

刑事判例研究(6)

中央大学刑事判例研究会

少年が店舗で医薬品等を2回にわたり万引きしたという窃盗保護事件において、立件されていない大麻使用に関する事情を非行事実とほぼ並列的に掲げて要保護性を検討した上で少年を第1種少年院送致とした原決定につき、非行事実ではないが処分に実質的に大きな影響を与える可能性のある大麻使用に関する事情を、要保護性の判断として許容される限度を超えて、あたかも非行事実であるかのように扱ったものであり、法令違反があるとしつつ、その法令違反は決定に影響を及ぼすものとまではいえないとした事例

山梨 光貴

〔大阪高裁決定令和元年9月12日，令元（く）320号，第1種少年院送致決定に対する抗告申立事件，判タ1476号132頁，判時2542号93頁，家庭の法と裁判28号140頁〕

【事案の概要】

本件少年は、平成29年に窃盗の非行により保護観察に付され、この保護観察が平成30年に解除されていた者であるが、令和元年某日、共犯者と共謀のうえ、ドラッグストアで医薬品等28点及び商品かご1点を万引きし、さらに同日、別のドラッグストアで医薬品等15点を万引きした、という窃盗2件の事実について京都家庭裁判所に送致された。

なお少年は、小学生の頃から大麻を断続的に使用しており、本件各非行

に及んだ頃にはほぼ毎日使用していた。もっとも、大麻の使用に関する事情が立件されることはなかった。

【原決定要旨】 第1種少年院送致

「本件各非行は、非常に大胆で悪質な非行であり、少年は、万引きをしたことにより保護観察に付され、それによる指導を受けたにもかかわらず、抵抗感なくより悪質な犯行に及んでいるといえる。また、少年は、長期間にわたって頻繁に大麻を使用しており、自ら大麻の密売人と接触して購入するなど、積極的に大麻を求めている。少年には、大麻の使用に対する抵抗感がほぼなかったといえ、大麻使用の常習性や大麻に対する親和性、依存性は顕著である。これらの事情に照らせば、少年の非行性は深化しており、深刻な状況にある。

鑑別結果通知書や少年調査票によれば、少年が本件各非行や大麻の使用に及んだ原因として、自己統制力の弱さや、不良親和的な価値観の取り入れが進んでいることなどの問題点が指摘されている。このような少年の問題は、少年の資質面での特性のほか、不安定な家庭環境の影響によるところが大きいと考えられることや、保護観察による指導を経ても改善できなかったことからすれば、根深いものといえ、これらの改善のためには、少年の資質も踏まえた専門家による十分な教育が必要である。少年の母と父は、いずれも、監護意欲を有しているものの、これまで適切な指導監督をすることができておらず、母による監護にも父による監護にも多くは期待できない。

以上のように、少年のこれまでの行動状況、本件各非行の内容及びこれらに至る経緯、大麻の使用に係る問題の大きさ、少年の抱える問題性及びその根深さ、保護者の監護力等の諸事情に照らせば、少年の要保護性は高く、……試験観察を含む社会内処遇では足りない。」

【決定要旨】 抗告棄却

1 法令違反について

「本件において家庭裁判所に審判に付すべき理由として送致された事実は2件の窃盗のみであるところ、原決定は、処遇の理由の説示において、審判に付すべき事由として送致等がなされていない大麻の使用に関する事情を、2件の窃盗の事実とほぼ並列的に掲げて少年の要保護性を検討している。しかし、少年の大麻の使用に関する事情は、飽くまで審判に付すべき事由として送致等はなされておらず、立件されたことのないものである(……中略……)。そして、少年の大麻の使用に関する事情は、窃盗の直接の動機となっているものでもなく、本件の非行事実である窃盗とは性質が大きく異なる上、仮に立件されるならば、本件の非行事実である窃盗に劣らない程度に重大なものと評価されると考えられる。そうすると、原決定の処遇の理由における説示は、非行事実ではないが処分に実質的に大きな影響を与える可能性のある大麻の使用に関する事情を、本件の要保護性の判断として許容される限度を超えて、あたかも非行事実であったかのように扱って処分を導き出していると解されるものであり、法令違反があるといわざるを得ない。」

2 法令違反の決定への影響について

「本件において検察官から送致された審判に付すべき事由は2件の窃盗のみであるところ、記録によれば、家庭裁判所調査官による少年調査票も少年鑑別所による鑑別通知書も、判明した大麻の使用に関する事情も踏まえているものの、2件の窃盗のみが審判に付すべき事由であることを前提として検討されていると認められる。そして、原審における審判手続においても、少年に対して2件の窃盗が審判に付すべき事由であることが告知された上で、少年に陳述を求めるなどの手続がとられており、更に少年に陳述を求めた場面で大麻の使用に関する事情の質問もなされていると認められるが、審判手続において大麻の使用に関する事情を審判に付すべき事

由として扱ったような形跡はなく、審判手続に違法があるとはいえない。」
「そうすると、原決定に至るまでの家庭裁判所の手続に特に問題があったとはいえないところ、原決定も、非行事実とは2件の窃盗であることを当然の前提としており、その処遇の理由の説明において大麻の使用に関する事情に言及したために違法といわざるを得ないものとなったと認められる。実際、原決定の説示は、大麻の使用に関する事情に関する部分を除いても、原決定の結論を導き出す理由を一応示していると解することができる。すなわち、原決定の『処遇の理由』における説示は、前記のとおり非行事実である窃盗と非行事実でない大麻の使用に関する事情をほぼ並列的に掲げて論じているが、そこから指摘される要保護性に係る事情については、いずれの原因ともなっている少年の問題性及びその根深さ、保護者の監護力等の諸事情が指摘されており、原決定の説示は、大麻の使用に関する事情の部分を除いても、少年の要保護性が高く、少年を少年院に収容して専門家による十分な教育を受けさせる必要がある理由を一応示していると解することができる。

以上を踏まえると、「原決定には、要保護性判断に当たり、非行事実でない大麻の使用に関する事情をあたかも非行事実であるかのように扱い処分を導き出した法令違反があるといわざるを得ないが、原決定に至るまでの家庭裁判所における手続は、窃盗のみが審判に付すべき事由であることを前提として行われていたものであり、特に違法な点はない。家庭裁判所調査官による調査や少年鑑別所による鑑別においても、大麻の使用に関する事情を除いた場合における要保護性に係る調査等が不足しているような事情はなく、事件を家庭裁判所に差し戻して更に調査等を実施する必要性は認められない。原決定も、このような手続を前提にしたものであり、大麻の使用に関する事情に係る説示を除けば、その審判手続に大きな問題があったとはいえず、前記のとおり、大麻の使用に関する事情の部分を除いても、少年を少年院に送致する必要がある理由を一応示しているといえる上、原決定が判断の理由として掲げている少年の問題性等に照らせば、原

決定は大麻の使用に関する事情を除いても結論は変わらない趣旨であることがうかがわれる。もとより、仮に原決定を取り消して家庭裁判所に差し戻し、家庭裁判所調査官による報告により大麻に関するぐ犯などが立件されて併合されて審判された場合は、その内容に照らして原決定と同じ結論に至る蓋然性が高く、そのようなことになれば、既に始まっている少年院での矯正教育を一時中断させる結果を招くだけとなって、少年の更生のために好ましくないともいえる。」

「以上の考察によれば、……、原決定の違法は決定に影響を及ぼすとははいえないと解するのが相当である。」

【研究】

I 問題の所在

本件は換金目的での医薬品等の万引きに関する窃盗保護事件であり、保護処分として少年院送致が選択されている。問題とされているのは、立件されていない大麻の使用に関する事情の取扱いである。

1 少年審判における「余罪」の取扱い

少年保護事件において、調査・審判の過程で明らかになった他の非行事実（便宜上「余罪」とする。）を保護処分の選択にあたって考慮する場合、その方法としては、「余罪」を正式な審判の対象とする方法と、少年の要保護性の判断資料とする方法が考えられる。

このうち、「余罪」を正式な審判の対象とする方法に問題はない。もっとも、少年法は家庭裁判所による自庁認知を認めておらず、「余罪」を審判の対象とするためには、捜査機関による送致（41条、42条）か家庭裁判所調査官による報告（7条）を経なければならない。実務的に手堅い有力な手法ではあるものの、少年の身柄拘束期間に厳しい制約が伴っている（17条）ことに鑑みると、常にこの方法をとることはできないし、必ずしも、これが最善の策とはいえないと指摘される¹⁾。このこともあり、実務上、「余

罪」を正式な審判の対象とするのではなく、少年の要保護性の判断資料とする方法が用いられることが珍しくない（東京高決平成18年9月25日家月59巻5号102頁，東京高決平成12年5月26日家月53巻5号196頁，新潟家佐渡支決平成11年7月28日家月52巻1号120頁，長野家松本支決平成11年4月23日家月51巻10号165頁，高知家決平成10年2月10日家月50巻9号226頁，水戸家決平成9年5月14日家月49巻10号12頁，前橋家桐生支決平成8年12月11日家月49巻7号119頁，山形家米沢支決平成4年12月17日家月45巻5号108頁など）。

少年法は、少年の「健全育成」を目的として掲げ（1条）、その手段のひとつとして保護処分を用意している（24条）。保護処分の選択にあたっては少年の要保護性が重要なメルクマールとなり、過去に非行の事実があったというだけでは保護処分の対象とはならない（19条1項，23条2項）。要保護性は難解な概念であるが、「将来再び犯罪ないし非行に陥る蓋然性」であるところの犯罪的危険性がその中心的な要素であることにほぼ異論はない²⁾。そうすると、要保護性の判断は、少年の将来の行動予測という側面を多分に含んだものとならざるを得ず、それを正確に認定するためには、少年の生活史や行状に関してできる限り多くの資料を考慮することが望ましいといえる。「余罪」は少年の生活史等に関する重要な資料であるから、これを要保護性の判断資料として取り扱おうとする実務の態度には、十分理由があるといえる。

1) 植村一郎『少年事件の実務と法理』（判例タイムズ社，2010年）58頁。

2) 団藤重光＝森田宗一『新版 少年法〔第二版〕』（有斐閣，1984年）16頁，田宮裕＝廣瀬健二編『注釈少年法（第四版）』（有斐閣，2017年）48頁，守屋克彦＝齊藤豊治編『コンメンタール少年法』（現代人文社，2012年）299頁〔齊藤豊治〕，澤登俊雄『少年法入門〔第六版〕』（有斐閣，2015年）144頁，平場安治『少年法〔新版〕』（有斐閣，1987年）69頁。例外として，荒木伸治「要保護性の概念とその機能」警察研究59巻10号（1988年）3頁以下。

2 「余罪」を要保護性の判断資料とすることの問題点

しかしながら、「余罪」を要保護性の判断資料として考慮することに問題がないわけではない³⁾。本件に関連して重要なのは、適正手続の保障との関係である。

少年審判手続は職権主義の構造によって支えられ、その手続や審理の方式については裁判官の合理的な裁量と運用に委ねられているが、刑事手続と同様に、事実認定その他の判断について適正手続の要請が十分に尊重されるべきことに異論はない(最決昭和58年10月26日刑集37巻8号1260頁)⁴⁾。特に非行事実の認定には、刑事手続に準ずる手続的制約がかかるとされる⁵⁾。他方、要保護性についても適正手続の要請は働くとして理解されているが、その認定は、非行事実の場合に比してゆるやかな手続の下でなされるものとされている⁶⁾。このような差異を前提としつつ、「余罪」を要保護性の判断資料として考慮することを無制限に認めると、「余罪」の認定が本来あるべき手続よりもゆるやかな手続でなされるおそれが生じてしまう。したがって、要保護性を正確に判断するために「余罪」を考慮する必要が認められるとしても、少年の人権保障の観点から、そこには一定の限界を見出す必要があることになる。

II 非行事実と審判手続

少年審判における「余罪」の取扱いの限界について検討するに先立ち、少年審判の対象は何かという点と、少年保護「事件」の単位は何かという点を確認しておく必要がある。

3) 川出敏裕「要保護性判断における余罪の考慮」『少年法判例百選』(有斐閣、1998年)106頁以下参照。

4) 団藤=森田・前掲注2)201頁、平場・前掲注2)256頁以下。

5) 詳しくは、川出敏裕『少年法』(有斐閣、2015年)148頁以下を参照。

6) 詳しくは、高木典雄「要保護性認定における適正手続の保障」最高裁判所事務総局編『家庭裁判所論集』(法曹会、1980年)318頁以下を参照。

1 審判の対象

上述のとおり、保護処分を課すためには少年に要保護性が存在していなければならないから、要保護性は保護処分の実体的要件であり、それゆえ、審判の対象であるということになる。このことには現行法制定当初から異論はない。かつて議論となったのは、審判の対象を要保護性のみであると理解するか、要保護性に加えて非行事実も審判の対象であると理解するか、という点である⁷⁾。

審判に付すべき少年は非行少年に限られるから(3条)、非行事実が存在しなければ、そもそも少年を審判に付すことはできない。したがって、非行事実は家庭裁判所が審判権を取得するための条件ということになる⁸⁾。かつては、非行事実は審判条件としての意義を持つにすぎず、審判において審理されるべきは要保護性のみであるという見解が有力であった(人格重視説)。しかしながら、保護処分の不利益性が重視されるにつれて、少年の人権保障の観点から、非行事実は審判条件であるにとどまらず、その存在が要保護性と並んで保護処分を課すための実体的要件であり、したがって、非行事実もまた審判の対象であるとの見解(非行重視説)が通説的地位を占めるようになり、現在に至っている⁹⁾。

2 不告不理の原則

少年審判の対象が要保護性と非行事実であるならば、家庭裁判所が受理する「事件」の単位は、少年と非行事実の双方によって特定されることになる¹⁰⁾。

7) 早川義郎「少年審判における非行事実と要保護性の意義について」家庭裁判月報19巻4号(1967年)1頁以下。

8) もっとも、審判を開始するための条件としては、非行事実の存在についての蓋然性が認められればよいとされる。田宮=廣瀬・前掲注2)220頁、平場・前掲注2)281頁。

9) 田宮=廣瀬・前掲注2)47頁、川出・前掲注5)93頁。

上述のとおり、家庭裁判所が事件を受理するためには、送致や報告などの手続を経る必要があり、この意味で、少年保護事件においても不告不理の原則が適用される。そして、「事件」の単位が少年と非行事実の双方によって特定される以上、不告不理の原則は、少年だけでなく、非行事実との関係によっても適用されることになる¹¹⁾。したがって、調査・審判の過程で「余罪」の存在が明らかになった場合に、新たな立件手続を経ることなくその「余罪」を非行事実として認定することは不告不理の原則に反して違法となる（福岡高決平成18年3月22日家月58巻9号64頁）。

Ⅲ 「余罪」考慮の限界

1 議論状況の整理

ところで、通常刑事裁判において余罪を量刑資料とすることができるかという問題につき、判例は、余罪を実質的に処罰する趣旨で考慮することは憲法上許されないが、余罪を量刑のための一情状として考慮することは、憲法上も刑訴法上も許されるとする立場をとっている（最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁、最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁）。不告不理の原則が非行事実にも適用されるのであれば、以上の論理は少年審判にも妥当するはずであるから、少年審判手続においても、「余罪」を実質的に処断する目的で考慮することは許されないが、「余罪」を審判対象となっている非行事実の動機や非行性の程度を明らかにするといった目的で考慮することは許されると考えられている¹²⁾。もっとも、これらを本当に区別することができるのかという問題は残るから、「余罪」を考慮する際の限界を画するためのより具体的な基準を見出すことが重要となる。

この点、実務上は、「余罪」を考慮することによって保護処分の内容が

10) 団藤＝森田・前掲注2) 31頁、田宮＝廣瀬・前掲注2) 48頁。

11) 澤登・前掲注2) 109頁。なお、団藤＝森田・前掲2) 33頁、平場・前掲2) 148頁。

12) 川出・前掲注5) 192頁。

決定的に異なることが予想される場合には「余罪」を要保護性の判断資料とすることは許されないとする見解が有力なようである¹³⁾。保護処分の内容が決定的に異なるというのは、審判の対象となっている非行事実と保護処分の対応関係よりも「余罪」と保護処分の対応関係の方が密接である、ということの意味しているとされる¹⁴⁾。

このような理解の前提には、保護処分の内容は審判の対象となっている非行事実によって拘束されるという論理があると指摘される¹⁵⁾。先に確認したとおり、審判の対象に非行事実が含まれるとする見解は通説的地位を占めるようになったが、その背景には、保護処分の不利益性と少年の人権保障が重視されるようになったという経緯があった。もし仮に、審判の対象に非行事実を含めながらそれが保護処分の選択を何ら拘束しないとなると、非行事実を審判の対象とした意義が理論的にも実際的にも相当減じてしまうおそれがある¹⁶⁾。したがって、少年の人権保障を重視する立場からは、非行事実と保護処分との間には一定の均衡が要求されるべきであると主張され、たとえば、非行事実が軽微な場合に課し得る保護処分には一定の限界がある、というような理解が支持される¹⁷⁾。

非行事実が保護処分の内容を拘束するといった場合、論理的には二通りの理解があり得る。一つは、非行事実は要保護性とは独立して保護処分を拘束するという理解であり、いま一つは、非行事実は要保護性を介して保護処分を拘束するという理解である。前者によれば、非行事実が軽微であ

13) 裁判所職員総合研修所監修『少年法実務講義（三訂補訂版）』（司法協会、2018年）43頁。

14) 山崎恒「少年保護事件と余罪の考慮」『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）176頁。

15) 川出・前掲注5）193頁。

16) 笠井勝彦「保護処分の選択決定における非行事実の持つ機能」家庭裁判月報37巻6号（1985年）115頁。

17) 山名学「少年審判と非行事実」調研紀要52号（1987年）52頁。

るならば、要保護性の内容や程度のいかんにかかわらず、不利益性の大きな処分を言い渡すことはできないことになる¹⁸⁾。後者によれば、要保護性の内容や程度それ自体が非行事実の内容や重大性の拘束を受けるとされ、審判対象となっている非行事実から推定され得ない要保護性を認定することはできないことになる¹⁹⁾。

以上の議論を前提とするならば、審判対象となっている非行事実が軽微であるにもかかわらず、「余罪」を考慮することにより不利益性の大きい保護処分が選択される場合や、「余罪」を考慮することにより審判対象となっている非行事実から推定される要保護性とは異質な要保護性が認定される場合には、「余罪」の考慮は許されないことになる。

もっとも、「余罪」の考慮がいずれの場合にも該当しないとしても、適正手続に関する問題が完全に解決されるわけではない。したがって、「余罪」の考慮が実体的に許容される場合であっても、手続的には、最低限、「余罪」の事実について少年に告知して弁解を聴取する必要があると指摘される²⁰⁾。

2 裁判例の整理

少年審判における「余罪」の取扱いが問題とされた事例はそう多くないが、裁判例の中には、原決定における「余罪」の考慮を相当でないとして原決定を取り消したものと、原決定における「余罪」の考慮に違法はないとしたものがあり、「余罪」考慮の限界およびその考慮要素を検討するうえで参考になる。

まず、前者の例として、大阪高決昭和59年4月25日家月36巻10号113頁は、中古ミニ自転車1台(時価5千円相当)とアイスクリーム2個(時価合計80

18) 田宮=廣瀬・前掲注2) 323頁も参照。

19) 笠井・前掲注16) 119頁。平場・前掲注2) 98頁も参照。

20) 植村・前掲注1) 58頁, 田宮=廣瀬・前掲注2) 270頁, 川出・前掲注5) 194頁。

円相当)をそれぞれ窃取したという窃盗保護事件において、送致されていない家庭内暴力を理由に少年院送致を選択した原決定につき、「本件非行事実(……中略……)とは異質の、審判に付すべき事由として立件されていない、しかもそれを考慮することによって処遇が決定的に異なる非行(……中略……)の点を理由に少年を原決定の処分が付するものであって、少年審判において非行事実が持つ機能や不告不理の原則などにかんがみ、相当とは思われない」とした。

また、大阪高決昭和61年8月21日家月39巻3号66頁は、パーソナル無線機1台(時価4万円相当)、ビデオカセットデッキ2台(時価13万5千円相当および時価8万1千円相当)、原動機付自転車1台(時価4万円相当)をそれぞれ窃取し、窃取した原動機付自転車を無免許で運転したという窃盗5件と道路交通法違反の事実に関する保護事件において、少年が自白した送致されていない空巣盗数十件(被害合計現金約254万円等)を理由に少年院送致を選択した原決定につき、「右空巣盗が日常的に反復されていた時期(……中略……)と、本件各非行の時期(……中略……)とは一致していないのみならず、これら余罪は本件各窃盗事犯に比して、犯行の態様、手口、反復回数、被害額等の点で大きく異なり悪質重大なものであって、これを考慮することにより処遇が決定的に異なるものと解されるので(……中略……)、原決定が前示余罪の立件或いは送致をまたず、これを本件非行の要保護性判断のための資料として用い、実質的に右未送致の数十件の余罪非行を審判の対象とするのと同様の処置をとっているのは、少年審判において非行事実がもつ機能を軽視し、不告不理の原則を潜脱するものであって、相当ではない」とした。

次に、後者の例として、東京高決平成4年8月17日家月45巻1号146頁は、窃盗保護事件において原審審判廷における少年の自白を唯一の拠り所として送致されていない5件の窃盗を認定して少年院送致を選択した原決定につき、「原決定は、これらの事実を非行事実として認定、説示しているわけではなく、単に処遇の理由中で言及しているに過ぎず、判決全体を通読

すれば、その趣旨とするところは、本件各非行事実の前後における少年の行状から本件非行の動機や非行性の深化の程度などを明らかにしようとするにあり、実質上これらの余罪につき処断する目的でその事実を掲げたものとは認められない」として、送致されていない窃盗5件を説示したこと自体が「憲法31条や不告不理の原則に触れるものということも出来ない」とした。

また、大阪高決平成6年3月18日家月46巻5号81頁は、現金が入った手提げバック1個を窃取したという窃盗保護事件において、顔見知りの女性に対して約20回にわたり、時には現金の授受を伴う形で覚せい剤を譲渡した事実を推認して少年院送致を選択した原決定につき、「右事実は要保護性に関する事実である上、調査及び審判の過程で少年に問いただし十分弁解の機会を与えていることが認められるのであって、右事実の認定手続に違法不当のかどはな」とした。

最後に、東京高決平成29年12月19日判タ1461号149頁は、いわゆる美人局によって被害者からキャッシュカード1枚及びクレジットカード1枚の交付を受けて喝取したという恐喝保護事件において、立件されていないバイクの共同危険行為を事件に至る経緯のひとつの事情として認定したうえで少年院送致を選択した原決定につき、「共同危険行為について触れた部分が、本件非行に至った経緯から窺われる少年の行動傾向等の問題性を表す一事情として指摘されているに過ぎないものであることは明らかであり、原決定が、これを実質的に審判対象として扱ったとも、処遇選択のための重要な事実と評価したとも認められない」とした。

従前の議論に照らしてみると、裁判例においても、「余罪」の重大性と非行事実との異質性が重要なメルクマールとなっていることがうかがえる。非行事実と「余罪」との関係についてみると、原決定が取り消された事例では、非行事実が自転車盗及び万引きに対して「余罪」が家庭内暴力に係るぐ犯(前掲大阪高決昭和59年4月25日)、非行事実が被害総額時価およそ30万円の窃盗数件及び道路交通法違反に対して「余罪」が被害総額計現

金約254万円の窃盗数十件（前掲大阪高決昭和61年8月21日）であった。前者は非行事実たる窃盗の被害よりも「余罪」たる家庭内暴力の被害の方が大きいことが明らかであり、両者の非行事実としての類型も明らかに異なっている。後者の非行事実と「余罪」は類型としては同種であるといえるが、「余罪」の被害総額が非行事実の被害総額を圧倒的に上回っているほか、各非行と「余罪」がそれぞれ行われていた時期、犯行の態様、手口、反復回数が異なっているとされる。いずれの場合も、非行事実のみによって少年院送致という結論を導くことは困難であるところ、非行事実よりも重大な、かつ／あるいは、非行事実とは異質な「余罪」が保護処分を選択に決定的な影響を与えたといえる²¹⁾。

一方、原決定に違法はないとされた事例では、非行事実が窃盗に対して「余罪」が窃盗（前掲東京高決平成4年8月17日）、非行事実が窃盗に対して「余罪」が覚せい剤譲渡（前掲大阪高決平成6年3月18日）、非行事実が恐喝に対して「余罪」が共同危険行為（前掲東京高決平成29年12月19日）であった。基本的に非行事実と「余罪」が同じ類型であるか、「余罪」の重大性が非行事実よりも大きいとはいえないような場合であるといえる²²⁾。このような場合には、「余罪」が保護処分の選択に決定的な影響を与えたとはみなされておらず、少年に告知と弁解の機会が与えられていたかという手続面での検討が行われているといえる²³⁾。

このように、これまでの裁判例では、原決定の「余罪」考慮が許容されるかについて、実体面として、「余罪」の重大性、類型、罪種、罪質、態様、

21) 三浦透「非行事実と要保護性の認定」廣瀬健二編『少年事件重要判決50選』（立花書房、2010年）186頁以下。

22) 冒頭で掲げた、要保護性の判断資料として「余罪」を考慮した裁判例も基本的にこの場合にあたる。廣瀬健二編『裁判例コンメンタール少年法』（立花書房、2011年）224頁以下〔加藤学〕参照。

23) なお、送致事実に記載されていない事実を「犯事実」として認定した原決定を是認した裁判例として、東京高決平成29年12月19日判タ1463号127頁がある。

行われた時期といった点²⁴⁾が、手続面として、「余罪」について告知と弁解の機会が確保されていたか等の点²⁵⁾が考慮要素とされていることがわかる。

IV 検討

1 大麻の使用に関する事情の取扱い

まず前提として、本件では大麻の使用に関する事情を立件するための手続はとられていないから、それを非行事実として扱うことが不告不理の原則に反して違法であることは明らかである。原決定も、このことを踏まえてか、大麻の使用に関する事情を要保護性の判断資料として扱っている。問題は、その取扱いが要保護性の判断として許容される限界を超えていないかどうか、である。

原決定は、処遇の理由の説示において、「本件各非行は、……」と窃盗に関する事情について言及した直後、「また、少年は、長期間にわたって頻繁に大麻を使用してきたおり、……」として、非行事実と同じ程度の分量で大麻の使用に関する事情に言及したうえで少年の非行性について評価を加えている。また、少年の資質面と生活面の問題点を指摘するにあたって、「少年が本件各非行や大麻の使用に及んだ原因として、……」として、大麻の使用に言及している。本決定は原決定について、「審判に付すべき事由として送致等がなされていない大麻の使用に関する事情を、2件の窃盗の事実とほぼ並列的に掲げて少年の要保護性を検討している」とするが、以上のような原決定の文章構成をみる限り、この指摘は是認するほかない。

そのうえで、本決定は、大麻の使用に関する事情を非行事実と並列的に掲げて要保護性の資料とした原決定の説示には法令違反があると指摘す

24) 山崎・前掲注14) 176頁も参照。武内謙治『少年法講義』(日本評論社、2015年) 310頁は「時間が近接しており、非行事実と同類型で、内的関連性をもっている余罪に限り考慮できるにすぎないと考えるべきであろう」とする。

25) 佐伯仁志「弁解の機会」『少年法判例百選』(有斐閣、1998年) 114頁以下。

る。その根拠とされているのは、第一に、大麻の使用に関する事情は「窃盗の直接の動機になっているものでもなく、本件の非行事実である窃盗とは性質が大きく異なる」という点、そして第二に、大麻の使用に関する事情は「本件の非行事実である窃盗に劣らない程度に重大なものと評価されると考えられる」という点である。第一の点は「余罪」と非行事実が異質なものであるとの指摘であり、第二の点は「余罪」の重大性に関する指摘であるから、「余罪」考慮の限界に関する判断枠組みは、従前の議論および裁判例のそれを踏襲するものといえる。

本件の具体的事情をみるに、まず、大麻の使用と窃盗とはその類型と罪種は明らかに異なるうえ、大麻の使用が窃盗の直接の動機にもなっていないのであれば、両者の間に関連性を見出すことも困難であるから、両者が異質のものであるとする本決定の判断は基本的には妥当であろう。もっとも、法令違反の決定への影響について検討する際に本決定も指摘しているとおり、本件大麻の使用と窃盗はいずれも、少年の問題性や保護者の監護力の程度をうかがわせるものであるから、その限りにおいて、両事実から推定される要保護性は重なりを見せている。そうであれば、大麻の使用と窃盗の異質の程度が「余罪」考慮の限界を超えるほど大きいといえるかは疑問が残る。

次に、大麻の使用が重大なものであるとの評価も、基本的には妥当であろう。現行法上、大麻の使用は犯罪ではないから、それをぐ犯行為として理解することが前提となるが、大麻の依存性の高さや他の違法薬物へのエスカレーションが社会問題となっていることに鑑みれば、大麻の使用は一定の重大性を有している非行であると考えるのが自然であろう。もっとも、大麻の使用が被害者を生むわけではないし、本件についてみれば、少年が大麻を友人などに譲り渡していたなどという事情も見当たらないから、本件大麻の使用に関する事情が社会に与える侵害の程度は限定的なものともみることができよう。そうであるならば、大麻の使用に一定の重大性があるのだとしても、それが実際に被害者を生む窃盗の重大性に劣らないものと

まで評価できるのかについて、疑問なしとはいえない。

以上のように、大麻の使用に関する事情が窃盗の非行事実とは性質を異にするものであり、かつ、一定の重大性をもつ非行であるという理解自体には十分首肯できるものの、その異質の程度が大きいものであるとか、その重大性が窃盗に劣らないものであるとの評価の妥当性には若干の疑問が残る。本決定は、以上の評価を前提として、大麻の使用に関する事情を「処分に実質的に大きな影響を与える可能性のある」ものとして、原決定による大麻の使用に関する事情の取扱いが「本件の要保護性の判断として許容される限度を超えて」いるため法令に違反しているとする。しかし、異質の程度および重大性の程度に関する理解に疑問がある以上、大麻の使用に関する事情が保護処分の選択に対して与え得る影響が本決定のいうほど大きいといえるのか疑問なしとできず、従前の議論を前提とする限り、原決定による大麻の使用に関する事情の取扱いが「許容される限度を超えて」いるとする本決定の判断には疑問が残る。

2 少年法32条との関係

いずれにせよ、本決定は原決定の説示に法令違反があるとする。そこで次に問題となるのは、この法令違反が少年法上の抗告理由にあたるかどうか、である。

少年法は「決定に影響を及ぼす法令の違反」を抗告理由のひとつとして規定する(32条)。「決定に影響を及ぼす」とは、「もし法令の違反がなかったならば、異なる決定に到達したであろう」という関係が成立することを意味しており、抗告理由が認められるためには、法令違反と原決定の主文との間に具体的な因果関係が要求されることになる²⁶⁾。

本決定は、原決定の説示に法令違反があったが、その法令違反は決

26) 団藤=森田・前掲注2) 315頁、田宮=廣瀬・前掲注2) 402頁、守屋=齊藤・前掲注2) 455頁〔守屋克彦〕。

定に影響を及ぼすものとはいえない、と判断した。その根拠とされているのは、第一に、「原決定に至るまでの家庭裁判所における手続は、……特に違法な点はない」という点、第二に、「事件を家庭裁判所に差し戻して更に調査等を実施する必要性は認められない」という点、第三に、「原決定は大麻の使用に関する事情を除いても結論は変わらない趣旨である」という点、そして第四に、抗告を認めて原決定を取り消して原家庭裁判所に差し戻すとなると「少年の更生のために好ましくない」という点である。以下、順に検討する。

第一の点について、本決定は、原審における審判手続においては、「少年に対して2件の窃盗が審判に付すべき事由であることが告知された上で、少年に陳述を求めるなどの手続がとられており、更に少年に陳述を求めた場面で大麻の使用に関する事情の質問もなされていると認められるが、審判手続において大麻の使用に関する事情を審判に付すべき事由として扱ったような形跡はな」いことを指摘して、原審における審判手続に「違法があるとはいえない」とする。この指摘の意図は、原審には大麻の使用に関する事情を処断する意図はなかったということを示すことにあるものと思われる。

ところで、従前の議論を前提とするならば、「余罪」を処断する目的がない場合であっても、手続的制約として、最低限、「余罪」に対する告知と弁解の機会が少年に与えられるべきと考えられるところ、本件においては、大麻の使用に関する事情について告知と弁解の機会が少年に与えられていたかどうか、重要な考慮要素となるはずである。本決定の指摘する事情からは、原審が少年に対して大麻の使用に関する事情について質問をしていることはわかるものの、その態様等は定かではなく、原審の審判手続に違法があったかどうかを十分に判断することはできないように思われる。もっとも、原審の審判手続に関する記録を閲覧することができない以上（少年審判規則7条）、この点を確認することはできないから、疑問を提起するにとどめる。

第二の点について、本決定は、「家庭裁判所調査官による少年調査票も少年鑑別所による鑑別通知書も、……、2件の窃盗のみが審判に付すべき事由であることを前提として検討されている」ことを指摘している。少年調査票と鑑別通知書は、いずれも大麻の使用に関する事情も踏まえて作成されているようであるが、本決定によれば、だからといって非行事実である窃盗から推定される要保護性に係る調査等が不足しているということではなく、大麻の使用に関する事情をないものとして考えるとしても、少年の要保護性を判断するための資料に不足はない、という判断がなされている。

第三の点について、本決定は、「非行事実である窃盗と非行事実でない大麻の使用に関する事情をほぼ並列的に掲げて論じているが、そこから指摘される要保護性に係る事情については、いずれの原因ともなっている少年の問題性及びその根深さ、保護者の監護力等の諸事情が指摘されている」とする。本決定は、上述の第二の点を前提に、大麻の使用に関する事情を除いたとしても、少年の非行性、資質面と生活面の問題点、両親の監護力についての原決定の指摘は相当であり、少年院送致が必要である理由は示されているとした。

本件の具体的な事情をみるに、少年は過去に窃盗の非行事実により保護観察処分が付されながら、それが解除されて間もなく、より悪質な窃盗を立て続けに行っていること、調査記録によれば、少年が本件各窃盗に及んだ原因として自己統制力の弱さや不安定な家庭環境が指摘されていること、少年の両親はいずれも、これまで少年の不良仲間との交友関係や問題行動等を把握できていなかったことが確認できる。これらの事情からすれば、少年の非行性の深化がすすんでいる、その資質面および生活面に問題がある、両親の監護に多くを期待することはできないという判断に至るのは自然であろう。すると、本件窃盗に係る事情のみから導かれる要保護性の程度は、結局のところ、原決定のそれと概ね一致するのであり、そうであれば、保護処分の選択も原決定と変わらないはずであるから、大麻の使用に関する事情を除いても結論は変わらないとする本決定の判断は妥当で

あるといえる。

第四の点について、本決定は、仮に原決定を取り消して家庭裁判所に差し戻して大麻の使用に関する事情を正式に審判対象としたうえで、再度、審判を行うとしても、結局のところ少年院送致という同様の結論になる蓋然性が高いということを指摘したうえで、「そのようなことになれば、既に始まっている少年院での矯正教育を一時中断させる結果を招くだけとなって、少年の更生のために好ましくない」とする。

少年法は、抗告審による自判を認めておらず、原決定が取り消される場合は必ず原家庭裁判所に事件が差し戻されるという仕組みになっている（33条2項）。少年保護事件における抗告は保護処分の執行を停止する効力を有しない（34条本文）が、原決定が取り消されれば保護処分を課す根拠がなくなるわけであるから、その執行は停止される。本件でも、少年院での矯正教育は開始されていたようであり、原決定を取り消すということは、既に開始されている矯正教育が中断されるということの意味している。

仮に本件が取り消されて原家庭裁判所に差し戻され、大麻の使用に関する事情が正式に審判の対象となるとしても、本件少年の要保護性判断への影響は限定的であろうから、受差戻審においても再び少年院送致が選択されることが予想される。これを少年の側からみれば、一度開始された矯正教育が途中で中断され、再度審判廷に出席することとなり、審判の結果、改めて少年院に入院して中断していた矯正教育を再開する、という過程を踏まなければならないことになる。大麻の使用に関する事情について少年が否認しているのでもない本件において、このように矯正教育を中断してまで得られる利益は少年の側には乏しく、むしろ、社会復帰という観点からは不利益にすらなり得る。少年法の健全育成目的は少年事件を取り扱う手続のすべての過程に妥当するという理解²⁷⁾を前提にするならば、この点は当然考慮されるべきであり、妥当な説示であるといえる。

27) 澤登・前掲注2) 27頁。

以上のように、仮に原決定の説示に法令違反があると理解するとしても、その違法が「決定に影響を及ぼす」ものといえるか否かに関する本決定の判断は妥当なものであり、本件違法と主文との間の因果関係を否定した結論は支持できるものである。

3 位置づけ

本決定は、先例との関係では次のように位置づけられよう。

第一に、本決定は、「余罪」考慮の限界の判断枠組みについて、従前の議論および裁判例のそれを踏襲していると理解できるが、非行事実が窃盗に対して「余罪」が大麻の使用である事例は、少なくとも抗告審で争われた事例としては本件が初めてである。窃盗と大麻の使用がいずれも少年保護実務において扱う頻度の高い非行であり、本件と同様の事案が生じることも少なくないと思われるところ、本決定は、大麻の使用に関する事情を要保護性の判断資料とする際の留意事項を検討するうえで、実務上参考になるだろう。

第二に、本決定は、原決定の「余罪」考慮を違法であると評価しながら、それを抗告理由として認めなかった初めての事例である。原決定の「余罪」考慮を相当でないとした二つの抗告審決定が、その結論への影響について具体的に判断することなく原決定を取り消していた（前掲大阪高決昭和59年4月25日、前掲大阪高決昭和61年8月21日）のに対し、本決定は、原決定の「余罪」考慮を違法としたうえで、その結論への影響について具体的に検討を加えている。抗告理由として法令違反と原決定の主文との間に具体的な因果関係を要求する通説的な見解に忠実な検討であり、違法な「余罪」考慮が常に原決定を取り消すわけではないということを示した決定として意義があろう。

第三に、これまで、原決定を取り消して原家庭裁判所に差し戻した抗告審決定の中には、受差戻審において当初の保護処分と全く同じ保護処分が改めて選択されるといった事例もあった（前掲大阪高決昭和61年8月21日な

ど)のに対し、本決定は、そのような手続を経ることにより生じる少年の社会復帰に係る不利益について言及している。少年法の健全育成目的が抗告審にも妥当するというを示している説示であり、参考になると思われる。

V ま と め

本決定は、原決定が「余罪」である大麻の使用に関する事情を要保護性の判断資料として扱った点に法令違反があると評価しつつ、その違法は「決定に影響を及ぼす」ものまではいえないと判断して抗告を棄却した。原決定を取り消すことにより少年に社会復帰に係る不利益が生じるという本件の事情に鑑みると、妥当な結論であろう。

しかしながら、原決定の大麻の使用に関する事情の取扱いに法令違反があるとする評価には疑問が残る。従前の議論を前提とする限り、大麻の使用の重大性および窃盗との異質性の程度が大きいといえるかどうかは、必ずしも自明ではないように思われるからである。本件は、端的に、原決定における説示に法令違反はないと判断できた事案であったように思われる。

もっとも、非行事実と「余罪」を並列的に掲げる説示が法令違反の誤解を招くようなものであったことはたしかであり、このような説示に対して否定的な態度が表明されたことには実務上意義があろう。少なくとも、「余罪」を非行事実と並べない、「余罪」に関する記述量が非行事実に関する記述量と同程度にならないようにするなどの工夫や配慮が求められよう。

(本学大学院法学研究科博士課程後期課程在籍)