

訴因の特定と訴因変更の要否

——平成一三年決定と訴因の機能——

三 明 翔

一 はじめに

二 訴因の明示と訴因変更の要否を巡る学説と判例

1. 平成一三年決定以前の学説と判例

2. 平成一三年決定

3. 近年の議論の傾向

三 訴因制度の機能の分析

1. 裁判所との関係における機能

2. 被告人との関係における機能

四 検討

1. 訴因の特定

2. 訴因変更の要否

五 おわりに

一 はじめに

最決平成一三年四月一日刑集五五卷三号一二七頁
(以下、「平成一三年決定」という。)は、訴因の明示・

特定と訴因変更の要否に関して、学説・判例が理論的に包含していた「不整合の感」^①の一部を取り除き、「訴因の果たすべき機能」^②に遡った分析的考察の必要性を明らかにした。同決定の影響は大きく、両論点に関して再検討の機運を高めている^③。訴因の機能については、裁判所に対する審判対象画定の機能と、被告人に対する防禦対象の告知・限定の機能（防禦権保障機能）^④があることが通説・判例となっているが、裁判所との関係、被告人との関係でさらに整理・分析の余地があるように思われる。そこで本稿は、まず平成一三年決定までの学説・判例の展開とそこに包含されていた不整合感、同決定の意義とそれ以降の学説の動向を概観した後、訴因制度の機能を整理・分析し、訴因の特定、訴因変更の要否に関して学説と同決定の妥当性について検討を行う。

二 訴因の明示と訴因変更の要否を巡る学説と判例

1. 平成一三年決定以前の学説と判例

(1) 訴因の特定を巡る学説と判例
刑事訴訟法（以下、法という。）二五六条三項は、起

訴状において、訴因を明示した公訴事実の記載、即ち、「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」^⑤することを要求する。訴因の特定の程度に関して、従来、識別説と防禦権説が対立するものと解されてきた^⑤。識別説は、検察官が訴追対象とした犯罪事実を他の事実から識別・区別し得る程度の記載があれば足りるとする立場で、防禦権説は、それだけではなく被告人が防禦権を十分に行使できる程度までの記載が求められるとする立場とされる。両説とも訴因の記載が、裁判所の審判対象の画定と被告人の防禦範囲の明示の両方の機能を果たすと解する点では共通する。だが、識別説は、審判対象画定機能を重視し、審判対象画定機能が果たされる限りの記載で、訴因の防禦権保障機能も果たされるという「表裏」の関係があると解するのに対し、防禦権説は、防禦権保障機能が独立して要求する記載事項があると解する。両説とも、具体的に記載が要求される事項については必ずしも明確ではないところがあるが、両説を分ける一つの指標として、実行行為を行っていない被告人の共謀共同正犯の訴因において、謀議の日時・場所等が検察官に判明している場合に、その記載が要求

されると解するか否かがある^⑥。識別説は、実行行為の記載により他の犯罪事実との識別はできるので謀議の日時等の記載を不要とし、防禦権説は、被告人の防禦上重要だとして記載を必要とするのである^⑦。防禦権説に対しては、基準が明確でないこと、捜査の長期化、裁判官の予断、公判審理の硬直化を招くこと、防禦権保障は起訴状提出以後の手続で遺憾なきを期待すれば足りること等の批判が向けられ^⑧、学説では識別説が有力となった。

実務においては、共謀共同正犯の訴因において、「共謀の上で」という記載が一般的に認められており、識別説に立った運用がされているといわれる^⑨。ただ後述するように識別説が徹底されているのかに疑問が生ずる判例もある。

(2) 訴因変更の要否を巡る学説と判例

裁判所が訴因と異なる認定するにあたって検察官の訴因変更（法三一二条一項）を経なければならぬのはいかなる場合か。このいわゆる訴因変更の要否に関しては、審判対象論における訴因対象説、訴因論における事実記載説が確立したことにより^⑩、裁判所の認定と訴因の間に「事実」のずれが生ずる場合に訴因変更を要するが、煩

雑さを避ける観点から、事実のずれが被告人の防禦に実質的な不利益がある場合に行われればよいとする立場が通説となった。議論の中心はむしろ、防禦上の不利益を、当該事案の被告人側の防禦など審理の具体的経過を考慮して判断するか（具体的防禦説）、それらを捨象して一般的・類型的に判断するのか（抽象的防禦説）であった。具体的防禦説に対しては、基準が曖昧であるとか、事実のずれが被告人側の立証に起因することが多いため、同説の徹底は多くの場合に訴因変更不要の結論を招く等の批判が向けられ^⑪、次第に抽象的防禦説が優勢となった。

学説の展開は判例に支えられてきた側面もある。昭和二六年には既に、訴因変更は、「裁判所が勝手に、訴因又は罰条を異にした事実を認定することに因って、被告人に不当な不意打を加え、その防禦権の行使を徒勞に終らしめることを防止するに在るから、かかる虞れのない場合には」、訴因変更を要しないとする判例が存在した^⑫。初期の判例は具体的防禦説に立つものとみられ、例えば、昭和二九年には、「裁判所は、審理の経過に鑑み被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞れがないものと認めるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、

訴因変更手続をしないで、訴因と異なる事実を認定しても差支えない」として、窃盜の共同正犯の訴因に対して、被告人が主張していた幫助の事実を認定することに訴因変更は不要とされた¹³。ところが、昭和三〇年代後半になると、収賄の共同正犯の訴因に対し、被告人が積極的に主張していた贈賄の共同正犯を訴因変更を経ずに認定することは、「行為の態様が全く相反する犯罪であるから、…：被告人に不当な不意打を加え、その防御に実質的な不利益を与える虞れがある」として違法とする判断が登場するなど、判例は抽象的防御説へと立場を転換したと評されることが多い¹⁴。その後は、具体的防禦説の見地を完全に排していないとも評される判断が存在するものの¹⁵、基本的には抽象的防禦説の立場が踏襲されていた¹⁶。

(3) 従来の学説・判例が包含していた不整合感

平成一三年決定以前の学説と判例は、このように一応の安定をみせていたが、いくつか不整合感も指摘し得た。第一に、訴因の特定に関して学説・実務で多数説とされる識別説が徹底されているのか疑問とする余地があった¹⁷。例えば、日時・場所・方法等に幅のある訴因の記載が許される場合につき、リーディングケースの白山丸事

件判決は、「これを詳らかにすることができない特殊事情」があることを要件の一つに掲げ、後の吉田町覚せい剤事件決定は、「検察官において起訴当時の証拠に基づきできる限り特定」していることが必要であることを前提とした。しかし、識別説の下では、概括的な日時・場所・方法等の記載でも他の犯罪事実と区別が可能といえるかが重要なはずである。その観点からは、白山丸事件であれば、起訴されたのが白山丸での帰国行為に対応した出国行為であること、吉田町覚せい剤事件であれば、尿の鑑定結果に対応する直近の使用であることが冒頭手続や冒頭陳述で明らかにされたことが、それぞれの事案で争点となった概括的な訴因の適法性を支えたと解される²⁰。したがって識別説を徹底するならば、そうした他の事実との識別を可能とする事情がある限り、「特殊事情」や「できる限り(の)特定」の有無は関係ないはずである。ところが学説においてそれらの判例の要件に異論は少なく、下級審判例には、覚せい剤自己使用の訴因につき起訴当時の証拠からできる限りの特定がされなかったことを不適法と評価したものもあるのである²²。

第二に、訴因の特定の場合では、訴因の審判対象画定

機能が強調され、識別説の優位性が説かれるにも拘らず、訴因変更の要否の場面では、専ら訴因の防禦権保障機能が問題とされ、審判対象の画定機能の見地が姿を見せないことである。確かに、審判対象画定機能と防禦権保障機能が表裏の関係にあるとの理解を前提とすれば、審理の具体的経過の考慮を排する抽象的防禦説は、実は審判対象画定の見地を裏側から判断していたのだという説明も論理的には可能である²³。とはいえ、従来、そのような説明が正面に表れていなかったところをみると、審判対象画定の見地から訴因変更が必要となる場合があることを認めつつも、その明確な基準を定立することが必ずしも容易ではないので²⁴、その見地から訴因変更が必要となる可能性がある場合は、さしあたり抽象的防禦説の下、一般的・類型的に被告人の防禦の利益を保護すべきと説明して、訴因変更が必要と処理するほうが便宜であったという側面もあるのではなからうか。仮にそうだとすれば、従来の抽象的防禦説の基準は、理論的に整理の余地を残したものであったといえる。平成一三年決定以前から一部の論者はこの点に関する不整合感を指摘し²⁵、また審判対象画定の見地を正面に出した訴因変更の要否の基

準を定立しようとする見解もみられた²⁶。

2. 平成一三年決定

(1) このような学説と判例の理論状況の中、訴因変更の要否につき、「訴因の果たすべき機能から理論的反省を迫った²⁷」と評される平成一三年決定が下された。

同決定の事案では、殺人罪の共同正犯につき、起訴状訴因では、被告人とAのいずれが実行行為者か特定されていないところ、公判審理の後半、検察官の請求により、被告人を実行行為者と特定する訴因に変更されたが、結局、第一審は、実行行為者を、「被告人又はAあるいはその両名」と認定した。実行行為者を被告人と特定する訴因に対して、訴因変更を経ないまま、実行行為者の択一的な認定が行われたことの適否が上訴で争われ、最高裁はこれを適法と結論した。その際、次のような判示がなされた。

「訴因と認定事実とを対比すると、……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、被告人の防禦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、被告人の防禦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。」

(2) 平成一三年決定の判示は、次のように整理し得る。⁽²⁸⁾

- ① 訴因に記載される事項には、
 - (a) 審判対象の画定のために訴因の記載として不可欠な事項があるほか、
 - (b) 一般的に被告人の防禦にとって重要であることから、被告人が訴因の成否を争う場合等は、争点の明確化などのために訴因への記載が望ましい事項がある。
- ② 訴因変更は、
 - (a)' (a)の事項が変動する場合は、審判対象の画定の見地から、常に必要となる。
 - (b)' (b)の事項が変動する場合も、被告人の防禦権保障の見地から、原則として必要だが、例外的に、少なくとも、(i)審理の具体的な経過に照らして被告人に不意打ちを与えるものではなく、(ii)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ないときは、不要となる。

③ 殺人罪の共同正犯の当該訴因における実行行為者の如何は、(a)の事項ではなく(b)の事項に該当するため、原則として訴因変更が必要だが、(b)の(i)と(ii)の要件を充たす限り、例外的に訴因変更は不要となる。²⁹⁾

このように同決定は、訴因の特定の問題にも関わる訴因の記載事項について言及し、それと結びつける形で、訴因変更の要否を判断する基準を定立した。以下、それぞれの意義について敷衍する。

(3) 訴因の記載事項

平成一三年決定は、訴因の記載事項の中に、「訴因の記載として不可欠な事項」、即ち、その明示を欠けば、「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」事項があるとした。そしてその変動には、「審判対象の画定という見地」から訴因変更が必要となることを前提としていることからすると、そこでは「訴因の記載として不可欠な事項」とは、審判対象の画定に不可欠な事項であることが分かる。³⁰⁾したがって、

訴因の特定と訴因変更の要否(三明)

かかる事項の記載を欠く訴因は、およそ審判対象を設定せず、実体審理の開始を許さないものとなると解される。同決定は、共同正犯の訴因における実行行為者の如何は、審判対象の画定に不可欠な事項にあたらなかつたが、それが具体的にどのような基準から判断されるのかは明らかになかつたため、3.で述べる通り、近年の学説の議論はこの点を巡って活発化している。

他方、平成一三年決定は、「一般的に、被告人の防禦にとつて重要な事項」について、「当該訴因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」記載が「望ましい」とした。一般的に防衛上重要な事項の記載を不可欠とはせず、単に「望ましい」と表現したことから、訴因の特定に関して、防御権説はとらな³¹⁾いことが示唆されたといえる。さて当該事案において、かかる事項にあたりとされた共同正犯の訴因における実行行為者は、変更後の訴因で現に明示されていたわけであるから、厳密には、その記載の要否や望ましさは本件で争点とはなっていない。それにも拘らず、敢えて「望ましい」という文言が挿入された³²⁾ことは、最高裁がかかる事項の記載を推奨しているといえるが、その意

一〇三二(二〇三)

味では傍論の側面があり、「望ましい」という文言を過度に一般化すべきではないであろう。³³⁾

（4） 訴因変更の要否に関する二つの基準

平成一三年決定は、訴因の記載事項の分析に対応して、訴因変更の要否に関する二つの基準を定立した。

審判対象の画定に不可欠な事項については、裁判所がそれと異なる認定をする場合には常に訴因変更を要する絶対的な基準が採用された（以下、第一基準とよぶことがある。）。審判対象の画定に不可欠な事項が変動するのであれば、審判対象のアイデンティティは維持できず、訴因設定権者である検察官に訴因変更を通じて、あらためて審判対象を画定してもらうことが必要となる。そこに審理の具体的な経過等の事情を考慮する余地はないので、絶対的基準が採用されたことはもつともだといえる。四2.(1)で検討するように、平成一三年決定の枠組みは、審判対象の画定に不可欠といえる事項に変動がない限り、審判対象の画定の見地から訴因変更が必要となることはないという前提に立っており、この点で、訴因の拘束力の範囲を制限し過ぎることにならないかが問題となりうる。とはいえ、同決定の第一基準は、審判対象の

画定という訴因の機能の一つから、訴因の特定と変更の要否の二つの場面において、一貫した考察を行ったものといえる。この点で、訴因変更の要否の場面では、少なくとも明示的には、訴因の審判対象画定機能に言及せず、専ら防禦権保障機能（防禦対象告知・限定機能）の観点から、被告人の防禦上の不利益を問題としてきた従来の学説・判例よりも理論的に精緻だといえる。同決定は、従来の学説・判例の包含していた不整合感の一つを取り除く試みとも評価でき、「訴因の果たすべき機能から理論的反省を迫った」という評者の前記評価は、正鵠を射たものといえる。

他方、一般的に被告人の防禦上重要な事項については、「例外的」にはあるが、「被告人の防禦の具体的な状況等の審理の経過」を考慮して、訴因変更を不要とする余地を認める相対的な基準が採用された（以下、第二基準とよぶことがある。）。例外が認められるための要件として、(i)「被告人に不意打ちを与えるものではない」こと、(ii)「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ない」ことが掲げられ、第二基準の下で要否が判断される訴因変更は、被告人の防禦

権保障の見地に基づくものであることが分かる。ただし、四2.(2)で検討する通り、第二基準で問題とされる訴因変更が、訴因の固有の機能に基づくものなのかどうかについては、評者の間で理解の対立がある。さて第二基準の下で審理の具体的経過を考慮することができるのは、審判対象画定の見地からの訴因変更の要否を第一基準の下で独立して検討し、第二基準の下では、専ら被告人の防禦上の不利益を検討できるからである。平成一三年決定の分析的な判断枠組みの長所があらわれており、その重要さを示すものといえよう。

3. 近年の議論の傾向

さて平成一三年決定により、審判対象の画定に不可欠な事項とはいかなる内容を含むものなのか、審判対象の画定に不可欠な事項の記載は訴因の特定の十分条件なのか、訴因の審判対象画定機能を重視するといわれる識別説はこれらを判断する上で妥当な立場といえるのか等が、あらためて重要な検討課題となる。近年の学説の議論も、これらを巡り活発化している。

(1) 言葉の純粹な意味での識別説の難点

識別説は、論者によりその具体的内容に幅があると思われるが、³⁴⁾言葉の純粹な意味で、即ち、専ら「他の犯罪事実からの識別・区別」を問題とする見解だと捉えらるれば、訴因の特定はもとより、審判対象の画定に不可欠な事項の判断基準としても不十分だと指摘される。³⁵⁾例えば、「被告人は、不詳の日時・場所において、不詳の方法により、殺意をもってXを殺した」という訴因の記載も、被害者の死亡は一回しかあり得ない以上、他の犯罪事実との識別は可能である。したがって言葉通りの識別説の下では、このような訴因の記載でも、常に訴因は特定されていることになってしまう。だが、このような訴因の記載は通常、構成要件を転写したに過ぎず、「罪となるべき事実」³⁶⁾を具体的に適示したとはいえないと指摘されるのである。³⁶⁾さらに言葉通りの識別説は、平成一三年決定が示した訴因変更の要否の判断枠組みとも整合しない。³⁷⁾言葉通りの識別説の下で、訴因の記載として不可欠な事項に変動が生じるといえる場合には、他の犯罪事実との識別に変動が生じていることになるが、その多くの場合は公訴事実の同一性(法三二二条一項)を欠き、

訴因変更自体が許されないと考えられる(例えば、被害者が変動するとき)。そうすると、同決定が立てた第一基準はほぼ意味を持たないことになってしまう。

(2) 特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実

このことを踏まえ、近時、審判対象の画定ないし訴因の特定に不可欠な事項には、他の犯罪事実との識別を可能とする事項のほか、「特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実(罪となるべき事実)」が含まれると明示的に述べる見解が登場している⁽³⁸⁾。その根拠につき、例えば、堀江教授は、「検察官は、刑罰権発動のため、最終的には裁判所に特定構成要件に該当する事実の存在を合理的疑いを超えて確信せしめるべく、公訴を提起して審判手続の開始を求めするのであるから、その出発点において、かかる具体的事実の適示が求められ、その適示すらなされなければ、「およそ審判対象を示したとはいえず、審判を開始するには値しない」からだと論ずる⁽³⁹⁾。また訴因において特定すべき「罪となるべき事実」(法二五六条三項)は、有罪判決に示すべき「罪となるべき事実」(法二三五条一項)と、求

められる具体性の点で「対応関係にある」⁽⁴⁰⁾ないし最低限要求される特定の程度が「同一の基準に服する」⁽⁴¹⁾とし、二三五条一項に関する判例を援用し、「(刑罰法令)各本条の構成要件に該当すべき具体的事実を該構成要件に該当するか否かを判定するに足りる程度に具体的に明白にし、かくしてその各本条を適用する事実上の根拠を確認し得られるようにする」⁽⁴²⁾ことが求められると論じられることもある。もつとも何をもつて特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実となるかは、「ある程度は、犯罪類型(構成要件)ごと、事実の種類(項目)ごとに一般化して論じることでもできようが、結局のところは、事案ごとの個別的判断にならざるをえない」といわれる⁽⁴³⁾。

(3) 法二五六条三項の「できる限り」の特定

近時の有力な見解には、他の犯罪事実との識別に必要な事項、「特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実」の記載を超えて、犯行の日時・場所・方法等の「できる限り」の特定が法二五六条三項の下で要求されると解するものがある⁽⁴⁴⁾。防禦権説は従来からこれに近い主張をしていたといえるが、近時主張さ

れている見解は、被告人の防禦権保障だけでなく、審判対象画定の見地にも基づくことを強調する点に特徴がある。この見解は、その根拠として、法二五六条三項の「できる限り」という文言は、記載が可能ならば記載を要求していると解されることや、「特殊事情」等がない限り、日時・場所・方法等の特定を要求していると解される前記判例と整合することを挙げる点、結論として、いわゆる「六何の原則」に従い、犯罪の主体、客体、行為・結果、日時、場所、方法について、支障のない限り、記載が要求されると解する点、このような付加的な記載は、法二五六条三項の訴因の特定に求められるが、審判対象の画定に不可欠な事項ではなく、訴因の拘束力は生じないと解する等の点で概ね共通している。⁴⁵⁾

三 訴因制度の機能の分析

法は、公訴提起は、検察官が起訴状を裁判所に提出して行うものとし（法二五六条一項）、起訴状の謄本が、裁判所を介して遅滞なく被告人に送達されなければならぬとする（法二七一条）。起訴状には、訴因を明示した公訴事実の記載、即ち、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することが要求され（法二五六条三項）、他方で、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類等の添付やその内容の引用は禁じられる（予断排除原則。同条六項）。訴因は変更の余地が認められ（法三一二条）、検察官は公訴事実の同一性を害しない限度で訴因変更を請求することができる（同条一項）。裁判所は、訴因変更を経ずに、訴因と異なる事実を認定することが許されない場合がある（訴因の拘束力。法三七八条三号、三七九条）。このような訴因に関する仕組みを訴因制度と呼ぶとき、その機能にはいかなるものがあり、その背景にはいかなる法の関心があるかと解されるか。白山丸事件判決が述べたように、訴因制度は、裁判所との関係で「審判の対象の限定」、被告人との関係で「防御範囲の明示」の機能を持つことは確かであるが、現行法の諸規定に照らすとき、裁判所と被告人とのそれぞれの関係で、もう少し細かな整理・分析が可能と思われる。

1. 裁判所との関係における機能

(1) 裁判所との関係において訴因制度は、法が公正

なものと予定する、裁判所の受動的な事実審理を実現するという機能を持つ⁴⁶。上述の通り、法は、検察官の主張する被告人の具体的犯行が、予め裁判所に明らかにされるよう要求する一方で（法二五六条三項）、それを支える証拠や書類の提出を起訴状提出時点で禁じている（法同条六項）。法は「主張先行・拳証後行」を求めているといえるが、そこで予定されている公判審理とは、予め示された検察官の具体的主張につき、それを十分に支える証拠が提出されるかどうかを、当事者の攻防から、裁判所が受動的に判定するというものである⁴⁷。その背景にある関心は、①検察官が訴追者として、被告人の犯行を合理的疑いを容れない程度まで独力で主張・立証する義務を果たすこと⁴⁸、そして②それに対する被告人の反論・反証が、裁判所の心証形成に十全に反映されること⁴⁹を担保することにあると考えられる。検察官の具体的主張が予め裁判所に示されなかったり、事件に関する証拠が裁判所に引き継がれる「証拠先行」の審理では、裁判所は自ら争点を発見し、提出される証拠から積極的・能動的に心証形成をすることになる。しかし、そのような能動的審理では、職権主義から離れた現行法の訴訟構造にお

いて公正さの基本的要求というべき前記①②を担保できない。この関心は後述のように、審判対象の画定に不可欠な事項に大きく関わるとともに、訴因の拘束力を生じさせ、訴因変更の要否に関わる。

(2) 訴因制度は、裁判所による検察官の訴追意思の尊重を可能とするという機能を持つ⁵⁰。法は、起訴法定主義を採用せず、裁量訴追主義を採用する（法二四八条）。その趣旨は、科刑という事件処理を社会が真に必要とし、被告人を刑事裁判に付すことを正当化する十分な根拠がある場合にのみ訴追が行われるよう、刑事政策的観点や立証の難度等を考慮した柔軟な起訴判断を可能とするためである⁵¹。法は訴追裁量を検察官に与え（法二四七条）、検察官はそれに基づき訴因を構成するので、訴因は検察官の訴追意思を反映したものとなる。したがって裁判所が、検察官の訴追意思に反する形で訴因と異なる事実を認定し、被告人を有罪とすることは、右法の趣旨を害することになる。後述するように検察官の訴追意思をどこまで尊重すべきかは、一義的に決まるものではないが、この関心は、訴因の一定事項に拘束力を生じさせ、訴因変更の要否に関わる。

(3) 訴因制度は、裁判所に証拠等の関連性の判断をはじめとする適切な訴訟指揮を可能とする機能も持つ。⁵²⁾ 現行法において裁判所は、訴訟の主宰者として、検察官と被告人の主張・立証が、公訴事実の意味があり、関連のあるものに限られるよう訴訟指揮を行い、証拠の採否を決定しなければならぬ(法二九四条、刑訴規則一九〇条)⁵³⁾。関連性の乏しい証拠が裁判所に供されることは、裁判所が当事者の主張・立証から離れた能動的な心証形成を行う契機となつて前記裁判所の受動的審理を損なう虞があり、当事者が相互に不意打ちに晒され充実した攻防が実現せず、また判決に到達する心証形成の過程を不鮮明にして判決の合理性に疑いを生じさせる。⁵⁴⁾ 訴因は、関連性の判断基準を提供するものであり、この関心は訴因の特定に関わる。

(4) 訴因制度は、裁判所において、二重起訴(法三三八条三号)、一重危険(法三三七条一号、憲法三九条前段)、新証拠の必要な再起訴(法三三八条二号)、公訴時効(法三三七条四号)等の各訴訟条件の存否の判断を可能とする機能も持つ。訴因の不特定も訴訟条件の欠如の理由となり得る(法三三八条四号)。これらの訴訟

条件の趣旨はそれぞれ異なるが、不当ないし手続的に無効な訴追を打ち切り、刑事手続から被告人を解放しようとする点で概ね共通する。この関心も訴因の特定に関わり得る。

(5) 訴因制度は、裁判所において、検察官が訴因変更を請求した場合のその可否(法三二一条一項)、また検察官が別訴を提起した場合における各訴訟条件の判定を可能とする等の機能も果たす。

2. 被告人との関係における機能

(1) 被告人との関係では、訴因制度は、防禦対象の告知・限定の機能を果たす。法は、検察官の主張・立証に対する徹底的な反論・反証の機会を被告人に保障している。⁵⁵⁾ 訴因制度は、防禦対象とすべき検察官の具体的主張を予め告知し、その範囲外の事実について防禦を強いられたり、不意打ち認定をされないことを被告人に保障し、被告人が訴因の記載に安んじて防禦に集中することができるようにしている。⁵⁶⁾ このことは訴因が変更された場合に、被告人の公判手続停止の請求権が保障されていることにもあらわれる(法三二一条四項)。防禦対象の

告知・限定は、充実した防禦に必須なので憲法三七条全体から導かれる要求と解されるが、判例は、より一般的な告知・聴聞の権利に着目し、憲法三一条に根拠を求めた。⁵⁷⁾ この関心も訴因の特定と変更の要否に関わる。

(2) 訴因制度は、起訴後・第一回公判前の期間の防禦準備を可能にするための手掛かりを被告人に提供する機能を持つ。当事者・論争主義と迅速な裁判を予定する手続の下では、起訴後・第一回公判期日前の期間は、被告人にとって防禦準備ができる実質的に唯一の期間であるとして、被告人に防禦準備の専念とその充実を可能とすべき重要な期間と位置づけられる。⁵⁸⁾ 訴因を記載した起訴状の謄本が公訴提起から遅滞なく被告人に送達されることを要求し、二か月以内に送達されなければ公訴提起が遡って失効するという厳格な効果を認めている現行法もこのことを前提としている(法二七一条)。

3. 以上の通り、現行法の訴因制度は種々の機能を有し、それぞれの背景には異なる法の関心があることが分かる。これらを多元的に考察することで、訴因の特定と訴因変更の要否の各種論点につき検討の手掛かりが得ら

れると思われる。

四 検討

1. 訴因の特定

(1) 特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実(罪となるべき事実)について

(ア) 上述の分析を前提とすると、二3.(2)でみた「特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実(罪となるべき事実)」は、訴因の特定に不可欠な事項と考えられる。このことは、後述の通り、訴因の防禦権保障機能(防禦対象の告知・限定、公判前の防禦準備の手掛かりの提供)の観点からも支えられるが、かかる事実の記載は、裁判所との関係では、裁判所の受動的審理の実現に必要であり、審判対象の画定に不可欠な事項といえることができる。例えば、「被告人は、……漫然と自車を進行させ、前車後部に衝突させ、前車運転者に鎖骨骨折の傷害を負わせた」という過失運転致傷罪の訴因は、審判対象の画定に不可欠な事項を欠くと解される。⁵⁹⁾ 過失という規範的要素は、注意義務違反の具

体的態様を一切示すことなしに認定することはほぼできない。⁶⁰このため、裁判所は、「速度遵守義務違反」や「前方不注視」等、無数に存在し得る注意義務違反を想定しながら、当事者の提出する証拠から能動的に心証形成をしなければならぬことになりうる。三・一・(一)で述べた通り、このような審理は現行法の予定するものではない。法は第一義的には、訴因制度によって裁判所の受動的審理を実現し、もって検察官が訴追者としての有罪立証の義務を果たし、被告人の反論が裁判所の心証に十全に反映されることを担保しようとしていると解されるのであって、そのためには、「罪となるべき事実」として表示可能な限り、それが認定されたとすれば、当該構成要件につき裁判所に確信を抱かせうるといえる具体的事実が訴因に記載されていなければならないのである。⁶¹

(イ) もつとも、訴因自体の記載だけでは、そのような具体的事実が記載されているのか判然としない場合がある。その場合には、検察官の立証構造、即ち、いかなる事実をいかなる証拠によって立証しようとしているのかに立ち入って判断すべきときがある。⁶²

白山丸事件判決の事案は、このことを示す典型といえ

る。同事件での「被告人は、昭和二七年四月頃より同三三年六月下旬迄の間に、有効な旅券に出国の証印を受けないで、本邦より本邦外の地域たる中国に出国したものである」という訴因の記載は、出国先を中国とし、六年という幅のある日時を示す以外は、出入国管理令六〇条二項の密出国の構成要件を転写したのと変わらない。それにも拘らず、これを適法として審理を開始できたのは、同判決も言及したように、冒頭陳述において検察官が、証拠により証明すべき事実として、①昭和三三年七月一三日に被告人が白山丸で中国から帰国した事実、②同二七年四月頃まで国内にいた事実を示したからだと考えられる。①の事実から検察官が帰国に対応する出国行為を起訴したことは明らかであり、①②の事実が立証されれば、その出国行為が合理的疑いを容れない程度まで証明される。したがって裁判所は、検察官の主張する①②の事実が具体的証拠により支えられるかどうかに焦点を合わせた受動的な審理を行うことが可能であったといえる。そして、①②の事実が、罪となるべき事実の日時・場所・方法等ではなく、被告人の犯行の立証を支える間接事実そのものであり、それらを訴因に記載するこ

とは、裁判官の予断排除との関係から適切でなかったという事情も認められる⁶⁴。

最決平成一四年七月一八日刑集五六卷六号三〇七頁について同様の考察ができる。同決定は、「被告人は、単独又は甲及び乙と共謀の上、平成九年九月三〇日午後八時三〇分ころ、福岡市中央区所在のビジネス旅館A二階七号室において、被害者に対し、その頭部等に手段不明の暴行を加え、頭蓋冠、頭蓋底骨折等の傷害を負わせ、よつて、そのころ、同所において頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの障害により死亡させた」という暴行態様、傷害の内容、死因が概括的な傷害致死罪の訴因の記載が適法とされた。同決定に対しては、傷害致死罪の「基本犯の結果としての『傷害』の明示は不可欠である」との批判もある⁶⁵。だが、本件で検察官は、①被告人らが被害者に暴行を加えたこととともに、②少なくとも被告人らの行為以外に被害者の死亡に寄与した原因がないことを証拠により証明すべき事実として示していたものとみられる。被害者の死亡に寄与する原因が被告人らの暴行以外にないとするれば、暴行の結果、何らかの傷害の事実が生じていたことは論理的に推論で

きるもので、①②が証明されれば、基本犯である傷害の事実も含めて傷害致死罪の構成要件に該当する事実は合理的疑いを容れない程度まで立証される⁶⁶。よつて裁判所は、①②の事実を支える証拠が提出されるかどうかにかかわらず、①②の事実を支持する受動的審理を行うことができたといえる。そして白山丸事件の場合と同様、②の事実は、罪となるべき事実の日時・場所・方法等ではなく犯行の立証を支える間接事実であるから、それを訴因に記載することは、予断排除との関係で望ましくなかったといえる⁶⁷。

このように、訴因の記載だけを見ると、特定構成要件を転写しただけのようにもみえるが、検察官の立証構成に照らしみれば、(i)検察官において、当該構成要件につき裁判所に確信を抱かせうる具体的な主張があり⁶⁸（したがつて裁判所はその受動的審査に徹することができ）、かつ、(ii)その主張が罪となるべき事実の日時・場所・方法等として表示できない間接事実に基づくものであるため、訴因が概括的にならざるを得なかつたといえる場合がある。これらのことが公判前整理手続、冒頭手続での釈明、冒頭陳述等で確認された場合には、概括的な訴因でもその特定を欠くとして、訴追を妨げる必要はない。

(ウ) このような理解には、二つの批判が考えられる。まず訴因の特定の有無が起訴後の手続、特に証拠調べ手続の一部である冒頭陳述で明らかにされる事実から判断されるというのは不当でないかという批判である。⁶⁹確かに、実質的な実体審理に入った以降、つまり証拠調べの結果得られた心証をもとに、訴因の特定の有無がはじめて判断されるというのは、主張先行・挙証後行の關係が崩れるので許されない⁷⁰。しかし冒頭陳述を含め右の各手続は、心証形成を目的とする手続ではなく、⁷¹また被告人側が出席し、被告人側の主張も直ちに明らかにされる手続であるから、事実上も心証形成がなされる虞は少ない。⁷²したがって冒頭陳述より前の手続はもとより、冒頭陳述で明らかにした検察官の立証構造を考慮して訴因の特定の有無を判断しても、主張先行・挙証後行の観点からは支障はないといえる。⁷³

ただそうになると、冒頭陳述をみて有罪立証の可能性が認められる限り、訴因自体は概括的でもよいことにならないかという批判が次に考えられる。思うに、冒頭陳述等で検察官の立証構造に照らして訴因が特定に欠けていないと判断してよいのは、前記(ii)の事情が認められる場合

合に限られる(その余は、訴因の補正の可否が問題となるにすぎない)。以下の二つの観点から、少なくとも当該事案の検察官の立証構造上、特定構成要件につき裁判所に確信を抱かせるのに不可欠といえる具体的事実は、罪となるべき事実の日時・場所・方法等として表示可能な限り、必ず訴因に記載されなければならないと思われるからである。第一に、裁判所の受動的審理の実現の観点からは、前述の通り、法は訴因制度によりそれを実現しようとしていると解されることに加え、検察官に訴追者として被告人の犯行を独力で立証する義務を尽くさせるためには、検察官の有罪立証の要といべき右の事実について、裁判所は特に受動的な審理に徹すべきといえる。それを担保するには、裁判所に右の事実から離れた有罪認定を許すべきでないので、右の事実の訴因への記載を要求し、訴因の拘束力を生じさせる必要がある。⁷⁴

二に、刑事裁判に伴う被告人の負担に鑑みれば、検察官は起訴の時点で有罪判決を期待し得る十分な根拠を有していなければならず、起訴後の捜査をあてにした見込み起訴は許されない。⁷⁵そうした見込み起訴を抑止し、実際に見込み起訴が行われた場合にはそれが事後的に判明す

るよう、少なくとも右の事実は起訴時点で訴因に記載されている必要がある。⁷⁶ 第三に、右の事実は、(3)で検討するように、被告人に対する防禦対象の告知・限定、公判前の防禦準備の手がかりの提供という観点からも不可欠な事項であり、公訴提起から遅滞なく被告人に告知されるよう、訴因に記載される必要がある。

(2) 識別説について

上述のような理解から、検察官の立証構造上、特定構成要件につき裁判所に確信を抱かせるのに不可欠な具体的事実の記載が求められると解すると、言葉の純粹な意味での識別説を別としても、⁷⁷ 識別説には、審判対象の画定に不可欠な事項の判断基準として不十分な場合がでてくると思われる。識別説は一般に、被告人が実行行為を分担しない共謀共同正犯の訴因においても、実行行為等が特定されていれば他の犯罪事実との識別は可能である以上、共謀の日時・場所等や実行行為者の特定を不要と解するとされる。だが、上述の理解に従えば、具体的事案における検察官の立証構造によっては、これらの事項についても、特定構成要件に該当することの確信を抱かせるのに不可欠な具体的事実として、審判対象の画定に

不可欠な事項となる場合があると思われるのである。⁷⁸ 謀議の日時・場所等については、例えば、被告人が首謀者であることを示す犯行計画メモ等の証拠が存在し、検察官がかかるメモによつて共謀の事実を立証しようとする場合であれば、⁷⁹ 記載は不可欠とはいえない。だが、そうした証拠が存在せず、検察官が専ら、特定日時・場所において謀議があったことを前提に、被告人がその謀議に参加していたことを情況証拠によつて証明しようとする場合等には、謀議の日時・場所等も特定されなければならぬのではなからうか。実行行為者についても同様に、被告人が事前の謀議に参加していたことを証明して、共謀を立証しようとする場合は、記載は不可欠とはいえない。しかし、スワット事件⁸⁰、ロス疑惑銃撃事件⁸¹が参考になるように、検察官が専ら、特定の実行行為者との特定の關係をもつて被告人の共謀を立証しようとする場合は、記載が不可欠と考えられるのではなからうか。⁸² これらの場合、共謀の日時・場所や実行行為者は、検察官の立証構造上、裁判所に確信を抱かせるのに不可欠な事実となつてゐるからである。

もとより他の犯罪事実との混同が生じ得るような事件

では通常、識別説が強調するように、他の犯罪事実との識別に足りる事項の記載が審判対象の画定に必要となる。⁸³⁾ 例えば、日時を特定しない窃盗の訴因では、窃盗罪にあたる行為は複数存在し得ることから、裁判所において、当事者の提出する証拠の関連性、訴訟条件の存否、訴因変更の可否、別訴における訴訟条件の存否の判断に困難が生ずるからである。

(3) さらに特定の要否

以上の通り、「特定構成要件に該当することの確信を抱かせうるに足る具体的事実」と「他事件との識別に足る事項」は、基本的に審判対象の画定に不可欠な事項というべきであるが、従来の防禦権説や二・三・(3)でみた近時の見解のように、それを超えた記載が法二五六条三項の下で要求されると解すべきであろうか。

(ア) 防禦権保障機能の観点

三・二でみたように訴因制度は被告人の防禦権保障機能を持つが、訴因制度が他の機能も併せ持つことから生ずる限界にも留意しなければならない。例えば、被告人の防禦上役立つものでも、証拠書類の添付や裁判官に予断を与え得る記載等は、裁判所の受動的審理を妨げるの

で許されないし、無用に訴因変更の要否の問題を生じさせるような過度の記載も望ましくない。他方、防禦権保障に資する制度は他にも、証拠保全(法一七九条)、検察官からの証明予定事実や証拠の開示(法二一六条の一三、同条の一四―一五、同条の二〇、二九九条)、検察官の冒頭陳述や釈明等があることにも留意の必要がある。これらを前提とするとき、訴因の防禦権保障機能からは、いかなる事項の記載が要求されると解されるか。

まず(1)で検討した、検察官の立証構造上、特定構成要件につき裁判所に確信を抱かせるのに不可欠な事実で、罪となるべき事実の日時・場所・方法等として表示可能なものは、被告人の防禦権保障機能からも訴因への記載が必須である。例えば、過失の態様を「漫然と」と記載する前述の過失運転致傷罪の訴因であれば、被告人は無数に存在し得る過失の態様全てに対する防禦を強いられ、公判前の防禦準備はままならず、公判では不意打ちの危険に晒されるからである。⁸⁴⁾ ところで前述の通り、検察官の立証構造に照らせば構成要件の立証が可能だが、そのことを罪となるべき事実の日時・場所・方法等として訴因に反映できない場合、冒頭陳述までにそれらが明

らかにされる限り、裁判所の受動的審理の実現という訴因の機能は基本的に損なわれまいといえた。しかし、公判前の防禦準備の手掛かりを提供するという機能からは、冒頭陳述で防禦対象が明らかになるからよいとはいえないので、訴因が概括的な場合は、具体的弊害のない限り、起訴後速やかに、検察官の証明予定事実と請求予定の証拠が被告人に開示されることを必要と解すべきである⁸⁵。

さて防禦権説がそれを超えた記載をどこまで要求するかは必ずしも明らかでないが、前述の通り、防禦権説は、実行行為を行っていない被告人の共謀共同正犯の訴因において、謀議の日時・場所等が検察官に判明しているときには、その記載を要求するものと解されている⁸⁶。しかしこの点には疑問が残る。前述の通り、被告人の共謀は、犯行計画メモ等の情況証拠から、特定日時・場所の謀議を証明することなく立証することができる。検察官は、謀議の日時等がある程度把握していたとしても、争点の複雑化を回避する等の目的から、専ら犯行計画メモ等の立証を選択することも許される(刑訴規則一八九条の二参照)。検察官がその選択をした場合にも、被告人の防禦権保障を理由に、謀議の日時等の記載が要求されるべ

きであろうか。確かに、起こり得た謀議のどの日時にもアリバイがあることを立証して、犯行計画メモの証明力を争うという防禦方法もあり得、その場合は謀議の日時等が訴因に記載されたほうが被告人の防禦上利益といえる。だが、そのような防禦方法が可能で有効な場合は多くないと思われるし、被告人がその防禦方法を選択する場合には、公判前整理手続において、主張関連証拠として謀議の日時等に関する証拠の開示が得られる(法三二六条の二〇)。検察官に立証予定のない謀議の日時等を敢えて訴因に記載することは、却って被告人の公判前の防禦準備をミスリードする虞があるし、検察官に積極的な立証の意思がないため、証拠調べの結果、謀議の日時等にずれが生じる可能性も高く、訴因変更の要否の問題を無用に生じやすい。さらにいえば、公判前整理手続において、検察官の証明予定事実の明示、検察官請求証拠とその証明力判断のための類型証拠の開示が行われた後には、被告人側に防禦上の主張の明示が求められる(法三二六条の一七)⁸⁸、被告人の防禦方法とは、第一次的には検察官の当該事案の立証構造から決まってくるものである。これらに鑑みる

と、訴因の記載という防禦権保障の出発点の段階において、⁽⁸⁹⁾ 抽象的な防禦上の利益を理由に、検察官に立証予定のない事実の記載を求める必要はないと思われる。

(イ) では二・三・(3) でみた、防禦権保障のほか、審判対象の画定を根拠として強調し、法二五六条三項の下、六何の原則に従った「できる限り」の記載が要求されるとする近年の見解はどうか。確かにこの見解は、法二五六条三項の文言や、識別説の下では説明のしにくい前記判例の「特殊事情」や「(起訴当時の証拠に基づき) できる限り」の特定の要件と整合する点で優れている。ただこの見解も、検察官の立証構造(証明予定事実)を問わずにできる限りの記載を要求するのだとすれば、やはり難点がある。例えば、堀江教授は、「通常求められる捜査を尽くした結果詳らかできた限りで」、⁽⁹⁰⁾ 六何の原則に従った犯行の日時等の記載が要求されるとし、共謀共同正犯における共謀の事実についても、それが罪となるべき事実⁽⁹¹⁾に当たる以上は、右の基準で記載が要求されるとしている。仮に謀議の日時等の立証を検察官が一切予定しない場合も記載が要求されるという趣旨であれば、防禦権説と同様に被告人側をミスリードし、無用な訴因

変更の要否の問題を生じやすいという難点があり、さらに検察官の証明予定に含まれない事実の記載を検察官の審判対象の設定という見地から基礎付けられるのか疑問が残る。堀江教授は、審判対象設定の観点から犯行の日時・場所・方法等のできる限りの記載が求められる実質的根拠を、「検察官は、具体的な社会的事象が存在しそれが特定の犯罪構成要件に該当するとの嫌疑を抱き、これに基づいて、刑罰権の発動を欲して公訴を提起し、裁判所に審判を求める。……検察官が……審判対象を設定するのだというからには、そこで設定される『審判対象』もまた、(右のような) 公訴の基盤とされている検察官の現実の具体的嫌疑を反映したものでなければならぬ」と論ずる。⁽⁹²⁾ だが、検察官が捜査の結果得られた具体的嫌疑に基づいて起訴を行うのは確かにせよ、起訴判断のもとにした嫌疑と、その中から、検察官が有罪判決を得る十分な根拠となるとして主張し、裁判所に審判を求めようとしている事実とは区別すべきだと思われる。現行法の予定する刑事裁判が、被告人に刑罰を科す根拠があるかどうかにつき、検察官の主張を被告人の批判的な吟味に晒して厳格に審査しようとするものだと

すれば、捜査結果から推認されるとはいえ、検察官が公判で予定している主張から外れた事実を、審判対象の設定の観点から訴因に記載すべきとはいえないように思われる。⁹³

（ウ） こうした点に鑑みると、法二五六条三項は、訴因の記載に不可欠な事項を超えて、犯行の日時・場所・方法等の「できる限り」の記載を要求すると解すべきだが、それは、検察官の証明予定事実にあられる範囲に限られるとすべきである。法がそのような記載を要求する実質的根拠の第一は、訴因制度の被告人の公判前の防禦準備の手掛かりを提供する機能に求められるべきであろう。先述の通り被告人の防禦方法は、第一次的に検察官の立証構造によって決まるものとすれば、検察官の証明予定事実是一般に被告人の防禦準備に重要ということができる、罪となるべき事実の日時・場所・方法等として表示可能な限り、訴因に記載して公訴提起から遅滞なく被告人に告知されるべきである。記載が要求されるのは検察官の証明予定事実の範囲に限られるので、被告人側をミスリードしたり、無用な訴因変更が頻発する問題は生じ難く、検察官に過度の負担が生じたり、捜査の緻

密化を招くこともない。また裁判所との関係でも、裁判所による関連性、各種訴訟条件、訴因変更の要否等の判断が容易になることや、「裁判所に確信を抱かせうるに足る具体的事実」については一般的な基準がないため、審判対象の画定に不可欠な事項の記載だけを要求すると誤って不十分な記載がされる虞があるので、それを避けること等も根拠と考える余地がある。無論、こうした趣旨に基づいて記載された付加的な事項は、審判対象の画定に不可欠な事項にはならない。

2. 訴因変更の要否

（1） 審判対象画定の見地からの訴因変更の要否

さて前述した通り、平成一三年決定の訴因変更の要否の判断枠組みは、審判対象画定の見地から訴因変更が必要となるのは、その第一基準の場合、即ち、同見地から訴因の記載に不可欠な事項が変動する場合に限られることを前提としている。この点については、「訴因の拘束力の範囲を制限しすぎている嫌いがないではない⁹⁴」とか、検察官が「訴因の特定に不可欠な範囲……を越えて、審判対象を限定する処分ができないかは、議論の余地の

ある問題⁽⁹⁵⁾」と指摘されることもある⁽⁹⁶⁾。そうした論者も、訴因の拘束力の生ずる範囲を拡張することによって検察官の訴因記載が消極化してしまう虞との衡量に基づくと解すれば、一つの選択として合理性を認め得るとか⁽⁹⁷⁾、訴因記載に不可欠な事項の変動が生じない限り、訴因の記載と異なる事実も、「潜在的にはあるが予備的に主張している」と解することができる⁽⁹⁸⁾として、平成一三年決定の立場を正当化し得るとするが、第一基準の場合以外に、審判対象画定の見地から訴因変更を要する場合はないだろうか。

三・1. でみた訴因制度の機能から検討すると、審判対象画定の見地からみた訴因変更の要否に関わるのは、裁判所の受動的審理の実現と、検察官の訴追意思の尊重の観点である。前者の観点からは、前述の通り、検察官に訴追者としての有罪立証の義務を果たさせるため、検察官の立証構造上、裁判所に確信を抱かせるのに不可欠といえる事項については、訴因の拘束力を認め、裁判所がかかる事実から離れて有罪認定を行うことを封ずる必要がある。もつとも、かかる事項を平成一三年決定の「訴因の記載として不可欠な事項」に含まれると解する

限り、この観点からは、同決定の判断枠組みに問題は少ない。問題は、かかる事項にあたらぬ事項で、検察官の訴追意思の尊重という観点から、さらに訴因の拘束力を認めるべき場合があるかである⁽⁹⁹⁾。この点に関しては、いわゆる縮小認定と、同一構成要件内の結果の拡大認定の問題を取り上げたい。

傷害致死罪の訴因に対して傷害を認定するような縮小認定については、早くから訴因変更が不要とされてきた⁽¹⁰⁰⁾。右の二つの観点から検討しても、縮小認定は通常、訴因変更が不要といえる。縮小認定は、「当初の検察官主張事実に対して一部消極の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するのではない⁽¹⁰¹⁾」から、裁判所の受動的審理の実現の観点からは訴因変更は不要であるし、当初の訴因から縮小された事実には検察官の訴追意思が及ぶと通常推定でき、検察官の訴追意思の尊重の観点からも訴因変更は不要といえる⁽¹⁰²⁾。但し縮小認定でも、縮小事実であれば起訴猶予とした可能性が高いといえるような、罪質や法定刑が大幅に異なる構成要件の変動を伴う場合は、検察官の訴追意思の推定は働かず、裁判所は訴因変更なく縮小事実を認定

できないと解する余地がある¹⁰⁵。この場合、審判対象画定の見地から訴因変更が必要といえるが、縮小認定は構成要件の変動を伴うので、いわゆる黙示の予備的訴因の理論を用いれば¹⁰⁴、平成一三年決定の判断枠組みの下でも反映できると思われる。縮小事実¹⁰⁴に檢察官の訴追意思が推定される場合は、黙示の予備的訴因が存在するので訴因変更不要だが、そうでない場合は、構成要件要素という審判対象の画定に不可欠な事項に変動が生ずるので訴因変更を要すると説明できるからである。

同一構成要件内の結果の拡大認定はどうか。ここでは、加療一か月の傷害の訴因¹⁰⁵に対して、加療一年の傷害を認定する場合を検討したい。この例の場合、傷害の構成要件の認定に不可欠な事項については受動的審理が実現しており、檢察官はそれらにつき合理的疑いを容れない程度まで独力で立証する義務を果たしている¹⁰⁶ので、この観点からは訴因変更は不要であろう。檢察官の訴追意思尊重の観点から訴因変更が不要といえるかは、檢察官の訴追意思をどこまで尊重すべきと解するかで決まる。一旦起訴した以上、同一構成要件内の結果の具体的程度まで檢察官の訴追意思を尊重しなくてよいと解すれば、訴因

変更は不要であり、それに対して、檢察官に一罪の一部を処分した縮小訴因で訴追する権限がある以上、檢察官の訴追意思を尊重すべきだと解すれば¹⁰⁷、訴因変更は必要となる。後者の立場からすると、審判対象の画定の見地から訴因変更が必要となるのは、第一基準の場合のみとする平成一三年決定の判断枠組みは、修正の必要があるということになる。縮小認定の場合と異なり、傷害の加療期間のような同一構成要件の結果の具体的程度の変動は、訴因の記載として不可欠な事項の変動とはいえないと思われるからである¹⁰⁸。

(2) 被告人の防禦権保障の見地からの訴因変更の要否

平成一三年決定は、一般的に防禦上重要な事項に変動が生ずる場合も原則として訴因変更を要し、例外的に、審理の具体的経過に照らして、少なくとも(i)被告人の同意打ちにならず、かつ、(ii)認定事実が被告人により不利益でないときは、訴因変更を要しないと¹⁰⁹した。この第二基準に基づく訴因変更と訴因固有の機能との関係については、評者の間で大きく二通りの理解が存在している。第一の理解は、次のようなものである。即ち、訴因の

防禦権保障機能は審判対象画定機能と表裏の関係にあり、審判対象の画定に不可欠な事項が記載されている限りは、訴因固有の機能は尽くされている。一般的に防禦上重要な事項が訴因に記載された場合は、その変動時に訴因変更が必要になるときがあるといっても、それは、訴因固有の防禦権保障機能に基づくものではなく、あくまで手続一般に要請される不意打ち防止措置（争点顕在化措置）¹¹⁵を、訴因変更の手續を借りて行っているに過ぎないという理解である¹¹⁶。この理解によれば、審理の具体的経過を考慮することはむしろ当然であり、同決定が訴因変更という措置を「原則として」必要としたことは、防禦の利益に相当に「手厚い配慮」¹¹⁷をしたことになる。またこの理解の下では、訴因固有の機能に基づく訴因変更の要否に関しては、審理の具体的経過を捨象した基準が堅持されているといえる。したがって、従来の抽象的防禦説は、審判対象画定の見地からの訴因変更の要否を裏側から検討していたとする前述の解釈に立てば、（訴因固有の機能に基づくものに関する限り）同決定と従来の判例とで訴因変更が必要な範囲に変わりはないと説明する余地もないわけではないということになる¹¹⁸。

訴因の特定と訴因変更の要否（三明）

第二の理解は、次のようなものである。一般的に防禦上重要な事項は、訴因の特定に不可欠な事項ではないにせよ、いったん訴因に記載されれば、それに基づいて審理（当事者の攻防）は進められることになる。そうである以上、被告人の防禦範囲の明示・限定というもう一つの訴因固有の機能が働き、その変動に訴因変更が必要となるのは、訴因固有の機能に基づくものだと解する理解である¹¹⁹。この理解の下では、平成一三年決定は、訴因変更の要否に関し、審判対象画定機能と防禦権保障機能のそれぞれに基づき基準を用意し、例外を持たない前者の判断を先行させ、後者の判断には抽象的防禦説を基調としつつ補充的に具体的防禦説の観点を取り入れたと解しうることになる。その理解の下では、同決定の訴因変更の要否の基準はいずれも訴因固有の機能に基づくものであるから、例外的とはいえ、審理の具体的経緯を考慮して訴因変更を不要とする余地を認めた点で、抽象的防禦説よりも訴因変更が必要な場面が狭まったと解されることになる¹²⁰。

二つの理解の違いは、訴因に記載された一般的に防禦上重要な事項が変動するときに、被告人の防禦権保障の

観点から求められる訴因変更を、訴因固有の機能に基づくものと捉えるか否かの違いである。¹¹⁷ 三で検討した訴因制度の機能に照らすと、第二の理解が妥当と思われる。第一の理解が前提とするように、仮に訴因の記載事項が審判対象画定の見地から決まり、防禦対象の告知もその限りで足りるといえたとしても、それを超える記載が行われた結果、訴因と異なる認定が被告人に不意打ちとなる場合に、訴因の機能が害されないといえるかは別問題と思われる。前述の通り、訴因制度には、被告人の訴因の記載に安んじた防禦を可能とする機能があると解され、法は、訴因が変更された場合の被告人の公判手続停止の請求権を明文で保障している(法三二二条四項)。これらに照らすと、審判対象の変動を伴わない限り、訴因と異なる認定から生ずる不意打ちの危険は全て、本来的に一般的な争点顕在化措置で対処することが予定されているといつてよいかは疑問が残る。

そこで訴因固有の機能に基づき、専ら防禦権保障の観点から訴因変更が必要となる場合があると解するべきだと思われるが、被告人側の防禦の仕方は事件ごとによきよきに千差万別である。一般的に防禦上重要な事項であつて

も、訴因と異なる事実の認定が常に被告人の訴因の記載に安んじた防禦を害するとはいえず、この観点から真に訴因変更が必要というためには、審理の具体的経過に立ち入って事案ごとに判断せざるを得ない。このことを背景とすると、一般的に防禦上重要な事項の変動に「原則として」訴因変更を要するとした平成一三年決定の第二基準は、被告人の防禦権保障の観点から訴因変更が必要な場合に、それが誤って見過ごされることがないよう保護策として採用されたものと解しうる。即ち、一般的に防禦上重要な事項の変動は、被告人に不意打ちになると推定し、それを破るような具体的な審理経過があり、かつ認定事実が被告人により不利でない場合に限り、訴因変更を不要としたということである。¹¹⁸ なお第二の理解の下では、争点顕在化措置の代用が問題となつてはいるわけではないので、第一の理解よりも、例外的に訴因変更が不要となる場合は狭く解される傾向があると思われる。¹¹⁹

五 おわりに

以上本稿は、平成一三年決定は、訴因の特定と訴因変更の要否に関し、訴因の機能に遡った分析的考察の重要

さを示したものと理解した上で、従来、訴因の機能とされてきた審判対象画定機能と防禦対象明示機能を、現行法の諸規定に照らしてさらに整理・分析することを試み、それをもとに近年の学説と同決定の訴因変更の要否の基準の妥当性について検討を行った。本稿では、審判対象の画定に不可欠な記載事項の内容、それを超えて法二五六条三項により要求される記載事項の内容、平成一三年決定の下での縮小認定と同一構成要件内の結果の拡大認定の処理、被告人の防禦権保障の見地に基づく訴因変更の性格について検討することになったが、同決定の判断枠組みに関しては残された課題も多い。特に審判対象の画定に不可欠な事項のより具体的・実証的検討、同決定にいう「一般的に、被告人の防禦にとつて重要な事項」の類型化等は急務だと思われる。

なお平成一六年に導入された公判前整理手続が堅実に運用されることにより、訴因の特定、訴因変更の要否が争点として争われることは以前よりも減少すると考えられる。同手続で争点と証拠の整理が行われることにより（法三二六条の一三以下）、訴因の特定に疑いがある場合には訴因の補正や訂正、訴因変更の必要が疑われる場合

には訴因変更や予備的訴因の追加等が早期かつ予防的に行われると考えられるからである（裁判員裁判では特にこのことが徹底されるであろう）。とはいえ、公判前整理手続を経ても、証拠調べ、特に証人尋問の結果、事前の想定とは異なる事実が浮かび上がるなどして、訴因変更の要否が争点となることは依然としてあり得る⁽²⁰⁾。その場合は、平成一三年決定の判断枠組みの適用が問題となるのであり、同決定の枠組みを訴因の機能に遡って一層明確化し、修正の余地等を究明することは、依然重要な課題といえよう。

- (1) 堀江慎司「訴因変更の要否について」井上正仁ら編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇一二年）五八五頁、五九四頁。
- (2) 大澤裕「訴因の機能と訴因変更の要否」法学教室二五六号二八頁、二九頁（二〇〇二年）。
- (3) 平成一三年決定を受けて訴因に関する諸論点に検討を加えた論稿は多数に上る。例えば、大澤・前掲注(2)、加藤克佳「訴因変更の要否と判例法理」三井誠ら編『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集（下）』（成文堂、二〇〇七年）三三七頁、大澤裕Ⅱ植村立郎「共同正犯の訴因と訴因変

更の要否」法学教室三二四号八〇頁（二〇〇七年）、川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル六号一二〇頁（二〇〇七年）、松田章①「訴因の特定と訴因変更の要否——『刑事訴因事実論』の端緒（訴因の研究一）——」慶應法学七号一〇九頁（二〇〇七年）、松田章②「訴因変更と争点顕在化措置の要否——『刑事訴因事実論』の試み（訴因の研究二）——」刑事法ジャーナル八号六三頁（二〇〇七年）、関正晴「訴因制度と被告人の防衛権」日本法学七六卷二号五一五頁（二〇一〇年）、伊藤博路「訴因の特定に関する一考察」名城ロースクール・レビュー一八号一頁（二〇一〇年）、小林充「訴因変更の要否の基準——平成一三年判例との関係において——」法曹時報六三卷四号一頁（二〇一一年）、久岡康成「訴因の機能と訴因の特定の再検討——憲法レベルおよび刑訴法レベルでの防衛権保障の視点から——」立命館法学三三九・三四〇号三八八頁（二〇一一年）、堀江・前掲注（1）、辻本典央「訴因変更の必要性」研修七七四号三頁（二〇一二年）、高田昭正「訴因変更の要否」井上正仁ら編『三井誠先生古稀祝賀論文集』（有斐閣、二〇一二年）五五五頁、木谷明「訴因変更の要否に関する平成一三年判例への疑問」浅田和茂ら編『福井厚先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、二〇一三年）二五九頁、石井一正「訴因変更の要否に関する最高裁判例の新基準について——過失犯におけるそれを中心に——判例タイムズ一三八五号六八頁（二〇一三年）

等を参照。

- (4) 最判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一一号一六三三頁（白山丸事件）、田宮裕『刑事訴訟法（新版）』（有斐閣、一九九六年）一八六頁等。
 - (5) 例えは、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、二〇〇三年）一六四頁。
 - (6) 小林充「共謀と訴因」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、一九八九年）二七頁、三〇頁。
 - (7) なお最判昭和三三年五月二八日刑集一二卷八号一七一八頁（練馬事件）は、『共謀』または『謀議』は、共謀共同正犯における『罪となるべき事実』にほかならない」としている。
 - (8) 例えは、松尾浩也『刑事訴訟法（上）』（弘文堂、一九九九年）一七五頁。
 - (9) 松尾浩也監『条解刑事訴訟法（第四版）』（弘文堂、二〇〇九年）五一五頁。
 - (10) 田宮・前掲注（4）一八六頁以下参照。
 - (11) 小泉祐康「訴因の変更」熊谷弘ら編『公判法大系Ⅱ』（日本評論社、一九七五年）二五一頁、二五七頁等。
 - (12) 最判昭和二六年六月一五日刑集五卷七号一二七七頁。
 - (13) 最判昭和二九年一月二一日刑集八卷一号七一頁。
 - (14) 最判昭和三六年六月一三日刑集一五卷六号九六一頁。
- 最判昭和四一年七月二六日刑集二〇卷六号七一頁も参

照。

- (15) 例えば、小泉・前掲注(11)二五八頁。
- (16) 最決昭和五五年三月四日刑集三四卷三二八八頁。石井一正「判批」別冊ジュリスト八九号(刑事訴訟法判例百選(第五版))八六頁、八七頁(一九八六年)参照。
- (17) 川出・前掲注(3)一二二―一二三頁、堀江慎司「訴因の明示・特定について」研修七三七号三頁、五頁(二〇〇九年)。
- (18) 最判昭和三七年一月二八日刑集一六卷一一号一六三三頁(白山丸事件)。
- (19) 最決昭和五六年四月二五日刑集三五卷三二一六頁(吉田町覚せい剤事件)。
- (20) 但し、各判例につき他の事実との識別をどう説明するかについては、それぞれ見解の対立がある。川添万夫「判解」『最高裁判所判例解説(刑事篇・昭和三七年度)』(法曹会、一九六三年)一三九頁、一三四頁以下、中川隆夫「訴因の特定―裁判の立場から」三井誠ら編『新刑事手続(Ⅱ)』(悠々社、二〇〇二年)一八三頁、一九一頁以下参照。
- (21) 但し、酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(二)」法学教室二九九号七四頁、七六頁(二〇〇五年)を参照。
- (22) 東京高判平成六年八月二日高刑集四七卷二二八二頁。
- (23) 例えば、大澤・前掲注(2)三〇頁、酒巻匡「公訴の

訴因の特定と訴因変更の要否(三明)

提起・追行と訴因(三三)法学教室三〇〇号一二二頁、一二七頁(二〇〇五年)等を参照。

- (24) 大澤Ⅱ植村・前掲注(3)九八頁。
- (25) 例えば、大谷直人「判批」別冊ジュリスト一四八号(刑事訴訟法判例百選(第七版))一〇〇頁、一〇一頁(一九九八年)。
- (26) 特に松尾・前掲注(8)二六二頁、香城敏磨『刑事訴訟法の構造』(信山社、二〇〇五年)三〇三頁、岩瀬徹「判批」別冊ジュリスト一一九号(刑事訴訟法判例百選(第六版))八六頁、八九頁(一九九二年)を参照。
- (27) 大澤・前掲注(2)二九頁。
- (28) 石井・前掲注(3)七〇頁参照。
- (29) 本件では、(i)第一審公判において、被告人がAとの共謀と実行行為への関与を否定し、被告人を実行行為者だとするAの証言につき、自己の責任を被告人に転嫁するものだと主張するなどし、かつ、(ii)認定される事実も、被告人の主張を一部容れた、実行行為者がAのみである可能性を含む択一的なものであることを指摘し、訴因変更が不要な例外的な場合にあたりと結論している。
- (30) 堀江・前掲注(1)五九四頁、井上弘通「判批」別冊ジュリスト一七四号(刑事訴訟法判例百選第八版)一〇二頁、一〇三頁(二〇〇五年)参照。
- (31) 池田修「判解」法曹時報五六卷七号三三七頁、二四九頁(二〇〇四年)、加藤・前掲注(3)三五二頁は、防禦権

一二五(一二五)

説に従えば、択一的方法を用いるなどして実行行為者の明示が必要になるはずだとして、平成一三年決定は識別説に立脚するものとみる。

(32) 池田・前掲注(31)二四九頁。

(33) 例えば、共同正犯の訴因における実行行為者は、被告人が訴因の成否を争う限り常に明示が望ましいとか、審判対象の画定に不可欠といえない限り、記載が望ましいといえても法的に要求されることはないといった意味まで読み込むのは適切でないであろう。

(34) 岩崎邦生「判解」法曹時報六五卷九号二六一頁、二七八頁（二〇一三年）、石井・前掲注(3)七二頁以下。

(35) 近年、純粋な言葉の意味における識別説の不十分さを指摘する見解は多い。例えば、井上和治「判批」ジュリスト一二九号一七五頁、一七七頁（二〇〇五年）、川出・前掲注(3)一二四頁、松本時夫「訴因の性格と機能について」法曹時報六〇卷六号一頁、六頁（二〇〇八年）、堀江・前掲注(17)七頁、後藤昭「訴因の記載方法からみた共謀共同正犯論」浅田和茂ら編『村井敏邦先生古稀記念論文集』（日本評論社、二〇一一年）四五三頁、四五八頁。

(36) 判例も、傷害致死罪の訴因において、特定の被害者が明示されていることをもって、当然に訴因が特定されているとする立場は取っていない。最決平成一四年七月一八日刑集五六卷六号三〇七頁等参照。

(37) 堀江・前掲注(1)六〇五頁注三六参照。

(38) 堀江・前掲注(17)六一〇頁。川出・前掲注(3)一二三―一二四頁、井上・前掲注(35)一七七頁、松本・前掲注(35)七頁も同旨。もつとも識別説の論者の多くもこのことを前提としている。例えば、香城・前掲注(26)二八六頁、平木正洋「判解」法曹時報五七卷五号三五五頁、三六三頁（二〇〇五年）。

川出敏裕「訴因の構造と機能」法曹時報六六卷一号一頁、一五頁（二〇一四年）は、かかる事実の記載は訴因の特定に不可欠と解するが、それが審判対象の画定に不可欠な事項にはあたらないと解する余地について論じている。

(39) 堀江・前掲注(17)六一七頁。井上・前掲注(35)一七七頁参照。

(40) 川出・前掲注(3)一二四頁。また川出・前掲注(38)一三頁。

(41) 井上・前掲注(35)一七七頁。

(42) 最決昭和二四年二月一〇日刑集三卷二号一五五頁。

(43) 堀江・前掲注(1)五八八―五八九頁。また川出・前掲注(38)一四頁参照。

(44) 川出・前掲注(3)一二三頁、堀江・前掲注(17)一〇頁以下、堀江・前掲注(1)五八九頁以下、松田①・前掲注(3)一二二頁、古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』（有斐閣、二〇一一年）一五五頁。

- (45) 但し松田検事は、こうした付加的な記載も「審判対象画定に必要な事項」と捉え、訴因の拘束力を認める。松田①・前掲注(3)一二三頁以下、一六二頁以下を参照。
- (46) 裁判所の公平性の確保を強調する見解に、大澤Ⅱ植村・前掲注(3)八七頁(大澤発言)、佐藤文哉「訴因制度の意義」松尾浩也ら編『刑事訴訟法の争点(第三版)(法学の争点シリーズ六)』(有斐閣、二〇〇二年)一一四頁、一九九四年)二四三―二四四頁、二五〇頁。
- (47) 渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』(有斐閣、一九九四年)二四三―二四四頁、二五〇頁。
- (48) これを当事者主義や適正手続の要請と位置づける見解が多いが、弾劾主義の要求だとする見解もある。渥美東洋『全訂刑事訴訟法(第二版)』(有斐閣、二〇〇九年)二七一―二七二頁。
- (49) 本文で述べた内容を当事者・論争主義の核心だと捉える見解として、渥美・前掲注(48)二六四頁以下、権橋隆幸『刑事訴訟法の理論的展開』(信人社、二〇一〇年)一九二頁以下。
- (50) 田宮・前掲注(4)一八六頁、香城・前掲注(26)二九〇頁以下、渥美・前掲注(47)二六三頁。
- (51) 渥美・前掲注(48)二四九頁以下。田宮・前掲注(4)一六九頁以下参照。
- (52) 高田・前掲注(3)五五九頁は、「訴因は、『訴訟条件』……の存否や、『証拠の関連性』の有無、『評決の単位』などを決定するうえで、『標準』を与えるという重要な機

訴因の特定と訴因変更の要否(三明)

一一二七(二二七)

- 能も果たす」とし、これを訴因の識別機能と呼ぶ。
- (53) 渥美・前掲注(48)三八九頁。
- (54) 渥美東洋「訴因と審理モデル」研修三一〇号二頁、五頁(一九七四年)。
- (55) 憲法三七条。渥美・前掲注(48)二六七頁。
- (56) 権橋・前掲注(49)一九二頁、三井・前掲注(5)一七九頁以下、渥美・前掲注(48)三九五頁以下参照。防御範囲が限定されない場合に被告人が強いられる防禦上の過度の負担それ自体の回避も重要な狙いの一つである。
- (57) 最判昭和三十七年一月二八日刑集一六卷一一号一五九三頁(第三者所有物没収事件判決)。なお久岡・前掲注(3)三九三頁以下参照。
- (58) 渥美・前掲注(48)八三頁。弁護権保障に関する著名な合衆国最高裁の判例は、一九三二年に既にこの期間を「決定的に重要な期間」と強調していた。See, Powell v. Alabama, 287 U.S. 45, 57 (1932). 従来わが国では集中的審理が行われず、公判期日の一部が次回公判期日の準備手続として機能する実態があったが、裁判員裁判の導入によりその状況は変化しており、この本来の位置づけが確認されるべきである。渥美東洋『レッスン刑事訴訟法(中)』(中央大学出版部、一九八六年)五二頁以下参照。
- (59) 大澤Ⅱ植村・前掲注(3)九五頁以下(大澤発言)、川出・前掲注(38)二五頁参照。なお田宮裕『刑事訴訟法入

門』(有信堂、一九七三年)一一六頁は、「過失犯のよう
な補充を要する未完結の構成要件では、具体的方法が解
釈的に特定されてはじめて、犯罪として明示されたこと
になる」とする。それに対し、平野龍一『刑事訴訟法』
(有斐閣、一九五八年)一三四頁注一は、「漫然と」とい
う記載で足りる場合もあるとする。

(60) 複数の具体的な過失態様を審理した結果、択一的・
概括的な認定がされることがありうることは別論である。
交通事故の過失認定については椎橋・前掲注(49)二二一
頁以下参照。

(61) なお平野龍一『訴因と証拠』(有斐閣、一九八一年)
一〇二—一〇三頁参照。

(62) 笹倉宏紀「判批」ジュリスト一四五三三号(平成二四
年度重要判例解説)一八一頁、一八二頁(二〇一三年)
は、「それぞれの事案の具体的事実関係や証拠構造により
左右される」とする。

(63) 白山丸事件判決の奥野健一裁判官の補足意見参照。

(64) 土本武司「訴因の特定」熊谷弘ら編『公判法大系I』
(日本評論社、一九七四年)一二三頁、一四〇頁は、訴因
は原則として訴因それ自体で特定されていなければなら
ないとの前提から、白山丸事件では、訴因に帰国の事実
を記載すべきであったとし、そうしても余事記載や予断
事項にはあたらないとする。しかし、被告人側も出席し、
その主張を明らかにすることが予定されている公判前整

理手続や冒頭陳述と異なり、起訴状は検察官から裁判所
に一方的に提出されるものであるから、そこに犯行を立
証する間接事実そのものを記載することは、予断排除と
の関係で妥当ではないと思われる。

(65) 井上・前掲注(35)一七九頁。中川孝博「判批」法学
セミナー五七九号一〇頁参照。

(66) 佐藤隆之「判批」ジュリスト一二四六号一八一頁、
一八三頁(二〇〇三年)。

(67) 前掲最決昭和五六年四月二五日(吉田町覚せい剤事
件)も同様の考察が可能であろう。堀江・前掲注(17)八
頁参照。

(68) 堀江・前掲注(17)八一—九頁、川出・前掲注(38)一四
頁参照。

(69) 冒頭陳述を考慮することに批判的な見解として、時
国康夫「判批」別冊ジュリスト五一号(刑事訴訟法判例
百選(第三版))九五頁、小田中聰樹『ゼミナール刑事訴
訟法(上)』(有斐閣、一九八七年)一四〇頁。

(70) したがって検察官が請求する証拠の具体的な証明力
の程度は考慮されるべきではないと思われる。なお酒
巻・前掲注(21)七八頁参照。

(71) 松尾監・前掲注(9)六二八頁参照。

(72) このことは公判前整理手続についてもいえる。椎
橋・前掲注(49)三〇九—三一〇頁。

(73) 冒頭陳述の考慮を許す見解として、金築誠志「判解」

『最高裁判所判例解説（刑事篇・昭和五六年度）』（法曹会、一九八五年）一〇三頁、一〇九頁。

(74) かかる事項は裁判所の受動的審理に必要な事項であるから、審判対象の画定に不可欠な事項としてその変動には訴因変更が必要となる。

(75) 松尾・前掲注(8)一四九頁、渥美・前掲注(48)三七五頁。

(76) 勿論、補正の余地を一切否定するべきではないが（最判昭和三三年一月二三日刑集一二卷一号三四頁参照）、見込み起訴の疑いが強い場合は補正を許さず、訴因の不特定を理由に公訴棄却すべきである（法二八八条四号）。河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法（第二版・第五卷）』（青林書院、二〇二三年）一五二頁。

(77) 言葉の純粹な意味での識別説の下では、本文で述べた過失運転致傷罪の訴因も、被害者が特定されている以上、他の犯罪事実との識別は可能だとして、適法ということになってしまう。

(78) 堀江・前掲注(17)八頁も、『共謀の上』との記載だけで、（実行には関与していない）共謀共同正犯の共謀への関与について裁判所に確信を抱かせるに足るだけの（最低限の）具体的事実を示したことになるのか、少なくとも……全ての事案においてかかる記載で足りるとしてよいかは、疑問とする余地がある」とする。

(79) 最判昭和五八年一月二日一三日刑集三七卷一〇号

一五八一頁（よど号ハイジャック事件判決）の判示は、共謀共同正犯について、事前の謀議の日時を明らかにしない立証の余地を肯定していると読める。

(80) 最決平成一五年五月一日刑集五七卷五号五〇七頁。

(81) 東京高判平成一〇年七月一日高刑集五一卷二号一二九頁。

(82) 加藤・前掲注(3)三六〇頁参照。なお平成一三年決定には、共同正犯における実行為者は、訴因の記載に不可欠な事項となることは一切ないと解しているようにも読めるが、同決定の事案では、検察官は事前の謀議への参加も主張しており、検察官の立証構造上、実行為者の特定は不可欠ではなかったためであり（大澤Ⅱ植村・前掲注(3)八八頁（植村発言）参照）、当該事案を前提に述べたものと解すべきである。

(83) 但しここでも、検察官の審判対象の設定の仕方、立証の構造と無縁ではないと思われる。この点に関しては、覚せい剤の自己使用の訴因の記載が検討を要するところであるが、その検討は他日に期したい。

(84) 後藤・前掲注(35)四五八頁、中野目善則「判批」法学新報九六卷五号三三七頁、三四二頁（一九九〇年）。

(85) 渥美東洋「訴因の特定・明示の意味」研修四四五号三頁、一一頁（一九八五年）。従来わが国では、前掲注(58)で述べたような審理が行われていたため、防御上の大きな不利益が生じなかったことから、訴因が概括的な

場合の速やかな証拠開示は徹底されてこなかったが、公判前の防御準備の手掛かりを提供するという訴因本来の機能、そして集中的審理を目指す今日の法状況に照らせば、その徹底が求められる。

(86) 仮に謀議の日時等が検察官に判明していなくとも、常に共謀の日時等の表示が要求されるという厳格な防御権説があるとするれば、それは妥当ではないことは明らかであろう。検察官請求証拠の早期の開示を前提に公判でそれらの証明力を争うことは可能であり、それでも充実にした防御が困難だというならば、それを考慮した慎重な認定のための注意則を發展させる等の方策が検討されるべきであって、訴追そのものを類型的に許さないというのは極端に過ぎるからである。

(87) 訴因の過度な記載が却って防禦権保障機能を弱める虞を指摘する見解として、関・前掲注(3)五一九頁。

(88) 立法担当者は、「これらの手続が終わった後であれば、被告人側に、公判においてすることを予定している主張があるときは、これを明らかにするよう求めても、被告人側の防御の利益を損なうものではない」とする。落合義和ほか『刑事訴訟法等の一部を改正する法律及び刑事訴訟規則等の一部を改正する規則の解説』(法曹会、二〇一〇年)一五〇頁(辻裕教担当)。

(89) 田口守一『刑事訴訟の目的』(成文堂、二〇〇七年)二二三頁。

(90) 堀江・前掲注(17)一四頁及び注二六を参照。

(91) 堀江・前掲注(17)一五頁、川出・前掲注(3)一二三頁。但し、川出・前掲注(38)一八頁を参照。

(92) 堀江・前掲注(17)一三頁。

(93) このことは、「罪となるべき事実」と「日時・場所・方法等」の関係をいかに理解するかも関わってこよう。土本・前掲注(64)一二六頁参照。

(94) 加藤・前掲注(3)三五三頁。

(95) 大澤・前掲注(2)三一頁。

(96) 堀江・前掲注(1)六〇〇頁も参照。

(97) 大澤・前掲注(2)三一頁、加藤・前掲注(3)三五三頁。

(98) 堀江・前掲注(1)六〇一頁。

(99) なお検察官の訴追意思の観点からは訴因変更が必要だが、裁判所の受動的審理を実現する観点から訴因変更が必要という場合もあると思われる。例えば、最判昭和四六年六月二二日刑集二五卷四号五八八頁は、停車中の前車への追突という業務上過失致傷の事案で、クラッチペダルを踏み外した過失の訴因に対し、ブレーキをかけた遅れた過失を認定するには訴因変更を要するとした。この場合の訴因変更の必要を、過失態様が検察官の訴追意思の形成に関わるからと説明する見解もあるが(香城・前掲注(26)三二三頁参照)、この程度の差異について検察官の訴追意思が左右されるとは思われない(川出・前掲注(38)二三頁参照)、検察官の訴追意思を尊重すべき場

合とも思われない。当該事案への適用の可否は別として、同判決の理論構成は、過失の具体的態様という検察官の有罪立証の成否の要となる事実について、裁判所がそれと異なる事実から有罪認定を行うことを許すべきでない、という裁判所の受動的審理の実現という観点に基づくものと解すべきだと思われる。

(100) 最判昭和二六年六月一五日刑集五卷七号一二七七頁。なお本稿では、縮小認定は構成要件の変動を伴うものであることを前提とする。

(101) 酒巻匡「審理・判決の対象(二)」法学教室二七六号八〇頁、八六頁(二〇一二年)。加藤克佳「縮小認定と訴因変更の要否」研修七〇九号三頁、九一—一〇頁(二〇〇七年)。

(102) なお防禦権保障の観点からも、縮小事実について防御が尽くされていることが多いので訴因変更が不要といえることが多いであろう。

(103) 香城・前掲注(26)三〇六頁、三井誠「訴因の機能—訴訟条件と『縮小理論』—」研修五〇一号三頁、七—八頁(一九九〇年)。加藤・前掲注(101)一一頁、酒巻・前掲注(101)八六頁は、訴追意思の打診や確認が必要だとする。

(104) 香城・前掲注(26)三〇五頁以下参照。

(105) 大澤Ⅱ植村・前掲注(3)八八頁、松田②・前掲注(3)八七頁参照。

(106) 毛利晴光「訴因変更の要否」平野龍一ら編『新実例

刑事訴訟法Ⅱ』(青林書院、一九九八年)四七頁、五七頁。勿論、そう解した場合でも、防禦権保障の観点から訴因変更が不要といえるかは別論である。松本芳希「訴因・罰条の変更」大阪刑事実務研究会編著『刑事公判の諸問題』(判例タイムズ社、一九九四年)四〇頁、四八頁参照。

(107) 大澤Ⅱ植村・前掲注(3)八八頁(大澤発言)。香城・前掲注(26)三〇九頁。

(108) それに対し、現金の窃盗における金額や覚せい剤所持における所持量の拡大認定の場合は議論の余地がある。

(109) なお平成一三年決定で(i)(ii)の例外要件に付されていた「少なくとも」という文言は、最決平成二四年二月二九日刑集六六卷四号五八九頁では付されなくなっている。

(110) 前掲最判昭和五八年一月一三日(よど号ハイジャック事件判決)。具体的には求釈明等によって行われる。池田・前掲注(31)二五九頁注一八参照。

(111) 大澤・前掲注(2)三二頁、田口・前掲注(89)二一六—二二七頁、関・前掲注(3)五三四頁、古江頼隆「訴因の変更」法学教室三六四号二一頁、二四頁(二〇一一年)。

(112) 大澤・前掲注(2)三二頁。

(113) 平成一三年決定のこの立場に対しては、「具体的な争点に関する被告人の防禦権の保障問題は、訴因制度とは次元の異なる問題と考えるべき」という批判もある。田

口守一『刑事訴訟法(第六版)』(弘文堂、二〇一二年) 三三三頁。判例の立場を肯定的に捉える見解として、大澤・前掲注(2)三三三頁注二六、関・前掲注(3)五三四頁以下。

(114) 前掲注(23)参照。とはいえ、従来の抽象的防御説が、一般的に防御上重要な利益と認めながら、訴因変更を不要とする余地を残す理論であったのか疑問も残る。川出・前掲注(3)一二五頁参照。

(115) 川出・前掲注(3)一二五―一二六頁、井上・前掲注

(30)一〇三頁。堀江・前掲注(1)五九四頁も同旨か。なお松本・前掲注(106)五八頁注一〇も参照。

(116) 小林・前掲注(3)七頁以下、高田・前掲注(3)五八一頁。

(117) 中村真利子「判批」法学新報一二〇巻五・六号 三二七頁、三二四頁(二〇一三年)。

(118) 認定事実が被告人により不利益でないことが例外の要件とされたことには批判もあるが(例えば、大澤Ⅱ植村・前掲注(3)九〇―九一頁)、第二基準が本文で述べたような政策的衡量に基づく保護策だと解すれば、必ずしも不合理ではないとい得る。

(119) 例外が認められる場合の広狭については、理解の違いがみられる。小林・前掲注(3)九頁、加藤・前掲注(3)三六二頁は、求釈明等の争点顕在化措置がとられた場合に緩やかに例外を認めるのに対し、大澤Ⅱ植村・前

掲注(3)九〇頁(植村発言)は、訴因として掲げた以上は訴因を変更するのが本筋であるとしてこれに与しない。

(120) 公判前整理手続後の訴因変更が許される場合があるとした判断に、東京高判平成二〇年一月一八日高刑集六一巻四号六頁がある。