

行為者の属性としての常習性概念の問題性

一判例を素材として

中島広樹

はじめに

1. 考察の対象

～大阪高判平成15年10月29日判時1862号176頁～

2. 累犯要件を失した窃盗行為と常習累犯窃盗罪との罪数関係

3. 窃盗目的の住居侵入罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係

おわりに

はじめに

常習賭博罪に関する判例において、最高裁大法廷は「刑法186条の常習賭博罪が同185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。そして、賭博常習者というのは、賭博を反復する習癖・即ち犯罪者の属性による刑法上の身分であるが、憲法14条にいわゆる社会的身分と解することはできない」と判示している⁽¹⁾。

すなわち、判例は常習性を行為者の属性・責任要素として把握していると解される。

そして、学説においてもまた、常習性を行為の属性ではなく、行為者の属性であって、犯罪論の体系上は、違法要素ではなく責任要素であると解する立場ないし少なくとも行為の属性を加えた折衷説的立場が通説となっている⁽²⁾。

しかし、常習性の法的性格については、立法過程の段階からすでに、行為主義的把握が行われていたことが知られており⁽³⁾、判例も当初、常習賭博罪における「常習」を行為者の属性と解していなかった⁽⁴⁾し、学説にいたっては、今日も依然として行為の属性と解する見解が有力であることは周知のとおりである⁽⁵⁾。

常習性を行為者の属性と解する見解は、もともと常習犯が端的に行行為者の危険性に着眼した概念であったという、立法例や刑法学・犯罪学上の事情を重視するものであり、相応の説得力はあるといえよう⁽⁶⁾。

しかし、また常習性を行為者の属性と解することにより、法解釈上、様々な看過しがたい問題を生じさせてしまうのではなからうか。

本稿においては、最近公刊物に登載されたひとつの判例を手掛かりに、これまであまり指摘されることのなかった観点から、行為者の属性としての常習性概念につき批判的な検討を行ってみたい。

1. 考察の対象：大阪高判平成15年10月29日判時1862号176頁

本判決は、常習累犯窃盗、各住居侵入・窃盗、窃盗目的の住居侵入という四個の訴因で起訴された事件につき、原審が、これら四個の犯罪事実を認定して、併合罪として処理したにもかかわらず、常習累犯窃盗の包括一罪として評価すべきであ

るとしたものである。

本判決の重点は、検察官が、その起訴裁量権に基づいて の常習累犯窃盗から ～ を切り離して、四個の事実を別々に起訴し、しかも ～ の訴因には犯行の常習性についての記載のなかった事例につき、「犯罪事実は各訴因ごとに認定すべきであるが、そのうちの一つの訴因が他の訴因と一罪の関係にあることがその訴因の記載自体によりうかがわれる場合には、罪数判断に当たっては、証拠により認められる実体法上の罪数関係に従うべきである」と判示して、罪数判断のうえで訴因記載外の事情を考慮すべきとした点に求められているが、本稿の問題関心は、本来、別個に起訴された と ないし と との罪数関係を常習累犯窃盗罪と一罪の関係にあるとした点の当否に係わっている。

すなわち、前者についてはすでに「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」(以下、盗犯防止法という)3条の累犯時効を失した窃盗行為(・)についても、常習累犯窃盗の構成要件に該当するとの解釈を許容させる「行為者の属性」としての常習犯概念の問題性、後者に関しては、窃盗目的の住居侵入罪が常習累犯窃盗罪と一罪の関係にあるとした最高裁判決⁽⁷⁾が存するが、この一罪という罪数判断に際して生じる「行為者の属性」としての常習性概念の問題性につき、順次考察する。

2. 累犯要件を失した窃盗行為と常習累犯窃盗罪との罪数関係

本判決によると、被告人は、昭和61年以後、住居侵入、窃盗又は窃盗の罪で三回、常習累犯窃盗の罪で三回も懲役刑を受けていずれも服役しながら、平成12年10月に前刑の執行を終えて出所した後、間もなく窃盗を再開し、以後2年もの間、空き巣狙いの窃盗で生計を立てていたものであり、本件は、空き巣狙いの住居侵入、窃盗三件(うち一件は常習累犯窃盗としての起訴)、住居侵入一件の事案である。

そして、本判決は、二個の訴因に記載された各住居侵入・窃盗(それぞれ ・ とよぶ)および一個の訴因に記載された金品窃取目的の住居侵入(とよぶ)は、いずれも、被告人の窃盗に対する常習性の発現であると認められるから、常習累犯窃盗(とよぶ)の訴因に包括され、これと一罪の関係にあると評価すべきであるとしたが、 ・ の各事実は、それ自体としてみれば、過去10年以内に窃盗罪等につき3回以上6か月の懲役以上の刑の執行を受けるなどしたことを要するとの常習累犯窃盗の構成要件には該当しないが、常習性の発現として行われた複数の窃盗については、その最初

の窃盗行為を基準として過去10年以内に3回以上6か月の懲役以上の刑の執行を受けたことがあれば、上記複数の窃盗が全体として常習累犯窃盗の構成要件に該当するものと解される、と判示した。

なるほど、盗犯防止法3条にいわゆる「行為前10年内」とは、一般に、当該常習累犯強・窃盗にあたる最初の行為が開始される前の10年内という意味であり、「10年内」とは、その最初の行為が開始された当日を除き、その行為の前日から10年を遡った日以後という意味と解されている⁽⁸⁾。

しかし、なぜ「その行為が終了する10年前」ではなく、「その行為が開始される10年前」なのか、その根拠は説明されない。

常習累犯窃盗は、常習犯でありと同時に累犯でもある。そして、常習犯は集合犯であるから、複数の窃盗行為によって構成されるはずである⁽⁹⁾。その場合、刑の加重根拠が、常習性とともにも累犯性にも求められるならば、通常、累犯加重の根拠は、累犯行為が前刑の警告機能を無視してなされた点に重い行為責任を生じる点に存する⁽¹⁰⁾ことから、集合犯としての常習犯を構成する各行為ごとに前刑の警告機能無視が認められなければならないであろう。

その結果、常習犯を構成する最初の窃盗行為のみならず、最後の窃盗行為までが累犯時効の要件を満たすべきである（終了は不要であろう）と解されるはずである。

そして、このような理解に立つならば、本件・は、原判決判示の如くとは併合罪関係にあると考えられなくてはなるまい。

しかし、通説・判例ともに盗犯防止法3条においては、最初の行為が累犯時効の要件を満足させれば足りる、とするのはどのような根拠からなのであろうか。

それは、前述した常習累犯窃盗の刑罰加重の根拠につき、常習性のほかに累犯性も加味して考える見解自体の問題性に係わるのではなからうか？

すなわち、盗犯防止法3条の刑の加重根拠が、常習性にのみ求められるとするならば、累犯性の要件充足に関しては、集合犯を構成する各行為ごとに厳格に要求する必要はないということとなる。

では、盗犯防止法3条の刑の加重根拠、換言すると、盗犯防止法3条における常習性と累犯性とはどのような関係にあると解されているのであろうか？

この問題に関しては、従来、おおむね三種類の見解が主張されてきた⁽¹¹⁾。

すなわち、第一に、刑を加重する根拠は常習性のみであり、累犯性は刑を加重する根拠ではなく、常習者の中から一定の者を選びだす形式的基準であり、直接には常習

性の程度や有無を識別するものではない、という考え方である⁽¹²⁾。

ただ、この見解によっても、累犯性の要件を充足する者は、多くの場合、常習性の程度が、事実上顕著であろう。

次に、累犯性の要件によって、盗犯防止法3条の常習性は、通常の常習罪における常習性に比べて常習性が顕著なものに限定される、とする見解である⁽¹³⁾。

そして、第三の見解として、常習性が刑を加重する主たる根拠であり、累犯性が従としてではあるが、常習性とは別個に刑を加重する根拠と解するものが存する⁽¹⁴⁾。

これら三種の見解のうち、第二の見解については、なるほど、盗犯防止法3条は、同法2条と同様に強窃盗罪の常習者のなかから一定の累犯要件を充足する者に刑を加重しようとするものであり、法定刑も同一であることから、立法当局者としては、2条が犯行の手段、態様に着目して、特定の危険な方法による強窃盗罪の常習者を重く罰しようとするのに対して、3条は、これと同価値と認められる程度の常習性のすこぶる進んだ者を対象としようとした、と考えることは、理解しえないこともない。しかし、常習性と累犯性には、事実上、必ずしも強固な相関関係は認められず、したがって、累犯性が常習性の意義を通常の場合より制限するとは解しがたい⁽¹⁵⁾。

ついで、第三の見解は、常習累犯窃盗罪を、行為責任の見地からの累犯加重と行為者責任の観点からの常習犯加重の結合形態と解釈するものであり、一見説得力のある外観を呈するものの、しかし、このように本条を特別な累犯規定と解する結果、常習累犯窃盗罪に対して刑法56条を適用することが、二重処罰の危険に陥るため不可能となる結果、56条の要件を備えた常習累犯窃盗者の処断刑の上限が15年、同様の累犯要件を充足する通常の窃盗者の処断刑の上限が20年という不均衡を招来せざるを得ない⁽¹⁶⁾。

そこで、第一の見解が妥当とされる。すなわち、常習累犯窃盗は、累犯と称するものの実体は常習犯の一態様にすぎず、累犯要件は、前述したとおり、常習者のなかから、一定の者を選択するための形式的条件にほかならず、ただ多くの場合、常習性の顕著なものが選ばれるということになるにとどまる、と解されるべきこととなる。

その結果、盗犯防止法3条における常習累犯窃盗は、常習犯加重規定であり、累犯時効は、行為責任の観点から累犯加重を根拠づける機能とは無関係であることから、常習犯を構成する最初の窃盗行為についてのみ要求されるにすぎないと解しても、何ら支障はないということとなる。

ところで、常習累犯窃盗罪を構成する行為のうち最初の行為のみが、累犯時効の対

象となるという考え方の根底には、常習性を行為者の属性と解する判例の立場が影響していると解される。

常習性を行為者の属性と解する場合、常習性による責任加重（行為者責任）という理解を採ることが必要となる⁽¹⁷⁾が、この結果、常習累犯加重は、常習犯加重のみでまかなうことが可能となり、あえて累犯加重を援用する必要性が存しない。

集合犯たる常習犯を構成する各行為について、累犯要件を吟味する必要性も消滅するので、累犯時効は最初の行為から起算すれば足りてしまうのである。

もし、常習性を行為の属性と解するならば、刑の加重根拠についての考え方次第では、累犯時効との関係を厳密に解さなくてはならない場合もありえよう⁽¹⁸⁾。

このことから、刑の加重された常習累犯⁽¹⁹⁾という規定を設けた場合、常習性を行為者の属性と解するならば、累犯性は刑罰制約に関するその実質的意義を失ってしまうであろうことを知りうるのである。

そして、常習犯が行為者の属性とされる結果、常習犯加重が行為者責任に支えられ、累犯加重が「高められた行為責任」という一応の行為責任が通説的根拠とされている点に鑑みると、常習累犯においては行為責任の原則は、名実ともに完全に放棄されるに至らざるを得ない。

3. 窃盗目的の住居侵入罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係

10年以内に、三回以上、窃盗罪により6月の懲役以上の刑に処せられてその執行を受けている者が、それにもかかわらず、更に常習として、数個の窃盗罪と窃盗を目的とする住居侵入罪を犯した場合、この住居侵入罪は、他の窃盗罪とともに、一個の「盗犯等ノ防止防止及処分ニ関スル法律」（以下、盗犯防止法という）3条の常習累犯窃盗罪を構成するのか、それとも、常習累犯窃盗罪として包括評価されるのはあくまで窃盗罪だけで、住居侵入罪は、これとは別罪を構成し、両罪は併合罪の関係に立つことになるのか？

この点につき、判例は、かつて一罪説と併合罪説に分かれていたが、昭和55年、最高裁判決（以下55年判決という）は一罪説に立つことを明示して判例を統一したことは前述のとおりである（注（7）参照）。

そして、学説もまた、一罪説が通説といってよい状況であるが、しかし、一罪説とはいっても、その内容は法条競合説、包括一罪説、科刑上一罪説に分かれている⁽²⁰⁾。

だがしかし、学説においては、依然として併合罪説も有力に主張されており⁽²¹⁾、判例において解決されたかに見える「窃盗目的の住居侵入罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係」は、今なお決して解決済みとは言いがたい問題といえよう。

そこで、この問題に関する議論の検討を通じて、行為者の属性としての常習性概念が各種の見解に及ぼす影響について考察したい。

(1) 併合罪説

実務では、55年判決以前は、併合罪説が大勢を占めていたといわれるが、ここでは55年判決の上告趣意において引用された二個の判例と上告趣意自体を検討する。

a. 仙台高判昭和48年10月5日判例集不登載⁽²²⁾

常習累犯窃盗犯人が他人の寮内の三室に入って、各室から現金、カフスポタン等を窃取したほか、同日、他人の住居に窃盗目的で侵入した事案について、住居侵入の罪と常習累犯窃盗の罪とを併合罪とすることは刑の不均衡をもたらすとする弁護側の控訴趣意に対して、以下のように判示した。すなわち、

『住居侵入罪は、窃盗罪と別個の法益侵害に関する異種独立の犯罪で、両者がともに成立し手段結果の関係にある場合には科刑上一罪として取り扱われるが、元来、それ自体独立して刑罰上の評価を受けるべきものであるから、これがかかる関係のない常習累犯窃盗の罪と併合罪の関係に立つことは当然である』。

b. 東京高判昭和49年5月21日判例集不登載⁽²³⁾

常習累犯窃盗犯人が二回にわたり他人の現金、カメラ等を窃取したほか、その翌日に他人の住居に窃盗目的で侵入した事案において、原判決が住居侵入と常習累犯窃盗とは包括一罪の関係にあるとして、刑法130条を適用することなく、盗犯防止法2条、同3条のみを適用したのに対して、以下のように判示した。すなわち、

『同法律第3条を構成する行為は同法律2条に列記されているものに限られ、原判決の住居侵入の罪は、右法律第2条に列記されたものに該当しないから、これに対し同法を適用すべき限りではない』。

c. 55年判決上告趣意

上記二個の判例を引用するほかに、併合罪説を採用すべき三つの論拠を挙げる。

すなわち、盗犯防止法の解釈論、刑の不均衡、既判力問題である。順次検討することとする。

盗犯防止法の解釈論⁽²⁴⁾

上告趣意は、昭和初年の経済不況下に頻発した凶悪な強窃盗に対する厳しい世論を背景に盗犯防止法が定められた点を指摘し、同法2条と3条の関係につき、文理解釈を施して、それぞれ独立の犯罪類型であると論じている。

すなわち、盗犯防止法は、常習累犯者にできる限り長期刑を科すべきであるとの刑事政策的見地から制定されたものであり、同法2条及び3条は、それぞれ独立の処罰類型として定められていて、3条が2条の補充的規定でないことはもとより、3条が忍び込み盗、押し込み盗のみを対象としたものでもなく、あらゆる形態の常習的盗犯を対象として制定したことは明らかである。

そして、3条の場合、2条に定めるような特殊な個別の行為類型をすべて捨象し、所定の累犯前科を刑の加重事由としている。加えて、3条を構成する行為は、2条に列記されている刑法235条の罪又はその未遂罪に限られており、刑法130条の住居侵入は、たとえ常習性の発現としての窃盗目的の住居侵入であっても、2条に列記された行為として掲げられていない以上、同法律によって処罰されないことは、規定の文理積上明白である、という旨主張している。

刑の不均衡⁽²⁵⁾

これは、窃盗目的で住居に侵入したが、まだ窃盗に着手していない場合を併合罪として扱うときは、窃盗罪に着手した後は、常習累犯窃盗罪に包含され、かえって処断刑が軽くなる、という不合理を指摘した原判決に対する反論としてなされたものである。その要旨は以下のとおりである。

すなわち、常習累犯窃盗罪の法定刑は3年以上15年以下の懲役であり、その幅は、罪数論によって直ちに甚大な影響を受ける程狭いものではない。

住居侵入について懲役刑を選択した場合における併合罪加重と累犯加重を比較すると、その長期は、前者では18年、後者では20年で大差がない上、短期は変わらない。そして、常習累犯窃盗には累犯加重の適用があるとする判例の立場によれば、多くの場合、3年以上20年以下の範囲内で処断されるから、住居侵入罪を併合罪としてもその刑の範囲内にあるし、また同条を適用した場合の量刑の実態は、ほとんど法定刑の

下限に集中しており、実質的に被告人に不利益はない、と論じる。

既判力問題⁽²⁶⁾

これが併合罪説の最も強力な論拠といわれるのだが、併合罪説によらない場合、常習累犯窃盗の犯人が住居侵入だけで逮捕され、他の窃盗の余罪が発見されないときは、住居侵入の刑で罰するほかないが、その場合には、後日、常習累犯窃盗にあたる余罪が発覚しても、重ねて処罰することができないという不都合があるとされるのである。

以上のうち、⁽²⁷⁾は、先に引用した二つの高裁判例の判旨を補強して、併合罪説を基礎づけようとするものであるから、併合罪説の論拠は、上告趣意における⁽²⁸⁾の主張に要約しうるのである。

そして、⁽²⁹⁾および⁽³⁰⁾は、どちらかといえば政策・実務面からの論拠であるのに対して、⁽³¹⁾は文理解釈・立法趣旨に基づく盗犯防止法2条・3条の法的関係に関連した論拠であり、そこにおいて展開される、両者は独立の犯罪類型であるから、住居侵入は2条と異なり3条には含まれず、従って、常習累犯窃盗罪と窃盗目的の住居侵入罪とは併合罪である、とする常習累犯窃盗罪の本質論に基づく議論が最も重要と考えられる。

すなわち、文理解釈上、盗犯防止法3条の構成要件に住居侵入行為を読み込もうとするのは、はじめから無理であるといわざるを得ない⁽²⁷⁾にもかかわらず、他方で、通説においては、一罪説が主張されており、判例もまた、前述のとおり、昭和55年判決は一罪説を採用することを明示した。ただ、併合罪説が退けられた論拠は、上記の処断刑の不均衡に関する反論が奏功しなかったためと解されている⁽²⁸⁾。

本質論として、数罪が成立すると考えるのが盗犯防止法3条の文理解釈としてきわめて自然であるにもかかわらず、何故、一罪説が解釈論として可能となるのであろうか？

次に、その点を検討してみることにする。

(2) 一罪説

一罪説の内容であるが、判例には、住居侵入行為が常習累犯窃盗罪に吸収されるとするもの、両行為は包括して常習累犯窃盗罪の一罪となるとするものが存し、学説上は、法条競合説、包括一罪説、科刑上一罪説に分かれる。

以下において、順次検討したい。

判例

a. 京都地判昭和46年5月22日判タ265号230頁

盗犯防止法3条の罪は、2条の罪と補充関係に立つので、2条と3条の要件を同時に具備する場合（刑法54条1項前段の規定に依拠することなく）、ただちに2条のみを適用すべきであり、2条の要件を具備しない場合にはじめて、3条を適用すべきであると述べ、両者の関係からして、当然3条には、2条と同様に手段としての住居侵入行為が取り入れられていると解すべきという旨判示し、以下のように論じた。すなわち、

『住居侵入の所為が窃盗の目的として行われ、その（目的とする）窃盗が常習性癖の発露として推認することを妨げられない限り、現実はその窃盗行為に及ばなかった場合でも、住居侵入の所為は常習累犯窃盗の罪に吸収される』。

b. 高松地判昭和44年9月18日判時590号106頁

盗犯防止法3条の罪は、2条のように方法の特殊性は要件とされていないものの、方法の特殊な場合を除外する趣旨だともいえないし、他方、2条も累犯性のある場合を除外する趣旨が明らかだともいえない。それゆえ、両者の重なる場合、規定相互の関係からは、いずれが優先するともいずれが吸収するとも断じがたい。

これは、立法の不備であり、2条にも該当するし、3条にも該当すると解するほがなく、2条を適用する場合には住居侵入が包括され一罪となり、3条を適用する場合は住居侵入が包括されず、併合罪となり、その選択如何によって処断刑に差ができるというのは不合理である。

しかも、盗犯防止法は、要件があいまいであり、刑が過酷であることから、被告人の刑責をいたずらに加重することのないように慎重を期すべきである、と述べ、結局、以下のように判示した。すなわち、

『2条が窃盗の常習性の発露としての夜間住居侵入を包括しているものと解するとともに、3条もまた窃盗の常習性の発露としての夜間住居侵入を包含していると解することが妥当である』。

c. 最判昭和55年12月23日刑集34巻7号767頁⁽²⁹⁾

55年判決であるが、本判決は、以下のように判示している。すなわち、

『盗犯防止法3条中）常習累犯窃盗に関する部分は、一定期間内に数個の同種前科のあることを要件として常習性の発現と認められる窃盗罪（窃盗未遂罪を含む）を包括して処罰することとし、これに対する刑罰を加重する趣旨のものであるところ、右

窃盗を目的として犯された住居侵入の罪は、窃盗の着手にまで至った場合にはもちろん、窃盗の着手にまで至らなかった場合にも、右常習累犯窃盗の罪と一罪の関係にあるものと解するのが、同法の趣旨に照らして相当である。

この判決により、当該住居侵入行為が、犯人の窃盗の常習性の発現として犯されたと認められる限り、あらゆる形態の住居侵入が常習累犯窃盗罪に包括されて、これと一罪の関係になるということになる、と評されている⁽³⁰⁾。

d. 小括

まず、京都地判が、2条と3条との関係を補充関係としつつ、併合罪説においては本来常習累犯窃盗に含まれるはずのない住居侵入が常習累犯に包含されていると解する理由は、前述のとおりであるが、そこでは、住居侵入の目的たる窃盗の常習性が、住居侵入を常習累犯窃盗に含ませる契機とされていることが示されている。

すなわち、行為者の属性としての常習性が、本来異なる窃盗行為と住居侵入行為を同化させる役割を果たしているのである。

同様に、高松地判が2条と3条との選択的適用を認めた結果、3条の構成要件に住居侵入を包含していると解釈しえたのも、2条と3条とがともに「常習的な盗癖を有するものを重く処罰しようとする趣旨」であることを条文解釈の基準としたためであった。すなわち、やはり、行為者の属性としての常習性が、明文で住居侵入行為を規定していない3条のなかに、住居侵入を含ませる解釈を可能にする役割を果たしている。

さらに、55年判決も、「窃盗目的の住居侵入罪も、窃盗罪の常習性の発現として評価すべきであるとしているように思われる」⁽³¹⁾という評釈の指摘するとおり、行為者の属性としての常習性概念を前提とするからこそ、住居侵入行為が窃盗行為の常習性の発現と評価される（同一の常習犯人の窃盗行為であり、住居侵入行為であるから、一つの犯罪と評しうる）ということにほかならない。

常習性が行為の属性と解せられるところでは、常習性を契機として、窃盗行為の構成要件のなかに住居侵入行為を読み込むことはできなかったはずである。

学説

a. 法条競合説

(1) 谷口説

2条と3条との関係を個別・補充の関係と解したうえで、盗犯防止法3条の常習累犯

窃盗の場合、窃盗の手段としての住居侵入がその構成要件に組み入れられていると解すべき論拠を三つ挙げる。

すなわち、第一に、盗犯防止法制定の経緯、第二に2条と3条の常習犯としての共通性、第三に常習累犯窃盗の法定刑の程度である。

第一の論拠は、盗犯防止法が当時頻発した忍び込み盗や押し込み盗に対処すべく制定されたことに照らせば、住居侵入はこの種の窃盗に当然随伴するものと解して、3条にいう窃盗罪・窃盗未遂罪もそのような住居侵入窃盗を予定したものと主張し、第三の論拠は、住居侵入と窃盗を別罪にするのは、屋内侵入盗の規定を欠く刑法の解釈として、屋内盗を屋外盗よりも重く処罰するための操作だったが、3条の常習累犯窃盗の規定は十分に刑が加重されているので、改めて別罪を構成すると解するまでもないという趣旨である。

しかし、これらの論拠はいずれも説得力に乏しい⁽³²⁾。

むしろ問題は、第二の論拠である。すなわち、谷口説は、2条の場合、窃盗の手段としての住居侵入行為が独立に評価されることはないが、常習者限定の方法が2条と異なるとしても、3条もまた「特殊の常習者について刑の加重を定めたもの」であって、2条の場合に明かな、窃盗の手段としての住居侵入を独立に違法評価しないという法の趣旨は、3条の場合にも同様に解すべきである、という旨主張する。

つまり、行為者の属性たる常習犯概念を媒介として、2条と3条が同視された結果として、明文上、常習累犯窃盗の概念内容として住居侵入が含まれているとはいえない⁽³³⁾にもかかわらず、住居侵入が3条の構成要件要素と解釈されているわけである。

本来、「住居侵入」と「窃盗」は、行為としては互いに異なることは明白なのであるから、常習性が行為の属性ならば、やはり「常習住居侵入」と「常習窃盗」も別物のはずであるがゆえに、2条の構成要件要素として「常習」および「住居侵入」が存している場合、3条の法文には「常習」のほかに「住居侵入」も存しないかぎり、3条のなかに当然に「住居侵入」が含まれているとは解しえない。

すなわち、行為者の属性としての常習犯概念を前提とするからこそ、罪刑法定主義に反するような盗犯防止法3条の解釈を導くにいたることが判明するのである⁽³⁴⁾。

(2) 大塚説

この見解は、窃盗目的の住居侵入行為を独立の犯罪と認め、それを盗犯防止法3条の常習累犯窃盗の罪と科刑上の一罪ないし併合罪と解する立場を、「3条の罪の形式的

文理解釈にとらわれたもの」と批判し、さらに、包括一罪説についても、住居侵入行為を独立の行為として取り扱う必要がないとして退ける⁽³⁵⁾。

そして、盗犯防止法3条の罪における常習窃盗は、社会観念上、窃盗行為に通常伴う手口をも当然包含して理解するのが妥当であるとして、住居侵入を盗犯防止法3条に含ませる、という解釈（吸収説）をとる⁽³⁶⁾。

(3) 小括

法条競合説においては、2条と3条を同視したり、「常習窃盗犯人には、忍び込みその他住居侵入を手口とするものが少なくない」という議論を導く形等で、行為者の属性としての常習性概念が法解釈上、決定的な役割を果たしているといいうるのである⁽³⁷⁾。

b. 包括一罪説

(1) 庭山説

本説は、盗犯等防止法の立法趣旨が、常習犯の発現と認められる盗犯を包括して処罰することとし、これに対する刑罰を加重するものであることに思いをいたすとき、同法3条の常習累犯窃盗罪においても、「常習性の発現としての住居侵入（窃盗を目的とする）が常習一罪として包括されると解することに、さほど心理的抵抗はないであろう、として端的に「常習性の発現としての住居侵入」という表現を用いており、行為者の属性としての常習性概念を一罪として解釈するための前提としていることは明らかである⁽³⁸⁾。

この見解は、ほとんど吸収説と紙一重である⁽³⁹⁾が、しかし、このような解釈を採用した場合、包括一罪がもともと単一の犯意のもとに同質の保護法益を侵害する行為をいうものと考えられるにもかかわらず⁽⁴⁰⁾、法益を異にする窃盗罪と住居侵入罪を包括一罪と解する結果、罪数論上の妥当性を問われるような結論に至ってしまう。

(2) 林説

この見解は、3条は2条のような特殊な個別行為類型を排除し、所定の累犯前科等によって常習性を認めようとしていること、および3条は押し込み強盗等に限らず、あらゆる形態の常習犯を対象としているといえることを根拠に、吸収説を批判し、さらに、処断刑の不均衡という観点から併合罪説を問題視し、さらに結果・目的の関係が

現実化されていないので、牽連犯説をも退ける⁽⁴¹⁾。

そして、住居侵入は常習窃盗に通常伴うのであって、盗犯防止法が「常習的盗癖」による窃盗を重く処罰しようとした趣旨を中心に考えると、目的とされた窃盗が常習性の発露である限り、住居侵入は3条と包括一罪となる、と解する。

この場合、住居侵入と常習累犯窃盗は、ともに個人的法益に対する罪と考えられるから、包括一罪と解しうる、とするのである⁽⁴²⁾。

以上の見解もまた、行為者の属性としての常習性概念を基礎としたものであることが明白である。

この考え方に対しては、確かに、両者は個人的法益に対する罪であるが、異なる法益に対する罪であるから、別の機会に行われたこれらの罪を同一の機会に行われたものと同様に包括一罪と解するのは容易ではない、と批判されている⁽⁴³⁾。

(3) 小括

結局、行為者の属性としての常習性概念を基礎とする包括一罪説は、罪数論上の困難をきたすということが判明するのである。

さらに、訴因の記載あるいは事実認定において被告人に不利をもたらしうる、という点において罪刑法定主義との抵触の可能性をも否定できない、という指摘が存在することに注意すべきである⁽⁴⁴⁾。

c. 科刑上一罪説

(1) 飯田説

本説は、大塚説同様、盗犯防止法2条および3条は、それぞれ犯罪類型を異にする別個の常習犯について規定したものと解釈を前提としつつ、吸収説を批判し(注32参照) 刑の不均衡の観点から併合罪説も採用せず、窃盗の着手に至らない住居侵入は「常習性の発露としての窃盗を目的としたものであるから」全体として常習累犯窃盗と牽連犯の関係にあると主張する⁽⁴⁵⁾。

しかし、この見解に対しては、手段または原因としての住居侵入の相手である目的または結果としての犯罪の存在しない牽連犯を認めることは、刑法54条1項後段の文理に反する、という批判が加えられている。

牽連犯説もまた、「常習性の発露としての窃盗を目的としたものである」という形で、行為者の属性としての常習犯概念が、住居侵入と窃盗という互いに異なる行為を科刑

上とはいえ、一罪視させる解釈の基軸となっていることがわかるはずである。

その結果、54条の文言に反するような結論を招いている。

(2) 山火説

この見解は、処断刑の不均衡をもたらす併合罪説を批判し、吸収説は、いかなる解釈を施しても不可能もしくは困難であると論じ、包括一罪説も循環論法として退け、結局、常習累犯窃盗と窃盗目的の住居侵入罪の関係については、率直に両罪の成立を認め、包括的に常習累犯窃盗の刑によって処断するべき、すなわち、科刑上一罪の一種としての包括的一罪として扱うべきだと主張する⁽⁴⁶⁾。

そしてさらに、包括的一罪を認める実質的根拠として、包括される窃盗目的の侵入が、単なる住居侵入ではなく、常習窃盗の常習性の発露である、ということが重要である、とされる⁽⁴⁷⁾。

すなわち、常習窃盗の常習性の発露としての住居侵入は、常習窃盗の予備的実質を備えるから、常習累犯窃盗罪の刑によって包括的に処断すれば足りる、と主張するのである。

いうまでもなく、行為者の属性としての常習犯概念を支えとして、住居侵入行為と窃盗行為が予備・実行の関係と同視された結果、観念的競合にも牽連犯にもならない科刑上一罪概念が主張されたのであった⁽⁴⁸⁾。

(3) 小括

このように、科刑上一罪説は、行為者の属性としての常習性概念に支えられて展開された見解であるが、結局、刑法54条の文理に反する解釈を導いており、それはとりもなおさず、立法の趣旨から逸脱するような法文解釈を、行為者の属性としての常習犯概念が促したことにほかならないであろう。

おわりに

以上の考察の結果、2では、盗犯防止法3条の累犯要件を具備しない窃盗の罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係の検討を通じて、行為者の属性としての常習性概念が、行為責任を基礎とする責任主義に反する解釈をもたらす作用を有することを例証し、3では、窃盗目的の住居侵入罪と常習累犯窃盗罪との罪数関係の検討により、行為者の属性と

しての常習性概念が、本来併合罪と解されるべき両罪の関係を一罪とする解釈の基礎を提供しつつ、しかし、罪刑法定主義との抵触や法文の立法趣旨からの無理な逸脱を生ぜしめることを、明らかにしえたと思われる。

しかし、このように行為者の属性としての常習性概念が、客観的に差異のある別個の行為を同化させるような解釈に力を与えてしまうことは、共犯の領域でもすでに発生していたことは周知のとおりである。

すなわち、常習者が非常習者に賭博を教唆・幫助した場合、多数説・判例（大判大正3年5月18日刑録20輯932頁）は、常習者に常習賭博罪の教唆・幫助が成立するとし、行為者の属性としての常習性が、その発現において正犯の場合と教唆・幫助の場合とで区別されないという解釈を行っていたのである。

この事実に想到するならば、本稿で論じたような事柄は異とするに足りないのかも知れないが、常習性概念を行為者の属性とすることの問題性を再確認させられるのではなかろうか。

【注】

- (1) 最判昭和26年8月1日刑集5巻9号1709頁。
- (2) 板倉宏・刑法総論（平成16年）262頁、植松正・再訂刑法概論 各論（昭和50年）227頁、小野清一郎・新訂刑法講義各論（昭和25年）148頁、岡野光雄・刑法要説総論（平成13年）154頁、川崎一夫・刑法各論（平成12年）391頁、川端博・刑法総論講義（平成7年）124頁、吉川経夫・刑法各論（昭和57年）337頁、荘子邦雄・刑法総論〔第三版〕（平成8年）105頁注（2）、団藤重光・刑法綱要各論〔第三版〕（平成2年）355頁、西田典之・刑法各論〔第二版〕（平成14年）394頁、日高義博「常習賭博罪の問題点」植松正＝川端博＝曾根威彦＝日高義博（編）『現代刑法論争（第二版）』（平成9年）323頁、福田平・全訂刑法各論〔第三版〕（平成14年）140頁、堀内捷三・刑法各論（平成15年）288頁等。折衷説として、青柳文雄・刑法通論 総論（昭和40年）499頁、大塚仁・刑法概説（各論）〔第三版〕（平成8年）530頁、大谷實・新版刑法講義各論〔追補版〕（平成14年）535頁、小暮得雄「賭博及び富籤に関する罪」団藤重光（編）『注釈刑法（4）』（昭和40年）342頁、佐久間修・刑法講義各論（平成2年）242頁、山口厚・刑法各論（平成15年）511頁等。なお、行為の属性が行為者の属性かという分類法を否定するのが、林幹人・刑法各論（平成11年）411～412頁。
- (3) 拙稿「常習犯に関する一考察」平民法政研究7巻1号（平成14年）68頁。
- (4) 大判大正3年3月10日刑録20輯268頁。
- (5) 内田文昭・刑法各論〔第三版〕（平成8年）524頁、大越義久・刑法総論〔第三版〕（平成13

- 年) 24頁、木村光江・刑法〔第二版〕(平成14年) 427頁、島伸一「常習賭博罪の加重根拠」内田文昭(編)『争点ノ・ト刑法各論』(改訂版)(平成9年) 203頁、曾根威彦・刑法総論〔第三版〕(平成12年) 159頁、内藤謙・刑法講義総論(下) (平成3年) 740頁、中山研一・刑法各論(昭和59年) 473頁、平野龍一・刑法概説(昭和52年) 252頁、前田雅英・刑法各論講義〔第三版〕(平成11年) 419頁、山中敬一・刑法各論 (平成16年) 679頁、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)『現代刑法講座第三卷』(昭和54年) 316頁等。
- (6) 内田文昭「常習犯と違法性の意識」神奈川法学34巻2号(平成13年) 17頁以下。
- (7) 最判昭和55年12月23日刑集34巻7号767頁。
- (8) 安西温・特別刑法7(昭和63年) 106頁、大塚仁「特別刑法」『特別刑法・矯正保護法・刑事補償法』(平成2年) 97頁、中谷瑾子「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」伊藤榮樹=小野慶二=莊子邦雄(編)『注釈特別刑法第二巻』(昭和57年) 300-301頁。
- (9) 大塚・前掲書(注8) 96頁。
- (10) 阿部純二「累犯加重の根拠」岩田誠先生傘寿祝賀『刑事裁判の諸問題』(昭和57年) 77頁以下。
- (11) 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379号(昭和55年) 77頁。
- (12) 富田仲次郎「盗犯等ノ防止及処分に関する法律に就て」司法研究報告書14輯4号(昭和6年) 135頁以下、古田正武「盗犯等の防止及処分に関する法律案解説」警察研究1巻4号(昭和5年) 14頁以下。
- (13) 平井彦三郎・盗犯等防止法釈義(付録「盗犯等ノ防止及処分に関する法律の理由説明書」)(昭和5年) 20頁。
- (14) 岩崎二郎「累犯」総合判例研究叢書(6)(昭和32年) 99頁。
- (15) 田宮裕「累犯」団藤重光(編)『注釈刑法(2)の』(昭和44年) 666頁等。
- (16) 大判昭和14年7月14日刑集18巻411頁、最決昭和44年6月5日刑集23巻7号935頁等。
- (17) 山口厚・刑法総論(平成15年) 512頁注(21)。
- (18) 中義勝・講述犯罪総論(昭和55年) 166頁では、集積した違法行為の分量の大きさに常習犯加重根拠を求めるが、この場合、違法性の大きさが担保されるにしても、行為責任の重さは、累犯の高められた行為責任で補充せざるを得ないであろうから、常習累犯の刑の加重にとつては、常習性のみならず、累犯性も不可欠となるはずである。
- (19) 昭和49年改正刑法草案は、常習累犯に対する不定期刑宣告の可能性を規定した(58条・59条)。
- (20) 八木宏幸「常習累犯窃盗と窃盗目的住居侵入との罪数関係」研修578号(平成8年) 73頁。
- (21) 虫明満「常習累犯窃盗罪と罪数」福田平大塚仁博士古稀祝賀『刑事法学の総合的検討(下)』(平成5年) 489頁以下。
- (22) 稲田輝明「常習累犯窃盗の罪と窃盗の着手に至らない窃盗目的の住居侵入の罪との罪数関係、他」法曹時報33巻12号(昭和56年) 334頁、大塚仁「常習累犯窃盗罪と窃盗の着手にいたらない住居侵入罪との罪数関係」研修402号(昭和56年) 5頁、庭山英雄「常習累犯窃盗の

- 罪と窃盗の着手に至らない窃盗目的の住居侵入の罪との罪数関係」判例評論269号（昭和56年）45頁、古田佑紀「常習累犯窃盗の罪と窃盗目的の住居侵入罪との罪数関係」研修393号（昭和56年）72頁。
- (23) 稲田・前掲論文（注22）334頁、大塚・前掲論文（注22）5頁、庭山・前掲論文（注22）45頁、古田・前掲論文（注22）72頁。
- (24) 稲田・前掲論文（注22）337頁、大塚・前掲論文（注22）5頁以下、庭山・前掲論文（注22）45頁以下、古田・前掲論文（注22）72頁。
- (25) 稲田・前掲論文（注22）337頁、大塚・前掲論文（注22）6頁以下、庭山・前掲論文（注22）46頁以下、古田・前掲論文（注22）72頁。
- (26) 稲田・前掲論文（注22）337頁、大塚・前掲論文（注22）7頁、庭山・前掲論文（注22）47頁、古田・前掲論文（注22）72頁。
- (27) 飯田英男「常習累犯窃盗の間に窃盗目的の住居侵入が介在した場合の罪数」研修358号（昭和53年）67頁。
- (28) 大塚・前掲論文（注22）11頁。
- (29) 本判決の評釈として、稲田・前掲論文（注22）332頁以下、大塚・前掲論文（注22）3頁以下、飛田清弘「常習累犯窃盗を犯した者が窃盗を目的とする住居侵入を犯している場合における両罪の関係」警察学論集34巻8号（昭和56年）150頁以下、庭山・前掲論文（注22）44頁以下、林美月子「常習累犯窃盗罪と窃盗の着手に至らない窃盗目的の住居侵入の罪との罪数関係」警察研究54巻10号（昭和58年）74頁以下、古田・前掲論文（注22）71頁以下、八木・前掲論文（注20）73頁以下、山火正則「常習累犯窃盗罪の罪数関係」ジュリスト768号（昭和57年）162頁以下等参照。
- (30) 飛田・前掲論文（注29）159頁。
- (31) 古田・前掲論文（注22）74頁。
- (32) 飯田・前掲論文（注27）66頁は、第一の論拠については、3条を住居侵入を手段とした窃盗のみを対象にしたものと限定的に解釈すべき理由は認められない、と述べ、第二の論拠に対しては、常習性の内容が異なるのに、何故、2条と3条を同様に解すべきとするのか疑問であるとし、第三の論拠については、住居侵入窃盗は、刑法54条後段により重い窃盗刑が処断刑とされるのであって、屋内侵入盗を屋外盗に比べて重く処罰するものではない、と批判する。なお、林・前掲論文（注29）79頁、古田・前掲論文（注22）74頁も同様の批判を行っている。
- (33) 虫明・前掲論文（注21）493頁。
- (34) 谷口正孝「常習累犯を構成する窃盗の手段として住居侵入がなされている場合の擬律」ジュリスト509号（昭和47年）138頁以下。
- (35) 大塚・前掲論文（注22）11頁以下。
- (36) 大塚・前掲論文（注22）11頁以下。
- (37) 大塚説は、一見、常習窃盗「行為」の方法を論じており、行為の属性としての常習性を問題にしているような外観を呈しているが、実は、前述（注2）で指摘したとおり、折衷説に立

ち、「わたくしは、住居侵入を伴う常習窃盗行為は、『常習として』刑法235条の『罪ヲ犯シタル者』として、3条の罪に含まれるべきもの」としており、行為者の属性としての常習性概念をも視野に収めていることが知られる。

- (38) 庭山・前掲論文(注22)46頁。
- (39) 庭山・前掲論文(注22)47頁は、吸収説ではなく、包括一罪説を採用する理由を「吸収説においては、・・・3号は一種の結合犯・・・と見られるので、住居侵入の実行に着手しただけでも吸収関係を生じよう。これに対して、包括一罪説においては住居侵入が既遂に達しないかぎり包括の問題は起きないと思われる。単なる住居侵入の実行の着手のみでは常習窃盗の常習性の発現としてはいかにも不十分なので、その発現においてより確かな包括一罪説の方が妥当だからである」と説明している。
- (40) 古田・前掲論文(注22)75頁以下。もっとも、近年、混合的包括一罪という罪数概念が登場してはいる 只木誠・罪数論の研究(平成16年)163頁以下参照。
- (41) 林・前掲論文(注29)79頁以下。
- (42) 林・前掲論文(注29)79頁以下。
- (43) 虫明・前掲論文(注21)494頁。
- (44) 罪刑法定主義との抵触については、奈良俊夫「いわゆる『包括一罪』の再検討」研修471号(昭和62年)6頁以下参照。
- (45) 飯田・前掲論文(注27)65頁以下。
- (46) 山火・前掲論文(注29)163頁以下。
- (47) 山火・前掲論文(注29)164頁。
- (48) 虫明・前掲論文(注21)495頁以下は、観念的競合にも牽連犯にもならない事例をなお科刑上一罪とするのは、特に科刑上一罪を刑法54条に限定して規定した立法の趣旨に反するのではないか、と批判し、結局「かすがい」理論を否定することにより、併合罪説をあらためて主張する。