

ISSN 2433-9229

Therapeutic Jurisprudence Journal

治 療 的 司 法 ジ ャ ー ナ ル
第 1 号

創 刊 号



SEIJO UNIVERSITY
Research Center
for Therapeutic Jurisprudence

成城大学治療的司法研究センター

2018年3月

《巻頭言》 センターの創設とジャーナル刊行について	指宿 信	1
《挨拶》 治療的司法研究センターへの期待	岩井 宜子	2
治療的司法への期待と目標	林 大悟	3
弁護士が模索する治療的司法	菅原 直美	4
現在の臨床研究と治療的司法への期待	東本 愛香	5
これからの治療的司法のために	丸山 泰弘	6
治療的司法研究センター設立によせて	森村 たまき	7
刑事手続における障害のある人の権利を守るために	山田 恵太	8
治療的司法の理論研究と実践をめざして	安部 祥太	9
RAとしてのセンターの活動について	暮井 真絵子	10
《講演録》 治療的司法研究センター設立記念講演会 基調講演 『罪を犯した人』のことを考える—再犯防止は支援が鍵—	村木 厚子	11
《論説》 韓国における常習窃盗罪をめぐる近時の議論状況について	安部 祥太	21
執筆者一覧 編集後記		i
論文執筆要綱		ii

《巻頭言》

センターの創設とジャーナル刊行について

センター長 指宿 信

2017年春に創設された当センターは、お陰様で各方面から注目いただき、マスコミにも度々取り上げられ、わが国において「セラピューティック」な司法制度（治療的司法(TJ))の必要性が大いに認識されることになった。とりわけ2016年末に成立した「再犯防止推進法」とそれに伴う「再犯防止推進施策」の策定は、公的セクターにおける犯罪者の更生支援についてこれを国家のみならず地方自治体レベルで推進するべき課題という位置付けたという意味で画期的であり、官民を挙げた取り組みが提起されることとなった。また、TJを支える治療法学の生みの親であるデイビッド・ウェクスラー教授の来日講演もあり、学界のみならず矯正保護関係者や社会の様々なセクターから治療的司法という発想が注目を集めることになったのは誠に喜ばしいことだった。

もっとも、肝心の司法制度内に目を転じると、公式の制度改革としては量刑に一部執行猶予制度が取り入れられたことと、検察庁の内部的な「入口」支援が導入された程度で、まだまだ抜本的な見直しはできていない。また、刑罰制度についても、懲役という身体拘束と労役が中心であることは変わっていない。

今後は、入口や出所後のみならず刑事司法制度全体を通して、いかに被疑者被告人の再犯を食い止め彼らの抱える問題を解決することを目指したセラピューティックな刑事司法を実現するかが課題である。

当センターとしては将来の我が国へのTJの本格導入に向けて、①教育・研修、②政策形成、③調査研究、④成果公表・出版活動、⑤依存症アドヴォカシーのネットワーク構築支援、といった諸課題を中心としながら活動を進めているところである。日常的に記者レクを開催してメディア関係者にTJの諸相をお伝えしたり、研究会に実践家や実務家等の様々な講師をお招きしたり、議員への働きかけなどを行っている。今回発行するジャーナルもオンラインで刊行することにより広く社会に我々の調査研究活動を還元するためのものである。

法律学のみならず多様な研究者の交流の場として、また、TJ理念の更なる浸透の機会として本ジャーナルがいささかでも役割を果たすことができればセンター長として幸甚である。

いぶすき・まこと（成城大学教授）

《挨拶》

治療的司法研究センターへの期待

顧問 岩井 宜子

刑法を出発点とし、刑事政策の研究を、実効的な犯罪防止を実現するため、人間の行動科学の成果をいかにして刑事司法に反映させるかを提示することを目指して進めてきた。

「悪しき意思」に基づく法違反行為に対し、応報刑を科すことを予告することにより、その行為を思いとどまらせることが刑事法システムに期待されている。しかし、処罰がすべての人間に対しては行為の条件付けに効果を持たないことは知られてきている。そのため、少年にはその未熟性・可塑性に注目し、少年法による保護手続が優先して適用され、非行少年の更生を最も図りうる処遇方法が科されることとされている。しかし、成人の犯罪にもこのような特別予防目的を優先させる新派の主張は、人権を侵害する危険なものとして排斥された。その反省に立って、アンセルは「新社会防衛論」を著わし、過度の実証主義は排斥しつつ、犯罪者の更生に主眼を置く刑事司法体系が真の社会防衛を達成し人道主義の観点から是認されると主張した。犯罪を処罰することを規定する刑法は、遵法精神を養い、道徳律を人間の心に植え付ける効果をもつ点で一般予防効果をもつが、未熟性、何らかの精神障害によって、遵法的行動をとれない人たちの行動は統制できない。成人であっても社会適応能力を欠く人は多いのであり、そのような人の処遇は、治療的対応によって効果をもたらすことが多い。

刑罰一元主義をとる我が国の刑事司法体系においても、微罪処分、起訴便宜主義、刑の執行猶予制、仮釈放制など、裁判・刑の執行過程において、特別予防目的のダイバージョンのシステムは用意されている。薬物依存者、性犯罪者、DV加害者等々、各種問題行動に対する治療プログラムも開発されてきており、それらに適切につなげていくシステムが、犯罪防止を実効的にするものであろう。

犯罪者の実効的な更生をはかるためには、社会内でその適応を助けるシステムが必要であるが、一般の人たちの応報感情とも折り合いをつけるのは、難しい。治療的司法の実践のためには、責任能力規定や量刑システム、刑罰規定などの法改正への提言や社会内での治療システムの開発・育成等多くの課題が予想される。これらの問題の解決のため、研究を進められることを大いに期待するものである。

いわい・よしこ（専修大学名誉教授）

《挨拶》

治療的司法への期待と目標

客員研究員 林 大悟

従来の刑事司法体系では、被告人は裁かれる対象である。また、検察官と弁護人は対立する当事者である。検察官は、被告人を刑事施設に収容することに心血を注ぎ、弁護人は刑事施設収容を回避しようとする。そして、裁判所は、受動的な機関として、当事者の主張と提出された証拠に基づいて「被告人の有罪・無罪」、及び、有罪の場合には刑罰の種類を選択し量刑の判断をする。

私は、日々の弁護活動を通じて、病的窃盗の根深さを実感している。病的窃盗事案は、執行猶予中の再犯が多いという特質がある。また、保護観察付き執行猶予中で発覚すれば執行猶予は法律上付かないにもかかわらず、万引き再犯に至る人も多数いる。さらに、実際に過酷な服役を経験した者が出所後に万引き行為に至ることも少なくない。

このような病的窃盗患者の特質に鑑みると、従来の刑事司法体系は被告人の再犯を防止する制度としては限界があるように思われる。刑事裁判の審理や刑事施設への収容には税金が投入されている。しかし、刑事施設では当事者のみの集団ミーティング療法や近時注目されている条件反射制御法などの効果的な依存症治療を実施することは困難である。一部の刑務所が再犯防止のために治療的アプローチを取り入れて孤軍奮闘しているのが現状である。多大な税金を投入して病的窃盗患者を刑事施設に収容したにもかかわらず、実効的に再犯を防止できないのであれば、従来の刑事司法体系は、被告人のためにも社会のためにもならない。「応報こそ裁判による刑罰の目的そのものである」というカント的な古典的応報理論は現在では通用しない。

私は、薬物依存に対するアメリカのドラッグコート類似の制度を病的窃盗事案にも導入するべきであると考えている。

今後、これまで獲得した弁護実績や経験を踏まえた弁護技法の研究開発や、従来の刑事

司法制度の概要や問題点を把握し、問題解決型の新たな刑事司法体系を確立することを目指している。

メッセージ

2017年2月1日付けで成城大学治療的司法研究センター客員研究員を拝命した弁護士の林大悟です。現在は、東京弁護士会に所属し、事務所は成城大学から徒歩3分ほどの場所にあります。私は、主に精神障害を抱えた方の常習的な窃盗事件の弁護活動をしており、日弁連刑事弁護センター幹事（責任能力PT所属）としても活動しております。2014年末には、病的窃盗患者の回復支援団体として一般社団法人アミティを設立し、病的窃盗患者の回復支援に取り組んでいます。

はやし・だいご（東京弁護士会）

《挨拶》

弁護士が模索する治療的司法

客員研究員 菅原 直美

弁護士である私の立場から『治療的司法』をご説明するならば、それは単に法律や制度に争いごとを当てはめて解決をするだけでなく、依頼者の皆様にとって、その日々の生活に笑顔や希望を取り戻し、また前向きに人生を歩んでいけるような解決を目指す弁護活動にほかならない。

私は特に、刑事事件と家事事件（離婚や子供をめぐる問題）に重点を置いて活動しているが、特に刑事事件では、いわゆる依存症が直接の原因となる犯罪や、犯罪の背景となっているケースを多く弁護している。依存症という病気は、ある日突然なるものではなく、覚せい剤などの違法薬物やギャンブルなどの依存性のある行為を繰り返すことになってしまう進行性の病気と言われている。つまり、依存症になってしまった方には、そのような行為を繰り返してしまう背景や事情があるということであり、そこに問題の本質が隠れている。私は、依存症の回復支援施設のスタッフの方々と連携し、依存症の方がもう2度と罪を犯すことなく、笑顔で前向きに人生を歩まれるために必要な弁護活動を実践している。このような地道な活動の結果、覚せい剤自己使用のケースで再度の執行猶予判決をいただいたり、常習累犯窃盗のケースで不起訴処分を得たりという実績も、少しずつですが積み重ねることができた。近年では、刑の一部執行猶予制度の導入などにより、依存症に対する社会内や司法手続き内での理解が少しずつ広がっていることを実感しており、このような弁護活動にとってもやりがいを感じている。

本研究センターでは、このような私自身の弁護実践を各方面で報告させていただくほか、『治療的司法』という理念が少しでも多くの皆様にご理解いただけるよう、マスコミの皆様向けのレクチャー主催や、本センターの皆様向けのレクチャー主催や、本センターに集積される実践例などをまとめた論文執筆などを積極的に行いたいと思っている。

メッセージ

皆様、こんにちは。弁護士の菅原直美です。私は弁護士としてご依頼いただく案件を『治療的司法』の観点から解決するために日々模索しておりますが、日々の地道な活動を評価していただき、客員研究員という大変名誉なメンバーに加えて頂くこととなりました。どうぞよろしくお願いたします。

すがわら・なおみ（第二東京弁護士会）

《挨拶》

現在の臨床研究と治療的司法への期待

客員研究員 東本 愛香

現在の業務

国内外の司法精神保健制度の現状及び問題点について調査研究を行い、法学的視点、精神医学的視点、精神保健および社会福祉学的視点から中立的、客観的な評価とその問題への解決策について研究を続けている。

特に、治療的司法センターでメディア向けにお話しさせていただいた「性犯罪者の回復・更生支援について」は、長年関わっているテーマであるが、現在は性犯罪のみならず、暴力を含め、加害行為と精神保健、再犯防止に関する研究を行っている。「その人がどのような人か」ということへの注目のみならず、再犯のリスクを予測し、適切な対応、対策、制度を講じるという視点に基づく、まさにアセスメントの視点を重視した適切な治療教育プログラムの開発、実践を目指し活動している。加えて、先進的な取組みをしている諸外国での学びも含めて、加害者臨床に従事するための基礎知識や技法などを法務省矯正局（刑務所／少年院／少年鑑別所）や保護局（保護観察官／保護司／更生保護施設職員）を対象に研修を行っている。

治療的司法への期待と私なりの準備

ここ数年、SAPROFという暴力リスクの保護要因評価ガイドラインのトレーナー資格を有したこともあり、その他のリスクアセスメントトレーニングの経験が、まさに治療的司法への導入になっていると思う。SAPROF（Structured Assessment of Protection Factors）とは、HCR-20（Historical Clinical Risk・20）などとともに構造化された専門的判断に従って、包括的にリスクアセ

スメントをすることを目的として設計されたツールである。将来の暴力（性的暴力も含む）に対するリスクについてバランスよく評価し、変容可能性のある要因を活用することで、ポジティブな治療計画およびリスク管理のガイドラインを組み立てていくものである。保護因子へ積極的にアプローチすることは、効果的かつ達成可能な治療介入のための新たな機会を創出すると考えられている。

国際的な動向として、リスクアセスメントの視点が浸透してきているが、我が国では「根付く」段階には至ってないように感じる。リスク（問題行動が起こる要因）を雨とすると、保護要因が傘だというイメージである。そして問題行動に雨がかからないように防ぐことが再犯予防だと例えると、問題行動を防ぐためには雨を少なくすることを目標にすることとともに、傘を大きくしていくことをも考えなくてはならない。保護因子には、ソーシャルネットワーク、専門的ケア、服薬、生活環境、仕事、治療への動機付けや人生の目標などが含まれる。リスクを避けることと同時に、これらを維持、向上させることでバランスをとるという考えを重視すると、施設内の収容者の適切な治療的処遇についても、再犯リスクの視点で見直す必要がでてくるのではないかと思う。

とうもと・あいか（千葉大学特任助教）

《挨拶》

これからの治療的司法のために

客員研究員 丸山 泰弘

この度は、治療的司法研究センタージャーナル第1号発刊の機会にご挨拶を掲載いただけることに感謝の意を表す。自己紹介を兼ねて、研究や業績と併せて治療的司法への期待について述べたい。

私は、現在立正大学法学部にて准教授として刑事政策・犯罪学を担当している。具体的には、刑事司法における薬物依存とその回復のあり方を研究しており、当事者を主体とした政策のあり方について研究を行っている。

私が薬物政策に興味をもったのは、大学2年生のころであった。九州大学内田ゼミとの合同ゼミを行い、そのテーマが「薬物問題」であったのがきっかけである。ゼミ仲間が報告をまとめていく中で、何か違った視点のものがないか探していた時に見つけたのがアメリカのドラッグ・コートであった。その当時（2001～2年）は、日本語で書かれたドラッグ・コートの紹介文は2～3本であり、それを元にゼミで報告を行ったことを記憶している。しかし、そのゼミ報告の場に、たまたま出席されていたNPO法人アパリの尾田氏に「日本語の論文を2本ほど読んだだけで、アメリカではこうなっているというのは強引である」と注意を受けた。「20歳やそこらの学部生に何を言うんだ？この人は・・・」というのが正直な思いであったが、当時の私は、「それなら本物を見てから反論してやる」と考えたのを記憶している。ちょうど時を同じくして、大阪ダルクの支援団体であるFreedomがカリフォルニアのドラッグ・コート判事に会いに行くツアーを企画していた。さっそくFreedomのドアを叩き、参加させてほしい旨のお願いに行った。（もっと言うと、学部生には高い参加費だったので、学割にして欲しいと無茶なお願いをしに行ったのである）。快諾してくださったFreedomの方々とは初めてサンフランシスコに赴き、そこで出会ったのが当時カリフォルニア州アラメダ郡のドラッグ・コート判事であったPeggy

Hora氏（現Justice Speakers Instituteの会長であり、International Society for Therapeutic Jurisprudenceの名誉会長）であった。Hora氏とは、今でも公私ともにお世話になっており、自宅にも招いていただいている。

初めて生で見たドラッグ・コートは衝撃的なものであり、あれから15年経った今でもその場面を思い出すことがある。その時に感じたのは、日本でドラッグ・コートを実現するためには、大きな政策展開を国が決めるということよりも、下支えとなるプロバイダーや司法専門のソーシャル・ワーカーの数が圧倒的に足りていないというものであった。今でも、それは足りていないと考えている。昨今、司法と福祉の連携が謳われるようになってきており、ますます、様々な生きづらさを抱えた人への関わり方が問われるようになってくると思われる。そういったものが充実されていくとともに、私の治療的司法研究もその一助となれるように微力ながら関わっていききたい。

さいごに、関連業績としては、拙著『刑事司法における薬物依存治療プログラムの意義～「回復」をめぐる権利と義務～』（日本評論社、2015年）【2016年度守屋研究奨励賞を受賞】、拙稿「刑事司法における薬物依存症の治療～ドラッグ・コート政策の展開と諸問題」龍谷法学42巻4号（2010年）1321～1350頁などがある。

まるやま・やすひろ（立正大学准教授）

《挨拶》

治療的司法研究センター設立によせて

客員研究員 森村 たまき

成城大学治療的司法研究センターの設立にご祝辞を申し上げるとともに、客員研究員として研究の輪に加えていただいたことに深く感謝する。

私と治療的司法との関わりは研究センター中で、もしかしたら1番長いかもしれない。2003年の犯罪社会学会で「ドラッグ・コート（DC）と治療的法学」という題名で報告をしている。その年と前年と続けて、ハワイ、ロスアンジェルス、サンフランシスコのDCを訪問したのだ。当初はDCについて、薬物事件を専門に審理する裁判所だというくらいの認識しか持たずにいた。最初に傍聴したのがハワイ州ワイキキのDCで、そこはかなり従来型に近い裁判所であったから、本当の衝撃はサンフランシスコで受けた。不法移民を排除しない「サンクチュアリ・シティ」サンフランシスコの、自由都市の空気にうきうきしながらアポなしで行った法廷は、無秩序で、がやがやして静粛さに欠け、権威的で厳粛な「司法」の気配とはだいぶ趣が違っていた。

最初は裁判官以外、誰が誰なのかわからなかったくらいだ。テーブルに積み上げたクライアント達の書類を、裾出し開襟シャツの男性がチェックしている。彼が弁護人だった。その隣に検察官が並んで座っている。トリートメント・プロヴァイダー（回復施設のスタッフ）、ソーシャルワーカーが、証人としてではなく、裁判チームの一員としてあれこれ口を出している。

DCは、対審構造をとらない。裁判官、検察官、弁護人、保護観察官、ソーシャルワーカー、トリートメント・プロヴァイダーら裁判チームが被告人（クライアントと呼ぶ）の回復のため、最善の利益のために協力する「コラボレイティブ・コート」である。そこでは薬物依存は病気であり、回復過程での薬物再使用は回復の正常な過程だということが

当然の認識として共有されている。

もっとも、裁判所全体を見れば、ただ厳しく処罰すればいいと考える裁判官は依然として多いのだそうで、その後訪れたロスアンジェルスの裁判所では、NAメンバー達が依存使用について裁判官達にレクチャーする場に遭遇し、同席する機会もあった。

薬物自己使用を治療と支援の必要な依存症ととらえ、裁判構造自体を根本的に変更して、先ゆく回復当事者たちを含めた裁判チームで力を合わせて裁判そのものを回復の場にしようというDCの実践は、ただただ衝撃だった。またそれを理論的に主導するという治療的法学にも、強い興味を抱いた。

先進的、実験的な実務と結びつき、互いに影響しあいながら、治療的司法に関わる多様な研究が世界で蓄積されている。これら文献を紹介することで、治療的司法の理論と実践の発展にいくらかなりと役立てたらと願っている。

もりむら・たまき（国士舘大学非常勤講師）

《挨拶》

刑事手続における障害のある人の権利を守るために

客員研究員 山田 恵太

私は、もともと知的障害、発達障害、精神障害のある人の権利擁護をしたいと考え、弁護士として活動をするようになった。そのため、一般民事事件や家事事件を取り扱う一方で、障害のある人の権利擁護に関する活動に関心をもっている。そして、その中でも、とりわけ、刑事分野、すなわち、障害のある人を刑事手続きの段階からどう弁護し、支援していくことができるのか、という問題に中心的に取り組んでいる。実際の弁護活動の他、被疑者被告人となった障害のある人を捜査・公判段階から福祉的に支援する活動（いわゆる「入口支援」）を行っている一般社団法人東京TSネットの理事などを務めている。

ここ10年ほどで、刑事手続きの中には、たくさん障害のある人が置かれている、という指摘が様々なところでされるようになってきた。実際の私が現在までに経験した事件においても、やはり障害のある人の数は非常に多い。そして、その理由は様々考えられるところであるが、私としては、①手続面において、障害があることが不利益に扱われ、誘導により虚偽自白等をしてしまうなど、有効な防御ができていないこと、②障害による「生きづらさ」が事件に結びついてしまう、そして、その「生きづらさ」は刑事手続によって解決せず、再犯に繋がってしまう、という点にあるのではないかと思う。

①については、取調べの可視化が進み、さらに障害者権利条約や障害者差別解消法が批准・施行されて障害のある人に対する配慮の提供が法定化されるなど、弁護人が有効な防御を実現するための足がかりは少しずつできてきている。今後も、手続面で障害があることが不利に扱われないための弁護活動を考えていかなければならない。また、②については、弁護人、そして協力してもらえる福祉・医療・心理専門職により、本人の「生きづらさ」がどこにあるのか分析し、それを変えていくために何ができるのかを考えていくこと

ができる体制を整えることが必要であると思う。

前記のうち、特に②については、治療的司法の理念とも重なる部分が大いと考えている。障害のあるなしに限らず、刑事手続きの対象となった人の背景要因を分析し、それを変えていくという機能が必要となってきたのではないかと思う。ただ、一方で、このような活動が制度化された場合には、本人を変えろという働きかけが、本人の主体性を奪う形で進められてしまう危険性があると考ええる。このような危険性についても、今後検討を進めていきたい。

やまだ・けいた（東京弁護士会）

《挨拶》

治療的司法の理論研究と実践をめざして

客員研究員 安部 祥太

私は、2018年3月1日付で客員研究員として研究活動に加えて頂き、本ジャーナルに論文を掲載する機会を頂いた。この場を借りて御礼申し上げるとともに、簡単な自己紹介を行い、客員研究員としての抱負を述べさせて頂く。

私の専門分野は、刑事訴訟法である（主として、韓国刑事法との比較研究を行っている）。しかし、刑事政策には、従前から高い関心を持ってきた。大学院修士課程進学直後には、毎年募集されている「刑事政策に関する懸賞論文」（日本刑事政策研究会と読売新聞社の共催）で、満期釈放者に関する拙い論文を執筆し、幸運にも優秀賞を頂いた（「満期釈放者の処遇—必要的仮釈放審査制度と教育特化型PFI施設の導入」罪と罰48巻2号（2011年）74頁以下）。その後、刑事訴訟法の研究テーマとして、被疑者取調べを取り扱うことになった。このテーマを設定した背景には、刑事政策への関心や問題意識がある。知的障害・精神障害を有する者が、捜査官の発問に迎合したり、自らが置かれた状況や諸権利を十分に理解しないまま刑事手続が進行することへの危惧である。そのため、訴訟能力や入口支援などのような問題にも、常に高い関心を持ってきた。

奇しくも、現在の本務校である青山学院大学法学部では、刑事政策の講義を担当している。講義内では、刑事手続と刑事政策の繋がりを、最新の時事問題などに関連して、治療的司法の考え方を取り扱ってきた。そのような中で、センター客員研究員として研究する機会を頂き、本ジャーナル創刊号に論稿を掲載して頂くご縁があり、当初の問題関心とこれまでの研究がサークルで繋がった感がある。

冒頭で述べたように、私は韓国刑事法を比較対象とする珍しい研究者である。ところで、韓国には、先進的な考え方や制度を柔軟

に取り入れ、失敗しても良いから試してみようという風土がある（本ジャーナル掲載論文も参照）。治療的司法についても、研究成果が蓄積されつつある。刑事訴訟法を眺めても、2007年改正により、精神障害などを有し特別に保護を要する被疑者の取調べに「信頼関係人」の同席を認める規定（244条の5）が設けられる等、治療的司法と親和的な制度が構築されつつある。このような韓国の動きを紹介しつつ、日本への示唆を抽出し、本ジャーナルで紹介することで、日本における治療的司法の理論研究に微力ながら寄与することができればと考えている。

また、韓国は、諸外国の制度や研究を詳細に調査し、自国の制度改善のために積極的に取り入れている。そのため、本センターの活動が韓国に紹介され、韓国国内で治療的司法がさらに花開く余地は充分にある。加えて、本センターは、研究調査のみならず、治療的司法に関するネットワークの構築を目指しているところ、そのような活動が国際的な学术交流ネットワークを築くきっかけになることも期待できる。自らの特徴を治療的司法の理論研究と実践に最大限活かすことができるように、客員研究員として与えて頂いた役目を果たしていきたい。

あべ・しょうた（青山学院大学助教）

《挨拶》

RAとしてのセンターの活動について

リサーチアシスタント 暮井 真絵子

2017年6月10日、成城大学治療的司法研究センター設立記念講演会を開催した。法務省関係者、法曹や保護観察官、社会復帰支援に携わるNPO団体、地域住民など多くの来場者があった。講演会では、客員研究員の林大悟弁護士および菅原直美弁護士が、弁護活動における治療的司法の実践について報告を行った。両名の実践報告については、「治療的司法」という考え方そのものや、治療的司法の実践を理解できたという感想を複数いただいた。また、基調講演として、元厚生労働省事務次官の村木厚子氏に、「『罪を犯した人』のことを考える—再犯防止は支援が鍵—」と題する講演をしていただいた（本誌11頁以下に掲載している）。村木氏の基調講演については、罪を犯した人には様々な背景があることを知ることができたとか、刑事施設内での処遇や本人の努力だけでは更生が難しい場合があり、治療的司法という考えが非常に重要であると感じた等の感想が寄せられた。

また、同年9月1日に開催された犯罪学関連合同学会で、治療的司法の提唱者の1人であるDavid B. Wexler教授の講演会「治療学からの日本への提言」が催された際には、当センターが支援・助成を受けているJST科学技術振興機構社会技術研究開発センター（RISTEX）「安全な暮らしをつくる新しい公／私空間の構築」研究開発領域 採択プロジェクト「多様化する嗜癖・嗜虐行動からの回復を支援するネットワーク（ATA-net）の構築」研究代表者・石塚伸一（龍谷大学）が後援という形で開催に関与した。

さらに、同年10月15日には、法と心理学会第18回大会公開シンポジウム「治療的司法・正義の実践と理論—地域の課題としての犯罪者の立ち直りとその支援—」を成城大学で開催し、大会運営業務に携わった。

これらの活動に加え、研究成果を公表するために、治療的司法ジャーナル（本誌）の公

刊作業を行った。公刊に際しては、幅広い方がアクセスできるように、電子ジャーナルという形式を採った。当センターにおける今後の研究成果は、本ジャーナルを通じて原則として年2回公表していく予定である。

その他、治療的司法を法曹関係者に周知することも目的として、日本刑事政策研究会が発刊する「罪と罰」誌上に、アメリカにおける治療的司法の実践を紹介する論稿を執筆した（暮井真絵子「刑事政策と治療的司法—再犯防止を目指した新たな手続モデル」罪と罰55巻2号（2018年）111頁以下）。

RAとしての今後の活動予定としては、センター長や客員研究員の研究補助のほか、治療的司法のもう1人の提唱者である故Bruce J. Winick教授の論稿を翻訳し、本ジャーナルにて紹介する予定である。また、成城大学の所在地である世田谷区の地域住民を対象とした講座を行う。ここでは、治療的司法の考え方を中心とする更生支援等について、参加者とともに考え、議論する場を設ける予定である。

くれい・まえこ（当センターRA）

《講演録》

成城大学治療的司法研究センター設立記念講演会 基調講演

『罪を犯した人』のことを考える—再犯防止は支援が鍵—

元厚生労働省事務次官 村木 厚子

本稿は、2017年6月10日（土）成城大学3号館003教室において開催された成城大学治療的司法研究センター設立記念講演会の村木厚子氏の基調講演を文章化したものである。

ご挨拶

皆さんこんにちは。今日は治療的司法研究センターがこの成城大学に出来るということで、設立記念の講演会の講師としてお招きいただきました。本当に有難うございます。

お招きいただいてお引き受けしてから良く考えてみると、私は法律の専門家でも無いし、矯正や保護の仕事にも携わったこともありませんので「大丈夫かな？」とちょっと心配になりました。何で呼んでいただいたんだろうと思ってよくよく考えると、理由は1つしかなくて、「お前は（刑務所暮らしの）経験者だろう。」とこういうことなんじゃないかと思っているのです。

経験者と言って良いかどうか分かりませんが、かなり近いところにおりまして、きっとその経験もあるだろうからと、そういうことで呼んでいただいたのではないかという風に思っております。

そういう意味で、まず私がこの分野、司法の分野、或いは今回の再犯防止の分野に関わることになったきっかけからお話をしたいと思います。今日は随分こういう分野に実際に携わってらっしゃる方が多いと思いますけれども、なかなか普通の市民の生活をしていまして、罪を犯した人達に会うことも機会が少なく、それからまして刑務所がどんなところかとかということもなかなか経験することが少ないと思います。

拘置所での経験から

私はそういう意味では幸運にもと言って良いのか分かりませんが、大阪の拘置所というところで164日間過ごしました。それ

は非常に私にとっては強烈な思い出、経験になりました。

中でも私が見た中で1番不思議に感じたのは、女性受刑者の姿でした。私は女性ですから、女性だけのフロア、拘置所にいるわけですが、食事を運んできてくださる、それから洗濯物を取りに来て、洗濯して、出来上がった洗濯物を届けてくださるというのはみんな受刑者の人達です。懲役刑ですのでお仕事としてやっている。

そういう人達がグレーの上下の作業服みたいなのを着て、毎日やってきて、3食のご飯、洗濯物とかを届けてくれるわけです。窓がありますし、私が居た部屋というのはちょうど、職員さんが立っている場所だったものですから、その受刑者の人達と職員さんの会話も良く聞こえるわけですね。

特に食事なんかを運んでくる子は、本当に若くてかわいい女の子達なんです。職員さんたちに色々指示されたことなんかも、本当に素直に一生懸命聞いてやっている。もちろん気の利いた子もいるし、よく叱られている子もいます。だけどどうみても本当に若くて、かわいくて、どうしてこういう子がここに居るんだろうと、とっても不思議な気がしました。

拘留をされた最初の頃は、私は検事さんしか会えないわけですね。誰に聞かって言ったって、聞く人は検事さんしかいないので、取調べの検事さんに、「あの子達、ものすごく可愛い子達だけど、あれ何した人達ですか？ あの子達何して刑務所来てるの？」って聞いたたら、「やっぱり葉が1番多いですね。それからまあ売春もあります。」と言われた。

変わってきた受刑者のイメージ

1 「ああ、そうなんだ。」と。なんとなく我々は刑務所に居る人っていうのは、“悪い子” “すさんだ子” “悪い人” “怖い人” っ

ていうイメージがあるのですけれども、およそそうでない、あれだけ可愛い素直な子達が高んどこまで来なきゃいけないのかな、というのがまず私の最初に不思議に感じたことでした。

そう思って、では、ここにはどういう人がいるのか。外に運動に行くとか、誰かに面会に行くっていうときに廊下を歩いたり、運動場へ出ていったりすると、だんだん他の受刑者の人達と顔を合わせるようになって、もちろん話は出来ませんが、そうするとですね、まあ外国人の人も結構多かったですし、それから明らかに、これはある種の病気だな、精神疾患を患っている人だなと分かる人もたくさんいたし、なんだかこう刑務所のイメージ、受刑者のイメージっていうのが随分変わってしまって、まあ“生きづらさを抱えた人達”という印象を持つようになりました。

2 こういう人達がいる場所だったんだ。これは非常に驚きでした。そうこうしているうちに、検事さんと雑談めいた話をしているとき—まだ若い30代半ばぐらいの検事さんだったのですけれども—「僕ら正月前は忙しいんですよ。」って言うんですよ。「何で？」って尋ねると、「お正月をここで過ごしたい人が多いから。」って言うんですね。「冬になって寒くなってね、正月ぐらいは暖かいところで過ごしたいから。」と言うわけです。

検事さんが、「無銭飲食が1番確実です。詐欺罪だからね、2回目から確実に入れるから。」と。その時をもって驚いたのですけれども、もうちょっと後でこの言葉の意味をかみしめる瞬間がありました。何かというと、私が取調べを受けていたのが6月の半ばから7月の初めぐらい、暑い時期でした。私の164日間の拘置所での生活、職員さん達は本当に立派で、安心して暮らせる場所だったのです。

3 でも、拘置所の生活の中で私がこれだけはつらいなと思ったのは、暑さと寒さなんです。冷暖房が大阪の拘置所には無かったので、夏は本当に暑く、私は11月の下旬くらいまで拘置所の中にいたのですけれども、大阪とはいえど11月になると寒くなってくる。分厚いコンクリートの建物ですから、壁際って特にひんやりしているわけですね。そうすると、「ああ、真冬になる前にここ出たいな。」って11月ぐらいになると思うようになったんです。

「毛布を差し入れてもらっても、いやこれは絶対に寒いぞ、寒いのはつらいなあ。」と思ったときに、ふっと夏に聞いた検事の言葉を思い出した。“正月はここで過ごしたい。”私は11月になってもう出たくてたまらなくなっていて、「寒い、12月、1月ここにいるのは嫌だ」。出たくてたまらなくなったときに、この言葉を思い出したんです。「正月ぐらいは刑務所で過ごしたい」。つまり、そこを選んでやって来る人がいる、というのを実感を持って思い出した。「そういうことか。」「そうかあ、ここ多分おせち出るもんなあ。」って思いました。

4 刑務所の食事はとてもしっかりしているし、祝祭日にはその祝祭日にちなんだおやつが出たりする。「ああそうか、ここにいたらきっと年越しそば食べて、おせち食べて、うーん、お雑煮食べられるんだろなあ。」と思いました。外にいたら食べられない人がいる、外にいたらもっと寒い人がいることをその時に実感しました。私は幸いにも11月の下旬に出たので、本当の寒さは味わなかった。唯一心残りがあるってですね、刑務所のおせちっていうのを見てみたかったなあ。残念ながらそれは出来ずに出てきました。その時にふっと、私は厚生労働省で福祉や雇用・労働の仕事をして出会った長崎にある知的障害者の施設の理事長の田島さんという、この分野でも非常に立派な仕事をされている田島さんから20年くらい前に聞いたことばを思い出しました。「知的障害、特にボーダーラインの人達には、自分に1番やさしくしてくれるのがヤクザのお兄さんだということが非常に良くあるんだ。」「だから男の子はヤクザの使い走りをして、女の子は風俗で稼いで稼ぐ。」その言葉を思い出して、結局刑務所へ来ている人達って何なのだろうというのをもう1度考えなきゃと思いながら拘置所を出ることになりました。

生活困窮者のこと、困難にある人たちのこと

1 その後私は仕事に復帰が出来て、生活困窮者の担当をするようになります。そこでやったことは、本当に私にとって勉強になりました。生活困窮者には2つの共通点があるとその時に教えられました。

2つの共通点とはなんですか。1つは複数の課題、複数の困難、複数の不幸が重なった人。もう1つは社会とのつながりが切れている人。そう教えられました。学者さんの研究の中で、ある地域のホームレスの人を全部

調査し、なぜそうなったかというのを1人ひとりヒアリングした調査があるのです。

その結果では、ホームレスになっている人の経路というのは3つぐらいある。量的にもちょうど3分の1ぐらいずつとなっている。1つは本当に普通にサラリーマンをして、普通の安定した生活をしてきた人。それがたまたまある種の不幸が重なる。例えば、病気をする、失業する。それぐらいだと普通の生活をしてきた人はまだホームレスにはならない。もう1つ重なって、例えば愛する人が亡くなるとか、妻と離婚するとか、あるいは妻と子供が出て行ってしまふとか、そういうタイプの不幸が重なると、本当に安定していた普通の暮らしをしていた人がホームレスになる。

次の1/3は、“派遣切り”という言葉がありましたけれども、住居と仕事を同時に失う。これは結構ホームレスになりやすい。派遣切りにあって、寄宿舎、会社が用意した寮を追い出される。しばらく仕事は出来ますから、バイトをしながらネットカフェにいる。敷金礼金が払えないから、毎日お金を払うタイプのネットカフェに行く。ネットカフェに行っていて、風邪引いた、今日働けない、明日働けないということになると、やがて今日の夜泊まるネットカフェのお金が払えなくなる。そこでホームレス、公園で寝泊りするしかない、これが1/3。

もう1つが小さい頃から、大変厳しい家庭で育って、子供の頃から、その先生の言葉を借りると、水面に顔を出したり、水面の下に顔が沈んでしまったりと、そういう厳しい状況にいた子が、頑張っていたのだけど、ついに頑張りきれなくなって、ホームレスになるのが1/3。

2 その話を聞いたときに、刑務所に来てる人達とずいぶん重なっているんじゃないかという風に思いました。もう1つは自殺をする人達との重なり。大変厳しい状況におかれ、不運が重なって、そしてそれを助けてくれる社会とのつながりを失っている。その逃げ道が様々に違っているだけで、非常に生きづらいう状況に追い込まれた人達がこういう人達ではないかと思いました。世の中はホームレス＝さぼっている人、怠けている人、自殺をする人＝弱い人、刑務所に行った人＝悪い人という風にイメージを持ちます。

だけどそれはみんな色々な境遇の中で戦って、戦いきれなくなって、逃げ込む場所が少

し違っただけかも知れない。そういう風に思うようになってきました。じゃあ、それを何とかしなくちゃと思いました。そう思っている中でもう1回、じゃあ刑務所ってところはこういう人たちを何とか出来るのかということを考えてみたいと思います。これも私は専門家じゃないですから、私が自分の刑務所の生活、拘置所の生活を振り返ってみてみた感想をお話したいと思います。



講演会の様子①

拘置所の生活を振り返って

1 刑務官はとても親切でした。私のことを良く考えてくれました。建物はとっても汚かったです。食事は美味しいとは言いませんが、栄養が取れて、非常にバランスの良いお食事でした。皆さんに想像していただきたら、3食学校給食を食べると思っていただけだったらいいと思います。これ以上栄養バランスのとれた食事は無いけれども、楽しいと言われると、ちょっと楽しくないということですね。

そういう中で、どんな力がついて、どんな力が衰えたかということなんです。私は、後で振り返って、これは疑問だと思ったことがいくつかあります。まず3食昼寝つきです。洗濯もやってもらいます。生活のスキルが全然身に付かない。

それから、体力は落ちました。私は懲役刑じゃないので労働しないというのはもちろんあるのですが、それにしてももう閉じ込められた生活なので、足の力とかがどんどん落ちていく。弁護士さんが、「村木さん、出たら1か月何もしない方が良いでしょう。本当に体力おちて、疲れているはずだから。」と言われましたが、本当にそうでした。

もう1つは、誰とも話さない日が続くんで

すね。すると声が出なくなります。声が小さくなります。社会的なスキルというのも落ちて、気分はどんどんと閉じこもり系、引きこもり系になっていきます。守られた暮らしで、とても平和な気持ちで暮らせるんですね、刑務所の中って。だけど、外へ出たら自分はどうなるのかということころは、全く予想が出来ないし、トレーニングが出来ないんですね。

2 実際に拘置所から出てみて思ったのは、外に出るのが非常に怖くて、人とすれ違うのが怖くて、出た後、相当しばらくお家の中に閉じこもっていました。そして誰かについて行ってもらって外出をするみたいなことになっていました。職員の方が「村木さん、ここは守られているのよ。不自由かもしれないけど、ここは守られているのよ。」と言われた意味が良く分かりました。刑務所の中にいるときは、規則正しい生活をして、きちんと食事をとって、時々運動をして、物は持たずにシンプルに暮らして、勉強をして読書をしてってということで、素晴らしい生活です。非常にひどい生活からの立ち直りという意味では、中での生活っていうのはすごくきっちりするのですね。

3 私、拘置所の中で何度も思いました。あっ、外に出てもこうして毎日本を読もう、外に出てもこんな風にシンプルな暮らしをしよう、物が無くても、お皿1人3枚あれば暮らせるんだということが分かるわけですよ。あの我が家にあったものは何だったんだろう？出たら全部捨てるぞととか思ったんですけども、出たら元の木阿弥です。すぐに元に戻っちゃいました。これは難しいなということを実感しました。

私が1番これはダメだと思ったのは、拘置所にいるときに1番楽な過ごし方、それは、考えない、あきらめることだということです。職員さんの言う通りに暮らすことです。最初は反発もするんです。こうしたほうが合理的なのに、ここのルールはおかしい。私の為にはこうしたほうが良い、けどだんだん言われたとおりにやって、職員さんに褒めてもらえる、模範的な暮らしをしていることが1番平和になる、楽になる。だから考えない、諦める。これは本当に良くないと思いました。

そうやって自分の生活を振り返った時に、私が思ったのは、この塙の中の生活だけでは“立ち直り”というのとは完成しないというこ

とです。特に、薬物とか、あるいは他の犯罪もそうかもしれませんけれども、無菌状態の中での生活、まあタバコを売ってない国にいて、禁煙に成功しているようなものです。諦めて、ここでは言う通りにしているという状態でしかない。しかも生活の能力とか体力がついていく訳でも無い。

立ち直るために必要なことは

1 そういう風に考えると、塙の中だけでは立ち直りは完成しないと思いました。では、何があれば良いんだろう。私自身が感じたのはですね、1つは塙の中の職員さん達が自分にくれたアドバイスとか忠告とか、そういうもの、この世界で言えば更生のプログラムとか教育とかっていうことかもしれませんけれども、これは非常に有効でした。自分のことを親身になって考えて、専門家の方がアドバイスをしてくれる。これは有効だったです。

そういうことはもちろん必要だった。けど、それに加えて、外に出て、普通の暮らしの中での立ち直りの支援をしてくれる為のサポート、何らかの支援がいるんじゃないかと思うようになりました。きちんと生活力を身に着ける。それから自分で考えて、その結果に責任をおっていくという中で自分の暮らしを律していくということ。そして誘惑への抵抗力を身に着ける。それからもう1つ大事なものは、相談。困ったら相談する。危ないと思ったら、誰かに頼りにいくというようなことを身に着ける。職員さんが常に監視している状況で、自分から助けを求めなくても何かあったら反応してもらえない状況ではない中で、自分でどうやって危ないと思った時に、自分で気が付いて、誰かの所に相談に行けるか。そういう力っていうのは塙の中にいる時には身につけられない。これがやっぱり大事ななと思いました。

2 皆さんに実感してもらうには、中に入っただけのが1番良いのですが、これが難しいとしたらですね、非常に近いのはですね、長期入所、長期入院です。非常に世の中から隔離された病院という場所で全部暮らしていくということ。ああもう病院は退屈だな、嫌だなと思いますが、多くの方が病院から退院する時に非常に不安です。ここだったらナースコールをしたらすぐ看護婦さん飛んできてくれる。薬の飲み忘れなんて絶対無い、その都度配られて飲んで、ちゃんと飲ん

だかどうかを看護婦さんがチェックをしてくれる。そうやって守られている暮らしというのと、ただそこにいる限りは立ち直ったことにはなりません。病院から出て、普通の暮らしが出来るようになって、初めて「治った」というような、「戻った」ということになるんだと思います。

3 実は医療の世界ではずいぶん考え方が変わりました。皆さんも実感しておられると思いますけれども、入院期間は短くなりました。必要な治療を集中的にやって、リハビリをやって、外へ早く出る。暮らしの中で実際に役に立つリハビリっていうのを病院にいるときもやって、病院を出た後も自分で暮らしの中にきちんとリハビリを取り入れて、出来るだけ早く普通の暮らしに戻るということと、病院の中にいる時、退院に備えて、退院した後、ずっと一貫してリハビリをしていって、自分の暮らしを取り戻すというように、医療の世界は全く変わっていきつつある訳です。それが今は刑事司法の世界はまだそれが出来ていないということなんだろうと思います。早くそこの今足りない刑事司法の中のこのリハビリの仕組みをですね、これからみんなで作っていかなければいけないじゃないかなという風に思っています。

収容されている人たちはどんな人？

1 色んなところから法務省さんにもお願いしてデータをかき集めてきたので、ちょっとデータを皆さんと一緒に見たいと思います。さきほどの横田先生のお話にもありましたけれども、刑事司法が上手くいっているかということを考えて、犯罪が減っているか、それから犯罪を犯した人が立ち直れているかということが大事なことだろうと思いますが、（日本は今）刑務所へ入る人は減っていますが、再入所者率というのが非常に高くなっている。要するに“再犯を止められてない”ということが言えます。

2 それから男性の方が圧倒的に多くて、女性は少ないのだけれども、実は女性（の収容者）が減っていない。それから非常に年齢の高い人が多い。女性の刑務所なんかは、高齢者施設かなと思うような現状になっている。これも我々普通の市民感覚から言えばちょっとショッキングですし、刑務所のイメージを変えるものかなと思います。それから、刑も比較的軽めの人が多い。私も福祉（行政を）

やっているときは犯罪を犯した人っていうのは怖い人、というイメージがあったんですけども、この分野をやっている人に「村木さん、前科10数犯って怖くないよね。だってすぐ出されちゃう犯罪しか犯してないから、10何回も刑務所に入れるんだよ。」と教えてもらって、「あっ、そういうことか。」って思いました。つまり、“お正月を過ごしたいが為に”という方達もこの中にいるということだろうと思います。

3 それから、ショッキングなのはこれですよ、知能指数です。障害者手帳がすぐにももらえるような知能指数70未満の人がこれだけいて、70台、80台、というような我々が普通に考えるとボーダーラインの人の数っていうのが、圧倒的に多い。ずる賢くて、頭の良い人が刑務所にいるというイメージとは、ずいぶん違います。

もう1つこれですね、教育程度。これもまたショックですよ。男性のところ見てもらっても分かりますけれども、中卒以下の割合が多い。高校中退も圧倒的に多いということですよ。

4 こうやって見ていくと、これだけハンディのある人達が、結局犯罪という場所に追いやられているということが実際なんじゃないかということが、この数字を見るだけでも見えてくると思います。

これはざっくりとした数字ですが、5万人くらいの方が刑務所にいて、毎年新しく入る人が2万人超、出ていく人が2万5千人くらいいる。2万5千人ぐらいの中で、満期出所、仮釈がつかない人が半分近くいて、そういう人たちの半分ぐらいが帰る場所が無い人というような数字も出てきています。

誰に私たちは目を向ければいいのか？

1 明らかに満期の出所の人に再犯率が高い。それから覚せい剤の、薬物の使用の犯罪で捕まった人達の再犯率が減らない。窃盗も高いですね。そういう数字も出てきています。それからこれは私の仕事の非常に関心があつたのですが、出所をしてから仕事を持たせた人と、仕事を持たなかった人で、5年以内の再犯率がこれだけ違う。福祉の世界で、特に高齢者福祉の世界でよく使われる言葉に、「居場所と出番」という言葉を我々福祉の世界で良く使うのですが、そのままに居場

所と出番があるかどうかで再犯率が全く違うということが出てきている。やはり我々はそのことに注力していかなければいけないだろうという風に思います。刑務所でうんと反省をして、罪を償うっていう、処罰ということだけではなくて、刑務所に行かずにすむ、或いは戻らずに済むために必要なことっていうのは、もっとかなり他にある。居場所や出番という問題があるんだっていうことを我々は頭にいれなければならないだろうという風に思っています。

2 刑務所を出てから後、あるいは刑務所に入らずに済んだ時にどうやって、そういう刑務所に行く原因になったところを無くす、社会とのつながりが切れているとか、薬物であれば、薬物の治療をすとか、貧困の問題をどうするか、実はIQが低くて仕事になかなかつけないのであったら、障害者用の訓練をすとか、色んな困難が襲ってきたのなら、その困難の課題を1つひとつ、その原因のところへきちんとアプローチできる仕組みというのが要る。

それも塀の中だけでは無く、外側にその仕組みが必要になってくるだろうと思います。法務省さんが作ってくださった資料にあったのですが、刑務所の中には、薬物から立ち直るプログラムを最近実施するようになってきたということです。それから保護観察になった人達にもそういうプログラムを利用してもらうやり方というのも出てきたようです。

だけど、一方で一般地域社会の中でのそういう支援というのが非常に少ない。まだ支援のある場所、支援の提供の仕方っていうのがかなり偏っているというのが見えてくるように思います。足りないものがかなりあります。今日も関係者の方いらっしゃると思いますけれども、保護司さんの数も十分でないし、大変高齢化も進んできているようです。

変化のきざし

1 もちろん効果を発揮しはじめた仕組みもあります。障害があるとか、高齢であるとか本来福祉に結びついていなければいけなかったはずの人について、特別調整という仕組みで、「地域定着支援センター」が、落ち着く場所をきちんと探すのをお手伝いするというのが始まってから、高齢者の方の再犯率が

減ってきています。出た後の支援をきっちりやれば効果がある、というのがやっと見えてきました。出てからじゃなくて、刑務所入る前に出来たらもっと良いねということで、入口のところの支援にも少し注目が集まってくるようになってきた。やっとここまで来ているのかなと思います。

2 もう1つ、就職支援もかなり行われていて、就職に結びついているようです。最近ハローワークの職員が刑務所に出張っていくというのをかなりやっていて、そういうのも効果を上げています。居場所と出番をきちんと確保するような政策をやると効果があるということが見えてきました。刑務所で刑罰を科すということだけではなく、それ以外の、足りていないものをきちんと展開することで、効果があるということが見えてきました。

3 そういう中で、やっと、議員立法で「再犯防止の推進に関する法律」というのが出来ました。社会の安全の為に、さきほど横田先生がおっしゃっていたように本人が本当に生きていて良かったと、生まれてきて良かったと言えるためにも、本人の為に社会全体の為に再犯防止が大事だということをきちんと謳った法律が出来ました。そしてここに書いてあるのですが、安定した職業につくとか、住居を確保すとか、様々な社会復帰の支援をする。国民の理解と協力を経て再び社会を構成する一員となることを支援することというのが大事だとする基本理念が書かれました。刑務所、少年院の中だけでは無く、社会の中でそういう支援をしていくことをきちんとやろうということも書かれました。

4 法律の内容ですが、国が再犯防止の計画とつくるということに加えて、もう1つは自治体や、そして最後は住民に大きな役割が期待されています。薬物の治療であろうと、貧困から抜け出すためであろうと、最後は地域の住民として普通の医療や福祉というのがきちんとその人に届くかどうかというのが問題になる。それについて、地方自治体に、今までは悪い人を捕まえて刑務所に入れて更生を支援するのは国の仕事という位置づけだった。これがこの再犯防止の計画の中で初めて都道府県、自治体が、住民としてその人を受け入れる。これが都道府県、市町村、自治体の仕事ですよと法律に書かれたのです。これは大きな転換点になっていくでしょう。国の計画が出来た後で、自治体も再犯防止の推進

計画を定める努力義務が盛り込まれました。これは本当に大きいことではないかなと思います。自治体や民間機関に対してそういう人を支援するための情報の提供とか相互の連携というのが謳われたということで、まず一歩が踏み出されようとしているということです。



講演会の様子②

再犯防止の具体策：困窮者支援モデルを手掛かりに

1 では、どうやってその支援をしていくかということなのですが、今、国が推進計画を作っている真最中です。自治体の計画作りはそれからということなので、まだ時間がかかると思うのですが、是非関係者の皆様に見てもらいたいものがあります。これは法務省が作ったもので、再犯防止の法律が出来た後の色んな罪を犯した人の支援の仕組みを絵にしたものです。現在、やっている出口支援、再犯防止の支援だけではなく、裁判の中で、刑務所だけではなく、外の色んな様々なサービスを受けて立ち直りをしていく。あるいは裁判に行かずに、起訴猶予の段階でその人達に支援がなされるという、こういう仕組みを作りましょうということ。もう1つは国だけではなくて、その人が住む地域、そして様々な民間団体が協力して罪を犯さずに済む、あるいは再び刑務所に戻らずに済む、そういう仕組みを作りましょうというイメージが描かれています。

イメージだけでは難しいので、次にこれからどういう仕組みを作るかということです。これについて答えはないのですが、これがヒントになるのではと思っているものがあるので、是非皆さんにお話をしたいと思います。

2 それは生活困窮者支援法という、厚生労働省が持っている法律です。新しい法律で、

まだ施行して3年位の法律なのですが、どうということかと言うと、暮らしに困ったっていう人を、生活保護に行く前に、早めに手助けをしようということで作られた法律です。さっきお話したように、刑務所にいる人、それからホームレスの人、自殺をする人というのは、かなり原因の所は共通点があります。ですから暮らしに困ったと、ホームレスかな、生活保護を受けるかという状況になっている、それとも無銭飲食して刑務所に入ってお正月くらいは暖かいところだという人達をそうならないように手助けできる、そのことを目的として作られた法律です。この法律を作ったときに、こういう人を支援するのに、どうしたら良いかということを考えました。

人が今困っている状況の原因は何か。いろんな問題が複雑に絡み合って、色んな不幸が重なっています。ですから、1人ひとりにじっくりと寄り添って、それをよーく聞いて、その上でその人の必要な支援を色んなところから引き寄せてあげる。本人がうろうろ探すのではなく、誰かがその人の為に一緒に「これとこれとこれが原因だったよね。」「家庭の状況が悪かったね。」「誰かに裏切られて大変だったね。」「病気になっちゃったからお金がなくなっちゃったよね。」「あっ、実は障害があったんだよね。」というように、1つひとつ一緒に原因を探し出し、必要なサービスを本人のところに引き寄せてあげる、という仕組みを作ろうということで、この法律が生まれました。

3 この法律は、刑務所を出た人でも使える法律ですので、是非この法律を、「生活困窮者支援法」というのを覚えておいて欲しいのです。これを作る時にこんなレポートがありました。人を支援するときに必要なものは何かということ整理したものです。「4つの基本的視点」と「3つの支援のかたち」というようになっていますが、これは罪を犯した人にも非常によく当てはまるだろうと思っているので、ご紹介をしたいと思います。

4 まず上に4つの基本的視点というのがあります。1つ目は、その人の自尊心、尊厳、自立をしたいという気持ちを大事にすることです。上からの押し付けではなくて、その人がその自尊の気持ちを取り戻すことが出来て初めて支援が効果的になるわけです。これをきちんとできるかどうか。2つ目は、子ども・若者の未来と書いてあるのですが、これは何かというと、子どもにとって与

えられた環境は非常に不平等なものです。そういう子どもたちが与えられた環境によって未来が左右されないように、子ども達には平等なチャンスが与えられるように、配慮をした支援がいるということです。3つ目は「つながりの再構築」と書いてありますが、沢山の困難が重なり、かつ社会とのつながりが切れている人達が困っています。そのことを考えると、つながりの再構築をすることが必要になりますね。つまり、刑務所でいくら一生懸命刑務官がその人のことを面倒みてあげても、人はその後再度社会で暮らすわけです。ですから、社会の中にその人のことを考えてくれる、例えば、お隣さんだったり、例えば職場の同僚だったり、雇い主だったり、そういう人がきちんとしてくれるということが大事で、それが無いとまた（刑務所に）戻ってくることになる。

これはまあ生活保護の場合なんかはよく言われるのですが、立ち直ったかのように見えて、また戻ってくる。本当の意味で言うと、例えば刑務所の中で立ち直るだけでは不十分で、社会の中に出て、社会で色々な人と最後はつながりをもう1回結びなおすことが出来るようになる、そこまで支援できて初めてもう（刑務所に）戻ってこないで済む、ということです。

5 それから4つ目は「信頼による支え合い」とありますが、これは支援をする制度そのものが税金を使って実施されるものなのでそれがきちんと国民一般から信頼されることです。「あんな犯罪犯した奴にあんなお金を使ってもったいないじゃないか。」というように国民がみていると上手くいかない。「やっぱりそうやって、こういう支援をしてあげたら私たちの社会も良くなるね。」と思ってもらえるような、そういう制度を作りましょうということです。

下に3つの支援のかたちというのが書いてありますが、1番左は「包括的・個別的」です。包括的というのは縦割りじゃない、個別的というのはレディーメイドじゃない、ひとりひとりにカスタマイズされた支援を作っていくということ。福祉の世界で言うと、ケースワークをきちんとしましょうということになるのです。真ん中は「早期的・継続的」です。犯罪に至る前に、あるいは刑務所を出た後も、ということもあるのでしょう。とにかく酷い状態になる前に、早め早めに相談が出来る仕組みを作り、そしてアフ

ターケアが出来るような仕組みを作ることです。最後は「分権的・創造的」。これはその人が住む地域によって土地柄も社会にある資源も違います。その地域毎に、その人の立ち直りを支援する仕組みをみんなが本気で考えるというのが必要だということです。以上の例は困窮者の支援ですが、まさに犯罪を犯す人は困窮者に近いわけで、これがきつと役に立つかなと思います。「困った人は困っている人」という風によく言いますが、まさに困った人を手助けできる方法として、これが良いかなというふうに思いました。

司法との関わりから

1 ずっとこういう自分が困窮者の支援などを担当してみて、司法について、私自身がこういうことをちゃんとしたいなと思ったことが、3つぐらいあります。それをお話したいと思います。

1つは、困ったら誰かを頼れるっていう状況をどう作るかということだと思います。例えば、「はい、これで刑期満了。あなたはもうきれいな体です。さようなら。」「これから先、どこへ相談に行けばよいんでしょう？」ってそういうことになってしまわないように。どこかに頼れるところがあるという状況をきちんと作る。「助けて！」って言って良いと分かっていない人がすごく多い。困ったら助けてくれと言っていいし、その時はここへ行きなさいというのを作らないといけないと思います。さっきお話ししましたけれども、1番自分に親切にしてくれるのがヤクザのお兄さん、という状況になってしまう。若い女の子達で非常に厳しい状況に置かれている子だと、1番やさしくしてくれるのがJKビジネスのスカウトのお兄さんということになるわけです。ヤクザのところに行ったのも、JKビジネスのところに行ったのも、自己責任だろうと世の中の人には思いがちなのですが。

2 大嶋栄子さんという薬物を経験した女性の支援をやっている女性に色々なことを教えてもらいました。その中で非常に言葉が印象に残っていることなのですが、小さいときから或いは長いこと厳しい状況に置かれた人というのは、安全に対するセンサーがだんだん崩れてくる。すごく厳しい状況にあるものだから、本当だったら危ないことも、「あ、あれは助けてもらえる。」「あれはいい人

だ。」「あれはいいところだ。」というふう
に、センサーが狂ってくる。それをダメだっ
て叱るのは、おぼれている人がわらをつかま
うとしているのに、説教するようなものだ
という風に言われました。本当につかめる、こ
のブイにつかまれば大丈夫っていうブイを
我々が投げ入れるっていうことがすごく大事
なことになる。

3 もう1つは「トランジション」と勝手に名
前を付けているのですが、社会から長い間隔
離された（出所）後、その罪を犯すに至った
要因—例えば貧困やあるいは薬物の中毒とか
といった要因—を抱えたままという人達が
いるわけです。あるいは、そういうリスクを
もって出所をしてしまう。

その後社会の中で、地域の中で暮らしなが
ら、そこから脱していくための支援というの
を本当に提供できるようにならない限りは、
その状況というのは変わらないはずです。さ
きほど申し上げたように、塙の中の支援だ
けでは完成をしないというのが相当明らか
になっているとすれば、塙の外の支援とい
うのをどうやって司法と、医療や福祉や教
育が連携をして提供するかが問われています。

これが要するに「トランジション」とい
うもので、一種のリハビリです。（刑務所）
外で（罪を犯した人の）リハビリのための
支援体制を作る。社会に出てから、本当に
完全に立ち直るまでに一定の期間の支援が
要するという思想を、我々がちゃんと認識
をすることだろうと思います。さきほどご
紹介した大嶋さんが、「社会の中でもう1
度居場所を見つけるためのトランジション
」と名前をつけてくれました。そういう発
想を我々は持って良いのではないかと。

4 最後に「コーディネーター」です。つ
まり課題が重なっているという点にどう
対応するかです。罪を犯すには、非常に
深い、つらい、元々の原因がある訳です。
それは1人1つの支援では解決はしない。
色々な支援をきちんとコーディネートし
て、その人に届けてあげる仕組みをつ
くるということが非常に大事になって
くるだろうなと思います。ですから、
今までは罪を犯した人の立ち直りとい
うのは、刑務所、それから更生保護の
人達にお任せみたいところがあって、
私達一般市民は関係無いと思っていた。
この発想を変えて、みんながこの人
達を支えるという発想が必要なんだ
ろうなと思います。

取り組んでいること

1 私も何かできることはないかなと思
って、“矯正社会を創る愛の基金”とい
うのを立ち上げました。というのも、受
刑者の4人に1人は知的障害ということが
分かっています。知的障害の人達が、い
わゆる「負の回転扉」と呼ばれるところ
を通っているわけで、結局刑務所から出
ても、最初の状況と同じところに戻さ
れるだけでまた刑務所に行かざるを得
ない。この「負の回転扉」を止めること
をやりたいと。

2 それからもう1つは“若草プロジェクト”
というものです。JKビジネスとか風俗
とか色んなところに行っていた子、実
はこの女の子たちの殆どが虐待の被害
者だったり、家庭が非常に貧困だっ
たりしている。特に薬物に手を出すと、
その後非常に厳しい状況が待っている。
彼女たちの支援に当たっている人達
から、「彼女たちは被害者なのに、被害
者を刑務所に入れるだけの今の仕組
みってどうことだろうね。」という
ふう言われました。本当にその通りだ
と思います。その根本のところの私
達は支援をしていきたいなと。この
“若草プロジェクト”の呼びかけ人の
1人は瀬戸内寂聴さんで、もう1人は
私で、その他にもいっぱい呼びかけ
人がいてですね、理事長が大谷さん
という弁護士さんなのですけれども、
このあたりは60代以上なので、若
草じゃないと今非難を浴びていて、
名前を変えようかどうかとちょっと
迷っているんですね。

3 ここでは若草研修会をやっています。
お手元の資料にも研修会の案内が入
っています。それから先に申し上げた
基金の方では、福祉との連携を今回
やるということで7月1日にシンポジ
ウムもありますので、是非ご関心の
ある方は来てください。みんな寄付
で賄われていますので、是非ご協力
をお願い致します。ということで、私
自身も何かできることにちょっと
でも関わっていききたいなと思っ
て、こんな活動を始めました。愛の
基金の方は特に草の根の活動に助成
金を出す仕組みもありますので、20
万という小さい助成金ですけれども、
是非ご活用頂きたいという風に思
います。

おわりに

最後になりますけれども、今日一般
の市民の方も来てくださっているか
も知れませんが。

結局社会が受け入れてくれるかどうかというのが、最後の立ち直りの1番大事なポイントになっていくという風に私は思っています。ここに引用してある資料は、ある学者さんが日本で1番自殺率が低い町の特徴を何カ月もその地域に入って、フィールドワークで調べた結果です。ここにはすごく大事なキーワードが入っていると思うので、お知らせをしたいと思います。

その地域には色んな人がいる。そして色んな人がいた方が良いという価値観がある。人物本位、例えばあの人は東大を出たから、あの人は町の古い名家の生まれだからではなく、この人がどんな人かで見ている。どうせ自分なんてと考えるようにしよう。病は市に出せ。困っているときは早くカミングアウトして専門家に手助けしてもらおうということです。

そしてこれも大事だと思うのですが、「関心は持つが、監視はしない」。「あの人が刑務所から出てきた人なんだって。」監視というのは、そういう異物を排除するためにじっと見るのが監視だそうです。関心というのは、その人を仲間に入れるために、興味を持ってみるのだという風に解説されていました。

そして人間の性（さが）や業（ごう）を知る。きれいごとのルールではなくて、人間は弱い、人間は欲深いこともある。そういう人達みんながそうで、その中で何とか良く生きていこうと努力をしている。その弱さとか、醜さとかそういうものも頭に入れた上でのルール作りをしていくと、本当に守れるルールになるということだそうです。すごく良い本だったので、これを皆さんにご紹介をしたいと思います。皆さん、まあ私もそうですけれども、こういう分野ってすごくマイナーな分野で関心持つ人も少ないという風に思うと思うのですが、意外にあらゆることに通じる部分がある。

なんでそう思ったかということ、これは、G20の雇用労働大臣会合です。ここ3年間ぐらいのテーマは何かというと、“インクルーシブグロース”という「包摂的な成長」です。要するに色んな人をみんな参加させて巻き込んでいくやり方だけが成長を長続きさせることができるというのが、ここ3年ぐらいのこのG20の会合のメインテーマです。そして、去年、一昨年時には、さらにそれにもう一言加わって、大きすぎる格差は成長の足を引っ張ると言われています。要するに、

“おいてけぼり”をつくらないということが、結局社会全体の為に、社会全体が良くなっていくために、みんなが幸せになるために必要だと言われています。大きすぎる格差、正月前には刑務所行きたいと思うような格差を作らない、置き去りを作らない、薬物に逃げ込まないと生きていけないというようなそういう置き去りを作らない、そうすることで実はみんなが幸福になれるんだ、ということをおっしゃいました。実は社会全体の作り方にこの問題はつながっているということだろうと思います。

最後に、私が最近聞いてとっても好きだった言葉をご紹介します。東京大学の先端研にいらっしゃる熊谷晋一郎さんという学者さんの言葉なのですが、「自立しているのは、人に依存しないということでは無い。自立というのは、沢山のものに少しずつ依存をしている状態だ。」という風に言われました。薬物に依存するという事は、依存できる沢山のものが無いから、最後に生きていくための手段として薬物に依存をしているということがある訳ですね。そうではなくて、沢山依存するものがあって、みんなが少しずつその人の手助けができれば、薬物に依存をせずに自立をすることができるという風に思います。この立ち直りの支援は、刑務所だけの仕事では無い、もっと上手に、もっと色んな人が関わって、その人の自立・再生・リハビリの手助けをすることができるとうまくいくと思います。そういう風にしていくことでみんなが生きやすくなるということがこれからの目指す社会の在り方かなという風に思います。

拘置所生活経験者として非常に狭い範囲ではありますが私も、私が考えたことをお話しさせていただきました。ご清聴どうもありがとうございました。

むらき・あつこ（元厚生労働省事務次官）

《論説》

韓国における常習窃盗罪をめぐる近時の議論状況等について

客員研究員 安部 祥太

〔目次〕

はじめに

I. 韓国刑法の沿革と特定犯罪加重処罰等に関する法律の制定・改正経緯

1. 韓国刑法の沿革・制定経緯
2. 特定犯罪加重処罰等に関する法律の制定・改正経緯
3. (参考) 特定犯罪加重処罰等に関する法律5条の4が引用する刑法の規定

II. 憲法裁判所2015年2月26日決定

1. 事案の概要など
2. 決定要旨

III. 憲法裁判所2015年決定を踏まえた若干の検討

1. 常習窃盗罪の刑加重根拠
2. 2016年特加法改正
3. 2015年決定の含意と展望

おわりにー日本への示唆

1. 日本の常習累犯窃盗罪加重処罰規定の趣旨
2. 窃盗症 (Kleptomania) に関する研究の発展と司法の対応
3. 日本への示唆と裁判所の役割

【別添資料】

- ・法令の変遷・条文邦訳（【資料①～④】）
- ・憲法裁判所2015年2月26日決定(特定犯罪加重処罰等に関する法律5条の4第1項違憲提請等)邦訳

はじめに

本稿は、盗犯等防止法違反被告事件の弁護人からの依頼に応じ、韓国における常習窃盗罪をめぐる状況についてまとめたレポートに加筆・修正したものである。韓国憲法裁判所は、特定犯罪加重処罰等に関する法律（以下、「特加法」とも称する）が定める常習窃盗罪について、2015年に違憲決定を下した（韓国憲法裁判所2015年2月26日決定）。もっとも、同決定は、明白性原則や刑罰均衡原則の要請を充たす形

で法を整備した場合に、常習窃盗罪に対する加重処罰を許容する余地を残していた。そして、2016年1月改正により、違憲決定の「趣旨」を反映させる形で常習窃盗罪が「再整備」された。その意味では、憲法裁判所2015年決定から得られる直接的な示唆は乏しい。しかし、憲法裁判所2015年決定の直後に公表された国会立法調査処調査官レポートや、大法院2002年判決などは、日本の常習累犯窃盗への対応を考える上で重要な視座を含んでいる。また、韓国における常習窃盗罪を巡る議論は、治療的司法との親和性も高い。そこで、外国における治療的司法の具体的議論を示すという趣旨で、以下に紹介する。なお、法令の変遷や関連条文、2015年決定全訳などは、「【資料①】」などの資料番号を付し、本稿31頁以下にまとめて掲載した。

I. 韓国刑法の沿革と特定犯罪加重処罰等に関する法律の制定・改正経緯

1. 韓国刑法の沿革・制定経緯

刑事法領域における比較研究は、その多くがフランス、ドイツ、アメリカである。特に、刑事実体法については、大陸法の影響を強く受けたことから、フランス法やドイツ法を研究対象とすることが多い。それゆえ、特に刑事実体法領域では、アメリカが研究対象とされることさえ稀である。

しかし、日本の刑事法を検討する際に、韓国刑事法の議論はあながち軽視できない。周知の通り、1910年8月29日、日本は現在の韓国（当時の朝鮮）を併合した。これに前後して、1909年7月の「韓国司法及ヒ監獄事務委託ニ関スル日韓覚書」、同年11月の「統監府裁判所令」、「統監府裁判所司法事務取扱令」、「韓国人ニ対スル司法ニ関スル件」等を発出し、朝鮮内の司法・行政・警察権の整備を進めた¹。日韓併合後も、1911年に「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ関スル件」（法律30号）を公布し、朝鮮において法

律が必要な事項を朝鮮総督の命令で規定できるようにし、それを「制令」と称した。制令は、総督の立法権行使という効力を有し（同1条）、三権に関する朝鮮統治法制を整えた。このような中で、1912年3月18日に公布され、同年4月1日から施行された「朝鮮刑事令」（制令11号）は、「刑事ニ関スル事項ハ本令其ノ他ノ法令ニ特別ノ規定アル場合ヲ除クノ外左ノ法律ニ依ル」と規定し（1条）、日本の刑法、刑法施行令、爆発物取締罰則、刑事訴訟法等、12の刑事法を朝鮮に「依用」した。これにより、当時の朝鮮は、大陸法の影響を強く受けた日本刑法をそのまま継受した。他方で、戦後の韓国は、朝鮮刑事令によって「依用」された刑法を「日本による植民地支配の象徴」と捉え、刑法制定作業を急いだ。しかし、法制度を含むあらゆる社会的基盤を整備しなければならない状況や、韓国人刑事法学者の不在などを前に、刑法改正のモデルが必要となった。そこで参照されたのが、戦前から20年近く議論されてきた刑法改正仮案である^{2,3}。その結果、1953年に制定された刑法は、日本の現行刑法と類似したものとなった。

2. 特定犯罪加重処罰等に関する法律の制定・改正経緯

その後、政権を執った朴正熙は、1966年に特定犯罪加重処罰等に関する法律を制定した。この法律は、大統領権限の強化や権威主義政権の維持と関連する文脈で、幅広い犯罪の加重処罰を規定することで、「健全な社会秩序の維持と国民経済の発展に貢献すること」を目的として制定された⁴。そのため、日本の盗犯等処罰法とは異なり、財産犯に限定したものではない。具体的には、刑法、関税法、租税版処罰法、森林法、林産物取締に関する法律、外国為替管理法、麻薬取締法と関連し、同法が指定した「特定犯罪」について、その刑を加重するものである。刑法のうち「特定犯罪」とされた犯罪は、収賄罪などであった。ところが、1973年3月27日に施行された第2次改正法により、国庫損失に関する5条に枝番号が付され、略取・誘拐罪（5条の2）や逃走車両運転者（5条の3）に対する加重規定が設けられた。これは、略取・誘拐や、道交法上のひき逃げ等の罪質が凶

悪であるという認識の下、これらの犯罪に対する一般予防効果を期すると共に、健全な社会秩序の維持と国民の綱紀確立を目指して行われた改正である⁵。同法は、この改正以後、制定時の「統治手段としての『特定犯罪加重処罰』」という目的を脱し、まさに「刑罰法令としての『特定犯罪加重処罰』」として位置づけられていく。そして、1980年12月18日改正では、「強盗や窃盗のならず者（불량배）は、日増しにその手法が知能的かつ大胆となり、組織的かつ常習的に行われるのみならず、甚だしきは人命を奪うことにより社会に不安をもたらしていることに鑑み、常習的で組織的な強盗犯・窃盗犯や累犯者に対しては、処罰規定を大幅に強化し、同時犯を厳しく処罰し、社会浄化を期する」という目的で⁶、財産犯に対する加重処罰規定が設けられた（5条の4）【資料①】。

その後、2005年8月4日改正により、上記5条の4に第6項が新設された。第1項から第5項までは従前の通りである【資料②】。

さらに、2010年3月31日改正法（法律第10210号）によって、他の法令と整合する表現に改める等、細かな文言の変更が行われた【資料③】。

もともと、特に第1項の常習窃盗については、貧困ゆえに窃盗を繰り返す者も重く処罰し得る点で、フランス人作家ヴィクトル・ユーゴーの「レ・ミゼラブル」に倣い「ジャンバルジャン法」（장발장법）と呼ばれ、批判されることもあった。実際に、空腹に耐えかねて即席ラーメンを窃取した累犯者が、企業で70億ウォンを横領した者より長い懲役刑を言い渡された例などに対しては、疑問が呈されることもあった⁷。

3. （参考）特定犯罪加重処罰等に関する法律5条の4が引用する刑法の規定

上記の通り、特定犯罪加重処罰等に関する法律5条の4は、刑法上の財産犯規定を引用している。そのため、【資料④】として、同条が引用する刑法上の財産犯規定を参考までに訳出する。

II. 憲法裁判所2015年2月26日決定

1. 事案の概要など

憲法裁判所2015年決定は、複数の事案を併合

して判示したものである。具体的には、2010年に白菜畑から白菜2株を盗んで検挙されたA氏の事件と、営業後の飲食店で密かにラーメン2杯を作って食べ、現金2万ウォンとラーメン10袋を盗んだB氏の事件を併合したものである。

本件では、特加法5条の4第1項のうち、①刑法329条に関する部分及び同条項のうち刑法329条の未遂罪に関する部分、②特加法5条の4第4項のうち、刑法363条に関する刑法362条1項の「取得」に関する部分の違憲性が争われた。①部分は、常習的に刑法329条の罪またはその未遂罪を犯した者は無期又は3年以上の懲役に処すると規定し、刑法の条項と同じ構成要件を規定しつつ法定刑の上限に無期懲役を追加し、下限を懲役3年として懲役刑の下限を引き上げ、罰金刑を除いている。②部分は、刑法363条の罪を犯した者は無期又は3年以上の懲役に処すると規定し、刑法の条項と同じ構成要件を規定しつつ法定刑の上限に無期懲役を追加し、下限を1年から3年に引き上げている。そのため、これらの規定が、刑法との関係で刑罰体系上の均衡を失し平等原則に違反するか否かが問題となった。

かつて、憲法裁判所は、旧特定犯罪加重処罰等に関する法律（1980年12月18日法律第3280号により改正され、2010年3月31日法律第10210号により改正される前のもの）5条の4第1項が憲法に違反しない旨の決定を示していた⁸。これに対して、2015年決定は、憲法裁判所裁判官の全員一致で、次のように決定した（全文は、本稿33頁以下を参照）。

2. 決定要旨（憲法裁判所ウェブサイト掲載文翻訳）

審判対象条項は、別途の加重的構成要件の表示を規定しないまま、刑法の条項と同じ構成要件を規定し、法定刑のみを上方修正し、どの条項で起訴するかによって罰金刑が宣告されるか否かが決定され、判決刑においても深刻な刑の不均衡を招くことになるため、刑事特別法として備えなければならない刑罰体系上の正当性と均衡を失い、人間の尊厳と価値を保障する憲法の基本原理に反するのみならず、その内容

においても平等の原則に違反し、違憲である。

III. 憲法裁判所2015年決定を踏まえた若干の検討

2017年末現在、2015年決定を検討した判例評釈は存在しない。また、そもそも常習窃盗の刑加重などに関する議論自体が乏しいという事情がある。そのような事情を踏まえつつ、以下では、常習窃盗罪の刑を加重する根拠と、2015年決定の含意について簡単に検討する。

1. 常習窃盗罪の刑加重根拠

日本における議論と同様に、常習犯の刑を加重する根拠として主張されてきたのは、次の3つである。すなわち、(1) 行為者責任として理解する見解、(2) 行為責任として理解する見解、(3) 行為者責任と行為責任の両方として理解する見解である。

(1) 行為者責任として理解する見解は、常習犯行為者に、犯罪を繰り返して行う性癖・常習性がある点と、行為者が当該常習性を形成するようになった要因に焦点を置きつつ、当該常習性は行為者が誤った生活を営んできたために1つの人格として形成されたものであり、常習犯は行為者が有する常習性が発現した犯罪行為であるため、行為者に対して非難可能性が増大し、刑が加重されると説明する（人格形成責任、生活営為責任、行状責任）⁹。大法院も、「犯罪における常習とは、犯罪者のとある犯罪癖や犯罪傾向を意味するものであるため、常習は行為の本質を成す性質のものではなく、行為者の特性を成す性質を意味するもの」としている¹⁰。

(2) 行為責任として理解する見解は、常習性それ自体を行為者責任の要素として認めつつ、常習性は行為者が自責的に形成した人格であり、これを犯罪行為に発現させた場合（数個の同種行為によって包括的に徴表された常習性の場合）には、「間接的行為責任」が認められ、このように数個の同種行為により包括的に徴表された常習性のみが常習犯の刑加重根拠となると説明する¹¹。

(3) 行為者責任と行為責任の両方として理解する見解は、常習犯は同種犯罪の繰り返しを通じて犯罪の手口・技術・こつを習得することで、

その分だけ行為と結果の危険性が增大することを指摘する。その上で、常習犯の刑加重は、行為と結果の危険性の増大に相応する行為責任の増大に起因したものであって、行為者責任は行為責任に対する補完的な観点でのみ考慮し得るといふ¹²。憲法裁判所も、「常習窃盗は日増しにその犯行手口が知能的かつ大胆となり、犯行途中で強盗、強姦、殺人の犯行に変化する危険性が高いために厳罰の必要性があること」に加え、一定期間内に同一の犯罪を繰り返し行う者に対して「高度の社会的非難が可能」で、「これらの者から社会を防衛して厳罰を通じて再犯を防止しようとしている」と述べ、この立場を採ってきた¹³。この見解は、行為者責任を前提としつつも、行為責任の範囲を超えた刑罰を科し得ないようにすることで、刑の加重程度を責任主義の枠内に収めようとするものと理解されている¹⁴。

他方で、加重処罰の正当性を否定する見解も存在する。この見解は、前犯（前の犯罪）に対する刑の執行等に警告的な効果が認められるとしても、現実には本犯（今回の犯罪）に対して実効的な影響を与えていないために、累犯に陥っている事実を重視する。また、本犯の処罰にあたって前犯と本犯の内的連関性を考慮することは、責任主義を逸脱し、性格責任を問うことになるという。さらに、仮に前犯に対する刑罰の警告を無視した点に非難可能性の増加を認めるとしても、加重された法定刑との関係が不明確であり、場合によっては責任主義に反するため、事実上保安処分として機能し得る点を危惧する¹⁵。

2015年決定は、「ある類型の犯罪について、特に刑を加重する必要がある場合」を前提としており、加重処罰の正当性それ自体を否定した訳ではない。同決定は、刑法と特加法の法定刑の違いや著しい刑の不均衡に言及し、仮に本件の審判対象条項である特加法5条の4第1項および第4項を合憲とするならば、「犯行の方法と規模、犯行回数、身分、被害の程度」などを明文で規定すべきことを示唆している¹⁶。2015年決定が明文化を要求した各要素は、行為責任と行為者責任のいずれにも関連するものであり、上

記(3)行為者責任と行為責任の両方を刑の加重根拠と理解する見解が踏襲されているように思われる。

2. 2016年特加法改正

憲法裁判所の違憲決定は、当該法律又は当該法律条項の効力を喪失させる（憲法裁判所法47条2項）。当該法律等が刑罰に関するものであるときは、遡及してその効力を喪失する（同条3項）。憲法裁判所法45条は、合憲決定と違憲決定のみを規定している。しかし、憲法裁判所は、より一層柔軟な判断を行うために、ドイツ連邦憲法裁判所判例に倣って「変形決定」を導入している。すなわち、憲法不合致決定は、実質的には違憲決定であるものの、法の空白状態を防止するとともに、立法を促すために、当該法律等の効力を暫定的に認める決定である。限定違憲決定は、審判対象となった法の条文解釈のうち、特に憲法と調和しないものを、裁判所による法の解釈・適用から排するものである。これらの場合、立法府による改正等が行われな限り、当該条文の効力は維持される。限定合憲決定は、審判対象となった法の条文のうち、憲法に調和しない部分を排し、合憲部分に限るよう縮小解釈するものである。この場合も、当該条文の効力は維持される¹⁷。

憲法裁判所は、2015年決定でも、憲法不合致決定や限定違憲決定によって「法の空白」を回避する判断を示すことができた。しかし、違憲決定を言い渡した。これにより、特加法5条の4第1項と第4項が直ちに失効した。立法府は、同規定を削除するか、常習窃盗や常習贓物取得等のうち特に刑を加重する必要がある特殊な行為類型を定め、再び改正するなどの措置を講ずる必要に迫られた。

他方で、2015年11月には、新たな違憲決定が示された。この決定は、2月決定により失効したものの規定自体は残っていた特加法5条の4第1項の有効性を前提とした憲法訴訟と関連するものである。特加法5条の4第6項は、「第1項または第2項の罪で二度以上実刑を宣告され、その執行が終わったり、免除された後、3年以内に再び第1項または第2項の罪を犯した場合は、そ

の罪に対して定めた刑の短期の2倍まで加重する。」と規定していた。憲法訴訟請求人は、第6項のうち「その罪に対して定めた刑の短期」が特定犯罪加重処罰等に関する法律5条の4第1項の刑の短期の2倍であるか、刑法332条の刑の短期の2倍であるかが不明確であることを理由に、憲法訴訟を行った。これに対して、2015年11月決定は、明白性原則に違反する旨を述べ、違憲決定を示した¹⁸。

このような中で、2016年1月6日改正法（法律第13717号）は、1項、3項、4項を削除するとともに、2項、5項、6項の文言を改めた【資料⑤】。2016年改正法は、結果として、明白化・刑罰均衡化の要請を充たす形で細かい規定を設け、常習窃盗罪を維持している（5項）。

3. 2015年決定の含意と展望

2015年決定は、常習窃盗等に対する加重処罰の正当性それ自体を否定した訳ではない。そのため、明白性原則や刑罰均衡原則の要請を充たせば、常習窃盗等に対する加重処罰が許容され得ることを示していた。2016年1月改正は、この趣旨に基づき、常習窃盗罪規定の明白化・刑罰均衡化を行い、結果として常習窃盗の加重処罰規定を維持した。

しかし、2015年2月決定を受けた国会立法調査処¹⁹調査官は、このように捉えていなかったようである。国会立法調査処が発行している「イシューと論点」（이슈와 논점）に掲載された、김선화立法調査官（政治行政調査室政治議事チーム所属／法学博士）のレポート（以下、キムレポート）は、2015年決定直後に次の点を指摘していた²⁰。

（1）2015年決定の宣告により、特加法5条の4第1項と第4項が直ちに失効したことを受け、立法府は同規定を削除するか、常習窃盗や常習贓物取得等のうち特に刑を加重する必要がある特殊な行為類型を定め、再び改正するなどの措置を講ずる必要がある。

他方で、（2）韓国では、ある社会問題が生じると、政治的利害関係やペナルポピュリズムへの過度な傾斜により、刑法で対応可能であって

も特別法の制定・改正を通じた「厳罰化」によって解決する傾向が強い。その結果、刑事特別法が複雑なものとなったり、体系的に説明しにくい部分が生じたり、国民のみならず専門家にとっても「明白性」に欠ける場合がある。そのため、立法者が「刑罰法令を制定・改正するときは、一般刑法や刑罰体系、量刑などに関する綿密な検討を経なければならず」、「立法的な想像力を発揮する必要がある」がある。

さらに、（3）社会問題の根本的な解決策を優先的に模索する必要がある。刑罰法令は、国家の強制力の中でも最も協力的な公権力であり、行使の公平性ととも、最終手段性が要求される。それゆえ、立法者としては、刑罰法令を規定する前に、刑罰法令の他に現実的な問題を解決する根本的解決策が存在するか否かを検討すべきである。しかし、実際には、刑罰による対応が最も簡単に立法できる代案であるため、刑罰に依拠しがちであり、過剰な犯罪化が起こる。本件で問題となった常習窃盗に関する事件は、その最たるものである。食料や生活用品に対する窃盗が常習的に行われた場合、立法者はセーフティネットの構築程度を検討し、刑事処罰なしに社会復帰が可能であるか否か、民事的な解決を可能にする法技術がないか等、柔軟に法体系や財政手段を講じる必要がある。犯罪が非難可能性のある反社会的行為であるとしても、個人にのみ責任を負わせて良い場合と、それらの犯罪の根底に社会構造的な問題が存在する場合を見極める手続が必要である。

（4）特別法の見直しや立法作業において「過剰な刑罰はないか、実際の事例を踏まえて検討しなければならず、刑罰以外にも他の制裁手段や解決方法がある場合には刑事罰を削除し、さらに緩和された手段によって対応するようにし、非犯罪化の必要性を検討するなどの立法的課題を真剣に考慮しなければならない。」

キムレポートは、以上の内容を「2015年決定が国家政策決定権者である立法府に示唆するところをどのように今後の立法活動に反映す

るべきであるかを検討する」とした上で述べている。そして、検討の冒頭で、特加法5条の4第1項や第4項が「1970年以降の高度経済成長の裏で大型化・多様化・知能化された常習窃盗や盗難品の犯罪について刑法上の罪を加重処罰するために導入された」ことを確認し²¹、2015年決定で問題となった常習窃盗が上記（3）（4）の視点から検討されるべきことを示唆している。キムレポートが示されたのは、2015年決定の直後である（2015年2月26日に決定が宣告され、3月9日にキムレポートが公表されている。）。以上を踏まえると、キムレポートから読み取れる国会立法調査処の「2015年決定」の理解は、明白性原則や刑罰均衡原則の要請を充たせば、常習窃盗等に対する加重処罰が許容され得るというものではない。むしろ、貧困その他の事情により軽微な窃盗などを繰り返す者に対して、刑罰で対応することの意味を立法府に問いかけた決定として理解している。国会立法調査処は、2015年決定を、このような常習窃盗等を「非犯罪化」（비범죄화）することも視野に入れて検討すべきであるとのメッセージとして捉えているのである。

既にみたように、2016年1月改正特加法は、要件と法定刑を見直し、常習窃盗罪を復活させた（【資料⑤】5条の4第5項参照）。国会における審議過程では、「非犯罪化」や刑罰以外による対応というキムレポートの観点は一切議論されなかった。国会に提出された法律案は、이찬열議員、김도읍議員、함진규議員、이상민議員がそれぞれ代表発議した各法律案を調整した国会法制司法委員会対案であった。これは、「憲法裁判所の違憲決定を考慮し、処罰の空白を防止しつつ、刑罰体系上の正当性と均衡を有するよう体系を整備する」ための改正であった²²。しかし、2015年12月8日の国会法制司法委員会も、翌9日の国会本会議国会も、数百に及ぶ他の法律案と併せてまとめて議決する形で事務的・機械的に進行された²³。

しかし、キムレポートが示唆する考え方は、一顧だにされていない訳ではなく、韓国に徐々に浸透しつつある。その嚆矢の1つと語り得るのは、大法院2002年判決である²⁴。この事件の

被告人は、月経前症候群（PMS; Premenstrual Syndrome）に起因する衝動調節障害（impulse control disorder; Störung der Impulskontrolle）によって窃盗症（Kleptomania）を発症していた。そして、1983年に起訴猶予処分を受けて以来、1993年と1997年にそれぞれ懲役10月執行猶予2年の有罪判決、1998年に罰金100万ウォンの有罪判決、1999年に罰金300万ウォンの有罪判決、2001年に懲役10月執行猶予2年の有罪判決をそれぞれ言い渡された。それぞれの被害物品は、Tシャツ（2万8,500ウォン相当）、トイレットペーパー（1万ウォン相当）、ティッシュペーパー2束（2万ウォン相当）、おむつ2束（3万ウォン相当）などであり、ほとんどが軽微な万引きであった。

大法院は、本件常習窃盗被告事件（特加法5条の4違反事件）について、「自身の衝動を抑制することが出来ず犯罪を実行する現象は、通常の人であってもいくらかでも見られるものである。そのため、特段の事情がない限り…性格的欠陥を有する者について、自身の衝動を抑制し法を遵守するよう要求することは、期待できない行為を要求するものではなく、原則として衝動調整障害のような性格的欠陥は刑の減免事由である心神障害に該当しないと解することが相当である。しかし、それ以上に、事物を弁別する能力に障害をもたらす本来的意味の精神病が盗癖の原因であるとか、あるいは盗癖の原因が衝動調節障害と同様の性格的欠陥であったとしてもそれが極めて深刻であり、本来的意味の精神病を有する者と同等と評価し得る場合には、その者による窃盗の犯行は、心神障害による犯行であると解さなければならない」と判示した²⁵。その上で、本件について、「被告人は、生理期間中に精神病を有する者と同等と評価し得る程度の深刻な衝動調節障害に陥り、他人の物を盗む衝動を抑制できない状況となり、事物を弁別したり意思決定を行う能力を喪失したり、あるいはこの能力が耗弱した状態で窃盗行為に至った疑いがある。そのため、原審は、専門家に被告人の精神状態を鑑定させる等の方法で本件犯行当時の被告人の精神状態…を判断しなければならなかった。それにも拘わら

ず、そのようにせずに、被告人が本件犯行当時に物事を弁別する能力がなかった…とは言えないと解し、被告人の主張を排斥したことは、必要な審理を尽くしておらず、心神障害に関する法理を誤解しているため、判決結果に影響を与える違法を犯した場合に該当する」として、原審を破棄し、差し戻した。また、常習性の有無についても、同様に「窃盗習癖の発露」に過ぎないとした第一審および原審判決を論難し、月経前症候群に起因する衝動調節障害による窃盗症（Kleptomania）の影響等を踏まえて判断すべきであるとして、原審を破棄し、差し戻した。

大法院2002年判決は、その用語こそ用いていないものの、いわゆる「治療的司法」(Therapeutic Justice²⁶)の考え方と通底するものであった²⁷。すなわち、判決書の中で、警察の取調べにおける被告人の発言や原審裁判所に提出された「反省文」を紹介しつつ、「犯行後の状況」として「被告人は出所すれば病院で治療を受けると供述しており、被告人の夫は被告人が1人で外出することがないように監督すると誓っている」と述べた。その上で、「本件判断」として責任能力に関する上記法理を示し、原審を破棄しているのである。大法院2002年判決からは、心神喪失状態にあったと認定して無罪判決を言い渡し、あるいは心神耗弱を認めた上で保護観察付執行猶予を言い渡すことにより、刑罰を回避し早期に治療に結びつけるべきであるという考え方を看取することができる。

その後、韓国では、2011年に「治療的司法モデルの刑事政策的導入法案研究」という研究結果が公表され、本格的に治療的司法が議論され始めた²⁸。刮目すべきは、この研究が、刑事司法に関する国立研究機関である韓国刑事政策研究院の김한균・副研究委員と、조의연・仁川地方裁判所部長判事（いずれも当時）の共同研究であり、公的研究機関と裁判官によるものである点である。この研究が治療的司法の対象として掲げる犯罪類型の1つが、衝動調整障害に基づく窃盗である²⁹。ここでは、治療的司法の考え方に基づいて、裁判所が中心となって被告人に治療機会を提供し、保護観察を柔軟に用いた

り、治療命令付執行猶予判決によって非刑罰的対応を行うことが提案されている。

このような潮流の中で、2015年憲法裁判所決定が示され、キムレポートが「非犯罪化」を含む非刑罰的対応の模索・検討を主張した。繰り返す述べたように、2016年特加法改正では、これらの点は考慮されず、構成要件や法定刑の見直しによる「常習窃盗罪規定の復活」が図られた。しかし、中長期スパンで観察したとき、衝動調節障害に基づく窃盗症に対する治療的アプローチが議論・導入される余地は充分にある。韓国は、日本と比較すると、刑事法領域に限らず立法の動きが目まぐるしい国である。近時、注目を集めている刑事訴訟法に関する大規模かつ迅速な諸改革も、「必要性が高い法律を迅速に制定し、施行し、その後に適切な改正を施していけばよいという柔軟な考え方に基づく立法を許容する社会的背景³⁰」に基づくものである。衝動調節障害に基づく窃盗症に対する治療的アプローチを踏まえた特加法の常習窃盗罪規定見直しが行われる見込みは、必ずしも非現実的なものではない。

おわりに一日本への示唆

1. 日本の常習累犯窃盗罪加重処罰規定の趣旨

日本における常習累犯窃盗処罰規定は、盗犯等ノ防止処分ニ関スル法律3条に規定されている。この法律は、1929年の世界恐慌などに端を発する不況（いわゆる昭和恐慌）によって犯罪認知件数が急激に増加したことや、「説教強盗」や「講談強盗」と称される強盗事案に対応するために制定された。当時、被害者が「臨機ノ処置ニ依リ自ラ防衛ヲ致サナケレバ重大ナル実害ヲ免ルルコト能ハサル事例」が目立ったため、特定の場合における被害者の防衛行為を刑法36条に包含することで、被害者の「防衛權ノ發動ヲ安固ニスル必要ガアル」として制定されたのである³¹。

盗犯防止法の制定と同時に設けられた常習累犯窃盗に関する規定は、「刑事政策の要求を實行せんとする最近諸國の刑法改正案や我刑法改正綱領等」が「社會防衛と同時に犯人改善上特に必要あり」としているという理解の下、

累犯窃盗について「今マデノ刑罰デハマダ本人ガ充分改善致サナイ中ニ之ヲ釋放スルト云フコトガアルト云フコトヲ證據立テテ居ル事實ト見ルコトガ出来ルノデアリマスカラ此度ハ是等ノ犯人ニ向ツテ重イ刑罰ヲ科ス」という趣旨で設けられた³²。ここでいう「常習」について、制定時に次のような議論が展開されている。すなわち、3回以上6月の懲役以上の刑に処せられた者が、4回目に刑罰を受ける場合、「當然ニ常習トハ認メテ居ラ」ず、「矢張常習的ノモノデアルヤ否ヤト云フコトハ、裁判官ガ更ニ他ノ事情ヲ斟酌シテ認定スルト云フコトニナツテ居ル、サウ云フコトニナリマス、此法律トシテハ常習ト云フコトハ是ハ二回ヤツタカラ直グ常習ダ、斯ウ云フコトニハ決シテ認定ニナラナイダラウト思フノデアリマス、殆ド職業的ニヤル場合ヲ是ハ見テ居ル規定デアルト考ヘテ宜シイノデアリマス、サウ云フコトデ十分ニ条件ヲ限定シテ居リマスカラ、決シテ是ガ過酷ニ過ギルト云フコトハ考ヘラレナイ³³」。この制定過程からは、盗犯等防止法が規定する常習累犯窃盗が、職業的に窃盗を繰り返す者を想定したものであることを看取することができる。

2. 窃盗症 (Kleptomania) に関する研究の発展と司法の対応

窃盗症 (Kleptomania) という概念は、1816年にスイス人医師 André Matthey によって提唱された。ここでは、動機無く盗む傾向を特徴とする独特の狂気として、「Klopemania (stealing insanity)」という語が用いられた³⁴。その後、Jena Etienne Esquirol と C.C. Marc が、「Kleptomania」という語を用いて「不可抗力かつ非自発的な窃盗衝動」として再整理した³⁵。その後、クレプトマニアと性差の関係に関する研究が展開されてきたものの³⁶、クレプトマニア概念自体は直ちに一般化しなかった。クレプトマニアの概念が一般化する契機となったのは、アメリカ精神医学会 (American Psychiatric Association) が作成する DSM-I (1962年) に補足的に掲載されたことである。しかし、DSM-II (1968年) では、この概念が省略された。クレプトマニア概念の一般化は、衝動調節障害の一種に分類された1980年の DSM-III

(1980年) まで待たなければならなかった³⁷。

いずれにしても、盗犯防止法の制定時や、韓国の特加法改正による常習窃盗罪の新設時には、窃盗症という概念自体が司法に認識されていなかった。その後、日本では、職業的な常習累犯窃盗事犯のみならず、非組織的・非職業的な食品等の常習累犯窃盗事犯や、現在の精神医学の観点からは窃盗症の疑いが残る事案についても、盗犯防止法上の常習累犯窃盗罪に関する規定を適用してきた。被告人が複数回に亘り過去に刑罰を受けているにも拘わらず、その特別予防効果が不十分であったために再犯に陥ったと理解され、「不可抗力かつ非自発的な窃盗衝動」に更なる刑罰で対応してきたのである。他方で、韓国では、1999年の時点で、窃盗症による常習窃盗と責任の問題が大法院に認識されている³⁸。その結果、特加法上の常習窃盗罪の対象は、制定当初の新設目的である「常習的で組織的な強盗犯・窃盗犯や累犯者」への対処に純化し、「不可抗力かつ非自発的な窃盗衝動」に対しては常習窃盗罪以外の対処が模索されてきた。両国の司法が採ってきた対応は、窃盗症という新しい類型の精神疾患への理解を含め、大きく異なっているのである。

3. 日本への示唆と裁判所の役割

既に見たように、韓国における常習窃盗罪も、日本の常習累犯窃盗罪とよく似た趣旨で設けられた。1980年特加法改正は、「強盗や窃盗のならず者は、日増しにその手法が知能的かつ大胆となり、組織的かつ常習的に行われるのみならず、甚だしきは人命を奪うことにより社会に不安をもたらしている」という認識の下、「常習的で組織的な強盗犯・窃盗犯や累犯者に対しては、処罰規定を大幅に強化し、同時犯を厳しく処罰し、社会浄化を期する」ために、常習窃盗罪を新設したのである。そのため、キムレポートも含意するように、非組織的・非職業的な食品等の常習累犯窃盗については、刑罰以外の方法による対処の可能性が意識されてきた。

韓国における議論状況や治療的アプローチの潮流、衝動調節障害に基づく窃盗症と鑑定の在り方に関する判例等を踏まえると、日本にお

ける常習累犯窃盗罪の見直しや、治療的視座による保護観察付執行猶予判決の積極活用などは、超高齢社会における日本の司法にとって無関係ではない。相対的応報刑論に基づく刑罰に、特別予防による再犯防止が期待されている中で、刑罰よりも遥かに実効的な手段が存在すれば、その手段を選択することは十分な合理性も存在する。その手段は立法によることが画一的であり、有効であろう。しかし、その一部は、現行制度の柔軟な運用によって裁判実務が先導することも可能である。あるいは、現行制度の柔軟な運用を行わなくても、衝動調節障害に基づく窃盗症と鑑定の在り方に関する大法院2002年判決のように、治療的アプローチの視点を取り入れた判断を示すことは可能である。

周知の通り、裁判員裁判導入により市民感覚を反映させた結果、保護観察付執行猶予判決が増加した。しかし、職業裁判官裁判時代は、判決後の被告人の生活や刑罰以外での対応可能性について、十分に考慮されてこなかった。このような中で、高齢者による窃盗事犯への対応が重視され始め、その一方で窃盗症が認知され始めた。日本も、盗犯等防止法が規定する常習累犯窃盗罪の対象を、制定当初の目的である「職業的に窃盗を繰り返す者」の加重処罰に限定する方向で、同法の見直しを行うべきである。また、裁判所も、韓国に倣い、常習累犯窃盗を巡る問題を通じて「司法」の在り方や役割論を再考すべきではなかろうか³⁹。

[注]

- 1 この頃の日本による朝鮮の司法権獲得過程については、小川原宏幸「日本の韓国司法権侵奪過程—『韓国の司法及監獄事務を日本政府に委託の件に関する覚書』をめぐって—」明治大学大学院文学研究論集11号 (1999年) 89~106頁を併せて参照。
- 2 신동운「제정형법의 성립경위」형사법연구20호 (2003년) 49쪽.
- 3 刑法改正仮案の制定過程については、吉井匡「改正刑法仮案制定過程における裁判所侮辱をめぐる議論」立命館法学345=346号 (2012年) 907頁以下。
- 4 국가법령정보센터「특정범죄 가중처벌등에 관

- 한 법률」법률1744호1966.2.23제정이유.
- 5 국가법령정보센터「특정범죄 가중처벌등에 관한 법률」법률2550호1973.2.24개정이유.
- 6 국가법령정보센터「특정범죄 가중처벌등에 관한 법률」법률3280호1980.12.18개정이유.
- 7 김선화「특가법상 상습정도 및 상습장물취득 처벌규정의 위헌결정과 입법개선과제」이슈와 논점955호 (2015.3.9) .
- 8 헌법재판소1995.3.23선고, 93헌바59결정.
- 9 원형식「상습범과 누범의 가중처벌의 문제」형사법 연구22호 (2004년) 570쪽.
- 10 대법원1972.6.27선고, 72도594판결.
- 11 손동권「상습범 및 누범에 대한 형벌가중의 문제점—한·독의 비교를 통한 검토」형사판례연구회편『형사판례연구 (4)』 (박영사, 1996년) 127-129쪽.
- 12 한상훈「형법 및 형사특별법상 재산범죄 가중처벌규정의 문제점과 개선방안—상습범, 누범 및 가중적 구성요건을 중심으로」형사법연구26호 (2006년) 146-147쪽.
- 13 헌법재판소2008.11.27선고, 2006헌바94, 2007헌바19 (병합) 결정, 헌법재판소2015.4.30선고, 2013헌바103결정.
- 14 원형식·前掲注 (9) 573頁.
- 15 안동준「누범가중의 실효성과 타당성」비교형사법연구2권1호 (2000년) 85-87쪽.
- 16 なお、헌법재판소2014.4.24선고, 2011헌바2 결정, 헌법재판소2014.11.27선고, 2014헌바224결정도参照.
- 17 李範燦·石井文廣編『大韓民国法概説』 (成文堂、2008年) 28頁〔金知煥執筆〕。
- 18 헌법재판소2015.11.26선고, 2013헌바343결정.
- 19 国会立法調査処は、2007年11月に設置された新しい組織である。同組織は、立法や政策と関連する事項を調査・研究し、関連情報や資料を国民・国会の各種委員会・国会議員等に提供する機関である。2016年6月には、立法調査回答が4万件を超える等、精力的に立法と関連する調査を実施している。
- 20 以下は、김선화·前掲注 (7) による。
- 21 本稿 I .2. 「特定犯罪加重処罰等に関する法律の制定・改正経緯」参照。
- 22 국회사무처「제337회정기회 국회법제사법위원회」15호 (2015.12.9) 8쪽〔법제사법위원장대리 이한성 발언〕.
- 23 국회사무처「제337회정기회 국회법제사법위원회」10호 (2015.12.8) 80~81쪽, 국회

- 사무처・前掲注 (22) 8~9頁.
- 24 대법원2002.5.24선고, 2002도1541판결.
 なお、대법원1999.4.27선고, 99도693, 99감도17판결も参照。
- 26 See e.g., Bruce J. Winick & David B. Wexler, *ESSAYS IN THERAPEUTIC JURISPRUDENCE* (1991); Bruce J. Winick & David B. Wexler, *LAW IN A THERAPEUTIC KEY* (1996).
- 27 治療的司法に関する邦文は、小林寿一「治療的法学 (therapeutic jurisprudence) への発展と刑事司法への応用」*犯罪社会学研究*29号 (2004年) 128頁、指宿信「治療的司法」廣井亮一編『加害者臨床』(日本評論社、2012年) 246頁、指宿信「再入率削減のための政策：『治療的司法』に基づく制度・施策の導入を」*犯罪学雑誌*82巻6号 (2016年) 136頁、暮井真絵子「刑事政策と治療的司法—再犯防止を目指した新たな手続モデル」*罪と罰*55巻2号 (2018年) 111頁などを参照。
- 28 김현균・조의연「치료적 사법모델의 형사정책적 도입방안 연구」*한국형사정책연구원* (2011년) [연구총서11-16] .
- 29 김현균ほか・前掲注 (28) 102頁。
- 30 今井輝幸『韓国の国民参与裁判制度—裁判員裁判に与える示唆—』(イウス出版、2010年) 3頁。
- 31 以上、平井彦三郎『引例解疑 盗犯等防止法釋義』(松華堂書店、1930年) 附録4頁〔司法省刑事局「盗犯等の防止及處分に關する法律の理由説明書」〕。
- 32 平井・前掲注 (31) 附録23頁〔衆議院「衆議院委員會議速記録抜粹」《司法大臣・渡邊千冬発言》〕。
- 33 平井・前掲注 (31) 附録48頁〔衆議院「衆議院委員會議速記録抜粹」《政府委員(司法省刑事局長)・泉二新熊発言》〕。
- 34 See André Matthey, *Nouvelles recherches sur les maladies de l'esprit, précédées de considérations sur les difficultés de l'art de guérir*, 1816. See also Bharat Saluja et al., *Kleptomania: a case series*, 55 SINGAPORE MED J. e207 (2014).
- 35 See e.g., Tammy Whitlock, *Forms of Crime: Crime and Retail Theft*, Paul Knepper & Anja Johansen, *THE OXFORD HANDBOOK OF THE HISTORY OF CRIME AND CRIMINAL JUSTICE* 163 (2016).
- 36 See Ronald A. Fullerton & Girish N. Punj, *Shoplifting as Moral Insanity: Historical Perspectives on Kleptomania*, 24 JOURNAL OF MACROMARKETING 7, 8 (2004).
- 37 Jon E Grant & Brian L Odlaug, *Kleptomania: clinical characteristics and treatment*, 30 REV. BRAS. PSYQUIATR S11, S12 (2007).
- 38 대법원1999.4.27선고, 99도693, 99감도17판결.
- 39 近時、認知機能の低下などが考慮され、万引きを繰り返す高齢被告人に対して保護観察付執行猶予判決が言い渡された例が報道された(NHKニュース2018年1月29日付ウェブ版「万引き再犯の被告に猶予判決 認知機能低下を考慮」)。しかし、このような対応は、熱心な弁護活動と各裁判所あるいは各裁判官の個別的な対応によるものに留まっているのが現状であろう。

あべ・しょうた (青山学院大学助教)

【資料①】1980年12月18日改正法により新設された特加法5条の4

5条の4（常習強・窃盗罪等の加重処罰）

- ①常習として刑法329条ないし331条の罪またはその未遂罪を犯した者は、無期または3年以上の懲役に処する。
- ②5人以上が共同して第1項の罪を犯したときは、無期または5年以上の懲役に処する。
- ③常習として刑法333条・334条・336条・340条1項の罪またはその未遂罪を犯した者は、死刑・無期または10年以上の懲役に処する。
- ④刑法363条の罪を犯した者は、無期または3年以上の懲役に処する。
- ⑤刑法329条ないし331条と333条ないし336条・340条・362条の罪またはその未遂罪により3回以上懲役刑を受けた者であり、再びこれらの罪を犯して累犯として処罰する場合も、第1項ないし第4項と同様とする。

【資料②】2005年8月4日改正法（下線部は、変更された箇所）

5条の4（常習強・窃盗罪等の加重処罰）

- ①常習として刑法329条ないし331条の罪またはその未遂罪を犯した者は、無期または3年以上の懲役に処する。
- ②5人以上が共同して第1項の罪を犯したときは、無期または5年以上の懲役に処する。
- ③常習として刑法333条・334条・336条・340条1項の罪またはその未遂罪を犯した者は、死刑・無期または10年以上の懲役に処する。
- ④刑法363条の罪を犯した者は、無期または3年以上の懲役に処する。
- ⑤刑法329条ないし331条と333条ないし336条・340条・362条の罪またはその未遂罪により3回以上懲役刑を受けた者であり、再びこれらの罪を犯して累犯として処罰する場合も、第1項ないし第4項と同様とする。
- ⑥第1項または第2項の罪で2回以上の実刑を受け、その執行を終了したり、免除を受けた後、3年以内に再び第1項または第2項の罪を犯した場合は、その罪に定めた刑の短期の2倍まで加重する。

【資料③】2010年3月31日改正法（同前）

5条の4（常習強・窃盗罪等の加重処罰）

- ①常習的に「刑法」329条から331条までの罪またはその未遂罪を犯した者は、無期または3年以上の懲役に処する。

- ②5人以上が共同して第1項の罪を犯したときは、無期または5年以上の懲役に処する。
- ③常習的に「刑法」333条・334条・336条・340条1項の罪またはその未遂罪を犯した者は、死刑、無期または10年以上の懲役に処する。
- ④「刑法」363条の罪を犯した者は、無期または3年以上の懲役に処する。
- ⑤「刑法」329条から331条まで、333条から336条まで及び340条・362条の罪またはその未遂罪により三度以上懲役刑を受けた者が再びこれらの罪を犯し、累犯として処罰する場合も、第1項から第4項までと同様とする。
- ⑥第1項または第2項の罪で二度以上実刑を宣告され、その執行が終わったり、免除された後、3年以内に再び第1項または第2項の罪を犯した場合は、その罪に対して定めた刑の短期の2倍まで加重する。

【資料④】特定犯罪加重処罰等に関する法律5条の4が引用する刑法の規定

以下で訳出する規定は、憲法裁判所が2015年2月26日に違憲決定を示した当時のものである。その後、刑法改正により文言等が改められたものは、必要に応じて併記する。

刑法329条（窃盗）

他人の財物を窃取した者は、6年以下の懲役または1千万ウォン以下の罰金に処する。

刑法330条（夜間住居侵入窃盗）

夜間に人の住居、看守する邸宅、建造物や船舶または占有する部屋に侵入して他人の財物を窃取した者は、10年以下の懲役に処する。

刑法331条（特殊窃盗）

- ①夜間に門戸または壁その他建造物の一部を損壊し、前条の場所に侵入して他人の財物を窃取した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。
- ②凶器を携帯したり、2人以上が共同して他人の財物を窃取した者も、前項の刑と同様とする。

刑法331条の2（自動車等の不法使用）

権利者の同意なしに他人の自動車、船舶、航空機または原動機付自転車を一時使用した者は、3年以下の懲役、500万ウォン以下の罰金、拘留または科料に処する。

刑法332条（常習犯）

常習として329条から331条の2の罪を犯した者は、その罪に定めた刑の2分の1まで加重する。

上10年以下の懲役に処する。

②第1項の場合には、10年以下の資格停止または1千500万ウォン以下の罰金を併科することができる。

刑法333条（強盗）

暴行または脅迫により他人の財物を強取したり、その他財産上の利益を取得したり、第三者にこれを取得させた者は、3年以上の有期懲役に処する。

【資料⑤】2016年1月6日改正法

5条の4（常習強・窃盗罪等の加重処罰）

①削除

②5名以上が共同して常習的に「刑法」329条から331条までの罪またはその未遂罪を犯したときは、2年以上20年以下の懲役に処する。

③削除

④削除

⑤「刑法」329条から331条まで、333条から336条までおよび340条・362条の罪またはその未遂罪で三度以上懲役刑を受けた者が再びこれらの罪を犯し、累犯として処罰する場合は、次の各号の区分によって加重処罰する。

1. 「刑法」329条から331条までの罪（未遂犯を含む）を犯した場合には、2年以上20年以下の懲役に処する。

2. 「刑法」333条から336条までの罪および340条1項の罪（未遂犯を含む）を犯した場合には、無期または10年以上の懲役に処する。

3. 「刑法」362条の罪を犯した場合には、2年以上20年以下の懲役に処する。

⑥常習的に「刑法」329条から331条までの罪やその未遂罪または第2項の罪で二度以上の実刑を宣告され、その執行が終わったり、免除された後、3年以内に再び常習的に「刑法」329条から331条までの罪やその未遂罪または第2項の罪を犯した場合には、3年以上25年以下の懲役に処する。

刑法334条（特殊強盗）

- ①夜間に人の住居、管理する建造物、船舶や航空機または占有する部屋に侵入して第333条の罪を犯した者は、無期または5年以上の懲役に処する。
- ②凶器を携帯したり、2人以上が共同して前条の罪を犯した場合も、前項の刑と同様とする。

刑法335条（準強盗）

窃盗が財物の奪還を抗拒したり、逮捕を免脱したり、罪跡を隠滅する目的で暴行または脅迫を加えたときは、前2条の例による。

刑法336条（人質強盗）

人を逮捕・監禁・略取または誘引してこれを人質にして、財物または財産上の利益を取得したり、第三者にこれを取得させた者は、3年以上の有期懲役に処する。

刑法340条（海上強盗）

- ①多重の威力で海上において船舶を強取したり、船舶内に侵入して他人の財物を強取した者は、無期または7年以上の懲役に処する。
- ②第1項の罪を犯した者が人を傷害したり傷害に至るようにしたときは、無期または10年以上の懲役に処する。
- ③第1項の罪を犯した者が人を殺害または死に至らしめたり、強姦したときは、死刑または無期懲役に処する。

刑法362条（贓物の取得、斡旋等）

- ①贓物を取得、譲渡、運搬または保管した者は、7年以下の懲役または1千500万ウォン以下の罰金に処する。
- ②前項の行為を斡旋した者も、前項の刑と同様とする。

刑法363条（常習犯）

①常習として前条の罪を犯した者は、1年以

**特定犯罪加重処罰等に関する法律5条の4第1項
違憲提請等**

憲法裁判所2015.2.26宣告2014헌가16・19・
23결정（併合）

【判示事項】

刑法上の犯罪と同じ構成要件を規定し、法定刑のみを上方修正した「特定犯罪加重処罰等に関する法律」（2010年3月31日法律第10210号で改正されたもの）5条の4第1項のうち、刑法329条に関する部分、同法5条の4第1項のうち、刑法329条の未遂に関する部分、同法5条の4第4項のうち刑法363条に関する刑法362条1項の「取得」に関する部分（以下、上記各条項を合わせて「審判対象条項」とする）が憲法に違反するか否か

【決定要旨】

審判対象条項は、別途の加重的構成要件の表示を規定しないまま、刑法の条項と同じ構成要件を規定し、法定刑のみを上方修正し、どの条項で起訴するかによって罰金刑が宣告されるか否かが決定され、判決刑においても深刻な刑の不均衡を招くことになるため、刑事特別法として備えなければならない刑罰体系上の正当性と均衡を失い、人間の尊厳と価値を保障する憲法の基本原理に反するのみならず、その内容においても平等の原則に違反し違憲である。

【審判対象条文】

特別犯罪加重処罰等に関する法律（2010年3月31日法律第10210号で改正されたもの）5条の4第1項のうち、刑法329条に関する部分、5条の4第1項のうち刑法329条の未遂罪に関する部分、5条の4第4項のうち刑法363条に関する刑法362条1項の「取得」に関する部分

【参照条文】

憲法10条、11条1項

刑法25条、329条、332条、342条、362条、
363条

【全文】

〔当事者〕

提請裁判所

1. 水原地方裁判所（2014헌가16, 23）
2. ソウル中央地方裁判所（2014헌가19）

提請申請人

1. 김○성（2014헌가16）
2. 김○현（2014헌가23）

当該事件

1. 水原地方裁判所2014고단2871特別犯罪加重処罰等に関する法律違反
2. ソウル中央地方裁判所2014노1712特別犯罪加重処罰等に関する法律違反
3. 水原地方裁判所2014고단3126特別犯罪加重処罰等に関する法律違反

【主文】

「特定犯罪加重処罰等に関する法律」（2010年3月31日法律第10210号で改正されたもの）5条の4第1項のうち、刑法329条に関する部分、同法5条の4第1項のうち刑法329条の未遂に関する部分、同法5条の4第4項のうち刑法363条に関する刑法362条1項の「取得」に関する部分（以下、上記各条項を合わせて「審判対象条項」とする）は、憲法に違反する。

【理由】

1. 事件の概要

（あ）2014헌가16事件

提請申請人김○성은、2014年6月3日、水原地方裁判所に招集され、材木を窃取したという犯罪事実で起訴された（水原地方裁判所2014고단2871）。上記提請申請人は、訴訟係属中、「特別犯罪加重処罰等に関する法律」5条の4第1項のうち、刑法329条に関する部分について違憲法律審判提請申請を行い、同裁判所は申請を受け2014年8月22日に違憲法律審判提請を行った。

（い）2014헌가19事件

提請裁判所は、常習として贓物を取得したという犯罪事実で起訴され第一審（ソウル中央地方裁判所2013고단1789）で懲役1年8月を言い渡された当該事件の被告人の控訴審（ソウル中央地方裁判所2014노1712）における裁判中、「特定犯罪加重処罰等に関する法律」5条の4第4項のうち、刑法363条に関する刑法362条1項の「取得」について、2014年9月4日に職権で違憲法律審判提請を行った。

（う）2014헌가23事件

提請申請人は、김○현は、2014年6月19日、水原地方裁判所に、常習として財物を取得したという犯罪事実で起訴された（水原地方裁判所2014고단3126）。上記提請申請人は、訴訟係属中、①「特定犯罪加重処罰等に関する法律」5条の4第1項のうち刑法329条に

関する部分及び②「特定犯罪加重処罰等に関する法律」5条の4第1項のうち刑法329条の未遂罪に関する部分について違憲法律審判提請申請を行い、同裁判所は申請を受け2014年9月23日に違憲法律審判提請を行った。

2. 審判対象

本件審判対象は、「特定犯罪加重処罰等に関する法律」（2010年3月31日法律第10210号で改正されたもの）5条の4第1項のうち刑法329条に関する部分（2014헌가16, 2014헌가23）、同法5条の4第1項のうち刑法329条の未遂罪に関する部分（2014헌가23）、同法5条の4第4項のうち刑法363条に関する刑法362条第1項の「取得」に関する部分（2014헌가19, 上記各条項を合わせて「審判対象条項」とする）が憲法に違反するか否かである。審判対象条項及び関連条項は次の通りである。

〔審判対象条項〕

特定犯罪加重処罰等に関する法律（2010年3月31日法律第10210号により改正されたもの）

5条の4（常習強盗・窃盗罪等の加重処罰）

- ①常習的に「刑法」329条から331条までの罪またはその未遂罪を犯した者は、無期または3年以上の懲役に処する。
- ④「刑法」363条の罪を犯した者は、無期または3年以上の懲役に処する。

〔関連条項〕

刑法（1995年12月29日法律第5057号により改正されたもの）

329条（窃盗）

他人の財物を窃取した者は、6年以下の懲役または1千万ウォン以下の罰金に処する。

332条（常習犯）

常習として329条ないし331条の2の罪を犯した者は、その罪に定める刑の2分の1まで加重する。

342条（未遂犯）

329条ないし341条の未遂犯は、処罰する。

362条（贓物の取得、斡旋等）

- ①贓物を取得、譲渡、運搬または保管した者は、7年以下の懲役または1千500万ウォン以下の罰金に処する。

363条（常習犯）

- ①常習として前条の罪を犯した者は、1年以上10年以下の懲役に処する。

- ②第1項の場合には、10年以下の資格停止または1千500万ウォン以下の罰金を併科することができる。

25条（未遂犯）

- ①省略
- ②未遂犯の刑は既遂犯より減輕することができる。

3. 提請裁判所等の意見提請理由

審判対象条項は、刑法条項と同じ構成要件を規定しながら、法定刑のみを上方修正して、刑事特別法として備えなければならない刑罰体系上の正当性と均衡を失したものであり、人間の尊厳と価値を保障する憲法の基本原理に違背するのみならず、その内容においても平等原則に違反する。

4. 判断

（あ）審判対象条項は、1980年12月18日法律第3280号により「特定犯罪加重処罰等に関する法律（以下、特加法という）を改正し、1970年代以降、高度経済成長の裏で大型化・多様化・知能化された常習窃盗や贓物事犯に対して、刑法に規定された罪を加重処罰するために導入された。その後、特加法が2010年3月31日法律第10210号により改正され、一部の字句が修正されたものの、その内容は同一のまま維持されている。

（い）特加法5条の4第1項のうち、刑法329条に関する部分及び同条項のうち刑法329条の未遂罪に関する部分は、常習的に刑法329条の罪またはその未遂罪を犯した者は無期又は3年以上の懲役に処すると規定し、刑法の条項と同じ構成要件を規定しつつ法定刑の上限に無期懲役を追加し、下限を懲役3年として懲役刑の下限を引き上げ、罰金刑を除いている。また、特加法5条の4第4項のうち、刑法363条に関する刑法362条1項の「取得」に関する部分は、刑法363条の罪を犯した者は無期又は3年以上の懲役に処すると規定し、刑法の条項と同じ構成要件を規定しつつ法定刑の上限に無期懲役を追加し、下限を1年から3年に引き上げている。そのため、審判対象条項が、刑法条項との関係で刑罰体系上の均衡を失し平等原則に違反するか否かが本件の争点である。

（う）ある類型の犯罪について、特に刑を加重する必要がある場合であっても、その加重の程度が通常の刑事処罰と比較して著しく刑罰体系上の正当性と均衡を失していることが明白な場合には、人間の尊厳と価値を保障

する憲法の基本原理に反するのみならず、法の内容においても平等原則に違反する法律となる。また、刑事特別法はその立法目的に応じた新たな加重処罰事由が追加されるときにのみ、その加重処罰の意味を有し、同一目的のために1つの犯罪行為に対する刑を加重することで、刑罰体系上著しく過酷な刑を規定することは、刑罰の機能と目的を達成するために必要な程度を大きく逸脱し、極めて重い刑罰を科すことになり、責任主義に反する（憲法裁判所2014年4月24日宣告2011헌마2決定、憲法裁判所2014年11月27日宣告2014헌마224決定などを参照）。

本件と同様に、常習として窃盗及び贓物取得をした場合、検事は特定犯罪に対する加重処罰を通じて、健全な社会秩序を維持し、国民経済の発展に貢献するという特加法の立法目的（1条）により、審判対象条項を適用して起訴することが特別法優先の法理に合致する。しかし、犯人の性向、犯行の経緯、犯罪前科、結果発生 の程度等、様々な事情を考慮し、刑法の規定を適用して起訴することもできるところ、このような起訴が適法であることはもちろん、この場合に裁判所は公訴状の変更なしに刑がより重い審判対象条項を適用することはできないⁱ。

ところで、特加法5条の4第1項のうち、刑法329条に関する部分で起訴された被告人は、罰金刑を受けることができない上、法律上の減軽や酌量減軽によっても1年6月以上30年以下の有期懲役刑を言い渡されなければならない。他方で、刑法上の規定で起訴された被告人は、罰金刑の宣告もあり得るのみならず、1年以上9年以下の有期懲役刑を言い渡されることになる。このように、ある法律の条項が適用されるか否かによって、罰金刑の宣告ができなくなったり、懲役刑基準で最大18倍にも及ぶ刑の不均衡を招く。さらに、有期懲役刑のみが規定された刑法上の規定とは異なり、特加法上の規定では選択的に無期懲役まで規定されているため、深刻な刑の不均衡が生じ得る。

特加法5条の4第1項のうち、刑法329条の未遂罪に関する部分も、刑法332条と構成要件の表示が同一であるにも関わらず、法定刑のみを加重している点で、同じ議論が可能である。さらに、窃盗の習癖を持った者が刑法329条の窃盗行為に着手し未遂に終わった場合、刑法で起訴されれば未遂犯減軽が可能である一方、特加法によって起訴されれば未遂犯減軽が不可能であるため（大法院2013年8月14

日宣告2013도6018判決）、どの法律条項が適用されるかによって深刻な刑の不均衡が生じる。

また、特加法5条の4第4項のうち、刑法363条に関する刑法362条1項の「取得」に関する部分で起訴された被告人は、特別な事情がない限り、懲役3年以上の刑を言い渡される。たとえ法定刑を減軽しても、懲役1年6月以上の判決が避けられない反面、刑法の規定により起訴された被告人は、懲役1年以上の刑を宣告されたり、法律上の減軽や酌量減軽などの事由があれば懲役6月以上の刑が宣告される可能性もあり、さらには執行猶予も可能である。このように、どの法律の規定が適用されるかによって、3倍以上の刑の不均衡が招来される。また、有期懲役刑のみが規定された刑法とは異なり、特加法は選択的に無期懲役まで宣告可能であるため、深刻な刑の不均衡が生じ得る。

一般法と対比される特別法は、概念的には一般法のすべての構成要件が特別法の構成要件に含まれつつ、その他の特別な表示まで含むものである。特加法が定める加重処罰も、単に法定刑の加重を意味するのではなく、一般法の構成要件以外に、特別な構成要件の表示を追加した加重処罰の根拠を設けるものを含むと解釈しなければならない。もし、構成要件の表示を追加せずに、法定刑のみを加重するならば、刑法上の法定刑を引き上げれば足り、別途特別法を制定する必要がないためである。そのため、審判対象条項が、刑法の規定よりも法定刑を加重するためには、犯行の方法と規模、犯行回数、身分、被害の程度など、別途の加重的構成要件の表示を規定することが必要になる（憲法裁判所2014年4月24日宣告2011헌마2決定、憲法裁判所2014年11月27日宣告2014헌마224決定などを参照）。

現行の特加法の条項を見ても、賄賂罪は価額によって（2条）、逮捕・監禁罪は結果発生 の程度によって（4条の2）、横領・背任罪は行為者の身分と対象、金額によって（5条）、それぞれ法定刑を定めており、報復犯罪の加重処罰（5条の9）、運行中の自動車運転者に対する暴行の加重処罰（5条の10）などに関しても、加重的構成要件の表示を追加して規定している。これに対して、審判対象条項は、このような表示が一切無く、法適用を検察官の起訴裁量に専ら委ねている。そのため、法執行機関自らも、法適用に関する混乱を来す

おそれがあり、これは結果的に国民の不利益に繋がり得る。一方で、このような事情は、法執行機関が被疑者・被告人に対して自白を誘導したり、上訴を放棄するように働きかける手段として悪用される可能性もある（憲法裁判所2014年4月24日宣告2011헌마2決定、憲法裁判所2014年11月27日宣告2014헌마224決定などを参照）。

結局、常習窃盗や贓物取得行為について、特に刑を加重する必要性を認める事情があるとしても、刑法の規定と同じ構成要件を規定し、法定刑のみを上方修正した審判対象条項は、刑事特別法として備えていなければならない刑罰体系上の正当性と均衡を失っている。そのため、審判対象条項は、人間の尊厳と価値を保障する憲法の基本原理に反するのみならず、その内容においても平等原則に違反する。

5. 結論

審判対象条項は憲法に違反しているため、関与裁判官の一致した意見として主文の通り決定する。

ところで、憲法裁判所は、旧特定犯罪加重処罰等に関する法律（1980年12月18日法律第3280号により改正され、2010年3月31日法律第10210号により改正される前のもの）5条の4第1項が憲法に違反しないという決定を示したことがある（憲法裁判所1995年3月23日宣告93헌마59決定）。本件審判対象は、この事件とは異なる。しかし、その実質的な規定の内容は同じである。そのため、上記1995年3月23日宣告93헌마59決定のうち、本件決定の見解と抵触する部分は、その範囲内で変更する。

裁判官 박한철（裁判長） 이정미 김이수 이진성 김창중 안창호 강일원 서기석 조용호

〔訳注〕

- i 公訴状変更制度については、安部祥太「産経新聞社前ソウル支局長無罪判決—刑事実体法・刑事手続法の観点から」法学セミナー736号（2016年）5頁以下を参照。

治療的司法ジャーナル論文執筆要綱

1. 執筆者

①国内の大学（短期大学を含む）、大学院の常勤および非常勤の教員、②博士前期課程および博士後期課程の在学者、③大学に所属する常勤の研究職（ポスドク等）、④法曹有資格者、⑤治療・回復・支援に関する職にある者（医療関係者、NPO職員、社会福祉関係者等）、⑥その他、編集委員会が適当と認めた者。

2. 執筆原稿の種類

未公開の①論説、②研究ノート（事例・症例報告を含む）、③判例研究、④翻訳、⑤講演録、⑥書評、⑦資料に限る。掲載順は、丸数字の順とする。但し、基調講演などを文字起こしした⑤講演録については、この限りでない。多重投稿を禁ずる。

3. 原稿の文字制限等

- (1) 邦語に限る。
- (2) 脚注等を含め、上記①論説および④翻訳は 20,000 字程度、その他の原稿は 10,000 字を上限とする。
- (3) 字数制限については、執筆者の申し出により、編集委員会が例外を認めることができる。
- (4) 翻訳権の取得は、執筆者の責任において行うものとする。

4. 原稿の体裁

- (1) 原稿は、MS word に限る。A4 用紙に 40 文字×36 行を 1 頁とし、電子データを提出すること。
- (2) 原稿提出にあたっては、所定の応募用紙に、原稿の種類、氏名、題目（邦文および英文）、所属（所属機関および職位、所属大学院および学年・専攻等）、連絡先（電話番号、E-mail アドレス）を記入したうえで併せて提出すること。
- (3) 引用文献の表記について、編集委員会が編集段階で訂正・統一することがある。

5. 査読

- (1) 原稿の採否については、編集委員会において決定する。
- (2) 掲載にあたり、修正を要求する場合がある。要求に応じない場合は掲載しない。

6. 校正

校正は、原則として初校までとし、誤字脱字の訂正のみを行うものとする。ただし、大幅な変更、書き添え等を必要とする場合には、執筆者の申し出により、編集委員会がそ

の可否を判断する。

7. 盗用・無断使用による責任

- (1) 執筆者は、執筆原稿が第三者である著作者の権利または他人の権利、もしくは名誉・プライバシー等を侵害していないことを確認し、所定の誓約書に署名のうえ、原稿とともに編集委員会に提出するものとする。
- (2) 執筆原稿により権利侵害等の法的紛争が生じ、当センターならびに第三者の権利を侵害した場合には、その一切の責任を執筆者が負うものとする。
- (3) 著作権違反の事実が確認された場合、当該原稿をジャーナルのコンテンツから削除する可能性がある。

8. 発行回数

本誌は年2回、3月および9月に発行することを原則とする。

9. 締め切り

毎年6月末日、12月末日とする。

10. 提出先、問い合わせ先

成城大学治療的司法研究センターE-mail アドレス (rctj@seijo.ac.jp) 宛に送信すること。

11. 公開の許諾

成城大学治療的司法研究センターホームページ内で電子ジャーナルとして公開する。執筆者は、電子ジャーナルによる著作物の公開に同意したものとする。

12. その他

- (1) 本要綱中の「編集委員会」とは、成城大学治療的司法研究センター内に設置した治療的司法ジャーナル編集委員会をいう。
- (2) 治療的司法ジャーナルは、編集委員会が本要綱に基づいて編集・公刊する。
- (3) 本要綱は、編集委員会の議を経て、改定する可能性がある。
- (4) 著作権に関し、本要綱にない事項については、著作権法に拠るものとする。
- (5) 原稿料は無料とする。
- (6) 抜刷りの著者贈呈は行わない。

治療的司法ジャーナル編集委員会

2017年12月31日

執筆者一覧（掲載順）

指宿 信（当センター長・成城大学法学部教授）
岩井 宜子（当センター顧問・専修大学名誉教授）
林 大悟（弁護士・鳳法律事務所）
菅原 直美（弁護士・多摩の森綜合法律事務所）
東本 愛香（千葉大学社会精神保健教育研究センター法システム研究部門特任助教）
丸山 泰弘（立正大学法学部准教授）
森村 たまき（国士舘大学法学部非常勤講師）
山田 恵太（弁護士・アリエ法律事務所）
安部 祥太（青山学院大学法学部助教）
村木 厚子（元厚生労働省事務次官）
暮井 真絵子（当センターRA・淑徳大学コミュニティ政策学部非常勤講師）

編集後記

当センター設立から約1年が経ち、このジャーナルの発刊により、治療的司法に関する研究発表の場を設けることができた。本号は、創刊号として、当センター構成員の挨拶を中心に掲載した。

村木厚子氏の講演録については、当センター設立記念講演がメディアによって報道されたことにより関心を持った幅広い読者が予想される。いわゆる郵便不正事件により身体拘束を受け、自らが刑事施設内に収容されたことによって体験したことや感じたことが率直に記されている。障害者福祉に携わってきた同氏が、再犯防止への課題を提示した意義は非常に大きい。

客員研究員の安部祥太氏による論説は、韓国法から示唆を得て、日本における常習累犯窃盗罪をめぐる問題について、治療的司法の観点から一石を投じるものである。これまで、治療的司法に関する議論は、アメリカとの比較研究が中心であったところ、アジア法研究の立場から治療的司法を取り上げている点も注目される。とりわけ、法曹関係者にはぜひ読んでもらいたい。

次号は、投稿論文を募集する。本号掲載の論文執筆要綱や論文提出時に必要な所定の用紙は、当センターウェブサイト（<http://www.seijo.ac.jp/research/rctj/>）に掲載予定であるので、こちらを確認していただきたい。日本における治療的司法の議論を活発にするためにも、多様な論文投稿を期待する。（編集委員会）

2018年3月15日発行

治療的司法ジャーナル第1号（創刊号）

ISSN 2433-9229

編集・発行 治療的司法ジャーナル編集委員会
〒157-8511

東京都世田谷区成城6-1-20

成城大学研究機構事務室内 治療的司法研究センター

JST科学技術振興機構社会技術研究開発センター（RISTEX）「安全な暮らしをつくる新しい公/私空間の構築」研究開発領域 採択プロジェクト「多様化する嗜癖・嗜虐行動からの回復を支援するネットワーク（ATAnet）の構築」研究代表者・石塚伸一

※お問い合わせは、下記URLまで

[\(https://www.iqform.jp/seijogakuen/pc/enquete/rctj/\)](https://www.iqform.jp/seijogakuen/pc/enquete/rctj/)

Forward

<i>The Foundation of the Research Center and the Inaugural Issue of the TJ Journal</i>	Makoto IBUSUKI	1
--	----------------	---

Introductions

<i>Expectation to the Research Center for the Therapeutic Jurisprudence</i>	Yoshiko IWAI	2
---	--------------	---

<i>Expectation to the Therapeutic Justice and My Vision as the Defender</i>	Daigo HAYASHI	3
---	---------------	---

<i>Searching for the Therapeutic Justice as the Defender</i>	Naomi SUGARAWA	4
--	----------------	---

<i>Therapeutic Clinical Research and Expectation to the Therapeutic Justice</i>	Aika TOMOTO	5
---	-------------	---

<i>Short Comments for The Next Step of Japanese TJ</i>	Yasuhiro MARUYAMA	6
--	-------------------	---

<i>Congratulating for the Establishment of the Research Center for the Therapeutic Jurisprudence</i>	Tamaki MORIMURA	7
--	-----------------	---

<i>For Protection of the Handicapped Defendants in the Criminal Procedure</i>	Keita YAMADA	8
---	--------------	---

<i>Aiming for Building Theory and Practice of Therapeutic Justice</i>	Shota ABE	9
---	-----------	---

<i>The activity of research assistant in the Research Center for the Therapeutic Jurisprudence</i>	Maeko KUREI	10
--	-------------	----

Transcription

《Memorial Lecture at the Ceremony for the Foundation of the Seijo Research Center for the Therapeutic Jurisprudence (June 10th, 2017)》 <i>Inclusion of the Former Offenders in our Community: Support for the Rehabilitation</i>	Atsuko MURAKI	11
---	---------------	----

Article

<i>Recent Development of Treatment of Habitual Larceny and the Therapeutic Jurisprudence in South Korea</i>	Shota ABE	21
---	-----------	----