

余罪と量刑

—— 広島高判平成14年12月10日判時1826号160頁 ——

辻 本 典 央

事実の概要

本件は、起訴事実以外のいわゆる余罪について、量刑においてこれを実質的に処罰する趣旨で考慮されたのではないかが問題となった事件である。事実の概要は、以下のとおりである。

被告人は、①平成13年3月10日ころから同月24日ころにかけて、B子（当時13歳）を男D、E、Fに売春相手として引き合わせ、それぞれ男性をして現金の対償を供与して性交させた、②平成14年1月下旬ころ及び同年3月15日ころに、C子（当時16歳）を男E、Fに売春相手として引き合わせ、それぞれ男性をして現金の対償を供与して性交させた、との公訴事実で起訴された。一審（広島家判平成14年8月7日判時1826号162頁）は、この公訴事実に応じて有罪判決を下した（懲役1年2月。買春を周旋した点は児童買春禁止法5条1項に、売春を周旋した点は売春防止法6条1項に、児童に淫行させた点は児童福祉法60条1項、34条1項6号にそれぞれ該当）。

もっとも、原審公判期日では、③他の裁判所に起訴されて係属中の広島県青少年健全育成条例違反の公訴事実、④起訴されていない別の児童数名に関する児童買春及び売春周旋の事実、或いは被告人自身の児童数名との

淫行の事実、に関する証拠が取り調べられた。また、判決では、右取調証拠が「罪となるべき事実」を認定した証拠として「証拠の標目」に掲げられるとともに、「量刑の理由」において起訴事実以外の犯罪事実が説示された。

これに対し、被告人側より量刑不当を理由として控訴が提起された。広島高裁は、以下のように判示し、被告人側の主張を容れ、破棄自判の上、改めて有罪判決を下した（懲役10月）。

判決要旨

「起訴されていない犯罪事実について、単に被告人の性格、経歴及び犯罪の動機、目的、方法等の情状に関する事実を推知するための資料として考慮することは適法であるが、いわゆる余罪として認定し、実質上これを処罪する趣旨で量刑の資料とすることは許されないと解される。他方、本件において、専属管轄を有する家庭裁判所である原審が、比較的近い時期になされた被告人の上記広島県青少年健全育成条例違反の事実や起訴されていない犯罪事実を、単に、被告人が上記B子と知り合った後、本件各犯行に至った経緯や犯行の動機、犯行後の状況等の情状を推知するための資料として考慮したに過ぎないと考え余地がないわけではない。しかしながら、原判決は、本件の罪となるべき事実を認定するのに必要かつ十分な証拠を挙示すれば足りる（証拠の標目）に、もっぱら又は主として余罪に関する上記証拠を挙示している上、（量刑の理由）の中で、上記のような説示をしていることに照らすと、原判決には、客観的にみて、本件公訴事実のほかに、現に他の裁判所に起訴されて係属中の広島県青少年健全育成条例違反の犯罪事実や起訴されていない児童買春及び売春の周旋並びに淫行をさせた事実、あるいは被告人自身による児童数名との淫行の犯罪事実を

認定し、これをも実質的に処罰する趣旨で被告人に対する刑を量定した疑いがあるといわざるを得ない。」

研 究

一 はじめに

裁判所は、量刑に際して、公訴事実以外の「余罪」を考慮することができるか。

被告人に科されるべき刑罰は、裁判所が、処断刑の範囲において様々な要素を考慮して算定する。かつて改正刑法仮案及び改正刑法草案では、量刑に際して考慮されるべき要素が法定されることを提案されていたが、いずれも成就せず、現行法上は、裁判所の裁量にゆだねられることとなっている。もっとも、刑訴法248条が起訴猶予の基準として挙げる要素は、「量刑についても重要な標準を示すものと考え」られており⁽¹⁾、裁判実務においても基本的にこれらの要素を考慮して量刑されているようである⁽²⁾。刑訴法248条には、犯罪の軽重及び情状に加えて、犯人の性格及び犯罪後の情况等が列挙されているが、これは、刑罰の意義を、犯罪行為に対する応報に求めることに純化する場合はともかく、犯罪予防、特に行為者自身の再犯防止という特別予防にも求められるべきことを示すものといえよう。特別予防の観点からは、将来の行動予測というその性質上、行為者の性格等について幅広い資料が上程されることが求められる。そして、将来の再犯予測にとって、行為者の性格、特にその犯罪性向という要素が重要であることから、判決時点までの行為者の犯罪（的）行為を広く考慮すべきことが要請される。

(1) 団藤重光『刑法綱要総論・第3版』540頁（1990年、創文社）。

(2) 田宮裕『刑事訴訟法・新版』425頁（1996年、有斐閣）。

もっとも、他方で、憲法31条によると、「何人も、法律の定める手続によらなければ、……刑罰を科せられない」。余罪が、量刑判断の名の下に、刑訴法等の法律で定められた手続を潜脱して処罰されることがあってはならないのも、当然である。

このように、余罪と量刑という問題は、刑事法における本質的な問題であり、上述二つの観点が如何に調整されるべきかが、理論上のみならず、実践的にも重要な課題となる。

二 従来の判例・学説

1. 二件の最高裁大法廷判決

最高裁判例において、かつて、余罪を量刑に考慮することを前提として、余罪の証拠調の当否を判断されたことがあったが（最判昭和28年5月12日刑集7巻5号981頁）、そこでは理論的な検討が示されていなかったため、しばしば、裁判実務では、量刑における余罪の取扱をめぐって議論の対立が見られた⁽³⁾。そのような状況において、最高裁は、昭和41年、42年に、大法廷において、この問題について注目されるべき判断を下した。両判決は、いずれも、郵便局員による郵便物の窃盗罪が起訴された事件であるが、その性質上、起訴事実以外の多くの余罪が認定され、それが量刑に際して考慮されたという事件である。本研究の出発点として、両判決を概観しておこう。

(1) 最大判昭和41年7月13日刑集20巻6号609頁

本件は、被告人が昭和39年6月17日に実行した郵便物窃盗を公訴事実とする窃盗被告事件である。第一審（東京地判昭和39年10月6日刑集20巻6号620頁に掲載）は、右公訴事実を認定し、被告人を懲役1年6月（執行

(3) 当時の議論状況について、安富潔「余罪と量刑——最高裁判所大法廷判決後の裁判例を中心として——」法研60巻2号219、220頁（1987年）注(1)参照。

猶予5年)に処した。検察官は、量刑不当を理由に控訴を提起し、その際、他の同種事犯が存在すること(昭和38年12月20日頃から同39年6月16日までの間に実行したとされる81回の窃盗行為)を主張した。第二審(東京高判昭和40年3月16日刑集20巻6号622頁に掲載)は、本件の犯情及び社会への影響に加えて、「被告人が本件以前にも約6ヶ月間多数回にわたり同様な犯行をかさね、それによって得た金員を飲酒、小使銭、生活費等に使用したこと」をも考慮して、検察官の主張を容れ、原審破棄・自判の上、改めて被告人に有罪判決を下した(懲役10月、執行猶予なし)。これに対し、被告人側から上告が提起されたが、弁護人は、その上告趣意において、手続法定原則違反、二重の危険、補強法則違反等を主張した。最高裁は、第一小法廷から大法廷に事件を回付し、審理の結果、以下のように判示し、上告を棄却した。

「刑事裁判において、起訴された犯罪事実のほか、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰することは許されないものと解すべきである。けだし、右のいわゆる余罪は、公訴事実として起訴されていない犯罪事実であるにかかわらず、右の趣旨でこれを認定考慮することは、刑事訴訟法の基本原理である不告不理の原則に反し、憲法31条にいう、法律に定める手続によらずして刑罰を科することになるのみならず、刑訴法317条に定める証拠裁判主義に反し、かつ、自白と補強証拠に関する憲法38条3項刑訴法39条2項、3項の制約を免かれることとなるおそれがあり、さらにその余罪が後日起訴されないという保障は法律上ないのであるから、若しその余罪について起訴され有罪の判決を受けた場合は、既に量刑上責任を問われた事実について再び刑事上の責任を問われることになり、憲法39条にも反することになるからである。[原文改行]しかし、他面刑事裁判における量刑は、被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、

方法等すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべきものであるから、その量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところではない(もとより、これを考慮する程度は、個々の事案ごとに合理的に検討して必要な限度にとどめるべきであり、従ってその点の証拠調にあたっても、みだりに必要な限度を越えることのないよう注意しなければならない。)。このように量刑の一情状として余罪を考慮するのは、犯罪事実として余罪を認定して、これを処罰しようとするものではないから、これについて公訴の提起を必要とするものではない。余罪を単に被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として考慮することは、犯罪事実として認定し、これを処罰する趣旨で刑を重くするのとは異なるから、事実審裁判所としては、両者を混淆することのないよう慎重に留意すべきは当然である。」

本判決には、横田喜三郎、奥野健一、横田正俊、草鹿浅之介、城戸芳彦、田中二郎の各裁判官より以下の意見が付されている。

「原判決は、所論のいうように『被告人が本件以前にも約6ヶ月間多数回にわたり同様な犯行をかさね、それによって得た金員を飲酒、小使銭、生活費等に使用したことを考慮すれば、云々』と判示している。この判示は、検察官の控訴趣意中、余罪についての主張に答えて、『記録を精査し、かつ、当審における事実取調の結果を参酌し、これらに現われた本件犯行の罪質、態様、動機、被告人の年令、性行、経歴、家庭の事情、犯罪後の情況、本件犯行の社会的影響等量刑の資料となるべき諸般の情状を総合考察し……犯情が極めて悪質であり、その社会および被害者等に及ぼす影響が所論のとおり大きいものであるばかりでなく、』との判示に引き続いてなされているのであり、既に量刑の資料となるべき諸般の情状を総合考察した後に、右余罪事実を判示したものであるし、『同様な犯行をかさね』と

断定している原判文より見て、右余罪の判示は、本件公訴事実の外に余罪の事実を認定し、これによって、特に重く量刑したものと認められる。然るに、右余罪については公訴の提起のないことは、もとより明らかであって、憲法31条に反するばかりでなく、右余罪の事実中には被告人の自供のみによって認定したものもあること記録上明らかであるから、同38条3項にも反するものといわざるを得ない（また、後日余罪について起訴された場合には、同39条違反の問題が生ずるであろう。）。」

(2) 最大判昭和42年7月5日刑集21巻6号748頁

本件は、前出最大判昭和41年と同様、被告人が昭和39年11月21日に実行したとされる郵便物窃盗を公訴事実とする窃盗被告事件である。第一審（東京地判昭和40年3月30日刑集21巻6号756頁に掲載）は、右公訴事実を認定し、被告人を懲役1年2月に処したが、その際、判決理由のうち「法律の適用」の欄において以下のように判示していた。すなわち、「被告人が郵政監察官及び検察官に対し供述するところによれば、被告人は本件と同様宿直勤務の機会を利用して既に昭和37年5月ごろから130回ぐらいに約3,000通の郵便物を窃取し、そのうち現金の封入してあったものが約1,400通でその金額は合計約66万円に、郵便切手の封入してあったものが約1,000通でその金額は合計約23万円に達しているというのである。……被告人の犯行は、その期間、回数、被害数額等のいずれの点よりしても、この種の犯行としては他に余り例を見ない程度のものであったことは否定できないことであり、事件の性質上量刑にあたって、この事実を考慮に入れない訳にはいかない」。これに対し、被告人側から控訴が提起されたが、第二審（東京高判昭和40年10月19日刑集21巻6号762頁に掲載）は、これを棄却した（但し、第一審の量刑は重過ぎるとして、破棄自判の上、改めて懲役10月に処している）。そこで、被告人側からさらに上告が提起されたが、その際、弁護人は、上告趣意において、不告不理原則違反、証拠裁判

主義違反等を主張した。最高裁は、第三小法廷から再び大法廷に事件を回付し、審理の結果、全員一致で弁護人の上告趣意を認める判断を下した(もっとも、原判決の量刑については支持し、主文において上告を棄却している)⁽⁴⁾。

「第一審判決は、『被告人が郵政監察官及び検察官に対し供述するところによれば、被告人は本件と同様宿直勤務の機会を利用して既に昭和37年5月ごろから130回ぐらいに約3,000通の郵便物を窃取し、そのうち現金の封入してあったものが約1,400通でその金額は合計約66万円に、郵便切手の封入してあったものが約1,000通でその金額は合計約23万円に達しているというのである。被告人は、当公判廷においては、犯行の始期は昭和37年5月ごろではなくて38年5月ごろからであり、窃取した現金は合計20万円ぐらい、郵便切手は合計4,5万円ぐらいのものであると弁解しているのであるが、』被告人の前記弁解は措信し難く、むしろ、『郵政監察官及び検察官に対し供述したところが真実に略々近いものである』とし、『これによれば、被告人の犯行は、その期間、回数、被害数額等のいずれの点よりしてもこの種の犯行としては他に余り例を見ない程度のものであったことは否定できないことであり、事件の性質上量刑にあたって、この事実を考慮に入れない訳にはいかない。』と断定しているのであって、この判示は、本件公訴事実のほか、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、これをも実質上処罰する趣旨のもとに、被告人に重い刑を科したものと認めざるを得ない。したがって、第一審判決は、前示のとおり、憲法31条に違反するのみでなく、右余罪の事実中には、被告人の郵政監察官および検察官に対する自供のみによって認定したものもあることは記録上

(4) 本判決は、憲法違反であると判示しつつ、刑訴法410条1項但書が適用された、珍しい事例である。2000年5月25日に開かれた衆院憲法調査会では、最高裁判所による違憲判決の一つとして紹介されている。

明らかであるから、その実質において自己に不利益な唯一の証拠が本人の自白であるのにこれに刑罰を科したこととなり、同38条3項にも違反するものといわざるを得ない。」

(3) 小 括

以上、両大法廷判決で示された見解をまとめると、次のとおりである。

まず、量刑において余罪が考慮される場合として、二つの類型が想定されている。その第一類型は、余罪を実質的に処罰する趣旨で量刑の資料として考慮し、そのために被告人を重く処罰するというものである。例えば、起訴された甲事実以外に起訴されていない乙事実を余罪として認定し、量刑の対象となる犯罪事実として甲及び乙の全事実を観念し、そのため乙は甲と同様に実質的に処罰される結果となる場合や、右のように乙を甲と同価値のものとして観念しないまでも、乙の存在自体により、甲だけに対して科される刑よりも重く処罰される場合が、この第一類型にあたる⁽⁵⁾。最大判昭和41年は、この第一類型について、不告不理原則・手続法定原則（憲法31条）、証拠裁判主義（刑訴法317条）、自白補強法則（憲法38条3項、刑訴法39条2項、3項）、二重の危険禁止（憲法39条）の観点から、このような形で余罪を量刑で考慮することは許されないと断じた⁽⁶⁾。これに対し、第二の類型は、余罪を単に量刑のための一情状として考慮するにとどめられるというものである。最大判昭和41年は、この第二類型について、「刑事裁判における量刑は、被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等すべての事情を考慮して、裁判所が法定刑の範囲内において、適当に決定すべきものである」との理由から、このような形であれば余罪を量刑で考慮することも許されると結論付けている。

(5) 木梨節夫・昭和41年最判解刑事編165, 170頁（1967年）、中野次雄「余罪と量刑」ひろば20巻9号21, 23頁（1967年）。

(6) 三井誠「判例研究」警研47巻5号62, 66頁（1976年）は、これらのうち、不告不理原則が本旨であるという。

そこで、次に、禁止されるべき第一類型と、許容されるべき第二類型との区別が問題となる。この点に関して、最大判昭和41年は、「余罪を単に被告人の性格、経歴および犯罪の動機、目的、方法等の情状を推知するための資料として考慮することは、犯罪事実として認定し、これを処罰する趣旨で刑を重くするのとは異なるから、事実審裁判所としては、両者を混淆することのないよう慎重に留意すべきは当然である」と判示した上で、具体的事件の検討において、原判決の「判示は、余罪である窃盗の回数およびその窃取した金額を具体的に判示していないのみならず、犯罪の成立自体に関係のない窃取金員の使途について比較的詳細に判示しているなど、その他前後の判文とも併せ熟読するときは、右は本件起訴にかかる窃盗の動機、目的および被告人の性格等を推知する一情状として考慮したものであって、余罪を犯罪事実として認定し、これを処罰する趣旨で重く量刑したものである」と解するのが相当である」と結論付けている。すなわち、裁判所は、量刑において余罪を考慮する場合、余罪の具体的判示性及び判決文における文脈に注意し、余罪はあくまで起訴事実との関係における一情状事実にとどめたものであることを明示しておかなければならない。この点に関して、最大判昭和41年の調査官解説⁽⁷⁾は、「余罪は、量刑事情を推知するための間接的資料であ[り]……量刑に及ぼす影響力は概して高くはないものである。余罪事実の内容は、その詳細にまで明らかになっていなくてもよいわけである。したがって、証拠調をするに際しては、事案ごとに、必要と思われる限度に止めるべきである。必要と認める限度を越えた証拠調の請求は、(1) [第一類型] のような考慮の仕方を求める疑があり、不必要として却下すべきであろう。また、このような証拠調の請求を許し、その取調を実施することは、裁判所が不知不識のうちに(1)のような考慮の仕方に陥る危険があり、また、そのような仕方に陥ったことを推測さ

(7) 木梨（前掲注(5)）昭和41年最判解刑事編172頁。

れるおそれがある」として、裁判実務上注意されるべき点を指摘している。

上述の判断構造は、最大判昭和42年に受け継がれ、最高裁判例史上唯一、余罪考慮が第一類型にあたるものとして違法であると判断されるに至った。すなわち、第一審が余罪を考慮するにあたって判示した部分から、「あたかも犯罪事実を認定するような〔具体的な〕判示をしていること。……〔前後の文脈から〕余罪と罪となるべき事実とを混同しているのではないかと思われるふしも見受けられること等の点」⁽⁸⁾ から、余罪はそれ自体として実質的に処罰する趣旨で考慮されたものと判断された。

以上のように、量刑において余罪を考慮するにあたって、第一類型と第二類型に分類され、前者が不許容であるということは、両判決によって確立された。また、両類型の区別に関して、最大判昭和42年で具体的に違法とされる事例が示されたことから、一定の基準も示された。もっとも、最大判昭和41年では、6名の裁判官が、量刑における余罪考慮の問題について多数意見（8名の賛成）に反対し、第一類型にあたるのと理由で違法と判断した点を見ると、後述のとおり、その後の裁判実務における不安定さの理由は、実際に両類型を区別することの困難さにあるということが指摘されよう。

2. その後の裁判例

上述二件の最大判以降、量刑における余罪考慮の問題は、多くの裁判例で検討されてきた。

(1) 最高裁判例

前出二つの大法廷判決以降、最高裁では、この問題について数多くの裁判例が積み重ねられてきた⁽⁹⁾。もっとも、そのいずれもが、量刑における

(8) 海老原震一・昭和42年最判解刑事編255, 261頁（1968年）。

(9) 安富（前掲注(3)）「余罪と量刑」222頁以下参照。

余罪考慮を適法とする、すなわち、第二類型に該当するものと判断されている。最高裁に表れた裁判例の動向は、安富潔¹⁰⁰によると、①交通事故における業務上過失と道交法違反、強盗の際の強姦といった、公訴事実と余罪とが社会的事実として密接に関連し、いわば「社会的に一個の行為と評価できるような場合」、②覚せい剤や、詐欺、賭博等、「同種行為が反復された場合」とに区別される。そして、安富は、①類型については、一定の理由により「処罰されるべきであるが起訴し得ない事実について余罪として実質上処罰しようとしたのではないか、また、本来起訴すべき事実について余罪とすることで起訴を控え実質上処罰しようとしたのではないか」という点が、②類型については、「証拠が十分でなく起訴できないような場合に余罪として実質上処罰しようとしたのではないか」という点が、それぞれ問題とされていると分析する。安富によると、これらの問題点は、「検察官の選択的訴追裁量の合理性に寄せる関心と同じものがあるといってよい」。

もっとも、最決昭和41年11月10日判時467号63頁は、共同強姦を公訴事実とする強姦被告事件であるが、起訴事実に先行する被告人の単独強姦の事実を犯行に至る経過又は情状の一事実として認定された点について、多数意見は、「余罪たる犯罪事実として認定しこれを処罰する趣旨で重く量刑したものではな [い]」と判断したが、岩田誠裁判官より、告訴が取り消された本件事情において、単独犯である余罪部分を罪となるべき事実の判示部分において詳細に認定した第一審判決は、「被害者を強姦するに至った事情ないし情状を判示したに過ぎないものとは到底解することはできない」とする反対意見が付されている。この事件は、公訴事実である共同強姦と余罪とされる単独強姦とは包括一罪の関係にあるとの評価を前提にするものであり、余罪考慮が問題となる一般的事例に比べてやや特殊な事例

(10) 安富（前掲注(3)）「余罪と量刑」230頁。

であるが、やはり、第一類型と第二類型の区別の困難さを示すものであるといえよう。

(2) 下級審裁判例

上述最高裁判例に対し、下級審（つまり高裁）裁判例では、以下のよう
に、原審における余罪考慮を違法とする事例も少なからず見られる。

上述の分類に従うと、違法とする事例の多くは、「②同種行為が反復された場合」である。東京高判昭和42年9月26日高刑集20巻5号601頁（窃盗被告事件）は、第一審判決の量刑理由における「起訴事実以外にも相当多額のあることが伺われ」との記載について、犯罪行為及び被害金額が具体的に明示されていないことから量刑のための一情状事実として考慮したに過ぎないともいえるが、①起訴事実の被害金額が僅少であるとの情状を直接否定するため、右認定に引き続き記載していること、②余罪としてのみ考慮するならば量刑調査の段階で取り調べられるべきであるのに、第一回公判期日で起訴事実とは無関係の証言が取り調べられていること、③被告人は執行猶予中であつたとはいえ、被害額は2,200円程度であり、また被害弁償も行われているにもかかわらず、懲役5月の実刑に処せられたことから、「実質上これ〔余罪〕を処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため、被告人をとくに重く量刑処断したもの」と判示している。

大阪高判昭和60年6月21日判時1163号161頁（営利目的覚せい剤所持、譲渡、自己使用等の覚せい剤取締法違反被告事件）は、第一審判決の量刑理由で指摘された「覚せい剤約420グラムの第三者への密売等の事実の大部分は、右営利目的所持及びその後の約10.8グラムの譲渡の事実」は、起訴事実以外の余罪であり、「営利目的所持罪の量刑の際に、被告人が所持にかかる覚せい剤の一部ないし全部を第三者に密売しているという、起訴されざる余罪の存在に重大な力点を置いてこれを決することは、許されない」と判示している。

東京高判平成3年10月29日高刑集44巻3号212頁（詐欺被告事件）は、第一審判決の量刑理由において、起訴事実以外の、①本件カードを利用した計196回、被害金額約963万円分の商品購入、②右行為の目的（キャバレーでの飲食やなじみのホステスへのプレゼント）、③余罪についてのみ認められる行為態様（いわゆる「空刷り」の手口）の認定、④起訴事件に対する被害弁償は認められるが、本来は余罪の分も弁済すべきである、⑤①ないし④の点から検察官の求刑は軽すぎるきらいがある、といった指摘がなされたことについて、「原判決は、公訴事実と余罪を含めた本件全体について量刑事情を論じ、公訴事実の内容は量刑上有利な一事情として考慮するに止めたといわざるを得ないのである。そして、本件に対する検察官の求刑は同種事案と対比し特に軽いとは認められないことをも併せ考えると、原判決は、本件公訴事実のほかに、起訴されていない余罪を認定し、これをも実質上処罰する趣旨のもとに、被告人に対する量刑を行ったとの疑いを禁じ得ない」と判示している。

大阪高判平成3年11月14日判タ795号274頁（大麻樹脂譲渡、所持等の大麻取締法違反等被告事件）は、第一審判決の量刑理由において、「過去5年を超える長期にわたり、相当量の大麻を継続的に売却してその害悪を拡散させてきた」との事実を認定し、その「責任は重大である」と記載について、余罪について「被告人の刑事責任を問い、これをも実質的に処罰している（すなわち、その事実を、『懲役刑の執行を猶予するのが相当かどうか』ばかりでなく、『これを相当でないとして被告人に科することになる主刑（懲役と罰金）をどの程度にするべきか』を決するうえで考慮し、刑を重くしている。）といわざるを得ない」と判示している。

以上のように、薬物事犯や詐欺・窃盗等の財産犯等、問題となる余罪が同種反復行為であるという類型については、前出最大判昭和41年で示されていたような、判示の具体性及び判決文の文脈、特に起訴事実との質的・

量的軽重等による余罪の強調の程度から、第一類型と判断される傾向が見られる。

これに対し、名古屋高判平成10年1月28日高刑集51巻1号70頁は、「①社会的に一個の行為と評価できるような場合」に分類される事例である。この事件は、本研究の対象である広島高判平成14年と同様、18歳未満の少女に売春をさせ、それによって児童に淫行させるという犯罪類型であるが、児童淫行罪（及びこれと科刑上一罪にある罪）について専属管轄を有する原審家庭裁判所（少年法37条）が、他の裁判所に起訴され係属中であった犯罪事実（職業安定法違反）に関する証拠を取り調べ、右取調証拠を罪となるべき事実を認定するための証拠の標目に挙示していた点について、「これらの証拠は、原審が取り調べた証拠のうちでもかなりの部分を占めていること、さらに、原審が、これらを、本来、本件の罪となるべき事実を認定するに必要かつ十分な証拠を挙示すれば足る（証拠の標目）に挙示していることなどに照らすと、原判決には、客観的にみて、本件公訴事実のほかに、現に他の裁判所に起訴され係属中の職業安定法違反の犯罪事実を認定し、これをも実質上処罰する趣旨で被告人に対する刑を量定した違法がある」と判示し、第一審の量刑判断を違法であると断じた。本件は、上述のような同種反復行為の類型とは異なる、行為の社会的個性を認める事例であり、しかも、問題となった事実がいわゆる余罪ではなく他の裁判所にすでに係属中であったという点に特徴が見られる。この点について、小島淳¹¹⁾は、典型的な第一類型違法とは異なる、「擬制的第一類型違法」と認定することで、実質的に第二類型違法の範疇を創設しようとしたものである、つまり、第一審判決が第二類型での考慮を判決文で明らかにしなかった点に違法性が認められたものと評している。本件を直ちに従来とは異なる新たな類型を創設したものといえるかは、さらなる検討を要す

11) 小島淳「判例評釈」早法75巻4号361頁（2000年）。

るが、少年法37条に基づく家庭裁判所の専属管轄を含めた本件の特殊性を前提に¹⁰²⁾、実務における起訴事実外の事件を量刑において考慮する際の注意点を指摘するものとして注目される。

(3) 関連問題についての裁判例

余罪と量刑に関連する問題点を指摘するものとして、以下のような裁判例が見られる。

大阪高判昭和62年4月1日判タ642号266頁は、みのしろ金目的拐取、拐取者みのしろ金取得等、逮捕監禁致傷被告事件について、被告人が被害者を監禁している時点で行った性的行為について、第一審判決がこの事実について明示で言及していないとしても、実質的に余罪として処罰する趣旨で量刑したのではないかが問題となった事例である。大阪高裁は、「一般論としては、判決において不起訴余罪につき明示的には全く論及していない場合でも、裁判所が、起訴事実の立証には本来不要でもっぱら余罪の立証にしか役立たない証拠を取り調べていて、しかも、現実の量刑においても右不起訴余罪の存在を除外しては考えられないほど不当に重いようなときは、暗黙のうちに不起訴余罪を認定し、実質上これを処罰する趣旨での量刑がなされたと解せられる場合もあり得る」と判示し、前出最大判昭和41年の趣旨は、判決文における余罪への言及という形式的な基準だけでなく、当該手続における証拠調の情况及び具体的量刑といった実質的観点からも検討されるべきことを指摘した（但し、具体的事件の判断としては、問題の性的行為は罪となるべき事実と密接に関係する行為である等の理由により、証拠調及び具体的量刑等の手続に違法はなかったと結論付けられている）。

(102) 児童福祉との関係における成人刑事事件の問題点について、池本壽美子「児童の性的虐待と刑事法」判タ1081号66, 80頁（2002年）、植村立郎「司法改革期における少年法に関する若干の考察——少年法37条の削除について——」判タ1197号60頁（2006年）。

大阪高判昭和60年10月23日判タ589号125頁は、売春防止法違反等被告事件について、検察官が量刑不当を理由に控訴を提起した事件である。大阪高裁は、検察官の右主張について、「所論の指摘する本件犯行の規模、態様等のうち、被告人が、本件で起訴されている6人の女性の関係以外に、さらに8名の女性をフィリピンから来日させ、売春婦として他の飲食店に売春婦として周旋していることとか、右各女性全員を『甲』において売春婦として稼働させていたこと、さらには、周旋先のAらが、同女らを使用して管理売春行為を行っていたことなどの点を決定的に重視して被告人の量刑を決するのは相当ではないというべきである」と判示し、量刑不当の控訴理由を判断するにあたっても、前出最大判昭和41年の趣旨が考慮されるべきであることを指摘した。

大阪高判昭和50年8月27日高刑集28巻3号321頁は、廃棄物の処理及び清掃に関する法律違反等被告事件について、前訴において量刑上考慮された起訴事実以外の犯罪が後訴で公訴事実として掲げられた場合、一事不再理効が及ぶかが問題となった事例である。大阪高裁は、「〔余罪〕事実が量刑のための一情状として考慮されたというよりはむしろ概括的であるにせよ実質上これを処罰する趣旨で認定され量刑の資料として考慮され特に執行を猶予すべからざる事情として参酌されて重い刑を科されたというほかはなく（引用判例略）、かかる場合には右大阪地方裁判所の確定判決の既判力はとも角として被告人のための二重の危険の禁止としての一事不再理の効力は廃棄物不法投棄の事実にも及ぶと解するのが相当である」と判示し、少なくとも余罪が第一類型として考慮され、その事実についてあらためて公訴提起された場合、一事不再理効により後訴が遮断されるべきであると結論付けられた（但し、一事不再理効により免訴を受けるべき事実と科刑上一罪の関係にある事実については、一事不再理効は及ばないと判断されている）。

3. 学 説

上述の裁判例に対し、学説⁽³⁾に目を向けると、まず、前出最大判昭和41年で示された第一類型、すなわち、余罪を実質的に処罰する趣旨で量刑上考慮することは、これを違憲・違法とする点で一致が見られる。

これに対し、第二類型については、以下のような見解の対立が見られる。まず、第二類型についても、判例を支持する、すなわち、余罪を罪となるべき事実の一情状理由として考慮するにとどめるならば、そのような量刑手続は適法であるとする見解が、多数説を占めている。その論拠としては、①量刑の性質上、違法及び責任に影響するあらゆる事情を考慮する必要性が認められること、②犯罪の程度に達しない非行を考慮することが禁止されないならば、犯罪にまで至った余罪が除外されるのは不自然であることといった積極的論拠に加えて、③反対説が主張する両類型の区別が不明確である点についても、手続的対応（後述）によって十分対処することが可能であること等が挙げられる。

他方、第二類型としても量刑において余罪を考慮すべきではないとする見解も有力である⁽⁴⁾。その論拠としては、①前出最大判昭和41年でも8対6という僅差で見解が分かれたように、そもそも両類型を区別することができるかは疑問であること、②情状推知資料として余罪を考慮するにすぎないといっても、それによって刑が重くなるのであれば、結局それを実質的に処罰するものと異ならないこと、又は、裁判官の心理において余罪が起訴された場合に近い量刑がなされる危険が大きいことから、余罪考慮は

(3) 安富（前掲注(3)）「余罪と量刑」233頁注6以下参照。

(4) 佐伯千仞「悪性格と類似事実」佐伯編『続・生きている刑事訴訟法』298頁（1970年、日本評論社）、佐古田英郎「情状の立証と起訴されていない犯罪」判タ200号69頁（1967年）、鈴木茂嗣『刑事訴訟法・改訂版』193頁（1990年、青林書院）、平野龍一『刑事訴訟法』181頁（1958年、有斐閣）、松岡正章『量刑手続法序説』152頁（1975年、成文堂）、三井誠『刑事手続法Ⅲ』22頁（2004年、有斐閣）、光藤景皎『口述刑事訴訟法中・補訂版』151頁（2005年、成文堂）。

責任主義を逸脱するものであること、③第二類型での考慮を許すならば、余罪の補強証拠がない場合に、脱法的に用いられる虞があること、④手続が事実認定と量刑とで明確に区分されていない我が国の法制においては、余罪考慮によって、起訴事実の認定に予断・偏見がもたらされる虞があること等が挙げられる。

三 若干の検討

以上、裁判例及び学説の状況を概観してきた。ここで、問題点を整理し、若干の検討を加えておこう。

1. 実体的考察

そもそも余罪考慮の実体的必要性は何か、また、余罪考慮によって被告人が過剰に責任を問われることになるのではないか、という点を検討する。

この点について、すでに冒頭でも指摘したとおり、刑罰の本質について、起訴事実に対する応報に純化させるというのであれば格別、予防目的、特に行為者の改善教育に向けた特別予防の観点からは、将来の再犯予測の必要上、広く行為者の人格を推知させる事実が裁判において検討される必要がある。そして、そのような人格を推知させるために特に重要であるのが、行為者の犯罪性向に関する事情であり、それは、被告人の生活状況や非行事実にまで及ぶべきものである。そのようにして、犯罪の程度にまで至らない事情だけでなく、さらに、起訴事実以外の余罪も、行為者の人格を強く基礎付けるものとして、それを量刑に考慮すべき必要性は、強く認められるべきであろう。余罪が、それ自体として起訴事実とは独立に処罰される趣旨であるならば、それは責任主義といった実体法原則及び不告不理等の刑事手続原則に反するものであるが、起訴事実についての情状を推

知らせる一資料にとどめるのであれば、許容されてしかるべきであると思われる。確かに、情状推知資料としての余罪考慮といっても、そのことによって刑が重くなるとすると結局は余罪を実質的に処罰するものではないかという、否定説からの疑問は、純理論的には成り立ちうるとしても、そもそも、何と比べて重くなるのかということ自体が不明である。また、「量刑相場における量刑の幅というのは、犯罪行為自体に関する情状（狭義の犯情）により決まるものであり、その幅の中で一般予防・特別予防という刑事政策的考慮に関する情状（広義の犯情）を考慮して具体的な刑を決定する」との理解⁽⁵⁾を前提とすると、余罪考慮によってもなお狭義の犯情の範囲内にとどまるのであれば、許容されうるものといえよう。

2. 手続法的考察

以上のように、実体的観点からは、余罪考慮の必要性及び許容性が認められる。むしろ、余罪考慮における本質的問題点は、以下の手続法的観点にあるといってよい。上述学説の対立も、主に、この点をめぐるものであったように思われる。

(1) 区別基準

まず、否定説が指摘する区別基準の不明確性を如何に克服すべきかが問題となる。この点は、前出最大判昭和41年による判断枠組を前提にしても、なお同判決における具体的結論については裁判官の間で見解が分かれ、また、第一類型での考慮は許されないということを当然に前提としているはずの裁判実務においても、依然として違法とされる事例が少なからず見受けられることから、実践的にも重要な問題点として位置づけられ

(5) 原田國男『量刑判断の実際』7頁（2003年、現代法律出版。初出「量刑基準と量刑事情」司法研修所論集——創立50周年記念特集号第3巻刑事編——（1997年））。

る。

第一類型と第二類型との区別基準について、前出最大判昭和41年では、上述のとおり、その具体的事件の検討において、余罪事実記載の具体性及び前後の文脈における余罪の重要性が指摘されている。例えば、第一審判決の余罪考慮を違法であると断じた前出最大判昭和42年及びその後の下級審裁判例においても、余罪事実の記載が具体的であること、及び判決全体の文脈上、それが罪となるべき事実又は証拠の標目の欄に記載されていること、或いは罪となるべき事実との比較における余罪事実の強調という点が考慮されている。

もっとも、まず、第一の要素である余罪判示の具体性という点については、余罪の記載が具体的であるほど違法とされる結論には疑問がある。量刑で考慮された事柄の摘示は、それ自体裁判の理由であり、裁判所の恣意性防止、被告人への納得、上訴における事後審査の可能性確保といったその機能を考えると、本来的には、できるだけ詳細かつ具体的に記述される方が望ましいはずである。如何なる事実が認定され、そこからどのようにして具体的結論が導かれたかは、当該事実が具体的に明示されて初めて判断しうるものであるということは、量刑で余罪を考慮する場合でも異ならないはずである。

また、第二の要素である、判決文における前後の文脈における余罪の重要性という観点も、非常に不明確なものである¹⁶⁾。確かに、罪となるべき事実や証拠の標目に余罪事実が列挙されている場合、第一類型での余罪考慮であるとの推認が強く働くことは否定できない。しかし、そもそも余罪事実が判決文に明示されていない場合でも、具体的量刑や、手続状況の検討からこれを違法とする裁判例も見受けられることを見ると、判決文にお

(16) 中川孝博「判例演習室」判タ588号123頁（2003年）。

ける余罪事実の位置付けといった形式的な観点は、少なくともそれだけでは、二つの類型を区別する決定的な基準であるとはいいがたい。

両類型の区別如何という問題点について、私は、そもそも第一類型と第二類型との区別の目的、すなわち、余罪をそれ自体として実質的に処罰するものであるか、又は、起訴事実の量刑において一情状事実として考慮するにとどめられるものであるのかという観点から、両類型の区別は、判決文における量刑の記載内容等を考慮しつつも、決定的基準としては、具体的量刑内容に求めざるをえないのではないかと考える。いわゆる「量刑相場」というものが実務上存在していることは周知のとおりであるが、そのような相場を参考にしつつ、余罪事実の考慮によってもなお具体的量刑が起訴事実の狭義の情状の範囲内に収まっている限り、第二類型として位置付けられるべきかと思われる。

(2) 手続的担保

上述のように、量刑における余罪考慮について、具体的量刑結果を区別基準とするとしても、不告不理原則及び被告人の手続保障といった観点から、手続上さらなる考慮が必要である。これにより、量刑における余罪考慮の許容が余罪について十分な証拠が無い場合に脱法的に使用される虞があるという、消極説から指摘される問題点を回避することが可能となる。

まず、被告人の防御権の保障という観点から、問題となる余罪事実については、厳格な証明によって立証されるべきである。量刑事情の立証に際し、例えば、最判昭和24年2月22日刑集3巻2号221頁では、必ずしも厳格な証明による必要はないとされ、学説上も、犯罪の成立を基礎付ける実体法的事実以外は自由な証明で足りるとするのが通説的見解である。しかし、最大決昭和33年2月26日刑集12巻2号316頁では、累犯加重の要素である前科について法定された取調方法によるべきであると指摘され、また、学説からも、少なくとも被告人に不利な情状事実については厳格な証明に

よるべきとの指摘も見られる¹⁷⁾。もっとも、実務では、すでに被告人に不利な情状事実は厳格な証明に類する方法で取調が行われているとの指摘¹⁸⁾を見ると、この問題点については、すでに実務上克服されているといえよう。

また、証拠裁判主義の要請からは、余罪が取り調べられるべき手続段階にも考慮が必要であろう。我が国の法制度上、事実認定手続と量刑手続とは明確に区別されていないが、余罪等の悪性格立証の禁止原則を前提とする関連性の観点からは、余罪はあくまで一情状事実として証拠調される限りで関連性が肯定される（証拠能力が認められる）のであり、手続上も、起訴事実に関する証拠調との明確な区別が必要であろう。

さらに、上述の関連性の観点に加えて、被告人への不意打ち禁止の観点からは、特に、検察官が示した立証趣旨に拘束力が認められるべきである。検察官の立証趣旨の拘束力如何という問題は、見解の対立が見られるが、ここでは、余罪考慮が不告不理原則と密接に関連する問題であることを考慮し、かつ、第一類型での余罪考慮が許されないとの確立した判例を前提とするならば、少なくともこのような場合においては立証趣旨に拘束力を認めることが不可欠であると思われる。

(3) 一事不再理効による担保

以上、量刑における余罪考慮が実体的に必要なかつ許容されることを前提に、余罪が実質的に処罰される趣旨（第一類型）で考慮されることを防ぐための手続的配慮を検討した。

ところで、最大判昭和41年では、第一類型での余罪考慮が許されない理由の一つとして、前訴で余罪が実質的に処罰される趣旨で考慮されたにもかかわらず、なおも後訴で当該余罪を公訴事実として起訴される場合、憲

¹⁷⁾ 光藤（前掲注4）『口述刑事訴訟法中』115頁。

¹⁸⁾ 三井（前掲注4）『刑事手続法Ⅲ』32頁。

法39条が禁止する二重の危険が生じることとなる。同判決では、「余罪が後日起訴されないという保障は法律上ない」ことから、そもそも第一類型での考慮自体が憲法39条に反するものと理解されている。もっとも、その後の下級審裁判例にみるとおり、第一類型での余罪考慮が行われうることは、認めざるを得ない。それゆえ、仮に前訴において第一類型での余罪考慮が行われたにもかかわらず、後訴で当該余罪を公訴事実として起訴された場合には、前出大阪高判昭和50年のように、裁判所は、一事不再理効によって免訴判決を言い渡すべきこととなる。

では、前訴において第二類型で余罪が考慮されたにとどまり、後訴でさらに当該余罪を公訴事実として起訴された場合はどうか。一事不再理効の客観的範囲は公訴事実の同一性（特に単一性）が及ぶ範囲と同一であり、かつ、公訴事実の単一性の判断において実体法上の罪数論に従うというのが、判例及び通説的見解である。これによると、問題となる余罪が前訴の起訴事実との間で公訴事実の同一性・単一性が肯定される場合はともかく、余罪が起訴事実との間で公訴事実の同一性・単一性が否定される関係（併合罪関係）にある場合には、余罪に関して一事不再理効は生ぜず、後訴でこれを公訴事実とする起訴を行うことも可能ということになる。

このような見解に対して、有力な反対説もある。例えば、渥美東洋⁹⁹は、「量刑資料としての利用と起訴とに再度同一の犯罪行為を利用できるとすると、被告人を不当に長く不安定な地位に置いたり、最初量刑資料として用いたとき、適正証明を求められ、その犯罪行為の立証に成功しなかったのに、のちに起訴して、再度の立証の機会が検察官に残されたりする不都合も生ずる」ため、「余罪を量刑資料に用いた場合には、その余罪を理由に起訴できないと処理するのが最も妥当な解決策だと思われる」と主張す

(99) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法』429頁（2006年、有斐閣）。

る。安富潔²⁰⁾は、二重の危険に関する「強制的併合の法理」を前提に、「同一もしくは類似の性格を有する余罪、または時間的、場所的関連性を有する余罪、計画、準備、陰謀などで関連する余罪……は『同一事実』に含まれる」ため、相当な範囲の余罪について後訴が遮断されることになる」と主張する。さらに、三井誠²¹⁾は、第一類型での余罪考慮に関して「事実上の訴訟係属を余罪にも認め、爾後に起訴された場合にはそれにも既判力を及ぼし刑事責任を問えないと理論構成することも可能である」と主張しているが、この考え方は第二類型にも転用されうるものである。

一事不再理効の範囲如何という問題点は、近時、例えば、実体法の観点から全体として常習特殊窃盗罪を構成すると解される個別の窃盗行為について、前訴で単純窃盗罪として確定判決が下された後に、改めて後訴でも単純窃盗罪で公訴提起されたことから、これが一事不再理効によって免訴判決が下されるべきではないかが問題となった事例（最判平成15年10月7日刑集57巻9号1002頁）等を基にして、学説上も改めて検討の対象とされている²²⁾。そこでは、一事不再理効の範囲を、公訴事実の同一性の範囲と同定する判例及び通説の見解に対し、公訴事実の同一性の範囲に限定されないとする見解²³⁾も有力である。さらに、公訴事実の同一性の範囲と一事

20) 安富潔「余罪と二重の危険」法研59巻12号275、287頁（1986年）。

21) 三井（前掲注6）「判例研究」66頁。

22) 辻本典央「判例研究」近法54巻3号287頁（2006年）。

23) 青柳文雄『刑事訴訟法通論下・5訂版』489頁（1976年、立花書房）、石川才顯「観念的競合における事件単一評価の妥当領域」日法30巻3号75頁（1964年）、齋藤朔郎『刑事訴訟論集』141頁（1965年、有斐閣。初出「公訴事実の同一性について」曹時4巻9号26頁（1951年））、高田昭正『刑事訴訟の構造と救済』53頁（1994年、成文堂。初出「一事不再理の客観的範囲(2)」法雑23巻2号266頁（1976年））、田口守一・昭和51年重判197頁（1977年）、田宮（前掲注2）『刑事訴訟法』456頁、筑間正泰「一事不再理効の客観的範囲についての一考察」法研49巻1号181頁（1976年）、中野目義則「常習罪と後訴遮断の範囲」新報92巻10・11・12号23頁（1986年）、松本一郎『事例式演習教室刑事訴訟法』219頁（1987）

不再理効の範囲とは同一であるとの関係を維持しつつ、公訴事実の同一性の範囲自体を見直そうとする見解⁹⁰も主張されている。前訴で実質的に処罰される趣旨で考慮された余罪に関して二重に処罰されてはならないのは当然であるが、処罰には至らない一情状事実として考慮された場合でも、それが手続に組み込まれ、被告人に防御の負担が課せられた場合に、後訴において再度防御の負担を課すことは、二重の危険の趣旨から許されないというべきではないだろうか。そこで、仮に、一事不再理効の範囲を公訴事実の同一性・単一性と同じ範囲と理解する通説的見解を前提としても、例えば、前述三井が指摘する「事実上の訴訟係属」という観点から、余罪考慮が第一類型であるか第二類型であるかを問わず、後訴における公訴の対象とすることは禁止されるというべきではないだろうか。

もっとも、このように、第二類型の余罪考慮の場合でも、当該余罪について一事不再理効を肯定するためには、そもそも前訴において余罪が如何なるものであるか明確にされていなければならない。この点について、前出最大判昭和41年で指摘されたとおり、余罪が具体的に記述されることによって第一類型での考慮とみなされるとすると、余罪が具体的に記述されない（されるべきではない）第二類型での考慮においては、後訴における一事不再理効の判断が困難になる。しかし、その前提自体が疑問であり、上述のとおり、第二類型として余罪を考慮する場合でも、証拠裁判主義及び被告人の防御の観点等から、むしろ余罪は明確に攻防の対象とされるべきとする私見からは、第二類型での余罪考慮においても、当該余罪自体が明確に指摘されるべきであるため、後訴における一事不再理効の判断にも困難をきたさない。

↘年、勁草書房）、光藤（前掲注④）『口述刑事訴訟法中』286頁、横井大三『刑訴裁判例ノート④公判』253頁（1972年、有斐閣）。

④ 辻本（前掲注②）「判例研究」300頁。

(4) 本件の評価

上述の検討を基に、最後に、本判決についての評価を示しておきたい。

本件は、前出名古屋高判平成10年と同様、児童売春等事件と児童福祉法違反とが関連し、後者について家庭裁判所の専属管轄と定める少年法37条の存在から、被告人の刑事責任を適切に評価するためには本来併合して審判されるべき事実が、法律上分離して審判せざるを得ないという特徴を持つ事件である。しかし、本件でも、起訴事実である児童福祉法違反の量刑を適切になしうるためには、児童買春等の余罪をも考慮することが必要であり、それゆえ、具体的量刑が、起訴事実に基づく狭義の情状の範囲内にとどまっているかどうかが問われることとなる。但し、その際、本件では、別裁判所に係属中の手続との整合も図られなければならない^{四〇}。

その上で、本判決は、原判決の訴訟手続を違法（第一類型での考慮）であると判断した理由として、余罪を証拠調し、そのことを証拠の標目に摘示し、量刑理由でも具体的に説示しているという点を挙げている。もっとも、余罪に関する証拠調自体は、第一類型、第二類型を問わず行われることであり、その結果自体が具体的に指摘されることは、上述私見からは、むしろ望ましいことといえる。それゆえ、余罪考慮の許容性を判断するためには、第一審の証拠調における証拠裁判主義及び被告人の防御の観点から要請される手続が遵守されていたかが判断されるべきであった。第一審判決を見ると、このような観点から余罪を第二類型で、つまり純粹に量刑の一資料として考慮したことについて明示されているわけではなく、単に余罪の事実が列挙されているだけであることから、訴訟手続における証拠裁判主義及び被告人の防御権保障へ配慮がなされていたかは疑わしい。そ

四〇 このような困難さを考えると、関連事件の併合規定（刑訴法3条、5条）の適用により、いずれかの裁判所に併合して審判することが適切であろう（鹿兒島家判昭和47年11月6日家月25巻8号117頁参照）。

の限りにおいて、本判決が第一審判決の訴訟手続を違法であると断じた結論については、支持できるように思われる。

四 おわりに

以上、本研究では、近年、その発生件数及び法制度の整備等、社会的に注目の高い児童売春等に関する少年福祉関係事件について、余罪と量刑という刑事法上本質的な問題点を含む事例を検討した。上述のとおり、量刑における余罪考慮は、その実体的観点からの考察と、手続的担保という両側面からアプローチされるべき問題点であり、本研究が示した検討構造は、従来ともすればこれらの分析が十分になされていなかった議論状況について、今後の議論の発展に向けての一つの方向性を示すものである。

もっとも、ここでの私見は、理論的追求を主としており、実務におけるこの問題への苦労について十分配慮できたものであるかは、心もとない。それゆえ、今後は、実務における量刑の実情にも広く目を向け、実体的観点と手続法的観点の双方から、よりよき理論の構築を目指すことが要請される。本研究は、そのためのファースト・ステップに過ぎない。

なお、本判決は、児童への買春斡旋等について、同一児童を対象とする複数回の行為を各々包括して一罪であると評価した第一審を覆し、各行為ごとに一罪の成立を認めた点も興味深い。児童福祉関係に関する罪数論については、特別刑法が複雑に関係し、少年法37条の適用を含めて手続的な問題点を多く含んでいる。稿を改めて検討の課題としたい。

(2006年12月脱稿)

※本稿は、2003年12月20日開催の「判例刑事法研究会」(於、神戸大学)における報告をまとめたものである。