

## 論 説

### いわゆる医療観察法を契機とする責任原理の再考序説

稲 田 朗 子

- 一 はじめに
- 二 責任原理の生成と歴史的意義
- 三 医療観察法と責任原理
- 四 「触法精神障害者」の医療を受ける「権利」
- 五 おわりに

#### 一 はじめに

2003年7月10日に、「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15年法律110号）」（以下、「医療観察法」と略す）が成立した。同法は、2001年に起きた大阪教育大付属池田小学校の児童等に対する殺傷事件などを背景として制定されるに至ったものではあるが、かつての改正刑法草案における保安処分の議論と対比するとき、率直に言って拙速の感が拭いきれないように思われる。

既に同法の運用は始まっており、そうであれば運用上の問題点を明らかにした上で、必要な制度の改善を求めていくという作業の重要性は、もとより明らかである。もっとも、だからといって、この新たな制度を所与の前提として、制度自体の必要性の検証と刑法理論上の原理的問題を棚上げするようでは、刑法学の存在意義自体が問われることにもなりかねない。たとえ、同法の制定後であっても、例えば刑法原理上の相容れない原理的な欠陥が同制度に内在的に存在し、これを除去することが不可能ということにでもなれば、刑法理論上は

同法の廃止を求めていかなければならないということも、論理的可能性としては、まったく否定しざることはできないように思われる。

ただし、現段階において、筆者の検討がこの点に関して確定的な結論を提起するだけの準備はない。責任原理の歴史的検討、かつての保安処分に関する議論の整理、今回の医療観察法の制定過程における議論と背景の検討など、課題とされるべき点は山積である。

そこで本稿では、将来の筆者の課題とすべきそれらの作業に向けて、まず検討の全体を大雑把に整理することにより、その方向性を一定程度事前に確認しておこうとするものである。その意味で、新しい議論を提起するというよりは、これまでの(特に、一定の共通認識が学会に存在すると思われる程度での)議論の整理を中心とするものに過ぎないことを、あらかじめお断りしておきたい。

## 二 責任原理の生成と歴史的意義

### 1. 歴史

責任原理(「責任主義」の語が用いられることも多い)は、罪刑法定原則、行為原理と並ぶ、近代刑事法原則の一つに数えられる。近代以前の中世ヨーロッパでは、行為者の犯意の有無にかかわらず処罰するという「結果責任」や、氏族間の血讐制度にみられる「団体責任」が通用していた<sup>1</sup>。その後、カロリナ刑事法典(1532年)において、行為者の主観的責任(=内面)への考慮が払われるようになり、結果責任主義の残滓は一掃されたとも言われるが<sup>2</sup>、教会法の下では、いわゆるヴェルサリ原則(「不正な状態にある者には、その不正から生じた一切の事柄が帰属される」<sup>3</sup>)が通用していたという<sup>4</sup>。日本における律

<sup>1</sup> 刑法理論研究会『現代刑法学原論〔総論〕第3版』(三省堂、1996年)126頁。

<sup>2</sup> ミッタイス=リーベリッヒ(世良晃志郎訳)『ドイツ法制史概説 改訂版』(創文社、1971年)499頁。埴浩「刑罰の歴史-西洋-」莊子邦雄・大塚仁・平松義郎編『刑罰の理論と現実』(岩波書店、1972年)129頁は、カロリナ刑事法典の責任論について、「若年ないし弁識力なき者および飢餓の盗人に対する顧慮がなされ、悪意、故意を刑事刑の前提とし過失犯には大きな考慮が払われて結果責任主義の残滓は一掃され」とする。

<sup>3</sup> ギュンター・ヤコブス(松宮孝明訳)『責任原理』『立命館法学』230号(1993年)815頁。

令制以来の「連座制」や「縁座制」も、「団体責任」を認めたものであった<sup>5</sup>。

中世ヨーロッパにおいては、上述のような「結果責任」「団体責任」が妥当していたが、啓蒙思想家の登場によって、このような封建刑法の不合理さや残酷な刑罰のあり方が告発された<sup>6</sup>。啓蒙期をへて、ヨーロッパでは、近代市民社会が成立したが、そこで生成した近代市民法は、人間を抽象化された人間としてとらえ（理性的人間）、それを前提に「法の下での平等」が実現された。近代刑法において、刑罰権は中央集権化された国家権力の一部となり、それによって一元化され差別のない、一律的適用＝平等の下地がつけられたこと、また犯罪と非犯罪の区別をはっきりさせ、国民の前に犯罪カタログを提出したことは、大いなる進歩であると評価されている<sup>7</sup>。すなわち、近代刑法は国家刑罰権への不信を前提としており、無限定の国家権力の発動たる国家刑罰権を限界付け、市民的自由の保障を図るため、近代刑事法原則が形成されたのである。責任原理は、この近代刑事法原則の一つであり、「国家刑罰権の抑制と市民的自由の保障のために、個人の行為責任を前提として責任能力、故意・過失のない行為は処罰してはならない」との帰結を導くものである<sup>8</sup>。また、「規範的責任論」の展開により、責任原理は量刑においても重要な意義を担うようになってきていることも指摘されている<sup>9</sup>。

現在、責任原理が近代刑事法原則の一つであり、これが現在の刑法学に妥当していることは、なかば機械的に、自明のこととして扱われているようでもある。しかし、責任原理をめぐることは、刑法学において、従前からいくつかの論

---

4 刑法理論研究会・前掲注(1)127頁、真鍋毅『現代刑事責任論序説』（法律文化社、1983年）41頁以下。

5 刑法理論研究会・前掲注(1)127頁。

6 ベッカリーア（風早八十二・風早二葉訳）『犯罪と刑罰（改版）』（岩波文庫、1959年）。ベッカリーアは、「刑罰権は、各人が社会契約をむすんで社会を形成するにさいして、おたがいに供託しあつた各人の総和に根拠をもつもの」であり、「この根拠（すなわち、各人のわずかな出し前の総和）を超える刑罰権の行使は、すべて権力の濫用であり、不正であつて、各人はこれに承服する必要はない」（208頁）という基本原理から、アンシャン・レジーム下の刑法を痛烈に批判した。

7 刑法理論研究会・前掲注(1)14頁。

8 刑法理論研究会・前掲注(1)127頁。

9 刑法理論研究会・前掲注(1)127頁。

点で激しく論争が繰り広げられてきたし、あらたな問題も生起しているところである。

「責任主義は、まだ、実定法上完全に確立した原則ではなく、例外も認められている。それだけでなく、原理的な問題もあらたに提起されている」<sup>10</sup>。

「『責任主義』が近代刑法の一原則とされるとき、その原則は、すべての人間を自由かつ平等な『法的主体』としてとらえ、個人責任と行為責任とを犯罪と刑罰の前提とし限界とすることによって、個人の尊厳によって基礎づけられる権利と自由、その意味の『人権』を国家権力による無限定の犯罪予防目的に対して保障するために、国家刑罰権を制約する原理として形成されたとみるべきである。この原理が、犯罪論と刑罰論にわたる『責任主義』の根底にあつて、それを統一する原理である。この意味の『責任主義』は、近代刑法において自覚的に形成されるにいたったものであり、いまなお展開の過程にあるのである」<sup>11</sup>。

「近代法の理念とされた人権と民主主義は、抽象的であつたがゆえに、現実にはブルジョアジーの人権と民主主義を保障するにとどまるものであつた。しかし、人権や民主主義という理念そのものは、現代においても依然としてなお実現過程にあり、今後さらに具体化し発展させてゆくに値するものなのである。この人権と民主主義を刑法（犯罪と刑罰）において具体化するための原則が、罪刑法定主義であり、その犯罪規定の内容の適正さを確保するための原理が、行為原理と責任原理である」<sup>12</sup>といった指摘もなされている。

責任原理への批判は、ひとたび大阪教育大付属池田小事件といった重大事件が発生すると、一部のメディア等において噴出する<sup>13</sup>。そもそも近代（刑）法が前提とする「自由意思—理性的人間像」が、触法精神障害者<sup>14</sup>を「人間」から

<sup>10</sup> 平野龍一『刑法 総論Ⅰ』（有斐閣、1972年）53頁。

<sup>11</sup> 内藤謙『刑法講義 総論（下）Ⅰ』（有斐閣、1991年）738頁。

<sup>12</sup> 刑法理論研究会・前掲注（1）102頁。

<sup>13</sup> このような見解について、例えば平野は、「…人々は、重大な被害が発生したとき、たとえば人が死んだようなとき、その加害者を憎み、ただちに応報を加えたがる傾向がある。そして、自己の攻撃的な感情の爆発を正当化するために、加害者に責任があると『言う』傾向がないではない」と批判している。平野・前掲注（10）52頁。

<sup>14</sup> 構成要件に該当する違法な行為を行った精神障害者の呼称については、浅田により「触法精神障害者」という表現が使用され（1982年公表論文）、その後定着している。

排除するものではないかとの問題提起もなされているところである<sup>15</sup>。他方、責任原理を堅持しようとする立場からは、たとえば2001年の危険運転致死傷罪の創設等に対する疑義が指摘されてもいる<sup>16</sup>。

## 2. 責任論の展開

### (1) 道義的責任論と社会的責任論の対立

近代刑法においては責任原理が妥当し、そのため犯罪が成立するためには、客観的要素の他に主観的要素が必要であるとされるが、犯罪の主観的要素は、従来、責任論の課題とされ、その本質・構造・対象をめくりさまざまな責任論が展開されてきた<sup>17</sup>。

まず、責任の本質をどのように考えるか(責任本質論)についてであるが、道義的責任論と社会的責任論の対立があり、これは学派の争いにおける大きな論点でもあった。

#### i) 道義的責任論

道義的責任論は、後期旧派によって主張された責任論である。その念頭にあたる人間像は、自由意思を備えている理性人である。自由意思を備えている者、すなわち禁止命令を理解して、自ら意思決定をなしうる者が、他の行為をとる

---

それまで「精神障害(性)犯罪者」「犯罪(性)精神障害者」などの表現が用いられていたが、精神障害と犯罪とが、他の媒介項なしに直接結びつくような誤解をあたえること、一般用語として「犯罪」ないし「犯罪者」の語が、すでに責任非難の意味を含んで用いられていることから、「触法精神障害者」という表現が用いられた。浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』(成文堂、1999年)190頁以下。

<sup>15</sup> 佐藤直樹『刑法39条はもういらぬ』(青弓社、2006年)。また、佐藤は「触法精神障害者」という言葉について、「一見、精神障害犯罪者の『人權』に配慮した『人道主義的』なものの言い方のような気がするが、私にいわせれば、それは精神障害犯罪者を『人間』として認めていないのと同じである。」「…精神障害犯罪者はあくまでも由緒正しい『犯罪』をおかした者とみなされる。したがって本書では『触法精神障害者』という言葉はつかわず、『精神障害犯罪者』という言葉をつかいたい」(14頁)としている。

<sup>16</sup> 金澤真理『交通事故と刑罰』内田博文・佐々木光明編『市民と刑事法 第2版』(日本評論社、2008年)、内田博文「危険運転致死傷罪の解釈」交通法科学研究会編『危険運転致死傷罪の総合的研究』(日本評論社、2005年)。

<sup>17</sup> 刑法理論研究会・前掲注(1)197頁。

ことができたにもかかわらず、意思の自由によって、あえて違法（反道義的）な行為を行ったことについて道義的非難を受けるものであり、刑罰論においては応報刑主義をとる。意思自由論、行為主義、応報刑主義が、その特徴である。旧派は、前期旧派と後期旧派とに区別して論じられるが、前期旧派が、刑法と宗教・道徳との峻別、罪刑の均衡、一般予防目的刑といった自由主義的・個人主義的世界観に基づいた理論を展開したのに対し、19世紀中頃以降、カント、ヘーゲルの観念論哲学の影響から形而上学的な道義的応報思想が強調されるようになり、これが後期旧派の刑法理論と結びついて、責任論では道義的責任論が有力に主張されるようになった。このように道義的責任論は、国家主義的、権威主義的な特徴を持つものである。

#### ii) 社会的責任論

社会的責任論は、新派によって主張された責任論である。19世紀後半のドイツにおいて、資本主義の急速な発達により、急速な都市化や失業問題といった社会不安が引き起こされた。犯罪が急激に増加し、常習犯罪者や少年非行が問題化した。後期旧派が主張する道義的責任や応報刑は、このような現象に対応できていないとの批判から、新派刑法学は生まれた。「生来性犯罪人」の存在を主張したロンブローゾや犯罪社会学的方法を用いるフェリー、リストによって主張されたが、当時の自然科学の発展を受けて、犯罪や犯罪者を実証主義的に研究し、対策を立てようとするところにその特徴があった。社会的責任論によると、行為者の反社会性、危険性が責任の根拠であり、このような反社会性、危険性が行為として外部にあらわれたとき、社会から一定の社会防衛措置（保安処分）を受けなければならない地位に立つが、この地位が責任であると主張する。道義的責任論が前提とする意思自由は幻想であり、反社会性、危険性は、素質と環境によって必然的に決定されている。したがって、「非難」の要素は失われ、社会防衛措置（保安処分）一元主義が帰結される。以上のように、意思決定論、行為者主義、改善刑や社会復帰刑といった目的刑主義が、社会的責任論の特徴である。

#### iii) 対立の緩和

道義的責任論と社会的責任論との対立は、その後、基本的に維持されながら

も緩和に向かった<sup>18</sup>。旧派の責任論は、意思自由について「絶対的意思自由論」から「相対的意思自由論」へと移行し、新派の責任論は、保安処分一元主義から、刑罰と社会防衛措置（保安処分）の二元主義がとられるようになった。すなわち、責任能力者には刑罰を科し、責任無能力者には保安処分を課すこととなる。つまり責任能力とは刑罰適応能力であると解するのである。

なお、日本においては戦後、「相対的意思自由論」が通説的地位を占めた。決定論の立場からは「やわらかな決定論」が主張され、有力になった。

#### iv) 人格責任論

さらに、道義的責任論の立場をとりつつ、道義的責任論と社会的責任論との止揚を試みる人格責任論も展開された。犯罪行為だけではなく、その背後にある人格に責任の基礎を求める見解であり、常習犯人に対する刑罰加重を理論的に基礎付けようとするものであった<sup>19</sup>。しかし、この見解に対しては、行為者の危険性に対して道義的非難を向ける点で、道義的責任論と社会的責任論とを重罰化の方向で統合したものであること、人格形成過程における有責的な部分とそうでない部分との区別は不可能であるといった批判もなされている<sup>20</sup>。

### (2) 心理的責任論から規範的責任論への展開

責任判断は、違法な行為を行為者に結びつけて、その行為に対する法的非難を行為者に帰する判断であるが、責任判断の構造は、心理的事実の存在と、これを非難する基準となる規範から構成される<sup>21</sup>。この責任判断の構造は、「心理

<sup>18</sup> 内藤謙『刑法講義 総論(上)』(有斐閣, 1983年) 74頁以下, 浅田和茂「刑事法における責任主義」『法律時報』74巻2号(2002年) 11頁以下。

<sup>19</sup> 日本の改正刑法草案(第58条・第59条)は、常習累犯に対する相対的不定期刑を新設したが、人格責任論の立場をとる団藤重光はこれを支持している。団藤は、責任能力ある常習犯罪者については、人格形成的意味における刑の加重がありうることを述べている。共同研究「不定期刑と保安処分」『刑法雑誌』17巻1=2号(1970年) 124頁以下。しかしながら、不定期刑については、責任原理に抵触し、保安刑の性格を必然的にもつことになる等との理由から批判がなされている。その後法務省も、常習累犯に対する不定期刑に関する規定は設けないとした。内藤・前掲注(11) 753頁以下。

<sup>20</sup> 刑法定論研究会・前掲注(1) 199頁以下。

<sup>21</sup> 内藤・前掲注(11) 761頁。

的責任論」から「規範的責任論」へと展開したものである。

心理的責任論は、心理的事実（責任能力と故意・過失）が備わっていれば、責任があり、非難が可能であるとする見解である。心理的事実が備わることをもって、ただちに非難がなされうるとするこの見解に対して、フランクによる疑問<sup>22</sup>が提起された。これをきっかけに、期待可能性の理論が発展し、この理論を中核とする規範的責任論が確立した<sup>23</sup>。

規範的責任論は、責任を、心理的事実に加えて、法規範との関係で捉える見解である。すなわち、他の適法行為をとりえたにもかかわらず、あえて違法行為を行った場合にのみ、責任非難をなしうるとするのである。つまり、故意・過失の上位概念である責任の実質は「非難可能性」であり、責任（判断）には、責任能力と故意・過失に加えて、付随事情の正常性が加わらなければならないとした。これを契機に、責任（非難可能性）には程度があることが自覚され、責任の存否ばかりでなく、限定責任能力者の刑の減輕および「刑は責任の程度を超えてはならない」といった量刑においても責任原理が働くことが意識されるようになった<sup>24</sup>。

規範的責任論は、責任能力があっても、付随事情によって意思自由が働かない場合を認め、そのような場合には責任非難を加えることができないとする点で、道義的責任論を修正するものであった。他方、規範的責任論の中核をなす

---

<sup>22</sup> フランクは次のような例を挙げて、付随事情論を展開した。「或る商館の会計掛りと郵便配達夫とが各自別個に横領罪を犯した。然るに前者の会計掛りは恵れた境遇にあり、且扶養すべき家族もなく、唯金のかかる道楽をもっている。後者は僅かの賃金しか受けていず、その上家には病気の妻と多数の幼い子供達がある。この兩人ともに自分が他人の金を違法に領得することを意識して居り、従って故意の点については両者何等の区別がない。然しそれにも拘らず世間の人は誰でも、右の会計掛りの方が郵便配達夫より『責任が重い』と云って疑はぬであろう。これは後者については彼が置かれている不幸な事情によりその責任が軽減されるが、前者にあつては反対に彼の豊かな財産状態とその贅澤癖とが責任加重的に作用していると考えられるからである。更に彼の道楽が女と酒に耽ることであつたならば、それが貴重な物の蒐集癖であつた場合より一層責任は重く評価されたであろう。」佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』（有斐閣、1947年）21頁。フランクは、責任能力、故意・過失ならびに付随事情の正常性を「責任要素」とし、責任の本質は「非難可能性」であることを導き出した。

<sup>23</sup> 内藤・前掲注（11）762頁。

<sup>24</sup> 浅田・前掲注（18）12頁。



「期待可能性」の判断基準を「平均人」におくとすれば、平均人ならば適法行為を選択できたのに違法行為を行った点に行行為者の「性格の危険性」を認めると解することにより、社会的責任論を修正するものとして捉えることもできた<sup>26</sup>。規範的責任論は、旧派と新派との歩み寄りの一場面となり、通説的地位を占めることとなった。

### (3) 責任と予防

1953年以降、旧西ドイツでは刑法改正作業が進められた<sup>26</sup>が、1962年に公表された政府草案に対して、いわゆる対案グループから強い批判がなされた<sup>27</sup>。対案グループは、「カントとヘーゲルからの訣別」「刑法の世俗化・脱形而上学化」という標語の下、当時の伝統的な道義的責任論に対して批判を加え、責任と予防目的との調和を図ろうとした<sup>28</sup>。すなわち、犯罪論においては、形而上学的意思自由論を排斥し、責任は純粋な行為責任であるとして客観的犯罪論をとり、刑罰論においては、応報刑思想を排除して、刑罰を社会復帰のための処遇であると捉え、刑罰と保安処分の二元主義をとった<sup>29</sup>。責任と予防目的との調和を図る見解として、ロクシンは、刑事政策的価値決定を刑法体系に導入し、刑罰を基礎付けるのは責任ではなく刑事制裁の刑事政策的必要性であるとし、予防目的を含意する「答責性」という概念を用いた<sup>30</sup>。さらにヤコブスは、刑罰目的を「積極的一般予防」（犯罪によって侵害された規範妥当が、刑罰によって再び確立される）であるととらえ、責任概念を機能的に構成し、法への忠誠における欠陥が、責任であるとしている<sup>31</sup>。これらの見解は、責任を内心状態

<sup>25</sup> 内藤・前掲注(11)762頁以下。

<sup>26</sup> 法務省大臣官房司法法制部編『ドイツ刑法典』（法曹会、2007年）4頁、クラウス・ロクシン（平野龍一監修・町野朔・吉田宣之監訳）『ロクシン刑法総論 第一巻〔基礎・犯罪論の構造〕（第三版）（翻訳第一分冊）』（信山社、2003年）102頁以下。

<sup>27</sup> ユルゲン・パウマン編著（佐伯千仞編訳）『新しい刑法典のためのプログラム』（有信堂、1972年）、ユルゲン・パウマン編（西原春夫・宮澤浩一監訳）『西独刑法改正論争』（成文堂、1981年）参照。

<sup>28</sup> 浅田・前掲注(14)350頁。

<sup>29</sup> 刑法理論研究会・前掲注(1)37頁。

<sup>30</sup> C. ロクシン（宮澤浩一監訳）『刑法における責任と予防』（成文堂、1984年）88頁。

<sup>31</sup> ヤコブス・前掲注(3)820頁、825頁、828頁参照。

の認定として捉えるのではなく、(外から)帰属されるものとして捉えており、刑事政策的な「予防の必要性」を犯罪論に持ち込むもので、この「予防の必要性」こそ、無限定で恣意的な判断につながるのと強い批判も存在する。すなわち、「責任刑法の危機」<sup>32</sup>である。とくに、これらの犯罪論と保安処分制度が結びつくとき、近代刑事法原則としての責任原理が、放棄あるいは変質を余儀なくされるおそれが生ずることは否定できないようにも思われる<sup>33</sup>。

### 三 医療観察法と責任原理

#### 1. 経緯

医療観察法が成立する大きな契機となったのは、2001年6月8日に起きた、いわゆる大阪教育大付属池田小事件<sup>34</sup>であった。事件の被疑者に精神科病院への入・通院歴があったことで、事件は当初、触法精神障害者による重大事件として大々的に報道された。事件を受けて、小泉純一郎首相(当時)は「法的な不備などところがある、と同時に医療の点においても、刑法の点においても、まだまだ今後、対応しなければならぬ問題が出ている。…法的な問題点と、今後の適切な措置をどうしたらいいのかということに至急、専門家の意見も聞きながらね、不備をただしていかなければならない」<sup>35</sup>と発言し、触法精神障害

<sup>32</sup> アルトゥール・カウフマン(浅田和茂訳)「刑法における責任原則のための反時代的考察」上田健二監訳『転換期の刑法哲学 第2版』(成文堂, 1999年)190頁以下、浅田・前掲注(14)350頁以下、甲斐克則「責任原理の基礎づけと意義—アルトゥール・カウフマン『責任原理』を中心として—」内田博文・鯉越溢弘編『市民社会と刑事法の交錯』(成文堂, 1997年)81頁。

<sup>33</sup> なお、櫻庭は、「ヤコブスの積極的一般予防論もまた、社会の機能化を至上命題とするわけだが、その帰結として国家刑罰権に対する不信を忘却させ、脱・近代刑法原則傾向を促進させる危機を孕んでいるのではないかの疑義」を指摘している。櫻庭総「新たな刑法正当化戦略の問題点とその『市民』像—ヤコブスの積極的一般予防論の検討をてがかりに—」『九大法学』95号(2007年)576頁。

<sup>34</sup> 大阪教育大付属池田小事件の被疑者は、逮捕・起訴され、一審は「完全責任能力」を認め、死刑が言渡された。大阪地判平成15年8月28日『判例時報』1837号13頁以下。その後、いったん控訴されたが、本人の控訴取り下げにより、一審の死刑判決が確定した。死刑確定から、ほぼ1年後という異例の早さで、2004年9月14日、死刑が執行された。

<sup>35</sup> 朝日新聞2001年6月10日朝刊。

者への(刑)法的対応が政治問題化した。

2001年10月30日に自民党プロジェクトチーム案、同年11月12日に与党プロジェクトチーム報告書案が公表され、2002年3月15日に政府は「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)」(以下、「法案」と略す)を閣議決定した。法案は、第154回国会に上程され、2002年5月28日の衆議院本会議から審議が開始された<sup>36</sup>。

## 2. 保安処分との関係

現行刑法は、保安処分に関する規定をもたないが、何らかの刑罰に代わる予防拘禁制度を設けようとする議論は戦前から存在しており、1974年の「刑法改正草案」においても、「治療処分」「禁絶処分」との名称で、保安処分規定が置かれていた。この保安処分に対しては、各界から強い批判が寄せられ、改正刑法草案自体が店晒しの状態となった。その後も、1980年のいわゆる新宿駅西口バス放火事件や1981年のいわゆる深川通り魔殺人事件といった重大事件が起きる度に、保安処分制度新設への動きがみられたが、実現には至らなかった。

法案に対して、「とくに政府原案が『再犯のおそれ』を入退院の要件としてかかっていたこともあって、それは『形を変えた保安処分』ではないのか、現行の措置入院制度のほかに、なぜ重大な他害行為を行った者に限って新しい制度を導入することが必要なかという趣旨の質問が相次いで出された」<sup>37</sup>。これに対して、政府は、本人の社会復帰を促進することを目的としており、「保安処分」ではないと答弁したが、「衆議院での法案審議の過程で、突如として(自民党塩崎恭久議員外2名により一筆者注)『修正案』が提案され、何と『再犯のおそれ』の要件が法文から全く姿を消すという劇的な異変が起きた」<sup>38</sup>。修正案の提案者は、「保安処分」という表現自体を『唾棄すべきもの』と評し、「本法は『再犯のおそれ』を消去することによって保安処分とは似ても似つか

<sup>36</sup> 日本弁護士連合会「精神医療の改善方策と刑事司法の課題」[http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/2002\\_11.html](http://www.nichibenren.or.jp/ja/opinion/report/2002_11.html)。なお、本法案の国会審議については、中山研一「心神喪失者等医療観察法案の国会審議」(成文堂、2005年)参照。

<sup>37</sup> 中山研一「心神喪失者等医療観察法の性格」(成文堂、2005年)204頁。

<sup>38</sup> 中山・前掲注(37)235頁。

ない手厚い医療法になった」とした<sup>39</sup>。

### 3. 医療観察法案に対する責任原理からの批判

保安処分への批判は、さまざまな観点からなされてきたところであるが、浅田は、責任主義の観点から、当時予想されたあらたな制度に対して次のように批判する。「保安処分制度の下では、触法行為を理由に責任なく自由が剥奪されるのであり、拘禁下での治療が至難であることを考えると、その実質は『結果責任』であって、責任主義は放棄（少なくとも大幅に減殺）されていると言わざるをえない。」「刑事法における責任主義は、保安処分なき責任能力制度によってはじめて十分に保障されることになる。たとえば、刑よりも保安処分の方が長期になることが予想される場合、そのような保安処分を避けるために弁護人が被告人は責任能力があったと主張するということになれば（十分に予想されるが）、患者が治療を受ける機会を奪うことにもなるであろう。」<sup>40</sup>

また中山は、法案を念頭に、次のように述べている。「…責任能力の判断に困難が伴うことは否定できないが、しかしそれにもかかわらず、責任能力の判断が政策判断や世論の処罰感情によって動かされたり、あるいは人格尊重の名の下に責任能力を仮想したりすることは、責任主義の本来の趣旨に反するものであることを自覚しなければならない。心神喪失＝不処罰という結論こそ、近代社会が到達した人間尊重の理念に沿うものというべきである。」<sup>41</sup>「…精神医療の改善のために一定の機能分化が必要であるとしても、『触法』という切り口は、精神医療を刑罰と保安処分に関連させることによって、理論的にも責任主義に立脚すべき責任能力論を政策的な考慮によって動かすことになり、実践的にも処罰と予防の枠内に精神医療を閉じ込めることになるおそれが大きく、

<sup>39</sup> 同前。このような、修正案の提案者の見解に対して、中山は「…本法は、『司法の関与』も刑事手続ではなく少年審判に類するものであるとしたり、指定入院施設も精神病院内の病棟であるとするなど、保安よりも医療と社会復帰の側面に重点を置いているように見えるが、退院後の通院の確保のために『保護観察所』の観察を用意し、再入院の道を残すなど、保安処分としての枠組みと機能は十分に確保されていることも忘れてはならない」（236頁）ことを指摘している。

<sup>40</sup> 浅田・前掲注（18）14頁。

<sup>41</sup> 中山・前掲注（37）243頁。

肝心の初犯予防には役立たないという結果に終わることになるであろう」<sup>42</sup>。

#### 4. 39条廃止論

佐藤は、医療観察法を実質的に保安処分と位置づけながら、次のように論じる。「現在の責任能力制度や保安処分制度は、精神障害犯罪者の『人間』としての尊厳をおかすものであり、刑法三九条の責任能力の規定は、ただちに削除されるべきであることを主張したい。それだけが、精神障害犯罪者を『人間』にとどめていく唯一の方法であると考えからである。」「当然のことながら、刑法三九条が削除されれば、原則として精神障害者は処罰されることになるから、再犯のおそれがある『危険な』精神障害犯罪者を拘束する、心神喪失者等医療観察法などの保安処分制度も不要になる。」<sup>43</sup>

佐藤は、近代刑法が前提とする「自由意思—理性的人間像」を批判する。すなわち、刑法に責任能力概念が入ることによって、責任能力がないとされた人々は、この「人間像」から排除されてしまうとの問題提起である。刑法39条が廃止されれば、「精神障害犯罪者」は処罰されることになる<sup>44</sup>から、保安処分制度も不要になるというのである。

#### 5. 保安的機能の要請と被害者対策

前田は、「処罰（責任非難）できる犯罪者と強制的に入院させることのできる緊急患者との間に『他害のおそれの高い責任無能力下で犯罪を犯した者』が取り残されざるを得ない。もちろん、医学的に必要のない入院は一切認めないというのも一つの選択ではあるが、法的視点からは、別個の選択肢も考えられる」<sup>45</sup>として、医療観察法をその受け皿とする。「医師の側から『再び対象行

<sup>42</sup> 中山・前掲注(37)248頁以下。

<sup>43</sup> 佐藤・前掲注(15)13頁。

<sup>44</sup> また佐藤は、「世間」が生み出す、「あいだ」と「ゆるし」という観点が、近代に生まれた責任能力制度そのものを解体していく重要な拠点になりうるとする。佐藤・前掲注(15)249頁。

<sup>45</sup> 前田雅英「責任能力概念と『保安的』要素の影響」『刑法雑誌』42巻2号(2003年)230頁。

為を行うおそれ』は判断不能であるという強い批判がある」<sup>46</sup> ことについては、精神科医は措置入院の判断において、再犯の危険の判断を行っているのであり、心神喪失者等医療観察法では「裁判官が加わることにより、安定的規範的評価が可能となるように思われる」<sup>47</sup>とする。

「責任主義を強調する側からは、『犯罪を犯したこと』を要件として強制入院するということは、保安そのものであって許されず、現行の措置入院のように、犯罪とは無関係に危険性のみを理由に強制入院させるべきだという主張もなされるであろう。『犯罪』を理由にする処分は『刑罰』なのであり、刑罰である以上は責任非難を向ける者にのみ科しようということになる。しかし、『治療を伴う強制入院』という不利益を課すのに、常に刑罰と同じ要件が必要なのであるか。犯罪を犯した場合と犯さない場合で、不利益を甘受すべきかという判断に差はないのであろうか。被害者の利益、国民の不安をも考慮すれば、犯罪を犯した者の方が、より治療を我慢せざるをえない、とすることは十分説得的である。」<sup>48</sup>。「社会的制度として犯罪を犯した障害者の対策を考える場合には、『犯人に最も治療効果が上がる方策以外は採用し得ない』という議論はあまりに片面的なものとなる。少なくとも、多くの国民の支持は得られない。犯罪や刑罰に関する議論が、患者の治療という視点のみで処理し得ないことは、認めざるを得ないように思われる。」<sup>49</sup>

上記のように前田の見解では、医療観察法の強制入院は、保安的機能をもつこと、被害者の利益に資するもの、国民の不安に応えるものであること、その判断に裁判官が加わることにより安定的規範的になされるものとして位置付けられている。

## 6. 「被害者」と「加害者」に「挟み撃ち」される「責任原理」

上記第4節の佐藤の見解は、いわゆる「加害者」側からの「責任原理」批判

<sup>46</sup> 前田・前掲注(45)231頁。

<sup>47</sup> 同前。

<sup>48</sup> 前田・前掲注(45)232頁。

<sup>49</sup> 前田雅英「責任主義と精神医学」『こころの科学』132号(日本評論社、2007年)17頁。

ということができるであろう。すなわち、39条が置かれているが故に、「精神障害犯罪者」は「社会」や「刑罰」から排除されている。国家によるパターンリスティックな介入や、「精神障害犯罪者」だけを特別視する差別を招き、これは「法の下での平等」に反するとの主張である。

上記第5節の前田の見解は、いわゆる「被害者(国民)」側からの「責任原理」批判ということができるであろう。すなわち、39条が置かれているが故に、触法精神障害者に対しては刑事責任を問い得ない。とりわけ重大な結果を生じさせた触法精神障害者であっても、39条の存在により、彼らは何らの「責任」もとらない。これでは、被害者やその遺族の理解は得られないし、国民感情にもそぐわない。よって、一定の触法精神障害者については、医療観察法の「強制入院」等を対象者に課すことにより、被害者や国民の声に応えようとする主張である。

以上のことから、近代刑事法原則で想定されてきた「責任原理」は、いわゆる「加害者」側と、いわゆる「被害者」側から、「挟み撃ち」にされているということができよう。「責任原理」を批判するこれらの主張に対して、池原は、精神障害者やその家族が実際に置かれた状況を踏まえた上で、次のように述べている。

まず、「責任能力不要論」や「裁判を受ける権利論」は、「責任無能力を理由とする無罪や不起訴は、精神障害者のための『免責特権』でもなんでもない、誰にでも適用される近代刑法の基本原則にすぎないのであるが、あたかも精神障害者だけが特別な優遇を受けているかのように言い立てられ、社会から冷遇されている人々が、さらに法が認める基本原則さえも返上しようという」<sup>50</sup>ものであり、「圧倒的に不利な立場に追いやられた人々が、やりきれないその立場からの叫びとしてあげた声であり、その淵源は譲りわたすものがなくなるまでに追い込まれた人々が、手もとに残った残り少ない権利をさらに差し出して、仲間に入れてもらうことを請い求める叫びの声と理解しなければならないので

---

<sup>50</sup> 池原毅和「患者・家族から見た触法精神障害者問題」『法律時報』74巻2号(2002年)31頁。

あって、その声の表向きの意味だけを安易に取り上げて、責任能力不要論や裁判を受ける権利論を展開すべきではない<sup>51</sup>と批判する。

また、刑事処罰に代えて強制的な治療を受けさせようとする立場を「隠れた責任能力不要論」と名付けている。この立場は「治療」の中の健康と福利の回復というポジティブな側面ではなく、社会生活の自由の剥奪というネガティブな側面を刑罰に代えて利用し、応報的な心情を満足させたり、厄介者の排除に利用しようというものである（「応報的治療観」あるいは「厄介払いの治療観」）。「専門治療施設」は、問題を見えにくいところに押し込めるだけであり、精神医療が抱えてきた矛盾や悩みがそれで解決するわけではないと批判する<sup>52</sup>。

39条廃止論にしても、「隠れた責任能力不要論」にしても、実際の刑事裁判においては「責任原理」を廃止した先に行き着くところは現実には「結果責任」ではなかろうか。「結果責任」を防ぐためにも、「責任原理」は堅持すべきであろう。

## 7. 責任「非難」の内容について

もっとも、責任原理を堅持し、心理的責任論を補う規範的責任論<sup>53</sup>を維持するとして、その非難とは何なのか、換言すれば、可能だとされる「非難」の内容が問題となろう。この点に関して、積極的一般予防を批判するカウフマンも、「責任概念がまったく無内容であるという見解は採らない<sup>54</sup>とし、また、刑罰の第一の目的は、特別予防、再社会化ないし社会化であるとして、「社会化を一貫して前面に押し出すならば…責任に内容を与えなければならなくなる<sup>55</sup>」としている。その理由は、「責任思想とともに犠牲に供されるものは、まさに刑法の自由主義性そのものにほかならないから<sup>56</sup>」である。ただし、カウフマンは、「責任は刑罰を限定するだけでなく、必然的に基礎づけるものでもあ

<sup>51</sup> 同前。

<sup>52</sup> 池原・前掲注(50)33頁以下。

<sup>53</sup> 刑法理論研究会・前掲注(1)199頁参照。

<sup>54</sup> カウフマン・前掲注(32)203頁。

<sup>55</sup> 同前。

<sup>56</sup> カウフマン・前掲注(32)204頁。



る]<sup>57</sup>ことを堅持し、「責任原理を刑法から放逐することが可能であったとしても、刑罰または処分は、その否認的性格を失うものではない」<sup>58</sup>とし、「いかなる制裁が科せられようとも、それはつねにある種の非難を表現しているのであり、犯罪者自身によってもつねにそう理解されるであろう」<sup>59</sup>として、『『たんなる』改善および保安処分の言い渡しが、——これには限界づけが欠けており、また治療が強要されるので刑罰よりもはるかに苛酷であると思われるにもかかわらず——、何の社会倫理的な付加価値も持たないと言われるならば、それこそ純然たるフィクションである」<sup>60</sup>と批判するのである。

このカウフマンの批判は、責任の内容として「非難」を維持すべきことを指摘している点で重要と思われるが、反面、非難の内容に関しては伝統的な考え方を出ていないようにも思われ、また、責任を問えない場合に、治療が強要されるであろう点、及び強制医療に対する批判の契機が責任原理からは見出せないであろう点には、なお、検討を要すべき問題が含まれているとも思われる。

他方、「非難」の中身について、梅崎＝宗岡の以下の見解も注目されるべき新規の見解とってよいのではなかろうか。梅崎＝宗岡も、「非難」の中身について、従来の議論においては非難の「内容は明確にされていなかったため、結局、故意・過失という責任形式に固有の心理状態が責任の核心だと考えられたのであった。したがって、責任判断はいわば心理的事実の確認に尽きることになる。それ故、判断そのものの構造としてみれば、結果責任の判断と大差はないことになる」<sup>61</sup>と批判する。「物理的に結果を惹起してしまったこと自体が帰責されえないのであれば、心理的に意識してしまったこと自体も帰責されえないであろう。一定の心理的な『事実の存在』が責任を基礎づけうるといふ発想は結果責任の発想とまぎれもなく一致している」<sup>62</sup>というのである。そこで、梅崎＝宗岡は、「人格とは具体的な実存そのもの」<sup>63</sup>であることから、「国家刑

57 カウフマン・前掲注(32)205頁。

58 カウフマン・前掲注(32)206頁。

59 同前。

60 同前。

61 梅崎進哉＝宗岡嗣郎『刑法学原論』(成文堂、1998年)239頁。

62 同前。

63 梅崎＝宗岡・前掲注(61)247頁。

罰権力は人格の領域に介入することはできない<sup>64</sup>とし、「これが、人間は『個人として尊重され』るという憲法一三条の趣旨である」<sup>65</sup>と先ず確認する。その上で、「ある者に対して、刑事責任を問うということは、その者が法制度という『共生のシステム』の中で共生してきた現実を保障することでなければならないだろう。…吾々は、ここでも、規範ということの意味を想起すべきである。彼が違反した規範、つまり、彼が侵害した法益(法的価値)は普遍的な性格をもつものであり、それ故その侵害は彼自身をも含めた『共生』の現実に対する侵害なのである。この前提を充たすときにのみ、彼に対する国家的な非難が成り立ち、彼は国家刑罰権の発動を甘受すべき地位に立たされるのである。…このように、国家的な非難は、それを受ける者にとっても、フレムトなものであってはならない」<sup>66</sup>と結論付けるのである。

宗岡＝梅崎の「彼自身をも含めた『共生』の現実に対する侵害」に対する国家的な非難という「非難」の位置付けは、伝統的な道義的非難とは異なる新しい理論枠組みで大いに注目されるべきところであろうが、他方で、「非難」をこのように捉えることによる理論的な波及効果、及び従来の(そして実務を含む現実における)とらえ方とのギャップを如何に埋めるのか、といった点について、更なる問題をも提起しているように思われる。

以上の点は、現時点での明確な結論を示すことはできないが、差し当たり、「非難」は規範違反に対する非難であり、かつ「意思」に対する非難でもあることは留保つきで確認できるように思われる。そうでなければ、「予防」の限定と保安処分の否定の両立を果たしえないからである。少なくとも、「非難不可能性」が医療強制を基礎付けることは未だ論証されていないと言えようか。

## 8. 「二重の差別論」と39条廃止論

「違法行為を行った精神障害者を治療処分の対象者として別扱いすることは、差別の上に差別を重ねることとなり、彼らの社会復帰をいっそう困難なものに

<sup>64</sup> 同前。

<sup>65</sup> 梅崎＝宗岡・前掲注(61)248頁。

<sup>66</sup> 梅崎＝宗岡・前掲注(61)250頁。

するであろう<sup>67</sup>との「二重の差別論」は、「隠れた責任能力不要論」への批判として妥当であると思われる。そして、精神障害者への差別を告発し、「法の下の平等」を主張する39条廃止論も、問題意識としては、この「二重の差別論」と重なるところもある。

しかし、果たして、39条を廃止すれば、精神障害者への差別はなくなるのであろうか。その確証はないのではなかろうか。むしろ、行為時に心神喪失等の状況にあった人に対しても、そうでなかった人（もちろん、この判断は困難であろうが）と同様の取り扱いをするということが、いわゆる「健常者」のいわゆる「障害者」に対する「同化圧力」として働くことになるのではないか。「医療」に名をかりた、無限定の、パターンリスティックな国家の介入を阻止するために必要なことは、39条を廃止して、みんなに等しく「刑罰」を科すことではなく、「責任原理」を堅持することではないか<sup>68</sup>。「責任原理」は、責任のないところに如何なる強制（≒「サンクション」）をも許さないものととらえるべきだからである。

#### 四 「触法精神障害者」の医療を受ける「権利」

##### 1. 医療観察法の運用状況<sup>69</sup>

医療観察法は、「高度で専門的な治療体制」を整備することが法の前提となるものであるが、法施行時（2005年7月15日）に整備できた医療観察法病棟は、

<sup>67</sup> 刑法理論研究会・前掲注(1)346頁。

<sup>68</sup> 「前田論文でも、責任主義を緩和して危険性に接合するという発想から『治療を伴う強制入院』の根拠が導き出される点に問題があり、量刑に危険性が考慮されているという点についても、『刑罰』の前提を欠く精神障害者にこれを適用することは筋が通らないというべきであろう。」中山・前掲注(37)226頁。

<sup>69</sup> 2007年7月31日現在の統計（2005年7月15日—2007年7月31日）は以下の通り。  
・検察官の申立て755、地方裁判所の決定667（入院決定381、通院決定145、医療を行わない決定123、申立却下決定18）、申立取下げ5件。  
〈検察官により医療観察法の申立てをされた対象者〉  
・不起訴処分に基づく申立て654、確定裁判に基づく申立て101、計755  
・対象行為：放火219、強制わいせつ、強姦等43、殺人等199、傷害265、強盗等50、計776（延べ人数）

国立精神・神経センター武蔵病院（東京都）1施設33床であった。その後も、地域住民の反対運動等により、当初の見込みより、整備が遅れているという。対象者への「手厚い医療保障」や「社会復帰の促進」を法の趣旨としてかかっているにもかかわらず、実際はその前提なしに施行された。

入院処遇決定が当初の見込みより少なく、通院処遇や不処遇決定が多いことについては、本法が慎重に運用されている、あるいは付添人活動が成果を挙げていると評価する見解もあるが、他方で不必要な入院処遇決定が出ているとの批判も存在する<sup>70</sup>。

また、福岡県の男性の、地裁の入院処遇決定に対する抗告審で、高裁が地裁の決定を取り消したところ、同法に刑事裁判における刑事補償法に相当する規定がないため、入院期間に対する補償もないばかりか、入院していた国立病院機構東尾張病院（名古屋市）から地元の福岡に戻るための移動費用（職員分も含む）を男性自らが負担することになったという<sup>71</sup>。

「審判の場等を通して、司法・法務関係者と精神保健関係者間に、共通認識と相互理解が広がっており、指定入院医療機関においては、従来の水準を大きく超える高度の精神科医療が実践されている。そこで実践される医療の成果は、遅れている我が国の一般精神科医療の場に還元されることも期待される」<sup>72</sup>との評価もなされているが、上述のような現状を見る限り、精神障害者の人権や対象者への「手厚い医療保障」「社会復帰の促進」ということが、第一義的に考えられた痕跡は存在しないようにも見える。

また、医療観察法は、一見すると適正手続に配慮した法律のようにも見える

・性別：男551（73.0%）、女204（27.0%）

・年齢：20-29；151（20.0%）、30-39；205（27.2%）、40-49；159（21.1%）、50-59；137（18.1%）、60-69；72（9.5%）、70-；31（4.1%）

（観察法、NET [http://www.kansatuhou.net/03\\_shiritai/01\\_02\\_0707data.html#1](http://www.kansatuhou.net/03_shiritai/01_02_0707data.html#1)）

<sup>70</sup> 「保安処分法の実質を露呈した医療観察法の運用実態」『心神喪失者等医療観察法のある社会を改めて問う』（心神喪失者等医療観察法（予防拘禁法）を許すな！ネットワーク・国立武蔵病院（精神）強制・隔離入院施設問題を考える会、2007年）27頁。

<sup>71</sup> 毎日新聞2006年8月28日朝刊。当時、九州には医療観察法病棟が一つもなかったため、国立病院機構東尾張病院に入院することになったという。

<sup>72</sup> 山上皓「司法精神医学の視点からみた医療観察制度施行の現状と課題」『法律のひろば』59巻12号（2006年）40頁。

のであるが、刑事裁判並みの適正手続を保障することは原理的に不可能であることから、いわゆる「誤判」の問題が今後も生じてくることは、十分に予想されよう。先に挙げた福岡県の事案に鑑みても、実際、現実には「誤判」が生まれてはじめて、補償制度さえ設けていなかったことが判明したのである。

## 2. 措置入院制度の評価

医療観察法が成立する以前から、本人の同意を要件としない強制入院措置としては、いわゆる精神保健福祉法による措置入院制度が存在した。「責任主義の原則の下で責任無能力により不起訴とされ、あるいは無罪とされた触法精神障害者に対する措置入院制度は、本人にとっての医療として精神保健福祉法で認められているものであり、そこに社会防衛的要素が入っているわけではない」<sup>73</sup>。そこで、医療観察法論議のなかで、新法を不要とする立場からは、「日本には、病気治療のための措置入院制度が存在する。これは、すばらしい制度である。精神障害者と共生できる社会の確立を目指すならば、この制度をより充実する方向で考えるべきである」<sup>74</sup>との主張もなされた。

しかし、この措置入院制度も、過去の保安処分を新設しようとする刑法改正に代わるものとして導入された経緯が存在する。本人の同意を得ない強制入院・強制医療という点では、医療観察法と同様の問題を抱えた制度である。「では、『再犯のおそれ』という危険性の原則を諦めて、『医療の必要性』という観点から精神障害者の強制入院（身柄拘束）を正当化することが可能であろうか。たしかに、精神障害者には何よりも『適切な医療』が与えられることが必要である。しかし精神医療以外の患者を本人の同意なく強制入院させることは許されないのに、なぜ精神障害者ならば許されるのかという疑問がある。患者本人に同意能力がない場合には、『医療保護入院』という形態が精神保健福祉法によって認められている。これも一種の強制入院である点で慎重な運用が要請されるところであるが、それ以上に『医療の必要性』を根拠として強制入院の確保を正当化することは、パレンス・パトリエの限界を越えるものといわざるを得ないであろう。…

<sup>73</sup> 足立昌勝「触法精神障害者問題の今日的状況」『法律時報』74巻2号(2002年)5頁。

<sup>74</sup> 足立・前掲注(73)8頁。

このような観点から触法患者に対する現行の『措置入院』制度を見た場合には、『自傷他害のおそれ』という要件は、医療を与える必要性和ともに、問題行動に対する本人の保護と他人の保護という形で、パレンス・パトリエとポリス・パワーの範囲内での短期の予測を含むものとして、はじめて正当化され得るといふべきであろう<sup>75</sup>との指摘もなされているところである。

### 3. 医療強制は「拷問」

精神障害者に対する医療保障の方向性として、(あくまで)「観念的」には①強制による医療保障と②原則的には同意を前提として、医療的援助を積極的に働きかける方向(医療保障の充実・強化)の二つが観念的には想定可能であるかもしれない。

しかしながら、注意すべきは、精神障害は「隔離を要する感染症」<sup>76</sup>ではないので、そもそも「強制隔離」の余地はまったく存在しないのではないか、という点である。

他方、上記①の強制医療の方向は逆に不要な医療を強要し、医療の逆効果や対象とされる範囲・領域の拡大をもたらす恐れがあるようにも思われる。

このように考えるならば、問われるべきは、責任を負わない者への「強制」が、なぜ正当化されるのであろうか、ということである。責任を負わない者に対して、医療が強制されるのであれば、強制される者にとっては、たとえそれが医療であっても「制裁(≒サンクション)」と異ならないであろう。そうであれば、「強制(≒サンクション)」は許されないはずである。

このことを前提とした場合、精神保健福祉法上の措置入院制度自体についても見直しが迫られることとなろう。措置入院は「自傷他害」を根拠として、治療の場所を変更する障害者「支援」の一形態ととらえるべきであり、そのようにとらえられない措置はその正当化根拠についての見直しが必要と思われる。

<sup>75</sup> 中山・前掲注(37)245頁。

<sup>76</sup> 感染症を理由とする「隔離」についても、「必要な最小限のもの」でなければ正当性を持ち得ないのは、「らい予防法」違憲判決(2001年熊本地裁)からの帰結である。内田博文『あらためて予防拘禁法を問う』(心神喪失者等医療観察法(予防拘禁法)を許すな!ネットワーク、2006年)

この見直しとして、具体的には、例えば、閉鎖病棟において、鉄格子が不要とされる場合も多いかもしれないし、外出をスタッフ同伴で自由化する余地も検討すべきであろうし、また私権(凶器たりうる物の占有権等)の制限をまさに差し迫った「自傷他害のおそれ」を防止するという場合のみに限定することなどが検討課題となろうか。精神医療は「触法精神障害者」の「権利」であり、「権利」であるということは、社会が患者に対して治療を働きかけることが許されるに過ぎないという意を含意するのである<sup>77</sup>。

#### 4. 社会内処遇と責任原理の堅持

責任を負わない者に対して、医療が強制されるのであれば、強制される者にとっては、たとえそれが医療であっても「制裁(≒サンクション)」と異ならないとすれば、これを強制することの意味は、「健常者」でなければならないという強制であろう。このような強制を人は皆「健常者」でなければならないという意味での「同化圧力」と言ってもよいであろう。そこでは、障害は「個性」ではなく、除去すべきものと位置付けられることとなろう。しかしながら、責任原理は責任を問えない場合には刑罰に問うことはできないという原理である。責任が欠ければ、「強制(≒サンクション)」は許されないはずである。そうであれば、責任原理は、このような同化圧力を許さないものとして、位置付けることができるのではなかろうか。

責任原理は、同化圧力に対抗するために必要不可欠なものである。換言すれば、現在の日本社会における責任原理は、同化圧力に対する防壁としての意義を有する、非常に実践的なものであると思われる。

そして、この意味での責任原理からは触法精神障害者に対して社会内処遇の追求こそが要請されよう。そもそも、「社会復帰調整官」の社会復帰に向けた取り組みを、「治安」「再犯予防」の観点から基礎付ける必然性は論理的には存

<sup>77</sup> 2006年12月13日、国連総会において障害者権利条約が採択され、日本は2007年9月28日に署名した。条約の批准に向けても、医療強制の問題は喫緊の課題と思われる。長瀬修・川島聡編著『障害者の権利条約』(明石書店、2004年)、山本真理「障害者人権条約は一切の強制を禁止している」『季刊 福祉労働』117号(現代書館、2007年)43頁以下。

在しないし、実践的にも混乱のもとになるのではないと思われるのである。

## 五 おわりに

以上の通り、本稿では、これまでの責任原理の議論を改めて整理することを出発点とし、責任原理の歴史的意義を再確認した上で、その観点から医療観察法を検討し、触法精神障害者の医療を受ける権利と責任原理との関係を改めて考察したものである。

第二章では、「責任原理の生成と歴史的意義」について、従来の議論の整理・確認を行った。「結果責任」「団体責任」を克服する過程で、近代刑事法原則としての「責任原理」が確立されたこと、しかし、責任原理はいまなお展開の過程にあるのであり、その前提とする自由意思論から、「排除」の論理を看取しての批判もあることを確認し、次いで、道義的責任論から規範的責任論に至る学説の展開を確認し、近時の「責任と予防」に関する議論について、「予防」の観点を入れることに対する批判をも確認した。

第三章では、「医療観察法と責任原理」について、医療観察法が成立する経緯を簡単に整理し、かつての保安処分論との異同を簡単に確認し、責任原理の観点からの保安処分と医療観察法に対する批判、39条廃止論による医療観察法批判、保安的機能を強調する(と思われる)医療観察法肯定説を検討することにより、現在、責任原理が「被害者」と「加害者」に「挟み撃ち」にされているという理論状況を明らかにし、なお、責任原理を堅持すべきことの重要性を指摘したほか、「非難」可能性の内容についてはさらに検討を要することにも言及した。その上で、39条廃止論に対する疑問をも指摘した。

第四章では、以上の検討を踏まえて、改めて「『触法精神障害者』の医療を受ける『権利』」について、考察した。まず、医療観察法の運用状況における批判点を確認し、従来の措置入院制度との比較に関する議論を確認した上で、そもそも医療強制は「拷問」ではないかとの疑問を提起し、責任原理を堅持すべきこと、及び、あるべき「処遇」について言及した。

責任原理の廃止が精神の障害のある者(及びいわゆる「健常者」の範疇に含



まれると思っている者)にとって、本当に差別の廃止を導くものであるのか、むしろ、それは単に「国民はみな『健康』でなければならない」との「同化圧力」になる恐れがないかを検討した。確定的な結論は次稿に譲ることとしたいが、そのような方向での検討が必要であることは本稿で確認できたように思われる。本稿冒頭で示した将来の課題を含む本格的な検討は、他日を期すこととしたい。

【付記】根小田渡先生、村瀬儀祐先生には、筆者が高知大学に着任して以来、9年間にわたってお世話になった。御礼申し上げたい。なお、本稿は、平成19年度九州大学における内地研究員としての研究活動の成果の一部である。