
論 説

少年犯罪事件における 手続遅延への対応

丸 山 雅 夫

はじめに

- I 少年事件として扱うことの意義
 - (1) 少年保護事件として扱うことの意義
 - (2) 少年刑事事件として扱うことの意義
 - II 少年事件手続における遅延の扱い
 - (1) 本件における各裁判所の判断
 - (2) 手続遅延事案の検討
 - III 手続の遅延事案における量刑
 - (1) 本件における各裁判所の判断
 - (2) 違法な手続と量刑事情
- むすびに代えて

はじめに

1 旧少年法は、18歳未満を少年としたうえで(旧1条)¹⁾、少年の犯罪(少年刑事事件)についても、原則として刑罰をもって臨むこと(刑事処分優先主義〔旧27条〕)を前提としていた。少年犯罪事件の第一次的な扱いは、検察官の起訴裁量のもとで判断されていたのである(検察官先議主義)。これに対し、保護処分優先主義を基本とする現行少年法(1条参照)は、少年年齢を20歳未満に引き上げるとともに(2条1項)、少年事件(非行)の扱いに関する専門機関として家庭裁判所を設置し、犯罪少年を含めた非行少年のすべて(3条

1項)を少年保護事件として家庭裁判所に係属させたいうえで、その扱いを家庭裁判所の判断に委ねることにした(全件送致主義にもとづく家庭裁判所先議・専議主義)。したがって、少年犯罪の扱いについても、検察官による裁量的運用は一切認められず(検察官先議主義の完全否定[42条1項参照])、家庭裁判所が「刑事処分相当」と判断した少年犯罪だけが刑事裁判手続に係属する仕組みになっている(20条)²⁾。

2 また、少年年齢の判断時について、行為時基準による多くの国と異なり、処分決定時・裁判時基準を原則とする我が国の少年法においては、家庭裁判所における保護事件手続の段階(調査・審判過程)で行為者が20歳に達した場合には、年齢超過を理由として事件が検察官に送致され(年超検送[19条2項, 23条1項])、当然に成人刑事裁判手続に係属することになる。同様の事態は、20歳より前に実行した犯罪について、家庭裁判所に送致される直前や20条にもとづく検察官送致(以下、「逆送」と言う。)の直後に20歳に達する者についても生じるものである。さらに、極端な場合には、捜査後の家庭裁判所への送致ないしは逆送後の公訴提起(45条5号)に時間的な制約がないため、捜査機関(警察・検察)の怠慢等による手続の遅延の結果として、少年時の犯罪が少年保護事件ないしは少年刑事事件として扱われる機会を失い、成人刑事裁判手続にしか係属させられないという事態もありうる。

後に見るように、捜査の遅延によって少年が成人したために少年事件として家裁送致ができなかった事案³⁾は散見され、その扱いについては一連の最高裁判例によって一応の決着を見ている。他方、逆送後の公訴提起が遅延したため少年が成人してしまったという事案⁴⁾は、これまで例がなかったようであり、少年法の代表的な教科書も、そのような事態は想定していなかったように思われる⁵⁾。

こうした状況のもとで、最近、後者のような手続遅延事案(以下、「本件」と言う。)が現れ、その一般的な扱いについては第一審(さいたま地判平成29年6月23日LEX/DB 文献番号25560571)と控訴審(東京高判平成30年5月18日LEX/DB 文献番号25560572)の結論が一致する一方で、控訴審は、手続の遅延を厳

しく批判して、手続の遅延を量刑に反映するかのような態度を示した（破棄自判）。それは、一般論としては、捜査後の送致手続の遅延に関する一連の最高裁判例と軌を一にしながら、遅延の問題性を量刑に反映する点では、成人刑事裁判における違法収集証拠事案に関する一部の下級審判例で展開された考え方と通底するもののように思われる。そこで、本稿において、それらの裁判例をも参考にしながら、少年事件における手続遅延への対応について考えてみたい。

3 裁判所が認定した本件の事実と手続の経緯は、おおよそ次のようなものであった。

行為当時 18 歳 X か月であった少年が、平成 27 年 1 月 30 日の午前 3 時 32 分頃、無免許で普通自動二輪車に分乗して肝試しに行った（第 1）帰りに、信号機によって交通整理の行われている交差点を通過する際、同交差点の対面信号機が赤信号を表示しているのを停止線手前約 58 メートルの地点で認めながら、運転が楽しく、信号を無視してでもスピードを出したまま運転し続けたいと思うと同時に、深夜なので左右から来る車両はないだろうと考え、急制動の措置を講じることなく赤信号を殊更無視し、重大な交通の危険を生じさせる速度（時速約 50 キロメートル）で進行したことにより、おりから信号に従って左方道路から進行してきた中型貨物自動車左前部に自車の左側面部を衝突させて自車を転倒させ、自車の後部席に同乗していた被害者（当時 18 歳）を転倒させて重症胸部外傷等の傷害を負わせ死亡させた（第 2）。

この少年について、道路交通法違反容疑（第 1）と危険運転致死容疑（第 2）で捜査が遂げられ、① 平成 27 年 12 月 3 日に警察官からさいたま地方検察庁検察官に事件送致され、② 少年の住所地が東京都内であったため、同月 6 日にさいたま地方検察庁から東京地方検察庁に事件が移送され、③ 平成 28 年 5 月 26 日に東京地方検察庁から東京家庭裁判所に送致され、④ 同年 6 月 21 日に東京家庭裁判所が東京地方検察庁検察官への送致を決定し（刑事処分相当）、⑤ 少年の住居地が大阪市内であることが確認されたため、同年 7 月 29 日に東京地方検察庁からさいたま地方検察庁に事件が移送され、⑥ 同

年 Y 月 Z 日に行為者が成人したため、⑦ Y 月 28 日に検察官が公訴提起をした。誕生日や行為時の正確な年齢は不明であるが、警察官から検察官に事件送致されるまでに約 10 か月間、検察官が家庭裁判所に送致するまでに約 6 か月弱、逆送から公訴提起までに約 4 か月が経過していた。

こうした事情のもとで、弁護人は、捜査機関が捜査を遅延させたことによって、犯行当時 18 歳 X か月であった被告人が少年として刑事裁判を受ける利益が失われたため、このような公訴提起は違法であり、棄却されるべきであると主張した（刑訴 378 条 2 号〔刑訴 379 条を根拠とする当初の主張の趣旨が控訴審の釈明で変更されている〕）。

注

- 1) 条文の摘示については、少年法は法令名を省略し、少年法以外の法令については通常の略記方法に従う。
- 2) 刑事処分相当を理由とする検察官送致については、丸山雅夫「少年法 20 条による検察官送致」南山法学 39 卷 3・4 号（2016 年）63 頁以下参照。
- 3) このような事案は、厳密に言えば、遅延の原因が何に起因しているかによって、捜査過程だけに問題がある事案、家裁への送致手続だけに問題がある事案、捜査過程と送致手続のいずれにも問題がある事案に区別できる。
- 4) このような事案も、厳密に言えば、逆送後の公訴提起手続だけが遅延した場合と、捜査過程や家裁送致手続が遅延した結果として、少年保護事件として扱われながらも逆送後の公訴提起が間に合わなかった事案、捜査過程および（または）送致手続の遅延とともに逆送後の公訴提起手続が遅延した事案とに区別することができる。本稿で扱う事案は、捜査手続・送致手続・公訴提起手続の全体的な遅延によって、少年保護事件として扱われながらも少年刑事裁判としての扱いが不可能になってしまった事案である。
- 5) たとえば、守屋克彦/斉藤豊治編集代表『コンメンタール少年法』（現代人文社、2012 年）258 頁〔斉藤〕、田宮裕/廣瀬健二編『注釈少年法〔第 4 版〕』（有斐閣、2017 年）237 頁以下。

I 少年事件として扱うことの意義

(1) 少年保護事件として扱うことの意義

1 少年の特性（未成熟さと可塑性の高さ）を根拠として、犯罪少年を成人犯罪者と区別して扱う少年保護事件手続は、非行少年の健全育成（要保護性の解消による再社会化）を目指すところから（1条）、犯罪者の責任追及を目的とする成人刑事裁判（刑訴1条参照）との比較において、一般に、少年にとって利益となる手続と考えられている。また、刑事処分相当として少年保護事件手続から刑事裁判手続に逆送された少年犯罪者についても、依然として少年法の目的が及ぶことから、少年刑事裁判手続・刑事処分にもいくつかの重要な特則が規定されている（40条参照）。本件は、一旦は少年保護事件手続に係属していたものであるから、家裁への送致自体がなかった（少年保護事件として扱われなかった）少年時の犯罪をめぐる事案とは異なっている。しかし、一般的な前提として、犯罪少年を少年保護事件手続で扱うことの意義を確認しておくことは、本件の検討に際しても重要である。

まず、何らかの手続の遅延との関係で少年と成人の扱いが左右される最大の原因は、少年犯罪の扱いについて、我が国の少年法が処分決定時・裁判時を基準として少年年齢を判断する原則を採っていることにある⁶⁾。

2 犯罪少年が少年保護事件手続で扱われることの意義は、何よりも、家庭裁判所における調査段階・審判段階において要保護性が解消または著しく低下した場合に、「審判に付するのが相当でない」として審判不開始（19条1項）とされ（39.1%）、「保護処分に付する必要がある」として不処分決定（23条2項）を受ける（21.7%）ことにある（不処分優先主義⁷⁾。審判不開始・不処分決定によって、非行少年の約60%が、法律上の何らの処遇を受けることなく保護事件手続から離脱していく。また、処遇が必要な場合であっても、成人犯罪者に対する責任追及（刑罰による社会的非難）とは異なり、「性格の矯

正及び環境の調整に関する保護処分」(1条)による健全育成こそが重視され、刑事処分はきわめて例外的なもの(0.4%)となっている(保護処分優先主義)。さらに、保護処分を受ける場合にも、社会内処遇としての保護観察(24条1項1号)がその中心であり(28.2%)、施設収容処遇のほとんどを占める少年院送致(同3号)は相対的に多くない(8.4%)。手続上の遅延によって家裁に送致することができなかつた事案では、こうした扱いを受けられなくなることで、少年の不利益だとされるのである。

3 審判不開始決定ないしは不処分決定で終局する少年事件が多い点との関係で言えば、少年保護事件で扱われる可能性が否定されることは、公訴提起後の成人犯罪の有罪率が99.9%以上であることと比べて、一般に不利益だという評価は可能である。ただ、そのように言えるのは、家裁に送致できなかった当該事案が審判不開始決定ないしは不処分決定で終局しえたことが確実な場合に限られる。この場面で想定される不利益は、あくまでも可能性にとどまる。同様に、保護処分優先との関係でも、逆送決定されないことが確実であった事案でしか、現実的な不利益を主張することはできない。

他方、保護観察が社会内処遇であること(成人について社会内の刑罰は存在しない)、保護観察が1年3か月程度(一般保護観察)ないしは6か月程度(交通保護観察)での解除を原則として、より短期間のものもありうること(一般短期保護観察および交通短期保護観察)との関係では、少年保護事件による扱いは犯罪少年に有利なものと言えよう。また、施設収容処遇の少年院送致についても、1年間のプログラムを標準に運営され(長期処遇)、処遇勧告(少審規38条2項)によって短期間ないしは特別短期間を選択しうる点では、成人の自由刑よりは有利なものであると言ってよい。しかし、その一方で、少年院送致においては、保護観察の場合と異なり、比較的長期間(1年を超えて2年以内)や相当長期間(2年を超える)の勧告もありうるため、成人自由刑との比較で有利・不利をただちに判断することは困難である。また、最適な少年処遇の観点から、軽微な交通事犯において、罰金刑を見越した検察官送致の扱いが実務で広く定着していることから⁸⁾、保護処分こそが少年の利益とま

では断言できない状況も見られる。

このように、犯罪少年が少年保護事件手続で扱われる意義は大きいにしても、少年保護事件手続に係属させなかったことをもって、ただちに、その後の刑事裁判手続を遮断しなければならないほどの「現実的な不利益」が生じるとまでは言うことができない。家裁への送致手続が遅延した事案について、成人事件としての公訴提起を無効とする主張が実務に受け入れられてこなかったことにも、十分な理由がある。

(2) 少年刑事事件として扱うことの意義

1 刑事処分相当として家裁から検察官に逆送された少年犯罪は、検察官の公訴提起によって刑事裁判手続に係属し、成人犯罪と同様に扱われるのが原則である。裁判手続は公開され（憲37条1項）、裁判員裁判の対象にもなるし（裁判員2条1項）、刑罰によって責任を追及される（刑訴1条）。こうした扱いは、「刑事事件」としての側面からもたらされるものである。他方、「少年事件」として少年法1条の目的規定の適用も認められることから、公訴提起、裁判手続、刑事処分のそれぞれについて、以下のような重要な特別扱いが認められている（40条参照）。

2 公訴提起の場面では、検察官の起訴裁量（刑訴248条）は認められず、起訴が強制されるとともに（45条5号本文）、嫌疑不存在または訴追不相当の場合であっても事件を家裁に移送しなければならない（同但書）。また、公訴提起後の裁判手続においても、少年法9条の趣旨（少年保護事件における調査の方針〔要保護性の解明〕）に従った審理が要請される（50条）。そして、何よりも重要なのは、刑事裁判での事実認定によって「保護処分」に付するのが相当と認められた場合に、事件が家裁に移送されることである（いわゆる55条移送⁹⁾）。そして、こうした裁判手続段階での特別扱いをよりよく実現するため、少年刑事裁判においては、成人刑事裁判ではきわめて例外的である情状鑑定が多く活用される傾向が見られる。

刑事処分との関係では、少年時の判決で有期自由刑を宣告される場合に、成人の定期刑と異なり、長期と短期を明示した不定期刑が言い渡され(52条)、成人と分離した施設ないしは場所で刑が執行される(56条)。また、財産刑が執行できない場合の成人に認められる換刑処分としての労役場留置は、少年には認められない(54条)。さらに、仮釈放のための経過期間の要件および仮釈放期間の終了については、いずれも成人よりも短期間(有利な扱い)が明示されている(58条、59条)。

以上のような特別扱いが、一般に、少年刑事事件で扱われることの利益だとされているのである。特に、少年刑事事件においては55条移送の申立てが常態化している点、成人の有期自由刑の法定上限が20年である(刑12条1項・13条1項)のに対して、最も重い少年の有期自由刑が短期10年・長期15年であることとの関係では、少年刑事事件として裁判を受けられないことの「不利益感」には現実味があると言ってよい。

3 55条移送の申立ては、逆送決定に対する不服申立(抗告、特別抗告)が許されないことから(東京高決昭和45年8月4日家庭裁判月報23巻5号108頁、最決平成17年8月23日刑集59巻6号720頁)、不服申立の代替手段として積極的に活用されている傾向が見られる¹⁰⁾一方で、そうした事態を本末転倒として批判する見解も強い¹¹⁾。事実、55条移送が認められる事案はきわめて少数である。しかし、本件と同様の危険運転致死事案で移送が認められた例もあるし¹²⁾、本件よりも重大な殺人の事案で移送が認められた例もある¹³⁾。本件は、犯行時の年齢との関係でいわゆる原則逆送対象事件(20条2項参照)であった点が特徴的なものではあるが、ただちに55条移送の申立ての利益がなかったとまでは言えない。

少年の不定期刑については、犯罪に対する責任追及との関係で、責任刑の重さをどこに求めるかで見解(短期説、長期説、中間位説)が対立しているが¹⁴⁾、実務では中間位説の立場(短期と長期の中間程度に責任刑を想定する)での運用が確立している(最判昭和25年3月15日刑集4巻3号335頁、最大判昭和29年1月20日刑集8巻1号41頁、最判昭和32年9月20日刑集11巻9号2353頁)。中間位説の

運用によれば、あらかじめ責任刑の程度を想定したうえで、それを中間位として短期と長期が設定されることになる。そうであれば、責任刑としての不定期刑が量定される成人と比べて、責任刑を超える長期が言い渡される少年不定期刑をただちに有利なものとは言うことができない¹⁵⁾。しかし、最も重い不定期刑が短期10年・長期15年に制限されていることとの関係では、中間位を責任刑として想定する運用を前提としても、不定期刑による責任追及が犯罪少年に有利に機能する場面は否定できない。特に、仮釈放の経過期間の要件が短期を基準とし(58条1項3号)、それが仮釈放期間の終了に影響を与える点は、中間位説で責任刑を量定する場合であっても、不定期刑の言い渡しを受けることは犯罪少年にとって明らかに利益となるものである¹⁶⁾。

以上のように、少年の犯罪については、逆送後に少年刑事事件として裁判を受け、少年時に刑事処分を受けることに、相当程度の現実的な利益が認められる。本件弁護人の主張は、まさに、このような点を背景とするものであった¹⁷⁾。

注

- 6) 他方、多くの国のように行為時基準で少年年齢を判断したり、行為時の年齢を根拠として特別扱いを認める我が国少年法の例外的な特則(行為時18歳未満に対する死刑の絶対的禁止と無期刑の任意的減輕[51条1項・2項]、人の資格に関する法令の適用制限[60条]、同一性推知情報の公表禁止[61条])との関係では、行為時の年齢こそが重要であるため、その扱いは一義的に確定され、手続の遅延が特段困難な問題を生じることはない。
- 7) 本稿で引用する統計数字は、2016年度の一般保護事件における終局総人員(27,708人)に対する割合であり、いずれも、最高裁判所事務総局家庭局「家庭裁判所事件の概況(2・完)―少年事件―」法曹時報70巻1号(2018年)242頁(第28表)に拠っている。
- 8) 田宮ほか編・前掲注5)228頁(図表15・16)。なお、高木典雄「少年事件処理の制度」石原一彦ほか編『現代刑罰法大系7 犯罪者の社会復帰』(日本評論社、1982年)244頁以下、見満正治「少年交通事件の処理について―大阪家庭裁判所交通部の処遇を中心として」家庭裁判月報35巻4号(1983年)39頁以下、豊田建夫「道路交通事件において罰金を見込んでなされる検察官送致について」家庭裁判月報38巻7号(1986年)1頁以下。さらに、廣瀬健二「我が国少年法制における非刑罰的措置について」立教法学79号(2010年)49頁。

- 9) 55条移送については、丸山雅夫「少年法55条による家庭裁判所への移送」南山法学38巻3・4号(2015年)55頁以下参照。
- 10) 北村和「家庭裁判所への移送」廣瀬健二編『裁判例コンメンタール少年法』(立花書房, 2011年)488頁。
- 11) 植村一郎「少年刑事被告事件における刑罰法規の問題状況に関する若干の考察」同『少年事件の実務と法理』(判例タイムズ社, 2010年)364頁以下。
- 12) 行為時16歳5か月の少年による危険運転致死罪(被害者1名)の裁判員裁判で、最終的に55条移送が認められている(大阪地決平成28年8月2日LEX/DB文献番号25543573)。なお、斉藤豊治「判例解説」『新・判例解説Watch』21号(2017年)189頁以下。
- 13) 行為時15歳8か月の少年が祖母と実母を殺害した事案の裁判員裁判で、55条移送が認められている(横浜地決平成28年6月23日判例時報2342号118頁)。なお、葛野尋之「判例解説」『新・判例解説Watch』22号(2018年)185頁以下。
- 14) 小林充「少年に対する不定期刑の言渡基準について」家庭裁判月報25巻12号(1973年)1頁以下、香川達夫「不定期刑」阿部純二ほか編『刑法基本講座 第1巻』(法学書院, 1992年)217頁以下、竹村典良「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)230頁以下。
- 15) 特に、女子高生監禁殺人事件控訴審判決(東京高判平成3年7月12日高刑集44巻2号123頁)においては、犯罪少年に対する不定期刑は、成人と比較して常に一律に軽い量刑をもって臨むことを意味しないものとされている。
- 16) 本件における第一審の懲役5年という量定は、少年刑事事件で裁判されていた場合には5年を責任刑(中間位)とする不定期刑を想定したものであった。責任刑を懲役2年6月とした控訴審判決の量刑は、あるいは、こうした可能性としての不定期刑の重さ(重すぎることを)をも背景としていたのかもしれない。
- 17) 「捜査の遅延」を直接の根拠とする弁護人の主張の実質は、手続全体としての遅延を批判するものであり、第一審と控訴審もそのような実質的な観点を明確に意識した判断になっている。

II 少年事件手続における遅延の扱い

(1) 本件における各裁判所の判断

1 逆送後に成人してから起訴された本件被告人は、さいたま地裁において、裁判員裁判で裁かれることになった。さいたま地裁は、捜査過程での遅

延について、担当警察官に少年事件の扱いについての十分な知識や配慮があったとは認められず、より短期間に捜査を終わらせる可能性があったとしながらも、継続的な捜査が行われていた点や取調べ等の日程調整に時間を要したことを指摘したうえで、担当「警察官が少年として刑事裁判を受ける機会を失わせる意図をもって殊更捜査を遅らせた、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極めて重大な職務違反があったとは認められない」とした。また、検察官による家裁への送致の遅延については、「より短期間に捜査を遂げることができたのではないかという疑念は払しょくできないが」、「一応の理由があって捜査を継続していた以上、この期間に検察官が殊更に捜査を遅らせたりいたずらに事件の処理を放置したなどとは認められない」とした。さらに、逆送後の公訴提起の遅延については、「検察官から被告人や被告人の母親に対して複数回連絡を試みたものの被告人らが応答しなかったり、被告人が大阪に転居していたことが判明したために事件が東京地方検察庁からさいたま地方検察庁に移送されたなどという事情が影響していると認められるのであるから、……検察官の対応が違法であったとは認められない」とした。そして、結論として、「本件の捜査経過のいずれの段階においても……捜査経過を総合してみても、捜査官が殊更に捜査を遅らせたりいたずらに事件の処理を放置したなどとは認められない」としたのである。

このように、第一審は、家裁への送致を含む捜査過程および逆送後の公訴提起の遅延のいずれについても、さほど重大なものではないと評価している。こうした評価によれば、成人した後の公訴提起は、もとより有効なものであり、その後の手続に何らの影響も及ぼさないということになる。

2 他方、控訴審の東京高裁は、捜査過程について、「少年事件を担当する警察官として当然に備えているべき法律知識の欠如が捜査の遅延に関係していたと認められ、……担当警察官には、重大な職務怠慢があったといわざるを得ない」とし、法律の専門家として少年法を熟知しているはずの検察官の処理（家裁への送致の遅延と逆送後の公訴提起の遅延）についても「職務怠慢が

あったとの評価は免れない」として、「本件においては、被告人の年齢も踏まえ、それに応じた迅速な捜査を遂げていれば、少年には少年法の適用を受ける機会があったと考えられるにもかかわらず、累積した職務怠慢による捜査の遅延によりその機会が失われたという点において、本件捜査は違法性を帯びるものといわざるを得ず、各捜査担当者には重大な職務違反がある」ことを言明した。

しかし、こうした判示にもかかわらず、「検察官には極めて広範な訴追裁量があり、捜査手続に違法性が認められるからといって当然に公訴提起を違法とするものではないところ、本件捜査を担当した捜査官には重大な職務違反が認められるものの、いずれも被告人が少年法の諸規定に基づく裁判を受ける機会を殊更に奪おうとしたものとは認められず、事件の処理を遅らせた職務懈怠の程度も、重大とはいえ、……〔本件の経緯との関係で〕極めて重大であるとははいえず、本件事案の重大性に照らしても、本件における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とは到底いえないから、本件公訴提起を無効とするものではないと解される」として、原判決の「本件捜査の評価に関する部分は是認することはできないものの、本件公訴提起の効力は失われなかったとしたその結論は相当であって、当裁判所も支持することができる」とし、「原裁判所が、本件公訴を受理して実体判断をした点に違法はな〔い〕」と結論づけた。

3 手続全体における遅延の評価について、第一審は、後述の平成 25 年最高裁決定を引用したうえで、遅延をもたらした具体的な事情を逐一指摘して、遅延が違法であるとはまでは言えないとしている。それに対して、控訴審は、第一審と同様の事実関係を前提としながらも、遅延が職務違反（職務怠慢ないしは職務懈怠）にもとづくものであるとして、「本件捜査が違法性を帯びるもの」であると明確に判示した。本件捜査の違法性を明示した点で、控訴審判決は明快なものである。しかし、それにもかかわらず、控訴審も、捜査の違法性の程度を問題にすることで、本件の公訴提起は無効にならないものとした。この意味では、第一審判決と控訴審判決との間に実質的な違いはない。

こうした結論の背景には、「本件は保護処分が相当な事案とは到底認められないから、この点で被告人に実質的な不利益が生じたとは認められないし……少年として刑事裁判を受けていた場合ですら不定期刑という刑事罰を受けていたはずの被告人が、公訴提起が遅れたことによって何らの刑事罰も受けずにすむというのはおかしい」とされ（第一審判決）、「本件事案の重大性に照らしても」とされている（控訴審判決）ように、違法な捜査を理由としてその後の手続をただちに無効にしてしまうことの問題性（実質論）を意識した態度を看取することができる。また、その背後には、行為時の年齢（18歳Xか月）との関係で、逆送後の公訴提起に遅延がなかったとしても、本当に「少年」刑事事件として終局することができたかについての疑問があったのかもしれない。

（2）手続遅延事案の検討

1 本件事案とは異なるものの、捜査過程での遅延によって少年が成人してしまっただけに少年事件としての家裁送致が間に合わず、少年保護事件手続に係属しえなかった事件が成人事件として起訴されたという事案は、これまでも散見されたところである。その扱いをめぐっては、下級審判例では争いが見られたものの¹⁸⁾、昭和44年と45年の最高裁判決によって、捜査過程での不適切な対応が認められる場合であっても、成人後の公訴提起は原則として違法でないとする方向が確立している。そして、そうした方向性は、本件の第一審が先例として引用する平成25年の最高裁決定で再確認されているところである¹⁹⁾。

2 昭和44年判決は、検察庁における年迫少年の事件受理手続が年末事務処理のために遅延したという事案について、「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」との一般論を展開しながら、「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」として、「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]」とした（最判昭和44年12月5日刑集23巻12号1583頁）。また、昭和45年判決は、年迫少年の捜査記録を担当警察官が漫然と保管し続けたという事案について、昭和44年判決で示された一般論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」としている（最判昭和45年5月29日刑集24巻5号223頁）。

さらに、平成25年決定は、一旦は少年被疑者の不送致処分を決定し、その旨が少年にも知らされていた事案において、成人後の検察審査会への審査申立てを契機に補充捜査を行ったうえで成人事件として公訴提起したという事実について、「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、昭和44年と45年の最高裁判決を引用したうえで、「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、「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[い]」ものとしている（最決平成25年6月18日刑集67巻5号653頁）。

3 こうした一連の最高裁判例によって、捜査過程における瑕疵によって少年保護事件手続に係属させられなかった事件を成人事件として公訴提起する事案については、違法ないしは職務怠慢があることを否定しないまでも、そのことだけで公訴提起を無効とはしない扱いが確立しているのである²⁰⁾。また、同じような発想は、捜査過程で違法に収集された証拠の扱いが問題になった事案において、憲法 35 条の人権保障とそれを受けた刑訴法の厳格な規定、憲法 31 条の適正手続条項等から、「証拠物の押収等の手続に、憲法 35 条及びこれを受けた刑訴法 218 条 1 項等の所期する令状主義の精神を没却するような重大な違法があり、これを証拠として許容することが、将来における違法な捜査の抑制の見地からして相当でないと認められる場合においては、その証拠能力は否定されるものと解すべきである」とする判示（最判昭和 53 年 9 月 7 日刑集 32 卷 6 号 1672 頁）にも明確にうかがわれる。

もっとも、本件は、一旦は少年保護事件手続に係属したものの、逆送後の公訴提起時に被告人が成人していたために、「少年」刑事事件としての扱いが受けられなかったものであり、家裁送致を含む捜査過程の遅延が直接的に問題になったものではない。しかし、そのような相違にもかかわらず、本件事案と従来の事案は、いずれも被疑者（被告人）が「少年事件」手続で扱われる機会を奪われたという点で共通しており、同一の観点からの対処が可能な事案である。本件第一審判決が、捜査過程での遅延について平成 25 年決定を引用する一方で、公訴提起の遅延についても「殊更に捜査を遅らせたりいたずらに事件の処理を放置したなどとは認められない」としているのは、捜査から逆送後の公訴提起に至るまでの手続全体を通じて「違法性の有無」を考えているからにはほかならない。また、捜査官の職務怠慢と検察官の職務懈怠を認めて、本件事案の扱いにおける違法性を認める控訴審判決も、手続全体の「違法性の程度」を考慮したうえで公訴提起の有効性を肯定している。その意味で、成人後の公訴提起の有効性判断については、遅延を生じた事情が手続全体のどの段階に存在したかは、さほど重要なものではないことになる。

4 検察官による家庭裁判所への送致ないしは逆送後の公訴提起については、明確な時間的制約が存在しないことから、昭和44年判決および本件控訴審判決が指摘するように、その運用は検察官の広範な訴追裁量に委ねられている。したがって、弁護人が主張するような、成人後の公訴提起の「手続がその規定に違反したため無効であるとき」(刑訴338条4号)に該当するものとしてただちに公訴棄却すべきだとの論法は、少なくとも解釈論としては導くことができない²¹⁾。従来の一連の裁判例の結論が肯定的に捉え(受け入れ)られているのにも理由がある²²⁾。そのため、一連の裁判例を批判する立場は、公訴権濫用論²³⁾や少年事件手続の特性(成人事件とは異なる特別扱いの必要性)の重視という観点に着目したもの²⁴⁾にならざるをえないのである。

また、検察官の訴追裁量が前提になるとしても、手続の遅延にもとづく公訴提起が検察官の裁量権を逸脱しているかどうかについては、具体的な判断基準は存在して(提示されて)おらず、事案(手続違反の程度)の実質的判断によって左右されざるをえない²⁵⁾。こうした観点は、捜査段階における違法な手続の評価が問題になった違法収集証拠事案においても同様である²⁶⁾。違法な手続のすべてを無効とすることは刑事司法(正義の実現)への信頼を損ねる²⁷⁾一方で、すべてを有効とすることも、被告人の人権保障との関係で国民の信頼を損ねることになりかねない。その意味で、すべてが事例判断ということになる。ただ、本件との関係で言えば、第一審および控訴審が認定した事実を前提にする限り、少年手続としての遅延が成人後の公訴提起を無効とするまでのものではなかったと言ってよいであろう。また、昭和44年判決の事案と昭和45年判決の事案においても、成人後の公訴提起を無効とするまでの事情はなかったように思われる。他方、少年事件としての不送致を検察官が判断して被疑者に通知していた平成25年決定の結論については、重大な疑問がある。それは、補充捜査の必要性の名目のもとに、一旦は不問に付された少年事件を成人事件として「蒸し返す」ものであり、不送致判断に一事不再理効が及ばないことを前提にしても²⁸⁾、実質的な観点において問題があると言わざるをえないからである²⁹⁾。

注

- 18) 丸山雅夫「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」南山法学 38 卷 2 号 (2014 年) 174 頁以下参照。
- 19) さらに、園原敏彦「検察官の送致」廣瀬編・前掲注 10) 435 頁以下、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法 第 5 卷 [第 2 版]』(青林書院, 2013 年) 79 頁以下 [吉田博視], 参照。
- 20) 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。
- 21) たとえば、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、昭和 44 年判決事案の控訴審との関係で、公訴提起を違法としなければならぬ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。
- 22) たとえば、小沢正明「判例紹介」研修 764 号 (2014 年) 122 頁。さらに、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, 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、前田雅英「公訴権の適切な行使」警察学論集 66 卷 9 号 (2013 年) 163 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、石山宏樹「判例批評」論究ジュリスト 11 号 (2014 年) 233 頁以下、野原俊郎「判例解説」『最高裁判所判例解説 刑事篇 平成 25 年度』(法曹会, 2016 年) 188 頁以下。
- 23) 石川才頭/横山省治「判例批評」日本法学 35 卷 4 号 (1970 年) 125 頁。
- 24) 正木祐史「判例解説」法学セミナー 705 号 (2013 年) 114 頁、山口直也「判例解説」『新・判例解説 Watch』14 号 (2014 年) 172 頁、丸山・前掲注 18) 189 頁以下、福島至「判例批評」法律時報 86 卷 10 号 (2014 年) 135 頁。なお、佐藤剛「判例批評」警察学論集 68 卷 4 号 (2015 年) 191 頁は、「少年事件の捜査及び処分を行うに当たっては、少年法が定める全件送致主義の趣旨を損なうことがないよう適切な判断が求められている」とする。
- 25) 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 卷 1 号 (2011 年) 134 頁以下。
- 26) 三井誠「判例批評」松尾浩也ほか編『刑事訴訟法判例百選 [第 6 版]』別冊ジュリスト 119 号 (1992 年) 131 頁は、裁判所による違法宣言の意義について、「捜査機関に対して守るべき行動準則を伝えるものであろうが、捜査活動規制の実効性についてはむろん明確でない」として、その抽象性を指摘している。
- 27) 森岡茂「判例批評」刑事判例研究会『刑事判例評釈集 第 31 卷 昭和 44 年度』(有斐閣, 1984 年) 274 頁以下、同「判例批評」刑事判例研究会『刑事判例評釈集 第 32・33 卷 昭和 45・46 年度』(有斐閣, 1987 年) 67 頁以下。なお、違法収集証拠事案について、椎橋隆幸「判例批評」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選 [第 9

版』別冊ジュリスト 203号(2011年)197頁は、「違法の程度があまり重大でない手続によって採られた証拠まですべて排除し、その結果、真犯人が処罰を免れるという事態は国民の信頼を得られないし、また、証拠排除法則の制度趣旨にもそぐわないであろう」と指摘している。

- 28) 少年事件における一事不再理効については、丸山雅夫「少年事件と一事不再理の原則」南山法学 34巻3・4号(2011年)1頁以下参照。
- 29) 平成25年決定事案に対する批判的検討の詳細については、丸山・前掲注18)189頁以下参照。

III 手続の遅延事案における量刑

(1) 本件における各裁判所の判断

1 本件や一連の最高裁判決・決定のような、手続の遅延が「少年」事件としての扱いを不可能にしてしまった事案においても、成人後の公訴提起が有効である以上は、その後の手続は通常の成人刑事事件として進行し、事実認定に続いて量刑判断が行われることになる。本件の実事認定については特に言及すべき点はないが、量刑判断との関係では、第一審および控訴審のいずれもが、裁判員裁判での適切な量刑を担保するために導入された「量刑グラフ」³⁰⁾を用いていることが注目される。また、具体的な量刑判断においては、刑法には直接的な規定がなく、実務では、起訴猶予の基準(刑訴248条)が重要な目安とされている。したがって、少年側に起因せずに生じた手続遅延の事実を量刑判断で考慮することも特に排除されているわけではない。そして、この点の扱いが、本件の第一審判決と控訴審判決で微妙に異なっているのである。

2 第一審は、量刑判断において、本件事故の態様の危険性と悪質性(年長少年が原付免許の停止処分を伴う保護観察中に、バイクに乗って楽しかったという短絡的動機から、自発的でない被害者を後部座席に同乗させて高速度で赤信号を無視して事故を起こした)、結果の重大性(被害者の死亡)、被害者遺族の厳しい処罰感情にそれぞれ言及したうえで、「赤信号殊更無視の危険運転致死のうち処断刑と同

一又は同種の刑が1件の事案〔量刑分布[1] = 引用者挿入〕と、危険運転致死のうち同乗者を死亡させた事案〔量刑分布[2] = 引用者挿入〕の、双方の量刑グラフを参照し、4年から6年程度の実刑が相当な事案と位置付けることができる」とする一方で、一般情状として、監督者のいる環境（父親の同居）の確保を指摘しながら、被告人の反省と被害者遺族への謝罪および被害弁償の不十分さを指摘している。そして、こうした事情を総合的に考慮したうえで、被告人に対して、検察官の求刑通りの懲役5年を言い渡した。なお、捜査の遅延がなかったならば少年刑事事件として不定期刑の可能性があった点については、「一定程度被告人に有利に考慮されるべき事情と言える」とするにとどまっている。

これに対して、控訴審は、執行猶予を相当とする弁護側の量刑不当の控訴趣意に対して、第一審が「本件各犯行の態様、危険性、結果の重大性や遺族感情、動機等につき指摘するところは相当である」としながらも、被害者が同乗したことの評価との関係で、「先輩に言われて乗せられたといっても、一緒に肝試しに行ったいわば仲間内での話であるし、危険運転を行った車両に衝突された相手方が死亡した場合が殆どを占める量刑分布を基準として量刑すべきものとはいえない」として、第一審は「事案に適切な量刑分布表の選択を誤り、全体としての量刑分布における本件事案の位置付けを誤った」とした。控訴審は、量刑分布[1]を用いるのは本件事案に適切でなく、量刑分布[2]が基準になるべきものと考え、「本件は、概ね懲役3,4年で重くても5年程度という枠に位置付けられるもの」と評価したのである。さらに、第一審が「本件捜査の違法を認定しなかったうえ、被告人の年齢に対する配慮を欠いた点について被告人に有利な事情として考慮すると説示しながら、自ら選択した量刑の幅の中で中央に当たる刑を量定し[た]」ことについても、「捜査官の重大な職務怠慢により被告人が少年法の諸規定に基づく裁判を受ける利益を失ったことも十分斟酌したものとはいえない」とした。以上から、第一審が言い渡した「量刑は重過ぎるものというべきである」として、原判決を破棄し、被告人に対して懲役2年6月を言い渡したのである。

3 本件の第一審判決と控訴審判決の量刑における相違は、量刑判断の手がかりとした量刑グラフの選択の違いと、手続の遅延を量刑判断でどのように考慮するかにあったと言ってよい。さらに、前者との関係では、被害者が行為者の原付バイクに同乗した経緯についての評価が異なったことに起因している。

裁判員裁判における量刑判断では、しばしば量刑グラフが用いられることがあり³¹⁾、本件事案もまさにそのようなものであった。被害者の同乗における「非自発性」を重視した第一審が量刑分布の[1]と[2]を用いたのに対して、控訴審は、被害者の非自発性をそれほど重視しなかったために量刑分布[2]だけで判断すれば足りるとした。たしかに、同行の先輩に言われて被害者が同乗した点では、「非自発的な同乗」であったとすることができる。他方、一緒に肝試しに行ったことや、同乗を強制された事実がないことからすれば、非自発的な同乗であったとしても、量刑分布[1]（信号殊更無視の場合で、被害者が被告人車両に同乗していることによる絞り込みがなく、衝突の相手方車両内に被害者がいる事案がほとんど）を用いることは適切でないとして、量刑分布[2]（信号殊更無視のほか、高速運転の事案も多い）だけによるべきとした控訴審の判断は、量刑グラフの扱いが裁判所の適切な裁量に委ねられている（東京高判平成28年6月28日LEX/DB 文献番号25543380参照）こととも整合的である。この点での違いは、認定事実の評価に左右された結果である。

また、手続の遅延との関係では、第一審は、それを「一定程度被告人に有利に考慮されるべき事情」とするものの、どのように考慮されるべきかを全く明らかにしていない。捜査の違法を認定しなかった第一審の判示としては、全くの一般論を述べただけにすぎず、その意味では、単なる「リップ・サービス」とさえ言うてよいのかもしれない。特に、懲役4年から6年程度の実刑が相当な事案であるとしたうえで、その中央値の懲役5年を責任刑として量定したことは、手続の遅延を被告人に有利な事情として具体的に考慮したものとは思われない。他方、捜査官の重大な職務怠慢を正面から認める控訴審判決は、懲役3年ないし4年で重くても懲役5年が相当としたうえ

で、懲役2年6月を量定していることから、被告人が少年法の諸規定にもとづく扱いの機会を失ったことを十分に斟酌して、「捜査官に重大な職務怠慢があった点を踏まえ」て判断したものと言ってよいように思われる。ただ、それが量刑判断にどのように用いられたかは依然として不分明なままである。

(2) 違法な手続と量刑事情

1 本件事案と同一ではないが、違法な捜査活動にもとづく公訴提起の有効性が争われた事案は散見され、その典型例が違法収集証拠に関する事案である。このような事案の扱いについては、前掲最判昭和53年が「令状主義の精神を没却するような重大な違法」の有無によって証拠採用の是非を判断すべきだとする一般論を示したことにより、一応の決着がついている。このような対応は、本件類似の事案に対する一連の最高裁判決・決定が示す「極めて重大な職務違反」を基準として公訴提起の是非を判断する態度と通底するものである。そして、それらにおいては、手続における違法や職務怠慢があったとしても、その後の公訴提起が有効である以上は、違法な手続が量刑事情として特に考慮されるようなことはなかった。他方、違法収集証拠事案における若干の下級審判例と本件控訴審判決は、公訴提起を無効とはしない手続の違法を量刑事情として考慮することを認めている³²⁾。

2 違法収集証拠事案に関するひとつの下級審判例は、捜査過程の違法な強制採尿にもとづく覚せい剤の使用罪と所持罪の事案において、証拠能力までは排除しなかったものの、「一般に、刑罰権を実現する過程で被疑者に課せられる種々の不利益（未決勾留や取調べ等）は、それが適法である限り、被疑者において当然これを受忍しなければならないが、被疑者に受忍を求め得るのは、あくまで刑罰権を実現する上で必要不可欠なものとして法が許容した限度に止まると解すべきであって、右不利益が、本来法の予定する以上に著しい苦痛を被疑者に与えるものであったときは、被疑者がかかるとする苦痛を

受けた事実は、広義の『犯行後の状況』の一つとして、ある程度量刑に反映されるべきものとする」とし、① 嫌がる被疑者の抵抗を排除して尿を採取した「強制採尿は、人間としての羞恥心を害し、被疑者に対し著しい屈辱感を与えるものである」し、② 取調室に被疑者を連行する際の方法についても、「被疑者といえども、一個の人間としてその人格を尊重すべきは当然であって、嫌がる被疑者を数名がかりで担ぎ上げて取調室へ連行するようなことは、捜査官として厳に慎むべきことである」ことから、こうした事情は「[被告人]の刑期を定めるに当たって……相当程度考慮に容れる必要がある」として、懲役3年の求刑に対して懲役1年6月を言い渡した（浦和地判平成元年12月21日判例タイムズ723号257頁）。

また、もうひとつは、覚せい剤の自己使用罪で起訴された被告人について、自己使用の認定資料とされた尿の採取と、採尿に先立って行われた警職法3条1項1号にもとづく被告人に対する保護手続を違法なものとしながらも、その違法は令状主義を没却するほどの重大な違法ではないとして尿の鑑定書の証拠能力を肯定する一方で、そうした違法を生じさせた事情を量刑事情において考慮し、「犯罪捜査のための被疑者が受忍すべき不利益は、刑罰権行使にとり必要不可欠のものとして法が許容した限度に限定されるべきであり、これを超えて捜査機関が被疑者に不利益を課すならば、それによって被疑者が苦痛を受けた事実自体（捜査の違法を明らかにする為に長期の裁判を余儀なくされた不利益も含まれる）が広い意味での『犯行後の状況』にあたり、たとえ被告人が有罪とされる場合であっても、その量刑に相応の影響を及ぼすと考えるべきである」として、懲役1年2月（求刑は不明）を言い渡した（浦和地判平成3年9月26日判例時報1410号121頁）。

ただ、これらはいずれも第一審で確定しているため、手続の違法を量刑事情として考慮することの可否について最高裁がどのように考えているかは、依然として明らかではない。

3 我が国の刑法および刑訴法には、量刑基準を明示する規定はなく、起訴裁量の基準（刑訴248条）が量刑の際の重要な目安として用いられている。

それは、内容において、改正刑法準備草案47条2項および改正刑法草案48条2項が提案した考慮要素と同様のものである。ただ、これらに掲げられた考慮事情は、いずれも例示的なものであって、限定的なものとは考えられていない³³⁾。したがって、公訴提起を無効とするほどではない瑕疵（違法収集証拠事案における違法な捜査方法や本件事案における遅延）を「犯罪後の情況」として、量刑で考慮することは排斥されているわけではない。刑の量定においては責任刑（行為時の責任との均衡）を前提としつつ、特別予防的観点が考慮されるのである。違法収集証拠事案について、証拠の扱いをめぐる「実務のジレンマを打開するため考案された、優れて実務的な見解」との評価がされているのも³⁴⁾、こうした事情を反映したものである。また、こうした対応は、違法捜査を抑制するための警鐘と見ることもできよう³⁵⁾。本件控訴審判決が「捜査官に重大な職務怠慢があった点を踏まえ」と判示する点にも、手続遅延に対する批判的な態度が明らかにされている。

学説においても、違法収集証拠事案を念頭に置いて、違法捜査や違法処遇による「苦痛」を「刑罰の先取り」と解することによって、その苦痛の内容と程度に応じて、それを犯行後の一事情として量刑において一定程度考慮すべきであるとするものが見られる³⁶⁾。これは、前掲浦和地判平成元年すでに明示されていた考え方でもある³⁷⁾。また、特別予防との関係で、「手続中の事情のうち、国家の瑕疵にあたる事情、例えば、手続を打ち切るほどではないが異常に手続が遅延したという事情や、同じく免訴を言渡す程ではない手続上の軽微な違法性があったりという事情については、被告人に有利な方向に働くものであり、量刑上も考慮すべきである」ともされている³⁸⁾。手続の遅延に言及する後者の見解は、本件事案にも当然に及ぶものである。

4 しかし、このような発想と解決策には重大な疑問がある。量刑判断が裁判官の裁量に委ねられ、行為後の事情が量刑判断において考慮されうることには認めるにしても、手続上の瑕疵（遅延や違法な証拠の収集）は、もとより責任刑の程度を左右するものではありえないし、特別予防の観点からも、量刑判断においてどのように機能しているのかが全く明らかでないからである。

「被告人のために斟酌すべき一切の情状」と言ったとしても、そのことから、具体的な量刑判断における機能そのものが明確になるわけではない。そのため、裁判体によって、手続上の瑕疵の扱いが異なることも容易に予想される。そうであれば、すでに指摘されているように、手続上の瑕疵を行為後の量刑事情として考慮することは、同一事案における量刑に捜査機関側の態度の良し悪しが影響するだけでなく、その扱いにおいて量刑の不均衡を招くおそれがあり、場合によっては控訴理由としての量刑不当（刑訴381条）に当たることにもなりかねない³⁹⁾。この意味で、こうした方法は、客観的かつ合理的であるべき量刑判断を実現するものとは言いがたいものである。また、さらには、手続の瑕疵を認めながら、量刑事情としての考慮にとどめるという運用は、「救済の矮小化」を導く可能性を否定できないとも言われている⁴⁰⁾。手続上の瑕疵を量刑で考慮するという発想の実態は、被告人の不利益（手続の瑕疵）を量刑に「反映させる」ものではなく、量刑で不利益を「清算する」意図にもとづくものと言わざるをえない。そして、そのような発想や運用は、刑事司法のあり方として適切なものではないと思われる。

注

- 30) 最高裁判所が速報値として Web 上で公開している。なお、導入の経緯等については、小島透「裁判員裁判による量刑の変化—統計データから見た裁判員裁判の量刑傾向」中京法学 49 巻 3・4 号（2015 年）169 頁以下。
- 31) 量刑検索システムによる量刑グラフを用いた判例として、東京地判平成 22 年 12 月 21 日 LEX/DB 文献番号 25470132（殺人 1 件、刃物使用、被害者に落度なし等のグラフ）、水戸地判平成 27 年 9 月 18 日 LEX/DB 文献番号 25541399（持兇器の単独犯による 1 名殺害のグラフ）、秋田地判平成 28 年 11 月 15 日 LEX/DB 文献番号 25560487（殺人未遂 1 件を処断刑とするグラフ）、松江地判平成 28 年 12 月 1 日 LEX/DB 文献番号 25546124（共犯、財物奪取未遂、1 か月以内の傷害、考慮前科なしのデータ）、秋田地判平成 29 年 1 月 20 日 LEX/DB 文献番号 25546070（信号を殊更に無視した危険運転致死 1 件のグラフ）。
- 32) なお、長崎家裁佐世保支決昭和 43 年 6 月 4 日家庭裁判月報 20 巻 12 号 113 頁は、逆送後に家裁に再送致された（45 条 5 号但書）事案について、前回の逆送「判断を変更する必要を認め難い」としながら、不処分相当として事件を終局させている。不処分決定の理由において、「家庭裁判所と検察官の判断の相違によって手続が遅延

していることは少年にとって非常に不利益なことであることを考慮する」としている点に、本件控訴審判決と同様の発想をうかがうことができる。

- 33) 河上ほか編・前掲注 19) 62 頁以下〔吉田〕, 改正刑法準備会『改正刑法準備草案 附同理由書』(大蔵省印刷局, 1961 年) 125 頁以下〔中野次雄〕, 法務省刑事局編『法制審議会 改正刑法草案の解説』(大蔵省印刷局, 1975 年) 93 頁以下。
- 34) 平成元年の浦和地裁判決に対する判例タイムズ 723 号 257 頁のコメント。
- 35) 本田守弘「薬物事犯における捜査手続の違法と量刑」捜査研究 480 号 (1991 年) 21 頁以下参照。
- 36) 原田國男「違法捜査と量刑」同『量刑判断の実際〔増補版〕』(現代法律出版, 2004 年) 152 頁以下。さらに, 同「量刑基準と量刑事情」同書 7 頁以下, 19 頁, 参照。
- 37) 他方, 本件のような手続の遅延事案においては, 身体の拘束や侵襲のような特に明確な「苦痛」を想定することが困難である。したがって, 少年事件として扱われるはずであったという, 「手続上の可能性としての利益」を根拠とする「期待権の侵害」を「苦痛」として想定する以外にはないことになる。
- 38) 岡上雅美「責任刑の意義と量刑事実をめぐる問題点 (2・完)」早稲田法学 69 巻 1 号 (1993 年) 57 頁。
- 39) 城下裕二「量刑事情としての『捜査手続の違法』」同『量刑理論の現代的課題』(成文堂, 2007 年) 111 頁。
- 40) 高田昭正「判例解説」法学セミナー 428 号 (1990 年) 121 頁。

むすびに代えて

以上, 本稿において, 手続の遅延によって少年「刑事事件」としての扱いが受けられなくなってしまった事案について, 少年「保護事件」としての扱いが受けられなくなった事案の裁判例と, 成人の違法収集証拠事案の裁判例をも手がかりとして検討してきた。いずれにおいても, 手続上の瑕疵がその後の公訴提起を無効にすることがあるか, という点で共通の基盤に立脚するものだからである。そして, 本稿の結論は, 以下のようなものである。

「手続上の瑕疵がその後の公訴提起を当然に無効にする」あるいは「いかなる瑕疵があってもその後の公訴提起はすべて有効である」という択一的な結論が採れない以上, 公訴提起の有効性の判断においては, 瑕疵の程度を実

質的に問題とせざるをえない。その意味で、「極めて重大な職務違反」の有無（手続遅延事案）や「令状主義の精神を没却するような重大な違法」の有無（違法収集証拠事案）を基準とする最高裁の態度は、一般論としては止むをえないものである。ただ、そのような判断基準による限り、現実的には、公訴提起が無効とされるような事案はほとんど想定しえないのではないかとの疑問を払拭することができない。そうした事態を憂慮する観点から展開されたのが、公訴提起を無効としない程度の瑕疵であっても、それを量刑判断において考慮することによって、妥当な解決を見出そうとする考え方であった。その背景には、量刑を軽くする（検察官の求刑に対して不利に機能させる）ことによって、刑事司法全体のなかで、捜査過程における瑕疵や不適切な行動を排除しようとする意図がうかがわれる。そして、こうした動きについては、検察官のなかにも、一定の理解を示す立場が見られたところである。しかし、こうした方法は、切羽詰まった「究極の選択」という意味合いがあるにしても、刑事司法のあり方としては許されないものと思われる。手続の瑕疵自体を司法過程で解決（公訴提起の無効や証拠排除）できないのであれば、当該瑕疵に起因する損害に対する民事賠償（国家賠償）や、たとえ迂遠な道であるにしても、行政内部での監査・監察・監督による制裁や処分に委ねるのが筋だと言わなければならない。