

【論説】

常習犯・累犯の加重処罰規定及び 常習累犯窃盗罪に対する批判的検討（3）

岡本裕明・神谷竜光・進藤広人・杉山博亮・山中純子*

概要

序 章 はじめに

第 1 章 現在の量刑論の素描

第 2 章 常習犯に関するこれまでの議論の整理

第 3 章 累犯加重に関するこれまでの議論の整理

(以上, 第 6 1 号)

第 4 章 常習犯・累犯の加重処罰に対する量刑論からの検討

(以上, 第 6 2 号)

第 5 章 常習累犯窃盗罪の検討

第 1 常習累犯窃盗罪の制定経緯と今日における問題点

第 2 常習累犯窃盗罪の構成要件と相互の要件の関係性

第 3 常習累犯窃盗罪規定自体に対する疑問

第 4 常習累犯窃盗罪のクレプトマニアに対する適用の問題点

第 5 常習累犯窃盗罪規定の廃止の提言

終 章 おわりに

(以上, 本号)

* 「刑事司法について考える法律家の会」(<http://lgej.tokyo/>) のメンバーによる。

** 東海法学 61 号 75 頁 19 行目の「2 回」は, 「3 回」の誤記であるので訂正する。

概要

前号までで述べたとおり、常習犯・累犯に関して一律にその刑罰を加重することの正当性・妥当性を理論的に説明することは不可能である。特に、「依存による犯行」の場合には、これに対して加重処罰をすることには、まったく合理性を見出すことはできない。

このような者の再犯を防止したいのであれば、それに必要なことは、処罰ではなく治療である。具体的には、そのような「依存による犯行」を断ち切るための、依存症に対応した科学的な根拠を持つプログラムであろう。

これに対して「職業的犯行」に対しては、その再犯を防止するという目的の下、行為者に加重処罰をすることには、一応、目的と手段との間の合理的関連性を見出すことはできるように思われる。

しかし、だからと言って、「職業的犯行」に限定したとしても、現在の常習犯・累犯に対する加重処罰が直ちに正当化されるわけではない。前号までで繰り返して述べてきたとおり、刑罰は「責任と予防」を正当化根拠とするとされ、さらに、予防の観点からの加重は、少なくとも責任刑の幅の上限を超えることはできないと解されている。それゆえ、常習犯・累犯に対する処罰の加重が「必要かつ相当」なものとして、その正当性を獲得するには、この責任刑の上限を超えていないことが必要となる。

本号においては、このような観点から、盗犯等の防止及び処分に関する法律（以下、「盗犯等防止法」という。）が定める常習累犯窃盗罪について、「常習性」や「累犯」の各要件の意義や、常習累犯窃盗罪規定自体の存続の必要性を再度検討するとともに、同罪の適用上の問題として、いわゆるクレプトマニア（窃盗症）患者に対して同罪を適用することの問題性について検討し、結論的には、その廃止を提言する。

第５章 常習累犯窃盗罪の検討

第１ 常習累犯窃盗罪の制定経緯と今日における問題点

１ 盗犯等防止法の立法趣旨と制定経緯

盗犯等防止法３条は、「常習トシテ前条ニ掲ゲタル刑法各条ノ罪…ヲ犯シタル者ニシテ」、「其ノ行為前１０年内ニ此等ノ罪…ニ付３回以上６月ノ懲役以上ノ刑ヲ執行ヲ受ケ…タルモノニ対シ刑ヲ科スベキトキ」は３年以上の有期懲役に処すと規定し、いわゆる常習累犯窃盗罪を規定している。

同法は、今から９２年前の昭和５年（１９３０年）に公布された法律であるが、そもそもなぜこのような規定が制定されたのか。

この点については、当時の司法大臣であった渡邊千冬氏の「帝国議会本会議ニ於ケル本法提案理由」に、以下のように説明されている。

従来の経験に依りますれば、強盜、窃盜犯人、殊に其常習犯人は、出獄後幾何もなく其犯罪を累行するを通例とするのでありまして、社会は之が為に重大なる脅威を受けているのであります、此脅威に対し社会を保護するには、比較的長期の刑を課_レして、社会より犯人を隔離すると共に、其改善を図ることを必要とするのであります、然るに現行刑法運用上の慣例につきましては、是等の者に対する課刑_レが軽きに失し、短期間にして常習性の保持者たること明らかなるものを釈放するの已むを得ざるに至り、社会防衛を全うすることは出来ないやうな状況であります、之がために法律上其刑を重くする必要があるのであります

すなわち、当時の日本社会においては、強盗犯・窃盗犯・住居侵入窃盗犯において、生命身体または貞操等に対して危害を加える悪質な態様が横行しており、短期刑を科しただけでは改善が不能な常習的な強盗犯・窃盗犯に対し、比較的長期の懲役刑を科すことによって社会防衛を全うする必要性が認められたことから制定されたものであった。

盗犯等防止法が制定された昭和初期の社会情勢を確認すると、「第一次世界大戦後の世界的な経済不況の波及などによる産業の不振と金融恐慌による失業者の増加などのため、説教強盗と呼ばれた強盗犯人による犯行をはじめとする窃盗・強盗事犯が多発し、市民に著しい不安と恐怖の念を与えていた時代」²であったとされる。実際に昭和初期当時の新聞記事では、銃火器等を用いた強盗や住居侵入を伴う職業的な窃盗が連日のようになされており、このような強盗盗事件が社会問題化していたことが窺える。

もっとも、新聞報道によると、同法については、特に第 1 条の一定の限度で侵害者に対する殺傷を正当化する規定について、制定過程で猛反発があり³、委

¹ 司法省『盗犯等防止及処分ニ関スル法律解説』（中央社・1930）「帝国議会本会議ニ於ケル本法提案理由」2 頁。

² 佐々木善三「特別法シリーズ (62) 盗犯等の防止及び処分に關する法律(1)」研修 603 号 673 頁参照。

³ 読売新聞昭和 5 年 5 月 11 日 (第 1 万 9112 号) 参照。学者においては、同法の隠された意図として支配階級の直接行動を合法化せんとする階級的色彩の最も濃いもので、将来の労働運動弾圧に利用されることを警戒したとされる (谷口正孝「盗犯防止法の運用について一施行二十年判例の回顧一」法時 23 卷 10 号 31 頁)。ただし、実際には、労働運動の弾圧や団体交渉の際に悪用されるという事態は認められなかったようである (同 38 頁)。

員会審議も与党委員のみの賛成で原案を可決したようであって⁴、十分に審議を尽くして制定された法律とは言えなかったようである。

2 立法の必要性：裁判官の自由裁量への不信

当時の我が国の社会情勢において常習として、強窃盗罪を犯す者に対して社会防衛の必要性が認められたとしても、刑法典の窃盗罪規定を適用し量刑判断を裁判官の自由裁量に任せることで対処可能であり、別途、加重類型としての常習累犯窃盗罪規定を設ける必要性はないのではないかと疑念は立法当初から持たれていた。

これに対しては、当時、政府委員であった泉二新熊法学博士から以下の説明⁵がなされている。

現行法の如く刑の範囲を広くして、其量定を裁判官の自由裁量に任せておくことは弾力性のある法律で理論としては大変宜しいのでありますけれども、実際の適用から一利一害は免れないのでありまして、経過から不便というべき現象があるのであります、実際の状況に於いては、昭和4年11月18日の巣鴨刑務所に於ける強窃盗犯1738人、其中で前に刑務所から釈放されて4ヶ月以内に入監せる者が937人でありまして、釈放者の五割四分を占めております、出れば3、4ヶ月の中には大半が舞戻って来る、斯う云う状況でありますから、どうしても刑期が実際に於いて短すぎるのであります、全国の統計では、昭和4年11月現在に於て、受刑者総数が3萬6500数十人ありますが、この法律に該当する、強窃盗詰り常習犯とか、色々かう云う手段を用ひた特別なるものが其中に約1萬2500人と云うことになっています、さう云ふ特殊の手段を用ひる強盗に対しても最短期は1年、窃盗の最短期は3か月では、到底社会の秩序を維持し難い、無論刑を重くしたからと云って強窃盗が無くなる訳のものではないのでありますけれども、斯う云ふ風に特殊の手段方法を用ひる常習の強窃盗が、いったん出監する、そうして3ヶ月4ヶ月の中には大半舞戻って来るという今日の状況でありますから、どうも裁判所の自由裁量に重きをおいたままでは面白くあるまいと云うことで、今度の刑法改正にも、此点は相当に考慮しやうという意向が委員会にも見えて居るのであります

すなわち、泉二政府委員の説明によると、常習累犯窃盗罪は、単純窃盗罪や

⁴ 東京朝日新聞昭和5年5月10日。

⁵ 司法省・前掲注(1)「貴族院衆議院特別委員会二於ケル政府説明抄録」34頁以下。

単純強盗罪の量刑を裁判官の自由裁量に委ねた場合には、受刑者が短期間に同種の窃盗を犯す割合が過半数を占めてしまっているという再犯状況を加味し、裁判官の自由裁量に重きを置いたままでは社会秩序を維持し得ないという不信から、単純窃盗罪や単純強盗罪とは異なる特別な規定を設ける必要性があるとして制定されたものであった。

3 適用対象の限定：職業的な窃盗犯人への限定的な適用

常習累犯窃盗罪については、立法当初から比較的軽微な窃盗犯人であっても要件に該当した場合には短期 3 年以上の懲役刑を科すのは極端ではないか、近代の刑事政策に背くではないかという意見があった。

このような意見に対しては、泉二政府委員より以下のとおり説明されている⁶。

第2条の1号乃至4号だけを見ますと、そう御考えになるは無理のない事がありますが、『常習として左の各号の方法に依り』とあるのであります、此1号、2号、3号の事実があっても、それが専門的に常習に行われた場合だけを見ているのであります

(中略)

此法律第3条には4回目に処刑されると云ふ場合に於ても、当然に常習とは認めて居らない、矢張り常習的のものであるや否やと云ふことを、裁判官は更に他の事情を斟酌して認定すると云ふことになつて居る、此法律としては常習と云うことは、殆ど職業的にやる場合を見て居る規定だと考えて宜しい、十分に、条件を限定して居りますから、決して是が過酷に過ぎると云ふことは考へられないのであります、唯人情論で云へばそうかも知れませぬ、併ながら今日社会防衛の必要上から、どうしても斯う云ふ常習的の者に対しては軽い刑期ではいかぬと云ふことを認めて此特別の規定を設ける必要があるのであります

すなわち、泉二政府委員の説明によると、常習累犯窃盗罪は比較的軽微な犯罪類型を処罰対象としているのではなく、ほとんど職業的に窃取行為を行う「常習」的な者について、社会防衛の必要性から重い刑を科すというものであり、十分に条件を限定しているため、決して苛酷に過ぎるということはないと説明しているのである。

以上のように、我が国における盗品等防止法制定当初の社会情勢や、裁判官

⁶ 司法省・前掲注(1) 36 頁以下。

の自由裁量を重視することによる再犯者の続発という立法事実を加味すれば、昭和初期当時の我が国において、職業的な窃盗犯のみを対象として、比較的長期の刑を科すことにより社会防衛を図る必要があったことは、現在における刑罰理論による根拠づけとして可能かはともかく、理解できないではないものであった。

４ 今日における常習累犯窃盗罪の問題性

しかしながら、今日においては、常習累犯窃盗罪が想定するような職業的な窃盗犯に代表される侵入窃盗事案の認知件数は、令和２年（２０２０年）には約４万４０００件程度となっており、万引き等の非侵入窃盗事案の認知件数（約２万３８００件）の５分の１足らずとなっている⁷。

このように、盗犯等防止法制定ときに常習累犯窃盗罪の本来的な適用対象として想定されていた反社会性の特に強く認められる職業的窃盗犯が、すでに今日においては減少しているにもかかわらず、むしろ、窃盗犯人に対して長期の懲役刑を科すことが適切でない領域についてまでも適用領域を拡大して、常習累犯窃盗罪が適用されているものと考えられ、そこに、今日における常習累犯窃盗罪の適用上の問題点がある。

第２ 常習累犯窃盗罪の構成要件と相互の要件の関係性

１ 常習累犯窃盗罪の構成要件の概要

盗犯等防止法は、常習累犯窃盗罪を、①「常習トシテ前条ニ掲ゲタル刑法各条ノ罪…ヲ犯シタル者ニシテ」、②「其ノ行為前１０年内ニ此等ノ罪…ニ付３回以上６月ノ懲役以上ノ刑ノ執行ヲ受ケ…タルモノニ対シ刑ヲ科スベキトキ」

（同法３条）に成立する犯罪として規定しており、ここでは、①窃取行為等についての「常習性」と、②過去１０年間に３回以上懲役刑以上の刑の執行を受けたという「累犯前科」が構成要件要素となっている。

「常習性」や「累犯前科」についての法的性格や意義等については、東海法学第６１号（２０２１）の第２章（８４頁以下）及び第３章（９１頁以下）において詳説しているため、本章では常習累犯窃盗罪に特有の問題に限って検討する。

２ 常習累犯窃盗罪における常習性の意義

⁷ 令和３年版犯罪白書９頁１・１・２・３図参照。なお、非侵入窃盗のうち万引きは７１．７％であった（同頁）。また、令和２年度における窃盗の総認知件数は４１万７,２９１件となっており（令和３年版犯罪白書７頁１・１・２・１図）、平成１４年度の総認知件数（２３７万７,４８８件）の２割に満たない数となっている。

常習累犯窃盗罪の「常習」の意義について、大審裁判例⁸によると、「窃盗または強盗を為す習癖」を指すとされており、戦後の裁判例においても基本的にはこの理解が維持されており、「反復累行する習癖」という常習賭博罪における最高裁決定⁹の定義が常習累犯窃盗罪にも等しく妥当すると考えられてきた¹⁰。

「常習性」の認定にあたっては、「その資料に何らの制限はない」とされており¹¹、これまでの裁判例による判断要素をカテゴライズすると、i) 被告人の前科の内容(前科の回数、態様)、ii) 最終刑から今回犯行に至るまでの期間及び被告人の行状、iii) 今回犯行の内容(動機、態様)等の事情が重要な判断資料とされており、おおむね i) が習癖の形成、ii) が習癖の存続、iii) が習癖の発現に関する要素として判断される¹²。

3 常習累犯窃盗罪における累犯前科の意義

常習累犯窃盗罪における累犯前科は、刑法56条の累犯規定と同義ではなく、必ずしも3回以上の懲役刑につき刑法56条の要件が存在することは必要ではない。そのため、問題となっている窃取行為前の10年以内に3回以上懲役6月以上の刑の執行を受けていれば足り、判例によると、常習累犯窃盗罪に該当する罪に対して、さらに刑法56条の累犯加重規定を適用することが認められている¹³。

「行為前の10年以内」とは、問題となっている窃取行為が開始された前日から10年以内という意味であり、窃取行為が数日間にわたる場合には、その行為が開始された時が基準となる。

「刑の執行を受け」とは、10年以内の3回の刑のうち最初の刑の執行終了日が10年以内であれば足り、その執行開始日が10年以内である必要はない¹⁴。すなわち、最初の刑が10年以前に執行を開始され、10年以内に執行を終了したときにも、本条の要件を満たすものとされている¹⁵。

また、刑法56条において「執行を終わった」と規定されているのに対し、盗犯等防止法第3条における「刑の執行を受け」とは、10年以内の3回の刑

⁸ 大判昭和7年8月6日(刑集11巻1169頁)。

⁹ 最決昭和54年10月26日(刑集33巻6号665頁)。

¹⁰ 東京高判平成10年10月12日(高刑集51巻3号479頁)等。

¹¹ 最判昭和33年7月11日(刑集12巻11号2553頁)。

¹² 西岡正樹「累犯加重と常習犯について(2・完)」法政論叢63・64巻73頁。

¹³ 最決昭和44年6月5日(刑集23巻7号935頁)。

¹⁴ 東京高判昭和57年3月23日(東京高裁判事判決時報33号63頁)。

¹⁵ なお、東京地判昭和63年10月7日(判時1303号150頁)は、最初の刑につき10年以前に仮釈放となり、10年以内に仮釈放期間を満了した場合にも、10年以内に刑の執行を受けたことに当たるとする。

のうち最後の刑の執行に着手されていれば足り、執行が終了したことを要しない。

４ 常習性要件と累犯前科要件との相互関係

上記のとおり、常習累犯窃盗罪は①常習性と②累犯前科という２つの構成要件要素を規定しておきながら、常習性の認定については資料の制限がないため、累犯前科の事実を常習性の認定資料から排除するべきとはされていない。他方で、常習累犯窃盗罪において累犯前科は刑法５６条の累犯関係にあることを要せず、常習累犯窃盗罪に対して、さらに刑法５６条の累犯加重規定を適用することが認められている。それでは、常習累犯窃盗罪における①常習性と②累犯前科の要件は、それぞれどのような位置づけにあるか。

この点、常習累犯窃盗罪に刑法上の累犯加重規定の適用を認める最決昭和４４年６月５日（刑集２３巻７号９３５頁）¹⁶は、盗犯等防止法３条は「窃盗その他同法２条所定の罪を行う習癖を有する者を、その習癖のない者より重く処罰するため、通常の窃盗その他の罪とは異なる新たな犯罪類型を定めたものであって、刑法所定の累犯のゆえに法定刑を加重したものではなく、また、右累犯による加重を排除する趣旨を含むものでもない」と判示している。

この判示については、同決定の調査官解説によると、「盗犯等防止法３条は、窃盗罪および強盗罪の犯人の常習性に着目して、後に犯された罪の刑を加重し、犯人に道義的、人格的、社会的により重い責任を科そうとするものであるのに対し、累犯は、刑の執行の効果に着目して、後に犯された罪の刑を加重し、より効果的な科刑をしようという刑事政策的、特別予防的な目的を達成しようとするものである」¹⁷との理解が示されている。この理解を前提とすると、常習累犯窃盗の刑の加重根拠は専ら「常習性」に求められ、刑法上の累犯加重規定の刑の加重根拠は「累犯性」に求められるから、常習累犯窃盗に該当する罪に対しても刑法上の累犯加重規定の適用が可能であるということになる¹⁸。

そうすると、最高裁判例のように常習累犯窃盗罪に対して刑法上の累犯加重規定の適用を認めるという前提に立つのであれば、刑法上の累犯加重規定と、常習累犯窃盗罪における常習性要件あるいは累犯前科要件とは、全く別の観点

¹⁶ 事案は、常習累犯窃盗における前科要件を満たすべき刑の執行が、三犯の全部、初犯の一部、再犯の全部、初犯の残部の順に連続して執行されたという事案であり、初犯、再犯、三犯との間には刑法上の累犯関係はない事案であった。

¹⁷ 坂本武志「いわゆる常習累犯窃盗の罪と累犯加重」『最高裁判所判例解説刑事篇（昭和４４年度）』（法曹会・１９７４）２２３頁。

¹⁸ 西岡・前掲注(12)68頁。

から科刑を根拠づける性質のものであると考えざるを得ないこととなる¹⁹。

第3 常習累犯窃盗罪規定自体に対する疑問

1 窃盗罪において常習性に着目して加重することの不適切さ

上記の最高裁判例のように、常習累犯窃盗罪に対して刑法上の累犯加重規定の適用を認め、常習累犯窃盗罪における加重根拠を専ら常習性に求めざるを得ないという前提に立つ場合には、常習累犯窃盗における累犯前科要件は、それ自体として刑を加重する要件ではなく、実質的には常習性の認定のための一資料に過ぎないこととなる。そのため、常習累犯窃盗罪における「常習」の意義や刑の加重根拠を明確にすることが非常に重要であるとも言い得る。しかし、常習賭博罪を代表とする他の常習性が問題となる犯罪類型と異なり、窃盗罪は一義的な犯罪類型とは言い難く、その手口はさまざまである。例えば、窃取行為の行為態様としては、すり、ひったくり、空き巣、万引き、自転車盗、車両盗などがあり、窃盗に至る動機としても、貧困や遊興費欲しさなど多種多様である。このように犯罪の客観的および主観的態様が多岐に及ぶ窃盗罪について、「一定の犯罪を反復・累行して行う習癖」という常習性の概念で一律に加重を肯定することは困難である。それゆえ、常習犯として類型化したうえで一律に加重処罰の対象とすることは適切でなく、常習犯加重を理論的に正当化することはもはや困難であるとの指摘²⁰すらある。

2 現在の裁判実務において加重の必要性が乏しいこと

また、実務上、常習累犯窃盗罪が成立する事案においても、特段の事情がないにもかかわらず酌量減刑を行い、宣告刑が法定刑の3年を下回る事案が多く²¹、加重類型としての常習累犯窃盗罪規定を適用しなくとも、刑法上の窃盗罪規定で対処すれば足りるものと考えられる。現に、平成17年法制審議会刑事法(財産刑関係)部会第2回会議においては、裁判官の実感として、常習累犯窃盗において、4割以上、あるいは半数近くが酌量減輕をした刑を言い渡しており、

¹⁹ 重井輝忠「常習性概念における一断面—常習累犯窃盗罪の検討を通じて—」経済理論310号64頁。

²⁰ 西岡・前掲注(12)81頁。

²¹ 法務総合研究所による『窃盗事犯者の実態と再犯状況』の特別調査によれば、常習特殊窃盗又は常習累犯窃盗が認定された者について、懲役刑の科刑状況別構成比をみると、1年6月以上2年以下が16.6%(26人)、2年を超えて3年以下が63.7%(100人)、3年を超えて4年以下が15.9%(25人)、4年を超えて5年以下が3.2%(5人)、5年超が0.6%(1人)であり、2年を超えて3年以下の割合が最も高い(法務総合研究所「窃盗事犯者に関する研究」121頁)。

常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討（３）
（岡本・神谷・進藤・杉山・山中）

法定刑の下限の効果が失われている状況が指摘されている²²。その結果、常習累犯窃盗における刑の加重のあり方については、今後の検討課題とされている²³。

3 小括

以上のとおり、常習累犯窃盗罪については、常習性の要件によってその適用対象を適切に絞り込むことができるのかという疑問があるだけでなく、現在の裁判実務での運用においてその必要性の基盤すら揺らいでいる状況にあると言える。このような状況に照らせば、内実が不明瞭な「常習性」を加重要素とした常習累犯窃盗罪規定を存続させ適用することによりも、刑法上の窃盗罪規定において適切な量刑判断をする方が、より柔軟で適切な解決をすることができる。少なくとも、次項で述べるクレプトマニアのような事案においては、このような対処が必要であると考えられる。

常習累犯窃盗罪規定については、「常習性」の内実を探求することよりも、同規定の存廃も含めて今一度検討すべき時期にあると考えられる。

第4 常習累犯窃盗罪のクレプトマニアに対する適用の問題点

1 立法過程における常習累犯窃盗罪の処罰根拠

前述（本章第1項）のように、常習累犯窃盗罪は、短期刑を科しただけでは改善が不能な常習的な強盗犯・窃盗犯に対し、比較的長期の懲役刑を科すことによって社会防衛を全うする必要性を理由として制定されたものであり、立法過程において同罪の処罰根拠となっていたのは、社会防衛や犯罪者の改善という、いわゆる人格形成責任論に立脚しているものと考えられるとの指摘がある²⁴。すなわち、「反社会性」あるいは「遵法精神の欠如」の増大を徴表するのが「習癖」であり、罪を犯した者は、刑罰を科されれば自らの行為を反省し今後は罪を犯さない、あるいは刑罰の執行によって矯正され、遵法精神を学び、再社会化を果たすものの、何度も何度も性懲りもなく罪を犯し、刑罰を科され

²² 法制審議会刑事法（財産刑関係）部会第2回会議事録

http://www.moj.go.jp/shingil/shingi2_051118-1.html（最終閲覧 2021 年 7 月 14 日）。

²³ 前掲注(22)議事録参照。なお、谷口元最高裁調査官は、盗犯等防止法1条が刑法36条（正当防衛）の例示規定として制定当初強調されながら実際には制定後20年経っても何も刑法36条に加えることがなかった点を踏まえて、「この法律はまことに余計な存在であった許りでなく、露骨な階級法としての隠された役割をひそませている限りは速に廃止されて然るべきものであろう。ましてや『平和愛好國家』において國家が『法律の規定によって一般人の直接行動乃至は暴力的傾向を助長することは暴挙の甚だしきもの』とせらるるにおいてはさらに然りとすべきではなかろうか。」（谷口・前掲注(3)38頁）と指摘していた。

²⁴ 寺崎嘉博「クレプトマニア（窃盗症）と『常習性』」『日高義博先生古稀祝賀論文集下巻』（成文堂、2018）217頁参照。

ながらも、また再び同種犯罪を犯した者は、自らの力によっては自己の人格を形成することができない点で、非難可能性が増大するものとされる²⁵。ただし、人格形成責任論については、「常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(1)」において述べたとおり、個別行為以外の行為者の危険な性格や人格形成行為等に責任の基礎を求める点において、個別行為責任を前提とする現在の通説的な刑罰理論からは採り得ない見解である²⁶。

よって、立法担当者の説明による常習累犯窃盗罪規定の処罰根拠については、現在一般的な支持を受けている刑罰理論の立場とは相容れないものと評価せざるを得ないと考えられる。

2 クレプトマニア患者に常習累犯窃盗罪を適用することの問題性

(1) 常習累犯窃盗罪の加重処罰根拠が妥当しない

以上のように、常習累犯窃盗罪の創設の際に根拠とされた理由は、現在の刑罰理論から支持できるものではないが、仮に、上記のように常習累犯窃盗罪の処罰根拠を社会防衛や犯罪者の改善に求めたとしても、その場合には、かえってこれをいわゆるクレプトマニア(窃盗症)患者に適用することは背理であり、それは処罰範囲の不当な拡張となるものと考えられる。なぜなら、同罪による処罰が妥当するのは、反社会性を有する職業的な窃盗犯人のような者に限られるのであり、精神疾患を理由として窃盗を繰り返してしまう者に対しては同罪の処罰根拠が妥当しない²⁷からである。

そこで、以下では、いわゆるクレプトマニア(窃盗症)患者に対する常習累犯窃盗罪の適用の適否について検討する。

(2) クレプトマニアとは

ア. クレプトマニアの概略

クレプトマニアとは、経済的理由による窃盗や職業的犯罪としての窃盗とは異なり、窃盗に先立つ強い渴望と衝動があり、行動中のスリル、成功時の達成感、開放感、安堵感に執着し窃盗行為が習慣化する精神疾患である。摂食障害

²⁵ 寺崎・前掲注(24) 217 頁参照。神林美樹ほか『行為依存と刑事弁護 性依存・窃盗症などの弁護活動と治療プログラム』(日本加除出版, 2021) 109 頁以下参照。

²⁶ 岡本裕明ほか「常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(1)」東海法学 61 号(2021)79 頁以下。

²⁷ 団藤重光『刑法綱要各論』(創文社・第3版・1996) 355 頁によると、「常習性は、人格形成の結果として犯罪傾向が強くなったものであり、精神障害者の場合は別論として、一般にいつそう大きい非難に値する。」と記載されており、精神障害者については常習犯処罰が妥当しないことを前提としている。

等の他の精神障害を併発していることが多いとされている²⁸。

クレプトマニア自体は、古くから指摘されてきた疾病であり、１９世紀初頭には文献上見られたとされる²⁹。そして、１９００年には、「デパートメントストア・クレプトマニア」が、ヨーロッパと北アメリカでは一般的に用いられていた³⁰。また、１８３０年代には、クレプトマニアの抗弁（kleptomania defense）が裁判所では問題となっていた³¹。そして、この当時よりすでに、クレプトマニアの存在については、疑いの目に晒され³²、輪郭は古くから曖昧なままとされてきた³³。

現在、クレプトマニアの診断基準としては、ＤＳＭ－５の以下の基準が使われることが多い³⁴。

- A. 個人用に用いるためでもなく、またはその金銭的価値のためでもなく、物を盗もうとする衝動に抵抗できなくなることが繰り返される。
- B. 窃盗に及ぶ直前の緊張の高まり。
- C. 窃盗に及ぶときの快感、満足、または解放感。
- D. その盗みは怒りまたは報復を表現するためのものではなく、妄想または幻影への反応でもない。
- E. その盗みは、素行症、躁病エピソード、または反社会性パーソナリティ障害ではうまく説明されない。

しかし、ＤＳＭ－５の診断基準を字句どおりに厳格に解釈すると、診断基準に合致する症例はほぼ皆無とも言われており³⁵、このような操作的診断基準を用いることにつき、精神医学の側から、早急な改善が必要だと言われている

²⁸ 摂食障害者については、拒食、過食を問わず、生理的に飢餓状態にあることに着目して、そこから「涸渇恐怖」（物質や自己の人的価値が減ることへの異常な恐怖）が生じ、それに対抗し、あるいはそれを自己治療しようとするために「溜め込み」を原動力とする窃盗衝動が生じ、最初の窃盗に成功すると犯行時の緊張感、成功時の解放感が一体となった体験が反復によって強化され、嗜癖化して窃盗症に至るという分析が有力に主張されている（城下裕二「窃盗症（クレプトマニア）・摂食障害と刑事責任」『浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕』302頁以下及びその引用文献参照）。

²⁹ Ronald A. Fullerton, Girish N. Punj. Kleptomania: A brief intellectual history. The Romance of Marketing History Vol. 11 (2003)（以下、Ronald, 2003）201. Bharat Saluja et al. Kleptomania: a case series, Singapore Med J 2014; 55 (12) e207.

³⁰ Ronald 2003 p.203.

³¹ Ronald 2003 p.203.

³² 特に、当時、クレプトマニアが社会的に裕福な女性の反復する万引き事件として認識されていたため、何を行っているかよくわかっている社会的に裕福な女性のわがままを甘やかす口実として用いられていないかとの懐疑主義がもたれていた。Ronald 2003 p.203 参照。

³³ 竹村道夫「常習窃盗」ころの科学 182 号（2015）45 頁。

³⁴ 神林・前掲注(25)177 頁。

³⁵ 竹村・前掲注(33)45, 46 頁。

る³⁶。

このように、クレプトマニアの概念自体、議論のあるものではあるものの、その機序については、ある程度の説明がなされるようになっている。

イ. 依存症の発症機序

まず、前提として、依存症³⁷の原因・機序について述べる。依存症と言われた場合、一般的には、①衝動的で自己破壊的な性格や②依存性物質（脳に強烈な快感をもたらす、その快感を脳に刻印して脳を支配してしまう物質）に手を出したこと自体が原因であるとされることが多いと思われる。しかし、①については多くの薬物依存者が数種の薬物やアルコールを試した後に「自分好みの物質」に落ち着き、決して「手当たり次第」などではないことや、②覚醒剤使用者でも数回使った後、自分に合わないためやめたりすることが珍しくないとされることが挙げられており³⁸、①及び②は依存症に対する適切な説明とは言えない。

そこで、「依存症」の発症機序として現在、臨床家から最も支持されているのは、「自己治療仮説 self-medication theory」とされる³⁹。自己治療仮説とは、依存症の本質を、「快感の追求」ではなく、「心理的苦痛の減少・緩和」と捉える考え方である⁴⁰。物質嗜癖（アルコールや薬物の摂取）、行動嗜癖（ギャンブル、セックス、暴力、万引き、性犯罪、自傷行為、買い物、インターネット、ゲームなど）、人間関係嗜癖（虐待やいじめ、DV、パワハラなど）が分類される。自己治療仮説からは、これらに共通しているのは、こころの痛みや肉体的な緊張という「コントロールできない苦痛」を、過食・嘔吐や反復性自傷、物質乱用といった「コントロールできる苦痛」で置き換えるプロセスだと説明される⁴¹。また、依存症者の背景にある共通した特徴としては、「自己評価が低く自分に自信がもてない」「人を信じられない」「本音を言えない」「見捨てられる不安が強い」「孤独でさみしい」「自分を大切にできない」という6項目が挙げら

³⁶ 中元総一郎「窃盗症への医学的アプローチと現行の刑事司法・司法精神医学の問題点」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』（成文堂、2021）98頁参照。同旨、神林・前掲注(25)178頁。

³⁷ 本書では、基本的に、「依存症」と「嗜癖」（アディクション）を同様のものとして扱っている（石塚伸一「犯罪人像のパラダイム転換 先祖帰り（遅れているヒト）から、過適応症（急ぎすぎる人）へ」石塚伸一編（龍谷大学社会科学研究所叢書第129巻）『新時代の犯罪学—共生の時代における合理的刑事政策を求めて』（日本評論社、2020）258頁以下参照）。

³⁸ 松本俊彦「依存という心理—一人はなぜ依存症になるのか」こころの科学182（2015）12頁。

³⁹ 松本・前掲注(38)13頁。

⁴⁰ 松本・前掲注(38)13頁。神林・前掲注(25)6頁。斉藤章佳『万引き依存症』（イーストプレス、2018）106頁以下。

⁴¹ 松本・前掲注(38)15頁。

れるという⁴²。そして、依存症が進行すると、表面的には、「不真面目で意志の弱い自己中心的な人格破綻者」のような状態となっていくが、これは周囲から非難され、追い詰められ排除され、孤立していった経過を受けてであり、実際には、「人に癒されず生きにくさを抱えた人の孤独な自己治療」という見方が治療者の立場からは最も適切とされるところである⁴³。

依存症に対して、「道徳や性格の問題として叱責したり、懲罰を与えたりしても依存症は回復しない。依存症は病気である。病気を懲らしめてもよくはならない。むしろ悪化する。問題の解決のために必要なのは、治療であり回復支援である。」とされる⁴⁴。

ウ．クレプトマニアの発症機序

このような考えを前提に、特に、摂食障害を中核としたクレプトマニアの発症機序の一つとしては、(嗜癖行動としての)摂食障害患者は生理的・心理的な飢餓状態にあり、飢餓の関連症状として枯渇恐怖が生じるため、この枯渇恐怖の自己治療として、溜め込み行動が起こり、この「溜め込みマインド」から窃盗衝動に駆られ、窃盗行為中の緊張感とスリル、窃盗成功時の安堵感、達成感、満足感、緊張からの解放感を快感として体験し嗜癖化していくとされる⁴⁵。

あるいは、近年実践と研究が進んでいる条件反射法の観点からは、次のように説明される⁴⁶。まず、人には、先天的反射（遺伝子に規定されている本能反射）と後天的条件反射連鎖（いわゆる条件反射）とがある。これらを併せて「第一信号系反射」という。第一信号系反射は人間にも他の動物にも備わっている。これに対して、人間のみ、「第二信号系反射網」と呼ばれる、いわゆる理性を持つ。人間は、法令や倫理などのルールから第二信号系反射網を発展させ、司法や教育を用いて、後天的反射連鎖を形成すべく試みてきた。ただし、第一信号系反射と第二信号系反射網は相当程度独立している。上述の「溜め込み」は、食餌などの収集を通じた安定的な食餌摂取や危険回避等として、人間を含む動物の進化の過程で先天的反射に組み込まれている。その一方で、「汝盗むなかれ」といったルールや法令に基づく行動は未だ第二信号系反射網に関連した反射連鎖である。万引きが溜め込みという先天的反射に繋がると、その反復が後天的反射として過剰に強化されうる⁴⁷ところ、このような第一信号系反射に関連した反射連鎖は、第二信号系反射網を凌駕し、誤作動・過作動することがある⁴⁸。

⁴² 成瀬暢也「病としての依存と嗜癖」こころの科学 182（2015）19 頁。

⁴³ 成瀬・前掲注(42)20 頁。

⁴⁴ 成瀬・前掲注(42)20 頁。

⁴⁵ 竹村・前掲注(33)47、48 頁。斉藤・前掲注(40)42 頁。

⁴⁶ 以下、中元・前掲注(36)99 頁以下。

⁴⁷ 中元・前掲注(36)108 頁。

⁴⁸ 中元・前掲注(36)105、118 頁。

このような条件反射の連鎖として、クレプトマニアを説明することができる⁴⁹。これらの説明は、いずれも依存症の衝動性や反射に着目していると言える。

その一方で、そもそも、「摂食障害＋常習万引き」の患者が、「クレプトマニア」(窃盗癖)という病気なのか疑問があり、根拠に乏しいと指摘する医師もあり⁵⁰、「摂食障害＋常習万引き」の機序は、「拒食・過活動の状態から過食・嘔吐の状態を経て、善悪の意識が麻痺し、嘘が日常になってしまっ」たことから常習的に万引きをするようになるとする⁵¹。ここでの説明は、衝動性や反射ではなく、善悪の意識の鈍麻の問題にしていると評価できるであろう⁵²。

しかしながら、最近の日本の研究では、日本のクレプトマニアの重症度を測定する質問紙である **Kleptomania Symptom Assessment Scale (K-SAS)** を用いた場合、有意に、クレプトマニアとそれ以外の万引き犯とを区別できることが示されており、クレプトマニアの患者は窃盗衝動が制御できていないが、クレプトマニアに罹患していない万引き犯は窃盗を制御できることが示唆されている⁵³。

このように、クレプトマニアの患者においては、単に「常習万引き」なのではなく、窃盗衝動の制御において困難さを有していると解される⁵⁴。それゆえ、衝動制御に問題がない累犯者とクレプトマニアを一括りに議論するのは適当とは言えない。「わかっちゃいるけどやめられない」状態という、行動制御能力の

⁴⁹ このように、クレプトマニアを条件反射の連鎖との理解を前提とした条件反射制御法は、治療効果が一定程度認められている(中元・前掲注(36)110頁)。

⁵⁰ 瀧井正人「万引きを繰り返す摂食障害患者の病態とその取り扱いに関して—『収容か治療か問題』についての考察—(1)(全3回)」研修 807号 27頁。

⁵¹ 瀧井・前掲注(50)35頁。

⁵² なお、クレプトマニアの病態について、放火癖・放火症(パイロマニア)に近いという捉え方もあったようである。「放火したときの影響を楽しむために放火するというのが放火癖で、窃盗癖もそれと同じように、節約意識や経済的利得意識がなく、『盗むために盗む』のが窃盗症だと言う人」もいるが、竹村医師によれば、これは間違っており、窃盗行為と経済的な利得は切り離せず、窃盗症が一番近い病気は、ギャンブル障害であるという(竹村道夫ほか「鼎談 嗜癖疾患の新しい視点」**BRAIN and NERVE**68巻10号1136, 1137頁(竹村発言)参照)。

⁵³ Asami Y, et al, Validity and reliability of the Japanese version of the Kleptomania Symptom Assessment Scale: A comparison between individuals with kleptomania and prisoners in Japan, *Comprehensive Psychiatry* vol.96 (2020).

⁵⁴ ただし、この点、医学的に完全に決着が付いているとは言えず、千葉大学社会保健研究センターの椎名明大特任教授は、「クレプトマニアにしても、衝動制御の問題にしても、その人の行為の繰り返しに対して病名を与えているだけであるから、その奥に生物学的な欠陥があるということを必ずしも前提としていない。結局、盗み癖がある人、衝動的な人と言っているのと同じなので、医学者の方からそういった病態に対して行動制御能力の障害という証明をするのはまだ尚早であろうと思う。」との指摘もなされている(大野洋ほか「責任能力の実践的検討(下)」判タ 1496号 72頁参照)。

問題が主であることに注意する必要がある⁵⁵。

（３）クレプトマニアに対する刑事法学説の考え

クレプトマニアについては、裁判例上、心神喪失や心神耗弱として責任能力の減退が認められる例は数少ない。

学説上、クレプトマニアの主張が、責任能力の減退を認める理由になるかは争いが見られる。これを考慮する場合であっても、再犯防止の観点から量刑事由の１つとして考慮されているに過ぎず、構成要件に該当する限り常習累犯窃盗罪の成立を認める例は多い⁵⁶。

本稿は、クレプトマニアや依存症に起因する犯罪に対する刑事司法の在り方を全般を直接のテーマにするわけではないが⁵⁷、関連する限りで、検討を行う。

最近の学説においては、責任能力における制御能力不要論が提示されている⁵⁸。そして、制御能力不要論からは、「クレプトマニアという診断名の根拠になった精神状態が責任能力判断に何ら影響しない」、「犯罪を思いとどまるといふ意味での制御能力は責任能力には不要である以上、窃盗衝動に抵抗できないという精神状態は責任能力判断に全く影響しない。したがって、責任能力の見地からは、完全責任能力が認められるにとどまらず、量刑判断における行為責任が減少することもない。」と明言されている⁵⁹。そして、クレプトマニアをおよそ責任能力の議論から外すことについて、クレプトマニアが「古典的なシュナイダー流の精神医学説では病気と考えられてこなかったような障害」であり、

⁵⁵ 中元・前掲注(36)113頁。

⁵⁶ 例えば、神林・前掲注(25)149頁では、高松高判令和元年10月31日（季刊刑弁105号（2021）82頁以下）が、第1審では否定されていた常習性を肯定し、常習累犯窃盗罪を認める判断を下したとの裁判例が紹介されている（令和2年1月29日上告棄却決定）。

⁵⁷ この点については、他日を期したい。

⁵⁸ 例えば、樋口亮介「責任能力の理論的基礎と判断基準」論ジュリ19号（2016）198頁以下、竹川俊也「精神疾患と責任能力—総論—」刑ジャ72号（2022）14頁以下。なお、大野ほか・前掲注(54)69頁での竹川発言では「行動制御能力という視点をを用いるとクレプトマニア、サイコパスという類型も入りかねないが、事理弁識能力を（単なる違法性の認識能力を超えて）実質的に解していけば、純粋に制御能力の問題として捉えられるような部分を外せるのではないか。」と述べており、クレプトマニアを含めるべきでないという結論が先行しているのではないかという疑念を持たざるを得ない。逆に、樋口発言では、個人的には行動制御能力不要論に立脚しており、同判タの検討でその思いを強くしたと述べて、責任論プロパー以外にも、クレプトマニアや強迫性障害で、責任無能力にはならないけれども量刑では考慮しているという点について、実質的弁識能力というだけでいけるのか。行動制御能力という観念を消してしまうことへの不安感もあるのかな、という印象を抱いた。」「行動制御能力の枠組みをなくしてよいかどうかは、ペンディングしておくといえると思われる。」と述べている（同70頁）。

⁵⁹ 樋口・前掲注(58)200頁。

刑法的には「単なる犯罪者であることを示すに過ぎない」のであって、完全責任能力を認めることが納得の得られやすい考えだと述べられることもある⁶⁰。そして、窃盗症のような窃盗を反復する者については、刑法は「常習累犯窃盗のような加重類型を設け、厳しく対応することを予定している」とも述べられている⁶¹。

あるいは、制御能力の判断では、「法益を尊重し規範を遵守する精神が弱かったことは捨象されなければならない」⁶²との修正が必要であるため、『思いとどまることを期待してよいか』という観点からは、たとえば、自招性精神障害の場合に責任非難が減弱しにくいことや、窃盗症や反社会性パーソナリティ障害のように字義的には衝動制御が困難であっても免責や刑の減輕を認めるべきではないといった帰結を、法規範からの期待という形でスムーズに説明することが可能となりうる⁶³という。

このような責任減少作用をもたらす精神障害にも当たらないとの立場は、理論的には全くあり得ないものではないかもしれない⁶⁴。しかし、責任能力の趣旨に立ち返った場合には、精神障害により弁識能力や制御能力の欠如・減退がある場合には、合理的な当事者を前提とした刑罰感銘力や刑の改善効果を受け止めるといった刑罰との目的適合性の欠如・希薄化があると解される⁶⁵。このような観点から考えた場合、精神障害に基づき衝動制御に問題がある場合に、刑罰感銘力をいくら働かせようとしても衝動制御ができるようになるとはいえないのであって、まさしく責任能力が検討される場面と言えよう⁶⁶。学説的

⁶⁰ 安田拓人「責任能力の意義」法教 430 号 20 頁以下。「安心して心神喪失・耗弱の主張を排斥できる切り札となる理論的裏づけを求めているであろう裁判実務家の間で広く支持される可能性が高い。」とも述べられていたが、後述する裁判例を見ると、実務的に、このように考えられているとは言えないであろう。

⁶¹ 安田・前掲注(60)20 頁。

⁶² 竹川・前掲注(58)14 頁。

⁶³ 竹川・前掲注(58)15 頁。

⁶⁴ 論者の多くが参考にするアメリカ法では、確かに、制御能力の規定がない法域が多い。しかし、後述するように、アメリカ法で制御能力がないのは、Hinckley 事件という衝撃的な事件を受けてと言え、一般化し難い。また、量刑ガイドライン上、制御能力の低下は考慮されうるとされており、制御能力を完全に排斥しているわけでもないことに注意すべきである。

⁶⁵ 例えば、ヨシュア・ドレスラー（星周一郎訳）『アメリカ刑法』（レクシスネクシス・ジャパン、2014）505 頁以下参照。竹川・前掲注(58)14 頁では、これらを「責任能力とは別の理論的枠組みによって解決されるべき」とするが、妥当ではないと思われる。

⁶⁶ フランス法においては、旧刑法時代には「ピロマニア、クレプトマニアなどは責任無能力と鑑定されることも多」く、「新刑法の下では、このような障害とともに、前述した心理学的要素についての言及がフランスでも要求される傾向が強まってきているように思われる」とされる（影山任佐「フランスにおける歴史と現状」松下正明編『司法精神医学概論』（中山書店、2006）75 頁参照）。

にも、制御能力不要論が躊躇される⁶⁷のはこのような責任能力の趣旨があると思われる。

制御能力不要論を含め、学説的には、クレプトマニア（やその他の依存症）につき、『同じような犯罪行為を何百回、何千回と繰り返す者は、どうしても犯罪者を超えてすでに病人、病気であって、同情や寛容の精神をもって対応するべきではないか。』、それとも『たとえ何百回、何千回と犯罪行為を繰り返したとしても、どこまでもその者は、犯罪者、悪人であり、手を緩めることなく刑事責任を追及し続けるべきであって、たとえ医学上は病気であっても、刑法では病気としては扱うべきではないのではないか。』といった考え方の対立⁶⁸が背後にあるのではないかと指摘されている⁶⁹。ただ、このような学説的な見方は、犯罪行為の反復という意味では、累犯者もクレプトマニア（やその他の依存症）も同じであるという実態理解があるように思われる。

しかし、窃盗を「反復」しているという外形やその意思にのみ着目して、累犯者とクレプトマニアを一括りにすることは適切とはいえない⁶⁹。前述の制御能力不要論や、「合理的な利害得失の判断と制御能力が表裏一体のものとして捉えうる場合がある」⁷⁰として、「規範意識」の面にのみ焦点を当て、クレプトマニア患者と単なる累犯者とを同列に議論する考え方⁷¹は、クレプトマニアに対する実臨床的な観点⁷²からは不合理と言えよう。結局、単に「反復」しているという意思作用をもって、犯罪者一病者という二項対立にするのではなく、自己の行動を制御できなくなっていることこそが問題の中核であり、それを刑法として、どのように評価し、受け止めるかを検討する視点がなければならないと考えられる。また、著者らが検討した現在の量刑論の到達点に照らせば、常習犯、累犯に対して加重処罰をする根拠には乏しいところであり⁷³、外形的な窃盗の反復にのみ着目するのは適切でないというべきである。

では、クレプトマニアによる窃盗は、窃盗衝動の制御ができておらず、それゆえ、直ちに心神喪失・心神耗弱が問題となり、あるいは、責任能力の減少を

⁶⁷ 例えば、箭野章五郎「窃盗症（クレプトマニア）・摂食障害と責任能力・刑事責任」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』（成文堂，2021）146頁参照。

⁶⁸ 箭野・前掲注(67)147頁。

⁶⁹ この意味で、清野憲一「責任能力判断枠組みの再構築—「能力」論からの離脱と法曹にとつての「第5ステップ」以降—」佐伯仁志ほか編『刑事法の理論と実務③』（成文堂，2021）81頁以下のクレプトマニアに関する分析は十分とはいえない。

⁷⁰ 安田・前掲注(60)16頁。

⁷¹ 例えば、竹川・前掲注(58)14頁。

⁷² 中元・前掲注(36)112頁以下。

⁷³ 岡本裕明ほか「常習犯・累犯の加重処罰規定及び常習累犯窃盗罪に対する批判的検討(2)」東海法学 62号(2022)参照。

理由に量刑上有利な事情となるのであろうか⁷⁴。

(4) クレプトマニアに対する量刑論，責任能力に関する裁判例⁷⁵

ア．裁判例一責任能力の問題一

上述したとおり，クレプトマニアのみを理由に心神喪失や心神耗弱を認めた裁判例はほとんど見当たらない。例えば，大阪高判昭和59年3月27日（判時1116号140頁）は心神喪失を認めたが，盗品を入れる紙袋を準備した上で犯行に及んでいるなどの計画的な側面があったとしても，「神経性食思不振症者の衝動的行為と解するにつき格別妨げとなるものではないことが認められる」として，被告人のクレプトマニアだけでなく，摂食障害に伴う症状も認められており，クレプトマニアのみを理由に心神喪失を認めたものとは言えない。

他にも，神経性無食欲症及び認知症を理由とする新潟地判平成27年4月15日（LEX/DB25561018）や，摂食障害を理由とする大阪地裁岸和田支判平成28年4月25日（LEX/DB25543001）が，被告人が犯行時に心神耗弱状態にあったと認めているものの，クレプトマニアのみを理由とするものではない。

クレプトマニアのみを理由に心神耗弱を認めた数少ない裁判例として，東京地判令和2年4月3日（刑集75巻8号1108頁）⁷⁶がある。同判決は，「重症の窃盗症により，窃盗行為への衝動を押さえる能力は著しく低下していた疑いがあり，行動制御能力は著しく減退していた合理的疑いが残る。」として，被告人が心神耗弱の状態にあったと認めている。

しかしながら，控訴審である東京高判令和2年11月25日（刑集75巻8号1112頁）は，「単に合目的な行動が認められるにとどまらず，被告人が，抵抗し難い衝動に突き動かされて本件犯行に及んだという状況にはなかったことが認められるのであり，仮に，窃盗の衝動があったのだとしても，状況等に応じてこれを制御しつつ犯行に及んだものと認められるから，被告人は，自己の行動を相応に制御する能力を保っていた」として，被告人に完全責任能力を認め，原判決を破棄した。

上告審である最判令和3年9月7日（刑集75巻8号1074頁）においては，控訴審が何らの事実の取調べをすることなく自判したことを理由に，原判決を

⁷⁴ なお，大野ほか・前掲注(54)80頁では，クレプトマニアにつき，継続的なテーマだとしている。

⁷⁵ 詳細な裁判例の分析については，城下・前掲注(27)に加えて，城下裕二「窃盗症（クレプトマニア）・摂食障害と刑事責任をめぐる近時の裁判例の動向」『寺崎嘉博先生古稀祝賀論文集[下巻]』（成文堂，2021）153頁以下が参考になる。

⁷⁶ 量刑上有意な事情として取り扱われてはいないものの，「摂食障害はあるものの，通常の日常生活に特に支障をきたすような精神障害には罹患しておらず」などと指摘されており，背景事情としては摂食障害への罹患も窺われる事案である。

破棄して差し戻しているが、本稿執筆時点で差し戻し審の結論に接することができていないものの、他にクレプトマニアのみを理由に責任能力が否定された裁判例は見当たらず、現在の裁判実務においては、クレプトマニアについて完全責任能力を否定するような精神疾患とは扱われていないと言える。

イ．裁判例一有利な情状としての取扱い―

ほとんどの裁判例は、クレプトマニアだけでなく、摂食障害等の他の障害や疾患の存在が認められる場合であっても、被告人に完全責任能力を認めている。とはいえ、責任能力に関する制御能力不要論のように、「量刑判断における行為責任が減少することもない」と判断されているわけではない。例えば、東京高判平成 22 年 10 月 28 日（判タ 1377 号 249 頁）は、完全責任能力を認めつつも、「責任能力に影響するとはいえないものの本件各犯行の動機形成について摂食障害が大きく寄与していること、被告人については摂食障害の治療が必要であるところ、専門医による治療計画が準備され、被告人の両親が治療に要する経済的援助を約束し、原審公判及び当審公判において被告人が治療に真剣に取り組む決意を表明していることなど被告人のために酌むべき事情もある。」として、被告人に懲役 1 年 6 月の実刑を言い渡した原判決を破棄し、執行猶予期間中に犯行に及んだ被告人に対して再度の執行猶予を付した。

他にも、完全責任能力は認めつつも、刑法 25 条 2 項が定める「情状に特に酌量すべきもの」があると認め、執行猶予期間中に犯した罪に対して被告人に再度の執行猶予を付した裁判例は散見される。

ウ．裁判例一有利な情状として取り扱わない場合―

上述したように、クレプトマニアに罹患していることなどを理由に、刑法 25 条 2 項が定める「情状に特に酌量すべきもの」があると認めた裁判例は珍しいものではなくなくなってきている。しかしながら、現時点においては、クレプトマニアによる犯罪への影響を認めずに、クレプトマニアに罹患していることを被告人に有利な事情として扱わない裁判例の方が多いように思われる。クレプトマニアだけでなく、他の障害や疾患の存在を認めつつも、そのような精神疾患の存在を、被告人に有利な情状として大きく評価しない裁判例群は、「強い衝動性など格別異常な精神状態にあった様子はうかがわれない」（東京高判平成 26 年 12 月 22 日 LEX/DB25561013）、「本件当時、被告人の行動制御能力は一定程度減退していた可能性が高い。しかし…本件における被告人の一連の行動は至って合理的で、特異な点が全く見受けられないことも併せ考えれば、本件における減退の程度は限定的であったと認められる。」（東京地判平成 27 年 1 月 9 日 LEX/DB25543011）のように、犯行への影響の程度が小さかったことを理由としているものがほとんどである。

例えば、東京高判令和 1 年 7 月 26 日（高検速報（令 1）号 220 頁）は、「摂

食障害に伴う欲求のコントロールの悪化から本件犯行に及んだというA医師の鑑定意見は、十分信用することができる。」としながらも、「しかし、被告人は、周囲を警戒するようにして犯行に及んでいること…などに照らせば、本件犯行当時、本件犯行の違法性や病気による免責可能性を認識していたと認められ、事理弁識能力は軽度で減退していたにすぎない。また、…目に付いた商品を手あたり次第に窃取する状況にあったとまでは言えず…被告人が欲求のコントロールが困難となって衝動に突き動かされて本件犯行に及んだと評価することはできず、一定の制御ができていたというべきである。…窃盗をする動機としては、食べ吐きなど摂食障害に起因することのためにお金を使うのがもったいないという考えが根底にあると考えるのが合理的であって、動機は了解可能であり…被告人の行動制御能力についても、その責任非難を大きく減じるほどに減退していたものとは認められない。」として、比較的詳細に被告人の精神疾患を量刑上大きく評価するべきではないことについて判示している。

このように裁判例をみていくと、クレプトマニアによる影響が大きかった旨の弁護人の主張を排斥した裁判例は、枚挙に暇がないところではあるが、制御能力不要論のように、窃盗衝動に抵抗できないという精神状態が認められたとしても責任能力判断に全く影響を与えない旨を判示しているわけではないと言えよう。そうではなく、責任能力判断に影響を与える余地を残し、個別の事案における具体的な事実関係を総合的に判断した上で、窃盗衝動に抵抗できないような精神状況ではなかったと認定しているものと言える。

(5) クレプトマニアが量刑に及ぼす影響⁷⁷

ア. 原則的に影響は認められる

クレプトマニアへの罹患が認められれば、犯行当時の被告人の制御能力が減退していたと必ず認定できるわけではない。クレプトマニア等への罹患を認めつつも、その他の事実を総合考慮した上で、被告人に有利な事情として取り扱うべきかどうか判断されることとなる。最判昭和59年7月3日(刑集38巻8号2783頁)が、責任能力の有無について、法律判断であることから専ら裁判所の判断に委ねられている旨を判示しているとおり、量刑の問題についても、裁判所の判断に委ねられていることは自明である。したがって、被告人がクレプトマニアに罹患していることを踏まえた上で、犯行時の被告人に対して当該疾患がどのように影響していたのかについて判断する必要性は認められ、その結果として、クレプトマニアに罹患していたとしても、当該事実を被告人に有

⁷⁷ 詳細な裁判例の分析については、城下・前掲注(27)に加えて、城下・前掲注(75)が参考になる。

利に評価しないという結論はあり得る。

しかしながら、クレプトマニアは、窃盗に先立つ強い渴望と衝動によって窃盗行為が習慣化したものであり、窃盗行為に及ぶことを止めたくても止められないことを主たる症状とする精神疾患である。クレプトマニアへの罹患が認められるのであれば、その被告人が万引き行為に至った時に、クレプトマニアによる影響を受けることなく犯行に及んだと判断できるケースの方が例外的であるように考えられる。例えば、万引きを繰り返してきた被告人が、全く犯行態様の異なるスリや空き巣などの手段によって窃盗罪として起訴された場合において、クレプトマニアによる影響を受けていないと評価されることは首肯し得るものの、同種の万引き行為に及んだのであれば、影響がなかったあるいは影響が小さかったと判断することは相当に困難なように思われる。万引きと侵入盗のように、犯行態様を大きく異にするような場合だけでなく、犯行場所が大きな百貨店からコンビニエンスストアに変わった場合などのように、過去の成功体験に基づいた犯行であることを否定できる要素は考え得るところではあるが、多くの裁判例は、そのような点に触れることなく、クレプトマニアによる影響を過小評価しているように思われる。

イ．影響を否定する事情

上述したような前刑との態様等の異同について検討されることが多くない一方で、クレプトマニアの犯行に対する影響を否定する裁判例においては、犯行前後の被告人の行動が合理的であることや、万引きに及ぶ動機が理解可能であることに触れているものが多い。

この点については、捜査機関においても、クレプトマニア等による影響に関する主張が予測される事案においては、被告人の犯行前後の言動や動機に合理性を認めることができるように、捜査を行っているものと認められる⁷⁸。

被告人の行動が合理的であり、制御能力を減退させていたとは評価できないとされる際の事実関係としてよく指摘されるのは、

- ・ 窃取する被害品を選んでいること
- ・ 店員等への露見を防ぐための行為に及んでいること
- ・ 犯行露見直後に、クレプトマニアへの罹患等の弁解を行っていること

等の事実がある。

本稿は、あくまでも常習累犯窃盗罪を検討するものであるため、個別の事案におけるクレプトマニアの影響の有無に関する検討の在り方についてまで踏み込むものではないものの、クレプトマニアに罹患した場合、手当たり次第に目

⁷⁸ 木村昇一「窃盗事件（万引き）を犯した被告人のクレプトマニア主張についての考察」警察学論集第74巻3号21頁。

についた商品を窃取するようになるのではなく、万引きを行える環境下において、興味のある商品が視野に入った場合に、窃盗への衝動に襲われることになるのであるから、上述したような事情が認められた場合に、被告人の犯行当時の制御能力の減退が否定されることになるのかどうかについては、慎重な議論が必要になるものと思われる。

この点に関連し、東京高判平成30年11月2日(高検速報(平30号)250頁)は、「被告人は…万引きを繰り返す危険性が低くないことを、十分に認識していたはずであるにもかかわらず、特に差し迫った必要もないのに、敢えて…窃盗の対象物が並んでいる店舗に、自分から出向いているものといえる。…仮に、本件店舗において万引き行為に及んだ時点では、被告人が、それを自ら思い留まることは容易でない精神状態にあったとしても、そこに至るまでの行動は、被告人の責任に帰せられるものであって、その点に酌むべきところはなく、本件犯行は、全体として被告人の主體的な意思に基づくものに他ならない」と判示しており、犯行当時の被告人の行為制御能力の減退を認めながらも、犯行以前の行動を含めることで、再度の執行猶予を相当とするような特に酌量すべき事情があるとは言えないと結論づけている。

確かに、薬物依存症における薬物犯に対して、自ら違法な薬物に関係するような人間関係を再構築した点などを、裁判所が被告人に不利な情状として扱うことはある。しかしながら、クレプトマニアのように窃盗を繰り返す者との関係においては、日常生活において窃盗が可能な環境を完全に排除することは困難であり、自ら入店した事実等を過度に重視するのも適当ではないように思われる。この理を強調し過ぎると、一度クレプトマニアに罹患した者は、単独で行動することが生涯不可能になりかねない。

ウ. 治療環境との関係性

これまで述べてきたとおり、クレプトマニアの影響によって万引きを繰り返してしまった場合、行為者の行動制御能力の減退が認められることから、行為者に対する違法性の帰属が減少するものと言え、そのことが行為者の刑事責任を小さくするものと言え、治療環境が整備されているかどうかを問題にするものではない。

一方で、クレプトマニア等への罹患を理由に、被告人に「情状に特に酌量すべきもの」があると認めた裁判例のほとんどは、被告人に対する治療環境が整備されている点も列挙している。クレプトマニア等が万引きを繰り返す原因である以上、再犯防止のためには、当該症状を改選させるための治療が不可欠である。そのため、特別予防的な観点から刑事責任を検討するにあたっては、治療環境についても検討する必要があるものと言えよう。

この点について、大阪高判平成26年10月21日(LEX/DB25447145)は、

「現在の治療が被告人にとって必要かつ有効であるとしても、そのような一般情状が本件の犯情ないし被告人の刑事責任を大きく減殺するものとはいえないのであって、治療の必要性が行為責任（ないし応報）を基本とする刑罰の必要性に優先するというような考えは採り得ず…治療意欲が維持できないから服役は無用であるなどというのは、刑罰法規の存在を無視した論理といわざるを得ない」と判示している。確かに、治療環境が整備されていることは一般情状に過ぎないことはそのとおりであるものの、治療が必要であるということは、被告人にクレプトマニア等の精神疾患が認められることを前提としているものと言え、当該精神疾患の影響によって窃盗を繰り返しているのであれば、一般情状としてではなく犯情及び刑事責任を減殺するものと考えられる。また、再度の執行猶予を付した懲役刑にしろ、罰金刑にしろ、犯罪行為に対する刑罰が科されることには変わらない。そもそも、刑罰の補充性からすれば、治療は刑罰に優先しないなどとして、安易に被告人に対する治療の機会を奪うことに合理性は認められず、クレプトマニア等による影響を慎重に判断する必要がある。

（６）クレプトマニアに対する常習累犯窃盗罪の適用の問題性

上述したとおり、クレプトマニアに罹患している事実が、そのまま被告人に有利な事情として認められているわけではなく、あくまでもクレプトマニアが犯行に影響を及ぼした程度が問題となっている。しかしながら、クレプトマニア患者は、犯行を繰り返すことによって習癖を獲得し、遵法意識が鈍麻することにより反社会性が増大するのではなく、精神疾患を原因として発作的に窃盗行為に及んでしまうのであり、このような者に対しては、原因となる精神疾患が改善しない限り、刑罰を科したとしても再犯が防止されることにはならない。このことは、犯行前後の被告人の言動に合理性が認められたとしても同様である。クレプトマニア患者の再犯防止のために必要なことは、刑罰ではなく、原因となる精神疾患の改善であって、精神疾患を治療するための医療専門施設にて、治療を受けさせることが必要な再犯防止策となる⁷⁹。少なくとも、精神疾患の改善を必要とするクレプトマニア患者に対しては、常習累犯窃盗罪の立法過程において主張された「反社会性や遵法精神の欠如の増大を理由とする人格責任」は妥当しないのであり、同人に対して常習累犯窃盗罪を適用することには立法趣旨と処罰効果との合理的関連性が認められない。

また、クレプトマニアの影響の有無や大小といった点を考えた場合、過去の成功体験との類似性等が認められるような場合にこそ、クレプトマニアの影響が大きく認められる事案であると言え、習癖の発露だと認められる場合に行動

⁷⁹ 寺崎・前掲注（24）217頁以下。

制御能力の減少が認められ易いのであって、常習性を理由に刑を加重しようとするこれまでの議論とは結論が相反する。少なくとも、クレプトマニアの影響によって再犯に及んだ被告人に対して、常習累犯窃盗罪を適用して加重された刑罰を科すことには、正当性を見出すことができない。そもそも、クレプトマニアを理由に犯罪を繰り返す者に対しては、その処遇について、単純窃盗罪として刑罰権を行使するのが良いか、それとも、医療専門施設における精神疾患の改善を目的とした治療を主眼とする制度設計がなされるべきであるか検討すべきである。この点、外国法における分析が参考になるであろう。以下では、アメリカ法及びドイツ法の概略について、言及する。

3 アメリカ法における分析⁸⁰

アメリカにおける責任無能力の抗弁 (insanity defense) は連邦や州毎に差があるものの、大枠としては、行為者が自身の行為を理解する能力 (犯罪時の被告人の合理性 rationality のテスト) 又は制御する能力 (意志作用 volition の評価) を欠く場合を意味する⁸¹。ギャンブル障害やクレプトマニアといった行動嗜癖 (behavioral addiction) は、本人又は第三者に有害な行為を実行する衝動、駆動又は渴望によって特徴づけられるため、法的な文脈において、このような行動嗜癖がどのように評価されるべきかが問題となる。

責任無能力の抗弁の内容が、合理性のテストのみとされている州では、クレプトマニアの主張は、責任無能力の抗弁を構成しないとされた⁸²。その一方で、限定責任能力の主張 (doctrine of diminished capacity) については、結論が割れている⁸³。また、クレプトマニアの主張が、余罪として量刑上の加重事由になりうることも指摘されている⁸⁴。その一方で、窃盗を避けるために手錠を使い、あるいは窃盗衝動に対してテーザー銃を使うことを考えたという *Maine v. Giroux* 事件などからすると、一定の場合には、責任無能力や限定責任能力にな

⁸⁰ 以下、Austin W. Blum et al. Behavioral Addictions and Criminal Responsibility *J Am Acad Psychiatry Law* 45:464-71, 2017 (以下、Austin et al, 2017) に依拠している。

⁸¹ Austin et al, 2017 p.465。連邦では連邦議会が 1984 年に制御能力のテストを廃止し合理的能力の欠如のみを責任無能力の抗弁としたが、連邦量刑ガイドラインでは、「(A) 犯罪を構成する行為の違法を理解し、若しくは理性を働かせる能力、又は(B)被告人が違法と知っている行為を制御する能力が著しく減退していること」を減刑事由としている (U.S. Sentencing Guidelines Manual § 5K2.13 (2021))。なお、多くの州でも、Hinckley 事件後、制御能力のテストを廃止している (Austin et al, 2017 p.469)。

⁸² Austin et al, 2017 p.468。

⁸³ Austin et al, 2017 p.468。

⁸⁴ Austin et al, 2017 p.468。

り得るのではないかとされる⁸⁵。

アメリカでも、一部の裁判所では、「人は犯罪行為を単にととてもとても酷く行いたいからといって免責されない」というように、行動嗜癖を衝動性というよりは道徳的な弱さと見ているようである⁸⁶。しかし、行動嗜癖の場合、臨床証拠上、少なくとも一定の時点では、非常に強い欲望状態（渴望）は被告人の合理性を欠落させ、又は主観的には意志の欠落を経験させ得る。行動嗜癖のある一部の人においては、クレプトマニアなどがあるためではなく、具体的な行動に関する情報に照らして、十分な合理性や制御能力を欠くことを理由に、免責又は減刑を受けられると考えられる⁸⁷。

そして、行動嗜癖者が未治療であることに伴う経済的・社会的に高いコストに照らすと、行動嗜癖のある一定の犯罪者は、犯罪としての訴追と収容の代わりに、裁判所の監督のある治療プログラムへの転換がされるべきとの提言がなされている⁸⁸。治療的司法の動きから、アメリカでは、ドラッグコート、メンタルヘルスコート及びギャンブリングコートといった“問題解決裁判所 problem-solving courts”がある⁸⁹。クレプトマニアのある犯罪者にも、既存のメンタルヘルスコートやその他の治療的司法の支援の下、問題解決裁判所を使う方が適切かもしれない⁹⁰とされる。

４ ドイツ法における分析

（１）ドイツの判例紹介

ドイツにおいて、クレプトマニアが疑われる者による万引きが、判決にどのような影響を与えるかについて考察するため、２０２１年６月１５日のコブレンツ上級地方裁判所決定⁹¹（以下「本決定」という。）を紹介する。

ア．事案の概要

被告人は、前科３０犯で、そのうち２５件が窃盗前科であった。犯行時、窃盗罪で二重の執行猶予判決を受けていた。そのうちの一つである２０１８年１１月１２日判決は被告人に対し、セラピーを受けるよう指示（ドイツ刑法５６条 c）を課していた。被告人は、２０１９年５月２８日から２０１９年１１月

⁸⁵ Austin et al, 2017 p.469.

⁸⁶ Austin et al, 2017 p.469.

⁸⁷ 以上, Austin et al, 2017 p.470.

⁸⁸ Austin et al, 2017 p.470.

⁸⁹ 「問題解決裁判所」につき、マリカ・オーマツ「トロントにおける問題解決概要：『治療的司法』概念に基づく取り組み」（指宿信，吉井匡共訳）立命館法学 314 号（2007 年）199 頁以下参照。

⁹⁰ 以上, Austin et al, 2017 p.470.

⁹¹ OLG Koblenz, Beschluss vom 15. Juni 2021, 4 OLG 32 Ss 88 / 21, Juris.

まで、精神療法医のもとで、通院によるセラピーを受けて、この指示内容を履行した。しかし、2019年10月19日にホームセンターでドアノブなどをジャケットのポケットに入れて万引きするという本件を起こした。被告人が「盗みに対する禁欲」というセラピー上の約束に違反したことにより、被告人のセラピーは終了した。しかし、被告人は、自身で新しい療法に励み、2021年3月6日以降、再びセラピーに通っている。また、2019年11月からは、気分の浮き沈みと、それによって万引きの再犯を犯すことを避けるために、専門医による抗うつ治療を受け始めた。被告人は、盗みへの欲望を抑えるために、抗うつ剤を定期的に飲んでいく。

被告人は、2020年7月7日にコブレンツ簡易裁判所において、凶器を用いた窃盗の罪（ドイツ刑法244条1項1号a）で8月の自由刑に処された。被告人は、執行猶予付き判決を求めて控訴したが、理由がないとして棄却された。しかし、被告人は、さらに上告した。

イ. 決定内容及び理由

コブレンツ上級地方裁判所は、万引き事件で執行猶予判決を受けた者が、その執行猶予中にまた万引きをした事案において、クレプトマニアの疑いがあるものの、重大な精神医学上の障害について詳しい根拠を述べなかったのに対し、それ以上の説明を求めることなく、また、ドイツ刑法21条の定める責任能力の著しい減退を招いていたかどうかについて検討することもなく、上告を棄却した。

しかし、これまでも同裁判所で争いになってきた「物質と結び付かない嗜癖であるクレプトマニア」の問題について、ドイツ刑法21条の意味で責任能力の減退をもたらすかに関する裁判所の見解を述べた。「クレプトマニア又は盗癖は、上級審の判例によれば、責任無能力とするような、あるいは、責任能力を相当に減退させるような病的な精神障害を意味しない。より重要なのは、その者が、盗みへの強迫を通して、自身の人格内で精神障害に匹敵するような重大な精神的な変容を体験していたかである。盗癖は、基本的に重い人格障害の一つの症状であり、それにより弁識能力ではなく、制御能力が大きく減退するものである。連邦裁判所が要求する、病的な精神障害に匹敵する重大さは、実際上は、合併症が起こっている場合や、他の重篤な精神行学的な症状と物質に結び付かない嗜癖が同時に生じたような場合にのみ、認められるものである。」

以上の基準にもとづいて判断すると、本件被告人については、深刻な精神病学上の症状が認定されていないとした。そして、本件では、25件の窃盗前科があったが、万引き犯が再犯を繰り返すのは実務では珍しくなく、これだけでは強迫的な盗癖の発現とは言えず、病的な人格障害の証拠とはならないとした。また、お金に困っていなかったという状況も、単に支払いたくないと考えて盗

む人は多いので珍しいことではないと述べた。さらに、被告人は、気分の浮き沈みに悩み、専門医から抗うつ剤を処方されていたが、鬱はクレプトマニアの典型的な症状ではなく、刑法上無関係であるとした。裁判所は、被告人に関するその他の事情を考慮しても、人格上の重大な精神的変容や病的な精神障害を認定することはできないと判断した。

（２）裁判所の見解に関する考察

本件は、被告人がクレプトマニアであることや責任能力に影響を与えるような精神障害を有するという点について、具体的な主張をしていなかった事案であり、そもそも限定責任能力が認められるような余地はなかった。しかし、コブレンツ上級地方裁判所において、問題となることの多かったクレプトマニアと責任能力の関係について、裁判所の立場を示したものである。

裁判所は、精神病学上の有力説であるクレプトマニア自体を責任能力に影響を与えるような精神障害と捉えず、他の人格障害の症状の一つとして現れるものであるという限定的な見解を採用した。そして、盗癖によって人格内で精神障害に匹敵するような重大な精神的変容が起こっていたときには、衝動制御能力が減退し、限定責任能力になる可能性があることを認めた。この点については、コブレンツ上級地方裁判所における別の万引き事件⁹²において、「病的窃盗（盗癖、クレプトマニア）が、一つの人格障害であるのか、深刻な精神障害による単なる症状に過ぎないのかは、専門家の間では激しく争われているが⁹³、この逸脱行為が、衝動の制御ができない、あるいは衝動制御が著しく制限されていることに特徴付けられる点では、見解が一致している」と述べており、クレプトマニアが責任能力の中でも制御能力の制限に特徴があることを示している。この万引き事件においては、実際にクレプトマニアの可能性を考慮して責任能力判断がなされたものであるが、裁判所は、クレプトマニアの特徴について、「当事者は、自然発生的に又はほとんど強制的に、個人的に使うつもりがなく、また手に入れることで利益にもならない対象物を盗む。この行動は、行為前に内的な興奮の高まりを伴うことが多く、犯行中と犯行直後には満足感を感じることが多い。」と述べており、盗みの衝動を制御できない様子が説明されている。

しかし、本決定では、単に２５件の窃盗を繰り返していたことや、お金に困

⁹² OLG Koblenz, Beschluss vom 18. Januar 2005, 1 Ss 379 / 04, Juris.

⁹³ クレプトマニアに関するドイツにおける文献として、Foerster / Knöllinger, StV 2000, 457, Kleptomanie - Psychopathologisches Syndrom oder obsoleter Begriff?; Norbert Leygraf, FPPK 2009, 3:107, Kleptomanie und Ladendiebstahl: Ein historischer Überblick 参照。

っていないのに盗んだといった事情は、強迫的な盗癖の発現とは言えないとし、人格内で精神障害に匹敵するような重大な精神的な変容があったとは認められないとした。

以上より、ドイツの刑事裁判においては、クレプトマニアによる責任能力の減退の余地を認めつつも、限定責任能力とされる可能性は限定的であるということができる。

(3) 責任能力以外のドイツ刑法とクレプトマニアに関する考察

クレプトマニアが責任能力に影響を及ぼさない場合、どのような判決が下されるかについては、本件決定内で示された控訴審判決で認定された執行猶予中の前科の判決が参考になる。

ドイツ刑法では、執行猶予中に治療を受けるように指示(Weisung)を課することができる(ドイツ刑法56条c)。本件被告人は、セラピーを受ける指示(Therapieweisung)を課され、通院治療を受けることでそれを履行していた。治療の指示については、身体的侵襲を伴わない場合には、被告人の同意なく指示することができ(同条3項1号)、セラピーなどの心理療法も治療に含まれる⁹⁴。そして、指示に著しく又は執拗に違反したときには、執行猶予が取り消される(ドイツ刑法56条f第1項2号)。このように、窃盗を繰り返すクレプトマニアの疑いがある被告人に対しては、単に執行猶予とするだけではなく、再犯防止のために、具体的に治療を義務付けることが可能となっている。

また、二重に執行猶予判決(再度の執行猶予判決)を下すことも可能である。本件被告人は、二重の執行猶予中に本件犯行に及んだ。本決定内では、2つの執行猶予判決の関係については詳しく述べられておらず、2つの判決がいずれも窃盗罪についての判決であったのか不明である。しかし、少なくとも、1件については窃盗に関するもので、上記の指示が課されていた。ドイツ刑法における執行猶予に関する規定(ドイツ刑法56条)には、執行猶予中である場合に関する特別の定めはないため、再度の執行猶予は、初度の執行猶予と同様に、「1年以下の自由刑を言い渡す場合において、有罪を言い渡される者が言渡しを既に警告として受け止め、将来、刑の執行の作用がなくとも、再び犯罪行為を遂行しないであろうことが予期されるとき」、「特に有罪を言い渡される者の人格、経歴、犯情、犯行後の態度、生活状況及び執行猶予がその者に与えることが予期される効果を考慮」し、猶予することができる(同条1項)⁹⁵。日本刑法において、再度の執行猶予が認められるには、「1年以下の懲役又は禁錮の言

⁹⁴ Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 67. Aufl. 2020, § 56c, Rn. 12.

⁹⁵ なお、ドイツ刑法56条2項においては、「特別な事情が認められるとき」は、「1年を超え2年以下の自由刑の執行」についても猶予できると規定されている。

渡しを受け」、「情状に特に酌量すべきものがあるとき」（２５条２項本文）でなければならないが、ドイツ刑法でも同様に情状に関する考慮がなされる。この再度の執行猶予に関して、再び治療を受けるように指示を課すことも可能である。

さらに、執行猶予の取消しに関しては、日本刑法が、猶予期間内に罪を犯して実刑判決が言い渡されたときには必要的取消しを規定する（２６条）のに対し、ドイツでは、執行猶予中に犯罪を行なっても、更なる負担（Auflagen, ドイツ刑法５６条b）若しくは指示を課すこと、特に保護観察下に置くこと（ドイツ刑法５６条f第２項１号）、又は、執行猶予期間若しくは保護観察期間の延長（同項２号）で足りる場合には、取消しを見合わせる（同項本文柱書）と規定している。したがって、執行猶予中に再犯を行った場合でも執行猶予が取り消されない可能性があり、どのような場合には取り消されないのかについても具体的に示されている。そして、この更なる指示として、更なる治療を受けることを義務付けることも可能である。

このように、ドイツ刑法のもとでは、クレプトマニアが窃盗を繰り返した場合に、治療を受けることを指示する内容の執行猶予判決を課すこと、再度の執行猶予においても同様の指示を課すこと、執行猶予の取消しをせずに更なる治療を指示することなどが可能であり、クレプトマニアである者又はその疑いがある者に対して、裁判所が治療を受けるように指示することができることが参考になる。

５ 日本法への示唆

簡単ではあるものの、アメリカ、ドイツの分析からは、いずれも制御能力が中心的な問題となる場面であり、（限られた場面ではあるにせよ）責任能力の喪失・限定があり得ることを認めている。そして、いずれも、制度論としては、裁判所の監督下での治療がなされるべきとの方向性は一致していると言える。

日本法への示唆として考えたときには、精神疾患を理由とする常習性の発露がある場合（常習犯）に対しては、いくつかの方向性があると思われる。

一つは、①ダイバージョン（刑事司法手続からの離脱（Diversion））をすることである。もう一つは、②犯罪であることは維持しつつも、刑罰と治療との調整を行うことである⁹⁶。②の場合には、刑罰には、i)受刑・隔離という人身の自由に対する制約があり得ること、ii)拘禁されずとも、刑罰のスティグマがあること（前科がつくこと、それに伴う資格制限があること等）、iii)報道される可能性があることといった（法的・事實的）効果があることも踏まえる必要が

⁹⁶ 城下・前掲注(27)29頁以下も参照。

あるであろう。また、窃盗という明らかな犯罪行為を、①ダイバージョンすることの是非や社会的受容なども考える必要があるであろう。

いずれの方向が、今後の刑事司法のあり方として適切かは、後日の検討課題としたい（アメリカもドイツも原則的には犯罪行為であるとしており、ダイバージョンは、現状としては難しいかもしれない。）。しかし、少なくとも、刑罰よりも治療が必要であることを前提に、社会内処遇としての治療があり、それすら適切とはいえない場合（刑罰によるi）受刑・隔離が必要と言わざるを得ない場合）であっても、刑務所内で「万引きに焦点をあてた治療プログラム」⁹⁷を受けられるという、スキームレスな制度設計がされるべきであろう。依存症者（アディクト）が依存症から回復するためには、当事者を中心に、家族や知人などとの繋がり、社会との繋がりが維持されることが必要であり⁹⁸、それを断ち切るような制度設計・運用は行われるべきでない。

そして、このスキームレスな制度設計を考えるに当たっては、裁判所監督下の治療というのにも検討されるべきであろう。現在の日本法の下では、裁判所の監督の下での通院というのは、医療観察法の通院決定しかなく（医療観察法42条1項2号）、医療観察法の適用を拡張することなども選択肢としてはあり得るのかもしれない（ただし、その場合には、制度運用のコストや、当初審判では通院決定がほぼ用いられていない現在の運用の変更が必要となろう。）。あるいは、ドイツと同じく治療を指示する執行猶予を可能とすること⁹⁹や、宣告猶予制度の創設なども考えられるかもしれない。

第5 常習累犯窃盗罪規定の廃止の提言

既に述べたとおり、盗犯等防止法は今から約90年前に制定された法律であり、常習累犯窃盗罪規定についても、再犯者が非常に多かったという当時の社会情勢において、比較的長期の刑を科して犯罪者を隔離し、社会防衛を図るという目的で職業的な窃盗犯人を対象として制定された規定であった。立法当初の時代背景を前提とすれば、規定制定の必要性を支える立法事実が存在したとも評価し得る状況ではあった。

もっとも、同法が制定されて約90年が経過した現代社会においては、常習累犯窃盗罪が処罰対象として想定していた職業的な窃盗犯人による犯罪件数は極めて減少している等の立法事実の変化が認められる。これに加えて、その後発展を遂げた刑罰理論の現在の到達点から見れば、窃盗犯人を長期的に隔離

⁹⁷ 城下・前掲注(27)29頁。

⁹⁸ 石塚・前掲注(37)262頁。

⁹⁹ 現行の日本法上を前提に、保護観察中の遵守事項として、通院を定めることが考えられるかもしれない。とはいえ、この場合、裁判所の指示に基づく通院ではない。

することによって社会防衛を図るといふ立法目的の合理性自体が疑わしい状況が生じている。

また、実際の刑事裁判における運用においても、常習累犯窃盗罪に対しては、４割以上、あるいは半数近くが酌量減軽をした刑が言い渡されている。酌量減刑は、法定刑の下限を下回らせる必要があるような「犯罪の情状に酌量すべきものがあるとき」（刑法６６条）に用いられるものであるところ、それが同一犯罪の半数近くに用いられているということ自体が異常である。常習累犯窃盗罪の法定刑の下限が高すぎるために裁判官による適切な量刑判断を阻害しているために、このような運用状況になっていると言えよう。しかし、常習累犯窃盗罪が、長期的な隔離という法定刑の下限の引き上げに眼目のある規定であったことからすると、これは、致命的な問題である。むしろ、単純窃盗罪規定により裁判官に弾力的な量刑判断をさせた方が好ましい状況にあると言える。

以上のように、常習累犯窃盗罪規定は、現時点での社会状況においては、立法目的に合理性が認められないばかりでなく、職業的に窃盗を繰り返す者から社会を防衛する必要性が低下しており、さらには酌量減刑が多用されるなど、立法目的を達成する手段として常習累犯窃盗罪規定を存続させる必要性も認めがたい状況にある。

逆に、近時は、クレプトマニア等の影響による枯渇恐怖に起因する窃盗衝動や、先天的反射によって窃盗を繰り返してしまう者の存在など、同罪の制定当時から想像もつかなかったようなことが、新たな社会問題として世間の注目を集めている状況にある。

これまで述べてきたとおり、少なくともクレプトマニア等の依存症への罹患を背景として万引き等の習癖が形成され、万引きを繰り返してしまう被告人に対して、常習累犯窃盗罪を適用する合理的根拠はないはずである。

しかしながら、現在の裁判実務においては、常習累犯窃盗罪における常習性を単なる窃盗への習癖として理解しており、形成原因によっては常習性を否定するとの考え方はとられていない。それゆえ、形式的に構成要件に該当することを理由として同罪が適用される不適切な運用がなされており、その弊害は極めて大きい。

例えば、長野地裁上田支判平成２５年２月１８日（LEX/DB25561202）は、「常習累犯窃盗罪における常習性は、窃盗が反復されている事実があれば足り、窃盗の反復の原因が規範意識の欠如にあることまで必要とされるものではないから、クレプトマニアの影響によって窃盗が反復される場合でも、常習性の要件は満たされる。」と明言している。

また、高知地判平成３１年１月２４日（D-1Law28270526）が、「本件各窃盗は、被告人の人格のないし性格的な傾向若しくは意思傾向により窃盗を反復累

行する習癖が発現して敢行されたものというよりも、被告人の窃盗症等の精神障害による影響の下に敢行されたものとみるのが適切であり、常習性を認めることには合理的な疑いが残る」と判示したのに対して、その控訴審である高松高判令和 1 年 1 0 月 3 1 日 (D・1Law28274413) は、「被告人の窃盗症の精神障害により衝動性の制御に困難を来したことによるものとした点も、論理則、経験則等に照らして誤りがあるとまではいえない。しかし…本件各窃盗は、精神障害の影響を受けつつも被告人の本来の人格によって行われたものということが出来るから、原判決が指摘する事情は、本件各窃盗が反復累行する被告人の習癖の発現によって行われたという前記の推認を左右する事情であるとはいえない。」として破棄しており、常習性の解釈によって解決することを見込める状況にはない。

そうである以上、合理性を欠く法定刑を定めている常習累犯窃盗罪規定は、既に役割を終えた規定として速やかに廃止されるべきであり¹⁰⁰、その一方で、クレプトマニア患者のような者に対して本当に適する新たな処遇の在り方を模索することは、我々が今まさに英知を集めて取り組まなければならない現代的な課題であると言えよう。

終 章 おわりに

本稿全体を通じて、常習犯、累犯の加重処罰について検討し、また、常習累犯窃盗罪についても検討をした。

その結果、常習犯、累犯の加重処罰は現在の量刑理論から素直に考えればこれを正当化することは困難であり、また、常習累犯窃盗罪も、時代遅れの過去の遺物とも言えることが明らかになった。

刑罰と刑法理論の発展について思いを致せば、刑法理論は、先行する現実の犯罪や刑罰の在り方に対し、批判的に検討するという方法を通じて発展し、最終的には、従来の犯罪・刑罰の在り方を改めさせるという形で社会に貢献してきたものと言えるだろう。

それゆえ、現在の刑事法制でさえ、決して完璧なものとは言えず、不断の批判的な検討が必要である。私達がこれまで正しいと信じて疑わずに運用してき

¹⁰⁰ 現代社会において立法担当者が想定していた職業的窃盗犯は一定数存在することを考慮すると、常習累犯窃盗罪の規定が削除されないとしても、適用対象を職業的窃盗犯に限定する解釈を試みるのが現実的とも考えられる。同様の見解として、中島広樹「警告理論について」平成法政研究 22 巻 2 号 52 頁以下、同「クレプトマニアと刑法上の問題」平成法政研究 23 巻 1 号 71 頁脚注 (33) 参照。谷口元最高裁調査官が昭和 25 年の時点で、(別の観点からではあるものの)「速に廃止されて然るべきものであろう」と喝破したこと(谷口・前掲注(3)38 頁参照)が想起されるべきである。

た法制度も、よく考えてみたら誤っていたということが明らかとなり、修正すべきだとされることも、当然にある。いや、なければおかしい。

諸外国においては、これはまさに「当然の事理」と受け止められ、法律は頻繁に改正され、アップデートされる。これに対し、我が国は、このような法制度のアップデートが極めて不得手な国と言えるであろう。

思えば、明治維新（１９６８年）から現在まで１５４年であるが、常習傷害罪などについて定めた「暴行行為等処罰ニ関スル法律」は大正１５年（１９２６年）、常習特殊窃盗罪、常習累犯窃盗罪などについて定めた盗犯等防止法は昭和５年（１９３０年）の制定であり、いずれも現在から１００年近く昔に制定された法律である。無論、当時、詳細な議論のうえ正しいと考えて制定されたのであろうが、それにしても、この１００年間の時代の変遷、社会状況の変化、そして刑法理論や刑罰論の発展はどれほどのものであったであろうか。安易に墨守していないか批判的に検討すべきであろう。

特に、「依存症」などは極めて現代的な問題であり、これらの犯罪の制定当時にはこのような問題に対する認識はまったく存在しなかったのである。

盗犯等防止法が、理論的にはともかく、日本社会の防衛のために一定の役割を果たしたことを否定するものではない。しかし、職業的な窃盗犯が日本社会の成長や発展に伴い減少した一方で、成熟した社会に適応することができず、万引きを止めたくても止められない精神疾患に苦しむ者が多く認められる現状においては、盗犯等防止法の役割は疾うに終えていると言わざるを得ない。

私達は、現在の社会状況を鑑みて、新たに問題となっている窃盗犯に対して、刑法理論や刑罰論を踏まえた上で、あるべき社会を目指して、新たな処遇を考えなければならない時期を迎えている。

現在の裁判実務では、上述したようにクレプトマニアを正解していないものがまだまだ多いように見受けられる。したがって、クレプトマニアに対する理解が深まるように、個々の事案において弁護人や医師による十分な活動に期待することも勿論であるが、そのような者の再犯を適切に防止できるような法制度の確立も、同時に議論されなければならない。

「過ちては改むるに憚ること勿れ」（孔子『論語』学而篇）

盗犯等防止法を含む常習犯・累犯に関する従来からの法制度は、もはや正しいものとは言えず、直ちに改正されなければならない。

以 上

おかもと ひろあき (弁護士)

かみや たつみつ (弁護士)

しんどう ひろと (弁護士)

すぎやま ひろあき (弁護士)

やまなか じゅんこ (本学法学部講師)