

## 刑法第三十九条と触法行為者の処遇

藤 吉 和 史

はじめに

1 刑法第三十九条削除の主張

2 責任と責任能力

3 触法精神障害者の処遇

おわりに

はじめに

犯罪被害者やその遺族にとっては、加害者が責任能力者であるか、責任無能力者であるかは何の意味もないことである。それなのに、わが子を通り魔殺人によって殺害された母親が、犯人の行為は覚醒剤使用中によるものであり、心神喪失であって責任能力がないから不起訴になったと伝えられ、犯人は処罰されないとの説明を受けたとき、これをどう受けとめるのであろうか。また、満十四歳未満の女の子にわが子を殺された父親が、加害者は刑事

未成年者であつて責任年齢に達していないから殺人罪は成立せず、刑事処分を受けないと伝えられた場合にどのような思いを持つのであろうか。いったい「責任能力」とは何なのか。さらに、「責任」とはそもそも何なのかかわからないという。

昨今、この責任能力が問題となり処罰を免れる事件をテーマとしたルポルタージュやノンフィクション、新書本、そして小説など、いくつかの著書が散見されている。<sup>(1)</sup> こうした刑事法学者以外の著書・論稿のなかにも、責任無能力者や限定責任能力者による触法行為に対する処分が理不尽なものであり、刑法三九条は削除すべきであるとの主張が随所に見られる。たとえば、日垣隆『そして殺人者は野に放たれる』（新潮社二〇〇三年）によれば、「何人も、故意に基づく凶悪犯罪に対して、責任と刑罰を免れるべきではない。傷害や死亡事件が明らかに病のみを原因とする過失であるならば、まさに過失犯（刑法二〇九条、二一〇条）として裁けばよい。裁判に耐えられないほど重篤な病に罹患している被告に限って、現行どおり強制入院を命じれば足りる。したがって刑法三九条一項は即刻廃止するのが人道的である。」「日本の刑法三九条が理不尽なのは、第一に、心神喪失者という煙幕によって凶悪犯罪が不起訴により『なかったこと』にされてしまうからであり、第二に、これほどの異常な例外を設けているにもかかわらず、日本の刑法は心神喪失および心神耗弱に何の定義も与えず、また制限も加えておらず、混乱と暴走に拍車をかけてきた。被害者に対して『意思決定』により残虐な行為をおかした者が、なぜ国家によって『意思決定ができない者』とレッテルを貼られて無罪放免とされるのか。欠陥だらけとはいえ刑法四一条には少年法が対応し、かろうじて少年の凶悪犯罪には少年院などがその受け皿としてあるのに、刑法三九条を適用された者たちだけは司法のコントロールから外されてしまふ。これが第四の不条理である」と主張している。<sup>(2)</sup>

もちろん、こうした主張において、刑法理論として適切ではないと思われる部分もあるが、一般市民の視点から

見てそう考えても無理がないといえる論点も含まれている。こうした事態をみると、犯罪被害者や遺族にとって現代刑法における不条理とも捉えられる「刑事責任」および「責任能力」という問題を、もう一度根本から検討することが要求されているのかもしれない。

## 1 刑法第三十九条削除の主張

問題となる刑法三十九条一項は、「心神喪失者の行為は、罰しない」としており、同条二項は「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」と規定している。そして、刑法四一条は「一四歳に満たない者の行為は、罰しない」としている。これらが刑法における責任能力に関する規定である。

大谷實教授によれば、「責任能力（三九条、四一条）、故意（三八条一項本文）、過失（三八条一項ただし書き）および錯誤（三八条二項、三項）の規定が、刑法総論に定められている責任規定のすべてである。これらの規定は、いずれも、刑事責任の内容を積極的に示しているわけではないから、責任觀念のなかにいかなる実質を盛り込むかは犯罪理論にゆだねられているといつてよく、したがって、犯罪觀、刑罰觀、さらには人間觀の対立が責任觀の対立として如実にあらわれてくる」（『刑事責任論の展望』成文堂一九八三年）とされている。<sup>(3)</sup> 刑法の「責任」とは、犯罪觀、刑罰觀、人間觀によつて異なるものであり、学者の犯罪理論にゆだねられているのであるから、犯罪被害者や遺族がわからないというのも当然なのかもしれない。

たしかに、刑法上の責任の根拠ないしは本質をめぐる議論は多彩を極めている。その理由は、一つには、責任の根拠についての見解は、究極的には刑法および刑罰の目的・機能に関する考え方に基づくという意味で、法哲学的色あいをもつと同時に、他方で、責任は実定法規の解釈においてはもちろん、とくに量刑においては実際の機能を

もつからである。それにもかかわらず、わが国においてもドイツの刑法学においても、第二次世界大戦後は、少なくとも実定法の解釈の指導原理としての責任の本質については一定の合意が得られているといえる。責任とは行為者が行為に出たことに対する非難可能性であり、行為者は行為時に他の行為をすることが可能であつたのにも拘わらず当該犯罪を行ったこと、あるいは、決定規範としての法の命令に従って意思決定が可能であつたのにも拘わらず法に反する意思決定を行い、行為に出たことを非難するものであるとされているからである。いわゆる、行為責任、意思責任、規範的責任である。第二次世界大戦前に有力であつた行為者の危険性を重視する性格論的責任論、行状責任論、行為者不法論は、ナチ体制の崩壊とともに修正を余儀なくされた。さらに、一九六〇年代頃から、西ドイツ刑法総論の立法過程においては、刑罰の意味を定めるものは責任の贖罪ではなく、法益保護と行為者の再社会化であると主張されるようになってくる。責任は、法治国家的観点から刑罰限定機能をもつものとされるのである。わが国でもこのことは共通の認識となりつつある。<sup>(4)</sup>

こうした責任概念の流れのなかで、わが国の一般的な教科書の見解はどのようなものであるか、以下にみてみよう。たとえば、団藤重光『刑法綱要総論・改訂版』（創文社一九七九年）は、「一定の事実が構成要件を充足し、かつ違法性を具備するものであつても、その事実についてその行為を非難することができるのでなければ、犯罪は成立しない。かような非難ないし非難可能性がすなわち責任（Schuld）である。責任の存在は、構成要件の充足および違法性の具備について、犯罪が成立するための第三の要件である」としている。また、大塚仁『刑法概説（総論）増補版』（有斐閣一九七九年）は、「責任（Schuld）とは、犯罪行為について、その行為者を非難しうること（非難可能性 Vorwerbarkeit）を意味する。犯罪が成立するためには、構成要件該当性、違法性のほかに、行為者に責任がみとめられることが必要である」と表現している。さらに、大谷實『刑法講義総論第三版』（成文堂一九九一

年)では、「責任とは、構成要件に該当する違法な行為をなしたことに於いて、その行為者を道義的に非難しうること、すなわち非難可能性をいう」としている。

要するに、責任の本質は、違法行為をした者に対して非難することができること、つまり非難可能性であるというのが、今日の支配的な見解なのである。したがって、責任能力は、ことの善悪を判断する能力、あるいはそうした判断にしたがって行動をコントロールする能力であると理解されている。なぜ、犯罪が成立するためにこのような意味の責任が要求されるのかという問題は、結局、犯罪に対してなぜ刑罰が科されるかという根本問題に帰着する。伝統的・一般的な学説では、刑罰は応報であり、過去の違法行為に対する報いとして科されると考えている。

「罪を犯せば罰を受けなければならない」という世の中に広く共有されている観念が、刑に服することが罪を償い責任を果たすことになるという応報刑の考え方を支えてきたといえる。この考え方は、つぎのような行為者像を前提としている。つまり、行為者が犯罪を思いとどまることができたのにもかかわらず犯罪を決意したという場合、行為者に責任非難が向けられる。換言すれば、行為者には、犯罪をおこなうという選択肢とこれを思いとどまるという選択肢があつたが、犯罪という選択肢を自由意思で選んだことが非難に値するということである。ここでは、他行為可能性・自由意思・責任非難・応報刑というセットができて<sup>(5)</sup>いる。

もうひとつ責任の意義についての教科書的見解をみておこう。「その行為をしたことについてその行為者を非難できないような事情がある場合には、その人に刑罰という峻厳な制裁を科することはできないのである。これが責任の問題である。責任とは、違法行為をしたことについて、その行為者を非難し得ること、すなわち『非難可能性』である。行為者に非難を帰せしめることを帰責といい、行為者に責任が認められる場合、行為者は有責であるという。したがって、責任は『有責性』ともいわれる。責任は犯罪成立のための第三の要件である。違法な行為に

ついで行為者に非難を加えることができるときにはじめて犯罪が成立し、その限度内で刑罰を科すことができる。

この考えを責任主義という。責任主義の基本的な役割は、『責任なければ、刑罰なし』の法諺に表されているように、主観的かつ個人的な責任がなければ帰責しえないというものである。古代や中世の刑法に見られる結果責任（客観的責任）や団体的責任は、帰責に関する責任主義に反するのである。<sup>(6)</sup>

主観的責任とは、行為者に責任能力および故意または過失があつて、行為者を非難できる場合のみ責任を負わせることができることであり、いわゆる結果責任または客観的責任とは、およそ行為者の行為から客観的に法益侵害の結果が発生すれば、その点について行為者を非難し得るか否かにかかわらず、常に刑を科しうるとするもので、これは主観的責任の原則に反するものとして、現代の刑法理論においては排除されている。また、個人的責任とは、個人はその犯した犯罪についてのみ責任を負い、他人が犯した犯罪について責任を問われることはないとするものである。連座や縁座のように、個人としての結果に関し非難の余地があるかどうかにかわりなく、一定の団体の構成員であることの故をもって、その団体に帰せられる責任を負わなければならないとする団体的責任は、個人的責任の原則に反するものとして、同じように排除されているのである。

こうした教科書的見解に対する批判として、刑法三九条を削除すべきであるとする呉智英氏は、三九条に代表される刑事法の原理そのものの限界ではないかという主張を展開している。以下に要約して紹介する。

責任能力論の限界露呈が問いかけるものはあまりに大きく、あまりに深い。近代思想の行きづまりをいくら強調したところで、それを根底的に覆し、しかも、これに代わる法体系を、私に提起できるわけではない。それでも、心神喪失者にも刑事責任を取らせるよう模索すべきだという方向性だけは提示できる。…（中略）…心神喪失と認められたら一律に不可罰にするわけではなく、心神耗弱と認められても一律に罪を軽減しない、ということぐらいで

きるだろう。被告人が拒否している時は精神鑑定も、刑法三九条の適用そのものもできないという改正もあつていいのではないか。措置入院と刑罰の併用だつて検討されるべきだろう。<sup>(7)</sup> このように主張している。

これと同じく、三九条削除説を主張する佐藤直樹「三九条はきれいさっぱり削除されるべきだ」は、以下のよう述べている。

近代以降、刑法における責任非難の要点は、およそ正常な人間であれば善悪の判断ができる理性が存在し、自由意思をもって犯罪をするかしないかの決定ができるはずだ。そうした理性や自由意思をもたないで犯罪を犯した精神障害者は、ひっきり人間とはいえないから、犯罪の責任も問えない、ということになった。つまりそれは、生物学的要件だけでなく、心理学的要件をくわえて責任能力の有無を判断することになったということだ。すくなくとも近代以降は、犯罪をおかした精神障害者には理性や自由意思がないとする理由づけによって、精神障害者は「人間」というカテゴリーから排除されたというのが正しい。刑法は、沢登佳人のいう「完全に自由な意思により十分にゆきとどいた認識・判断推理に基づき、全面的に自分一個の責任で、犯罪をするかしないかを選択しうる、堂々たる理性的人間としての犯罪者像」(『刑事法における人間の虚像と実像』大成出版社、一九七六年)という、一種のフィクションを製造したのだ。これをドイツ刑法学の用語でいえば、「他行為可能性」の有無、つまり他の行為が可能であつたにもかかわらず、あえて犯罪行為を選択したかどうかということが、責任非難の中心になったということである。すなわち、この「他行為可能性」がなければ責任は問えないことになる。しかし、このような人間像がまったくインチキくさいのは、私たちが犯罪をおかすときに、「カッとなつて」とか「気がついたら刺していた」というのがふつうであつて、理性的に是非の判断をして冷静に犯罪をおかすなどというのは、ほとんどまれであることを考えればわかる。

さらに、この問題については古くから、「是非善悪を弁別し、その弁別にしたがって行動する能力」という心理学的要件が、認識可能であるとする「可知論」と、認識不可能である「不可知論」との間で激しい論争が行われてきた。しかし私たちのごくふつうの生活感覚からいって、「あらかじめ自分の行動がよいか悪いかをその都度判断し、これを熟慮したうえでこれらにもとづいて行動する人間などいない。そのようにするのは強迫神経症者ぐらいなものだ」とこれを「不可知論」の立場から喝破したK・シュナイダーの言い分に説得力があるのも、もつともなのである。<sup>(8)</sup> こう主張している。

たしかに、「意思自由論」は、特に一九六〇年代以降、活発に議論されてきた。それまでの「非決定論」や「絶対的意思自由論」と「決定論」や「ハードな決定論」との対立という次元から、「相対的意思自由論」と「ソフトな決定論」との対立、そして「フィクションとしての意思自由論」や「一般的責任論」の主張といった次元に移行して、議論ははまだ継続中という状況である。<sup>(9)</sup> これを前提とする「責任の本質」論は、いわゆる新旧両派の学派の争いを中心論点として、旧派の道義的責任論にもとづく「有責行為能力」と解するか、新派の社会的責任論にもとづき、刑罰と保安処分の二元主義における「刑罰適応性」と解するかが争われた。典型的な新派の主張がほとんど見られなくなった現代では、「有責行為能力」を基本としつつ、一定の範囲で「刑罰適応性」をも考慮に入れようとする見解が有力であるが、その考慮の方法や程度については、必ずしも見解が一致していない。また、責任能力の判定基準については、通説の「混合的方法」に対して、「生物学的方法」の提言があり、混合的方法による場合にも、その「生物学的要件」と「心理学的要件」という理解の仕方や両者の関係について議論があり、さらに、心理学的要件である「弁識能力」と「制御能力」についても、弁識能力のみにすべきだとの主張が見られる。

この問題は、刑法学者と精神医学者との共同による検討が必要であるが、前述の「意思自由」をめぐる論争を中



心に、「可知論者（グノステイカー）」と「不可知論（アグノステイカー）」の対立や、いわゆる「反精神医学」の主張など、それぞれの分野の内部における理論的な対立が背景にあり、共同作業の合意は難しい状況にあるといえる。<sup>(10)</sup>

こうしたことから、刑法三九条を削除すべしとする主張を検討するために、以下においては、責任概念と責任能力の概念の基本的な検討をおこなうことにしたい。

## 2 責任と責任能力の概念

刑法上の責任の本質をめぐる議論は多彩であって多くの学説が存在するが、ここでは、道義的責任論（心理的責任論）と社会的責任論、そして規範的責任論について概略をみてみよう。

### （1）道義的責任論（心理的責任論）

道義的責任論の見解では、犯罪は、人間の自由意思に基づくものであり、責任能力者には自由意思があり、故意・過失は、まさに、犯罪が自由な意思に基づいて行われたことを認識するための要件である。この自由な意思活動によって犯罪が行われたときはじめて倫理的な非難を加えることができ、応報としての刑罰が正当化される。こうして、故意・過失という心理状態ないし心理的事実が認められるとき、責任非難を向けうることになるから、これを心理的責任論ともよぶ。

### （2）社会的責任論

道義的責任論が旧派の理論であるのに対して、社会的責任論は新派の刑法理論に基づいている。責任とは、社会防衛の手段として刑罰を科されるための法律上の地位をいうとされる。犯罪は、素質と環境の産物であり、犯罪者

には、犯罪又は適法行為のいずれかを選択する能力つまり自由意思はなく、したがって、犯罪行為について行為者を非難することはできない。刑法の機能は、もっぱら、犯罪者の将来における犯罪反復の可能性、すなわち、意思または性格の危険性に対して社会防衛手段を講ずることにある。性格の危険性のゆえに社会から防衛処分を受ける地位が責任であるという結論になる。この責任観は、行為者の性格の危険性に責任を認めるので、性格責任、行為者責任ともよばれる。この考えによれば、社会的に危険な者は社会防衛の手段を受けるべき義務があることになり、精神病者や刑事未成年者にも責任があるということになる。刑法三九条削除論の主張は、この見解に通じる考である。

### (3) 規範的責任論

これらに対して、規範的責任論の見解では、規範の名宛人は、素質と環境の制約を受けながらも自ら主体的に自己の行動を選択する人間であるから、当然、法規範は、人が命令・禁止にしたがって違法行為を避け適法行為を選択することを期待している。ところが、違法行為を選択した者は、故意にせよ過失にせよ、法規範の期待に反して違法行為を行ったのだから、ここにおいて、国家の側からの非難の余地が生まれ責任の根拠が生ずる。このように責任概念を把握している。この見解が、現代のわが国における一般的・通説的見解といつてよい。

責任能力の概念も責任の本質の理解に相応している。まず、一般的・通説的見解をあげる。「ことの善し悪しを判断できない者がたまたま違法行為をしたからといって、その者を非難することはできない。行為者を非難するためには人格的適性がなければならない。これが責任能力である。そして、そのうえに故意または過失のあることが必要である。行為者には、自己の行為の違法性を意識し、そのような行為をしないように自己を統御できる能力がなければならない。これが責任能力である。すなわち、責任能力とは、有責に行為する能力、有責行為能力であ

り、非難可能性の前提となる人格的適性である。<sup>(11)</sup>

つぎに、責任の本質の理解に応じて異なる責任能力の本質についての見解を別個にみてみよう。まず、道義的責任論からは、たとえば小野清一郎博士が、「責任能力は、社会倫理的規範によって自己の意思を正しく形成し、決定する能力、その意味で自由な意思決定の能力である」とし、<sup>(12)</sup> 団藤重光博士が、「責任能力とは、有責に行為をする能力である。それは非難可能性の前提となる人格的適性にほかならない」とするなど、<sup>(13)</sup> 「意思の自由」を前提とした「有責行為能力」であると解されてきた。これに對して、社会的責任論からは、たとえば、牧野英一博士が、責任能力とは刑罰を科して効果を収め得る能力ということに帰着するのである。私はこれを刑罰適応性と名付けている<sup>(14)</sup>、木村亀二博士が、「刑罰能力とは、犯罪に対する法的効果としての保安処分と刑罰との関係において、保安処分ではなく刑罰という社会の普通人に対する制裁を科するに適當した能力を意味するに外ならない。その意味において、責任能力は刑罰能力と解すべきである」として<sup>(15)</sup>、二元主義のもとにおける「刑罰適応性」ないし「刑罰能力」と解している。この両説の間にあつて、宮本英脩博士は、「規範的責任能力」と「可罰的責任能力」とを区別し、前者は、主観的違法論のもとで「行為を違法ならしむる主観的前提」であり、「法律上行為一般の能力」であつて、「規範意識能力」あるいは「是非の弁別能力といつても妨げない」とし、後者は、「行為者の具体的意思を可罰的ならしめるについての前提であつて」「受刑能力（刑罰適応性）でなければならぬ」としている。<sup>(16)</sup>

結局、現代刑法における責任能力は、行為にあつて、法規範としての決定規範の命令・禁止を認識・理解し、かつ、その認識・理解にしたがつて意思を決定し行動しうる能力であり、決定規範の名宛人となりうる能力である<sup>(17)</sup>と理解されている。そして、特別予防・一般予防の観点からみて、刑罰を手段として処罰するに値する程度の「可罰的責任能力」があるかどうかを、「規範的責任能力」の性質と程度を問題とする点で、責任を阻却・軽減する方

向に向かつて考える必要があるとされている。<sup>(17)</sup> 換言すれば、「規範的責任能力」と「可罰的責任能力」とを区別し、前者が「決定規範の名宛人たる能力」として「有責任能力」を指すのに対し、後者は、それを前提としたうえでの事実的・政策的・規制的な判断として、規範的責任能力が一定の程度に達していること、および「刑罰適応性」を指すものと理解されている。<sup>(18)</sup>

道義的責任を基礎とした責任の贖罪や応報が他行為可能性を前提とするのは当然であるとしても、刑罰の目的を法益保護や行為者の再社会化に求める場合にも他行為可能性は要求されるのか。それは肯定される。なぜなら、応報は他行為可能性と直接結びついているものではない。応報というよりも、刑罰の起源である復讐(Rache)は、他行為可能性のない時代にもおこなわれたのである。未組織社会では、復讐という反動形式が予防的保護機能を営んでおり、これが唯一の有効な保護形式だった。しかし、社会が組織化されると、法益侵害に対する反動は予防原理にしたがっておこなわれるようになる。こうして、結果刑法から責任刑法へと移っていった。つまり、はじめはすべての結果惹起者に同じ仕打ちで応報していた。しかし、徐々に、そのような応報は意味がないことが理解されるようになる。偶然——他行為可能性のない行為は偶然である——を予防することはできないからである。ここから、<sup>(19)</sup> 刑罰は行為者の認識および制御能力に結びつけられるようになったのである。

三九条削除を主張する見解では、「是非善悪を弁別し、その弁別にしたがって行動する能力」という心理学的要件が認識不可能であるとする「不可知論」の立場であった。とくに、そのうちの制御能力については、精神科医は判定できないとする考えが根底にある。そこから、責任能力の判断は、事実判断なのか法律判断なのかという問題や、判断主体は鑑定人か裁判官か、鑑定人の判断に裁判官は拘束されるのか、といった問題が生じていた。しかし、最高裁判所は、「被告人の精神状態が刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断

であつて、専ら裁判所に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的、心理学的要素についても、右法律判断との関係で究極的には裁判所の評価に委ねられるべき問題である」と明確に判示している（最決昭和五八年九月一三日判時一一〇〇号一五七頁）。このことによつて、問題は解決しているのである。

これまで検討してきたように、現代では、「有責任能力」を基本としつつ、一定の範囲で「刑罰適応性」をも考慮に入れようとする見解が基本となつており、「精神の障害」という生物学的要件と、「行為の是非を弁別する能力」である弁識能力と「その弁別に従つて行動する能力」である制御能力とを合わせた心理学的要件との両者の要件を検討する混合的方法は、依然として有効なのである。

生物学的要件と心理学的要件を考慮するのは、ドイツ刑法学においても同様である。ドイツ刑法第二〇条は、「行為の遂行に際し、病的な精神障害、根深い意識障害、または精神薄弱もしくは重大なその他の精神的偏倚のため、行為の不法を弁識しまたはこの弁識に従つて行為する能力のない者は、責任なく行為した者である」とし、同第二一条は、「行為の不法を弁識し、またはこの弁識に従つて行為する行為者の能力が、二〇条に規定する理由により、行為の遂行に際し著しく減弱していたときは、四九条一項に従つてその刑を軽減することができる」としている。

このようにドイツ刑法においても、責任無能力の規定は、「病的な精神障害」、「根深い意識障害」、「精神薄弱」、「その他の精神的偏倚性」という四つの生物学的要素を基礎として、「行為の不法を弁識しまたはこの弁識に従つて行為する能力」が欠けるときに責任無能力とする趣旨になっている。弁識能力、弁識に従つて行動する能力は、いわゆる心理学的要素であるから、責任能力の存否は生物学的要素と心理学的要素の混合的方法にもとづいて判断されるのであり、わが国の判例・通説と同様である。また、司法精神鑑定の役割も、行為時の行為者人格ないし精神

状態の認識および診断結果を裁判所に提出し、裁判官の責任能力判断を補助することであり、最終的に裁判官が法の見地に立脚して責任能力の存否・程度を決定するのも同様である。ただし、その際、精神鑑定の結果として行爲時に行爲者が急性の内因性精神病、重い後発性痴呆、高度の精神薄弱の状態にあったと診断されれば、つまり、純粹な精神病の存在が認められれば、心理学的要素の診断・判断を加えるまでもなく責任無能力とするのが実務上の運用とされる。この点で、ドイツでは、司法精神医学と裁判官の間に「コンベンション (Konvention)」という慣例が成立しているといつてよい。また、その限度で鑑定結果の裁判官に対する拘束力が認められているといつてよいであろう。この点は、わが国の状況とただちに對比できないことに留意すべきである。<sup>(20)</sup>

さらにもう一点、わが国の制度と異なることがある。ドイツには、改善保安処分があることである。ドイツ刑法六三条一項は、「違法な行爲を責任無能力または限定責任能力の状態でなした者があるとき、行爲者および当該行爲を全体的に評価し、行爲者につきその者の状態の故に重大な違法行爲をおかすことが予想され、その者が公共にとって危険であることが明らかなきときは、裁判所は、精神病院施設に収容を命ずることができる」と規定している。さらに、精神病院施設収容のみならず、刑罰に併せて社会治療処分に付すことも可能である。<sup>(21)</sup> 裁判所は、刑罰か治療かの判断を精神医学の助けを借りて自ら行うことができる<sup>(22)</sup>ところが、わが国の法制と基本的に異なっており、このことが裁判官と精神医学との協調を促す契機となっている。

こうした法制度がわが国にも成立すれば、三九条削除論者は削除論を撤回するのであろうか。たとえ加害者が責任無能力者や限定責任能力者であっても、責任がなく犯罪不成立とされ、あるいは簡易鑑定によって起訴猶予とされても、刑罰に代わって治療処分としての精神病院収容をおこなうことになるから、刑事治療処遇施設がないとはいえないからである。近年、わが国でも、若干、この制度に近い法律の制定が行われた。「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」(平成一五年七月一六日法律第一一〇号)である。以下には、若干、三九条削除論の主張を検討しながら、この法律について検討しよう。

### 3 触法精神障害者の処遇

触法精神障害者によってわが子を殺された母親のルポルタージュを描いた日垣隆氏は、わが国に刑事治療処遇施設がないことを強く非難し、こうした事件が報道されないことを指摘している。そして、心神喪失者等医療観察法または触法精神障害者処遇法とも呼ばれる「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」の制定には反対している。

「心神喪失とされ不起訴処分となった事件のほとんどはまったく報道されていない。このような殺人事件が毎年平均一二五件は起きている(最近五年間で検挙された精神障害殺人者は六二五人)。昨今、世論を賑わす少年による殺人(同じく五年間で五一七人)より多いのである。日本では精神障害殺人者のうち、およそ八五%が不起訴となっている。諸々の問題があるとはいえ、少年犯罪ならば、刑罰ではなく、少年院という処遇の受け皿がある。繰り返すが、この日本には、不起訴となった後の精神障害犯罪者を処遇する受け皿は何もない」と<sup>(22)</sup>。

ここでの統計については、詳しい註がないので、たしかな根拠は明らかでない。しかし、わたくしの調べた統計によっても、平成一三年度犯罪白書では、一九九六(平成八)年から二〇〇〇(平成一二)年までの五年間に、検察庁で不起訴処分とされた被疑者と第一審判決で「心神喪失」「心神耗弱」を理由に、無罪または刑の減軽を受けた者の総数は、三、五四〇人いる。このうち、心神喪失を理由に不起訴とされた者は、一、九一九人(総数の五四・二%)、心神耗弱を理由に起訴猶予とされた者は、一、二三八人(三五・〇%)である。いずれにしろ、不起訴

とされた者が、三、一五七人（八九・二％）にのぼっている。これに対して、裁判で心神喪失を理由に無罪とされた者は、五年間で八人（〇・二％）であり、心神耗弱を理由に刑を減軽された者は三七五人（二〇・六％）のみである。<sup>(23)</sup> また、平成一四年度犯罪白書では、一九九七（平成九）年から二〇〇一（平成一三）年までの五年間に、検察庁で不起訴処分とされた被疑者と第一審判決で、無罪または刑の減軽を受けた者の総数は、三、〇一八人おり、心神喪失を理由に不起訴とされた者は、一、八六〇人、心神耗弱を理由に起訴猶予とされた者は、一、一五八人である。総数三、〇一八人に対して、それぞれ、六一・六％、三八・四％であって、数値は若干の増加を示している。この平成一三年度中に殺人行為をおこないながら不起訴処分または刑の減軽を受けた者が一一五人いることなどからみて、前述した統計はそれほど異なったデータではないと思われる。<sup>(24)</sup>

従来、このような重大な罪を犯した精神障害者は、責任能力の問題で不起訴、措置入院になり、ある程度の入院期間を経て退院する際にも、警察や検察は関与できなかった。この場合、精神科指定医二人が同意すれば黙っているしかなかった。ところが、今回の制度では、退院命令も地裁で開かれる審判で出されることになり、通院中も保護観察庁に置かれる社会復帰調整官が観察することになり、触法行為者が社会に戻るまで司法の目が行き届く形になる。こうしたことから、現場では好意的な意見もある。警察、検察官にしてみれば、責任能力がないため無罪になってその後は何もできなかったり、起訴さえできなかった以前に比べれば、無力感は減るはずと地方検察庁の幹部は話しているそうである。また、医療関係者も事実上、通院を義務づける制度を導入したことは意義があると評価する。現場の医師たちはこれまでの措置入院で病院に送り込まれてくる患者を通常の患者と同じ病棟で治療してきたが、処遇の難しい措置患者を抱えると一般医療が滞ることもある。今回の制度で、少なくとも重大な事件を起こし、暴力的傾向がある措置入院患者が減ることは一般病院には福音であるとしている。また、タブー視され



てきたことで育ちにくかった司法精神医療の分野の専門家が育ち、起訴前に行われていた精神鑑定もこれからはかなり厳密な鑑定が行われ、触法精神障害者に対する安易な不起訴処分も減る可能性がある、などとしている。<sup>(25)</sup>

もちろん、これらに対する反対意見も存在する。日垣隆氏は、「現在、『再犯の恐れ（原文のまま）』がある精神障害者」を強制隔離しようとの立法がなされつつあるのですが、これは二重三重に間違っています。問うべきは犯罪の『結果』であって、健常者にも障害者にも等しくある『再犯の恐れ（原文のまま）』などという不確実な要因で拘束を合理化することではありません。男性や少年に凶悪犯罪が多いからといって、予防拘禁することが許されるのでしょうか。そしてまた、この半端な立法は、諸悪の根源たる刑法三九条をそのまま放置することによって、事実関係を法廷で明らかにするという憲法の大原則を踏みにじるものです」と主張している。<sup>(26)</sup>

しかし、今回の心神喪失者等医療観察法（触法精神障害者処遇法）による強制的な入院・通院の処分は、単純な予防拘禁とはいえない。あくまで犯罪に準じる触法行為をおこなった者を対象としている。触法行為は、犯罪構成要件に該当する違法な行為である。殺人や傷害致死などの行為を違法におこなっているのである。ただ、この触法行為者は責任能力がないために責任を負わされず、刑罰を科されないのであって、刑罰の代わりに治療処分という一種の改善保安処分に付すことは、公共の利益に適うことであり、本人にとっても正当化されることである。すでに、他の機会に論じたように<sup>(27)</sup>、触法行為をおこなったわけではない精神障害者については今後も相応な対処が必要であり、触法精神障害者の処遇についての正当性も常に留意しなければならない。ドイツの改善保安処分の正当化に関する「合目的性」と「社会的自由の剝奪」および「治療・援助の義務」という基本思想は、多くの非難を受けながらも、ドイツ刑法学における主流となっている。たとえば、シュトレーは、自己を律しない者は自己の自由の制限を甘受せざるをえないとする。その者は、正当な方法で行使しない自由権を失うのである。自己を律すること

を意欲しなかった者は、秩序ある共同生活の命令を遵守する能力のなかった者とまったく同様に、制約のない社会生活への参加を要求し得ないことになる。このことが外的自由の剝奪を正当化するという。また、精神障害者や飲酒者・中毒者に対する收容・治療の処分については、個人を治療し、改善し、それによって、社会生活の諸規範との更なる衝突から彼を保護するために、自由権に作用が加えられるのである。こうした制限は憲法上も許される。個人は、責任ある社会構成員として、社会的な共同生活の促進に役立つような自由権の制限を原則的に甘受せざるをえないものであるとする。<sup>(28)</sup>

この「権利剝奪の思想 (Gedanke der Verwirkung)」と「治療思想 (Gedanke der Heilbehandlung)」は、イエシエックもとりあげている。イエシエックは、「責任無能力の行為者に対しては刑罰を科すことができない。したがって、刑罰は、『処分 (Maßregel)』によって補充されなければならない。処分はもっぱら治療的、ケースワーク的、保安的、あるいは隔離的な介入により、当該の行為や前歴に現れた犯人の将来の危険性に対処するという目的をもつものである。むろん、刑罰と処分とのあいだの根本的な対立は存在しない。刑罰は将来における犯罪の防止に役立つものであり、処分も規範の妥当性の強化に役立つものであるから、行刑における刑罰と処分との交換(代替可能性)は原則的に可能である」としている。また、処分は刑罰とまったく同様に正当化を必要とする。つまり、処分は目的に適っているだけでなく、正義の法廷に立つことのできるものでなければならない。その際、基準となるのは、憲法が市民に保障している自由は「共同体と結びついた自由」だという考えである。共同体の中で他者を著しく危殆化することなく活動する能力のない者は、万人の安全のため、その自由に対する必要な制限を甘受しなければならない。したがって、各人に生来帰属する権利は、これを著しく濫用した場合は剝奪することができる。これが「権利剝奪の思想」である。そして、「治療思想」とは、精神病院や教育施設での教育・訓練などの保護的性

質を有する処分の場合をいう。国家は、肉体的・精神的な欠陥をもち、犯罪性のある危険な者に対して、保安の観点ばかりでなく、そうした状態を改善し、和らげ、あるいは中性化するための医学的・精神医療的・社会防衛的な措置を講ずべき任務を有しており、この点で収容が正当化されるとしている。<sup>(29)</sup>

また、ノヴァコフスキーは、自由制限をとまなう処分は「優越的利益の原則 (Prinzip des überwiegenden Interesses)」によって正当化されるとする。つまり、すべての予防処分の根底には利益衝突状態がある。一方においては、社会の保全の必要性があり、他方には、これを満足させるために侵害される個人の権利が対立的に存在している。社会保全の必要性という公共の利益は、介入の必要性を要件とする。非強制的な方法で目的を達成できる場合は、この必要性はない。しかし、処分の必要性が要件のすべてではない。個人権の侵害は、その種類と範囲において相当のもでなければならぬ。それ自体が合目的な処分も、それが不可侵の人格の領域を侵害したり、その侵害が当事者の利益に適うとしても、重要な公共の利益に適うといえない場合には、その処分は排斥される。たとえば、外科的な方法による人格変更は許されないとするのが、今日の一般的見解であり、断種や去勢も同様に許されない。行動の自由は、この人格の領域を侵害するものではない。したがって、自由剥奪をとまなう処分は、刑事政策的目的が侵害を正当化するのに十分なほど重要な場合にのみ許されるところ。彼は「立法者は、刑事政策的必要の重さとそれを充足するのに必要な人格侵害の重さとを衡量しなければならない。犯罪防止が一義的に高い価値を有する場合のみ、犯罪防止の必要は処分を正当化する」としている。すでに、危険性と処分の重さの程度が比例しなければならぬという「比例性の原則」は、ドイツでは明文化されており、今日一般的に承認され、処分の正当性と限界の問題は解決されているとしている。「比例性の原則 (Prinzip der Verhältnismäßigkeit)」または「均衡の原則」とよばれるドイツ刑法第六二条の規定は、「改善および保安処分は、それが行為者にとって犯された行

為および予期される行為の意義ならびに犯人から生じる危険の程度からみて、均衡を失うときは、これを命じてはならない」としているのである。

やはり「優越的利益の原則」を根拠とする論者にクラウス・ロクシンがいる。ロクシンは、刑罰と改善・保安処分の二元主義を採用するドイツ刑法の正当性について、次のように述べている。ドイツの制裁体系が二元主義を採用しているのは、国家の干渉権が、責任主義によって制約される刑罰によるだけでは犯罪に対処するために充分でない、ということを理由としている。精神的・心理的な欠陥により行為者の責任が限定されていなければならない、行為者の危険はより大きく、それだけにますます保安的な措置が不可欠である場合もある。また、犯罪を誘発する人格障害の程度が重ければ重いほど、責任や刑罰は軽いものとなるが、しかし、逆に、より長期にわたる治療的な働きかけが要求されることになる。こうして、予防的な再社会化刑法をさらに推し進めるにもなつて、必然的に、刑罰に比べて処分がますます確たる地位を占めていくに違いない。そのことによって、責任主義の法治国家主義的な意味が失われてしまうのではないか。必要な場合には、責任主義にともなう制約のない処分が科されるとすれば、むしろ、ただちに処分のシステムに移行すべきではないのか。しかし、ロクシンは、そのような考えは正当でないと否定する。なぜなら、自由を剝奪する処分は、どのような場合にも許されるというのではなく、たいていの場合には許されないもので、ごく限定された要件のもとで、国家による対応のなかで「最後の手段」(ultima ratio)として許されるにすぎないのである。通常の場合、比較的軽微な犯罪および中程度の犯罪の場合には、刑罰が唯一の自由を剝奪する制裁であることに変わりはない。ここでは、責任主義が、自由主義的な限定機能を完全に果たし得るのである。行為者の危険性が大きい場合にのみ処分は許されるのであり、ここでは「優越的な公共の利益」が個人の自由の保障より上位に置かれることになる。けれども、それは例外であつて、この例外が原則を無

意味にすることはないばかりか、むしろ、原則を裏づける。処分は無制限に許されるものではなく、ドイツ刑法六二条の「比例性の原則」により限定され、他方において、責任主義は、危険性という観点を排除することによって、きわめてよく法治主義の限定機能を果たすのであり、処分の比例性原則に置き換えられるものでないことも結論づけられるのである。こうして、ロクシンは、「処分は、法益衡量の思想によって正当化される。すなわち、その行為が高い蓋然性をもって他人の侵害にいたり、その侵害が全体として危険の惹起者が処分により引き受けなければならない制限よりずっと重いものである場合に、自由は剥奪されうる」とするのである。<sup>(30)</sup>

### おわりに

これまで、刑法第三十九条を削除すべきだとする主張を検討しながら、現代刑法における責任および責任能力の概念を基本的に検証し、刑罰に代わる治療処分にも論及してきた。現在、「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」(平成一五年七月一六日法律第一一〇号)が制定され、その第一条第一項において、「この法律は、心神喪失等の状態で重大な他害行為(他人に害を及ぼす行為をいう。以下同じ。)を行った者に対し、その適切な処遇を決定するための手続きを定めることにより、継続的かつ適切な医療並びにその確保のために必要な観察及び指導を行うことによって、その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」としている。<sup>(31)</sup>

これまでは、心神喪失等の状態で殺人、放火などの重大な他害行為を行った者については、「精神保健福祉法」(精神保健及び精神障害者福祉に関する法律)により、都道府県知事が、その精神障害のために自身を傷つけまたは他人に害を及ぼすおそれがあると認められる者を入院させるいわゆる「措置入院制度」により、その処遇が行われて

きた。しかし、「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案」が二度の継続審議を経て、二〇〇三（平成一五）年の第一五六回国会において可決、成立し、公布の日（平成一五年七月一六日）から起算して二年を超えない範囲内において政令で定める日から施行されることになった。この新制度は、手厚い医療の提供と社会復帰促進のため、専門の医療施設（指定入院医療機関）を完備し、処遇を受ける人の社会復帰を手助けをしながら病状をチェックする観察者（社会復帰調整官）を設けることにしている。対象者は、検察官による「申立て」によって地方裁判所で「審判」を受ける。審判は裁判官と精神科医各一名の合議で行われ、強制的な治療が必要かどうか、必要なら入院か通院かを決める。これとは別の精神科医が詳しい精神鑑定を行い、必要なら対象者の生活環境を調査する。入院治療を受け持つのは、国が指定した「指定入院医療機関」で、現在、国立精神・神経センター武蔵病院（東京都小平市）、国立病院機構肥前精神医療センター（佐賀県東脊振村）などの六施設の設置が進められている。また、退院も地裁が決定する。退院後も、民間病院を含む「指定通院医療機関」での通院治療が義務付けられる。退院後は社会復帰を支援するため、医療機関、自治体、精神保健福祉センター、保健所、精神障害者社会復帰施設などが連携して、必要な医療と地域ケアを提供する。この支援計画を立て、複数の機関の仕事を調整するのは保護観察所の「社会復帰調整官」である。新設される社会復帰調整官には五六人が昨年春に採用されている。このように、新制度は現実的に動き始めている。<sup>(32)</sup>

もちろん、この新制度に対する反対意見も存在することは既に述べた。とくに重要な反対の根拠は、この制度が戦前の政治犯に対する「予防拘禁」と同様に用いられる危険性である。ドイツの改善保安処分の正当性議論のように、われわれ国民としては、自由を剥奪する処分は、どのような場合にも許されるというものではなく、「最後の手段（ultima ratio）」として許されるにすぎないことや、この処分が法益衡量の思想によってのみ正当化されるこ

とを忘れてはならない。そのことによって、少年法の保護処分と触法行為者の治療処分は、はじめてわが国における一種の保安処分として正当化されるのである。

- (1) たとえば、日垣隆『そして殺人者は野に放たれる』(新潮社二〇〇三年)、吳智英・佐藤幹夫共編著『刑法三十九条は削除せよ! 是か非か』(洋泉社二〇〇四年)、東野圭吾『さまよう刃』(朝日新聞社二〇〇四年)など。
- (2) 日垣隆『前掲書』七四頁、二二九頁。
- (3) 大谷實『刑事責任論の展望』(成文堂一九八三年)六頁。
- (4) 林美月子『情動行動と責任能力』(弘文堂一九九一年)八頁以下、九頁参照。平場安治・平野龍一編『刑法改正の研究』(有斐閣一九七二年)一六頁以下。沢登俊雄『刑の適用』同書所収二五〇頁以下参照。
- (5) 宮崎英生『罪と罰』から刑法入門VI「責任と何か」(法学セミナー二〇〇四年七月号五九五号)二〇頁以下参照。
- (6) 裁判所書記官研修所監修『刑法総論講義案(改訂版)』(平成一〇年)一二三頁。
- (7) 吳智英「責任という難問」吳智英・佐藤幹夫共編著『刑法三十九条は削除せよ! 是か非か』二五頁以下。
- (8) 佐藤直樹「三十九条はきれいさっぱり削除されるべきだ」吳智英・佐藤幹夫共編著『前掲書』二七頁以下、三二頁以下。
- (9) 「意思の自由」の問題については、堀内捷三「責任論の課題」芝原邦爾ほか編『刑法理論の現代的展開・総論I』(日本評論社一九八八年)一七一頁以下に詳しい。
- (10) 浅田和茂『刑事責任能力の研究(下)』(成文堂一九九九年)七七頁以下参照。
- (11) 裁判所書記官研修所監修『刑法総論講義案(改訂版)』(一九九八年)一三四頁。
- (12) 小野清一郎「責任能力の人間学的解明(1)」「(3)」ジュリスト三六七号―三六九号(一九六七年)、とくに三六七号八九頁参照。

- (13) 団藤重光「刑法綱要総論」(創文社改訂版一九七九年)二五三頁。なお、同「責任能力の本質」『刑法講座(3)』(有斐閣一九六三年)三三三頁以下参照。
- (14) 牧野英一「所謂責任能力ノ觀念ニ就イテ」志林一〇巻五号、八号(昭和三年)。五号四七頁。
- (15) 木村亀二『刑法総論』(昭和三四年、増補版昭和五三年)三三八頁。五七頁以下参照。
- (16) 宮本英脩『刑法大綱』(昭和七年)一一四頁―一二六頁。以上の分析については、浅田和茂『刑事責任能力の研究(下)』(成文堂一九九九年)八〇頁以下参照。
- (17) 内藤謙「刑法講義総論―責任能力1」法学教室七〇号(昭和六一年)四六頁以下、同「刑法総論講義下1」(有斐閣一九九一年)七九五頁以下参照。
- (18) 浅田和茂『前掲書(下)』八二頁参照。林美月子『情動行動と責任能力』(弘文堂一九九一平成三年)、浅田和茂『刑事責任能力の研究(上)』(成文堂一九八三年)、同『(下)』(一九九九年)なども参照。
- (19) 林美月子『情動行動と責任能力』(弘文堂一九九一平成三年)一三頁。吉川経夫「形而上学のない刑罰」(法律時報一九七二年一〇月号)一一七頁以下も参照。
- (20) 大谷實『刑事責任論の展望 刑事法学研究第二巻』(成文堂一九八三年)五七頁以下。
- (21) この点については、藤吉和史「わが国における治療処分の可能性」中央学院大学法学論叢一六巻二号(通巻二八号二〇〇四年)一五九頁以下参照。
- (22) 日垣隆『前掲書』七頁以下、六二頁。
- (23) 法務省法務総合研究所編『平成一三年版犯罪白書―増加する犯罪と犯罪者―』(二〇〇一年)四一頁参照。
- (24) 法務省法務総合研究所編『平成一四年版犯罪白書―暴力的色彩の強い犯罪の現状と動向―』(二〇〇二年)七五頁以下参照。
- (25) たとえば、五十嵐禎人東京都精神医学総合研究所主任研究員や山上皓東京医科歯科大教授(司法精神医学)などの



有識者のコメントとして報告されている。平成一六年六月六日付産経新聞朝刊。

(26) 日垣隆『前掲書』二五〇頁。

(27) 藤吉和史「触法精神障害者の治療処分」中央学院大学社会システム研究所紀要第三号（二〇〇三年）九五頁以下。

同「わが国における治療処分の可能性」中央学院大学法学論叢一六卷二号（二〇〇四年）一五九頁以下。

(28) Stree, Deliktsfolgen und Grundgesetz, 1960, S. 223, S. 226. 阿部純二「前掲論文」三七八頁以下。

(29) イェンシェック・ヴァイゲント（西原春夫監訳）『ドイツ刑法総論（第五版）』（一九九九年）六二頁。

(30) Roxin, Kriminalpolitische Überlegungen zum strafrechtliche Systemkategorien. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform, 56. Jahrgang, 1973, S. 316ff. 井田良訳「責任主義に基づく刑事政策的考察」C・ロクシン著宮澤浩一監訳『刑法における責任と予防』（一九八四年）四九頁以下、とくに六三頁以下参照。

(31) この法律の制定については、白木功「心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者についての新たな処遇制度の創設」時の法令（一七〇八号二〇〇四年）六頁以下や中山研一「心神喪失者処遇法案の国会審議過程の分析・続」続

(1) 一（10）完」判例時報一八四七号—一八六〇号（二〇〇四年）などを参照。

(32) 平成十六年六月六日付産経新聞朝刊を参照。