

# 行為の属性としての常習性概念の問題性

中島 広樹

1. はじめに
2. 考察の対象  
：最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁
3. 判例  
【事案の概要】  
【判決要旨】
4. 検討

## 1. はじめに

行為責任の見地から常習犯の刑の加重をどのように説明するかは一個の問題である<sup>(1)</sup>、とされ、人格責任論の立場から主張される常習性は行為者の属性であるとする見解は、行為主義の原則からみて疑問とされる。

そこで、学説上、行為責任の立場から、常習性を行為の属性と解したうえで、刑の加重根拠を説明しようとする試みが現れる。

主要な考え方は、2種類あるといえる。すなわち、常習性は「行為の属性」であり、同じ態様の行為が反復して行われたとき、一括して一個の常習行為となる（集合犯）と考えたうえ、構成要件上予定される数個の行為のおのおのの個別行為責任が累積して刑罰が加重されるとするもの<sup>(2)</sup>（以下 説と呼ぶ）と、常習性を行為の属性と解しつつ、犯行をたえずくりかえす意思の発現として具体化された行為は、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<sup>(3)</sup>とするもの（以下 説と呼ぶ）である。

すなわち、前者は常習犯の集合犯としての性格を重視したうえで、犯罪行為の累積性に基づく法益侵害の増大とそれに伴う行為責任の増加に重罰根拠を求める見解であり、後者は、行為の反復によって培われた強い犯罪意思の反映する常習行為は、意思が違えば行為・結果も違ってくるはずであるというのが論理の帰結である以上、強い法益侵害性を有するとして、常習犯の加重根拠を法益侵害の危険性の強さに見出す議論であり、必ずしも集合犯概念を経由しないものといえよう。

両者は、いずれも行為責任論に基づく責任主義と違法論における結果無価値論をベ - スとする見解であって、傾聴すべきであるが、実務上どのような差異を生じるのであろうか。

従来、あまり意識されてこなかった問題ではなからうか。行為責任に立脚した常習性であれば足りるのか、常習性は、行為の属性であると解しているだけで充分なのか。

近時、この問題を考えさせられる好個の判例が現れたので、検討してみたい。

## 2. 考察の対象

：最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁

この判例は、前訴・後訴の訴因が単純窃盗であるが、両者が盗犯等の防止および処分に関する法律2条の常習特殊窃盗罪が疑わしい場合、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ぶかが問題となったものである<sup>(4)</sup>。そして、一事不再理効は、原則として、確定判決が下された訴因と「公訴事実の同一性を害しない範囲」で発生するとほぼ異論なく理解されており<sup>(5)</sup>、実体法上一罪と評価される複数の犯罪事実に公訴事実の同一性が肯定されることを前提とすれば、常習特殊窃盗罪のような場合、その一部につき有罪判決が確定すれば、常習犯は集合犯であるから、同じく常習性を有する他の窃盗行為にも一事不再理効が及ぶはずである<sup>(6)</sup>。

このことは、前訴・後訴のいずれかの訴因が常習犯で、他が非常習犯であった場合と異なり、両者が非常習犯であった場合には、裁判所は常習性を基礎づける事実を認知する契機を持たない可能性があるが、このような場合にも常習一罪ゆえに公訴事実の同一性が認められ、その範囲内で一事不再理効が及ぶとしてよいのか。本判決は、この点が争われたものであり、基本的には訴訟法上の問題であるが、常習犯の一罪性との関連で微妙に実体法に絡んでくるのみならず、前述した行為の属性としての常習性概念の問題性にも関わるものと思われる。そこで、最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁の事案の概要と判旨を摘記したうえ、問題を検討したい。

## 3. 判例

### 【事案の概要】

原審の認定したところによれば、被告人Xは、Yと共謀のうえ、平成11年1月から4月までの間に実行したとされる窃盗1件および住居侵入・窃盗3件の事実につき、平成12年4月14日に立川簡易裁判所において有罪判決を受け、懲役1年2カ月の刑を言い渡された（同年9月20日確定）。

その後、Xは、平成9年9月から同11年4月までの間に実行したとされる窃盗又は

建造物侵入・窃盗23件の事実につき平成12年11月24日に起訴され(訴因変更を経て)平成10年10月から平成11年8月までの間に実行したとされる窃盗又は建造物侵入・窃盗22件の事実につき平成13年6月28日に東京地方裁判所八王子支部において有罪判決を受け、懲役2年の刑を言い渡された。

これに対して、X側が、前訴における各犯行と本件各犯行とは共に盗犯等の防止及処分に關する法律(以下「盗犯防止法」という)2条の常習特殊窃盗罪に該当し、一罪を構成するものであるから、高松高判昭59・1・24判時1136・158の先例に従い、刑事訴訟法337条1号により、免訴を言い渡すべきであるにもかかわらず、一審判決は有罪を宣告したものであり、同判決には判決に影響を及ぼすことの明らかな法令適用の誤りがあるなどとして控訴した。

これを受けた東京高等裁判所は、檢察官の訴追裁量権や訴因の拘束力、一事不再理効の客觀的範圍を画する公訴事實の同一性の判断が、前訴の訴因および後訴の訴因を基礎としてなされるべきである等として控訴を棄却した。

そこで、X側がさらに上告したところ、最高裁判所は以下のように判示し、刑訴法410条2項により、上記の高松高裁の判例を変更したうえ、本件上告を棄却したのであった。

#### 【判決要旨】

原審の判断が前記高松高判昭59・1・24と「相反するものである」ことを認めつつ、「しかしながら、本件引用判例の解釈は、採用することができない」として、その理由を以下のように述べた。

「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪ととらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない。

したがって、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為についても、檢察官は、立証の難易等諸般の事情を考慮し、常習性の発露という面を捨象した上、基本的な犯罪類型である単純窃盗罪として公訴を提起し得ることは当然である。

そして、実体的には常習特殊窃盗罪を構成するとみられる窃盗行為が単純窃盗罪として起訴され、確定判決があった後確定判決前に犯された余罪の窃盗行為（実体的には確定判決を経由した窃盗行為と共に1つの常習特殊窃盗罪を構成するとみられるもの）が、前同様に単純窃盗罪として起訴された場合には、当該被告事件が確定判決を経たものとみるべきかどうか、問題となるのである。

この問題は、確定判決を経由した事件（以下『前訴』という）の訴因および確定判決後に起訴された確定判決前の行為に関する事件（以下『後訴』という）の訴因が共に単純窃盗罪である場合において、両訴因間における公訴事実の単一性の有無を判断するにあたり、両訴因間に記載された事実のみを起訴として両者は併合罪関係にあり、一罪を構成しないから公訴事実の単一性はないとすべきか、それとも、いずれの訴因の記載内容にもなっていないところの犯行の常習性という要素について証拠により心証形成をし、両者は常習特殊窃盗として包括的一罪を構成するから公訴事実の単一性を肯定できるとして、前訴の確定判決の一事不再理効が後訴にも及ぶとすべきか、という問題であると考えられる。

思うに、訴因制度を採用した現行刑法の下においては、少なくとも第一次的には訴因が審判対象であると解されること、犯罪の証明なしとする無罪の確定判決も一事不再理効を有することに加え、前記のような常習特殊窃盗罪の性質や一罪を構成する行為の一部起訴も適法になし得ることなどにかんがみると、前訴の訴因と後訴の訴因との間の公訴事実の単一性についての判断は、基本的には、前訴および後訴の各訴因のみを基準としてこれらを比較対照することにより行うのが相当である。

本件においては、前訴および後訴の訴因が共に単純窃盗罪であって、両訴因を通じて常習性の発露という面は全く訴因として上程されておらず、両訴因の相互関係を検討するにあたり、常習性の発露という要素を考慮すべき契機は存在しないのであるから、ここに常習特殊窃盗罪による一罪という観点を持ち込むことは、相当ではないといふべきである。

そうすると、別個の機会に犯された単純窃盗罪に係る両訴因が公訴事実の単一性を欠くことは明らかであるから、前訴の確定判決による一事不再理効は、後訴には及ばないものといわざるを得ない。」

#### 4. 検討

要するに、判例 においては、前訴・後訴のいずれかの訴因が常習犯で、他が非常習犯であった場合と異なり、両者が非常習犯であった場合には、裁判所は常習性を基礎づける事実を認知する契機を持たない可能性があるが、このような場合にも常習一罪ゆえに公訴事実の同一性が認められ、その範囲内で一事不再理効が及ぶとしてよいのか、という訴訟法上の問題について本判決は、訴因制度の下では、基本的に訴因同士で比較すべきものであり、両者ともに単純窃盗罪である場合には、常習性の発露という面が訴訟手続に現れていない以上、裁判所は常習一罪という観点を持ち込むべきではなく、後訴の訴因へ一事不再理効を及ぼすことを結果として認めなかったものと評されている<sup>(7)</sup>。

この判決内容については、訴訟法的観点から様々な議論の余地があるが、ここでは、常習特殊窃盗を構成する窃盗行為を単純窃盗として起訴することのできる前提として、常習特殊窃盗罪の構造につき、「常習特殊窃盗罪は、異なる機会に犯された別個の各窃盗行為を常習性の発露という面に着目して一罪ととらえた上、刑罰を加重する趣旨の罪であって、常習性の発露という面を除けば、その余の面においては、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない」と判示している点に着目したい。

常習一罪の一部起訴は、実務上もしばしば見受けられ、起訴裁量権の濫用にあたらぬ限り許されてよいといわれるが<sup>(8)</sup>、その前提として、本判決では、常習犯は、常習性の発露という面を除けば、同罪を構成する各窃盗行為相互間に本質的な結び付きはない、と断じている。

これは、常習性が行為者の属性であり、その常習性に結び付けられる各行為が集合犯を構成し、集合犯内部で予定される各行為には固有の不法内容は存在しない、と解しているものといってよいであろう。

したがって、判例においては、常習性という行為者の属性によって各行為が結び付けられ、集合犯を構成する限りにおいて、実体法上一罪とされ、そこに公訴事実の同一性および一事不再理効が肯定される。

他方、前述した行為の属性として常習性を把握する2つの見解のうち、集合犯性を不可欠の前提とすると解される議論、すなわち 説のほうは、常習犯のもつ集合犯性が、行為者の属性としての常習性概念から導き出されるという判例の論理を無視しているといつてよいであろう。

行為責任論から導出されている集合犯概念は、常習犯を客観的に行為が複数存在する犯罪であると把握している、と解されるが、歴史的に形成されてきた集合犯概念は単なる「数個の行為の集積」のみをその本質とするのではなく、行為が複数集積する原因としての常習性、営業性ないし職業性を視野に入れていたであろう<sup>(9)</sup>。

議論の出発点において、常習性を行為の属性として捉えるからこそ、当然の論理的帰結として、そこで理解される集合犯性は行為者性の特性を捨象された単なる「数個の行為の集積性」という客観的性格のものになってしまっているというほかはない。そして、このような 説で前提とされているであろう論理の展開は、「行為の複数性」が、歴史的に培われてきた集合犯概念の本質的特徴であることを否定できない以上、可能であるといつてよいであろう。

そうすると、本判例の「前訴・後訴の訴因が単純窃盗であるが、両者が盗犯等の防止および処分に関する法律2条の常習特殊窃盗罪が疑わしい場合、前訴の確定判決による一事不再理効は後訴に及ぶかという問題」は、 説が客観性を偏重した集合犯概念ではあっても、集合犯は一罪であるがゆえに<sup>(10)</sup>、 説においても存続するのである。

ただ、 説は、本判例の指摘する「各窃盗行為相互間に本来的な結び付きはない」という指摘を甘受するほかはない。 説によれば、「複数の行為の集積」は固有の不法内容を持たないまま、漫然と存在していることになり、どこまでが一事不再理効の範囲が不明確なままであろう。

これに対して、常習性を行為の属性と解しつつ、犯行をたえずくりかえす意思の発現として具体化された行為は、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<sup>(3)</sup>とする 説は、必ずしも、常習性に付随する集合犯という実体法上の特質に依拠しておらず、むしろ常習犯のもつ刑事学的特徴から割り出された

議論と考えるとよいのではないか<sup>(1)</sup>。

そうすると、説のように常習犯人の心的特性にその重罰化根拠を遡らせる見解によれば、説のように集合犯における「複数の行為の集積」に刑罰加重根拠を依存させる必要性がないために、常習犯は、接続犯のような集合犯以外の包括一罪を構成する場合のほかは、単純一罪として原則的に当該行為にしか一事不再理効が及ばないと解することになるのではなからうか。

しかし、この考え方は、常習窃盗を単純窃盗と同様に扱うがゆえに、一事不再理効を制限することになり、常習犯を構成する各行為を随時起訴することを可能にし、被告人の法的安定性を損ねる結果となりかねない、という批判と同趣旨の反論に直面するであろう。

このように、常習犯については、行為責任の観点からその刑罰加重根拠が一応説明されればよいわけではなく、集合犯概念に依拠する場合には、各行為間に存在する不法内容が確定されるべきである。また、集合犯的特質に依存しない場合には、被告人がいわば細切れに起訴されるという、集合犯概念を前提にした従来の常習犯に存在しなかった危険を排除する方策が検討される必要がある。

私見によれば、常習犯が集合犯としての性格を有していることは無視すべからざる特質であると解されることから、基本的には説によりながら、行為の複数性・構成要件の明確性・行為責任の分量に応じた不法内容の確定の各要求を充たす方向をめざさなくてはならない。また、こうして確立された常習犯概念が、一事不再理効を従来よりも制約する危険性がある場合にはその回避策の検討が必要になることも忘れるべきではない。

---

#### 【注】

- (1) 曾根威彦・刑法総論〔第三版〕(平成12年)158頁。
- (2) 曾根威彦・刑法総論〔第三版〕(平成12年)158頁、内藤謙・刑法講義総論(下)(平成3年)741頁、中義勝・講述犯罪総論(昭和55年)166頁、平野龍一・刑法概説(昭和52年)252頁等。この立場は、主観的違法要素を原則的に否定するので(曾根・前掲書94頁)、常習性は、主観的要素を超えて法益侵害・危険に新しい何物かを付け加えない限り、主観的違法要素として認められないはずであり、集合犯的な法益侵害の増大で刑

- の加重を説明しうる以上、常習性は主観的違法要素ではない。むしろ、集合犯という複数の行為の結びつきを前提に考えていることから、結合犯に近似した構造が想定されているように思われるが、身分犯のレベルになると責任身分とされてしまい(曾根・前掲書300頁)、常習性のもつ二個の属性たる集合犯性と身分犯性との間に矛盾があるように思われる。すなわち、加重根拠を集合犯の性格と関連づけて説明するのであれば、常習犯加重を違法性の増大として解していることになるから、常習性を責任加重身分と捉えることには無理があるのではなかろうか。また、一個の行為でも常習犯となりうるとする判例の立場(大阪地判昭和50年3月19日判時787号129頁等)とは整合的ではない。
- (3) 内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平成8年)524頁、島伸一「常習賭博罪の処罰根拠」内田文昭(編著)『争点ノ・ト刑法各論』(改訂版)(平成9年)203頁、吉田敏雄「社会の平穩に対する罪」内田文昭(編著)『刑法 各論 法学セミナ - 別冊77号』(昭和61年)140頁等。この立場も、主観的違法要素を原則的に否定する(内田・前掲書178頁)ことから、常習性は主観的違法要素ではありえず、むしろ議論の出発点においては、違法身分という形で、行為自体ではなく行為の主体の問題とされ、ひいては、常習「行為」のもつ法益侵害性の強さ(法益侵害の強靱性とその危険性)が処罰根拠・加重根拠をなす(内田文昭・改訂刑法(総論・補正版)(平成9年)94~100頁、227頁注(14))とされる。すなわち、常習性は違法身分であり、それゆえ行為の属性であるが、集合犯性は、「反復して行われた行為も包括一罪とされる」として罪数問題の事柄とされ(内田文昭・刑法各論〔第三版〕(平成8年)524頁)、特に常習犯の構造と関わらせて論じられているとは思われない。ただし、一個の行為でも常習犯となりうるという判例の立場とは整合的である。
- (4) 岡田悦典「窃盗罪・常習窃盗罪に関する一事不再理効の範囲」法学セミナ - 590号(平成16年)123頁等。
- (5) 宇藤崇「常習特殊窃盗と一事不再理の効力」ジュリスト1269号(平成16年)202頁。
- (6) 佐藤隆之「判批」法学教室282号(平成16年)123頁等。
- (7) 大澤裕「常習一罪と一事不再理の効力」研修685号(平成17年)1頁以下、小島淳「判批」現代刑事法6巻6号(平成16年)88頁以下、長沼範良「一事不再理効の範囲」井上正仁(編)『刑事訴訟法判例百選〔第八版〕』(平成17年)204頁以下等。
- (8) 佐藤嘉彦「一罪の一部起訴に関する実務上の諸問題について」同志社法学56巻6号(平成17年)537頁、新屋達之「犯罪事実の一部起訴」松尾浩也=井上正仁(編)『刑事訴訟法の争点(第3版)』(平成14年)108頁等。
- (9) 中島広樹「集合犯概念」平成法政研究7巻2号(平成15年)141頁以下。
- (10) 集合犯を一罪とする場合、これを単純一罪とするもの、包括的一罪とするもの、科刑上一罪とするものに分かれる(中島・前掲論文154頁以下参照)。
- (11) 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)20~82頁。また、説を主張する内田博士が、集合犯について積極的に定義していないことも示唆的である。