリト謂フヘキカ故ニ原判決ハ此ノ点ニ於テ到底破棄ヲ免レス」と判示している。このように、盜犯等防止法2条においては特定の方法による常習強窃盜を要件としていることから、「常習性」の認定がある程度客觀的に行われることが担保されるようにみえる。ただし、同条各号所定の方法は、強窃盜の手段としてほぼ同等の価値（同程度の危険性）を有すべきものであるということも理由に、単一の方法を利用した場合のみならず、複数の方法を利用して犯行が繰り返された場合にも常習性を認め得るとされ⁴⁹⁾、この点において、同条の常習性は通常の場合よりもやや広いとの評価もなされている⁵⁰⁾。

三 盜犯等防止法2条の常習性は、行為者の前科・前歴、性格・素行、犯行の動機・種類・態様のほか、犯行が繰り返された回数、犯行間隔等

(49) 例えば、城祐一郎「刑法と盜犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（第1回）」警察公論70卷5号（2015年）40頁。

(50) 大塚・前掲注（45）95頁以下、伊藤榮樹＝小野慶二＝莊子邦雄編『注釈特別刑法〔第2卷〕準刑法編』（1982年）288頁〔中谷瑾子〕参照。

を総合して認定しなければならないとされる⁵¹⁾。したがって、「習癖」概念を中核とする常習性の認定資料として重視される前科について、同条各号所定の方法で行われた前科が存在しない場合であっても、常習性を認定することは可能とされる。例えば、大判昭和7年5月12日刑集11巻629頁は、単純窃盗の前科1犯を有する被告人が、約2ヶ月の間に10件の住居侵入窃盗（うち7件は施錠を外すまたは合鍵で開くという態様の窃盗）を行ったという事案について、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律第二条所定ノ判示特殊方法ニ依リテ短期間ニ同種行為ヲ反復累行シタル事跡ニ徴シ常習トシテ右窃盗行為ヲ為シタルコトヲ認定セルコトハ原判文上洵ニ明白ニシテ右ノ如キ事跡ニ依リ被告人カ右特殊窃盗行為ヲ反復シテ為ス習癖ヲ有スル常習者ナルコトヲ認定スルハ毫モ不当ニ非サル」と判示して、常習特殊窃盗の成立を認めている。前掲大判昭和7年8月6日も、単純窃盗の前科3犯を有する被告人が、約2週間の中に12件の夜間住居侵入窃盗を行ったという事案について、常習特殊窃盗の成立を認めている。さらに、東京高判昭和56年3月19日高刑速（昭56）114頁は、単に見張役をしていたにとどまる窃盗未遂の前科1犯を有する被告人が、共犯者を見張役として深夜の電車内で酒に酔って仮睡している被害者のズボン後ろポケットから財布を窃取したという集団窃盗の事案について、①本件において特に被告人が窃取行為を直接担当し、主要な役割を果たしていること、②被告人が今回犯行と同一の口および態様の前記前科を有すること、③被告人は本件以前に電車内で他の二名と共謀し自らは見張役となって本件と同一の口および態様の犯行に及び警察官に逮捕されようとしたが逃走したこと、その他、④電車内で他の一名とともに仮睡者の隣席に坐るなどして犯行の機会を窺っていたのを

51) 安西温「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」研修266号（1970年）118頁、城・前掲注（49）37頁。

警察官に目撃されたこと等の事実が認められこと (②ないし④は、今回犯行以前1年以内) を根拠に、常習特殊窃盗における常習性を認定している。

四 以上のように、盗犯等防止法2条における「常習性」は、同条所定の危険な方法による強窃盗の前科が存在しない場合であっても、当該方法による強窃盗が短期間に数回行われた事実を以て認定されている。さらに、同条における「常習性」の認定に際して、前科がいずれも同条所定の方法による窃盗であり、今回犯行のみ同条所定の強盗であった場合に常習特殊強盗罪の成立を認めることができるかが問題とされる。この点については、居直り強盗や事後強盗の場合を念頭に、窃盗が強盗に転化するという性質に着目し、肯定的に解する見解も主張されている⁵²⁾。しかし、窃盗と強盗は、財産罪の中でも盗取罪という点で共通性はあるものの、強盗は凶悪犯に分類される犯罪であり、盗犯等防止法2条においても「窃盗ヲ以テ論ズベキトキ」と「強盗ヲ以テ論ズベキトキ」とでは法定刑が異なることから、否定的に解するのが妥当であろう。

五 それでは、盗犯等防止法2条における常習性が否定されるのはどのような場合か。先にみた暴力行為等処罰法における常習性の認定とは異なり、窃盗あるいは強盗の前科を有しながら、今回の窃盗あるいは強盗が偶発的な犯行であったということを理由に常習性が否定される場合は考えにくいように思われる⁵³⁾。この点、盗犯等防止法3条に関するものではあるが、広島高岡山支判昭和30年2月1日高刑特2巻2号32頁は、

52) 城祐一郎「刑法と盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律(第2回)」警察公論70巻6号(2015年)38頁。

53) 今回犯行が「多分に偶発的な犯行というべきもの」であることのほか、常習累犯窃盗の前科の各犯行と今回犯行の異質性を指摘し、常習累犯窃盗の成立を否定し単純窃盗を認めるにとどめた裁判例として、東京地判平成10年5月8日D1/DB28162157参照。

窃盗の前科3犯（1度目は柿、2度目は米、3度目は自転車一台）を有する被告人について、両親と死別し兄弟も妻子もない全くの孤独の身であり、生まれてから昭和25年に1回目の処罰を受けるに至る30数年間生活のため諸所を流浪し、数奇な運命の下に置かれたものと認められるにかかわらず、窃盗の罪を犯したと認むべき証明は記録上見当たらないことや、前科3犯についていずれも生活のためあちこち流浪しているうち食物に窮した上の所為であることが窺われることを指摘し、「被告人が突如として昭和25年以来窃盗の罪を重ねるに至ったことは、被告人の境遇上の事情に負うところが多く、いまだ被告人の窃盗の習癖の発現したものとは到底認めることは出来ない」として常習累犯窃盗罪の成立を否定している。しかし、「被告人の境遇上の事情」は行為者関係的な犯罪前の事情として量刑上考慮されるべきものであり⁵⁴、ことさらに「常習性」の判断事情とする必要はないし、すべきではないと思われる。

また、東京高判平成24年12月3日判時2191号144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、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今回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、

54) 拙稿「量刑と責任」東北法学32号（2008年）256頁以下参照。

被告人の窃盗に対する規範意識の低さは認められても、それが習癖として発現しているとき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、常習累犯窃盗の成立を認めた原判決を破棄し、単純窃盗の成立を認めるにとどめている⁵⁵⁾。

なお、近時、高知地判平成31年1月24日2019WLJPCA01246005は、窃盗または常習累犯窃盗（そのほとんどが万引窃盗）の前科6犯、前歴7件を有する被告人が、①a店においてガーゼ等17点（販売価格合計8617年）を窃取し、②スーパーマーケットbにおいて歯ブラシ1点および歯磨き粉1点を窃取したという事案（常習累犯窃盗で起訴）について、「本件各窃盗は、被告人の人格的な意思性格的な傾向若しくは意思傾向、すなわち窃盗を反復累行する習癖が発現して敢行されたものというより、むしろ、窃盗症という精神疾患や、多動性障害等、矯正教育による矯正のみによっては改善のできない障害による影響の下に敢行されたものとみる方が適切であり、これを覆すに足る証拠はない」として、常習累犯窃盗罪の成立を否定し、窃盗罪の成立を認めるにとどめているが、妥当である⁵⁶⁾。

六 盗犯等防止法4条については、同法2条のように行為の特殊性は要求されておらず、強盗傷人あるいは強盗・強制性交等の常習性が認められれば足りる。さらに、強盗傷人と強盗・強制性交等とは犯罪定型を異にすることから、常習性はそれぞれについて各別に認定されることが必要とされよう⁵⁷⁾。

55) その他の常習累犯強盗に関する判例については、拙稿・前掲注(5)69頁以下参照。

56) 窃盗症に起因する窃盗を常習累犯窃盗と見ることに否定的な見解を示すものとして、寺崎嘉博「クレプトマニア（窃盗症）と『常習性』」『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』（2018年）203頁以下参照。

57) 大塚・前掲注(45)97頁、安西・前掲注(51)126頁、伊藤ほか編・前掲注(50)306頁〔中谷〕。

iv) その他の常習犯規定における「常習性」

一 これまで検討した常習犯規定のほかに、各都道府県が制定しているいわゆる迷惑防止条例において常習犯規定が設けられている⁵⁸⁾。例えば、東京都の迷惑防止条例（改正前）は、5条1項で婦女に対する卑わいな言動の禁止を規定し、当該規定に「常習として」違反した者に対して、8条2項において、単純違反者に対するよりも重い法定刑を設けていたが、東京地判昭和62年6月23日D1/DB28155363は、2件の迷惑防止条例違反の前科を有する被告人が、電車最後部車両内において、乗客のA（当時13年）に対し、その後部からスカートを持ち上げて左手を差し入れ、陰部付近を直接手指で弄ぶなどしたという事案について、「本件行為が公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等の防止に関する条例5条1項所定の『婦女に対し、公共の場所または公共の乗物において、婦女を著しくしゅう恥させ、または婦女に不安を覚えさせるような卑わいな言動』の要件を充たしていることは明らかであるが、同条例8条2項にいう『常習として前項の違反行為をした者』とは、同条例2条から7条までの規定のいずれかに違反する行為を反覆累行する習癖を有する者がその発現として同種の違反行為をした場合をいうと解すべきである」とした上で、「被告人は、かねて勤務のない月曜日である昭和60年2月25日と同年3月25日の2回にわたり、本件と同様に満員の通勤電車内において、乗客である当時14歳と26歳の女性に対し、いずれもスカートの上から、臀部と陰部付近を手で撫で回すなどしたため、同条例8条1項、5条1項に問擬され、各罰金1万円に処せられたが、その後も約2年間に10回近く右同様の行為を反覆累行し、ついに昭和62年3月30日（月曜日）、朝のラツシユで混雑する通勤電車内において、本件行為に及

58) 合田悦三「いわゆる迷惑防止条例について」『小林充先生＝佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集（上巻）』（2006年）510頁以下、難波正樹「都道府県の迷惑防止条例について」警察学論集63巻2号（2010年）46頁以下参照。

んだことが認められ、以上によれば、被告人は、同条例5条1項に違反する行為を反覆累行する習癖を有する者というべきであり、本件行為は右習癖の発現としてなされたものというべきである」と判示して、同条例8条2項の常習犯の成立を認めている⁵⁹⁾。ここでも、既に検討した各常習犯規定におけるのと同様に、「習癖」ないし「習癖の発現」が「常習性」の中心概念とされている⁶⁰⁾。そして、迷惑防止条例の常習犯規定における「常習性」の認定に際しても、同種前科の存在が有力な資料とされている⁶¹⁾。

ところで、迷惑防止条例において処罰対象とされている行為は、刑法典において処罰対象とされている行為と性質上重なる部分があるが、後者の行為に関する前科を迷惑防止条例における常習性認定に際しての資料として用いることは可能であろうか。この点、例えば、強制わいせつ罪と迷惑防止条例における卑わいな言動の罪とは保護法益が異なることから、前者の前科を後者の常習性の資料として用いることは妥当でないとも考えられる。すなわち、「性的自由」ないし「性的自己決定権」と

59) 迷惑防止条例における常習犯の成立を認めた裁判例としては、常習的な卑わいな言動の禁止違反の事案が多数であるが、神戸地尼崎支判平成29年6月16日2017WLJPCA06166005は、被告人が、約9か月間に71回にわたり「馬鹿かお前は」、「嘘つきババア」、「謝れ」などと被害者の名誉等が害される内容を大声で申し向けて嫌がらせを行ったという事案について、兵庫県迷惑防止条例の常習的な嫌がらせ行為等の禁止等（同条例15条2項、10条の2第1項4号）の成立を認めている（なお、被告人には同種前科はもとより、懲役刑や禁錮刑の前科もなかったとのことである）。迷惑防止条例違反の事案において、卑わいな言動の禁止以外の常習犯の成立を認めたその他の裁判例として参照し得たものに、東京地判昭和39年3月3日判夕160号115頁、東京地判昭和62年12月18日判夕670号263頁、東京高判平成20年4月17日東高刑時報59巻1-12号29頁がある。

60) 神戸地判平成13年9月10日裁判所HPをも参照。

61) 東京地判昭和39年3月3日判夕160号115頁、仙台地判平成29年6月16日2017WLJPCA06166007参照。

いう個人的法益を保護法益とする強制わいせつ罪⁶²⁾とは異なり、迷惑防止条例における卑わいな言動の罪については、規定上、卑わいな言動が禁止されるのが「公共の場所」または「公共の乗り物」に限定されていることから、当該犯罪の保護法益は「都道府県民の生活の平穩」という社会的法益と解されており⁶³⁾、したがって、迷惑防止条例における卑わいな言動の罪は、当該言動の反復という「都道府県民の生活の平穩」を害する危険・程度がより高い行為を特に重く処罰しようとするものとも解され得るからである。しかし、習癖概念を中核として常習性を認定する実務の見地からは、強制わいせつにあたる行為と卑わいな言動にあたる行為は具体的な態様において重なる場合があり、性的欲求の充足という行為者の内心という点でも共通性がみられることから、強制わいせつ罪の前科を迷惑防止条例における卑わいな言動の罪の常習性を認定するための資料として積極的に用いることは可能であるとされている⁶⁴⁾。

例えば、福岡県の迷惑防止条例（改正前）は、6条で卑わいな行為の禁止を規定し、当該規定に「常習として」違反した者に対して、10条2項において単純違反者に対するよりも重い法定刑を設けていたが、福岡高判平成22年9月24日高刑速（平22）232頁は、強制わいせつの前科3犯を有する被告人が、走行中のバス車内において、自己の右隣に着席していた女子中学生に対し、右手でその腹部を着衣の上から撫で回し、さらに、右手でその左太ももを直接撫で回すなどしたという事案について、

62) 通説である。ただし、井田良「性犯罪の保護法益をめぐって」研修806号（2015年）8頁は、性犯罪の保護法益を「身体的内密領域を侵害しようとする性的行為からの防御権という意味での性的自己決定権」と把握する。今般の性犯罪規定の改正（平成29年法律第72号）は、このような法益理解に合致するものといえよう。

63) 合田・前掲注（58）518頁。

64) 田邊三保子「痴漢及び盗撮の事案における常習性の認定について」警察学論集68巻10号（2015年）138頁以下。

「6条違反の罪の保護法益の中には社会的法益だけでなく、個人的法益、すなわち、身体に触れたり（1号）、着用している下着をのぞき見られたり（2号）した人の性的自由ないし性的人格権が保護法益として含まれていると解することができるから、6条違反の罪の保護法益の一部は強制わいせつ罪（刑法176条）のそれと重なり合っていると見える」とし、「また、本条例10条2項が定める常習性は、犯罪を反復累行する者の属性ないし習癖をいうから、6条違反の罪における常習性は、自己の性的欲求を満たすために他人の身体に触れる行為等を反復累行する者の属性ないし習癖をいうと解されるところ、そのような属性ないし習癖の発露として行った他人の身体に触れる行為等の中には、本条例6条が定める『卑わいな行為』にとどまらず、強制わいせつ罪が定める『わいせつな行為』にまで至るものがあることは明らかである。そうすると、6条違反の行為について、本条例10条2項の常習性が認められるかどうかを判断するに当たっては、かつて処罰された前科の内容が強制わいせつ罪であったか、6条違反の罪であったかにより区別する必要はないといえる。そして、被告人の本件卑わい行為についてみると、原判決が正当に判示するとおり、被告人の強制わいせつ罪の前科3犯における犯行態様等に照らしても、本件卑わい行為は、被告人が自己の性的欲求を満たすために女性の身体に触る行為等を反復累行する者の属性ないし習癖の発露として行ったものであり、本条例10条2項の常習性を優に認めることができるというべきである」と判示して、前記の問いを肯定的に解している。

また、東京地判平成16年12月20日判時1913号168頁は、常習犯加重規定である埼玉県迷惑防止条例11条2項の成否が争われた事案において、「同条例11条2項は身分犯であり、ここに『常習として』と規定されている常習性とは、刑の加重事由となる身分としての行為者の属性を指すのであって、同条例が常習者の卑わい行為を非常習者の場合より重く処罰することとしているのは、常習として卑わい行為を繰り返す属性を有

する者が、埼玉県内で卑わい行為をするときは、非常習者が行う場合と比べて埼玉県民の生活の平穩を害する危険や程度が高く、当該行為者に対する非難可能性が典型的に高まるし、これを規制する必要性も高いという点にあるものと解される」との見地から、「常習性の有無を判断する際に問題となるのは、当該行為者が常習として卑わい行為を繰り返す属性を有するか否かなのであり、かつ、その卑わい行為が刑事法的に違法なものでなければ刑法上の非難可能性は生じないから、結局、罰則をもって禁止されている卑わい行為を常習として繰り返す属性を有すると認められる場合に『常習性』が認定されることになる。そして、そのような属性があるかどうかの検討に際しては、当該行為者が埼玉県の地域外において罰則で禁止されている卑わい行為を繰り返していたという事実があれば、それは当該行為者が刑事法的に違法な卑わい行為を繰り返す属性を有することを推認させることは当然であるから、その点を判断要素から除外しなければならない理由はない」と判示している。

しかし、迷惑防止条例は、公衆に著しく迷惑をかける暴力的不良行為等を「常習として」した場合には「都道府県民の生活の平穩」という当該条例の保護法益を侵害する程度が高いがゆえに刑を加重していると解すべきであり、保護法益を異にする犯罪の前科を「常習性」を認定するための資料として積極的に用いることは妥当でないと思われる。確かに、迷惑防止条例における卑わいな言動の罪の保護法益の中には「性的自由ないし性的人格権」という個人的法益も含まれていると解する余地もあろうが、前述のように、各都道府県の迷惑防止条例は、卑わいな言動が禁止される場所を「公共の場所」または「公共の乗物」に限定しているのであるから、これらの場所以外で行われた「わいせつな行為」を常習性の認定資料とすることはできないと解すべきである。

二 公職選挙法（昭和25年法律第100号）は、222条2項において常習買収を規定する。同条項と同旨の常習犯加重規定を設けていた旧衆議院

議員選挙法（明治22年法律第3号）112条ノ2第2項⁶⁵における常習者について、大判昭和11年5月11日刑集15卷599頁は、「衆議院議員選挙法百十二条ノ二ノ第二項ニ所謂常習者トハ選挙違反行為ヲ反復累行スル習癖アル者ヲ指称シ必スシモ前科アルコトヲ要セサルカ故ニ違反行為ヲ反復シタル事実ノミニ依リ常習者ト判断シ得ルモノトス」と判示し、習癖概念を中核とした常習犯理解を示している。ただ、公職選挙法222条2項は、既にみた刑法186条1項や暴力行為等処罰法1条ノ3、盗犯等防止法2条等とは異なり、「常習者であるとき」と規定する。解説書においても、公職選挙法222条2項にいう「買収の常習」とは、「買収行為を反復累行する習癖のある者をいう」とされている⁶⁶。そこから、公職選挙法222条2項における「常習者」とは、選挙ブローカー等の収入を得る方法として買収を行う職業的な常習犯人が想定され、したがって「財産上の利益を図る目的」の有無が常習性認定の資料となるとされる⁶⁷。

三 刑事訴訟法89条3号は、必要的保釈の除外事由の1つとして、「被告人が常習として長期三年以上の懲役又は禁錮に当たる罪を犯したものであるとき」を挙げる。当該規定について、東京高判昭和46年9月2日東高刑時報22卷9号261頁は、「抑刑事訴訟法第89条第3号に『被告人が常習として長期3年以上の懲役又は禁錮にあたる罪を犯したものであるとき』とある『常習』とは当該犯行と罪質を同じくする犯罪が習癖として反覆して行なわれる場合をいうのであつて、被告人の本件犯行についてこれを考えると、被告人が短期間内に同種犯罪を反覆累行した事実は前記のとおりであるけれども、本件犯罪の性質、犯行の動機、態様、被

65) 昭和9年の同法の改正により新設された規定である。

66) 安田充＝荒川敦編著『逐条解説公職選挙法（下）』（2009年）1775頁。

67) 伊藤榮樹＝小野慶二＝荘子邦雄編『注釈特別刑法〔第3巻〕』（1983年）305頁 [小林充]。ただし、本罪の成立には、財産上の利益を図る目的の有無は影響がないとされる。安田＝荒川編著・前掲注（66）1775頁。

告人の環境、被告人に同種の前科の無いことその他諸般の事情を一切斟酌しても被告人が前記犯罪を反覆する習性があるものとは到底認められず、原決定が被告人の本件犯行に常習性ありと認めたことは違法たるを免れない」と判示し、一般的な常習性の認定資料によって常習性の有無を判断している。

四 改正刑法草案（昭和49年5月29日法制審議会総会決定）は、第2編各則において、いくつかの常習犯加重規定を設けている。すなわち、現行刑法と同じ常習賭博（251条2項）のほか、暴力行為等処罰法に規定されている常習傷害・暴行（265条）、常習脅迫（305条）、盗犯等防止法に規定されている常習強窃盗（332条）、および新設規定された常習詐欺（341条）、常習恐喝（348条）である。常習詐欺と常習恐喝については、常習的な犯罪習癖の発現として犯されることの多い犯罪類型であることが新設の理由とされている⁶⁸⁾。改正刑法草案における常習犯加重規定の特色として、「……の罪を犯した者が、常習者であるときは」という規定方法を採用することによって、常習性を行為者の属性と捉えることを明確にした点が挙げられるが、この点については、審議の過程において、行為責任の原則に反するとの意見があり、さらには、常習性の意義の不明確性ゆえに誤った認定によって不当に重い刑が科せられる虞があるととして、（賭博罪の場合を除き）常習犯加重規定を設けるべきではないとする意見も提出された⁶⁹⁾ということを銘記しておくべきであろう⁷⁰⁾。

68) 法制審議会『改正刑法草案附同説明書』（1974年）175頁。恐喝については、特に暴力団関係者によって悪質な恐喝行為が反復して犯される場合が少なくないことも新設の理由とされている（前掲書・264頁）。

69) 法制審議会・前掲注（68）175頁。

70) なお、麻薬及び向精神薬取締法（昭和28年法律第14号）および覚せい剤取締法（昭和26年法律第252号）もかつて常習犯加重規定を有していたが、いずれもその後の一部改正法によって削除されている。麻薬及び向精神薬取締法旧67条1項の常習犯規定に関する判例として、最決昭和30年3月3日刑集9巻3号405頁参照。

v) 小括

以上、各常習犯規定における「常習性」の認定について、判例の立場を概観した。そこでは、常習性を行為者の属性と把握する見地から、いづれの規定においても「習癖」概念を中核とする「常習性」の認定が行われている。そして、「常習性」を「犯罪行為を反復累行する習癖」と把握した上で、当該習癖を有する者（常習者）が当該習癖の発現として犯罪行為を犯したと解される場合に常習犯の成立が認められていることが確認された。さらに、各規定に共通の傾向として、「常習性」ないし「習癖」概念の拡張傾向が看取された。

しかし、常習性を行為者の属性であり人格的素質を有するものと解するならば、常習犯に対しては、刑罰の加重よりも危険な人格の改善が必要と考えられる。刑罰とりわけ自由刑の執行に改善的な内容が含まれ得るとしても、それが直ちに刑罰の「加重」と結び付くわけではないであろう。また、既述のように、常習性を行為者の属性として把握する以上、常習性の認定において諸般の事情を総合的に評価せざるを得ず、それ故に、常習性の認定は困難かつ曖昧にならざるを得ないように思われる。例えば、習癖概念を中核として常習性を認定するという見地からは、問題となる犯罪の前科・前歴の有無・内容が重視されるように思われるが、既にみたように、判例は当該犯罪の前科は必ずしも必要ではないとする。他方で、同種前科を常習性認定の一資料としつつ、当該前科を、量刑において「犯行に対する規範意識の低さ（あるいは、鈍麻・欠如・欠落）」という表現によって被告人に不利益な事情として別途考慮しているのではないかと疑われるケースも存在する⁽⁷⁾。仮に、前科の存在が、常習犯の成否の検討においてのみならず、常習犯の成立が肯定された後に量刑事情としても被告人にとって不利益な方向で考慮されているとすれば、

(7) 例えば、東京地判昭和62年12月18日判タ670号263頁、東京地判平成16年9月22日判時1913号168頁、前掲仙台高判平成29年10月19日参照。

それは許されない二重評価にあたりと解すべきであろう。

さらに、次のような問題も存在する。ストーカー行為等の規制等に関する法律（平成12年法律第81号。以下、ストーカー規制法）は、「同一の行為者に対し、つきまとい等……を反復してすること」を「ストーカー行為」と定義し（2条3項）、「ストーカー行為をした者は、1年以下の懲役または100万円以下の罰金に処する」（18条）と規定する。2条3項にいう「反復して」の文言について、最判平成15年12月11日刑集57巻11号1147頁は、「つきまとい等を行った期間、回数等に照らし、おのずから明らかとなるものであり、不明確であるとはいえない」と判示している。また、2条3項の「ストーカー行為」について、最決平成17年11月25日刑集59巻9号1819頁は、「同条1項1号から8号までに掲げる『つきまとい等』のうち、いずれかの行為をすることを反復する行為をいい、特定の行為あるいは特定の号に掲げられた行為を反復する場合に限るものではないと解すべきである」と判示している。ストーカー規制法におけるストーカー行為を構成する「反復して」という要件は、複数回繰り返してということの意味するとされ⁷²⁾、常習犯における「常習性」のような行為者の属性とは異なるものと解されている⁷³⁾。しかしながら、「反復して」にあたるか否かは、「各行為が行われた期間・回数、各行為の態様のほか、犯行に至る経緯や、動機など被告人の主観面に係るものも

72) 檜垣重臣『ストーカー規制法解説〔改訂版〕』（2006年）21頁。このように、「反復された行為が次第に既遂に接近するという特殊性を持つ」犯罪類型は特に「漸次犯」と呼ばれ、議論がなされている。四條北斗『「漸次犯」という概念について——ストーキングに対する構成要件と実行行為——』東北学院法学73号（2012年）256頁以下。

73) 南部晋太郎「刑事判例研究〔503〕」警察学論集72巻6号（2019年）136頁。また、一回限りの犯行から常習性を認定する判例の立場からは、常習犯は、複数回の犯行が必要とされる漸次犯とは概念上も異質のものである。常習犯と漸次犯の異同について、佐久間修『集積犯について』『川端博先生古稀記念論文集〔上巻〕』（2014年）867頁以下参照。

含め、様々な事情を総合的に考慮し、個々の事案ごとに、社会通念に従って」判断されるとされているように⁽⁷⁴⁾、実務が採用する「常習性」の認定方法と極めて類似するものであるといえる。「反復性」の判断と「常習性」の判断が実質的に同じであるならば、両者を区別して規定する実益はないようにも思われる⁽⁷⁵⁾。この点、一部の都道府県の迷惑防止条例は、ストーカー規制法2条1項に規定するつきまとい等を除く嫌がらせ行為を「反復して行ってはならない」と規定した上で、「常習として」嫌がらせ行為をした場合に刑を加重する規定を設けている⁽⁷⁶⁾。常習的な嫌がらせ行為の禁止違反を認めた裁判例として前掲神戸地尼崎支判平成29年6月16日があるが、いかなる事実に基づいて「反復性」と「常習性」の判断を行ったのかは判文からは明らかではない⁽⁷⁷⁾。

上記の事実は、別途「常習犯」という類型を設けなくとも、各犯罪の成立後の量刑事情として「常習性」を考慮することが可能であることを

(74) 南部・前掲注(73)139頁。さらに、佐久間・前掲注(73)874頁以下参照。

(75) なお、福岡高判平成28年7月5日判タ1431号138頁は、ストーカー規制法中の「反復して」に該当するか否かが争われた事案について、行為の回数(2回の押し掛け、3回の面会等要求、前後6回の電話)と期間(3日間のうちに連続して行われている)を根拠に「反復性」を肯定している。他方で、法益侵害の程度や刑罰による抑制の必要性等の要素については、「不安方法の該当性や量刑の判断要素としてはともかく『反復』の要件に関連づけるのは適当とはいえない」としている。本件に関する判タ1431号138頁の匿名解説においても、反復性の判断基準について、「結局、つきまとい等が行われた回数と期間に着目して、個別具体的に判断するほかないと思われる」とされている。檜垣・前掲注(72)21頁以下は、「どのような場合に『反復して』行ったと評価できるかについては、ある程度時期的に近接していることが必要となろうが、個々の具体的事例ごとに判断せざるを得ない」と考える」とする。

(76) 難波・前掲注(58)60頁

(77) 判例の基準に従えば、行為の回数(71回の嫌がらせ行為)と期間(約9か月のうちに行われている)を根拠に「反復性」を肯定し、同種前科や懲役・禁錮の前科もなかったものの、行為の期間(平成25年頃から被害者を大声で罵倒するようになった)を根拠に「常習性」を認めたのではないかと推測される。

示唆している。例えば、近時、静岡地浜松支判平成31年2月15日裁判所HPは、被告人が、Xと共謀の上、Aになりすまして携帯電話機等をだまし取ろうと考え、B店において、同店に派遣されている派遣社員Cに対し、Aの運転免許証を呈示するなどして同人になりすました上、真実は、後日契約所定の方法により携帯電話機等の代金を支払う意思がないのにこれがあるように装って携帯電話機等の購入を申し込み、Cをその旨誤信させ、同人から携帯電話機2台およびタブレット端末1台（販売価格合計30万3720円）の交付を受けたという事案について、1項詐欺罪の成立を認めた上で、量刑の理由において、被告人は本件犯行1か月前から本件犯行同様の詐欺行為を繰り返していたことから、本件犯行には常習性が認められ行為責任は相当程度重い旨判示して、常習性を被告人の刑を加重する量刑事情として考慮している。

したがって、困難かつ曖昧な「常習性」認定を要する常習犯規定は削除し、常習性認定の資料として考慮されてきた諸事情を厳正に取捨選択した上で、量刑事情として適正に考慮するのが至当であると思われる。

(2) 学説

一 既述のように、判例は、一貫して、常習性の法的性格を「行為者の属性」と解し、したがって、1回限りの犯行から常習性を認定することも可能としている。これに対して、わが国の学説においては、判例と同様に行為者の属性であると解する見解、行為の属性であると解する見解、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見解の対立があり、この対立が、常習犯の刑の加重根拠を巡る見解の対立を生みだしてきた⁽⁷⁸⁾。すなわち、行為者の属性と解する見解は常習性を責任要素（常習犯加重の根拠は責任非難の高さ）と把握し、他方、行為の属性と

(78) 拙稿・前掲注(5) 63頁以下参照。

解する見解は常習性を違法要素（常習犯加重の根拠は違法性の大きさ）と把握するという傾向が指摘されている⁷⁹⁾。そして、従来、(判例と同様に) 常習性を行為者の属性であり責任要素と把握した場合の「責任」の内実が問題とされてきた。

二 わが国の刑法学においては、責任非難の対象を何に求めるかについて、行為責任論と性格責任論および人格責任論との間で対立が見られた。このうち、圧倒的多数説は、責任非難の対象を、行為者の行った過去の個別行為に求める行為責任論を採る。他方で、常習犯加重を根拠づけ得る理論として有力に唱えられた人格責任論は、個別行為のみならず当該行為の背後に存在する「人格」をも責任非難の対象とする⁸⁰⁾。しかし、人格責任論に対しては、その理論の根幹にある「行為者により主体的に形成された人格に対する責任非難」という考え方に対して、「人格の形成過程についてまで、その背後にあるものに責任を問うるかどうかを明らかにすることは、現実的には（おそらく理論的にも）不可能である」との批判⁸¹⁾や、「常習犯であっても責任量が減少しないというにとどまり、常習者に対して責任非難が高まることを積極的に論証したわけではない」との批判⁸²⁾が向けられている。したがって、行為責任論を採り、責任主義の内容を「刑罰は行為責任を前提とし、かつ行為責任を限界としてその限度を超えてはならないという原則」と理解する立場からは、常習性を行為者の属性であり責任要素と解することによって常習犯加重を

79) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法〔第3版〕第9巻〕(2013年) 159頁〔中神正義＝高嶋智光〕参照。ちなみに、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『刑法概説（総論）〔第4版〕〕(2008年) 365頁以下は、常習犯加重の根拠を「行為者に対する責任非難の重さ」と「行為の違法性の重さ」に求めている。

80) 代表的な見解として、団藤重光『刑法綱要総論〔第3版〕〕(1990年) 138頁、531頁以下。

81) 平野龍一『刑法総論I〕(1972年) 63頁。

82) 佐久間修『刑法総論の基礎と応用〕(2015年) 279頁。

根拠づけることは困難であると思われる⁸³⁾。しかし、刑法学説において、この点を疑問視する見解はあまり有力ではない⁸⁴⁾。累犯加重の場合と同様に、通説的地位を占める行為責任論の見地から常習犯加重を理論的にいかに根拠づけるかは避けて通れない問題であるが、この問題については未解決であるといわざるを得ない。

三 このような学説の状況に対して、近時、「責任」の内実を特別予防の必要性に求める実質的行為責任論の立場から、常習性を特別予防の必要性を表すものと捉え、常習犯に対する刑の加重を正当化する方途を示唆する見解⁸⁵⁾や、常習犯加重の根拠を責任非難の高さに求めることは困難であり、その根拠は特別予防の必要性に求めざるを得ないとの認識の下、刑罰には本来的な制裁的側面とは別の処分的側面があるとの理解から、常習犯加重を正当化する余地を見出す見解⁸⁶⁾が主張されている。つまり、前者は、「責任」を予防論的に把握した上で、刑罰による社会復帰を企図する（刑罰には行為者の危険性に対処するという側面があると考え）見解であり、他方、後者は、応報、一般予防ないし抑止の観点から科される不利益措置を「制裁」として、他方、特別予防の観点から科される不利益措置を「処分」として把握し、常習犯に対する刑の加

83) 内藤謙『刑法講義総論（下）I』（1991年）738頁参照。

84) 刑法学説において、『常習性』のような、個別的行为責任以外の事情の存在を理由に刑を加重することは、責任主義に反し、許容されてはならない」と明言するのは、増田豊『規範論による責任刑法の再構築——認識論的自由意志論と批判的責任論——』（2009年）626頁。行為責任論の立場から常習犯加重規定は削除すべきとする法哲学者の見解として、森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」ホセ・ヨンパルト＝三島淑臣編『法の理論8』（1987年）99頁以下参照。

85) 高山佳奈子「『責任主義』と『比例原則』」刑法雑誌53巻1号（2013年）78頁以下。

86) 小林憲太郎「刑罰に関する小講義（改）」立教法学78号（2010年）56頁以下、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）162頁以下。

重を「行為者の悪癖」に着目した「処分」と解する見解である⁸⁷⁾。いずれの見解も、「刑罰」には特別予防の必要性を根拠として科される「処分」的側面が包含されていると解する立場であるといえよう。

確かに、いわゆる二元主義を採用するドイツなどとは異なり、一元主義を採用するわが国の刑事制度においては、刑罰が処分的側面をも持ち合わせていると理解することは可能かもしれない。しかし、常習犯における「常習性」が「行為者の属性」であり、その実体が「行為者の悪癖」であるならば、常習犯に対しては刑罰加重よりも、むしろ刑罰回避（例えば、社会内処遇による悪癖改善）が望ましいようにも思われる一方、判例の基準によって常習犯とされた者すべてに「改善すべき悪癖」が存在するかも疑わしいところである。さらに、理論的には、そもそも「責任」を予防的に再構成することは妥当かという点のほか、行為責任論を基礎とした責任主義の原則を堅持する立場から「刑罰」に「処分」的要素を含ませることは可能か、あるいは可能であるとして当該「処分」の正当化をいかにして根拠づけ得るかが問題となろう。これらの点については、次章においてドイツの保安監置をめぐる議論を考察する際に別途検討することとしたい⁸⁸⁾。

[付記] 本稿は、JSPS科研費（課題番号17K03422）助成による研究成果の一部である。

87) 小林憲太郎『刑法総論の理論と実務』（2018年）12頁、17頁。

88) 「刑罰」に「処分」的側面を含ませる見解における「処分」に相当する刑事制度として、ドイツ刑法66条1項が規定する危険な常習犯に対する保安監置（Sicherungsverwahrung）を挙げることができる。ドイツの保安監置は、責任能力の有無に関係なく科され得る「処分」であり、重大な犯罪行為への習癖（Hang）の結果として行為者が社会にとって危険な場合にも科され得る「処分」という点で、わが国における常習犯加重の根拠を検討する上で有益な比較対象となり得よう。