

《論説》

常習累犯窃盗罪と違憲審査

中島 広樹 (平成国際大学法学部教授)

1. はじめに

本稿は、常習累犯窃盗罪と違憲審査という表題でドイツ刑法典旧48条に関する立法、判例、学説等を参照したうえで、いわゆるクレプトマニアの判例にあらわれた事例につき、行為責任の観点から一定の場合に常習累犯窃盗罪の成立を限定しようとするものである。その後、刑罰法規そのものの、違憲審査との関連のなかで、この問題を検討しなくてはならないと考えはじめ、合憲限定解釈という手法が、実体的デュープロセスや責任主義の観点からは刑法の適用を謙抑的に限定するものとして望ましいと思われるが、ほかの事例では、限定解釈は明確性の原則との齟齬をもたらす等と批判されており、他方、限定解釈を正当化する憲法論としては立法事実論という議論があり、一定の立法事実が存する場合には全面的な限定解釈はできないとしても、制定時とは異なる事実のもとで、当該法規を限定解釈せずに適用するのは憲法違反になるという議論があることを知り、そのようないわゆる立法事実論を常習累犯窃盗罪について行うとすると、どのような結論がもたらされるかを、最終的に考えてみたのが本稿の内容である。

ちなみに、事の発端である、クレプトマニアという病気は、医学の進歩により、受刑者の有効な治療のためには、刑務所に拘禁するよりも家族の協力が得られるという環境が与えられる方が望ましく、また、可能なら自由刑を減軽するような形よりも、罰金刑を言い渡して自由刑を回避する方が有効な治療の観点からはすぐれているらしく、それゆえ、拘禁刑を科することを否定する常習累犯窃盗罪の適用違憲の方向の解決が求められないかを探究したのであった。

そこで、まず、クレプトマニアに対する常習累犯窃盗罪の適用に関する判例の動向、次に、これまでに合憲限定解釈が行われた刑罰法規、法令違憲が主張された刑罰法規にそれぞれ関連する諸判例について概観し、最後に立法事実論をまじえた限定解釈論について考察することとした。

そこで、判例に関する検討の順序は、大まかにいうと、

以下の通りであり、本稿もこの順序に従って論じてゆきたい。

- (1) 罪刑均衡と法令違憲
- (2) 刑罰法規に対する合憲限定解釈
- (3) 累犯加重の限定解釈 (警告理論)
 - (i) 前科行為と累犯行為との法益関連性
 - (ii) 制御能力の強化
- (4) 適用違憲を避けるための合憲限定解釈を導く立法事実論
 - (i) 昭和恐慌期と現在の経済的環境
 - (ii) 「常習」概念の辞書的意味の解明可能性
 - (iii) 常習累犯規定による重罰活用の度合

なお、参照判例は以下のとおりである。

- ①大阪高判昭59・3・27判時1116・140
- ②東京高判平23・8・16LEX/DB25542993
- ③甲府地判平24・11・19LEX/DB25542994
- ④東京簡判平24・12・11LEX/DB25542995
- ⑤さいたま地判平25・3・22LEX/DB25542996
- ⑥東京高判平25・7・17LEX/DB25505989
- ⑦東京簡判平25・9・10LEX/DB25542997
- ⑧東京高判平25・11・1LEX/DB25543008
- ⑨松戸簡判平27・11・25LEX/DB25543000
- ⑩東京高判平28・5・31LEX/DB25543002
- ⑪大阪地岸和田支判平28・4・25LEX/DB25543001
- ⑫最判昭23・12・15刑集2・13・1783 (有毒飲食物等取締令4条事例)
- ⑬最判昭29・4・13刑集8・4・441 (酒税法事例)
- ⑭最判昭29・11・10刑集8・11・1749 (地方税法事例)
- ⑮最判昭34・12・16刑集13・13・3225 (刑事特別法2条事例～砂川事件～)
- ⑯最判昭48・4・4刑集27・3・265 (尊属殺重罰規定違憲判決)
- ⑰最判昭49・11・6刑集28・9・393 (猿払事件)
- ⑱大阪地判平成27年8月28日LEX/DB25540943

- ⑨最判昭44・4・2刑集23・5・305（都教組事件判決）
- ⑩最判昭48・4・25刑集27・4・547（全農林警職法事件判決）
- ⑪最判昭60・10・23刑集39・6・413（福岡県青少年保護育成条例事件判決）

2 「刑罰法規と違憲審査」に関する判例の流れ

まず、判例①は、病的窃盗の事例に対して心神喪失を認めたものである¹。

次に判例②は、2個の窃盗前科のある被告人につき執行猶予を認めたものである²。

そして、判例③は、同種犯罪の前科者に対して、常習性が認められ、再度の執行猶予を付けないのが従来の判例だったが、病的窃盗に取り組んでいる被告人の姿勢と一定の治療効果の発現が、応報刑よりも窃盗病治療に基づく被告人の更生による再犯防止を優先させるべきだとの思考を前面に押し出し、再度の執行猶予が認められるための「情状」とされたものである³。

また、判例④～⑧は、再度の執行猶予を獲得して、被告人を刑務所に収監するよりも、病院に入院させて、病的窃盗を克服することによって再犯を予防すべきであるという弁護側の考え方⁴が認められた一連の事例である。

他方、⑨～⑪の判例は、保護観察付執行猶予中の再犯者に関しては、懲役刑を選択された場合には、再度の執行猶予は付かず、社会内で治療を受け続け窃盗癖を克服する道が断たれるので、弁護側としては平成18年に刑法235条の選択的法定刑として懲役刑に付加された罰金刑⁵を選択させるための弁護活動を展開することとなり、三判例とも、罰金刑を獲得し社会内処遇の途を得た事例である。

なお、病的窃盗の事案における責任能力に関しては、病的窃盗の衝動性にに基づく制御能力の著しい減退（心神耗弱）を認めることがあることを知ったが（判例②）、被告人の窃盗病の社会内治療という視点からは、第一次的重要性を持つとはいえない。さらに、これまでの記述は、刑法235条（窃盗罪）が適用された病的窃盗の事例であったが、ここで問題なのは、所定の累犯性と常習性の要件を備えたため、盗犯等防止法3条の常習累犯窃盗罪が適用されなくてはならない場合⁶であり、この場合は事実上執行猶予は認められず、罰金刑の選択も法的に不可能であるから、病院での治療継続ができないので、常習累犯の事案であっても、窃盗罪の事案として罰

金刑を獲得したいところであり、端的な方法は常習累犯窃盗罪の規定を違憲無効とすることであろう。

さて、従来、刑罰法規に関して行われた法令違憲の主張に対してなされる判例の特色は、等しく罪刑均衡論絡みのものでありながら、端的に憲法適合性を判断するという手法をとることなく憲法問題ではなく立法政策の問題になりうるにとどまると判示されている点にある⁷。

そこで、以後の論述の便宜のため、判例⑫～⑮を簡単に振り返ることとする。

まず判例⑫は、有毒飲食物等取締令4条の法定刑が不当に重く憲法に反すると主張された事例について、「立法政策乃至立法技術の当否、巧拙の問題であって、憲法適否の問題ではない」と判示しており、判例⑬は、酒税法の定める刑罰が憲法36条等に違反すると主張されたが、「刑罰法令に・・・いかなる種類、範囲の刑を科すべきものとするか、また裁判所にその種類範囲について如何なる限度の裁量を認めるべきかは、すべて立法機関の定めるところに委ねられた立法政策ないし立法技術の問題であって、憲法適否の問題ではない」として⑫の立場（いわゆる「司法謙抑主義」）によることを示した。

そして判例⑭は、地方税法136条2項の特別徴収義務者の自治体への税金不納入に対する法定刑は、重きにすぎ憲法13条及び36条に反するという主張に対して、最高裁は、「確かに、憲法13条は、国民の権利について立法その他国政の上で最大の尊重を必要とする旨定めているが、相当の理由があって設けられた刑罰規定については、その刑が他の一般の刑に比して重いというだけの理由で、同法条違反の問題を生ずるものでない」と判示した。これにより、最高裁は相当の理由のない罪刑不均衡は、憲法問題となりうるという解釈を僅かながら可能にしたように思われる。

判例⑮では、河村大助補足意見が、憲法31条に関する議論を整除したのが注目される。すなわち、(1) 憲法31条は、ある刑罰法規の法定刑が他の刑罰法規の法定刑と均衡を保っていることまで保障する規定と解すべきではない。(2) わが国の憲法上、刑罰法規の法定刑を如何に定めるかは、立法政策に属し、憲法上人権保障に関する他の規定に違反しない限り、立法機関の裁量に委ねられているものというべきである。(3) この場合、立法機関が、立法するにあたり、他の法定刑との均衡を考慮しなければならないことは当然であるが、それは立法機関の裁量権の範囲内における当不当の問題であって、憲法31条の問題ではない、(4) もっとも、法定刑に著しい不均衡を生じ、何人もその不均衡を是認できないことが、一見明白である場合には、裁量権の範囲を逸脱し

たものとして、憲法31条の問題となることは考えられる。

そして、この河村補足意見については、最高裁が罪刑均衡論を条件付きながら、憲法問題の枠内に入れたものと評価する見解もあるし、そもそも、罪刑均衡の要求は、今日における、いわゆる実体的デュープロセスの原則的内容と一般に解されており、河村補足意見が、罪刑均衡の要求を例外的・条件付きで憲法問題と解しているのは、罪刑法定主義の重要性にかんがみると、消極的態度と感じざるを得ない⁸。

その後、最判昭和37・9・18判時320・30、最判昭和47・3・9刑集26・2・151等でも、判例①・②で示された立場が繰り返し判示され、結局、猿払事件最高裁判決に判示された通り、「立法裁量の範囲を著しく逸脱している」ことが認められる場合にのみ違憲判断を可能とするという判断手法が確立しており、罪刑均衡論に基づく違憲主張に対しては、前述の通り、軒並み広い立法裁量論により、合憲判断がなされ続けていたわけである⁹。

ただ、昭和48年の尊属殺重罰規定違憲判決では、最高裁判決多数意見は「普通殺人罪のほかに尊属殺人罪という特別罪を設け、その刑を加重すること自体は、ただちに違憲とはいえないが、尊属殺人罪の法定刑を死刑または無期懲役刑に限っている点において、199条の普通殺人罪の法定刑に比して著しく不合理な差別的取扱いをするものであり、憲法14条1項に違反して無効である」と結論し、「立法裁量の範囲を著しく逸脱している」ことを認めた結果となったが、「著しさ」を確定するための準則が見いだせない、と批判されていた¹⁰。

常習累犯窃盗罪との関連では、大阪地判平成29年8月28日LEX/DB25540943(判例⑱)において、弁護人が、「いわゆる盗犯防止法3条の常習累犯窃盗罪は、刑法235条の窃盗罪と異なり、被害金額が小さい場合などであっても、罰金刑を選択できず、処遇内容が不均衡に重いことから憲法14条1項、および憲法31条に違反し違憲無効である」などと主張したのに対して、大阪地裁は、「常習累犯窃盗罪は、選択刑としての罰金刑はないものの、一定の常習性と累犯性を要件とするともに、酌量減輕により1年6か月までの懲役刑に減輕しうるのであるから、その要件と効果は立法裁量の範囲を逸脱しているとはいえない」(筆者要約)として弁護人の法令違憲の主張は採用できなかつた、近時の判例がある¹¹。

このような経緯をたどった結果、その後の判例では、立法裁量論に対する司法的抑制のため、換言すると、罪

刑均衡論によるストレートな法令違憲論にかわり、縮小解釈の一種としての合憲限定解釈の主張が行われるようになってきている¹²。

合憲限定解釈とは、ある法令について違憲の疑いがかけられているとき、その疑いを除去するように法令の意味を解釈する手法をいい、限定解釈を加えて文面上の合憲を宣言するので、憲法判断回避の方法と区別できるが、限定解釈を加えてもなお違憲の疑いが消えないときは、文面上の違憲が宣告される¹³。

周知のとおり、合憲限定解釈の手法を用いて刑罰法規の内容的適性を実現しようとした判例の代表例としては、①都教組事件判決(判例⑲)¹⁴と②福岡県青少年保護育成条例事件判決(判例⑳)¹⁵があげられる。

しかし、合憲限定解釈を採用した上記2判例は、いずれも不明確な解釈と批判されている。そして、その後も合憲限定解釈が行われた裁判例が公開されており、解釈の明確性を担保する基準として「言葉の可能な意味」や「予測可能性」等の言葉が持ち出されているが、いずれも一義的な解釈を保障しうるものでないことが明らかになったともいえるのであり、判例⑳では、不明確な限定解釈は、犯罪構成要件の保障的機能を失わせることになり、その明確性を要請する憲法31条に違反する疑いすら存すると判示され、法の改正による根本的解決が視野に入らない限りは、できる限り解釈の明確性を打ち出すための努力を重ねてゆくことが求められる、というべきであろう¹⁶。

3 警告理論による限定解釈

他方、従来常習累犯窃盗罪は、総則の累犯加重の通説と同様に前刑の警告機能を無視したから刑が加重されると解されてきた。

すなわち、行為者が以前有罪宣告に基づく刑の言渡しや執行を受けたにもかかわらず、それを無視して新たな犯罪行為を実行する場合、強められた違法性の意識(可能性)や反対動機形成能力・制御能力を押し切って行為に出たことになるので、行為責任の加重とそれともなう刑罰の加重をもたらすという警告理論(Warntheorie)によって、累犯加重は根拠づけられるというわけである。

そもそも、累犯加重の根拠づけに関しては、かつては、新派の立場から、行為者の危険性に対する社会防衛の見地が強調され、行為者の社会復帰よりは、社会からの行為者の隔離に重点を置いた説明¹⁷もあったが、今日では、規範違反としての違法性が増加するという見解¹⁸、特別予防の必要性が増大するという説明¹⁹、そして、行為責任の増加を説く警告理論²⁰あるいはそれらの折衷

説²¹が主張されており、警告理論が支配的であるといえよう。

しかし、警告理論は、かねてから「責任主義」の名の下に様々な批判が加えられている。すなわち、その概要は以下の通りである²²。

- i. 警告理論は、行為責任の増加を根拠とするが、責任は違法を前提としており、責任のみの重さを理由として刑を加重することは許されない、
- ii. 形式的要件が備わっただけで一律に行為責任の増加を認めることは許されない、
- iii. 前刑の存在は、行為者にとって有利な警告作用ではなく、犯罪者の烙印として、行為者の遵法的生活に関して極めて不利に作用する、
- iv. 累犯者になったのは刑の警告が無効であったことを意味するのであるから、そもそも、前刑に心理的効果（感銘力）を認めるべきではない、
- v. 犯罪を反復するとむしろ行為者の反対動機が麻痺するのだから、前刑の警告無視を責任増大につなげるのは期待可能性の擬制である、
- vi. 行為責任の根拠は、当該行為だけに求めるべきであり、前刑の存在のような当該犯行とは独立の事態を責任判断の対象とすべきではない、
- vii. 前刑についての犯罪は先の刑罰で責任を果たしているのだから、犯行の反復を理由に責任を加重することは同一犯行について二重の責任を負わせることになる、
- viii. 刑法総則の累犯加重の法定刑の上限が二倍になっているのは、責任の量を超えた保安刑を科すものである。

このうち、警告理論にとってとりわけ重要な批判は、iとivである。警告理論は、結果無価値まで視野におさめた違法増加を根拠づけるものではなく、あくまでも、非難可能性という意味での責任の増加を基礎づけるもので、その際、累犯として行われた行為と無関係の以前の有罪宣告を問題とせざるを得ないからである。

それゆえ、盗犯等防止法の常習累犯窃盗罪のように必ず刑の下限を固定する（前科者の窃盗は法定刑の下限を懲役3年にする）という規定になっている場合は、刑の加重の可否に関して累犯行為の法益侵害性の大小を考慮できる規定になっていないので、iの問題は実務的には意識されやすいが、行為責任については、行為者人格を考慮に入れる「広い意味での行為責任」を前提とする実務的理解においては、ivの問題はさほど重大視されない。

そうすると、「高められた行為責任」が認められた場合にのみ、累犯加重を行うというアプローチをとればii、iii、iv、v、viiの各批判はかわせるはずだし、そのような機能を期待されて、ドイツでは、一定の条件のもと、過去に少なくとも二回、故意の犯罪行為により刑の言渡しを受け、その一部について自由刑の執行を受けた者が、新たに故意の犯罪行為を犯し、「犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難をその者に加うべき場合」には、刑の下限を6か月の自由刑にするという一般的累犯加重規定（旧刑法48条）を設けた（1970年4月1日～1986年4月30日）。この規定の「犯罪行為の種類と事情を考慮して、その者が以前の有罪判決を警告として役立てなかったという非難をその者に加うべき場合」を非難性条項といい、この条項の要件を満たす場合、高められた行為責任を認め累犯加重を行うことにしたのである。

すなわち、前科行為と累犯行為との間に、法益の類似性等の一定の関連性が認められる場合に非難性条項の要件を満たしたものとして累犯加重を行うわけである。

ただ、こうした関連性が認められる場合であっても、激情犯、衝動犯、限定責任能力者、意志薄弱者、社会的無援助状態など、前刑の警告機能が有効に作用しえないとみられる類型的事情が存するときには、累犯加重を否定しうる。

しかし、ドイツ旧刑法48条は、刑の下限が6月に固定されていたことから累犯として行われた行為の違法性の大小を考慮できず、つまりiの批判を克服できなかった（＝軽微累犯に責任相応の刑を科せなかった）ことが主因となって削除されたのであった²³。

4 警告理論の適用例

4.1 違憲論と合憲限定解釈論

今、盗犯等防止法3条の常習累犯窃盗罪の刑の加重理由を、累犯加重に求めさらに累犯加重の根拠を通説や実務のように警告理論に求めるのであれば、原則的には、前述したi～viiiまでの批判を受けることになる。とりわけ、iの批判まで考慮に入れ、累犯としてなされた行為の違法性の軽重を問わず、一律に刑の下限を加重するならば、盗犯等防止法3条の常習累犯窃盗罪の規定は、責任主義に反したものと解さざるを得ない。不法内容の軽微な窃盗行為においては、累犯行為の行為責任を過大に評価するもので、法益侵害性を実質とする不法内容の重さに応じて行為責任の重さも定まるとする責任主義に反することになるからである²⁴。責任主義が憲法31条

の実体的デュープロセスの要請としての刑法の大原則であるとするならば、盗犯等防止法3条の常習累犯窃盗罪の規定は違憲無効として削除されるべきであろう²⁵。

しかもさらに、違憲無効とは直ちに決めかねるとしても、違憲の疑いを避けるためにできる限りの限定解釈は試みなくてはならないはずであるし、それは一定の範囲内で責任主義の要請にも合致するであろう。確かに、警告理論は、「みせかけの責任主義」と批判されたが、盗犯等防止法3条の常習累犯窃盗罪の削除が立法措置としてなされず、しかも責任主義を尊重しなくてはならないとすれば、盗犯等防止法3条の要件が満たされれば、機械的に常習累犯窃盗罪の成立を認めるよりは、さしあたっては、責任主義を可能な限り実現しうる限定解釈を採用するべきではなかろうか。

4.2 前科行為と累犯行為との構成要件の関連性

まず、前述したドイツ刑法旧48条の警告理論に基づく非難性条項の解釈のように、前科としての犯罪行為（前科行為）と累犯としての犯罪行為（累犯行為）が、保護法益の共通性や構成要件的行為の共通性を基礎として構成要件の重なり合いが認められる場合には、警告無視による高められた行為責任とそれに基づく刑の加重を認め、そうでなければ刑の加重を認めないという解釈を採用するのであれば、抽象的事実の錯誤における法定的符合説に基づく処理とパラレルな解決となるはずであり²⁶、重い行為責任を基礎づけるとともに限定することも一応可能だと思われるので、一定の範囲内で責任主義の要請にも合致するであろう。

常習累犯窃盗罪の場合、前科としての犯罪は窃盗罪であり、累犯としての犯罪も窃盗罪であり、保護法益はいずれも財産（所有権・占有）であることから両者に構成要件の関連性を認め得ることについては、誰しも異論はないであろう。

4.3 累犯者の高められた制御能力

さらに前述した通り、警告理論は、前刑の有効な警告を向けられた前科者が、その内面においてより強固な制御能力を形成したにもかかわらず、それを乗り越えて再び犯罪に出たからこそ、累犯としての行為に対しては非難が高められ、それに応じて刑が加重されるという前提に立つのだから、累犯者が実行行為のさい平均人を上回るような制御能力を備えていたことの検証、少なくともそのような制御能力の脱落がなかったかどうかの検証が必要とされざるを得ない。そして、単純な意思自由（制御能力）すら擬制・仮説と主張されるほどその実在が厳

密には疑われ、規範的要請に基礎づけられたものであることは否定できないのだから、より強い意思自由としてのより強い制御能力（反対動機形成力）の存否に関する判断については、現在の責任能力の判断のように規範的要請を重んじた手法に甘んじることなく、科学的な精神鑑定を十分に尊重して行われなくてはならないはずである。

4.4 高められた制御能力が問題となる事例

この点に関して、ドイツの判例では前述した旧刑法48条の解釈適用に当たり、

- ①警告の名宛人たる累犯者の側において「激情犯」という特別な動機付けが存在する場合には、行為責任は増大しないと解され（つまり、累犯行為が激情犯だった場合は、前刑の警告自体は客観的に有効に存在しうるとしても激情に陥っている累犯者の側に警告に感銘しうる可能性がないし、前科行為が激情犯だった場合には、以前の有罪宣告の理由となっている犯罪に対する刑罰には警告機能が存しないというわけである）²⁷、
- ②「衝動犯」の事例について、衝動により警告機能に感銘すべき累犯者の側の制御能力が著しく制限され、それによって前刑の警告機能が覆い隠されていたかどうかについての特別な検証を要するとされ²⁸、
- ③「薬物中毒」の事例に関しては、長年にわたる薬物濫用が制御能力の制限を導くので、行為者の側において前刑の警告を認識し、それに従い得る主観的状态になく、したがって「高められた責任非難」を加えることができない可能性があるという前提に立っており²⁹、
- ④「酩酊行為」の事例については、酩酊により被告人の制御能力が排除された場合、行為者の抑制を強めることを期待しうるような前刑の警告機能は生じないので、非難は高められないとされ³⁰、
- ⑤「意思薄弱」、「限定責任能力」、「差し迫った窮乏」、「社会的無援助」等の諸事例において被告人の制御能力が具体的事案において妨げられていた場合には、累犯加重の排除が考慮されるとされていた³¹。

要するに、これらの事例では、累犯者が、前刑の警告機能に感銘して形成されたはずの平均以上に強い制御能力を乗り越えて新たな犯罪に出たことに高められた行為責任とそれに応じた累犯加重が発生する根拠を求めるとい理論（警告理論）を前提としているが、このような

警告理論は、理論的にわが国の累犯規定（刑法総則の一般的累犯規定、盗犯等防止法3条の常習累犯窃盗罪）にもあてはまる議論であることは言うまでもない。

4.5 結語

それでは、いわゆる盗犯等防止法3条の構成要件に該当する行為を行った場合においては、前刑の警告機能によって強められた制御能力のもとで新たな窃盗行為に出たので、行為責任が高められたと認められ、常習累犯窃盗罪が成立するのであろうか。

いうまでもなく問題は窃盗の具体的な実行行為のさいに、警告理論が想定するような強められた制御能力が備わっていたかにある。そして、強められた制御能力が存していたと認められれば、警告理論によれば行為責任は増加し累犯加重が認められることになる。

それゆえ、すでに述べたように、実行行為のさい平均人を上回るような制御能力を備えていたことの検証、少なくともそのような制御能力の脱落がなかったかどうかの検証が必要とされざるを得ない。

6. 刑罰法規に関する憲法裁判

6.1 これまでの議論³²

この点を概観すると、まず、立法裁量論から、合憲とされるのが一般的であったが、次いで、実体的デュープロセスの見地から合憲限定解釈という手法が、判例・学説において主張されたものの、合憲限定解釈を活用するなら確かに処罰の拡大を限定しようと解することもできるが、限定の仕方によっては、解釈の不明確をきたし、ひいては、法的安定性を損なうような事態を招来しかねないと反論されることをわきまえた。

判例においては、いわゆる都教組事件判決で示された「二重の絞り論」が全農林事件（⑳）により不明確な解釈だとして退けられ、同様に福岡県保護育成条例事件判決（㉑）の「淫行」解釈については、最高裁の3名の反対意見を含め、概ね不明確な解釈だとして、学説上不評であり、このままでは、実体的デュープロセス違反の疑いがある事件に対しては、合憲限定解釈の手法をあきらめ、端的に法令違憲の主張を行うしかなくなりそうである。

しかしながら、これまで法令違憲の主張が認められたのは、尊属殺重罰規定違憲判決（⑯）一件だけであり、これまでの判例の流れに徴すると、やはり端的な法令違憲の主張による解決は、現実的な手法とは考えにくい。では、どのような展望が開かれるのであろうか。

6.2 合憲限定解釈と適用違憲の関係³³

この難問解決への展望を開くためには、これまで主張されてきた合憲限定解釈と適用違憲との関係についての学説・判例の議論からヒントを得る必要がある。

たとえば、芦部信喜によると、適用違憲を【1】法令の合憲限定解釈が不可能な場合、違憲的適用をも含むような広い解釈に基づいて法令を当該事件に適用するのは違憲である、という趣旨の判決、および【2】法令の合憲限定解釈が可能であるにもかかわらず、法令の執行者が合憲的適用の場合に限定する解釈を行わず、違憲的に適用した場合にその適用は違憲である、という趣旨の判決の場合としている。

また、全農林事件に関する田中、大隅、関根、小川、坂本裁判官の反対意見は、やはり、法律が「基本的人権の侵害に当たる場合がむしろ例外で、原則としては、その大部分が合憲的制限、禁止の範囲に属するようなものである場合には、当該規定自体を全面的に無効とすることなく、できる限り合憲的限定解釈、またはこれが困難な場合には、具体的場合における当該規定の適用を憲法に反するものとして拒否する方法（適用違憲）によつてことを処理するのが妥当な措置というべき」であるとす。つまり、法令違憲が困難な場合は合憲限定解釈の方法をとり、それに失敗したときは適用違憲の判断が下されるべきだとするわけである。

これまでの検討からすると、刑罰法規についてその違憲性を争えば、通例まず、立法裁量論により、『立法者に著しい権限の逸脱』がない限り合憲判断が下されると予測される。次に合憲限定解釈が主張された場合には、その解釈の明確性が争われがちであり、裁判所にとって合憲限定解釈が困難とされる公算も大きい。

だがしかし、少数者の人権保障を中核とする憲法秩序を維持するためには、合憲性推定による立法府のための救済を犠牲にしてでも適用違憲とすべきこととなるのであり、立法事実論に基づく立証が適切に行われるならば、合憲限定解釈は一層実りあるものになると思われる。

たとえば、まさに常習累犯窃盗規定などのように、昭和恐慌期という異常な時期に制定された刑罰法規には当然ながら、立法事実の存在に疑問が提起されるであろうことが予測される。

7 常習累犯強窃盗罪規定の合憲性の基礎付けを失わせる可能性のある立法事実

7.1 盗犯等防止法が制定された当時の社会・経済的事情と今日の社会・経済的事情の差異

第一次大戦後の戦後恐慌があって、そのまま1920年

代いっばいが不況となっていたところに、世界恐慌（昭和4年）が起きて浜口内閣が緊縮財政で対応する致命的誤りを犯して昭和恐慌（昭和5～6年）に至る、日本経済最悪の時期³⁴、言い換えると、国家が経済的に破滅しかけるほどの状況で生まれた盗犯等防止法は、このような当時の経済的混乱において盗犯が横行したから作られた法律といえよう³⁵。以後100年ほど盗犯等防止法に大きな改正がなかったのは、昭和恐慌に匹敵する経済的事情が今日もなお存続しているから、という盗犯等防止法制定の基礎にある立法事実が存するからではなく、治安の不安があまりないのに、「糞に懲りてなますを吹く」といった、強力な刑罰法規だけは念のために置いておきたいという惰性程度の理由であったと思われる。

7.2 常習性概念の社会的普及の度合いの差異

戦前「日本初の近代的国語辞典」とされた「言海」は、2004年ちくま文芸書房から復刻された³⁶が、これは、そもそも巻頭の肖像写真が初版本とは異なっているように、この復刻本は「明治37年縮刷版の復刻」ではなく、1931年（昭和6年）の縮刷版言海第628刷を中心に印刷状態の悪い部分は他の版を使用した合成物である。つまり、常習累犯窃盗罪の構成要件要素である「常習」という文言は、盗犯等防止法制定当時（昭和5年）には、その文理解釈を可能ならしめるような辞書の意味が見いだせなかったことになる。

すなわち、盗犯等防止法制定当時にもっとも国内で権威ある辞書とされていた「言海」に搭載されていない「常習」という言葉は、人口に膾炙していたものではなく³⁷、その辞書の意味が不明の法律用語であったというのが、盗犯等防止法制定時の立法事実であった。これは、「常習」³⁸が、厳格な文理解釈を拒むような非罪刑法主義的なことばであったことを意味するであろう。

7.3 累犯窃盗罪に対して活用される重い量刑の差異³⁹

昭和5年法律第9号として制定された盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条の常習窃盗犯に対する法定刑の下限は3年の有期懲役とされた。これは、常習犯人に対して短期の懲役刑では何ら矯正効果がないから、できるだけ長期刑による懲らしめにより、改化遷善させることを図り、通常の窃盗罪が適用されれば、1か月以上10年以下の懲役刑しか宣告できないため、常習窃盗者への法定刑を引き上げたのであった。現行刑法施行（明治41年）後、数年間は、累犯規定（刑法56条）の適用により懲役12年・13年という重刑が現実には科されていたが、刑務所の過剰拘禁という問題が起こり、寛刑

化が進んだらしい。その傾向を盗犯防止法で抑制しようと図ったのであろうが、平成元年に大坂地裁で昭和62年から63年の約1年間で言い渡された常習累犯窃盗罪の判決結果が調査されたところ、法定刑の下限である懲役3年未満が言い渡された事例が過半数を占めたことが判明し、このような寛刑化の傾向は全国的に認められることも判明した。このような、盗犯防止法の量刑の現状は、確かに盗犯防止法の立法趣旨があまり尊重されていないと解される。

盗犯防止法制定の立法事実としては、国民の多数が常習窃盗犯に対しては十分に長期の自由刑が必要であるという世論をいいるはずだとの立法事実があったはずだが、ここでも盗犯防止法を支えた立法事実も失われているのではないかと、疑わざるを得ない。

注記

¹ 本判例は、神経性食思不振症（摂食障害）による、窃盗事犯と責任能力という形で問題にされたものであり、一審の枚方簡裁は心神耗弱と認定し、控訴審たる本判決は被告人の主張を入れて心神喪失と認定し、無罪を言い渡した。なお、神経性食思不振症に関する同種判例としては、公刊物未掲載ながら、①中野簡判昭和57・7・6、②東京簡判昭和57・8・24の二つがあるものの、いずれも、心神喪失を否定している。

² 本判例の公訴事実は被害額1万円以上2万円以下の窃盗1件で、窃盗前科は執行猶予付き懲役刑の言渡しが、1回ある。摂食障害に合併したクレプトマニアによる衝動の影響下でかつ幼少期のトラウマによって生じた解離性精神障害に起因する現実感のない精神状態下で、本件窃盗を行ったものと認められるが、判例①のように制御能力の不存在や減退が認められていないのは、クレプトマニアによる衝動はあったにしても、それほど強いものではなく、制御能力に障害を与える程度のものではないと判断されたためであろう。それゆえ、刑法39条の適用問題はおこらず、刑法25条1項の初度の執行猶予に保護観察を付けるべきかが、問題となり、保護観察を付けることにより、その改善更生が促進されると判断されたうえで、それが肯定されたと考えられる。

本判例は、病的窃盗の治療に前向きに取り組んでいる被告人の主体的努力と主治医との信頼関係の構築、家族の支援による治療効果の発現とが、応報刑による懲罰よりも治療に基づく更生・再犯防止を優先させるべきとする思考を前面に押し出し、保護観察付の再度の執行猶予を認めた、と解される。

³ 林大悟「司法の立場から」竹村道夫・吉岡隆（編）『窃盗症』（中央法規出版、平成30年）155頁

⁴ 西田典之（著）／橋爪隆（補訂）『刑法各論（第七版）』（法律学講座双書）（弘文堂、平成30年）1頁。同書によると、「平成18年改正により、選択刑として「50万円以下」の罰金刑が導入された。困窮犯としての性格を有する窃盗罪に罰金刑を設けることには根本的な疑問があるかもしれない。しかし、現実には、経済力のある犯

人による万引き行為などが頻発している。これまでは、正式起訴するのは適当でないとして起訴猶予によって対応されてきたが、被害者感情を考慮するとともに一定の抑止力を確保するために中間的な刑として罰金刑が導入されたものである。と説明されている。]

- ⁵ クレプトマニアに罹患した〔盗犯等防止法3条の〕常習累犯者の窃盗反復傾向からすると、窃盗罪で禁錮以上の刑に処せられ執行を終了した日から今回の窃盗行為までに、執行猶予〔(刑法25条1項2号)の要件とされる禁錮以上の有罪言渡しに関する5年間の空白があるとは事実上考えにくいし、しかも、罰金刑の選択は法律上許されない、いわゆる盗犯等防止法3条の常習累犯窃盗罪で起訴された被告人の社会内治療をどうするかという問題の解決が残されている。]
- ⁶ 中島広樹「刑罰法規と違憲審査」平成法政研究24巻1号(平成31年)71頁。
- ⁷ 三井誠「罪刑法定主義」『判例刑法研究1』(有斐閣 昭和55年)92頁〔砂川事件、尊属殺重罰規定違憲判決も、罪刑均衡の問題を合憲性判断の枠内に入れたものと判断している〕。
- ⁸ 中島・前掲論文(注6)56-59頁。
- ⁸ 戸松秀典『立法裁量論——憲法訴訟研究(2)』(有斐閣、平成5年)321-326頁。
- ⁹ 中島・前掲論文(注6)60頁。
- ¹⁰ 戸松・前掲書(注8)128頁。
- ¹¹ 中島広樹「クレプトマニアと刑法上の問題」平成法政研究23巻1号(平成30年)71頁。
- ¹² 田宮裕『変革の中の刑事法(刑事訴訟法研究6)』(有斐閣、平成12年)45頁。
- ¹³ 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』(有斐閣、平成6年)206、255-256頁、杉原泰雄『憲法Ⅰ(憲法総論)(有斐閣法学叢書5)』(昭和62年)323-324頁、戸松秀典『憲法訴訟(第二版)』(有斐閣、平成20年)234頁。
- ¹⁴ 中島・前掲論文(注6)62-65頁。
- ¹⁵ 中島・前掲論文(注6)66-67頁。
- ¹⁵ 中島・前掲論文(注6)67-68頁。
- ¹⁶ 牧野英一『増訂刑法通義(第一八版)』(有斐閣 明治40年)149頁等。
- ¹⁷ 西原春夫『刑法総論』(成文堂 昭和52年)397頁等。
- ¹⁸ 中野次雄『刑法総論概要(第三版補訂版)』(成文堂、平成9年)234頁等。
- ¹⁹ 大谷實『刑法講義新版第4版』(成文堂、平成24年)537頁等。
- ²⁰ 大塚仁『注解刑法〔増補第二版〕』(青林書林新社 昭和52年)362頁等。なお、「警告理論は、前刑の有効な警告を向けられた前科者が、その内面においてより強固な制御能力を形成したにもかかわらず、それを乗り越えて再び犯罪に出たからこそ、累犯としての行為に対しては非難が強められ、それに応じて刑が加重される』という前提に立つが、制御能力が強められるというのは、実証科学的な見方であり、規範的観点を強調するならば、「累犯者には、既に刑罰をもってその前犯の非を改悔すべきことがもめられたのに、十分な反省に至らず、罪を繰り返したことによってその行為に対する道義的非難が高められる」として、行為者の現実(違法性の意識の可能性が真に強かったかどうか、強められた制御能力ゆえに初犯者以上に犯罪を回避することを期待できたかどうかを問わずに累犯者は、当然再犯に陥らないようにすべき強い義務があったという前提で警告理論が「この強い義務義務に反した」として適用されてしまうであろう。
- ²¹ 中島広樹『累犯加重の研究』(信山社、平成17年)115-136頁。
- ²² 中島広樹「警告理論について」平成法政研究22巻2号(平成30年)51頁。
- ²³ 中島・前掲論文(注22)52頁。
- ²⁴ 浅田和茂『刑法総論〔第2版〕』(成文堂、平成31年)527頁。
- ²⁵ 中島・前掲論文(注22)62頁。なお、川端博「罪刑法定主義の現代的意義」植松正・他(編)『現代刑法論争Ⅰ〔第二版〕』(勁草書房 平成9年)32頁では、罪刑の均衡は、責任主義の問題であり、罪刑に定型的な著しい不均衡があれば、責任主義に違反する、と論じている。
- ²⁶ 中島・前掲書(注21)227頁。
- ²⁷ 中島・前掲書(注21)206-208頁。
- ²⁸ 中島・前掲書(注21)208頁。
- ²⁹ 中島・前掲書(注21)208-210頁。
- ³⁰ 中島・前掲書(注21)210-211頁。
- ³¹ 中島・前掲書(注21)211-214頁。
- ³² 中島・前掲論文(注6)68-69頁。
- ³³ 中島・前掲論文(注6)69-71頁。
- ³⁴ 長幸男「昭和恐慌」(岩波書店 昭和48年)1-12頁において、昭和恐慌の過程で没落してゆく中間層の姿が、血盟団事件(昭和7年)の犯人の一人、小沼正(1911-1978)の人生に即して活写されている。
- ³⁵ 司法省刑事局「盗犯等の防止及処分に関する法律の理由説明書」平井彦三郎『盗犯等防止法釈義』(松華堂書店 昭和5年)1頁において、いわゆる盗犯等防止法の法案提出の背景として「昭和4年春、第56議会開会中帝都は所謂説教強盗や講談強盗の頻々たる出没の為に人心恟々たる状態に陥っていた。」と説明されていた。理由書に掲げられていた「説教強盗」こと妻木松吉(1901-1989)は、腕のいい左官で、東京の雑司ヶ谷で妻帯してまじめに暮らしていたが、大正14年末ころから、関東大震災(大正12年)後の復興景気が終了し不景気になると仕事が激減し、家庭内でも病人の療育費用に困窮し、金策先の友人方で窃盗に手を染めて以来、強窃盗反復者となり、強盗58件、窃盗29件、強盗傷人2件、暴行未遂

1件の廉で昭和5年12月18日東京地裁で無期懲役に処せられ、小菅刑務所や秋田刑務所で服役した。

ちなみに、太田順子『帝都戦慄の説教強盗一仮釈放の生涯』(ノンブル社 平成9年) 1-272頁では、妻木を法廷で弁護したうえ、昭和22年に憲法公布に伴う恩赦で妻木が仮釈放(終身保護観察)となって以来、妻木の身元保証人(担当保護司)となった太田金次郎弁護士宅に長期にわたり居住したため、同居していた太田弁護士の長女順子の目で身近に見ることになった「昭和の大不況に打ち勝てなかった」妻木の生涯が描かれている。

³⁶ 武藤康史『『言海』解説』大槻文彦『言海』(筑摩書房 平成16年) 1270-1349頁。

³⁷ 『言海』以降現行刑法定(明治40年)に至るまでの時期の主な辞書としては、山田美妙『日本大辞書』(日本大辞書発行所 明治25-26年)、物集高見『辞林』(宮内省 明治27年)、藤井乙男・草野清民『帝国大辞典』(三省堂 明治29年)、林麤臣・棚橋一郎『日本新辞林』(三省堂 明治30年)、落合直文『ことばの泉』(大倉書店 明治31-32年)等があるが、いずれも「常習(ジャウシフ)」という言葉は掲載されていない。

³⁸ 現行刑法第186条1項の常習賭博罪における「常習」の意義や現行刑法に常習賭博罪以外の常習犯が規定されなかった理由について検討したものとして、中島広樹「常習犯に関する一考察」平成法政研究7巻1号(平成14年) 43-78頁参照。

³⁹ 田邊信好「常習累犯窃盗罪についての判決の実情と刑事政策的課題」ジュリスト929号(平成元年) 54頁。