

## 科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 28 年 6 月 7 日現在

機関番号：11501

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2013～2015

課題番号：25780043

研究課題名(和文) 累犯加重規定の現代的意義に関する批判的研究

研究課題名(英文) A critical study on the modern significance of enhanced penalty for recidivism

研究代表者

西岡 正樹 (NISHIOKA, Masaki)

山形大学・人文学部・准教授

研究者番号：40451504

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,400,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、わが国の刑法典に存在する累犯加重規定について、批判的考察を加えたものである。従来、累犯加重の根拠については、諸種の見解が唱えられてきたが、説得的な根拠は未だ示されていない。この点、ドイツ刑法およびスイス刑法は累犯加重規定を既に削除している。本研究は、ドイツ刑法学およびスイス刑法学との比較法研究を通して、累犯加重規定を理論的に正当化することはできないということを明らかにした。

研究成果の概要(英文)：This study is a critical investigation of enhanced penalty for recidivism in Japanese criminal law. Although a variety of views on enhanced penalty for recidivism have been advocated so far in Japan, there seems to be no persuasive argument has been given for establishing it. On the other hand, the Federal Republic of Germany and the Swiss Confederation have already revoked the corresponding provisions. Through a comparative study of law in Japan and Germany/Switzerland, it is shown that enhanced penalty for recidivism cannot be theoretically justified.

研究分野：刑事法

キーワード：刑法 責任概念 責任主義の原則 累犯加重

## 1. 研究開始当初の背景

(1) わが国の現行刑法典は、第1編第10章において「累犯」に関する規定を設け、累犯の刑を必要に加重することを明記している。このいわゆる累犯加重規定は、再犯防止を立法目的とするものであるが、当該規定については、その根拠付けを巡って議論が繰り広げられてきた。しかしながら、累犯加重については、未だ説得的な根拠付けはなされていないのが現状である。

(2) 外国に目を転じると、ドイツ刑法およびスイス刑法は、かつて累犯加重を刑法上規定していたが、現在は削除されている。ドイツ刑法学およびスイス刑法学においては、累犯加重規定は刑法の基本原則である責任主義の原則に抵触する、として深遠な議論が行われ、ついに当該規定が削除されるに至ったのである。

## 2. 研究の目的

(1) 本研究は、わが国の現行刑法典に存在している累犯加重規定を研究対象とする。重ねて犯罪を行った者が一定の要件を備えた場合に刑を加重する旨規定する累犯加重の根拠については、従来、様々な見解が提示されたが、未だ説得的な根拠付けは示されていないのが現状である。したがって、累犯加重規定の存在意義が改めて問われなければならない。

(2) かつて累犯加重規定を刑法上有していたドイツやスイスにおいては、当該規定の問題性について学界で活発な議論が行われた結果、当該規定は削除されるに至っている。ドイツおよびスイスにおいて、主な削除理由として挙げられているのは、累犯加重規定は行為責任原理と一致し得ないという点(ドイツ *BGBI*, 1986, S. 393) 累犯加重規定によって考慮される「累犯」要素が量刑事情として再度考慮されるということが「許されない二重処罰」へと至るという点(スイス *BBI*, 1999, S. 2060) である。

(3) わが国においても、累犯加重規定と行為責任論は一致しない、当該規定は一事不再理の原則を定める憲法 39 条後段に抵触する等の点が夙に指摘されているが、この点についてわが国の判例(最判昭和 24 年 12 月 21 日刑集 3 巻 12 号 2062 頁)は、累犯加重規定の違憲性を否定している。しかし、このような判例の態度には疑問を禁じ得ない。

(4) 本研究は、ドイツおよびスイスとの比較法研究を基礎として、わが国の累犯加重規定が存置に耐え得るものであるかについて批判的に検証するという視点から、当該規定が孕む問題点を抉り出すことを目的とするものである。本研究は、現行の累犯加重規定が実際に再犯予防という点で有効な機能を

果たしているか否か、そして、仮に否であれば、再犯予防のために如何なる実践的な対策を講ずべきかを模索するための羅針盤となる。

## 3. 研究の方法

(1) 現在、累犯加重について説得的な正当化根拠は見出し難い状況にあるといえる。本研究においては、最近の刑法学においては論及されることが少なくなった累犯加重規定の問題性について、刑法理論的側面および刑事政策的側面の両側面から再検討する。

(2) 本研究では、まず、わが国の累犯加重規定について、これを正当化する諸見解を再検討する。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。

(3) 本研究で考察の対象とする累犯加重の根拠について、多数説は、刑の執行を受けたにも拘らず懲りずにまた犯罪を重ねた点により大きな非難可能性が認められると考えている。しかしながら、累犯加重の根拠を行為責任論によって説明するのは極めて困難であるとされてきたのである。他方で、この累犯加重を根拠付け得る理論として有力に唱えられた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」という考え方について、人格態度それ自体は必ずしも明確に認定できるものではなく、また、人格態度がそのまま意思あるいは行為として現れるとは限らないがゆえに責任の有無を行為の背後にある人格に求めることは妥当でない旨の正鵠を射た批判が向けられてきた。

(4) 本研究では、ドイツおよびスイスにおける理論展開を仔細に分析しつつ、累犯加重規定の問題性について考究した。累犯加重規定の問題性を論証するためには、当該規定が再犯予防の必要性という刑事政策的な観点からも正当化し得ないことを明らかにする必要がある。この点に関しては、たとえば、「典型的な累犯者というのは、主として意志薄弱や情緒不安定で往々にしてその人格に欠陥があり前刑の警告機能の影響を殆ど受けない人間である」(*G. Stratenwerth*) との指摘もある。そうであるとすれば、累犯加重規定は累犯再犯予防という点では有効とはいえず、むしろ犯罪者の人権を無視することにも繋がり得る。このような観点からは、累犯加重規定はそれを存置しておくことによって生み出される弊害が大きいのではないかとも考えられる。本研究においてはこの点についても説得的な論証を試みた。

#### 4. 研究成果

(1) 本研究に関する予備的考察である西岡正樹「累犯加重に関する一考察」法政論叢(山形大学)56号(2013年)1-30頁において、累犯加重が孕む理論的問題性を剔抉し、累犯加重が理論的に正当化し得ないことを主張した。

(2) しかし、上記の予備的考察に対しては、「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(中島広樹「書評」平成法政研究18巻1号[2013年]145-153頁)。そこで、本研究においては、指摘を受けた上記二点を意識しつつ、累犯加重規定の現代的意義に関する批判的考察を行った。

(3) 累犯加重の根拠について、従来、有力に主張されてきたのは、いわゆる警告理論である。警告理論は、累犯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ことを加重根拠とする見解である。かつて累犯加重規定を有していたドイツにおいても、連邦憲法裁判所判決(BVerfGE 50, 125, 134)が警告理論に親和的な立場を採っている。尤も、警告理論の実質は、懲りずに罪を重ねてしまった行為者の危険な人格ないし行為者の人格形成過程を責任非難の対象とするものであるといえよう。しかしながら、刑罰は行為責任を原則とし、かつ限界とするとの考えを基礎とする責任主義の原則を堅持する立場からは、性格責任論や人格責任論は責任主義の原則に抵触する考えとして俄に採用することはできない。然りとて、行為責任論の立場から累犯加重を根拠付けることは尚更困難であることは、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。

(4) 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、ドイツ刑法学においては、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、刑罰を規範妥当を回復するための手段と捉え、累犯は規範妥当の侵害度が高いがゆえにより重い刑罰が科されるべきであるとする見解が有力に主張されている(F. Streng, W. Frisch, M. Pawlik)。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。ここでは、累犯者は初犯者と比較して、規範に対する侵害の程度ないし法益侵害性の強さが甚だしいという点が指摘される(西原春夫、内田文昭)。さらに、前科が量刑上重く評価されることの根拠を、再度の規範侵害が持つ規範動揺(法益の軽視・否定)に求める見解

(井田良)も同様の視点に立つものであろう。

(5) 以上のように累犯加重の根拠を違法性の増大に求める見解(以下、違法増大論)に関しては、そこにある「違法性」の実質を、「法益侵害・危険」を内容とする結果無価値に求めるか、「規範違反性」を内容とする行為無価値に求めるかが問題となる。前者に対しては、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更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。他方、後者に対しては、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もみえる。しかし、後者の立場を主張する論者も認めるように、このような立場は、情緒不安定ないし意志薄弱によって犯罪を累行する者に対しては妥当し難いであろう。

(6) そもそも、違法増大論の発想は、警告理論のそれと径庭がないように思われる。つまり、両者ともに、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。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科すべきであるとする見解(G. Jakobs)と異なるところがないといえる。しかしながら、このような立場は、責任主義の原則が有する刑罰限定機能を著しく弱めてしまうものであるように思われる。したがって、累犯加重規定を理論的に正当化することは、やはり困難であるとの結論に達した。

(7) かつてドイツ刑法に規定されていた累犯加重規定は、主として行為責任原理との不一致を理由に削除されたが、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。この点、わが国の一般的累犯加重規定は刑の下限の引き上げは予定していない。しかしながら、特別刑法上唯一の累犯加重規定である盗犯等防止法3条の常習累犯強窃盗は、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、刑の一律的引き上げという処分がいかに正当化され得るのが問われるべきである。

(8) 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。したがって、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。この点、判例は、大審院以来、盗犯等防止法 3 条に該当する犯人に対して、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（大判昭和 14 年 7 月 14 日刑集 18 卷 12 号 411 頁、最決昭和 44 年 6 月 5 日刑集 23 卷 7 号 935 頁）。仮に盗犯等防止法 3 条において、常習性ととも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になる。しかし、このように解した場合、盗犯等防止法 3 条に該当する犯人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。このような批判をかわすためには、盗犯等防止法 3 条の刑の加重根拠は、専ら「常習性」に求められよう。

(9) ところで、盗犯等防止法は、2 条において常習特殊強窃盗を規定しているが、その法定刑は、同法 3 条と同一である。したがって、盗犯等防止法 3 条の刑の加重根拠を専ら「常習性」に求めるならば、同条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。しかしながら、判例は、このような見方を否定している（たとえば、広島高判平成 10 年 3 月 19 日判時 1645 号 157 頁）。そこでは、盗犯等防止法 3 条における「常習性」に「相当程度の常習性（顕著な常習性）」を要求することは、常習性の要件を限定的に狭く捉えるものであって相当ではない、とされている。

(10) わが国の判例は、「常習性とは、反復して当該行為をする習癖をいう」として、常習性の認定において、「習癖」概念を重視している。この習癖概念と同義と解されるものとして、ドイツ刑法 66 条（保安監置）における「習癖（Hang）」概念が挙げられる。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、行為者が社会にとって危険であることが明らかである場合」に初めて保安監置を命じることができると規定する。そして、当該規定を巡っては、「習癖性」と「危険性」との関係が問題とされてきた。この点について、ドイツの学説の大勢は、両者を明確に区別することはできないとの立場を採る。つまり、「習癖性」の認定において考慮される事情が、「危険性」の認定において再び考慮され、両者は循環論法に陥っているとの批判がなされている（*J. Kinzig*）。このような理解に従えば、わが国の常習犯加重規定の実質的根拠もまた、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ず、理論的正当化は困難であろう。

(11) 今後の展望として、本研究において得られた成果をもとに、責任論と刑罰論に関する他の諸問題について研究を発展させたい。なお、上記(3)～(6)については、西岡正樹「累犯加重と常習犯(1)」法政論叢(山形大学)60・61 合併号(2014 年)103 - 128 頁において、また、(7)～(10)については、西岡正樹「累犯加重と常習犯(2・完)」法政論叢(山形大学)63・64 合併号(2015 年)61 - 89 頁において詳しく論じている。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計 2 件)

西岡 正樹、累犯加重と常習犯(1)、法政論叢(山形大学)、査読有、60・61 合併号、2014、103 - 128 頁

西岡 正樹、累犯加重と常習犯(2・完)、法政論叢(山形大学)、査読有、63・64 合併号、2015、61 - 89 頁

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

西岡 正樹 (NISHIOKA, Masaki)  
山形大学・人文学部・准教授  
研究者番号：40451504

### (2) 研究分担者

なし

### (3) 連携研究者

なし