

令和 2 年 6 月 9 日現在

機関番号：11501

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2017～2019

課題番号：17K03422

研究課題名（和文）常習犯規定に関する総合的研究

研究課題名（英文）A comprehensive study of enhanced penalty for habitual offender

研究代表者

西岡 正樹（NISHIOKA, Masaki）

山形大学・人文社会科学部・准教授

研究者番号：40451504

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,500,000円

研究成果の概要（和文）：本研究は、わが国の刑法に存在している常習犯加重規定について、ドイツ、スイス、オーストリアとの比較法研究を基礎として、総合的な考察を加えたものである。常習犯加重の根拠については、これまで諸種の見解が主張されてきたが、未だ説得的な根拠は提示されていない。

本研究は、研究期間を通して、常習犯加重規定は理論的に正当化し得ないということを再確認し、その一部を論文として公表した。

研究成果の学術的意義や社会的意義

本研究は、刑法学における責任論と刑罰論の観点から、ドイツ語圏刑法との比較法的手法を用いながら、常習犯加重規定の解釈と運用の実態を明らかにすることによって、常習犯加重規定の合理性を検証するものであり、この点に学術的意義が認められる。そして、常習犯加重規定の存廃についての態度を明確にすることによって、あるべき常習犯対策を模索するための指針を提示することを目指したものであり、この点に社会的意義が認められよう。

研究成果の概要（英文）：This study is a comprehensive investigation of enhanced penalty for habitual offender in Japanese criminal law based on comparative study of law in Japan and Germany/Switzerland/Austria. Although a variety of views on enhanced penalty for habitual offender have been advocated so far in Japan, there seems no persuasive argument has been given for establishing it.

Through a study period, it is reconfirmed that enhanced penalty for habitual offender cannot be theoretically justified and published a part of this study as an article.

研究分野：刑法学

キーワード：責任論 刑罰論 責任主義の原則 常習犯加重 量刑責任

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19 (共通)

1. 研究開始当初の背景

(1) わが国の現行刑法典および特別刑法は、特定の犯罪類型に対する常習犯加重規定を持つ。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それ自体に基づく実質的な概念であることなどから、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理解されてきた(岡藤重光編『注釈刑法(2)-』〔1969年〕666頁以下〔田宮裕〕)。他方、国外に目を転ずると、常習犯加重規定のほか、危険な常習犯に対する保安処分等の刑事制度が存在し、それらの諸制度の是非を巡って議論がなされている。

(2) わが国の常習犯加重規定に対しては、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(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)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。責任主義の原則を堅持する立場から常習犯加重をいかに根拠づけるか、あるいは根拠づけが困難であるとすれば、あるべき常習犯対策とは何かを検討することは、刑事責任論および刑事政策論において解決すべき現代的課題である。

2. 研究の目的

(1) 本研究は、常習犯加重規定を研究対象とする。所定の犯罪を反復累行する習癖を有するとされる常習犯に対しては、わが国のみならず、諸外国においても様々な対策がなされてきた。諸外国においては、危険な常習犯に対して保安処分によって対処しようとする刑事制度も現存する。しかしながら、それらの国々においても、常習犯加重が責任主義の原則と調和し得ないという認識は広く認められてきたところである。

(2) 本研究は、とりわけドイツ、スイス、オーストリアのドイツ語圏刑法との比較法研究を基礎として、わが国の常習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し、あるべき常習犯対策を模索するための指針を提示することを目的とするものである。

3. 研究の方法

(1) 本研究課題においては、刑事責任論に関する研究代表者のこれまでの研究を下地として、常習犯加重の根拠について、先行研究を踏まえつつ再検証する。本検証によって、行為責任論の妥当性と常習犯加重が正当化困難であることを理論的に明らかにする。

(2) ドイツ語圏刑法における常習犯加重規定ないし常習犯対策について考察する。ドイツ語圏刑法は、いわゆる危険な常習犯対策として、刑罰とは別に保安処分による対応をも予定しているが、このような刑事政策的対応が常習犯対策として実効性があるものかについても検証する。

(3) 上記(1)と(2)を踏まえた上で、常習犯加重規定の合理性について検討し、あるべき常習犯対策の方向性を示す。

4. 研究成果

(1) 研究代表者は、かつて累犯加重の根拠に関して若干の考察を加えた(西岡正樹「累犯加重に関する一考察」法政論叢 56号〔2013年〕1~30頁)。しかし、これに対しては、「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頁以下)。そこで、これらの指摘に応える形で、違法増大論の検討および特別刑法上唯一の累犯加重規定である盗犯等ノ防止ニ関スル法律3条(常習累犯強窃盗)に関する考察を行った(西岡正樹「累犯加重と常習犯(1)(2・完)」法政論叢 60・61合併号〔2014年〕103~128頁、63・64合併号〔2015年〕61~89頁)。ただ、「常習犯に関する総合的な考察」は手付かずとなっていた。

(2) 責任主義の原則を堅持する立場から常習犯加重をいかに根拠づけるか、あるいは根拠づけが困難であるとすれば、あるべき常習犯対策とは何かを検討することは、刑事責任論および刑事政策論において解決すべき現代的課題である。そこで、本研究課題においては、刑法上の責任概念および累犯加重に関する研究代表者のこれまでの研究を基礎として、内外における近時の責任概念および常習犯を巡る更なる理論展開を検討した上で、わが国の常習犯加重規定が内包する刑法理論的および刑事政策的問題点を明らかにすることを目指した。

(3) 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。本研究課題においては、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、次いで、学説における常習犯規定を巡る理論展開について概観した。

(4) 本研究課題においては、刑法 186 条 1 項の常習賭博、および、暴力行為等処罰ニ関スル法律（大正 15 年法律第 60 号）盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律（昭和 5 年法律第 9 号）いわゆる迷惑防止条例等に存在する常習犯における「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、「習癖」概念を中核とする「常習性」の認定が行われていることが確認された。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明らかにされた。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。

(5) 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」と結びつくわけではないであろう。また、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判例の見地からは、問題となる犯罪の前科の有無・内容が重視されるように思われるが、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。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な方向で考慮されているとすれば、それは許されない二重評価にあたり、是認できない。

(6) 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示唆している。したがって、困難かつ曖昧な「常習性」認定を要する常習犯加重規定は削除し、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の結論に達した。

(7) 他方、学説においては、従来、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、諸種の理論が主張されてきたが、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根拠づけることには成功していないように思われる。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（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）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（小林憲太郎「刑罰に関する小講義（改）」立教法学 78 号（2010 年）56 頁以下等）が主張されるに至っている。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」の側面が包含されていると解する立場であるといえよう。

(8) しかし、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。

(9) さらに、ドイツ、スイス、およびオーストリア刑法においては、常習犯加重規定のほか、保安処分による常習犯対策もなされている。これらドイツ語圏刑法における常習犯対策の検討については、上記(8)に関する考察も含めて、論文として研究成果を近公表予定である。

(10) 今後の展望として、本研究課題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諸問題について研究をさらに発展させたい。なお、上記(3)～(7)については、西岡正樹「常習犯規定に関する一考察（1）」法政論叢 72 号（2019 年）1～42 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1件（うち査読付論文 1件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 1件）

1. 著者名 西岡正樹	4. 巻 72号
2. 論文標題 常習犯規定に関する一考察（1）	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 法政論叢	6. 最初と最後の頁 1～42
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 有
オープンアクセス オープンアクセスとしている（また、その予定である）	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 （ローマ字氏名） （研究者番号）	所属研究機関・部局・職 （機関番号）	備考
---------------------------	-----------------------	----