

刑罰とは何か(4)

——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	
第二節	保安処分賛成論の隆盛と保安処分反対論の出現	
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	(以上、410号)
第四節	2005年医療観察法制定と近時の議論状況	
第一款	加藤久雄の見解	
第二款	町野朔の見解	
第三款	浅田和茂の見解	
第五節	小 括	
第四章	近時の処分および刑事政策的検討	
第一節	ドイツにおける処分制度	
第一款	保安を目的とした処分	
第二款	治療を目的とした処分	
第三款	その他の処分	
第二節	ドイツにおける保安監置の正当化の試み	
第一款	判決後の経過	

* かのの・つぐみ 立命館大学衣笠総合研究機構法政基盤研究センター補助研究員

第二款	ケーラー説	
第三款	ヤコブス説	
第四款	欧州人権裁判所による保安監置法理への批判	
第三節	日本における処分制度	
第一款	現行制度および「隠れた」保安処分	
第二款	措置入院制度の問題点——長期入院の正当化根拠と治療目的	
第四節	処分との対比における刑罰の意味	
第一款	治療（矯正）の強制	
第二款	不定期刑の問題点	（以上、本号）
第五節	現行制度における医療的対応	
第六節	刑罰の意味	
第七節	小括	
第五章	結論	

第三章 日本における学説状況

第四節 2005年医療観察法制定と近時の議論状況

2005年に医療観察法が制定された。医療観察法は、心神喪失等の状態で重大な他害行為（殺人、重大な傷害、強盗、強制的性交等、強制わいせつ、放火）を行った者に対し、病状の改善及びこれに伴う同様の行為の再発の防止を図り、もってその社会復帰を促進することを目的とする。本法の特徴的な制度として入院制度があり、これらの重大な他害行為を行った者に対して、司法、精神医学、精神保健福祉の観点から適切な審判を行い、社会復帰に向けて精神障害者を強制的に入院させ（入院命令）、または通院させることによって（通院命令）、治療とケアを保障しようとする¹⁾。心神喪失等の状態で重大な他害行為を行い、不起訴処分や無罪となった行為者について、検察官が地方裁判所に処遇についての審判の申し立てをすることによって、①裁判官が入院・通院等の適切な処遇を決定すること、②国の責任において専門の医療機関を指定し、専門的医療を全国統一的に実施す

1) 大谷實『新版 精神保健福祉法講義〔第3版〕』（成文堂、2017年）174頁参照。

ること、③ 地域において継続的な医療保護を確保すること、を実現しようと試みる²⁾。

医療観察法が制定されるまでの学説の主な争点は、治療処分の導入の要否に絞られた。そのため以下では、医療観察法が制定されるまでおよび制定後の近時における日本学説を概観する。

第一款 加藤久雄の見解

一、基 礎

加藤は、犯罪学、とりわけ精神障害者への対応に関する論考を多数公表する。彼は、保安処分のうちの治療処分を支持し、これを「刑事治療処分」として刑法典に導入することを提案する。加藤の学説は、とりわけ、1980年代から2000年代初頭にかけて、精神保健法および精神保健福祉法、医療観察法下での触法精神障害者の扱いをめぐる展開される。

二、刑 罰 論

刑罰の本質につき、加藤は、これを刑法的規範違反に対する応報と解するが、刑罰の目的は、応報だけでなく、行為者の社会復帰の実現も含まれるとする³⁾。刑の宣告の段階では相対的応報の実現を、刑の執行の段階では教育・社会復帰目的の実現を目指すことを支持し、自らの立場を「段階的調和説」と呼称する⁴⁾。「段階的調和説」は、相対主義か絶対主義かのどちらか一方に重点を置いて刑罰目的の「統合」を図るのではなく、両者をバランスよく保ちながら調和させようとする点で「分配説」とは異なるとしつつ、しかし刑罰の多様な目的を調和的に実現させることは實際上困難であることから、実際の運用では「分配説」にならって、刑の宣告の段階

2) 大谷・前掲注 (1) 174頁参照。

3) 加藤久雄「責任能力判断と刑事治療処分の関係性について」刑法雑誌31巻4号(1991年)501頁。

4) 加藤・前掲注 (3) 502頁参照。

では相対的応報の実現を、刑の執行の段階では教育・社会復帰目的の実現を目指す⁵⁾。

この立場によれば、刑罰の賦課は、過去になされた違法行為に対する回顧的反作用（一般予防の実現）であり、行為者の将来の危険性に基づく展望的反作用（特別予防の実現）は、判断基準として、本質的に定期刑制度にはなじまないとする⁶⁾。

三、刑罰と処分

加藤は、刑罰の担うことのできない特別予防作用を担うものとして処分を肯定する。「責任」を超えた「刑罰」を科すことはできないという定期刑制度の限界を守ると、刑の執行の段階では、刑罰の社会復帰援助目的の実現に向けて努力されることとなるが、その目的追求も刑罰の期間内に限定して許容されるにすぎないという。そこで加藤は、刑罰の特別予防機能を効果的に実現させようとするところのような執行上の限界に遭遇することになるため、こうした刑罰の限界を補充・補完するものとして、刑事「処分」制度の導入を支持する⁷⁾。それによれば、刑罰の範囲内で完遂できない教育・治療・改善目的を実現させるために刑罰に代わって実施される「処分」には、特別予防目的を達成するまでの不定期間の継続が要請されるとする⁸⁾。

四、責 任 論

責任につき、加藤は、規範的責任論の立場に立つ。責任を基礎付けるのは「他行為可能性」であり、規範的「非難」であると解し、刑法規範の前に立たされた行為者が、その規範に違反することを回避するために他の行為を選択することができたのにそれをしなかったところに規範的責任非難

5) 加藤・前掲注（３）501頁－502頁。

6) 加藤・前掲注（３）502頁。

7) 加藤・前掲注（３）502頁－503頁参照。

8) 加藤・前掲注（３）503頁。

の根拠を求める⁹⁾。

さらに、刑の量定につき、「段階的調和説」に立つ加藤は、刑の宣告の段階では消極的責任主義に基づいて量刑し、その量定された「刑」の執行段階では行為者の社会復帰を実現させて再犯の防止を図ろうとする考え方をとる¹⁰⁾。

五、措置入院制度への批判

加藤の問題意識の中心は、触法精神障害者の処遇にある。まず、加藤は、医療現場において伝統的に形成されてきた「メディカル・モデル」の欠点を克服する必要があると主張した。「病者」の治療から人権保護に至るまで包括的に面倒をみる「メディカル・モデル」は、治療者側の主観的判断に左右され過ぎ、差別や偏見、経済的強者の優先治療等といった弊害が生まれると批判されており、司法機関の判断を介在させる「リーガル・モデル」に頼らざるを得なくなってきたとしつつ、しかしいずれのモデルによろうが一番重要なのは病者の人権保護であり、十分な「治療」を受けることで再び健常者として社会に復帰できることであると強調する¹¹⁾。

加藤は、触法精神障害者の人権保護に尽力し、当時の制度に対して、憲法違反の主張を行った。例えば、精神保健福祉法による強制入院手続には、医療保護入院（第33条）と措置入院（第29条）があり、措置入院手続は、運用次第では、国連人権規約（B規約）の9条以下¹²⁾の規定に違反する可能性がある指摘した¹³⁾。患者の同意を欠く「措置入院」が正当化さ

9) 加藤・前掲注 (3) 503頁。

10) 加藤・前掲注 (3) 502頁参照。

11) 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）47頁以下参照。

12) 国連人権規約（B規約）9条は、「(1)すべての者は、身体的自由及び安全についての権利を有する。何人も恣意的に逮捕され又は抑留されない。何人も法律で定める理由及び手続によらない限り、その自由を奪われない」と規定する。

13) 加藤・前掲注 (11) 55頁参照。

れるためにはその法的根拠が示されなければならないところ、患者の自由を剥奪する強制入院の根拠が医師２名以上の医学上の判断だけでは正当化要件としては弱く、医学的根拠だけでは、日本国憲法の種々の権利に違反する恐れがあると批判した¹⁴⁾。「病者」は気持ちや考えを十分に伝えられないか、伝え難いからこそ「病者」であるとし、本人の同意がまったく得られないまま強行される「措置入院」や「医療保護入院」といった強制入院手続には問題が多く、これらの手続はガラス張りで行い、「治療の可能性と必要性」という要件も本人の意思をできるだけ尊重し、可能な限り科学的、客観的に、司法判断をも併用して判断すべきとした¹⁵⁾。それに加えて、加藤は、強制入院と患者の自己決定の問題に関して、精神科治療でのインフォームド・コンセントの不徹底を指摘した¹⁶⁾。

六、措置入院の違憲性の指摘——同意なしの強制入院

加藤によれば、措置入院に憲法違反の可能性が出てくるのは、例えば、「自傷他害のおそれ」の診断時に患者の同意を得ずに、強制診察のために身体拘束をして病院の保護室に監禁するような場合であるという。この点、加藤は、「おそれ」があるだけで、また、精神障害者であるだけで強制入院が正当化されてよいはずがないとし、ドイツの「執行裁判官制度」や「検察官による保安手続独立請求制度」¹⁷⁾を例に挙げ、少なくとも「先行重大触法行為があり、かつ、次回も同種の触法行為を犯すおそれあり」

14) 加藤・前掲注(11) 55頁参照。たとえば、第13条（幸福追求権）、第18条（奴隷的拘束及び苦役からの自由）、第21条（集会・結社・表現の自由・通信の秘密）、第22条（居住・移住及び職業選択の自由）、第31条（適正手続の保障）、第32条（裁判を受ける権利）、第33条（令状主義）、第34条（不法拘禁に対する保障）に違反するとした。

15) 加藤・前掲注(11) 57頁参照。

16) 加藤・前掲注(11) 57頁以下参照。

17) ドイツ刑法413条「検事局は、行為者の責任無能力又は行為無能力により刑事手続を遂行しない場合において、独立して保安処分を言い渡すことが法律上許され、かつ、捜査の結果によればそうすることが期待されうるときは、独立して保安処分を言い渡すよう請求することができる」。

という要件にした上で、なおかつ入退院手続に「司法の関与」が考えられてよいとする¹⁸⁾。

このような考えに基づき、加藤は、精神障害者への強制入院が許される場合の具体的な提案を行う。それによれば、精神障害者が殺人、放火等の重大な法益侵害を規定する刑罰法規に抵触するような先行原因行為を行い、責任無能力の状態が犯行時にも鑑定時にも確認でき、かつその状態のため強制治療を施さなければ将来再び同種の「他害のおそれ」が現にあり、入院させた場合の治療環境が整っている等の諸条件につき裁判官による確認がなされたときであり、裁判官は、この者に刑罰適応能力がないと判断されるときにのみその刑罰の執行に替えて「強制入院」処分を命ずることができるとする¹⁹⁾。

加えて、「強制入院」命令のための要件は、次のようになるという。① 刑罰法規に抵触する重大な触法行為が現に行われ、現行犯逮捕や緊急逮捕等でその者の犯行であることが明白であること、② 犯行時、鑑定時、処分確定時にも責任無能力の状態にあり、実質的な「同意能力」や治療に関する説明を十分に理解することのできない状態にあること、③ しかも強制入院させなければ「他害のおそれ」の可能性が非常に高いと裁判官ないし検察官により確認されていること、④ 強制入院の要件の形式的内容として治療環境の整っていることが必要で、単に、長期の隔離を目的に、閉鎖病棟や保護室に閉じ込めるだけでなく、むしろ積極的な治療を施し、できるだけ早く退院させる方向で努力すること、⑤ 裁判官は、犯罪事実の認定、責任無能力判断、入退院に関する必要条件の存否の確認、入退院、仮退院の許可をすること。

加藤は、こうした条件下での強制入院は人身への不当な侵害でなく、強要罪にも監禁罪にも当たらないと主張した²⁰⁾。

18) 加藤・前掲注 (11) 64頁以下参照。

19) 加藤・前掲注 (11) 65頁参照。

20) 加藤・前掲注 (11) 66頁参照。

七、処分への評価

加藤は、保安処分のうち、治療処分の導入に賛成する。加藤の構想する治療処分では、精神病患者の人権保護と自己決定に力点が置かれ、社会からの隔離や強制的な治療を施すのではなく、精神病患者の尊厳に十分に配慮した形で治療を施すことを目指す。加藤は、国家の刑事司法制度およびそれにかかわる警察官、裁判官、検察官、矯正職員等に信頼を置いており、刑事治療処分を導入するとただちに人権侵害が発生するとみるのは論拠がないとみる²¹⁾。さらに、日本の医療関係者および医療現場における精神病患者の人権に対する感覚が旧態依然としてしていると強く懸念し、患者の自己決定権と医療従事者の人権の確保を調和させるために、早急な抜本的改革が必要であると主張した。なお、医療観察法が実施された後も、加藤は、ここで述べた問題状況がより深刻化したと見て、より一層、触法精神障害者の人権保障の重要性を説いた²²⁾。

第二款 町野朔の見解

一、基 礎

町野も、保安処分構想の支持者である。平野説の影響を強く受け、精神障害者への対応の文脈から治療処分の構想に賛成する。平野、加藤と同じく、精神障害者本人の同意と人権保護を重視した。町野の学説は、1970年代から2000年代初頭にかけて展開される。

二、刑 罰 論

町野は、刑罰を、不利益・苦痛と解する²³⁾。刑罰は犯罪防止を目的とし、一般予防、特別予防、規範的予防を追求するとし、一般予防は、刑法

21) 加藤・前掲注（11）76頁参照。

22) 加藤久雄『人格障害犯罪者に対する刑事制裁論——確信犯罪人に対する刑事制裁論』（慶応義塾大学法学研究会、2010年）160頁以下。

23) 町野朔『刑法総論』（信山社、2019年）20頁参照。

による刑罰威嚇の心理的效果としての事前の威嚇を指し、特別予防は、刑罰の執行による犯罪者に対する効果としての事後的威嚇を指すと解する。さらに、これらに加えて、規範的予防効果は、「犯罪者は処罰されるのであり、現に処罰されているということが人々に認識され、法を尊重し犯罪を行わないという規範意識が彼らの間に強化されること」²⁴⁾を指すとする。そして、刑法の役割は犯罪抑止に尽きるものでなく、国民の権利の保護も考慮しなければならないとし、犯罪防止目的と均衡を失した刑罰権の行使は許されないとする²⁵⁾。

三、刑罰と処分

処分の必要性について、町野は、一般の精神障害者および犯罪を行った精神障害者（責任無能力者）に対する対応策としてこれを肯定し²⁶⁾、再犯防止のために必要であると説く²⁷⁾。刑罰と処分の関係につき、町野説は、処分が刑罰を補うとする通説的な考えに立つが、責任無能力者だけでなく、責任能力者にも処分を言い渡す構想を支持する。処分による再犯防止の観点につき、町野は、「責任無能力で保安処分施設に収容されている人間は、割合としてはそれほど多くはない」とし、責任無能力者だけに対して処分を行うのでは不十分と主張しており、限定責任能力者を処分の対象に含めるのは当然のこと、責任能力者に対する処分の言い渡しをも示唆した²⁸⁾。町野の処分構想は、当該行為者が責任能力者であるか責任無能力者であるかに依拠して刑罰を科すか処分を言い渡すかを定めるものではない。

24) 町野・前掲注 (23) 18頁以下参照。

25) 町野・前掲注 (23) 20頁参照。

26) 町野朔「保安処分問題の回顧と展望」町野朔・中谷陽二・山本輝之（編）『触法精神障害者の処遇〔増補版〕』（信山社、2006年）224頁参照。町野は、一般の精神障害者と犯罪を行った精神障害者とを区別して処遇すべきとの主張に対して、「措置通報の対象者を別のところで分界して処遇するだけでこの問題が解決がつくとも思われない」とする。

27) 町野・前掲注 (26) 224頁以下参照。

28) 町野・前掲注 (26) 224頁－225頁参照。

四、責 任 論

町野は、刑法上の責任を、単なる倫理的非難可能性でなく行為者の非難可能性と解する²⁹⁾。責任を可罰的責任とし、その内容につき、行為を刑罰によって防止することが可能であること、自由意思に基づく決定を前提として行為者が犯罪を選択したときにこれを肯定できる行為者の心理状態にあるとする³⁰⁾。その上で、実際の刑罰の犯罪抑止効果には限界があるとして、刑罰の好ましくない副作用を考慮して刑罰の発動を自制しつつ他の犯罪防止手段を考慮する刑罰消極主義を採る³¹⁾。

五、精神医療の問題点の指摘

町野は、精神衛生法下での論考において、精神医療と一般医療の「二元主義」を指摘した³²⁾。すなわち、通常の病人であれば医療的措置を受けるか否かは患者の自由意思にゆだねられるのが一般原則であるが、精神病・精神障害がある場合、精神障害者の自己決定の原則に大きな制約が加えられると指摘した³³⁾。当時の精神衛生法のもとでは、入院させられた患者が行動制限を受け、都道府県知事の許可がなければ退院することもできなかったためである。この「二元性」の根拠につき、町野は、アメリカのパレンス・パトリエ（国親思想）とポリス・パワー（警察力：公序）を例に出し、無能力者に対しては強制してでも本人の利益を図るべきとするパレンス・パトリエの後見的思想と、危険な人物は予防的に拘禁することができるとするポリス・パワーの保安的思想が、精神障害者への強制入院・治療

29) 町野・前掲注（23）303頁。

30) 町野・前掲注（23）301頁－304頁。

31) 町野・前掲注（23）304頁。

32) 町野朔「精神医療における自由と強制」大谷実・中山宏太郎（編）『精神医療と法』（弘文堂、1980年）26頁以下参照。

33) 町野・前掲注（32）27頁参照。たとえば、措置入院（精神衛生法第29条）、緊急措置入院（精神衛生法第29条の2）のほか、同意入院（第33条）、仮入院（第34条）などが挙げられる。

の根拠とされており、精神衛生法の同意入院と措置入院も同様であると説明する³⁴⁾。

さらに、町野は、昭和40年代以降の精神医療の問題点を指摘する。すなわち、外部から遮蔽された病院内で行われた入院患者に対する暴行・脅迫等、人権侵害、「作業療法」という名の強制労働や搾取といった精神医療の悲惨な状態が次々と現れ医療関係者に深刻な反省を与えた上、精神障害者に対して強制的に入院・治療を加えることを肯定する建前に対しても深刻な疑問が提起され、その結果、「精神病」は、実質は社会生活における「逸脱」であり、「精神障害者」は社会生活上の問題をもつ「逸脱者」にすぎないとの理解が広まってきたとする T・ザーズの指摘を引用し、町野は、半精神医学と同趣旨の自由な精神医療を主張し、強制治療の回避を支持した³⁵⁾。

六、措置入院への批判——入院の強制

加藤説に続いて、町野説も、精神障害者への強制入院は多くの不利益を与えるとの問題意識を有しており³⁶⁾、措置入院制度を、治安目的を有する強制的措置と見て、社会防衛目的での強制入院の合理性には疑いがあると批判した³⁷⁾。

精神障害者の危険性を精神科医が認定することができるのかという問題につき、町野は、犯罪予測はそもそもきわめて困難であるとし、「他害のおそれ」という危惧感だけで人を拘禁することは許されないとする³⁸⁾。そ

34) 町野・前掲注 (32) 28頁参照。

35) 町野・前掲注 (32) 31頁以下参照。ただし、全廃できるとの意見ではない。

36) たとえば、町野・前掲注 (32) 34頁参照。

37) 町野・前掲注 (32) 35頁参照。

38) 町野・前掲注 (32) 36頁－37頁は、まだ犯罪を行っていない精神障害者が、将来において犯罪を行う危険性があるという理由でどうして拘禁しうるのが依然として明らかでないと指摘し、危険性を持つ人間は精神障害者だけに限られないと批判する。例えば、暴力団員であり、殺人、傷害の前科がある者で、かつそれを再び行う危険性がきわめて高い場合を例に出し、この者が現実には犯罪を行わない以上は、犯罪的傾向を理由としてこの者を

のため、精神障害者には一般予防の効果が無いことを根拠として、精神衛生法の措置入院を正当化することはできないとした³⁹⁾。

七、措置入院の合憲性への疑い

さらに町野は、措置入院の「自傷のおそれ」についても、予測の困難性、予防拘禁の根拠の薄弱性が当てはまるとし、憲法14条に違反するおそれがあると批判する⁴⁰⁾。

町野によれば、「自傷のおそれ」、「他害のおそれ」の両要件に関して、危険と思われる精神障害者をすべて拘禁するのであってはならず、治安目的に照らして、是認され得る程度の必要最低限度の人権の制約を保たなければならない。町野は、憲法14条違反とならないためには被強制収容者の治療を受ける権利を認めることが最低限必要と解するところ、しかし精神衛生法は「医療及び保護のために」との文言を使用しており、治療を与えることが全面的に保障されていないのでないか、すなわち、「医療のほかには保護まで含まれているために、精神障害者に治療が与えられることが前提とされているのか」が明らかでないと指摘する⁴¹⁾。

八、同意入院への批判

また、町野は、医療および保護のため入院の必要がある精神障害者を、保護義務者の同意を得て入院させるという「同意入院」制度も、強制入院制度にほかならないと主張した⁴²⁾。厚生省の通知は、措置要件があれば当然に同意入院の要件である入院医療の必要性を肯定されるとしており、精

↘拘束することは許されていないとする。

39) 町野・前掲注（32）38頁参照。

40) 町野・前掲注（32）38頁以下参照。

41) 町野・前掲注（32）39頁－40頁。

42) 同意入院につき、1988年に精神保健法が施行され、「保護義務者による同意入院」を「医療保護入院」と改名し、指定医の判定を医療保護入院の要件とした。2013年精神保健福祉法改正により保護者制度が廃止され、家族等同意に変更された。

神障害者であることのみを理由として拘禁を正当化しているに等しく、違憲の疑いがあるとする⁴³⁾。

町野は、精神障害者の治療の拒絶権に関して、同意のない治療の禁止を提案した。それによれば、患者に受忍義務があるのは、当該治療が具体的に患者の利益に合致することが明確な場合であって、仮に「治療」と称する行為が行われたとしても、それが患者の真の利益に合致することが疑わしい場合には、治療の拒絶権が認められるべきとする⁴⁴⁾。精神障害者といえども同意能力がないとはいえないことから、重大な不利益の予想される侵襲については保護義務者の同意の代行も認められないとし、さらに、患者の許諾の意思の有無とは無関係に、このような医学的侵襲は一切許されないと主張した⁴⁵⁾。

上のことから、強制入院に関して、町野説は、精神障害者に対する強制入院・治療を維持するのであれば、その要件を治安目的と後見的保護目的が必要とされる範囲に合理的に限定するとともに、治療を受ける権利を患者に認め、「治療なき拘禁」を排することを要求する⁴⁶⁾。

九、医療観察法への評価

町野は、2005年に制定された医療観察法を、犯罪防止を究極の目的とする刑事法でなく、精神医療法に位置づける⁴⁷⁾。しかし問題の核心は従前と同じで、なぜ触法精神障害者の自由を制限し強制的に医療を与えることが許されるかという強制的医療の根拠にみとめる⁴⁸⁾。町野は、精神医療の強

43) 町野・前掲注 (32) 40頁以下参照。

44) 町野・前掲注 (32) 50頁。

45) 町野・前掲注 (32) 52頁。

46) 町野・前掲注 (32) 56頁。

47) 町野朔「心神喪失者等医療観察法案と触法精神障害者の治療を受ける権利」、町野朔ほか（編）『触法精神障害者の処遇〔増補版〕』（信山社、2006年）229頁。

48) 町野朔「精神保健福祉法と心神喪失者等医療観察法——保安処分から精神医療へ」ジュリスト増刊（2004年）73頁。

制原理をパレンス・パトリエに見出し⁴⁹⁾、精神障害者に医療を強制することのできる理由はそれ以外にはなく、ただ、後見的強制医療の範囲が過剰に広範にわたることを避けるために、再犯除去という大きな社会的必要性が制約原理として要求されるとする。町野は、これを、「パレンス・パトリエが精神障害者の強制医療の基礎をなし、ポリス・パワーが強制医療を制約する」と整理した⁵⁰⁾。

十、処分への評価

町野は、治療処分に賛成する。治療に際しては、本人の同意と人権保護の観点を重視し、パレンス・パトリエとポリス・パワーの観点から、医療的介入を肯定する。もっとも、患者に対する入院および治療の強制を強く問題視しており、治療処分を肯定するための前提として、要件を合理的に限定し、治療を受ける権利を患者に認め、「治療なき拘禁」を排することを要求した。

第三款 浅田和茂の見解

一、基礎

浅田は、二元主義および保安処分に徹底して反対する立場に立つ。保安処分は「責任のないところに刑事制裁を科すものであって責任主義に反する」と批判する。治療処分を肯定する町野説に賛成する箇所は多いが、精神病者の長期間の強制入院の根拠につき、町野が主張したようにポリス・パワーに基づいてこれを正当化することはできないとする。浅田説では、処遇困難者問題と触法患者問題を切り分ける必要があるとし、処遇困難者の対策を精神医療の領域に完全に譲り、入院中心から地域精神医療中心に変化させるような抜本的改革を行う必要があるとする⁵¹⁾。

49) 町野・前掲注(48) 73頁。

50) 町野・前掲注(48) 73頁。

51) 浅田和茂『刑法総論〔第三版〕』（成文堂、2024年）556頁参照。浅田は、触法患者への対

二、刑罰と処分

刑罰につき、浅田は、犯罪に対する法的制裁と解し、犯罪以外を理由として刑罰を科すことは許されず、犯罪を理由として刑罰以外の制裁を科すことも、原則として許されないとする⁵²⁾。浅田説は、一切の保安処分に反対するため、刑罰と処分の関係を説かない。

三、責 任 論

責任能力の本質について、浅田は、有責行為能力としての規範的責任能力を基礎にしつつ、刑罰を制約する方向で可罰的責任能力を考慮する立場に立つ⁵³⁾。責任を非難可能性と解し、非難を回顧的にとらえ、行為時において行為者の他行為可能性があることを責任非難の前提とする⁵⁴⁾。他行為可能性の標準につき、平均人を標準とすると行為者本人に不可能を強いることになるとし、行為者標準説を採る。したがって浅田は、責任の客観化に反対し、相対的意思自由論ないし相対的非決定論に立つ⁵⁵⁾。ここでいう意思自由は、人間が無原因に意思決定するという意味の意思自由ではなく、「あるものからの自由」でなく「あるものへの自由」を意味しており、因果連関からではなく意味連関から生ずる決定因子を付加することにより因果関係を被覆決定するという意味での意思自由である⁵⁶⁾。

四、措置入院制度への評価

浅田が問題とするのは、平野説、町野説と同じく、長期の強制入院制度

ゝ処に関して、「わが国における保安処分問題の帰趨を念頭においた、慎重な検討がなされなければならない」とする。

52) 浅田・前掲注 (51) 513頁。犯罪以外の制裁として、例外的に、有罪判決ないし所定の刑を受けたことを理由とする各種の資格制限は存在するとする。

53) 例えば、責任能力の本質につき、浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』(成文堂、1999年) 80頁以下参照。

54) 浅田・前掲注 (51) 281頁参照。

55) 浅田・前掲注 (51) 281頁参照。

56) 浅田・前掲注 (51) 281頁 - 282頁参照。

の正当化理由である。それによれば、患者が治療に適する者であって、かつ実際に治療を受けていることが「絶対的条件」であって、「治療なき拘禁」は許されない。さらに、浅田は、治療目的であれば何でも許されるわけではないとし、インフォームド・コンセントに必要な承諾能力を有する患者への強制入院は許されず、その能力を欠く者にのみ強制入院措置が許されるとする⁵⁷⁾。したがって、精神衛生法の措置入院および同意入院、入院患者への無制限の行動制限に、十分な正当化理由は見出し難いという⁵⁸⁾。浅田によれば、治療処分を含めて、保安処分は「治療なき拘禁」に至るものであって、精神医療が解放治療から地域精神医療へと発展しつつある現代においては時代遅れの制度であるとする⁵⁹⁾。

五、町野説への評価

浅田は、町野論文「精神医療における自由と強制」（1980年）について、町野の言うように、ポリス・パワーを根拠に長期の強制入院を正当化することはできず、警職法3条3項の24時間、同条4項の5日間の「保護」の拘束が限度であると指摘する⁶⁰⁾。浅田の見解によれば、もし現行法の長期の強制入院制度の正当化理由があるとすれば「治療」以外にはなく、それはパレンス・パトリエに発するものとならざるをえないという。パレンス・パトリエ・パワーの行使には、患者が治療に適する者であって、かつ実際に治療を受けていることが「絶対的条件」であって、「治療なき拘禁」は許されないというのが浅田の見解である⁶¹⁾。そのため、長期の強制入院の正当化はパレンス・パトリエに基づく「治療」を理由とするしかないと

57) 浅田和茂「日本の精神医療と医療観察法——町野論文を読む」岩瀬徹・中森喜彦・西田典之（編）『町野朔先生古稀記念 刑事法・医事法の新たな展開 下巻』（信山社、2014年）349頁参照。

58) 浅田・前掲注（57）349頁。

59) 浅田・前掲注（57）353頁。

60) 浅田・前掲注（57）348頁。

61) 浅田・前掲注（57）348頁－349頁。

する点は町野説と共通するが、町野説は措置入院につきポリス・パワーによる治安目的を正面から認めており、この点で浅田説とは異なる。なお、町野説は、「狭い範囲内で」と限定することで治安目的の抑制機能を強調するが、これに対して浅田は、真に「治療目的の範囲内で」とするならおよそ長期の強制入院は正当化されえないであろうと指摘する⁶²⁾。その他、ロボトミー等の医学的侵襲を一切許さない点は当然に賛成する⁶³⁾。

2001年3月8日の「第2回法務省・厚生労働省合同検討会 重大な犯罪行為をした精神障害者の処遇決定及び処遇システムの在り方などについて」における報告に手を加えた町野論文「保安処分問題の回顧と展望」(2005年)⁶⁴⁾について、浅田は、処遇困難者対策を考慮した医療処分(行政的処分)の新設の可能性が示されていることにつき、保安処分は責任のないところに刑事制裁を科すものであって責任主義に反するとして二元主義そのものに疑問を投げかけ、責任主義の貫徹を主張する⁶⁵⁾。浅田によれば、治療処分は、精神医療が解放治療から地域精神医療へと発展しつつある現代においては時代遅れの制度であって、保安処分ないし保安処分的精神医療が終息に向かうことを期待したいとする⁶⁶⁾。

浅田は、細部を除き、(1)町野論文「心神喪失者法医療観察法案と触法精神障害者の治療を受ける権利」(2003年)(2)町野論文「精神健康福祉法と心神喪失者等医療観察法——保安処分から精神医療へ」(2004年)(3)町野論文「医療観察法施行の意義」町野朔ほか編『触法精神障害者の処遇(増補版)』論文の方向性はいずれも説得的であると評価する。特に、将来の方向として精神医療の充実と矯正施設内の精神医療の改善を提唱する点には賛成するが、むしろ、強制入院制度に関して、精神病院の8割に及ぶ私立精神病院の解体ないし改組を行い、入院中心から地域精神医療に変え

62) 浅田・前掲注(57)349頁。

63) 浅田・前掲注(57)349頁。

64) 町野・前掲注(26)214頁以下。

65) 浅田・前掲注(57)352頁。

66) 浅田・前掲注(57)352頁-353頁参照。

ていくという抜本的改革が必要であり、医療観察法は廃止に向かうべきとした⁶⁷⁾。

六、精神医療の課題のまとめ

浅田説では、地域精神医療を充実させることを重視し、日本の私立精神病院の解体ないし改組が必要であるとする。そのために、一般病床に比べて精神科病床の医師は3分の1でよいとする精神科特例を撤廃し、一般医療と同じにすることで、任意入院の患者の劇的な減少を期待する⁶⁸⁾。また、一般社会に精神障害者の受け皿を準備する必要があるとし、これは公費で賄わなければならないが、私立精神病院を「任意入院」の施設に改革し、通院医療を主としたうえで「訪問医療機関」という形で再編を図ることも可能であるとする⁶⁹⁾。

強制入院（医療保護入院・措置入院・医療観察法入院）について、浅田は、新たな要件を整えて一本化し、その収容施設を国公立精神病院に限定し、費用は全額国ないし地方公共団体の負担とすべきとし、これによって、強制入院の患者の激減が期待されるとした⁷⁰⁾。

七、処分への評価

浅田は、責任主義の徹底を大前提とし、二元主義それ自体に疑問をもち、保安処分および治療処分の導入に全面的に反対する。精神障害者に対

67) 浅田・前掲注(57) 365頁以下参照。なお、浅田和茂「触法精神障害者に関する手続と精神鑑定の役割」ジュリスト772号(1982年)68頁では、「精神科医に託されているのは、ほんらい患者に対する医療であって、市民の安全(感)を保護することではない」、「精神衛生法は、市民の漠然とした不安(感)に対処するために精神障害者の自由を過度に制限しているように思われる。……精神衛生法は『患者のマグナ・カルタ』(大谷)となるよう抜本的に改正される必要がある。同時に、今必要なのは、精神障害者に対する強制を伴わない社会福祉的な援助と保護である」とする。

68) 浅田・前掲注(57) 366頁。

69) 浅田・前掲注(57) 366頁。

70) 浅田・前掲注(57) 366頁。

する措置につき、精神障害者に関連する既存の諸法を大幅に改革することで、文字通りの意味での精神障害者への「任意治療」を実現し、地域精神医療に依拠した形の精神障害者支援を支持する。この見解によれば、医療観察法も不要であり、精神障害者への対応は、現行の医療制度に解消していくことを主張する。

第五節 小 括

本章では、日本の近時の学説をおおまかに概観した。近時学説の要点は次の通りである。

一、「保安処分」という用語の内容

戦後における日本の近時の学説においては、処分を否定する見解、処分を肯定する見解のいずれも、処分の内容は「治療」に限っており、純粹保安を目的とする処分（保安監置）を肯定する学説は見られない。ドイツ法において、「改善処分」と対比して、「保安処分」という場合には、社会からの隔離・純粹保安のための措置である保安監置を指すのが一般的であるが、日本法において「保安処分」という場合には、「治療」を指すのが通常である。日本では、1961年改正刑法準備草案において予防拘禁を脱落させたことをきっかけに、純粹保安処分はあまり論じられず、「強制医療」の文脈で処分を捉え、医療法の管轄で議論されてきたことがわかる。それに伴って、責任能力者・責任無能力者に対する措置の切り分け方も、ドイツと日本で異なる。ドイツでは、処分の対象が精神障害の有無で分けられているわけではない。同じ「保安処分」との語を使用していても、ドイツと日本では、議論の中身が相当に異なっているのである。

二、学説の対立

ドイツの近時の学説にみた対立と同じく、日本法においても、将来において罪を犯す危険性のある者にいかなる措置をもって対応するかについ

て、① 刑罰と処分を厳密に区別し、刑罰はあくまで責任に応じたものであるべきだとする説（峻別説）と ② 刑罰と処分との厳密な区別をせず、刑罰のなかに危険性に対応する保安刑の要素をみとめる説（非峻別説）の対立がみられる。ドイツ学説の分類と同様、①説では、刑罰と処分を区別したうえ、拘禁の継続は処分によって行い、②説では、刑罰と処分とを区別せず、拘禁の継続を保安刑に解消する。

この分類に加えて、日本学説はさらに、危険な常習犯への対応の点で、①峻別説の内部で、(a) 責任刑に加えて処分を認める説、(b) 責任刑のみを認め、保安処分は認めない説に分かれる。

日本の戦前の学説をみるに、①峻別説(a)の立場に立つのは宮本説であり、①峻別説(b)の立場に立つのは、処分構想を刑法に入れることを拒否したうえ処分の目的をすべて刑罰で担うことができるとする瀧川説、同じく、処分は刑法でなく警察行政の任務とみて常習犯に対する不定期刑に疑問を呈した小野説である。②非峻別説に立つのは、刑罰と処分をともに犯罪対策の手段と解してさらに累犯者への刑期の延長を認める岡田説、刑罰の目的を社会防衛にあると解したうえ害悪刑を漸次的に保安処分に変えていくことが望ましいとする牧野説である。

日本の戦後学説では、加藤説は、現行刑法への「刑事治療処分」の導入を支持したことから、①峻別説(a)の立場である。ほとんどの日本の戦後学説は、純粹保安処分を支持せずこれを除いた治療処分のみを支持し、①峻別説(a)の、刑罰と処分を区別し責任刑に加えて処分を認める見解に立つ。平野説、吉川説、町野説も、この見解に属する。①峻別説(b)に立つのは、中山説、浅田説である。

これに対して、成人に対する不定期刑を認める見解は、保安刑を支持するため、② 非峻別説に属する。例えば、佐伯千似は、常習犯・累犯に対する刑罰加重を保安刑的な説明で行っており、②非峻別説に属するように思われる。宮澤説も、ミュラー＝ディーツを参照して刑罰と処分を厳密に区別できないとするため②非峻別説に立つように思われるが、不定期刑に

関する判断を留保しており、細部は不明である。

三、措置入院における精神病患者への長期の強制入院に対する評価

日本において、精神障害者への対応は、精神医療に譲られ、医療法において行われることとなった。その議論の中心は、措置入院制度における精神障害者への長期入院にある。

医療観察法が制定された後も、強制の長期入院の問題状況は同様であると見ることができる。中山説は、医療観察法の性格を、実質的には「隠れた保安処分」と見る⁷¹⁾。中山は、医療観察法における治療措置は、政府案の骨子によれば、1974年改正刑法草案の「保安処分」の治療処分で用いられた基準と同趣旨の入院基準を有しており、実質的には「保安処分」の系列に属すると言わざるを得ないとする。これによって、医療観察法が再犯防止に重点を置いたものであって、再犯のおそれなくなるまで治療が不定期に続く可能性を指摘している。

この点、大谷説では、憲法上の権利に基づいて、パレンス・パトリエの観点から、精神障害者に対する医療的介入を根拠付ける⁷²⁾。

加藤説では、措置入院への批判を行い、合憲的な強制入院のための具体的な提案を行った。加藤の提案は、裁判官が入院・通院の判断を行い、しかもその対象犯罪を重大犯罪に限るという提案をしており、医療観察法へのルールを敷いたものと思われる。しかしこの見解の問題は、この提案が医療法のなかの強制医療と考えるべきか、ドイツ法にいう改善処分なのかかわからないという点である。これは、その前提として、医療法における強制医療とドイツ法にいう改善処分とを分けるものが何かかわからないということに起因する。

町野説は、長期の強制入院は、パレンス・パトリエとボリス・パワーの

71) 中山研一「心神喪失者処遇法案の性格——保安処分か保護処分か——」北陸法学10巻1・2号(2002年)66頁参照。

72) 大谷・前掲注(1)44頁以下参照。

観点から正当化されるとする。患者に必要な合理的な治療であれば肯定されるが、そのために、治療内容の十分な説明と患者の同意を得ることを徹底するよう求める。もっとも、精神障害者に対する同意の有効性をいかに証明するかの検討はされていない。町野説の提案は、医療観察法は、刑事法でなく、あくまで医療法の領域に属するものだと考えるところにその特色がある。

浅田説は、長期入院は正当化できないうえ、現行制度によるならば長期入院を回避することが期待できないため精神衛生法および精神保健福祉法における措置入院も、医療観察法の入院制度も認められず、一般医療を充実させたほうがよいとする。

加藤説や町野説の治療処分肯定論は、医療観察法における対象者に対する入院命令および通院命令の制度を導いた。もっとも、加藤説は、特に、日本の刑法典にもドイツのような「刑事治療処分」を導入するという具体的な提案をしたにもかかわらず実現には至らなかった。日本法は、純粹保安処分の規定を採用せず、不定期刑を採用せず、治療と刑罰を分ける道を選択している。これは、刑罰と処分の相違、刑罰の固有性にとって重要な区別である。

第四章 近時の処分および刑事政策的検討

第三章では、日本における処分をめぐる議論を概観した。本章では、ドイツおよび日本の現時点の処分制度に関する問題点の確認と刑事政策的検討を行う。

第一節 ドイツにおける処分制度

現時点におけるドイツにおける改善保安処分制度は、精神病院施設収容（ドイツ刑法第63条）、禁絶施設収容（ドイツ刑法第64条）、保安監置（ドイツ刑法第66条—第67条）、行状監督（ドイツ刑法第68条）、運転免許剥奪（ドイツ刑

法第69条)、職業禁止(ドイツ刑法第70条)である。以下で、ドイツの改善保安処分制度の内容をおおまかに概観する⁷³⁾。

第一款 保安を目的とした処分

改善保安処分の中核である保安を目的とする処分は、保安監置(ドイツ刑法第66条-第67条)である。当該制度は、「社会一般を行為者から保護するための刑事政策上の最後の緊急措置」と解されている⁷⁴⁾。保安監置は、古典的な保安監置(ドイツ刑法第66条)、留保的保安監置(ドイツ刑法第66条a)、事後的保安監置(ドイツ刑法第66条b)に分かれる。

保安監置は、重大犯罪を理由として、無制限の拘禁を言い渡すものである。その要件は、(1)一定の重大犯罪を理由として比較的長期にわたる自由刑を言い渡されたこと、(2)すでに以前、2度の自由刑の言い渡しを受けたこと、(3)以前、少なくとも2年の自由刑に服したこと、(4)当該行為者とその犯行の全体評価によると、重大な犯罪行為に及ぶ習癖に基づき、有罪判決の時点で社会一般にとって危険であることである。ただし、短期間に続けて重大な犯罪行為が言い渡された場合も、拘禁の要件を緩め、初犯者についても保安監置を言い渡すことができる(第66条第2項、第3項)。

犯罪者を保安監置に付すか否かの判断は、有罪判決時に行われる。そこで、当該犯罪者が危険性を有するかが明確でない場合、裁判所は、留保的保安監置によって、保安監置収容の言い渡しを留保することができる(ドイツ刑法第66条a)。留保的保安監置は、個人に対するきわめて重たい犯罪行為につき、第66条の形式的要件を満たさない場合であっても、再犯の危険性が予測されるのであれば言い渡すことができる。

事後的保安監置は、保安監置の執行に関して規定する第67条dの第6項

73) ドイツの改善保安処分制度の概要の詳細につき、フランツ・シュトレング(著)、小池信太郎(監訳)、戴中悠ほか(訳)「ドイツにおける刑事制裁——経験的視点を交えた概観」慶應法学43号(2016年)77頁以下を参照。

74) BT- Drs. V/4094, S. 19; BT- Drs. 13/9062, S. 9.

によって、犯罪者への精神病院収容が言い渡された場合にのみ、課すことができる。事後的保安監置に付される者は、ドイツ刑法第66条第3項の意味における犯罪を行い、少なくとも3年の自由刑を言い渡されたか、精神病院に入院している者である（ドイツ刑法第66条b第1項）。また、事後的保安監置に付するためには、ドイツ刑法第66条第3項の意味における性犯罪またはその他の危険な行為を行ったことを理由として、あるいは、それとはまったく無関係の犯罪行為を理由として、ドイツ刑法第63条の精神病院施設収容が言い渡されたことが要求される⁷⁵⁾。この処分は、前述の通り、近年において刑罰との差異に疑いが持たれている。

第二款 治療を目的とした処分

改善保安処分のうち、治療を目的とする改善処分は、精神病院施設収容（ドイツ刑法第63条）および禁絶施設収容（ドイツ刑法第64条）である。精神病院施設収容は、責任無能力または限定責任能力の状態で違法な行為を犯した者に対して、さらに重大な違法行為が将来予期され得る場合に言い渡すことができる。2017年にこの処分が言い渡された者は804名であり、責任無能力者に対するものが631件（78.9%）、限定責任能力者に対するものが163件（78.9%）である⁷⁶⁾。この制度の目的は、精神障害者および障害のある犯罪者から、一般大衆を保護することにある⁷⁷⁾。

禁絶施設収容は、アルコールおよびその他の麻酔剤を過剰に摂取する習慣（Hang）のある者が、その習慣の結果として、さらに重大な違法行為を犯すおそれのある場合に言い渡すことができる（ドイツ刑法第64条参照）。この制度は、以前、治療・看護施設収容と呼ばれていたものである⁷⁸⁾。精神病院施設収容とは異なり、危険な薬物依存者から一般大衆を守るとい

75) Berund – Dieter Meier, Strafrechtliche Sanktionen, 2019, S. 366 ff.

76) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 331.

77) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 319.

78) ハンス＝ユルゲン・ケルナー（著）、小川浩三（訳）『ドイツにおける刑事訴追と制裁』（信山社、2008年）141頁以下。

目的と、この者に必要な治療を提供することで、行為者を改善するという2つの目的を有する⁷⁹⁾。保安目的よりも、本人に対する治療目的が優先され、治療が成功する十分な見込みがある場合にのみ、禁絶施設収容を行うことが許される⁸⁰⁾。

第三款 その他の処分

上に挙げた処分が、それぞれ、保安目的の処分と治療目的の処分に属することは間違いがないが、それ以外の措置がどのような目的をもつかは争いがある。そこで、以下では、現行制度のうち、行状監督（ドイツ刑法第68条）、運転免許剥奪（ドイツ刑法第69条）、職業禁止（ドイツ刑法第70条）の概観と、それに加えて、ドイツにおける重要な処分制度として、社会治療処分を確認する。

行状監督の前身は警察監視にある。当該制度は、1969年7月4日の第二次刑法改正法によって刑法典に導入された⁸¹⁾。ドイツ刑法第68条第1項によれば、行状監督は、法律がこれを特に規定する犯罪行為を理由として、6月以上の自由刑の執行を終えた者に対して、この者が将来犯罪行為を犯すおそれがあるときに、刑に加えて命ずることができる。この措置には2つの目的があるとされており、ひとつは、厳しい監視を通して当該犯罪者が再犯を行わないようにするという「監視」、もうひとつは、再犯を行わないことを達成するために心理社会的な困難を克服するための援助と支援を提供する「再社会化」である⁸²⁾。この制度は、行為者に対する「再社会化」の目的と「保安」の目的という本来調和しえないはずの性格を複合的に持つものであり、それゆえに、立法作業段階依頼、種々の批判が向けられている⁸³⁾。したがって、行状監督制度をめぐっては、制度を改善しなが

79) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 335.

80) シュトレング（著）、小池（監訳）、藪中ほか（訳）・前掲注（73）115頁。

81) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 295.

82) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 297.

83) 岡上雅美「ドイツにおける行状監督制度とその運用」法政理論36巻2号（2003年）58頁。

ら維持していこうとする立場と、完全に廃止してこれに代替する新たな制度を提案していこうとする立場に分かれる⁸⁴⁾。行状監督制度における再犯防止効果に関して、一部を除いては明確に減少傾向が確認できないとの報告もあり、効果に対する疑問も向けられている⁸⁵⁾。

運転免許剥奪は、実務で最も使用されている処分である。ここで問題となる運転者は、一時的または永久的に除去することのできない性格の欠陥を有するために道路上での運転に不適当な者であり⁸⁶⁾、この処分は、道路交通上の危険から一般大衆を保護するために、自動車の運転に適さない者を、道路交通から排除するとされる⁸⁷⁾。運転免許証が再発行できるのは、裁判所が命じた期間を経過した後のみであり、運転免許剥奪には、違反者が「改善された」場合にのみ道路交通に再参加できるようになるという効果があるとされる⁸⁸⁾。

職業禁止の処分が言い渡されるためには、行為者がその職業もしくは商売を濫用し、またはそれらと結びつく職業的義務に著しく違反し、場合によっては責任無能力状態で行った違法行為について判決が下されることが前提となる（同第70条参照）。職業禁止は、判決が下された行為に関連した職務内容に限定されていなければならない、その枠内においても、比例原則に鑑み、職業上の制限が部分的なもので足りるのであれば、必要な範囲で言い渡されなければならない⁸⁹⁾。公務員に対する職業禁止は、刑法第45条（官職につく資格の喪失）と重複するため、通常は、第70条の職業禁止でなく第45条において処理される⁹⁰⁾。この処分の適用件数はきわめて少ない

84) 加藤久雄「ドイツにおける精神障害犯罪者に対する行状監督（Führungsaufsicht）制度について」犯罪と非行98号（1993年）32頁。

85) 神馬幸一「ドイツにおける行状監督制度の現状と課題（２・完）」獨協法学108号（2019年）122頁以下。

86) ユルゲン・ケルナー（著）、小川（訳）・前掲注（78）134頁。

87) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 284.

88) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 285.

89) シュトレング（著）、小池（監訳）、藪中ほか（訳）・前掲注（73）121頁。

90) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 318.

が、その理由は、予測判断が困難であることに加えて、職業禁止に付すことで被告人の経済基盤を破壊し、犯罪行為をしないで生活していくことがより困難になるからであると解されている⁹¹⁾。

その他、現行制度に採用されなかったが、ドイツの処分制度にとって重要なものとして、1969年7月4日第二次刑法改正法で提案された社会治療施設収容 (Unterbringung in einer sozialtherapeutischen Anstalt) における社会治療処分 (Sozialtherapie) がある⁹²⁾。当時の規定によれば、社会治療処分を定めたドイツ刑法第65条は、改善可能な者と改善不能者をその対象に含めており、社会治療施設の特別の刑事政策的意味は、責任能力者に対しその適用を認めた点にあるとされる⁹³⁾。

対案理由書によれば、社会治療処分とは、「通常の行刑では社会復帰の効果を期待できず、また、医者への援助や看護を必要としないような、著しい累犯者に対する中核的な特別予防的処分」とされた⁹⁴⁾。社会治療では、個々の対象者が、社会生活集団の場面で他人とかわり合いながら、その者の問題性や欠陥を自覚し、徐々に自力でその生活を克服できるような技術を新たに習得させ、犯罪とは無縁な生活を維持できるように援助し導くとし、実施方法としては、精神分析療法、精神療法、集団療法、行動療法、接触療法、作業療法、薬物療法などが挙げられる⁹⁵⁾。社会治療処分は、責任無能力者だけでなく責任能力者をも対象とし、大規模な措置として大きな期待が寄せられたが、経済難を理由として、草案から削除された⁹⁶⁾。

91) シュトレング (著)、小池 (監訳)、戴中ほか (訳)・前掲注 (73) 121頁。

92) 社会治療処分の内容の詳細につき、阿部純二「西ドイツの新刑法総則について」法律時報41巻 (1969年) 115頁以下を参照。

93) 阿部・前掲注 (92) 115頁。

94) Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuchs, Allgemeiner Teil 2, verb., Aufl., 1969, S. 133.

95) 加藤久雄「西独刑法第65条 (社会治療処分) 削除と常習累犯者対策——西独連邦委員会の公聴会における討論を中心に——」ジュリスト846号 (1985年) 97頁。

96) Dieter Meier, a. a. O. (Anm. 75), S. 282 は、財政難だけが決定的な理由となったので、

第二節 ドイツにおける保安監置の正当化の試み

前述の通り、欧州人権裁判所によって保安監置の条約違反宣言がなされたことにより、ドイツでは、刑罰に類似した拘禁措置である保安監置を、刑罰とは異なるものとして正当化する必要が生じている。その結果、2013年6月1日改正法の施行の前後で、旧事件（Altefälle）と新事件（Neufälle）の区別が生じた。

旧事件は、2013年6月1日以前に犯罪を犯した者が、刑法施行法第316条 f 第2項第2文（事後的な命令および延長）に該当する可能性のある場合であり、新事件は、2013年6月1日以降に発生した犯罪で監置中の場合を指す。刑法施行法第316条 f 第2項第2文は、最後の犯罪時にまだ発効していなかった法規に基づく保安監置命令およびその継続、または精神病院への入院を要件としない保安監置の事後的命令、あるいはこのような保安監置命令の継続は、この者が精神病に罹患しており、精神障害を理由として、人格の具体的な事情またはこの者の振舞いから重大な暴力犯罪または性犯罪を犯す高い危険性が示される場合にのみ許されると規定する。

新事件の場合、新たな法的状況は制限なく適用される。旧事件につき妥当する、保安監置の事後的命令および延長の規定が存在しなかったために保安監置に付されないことへの期待を保護するための経過規定は、新事件には適用されない（刑法施行法第316条 f 第1項参照）。刑法施行法第316条 f 第1項によれば、保安監置が命じられるか留保される行為または少なくともその一部の行為が2013年5月31日以降に行われた場合、2013年6月1日以降に妥当する形式において、以前の保安監置の規定が適用される。なお、1998年法改正との関係でいえば、旧事件の保安監置は、欧州人権条約第5条第1項2(a)（自由および安全の権利を保障し、自由剥奪が許されるためには、有効な有罪判決に基づいて、当該判決との十分な因果関係があることが示さ

なく、すでに開始されていた社会治療処分施設での成果に懐疑的な目が向けられたことも、当該処分が実現に至らなかった理由として挙げる。

れなければならないとする規定)によって正当化されない懸念があるが、新事件の保安監置にこの問題は生じない⁹⁷⁾。

2016年のベルクマン事件判決、2018年のイルンゼアー事件判決では、欧州人権裁判所は、保安監置を依然として刑罰と見つつも、収容された精神障害者に適切な施設で必要な治療を施すという治療的目的をもって刑罰的要素が後景に退いているため、刑罰には該当せず、遡及適用の禁止は適用されないとした。すなわち、目下、事後的な保安監置は精神障害者に対する「治療」と説明され正当化されるという方向を辿っている。

以下では、欧州人権裁判所による条約違反判決が出された後の経過と、保安監置の正当化をめぐる議論を概観する。

第一款 判決後の経過

保安監置の適用件数の推移につき、2007年および2008年の保安監置の前提条件に関する法改正がなされた後、保安監置に付された者と公判前勾留中の者は2010年までに500名を超え、2018年には516名、2022年には614名になっており、増加傾向にある⁹⁸⁾。

特に、事後的な保安監置を治療と解して刑罰と異なるものとする欧州人権裁判所の見方に対しては、多数の批判が向けられている。その批判の中核は、刑罰と保安監置の内容が近づきすぎていることにある。

97) もっとも、BVerfG HRRS 2013 Nr. 228 によれば、2013年2月6日連邦憲法裁判所決定において、新事件でも事後的保安監置は法治国家上の信頼原則に反するとしており、憲法上の問題は依然として存在する。

98) 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/>: 最終閲覧日2024年3月25日) 2024年3月26日に、2023年までのデータが反映された。それによれば、2023年に保安監置に付された者は、609名である。

第二款 ケーラー説

保安監置の正当化につき、ミヒャエル・ケーラー（Michael Köhler）は、有責的な者に対する古典的な保安監置を刑罰の一つとして位置づけて説明しようと試みる。そこで、ケーラーは、犯罪者の危険性が処罰の対象となる行為に現れている限りで、生活決定責任論的な発想に基づいて、当該の行為の不法性、有責性を加重する事情として捉え、保安監置を刑罰概念の中に解消する試みを行う⁹⁹⁾。

ケーラーによれば、古典的な保安監置が対象としているのは、責任能力を有する者、つまり、法秩序の構成者たる自由な人格性（法主体性）を（潜在的に）有している犯罪者であるため、（古典的な保安監置は）、それ自体としては正当化されない¹⁰⁰⁾。なぜなら、犯罪者も、いまだ法秩序を共に構成する主体であり、その限りで、あくまでその者との相互的な法関係を維持することを前提にした法的制裁である刑罰の対象とされなければならないためである¹⁰¹⁾。このような対象者に対しては、その者が法的に保障された自己の自由（あるいはそれを行使する法的地位）を濫用する形で他者の自由およびこれを保障する法秩序の規範的効力に加えた侵害に見合った程度で刑罰が科されるにすぎないという¹⁰²⁾。

ケーラーは、刑罰を対象者に科すときも、その者との間で刑法上の法関係が維持されることから、「他者が……合法的に振る舞うであろうという相互的な法的信頼が、それとは反対のことが侵害という行動の形で証明されるまで」妥当すると主張する¹⁰³⁾。このような相互的な法的信頼は、人

99) ギュンター・ヤコブス（著）川口浩一・飯島暢（訳）『法的強制と人格性』（関西大学出版部、2012年）72頁－73頁参照。

100) 飯島暢「保安監置の正当化——法的強制としての自由剥奪？——」『自由の普遍的保障と哲学的理論』（成文堂、2016年）236頁参照〔初出：飯島暢「保安監置の正当化——法的強制としての自由剥奪？——」法学研究（慶応義塾大学）84巻9号（2011年）291頁－320頁〕。

101) 飯島・前掲注（100）236頁。

102) 飯島・前掲注（100）236頁参照。

103) 飯島・前掲注（100）236頁。Michael Köhler, Die Aufhebung der Sicherungsmaßnahmen durch die Strafgerechtigkeit, in: Michael Pawlik u. a. (Hrsg.), Festschrift für Günther

格性と結びついたものであるため、いまだ人格である犯罪者を取り扱う際にも一種の規範的な制約として作用し、これによって、その者が将来において犯罪を行う危険性だけを根拠にして自由を剥奪することは許されなくなる¹⁰⁴⁾。すなわち、刑法上の法関係が存在する限り、自己の行動を自ら規定する人格としての自律性が犯罪者にも認められるため、仮に危険性判断が事実上可能であるとしても、危険性がいまだ新たな侵害行為の形で現れていない場合には、合法的に振る舞うであろうという法的信頼に基づいて、犯罪者を取り扱わなければならないという¹⁰⁵⁾。したがってケーラーは、将来の危険性に関する判断に依拠して、自律的な人格に対して刑罰とは別の自由剥奪である保安監置は、治安維持の目的を達成するための純粹な予防的装置に他ならないものとみる¹⁰⁶⁾。

なお、ケーラーは、このような結論を導くために、独自の責任概念を用いる。それによれば、人間の行動は人格の発達過程において形成される慣習性 (Habitualität) に依拠して定まるのであり、犯罪への慣習性も同じく発達過程において形成され、それに応じて不法な行動に至るとする¹⁰⁷⁾。保安監置を規定する第66条「習癖 (Hang)」の要件も、この意味の犯罪への慣習性を意味しており、それに基づいて行われた犯罪行為については、法秩序における規範の効力に対する侵害の程度が大きくなり、つまり違法性及び責任もより大きくなり、その結果として、刑罰加重を認めることができるという¹⁰⁸⁾。

この見解では、保安監置は刑罰に解消されるため、事後的保安監置が一切認められないうえ、留保的保安監置も認められるかどうか疑問が残る。ケーラーの見解は、保安監置廃止の主張である。

↘ Jakobs, 2007, S. 281.

104) 飯島・前掲注 (100) 236頁 - 237頁参照。

105) 飯島・前掲注 (100) 237頁。

106) 飯島・前掲注 (100) 237頁参照。

107) Köhler, a. a. O. (Anm. 103), S. 282 f.

108) Köhler, a. a. O. (Anm. 103), S. 287.

第三款 ヤコブス説

保安監置を刑罰として説明しようとするケーラーとは異なり、ギュンター・ヤコブス（Günther Jakobs）は、法的強制の観点から、保安監置を、人格に対する一種の自由剥奪として基礎付けようと試みる¹⁰⁹⁾。法的強制とは、法秩序の規範的な効力（及びそれによって保障された各人の自由）を侵害しようとする違法な行為に対する反作用として許される強制手段であり、国家が主体となる危険防御や私人が主体となる正当防衛がその最たる例であるとする¹¹⁰⁾。

ヤコブスは、法秩序が行動の方向付けを規範的に行うためには、認知的な補強（kognitive Untermauerung）が必要であると主張する¹¹¹⁾。そして、認知的補強は、人格についても当てはまるとする。つまり、一定の禁止規範が存在するだけでは、ある人格がそれに違反しないという予期を基礎付けるには十分でなく、当該人格については、その合法的な振舞いによって、自らが市民として適切な態度をとることができるという規範的な予期が、認知的に補強されなければならない¹¹²⁾。しかし、このような合法的な振舞いが自己表現によってなされないとき、この人物が合法的な行動をとるであろうという予期が破られ、当該人物の人格的な欠点が示される。そこで、本来であれば各人が示すべき認知的補強に代わって、強制的な自由剥奪が、その保障として求められる。ヤコブスは、これが保安監置であると説明する¹¹³⁾。なお、事後的保安監置に対しても、同様の説明が考えられる。

第四款 欧州人権裁判所による保安監置法理への批判

欧州人権裁判所の宣言した保安監置許容の条件に関しては、多数の批判

109) 飯島・前掲注（100）239頁参照。

110) 飯島・前掲注（100）239頁。

111) 飯島・前掲注（100）240頁参照。

112) 飯島・前掲注（100）240頁参照。

113) Günther Jakobs, Rechtszwang und Personalität, 2008, S. 35 ff. [= 川口浩一・飯島暢（訳）『法的強制と人格性』（関西大学出版、2012年）43頁以下]

が向けられている¹¹⁴⁾。例えば、「精神障害」の概念の明確な定義が存在せず、広範な解釈になりすぎているうえ¹¹⁵⁾、欧州人権裁判所は、精神障害がどれほど深刻であれば収容を正当化するまでに至るのかという問題に答えていないとの批判が存在する¹¹⁶⁾。その結果、病気による犯罪性と精神障害に基づく長期的な危険性が同視されることとなり¹¹⁷⁾、これによって、ドイツ刑法第20条（精神障害を理由とする責任無能力に関する規定）、第21条（限定責任能力に関する規定）の意味における精神障害の概念が拡大される危険が生じ、危険性の概念それ自体が広がる可能性が生じることとなる¹¹⁸⁾。そのため、ほとんどすべての専門家がこの考えに反対したとされる¹¹⁹⁾。

また、根本的な批判として、保安監置に付せられる多くの者が、前科や犯罪への危険性を有していることが多く、幼い頃からすでに長い犯罪歴をもっていることが少なくなく、全ての者が治療によって治るわけではないとの指摘もある¹²⁰⁾。現在、欧州人権条約第5条第1項2(e)によって旧事件に該当する者たちに対する拘禁が可能となっているが、ここで問題となる精神障害者たちは著しく汚名を着せられており、精神医学が単なる口実

114) 欧州人権裁判所の保安監置に関する判断への批判につき、Lorenz Dilling, Wegschließen für immer? Die Sicherungsverwahrung aus Sicht der Europäischen Menschenrechtskonvention, GRZ, 2019, S. 77 ff. を参照。

115) Kartin Höffler, Das Therapieunterbringungsgesetz und der verfassungsrechtliche Strafbegriff – Besprechungsaufsatz zu BVerfG, Beschl. v. 11. 07. 2013. – 2 BvR 2302/11, 1279/12, StV 2014, S. 171.

116) Höffler, a. a. O. (Anm. 115), S. 137.

117) Jürgen L. Müller et al., Stellungnahme der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie, Psychotherapie und Nervenheilkunde (DGPPN) zum Gesetz zur Neuordnung des Rechts der Sicherungsverwahrung und zu den begleitenden Regelungen, und insbesondere zum Artikel 5 Gesetz zur Therapie und Unterbringung psychisch gestörter Gewalttäter (Therapieunterbringungsgesetz – ThUG) in Kraft seit 1. 1. 2011 vom 10. 2. 2011, FPPK 2011, S. 116.

118) Christine Morgenstern, Christoph Morgenstern, Kirstin Drenkhahn, Eine Quadratur des Kreises – Das Therapieunterbringungsgesetz, FPPK 2011, S. 202.

119) J. Müller, et al., a. a. O. (Anm. 117), S. 116 ff.

120) J. Müller, et al., a. a. O. (Anm. 117), S. 117.

として悪用されているとの意見もある¹²¹⁾。

この点をめぐるドイツの態度につき、保安監置、とくに事後的な保安監置の正当化が必要になっているものの、正当化の議論は停止している。このようなドイツの現状を確認したうえ、日本法の概観に移る。

第三節 日本における処分制度

第一款 現行制度および「隠れた」保安処分

日本の現行刑法に処分制度は、公式には存在しない。しかし、自由の剥奪ないし制限を伴うものとして、処分制度とほぼ同視され得る制度が「隠れた」保安処分として存在するのではないかと指摘が、以前からなされてきた。日本の現行刑法において処分であると指摘されるものは多数あるが、ここでは、少年に対する保護処分、売春婦に対する補導処分、没収を挙げる。

少年に対する保護処分は、家庭裁判所に送致された非行少年を更生させるために行われる少年法上の処分である。とりわけ、①保護観察、②児童自立支援施設・児童養護施設送致、③少年院送致の３種類がある（少年院法第24条）。少年法第１条は、「この法律は、少年の健全な育成を期し、非行のある少年に対して性格の矯正及び環境の調整に関する保護処分を行うとともに、少年の刑事事件について特別の措置を講ずることを目的とする。」と規定する。保護処分によってどのような内容の処分を課すかは争いがあるが、処遇の内容は、刑罰のように責任に応じて決められるわけではなく、個々人の事情に応じて決定され、少なくとも、判例および学説において、当該少年が将来犯罪をくり返さないようにする再犯防止の点は最低限の目的とされている¹²²⁾。このことから、保護処分は処分に該当し、とりわけ少年に対する教育を目的とする教育処分であると解される。もっと

121) J. Müller, et al., a. a. O. (Anm. 117), S. 117.

122) 保護処分の性質に関する判例および学説の整理につき、斉藤豊治「保護処分の法的性質」犯罪と刑罰27号（成文堂、2018年）82頁を参照。

も、少年に対する保護処分は、保安そのものを目的としておらず、純粹保安処分には当たらない。

売春婦に対する補導処分¹²³⁾では、売春の習性を矯正し、社会復帰を図るために当該制度を認め、勧誘等の罪を犯した満20歳以上の女子に対し、裁判所が自由刑の執行を猶予すると同時に、補導処分の言い渡しをすることができるとされ（売春防止法第17条第1項）、その目的は「更生のため」とされる（売春防止法第17条第2項）。1958年4月1日に施行された補導処分につき、その内容は、身柄を施設に収容して矯正をはかるものであって、刑でなく、しかも刑の執行に代わる強制収容処遇であるとして、処分として構成するべきであったのではないかと指摘がある¹²⁴⁾。この点、1958年に行われた第28回国会参議院法務委員会会議録第17号¹²⁵⁾によれば、とりわけ、売春を行った女子本人に対して、売春を行うに至ったそれまでの環境から引き離して道徳教育を施すことで、自己の態度を改めるよう働きかけることが目指されている。したがって補導処分は、教育と治療を兼ねた処分であって、保安拘禁それ自体を目的とする純粹保安処分ではない。

他方、没収は、以前から処分に当たるのではないかと指摘があるうえ¹²⁶⁾、保安そのものを目的とする純粹保安処分に当たるのではないかとの懸念がある。没収は、現行制度上は刑罰に位置づけられており（刑法第9条）、組成物件、供用物件、生成物件、取得物件、報酬物件を没収することができる（刑法第19条第1項）。没収の性質をみるに、没収は人に対し

123) 補導処分につき、椿幸雄『売春防止法と補導処分』宮澤浩一・西原春夫・中山研一・藤木英雄（編）『刑事政策講座 第三卷 保安処分』（成文堂、1972年）359頁以下参照。

124) 正田満三郎『補導処分と裁判所調査官——売春防止法の一部改正をめぐって——』ジュリスト152号（1958年）50頁参照。

125) 第28回国会参議院法務委員会第17号議事録（<https://kokkai.ndl.go.jp/simple/disppdf?minId=102815206X01719580317>；最終閲覧日2024年3月29日）3頁、4頁、7頁など参照。

126) たとえば、西原春夫『刑法総論』（成文堂、1977年）505頁、中山研一『刑法総論』（成文堂、1982年）553頁－554頁、阿部純二ほか『刑事政策入門』（有斐閣、1982年）188頁、団藤重光『刑法綱要総論（第3版）』（創文社、1990年）504頁など。

てなされる措置でないため、人に対する教育・治療・改善は目的とはなり得ない。そこで、没収には純粹保安処分的な側面があるのではないかという疑問が生じる。この点につき、没収の保安処分性を肯定した最高裁決定が存在する。最決昭和61・6・9刑集40巻4号269頁は、覚せい剤を麻薬であるコカインと間違えて所持した被告人から当該覚せい剤が没収された事案につき、「このような薬物の没収が目的物から生ずる社会的危険を防止するという保安処分的性格を有する」としており、没収は危険を防止するためのものであって、処分的な性質があることを認めている。没収が刑罰に当たるか否かについての検討はここでは留保するが、このように考えるなら、当該制度は危険性への対応措置であり、刑罰の枠を超えていると解される。

「隠れた」処分と評価される要点は、自由の剥奪ないし制限を伴うか否か、制度の目的が、実質的に、行為者の再犯防止、教化・改善、社会隔離のいずれかの点に置かれているか否かである。保護処分は教育を目的とし、補導処分は教育ないし治療を目的とする処分であるため、保安そのものを目的とする純粹保安処分には当たらない。対して、没収制度は、危険性への対応措置であり、保安そのものを目的とする純粹保安処分に該当する可能性がある。このようにして、日本法においても、「隠れた」保安処分は存在すると言いうることとなる¹²⁷⁾。

また、再犯の危険性を拘禁の根拠にすると、強制的な長期拘禁は可能か、その正当化をいかに解するかという疑問が生じる。

第二款 措置入院制度の問題点——長期入院の正当化根拠と治療目的

措置入院制度は、その導入以降、種々の問題点が指摘されてきた。その際、措置入院制度への批判が最も集中したのは、病院に入院させられる精神障害者に対する強制的な長期間の拘束の正当化根拠である。この点は、

127) もっとも、その詳しい検討は、他日に期したい。

従来、パレンス・パトリエと、ポリス・パワーの観点から、説明が試みられてきた。学説には、① 正当化を認める立場、(a) ポリス・パワーおよびパレンス・パトリエによって正当化する見解、(b) パレンス・パトリエのみから正当化する見解、② 正当化を否定する立場の対立がみられる。もっとも、学説において、精神障害者に対する強制的な長期間の拘束の正当化およびその根拠に関して、これを正当化するか否かの点と、精神障害者に強制的に治療を施すことを肯定するか否かは、別論である。

前述したように、町野説は、①精神障害者に対する強制的な長期間の拘束の正当化を認める立場のうち (a) ポリス・パワーおよびパレンス・パトリエによって正当化する見解¹²⁸⁾ に立つ。しかし町野は、精神障害者の人権保護に厳格に配慮し、治療を施す際の同意をきちんと得ることを強く主張する。

対して、大谷説は、①精神障害者に対する強制的な長期間の拘束の正当化を認める立場のうち、(b)パレンス・パトリエのみから正当化する見解¹²⁹⁾ に立つ。大谷説によれば、憲法25条（生存権）、憲法13条（幸福追求権）に基づき、(1) 強制医療を正当化する程度の危険性の科学的予測は困難であること、(2) 危険性基準によると、危険性が比較的低い場合、医療保護の必要な患者を適切に処遇することが可能となり、ポリス・パワーは、かえって患者の福祉を阻害するという。パレンス・パトリエの思想は、患者に対する強制介入を可能にする。したがってこの立場は、パレンス・パトリエの考え方から、精神科における治療も患者の利益のために行うことが許され、患者にとって何が利益かは、第一義的には、患者自身が

128) 町野・前掲注 (32) 26頁以下。

129) 大谷・前掲注 (1) 44頁以下。ほかに、山本輝之「精神障害者の治療と同意」法学セミナー62巻2号（2017年）48頁も同旨。その他、大谷、山本と同じく、丸山雅夫「精神医療における強制入院の正当化根拠と若干の立法論」南山法学45巻1号（2021年）82頁－83頁も、パレンス・パトリエに正当化根拠を認めるが、立法論としては、対象者の人権を保護するために厳格な手続を求め、治療を目的とする手続的リーガル・モデルとして構成することは十分にありうるとする。

選択するものであるが、自己の医療的利益を選択する能力が欠如・減退している精神障害者については、この者の利益を図るために、ある範囲においては、この者の同意がなくても治療を強制することが許されるとする¹³⁰⁾。

浅田説は、②ポリス・パワーおよびパレンス・パトリエによる強制的な長期間の拘束を正当化することはできないとの立場¹³¹⁾に立つ。この説によれば、治療目的であっても不当な長期間の拘束は許されない。精神障害者への医療と一般医療の差をなくし、一般医療の水準に合わせて治療を行うことが要求される。

第四節 処分との対比における刑罰の意味

第一款 治療（矯正）の強制

刑事施設に受刑者を拘禁する場合、本人の社会復帰のためであれば、治療の矯正は許されるのではないかとの疑問が生じてくる。これは、治療の強制・矯正の強制は刑罰に当たるか否か、刑罰の中身に治療や矯正は含まれるのかという問題にかかわる¹³²⁾。刑の執行・行刑の理論によれば、犯罪者に与える処遇の内容を「矯正」と捉える立場と、犯罪者に与える処遇の内容を「矯正」でなく単なる「便宜供与」と捉える立場が存在する。

一、処遇を矯正と捉える立場

犯罪者に与える処遇の内容を「矯正」と捉える立場¹³³⁾からは、矯正処

130) 山本・前掲注（129）48頁。

131) 浅田・前掲注（57）345頁以下参照。

132) 処遇の強制に関する論考として、中村悠人「行刑・処遇における矯正と強制」犯罪と刑罰27号（2018年）1頁以下参照。

133) たとえば、川出敏裕「監獄法改正の意義と今後の課題」ジュリスト1298号（2005年）25頁以下、同「自由刑における矯正処遇の法的位置づけについて」刑政127巻4号（2016年）14頁以下、太田達也「刑事施設・受刑者処遇法下における矯正の課題——矯正処遇を中心として——」犯罪と非行146号（2005年）4頁以下。

遇の強制を認めることとなる。例えば、澤登俊雄は、大谷實が精神障害者に対する拘禁を正当化したのと同じく、パターンリズムの観点から、処遇の強制を認めようとする。そして、受刑者の質によって改善処遇の是非を決めようとする。すなわち、行刑の段階で「教育」が行われること自体は、自由刑の正当化根拠が侵害原理にある以上認められてよいとし、平均的利益を保持できる状態にまで受刑者を引き上げることを目的とする「教育」も、生活関係の改善が再犯防止に役立つばかりでなく、社会的弱者である受刑者の福祉を図ることが福祉国家の目的に適合していることを考えると、認められてよいとする¹³⁴⁾。さらに、行刑目的たる社会復帰の意味を、道徳的矯正や威嚇に基づいた行為の再社会化ではなく、社会的生活関係の再建による再社会化と捉え、「社会復帰を要求する受刑者には、それは必要なあらゆる援助を与える義務を国家が負担し、他方社会復帰の必要性が顕著であるにもかかわらずそのための処遇を拒否する受刑者に対しては、国家が処遇を矯正する権利をもつ。」¹³⁵⁾とする。

二、処遇を矯正でなく便宜供与と捉える立場

これに対して、犯罪者に与える処遇の内容を「矯正」と捉えるのではなく、被拘禁者が釈放後の社会関係を再建するための同意に基づく「便宜供与」と捉える立場¹³⁶⁾が存在する。例えば、土井政和は、刑罰目的と行刑目的の分離を主張する。不利益の付加を本質とする「刑の執行」と社会復帰のための援助を本質とする「行刑」を区別し、行刑を自由刑の内容に含めないことにより、処遇強制によって侵害されるおそれのある受刑者の人権を保障しようとする¹³⁷⁾。両者の目的を切り離すことで、行刑は、自由刑の目的による影響を受けないものとなり、「受刑者自身の個人的問題を

134) 澤登俊雄『新社会防衛論の展開』(大成出版社、1986年)179頁以下。

135) 中村・前掲注(132)14頁-15頁。澤登・前掲注(134)136頁以下を参照。

136) 土井政和「犯罪者援助と社会復帰行刑(1)」九大法学47号(1984年)64頁以下。

137) 土井政和「社会復帰のための処遇」菊田幸一・海渡雄一(編)『刑務所改革——刑務所システム再構築への指針』(日本評論社、2007年)74頁以下。

解決するための措置」と「刑の執行に伴う弊害を除去するための措置」を内容とする「国家による受刑者に対する福祉活動であると共に、それを通じた犯罪防止活動」と位置付けられる¹³⁸⁾。土井説では、施設内処遇と施設外処遇の連携を追求し、受刑者が刑事施設に入所した時点から刑の執行が終わるまで「一貫した社会的援助」を与えるという視点で処遇を構築する。

この立場からは、矯正処遇の強制は原則として許されない。土井は、受刑者自身の自己回復およびその過程を重視する。こうした視点を抜きにして、被害者への謝罪や贖罪のみを追求すれば社会復帰処遇に名を借りた「応報的処遇」が行われることになりかねないとし、受刑者の自信の回復を促すためには強制的処遇ではうまくいかないため、受刑者の意欲を喚起する個別的処遇が必要となると主張する¹³⁹⁾。

三、自由刑単一化における刑罰内容の実現

行刑実務との関連では、処遇をどのように見るか、矯正の強制とみるか否かは、自由刑の処遇内容に影響を及ぼす¹⁴⁰⁾。2022年6月13日の「刑法等の一部を改正する法律」によって、それまでの懲役刑・禁錮刑が廃止され、「拘禁刑」として一本化されることになり、「自由刑の単一化」が行われた。これによって、「拘禁刑」に処せられた者には、改善更生を図るため、必要な作業を行わせ、または必要な指導を行うことができることとなった（刑法第12条第3項）。

自由刑単一化論の背景にあるのは、法務省内で行われた「若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会」による「『若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会』取りまとめ報告書」（2016年12月）（以下、「取りまとめ報告書」）である。その9頁以下では、「自由刑の単一化」と題して、

138) 中村・前掲注（132）12頁。

139) 土井・前掲注（137）90頁参照。

140) 自由刑単一化の論考として、松宮孝明「『自由刑の単一化』と刑罰目的・行刑目的」法律時報89巻4号（2017年）79頁以下参照。

以下の内容が示される。すなわち、「若年者の改善更生を図るためには、例えば、学力の不足により社会生活に支障がある者に対しては教科指導に重点を置いた矯正処遇を行なうなど、それぞれの若年受刑者の特性に応じた矯正処遇を行なうことが重要である」¹⁴¹⁾、「しかしながら、現行法の自由刑のうち、懲役刑については、作業が刑の内容とされているところ、作業は受刑者の改善更生に重要な役割を果たしているものの、受刑者の特性を考慮すると他の矯正処遇が適している場合にも、一定の時間を作業に割かなければならない」¹⁴²⁾ため、「受刑者の特性に応じ、刑期の大部分を作業以外の改善指導や教科指導に充てるなど、より個人の特性に応じた矯正処遇を実施することには限界がある」¹⁴³⁾とされ、「禁錮刑については、一律に作業の義務付けを行うことができないものの、受刑者によっては、本人の改善更生によって作業が有用な場合もある。」¹⁴⁴⁾とされる。そこで、「懲役刑・禁錮刑を一本化した上で、その受刑者に対し、作業を含めた各種の矯正処遇を義務付けることができることとする法律上の措置を採ることが考えられ」¹⁴⁵⁾、「これにより、若年受刑者のみならず、現在その数が増えている高齢受刑者や障害を有する受刑者への対応も柔軟化することが可能になる」¹⁴⁶⁾とするのである。

さらに、「取りまとめ報告書」は、施設内処遇と施設外処遇の問題に言及しており、若年者について保護観察付き刑の一部執行猶予制度の活用を図ること、仮釈放の期間について、「再犯の危険性を標準として仮釈放の期間を定め、その間保護観察に付する」考試期間主義を採ることを提案し¹⁴⁷⁾、考試期間主義は、改正法において採用された（刑法第27条の2第1項、刑法

141) 「取りまとめ報告書」9頁。

142) 「取りまとめ報告書」10頁。

143) 「取りまとめ報告書」10頁。

144) 「取りまとめ報告書」10頁。

145) 「取りまとめ報告書」10頁。

146) 「取りまとめ報告書」10頁。

147) 「取りまとめ報告書」11頁参照。

第27条の3第1項）。

自由刑の単一化は、被収容者に対する処遇の内容を「便宜供与」と捉える立場をとれば、懲役刑と禁錮刑の区別をなくして、拘禁を施し、被収容者の自由を奪うことだけをまさしく自由刑の内容とする「自由刑純化」の方向に進むが、一方で、被収容者に対する処遇の内容を「矯正」と捉える立場に立てば、「自由刑純化」とは正反対の、作業を含めた被収容者に対する各種の矯正処遇を義務付け、さらにその義務違反には懲罰が伴う処遇内容へと、すなわち「拡大された懲役刑」へと至る懸念が生じる¹⁴⁸⁾。この考えは、「国連被拘禁者処遇最低基準規則」に定められた拘禁および自由剥奪の最低準則に違反するとの指摘が存在する¹⁴⁹⁾。この指摘からは、刑罰目的と行刑目的を分離する必要が明らかになる¹⁵⁰⁾。

では、矯正処遇の内容が「治療」の場合であれば、本人のためとみなされ許されるのか。この問題についても、上の問題と同様に考えることができる。すなわち、処遇内容を「便宜供与」と捉える見解からは、治療目的であれば何をしてもらってもいいわけではないこととなる¹⁵¹⁾。「国連被拘禁者処遇最低基準規則」は、被拘禁者処遇に関する最低基準を示す国際連合決議であり¹⁵²⁾、規則3により、「人を外界から隔離する拘禁刑その他の処分は、自由の剥脱によって自主決定の権利を奪うものであり、正にこの事実の故に、犯罪者に苦痛を与えるものである。それゆえ、正当な分離または規律維持に付随する場合を除いては、拘禁制度は、右状態に固有の苦痛を増大させてはならない。」と定める。さらに、規則97の1は、「刑務作業は、苦

148) このような考え方を支持するものとして、たとえば、「取りまとめ報告書」をまとめた「若年者に対する刑事法制の在り方に関する勉強会」のメンバーであった川出敏裕「自由刑における矯正処遇の法的位置づけについて」刑政127巻4号（2016年）16頁参照。

149) 松宮・前掲注（140）80頁以下参照。

150) 松宮・前掲注（140）83頁参照。

151) 同様の理解につき、浅田・前掲注（57）349頁参照。また、斉藤・前掲注（122）81頁。

152) 「国連被拘禁者処遇最低基準規則」（https://cdn.penalreform.org/wp-content/uploads/2021/09/Nelson-Mandela-Rules_Japanese_final_5.pdf：2024年3月29日最終閲覧）。

痛を与えるものであってはならない。」とし、自由剥奪以外の強制を、刑罰内容として被拘禁者に対して与えることを避けるよう要請する。「国連被拘禁者処遇最低基準規則」は、拘禁刑は自由剥奪それ自体を刑罰の内容とし、「正当な分離または規律維持に付随する場合を除いて」、それ以外の何らかの強制を与えて、被拘禁者の拘禁に伴う苦痛を増大させてはならないとする。したがって、刑罰の中身に、治療（矯正）は含まれないと解すべきである。

第二款 不定期刑の問題点

精神障害者への対応に関連して、医療法による長期間の拘禁の正当化には問題がある。なぜなら、危険性予測が困難であるうえ、危険性の予測は短期間しか可能でないからである。そこで、逆に、危険な常習犯人に対しては、刑罰として不定期刑を採用して、対象者を長期間拘禁すればよいとの見方が考えられ得る。日本の現行刑法典は、不定期刑の導入自体を断念しているが、保安処分の導入の議論が盛り上がっていた折、1974年刑法改正草案は、不定期刑についても、常習犯罪者に対する対応策としての導入を目指して、「常習累犯に対しては、不定期刑を言い渡すことができる」と規定していた（第59条第1項）¹⁵³⁾。

不定期刑論の問題点の最たるものは、責任主義との衝突である。不定期刑論は、新派の教育刑論および行為者主義の発展によってもたらされた主張であるが、個別行為責任を基礎とする古典学派の応報刑論および行為主義の帰結である責任主義とはまったくなじまない。そこで、責任主義と不定期刑の矛盾を回避するために、「責任には幅がある」とする弁明が用意されている¹⁵⁴⁾。しかし、「責任に幅がある」のならば、それは、すべての犯罪者についていえるわけであり、常習犯罪者に対してだけ不定期刑を科

153) 前田宏・鈴木義男（編）『刑法改正草案・刑法・準備草案等対照条文』（高文堂、1973年）59頁－60頁。

154) 西嶋勝彦「常習累犯・不定期刑と保安処分」労働法律旬報818号（1972年）39頁。

す根拠とはなしえないのであって、常習犯罪者だけがなぜ不定期刑を科されてよいのかの説明がなされない¹⁵⁵⁾。

不定期刑を採用する場合、さらに、刑の期間をいかに設定するかという問題が生じる。すなわち、仮釈放までの法定期間を短期に設定するか、あるいは長期に設定するかという問題である。日本法では、現在、少年法第52条第1項において「少年に対して有期の懲役又は禁錮をもつて処断すべきときは、処断すべき刑の範囲内において、長期を定めるとともに、長期の2分の1（長期が10年を下回るときは、長期から5年を減じた期間。次項において同じ。）を下回らない範囲内において短期を定めて、これを言い渡す」とし、少年に対してのみ不定期刑を採用している。仮釈放の法定期間につき、現行少年法第58条第1項は、「少年のとき懲役又は禁錮の言渡しを受けた者については、次の期間を経過した後、仮釈放をすることができる」とする。続いて第58条第1項第3号は、不定期刑が言い渡された場合の仮釈放の法定期間を「その刑の短期の3分の1」と定める。仮釈放の法定期間に関しては、このような期間を設けること自体、新派の教育刑論および行為者主義からの一貫した帰結ではない。教育刑論および行為者主義を貫くなら、改善がみられるまで、終身にわたって刑に付してよいはずだからである¹⁵⁶⁾。

刑罰でもって行為者の危険性に対応する不定期刑にとっての決定的な問題点は、行為主義の帰結である責任主義と衝突することであり、次いで、不定期刑の期間について生じる。不定期刑においても、処分の場合の問題と同じく、行為者の常習性や再犯への危険性予測が困難であり、不定期刑

155) 西嶋・前掲注(154)39頁参照。

156) 太田達也「不定期刑廃止論——仮釈放の視点から」法学新報（中央大学法学会編）125巻11・12号（2019年）12頁－13頁は、このような法定期間を設定した理由として、「法定期間を全く定めたくないという不定期刑や仮釈放に対する理想論と、定期刑の仮釈放よりは短くあるべきであるが最低限の施設内処遇期間は確保した方がよいという要請の妥協点として、最も短い法定期間として短期の3分の1を採ったということが考えられる」と説明する。

を採用して危険な常習犯人の強制的な長期拘禁の正当化を導くことには問題がある。

他方で、不定期刑の刑事政策的効果についても、これまで多くの疑問が示されてきた。例えば、乱用と人権侵害の重大な危険のみが予測され、その効果についてはあまり期待できないこと、不定期刑は、釈放時期が不明確であるために、受刑者に不必要な不安感を生じさせ、処遇における努力目標を見失わせることになり、かえって矯正目的に沿わない面があるという主張がなされている¹⁵⁷⁾。さらに、行刑の現実においても有効性がないという指摘も存在する¹⁵⁸⁾。それによれば、不定期刑は、理論とはかかわりなく、現実には、性格の危険性ゆえに犯罪者を長期にわたって社会から隔離する保安拘禁としての機能しか果たさないと批判されている¹⁵⁹⁾。

157) 宮澤浩一・大谷實（編）『刑法総論』（青林書院、1976年）328頁〔加藤久雄〕。

158) 西嶋・前掲注（154）40頁参照。ほか、昔年の有力な絶対的不定期論者であった正木亮博士も、「常習累犯者への不定期刑は育たない」法律のひろば14巻6号36頁において、不定期刑の運用と実績があがらないことに直面して、批判的立場に転じた。

159) 西嶋・前掲注（154）40頁。