

警告理論について

中島 広樹

- 1 事実の概要
- 2 問題の所在
- 3 常習累犯窃盗罪の刑の加重根拠
- 4 警告理論について
- 5 本件への警告理論の適用

1 事実の概要

被告人Xは、平成二七年一月二二日午後四時五三分ころ、香川県丸亀市柞原町四〇八番地一所在のA株式会社丸亀店において、同店店長B管理にかかるチョコレート菓子二六個（販売価格三〇、三四八円）を窃取した（以後、この事実を本件又は本件窃盗と呼ぶ）。

なお、Xは、窃盗罪により①平成二二年一月二〇日高松地裁丸亀支部において懲役一年二か月の有罪判決の言渡を受け、②平成二二年九月二五日高松地裁丸亀支部において懲役六か月の有罪判決の言渡を受け、③平成二四年七月一三

日高松地裁丸亀支部において懲役一年の有罪判決の言渡を受け、それぞれ刑の執行を受けている(乙五号証二頁)の
で、いわゆる盗犯等防止法三条の常習累犯強窃盗罪(以下、常習累犯窃盗罪と呼ぶ)で起訴されている。

なお、Xの供述調書(乙一号証四一六頁)によると、①の窃盗事件については、執行猶予が付けられていたが、執行猶予期間中の四月二日に②の窃盗事件を起こし、懲役六か月の実刑判決が言い渡され、①事件についての執行猶予が取消されて、①の事件で言い渡された一年二か月の刑と併せ一年八か月の刑となり、その期間美祿社会復帰促進センター(初犯者の服役施設)で服役し刑の執行を受けている。③の事件については、和歌山刑務所において服役し、言い渡された懲役一年の刑の執行を受けている。

2 問題の所在

周知の通り、いわゆる盗犯等防止法三条は「常習トシテ前条二掲ゲタル刑法各条ノ罪又ハ其ノ未遂罪ヲ犯シタル者ニシテ其ノ行為前十年内に此等ノ罪又ハ此等ノ罪ト他ノ罪トノ併合罪ニ付三回以上六月ノ懲役以上ノ刑ノ執行ヲ受ケ又ハ刑ノ執行ノ免除ヲ得タルモノニ対シ刑ヲ科スベキトキハ前条ノ例ニ依ル」と規定している。なお、前条すなわち同法二条は、窃盗をもつて論ずべきときは三年以上、強盗をもつて論ずべきときは五年以上と規定しているが、前述した通り、本件で問題になっているのは、もっぱら窃盗罪である。

他方、刑法三三五条の通常の窃盗罪においては、「他人の財物を窃取した者は、窃盗の罪とし、十年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する」と規定し刑法一二条一項によれば、刑の下限は一月となるはずである。すると、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の法定刑の下限は、窃盗罪のその三六倍ということになる。常習累犯者にお

る、犯罪反復の短期頻回性という傾向からすると法律上はともかく、刑法二五条二項の「前刑の執行終了後五年以内に禁錮以上の刑の言渡しを受けたことがない」という要件をクリアできず、事実上は執行猶予の恩恵にあずかれないことが多いと思われる（本件の窃盗実行も、前刑の執行終了後二年足らずしか経過していない）。

問題は、常習累犯であるという理由によって窃盗罪の法定刑の下限が、一律に三六倍も加重されるのはなぜなのか（刑法五六・五七条によれば、刑法総則上の累犯加重は法定刑の上限を倍化するにとどまる）という点にある。そして、刑法上の大原則である責任主義の観点から、このような常習累犯窃盗罪の加重刑の当否、さらに、同条に責任主義上の問題がある場合、本件についてはどのように解決すべきなのが問題となる。以下、これらの点について、検討したい。

3 常習累犯窃盗罪の刑の加重根拠

いわゆる盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の刑の加重根拠に関しては、ほとんど議論らしい議論が存在しないのが現状である。そもそも盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪における前科性としての累犯性がいかなる意義を有するかについてすら統一の見解が認められないのである。

論者の中には、常習累犯窃盗罪における累犯性は常習性の顕著なものを選択する基準と解する者もあるが、累犯者がただちに顕著な常習性を認められるとは限らないから妥当とはいえないであろう^②。せいぜい、常習性認定のための一基準という程度の意義を肯定しうるにとどまるであろう。

そこで、常習累犯窃盗罪の累犯性を常習性とともて刑を加重する根拠と考える見解について検討すると、確かに常

習犯の本質を行為者責任に求め、累犯のそれを行為責任とする見地から把握すると常習累犯窃盗罪を常習犯と累犯との組み合わせと理解することも可能となるであろうが、⁽³⁾ その場合常習累犯窃盗罪は刑法五六条の一般的累犯加重の特
別規定と解さざるを得なくなる。

しかし、その結果盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪に対しては刑法の累犯加重規定を適用できないこととなるが、
それでは刑の不権衡を生じるので、⁽⁴⁾ 結局累犯性は刑の加重に与る要素と解することはできない、という結論になる。

そうすると、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の刑の加重はもっぱら常習性に基づくものと解さなくてはならない。⁽⁵⁾

だがしかし、判例は一貫して常習性を「行為者の属性」と理解し、それを支持する学説も有力である。⁽⁶⁾ 常習とは「犯
罪行為を反復累行する習癖」を意味するのであり、「常習として・・・犯す」といえるためには一定の犯罪行為の習
癖を有する者が、「その習癖の発現として」犯罪行為に出ることを要する。しかし、習癖とは、判例によれば「性格
のないし人格的特性（傾向）」としてこれを理解してきたのであった。⁽⁷⁾ 他方、「習癖の発現としての行為」という点を
捉えて常習性は行為の属性とみる見解もあるが、それは行為者に認められる属性であるから結局常習性は、行為に客
観化された限度で考慮される行為者の身分である。⁽⁸⁾ したがって、そのような行為者の属性たる常習性（習癖）によつ
て規範意識の鈍麻している常習者に対する刑罰加重の根拠づけに關しては困難を来たさざるを得ず、⁽⁹⁾ それゆえ人格責
任論や性格論的責任論による常習犯加重の根拠づけの試みが生み出されるのだが、⁽¹⁰⁾ 現在では行為責任論が通説化して
おり、⁽¹¹⁾ 行為責任論からの常習犯加重の根拠づけはなお十分に行われていない。⁽¹²⁾

したがって、常習累犯窃盗罪における刑の加重根拠は累犯性にあり、常習性には他の常習犯と異なり刑の加重根拠
としての意味はなく、それを欠く場合に犯罪の成立を否定する要件にすぎないと解すべきである。なぜならば、盗犯
等防止法三条にいう「刑法各条ノ罪又ハ其ノ未遂罪ヲ犯シタル者ニシテ其ノ行為前十年内に此等ノ罪又ハ此等ノ罪ト

他ノ罪トノ併合罪ニ付三回以上六月ノ懲役以上ノ刑ノ執行ヲ受ケ」たような強い累犯者は現実にはほとんど常習犯であり、本罪がほとんど常習犯を捉えてしまうであろう累犯要件の外に常習性の要件を設けるといふ、言ってみれば「北に向かつて北上する」というような同義反復的な常習性と累犯性の規定の仕方をしているのは、本罪が累犯性をもちながら常習性を欠くものを除外しようとした謙抑的な規定にほかならないと考えられるからである¹⁴⁾。

また盗犯等防止法三条に対する累犯加重は、刑の不権衡を避けるためという量刑の必要性からのみならず理論的な理由からも可能である。なぜならば、刑法の累犯加重の前刑が「一回の刑の執行」で足りるのに対して、盗犯等防止法三条の累犯加重は少なくとも「三回の刑の執行」まで必要とされている点に着目すると、たしかに形式的には前科を要件としている点で両者は類似しているが、それぞれ実質的には別の性質をもった「累犯規定」といえるからである。すなわち、常習累犯窃盗罪は常習犯加重と累犯加重が足し合わされたためではなく、以前に三回以上も刑の執行を受けながら、あえて前刑の警告を無視したがゆえに、前刑の警告は一回でも足りる総則の累犯加重よりも重い法的効果（刑の下限の加重）が生ずると解すべきなのである。

以上の事から、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪は、総則の累犯加重の通説と同様に前刑の警告機能を無視したから刑が加重されると解すべきである。

すなわち、行為者が以前有罪宣告に基づく刑の言渡しや執行を受けたにもかかわらず、それを無視して新たな犯罪行為を実行する場合、強められた違法性の意識（可能性）や反対動機形成能力・制御能力を押し切つて行為に出たことになるので、行為責任の加重とそれともなう刑罰の加重をもたらすという警告理論（Warntheorie）によって、累犯加重は根拠づけられるのである。

4 警告理論について

そもそも、累犯加重の根拠づけに関しては、かつては、新派の立場から、行為者の危険性に対する社会防衛の見地が強調され、行為者の社会復帰よりは、社会からの行為者の隔離に重点を置いた説明もあつたが、今日では、規範違反としての違法性が増加するという見解¹⁶、特別予防の必要性が増大するという説明、そして、行為責任の増加を説く警告理論¹⁸あるいはそれらの折衷説¹⁹が主張されており、警告理論が支配的であるといえよう²⁰。

しかし、警告理論は、かねてから「責任主義」の名の下に様々な批判が加えられている。すなわち、その概要は以下の通りである。

①警告理論は、行為責任の増加を根拠とするが、責任は違法を前提としており、責任のみの重さを理由として刑を加重することは許されない²¹、②形式的要件が備わっただけで一律に行為責任の増加を認めることは許されない²²、③前刑の存在は、行為者にとって有利な警告作用ではなく、犯罪者の烙印として、行為者の遵法的生活に関して不利に作用する²³、④累犯者になつたのは刑の警告が無効であつたことを意味するのであるから、そもそも、前刑に心理的效果（感銘力）を認めるべきではない²⁴、⑤犯罪を反復するとむしろ行為者の反対動機が麻痺するのだから、前刑の警告無視を責任増大につなげるのは期待可能性の擬制である²⁵、⑥行為責任の根拠は、当該行為だけに求めるべきであり、前刑の存在のような当該犯行とは独立の事態を責任判断の対象とすべきではない²⁶、⑦前刑についての犯罪は先の刑罰で責任を果たしているのだから、犯行の反復を理由に責任を加重することは同一犯行について二重の責任を負わすことになる²⁷、⑧刑法総則の累犯加重の法定刑の上限が二倍になっているのは、責任の分量を超えた保安刑を科すも

のである。²⁸⁾

このうち、警告理論にとつてとりわけ重要な批判は、①と⑥である。警告理論は、結果無価値まで視野におさめた違法増加を根拠づけるものではなく、あくまでも、非難可能性という意味での責任の増加を基礎づけるもので、その際、累犯として行われた行為と無関係の以前の有罪宣告を問題とせざるを得ないからである。

それゆえ、盗犯等防止法の常習累犯窃盗罪のように必ず刑の下限を固定する（前科者の窃盗は法定刑の下限を懲役三年にする）という規定になっている場合は、刑の加重の可否に関して累犯行為の法益侵害性の大小を考慮できる規定になっていないので、①の問題は実務的には意識されやすいが、行為責任については、行為者人格を考慮に入れる「広い意味での行為責任」を前提とする実務的理解においては、⑥の問題はさほど重大視されない。²⁹⁾

また、責任刑を超えるという批判については、もともと、責任刑を理論的必然的論拠に基づく点として数量化することが困難である以上、累犯に対してどのような法的効果を与えても主張し得ると思われるから、刑の下限が固定されていなければ、あまり重大視すべきではなからう。³⁰⁾

そうすると、警告理論によつて「高められた行為責任」が認められた場合にのみ、累犯加重を行うというアプローチをとれば②③④⑤⑦の各批判はかわせるはずだし、そのような機能を期待されて、ドイツでは、一定の条件のもと、過去に少なくとも二回、故意の犯罪行為により刑の言渡しを受け、その一部について自由刑の執行を受けた者が、新たに故意の犯罪行為を犯し、「犯罪行為の種類と事情を考慮して、その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その者に加うべき場合」には、刑の下限を六か月の自由刑にするという一般的累犯加重規定（旧刑法四八条）を設けた（一九七〇年四月一日～一九八六年四月三〇日）。この規定の「犯罪行為の種類と事情を考慮して、その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その者に加うべき場合」を非難性条項といい、

この条項の要件を満たす場合、高められた行為責任を認め累犯加重を行うことにしたのである。³²⁾

すなわち、前科行為と累犯行為との間に、法益の類似性等の一定の関連性が認められる場合に非難性条項の要件を満たしたものととして累犯加重を行うわけである。³³⁾

ただ、こうした関連性が認められる場合であっても、激情犯、衝動犯、限定責任能力者、意志薄弱者、社会的無援助状態など、前刑の警告機能が有効に作用しえないとみられる事情が存するときには、累犯加重を否定しうる。³⁴⁾

しかし、ドイツ旧刑法四八条は、刑の下限が六月に固定されていたことから累犯として行われた行為の違法性の大小を考慮できず、つまり①の批判を克服できなかった（＝軽微累犯に責任相応の刑を科せなかった）ことが主因となつて削除されたのであつた。³⁵⁾

5 本件への警告理論の適用

【1】違憲論と合憲限定解釈論

今、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の刑の加重理由を、累犯加重に求めさらに累犯加重の根拠を通説や実務のように警告理論に求めるのであれば、原則的には、前述した①～⑧までの批判を受けることになる。とりわけ、①の批判まで考慮に入れ、累犯としてなされた行為の違法性の軽重を問わず、一律に刑の下限を加重するならば、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の規定は、責任主義に反したものと解さざるを得ない。不法内容の軽微な窃盗行為においては、累犯行為の行為責任を過大に評価するもので、法益侵害性を実質とする不法内容の重さに応じて行為責任の重さも定まるとする責任主義に反することになるからである。³⁶⁾ 責任主義が憲法三一条の実体的デュープロセスの要請

としての刑法の大原則であるとするならば、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の規定は違憲無効として削除されるべきであろう。³⁷⁾

しかもさらに、違憲無効とは直ちに決めかねるとしても、違憲の疑いを避けるためにできる限りの限定解釈を試みなくてはならないはずであるし、それは一定の範囲内で責任主義の要請にも合致するであろう。確かに、警告理論は、「みせかけの責任主義」と批判されたが、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の削除が立法措置としてなされず、しかも責任主義を尊重しなくてはならないとすれば、盗犯等防止法三条の要件が満たされれば、機械的に常習累犯窃盗罪の成立を認めるよりは、さしあたっては、責任主義を可能な限り実現しうる限定解釈を採用するべきではなからうか。

〔2〕前科行為と累犯行為との構成要件の関連性

まず、前述したドイツ刑法旧四八条の警告理論に基づく非難性条項の解釈のように、前科としての犯罪行為（前科行為）と累犯としての犯罪行為（累犯行為）が、保護法益の共通性や構成要件の共通性を基礎として構成要件の重なり合いが認められる場合には、警告無視による高められた行為責任とそれに基づく刑の加重を認め、そうでなければ刑の加重を認めないという解釈を採用するのであれば、抽象的事実の錯誤における法定的符合説に基づく処理とパラレルな解決となるはずであり、重い行為責任を基礎づけるとともに限定することも一応可能だと思われるので、一定の範囲内で責任主義の要請にも合致するであろう。

本件の場合、前科としての犯罪は窃盗罪であり、累犯としての犯罪も窃盗罪であり、保護法益はいずれも財産（所有権・占有）であることから両者に構成要件の関連性を認め得ることについては、誰しも異論はないであろう。

【3】累犯者の強められた制御能力

さらに前述した通り、警告理論は、前刑の有効な警告を向けられた前科者が、その内面においてより強固な制御能力を形成したにもかかわらず、それを乗り越えて再び犯罪に出たからこそ、累犯としての行為に対しては非難が強められ、それに応じて刑が加重されるという前提に立つのだから、累犯者が実行行為のさい平均人を上回るような制御能力を備えていたことの検証、少なくともそのような制御能力の脱落がなかったかどうかの検証が必要とされざるを得ない。そして、単純な意思自由（制御能力）すら擬制・仮説と主張されるほどその実在が厳密には疑われ、規範的要請に基礎づけられたものであることは否定できないのだから、より強い意思自由としてのより強い制御能力（反対動機形成力）の存否に関する判断については、現在の責任能力の判断のように規範的要請を重んじた手法に甘んじることなく、科学的な精神鑑定を十分に尊重して行われなくてはならないはずである。³⁹⁾

【4】強められた制御能力が問題となる事例

この点に関して、ドイツの判例では前述した旧刑法四八条の解釈適用に当たり、①警告の名宛人たる累犯者の側において「激情犯」という特別な動機付けが存在する場合には、行為責任は増大しないと解され（つまり、累犯行為が激情犯だった場合は、前刑の警告自体は客観的に有効に存在しうるとしても激情に陥っている累犯者の側に警告に感銘しうる可能性がないし、前科行為が激情犯だった場合には、以前の有罪宣告の理由となっている犯罪に対する刑罰には警告機能が存しないというわけである）、⁴⁰⁾ ②「衝動犯」の事例について、衝動により警告機能に感銘すべき累犯者の側の制御能力が著しく制限され、それによって前刑の警告機能が覆い隠されていたかどうかについての特別な検

証を要するとされ、③「薬物中毒」の事例に関しては、長年にわたる薬物濫用が制御能力の制限を導くので、行為者の側において前刑の警告を認識し、それに従い得る主観的狀態になく、したがって「高められた責任非難」を加えることができない可能性があるという前提に立っており、④「酩酊行為」の事例については、酩酊により被告人の制御能力が排除された場合、行為者の抑制を強めることを期待しうるような前刑の警告機能は生じないので、非難は高められないとされ、⑤「意思薄弱」、「限定責任能力」、「差し迫った窮乏」、「社会的無援助」等の諸事例において被告人の制御能力が具体的事案において妨げられていた場合には、累犯加重の排除が考慮されるとされていた。⁴³ 要するに、これらの事例では、累犯者が、前刑の警告機能に感銘して形成されたはずの平均以上に強い制御能力を乗り越えて新たな犯罪に出たことに高められた行為責任とそれに応じた累犯加重が発生する根拠を求めるといふ理論（警告理論）を前提としているが、このような警告理論は理論的にわが国の累犯規定（刑法総則の一般的累犯規定、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪）にもあてはまる議論であることは言うまでもない。⁴⁴

【5】 結語

それでは、本件においてXには、前刑の警告機能によって強められた制御能力のもとで新たな窃盗行為（万引き）に出たので、行為責任が高められたと認められ、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪が適用されるのであろうか。

言うまでもなく問題は、Xに本件窃盗の具体的な実行行為のさいに、警告理論が想定するような強められた制御能力が備わっていたかにある。そして、強められた制御能力が存していたと認められれば、警告理論によれば行為責任は増加し累犯加重が認められることになる。

それゆえ、すでに述べたように、Xが実行行為のさい平均人を上回るような制御能力を備えていたことの検証、少

なくともそのような制御能力の脱落がなかったかどうかの検証が必要とされざるを得ない。

そこで、本件に関して提出されている精神科医福井裕輝博士の意見書（以下福井意見と呼ぶ）および医師中元総一郎氏の鑑定書（以下中元鑑定と呼ぶ）をもとに、警告理論の観点からXの実行行為時の精神状態を検証してみたい。

まず、福井意見は、二日間にわたる合計約五時間にわたるXとの面談と脳画像検査から被告人には解離性障害、強迫性障害、物質使用障害、脳機能障害が示唆され、これらの障害によりXにおいては、犯行当時弁識能力及び制御能力はほぼ喪失していたか著しく障害されていた可能性があることから、正式な精神鑑定が必要であると結論付けている。⁴⁵

次に、中元鑑定は、平成二八年七月一二日から同年一〇月一五日までの鑑定により、Xの犯行当時の状態につき解離性人格障害（特定不能型）、病的窃盗、物質（鎮痛剤・鎮静剤など）使用障害の影響下で本件窃盗が行われたと診断し、最終的にXの責任能力は問えないと鑑定している。⁴⁶

以上犯行時のXの精神状態に関する福井意見、中元鑑定によれば、Xは本件窃盗の実行行為時、解離性障害等の影響により、累犯の高められた行為責任を基礎づけるに足りる強い制御能力はもちろん、平均人程度の制御能力すら存していたことが疑われる状態にあったと評さざるを得ない。したがって、結論として、本件においては、刑法二三五条の窃盗罪より重い行為責任を基礎づける強められた制御能力をXに認めることはできず、それゆえ、このような強められた制御能力・高められた行為責任を前提とする盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の成立を認めることはできない。

刑罰の正当化根拠は、今日においてもなお明確に一義的には明証されていないのであり、したがって、その解釈、立法、運用に際しては刑罰の効果を過信して盲進することなく、常に謙抑的姿勢をとることこそが、刑法における謙抑主義の本旨であるということを忘れるべきではないであろう。⁴⁷⁾

なお、本件は林大悟弁護士（東京弁護士会）から作成の依頼を受けた、常習累犯窃盗事件に関する意見書（高松地裁丸亀支部に提出）に加筆修正したものである。

警告理論の適用においては、前述のようにおおむね（1）前科行為と累犯行為の関連性、（2）累犯者の側の強められた制御能力、の二要件の存在が確認されなくてはならないが本件は警告理論の適用上、わが国で初めて（2）の要件の確認が求められる画期的事例なので論文化した次第である。

ちなみに、（1）の要件が問題になった事案として、静岡地裁判平成二三年二月五日判決（LEX/DB25482146）があり、ここでは、刑法四五条後段の事後的併合罪における確定裁判を受けた犯罪と確定裁判後の犯罪との関連性が、累犯加重での前科行為と累犯行為との関連性と同様のロジックで問題にされた。⁴⁸⁾

〔注〕

- (1) 古田正武「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律案解説」警察研究一卷四号(昭和五年)一四頁。中谷理子「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」伊藤榮樹Ⅱ小野慶二Ⅱ莊子邦雄(編)『注釈特別刑法第二卷』(昭和五七年)三〇三頁。
- (2) 平本喜祿「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律三条の意義」研修三七九号(昭和五五年)七八頁。
- (3) 岩崎二郎「累犯」総合判例研究叢書刑法(6)(昭和三年)九九頁。
- (4) 大塚仁・註解刑法〔増補第二版〕(昭和五二年)三二六頁、小野清一郎「盗犯防止法三條の常習盗犯と累犯加重」刑事判例評釈集二卷(昭和一七年)一九二頁、齊藤金作・刑法各論〔全訂版〕(昭和三五年)一七二頁等。刑の不権衡論に言及するごとく累犯加重を肯定するものとして、植松正・再訂刑法概論Ⅱ〔各論〕(昭和五〇年)二二八頁、久礼田益喜・刑法学概説(昭和五年)五五〇頁等。判例としては、大判昭一四・七・一四刑集一八・四一一。
- (5) 最決昭四四・七・八刑集三三・八・一〇四五の第二審である札幌高裁が判示したもの。
- (6) 板倉宏・刑法各論(平成一六年)二六二頁、井田良・講義刑法学総論(平成二〇年)一〇六頁、植松・前掲書(注4)二二七頁、岡野光雄・刑法要説総論〔第二版〕(平成二一年)一五四頁、小野清一郎・新訂刑法講義各論(昭和二五年)一四八頁、川端博・刑法総論講義〔第二版〕(平成一八年)一一八頁、吉川経夫・三訂刑法総論〔補訂版〕(平成八年)六九頁、莊子邦雄・刑法総論〔第三版〕(平成八年)一〇五頁、団藤重光・刑法綱要各論〔第三版〕(平成二年)三五五頁、西田典之・刑法各論〔第六版〕(平成二四年)四〇四頁、日高義博「常習賭博罪の問題点」植松正Ⅱ川端博Ⅱ曾根威彦Ⅱ日高義博(編)『現代刑法論争Ⅱ』(第二版)(平成九年)三三三頁、福田平・全訂刑法総論〔第五版〕(平成二三年)二九一頁、堀内捷三・刑法各論(平成一五年)二八八頁等。なお、大塚仁・刑法概説(総論)〔第四版〕(平成二〇年)一四一頁、大谷實・刑法講義各論〔新版第四版補訂版〕(平成二七年)五三〇頁等は、行為者の属性であるとともに行為の属性でもあるとする。
- (7) 谷村允裕「常習犯罪における常習性の認定」判例タイムズ七二号(平成二年)五五頁。
- (8) 山口厚・刑法各論〔第二版〕(平成二二年)五一八頁。
- (9) 大塚・前掲書(注6)四八二頁、佐久間修・刑法総論(平成二二年)二五一頁、団藤重光・刑法綱要総論〔第三版〕(平成二年)三一六頁等。
- (10) 中島広樹・累犯加重の研究(平成一七年)三六一―三八頁。
- (11) 青柳文雄・刑法通論Ⅰ総論(昭和四〇年)二三九頁、浅田和茂・刑法総論〔補正版〕(平成一九年)二七四頁、井田・前掲書(注7)三五六頁、伊東研祐・刑法講義総論(平成二三年)二四九頁、内田文昭・改訂刑法Ⅰ〔総論〕〔補正版〕(平成九年)

二二五頁、大谷實・刑法講義総論〔新版第四版〕（平成二四年）三〇八頁、香川達夫・刑法講義（総論）第三版（平成七年）二一〇頁、川端・前掲書（注6）三九三頁、佐伯千仞・四訂刑法講義（昭和五六年）一三二頁、鈴木茂嗣・刑法総論（第二版）（平成三年）八六頁、曾根威彦・刑法総論（第四版）（平成二〇年）一四〇頁、内藤謙・刑法講義総論（下）I（平成三年）七四〇―七四一頁、中山研一・刑法総論（昭和五七年）三三五頁、西田典之・刑法総論（第二版）（平成二二年）二〇七―二〇九頁、西原春夫・刑法総論（改訂準備版）（下巻）（平成五年）四四八頁、福田・前掲書（注6）一八五頁、藤木英雄・刑法講義総論（昭和五〇年）八四頁、松原芳博・刑法総論（平成二五年）一九九頁、松宮孝明・刑法総論講義（第四版）（平成二二年）一六八―二六九頁、山口厚・刑法総論（第二版）（平成一九年）一八四頁、山中敬一・刑法総論（第二版）（平成二〇年）五四頁等。

(12) 行為責任論の見地からは、吉岡一男「累犯と常習犯」中山研一||西原春夫||藤木英雄||宮澤浩一（編）『現代刑法講座第三巻』（昭和五四年）三二六頁は、「犯人の危険性そのものではなく、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・違法性がもたせられることになろう」、あるいは、内田・前掲書（注11）一二七頁は、「常習犯を基礎づけるような『行為』は、法秩序に対して重大な脅威を与えるばかりでなしに、法益侵害性（危険性）の面でも、非常習行為とは違った客観的な意味を有し、その限りで強い違法性を示すのである」等と論ずるが、大谷実・人格責任論の研究（昭和四七年）三七五頁は「爆発型の精神病者のように、たえず法益侵害への現実的脅威をもつならばともかく、犯罪を反復したからといって、国家権力によって排除されるほどの法益侵害の危険性を有するとは考えられない」と常習犯の法益侵害の危険性の高さに否定的見解を示している。

また、平野龍一・刑法総論I（昭和四七年）一〇八頁は、たとえば常習賭博罪に関して「同じ態様の賭博行為が反復して行われるとき、一括して一個の常習賭博行為（集合犯）」となるという論法により常習犯加重を根拠づけようとするが、このような主張においては、佐伯千仞・刑法における違法性の理論（昭和四九年）三四一頁以下で指摘されているような、集合犯における「犯罪の反復に伴う反対動機の麻痺」という議論（集合犯では犯罪を反復することに反対動機が麻痺するので、全体として行為責任は増加せず刑は加重されえない）が忘却されていると思われる。

(13) 西原・前掲書（注11）四九八頁。

(14) 福岡地判昭三四・一二・二六下刑集一・一二・二七〇九は、盗犯等防止法三条の累犯性を備えているからといって、当然に常習性を認定できるわけでもないとし、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いう旨判示している。個別具体的には累犯性があっても常習性は否定され得るのである。

- (15) 牧野英一・増訂刑法通義(第一八版)(明治四〇年)一四九頁等。
- (16) 西原春夫・刑法総論(昭和五二年)三九七頁、高橋則夫・刑法総論(平成二年)五一〇頁、野村稔・刑法総論〔補訂版〕(平成一〇年)四五九頁。
- (17) 井田良「量刑事情の範囲とその帰責原理に関する基礎的考察(1)」法学研究五五卷一〇号(昭和五七年)九三頁注(97)、中野次雄「刑法総論概要(第三版補訂版)(平成九年)二三四頁、西田・前掲書(注11)四二四頁等。なお、特別予防は、再社会化のほかに隔離をも含むのだから、特別予防だけが累犯加重の根拠としてあげられた場合、社会復帰の観点よりもむしろ累犯者の隔離(無害化)の面のみを留意しているのではないかが注意されなくてはならない(無害化による特別予防は、行為者の再社会化のためにはならないから)と指摘される(松宮孝明・レヴィジョン刑法三(平成二年)二六二―二六四頁)。
- (18) 大谷・前掲書(注11)五三七頁、川端・前掲書(注6)六七七頁、平野龍一・矯正保護法(昭和三八年)二六頁等。警告理論が支持される理由は、条文において前犯についての科刑の有無および執行の完了が要件とされているという形式的な事情に求められていることが多い。ただし、近年は警告理論に対する批判も強い。たとえば、難波宏「前科、前歴等と量刑」判タ一二三八号(平成一九年)四〇頁は、「警告理論を」強調すると、同種犯行を繰り返す限り、どこまでも加重しつづけるべきならぬことになり、法益侵害性はそれほど変わらないのに、責任だけどこまでも大きくなり続け、刑が重くなり続けるということが責任主義の考え方に適うのか、という疑問を感じさせる」と指摘し、高山佳奈子「難波宏「前科、前歴等と量刑」について」判タ一二三八号(平成一九年)六四―六五頁も、警告理論の内実が国家に対する逆を重く処罰の根拠とするものにほかならないと批判して、累犯加重の根拠を、再社会化、という意味での特別予防の必要性の大きさに求めるべきだとしている。また、中山研一・レヴィジョン刑法三(平成二年)二六三頁も、累犯加重を個別行為責任で説明することは無理だとしている。
- (19) 大塚・前掲書(注6)五三九頁、曾根・前掲書(注11)二八五頁、福田・前掲書(注6)三四五頁等がある。
- (20) 小林憲太郎・刑法的帰責(平成一九年)九三頁。
- (21) 内田・前掲書(注11)二三四頁。
- (22) 阿部純二「累犯加重の根拠」岩田誠先生傘寿祝賀論集『刑事裁判の諸問題』(昭和五七年)九五頁。
- (23) 吉岡・前掲論文(注12)三三三頁。
- (24) 佐伯・前掲書(注11)四一七頁。
- (25) 中山・前掲書(注11)五六二頁注(3)。

- (26) 森村進「行為責任・性格責任・人格形成責任」法の理論八（昭和六二年）九四―九五頁。
- (27) 平場安治「責任の概念要素と刑事責任論の根底」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷（昭和五九年）一〇三頁。
- (28) 内藤・前掲書（注11）七四―七四二頁、井田・前掲書（注6）五五八―五五九頁。しかし、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の場合は、刑の下限が窃盗罪よりも三六倍加重されている。
- (29) ①の問題は、ドイツでは刑法旧四八条の累犯規定の解釈との関係においては「軽微累犯に対する責任相応刑」の問題として論じられたが、現行刑法典の一般累犯規定（五六条）は、刑の上限のみの加重であるが、盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律三条の場合、刑の下限が窃盗は三年、強盗は七年に固定されているから、「軽微累犯に対する責任相応刑」の問題が意識される。
- (30) 井田良・変革の時代における理論刑法学（平成一九年）二二〇頁。
- (31) もともと責任刑を点として数量化することは原理的に不可能だともいわれている（井田・前掲書（注30）二二二頁）。
- (32) ここで参考にした、ドイツ刑法旧四八条一項の条文は以下の通り。
「ある者が、すでに少なくとも二度、本法の場所的適用領域内において、故意の犯罪行為により刑の言渡しを受け、かつ、これらの行為の一個または数個により、少なくとも三月の期間、自由刑の執行を終えた後、故意の犯罪行為を犯し、犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかつたという非難をその者に加うべき場合において、行為について別段の高い下限が定められていないときは、刑の下限は六月の自由刑とする。定められた刑の上限はそのままとする」（法務資料第四三九号（昭和五七年）二二頁）。
- (33) なお、ドイツ刑法旧四八条一項の非難性条項を満たさない、すなわち、犯罪間に関連性がないとされ、「前刑の警告機能」高められた行為責任「累犯加重」の流れが否定された事例を若干あげると、①性犯罪と非性犯罪、②窃盗と偽証教唆、③財産犯と無免許運転などであるが、この点については、その他の事例も含めて、中島・前掲書（注10）二二九―二三五頁参照。しかし、盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の場合は、前科の基礎となった犯罪と累犯として実行された犯罪とは同一同種（強窃盗）なので当然犯罪間の関連性が認められよう。
- (34) 阿部・前掲論文（注22）九二―九三頁。
- (35) ドイツ刑法旧四八条の累犯加重規定の削除理由としては、「軽微累犯に対する責任相応刑」の問題や特別予防効果の欠如が挙げられるほか（中島・前掲書（注10）三三―三四頁注2）、警告理論も批判されたが、ドイツでは、依然として「前科」加重の根拠として、学説・判例において警告理論が支持されている（中島・前掲書（注10）二四〇―二七三頁）。
- (36) 中島・前掲書（注10）二二六―二二九頁。内田・前掲書（注11）九六頁、二二―二三四頁。城下裕二・量刑基準の研究（平

成七年) 一一三頁。

(37) 浅田・前掲書(注11) 五〇八頁は、個別行為責任論の立場からすると、一律の刑罰加重を許容する現行刑法典の累犯加重は実体的デュープロセスの要請たる責任主義に反し、違憲の疑いのあることを示唆している。

(38) 前田雅英・刑法総論講義(第五版)(平成二三年) 一三八頁は、判例が、故意に提訴機能を認め、事実の錯誤を「一般人ならば違法性を意識し得る程度の事実の認識が欠ける場合」と考えてきた、と分析するが、このような判例の考え方に立つならば、強められた違法性の意識(とそれに基づく反対動機の強化)は、確定判決後の犯罪を實行する際、一般人がより強く違法性を意識し得る程度の事実の認識を欠いた場合、すなわち、構成要件の関連性のない犯罪について確定判決を受けていた場合には、欠如するというのが論理的な帰結であろう。現に、ドイツでは、前刑の警告に基づく高められた行為責任は、「禁止の錯誤の裏返」(die Kehrsseite des Verbotstrittums)の問題と解されてきたのである(中島・前掲書(注10) 一二七頁)。ちなみに、大審院・最高裁が構成要件の重なり合いを認めたものとしては、単独犯については同意殺人と普通殺人(大判明四三・四・二八刑録一六・七六〇)、占有離脱物横領と窃盗(大判大九・三・一九刑録二六・二二二)、覚せい剤輸入と麻薬輸入、覚せい剤無許可輸入と輸入禁制品である麻薬輸入(最決昭五四・三・二七刑集三三・二・一四〇)、麻薬所持と覚せい剤所持(最決昭六一・六・九刑集四〇・四・二六九)、共犯に関しては、窃盗と強盗(最判昭二三・五・一刑集一・五・四三五)、虚偽公文書作成と公文書偽造(最判昭二三・一〇・二三刑集二・一一・一三八六)、恐喝と強盗(最判昭二五・四・一一判例二体系三一・一〇七二)、傷害と殺人(最決昭五四・四・一三刑集三三・三・一七九)がある。判例は、また、法定的符合説に立つとみられる(最決昭二五・七・一一刑集四・七・一二六一)。

(39) 中島・前掲書(注11) 二三五―二三六頁。

(40) 中島・前掲書(注11) 二〇六―二〇八頁。

(41) 中島・前掲書(注11) 二〇八頁。

(42) 中島・前掲書(注11) 二〇八―二〇九頁。

(43) 中島・前掲書(注11) 二〇一―二〇二頁。

(44) 中島・前掲書(注11) 二二一―二二四頁。

(45) 福井裕輝・意見書二二三頁。

(46) 中元総一郎・鑑定書二〇―二三頁。

(47) 小暮得雄「犯罪論の謙抑的構成」団藤重光博士古稀祝賀論文集第二卷(昭和五九年) 一五頁。謙抑主義は、現代社会が「限

定的な処罰」から「妥当な処罰」への転換を迫るとしても、当然のことながら依然として厳格に要求されるのである。佐伯千俣・前掲書(注11) 八二頁では、「謙抑主義」とは、「刑法はあらゆる違法な行為に対して刑罰をもつて臨もうとするような思いがった態度をとるものではない」という意味であるとされ、このような主義のたてられる理由は、(イ)違法行為を行つた者であっても、まだ科刑に適し、かつ科刑を必要とする程度に心身が発達していないものがあるし、(ロ)違法かつ有責な行為であっても、その違法または有責性が軽微であつて、これを不問に付しても差支えないもの、または刑を科するにはその行為が余に一般的であり、あるいは質的に刑罰に適しないものであることがあり、(ハ)伝統的な社会感情や国家政策上の必要が、刑法上の処罰要求に譲歩を求めるところなどに基づくこととされる。

さらに、団藤重光・前掲書(注9)五三頁においては、謙抑主義は実体的デュープロセスの一面であると説かれ、平野龍一・刑法の基礎(昭和四一年)一一五頁以下では、「刑法の補充性(市民的安全が、慣習的、道徳的制裁、地域社会のインフォーマルなコントロールや民事的コントロールでは不十分なときはじめて刑法が発動する)」、「刑法の断片性(刑法が補充的だと刑法が働く場合はおのずから断片的にならざるを得ない)」、「刑法の寛容性(たとえ市民的安全が侵され、他のコントロール手段が十分に機能しなくても刑法はこれをあまさずもらさず処罰する必要がある)を総括して「刑法の謙抑性」ということができようとする。内藤謙・刑法講義総論(上)(昭和五八年)五五頁、中山研一・前掲書(注11)二二三頁、浅田和茂・前掲書(注11)四七頁、西田典之・前掲書(注11)三二頁、松宮孝明・前掲書(注11)一四一―一五頁も同様である。とりわけ、上記浅田説は、解釈論において謙抑主義が可罰的違法性論・可罰的責任論として生かされるべきだと論じている。ただし、山口厚・前掲書(注11)五頁においては、補充性と断片性のみにふれ、前田雅英・前掲書(注38)二八頁では、断片性だけが記述され、いずれも謙抑主義という言葉を取り上げていないのが注目される。

また、大塚仁・前掲書(注6)六一―七頁は、謙抑主義とは、刑法における犯罪は、あらゆる違法行為、そしてすべての有責行為者を当然の対象とすべきではなく、刑罰は、必要やむをえない範囲に限って適用されるべきであるとする建前のことをい、刑法の解釈・適用のみならず、立法、運用に関しても常に考慮することを要する基本原理だとする。

他方、大谷實・前掲書(注11)八頁は、刑法の人権保障機能との関連で、謙抑主義が重視されるべきだと述べ、これに対して曾根威彦・前掲書(注11)八頁は、刑法の謙抑性が刑法の第一次社会統制機能(法益保護機能)に内在する制約原理とみており、山中敬一・前掲書(注11)五二頁は、これを「謙抑的法益保護の原則」と呼ぶ。

(48) 本件では、平成一三年一〇月三〇日から平成二〇年一月八日までに行われた、五個の強姦致傷罪等の事件と平成二二年七月四日から平成二三年七月三一日に行われた四個の強姦致傷罪・強盗罪の事件との間に自動二輪車窃盗に関する懲役一年の確

定裁判（平成二十二年三月一七日確定）が存していたため、最初の五個の事件に関する併合罪についての懲役二四年と確定裁判後の四個の事件に関する併合罪についての懲役二六年とが刑法四五条後段により併科され、被告人には懲役五〇年が言い渡された。この事件について、警告理論が転用され確定裁判後の強盗罪と確定裁判を受けた窃盗罪とは法益の共通性が認められるが、本件で併合罪加重の対象となるのは強姦致傷罪であるから、確定裁判の感銘力も強姦致傷罪についてのみ考えるのが加重単一刑主義に立つ現行刑法の併合罪規定の趣旨に合致した解釈とされ、結局最終的には、本件の場合、平成二十二年三月一七日に確定した窃盗罪についての裁判には、強姦致傷罪に対する感銘力を認めることができないので、確定裁判の無視に基づく高められた行為責任によって確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪との一括処理という併合の利益を奪うことはできず、確定裁判前の犯罪と確定裁判後の犯罪については、ともに刑法四五条後段により併合罪加重されると弁護側から主張された。

すなわち、警告理論の第一要件が、併合罪加重の場面に転用され主張されたわけである。しかし、控訴審の東京高裁平成二四年六月二十七日判決においては、「併合罪の範囲を不明確にして、法的安定性を著しく害する」と判示された。詳細については、中島広樹「刑法四五条後段の解釈について」大宮ローレビュー第九号（平成二五年）四〇―五九頁参照。