

Title	〔最高裁判事例研究四九〕 訴因の変更を促しまたはこれを命じないことが審理不尽になるとされた事例 重過失致死被告事件(昭和四三年一月二六日第三小法廷決定)
Sub Title	
Author	豊泉, 貫太郎(Toyoizumi, Kantarō) 刑事訴訟法研究会 (Keiji soshōhō kenkyūkai)
Publisher	慶應義塾大学法学会
Publication year	1971
Jtitle	法學研究 : 法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.44, No.7 (1971. 7) ,p.131- 135
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	判例研究
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19710715-0131

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.

〔最高裁判例研究 四九〕

昭四三三〇 (最高刑集二三卷二
二号一三五二頁)

訴因の変更を促しましたはこれを命じないことが審理不戻になること
された事例

重過失致死被告事件(昭四三・一一・二六第三小決定)

被告人は昭和三八年二月九日午前一時三〇分頃伊勢市内において、二連銃統一挺を携えており、右銃統の発砲によりAの左腹部に命中、出血多量のため、同日午前一時四五分頃同人を死亡せしめた事実につき、検察官は殺人で起訴し、第一審たる津地方裁判所は、その事実のうち客観的事実を認めたが、被告人の故意を認めえなした上「被告人は、当初から殺人の犯意を否認し、過失を主張しているのであるが、訴因の追加も変更もない本件において、過失犯の成否を論じ得ないこと訴因制度を採る現行法のもとにおいては当然であるとして、被告人に無罪の判決をした。これに対し事実(殺意)誤認として名古屋高裁に控訴され、同高裁は殺人の故意の認定は出来ないとしながらも「しかるに原判決は「被告人は当初から殺人の故意を否認し、過失を主張しているのであるが、訴因の追加も変更もない本件において過失犯の成否を論じ得ないこと当然である。」として直ちに本件につき無罪の言渡をしているので、その当否について考察してみるのに、本件起訴状記載の訴因は殺人であつて、検察官が原審において訴因の追加も変更もしなかつたことは記録上明白であるから、そのままでは重過失致死の事実を認定するこ

判例研究

とが出来ないことは当然であるけれども、右殺人の訴因と前記重過失致死との間には公訴事実の同一性があることは疑いがなく、かつ重過失致死の訴因に変更し、または同訴因を追加しさえすれば有罪の判決をなし得ることは明らかであり、しかもその罪は重過失により人命を奪うという重大なものである。ところで裁判所は、原則として自らすすんで検察官に対し訴因変更手続を促し、またはこれを命ずべき責務はないが、本件のように、起訴状に記載された訴因については無罪とするはかばかしいが、これを変更すれば有罪であること明らかであり、しかもその罪が相当重大であるときには、例外的に検察官に対し訴因変更手続を促し、またはこれを命ずべき義務があるものと解するのが相当である。……中略。……しからば原審は検察官に対し、訴因の変更を促し、またはこれを命じたうえ、前記重過失致死の事実につき審理を尽くすべきであつたのに、これをしないで殺人の訴因のみにつき、審理判断し、直ちに無罪の判決をしたものというはかないから、原判決には審理不戻の違法があるものというべく」として原判決を破棄し、重過失致死を認定した(以上は高刑集二〇一一一四八以下による)のが本件である。

被告人は上告した。その上告趣意の内容は多岐に亘るが原審判決の判示部分について直接ふれておらず、ただ次の主張がかるうじて右と関連する。「訴因変更手続は被告人の防禦に不利益を与えないためのものであり、本件の訴因変更は無罪から有罪となり不利益を与えるものであるの

で訴因変更を認めた趣旨に反する。又殺人と重過失致死との間には公訴事実の同一性があるとは思えない。」
最高裁は上告棄却した後次の様に判示した。

「なお、裁判所は、原則として、自らすすんで検察官に対し、訴因変更手続を促したはこれを命ずべき義務はないのである(最判表示略)が、本件のように、起訴状に記載された殺人の訴因についてはその犯意に関する証明が充分でないため無罪とするはかなくとも、審理の経過にかんがみ、これを重過失致死の訴因に変更すれば有罪であることが証拠上明らかであり、しかも、その罪が重過失によつて人命を奪うという相当重大なものであるような場合には、例外的に、検察官に対し、訴因変更手続を促したはこれを命ずべき義務があるものと解するのが相当である。したがつて原判決が、本件のような事実のもとで、裁判所が検察官の意向を単に打診したにとどまり、積極的に訴因変更手続を促したはこれを命ずることなく、殺人の訴因のみについて審理し、ただちに被告人を無罪とした第一審判決には審理不尽の違法があるとしてこれを破棄し、あらためて、原審で予備的に追加された重過失致死の訴因について自判し、被告人を有罪としたことは、違法とはいえない。」

判旨賛成。

一 現行刑事訴訟法上、訴因変更命令を出さなかつたことが裁判所の義務違反となるか、そしてこの義務に違反したとき上訴審は如何なる理由に基いて原審を破棄できるのであるか、この点に関する判例の変遷、学説は次のようである。即ち昭和二五、六年当時には訴因変更命令は裁判所の義務であるとする下級審判決例が数多く出た。その一例を挙げれば「訴因たる贓物故買の事実については証明なしとする外はないけれど、少くとも贓物運搬の犯罪事実を認定し

得べき余地は存する 場合裁判所としては宜しく：贓物運搬罪としての訴因の追加或は変更を命じ ……審理を尽くすべきであつた」として審理不尽であるとしている(昭和三五・一・二三、福岡)のを始め、

同旨の下級審は昭和三二年まで続いて出された(昭二五・七・二〇東高判・二五・一・七広島高判・高刑特報一四一・一四三、広島高判昭二六・二・三、高刑特報二〇一三、札幌高判昭二七・五・二三高刑特報一八一・一三八福岡高判昭二八・二・一四一三・一二、高刑特報四一・二三一六二七等)。

二 しかるに昭和三三年五月二〇日、最高裁はこの点に関する最初の判決でその立場を明らかにした。即ち検察官主張の訴因の業務上横領と日時、方法等を多少異にする点があるが公訴事実の同一性がある場合には裁判所としては訴因変更を促し、又は命ずべきとした原審判断に対し、「本件のような場合でも、裁判所は自らすすんで検察官に対し、右のような措置をとるべき責務があると解するのは相当ではない」と判示した(刑集一二一七)のであつた。そして右最判後、この点を直接論じた下級審判決は暫く、その影をひそめたが、昭和四二年になり高裁での判決例が出始めた。即ち、窃盜の訴因は認められないが業務上横領が認められる場合に「本件のような場合でも自らすすんで右訴因の変更を命ずべき責務があると解するのは相当ではない(が特に検察官がその訴因を維持すべき特段の事情が明らかでない以上)少くとも業務上横領の訴因に変更を促すべきである」とし(大高判昭四二・三・三)又公職選挙法事件で受供与金額等に差があつた場合に「裁判所としては(略)訴因変更を命ずべき義務はないが、訴因変更を促すべき義務があるものといわざるを得ない(判昭四二・九・一一)」とし、又本件の原審と、相繼いで同旨の判決が出て

いるのである。(六) 高判集二〇一八五(これには青柳先生の評釈がある。判評一〇八以下) この様に前記最判を一応尊重しながらも実質的にこれと異なる判決が数例出ている。そしてこの様な義務違反は「審理不_レ尽」となるとするのが大勢である(前掲判例のうち福岡高判昭二五・一・二三、三、札幌高判昭二七・五・二三二、札幌高判昭三二・一・一〇、広島高判昭二六・二・二、名古屋判昭四二・四・一七(本件原審)、東高判昭四二・三・六)。

三 一方学説も少なくともある範囲においてはその義務を認めようとする(青柳通論三二、平野(全集一)三三八、ボケット刑訴六七二等)のが大勢であろうし、又右義務違反が審理不_レ尽とするのも同様である。以上概観したところによる通説、判例に以下私見を述べて賛したいと考える。ここで考えなければならぬことは訴因変更命令の存在理由及び審理不_レ尽の内容である。

四 訴因変更命令につき、訴訟とは(刑事訴訟法の場合の捜査及び刑の執行を除く)次の三つの面より成り立っていると考える。即ち、(一) 実体形成面 (二) 訴訟進行面 (三) 判断(解決)面である。(註二) (一) 実体形成面とは審判の対象を形成する面であり、これには検察官起訴に係る訴因及びこれを証明する証拠又はこれに対し、訴因を理由あらしめない被告人側よりの主張及びこれを証明する為の証拠により漸次審判の対象を明らかにしていくのである。

(二) 訴訟進行面とは起訴により生じた訴訟法律関係を如何にそれ自体進行させるかという面である。そして(三) 判断面とは(二)の手続により形成された(一)の実体に対し、法を適用して終局的に判断を加え、終結させる面である。そして(一)の面が当事者主義が職権主義か問題となるところである。(二)は裁判所の職権進行主義がとられ、又(三)は裁

判所の専権事項だからである(この点、民訴も刑)。そこで(一)の面について即ち、審判の対象を誰が形成するか、それを理由づける証拠を誰が提出するかである。この点民訴では弁論主義をとり、両当事者にその権限と責任を負わせたのである。

これに反し刑事訴訟法では一次的に検察官被告人にこれを与え、二次的に裁判所に訴因変更命令(法三二二) 職権による証拠調(法二九八) 及び積明権(規二〇八) 等審判対象形成権を与えているのである。裁判所のこれらの権利が如何なる根拠に基づくかといえ、それは刑法一条及び刑事法の基本的理念である社会正義の実現にあると考える。そもそも訴訟制度とは一定の事実に対し、法に従い一定の判断を下すことにより人に納得を与え、紛争解決をすることにある。そして民事訴訟とは二当事者間の利害に関し、解決を与えるものであることより、その目的もその利害を有する者に納得を与えることにより充分目的を達し得る。しかるに刑事訴訟とは、被告人乃至訴追官たる検察官に対してのみ納得させる為のものではなく、その対象となる事実が公共の秩序、社会正義と直接関係をもつ性質のものであることにより、世人一般に納得を与える方法が必要なのである(それ故刑訴では私人訴追(註三)と民事訴訟との差異)。ここに民訴と刑訴の根本的差異(註四)といふのも民事法があると考え、即ち何人を満足させ、納得させるかが両制度の審判対象形成につき、裁判所にその権限を与えたかの差異であろう。それ故民訴における当事者主義とは民事(財産)上の問題がその当事者間の問題たるに留まる故の本質的なものであるのに対し、刑訴のそれは、人権擁護、真実発見の為の便宜的なも

のである。そして、その結果、被告人の訴訟技術が劣る為に過当な刑に処せられることも、又檢察官の訴訟進行が下手な為に無罪になることも、いずれもその結果が著しく不当であり、それが世人一般を納得させることが出来ない場合を考え、二次的ではあるが裁判所にこれら不完全な実体形成を補正する為に与えたのが訴因変更命令(註三)であり、職権証拠調であると考ええる(勿論裁判所にそれだけの高い見識がある。そしてあれば職権主義と云ふは足りるものであろう。そうではない。そうであるならば、三人寄れば類い、より誤りを少なくする位の為であらう。)

それ故本件の如く、被害者が現実死亡し、人命が被告人の行為により奪われた現実があるとき、檢察官が殺人罪で起訴し、これを固執した結果「殺意」の証明がないとして直ちに人を死亡させた者が何の科もなく無罪として放免されるのは世人一般を到底納得させる得るものではない(この点判旨が、その罪が重大であるから)。そしてこの様な場合にこそ、訴因変更命令の存在理由があるのである(この点昨今みられる過当な当事者主義の主張は前述の制度としての目的、即ち何人を納得させるかを考えない不当なものである)。

五 次にこの様にして定められた訴因変更命令(又は職権証拠調)義務に違反したからといって、直ちに上訴理由となるのである。この点右義務は国法上の義務であり、これに違反したからといって直ちに上訴理由とはならないが、その甚しい場合には上訴理由となるとの考えもある(青柳通論三二頁)。確かに訴因変更命令義務に違反した事が直ちに上訴事由となるのは不当である。しかしそれ故にこれを国法上の義務とする必要もないと私は考える。法は第一次的には、実体形成の権限を檢察官、被告人に与えたのである。これらの者が自らに

与えられた権限を充分に利用するなら裁判所の二次的な権限は行使される必要はない。自らこれらの権利を漫然と利用せずにおいて、後に裁判所を安易に非難することは許されないとわなければならぬ。そして、それによる結果が自己帰責の範囲を著しく逸脱し、一般人をしても納得しえない様な場合に初めて不服申立が認められるのであると考え、その意味で二次的であり、直ちに上訴理由とにならないのは当然である。これは訴訟法上の義務であると考えたからといって何ら支障がなく、法の予想する制度の当然の結果にすぎない。

六 さて、訴因変更命令義務に違反した結果は如何なる上訴事由となるであろうか、従来はこれを審理不_(註三)尽という上訴理由にしてきた。審理不_(註三)尽とは明文上規定のない上訴理由である(詳細は真野英一「刑(下参照)。そしてこの「審理不_(註三)尽」を従来理由不備とするか、又は訴訟手続の法令違反とするか説が分れるところである(前説龍川等三〇八頁、吉田脱説三〇二頁、後説青柳通論三一頁、平)。しかし前述四で分類した通り、(一)訴訟進行面での法令違反が訴訟手続の法令違反であり、(二)の判断面での違反が理由不備又は法令適用の誤りであり、(三)の実体形成面での違反は「審理不_(註三)尽」そのものとして上訴理由と考えた方が良いと考える(青柳通論三一頁が旧法においては職権主義的色彩が強く、実体面では私見と同一の立場か不明であるが賛成である)。

「審理不_(註三)尽」がこれらと別個に(又は重複して)上訴理由になると(判例)で確定した現在、他の上訴理由に無理に組み入れる必要はないと考える。

(註一) この分類はそして名称は以前より民事訴訟法の説明について私が用いてきた用語である。この三分方法が平野教授の三分説と一致しているか、平野説がどこまでその分野に入ると考えておられるか明確でないので断定しえない。ただ民事訴訟法上紛争形成面と称していたものを(例、法研四三卷一—号八一頁)刑事訴訟的に審判対象形成面という風に説明した。尚被告人側よりのこの面での役割は民事の如き正確な意味での立証責任はないが、これに類したものが(立証負担)あるので、この面での役割を認めたものである。

(註二)(註三) 民事訴訟法において以前積明権の行使につき、「二次的」という事を述べたことがある(前注法研の八一頁下段右)。ただ以前使った二次的とは単に反射的という意味であり、その面において二次的にせよ法律上の地位を有するものではない。この点ここで刑訴との差異を明らかにする為に再説すれば、民事においては積明権は実体形成の場には何ら(法律的に認められた)権利はない。あるのは訴訟進行権よりの単なる反射、反影である。これに対し、刑訴では二次的に、補助的にせよ、法律で認められた実体形成面での権利がある。何故二次的であり、又認められたかは前述した通りである。

尚同前述において「審理不尽」を上訴理由としたが民事における「審理不尽」は自由心証の範囲を著しく超えた場合にのみ認められると考える(「審理不尽」については松井「民事上告理由として」)。

(「審理不尽」現代法学の課題(斎藤憲一記念「二五頁以下参照」)。
以上により正に本件はその適例であり、又これに対する本件判旨も正当である。尚従来議論されていた訴因変更命令の形成効果の有無については、近時大法廷でこれを否定する判決が出たので(昭和四二八、大、刑集二)この点の説明は省略した。

(昭和四六・三・一〇稿) (豊泉 貫太郎)