

学位論文題名

累犯加重規定解釈の一試論～責任主義の観点から～

学位論文内容の要旨

くりかえし公共の秩序に違反する者が、一度しか罪を犯さない者よりも一層重い刑罰に値するという観念は、古代以来民衆の正義感情に合致するきわめて自然なものであった。しかし、この累犯加重の概念は、現代刑法の大原則である責任主義に反すると、しばしば主張されてきた。そして、このことはわが国の累犯規定に関してもあてはまることなのである。わが国には、刑法典第10章といわゆる盗犯防止法 3条に累犯加重規定が存在するが、本研究は、これら二個の累犯規定を考察の対象としながら、わが国と同様に責任主義との適合性につき、かなり詳細な議論が展開されたドイツとの比較法的な観点から、責任主義に合致する累犯規定の解釈論を探究したものである。

具体的にその要旨を概説すると、以下の通りである。

序章では、まず本稿の考察対象を上述の二個の累犯規定に限定し、考察の視点を責任主義にかかわる二種類の概念(「警告理論」と「軽微累犯の責任相応刑」)に求めることを明らかにした。そして、本稿が前提とする「責任主義」および「常習性」の意義について確認した上で、問題の所在を累犯規定ごとに明示している。すなわち、刑法の累犯規定については、(1)それが責任主義に合致するか、(2)規定それ自体、責任主義に適合しなくとも、運用次第で責任主義との調和が可能か、という二点であり、盗犯法 3条の累犯規定に関しては、上記の論点(1)の他、(3)刑の下限が固定された常習累犯強窃盗の不法内容および(4)その具体的な適用例の内容がそれぞれ問題となるのである。

次に第1章では、わが国の累犯規定の立法作業の歴史が顧みられ、その結果わが国の累犯加重規定は、累犯対策という予防目的が意図的に盛り込まれたもので、それゆえ責任主義による自覚的な制約を要する、という点がまず確認される。(1章1節)

そして他方、学説・判例が、これらの累犯規定をどのように根拠づけているのか、換言

すると、責任の見地から累犯加重を根拠づけているのかどうかを検討されなければならなかった。その結果、学説・判例は累犯加重の根拠に関し、当初「累犯者の危険性」を強調していたが、やがて「前刑の警告無視」に結び付けた行為責任の増大を併せて主張するようになった、ということを確認した。

ただ、盗犯法 3条の常習累犯強窃盗罪については、一般に累犯ではなく常習犯の一種として理解されているが、このような解釈は必ずしも累犯加重と常習犯加重との法的性格を十分に検討したうえで行われているものではない、という事が確認された。(1章2節)

かように、判例・学説では、いちおう「前刑の警告無視に基づく行為責任の増加」という理論(いわゆる警告理論)によって、累犯加重が根拠づけられ、その限りで累犯加重は責任主義に合致しているかのような外観を呈してはいるが、にもかかわらず学説には未だに「累犯加重は責任主義に反する」という批判が根強く存在している。

そして、そのような批判はほぼ 8種類に分類される。すなわち、(1) 責任相応刑に関する批判、(2) 責任増加の一律性に関する批判、(3) 警告無視の根拠づけに関する批判、(4) 刑の有効性に関する批判、(5) 期待可能性の観点からの批判、(6) 行為責任の意義の観点からの批判、(7) 二重の帰責に関する批判、(8) 刑罰の倍加に関する批判である。

これらは、すべて「責任主義」の名のもとに行われている批判であるが、(1) は前述した「軽微累犯に対する責任相応刑」に関係しており、(2)～(7) は「警告理論」にむすびつくものである。これらの諸批判をかわすための、様々な工夫を施して登場したのがドイツ刑法48条の累犯加重規定であったが、この規定の解釈・適用をめぐる議論は累犯加重と責任主義の適合性の限界を突き止める上で、極めて示唆に富むと解されることから、48条に関する立法・判例・学説を第2章で考察する。(1章3節)

ドイツでは、戦後、一般的累犯加重規定の刑法への導入が決定され、その際累犯加重と行為責任との一致を大原則としたうえで、警告理論に基づく高められた行為責任と特別予防目的という二つの視点から根拠づけられる刑法48条が制定された。(2章1節)

しかし、ドイツでもかねてからわが国と同様の批判が累犯加重に関して行われていた。(2章2節) 他方、48条はそのような批判をふまえて「非難性条項」および「本来的な軽微犯罪に対する加重刑排除規定」を備えていた。

前者は「警告理論」、後者は「軽微累犯の責任相応刑」の批判にそれぞれ対応するものであった、といえよう。しかし、非難性条項によっても「警告理論」への批判は免れえな

かった。なぜなら、警告理論によれば累犯の重い刑罰に対応する「強められた反対動機」の存在を積極的に証明する必要があるはずなのに（消極的行為責任主義の観点）、そのような微妙な心理状態の立証・認定は本質的に不可能だからである。この意味で、前科の場合をも含めて「警告理論」は不当なのであり、従って、行為責任の観点からの累犯加重の根拠づけは別の角度からなされなくてはならない。（2章3・4節）

その契機となったのが、「軽微累犯の責任相応刑」に関する議論である、といえよう。

すなわち、被害の軽微な累犯行為にも、重大なそれにも同一の刑の下限（6月の自由刑）を科すことは、不法内容の重さに応じて行為責任の程度も定まる、という行為責任の原則に反するのではないか、というものであるが、かような批判的見解に対応する結論は、一定の類型的な法益侵害の重大性が累犯加重の根拠づけには必要である、というものであった。（2章5節）

そこで、本稿では、そのような意味で固有の不法内容を有する累犯の構造を確定するために、三つの視点を設定した、すなわち、(1) 反復性、(2) 類型的法益侵害の重大性、(3) 併合罪以上の刑の重さ、という三点である。(1) は累犯の本質にとって前科性は不可欠ではなく、反復性こそ累犯の本質である、とする議論であり、上述した(2) の視点と併せると、累犯として行われた行為が、類型的に法益侵害の重大性を根拠づけるような反復的性格を有することが、刑罰加重的な累犯の構造の本質をなす、というものであり、(3) の視点からは、客観的反復行為が重大な不法—責任内容を基礎づける理論がもたらされる。

すなわち、結果的加重犯に関する危険性説が累犯にも借用するという結論に至るのである。その結果、本稿では序章で掲げた問題点のうち、(1)(2)についてはいずれも否定的な結論が得られ、(3) については「重い刑罰に相応する累犯とは、累犯の実行行為において類型的に重大な法益侵害性を有し、しかもそれが先行行為に内在する危険性が行為反復後の重大な結果として実現したことを内容とする」という結論に至り、(4) に関しては、(a) 使用窃盗中の窃盗、(b) 窃取した凶器を使用した強盗、(c) 夜間の侵入窃盗後の別の所有者からの財物強取等が具体例としてあげられたのである。

最後に、常習犯と累犯の関係等に関するさしあたっての見解が述べられた。（3章）

# 学位論文審査の要旨

主 査 教 授 白 取 祐 司  
副 査 教 授 能 勢 弘 之  
副 査 助 教 授 小 暮 得 雄 (千葉大学)  
副 査 助 教 授 今 井 猛 嘉

## 学 位 論 文 題 名

### 累犯加重規定解釈の一試論～責任主義の観点から～

わが国の現行刑法は、「累犯」に関し、刑法典上の一般的加重規定（刑法第10章）および盗犯等防止法上の特殊な常習累犯（同法第3条）という二様の加重規定を設けている。犯罪の反覆累行が、単発の犯行に比べてより重い刑罰に相当することは、素朴な法感情によればともかく、刑法上の責任を個別行為の非難可能性と捉える「責任主義」の見地からは決して自明ではない。何故、いかなる根拠に基づいて累犯加重が正当化されるのか。本論文は、上記二様の累犯規定を射程として、責任主義に合致する累犯の構造を探究し、その結果を累犯規定の解釈に反映させることを目的としている。本論文の構成は、次のとおりである。

序章ではまず、考察の予備作業として、①警告理論に基づく高められた行為責任と、②軽微累犯に対する責任相応刑を以下の検討の視点とすることを明らかにしたうえで、本論文で論じられる「責任主義」が、あくまでも行為責任を前提条件とし、行為責任を限界とする原則であることを確認する。

第1章「累犯加重の根拠と責任主義」では、累犯加重と責任主義に関するわが国の理論状況を概観する。そのために、まず、累犯規定の立法の沿革が考察の対象とされ、その結果、立法者が累犯加重規定に予防目的を意図的に盛り込んだことが明らかにされた。立法過程の中に、すでに責任主義による自覚的な刑罰抑制の必要性の契機が存在するのである。次に、現行法にあらわれた累犯加重規定を学説・判例はどう根拠づけたのか。今日もっとも有力に主張されているのは、いわゆる「警告理論」、すなわち、行為責任の増大を前刑の警告作用の無視に係らしめる見解である。むろん、立法の経緯からも知れるように、刑罰の特別予防的機能に着目した刑事政策的根拠づけも

なされている。しかし、このような説明に満足しない論者も多く、責任相応刑の観点からの批判、高められた行為責任に関する批判など様々な観点からの批判が、累犯加重規定に向けられた。

第2章「ドイツの累犯加重（旧48条をめぐる議論）」では、そこで、このような疑問に答えるべく立法上の工夫が凝らされたドイツ刑法（旧）48条と同条をめぐる議論を詳細に論究する。旧48条は、累犯加重と行為責任の一致を図るため、「犯罪行為の種類と事情を考慮して行為者を非難すべき」ときに累犯加重を行うという非難性条項と、本来的な軽微犯罪に対しては加重刑を排除する規定を置いていた。前者は「警告理論」、後者は「軽微累犯の責任相応刑」の批判に、それぞれ対応することが予定されていた。しかし、非難性条項によっても「警告理論」への批判を免れることはなかった。何故なら、警告理論によれば、累犯の重い刑罰に照応する「高められた反対動機」の存在が積極的に証明される必要があるのに（消極的行為責任主義）、そのような微妙な心理状態の問題を実証的に明らかにすることは、そもそも不可能だからである。また、もうひとつの軽微累犯に対する責任相応刑が科せられなくなるという批判は、旧48条がその効果として自由刑の下限を6カ月に固定してしまうことから、わが国以上に深刻なものがあつた。学説は、比例原則の観点からみて累犯行為の不法・責任と累犯の加重刑が相応しないことに非難を浴びせ、結局旧48条は1986年に廃止される。

第3章「累犯加重規定解釈の一試論」では、以上の考察を踏まえ、累犯加重規定の構造・本質を明らかにする。累犯において本質的部分は、前科ではなく反復であり、結果的加重犯の危険性説と同様の構造が認められる場合にのみ、累犯性を満足させるが、そうでない限り、刑法上の累犯規定は責任主義に合致するものではなく、また「警告理論」によって根拠づけることもできない。これが本論文の結論である。

本論文は、以上のように、累犯と責任主義についてわが国と同様な問題を抱えるドイツ刑法の議論を詳細にフォローし、いわゆる「警告理論」に基づく高められた行為責任の考え方の破綻を論証したうえで、わが国の累犯規定が責任主義の見地からみて疑義のあることを明確に指摘し解釈論上の試論を提示した労作である。ただ、論旨にやや不明瞭な点がなくはないこと、日本の立法過程に関する調査がなお十分ではないことなどの弱点も、指摘された。しかし、本論文は、責任主義と累犯規定の緊張関係という、わが国の刑法学ではなお十分に開拓されていない問題領域における初の本格的な研究であり、博士号授与に値する水準に達していることが全員一致で確認された。