

刑罰とは何か(3)

——非刑罰的措置と対比して——

冠野 つぐみ*

目 次

- 第一章 序 論
- 第二章 ドイツにおける議論状況
 - 第一節 改善保安処分制度の成り立ちとその後の経過
 - 第二節 古典学派および近代学派における学派争い
 - 第三節 1933年以降の立法の動向 (以上、408号)
 - 第四節 戦後の学説状況
 - 第五節 近時の立法状況および学説状況
 - 第六節 小 括 (以上、409号)
- 第三章 日本における学説状況
 - 第一節 戦前におけるリスト説および保安処分への評価
 - 第一款 岡田朝太郎の見解
 - 第二款 牧野英一の見解
 - 第三款 宮本英脩の見解
 - 第四款 瀧川幸辰の見解
 - 第五款 小野清一郎の見解
 - 第二節 保安処分賛成論の隆盛と保安処分反対論の出現
 - 第一款 保安処分への肯定的評価および立法提案
 - 第二款 佐伯千仞の見解
 - 第三款 団藤重光の見解
 - 第四款 平野龍一の見解
 - 第五款 吉川経夫の見解
 - 第六款 保安処分反対論の台頭および批判
 - 第三節 精神衛生法から精神保健法および精神保健福祉法へ
 - 第一款 1987年精神保健法への改正およびそれへの批判
 - 第二款 1995年精神保健福祉法への改正

* かのの・つぐみ 立命館大学大学院法学研究科博士課程後期課程

第三款 中山研一の見解

第四款 西原春夫の見解

第五款 宮澤浩一の見解

（以上、本号）

第四節 2005年医療観察法制定と近時の議論状況

第四章 近時の処分および刑事政策的検討

第五章 結 論

第三章 日本における学説状況

第一節 戦前におけるリスト説および保安処分への評価

戦前における日本においても、リストの提唱した新派刑法学がドイツから流入した後、この思想は高く評価され受け入れられた。1900年代初頭の日本の議論状況において、ドイツの学派争いに似た旧派と新派の対立が展開される。議論の概観をあらかじめ示すと、戦前においてはドイツ類似の学派争いが展開されるが、戦後はこれが落ち着き、精神障害に基づく限定責任能力者の処遇に議論が集中していくこととなる。

第一款 岡田朝太郎の見解

一、基 礎

岡田の刑法理論¹⁾は、当時、学問的風潮として流行していた進化主義を色濃く反映して形成された。ポアソナードの指導によって成立した旧刑法が社会情勢の進展に合致しないとの理由で改正が求められ、その根幹をなす自然法学説が批判を受けていた時期に、岡田の刑法理論が醸成された。穂積陳重、富井政章によって講ぜられた刑事政策や刑法解釈論を取り入れ、リストを高く評価し、ダーウィンの進化論の影響を受けて進化主義を採用した。岡田は、犯人の改善の思想をヨーロッパ留学で得た後は、これ

1) 岡田朝太郎の刑法理論の詳細は、小林好信「岡田朝太郎の刑法理論」『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社、1994年）177頁以下、木村亀二「噫岡田朝太郎博士」法律時報8巻12号（1929年）39頁を参照。

を刑法に取り入れようと尽力した。

二、刑罰観

岡田は、刑罰の基本観念として、進化主義・社会進化論に依拠する刑法理論を説いた。ヨーロッパ留学に行く前、岡田は、刑罰の定義を、「国家カ有罪ノ確定裁判ヲ経タルモノニ加フル苦痛」²⁾とし、成法上の刑罰の特色を次のように挙げた³⁾。①刑罰があらかじめ一定されていること、②刑罰の公的宣告、③裁判確定後でなければ刑罰が執行されないこと、④刑は一身に止まること、⑤身体刑への反対、⑥刑で世人を警戒すること、⑦刑で犯人を懲戒すること、⑧貧富の貴賤によって刑に差を設けないこと。

岡田の刑罰の定義はヨーロッパ留学後に大きく変化する。留学前は刑罰を「苦痛」と定義していたものを、留学後は、「利益の剥奪」⁴⁾と再定義した。この再定義は、改善の重視に傾いたためである。それに伴い、刑罰制度は必ずしも犯罪者に苦痛を与えることを目的とせず、必要であれば快樂の付与でも認めるとする。したがってここで刑罰は、犯罪者の改善を促す方法であれば快・不快を問わない。

三、責任能力

責任能力につき、岡田は、責任能力の要素を故意と過失に分けたうえ、その内容につき、精神發育し、かつ健全な人に限って責任能力を有し、幼者および精神障害者は責任無能力者であって、原則としてその行為は罪に問われないとする⁵⁾。しかし、精神病によって責任無能力となった者を直

2) 岡田朝太郎『日本刑法(総則之部)[改訂増補三版]』(信山社、復刻版、1995年)410頁〔初出:1895年〕。

3) 岡田・前掲注(2)414頁参照。

4) 岡田朝太郎『刑法講義 総論』(明治大学出版部、1903年)183頁。岡田朝太郎『刑法講義案 総則 第7版』(有斐閣、1903年)54頁。

5) 岡田朝太郎『比較刑法 上巻 日本立法資料全集 別巻315』(信山社、復刻版、2004年)578頁以下参照。

ちに放免するのは大いに危険であるとして、情状によって、病院その他一定の場所に監置する規定を設けなければならないとし⁶⁾、医療的な処分を施す必要があることを認める⁷⁾。酩酊者についても処分を認め、常習酩酊者に関しては、場合によっては酒客収容所に収容して強制的に監督治療を施さなければならないとする⁸⁾。幼者については、普通教育の実践に鑑み、感化可能と推測できる年齢の者は刑罰より感化を強制した方がよいとして、感化教育に関する規定を置いて対応することを提案する⁹⁾。高齢者の責任能力について、老衰によって理性を喪失した者は刑事責任を負わないが、老衰のゆえに蔓延性脳萎縮を付随する精神病に罹患しそのために責任無能力に陥った者には、精神病患者一般の原則を適用したほうがよく、あえてこれに個別条文を設ける必要はないとする¹⁰⁾。

累犯者については、条件付き刑期の延長を用いるか、本刑が終了した後強制労働場の収容法等を適用して、抑制手段を講じなければならないとしており¹¹⁾、ここにも保安監置類似の処分の思想がみられる。なお、岡田がここで述べる条件付き刑期の延長は、不定期刑の提案に当たる。累犯者に対して、岡田は、厳重措置をとってよいとする。すなわち、再犯以上の累犯を行った者に対しては、一般的な再犯加重に加えて常習犯に対する特殊な措置を設ける必要があるとし、さらに、初犯者に対するよりも刑期を延長し、または金額を増加することを提案する¹²⁾。

刑罰と処分に関して、岡田は、少年に対する感化教育や精神病患者に対する保安処分の性質はともに行政事項であるがこれらは刑事規定に接触する

6) 岡田・前掲注(4)『刑法講義案 総則 第7版』27頁。

7) 岡田・前掲注(5) 602頁-603頁参照。もっとも、処分を刑法に入れるか否かは、後の立法者の議論を待つ。

8) 岡田・前掲注(5) 609頁参照。

9) 岡田・前掲注(5) 621頁-622頁参照。

10) 岡田・前掲注(5) 623頁参照。

11) 岡田朝太郎『比較刑法 下巻 日本立法資料全集 別巻316』（信山社、復刻版、2004年）243頁。

12) 岡田・前掲注(11) 236頁以下参照。

点が多く犯罪予防の一策として役立ち得ることから刑法典に置かれる例が増加してきており立案者はこれを参考にしなければならないと記載していることから¹³⁾、刑罰と純粹保安処分を、あまり差がないものとみていた可能性はある。

四、処分への評価

岡田は、処分構想の支持者である。その処分のなかには、精神障害者に対する病院への監置措置、アルコール依存者への治療施設収容といった治療処分、幼者に対する強制教育措置、高齢者に対する精神障害者規定の援用、純粹保安処分と思われる累犯者への強制労働場収容といった、処分にかかる多数の提案を行った。その後、このような処分への期待も含めて、岡田の主観主義刑法理論は、牧野英一に引き継がれた。

第二款 牧野英一の見解

一、基礎

岡田の主観主義刑法学を継承した牧野は、ドイツでリストに師事し、リスト説をほぼ踏襲した¹⁴⁾。牧野は、進化論、主観主義、目的刑・教育刑を採用し、刑法理論を、行為刑法をベースにしつつも行為者刑法に寄せるよう工夫し、処分の導入にも賛成の立場を採った。

二、犯罪の本質

牧野は、犯罪を、「反社会的行為」と定義する¹⁵⁾。犯罪の本質は、実質的には反社会的行為であるが、法律的には刑罰法規に対する違反と解し、犯罪を、「刑罰法令ニ列挙セラルル行為ニシテ、犯意若シクハ過失ヲ伴フ

13) 岡田・前掲注(5)602頁-603頁参照。

14) 牧野英一の刑法理論の詳細は、中山研一「牧野英一の刑法理論 1」法律時報51巻3号(1979年)81頁以下、中山研一「牧野英一の刑法理論 2」法律時報51巻5号(1979年)78頁以下を参照。

15) 牧野英一『日本刑法 上巻総論〔重訂版〕〕(有斐閣、1939年)82頁。

責任能力者ノ違法行為」¹⁶⁾と定義する。主観主義に立つ牧野も、犯罪論の出発点を行為とし、思想は処罰されないことは認め、その内容において行為者刑法を目指した。

三、刑罰論

刑罰につき、牧野は、「刑罰トハ国家カ不法行為ニ對スル法律上ノ効果トシテ私人ニ科スル法益ノ剥奪ナリ」とし、法益剥奪と定義する¹⁷⁾。保護刑論（目的主義）に立脚し、道義的責任に基づく応報思想を尊重すると明示したが、まったく予防の構想をもたないとするわけではなく、応報と予防の調和をはかるため、社会にとって処罰するのが適当な行為とそうでない行為を区別し、前者を処断するという考えを採る。

刑罰目的を社会防衛に見出し、① 犯人、② 社会、③ 被害者への三面に機能するとする¹⁸⁾。①は、犯人の社会適合と隔離である（特別予防）。前者は、犯人の悪性を矯正して犯人の生活を社会生活に適合させることであり、後者は、犯人の社会的隔離による社会に対する侵害を不可能にすることを意味する。②は、刑罰が一般社会を警戒して同一の誤りを妨げることを意味する（一般予防）。③は、被害者への不当な侵害が看過されないという満足を起こさせる作用をいう。

四、責任論

責任能力につき、牧野は、「人間として通常的能力を具有すること」¹⁹⁾であって、「行為の社会的道義的意義を理解し且つその理解に基づいて意思を決定するの能力」と定義する²⁰⁾。新派の立場を踏襲する牧野は、責任の理論を刑法上の問題として論ずるとき、その要点は、個人的な責任意識と

16) 牧野英一『日本刑法』（有斐閣、1919年）62頁。

17) 牧野・前掲注（15）573頁。

18) 牧野・前掲注（15）576頁以下。

19) 牧野英一『刑法総論』（有斐閣、1949年）294頁。

20) 牧野・前掲注（19）295頁。

国家との関係になるとし、社会的責任論を採る²¹⁾。道義的責任論と社会的責任論の区別につき、前者が主観的個人的であるのに対して、後者は客観的社会的であるとする。

社会的責任論の目指す所は、刑罰をもって応報的な害悪と考えるのではなく、犯人の改善、教育を施すことである。刑罰と処分はその実施の際には性質上の差異がたいしてなく、程度の差があるに過ぎないとみる²²⁾。

五、処分への評価

主観主義に立つ牧野は、当然、処分制度を積極的に支持し、1940年改正刑法草案(仮案)において提案された、監護処分、矯正処分、労作処分、予防処分を肯定した。犯罪に対する社会防衛は、犯罪に対する単純な反発をもって全うすべきでなく、刑罰に加えて保安処分が必要であるとする。保安処分の対象は主に責任無能力者を想定し、こうした者からの社会防衛のために、責任無能力者に対して保安処分を講ずる必要があるとした²³⁾。処分の目的につき、責任無能力に対する処分を改善と隔離の目的に分け、少年に対する保護処分の目的を改善とし、常習犯人および特殊な精神障害者に対する処分の目的は隔離・排外とする²⁴⁾。

牧野は、保安処分に大きな期待を寄せた。従来の害悪刑が漸次保安処分化していくことが刑法の将来の発展における要点であるとし、しかし応報的な刑罰を廃止することは差し当たって不可能であろうから、行刑上、刑の執行を保安処分化することで効果をあげることができるとした²⁵⁾。

21) 牧野・前掲注(19)280頁参照。もっとも、中山・前掲注(14)「牧野英一の刑法理論 2」83頁によれば、責任の本質をめぐる理解についての細部は不明確であり、牧野の責任論が単純な性格責任論と見るには疑問があり、むしろ規範的責任論の考え方を肯定的に受け入れていると評価される。

22) 牧野・前掲注(19)283頁参照。

23) 牧野・前掲注(15)654頁。

24) 牧野・前掲注(19)524頁参照。

25) 牧野・前掲注(19)530頁-531頁参照。牧野英一『刑法総論 下巻〔全訂版〕』(有斐閣、1959年)690頁以下も同様の見解を維持する。

第三款 宮本英脩の見解

一、基礎

宮本の刑法理論²⁶⁾では、刑罰を闘争の手段と捉えるのではなく、社会調和の手段として捉える「愛の刑罰観」に立脚する。応報刑を批判し、教育刑思想に基づいて、教育刑を支持した。刑罰の本質を特別予防に求める宮本刑法理論の根本は、一般規範評価と可罰的評価の峻別にある。

二、刑罰論

宮本の刑罰論は、「愛の刑罰観」に基づく教育刑論である²⁷⁾。ヨーロッパ留学によって応報刑への批判的態度を決め、教育刑を将来の方向に定めた。宮本は、刑罰の本質を特別予防に求め、犯罪を犯人の危険な性格（反規範性）を証明する徴表と解する徴表主義に立ち、犯人を中心とし、かつ、反規範的意思を中心とする刑法理論を展開した。宮本にとって、刑罰は威嚇を目的とするものでなく、感銘と改善を目的とするものであり、それは社会調和の手段であって、闘争の手段でない。宮本は、威嚇主義をきびしく排斥する。刑罰目的が威嚇でないなら刑罰は犯人を苦しめるという意味からも離れなければならないとし、必ずしも苦痛である必要もないとした。

三、責任論

宮本は、犯罪の成立は違法行為の成立を前提とすると解し、規範的刑事責任主義に立つ²⁸⁾。犯罪を罰する理由として、それが反社会的なことを眼

26) 宮本英脩の刑法理論の詳細は、鈴木茂嗣「宮本英脩の刑法理論」『刑法理論史の総合的研究』（日本評論社、1994年）425頁以下を参照。

27) 宮本英脩「刑罰とは何ぞや（1）」法学論叢7巻6号（1922年）751頁以下、宮本英脩「刑罰とは何ぞや（2）」法学論叢8巻1号（1922年）46頁以下。鈴木・前掲注（26）429頁によれば、本論文は、同時期に公表された瀧川幸辰の「刑罰の本質としての応報」（1922年）を意識して書かれた旨説明する。

28) 宮本英脩『刑法大綱 第3版』（弘文堂、1935年）68頁以下参照。鈴木茂嗣（編）『宮本

目とすることは言うまでもないとしたうえ、その前提として、それが主観的に違法なことを要件とし、この点で社会的刑事責任主義と異なるという²⁹⁾。そのため、この説によれば、ある行為が犯罪たるには、法律上一般規範的に違法と評価されたものが、さらに刑法上可罰的なものと判断されることを要する³⁰⁾。宮本は、刑法において可罰的と評価されるものだけが処罰の対象となり、他の単純な違法行為から区別されるとする。そのうえで、犯罪の実質的意義を法益の侵害又は脅威と考えることができるとし、これは反規範的性格の徴表と考えることも妨げないが、厳密に言えば、それが処罰されるためには単純な違法行為があるだけでは足りず、犯人が刑罰という特殊な制裁に適し、これを必要とする程度の反規範的性格の徴表が必要であるとする³¹⁾。

もっとも、宮本は、後年、二重責任を主張し、道徳的責任と社会的責任の競合を認めた。「一般規範は自由の世界を見ており、刑法は因果の世界を見ている」として規範を観念上のものと捉え、刑法は現実の有機的因果連関と捉えて区別した。

四、刑罰と処分

教育刑論に依拠して、宮本は、刑罰、処分ともに、その目的を教育に求めた。それは、行為者に規範に従って行動し得る素質、規範能力の付与である。刑罰、処分ともにその目的を教育に求める点で同様であり、自己の行為の規範的価値を認識しうる能力のある者と、その能力のない者では、教育に差があって当然という理由から、刑罰が科せられるか処分が課され

↘ 本英脩著作集第三集 刑法大綱 第4版 (成文堂、1984年) 69頁以下参照。なお、小野清一郎「宮本教授の主観主義刑法学体系について」『法学協会雑誌』56巻4号 (1938年) 667頁以下は、宮本は社会的責任論を排して規範的責任主義を採るが、むしろ規範的責任主義と実証主義学派との調和を考えているのではないかと指摘する。

29) 宮本・前掲注 (28) 『刑法大綱 第3版』105頁参照。

30) 宮本・前掲注 (28) 『刑法大綱 第3版』105頁-106頁参照。

31) 宮本・前掲注 (28) 『刑法大綱 第3版』106頁参照。

るが区別されるにすぎない。宮本は、保安処分と刑罰を併せて「鎮圧処分」とし³²⁾、刑罰と処分は形式的には量的な差しか違いがなく、形式上の区別を撤廃してもよいとする³³⁾。

刑罰と処分の目的につき、処分は専ら特別予防を目的とし、犯罪者の改善と淘汰のために行われるとし、この点は刑罰と同じだが、社会および被害者に対する作用を有しない点で刑罰とは異なるとする³⁴⁾。宮本は、刑罰と処分的手段たる性質は同じであるとしたが、その意義は明確に区別する。それによれば、刑罰は規範的反動を前提とし、この評価を含んで行為者に科されるものであって、規範的评价と可罰的评价が不可分の関係にあるが、処分はこのような反動を前提とせず、この点で両者は異なるとする³⁵⁾。この考えからすると、刑罰の対象となって適法・違法という法的评价に値するのは通常の実責任能力を備えた者だけであり、責任無能力者はこのような適法・違法の評価に服さず、刑罰の対象から外れることとなる。この点と関連して、累犯者には刑罰加重をもって対応し、限定責任能力者である心神耗弱者に対しては刑を減輕するとして³⁶⁾、両者とも刑罰の対象となるとしており、処分の対象となるのは、基本的に責任無能力者であると解しているものと思われる。

32) 宮本英脩『刑法學粹 第5版』（弘文堂、1935年）527頁。

33) 宮本・前掲注（27）「刑罰とは何ぞや（2）」54頁参照。なお、後の、宮本英脩「規範的评价と可罰的评价」小野清一郎（編）『牧野教授還暦祝賀刑事論集』（有斐閣、1938年）10頁において、宮本は、「刑罰……の本質は社会的責任論者のいふが如く保安処分との間に全く区別がない」と認めるに至った。

34) 宮本・前掲注（28）『刑法大綱 第3版』269頁参照。

35) 宮本・前掲注（28）『刑法大綱 第3版』269頁以下、宮本・前掲注（32）527頁以下参照。鈴木茂嗣（編）『宮本英脩著作集第四卷 刑法講義』（成文堂、1987年）215頁以下〔初出：宮本英脩『刑法講義』（洛文社、1942年）215頁以下〕。宮本の保安処分への評価は、戦前の教科書、戦後の教科書において一貫している。

36) 宮本・前掲注（28）『刑法大綱 第3版』119頁。

五、処分への評価

宮本は、処分につき、刑罰以外の予防を達成するための補充手段とし、その必要性を肯定する。また、処分は特別予防に向けられ、専ら犯罪者の改善と淘汰を目的として行われるが、刑罰のように社会並びに被害者に対する作用を有さないとして、両者の概念的区別を認めた³⁷⁾。宮本は、主観主義刑法学を高く評価し、多くの点で影響を受け、処分にも賛成し、その種類につき、1940年改正刑法草案(仮案)が定める監護処分、矯正処分、労作処分、予防処分の四種を肯定した³⁸⁾。

第四款 瀧川幸辰の見解

一、基礎

瀧川の刑法理論³⁹⁾は、古典的な旧派刑法理論、応報刑論に立脚し、新派刑法理論の社会防衛論、牧野の教育刑論と対立した⁴⁰⁾。刑罰と処分の関係につき、両者を厳格に区別したうえ、処分の目的は刑罰で達成できるとして、処分を刑法典上に置くことに反対する。精神障害犯罪者、累犯、常習犯に対して、刑罰加重を支持する。

二、刑罰論

刑罰論につき、瀧川は、応報思想を基調とするが、社会防衛を志向する目的主義に傾倒した⁴¹⁾。刑罰を、「犯罪の行われたことを条件として、犯

37) 宮本・前掲注(32)527頁参照。

38) 宮本・前掲注(28)『刑法大綱 第3版』、270頁参照。

39) 瀧川幸辰の刑法理論の詳細は、内藤謙「瀧川幸辰の刑法理論」『刑法理論史の総合的研究』(日本評論社、1994年)537頁以下を参照。

40) もっとも、瀧川説には、リスト説との親和性もかなり認められる。法の本質は「利益保護」にあつて刑法もその例外ではないとし、教科書『刑法の諸問題』(有信堂、1941年)は、犯罪類型と犯人類型の章から開始する。

41) 瀧川幸辰「古事記に現れたる復讐の思想」法学論叢1巻3号(1919年)146頁は、刑罰目的に言及し、目的主義に立つて、刑罰は社会防衛のために科せられると記述する。被害者の満足も必然生じるが、これは刑罰の直接的な効果でなく、処分によって生じる二次メ

人に科するところの悪報」と定義し、その内容は苦痛にあるとする⁴²⁾。刑罰の本質につき、「悪行に対する応報」、「起動に対する反動としての応報」と解する⁴³⁾。刑罰の本質と目的を分け、当初、目的を正面から論じることがを意図的に避けつつ、刑罰の正当性を「文化の要求」に求めたが⁴⁴⁾、後に刑罰の目的を「社会の秩序維持」に置いた⁴⁵⁾。

三、刑罰と処分の関係

瀧川は、刑法では、「責任なければ刑罰なし」の原則が固守されるべきであるとする。そのため、この原則を離れるときはすでに刑法の領域外に出ているとして、処分の構想を「刑法に属しない」と評価する⁴⁶⁾。また、瀧川は、処分によって目指される威嚇・改善・排外的淘汰、社会のための防衛・犯罪との闘争などといった目的を、刑罰によって達成することができる⁴⁷⁾。この考えから、ビンディングが述べたのと同じく、刑法で処分を扱わないことを求めた。

四、責任論

責任について、瀧川は、規範的責任論に立ち、期待可能性による行為の評価と、それに基づく刑の量定に賛成する⁴⁸⁾。責任能力を、「条理に従っ

↘的な効果であって、被害者の満足は社会防衛の範囲内でのみ認められるとする。瀧川は、刑法の目指すべき理想は、社会防衛と被害者の満足を最大限度に満たすことにあるとする。

42) 瀧川幸辰『刑法講義 改訂版』（弘文堂、1930年）174頁以下。

43) 瀧川幸辰「刑罰の本質としての応報」法学論叢5巻6号（1921年）9頁以下。

44) 瀧川・前掲注（43）22頁以下。瀧川は、起訴猶予や執行猶予の是認なども同様に、文化の要求があれば認められるとする。

45) 瀧川・前掲注（42）175頁。

46) 瀧川幸辰『刑法読本』（世界思想社、1949年）78頁参照。

47) 瀧川・前掲注（42）175頁。

48) 瀧川・前掲注（46）75頁は、「期待可能性ということが責任問題の中心となってくる。行為者に行為の責任を負わずためには行為者が最終の結果とか、行為の違法性を認識しただけでは不十分、更に違法行為のかわりに適法行為をとりうる状態にあったことを必要

て自己の行動を決定し得る精神能力」⁴⁹⁾、「国家が何を欲し何を欲しないかを理解する能力」⁵⁰⁾と定義し、行為者に刑法上の責任を負わせる基礎とする。

責任刑のみに基づいて刑の量定を決定する瀧川は、精神障害者、累犯、常習犯に、刑罰加重をもって対処する。精神障害に基づく責任無能力・限定責任能力をいかに判断するか、こうした者に刑罰を科すべきかにつき、例えば瘖啞の場合、瘖啞になった時期・精神の発育程度に従い、個々の場合について決定するとする⁵¹⁾。

累犯にも刑罰加重でもって対応する。累犯の加重を、前犯罪に対する刑罰が犯人に対して無力であったため、さらに重く罰することによって刑罰の目的を達しようとする⁵²⁾。常習犯への対応もまた、刑罰加重を採用する。例えば、賭博の常習犯としての常習性の認定は、すでに賭博によって罰せられたことと、起訴猶予を受けたことによる⁵³⁾。

五、処分および不定期刑への評価

処分の機能を刑罰ですべてまかなうことができると考える瀧川は、刑罰に処分は不要であるとする。一方、常習犯や累犯の対策として不定期刑を認めるかという点、これにも反対し、刑罰加重で対応しようと試みる。瀧川は、刑期を定めずに改悛次第出所させ、改悛できなければ生涯にわたって収容しておくのが徹底的ではあることは認めるが、しかしこうした不定期刑はまだどの国でも採用されていないうえ、新派はこれを教育刑主義に紐づけてこの制度の必要性を主張する点についても、不定期刑を現在

↘とするという意味である。この立場は規範的責任論と称せられ、現在は通説となっている」とする。

49) 瀧川・前掲注 (42) 91頁。

50) 瀧川・前掲注 (46) 76頁。

51) 瀧川・前掲注 (42) 97頁参照。

52) 瀧川・前掲注 (42) 189頁参照。

53) 瀧川・前掲注 (42) 261頁参照。

の社会組織のもとで認めるのは合理的でないとした⁵⁴⁾。瀧川の理解によれば、不定期刑は、新派刑法理論を徹底した場合の唯一の刑罰である⁵⁵⁾。不定期刑は、威嚇・改善・排外的淘汰などの効果を達成するための手段であって、旧派の責任刑論に重きを置く瀧川説とはなじまない⁵⁶⁾。

第五款 小野清一郎の見解

小野の刑法理論⁵⁷⁾は、応報刑主義、客観主義、構成要件の理論を中核とする犯罪論体系、道義的責任論など、古典主義の伝統を受け継ぎ、ベンディンクとほぼ同様の立場に立つ⁵⁸⁾。小野博士の著作は戦前から戦後に及んでいるが、基本的な考え方は戦前に形成されているため、戦後学説の節に含めず、ここで記述する。

一、刑 罰 観

小野は、刑罰を、国家的刑罰・法律的制裁、「違法・有責な行為をした者に対してその行為に出たことに対する道義的非難の表現として報いられる害悪」⁵⁹⁾と捉える。その内容は、身体的自由、財産、生命を奪う法益剥奪であり、必然に苦痛であるが、私的報復感情の満足を目的とするものでなく、国家的公共的な道義と秩序を目的として行われる応報であるとする⁶⁰⁾。刑

54) 瀧川・前掲注(46)186頁参照。

55) 瀧川・前掲注(42)26頁、28頁参照。

56) 瀧川・前掲注(42)182頁以下参照。

57) 小野清一郎の刑法理論の詳細は、宮澤浩一「小野清一郎の刑法理論」法律時報52巻3号(1980年)97頁以下を参照。

58) もっとも、宮澤・前掲注(57)102頁は、当時隆盛を極めていた牧野説および新派刑法学への配慮のために、小野の学説は、古典派の主張を前面に出すことが抑制されていたと説明する。同103頁-104頁で、小野の論文「公刑罰の成立について」法学志林27巻9号(1925年)においてはじめてベンディンクの学説を紹介し、「道義的責任論」の語を登場させ、リスト学説の特に責任論の弱点を指摘した。ここで、近代派の発想からすでにかなり離れていたが、その後も牧野説に対する態度はなお慎重であったとされている。

59) 小野清一郎『刑法概論』(法文社、1952年)187頁。

60) 小野・前掲注(59)187頁以下参照。

罰の目的は、社会防衛や社会保全にとどまらず、国民的共同体の倫理的な完成を目指し、刑事立法および司法は、国民の道義意識に作用するとする⁶¹⁾。こうした刑罰の営む現実の機能として一般予防と特別予防を認め、教育刑論については、市民の教育を唯一の目的であるかのように捉えるものであって、刑法理論として甚だしく非現実的であるとして批判した⁶²⁾。

二、処分への評価

対して、保安処分は、端的に保安を目的とする行政的処分に位置づけ、道義的応報をその本質とする刑罰から根本において区別する⁶³⁾。

小野は、教科書『刑法講義』において、保安処分を刑罰と本質的に異なるとし、これを刑法の体系とは別に、むしろ特別の立法に譲るべきとする⁶⁴⁾。小野がベンディンクと同様の立場であるなら、保安処分を刑法でなく警察法の任務とみていた可能性は十分に肯定され得る。社会防衛に対する小野の評価として、「私は『社会防衛』といふ語が、此の如く威力主義的な意義に於て用ひらるることを警戒せざるを得ない」とする⁶⁵⁾。社会防衛の必要性自体は認めつつも、「しかし、その手段は少くとも文明的、即ち功利的・技術的に役立つものであらねばならぬし、更に進んで文化的、

61) 小野・前掲注(59)188頁。

62) 小野・前掲注(59)190頁-191頁参照。

63) 小野清一郎『全訂 刑法講義総論』(有斐閣、1968年)257頁以下。

64) 小野清一郎『刑法講義(全訂)』(有斐閣、1945年)258頁。もともと、小野は、刑法改正法の議論に参加し、保安処分の導入に賛成した。この点につき、丸山雅夫「わが国における不定期刑論——刑法改正作業と不定期刑——」南山法学45巻2号(2021年)38頁は、旧派の立場においても不定期刑の導入について、必ずしも理論的な側面での反対は見られなかったとの分析を示す。それによれば、不定期刑に対する批判ないし反対は、旧派と新派の立場の違いを問わずに、刑法改正をめぐる議論の過程で、刑事政策的な意義と実効性といった実践的観点から展開されることになったのであって、小野博士が、不定期刑と保安処分制度の導入を含む草案の提案を主導し得たのも、このような文脈のもとで理解できると説明する。

65) 小野清一郎『刑の執行猶豫と有罪判決の宣告猶豫及び其の他』(有斐閣、1931年)217頁以下参照。

即ち理想的・倫理的に正しきものであらねばならぬ」⁶⁶⁾として、常習犯に長期の刑を科すことに疑問を呈した。

第二節 保安処分賛成論の隆盛と保安処分反対論の出現

第一款 保安処分への肯定的評価および立法提案

上の戦前の議論状況において、リスト説は日本学説でも高く評価されたことがわかる。当時は、ドイツの学派争いと類似して学派争いのな雰囲気が高く、保安処分の賛否は、それぞれの学問的立場に基づいて評価された。

日本においても、1900年代前半から戦前において、処分立法は積極的に進められた⁶⁷⁾。1927年の刑法改正予備草案では、予防監護、酒癖矯正、労働留置、予防拘禁の四種類の規定が予定された⁶⁸⁾。この頃は、保安処分の導入賛成派が多数派であった。1940年改正刑法草案（仮案）では、第126条に、監護処分、矯正処分、労作処分、予防処分の四種類が規定された⁶⁹⁾。規定の内容につき、監護処分は、「禁錮以上ノ刑ニ該ル罪ヲ犯シタル者心身障害者又ハ瘡啞者ナル場合ニ於テ公安上必要アリト認ムルトキハ監護処分ニ付スル旨ノ言渡ヲ為スコトヲ得」（第127条前段）、矯正処分は、「飲酒又ハ麻酔剤使用ノ習癖アル者ニ對シ酩酊又ハ麻酔ノ状態ニ於テ罪ヲ犯シ其ノ習癖ヲ矯正スル必要アリト認ムルトキハ矯正処分ニ付スル旨ノ言渡ヲ為スコトヲ得」（第133条）、労作処分は、「浮浪又ハ労働嫌忌ニ因リ常

66) 小野・前掲注 (65) 219頁。

67) 『刑法改正予備草案 修正箇所・新設条章摘示・盗犯等防止及処分に関する法律解説 司法省解説書議会・特別委員会政府説明抄録』（中央社、1930年）28頁以下参照。

68) 当該改正に関する資料としては、司法省調査課『昭和3年4月 刑法改正に関する比較法政資料（前編）』司法資料第127号、司法省調査課『昭和3年5月 刑法改正に関する比較法政資料（中・後編）』司法資料第128号を参照。

69) 『刑法並監獄法 改正調査委員会決議及留保條項（刑法総則及各側 未定本）』所謂『改正刑法假案』（法曹会、1940年）31頁以下参照。保安処分は第15章に規定されている。『改正刑法假案』の成立経緯の詳細は、林弘正『改正刑法假案成立過程の研究』（成文堂、2003年）2頁-103頁を参照。

習トシテ罪ヲ犯シタルモノニ對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部スル旨ノ言渡ヲ為スコトヲ得」(第136条前段)、予防処分は、「懲役ノ執行ノ終了ニ因リ釈放セラルヘキ者釈放後ニ於テ更ニ放火、殺人、又ハ強盜ヲ為ス虞アルコト顯著ナルトキハ裁判所ハ予防処分ニ付スル旨ヲ命スルコトヲ得」(第139条)とされた。

1941年治安維持法改正によって、事実上の予防拘禁制度が導入され、処分立法が部分的に実現した。そして、戦前における刑法改正作業は、昭和6年(1931年)の総則、昭和15年(1940年)の各側をまとめて「改正刑法仮案」として発表されたが、この後、大戦の勃発によって、刑法改正作業は中断された⁷⁰⁾。

戦争が終了してから約50年が経過した昭和31年(1956年)10月、その間における社会情勢および国民感情の推移、法律制度の変遷、刑法学説、刑事判例および刑事政策思想の発展などからみて、これを時代の要請に適合したものとするため、全面的な再検討に迫られたことをもって、刑事局内に刑法改正準備会を設け、刑法改正に関する法務省原案の作成に資するための予備的な草案の作成にあたることとなった⁷¹⁾。この刑法全面改正作業における最も重要な課題の一つが、保安処分制度を刑法典に取り入れるべきか否かであった。法制審議会刑事法特別部会第三小委員会は、第一次審議として、第2回会議(昭和38年10月2日)から第20回会議(昭和39年12月1日)まで、1年余りを費やして、準備草案総則第16章(保安処分)の規定を中心に、ひと通りの検討をとげた⁷²⁾。ここで専ら問題となったのは、前記のような、もっぱら常習犯でないし精神病質者を対象とする特別の保安処分を設けるべきかであった。刑事法特別部会では、累犯の問題は第二小

70) 刑法改正準備会『昭和35年4月 改正刑法準備草案(未定稿)』はしがき参照。刑法改正準備会『昭和36年12月 改正刑法準備草案・附同理由書』はしがきの説明も同様。

71) 『改正刑法準備草案・附同理由書』・前掲注(70)はしがき。

72) 改正刑法準備草案における処分立法の詳細は、吉川経夫「保安処分に関する立法上の問題」法律時報41巻2号(1969年)4頁以下、中山研一『刑法改正と保安処分 刑事法研究第二巻』(成文堂、1986年)25頁以下、39頁以下参照。

委員会の所管とされていたため、第二・第三両小委員会の合同小委員会が5回にわたって開かれた。その後、第50回会議（昭和41年4月12日）から第98回会議（昭和43年11月19日）まで二年半に及ぶ第二次審議を行い、「保安処分に関する要綱案」を確定した。

この1961年刑法改正準備会「刑法改正準備草案」において規定された保安処分は、治療処分と禁断処分の二種類である（第109条⁷³⁾。規定の内容は、治療処分につき、「精神に障害のある者が、禁固以上の刑にあたる行為をし、第15条の規定を適用する場合において、将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり、保安上必要があると認められるときには、治療処分に付する旨の言渡をすることができる」とされ（第110条）、禁断処分につき、「過度の飲酒又は麻酔剤もしくは覚せい剤使用の習癖のある者が、その中毒のため禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、その習癖を除かなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあるときは、禁断処分に付する旨の言渡をすることができる」とされた（第115条）。

準備草案が治療処分と禁断処分という二種類の処分を提案したことは、刑法学会や法曹界では比較的好意的に受け止められたが、対して、主に精神医学関係者や実務家たちから、これらの規定では、十分な実効性をもちえないのではないかとの批判が加えられた⁷⁴⁾。治療処分と禁絶処分はいずれも治療・改善的な性格の強いものであって、改正刑法仮案において規定された労作処分や予防処分のような、犯罪をくり返す危険性をもつ常習犯や精神病患者をまさしく対象とする保安的措置は、あえて採用が避けられ

73) 『改正刑法準備草案・附同理由書』・前掲注（70）29頁以下。

74) たとえば、法律家による治療処分・禁絶処分への好意的な意見として、法律時報臨時増刊32巻8号『改正刑法準備草案の総合的検討』所収の座談会「準備草案総則の問題点」456頁における佐伯教授の発言。大阪弁護士会『改正刑法準備草案』に対する大阪弁護士会の意見（大阪弁護士会、1963年）46頁参照。対して、精神科医からの反対意見として、日本精神医学会「保安処分制度新設に反対する意見書」精神神経学雑誌73巻9号（1971年）739頁以下所収。

た⁷⁵⁾。準備草案の理由書は、次のように説明する。「(労作) 処分は、むしろ一般的社会政策の方面に委すべきものであり、刑法上は、懲役刑というものがあるかぎり、そしてその内容とでもおおくこれに異なるものでない限り、刑法上の保安処分としては必要性に乏しい、又、浮浪とか、労働嫌疑とかの認定の基準は必ずしも明確でないが、この認定が当を得なければ、時には人権を侵害するおそれがないとはいえない……(予防処分の前提となる)。特殊的危険性の予測が實際上困難であり、もしこの判断を誤れば人権を侵害するおそれがある……本案においては、……第62条で『不定期刑』を認めているので、悪質危険性の常習犯人に対しては、実際としては右の不定期刑手段でまかなえる、それ以外に、実質上保安刑に近い性質を有する保安監置を重ねて取り入れることは、刑と保安処分との区別を混乱させるおそれもある、という反対が強く、この処分の採用も否定された」⁷⁶⁾。

このような経緯を経て、処分の規定は治療処分と禁絶処分に絞られ、対象者は精神障害者およびアルコール・薬物依存者に限定され、常習犯に対しては不定期刑で対応することとなった。戦前の日本において保安処分立法は積極的に進められ、戦後、特に1960年代以降も、導入の方向で検討された。しかしその後、保安処分立法は、1970年代に反対に傾く。以下で、1950年代から1970年頃までの議論を概観する。

第二款 佐伯千仞の見解

佐伯の刑法理論⁷⁷⁾は、応報刑論に反対し、特別予防論に立脚する。新派の意思決定論に依拠した特別予防論に厳しい批判を向け、それとは根本的に異なる独自の特別予防論を提唱し、決定論を排斥し、意思と人格の自由を重視

75) 吉川・前掲注(72) 4頁参照。

76) 『改正刑法準備草案・附同理由書』・前掲注(70) 178頁-179頁。

77) 佐伯千仞の刑法理論の詳細は、浅田和茂「佐伯刑事法学の形成と展開」刑法雑誌48巻1号(2008年)67頁-84頁、斉藤豊治「佐伯刑法学における刑罰論と量刑論」刑法雑誌48巻1号(2008年)121頁-138頁、松宮孝明「佐伯刑法学における責任論」犯罪と刑罰18号(2008年)61頁-77頁参照。

する。そして、従来の行為責任の構想に、危険性判断を取り込もうとした。

一、刑罰法規が前提とする人間像

佐伯は、1961年の論文「刑法における人間観の問題」において、刑罰規範が前提とする人間像を探求した⁷⁸⁾。その分析によれば、古典学派の想定する人間像と、新派の想定する人間像はまったく異なるという。古典学派のいう人間像は、快・不快または利益損失を冷静に判断し、自己決定によって行動する自由な人間像であるのに対して、新派のいう人間像は、自己を遺伝と環境によって決定された存在とみる不自由な人間像である。

佐伯の構想する具体的人間像は、新派のいうような、本人によって左右されない素質や環境によって決められる人間像を基礎にしている。佐伯も、人間は、世の中、世間、人と人との間柄、関係を離れては存し得ず、常に具体的な人と人との関係において始めて人間たることを認めるためである。しかし彼の想定する人間像は、新派の想定する人間像からさらに一歩進んで、素質や環境によって影響されるだけの不自由な存在を脱し、自ら相互に信頼し信頼される主体として行為する人間像である⁷⁹⁾。人格非難は、このような関係のなかで人どうしの信義、節度が守られ得るはずであるのに、それにもかかわらず悪意もしくは怠慢のためにそれを守らなかった行為者に対して向けられるという。

二、刑罰論

佐伯は、刑罰を、「行為者に科せられる害悪・法益の剥奪」⁸⁰⁾と定義し、行為者の道義感・責任感に訴えて自己の行為について反省後悔させ、健全な社会人としての更生を意識させようとするものと捉える⁸¹⁾。刑罰の任務

78) 佐伯千仞「刑法に於ける人間観の問題」法学論叢74巻6号（1961年）732頁以下。

79) 佐伯・前掲注（78）764頁参照。

80) 佐伯千仞『刑法講義（総論）』（有斐閣、1968年）393頁。

81) 佐伯千仞『改訂 刑法講義（総論）』（有斐閣、1976年）394頁。

は、犯罪者に対する作用（特別予防）、一般社会に対する作用（一般予防）、被害者に対する作用（復讐心の満足）の三方面から考えることができるという⁸²⁾。

しかし、佐伯博士は、応報刑論の支持者ではない⁸³⁾。責任に基づいて刑罰を科す応報刑論だけでなく、目的に応じて刑罰を科す新派刑法学の目的刑論についても、両者を批判した。責任を前提としつつ特別予防優位の統合理論に立脚し、刑罰は応報にとどまらず、特別予防を核心とするものでなければならないとする。

三、危険性の評価と責任論

佐伯は、刑事責任の本質を、適法行為の期待可能性を前提とする非難に認める。人格的非難の具体化は、責任においてなされる。人格的非難という意味での責任非難とは、「行為者に対して、……法および社会に対して謝罪するとともに自己の規範意識を高め、これからはまともな法秩序の担い手として社会に復帰することを決意させようとするもの」⁸⁴⁾である。佐伯は、「責任」から「目的」を導き出し、行為者に必要な「刑罰」を設定しようと試みる。責任は処罰の出発点にすぎず、責任非難によって設定された目的がどうすればよく実現されるかという合目的的な考慮に基づいて、刑罰の内容が決定される。

四、処分への評価

佐伯は、保安処分を刑罰以外の補足的処置と捉え、もともとは賛成の立場を示していた⁸⁵⁾。犯罪論では行為責任を保持しながら、性格の危険性には、主として保安処分による対処が必要であると考えていた。保安処分の

82) 佐伯・前掲注(80)『刑法講義(総論)』394頁以下参照。

83) 佐伯千仞『[講演]死刑制度のゆくえ』法律時報69巻10号(1997年)28頁-32頁参照。

84) 佐伯千仞『刑法総論』(弘文堂、1944年)100頁、佐伯・前掲注(81)『改訂刑法講義』79頁。

85) 佐伯千仞『刑法総論』(有信堂、1953年)260頁以下。

導入を当然とし、1957年には、保安処分の導入を前提として併科主義または代替主義、執行順序の問題を挙げ⁸⁶⁾、1960年には、限定責任能力者に対する刑および処分の適用に関して、保安処分への一本化ないし保安処分の先執行を主張した⁸⁷⁾。しかし、1970年前後から、精神神経学会で保安処分反対の色調が強くなったため、消極的な態度への変更を余儀なくされた⁸⁸⁾。

第三款 団藤重光の見解

団藤は、リストの影響を強く受け、保安処分に賛成する立場であるが、その内容として、治療処分の導入に賛成する。古典的な行為応報の立場に立つが、人格形成責任を提唱し、意思でなく行為者人格に対して責任を問う。1974年の刑法改正草案における立法提案以降、処分規定は、ともに医療的性格をもった治療処分と禁絶処分に限定された。以下で参照する、団藤説以降の処分をめぐる議論は、医療的処分をめぐる議論に収斂されている。

一、犯罪現象に対する刑法の任務

法律は、犯罪現象を前にして社会秩序の維持に努めなければならないとして、団藤は、事前の犯罪予防と事後の犯罪鎮圧を刑法の任務とする。犯罪予防は、優生保護法における優生手術や精神衛生法における精神障害者

86) 佐伯千仞『刑事裁判と人権』（法律文化社、1957年）407頁。「保安処分においても、人の自由が侵害されるものであること、殊に刑罰と併用の場合には、これらが二重に行われることを考慮し、不当な自由の侵害とならぬような十分の保障が確定されなければならない。これは予防処分において特に重要である」として、人権保障の確保を訴える。

87) 齊藤・前掲注（77）136頁参照。

88) 佐伯千仞『刑法改正の総括的批判』（日本評論社、1975年）158頁以下、224頁参照。精神神経学会における保安処分への批判の内容につき、保安処分に反対する委員会「保安処分制度新設に反対する意見書」精神神経学雑誌73巻9号（1971年）739頁以下。なお、保安処分に対する精神医学者の詳細な議論状況につき、中山・前掲注（72）53頁以下参照。

の入院措置など、生物学的必然性の原因を除去するよう作用しなければならないとする。団藤は、リストの刑罰論および刑事政策に影響を受け、支持する⁸⁹⁾。事後の犯罪鎮圧にあたっては犯罪および犯人の発見を任務とし、応報に基づく責任非難を採り、執行時には、犯人の改善、再犯予防が考えられなければならないとした。

二、刑法規範の向けられる人間像

このような態度は、古典主義に依拠しながら新派の主張を一部取り入れるものである。団藤は、学派争いに関して、古典学派と近代学派の対立においてどのような立場をとるべきかについて、古典主義に立ちながら行為者人格を考慮する立場に立つ。

刑法規範の向けられる人間像として、古典派の立場では、自由意志を前提とする抽象的な人格としての人間像が示される。近代派の立場では、血と肉をもった人間像が描かれるが、「しかしそれはもはや主体的な人格をもたない、宿命的な人間像」⁹⁰⁾であると団藤はいう。団藤によれば、刑法規範が向けられるのは、自ら主体性をもって行動を起こす人間であって、背後に素質と環境による宿命を担いながらもこれを切り開いていくことのできる人物である。

このように解したうえ、団藤は、行為者はその人格の現実化の点で非難されることおよび罪刑均衡の見地から応報刑を支持するとしながら⁹¹⁾、行為者人格を離れた行為は存在しないとの考えから、意思責任論をとらずに人格責任論を採った。

89) 団藤重光『刑事法 第二版』(1956年)4頁は、「ドイツの著名な刑法学者リストのいったように、よい社会政策こそがよい刑事政策である。犯罪の予防に関する法制が、刑事法を超えて、きわめてひろい範囲に及ぶのは当然である」とする。

90) 団藤重光『刑事法』(勁草書房、1952年)12頁参照、団藤重光『刑事法』(勁草書房、1956年)12頁参照。

91) 団藤・前掲注(90)『刑事法』(勁草書房、1956年)13頁参照。

三、刑罰観

刑罰の本質を、団藤は、「刑罰は犯罪のゆえにその行為者に加えられる国家的非難の形式である」とし、同時に、規範的・倫理的な非難と解する⁹²⁾。犯罪に対して加えられるという意味で応報を採るが、同時に、刑罰は、刑事政策的内容を担うことが可能かつ必要であるとして刑事政策的考慮を認める。

刑罰の効果として、犯罪の規範的な意味を明らかにすることで一般人および行為者本人の規範意識を覚醒・強化するべきであるとし、一般予防と特別予防の効果を認める。もっとも、刑罰は犯罪のゆえに科せられるが、この非難が科せられるのは、行為でなく行為者であるとして、人格形成責任を採った。

四、保安処分

団藤は、保安処分を、社会防衛と本人の矯正、教育を目的とする処分と解し、目的の点で、刑罰は応報を目的とし、保安処分は社会防衛、矯正、教育を目的とすると区別する。刑罰の基礎は責任にあつて倫理的・規範的な意味をもつが、保安処分の基礎は危険性にあつて倫理的・規範的な意味をもたず、刑罰と保安処分は本質的に異なるとする⁹³⁾。

五、処分への評価

団藤説は、精神障害犯罪者も通常人と同じ自主的な行動主体とみなして刑事措置を言い渡すことを認める立場である。保安処分は、主として精神障害犯罪者の社会的危険性に着眼するものであるが、精神障害者もまた一個の人間としての尊厳をもつものであり、多かれ少なかれ主体的な人格の持ち主であることを忘れてはならないとし、これらの者も、刑法規範の主

92) 団藤重光『法律学講座 刑法』（弘文堂、1954年）173頁参照。

93) 団藤・前掲注（90）『刑事法』（勁草書房、1952年）73頁参照、団藤・前掲注（90）『刑事法』（勁草書房、1956年）104頁参照。

体たるとして、通常の犯罪者と同様、自らの意志に基づいて行動していると考えた⁹⁴⁾。この立場からすると、保安処分の導入は当然である。

第四款 平野龍一の見解

一、基礎

平野は、精神障害者対策の必要から、保安処分のうち治療処分の導入に賛成した。問題関心の中核は、いわゆる精神病質者への対応にある。精神障害者に対して何らかの保安処分を講ずる必要があることはもとより、いわゆる精神病質犯罪者の処遇を問題視し、詳細な検討を行った。平野は、刑罰については行為責任説に依拠した客観主義刑法を基調としつつ、保安処分、特に治療処分の導入を支持する。

二、刑罰と保安処分の区別不能性

古典主義を採用する平野は、刑罰を、犯罪者の意思に反して与えられる法益剥奪という直接的な苦痛と定義する⁹⁵⁾。

刑罰と処分の区別に関して、平野は、「責任→刑罰/危険性→保安拘禁(保安監置)」という二元主義の図式は、理論的には明快だとしつつも、それ以上に、刑と処分の執行の間に実質的な区別を設けることができるかと問い⁹⁶⁾、両者の執行上の実質的区別は難しいとして、保安処分から害悪の性質を全く除くことは不可能であるとした⁹⁷⁾。

94) 団藤重光『刑法綱要総論 第三版』(創文社、1990年)609頁は、「われわれは、精神医学者スチュールツプとともに、『われわれはいかなる犯罪者をも『治療(cure)』しようと思ててはならない。犯罪者は自分自身の道を発展させるべきであり自分自身にとどまるべきである』という心がまえを忘れるべきではない。刑罰において犯人が客体でないのとおなじく、保安処分においても精神障害犯罪者は決して単なる客体であってはならない」とし、精神医学の観点から、精神障害犯罪者になんらかの意志自由を認めることを支持する。

95) 平野龍一『刑法概説』(東京大学出版会、1977年)6頁参照。

96) 平野龍一「累犯者の処遇」平野龍一(編)『犯罪者処遇法の諸問題』(有斐閣、1963年)107頁。

97) 平野・前掲注(96)108頁。

この見方は、保安処分を刑罰から完全に区別することは難しいとみる。刑罰にも保安処分にも害悪的な面があるとし、保安処分に刑罰的な側面を認め、刑罰と処分とを本質的に区別しない。そのため、平野は、改善保安処分が一切許されないわけではないと主張し、とくに少年や精神障害犯罪者の場合は、刑罰は効果が薄いだけでなく弊害も一段と大きいことから、刑罰の「代りに」処分を課するのが妥当なこともあるとする⁹⁸⁾。これらの者の責任の程度は、行為者人格に応じてでなく、行為の限度で負うとした。

三、二元主義

平野は、刑罰と処分を区別しない立場に立つが、二元主義を採用する。「刑罰と保安処分が近い性質なら、いっそ刑罰一元主義をとるべきではないか」との問いが投げかけられることを想定して、これに反論する。特にこれは、常習犯人に対する刑罰加重の点から、具体的な法定刑との関連で問題となる。

刑罰と処分の性質的区別を認める説のなかにも、常習犯人への刑罰（不定期刑）一元主義をとるべきとの主張があることにつき、平野は、例えば、責任の枠内で、保安に必要な限度で、刑を加減して差し支えないとする、責任には幅があるとする立場（Spielraumtheorie, Rahmentheorie）に対しては、實際上、枠の認識は困難であり、常習犯に必要なかなり重い刑をこのような理論で正当化することは困難であると主張する。

次に、平野は、行為責任でなく人格責任をとることで責任の限度を引き上げ、実質的に保安に必要な程度の刑を科すことができるとする立場（①人格形成責任、②狭義の人格責任）に反論する。その内容は以下である。

①人格形成責任を採る場合、人格形成責任、すなわち行状責任は、現在の人格そのものに責任を問うのではなく、現在の人格になったことについて責任を問う。つまり、日ごろの行状が悪く、有責な行状によって現在の人格

98) 平野・前掲注(95)13頁参照。もっとも、将来の犯罪予測が不確かなことから、処分を課す場合も、自由の拘束は慎重でなければならないとした。

を形成したことについて責任を問う。例えば、麻薬に耽溺し、心神耗弱状態で殺人を犯した場合、行為時をとれば心神耗弱状態だから責任は軽い、麻薬に耽溺するようになった個々の行為をとると「しないこともできた」はずであるため、その有責な行為ないし決断の結果として心神耗弱に陥り犯罪を犯したのだからと、結局これは責任能力者と同じ責任を問うとする。

②狭義の人格責任を採る場合、「そうなったこと」でなく「そうあること」に責任を問うと、平野はみる。そして、この立場に立てば、「どのような複雑な原因によってそうなったものであっても、人は現在あるがままのことについて、責任を負わなければならない」とし、このような考えは過酷な結果を導くとして、政策的には、刑罰でなく保安処分によるのが妥当であるとした。

また、平野は、常習犯に対する危険性に基づく刑の加重は、責任の観点からは説明できないとして、一貫して排斥する⁹⁹⁾。

四、代替主義か択一主義か

保安処分が実質的に刑罰と異ならないのであれば、保安処分を刑罰に代替させるべきかという問いに対しては、常習犯人の場合は刑期より治療期間が長いのが通常であることから、保安処分が執行されたときは刑の一部でなく全部を代替する方がよいとして、裁判官に前もって刑か保安処分かを選択させる択一制を採る¹⁰⁰⁾。

五、保安処分の正当化根拠

さらに、平野は、保安処分の正当化根拠に関して、実質的な考慮を試みた。従来、保安処分は、合目的的および社会防衛のための必要性だけで正当化されるかに考えられてきたが、保安処分にも刑罰的な実質があるとする平野の見解からは、合目的性だけでは足りず、具体的な正当化根拠を模

99) 平野・前掲注 (96) 115頁-116頁参照。

100) 平野・前掲注 (96) 109頁参照。

索する必要があるとした。それによれば、保安処分の正当化根拠は、「内部的自由を持たない者は外部的自由を主張することもできない」点に求められるという¹⁰¹⁾。精神異常者のように完全に内心的自由を失った者は別としても、常習犯人のように多かれ少なかれ内心的自由を持っている者を合目的性だけで無期限に拘禁することは許されないとして、期間を定期にすること、処遇に計画性をもたせることを要求した¹⁰²⁾。

平野は、保安刑に反対するのに加えて、不定期刑にも反対する。不定期刑が行為責任主義に反することは否定できないとしており、また、不定期刑と責任主義を調和させようとする責任の幅の理論にもそれ自体疑問が大きいと指摘する。そして、改正刑法準備草案のいうような「応報不定期刑」は、受刑者の社会復帰の促進からほど遠いと指摘した¹⁰³⁾。

六、処分への評価

刑罰に関して、平野は、責任刑を基調とし、同時に、二元主義をとって、保安処分のうち治療処分を肯定した。もっとも、治療処分の対象として想定したのは精神病患者、特に精神病質者であって、これらの者は、処遇が一層困難であるとして問題視していた¹⁰⁴⁾。精神病質者の大部分は、責任無能力者でも限定責任無能力者でもなく、完全な責任能力者であるとし、このような「正常の面をかぶって」罪を犯す者をどうしたらいいか刑法改正準備草案は何ら特別の措置を講じていないとして、①精神病質の定義、認定について、②精神病質者に対する処遇はどのようにすべきか、常習犯人の処遇とどう違うかの点で問題があるとした¹⁰⁵⁾。したがっ

101) 平野・前掲注(96)110頁。

102) 平野・前掲注(96)110頁。

103) 平野龍一『刑法 総論Ⅰ』(有斐閣、1972年)36頁参照。

104) 平野龍一「精神障害犯罪者と保安処分——特集・精神障害と犯罪」犯罪学年報3巻(1965年)203頁-204頁は、法律家と精神医学者の間で、精神病患者についてのイメージがくい違っていることを指摘する。

105) 平野・前掲注(104)205頁以下。平野・前掲注(96)132頁-133頁は、精神病質者へメ

て、処分への評価として、導入賛成ではあるものの、内容のより一層の精緻化を求めていることが伺われる。

第五款 吉川経夫の見解

一、基礎

吉川は、保安処分(特に、治療処分)の導入に賛成し、北欧諸国、スイス、ドイツ、フランスなど、諸外国の保安処分に関する多くの研究を行った。吉川は、フランス法に依拠して処分制度を一定評価していたが、その内容については慎重な検討を要求した。最終的に、処分の導入反対論が強くなったことから、その導入を差し控える立場へと変更する。吉川説においても、問題の関心は、特に精神障害者への対応である。また、吉川は、近代学派がとりわけ力説した社会防衛論の進展としてマルク・アンセルの「新社会防衛論」を紹介し、これを、人間諸科学の成果に立脚して再編成し、ヒューマニズムと犯罪人・受刑者の人権保障を強調すると評価した¹⁰⁶⁾。

二、刑罰および責任

吉川は、刑罰の本質を応報に置き、これを害悪・苦痛と捉える¹⁰⁷⁾。応報刑論と目的刑論が二律背反の関係にあるとは考えず、応報としての刑罰を科すことの究極の目的を犯罪の予防に見出し、また社会秩序の維持に存

ゝの処遇につき、次の意見を示す。「(1)精神病質の概念はなお不明確なので、これだけを基礎にして特別の処分を行なうのは妥当でない。しかし、犯罪者の中から若干異なった処遇を行なうためにある者を選び出す基準としてならば、必ずしも使用にたえないほど不明確とはいえない。(2)精神病質者のうち、ある者に対しては、半治療的・半刑罰的な「混合的」な処遇が適当であり、それは常習犯の処遇に近いものとなること。(3)このような施設には十分なスタッフが必要であること、(4)このような者は、本来の刑期よりも若干長い期間の処遇を必要とすることが多いであろう。処遇が刑よりも若干治療的であり、寛大である場合には、このような期間の延長も正当化できる。しかし、その処遇の半刑罰的な性格からみても、また治癒したかどうかははっきり認定できない点からみても、その期間は不定期であってはならず、人身の自由の補償に最大の考慮が払われなければならない」。

106) 吉川経夫『三訂 刑法総論〔補訂版〕』(法律文化社、1996年)19頁参照。

107) 吉川経夫『刑法総論』(法律文化社、1963年)286頁参照。

するとし、応報と予防とを同一線上にあるものと解する¹⁰⁸⁾。このような刑罰は、社会一般に対する心理強制の意味の一般予防機能、犯人に対して再犯を防止する特別予防機能、被害者および世間一般の報復・応報感情の満足という三面の機能を果たすという着想をもつ。

責任の理解に関して、吉川は、「責任」を人格的非難可能性と解し、「責任能力」を有責行為能力と解する¹⁰⁹⁾。責任能力とは、犯罪の成立要件の一つであって、行為者に対する法的な非難可能性、すなわち責任を負担させるに足りる人格的適格性を指すとしている。処分制度に親和的な責任論は社会的責任論であるが、社会的責任論を採ることは、「現行法の解釈として無理であるばかりでなく、非難の観点を逸脱している」¹¹⁰⁾として否定する。

三、保安処分に対する評価

吉川は、処分の導入には賛成するが、それはあくまでも治療的な文脈のものに限られ、純粹保安のための措置の導入は想定しなかった¹¹¹⁾。治療処分の導入を目指して、治療方法の開発、医療保障を含む広範な社会保護の充実、環境の調整などを要求した。

もっとも、このような立場を採りつつも、療処分と禁絶処分が候補となった戦後の1961年改正刑法準備草案、1972年改正刑法草案の両処分制度に対して、吉川は、次の三点の問題を指摘した¹¹²⁾。①危険性予測が確実

108) 吉川・前掲注(107)286頁-287頁参照。

109) 吉川の責任への理解について、吉川経夫「『責任能力』に関する基礎的な考え方」吉川経夫『吉川経夫選集 第2巻 罪刑法定主義と刑法思想』（法律文化社、2001年）168頁以下参照。

110) 吉川・前掲注(109)168頁。

111) 吉川経夫「精神障害者と保安処分——社会の保安と人権保障との調和をどこに求めるか——」『吉川経夫著作選集 第3巻 保安処分立法の諸問題』（法律文化社、2001年）199頁〔初出：吉川経夫「精神障害者と保安処分」内藤謙・西原春夫（編）『刑法を学ぶ』（有斐閣、1973年）〕は、「改正草案が保安処分を治療的な性格のものに限り、諸外国の例にみられる保安拘禁のようなものを採用しなかったのは、当然のこととはいえ賢明」とする。

112) 吉川・前掲注(111)199頁-200頁。

にできる保障がなく人権保障の点で衝突すること、②責任と関連性のない自由剥奪の正当化ができないこと¹¹³⁾、③施設のなかでどういった治療や処置が行われるかについての草案において具体的な構想が明らかにされていないこと、である。最終的に、これらの重大な懸念を理由に、吉川は、処分構想に対する反省と再検討を求めるに至った¹¹⁴⁾。

第六款 保安処分反対論の台頭および批判

戦前の保安処分導入が強く叫ばれた時期における処分規定から戦後の改正刑法草案において具体化された処分規定に対して、学説では、処分の導入に賛成するものについても、行為者を社会から隔離しておく保安のための措置に賛成したものはなく、治療処分を導入することの検討がその内実であったことが示された。日本において当初は大きく注目された処分に関する規定は、次第に絞られていく。昭和43年(1968年)にその要綱案がまとめられた改正刑法準備草案の内容を引き継いで、1974年5月29日の刑法改正草案における処分規定は、治療処分と禁絶処分の二種類を予定した¹¹⁵⁾。戦前に存在していた「労作処分」や「予防処分」など、乱用と人権侵害の危険を直接に予想させるものは、削除された。一部の精神医学者から提案されていた危険な常習犯人に対する保安拘禁、労働嫌忌者に対する労働処分、去勢の措置などが回避され、治療処分の期間も準備草案における提案よりも短縮された¹¹⁶⁾。処分構想について、A案とB案の二種が

113) 吉川・前掲注(111)199頁。処分は、治療的であり本人のためになるからということをもって正当化されるが、国家権力によって拘束された雰囲気のもとで治療の効果を期待することができるか疑問であるとする。

114) 吉川経夫『三訂 刑法総論』(法律文化社、1989年)391頁以下参照。

115) 刑法全面改正に関する資料として、石川弘『新しい時代の新しい刑法 刑法全面改正に関する疑問に答える』(立花書房、1974年)、沼田稲次郎・小田中聰樹・上條貞夫(編)『刑法改正入門』(労働旬報社、1975年)、吉川経夫『刑法改正を考える 市民の立場からの批判』(実業之日本社、1974年)、日本弁護士連合会(編)『刑法改正読本 自由と人権をまもるために』(日本評論社、1975年)、吉川経夫『刑法改正と人権』(法律文化社、1976年)がある。

116) 中山・前掲注(72)30頁。

立てられ、A案は、基本的に1961年の刑法改正準備草案の対象者の保安および改善の両方の目的を達成しようとする構想を引き継いだものであって、治療の観点を含みつつも社会防衛、保安を重視する保安型の提案であり、対してB案は、行為者の治療をより徹底することを主眼に置いた治療型の提案であった。

その後、処分への立法的姿勢は、学生運動を契機として反対に転じた。処分の構想に賛成していた精神医学者たちも、翻って、処分導入の反対を主張した。処分立法への関心が失われると、精神障害者の対応は、精神医療法に譲られることとなった。

第三節 精神衛生法から精神保健法および精神保健福祉法へ

1974年5月29日刑法改正草案は、精神障害者に対する治療処分と、飲酒または麻薬、覚せい剤使用習癖者に対する禁絶処分の二種類を規定した。その内容は、行為者の隔離、社会防衛を優先する保安型のA案と、治療を優先的に行う治療型のB案に分かれた。これらの規定の内容につき、昭和44年（1969年）12月の第一次案によれば¹¹⁷⁾、保安型のA案では、治療処分は、「精神の障害により、第15条1項に規定する能力のない者又はその能力の著しく低い者が、禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり、保安上必要があると認められるときは、治療処分に付する旨の言渡をすることができる」とされた（第110条）。禁絶処分は、「過度に飲酒し又は麻薬、覚せい剤その他の薬物を使用する習癖のある者が、その習癖のため禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、その習癖を除かなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり、保安上必要があると認められるときは、禁絶処分に付する旨の言渡をすることができる」とされた（第115条）。対して、治療型のB案では、治療処分は、「精神の障害により、第15条第

117) 前田宏・鈴木義男（編）『改正刑法草案・刑法・準備草案等対照条文』（高文堂、1973年）101頁以下参照。

1項に規定する能力のない者又はその能力の著しく低い者が、禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあり、その防止のため治療及び看護の処置を必要とすると認められるときは、治療処分が付する旨の言渡しをすることができる」と規定され(第110条)、禁絶処分は、「①過度に酒に酔う習癖のある者が、その習癖のため禁固以上の刑にあたる行為をした場合において、その習癖を除かなければ将来再び禁固以上の刑にあたる行為をするおそれがあると認められるときは、禁絶処分が付する旨の言渡しをすることができる」と規定された(第115条)。

保安処分への立法的姿勢は、学生運動を契機として反対に転じる。保安処分反対の主な理由は、①被告人が責任無能力であることが保安処分の言い渡しを基礎付ける理由とされてしまうという意味での刑事責任能力規定の有形無実化、②「危険な精神障害者」という概念の曖昧さ、③きわめて短期間の予測しかできないこと、④精神医療体制への悪影響、⑤処遇方法の問題、⑥独立の保安処分請求手続きの問題などの点にあるとされる¹¹⁸⁾。

処分立法への関心が失われると、精神障害者の対応は精神医療法に譲られた。大戦後の日本では、食糧不足のために多くの精神病患者が死亡し、食糧問題の解消のために1947年頃から法改正の機運が高まり、各界から改正案が提案された¹¹⁹⁾。

戦後、1950年に、それまでの精神病患者監護法および精神病院法が廃止され、新たに、精神衛生法が制定された。

第一款 1987年精神保健法への改正およびそれへの批判

精神障害者立法の前史は、1900年以前に遡る。精神病患者に対して社会の関心が高まったのは、1884年に始まった相馬事件を契機としてであった。

118) 村井敏邦「刑の引き上げと不定期刑・保安処分」労働法律旬報第862号(1974年)48頁以下参照。

119) 大谷實『新版 精神保健福祉法講義[第3版]』(成文堂、2017年)20頁参照。

相馬事件は、1879年に旧相馬藩主の相馬誠胤が精神病を発症し、父親に監禁され、これをのっつりの陰謀だと考えた錦織剛清は、1886年に、精神病院の前身である癲狂院に入院していた誠胤を連れ出したが、取り押さえられたというものである¹²⁰⁾。誠胤の連れ出しに失敗した錦織剛清は、顛末を新聞に投書し、世間からの注目を浴びた¹²¹⁾。この投書によって、当時一般に行われていた私宅監置等の精神障害者に対する不法監禁の実態、精神科病院における不当な処遇についての社会的関心が高まり、1894年に精神病患者取扱心得が發布され、日本においてはじめて「精神病」なる用語が公的に使用された¹²²⁾。

1900年には、精神障害者の監督・保護に関するわが国最初の法律である精神病患者監護法が制定された。精神病患者監護法は、精神病患者に対して、地方長官の許可を得て、監護の責任者（主に精神障害者の家族）に私宅監視できると規定した。もっとも、精神病患者監護法は、精神障害者を法律上監督し保護することを目的とした法律であったものの、精神障害者の治療・保護について取り決めたものでなく、法的性質は、治安維持、社会防衛的な観点ないし警察的取締目的から精神障害者の監置・拘束に関する手続きを定めたものであった¹²³⁾。

精神病患者が悲惨な状況に置かれていた当時、人道的医療を推進すべく、精神保健運動を展開したのは、呉秀三である¹²⁴⁾。呉博士は、精神病患者の人権侵害や差別の根拠となった1900年制定の「精神病患者監護法」の廃止に向けて努力し、私宅監置への批判や提言を行った¹²⁵⁾。

第二次大戦前の精神医療の実体として、精神病患者を社会から隔離する密

120) 精神保健福祉研究会『三訂 精神保健福祉法詳解』（中央法規出版、2007年）3頁。

121) 精神保健福祉研究会・前掲注（120）3頁。

122) 大谷・前掲注（119）17頁参照。

123) 大谷・前掲注（119）17頁-18頁参照。

124) 大谷・前掲注（119）18頁参照

125) 加藤久雄『人格障害犯罪者と社会治療——高度に危険な犯罪者に対する刑事政策は如何にあるべきか——』（成文堂、2002年）48頁-49頁参照。

行主義と彼らに対する専断的治療に支えられていた¹²⁶⁾。密行主義や専断的治療方法は、精神医療や精神病院に関する否定的評価と憶測を呼び、いったん精神病にり患してしまうと一生恐ろしい病院に閉じ込められてしまうとか、精神病は不治の病でしかも遺伝するので、精神病にり患した患者が出た家系は悪い血に呪われた家系であるかのごとく喧伝された¹²⁷⁾。明治末年に至ってようやく近代国家としての体制を整えたわが国は、衛生行政の面においても新たな段階に入り、精神障害者対策は監護から医療へと前進することとなった¹²⁸⁾。1919年に制定された「精神病院法」では、精神疾患の患者を精神科病院に保護し治療を行うことを目的として制定され、内務大臣は道府県に精神科病院を置くことを命じる事ができ、また代用精神病院として公立・私立精神科病院を指定することができることとされた¹²⁹⁾。精神病院法では、国が、精神病院に対する公共の責任として官立精神病院の設置を認めており、その意味で、画期的な法律であったと評価される¹³⁰⁾。

しかし、このような法制度の進展がありつつも、公立精神病院の建設は予算不足等のために遅々として進まず、その一方で、精神障害者の人数は、増加の一途をたどることとなった¹³¹⁾。制度としては、私宅監置制度を公認した精神病患者監護法が存在しつつも、同時に治療保護を本旨とする精神病院法が並立し、精神医療体制の矛盾が生じた¹³²⁾。

戦後は、欧米の最新の精神衛生に関する知識の導入があり、かつ、公衆衛生の向上増進を国の債務とした新憲法の成立により、精神障害者に対し、適切な医療・保護の機会を提供するため、それまでの精神病患者監護法

126) 加藤・前掲注 (125) 49頁以下。

127) 加藤・前掲注 (125) 50頁。

128) 精神保健福祉研究会・前掲注 (120) 5頁。

129) 大谷・前掲注 (119) 18頁参照。

130) 大谷・前掲注 (119) 19頁。

131) 精神保健福祉研究会・前掲注 (120) 6頁。

132) 大谷・前掲注 (119) 19頁-20頁。

と精神病院法を廃止してこれを引き継いだものとして、1950年に精神衛生法が公布・施行された¹³³⁾。精神衛生法は、精神障害者の医療および保護の方法を改善し、これらの発生を予防するための施策を講ずることを目的として定め、私宅監置が禁止されると共に、医療保護入院、措置入院・緊急措置入院が新設された¹³⁴⁾。

1964年に行われた精神障害の実態調査によれば、全国的な精神障害者の数、医療の普及度等が明らかになり、治療や指導を受けないまま在宅している精神障害者が数多く存在することが推察された¹³⁵⁾。そのような折、1964年にライシャワー事件（駐日アメリカ大使ライシャワーが統合失調症の少年に刺されて負傷した事件）が発生し、精神障害者の不十分な医療の現状が大きな社会問題となった¹³⁶⁾。この事件の後、1966年に「保健所における精神衛生業務運営要領」が示され、1969年の「精神衛生センター運営要領」とともに地域精神保健活動の整備が図られ、これによって、「医療入院中心の治療体制から地域におけるケアを中心とする体制へ」という流れが形成されることとなった¹³⁷⁾。

戦前から戦後もなくまでの精神保健行政を見るに、精神障害者への対応においては私宅監置が主流であり、精神障害者は社会から隔離され、衆目から隠される存在であり、これらの者を主体とするような治療および人権保障はまったく考慮されなかった。なお、そのような折、精神障害者への対応と関連して、保安処分の導入をめぐる論争にも重要な動きがあり、1960年日米安保闘争が激化していく中、青医連のメンバーを中心として旧医学部解体の学生運動が行われ、若手の精神科医たちによって「保安処分に反対」の立場が表明された¹³⁸⁾。

133) 精神保健福祉研究会・前掲注（120）8頁。

134) 大谷・前掲注（119）20頁。

135) 精神保健福祉研究会・前掲注（120）10頁。

136) 精神保健福祉研究会・前掲注（120）10頁－11頁。

137) 精神保健福祉研究会・前掲注（120）12頁－13頁。

138) 加藤・前掲注（125）52頁。

もっとも、人権保障の点で十分な保護が与えられていなかった精神障害者への対応は、宇都宮病院事件を契機として、大きく転換することとなる。宇都宮病院事件は、栃木県の宇都宮病院において、看護職員の暴行により入院患者2名を死亡させるなどの人権侵害が行われていたというものであり、1984年3月14日に、国会関係者などの調査によって参議院において明らかにされた¹³⁹⁾。宇都宮病院における患者への暴行致死事件を契機として、1987年に「精神衛生法」が「精神保険法」に改正され、「精神障害者の人権に配慮しつつ適正な精神医療を確保し、その社会復帰の促進を図る」という理念が規定され¹⁴⁰⁾、精神障害者の人権の保護がより厚く考慮される方向へと変わっていく。

第二款 1995年精神保健福祉法への改正

1995年、「精神保健法」がさらに改正され、精神障害者の社会復帰の促進等を法律の目的に加えた「精神保健福祉法」が制定された。「精神保健福祉法」は、精神障害者に対する医療・保護、その社会復帰の促進・自立と社会経済活動への参加の促進を目的とする（精神保健福祉法第1条）。「精神保健福祉法」では、精神障害者の社会復帰の理念が導入されたが、その一層の充実を図るために、法体系全体における福祉施策の位置付けの強化策として法律名を「精神保健法」から「精神保健福祉法」に変更し、精神障害者福祉手帳制度の創設、社会復帰施設及び事業の充実等の改正が行われた¹⁴¹⁾。また、保健福祉対策を法律上明確に位置づけて、新たに「保健及び福祉」の章を設けて、それまでの「医療及び保護」の章と併せて、医療と福祉の2本の柱からなる法体系に改める法改正が行われた¹⁴²⁾。

精神障害犯罪者に対するこれらの法案の制定および改正の経緯を踏まえ

139) 大谷・前掲注(119)25頁。

140) 加藤・前掲注(125)52頁参照。

141) 大谷・前掲注(119)29頁参照。

142) 大谷・前掲注(119)29頁。

て、以下では、日本の近時学説における議論状況を、とりわけ、各学説が矯正医療中心の制度をどのように評価したかという点に注目しつつ概観する。

第三款 中山研一の見解

一、基礎

中山は、保安処分の導入に強く反対し、精神医療を充実させるべきとする立場である。1974年刑法改正草案の問題点を詳細に指摘し、保安処分を制度化するのではなく、現行の制度を見直し、精神医療を充実させることを求めた。

二、刑罰論

中山は、刑罰を、犯罪に対して加えられる制裁¹⁴³⁾、犯人の法益を剥奪する苦痛と捉える¹⁴⁴⁾。

刑罰論に関しては、道義的応報を基礎とし、これを消極的な均衡原則に薄める方向で、応報刑論と目的刑論を調和させる立場に立つ¹⁴⁵⁾。新派の目的刑論が戦後の時期に継受された点に着目し、そこでは法治国家思想と人権論による制約が要請されるべきはずであったが、主観主義にこれを期待することは困難であったところ、この課題を客観主義の観点から解決しようとしたのが、平野説であったと思われる中山は述べる。刑罰の効果を一般予防と特別予防から説明し、そのために必要な場合だけが正当化されるが、犯罪の抑止と改善の効果が不確実であって濫用の危険がある限り「均衡の原則」による調整が必要であるとする平野説を、中山は、「すでに目的刑論の側にある」とする¹⁴⁶⁾。

143) 中山研一『新版 口述刑法総論 [補訂2版]』(成文堂、2007年) 29頁。

144) 中山研一『概説刑法I』(成文堂、1989年) 10頁以下。体系書として、中山研一『刑法総論』(成文堂、1982年)の記述を参照。

145) 中山・前掲注(144) 16頁参照。

146) 中山・前掲注(144) 14頁。

三、責 任 論

責任の判断について、中山は、行為責任説に立ちつつ、行為に現れた限度で行為者の人格ないし環境を考慮するとする平野の「実質的行為責任説」を一定評価する¹⁴⁷⁾。そのうえで、中山は、法的責任論の考え方を採る¹⁴⁸⁾。法的責任論は、法の立場からの非難可能性という観点から、形而上学的な意思の自由を前提とする道義的責任論を排斥しつつ、しかし自己決定の自由を前提とする他行為可能性によってはじめて責任非難が成り立つとするものであり、そのことによって、犯罪予防目的の追求を意図する国家刑罰権の行使に限界を設定することが可能になるとするものである¹⁴⁹⁾。

責任能力の本質をめぐって、旧派の「有責行為能力」とみるか、新派の「刑罰適応能力」とみるかに争いがあるところ、中山は、「有責行為能力」とみる立場に立つ。この枠内で、予防や処遇の観点からの政策的な考慮を、限定的な方向において加えるという慎重な態度が必要であって、また同時に、この態度は、刑罰以外の合目的的な処分にも及ぼさなければならぬとする¹⁵⁰⁾。

常習犯・累犯の刑罰加重の根拠について、中山は、団藤の人格責任論を例に出して、常習性の形成について非難しえない場合にも重い刑が予定されていることの説明に窮するとして排し、一方で、平野の性格責任論に対しても、刑に適するからといって責任が重いとするには原則的な疑問があると批判する¹⁵¹⁾。また、固有の行為責任の立場から加重を説明する西原説（第三章第三節第四款で後述）に対しても、違法性の理解に問題がある上、なぜ責任も重くなるのかという疑問があると述べる¹⁵²⁾。中山の理

147) 中山・前掲注 (143) 181頁参照。

148) 中山・前掲注 (143) 181頁参照。

149) 中山・前掲注 (143) 181頁参照。

150) 中山・前掲注 (144) 141頁以下参照。

151) 中山・前掲注 (144) 139頁参照。

152) 中山・前掲注 (144) 139頁参照。

解によれば、責任の重さを行為者の「自由」の程度に求める限り責任の加重を根拠付けることはできず、責任を国家の側からの非難と期待の程度として捉えるならば、累犯の刑の加重根拠は、いったん刑を科されたにも関わらず再び罪を犯した点により強い期待と非難が加えられるためと説明される¹⁵³⁾。

四、刑罰と処分の関係

処分否定説に立つ中山は、一元主義および二元主義、刑罰と処分の区別ないし関係を直接検討しない。保安処分の導入に反対する理由は、保安処分の、とりわけ長期間の拘禁の正当化の根拠を説明できない点にあることを強調する。

五、処分への評価と批判

中山は、保安処分の導入に一切反対し、精神障害犯罪者に対する対応として保安処分を導入するのはむしろ危険であると強調した。当時、1974年刑法改正のために法制審議会刑事法特別部会小委員会の参考案（第一次案）として提出されたA案・B案の処分規定のうち、昭和44年部会で、凶暴で危険な者に対する長期の隔離を目指す保安重視のA案が採択された状況において、中山は、次の批判を行った。

彼は、1974年刑法改正草案が危険な常習犯人に対する保安拘禁を設けなかった点につき、A案は不定期刑によって実質的に重く処罰する保安刑の方向を考えているのであって、刑によるか保安拘禁によるかの相違はあっても、保安的観点のアプローチであることには変わりがないと指摘する¹⁵⁴⁾。加えて、ここで援用される「責任主義」の原則は、責任がある限り、また責任が残っている限り積極的に追及しようとするもので、これ

153) 中山・前掲注（144）140頁参照。

154) 中山・前掲注（72）30頁参照。〔初出：中山研一「刑法『改正』における保安処分と不定期刑」法と民主主義50号（1970年）25頁以下〕

はまかなえない保安上の必要を保安処分で補完しようとするため、治療と改善は、保安の必要と目的の範囲内でのみ追求されるとの関係に立たざるをえないが、法務省系統の施設では治療的雰囲気を作るのが困難な場合も、保安と警備の確保が動かし難い前提である以上、厚生省系統の精神病院へ収容することは考えられないとし、したがってA案では、刑と保安処分の二元主義的区別が前提とされているが実質的な保安刑の導入を妨げず、保安処分の場合には責任主義の保障からまったく解放された保安目的の無条件的貫徹の方向につながりやすいと主張した¹⁵⁵⁾。中山によれば、結局、A案は、常習犯人に対する不定期刑の制度と相まって、危険な犯罪人に対する抑圧と隔離を通じた保安目的の達成に主眼が置かれており、このようなA案によって犯罪人の治療と改善を目指すのは「幻想」であるという¹⁵⁶⁾。

一方、治療を重視するB案に対しても、中山は、根本的な問題として、保安的観点よりも本人の治療と改善を優先させることができるほどに開明的な現代国家を想定することは困難であると批判する¹⁵⁷⁾。

保安処分制度がきわめて危険ないし不安定であるのに、それでも保安処分制度の導入に固執すべきか、精神障害犯人の対策として「保安処分」を導入しなければならないのかという問題に対して、中山は、精神障害犯罪者の「治療」の利益から出発する限り、法務省の管轄領域にこれを取り込むことはむしろ回避し、一般の精神病院（厚生省系統）への収容を原則としなければならないと回答する¹⁵⁸⁾。ここで、収容者の「治療」目的に重点を移すために厚生省系統の施設が推奨されるなら、医療行政に犯罪性のある精神障害者の処遇を担わせることになるが、現在の医療行政がこの課

155) 中山・前掲注 (72) 30頁参照。

156) 中山・前掲注 (72) 32頁参照。1974年刑法改正草案におけるA案の提案は、処分の内容を治療処分に限定しつつ、常習犯に対する不定期刑（保安刑）を支持する。この考えは、エバーハルト・シュミットの不定期刑を支持する構想に親和性がある。

157) 中山・前掲注 (72) 33頁以下参照。

158) 中山・前掲注 (72) 33頁以下参照。

題に耐えうるか疑問であるとし、精神障害者の「人権」から出発することの重要性を強調した¹⁵⁹⁾。

それに加えて、中山は、日本精神神経学会での議論における当時の有力な考え方を挙げた。医療と保安が矛盾するとの認識から出発して、犯罪性精神障害者についても医療と社会保障が先立つべきであり、刑事政策がこれを先取りしてはならないという考え方が有力に提唱されつつあることを指摘し¹⁶⁰⁾、精神医学会のこのような姿勢に対して、中山は、「刑事政策に対する著しい警戒と不信がみられる」と評した¹⁶¹⁾。

六、不定期刑の問題点

中山は、1961年準備草案において規定され1974年刑法改正草案に踏襲された常習累犯に対する不定期刑¹⁶²⁾は学会や実務会の多数を説得しうるほど魅力のあるものとは思われなし、不定期刑を批判する。それによれば、不定期刑論は、本来は新派の思想、とくに特別予防論によって担われ

159) 中山・前掲注(72) 34頁参照。

160) 精神神経学雑誌73巻9号(1971年)739頁、日本精神神経学会総会(1971年6月15日)は、「保安処分制度の新設に反対する。違法な行為を行った人であっても、精神障害者に対しては、何よりも医療が先行すべきであり、保安処分は治療の名の下に、障害者を社会から排除しようとするものにほかならない。また、保安処分の考えは精神障害者即犯罪素質者という、誤った先入観に発するものである事、精神障害者概念の拡大によって、保安処分制度が、一般市民の人権をも侵害するものとなる危険性があることを指摘しなくてはならない。前記の考え方から、本学会は総会において、保安処分制度の新設に反対し、そのために活動していくことを決議する」とする。

161) 中山・前掲注(72) 35頁。

162) 第61条(常習累犯) 6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。

第62条(不定期刑の言渡) ① 常習累犯に対しては、不定期刑を言い渡すことができる。② 競合犯について不定期刑を言い渡すことができる罪とできない罪とがあるときは、第64条の規定により、不定期刑を言い渡すことのできる罪の刑によって処断すべき場合に限り、不定期刑を言い渡すことができる。③ 第1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い渡す。但し、処断刑の短期が1年未満であるときは、これを1年とする。

てきたものであるため、そのままの形で適用するのであれば、保安処分A案のような二元主義と一般予防論には結合しえず、この結合を可能にするために不定期刑論に修正がほどこされることとなるという。中山は、改正草案規定によって提案されている不定期刑は、第62条によれば、一方では責任が残っている限り（「処分」でなく）「刑罰」としてこれを追及するかたい二元主義をとっているのに、他方ではこれを「責任の幅」という考え方で広く責任主義に取りこもうとすると説明する。したがって中山は、あまりに広い不定期刑の長期と短期の間隔では説明がつかなくなるおそれがあるが、しかし他方、この間隔を短くすると、不定期刑の弾力的な処遇を確保することができないという問題があると指摘する¹⁶³⁾。

このことを踏まえると、責任主義の原則は、刑の謙抑と処罰の限界を画する保障的意義において援用されねばならず、保安的観点と結びついた責任追及の原則に墮してはならないと中山は結論付ける¹⁶⁴⁾。行刑の改革と矯正内容の充実が必要なのは疑いがないが、それは現行制度の下でも十分可能なはずであるとして、中山は、処分の導入や不定期刑の実現を急ぐ前に、現行制度の見直しと処遇の改善を求めた¹⁶⁵⁾。

第四款 西原春夫の見解

一、基 礎

西原は、国民の欲求に基づく法整備を実現することを目指す。西原の業績は、刑法理論の研究が中心的であるが、刑罰の正当化根拠等を正面から検討する論考はない。保安処分については、その手続に関する考察は多数存在する。なお、1965年から法制審議会刑事法特別部会第三小委員会に所属し、保安処分導入時の手続の問題を詳細に検討していることから、保安処分の導入に一応賛成している姿勢かに見える。

163) 中山・前掲注 (72) 36頁参照。

164) 中山・前掲注 (72) 37頁参照。

165) 中山・前掲注 (72) 37頁。

しかし、保安処分の意義や刑罰との区別に関する積極的な検討はなく、西原の刑罰と処分についての理解は、大枠的なものとどまる。

二、処罰の根本原理——国民の欲求

刑罰権の根拠に関する西原説の出発点は、人間の欲求にある¹⁶⁶⁾。それは、国民が、犯罪によって自分の利益が犯されるのを防ぐために刑罰を必要と感じる欲求を指す。いかなる犯罪に対していかなる刑罰を科すかを定める立法作業は国民主権に立脚するとし、刑罰権の実質的根拠を、人民主権原理と、憲法に内在する人権保障理念に求める¹⁶⁷⁾。したがって、西原説では、刑法は国民の自主規制の産物である。

西原は、国民の総意がある犯罪に対しある刑罰を科すことを必要だと考えた以上は、犯罪者が犯罪や刑罰の意義を十分理解していなくても刑罰を科すことができ、また科さなければならないとし、さらに、「犯罪に対する制裁が犯罪者の人格としての存在、自由および尊厳性を侵害する」ことがあっても、国民の総意がそれを必要とする以上は是認され、また是認しなければならないとする¹⁶⁸⁾。しかし、同時に、国民個人はきわめて片面的かつ情緒的反応をする存在であるため、その情緒的な反応を合理的な国民的欲求に導いていくためには、犯人側のいろいろな事情を斟酌し、あるいは刑罰権を多用することの恐ろしさを考慮する場合に生じる情緒的反応なども並列させて、差引合計するほかないと説明する。それによれば、国民は、処罰の利益・不利益を同時に受ける存在である。西原説にいう国民的欲求はルソーのいう「一般意思」と同じであり、その内容は、「もし平均的な国民が非行の状況とそれに対する刑法制定の意義についての正確な

166) 西原春夫「刑罰権の哲学的基礎」刑法雑誌25巻1号（1982年）149頁-150頁参照。

167) 西原・前掲注（166）150-151頁参照。人民主権原理と人権保障理念の内容につき、人民主権原理は国民の自主規制であり、人権保障理念は、刑法による自主規制が国民の利益を擁護するために必要な最低限のものに止まらなければならないとする理念をいうとする。

168) 西原・前掲注（166）151頁。

認識を持ったならば抱いたであろう欲求」であると説明する¹⁶⁹⁾。

刑罰権の根拠を国民の欲求に求める実益を、西原は、次の二点に見出す。第一に、刑法は国家が国民に与えるものでなく国民が自ら作るものだという罪刑法定主義の本来の趣旨を理論づけるのに役立ち得る¹⁷⁰⁾。第二に、刑事立法に際して、国民一般の処罰への欲求がないのに国民個人から遊離した犯罪類型を作り出すのを防ぐのに役立つ¹⁷¹⁾。西原は、「国民的欲求」という言葉が「情緒的反応をする国民個人の算数的総和」と誤解されるおそれがあること自覚しつつも、それにも関わらず、この見解を主張する。

三、刑罰と処分

西原は、刑罰と処分の本質を、国家からの非難および応報とみる¹⁷²⁾。刑罰の機能には、報復感情融和機能、保安的機能、贖罪的機能、予防的機能の四種があるとし、特に予防的機能に、威嚇による一般予防的機能と犯人自身への働きかけである特別予防的機能が含まれるとする¹⁷³⁾。さらに、刑罰の機能とは異なる刑法の機能が存在するとしうえ、それは、一定の犯罪に対し一定の刑罰を加えることを予告することによって、当該犯罪に対する国家の規範的評価を明らかにするという規制的功能であるとする。

刑罰と処分の関係につき、西原は、両者を明確に区別する立場に立つ。刑罰は刑法上の非難および応報と捉えるのに対して、「行政処分は行政取締法上の保安処置であり、損害賠償は損害の公平な分担である」とし、保安を目的とする処分を行政法上の概念と捉える¹⁷⁴⁾。

169) 西原・前掲注(166)155頁-156頁参照。

170) 西原・前掲注(166)156頁-157頁。

171) 西原・前掲注(166)157頁。

172) 西原春夫『刑法の根底にあるもの』(一粒社、1979年)64頁-65頁。

173) 西原・前掲注(172)63頁-64頁。

174) 西原・前掲注(172)64頁-65頁。

四、責 任 論

西原は、規範的責任論に立脚する¹⁷⁵⁾。それによれば、責任は、刑罰を受けるべき法律上の負担を意味し、その内容は、違法行為を行ったことに対する社会倫理的な非難であるとする¹⁷⁶⁾。ここで、責任の内容は「非難」とされる。その理由として、意思の非決定性を前提とする人間性を基礎とし、違法行為に出るか否かの決定が人の理性に委ねられているとみるからこそ、それに対して「けしからぬ」という非難が可能になるという。

この責任の理解に加えて、西原は、素質および環境が意思決定に対して影響を与えるという観点から、素質・環境と意思決定との関係を、次のように捉えるべきと説明する¹⁷⁷⁾。例えば、精神病者の行動のように、素質的環境的要因が意思決定ないし行動に対し必然的拘束的な影響をもったことが立証された場合には自由意思は考えられず、他行為可能性がなく、非難としての責任は成立しえないとする。これに反して、素質的あるいは環境的要因の意思決定に対する必然的拘束的影響が立証されない場合には意思自由が想定され、非難の余地を認めることができるとする。しかしこの場合にも、生活経験から観察される素質的環境的要因の影響度合いによって他行為可能性の余地が伸縮し、それに応じて非難としての責任の量が決まってくるのではないかとする¹⁷⁸⁾。

累犯者への加重につき、西原説では、基本的にこのような者は刑の執行の意義を無効とするほどに規範意識が鈍磨しているから、行為者に対する非難性は通常人よりも低く、刑が軽減されるという方向でみる¹⁷⁹⁾。しかし累犯者の場合には、規範に対する侵害の程度が初犯者に比べて格段に重いとする。すなわち、累犯者の場合、規範に対する侵害が二度目以上で、しかも単に確定判決を受けたばかりでなくその執行をも受けた上で

175) 西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977年）389頁。

176) 西原・前掲注（175）389頁参照。

177) 西原・前掲注（175）391頁参照。

178) 西原・前掲注（175）391頁－392頁参照。

179) 西原・前掲注（175）397頁参照。

のことであることから、違法性の程度が重く、行為者に対する非難性の軽減を帳消しするに至らず、結局、責任の量は初犯者よりも重くなるとする¹⁸⁰⁾。

五、処分への評価

刑罰と処分を明確に区別し保安的機能を行政処分上の効果とする西原は、保安処分に対して慎重な姿勢を貫く¹⁸¹⁾。1974年刑法改正草案における処分規定につき、処分それ自体の検討は存在しないが、保安処分導入に傾いていた時期である1969年に、その導入に備えて、自らの論文において、処分に関する請求手続きの問題点、審判手続きの問題点など、種々の問題を指摘した¹⁸²⁾。

第五款 宮澤浩一の見解

一、基礎

宮澤は、精神病者の治療の観点から、治療処分の導入を強く支持し、刑罰のほかに処分が必要であるという主張を1965年頃から一貫して主張した¹⁸³⁾。保安処分導入反対への風向きが強くなった後も処分の必要性を説き、手続きを含めた詳細な検討を行う。宮澤が治療処分に賛成する理由の中核には、入院が必要な精神病者の収容を拒否したり、あるいは早期に退院させてしまうなどして十分な治療が確保されていないということに対する問題意識がある。

180) 西原・前掲注 (175) 397頁参照。

181) 西原・前掲注 (175) 58頁は、「保安処分の採用には多くの問題が伴うので、なお慎重な検討が必要である」とする。

182) 西原春夫「保安処分手続の問題点」法律時報41巻2号(1969年)13頁-22頁参照。

183) 宮澤浩一「刑事政策演習講座(25)改善・保安処分(その1)」警察学論集44巻5号(1991年)139頁。

二、刑罰論と責任論

宮澤は、刑罰を害悪と捉え¹⁸⁴⁾、応報を重視する立場に立つ。また、責任につき、宮澤は、個別行為責任を考慮する¹⁸⁵⁾。通常責任能力者に対する責任非難の内容は、市民一般の守るべきルール意識を覚醒させ、改善的に働きかけ、社会適応能力の回復ないし自覚を促させる社会復帰的なものとする¹⁸⁶⁾。

三、処分制度の必要性

宮澤は、現行刑法が処分を規定せず刑罰のみを規定していることにつき、本来、責任を問えない者に責任を問うものとして処罰を科すものであって、「責任刑法という見地からみて疑問がある」とする¹⁸⁷⁾。宮澤説によれば、刑を受ける前提としての責任能力、是非善悪についての判断能力、その能力による自制心（制御能力）の点で極めて疑問な人間に「刑罰」を科すことはナンセンスであって、責任無能力と認めるべき者を限定責任能力者ということにして、無期か、かなり長期にわたって刑務所内に隔離するという方法で、実は「処分」をしているのではないかと主張する。そして、このような状況の原因を、処分が規定されていないことに見出す¹⁸⁸⁾。

宮澤によれば、保安処分（治療処分）の現代的意義は、犯罪を犯した精神障害者に対して、その障害を適切に治療し、社会生活に適應しうるように改善すべく努め、その努力を通じて犯罪者の社会的侵害性を低減せしめることによって社会の安全性を維持・確保することにある¹⁸⁹⁾。すべての

184) 宮澤浩一・大谷實（編）『刑法総論』（青林書院、1976年）6頁参照。

185) 宮澤・大谷（編）・前掲注（184）12頁参照。

186) 宮澤・大谷（編）・前掲注（184）14頁－15頁。

187) 宮澤・大谷（編）・前掲注（184）7頁。

188) 宮澤浩一「刑事政策演習講座(26) 改善・保安処分（その2）」警察学論集44巻7号（1991年）139頁以下参照。

189) 宮澤浩一「刑事政策演習講座(27) 改善・保安処分（その3）」警察学論集44巻8号（1991年）119頁参照。

精神障害犯罪者が危険な犯罪者なのでなく、高齢の頻回行為者など、刑事司法よりも社会福祉で対応するほうがより適していると思われる者が少なくなく、施設内処遇の限界をわきまえて、適した対象者に適した処遇を行うべきと主張する¹⁹⁰⁾。

四、刑罰と処分

刑罰と処分の区別につき、宮澤は、両者は性格上異なるものであるが、執行において区別することはできないとする立場に立つ。

保安処分の理解につき、すでに犯罪を犯した者が再犯を犯すことを予防し、あるいは、将来犯罪を行うおそれのある者(犯罪を犯す危険性のある者)に対して加えられる、刑罰とは異なる性格をもつ犯罪予防処分をいうとする¹⁹¹⁾。自由剥奪を伴う保安処分は、将来、犯罪を犯す危険性のある犯罪者に対して社会防衛のために科せられる処分であると解するが、宮澤が想定している処分は治療処分であって、保安監置を肯定するわけではない¹⁹²⁾。

刑罰と処分の性格的な相違点は責任主義との関連の有無にあるとするが、両者の区別に関する検討には立ち入らず、ミュラー＝ディーツ説を引用して、両者の概念的区別を重視しない立場に立つ。それによれば、両者に区別を設けるよりもむしろ犯罪人の社会復帰が共通の目的であるとし、それぞれがどのような機能を発揮すべきであるかを中心として両者を検討するのが一般的であると説明する¹⁹³⁾。

190) 宮澤・前掲注(189)119頁以下。

191) 宮澤・前掲注(183)143頁。

192) 宮澤・前掲注(183)153頁。

193) 宮澤浩一「刑事法内外の動き(17)改善・保安処分(その一)——総説」法学セミナー308号(1980年)95頁参照。宮澤・前掲注(183)154頁-155頁は、「保安監置」、「保安拘禁」はかなり問題のある処分であると指摘したうえ、保安監置(保安拘禁)の名称に関して、これらはまさしく「保安」のための「制裁」であるので、こうした処分でないのであれば、「改善処分」、「治療処分」の語を使用すべきとする。

処分との関連において、不定期刑をどのように解するかが問題となるが、宮澤自身は、明確に立場を示さず、結論を留保している¹⁹⁴⁾。もっとも、刑罰によるか処分によるかよりも、効果があるか否かを重視する宮澤は、累犯者対策につき、「できるだけ効果的な処遇を充実し、処遇期間を可能な限り短縮する」¹⁹⁵⁾ことを支持する。

五、執行順序

宮澤は、刑と処分の双方が言い渡されるときいずれを先に執行するかにつき、本来の意味での保安処分である保安監置にあっては、通常は刑罰を先に執行し、刑期満了後、なお危険が認められる限度で処分を引き続いて執行すると解する¹⁹⁶⁾。

対して、精神障害を有する犯罪者、アルコール・薬物依存症のある犯罪者の場合、先に精神障害や中毒症状を治癒・除去し、その後に刑罰を執行すべきとする¹⁹⁷⁾。さらに、処分を先執行した場合、それと併せて刑罰を言い渡された場合の執行に関して、宮澤は、処分の執行期間の一部または全部を刑に算入する代替主義を支持する。刑罰と処分は、その執行を受ける者にとって自由剥奪という点で同じ苦痛であるとし、処分に重ねて刑罰を執行する必要はなく、それどころか、処分に加えて刑罰を完全な形で執行するのは、かえって社会復帰を妨げると説明する¹⁹⁸⁾。

194) 宮澤浩一「責任主義」中山研一・西原春夫・藤木英雄・宮澤浩一（編）『現代刑法講座 第2巻 違法と責任』（成文堂、1979年）181頁参照。

195) 宮澤浩一「累犯者問題と我が国刑事政策の今後の展望」法律のひろば42巻1号（1989年）19頁。

196) 宮澤・前掲注（193）95頁参照。もっとも、同95頁によれば、宮澤博士は、処分を先執行した場合にそれと併せて言い渡された刑罰の執行をどうするかにつき、「その執行を受ける者にとって、自由剥奪という点で刑罰と同じ苦痛を加えられている」とし、処分に重ねて刑罰を完全な形で執行する必要はなく、そのような余計な負担を許すことは、社会復帰にとってかえってマイナスであると解している。

197) 宮澤・前掲注（193）95頁参照。

198) 宮澤・前掲注（193）95頁参照。

六、危険性予測の批判への反論

処分の導入を肯定する宮澤は、処分を言い渡す前提として、行為者の危険性予測を可能であると考ええる。精神衛生法の「自傷他害のおそれ」にいう「おそれ」を「将来の行動の予測」¹⁹⁹⁾と解し、処分における危険性予測は、精神法上の予測と同じ意味であるとする。宮澤によれば、危険性予測の要件は、将来、犯罪を犯すおそれのある者を抽出する機能を果たす²⁰⁰⁾。

七、処分への評価

宮澤は、治療処分導入の必要性を一貫して主張した。処分を言い渡す前提として、行為者の将来の危険性の認定も可能であると考ええる。ハインツ・ミュラー＝ディーツと同様、刑罰と処分の概念的区別には主な関心を払わず、実務的問題の解決を重視する。特に、治療が必要な精神病者の収容を拒否したり、あるいは、早期に退院させてしまったりして十分な治療が確保されていないこと、責任無能力者として扱われるべき者が限定責任能力者として扱われ、無期またはかなり長期にわたって刑務所内に隔離されていることに、強い問題意識をもっていた。

199) 宮澤浩一「刑事法内外の動き(18)改善・保安処分(その二)——個別問題」法学セミナー 309号(1980年)36頁。

200) 河上和雄・広瀬貞雄・宮澤浩一「保安処分の当面する課題」法律のひろば34巻2号(1981年)12頁参照。