

---

## 訴因変更の要否に関する一考察 ——平成13年決定の意義及び具体的射程——

清 水 登

---

- 第1 はじめに
- 第2 従来の議論についての概観
- 第3 平成13年決定の意義等
- 第4 平成13年決定の具体的射程
- 第5 結 び

### 第1 はじめに

訴因変更の要否に関する重要判例として、最高裁判所平成13年4月11日第三小法廷決定（刑集55巻3号127頁。以下「平成13年決定」という。）がある。平成13年決定については、既に数多くの論評等がなされているが、拙いながらも、筆者が検察官として刑事第1審公判の現場で自ら訴因変更請求等を行った経験を踏まえ、平成13年決定の意義等について改めて考察すると、本決定は従来から指摘されている以上に先例としての価値が高いように思われる。

そこで、訴因変更の要否等をめぐる従来の議論を概観し、平成13年決定の意義について自らの所見を述べ、さらに、本決定が訴因変更を必要とする各類型の具体的射程について、筆者の考察を明らかにしたいと思う。

なお、筆者は、現在、「法科大学院への裁判官及び検察官その他の一般職の国家公務員の派遣に関する法律」に基づき、法務省から立教大学大学院法務研究科に派遣され、同研究科生に対する刑事実務及び刑事法の教育指導・研究等に従事するが、東京高等検察庁検事の身分も有するので、拙稿中意見にわたる

部分は、私見であることをお断りしておく。

## 第2 従来の議論についての概観

### 1 審判対象論及び派生論点をめぐる議論

(1) 現行刑事訴訟法（以下「現行法」という。）の制定後、訴因変更の可否の前提問題として、刑事訴訟における審判対象が何であるかに関する議論が活発に展開されてきた。いわゆる公訴事実対象説、訴因対象説である。この審判対象をめぐる議論は、①訴因変更の可否のほか、②訴訟条件存否の判断基準、③訴因変更命令の義務性、④訴因変更命令の形成力、⑤訴因変更における裁判所の決定の可否、⑥訴因逸脱認定の際の控訴理由等に派生する。筆者も審判対象をめぐるかつての議論について、公訴事実対象説と訴因対象説の対立的図式で整理できないことや、各説の中でも派生論点をめぐり細かい見解の相違があることは承知している。しかし、拙稿は、これらの詳細を明らかにすることが目的ではないので、以下、両説について、理論的に最もオーソドックスと思われる考え方を整理する。まず、公訴事実対象説は、旧法が採用していた大陸法系の職権主義的訴訟観に戦後の新法によって導入された英米法系の当事者主義的訴訟観をできる限り調和、両立させることを模索する立場であり、旧法時代からの職権主義的訴訟観に立つ実務家を中心に主張されてきた考え方といわれる。公訴事実対象説によれば、刑事訴訟における審判対象は、旧法時代と同様、前法律的社会的な基本事実たる公訴事実である。そして、新たに導入された訴因は、あくまで審判対象たる公訴事実の法律的評価を示すものであり、訴因の機能は、被告人の防御権保障の見地から、訴訟における攻撃防御の焦点を明確にするとともに、法律的评价に関する裁判所による不意打ちを防止する点にあると解する。他方、訴因対象説は、新法の当事者主義的訴訟観に立脚する立場であり、審判対象は、訴因であると解する。訴因とは、犯罪の特別構成要件に当てはめて法律的に構成された具体的事実であり、検察官が主張する具体的事実である訴因こそが審判対象であり、現行法が概念として残した公訴事実は、実存的なものではなく、個々の訴因を通じて知ることができる観念的存在であ

るとする。訴因対象説によれば、訴因の機能は、裁判所に対し、審判対象を画定するとともに、被告人に対し防御の範囲を明確にする点にあると解する。

なお、公訴事実対象説と訴因対象説とで、前記のとおり、訴因の意義や機能の捉え方が異なるが、いずれの立場に立つにせよ、訴因とは、事実と法律的评价の両面から成り立つ概念であり、いずれか一方に切り分けられるものではないと思われることに留意すべきであろう。公訴事実対象説は、訴因の「法律的评价」の側面を強調し、訴因対象説は、訴因の「事実」の側面に力点を置くことになると思われる。

(2) 公訴事実対象説と訴因対象説のいずれに立つかで、前記の派生する各論点での結論を異にする。無論、論理必然ではないが、審判対象について、公訴事実対象説に立てば、①訴因変更の要否に関し、事実ではなく、法律的评价に変動がある場合に訴因変更を必要とする罰条同一説<sup>1)</sup>や法律構成説<sup>2)</sup>が論理的によく整合する。②の訴訟条件の存否は、公訴事実を基準に判断すると解する立場が整合する。公訴事実対象説は、審判対象たる公訴事実全てについて、裁判所が審判する権限・責務を有すると解する立場であるので、③の訴因変更命令の義務性については、これを肯定する立場が整合し、④の訴因変更命令の形成力についても、肯定する立場が整合することになる。現行法は、訴因変更の原則的手続について、「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又は罰条の追加、撤回又は変更を許さなければならない。」と規定するところ（312条1項）、裁判所は、公訴事実全てについて審判する権利・義務を有し、訴因変更に関するイニシアチブも裁判所が握るべきであるので、⑤の訴因変更における裁判所の決定

1) 罰条同一説とは、訴因の同一性の有無を、「適用罰条（構成要件）の異同」という尺度で判断する考え方であり、検察官が設定した訴因と裁判所が心証形成する罪となるべき事実の間で、適用罰条が異なる場合に、訴因変更が必要になるとする立場である。

2) 法律構成説とは、訴因の同一性の有無を、適用罰条の異同に加え、「法律構成の異同」という尺度で判断する考え方である。すなわち、検察官が設定した訴因と裁判所が心証形成する罪となるべき事実の間で、適用罰条が異なる場合はもとより、罰条が同じ場合でも、例えば一方が作為犯で、他方が不作为犯というように法律構成が異なる場合も、訴因変更が必要になるとする立場である。罰条同一説と法律構成説は、いずれも訴因の拘束力を法律的评价に求める立場であるといえる。

の要否については、当然に要と解する立場が整合する。⑥についても、同様、訴因逸脱認定は、訴訟手続の法令違反(379条)であり、相対的控訴理由になると解する立場がより整合することになる。

これに対し、訴因対象説に立てば、①に関し、法律的评价ではなく、訴因を基礎付ける具体的事実に変動がある場合に訴因変更を必要とする事実記載説の論理が整合的である。②の訴訟条件の存否は、訴因を基準に判断するという立場が整合する。③及び④の訴因変更命令の義務性・形成力については、いずれも否定する立場が整合的である。訴因対象説は、刑事訴訟の審理に臨むに当たり、裁判所は真実発見型ではなく、当事者の主張吟味型訴訟観に徹すべしとする立場であるので、⑤の裁判所の決定の要否については、これを否とする立場も説得力を持つ。⑥の訴因逸脱認定の場合、まさに「審判の請求を受けない事件について判決をしたこと」(378条3号)に当たるので、絶対的控訴理由と解する立場がより整合することになる。

(3) 審判対象論や派生論点をめぐる従来の議論を概観したが、審判対象論に関する通説は、訴因対象説であり、刑事訴訟実務及び判例も同説に立脚して運用されてきたという理解が、かねて一般的である。現行法は、終戦後の連合国による我が国の占領統治下において制定・施行された。英米法に対する理論的研究が十分でない中、職権主義的訴訟観から当事者主義的訴訟観への大転換がなされたが、現実の刑事訴訟実務を担う法曹実務家には大きな断絶はなかったのであり、旧法時代からの実務家が公訴事実説を支持し、従前からの職権主義的訴訟観と当事者主義的訴訟観の調和・両立を模索したことは、ある意味当然であったと思われる。また、松尾浩也教授が指摘するとおり、審判対象をめぐる議論は、「現行法における裁判所のありかたを鋭く規定していた」<sup>3)</sup>ものである上、前記の各論点にも派生するのであり、現行法及び刑事訴訟制度を研究する上で、未だにその理論的価値は高いといえよう。しかし、現行法が当事者主義を基調とすることは自明であり(256条3項・6項, 298条, 312条等)、公訴事実対象説の考え方は、当事者主義とは根本的に相容れないのである。すなわ

3) 松尾浩也・刑事訴訟法上〔新版〕174頁

ち、旧法の時代は、いわゆる予審が採用されていたし、検察官は、公訴提起時、起訴状とともに捜査によって収集した証拠書類及び証拠物を裁判所に提出し、審理開始の前段階で捜査機関側の嫌疑が裁判所に引き継がれていた。無論、裁判所は公判廷で取り調べた証拠だけで心証形成しなければならないとされていたが、実際は検察官が提出した証拠資料を事前に精査し、心証形成を行った上、いわゆる糾問官の立場で審理に臨んでいたのである。ここに当事者主義を基調とする現行法が敗戦を契機に制定され、旧法は廃止された。現行法において、検察官は、公訴提起時、起訴状のみ裁判所に提出する。この起訴状一本主義が採用されたことにより、捜査機関が抱く嫌疑と、裁判所が公判審理の中で徐々に形成していく嫌疑が断絶し、裁判所は、事件について、いわば白紙の状態ですべて審理に臨む。起訴状が手元にあるほか、事件に関する資料はなく、心証形成のない状態で審理に臨むのであるから、裁判所は、仮にそれを欲したとしても、従前のような糾問官としての役割は果たし得ず、当事者の主張吟味型訴訟観に立って審理し判決することになる。公訴事実対象説は、当事者主義を基調とする現行法とは根本的に相容れないというほかなく、戦後我が国の刑事訴訟実務及び判例が訴因対象説に立脚して運用されてきたという理解は、正当であるといえよう。

## 2 平成 13 年決定前の判例の動向

(1) 筆者は、平成 13 年決定前の判例の評価は、難問であると感じているが、判例は、下級裁判所の裁判例も含め、一貫して訴因変更の要否を「被告人の防御上の不利益の有無」に着目して判断してきたとはいえよう。そして、学説においては、最高裁判所が、1960 年代頃から、よるべき立場を当初の具体的防御説から抽象的防御説に変更したとの評価が多くなされているようである。抽象的防御説とは、訴因変更の要否について、被告人の防御に実質的な不利益があるか否かを類型的・一般的に評価して判断する立場である。これに対し、具体的防御説は、訴因変更の要否の指標となる被告人の防御に実質的な不利益があるか否かにつき、個々の事件の具体的審理の経過等を見て評価する立場である。いずれも訴因変更の要否を「被告人の防御上の不利益の有無」に焦点を当

てて判断する枠組みであるが、具体的防御説は、具体的な審理経過や状況を考慮し、被告人の防御に不利益を与えないと認められる場合には訴因変更を不要とする立場であることから、類型的・一般的判断を是とする抽象的防御説に比べ、被告人の防御に対する配慮が十分でないとの批判がある。

学説における両説は、基本的に審判対象論に関する訴因対象説及び事実記載説を前提に展開されてきたものと解されるが、最高裁判例に対する前記の評価は、必ずしも当を得たものではないように思われる。この点、高田昭正教授の見解が示唆に富む。すなわち、高田教授は、一般に抽象的防御説に立脚した判例とされる最判昭和36年6月13日刑集15巻6号961頁について、「もともと具体的防御説は、抽象的防御説にたつならば、訴因変更の手続が必要になるといべきケースについて、〈それでも、訴因変更の手続をとる必要がない場合はある〉ことを肯定する考え方であった。具体的防御説は、抽象的防御説にたつた訴因変更の要否判断をいわば『前処理』として、先行させるわけである。そのために、〈具体的防御説を排斥し、抽象的防御説に与した〉とはっきり結論できるためには、たんに、抽象的防御説の判断基準によって事案の処理がなされたことを指摘するだけでは不十分である。さらに、①〈訴因変更の要否を判断するさい、審理の具体的経過を考慮に入れてはならないと明示的に判示したケース〉であるか、または、②〈被告人が自認するなど、審理の具体的な経過に鑑み、防御上の実質的な不利益は生じないケース〉について、〈それでも、事実の違いが大きいため、訴因変更の手続が必要とされたケース〉であることを指摘しなければならない。しかし、最高裁昭和36年判決の事案は、そのいずれのケースにも当たらない。そうである以上、最高裁昭和36年判決について、〈抽象的防御説にたつ最高裁判例である〉と断ずることは、なお早計ではないかと思う。<sup>4)</sup>とするが、筆者も同感である。一連の判例を見る限り、判例がある時期を境に具体的防御説から抽象的防御説に転向したとは断じ得ないであろうし、斜に構えれば、判例は、審判対象論に関する公訴事実対象説すら明確に排除していなかったという評価も不可能でないように思われる。公訴事

---

4) 高田昭正・三井誠先生古稀祝賀論文集 569 頁

実対象説は、前記のとおり、前法律的社会的な基本事実たる公訴事実が審判対象であり、訴因は、被告人の防御の便宜のために、訴訟における攻撃防御の焦点を明確にするとともに、法律的评价に関する裁判所による不意打ちを防止する機能を果たすと解する。同説によれば、訴因変更の要否は、当該訴訟で被告人の防御上それが必要であるかどうかで決すべきことになるので<sup>5)6)7)</sup>、訴因変更の要否を「被告人の防御上の不利益の有無」に着目して判断してきた判例の立場に整合するといえよう。前記のとおり、公訴事実対象説によれば、訴因逸脱認定は、訴訟手続の法令違反（379条）であり、相対的控訴理由と解する立場が論理的に整合するところ、この点に関し、不告不理の原則違反（378条3号）として処理した裁判例（最決昭和25年6月8日刑集4巻6号972頁、最判昭和29年8月20日刑集8巻8号1249頁、東京高判昭和45年10月12日高刑集23巻4号737頁、名古屋高判昭和46年8月5日高刑集24巻3号483頁）がある一方で、単なる訴訟手続の法令違反（379条）として処理した裁判例（東京高判昭和24年12月22日高刑集2巻3号318頁、高松高判昭和27年9月25日高刑集5巻12号2071頁、最決昭和32年7月19日刑集11巻7号2006頁、最判昭和36年6月13日刑集15巻6号961頁、大阪高判昭和46年5月28日高刑集24巻2号374頁、東京高判昭和54年2月8日高刑集32巻1号1頁、東京高判昭和55年5月29日判タ426号193頁、東京高判平成15年5月14日判時1857号145頁、東京高判平成15年10月22日東時54巻1～12号75頁、福岡高判平成16年10月8日高刑速報平成16年202頁、名古屋高判平成18年6月26日判タ1235号350頁）も相当数に上り、論理必然ではないものの、多くの裁判例が訴因逸脱認定の問題を相対的控訴理由と捉えて処理してきたことも、一連の判例が公訴事実対象説を排除していなかったとする一つの根拠になり得るのではなかろうか。

（2）前記のとおり、戦後我が国の刑事訴訟実務及び判例が、訴因対象説及び事実記載説に立脚して運用されてきたという理解は正当であろう。そして、両説を前提にすれば、訴因変更の要否は、法律的评价ではなく、事実の変動に着

5) 平野龍一・刑事訴訟法概説 88頁

6) 平野龍一・刑事訴訟法の基礎理論 88頁

7) 鈴木茂嗣・刑事訴訟法〔改訂版〕120頁

目して判断することになり、訴因逸脱認定の場合は、「審判の請求を受けない事件について判決をしたこと」(378条3号)に当たり、絶対的控訴理由と解する立場が論理的に整合する。こう解すると、訴因逸脱認定がなされた場合、逸脱認定が判決に及ぼす影響の有無にかかわらず、控訴審裁判所は、原判決を破棄することになるので、その影響の重大性に鑑み、原審手続において訴因逸脱認定という事態が生じないよう、訴因変更の要否等に関する裁判所の態度を明らかにし、その判断に際しての一般的基準を定立すべしとする要請が強く働くことになるものと思われる。しかし、平成13年決定以前の判例は、多くの学説から、訴因対象説及び事実記載説に立脚して運用されてきたと理解されながら、自らの立場を一義的に明らかにはしてこなかったものと思われる。また、判例は、「被告人の防御上の不利益の有無」という尺度を超える一般的基準を定立することもなかった。これらは一体なぜか。もとよりその理由を詳らかにすることなど不可能であるが、審判対象論という、いわば訴訟実務における根源的論点であり、訴因逸脱認定の場合の控訴理由は相対的か絶対的かという影響の大きい問題が絡むにもかかわらず、平成13年決定前の判例が、これらについての自らの立場を明確にせず済ませてきた背景の一つとして、元裁判官の植村立郎教授が指摘する、訴因変更に関する実務慣行<sup>8)</sup>が挙げられることは確かであろう。すなわち、植村教授は、刑事訴訟の現場における訴因変更が、いわゆる予防法学的アプローチで運用されてきたと指摘する。予防法学的アプローチとは、その文脈から、刑事訴訟実務において、後に手続上の疑義が生じないよう、理論的な見地から厳密に言えば訴因変更を要しない場合なども含め、幅広く訴因変更手続を踏む運用が定着していることを意味すると解される。確かに、筆者も、自ら担当した事件において訴因変更の要否が問題となった場合、当該事件の証拠関係や審理経過、過去の裁判例を精査して訴因変更の要否を検討し、理論的に訴因変更が必要な場合はもとより、逆に理論的には変更が不要と思われる場合であっても慎重を期し、予防的に訴因変更請求するという対応をしていた。実際の訴因変更が予防法学的アプローチで運用されてきたので、

---

8) 大澤裕、植村立郎「共同正犯の訴因と訴因変更の要否」法教324号80頁



一連の判例の態度が前記のとおりであっても、看過できない不都合が顕在化することはなかったものと思われる。

(3) なお、前記のとおり、平成13年決定前の判例は、訴因変更の要否を「被告人の防御上の不利益の有無」に着目して判断し、学説も同様に訴因変更の要否を被告人の防御に焦点を当てて判断しようとする見解が大方であったといえよう<sup>9)10)11)12)</sup>。このような学説の動向は、判例の表現に過度に依存していたように思われる。学説の大方の理解のとおり、戦後我が国の刑事訴訟実務及び判例が訴因対象説及び事実記載説に立脚して運用されてきたとして、両説に立つ限り、訴因変更の要否は、法律的評価ではなく、事実の変動に着目して判断することになる。そして、訴因の機能は、裁判所に対し、審判対象を画定するとともに、被告人に対し防御の範囲を明確にすることにあるが、何より審判対象の画定は、全ての事件の審理で要請される訴訟手続上の出発点であり、この審判対象の画定を通じて被告人の防御範囲の明示も図られることになる。両者がよく「コインの表裏」などといわれるゆえんである。主たる機能は、審判対象の画定に求めるべきであり、訴因変更を要する事実の変動の具体的限界についても、訴因が持つ審判対象の画定機能に着目して、判断の枠組みや基準を考察することが、理論的にあるべき態度であったと思われる。この点、大澤裕教授は、「訴因の機能は、被告人に対し防御の対象を明らかにするばかりでなく、裁判所に対し審判の範囲を画定することにもある。むしろ、訴因対象説からは、『審判対象という側面における当事者主義化』を示す後者の点こそが重要であると考えられてきた。」「そうだとすれば、訴因の拘束力に起因する訴因変更の要否の問題は、まずもって、裁判所の審判範囲の問題として検討されることが理論的であるといわなければならない。この点で、従来の議論が、専ら被告人の防御に対する不利益に焦点をあてていたことには、反省すべき点があったといえる。」<sup>13)14)</sup>とするが、筆者の所見も同旨である。

9) 団藤重光・新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕198頁

10) 高田卓爾・刑事訴訟法〔二訂版〕415頁

11) 田宮裕・刑事訴訟法〔新版〕198頁

12) 田口守一・刑事訴訟法〔第六版〕317頁

13) 大澤裕「訴因の機能と訴因変更の要否」法教256号30頁

判例や学説の多くが訴因変更の要否を被告人の防御に焦点を当てて判断しようとして志向する中、平成13年決定に関する多くの論評が指摘するとおり、訴因が持つ審判対象の画定機能を基軸に訴因変更要否の問題を考察する見解が存したことに留意すべきである。松尾教授は、「起訴状の『罪となるべき事実』の記載を、(a)審判の対象を特定するために必要不可欠な部分と、(b)その他の部分に分けて考え、(a)の変動はつねに訴因変更を必要とするが、(b)の変動は必ずしもそうでない—被告人の防御にとって重要であったかどうかを判断し、重要でない場合は変更を要しない—と解釈すべきであろう。」<sup>15)</sup>とされていた。また、香城敏磨元判事は、「検察官処分権主義の観点からは、検察官が訴因により訴追対象として指定した犯罪事実を超えて裁判所が犯罪事実を認定することは許されない。したがって、認定事実が訴追対象事実を逸脱する場合には訴因変更の手續を要し、認定事実が訴追対象事実の範囲内にとどまる場合には訴因変更の手續を要しないことになる。」「訴因によって指定された訴追対象事実の範囲内における付随的な事実について訴因と異なる事実を認定することは、検察官処分権主義の観点からは違法とならないので、防御権の観点からあらためてその際の訴因変更の要否を検討する必要がある。」<sup>16)</sup>とされていた。さらに、岩瀬

14) ほかに同旨のものとして、堀江慎司・三井誠先生古稀祝賀論文集592頁があり、堀江教授は、「学説上も、比較的最近(1990年代以降)の主要な見解には、訴因変更要否の基準を、主として防御の観点から検討し、その中で、抽象的防御説と具体的防御説の対立を論じ、結論として抽象的防御説を是とするものが多かったように思われる。しかし、そのような変更要否論が審判対象論や訴因の機能論と整合するかは問題である。近時の有力な学説は、審判対象論については訴因対象説を採り、また訴因の機能として第一には審判対象の設定を挙げている。これ自体は正当であるし、また、訴因対象説から事実記載説を導いた上、事実の変動の有無を訴因変更の要否に結びつける限りでは、審判対象論・訴因の機能論における態度との間にとくに矛盾はない。しかし、どのような事実変動がある場合に訴因変更を要するかを論じるにあたって、訴因対象説及び訴因の審判対象設定機能を顧慮することなく、主に(抽象的ないし具体的)『防御の利益』の観点で正面に持ち出されるのには、違和感を覚えざるをえない。無論、かかる学説も、訴因の機能として防御対象の明示をも併せて挙げるから、変更要否に関して『防御』の観点で何らかの形で顔を出すこと自体は認められてよいが、『審判対象』の観点で正面に出てこない点に不整合の感があるのは否定できず、少なくとも説明不十分との誹りは免れないであろう。」としている。

15) 松尾前掲注3)262頁

徹元判事も、「訴因変更の要否を考えるに当たっては、まず審判対象の範囲の画定という見地からその要否を検討することが要請されるべきであり、抽象的防御の観点もここに包含されるべきものである。他方、防御権の保障は、その性質からしてもともと具体的なケースを離れて論じることはできないものであり、審判対象の範囲の画定という観点からはその同一性が肯定される場合について、なお個々の事例に即してその侵害の有無を検討すべきものと考えられる。」<sup>17)</sup>としていた。いずれも理論的であり、訴因変更要否論のあるべき方向性を的確に示した先見の見解であったと評価できよう<sup>18)</sup>。

### 第3 平成13年決定の意義等

#### 1 事案の概要及び審理経過

(1) 本件は、被告人が他の共犯者と共謀の上、敢行したとする現住建造物等放火及び詐欺事件3件並びに殺人及び死体遺棄事件である。殺人事件の被害者は、うち2件の保険金目的放火事件の共犯者であり、被告人は、一連の放火事件の敢行後、被害者が放火の件を吹聴したことから、別の共犯者と共謀して口封じのため被害者を殺害したとして起訴された。このうち、訴因変更の要否が争点になり、最高裁判所が職権判断を示したのは、殺人事件が中心であるので、以下、同事件について触れるが、被告人は、第1審公判の冒頭から、起訴された4件全てについて、自己の関与を否認して争ったため、公判審理は長期間に及んだ。被告人が前記死体遺棄事件で逮捕された昭和63年8月19日から起算すると、第1審判決（懲役12年・未決勾留日数2300日本刑算入。現住建造物等放火及び詐欺事件1件につき無罪。求刑は懲役20年。）の宣告までに約7年3か月、最高裁の判断が示されるまでには約12年8か月を要しており、特異な審理経過の事件といえよう。

(2) なお、殺人事件の公訴事實は、当初、「被告人は、Aと共謀の上、Bを

16) 香城敏磨「訴因制度の構造（中）」判時1238号8頁

17) 岩瀬徹「訴因変更の要否」刑事訴訟法判例百選〔第六版〕88頁

18) 堀江前掲注14)595頁

殺害しようと企て、昭和63年7月24日ころ、青森県大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場付近道路に停車中の普通乗用自動車内において、Bに対し、殺意をもってその頸部をベルト様のもので絞めつけ、よって、そのころ、同人を窒息死させて殺害した」(昭和63年9月19日付け起訴状)とされ、B殺害の実行行為者は明示されていなかったのが、第1審係属中に検察官が訴因変更請求し、「被告人は、Aと共謀の上、Bを殺害しようと企て、昭和63年7月24日午後8時ころから午後9時30分ころまでの間、青森市安方2丁目所在の飲食店付近から同市大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場に至るまでの間の道路に停車中の普通乗用自動車内において、殺意をもって、被告人が、Bの頸部を絞めつけるなどし、よって、そのころ、同人を同所付近で窒息死させて殺害した」(平成6年3月11日付け訴因変更請求書)という事実に変更された。そして、第1審裁判所は、関係各証拠から、B殺害に被告人及びA以外の第三者の関与した可能性は否定できるが、B殺害の実行行為者が被告人であったとは断じ難いとして、「被告人は、Aと共謀の上、Bを殺害しようと企て、昭和63年7月24日夕刻から被告人、A、Bの3名で青森市安方2丁目所在の飲食店で飲食した後、同日午後8時ころから同月25日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において、A又は被告人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Bを殺害した」という事実を認定し、罪となるべき事実としてその旨判示した。

(3) 控訴趣意は多岐にわたるが、第1審裁判所が、訴因変更手続を経ずにB殺害の実行行為者を「A又は被告人あるいはその両名」という形で択一的に認定した点につき、弁護人は、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反に当たると主張した。これに対し、控訴審裁判所は、「原審における訴訟の経過をみると、検察官側では、被告人の行為として、Aとの間で、Bを殺害してその死体を遺棄することを共謀したとの事実、及び、右共謀に基づき、被告人が単独で、殺害行為を実行するとともに、その死体を貝殻等捨場まで搬送して穴に投棄するまでの行為をしたとの事実を訴因の中に掲げて、これを立証しようとし、他方、被告人及び弁護側では、そのいずれの事実も全面的に否定して争ってきたことが明らかである。そして、審理の結果、原判決において

は、検察官が立証しようとした事実のうち、右の共謀の事実までは認められるが、もう一つの被告人が実行行為を担当したとの事実については、証拠上疑問が残るため、これを認めることができないとされて、結局、原判示のとおりの一括的な認定がなされるに止まったのである。このような認定がなされた場合には、被告人として、殺人及び死体遺棄について、共謀者としての刑事責任を免れないが、同時にその限度で責任を負うにすぎない。要するに、自分が実行行為を担当したか否かについては、防御が功を奏したのである。そして、その結果として原判示のような一括認定がなされたとしても、そのことにより被告人が格別の不利益つまり不意打ちを受けたことにはならないはずである。従って、本件の場合には、訴因変更を要しないと解するのが相当であるから、原審の訴訟手続には所論のような法令違反はないと言わなければならない。」として、控訴を棄却した（仙台高判平成11年3月4日高刑集52巻1頁）。

これに対し、被告人が上告した。上告趣意も多岐にわたるが、訴因変更手続を経ずにB殺害の実行行為者を前記のとおり一括的に認定した第1審判決を是認した原判決につき、弁護人は、訴因変更命令義務違反の違法があり、適正手続の保障を定めた憲法31条に違反すると主張した。

## 2 最高裁の判断

最高裁は、被告人及び弁護人の上告趣意は前提を欠き、あるいは、単なる法令違反、事実誤認の主張であって、いずれも刑訴法405条の上告理由に当たらないとしたが、原判決が、訴因変更手続を経ずにB殺害の実行行為者を一括的に認定した第1審判決を是認した点につき、職権で、以下のとおり判示して被告人の上告を棄却した。

「次に、実行行為者につき第1審判決が訴因変更手続を経ずに訴因と異なる認定をしたことに違法はないかについて検討する。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ることも、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。

そこで、本件について検討すると、記録によれば、次のことが認められる。第1審公判においては、当初から、被告人とAとの間で被害者を殺害する旨の共謀が事前に成立していたか、両名のうち殺害行為を行った者がだれかという点が主要な争点となり、多数回の公判を重ねて証拠調べが行われた。その間、被告人は、Aとの共謀も実行行為への関与も否定したが、Aは、被告人との共謀を認めて被告人が実行行為を担当した旨証言し、被告人とAの両名で実行行為を行った旨の被告人の捜査段階における自白調書も取り調べられた。弁護人は、Aの証言及び被告人の自白調書の信用性等を争い、特に、Aの証言については、自己の責任を被告人に転嫁しようとするものであるなどと主張した。審理の結果、第1審裁判所は、被告人とAとの間で事前に共謀が成立していたと認め、その点では被告人の主張を排斥したものの、実行行為者については、被告人の主張を一部容れ、検察官の主張した被告人のみが実行行為者である旨を認定するに足りないと

し、その結果、実行行為者がAのみである可能性を含む前記のような択一的認定をするにとどめた。以上によれば、第1審判決の認定は、被告人に不意打ちを与えるものとはいえず、かつ、訴因に比べて被告人にとってより不利益なものとはいえないから、実行行為者につき変更後の訴因で特定された者と異なる認定をするに当たって、更に訴因変更手続を経なかったことが違法であるとはいえない。」

### 3 平成13年決定の意義

(1) 平成13年決定の意義については、前記のとおり、既に数多くの論評等がなされている。本決定は、もとより事例判断ではあるが、従来の裁判例が「被告人の防御上の不利益の有無」に焦点を当ててきたのに対し、本件に対する事例判断の枠を超え、訴因が持つ審判対象の画定機能に着目した、訴因変更の要否に関する新たな一般的基準を定立したことが一つの積極的な意義として挙げられよう。すなわち、本決定は、訴因変更の要否に関し、「i. 審判対象の画定のために必要な事実が変動する場合、訴因変更を要する。ii. i以外であっても、訴因に記載された被告人の防御上重要な事実が変動する場合、原則として訴因変更を要する。iii. iiの場合でも、審理経過等から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不利益でない場合は、例外的に訴因変更を要しない。」旨の一般的基準を定立した。この基準は、訴因対象説及び事実記載説の考え方によく整合し、理論的見地から、多くの学説が積極的に評価している。また、iの類型に当たらない場合でも、被告人の防御上重要な事実が変動する場合には、実際の防御に不利益が生じることがないように、事案ごとの審理経過等を検証し、被告人に対する不意打ちや不利益認定に該当しないか判断するよう求めるものであり、被告人の防御上の利益や裁判の公正にも目配りする、優れた基準であるといえよう。

(2) 二つ目の意義として、これも評釈等で指摘されているが、かねて刑事訴訟実務においては、検察官が設定する訴因と裁判所の認定との間で変動する事実が、訴因の特定上不可欠な事項に当たらなくても、被告人の防御上重要な事項に当たり、被告人が罪体を否認して争っているような場合、争点明確化の観

点から、検察官が訴因変更請求し、当該事実を訴因に明示する運用が行われてきた。かかる実務の一般的運用について、平成13年決定は、前記のとおり積極的に評価していると解される。池田修元判事が、本決定の調査官解説において、「最高裁がこの点について判断したのは初めてであり、判示事項や決定要旨には現れていないものの、理論的にも実務的にも見落とすことのできない重要な判断である。」<sup>19)</sup>と評するとおりである。本決定を受け、今後、争点明確化を目的とする前記のような運用が一層推奨され、定着していくものと思われる。

(3) そして、筆者が、拙稿において、平成13年決定の意義として強調したいのは、本決定が、訴因変更の要否に関する一般的基準はもとより、その前提となる審判対象論を含め、多様な解釈の余地を残す曖昧な態度から脱却し、自らの立場を明確にした点である。前記のとおり、判例は、かねて多くの学説から、訴因対象説及び事実記載説に立脚して運用されてきたと理解されながら、自らの立場を一義的に明らかにしてこなかった。判例がこうした態度を維持した背景として、従来、刑事訴訟実務における訴因変更が予防法学的アプローチで運用されてきたことに言及した。平成13年決定の事案では、予防法学的アプローチが機能しなかった。しかし、訴因変更の要否が裁判所の念頭になかったわけでは決していない。第1審裁判所は、事実認定の補足説明の中で、「なお、B殺害事件の公訴事実、被告人とAが共謀のうえ、被告人においてBの殺害と死体の搬送・投棄を分担実行したというものであるところ、当裁判所は、右のとおり、殺害及び死体遺棄の実行行為者を被告人とは特定せず、A又は被告人あるいはその両名と認定したが、本件の公訴事実と当裁判所の認定事実との間には公訴事実の同一性があること、検察官の冒頭陳述等によれば、検察官は本件を事前共謀に基づくものとして立証活動に当たっていたことが明らかであり、本件の審理経過をみても事前共謀の有無についても充分審理が尽くされているのであるから、右のような当裁判所の認定が被告人に実質的な不利益を及ぼしたりその防御権を侵害したりするものでもない。したがって、本件にお

---

19) 池田修・最判解刑事篇一三年度69頁



いて、右のとおり認定するのに訴因変更の手続をとることは要しないものと解される。」と判示している。このことから、第1審裁判所が、訴因変更の要否の問題を意識し、事後的にこの点が手続上の争点になり得ることを予測しながら、あえて更なる訴因変更に向けた手続をとらなかったものと認められる。この点、植村教授は、本件において予防法学的アプローチが機能しなかった背景として、本件が非常に複雑で、立証困難な長期係属の事件であったこと、訴因変更に伴い当事者に裁判所の心証が明るみになることへの裁判所のためらい、当事者双方の立証が十分に尽くされているとの裁判所の判断、などが考えられるとする<sup>20)</sup>。前記のとおり、被告人が、第1審公判の冒頭から起訴された4件全てについて全面的に争ったため、公判審理は多数回に及んだ。第1審判決が宣告されたのは、被告人の死体遺棄事件での逮捕から約7年3か月後であり、本件は立証困難な、特異な審理経過の事件であったといえよう。以下の内容は、筆者の推測になるが、最高裁は、本件事案の内容や証拠構造、第1審からの審理経過等を目の当たりにし、裁判所が、本件のような重大事案において、事後的に訴因変更の要否が手続的な争点になり得ることを予測しながら、予防法学的アプローチの発動に躊躇を覚えるような事態が生じ得ることを明確に認識するとともに、訴因変更の要否検討の対象となる変動事実の内容如何によっては、その逸脱認定が絶対的控訴理由にもなり得、その場合の影響が重大であることなどを踏まえ、訴因変更をめぐる法的安定性を向上させる観点から、平成13年決定が判示する一般的基準の定立に至ったのではなかろうか。前記のとおり、本決定は、「i. 審判対象の画定のために必要な事実が変動する場合、訴因変更を要する。ii. i以外であっても、訴因に記載された被告人の防御上重要な事実が変動する場合、原則として訴因変更を要する。iii. iiの場合でも、審理経過等から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不利益でない場合は、例外的に訴因変更を要しない。」旨の一般的基準を定立したが、判例の基準が、訴因の機能のうち、審判対象の画定機能を軸に定められていることは論を待たない。そして、訴因が持つ審判対象の画定機能と

20) 大澤裕, 植村一郎前掲注8) 84頁

は、審判対象をめぐる訴因対象説から最も論理的に導かれる機能であるといえるので、審判対象の画定機能から前記基準の類型 i を初めて導いた平成 13 年決定は、多様な解釈の余地を残す従来からの態度から脱却し、審判対象論について訴因対象説に立脚することを明確に打ち出し、その上で、同説及び事実記載説に論理的によく整合する、前記の一般的基準を定立したものと評価することができよう。

(4) 前記のとおり、従前の判例が、多様な解釈の余地を残す曖昧な態度を維持しても、実際の訴因変更が予防学的アプローチで運用されていたことから、看過できない不都合が顕在化することはなかったのかもしれない。しかし、訴因逸脱認定をめぐる問題について、現行法の制定から間もない時期、最高裁が不告不理の原則違反として処理した例（前記最決昭和 25 年 6 月 8 日、前記最判昭和 29 年 8 月 20 日）がありながら、その後の裁判例を見ると、単なる訴訟手続の法令違反として処理した裁判例も相当数に上るのであり、もとより、事案によって訴因変更が問題となった対象事実等が異なるのであるから、一概にはいえないが、それでも刑事訴訟実務の現場においては、法的安定性の観点から、訴因変更の要否に関する基準の一般化等を求める声は決して小さくなくなったように思われる。平成 13 年決定により、外からの評価のみならず、最高裁自ら訴因対象説及び事実記載説によることを明確にしたことで、今後は、両説や本決定が定立した一般的基準に沿った裁判例が集積され<sup>21)</sup>、訴因変更の要否や派生する訴因逸脱認定の問題等をめぐる法的安定性の向上が期待される。

#### 第 4 平成 13 年決定の具体的射程

1 平成 13 年決定は、前記のとおり、訴因変更の要否に関し、「i. 審判対象の画定のために必要な事実が変動する場合、訴因変更を要する。ii. i 以外であっても、訴因に記載された被告人の防御上重要な事実が変動する場合、原則として訴因変更を要する。iii. ii の場合でも、審理経過等から被告人に不意

21) 平成 13 年決定の基準に従い判示したものとして、最決平成 24 年 2 月 29 日刑集 66 巻 4 号 589 頁

打ちを与えず、かつ、認定事実が訴因と比べて被告人に不利益でない場合は、例外的に訴因変更を要しない。」旨の一般的基準を定立した。しかし、「審判対象の画定」も「被告人の防御」もそれ自体はすこぶる抽象的な概念であり、そこから各類型の具体的射程を明らかにすることは期待できない。よって、理論的根拠や従来からの実務の運用などを踏まえ、各類型の具体的射程について考察することが肝要であろう。前記のとおり、平成13年決定が定立した一般的基準等に沿った裁判例が集積され、各類型の具体的射程が明らかにされていくことが期待されるが、以下、この点に関する筆者の考察を明らかにしたいと思う。

2 具体的射程論に入る前に、関連する論点として、訴因逸脱認定に対する対応のあるべき方向性を整理しておきたい。前記のとおり、訴因逸脱認定の際の控訴理由に関し、論理必然ではないものの、公訴事実対象説に立てば、訴因逸脱認定は、訴訟手続の法令違反であり、相対的控訴理由になると解する立場が整合的であり、逆に、訴因対象説に立てば、訴因逸脱認定は、不告不理の原則違反であり、絶対的控訴理由になると解するのが論理的に整合するといえる。最高裁は、平成13年決定において、訴因対象説及び事実記載説に立脚することを明確にしたのであるから、訴因逸脱認定に対する対応についても、理論的見地から訴因対象説等に整合する方向性を目指すことになろう。このような観点から、訴因逸脱認定に対する対応のあるべき方向性は、以下の二つの見解に収斂されると思われる。一つの見解は、平成13年決定の前記基準の類型iの審判対象の画定のために必要な事実が変動するにもかかわらず、裁判所が訴因変更手続を経ずに訴因を逸脱する認定をした場合、及び類型iiの被告人の防御上重要な事実が変動し、iiiの訴因変更を不要とする例外には当たらない場合にもかかわらず、裁判所が手続を経ずに訴因を逸脱する認定をした場合、いずれも不告不理の原則違反であり、絶対的控訴理由になると解する立場である。もう一つの見解は、前記基準の類型iの審判対象の画定のために必要な事実が変動する場合であるのに、裁判所が訴因変更手続を経ずに訴因を逸脱する認定をした場合は、不告不理の原則違反であり、絶対的控訴理由になるが、類型iiの被告人の防御上重要な事実が変動し、iiiの訴因変更を不要とする例外には当た

らない場合であるのに、裁判所が所要の手續を経ずに訴因を逸脱する認定をした場合は、訴訟手續の法令違反であり、相対的控訴理由になると解する立場である<sup>22)</sup>。

3 では、最初に前記基準の類型 i の具体的射程について考察する。前記のとおり、「審判対象の画定」という概念から、同類型の具体的射程を明らかにすることは期待できないので、現行法の関係規定及び訴因の本質から理論的に考察する必要がある。この点、現行法は、起訴状の公訴事実の記載に関し、「公訴事実は、訴因を明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。」と規定する(256条3項)。訴因対象説によるところの訴因は、犯罪の特別構成要件に当てはめて法律的に構成された具体的事実であると解すべきところ、この訴因の明示に関し、256条3項は、前記のとおり規定する。同項の文言に即し、訴因の構成要素を切り分ければ、訴因の中核をなすのは、「罪となるべき事実」、すなわち、犯罪の特別構成要件に該当する事実である。例えば、殺人罪であれば、「人を殺した」事実(刑法199条)であり、名誉棄損であれば、「公然と事実を摘示し、人の名誉を棄損した」事実(同法230条1項)であり、1項詐欺罪であれば、「人を欺いて財物を交付させた」事実(同法246条1項)であり、強盗殺人罪であれば、「強盗が、(殺意をもって)人を死亡させた」事実(同法240条後段)が、各特別構成要件に該当する事実となる。訴因が持つ審判対象の画定機能に鑑み、訴因の記載によって審判対象が他の犯罪事実と識別できる程度に明確にされる必要があるところ、訴因の中核をなす、特別構成要件に該当する事実の記載は必須であるが、この記載がありさえすれば他の犯罪事実との識別上十分であるかといえ、これだけでは足りない。特別構成要件に該当する事実が持つ識別機能を補うものとして現行法が要求するのが「日時、場所及び方法」の記載であるが、これらは訴因の特定に不可欠な要素ではなく、訴因を特定するための手段<sup>23)</sup>として捉えるべきであると思われる。以上の内容を文字式で表せば、「審判対象たる訴因＝

22) 廣瀬健二・コンパクト刑事訴訟法130頁

罪となるべき事実（訴因の中核的要素）＋日時・場所・方法（訴因を特定するための手段）」となる。平成13年決定が判示する「審判対象の画定のために必要な事実」とは、換言すれば、訴因の特定に不可欠な事実であり、よって、「審判対象の画定のために必要な事実」に当たるか否かは、訴因の中核をなす特別構成要件該当事実を基軸に考察するのが理論的見地から妥当と思われる。そこで、前記基準の類型 i 「審判対象の画定のために必要な事実の変動」とは、適用罰条（適用される構成要件）に変更をもらす事実の変動を意味すると解すべきであろう。ここでいう適用罰条には、各罰条の基本形式のみならず、未遂犯（刑法各則が規定する各未遂犯処罰規定）、共同正犯（同法60条）・教唆犯（同法61条1項）・幫助犯（同法62条1項）といった、いわゆる構成要件の修正形式も含まれる。

ここで、「審判対象の画定のために必要な事実の変動」の「事実」の中身について言及する。刑事訴訟法を学ぶ学生諸氏の間では、訴因変更手続を必要とする「事実」の変動があるか否かにつき、検察官が設定した訴因事実（256条3項）と、公判審理を踏まえ、裁判所が心証形成する「罪となるべき事実」（335条1項）の比較の問題であると捉える向きもあるように思われるが、そうでは決してないことに留意する必要がある。例えば、刑事訴訟実務においては、法律的评价を基礎付ける具体的事実関係は同一であるのに、検察官が共同正犯として起訴した被告人に対し、裁判所が幫助犯を認定して判決を宣告するよう

---

23) 「日時・場所・方法」につき、訴因を特定するための手段ではなく、訴因の要素と捉える見解として、平野龍一・訴因と証拠 104 頁があり、平野教授は、「なおこの条文（法256条3項 筆者注）を根拠に、日時、場所、方法は罪となるべき事実の内容ではなく、これを特定させる方法にすぎないとするものがある。否、少なくとも日時、場所についてはそのように解するのが大審院以来の判例であった。しかし、罪となるべき事実は現実の事実であると共に具体的な事実である。したがって日時、場所もまたその要素をなすといわなければならない。方法に至ってはなおさらである。罪となるべき事実から方法を抜き去ってしまったのでは、罪となるべき事実は全く抽象的な事実となってしまうであろう。」「犯罪の日時・場所は、罪となるべき事実の要素ではない、とするのが従来の判例である。この立場からすれば日時・場所は訴因の要素ではなく、訴因変更手続は必要でないことになる。これは現在のいくつかの判決の認めるところである。しかし、罪となるべき事実とは一回限りの具体的事実である以上、日時・場所を具えないものは考えられない。したがってまた訴因の要素と考えなければならない。」としている。

なケースがままある<sup>24)25)</sup>。主犯であるAが、〇〇年〇月〇日(日時)、□□□□において(場所)、△△が管理するパソコン1台を持ち出し、Aが犯行に及ぶ間、被告人Bが屋外で見張りをしていたという事実関係において、検察官が、被告人Bについて、「被告人Bは、Aと共謀の上、〇〇年〇月〇日、□□□□において、△△が管理するパソコン1台を窃取した」との窃盗の共同正犯の訴因で起訴したのに対し、法律的评价を基礎付ける具体的事実関係は同一であるのに、裁判所が判決の罪となるべき事実として、「被告人Bは、Aが、〇〇年〇月〇日、□□□□において、△△が管理するパソコン1台を窃取した際、その情を知りながら、□□□□付近において見張りをするなどし、もってAの犯行を容易にさせてこれを幫助した」旨認定するような場合である。もし、前記の点が、検察官が設定した訴因事実と裁判所が心証形成する「罪となるべき事実」の比較の問題であるならば、上記の例から一見して明らかなおお、両者は異なるのであるから、訴因変更を要することになりそうである。しかし、この場合、法律的评价を基礎付ける具体的事実関係に変動がない以上、罰条変更の手續はともかく、訴因変更は不要であることに留意すべきである。訴因を設定する検察官の立場からみて、「審判対象の画定のために必要な事実の変動」の「事実」の中核をなすのは、訴因事実にはかならない。しかし、これに限定

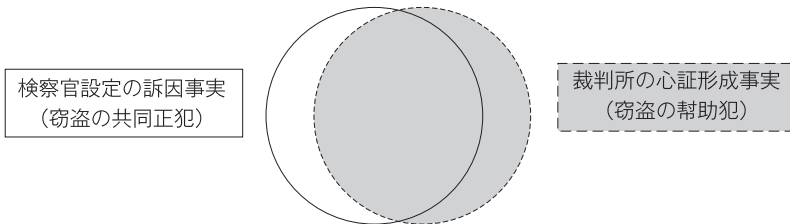
---

24) 共謀の認定に当たっては、一般に、(1)被告人(共謀者)と実行行為者の関係、(2)被告人の犯行動機、(3)被告人と実行行為者間の意思疎通行為、(4)被告人が行った実行行為以外の具体的役割などを考慮して総合的に判断する手法がとられているところ、本文記載のケースは、より具体的には、これらの要素に関連し、共謀を推認させる間接事実に係る事実認定は、検察官と裁判所で同一であるのに、検察官の法律的评价が「共同正犯」であるのに対し、裁判所の法律的评价は「幫助犯」というように、両者の法律的评价に差異が生じるような場合である。

25) なお、従来の刑事訴訟実務において、訴因変更が問題になるのは、起訴後の事実関係や証拠関係の変更に伴い、検察官が主張立証方針を変更し、公判開始の冒頭などで訴因変更を請求する、あるいは、証拠調べの結果、起訴状記載の訴因と異なる事実が証明されたと考えられる場合に、検察官自ら訴因変更を請求したり、裁判所の勧告等を受けて対応するといったケースであったが、争点及び証拠の整理を眼目とする公判前整理手續が導入された現在においては、検察官が起訴後の証拠関係等の変更に伴い、主張立証方針を変更する場合には、公判開始後ではなく、公判前整理手續において訴因変更請求を行うことになることに留意する必要がある。

されず、内容如何によっては訴因に関して検察官が釈明した内容も含まれようし、検察官が冒頭陳述において主張した、訴因事実を推認させる間接事実なども当然に含まれるであろう<sup>26)</sup>。裁判所は、証拠調べを通じて、検察官が主張する具体的事実が立証されているか否かを吟味検討する。検察官主張の具体的事実関係が予定どおり立証されているが、この具体的事実関係を前提とする限り、これに対する法律的评价は、検察官主張の共同正犯ではなく、幫助犯とするのが相当であると裁判所が判断することは、実際の刑事訴訟実務においてあり得るのである。この場合、前記の意味での「事実」の変動はなく、同一の基礎付け事実に対する法律的评价が異なるに過ぎないので、訴因変更は不要となる。これに対し、検察官が予定する立証が成功せず、法律的评价を基礎付ける事実自体が、検察官が訴因及び冒頭陳述などにおいて主張していた事実とズレてくる事態もまま生じ得る。このような意味での「事実」の変動があり、かつ、この事実の変動が適用罰条に変更をもらす場合に訴因変更を要することになると解される。これまで述べた内容を図式化すると、以下のようになる。

【図1 類型iの適用罰条に変更をもたらす事実の変動がある場合】



【図2 法律的评价を基礎付ける事実関係は同一で、評価が検察官と裁判所で異なる場合】

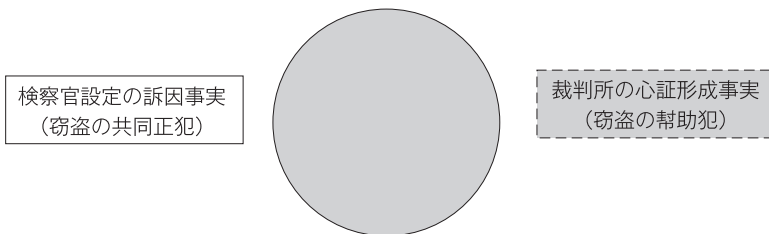


図1が、平成13年決定が定立した前記基準の類型iに該当し、例外なく訴因変更が必要になる場合のイメージ図である。左の円（実線）は検察官が設定

した訴因を基礎付ける事実であり、右の円(点線)は裁判所が心証形成する認定事実を基礎付ける事実を意味する。そして、図2が、法律的评价を基礎付ける事実関係に変動はないが、同一の基礎付け事実に対する法律的评价が検察官と裁判所で異なる場合のイメージ図であり、この場合訴因変更は不要となるのである。

窃盗の共同正犯と幫助犯を例にしたが、もう一つ、共犯形式ではなく、適用される基本罰条が変更されるケースとして、横領罪と背任罪を例に整理する。他人のためにその事務を処理する者が、自己の占有する他人の財物を不法に処分したような場合に、当該行為につき、横領罪と背任罪のいずれが成立するのか、両罪の区別の基準が問題となる。この点、両罪の区別については、⑦横領罪は、委託物に対する権限を逸脱する処分行為であるのに対し、背任罪は、物の処分が本人のための事務処理として行為者の抽象的権限の範囲内でなされる任務違背行為であるとする見解、④自己の占有する他人の財物に対する信任違背行為が横領罪、財物以外の財産上の利益に対する信任違背行為が背任罪であるとする見解、⑤特定物の侵害行為が横領罪であり、権限を濫用して行われる法律行為が背任罪であるとする見解、⑥行為者の名義ないし計算で行われたときは横領罪であり、本人の名義ないし計算で行われたときは背任罪であるとす

26) 高田前掲注10) 412頁は、「右に審判の対象は訴因だといったが、次の点に注意しておかなければならない。— 審判とは、もちろん審理および裁判(とくに判決)をいうのであるが、訴因の果たす機能は審理の段階と判決の段階とで全く同一だとはいえない。それは、審理の段階が当事者その他訴訟関係人の訴訟追行活動が具体的な利益状態に応じて展開される場面であって流動的な構造をもつものに対し、判決の段階は、このような審理が終了した後に判断作用が行われる場面であることに由来する。即ち、審理の対象が訴因である(または、訴因について審理する)ということは、訴因たる事実が存在するか否かについて審理することを意味するのであるけれども、それは必ずしも文字どおり訴因によって画された事実に限定されるものではない。前述の審理の流動的構造を考えるならば、その枠はある程度弾力的なものとならざるを得ない。従って、295条にいう『事件に關係の事項』であるか否かも、このような弾力的な枠をもつ訴因ということを念頭において判断しなければならない。これに反して、判決の対象が訴因であるということは、まさに審理の最終段階において示された訴因の証明があったか否かについて判断することを意味するのであり、この場合は文字どおり訴因によって画された事実に限定されるのである。」としている。



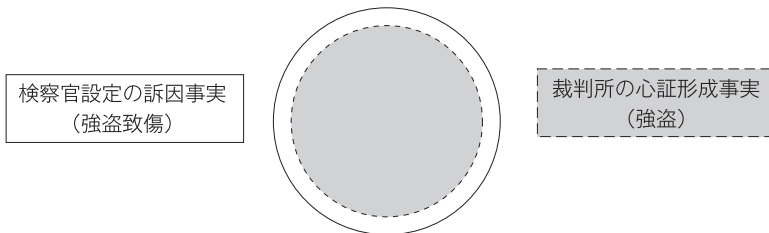
る見解などが存する。他人のためにその事務を処理する者が、自己の占有する他人の財物を不法に処分したような事案で、横領罪又は背任罪の成否が問題となる場合でも、図1のイメージ図のように、適用罰条に変更をもたらす事実の変動がある場合には、訴因変更は例外なく必要と解することになる。他方、図2のイメージ図のように、法律的评价を基礎付ける事実関係自体に変動はないが、例えば、検察官と裁判所とで両者の区別に関し、採用する見解に相違があり、同じ事実関係を前提としつつ、検察官が横領罪と評価したのに対し、裁判所が背任罪と評価することは刑事訴訟実務の現場ではままたり得ることである。後者の場合には、罰条変更はともかく、訴因変更は不要と解することになろう。

以上、平成13年決定が定立した前記基準の類型i「審判対象の画定のために必要な事実の変動」とは、適用罰条に変更をもたらす事実の変動を意味すると解すべきであろう。しかし、過失犯や不真正不作為犯の場合は、別途の考慮が必要であると思われる。過失犯や不真正不作為犯は、いわゆる開かれた構成要件である。通常の構成要件は、それ自体で完結しており、裁判官の補充を必要としない。他方、開かれた構成要件は、その適用に当たって裁判官による補充を予定している。そのため、開かれた構成要件においては、当該構成要件に形式的に該当するだけでは足りず、裁判官による実質的判断を補充して初めて構成要件該当性が確定できることになる。過失の中身は、具体的な注意義務違反であるところ、適用される罰条自体は、刑法210条なり、同211条で変更しないが、過失の中身である具体的な注意義務違反の内容が、検察官が設定した訴因事実と裁判所が心証形成する認定事実とで異なることは、刑事訴訟実務においてはままたり得る。このように適用罰条に変更がなくても、裁判官による実質的判断の補充を要する具体的な注意義務違反に変更が生じる場合には、裁判官による補充によって初めて構成要件該当性を確定できるという意味で、適用罰条に変更がある場合と同一視することができるので、平成13年決定の前記基準の類型i「審判対象の画定のために必要な事実の変動」に当たると解すべきであろう。

4 いわゆる縮小認定について整理する。縮小認定論が妥当するケースとは、検察官が設定した訴因事実が、裁判所が心証形成する認定事実を包摂する関係

(包摂・被包摂関係, 大小関係)にある場合, 検察官が設定した当初訴因においても, 裁判所が心証形成する認定事実も予備的・默示的に主張されているといえ, また, 前記のような関係が認められる限り, 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ことから, 訴因変更を要しないと解されている。この縮小認定論が妥当する場合を図式化すると, 以下のようになる。

【図3 縮小認定論が妥当する場合】

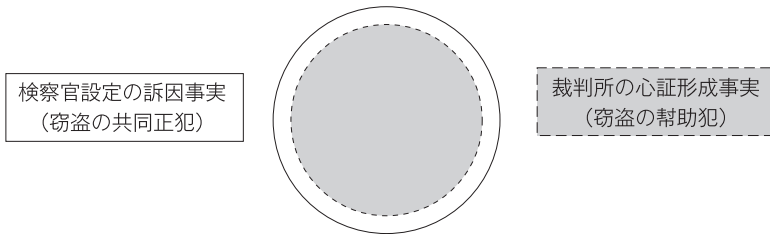


平成13年決定は, 縮小認定論については直接言及していない。図3の縮小認定論が妥当する場合, 図2の法律的评价を基礎付ける事実関係が同一の場合と異なり, 検察官が設定した訴因事実と, 裁判所が心証形成する認定事実との間にズレが生じているようにも見える。しかし, 前記のとおり, 縮小認定論が妥当する場合とは, 検察官が設定した訴因事実と裁判所が心証形成する認定事実との間に包摂・被包摂関係が認められるのである。この包摂・被包摂関係に鑑みれば, 両者間にズレが生じているとみるのは妥当ではなく, むしろ検察官設定の訴因の記載どおりの認定の一態様であると捉えるべき<sup>27)</sup>であり, 古江頼隆教授が指摘するとおり, 縮小認定論が妥当するケースは, 平成13年決定が示した判断枠組みの埒外<sup>28)</sup>というべきであろう。

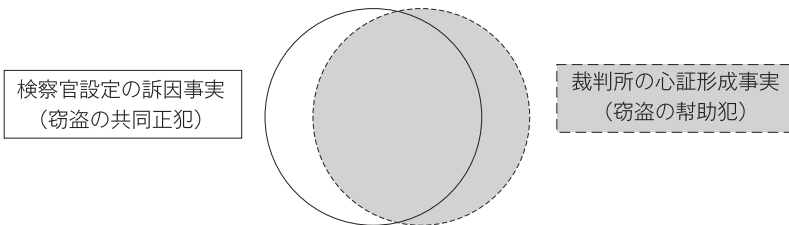
なお, 縮小認定論は, 検察官が設定した訴因事実と裁判所が心証形成する認定事実の間に包摂・被包摂関係が認められる場合に初めて妥当するのであり, たとえ罪名や法定刑に着目すると, 両者の罪名なり罰条に大小関係が認められても, 法律的评价を基礎付ける事実相互に包摂・被包摂関係が存しない限り, 縮小認定論は適用されないことに留意すべきである。共同正犯と幫助犯を例に整理すると, 図4の場合には, 縮小認定論が妥当する。他方, 図5の場合には, 平成13年決定が定立した前記基準の類型iの適用罰条に変更をもたらす事実

の変動がある場合に該当し、訴因変更が必要になると解すべきである。図5の場合、適用罰条が共同正犯から幫助犯に変更されると、刑法62条1項が「正犯を幫助した者は、従犯とする。」旨、63条が「従犯の刑は、正犯の刑を軽減する。」旨規定しており、処断刑が自動的に半分になるので、刑の量定を経て宣告される刑（宣告刑）も一般に共同正犯の認定に比べれば軽くなるものと思われるが、法律的评价を基礎付ける事実に変動がある以上、類型iの適用罰条に変更をもたらす事実の変動がある場合に該当し、訴因変更を要すると解するのが相当であろう。ここは、見解の分かれるところかもしれないが、筆者は、法律的评价を基礎付ける事実に変動があることを前提に、検察官が設定した訴因における評価が幫助犯（法律的评价が小）であり、裁判所の心証形成における評価が共同正犯（法律的评价が大）である場合は当然として、図5のように、検察官が設定した訴因における評価が共同正犯（法律的评价が大）であり、裁判所の心証形成における評価が幫助犯（法律的评价が小）の場合であっても、類型iの訴因変更を要する場合に当たるとするのが理論的に妥当であると解する。

【図4 縮小認定論が妥当する場合】



【図5 類型iの適用罰条に変更をもたらす事実の変動がある場合】



5 前記基準の類型iiの具体的射程について考察する。類型iiについては、

当該事案の具体的な審理経過等に照らし、被告人に対する不意打ち及び不利益認定の有無を検討することになるので、類型 i に比べれば、射程範囲の具体化・類型化になじみにくい。しかし、例えば、被告人が犯行時のアリバイを主張して、訴因事実を全面的に争うような場合や、対象犯罪が重罪であり量刑の幅が大きく、実際に量刑が主たる争点となっている場合、現行法 256 条 3 項が訴因を特定するための手段として規定する「日時・場所・方法」は、アリバイ主張に直結し、あるいは、量刑に影響を及ぼし得る重要事項であり、これらの事実に変動があれば、被告人は、通常攻撃防御の変更を迫られることになる。したがって、適用罰条には変更をもたらさないことを前提に、「日時・場所・方法」に事実の変動がある場合、類型 ii 「被告人の防御上重要な事実の変動」に当たり、iii 審理経過等から被告人に不意打ちを与えず、かつ、認定事実が訴因に比べて被告人に不利益でないといえない限り、訴因変更を要すると解すべきであろう。

共謀態様が変動する場合についても整理する。共謀態様が変動する場合とは、例えば、検察官が設定した訴因事実が現場共謀であるのに対し、裁判所が心証形成する認定事実が事前共謀である場合などである（逆も然り）。適用罰条には変更をもたらさないことを前提に、共謀態様が変動し、この変動に伴って、

27) 酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(3)」法教 300 号 129 頁は、「前記のとおり、審判対象の画定という見地からは、訴因変更は、検察官が当初設定構成した訴因の記載と、『罪となるべき事実』の画定に不可欠の事項において差異があり、実質的に異なる犯罪事実を認定する場合必要となる。そこで縮小認定される犯罪事実、審判対象として実質的に『異なる』のかどうかの問題である。例えば、強盗の要件事実たる反抗を抑圧するに足りる強度の暴行脅迫は認定できず、被害者を畏怖させたにとどまるとの心証を得た場合、形式的には、罪となるべき事実の画定に不可欠な部分に差異があるように見える。しかし翻って、当初の訴因の記載に含まれた一部を別の罪となるべき事実として認定する場合とは、当初の検察官主張事実に対して一部消極的判断をするのであり、検察官の主張の枠外にある別個固有の事実を積極的に認定しているわけではない。認定される縮小犯罪事実は、当初から検察官により黙示的・予備的に併せ主張されていた犯罪事実と考えることができるので、縮小認定は、そもそも訴因の記載と『異なる』事実認定の問題ではなく、訴因の記載どおりの認定の一態様である。したがって、一般には、検察官の設定構成した当初の訴因の拘束力と訴追の意図を逸脱したものとはいえないから、訴因変更の問題は生じないとみるべきであろう。」としている。

28) 古江頼隆・事例演習刑事訴訟法〔第2版〕215頁

被告人に帰責される実行行為や結果の範囲が変わる場合<sup>29)</sup>は、類型 ii 「被告人の防御上重要な事実の変動」に当たり、原則として訴因変更を要することに異論の余地はなからう。他方、同じく適用罰条に変更はないという前提で、共謀態様は変動するも、これにより実行行為や結果の範囲が変わらない場合<sup>30)</sup>が問題となるが、この場合も類型 ii 「被告人の防御上重要な事実の変動」に当たり、原則として訴因変更を要すると解すべきと思われる。なぜなら、被告人が共謀共同正犯に問われている場合、実行行為や結果が帰責されるか否かは、ひとえに共犯者との共謀認定の成否にかかっているものであり、仮に共謀態様の変動に伴い、実行行為や結果の範囲が変わらないとしても、帰責の根源たる共謀の態様に変動が生じる以上、被告人としては、変動後の共謀を基礎付ける事実関係や法律的評価を対象に、新たな攻撃防御を展開する必要に迫られるからである。したがって、共謀態様の変動する場合は、これに伴い被告人に帰責される実行行為や結果の範囲が変わるか否かにかかわらず、基本的には類型 ii 「被告人の防御上重要な事実の変動」に当たり、iii 審理経過等から被告人に不意打ちを与えず、かつ、認定事実が訴因に比べて被告人に不利益でないといえない限り、訴因変更を要すると解すべきであろう<sup>31)</sup>。

6 以上をまとめると、私見によれば、平成 13 年決定が定立した前記基準の類型 i 「審判対象の画定のために必要な事実の変動」とは、適用罰条に変更をもたらす事実の変動を意味するが、いわゆる開かれた構成要件である過失犯

29) 共謀態様の変動し、これに伴い被告人に帰責される実行行為や結果の範囲が変わる場合に関する判例として、最判昭和 58 年 9 月 6 日刑集 37 卷 7 号 930 頁（日大闘争警官死亡事件上告審判決）がある。同判決は、「現場共謀に基づく犯行の訴因につき事前共謀に基づく犯行を認定するには訴因変更の手続が必要であるとした原判断は相当である。」と判示し、これは一般に共謀態様の変動に伴い実行行為や結果の範囲が変わる場合に関する判示と理解されているようである。しかし、この理解は検察官が設定した訴因事実の捉え方如何によるのであり、絶対的なものではないと思われる。すなわち、第 1 審裁判所における証拠調べの結果を踏まえれば、本件における共謀態様の変動は、これに伴い実行行為や結果の範囲が変わる場合に関する判示と捉えられようが、証拠調べの結果は考慮せず、あくまで検察官が設定した訴因事実（検察官は、あくまで現場共謀を認定し、現場共謀により、訴因に掲げた行為及び結果は全て帰責させることができると考え、起訴したものと考えられる。）との比較で見れば、本件における共謀態様の変動は、実行行為や結果の範囲が変わらない場合に関する判示とも捉え得ると思われる。

や不真正不作為犯は、裁判官による実質的判断を補充して初めて構成要件該当性を確定できるのであるから、裁判官による補充を要する、過失の中身である具体的な注意義務違反の内容などが変動する場合には、類型 i の場合に当たると解することになる。そして、被告人が犯行時のアリバイを主張して、訴因事実を全面的に争うような事案などで、現行法 256 条 3 項が訴因を特定するための手段として規定する「日時・場所・方法」などが変動する場合、これらはア

30) 共謀態様は変動するが、被告人に帰責される実行行為や結果の範囲が実質的に変わらない場合に関する裁判例として、(a)東京高判昭和 56 年 7 月 15 日判時 1023 号 138 頁、(b)東京高判昭和 59 年 8 月 7 日判時 1155 号 303 頁、(c)大阪高判昭和 56 年 7 月 27 日判タ 454 号 166 頁がある。(a)及び(b)は、訴因変更を不要としたのに対し、(c)は、訴因変更を必要と判断した。しかし、(a)は、厳密には共謀態様の変動ではなく、実行共同正犯と釈明された被告人につき、現場共謀による共同正犯を認定した事例といえようが、「原審においては、本件集団の行動及び被告人らの関与の有無等について審理がなされ、証拠調の結果、原判決は、被告人らが他の共謀関係にある共犯者らとほぼ終始行動を共にし、その間に犯行がなされたが被告人らが直接犯行そのものに関与したか否か不明であると、いわゆる現場共謀にもとづく犯罪の成立を認めているのであって、いわゆる事前共謀による共同正犯を認定しているものではないから、本件における審理の経過等にかんがみるときは、原判決が訴因変更の手続をとることなく被告人らに対し現場共謀による共同正犯の責任を問うても、被告人らの防御権を無視し不意打ちを与えたものとはいえず、所論の非難は当たらない。」と判示する。また、(b)は、「訴因が被告人兩名は当初から金品強取を共謀して行動したとするのに対し、原判決は、兩名が当初から金品強取の意図・共謀のもとに犯したと認定するには合理的な疑いが残るとして、共謀の成立時期を前記のとおり認定したもので、原判決の限度で検察官の主張を肯認する趣旨のものと認められる。そうしてみると、原判決の右認定はいわゆる縮小認定とみることができるのであって、原判示事実は訴因の事実におおむね包含されており、あらかじめ訴因変更の手続を経なければその認定が許されないほど訴因の事実と異なるものとは認められない。のみならず、原審において、被告人兩名の弁護人は、被告人兩名の強盗の犯意及び共謀を否定し、被告人 A は、V に対する暴行が終了した後に財物奪取の意思を生じたものであると主張し、証人 V や被告人兩名らに対し事案の全般にわたって詳細な質問をするなど、十分に防御を講じ、強盗致傷罪の成立を争っており、単に本件発生の発端となった前記路上での被告人 A と V との応酬や同人らがトンネル内に入った経緯、目的のみが攻防の対象とされたのではないことが認められるから、原判決の認定が被告人らに対して不意打ちであったとは考えられない。」と判示する。両判決の判示内容を鑑みれば、両判決は、共謀態様が変動する場合、これに伴い被告人に帰責される実行行為や結果の範囲が変わるか否かにかかわらず、平成 13 年決定の基準の類型 ii の「被告人の防御上重要な事実が変動する場合」に当たると解する立場に矛盾しないばかりか、むしろ類型 iii も含めよく整合する判示といえるように思われる。

リバイ主張に直結し、あるいは、量刑に影響を及ぼし得る重要事項であり、被告人は、通常攻撃防御の変更を迫られることになるから、前記基準の類型 ii 「被告人の防御上重要な事実の変動」に当たると解すべきである。また、共謀共同正犯の成否が問題となる事案で、帰責の根源たる共謀態様の変動する場合も、類型 ii 「被告人の防御上重要な事実の変動」に当たり、いずれの場合も iii 審理経過等から被告人に不意打ちを与えず、かつ、認定事実が訴因に比べて被告人に不利益でないといえない限り、訴因変更を要すると解することになる。

私見に対しては、類型 i の射程範囲が狭すぎるとの批判もあり得よう。例えば、堀江慎司教授は、「言葉の純粋な意味での『他の犯罪事実との識別』に要する事実のみが、13年決定にいう『訴因の記載として不可欠な事項』を意味するのだとすれば、例えば特定の被害者に対する殺人罪について、訴因に記載された犯行の日時等と認定しようとする日時等とがいかにか大きく離隔しようとも、識別に影響しない以上、絶対的に訴因変更手続が要求されることにはおよそならない — 具体的な審理経過次第では訴因変更を不要とする — という帰結になりそうであるが、これは不当と思われる。やはり前述したように、『特定構成要件に該当することの確信を裁判所に抱かせうるに足る（最低限の）具体的事実（の絞り込み）』も『訴因の記載として（審判対象の設定のために）

---

31) 共謀の意義については、謀議行為と捉える客観説と共同遂行の合意と捉える主観説の対立があり、判例実務は、主観説にて運用されていると解されている。主観説に立った場合、謀議行為は、要証事実である共謀を推認させる間接事実という位置付けになり、謀議行為の日時・場所、謀議の具体的な内容などは、訴因に記載する必要はなく、事前共謀に基づく共同犯行であれ、現場共謀に基づく共同犯行であれ、訴因上は単に「共謀の上」と記載される。筆者は、本文記載のとおり、共謀態様は変動するが、これにより実行行為や結果の範囲が変わらない場合も、訴因変更が必要になるとする立場であるが、この場合、訴因変更を要するといっても、変更の前後において、訴因の形式的記載は変わらない。このようなケースについて訴因変更を行った経験はないが、実際の変更手続を書面にて行う意味は乏しく、被告人が在廷する公判廷において、口頭で共謀態様の変更に係る訴因変更を行い、検察官が改めての冒頭陳述において、変更後の共謀を基礎付ける間接事実等を具体的に主張し、その上でこれらをめぐる攻撃防御を展開していくことになろうか。訴因の形式的記載は変わらないので、訴因変更の手続自体に固執する必要はなく、適宜の方法で争点明確化の措置が講じられれば、特段の不都合はないように思われる。

不可欠な事項』というべきであり、そしてこう解した場合には、殺人罪の日時等の変動が、場合によっては絶対的要訴因変更事項に該当することもあり得る。」とする。しかし、他方で『確信を抱かせうるに足りる具体的事実』の提示のために、最低限どこまで事実を絞り込むことを必要か — 逆にいえば、最大限許される事実の幅の限度如何 — は、結局のところ事案ごとの個別的判断によらざるをえない。従って、ある事実の変動が絶対的要訴因変更事項の変動にあたるか否かは、個々の事案の事情を抜きにして一義的に決まるわけではない。それゆえ、例えば、およそ『犯行の日時』(の変動)は『訴因の記載として不可欠な事項』(の変動)にあたるか、といった形での議論は、必ずしも適切ではない。」というのである。堀江教授の見解は、示唆に富むが、各類型の具体的射程に関する考察内容としては、私見を是としたい。前記のとおり、平成13年決定の一つの眼目として、訴因変更をめぐる法的安定性の向上が挙げられようが、「訴因に記載した日時等の変動は、絶対的要訴因変更事項に当たり得るが、実際に該当するか否かは事案ごとの個別的判断によらざるを得ない。」というのでは、平成13年決定の各類型の射程範囲の不明確化及び訴因明示運用の消極化を招き、訴因変更の運用如何によっては、訴因変更をめぐる法的安定性や公判審理の充実・迅速の要請が損なわれるおそれがあると思われる。平成13年決定の各類型の具体的射程を考察する上では、何より訴因変更をめぐる法的安定性の向上を重視すべきである。法的安定性に加え、訴因逸脱認定に対する対応のあるべき方向性が前記の二つの見解に収斂されるであろうことを踏まえれば、各類型の分水嶺には、簡明な指標を用いるのが相当であると思われる。私見が、審判対象たる訴因の中核的要素を特別構成要件に該当する事実と捉え、適用罰条に変更をもたらす事実の変動の有無を指標に据えるのはこの趣旨である。平成13年決定は、訴因変更の要否の限界を審判対象の画定機能の見地からのみ画するものではなく、判断枠組みとして類型iiを設定し、被告人の防御上の利益等にも配慮しているのであり、今後も刑事訴訟実務における訴因変更が予防法学的アプローチで運用されるであろうことを併せ考慮すれば、訴因変更範囲の狭隘化による不都合等が生じることは、まずないといえるように思われる。



## 第5 結 び

以上、平成13年決定の意義及び定立基準の各類型の具体的射程について筆者の考察を明らかにした。前記のとおり、今後、本決定が定立した一般的基準等に沿った裁判例が集積され、訴因変更の要否や派生する訴因逸脱認定の問題等をめぐる法定安定性が向上することが期待されるどころ、法曹を目指し昼夜机に向かう学生諸氏が拙稿を手に取り、訴因変更の要否等に関する理解を深め、あるいは、本決定の具体的射程論を検討・論議する際の一つのたたき台等として活用いただければ幸いである<sup>32)</sup>。

---

32) 最後に、防御の「御」及び審判対象画定の「画」の字について、引用文献によっては、「禦」、「確」を用いるものも存したが、拙稿では、平成13年決定にあわせ「御」、「画」で統一した。