

第2節. 訴因変更

訴因制度の下では、審判対象（審理・判決の対象）が訴因に拘束されるため、裁判所は、証拠調べの結果、ある犯罪事実について被告人が有罪であるとの心証を抱いても、それが訴因と実質的に異なる場合には、訴因変更の手續（312条）を経ない限り、その心証によって有罪判決を言い渡すことができない。

A

1. 思考の流れ

A

(1) 訴因と異なる事実（訴因外の実事）の認定であるか

裁判所が訴因と異なる事実を認定する場合に、訴因変更の要否という問題が顕在化する。

例えば、検察官が起訴状で共謀の時期を明示していなかったところ、検察官が共謀の時期が4月1日であると釈明したにもかかわらず、裁判所が4月2日の共謀を認定したときは、訴因の内容として共謀の時期が特定されていないままなのか／訴因の内容として共謀の時期が4月1日に特定されるに至っていたのかが問題となる。

検察官の釈明内容のうち、訴因の内容を構成することになるのは、義務的求釈明の対象（訴因の特定に不可欠な事項）に限られる。

そうすると、共謀の時期は訴因の特定に不可欠な事項であり、義務的求釈明の対象であると考え、検察官の釈明により、訴因の内容として共謀の時期が4月1日に特定されるに至っていたことになる。したがって、裁判所が4月2日の共謀を認定することについては、訴因と異なる事実認定として、訴因変更の要否の問題が顕在化する。

この場合、当初の訴因が特定されておらず、起訴後の釈明により事後的に訴因が特定されたことになる。

これに対し、共謀の時期は訴因の特定に不可欠な事項ではなく、裁量的求釈明の対象にとどまると考えると、検察官の釈明内容は訴因の内容を構成しないから、訴因の内容として共謀の時期が特定されていないままである。したがって、裁判所が4月2日の共謀を認定することは、訴因内の事実認定であるから、訴因変更の要否の問題が顕在化しない。

この場合、共謀に関する訴因の内容は、4月1日・4月2日・その他の日を含む「ある時期」に成立した共謀という、抽象的なものとして把握される。

(2) 訴因と異なる事実の認定である場合、訴因変更の要否を論じる¹⁾

訴因変更が必要であるとの結論に達した場合、判決前の段階（訴因変更請求や追起訴ができる段階）であれば、さらに、訴因変更の可否を論じる。

(3) 訴因変更の可否

① 訴因事実と検察官又は裁判所の心証事実の間に「公訴事実の同一性」が認められる場合、訴因変更手續（312条1項）により訴因を心証事実に変更する。

② 両者間に「公訴事実の同一性」が認められない場合、訴因変更手續によることができないから、心証事実について追起訴することになる（それとともに、当初の公訴を取り消す（257条）。）。

¹⁾ 前記(2)の「訴因変更の要否」は、厳密には、訴因変更手續の要否ではなく、原訴因のままで事実認定することの可否（あるいは、訴因変更手續又は追起訴により訴因を変更することの要否）という広い意味での訴因変更の要否を意味している。

2. 訴因変更の要否

訴因と心証の間の際には質的・量的に様々なものがあり得るのであり、両者の差異が訴因制度の趣旨を害さない些細なものである場合には、裁判所が心証を得た犯罪事実を争点として顕在化させて十分な審理を行うなど、訴因変更以外の方法によって実質的に被告人の防御の機会を確保することも可能である。

そこで、訴因と心証との間にいかなる差異がある場合に訴因変更の手続が必要とされるのかが問題となる。

〔論点 1〕 訴因変更の要否の判断基準

まず、訴因とは、罪となるべき事実の記載であると解される（事実記載説）。

次に、訴因の識別機能から、①審判対象の画定に不可欠な事実について変動がある場合には、訴因変更が必要であると解する。²⁾

次に、訴因の防御機能から、②一般的に被告人の防御にとって重要な事項について、検察官が訴因において明示した場合には、明示された事実が被告人の不利益の上限を画することとなり同等の手続により不意打ちを防止すべきであるから、これについて訴因と実質的に異なる認定をするときには、原則として訴因変更が必要であると解する。

もっとも、争点明確化による不意打ち防止の要請は具体的な訴訟経過により異なるものであるから、②の場合であっても、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えず、かつ、認定事実が訴因と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえないときには、例外的に訴因変更を要しないと解する。³⁾

〔判例 1〕 殺人罪の共同正犯の実行行為者

事案：検察官は、被告人 X に対する Y との殺人罪の共同正犯の訴因について、当初、起訴状では、実行行為者を特定せず、「被告人 X は、Y と共謀の上、A に対し殺意をもってその頸部をベルト様のもので締めつけ、そのころ窒息死させて殺害した」と記載していたが、公判期日中、被告人 X が共謀の存在・実行行為への関与を否定して無罪主張をしたことから、「被告人 X は、Y との共謀の上、…殺意をもって、被告人 X が、A の頸部を締めつけるなどし、同所付近で窒息死させた殺害した」という内容へ訴因変更した。

第 1 審は、「被告人 X は、Y との共謀の上、…Y 又は被告人 X あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法で A を殺害した」旨の事実を認定した。

要旨：「訴因と認定事実とを対比すると、前記のとおり、犯行の態様と結果に実質的な差異がない上、共謀をした共犯者の範囲にも変わりはない

A

A

最決 H13.4.11・百 45

事例演習 208・218 頁

B

最決 H13.4.11・百 45 [説明の便宜

上、事案を簡略化した]

2) 上記〔論点 1〕でいう①は、訴因の特定に不可欠な事項＝「罪となるべき事実」の特定に必要な不可欠な事実（総まくり 104 頁〔論点 1〕①②）と同じ意味である（リークエ 221・257 頁）。そのため、傷害致死の訴因で殺人を認定する場合、上記〔論点 1〕でいう①（総まくり 104 頁〔論点 1〕①②のうち、①）が変動するため、訴因変更が必要である。

3) ①審判対象の画定に必要な事項について、訴因変更が必要であるにもかかわらず訴因変更をしないで訴因と異なる認定をした場合には、裁判所が検察官の訴因設定構成権限を害して審判対象を逸脱した事実認定をしたこととなるため、絶対的控訴理由（378 条 3 号）となる（酒巻 292 頁、緑 256 頁）。

②一般的に被告人の防御にとって重要な事項について、訴因変更が必要であるにもかかわらず訴因変更をしないで訴因と異なる認定をした場合には、相対的控訴理由（379 条）となる（緑 257 頁）。

く、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をすとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。

とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである。」

〔判例 2〕 訴因と異なる放火方法の認定

事案：現住建造物等放火罪（自宅全焼・既遂）の被告事件において、起訴状には放火の方法として「ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火し、同ガスに引火、爆発させて火を放った」と記載されていたところ、裁判所は、訴因変更手続を経ないまま、Xが「何らかの方法により」ガスに引火、爆発させたと認定した。

本件では、放火の方法について、「台所に充満したガスに引火、爆発させて火を放った」ところまでは事実関係が絞り込まれており、点火の具体的方法（＝台所に充満させたガスに引火・爆発させた方法）について、裁判所が「何らかの方法により」として、訴因よりも抽象的な認定をしたのである。

要点：本決定は、上記の事実関係を前提として、「ガスに引火、爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであって、一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるから、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更の手続を要する…。…審理の経過に照らせば、原判決が、同スイッチ（ガスコンロの点火スイッチ）を作動させた行為以外の行為により引火、爆発させた具体的可能性等について何ら審理することなく「何らかの方法により」引火、爆発させたと認定したことは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を超えて無限定な認定

A

最決 H24.2.29・H24 重判 4

をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない」と述べて、訴因変更を必要とする立場に立った。

(答案)

1. 訴因変更の要否

(1) …略…

(2) 被告事件は、自宅全焼による現住建造物放火罪であるから、殺人罪・傷害致死罪等と同様に、法益侵害が1回しか起こり得ない。そのため、放火の客体までが識別できれば他の放火事件と区別することができるから、放火の方法は審判対象の画定に不可欠な事実とはいえない(①)。⁴⁾

他方で、ガスに引火・爆発させた方法は、本件現住建造物等放火罪の実行行為の内容をなすものであるから、一般的に被告人の防御にとって重要な事項である。そのため、判決において訴因と実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更の手續を要する(②の前段)。

もつとも、例外的に訴因変更が不要とならないか、前記②の後段の要件を満たすかが問題となる。ここで、訴因変更の要否の段階では、被告人の手續保障を徹底する見地から、不意打ち概念を抽象的に捉え、認定事実について訴訟の過程で争点化し、被告人に反論の機会が与えられていなければ、これにより実質的な防御上の不利益が生じたかどうかを問わず、被告人に対する不意打ちが認められると解する。

そして、本件では、検察官は、ガスに引火・爆発させた方法として本件ガスコンロの点火スイッチの作動以外の行為について予備的な主張をしておらず、裁判所も、そのような行為の具体的可能性やその場合の被告人の刑事責任の有無・内容に関し、求釈明や証拠調べにおける質問等はしていなかった。そのため、点火スイッチの作動以外の方法については、訴訟の過程で争点として顕在化されておらず、被告人に反論の機会が与えられていない。それにもかかわらず、点火スイッチの作動以外の方法も含めた「何らかの方法により」引火、爆発させたと認定することは、引火、爆発させた行為についての本件審理における攻防の範囲を超えて無限定な認定をした点において被告人に不意打ちを与えるものといわざるを得ない(②の後段)。

したがって、訴因変更が必要であったといえる。

よって、原判決(第1審判決)には、相対的控訴理由(379条)が認められる。

2. 上告審における原判決破棄事由

訴因変更手續が必要であるにもかかわらずそれを經ずに訴因と異なる事実を認定したという点は、控訴審では原判決破棄事由に位置づけられている(397条1項)ものの、上告審では、訴因変更手續を経ずに事

⁴⁾ 客体全焼事案でない限り、同一客体に対して別罪として放火罪が複数成立する余地が残るものの、焼損の箇所を特定することで他の放火事件と区別することができるから、放火の方法は①に当たらない。

実認定をした違法が「原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると認めるとき」に初めて原判決破棄事由になる（411条柱書、同条1号）。

(1) 訴因変更の要否の段階と異なり、原判決破棄事由の段階では、訴訟経済の要請に配慮する要請もあるから、被告人の防御は具体的に捉えるべきである。

そこで、訴訟の帰結に関わるほど大きな防御上の不利益（実質的な防御上の不利益）が被告人側に生じたとはいえない場合には、訴訟経済を優先して手続を維持するために、前記原判決破棄事由は認められないと解すべきである。

(2) 最高裁平成24年決定は、以下の①～③の理由から、訴因変更手続を経ずに上記認定をした違法をもって、いまだ「原判決を破棄しなければ著しく正義に反する」（411条柱書）ものとは認められないと述べて、原判決の破棄を否定した。

① 訴因と原判決の認定事実を比較すると、…台所に充満したガスに引火・爆発させて火を放ったという点では同一であって、その方法が異なるにすぎない。そして、引火・爆発時に被告人が1人で台所にいたことは明らかであることからすれば、引火・爆発させた方法が、本件ガスコンロの点火スイッチを作動させて点火スイッチを作動させて点火する方法である場合（訴因）とそれを含め具体的に想定し得る「何らかの方法」である場合（原判決の認定事実）とで、被告人の防御は相当程度共通し、上記訴因の下で現実に行われた防御と著しく異なってくることはないものと認められるから、原判決の認定が被告人に与えた防御上の不利益の程度は大きいとまではいえない。

② 原判決は被告人が意図的な行為により引火・爆発させたと認定している一方、本件がガスコンロの点火スイッチの作動以外の着火原因の存在を特にうかがわせるような証拠は見当たらないことからすれば、訴因の範囲内で実行行為を認定することも可能であったと認められるから、原審において更に審理を尽くさせる必要性は高くない。

③ 原判決の刑の量定を是認することができる。

[判例3] 過失

判例1: 自動車の速度調節義務を怠った過失が問題となった事案において、速度調節義務を課す根拠となる路面の滑りやすい原因と程度に関する具体的事実として、訴因として掲げられていた「降雨による路面の湿潤」という事実に加え、訴因として撤回されていた「石灰の粉塵の路面への堆積凝固」という事実を併せて認定した場合について、注意義務を課す根拠となる具体的事実には訴因としての拘束力がなく、被告人の防御権も侵害されていないとして、訴因変更手続を要しないとした。

判例2: 「濡れた靴をよく拭かずに履いていたため、一時停止の状態から発進するにあたり足を滑らせてクラッチペダルから踏み外した」という過失の訴因で、「一時停止中の他車の後に進行接近する際ブレーキを

B

最決 S63.10.24

最判 S46.6.22・百 A18

かけるのが遅れた」という過失を認定することについて、被告人に防御の機会を与えるため訴因変更手続が必要であるとした。

なお、本判決は、「防御の機会を与えるため」と判示していることから、平成13年決定の第二段階の判断枠組みにより訴因変更手続を必要であるとしたようにも読めるが、当時の判例は抽象的防御説に立っていたことから、「防御の機会を与えるため」という文言だけから第二段階の判断枠組みによったのだと即断することはできない。

解説：過失の訴因は、①注意義務を課す根拠となる具体的事実、②注意義務の内容、③注意義務に違反する具体的行為（過失の態様）からなるのが一般的である。

①については、訴因としての拘束力は認められないから、少なくとも第一段階の判断枠組みによる訴因変更手続は不要である。

これに対し、③については、過失の態様（注意義務違反）は過失犯の構成要件要素であり、「罪となるべき事実」として記載されるものであるという立場（構成要件要素説）からは、同一の法条であっても、過失の態様が異なれば構成要件的に別個の法規範違反として別個の訴訟物（＝審判対象）を構成することとなるから、第一段階の判断枠組みによって訴因変更手続が必要とされる。

事例演習 221 頁

〔論点 2〕 縮小認定

例えば、共謀共同正犯の訴因で幫助の事実を認定する場合、縮小認定の可否が問題となる。

A

（論証 1） 縮小認定の可否

訴因事実と包摂関係にある縮小事実を認定する場合には、縮小認定として、訴因変更手続を要しないと解する。

なぜならば、検察官により縮小事実が潜在的に（あるいは、黙示的・予備的に）主張されているとみられ、またそれゆえに、定型的に被告人の防御に不利益を与えることがないと考えられるからである。

判例講座 II 95～96 頁

（論証 2） 縮小認定の際の争点顕在化措置

最高裁平成13年決定は、一般的に被告人の防御にとって重要な事項については、当該訴因の成否について争いのある場合等においては、争点明確化による不意打ち防止の要請（＝被告人の具体的防御に対する配慮）から、検察官においてこれを明示するのが望ましいとしている。

事例演習 215 頁

最決 H13.4.11・百 45

同決定の第二段階の判断枠組みの基礎にある「争点明確化による不意打ち防止」の要請は、訴因変更の要否が問題とならない縮小認定の場合にも働き得るから、裁判所による縮小認定が具体的訴訟経過の中で不意打ちに当たる場合には、争点顕在化措置を採った上で認定することを要する。

池前 283 頁

〔具体例〕 縮小認定の肯定例・否定例

（肯定）

- ・殺人未遂 → 傷害
- ・殺人既遂 → 同意殺人

最判 S29.8.24

最決 S28.9.30

- ・殺人既遂 → 傷害致死
 - ・窃盗既遂 → 窃盗未遂
 - ・強盗致死 → 傷害致死
 - ・酒酔い運転 → 酒気帯び運転
- (否定)
- ・収 賄 → 贈賄
 - ・殺 人 → 重過失致死

仙台高判 S26.6.12
福岡高判 S25.7.18
最判 S29.12.17
最決 S55.3.4・百 A19

最判 S36.6.13
最決 S43.11.26

(論証 1) 単独犯の訴因で共同正犯の認定

単独犯の訴因よりも、他者との共謀に基づく共同正犯であるとの認定の方が、被告人にとって量刑上有利である場合には、前者と後者の事実とは包摂関係にあるとして、縮小認定により後者の事実を認定することができそうである。

もっとも、後者の事実には、前者の事実と比べて、共謀という事実が加わるのだから、前者の事実が後者の事実を包摂しているとはいえず、縮小認定が認められないという見方もできそうである。

しかし、縮小認定は、訴因事実と包摂関係にある縮小事実についても検察官が潜在的に主張していたことにより潜在的に訴因（審判対象）となっていたことを根拠とする。

とすれば、前者の事実よりも後者の事実の方が被告人にとって量刑上有利であるならば、共謀も含めて後者の事実についても検察官が潜在的に主張していたとして、縮小認定が認められると解すべきである。⁵⁾

これに対し、被告人が実行行為には関与しておらず共謀共同正犯として責任が問われることになるような態様を認定する場合には、縮小認定とはいえないから、訴因変更手続が必要である。

B
最判 S34.7.24

(論証 2) 共同正犯の訴因で単独犯の認定

共同正犯の訴因に比べて単独犯としての認定のほうが被告人の犯行への関与の程度が重くなることが多く、縮小認定はできず、訴因変更手続が必要である。

これに対し、訴因に含まれている実行行為の一部を認定するにすぎないような場合には、縮小認定といえるから、訴因変更手続は不要である。

B

最決 S30.10.19 [傷害の共同正犯の
訴因で暴行の単独犯で認定]

[事例問題] 共謀共同正犯の訴因で幫助の事実を縮小認定する場合

縮小認定は、検察官の潜在的な主張により縮小事実も潜在的に訴因として審判対象になっていたと考えることで、訴因内の事実の認定として許容されると解されている。そうすると、訴因外の実事認定する場合に顕在化する訴因変更の要否は問題とならないように思える。もっとも、まず初めに、縮

A

⁵⁾ このように、共同正犯での認定が単独犯の訴因に比べて被告人の犯行関与の程度が軽くなるような態様のものでは、縮小認定が認められる。判例（最判 S34.7.24）も、共同正犯のほうが単独犯に比べて被告人の犯行への関与の程度が軽くなるため、被告人にとって量刑上有利になるという事案において、単独犯による覚せい剤不法所持の訴因に対し、訴因変更手続を経ることなく共犯者との共同による覚せい剤不法所持を認定することも、被告人に不当な不意打ちを加え、防御権の行使に不利益を与えるおそれはないので、適法であるとしている（池前 315 頁）。

小事実が訴因に含まれていない場面を仮定して、訴因変更の要否から論じるのが望ましい。⁶⁾

1. 幫助の事実は、起訴状で明示的に記載されていないから、これを認定するためには、訴因変更手続（312条1項）を要するのではないか。

(1) …略…

(2) 共謀共同正犯は刑法60条による基本的構成要件の修正形式であり、幫助も刑法62条による基本的構成要件の修正形式であるから、共謀と幫助は、いずれも、異なる修正された構成要件要素として、審判対象の画定に不可欠な事実である。したがって、仮に、幫助の事実が訴因に含まれていないのであれば、これを認定するためには、①の場合として、訴因変更を要することとなる。

2. もっとも、縮小認定が認められないか。

(1) 訴因事実と包摂関係にある縮小事実を認定する場合には、縮小認定として、訴因変更手続を要しないと解する。なぜならば、検察官により縮小事実が潜在的に（あるいは、黙示的・予備的に）主張されるとみられ、またそれゆえに、定型的に被告人の防御に不利益を与えることがないと考えられるからである。

(2) 共謀共同正犯における共謀が認められるためには、単なる意思連絡だけでは足りず、正犯性ないし正犯意思も必要であり、これを基礎づける一要素として役割の重要性が挙げられる。そうすると、共謀共同正犯における共謀は、幫助を包摂している。また、公判廷において検察官が幫助の事実を主張しない意思を明らかにしたという事情もない。そのため、検察官が幫助の事実も黙示的に・予備的に主張しているといえる。

したがって、裁判所は、縮小認定により、訴因変更手続を経ることなく、幫助の事実を認定できる。

3. 訴因変更手続を要しないとしても、裁判所は、幫助の事実につき検察官に求釈明するなどして争点顕在化を図るべきではないか。

(1) 裁判所による縮小認定が具体的訴訟経過の中で不意打ちに当たる場合には、争点明確化による不意打ち防止の要請に鑑み、争点顕在化措置が要求され、これを怠り縮小事実を認定したのであれば、争点逸脱認定として求釈明義務違反（規則208条）になると解する。

(2) 本問では、被告人の弁解により、幫助の事実が主張されており、幫助の事実を認定することは被告人の弁解通りの認定であるから、被告

ここでは、共謀共同正犯の成立要件について、共謀（意思連絡＋正犯性又は正犯意思）＋共謀に基づく実行行為という2要件で整理する理解に立っている。

⁶⁾ 共謀共同正犯の訴因で幫助の事実を認定することの可否が問題となる場面には、①「法的評価を基礎付ける具体的事実関係」に全く変化がなく、事実に対する法的評価が変わったにとどまる場合と、②「法的評価を基礎付ける具体的事実関係」まで変化した場合とがある。①の場合には、事実の変動がないため、訴因変更は不要であるから、訴因変更の要否も縮小認定の可否も問題とならない（清水登「訴因変更の要否に関する - 考察」21頁）。上記「論点2」では、②の場合を前提としている。

事例演習216頁における『共謀事実も幫助事実も訴因の特定にとって不可欠な事実であり、両者の食い違いは構成要件を異にするもので（共謀共同正犯は、刑法60条による基本的構成要件…の修正形式、幫助は刑法62条による基本的構成要件…の修正形式）、「実質的な食い違い」ということができ（平野・前掲152頁は、裸の事実としては極めて僅かな事実の食い違いでも、それが構成要件的評価を変えさせるようなものであるときは、「重要な変化」とする）、本来であれば第1段階の訴因変更手続を要するはずのものが…』との記述も、②を前提としたものである。

人に対する不意打ちにならない。

したがって、争点顕在化措置は不要である。

4. 以上より、裁判所は、訴因変更手続や争点顕在化措置を要することなく、幫助の事実を認定できる。

[論点3] 裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定する場合

1. 認定事実が訴因の特定に不可欠な事実該当する場合

(1) 訴因の特定

例えば、起訴状において共謀の時期を明らかにしていない事案において、共謀の時期が訴因の特定に不可欠な事実該当すると解するのであれば、起訴状は、そのままでは、訴因の特定を欠くことになる。

もっとも、裁判所は、いきなり訴因の特定を欠くとして公訴棄却判決(338条4号)を言い渡すのではなく、①まずは、検察官に求釈明する義務(規則208条)に基づき、検察官に対して共謀の時期について求釈明すべきである。

公訴棄却判決には一事不再理効がないことからすれば、訴訟経済の観点からは、補正の余地があるのであれば既存の手続を維持すべきだからである。

そして、②訴因の特定に不可欠な事項(義務的求釈明の対象)については、検察官の釈明内容が訴因の内容を構成するから、検察官が釈明により共謀の時期を明らかにしたのであれば、訴因の特定が満たされることになる。

これに対し、③検察官が釈明しないのであれば、補正の余地がないから、訴因の特定を欠くとして公訴棄却判決(338条4号)を言い渡すことになる。

(2) 判決の内容の問題点

例えば、裁判所が「4月1日又は4月3日の共謀に基づき…」というように、共謀の時期について概括的に認定したのであれば、概括的認定の可否が問題となる。

(3) 判決に至る手続の問題点

ア. 訴因変更の要否

(ア) 共謀の時期が訴因の特定に不可欠な事項である場合、これは義務的求釈明の対象となる。そうすると、検察官が共謀の時期は「4月2日」とであると釈明した場合、訴因の内容として共謀の時期が4月2日に特定されるに至っていたことになる。したがって、裁判所が4月1日又は4月3日の共謀を認定することについては、訴因と異なる事実認定として、訴因変更の要否の問題が顕在化する。

(イ) 共謀の時期が訴因の特定に不可欠な事項であるため、第一段階の判断枠組みにより、訴因変更が必要であるという結論に達する。

イ. 訴因変更の可否

実際に言い渡された判決の問題点について問われている事案であれば、訴因変更の可否を論じる余地はない。

A

平成25年予備試験設問1・2

平成29年予備試験設問2

事例演習195～197頁

総まくり110頁 [論点6]

2. 認定事実が訴因の特定に不可欠な事実該当しない場合

(1) 訴因の特定

共謀の時期が訴因の特定に不可欠な事実該当しないと解するのであれば、起訴状は、そのままで、訴因の特定が認められることになる。

そうすると、裁判所は、訴因の特定を欠くとして公訴棄却判決を言い渡すことができない。

もっとも、裁判所は、被告人の防御権保障の観点から、検察官に求積明することができる。これは裁量的求積明であるものの、検察官は積明義務を負うことになる。とはいえ、訴因が特定されている以上、検察官が積明義務を怠っても、公訴棄却判決を下すことはできない。

(2) 判決の内容の問題点

例えば、裁判所が「4月1日又は4月3日の共謀に基づき…」というように、共謀の時期について概括的に認定したのであれば、概括的認定の可否が問題となる。これは、前記1と同じである。

(3) 判決に至る手続の問題点

ア. 訴因変更の要否

共謀の時期は訴因の特定に不可欠な事項ではなく、裁量的求積明の対象にとどまると考えると、検察官が共謀の時期は「4月2日」とであると積明をしても、その積明内容は訴因の内容を構成しない。そうすると、訴因の内容として共謀の時期が特定されていないままである。したがって、裁判所が4月1日や同月3日の共謀を認定することは、訴因内の事実認定であるから、訴因変更の要否の問題が顕在化しない。

イ. 争点顕在化措置

最高裁平成13年決定における「一般的に…被告人の防御に重要な事項…の成否について争いがある場合等に…は、争点の明確化などのために、検察官において…明示するのが望ましい」という訴因変更の要否の二段階目の判断枠組みの基礎にある「争点の明確化」の要請を、検察官の積明内容と異なる事実を認定する場面にも及ぼし、裁判所による事実認定が具体的訴訟経過の中で不意打ちに当たる場合には、争点顕在化措置が要求され、これを怠り検察官の積明内容と異なる事実認定をしたのであれば、争点逸脱認定として求積明義務違反(規則208条)になると解すべきである。

【論点4】罪数の変化

一罪として起訴された犯罪を数罪として認定する場合や、逆に数罪として起訴された犯罪を一罪として認定する場合、その事実関係に変化がなく、罪数評価が異なるだけであれば、訴因変更を必要としない。

例えば、強盗致傷罪で起訴されたが、窃盗の機会が認められず窃盗と傷害罪と認定する場合には、縮小認定に伴う罪数の評価の変化にすぎないから、訴因変更は不要である。

これに対し、強盗と傷害の併合罪で起訴したところ、強盗傷人罪一罪で認定する場合には、強盗の機会という新たな事実が加わることになり、刑も重

総まくり 109 頁 [論点5]

C

池前 283 頁

くなるから、訴因変更が必要である。

【論点 5】 罰条変更の要否

256 条 4 項本文は起訴状に罰条の記載を要求しているが、認定事実に対する罰条の当てはめは、法令適用の問題であり、裁判所の専権に属するから、起訴状における罰条の記載は、訴因をより一層特定させて被告人の防御に遺憾のないようにするため法律上要請されているものであり、裁判所による法令の適用をその範囲内に拘束するためのものではない。

そこで、裁判所は訴因により公訴事実が十分に明確にされていて被告人の防御に実質的な不利益が生じない限りは、罰条変更の手続を経ないで、起訴状に記載されていない罰条であってもこれを適用することができる。7)

C

最決 S53.2.16・百 A20

3. 訴因変更の可否

「裁判所は、検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因…を許さなければならない。」(312 条 1 項)

【論点 1】 訴因変更の可否の判断基準

「公訴事実の同一性」(312 条 1 項)は訴因変更の限界を画する機能概念であるところ、その範囲の拡大による一回的解決の利益(337 条 1 号参照)と被告人の防御の不利益の調和点は、事実の共通性に求めるべきである。

そこで、「公訴事実の同一性」は、新旧両訴因の基本的事実関係の同一性を意味し、その判断においては基本的には共通性基準を用いつつ、補完的に非両立性基準を用いるものと解する。8) 9)

A

A

事例演習 225 頁

これは、狭義の同一性に関する判断枠組みである。

【当てはめ】

1. 単一性と狭義の同一性の関係

(1) 事案類型に応じて使い分けられる

「公訴事実の同一性」は、単一性と狭義の同一性に分けて検討される。「公訴事実の同一性」=「単一性あり、かつ、狭義の同一性あり」ではなく、単一性と狭義の同一性は、事案類型に応じて使い分けられるものである。

(2) 単一性

公訴事実の横の広がりがある場合(新訴因が犯罪として旧訴因と両立し得るものとして主張される場合)には、「公訴事実の同一性」は実体法上の罪数論を基準とする単一性により判断される。

A

リークエ 241~242 頁・247 頁、公判法演習 35 頁、判例講座 II 104 頁・110 頁

7) 学説上、罰条の記載に、法令適用につき弁論の機会を付与するという独自の役割を認め、起訴状に記載のない罰条の適用には原則として罰条変更の手続を要するとの見解も有力である。

8) 基本的事実関係の同一とは、両訴因の背後にある社会的・歴史的事実(検察官の釈明及び証拠調べの結果にあらわれたものに限る。)の同一性を意味する(事例演習 228 頁)をいう。

9) 「訴因変更制度の趣旨は、別訴で共に有罪とされたなら二重処罰の実質を生じる関係にある複数の訴因について、別訴を許さず一回の訴訟手続で処理すべきとすることにある。」という説明は、「公訴事実の同一性」について「両訴因が、別訴で共に有罪とされるとしたならば二重処罰となる…という意味における非両立関係…」を基準として判断する見解との結びつきが強い(事例演習 227 頁・230 頁参照)。

(参考文献)

- ・「リーガルクエスト 刑事訴訟法」第3版(著:宇藤崇・松田岳士・堀江慎司-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法講義」第6版(著:池田修・前田雅英-東京大学出版会)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)
→「判例講座Ⅰ〇頁」と表記
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕」初版(著:川出敏裕-立花書房)
→「判例講座Ⅱ〇頁」と表記
- ・「刑事訴訟法」初版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」初版(著:緑大輔-日本評論社)
- ・「捜査法演習」初版(著:佐々木正輝・猪俣尚人-立花書房)
- ・「刑事公判法演習」初版(編:廣瀬健二-立花書房)
- ・「事例演習刑事訴訟法」第2版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」第4版(監修:松尾浩也、編集代表:松本時夫ほか-弘文堂)
- ・「ブラクティス刑事裁判」平成27年3月(司法研修所刑事裁判教官室)
- ・「刑事訴訟法判例百選」第9版・第10版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和2年度(有斐閣)
- ・「判例教材 刑事訴訟法」第5版(編:三井誠-東京大学出版会)
- ・「法律学の争点シリーズ 刑事訴訟法の争点」第3版(編:松尾浩也・井上正仁-有斐閣)
- ・「法学セミナー増刊 新司法試験の問題と解説」2006～2011(日本評論社)
- ・「法学セミナー増刊 司法試験の問題と解説」2012～2021(日本評論社)
- ・「法学教室」2006.Apr.NO.307(有斐閣)
- ・「受験新報」2006～2016(法学書院)