HOKUGA 北海学園学術情報リポジトリ
学校法人北海学園
北海学園大学
北海商科大学

タイトル	薬物使用障害者による自己使用罪の有責性とそれに見合った処遇についての試案
著者	飯野，海彦
引用	北海学園大学法学部50周年記念論文集：159-186
発行日	2015-03-15

Hokkai-Gakuen Organization of Knowledge Ubiquitous through Gaining Archives.

薬物使用障害者による自己使用罪の有責性とそれに見合った処遇についての試案

飯野海彦

一・はじめに

平成二五年版犯罪白書によれば、平成二四年の覚せい剤取締法違反検挙人員は、一一、八四二名である。[1] 平成九年に年二万人近くに達した覚せい剤取締法違反検挙人員が、平成一三年以降減少に転じたものの、平成一八年以降、この年一二、〇〇〇人前後の検挙人員数で推移しつづけている。この年一二、〇〇〇前後の覚せい剤取締法違反検挙人員に占める営利犯の割合は五％ほどで、殆どが自己使用犯乃至使用のための所持犯である。[2] そして、覚せい剤取締法違反検挙者に占める同一罪名再犯者は平成二四年で六二・一％に上り、一般刑法犯全体の一四・八％、刑法犯の中でも比較的再犯率が高いと思われる窃盗罪の一九・四％と比べても非常にその再犯率が高く、覚せい剤取締法違反は、最も再犯率の高い犯罪であると言えよう。[3] これは、刑罰の威嚇をもってしても、覚せい剤の乱用を根絶出来ないことを示し、わが国は、戦後のヒロポン流行に始まり、ヘロイン、有機溶剤乱用等の乱用期を、法的規制の強化と徹底した取締りという厳罰主義の薬物対策で乗り切り、薬物問題が世界的に見て比較的によくコントロールされている[4]という「神話」

が崩壊し、薬物犯罪に対する刑罰の特別予防機能不全を意味するものといえよう。平成二六年四月に薬事法改正により、「危険ドラッグ」の所持や使用が禁止され（薬事法七六条の四）、処罰されるようになった（同八四条）になったものの、取締のみを用いた対応では覚せい剤同様の再犯率となるのではないか。このため、従来の取締一辺倒の薬物対策では不十分であることが自覚され、薬物乱用対策本部平成二〇年七月策定の「第三次薬物乱用防止五か年戦略」や薬物乱用対策推進会議平成二二年七月策定の「薬物乱用防止戦略加速化プラン」においては、再乱用防止のための行政機関及び民間団体の間の連携強化や薬物依存（使用障害）[5]・中毒者の治療・社会復帰の支援及びその家族への支援の充実強化が目標に掲げられている。

薬物事犯の再犯率の高さは、薬物犯罪の犯罪面のみに着目し、物質使用障害という疾病面を軽視した処遇による失敗を表すものであり、刑罰による威嚇をもって人々を規制薬物乱用から遠ざけるのは当然のこととして、使用障害に陥った者に対しては、確実な治療が必要である。そのため、上述の「薬物乱用防止戦略加速化プラン」等は、再乱用防止のための使用障害治療支援を盛り込むに至ったものの、年間一二、〇〇〇名前後という覚せい剤取締法違反検挙人員に変化はない。その原因として考えられるのは、第一に、規制薬物使用障害者に対し、治療を強制する制度が我が国に殆ど存在しないことである。薬物事犯として検挙されても、初犯者の場合、殆どが保護観察なしの単純執行猶予で薬物のある社会へ戻され、ケースによっては即決裁判手続で処理されるため、一カ月にも満たずに身柄拘束が解かれてしまう[6]。保護観察付執行猶予であれば、特別遵守事項としてのプログラムの実施を義務付けることも可能であるものの（更生保護五一条二項四号）、単純執行猶予判決で自由の身となった者が、物質使用障害であるという病識がない場合に、治療へと結びつけることは難しい。再犯により実刑判決を受けた者については、監獄法改正により制定された刑事被収容者処遇法一〇三条二項一号による受刑者に対する特別改善指導として、治療プログラムを強制するこ

とは可能である。しかし、これも一単元五〇分、一二単元で終えるもので、[7] 使用障害を克服するには不十分である。そして、刑期満了後、司法・矯正機関は、元受刑者に何も強制することができない。そして、第二の原因は、回復はあっても治癒はないと言われる物質使用障害に対する根本的治療法がないと思われてきたことであろう。

物質摂取反復のメカニズムを解明し、回復でなく治癒が可能であるとして注目されている（あるいは反撥を買っている）のが、下総精神医療センター薬物依存治療部長である平井愼二医師が発見した条件反射制御法である。

本稿は、この条件反射制御法を紹介し、刑事司法における薬物事犯の処遇をそこで主張される「ヒトの行動原理」に叶った――物質使用障害という疾病面の克服でもある――ものへと方向づけるべく、一試論を示そうとするものである。

二．条件反射制御法について

(1) 原理、技法及び主張

薬物犯罪や性犯罪等に関るヒトの好ましくない嗜癖行動に対する治療法としての認知行動療法に対し、条件反射制御法はまだ市民権を得たとはいえず、まして法学分野の文献で紹介されることは殆どなかった。それゆえ、先ず、平井医師の提唱する条件反射制御法の原理、技法及び主張をいささか長くなるものの紹介する。[8]

ヒトは第一信号系（先天的反射連鎖および後天的反射連鎖が作動するシステムであり、三八億年前に地球に生命が誕生して以来、種を保存する方向に働き、ヒトにもそれ以外の動物にもある。動作と気分と自律神経を司る）と第二信号系（評価、予測、計画、決断等の思考が作動するシステムであり、数百万年前にサルからヒトに進化した時に加

わり、ヒトのみにある）が協調して、あるいは摩擦の後にいずれかが優勢になって行動を実現する。理性的な判断は第二信号系が行い、第二信号系の作動性が第一信号系の作動性より強いとき、理性的な判断に従って行動できる。第一信号系は、多種多様な「思考」を行う第二信号系と異なり、「梅干し」というと唾液が出るように、一つの刺激に対し一つの行動が決まっており（定型的）、「適応行動」と司る。

そして、環境への適応が進む現象が「進化」である。生物は、防御、摂食、生殖のいずれか、あるいはそれらにつながる行動を行い、成功すると「生理的報酬」を獲得する。生理的報酬は、その前に起こした神経活動が再現されるよう定着させる効果を持つため、個体はまた同じ行動を再び行ってしまうこととなる。失敗した場合は不適応行動ゆえ、同種行動は再現されない。パブロフによれば、環境からの刺激に対応し、ある行動により生理的報酬を得ることに成功すると、そのパターンが神経活動に組み入れられ、遺伝子に蓄積されるという（能動的進化）。

生理的報酬は、自然界では防御、摂食、生殖に関するもののみであるものの、人間界では薬物によってもそれが生じることとなる。覚せい剤購入資金の準備、売人への連絡、注射器の用意、摂取、覚醒剤が脳へ達して生理的報酬という一連の行動を繰り返すたびに、ドミノ倒しのドミノが成長するように第一信号系へ蓄積される（反射連鎖）。この反射連鎖を持った者は覚醒剤の刺激のないところでは全くおとなしいにもかかわらず、刺激があると考えなしに身体が行動してしまう。精神病院への入退院や刑務所での服役を繰り返して、絶対に覚せい剤をやらないと思っている者も、覚せい剤を目にしたとき、共にヒトの動作を司る第一信号系と第二信号系とで摩擦が起こり、覚せい剤を常用していた者の場合、処罰を恐れて止めようとする第二信号系を振り切り、第一信号系によって設定された通りに行動が起こり、覚せい剤を使ってしまう。刑事法体系がいう一つの言葉で表す「意思」は、第一信号系と第二信号系の二つがあり、時には協調して行動するものの、両者が摩擦した場合、一〇〇〇回目使用した覚せい剤乱用者の場合、第一

信号系が優勢となり、第二信号系の命じる行動を変更して行動を起こす。これは自由な思考ではない。すなわち、一〇〇〇回目の覚せい剤使用は、行動制御能力がないため有責でない。

そこで、第一信号系に働きかけて、覚せい剤を使用する反射連鎖を止める必要がある。その方法の一つは、定型的反射をもっと強い反射で止めること。もう一つは、第一信号系に蓄積されたドミノ倒し（定型的反射連鎖）を弱くすることである。反射を止める方法は、「私は今覚せい剤をやれない」と「おまじない」を唱え（「キーワードアクション（KWA）」）、二〇分以上の間隔で一日に二〇回、二週間で二〇〇回繰り返すと、覚せい剤を使用したくとも使用できないことを体験し、生理的報酬がないため不適応行動となり、おまじないの後の神経活動が弱まって、おまじないの刺激が強まり、これを繰り返すことで「負の刺激」に成長、後に覚せい剤に関連する刺激が入っても、負の刺激（おまじない）で欲求を止めることが出来るというもの。この現象の理屈は、定型的行動が始まっても、この刺激があると進化を支える生理的報酬がないこととなり、進化を支えない神経活動は中断されるということ。もう一つの、定型的反射連鎖を弱める方法は、生理体報酬を除去して定型的行動全体を不適応行動に変えるというもの。針のない注射器による疑似注射を行うと、最後の報酬がないため、覚せい剤摂取に向けた注射等の定型的行動が不適応行動となる。これを繰り返すと、定型的反射連鎖のドミノが小さくなっていき、「進化を支えない神経活動は抑制される」という理屈で、最後には覚せい剤に対する欲求はなくなる。

ヒトは第一信号系と第二信号系をともに有するので、覚せい剤を止める社会制度（社会統制手段）は双方に効果が届くものでなかればならない。援助側は治療等の援助のみ、取締処分側は刑罰による法の抑止力のみを用いようとする。しかし、取締処分側は、法の抑止力も治療・訓練等も矯正しなければならないし、援助側は、法による抑止力も提供しなければならない。これを「∞型連携」という。

一九〇七年に制定された刑法は、「理性でヒトが行動する」と考えている。治療者も一部はそのように考えている。しかし、これは誤りで、これまで述べたことを前提とした新たな制度を作るべきである。

そして、一〇〇〇回目の覚せい剤自己使用は有責性が無いため、そのままでは処罰できないため、覚せい剤に関する刺激のない状態、すなわち完全責任能力のある状態で治療を受けない不作為を処罰するべきであるとする。

(2) 若干の課題

最後の治療を受けないという不作為犯としての処罰の主張については、主張者が法律の専門家でないため、治療を受けない不作為により覚せい剤の自己使用が実現してしまったことを不真正不作為犯として処罰するという意味であるのか、治療を受けないことそのものを真正不作為犯とする立法的主張であるのか、定かでない。

ただ、完全責任能力の状態で治療を受けないことにより、覚せい剤に関する刺激が入った際に責任無能力となって自己使用の罪が実現してしまうのであれば、これはのちに検討する「原因において自由な行為」による理論構成の方が馴染むのではないか。あるいは、不真正不作為犯として、治療を受けないことと覚せい剤摂取の構成要件的同価値性を論ずることの違和感より、これも種々検討課題が生じるものの「治療を受けない罪」真正不作為犯を創設せよという立法論の方が、罪刑法定主義の派生原則である明確性の原則からも受け入れやすいのではないかと考える。

三．一〇〇〇回目の薬物自己使用の有責性と処罰

(1) 責任能力判断の困難さ

わが国の刑事司法における責任能力の判断基準は、大審院以来「心神喪失ハ精神ノ障礙ニ因リ事物ノ理非善悪ヲ弁識スルノ能力ナク又ハ此ノ弁識ニ従テ行動スル能力ナキ状態ヲ指称シ心神耗弱ハ精神ノ障礙未タ上叙ノ能力ヲ欠如スル程度ニ達セサルモ其ノ能力著シク減退セル状態ヲ指称スルモノトス」[9]とし、生物学的要素としての精神障害、根深い意識障害、精神薄弱もしくは重大なその他の精神的変性等、精神の障害と並んで、心理学的要素としての及び制御能力とを判断する混合的方法による。

条件反射制御法の前提は、一〇〇〇回目使用した覚せい剤乱用者の場合、第一信号系が優勢となり、刑罰の威嚇により第二信号系が中止と命じる行動を変更して行動を起してしまうゆえ、自由意思でなく、所謂制御能力に欠けるため有責でないとするものである。

この前提は、自然科学、あるいは医学・生物学的な見解としては正しいかもしれない。しかし、一方で刑事法学からは大きな反発が予想され、他方、法による抑止力があってこそ機能する「∞型連携」も、規制薬物を自己使用しても犯罪とならない場合があっては機能しなくなる[10]。

この問題解決を困難ならしめる（ある意味、簡単に処理してしまうともいえる）事由の一つとして、判例実務における責任能力判断の厳しさを上げることが出来よう。

判例は、「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って専ら

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」とする。[11]

この判例は、鑑定人を「釈迦掌上の孫悟空」にすることを宣言したとの評価があり、[12]生物学的要素（たとえば診断）についても裁判官が最終的な判断をしてよいということであると批判されている。[13]すなわち、医師である鑑定人が、医学上の立場から、一〇〇〇回目の覚せい剤自己使用について責任能力が無いと診断したとしても、裁判官は治安維持の観点からこれを責任能力ありと判断することが可能となる。

また、最決昭五三年七月三日は、被告人が犯行当時精神分裂病（現、統合失調症）に罹患していたからといって、そのことだけで直ちに被告人が心神喪失の状態にあったとされるものではなく、その責任能力の有無・程度は、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活状態、犯行の動機・態様等を総合して判定すべきであるとしている。[14]この判例には、疾患分類が一義的に責任能力を決定する不可知論に基づく慣例を否定したと一定の評価のある一方で、精神障害の診断を大筋で認めながら、犯行の動機や行動が病的で不自然なものとは考えられないとして心神喪失を否定。この決定以降、生物学的要素よりも心理学的要素が重視され、責任無能力の範囲が狭められたとの批判がある。[15]

わが国の責任能力判断は、このように従来から非常に厳しく判断されてきたのであった。[16]

近年の判例でも、いわゆる渋谷セレブ妻による夫バラバラ殺人事件において東京高判平二二年六月二二日[17]は、責任能力について、責任能力の有無・程度の判断は法律判断であって、その前提となる生物学的、心理学的要素についても究極的には裁判所の評価にゆだねられるべき問題であるから、裁判所は、特定の精神鑑定の意見の一部を採用した場合でも、当該意見の他の部分に事実上拘束されることなく、被告人の犯行当時の病状、犯行前の生活等の状態、犯行の動機・態様等を総合して責任能力の有無・程度を判定できると解されるところ、原判決が、一審鑑定中、本件各

犯行当時行動制御能力を喪失していた合理的疑いがあるとする心理学的要素に関する意見を採用しなかったのは、「（鑑定人の意見を）採用し得ない合理的な事情」があったからであり、その判断手法に誤りはないとしている。この事案では、検察・弁護側双方が推薦する二名の鑑定人が二名共に、被告人が、短期精神性障害にり患し、犯行時、適切に状況を判断し行動を制御することが難しい状態にあったとしたにもかかわらず、当判決は「責任能力については、総合的に検討した法的判断によって最終的に決定する。責任能力の判断は鑑定結果に拘束されない」として鑑定結果を採用せずに完全責任能力を認めた原判決[18]を支持したのであった（控訴審鑑定は完全責任能力を肯定）。

一方、近年最高裁は、最判平二〇年四月二五日において、「生物学的要素である精神障害の有無及び程度並びにこれが心理学的要素に与えた影響の有無及び程度については、その診断が臨床精神医学の本分であることにかんがみれば、専門家たる精神医学者の意見が鑑定等として証拠となっている場合には、鑑定人の公正さや能力に疑いが生じたり、鑑定の前提条件に問題があったりするなど、これを採用し得ない合理的な事情が認められるのでない限り、その意見を十分に尊重して認定すべき[19]」とし、責任能力判断が法的判断であるとする従前の判例にある意味修正を加え、あるいは限定を付したことは、一筋の光明と言えようか。

「覚せい剤常用者による一〇〇〇回目の摂取」は、違法性の認識はあっても（弁識能力あり）、第一次信号系条件反射により制御不能（制御能力なし）故、責任能力がないという主張は、世間一般や刑事司法関係者には受け入れがたいのではないだろうか。そもそも、精神障害だからと、罰を免れたり軽くされたりする責任無能力制度が国民のコンセンサスや生活実感と簡単には馴染まないと言われる[20]。刑罰の目的が応報であるならば、その前提として非難を根拠づける責任能力が必要であるとしても、国民一般はどこか結果責任的に考えがちである。責任能力判断に厳しい判例実務の態度は、ある意味、裁判員制度を採用するまでもなく、国民の「常識」に寄り添っているものであると言える。

ここで、物質使用障害が進行した薬物常用者でも、警察官の前では一〇〇〇回目の摂取を行わないであろうから、制御能力があるのではないかとの反論が予想される。しかし、警察官を視認しつつも摂取してしまう例を聴いており、薬物摂取行動を強力に条件付けられているヒトは、一度スイッチが入ってしまうと、第二信号系は動こうとしても、完全に第一信号系による反射行動に負けているのである。薬物摂取行動がこれと殆ど同様の程度に強力に、しかし、少しだけ弱く条件付けられているヒトが警察官を視認して摂取行動が止まる場合は、第二信号系が動こうとしてやっと動いているものの、第一信号系の作動をどうにか止められており、呼吸は荒く、動機は激しく、立っているのもやっとの恐慌状態にあり、物質摂取行動を進めない目的などは明確に意識など出来ない状態であって、いわゆる心神耗弱といえるのである。

(2) 原因において自由な行為の理論による処罰

そこで、一〇〇〇回目の覚せい剤常用者による自己使用に有責性が無いことを前提とするとして、原因において自由な行為の理論（actio libera in causa）により、責任能力のある状態での原因行為により結果行為である一〇〇〇回目の自己使用行為の処罰を根拠づける方策が考えられる。

私はかつて、覚せい剤を摂取すれば、将来自己の意思で摂取を止められなくなることを認識しながら覚せい剤を摂取する一回目の自己使用を原因行為として、一〇〇〇回目の自己使用を処罰する立論を試みた[21]。しかし、それでは原因行為と結果行為との間にあまりにも時間的隔たりがありすぎて、一回目の自己使用を原因行為とするには、結果発生の確実性に欠けるものであった。

では、覚せい剤に関する刺激が入ると、それを違法と認識しつつ制御できずに自動的に摂取してしまうほど摂取行

動が強力に条件付けられた常用者であっても、覚せい剤に関する刺激のない状態にあるときは責任能力が備わっているのであるから、責任能力のある時に治療を受けない不作為を原因行為と考えることはできないであろうか。

原因において自由な行為について、学説としては当初、行為と責任の同時存在の原則を堅持しつつ、責任無能力状態の自分を「道具」として利用し、犯罪を実行したものとする「道具理論」が主張された[22]。しかし、実行の着手時期が早すぎて、酔いつぶれて寝てしまった場合も原因行為がなされた以上殺人未遂罪が成立する、心神耗弱の場合は「道具」たりえないので適用できない、といった批判があり、また、実際に起きた事例では、責任無能力状態を利用する意思が認められない場合があった。その一つが最高裁が初めて原因において自由な行為の理論を認めた最決昭二八年一二年二四日の事例であり[23]、麻薬中毒者である被告人が麻薬の資金を得るために座布団・衣類を持ち去った行為が、（当時の）麻薬取締法四条四号「麻薬中毒のため公安をみだし、又は麻薬中毒のため自制心を失うこと」にあたるとされた事案で、「右自制心を失つた行為の当時には被告人に責任能力がなくとも、麻薬を連続して使用する際被告人に責任能力があり、且つ麻薬の連続使用により麻薬中毒症状に陥ることについての認識（未必の認識）があれば、いわゆる原因において自由な行為として、処罰することを得る」としている。但し、この判例に対しては、被告人が座布団を持ち去った行為を窃盗罪として処罰したものではなく、自制心を失った行為をするという特殊な犯罪の成立を認めたにすぎず、また、この事案では、持ち去り行為の時点で被告人が心神喪失乃至耗弱であったことは積極的に認定されておらず、さらに、「麻薬の連続使用により麻薬中毒症状に陥ること」について事前に認識があれば足りるとして、処罰対象行為についての認識を要求していない点で、原因において自由な行為の理論を故意犯に適用したものとしては問題があるとも指摘されていることを付言しておく[24]。また、心神耗弱状態における酒酔い運転の事例である最決昭四三年二月二七日[25]は、被告人が自動車を運転してバーへ行って三～四時間くらい飲酒し、自己の自動車保管場所に引

き返そうとしたが、アルコールの影響により正常な運転ができないおそれがある状態で自己のものと取り違えてA所有の自動車を運転した事案で、「酒酔い運転の行為当時に飲酒酩酊により心神耗弱の状態にあったとしても、飲酒の際酒酔い運転の意思が認められる場合には、刑法三九条二項を適用して刑の減軽をすべきではない」としている。

その後、行為と責任の同時存在の原則を修正する見解が登場し、有力となる。すなわち、実行の着手時期は結果行為時に求めつつ、原因行為時の意思決定が結果行為維持に実現したならば責任避難は可能であるとする見解である。但し、意思決定段階で責任能力があればよいのではなく、結果行為が原因行為時の意思決定に基づいて行なわれたか否かが重要で、原因行為時における意思と結果行為における意思との間には意思の連続性が必要だとし、結果行為は原因行為時の自由な意思決定の実現過程であることを根拠として完全な責任を認めるものである。[26] また、責任非難は違法な行為をなす最終的な意思決定に対して向けられ、その時点で責任能力があれば、実行行為を含む「行為全体」に対して責任を問いうるとの説明も有力である。[27] 判例も、原因時の意思が行為時に連続・実現されたものであるか否かを基準として、責任能力があった当時の犯意が継続実現された場合の有責性を肯定する。例えば、大阪高判昭和五六年九月三〇日[28]は、覚せい剤の自己使用・所持について、「責任能力があった当時の犯意が継続実現された」ものであるとして完全責任能力を認めている。すなわち、覚せい剤を譲り受け、注射したときには責任能力があり、その際、今後もなお「反復して覚せい剤を使用する意思」のもとにこれを所持し、注射したのであるから、その所持も注射も当初の反復して使用する意思――犯意が継続実現されたというのである。この大阪高裁判例の考え方に立てば、一回目の覚せい剤摂取を原因行為として一〇〇〇回目の摂取の可罰性を肯定することは可能と言えそうである。しかし、「同時存在の原則」の無限定な修正は、「同時存在の原則」による責任主義の保障を失わせるものである。[29] それゆえ、原因行為を一〇〇〇回目の覚せい剤摂取前の責任能力のある状態で治療を受けないという「不作為」に求めるのであ

る。

しかし、「不作為」を原因行為として、原因において自由な行為として故意犯の成立を肯定できるのであろうか。

過失犯事例においては、不作為を原因行為として結果行為の処罰を認める判例が存在する。最大判昭二六年一月一七日[30]は、酩酊中他人に暴行を加える習癖のある者が自ら招いた酩酊により心神喪失状態となり、人を殺傷した事案について、多量に飲酒するときは病的酩酊に陥り、よって心神喪失の状態において他人に犯罪の害悪を及ぼす危険のある素質を有することを自覚する者は、心神喪失の原因となる飲酒を抑止又は制限する等前示危険の発生を未然に防止するよう注意する義務があるにも関わらず、これを怠ったとして過失致死罪の成立を認めている。また、大阪地判平元年五月二九日[31]は、飲酒による業務上過失致死傷事件において、事故発生時点では酩酊による心神喪失乃至心神耗弱の状態にあったと認定しつつ、飲酒の時点において酩酊に陥らないよう飲酒量を抑制すべき注意義務を認め、完全責任能力を肯定している。過失犯の実行行為が客観的注意義務に違反して行った作為・不作為である以上、原因行為時に「〇〇すべき注意義務違反があったにもかかわらず、それを怠った」と認定する判示は当然と言えよう。

これに対し、故意犯について不作為を原因行為とする原因において自由な行為理論を適用する判例は見当たらない。上述の大阪地判平元年五月二九日も、同時に問われた故意犯である酒酔い運転の罪については、飲酒開始時に酒酔い運転をすることになるかもしれないことを認識・認容していたのであり、責任能力に欠けるところのなかった飲酒開始時における未必的な酒酔い運転の故意に基づくもので、その飲酒行為が原因となったものと認められるから、いわゆる原因において自由な行為の理論によって、被告人は本件酒酔い運転についても完全責任能力者としての責任を負わなければならないとしている。ただ、原因行為時の故意は結果行為時の故意と連続していることを要し、犯罪的結果が原因行為時の自由な意思決定に基づく故意によって惹起されたのであれば（連続型）完全な責任を問うことがで

きるのであり、自己の心神喪失または心神耗弱状態を利用して犯罪を実現するという意思は必ずしも必要でなく、[32]そして、故意の内容が結果行為発生を認識・任用するもので十分であるならば、覚醒剤の九九九回目の摂取後、次に覚せい剤に関する刺激が入れば必ずまた自己使用することを認識・認容しつつ治療を受けないという不作為を原因行為として原因において自由な行為による一〇〇〇回目の自己使用の有責性を肯定することは可能なのではないか。但し、不作為を原因行為とすることについて、不作為犯論と同様の更生で作為義務の存在等を前提としなければならないのであれば、それについては更なる論証を必要としよう。

もっとも、前田教授によれば、弁別・行動能力により、結果を生ぜしめたと評価し得るかは、責任能力の存在していた時点で、結果の発生に向けられた行為を実質的に開始したと言えるかによるものの、例外的に、責任能力を有するときには着手があったとはいえないが、「無能力の状態における結果行為と一連の行為」が、責任能力の存在する時点で既に開始されたと考えられる場合が存在するという。例えば、原因行為が行われれば結果行為がほぼ自動的に行われる場合で、責任能力が限定される事態を想定した飲酒運転等の特殊な構成要件の場合には、原因において自由な行為を用いるまでもなく、完全な犯罪の成立が認められやすいとされる。[33]覚せい剤の摂取行動が強力に条件付けされたヒトは、治療を受けないという不作為があれば、自己使用という結果行為が自動的に行われる。覚せい剤の自己使用を禁止する覚せい剤取締法一九条（処罰規定は四三条の三　一項一号）がそもそも乱用を繰り返して責任能力が限定されている事態を予定した規定であるならば、そのような理論構成も可能であろう。

(3)　治療を受けない不作為の処罰

一〇〇〇回目の覚せい剤自己使用について責任能力が無いとした場合の処罰について、原因において自由な行為に

よる論証を試みたものの、あまり成功したとは言えない。そこで、平井医師が立法論として提唱する治療を受けないという不作為の犯罪化について、刑事法の専門家としての観点から少々検討を試みる。

「治療義務違反罪」は、治療を受けない不作為（義務違反）を構成要件とする真正不作為犯とし、法定刑は、重いという意見が存するものの自己使用罪と同等の一〇年以下の懲役としよう。

まず、罪刑法定主義の見地から、「治療義務」の義務内容の明確化が要請される。①医療機関での治療を義務付けるのか、あるいは、ダルクのような自助団体（グループ）での回復プログラムを受けるのでもよいのか。②治療途中で逃げ出すことも処罰対象としなければ意味がないとはいえ、「治癒」乃至「回復」と認められるまで治療を受けることを義務付けるのか、そうであれば、メサドンによる治療を必要とする例のように、どうしても離脱できない場合にはどうするのかという問題が生じよう。そして、後述の自己使用罪との罪数関係により、責任無能力状態に至るまでの自己使用をある意味不問に付すこととなることに反撥は生じないかとの懸念も生じる（自己使用について責任能力のある段階での使用を別件として立件することも理論的には可能とはいえ、証明等の問題があろう）。

次に、治療義務違反罪と自己使用罪との罪数関係が問題となる。両立（双方の罪が成立）とみるか、非両立（一方の罪が成立すれば他方の罪に問えない）とみるか、そして、両立の場合、自己使用について責任能力を有する段階において、自己使用罪および治療義務違反罪の双方に問われるのかという問題である。これは、治療義務違反の罪が、強く摂取行動を条件付けられ、自己使用について責任無能力となる場合にのみ成立するものとすれば、解決する。

すると、両者は非両立関係にあるとして、新たな問題――両者の篩い分けの問題が生じる。検察官は、被疑者を自己使用罪か治療義務違反の罪のいずれか一方で起訴しなければならないところ、そのためには自己使用についての責任能力判断のために鑑定が必要となる。本鑑定には、通常二～四か月の期間を要し、鑑定留置（刑訴法二二四条、一

六七条）を伴うため、被疑者の未決のままでの身柄拘束が長引くこととなる。それは条件反射制御法であれば、かなりのステージへと進める期間である。また、一件当たり四〇～五〇万の費用もかかり、自己使用罪で検挙された被疑者すべてに鑑定を実施することは現実的とは言えないのではないだろうか。簡易鑑定であれば、時間は数時間で費用も数万円で済む。しかし、確実性に欠けることとなる。但し、自己使用罪と治療義務違反罪とが非両立関係にあり、公訴事実の同一性の範囲にあるのであれば、訴因変更は可能である（刑訴法三二一条一項）。とはいえ、この場合も公判鑑定（刑訴法一六五条以下）が」必要となれば、起訴前鑑定と同様の問題は生じよう（もっとも、件数は少なくなる）。前述のように、昭五九年最高裁決定が不可知論に基づく慣例を否定した以上、責任能力の判定は、より詳細かつ正確である必要がある。

自己使用の再犯を繰り返している者や、初犯でも供述等から薬物の長い使用歴が伺われる者については、強力に薬物摂取行動が条件付けられていることが予想され、篩い分けがやや容易となるであろう。初犯者の場合、起訴猶予を用いて、治療の義務付けと篩い分けの一石二鳥を狙うことも考えられよう。初犯者を起訴猶予として、治療と定期的な薬物検査を義務付け、薬物から完全に離脱したと判断されれば不起訴処分とし、薬物検査で陽性反応が出れば、起訴するものとする。

保護観察所では、覚せい剤事犯者に対する簡易薬物検査を実施しており、これには義務的なものと任意のものとがあるところ、特別遵守事項による検査義務付けが、処遇プログラムの一部として実施されているとのことである。薬物検査で陽性反応を出す対象者の割合は、平成二五年度で、義務的検査では一六四〇名中一二名、任意の場合は三三〇八名中一一名であった。陽性反応の場合は即警察へ通報する厳しい運用となっているため、薬物を使用したら検挙されることが容易に想像できるにもかかわらず、リラプスの起こる少数の対象者がおり、彼らは行動制御能力が弱い

のではないかという指摘がある。[34] このことから、起訴猶予と薬物検査とを組み合わせることで、自己使用に対して行動制御能力が無い――治療義務違反の罪となる者のスクリーニングがある程度可能であると言えるのではないだろうか。

四．判決による薬物事犯処遇のコントロール

(1) 判決による処遇コントロールの主張

私は、規制薬物摂取の常習者を検挙すれば裁判において争点とする事項は、その者に対して強制する、思考へ働きかける刑罰の内容と期間、並びに後天的反射連鎖に働きかける条件反射制御法およびその他の治療や訓練の内容と期間であるとし、判決で常習者に相応しい処遇をコントロールすべきことを主張する。現在の刑事司法は、規制薬物の使用に対して、主として刑罰により対応している。刑罰は、評価や計画、予測、決断等の機能を持つ第二信号系に働きかけるものであるので、第一信号系の無意識的な反射連鎖で司られる物質使用障害や放火、窃盗、性犯罪などの行動には効果が低い。刑事司法が再犯を防止する効果を持つ――特別予防機能を果たすためには、反復する同一の違法行為を犯したヒトの何を有責とするのかを見直し、処遇の方針を刑罰だけでなく、治療及び社会復帰訓練を強制する方向に変わるべきである。[35]

判決で処遇内容をコントロールするのであれば、治療や社会復帰訓練を法的強制力を持って義務付けることができるうえ、判決内容には当事者である被告人の主張もときにより反映されるので、好ましからざる嗜癖行動の主体的克服にも繋がると考えるのである。

(2) 判決の内容

有罪判決について法定されている判示事項は、主文（刑訴法三三三条、三三四条）では、主刑、刑の執行の減軽または免除、未決勾留の算入、労役状留置、刑の執行猶予、保護観察、補導処分、没収、追徴、被害者還付、仮納付、訴訟費用の負担、公民権の停止又は停止期間の短縮であり、判決理由（刑訴法三三五条）では、罪となるべき事実、証拠の標目、法令の適用、累犯前科および確定裁判、同条二項の法律上犯罪の成立を妨げる事由および法律上の刑の加重減免事由に関する当事者の主張に対する判断のみである。実は、量刑の理由も法定判示事項ではなく、当事者の納得・量刑の重要性に鑑みて実務上付されているだけである。[36]

裁判所は、宣告刑として、懲役、禁固何年と決めるだけで、その後の処遇については、矯正施設側に委ねられている。

執行猶予中保護観察に付する場合は、判決主文で言渡さねばならず（刑訴法三三三条二項）、裁判長は、保護観察の趣旨その他必要と思われる事項（更生保護法五〇条（一般遵守事項）・五一条（特別遵守事項）及び刑法二六条の二　二号（遵守事項違反の際の執行猶予取消）等を説示しなければならないことになっている（刑訴規則二二〇条の二）。実務では、説示の確実を期する為に、説示事項及び保護観察所の所在地の地図を印刷した書面を被告人に交付する裁判所もあるほか、「特別の説示事項」「執行を猶予した情状」など必要最小限度の事項を記載した保護観察言渡し連絡票を作成して被告人に交付し、保護観察所へ出頭する際にこれを持参させることも行なわれているそうである。[37]そして、更生保護法五二条四項は、「保護観察所の長は、保護観察付執行猶予者について、その保護観察の開始に際し、法務省令で定めるところにより、刑法第二五条の二第一項の規定により保護観察に付する旨の言渡しをした裁判所の意見を

聴き、これに基づいて、特別遵守事項を定めることができる」とし、同四項は、「保護観察所の長は、前項の場合のほか、保護観察付執行猶予者について、法務省令で定めるところにより、当該保護観察所の所在地を管轄する地方裁判所、家庭裁判所又は簡易裁判所に対し、定めようとする又は変更しようとする特別遵守事項の内容を示すとともに、必要な資料を提示して、その意見を聴いた上、特別遵守事項を定め、又は変更することができる。ただし、当該裁判所が不相当とする旨の意見を述べたものについては、この限りでない」と定めるので、少なくとも、保護観察付執行猶予対象者に関しては、その処遇について裁判所が関与できる余地がある。但し、その先、条件反射制御法をその処遇に取り入れさせるためには、その手法、処遇を施す施設について、法務大臣のお墨付きが必要である（更生保護法五一条四項・五項参照）。

実刑判決を言渡す場合は、前述の通り、処遇内容の決定は矯正機関に委ねられており、例えば、判決理由中に「こういった処遇が望ましい」と記載しても、刑を執行する刑事施設を拘束するものとはならない。

ところで、二〇一三年六月に刑法改正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の成立により導入が決まった「刑の一部執行猶予制度」は、これまでの刑事収容法に基づく刑事施設内での薬物使用障害回復プログラムではなく、刑の執行猶予中に社会内にあっても刑務所行きという刑事司法のもつ強制力をもって薬物使用障害回復プログラムへの参加を強制できるものとして期待されている。刑の一部執行猶予は、薬物使用等の罪を犯した者が、その罪又はその罪及び他の罪について三年以下の懲役又は禁錮の言渡しを受けた場合において、犯情の軽重及び犯人の境遇その他の情状を考慮して、刑事施設における処遇に引き続き社会内においても規制薬物等に対する依存（使用障害）の改善に資する処遇を実施することが、「再び犯罪をすることを防ぐために必要であり、かつ、相当であると認められるときは、一年以上五年以下の期間、その刑の一部の執行を猶予することができるものとする」

られることとなった。

（刑法二七条の三　一項）[38]もので、再犯防止のための当該制度適用の必要性及び執行猶予期間等の判断は裁判所に委ね

(3)　判決前調査制度の必要性

刑の一部執行猶予制度導入により、裁判所は、被告人が犯した罪の性質や犯行態様と被告人の社会内での状況を前提にした、再犯可能性の客観的な予測を通じて、一部執行猶予の可否を判断しなくてはならなくなり、この客観的予測を充実させるために、裁判所に被告人に関る情報を集約させる必要が生じることとなった。[39]そのため、当該制度の導入が検討されていた段階から判決前調査制度を導入すべきとの意見が出されていた。[40]

私は、刑の一部執行猶予の場合のみならず、保護観察付執行猶予判決を言い渡す場合、更には、実刑判決を言い渡す場合にも判決内容で処遇内容についても定めることにより処遇の個別化を進めるべきと考える。そのために、現在刑事収容法に基づいて刑事施設で作成している処遇要領（刑事被収容者処遇法八四条。必要に応じて、医学、心理学、教育学、社会学その他の専門的知識及び技術を活用して行われている（同条五項））の作成権限を裁判所側に委譲することになり、その前提として判決前調査制度導入の必要性を主張するものである。

判決前調査制度（presentence investigation）とは、ごく大雑把にいうと、事実認定（trial）で有罪と決した後、量刑を決定する手続（sentencing）へと移り、その段階で〝court investigator〟といった機関が被告人の量刑事情に関する資料を集め、調査し、被告人に相応しい量刑と処遇とが言い渡されるというものである。

わが国では、職権主義的審判構造を有する少年保護手続きにおいて、人間行動諸科学の専門家である家庭裁判所調査官が、科学主義（少年法九条）に基づく調査を行い、少年鑑別所による資質鑑別の結果と合わせて、少年に相応し

い処遇決定に反映させる制度が存在する。刑事訴訟手続きに関しては、一九五一年に、法制審議会が「成人に対する刑の執行猶予に伴う保護観察」について答申を行う際に、判決前調査制度について、刑事訴訟法小委員会における研究の要望を出したのが、判決前調査制度に関する具体的議論としては初めてのものであった。[41] そして、一九五八年の売春防止法一部改正で補導処分が導入されるのに際し、判決前調査制度の法制化が再び検討された。最高裁に判決前調査制度協議会が設置され、その後「判決前調査制度要綱事項」が発表され、そこでは、少年保護手続の家裁調査官による社会調査をモデルとした、裁判官が一応の有罪心証を得た後に裁判所所属の調査官が調査を実施する制度創設が主張された。次いで、法務省にも一九五九年に判決前調査制度研究会が設置され、「判決前調査制度要綱試案」が作成された。そこでは、起訴猶予における制度活用も視野に入れつつ、法務省所属の保護観察官による調査の実施乃至中立的委員会制度の創設が主張されている。これに対し、日本弁護士連合会では、「判決前調査制度に関する日弁連委員会」が発足し、一九五九年に判決前調査制度は当事者主義に逆行し、職権主義に復帰せんとするきらいがあり、情状証人の取り調べを経ない点で直接主義に反する制度であるとの批判的な意見を発表した。[42] こうして、法曹三者の意見が対立したまま、判決前調査制度の法制化に関する議論はいったん終息した。

しかし、司法制度改革の中で裁判員制度創設に関連し、再び判決前調査制度や「量刑の専門家」制度を導入すべきとの提言が現れるようになった。[43] 殊に、裁判員裁判制度導入に伴う量刑のばらつきが当初より予想されていたところ、判決前調査手続きが存在しないため、再犯可能性の判断も裁判員の感覚的判断に委ねられることとなり、不必要に重い刑が容易に選択し、あるいは、執行猶予に安易に保護観察が付けられて不必要な自由の制限を招いて、再犯時の再度執行猶予の余地をなくして拘禁人口を増加させかねないと言った弊害が指摘されるのである。[44]

判決前調査制度導入にあたり、どのようなモデルを採用するかについては、当該制度が裁判所による適切な処遇選

択のための補助手段であることに鑑み、かつての最高裁判決前調査制度協議会が少年保護手続における社会調査をモデルとしたように、裁判所に調査官を設置する制度がよいと考える。[45] ただ、場合により、少年鑑別所のような機関を新たに設け、被告人と取り巻く過去・現在・未来（社会復帰後）の「環境」に関する社会調査は裁判所の調査官が、被告人の「ヒト」としての資質鑑別所は当該機関が行い、適切な処遇意見を提出するという少年保護手続のような制度でもよいと考える。

そして、調査官による処遇意見が裁判所に提出され、公判で当事者に公開された後、それに対する意見陳述、論告、弁論を行い、実刑その他の場合の処遇内容を盛り込んだ判決に至る流れとなる。判決内容に盛り込まれた処遇内容に不服がある場合に関し、これを量刑不当（刑訴法三八一条）や事実誤認（同三八二条）と並ぶ上訴の理由として法定するか、あるいは、処遇内容に対する不服のみを対象とする異議申立制度を創設することも望まれる。[46]

調査官は、家裁調査官と同様、教育学、社会学等の人間行動諸科学の分野を修めた者を採用していくことになるも、当初は、定年後の家裁調査官や鑑別所技官等を嘱託で採用して制度を回しつつ、人的資源の充実を図っていくことになろう。それとともに、当初は調査官の陣容に鑑みて、対象事件を薬物犯罪や、窃盗や性犯罪の中でも第一信号系が優勢となった好ましからざる嗜癖に基づくと思われる事件に対象を限定し、後に対象事件を拡大していくこととなろう。

(4) 現行制度の運用枠内での処遇内容申立

しかしながら、判決前調査制度の導入にあたっては、手続二分の問題をはじめ、日弁連の意見表明にもあったように量刑資料の収集にあって、直接主義・口頭主義を要求するか否か、(3)の終わりで述べたように調査官をどのような機関とするか等々山積する問題があり、[47] また、裁判官が保護観察の執行状況を監督することが多い英米と保護観察が

行政処分の一つである日本との制度的な違いから、懐疑的な意見も存在する。[48]

そこで、現行制度下における次善の策としては、最適な刑罰については取締処分側である検察官に、治療及び社会復帰については、被告人・弁護人が援助側の協力を得て、それぞれ主張・立証し、裁判所が審判する方法が考えられる。[49]あるいは、(3)のはじめに述べたように、一九五〇年代終わりに判決前調査制度法制化の是非を巡る議論が先送りとなった後、これに代わる方法として裁判所が試みたのが情状鑑定であった。当初鑑定人としては、大学教授、少年鑑別所技官等が選ばれることがあったものの、殆どが現役の家裁調査官が選任された。しかし、一九七〇年代前半（昭和四〇年代後半）頃から、家裁調査官の本業に支障をきたすおそれがあることから、この運用は行われなくなり、一九八五年頃から退職後の家裁調査官が鑑定人に選任されるようになったという。[50]

情状鑑定が必要とされるのは、主として被告人に人格障害、知的障害などの精神的障害が存在し、それが犯行に影響したことが伺われ、責任評価が困難な場合であり、情状鑑定の主たる機能は責任評価に役立つ情報を提供することであると指摘されている。[51]そうであれば、情状鑑定の実施により、覚せい剤常用者による一〇〇〇回目の自己使用が、第一次信号系が優勢となって第二信号系による制御を振り払って自動的になされたものであることが明らかにし、後天的連射反射に働きかける治療を処遇内容とすべき主張を判決に盛り込んでもらうことも可能であろう。

但し、繰り返し述べてきたように、現行法の枠内で処遇内容に判決がかかわりを持てるのは、保護観察付執行猶予判決や刑の一部執行猶予判決の言渡し時のみで、実刑判決を言い渡す場合は、「懲役（禁錮）〇〇年」とするのみである。現在の刑事司法は、規制薬物の使用に対して、主として刑罰により対応しており、刑罰として用意されている懲役について、刑法が「刑事施設に拘置して所定の作業を行わせる」（一二条二項）とのみ定めている以上、仕方のないことである。せめて、当事者による主張・立証や情状鑑定によって裁判所が組み上げた被告人の資質・環境について

の情報を基に、被告人に適切な処遇内容を判決に盛り込むことのみでも法制化されれば、判決前調査制度導入に伴う各種問題を回避しつつ、やや不完全ではあっても、刑罰の威嚇で第二信号系へ働きかけても薬物使用をやめられないヒトへの最適な処遇選択は一歩進むことになるのではなかろうか。

五．おわりに

以上述べてきたように、現行法において、覚せい剤自己使用者に対し、裁判所が判決においてある程度処遇内容に関与できるのは、保護観察つき執行猶予の場合のみであり、この場合は、特別遵守事項に薬物使用障害回復プログラムへの参加を、執行猶予取消による威嚇という強制力を以って義務付けることが可能である。しかしながら、覚せい剤自己使用者が初犯である場合、即決裁判手続により判で押したように、懲役一年六月、保護観察なしの執行猶予三年となることの弊害が指摘されている[52]。それゆえ、アパリ事務局長の尾田真言氏は、「判決を言い渡す時に、受刑期間と社会復帰施設での居住期間を記した社会内処遇期間をあらかじめ言い渡すことができる制度を創設するとともに、より一層効果的な薬物依存症回復プログラムを法的強制力を持って実施できるようにするべき[53]」との立法提言を繰り返し行なってきた。

私自身は、規制薬物の需要がなくなれば、危険を冒して（輸出入や製造、営利目的での譲渡は一年以上の有期懲役（覚せい剤取締法四〇条、四〇条の二　二項）――加重なしで最高二〇年（刑法一二条一項））商売しなくなる、すなわち供給がなくなると大風呂敷を広げる主張をしてきた。薬物犯罪撲滅の要は、需要の削減であり、誰も規制薬物を乱用しなくなることである。そのためには、刑事司法体系の中にもともと存在する刑罰の威嚇により初犯者を薬物に近づけないことの他に、刑罰以外の、つまりは条件反射制御法により、ヒトの生物としての進化装置の過剰作動である

後天的連射反射――薬物の反復使用行動を抑える処遇を取り込むことを本稿で提言したかったのである。

しかし、覚せい剤常用者による一〇〇〇回目の自己使用の有責性や原因において自由な行為の理論によるその処罰の是非については専門性もあって、中途半端な議論に終わってしまった。ここは、刑事実体法の専門家による批判を敢えて頂戴することで、次なる立論の糧としたい。また、判決による薬物事犯の処遇コントロールに関しても、判決前調査制度に関する制度構築の提言がまた中途半端なものに終わってしまった感をぬぐえない。今後は、諸外国における諸制度を調査し、より詳細な制度構築を提言したいと思う。

注

（1）法務総合研究所編『平成二五年版犯罪白書』（二〇一三年）一五〇頁。
（2）同・一五一頁四-三-一-三表参照。
（3）同・一二六頁四-一-一-三表参照。
（4）小野田博通「薬物問題の現状と対策」罪と罰四六・四（二〇〇九年）一四頁。
（5）平成二六年五月二八日、日本神経学会は、これまでの「依存（dependence）」という用語を、薬物・アルコール等の摂取に因る場合を「物質使用障害（Substance Use Disorders）」、賭博等物質摂取以外に因る場合を「非物質関連障害（Non-Substance-Related Disorders）」という用語法へと改めることを発表した。本稿もこの用語法による。
（6）尾田真言「検挙を利用して援助職が薬物事犯者を治療・社会復帰訓練へ導入する試み」独立行政法人国立病院機構下総精神医療センター編『第六回薬物乱用対策研修会』（二〇一四年）二五頁。
（7）平成一八年五月二三日付け法務省矯正第三五五〇号矯正管区長・行刑施設の長あて矯正局長依命通達。
（8）平井愼二「ヒトの行動原理と条件反射制御法」前掲注（6）一頁以下、同「ヒトの行動の生理的メカニズムと条件反射制御法」条件反射制御法研究Vol.1（二〇一三年）九頁以下（第一回条件反射制御法研究会（二〇一二・七・二八）基調講演で使用のppt）、同「嗜癖行動の生理的メカニズムと条件反射制御法」独立行政法人国立病院機構下総精神医療センター編『第四回条件反射制御法研修会』

（二〇一二年）一頁以下、平井慎二＝小柳一洋「条件反射制御法の効果と現在の技法、司法制度、進化学説に求められる変化」条件反射制御法研究Vol.2（二〇一四年）五頁以下。以降、逐一引用を示さない。

（9）大判昭六・一二・三刑集一〇・六八二

（10）拙稿「薬物規制法の解釈と今後の課題――『通報しない体制』の社会的認知のために――」独立行政法人国立病院機構下総精神医療センター編『第四回薬物乱用対策研修会』（二〇一一年）一一〇頁以下参照。

（11）最判昭五八・九・一三判時一一〇〇・一五六、判タ五一三・一六八、集刑二三二・九五、裁判所ウェブサイト

（12）西山詮「責任能力の概念」町野朔編『精神医療と心神喪失者等医療観察法』ジュリ増刊（二〇〇四年）七六頁。

（13）吉川和男「わが国の責任能力判断の行方」中谷陽二編『責任能力の現在』（金剛出版、二〇〇九年）六九頁。

（14）刑集三八・八・二七八三、裁判所時報八九三・四、判時一一二八・三八、判タ五三五・二〇四、集刑二三七・一〇三一、裁判所ウェブサイト

（15）中谷陽二「精神障害者の責任能力の診断学」『司法精神医学と犯罪病理』（金剛出版、二〇〇五年）一二一頁。

（16）同「刑事精神鑑定の現状――争点と整理――」松下　正明＝山内　俊雄＝中谷　陽二＝山上　皓編『刑事事件と精神鑑定・司法精神医学第二巻』（中山書店、二〇〇六年）二頁以下。

（17）判タ一三五七・二三四

（18）東京地判平二〇・四・二八公刊集未搭載

（19）刑集六二・五・一五五九、家月六〇・九・一二一、裁判所時報一四五八・一二、判タ一二七四・八四、集刑二九四・二九五、裁判所ウェブサイト

（20）中谷陽二「責任無能力制度の将来」中谷陽二編『責任無能力制度の現在』（金剛出版、二〇〇九年）一三頁。

（21）第二回条件反射制御法学術集会（二〇一三年九月一四日　於東洋学園大学）シンポジウムにおける基調報告。

（22）団藤重光『刑法綱要総論［第三版］』（創文社、一九九〇年）一六一頁。

（23）刑集七・一三・二六四六

（24）中森喜彦「原因において自由な行為」芝原邦爾＝堀内捷三＝町野朔＝西田典之編『刑法理論の現代的展開――総論Ⅰ』（日本評論社、一九八七年）二二八頁。

（25）刑集二二・二・六七

(26) 大谷實『刑法講義総論［新版第四版］』（成文堂、二〇一二年）三二七頁。
(27) 西原春夫『刑法総論』（成文堂、一九七七年）四一三頁。
(28) 高刑集三四・三・三八五
(29) 中山研一『新版　概説刑法Ⅰ』（成文堂、二〇一一年）一三六頁。
(30) 刑集五・一・二〇、集刑三九・三七五、裁判所ウェブサイト
(31) 判タ七五六・二六五。なお、仙台地判昭五一・二・五刑月八・一＝二・四一、判時八三九・一二八は、てんかんの発作により心神喪失中に事故を起こして人を死傷させた事例で、運転中発作の起こり得ることは当然予見可能であり、予見に従って運転を回避すべきであったのに運転したこと自体に過失があるとして業務上過失致死傷罪の成立を認めている。この判例について、持病の発作が起こる素質を自覚していたなら、発作中の人身事故発生という事態を回避する手段（運転しないこと）は残されていた（つまり、回避しなかった不作為があった）と解す余地は十分にあり、原因において自由な行為の法理の適用を認めたものとみることができるとする評釈がある（山田伸男「原因において自由な行為」加藤一郎＝宮原守男＝野村好弘編『新交通事故判例百選』別ジュリ九四（一九八七年）二〇一頁）。但し、その後、てんかん治療薬の服用を怠る不作為により、自動車運転中に意識喪失状態に陥って被害者を死傷させて自動車運転致死傷罪に問われた事案では、安易に覚醒中発作は起きないものと判断し服薬を怠り事故を起こした被告人の過失は極めて重大としつつ、「自動車の運転を差し控えるべきであったにもかかわらず、自動車の運転を開始した過失」という通常の過失犯の判示がなされている（広島高裁松江支部判平二四・四・二七LEX/DB25481224）。過失犯の判断では、治療を怠るという不作為も結局のところ、運転を控えるべきところ運転をしたという注意義務違反に包摂されるということとも考えられる。
(32) 大谷・前掲注（26）三二八～九頁。
(33) 前田雅英『刑法総論講義［第五版］』（東京大学出版会、二〇一一年）四三五頁。
(34) 日本刑法学会第九二回大会（二〇一四年五月一八日於同志社大学）ワークショップ一〇「薬物犯罪」における、生駒貴弘長野保護観察所長コメント。
(35) 平井＝小柳・前掲注（8）一二頁。
(36) 白取祐司『刑事訴訟法［第七版］』（日本評論社、二〇一二年）四三五頁、松尾浩也監修・松本時夫＝土本武司編『条解刑事訴訟法［第三版増補版］』（弘文堂、二〇〇六年）七七九頁。田宮裕『刑事訴訟法［新版］』（有斐閣、一九九七年）四二八頁は、刑訴法四四条により必要的であるとする。

(37) 松尾浩也監修・松本時夫＝土本武司編『条解刑事訴訟法［第三版増補版］』（弘文堂、二〇〇六年）七六九頁。
(38) なお、法制審議会答申要綱（骨子）第一1及び二1、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一条（趣旨）参照。
(39) 太田達也「刑の一部執行猶予制度の概要と実施課題」罪と罰五二・II（二〇一四年）二五頁。
(40) 鮎川潤「矯正・保護二法の改正と今後の展望」犯罪と非行No.165（二〇一〇年）九頁、森本正彦「刑の一部執行猶予制度・社会貢献活動の導入に向けて」立法と調査No.318（二〇一一年）七五頁。
(41) 菊田幸一「第一〇章　判決前調査制度」『犯罪学［七訂版］』（成文堂、二〇〇九年）一六二頁。刑事訴訟法の本質にふれることであり、その必要性が切実でもなかったので問題とならずに終わったとのことである。
(42) 「判決前調査制度に関する日弁連委員会の意見書（案）」自由と正義一〇・一二（一九五九年）二五頁以下。
(43) 日弁連司法改革実現本部「『裁判員制度』の具体的制度設計要綱（二〇〇二年）五三頁参照。
(44) 本庄武「日本の量刑の特色と判決前調査制度を導入することの意義」龍谷大学矯正・保護センター研究年報No.3（二〇一三年）三六頁。
(45) 菊田・前掲注（41）一七六頁。
(46) ここまでくると、大陸法系諸国が採用する処遇開始後の事情変更に合わせて処遇を裁判所がコントロールする刑罰適用裁判所（le juge de l'application des peines）の導入も考えられる。しかし、この制度は職権主義刑事訴訟手続に合わせた制度設計となっているため、導入の是非についてはなお検討を要する。
(47) 守屋克彦「情状鑑定について」季刊刑事弁護No.30（二〇〇二年）四一頁。
(48) 太田・前掲注（39）二八頁。
(49) 同・二八～二九頁。
(50) 萩原太郎「情状鑑定について」日本法学六〇・三（一九九五年）二〇一～二頁。
(51) 本庄・前掲注（44）三四頁。上田由香「情状鑑定のススメ」法セミNo.675（二〇一一年）一三六頁には、IQ五〇台前半の知的障害のある被告人について情状鑑定を実施し、鑑定結果が判決に、知的障害者であることが、行為責任を減少させる要素として在胎面で考慮された例が紹介されている。
(52) 尾田真言「検挙を利用して援助蜀が薬物事犯者を治療・社会復帰訓練へ導入する試み」前掲注（10）一六六頁。
(53) 同・一八〇頁。