

## 刑法改正と常習累犯の概念

岩崎二郎

### 一 はしがき

終戦を契機としてわが国には種々の意味で大きな変革があったと思われる。それは将に一の無血維新であったとでもいふべきであろうか。法制の面でも色々の領域において大きな変換が顕著であったのであるが、憲法を始めとして民法、商法、労働法等何れも皆然りであった。

ところが刑法だけはいささか異なる様相を呈していると思うのである。わが国に始めて近代法的な型態を備えた刑法ができたのはいうまでもなく明治十五年の旧刑法、いわゆるボアソナード刑法典であったが、これはフランス刑法を焼き直してわが国の民情に適合せしめたものであった。

ところがその後わが国の急激な社会基盤の変遷と社会思潮の趨勢はこの刑法の改正を要請するに至ったのであるが、この結果として新たに制定されたのが明治四十年の新刑法典であった。ところがこれは反転して主として

ドイツ刑法に学びこれを母法としたようなものであった。爾來わが国においては刑法といえはそれは直ちにドイツ刑法であり、刑法学といえはそれは即ちドイツ刑法学であるという程にヨーロッパ大陸法、殊にドイツ法一辺倒であったのであり、従つて英米刑法には殆んど親近することがなかつたということができよう。そしてこの刑法は明治四十年に制定以來連綿として存続すること実に五十有余年、勿論その間多少の部分的改正はあつたが終戦を経て今日に至るまで依然として現行刑法として生きているのであるが、これは今日わが国の法制下においては比較的旧式なものの一つといふことができるであらう。<sup>1)</sup>

ところで前述のように終戦を契機としてわが国の様相は一変した。殊に明治四十年当時と現在では国民感情や社会思潮又これを支える社会基盤にも大きな変化があつたのであり尚刑法と他の法律との間にも均衡を失するものが多々あることが看取せられるに至つた。そして又形式からいつても戦後の他の一般法令の文体、用語等の近代化的傾向は刑法の後進性をいよいよ強く露呈せしめるに至つた。そして刑法は近時益々精緻化された学説と歴大に集積された判例によつて辛じてその運用が調節されているとはいへ今やこれが改正の氣運は澎湃として夙に醸成されるに至つていふと思われるのである。

そこで政府は昭和三十一年法務省刑事局に刑法改正準備会を設け同省特別顧問小野清一郎博士を議長として鋭意改正の作業を進めて來たが遂に三六年十二月一応の最終案を完成したので「改正刑法準備草案」(以下草案と略称)と銘うって公表されるに至つたものであることは夙に知られるとおりである。勿論これは文字通り未だ草案なのであるが政府の説明によると今後更に慎重に審議を重ねて概ね三・四年程度の期間内に最終的な成果を得たといふ意向のようである。

ところで今回の草案は実は大正十年以來の刑法改正事業の跡を受けてこれを継続しつつ且つ結実させようとす

るものであった。そして殊に立案の基礎とされたのは昭和十五年に一応未定稿として発表されたいわゆる「改正刑法仮案」（以下仮案と略称）であったのであるが、しかし今日の草案は決して奴隸的にこの仮案を踏襲したのではなく却ってその批判の上に立ち而も内外の新しい立法例や学説も十分に吸収しつつ、殊に又わが国において今日迄に集積された判例やいよいよ精緻化された学説等も十分に参酌しつつ立案されたということであるから、それは將に今世紀における最も斬新且つ高い水準の草案であると思うのである。<sup>2)</sup> 私はかつて前述の仮案が当時において日本刑法学がうち立てた一大金字塔であったのであり、世界各国刑法の水準をしのぐものであったといわれたことを今にして想起せざるを得ないのである。従って今回の改正は仮案の線から後退すべきでないことは勿論であるが又それが仮案の線を出ないものであってはならないのでありその意味においてそれは文字通り今世紀における世界各国刑法をリードする程のものであって欲しいと願っているのである。

ところで今回の草案には種々の新しい合目的な制度や施策が考慮されたが、特に注目すべきものとして常習累犯規定の新設という新しい試みがある。これは將に劃期的なことだと思ふのだが、微力ながらも私はこの問題についてしばしばこれを指摘してこれに対する概念の創設、ひいてはその立法化を提唱して来たのであった。<sup>3)</sup> ここで本稿においては重ねてこの問題に焦点をしばって再考してみたいと思ふのである。

## 二 累 犯

累犯と常習犯とは通俗的には殆んど同意義に理解され易いのであり又これを区別する場合にもそれは又極めて曖昧な意味において唯漠然と把握されていると思われる。しかしながら刑法的には両者の概念は甚だ似て実はい

ささか非なるものがあるのであって従つてそこには甚だ微妙且つ困難な問題が包蔵されていると思うのである。

知られる如く累犯については既に刑法典に一般的な総則規定が設けられている。それでは累犯(Rückfall, reiteration, récidive)とは何か。累犯とは文法的には犯罪を累次的に重ねるといふ意味であるがその一次なるを再犯、つづいて累次反覆する毎に三犯、四犯と称される。つまり累犯とは再犯以上の総括名称なのである。通俗的には前科一犯、二犯、五犯、更に総称して前科者等といわれているが刑法でいう累犯はこれといささか異なるのである。刑法でいう累犯とは「懲役ニ処セラレタル者其執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除アリタル日ヨリ五年内ニ更ニ罪ヲ犯シ有期懲役ニ処スヘキトキハ之ヲ再犯トス」(五六ノ一)とされているのであり「三犯以上ノ者ト雖モ仍ホ再犯ノ例ニ同シ」(五九)とされるのである。つまり累犯とは(1)前犯が懲役であり、(2)その執行を終り又はその免除があり、(3)それから五年内に後犯が犯され、(4)後犯も亦有期懲役に処すべきとき、に始めて成立するのであるから、それは通俗的な用語と異なつて甚だ刑法的、法律的、技術的、形式的な概念なのである。

ところで累犯には又一般累犯(Récidive générale)と特別累犯(Récidive spéciale)と、<sup>4)</sup>う區別がある。前者は前犯と後犯とがその罪質を異にする場合であり後者は両者がその罪質を同じくする場合をいう。これに反して常習犯は常に前犯と後犯が同一種類の犯罪に限るとされているのであるが、この点が後述するように両者の概念を判然と識別する場合の一つの難点とされるに至るのである。

ところで一度び犯罪を犯した者がその後長くない期間内に——累犯孵卵期という——更に再び犯罪を重ねた場合に先ず素朴的に考えられることはこれに刑を加重して処罰するということであるが、これは殆んど常識的にも自明の理という程のことであろう。リストによれば累犯制度はローマ法においても中世のドイツ法においても又カール五世帝の刑事裁判所法第一六一条、一六二条においても唯単に各個の犯罪についてのみ、特に窃盜につい

てのみその加重を認めるにすぎなかったが、ドイツ普通法時代に至ってイタリア学者の慣習犯論 (Consuetudo delinquendi) 及び反覆犯論 (Iteratio delicti) の観念が唱えられるに及んで大に發達し且つ一般的なものになるに至ったことである。殊に累犯、數罪俱發、慣習といった概念が漸次いよいよ精密に區別且つ規定されるに至ったが、第十九世紀ドイツ刑法典の多くは(プロシヤも同様)仔細の点においては多くの差異はあったが尚且つ累犯を一般的加重の原由としたのであった。<sup>5)</sup>

ひるがえってわが国刑法ではどうかというと、既に古くは大宝律にも「凡ソ盜斷ヲ經テ後仍更ニ盜ヲ行ヒ前後三タビ徒ヲ犯ス者ハ近流、三タビ流ヲ犯ス者ハ絞」として概ね三犯をもって累犯加重としたのであり、降って明治維新時代の新律綱領や改定律令でもそれぞれ特殊の場合に累犯の刑を加重している。又明治十五年の旧刑法においても第九一条乃至第九八条において重罪、軽罪、違警罪の各再犯に対してそれぞれ本刑に各一等を加えるものとし、違警罪については一年以内という制限を設けていた。<sup>6)</sup>

累犯者は重い刑罰を受けなければならないということは常識的にも殆んど自明の理という程のものであることは前述の如くであるが、いわゆる客觀主義應報刑論の長きにわたる絶大な努力と施策にも拘らず、犯罪は依然として減少しないのみか却って第十九世紀における犯罪の増加殊に累犯の激増という事實は必然的に近代派主觀主義刑法理論を喚起せしめる一つの契機となったということができよう。累犯に対しては唯機械的に重い刑罰をもって対処すれば即ち足るというような素朴的な應報刑思想ではもはや殆んど効果があがらないということが深刻に反省されなければならないのである。従つて累犯加重の制度はその基本においていわゆる刑事政策學派の主張する犯人の個別的な人格改善を目的とする新派刑法思想に立脚した政策的なものを多分におびているものといわざるを得ないのである。「火傷した子は火を恐れる」(ein gebrannte Kind scheut das Feuer) といふ諺がある

が、これは累犯者の心理的特質及び累犯と刑罰との關係を最も適切に示唆していると思われる。火傷しても尚且つ火を恐れないというような者は誠に始末におえない無法者といふべき者であるが、かような犯罪の累積者はこれを規範的面よりみてはその非難性が強く又政策的面よりしてもその危険性が甚だ大であるから今日世界各国刑法はこの問題を重要な論点として配慮しているのであり又近時国際刑法會議等においても累犯乃至常習犯の処遇と対策の問題は刑政上格別に重要な意義を有するものとして論議検討の対象とされているのである。<sup>8)</sup>

ところで今回の草案は累犯の予防と処罰については殆んど現行法の範圍を出ないのでありならみるべき新しい施策を配慮していないのはいささか遺憾なことといわざるを得ない。いうまでもなく累犯加重の制度はこれにより累犯を一般的に予防しようとする一般目的と、更に累犯に重い刑を科することによりこれを個別的に教化改善しようとする特別予防の二目的を併せ有するものなのである。そこでこの制度が若し真に所期の如く一般予防の効果を有するというのであれば、世の中に累犯者はすべからく一般的に減少する筈のものであろう。又若しそれが真に特別予防の効果を有するというのであれば、いわゆる頻回累犯者もこの制度に比例して少なくとも漸次減少しなければならぬ筈のものであろう。ところが甚だ遺憾ながらそれにも拘わらず一般的な累犯率も又いわゆる頻回累犯者率も必ずしも減少しないのみならず却つて寧ろ逐年増加の傾向にあるのである。<sup>9)</sup>これは恐らく累犯には唯機械的に応報的な刑罰を加重すれば足るといった制度自体（立法）の欠陥にも基因するが、これと共に又寧ろその政策的（司法）殊に出獄後の免囚保護の不充分と貧困といった諸々の要素に基くものと思われる。<sup>10)</sup>これを要するに累犯加重の刑事政策的実益はせいぜいその加重刑の執行期間だけその犯人の犯罪行為から社会を防衛するにすぎないという単に消極的ないわゆる排害刑たるの効果を有するに止まるのではないかということがこの際切実に反省されてよいのではないか。かような見地から今回の草案が累犯に対処する施策として例えば不

定期刑の問題等を殆んど顧慮しなかつたことはいささか当を得ないのではないかと惜しまれるのである。そして又これと並行して出獄者に対する保護施策も他の社会政策と相俟つてこの際思い切つて大々的に展開せられるべきだと思ふのだが、これらの問題は一応本稿の枠外にあるから他日又別の機会にこれを論ずることとしよう。

### 三 常 習 犯

前述の如く累犯については刑法は総則に一般的規定をおいてこれに対処するという本格的な体制を示しているが常習犯に対しては唯一片の総則規定も存在しない。そして卒然として分則の片隅に唯一個条「常習賭博罪」(一八六・I)が規定されているのみであり又一八二条に「淫行ノ常習ナキ婦女」といった条文がおかれているのみである。ところが更に奇妙に思われるのは特別法としての「暴力行為等処罰ニ関スル法律」(常習的暴行、脅迫、器物毀棄、面会強要、強談威迫)、「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」(常習的窃盜、強盜、準強盜、昏醉強盜、常習的累犯強窃盜、強盜傷人、強盜強姦)、「公職選挙法」(常習的買収及び利害誘導)、「覚せい剤取締法」(常習的各種違反行為)、「麻薬取締法」(常習的各種違反行為)、「売春防止法」(売春させることを業とする者)、等にはそれぞれの常習者につき個別的な規定が設けられている。これは常習犯の概念設定とその立法化が甚だ困難な問題であるのみならず累犯との区別も亦必ずしも明かでないので過渡的にそのまま見送られているのではないかと思われるが、それにしても常習犯というような刑法最大の穴が全く空白とされていることは看過できないことだと思ふのである。ましてや前述一連の特別法中には単なる一時的な取締的行政犯ではなく寧ろ純然たる恒久的な自然犯として刑法典に編入されて然るべきものも多々あると思ふのであるが、<sup>11)</sup>そうするとこれらの

常習犯を総括する常習犯についての一般的、共通的概念が当然に総則に創設されて然るべきものではないか。クナイゼルは「刑法草案の価値、無価値は根本的には累犯及び常習犯に對する規定が真に合目的になされているか否かによって決定される」と<sup>12)</sup>いっているが、それはいささか誇張的な言辭であるとしてもこの問題の重要性を端的に指摘したものとすべきであろう。

それならば常習犯とは何か。常習犯の概念は元来フェリ、リスト、アシャッフエンブルグ等による刑事社会学における犯罪人の分類として認められた概念であるが、法律学的には未だ充分に理論構成がなされていないところのものであると思うのである。常習犯は概して財産犯において最も顕著に発現されると思われるが、発生的且つ刑事学的には最初リストが拘摸、詐欺師、恐喝者、墮胎で糧を稼ぐ産婆等のいわゆる職業的犯人(Berufsverbrecher)をも含ましてこれを状态的、慢性的犯人(Zustandsverbrecher)といったところに由来するのであり、その他暴行、脅迫、墮胎、わいせつ、売淫、略取誘拐、被拐取者等收受、面会強要、強談威迫、偽造、横領、背任、贓物関係、收贈賄、阿片等の各種一般犯罪についても亦常習犯の発現ということは充分に考えられると思うのである。常習犯人は瑣細な誘惑や刺激でも容易に犯罪に陥るといふ抜き難い犯罪性癖がいわゆる「ならい性となった者」であるが、総じてこれら常習犯人の心理的基底としては浮浪性、乞食性、怠惰性、遊蕩性、売淫性、偽瞞性、偏向性、騙り性、アルコールその他薬物の中毒性、といった精神的及び肉体的な変質性が潜在しているのではないかと思われるのである。リストの言を借りれば「これらの全てが社会秩序に對する根本的反抗者の軍隊を形成しているのでありそしてその參謀本部が慣習的犯人——常習犯人——であるというのである。<sup>13)</sup>」常習犯は「釈放せらるるや直に再び犯罪生活に入るといふ決然たる決心と共に刑期を満了するところの人人であり」又「継続して不誠実な若は犯罪的な生活に沈潜する者」などといわれるのであるが、彼等にとっては「刑務所は生

活の根拠」なのであり常に在監中から既に次の犯罪を企図している無法者である点において、比較的偶発的、散発的、機会的ないわゆる鋭角犯人たる累犯と異なると思うのである。

ところで常習犯には通常職業犯を包含せしめているが、厳密にはアシャッフエンブルグも指摘するように両者はこれを区別すべきものである。即ち常習犯はその環境や精神的或は肉体的欠陥の故に犯罪の習癖者たるに陥ったといわば消極的な者であるのに反して、職業犯は心身共に健全否寧ろ有能であるのみならず却って優れた技能をさえ有する者が熟慮の上意識的に犯罪生活に沈潜しそれに必要なあらゆる技術を心得た上で犯罪を反覆累行するといわば積極的な者であるが、「知能的な恐喝」や「売春を業とする者」等はその最も典型的な事例というべきであろう。このように常習犯人はある種の犯罪を反覆することにより抜き難い性格を作り出した者、つまり犯罪が「ならない性となつた者」であるが、アシャッフエンブルグの「彼等は真面目な仕事をする能力はなく、刑に対する恐怖は鈍麻し、何事にも無関心となり、彼等は飢えつ渴きつ、凍えつ汗にまみれつつ、或は木賃宿に、或は線路の傍の溝に宿りつつ、村から村へ、町から町へとさまよい歩くのである。しかも彼等の中には再び堅気の勤労生活に立ち返り得る者は寥寥として稀である」という表現は常習犯人の赤裸々な姿を最も端的に描写したものであることができよう。かようにしてエキスナー等のいうように常習犯人とは一定の反覆せられた行為により表示された一定犯罪への傾向を有するものといふことができるが、このような犯罪に対する強い傾向性乃至持続的な性格を有することが常習犯人類型の本質的な要素とされるのである。

元來累犯の概念はヨーロッパ大陸の刑事立法において用いられているが、常習犯のそれはイギリスの立法において採用されているところのものである。<sup>15)</sup> 両者はこのように法系自体を異にしているのみならず又その実質、内容においても極めて微妙な相違がある。勿論累犯と常習犯とはその根本的基底において——犯罪を反覆累行する

という——多くの共通的、重複的な類似性をもっているが、しかし概念的には両者は一応別個のものとしてこれを区別しなければならぬとされている。<sup>16)</sup>しかしながら又発生的には実は常習犯は元來累犯から派生的に分化して来たものであり且つ實際的にも累犯中に相当多数の常習犯を探知することができるのであるから、両者は又極めて密接不離の相関関係にあることも亦否定できないところであらう。<sup>17)</sup>つまり常習犯という犯人の類型は卒然として突如現われて来るというようなものではなく、それは一定の外部的、客觀的に把握できる形式で現われて来るのであるが、その形式はひっきり累犯としてである。リストの言を借りるならば「慣習犯人たる性質はその法律的表現を累犯統計の数の中に見出しつつある」というのであるが、差当り累犯中から常習犯を認識する外に方法はないとされるのである。従つて諸国の立法例もいずれも累犯の枠の中に常習犯を見出さなければならぬとしている。かようにして常習犯の概念は理論的にはやはり累犯の枠の中にこれを見出すことが最も妥當なのであり、歴史的にも亦常習犯に対する対策は累犯に対するそれの中から必然的に分化發達して来たということができよう。<sup>18)</sup>

ところで現行法上常習犯とされているものは凡て同一種類の犯罪に限られる。常習賭博罪、その他一連の特別法に規定されているものはいずれも皆然りである。しかしながら前述のように常習犯は持続的、状態的な犯罪習癖の發現があればそれでよいのであつて、必ずしも常に同一犯罪のそれに限定する必要はないのではないか。習癖ということは確かに同一犯罪の反覆累行ということに結びつき易いが、しかし現実的には異種犯罪でもこれをくり返して尚且つあきないという習癖も亦あり得るのではないか。従つてたとえ異種類の犯罪であつても常習犯の成立は充分に考えられると思うのである。前述のように現行法には異種累犯と同種累犯の二があるが、異種累犯の場合は敢て問題はないとしても、若しそれが同種累犯である場合にはそれは概念的にも常習犯に甚だ近接して来るのであり、ましてやそこに犯罪習癖性の發現が確認されるときは、それは取りも直さず常

習犯そのものなのではないか。その意味でも現行法の累犯に関する考え方の基底には偶発的なものと常習的なものとが稍慢然と混淆されて内包されているように思われるのである。

又従来の研究によれば累犯中特に社会的危険性の大きなものとして常習犯があるのであり、その意味で常習犯は累犯の中核であるとされている。しかしながら累犯ということは必ずしも常に常習性ありとの基礎となるものではなく、累犯は唯単に常習性の徴表としてのみ考慮されるを要し且つ得るにすぎないとされるのであるから、これを要するに累犯は常習性認識の一つの客観的な形式として、累犯の枠の中に累犯を徴表として常習犯を認識すべきものとされている。しかしながら累犯と常習犯とは果してそのように当然且つ直ちに直結し得るものであろうか。何故かという点とエム・エ・マイヤーも指摘するように「凡ての累犯者は必ずしも常に常習犯ではない。偶発的にくり返し窃盗をなす者もあり得る。又凡ての常習犯人は必ずしも常に累犯的であるのではない。かつて一回も処罰されることなくして而も永年詐欺により生活を営んで来た者もあり得る」という甚だ印象的な表現を用いて累犯は常習性の徴表としてのみ考慮せらるるを要し且つ得るとしていたのである。<sup>19)</sup>因みにわが現行法においても「常習として」という犯罪習癖の発現ありや否やの認定は一に凡て事実認定に関する職権の範囲に属するものとして裁判官の自由なる裁量に一任されているのであるが、小野博士も指摘されるように唯一回の行為を処罰する場合においても、その行為者を常習者と認むべき証拠ある限りは尚且つ常習犯とするを妨げないとされる場合もある<sup>20)</sup>のであり、又正木博士の指摘されるような常習的初犯者というのもあり得るのである。<sup>21)</sup>因みに常習的初犯者とは有罪の判決を受けることは最初であるが、その以前にしばしば不起訴処分を受け、有罪判決を受けたときは既に犯罪性が濃厚になっている者をいう。これは刑としては初犯者であっても、普通の初犯者と区別しなければならぬ、とされるのだが、この場合にもたとえ初犯者であっても若しそこに習癖性の発現が確認できれば、

それはやはり常習犯と云つてよいのではないか。従つて常習犯については裁判官は唯單にこれを抽象的、外部的、現象的に把握すべきではなく、ましてや犯人の前科の度数のみを機械的に計算するだけでは到底不十分なのであつて、すべからず犯人という人間そのものを直視して常習性即ち習癖の有無を具體的、内部的、心理的に把握、判定しなければならぬのである。かようにして常習犯と累犯とは甚だ似て實はいささか非なるものである。両者は犯罪を反覆累行する者という底辺において確かに共通、同一な基盤に立っているが、常習犯は常に必然的、計画的、慢性的なのに対して、累犯は概ね機会的、偶発的、散發的であるという点において、底辺上に形成される三角形の影像は甚だ異なるものがあると思ふのである。従つて両者は必然且つ当然には直結できないが、さりとて又截然と割切つて分離することもできないから、それはひっきょう累犯という科 (generic class) に対する常習犯という種 (Species) の關係であるともいへべきであらうか。<sup>22)</sup>

累犯と常習犯は甚だ似て而もいささか非なるものがあるが、累犯については法典に一般的総則規定があるが常習犯についてはそれが皆無であることはしばしば述べたとおりである。しかしこの点については牧野博士は夙に早く大正の中期において「ドイツ刑法においては若干の犯罪につきそれが營業的なること、職業的なること又は慣習的なることによつて特別の刑を認めることとしている。しかしこれは特殊の犯罪に限らるべきではない。常習犯一般に対し、かかる特別な規定が概括的に設けられなければならないものと考える」とせられ、又小野博士も「累犯と常習犯とはその基本觀念において幾分異なる点があるが、しかし立法論としては両者を統一的に規定するのがよいのではないか」<sup>24)</sup>とされてこの問題についての卓見を示されている。又木村博士も「改正仮案は常習犯に対し重き刑を科する場合を現行法に比較して著しく多くしたのは甚だ重要な意義を持つてゐる。即ち賭博罪の外に單純暴行罪、墮胎罪、脅迫罪等の場合の上にもこの思想を拡充している。唯だ、最も常習犯の多い財産罪

に関して同様の規定が欠けているのは不充分ではなからうか」、又「わが刑法の累犯規定は偶発的なものと常習的なものとの無差別に形式的に規定しているのは再検討が要求されるのであり、それと關聯して不定期刑の必要ということも問題となる」<sup>26)</sup>とせられ、更に尙最近には「仮案では累犯の規定と獨立して、第九一条以下に常習累犯者に関する複雑な規定を設け不定期刑を科することにしてはいるが、これはむしろ累犯の規定中に包括し、累犯者中に單純な偶発的な者と常習者を區別し、偶発的累犯者については刑を加重し、常習累犯者については不定期宣告刑を認めるように改めるべきであると考える」<sup>27)</sup>として問題の解明に大きな示唆を与えている。又故江家義男教授も「今はごく特殊な犯罪についてののみ常習犯の規定があるが、これをもう少し一般化することはどうか」<sup>28)</sup>として常習犯總則化への問題を提起しているが、私も亦しばしば同様の趣旨を提唱して今日に至っていることは前述の如くである。

尙ドイツでも刑法改正の動きは常習犯の問題に關してであつたが、一九二七年刑法改正委員会委員長カール氏は「職業的及び慣習的犯人に対し従来よりも嚴重な規定を設けなければならなかつた。即ち累犯ということだけでは全く不適當であつた。又保安処分と刑罰を結びつけること、換言すれば犯人が累犯に陥ることから、及び社會を犯人から保護するということであつた」として常習犯に対しては累犯という制度のみをもつては未だ十全でないとしている。又一九五〇年ヘーグの國際刑法監獄會議においてもその決議の一として「従来の累犯に關する刑事法上の規定は、常習犯罪を抑制するに足る有力な武器ではない。従つて常習犯罪と闘う為には他の適切な措置に訴えなければならぬ」<sup>29)</sup>ということがうたわれている。

かようにして常習犯の処遇と対策、殊にその概念の明確化、ひいてはこれの總則的立法化ということは、今日わが刑法学における極めて重要な問題たるに至っているが、現在この時点に際会しているのが即ち今回の刑法

改正の事業なのであり又先般当局から公表せられた「改正刑法準備草案」なのである。

#### 四 常習累犯の新概念

さて、この度の草案は常習犯に対して新に一の劃期的な措置を講じたが、それは常習累犯という概念の新しい総則的立法化ということであった。「六月以上の懲役に処せられた累犯者が、更に罪を犯し、累犯として有期の懲役をもって処断すべき場合において、犯人が常習者と認められるときは、これを常習累犯とする」(六一)、「常習累犯に対しては、不定期刑を言渡すことができる」(六二・I)、「第一項の不定期刑は、処断刑の範囲内において長期と短期を定めてこれを言渡す。但し、処断刑の短期が一年未満であるときは、これを一年とする」(六二・III)というのがそれである。もつとも常習累犯という用語は学界においても時に用いられたこともあるのであるが、<sup>30)</sup>又断片的ではあるが「盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律」第三条も常習累犯強窃盗といった観念を認めているが、これは唯機械的に累犯と常習犯を組合せたような感があつてその実質的内容は必ずしも明確なものとは思えないのである。<sup>31)</sup>

尚又かつて大正十五年臨時法制審議会決議としての刑法改正の綱領第十七は「常習犯ニ付テハ特ニ刑ヲ加重スヘキ規定ヲ設ケルコト」とし又その第十九は「不定期刑ノ言渡ヲ為スコトヲ得ヘキ規定ヲ設ケルコト」としている。そして更に昭和十五年の改正仮案では「累犯者ニシテ一年ノ懲役又ハ禁錮以上ノ刑ニ処セラレ其ノ執行ヲ終リ又ハ執行ノ免除ヲ得タル後長期十年ノ懲役又ハ禁錮以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シ更ニ累犯トシテ有期ノ懲役又ハ禁錮ニ処スヘキ者常習トシテ其ノ罪ヲ犯シタルモノナルトキハ不定期刑ノ言渡ヲ為ス」(九二)、「浮浪又ハ労働嫌疑

ニ因リ常習トシテ罪ヲ犯シタル者ニ対シ刑ノ言渡ヲ為ス場合ニ於テハ其ノ裁判ト共ニ勞作処分ニ附スル旨ノ言渡ヲ為スコトヲ得」(二三六)とした。しかしながらこれは常習犯一般についての定義を定めたものではなく、唯単に不定期刑を科し得べき場合の要件を定めたものであるにすぎないのである。そしてこれについては既に木村博士の批判的な見解があることは前述のとおりである。

それならば今回新設された常習累犯とは一体何か。第六一条はその要件を定めたものであるが、これによると常習累犯たる為には先ず第一に累犯者が更に累犯として罪を犯したと、つまり今回の犯人が「累犯の累犯」であるという特定の累犯者であること、換言すれば「累犯の累犯」というのであるから、今回の累犯の前に二個の累犯関係ある前科のあることが前提要件とされるのであるが、これを形式的要件といふことができるであろう。かようにして今回の草案が常習犯の形式的要件として常に「累犯の累犯」を前置したことは誠に妥當な立法だと思ふのだが、何故かというとな述マイヤー等も指摘するように累犯者は常習犯人である場合もあるが必ずしも常に然りとは限らず、逆に又常習犯人が常に累犯者であるとは限らないからである。従つて累犯と常習犯人は概念上は一応区別されるとはいへ、常習犯人という行為者類型は累犯という形式の中にも現われ従つて累犯者の中からそれを契機として常習犯人を認識することができるという関係にあるからである。立法当局者の説明によると本条が常習累犯の概念を新に立て、累犯と常習犯人との二つをその要件として挙げた所以は、単に異種の要件を併列したのではなく、又累犯の章下に常習累犯という名称をもつて規定してはいるが、累犯中の特殊の重い累犯としてこれを対象にしたのでもなく、寧ろ犯人の常習性を問題として常習犯人ということに重点があるのである。又唯単に「常習犯人と認められるとき」というような抽象的な規定だけではその判断認定が恣意的になされる恐れがないとはいえないので、人權保障の面を考慮して、常習犯人との判断認定に一つの標準を示す意味において、

累犯性を形式的な要件として附加したものである。従って累犯性という要件はそれ自体独立の意味をもつものではなく、単に常習性の徴表としての意味をもつにすぎないのであり、実質的な重点は常習性にあるわけであると<sup>32)</sup>いつている。

第二は実質的要件であるがそれはいうまでもなく犯人が「常習者」であるということである。現行法の各則に規定されている常習犯は「常習として……為したるときは」という形式で表現されているが、今回の草案ではこれを改めて「常習者」という表現形式に修正されている。これは常習性は本来行為の属性ではなく行為者の属性であるから、行為者を核心として規定すべきであって行為者類型としての「常習者」という表現がより適切であると<sup>33)</sup>考えられたからである。

それならば常習性とは何か。これは通俗的には一見極めて明かであるやにみえるが実は甚だ難解な概念なのである。そこで今回の草案では常習性を認定する基準といったものを形式的に明記することはされたのである。それは前述のように「累犯の累犯」という形式的、客観的要件を具備した場合においてのみその累犯を契機としてその累犯の枠の中から始めて常習者を認定することとしているから、前門においてそこには既に一応の基準が前置されているのであるし又現行法の常習犯も唯単に「常習トシテ」と規定されているだけではあるが、しかし賢明にして且つ良識ある裁判官によって現に適当且つ妥当に運用されているのであるから、そこで常習性の認定は裁判所の裁量に任せればよいのであって、ことさらに他の要件を明記する必要がないと考えられたからである。又若し強いてこれを明文化しようとしてもそれは立法技術的にも甚だ困難なことであろう。それで常習性有無の限界やその認定はひっきり裁判所に数多く集積された判例によりこれを判断せざるを得ないのであるが、そこにはおのずから統一的且つ集約的な一線が既に表現されていると思うのである。<sup>34)</sup>

ところで今回の草案は常習性の認定について第一次の累犯の前科と、これと累犯となる今回の犯罪とが共に同種の犯罪であることを要件として規定していない。現行法では常習犯は常に同種犯罪についてのみ認められているのだが、これについて立法当局者は「常習ということについて、これを同種犯罪の範囲内において初めて認定し得るものとするか、必ずしもその必要がないかについては、従来学説もわかれている。本条はこの点については特別に規定しなかつたので解釈にまかせることになるわけである<sup>35)</sup>」としているが、これは今後大きな問題を残すこととなろう。

尚政治犯、確信犯との関係、殊に常習累犯に対する相対的不定期刑の問題、ひいては予防拘禁、保安処分といった極めて重要な問題もあるが、これらはいずれも本稿の焦点に稍外れるのでいずれ又他の機会にこれを論ずることとしよう。

## 五 　　む　　す　　び

今回の草案は立案の中心となられた小野博士もいわれるように、常習という概念に問題がない訳ではないが、現行法としても盗犯防止法が久しく行なわれており、諸国の立法例もあることであるから、更に一步を進めて一般的な規定を試みたということである<sup>36)</sup>。これは従来しばしばその総則的立法化を提唱して来た私共にとつては誠に喜ばしいことというの外はない。私は当初累犯と常習犯はその概念を截然と割切って區別して立法化すべきものと考えていたが、その後常習犯の実体構造や集積された判例の動向等を仔細に検討して行く中に、両者は必ずしも割切って分離すべきものでなく又それは現実的にも殆んど不可能なことではないかと考えるに至っている。

何故かという両者はしばしば述べたように、犯罪を反覆実行するものであるという基底において密接不離、不即不離、脣齒輔車の關係にあるからである。そして唯一点異なるところは累犯が比較的偶発的、散発的、機会的なものであるのに対して、常習犯は概ね必然的、計画的、継続的なものであるといえるのではないか。その意味で前述のように累犯が「科」であれば常習犯は「種」ともいべき關係にあると思うのだが、この場合区別のきめてとなる種差は唯一点、それは常習犯を特徴づけるところの「習癖性」の有無ということになるのではないかと考えている。又同種常習犯は敢て問題はないとしても、異種常習犯についてはどうかといった問題も重要であるが、私は常習性はいずれの犯罪についても同様に発現されるものだと思うし又犯罪の種類により特にこれを區別する積極的理由は余りないのではないかと考える。結局これらの点については今後の学説の発展と判例の解釈に任されることとなったのであるが、私はあらゆる概念を簡素、清明ならしめる趣旨において、差当り累犯を「普通累犯」と「常習累犯」に二大別し、その各々につきそれぞれ「異種累犯」と「同種累犯」、「異種常習犯」と「同種常習犯」といった体系の確立を試みてどうかと考えている。尚今回の草案が新しい施策の創設であることからして総じて概ね控え目の態度で配慮されていること従って又常習累犯の認定にも「累犯の累犯」という形式的要件を前置したことは人權保障の見地からも極めて妥当なことと考えるが、その反面又比較的多くの常習犯をみすみす逸するというようなことも予想できるのではないか。尚又常習累犯を懲役刑のみに限るのは果してどうであらうか、と問題は多々あるのだが、これらはいずれも今後の学説の発展と判例の展開にまつべき問題だと考える。

(1) それだけに文例、用語その他に甚だ珍奇なものが多い。例えば「罪本重カル可クシテ……」(三三八の二)といった条文

- は法律の専門家でも一読直ちには理解できないものといわれており、「……止タ……」（四五）の「止タ」という用語の如きは甚だ古い明治調なのである。その他拘留と勾留、料料と過料、没収と没取、心神喪失と耗弱、瘡啞者、首服、邦土の僧窃、金穀の資給、談合、水聞、壅塞、官府の証券、博戯と賭事、陵虐、寄藏、故買、牙保等々殆んど枚挙にいとまもない。詳細は拙稿「風俗を害する罪について」（刑法改正に関する意見書集、法務省刑事局編、改正資料第一号、昭和三年七月、二六〇頁。本書は今回の刑法改正に際して法務大臣より若干の刑法学者に対して意見書提出の依頼があったがそれを当局がまとめたものである）を参照せられたい。
- (2) 改正刑法準備草案、附理由由書、昭和三六年一月、小野清一郎、八三頁以下。
- (3) 拙稿、累犯、総合判例研究叢書、刑法(6)、三頁以下（これは累犯と常習犯について旧刑法以来今日に至る迄の判例を殆んど網羅的に蒐集整理してその問題点を明かにし且つこれらについての学説の変遷を跡づけたものである）。尚拙稿、常習犯について、木村博士還暦祝賀論文集、刑事法学の基本問題(上)、六〇五頁以下。
- (4) 木村亀二、新刑法読本、三一頁。安平政吉、刑法総論、四〇六頁。久礼田益喜、刑法学概説、三六八頁。八木胖、刑法総論、三〇七頁。私はこの区別に用いられている一般、特別という用語は必ずしもその内容を指すのに適切でないから寧ろ端的に異種累犯と同種累犯とするに如くはないのではないかと提唱したのである。又常習犯も後述するように右に対応して異種常習犯と同種常習犯としてはどうかと考えている。
- (5) *1. szf. Lehrbuch des deutschen Strafrechts. S. 263. 1919.* 小野、刑法総論、一八七頁。安平、前掲、四〇三頁。
- (6) 花井忠、刑事法講座、三卷、五四七頁。宮城浩藏、刑法正義、上、六三三頁。村田保、刑法註釈、卷二、三八葉以下。
- (7) 前田信二郎、犯罪社会学の諸問題、一三九頁。
- (8) 団藤重光、刑法、一九八頁。安平、新刑事政策、二〇四頁。花井、前掲、三四五頁。拙稿、前稿、三頁以下。
- (9) 高橋正己、戦後における累犯再入率の考察、累犯の研究、三一頁以下。「戦後の累犯現象を観察した結果、懲役刑の加重による累犯の防止乃至鎮圧は少くとも現在までのところ全く無効果であったことを明かにすることとなるのである」と統計の数字で実証している。尚、高橋、刑事政策、八頁以下。小野、本邦犯罪現象の認識、一三頁以下参照。
- (10) 団藤、前掲、一九九頁。井上正治、刑法学総則、二八〇頁。高橋、政策、一八九頁。
- (11) 今回の草案では刑法典中それぞれの条下に常習犯として編入されたものがあることは誠に妥当なことだと思ふのである。
- (12) *W. Kneisel, Rückfall und Gewohnheitsverbrecher nach geltenden Recht und den Entwürfen Deutschlands, Oes-*

terreichs und der Schweiz. S. 1, 1929.

(13) Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge, I. Bd. S. 167. 木村前掲、二六四頁以下。

(14) F. Exner, Das System der Sichernder und Bessernder Maßregeln (in Z. f. g. Strw. 53, Bd. S. 652). 安平、前掲、二〇七頁。

(15) 小野、刑法概論、二〇〇頁。

(16) 木村、前掲、二六七頁。市川秀雄、刑法総論、三八六頁。

(17) 安平、新刑事政策、二〇八頁。

(18) 木村、前掲、二六七、二八九頁。

(19) M. E. Mayer, Strafrecht. S. 484, 1923. Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung, S. 235, 1923. 木村、前掲、三三三頁。

(20) 小野、刑の執行猶予その他、二四三頁。前掲、概論、三一四頁。

(21) 正木亮、常習的初犯者と保護観察、刑政、四八卷、二号、二頁以下。

(22) 前田、前掲、一四三頁。

(23) 牧野、刑事学の新思潮と新刑法、二一三頁。

(24) 小野、刑事判例評釈集、二卷、一九一頁。

(25) 木村、刑事政策の基礎理論、四八六頁。

(26) 木村、刑法雑筆、二八五頁。

(27) 木村、刑法総則の体系について、前掲、刑法改正に関する意見書集、一四頁。

(28) 江家義男、法律時報、二九卷、二号、一九頁。

(29) 安平、前掲、政策、二二二頁。尚今まで述べて来た中特に二及び三については私の前掲旧稿に拠っているところも多いので時に重複した部分もあることを附記する。

(30) 「累犯中特に社会的危険の大なるものとして常習犯があるが、普通累犯に対してこれを常習累犯ということができよう。

(牧野、刑法総論、四六六頁。市川、前掲、三八五頁。江家、刑法総則講義、四二五頁。八木胖、刑法総論、三〇七頁)。  
刑法では通常、一般累犯と特別累犯という用語が用いられているが、そうすると右の場合常習累犯に对称される普通累犯

とは何かという用語の混乱がみられるので必ずしも適切でない。

(31) 小野、前掲、概論、二一七頁。

(32) 前掲、草案理由書、一三六頁以下。

(33) 同、理由書、一三七頁。

(34) 拙稿、前掲、判例叢書。累犯を含めて百二十二の判例を蒐集整理してあるが、私には常習性の認定についての基準が概ね感得できるように思われる。

(35) 前掲、理由書、一三七頁。

(36) 同、理由書、九一頁。