

常習賭博罪における刑の加重根拠

川 田 泰 之

はじめに

常習として賭博をした者は三年以下の懲役に処せられる（刑法一八六条一項）。単純賭博罪（同一八五条）の法定刑が五〇万円以下の罰金又は科料であることと比較すると、常習賭博罪は常習性を根拠として法定刑が加重されたものであるから、通説によれば不真正身分犯であり、その構成要件は単純賭博罪に対する加重的構成要件である（二）。また、常習賭博罪はわが国の現行刑法典に規定されている唯一の常習犯加重処罰規定である。それ以外に、現行法における常習犯加重処罰規定として、常習的傷害・暴行・脅迫・毀棄罪（暴力行為等処罰法一条の三）、常習的面会強請・強談威迫罪（同二条）、常習特殊強窃盗罪（盗犯等防止法二条）、常習累犯強窃盗罪（同三条）、常習強盗傷人・強盗強姦罪（同四条）、常習買収・利害誘導罪（公職選挙法二二二条二項）を認めることができる。常習性の有無によって法定刑が変化するにもかかわらず（表参照）、常習性について定義した総則規定は存在しないから、常習性の問題は解釈論上重要な意義を有している（三）。

表 現行法における常習犯加重

	加重前	加重後
常習賭博（刑法186条1項）	50万円以下の罰金又は科料	3年以下の懲役※ ¹
常習的傷害（暴力行為等処罰法1条の3）	15年以下の懲役又は50万円以下の罰金	1年以上15年以下の懲役
常習的暴行（同上）	2年以下の懲役若しくは30万円以下の罰金又は拘留若しくは科料	3月以上5年以下の懲役
常習的脅迫（同上）	2年以下の懲役又は30万円以下の罰金	3月以上5年以下の懲役
常習的毀棄（同上）	3年以下の懲役又は30万円以下の罰金若しくは科料	3月以上5年以下の懲役
常習的面会強請・強談威迫（同2条2項）	※ ²	1年以下の懲役または10万円以下の罰金
常習特殊窃盜（盗犯等防止法2条）	10年以下の懲役又は50万円以下の罰金	3年以上の有期徒刑
常習特殊強盜（同上）	5年以上の有期徒刑	7年以上の有期徒刑
常習累犯窃盜（同3条）	10年以下の懲役又は50万円以下の罰金	3年以上の有期徒刑
常習累犯強盜（同上）	5年以上の有期徒刑	7年以上の有期徒刑
常習強盜傷人（同4条）	無期又は6年以上の懲役	無期又は10年以上の懲役
常習強盜強姦（同4条）	無期又は7年以上の懲役	無期又は10年以上の懲役
常習買収及び利害誘導（公職選挙法222条2項）	3年以下の懲役若しくは禁錮又は50万円以下の罰金	5年以下の懲役又は禁錮

※1 185条但書「一時の娯楽に供する物……」の適用もなく、他の罪と比較して、刑の加重の度合いが「余りにドラスティック」（安田・後掲57頁）である。

※2 警察犯処罰令は軽犯罪法附則2項によって廃止されたから、ここにおいては常習性が処罰創設的に機能している。

ところで、二〇一八年七月二〇日にIR（統合型リゾート）実施法が成立したことによって、わが国におけるカジノ開設は目前に迫ってきた。IRが観光および地域経済の振興に寄与することが期待される一方、依存症対策をはじめとする諸問題は未解決のまま残されているから、（常習）賭博罪をめぐる議論は再検討を迫られていると思われる。常習賭博罪をめぐる伝統的な争点は、常習性の法的性格および共犯の取扱いであった。本稿はカジノ導入を契機として（常習）賭博罪をめぐる議論に変化が生じていることを踏まえて、常習性の法的性格について若干の検討を加えた上で、そこにおける刑の加重根拠について試論を提示する。

一・累犯と常習犯

確定裁判を経た犯罪（前犯）に対して、その後に犯された犯罪（後犯）が広義の累犯（実質的意義の累犯）であり、広義の累犯中、一定の要件を具備することによって刑を加重されるものが狭義の累犯（形式的意義の累犯）である。また、前犯と後犯とが罪質を同じくする場合を特別累犯、罪質を異にする場合を一般累犯という。さらに、累犯者がその犯罪について常習性を有している場合を普通累犯に対して常習累犯という^{（三）}。

累犯と常習犯とは、犯罪を累積的あるいは反復的に犯すという意味において同様の関係にあるが、一般的に、前者は犯罪の反復実行という形式的基準に基づく概念であるのに対して、後者は反復実行された犯罪行為に徴表される行為者人格に着目した概念であるとされているから、厳密には異なる概念である^{（四）}。このことは、かつてM・E・マイヤーが、「すべての累犯が常習犯というわけではない。ある者が何度か偶然窃盗を犯したということもありうる。そしてまた、すべての常習犯が累犯というわけでもない。ある者が一度も処罰されることなく長年詐欺によって生活したということもありうる」^{（五）}と述べたところである。

両者の関係において問題となることが、常習犯に対する累犯加重の可否である。すなわち、常習犯として懲役に処せられた場合に、さらに刑法上の累犯規定の適用が認められるかということが議論となるのである。判例は、「賭博ノ前科ハ常習賭博ノ一部ヲ形成スルモノニ非ス從テ其ノ常習犯ニ関シテ刑法第五六条ノ適用ヲ排除スルモノニ非ス」⁽⁶⁾と述べ、五六条は前科が賭博によつて懲役に処せられたものであるかを否かを区別していないとして、これを肯定する。学説上も、「常習犯は、常習性を要素とした特殊な累犯であるから、これに対して累犯加重をなしえないとすることは、常習犯の特殊性を没却する嫌いがある」⁽⁷⁾と、常習犯加重と累犯加重とは趣旨が異なること、累犯前科のある常習者とそうでない者とは同一に処断されることは不当であることを根拠として、これを肯定する見解が有力である。他方、「常習犯人ニシテ本罪ニ依リ処刑セラレタル後第五六条ノ条件ノ下ニテ更ニ賭博罪ヲ犯スモ第五十七條ヲ適用スルコトナク單ニ第百八十六條第一項ヲ適用セサル可ラス何トナレハ累犯的反覆モ亦常習性ノ一部ヲ形成スルニ外ナラサレハナリ」⁽⁸⁾と、すでに前科を常習性認定の資料として参照した以上、重ねて同一前科について累犯加重を行うことは不当であるとして否定説も主張されているが、先に引いたM・E・マイヤーの言葉が示しているように累犯と常習犯とは異なる概念であり、前科がなくても（これまでは運良く逮捕を免れてきた初犯者であつても、習癖が形成されていれば）常習性を認定しうる以上、肯定説が妥当であらう。「常習犯はまさに行為者の常習性そのものに着眼したものであるが、累犯のばあいには、一度刑を科したのにもかかわらず、性懲りもなく、また罪を犯したという点で——したがつて多分に行爲責任的な見地から——初犯者よりも強い非難が加えられるのである」⁽⁹⁾と説明される累犯と常習犯との性格の相違は軽視できないと思われる。

なお、累犯加重の場合には憲法三九条との関係が問題となりうるが、判例は、「刑法第五六条第五七条の再犯加重の規定は第五六条所定の再犯者であるという事由に基いて、新に犯した罪に対する法定刑を加重し、重い刑罰を科し得べきことを是認したに過ぎないもので、前犯に対する確定判決を動かしたり、或は前犯に対し、重ねて刑罰を科す

る趣旨のものではない」(一〇)と判示している。常習犯加重の場合にも、習癖の有無が問題とされる限りでは、初犯者であつても常習性を認定しうる以上、前犯に関する議論を再度蒸し返す、あるいは彼を二重の危険にさらすことにはならないであらう。また、累犯加重と憲法一四条との関係も問題となりうるが、判例は、「犯人の所罰は、かかる〔引用者注…憲法一四条がいうような〕理由に基く差別的処遇ではなく、特別予防及び一般予防の要請に基いて各犯罪各犯人毎に妥当な処置を講ずるのであるから、その処遇の異なることのあるべきは当然である」(一一)と判示している。そうであるならば、常習性、すなわち習癖が認められることによる取扱いの相違も、社会的身分に基づく差別とはいえないであらう。もつとも、常習性の法的性格をいかに解するかによつて、累犯と常習犯との異同に関する理解にも差異が生じるところではある(詳細次節)。

二. 常習性の法的性格

常習賭博罪をめぐる伝統的な争点の一つは常習性の法的性格である。すなわち、常習性は行為の属性であるか行為者の属性であるか、違法要素であるか責任要素であるかということが争われてきたのである。判例・通説は、常習性は行為者の属性であり責任要素であるという立場を維持しているが、判例・通説に対しては行為責任論の見地等から異論が唱えられている。常習性の法的性格をいかに解するかによつて刑の加重根拠の捉え方にも若干の差異が生じるから、以下、その議論を概観する(一二)。

1. 判例

大審院において、「賭博ノ常習ナキ者力賭博行為ヲ数次反覆シテ行フモ其反覆スル行為ニ依リ賭博ヲ為ス習癖ノ発

現セサル限ハ普通賭博罪ノ連続犯ヲ構成スルニ止マルモノトス」、「賭博行為ヲ数次反覆スルハ客観的ニ賭博ノ累行タルコト論ヲ竣タサレトモ尚ホ主観的ニ賭博ヲ為ス習癖ノ成立ヲ認メ得ル時ニ於テ常習賭博罪ヲ構成スルモノトス」、「同一回数ノ賭博行為ト雖モ所犯情状如何ニ依リテ或ハ普通賭博罪ノ連続犯タルコトアリ或ハ常習賭博罪タルコトアルモノトス」^(三)、「賭博行為ノ習癖力改マラサル限ハ同一意思ノ発動ニ因リ賭博行為ヲ反覆シタルト箇箇ノ意思ヲ以テ回数ニ賭博ヲ実行シタル場合ナルトヲ問ハス同シク常習賭博罪ヲ以テ処断スヘキモノトス」^(四)、「一定ノ職業ニ従事スル者ナルト否トヲ問ワス苟モ習癖トシテ賭博ヲナスニ於テハ刑法第百八十六条第一項ノ犯罪成立ス」^(五)、「常習賭博犯ノ成立ニハ犯人力数箇ノ賭博行為ヲ累次反覆スルコトニ依リ竟ニ賭博ヲ為ス習癖力発現スルニ至ルヲ以テ足リ各別ノ意思ニ基ク賭博行為ヲ数回反覆スルコトヲ必要トスルモノニ非ス」^(六)と判示されていたように、常習賭博罪は賭博行為の単純な反復累行によつて成立するものではなくて、賭博行為がそれを反復累行する習癖の発現として行われることによつて成立すると解されてきた。すなわち、賭博行為を行う回数や行為者の職業等は、当該習癖の有無を判定するための一資料とはなり得ても、必ずしも常習性を認定する際の決定的な事情とはならないのである。

このような傾向は最高裁においても踏襲されている。すなわち、「賭博常習者とは、賭博を反覆累行する習癖あるものをいうのであつて、必ずしも博徒又は遊人の類のみを指称するものではない」、「比較的長くない年月の間に繰り返し賭博罪で処罰され、今又賭博罪を犯したという事実に基づいて、被告人に賭博の常習性があると推断することは、実験則に反しない」^(七)、「刑法第一八六條第二項に所謂賭博常習者とは、賭博を反覆累行する習癖のあるものをいう立法趣旨であつて、必ずしも賭博を渡世とする博徒の類のみを指すものではない。又かかる習癖のあるものである以上上たといそのものが正業を有しているとしてもその一事を以て直ちにこれを賭博常習者でないとはいひ得ないのである」^(八)、「賭博常習者というのは賭博を反覆累行する習癖を有する者の義であつて、必ずしも所論のような職業的賭博、いわゆる博賭打ち又は遊人或は定職があつても専ら勝負事に耽つて、半職業化したような特殊な存在をいうもの

でないことは当裁判所屢次の判例とするところであつて、今なおこれを變更する必要を認めない」(二九)、「刑法一八六条の常習賭博罪が同一八五条の單純賭博罪に比し、賭博常習者という身分によつ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覆する習癖にあるのであつて、即ち常習賭博は單純賭博に比しその反社会性が顯著で、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、賭博を反覆する習癖・即ち犯罪者の属性による刑法上の身分であるが、憲法一四条にいわたる社会的身分と解することはできない」(三〇)と判示されているのである。以上より、判例は一貫して常習性を賭博行為を反覆累行する習癖と解しているから、これを行為者の属性であり責任要素であると把握していることとなる(三一)。

2. 学説

常習性の法的性格について、学説は三つに分岐している。第一は常習性を行為の属性であり違法要素であると解する説(行為定型説)であり、第二は常習性を行為者の属性であり責任要素であると解する説(行為者定型説)であり、第三は常習性を行為の属性であるとともに行為者の属性でもあると解する説である。

(一) 行為定型説は、「法は『常習として』賭博をしたことを要件としており、常習者が賭博をしたことを要件としているのではない。その意味で行為の(主観的な)属性であつても、行為者の属性ではない。最高裁判所は……常習性は行為者の属性だとしているようであるが、常習者が賭博を行なえば、常習性のあらわれでないものまですべて常習賭博になるわけではなく……、また常習者の行なつた数個の賭博行為が、一個の常習賭博として処罰されるのであつて……(集合犯)、数個の常習賭博罪になるわけではないから、妥当ではない」(三二)、あるいは、「犯行をたえずくり返す『意思』の発現として具体化された『行為』が、常習犯を基礎づけることになる……。しかして、そのような『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、非常習行為とは違つ

た客観的な意味を有し、その限りで強い違法性を示すのである」(三三)と主張する。前者は法益侵害の累積的増大、後者は法益侵害の危険性の強靱性に刑罰加重の根拠を求めていると評価できる(三四)。

(二) 行為者定型説は、「常習性は、人格形成の結果として犯罪傾向の強くなったものであり、精神障害者のばあいには別論として、一般にいつそう大きい非難に値する。単純賭博罪の刑が財産刑であるのに対して、常習賭博罪の刑が懲役刑になっているのは、そのためである。常習性は行為の属性ではなく行為者の属性であり、また、違法要素ではなく責任要素——本罪のばあいにはそれが構成要件要素にまで高められている——である」(三五)と主張する。人格形成責任論の是非は措くとして、先に述べたとおり、判例・通説はこの立場であり、常習性を行為者の属性であり責任要素であると解している。

(三) 常習性を行為類型であるとともに行為者類型でもあるとする説は、「常習犯として、行為者性自体が構成要件的に類型化されている場合には……、その重い犯罪性は、行為者に対する責任非難の重さに負うことはもちろんであるが、同時に、その行為の違法性の重さにも由来するであろう」、「常習犯人の犯罪行為は、非常習犯人の犯罪行為と比べて、その習熟性の著しいことにもとづき、犯罪を實現する可能性が高く、その危険性が大きいから、違法性の程度が重い」(三六)と主張する。

3. 検討

行為定型説と行為者定型説との対立に主眼を置いて、両説の是非について検討を加える。

(一) 常習賭博罪の文言は確かに、「常習として」と書かれている。したがって、常習賭博罪の文言を文理解釈するならば、行為定型説に帰着することとなる。しかし、ここで必ず文理解釈をしなければならない理由はないと思われる。改正刑法草案二五一条二項が、「罪を犯した者が、常習者であるとき」と規定していることを考慮に入れるならば、

むしろ文理解釈は否定されるべきである。

(二) 行為定型のみによつて常習性が決まるとすると、その行為定型に該当する賭博行為にたまたま一回限り関与した場合であっても、当該行為は常習賭博罪を構成することとなるが、それは過剰な刑罰加重であろう(二七)。行為定型説は、常習行為が有する法益侵害性の強弱性を強調するが、賭博行為の客観的態様は単純賭博罪と常習賭博罪とで異ならない(常習性のある者といふ者が一緒に賭け麻雀を行つても、見分けはつかない)(二八)。

(三) 行為定型説は反復累行される賭博行為を集合犯として捉え、行為責任が増加することを、あるいは法益侵害性が増加することを刑罰加重の根拠とするから、違法論における結果無価値論と親和的であるが(二九)、そのような根拠は行為無価値論からは支持されないであろう。

(四) 行為者定型説に対しては、行為責任論の見地から批判が加えられているが(三〇)、個別的な行為責任を追及する場合であっても、行為者の反規範的態度に依じて責任非難は高まるのであつて、これを法益侵害説の見地から批判することは違法と責任との相違を看過するものである(三一)。行為定型説は、累犯と常習犯とをともに行為責任の見地から把握しようとして、両者の相違を軽視している嫌いがある。

(五) 行為者定型説に立脚して常習犯につき累犯加重を承認する立場に対しては、それは二重評価であるというという批判が加えられている。その際、「すでに法定構成要件の要素となつている事情を考慮してはならない」と、量刑における二重評価の禁止を明文化したドイツ刑法四六条三項がしばしば参照される。ドイツにおける二重評価禁止の根拠は、そのような要素の存在が当該行為を可罰的なものとして、同じことが処罰範囲を確定する際にも考慮されるからであると説明されている(三二)。例えば前科に着目するならば、確かに、①常習性の認定にあつて前科を考慮して、②前科を含む所定の要件を具備すればさらに累犯加重を行い、③量刑においても前科を考慮するならば、二重評価どころか三重評価の疑いすら生じるであろう。しかし前述したように、累犯と常習犯とは法的性格を異にしてい

るから、①の判断と②のそれとの間には質的な相違を認めることができる。そして、①は常習性があるかないかという判断にとどまるのに対して、③はどの程度の常習性があるかという判断であるから、①と③との間にも質的な相違を認めることができる。実際、近時の裁判例は常習累犯窃盗事案において、当該犯罪の成否を判断する際の常習性と、量刑における（顕著な）常習性とを区別していると評価されている（三三）。さらに、②は所定の要件を具備しているかという形式的な判断にすぎないが、①・③は前科に限らず諸事情を総合的に勘案するものである。そうであるならば、①・③において常に前科が考慮されるわけではないし、考慮されずとも、そこで参照されている「前科」はそれぞれ意味が異なると考えることはできないであろうか（三四）。

（六）とはいっても、盗犯等防止法三条の場合には厄介な問題が残る。なぜならば、常習「累犯」強窃盗罪の成否を判断するにあたって、常習性のみならず累犯性をも考慮するのであれば、それは刑法五六条の累犯性の判断と重複する可能性が高いからである。ここで、常習累犯強窃盗は「二〇年以内に三回以上、六月の懲役以上」、刑法五六条は「五年以内に再度懲役」に処せられることを要件としているから、両者においては考慮している累犯性が異なるという解釈も不可能ではないと思われるが、多少なりとも重複して考慮している要素があるならば、常習累犯強窃盗犯に対する一般的累犯加重は断念すべきこととなるであろう。

このような問題を避けるために、盗犯等防止法三条における刑の加重根拠を専ら常習性に求め、刑法上の累犯加重の根拠を累犯性に求める方法が考えられるが、その場合には、同二条との関係を考慮するとき、また別の問題が生じる。すなわち、①二条の法定刑と三条のそれとは同一である、②二条における常習性は特定の危険な方法による強窃盗の常習性、すなわち顕著な常習性である、③したがって、三条においても顕著な常習性が要求されるはずである、④仮に犯罪の成否を判断する際の常習性認定を緩和するならば、三条の常習性は通常の（純粹な）常習性にとどまることとなる、⑤しかし、通常の常習性のみによっては三条の加重根拠を説明できないから、結局、ここでは累犯性を

も考慮せざるを得なくなる、というものである（三五）。

しかし、上記②の部分は疑問である。確かに盗犯等防止法二条は、「常習トシテ左ノ各号ノ方法ニ依リ……」と規定しており、特定の危険な方法として凶器の携帯等を列挙している。しかし、そこにおいて要求されている常習性は強窃盗の常習性にすぎず、同条は強窃盗の常習者が凶器の携帯等を伴つて犯行に及んだ場合を加重処罰する趣旨であると解することも、文理上は可能である。もつともこのような解釈に対しては、三条は三回以上の処刑を受けた者ですら当然に常習者と見ていないから、二条における常習性はすこぶる進んだ深い常習性を意味することとなると反論されるであろう（三六）。しかしそうであるとして、そこにおいて要求されている常習性が凶器の携帯等を伴う強窃盗の常習性であるとしても、それは凶器の携帯等を伴う強窃盗の「顕著な」常習性ではないと反論することは不可能ではないと思われる。

（七）立法論は措くとして、現行法を前提として考えるならば、重要なことは刑の加重を合理的に説明できるかという観点である。すなわち、ここでは法定刑加重の実質的な根拠が問題となっているから、常習性は行為者の属性であり、不真正身分犯であると解すべきである（三七）。行為定型説は行為責任論に基づく重要な問題提起をしていると評価できるが、以上で述べてきたような問題点を抱えているから、伝統的な通説のように行為者定型説が妥当であるとシンプルに考えればよいであろう。

（八）なお、営業性がある場合について判例は、「長期間営業を継続する意思のもとに、多額の資本を投下して多数の賭博遊技機を設置した遊技場の営業を開始し、警察による摘発を受けて廃業するまでの三日間、来場した多数の遊技客と賭博をしたなど原判示の事情のもとにおいては、右遊技場の営業者に常習賭博罪の常習性を認めることができる」（三八）と判示しているが、行為者定型説に立脚するならば、賭博行為を反復累行することが習慣化されているか、それが人格的・性格的傾向となっていなければならないから、そこにはある程度の時間的継続性が必要であるから、三日間程度

の営業実績をもつて常習性を認定することは妥当でないこととなる（三九）。

三、議論の展望

以上の議論は、常習犯に関する総則規定が存在しないこともあつて、刑法およびその特別法において、常習概念が必ずしも統一的に用いられてこなかつたことに起因していると思われる。例えば、盗犯等防止法における常習概念と刑法一八六条一項におけるそれとを、前者の違反件数が莫大であり後者の違反件数がそうでないことを考慮するとき、完全に同一なものとして理解すべきとは断言できない（四〇）。実際、「窃盗罪については、それが統計上わが国における最も数多い犯罪であり、従つて窃盗罪の動機、方法、手口、規模、回数、時期、時間、期間、頻度、場所、目的物の品目、種類、性質、数量、価格、形態、技術の有無、巧拙、危険性の度合、共犯者の有無、及び犯人の環境等は、千差万別であること、衆知のとおりである。とうてい賭博罪のそれとは比べものにならないということができよう。従つて盗犯の常習性認定と、賭博罪のそれとの間に、事実認定の上において、かりに違いが生ずるとしても、別にあやしむには足りないというべきであろう」（四一）と判示した裁判例もある。また、暴力行為等処罰法における常習概念も、傷害、暴行をはじめとするそれぞれの罪の常習性を意味しているのか、それらの罪を包括した暴力的な習癖を意味しているかは、必ずしも明らかでない（四二）。冒頭の表で示したとおり、常習犯加重においては、加重の度合いに相当のバリエーションが認められるから、これらを単一の加重根拠によつて説明できるかという点には、疑問の余地がある（四三）。常習性の問題について、伝統的な責任刑の枠内では説明しきれない部分があることは否めない（四四）。してみると、刑法およびその特別法の文言に無用に多義性を持たせるべきではないが、罪質に応じて常習概念およびその加重根拠を弾力的に解釈する余地は残されているのではないであろうか。

また以上の議論は、(常習) 賭博罪の保護法益が風俗(勤労の美風)と解されてきたことにも関係していると思われる。すなわち、保護法益を風俗と解するならば、反復累行された賭博行為によつて風俗が乱れると説明することも、そのような習癖を有する者による賭博行為によつて風俗が乱れると説明することも可能であるから、その説明次第で行為定型説・行為者定型説のどちらにも立脚することが可能であつたのである。そうであるならば、保護法益の解釈次第では、常習性の法的性格も異なつた形で理解されるのではないであらうか。

そこで、賭博罪の保護法益について触れるならば、別稿において示したとおり^(四五)、もはや保護法益を勤労の美風と解すべきでない。IR実施法が成立してカジノ導入が目前に迫っているわが国においては、青少年対策や依存症対策の必要性が強調されていること、また二〇一八年七月六日のギャンブル等依存症対策基本法成立を受けて、ドイツにおける有力説である国民の健康を賭博罪の保護法益と解する立場(健康説)が勢力を強められる^(四六)。そして健康説は、賭博行為に耽溺して依存症に陥ることを問題視するから、方向性としては、賭博行為を反復累行する習癖に着目する行為者定型説と軌を一にしている。そうであるならば、常習賭博罪における常習性の内実は、ギャンブル依存症患者等を想定した上で、賭博行為を反復累行する習癖と解することができるのではないであらうか。改正刑法草案が常習累犯に対して不定期刑を設定していることも(草案五九条一項)、それが習癖の改善を目的としているならば、このような考え方と親和性を有するであらう。

おわりに

以上、常習賭博罪における常習性の法的性格について雑駁に議論を整理して、罪質によつて常習概念が異なつた形で捕捉されうるから、判例・通説とは異なる保護法益の解釈にしたがつて、刑罰の加重根拠も異なつた形で捕捉され

うるといふ安易な着想を示した。しかし、国民の健康を保護するために常習賭博行為を加重処罰するという説明は、数多の批判を受けることとなるであろう。なぜならば、健康説に立脚するならば刑罰よりも治療のほうが適切ではないか等、刑事政策的な議論の余地が多分に存在するからである。単純な加重刑によつて長期間社会から隔離することが矯正や社会復帰に資するという考え方は後退している^(四七)、常習犯に対する不定期刑の有効性も疑問視されている^(四八)。何より、健康説に立脚するならば、現行の(常習)賭博罪はきわめてパターンリスティックな思想に基づく規定であることとなるから、個人の自由を広く承認する立場から、根本的な疑問を提起されることとなるであろう。賭博罪の非犯罪化論が再燃するかもしれない。非犯罪化論を含めて、共犯との関係、責任論全般、罪数論も踏まえた総合的な検討を、他日を期して行いたい。

なお本稿は、早稲田大学特定課題研究助成費(課題番号 2018K-417) による研究成果の一部である。

- (一) 川端博『風俗犯論』(成文堂、二〇〇九年) 一七二頁。
- (二) 川端・前掲一七三頁。
- (三) 川端博『刑法総論講義』(第三版、成文堂、二〇一三年) 七〇三頁。
- (四) 藤本哲也「累犯」阿部純二ほか編『刑法基本講座(第一巻)——基礎理論、刑罰論』(法学書院、一九九二年) 二四七頁。
- (五) M.E.Mayer, Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts, Lehrbuch, 2.Aufl., 1923, S.484f.
- (六) 大判大一一・一二・一二刑集一卷八一頁。同旨、最決昭四八・一一・二七裁判集(刑事)一九〇号七六九頁。
- (七) 大塚仁『刑法概説(各論)』(第三版増補版、有斐閣、二〇〇五年) 五三三―五三四頁。
- (八) 泉二新熊『日本刑法論 下巻』(第三五版、有斐閣、一九二四年) 四三八頁(最新版を参照できなかった)。
- (九) 団藤重光『刑法綱要総論』(第三版、創文社、一九九〇年) 五三二頁。

- (二〇) 最大判昭二四・一二・二一刑集三卷一二号二〇六二頁。
- (二一) 最判昭二三・一〇・六刑集二卷一十一号一二七五頁。
- (二二) 以下に引く判例の所在は、川端・前掲(一)一七六頁以下に依った。
- (二三) 以上、大判大五・一二・二一刑録二二輯三〇一頁。
- (二四) 大判大六・一二・八刑録二三輯一九二頁。
- (二五) 大判大七・六・一七刑録二四輯八四四頁。
- (二六) 大判大一〇・一二・二二刑録二七輯二九頁。
- (二七) 以上、最判昭二三・七・二九刑集二卷九号一〇六七頁。
- (二八) 最判昭二四・一二・二四裁判集(刑事)七号五五三頁。
- (二九) 最判昭二六・三・一五裁判集(刑事)四十一号八七一頁。
- (三〇) 最大判昭二六・八・一刑集五卷九号一七〇九頁。
- (三一) 川端・前掲(一)一七八頁。ただし、判例は行為者定型説から行為定型説へと接近しているという指摘もある(中島
広樹『累犯加重の研究』(信山社、二〇〇五年)三六〇頁)。
- (三二) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、一九七七年)二五二頁。
- (三三) 内田文昭『改訂 刑法I(総論)』(補正板、青林書院、一九九七年)二二七頁。
- (三四) 中島・前掲(二一)三五九頁。
- (三五) 団藤重光『刑法綱要各論』(第三版、創文社、二〇〇三年)三五五頁。
- (三六) 大塚仁『刑法概説(総論)』(第四版、有斐閣、二〇〇八年)三六五―三六六頁、四三五頁。
- (三七) 大塚仁ほか編『大コンメンタール刑法』第九卷(第一七四条、第一九二条)(第三版、青林書院、二〇一三年)一五九
頁(中神正義、高嶋智光)。
- (三八) 日高義博『常習賭博罪の問題点 植松正ほか『現代刑法論争II』(第二版、勁草書房、一九九七年)三二〇頁。
- (二九) 中島広樹『行為の属性としての常習性概念の問題性』『大宮ローレビュー』二号(二〇〇六年)五二頁。
- (三〇) 中島・前掲(二一)二八頁。
- (三一) 佐久間修『刑法総論の基礎と応用——条文・学説・判例をつなぐ』(成文堂、二〇一五年)二七八頁。ただしこの叙述

は累犯を念頭に置いたものである。

- (三二) Schönke / Schröder - Stree / Kinzig, Strafrechtzbuch Kommentar, 29. Aufl., 2014, S.801.
- (三三) 西岡正樹「累犯加重と常習犯について(2・完)」『山形大学法政論叢』六三・六四号(二〇一五年)七五頁。
- (三四) 佐久間・前掲二七八頁はさらに、累犯を念頭に置いた叙述ではあるが、二重評価の問題に対して、「累犯加重では、懲役刑の短期がそのままであって、単に量刑の幅を広げたにすぎない。その意味で、ただちに責任主義に反するわけではなく、むしろ、予防や改善の見地からは、法定刑の下限を一定以上の期間にすることも考えられる」と述べる。
- (三五) 西岡・前掲六九頁、七七頁。
- (三六) 中島広樹「常習累犯窃盗罪における『常習性』」小田中聰樹ほか編『渡部保夫先生古稀記念論文集 誤判救済と刑事司法の課題』(日本評論社、二〇〇〇年)五五三頁。
- (三七) 川端博「刑法各論講義」(第二版、成文堂、二〇一〇年)六二三頁。
- (三八) 最決昭五四・二〇・二六刑集三三卷六号六六五頁。
- (三九) 日高・前掲三二〇頁。
- (四〇) 西岡・前掲八〇―八二頁。
- (四一) 福岡地判昭三四・二・二六下刑集一卷一二号二七〇九頁。
- (四二) 松本圭史「暴力行為等処罰に関する法律一条の三の常習性の認定と前科との関係」『法律時報』八七卷二三号(二〇一五年)三七七頁。
- (四三) 安田拓人「コメント」『判例タイムス』一三二五号(二〇一〇年)五七頁。
- (四四) 安田・前掲五九頁。
- (四五) 拙稿「賭博罪の保護法益」本誌六一号(二〇一七年)一〇二頁以下。
- (四六) ただし私見は、必ずしも健康説に立脚しない。拙稿・前掲二一八頁、同「長崎県・北海道のIR誘致活動」本誌六二号(二〇一八年)八八―八九頁。
- (四七) 中島・前掲(二一)七二頁。ただしこの叙述は累犯を念頭に置いたものである。
- (四八) 藤本・前掲二四八頁。