

を制限してしまっている。状態が安定する過程にあり、病棟外での活動が難しい対象に早期より休息、リラクゼーション、身辺活動などの介入を慣れた環境で行おうとしても、病棟内での作業療法は原則的に認められない。しかも、1対1での作業療法も認められない(助手と2名で1単位)、しかも2時間を標準としており15分とか30分のセッションは短すぎると監査で指摘されるのである。そして1単位25名まで(2時間標準とする)、一日3単位まで=75名を一人の作業療法士と助手でみられるという法外な診療報酬制度を何十年も続けているのである。この点だけでも英国やアメリカ、オーストラリア等との従事する領域の違いは当然出てくる。しかしながら、新法にはそのような規定がないものと信じている。ただ、ひとつの気がかりは、一ヶ月あたり一人の対象者に標準的なプログラムをいくつこなしなさいという基準が示されているが、それは個別の状態に応じて、必要なプログラムをevidenceに応じて用意するというのではないのだろうか？ 医師の薬物処方で、対象者にある薬を何錠投与しなさい、とする規定があるのであろうか？ 多すぎる処方については制限を求めるべきであろうが、一律に標準的なプログラムの数を要求されるのはいかなものか、と先行きが心配である。

Community-basedあるいは実際の環境でのリアルオキュペーションをどのように実施していくのか。司法精神科では、制限された環境における治療が主となるわけであり、作業療法士の用いる活動も、それに応じた治療プログラムの構築を考慮したものとしなければならない。作業療法室、グループ、戸外、活動のなかで生じた変化をどのように生活に反映することができるのか、やはり多職種での相互のモニタリングが重要になってくるのであろう。病棟での生活環境とリハアプローチによって体験した活動の連続性そしてそれが退院後の生活にどのように反映されるのか。

これまでの不適応状態を改善することだけでなく、それまでに十分発揮されなかった能力を評価し、引き出すための環境を設定し、さらに適応する能力あるいは代償機能を向上させることが求められている。

司法精神医療従事者の研修・教育ならびに専門家養成システムの作成と実行に関する研究

**新「心神喪失者等医療観察法」施行後の司法精神科医の役割と課題について**

**—特に、裁判員制度における触法精神障害者の重大事件に関する鑑定業務における司法精神科医の役割と課題について—**

**加藤 久雄**  
(慶應義塾大学法学部)

## [1] 問題の所在

大阪「池田小児殺傷事件」(2001年6月8日発生。以下「池田小事件」とする。大阪地裁は、2003年8月28日被告人に対して、死刑の判決を言渡し、既に執行された)を契機にして、2003年7月16日の臨時国会で「重大な触法」精神障害者に対する特別法である「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」(以下「心神喪失者等医療観察法」又は「医療観察法」という)が成立した(「医療観察法」をめぐるこういう状況の中で、同法は、本年7月には、実施されることになっている。)(1)

ところが、3月27日付の朝日新聞は、『医療観察法施行前の改正検討・病棟建設地で反対強く』「法務省の推計では、同法の新規入院対象者は年間約300人。厚労省は新病棟(1病棟30床、予備3床)を国立で8カ所、都道府県立病院で16カ所の24カ所(792床)設ける計画をたてた。国立を優先的に整備し、6カ所程度を7月までに開設する予定だった。しかし、7月の施行時に受け入れ可能なのは「武蔵、花巻の2病棟の66床で、年末には病床が不足し始めるとみられる。」「政府・与党は必要な病床数を確保できるまで、経過措置として措置入院を受け入れている都道府県立病院を代用できる案などを検討している。」と報道し、この「医療観察法」が「措置入院」と代替可能な法的性格を持つものである実態が奇しくも露呈してしまった。

筆者は、年来「措置入院」制度の憲法違反性を主張してきたが、この「医療観察法」も憲法違反の恐れがはっきりしてきた。ハンセン病患者の強制入院制度を規定した「らい予防法」は、患者への人権侵害を理由に廃止された。無罪になった精神障害者を無期限強制入院させることのできる「医療観察法」も「らい予防法」と同じように廃止されるべき法律である。幸い同法は、施行前である。筆者は、かつてドイツの連邦議会の公聴会で刑法65条の「社会治療処分」の違憲性を証言した経験を持つ。この65条は、主に、常習的性的人格障害犯罪者の「再犯のおそれ」だけで5年間自由を剥奪できるとする憲法違反性と各州の財政的理由から医療スタッフの確保が不可能という理由で、10年間の凍結期間を経て、1985年の刑法改正で廃止された。しかし、1990年代の凶悪性犯罪の多発によりこの「社会治療」のコンセプトが1998年の性刑法の改正で復活した。

この「医療観察法」は、その内容を精査すると、ドイツ型の刑事治療・改善処分制度などの、いわゆる「リーガル・モデル」とはその法的性格を全く異にしているのに、大阪池田小事件を契機として立法されたにもかかわらず肝心の凶悪「人格障害」犯罪者をその対象としていないと思われる。その上、この法律による強制入院は、医療刑務所などの法務省管轄の刑事施設は一切使わず、国公立の保安病院でのみ実施されるので、純粋「メディカル・モデル」であると言える。

しかし、同法が対象としているのは、統合失調症(精神分裂病)などの「重大『触法』精神障害者」(心神喪失者=無罪者)だけではなく、有罪者である刑の執行猶予を受けた「精神障害『重大犯罪者』」(心神耗弱者を意味しているようであるが、殺人や強姦致死事件で心神耗弱=限定責任能力者で3年以下の懲役を言渡され、執行猶予を言渡された「精神障害『重大犯罪者』」の患者像・イメージが今一つ具体的に浮かばない)も含んでおり、その対象範囲が極めて不明確であると言わざるを得ない。従って、彼らを引き受けることになる新設の司法精神科保安病院では、無罪の患者と有罪の患者を混禁することになるので、司法精神的「治療」コンセプトやターゲットがどこに

置かれるか明確ではなく、どうい司法精神医療の専門家を養成するかについても混乱しているのが現状であるといえよう。(2)

そしてまた、2004年2月27日には、元オウム真理教のリーダー松本被告人に死刑が言渡された。裁判でも被告人は、精神鑑定も拒否し事件の真相を語ろうとしないとはいえ、まさに一種の確信的・狂信的テロ犯罪者でもある。

現行刑法は、こうした「凶悪人格障害犯罪者」に対してただ死刑を適用することで確信犯人の刑事責任能力の問題に決着をつけようとしていない。(3)

更に、4年後(平成21年)には、重大な「刑事事件」に限定して、職業裁判官3人、素人裁判官の裁判員6人で構成される新しい裁判制度がスタートすることになっている。これまでの刑事事件での「起訴前鑑定」や「司法鑑定」は、いずれも法律のプロを相手にしたもので、だからこそ、「心神喪失」「心神耗弱」は裁判官の判断事項であるとされて来たのである。とくに、司法精神鑑定医には、死刑が相当と思われるような重大事件にかかる「司法精神鑑定」をめぐる素人裁判官(裁判員)6人を説得させる「鑑定」技術を修得することが将来の重要課題となるであろう。(4)

そこで、今年度の報告では、上記の新「医療観察法」によっても池田小事件の犯人や狂信的旧オウム信者のような「究極」の確信犯である「人格障害犯罪者」対策として、従来の「措置入院」の保安処分化や刑法の基本原則である「責任主義や罪刑法定主義の形骸化」現象の克服の第一歩になるとはどうしても思われないので、殺人などの重大違法行為を行った「『触法』精神障害者」や「高度に危険な人格障害『犯罪』者」に対する刑事司法上の問題として、司法精神科医が果たすべき役割と責任は如何にあるべきか、その責任を果たすことのできる司法精神科専門医の養成システムはどうあるべきか、という点に重点を置きつつ、ドイツにおける「司法前鑑定制度」、「執行裁判官」制度、「刑罰と刑事治療処分」の刑事制裁二元制の下での司法精神科医の役割と責任の問題を比較法的に参考にしながら検討を行っていききたい。(5)

注：

- (1) 筆者は、2001年6月8日の大阪池田小児童殺傷事件後、『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・2003年)と『ポストゲノム社会における医事刑法入門(新訂版)』(東京法令出版・2004年)の2つの著作を出版して、この「立法の不作为責任」について論じた。そして、時を同じくして、わが国精神医学の最高峰に立たれる秋元波留夫先生が、約800頁にも及ぶ高著『刑事精神鑑定講義』(創造出版・拙著と同日の2004年7月1日の発売)を出され、その「まえがき」で「『第19講 触法精神障害者の処遇はいかにあるべきか』は大阪池田小学校殺人事件に触発され2年がかりの国会審議で可決、2003年7月16日に公布された『心神喪失者等医療観察法』に対するわたしの精神鑑定の経験から見た批判と抗議である。触法精神障害者について刑事立法を怠っている先進法治国家は日本以外にどこにもない。刑法・監獄法(1908年施行)改正の熱烈な提言者である慶應義塾大学法学部刑事法学加藤久雄教授は、時代遅れの刑法の改正に逃げ腰のいまの状況を『立法の不作为』として怒りをこめて非難するが、まったく同感である。」と書いていただいた。本稿の問題意識と結論も、秋元先生のご指摘と警告の通りであるが、紙数の関係もあるので、本稿では刑事司法における「司法精神鑑定医」の役割と課題について、新たに施行される「心神喪失等医療観察法」や「裁判員制度」などを視野に入れつつ論じていきたい。
- (2) 拙稿「人格障害と司法精神医学—人格障害犯罪者の刑事責任能力と社会治療処遇—」

精神科3巻4号2003年351頁以下。

無罪の入院患者と有罪で保護観察の一種としての保安病院入院命令を受けた患者に対する法的効力、例えば、インフォームド・コンセントの法的効力は全然異なる。無罪の患者の強制入院命令は、入院の明確な法的根拠がなければ、憲法31条（法の適正な手続違反：「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない。」）、憲法39条（遡及処罰の禁止・一事不再理：「何人も、実行の時に適法であった行為又は既に無罪とされた行為については、刑事上の責任を問われない。又、同一の犯罪については、重ねて刑事上の責任を問われない。」）と憲法82条（裁判の公開：「裁判の対審及び判決は、公開法廷でこれを行なふ。」）などの憲法条項に違反する恐れがあり、憲法違反の問題が出てくるであろう。秋元先生から前注（1）でご支持いただいたように、筆者が、刑法を改正して、刑事制裁の一種の刑事治療・改善処分制度（例、ドイツ刑法63条「精神病院収容処分」と64条「禁絶施設収容処分」）の導入を提唱するのはこの趣旨である。

- (3) 確信犯の処遇に関しては、拙稿「確信犯人の処遇に関する比較刑事政策論序説——9.11テロ事件以後の「テロリズム」の変化とテロリストに対する刑事政策的対応を中心にして——」法学研究77巻12号2005年243頁以下。
- (4) 詳しくは、特集「裁判員制度のゆくえ」現代刑事法61号2004年5頁以下、とくに、香城敏彦「裁判員制度の合憲性」24頁以下参照。
- (5) 詳論は、拙稿「ポストゲノム社会の『高度に危険な人格障害犯罪者』に対する刑事政策は如何にあるべきか—新『心神喪失者等医療観察法』と『高度に危険な人格障害犯罪者』に対する新しい刑事制裁制度に関する比較法的考察を中心として—」法学研究77巻4号2004年1頁以下。

## 〔11〕新「裁判員制度」における刑事精神鑑定業務に関する

### 司法精神科医の役割と課題

#### （1）裁判員制度における司法精神鑑定医の役割と課題

秋元波留夫先生は、前掲書の「第22講『刑事精神鑑定はなんのためか—精神鑑定に対する批判と非難に答えて』」で、「精神鑑定は司法の見地からすれば現行刑法第39条の公正な運用のために、そして精神医学の見地からすれば精神障害のある人の人権を擁護するための必須の法的プロセスである。しかし、精神鑑定がこの使命を達成するためには、精神鑑定に対する批判、非難から明らかであるように、司法と精神医療の法制度上の改革とともに、精神鑑定の担い手である精神医学専門家の自覚と使命感の覚醒が要請される。」（783頁）として、司法精神医学の専門家を目指す後進に熱きエールを送っておられる。

さて、前述のように、国民の約60%以上が反対をしている素人裁判官制度である「裁判員制度」がいよいよスタートすることになった。そして、それに先駆け本年7月から新「医療観察法」も施行される。この二つの新制度における司法精神科医の果たす役割と責任は甚大なものがある。けだし、わが国では、先日の新聞報道にあった内閣府の調査では、約80%の国民が、死刑制度の存続に賛成しており、こうした国民の応報感情を背景に重大事件は裁判員制度による新「刑事裁判」で扱われることになるからである。極端に言えば、アメリカの陪審制度で問題が山積しているように—とくに、アメリカの陪審法廷は、学説のるつぽであると言われていて—このような凶

悪犯人の生殺与奪権を司法鑑定医が担うことになるのである。

## (2) 死刑制度を持つ国の司法精神科医の苦悩と葛藤

前述のように、わが国の現行刑法は、98年前に施行された古色蒼然とした応報刑思想を体現し、非人道主義の刑事政策の象徴である死刑制度も維持している。こうした死刑制度を前提とした司法精神鑑定医の業務は、被疑者・被告人の生殺与奪の実質的効力を持つことになる。また、裁判が確定して、死刑の言渡を受けた者が心神喪失の状態にある時は、刑訴法479条(死刑の執行停止)により「心神喪失の状態が回復」するまで刑の執行を停止しなければならない。とくに、死刑の執行停止後の「心神喪失」状態の治療・回復は、これも同僚の司法精神科医の役割である。そして、鑑定医は、同僚の精神科医が心神喪失状態から少なくとも心神耗弱の状態まで回復させたかどうかを判定し、回復していると判定すれば、その死刑確定者を刑場に送り出す手助けをすることになり、治療が死に繋がる道を用意するという残酷な役割を担うことになる。このことをもってしても、筆者の死刑廃止論が一日も早く実現されなければならない。そうしなければ、司法精神科医が、人格障害犯罪者を慣例通り「完全責任能力者」と鑑定することが「死刑」判決の科学的根拠とされてしまうのである。

「死刑」判決を巡っては、裁判官、とくに、新設の「裁判員」は、鑑定医が完全有責を認めたので、科学的根拠により「死刑」を選択したと言い逃れをするし、鑑定医は、心神喪失と心神耗弱は法律上の概念であるから裁判官の法的判断であると言い逃れをし、被告人不在のお互いの責任擦り合い合戦がますます増加し、このことが結果的に、国民の鑑定制度や刑事司法制度への不信を招くことになる。その意味でも、「死刑」制度がもたらす専門家同士の軋轢を解消するためにも、EU25カ国のように、刑事政策的に有効な死刑代替案を導入して「死刑」は廃止の方向で検討されなければならない。(1)

## (3) 裁判員制度における司法精神鑑定の役割と課題

### 1. 裁判員制度における司法精神鑑定の意義:

従前の刑事裁判は、精密司法と言われ、膨大な証拠書類の分析がプロの法曹三者により行われてきたので、司法精神医学の専門用語についても、あまり詳しい定義づけのないまま、司法関係者間のみでの了解事項として使用されてきたところがある。

そして、現行刑訴法165条(鑑定)では、「裁判所は、学識経験のある者に鑑定を命ずることができる」として、また、鑑定させるに先だって、「鑑定人には、宣誓をさせなければならない」(同166条)と規定している。

また、「被告人の心神又は身体に関する鑑定をさせるについては必要があるときは、裁判所は、期間を定め、病院その他の相当な場所に被告人を留置することができる」(同167条1項[鑑定留置])とし、「前項の留置は、鑑定留置状を発してこれをしなければならない」(同条2項)と「令状主義」を明示している。

判例では、「鑑定」の意義について、「鑑定は、裁判上必要な経験則等に関する知識経験の不足の補給のため、指示事項につき第三者をして新たに調査をなさしめ、法則又はこれを適用して得た具体的事実判断等を報告せしめるものである」(最判昭和28年2月19日・刑集7巻2号305頁)としていたが、こうした司法鑑定に関する理解は、すべてが職業裁判官に向けられていた。

しかし、われわれ医事刑法学や司法精神医学の専門家のこれからの課題は、素人裁判官が、刑事裁判で重要な役割を果たすためにも、従来、専門家の間でしか理解できなかった、例えば、「触法」精神障害者と精神障害「犯罪」者などの専門用語の相違を明確化し、平易に説明でき、素人裁判官になる一般国民によく理解できるようにしていく必要がある。

そして、裁判員制度が定着するためには、検察官の起訴裁量にかかる現行「起訴便宜主義」を大幅に変更して、重大事件を全て起訴するいわゆる「起訴法定主義」に移行していくことが検討課題となる。

例えば、ドイツ型の起訴法定主義が定着し、いわゆる「司法鑑定」が中心となれば刑事鑑定制度の意義・役割・課題も大きく変化し、裁判員にも良く理解される制度になっていくことになる。

## 2. 触法精神障害者と精神障害犯罪者などの専門用語概念の平易化の必要性

さて、「触法精神障害者と精神障害犯罪者の相違」について確認しておこう。ただし、触法精神障害者は犯罪者ではないので原則として刑罰は科せられないし、憲法31条の趣旨から言っても法的根拠なくして患者の自由や基本的人権を奪うことができないからである。

ところで、「触法」精神障害者の「触法」という用語も、かつては、司法精神医学や刑事法の専門家の間でも精神障害「犯罪者」という概念の中に混同して使用されていたが、刑法で「犯罪者」という場合には、刑事裁判で有罪が確定した者(勿論、刑の執行猶予を言渡された者も含む。被疑者・被告人は無罪が推定されるため、未決拘禁施設に収容されている。勿論、保釈が認められれば在宅起訴もあり得る)を意味する。

また、蛇足ながら述べれば、わが国の刑法では、「犯罪」が成立し、その犯罪者を処罰するためには、「人が殺されている」という事実・現象だけではなく、①殺人罪の構成要件に該当する行為の実行行為者の「故意」に基づく殺人行為で、②違法な行為(「外科手術」などの正当業務行為「社会的に有用な行為なので『許された危険な行為』として適法行為とされる=刑法35条)正当防衛や緊急避難などの刑法で認められた「違法性阻却事由」がない行為)で、かつ、③有責な行為(自由な意思決定が出来るため、「他行為可能性」があり、免責のための「期待可能性」がない行為。責任能力がある行為で責任阻却事由がない行為)であるという三つの要件が全部揃ってはじめて「犯罪」行為があったとされ、「犯罪者」とされるのである。従って、「人を殺す」という行為を行ったが、精神障害が原因であると精神鑑定により証明され、裁判官により当該行為の時に「責任能力」が無い(心神喪失)と判断され、無罪になった者や検察の段階で、起訴前鑑定がなされ「精神障害」と判定されれば、「訴訟能力」がないため不起訴処分になる者などは、たとえ殺人罪や放火罪などの重大「触法」行為を行ったとしても、刑罰法令に「触れて」いるが、刑法にいう「犯罪」は成立しないので、いまだ「犯罪者」とは言えず、「触法」行為者と言うのである。従って、「触法」精神障害者には、「『犯罪』なければ『刑罰』なし」(罪刑法定主義の原則)、「『責任』なければ『刑罰』なし」(責任主義の原則)が適用され、刑法で処罰することはできないのである。ただし、前述の新「医療観察法」がいう限定責任能力者(心神耗弱者)の行為は、責任能力が著しく減弱しているだけで、「責任能力」は存在しているので、「有責性」はあり、「犯罪」成立三要件が具備し「有罪」と認定できるので、精神障害「犯



罪」者と表現できる。従って、わが国の現行刑法のように刑罰一元制をとり「責任主義」を厳格に適用すれば、「責任なければ刑罰なし」なので「無罪の洪水現象」を招来し、刑法による治安の維持は実質上不可能になってしまう。ここに、筆者がいうドイツ型の刑罰に代替し、刑罰を補充する刑事制裁制度の導入の法的根拠がある。(2)

前述のように、わが国の起訴便宜主義による公訴権濫用の結果、精神障害者の重大な触法行為も含めた約90%が不起訴処分になり、まさに「無罪の洪水現象」が起きているのである。(3)

従来は、この「触法精神障害者」のうち、なお「自傷他害のおそれ」があると「司法精神科医」に判定された者は、精神保健福祉法29条の「措置入院」規定により無期限の自由剥奪処分に処せられてきたのである。

しかし、不起訴処分や「措置入院」の乱用による「責任主義の形骸化現象」「無罪の洪水現象」を克服するためにもドイツ型の「刑罰と刑事処分」の刑事制裁二元制の導入こそが立法者の焦眉の急の課題であったにもかかわらず、新「医療観察法」導入に際しても、この刑事制裁の二元制は採用されなかった。従って、現場の司法精神科医は、従来の「措置患者」に加え、「観察法患者」に対する医療と治安という二重の課題を背負わせられることになった。

### 3. 「心神喪失・心神耗弱」と言う古典的法律概念を司法精神科医は鑑定できるか

上述のように、この新法が、厚生労働省管轄の保安病院・病棟で行われる処遇手続について規定した、いわば「メディカル処遇モデル」を目指したものであるのに、そういう施設に収容される患者の「精神障害の症状」がリーガル・モデルの古典的法律概念である「心神喪失・心神耗弱」という現代用語でも、司法精神医学の領域でも使わない言葉で表現されているのは奇異な感じである。すでに、30年前の1974（昭和49）年に法制審議会総会で決定（後に廃案）された「改正刑法草案」では、その16条（責任能力）で「第1項『精神の障害』により、行為の是非を弁別し又はその弁別に従って行動する能力がない者の行為は、これを罰しない。」（現行刑法39条1項の「心神喪失」の規定と同じ）、「第2項『精神の障害』により、前項に規定する能力が著しく低い者の行為は、その刑を軽減する。」（現行刑法39条2項の「心神耗弱」の規定と同じ）と規定して「心神喪失」「心神耗弱」の内容を明示していた。

しかし、それでも責任能力判断の中核をなす「精神の障害」の意味をめぐる大きな論争が起こった。けだし、精神保健福祉法5条の「この法律で、『精神障害者』とは、精神分裂病、精神作用物質による急性中毒又はその依存症、知的障害、精神病質その他の精神疾患を有する者をいう」という定義がなされ、この「精神障害」の定義の中に、すでに精神医学の教科書からは削除されている人格障害に相当する「精神病質」という概念がいまだに列挙されているからである。従来、刑事法の領域では、「精神病質」者には完全な責任能力があるとされてきたからである。

だからこそ、池田小事件の犯人や連続少女殺害事件の宮崎被告人（現在、上告中）などの精神病質者（人格障害者）達には、限定責任能力（心神耗弱）とされず、従って、刑の減輕がなされず死刑が言渡されてきたのである。

ところで、有名な「精神分裂病（元自衛官）の無期懲役刑確定事件」の第2次上告審（昭和59<1984>年7月3日・刑集38巻8号2783頁以下）では、「精神

分裂病（寛解期）＝心神耗弱＝無期懲役」という原審の判断を支持して、「精神分裂病＝責任無能力」という司法精神医学の伝統的見解—ドイツで裁判官と鑑定人の「了解事項」（Konvention）とされるもの—を否定して、「心神喪失・心神耗弱」が精神医学上の概念ではなく、これらは法律上の概念であり、裁判官の司法的判断でその存否が決められるとしたのである。

ところが、この両概念の実質を鑑定するのは、やはり司法精神科医であるという制度上の矛盾が明らかである。つまり、死刑制度を持つわが国の司法精神科医は、患者を「死刑」場へ送る厳しい立場に立たされているのである。

さらに言えば、有罪か無罪かを決する「心神喪失・心神耗弱」の判定も措置入院要件の「自傷他害のおそれ」判定も、保安病院への収容要件である「再犯の危険性」の判定も全て鑑定医の鑑定如何にかかってくるのである。

ところで、ドイツ刑法 20 条は、行為者の刑事責任能力を判断する基準として「行為の実行の時に（bei der Begehung der Tat）、病的な精神障害、根深い意識障害、又は精神薄弱、若しくは重大なその他の精神的変性を弁別し、又はその弁別に従って行為する能力がない者は、責任なく行為したものである。」と規定し、いわゆる「行為と責任の同時存在」の原則を明示するとともに、4つの症状を具体的に列挙している。ここでも「重大なその他の精神的変性」のなかに「人格障害」を含めている。しかし、ドイツ刑法は、責任主義の例外である「改善・保安処分」の言渡しの際には、必ず、刑法 6 2 条の「均衡の原則」規定を考慮しなければならず、この規定を無視した裁判官や検察官による濫用はないのである。

以上のような理解が妥当であるとすれば、「責任能力」の存否の判断は、もともと、当該行為者がその「行為の時」、正常な判断能力と行動能力・統御能力を有していたかどうかの問題であり、学問上の「認識」の問題でもなく、精神科医の「診断」の問題でもない。それは、行為者が「行為の時」、一定の「規範」に従って行動すべきであったのにそれをしなかったこと（他行為可能性）について「非難」できるかどうかの問題であり、その最終的な判断は、経験科学（精神医学）の専門家である鑑定人が行うのではなくて、法律家である裁判官がその規範的な判断として行うべき事柄であるということになり、鑑定医は、犯行時の「精神状態」と結果との「因果関係」の存在の有無に関する情報を提供するだけである。

注：

- (1) 詳細は、前掲拙著「第 1 2 章：高度に危険な人格障害犯罪者に対する『死刑』に代わる刑事制裁」279 頁以下参照。また、北渦谷仁「弁護士から見た刑事精神鑑定」秋元・前掲書 751 頁以下も参考になる。
- (2) これら刑法の基礎知識については、前掲拙著『刑事刑法入門』第 1 章、第 2 章、第 3 章を参照されたい。
- (3) 起訴便宜主義の濫用をめぐる筆者がよく出す事例に、「精神分裂病者による『横浜東高校生殺傷事件』（1984 年）」がある。このような事例は、起訴法定主義によれば、当然、起訴され、刑法 39 条をめぐる「司法鑑定」の対象になり、それにより精神障害者の裁判を受ける権利もまた保障されるのである。今度の「医療観察法」は、こういう殺人を行った統合失調症の事例などを典型的な対象としているのかもしれない。けだし、起訴され裁判員法廷で扱われれば、無罪放免とはならないケースであろう。ドイツならば間違いなく長期の「精神病院収容処分」（刑法 63 条）になるケースであ

る。ドイツの具体的事例として、後述のアイケルボルン事件を参照されたい。

〔事例〕精神分裂病者による「横浜東高校生殺傷事件」（1984年）

精神分裂病の無職の青年（当時、26歳）が、ライトバンをフルスピードで運転して、下校途中の高校生4人（15歳～16歳）を背後からはね、轢いた。車から降りたその青年は、はねた生徒たちを助けるのではなく、逆に、携帯していた登山ナイフで、轢かれ重傷を負い助けを求めていた少年たちを次々に突きまくった。その結果、1名が死亡、3名も後遺症が残る重傷を負った。その青年は、その場で現行犯逮捕されたが、司法前鑑定の結果「精神分裂病」とされ、事件の4ヵ月後には「不起訴処分」になり、検察官通報により「措置入院」させられた。しかし、間もなく開放治療に切り替えられ何度も自宅で姿をみられている。

こうした行きずりのまさに「通り魔的残虐」事件でも「検察官」の段階で不起訴処分になってしまったことを、あまりに「理不尽」な司法の対応ということでその処分を不服とした遺族側は、その「不起訴処分」を不相当として検察審査会法30条の「犯罪により害を被った者」として審査申立を行った。そして、約2年後にやっと同審査会は、「不起訴処分不相当」の結論を出したが、それでも検察側は結局「起訴」をせず、遺族の説得にあたったが、遺族は納得しないまま事件は処理済みとなった（詳細は、野口幹世『犯人を裁いて下さい—横浜・東高校生殺傷事件の被害者は訴える』（星雲社・1985年）。福島章『犯人を裁かないで下さい』同『犯罪者たち—罪にいたる病』（平凡社、1987年）101頁以下は、鑑定人の立場からこの犯人を擁護している）。

また、この事件について、秋元・前掲書『刑事精神鑑定』781頁では、「殺人を犯した精神障害者が精神鑑定によって責任がないとされ、無罪になるのはやりきれない、殺され損はご免だ、という非難が絶えないもう一つの原因はわが国の刑法では触法精神障害者について、前述の第39条の規定があるだけで、心神喪失を理由に無罪となった者、あるいは起訴前鑑定で不起訴になった者のその後の処遇に関する規定が刑法に存在しないことである。触法精神障害者の処遇が刑法ではなく、『精神保健及び精神障害者の福祉に関する法律』（1993）に一切任されていることからくるさまざまな欠陥、弊害については本書「第19講 触法精神障害者の処遇はいかにあるべきか」で述べてあるが、精神障害者犯罪の被害者、家族にとって、心神喪失と判定されて無罪となった加害者の精神障害の治療が法のもとできちんに行われていないわが国の現状は不条理であるにちがいない。刑法第39条が心神喪失者を無罪とするのは、犯行が精神障害の結果であってその責任を問うことができないからであるが、被害者、家族の立場からは、それは加害者有利の公平を欠いた裁きということになる。この当然の非難に対処する手立ては心神喪失で無罪となった人の処遇を刑法で規定し、治療を必要とする人のための司法精神医学的施設を新設、整備するとともに、問題の多いわが国の精神医療全般の底上げをはかり、精神障害者の早期治療、リハビリテーションの態勢を促進して、精神障害者が犯罪に陥るような不幸を未然に防ぐことである。精神医療の貧困と未熟が精神障害者犯罪の温床となることを精神鑑定の経験は教えているからである。精神鑑定は司法の見地からすれば現行刑法第39条の公正な運用のために、そして精神医学の見地からすれば精神障害のある人の人権を擁護するための必須の法的プロセスである。しかし、精神鑑定がこの使命を達成するためには、精神鑑定に対する批判、非難から明らかであるように、司法と精神医療の法制度上の改革とともに、精神鑑定の担い手である精神医学専門家の自覚と使命感の覚醒が要請される。」としておられる。

## 〔III〕 新「医療観察法」の法的性格とその適用対象者 —「措置入院」患者の法的性格とはどう違うのか

### (1) 「医療観察」法も憲法違反か —何故、無罪の者を保安病院へ強制入院させられるか

さて、「医療観察法」の1条（目的規定）では、「心神喪失又は心神耗弱等の状態にある者が、重大な他害行為（殺人、放火、強盗、強姦、強制わいせつ及び傷害に限定：第2条2項）を行い、無罪又は刑の執行猶予を言い渡された場合に、その者を継続的かつ適切な医療・観察・指導により、その病状の改善（『治療』ではない）及び行為（病状ではない）再発の防止を図り、社会復帰を促進する」ことを目的としているように、重大触法行為（この1条には、「心神耗弱」も含まれているので、「有罪者」「犯罪者」も含まれている）を行った者に対する後述のようなドイツ型の「刑事改善・保安処分」ではなく、刑罰一元制と起訴便宜主義（刑訴法248条）を維持しつつ、現行「措置入院」制度に上乘せする形で、刑事裁判でも民事裁判でもない司法制度として法的性格の不明な「審判」制度を新たに導入し、収容命令の「受け皿」として法務省管轄の施設は一切使わず厚生労働省管轄の保安病院・病棟を新設して全ての処遇を同省に任せようとするものである。そのため同法の法的性格としては、「措置入院」制度と同じく本質的には「メディカル・モデル」と言わざるを得ない。(1)

ところで、措置入院とは、「自傷他害の恐れ」だけで、具体的な「触法」行為が無くても都道府県の知事の任意的行政裁量権により無期限に強制入院させることができる。これは、原因行為となる「触法」行為がなくても自由剥奪を行える制度なので、一種の「予防処分」「予防検束」であり、患者から裁判を受ける権利を剥奪する制度であり憲法違反と言わざるを得ない。

この「医療観察法」における「対象者」は、① 公訴を提起しない処分において、「対象行為」（殺人、放火、強盗、強姦・強制わいせつ及び傷害に当たる行為（第2条第2項））を行ったこと及び心神喪失若しくは心神耗弱であることが認められた者、又は② 対象行為について、心神喪失を理由とする無罪の確定裁判を受けた者若しくは心神耗弱を理由として刑を減輕する旨の確定裁判（懲役又は禁錮の刑を言渡し執行猶予の言渡しをしない裁判であって、執行すべき刑期があるものを除く。）を受けた者と定義されている（第2条第3項）。

また、同法では、検察官は、上記のような不起訴処分をしたとき又は無罪乃至刑の執行猶予を言渡された者の確定裁判があったときは、当該処分をされ、又は当該確定裁判を受けた対象者について、地方裁判所に対し、処遇の要否及び内容を決定することを申し立てなければならないこととした（第33条第1項）。ただし、このような対象者であっても、同法による処遇を行う必要がない場合には、検察官が申し立てをする必要はない。

この場合に現行の「措置入院」のために行われる検察官通報（25条）とは、どのような客観的な判断基準でおこなわれるのか、ここでも全て検察官の裁量行為に委ねられているのである。

ところで、この医療観察法1条の中に、重大「犯罪」を行った「心神耗弱者」を含めているが、その具体的「人格障害」についての説明や定義づけがないので、この「心神耗弱者」の中に、はたして「人格障害者」や「精神病質者」などの「反社会的パー

ソナリティ障害者」も含まれるか明らかでない。

しかし、現行法のなかからその根拠を見つけるとすれば、精神保健福祉法5条で、「この法律で『精神障害者』とは、統合失調症（精神分裂病）、精神作用物質による急性中毒又はその依存症、知的障害、精神病質その他の精神疾患を有する者をいう」と言う規定しかないのである。しかし、同条では、現代精神医学の教科書では、死語となった「精神病質」という用語も依然として列挙されている。そして、精神科医療の現場には、「措置入院」患者や「医療保護入院」患者の中には、相当数の「精神病質」・「人格障害」者が「社会的不適応」を理由に強制入院させられているのである。

## (2) 医療観察法における適用対象者像の明確化の課題

平成16年版犯罪白書（95頁）によれば、心神喪失者・心神耗弱者と認められた者693人のうち、406人（58.6%）が措置入院、47人（6.8%）が実刑（身柄拘束）で、合わせて453人（65.4%）の者しか拘束されていない。ちなみに精神分裂病（統合失調症）が398人（57.4%）、また、殺人108人（15.6%）のうち実刑は僅か17人（15.7%）で、不起訴で措置入院が、68人（63%）にもなっている。この693人のうちの何人が、この同法の収容対象であるかは今の段階では不明であるが、いずれにしても、検察官は、その起訴裁量権の一貫として検察官通報（精神保健福祉法25条）による「措置入院」命令の申立てか、この「医療観察法」による上記の保安病院「入院」命令申立てかの明確な判断基準もなく、今以上に、司法精神科医の行う起訴前鑑定に頼らざるを得ず、司法の判断の前に、このように鑑定結果だけで、大幅に検察官の裁量行為に任せてもいいのかの十分な論議がまだないまま、見切り発車の可能性も出ている。

## (3) 医療観察法による鑑定入院命令と司法精神科医の役割

医療観察法34条（鑑定入院命令）は、「① 前条第1項の申立てを受けた地方裁判所の裁判官は、対象者について、対象行為を行った際の精神障害を改善し、これに伴って同様の行為を行うことなく、社会に復帰することを促進するためにこの法律による医療を受けさせる必要が明らかでない」と認める場合を除き、鑑定その他医療的観察のため、当該対象者を入院させ第40条第1項又は第42条の決定があるまでの間入院させる旨を命じなければならない。」（入院の期間は、2月。ただし、必要があると認めるときは、1月間の延長可能）と規定している。

以上のように、新法における「審判」は、対象者について、刑事手続が終了した後（心神喪失又は心神耗弱等の状態にある者が、重大な他害行為（殺人、放火、強盗、強姦、強制わいせつ及び傷害に限定：第2条2項）を行い、無罪又は刑の執行猶予を言い渡された場合）、検察官が、地方裁判所に対し、処遇の要否及び内容を決定することを申し立てることにより開始されることとなる。

しかし、この場合、対象者は、完全な無罪放免（もちろん保護観察付の場合は例外）になるのであろうか。この「申立て」の場合、現行「措置入院」のための検察官通報（25条）とは、どのような基準で区別され適用されるのであろうかその関係が必ずしもまだ明らかにされていない。この問題との関係で、この新法施行後は、現在、ライシャワー事件以来「保安処分」的運用をされている「措置入院」要件の「自傷他害のおそれ」の扱いも大きく変わって行かざるをえず、わたしが長年主張する「精神保

健福祉法」のメディカル・モデルへと純化されていくことになる。

#### (4) 重大触法行為と係わる司法精神科医は何を鑑定するか

検察官による「起訴裁量」行為を暴走させないためにも、司法精神科医の提出する鑑定書は重要である。

精神障害者→殺人行為→逮捕→検察官による「起訴前鑑定」（「訴訟能力」を刑訴法248条「犯人の「性格」,「年齢」,「境遇」,犯罪の「軽重」及び「情状」並びに「犯罪後の状況」を列挙」を根拠に行う）→起訴後「司法鑑定」（当該行為の時の「責任能力」:「責任と行為の同時存在の原則」に基づく）を行う→司法精神鑑定の結果:裁判官の行う心神喪失（刑法39条1項:責任無能力→無罪:つまり「構成要件に該当」かつ「可罰的違法性の存在」、しかし、責任能力が無く行為の是非善悪の判断能力がないので、「他行為可能性がない」ので「責任」非難が出来ない。）と心神耗弱（刑法39条2項:限定責任能力→有罪:必要的減輕主義により刑罰の減輕→刑務所送致）の判断の基礎になる精神医学的要素を提供する。

けだし、検察官の起訴裁量の判断基準のうち客観的に判断できるのは「年齢」のみであり、他の基準については「客観的」に判断するのが困難な要件ばかりである。裁判官は、「刑」の量定を行うが、いわゆる「量刑相場」なるものも実務経験からくる極めて主観的なものであり、そのため医学的な客観的基準を司法精神鑑定医が提供していかなければならない。

とくに、検察官が、起訴・不起訴の判断をする場合にも、その「起訴裁量」に関する「裁量相場」なるものが存在するものでもない。裁判官の「量刑相場」は、判例という形で現われるので、われわれもある程度比較検討の対象に出来にでき、判例評論などによるスクリーニングが可能であるが、検察官による「起訴裁量」に関する裁量結果については、「判例」のような形で公表されないのでその実態を把握することが困難であり、客観的なスクリーニングが不可能で、全てが闇の中に陥る恐れがある。検察官の起訴裁量の客観性を担保するためにも、将来的には、ドイツ型の「起訴法定主義」の導入か、起訴前手続きの「当事者主義」化を考えるべきであるが、そうした改正が実現するまでは、とくに重大事件の不起訴処分については、その理由を明確にして、それを被害者側にも加害者側にも開示し、かつ判例集のような「不起訴処分年次報告書」のようなもので、第三者による事例研究を通したスクリーニングが可能ないようにしていくべきである。

起訴便宜主義から起訴法定主義への刑訴法の改正とともに、また、98年前に施行された現行刑法の抜本的改正を行う必要がある。因みに改正刑法草案48条では「刑の適用の一般基準」として、1項「刑は、犯人の責任に応じて量定しなければならない」（「責任主義」の宣言）、2項「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」と規定して、「刑の適用」と「犯人の社会復帰」とを明確に結びつけているのに対して、刑訴法248条は、その点に関しても何ら規定がなく検察官の先議による運用上の解釈に全てが委ねられており、上記のように、触法患者の不起訴率が約90%と異常な事態になっている。この起訴前の段階での精神鑑定では鑑定医は、被疑者の触法患者が弾劾裁判に耐える能力、つまり「訴訟能力」があるかどうかの客観的判断材

料を検察官に提供するのが任務である。起訴された後の司法鑑定では、鑑定医は、犯行当時の被告人の精神状態に関する客観的証拠（当該行為と精神障害との因果関係の確定）を提供することがその主な役割である。

## (5) 医療観察法は人格障害犯罪者をターゲットとしない

### 1. 医療観察法と人格障害犯罪者

更に、この「医療観察法」は、前述のように、「心神喪失又は心神耗弱等の状態にある者」を対象にしているので、「人格障害犯罪者」は、判例上は完全責任能力者とされてきたので、実質的には本法の対象者としては考えられていない。事実、刑事司法の担い手である法務省は、典型的なメディカル・モデルである現行「措置入院」制度に上乘せする形で、法務省管轄の施設は一切使わず厚生労働省管轄の国公立の保安病院・病棟を新設・改築して、重大触法患者に対する刑事政策を同省に任せようとするものであると言えよう—その意味でこの法律は、現行精神保健福祉法の「措置入院」制度（都道府県知事の行政処分と地方裁判所の司法処分との違いはあるが）と入院患者の法的性格の面では大差のない一種のメディカル・モデルと言えよう—。

これはまさに、重大事件の犯人でかつ統合失調症（精神分裂病）のような真正の精神障害で、その「責任能力」がない触法精神障害者に特化された新たな「特別措置・強制入院制度」に関する法律であり、大阪池田小事件の犯人のような責任能力があったり、それが著しく減弱しているような凶悪「人格障害犯罪者」に対する立法提案ではない。もし、立法者が、こうした「人格障害犯罪者」をも視野に入れておれば、まさに、激しい論争や反対のため、今日まで実現していない、いわゆるドイツ型の「刑事治療・改善処分」制度の導入を国会の審議で正面突破しないためのカモフラージュであり、法治国家の立法者としての「立法責任」を果たしたものは到底いえず、問題の摺り替えもはなはだしい、と言っても過言ではない。

ところで、ドイツ刑法20条には、「重いその他の精神的変性」—この中には「精神病質 (Psychopath)」、「人格障害 (Persönlichkeitsstörung)」、「神経症」、「性的情動障害 (Affektsstörung)」などがそれに該当する—についても規定している。(2)

さて、新「医療観察法」は、ドイツ型の刑事治療処分と類似の法的性格を持ち、刑罰を補充し、補完する刑事処分の一つであろうか。

ここで、何故わたしがドイツ型の「刑事治療・改善処分」制度の導入に拘わるかといえば、現行刑法は、明治時代(1907年)に成立したとは言え、やはり、ドイツの旧刑法(1871年)から多くを学んだものであることは周知のとおりであるからである。わが国の法律制度は、ドイツと同様に成文法・実定法主義を採る法治国家であり、その刑法が、標榜する罪刑法定主義や責任主義を堅持して触法精神障害者や人格障害犯罪者、被害者の人権を確保しつつ、社会の安全を確保するためには、刑事司法の基本法である刑法・監獄法・刑事訴訟法などを改正して、これらの基本原則が刑事法制によって保障されるドイツ型の立法形式にしていくことが長年希求されてきた。

日独の刑事政策や刑事司法制度を比較するとき、もっとも大きな違いは、ドイツでは、もはや「死刑」制度や仮釈放のない終身刑制度も廃止された中で、その代替策として刑罰と刑事処分という刑事制裁の二元制（主義）を導入して、「罪刑法定主義」と「責任主義」を堅持しつつ、人道主義的犯罪者処遇思想が実践されていることである。そして、ドイツ刑法には責任能力規定（独刑法20条と21条）と刑事治療処分であ

る精神病院収容処分（刑法63条）と禁絶処分（刑法64条）の両規定とが連動する形で規定され、その運用は各州が独自に定める「処分執行法」や「収容法」により適切に運用され、責任主義の原理や比例性の原則に基づき適正に運用されている。

このように、ドイツ刑法における「処分執行法」とわが国の「医療観察法」との最も大きな違いは、ドイツ刑法が「『責任』ある者には『刑罰』を、再犯の『危険性』ある者には『刑事治療処分』を」という「刑と処分」の刑事制裁二元制を採用しているため、限定責任能力者（心神耗弱者）の場合に、自由刑と改善処分とを併科（併科主義）することができ、処分が先に執行（処分先執行主義）できることである（ドイツ刑法67条1項）。また、精神病院収容処分（刑63条）の収容期間は、無期限であるが、仮退院させ保護観察（行状監督）に付するための審査を毎年1回実施することを義務づけている（刑67e条2項）。

## 2. 処遇困難「人格障害犯罪者」にはドイツ型社会治療モデルで対応

今度の新しい「医療観察法」が、前述のようにあくまでメディカル・モデルの法的性格を堅持するならば、できるだけ早く、司法精神医療の責任として、ドイツのように刑罰の執行の範囲内で「処遇困難『人格障害犯罪者』」に対する社会治療モデルの導入を検討しなければならない。

そのドイツでは、保安病院に入院中の凶悪触法患者による8歳の少女強姦殺人（アイケルボルン）事件(3)やナタリー事件など1990年代初めに、「凶悪な性犯罪」が多発したために、立法者は、1998年に刑法を改正して、重罰化を実現させるとともに、被害者感情に配慮して常習的な性犯罪者に限定して、「社会治療」処遇を実施することに踏み切った。

ドイツでは、これらのセンセーショナルな事件を受けて、行刑法9条の改正による「社会治療処遇」モデルが復活したのである。従来、行刑法9条による「社会治療施設」への収容は、受刑者自身の同意を必要とするとしていたのを改正して、第一項に「受刑者は、刑法170条（保護者による性的濫用）から180条（未成年者への性的行為の症例）もしくは182条（少年への性的濫用）に該当する行為により、二年以上の有期自由刑を言渡され、社会治療施設での処遇を指示された場合には、そこに収容される」と規定して、本人の同意と関係なく収容できるとしたのである。

更に、前述のアイケルボルン事件やナタリー事件のような凶悪な性犯罪などに対する厳しい処分をもとめる世論に即応する形でなされた1998年の刑法改正では、刑法66条の保安監置処分の収容要件も再び拡大されてしまった。改正法では、収容10年経過後に、被収容者がその者の「性癖」(Hang)の結果、なお「重大な犯罪を行う危険性」があるかどうかと「処遇の可能性」があるかどうかについて、検討すべきであるとし、特別に重大なケースの場合には、原則として無期限となった。そして、その判断を司法精神科医などに求めるべきであるとしたのである（刑訴法246a条＝医師たる鑑定人）。(4)

以下の「ビーレフェルト・モデル」案は、筆者が、25年前、ドイツの「社会治療」の専門家5名とビーレフェルト大学の統合科学研究センターにおいておこなった研究合宿中に起案したものである。



図1 ビーレフェルト・モデル案基本図式

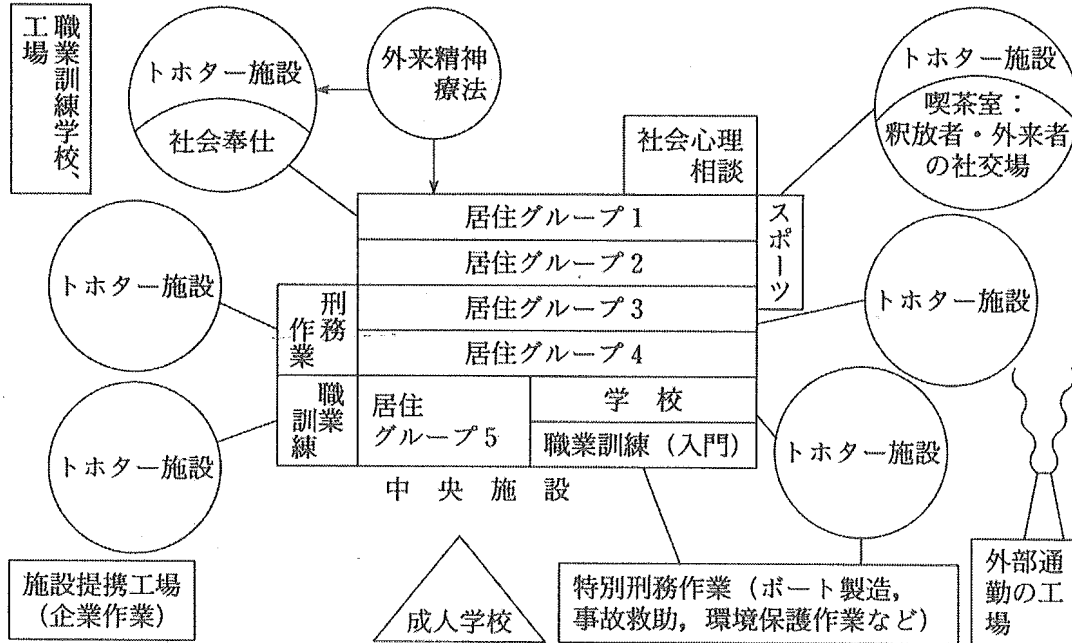
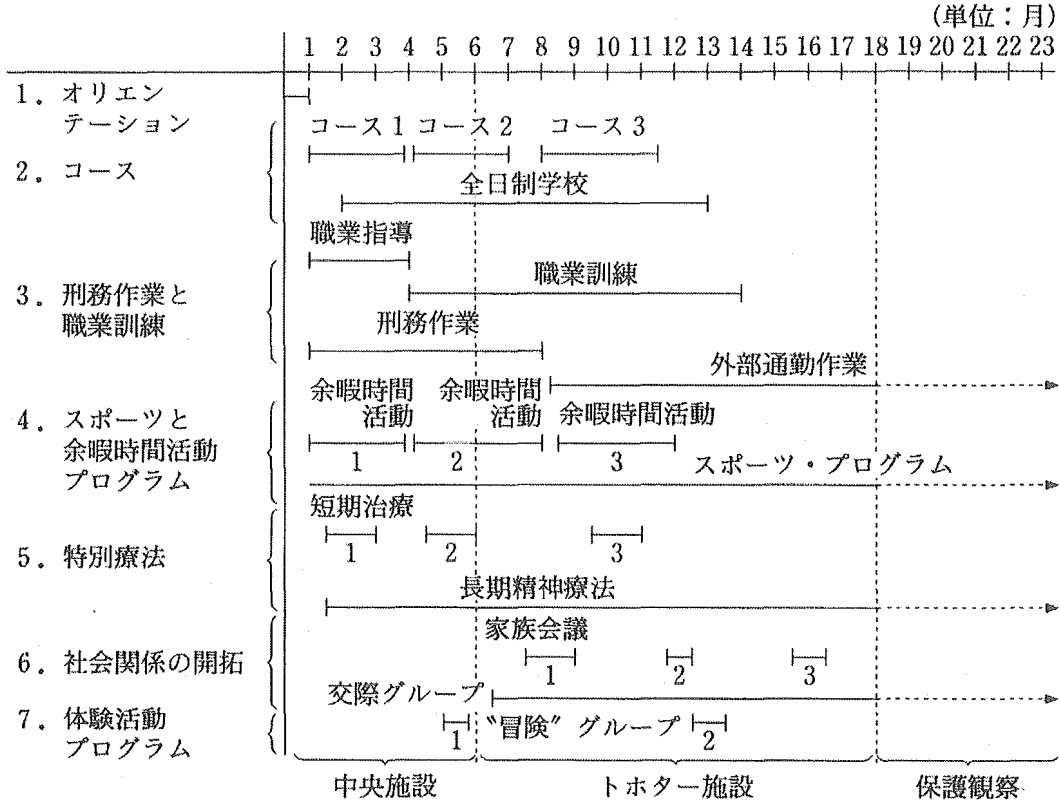


図2 モデル案の処遇プログラム日課表



注：

- (1) 新法については、拙稿「触法精神障害者対策の現状と問題点（2）ードイツ編ー」現代刑事法2002年9月号72頁以下で、ドイツの刑事治療処分制度と比較しながらその問題点について詳しく論じた。なお、同「触法精神障害者処遇の在り方ー医事刑法学の立場からー」現代刑事法2002年12月号30頁以下、前掲拙稿・法学研究77巻4号1頁以下も参照。また、起訴裁量の専門家である法務省刑事局付検事の白木功「『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』の概要について」現代刑事法2003年11月号56頁以下も参照。
- (2) 高橋三郎ら共訳「DSM-IV-TR：精神疾患の診断・統計マニュアル」（新訂版・2004年668頁では、「反社会性パーソナリティ障害(Antisocial Personality Disorder)」として、この様式のなかに、「精神病質、社会病質、非社会的パーソナリティ障害を含む」としている。
- (3) 1994年9月22日、アイケルポルンのリップシュタット司法精神病院の患者であった24歳の性的常習犯罪者の男に7歳の少女がテニス・スクールへ行く途中、自宅から僅か200mの所で強姦されたうえ、ナイフで十数カ所刺され殺害されたものである。パーダーボルンの地方裁判所は、被告人に対して、15年の自由刑と無期限の閉鎖的精神病院への収容を併科する処分を言渡した。この強姦殺人犯の患者は、十七歳の時に強

姦殺人を犯した後リップシュタット司法精神病院に収容され7年後の犯行であった。しかもこの犯行前は、ここ2年間の行状が安定していたので開放治療棟で処遇を受けていた。院外のキオスクへ買い物に行った途中、前もって、毎日少女が自宅近くのテニス・コートに通う姿を目撃しており、計画的な犯行であったため、担当医や関係者は大きなショックを受けていた。

- (4) ここでもやはり、「判決前調査制度」のような司法精神科医や司法心理士などの十分時間をかけた観察・鑑定を基準とするような制度の導入が検討されなければならない(制度としては、オランダのTBS処分にかかるピーター・バーン・セントラム精神鑑定施設での鑑定業務が参考になろう。拙著・前掲書・105頁。)

#### [IV] ドイツ刑法・刑事訴訟法における「司法精神科医」の役割

以上のような、裁判官と鑑定医の葛藤の問題を克服する手立てを探すためにも死刑廃止先進国であるドイツの刑事司法制度における「司法精神科医」の法的地位や役割について概観しておきたい。

ところで日独両国における刑事責任能力論の展開の相違の最も大きな点は、ドイツでは、基本法(憲法)102条で死刑を廃止し、刑法46条で責任主義を採用し、刑の言渡しは行為者の将来の社会復帰を考慮しなければならないとしている点であろう。

また、わが国には刑事治療処分制度がないので、刑法39条の1項・2項で心神喪失及び心神耗弱とされ無罪または刑が減輕された場合でもその者を受け入れる特別の施設はないのに対して、ドイツには裁判での命令に対応する形での制度があり責任能力規定(独刑法20条と21条)の運用に応じて精神病院収容処分(刑法63条)と禁絶処分(刑法64条)の両規定とがあり、各州が独自に定める「処分執行法(Masregelvollzugsgesetz)」や「収容法(Unterbringungsgesetz)」により適切に運用され、責任主義の原理や比例性の原則(Grundsatz der Verhältnismässigkeit)「刑法62条『改善及び保安処分は、それが、犯人によって犯された行為及び予測される行為の重大性並びにその者から将来もたらされる危険の程度とに比例しないときは、命じられてはならない。』」が機能していることである。

もちろん、ドイツの鑑定実務においても「鑑定人と裁判官との間に了解事項(Konvention)」が確立されているとはいえ、寛解期の統合失調症(分裂病)者を全て無罪にしているわけでもない。しかし、前述のように、ドイツには触法精神障害者が責任無能力で無罪になっても「刑罰」が科せられないだけで、その行為の結果が重大であれば例外なく精神病院収容処分(刑法63条)の命令を受け無期限の司法精神病院収容となるのである。従って、刑事処分としての受け皿があるドイツでは、殺人、傷害致死、放火事件などの重大事件においては、その捜査や事実の認定は厳格に行われるが、当該患者が当該事件の犯人であるとの客観的証拠が認定・確定された場合には、当該行為に関する責任や責任能力あるいは刑や処分の量定などについては、その意味では(日本的な感覚からすれば)かなりaboutに行われているといえよう。しかし、だからといって被疑者・被告人の人権を無視した司法判断が行われているわけではなく、バイエルン州では数年前から全ての殺人事件の被疑者・被告人に精神鑑定を義務づけて当該行為者への刑事司法処分が彼らの将来の社会復帰に何が最も適切であるかについて、鑑定医の意見を十分に取り入れて司法的処分が決定されているのである。

参考までに、ドイツにおける「責任能力」鑑定のモデルをシェーマ化したものを示しておきたい。

患者

↓

触法行為

↓

警察（捜索・検挙・送検）

↓→起訴前鑑定（刑訴法 81 条：被疑者の観察のための収容；最高 6 週間まで）

↓→仮収容（刑訴法 126a 条：1 項「責任無能力又は限定責任能力（刑法 20 条・21 条）の下に、違法な行為を行った者で、かつ、精神病院又は禁絶施設への収容が命ぜられると思料される緊急の事由がある場合には、裁判所は、公共の安全に必要であるときは、その者を収容命令によって精神病院又は禁絶施設への仮収容に付することができる」）

↓→不起訴→検事局の独立「保安処分」請求権（刑訴法 413 条）「検事局は、行為者(Tater)の責任無能力又は訴訟無能力により刑事手続を遂行しない場合には、独立して改善・保安処分を言い渡すことが法律上許され、かつ、捜査の結果によりそうした（裁判所）の命令が期待されるときは処分を（裁判所）に請求することができる（414 条の保安手続=Sicherungsverfahren による）裁判所の独立命令（刑法 71 条）による。

起訴

↓→起訴法定主義（刑訴法 152 条）／わが国の起訴便宜主義（刑訴法 248 条）

裁判

↓→司法鑑定（刑訴法 246a 条＝医師たる鑑定人（刑法 20 条・21 条：行為と責任の同時存在の原則）

→ 処分の命令：(1)精神病院収容処分（刑法 63 条＝無期限）、(2)禁絶施設収容処分（刑法 64 条＝2 年間）、(3)保安監置施設収容処分（刑法 66 条＝原則 10 年、無期限に延長可）

仮退院→必要的「行状監督」の付与（原則 5 年、無期限も可）