

---

---

研究ノート

---

---

## 少年法と刑事手続との交錯

—不送致処分とした少年を成人後に  
起訴することの可否\*

丸 山 雅 夫

はじめに

- I 従来の裁判例の動向とその評価
    - (1) 下級審の動向
    - (2) ふたつの最高裁判決
  - II 最決平成 25 年の事案と裁判所の判断
  - III 少年保護事件手続と刑事裁判手続との関係
    - (1) 少年保護事件手続と刑事裁判手続との間の連携と断絶
    - (2) 検察官先議主義と全件送致主義・家庭裁判所先議主義
  - IV 実質的観点からの適切な実務運用への期待
    - (1) 少年法と一事不再理効
    - (2) 昭和 40 年最高裁大法廷判決
    - (3) 平成 9 年最高裁判決
    - (4) 昭和 58 年最高裁決定
- むすびに代えて

はじめに

1 刑事訴訟手続においては、検察官は、公訴提起の権限を独占している（国家訴追主義〔刑訴 247 条〕）だけでなく、その行使について広範な裁量権を持っている（起訴便宜主義ないしは起訴裁量主義〔刑訴 248 条〕）。しかし、そうした起訴裁量権の行使も全く無制約的なものとして認められているわけではなく、通説的見解は、嫌疑なき起訴、起訴猶予裁量を逸脱した起訴、違法捜査にもとづく起訴の 3 類型につ

いて、法定の免訴事由または公訴棄却事由（刑訴 337 条～339 条）に該当しない形で  
の手續打切りの可能性を認めている（公訴権濫用論）。また、判例も、起訴裁量を逸脱  
した公訴提起の適否が問題になった事案（チツ川本事件）において、「たとえば公  
訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限[っては]」公訴提起が  
無効になりうることを認めている（最決昭和 55 年 12 月 17 日刑集 34 卷 7 号 672 頁）。  
この最高裁決定の評価については、公訴権濫用論の機能を事実上排斥する（適用の  
余地をなくしてしまう）ものであるとする否定的な見解も見られるが<sup>1)</sup>、非典型的訴  
訟条件による手續打切りの可能性を認めた（少なくとも否定していない）点を重視す  
べきものであると思われる<sup>2)</sup>。したがって、残された問題は、どのような事案が公  
訴提起を無効にしなければならないものに当たるかを、実質的判断にもとづいて確  
認するということになる。

他方、捜査手續が遅延した結果として公訴提起が遅れた場合の扱いについては、  
行政上の責任を問われる可能性を別にすれば、その後の手續自体には何らの法的効  
果も及ぼさないとするのが確立した判例である（最大判昭和 23 年 6 月 9 日刑集 2 卷 7  
号 658 頁，最大判昭和 23 年 12 月 22 日刑集 2 卷 12 号 1853 頁等）。また、捜査手續に違  
法があった場合の扱いについても、捜査手續における違法は公訴提起の違法に直結  
するものではないとされている（最判昭和 41 年 7 月 21 日刑集 20 卷 6 号 696 頁，後掲  
【6】判例）。たしかに、捜査の遅延の場合を含めて、捜査手續に何らかの違法がある  
場合に、その後の公訴提起のすべてをただちに違法ないしは無効とすることは、捜  
査の実態を無視するものであり、非現実的な（捜査に不可能を強いる結果になりかね  
ない）対応である。その意味で、一連の最高裁判例が展開する一般論は、説得的な  
ものであると言ってよい。したがって、この場面でも、公訴提起の無効をもたらす  
ような違法捜査の内容の解明こそが重要だということになる。

2 同様のことは、保護事件として家庭裁判所に係属した少年事件が刑事裁判手  
続に移行する場合にも妥当する。たとえば、家庭裁判所の調査ないしは審判によっ  
て 20 歳以上であることが判明した者や、調査や審判の途中で 20 歳に達した者につ  
いて、少年法は、検察官（刑事手續）への送致（年超検送）を義務づけている（少 19  
条 2 項，23 条 3 項）。少年年齢の上限を処分・裁判時を基準として判断している実  
務<sup>3)</sup>による限り、年超検送は、捜査の長期化などにもなって当然にありうるもの  
だからである。したがって、そこでは、成人事件における捜査の遅延の場合と同じ  
構造の問題が生じることになる。

しかし、その一方で、捜査段階での少年の扱いについて、検察官は、「捜査を遂

げた結果、犯罪があるものと思料するとき」(犯罪少年)または「犯罪の嫌疑がない場合でも、家庭裁判所の審判に付すべき事由があると思料するときは」(虞犯少年)、事件を家庭裁判所に送致することを義務づけられている(少42条1項)。同様の義務は、司法警察員についても明示されている(少41条)。現行少年法のこのような対応は、旧少年法が前提としていた刑事処分優先主義にもとづく検察官先議主義(旧少27条参照)を完全に否定し、すべての少年事件を家庭裁判所に係属させる(特に捜査段階での事件終結を完全に否定する)ことによって(全件送致主義)、少年事件の扱いを専門機関である家庭裁判所に全面的に委ねること(家庭裁判所先議・専議主義)を担保するためのものである。したがって、家庭裁判所を経由せずに刑事裁判所に少年事件が直接に起訴された場合は、訴訟条件を欠くものとして判決で公訴が棄却されることになる(刑訴338条4号)<sup>4)</sup>。そうであれば、過度(不相当)に捜査が遅延した結果として、少年保護事件として家庭裁判所に送致することができなくなった事案においても、それを成人後に公訴提起することの是非と可否が問題になりうる。こうした場合には、普通の形で捜査が行われてさえいれば、家庭裁判所に送致したうえでその判断を経由した扱いが充分に可能であったにもかかわらず、捜査の遅延が家庭裁判所での審判の機会を失わせることになってしまうからである。このような事案の扱いについては、かつての下級審判例において争いが見られたが、後に見るふたつの最高裁判決によって、実務上ではすでに一応の決着がついている(後述I参照)。

3 さらに、少年事件においては、捜査の遅延の事案と同じような構造でありながら、より以上に深刻な問題が生じることがありうる。それは、少年事件としては不送致処分で終結していながら、その後の捜査を続行した結果として、成人後に同一事実にもとづいて公訴提起をするような場合である。このような場合の問題性は、不送致処分による少年事件としての終結という検察官の判断が介在している点で、単に捜査が遅延した事案の扱い以上に複雑で深刻なものとなる。少年時に不送致処分とした同一の犯罪事実について、成人後に公訴を提起することは、少年事件としての検察官の判断と矛盾する可能性があるだけでなく、「検察官同一体の原則」との不整合、さらには一事不再理との関係が問題になりうるからである。もちろん、同一の事実であったとしても、不送致処分とした後に新たな証拠が発見されるなど、成人後の公訴提起を正当化するだけの事情があれば、話は別である。したがって、ここでの問題は、少年時における不送致処分の判断と成人後の公訴提起の判断が実質的に整合的である(矛盾しない)かということになる。

こうした問題について、最近、非常に興味深い事案（後掲【8】参照）に接し、弁護士控訴に際して、弁護士側の意見書において私見を展開したところである。その後、控訴審判決および最高裁決定が出されるに至ったので、それらをも参照しながら、改めて私見を明らかにしておきたい。なお、弁護人の控訴趣意および上告趣意の内容は多岐にわたるものであるが、本稿では、全件送致主義と関連する論点を中心として検討し、それ以外の論点については必要な限度で言及するにとどめる。

#### 注

- 1) たとえば、三井誠『刑事手続法II』（有斐閣、2003年）91頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第5版〕』（日本評論社、2008年）214頁。
- 2) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』（有斐閣、1996年）227頁、田口守一『刑事訴訟法〔第4版補正版〕』（弘文堂、2006年）179頁。さらに、鈴木茂嗣「判例解説」『昭和55年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊743号（1981年）227頁、鯉越溢弘「判例批評」井上正仁/大澤裕/川出敏裕編『刑事訴訟法判例百選〔第9版〕』別冊ジュリスト203号（2011年）89頁。
- 3) 丸山雅夫『少年法講義〔第2版〕』（成文堂、2012年）88頁以下。
- 4) 最高裁判所事務総局編『改訂少年執務資料集（2）の上』（法曹会、1981年）473頁以下参照。

## I 従来の裁判例の動向とその評価

### (1) 下級審の動向

1 捜査が遅延したために家庭裁判所への送致ができなかった少年時の犯罪事件を成人後に起訴することの適否については、後述の昭和44年最高裁判決（【6】）と昭和45年最高裁判決（【7】）が出されるまでの下級審判例において、それを無効とするものと有効とするものが拮抗するといった状況が見られた。公訴提起を無効とした判例には、次のものがある。

無免許運転で即時検挙された少年（行為時18歳7カ月）について交通切符制度のための所在調査と確認に約1年8カ月を要したうえで公訴提起した事案については、「家庭裁判所に送致されなかったことをやむを得ないものとして許容すべき特別の事情は到底認め難い」としたうえで、「少年の刑事被疑事件は家庭裁判所を経由すべきが本来の原則なのであるから、右原則によることが可能であったのにこれによらなかったという、公訴提起の前段階として必要不可欠な事件送致手続の違法

は、公訴提起行為自体の効力に影響し、これを無効ならしめる」とされている（石巻簡判昭和42年1月23日下刑集9巻1号52頁【1】）。そして、その理由づけと結論は、控訴審判決においても追認され、確定している（仙台高判昭和42年10月17日高刑集20巻5号699頁【2】）。また、交通事故による業務上過失傷害被疑事件の年迫少年（行為時19歳3カ月）について、年齢切迫による優先処理がなされなかったために、実況見分調書等の不備の補正に7カ月余を要するとともに、検察庁の事件受理手続が年末事務処理のために遅延した事案については、本件の「捜査手続の違法は……少年の被疑事件について家庭裁判所における審判の機会を失わせるに至らせたという現行少年法制のもとにおけるもっとも重要な原則を破るものであり……右違法が存したことによりまさしく被告人が成年に達したのちにおける公訴の提起を可能としたものということができるのであるから、捜査手続の違法が公訴提起の手続を無効ならしめる」としたものがある（仙台高判昭和44年2月18日家庭裁判月報21巻9号109頁【3】）。さらに、交通事故による業務上過失傷害被疑事件の年迫少年（行為時19歳2カ月）の捜査を2カ月余で完了しながら、担当警察官が6カ月余の期間にわたって捜査記録を漫然と手許に保管した後に形式的な捜査報告書1通を作成して捜査記録を上司に引き継いだため、検察官送致時には成年に達していたという事案においては、「本件において公訴提起の手続が、提起の時点においてそれ自体としては違法なものではない……が、警察における捜査手続の前記過失は、現行少年法の家庭裁判所先議の原則に違背し、少年の被疑事件について、家庭裁判所における審判の機会、すなわち、これを保護処分止めるか、或は検察官送致の決定をなし刑事処分の対象とするかについての、家庭裁判所の重要な判断の機会を失わせたものであるから、その過失は前記態様と共に結果もまた重要といわざるをえず、且つ右は公訴提起の有効条件に関するものであるから、捜査手続の右違法は公訴提起の手続の有効無効に関しきわめて密接な関係を有し、証拠の収集や身柄拘束等の違法と同一に論じ得ないものというべく」、本件公訴提起は公訴棄却事由（刑訴338条4号）に当たるものとされた（広島高判昭和44年7月29日判例タイムズ237号257頁【4】）。

2 これらのものに対して、交通事故による業務上過失傷害被疑事件の年迫少年（行為時18歳6カ月）について、入院中の被害者の回復を待っているうちに記録が放置される等の怠慢があったため2年半にわたって捜査が遅延し、成人後に公訴提起するに至った事案においては、「捜査官の措置が著しく不当であるとき、すなわち捜査官が何らかの理由で故意に事件処理を放置したとか、特段の事情がないのに

徒に事件処理を遅延させたというような明白な職務の怠慢行為が認められるときのみ、少年法の趣旨に反するものとして違法となる」としたうえで、多忙にまぎれて長期間にわたって事件処理を失念していた本件では、「怠慢の譏りを免れないけれども……捜査官が故意に事件処理を放置したとか、職務紀律の馳緩などにより徒に事件処理を遅延させたものでない以上、警察の捜査手続に著しい不当ないし違法があるとは考えられず、従ってこの手続に続く公訴提起の効力を無効ならしめるものではない」として、【2】を引用した弁護人の判例違反の主張が排斥されている（東京高判昭和43年10月28日判例時報546号96頁〔破棄自判〕【5】）。

3 以上の下級審判例は、成人後の公訴提起を違法とするもの（【1】から【4】）と違法でないとするもの（【5】）のいずれにおいても、少年法の趣旨（全件送致主義にもとづく家庭裁判所先議主義）に言及している点、および「場合によっては成人後の公訴提起が違法になる場合がありうる」との一般論を認める点では、ほとんど異なるところがない<sup>5)</sup>。したがって、それぞれの具体的な結論が異なったのは、一般論を重視ないしは強調する程度の違いとそれぞれの事実に対する具体的な評価が異なったことだけにすぎないと言ってよいのかもしれない。そうであれば、【1】から【5】のいずれにおいても、異なった判断にもとづく逆の結論が導かれる可能性がありえたことを否定できない。そして、そうした可能性は、昭和44年と45年の最高裁判決によって、成人後の公訴提起を違法でないとする方向で現実的なものとなり、実務上での争いに決着がつけられることになったのである。

## (2) ふたつの最高裁判決

1 【3】事件の上告審である最高裁は、「少年の被疑事件について、家庭裁判所に送致するためには、司法警察員または検察官において、犯罪の嫌疑があると認め得る程度に証拠を収集し、捜査を遂げる必要があり……捜査機構、捜査官の捜査能力、事件の輻輳の程度、被疑事件の難易等の事情に左右されるとはいえ、その捜査にそれ相応の日時を要することはいうまでもなく、捜査に長期の日時を要したため、家庭裁判所に送致して審判を受ける機会が失われたとしても、そののみをもって少年法の趣旨に反し、違法であると即断することのできないことも、また、多言を要しない」が、「捜査官において、家庭裁判所の審判の機会を失わせる意図をもってことさら捜査を遅らせ、あるいは、特段の事情もなくいたずらに事件の処理を放置しそのため手続を設けた制度の趣旨が失われる程度に著しく捜査の遅延をみる等、極めて重大な職務違反が認められる場合においては、捜査官の措置は、制度

を設けた趣旨に反するものとして、違法となることがある」という一般論(傍論)を展開しながらも、「原判決の確定した事実認定のもとにおいては……極めて重大な職務違反があるとは認めがたい」とし、「仮に捜査手続に違法があるとしても、それが必ずしも公訴提起の効力を当然に失わせるものでないことは、検察官の極めて広範な裁量にかかる公訴提起の性質にかんがみ明らかである」として、原判決と第1審判決を破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した(最判昭和44年12月5日刑集23巻12号1583頁【6】)。

また、【4】事件の上告審である最高裁は、【6】で示された一般論(傍論)の内容を再確認したうえで、「原判決の判示する……事実関係のもとにおいては、捜査に従事した警察官には、本件の処理につき適切な配慮を欠いた点なしとしないとはいえ、いまだ……重大な職務違反があるとは認めがたいから、その捜査手続は、これを違法とすることはできない」として、公訴棄却を言い渡した原判決と第1審判決を破棄し、事件を第1審裁判所に差し戻した(最判昭和45年5月29日刑集24巻5号223頁【7】)。

2 【6】および【7】の最高裁判決は、いずれも、捜査が違法になる場合のありうることを一般論(傍論)としては認めながらも、具体的な事実との関係では、成人後の公訴提起を有効なものとするものである。また、【6】は、さらに進んで、たとえ捜査が違法なものであったとしても、公訴提起の可否は検察官の広範な裁量に属するものであることを根拠として、公訴提起の効力には影響を及ぼさないもとしている。したがって、これらの最高裁判決を評価するに当たっては、具体的な結論の当否と射程、さらには傍論として展開された一般論の内容と意義が問題になる。

それぞれの結論の当否については、問題を公訴権濫用論と関連づけて論じる立場<sup>6)</sup>と公訴権濫用論と無関係なものとして論じる立場<sup>7)</sup>のいずれにおいても、【6】と【7】のいずれの結論も妥当なものであったとする評価が一般的なものである。しかし、その一方では、公訴権濫用論との関係で、【6】を厳しく批判し、刑事司法における正義(刑訴1条)に反するものとして公訴棄却すべきであったとする立場も見られる<sup>8)</sup>。

3 傍論としての一般論の意義については、捜査の違法がその後の公訴提起を無効にする場合のありうることを明らかにした点を積極的に評価する立場がある<sup>9)</sup>。その背景には、当時の学界で有力になっていた公訴権濫用論への配慮があったことが推測される<sup>10)</sup>。しかし、傍論部分を一般論として積極的に評価するとしても、【6】【7】の結論を前提とする限り、捜査の違法が成人後の公訴提起を無効とするよう

な事態は、実際にはほとんど想定できないように思われる<sup>11)</sup>。特に、公訴提起の違法性をもたらすような捜査の遅延の原因を、「家庭裁判所の審判の機会を失わせる意図」や「特段の事情もなくいたずらに事件の処理を放置し[た]」ことのように、捜査官の主観に限定しているように解される点は、事実上、公訴提起を無効とするような違法な捜査の存在を否定するものであると言わざるをえない。その意味で、【6】【7】で示された一般論は、表現自体の説得性にもかかわらず、単なるリップサービスにすぎないとも言いうる。また、それは、全件送致にもとづいて家庭裁判所の審判を受けることを、一種の期待権にすぎないと解するものでもある。こうした見地からすれば、【6】【7】で展開された一般論の実際的な意義は、捜査機関に対して、少年から少年審判の機会を奪うことがないようにという、少年事件の優先的処理に留意することを要請する「訓示的」なものにとどまるということになる<sup>12)</sup>。もっとも、【3】判例の出現を契機として、その後の実務では、年迫少年の事件について、優先処理の付箋をつけて遺漏ないように処理する体制がすでに確立されている。したがって、【1】から【7】判例で問題になったような、「単なる」捜査の遅延と言えるような事実関係のもとでの論点は、【6】判決の時点では、すでに過去のものになっていたのである。

他方、【6】が検察官の起訴裁量権を根拠のひとつとして結論を導いた点には、重大な疑問がある。たしかに、検察官は、公訴提起について、広範な裁量権を有していることに疑いはない。しかし、それは、刑事訴訟手続という閉じられた手続の中でのことであって、少年事件手続との連携が前提となっている事案については、そのままの形で当然に妥当するというわけではない。少年事件手続においては、家庭裁判所先議・専議主義にもとづく全件送致主義が前提となっているからである<sup>13)</sup>。この点との関連が正面から問題になったのが、平成25年最高裁決定の事案（【8】）であった。

#### 注

- 5) 他方、亀山継夫「判例批評」判例評論137号（判例時報593号、1970年）39頁は、特に【3】について、公訴提起を違法としなければならない実質的な理由が説明されていない点を、致命的なものであるとしている。
- 6) たとえば、亀山・前掲注5）39頁、筑間正泰「判例批評」法学研究45巻11号（1972年）121頁、森岡茂「判例批評」刑事判例研究会『刑事判例評釈集 第31巻 昭和44年度』（有斐閣、1984年）273頁以下、前田雅英「公訴権の適切な行使」警察学論集66巻9号（2013年）163頁。



- 7) たとえば、船田三雄「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和44年度』（法曹会、1970年）463頁、大久保太郎「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和45年度』（法曹会、1971年）65頁、横井大三「犯時少年の事件の捜査の遅延と公訴の効力」同『刑訴裁判例ノート(6)』（有斐閣、1973年）130頁、団藤重光/森田宗一『新版 少年法〔第2版〕』（有斐閣、1984年）356頁。
- 8) 石川才頭/横山省治「判例批評」日本法学35巻4号（1970年）125頁。
- 9) たとえば、筑間・前掲注6)119頁、早川義郎「少年の刑事被告事件の取扱について」家庭裁判月報25巻8号（1973年）6頁、栗原平八郎「少年事件」熊谷弘/佐々木史朗/松尾浩也/田宮裕編『公判法大系III 公判・裁判(2)』（日本評論社、1975年）196頁。なお、田宮裕「公訴権の濫用とその司法的審査」研修245号（1968年）8頁、同「訴追裁量のコントロール—公訴権の濫用について」立教法学11号（1969年）170頁。
- 10) 積極的・肯定的な方向での配慮を指摘するものとして、荒木伸怡「判例解説」『警察関係基本判例解説100』別冊判例タイムズ9号（1985年）196頁。他方、消極的・否定的な方向での配慮を指摘するものとして、横井・前掲注7)131頁。
- 11) 岡部泰昌「判例解説」『昭和45年度重要判例解説』ジュリスト臨時増刊482号（1971年）160頁は、【6】をいわゆる「救済判決」であるとしている。
- 12) 千葉裕「判例研究」『少年法—その実務と裁判例の研究』別冊判例タイムズ6号（1979年）218頁。
- 13) 多田辰也「判例批評」田宮裕編『少年法判例百選』別冊ジュリスト147号（1998年）43頁。

## II 最決平成25年の事案と裁判所の判断

1 横浜地裁が認定し、控訴審および上告審が前提とした事案の概要は、次のようなものである。被告人X（行為当時16歳4カ月）は、平成15年12月6日の未明、友人のY（当時15歳）を同乗させて原動機付自転車を運転中にハンドル操作を誤った過失により、自車左側部を歩道縁石に接触させてYの左足を歩道に設置された鉄製支柱に衝突させ、Yを自車から落下させて同支柱の鎖に衝突させたうえ、路上に転倒させ、よってYに高次脳機能障害の後遺症を伴う入院加療約210日間を要するびまん性脳損傷、脳挫傷、左下腿骨骨折の傷害を負わせた。

本件については、事故直後からXによる業務上過失傷害罪（平成18年改正前の刑法211条1項後段）および道路交通法違反（無免許運転）の容疑で捜査が行われたが、平成19年9月5日付で、X（当時19歳直後）に対して、「平成18年11月30

日、公訴を提起しない処分をしました」とする内容の不起訴処分告知書が交付された。不起訴処分告知書は、刑事訴訟手続の対象となる被疑者に交付されるものであるが（刑訴 259 条、事件事務規程〔法務省刑総訓 1 号〕72 条 1 項前段〔当時〕）、少年事件を家庭裁判所に送致しない場合（不送致処分）に際しても用いられることになっている（事件事務規程 72 条 1 項後段〔当時〕）。したがって、19 歳になったばかりの X に交付された不起訴処分告知書の実質は、検察官が少年事件を不送致として扱うこと（不送致処分）を選択したということの告知であり、その根拠は、犯罪の嫌疑が存在しなかったこと、または嫌疑が不十分であったこと（事件事務規程 72 条 2 項 17 号・18 号〔当時〕）のいずれかによるものであった。不送致処分の判断に至った捜査の経緯は必ずしも明らかではないが、脳障害を負って入院した Y からの事情聴取が相当の期間にわたって不可能であったことなどから、X と Y のどちらが原動機付自転車を運転していたかが確定できなかったことによるものと思われる。

こうした状況のもとで、平成 19 年 12 月 6 日に、Y が検察審査会に対して、X の刑事訴追を求める申立てを行った。この申立てから約 9 カ月後の平成 20 年 9 月に、検察は、独自の追加的な捜査に着手することになった。そして、この追加的捜査にもとづいて、検察官は、X が原動機付自転車を運転していたという事実を前提として、平成 20 年 11 月 28 日、すでに 21 歳になっていた X を、業務上過失傷害罪で横浜地方裁判所に起訴した。

2 横浜地裁は、① 本件捜査の長期化は、被害者の記憶回復を待っていたための合理的なものであって違法ではない、② 業務上過失傷害罪での不起訴処分（不送致処分）は嫌疑不存在しは不十分にもとづくものであり、仮に無免許運転幫助は認められるとしても、それと成人後の起訴事実との間には公訴事実の同一性がなく、一事不再理効に抵触しない、③ 検察審査会への申立後の捜査放置は、成人後のことであり、家庭裁判所で審判を受けさせるべきであるとの要請とは無関係であるばかりでなく、職務犯罪の一構成要素となるほどの違法もない、④ 成人後の捜査で業務上過失傷害の嫌疑が認められた本件では、少年時には嫌疑不十分で不送致処分になっていたにしても、嫌疑なき起訴には当たらない、⑤ 起訴後の補充捜査（鑑定囑託）が遅かったとしても、時効逃れの起訴とまではいえない、としたうえで、「本件公訴は適法であって、故意又は重過失により公訴提起の裁量権を著しく逸脱し、重大な職務違反に該当する積極的な場合に当たらず、公訴棄却すべき場合に該当しないことは明らかである」として、被告人を懲役 1 年執行猶予 3 年で処断した（横浜地判平成 22 年 12 月 22 日判例集未登載〔刑集 67 巻 5 号 675 頁以下参照〕）。こ

れに対して、弁護人が控訴した。

控訴審の東京高裁は、「本件は、被告人が16歳であったときに起こした業務上過失傷害の非行について、成人後、同罪の時効期間である5年間の経過する8日前に公訴が提起された事件であるところ、このような事件の捜査の適法性及び公訴提起の効力については、捜査官において、家庭裁判所の審判の機会を失わせる意図をもって、殊更捜査を遅らせ、あるいは、特段の事情もなくいたずらに事件の処理を放置し、そのため手続を設けた制度の趣旨が失われる程度に著しく捜査の遅延をみる等、極めて重大な職務違反が認められる場合においては、捜査官の措置は、制度を設けた趣旨に反するものとして、違法となることがあると解すべきである」との一般論（【6】【7】事件の踏襲）を明らかにしたうえで、本件の事実関係のもとでは、警察官および検察官には「家庭裁判所の審判の機会を失わせる意図があったとは認めることができない」し、「公訴提起の効力に影響を及ぼすような違法な捜査が行われたとは認められない」等の理由から、弁護人控訴の論旨には理由がないとして棄却した（東京高判平成23年9月21日判例集未掲載〔刑集67巻5号704頁以下参照〕）。控訴審の理由づけは、第1審の理由づけとほぼ同様であるが、公訴提起における検察官の広範な裁量権を強調している点が特徴的なものである。弁護人が上告。

3 最高裁は、弁護人の主張を刑法405条の上告理由に当たらないとして上告を棄却したうえで、公訴提起の有効性について、次のような職権判断を示した。

「一般に、少年の被疑事件については、捜査機関は、少年法42条1項の趣旨を踏まえ、適切な見通しを持った迅速な事件処理に心掛ける必要があることはいうまでもない」としながらも、「本件においては、被告人が否認する一方、長期間にわたり被害者の供述が得られない状況が続いたこと、鑑定等の専門的捜査が必要であったこと、捜査の途中で目撃者の新供述を得るなどして捜査方針が変更されたことなど、運転者を特定するまでに日時を要する事情が存在し、当初、事件送致を受けた検察官が、家庭裁判所へ送致せず不起訴処分にしたのも、被告人につき嫌疑が不十分であり、他に審判に付すべき事由もないと判断した以上、やむを得ないところである。捜査等に従事した警察官及び検察官の各措置には、家庭裁判所の審判の機会が失われることを知りながら殊更捜査を遅らせたり、不起訴処分にしたり、あるいは、特段の事情もなくいたずらに事件の処理を放置したりするなどの極めて重大な職務違反があるとは認められず、これらの捜査等の手続に違法はない」として、【6】および【7】の各最高裁判例を引用したうえで、「また、被告人が成人に達した後、検察審査会への審査申立てを機に、検察官が、改めて補充捜査を行い、被告人

に嫌疑が認められると判断した上、事件を再起してした本件公訴提起自体にも違法とすべきところはな[く]、「したがって、本件公訴提起が無効であるとはいえないとした原判決は正当である」と判示した（最決平成25年6月18日刑集67卷5号653頁）。

4 この事案【8】は、家庭裁判所に送致されることがなく、したがって家庭裁判所での審判の機会を持ちえなかった犯罪事件を成人後に公訴提起したという点では、【1】から【7】の事案と共通している。他方、家庭裁判所に事件送致されなかった理由においては、【1】から【7】と【8】とでは大きく異なっている。【1】から【7】は、捜査の遅延によって送致の時期を逸してしまったものであった。それに対して、【8】は、捜査の遅延という事情もあったにしても、検察官が不送致処分としたことの結果として、家庭裁判所への送致がなされなかった点が重要である。しかし、こうした事実の違いがあるにもかかわらず、【8】決定は、【6】判決と【7】判決を引用したうえで職権判断を行っていることから明らかなように、【8】事案と【6】事案および【7】事案とを同列に考えたものと言ってよい。したがって、検討すべき問題は、【6】【7】【8】を同列に論じることの是非であり、そこから導かれる結論の妥当性ということになる。

【8】については、その控訴審判決を「検察実務を是認するもの」として当然視する評価があり<sup>14)</sup>、【6】および【7】の流れの中にあるともされている<sup>15)</sup>。これらの立場は、【6】【7】【8】を同列のものとして理解するものであり、全件送致主義にもとづく家庭裁判所先議・専議を期待権(にすぎない)と見るものでもある。その一方では、少年の健全育成(少1条)にもとづく成長発達権の保障という観点から、少年審判を受けることが少年の権利・利益であるとして【6】【7】を批判するとともに、【8】の事実関係の特異な経緯を重視することから、「少年手続における適正手続の観点から……規制のあり方についても再検討する必要がある」とする見解も見られる<sup>16)</sup>。こうした立場によれば、全件送致主義にもとづいて家庭裁判所の審判を受けることは、単なる期待権や事実上の利益にとどまるものではなく、少年の権利として構成すべきものだということになる。したがって、次に明らかにすべきなのは、全件送致主義にもとづく家庭裁判所先議・専議主義の意義は何かということである。

#### 注

14) 小沢正明「判例紹介」研修764号(2014年)122頁。

15) 前田・前掲注6)167頁。さらに、原田和往「判例解説」判例セレクト2013〔II〕別冊法学教室(2014年)37頁、大久保隆志「判例解説」『平成25年度重要判例解説』

ジュリスト臨時増刊 1466 号 (2014 年) 189 頁, 松田龍彦「判例批評」刑事法ジャーナル 39 号 (2014 年) 157 頁以下。

- 16) 正木祐史「判例解説」法学セミナー 705 号 (2013 年) 114 頁。さらに, 山口直也「判例解説」『新・判例解説 Watch』14 号 (2014 年) 172 頁は, 「家裁先議主義, 全件送致主義といった少年司法手続の基本原則から見た場合, 本決定には重大な疑問が残る」とし, 「本件で最高裁が, 家裁で少年審判を受ける少年の利益 (権利) を旧来の枠組みでしか判断しなかったことには不満が残る」としている。

### III 少年保護事件手続と刑事裁判手続との関係

#### (1) 少年保護事件手続と刑事裁判手続との間の連携と断絶

行為時 14 歳以上の少年 (処分時または裁判時 20 歳未満 [少 2 条 1 項]) による犯罪については, 刑法において刑事訴訟手続の対象として明示されている (刑 41 条) 一方で, 刑法および刑事訴訟法の特別法である少年法が優先的に適用される (少 1 条・3 条 1 項 1 号・40 条参照)。このため, 捜査機関が捜査を遂げた少年の犯罪容疑事件は, 全件送致主義にもとづいて家庭裁判所に送致され (少 41 条, 42 条), 触法事件や虞犯事件と同様に, 家庭裁判所において少年保護事件としての手続が進行していく。そして, それは, 家庭裁判所が「刑事処分相当」を理由として検察官に送致 (逆送) する例外的な場合 (少 20 条) を除いては, 刑事訴訟手続の対象とされることがない。少年の犯罪を刑事訴訟手続の対象とするかどうかは, 家庭裁判所だけが判断する構造になっているのである (家庭裁判所先議・専議主義)。また, 少年年齢の上限 (20 歳未満) の判断基準について処分・裁判時説を前提とする運用が確立しているところから, 少年時に家庭裁判所に係属した犯罪少年であっても, 処分・裁判時までの間に (調査段階または審判段階で) 20 歳に達した者については, 年齢超過を理由として検察官に送致 (年超検送) しなければならない (少 19 条 2 項・23 条 3 項)<sup>17)</sup>。このような関係から明らかなように, 少年による犯罪事件への対応において, 少年法 (少年保護事件手続) と刑法・刑事訴訟法 (刑事訴訟手続) との間には有機的な連携が予定されているものと言うことができる。

しかし, その一方で, 少年法には全件送致主義の遵守 (違反) に対する制度的な担保や保障 (制裁的効果) が規定されていないため, 少年時の犯罪を家庭裁判所に送致することなく, 少年が成人するのを待って刑事訴追するといった, 少年法の趣旨を没却するような運用がありうることも, 事実的な可能性としては否定できない

い。極端な事例を想定するならば、少年の犯罪について検察官が確実に刑事処分を獲得しようとする場合には、家庭裁判所の判断を必ずしも拘束しない「刑事処分相当」の処遇意見（少年審判規則8条3項）を付して少年を家庭裁判所に送致することをせずに、少年が成人するのを待つて公訴を提起することも不可能ではない。この意味で、【6】および【7】が一般論として展開し、【8】が引き継いだ「家庭裁判所の審判の機会を失わせる意図をもって殊更捜査を遅らせ[る]」ことは、事実としてありうるものである。そして、そのような対応は、事件が刑訴法上の公訴時効（刑訴250条）を迎えるまでは可能である。その意味で、こうした潜脱的な運用が排除されえない点では、少年法と刑事訴訟手続の間には明らかな断絶が存在している。後述の一事不再理効をめぐる問題において端的に示されているように、少年事件の扱いについては、条文の文理解釈だけにとどまらず、検察官の適切な対応（実質的な観点からの妥当な解決の模索）に大きな期待を表明する裁判例や学説が多いのも、このような制度的な限界が意識されているからにはほかならない。このような点で、少年事件の扱いは、一般の刑事事件の扱いに比べて、極めて特殊な側面を持っていると言わなければならないのである。

## （2） 検察官先議主義と全件送致主義・家庭裁判所先議主義

1 わが国においては、1922年に制定された旧少年法（大正11年法律42号）によって、はじめて、少年犯罪について、通常の刑事訴訟手続と異なる手続（少年保護事件手続）で扱う可能性が認められることになった。しかし、その構造は、現行の少年法とは大きく異なるものであった。旧少年法は、その対象（少年）を18歳未満としたうえで（旧少1条）、少年の犯罪についても、刑事処分を原則として保護処分を例外的なものとしており（刑事処分優先主義〔旧少27条〕）、刑法や刑事訴訟法に優先的に適用されるものではなかった。また、検察官に刑事訴追と少年審判所への送致についての選別権（裁量権）を認めていた点でも（検察官先議主義）、通常の刑事訴訟手続と基本的に異なるところがなかったのである。したがって、そのような構造を持っていた旧少年法のもとでは、【1】をはじめとする裁判例で争われたような問題は、そもそも生じる余地のないものであった。

その後、第2次世界大戦直後の1948年に、当時の「アメリカ標準少年裁判所法案」に倣って制定された現行少年法（昭和23年法律168号）は、少年非行のすべて（犯罪、触法、虞犯）を統一的に管轄するものとして成立した（少1条・3条）。現行少年法には旧少年法に比べて多くの特徴が見られるが、特に少年犯罪との関係で

は、検察官先議主義から家庭裁判所先議主義への全面的な転換を図り、全件送致主義によってそれを確実なものとした点が特筆されなければならない。それは、特に捜査機関に対して、捜査を遂げた少年犯罪のすべてを家庭裁判所に送致することを義務づけ（少41条・42条）、捜査段階での事件の終結を認めないことを内容とする。したがって、全件送致主義は、少年事件の扱いについて検察官の選別権を否定する点で、「検察官先議主義の排除」を意味するものであると同時に、専門機関としての家庭裁判所に少年事件の扱いの判断を委ねる点で、「家庭裁判所先議主義」であり、「家庭裁判所専議主義」を認めるものになっている。

2 少年法は、捜査機関による家庭裁判所への事件送致について、次のような内容になっている。まず、「罰金以下の刑に当たる犯罪」については、捜査を遂げた後、司法警察員が直接に家庭裁判所に事件を送致すべきものとされる（少41条前段）。これは、家庭裁判所に係属した後に刑事処分相当検送（逆送）がありえない犯罪が対象となるために（少20条1項参照）、検察官に事件送致する意味がないからであり、刑訴246条本文に対する「直送事件の特則」と言われるものである（犯罪捜査規範210条1項前段）。これに対して、禁錮以上の刑に当たる犯罪について警察が捜査を遂げた場合には、事件を検察官に送致したうえで（刑訴246条本文、犯罪捜査規範210条1項後段）、検察官が家庭裁判所に送致しなければならない（少42条1項前段）。いずれの場合においても、「犯罪の嫌疑があると思料するときは」、「これを家庭裁判所に送致しなければならない」と明示されていることから明らかなように、捜査機関は少年犯罪の全件送致を義務づけられているのである（送致強制主義<sup>18)</sup>）。通常の事件送致手続の例外とされる「簡易送致手続」（昭和25年8月14日家庭甲235号家庭局長通達、昭和44年5月27日最高裁家三103号家庭局長通達）も、全件送致主義の緩やかな運用を認めるものではあるが、それを逸脱するものとして導入されたわけではない。

また、「犯罪の嫌疑がない場合であっても、家庭裁判所に付すべき事由があると思料するときは、同様である」とされていることから（少41条後段・42条1項後段）、捜査の結果として犯罪の嫌疑が否定された少年についても、虞犯事由の存在を前提として虞犯性（少3条1項3号）が認められる以上は、犯罪少年の場合と同じように、捜査機関から家庭裁判所への送致が義務づけられている。

3 以上のように、捜査機関は、犯罪少年または14歳以上の虞犯少年を発見した場合には、例外なしに、家庭裁判所への送致を義務づけられているのである。このような少年法の構造からすれば、捜査機関による全件送致の義務が否定されるの

は、捜査対象となった少年が、犯罪少年ではなく（犯罪の嫌疑が存在しないか、嫌疑が不十分な場合）、かつ虞犯少年にも当たらない場合に限られる。こうしたことから明らかなように、犯罪少年に家庭裁判所の審判を受ける機会が保障されているのは、非行少年の健全育成にとって必要だからであり（少1条参照）、「単なる期待権」にとどまるものではない。また、少年事件では非行事実の認定とともに要保護性の解明と認定も重要なものであるが、捜査機関は、要保護性の不存在を理由として不送致処分を選択することはできない。要保護性の存否と内容の判断は、専門機関として事件を受理した家庭裁判所の専権に属するものだからである（家庭裁判所専議主義）。また、それとは反対に、検察官が刑事処分相当を確信している少年の犯罪について、少年事件として家庭裁判所に送致することなく、少年が成人になった後に刑事事件として公訴提起することも、逆の意味で許されないと言わなければならない。

もつとも、犯罪少年が家庭裁判所の審判（専門機関による判断）を受けることが、「単なる期待権」にとどまらないとしても、それに違反した成人後の公訴提起をただちに無効とすることまではできない。何らかの事情で少年時に事件を家庭裁判所に送致することができず、成人後に公訴提起せざるをえないという事態は充分にありうることだからである。検察官先議を否定した現行少年法が、全件送致主義の違反に対する制裁を規定していないのも、こうした観点から説明することができる。その意味で、【6】【7】【8】の最高裁が、成人後の公訴提起の無効の「可能性だけ」に言及したのは、当然のことであった。したがって、その点を前提とすれば、どのような事情のもとで公訴提起が無効になるかということこそが重要である。しかし、この点について、「極めて重大な職務違反」に当たるような違法の場合に限定して公訴提起を無効とする最高裁の態度には、重大な問題があると言わざるをえない。基準とすべきなのは、検察官の意図や重大な故意・過失の有無という主観面だけではなく、家庭裁判所に送致できなかった（成人後に公訴提起せざるをえなかった）ことに合理的な理由があったかどうかという客観面をも含めた総合的判断でなければならないからである<sup>19)</sup>。そうでなければ、検察官が「仕方がなかった」と言うだけで、事実上の検察官先議（全件送致主義の潜脱）が認められることになってしまう。

成人後の公訴提起の合理性という観点からすれば、【6】【7】の事案は、合理性を欠くように思われるものであり、それぞれの原判決（【3】【4】）の判断こそが妥当であったと言えよう。また、【8】事案は、単なる捜査の遅延だけでなく、少年事件としては不送致処分とした検察官の判断が前提となっており、【6】【7】以上に問題があ



るものと思われる。

4 【8】における検察官の不起訴処分（実質的には不送致処分）は、Xについて、犯罪少年と虞犯少年のいずれにも該当しないと判断されたことを意味している。しかし、現行制度のもとでは、少年事件の全件送致義務を遵守させるための担保や保障が存在しないため、少年時に不送致処分を選択した事件についても、成人後に刑事訴追することが可能な構造になっている。【8】の検察官の対応は、まさにそのような対応を選択したものであった。その意味で、【8】は、【6】および【7】と同様のもになっている。そして、検察官および弁護人のいずれもが、最高裁が引用した【6】判決の一般論（傍論）を前提としながらも、弁護人は「極めて重大な職務違反が認められる場合」に当たるとし、検察官と裁判所は「極めて重大な職務違反が認められる場合」に当たらないとして、正反対の結論を明示するものになっている。また、【8】の事案は、被害者（と思われていたY）の回復を待つなど、成人後の公訴提起が有効とされた【5】事案に類似する点もなかったわけではない。

しかし、16歳4カ月時点の行為について、19歳になる直前に不起訴（不送致）処分にしながら、Yからの検察審査会申立てを契機として、すでに21歳になっていたXの追加捜査にはじめて着手し、捜査の着手からわずか2カ月後に公訴を提起したのは、捜査遅延の意図まではなかったとしても、客観的には、「いたずらに事件処理を放置した」ものと評価せざるをえないように思われる。本件の捜査の放置期間は、【2】【3】【4】【5】の各事案のいずれと比べても、不適切に長期にわたるものと言わざるをえない。特に、捜査が遅延した段階で検察官の判断が介入しなかった【2】【3】【4】【5】の各事案と異なり、一旦は検察官自身が不送致処分の判断をしていたという事実が重視されなければならない。

5 また、【8】の第1審判決は、家庭裁判所に送致すべきであったとする弁護人主張の被疑事実（無免許運転の幫助）と検察官が公訴提起した被疑事実（業務上過失致傷）とが異なるとして、検察官の対応が「全件送致主義に違背し、事故時の運転、まして業務上過失傷害の事実について被告人の家庭裁判所での審判を受ける機会を奪ったなどとは到底いえない」としている。この判示内容は、おそらく一事不再理効的な発想を前提とするものであり、控訴審および最高裁にも引き継がれている。他方、弁護人が主張するように、無免許の2人が同乗している以上、XとYのいずれが運転していたかまでは認定できないにしても、Xについては少なくとも無免許運転の幫助は成立するはずであるから、無免許運転の幫助としてXを家庭裁判所に送致することが可能であったとすることができる。

もつとも、そうであるとしても、無免許運転の幫助として家庭裁判所に送致し、非行事実なしの不処分決定で終局した場合に、成人後に業務上過失傷害罪で刑事訴追することは、刑事訴訟法上の一事不再理効は及ばないとする理解が多数である。少年法 46 条の文理解釈としても、保護処分決定がされていない以上、再審判ないしは刑事訴追遮断効は否定される<sup>20)</sup>。そうであれば、少年時に不送致で処理した事件を成人後に刑事訴追することは、「解釈論」としては排斥することができない。したがって、弁護人の主張の適否やその評価を別にしても、【8】の「事案全体」を考察した場合、一旦は不送致処分として処理した少年事件を成人後に刑事訴追した検察官の対応は、解釈論としては排除されないものである。それにもかかわらず、【8】の各審級の考え方は、少年法の理念や運用といった「実質的な観点」からは疑問とせざるをえない。

以上のこととの関係で、少年事件における一事不再理効については、実質的な観点から特別な考慮をしている裁判例が散見される。さらには、条文の立法趣旨を超えながらも少年の積極的な救済を図った裁判例も見られるところである。次に、そのような実質的観点から解決を図った裁判例を手がかりとして、【8】事案の解決（結論）の当否について検討することにした。

#### 注

- 17) 他方、公訴提起後に少年であることが判明した場合には公訴が棄却され（東京地判昭和 54 年 6 月 11 日家庭裁判月報 32 卷 5 号 106 頁、宇都宮地判平成 3 年 7 月 11 日家庭裁判月報 44 卷 1 号 162 頁）、成人であるか少年であるかが確定できない場合には少年として扱われることになる（東京地判平成 9 年 2 月 25 日判例時報 1614 号 146 頁）。このような扱いは、少年法（特別法）が刑法・刑事訴訟法（一般法）に対して優先的に適用される（特別法は一般法を排斥する）ことから当然に導かれるものである。
- 18) 田宮裕/廣瀬健二編『注釈少年法〔第 3 版〕』（有斐閣、2009 年）421 頁以下。なお、最判昭和 28 年 3 月 26 日刑集 7 卷 3 号 641 頁。
- 19) 船田・前掲注 7) 464 頁以下参照。
- 20) 田宮ほか編・前掲注 18) 446 頁以下参照。

## IV 実質的観点からの適切な実務運用への期待

### (1) 少年法と一事不再理効

少年法は、保護処分が付された犯罪少年について、同一事実にもとづく再審判と成人後の刑事訴追を明示的に禁止している（少46条1項）。そして、その実質は、一般に、刑事訴訟手続における一事不再理効（憲39条後段、刑訴337条1号）と同じものとして理解されている。もっとも、【8】事案は、直接的にせよ間接的にせよ、刑事訴訟手続における一事不再理効が問題になりうる事案ではなかったし、少年法上の再審判・刑事訴追遮断効が問題になる事案ですらなかった。ただ、横浜地裁は、少なくとも無免許運転の幫助としては家庭裁判所に送致できたはずだとする弁護人の主張に対して、「無免許運転の幫助の事実と本件業務上過失傷害の事実とは、両立しない関係にはあるが、両者は、その罪質、被害法益、態様等、その主要な犯罪構成要素を全く異にし、公訴事実の同一性を欠く」と判示しているように、たとえ無免許運転の幫助の事実で送致されていたとしても、成人後の業務上過失傷害罪での刑事訴追は許容されるという仮定的な前提に立って、検察官の対応を追認するものとなっている。その意味で、横浜地裁の判断は、一事不再理効的な発想にもとづいたものであると言ってよい。

このような横浜地裁の判示の背景には、実体裁判の拘束力に関する昭和40年の東京高裁判決が考慮されているように思われる。そこでは、業務上過失致傷罪で確定判決を受けた「身代わり」犯人が後に犯人隠避罪で刑事訴追されたという事案について、このような後訴は「矛盾であり、混乱であって……〔前訴〕確定裁判は再審手続により速やかに是正されて然るべきものである」としながらも、後訴を適法なものとして有罪判決が維持されていた（東京高判昭和40年7月8日高刑集18巻5号491頁）。このような立場を前提とすれば、無免許運転の幫助として送致されていたという仮定に立っても、横浜地裁が言うように、【8】における成人後の刑事訴追は、少年法46条の解釈論として許容されることになる。再審判・刑事訴追が禁止される「審判を経た事件」の範囲は、刑事訴訟における一事不再理効の及ぶ範囲と同様に、公訴事実の同一性によって判断されるべきものだからである（最決昭和36年9月20日刑集15巻8号1501頁参照<sup>21</sup>）。

しかし、そのような解釈論的には妥当な帰結であっても、少年事件において実質

的な観点を重視する立場からは、必ずしも常に適切なものとされるわけではないことに注意を要する。そもそも、昭和40年の東京高裁判決に対してさえ、端的に実体裁判の拘束力（一事不再理）に違反するとして公訴棄却を主張する立場が見られる<sup>22)</sup>。また、一事不再理効までは認められないとする立場においても、確定判決と矛盾するような判決を目的とする公訴提起は適正手続に反するものとして、公訴棄却すべきだとの主張も見られる<sup>23)</sup>。このような主張の存在からも明らかなように、【8】の横浜地裁のような解釈論だけが正しいというわけではない。さらに、一事不再理効（再審判・刑事訴追遮断効）との関係で、実質的な観点からの考察に極めて重要な手がかりを与えてくれるのが、昭和40年の最高裁大法廷判決の事案であり、平成9年の最高裁判決の事案（調布駅南口事件）である。

## （2）昭和40年最高裁大法廷判決

1 この事案は、成人間近の少年（行為時19歳）によるひき逃げについて、業務上過失傷害罪と旧道路交通法違反（報告義務違反）で検察官から事件送致を受けた家庭裁判所が、前者の事実については検察官送致（逆送）決定をする一方で、後者の事実については、自動車事故の報告義務を規定する道交法の罰則は憲法38条1項に反するものとして、非行事実の不存在を理由に審判不開始決定をしたものである（旭川家決昭和35年9月22日判例時報288号30頁）。検察官は、少年が成人するのを待って、検察官送致決定がされた業務上過失傷害の事実とともに、非行事実なしとされた報告義務違反の事実を併せて公訴を提起した。この事案は、交通事故の報告義務違反に対する罰則を合憲とする大法廷判決（最大判昭和37年5月2日刑集16巻5号495頁）が出される2年前のものであり、家庭裁判所による違憲判断の是非を争うためには、成人後に改めて刑事訴追する以外にないもの（極めて特異な事案）であった点に注意しなければならない。

検察官の公訴提起を受けた第1審は、一事不再理の趣旨から被告人を免訴とし、控訴審も第1審の判断を維持した（札幌高判昭和37年8月21日高刑集15巻6号473頁）。他方、検察官の上告を受けた最高裁は、少年保護事件手続と刑事訴訟手続とは目的や構造がそれぞれ異なることを根拠として、「審判不開始の決定が事案の罪とならないことを理由とするものであっても、これを刑事訴訟における無罪の判決と同視すべきではなく、これに対する不服申立の方法がないからといって、その判断に刑事訴訟におけるいわゆる既判力が生ずることはない」と判示した（最大判昭和40年4月28日刑集19巻3号240頁）。これは、少年法46条（平成12年改正前の

条文)の文理解釈から導かれる素直な結論であり、それまでの学説上の議論に終止符を打つものであった<sup>24)</sup>。

2 しかし、その一方で、この判決には、奥野健一裁判官の補足意見のほかに、山田作之助裁判官、柏原語六裁判官、田中二郎裁判官の各反対意見が付されていた。それぞれの反対意見の内容の概要は、成人後の刑事訴追を妥当でないとする立場から、少年法46条の文理解釈によっては適切な解決が導けない(成人後の刑事訴追を否定できない)として、46条の文理解釈とは異なる実質的な観点から再審判・刑事訴追遮断効を認めようとするものであった。こうした指摘は、【8】事案にも及びうるものである。また、46条の文理解釈を根拠とする法廷意見においてさえ、何らの制約もなしに成人後の刑事訴追を認めることの実質的な不合理性については明確に自覚されており、「検察官に対し、家庭裁判所が少年事件についてした要保護性の存否に関する判断を十分考慮した上適切な裁量をするように期待すべきである」として、実務の適切な運用への期待が表明されていたところである。

このような反対意見および法廷意見における検察官の適切な対応への期待の背景には、違憲判断を理由として審判不開始決定がなされた事案において、少年審判への関与を一律に排除されている検察官としては、成人後の刑事訴追によって違憲判断を争う以外に方法がなかった、という極めて例外的な事情が考慮されているように思われる。学説にも、このような例外的な場合に限って成人後の刑事訴追を認めるべきだとする立場がある<sup>25)</sup>。このように、昭和40年大法廷判決の事案においては、極めて特殊な事情のある場合だけを例外として、検察官の良識にもとづいた適切な運用(成人後の刑事訴追を差し控えるべきこと)が、暗黙のうちに了解されていたと言ってよい。昭和40年判決の事案は、業務上過失傷害の部分が刑事処分相当として検察官送致されていたこともあり、家庭裁判所による違憲判断という稀有な事情さえなければ、成人後の刑事訴追はなされなかった(検察官の適切な対応がされていた)ものであったように思われる。事実、昭和40年の大法廷判決以後、審判不開始決定または不処分決定を受けた少年が成人後に起訴されるという事態は、後述の「調布駅南口事件」に至るまで存在しなかったのである。

3 【8】の事案は、一事不再理効の問題は本来的に生じえないものであった点で、家庭裁判所による審判不開始決定の効力が直接的に問題となった昭和40年の事案とは明らかに異なっている。しかし、文理解釈によって一事不再理効を明示的に否定した大法廷判決さえもが検察実務の適切な運用の必要性に言及していた主旨(実質)は、事案の異なる【8】においても十分に尊重されなければならない。まして

や、一事不再理効的な考え方を前提とするように思われる【8】の各審級の判断については、同様の要請が強く働くと言わなければならない。また、それ以上に、検察官が一旦は不送致処分を選択していた【8】においては、事実上の検察官先議主義を実現する（全件送致主義を否定する）ような対応も可能であったことから、検察実務の適切な運用に対する要請は、昭和40年の事案以上に強いものがあつたはずである。さらに、この点との関係では、事故から3年間を経過した後の不送致処分の判断と、その直後の検察審査会への申立てを契機とした追加捜査の開始、そしてその後わずか2カ月程度の捜査にもとづく公訴の提起、という一連の事実の「実質」をどのように評価するかが問われる事案であつたと言わなければならない。

### (3) 平成9年最高裁判決

1 家庭裁判所で保護処分決定を受けた少年について、成人後に刑事訴追することの可否が争われたのが、調布駅南口事件である。事実関係は極めて複雑であるが、その概要は次の通りである。傷害および暴力行為等処罰法違反の容疑で東京家裁八王子支部に送致された7人の少年(S, K, M, I, C, H, T)について、H(非行事実不存在による不処分)を除いた全員に保護処分決定がなされ、S(保護観察処分決定)とHを除く5人(全員が中等少年院送致処分決定)が事実誤認(無罪の主張)を理由として抗告した。抗告を受けた東京高裁は、集中審理のうえで、非行事実を認定した原決定には事実誤認の疑いがあるとして、原決定を取り消し、事件を原審に差し戻した。差し戻し審では、補充調査の機会が与えられた結果、すでに成人していたTに年齢超過による検察官送致決定がなされたほか、まだ少年であつた4人については、Mが非行事実不存在による不処分決定を受け、一方、K, I, Cのそれぞれについては刑事処分相当を理由とする検察官送致決定がなされた。家庭裁判所から送致を受けた検察官は、T, K, I, Cだけではなく、不処分決定を受けたMをも含めた5人全員について公訴を提起した。

2 検察官の公訴提起を受けた東京地裁八王子支部は、公訴提起時に少年であつたCについて、証拠調べに入ることなく、公訴棄却の判決(刑訴338条)を言い渡した(東京地八王子支判平成7年6月20日判例時報1536号27頁)。裁判所は、保護処分決定に対する抗告にも刑訴法402条と同様の不利益変更禁止原則の適用があるとすると、少年院送致を不利益に変更する検察官送致決定にもとづく公訴提起(起訴強制[少45条5号本文])そのものを違法であり、したがって無効であるとしたのである。それに対して、検察官の控訴申立てを受けた東京高裁は、少年審判

手続にも刑訴法 402 条と同様の不利益変更禁止原則の適用があったとした第 1 審判決の判断は是認したものの、検察官送致決定は手続上の中間的処分（中間決定）にとどまるため、その段階における不利益性を問題にすることはできないから、本件の検察官送致決定は違法なものではなく、それを受けた公訴提起も有効であるとして、第 1 審判決を破棄し、事件を第 1 審に差し戻した（東京高判平成 8 年 7 月 5 日高刑集 49 卷 2 号 344 頁）。

多岐にわたる理由からなる被告人の上告を受けた最高裁は、上告の適否には直接触れることをせずに、それまでの本件の審理経過を摘示したうえで、C に対する公訴提起を違法で無効であるとして控訴審判決を破棄し、最高裁の判断と結論的に一致する第 1 審判決を維持すべきものであるとして、検察官の控訴を棄却した（最判平成 9 年 9 月 18 日刑集 51 卷 8 号 571 頁）<sup>26)</sup>。この最高裁判決は、「刑事処分は、少年にとって、保護処分その他同法の枠内における処遇よりも一般的、類型的に不利益なものとしていると解するのが相当である」としているところから、一般に、少年法における不利益処分禁止原則を判示したものと解されている。その後、C と同様に検察官送致されて刑事訴追されていた T, M, K, I についても、検察官が公訴を取り消すに至っている。

3 調布駅南口事件は、直接的には少年院送致決定を受けた C を成人後に刑事訴追することの可否ないしは適否が問題になったものであり、少年が家庭裁判所に送致もされていなかった【8】事案とは事実関係が大きく異なる。また、最高裁の判示内容も限定的であり、事例判例としての意義は大きいものの、その射程範囲は極めて限定されたものでしかない<sup>27)</sup>。しかし、その一方で、不処分決定を受けていた M に対する刑事訴追との関係では、検察官が不送致の判断をしていた【8】事案の問題と実質的に共通するところがある。少年法 46 条の解釈論としては、調布駅南口事件の M の公訴提起には刑事訴追遮断効が及ぶことはない。しかし、それにもかかわらず、検察官は、C の公訴提起に対する最高裁の判断（違法で無効）を契機として、M に対する公訴を取り消すという対応に出た。検察官による公訴の取消しの理由は、必ずしも明らかではないが、被告人の救済という実質に配慮したものととの指摘が見られる<sup>28)</sup>。検察官にとっては不本意なものであったかもしれないが、調布駅南口事件判決において、昭和 40 年の大法廷判決が一般論ないしは暗黙のうちに認めていた、少年法における適切な実務運用への期待がまさに実現したものと見ることができよう<sup>29)</sup>。

刑事訴追遮断効が本来的に問題になりえない【8】においても、一事不再理効が及

ばないことに言及する横浜地裁，そしてそれを追認した控訴審および最高裁も，実質的な問題の共通性に着目すれば，調布駅南口事件最高裁判決とそれを受けた検察官の対応（実質的観点からの公訴取消し）について，意を用いるべきであったものと考ええる。

#### (4) 昭和 58 年最高裁決定

1 実質的な観点を重視した適切な事案解決との関係では，条文の立法趣旨を大きく越えながらも，少年の救済を図った裁判例がある。その典型的なものとして，柏事件最高裁決定を見ておくことにする。

この事件は、「柏の少女殺し事件」ないしは「みどりちゃん事件」として世間の注目を集めたものである。そこでは，保護処分取消しを規定する少年法 27 条の 2 第 1 項（平成 12 年改正前のもの）にいう「本人に対し審判権がなかったこと」に，非行事実の不存在の場合が含まれるかが問題になった。事案の概要は，11 歳の少女をナイフで殺害したという非行事実にもとづいて医療少年院に送致された少年が，保護処分執行中に犯行の否認に転じたことから，付添人が凶器などの証拠を改めて点検した結果，犯人は当該少年ではないとの確信を持つに至り，少年に対して審判権がなかったにもかかわらず保護処分にしたことを認めうる新たな証拠を発見したとして，「保護処分取消申立書」を千葉家裁松戸支部に提出したというものである。千葉家裁松戸支部は，新証拠は非行事実の認定に合理的な疑いを生ぜしめる程度のものでなく，少年法 27 条の 2 第 1 項に該当しないとして，保護処分の取消しを認めない決定をした（昭和 58 年 1 月 20 日）。また，付添人からの抗告申立てを受けた東京高裁は，保護処分不取消決定は少年法 32 条に規定する抗告の対象ではないことなどを理由として，抗告を棄却した（同 2 月 23 日）。これらの判断は，少年法 27 条の 2 第 1 項の立法趣旨と文理解釈，および 32 条の文理解釈から素直に導かれる結論であったとすることができる。

2 付添人からの再抗告に対して，最高裁は，原決定を取り消し，東京高裁に差し戻す決定をした。最高裁は，非行事実の存在を誤認したために「誤って保護処分に付された少年を救済する手段としては，少年法が少年側に保障した抗告権のみでは必ずしも十分とはいえないのであって，保護処分の決定が確定したのちに保護処分の基礎とされた非行事実の不存在が明らかにされた場合においても何らかの救済の途が開かれていなければならない」との前提から，「現在，少年審判の実務においては，少年法 27 条の 2 第 1 項……を保護処分の決定の確定したのちに処分の基



礎とされた非行事実の不存在が明らかにされた少年を将来に向って保護処分から解放する手続をも規定したものと運用する取扱いがほぼ確立されており、同項に関するこのような解釈運用は……十分支持することができる」としたうえで、「少年法 27 条の 2 第 1 項に基づいてした不取消決定に対しては同法に基づく抗告をすることができないという理由により附添人の抗告を不適法として棄却した原決定は、同法 32 条の解釈適用を誤ったものというべきであり、右法令の違反は決定に影響を及ぼし、これを取り消さなければ著しく正義に反する」としたのである（最決昭和 58 年 9 月 5 日刑集 37 卷 7 号 901 頁）。

3 少年法 27 条の 2 は、現行少年法が成立した直後の改正によって新設された条文であるが（昭和 25 年法律 98 号）、その本来の立法趣旨は、年齢の詐称や誤認のために家庭裁判所の審判権が及ばない者（成人）について、誤ってなされた保護処分を取り消すという点にあった<sup>30)</sup>。しかし、その後の昭和 30 年代からの実務において、非行事実がなかったにもかかわらず誤って保護処分に付されている場合の取消しを含むとする運用が一般化していき、昭和 50 年代にはすでに確立した実務慣行にまでなっていた<sup>31)</sup>。また、こうした実務動向は、学説によってもほぼ例外なく支持されていたところでもある。このような動向の背景には、どのような理由であるか（審判権の不存在か非行事実の不存在か）を問わずに、前提を欠いて決定された保護処分は、保護処分の利益性（少年の保護と教育）をいかに強調したところで、絶対に許容されないという認識の存在がうかがわれる。そうした状況のもとでの昭和 58 年決定は、条文の立法趣旨と文理解釈を越えてまで、実質的観点からの少年の救済こそを重視していた実務の運用を積極的に追認したものであり、事実上、27 条の 2 に「再審」的機能を認めたものとして高く評価されている<sup>32)</sup>。また、保護処分不取消決定に対して少年側の抗告を認めた点については、消極説に立つ判例があった（東京高決昭和 35 年 12 月 15 日家庭裁判月報 13 卷 3 号 169 頁）だけではなく、実質的な観点からの解決（少年の救済）を強く主張する学説によっても消極に解されていた<sup>33)</sup>、画期的とも言えるものであった。

その後、保護処分が終了した後の取消しの可否が争われた事案においては、いわゆる草加事件決定（最決平成 3 年 5 月 8 日家庭裁判月報 43 卷 9 号 68 頁）が、27 条の 2 第 1 項にいう「保護処分の継続中」の文理解釈を根拠として、保護処分の取消しを否定した。しかし、この草加事件決定に対しては、実質的観点からの救済（名誉回復）を求める学説から厳しい批判がされていたところである<sup>34)</sup>。そうした状況のもとで、2000 年の少年法改正は、27 条の 2 第 2 項において、「保護処分が終了した後

においても、審判に付すべき事由の存在が認められないにもかかわらず保護処分をしたことを認め得る明らかな資料を新たに発見したときは、前項と同様とする。ただし、本人が死亡した場合は、このかぎりでない」ことを明示するに至った。この規定は、本人死亡の場合を除外した点で成人に対する死後再審（刑訴439条1項4号）との不整合は見られるものの、保護処分終了後の事後的救済手段を導入したものであり<sup>35)</sup>、実質論からの適切な解決に向けた主張が立法を動かしたものであるとして、高く評価することができる。

以上のところから明らかなように、実質的観点からの事案解決が適切である場合には、明らかに文理解釈を越えた運用が認められる場合もあるし、法律を改正したうえでの対応も充分にありうるところである。その意味で、こうした対応は、司法積極主義であると言ってもよい。司法積極主義の是非については議論がありうるにしても、特に少年法との関係では、司法積極主義が発揮する機能の重要性を否定することのできない事態の存在が認められているのである。そして、【8】の事案も、まさに、そのような実質的観点からの解決が要請されるものであったと思われる<sup>36)</sup>。

#### 注

- 21) なお、栗田正「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和36年度』（法曹会、1962年）233頁以下、豊田健「虞犯をめぐる2,3の問題」家庭裁判月報29巻7号（1977年）20頁、宮崎昇「判例批評」刑事判例研究会『刑事判例評釈集 第23巻 昭和36年度』（有斐閣、1979年）136頁以下、団藤ほか・前掲注7）393頁以下、白取祐司「判例批評」田宮編・前掲注13）139頁。
- 22) たとえば、上口裕『刑事訴訟法〔第3版〕』（成文堂、2012年）535頁。
- 23) たとえば、鈴木茂嗣『刑事訴訟法〔改訂版〕』（青林書院、1990年）239頁。
- 24) 西川潔「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和40年度』（法曹会、1966年）54頁。
- 25) 青柳文雄/筑間正泰「判例批評」法学研究40巻10号（1967年）116頁。
- 26) 本件全体の経緯と各審級の裁判所の対応については、問題点の検討等を含めて、斉藤豊治「調布駅前事件と少年司法—東京家裁八王子支部の差戻審決定の問題点」、「調布駅前事件判決と少年司法のゆくえ—東京地裁八王子支部判決の検討」、「少年審判手続と二重の危険の禁止」、「少年保護事件と不利益変更禁止—調布駅前事件控訴審判決の検討」同『少年法研究1 適正手続と誤判救済』（成文堂、1997年）207頁以下、214頁以下、222頁以下、248頁以下、参照。なお、丸山雅夫「少年司法システムの影—調布駅南口事件」人間関係研究創刊号（2001年）49頁以下。
- 27) 池田修/中谷雄二郎「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成9年度』（法曹会、2000年）157頁。

- 28) たとえば、高田昭正「少年冤罪事件の救済—調布駅南口事件における司法の責任と課題」法律時報 70 巻 1 号（1998 年）3 頁、川出敏裕「上訴」法学教室 351 号（2009 年）116 頁。
- 29) 検察官の公訴取消書は、「被告人 K 及び同 I の起訴は、C に対する暴力行為等処罰に関する法律違反、傷害被告事件について平成 9 年 9 月 18 日最高裁が言い渡した判決に照らしても違法とは解されないが同判決の趣旨及びその他の事情を考慮し、この際、右両名の公訴を維持することは相当でないと考え、本件公訴を取り消す。また、被告人 T、同 M についても、同 K、同 I の右処分との権衡等の諸事情を総合考慮し、本件公訴を取り消す」という、極めて歯切れの悪いものになっている。検察官としては、有罪を確信しつつも、最高裁判決によって公訴を取り消さざるをえない状況に追い込まれたとでも言いたげなニュアンスが明らかにうかがわれる。
- 30) 昭和 25 年 3 月 6 日第 7 回国会衆議院法務委員会議事録第 12 号 6 頁、最高裁判所事務総局家庭局「少年法および少年審判規則改正経過」家庭裁判月報 5 巻 8 号（1953 年）116 頁以下参照。
- 31) 最高裁判所事務総局編・前掲注 4) 149 頁以下参照。
- 32) 木谷明「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 昭和 58 年度』（法曹会、1987 年）218 頁以下参照。
- 33) たとえば、菊池信男「少年保護事件における『再審』（2・完）—少年法 27 条の 2 をめぐる若干の問題」家庭裁判月報 14 巻 4 号（1962 年）167 頁。
- 34) 詳細については、丸山雅夫「草加事件が問いかけたもの」南山法学 25 巻 1 号（2001 年）1 頁以下参照。さらに、丸山雅夫「少年保護事件と非常救済制度」岩井宜子先生古稀祝賀論文集『刑法・刑事政策と福祉』（尚学社、2011 年）491 頁以下。
- 35) 2000 年改正における 27 条の 2 の改正理由等については、甲斐行夫/入江猛/飯島泰/加藤俊治・岡健太郎/岡田伸太/古田孝夫/本田能久/安永健次『少年法等の一部を改正する法律及び少年審判規則等の一部を改正する法律の解説』（法曹会、2002 年）165 頁以下参照。
- 36) また、福島至「判例批評」法律時報 86 巻 10 号（2014 年）135 頁は、本件捜査の違法を前提として、少年事件の特性を強調するところから、「手続的正義の観点から公正さを欠く」ものとして、本件起訴を無効とする可能性を指摘している。

## むすびに代えて

以上、【8】の事案を手がかりとして、実質的観点から解決を図った裁判例に言及しながら、【8】における裁判所の対応を批判的に見てきた。本稿の結論は、【8】における各裁判所の対応（結論）は、解釈論からの帰結（形式論）としては排斥するこ

とができないにしても、実質的観点（実質論）からは「適切でなかった」と言わざるをえないとするものである。すでに冒頭に言及したように、少年犯罪に対する少年法と刑事訴訟手続との間には、密接な連携が見られる一方で、明らかな断絶も見られる。そして、【8】事案で見られたような深刻な問題が生じるのは、まさに、両者の間に断絶が存在する場面においてである。そうした問題への対処方法としては、最終的には立法による明快で一義的な解決こそが望ましいが、それが実現しない段階においては、解釈論的な一貫性だけではなく、実質的な考察にもとづく個別・具体的な解決が要請される場面があることを否定できない。

こうした実質的考察にもとづく適切な事案解決の必要性については、昭和40年判決の法廷意見が認めていたところであり、調布駅南口事件のMに対する公訴の取消して実現していたところである。また、柏事件決定は、それら以上に、直接的な救済を「意図した」ものであった。本稿での検討において、事実関係と論点が【8】事案と大きく異なるこれらの事案を積極的に参考にして論じたのも、実質的観点からの考察の必要性という点で、それぞれに通底する共通性があると考えたからにはかならない。

また、より根本的には、すでに少年事件として担当した検察官が不起訴（不送致）処分として処理していたにもかかわらず、同一の事実について成人後に刑事訴追された点で、【8】事案は「検察官一体の原則」との関係でも重大な問題性を孕んでいた。そして、そうした事態が何ら問題視されなかったのは、とりもなおさず、弁護人の主張する実質論に対して丁寧な対応がなされなかった点に起因していると言わざるをえないものである。

\*本稿は、2014年度パツヘ研究奨励金 I-A-2（一般）にもとづく研究成果の一部である。また、東京高裁に提出した意見書にもとづく見解については、すでに、丸山雅夫「少年犯罪に対する少年法と刑事訴訟手続との交錯」南山法学35巻1号（2011年）129頁以下として公表してある。