

Title	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1)
Sub Title	Count specifying and count amending
Author	松田, 章(Matsuda, Akira)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2007
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.7 (2007. 3) ,p.109- 168
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	平良木登規男教授退職記念号 = Essays commemorating the retirement of Professor Hiraragi Tokio presented by his colleagues and former students
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20070315-0109

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

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1）——

松 田 章

- 1 はじめに
- 2 刑事訴訟における審判の対象
- 3 「訴因の特定」に関する学説・判例
- 4 訴因にはどのようなことが記載される必要があるのか
- 5 「訴因の特定」を規定した刑事訴訟法256条3項の分析
- 6 「審判対象画定に必要な事実」とは何か
- 7 「訴因の特定」に関する判例の吟味
 - (1) 「犯罪の日時、場所、方法」と「犯罪構成要件該当事実」とを区別する意味
 - (2) 判例の事案における他の犯罪事実との区別
- 8 「訴因の特定」のために「記載が必要な事実」と「記載が不要な事実」の仕分け
 - (1) 設例による検討
 - (2) 絶対的訴因記載事項
 - (3) 中間的訴因記載事項
 - (4) 起訴状一本主義・余事記載との関係
 - (5) 小括
- 9 「訴因変更の要否」に関する学説
 - (1) 「訴因変更の要否」に関する法律構成説と事実記載説
 - (2) 「訴因変更の要否」に関する具体的防御説と抽象的防御説
- 10 「訴因変更の要否」に関する判例の吟味
 - (1) 従来判例の立場
 - (2) 昭和63年最高裁決定の論旨
 - (3) 平成13年最高裁決定の論旨
 - (4) 判例の理解
- 11 「争点」と「訴因」
 - (1) 「争点」と「訴因」の関係に関する判例
 - (2) 判例による「訴因変更」と「争点顕在化措置」の要否に関する基準

- (3) 「訴因変更の要否等に関する判例基準」に関する学説
- (4) 「争点顕在化措置」とは何か
- 12 訴因に関する検察官の釈明等の効力
 - (1) 「審判対象の画定に必要な事実」に関する検察官の釈明等
 - (2) 「審判対象の画定には必要ない事実であるが被告人の防御にとって重要な事実」に関する検察官の釈明等
 - (3) 「審判対象の画定には必要ない事実であり被告人の防御にとっても重要とはいえない事実」に関する検察官の釈明等
- 13 「訴因変更」と「争点顕在化措置」の要否に関する判例の立場の理解
- 14 今後の研究計画など（本稿のおわりにあたって）

1 はじめに

ここ数年の間に、順次着実に実行に移されつつある多くの「司法制度改革」の中で、最重要項目の一つである「法曹（法律実務家）養成」のための新しい機関として、平成16年4月に全国一斉に開校した法科大学院においては、裁判官・検事・弁護士・その他の法律実務家が、多数、教員として、研究者教員と協力しながら、法曹を目指す学生に対して教鞭をとっている。

筆者もその一人であり、「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」に基づいて、法科大学院が発足した平成16年4月より平成19年3月までの3年間の期限付きで、法務省職員である現職検事の身分を有したまま、法務省から慶應義塾大学法科大学院（法務研究科）へ、常勤の専任教授として派遣されてきている。

法科大学院における研究及び教育の理念の重要な柱は、「理論と実務の架橋」である。すなわち、刑事司法分野においては、従来、とかく遊離しがちであった「法律理論」と「捜査や公判における実務」とを有機的に結びつけて、相互によい影響を与えつつ、改善すべきところを改善しつつ、できる限り実務と遊離のない理論を打ち立て、これにのっとった実務を実現していくことに寄与することが、法科大学院における研究と教育の一つの目標であると考ええる。

とはいえ、刑事司法に関する捜査・公判及び法務行政等の法律実務については合計で二十有余年の経験を有する筆者ではあるが、研究や教育に関しては、

法務省法務総合研究所における3年間の研究・教育の経験はあったものの、今回の教授としての着任までは大学等における研究や教育の経験が全くなかった。

したがって、慶應義塾大学法科大学院においては、初めて経験することが多く、教授として着任以来、新しい組織の運営、新しい教育を軌道に乗せるための授業内容の企画・教材開発・授業準備、実際の授業や授業時間外での学生の指導などに忙殺された3年間であった。

この間、法務研究科委員長である平良木登規男教授はもちろんのこと、小池信太郎助手をはじめとする法務研究科の教職員の皆様には、物心両面において大変お世話になり、心から感謝している。

特に、同僚である、安富潔教授、伊東研祐教授、井田良教授、太田達也教授、鈴木左斗志教授、フィリップ・オステン専任講師、佐藤拓磨専任講師などの方々からは、共同授業などを通して教えられることが多く、快い知的刺激を享受できた実り多い3年間であったと思う。

筆者は、慶應義塾大学法科大学院において、「刑事実務基礎」や「刑事模擬裁判」などの実務基本科目の教育に加えて、「刑事訴訟法総合」や「刑事法総合」などの刑事訴訟法や刑法に関する理論科目の教育をも担当してきた。この間、授業の企画や準備を通して、検事としての実務経験を踏まえつつ刑事訴訟法や刑法の理論を自分の頭の中で再構築する作業を進めてきたが、その過程において、理論面と実務の運用の両面において、さまざまな疑問が思い浮かんだ毎日であった。

もとより、こうした疑問のうちかなりの部分は、筆者自身の勉強不足、能力不足に基づいて生じてきたものであったと思うが、疑問の中には、これまで、多忙な実務の中では思索する時間的余裕がなかなかなく、事件の処理には直接影響しないとして検討を放置せざるを得なかった疑問も含まれていた。こうした疑問については、この3年間、蓄積された判例を読み込み、文献を検討することによって、筆者としての新たな知見を得たこともたびたびあった。

本稿は、その中で、検事としての捜査公判の実務において、刑法や刑事訴訟

法との関係で「起訴状の訴因の書き方」や、公判での「訴因変更の要否の判断」、あるいは、公判廷で行う釈明や冒頭陳述の内容に日々悩みながら工夫しつつ処理を行っていたかつての経験を踏まえて、「訴因を構成する公訴事実記載の在り方」やその後の「訴因変更手続や争点顕在化措置の要否」に関する分野について、若干の考察を試みるものである。

すなわち、本稿は、最高裁判所平成13年4月11日決定（刑集55巻3号127頁）を代表とする、近年におけるこの分野に関する最高裁判例などを踏まえ、「審判対象の画定」と「被告人の防御権の保障」という訴因の機能に着目して、「訴因の特定」と「訴因変更の要否」に関する基礎的な検討を行うものである。

第1に、理論面での「訴因の特定」と実務面での「訴因の記載の在り方」に関して、「刑事訴因事実論」ともいうべき訴因記載に関する理論体系の構築を目指すにあたり、その端緒として、その基礎部分を検討しておこうとするものであり、第2に、その関連において、最高裁判所の判例を敷衍する形で、理論面での「訴因変更の要否」と実務面での「訴因変更と争点顕在化措置の在り方」について検討を開始するものである。なお、第2に関する研究の中核部分については、現在執筆準備中の次稿に譲らざるを得ないが、本稿をもって、筆者による訴因分野の研究の嚆矢としたい。

2 刑事訴訟における審判の対象

刑事訴訟法256条1項は、「公訴の提起は、起訴状を提出してこれをしなければならない。」と規定し、同条2項は、「起訴状には、左の事項を記載しなければならない。」として、その1号に「被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項」、2号に「公訴事実」、3号に「罪名」を規定している。

さらに、同条3項前段は、「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。」と規定して、公訴事実と訴因との関係を規定している。

この刑事訴訟法(以下、「刑訴法」と略称する。)256条2項2号が規定している「公訴事実」とは、審判の対象を意味しているが、刑事訴訟における審判の対象が

「公訴事実」であるのか「訴因」であるのかについては、同条の解釈にからんで、かつて論争があった。

「公訴事実審判対象説」は、訴因制度が導入された現行刑事訴訟法においても、旧刑事訴訟法におけると同様、審判対象は依然として公訴事実であるとする。公訴事実が同一であるといえる以上、起訴状に書かれなかった部分にも公訴提起の効力が及んでいると擬制する考え方だといえる。

これに対して、「訴因審判対象説」は、訴因とは起訴状に主張された具体的事実であるが、それだけが訴訟の対象を構成するという説である¹⁾。

起訴状の記載事項を規定している刑訴法256条2項2号の規定の文言が「公訴事実」とされていることから考えると、「公訴事実審判対象説」の方が素直であるともいえる。

しかしながら、現在では、現行刑事訴訟法における「審判の対象」が「訴因」であることに判例・学説は一致しており、この論争はほぼ終結している²⁾。

「訴因審判対象説」からは、審判対象を規定する刑訴法256条2項2号は、本来「訴因」と規定されるべきであり³⁾、同条3項前段の「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。」との規定は、むしろ不要な規定であるとも考え得る。

3 「訴因の特定」に関する学説・判例

「訴因の特定」に関して、刑訴法256条3項後段は、「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

1) 田宮裕・「刑事訴訟法（新版）」・186頁以下

2) 司法研修所検察教官室が編集した「検察講義案(平成18年版)」によると、「訴因と公訴事実との関係については争いがあるが、公訴事実とは、訴因の背後にある前法律的、歴史的事実をいい、訴因とは、これを犯罪構成要件に当てはめて構成した具体的事実をいうと解する。」とされている（同書70頁）。

3) 田宮・前掲書・178頁

なければならない。」と規定している。

「訴因を明示・特定する目的」が何であるかについては、白山丸事件に関する最高裁判決⁴⁾が、「刑訴法256条3項において、公訴事実を訴因を明示してこれを記載しなければならないと規定する所以のものは、裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防御の範囲を示すことを目的とするものと解される。」と判示していることから、

①「裁判所に対する審判対象の明示」

②「被告人に対する防御目標の設定」

の2つであるとされている⁵⁾。

ところで、訴因の記載に関しては、他の犯罪事実からの識別・特定で足りるとする「識別説」と、訴因の記載は犯罪事実の識別・特定のみでなく被告人の防御権の保障のためであるとする「防御権説」の対立がある。

この点に関しては、平成14年の最高裁決定⁶⁾が、「検察官において、当時の証拠に基づき、できる限り日時、場所、方法をもって傷害致死の罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものと認められるから、訴因の特定に欠けるところはないというべきである。」と判示しているが、その調査官解説において、平木正洋判事は、「識別説において要求される程度にまで訴因が特定されていれば、公判が始まる前に、被告人側において、防御の方針を決定し、罪状認否（刑訴法291条2項）の内容を検討するなどの防御活動を行うことは十分可能で

4) 最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1633頁。以下、「白山丸事件最高裁判決」と略称する。なお、田宮・前掲書・178頁参照

5) 香城敏磨・訴因制度の構造（上）・判例時報1236号18頁によれば、訴因には四つの機能があるとされている。第1は「公訴事実の同一性の範囲を判定する機能」であり、第2は「検察官の訴追による審判対象を画定する機能」であり、第3は「被告人の防御の目標としての機能」であり、第4は「裁判所による法令適用権専有の法原理に伴う機能」である。白山丸事件最高裁判決は、訴因の明示・特定の目的として、この訴因の四つの機能のうち第2及び第3の機能を強調していることになる。

6) 最決平成14年7月18日刑集56巻6号307頁。以下、「平成14年最高裁決定」と略称する。

あるように思われる。……識別説は、刑訴法335条1項の有罪判決に示すべき「罪となるべき事実」の判示の程度（罪となるべき事実の特定）に関する判例及び通説の立場とも整合する。……識別説が相当である。」と解説して、判例の立場は基本的に識別説であることを明らかにしている⁷⁾。

なお、「訴因の特定」に関しては、池田修判事が、平成13年の最高裁決定⁸⁾の調査官解説において、次のように述べている。

「共同正犯の訴因において、共謀共同正犯か実行共同正犯か、前者であればその共謀の日時・場所・内容はどうかについては、それが訴因の明示に必要な事項であるか」について「識別説」と「防御権説」の争いがあるとし、「防御権説に従えば、被告人が実行行為者であるか否かを明示する必要がある。」とした上で、前掲白山丸事件最高裁判決の「刑訴法256条3項において、公訴事實は訴因を明示してこれを記載しなければならないと規定する所以のものは、裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防御の範囲を示すことを目的とするものと解される。」との判示内容にもかかわらず、「実務上は、一般に、識別説に従って運用されている。」としている。もっとも、「被告人の防御にとって重要な場合も少なくないため、弁護側がそれらの事項について釈明を求めた場合には、争点の明確化等の見地から検察官において釈明するのが望ましいことが多い。」としている⁹⁾。

4 訴因にはどのようなことが記載される必要があるのか

訴因にはどのような事項が記載されるべきであり、どのような事項は記載されるべきではないのか。また、訴因に記載されてもされなくてもよい中間的な事項というものがあるのか、という問題がある。

7) 平木正洋・「平成14年最高裁判例解説刑事編」・148頁以下

8) 最決平成13年4月11日刑集55巻3号127頁。以下、「平成13年最高裁決定」と略称する。

9) 池田修・「平成13年最高裁判例解説刑事編」・68頁以下

以下、仮に、訴因に必ず記載しなければならない事項を「絶対的訴因記載事項」、訴因に記載しなくてよい事項を「訴因記載不要事項」、記載してもしなくてもよいが、ときとして記載が望ましい事項を「中間的訴因記載事項」と略称することにしよう。

まず、前掲の平成13年最高裁決定にいう「審判対象の画定に必要な事項」、すなわち「訴因の記載として不可欠な事項」とは具体的にどのような事項であるかを検討する必要がある¹⁰⁾。そして、「審判対象の画定に必要な事項」と「絶対的訴因記載事項」とが一致するの否かについても検討する必要がある。

前記のとおり、刑訴法256条2項が定める起訴状の記載事項のうち、2号の「公訴事実」の記載としては、訴因を記載するものと一般的に理解されている。

そして、「訴因」として記載する事項として、田宮裕博士は、①罪となるべき事実、すなわち構成要件に該当する事実（行為と結果）、②犯行の態様、すなわち日時・場所・客体・方法を挙げ、三井誠博士は、①罪となるべき事実、②日時・場所・方法を挙げている¹¹⁾。

また、前掲の白山丸事件最高裁判決は、「犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になっている場合を除き、本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ訴因を特定する一手段として、できる限り具体的に表示すべきことを要請されているのであるから……」と判示していて、前記田宮博士や三井博士の見解と同様、「罪となるべき事実」と「犯罪の日時、場所及び方法」とを区別している。つまり、この判例、田宮・三井両博士は、ともに、「罪となるべき事実」と「犯罪の日時、場所及び方法」とを区別するものの、双方ともに訴因の特定のために必要な記載事項であると解している。

ところで、「罪となるべき事実」という用語は、刑訴法335条1項において、

10) 大澤裕教授は、「訴因の拘束力も、訴因が審判対象であることと表裏一体の関係にある。」とされている（大澤「訴因の機能と訴因変更の要否」法学教室256号30頁。この意味では、「審判対象の画定に必要な事項」を「拘束力を持つ訴因事実」と呼ぶこともできるであろう。

11) 田宮・前掲書・178頁、三井誠・「刑事手続法Ⅱ」・161頁

有罪判決において示すべき事項として、「証拠の標目」、「法令の適用」とともに挙げられている。

この刑訴法335条1項の「罪となるべき事実」については、昭和24年の最高裁判決が、「証拠により認定された、犯罪構成要件に該当し、かつ、違法・有責な具体的犯罪事実であり、うち、違法性・有責性は、一般に構成要件該当性から推認されるから、推認できない特別の事情がない限り、特に判示することを要しない。」と判示している¹²⁾。

また、刑訴法335条1項の「罪となるべき事実」については、昭和23年の最高裁判決が、「犯行の日時、場所、方法は、本来、罪となるべき事実そのものではなく、犯罪事実の特定又は量刑に資するものとして記載されるべき事項である。」と判示している¹³⁾。

刑訴法335条1項の「罪となるべき事実」は、有罪判決の根拠となる事実であるから、「当事者等の訴訟関係人に対し、裁判所が証拠により認定した事実を示し、上訴の判断材料を提供する機能」、「上訴審に対し、審査の対象を示す機能」及び「関連別訴を担当する裁判所及び訴訟関係人に対し、当該判決の効力の及ぶ範囲を示す機能」を備えなければならない。

このように、有罪判決の「罪となるべき事実」の機能と、起訴状の「訴因」の機能とを比較すると、果たすべき役割の違いに応じてその内容が異なっているが、相違点はそれぞれの訴訟段階に応じた役割の差異に基づくものであって、裁判所に対して有する「審判・審査対象の画定機能」、「訴訟関係人に対する判断材料の提供機能」、「記載事項の効力が及ぶ範囲の明示機能」といった中核的な機能の類似性は高いといえよう。

このため、有罪判決の「罪となるべき事実」についても、「訴因」の場合と同様、「できる限り日時、場所及び方法をもって特定しなければならない。」と

12) 最大判昭和24年2月9日刑集3巻2号141頁。以下、「昭和24年最高裁判決」と略称する。

13) 最判昭和23年12月16日刑集2巻13号1816頁

され¹⁴⁾、その特定の程度は、訴因の場合と同様であるとされている¹⁵⁾。前掲の白山丸事件最高裁判決も、覚せい剤使用の日時・場所・方法の訴因記載につき判断した吉田町覚せい剤使用事件に関する最高裁決定も¹⁶⁾、当該事案に関して、いずれも「訴因の特定」ありと認めるとともに、訴因と同旨の有罪判決における「罪となるべき事実」の特定についても是認したものである¹⁷⁾。

もっとも、刑訴法256条3項は、起訴状において「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なければならない。」と規定しており、同法335条1項の有罪判決における「罪となるべき事実」と同じ用語を、訴因を明示・特定した内容が「罪となるべき事実」であるということで使用している。両条文の「罪となるべき事実」については、それぞれ起訴状と判決に記載されるものであるということに由来する区別があるとはいえ、その特定の在り方という見地からは、両者を同様に考えてよいものと考えらる。

ただし、同法256条3項の「罪となるべき事実」と「犯罪の日時、場所、方法」との関係を考える際には、用語の使用法に留意する必要がある。

田宮博士や三井博士は、前記のように、訴因の要素として「① 罪となるべき事実」と「② 犯罪の日時、場所、方法」を並立させて掲げるのであるが、刑訴法256条3項が、用語上、「②を以て①を特定する」旨規定していることから、両博士の用語法は混乱を来しやすい。前掲の昭和24年最高裁判決の判示内容に照らしても、両博士が訴因の要素として挙げる「罪となるべき事実」は、「犯罪構成要件に該当し違法有責である事実」を意味していると考えられるので、以下、これを単に「犯罪構成要件該当事実」と呼ぶことにする。

14) 横川敏雄・「ポケット註釈全書（下）」・951頁

15) 堅山真一・「公判法体系Ⅲ」・287頁

16) 最決昭和56年4月25日刑集35巻3号116頁。以下、「吉田町覚せい剤使用事件最高裁決定」と略称する。

17) 中谷雄二郎・「大コンメンタール刑事訴訟法5巻Ⅱ」・103頁

5 「訴因の特定」を規定した刑事訴訟法256条3項の分析

訴因の特定について規定した刑訴法256条3項に関して、訴因において、「犯罪の日時、場所及び方法」が「犯罪構成要件該当事実」と並立する事項であるのか、それとも「犯罪構成要件該当事実」に含まれる事項であるのかについて考察してみる。

前記の事実記載説の立場で、訴因と「犯罪構成要件該当事実」とを同視する考え方に立てば、当然、「犯罪構成要件該当事実」に「日時、場所及び方法」も含まれることになる。

もっとも、事実記載説の立場でも、「犯罪構成要件該当事実」とは刑罰を科せられるべき犯罪構成要件に該当する事実であり、刑罰法令の各条に規定された特別犯罪構成要件並びに犯罪構成要件の修正形式としての共犯及び未遂の要件に該当する事実をいうのであって、犯罪の日時、場所、方法は、この意味での犯罪構成要件該当事実ではなく、訴因は犯罪構成要件該当事実と日時、場所等をその要素とするものである、との考え方もある¹⁸⁾。前記の田宮・三井両博士の見解や前掲の白山丸事件最高裁判決もこの後者の考え方に属する。

次に、訴因に記載された事実を、「ア 審判対象画定に必要な事項」と「イ それ以外の事項」に分ける場合において、「① 犯罪構成要件該当事実」及び「② 日時、場所及び方法」との対応関係がどうなるのかについて考えてみたい。

第1に、「ア」と①、「イ」と②、がそれぞれ対応関係にあり、①の認定変更も②の認定変更もいずれも訴因変更を必要とするものの、訴因変更を必要とする理由については、①に関しては審判対象画定の見地から、②に関しては被告人の防御権保障の見地からそれぞれ訴因変更が必要となるとの考え方があり得よう。この考え方は、訴因の機能について、前記の「防御権説」の立場に立ったものといえる。そして、この考え方では、訴因変更の要否の理由付けが異

18) 白井滋夫・「註釈刑事訴訟法2巻」・428頁等

なるという意味で、前記の①と②を区別する意義があることになる。そして、「イ」には、①②のいずれでもない一定の事実も含まれ、被告人の防御権の保障の見地から、「イ」に属する事実については、その認定変更には訴因変更を必要とすることになるであろう。

第2に、前記の「識別説」を純粹に徹底すれば、すなわち、訴因の機能から被告人の防御権の保障の観点を排斥すれば、「ア」に属する事実の認定変更には訴因変更が必須であるが、逆に「イ」は審判対象画定に必要な事実なのであるから、その認定変更は訴因変更の対象とはならないはずである。この「純粹識別説」においては、刑訴法256条3項の文言から考えて、前記の①も②も上記「ア」に属して、「絶対的訴因記載事項」であり、その認定の変更には訴因変更が必要であると考えられることになるであろう。「イ」には、①でも②でもない一定の事実が含まれるが、「イ」についての事実認定の変更には、訴因変更を必要としないことになる、すなわち、「イ」は「訴因記載不要事項」であろう。

ところが、前記の平成13年最高裁決定は、第1の立場でも第2の立場でもない第3の立場を採ったものである。この判例は、前記のように、防御権説ではなく、基本的には識別説を採用しながら、これを徹底せず、「ア」については「絶対的訴因記載事項」でありその認定変更には訴因変更が必要とするものの、「イ」については「中間的訴因記載事項」であるとして、その事実認定の変更には、原則的に訴因変更を必要としながら、その例外を認めている。

前記の白山丸事件最高裁判決と平成13年最高裁決定の内容を併せ考えると、判例は、識別説の立場とはいえ、被告人の防御権の保障についても副次的に考慮を払う、いわば「ゆるやかな識別説」というべき立場を採っているといえよう。従来 of 訴因の運用に関する実務は、判例の採るこの立場に依拠しているので、以下、この判例の立場に従って論を進めていくこととする。

判例の立場においても、刑訴法256条3項の文言から考えて、前記の①と②については、「純粹識別説」の立場と同様、前記の「ア」に属して、「絶対的訴

因記載事項」であり、その認定変更には訴因変更が必要であると考えられることになる。そして、「イ」には、①でも②でもない一定の事実が「中間的訴因記載事項」として含まれることになるが、その中で被告人の防御にとって重要な事項については、その事実認定の変更には訴因変更が原則として必要であり、審理経過に照らし被告人に不意打ちを与えるものではなく、しかも認定が訴因と比べて被告人にとって不利益といえない場合には、例外的に訴因変更を経なくとも違法ではないということになる。

とすると、「識別説」あるいは「ゆるやかな識別説」の立場からは、田宮・三井両博士のように、前記の①と②とを区別する意味が果たしてあるのかという疑問が生じてくる。

この点については、後に「7」において、「厳格な訴因特定が必要な事項」と「ややゆるやかな訴因特定で足りる事項」の区別があるか否かという検討を行うが、仮に、①については、厳格な訴因特定が必要であり、②については、証拠関係によってややゆるやかな訴因特定で足りる、との差異があれば、両者を区別する意味は一応あることになるので、ここでは疑問を留保しておきたい。

この検討に先立ち、判例の立場に立って、前記の「ア」、すなわち、「審判対象画定に必要な事項」とは何かについて、以下、具体的に考えてみることにする。

6 「審判対象画定に必要な事項」とは何か

「審判対象画定に必要な事実とはどのような事項か」ということは、究極的には、個別具体的事件の事案に応じて判断する事柄であって、まさにケースバイケースであるとも言えるのであろう。極端な話、例えば、「XはVを殺害した。」との殺人既遂罪の訴因があったとする。犯罪の主体であるXが特定され、その被害者であるVが特定されている場合、犯罪の結果は明示されているので、特定被害者の殺人既遂という犯罪は二度と起こりえないことから、この訴因の記載だけで、他の犯罪事実からの区別という機能は十分に果たすことがで

きるとして、他の訴因記載要素である、例えば、犯罪の日時、犯罪の場所、犯罪の方法・行為についての訴因記載がなくとも、「審判対象の画定」には十分であり、訴因の特定としては十分であるといえることができるのかもしれない。

そして、この考え方を推し進めて、個々のケースにおいて、訴因における審判対象画定に必要な事項を除いた、訴因に記載された他の事項は、すべて「被告人の防御にとって重要な事項」又は「本来訴因に記載する必要のない事項」であると理解する考え方もあり得よう。

他方、「XはVに傷害を負わせた。」との傷害罪の訴因は、これだけの記載では、特定があるとはいえない。少なくとも、犯罪行為の日時・場所が記載され、さらに暴行行為の内容や傷害結果の内容が記載されてはじめて訴因として特定されたことになるであろう。

このように、個々のケースごとに、審判対象を画定するに必要な犯罪の要素、訴因に記載されなければならない事項には、本来、違いがある。

そこで、訴因における「審判対象画定に必要な事項」については、個々具体的なケースごとに、訴因の特定があるか否かを判断するに先立って、一般的・類型的に訴因に記載すべき事項をモデルとして定めておき、これらの事項に該当する事実を、仮に当該ケースにおいては必ずしも審判対象画定に必要な事実ではないとしても、定型的に、訴因において可能な限りで特定・明示して記載することを求め、これによって、刑訴法256条1項2号にいう「公訴事実」を表示することが、「公判審理の安定性の要請」の見地から妥当であるといえよう。

すなわち、前記の「XはVを殺害した。」との訴因で仮に審判対象の画定が可能であったとしても、一般的・類型的に、「審判対象画定の見地」から、犯罪の日時・場所・方法等も、必要な訴因記載事項であると解するのである。つまり、この場合、犯罪の日時・場所・方法等の記載は、「被告人の防御権の保障の見地」から記載が要請される事実であると見るのではなく、あくまで、「審判対象画定の見地」から、常に、できうる限り特定して訴因に記載しなければならないと解するのである。これが、刑訴法256条3項の趣旨であろう。

判例が基本的に採用している識別説の立場においては、「訴因の記載は他の

犯罪事実からの識別・特定で足りる」、すなわち、「訴因の記載は、当該犯罪事実を他の犯罪事実から識別する目的のためにある」と考えるのであるが、この趣旨からは、一般論として、「審判対象画定に必要な事項」を類型化することはでき、そのモデルを提示することは可能であろう。

訴因の記載について、「検察講義案（平成18年版）」は、「具体的な罪となるべき事実は、特定の日時・場所において、1回限り発生した歴史的な事実であるから、公訴事実にこれを明確に記載するためには、日時及び場所の記載が不可欠である。さらに、日時の記載は、罰条改正に伴う適用すべき法令の特定、行為者の責任能力の有無の判断、時効期間の起算点の決定などの際に必要となり、場所の記載は、国内犯と国外犯の区別、土地管轄の決定などの際に必要となる。」としている¹⁹⁾。

実務的には、検察官は、刑訴法256条3項にいう「罪となるべき事実」を、訴因として、いわゆる「六何の原則」に則って記載している。

すなわち、訴因には、通常、

- ① 犯罪の主体
- ② 犯罪の日時
- ③ 犯罪の場所
- ④ 犯罪の客体
- ⑤ 犯罪の方法
- ⑥ 犯罪の行為と結果

が記載される²⁰⁾ ²¹⁾。

これらの6項目が審判対象の画定のため訴因に記載すべき事項なのであろう

19) 前掲検察講義案・70頁

20) 田口・「刑事訴訟法（4版補正版）」・206頁は、訴因に記載されるべき典型的な事実は、本文の①から⑥までであり、これを「六何の原則」という、としている。

三井・「刑事手続法Ⅱ」・161頁は、刑訴法256条3項にいう「日時、場所及び方法」を、本文の①から⑥までの6項目で表す（六何の原則で表す）としている。

なお、前掲検察講義案・59頁参照

21) 条解刑事訴訟法468頁参照

か。

6項目の中にも審判対象画定には不要な事項があるのか、また、6項目以外にも審判対象画定に必要な事項はあるのかについて検討してみよう。

この6項目のうち、まず、①の「犯罪の主体」に関しては、「犯罪構成要件該当事実」として不可欠であるが、刑訴法256条2項1号によって、被告人の特定事項は起訴状に別途記載されるため、訴因には、通常「被告人は」あるいは「被告人Xは」と記載されるだけである。

次に、⑥の「犯罪の行為と結果」は、「犯罪構成要件該当事実」の核心であり、これが記載されていなかったり、不明確な内容である訴因は、訴因の特定を欠くといえるであろう。刑法上の分類である「行為犯」と「結果犯」に対応させると、「行為犯」においては「行為」のみが、「結果犯」においては「行為」と「結果」の双方が訴因に記載されるべき事実となる²²⁾。

さらに、②③⑤の「犯罪の日時」「犯罪の場所」「犯罪の方法」については、同条3項には「罪となるべき事実」の特定のため記載することとされており、それぞれどの程度明確に記載する必要があるか、あるいはどの程度明確に記載できるかという問題があるものの、法律上の必要的記載事項とされている。

最後に、④の「犯罪の客体」については、①や⑥とともに「犯罪構成要件該当事実」を構成する事実であるとの考え方²³⁾と同条3項の「日時・場所・方法」は例示列举であり、④も「罪となるべき事実」の特定のために記載することが必要な事実であるとの考え方²⁴⁾がある。犯罪の客体が存在する犯罪においては、その記載を欠いた訴因の記載が不特定であることは異論がないと思われ、犯罪の客体は、犯罪の構成要件の要素であると考えられることから、ここでは

22) 「行為犯」とは、住居侵入罪や偽証罪など、構成要件的行为としての行為者の外部的態度があれば成立し、行為客体の変化としての結果の発生が成立要件とはならない犯罪であり、「挙動犯」ともいう。他方、「結果犯」とは、殺人罪、窃盗罪、現住建造物放火罪など、外界における変化、すなわち結果の発生を成立要件とする犯罪である。

23) 田口・前掲書・206頁

24) 三井・前掲書・161頁

前者の考え方が妥当であろう。

このように、①④⑥は「犯罪構成要件該当事実」であり、②③⑤は刑事訴訟法256条3項の「犯罪の日時、場所及び方法」に該当する。

そして、①から⑥までの訴因への記載によって、審判対象の画定を行うことになる。刑訴法256条3項の記載から、訴因としては、①から⑥までの記載全体によって、他の犯罪事実からの識別・特定ができる程度の記載が必要であることになる。

以上検討してきた、「審判対象の画定に必要な事項」は、その性質上、前記の「絶対的訴因記載事項」に該当することは明らかであろう。

なお、⑥の「犯罪の行為及び結果」のうち「犯罪の行為」と⑤の「犯罪の方法」とは、重なることが多いと思われる。この点についても、のちに検討する。

7 「訴因の特定」に関する判例の吟味

(1) 「犯罪の日時、場所、方法」と「犯罪構成要件該当事実」とを区別する意味

ここで、「5」において宿題として残しておいた、「識別説」の立場に立って「犯罪構成要件該当事実」と「犯罪の日時、場所及び方法」とを区別する意味について検討してみる。

既に、「審判対象の画定」と「被告人の防御権保障」という観点から検討した場合、少なくとも「識別説」や「ゆるやかな識別説」に立つ限り、「犯罪構成要件該当事実」と「犯罪の日時、場所及び方法」との区別は意味を持たないのではないかとの疑問を提起した。

そこで、両者の区別が意味を持っていることを裏付ける仮説として、「犯罪構成要件該当事実については、訴因特定のためあくまで厳格に特定された記載が必要であり、他方、犯罪の日時、場所及び方法については、できる限り特定すべきではあるものの、証拠関係によってはゆるやかな記載が許される、との差異がある。」との仮説を立ててみる。

仮にこの仮説が成り立つのであれば、この両者を区別している田宮・三井両博士の前記の見解には意味がある、ということになる。逆にこの仮説が成り立たないとすれば、両者の区別は、おそらく、単に、前記の「6」で検討した、①④⑥が「犯罪構成要件該当事実」で、②③⑤が「犯罪の日時、場所及び方法」であるという区分を示すだけで、実質的な差異はないということになってしまふのではないだろうか。

この点に関する判例を検討してみよう。

第1の判例は、「犯罪の日時・場所」についてゆるやかな訴因記載を許容した、前掲の白山丸事件最高裁判決である。この判決は、「犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪を構成する要素になっている場合を除き、本来は、罪となるべき事実そのものではなく、ただ、訴因を特定する一手段として、できる限り具体的に表示すべき事を要請されているのであるから、犯罪の種類、性質等の如何により、これを詳らかにすることができない特殊事情がある場合には、前記法の目的を害さない限り幅のある表示をしても、その一事のみを以て、罪となるべき事実を特定しない違法があるということとはできない。」と判示した上で、「密出国の日時を昭和27年4月頃より同33年6月下旬まで、その場所を本邦より本邦外の地域たる中国にと各表示し、その方法につき具体的に表示しない起訴状であっても、検察官の冒頭陳述により、被告人は昭和27年4月頃までは本邦に在住していたが、その後所在不明となってから、日時は詳らかでないが中国に向けて不法に出国し、引き続いて本邦外にあり、同33年7月8日帰国したものであるとして、右不法出国の事実を起訴したものとみるべき場合には、審判の対象および防御の範囲はおのずから明らかであって、刑法第256条第3項に違反するものということとはできない。」と判示している。

この判例は、事案によっては、訴因における「犯罪の日時、場所及び方法」の記載について、ゆるやかな記載で足りるとしたものであるが、「犯罪の日時、場所及び方法」は「罪となるべき事実」そのものではない、と明示している。

第2の判例は、「犯罪の日時・場所」についてゆるやかな訴因記載を許容した、前掲の吉田町覚せい剤使用事件最高裁決定である。この決定は、覚せい剤使用

の日時を「昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間」、その場所を「広島県高田郡吉田町内及びその周辺」、その使用量、使用方法を「若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し」と表示している訴因について、「本件公訴事実の記載は、日時、場所の表示にある程度の幅があり、かつ、使用量、使用方法の表示にも明確を欠くところがあるとしても、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たものである以上、覚せい剤使用罪の特定に欠けるところはないというべきである。」と判示している。

この判例も、事案によっては、訴因における「犯罪の日時・場所・方法」の記載について、ゆるやかな記載で足りるとしたものである。

第3の判例は、「犯罪の手段・方法」についてゆるやかな訴因記載を許容した、昭和58年5月6日の最高裁決定である²⁵⁾。

この決定は、「未必の殺意をもって、被害者の身体を、有形力を行使して、被告人方屋上の高さ約0.8メートルの転落防護壁の手摺り越しに約7.3メートル下方のコンクリート舗装の路上に落下させて路面に激突させた」という殺人未遂罪の、刑事訴訟法335条1項の「罪となるべき事実」につき、「手段・方法については、単に『有形力を行使して』とするのみで、それ以上具体的に摘示していない（中略）が、前記程度の判示であっても、被告人の犯罪行為としては具体的に特定しており、第一審判決の罪となるべき事実の判示は、被告人の本件犯行について、殺人未遂罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、右構成要件に該当するかどうかを判定するに足りる程度に具体的に明白にしている」ものというべきであり、罪となるべき事実の判示としては不十分とはいえないとした。

この決定の調査官解説で、龍岡資晃判事は、「犯行の日時、場所、被害者、受傷の部位・程度等の判示と相まって、被告人の本件所為が殺人未遂罪の構成要件に該当するものであることを認識することができ、他の事実と区別できる

25) 最決昭和58年5月6日刑集37巻4号375頁

程度に特定されていることは明らかであるといえよう。」と述べている²⁶⁾。

第4の判例は、「犯罪の日時・場所・方法」についてゆるやかな訴因記載を許容したほか、「犯行の実行行為者」について択一的記載を許容した、前掲の平成13年最高裁決定である。その内容は、前記「3」に記載したとおりである。

この4つの最高裁判例から、少なくとも「犯罪の日時、場所及び方法」に関しては、事案に応じて、訴因の記載がゆるやかな記載で足りることになり、特に、白山丸事件最高裁判決が、「犯罪の日時、場所及び方法は、罪となるべき事実そのものではない。」としていることは、「犯罪構成要件該当事実」については、「犯罪の日時、場所及び方法」とは異なり、ゆるやかな記載を許さないと考えているようにもうかがえる。

それでは、次に、「犯罪構成要件該当事実」の中核である「犯罪の行為と結果」に関する訴因の記載に関して、判例は具体的事例についてどのような態度をとっているかを見てみよう。

第5の判例として、この点に関する最近の重要判例である前掲の平成14年最高裁決定がある。

この判例は、高裁段階で許可された訴因変更に基づく訴因の記載である、「被告人は、単独又は甲及び乙と共謀の上、平成9年9月30日午後8時30分ころ、福岡市中央区所在のビジネス旅館A2階7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、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害により死亡させたとの傷害致死の訴因は、暴行態様、傷害の内容、死因等の表示が概括的であるが、検察官において、当時の証拠に基づき、できる限り日時、場所、方法等をもって罪となるべき事実を特定して訴因を明示したものである以上、訴因の特定に欠けることはない。」と判示した。

この判例の事案においては、「犯行の手段・方法」の記載に加えて、「犯罪の結果」についても、証拠上、概括的な訴因の記載をせざるを得ない事案であった。特に、「頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害によ

26) 龍岡資晃・「昭和58年最高裁判例解説刑事編」・100頁

り死亡させた」との記載の許容によって、「犯罪の結果」についても、ゆるやかな記載でも許容されることがあることが明らかとなった。

「犯罪構成要件該当事実」である「犯罪の行為と結果」のうち、「犯罪の行為」については、「犯罪の方法」と重なりあうことが多いことから、前掲の第3及び第4の判例から、ゆるやかな記載が許容されることが想定されていたが、平成14年最高裁決定により、「犯罪の結果」についても、「犯罪の日時、場所及び方法」の記載と同様、事案により、ゆるやかな記載が許されることが明確となった。

なお、①「犯罪の主体」及び④「犯罪の客体」については、いずれも、その性質上、ゆるやかな訴因記載は許容されないと考えられる。したがって、①④と②③⑤⑥との間には、厳格な記載しか許されない記載事項とゆるやかな記載も許される記載事項という差異が認められると考えるが、これは、田宮・三井両博士の「構成要件該当事実」と「犯罪の日時・場所・方法」という区分とは別の区分である。

結論としては、訴因の記載においては、概括的に表示された部分と明確に表示された部分とが相まって、被告人の行為が当該犯罪の構成要件に該当するものであることを認識することができ、他の犯罪事実と区別できる程度に特定されているのであれば、裁判所に対して審判の対象を限定するとともに被告人に対し防御の範囲を示すという訴因制度の目的を達しているといえるので、訴因として十分特定していると解されることになる²⁷⁾。

結局、「六何の原則」に基づく訴因の記載事項である、前記「6」記載の①から⑥までの事実については、これらを概念的に、①④⑥の「犯罪構成要件該当事実」と②③⑤の「犯罪の日時、場所及び方法」に分けることは可能であるが、訴因の特定の見地からは、両者の扱いはほぼ同様ということになり、この分類はほとんど無意味であることになる。

実際にも、⑤の「犯罪の方法」と⑥のうち「犯罪の行為」とは重なることが

27) 平成14年最高裁決定に関する「判例タイムズ1105号」142頁解説

多く、「犯罪の行為」を「犯罪の方法」に含め、⑥を「犯罪の結果」のみに限定する考え方もあり、その方が「六何の原則」に忠実である。

結局、上記の①から⑥までの事項を、全体として審判対象画定のために記載すべき訴因事実と考えればよいであろう。

刑訴法256条3項は、同条2項で既に特定がなされている①の犯罪の主体を別とすれば、前記の六何の原則に基づく記載事項である②③④⑤⑥は、ともに同条文の「日時、場所及び方法を以て」に含まれると読むか、あるいは、同条文の「罪となるべき事実」に含まれると読み、これらの記載によって、訴因としての「罪となるべき事実」を表示すると素直に読めば足りるものとする²⁸⁾。

結局、「6」で検討した「六何の原則」のうち⑤「犯罪の方法」は、多くの場合、⑥のうち「犯罪の行為」と重なり合うので、「6」の①ないし⑥を、次のようにまとめ直す方がよいであろう。

- ① 犯罪の主体
- ② 犯罪の日時
- ③ 犯罪の場所
- ④ 犯罪の客体
- ⑤ 犯罪の行為・方法
- ⑥ 犯罪の結果

28) なお、この点に関して、平成14年最高裁決定の平木正洋判事による調査官解説147頁は、同判例について、「刑訴法256条3項は、罪となるべき事実を特定する要素として、「日時、場所、方法」を列挙しているが、罪となるべき事実の特定（訴因の特定）に役立つ要素は、この3つに限られるわけではなく、罪となるべき事実を構成する具体的要素（例・行為の客体、行為の結果等の構成要件要素）のほとんどすべてがその特定に役立つものであると考えられる。裁判所に対し審判の対象を限定するとともに被告人に対し防御の範囲を示すという同項の目的に照らすと、同項は、日時、場所、方法のみならず行為の客体、結果等の構成要件要素を具体的に表示することにより、訴因をできる限り特定するよう求めているものと解される。したがって、同項が「日時、場所、方法」を掲げている趣旨は、制限的列挙ではなく例示的列挙と解すべきであろう。本決定は、「できる限り日時、場所、方法等をもって（中略）罪となるべき事実を特定して訴因を明示したもの

このようにまとめ直すと、「行為犯」においては⑥を除く①から⑤までが、結果犯においては①から⑥までのすべてが、それぞれ訴因に記載されるべき事実であり、これまでの検討から、「審判対象画定に必要な事項」であるということになる。

(2) 判例の事案における他の犯罪事実との識別

(1) において検討した5つの最高裁判例について、当該起訴状の訴因の記載あるいは判決の罪となるべき事実の記載によって、他の犯罪事実との識別ができていくかどうかを検討してみよう。第2の判例を除いて問題は少ない。

第1の白山丸事件最高裁判決の事例は、出入国管理令違反の密出国事犯であるが、検察官が冒頭陳述で明らかにした「被告人が昭和33年7月8日に白山丸に乗船して帰国した」との行為に対応する出国行為は1回しかないことから、前記の「密出国の日時を昭和27年4月頃より同33年6月下旬まで、その場所を本邦より本邦外の地域たる中国にと各表示し、その方法につき具体的に表示しない起訴状」の訴因の記載で、他の犯罪事実との識別は十分であるといえる。

なお、この判例は、検察官の冒頭陳述の内容を訴因の特定の判断資料として用いているが、「当該事件において公訴事実の記載以上の特定を困難とするやむをえない事情があることを、訴訟のいかなる段階までに、いかなる資料によって疎明すべきものか」という点が問題となる。

訴因の特定が実体審理の前提であることから考察すると、許容されるのは、冒頭手続における検察官の釈明及び検察官の冒頭陳述に限られ、白山丸事件の第一審判決のように、証拠調べの結果を用いることは許容されないであろう²⁹⁾。

と認められる」と説示しているが、本決定が「日時、場所、方法」に「等」の語を付したのは、このような趣旨を示すものであると思われる。」と解説している。

29) 金築誠志・「昭和56年最高裁判例解説刑事編」・109頁は同旨である。しかし、冒頭陳述を資料とすることには批判もある。時国康夫・刑事訴訟法判例百選（3版）・94頁は、白山丸事件最高裁判決は、実害のない手続上の過誤に基づいては下級審判決を破棄しないという上級審の態度を示したものと理解で、冒頭陳述を資料としたことを過誤と考えているようである。

第3の昭和58年最高裁決定の事例は、殺人未遂事犯であるが、「被害者が被告人方の屋上から転落するというような特殊な出来事は1回しかなかった」ということを前提として考えてよいと思われ、「未必の殺意をもって、被害者の身体を、有形力を行使して、被告人方屋上の高さ約0.8メートルの転落防護壁の手摺り越しに約7.3メートル下方のコンクリート舗装の路上に落下させて路面に激突させた」との「犯行の手段・方法」に関する訴因の記載で、他の犯罪事実との識別は十分であるといえよう。

第4の平成13年最高裁決定の事例は、殺人事犯であるが、特定の被害者を死亡させるという行為は1回しかあり得ないことから、「扼殺、絞殺又はこれに類する方法で殺害した」との「犯罪の方法」に関する記載、及び、「A又は被告人あるいはその両名において」との「犯罪の実行行為者」に関する記載で足り、他の犯罪事実との識別は十分であるといえる。

第5の平成14年最高裁決定の事例も、殺人事犯であって、特定の被害者を死亡させるという行為は1回しかあり得ないことから、「被害者の頭部等に手段不明の暴行を加え」との「犯罪の方法」に関する記載、及び、「頭蓋冠、頭蓋底骨折に基づく外傷性脳障害又は何らかの傷害により死亡させた」との「犯罪の結果」に関する記載で足り、他の犯罪事実との識別は十分であるといえる。

しかし、第2の吉田町覚せい剤使用事件最高裁決定の事例は、覚せい剤使用事犯であり、同種事犯が複数回敢行される蓋然性があることから、他の同種事件とどのように区別するかについては、いくつかの考え方があられる。

薬物の自己使用の反復継続行為については、一定限度で包括一罪と認める余地がないわけではなく³⁰⁾、包括一罪とすることができれば、必ずしも個々の行為の特定は必要ないと考えられる。

しかし、実務上は、一般的には、被告人が連続的に覚せい剤を使用した場合

30) 薬物不法使用について包括一罪とした裁判例が数例ある。覚せい剤使用につき、福岡高判昭和30年6月1日高検速報499号。麻薬施用につき、最判昭和31年8月3日刑集10巻8号1202頁、仙台高判昭和25年8月31日高裁判決特報12号159頁、福岡高判昭和41年9月13日下刑集8巻9号1189頁。

には、1回の使用ごとに1罪（併合罪）として処理されている。

被疑者の尿から覚せい剤が検出されているにもかかわらず、被疑者が捜査段階で黙秘又は否認した場合、覚せい剤使用の日時・場所・方法に関する訴因の記載について、実務上、日時に関しては、覚せい剤の尿への排出期間が最長2週間程度であることから、尿の採取や身柄拘束の時から遡って2週間程度の幅のある記載とし、場所に関しては、「〇〇県内又はその周辺において」などと記載し、方法に関しては、「覚せい剤若干量を自己の身体に摂取し」などの記載がなされている。

このようなゆるやかな訴因記載がなされた場合、覚せい剤の継続的複数回使用を併合罪と考えたときに、そのうち1回の使用行為の訴因の特定について、どのように考えるかにつき、次の3とおりの考え方がある。

その1は、白山丸事件最高裁判決のいうような「特定の帰国に対応する出国」という特定方法に対応させて、「被告人が任意提出した尿から検出された覚せい剤を自己の体内に摂取したその使用行為とする」という特定方法である³¹⁾。

しかし、尿から検出された覚せい剤には、連続的な使用行為の場合、複数回の使用覚せい剤が混在している可能性があって、密出国事犯のように1対1の対応関係が認められないことから、この特定方法は成立しない³²⁾。

その2は、「最終行為説」である。採尿時に最も近い使用行為とする特定方法であり、検察実務における多数説である。

この考え方に対しては、「尿及び覚せい剤の排泄の機構は未だ十分に解明されていないから、尿中から検出された覚せい剤が最後に使用した分であることを確定することは極めて困難である。」との批判、最終行為説で最終行為として訴追された「A日の使用により有罪になった後、その後のB日の使用が最後の使用であったことが判明すれば、再審をするほかないことになるが、これは

31) 吉田町覚せい剤使用事件の控訴審判決である広島高判昭和55年9月4日の判示内容でもある。

32) 金築・前掲書・110頁は同旨である。

明らかに不当であろう。」との批判がある³³⁾。

前者の批判に対しては、「当該尿鑑定で検出された覚せい剤に係る使用行為中の最終のものを起訴する趣旨で最終使用行為をとらえるものである」との反論がなされている³⁴⁾が、このように「観念的な特定方法」でよいのかとの再批判もある³⁵⁾。

後者の批判に関連して、さらに、例えば、最終使用を10月10日とする訴因が、10月13日に訴因変更され、有罪が確定した場合、既判力は10月10日使用には及ばないなどの、既判力に関する最終行為説批判がなされている³⁶⁾。

その3は、「最低一行為説」である。被告人の尿の鑑定結果に対応する一定期間における少なくとも1回の使用ということで特定する方法である。裁判官は、比較的この説を採用することが多いと思われる。

この考え方に立つと、「仮に2回の使用があったとしても、そのことの立証がつかず、1回の使用しか立証がつかない場合に、疑わしきは被告人の利益の原則に従い1回の使用として処罰するにとどまる」と説明しているが³⁷⁾、「判決が出た後に2回以上使用したことが具体的に明らかになった場合には、少なくとも1回ということでは、どの使用を処罰したのか決めることができないのであり、実質的に同一性の枠を超えた択一的訴因ないし認定の批判を免れないし、防御の上からも問題なしとしない」との批判がなされている³⁸⁾。

「最終行為説」も「最低一行為説」も、このようにそれぞれの弱点を抱えているが、実務上は、一定期間内の1回使用が処罰された後で、その期間内の他の使用行為が起訴されることはまずないことから、いずれの説を採用しても事実

33) 香城敏磨・「注解特別刑法5Ⅱ巻（2版）「覚せい剤取締法」」・249頁・256頁

34) 馬場俊行・「覚せい剤使用事犯における訴因変更について」・「研修」・493号49頁

35) 金築・前掲書・110頁

36) 宮崎礼壺・「註釈特別刑法8巻」・293頁以下。なお、山室恵・「訴因変更の可否」・「新実例刑事訴訟法Ⅱ」・72頁参照

37) 香城・前掲書・258頁

38) 馬場・前掲書・56頁

上支障が生ずることはなく、結局は理論上の差に過ぎない³⁹⁾。

このように、実務上、一定期間内の1回使用が処罰された後で、その期間内の他の使用行為が起訴されることがないことを前提とすると、前掲の第2の吉田町覚せい剤使用事件最高裁決定の事例において、この決定が、覚せい剤使用の日時を「昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間」、その場所を「広島県高田郡吉田町内及びその周辺」、その使用量、使用方法を「若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し」と表示している訴因については、他の犯罪事実との識別はこれでも十分であるといえるものと考えられる。

8 「訴因の特定」のために「記載が必要な事実」と「記載が不要な事実」の仕分け

(1) 設例による検討

これまで、審判対象画定の見地から訴因の特定のためにはどのような項目が記載されていなければならないか、また、どの程度まで記載されなければならないか、ということを検討してきた。

次に、これとは異なり、実務においては訴因に記載されることが多いものの、審判対象画定のためには必ずしも記載が必要ではない事実があると思われるので、この見地から「訴因の特定」すなわち「審判対象の画定」のために「訴因に記載が必要な事実」（絶対的訴因記載事項）と、「記載が不要な事実」（訴因記載不要事項）の具体的仕分けについて検討を加えるとともに、その中間にある「被告人の防御権保障のため重要な事実」として、ときとして訴因への記載が望ましい事実である「訴因に記載されてよい事実」（中間的訴因記載事項）について検討する。

特に、一見、六何の原則に基づく記載事項であるように見えるものの、審判対象画定の見地からは、訴因として記載する必要のないものがあるのではない

39) 山室・前掲書・72頁は同旨である。

か、それはどんな事実であるか、について考察してみよう。

例えば、警察署から検察庁に送致されてきた殺人事件の「送致書の犯罪事実」欄に、次の設例のような記載があったとしよう。この事例において、捜査の結果、記載された犯罪事実の各要素を裏付ける十分な証拠が収集されていると認められ、検察官が、被疑者を殺人罪で公判請求する場合において、起訴状の訴因をどのように記載すべきかについて検討してみたい。

まず、「審判対象の画定に必要な事実とは何か」、次いで、「被告人の防御権保障のため重要な事実とは何か」を念頭に検討してみたい。

（設例）

「被告人Xは、発語機能障害を苦にして極度の劣等感を抱いていたものであるが、亡父の葬儀に際し、義兄V（当時43年）から、自己がこれまで亡父のもとで徒食してきたことについて注意を受けたことから、他の親族等の前で辱められたものとして深くVを恨み、憤慨の余り同人を殺害しようと決意し、あらかじめ刃体の長さ約28センチメートルの柳刃包丁1丁を購入し、平成19年5月5日、東京都北区東十条1丁目2番3号所在の被告人の自宅において、親友Yに事情を打ち明け、ともにV殺害を実行することとをもちかけてYの賛同を得、Yと共謀の上、同月8日午後9時ころ、同都北区上十条1丁目4番5号所在のVの自宅に赴き、亡父の葬儀の後始末の件で相談したいのでX宅まで来てもらいたい旨嘘をついて、同人を同人方前路上に誘いだし、同所において、YがVを羽交い締めにしたところをXが上記包丁によって同人の左胸部を3回にわたり力まかせに突き刺し、よって、同日午後10時5分ころ、同区王子本町2丁目6番7号A外科病院において、同人を心臓刺創に基づく失血により死亡させて殺害したものである。」⁴⁰⁾

40) 末永秀夫他・「犯罪事実記載の実務・刑法犯（4訂版）」・243頁記載の犯罪事実を改変したものである。

(2) 絶対的訴因記載事項

絶対的訴因記載事項、すなわち、審判対象画定に必要な事実は、前記「6」及び「7」で検討したとおり、「六何の原則」に基づく記載事項である。

第1は、「犯罪の主体」に関する記載である。

まず、「犯罪の主体」に関しては、単独犯事件では問題が少ないが、共犯事件には問題がある。共犯事件においても、起訴時点から分離審理を行うために起訴状が被告人別となっていれば、被告人は1名であるため単独犯の記載と同様に「被告人Xは」と記載され、「Yと共謀の上」と続くのであるが、共同被告人の訴因となっている場合、すなわち、「被告人X及び被告人Yは、共謀の上」との訴因記載の場合には、訴因記載の基本型である共犯事件における単独被告人の訴因記載、すなわち、「被告人Xは、被告人Yと共謀の上」という記載に置き直して考えればよい。以下、これを前提に、単独被告人の訴因について検討することとする。

「犯罪の主体」の特定に関しては、被告人の特定がなされていれば足り、これは、前記のように、刑訴法256条2項1号で記載され、特定されることになっているので、設例の訴因においては、「被告人(X)は」との記載で十分であり、訴因においては、「犯罪の主体」に関しては、これ以外の記載は審判対象の画定のためには不要である。

被告人Xに共犯者が存在する場合、共同正犯Yが存在すれば、前記のように、「被告人Xは、Yと共謀の上」との記載となる。しかし、Xが正犯でYが教唆犯又は幫助犯である場合には、正犯であるXの訴因には、通常、Yに関する事実を記載する必要はない。

こうした「共犯関係」は、六何の原則には含まれず、「犯罪の動機・原因」とともに付加されて「八何の原則」と呼ばれることもないわけではないが、「共犯関係」と「犯罪の動機・原因」とは、いずれも審判対象を画定する見地からは訴因記載が不要であることは明らかであり、訴因の必要的記載事項とは認められないと考える。

他方、Yが狭義の共犯(教唆犯、幫助犯)であった場合、Yに対する起訴状

の訴因においては、狭義の共犯が正犯の構成要件行為に従属していること（共犯の従属性の要件）から、正犯の行為に関する六何の原則に基づく記載事項を記載して他の犯罪事実から識別することが必要であるが、これに加えて、教唆行為自体又は幫助行為自体に関する六何の原則に基づく事項についても、審判対象の画定の見地から訴因の特定に必要な記載事実であるか否かについては、後日、別稿において、「訴因変更の要否」の視点から検討することとしたい。

第2は、「犯罪の客体」に関する記載である。

刑法の「生命に対する罪」「身体に対する罪」「自由に対する罪」「人格的法益に対する罪」などの多くの個人的法益に対する罪については、被害者などの犯罪の客体を、訴因において、その氏名等で特定する記載が必要であり、犯罪の客体が個人である場合には客体は唯一無二であることから、訴因の特定としては、他の六何の要素とともに氏名等での客体の特定があれば十分であろう。

設例については、訴因では、被害者であるVをその氏名で特定すれば十分であり、Xとの親族関係であることを示す「義兄」とか、Vの年齢である「当時43年」との記載は、本来不要である。ただし、「生命・身体に対する罪」においては、実務上は、被害者の年齢を記載している。これは、一面では被害者の特定に資し、他面では重要な情状要素であるからであろう。

「財産に対する罪」における犯罪の客体は、財物又は財産上の利益であり、最低限これを特定する記載が必要であるが、財物や財産上の利益については、同種のものが複数以上存在する場合が多いので、被害品等の品名や数量を記載するだけでは訴因の特定としては不足することが多いと考えられる。多くの場合、保護法益の主体である被害者（財物の所有者など）をも可能な限り特定する必要がある。

例えば、「テレビ（を窃取した）」という記載だけでは、犯罪の客体を特定したことにはならず、「〇〇所有のテレビ1台（を窃取した）」と記載する必要があるであろう。ただし、実務上多くの場合に記載されている被害品の価格については、重要な情状要素であるが、審判対象の画定という見地からは記載は不要であろう。

強盗罪は、生命身体に対する罪と財産に対する罪の複合犯罪であるから、被害者と被害財物（財産上の利益）の双方を、犯罪の客体として特定する必要がある。

放火罪や文書偽造罪などの社会的法益に対する罪についても、犯罪の客体は存在するので、訴因の記載において、それぞれの罪に関する犯罪の客体を特定する記載が必要である。

同様に、公務執行妨害罪や賄賂罪などの国家的法益に対する罪についても、犯罪の客体は存在するので、犯罪の客体を特定する記載が必要である。

もっとも、偽証罪などのように、犯罪の客体が存在しない犯罪においては、客体の記載は必要ない。

第3は、「犯罪の行為・方法」に関する記載である。

犯罪の行為は、あらゆる犯罪において、審判対象画定のためには必須の訴因記載事実である。

設例の「送致書の犯罪事実」訴因に構成すると、「殺意を持って、柳刃包丁（刃体の長さ約28センチメートル）によってVの左胸部を3回にわたり突き刺し」との記載が「犯罪の行為・方法」であり、訴因特定のために必要な記載である。

犯行に用いた凶器の特定は、可能な範囲で行うことが要請され、そのため刃体の長さを記載して特定している。本来、凶器の領置番号による特定で足り、領置番号があれば刃体の長さの記載は審判対象画定の見地からは不要と考えられるが、刃体の長さは情状要素でもあることから、実務上、訴因に記載されることが多い。

犯行における客観的な行為・方法の記載は必要であるが、設例にある「力まかせに」との記載は、殺意認定の一要素であり、情状の要素でもあるが、審判対象の画定のためには記載は必要ないであろう。

逆に、傷害（致死）罪との区別をするため、犯意を表現する「殺意を持って」との記載は、殺人罪の訴因においては必要である。

設例に記載されている被告人Xのその他の行動内容である、「柳刃包丁1丁を購入した」とか「V方に赴き、亡父の葬儀の後始末の件で相談したく家まで

来てもらいたい旨嘘をついて、Vを同人方前路上に誘い出し」との記載は、審判対象画定には不要であり、訴因記載は不要である。

第4は、「犯罪の結果」に関する記載である。

結果犯における犯罪の結果は、審判対象画定のためには必須の訴因記載事実である。

設例においては、「Vを心臓刺創に基づく失血により死亡させて殺害した」との記載が「犯罪の結果」であり、訴因特定のために必要な記載である。

未遂罪に関しては、実行行為の着手に関する事実に加えて、結果が発生しなかった事実を記載することが訴因特定のために必要となる。

犯罪の結果を形容する事実については、「犯罪構成要件該当事実に密接に関連する事実」であっても、「犯罪構成要件該当事実」そのものではないため、審判対象画定のためには必要ないとして、必要的な訴因記載事実ではないとされる。

例えば、傷害罪における「腹部刺創の傷害を負わせた」という犯罪の結果は、審判対象の画定に必要な事実であり、これは「犯罪構成要件該当事実」そのものであるが、これを形容する「加療〇日間」という傷害の程度の記載は、「犯罪構成要件該当事実に密接に関連する事実」であって、重要な情状要素であるが、審判対象画定には不必要である。

なお、これと混同してはならないのは、薬物犯罪の「犯罪の客体」に関する記載である。

例えば、覚せい剤取締法違反（所持罪）においては、「覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する結晶約1.5グラムを所持した」との訴因記載が必要である。所持罪は結果犯ではなく行為犯であるため、犯罪の結果の記載は必要なく、犯罪の行為・方法として「所持した」と記載すれば足りるのであるが、「犯罪の客体」としては、単に「覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する結晶を」と記載するだけでは不十分であり、「約1.5グラム」という所持量の記載も必要であると考えられる。

覚せい剤所持罪の訴因記載を傷害罪の訴因記載と平行に考えれば、「約

1.5グラム」との所持量の記載は、傷害罪の加療期間の記載と同様、審判対象画定に不要であり、必要的な訴因記載事実とは言えないとの考え方もあり得よう。しかし、覚せい剤の所持罪の場合には、単に、「覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩酸塩を含有する結晶を所持した」との訴因記載では、具体的にどの覚せい剤を所持したのか必ずしも明確ではない場合が多く、むしろ、前記の窃盗罪における「テレビ1台」の「1台」に近い記載として、この場合、所持量の記載があって初めて訴因が特定されるものと考えられる。したがって、「約1.5グラム」との所持量の記載も審判対象画定のために必要であると考えるのが適当であろう。

第5は、「犯罪の日時」と「犯罪の場所」である。

設例の訴因においては、「犯罪の行為」の「日時」としての「平成19年5月8日午後9時ころ」、同「場所」としての「東京都北区上十条1丁目4番5号所在のVの自宅」の記載、「犯罪の結果」の「日時」としての「同日午後11時5分ころ」、同「場所」としての「同区王子本町2丁目6番7号A外科病院において」の記載は、いずれも審判対象画定のためには必須の訴因記載事実である。

犯罪の性質上「犯罪の客体」が存在しない犯罪につき「犯罪の客体」の記載が不要であること、行為犯につき「犯罪の結果」の記載が不要であることを除いて、以上の第1から第5まで、すなわち、「①犯罪の主体」、「②犯罪の日時」、「③犯罪の場所」、「④犯罪の客体」、「⑤犯罪の行為・方法」、「⑥犯罪の結果」の「六何の原則」の訴因への記載は、審判対象画定の見地から、一般的・類型的モデル記載事項として、いずれも訴因記載が必須であり、これらは「絶対的訴因記載事項」である。

ただし、「犯罪の日時」、「犯罪の場所」、「犯罪の行為・方法」、「犯罪の結果」の4つに関しては、それぞれ、犯罪事実の識別・特定の見地から、審判対象の画定のためにでき得る限り具体的に記載することが必要であると解されているが、証拠関係からゆるやかな記載が許されることがたびたびあることについては、前記「7」で紹介した判例のとおりである。

これに対して、「犯罪の主体」と「犯罪の客体」については、犯罪の客体が存在しない犯罪についてその記載が不要であることを別論として、いずれもゆるやかな記載は許されないであろう。

（3）中間的訴因記載事項

「六何の原則」に、「⑦共犯関係」と「⑧犯罪の原因・動機・目的」を加えて、「八何の原則」と呼ぶことがある⁴¹⁾。

中間的訴因記載事項の第1は、「共犯関係」である。

「共犯関係」には、「共犯者」、「謀議の日時・場所」、「実行行為者」の問題が含まれる。

審判対象画定の見地、すなわち、当該犯罪を他の犯罪から識別・特定するという目的から考えると、「共犯者」、「謀議の日時・場所」、「実行行為者」は、いずれも絶対的訴因記載事項ではなく、これらの記載がなくとも、訴因の特定は十分にできる。

もっとも、「共犯者」、「謀議の日時場所」、「実行行為者」のいずれについても、被告人の防御権の保障の見地からは、いずれも重要な事項であるので、「中間的訴因記載事項」として訴因に記載されることもあり、争点の明確化のためには、むしろ訴因への記載が望ましいとされる。

実務においては、被告人Xの起訴状において、共同正犯Yについては、Yが実行共同正犯であると共謀共同正犯であるとかかわらず、訴因上「Yと共謀の上」と記載されるのが通例であるが、教唆犯や幫助犯については、訴因上記載されないのが通例である。

設例における、「平成19年5月5日、東京都北区東十条1丁目2番3号所在の被告人の自宅において、親友Yに事情を打ち明け、ともにV殺害を実行することとをもちかけてYの賛同を得、Yと共謀の上」との送致書の記載は、「共

41) 前掲の検察講義案は、捜査における取調べ事項として、「六何の原則」の6要素に「共犯関係」及び「犯罪の原因・動機・目的」の2要素を加えた「八何の原則」(7W1H)を挙げている(同書65頁)。

犯者」及び「謀議の日時・場所」に関する記載であり、「YがVを羽交い締めにしたところをXが上記包丁によって同人の左胸部を3回にわたり力まかせに突き刺し」との送致書の記載は、「実行行為者」を「犯罪の行為・方法」とともに記載した部分である。

実務上は、このうち、「Yと共謀の上」という「共犯者」の部分のみが訴因に記載されることが多いが、「実行行為者」についても、被告人の防御権保障の見地から訴因に記載されることもかなり多数ある。「謀議の日時場所」は、通常、訴因には記載されない。「実行行為者」や「謀議の日時場所」が訴因上に記載されなくても、検察官は冒頭手続における釈明や冒頭陳述において、検察官の主張を明らかにして争点を明確化するため、その内容を陳述することが多い。

いずれにせよ、「共犯関係」の「共犯者」、「謀議の日時場所」、「実行行為者」については、審判対象画定の見地からは訴因記載は必要ではないので、絶対的訴因記載事項ではなく中間的訴因記載事項である。

なお、共同正犯の「共謀の日時・場所等」を訴因に記載する必要があるか否かという問題に関しては、昭和33年5月28日のいわゆる練馬事件の最高裁大法廷判決⁴²⁾が、「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はかならない」としながらも、「共謀の判示は、謀議の行われた日時、場所またはその内容の詳細、すなわち実行の方法、各人の行為の分担役割等についてまで、いちいち具体的に判示することを要するものではない」と判示している⁴³⁾。

すなわち、この判例は、実行共同正犯においてはもとより、共謀共同正犯においても、共謀の日時、場所、内容については、審判対象画定の見地からの訴因への記載は不要であるとしたものである。

第2は、「犯罪の原因・動機・目的」である。

42) 最大判昭和33年5月28日刑集12巻8号1718頁。以下、「練馬事件最高裁判決」と略称する。

43) 岩田誠・「昭和33年最高裁判例解説刑事編」・399頁以下

「犯罪の原因・動機・目的」が訴因上に記載されなくとも、他の犯罪事実との識別は十分に可能であると考えられ、審判対象画定の見地からは「犯罪の原因・動機・目的」を訴因に記載する必要はない。したがって、「犯罪の原因・動機・目的」についても、絶対的訴因記載事項ではない。ただし、通貨偽造罪の「行使の目的」のように、目的犯における犯罪の目的は犯罪構成要件要素であるから、絶対的訴因記載事項となる。

かつては、殺傷事犯を中心に、訴因に「犯罪の原因・動機・目的」が記載されることが多かったが、近年は訴因にはほとんど記載されておらず、検察官は、多くの場合、冒頭陳述でこれを明らかにしている。

もっとも、事案によっては被告人にとって防衛上重要な事項であるので、「犯罪の原因・動機・目的」は、中間的訴因記載事項とってよいであろう。

設例においては、「発語機能障害を苦にして極度の劣等感を抱いていたものであるが、亡父の葬儀に際し、義兄V（当時43年）から、自己がこれまで亡父のもとで徒食してきたことについて注意を受けたことから、他の親戚等の前で辱められたものとして深く同人を恨み、憤慨の余り同人を殺害しようと決意し」との記載が「犯罪の原因・動機・目的」に関する記載であるが、訴因への記載は必要的ではなく、通常、検察官は、冒頭陳述でこれを主張する。

（４）起訴状一本主義・余事記載との関係

刑訴法256条1項は、「起訴状には、裁判官に事件につき予断を生ぜしめる虞のある書類その他の物を添付し、又はその内容を引用してはならない。」と規定し、「起訴状一本主義の原則」を定めている。

実務上、起訴状に書類を添付するという運用はなされていないので、問題は書類内容の引用である。

ここで、「訴因の特定」と「起訴状一本主義」の衝突が起こりうるが、判例は、名誉毀損罪の起訴状について、名誉毀損の文章を引用しても、抽出して記載してあれば、訴因明示のために不当ではなく、訴因の特定に必要であれば相当詳細な引用であっても起訴状一本主義に反しないとしている⁴⁴⁾。

名誉毀損の内容は、名誉毀損罪における犯罪の行為・方法に関する絶対的訴因記載事項と考えられるので、事案によっては名誉毀損文書等の引用もやむを得ないと考えられるが、できるかぎり要約記載すべきであろう⁴⁵⁾。

また、起訴状一本主義の趣旨から、裁判官に予断を与えるような事項の記載も、「余事記載」として禁止される。

実務上訴因に記載されやすい事項として検討しなければならないのは、「被告人の前科・余罪」と「被告人の経歴」である。

第1の「被告人の前科・余罪」は、被告人の前科自体が当該犯罪の構成要件要素となっている常習累犯窃盗罪（盗犯等ノ防止及処分ニ関スル法律3条）などの場合や、脅迫や恐喝の手段として被告人が自己の前科を告知したときなど、前科が当該犯罪の手段に使われた場合には「犯罪の行為・方法」として、絶対的訴因記載事項としての訴因記載が許容されるが、これらの場合を除けば、「被告人の前科・余罪」は、裁判官に予断を与えるものとして訴因への記載は許されず、訴因記載不要事項である⁴⁶⁾。

第2の「被告人の経歴」は、例えば、傷害罪の訴因の冒頭に「被告人は暴力団の組員である」との記載がなされた起訴状について、共犯関係を明らかにするためとも解せられるとして、刑訴法256条6項違反ではないとする裁判例がある⁴⁷⁾が、これは6項違反にならないとしただけであり、本来、訴因記載不要事項であろう。

なお、「訴因記載不要事項」の中には、①刑訴法256条6項に違反するため起訴状を無効とする「余事記載」である「訴因記載禁止事項」と、②同条2項に違反するため削除すれば足りる「余事記載」である「有害の訴因記載事項」と、③審判対象画定のためには必要でなく、被告人の防御権保障のために重要な事

44) 最決昭和44年10月2日刑集23巻10号1199頁

45) 同旨、田口・前掲書・211頁

46) 最大判昭和27年3月5日刑集6巻3号351頁は、詐欺罪の訴因に被告人の詐欺罪の前科を記載することは許されないと判示している。

47) 大阪高判昭和57年9月27日判例タイムズ481号146頁

項でもないが、有害ではないとして訴因記載が許される「無害的訴因記載事項」、の3種類があると考えられる。

③の「無害的訴因記載事項」はここでいう「余事記載」とはいえず、例えば、被告人と被害者との関係などの記載がこれに該当する。また、先に述べた、被害者の年齢などの訴因記載も、事例によっては③に該当するものとする。

（5）小括

以上の検討の結果、設例について、審判対象の画定に必要な事実（絶対的訴因記載事項）と無害的訴因記載事項により訴因を構成すると、次のようになる。

「被告人Xは、平成19年5月8日午後9時ころ、東京都北区上十条1丁目4番5号所在のV方前路上において、V（当時43年）に対し、殺意を持って、所携の柳刃包丁（刃体の長さ約18センチメートル）によって同人の左胸部を3回にわたり突き刺し、よって、同日午後11時5分ころ、同区王子本町2丁目6番7号A外科病院において、同人を心臓刺創に基づく失血により死亡させて殺害したものである。」

こうした記載は、おおむね近年の検察庁における起訴状の訴因の主流をなす記載の仕方であるとする。ただし、近年の実務の主流をなす訴因の記載は、通常、被告人の防御権の保障の見地から、さらに、中間的訴因記載事項のうち「共犯者（共同正犯者との共謀の事実）」と「実行行為者」の記載を加えることが多いが、「謀議の日時・場所」や「犯行の原因・動機・目的」は記載されないのが通例である。

これによって、訴因を記載すると、次のとおりである。

「被告人Xは、Yと共謀の上、平成18年5月8日午後9時ころ、東京都北区上十条1丁目4番5号所在のV方前路上において、殺意を持って、Yに羽交い締めにされているV（当時43年）に対し、所携の柳刃包丁（刃体の長さ約18センチメートル）によって同人の左胸部を3回にわたり力まかせに突き刺し、よって、同日午後11時5分ころ、同区王子本町2丁目6番7号A外科病院において、同人を心臓刺創に基づく失血により死亡させて殺害したものである。」

起訴状の訴因の記載事項については、これまで、理論的な分析が余り行われていないように見受けられ、理論に裏付けられないまま、実務上の慣用に従った記載がなされている面があったように思える。

本稿は、前記のように、前掲の近年における最高裁判例などを踏まえて、「刑事訴因事実論」ともいうべき、新たな訴因記載事項についての理論的分析検討を内容とする研究のうち、その総論部分を構築するための嚆矢となるものであるが、今後、総論部分のさらなる研究とその成果の発表に加え、保護法益別、罪名別、犯罪構成要件別の「刑事訴因事実論・各論」の研究が必要となると考えている。

9 「訴因変更の要否」に関する学説

次に、これまでの訴因の特定に関する検討結果と近年の最高裁判例を踏まえて、訴因変更の要否に関する検討を開始したい。

まず、訴因変更の要否に関する学説について整理しておく。

(1) 「訴因変更の要否」に関する法律構成説と事実記載説

裁判所は、訴因変更の手續が採られないかぎり、訴因として記載されていない犯罪事実につき審判することができない。これを「訴因の拘束力」という⁴⁸⁾。

「訴因の特定」の問題と「訴因変更の要否」の問題とは密接に関連するが、前記「2」で述べた刑事訴訟における審判対象に関する「公訴事実審判対象説」と「訴因審判対象説」という2つの学説と対応して「訴因変更の要否」に関する学説も分かれており、代表的な学説として、「法律構成説」と「事実記載説」がある。

48) 田口・前掲書・203頁。なお、香城・「訴因制度の構造(中)」・「判例時報1238号」・8頁参照

もっとも、「審判の対象」について、前記「2」で述べたように、「訴因審判対象説」が判例・通説であることから、現在、訴因変更の要否については、事実記載説が定着していて、この論争もほぼ終結しているのであるが、両説を簡単に紹介しておこう。

（ア）広義の法律構成説

「公訴事実審判対象説」からは、訴因は被告人の防御の便宜のために公訴事実の法律的構成を示したものとされるから、罰条が異なる場合（罰条同一説）、あるいはもう少し広く、罰条が同じであっても法律構成が異なる場合（狭義の法律構成説）に訴因変更が必要となるとされた。

「罰条同一説」は、訴因の同一性を構成要件の同一性と解する説である。訴因の拘束力を訴因の法的評価の点に求め、訴因事実と認定事実との間に食い違いがあっても、構成要件の変更を来さない程度であれば、訴因変更手続は不要とする。この説は、適用罰条の異同によって訴因変更の要否を判定するが、さらに、「構成要件説」と「修正構成要件説」に分かれる。

「構成要件説」は、構成要件の同一性を刑法各本条の同一性と解する説である。作為犯・不作為犯、既遂・未遂、共犯の形式の変更については訴因変更を要しないと考える説である。

「修正構成要件説」は、「構成要件説」の発展型で、構成要件の修正形式の変更である既遂と未遂、共犯の形式の変更などは、訴因変更を要すると考える説である。

「狭義の法律構成説」は、訴因の拘束力を法的評価の点に求めるところは構成要件説と同じで、罰条が異なれば訴因変更が必要であるとするほか、罰条が同じであっても、作為犯と不作為犯、暴行による強盗と脅迫による強盗など、法律構成の仕方が異なる場合に訴因変更が必要であるとする説である⁴⁹⁾。

（イ）事実記載説

他方、「訴因審判対象説」からは、審判の対象を画するのは訴因に掲げられ

49) 田宮・前掲書・195頁

た具体的な犯罪事実であるから、事実に「重要な」あるいは「実質的な」差異が生じた場合に訴因変更が必要であるとする「事実記載説」が主張された。

「事実記載説」は、訴因の同一性を具体的事実記載の同一性と解する説である。訴因の拘束力を具体的事実を求める。もっとも、すべての事実変化に対応して訴因変更手续をとることは煩雑に過ぎ現実的ではないので、一定の「重要な」あるいは「実質的な」事実の変化がある場合に訴因変更を必要としている。

(2) 「訴因変更の要否」に関する具体的防御説と抽象的防御説

(1) で述べた、訴因変更の要否に関する「事実記載説」においては、訴因変更を必要とする、「重要な」あるいは「実質的な」事実の変化とは何かという点が問題となる。

この点の判断基準に関しては、被告人の防御に対する実質的な不利益の有無に基準を求める考え方が主流で、その考え方は概ね3説に分かれている⁵⁰⁾。

第1は、「具体的防御説」であり、被告人に不利益が生ずるか否かを、実際にとられた被告人側の防御方法等の現実の審理の経過を踏まえて個別・具体的に判断する考え方である。

第2は、「抽象的防御説」であり、従来に通説である。この考え方は、被告人に不利益が生ずるか否かについて、訴因事実と認定事実のずれを一般的・類型的に対比することによって判断する考え方である。

第3は、三井誠博士が唱える「二段構えの防御説」⁵¹⁾であり、被告人に不利益が生ずるか否かを、まず、一般的・抽象的見地から考慮し、次に、これがない場合でも、現実の事案・訴訟を前提にして具体的な防御の観点から訴因変更の要否を判断する考え方で、前2説の折衷説といえる。

50) 田口・前掲書・314頁参照

51) 三井・前掲書・199頁

10 「訴因変更の要否」に関する判例の吟味

（1）従来の判例の立場

前記「3」記載のとおり、判例は、法律構成に変化がなくても、事実面のずれが一定の限界を超えるものについては訴因変更を要するとし、逆に、法律構成を異にしている、事実面のずれが小さなものについては訴因変更を要しないとの立場（事実記載説）を採っている。

判例は、当初、「審理の経過に鑑み被告人の防御に実質的な不利益を生ずるおそれがないものと認めるときは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し支えない。」として「具体的防御説」を採っていた⁵²⁾。

52) 最判昭和29年1月21日刑集8巻1号71頁。窃盗の共同正犯の訴因から幫助犯を認定した事案である。

具体的防御説に立っていたこのころの最高裁判例としては、他に、最判昭和28年11月10日刑集7巻11号2089頁、最判昭和29年1月28日刑集8巻1号95頁、最判昭和33年6月24日刑集12巻10号2269頁、最判昭和34年7月24日刑集13巻8号1150頁などがある。

53) 小泉祐康・「公判法体系Ⅱ」・258頁。

54) 最判昭和36年6月13日刑集15巻6号961頁。この事案は、収賄罪の共同正犯の訴因に対し、被告人が「収賄をしたことはなく無罪である。むしろ共犯者によるリベートの詐欺罪である。」旨主張した事案において、控訴審である原判決が、訴因罰条の変更手続をふまずに贈賄罪の共同正犯の事実認定をして有罪としたのに対し、弁護人が、「審判の請求を受けない事件について判決をした違法がある」として上告したものである。本判決は、上告趣意は刑事訴訟法405条の上告理由にはあたらないとしたが、職権で原判決を破棄し、「公訴事実と原判決認定事実とは基本的事実関係においては同一であると認められるが、収賄と贈賄とは犯罪構成要件を異にするばかりではなく、……行為の態様が全く相反する犯罪であるから、収賄の犯行に加功したという訴因に対し、訴因罰条の変更手続をふまずに贈賄の犯行に加功したという事実を認定することは、被告人に不当な不意打ちを加え、その防御に実質的な不利益を与えるおそれがあるから違法である。」旨判示した。

55) 最大判昭和40年4月28日刑集19巻3号270頁。この事案では、第一審で幫助犯か共同正犯かが争点となり、第一審裁判所が、検察官に対し共同正犯への訴因変更命令を発したにもかかわらず、検察官がこれに応じなかったが、第一審裁判所が共同正犯を認定した。弁護人による、訴因変更命令には形成力はない旨の控訴

その後、判例は、昭和30年代半ば以降、被告人の防御に対する実質的な不利益の有無を、被告人の自認や具体的な防御状況を問題とすることなく、訴因と認定事実との比較から抽象的一般的に判断する立場（「抽象的防御説」）へ転換したと評されている⁵³⁾。

抽象的防御説に立つと考えられるこのころの代表的な判例としては、最判昭和36年6月13日⁵⁴⁾、最大判昭和40年4月28日⁵⁵⁾、最判昭和41年7月26日⁵⁶⁾がある。

趣意に対し、控訴審判決は、一審判決は訴因変更命令に形成力を認めたのではなく、本件は、審理の経過にかんがみ被告人の防御権の行使に実質的な不利益を及ぼすおそれがなく、訴因変更を要しない事案であるとして控訴を棄却した。弁護人の「訴因変更手続を要しないとしたのは判例違反であり、訴因変更手続を経ないで正犯の事実認定をしたのは不告不理の原則違反で憲法31条の適正手続違反である」との上告趣意に対し、本判決は、「公職選挙法221条1項1号の金銭供与罪の幫助の訴因に対し共同正犯を認定するためには、幫助の訴因に含まれない共謀の事実を新たに認定しなければならず、法定刑も重くなる場合であるから、被告人の防御権に影響を及ぼすことは明かであって、当然訴因変更手続が必要である」旨、また、「訴因変更命令には形成力は認められない」旨判示し、第一審及び控訴審各判決には重大な法令違反があるとして破棄し、第一審裁判所に差し戻した。

56) 最判昭和41年7月26日刑集41巻7月26日刑集20巻6号711頁。この事案では、起訴状の訴因は会社の現金を着服したとの業務上横領罪であったが、被告人は着服はしておらず保管中である旨主張して否認したところ、第一審の第8回公判において、検察官の請求により、商法486条1項の特別背任罪に訴因変更がなされた。被告人は任務違背も会社の損害もないと争ったが、第一審判決は特別背任罪を認定した。弁護人の事実誤認の控訴趣意に対し、控訴審判決は、被告人の所為は業務上横領に間擬するのが相当であるとして、訴因変更なく原判決を破棄して、業務上横領罪を認定した。弁護人の上告趣意は、法定刑も犯罪構成要件も異なるのに、原審が突如予想外の業務上横領を認定したのは刑訴法402条又は411条1号に該当する訴訟手続の法令違反の主張であったところ、本判決は、「本件において、一審で当初起訴に係る業務上横領の訴因につき被告人に防御の機会が与えられていたとしても、既に特別背任の訴因に変更されている以上、爾後の被告人側の防御は専ら同訴因についてなされていたとみるべきであるから、これを再び業務上横領と認定するためには、更に訴因罰条の変更ないし追加手続をとり、改めて業務上横領の訴因につき防御の機会を与える必要があるといわなければならない。」として原判決を破棄した。

もともと、近年の最高裁判例は、抽象的防御説の立場を基本としつつも、被告人の具体的防御の観点を加味する立場に立っているとの解釈ができる。

すなわち、最決昭和55年3月4日⁵⁷⁾は、「酒酔い運転の訴因に対し、訴因変更手続を経ずに酒気帯び運転を認定することは、運転当時の身体内アルコール保有量につき被告人の防御が尽くされている場合には違法ではない。」旨判示した。

この判旨に関する評釈として、石井一正教授は、「判例は具体的防御説の見地を棄てたわけではなく、抽象的防御説を基本としているが、具体的防御説の見地も補完的な役割を果たしている。」旨指摘し⁵⁸⁾、高橋省吾判事は、「構成要件を異にする事案においては抽象的防御説によるものとみられるが、同一構成要件相互ないしその修正形式との間の事案においては、具体的防御説によるものと解しうる事案もあることから、判例の基本的流れは、抽象的基準に従って判断できるとするものと解されるが、……具体的事案においては、被告人の現に行っている具体的な防御に照らし、当該事実のずれが被告人に著しい不利益を生じさせるおそれがあるようなとき、これを考慮して訴因の変更を要すると判断すべき場合があると考えられる」としている⁵⁹⁾。

（2）昭和63年最高裁決定の論旨

次に、「訴因変更の要否」に関して重要な判断を下した、前掲の平成13年最高裁決定について検討することとしたいが、これに先立ち、「訴因としての拘束力」と「被告人の防御権」に関して判断した、最決昭和63年10月24日⁶⁰⁾の判示事項を見てみよう。

この判例の決定要旨は、「自動車運転者に速度調節義務を課す根拠となる路

57) 最決昭和55年3月4日刑集34巻3号89頁

58) 石井一正・刑訴法判例百選5版87頁

59) 高橋省吾・大コンメンタール4巻758頁

60) 最決昭和63年10月24日刑集42巻8号1079頁。以下、「昭和63年最高裁決定」と略称する。

面の滑りやすい原因と程度に関する具体的事実として、石灰の粉塵の路面への堆積凝固という事実が、公訴事実中に記載され、その後訴因変更手続を経て撤回されたとしても、被告人の防御権が侵害されたとは認められない本件においては、右事実を認定することに違法はない。」というものであり⁶¹⁾、さらに、「過失犯に関し、一定の注意義務を課す根拠となる具体的事実については、たとえそれが公訴事実中に記載されたとしても、訴因としての拘束力が認められるものではないから、右事実が公訴事実中に一旦は記載されながらその後訴因変更の手続を経て撤回されたとしても、被告人の防御権を不当に侵害するものでない限り、右事実を認定することに違法はない。」と判示している⁶²⁾。

この昭和63年判例の立場からいえることは、次のことであろう。

論旨① 訴因として記載された事実であっても「訴因としての拘束力」が認められない事実がある。

論旨② 訴因としての拘束力のない事実の認定についても「被告人の防御権」が保障されなければならない。

そして、この論旨は、筆者が既に前記「8」において「訴因の特定」に関して分析して出した結論に合致している。

すなわち、論旨①は、「絶対的訴因記載事項」には訴因としての拘束力が認められるが、「中間的訴因記載事項」や「無害的訴因記載事項」には訴因としての拘束力がないことを述べたものであり、論旨②は、「中間的訴因記載事項」は、被告人の防御権保障の見地から重要な事項であることから、訴因に記載された「中間的訴因記載事項」と異なる事実を認定するにあたっては、被告人の防御権保障の見地から「訴因変更の要否」を検討しなければならないことを述べたものである、と理解できる。

61) 池田修・「昭和63年最高裁判例解説刑事編」・349頁

62) 同書353頁

（3）平成13年最高裁決定の論旨

「訴因変更の要否」に関しては、前掲の平成13年最高裁決定が重要な判断をしている。

その調査官解説において池田修判事が、この最高裁決定の論旨を、当該事案に即して、次のようにまとめている⁶³⁾。

論旨① 実行行為者の明示は訴因の記載としては不可欠な事項ではないから、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とするとしても、審判対象の画定という見地からは訴因変更が必要になるとはいえない。

論旨② しかしながら、実行行為者の認定は、一般的には被告人の防御にとって重要な事項であり、争点の明確化などのために明示されるのが望ましいものであるから、審判対象の画定という見地からは訴因変更の必要がないとしても、訴因において明示された以上、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が必要である。

論旨③ もっとも、実行行為者の明示は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、審理経過に照らし被告人に不意打ちを与えるものでなく、しかも、認定が訴因と比べて被告人にとって不利益といえない場合には、例外的に訴因変更手続を経なくても違法ではない。

論旨④ 本件の審理の経過をみると、本件はその例外的な場合に該当し、訴因変更を経ずに実行行為者について択一的認定をしたことが違法であるとはいえない。

そして、「訴因変更の要否」の基準に関して、平成13年最高裁決定の判示事項を一般化すると、次のようにいえると考える。

基準① 訴因の記載として不可欠である事項とは審判対象の確定に必要な

63) 池田・前掲書・69頁以下

事項であり、その認定変更には訴因変更は不可欠である。

基準② 審判対象の画定には必要でないものの、被告人の防御権にとって重要な事項として訴因に記載された事項については、その認定の変更には、原則として訴因変更が必要である。

基準③ もっとも、審判対象の画定には必要でないものの被告人の防御権にとって重要な事項として訴因に記載された事項については、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く、かつ認定が訴因と比べて被告人に不利益でなければ、例外的に訴因変更は不要である。

(4) 判例の理解

昭和63年最高裁決定を踏まえた上で、平成13年最高裁決定を理解すると、次のとおりとなる。

理解① 訴因に記載された事実には「拘束力を持つ訴因事実」と「拘束力のない訴因事実」の2種類の事実が存在し、「拘束力のある訴因事実」は「審判対象の画定」という見地からその内容が決定されるべきであり、「拘束力のない訴因事実」は、「審判対象の画定」には与らない。

理解② 「拘束力のない訴因事実」も、被告人の防御にとって重要な場合には、争点の明確化等の見地からなどのために必要であれば、訴因として明示されることが望ましい。

理解③ 「拘束力のある訴因事実」は、必ず訴因変更手続を経て訴因と異なる事実を認定すべきであるが、「拘束力のない訴因事実」については、原則として訴因変更手続を経て訴因と異なる事実を認定すべきではあるが、被告人にとって不意打ちではなく、認定が訴因と比べて被告人に不利益を与えるものではない場合には、例外的に訴因変更手続を経ないで訴因と異なる事実を認定することは違法ではない。

こうした判例の理解を前提として、今後発表する予定の別稿において、「訴因変更の要否」について具体的に検討していく予定であるが、その前に、「争点」と「訴因」との関係について見ておこう。

11 「争点」と「訴因」

刑事訴訟においては、当事者である検察官と被告人・弁護人との間で、「争点」を巡って主張立証の攻防が繰り広げられるのであるが、この「争点」と「訴因」との関係について整理し、「訴因変更の要否」に関して判例の打ち立てた基準について整理しておきたい。

（１）「争点」と「訴因」の関係に関する判例

まず、控訴審における謀議の認定手続に不意打ちの違法があると判断した、よど号ハイジャック事件の最高裁判決⁶⁴⁾について紹介しておこう。

この判例は、訴因に掲げられてない事項について、裁判所が、検察官の主張と異なる事実認定を行うためには、「争点顕在化」の措置が必要な場合がある旨判断したものである。

この判例の判決要旨は、次のとおりである。

「3月12日から14日までの謀議への関与を理由にハイジャックの共謀共同正犯として起訴された被告人につき、13日及び14日の謀議とりわけ13日夜の第一次謀議への関与を重視してその刑責を肯定した第一審判決に対し、被告人のみが控訴を申し立てた事案において、右第一次謀議への関与の有無がハイジャックに関する謀議の成否の判断上とりわけ重要であるとの基本的認識に立つ控訴審が、13日夜の被告人のアリバイの成立を認めながら、第一審判決が認定せず控訴審において被告人側が何らの防御活動を行っていない12日夜の謀議の存否を争点として顕在化させる措置をとることなく、卒然として、第一次謀議の

64) 最判昭和58年12月13日刑集37巻10号1581頁、以下、「よど号ハイジャック事件最高裁判決」と略称する。

日を12日夜であると認めてこれに対する被告人の関与を肯定した本件訴訟手続は、被告人に不意打ちを与え違法である。」⁶⁵⁾。

この判例の事案においては、検察官は、謀議の日時場所については、訴因中には記載しておらず、冒頭陳述において、「3月12日より14日までの間に謀議を遂げた」と主張していたものの、実際の立証は、「3月13日夜の謀議」に限局されており、弁護人が13日のアリバイを主張立証した事案で、論告においても、検察官は、13日と14日の謀議を主張したものの12日の謀議については明示的な主張をしなかった事案であった。

共同正犯事件における謀議の日時場所については、実務においては、後述のように、審判対象の画定に必要な事実とは解されておらず、この判例の事案においても検察官は冒頭陳述において主張してただけで訴因外の事実であった。しかし、この判例は、「訴因外の事実であっても、被告人の防御権保障のため重要な事実については、不意打ち防止の見地から、裁判所が、検察官の主張と異なる事実を認定するためには、争点顕在化の措置が必要である。」と判示したものであると理解できる。

(2) 判例による「訴因変更」と「争点顕在化措置」の要否に関する基準

そして、このよど号ハイジャック事件最高裁判決と前掲の平成13年最高裁決定、さらには、前記「10」において検討した最高裁の諸判例を総合すると、「訴因変更の要否」及び「争点顕在化措置」に関して、判例は、次のような基準を打ち立てていると理解することができる⁶⁶⁾。

基準① 「訴因としての拘束力のある事実が変化する場合」には、審判対象画定の見地からの「訴因変更手続」が問題となり、その訴因変更の要否は抽象的防御説が基準となる（平成13年最高裁決定及びこれまでの最高裁諸判例）

基準② 「訴因外の事実のうち被告人の防御権保障のため重要な事実が変

65) 木谷明・「昭和58年最高裁判例解説刑事編」・472頁

66) この基準①ないし③を、以下、「訴因変更要否等に関する判例基準」と略称する。

化する場合」には、「争点顕在化措置」をとる必要がある（昭和58年最高裁判決）

基準③ その中で、「訴因としての拘束力のない事実が争点の明確化などのために訴因として記載された場合においてその事実が変化する場合」には、原則として訴因変更手続が必要となるが、被告人の具体的な防御権を侵害しないときには、例外的に、訴因変更手続は不要となる（平成13年最高裁決定及びこれまでの最高裁判例）

（3）「訴因変更の要否等に関する判例基準」に関する学説

この点に関する学説を見ると、前記田口教授は、前記「10」（3）に記載した、平成13年最高裁決定の論旨②及び論旨③を批判している。すなわち、「訴因変更要否等に関する判例基準」の基準③に批判的である。

田口教授は、訴因事実と訴因外事実の中間領域である「争点の明確化のために訴因に明示することが望ましい事項」などという区分の基準が不明確であり、具体的な争点に関する被告人の防御権の保障問題は訴因制度とは別問題であるとして、「争点の変化については、訴因変更手続とは別に、争点変更手続すなわち争点整理あるいは争点顕在化の手続を問題とすべきである。」と主張し、いわば、「訴因変更要否等に関する判例基準」の基準③は基準②に吸収されるべきである旨主張する⁶⁷⁾。

この田口説は、審判対象画定に必要な事実とそうでない事実とを峻別し、前者は訴因及び訴因変更の問題とし、後者は訴因外の争点及び争点顕在化の問題と割り切る点で明快であり、平成13年最高裁決定が判示した前記論旨と比較して、一見、より筋が通っているようにも思える。

しかしながら、実務の現実、前記のとおり、訴因には、審判対象画定に必要な事実すなわち「絶対的訴因記載事項」以外にも、「中間的訴因記載事項」や「無害的訴因記載事項」という犯罪構成要件該当事実の関連事実などが記載されて

67) 田口・前掲書・321頁

おり、これらが記載されたとき、そのうち被告人の防御権保障のため重要な事実である「中間的訴因記載事項」の事実が変化する場合には、原則として訴因変更を必要とするとした平成13年最高裁決定の立場は、訴因記載と訴因変更に関する長年の実務の流れを踏まえた現実的な運用として理解できるところである。

(4) 「争点顕在化措置」とは何か

判例の立場では、刑事訴訟におけるいわゆる「争点」については、訴因に記載されている場合もあれば、訴因に記載されていない場合もあることになる。

したがって、判例の立場では、それぞれに応じて、「争点顕在化措置」（広義）の内容が異なってくる。

争点が既に訴因に記載されている場合においては、それが審判対象画定に必要な事実であるか否かに応じて、前記「11」（2）で検討した「訴因変更要否等に関する判例基準」の基準①又は基準③によって必要な訴因変更を行うことが「争点顕在化措置」（広義）となる。

これに対し、争点が訴因に記載されていない場合においては、同様に、「訴因変更要否等に関する判例基準」の基準②によって、必要な「争点顕在化措置」（狭義）をとることとなる。

検察官が、釈明や冒頭陳述において、例えば、事前共謀の日時場所等を明らかにしている場合（すなわち訴因外の実事）について、裁判所が、釈明や冒頭陳述の内容とは異なる事前共謀の日時場所等を認定するためには、原則として、これら（釈明・冒頭陳述）と同等の手續（釈明内容や冒頭陳述内容の変更）で、「争点顕在化の措置」（狭義）すなわち不意打ち防止の措置をとった上で判決すべきことになる⁶⁸⁾。

この点に関して、検察官の釈明等の効力について、次項（「12」（2））で検討しておこう。

68) 池田修・前掲書・71頁及び79頁の注18。

12 訴因に関する検察官の釈明等の効力

検察官は、訴因に記載されていない事実について裁判所に認定を求めようとする場合、訴因にその事項の記載を加える場合もあるが、そうではなく、自発的に、あるいは裁判官からの求釈明などによって、口頭で釈明したり、冒頭陳述書や釈明書などの文書で事実に関する主張を行うこともあり得る。

こうした検察官の釈明や冒頭陳述などの主張（以下、釈明等という。）の効力について、争点及び訴因との関連で検討してみよう。

（1）「審判対象の画定に必要な事実」に関する検察官の釈明等

これは「絶対的訴因記載事項」に関する釈明等である。

仮に、本来訴因に記載されているべき審判対象画定に必要な事項が、一部訴因に記載されておらず、そのため訴因の特定がなされていないと判断できる場合においては、検察官が特定に欠けている訴因事実を特定する内容の釈明等を行えば、これは、訴因の補正を行うべき場合なのであるから、その釈明等が訴因の補正として扱うことができるかどうかを判断すればよいことになる。

また、当該釈明等が、特定されている訴因を変更するものではなく、単に特定されている訴因の内容を説明する趣旨の釈明等であれば、特段の措置は不要である。

問題は、当該釈明等が、特定されている訴因を実質的に変更する内容であった場合である。この場合には、本来、検察官は、釈明等によるのではなく、訴因変更を請求しなければならない。

しかし、ときとして、訴因変更請求ではなく、「釈明」や「冒頭陳述」として主張されることがあり、裁判所も検察官に訴因変更を求めないまま、審理が進行することがないとはいえない。

この場合における「審判対象の画定に必要な事実」の変更を含む釈明や冒頭陳述の内容は、もともと訴因変更請求がなされるべき事項であるから、「釈明」や「冒頭陳述」によって「訴因変更請求」がなされたものとみなし、以後、そ

の主張を訴因の内容として扱うこともあり得ると考える。

したがって、検察官のこの釈明や冒頭陳述に対しては、裁判所は、例え時間的経過があった後であっても、刑訴法291条2項によって、被告人・弁護人に意見陳述の機会を与えるべきである。本来は、訴因変更請求であることを明確にした上での訴因変更許可が必要であろうが、被告人・弁護人に検察官の釈明等に対する何らかの意見陳述の機会が与えられた場合には、裁判所による黙示的な訴因変更許可があったとみなしうる場合もあり得るのではないかと考える。

そして、後に、裁判所が、検察官のこの「釈明」や「冒頭陳述」の内容とは異なる事実を認定する場合には、改めて訴因変更の手續（刑事訴訟法312条）を経ることを必要とすると解すべきであろう。

(2) 「審判対象の画定には必要ない事実であるが被告人の防御にとって重要な事実」に関する検察官の釈明等

これは「中間的訴因記載事項」に関する釈明等である。

審判対象画定に必要ではない事実に関する検察官の「釈明」や「冒頭陳述」の内容については、検察官はあくまで「釈明」したに止まり、その内容を訴因として記載したと、すなわち訴因変更請求をしたと解釈されるわけではないから、この釈明等の内容は訴因の内容とはならない。

もっとも、この検察官の主張と異なる事実を認定することが被告人にとって不意打ちとなるような場合には、裁判所は、検察官に対し、「釈明」や「冒頭陳述」の内容について求釈明するとか、被告人・弁護人に対し、認定しようとする事実について防御の機会を与えるなど、「争点顕在化措置」（狭義）をとるべきであろう。

(3) 「審判対象の画定には必要ない事実であり被告人の防御にとっても重要とはいえない事実」に関する検察官の釈明等

これは「無害的訴因記載事項」に関する釈明等である。

前記のように、審判対象画定に必要な事実に関する検察官の「釈明」や「冒頭陳述」の内容については、検察官は、あくまで「釈明」したに止まり、その内容を訴因として記載したと、すなわち訴因変更請求をしたと解釈されるわけではないから、この釈明内容は訴因の内容とはならない。

被告人の防御権保障のために重要ともいえない事実であるから、この種事実については、検察官の主張と異なる事実を裁判所が認定する場合にも、「争点顕在化措置」は不要である。

13 「訴因変更」と「争点顕在化措置」の要否に関する判例の立場の理解

前記「5」ないし「8」において検討した「訴因の特定」及び「訴因の記載事項」に、前記「11」（2）で検討した「訴因変更要否等に関する判例基準」及び前記の「11」（4）及び「12」で検討した内容などを加えて、改めて、「訴因変更と争点顕在化措置の要否に関する判例の立場の理解」として、以下の①から⑩までを提示してみよう。

理解① 「訴因変更手続」あるいは「争点顕在化措置」を講ずる必要性があるのは、訴因記載の事実と証拠によって認定できる新事実との間に、「重要な、あるいは、実質的な差異がある場合」である。それ以外の場合には、当該記載訴因のまま新事実を認定して差し支えない。

理解② 訴因に記載された事実には「拘束力を持つ訴因事実」と「拘束力のない訴因事実」の2種類が存在し、「拘束力を持つ訴因事実」は「審判対象の画定」という見地からその内容が決定されるべきであり、「拘束力のない訴因事実」は「審判対象の画定」にはあずからない。

したがって、「拘束力を持つ訴因事実」は「審判対象の画定に必要な事実（絶対的訴因記載事項）」と「拘束力のない訴因事実」は「審判対象の画定には必要ない事実」とそれぞれ言い換えることができる。

理解③ 「審判対象の画定に必要な事実」とは、刑事訴訟法312条が規定する事実であり、犯罪構成要件該当事実を中核とした、犯罪の①主体・②日時・③

場所・④客体・⑤方法・⑥行為と結果、の「六何の原則」を充足する事実である。

理解④「審判対象画定に必要な事実」が訴因に明示・特定されていないければ、訴因の補正が必要である。

理解⑤「審判対象確定に必要な事実」については、訴因と実質的に異なる事実を認定するためには、「訴因変更手続」が必要である。ただし、縮小認定の場合を除く。

理解⑥「審判対象の画定には必要ない事実」は、「被告人の防御にとって重要な事実」と「被告人の防御にとって重要とはいえない事実」に分けられる。「被告人の防御にとって重要な事実」であるか否かは、防御上の抽象的不利益を基準として、一般的・類型的に判断される。

理解⑦「被告人の防御にとって重要な事実（中間的訴因記載事項）」は、争点の明確化のために必要である場合には、訴因に記載されることが望ましい。

理解⑧「審判対象の画定には必要ない事実」のうち「被告人の防御にとって重要な事実」が訴因に記載されている場合、訴因と実質的に異なる事実を認定するためには、原則として「訴因変更手続」が必要である。

しかし、被告人の防御の利益という観点から見て、被告人に不意打ちとならず、かつ、新たな認定事実が訴因記載事実と比べて被告人に具体的不利益を与えるものではない場合には、例外的に訴因変更手続を経ないで訴因と実質的に異なる事実を認定してよい。

理解⑨「審判対象の画定には必要ない事実」のうち「被告人の防御にとって重要な事実」が訴因に記載されていない場合（通常は、検察官が釈明や冒頭陳述で主張している）には、検察官の主張と実質的に異なる事実を認定するためには、「争点顕在化措置」をとることが必要である。

この「争点顕在化措置」は、検察官が「再釈明や冒頭陳述の訂正」を行うことで足りるが、検察官がこれを行わない場合、裁判所は、検察官に対し、釈明や冒頭陳述の内容について「求釈明」するとか、被告人・弁護人に対し、認定しようとする事実について「防御の機会」を与えるなどによっても行いうる。

理解⑩「審判対象の画定には必要ない事実」のうち、「被告人の防御にとっ

て重要とはいえない事実」については、それが訴因に記載されている場合（無害の訴因記載事項）としない場合とにかかわらず、検察官の主張と実質的に異なる事実を認定する場合であっても、訴因変更手続は不要であり、争点顕在化措置も不要である。

筆者は、この①から⑩までの理解の内容が、現在の最高裁判例の立場であると考え、実務の運用も概ねこの基準に沿ってなされていると考えられ、「訴因変更と争点顕在化措置の要否に関する基準」として妥当なものであると考える。

今後、続稿等においては、この理解を、「訴因変更と争点顕在化措置の要否に関する判例の基準」と呼びたいと考えている。

14 今後の研究計画など（本稿のおわりにあたって）

以上、「訴因の特定」及び「訴因変更の要否」に関する最近の最高裁判所の判例を契機に、実務における訴因の記載に関して、「訴因の特定」と「訴因変更の要否」に焦点をあてて、「判例の立場」と「あるべき実務の運用」について分析し検討を加えてみた。

筆者が目指しているのは、集成されてきた判例理論に基づき、訴因の記載事項について再検討を加え、民事法分野における「要件事実論」とは対象が異なるものの、ある意味でこれと並ぶような、「刑事訴因事実論」ともいうべき、理論に裏打ちされた、刑法の総論と各論の全般に及ぶ、犯罪構成要件ごとの起訴状の訴因への事実記載に関する的確な実務の在り方を確立するとともに、公判係属後の審理段階での、「訴因変更」又は「争点顕在化措置」に関する的確な実務の在り方を確立することであり、そのための理論的体系を構築することである。

しかしながら、非才にして、現時点では構想のみ存在し、本稿においては、その総論部分の端緒を披露したにすぎず、本格的な研究はこれからである。

現在、「訴因変更の要否」等に関して、本稿を踏まえて、さらにその先を検

討する内容の続稿を執筆準備中であり、今後も地道に研究を進めていきたいと考えている。

冒頭「1」において述べたように、筆者は、法律実務家であって研究者ではない。しかし、慶應義塾大学法科大学院において、3年間にわたって「刑事訴訟法総合」や「刑事法総合」という理論科目の授業を担当したことは、筆者にとって、過去20年余りにわたる、筆者自身の法務行政・外交・検察などの分野における諸々の実務経験を、法律理論面から再検討・再構成するためのよい機会になったと考えている。

実務に専従している間においては、実務の慣例・先例に従って疑問を持たずに事案を処理したり、疑問を抱きつつも多忙に紛れて理論的な追究ができないままに事案を処理せざるを得なかったこともあったと思う。

しかし、いざ、法科大学院の学生に対し、実務と理論の双方を教えるという立場に立たされてみると、刑事訴訟法や刑法上のさまざまな論点について、きちっとした根拠付けをして説明をしなければならないことから、自ずと思索を巡らざるを得なくなる。

こうして、法科大学院の教授就任直後から、実務に専従していたときとは異なる意味において自分ながらよく勉強してきたと思う。もっとも、法科大学院は未だ創設期にあり、3年目に入って、ようやく少しは落ち着きを見せ始めているものの、筆者にとっては、1年目はもとより、2年目においても、初めて教える科目を次々と担当することになり、いずれも、その授業内容の企画立案から始まり、教材の作成、同時進行する別クラスの担当教員との授業内容・授業方法等の綿密な打合せ、担当クラスの授業準備と授業そのもの、期末試験問題の作成と試験監督、その採点と採点講評、レポート審査、学生に対するグループ指導や個人指導、入学試験問題作成や試験監督とその採点などなど、学生に対する授業や指導面に限定しただけでも、抱えた業務量は膨大であった。

筆者の場合、教授就任1年目には、法学部における刑事訴訟法の演習授業も担当したが、法科大学院における授業とその準備は、従来の法学部における授業やその準備と比較して、教員の負担は、質・量ともに格段に大きく重いもの

であると感じた。また、筆者の場合、にわか教員であり、大学あるいは大学院での仕事に慣れていない身であったこともあって、精神的にも物理的にも余裕がない多忙なこの3年の期間であった。

したがって、授業準備や授業などを行う過程において、前記のように、さまざまな疑問点に気付いたり、これらにつき思索を巡らすことはあっても、つきつめてその解決策を見いだしたり、これを論文等にまとめ上げる時間的余裕はなかったというのが実感である。

ただ、本論文のテーマである「訴因の特定と訴因変更の要否」については、筆者は、検察官として検察実務を担当していた中で、起訴状の公訴事実を起案する際や公判での訴因変更の要否を検討する際に、しばしば、実務が必ずしも統一的に運用されていないことに疑問を感じていた分野であった。

また、平成16年度秋学期及び平成17年度秋学期に、それぞれ、慶應義塾大学法科大学院の2年生（未習者2年次と既習者1年次の混合クラス）に対し、「刑事訴訟法総合」の授業において、「訴因」をテーマとした双方向授業を実施した際に、筆者自身が、授業準備や授業そのものを行いながら、あれこれ思索しても、浮かんだ疑問を今ひとつ解消しきれない感覚を抱いたことから、平成18年度秋学期の授業にあたって、今一度思索を巡らして、本稿の執筆に結びつけてみたのである。

慶應義塾大学法科大学院においては、毎学期終了時に、学生が全教科にわたり全教員に対して、匿名で授業評価を行って、これをアンケート用紙に記入して（平成18年度秋学期からは学内LANシステムを使用して）提出することになっている。そして、その集計結果及び評価記入事項のすべてが、担当教員に対してだけでなく、法科大学院の全教員・全学生に対して毎学期公表されている。

筆者は、教授就任以来一貫して、担当するクラスの学生全員に対し、「自ら学び、自ら考え、自ら発表する」という、法律実務家に必須の態度や習慣を身につけさせるため、種々の工夫を行ってきた。

例えば、毎回の授業に先だって、主として指名制でレポートの作成・提出を課し、授業においては、毎回ランダムに多人数に指名して、教員である筆者と

の質疑応答に口頭で答えさせ、かつ学生同士で議論をさせるという、いわゆるソクラテック・メソッドによる授業をフルに実施するなど、授業時間中はもとより、予習・復習に際しても、学生に対して質的に大きな負荷を課す内容の、比較的厳しい授業を展開してきた。

これは、法律実務家を目指すためには、法律や学説判例等の知識の理解や習得といったインプット面での学習と並んで、こうした知識や理解を前提として、それらを直面する事例にあてはめ、その思考論理や結論をその場で考えて、口頭あるいは文書で一定時間内に論理的かつ整然と表現するという、アウトプット面での能力の養成も必須である、と筆者が考えているが故であり、筆者は、これを教授就任以来の3年間の法科大学院での教育の場で実践してきたものである。(他方、法律実務家にとっての、常識の重要性、多方面にわたる読書の重要性、他人の話に耳を傾けることの大切さなどについても、授業の内外で折に触れて話しており、学生達に対して、いわゆる法律馬鹿にならないよう繰り返し説いてもきた。)

そして、こうした私の授業は、従来の法学部における一般的な授業や、いわゆる司法試験受験予備校において行われてきている授業とは全く異質のものであったと考えている。

従来の法学部であれば、このような厳しい授業を展開すれば、受講生が激減したり、あるいは授業評価においても、負担が重すぎるなどと酷評されかねない内容であったとも考える。

しかしながら、慶應義塾大学法科大学院の学生は、幸い、この筆者の授業に対し、全必修授業の全クラスの全教員に対する授業評価の中で比較しても、数字的にいっても、言語による評価内容からいっても、3年間を通して毎学期、ほぼ一貫して、トップないしはそれに近い高い評価を下してくれている。

本稿は、こうした学生との双方向授業の過程の中で、筆者自身が、刺激を受け、思索し、検討した内容をまとめたものである。

繰り返しになるが、もとより、筆者は、浅学非才にして、研究者としての実績はなく、教育者としても未熟であるが故に、本稿は、諸先達の業績の足下に

も及ばない拙い論文であると考えてる。

しかし、読者諸兄姉からの温かいご叱正とご教示を賜った上で、これらを糧に、さらなる検討を行うことを誓い、ひとまず本稿を閉じることとしたい。

「訴因変更と争点顕在化措置の要否」に関して論ずる予定の続稿に続き、ご叱正とご教示を得た上で、さらに、他日、「刑事訴因事実論」の総論部分の端緒である本稿を改訂・増補するとともに、故意犯に止まらず、本稿ではほとんど触れることができなかった過失犯に関する刑事訴因事実論についても考察を進め、あるいは、必要に応じて、各犯罪構成要件ごとの刑事訴因事実論の各論部分の研究を進めていきたいとの構想を抱いている次第である。

（平成19年1月19日 脱稿）