刑罰とは何か（5・完）

——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	
第二節	ドイツにおける保安監置の正当化の試み	
第三節	日本における処分制度	
第四節	処分との対比における刑罰の意味	(以上、413号)
第五節	現行制度における医療的対応	
第一款	医療的アプローチ	
第二款	医療理論	
第六節	刑罰の意味	

* 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

第一款 量刑方法

第二款 特別予防の意味と再犯予防

第三款 「改善更生」と刑罰

第七節 小 括

第五章 結 論

(以上、本号)

第四章 近時の処分および刑事政策的検討

第五節 現行制度における医療的対応

第四章第四節では、日本における現行制度の問題点として、処遇内容めぐり議論を確認した。本第五節では、日本の「処分」制度の内実であるところの治療の内容に関連して、何らかの精神障害および薬物・酒類に対する依存症をもつ犯罪者に対して、現在、どのような医療的対応が取られているかを確認する。ここでは、仮に刑罰の目的を再犯予防に置いた場合、それ以上に効果的なアプローチがあれば刑罰は不要となるのか、あるいはそうではないのかという問題を検討する。

第一款 医療的アプローチ

精神障害者に対する現行の医療的アプローチには、行為者の問題行動それ自体を一次的に控えさせる療法と、行為者のもつ問題を根本的な解決を目指す療法が存在する。

一、当該の問題行動を控えさせる療法

近年、病的窃盗・窃盗症（クレプトマニア）やわいせつ犯、常習詐欺等に対して効果のある医療的アプローチとして、条件反射制御法（CRCT：Conditioned Reflex Control Technique¹⁾）に注目が集まっている。成年・未成

1) 条件反射制御法は、2006年に国立下総精神医療センターで開発された、物質使用障害に対する精神科医療の一手法である。生駒貴弘・岡田和也・長谷川直実・佐々木渉・平井慎二「研究ノート 物質使用障害に対する条件反射制御法の効果に関する統計的検証」犯

年ともに実証が試みられており、刑事施設内での実施事例²⁾、矯正施設での実施事例³⁾、少年の薬物再使用を抑えるためのもの⁴⁾、性的逸脱症状防止のための実施⁵⁾、窃盗事犯者に対するもの⁶⁾などがある。

条件反射制御法は、望まない後天的反射連鎖の作動に対して、直接、第一信号系内で中断する反射を作動させる負の刺激を習得し、それを保持し、必要な時に利用する方法、並びに望まない神経活動を意図的に生じさせ、終末に生理的報酬を与えないことにより、望まない神経活動の作動性を低減させ、その状態を保持する方法である⁷⁾。この方法の対象者は、種々の物質使用障害ならびに反応性抑うつ、病的賭博、病的窃盗、性嗜好障害、PTSD、パニック障害、誤投薬等のヒューマンエラーを起こした者に限定される⁸⁾。治療工程は、負の刺激を設定するステージ、擬似ステージでの作業、想像ステージでの作業に分かれる。例えば、覚せい剤使用者の患者に関して、負の刺激を設定するステージでは、望まない神経活動を中断する後天的反射連鎖を作動させる刺激である「負の刺激」を、対象者が意図的に設定し、保持する⁹⁾。負の刺激の設定は、簡単な動作（キーアクション）と、「私は、今、覚せい剤はやれない」などの文言

↘ 罪社会学研究42号（2017年）140頁参照。

- 2) 田村勝弘「新潟刑務所の条件反射制御法の取組」条件反射制御法研究2号（2014年）17頁以下。
- 3) 田村勝弘「ある矯正施設の条件反射制御法の取り組み」条件反射制御法研究4号（2016年）52頁以下。
- 4) 奥田眞・森川洋一「薬物の再使用への不安が強い少年に対する条件反射制御法の活用について」条件反射制御法研究7号（2019年）47頁以下。
- 5) 佐々木渉「女性窃盗事犯者に対するショートステイを活用した条件反射制御法と生活支援」条件反射制御法研究10号（2022年）46頁以下。
- 6) 長谷川直実・佐々木渉・山村ひとみ・田原和代「性的逸脱行為防止のための CRCT を取り入れた実践」条件反射制御法研究9号（2021年）4頁以下。
- 7) 平井愷二「覚醒剤の静脈注射を反復した者に対する条件反射制御法」条件反射制御法研究1号（2013年）33頁。
- 8) 平井・前掲注（7）33頁。
- 9) 平井・前掲注（7）34頁参照。

(キーワード) を組み合わせて行うものであり¹⁰⁾、覚せい剤を使用する気持ちを抑えることを目的とする。続く疑似ステージでの作業は、覚せい剤を注入する疑似の器具を使用し、望まない後天的反射連鎖の作動性自体を低減させる働きかけを複数回にわたって行い、気持ちの抑制を目指す¹¹⁾。つまり、疑似ステージ作業では、覚せい剤の注射器に似せた器具を用いて使用を試み、しかし実際に覚せい剤の効果は得られないという工程を何度もくり返して行うことで、対象者に、覚せい剤の使用を控えたいという気持ちを生じさせる。想像ステージでの作業は、閉眼して、自分が過去に行った覚せい剤注射をその日の覚醒時から覚せい剤注射を完了するまでのことを詳細に思い出すという作業を行う¹²⁾。想像ステージ作業を重ねることで、対象者は、覚せい剤を使用する際の映像が頭に浮かばなくなり、自律神経の変調や気分の変調が徐々に低減するとされる¹³⁾。なお、疑似ステージ作業および想像ステージ作業の両方で、覚せい剤を使用したいという気持ちが湧いてきたら作業を一次的に中断して負の刺激を同時的に行い、「私は、今、覚せい剤をやれない」と自分に言い聞かせるという。

調査報告によれば、2012年7月28日の前日7月27日までに行われた、覚せい剤を静脈注射で乱用した14名を対象とする条件反射制御法で、「ほとんどの例において反復により低減し、この技法は高い率で欲求の制御に成功する」¹⁴⁾として、問題行動を控えさせる成果を出している旨が報告されている¹⁵⁾。その他、刑事裁判において、条件反射制御法による治療効果が

10) 平井・前掲注 (7) 34頁参照。

11) 平井・前掲注 (7) 36頁参照。

12) 平井・前掲注 (7) 38頁参照。

13) 平井・前掲注 (7) 38頁参照。

14) 平井・前掲注 (7) 41頁。

15) 条件反射制御法の効果につき、生駒貴弘「物質使用障害に対する条件反射制御法の効果に関する統計的検証から——薬物事犯者対策の改革を支える技法としての可能性」条件反射制御法研究7号(2019年)25頁は、「CRCTの実施は、犯罪処分歴のある物質使用障害患者の再犯防止に貢献していることが推測された」とする。

認められ、判決で考慮された事案もすでに存在する¹⁶⁾。

もっとも、この方法は、当該の問題行動を差し当たって控えさせることができるが、当該犯罪者の犯罪性向の背後にある根本的な問題に働きかけるわけではない。条件反射制御法によるならば、行為者が当面の問題行動を抑えるようになったとしても、別の問題行動が発生したときにまた別個の対策が必要になる懸念がある。このように考えると、問題行動それ自体を抑えることで足りるのかという疑問が生じる。

二、根本的な問題解決を提案する療法

そこで、行為者の問題行動の背景にある問題をさらに根本的に解消することを旨とするとして、ダルク（DARC：Drug Addiction Rehabilitation Center）による薬物依存症治療の支援や、刑事施設内の認知行動療法があり得る。

ダルクは、薬物依存者の自助グループを形成し、薬物依存症回復支援グループセラピー、ミーティングによる行動療法を行っており、主に、精神科病院から退院する人にリハビリ兼任居の提供、刑事施設や保護観察所で実施している教育プログラムの講師や環境調整における身元引受人を担うなど、非常に重要な社会的役割を担っている¹⁷⁾。全国で約60の運営母体が約120程度の施設を運営しており、本部支部といった組織化はされず、緩やかな連携のもと、それぞれが独立して運営方針やリハビリプログラムを取り決めて活動している¹⁸⁾。

ダルクの取り組みは、参加者たちの自助努力によって日常生活を送れるようにすることに力点を置いている。例えば、八王子ダルクは、入所施設

16) 林大悟「CRCT と刑事裁判」条件反射制御法研究6号（2018年）44頁以下。

17) 谷家優子・加藤武士・石塚伸一「ダルクにおける利用者同士及び利用者とスタッフとの『良好な関係性』に関する研究」龍谷法学54巻4号（2022年）448頁参照。その他、ダルクの活動の詳細について、石塚伸一（編著）『日本版ドラッグ・コート 処罰から治療へ』（日本評論社、2007年）168頁以下参照。

18) 加藤隆「薬物依存症からの回復」罪と罰56巻4号（2019年）45頁。

とデイケアを運営する。入所施設では、市内の住宅地で、一軒家を借りて
集団生活を送り¹⁹⁾、寮で問題が起きた場合はハウスミーティングを行い、
自分たちにできることやルールを話し合っ て決め、各人の責任感や相互支
援の意識が高められる²⁰⁾。デイケア事業は、障害者総合支援法における生
活訓練の事業所として運営され、「ダルクミーティング」と呼ばれるグ
ループミーティングを行う。認知行動療法に基いたプログラムも導入して
おり、せりがや覚せい剤依存再発防止プログラム (SMARPP: Serigaya
Methamphetamine Relapse Prevention Program) を実施し、茶菓子を食べな
がらくつろぎ、再発に至るまでの流れや薬物やアルコールの影響等につい
て、ワークブックを使ってディスカッションするなどの取組みが行われて
いるという²¹⁾。

SMARPP の最大の価値は、薬物依存症患者が「次も来たい」というよ
うな雰囲気づくりにあるとされる²²⁾。患者の来院を歓迎し、好ましい行動
があった場合には「報酬」を与え、治療からの脱落を防ぐために、無断欠
席した者には電話やメールで連絡し、声かけによって次回の参加が促され
ている²³⁾。

おおまかなダルクの活動内容は、次のようなものである²⁴⁾。①薬物使
用で失った生活習慣を、共同生活を通して取り戻す、②アルコール依存
の自助グループ AA (Alcoholics Anonymous) の12ステッププログラムと
ミーティングを通して自己を見つめ直し、新しい生き方を見つける、③
ダルクでのリハビリと社会復帰を果たした後も、「回復し続けるため (薬
物をやめ続けるため)」、自助グループに通う習慣を身に付ける、④新しい

19) 加藤・前掲注 (18) 45頁。

20) 加藤・前掲注 (18) 46頁。

21) 加藤・前掲注 (18) 46頁参照。

22) 松本俊彦「薬物依存症の地域支援に必要なものとは」罪と罰56巻4号 (2019年) 11頁参照。

23) 松本・前掲注 (22) 11頁参照。

24) 白川雄一郎「薬物依存症からの回復と援助——ダルクの取組」更生保護60巻8号 (2009年) 59頁-60頁参照。

メンバーの手助けやメッセージ活動、地域でのボランティア活動を通して、自己の役割や役に立っている実感を取り戻す、⑤薬物依存が病気であることを広く知らせるために、講演活動、メッセージ活動を行う、⑥薬物依存症者本人やその家族の相談を受けて、自分の体験をもとにアドバイスする。ダルクでは、当事者の長期間にわたる薬物使用は、本人の「意思」の問題でなく、依存症という慢性の病気であると考え、依存症からの回復のために薬物のない「新しい生き方」を模索し、共同生活を通して、依存症の悩みをもつ仲間どうしが互いに助け合い、再び社会の健全な一員として生活していくことを目標として、種々の実践を試みているという²⁵⁾。

現在、ダルクは、日本の薬物依存症の回復支援において主流となっている。しかし、利用者のうちわずかな者だけが一般就労に向かい、大半の者は生活保護を受け、社会復帰を果たせないといった問題もなお指摘されている²⁶⁾。

第二款 医療理論

一、ハーム・リダクション

ダルクの提案は、薬物に依存しない生き方を模索し、根本的な解決を目指すものであるが、これとは別に、昨今、ハーム・リダクションというアプローチが注目され始めている。

ハーム・リダクションは、「すべての薬物使用者に適用される、薬物使用によるハーム低減のためのヘルスケア、社会福祉サービスの政策、および支援実践の理念」²⁷⁾と言われる。それは、「薬物使用のダメージを減らす

25) 白川・前掲注(24)59頁参照。

26) 松石勝則・庄司正実「薬物依存症者が薬物を止め続けていくのに必要な要因について——アフターサポートプログラム確立のために——」アディクションと家族30巻2号(2015年)137頁。

27) Collins SE, et al: Current status, historical highlights, and basic principles of harm reduction. In Marlatt GA, et al (eds): Harm Reduction, Second Edition: Pragmatic

ことを目的とし、合法・違法にかかわらず精神作用性物質について、必ずしもその使用量が減少または中止することがなくとも、その使用により生じる健康・社会・経済上の悪影響を減少させることを主たる目的とする政策・プログラムとその実践²⁸⁾を指し、薬物使用者、家族、コミュニティに対して、寛容さをもって問題の軽減を試みる手法である²⁹⁾。ハーム・リダクションの考えが登場した背景には、薬物政策の失敗があるとされる。1961年に採択された、主に麻薬の乱用の防止を目的として薬物の規制を行う「麻薬に関する単一条約」の公布から50年を経過した2011年、各国の薬物政策国際委員会は、薬物規制および厳罰政策が完全に失敗であると報告した。当委員会の報告では、世界中で規制されたはずの薬物の使用量や、薬物関連犯罪に基づく刑事施設収容者数が増大し続けており、薬物使用者における新規 HIV 感染者や、薬物過量摂取による死亡者も年々増加の一途をたどっていること、薬物使用者は「犯罪者」という烙印を押され、使用障害の治療や地域における保健福祉の支援から疎外されていることが示された³⁰⁾。それと同時に、薬物に対する規制強化が密売組織に巨額の利益をもたらし、もはや国家権力によっても薬物のブラックマーケットを統制できないほどの状況を生み出したことも指摘された³¹⁾。このような中で、厳罰政策に代わる政策・実践の理論として登場したのが、ハーム・リダクション (harm reduction: 被害低減) である³²⁾。

「ハーム・リダクション」という用語は、1990年代、HIV/エイズの流行に対応する各国の対策が紹介される過程によって日本にもたらされたよう

↳ Strategies for Managing High-Risk Behaviors, 2012, pp. 3-35.

28) Harm Reduction International. What is harm reduction? (<https://hri.global/what-is-harm-reduction/> : 2024年4月5日最終閲覧)

29) 成瀬暢也『ハームリダクションアプローチ やめさせようとしないう依存症治療の実践』(中外医学社、2019年) 1頁参照。

30) 松本俊彦「ハームリダクションとは何か？」OT ジャーナル55巻1号(2021年) 52頁。

31) 松本・前掲注(30) 52頁。

32) 松本・前掲注(30) 52頁。

である³³⁾。このアプローチは、スイス、オーストラリア、カナダ、ポルトガル、マレーシア、台湾、アメリカ、スペイン、オランダなどの諸外国ですでに実施されているが、日本ではこれを検討する動きは近年まで見られなかったが³⁴⁾、近年ようやく、「刑罰から治療へ」という動きが日本でも始まっている。

ハーム・リダクションの成果は、各国において、種々上がっている。オランダにおける薬物依存症対策としてのハーム・リダクションの実践として、ヘロインの退薬症状で苦しんでいる路上生活者に無料でメタドン（ヘロイン依存症の治療に用いられる薬物）を配布する、薬物使用中の不慮の事故を防止するための情報提供を行う、HIV や肝炎などの感染を防ぐための注射器具を配布する、などの活動例が報告されている³⁵⁾。その他、注射室設置、無償注射器交換サービス、ブプレノルフィンによるオピオイド代替療法、断薬を条件としない住宅サービスや就労支援プログラム、過量摂取予防教育と過量摂取時の拮抗剤投与、安全な薬物使用に関する情報サービスも存在する³⁶⁾。このアプローチは、薬物をやめられない人、あるいはやめるつもりのない人が一定の割合で存在することを前提とし、薬物の使用量ではなく、薬物使用による、個人および社会の「ダメージ」の量を低減することに重点を置く³⁷⁾。

スペインにおけるハーム・リダクションの実践例では、単なる断薬でなく、その人が「人」としての尊厳と責任を取り戻し社会の一員として生

33) 三砂ちづる『コミットメントの力：人と人がかかわるとき』（NTT 出版、2007年）199頁以下参照。

34) 原田隆之「薬物問題へのエビデンスに基づいたアプローチ～包括的な薬物対策を目指して～」石塚伸一（編著）『薬物政策への新たな挑戦 日本版ドラッグ・コートを越えて』（日本評論社、2013年）259頁以下参照。

35) 徐淑子「オランダの薬物政策 オランダの実践にみるハーム・リダクションと薬物使用者支援」龍谷法学50巻3・4号（2018年）6頁。

36) 松本俊彦「薬物使用者を支える地域づくり ハームリダクションに依拠した薬物使用者の支援」公衆衛生84巻12号（2020年）803頁。

37) 松本・前掲注（36）803頁。

活を送ることを支援する「生活プロジェクト」、「人生プロジェクト」であるプロジェクト・オンプレ（人間計画）を行っており、多岐にわたるプロジェクトを展開しているとの報告例もある³⁸⁾。プログラムの内容は、予防プログラムと治療プログラムに分かれており、成人に対するメインプログラムでは、多剤乱用、コカイン、アルコール、サポート、ハーム・リダクション、刑事施設入、予防を対象とするプログラムが用意されており、かなり細分化されており³⁹⁾、一定の成果を上げていると報告されている⁴⁰⁾。

その他、アメリカ国内においても、科学、公衆衛生および人権に基づく薬物政策の施策を促進させるために活動する団体である The Drug Policy Alliance (DPA) が、薬物の非犯罪化に関する活動を行っており、主な活動のひとつとしてハーム・リダクション政策を推進している⁴¹⁾。

日本の依存症治療に関連して重要なのは、ハーム・リダクションにおいては、アディクションの問題を単なる「病気」と捉えていない点である。ハーム・リダクションでは、薬物使用は表面に現れた「徴候・症状」の一つにすぎず、本当の問題は「人」に起きていると考える⁴²⁾。近年、日本でも注目され始めたハーム・リダクションは、薬物所持に対する処罰でなく、薬物使用者に対する治療を提案するものである。従来の薬物政策を見直し、HIV診療や保健福祉行政機関、一般医療の場で、医療者が守秘義務遵守を優先し、安心して相談でき、拒絶されない環境の整備が求められている⁴³⁾。

38) 近藤京子「スペインの薬物政策 『人』に焦点を当てるスペインのプロジェクト・オンプレ」龍谷法学50巻3・4号(2018年)26頁以下参照。

39) 近藤・前掲注(38)32頁以下参照。

40) 近藤・前掲注(38)35頁は、薬物使用によって路上生活になった若者がプログラムに参加して資格を取得して就職し社会復帰を果たしたケース、薬物使用によって妻子との関係が悪かった者がプログラムを通して家族関係の修復を果たしたケースを挙げる。

41) 丸山泰弘「アメリカの薬物政策 刑事司法で行う福祉～アメリカの挑戦～」龍谷法学50巻3・4号(2018年)46頁以下。

42) 近藤・前掲注(38)27頁。

43) 松本・前掲注(36)805頁参照。

ハーム・リダクションの考え方は、薬物依存を「犯罪」とみる従来の発想を180度転換させ、これを、「人」に起きている問題から生じる「症状」の一つとみている。

二、医療的アプローチへの評価

このように、近年、依存症治療に対する新たなアプローチの可能性が生じているとはいえ、もちろん、医学領域においても、精神障害の認定と精神障害者の確認はたいへんな作業ではある。その理由は、「精神障害者」はそれ自体曖昧な概念であって、どのような者を指すか不明確であり、その認定は、医学的論証をもってもなお疑いが残るためである⁴⁴⁾。仮にそれが認定できたとしても、精神障害者も、通常人と同様の健全な精神状態と危険な精神状態が混在し、症状改善と再発・再燃がくり返し生じることは珍しくない。医学的知見によれば、精神障害者に罹患している者の約8割は統合失調症であり⁴⁵⁾、経過は多様であるが、再発しやすく慢性的に経過し、一部は重症化する⁴⁶⁾。この病気に罹患した者は、治療を継続しなければ、症状が再発・再燃してしまうという理解はすでに周知である。

依存症との関連では、薬物依存症の患者は、再使用の問題が起りやすい。保護観察に付されているなどの状況で薬物の再使用があると、それは再犯とみなされ、処罰の対象となる⁴⁷⁾。しかも、刑の執行と引き換えに社会内で治療・回復を受けているため、再犯したことで、次はより重い処罰

44) Joachim Renzikowski, Abstand halten! - Die Neuerung der Sicherungsverwahrung, NJW 23 (2013), S. 1643 は、そもそも、「精神障害」は不定の法用語であり、伝統的な精神医学で用いられる用語とは異なると指摘する。また、日本精神神経学会「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頁以下によれば、日本の精神科医たちによる保安処分反対の理由も同旨であった。

45) 稲田健志郎ほか「統合失調症患者の再入院防止に向けた文献検討」葦43号（2015年）122頁。

46) 松岡洋夫「統合失調症」精神神経学雑誌109巻2号（2007年）189頁参照。

47) 古藤吾郎「処罰ではなく支援を ～薬物使用をめぐる国際的動向から学ぶ～」龍谷法学50巻3・4号（2018年）59頁。

が与えられるという現象が起きる⁴⁸⁾。依存症が重い場合ほど再使用が起りやすく、結果的により重い処罰を受けることになりやすい⁴⁹⁾。

また、病的窃盗は、合理的な動機のない窃盗の反復を特徴とする診断名のひとつである⁵⁰⁾。そのため、精神科医の側から、一定の特徴に当てはまる場合に「窃盗症(病的窃盗)」と判断しているに過ぎず、これらは精神病(疾患である精神障害)であるわけでは決してなく、ただちに責任能力に結びつけることはできないとの指摘があり⁵¹⁾、精神医学の領域でも判断が難しいことが伺われる。

裁判例においては、従前より、依存症ないし行動嗜癖の責任能力の判断方法は大きく争われており、窃盗症の行動嗜癖に対して、多数の見解が示されてきた⁵²⁾。近時、猶予中の万引きなどにつき、病的窃盗(クレプトマニア)や摂食障害の影響によって犯罪への動機が形成されたこと及び専門医による治療計画を考慮して再度の執行猶予が言い渡されたものが散見され⁵³⁾、研究者および実務家の間で関心が高まっている。しかし、これまでの状況と比較して、行為者の再犯の危険性判断が可能になったわけでも、

48) 古藤・前掲注(47)59頁。

49) 古藤・前掲注(47)59頁。

50) American Psychiatric Association(編)、染矢俊幸ほか(訳)『DSM-5-TR 精神疾患の診断・統計マニュアル』(医学書院、2023年)213頁は、窃盗症の特徴を挙げる。「A.個人的に用いるためでもなく、またはその金銭的価値のためでもなく、物を盗もうとする衝動に抵抗することができなくなることが繰り返される。B.窃盗に及ぶ直前の緊張の高まり。C.窃盗に及ぶときの快感、満足、または解放感。D.その盗みは、怒りまたは報復を表現するためのものではなく、妄想または幻覚への反応でもない。E.その盗みは、素行症、躁病エピソード、または反社会性パーソナリティ障害ではうまく説明されない。」

51) 古茶大樹「クレプトマニアの責任能力について」精神神経学雑誌122巻11号(2020年)823頁。

52) 窃盗症などの行動嗜癖の責任能力をめぐる主張につき、松村太郎「行動嗜癖の精神鑑定」季刊刑事弁護113号(2023年)29頁以下参照。

53) 小池信太郎「摂食障害・クレプトマニアを背景とする万引き再犯の裁判例の動向」法学新報(中央大学法学会編)123巻9・10号(2017年)672頁以下。その他、クレプトマニアに関する判例の傾向につき、中島広樹「クレプトマニアと刑法上の問題」平成法政研究23巻1号(2018年)1頁以下参照。

より容易になったわけでもない。

このようなことが前提となるとしても、医療実務をみるに、現時点において、医学領域では、再犯予防に対するアプローチは多様に展開されていることがわかる。端的に患者の問題行動を止めるのであれば条件反射制御法があり、あるいは、その背景にある問題を解決するための措置、問題行動への対応策としては、ダルクの薬物依存者回復支援活動がある。さらに、依存症が根本から解決しない場合であっても、ハーム・リダクションによって、断薬が達成され得ないことを前提に、その悪影響を広く低減するための試みが存在している。こうした医療的アプローチは、再犯予防や、本人の根本的な問題解決に対する効き目という点で、刑罰よりも効果的であると評価できるかもしれない。しかし、以下では、それでもなお刑罰に意味があると解する立場に立ち、そうであるならば刑罰にはどのような意味があるのかという点につき、さらに検討を進める。

第六節 刑罰の意味

第一款 量刑方法

一、行為責任を基礎とする量刑

刑罰の意味を検討するにあたって、まず、日本の裁判実務において、どのような事情を考慮して宣告刑の量が決定されるのかという問題を検討する。一般に、量刑判断は、刑事責任に応じた科刑を一時的な基準とし、その範囲内で、特別予防を中心とした刑事政策的考慮を加味して行われるとされるが⁵⁴⁾、量刑の内実は明確とは言い難い。

1974年改正刑法草案の第48条第1項は、「刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない」と規定する⁵⁵⁾。これは、犯人の責任の程度が量刑

54) 井田良・大島隆明・園原敏彦・辛島明『裁判員裁判における量刑評議の在り方について』司法研究報告書63輯3号（2012年）5頁－7頁。

55) 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）50頁。

における最も基本的な要素であり、犯罪の抑制および犯人の改善更生、すなわち一般予防および特別予防に役立させるという第2項の刑事政策的な目的は、責任に応じた量刑という枠の中で考慮されるという趣旨で規定された⁵⁶⁾。ここで、刑罰の目的ひいては量刑の目的は犯人の改善更生をうながす点にあるとされ、量刑において責任主義が要請されるのも、責任に応じた量刑をすること自体が重要なのではなく、改善更生に必要であるからといって行為責任の限度を超えた重い刑が言い渡されることを防止する趣旨であったとされる⁵⁷⁾。量刑事情は多岐にわたり、改正刑法草案第48条の第2項は、「刑の適用にあたっては、犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情を考慮し、犯罪の抑制及び犯人の改善更生に役立つことを目的としなければならない」⁵⁸⁾とする。ここに挙げられる具体的な考慮事情には「犯人の年齢、性格、経歴及び環境、犯罪の動機、方法、結果及び社会的影響、犯罪後における犯人の態度その他の事情」があり、かなり広範囲の事情が対象とされている。さらに、実際の量刑においては、これらに加えて、被告人の一身上の事情、前科・前歴、余罪、被告人の反省、損害賠償の有無、自白・否認、被告人の受けた社会的制裁、被害者側の事情などが考慮に入れられる⁵⁹⁾。特に、行為者に与えられる情状の範囲は、特別予防の観点から考慮することが許されており、この者の改善更生のためにどの程度の刑が必要であるかという、将来の予測にかかわる事情であるから、できるだけ広範囲の事情を、被告人にとって有利か不利かを問わず、収集して判断すべきことが要求される⁶⁰⁾。

量刑事情は、行為前の事情と、行為後の事情に分けられる。行為前の事

56) 法務省刑事局『法制審議会改正刑法草案の解説』（1975年）93頁参照。

57) 法務省刑事局・前掲注（56）93頁-94頁。

58) 前田宏・鈴木義男（編）前掲注・（55）50頁。

59) 原田國男『量刑判断の実際〔第3版〕』（立花書房、2008年）8頁-20頁参照。

60) 原田・前掲注（59）7頁参照。

情の多くは、行為時（通常は実行の着手時）の違法・責任を判断する資料となる⁶¹⁾。草案第48条第2項の考慮事情のうちの「犯人の年齢、性格、経歴及び環境」は、行為前の事情として、裁判時にすでに存在するが客観事情であって、行為者の社会内更生の見込みにかかる判断に当たるものとして、行為後の事情、例えば、被告人の性格、損害賠償の有無、被告人の反省が挙げられる。

例えば、犯行後の事情のひとつである損害賠償につき、これは、行為が終了した後の事情であるため、本来、行為責任からはこれを量刑に反映させることはできず、これを考慮することは、特別予防の考慮に属するとされる⁶²⁾。学説では、損害賠償の有無に関して、自発的な意思が認められない損害賠償については量刑上考慮することが許されないとする説⁶³⁾、損害賠償をしたという客観的な事実よりもその努力をしたことが重要であるが、量刑上損害賠償自体を考慮している実務に鑑みて、国家刑罰権発動の限界として刑罰の上限が低められるところの当該事件の「紛争性」の解消もしくは軽減があったとする説⁶⁴⁾、被告人の反省の有無に関係なく、損害賠償があれば被害者ないし社会の応報感情を融和させ、責任非難が軽減されるとみる説⁶⁵⁾などがある。しかし、実務上、損害賠償は、被告人自身の努力や反省の態度の一環としてそれがなされた場合により有利な情状になることはもちろん、それをしたという客観的な事実が、それ自体、被告人に有利な事情とみられているようである⁶⁶⁾。

他方、日本の判例において、従来、「犯行後の態度」は、特別予防的な

61) 浅田和茂『刑法総論 [第2版]』（成文堂、2019年）531頁。

62) 原田・前掲注（59）15頁参照。

63) 城下裕二『量刑基準の研究』（成文堂、1995年）244頁は、「損害が完全に賠償されていても、罪が軽くなることを期待して行ったり、他人に説得されてやむを得ず行ったりした場合には量刑上考慮することはできない。」とする。

64) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点（2・完）」早稲田法学69巻1号（1993年）58頁参照。

65) 原田・前掲注（59）15頁。

66) 原田・前掲注（59）14頁-15頁参照。

考慮に基づいて、刑を加重する方向にも働いてきたとされている⁶⁷⁾。犯罪の数日後に新たな同種の犯行を開始したこと⁶⁸⁾、損害賠償や示談のための交渉に積極的でなかったこと⁶⁹⁾、犯罪後に罪跡隠蔽を行ったこと⁷⁰⁾、公判廷で犯行を否認したこと⁷¹⁾、訴訟への取組み方が反抗的であったこと⁷²⁾などが、加重事情として考慮された例として挙げられる⁷³⁾。

注目されるのは、被告人の反省とは無関係に損害賠償があったという事実をもって評価するのであれば、それは被告人の性格に対する評価でなく、被告人がすでに行った振舞いに対する評価なのであって、この者が将来において再犯をする可能性が低いかあるいは社会内で更生できそうか否かという行為者の危険性の直接的な判断ではないことである。犯罪後の行為者の行いに基づいて宣告刑が加重される場合も、同様に、犯行後に行った事情に基づいて加重の当否が決められている。行為後の事情が刑の減軽および加重に影響を与える量刑においても、行為者の将来の危険性の認定およびそれに基づく特別予防的判断ではなく、行為責任主義に依拠して、行為者の裁判時よりも過去の振舞いを対象にして刑が定められているのである。

二、裁判員制度における量刑判断

裁判員裁判においても、量刑における特別予防の考慮、すなわち、将来における行為者の再犯の危険性をどのように判断するかが問題となる。裁判員裁判で裁判員が量刑を判断する趣旨は、国民の中から選任された裁判

67) 城下裕二「量刑基準に関する試論——量刑事情としての『犯罪後の態度』を中心に——」
刑法雑誌34巻1号(1995年)36頁参照。

68) 東京高判昭和51年11月30日判タ347号292頁。

69) 福岡高判昭和60年10月18日判タ588号108頁。

70) 東京高判昭和60年11月29日高刑速報昭和60年度238頁。

71) 徳島地判昭和42年3月24日下刑集9巻3号332頁。

72) 奈良地判昭和53年6月14日判タ364号307頁。

73) 城下・前掲注(67)36頁参照。

員が、裁判官と共に量刑を決める手続に参加することにより、国民の視点、感覚、健全な社会常識などが量刑に反映され、その結果として、刑事裁判の量刑判断に対する国民の理解が増進し、その信頼が高まるところであると説明される⁷⁴⁾。前述の通り、一般に、量刑判断は、刑事責任に応じた科刑を一次的な基準とし、その範囲内で、特別予防を中心とした刑事政策的考慮を加味して行われてきたとされる。2009年から施行されている裁判員裁判では、量刑について、国民にどのように説明されるのか、どのような判断方法で被告人に対する量刑が決定されるのか、その際、行為者の人格に関する特別予防的な考慮はどのようにして行っているのかが問題となる。

この点、裁判員裁判の量刑に関する2012年の司法研究報告書によれば、量刑を決める基本は、犯罪行為そのものの重さでなければならない⁷⁵⁾。量刑を決める際、その基礎は、犯罪行為それ自体に関わる事情（犯情）にあり、それに加えて、一般予防および特別予防という刑罰目的が考慮されるが、これらは量刑を考えるに当たっての基準となるものではないことから、犯情によって責任の枠を基本として量刑を調整する要素として二次的に考慮されることとなるとされている⁷⁶⁾。したがって、量刑の決定において一次的な基準となるのは、犯罪行為そのものの重大さによって決される責任の観点である。

裁判員裁判では、国民の視点、感覚、健全な社会常識などを刑事裁判に反映させることを目的とするが、国民から厳しすぎる意見や重すぎる刑罰要求が出た場合、裁判官による適正な量刑の説明によって調整される。被告人の再犯の危険性および特別予防の点についても同様であり、例えば、裁判員から、性犯罪の犯人は非人間性を感じさせ、嫌悪すべき異質な者たちで社会から徹底的に排除すべきであるというような意見が述べられる場

74) 井田・大島・園原・辛島・前掲注(54) 1頁。

75) 井田・大島・園原・辛島・前掲注(54) 6頁。

76) 井田・大島・園原・辛島・前掲注(54) 6頁－7頁。原田國男『裁判員裁判と量刑法』（成文堂、2011年）114頁同旨。

合、裁判官は、犯罪行為にふさわしい刑を決めることが量刑の基本であると説得的に説明し、また、「出てきたら、またやるかもしれないので、できるだけ長く入れておきたい」とか、「社会に戻ってほしくない」など、被告人の再犯の危険性（特別予防の必要性）を殊更に重視して過重な量刑意見が述べられた場合は、裁判官は、その根拠があるのかを具体的に検討し、性犯罪者の再犯率に関する統計的資料を用いるなどして、しかるべき対応をするという⁷⁷⁾。これによっても、量刑の検討の基礎となるのは、第一に、責任刑の観点であることがわかる。殺人事件の裁判員裁判である横浜地判小田原支平23・5・12（公刊物未搭載）⁷⁸⁾は、被告人の犯行後の事情につき、次のように判示する。本事案では、「被告人は、本件犯行後に逃走したとはいえ、その直後に110番通報をして自らの犯行を申告した後、本件犯行当日中に警察署へ出頭しており、その後も一貫して事実を認め、当公判廷においても被害者に対して謝罪し、反省・後悔の態度を示していることは、被告人に前科がなく、これまで通常の社会生活を送っていたこと、被告人の長女及び友人が当公判廷に出廷し、今後の支援や指導監督を約束していることなどとともに、被告人の更生可能性を示す事情として、被告人のために有利に斟酌すべきである。」として、犯行を自ら申告した後に警察署へ出頭したこと、被害者への謝罪、反省・後悔を示す態度、前科がないこと、これまでの生活歴、今後の支援や指導監督の約束など、行為者が事件後に行った行為を根拠にして、量刑判断がなされた。

被告人の性格、例えば、反社会性、常習性、犯罪傾向性、粗暴性、精神的未成熟等も、特別予防の領域において重要な量刑事情に当たる。被告人の行為態様の悪質性は、残忍性、執よう性、危険性、巧妙性、類似性、反復性及び模倣性等により徴表されるところ⁷⁹⁾、法益侵害の重大さに結びつけて判断される。例えば、残忍性は、被害者に殊更に大きな身体的・精神

77) 井田・大島・園原・辛島・前掲注(54)10頁以下参照。

78) 井田・大島・園原・辛島・前掲注(54)34頁。

79) 原田・前掲注(59)8頁。

的苦痛を与える方法で生命を侵害した場合、通常は法益侵害の危険性が高いと考えられる上、その行為が法益を軽視した度合いが大きく、より悪質と判断される⁸⁰⁾。その他、損害賠償の有無は、通常の量刑と同じく、裁判員裁判においても、強盗致傷、放火、性犯罪など、犯罪類型を問わず量刑事情として重視されている⁸¹⁾。

裁判員裁判における量刑においても、被告人の再犯の危険性についての特別予防的考慮は、通常の量刑と同じく二次的になされているうえ、行為者が裁判時までに行った振舞いを回顧的に評価する方法が取られている。ここでも、行為責任的な考慮が決定的となっている。そのうえ、行為者の危険性および再犯を判断するために挙げられた資料、性犯罪者の再犯率に関する統計的資料は、再犯に関する一般的なデータであって、行為者本人の危険性の高低をなんら裏付けるものではない。

三、一部執行猶予における量刑判断

2013年6月に成立した刑法等の一部を改正する法律および薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律により、刑の一部執行猶予制度が新設され、2016年6月から施行され、刑法第27条の2以下に規定された。刑の一部執行猶予は、判決によって、言い渡される刑期の一部を猶予し、実刑として言い渡される刑の執行後に猶予期間が開始し、その期間が経過すれば、実刑として言い渡される刑期に軽減される。

本制度を提起する法案の基礎たる試案を議論し、要綱を作り上げたのは、法制審議会「被收容者人員適正化方策に関する部会」であり、この部会は、2006年7月26日、「被收容人員の適正化を図るとともに、犯罪者の再犯防止及び社会復帰を促進するという観点から、社会奉仕を義務付ける制度の導入の当否、中間処遇の在り方及び保釈の在り方など刑事施設に収

80) 井田・大島・園原・辛島・前掲注(54)35頁参照。

81) 日本弁護士連合会裁判員本部(編)『裁判員裁判の量刑』(現代人文社、2012年)630頁以下。

容しないで行う処遇等の在り方等について御意見を承りたい」との諮問がなされたことを契機に設置された⁸²⁾。一部執行猶予制度は、当時、刑事施設の過剰収容が深刻な問題となっていたことを背景に設置されたものであり、被収容者人員の適正化と、犯罪者の再犯防止・社会復帰の促進の2つが目的とされる⁸³⁾。本制度は、被告人の改善更生とそれを通じた再犯防止を図るために、施設外処遇と施設内処遇を連携させ、刑事施設を出所後に十分な社会内処遇の期間を確保することを目的としたものである⁸⁴⁾。

前述のように、通常、量刑判断は、刑事責任に応じた科刑を一次的な基準とし、その範囲内で、特別予防を中心とした刑事政策的考慮を加味して行われる。一部執行猶予の量刑方法に関しては、同様の量刑方法でよいと説明するものもあれば⁸⁵⁾、刑の一部執行猶予は事情が異なるとするものもある⁸⁶⁾。後者によれば、刑期の一部を猶予してより長期の社会内処遇期間に回すという処遇方法が、犯罪をした者の再犯防止・改善更生を図るためには、施設内処遇後に十分な期間にわたり社会内処遇を実施することが有用であり得ることを理由に導入された⁸⁷⁾以上、その選択基準は、全部執行猶予と異なり、第一次的に責任ではなく特別予防の観点からなされるべきであるとの見方である。

刑の一部執行猶予制度において、被告人に再犯のおそれがあることの確認は、事案の内容に左右されている。例えば、結果の大きい交通関係の過失犯、ホワイトカラー犯罪、介護疲れの殺人は、あまり再犯のおそれがな

82) 森久智江「刑の一部執行猶予に関する一考察」立命館法学345・346号(2012年)846頁。

83) 今福章二・園原敏彦・川出敏裕・水野英樹・小池信太郎・山口貫亮「〈座談会〉刑の一部執行猶予制度の施行とその課題」論究ジュリスト17号(2016年)195頁参照。

84) 川出敏裕「刑の一部執行猶予制度の意義と課題」犯罪と非行177号(2014年)26頁。

85) 東山太郎「『刑法等の一部を改正する法律』及び『薬物使用等の罪を犯した者に対する刑の一部の執行猶予に関する法律』について」警察学論集66巻9号(2013年)35頁、太田達也「刑法改正と一部執行猶予」法学研究：法律・政治・社会85巻10号(2012年)16頁。

86) 小池信太郎「刑の執行猶予の判断——全部執行猶予の現状と一部執行猶予の展望」法律時報87巻7号(2015年)43頁-44頁。

87) 東山・前掲注(85)32頁。

いと評価されるようである⁸⁸⁾。それ以外の点において、「再犯のおそれ」の判断の内実につき、行為者にいかなる事情があれば再犯のおそれがあり、あるいは再犯のおそれがないと言えるのかについては明らかでない。

刑の一部執行猶予の判断においても、行為者の「再犯のおそれ」を認定するにあたって、行為者の裁判時より過去の振舞いに依拠して決定されており、この者が今後は再犯を行わないであろうという内容の特別予防的考慮はなされていない。このことは、裁判の時点で、裁判所が、被告人の更生の可能性や処遇の必要性といった予防的側面を判断して実刑部分と猶予刑の割合や猶予期間を量定することは不可能であることを意味する⁸⁹⁾。

上に述べた、通常の量刑、裁判員裁判における量刑、刑の一部執行猶予における量刑の判断のすべてにおいて、自由刑の量を決するのは、まずもって、行為者が将来において再犯をしないであろうという特別予防的の観点でなく、行為者が裁判時より過去に行った振舞いに対する責任の観点である。

四、表出的刑罰論からみた場合の刑罰

哲学的な観点からみれば、刑罰はどのように捉えられるか。この点、表出的刑罰論によれば、刑罰は、コミュニケーションの一種に位置付けられる⁹⁰⁾。共同体に属する人は、自らが適切な振舞いをするのできる人格であることを示し、規範の確証が行われる。もっとも、表出的刑罰論から

88) 今福・園原・川出・水野・小池・山口・前掲注(83)198頁参照。

89) 京都弁護士会「刑の一部執行猶予制度に反対する意見書」2012年4月3日。その他、刑の一部執行猶予制度の問題点につき、井上宜裕「刑の一部執行猶予 制度概要とその問題点」刑事立法研究会（編）『非拘禁の措置と社会内処遇の課題と展望』（現代人文社、2012年）168頁以下参照。

90) 表出的刑罰論に関する論考として、中村悠人「表出的刑罰論についての覚書」立命館法学405・406号（2023年）529頁以下参照。その他、松澤伸「非難、害悪、応報——刑罰制度における非難と害悪の意味について——」早稲田法学95巻4号（2020年）1頁以下、竹内健互「刑罰のコミュニケーションの機能について——表出的刑罰論は第三の選択肢となり得るか——」伊東研祐・小島秀夫・中空壽雅・松原芳博（編）『市民的自由のための市民的熟議と刑事法 増田豊先生古稀祝賀論文集』（勁草書房、2018年）261頁以下、高橋直哉『刑法基礎理論の可能性』（成文堂、2018年）168頁以下を参照。

すると、刑罰は規範の確認を意味するのみであって、それが明確に処分との性格的な差を形成する。

表出的刑罰論の理解に関して、例えば、タティヤーナ・ヘルンレ (Tatjana Hörnle)⁹¹⁾は、非難を通じて、刑罰による否認を伝達する点を重視する。ヘルンレは、刑罰を、有罪判決と処罰(刑罰賦課)に分けて解し、有罪判決には犯罪者に対する非難の意味があり、処罰という害悪賦課によって非難を表明するとする⁹²⁾。

ゲオルク・フロイント (Georg Freund) も、刑罰を、有罪宣告と刑罰賦課に分けて解し、前者を非難と解する。それによれば、一定の犯罪行為を理由とする有罪宣告は常に当該人格の誤った行動への非難を含んでいるが、刑罰の主な役割は、行われた規範違反に対する適切な否認を通じて、かく乱された法的平和を回復することにあるという⁹³⁾。

アンドリュー・フォン・ハーシュ (Andrew von Hirsch) は、「行為者を、自律的で道徳的な、自己決定をなす人格として承認すること」を要求する⁹⁴⁾。行為者がこのような人格として承認されることで、この者が他者に対して侵害を加えた場合、それに対する非難として、当該侵害行為が誤りであること、法的に是認されない行為をしたという判断が行われるとする⁹⁵⁾。

表出的刑罰論は、刑罰はそれによる害悪賦課を通して犯罪者の行った当該の問題行動を規範的に否定し、共同体に属する各人格に対して「道徳的に誤った、非難されるべき振舞いをしてはいけない」という規範の確認のみに意味を見出すものである。犯罪者の改善更生を図ることや社会的非難

91) ヘルンレの表出的刑罰論につき、Tatjana Hörnle, *Straftheorien*, 2. Aufl., 2017, S. 34 ff.

92) Tatjana Hörnle, *Straftheorien*, 2. Aufl., 2017, S. 17 ff., 31 ff. その他、竹内・前掲注(90) 265頁以下参照。

93) Georg Freund, *Straftatbestand und Rechtsfolgebestimmung. Zur Bedeutung der gesetzlichen Regelungstechnik und der „harmonisierten Strafraumen für die Strafzumessung*, GA 1999, S. 509 ff., 510.

94) Tatjana Hörnle/ Andrew von Hirsch, *Positive Generalprävention und Tadel*, in: Schönemann u. a. (Hrsg.), *Positive Generalprävention*, S. 93.

95) Hörnle/ von Hirsch, a. a. O. (Anm. 94), S. 93.

や治療をすることは、刑罰の意味に含まれない。このような規範の否定的確認は、刑罰についてのみ行われるのであって、危険性に対処する処分にはこのような否定的確認は存在せず、ここに刑罰との違いが現れる。

五、刑罰と処分との性格的な相違

上のように、量刑実務において、「行為者がこれから犯罪をしないこと」を内容とする将来の犯罪の危険性を判断しているわけではないとなると、量刑における「当該行為者が再犯をする可能性は低い」という判断は、個別行為責任を基礎として、過去の振舞いに対して、回顧的になされていることとなる。「(これから生じる) 問題行動をやめさせる」という発想は刑罰ではなく、刑罰は、行為者の将来の振舞いには無関心である。したがって刑罰は、犯罪行動をやめさせるために科さるわけではない。実際の量刑判断においては、特別予防を考慮するとされているが、実際は、ほとんど応報的な考慮がなされている⁹⁶⁾。

表出的刑罰論の文脈から刑罰と処分をみると、刑罰をコミュニケーションの一種に位置付けた場合、刑罰には規範の確認という意味があるが、処分にはそれはなく、この点に、刑罰と処分との性格的な相違が明らかになる。

それに加えて、刑罰と処分の相違に関連して、治療処分（ドイツでは改善処分）の執行順序を見ても、刑罰と処分は区別される。保安処分の中核をなす保安監置は、通常、刑罰が終わった後になされるのであり、刑罰より先に執行されることはない。そのことが、保安監置をして「レットル詐欺」という批判を生み出す理由となっている。しかし、犯罪者に精神障害が認められる場合に言い渡される治療処分は、刑罰よりも先に執行される。したがって、治療処分と刑罰とは意味合いが異なる。執行において刑罰と処分を区別

96) 三井誠「検察官の起訴猶予裁量——その歴史のおよび実証的研究（5・完）——」法学協会雑誌94巻6号（1977年）147頁は、「これまで特別予防的な観点から、起訴されることは犯人の更生を妨げるという理解が強調されてきたが、起訴猶予との比較からいえば、それほど断定的にいいうことではない」とする。

するのは確かに困難であるが、治療処分との性格的な相違は明確である。

第二款 特別予防の意味と再犯予防

上で、量刑判断、裁判員裁判の量刑判断、一部執行猶予における量刑判断のそれぞれにおいて、行為者の将来の再犯予防にかかる危険性の認定という特別予防的考慮はほとんどなされておらず、自由刑の量定は、裁判時までの行為者の過去の振舞いに基づいて決定されることを示した。

科刑および量刑の背景には、刑罰を科すことによって再犯防止を達成することができるか、あるいは、そのように解さないかの対立が存在する。量刑において特別予防を考慮する立場は、刑罰を科すことによって再犯防止を達成できるとする姿勢を当然の前提とする。そこで、根本的に、特別予防とは何を指すか、特別予防の内容とその意味をいかに解するかという問題が生じる。

特別予防の意味については、おおまかに、①犯罪者に更生・社会復帰の機会を付与するという積極的な方向で捉える立場（積極説）と、②犯罪者の更生・社会復帰を妨げないという消極的な方向で捉える立場（消極説）に分かれる。①積極説は、犯罪者の更生・社会復帰を促進するために、刑に服させるという思想に結びつきやすく、②消極説に立てば、刑罰が科された場合も犯罪者の更生・社会復帰を妨げないよう、この者の自発的な意思を尊重し、復帰のための福祉および支援を与えるという方向に結びつきやすい。

刑罰における特別予防の意味を、①当該犯罪者の更生・社会復帰を促進するという意味で捉える立場に立つと、当該犯罪者に対するあらゆる強制的措置が肯定されるおそれがあり、却って社会復帰を妨げてしまう危険が生じる。したがって、特別予防の意味は、当該犯罪者の更生・社会復帰を妨げないという消極的な意味で捉える方がよい。

他方で、刑罰そのものによる特別予防よりも効果のある医療的手段があっても、なお刑罰の意味は存在するものと思われる。2023年度の日本刑法学会ルイス・グレコ報告資料によれば、そういった他の有効な手段が

あったとしても、刑罰の意味は依然として存在するという⁹⁷⁾。

第三款 「改善更生」と刑罰

「治療」は刑罰の担うものでないことはすでに述べた。では、行為者の「改善更生」を刑罰の内容とみるべきか。すなわち、刑事施設収容法第30条は、行為者の「改善更生」を予定し、さらに、更生保護法第1条は、行為者に「社会内において適切な処遇」を与えることを目的とするため、「改善更生」ないし「社会内において適切な処遇」の付与は刑罰として付与されるのかという疑問が生じる。これは、前述の、被収容者に与える処遇の内容を「矯正」と捉えるか、あるいは、「便宜供与」と捉えるかという問題に関連する。前者は、①犯罪者に更生・社会復帰の機会を付与するという積極的な方向で捉える立場（積極説）に結びつきやすく、後者は、②犯罪者の更生・社会復帰を妨げないという消極的な方向で捉える立場（消極説）に結びつきやすい。

処遇の内容を「矯正」と捉える立場は、処遇の内容において強制的なものも認めるため、更生保護における処遇は、刑事政策的発想に基づいて監視機能を強化すべきと解することとなる。したがって、この見解は、「改善更生」を刑罰の内容とみて、強制的な矯正による「改善更生」をもって、刑罰の実現を図ることとなる⁹⁸⁾。もっとも、前述の通り、「国連被拘禁者処遇最低基準規則」によれば、拘禁刑は自由剝奪それ自体を刑罰内容とし、それ以外の強制によって被拘禁者に苦痛を与えてはならないと解するべきである。

97) ルイス・グレコは、社会との関係において刑罰は個人の自由を制約するための多くの手段のうちの一つであるが、個人との関係においては自由を制約するための唯一無二の手段であるとする（2023年度日本刑法学会大会報告資料より）。

98) たとえば、処遇自体を刑の内容と捉え、「拘禁」だけでなく「矯正処遇」全般を刑の内容として理解するものとして、法制審議会少年法・刑事法（少年年齢・犯罪者処遇関係）部会第1分科会第6回会議議事録（平成30年3月7日）23頁：橋爪隆発言、第208回国会参議院法務委員会議事録16号（令和4年6月7日）1頁：参考人今井猛嘉発言。

他方、処遇の内容を「矯正」でなく「便宜供与」と捉える立場からは、強制的な措置を処遇の内容に含まないとみる。更生保護における処遇は、対象者の生活全般におけるサポートと解され、「改善更生」は、その実施において、対象者のサポートの必要性に基づく総合支援を与えるという援助機能を重視すべきこととなる⁹⁹⁾。この見解からは、「改善更生」は刑罰の内容に含まれず、福祉の実現とみるべきことが導かれる。

例えば、行為者の「改善更生」の促進援助のために処遇内容として保護観察が与えられる場合、保護観察につき、一部執行猶予に伴う猶予期間は考試期間制をとっており、言い渡される刑期よりも保護観察の期間が長くなってよいとされる(刑法第27条の2第1項、刑法第27条の3第1項)。この処遇はいかなる目的で言い渡されるかにつき、筆者は、『『改善更生』の促進援助』のためのこの処遇の中身は、生活のための援助であると考え。そして、生活援助は、憲法25条の生存権に裏付けられる福祉を受ける権利の実現である。行為者の「改善更生」は、本人の支援の必要性に基づく福祉の実現と捉えるべきであって、刑罰でない。したがって、刑罰は、犯罪者への治療でなく、「改善更生」をさせるものでもない。

第七節 小 括

第四章では、ドイツおよび日本の処分制度をめぐる近時の議論を概観した。要点は次の通りである。

一、「責任能力者(責任)→刑罰/責任無能力者(危険性)→処分」 の混乱

ドイツにおいて提案された刑罰と処分の関係につき、処分は、刑罰を補

99) たとえば、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』(日本評論社、2007年)69頁以下、石塚伸一「自由刑の単一化と純化をめぐる連続と不連続 2022年6月13日拘禁刑導入法の刑事政策学的意味」赤池一将ほか(編)『土井政和先生・福島至先生古稀祝賀論文集 刑事司法と社会的援助の交錯』(現代人文社、2022年)45頁。

うものとして捉えられるのが通常である。ここでは、危険性がある者に処分を課すということがポイントであって、ドイツにおける処分構想は、責任能力者に対しても刑罰に加えて処分を課することができるというものであった。

対して、日本においては、この図式とは異なる受け取り方が生じている。日本では、通常、責任能力者に対しては刑罰を科し、責任無能力者に対して処分を課すとの図式を採り、さらに、責任無能力者である精神障害者の対応では治療処分のみを選択し、しかもそれを刑事法でなく精神医療に譲ることで、すでに現在では、もはやドイツ法における処分制度とは相当に異なるものとなっている。

しかし、日独の両制度が相当に異なるにもかかわらず、日本でもドイツと似た問題状況は生じているとみる余地はある。日本のように精神障害者への対応を医療法に置いても、将来において再犯を行うおそれのある危険な精神障害者に対して、「治療」として強制による長期間の拘禁を行うことは可能であるからである。もっとも、危険性を根拠とする強制的な長期の入院は、不定期に及ぶリスクが高く、正当化され得ないと解される。

二、量刑実務

裁判実務において、行為者の性格や危険性を特別予防的な観点によって考慮するとされているが、これには疑問がある。裁判例の判断基準によれば、裁判時までの過去の振舞いに着目して、個別行為責任に依拠して量刑が決定されている。実際の量刑で宣告刑が言い渡される際に決定的となるのは、裁判時までの行為者の過去の振舞いに対する回顧的評価であって、行為者の事情に依拠した再犯防止の考慮や、この者が「将来において再犯を行わないだろう」という視点からの特別予防的な考慮は、ほとんどなされていない。

再犯との関係でいえば、刑罰を科すことで再犯防止を達成するとの見解には疑問がある。特別予防は、当該犯罪者の更生・社会復帰を妨げないと

いう消極的な意味で捉えるほうがよいと解される。

三、刑罰と処分の性格的な違い

刑罰と処分は、自由を剥奪する限りでは執行方法において区別は生じ難いが、性格は明確に異なる。刑罰には規範の確認の意味があるが、処分にはない。

四、刑罰の意味

刑罰の本質は、治療でもなく、改善更生でもない。刑罰は犯罪者を治療するために科せられるものでなく、犯罪者に問題行動をやめさせるために科せられるものでもない。

第五章 結 論

一、本稿の振り返りとまとめ

本稿では、日独の議論状況を概観しながら、非刑罰的措置との対応関係、とりわけ、処分との対応関係において、刑罰の意味を検討してきた。

第二章では、ドイツにおける改善保安処分制度の成り立ちと議論状況を概観し、次の帰結を得た。戦前においてはやくも改善保安処分の着想を有していたドイツでは、刑罰の本質をいかに捉えるか、刑法典に処分を導入するか否かをめぐる古典学派と近代学派の対立を経た後、1933年の「危険な常習犯罪者法」によって刑法典に処分が導入された。戦後においては、刑罰と処分の機能ないし効果の点からさらに進んで、刑罰と処分の適用および執行段階での問題点に議論を深化させつつ、一貫して二元主義システムを維持しながら現代に至っている。刑罰と処分のそれぞれにどういった機能を担わせるかについて、ドイツでは、戦後の議論において、刑罰は治療の機能を担わないという見方が固まったようであり、したがって処分には、治療以外の、威嚇、改善、無害化、教化といった種々の目的が求めら

れることとなった。また、戦前、戦後の議論を通じて、刑罰と処分のいずれを言い渡すかは、刑罰については責任に依拠して、処分については危険性に依拠して判断されるのが通常の見方であって、日本が採用するような、当該の人物が責任能力者であるか責任無能力者であるかという基準は前面には出ていない。もっとも、二元主義を採って刑罰と処分の二本軸にする場合、両者の内容の確定および差別化はきわめて困難であることが伺われる。近年のドイツにおける事後的保安監置をめぐる議論状況を見るに、自由剥奪という観点から刑罰と処分の違いを明らかにする必要が生じ、当面の課題となっている。

第三章では、日本の処分制度の立法動向および学説を概観した。日本における処分をめぐる議論に関して重要であるのは、戦前の議論では処分構想に予防拘禁が含まれていたことから、純粹に保安を目的とする拘禁である保安監置的な着想が存在していたが、戦後の1961年刑法改正準備草案、1974年改正刑法草案では純粹保安のための措置が削除され、処分の内容が治療処分に絞られたことである。これによって戦後の日本学説は、「保安処分」という場合、ほぼ「治療処分」を想定することとなった。このような用語法は、ドイツにおける理解と相当に異なっている。ドイツという「保安処分」は、純粹保安拘禁である保安監置が第一に想定されるのに対して、日本でいう「保安処分」は、矯正医療の文脈における治療を内容とする処分を指すこととなる。もっとも、ドイツと日本でこのように用語法が異なれども、学説の対立状況においては、概ね共通した見解が示されている。それによれば、刑罰および処分の賦課にかかる学説の対立は、①責任刑に加えて処分を認める考え方（峻別説）、②危険性を刑罰のなかに読み込んで保安刑を支持する考え方（非峻別説）の二方向に分かれる。なおその前提として、ドイツと日本では、処分の対象者が異なっている点に注意が必要である。前述の通り、ドイツでは「危険性」が処分の基礎となるのに対して、日本では「責任無能力」がその基礎となることから、ドイツでは、主として、将来において罪を犯す可能性のある危険な限定責任能

力者への対策として(保安)処分が構想されているのに対して、日本では、主として、将来において罪を犯す可能性のある精神障害者への対策として(治療)処分が構想されているとの相違が看取される。

第四章では、日独の近時の処分制度に焦点を当て、現行制度における処分の運用を確認した。刑罰と処分について一元主義を採る日本において、刑罰の対象となるのはまずもって責任能力者である。そこで、日本では、責任能力のない精神障害者への対応は、刑法でなく精神医療に譲られることとなった。この点、事後的保安監置における対象者の拘禁の正当化に苦悩するドイツと同じく、日本でも、精神病質者、触法精神障害者への強制的な長期拘禁の正当化が問題となる。これに関しては、治療のためといってもその強制は許されず、刑罰(不定期刑)を採用して長期拘禁を与える方向も許されないとみるべきである。翻って、現行制度を見るに、刑罰以外でも、行為者の問題行動に働きかけ、改善や再犯防止に役立つ医療的アプローチが種々存在し、しかも、一定の効果をあげているとされる。しかし、こうした手段が存在するとしても、治療および行為者の改善更生以外の、コミュニケーション的文脈において、刑罰の意味が見出される余地は依然としてあるものと解される。

二、検討課題への回答

以上を踏まえて、本稿の序論で立てた、①日独の刑罰と処分の関係に関する議論における異同、②刑罰の意味について、次のように結論づける。

①日独の処分に関する規定の内容と成り立ちを振り返ると、日独の異同として、次のことがわかる。日本とドイツの共通点として、ドイツにおいては、保安処分、改善(治療)処分ともに刑法典に採用し、現在もこれを維持しており、対して日本では、刑法典にはこれらの処分は規定されていないが、他の法令に類似の規定が散在し、かつ「隠れた」保安処分が存在する点で、ドイツ法と、一部、状況が重なっている。次に、日本とドイツの相違点として、ドイツは、処分制度として、純粹保安のための措置であ

る保安処分、すなわち保安監置も、精神障害者に対する治療処分も刑法典にもつが、日本では、「保安処分」という場合、かなり早期から禁絶処分を含む医療的・治療的な処分が想定されてきたのであって、純粹保安のための拘禁である保安監置を含まない。日本法では、今日に至るまで、公式には1974年の刑法改正草案で治療処分を導入しようとしたが結局導入せず、一般の精神医療法で対処することを選択したことからも、この違いは明確である。この違いが生じる理由は、日本とドイツで、精神障害者への対応を刑法に担わせるか否かの判断が異なるためである。ドイツでは、刑罰、治療・矯正を刑法にも担わせ、日本では、刑罰は刑法に担わせ、矯正（処遇）は行刑法に担わせ、治療は医療法に担わせる方向を採った。

②刑罰は、治療の役割を負わず、行為者を「改善更生」する役割も負わない。刑罰は、犯罪行為が規範的に許されない行いであることの社会に対する確認および宣言を意味するのみである。刑罰は、それが科されることで犯罪者のさらなる犯罪を控えさせるという積極的な意味を有するものではなく、犯罪者の改善更生を図ることや治療をすることは、刑罰の目的ではないのである¹⁰⁰⁾。

【付記】

拙著において、以下の誤りがありました。お詫びして、訂正いたします。

●『立命館法学』408号（2023年）132頁 本文3行目

〔誤〕 すべての複数単に対して

〔正〕 すべての複数犯に対して

●『立命館法学』413号（2024年）73頁 本文12-13行目

〔誤〕 治療の矯正は

〔正〕 治療の強制は

100) 行政法上の制裁および経済法上の課徴金と財産刑その他の刑罰との関係については、今後の課題とする。