

クレプトマニアと刑法上の問題

中 島 広 樹

- 1 問題の所在
- 2 判例の検討
- 3 まとめ

1 問題の所在

近年、病的窃盗 (pathological stealing) にもとづく窃盗罪に関する判例において、いくつかの刑法上の問題が登場している。

「病的窃盗」は 国際疾病分類 (ICD-10) の表記であるが、アメリカの精神疾患の診断基準である DSM-5 (二〇一三年) においては、クレプトマニア (Kleptomania) と記載されている。¹⁾

クレプトマニアに基づく窃盗は、ほとんどが万引き事例であり、これに対しては、盗犯等防止法所定の要件を有す

るまでは刑法二三五条の窃盗罪が適用され、かつては一〇年以下の懲役刑のみが法定刑であったが、平成一八年の改正以来は五〇万円以下の罰金刑も選択可能となっている。ただし、前科等に関して一定の要件を備えると、いわゆる盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪の適用となり、罰金刑は法定されず懲役刑のみが法定刑であり、その下限は三年で、窃盗罪の懲役刑の下限一月（刑法二三五条、刑法一二条一項）が三六倍に加重されており、後述するように事実上執行猶予の恩典に与るのが困難となる。

しかし、クレプトマニアの窃盗は、本人の意思による制御のおよびがたい衝動性を特徴としており、そもそも刑法上の責任能力の存否・程度に問題（刑法三九条の適用可否）があるのみならず、通常の窃盗罪の有罪判決を受け、かつ執行猶予を付されたその最中の窃盗再犯については、なお執行猶予が法的に可能でも現実には困難ではないかという問題（刑法二五条二項の適否）、窃盗の根源に病気が存するのだから刑務所の受刑よりも病院等に収容した上での治療の方が有効で合理的ではないか、という問題等がある。

そこで、本稿ではこれらの問題に関する判例の状況を検討し、問題解決のための展望を開く手がかりを得たいと思ふ（なお、判例②から⑩まではいずれも、東京弁護士会所属の林大悟弁護士が弁護を担当しており、合目的かつ一貫した弁護方針が注目されるのである）。

2 判例の検討

クレプトマニアの事例は当初、神経性食思不振症（摂食障害）による窃盗事犯と責任能力という形で問題にされた。すなわち、被告人は、昭和二四年生まれの女性で、二回にわたりスーパーで食料品を万引きしたが、犯行当時、神経

性食思不振症（青春期やせ症、思春期やせ症、神経性無食欲症などとも呼ばれる）に罹患しており、一審の枚方簡裁は心神耗弱と認定した。ところが、控訴審において本判決は、被告人の主張をいれて心神喪失と認定し無罪を言い渡したのであった。²

刑法三九条一項は「心神喪失者の行為は、罰しない」とし、同条二項は「心神耗弱者の行為は、その刑を減輕する」と規定している。そして、判例によると心神喪失とは「精神の障礙に因り事物の理非善悪を弁識するの能力なく、又は此の弁識に従て行動する能力なき状態」、心神耗弱とは「精神の障礙未だ上叙の能力を欠如する程度に達せざるも、其の能力著く減退せる状態」とそれぞれ定義されているが、心神喪失・心神耗弱は、(a) 精神障害という生物学的要素と、(b) 弁識能力・制御能力という心理学的要素とから構成されており、わが国では両要素をその判断基準とする混合的方法が用いられている。⁴

しかも、判例によれば「刑法三九条にいう心神喪失又は心神耗弱に該当するかどうかは法律判断であつて専ら裁判所に委ねられるべき問題であることはもとより、その前提となる生物学的要素、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」として医師の鑑定に示された事実を法的に見直すことを認め、さらに「精神鑑定書の結論の部分に被告人が犯行当時心神喪失の情況にあつた旨の記載があるのにその部分を採用せず、右鑑定書全体の記載内容とその他の精神鑑定の結果、並びに記録により認められる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、被告人が犯行当時精神分裂病の影響により心神耗弱の状態にあつたと認定したのは、正当として是認することができる」と精神科医の鑑定よりも裁判官による法律判断が優先することが明らかにされた。⁵

判例におけるこのような責任能力の判断方法により、実際に心神喪失・心神耗弱の判断がくだされたものの事例を

「精神障害」の種類ごとにおおまかにみると、①進行麻痺・統合失調症・躁うつ病・てんかんの例外状態などの事例については、原則として心神喪失が認められ、②重度知的障害は心神喪失、軽症の知的障害は心神耗弱となることが多く、③病的酩酊は原則として心神喪失、重症のまたは異常酩酊には心神耗弱、普通酩酊には完全責任能力を認めるのが一般であり、④覚せい剤中毒の場合は、症状の程度によって完全責任能力か心神耗弱が適用され、精神病質（人格障害）および神経症については原則として完全責任能力が認められている。

このような判例の状況下において、従来、神経性食思不振症の事案について、心神耗弱・心神喪失が認められたものは稀であったといえよう。次に述べる前述の判例①は、そのような稀な事案なので、詳細に検討してみることとする。

【判例① 大阪高判昭五九・三・二七判時一一六・一四〇】

(1) 事実の概要

(I) 第一の犯行

昭和五七年三月一九日に寝屋川市内のスーパーストアで各種食料品四六点(時価合計一八、〇五六円相当)を万引きした。

(II) 第二の犯行

昭和五七年六月五日に大阪市福島区内のスーパーストアで各種食料品三三点(時価合計一一、〇三六円相当)を万引きした。

(2) 前科

昭和五六年一〇月一〇日に門真市内のスーパーストアで各種食料品三六点(時価合計一一、八三五円相当)を万引き窃取した事実により、昭和五七年一月一九日に窃盗罪で懲役一〇月執行猶予二年に処せられた。

(3) 生育歴

父親四六歳、母親四三歳のときに末子として生まれたが、経済的に豊かではない複雑な家族構成の家庭で育った。父親は、子どもに無関心であり、母親は子どもを躾ける能力に乏しく高齢出産による子どもであつたこともあつて被告人を甘やかせて育てた。そのため、被告人には母親に対する強い依存症が形成された反面、自分は祝福されないで生まれてきたという意識が持続的に存し、両親がよく喧嘩することにも嫌悪感があつた。他方、小学校に入学するころに、近所の者と思しき男性から性的悪戯を受け、中学生になつたころには次兄から性的悪戯をされている。

(4) 病歴

◎昭和四〇年(一六歳頃)
神経性食思不振症発症。

◎昭和四一年

もつと美しくありたいと思ひ体重を一〇キログラム減らしたが、特別な目で見られたので元に戻し、その後

まもなく学校に行くのが嫌で休むようになり、無口になり、家に閉じこもるようになりほとんど登校せず、卒業証書はもらったが、ささいなことに腹を立て、母に当たり散らし家を飛び出たりしていた。

◎昭和四三年

四月一日付でA公社に入社したものの、同月二〇日退職、その直後睡眠薬自殺を図ったりしたため、五月から九月までS神経科病院に入院したが、その後数年間は、時に勤め口を得て働くことはあっても、嫌で長続きせず、ほとんど家において家事を手伝っていた。

◎昭和四五年

二一歳前後に仕事先で知り合った男性と肉体関係をもったことがあったが、やがて性そのものに対して拒否的になっていき、このころ再び睡眠薬自殺を企てた。また、体重減少が著しくなり、月経が全くなくなり、無茶苦茶に過食しては、すぐ吐き出し、食事以外にも菓子などを一日中のべつまくなしに人の三〜四倍を食べ、食後に吐きに行くという異常な食行動を続けるようになり、昭和四八年八月から同年十一月まで、〇病院に入院し、神経性食思不振症と診断されて治療を受けるに至ったが（最も重症例）、被告人自身に病識がなく、十分な治療効果をみないまま退院した。

その後まもなくB社に入社し、その勤務は本件犯行当時まで続いていたが、前記のような異常な摂食行為も、本件犯行当時まで継続し、この間、三二〜三七ないし三八キログラムという極度に軽い体重を持続してきた。

なお、被告人は、性格面では未熟であるが、知能は正常であり、また、他の精神疾患をうたがわせる症状も

ない。

(5) 窃盗歴

◎昭和四〇〜四二年（高校生の頃）

スーパーストアで菓子類を万引きしたのを最初に、これまで事件にされなかったが何十回となく食料品の万引きを繰り返してきた。

◎昭和五五年頃

過食・嘔吐が激しくなつてから、盗みが頻繁になり、毎日のように、あるいは週に一度位の割合で食料品の万引きを続けた。

◎昭和五六〜五七年

昭和五六年二、三月初、ショッピングセンターでの万引きの際、保安係に見つかり、床に土下座して泣いて謝り、生まれて初めて万引きしたと嘘をついて、許してもらった。その後しばらく盗みを控えていたが、同年六月初からまたこれを始め、同年一〇月初めに再び見つけられ、このときは生活費に困った拳句の出来心であったと嘘をついて許してもらったが、その直後の同月一〇日前記執行猶予の前科にかかる罪を犯し、更にその後、本件各犯行に至るまでの間、見つからなかつた犯行として、昭和五七年二月中旬にもデパートで食料品を万引きしている。

(6) 判旨

鑑定意見の要旨「被告人は一六歳ころから神経性食思不振症を発症していた、昭和四五年ころからの食行動異常歴から判断して最も重症例といえる、この疾病による窃盗例はままあるが食料品又は食異常行動に關係したものに限られ、瘦せる症状よりも過食して嘔吐する患者の方が高頻度で食料品窃盗を犯す、この疾病による食料品窃盗は食異常行動と同じ全くの衝動的行為であり、被告人の頻回にわたる窃取もこの疾病の一症状としての衝動的行為である、結局、被告人は、本件犯行当時、一般常識的には窃盗が犯罪行為であることを認識しながら、神経性食思不振症に罹患しているため、食品窃取を含め食行動に関しては、自己の行動を制御する能力を完全に失っていたと考えられる」を引用した上、「右鑑定人の鑑定意見は、精神医学上の知見と關係事実の入念な検討に基づくものであり、かつ、被告人の本件各犯行を含む一連の窃盗行為にみられる異常性を合理的に説明するものであって、十分首肯するに足るといふべきであり、これと前記認定の諸事実並びに關係証拠によつて明らかかな本件各犯行の態様等によつてみると、被告人は、本件各犯行当時、神経性食思不振症の重症者であつたため、事理の是非善悪を弁識する能力は一応これを有していたものの、食行動に関する限り、その弁識に従つて行為する能力を完全に失つていたもの、すなわち、右にいう食行動の一環たる食物入手行為に該当する本件各犯行は、いずれも心神喪失の状態において行われたものであると認定するのが相当である」と判示した。

(7) 検討

この判例の特徴は、責任能力の存否・程度のみが争点となつてゐることである。摂食障害（神経性食思不振

症)の治療の必要性と科刑の適否の関係がまだ論じられていない。

当時、公刊物未登載ではあったが、神経性食思不振症に関する同種裁判例があったが、いずれも心神喪失を否定したものであった。⁸⁾すなわち、①中野簡判昭五七・七・六、②東京簡判昭五七・八・二四の二つである。

①の事案は、昭和三四年生まれの女性被告人が、昭和五六年九月三〇日から一〇月二四日までの間、前後六回にわたり現金一三万三、〇〇〇円外物品数点を買い物客のバッグ等から抜き取るなどして窃取したものであるが、被告人は、昭和五年五月一日窃盗罪で懲役一年二月に処せられ、五六年五月一日に刑の執行を受け終わっていた。弁護人は、被告人は神経性食思不振症に罹患し、そのため本件犯行を行ったのだから心神喪失又は心神耗弱であると主張したが、裁判所は神経性食思不振症に罹患していたことは認められたものの、完全責任能力を認めて、懲役一年六月に処した。

②の事案は、昭和二二年生まれの女性被告人が、昭和五六年三月七日、前後四回にわたり店舗で和菓子等二九点を窃取したものである。被告人は神経性食思不振症に罹患し、それによって本件犯行を行ったのだから心神喪失又は心神耗弱である、との弁護人の主張に対して、裁判所は神経性食思不振症の諸症状によって直接間接影響を受けたことは否定したが、それによって直接支配されたものとは認められないとして、心神耗弱と認定し、懲役六月執行猶予二年を言い渡した。

このように、本件と同種の神経性食思不振症の窃盗事例において心神喪失を認めた裁判例は見当たらず、せいぜい限定責任能力(心神耗弱)を認めるべきだったとする評釈がある。⁹⁾

すなわち、本件は、拒食・過食等の直接的な食行動と食行動の一環としての摂食のための万引きとを一視同仁にみて、神経性食思不振症によって完全に支配されていたとまでは必ずしもいえない被告人には、弁識能力

は残され、それゆえ拒食・過食・嘔吐等は格別、万引きについては規範の問題に直面しており、衝動的に行われたとしても、(減弱されていたとはいえ)非難可能性の契機は存する。つまり、制御能力は否定されないとするわけである。

これに対して、拒食・過食等の直接的な食行動と食行動の一環としての摂食のための万引きとを一視同仁にみることを批判する上記の見解について、万引き(窃盗)は摂食障害による食行動の異常や独特の心性と結びついており特殊なのだから、これを一般の万引きと同列に判断するのは酷であろうとして、その多くは心神耗弱に相当するとしてよいのではないかとする反論がある¹⁰⁾。

前述の伴説は、制御能力の存否を問題にした点で、摂食障害事例の本件は精神病質の事案と類似しているとす。確かに、精神病質(十他の精神障害)の事案では、妄想や衝動に動機づけられた場合に、心神耗弱とされる傾向がある¹¹⁾。

他方、妄想や衝動に直接支配されたと認められる場合は、心神喪失と認定されるというのが判例の基準といえよう¹²⁾。伴説は、そもそも食行動と摂食のための万引き行動は分けて考えるべきとしたうえで、万引き行動について摂食障害による責任能力の存否程度を認定することに疑念を示し、さらに、万引きの制御能力を認定するにしても万引きの累行を自制できる者もいるのだから、制御能力の減退も認めるべきか疑わしいと論じている。

しかし、摂食障害の特殊性に着目すると、食行動と摂食のための万引き行動との関係を、拒食・過食等の「直接的な」食行動と「食行動の一環としての」摂食のための万引き、と解した本件判旨は、今日の専門的知見ではもはや否定しがたいと解すべきであり、摂食障害による衝動に基づく行為について少なくとも制御能力の限

定を認め心神耗弱とすることは、精神病質の事例と比較しても理論的に大きな問題はないと思われる。ただ、本判例については、今日ではこの裁判例に続く判例群がないことから事実上指導力がないと考えられていると
の¹³⁾ことであるが、他の判例との比較上やむをえないであろう。

【判例② 東京高判平二三・八・一六 LEX/DB25542993】

(1) 事実の概要

被告人は、趣味のための用具を販売する大型専門店において、絵画制作及び手芸に使う用具三六点(販売価額合計一八、〇〇九円)を窃取した。

(2) 前科・窃盗歴

平成一六年五回にわたり、各小売店舗で訪問着、反物、衣類及び化粧品を窃取した事実により、懲役二年執行猶予三年に処せられた。他に、平成二二年小売店舗でジャケットを窃取した事実により、罰金五〇万円に処せられており、その略式命令を受ける直前に本件窃盗に及んでいる。

(3) 病歴

神経性無食欲症排出型及び食物に対する強い溜め込み強迫を主症状とする強迫性障害に罹患し、多量の食物を摂取してはこれを嘔吐することを繰り返ししていた。被告人は、幼少の頃から母親との関係が悪く、母親から前記執行猶予判決のため職場で辛い仕打ちにあい、給料を減額されたとして、毎年三五万円を送金するように

求められ、夫には内緒でアルバイトをして送金を続けていたところ、夫が脳梗塞で倒れその看病のため稼働できなくなり、頻繁な送金の催促を受けてアルバイトの再開を決意し、就職の面接でジャケットの着用が必要であったことも重なり、前記罰金の窃盗を行っている。その後、実姉から母親の美容整形の費用一四〇万円を負担するように求められ、それを断り切れず、出版物の漫画を描いて収入を得ようと思いついて、本件窃盗を行っている。このように、本件及び罰金前科の各窃盗の背景には、親族との軋轢に基づく精神的なストレスが伏在していたといえることができる。

(4) 量刑

懲役一年に処し、執行猶予四年。猶予期間中、保護観察に付する(原審懲役一〇月)。

(5) 量刑の理由

本件は、被害店舗に赴き、多数の商品を次々と自分の紙袋に入れ、それらを店外に持ち出すという、大胆な態様で行われており、(前科にかんがみると)常習性は到底看過できず、被告人の刑事責任を軽く見ることはできない。

(当審で取り調べた医師の作成した「意見書三」によれば)被告人は、これまで万引きを繰り返しており、それはストレスの下での犯行が多く、漠然とした窃盗の衝動により、それほど高額ではない自分の好みの商品を撰取し、犯行後には解放感と恐怖感があったというのであり、そのことと被告人の生活歴を併せみると、被告人は摂食障害に合併したクレプトマニアによる衝動の影響下で、かつ幼少期のトラウマによって生じた解離

性精神障害に起因する現実感のない精神状態の下で、本件窃盗を行ったものと認められる。

被告人は、本件窃盗の動機及び態様に照らして、本件当時、是非弁別能力及び行動制御能力が著しく減退していたとまではいえないが、前記の病的な精神状態のため、ある程度それらの能力が減退していたものと認められる。そのことに加え、被告人が上記精神状態を改善するため、医師から治療を受けていることは、被告人にとって有利に考慮されるべき事情である。

そのほか、本件で窃取された商品は被害者に返還された後、被告人の夫がそれを買取っているから、本件の被害は回復していること、被告人が本件について反省の態度を示し、再度窃盗を行うことはない旨誓っていることなど被告人にとって酌むべき事情もある。

以上の事情を総合して考慮すると、原判決の量刑は、刑の執行を猶予しなかった点において、重すぎて不当であるといわざるを得ない。

(6) 更生努力

特に具体的には触れられていない。

(7) 検討

公訴事實は被害額一万円以上二万円以下の窃盗一件で、窃盗前科は執行猶予付き懲役刑の言渡しが一件、罰金刑の言渡しが一回。摂食障害に合併したクレプトマニアによる衝動の影響下で、かつ幼少期のトラウマによって生じた解離性精神障害に起因する現実感のない精神状態の下で、本件窃盗を行ったものと認められるが、

判例①のように衝動性による制御能力の不存在や減退が認められていないのは、「窃盜の動機及び態様に照らして」という判示からすると、その好みの商品を欲したという動機と計算された大胆な手口に鑑みて、クレプトマニアによる衝動はあったにしても、それはさほど強いものではなく、制御能力に障害を与える程度のものではないと判断されたためだと思われる。

それゆえ、刑法三九条の適用可否は問題とされておらず、執行猶予期間の経過後の再犯であることから、すでに前刑により執行猶予中で完全責任能力の認められる常習的窃盜者に対して、再度の執行猶予を付すのが妥当かという刑法二五条二項の解釈に関する問題は生じることなく、端的に刑法二五条一項の適用のみ、すなわち初度の執行猶予に保護観察をつけるべきかが問題となり、それが肯定された。¹⁵⁾

一般に、保護観察適用の基準としては、(a) 犯した犯罪が軽微なものではなく、単純な執行猶予では再犯のおそれがあり、再犯防止のためには保護観察を付することによって指導監督、補導援護を行う必要がある場合か否か、(b) 犯罪は比較的軽微なものであり、しかも、再犯の恐れも高いとはいえず、単純な執行猶予によってもその自発的改善更生を期待し得ることはないが、保護観察をつけることによつて、その改善更生が一層促進されると認められる場合か否か、であり、本件が軽微といえるかは判断が分かれるであろうが、クレプトマニアに主たる犯因が認められる以上、周囲からの指導監督が必要と解された(a)の場合と考えられたものと思われる。¹⁶⁾ また、以後現れる同種判例にくらべると、本判例においてはクレプトマニアの治療に関する家族の協力を含めた具体的な叙述やその必要性・効果についての言及が乏しいのも顕著な特徴といえるが、控訴審における逆転執行猶予判決である点で注目すべきであろう。¹⁷⁾

【判例③ 甲府地判平二四・一一・一九 LEX/DB2542994】

(1) 事実の概要

被告人は、平成二三年二月二日に総合小売店舗で菓子等五一点（時価合計九、八六八円相当）を万引きした。

(2) 前科・窃盗歴

平成二三年二月に窃盗罪（万引き）により懲役一〇月執行猶予三年に処せられた。他に、平成一八年以降、本件までに七回、万引きをして検挙され、本件の約一〇日前にも窃盗をして検挙された旨供述している。

(3) 病歴

神経性無食欲症排出型及び食物に対する強い溜め込み強迫を主症状とする強迫性障害に罹患し、多量の食物を摂取してはこれを嘔吐することを繰り返し返していた。

(4) 量刑

懲役一年に処し、執行猶予五年。猶予期間中、保護観察に付する（求刑一年六月）。

(5) 量刑の理由

本件は、多量の食物が欲しいものの、これにお金を使いたくないなどと考えて犯行に及んだものであり、そ

の身勝手かつ利欲的な動機及び経緯に酌量の余地は乏しい。

常習性が認められ、規範意識の欠如も顕著である。前記各前科がいずれも食品を万引きした事案であることなどからすれば、本件犯行には被告人の前記障害が相当程度影響していると認められるところ、被告人の同障害が治癒していないことを考慮すれば、再犯のおそれも否定できない。以上によれば、被告人の刑事責任は重い。

他方、被告人は、被害品をすべて買い取って示談し、被害店舗が被告人の寛大な処分を求めていること、被告人が事実を認めて反省し、公判廷において二度と万引きしない旨約束していること、服役前科がないこと、家族の支援が見込まれること、本件において実刑に処せられれば、前刑の執行猶予の取消が予想されることなどを考慮しても、実刑に処することが考えられる。

しかしながら、(6)の事情により、被告人に対して再度の執行猶予(最長期)を付し(刑法二五条二項)、保護観察所の補導援護、指導監督を受けさせる(刑法二五条の二第一項後段)のが相当である。

(6) 更生努力

被告人の主治医の公判供述等によれば、平成二四年一月頃の再入院後、被告人が前記障害の治療に前向きに取り組み始め、食物をため込む症状等に一定の改善が見られる上、主治医との間に信頼関係が構築されていることが認められる。そうすると、本件犯行に係る同障害の影響の程度にかんがみれば、前記の犯情や常習性等を考慮しても、なお、わずかながら、被告人には、再度社会内において更生する機会を与える余地がある。

(7) 検討

公訴事実は被害額一万円以内の窃盗一件で、窃盗前科は執行猶予付き懲役刑の言渡しが一件、窃盗の検挙歴が七、八回。神経性無食欲症排出型及び食物に対する強い溜め込み強迫を主症状とする強迫性障害の影響による窃盗であることは認められてはいるが、判例①のように衝動性による制御能力の不存在や減退には言及されていないのは、「多量の食物が欲しいものの、これにお金を使いたくないなどと考えて犯行に及んだ」との指摘に見られる通り、強迫性障害に基づく衝動性が否定されているためであろう。

それゆえ、刑法三九条の適否は問題とされず、すでに前刑により執行猶予中で完全責任能力の認められる常習的窃盗者に対して、再度の執行猶予を付すのが妥当かという刑法二五条二項の解釈に関する問題が残ったわけである。

一般に、執行猶予を相当とする情状としては、(a) 被害の軽微性、(b) 犯行動機における同情すべき事情、(c) 被害弁償による被害者感情の宥和、(d) (特に同種の) 前科・前歴がないこと、(e) (本人の指導監督を引き受ける親族等が存在する等) 保護環境が良好であることがあげられる¹¹⁾。

本件では、被害額は一万円以下であり、見方によっては(a)の要件を満たしているといえよう。同様に、強迫性障害の病状を被告人に有利に考えると、(b)もクリアしていると考えられる。(c)・(e)の存在は明らかであるから、結局本件では(d)のみが問題となる。窃盗(万引き)の同種前科が少なくなく、窃盗の常習性も認められているにもかかわらず再度の執行猶予が肯定されているのは、刑法二五条二項の解釈としては異例に属するであろう。それというのも、やはり、「入院後、被告人が前記障害の治療に前向きに取組み始め、食物をため込む症状等に一定の改善が見られる上、主治医との間に信頼関係が構築されていることが認

められる」という更生面に関する療育事情の良好さが、常習性というネガティブな要素についての考慮を凌いだためであるといえよう。これは、従来常習性に関する法的無価値評価が圧倒的だった刑法の基本的考え方にかんがみると、注目すべきことと言わなくてはならない。

【判例④ 東京簡判平二四・一二・一一 LEX/DB25542995】

(1) 事実の概要

被告人は、平成二四年六月一五日にコンビニエンスストアでアイスクリーム四個等一二点（販売価格合計三、五二七円）を万引きした。

(2) 前科・窃盗歴

平成二二年五月二八日に窃盗罪により懲役一年六月執行猶予三年に処せられた。他に、窃盗罪で検挙された前歴四回、罰金前科一犯がある。

(3) 病歴・治療歴

本件は、被告人の摂食障害に起因する。被告人は、前件の窃盗罪で起訴され、保釈された後の平成二二年四月上旬から同年七月上旬くらいまでの間、現在の被告人の主治医であるA医師が院長を務めるB施設に入院し、A医師との面談や、摂食障害の自助グループミーティングに参加する等の治療を受けた。被告人は、B施設を退院した後は、A医師が外来診察を担当しているC施設に数回通院したが、被告人の勤務先での仕事が忙しく

なり通院から足が遠のいてしまった。また、自助グループミーティングには、平成二三年三月まで参加していたが、ミーティングの開催時間が被告人の通うことのできない時間に変更されたので、足が遠のいてしまった。

(4) 量刑

懲役一年に処し、執行猶予三年。猶予期間中、保護観察に付する（求刑一年六月）。

(5) 量刑の理由

本件は、万引きした商品を購入するだけの現金を有しながら、食べて吐く無駄な行為にお金をかけるのは勿体ないとの考えで犯行に及んだもので、その自己中心的で身勝手な犯行動機に酌量の余地はない。

犯行態様をみると、被告人は、店内で、自己のバッグ内に商品を隠匿して窃取したもので、大胆で悪質なものであるといえる。

この種事犯に関する常習性も窺われ、その規範意識は鈍麻しているといわざるを得ない。

以上によれば、本件犯情は良いものではなく、本件が被告人の摂食障害に起因するとはいえ、被告人は相応の刑事責任は免れないものといえる。

他方、被告人は、被害店舗に対し、余罪を含めた解決金として五〇万円を支払い、被害店舗と示談が成立していること、被害店舗オーナーは、嘆願書で、被告人を宥恕し、被告人に寛大な処分が下ることを希望する旨表明し、警察署に被害届取下書を提出していること、被告人は被害店舗のためにも、社会のためにも、もう二度と万引きしないことを誓約しているなど被告人のために酌むべき事情も認められる。

被告人には、相応の刑事責任は免れないが、以上の被告人のために酌むべき事情が認められ、とりわけ(6)の事情を考慮すると、再度、その刑の執行を猶予すべき情状に特に酌量すべきものがあるといえる。

(6) 更生努力

被告人は、前回B施設を退院した後、通院や自助グループミーティングから足が遠のいたことについて、後悔し、反省し、本件で起訴され、保釈された後入院し、今回は、受け身ではなく、被告人自ら医師に質問したり、資料や書籍を借りたりして積極的に治療に取り組んでいる状況にある。また、院内ミーティングには意識の高い患者が参加しているため活気があり、治療環境も良好な状況にある。さらに、今回初めて摂食障害治療の専門家であるD医師と出会い、両親を含めた面談が実現し、現在も外出の許可を得て、D医師の指導の下での治療を並行して行っている状態である。このように、主治医であるA医師やD医師との信頼関係を構築し、治療に前向きに取り組んでいる。

また、医師は公判廷で、摂食障害の治療には家族の理解や支えが必要不可欠であると証言しているところ、被告人の父親は、当公判廷で、医師が提案する「再養育療法的な向き合い」を実践し、被告人の両親とも被告人を見捨てることなく支えていく旨誓約し、家族としてどのように被告人と接していくかを学ぼうとしている。さらに、医師は、摂食障害の一症状である被告人の万引き行為は、摂食障害の正しい治療を行えば、摂食障害が完全に治癒する以前に比較的短期間で消える旨証言している。

これらの事情によれば、被告人の主治医であるA医師やD医師の下で現在の治療を継続することによって、摂食障害が治癒し、これに伴って万引きの性癖も改善することが、相当程度期待できると認められる。¹⁸⁾

これに対し、被告人が懲役刑の執行を受けることになった場合は、両親の綿密な協力を必要とする再養育療法を継続することが困難になること、刑務所においても、行動制限療法などにより、摂食障害の治療を行うことは可能であるが、家族関係の修復等が同時に行われることは期待できない¹⁹⁾。

(7) 検討

判例③同様、やはり、責任能力の存否・強弱は争われておらず、弁護人は刑法二五条二項の「再度の執行猶予」の要件である「情状に特に酌量すべきもの」の立証に全力を傾注したと思われる。前述した、再度の執行猶予に必要な「情状」の基準に関しては、(a)被害の軽微性、(b)犯行動機における同情すべき事情、(c)被害弁償による被害者感情の宥和、(e)(本人の指導監督を引き受ける親族等が存在する等)保護環境が良好であること、の四個の要件は本件でも満たされていると思われ、(d)(特に同種の)前科・前歴がないことについては、「この種事犯に関する常習性も窺われ、その規範意識は鈍麻しているといわざるを得ない」と判示され、従来の考え方からすると、再度の執行猶予は否定された事案だと思われる。

しかし、本判例は判例③以上に、被告人の更生プログラムが充実している事実を細部にわたるまで縷々述べており、それは(d)要件の欠如と規範意識の鈍麻という被告人に不利益な上記の事情を補うためと解される。そしてその手法は、「摂食障害が治癒し、これに伴って万引きの性癖も改善することが、相当程度期待できる」という展望を有する反面、懲役刑を執行すれば「両親の綿密な協力を必要とする再養育療法を継続することが、困難になること、刑務所においても、行動制限療法などにより、摂食障害の治療を行うことは可能であるが、家族関係の修復等が同時に行われることは期待できない」という、懲役刑における執行猶予の場合と実刑の場合

合とのそれぞれの効果面の予測に関する比較考量を示すことによって、説得力のあるものとなっているといえよう。

【判例⑤】さいたま地判平二五・三・二二 LEX/DB2542996】

(1) 事実の概要

被告人は、平成二四年九月二二日午後二時三〇分頃、ショッピングモール内のスーパーマーケットにおいて、清涼飲料水や弁当、アイスクリーム等の飲食料品等一七点(販売価格合計二、四九九円)を万引きした。

(2) 責任能力

被告人に対する後記(4)記載のクレプトマニアとの診断については、被告人が、本件当時、事理弁識能力に
おいて欠けるところがないこと、食糧購入費を節約するために万引きをしたと述べていること、被告人自身や
夫及び孫のために必要な飲食料品を対象に万引きしていることなどに徴すると、被告人が病的窃盗者で責任能
力が喪失している状態であるとか、責任能力が著しく減弱した状態にあったとまでは認め難いものの、本件当
時、被告人が精神的に孤立し、抑圧状態にあったものと窺われることに加え、摂食障害等の医師の診断内容を
も併せ考慮すると、被告人は弁識したところに従って行動する能力において相当程度減弱していた疑いが否定
できない。

(3) 前科・窃盗歴

平成二三年一月一九日川越簡易裁判所において、スーパーマーケットで、弁当一個等七点を万引き窃取した罪により、懲役八月執行猶予三年に処せられた。他に、被告人は当該裁判の一年後からは、毎週一回か二回は万引きをしていた旨述べている。

(4) 病歴

平成二四年一月月に保釈された後、直ちに入院して医師の診察を受け、非定型摂食障害(極端な偏食と小食)及びクレプトマニア(万引きが止められない)との診断を受けた。

(5) 量刑

懲役二年(刑法二二条により未決勾留日数中二〇日をその刑に算入)に処し、執行猶予三年(刑法二五条二項)。猶予期間中、保護観察に付する(刑法二五条の二第一項後段)。

(6) 量刑の理由

被告人は、ショッピングモール内のスーパーマーケットに入り、夫と分け合って食べるための弁当やサラダ等を買った物かごに入れたが、所持金を十分に有しながらお金を使うのが惜しくなって万引きをすることに決め、周囲に人がいないことを確認して、買った物かごに入れていた商品を手提げバッグの中に詰め、さらに、孫に食べさせるためのアイスクリーム等も買った物かごの中に入れて後、人気のない酒類売場において、同様にこれら

を手提げバッグの中に詰め込んで万引きしたものであるが、犯行の経緯及び動機に酌むべき事情は乏しい。犯行態様をみても、左肘付近に手提げバッグを提げ、同じく左手に買い物かごを持ち、その中に入れた商品を右手で次々に手提げバッグの中に詰め込むというもので、大胆で手慣れた様子が窺われ、犯情誠に悪質である。

前科前歴を併せ考えると、被告人の規範意識は著しく希薄で、再犯に及ぶおそれも強く懸念され、その刑事責任は到底軽く視ることができず、被告人に対しては、この際、実刑に処して徹底した矯正教育を施すことが当然であり、他にとるべき方法はないようにも思われる。

他方、被害額は高額とまではいえず、すべての被害品が被害店に返還されており、後記(7)の事情を考慮すると、本件犯行が執行猶予中の再犯であるとはいえ、必ずしも実刑をもって臨まなければならぬものではなく、被告人が、本件を契機として医療機関の診察を受け、万引きによる衝動に駆られる原因や対処方法等について認識及び理解を深め、今後とも継続して医師による治療を受けながら、正直な気持ちを持ち続けて生きて行きたいと述べ、更生する意欲を示していること、被告人の夫や娘も、被告人への理解を深め、愛情をもって再犯防止に全力を傾注していることを考慮すると、再度の執行猶予を付するという選択も、刑事政策上許されるものと思料される。

(7) 更生努力

被告人については、被告人の夫が、二年ほど前から、自分の寝室とアトリエを往復するだけでリビングや被告人の寝室に立ち入るようなことはせず、家庭内別居のような状態で会話をしなくなり、お互いに干渉しない

よくなつてしまつたことなどと供述していることに照らすと、被告人が万引きを繰り返す原因が、夫との意思疎通がないことに起因するストレスの鬱積によるものと考える余地があること、その夫が、当公判廷において、自分の長年に亘る思いやりを欠いた言動が完璧主義の被告人の精神不安を招来し、それが被告人を窃盗に逃避させた原因であるかもしれないと思うようになり、今後は生涯の大きな仕事として被告人の再犯防止に取り組み、命ある限り被告人を支えて行くと証言していること、平成二四年に非定型摂食障害（極端な偏食と小食）及びクレプトマニア（万引きが止められない）との診断を受けて、積極的に治療に取り組み、受容的な雰囲気の中で、ミーティングを繰り返すうちに、心の平安を取戻しつつあると報告されていること、入院先の病院では、被告人について、六か月の入院治療および退院後二年間の通院治療を予定しており、カウンセリング、認知行動療法、家族療法、集団精神療法、薬物療法、自助グループの利用等の治療方法を用意していること、被告人の夫も、既に同年九月から頻繁に同病院を受診し、窃盜癖者の家族向けプログラムに参加したり、回復者のメッセージを聴いたりするなど、熱心に被告人の治療に取り組んでおり、今後とも、被告人とその家族が専門家医師等の助けを受けて治療の努力を続けることにより、万引きの再犯を防止できる可能性が高いことなどの事情が認められる。

(8) 検討

弁護人はやはり、まず刑法二五條二項の「再度の執行猶予」の要件たる「情状に特に酌量すべきもの」の立証に全力を傾注したと思われる。前述した、再度の執行猶予に必要な「情状」の基準に関し、(a) 被害の軽微性、(b) 犯行動機における同情すべき事情、(c) 被害弁償による被害者感情の宥和、(e) (本人の指

導監督を引き受ける親族等が存在する等）保護環境が良好であること、の四個の要件は本件でも満たされていることに異論はないであろうが、(d)（特に同種の）前科・前歴がないことについては、執行猶予付き懲役刑の同種前科その他の前歴があり、「被告人の規範意識は著しく希薄で、再犯に及ぶおそれも強く懸念され」と判示され、「実刑に処して徹底した矯正教育を施すことが当然であり、他にとるべき方法はないようにも思われる」と言及されている通り、従来の規範を重視する考え方からすると、再度の執行猶予は否定された事案と思われる。

しかし本判例は、ミーティングにより被告人の精神が安定している現況、入院・通院治療の予定、治療方法の内容、家族の積極的協力の状況、被告人の更生意欲が具体的に詳細に提示され、「万引きの再犯を防止できる可能性が高いことなどの事情が認められる」として、結論として「再度の執行猶予を付するという選択も、刑事政策上許されるものと思料される」と判示されたのであった。

さらに、責任能力に關して「被告人が病的窃盗者で責任能力が喪失している状態であるとか、責任能力が著しく減弱した状態にあったとまでは認め難いものの、本件当時、被告人が精神的に孤立し、抑圧状態にあったものと窺われることに加え、摂食障害等の医師の診断内容をも併せ考慮すると、被告人は弁識したところに従って行動する能力において相当程度減弱していた疑いが否定できない」と判示されており、刑法三九条の適用が認められるほどの事案ではないものの、一定程度の責任減少が肯定されている。これは、常習性・累犯性という刑罰加重事由の存在にもかかわらず、再度の執行猶予を認めるに足りる量刑責任の軽減を肯定するために持ち出されたものというべきであろう。

こうして、判例においては病的窃盗の事例に關し、再度の執行猶予を認めるための手法が次第に定型化され

てきているように思われる。病的窃盗の事例は、前科・前歴に徴表される常習性を否定できず、どうしても再度の執行猶予を認めにくい。そして、それを覆すための事情として、通常の犯情要件（前記 a、b、c、e）を満たすことのほか、強い更生意欲、現状での一定の治療効果の存在、具体的な更生プログラム、医師との良好な関係、家族の強固な協力意思・協力体制等による再犯防止の高い可能性を期待しうるものの存在等をあげることが、本判例から窺われるのである。それに加えて本判決の意義は、責任能力の相応の低減も再度の執行猶予を認めるために有利な事情として考慮されている点に求められよう。

【判例⑥ 東京高判平二五・七・一七 LEX/DB25505989】

(1) 争点

窃盗事犯による執行猶予期間中に犯した窃盗（万引き）の事案に関し、原判決は、被告人の罹患する精神疾患が本件犯行に及ぼした影響の有無及び程度並びに精神疾患治療の必要性、相当性という、被告人の量刑を考えるに当たり前提となる事情についての認定・評価を誤って、被告人を実刑に処したといえるか。

(2) 医師A作成の鑑定書

DSM-4によるクレプトマニア（病的窃盗）の診断基準の三項目は以下の通りである。すなわち、

〔1〕 個人的に用いるのではなく、金銭的価値のためでもない。

〔2〕 万引き直前の緊張の高まり

〔3〕 万引きを犯すときの快感、満足、または解放感

の三つだが、A作成の鑑定書によると、

〔1〕については、万引きの物品は、生理用ナプキン、制汗シート、乳液の三点であり、いずれも緊急性はないにせよ、被告人が使用する物であるから該当しない。

〔2〕については、被告人が万引きをした心理は「商品を見て欲しいと思った瞬間から、もう、その商品を手に入れることしか頭にない状態になる」というものであり、これは万引きの快感を得たいというものではなく、心理の中核は物品入手にあるから、クレプトマニアとは異なる。

〔3〕についても、盗みという行為そのものに伴う種々の快感を感じようとしていたものではなく、実際にも、被告人は、そういった感情を感じた事実はないと述べているから該当しない。

(3) 医師B作成の意見書

B作成の意見書によると、

〔1〕の項目が、窃盗の主たる動機がその物品の用途や経済的価値ではなく衝動制御の問題にあるという意味に広く理解すべきであり、盗品が食品や生活用品であり、個人的使用目的であるという理由だけで、クレプトマニアに相当しないというのはおかしい。

〔2〕・〔3〕の点については、クレプトマニアの患者は、毎回反省しながらもなぜ窃盗を繰り返すのか、明解に説明できず、問い詰められると、その場に合わせて返答してしまつたため、患者が述べた表面的理由によらず、なぜ、生来反社会的と思えない人物が、経済的余裕もあり、購入資金もある中で、発覚すれば失う物が大きい危険を顧みず、敢えて少額の万引きのような窃盗行為を繰り返すのか、その真の理由を探る必要がある

と指摘している。

そして、被告人は、万引き行為時に、著明な緊張感、興奮を覚え、万引き成功時に安堵感、緊張からの解放達成感を経験するというクレプトマニアに特徴的な症状を有すること、被告人には、万引き行為以外に反社会的行動はなく、経済的困窮状況もなく、万引き行為時に現金を所持していて、犯行が場当たり的事であること、被告人は、摂食障害及び窃盗癖という精神障害の他に、病的な溜め込み症状があり、これが衝動制御の障害という窃盗癖の症状を重篤にしていたと考えられることを指摘し、結局、被告人の万引き行為は、クレプトマニアという衝動制御障害に加え、摂食障害や顕著な溜め込みなどの精神症状が関連し、職場や家庭のストレスで誘発されたものであると結論づけている。

(4) A鑑定書とB意見書との信用性比較

A鑑定書とB意見書の各信用性について、検討すると、関係証拠によれば、医師Bは、万引き・窃盗癖患者を受け入れて治療している病院の院長であり、万引き・窃盗癖症例を診療した経験が豊富である上、医師Aの上記鑑定書が、捜査段階における一日の鑑定面接と一件記録のみを鑑定資料として作成されたものであるのに対し、医師Bの上記意見書は、被告人を約一か月間同病院に入院治療した上で作成されたものであり、内容を見て、意見書は鑑定書の内容を踏まえて具体的な根拠を示してこれに反論しているのに対し、鑑定書は、摂食障害がクレプトマニアと合併しやすい疾患として指摘されていることを考慮した形跡がなく、クレプトマニアと摂食障害を切り離してそれぞれ別個に本件犯行への影響を検討している点において、意見書に比し、その信用性が高いとは評価し難い。

(5) 判旨

前記(4)のような鑑定書及び意見書の信用性判断を前提とすると、原判決の認定、判断は、合理的とは言い難いものがある。

そうすると、原判決は、被告人の罹患する精神疾患が本件犯行に及ぼした影響の有無及び程度並びに精神疾患治療の必要性、相当性という被告人の量刑を考えるに当たつての前提となる事情についての認定、評価を誤つて、被告人を実刑に処したものとわざるを得ない。

(6) 量刑

そこで、あらためて被告人に対する量刑を検討すると、確かに被告人は、前刑の執行猶予付き判決の約九か月後に同種犯行に及んでいるものの、犯行には、被告人のクレプトマニアや摂食障害等の精神症状による衝動制御の障害が関連しており、被告人は現在その治療中で、現にその治療効果も上がっていることが認められ、本件が比較的軽微な万引き事案であり、原判決が指摘するとおり、被害店との間で示談が成立し、被害届が取り下げられていることなどを併せ考慮すると、被告人に対しては、再度の執行猶予を付して、被告人にその治療を継続させつつ、社会内における更生の機会を与えることが、正義に適うものと認められる。

(7) 検討

本判例は、控訴審のものであるが、一審の鑑定書と控訴審に提出された意見書とが対立する内容なので、それぞれの信用性判断が行われた。このような事案においては、前の鑑定を参考としつつ、被告人に詳細な心理

テストを実施し、これによる新たな資料を付加しての判断であることや、他の鑑定の方が裁判所の審理に現れた資料や綿密具体的なテストに基づき、より深く考察していること等が信用性を根拠づけている判例があり、²⁰⁾本判例も、「B意見書は、被告人を約一か月間同病院に入院治療した上で作成されたものであり、内容を見ても、意見書はA鑑定書の内容を踏まえて具体的な根拠を示してこれに反論している」として、従来の判例の基準に沿った信用性判断をしたうえで、B意見書に基づいて、被告人の窃盜がクレプトマニアや摂食障害等の精神症状による衝動制御の障害が関連していることを前提として、再度の執行猶予付与の適否を判断するに至る。そして、これまでの判例同様、前科に徴表される常習性が否定できず、どうしても再度の執行猶予を認め難い本件にあつて、それを覆すために、通常の犯情要件（前記 a、b、c、e）を満たすほか、クレプトマニアや摂食障害等の精神症状による衝動制御障害の治療の存在、現状での一定の治療効果の存在等に再犯防止のより高い可能性が期待できることに加えて、責任能力の相応の低減も再度の執行猶予を認めるために有利な事情として考慮されていることが認められる。²¹⁾

【判例⑦ 東京簡判平二五・九・一〇 LEX/DB25542997】

(1) 事実の概要

被告人は、衣料品の店舗において、パーカー一着等二点（販売価格合計一〇、五〇〇円）を万引きした。

(2) 責任能力

弁護人は、被告人が本件犯行時摂食障害に罹患しており、行動制御能力が著しく減退した心神耗弱下の行為

であつたと主張したので、裁判所はその点について、被告人の供述と被告人の行動を、近い距離から終始観察していた警備員B供述等を総合的に検討したうえで、被告人の供述内容には一貫しない部分もあるが、一階で警備員に声をかけられるまでの事実経過およびその間の自己の心理的状况の供述は具体的かつ詳細で、被告人の本件犯行時の事実に対する認識は極めて清明なものであり、かつその間本件窃盗行為に対する規範意識（違法性の認識）や違法行為を制御すべきであるとする認識を有していたことは明らかである。それゆえ、被告人は本件犯行時自己の行為の是非弁別能力が欠如していたり、不十分であつたものではなく、完全責任能力を有していたことは明らかである。

(3) 前科・窃盗歴

平成二二年一月九日、窃盗罪（食品売り場でのすずき刺身一パック等四点、販売価格合計一、二四円の万引き）で、懲役一年執行猶予三年に処せられ、本件犯行はその執行猶予期間中のもの。他に、平成二〇年七月二十九日、窃盗罪（婦人服店でオーバーオール一着販売価格合計八、九二五円の窃盗）で、罰金三〇万円に処せられている。平成二三年三月と平成二三年六月にも、執行猶予中にもかかわらず、万引きで検挙されている。

(4) 病歴・治療歴

被告人は、平成二二年一月九日言渡しの前刑の審理の際に、職場での人間関係のストレスが原因で摂食障害になった旨供述している。

被告人は、平成二三年七月から平成二四年七月までC精神科に摂食障害（過食、嘔吐、拒食）で通院したが、

平成二四年九月父親とけんかして別居し、单身生活をし、通院もときれ、平成二五年二月からは調剤された薬を服用しなくなり、本件犯行の二週間前頃は甘美類を多く食するという状況であった。

(5) 量刑

懲役一年に処し、執行猶予四年（刑法二五条二項）。猶予期間中、保護観察に付する（刑法二五条の二第一項後段）。

(6) 量刑の理由

被告人は、その供述によると被害店舗内において気に入りのパーカーとTシャツを見つけたが、自己の所持金では両方を買えないと思い、パーカーをカバンに入れることで擬似的に自己の物にしたという満足感を得たと思ったことが犯行動機であり、動機に酌量の余地はない。

前科前歴に照らすと、被告人には今後再犯のおそれがあることを否定することはできない。

また、被告人は、本件公判では犯罪事実を認め反省する一方で、自己の犯行が摂食障害を主因とするものであるとして、他律的に考えようとする傾向もうかがえないではないが、仮にこれまでの前科が、万引きを含めそれらの行為に及んだ理由が摂食障害にあると考え、そのような事実が自己の行動に影響を及ぼす可能性があるというのであれば、本件についての反省はもとより、今後の再犯に及ばないための方策と努力が必要といふべきであり、これがなされないと再犯の可能性を否定することはできない。

他方、被害品は還付され実害は生じなかったこと、前刑の執行猶予（三年間）は現在までに二年一〇月ほど

経過している。

後記(7)の事情をも考慮すると、被告人には情状に特に酌量すべきものがあるといえる。よって再度の懲役刑の執行を猶予することとする。

(7) 更生努力

被告人は、長期にわたる身柄拘束期間を通じて、犯罪の原因を自己分析し、その理由の一つが自己の摂食障害にあるとして、社会復帰した場合、専門の治療期間を頼り、これを克服する具体的方策を考えていることが認められる。そして、両親等家族が被告人の問題性を改めて認識し、その改善に協力する姿勢があることもうかがえる。

(8) 検討

弁護人は、本件では、刑法二五条二項の「情状」の一事情としてではなく、正面から責任能力の減退、すなわち刑法三九条二項の心神耗弱による刑の減輕を主張している点に特徴がある。判例①以外では初めての事であり、この主張に対して、裁判所は、関係各証拠から総合判断して「一階で警備員に声をかけられるまでの事実経過およびその間の自己の心理的状况の供述は具体的かつ詳細で、被告人の本件犯行時の事実に対する認識は極めて清かなものであり、かつその間本件窃盗行為に対する規範意識(違法性の認識)や違法行為を制御すべきであるとする認識を有していたことは明らか」と判示している。

一般に、判例における責任能力の判断基準は、(イ)精神障害の種類・程度、(ロ)犯行の動機・原因(了

解可能性)、(ハ) 犯行の手段・態様、(ニ) 犯行前後の行動(了解不可能な異常性の有無)、(ホ) 犯行及びその前後の記憶の程度・有無、(ヘ) 犯行後の態度(反省の情の有無等)、(ト) 被告人の犯罪傾向と犯罪の関連性の有無等とされ、それらの総合考察によって責任能力の存否・程度を判断するとされる。²²⁾

本判例は、上記の一般的基準に立脚しながらも、どちらかといえば、犯行前後の被告人の認識の清明さに比重が置かれていることがうかがえるが、生物学的要素としての摂食障害は、判例①に関する伴説において指摘されている通り、判例上、生物学的要素だけでは制御能力を否定しにくい精神病質の事案との親近性があり、それゆえ本件の場合は、心理学的要素としての制御能力に関する法律判断が問題となる。そして、精神鑑定よりも他の関係各証拠が重視されるわけで、とりわけ犯行前後の認識内容の清明さや違法性の認識の存在から制御能力の存在が把握されていることがわかる。

しかし、心神耗弱が認められなかったのは、被害品が食物ではなかったため摂食障害による衝動性の影響が弱いと解されたためであろう。

次に、刑法二五条二項の「再度の執行猶予」に必要な「情状」の存否であるが、前述したように、再度の執行猶予に必要な「情状」の基準に関する要件のうち、(a) 被害の軽微性、(b) 犯行動機における同情すべき事情、(c) 被害弁償による被害者感情の宥和、(e) (本人の指導監督を引き受ける親族等が存在する等) 保護環境が良好であること、の四個の要件は本件でも満たされていることに異論はないであろう。しかし、(d) (特に同種の) 前科・前歴がないことについては、執行猶予付き懲役刑の同種前科その他の前歴があり、「被告人には今後再犯のおそれがあることを否定することはできない」と判示され、従来の考え方からすると、再度の執行猶予は否定された事案と思われる。

しかし本判例は、「被告人は、本件公判では犯罪事実を認め反省する一方で、自己の犯行が摂食障害を主因とするものであるとして、他律的に考えようとする傾向もうかがえないではないが、仮にこれまでの前科が、万引きを含めそれらの行為に及んだ理由が摂食障害にあると考え、そのような事実が自己の行動に影響を及ぼす可能性があるというのであれば、本件についての反省はもとより、今後の再犯に及ばないための方策と努力が必要というべき」とされ、再犯のおそれを否定するためには、すなわち、再度の執行猶予を可能にするためには「被告人において（摂食障害を）克服する具体的方策を考えていること、そして、両親等家族が被告人の問題性を改めて認識し、その改善に協力する姿勢があること」の双方が必要だという考え方を示し、本件においてはそれが認められると判示した。

思考の経過は、おおまかには他の判例と同じと思われるが、「犯情」については、通常の犯情要件（前記 a、b、c、d、e）にはあまり重点を置かず、更生の内容についても具体的内容にさほど踏み込まず、被告人の更生への決意とそれに対する家族の協力姿勢の存在を重視しているような印象を受ける。

【判例⑧ 東京高判平二五・一一・一 LEX/DB25543008】

(1) 争点

被告人は、同一日に約三〇分間で三つの店舗で、おにぎり等合計二三点（販売価格合計五、三五四円）を万引き窃取したとして起訴され、平成二五年六月一二日原判決（前橋地裁高崎支部）が懲役一〇月を言い渡したため、量刑が重すぎて不当であることを理由に控訴した事案。この事案について、刑法二五条二項の再度の執行猶予を認めるための「犯情」を肯定し得るか。

(2) 責任能力

本件各犯行時における被告人の行動制御能力の減退は、心神耗弱に準じる程度に至っていたというが、確かに、約三〇分という短い時間に駅構内等の三店舗で連続的に食品の万引きを行っていたことは、いったん万引きを始めるとその衝動を抑制しにくくなることをうかがわせるもので、行動制御能力が一定程度は減退していたことが肯認できるものの、各犯行の態様や犯行後の言動等に照らし、著しく減退していたとは認められない。

(3) 前科

本件同様の万引きにより、平成二二年一月罰金刑に、平成二三年七月に懲役刑に処せられた。

(4) 病歴・治療歴

被告人は、平成二二年二月にAホスピタルを受診して摂食障害およびクレプトマニアの診断を受け、治療を開始していた。しかし、定期の通院を守らなかつたり治療を中断したりする中で、上記各前科に係る窃盗事件をおこし、執行猶予付きの懲役刑の判決宣告後には通院を再開したものの、入院治療を勧められた際には、これを拒否し、通院も三か月程度で止めていたのである。

(5) 量刑

懲役一〇月（刑法二二条により未決勾留日数中七〇日をもその刑に算入）執行猶予四年（刑法二五條二項）。

猶予期間中、保護観察に付する（刑法二五条の二第一項後段）。

（6） 量刑の理由

原判決の判示する通り、被害額もこの種の事案としては少額ではなく、被告人の本件刑事責任は軽いものとはいえない。

しかし、被害弁償も済んでいるなど、窃盗としてはさほど犯情の悪い事案ではなく、また、その各犯行は摂食障害に併発しやすいクレプトマニアの症状であることは前述のとおりであるから、後記（7）で説示したように被告人の治療態勢が整えられ、被告人自身も意欲的に取り組んでいることからすれば、その治療を継続させることは、再犯を防止し、被告人の改善更生を図るという刑政の目的にかなうものといえる。もとより、いまだその障害に対し顕著な改善効果のある治療法が確立しているわけではなく、一般的には再犯を完全に抑止することは困難であるといわれているが、継続的に専門的治療を受けさせることが万引きの防止に一定の効果があると認められていることからすれば、刑執行猶予期間中の犯行であることを考慮しても、現段階では、被告人やその関係者の治療への強い意欲を評価し、被告人に対して、今一度、その障害を克服して社会内で更生する機会を与えることが相当であるといえる。

したがって、原判決後の情状に前記の酌むべき事情を併せ考慮すると、現時点においては、情状に酌量すべきものがあり、再度の執行猶予を付さなかつた点において、原判決の量刑は重すぎるに至つたものと認められる。

(7) 更生努力

被告人は、前記の本件犯行前は上記各障害の治療を中断していたが、治療の中断には、その障害に対する継続的な治療が可能な医療機関が限られていることや上記病院への通院が時間的、経済的な事情で難しかった等の事情が影響していたところ、被告人は原判決後、更に反省を深めるとともに、自己の摂食障害及びクレプトマニアに対する認識を深め、治療を継続的に受ける必要性が高いことを理解し、現に平成二五年八月二七日、六か月間の予定で上記病院に入院したこと、これまでの入院後の治療経過をみると、被告人は、積極的かつ熱心な態度で取り組み、治療プログラムに欠かさず参加し、心の平安を取り戻しつつあること、被告人の両親は、経済的に苦しい中、親族の援助を得るなどして被告人の入院費用を捻出し、今後も被告人の治療に協力する意向を固めていることが認められる。

(8) 検討

まず、責任能力は原審では争われたのかもしれないが、二審では争点となっておらず、東京高裁はカッコ書きで心神耗弱に当たらない旨判示している。しかし、食料品を目当てにわずか三〇分の間に万引きを累行しているとすれば、まさしく病的な衝動に動機づけられたものとして心神耗弱を認めるべきではないかと思われる。今後、クレプトマニアに関して心神耗弱を認めるための基準がより詳細・明白に提示されるべきであろう。

次に、刑法二五条二項の「再度の執行猶予」に必要な「情状」の問題であるが、原審でも、被害弁償や本人の反省、制御能力の減退という事実は考慮されているし、更生努力の面でも、被告人が入院治療の意思を固めておりその仮予約をしていること、母親が被告人の更生に協力することの証言をしている事実があるにもかか

わらず、再度の執行猶予を認めるための情状とは認められていない。

この点に関して検討すると、高裁が「被告人は原判決後、更に反省を深めるとともに、自己の摂食障害及びクレプトマニアに対する認識を深め、治療を継続的に受ける必要性が高いことを理解し」と判示している点に鑑みると、裁判所は、被告人が犯行を反省するのみならず、病気の認識と治療の必要性の認識を強化するように求めていることを窺い知ることができよう。

さらに「現に平成二五年八月二十七日、六か月間の予定で上記病院に入院したこと、これまでの入院後の治療経過をみると、被告人は、積極的かつ熱心な態度で取り組み、治療プログラムに欠かさず参加し、心の平安を取り戻しつつあること」と判示され、入院の決意だけでは足りず、現に入院して熱心に治療に取り組み、さらに心の平安を取り戻しつつあるなどの一定の治療効果が現れていることが必要とされていることがわかる。

最後に「被告人の両親は、経済的に苦しい中、親族の援助を得るなどして被告人の入院費用を捻出し、今後被告人の治療に協力する意向を固めている」とあるように、両親等、被告人の家族については、証言台で更生協力を約束するだけでは足りず、現に入院費用などの金銭協力を実際に行っていることも犯情認定のために必要だと示唆しているようである。

【判例⑨ 松戸簡判平二七・一・二五 LEX/DB25543000】

(1) 事実の概要

被告人は、平成二六年二月一八日午後四時七分頃、スーパーマーケットにおいて、ビスケット菓子等(すべて食品)二五点(販売価格合計四、〇六四円)を窃取した。

(2) 責任能力

弁護人は、被告人が本件犯行時病的窃盜等に罹患しており、行動制御能力が著しく減退もしくは喪失していたもので、心神喪失もしくは心神耗弱の状態にあつたと主張するので、裁判所はその点について、是非弁別能力と行動制御能力に分けて検討し、前者については、関係証拠に照らして、被告人において、犯行時における意識障害および犯行後における意識の連続性を疑わせる事情が存在しないことから問題はないと判示した上、後者については争いがあつたが、結論として完全責任能力を認め、心神喪失・心神耗弱の主張を退けた。

以下において、制御能力に関する【1】弁護士・A医師の意見、【2】検察官の意見、【3】裁判所の判断をそれぞれ記す。

【1】弁護人の依拠するA医師の意見（A意見）

A ヒトの脳には、個体の内外の環境からの刺激に対して定型的で無意識的な反射連鎖により成立する第一信号系と、評価、判断、計画、予測、決断、実行を司る自由で意識的な神経活動のシステムである第二信号系の二つの中枢がある。第一信号系は、大脳辺縁系を中心とする、本能行動と適応行動を司る中枢で、すべての動物が持つており、第二信号系は、大脳新皮質を中心とする思考の中枢であつて、ヒトのみが持つてゐる。

イ 二つの中枢の行動方向が異なる場合は、いずれか一方が優勢となつて他方を制圧し、優勢な信号系が司る行動の方向へと劣勢な信号系を率いて行動が進む。いわゆる依存症は、頻回にあるいは強烈に環境からの刺激に反応して生理的報酬を獲得する体験をしたことから、第一信号系の一部の反射連鎖が、状況にふさわしい神経活動から逸脱して作動する状態になつてゐるものである。

ウ 一般的には、違法行為を反復することを疾病として持つ者も有責性があり、病的窃盗だからといって、直ちに責任能力がないことにはならない。

エ 被告人には、狭義の精神病症状はなく判断能力もあった。しかし、

〔1〕被告人の生活上の要素から、窃盗行為に関して被告人が理性的な判断に従って行動を制御する能力を持つなら、窃盗を働くことはあり得ない。

〔2〕条件反射制御法による治療の経過中に、被告人に窃盗行動を司る反射連鎖が強力に作動する場合のみに生じる反応が激しく生じていることから、窃盗行動が第一信号系により促進される状態になったと判断された。

〔3〕被告人の過去の万引きの反復経過は、当初は第二信号系が理性的に万引きを行っていたが、その反復により万引きに関する行動を促進する反射連鎖が第一信号系に成立していったことを示している。

以上の点から、被告人は病的窃盗に罹患していると判断すべきであり、上記のとおり治療中に激しい反応が生じたことに照らし、本件犯行時、第二信号系は、第一信号系に制圧され、第一信号系が促進する行動の細部を調整するものとして機能していたにとどまり、行動の方向を制御する能力を失っていたから、本件窃盗は、自由な意思による行為ではなく、有責性がない。

【2】 検察官の意見

A意見は、一般的に承認されている診断基準を無視して被告人を病的窃盗であると診断している上、実証を

経ておらず、現在の科学の定説と矛盾する理論を前提とするもので、採用できず本件犯行に責任能力を阻害する事由は見当たらない。

【3】裁判所の判断

◎ 関係証拠によれば、本件犯行は、商品を見てあるいは容易に万引きができる状況にあることを認めて、初めて万引きの衝動が生じたというような短時間に突然生じた衝動に基づく行動というよりは、もともと存在する万引きへの強い欲求が、上記「チャンス」が生じたことの認識を契機として開放されたことから、平素万引きをしないように努めていたことを忘れて（この点に関しては意識野の狭窄が生じていると思われる）、万引きに至ることを十分に認識しながら入店してその欲求を実現させたものと認められる。本件においては、摂食障害のために制御が不能な又は著しく困難な万引き行動が発現したこともうかがわれない。

◎ 被告人は、夫と本件犯行当時零歳の子一人を持つ家庭の主婦であり、経済的には何ら問題がないにもかかわらず窃盗を繰り返し、しかも本件犯行当時は保護観察中であつたもので、客観的に考えれば、被告人に服役の危険を冒してまで窃盗を行うべき理由はなく、被告人に対して治療的措置を講ずる必要があることは明らか（A意見（1）エ（3）の点は、事実の裏付けを欠くもので、A意見を前提とした場合の説明にすぎない）。しかし、病的窃盗と診断されたことから直ちに責任能力に影響があると考えるべきではなく、問題は被告人の窃盗癖の強さの程度が、責任能力とどのような関連があるかである。

◎ A意見（1）アとイの点は、客観的証拠に乏しく、いまだ、実証され又は一般的に承認されたものとはいえない。

(3) 前科・窃盗歴

平成一三年八月から平成二二年一〇月までに、いずれも窃盗罪（万引き）により、執行猶予付懲役刑に二回、罰金刑に一回処せられ、さらに、平成二六年一〇月二三日、窃盗罪（万引き）により、懲役一年、四年間保護観察付執行猶予に処せられた（以下この判決を「前判決」、その犯罪事実を「前件」ということがある）。さらに、被告人の供述によれば、前判決後一か月足らずで万引きを再開し、本件犯行までに本件店舗で一〇回くらい万引きをしたと認められる。

(4) 病歴・治療歴

被告人は、平成二六年六月A精神科を受診し、不安症及びクレプトマニア（窃盗症）と診断され、以後本件犯行時まで同病院に通院していたが、前判決後二か月足らずで、本件犯行に及んだ。なお、被告人は、前件の公判係属中にA医師による検査及び診断を受けている。

(5) 量刑

罰金五〇万円に処し、被告人においてその罰金を完納することができないときは、金五、〇〇〇円を一日に換算した期間、被告人を労役場に留置する（刑法一八条一項）。（求刑 懲役一年六か月）

(6) 量刑の理由

本件は、スーパーマーケットにおける食品の万引きの事案であるが、被害額は四、〇〇〇円余りでこの種の

事案としては比較的高額である。また、被告人は一人で買物に行けば万引き行為に及ぶ可能性が高いことを認識しながら、一人で本件店舗に入って本件犯行に及んだもので、犯行の経緯に酌むべきものはない。

前科前歴に照らすと、前刑において四年間の保護観察付執行猶予に処せられてから二か月にも満たないうちに、保護観察中であつたにもかかわらず敢行されたものである。以上のことから、被告人には窃盗の常習性が認められ、規範意識も相当鈍麻しているといふべきである。

また、被告人は、本件公判では犯罪事実を認め反省する一方で、自己の犯行が摂食障害を主因とするものであるとして、他律的に考えようとする傾向もうかがえないではないが、仮にこれまでの前科が、万引きを含めそれらの行為に及んだ理由が摂食障害にあると考え、そのような事実が自己の行動に影響を及ぼす可能性があるといふのであれば、本件についての反省はもとより、今後の再犯に及ばないための方策と努力が必要といふべきであり、これがなされないと再犯の可能性を否定することはできない。

他方、被害品は還付され被害は生じなかつたこと、前刑の執行猶予（三年間）は現在までに二年一〇月ほど経過している。

しかしながら、後記（7）の事情をも考慮すると、本件について実刑に処すことにより治療を中断することは、再犯の防止を図る上で必ずしも適切ではないと思われる。幸い、前判決の執行猶予期間は四年間であり、今後なお三年近く保護観察付執行猶予期間が残されていることをも考えると、保護観察を継続して、執行猶予取消しのリスクを負わせつつ更生に努めさせるのが相当である。

(7) 更生努力

被告人は、前判決後、自ら希望してBセンターに転院して入院治療を受けることとし、本件の審理中に保釈を得てからは、同センターに入院して、病的窃盗との診断の下にその治療を受け、退院後も引き続き、通院治療を続ける一方、夫のみならず母の協力も得て、再犯防止に努め、その成果が上がっている状況にある。

(8) 検討

弁護人は、本件では、刑法二二五条二項の「情状」の一事情としてではなく正面から責任能力の減退、すなわち刑法三九条の適用の可否を問題にしている点で判例①・⑦と同じであるが、判例⑦と異なり被害物は全部食料品である。

弁護人は、医師Aの独自の学説に立脚して、制御能力が被告人から失われたと主張するが、裁判所は、関係各証拠から総合判断して「短時間に突然生じた衝動に基づく行動というよりは、もともと存在する万引きへの強い欲求が、上記『チャンス』が生じたことの認識を契機として開放された」ものであり「摂食障害のために制御が不能な又は著しく困難な万引き行動が発現したこともうかがわれない」と判示している。

一般に、判例における責任能力の判断基準は、(イ)精神障害の種類・程度、(ロ)犯行の動機・原因(了解可能性)、(ハ)犯行の手段・態様、(ニ)犯行前後の行動(了解不可能な異常性の有無)、(ホ)犯行及びその前後の記憶の程度・有無、(ヘ)犯行後の態度(反省の情の有無等)、(ト)被告人の犯罪傾向と犯罪の関連性の有無等とされ、それらの総合考察によって責任能力の存否・程度を判断するとされるが、その判断は医師の鑑定には拘束されることのない法律判断であるから、医師が「病的窃盗に罹患していると判断」したと

しても責任能力の判断に直結しないのは当然である。

本件は、上記の一般的基準に立脚しながらも、「摂食障害による衝動に基づく行為について少なくとも制御能力の限定を認め心神耗弱」という結論を導きうるかという判例①と同様の観点から、関係証拠の総合判断を行ったものと思われる。その結果、万引き行為が衝動によって支配されたものではなく、心神耗弱は認められないと判断したと解されるが従来判例と比較しても妥当な結論といえよう。

次に、これまでの判例では、刑法二五条二項の「再度の執行猶予」に必要な「情状」の存否が問題となった。しかし、本件のように前刑で保護観察に付されていた場合には、再度の執行猶予を付けることはできない（刑法二五条二項但書）。

そこで、判例⑨・⑩・⑪のように、保護観察付執行猶予中の再犯者に関しては、懲役刑を選択された場合には再度の執行猶予が付かず、社会内で治療を受け続け窃盗癖を克服する道が断たれるので、弁護側は罰金刑（刑法二三五条は平成一八年の改正で、これまで一〇年以下の懲役刑しかなかった法定刑に五〇万円以下の罰金（加えられた）を選択させるための弁護活動を展開する途を採った。そこで、再度の執行猶予に必要な「情状」としてではなく罰金刑を選択させるための基準として、（a）被害の軽微性、（b）犯行動機における同情すべき事情、（c）被害弁償による被害者感情の宥和、（d）（特に同種の）前科・前歴がないこと、（e）（本人の指導監督を引き受ける親族等が存在する等）保護環境が良好であること、の五個の要件を捉えることにならざるを得なかったと思われるが、本件では（a）に関しては「被害額は四、〇〇〇円余りでの種の事案としては比較的高額」とされ、要件を充足していないとの判断がなされている。（b）については、「被告人は、

平成二六年六月A精神科を受診し、不安症及びクレプトマニア（窃盗症）と診断され⁽¹⁾ていることで充足している⁽²⁾と解されよう。（c）については、触れられておらず（e）に関しては、「夫のみならず母の協力も得て、再犯防止に努め」と認定されその充足が認められていると思われるが、（d）については（3）の事情から「被告人には窃盗の常習性が認められ、規範意識も相当鈍麻している⁽³⁾というべきである」との結論が導かれている。すなわち、a、dの要件の欠落が存していることが認識されようが、しかし判例は、「被告人は、前判決後、自ら希望してBセンターに転院して入院治療を受けることとし、本件の審理中に保釈を得てからは、同センターに入院して、病的窃盗との診断の下にその治療を受け、退院後も引き続き、通院治療を続ける一方、夫のみならず母の協力も得て、再犯防止に努め、その成果が上⁽⁴⁾がっている状況にある」と認定したうえで「本件について実刑に処すことにより治療を中断することは、再犯の防止を図る上で必ずしも適切ではないと思われる。幸い、前判決の執行猶予期間は四年間であり、今後なお三年近く保護観察付執行猶予期間が残されていることを考えると、保護観察を継続して、執行猶予取消しのリスクを負わせつつ更生に努めさせるのが相当である」と判示し、罰金を言い渡す。従来の判例からすると、強い常習性を疑われる事案であるにも関わらず、被告人の更生を強調する観点から積極的責任主義に基づく結論を避け、謙抑的な議論を展開していることは注目に値する⁽⁵⁾というべきである。

【判例⑩ 東京高判平二八・五・三一 LEX/DB25543002】

(1) 争点

判例⑨の控訴審である。検察官からの控訴であるが、被告人を五〇万円の罰金刑に処した原判決の量刑は、

軽すぎで不当であり、懲役刑の実刑に処すべきであるという量刑不当の主張である。

(2) 本件の犯情評価に関する検察官の主張

【1】保護観察付き執行猶予中に行われた窃盗罪については、基本的に懲役刑の実刑に処すべきである。

【2】本件犯行が大胆かつ巧妙で被害品の点数が多く、被害額も多額で軽視できない上、多数の同種前科・前歴を有する規範意識の著しく鈍麻した被告人による常習的犯行であり、前刑において保護観察付執行猶予との温情ある判決を受けたにもかかわらず、無反省にも同判決言渡しの直後から万引き窃盗を再開して繰り返し、本件犯行に及んでいることなどを併せ考えると、その犯情は悪質で、比較的軽微な事案であるとも、違法性ないし責任の度合いが、法の予想する窃盗行為の中でも極めて軽い類型であるとも到底言えず、本件は懲役刑を選択して被告人を実刑に処する以外ない事案であつて罰金刑の選択は考えられない。

(3) 検察官の(2)の主張に対する高裁の判断

【1】一般論については検察官の主張通りである。

【2】本件の判情評価については、その全てが首肯できるものではない。そもそも万引きという社会類型自体は窃盗罪全体の中では、侵入盗やひったくり等の他の類型に比して重い類型に属するとはいえない。

そして、二五点という点数や四、〇六四円という被害額はもちろん少ないほうではないが、とび抜けて多

いというほどのものでもない。

本件の特徴である窃盜癖の存在は酌むべき事情とは評価できないが、それ以外に本件の動機や態様について万引き事案として特別に悪い事情があるわけでもない。

検察官がいう前刑後万引きを繰り返していたという点については、客観的に確認されているわけではないのに、被告人が自主的に不利益な供述をしているのであって、一般情状としては正直にそれを申告していること自体が被告人の更生意欲の表れとみることもできる事情である。

そして、前科の位置づけについては、様々な立場がありうるが、一般情状に属するとの当裁判所の立場からすると、本件は、基本的に懲役刑の実刑を出発点に考えるべき事案であるとは思われるが、検察官の主張するような絶対的に懲役刑の実刑しかあり得ない事案とまではいえず、他の一般情状を考慮して最終的な処分を決めることも許される事案といふべきである。

原判決の考え方が全くあり得ないとまではいえない。

(4) 原判決の量刑判断の誤りに関する検察官の主張

【1】前刑時の経過からすると、被告人は公判中には積極的に入通院して治療を受けながら、公判が終わると、一転して積極的に治療を受けなくなるのであり、被告人の入通院は明らかに公判対策として行われていたものであるのに、原判決はこれを過大評価した。

【2】被告人に対する正しい処遇を排除し、客観的根拠に乏しい治療を有効として継続させようとした原判決は、被告人の改善を妨げるものであり、特別予防の観点からも誤っている。

【3】被告人の夫および母親の再犯防止に向けた協力を過大に評価している。

【4】原判決が被告人の再犯防止の努力の成果が上がっていると認定したのは誤り。

(5) 高裁の判断

【1】前刑時の経過については、前刑時についてはそうであったからといって、今回もそうであるなどと安易に決めつけることは適当でない。

【2】医師の治療の前提となる理論の当否については、刑事裁判で判断すべき内容ではなく、自然科学の学会での議論に任せるべき問題である。

【4】前刑判決後、今回の犯行までの約五六日間に、一〇回以上万引きを繰り返していた(約五、六日に一回のペース)という被告人が、本件犯行後今日に至るまでの約一年四か月間、再犯を起していないという事実は、厳然たる事実であつて、これを再犯防止の効果が上がっていると原判決が評価したことは不合理であるとはいえない。

被告人は、当審での事実取り調べの結果によれば、医師の治療の結果、万引ぎしたいとの衝動を抑え込むどころか、最近では一人で買い物しても万引ぎしたい衝動そのものが湧かなくなり、無事に買い物ができているというのであり、治療効果が上がっていないということとはできない。

再犯をしないのは当然の義務であるという検察官の主張は、規範内容と再犯防止効果を混同するものであつて適当ではない。

以上のことより、量刑は個々の事案ごとに異なるすべての事情を総合考慮して決めるべきものであるところ、原審裁判官は、その豊富な経験に基づき、再犯防止効果を見極めつつ、最終的に被告人の更生に強く期待して原判決の刑が最適であると判断したものと解され、それが裁量を逸脱したものとまでは直ちに言えない。原判決は量刑不当とはいえず、刑訴法三九六条により控訴を棄却する。

(6) 検討

本事例は、判例⑨に対する量刑不当の主張を排斥するのみならず、「病的窃盜に基づく万引き」諸事案に対する一連の量刑の謙抑性に関する疑念への回答を示唆するものといつてよく、その意味では類似判例への影響は大きいものといえよう。

ここで提示された検察側の主張は、いずれも従来の量刑に関する「常識」に沿ったもので、いずれの主張に関しても判示の通り「一般論については検察官の主張通り」といわざるをえないものであった。

まず、四、〇六四円という被害額について、これを多額であると主張するが、判例③(再度の執行猶予肯定)は九、八八八円、判例④(再度の執行猶予肯定)は三、五二七円、判例⑤(再度の執行猶予肯定)は二、四九九円、判例⑦(再度の執行猶予肯定)は一〇、五〇〇円、判例⑧(再度の執行猶予肯定)は五、三五四円であり、このうち被害額が少額ではないと判示しているのは判例⑧、比較的高額だとするのは本件原審の判例⑨のみで、他の事案については、被害額の多寡についての言及はなく、むしろ被害弁済、解決金、示談の存在が明示されている。

本判決でも、四、〇六四円は「少ないほうではないが、とび抜けて多いというほどのものではない」と判示

されているし、被害弁済・示談等については言及されていない。犯罪後の態度としては、被告人が立件されていない万引きの事実について正直に申告している事実を、危険性の徴表ではなく、むしろ更生意欲の表れと評価している。

すなわち、本判決は、被害金額の多寡や被害弁済・示談等を特に重視せず、むしろ犯罪後の道義的反省や更生意欲という被告人の立ち直りに向けた展望、すなわち応報よりも特別予防を重視するという基本姿勢を採用していることがわかる。

さらに、「多数の同種前科・前歴を有する規範意識の著しく鈍麻した被告人による常習的犯行」としてその犯行の常習性や「前刑において保護観察付執行猶予との温情ある判決を受けたにもかかわらず、無反省にも同判決言渡しの直後から万引き窃盗を再開して繰り返し、本件犯行に及んでいる」として犯行の累犯性を強調して被告人の危険性を力説する訴追側の主張こそ、従来は一般的な常識だったと思われるが、本判決では、「基本的に懲役刑の実刑を出発点に考えるべき事案であるとは思われるが、検察官の主張するような絶対的に懲役刑の実刑しかあり得ない事案とまではいえず、他の一般情状を考慮して最終的な処分を決めることも許される」として、社会通念とすら言える常習犯加重・累犯加重の思考方法の機械的適用を回避しているのだ。

すなわち、犯罪の頻回反復は、単純なものであれば接続犯・連続犯（刑法旧五五条）のように、併合罪ではなく包括一罪・科刑上一罪としてむしろ軽く扱われるのに、常習性（犯罪の習癖）があれば集合犯として重く罰せられるというのが今日の量刑における一般論であり、前刑の警告無視による刑罰加重（警告理論）も同様である。

しかし、本判決では医師の指導に従って医師の治療を受けた結果、約一年四か月の間再犯を起していない

という事実を最重要視し、治療は検察による公判対策に過ぎない、治療方法は客観的根拠がない、治療効果は上がっていない、家族の努力を過大評価しているなどの諸批判をいずれも退けている。

すなわち、本判決の意義は、病的な万引き事例では、一見すると累犯的常習犯の常習犯であっても本件程度の被害額であれば、被告人の病的窃盗の治療による再犯防止の成果が数字的に表れているといえるような場合には、罰金刑の選択も許されるというおおまかな量刑指針を提示したことにあるといえよう。

【判例① 大阪地岸和田支判平二八・四・二五 LEX/DB2543001】

(1) 事実の概要

被告人は、平成二五年八月二四日午後〇時二四分頃、大阪府所在の本件店舗において、同店店長A管理のラップ等九五点ビスケット菓子等(販売価格合計二二、七七二円)を窃取した。

(2) 責任能力

弁護人は、被告人が本件犯行時、窃盗症、摂食障害、広汎性発達障害に罹患し、これら精神障害が重畳的に作用した結果、被告人の事理弁識能力は相当程度減退し、行動制御能力はほぼ喪失して、責任無能力であった旨を主張するので、それらの点について、裁判所は鑑定医師Bによる精神鑑定その他の関係証拠により検討した結果、本件行為当時、被告人は行動制御能力を喪失し責任無能力であるとする弁護人の主張は認められないが、その能力が著しく減退していたとの合理的疑いは払拭できず、本件行為当時、被告人は心神耗弱の状態にあった、とみるのが妥当であると結論付けた。

なお、裁判所は上記の心神耗弱の状態という結論を導くために、被告人の精神症状が本件犯行に与えた影響につき、(1)動機の了解可能性、(2)犯行の計画性、犯行の合目的性、一貫性、(3)行為の意味、違法性についての認識、(4)自らの精神状態の理解、病識、(5)犯行の人格的異質性、という五個の角度から検討したので、それらの内容について以下に概観する。

【1】動機の了解可能性²⁶⁾

被告人の行為動機は、被害品の効用や取得目的に沿った入手欲求であり、その限りでは了解可能である。しかし、被告人は、経済的に困窮していたわけでもなく、一度に九〇点以上の大量の食料品等を、食べきれずに捨ててしまうことになるのもかまわず、自宅の冷蔵庫に溜め込もうとして万引き窃取したのであり、このような被告人の行動は、通常人の感覚からは明らかに常軌を逸しており、動機に了解困難な面があることは否定できない。²⁷⁾

【2】犯行の計画性、犯行の合目的性、一貫性²⁸⁾

被告人は、犯行に際しては店のマークの入ったレジ袋を買物かこの商品の上に置いて店外に出ているが、このことから、被告人に窃盗遂行のための計画性がなかったとはいえない。

また、被告人は周囲の様子を気にするなど、犯行実現に向けて工夫し配慮した行動をとっており、被告人は自らの行為を制御しつつ行動していたとみることができる。

よって、本件犯行をもっとも典型的な衝動制御の障害として説明することは難しい。

しかし、鑑定医師は本件犯行当時被告人には、食料品溜め込みとそのための方引きが一体となって被告人の生活を支配する激しい欲求になっており、レジ袋を所持した程度の計画性は、本件のこのような衝動・欲求による犯行であることと矛盾しない。また、犯行実現に向けて一見合目的で一貫性があるともいえる行動がみられるからといって、衝動・欲求に左右されることなく自らの行動を自由に制御することが可能であったとみることはできない。

【3】行為の意味、違法性についての認識

被告人は、本件当時、再度の執行猶予判決を受けて保護観察中であり、平素から万引き窃盗について違法性の意識はあったと考えられる。犯行が発覚しないように工夫、配慮を重ねており行為当時、窃盗という犯罪を行っている認識を有していたことは、明らかである。

鑑定医師は、食料品の溜め込みと万引きへの欲求は、被告人の生活自体を支配するほど苛烈な状態であった、とするが、その影響は、行為の意味や違法性の認識については、ほとんどみられない、というべきである。それゆえ、弁護人は、本件行為当時、被告人は発達障害により事理弁識能力が相当程度減退していた旨主張するが、その主張は採用できない。²⁰⁾

【4】自らの精神状態の理解、病識

C 診療所医師は、本件行為前、被告人は病識が乏しいと指摘しているが、本件行為当時、被告人は保護司に対し、万引きをしないように葛藤している状況なども話しており、自らの症状について相応に理解し、病

識を有していたと考えられる。

【5】 犯行の人格的異質性^②

被告人の摂食障害の出現は、二九歳頃、食品の溜め込みとそのための方引き行為の開始は、四〇歳頃で、被告人の広汎性発達障害は摂食障害の出現以前からその傾向が存在し、食品の溜め込みは盗癖が発生する以前に出現し、摂食障害によって触発された食品の溜め込みという欲求が様々な道程を経て最終的に万引きにたどり着いたとする鑑定によると、万引きを繰り返すようになった行動は、盗癖が出現する以前の被告人の人格行動と明らかに断絶した人格的異質性があるとまでいうことはできない。

【6】 結論

以上の検討によると、被告人は広汎性発達障害の影響下において摂食障害、盗癖に罹患した状態にあり、これによる食品の溜め込みと万引きへの欲求は、その生活全体に影響を及ぼすほど激しいものになっていたとみることができる。本件犯行当時も、被告人が善悪を判断する事理弁識能力については影響はなかったにしても、善悪の判断に基づいて衝動・欲求を抑える行動制御能力については、深刻な影響を受けており、喪失していたとはいえないが、著しく減退していたとの合理的な疑いは払拭できないというべきである。そうすると、本行為当時、被告人は心神耗弱の状態にあった、とみるのが相当である。

(3) 前科・窃盗歴

平成二四年四月に窃盗罪（商品九二点を窃取）により罰金に、平成二四年九月に窃盗罪（商品一九点窃取）により、懲役一年、三年間執行猶予に、平成二五年六月二一日に窃盗罪（商品一個を窃取）により、懲役一年、五年間保護観察付執行猶予に各処せられ、本件犯行当時、保護観察付き執行猶予中であつた。被告人は、直近前科の判決宣告後、本件までに、保護司方を三回訪問し、担当保護司も被告人方を往訪している。

(4) 病歴・治療歴

鑑定医師Bの鑑定結果によると、被告人は、生来より広汎性発達障害の諸特徴を示しており、本件では、広汎性発達障害の影響下において、摂食障害、盗癖に罹患した状態であつた。摂食障害と盗癖による食料品の溜め込みと万引きへの欲求は、当人の生活全体を支配するほど苛烈な状態になっており、事件当時も被告人の自覚や意思では制御し得ない程度であつたと推察され、本件の発生に大きく関与していた。

被告人は、本件犯行当時、神経性大食症（病的窃盗を伴う）との診断によりC診療所で治療を受けていたほか、本件後にも医師の診察等を受けて、摂食障害、クレプトマニア及び発達障害の傾向があると指摘されており、これらの医師の所見は、鑑定医師による被告人の精神症状についての考察と矛盾しない。

鑑定医師は、一件記録のほか被告人との面接、臨床心理士による検査結果等を基に鑑定を行っており、鑑定の基礎とした前提条件に問題はなく、鑑定結果を導いた過程も、専門知見に基づく概ね合理的なものであつて、特に信用性に欠けるところはない。

被告人は、本件当時、C診療所に通院し、週四回デイケアのプログラムを受けており、本件当日午前中も、

同診療所に車で向かい、看護師と共に買物の訓練等を行い、ミーティングに参加したが、同日午後に予定されていた講義がなくなったことから、長男を駅に迎えに行くことにし、途中長男の弁当を買いに行こうと思い(所持金一、二七六円)、本件店舗に向かった。

(5) 量刑

罰金二五万円に処し、被告人においてその罰金を完納することができないときは、金五、〇〇〇円を一日に換算した期間、被告人を労役場に留置する(刑法一八条一項) (求刑 懲役一年六月)。

(6) 量刑の理由

本件は、万引き一件の事案であるが、九〇点以上もの大量の食品を中心とする商品を万引き窃取しており被害額(二二、七七二円)が大きく、被害店の被った損失迷惑は多大である。被告人は、前記のとおり心神耗弱の状態にあったとはいえ、相応の責任非難は免れず、刑責を軽くみることはできない。

他方、被告人は本件につき、被告人なりの反省の態度を示していること、被害店に被害弁償したこと、前記の精神症状があり、治療を継続し更生する意欲を示していること、他に後記(7)の事情が認められる。

前記(3)の事情、保護観察付執行猶予中に本件犯行に及んでいること等に照らすと、今回は懲役刑の実刑は免れ難いところであるが、本件犯行当時、被告人が心神耗弱の状態にあり、前科犯行時も同様の状態であった可能性があること、本件後は治療効果上がり再犯に至ることなく経過していること、その他前記の情状を併せ考慮すると、今回に限り特に罰金刑を選択し、治療を継続させるとともに、前刑保護観察を継続して、更生

を遂げさせることが相当である。

(7) 更生努力

本件で逮捕勾留され、保釈後に新たな医療機関で入院治療を受け、その後一年以上にわたり再犯がないこと、親族が改めて被告人を監督し治療に専念させて更生に協力する旨述べていることなどの情状が認められる。

(8) 検討

弁護人は、本件では、刑法二五条二項の「情状」の一事情としてではなく、正面から責任能力の減退、すなわち刑法三九条の適用の可否を問題にしている点で判例①・⑦・⑧・⑨と同じであるが、この種の近年の事案においてはじめて心神耗弱が認められた注目すべき判決である。

弁護人は、鑑定医師の独自の学説に立脚して、被告人が本件犯行時、窃盗症、摂食障害、広汎性発達障害に罹患し、これら精神障害が重疊的に作用した結果、被告人の事理弁識能力は相当程度減退し、行動制御能力はほぼ喪失して、責任無能力であった旨を主張する。

一般に、判例における責任能力の判断基準は、(イ)精神障害の種類・程度、(ロ)犯行の動機・原因(了解可能性)、(ハ)犯行の手段・態様、(ニ)犯行前後の行動(了解不可能な異常性の有無)、(ホ)犯行及びその前後の記憶の程度・有無、(ヘ)犯行後の態度(反省の情の有無等)、(ト)被告人の犯罪傾向と犯罪の関連性の有無等とされ、それらの総合考察によって責任能力の存否・程度を判断するとされるが、その判断は医師の鑑定には拘束されることのない法律判断であるから、医師が「病的窃盗に罹患していると判断」したと

しても責任能力の判断に直結しないのは当然である。

本判決は、上記の一般的基準に立脚しながら、裁判所が、鑑定意見と他証拠を突き合わせながら、被告人が、広汎性発達障害の影響下において摂食障害、盗癖に罹患した精神状態にあったことは認められたものの、そのような精神状態が事理弁識能力についての影響はなく、しかし、行動制御能力は深刻な影響を受けたため心神耗弱が認められると判断しており、責任能力判断の手法にも結論にも不合理さは存しないといえよう。やはり、「経済的に困窮していたわけでもなく、一度に九〇点以上もの大量の食料品等を、食べきれずに捨ててしまうことになるのもかまわず、自宅の冷蔵庫に溜め込もうとして万引き窃取した」行動の不可解さが病的衝動に基づく制御能力の減退を証拠立てる決定的な事実となっており、それは無理のない判断であったと認めないわけにはいくまい。今後、少なくとも「広汎性発達障害の影響下において摂食障害、盗癖に罹患した精神状態にあった」被告人が、大量の食料品を万引きしたような事例に対しては、この手法が先例的意味を持つことになると思われる。

次に、「罰金刑の選択」に必要な「情状」の存否である。前述した、再度の執行猶予に必要な「情状」の基準に準じて、(a) 被害の軽微性、(b) 犯行動機における同情すべき事情、(c) 被害弁償による被害者感情の宥和、(d) (特に同種の) 前科・前歴がないこと、(e) (本人の指導監督を引き受ける親族等が存在する等) 保護環境が良好であること、の五個の要件をあげると、本件では(a) に関しては、「被害額(二〇〇〇〇円余り)は大きい」とされ、要件を充足していないとの判断がなされている。(b) については、「被告人は、生来より広汎性発達障害の諸特徴を示しており、本件では、広汎性発達障害の影響下において、摂食障害、盗癖に罹患した状態であった」とされていることで充足していると解されよう。(c) については、被

害弁済はなされしていると認定されている。(e)の点は「親族が改めて被告人を監督し治療に専念させて更生に協力する」旨述べている。

それゆえ、a、dの要件の欠落が存していることが認識されようが、しかし判例は、「本件犯行当時、被告人が心神耗弱の状態にあり、前科犯行時も同様の状態であった可能性があること、本件後は治療効果が上がり再犯に至ることなく経過していること、その他前記の情状を併せ考慮すると、今回に限り特に罰金刑を選択し、治療を継続させるとともに、前刑保護観察を継続して、更生を遂げさせることが相当である」と判示し、罰金刑を言い渡す。従来の判例からすると、強い常習性を疑われる事案であるにも関わらず、治療効果が上がっていることが評価され、治療継続の必要性と更生の可能性・その有意義さが認められ、罰金刑が言い渡されたわけである。なお、被害額は、判例⑩の約五倍なのに罰金額は半分となっているのは心神耗弱が肯定されたためであろう。

3 まとめ

ここで、これまで検討して来た一一個の判例から窺い知ることのできる、病的窃盗に関する近年の判例の傾向についてまとめてみたい。

まず、昭和時代の判例①は、病的窃盗に対して心神耗弱をこえて心神喪失すら認めたが、これはその後指導的判例となりえず孤立した存在となった。

ところが、平成二四年以降、病的窃盗に対する弁護方針の変化に対応する形で判例が特徴づけられることになる。

すなわち、判例②においては二個の窃盜前科のある被告人につき、執行猶予を獲得し得たのを皮切りに、判例③では前刑ですでに執行猶予付き懲役刑となっている被告人について、刑法二五條二項の再度の執行猶予が認められるための「情状」を肯定せしめたが、従来、同種犯罪の前科者に対しては、常習性が認められ再度の執行猶予は認められないのが判例の一般的状況である。

そして、ここで問題になっているのは、万引きの累行者であるから、再度の執行猶予はあきらめなくてはならないはずであったが、判例③は、病的窃盜の治療に取り組んでいる被告人の姿勢と治療効果の発現とが、応報刑より更生による再犯防止の必要性を優先すべきだとする思考を前面に押し出し、再度の執行猶予（保護観察付）を認めさせるための量刑上の決定的要素となる嚆矢となった。

再度の執行猶予を獲得して、刑務所に収監するよりも、病院に入院させて病的窃盜の治療に専念させ、病気を克服させることによつて再犯を防止すべきであるという量刑方針は、その後判例として固まっていた。

すなわち、判例④～⑧は、再度の執行猶予が認められた一連の判例である。³¹⁾

しかし、前刑で保護観察に付されていた場合には、再度の執行猶予を付けることはできない（刑法二五條二項但書）。そこで、判例⑨・⑩・⑪のように、保護観察付執行猶予中の再犯者に関しては、懲役刑を選択された場合には再度の執行猶予が付かず、社会内で治療を受け続け窃盜癖を克服する道が断たれるので、弁護側は罰金刑（刑法二三五條は平成一八年の改正で、これまで一〇年以下の懲役刑しかなかった法定刑に五〇万円以下の罰金が増えられた）を選択させるための弁護活動を展開することになり、三判例とも罰金刑を獲得し社会内処遇の道を得た。³²⁾

さらに、刑法三九條の責任能力の規定の適用による無罪や刑の減輕の獲得も同時に目指されていたことがわかる。こうして、弁護側は、病的窃盜に基づく万引き事件に関して、①窃盜前科者に対する刑法二五條一項に基づく執

行猶予の獲得、②執行猶予期間中での再窃盗犯に対する、刑法二五条二項による再度の執行猶予の獲得、③執行猶予の得られない常習窃盗者に対する、刑法二三五条の罰金刑の選択獲得、④刑法三九条による無罪、刑の減軽の獲得という弁護活動を展開し、それに応じる形で(一)刑法二五条二項の情状の解釈、(二)刑法二三五条の罰金刑適用の基準、(三)病的窃盗の事案に対する刑法三九条の適用基準が刑法上の問題となってきたわけである。そして、ここで取り上げた判例を見る限り、裁判所は、「病的窃盗の治療に取り組んでいる被告人の姿勢と治療効果の発現」を重視し、たとえ常習犯であっても身柄を拘束せず社会内で治療に専念させることにより再犯防止を図るといふ謙抑的な量刑指針を打ち立てると同時に、責任能力についても了解不能の行動に着目して病的窃盗の衝動性に基づく制御能力の著しい減退(心神耗弱)を認めることのあることが明らかになった。

ただし、くどいようであるが、これまでの検討から窺われるようにクレプトマニアの事案に対しては、責任能力に關してはせいぜい心神耗弱が認められるに過ぎないというのが、学説・判例の動向であり、そのことは、責任能力という角度からのみ被告人を病院での治療に付することは困難であることを意味する。したがって、クレプトマニアの事案における責任能力の問題は、少なくともも現状では、被告人の窃盗病の治療という視点からは第一次的な重要性をもつとはいえず、再度の執行猶予や罰金刑の選択を獲得するための一情状としての意味を持つにとどまると思われる。

さらに、執行猶予は事実上困難(クレプトマニアに罹患した常習累犯者〔盗犯等防止法三条〕の窃盗反復傾向からすると、窃盗罪で禁錮以上の刑に処せられ執行を終了した日から今回の窃盗行為までに、執行猶予〔刑法二五条一項二号〕の要件とされる禁錮以上の有罪言渡しに關する五年間の空白があるとは事実上考えにくい)で、しかも、罰金刑の選択は法律上許されない、いわゆる盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪³³で起訴された被告人の社会内治療をどうするかという問題の解決が今後迫られよう。

〔註〕

(1) 日本精神神経学会（日本語版用語監修）、高橋二郎・大野裕（監訳）・DSM-5 精神疾患の診断・統計マニュアル（平成二六年）四六九頁によれば、クレプトマニアの診断基準は、以下の五項目からなる。すなわち、
 (A) 個人的に用いるためでもなく、またはその金銭的価値のためでもなく、物を盗もうとする衝動に抵抗できなくなることが繰り返される。

(B) 窃盗に及ぶ直前の緊張の高まり。

(C) 窃盗に及ぶときの快感、満足、または解放感。

(D) その盗みは、怒りまたは報復を表現するためではなく、妄想または幻覚への反応でもない。

(E) その盗みは、素行症、躁病エピソード、または反社会性パーソナリティ障害ではうまく説明されない。

他方、クレプトマニアと合併することの多い摂食障害（DSM-5では、食行動障害および摂食障害群〔Feeding and Eating Disorders〕と分類される）とは、拒食・過食などの食行動異常と体形に関する特異な感じ方を特徴とするいくつかの病態の総称であり、また、クレプトマニアが疾患分類上で公式に認知されたのは、DSM-3（一九八〇）・ICD-9（一九七五）で、摂食障害が疾患分類上で公式に認知され、かつ無食欲症と過食症が区別されたのはDSM-3においてであった（城下裕二「窃食症・摂食障害と刑事責任」浅田和茂先生古稀祝賀論文集〔上巻〕（平成二八年）三〇〇―三〇二頁）。

なお、DSM-5によれば、万引きで逮捕される人の二・二・四％にクレプトマニアがみられ、一般人口中のクレプトマニア有病率に関しては、DSM-5では、〇・三・〇・六％であると考え、ギャンブル障害の生涯有病率（〇・四・一・〇％）に匹敵するほど高い数値であり、以前考えられていたよりはるかに多い精神障害だと指摘されている（竹村道夫「序章」竹村道夫・吉岡隆（編）『窃盗症』（平成三〇年）一一頁）。

問題となるのは、Aの基準解釈であるが、多少でも盗品を個人的に使用することがあればこの基準を満たさないとする狭義の解釈によれば、経済的利得が動機に全く含まれないという窃盗行為というものが理論的にはともかく、現実には存在しない以上、クレプトマニアの患者はほとんど存在しないことになる。これに対して、Aの基準は、窃盗の主たる動機が、その物品の用途や経済的価値ではなく、衝動制御の障害にあるという意味に捉え、窃盗症患者の許容範囲を広く解すべきだとする広義の解釈もある。

(2) 大阪高判昭五九・三・二七判時一一一六・一四〇（一番は、枚方簡判昭五七・三・二七LEX/DB27917093参照）。なお、摂食障害の事例が裁判例として最初に現れたのは、摂食障害とクレプトマニア合併患者のうち、摂食障害が先行する事例が多いた

めかもしれないが、クレプトマニアと摂食障害の関係について、両疾患は「枯渴恐怖」と「溜め込み症状」という要因によって結びつけられており、いずれの疾患が先行した場合でも他方の疾患を併発する可能性があると思われ、城下・前掲論文(注1)三〇二―三〇四頁である。

(3) 大判昭六・一二・三刑集一〇・六八二。

(4) 団藤重光・刑法綱要総論(第三版)(平成二年)二七七―二八三頁。

(5) 最決昭五八・九・一三判時一〇〇・一五六。池田修「精神鑑定について」刑法雑誌三三六卷一号(平成八年)五六頁以下によると、これまでに公判された裁判例によると、鑑定結果が採用されなかつた理由としては「判断の前提となる事実が誤っている」とされたものが最も多く、他には、「判断の前提とすべき事実が偏っており、その結論を左右すると思われる前提事実を考慮していない」とされたものや、「推論の過程が不合理であつたり、矛盾があつたりする」とされたものがある。具体的には、たとえば「前提事実が誤っている」とされたものを検討すると、被告人が問診の際に述べた「犯行当時、妄想、幻覚、幻聴があつたとか、記憶障害があるとか、動機がないとか、かなりの量を飲酒して酩酊していた」などということ、鑑定人がそのまま前提として、「精神障害があつたとか、幻覚・幻聴に支配されていたと鑑定した」のに対し、裁判所が被告人のそのような供述は信用できず、他の証拠(主として捜査段階における被告人自身の供述等)によれば、逆の事実が認められるとしたものが多いように思われると述べている。

(6) 最決昭五九・七・三刑集三八・八・二七八三。前田雅英・刑法総論講義(第五版)(平成二三年)四二二頁は、裁判員時代の責任能力のあり方について、この昭和五九年決定が基本とされたとうえで総合的評価が重視されているとする(東京高判平二一・五・二五判時二〇四九・一五〇参照)。

(7) 大塚仁・刑法概説(総論)(第四版)(平成二〇年)四五四頁、大谷實・刑法講義総論(新版第四版)(平成二四年)三二三頁、曾根威彦・刑法総論(第四版)(平成二〇年)一四九頁、内藤謙・刑法講義総論(下)I(平成三年)八〇四―八四〇頁等。ちなみに、水留正流「責任能力における『精神の障害』」上智法学論集五〇巻三号(平成一九年)一四〇―一六四頁では、精神医学の内部では、「精神の障害」の「判断基盤」をどこに置くかに関して、鑑別診断を経て確定された精神障害の種類を判断基盤とする「診断論」と診断の前に存する個別の精神症状を判断基盤とする「症状論」の対立があり、わが国の刑事判例は症状論を求めつつも、基本的には診断論の考え方を維持している旨が指摘されており、他方、精神医学内部ではDSMに採用された操作的診断概念の登場により、従来の診断学が大きく後退し、精神医学者の多くも従来の診断論を否定して症状論の結論を導くに至っているものの、少なくとも操作的診断概念は従来の診断学と両立し得るので、刑法学としての問題は、診断

論と症状論の刑法学上の根拠にあると主張されている。

- (8) 伴義聖「神経性食思不振症(青春期やせ症) 患者による窃盗事犯と責任能力の有無」研修四三四号(昭和五九年) 五五頁。
- (9) 伴・前掲論文(注7)五〇―五二頁。
- (10) 高木洲一郎「大森美湖」浜中禎子「御園生ゆり子」摂食障害者の万引きの法的処分をめぐって―現状と問題点―臨床精神医学三七(一一)(平成二〇〇年)一四二―一四七頁。
- (11) 妄想の事例としては、例えば東京地判昭五七・一一・二三刑月一四・一一―一二・八二九(犯行当時、被告人は異常性格を基盤とする心因性妄想に覚えい剤使用の影響が加わって生じた幻覚妄想状態による精神障害のため、心神耗弱状態にあった殺人、同未遂事例)、衝動の事例としては、例えば大阪地判昭四四・一〇・二判タ二四四・二九七(犯行当時、被告人は精神薄弱、精神病質により、不安定な気分のもとで、衝動的に本件犯行を敢行するに至ったもので、心神耗弱の状態にあった)非現任建造物放火事例)。
- (12) 最決昭五九・七・三刑集三八・八・二七八三。
- (13) 林大悟「再犯でも弁護人ができること」季刊刑事弁護六四号(平成二二年)三〇頁。なお、近年の摂食障害単独のあるいはクレプトマニア以外の他の精神障害との合併が問題となった裁判例に関しては、城下・前掲論文(注1)三〇五頁以下参照。
- (14) 団藤・前掲書(注4) 五八一頁。
- (15) 豊田健「坂田正史・大コンメンタール刑法第三版(平成二七年) 五六三―五六四頁。
- (16) 林大悟「司法の立場から」竹村道夫・吉岡隆(編)『窃盗症』(平成三〇年) 一五五頁。
- (17) 金光旭「刑の執行猶予」西田典之「山口厚」佐伯仁志(編)『注釈刑法第一巻総論』ss 一七二(平成二二年) 一八四―一八五頁。
- (18) クレプトマニアやクレプトマニアと合併する摂食障害の治療施設・自助グループを含む治療一般に関する医学的知見については、竹村道夫「医療の立場から」竹村道夫・吉岡隆(編)『窃盗症』(平成三〇年) 九四―一〇八頁が詳細である。
- (19) 窃盗事犯者に対して刑務所在所中に実施される改善指導については、沢登文治「法律学の立場から」竹村道夫・吉岡隆(編)『窃盗症』(平成三〇年) 一七〇―一八四頁が詳しい。
- (20) 福井地判昭四九・一二・一九判時七八四・一二七、大阪地判昭四三・七・一七下刑集一〇・七・七六七等。近年、最決平二〇・四・二五刑集六二・五・一五五九は、統合失調の病状の重さについて鑑定が分かれた事案について、「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つてゐる場合には、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つたりするなど、これを採用し得ない合理的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ものというべきである」と判示した。なお、本判例について、林幹人「責任能力の現状」上智法学論集五二巻四号（平成二一年）二七頁以下、安田拓人「責任能力の法的判断」刑事法ジャーナル一四号（平成二一年）九三頁以下等参照。

(21) 林・前掲論文（注16）一四〇—一四一頁は、本判例につき①DSM-Ⅳのクレブトマニアの診断基準Aに関する原審の形式的解釈を否定した点、②被害品が非食品であることから摂食障害の影響を否定した原審判断の合理性を否定した点、③クレブトマニアが弁識能力の問題ではなく制御能力の問題であることを明示した点をそれぞれ積極的に評価している。

(22) 高橋省吾・「精神鑑定と刑事責任能力」小林充（香城敏磨）編「刑事事実認定（上）」（平成四年）四六一頁、西田典之・刑法総論（第二版）（平成二三年）一八二頁、山中敬一・刑法総論（第三版）（平成二七年）六四九頁等。

(23) 林・前掲論文（注16）一五五頁は、本判例との関連で、控訴審では必ずしも事実の取調べがなされるわけではなく、また控訴の認容率は極めて低いので、弁護士は第一審で主張立証を尽くすべきであるとする一方、控訴審では原判決の事実誤認や量刑不当を論じるだけではなく、原判決後に発見された被告人に有利な事情も積極的に主張すべきであると論じている。また、原審の実刑判決時に保釈の効力が喪失し被告人の身柄は拘束されるので、弁護士はすみやかに再保釈請求を行つて、被告人の入院治療を再開させるとともに、原判決後の入院経過・回復状況を主治医の意見書という形で証拠化する重要性が力説されている。

(24) 林・前掲論文（注16）一四五頁によると、平成二一年から同二五年までの間で見ると、本判例のように「保護観察付執行猶予中の万引き事案」で罰金判決が言い渡され、一審で確定した事例（本判例は控訴されたが）が全国で五件あり、これらの裁判例を分析すると、以下の結論が導出されるとする。すなわち、

(i) 被害金額が僅少で、被告人が高齢である場合

(ii) 被害金額が僅少で、前科が窃盗以外である場合

(iii) 被害金額が僅少で、犯行態様に合目的でない事情があり、かつ軽度の精神遅滞がある場合

(iv) 二件の万引きで、被害額も僅少とはいえないものの、窃盗前科がなく万引きの常習性が認められない場合

(v) 被害金額が僅少でないものの、高齢であり犯行時に合目的性に欠ける側面があり、心的外傷等の精神的な問題が犯行の背景にある場合である。そして、前掲林論文は、本判例の被告人は四〇代で決して高齢者ではなく、被害金額も僅少とはいえず、

前科前歴はいずれも万引き窃盗であることに鑑みると、クレプトマニア等が犯行に与えた影響の内容や程度、治療効果を丁寧に主張立証してゆけば、罰金刑を得る可能性はあり、それゆえ「保護観察付執行猶予中の万引き事案」においては、被告人に盗癖治療を継続させるためにも弁護人は臆することなく罰金判決を求めべきだとする。

(25) 被告人が公判廷で「前刑後万引きを繰り返していたという点」について自白した場合、捜査機関に対しても同様な供述をしていたときは、判例によれば、その捜査機関に対する自白には補強証拠があったことになるであろう（最判昭二五・一〇・一一刑集四・一〇・二〇〇〇）。また、「前刑後万引きを繰り返していたという点」が量刑事情であれば、通説によると、その点についての証明は自由な証明で足りることになる（田口守一・刑事訴訟法（第六版）（平成二四年）三四五頁）。

(26) なお、了解によつて刑法的評価の前提となる心理判断を行うことの問題点を明らかにするものとして、近藤和哉「責任能力判断における『了解』について」（一）上智法学論集三九卷三号（平成七年）九七頁以下、同「責任能力判断における『了解』について」（二）上智法学論集三九卷三号（平成七年）一一五頁以下がある。

(27) 林・前掲論文（注16）一四九頁は、動機の了解可能性については、単に被害品の経済的効用と被告人の使用目的から動機が了解可能となるのではなく（利欲的側面だけに着目するとすべて了解可能な動機があることになってしまいかねない）、その者の置かれた（執行猶予中であるなどの）刑事手続き上の立場や経歴・職業・資産等の事情を総合的に考慮して、万引きにより得られる利益が逮捕されるリスクと釣り合うかという観点から検討すべきであるとする。

(28) クレプトマニアの責任能力に関する判断において注意すべき点の一つとして、林・前掲論文（注16）一五〇―一五二頁は「犯行の一貫性・合目的性」をあげるが、判例上、この要件にはその欠如が、弁識能力および制御能力の欠如・減退を推認させる性質があると解されているという。しかし、前掲林論文は、それ以上に「犯行の一貫性・合目的性」の存在が、弁識能力や制御能力の完全性・存在を推認させるものではないとする。すなわち、目的・動機の決定ないし設定過程と目的・動機の実行過程は観念的に区別されるのであり、たとえば、万引き行為そのものが、一貫性・合目的性をもって遂行されたという事実があったとしても、その事実から万引きをしようと決断したことが制御能力の下になされたものだけということができるとは限らなはずである。

また、犯行の一貫性や合目的性という概念は、犯行遂行能力に関するものであって、車に例えると「アクセルやハンドル」の能力であり、他方、責任能力においては問題となる制御能力とは是非善悪の判断に基づいて当該犯行を思いとどまる能力の事であり、車に例えると「ブレーキをかける能力」であるから、前者の能力があるからといって、後者の能力もあるという議論は非論理的だと論じ、それゆえ、被告人が、万引きに際して一部商品を清算したり、周囲を見回す等の犯行発覚回避行為をし

ていることをもつて、制御能力（責任能力）があるという結論を導くことは不合理だと指摘するのである。

(29) 林・前掲論文（注16）一四九頁は、クレプトマニアや摂食障害の場合、行為の意味や違法性の認識に従って自己の行動を制御する能力の存否・程度が問題となっているのであるから、これらの認識は存在することが前提であり、それゆえ、この項目を重視することは不合理であると論じている。

(30) この点について、林・前掲論文（注16）一五〇頁は、被告人が窃盗症を発する以前の生活歴・犯罪歴、万引き事件以外に触法行為があるか否か、平素から再犯防止措置を試みていたか否かを検討すべきだとする。すなわち、被告人において、摂食障害発生以前に万引きなどの触法行為がなく、発症後も再犯防止措置を試みていた場合、本件犯行は、元来ないし平素の被告人の人格とは親和性を欠くというべきだと指摘する。なお、本件被告人が罹患しているとされた、広汎性発達障害（Developmental Disorder: PDD）は、自閉症スペクトラム障害（ASD）という概念に置き換えられつつあるが、この点については平岩幹男・自閉症スペクトラム障害（平成二四年）二一、四〇頁、日本精神神経学会・前掲書（注1）二六―二九頁等参照。また、広汎性発達障害ないし自閉症スペクトラム障害を有する者の責任能力・量刑に関しては、城下裕二「アスペルガー症候群と刑事責任」川端先生古稀記念論文集〔上巻〕（平成二六年）二四一頁以下が詳しい。

(31) 林・前掲論文（注16）一四一頁は、「再度の執行猶予判決」を得るために不可欠の事情として、①協力医の存在、②本人に治療意欲があること、③再犯防止のための家族による実効的な指導監督体制の構築、④任意退院後の再犯ではないこと、の四つをあげている。他方、被害者が食料品かどうか、被害品の数・金額の如何は「再度の執行猶予判決」を得られるか否かによって決定的要素にならないとしている。大阪高判平二六・七・八LEX/DB2544763は、食料品等の万引きにより、執行猶予付き判決を過去に二度受け（二度目は保護観察付）、二度目の裁判（懲役一年四月、執行猶予三年）の約四年八月後に食料品を万引きした被告人に対して、懲役一〇月の実刑判決が言い渡された事例だが、被告人の治療への真摯な取り組みは認められたものの、被告人が治療意欲を維持し、家族がこれを支えて行くのであれば、服役後治療を続けることは十分可能だと説示されており、上記③再犯防止のための家族による実効的な指導監督体制の構築という点の事情説明が不十分だったように思われる。大阪高判平二六・一〇・一一 LEX/DB25447145も、制御能力の相当程度の減退は認められたにもかかわらず、再度の執行猶予は認められず、実刑になると治療意欲が維持できない、という主張に対しては服役後の治療の確保に意を用いればよいと判示されており、上記③再犯防止のための家族による実効的な指導監督体制の構築という点の事情説明が欠けていたように思われる。

(32) 上記の大阪高判平二六・一〇・一一 LEX/DB25447145（註31）では、「現在の治療が被告人にとって必要かつ有効である

としても、そのような一般情状が本件の犯情ないし被告人の刑事責任を大きく減殺するとはいえないのであつて、治療の必要性が行為責任（ないし応報）を基本とする刑罰の必要性に優先するというような考えは採りえず」と説示されている。クレプトマニア罹患者による連続万引きという場面では、あたかも、一四歳以上の未成年者が違法行為を行った場合、保安的観点を強調すると刑事未成年ではない者による違法行為だから刑罰をもつて臨むべきであり、検察官への逆送（少年法四五条五号）は当然であるという応報刑的アプローチとなりやすく、他方、福祉的視点を重視すると、一四歳は刑事未成年ではないとしても、その犯罪行為は応報ではなく、原則全件家裁送致の対象とされる少年保護（少年法四二条）のための、教育・医療に向けられた資料としての性格を強調されることとなる（団藤・前掲書（註4）五九四一―六七頁）という少年法の領域の一部と類似した状況がみられるのではないかと感じられる。クレプトマニア犯罪者に対して、保安的アプローチをとるか、福祉的アプローチをとるかにより、量刑面では、再度の執行猶予や罰金刑の選択の可否についての判断が分かれるのだろうが、いずれのアプローチも絶対ではなく、現在の判例においては註31で掲げた林論文の指摘する基準がほぼ妥当していると思われる。

(33) クレプトマニア患者の場合、常習累犯窃盗罪においては、事実上執行猶予は認められず、罰金刑の選択も法的に不可能であるから、病院で治療を継続することはできなくなるので、常習累犯の事案であつても、窃盗罪の事案にして罰金刑を獲得したところであり、その端的な手段は、常習累犯窃盗罪の規定を違憲無効とすることであろう。この点につき、クレプトマニアが問題となったものではないが、常習累犯窃盗罪の事案である大阪地判平一九・八・二八 LEXDB254093において、弁護人は、いわゆる盗犯等防止法三条の常習累犯窃盗罪は、刑法三三五条の窃盗罪と異なり、被害金額が小さい場合などであつても罰金刑を選択できず、処罰が不均衡に重いことから憲法一四条一項および憲法三一条に違反し違憲無効であるなどと主張した。しかし、大坂地裁は、常習累犯窃盗罪は、選択刑としての罰金刑はないものの、一定の常習性と累犯性を要件とするともに、酌量減輕により一年六月までの懲役刑に減輕しうるのだから、その要件と効果が立法裁量の範囲を逸脱しているとはいえないとして、弁護人の法令違憲の主張は採用できないとした。

この違憲論は、刑法二〇〇条の法定刑がいかに酌量すべき事情があつても、法律上刑の執行猶予をすることができないという理由で、刑法一九九条のそれに比して著しく不合理な差別的取り扱いをするものと認められ、憲法一四条一項に反して無効であると判示された最判昭四八・四・四刑集二七・三・二六五（尊属殺違憲判決）を意識したものと思われる。しかし、上記大阪地判においては、尊属殺違憲判決における下田武三裁判官の反対意見（そもそも法定刑をいかに定めるかは、本来、立法府の裁量に属する事項であつて、かりにある規定と他の規定との間に法定刑の不均衡が存することく見ることがあつたとしても、それは原則として立法政策当否の問題たるにとどまり、ただちに憲法上の問題を生ずるものでないことは、つとに当裁

判所昭和二三年（れ）第一〇三三号同年二月十五日大法院判決・刑集二卷一三号一七八三頁の示すとおりである）でも主張された「立法裁量の範囲を逸脱していない」という反論がなされている（中島広樹「尊属殺規定再考」平成国際大学論集二二号（平成二九年）一頁以下）。

この判示内容に説得力が乏しく、違憲の疑いがあるとすれば、あとは限定解釈論である。その点については、中島広樹「警告理論について」平成法政研究二二巻二号（平成三〇年）四五頁以下参照。