

1 [平成25年]

2  
3 次の記述を読んで、後記〔設問1〕及び〔設問2〕に答えなさい。

4  
5 甲は、傷害罪の共同正犯として、「被告人は、乙と共謀の上、平成25年3月14日午前1時頃、  
6 L市M町1丁目2番3号先路上において、Vに対し、頭部を拳で殴打して転倒させた上、コンク  
7 リート製縁石にその頭部を多数回打ち付ける暴行を加え、よって、同人に加療期間不明の頭部打  
8 撲及び脳挫傷の傷害を負わせたものである。」との公訴事実が記載された起訴状により、公訴を提  
9 起された。

10  
11 [設問1]

12 冒頭手続において、甲の弁護人から裁判長に対し、実行行為者が誰であることを釈明するよう  
13 検察官に命じられた旨の申出があった場合、裁判長はどうすべきか、論じなさい。

14  
15 [設問2]

16 冒頭手続において、検察官が、「実行行為者は乙のみである。」と釈明した場合、裁判所が、  
17 実行行為者を「甲又は乙あるいはその両名」と認定して有罪の判決をすることは許されるか。  
18 判決の内容及びそれに至る手続について、問題となり得る点を挙げて論じなさい。



[解説]

(出題趣旨)

本問は、共同正犯者2名による傷害被告事件について、冒頭手続において、弁護人から裁判長に対し、検察官に実行行為者を特定するよう求釈明されたい旨の申出があった場合の裁判長のとるべき措置、裁判所が検察官の釈明内容と異なる事実を認定して有罪判決をする場合の判決の内容、及び手続上の問題点を検討させることにより、起訴状における訴因の明示、これと論理的に関連する訴因についての義務的求釈明の要否、これと論理的に関連する釈明内容と異なる事実を認定する場合の手続上の措置、および択一的認定の可否について、基本的な学識の有無及び具体的事案に対する応用力を試すものである。

設問 1

1. 裁判所による求釈明には義務的求釈明と裁量的求釈明とがあり、訴因の特定に不可欠な事項は義務的求釈明の対象となる。
2. そこで、訴因の特定に不可欠な事項の意味が問題となる（傷害罪の共同正犯の訴因において、実行行為者が誰であるかは訴因の特定に不可欠な事項に当たるかが問題となる）。

まず、訴因は具体的な「罪となるべき事実」の記載だから、訴因の特定には、①被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる具体的事実の記載が必要であると解される。

次に、訴因の機能は、裁判所の審判対象の識別及び被告人に対する防御範囲の告知にあるところ、後者の機能に独自の意味を認めることで、②他の犯罪事実と識別（区別）できる程度の記載のみならず、③被告人の防御権の行使に十分な程度な記載まで要求する見解もある（防御説）。

しかし、②の記載自体により被告人の防御範囲が示されるといえるし、被告人の防御権保障は起訴後の公判前整理手続・公判手続においても検討されるものである。

そこで、訴因の機能としては前者が第一次的なものであり、後者は前者により審判対象が限定されることの裏返しにすぎないと解すべきである。

したがって、訴因の特定としては、①・②の記載で足り、③の記載までは不要であると解する（識別説）。

識別説からは、傷害罪の共同正犯の訴因における実行行為者が誰であるのかは、①・②のいずれにも該当しないのであれば、仮に③に該当するとしても、訴因の特定に不可欠な事項として義務的求釈明の対象にはならない。

基礎応用 183 頁 [論点 6]、論証集

85 頁 [論点 6]

基礎応用 174 頁 [論点 1]、論証集

80 頁 [論点 1]

設問 2

1. 判決の内容

実行行為者が誰であるかを明らかにしないまま有罪の判決をすることは 333 条 1 項との関係で許されるか、同一構成要件内での明示的択一的認定の可否が問題となる。

- (1) 訴因の特定にとって不可欠でない事実については、概括的又は択一的に認定することが許されると解される。

基礎応用 386 頁 [論点 5]、論証集

197 頁 [論点 5]

傷害罪の共同正犯の訴因では、実行行為者が誰であるのかは訴因の特定にとって不可欠な事項ではないから、これについて概括的又は明示的に認定することは、判決の内容としては適法である。

## 2. 判決に至る手続

- (1) 本件判決は、「実行行為者は乙のみである」との検察官の釈明内容と異なる事実を認定するものであるから、まず初めに、訴因と異なる事実を認定するものとして訴因変更が必要となるのかが問題となる。

基礎応用 187 頁 [論点 1]、論証集

88 頁 [論点 1]

義務的求釈明の対象事項、すなわち訴因の特定に不可欠な事項については、検察官の釈明内容は訴因の内容を構成する。これに対し、裁量的求釈明の対象事項、すなわち訴因の特定に不可欠とはいえない事項については、検察官の釈明内容は訴因の内容を構成しない。

基礎応用 183 頁 [論点 7]、論証集

85 頁 [論点 7]

傷害罪の共同正犯の訴因では、実行行為者が誰であるのかは訴因の特定にとって不可欠な事項ではないため、「実行行為者は乙のみである」との検察官の釈明内容は訴因の内容を構成しないから、訴因では実行行為者が誰であるかが特定されていないことになる。

そうすると、本件判決は、訴因と異なる事実を認定するものではないから、訴因変更の要否に関する判断基準について言及するまでもなく、訴因変更は不要であるとの結論が導かれる。

- (2) もっとも、最高裁平成 13 年決定は、訴因変更の要否の二段階目の判断枠組みにおいて、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判示している。ここでいう争点の明確化の要請を訴因内における事実認定にも及ぼし、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において、争点と異なる事実を認定するときは、それが訴因内における事実認定であったとしても、裁判長において争点顕在化措置をとることが求釈明義務（刑事訴訟規則 208 条）として要求されると解すべきである。

最決 H13.4.11・百 46

したがって、争点顕在化措置を怠ったことを理由とする求釈明義務違反として、本件判決に至る手続に違法があるという余地がある。

[模範答案]

1 設問 1

2 1. 訴因が特定されていない場合、裁判所は求釈明する義務があり（刑  
3 事訴訟規則 208 条）、検察官がこれに応じて釈明しないときに初めて、  
4 公訴提起の手続の 256 条 3 項違反を理由として公訴棄却判決（刑事訴  
5 訟法 338 条 4 号）を下すべきである。このように、訴因の特定に不可  
6 欠な事項は義務的求釈明の対象となる。

7 2. では、傷害罪の共同正犯の訴因において、実行行為者が誰であるか  
8 は訴因の特定に不可欠な事項に当たるか。

9 （1）訴因は具体的な「罪となるべき事実」の記載だから、訴因の特定  
10 には、①被告人の行為が特定の犯罪構成要件に該当するかどうかを  
11 判定するに足る具体的事実の記載が必要である。

12 訴因の機能は裁判所の審判対象の識別及び被告人に対する防御範  
13 囲の告知にあるところ、訴因の機能との関係では、②他の犯罪事実  
14 と区別できる程度の記載があれば足り、③被告人の防御権の行使に  
15 十分な程度な記載までは不要と解する。②の記載自体により被告人  
16 の防御範囲が示されるといえるし、被告人の防御権保障は起訴後の  
17 公判前整理手続・公判手続においても検討されるものだからである。

18 （2）共謀共同正犯が認められていることから、甲又は乙のいずれか一  
19 方による実行行為があれば、甲及び乙が傷害罪の共同正犯の構成要  
20 件（刑法 60 条、204 条）に該当する。そうすると、実行行為者が誰  
21 であるかは、被告人の行為が傷害罪の共同正犯の構成要件に該当す  
22 るかどうかを判定するに足る具体的事実には当たらない（①）。ま

た、傷害罪の場合、殺人既遂罪の場合と異なり、同一人物を被害者とする複数の傷害罪を観念することができる、傷害の具体的内容及び傷害の原因となった実行行為の態様が具体的に特定されていれば、他の傷害罪と識別することが可能である。そうすると、傷害罪の共同正犯の訴因でも、実行行為者が誰であるかは他の犯罪事実と区別できる程度の記載として要求されるものではない（②）。

したがって、実行行為者が誰であるかは訴因の特定の不可欠な事項ではないから、義務的求釈明の対象とはならない。

よって、裁判長は、検察官に対して実行行為者が誰であるのかを釈明するように求釈明をしなくても、少なくとも訴訟上の義務違反とはならない。

## 設問 2

### 1. 判決の内容

実行行為者が誰であるかを明らかにしないまま有罪の判決をするとは 333 条 1 項との関係で許されるか、同一構成要件内での明示的択一的認定の可否が問題となる。

（1）333 条 1 項の「被告事件について犯罪の証明があった」にいう「被告事件」とは、訴因を意味するものである。そして、訴因として記載された事実のうちすべてについて証明されていなくても、訴因の特定にとって不可欠な事実について合理的な疑いを容れない証明がされていれば、有罪判決は許される。そこで、訴因の特定にとって不可欠でない事実については、概括的又は択一的に認定することが

許されると解する。

前記の通り、傷害罪の共同正犯の訴因では、実行行為者が誰であるのかは訴因の特定にとって不可欠な事項ではないから、これについて概括的又は明示的に認定することは、判決の内容としては適法である。

## 2. 判決に至る手続

(1) 本件判決は、「実行行為者は乙のみである」との検察官の釈明内容と異なる事実を認定するものであるから、まず初めに、訴因と異なる事実を認定するものとして訴因変更が必要となるのかが問題となる。

義務的求釈明の対象事項、すなわち訴因の特定に不可欠な事項については、検察官の釈明内容は訴因の内容を構成する。これに対し、裁量的求釈明の対象事項、すなわち訴因の特定に不可欠とはいえない事項については、検察官の釈明内容は訴因の内容を構成しない。

前記の通り、傷害罪の共同正犯の訴因では、実行行為者が誰であるのかは訴因の特定にとって不可欠な事項ではないため、「実行行為者は乙のみである」との検察官の釈明内容は訴因の内容を構成しないから、訴因では実行行為者が誰であるかが特定されていないことになる。

そうすると、本件判決は、訴因と異なる事実を認定するものではないから、訴因変更の要否に関する判断基準について言及するまでもなく、訴因変更は不要であるとの結論が導かれる。

（２）もっとも、最高裁平成 13 年決定は、訴因変更の要否の二段階目の判断枠組みにおいて、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判示している。ここでいう争点の明確化の要請を訴因内における事実認定にも及ぼし、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において、争点と異なる事実を認定するときは、それが訴因内における事実認定であったとしても、裁判長において争点顕在化措置をとることが求釈明義務（刑事訴訟規則 208 条）として要求されると解する。

被告人にとって自己のみが実行行為者である場合はそれ以外の場合に比べて量刑上重く評価される傾向にあり、自己を含む両名が実行行為者である場合は自己が実行行為者でない場合に比べて量刑上重く評価される傾向にある。そのため、傷害罪の共同正犯の訴因において、実行行為者が誰であるのかは一般的に被告人の防御にとって重要な事項であるといえる。そして、本問では、「実行行為者は乙のみである」との検察官の釈明により、実行行為者が乙であるかが争点になっているから、本件判決は、実行行為者について「甲又は…その両名」という内容を含む認定をする点において争点と異なる事実の認定を伴うものである。したがって、裁判長において求釈明による争点顕在化措置をとる義務を負う。

にもかかわらず、裁判長は争点顕在化措置を怠ったのだから、本件判決には求釈明義務違反としての違法がある。 以上

## 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7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〕」第2版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「判例講座 刑事訴訟法〔公訴提起・公判・裁判篇〕」第2版(著:川出敏裕-立花書房)
- ・「刑事訴訟法」第2版(著:酒巻匡-有斐閣)
- ・「刑事訴訟法入門」第2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3版(著:古江頼隆-有斐閣)
- ・「条解 刑事訴訟法」第5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11版(有斐閣)
- ・「重要判例解説」平成18年～令和5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」2006～2007(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 新司法試験の問題と解説」2008～2011(日本評論社)
- ・「別冊 法学セミナー 司法試験の問題と解説」2012～2024(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)