

「保安」処分からみた「刑」法

松 宮 孝 明*

目 次

- 1 問題の所在
- 2 ドイツの保安監置
 - (1) その内容と歴史
 - (2) 欧州人権条約との関係
 - (3) 憲法裁判所の「懸隔命令」と法改正
 - (4) 「刑罰」と責任無能力を前提としない「処分」との関係
- 3 日本法の現状
 - (1) 1974年改正刑法草案まで
 - (2) 強制医療——精神障害者福祉法と医療観察法
 - (3) 「治療」を阻害する刑罰と根本問題の解決
- 4 「保安」処分からみた「刑」法——むすびに代えて

1 問題の所在

「刑」法とは何か。これを「保安」処分との対比から考えてみようというのが、本稿の趣旨である。あらかじめ前提を述べるなら、「刑」法とは「刑罰」に関する法である。というのも、「刑」法とは、文字通りに受け止めれば、「刑罰を法効果とする法」を意味するからである。したがって、「処分」や「損害回復命令」を法効果とするものは、「刑法」というタイトルの法律に規定されていても、「刑」法ではない。

では、ここにいう「刑罰」とは何か。本稿では、とりわけ人を施設に閉じ込める自由刑・拘禁刑との類似性が指摘されている、「純粋な」保安処

* まつみや・たかあき 立命館大学大学院法務研究科教授

分であったはずのドイツの「保安監置」（Sicherungsverwahrung）をめぐるこの間の議論および立法を素材として、この問題にアプローチしようと思う。

ここにいう「保安監置」は、本来は、治療ないし医療や教育その他の対象者の改善によって問題行動を予防しようとする強制処分ではなく、純粋に問題行動の将来の危険性を理由として社会や本人の保護のために課される自由剥奪処分、すなわち「純粋な」保安のための処分であった。「純粋な」保安のための処分の中には、犯罪収益が犯罪に再投資される可能性を奪うための犯罪収益の剥奪や、犯罪手段の没収といった、対物的処分も含まれよう。しかし、本稿では、移動の自由の剥奪を伴う「保安監置」のみを俎上に挙げる。したがって、この中には、治療ないし医療、教育等を本来の目的とする、つまり「純粋な」保安のためではない自由剥奪処分——日本の1974年改正刑法草案にいう「治療処分」や「禁絶処分」、ドイツ刑法63条や64条にいう「改善処分」等——および対物的処分は含まれない。

「保安監置」のような「純粋な」保安のための自由剥奪処分といえば、日本では、1941年改正により治安維持法に導入された「予防拘禁」がその典型である。1927年の刑法改正予備草案および1940年の改正刑法仮案でも「予防拘禁」が規定されたが、1961年の改正刑法準備草案および1974年の改正刑法草案では、その採用は見送られた。その結果、日本では、1961年以降、医療的な自由剥奪処分である治療処分と禁断処分のみが、「保安処分」として議論の対象となってきた。さらに、1981年の法務省「刑法改正作業の当面の方針」はこれを「治療処分」に統合したため、それ以降は、医療的な自由剥奪処分である治療処分のみが、「保安処分」として議論の対象となってきた。

しかし、国外では、「純粋な」保安のための処分としての「保安」処分が存在している。その典型が、ドイツの「保安監置」であった。そのため、そのような制度を持つ国では、それが自由「刑」（＝拘禁「刑」）とどのように異なるのかが、それも以下で述べる現実的な問題を孕んで、議論

されている。そのような制度は、厳密には純粹に危険性を根拠とする拘禁を認めていないように思われる欧州人権条約と緊張関係に立っているからである¹⁾。

この緊張関係を緩和し、条約違反と判断されないためにも、ドイツでは自由刑の執行と「保安監置」のそれとの区別を明確にするために、ドイツ連邦憲法裁判所によって「懸隔命令」(Abstandsgebot)が発せられ²⁾、それに基づく制度設計と法改正³⁾が行われている⁴⁾。

以下では、その内容を紹介し、ここから、「刑罰」および「刑」法とは何かという問いへの逆照射を行い、類似の問題が日本ではどのように解決されようとしてきたのかを明らかにして、そこから「刑」法の意味を考察する。その際、とりわけ、日本における「保安処分」およびその後の医療観察法や「治療」をめぐる議論が参照される。

-
- 1) 個別事件についてであるが、ドイツの「保安監置」を欧州人権条約5条1項および7条1項に違反するとしたものとして、2009年12月17日の判決(M. v. Germany - 19359/04)、2011年1月13日の判決(Haidn v. Germany - 6587/04)がある。後者については、高山佳奈子「事後的保安監置の可否」小畑郁ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例II』(信山社、2019年)234頁にその紹介がある。
 - 2) 2011年5月4日の連邦憲法裁判所判決(BVerfGE 128, 326)である。本判決については、宮地基「保安拘禁に関する規定の遡及適用」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』(信山社、2018年)90頁にその紹介がある。
 - 3) Gesetz zur bundesrechtlichen Umsetzung des Abstandsgebots im Recht der Sicherungsverwahrung v. 5. 12. 2012, BGBl. I 2012, S. 2425.
 - 4) なお、最近のドイツの保安監置制度について紹介する日本語文献として、石塚伸一「ドイツにおける保安拘禁の近年の状況について」刑法雑誌53巻1号(2013年)34頁、水留正流「保安監置の限界(1)」南山法学36巻3=4号(2013年)129頁、飯島暢「例外的な自由の剥奪としての保安監置？」関西大学法学研究所研究叢書第50冊(2014年)109頁、冠野つぐみ「刑罰とは何か(2)——非刑罰的措置と対比して——」立命館法学409号(2023年)158頁(182頁以下)等がある。

2 ドイツの保安監置

(1) その内容と歴史

ドイツ刑法は、現在、以下の三種類の保安監置を定めている。

第66条：刑事判決時に言い渡される保安監置

第66a条：留保された保安監置：刑事判決時に、刑期満了時に保安監置が
言い渡される余地があるとするもの

第66b条：事後的保安監置：刑事判決時の留保なしに精神病院への収容や
刑期が満了した時に命令される保安監置

また、同法66c条は、保安監置の執行方法について規定している。もっ
とも、その執行それ自体は州政府の管轄である。

このうち、刑事判決時に言い渡される保安監置はときに「伝統的保安監
置」とも呼ばれるもので、a) 生命、身体の完全性、個人の自由、または
性的自己決定に対する犯罪、b) 内乱罪ないし民主的法治国家を危殆化す
る罪、騒乱罪などの公共の秩序に対する罪、強盗・恐喝の罪、放火罪等の
公共危険犯、刑の上限が10年以上の自由刑である国際刑法典もしくは麻酔
剤法に該当する罪で2年以上の自由刑が言い渡された場合に、66条に定め
るその他の要件を充たしたときに、特別の保安監置施設に収容されるもの
である。

留保された保安監置は、一定の重大犯罪につき、66a条の条件を充たす
場合に、判決において保安監置を命じる権限を留保することができるとい
うものである。つまり、刑事判決時には、保安監置の可能性のみが宣告さ
れるのである。

これに対して事後的保安監置は、刑事判決時には保安監置の可能性も言
い渡されず、精神病院への収容や自由刑の執行終了時に、なお残る再犯の
危険性を理由として行われる保安監置である。もっとも、現在のドイツ刑

法66b条では、それは刑法67d条6項に基づく精神病院への収容が、その収容の根拠とされた責任能力を阻却しまたは軽減する状態が退院決定時に存在しなかったために退院が宣言された場合に限って、裁判所は、以下の場合に、その後に保安監置への収容を命じることができる。すなわち、①63条に基づく対象者の収容が、66条3項前段に列挙された複数の犯罪を理由として命じられた場合、または、63条に基づく収容に至った犯罪の前に行われた1つ以上の当該犯罪を理由として、対象者が既に3年以上の自由刑に処せられ、または精神病院に収容されていた場合、または、②対象者、その犯罪、さらに決定時までの発達の総合的評価から、被害者に重大な精神的または身体的危害を与える重大な犯罪を行う可能性が非常に高いことが判明した場合である。

保安監置は1933年に危険な常習犯罪人法によって導入され、戦後も維持されてきたが、被監置者の数は減り続け、とりわけ刑法大改正後の1970年には718人から200人にまで減少した。そのため1990年代にはすでに保安監置の廃止が議論されていた。しかし、1998年からは、判決時に言い渡されるドイツ刑法66条の保安監置の10年という期限が撤廃され、しかも、それは遡及適用された⁵⁾。同時に、保安監置の要件も緩和された。2002年には同法66a条に留保された保安監置が規定され、2004年には同法66b条により保安監置の遡及的延長が可能とされた⁶⁾。これらの改正は、2004年にドイ

5) その背後には、2001年に起きた少女に対する性的殺人と、これをきっかけにした子供への性犯罪に対する、メディアによって煽られた人々の不安に反応する象徴的政策のポピュリストティックなリアクションがあるとするのは、Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger (Hrsg.), Nomos Kommentar (=NK) StGB Bd. 2. 6. Aufl. 2023 § 66a Rn. 1. (Dessecker).

6) その背後には、これも先のメディアに煽られた人々の不安に反応するポピュリストティックなリアクションがあるが、事後的保安監置については、さらに、これを2001年に導入したバーデン・ヴュルテンベルクおよびバイエルンの州レベルの「危険犯罪者収容法」が連邦の管轄を犯すとして連邦憲法裁判所により2004年2月10日判決 (BVerfGE 109, 190) で違憲とされたという事情がある。その間隙を埋めるものとして、連邦は2004年7月23日の改正法 (BGBl. 2004 I 1838) によって、刑法典の中に事後的保安監置を設けたのである。Vgl. NK § 66b Rn. 1. (Dessecker).

ツ連邦憲法裁判所により承認された⁷⁾。さらに、2003年、2007年および2008年には、刑法典と少年裁判所法において、命令の前提条件が拡大された。その結果、保安監置された者と公判前勾留中の者の数は再び急増し、2010年までに500人を超えた⁸⁾。近年はこの水準で推移しており、2022年には604人となった⁹⁾。

これらの保安監置は、それが実質的に自由刑と異ならないなら、犯罪を理由として言い渡される刑罰類似の拘禁となるので罪刑法定原理および責任主義に反し、さらに、とくに事後的保安監置については、これが事後的保安監置導入のための改正法が施行される前に犯された罪を理由に拘禁されている者に遡及的に適用されるなら、罪刑法定原理の派生原理としての事後法の禁止にも反することになる。ここに、保安監置と刑罰、とくに自由刑との区別問題および刑罰とは異なる正当化根拠問題が発生することになる。

(2) 欧州人権条約との関係

欧州人権条約は、その5条1項に、以下のいずれかの事由で、かつ法律で定める手続に基づく場合を除くほかは、人はその自由を奪われないと規定している。

- (a) 権限のある裁判所による有罪判決の後の人の合法的な拘禁
- (b) 裁判所の合法的な命令に従わないためのまたは法律で定めるいずれかの義務の履行を確保するための人の合法的な逮捕または拘禁
- (c) 犯罪を行ったと疑う合理的な理由がある場合または犯罪の実行もしくは

7) BVerfGE 109, 133. なお、これらの改正については、水留・前掲注 4) 129頁が日本語で紹介している。

8) Vgl. L. Dilling, Wegschließen für immer? Die Sicherungsverwahrung aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention, Göttinger Rechtszeitschrift 2/2019, 72f.

9) Vgl. Anzahl der Strafgefangenen in Sicherungsverwahrung in den Justizvollzugsanstalten in Deutschland von 2014 bis 2022. (<https://de.statista.com/statistik/daten/studie/75094/umfrage/strafgefangene-in-sicherungsverwahrung/>)

犯罪の実行後の逃亡を防ぐために必要であると合理的と考えられる場合に、権限ある司法機関に連れて行くために行う合法的な逮捕または拘禁

(d) 教育上の監督のための合法的な命令による未成年者の拘禁または権限のある司法機関に連れて行くための未成年者の合法的な拘禁

(e) 伝染病の蔓延を防止するための人の合法的な拘禁または精神障害者、アルコール中毒者もしくは麻薬中毒者または浮浪者の合法的な拘禁

(f) 不正規に入国するのを防ぐための人の合法的な逮捕もしくは拘禁または追放もしくは犯罪人引渡しのために手続がとられている人の合法的な逮捕もしくは拘禁

このうち、(a)は、犯罪に対する刑罰としての拘禁であり(ただし、責任に応じた刑を超える保安刑を排除するものではない)、(b)(c)は刑事手続その他の裁判所の命令ないし法律上の義務の履行確保のための拘禁または未決の拘禁、(d)は保護処分などの未成年者に対する教育的処分としての拘禁、(e)は伝染病の感染防止その他の医療的な強制および浮浪者対策のための警察行政的拘禁、(f)は出入国管理ないし犯罪人引渡しのための拘禁を意味する。

注目すべきは、この中に、再犯その他の重大犯罪実行の危険を理由とする「純粋な」保安のための拘禁は含まれていないことである。あわせて、(a)の拘禁は犯罪を理由とする刑罰としての拘禁と解されるので、欧州人権条約7条1項後段の「何人も、犯罪が行われた時に適用されていた刑罰よりも重い刑罰を科されない。」という事後の重罰禁止が適用される。

そこで、加盟国の条約違反を審査する欧州人権裁判所の2009年12月17日の M . v. Germany 判決¹⁰⁾では、ドイツの保安監置は、自由刑の執行と保安監置の執行との間に実質的な相違はないなどの理由から、条約7条1項にいう「刑罰」(penalty)であると結論された。それゆえ、自由刑の執行

10) 前掲注1) EGMR(=ECHR), Urt. v. 17. 12. 2009 - Nr. 19359/04 - M ./. Deutschland wg. Nachträglicher Entfristung.

終了間近の時期に、犯罪行為時点より後に制定された法律の下で、遡及的に申立人に課された期限の定めのない「事後的保安監置」は、条約7条1項に違反するとされたのである。

その結果、ドイツでは、2010年の改正で、刑法66条は統合され、刑法66b条の事後的保安監置は大幅に限定され、刑法66a条の留保された保安監置が拡大された。さらに、ドイツの立法府は、事後的延長によって影響を受ける保安監置中の者の拘禁継続のための法的根拠を、治療収容法(Therapieunterbringungsgesetz=ThUG)によって創設した。

加えて、2011年1月13日の Haidn v. Germany 判決¹¹⁾では、強姦罪での刑期を終える3日前に、犯罪行為後に施行されたバイエルン州危険犯罪者収容法に基づいて刑執行裁判所が言い渡した期限の定めのない保安監置につき、原有罪判決時には裁判所にそれを言い渡す権限がなく、かつ、刑執行裁判所によって下された命令は、有罪の認定と関連性がないといった理由で、有罪判決と拘禁との間に十分な因果関係がないため、欧州人権条約5条1項(a)の目的上、「有罪判決後」の拘禁には該当しない上に、さらなる犯罪の可能性は、犯行の場所と時間、または被害者に関して十分に具体的ではなかったという理由で5条1項(c)にも該当せず、さらに、ドイツの法制度では、危険な犯罪者を予防目的で刑事施設に収容することと、精神障害者を精神病院に収容することは区別されており、申立人は、危険な犯罪者に関する法律の下で通常の刑事施設に拘禁されていたのであるから、5条1項(e)にも該当しないとして、全員一致で、申立人に対する当該保安監置は条約5条1項に違反するとされた。

さらに、ドイツ刑法66b条の事後的な保安監置命令に関し、2012年4月19日の欧州人権裁判所判決¹²⁾は、欧州人権条約35条1項は、欧州人権裁判

11) 前掲注1)のバイエルン危険犯罪者収容法を根拠とする事後的、遡及的な収容に関する EGMR, Urt. v. 13. 1. 2011 - Nr. 6587/04 - Haidn ./ Deutschland.

12) EGMR, Urt. v. 19. 4. 2012 - Nr. 61272/09 - B ./ Deutschland. この判決では、申立人は、自由刑の刑期を完全に終えた後に遡及的に命じられた保安監置が、欧州人権条約5条1項によって保護されている自由への権利を侵害していると主張していた。

所への訴えは、少なくとも実質的に、国内法に定められている形式的要件と期限を遵守して、適切な国内裁判所に対して行われるべきであったことが必要であり、申立人は、国内裁判所への訴えが確実に棄却されることを証明しない限り、申し立てられた条約違反に関して有効な国内制度における利用可能な救済手段を利用しなければならないと述べて、その訴えを却下した。しかし、その際、本判決は、ドイツ連邦憲法裁判所が、ドイツ刑法66b条2項を、刑法の遡及的適用の禁止および自由に対する憲法上の権利の両方に適合するものとみなしていることに留意すると述べており、ドイツ連邦憲法裁判所の判断を牽制している。

つまり、すでになされた犯罪ではなく、将来の再犯その他の重大犯罪実行の危険を理由とする「純粋な」保安処分は、欧州人権条約5条1項が列挙するどの拘禁理由にも該当せず、仮にすでになされた犯罪を理由とするのであれば、事後的保安監置は欧州人権条約7条1項の遡及処罰ないし事後法の禁止に触れるとされたのである。

(3) 憲法裁判所の「懸隔命令」と法改正

これら一連の欧州人権裁判所の判決を受けて、ドイツの連邦憲法裁判所も、2011年5月4日の判決¹³⁾において、それまでの考え方を変更し、保安監置について単なる拘禁ではなく「自由志向、治療志向の構想」を要求した。特に、自由刑の執行との十分な違いがなかったことが問題とされた。そこでは、保安監置のためのルールを考え方は、最低でも以下の「7つの原則」を含んでいなければならないとされた。「7つの原則」とは、以下のものである。

① 最終手段原理：保安監置は最終の手段としてしか命ずることはできない。必要に応じて、すでに刑の執行中に、行為者の危険性を減ずるためのあらゆる可能性が尽くされなければならない。

13) BVerfGE 128, 326.

② 個別化と集中の要件：包括的で科学的要件を満たす処遇の試みが、遅くとも保安監置の開始時に実施され、その結果を踏まえた処遇計画が作成されなければならない。特に治療の領域では、必要に応じて個別にカスタマイズされた治療を提供することで、あらゆる可能性を尽くさなければならない。

③ 動機づけの要件：期限の定めのない保安監置に伴って懸念される心理的影響には、処遇とケアを提供することで対処しなければならない。

④ 分離の要件：外部的な執行の枠組みは、通常の行刑（Strafvollzug）から明確な距離を示さなければならない。しかしながら、行刑から完全に空間的に分離する必要はない。

⑤ 最小化要件：提案される構想には、執行の緩和が規定され、釈放準備のためのガイドラインが含まれていなければならない。

⑥ 法的保護と支援の要件：被拘禁者には、自らの危険性を軽減するために必要な措置を講じることを求める法的権利が付与されなければならない。自分の利益を守る際には、彼は扶助されなければならない。

⑦ 監督の要件：保安監置の継続は、少なくとも年に一度、裁判所によって審査されなければならない。執行停止の状態ができていない兆候がある場合は、直ちに別の継続可否の審査が必要である。

この「7つの原則」を含む、いわゆる「懸隔命令」（Abstandsgebot）が守られていなかったため、憲法裁判所の裁判官は、当時の保安監置による自由権に対する介入は比例原理違反であると考えた。その上で、同判決は、ドイツ連邦憲法裁判所法（BVerfGG）35条¹⁴⁾に基づき、一定の条件の下、2013年5月31日までという期限を付した違憲規定の継続適用を命じた。これらの経過規定では、単なる懸隔命令（基本法104条1項、2条2項2文¹⁵⁾）

14) ドイツ連邦憲法裁判所法35条は「連邦憲法裁判所は、その裁判において、誰がその裁判を執行するかを決定することができる。また、個々の事件において、その執行方法および態様を規制することもできる。」と規定する。

15) ドイツ基本法104条1項は「人の自由は、正式な法律に基づき、そこに規定された形式に従ってのみ制限することができる。拘禁された者は、精神的にも身体的にも虐待を受

に対する違反か、それともそれを超えて正当な期待の保護の原則（基本法20条3項¹⁶⁾、2条2項2文）に対する違反があったかが区別された。後者に属する事後的な収容延長および収容命令の場合には、継続的な収容が許されるのは、欧州人権条約5条1項(e)の意味における精神障害があり、その結果、重大な性犯罪または暴力犯罪の具体的かつ高度の危険がある場合に限られるとされたのである。

そこで、ドイツ政府は、連邦憲法裁判所の要求を充たすように法改正を行い、2013年6月1日にこの新規定を施行した。そこでは、「懸隔命令」の実現に向けて2011年に連邦憲法裁判所が定めた「7つの原則」は、ドイツ刑法66c条にほぼ条文化された。連邦憲法裁判所の経過規定も、刑法施行法316f条にほぼそのまま採用された。ただし、2011年に違憲とされた刑法66条、66a条および66b条に基づく保安監置命令の要件は変更されなかった。

この新規定が施行されるまでの間、さらなる条約違反判決¹⁷⁾を経て、新規定の施行とそれに対応する保安監置の方向性が示された。もっとも、新規定による保安監置については、2016年1月7日の Bergmann v. Germany 判決¹⁸⁾および2018年12月4日の Inseher v. Germany 大法廷判決¹⁹⁾において、条約違反はない（ただし、若干の反対意見がある）との欧州人権裁判所の判断が示されている。

このうちの Bergmann v. Germany 判決では、申立人（Bergmann）は、

「なくてはならない。」と規定し、同法2条2項2文は「人身の自由は不可侵である。これらの権利には、法律に基づいてのみ介入することができる。」と規定する。

16) ドイツ基本法20条3項は「立法は憲法秩序に拘束され、行政権と司法権は制定法と法（Gesetz und Recht）に拘束される。」と規定する。

17) EGMR, Urt. v. 7. 6. 2012 - Nr. 61827/09 und 65210/09 - K ./.. Deutschland; EGMR, Urt. v. 19. 4. 2012 - Nr. 61272/09 - B ./.. Deutschland; EGMR, Urt. v. 28. 6. 2012 - Nr. 3300/10 - S. ./.. Deutschland; EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 - 7345/12 - Glien ./.. Deutschland.

18) EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 - Nr. 23279/14 - Bergmann ./.. Deutschland.

19) EGMR, Urt. v. 2. 2. 2017 und 4. 12. 2018 (GK) - Nr. 10211/12 und Nr. 27505/14 - Inseher ./.. Deutschland.

彼に対する法改正前の1986年に言い渡された保安監置の法改正後の遡及的延長がかつての法定最長期間である10年を超えて行われたことは、条約5条1項に基づく自由権および条約7条1項に基づく遡及処罰の禁止に違反すると主張した。これに対して欧州人権裁判所は、改正法に基づく保安監置は、申立人の精神障害を治療するための体制を整えた環境で行われる治療的措置であり、欧州人権条約5条1項(e)から見て「合法」であり、「法律で定められた手続きに従って」いたと評した。もっとも、欧州人権裁判所は、新規定の下でも、ドイツの保安監置は依然として「刑罰」を構成すると認定している。ただし、Bergmann の事案では、精神障害の治療の必要性を理由に措置が延長されたのであり、その性質と目的は大きく変化しているため、欧州人権条約7条1項の意味における「刑罰」ではないとしたのである。その結果、Bergmann の事案では、欧州人権条約違反はないとされた。

続いて、Inseher v. Germany 大法廷判決では、2013年6月1日に施行された「保安監置（区別）法」（刑法改正法）により、申立人は2013年6月20日以降、性犯罪者のための集中治療プログラムを提供する新設の保安監置センターに収容され、2014年9月18日、定期的な司法審査手続の枠組みにおいて、申立人の保安監置の継続を命じる新たな決定が下されたという事案について、条約違反の有無が判断された。

本件において欧州人権裁判所の大法廷は、申立人は条約5条1項(e)の目的から見て「精神障害者」であったと認定し、さらなる性犯罪をなす危険性が高いことから、保安監置センターで執行された限りにおいて、申立人にその後命じられた保安監置は、「精神障害者」（person “of unsound mind”）の合法的な拘禁として、欧州人権条約5条1項(e)に基づき正当化されるとし、同条約5条の違反はないと判断した（ただし、評決は15対2である）。

そこでは、新しい保安監置制度の下で設立された保安監置センターでは、憲法裁判所が要求するように、自由刑と保安監置の2つの拘禁形態を

区別することを目的として、「精神障害者」として申立人に課される拘禁の物質的条件は、通常の刑務所におけるものと比較して大幅に改善されていたとし、また、保安監置センターで申立人に提供されている治療は、適切かつ十分であるとした。

たしかに、保安監置を命じたり延長したりするためには、対象者が重大な犯罪で有罪であることが前提条件であった。しかし、この措置の焦点が当該人物の医学的・治療的処遇に置かれたという事実は、申立人のような人物の拘禁の性質と目的を変え、犯罪歴のある人物の医学的・治療的処遇に焦点を当てた措置へと変貌させたというのである。さらに、申立人の拘禁は比較的短い間隔で定期的に司法審査を受けていた。そのため、措置が長引かない可能性が高まったとされている。

したがって、欧州人権裁判所の大法廷は、今回問題となっている期間に新规定に従って実施された保安監置は、もはや欧州人権条約7条1項の意味における刑罰に位置づけられ得ないと考えた。その結果、当該措置について条約7条の違反は認められないとされたのである。(ただし、評決は14対3である)。

つまり、欧州人権裁判所は、2013年6月1日に施行された新しい「保安監置」は依然として欧州人権条約7条1項にいう「刑罰」に当たり得るのだけれども、少なくとも個々の申立人に対して実施されたものについては、申立人が同条約5条1項(e)の目的から見て「精神障害者」である限り、その拘禁は同条項によって正当化可能であって、かつ、その保安監置の焦点が当該人物の医学的・治療的処遇に置かれたことと彼の拘禁は比較的短い間隔で定期的に司法審査を受けていることから、もはや条約7条1項の意味における「刑罰」ではないがゆえに、条約違反はないとしたのである。

そこには、現在の保安監置は、重大な加害行為をなす危険のある「精神障害者」の拘禁に関する限り、同条約5条1項(e)による正当化が可能であり、かつ、適切な治療を与え拘禁が比較的短い間隔で定期的に司法審査

を受けていれば、事後的な収容や延長であっても条約7条1項に違反しないという考えがある²⁰⁾。

その結果、ドイツ刑法が規定する3種類の「保安監置」については、以下のような効果が生じる。

1) 刑法66条に基づく有罪判決時の保安監置は、刑事裁判の判決において命じられ、前提犯罪との十分な因果関係があるので、改正後の刑法66条が妥当する2013年6月1日以降に発生した「新事件」については、何の問題も生じない。しかし、それ以前の「旧事件」では、保安監置が命じられた時点では、それは法律で10年に制限されていた。刑法67d条による期限撤廃により、10年を超えて遡及的に拘禁が可能となったのは、1998年の法改正による。したがって、1998年改正法施行前の事件に10年を超えて保安監置が妥当することは、もはや裁判所の命令に基づくものではなく、法律の改正のみに基づくものであった。したがって、欧州人権条約5条1項(a)は、この点において充足されない。

2) 留保された保安監置に関するドイツ刑法66a条は、2段階の процедуру規定している。すなわち、刑事裁判所は、犯罪者の危険性がまだ十分確実には判断できないが、可能性が高い場合、判決の中で保安監置を命じる権限を留保する。保安監置が現実にも命令されるのは、刑期が終了する時点である。

これが元の犯罪行為と十分な因果関係を有しているかどうかについては、争いがあった。しかし、欧州人権裁判所は、2015年に、ドイツ刑法66a条が欧州人権条約5条1項(a)に適合すると判決を下した²¹⁾。最初の有罪判決の時点ですでに、有罪判決の法的効果によりその後の手続での身柄拘束命令があり得ることは明らかであり、この命令は国内実体法および

20) 同旨、Schönke/Schröder/Kinzig, Strafgesetzbuch Kommentar 30. Aufl. 2019, § 66 Rn.

1. あわせて、そこには、保安監置処分の執行と再社会化に向けた通常の行刑とをどのようにに区別するかという問題が残されていることが指摘されている。

21) EGMR, Urt. v. 10. 02. 2015 – Nr. 264/13 – Müller ./ Deutschland. 同旨、BVerfGE 131, 268.

手続法に適合しており、合法であって、欧州人権条約5条1項(a)はそれ以上を要求しておらず、十分な因果関係があるとしたのである。

3) 刑法66b条による事後的保安監置には、犯した犯罪に関する有罪の認定は含まれない。むしろ、それは、危険性の予測のみに基づいており、したがって、元の犯罪に関する判決とは全く因果関係のない後の追加的な状況に基づいている。したがって、欧州人権条約5条1項(a)には当たらない。

4) その結果として、「旧事件」への収容延長の遡及適用や事後的保安監置を正当化するためには、欧州人権条約5条1項(e)の「治療のための拘禁」が考慮されるようになる。

(4) 「刑罰」と責任無能力を前提としない「処分」との関係

このようにして、ドイツの保安監置と欧州人権条約との矛盾関係は、一応、解消されたように見える。もっとも、とはいえ、それには、以下のような火種が残されている。

1) 欧州人権条約5条1項(a)による拘禁は個別の犯罪行為を理由とするものであるが、それには「責任に応じた刑」(＝「責任刑」という限定はないため、有罪を理由とする自由刑と同時に、その執行後の「保安監置」を命じて、これには違反しない。さらには、これを一本化して、最初から「保安目的を含む刑」(＝「保安刑」)を言い渡しても、形式的には同項(a)による拘禁として正当化される余地がある(「保安刑」問題)。

2) 上述のように、「旧事件」への収容延長の遡及適用や事後的保安監置を正当化するために持ち出されようとした同条約5条1項(e)による治療としての拘禁は、対象者が「精神の障害」(unsound mind)を有していることを前提とする。しかし、「精神の障害」を理由とする拘禁であれば、すでにドイツ刑法63条に、「改善処分」としての精神病院への収容処分が規定されている。つまり、「保安監置」が前提とすべき「精神の障害」(unsound mind)がドイツ刑法20条の「責任無能力」や同法21条の「限定責

「任能力」が前提とする「精神の障害」（seelische Störung）と同じであれば、66条以下の「保安監置」はほとんど不要のはずである。そこで、「責任能力」で問題となる「精神の障害」と「保安監置」で問題となる「精神の障害」は異なっていてよいのか、という問題が生じる。

3) 加えて、ドイツ憲法裁判所が命じる「懸隔命令」（Abstandsgebot）の中には、「最終手段原理」として、「必要に応じて、すでに刑の執行中に、行為者の危険性を減ずるためのあらゆる可能性が尽くされなければならない。」という要件がある。しかし、そうであれば、自由刑の執行中にすでに行為者の危険性を減ずるためのあらゆる可能性が尽くされているはずであるから、それでも足りないという場合、「保安監置」の治療では何が行えるのかが問題となるはずである。

以下では、上記2)の「精神の障害」（unsound mind）概念の相対化という問題を中心に、「(自由) 刑」と責任無能力を前提としない「(保安) 処分」との関係を検討する。

ドイツ連邦憲法裁判所は2011年の判決でこの正当化の根拠を指摘し、立法府はこれを精神障害の概念とともに刑法施行法316f条2項2文および治療収容法（ThUG）1条1項1号に成文化した。しかし、2013年のドイツ連邦憲法裁判所による合憲限定解釈²²⁾以来、ThUGは空文化している。憲法裁判所によれば、刑法施行法316f条2項2文の厳格な要件²³⁾も適用されなければならないのである。したがって、決定的な要因は、刑法施行法316f条2項2文の要件に従って、精神障害が欧州人権条約5条1項(e)に該当するかどうかである。そうであるためには、当該人物が「精神の障

22) BVerfGE 134, 33.

23) 刑法施行法316f条2項2文は、「最終の対象犯罪の時にまだ施行されていなかった法令の規定に基づく保安監置の命令若しくはその継続、または精神科病院への収容の終了を要しないその後の保安監置の命令若しくはその後に命じられた保安監置の継続は、対象者が精神障害（eine psychische Störung）を患っており、かつ、対象者の身上またはその行為に関する具体的な状況から、対象者が当該障害の結果として最も重大な暴力的犯罪または性的犯罪をなすおそれが高いと推認される場合に限り、許される。」と規定する。

害」(unsound mind)を有しており、かつ、その人物または行動における具体的な状況から、その障害の結果として最も重大な暴力犯罪または性犯罪をなす危険性が高いことを推認できるのでなければならない。

ドイツ連邦憲法裁判所は、この「精神の障害」概念を非常に広く解釈している。これはドイツ刑法20条、21条とは関係のない独立したカテゴリーであり、「人格、行動、性的嗜好、衝動・衝動制御の特定の障害」、さらには「異常に攻撃的で深刻な無責任行動」をも対象としているというのである²⁴⁾。

もっとも、欧州人権条約にも欧州人権裁判所の判例にも、「精神の障害」の詳細な定義は存在しない。そのため、その判例でも、同条約5条1項(e)にいう「精神の障害」(unsound mind)を認定するために、ドイツ刑法20条、21条にいう「精神の障害」(seelische Störung)は必要ないとされる²⁵⁾。この考え方により、実際、欧州人権裁判所は、「旧事件」に対する同条約5条1項(e)を理由とする保安監置収容の遡及的延長を認めている²⁶⁾。

「精神の障害」に関するこのような広範な解釈には、疑問が提起されている。「精神の障害」の概念が十分に定義されておらず、あまりにも広範囲に及んでいるというのである²⁷⁾。実際、保安監置の対象者の大多数が人

24) BVerfG StV 2012, 25. この2011年9月15日の決定は、法改正前に対象者が有罪判決を受けた「旧事件」に対する保安監置の10年の上限撤廃による収容延長の遡及適用を、欧州人権条約5条1項(e)が充足される場合にのみ可能であるとする前提の下、そのためにはThUG1条1項1号にいう「精神の障害」(psychischen Störung)が必要であるが、立法者はこの概念を刑法20条および21条に拘束されることなく、新たな独立のカテゴリーとして創出したのだと述べている。

25) EGMR, Urt. v. 28. 11. 2013 - Nr. 7345/12 - Glien ./, Deutschland (前掲注17).

26) EGMR, Urt. v. 7. 1. 2016 - Nr. 23279/14 - Bergmann ./, Deutschland (前掲注18). 同旨、EGMR, Urt. v. 2. 2. 2017 - Nr. 10211/12 und 27505/14 - Ilseher ./, Deutschland; EGMR, Urt. v. 4. 12. 2018 (GK) - Nr. 10211/12 und 27505/14 - Ilseher ./, Deutschland (前掲注19).

27) Höffler, Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff, StV 2014, 168 (171).

格障害や精神病質を患っていることは経験的に証明されているにもかかわらず、欧州人権裁判所は、このような障害が収容を正当化するのに十分なほど深刻なものである場合の判断が、個々の事件において恣意的な決定を完全に排除するためにどのように行われるのかという疑問について、未解決のままにしている²⁸⁾。そのため、「精神の障害」という概念は、ドイツ刑法20条、21条を越えて危険なほど軟化し、危険性の基準はそれ自体のための隙間を作り出してしまふ。その結果、入院治療の要件は、新設された矯正施設を精神病院と同一視するものとなってしまう。

この問題は、上述の3) 自由刑の執行中にすでに行為者の危険性を減ずるためのあらゆる可能性が尽くされているのなら、「保安監置」の治療では何が行えるのかという問題につながる。保安監置の対象者には、前科が多く、犯罪の危険因子が多く、若い頃から犯罪が目立ち、すでに長い犯罪歴があることが多い。つまり、「精神医学的・心理療法的なみせかけ」により、欧州人権条約5条1項(e)を抜け道にして、「旧事件」への収容延長の遡及適用が可能となるのである。

もっとも、以上の火種を抱えつつも、ドイツの「保安監置」が、法理論上は、もはや「純粋な」保安のための処分としては存続し得なくなったことを、ここでは確認すべきであろう。もはや行為者の持つ重大犯罪の「危険性」だけでは、「保安監置」が予定する長期の身柄拘束は正当化され得ないのである。

さて、「行為者の——必ずしも精神障害に由来しない——危険性には刑罰でなく処分に対応する」という意味での「二元主義」を徹底していない国々では、このような火種に加えて、1) の「保安刑」での対処という問題が「責任に応じた刑罰」という意味での「責任主義」との緊張関係をもたらすことに注意しなければならない²⁹⁾。わが国も、その例外ではない。

28) Vgl. *Dilling* (Fn. 8), *Göttinger Rechtszeitschrift* 2/2019, 77f.

29) 「純粋な」保安のための処分を認めない欧州人権条約と欧州人権裁判所の判断に対して、ヴォルフガング・フリッシュ（金澤真理訳）「国際的法規範によって吟味を受ける保安」

そこで、以下では、この種の「保安」処分ないし「保安刑」問題に、わが国の立法および学説がどのように対応してきたかを概観してみよう。

3 日本法の現状

(1) 1974年改正刑法草案まで

冒頭で述べたように、わが国では、「純粋な」保安のための処分として、1927年の刑法改正予備草案および1940年の改正刑法仮案において「予防処分」(=「予防拘禁」)が規定された。その後、1941年改正により治安維持法に「予防拘禁」が導入された。しかし、1961年の改正刑法準備草案および1974年の改正刑法草案では、「予防拘禁」の採用は見送られた³⁰⁾。しかも、改正刑法草案では「精神の障害」を要件とする「治療処分」と飲酒または麻薬・覚醒剤その他の薬物使用の「習癖のある者」を対象とする「禁絶処分」が定められていたが³¹⁾、1981年の法務省「刑法改正作業の当面の方針」(以下、「当面の方針」と記す。)に沿って作られた「保安処分制度(刑事局案)の骨子」(以下、「刑事局案」と記す。)はこれを「治療処分」に統合し、飲酒または麻薬・覚醒剤その他の薬物使用の「習癖」のある場合でも、それが「一時的」とはいえ「精神の障害」によって「放火、殺人、傷

ㄨ監置」高田昌宏ほか編『グローバル化と社会国家原則——日独シンポジウム——』(信山社、2015年)386頁は、長期にわたる保安刑や有罪判決時の念のための保安監置の増加を懸念する。

30) あわせて、浮浪者・労働嫌忌者に対する「労作処分」も見送られた。その理由は、危険な常習犯に対する予防監置が、執行面で刑と区別し得ず、拘禁の長期化による人権侵害の危険があること、労働嫌忌者に対する労作処分なども、その必要性に疑問があるだけでなく、人権侵害の危険があることを考慮したためだとされている。法制審議会刑事法特別部会編『改正刑法草案：附・同説明書』(法曹会、1972年)155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)102頁参照。

31) 「治療処分」は改正刑法草案97条以下に、「禁絶処分」は同草案101条以下に規定されており、いずれも対象者を「保安施設」に収容するものとされている。なお、改正刑法草案の関連規定と「保安処分制度(刑事局案)の骨子」については、中山・前掲注30)213頁以下を参照した。

害、強姦、強制わいせつ又は強盗の罪に当たる行為をした者」のみを対象とするものに改める方針を打ち出した。その結果、日本では、1981年以降は、医療的な自由剥奪処分である治療処分のみが、「保安処分」として議論の対象となってきた。

なお、その改正刑法草案でも、「当面の方針」が不採用の態度を明らかにするまでは、「常習累犯に対する不定期刑」は残されていた。つまり、ドイツの保安監置のような「純粋な」保安のための処分の代わりに、常習累犯に対しては、その長期と短期を定めた「保安刑」としての「不定期刑」が予定されていたのである。ここでは、「不定期刑」が、「純粋な」保安のための処分を代替する役割を期待されていたといえよう。しかし、「当面の方針」では、それも外された。

このように見てくると、わが国では、ドイツの保安監置のような「純粋な」保安のための処分は問題とされておらず、したがって、——欧州人権条約との関係で、ではあるが——ドイツのように、その正当化問題で悩まされることはないかのように思える。しかし、ことはそう簡単ではない。

というのも、改正刑法草案の「保安処分」を引き継ぎ、「当面の方針」に沿って作られた「刑事局案」の「治療処分」は、前述のように、その対象犯罪を「放火、殺人、傷害、強姦、強制わいせつ又は強盗の罪」という重大犯罪に当たる行為をした者に絞った上、「これらの罪のいずれかに当たる行為をするおそれ」つまり「再犯のおそれ」を治療施設収容の要件とするとともに、「無期懲役以上の刑の定めのある罪に当たる行為をした者で、再びこれらの罪に当たる行為をするおそれがあるもの」については期限のない収容を可能とし、かつ「再犯のおそれがなくなったとき」を処分解除の要件としていたからである。それは、改正刑法草案の「保安処分」および「刑事局案」の「治療処分」が、「終局的には『保安主義』というところに帰一するもの³²⁾」であったことを示しているのである。

32) 中山・前掲注30) 211頁。

したがって、「刑事局案」の「治療処分」についても、すぐれて「保安」のための処分であり、再犯の危険性予測の不確実性、「治療」の内容の問題と並んで「純粹な」保安のための拘禁を正当化する根拠が見つからないといった問題を抱えていたといえよう。そして、結局のところ「刑事局案」の「治療処分」も実現することはなく、時代は次の、強制医療としての精神障害者福祉法の改正と医療観察法の制定問題に移っていくのである。

(2) 強制医療——精神障害者福祉法と医療観察法

2003年に制定された医療観察法（「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律」）は、現在、その2条1項において故意の放火の罪、不同意わいせつ・不同意性交等の罪、殺人および自殺関与・同意殺人の罪、傷害罪、強盗および事後強盗の罪を「対象行為」とし、その42条1項で、検察官が心神喪失等を理由に不起訴とした被疑者ないし裁判所により心神喪失を理由に無罪とされた対象者につき検察官の申立てがあった場合に、裁判所が「対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴って同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するため、入院をさせてこの法律による医療を受けさせる必要があると認める場合 医療を受けさせるために入院をさせる旨の決定」（同項1号。以下、「入院命令」と記す。）、「前号の場合を除き、対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴って同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するため、この法律による医療を受けさせる必要があると認める場合 入院によらない医療を受けさせる旨の決定」（同項2号。以下「通院命令」と記す。）、または「前二号の場合に当たらないとき この法律による医療を行わない旨の決定」（同項3号）をしなければならないと規定する（下線、いずれも筆者）。

同法は、1999年の「精神保健及び精神障害者福祉に関する法律³³⁾」（=

33) この法律で関連する強制医療は、その29条にある措置入院と33条にある医療保護入院である。

精神障害者福祉法)改正に伴う「附帯決議」にあった「重大な罪を犯した精神障害者の処遇の在り方につき、幅広い観点から検討すること」という項目が、その契機となったと考えられている³⁴⁾。つまり、議論の出発点は、医療法における強制医療の在り方だったのである³⁵⁾。

そして、医療観察法は、当初の政府案にあった「再び対象行為を行うおそれ」つまり「再犯のおそれ」が「精神障害を改善し、これに伴って同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するため」の「医療を受けさせる必要」に改められて成立した。このような修正により、本法は「再犯のおそれ」から「医療の必要性」に重点を移したものであり、『『保安処分』として本法を運用するという路線が事実上阻まれていることを示すもの』と評されている³⁶⁾。しかも、注意すべきは、ここにいう「医療の必要性」は、「入院命令」だけでなく、「通院命令」の要件ともされていることである。つまり、もはや「医療の必要性」だけでは、医療施設に閉じ込めることを正当化するものではないということである。

もちろん、それにもかかわらず本法の運用において「再犯のおそれ」を重視し、対象者の「リスクマネジメント」の必要性を説く動きは残っているが、ここでは、結局のところ、「純粋な」保安処分はわが国において実現しておらず、「医療の必要性」を根拠とした強制医療の拡大の中で、問題が扱われていることに注目すべきであろう。

あわせて、国連の「精神疾患を有する者の保護及びメンタルヘルスケアの改善のための諸原則」(1991年)の「原則16 非自発的入院」は、非自発的入院の際の退院制限の条件として、「a) その精神疾患のために、即時の

34) 中山研一『心神喪失者等医療観察法の性格』(成文堂、2005年)251頁等参照。

35) その背景には、2003年の医療観察法案参議院審議段階において、日精協(日本精神科病院協会)政治連盟から与党議員に過去5年間で総額1億5000万円の「政治献金」があったことが明らかにされている。それは、私立の精神病院が抱える「厄介な患者」を国公立の医療施設に預けようとするものだったようである。安原壮一「日精協の『政治献金』問題について」(<http://www.arsvi.com/2000/20031110ys.htm>)2023年12月18日確認。

36) 以上の点につき、中山・前掲注34)209頁参照。

又は切迫した自己若しくは他の人への危害が及ぶ可能性が大きいこと」または「b) 精神疾患が重篤であり、判断力が阻害されている場合、その者を入院させず、又は入院を継続させなければ、深刻な状態の悪化が起こる見込みがあり、最小規制の代替原則に従って、精神保健施設に入院させることによってのみ得られる適切な治療が妨げられること。」を挙げたうえ、「b)の場合、可能な場合には、第一の精神保健従事者とは独立した第二の精神保健従事者の診察を求めるべきである。こうした診察が行われた場合、第二の精神保健従事者が同意しなければ、非自発的入院、又は退院制限を行うことはできない。」と定めていることに注意しなければならない³⁷⁾。a)は警察行政の原理による介入が「即時の又は切迫した」自傷・他害のおそれに限定されることを示し³⁸⁾、b)はあくまで患者本人の「深刻な状態の悪化」を避けるために他に方法がないことを要件としているのである。

(3) 「治療」を阻害する刑罰と根本問題の解決

しかし、問題は、このような——通院命令もあるが——施設内を中心とする強制医療が犯罪ないし問題行動の予防、つまり「再犯防止」を有効に図れるのかというところにもある。この点に関しては、たとえば性犯罪につながる性依存や窃盗症(クレプトマニア)を治療するための刑事施設内やその外の専門機関での「認知行動療法」を取り入れたプログラムや³⁹⁾、薬物、アルコール、ギャンブル等を含む問題行動を制御しようとする「条件反射制御法」のプログラム⁴⁰⁾等が、一部で実施されている。

37) 「精神疾患を有する者の保護及びメンタルヘルスクアの改善のための諸原則」(chrome-extension://efaidnbmnnnnibpcajpcgclefindmkaj/http://www.kansatuhou.net/10_shiryoshu/pdf/UNmental_gensoku.pdf) 2023年12月18日確認。

38) この拘禁根拠は、欧州人権条約5条1項(c)についての欧州人権裁判所の理解にも、認められる。例えば、前掲注1) EGMR Urteil vom 17. 12. 2009. Nr. 19359/04 M. v. Germany.

39) 性依存と窃盗症に関して、神林美紀ほか『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』(日本加除出版株式会社、2021年)参照。

40) 平井愼二『条件反射制御法 物質使用障害に治療をもたらす必須の技法』(遠見書房、2015年)参照。

これらのプログラムについて詳論するには、すでに紙幅が尽きているが、無視できないのは、拘禁刑の執行は、執行中にこのようなプログラムを十分に提供できていないという問題も含めて⁴¹⁾、これらのプログラムの専門機関での実施を中断させたり阻害したりする傾向にあることである。そのために、真面目に治療に取り組む被告人には、再度の執行猶予を言い渡す裁判例も増えている⁴²⁾。この事実は、犯罪とされる問題行動を防止するためには、実は、刑罰よりも治療矯正の処分が、そしてそれ以上に強制ではない——が何かしらの誘因のある——専門機関でのプログラムのほうが目的に適っていることを明らかにするものである。これは、それにもかかわらず刑罰を言い渡し、さらには執行するのであれば、その目的は、「治療」でも「再犯防止」でもないということを意味する。なぜなら、仮にそうであれば、「刑」の内容は「治療」に純化したものになるべきはずだからである。もちろん、「責任」を前提とする刑罰は、「保安」を目的とするものでもない。仮にそうであれば、窃盗の常習犯は、窃盗癖が抜けたと証明できない限り、無期限に拘禁されるべきことになるからである。

したがって、我々は、「刑罰」に関する法である「刑」法を、犯罪行為者の「再犯防止」を目的とするものと考えるべきではない。「再犯防止」を目的とする法であるなら、それは、もっと「保安」モデルまたは医療モデルに接近した法とすべきであろう。むしろ、「刑」法の目的ないし存在意義は、「規範違反としての犯罪」を刑罰という害悪で否定し、それを通じて社会の骨格を成す規範を維持することにあると考えた方がよいであろう⁴³⁾。

41) 例えば、「強制わいせつ、強制性交等その他これに類する犯罪又は自己の性的好奇心を満たす目的をもって人の生命若しくは身体を害する犯罪につながる自己の問題性を認識させ、その改善を図るとともに、再犯しないための具体的な方法を習得させる」ことを目標とする「性犯罪防止指導」（通称「R3」）を実施している刑事施設は、全国68のうち19に過ぎないという指摘がある。神林ほか・前掲注39）66頁。

42) 窃盗症の事件に関して再度の執行猶予を得た弁護活動を報告するものとして、神林ほか・前掲注39）129頁以下。

43) これにつき、ギュンター・ヤコブス（松宮孝明編訳）『ギュンター・ヤコブス著作集 [第2巻] 刑法と刑罰の機能』（成文堂、2020年）37頁以下参照。

もっとも、問題行動が防止できればよいと考えること自体にも、再考の余地がある。というのも、例えば窃盗行為などの行為依存や薬物依存を含む依存症とは、「その人が辛い出来事や困難な状況などに耐えるために、依存行為を繰り返した結果である」と考える「自己治療仮説」が有力に主張されているからである。「快樂にふけりたいから」ではなく「苦痛から逃れたいから」アルコールに、薬物に、ギャンブルに、ネットやゲームにのめり込むのだというのである⁴⁴⁾。そのため、「幸運にも一時的な断酒や断薬に成功しても、困難や苦痛が依然として存在しているのであれば、その状態を継続することはむずかしく」なる⁴⁵⁾。

したがって、法制度を設計する側から見れば、「再犯防止」ないし問題行動の防止を超えた、対象者の抱える根本問題の解決が、究極の目標ということになろう。そのためには、刑事司法を超えて、福祉を主体とする連携への道を確立することが必要である。

4 「保安」処分からみた「刑」法——むすびに代えて

以上の検討から、次のことが帰結される。

(I) 必ずしも責任能力を否定しあるいは低下させる「精神の障害」を持たずに犯罪ないし問題行動を繰り返す行為者に対しては、「純粋な」保安のための処分は、欧州人権条約に拘束されるドイツでは、少なくとも法理論上は正当化できなかつた。それはあくまで、——広い意味での——「治

44) *EJ. Khantzian*, The self-medication hypothesis of addictive disorders: focus on heroin and cocaine dependence. *American journal of Psychiatry*. 1985 のアブストラクトでは、以下のように述べられている。すなわち、「薬物依存者の最近の臨床観察と精神医学的診断所見は、彼らが苦痛を伴う情動状態と関連する精神障害に苦しんでいるため、依存症になりやすいことを示唆している。」と (<https://pubmed.ncbi.nlm.nih.gov/3904487/>2023年12月18日確認)。さらに、エドワード・J・カンツィアン、マーク・J・アルバニーズ(松本俊彦訳)『人はなぜ依存症になるのか 自己治療としてのアディクション』(星和書店、2013年)参照。

45) 松本俊彦「訳者まえがき」カンツィアンほか・前掲注44) v頁。

療」を目的とし内容とするものとしてしか、存続できなかったのである。

(2) 表向きは「純粋な」保安のための処分を提案していなかった1974年改正刑法草案をめぐるわが国の議論においても、「保安」優位の「治療処分」の提案は実現しなかった。むしろ、その後に制定された医療観察法は、立案過程での修正により、「再犯のおそれ」から「医療の必要性」に重点を移したものであり、緊張関係はありつつも、『「保安処分』として本法を運用するという路線が事実上阻まれていることを示すもの⁴⁶⁾』となった。

(3) しかし、医療観察法などが予定する強制医療についても、対象者の自発的な参加を促す専門機関でのプログラムのほうが、より高い効果を上げているのではないかという問題がある。しかも、刑の執行は、このようなプログラムの実施を阻害する方向に作用する。

(4) それにもかかわらず刑罰を言い渡し、さらには執行するのであれば、その目的は、「治療」はもちろん「再犯防止」でもないということになる。したがって、我々は、「刑罰」に関する法である「刑」法を、犯罪行為者の「再犯防止」を目的とする法と考えるべきではない。むしろ、「刑」法の目的ないし存在意義は、「規範違反としての犯罪」を刑罰という害悪で否定し、それを通じて社会の骨格を成す規範を維持することにあると考えた方がよい。

(5) 法制度を設計する側から見れば、「再犯防止」ないし問題行動の防止を超えた、対象者の抱える根本問題の解決が、究極の目標になる。そのためには、刑事司法を超えて、福祉を主体とする連携への道を確立することが必要である。

* なお、本稿は、令和3(2021)年度基盤研究(C)「薬物事犯および財産犯における刑罰と処分および治療の兼ね合い」の研究成果の一部を成すものである。

46) 中山・前掲注34) 209頁。

【付記】 本稿脱稿後、飯島暢「ドイツにおける最近の刑事判例の動向(1)性犯罪者の保安監置と量刑(BGH, Beschluss vom 22. März 2022 - 1 StR 455/21)」現代法学45号(2023年)189頁に接した。それによれば、連邦通常裁判所(BGH)の2022年3月22日第1刑事部決定が、「自由刑を量定する際に、被告人に対して同時に保安監置による収容が命じられていた点を論じなかった」として原判決を破棄し差し戻したとのことである。しかし、飯島も述べているように、このように自由刑と保安監置との間に相互作用を認めて量刑への影響を認めると、両者に制裁としての共通性を認めることになり、せっかく——個別事案においてではあるが——「刑罰」でなく「治療」であるとして人権条約との矛盾を回避してきた欧州人権裁判所の、および「懸隔命令」によって合憲性を担保してきたドイツ連邦憲法裁判所の努力が水泡に帰してしまう。そこで、飯島によれば、同じBGHの第4刑事部はこれと正反対の見解を採り(BGH, Beschluss vom 10. Mai 2022 - 4 StR 99/22)、学説でも、それに同調するものが多いとのことである。