

訴因の特定と変更に関する試論

清水 晴 生

1. 訴因の特定・訴因変更の要否に関する判例の検討
 - (1) 刑訴法256条3項
 - (2) 白山丸事件（最高裁大法廷昭和37年11月28日判決刑集16巻11号1633頁）
 - (3) 覚せい剤自己使用のケース（最高裁第一小法廷昭和56年4月25日決定刑集35巻3号116頁）と「日時、場所及び方法」（256条3項後段）
 - (4) 平成13年4月11日決定（刑集55巻3号127頁）
 - (5) 過失の態様に関する2つのケース
（最高裁第三小法廷昭和46年6月22日判決刑集25巻4号588頁、最高裁第一小法廷昭和63年10月24日決定刑集42巻8号1079頁）
2. 考察
 - (1) 訴因の特定・訴因変更の要否にかかる視座・根拠
 - (2) 256条3項の解釈
 - (3) 訴因の特定・訴因変更の要否にかかる判断の要点

1. 訴因の特定・訴因変更の要否に関する判例の検討

(1) 刑訴法256条3項

刑訴法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ぬ。」と定める。

そして、同2項では、「起訴状には、左の事項を記載しなければならない。一 被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項 二 公訴事実 三 罪名」と規定する。この2項2号の「公訴事実」については、単に抽象的な法律構成を記載するのではなく、具体的な事実を記載するものと一般に解されている。

この「公訴事実」については、さらに同3項が、「公訴事実は、訴因を

明示してこれを記載しなければならない。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。」と定めている⁽¹⁾。

このとき、条文の上で「公訴事実」と呼ばれているものは、「できる限り日時、場所及び方法を以て」「特定してこれをしなければならない」ところの具体的な「罪となるべき事実⁽²⁾」のことであり、このように特定された「罪となるべき事実」こそがまた、「明示してこれを記載しなければならない」ところの、そして刑事裁判の審判対象であるところの訴因である、と一般的に理解されている。

もっと簡単にいえば、刑事裁判で裁判所が判断を示し、また検察官と被告人・弁護人という両サイドの訴訟当事者が攻防を繰り広げる対象こそが訴因だ、ということである。

つまり、この主客を逆転させて考えてみるならば、訴因だというに足りる「罪となるべき事実」であるためには、刑事裁判において裁判所が判断を示しうるものでなければならないし、同時にまた、検察官と被告人・弁護人という両訴訟当事者が、憲法と刑事訴訟法とが保障する公平・対等、迅速などの諸原理にかなう適正な刑事裁判手続において互いの主張を戦わせ、互いの証拠の証明力を争い、攻撃と防御とをくり返すことのできるように特定された「罪となるべき事実」でなければならない、ということである。

(1) 256条ではこのほか、同4項では「罪名は、適用すべき罰条を示してこれを記載しなければならない。但し、罰条の記載の誤は、被告人の防禦に実質的な不利益を生ずる虞がない限り、公訴提起の効力に影響を及ぼさない。」とされ、同5項は「数個の訴因及び罰条は、予備的に又は択一的にこれを記載することができる。」と定め、さらに同6項が「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附し、又はその内容を引用してはならない。」と規定する。

(2) この「罪となるべき事実」は同時にまた、刑訴法335条において、「有罪の言渡をするには、罪となるべき事実、証拠の標目及び法令の適用を示さなければならない。」とされるところの「罪となるべき事実」でもある。

また、同333条1項「被告事件について犯罪の証明があつたときは、第334条の場合を除いては、判決で刑の言渡をしなければならない。」にいう「被告事件」についても同じことがいえる。古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』〔第2版〕425頁参照。

ある。

しかし、これまでの判例においては、「罪となるべき事実」「訴因」の特定の程度に関して、かなりゆるやかなもので足りるとする判断がたびたび示されてきた。とりわけ、先にあげた256条3項が「できる限り」示すべきとしたところの「日時、場所及び方法」については、一般的には、「犯罪を構成する要素」ないし「罪となるべき事実そのもの」ではないから、ケースごとの事情によっては幅のある特定で足りるとされ、あるいはまた、犯罪行為の「主体」（実行行為者）についても、審理経過や防御の状況にかんがみて不意打ちにあたらなければ、明示されたのと異なる認定をしても違法ではない、などとされてきた。

（2）白山丸事件（最高裁大法廷昭和37年11月28日判決刑集16巻11号1633頁）

出入国管理令違反に問われた白山丸事件⁽³⁾では、起訴状に記載された訴因は、「被告人は、昭和27年4月頃より同33年6月下旬までの間に、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」というものであった。つまりここでは、「犯罪の日時を表示するに6年余の期間内とし、場所を単に本邦よりとし、その方法につき具体的な表示をしていない」という程度の訴因の特定しかなされずに、この内容をもって審判の対象とされたというのである。

昭和27年4月ころから33年6月下旬までという6年以上の期間のどこかで、日本のどこかから、どんな方法によったかはまるで明らかでないものの、中国へ正規の手続を経ずに出国した、というものとして起訴状に示された犯罪事実・犯罪行為は、はたして、たとえばほかの同種の犯罪行為とははっきりと区別される形で、特定の「その」犯罪行為として、裁判所の審判対象となりえているのかどうか。あるいはまた、両訴訟当事者の攻

(3) 最高裁大法廷昭和37年11月28日判決刑集16巻11号1633頁。

防の対象、とりわけ被告人・弁護人サイドの防御活動が集中して向けられるべき対象となりえているのかどうか。

このような訴因の特定のために必要とされる程度について、最高裁大法廷はその判断の基準・枠組を次のように判示した。

「刑訴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、訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならぬ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、被告人に対し防禦の範囲を示すことを目的とするものと解される所、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つてゐる場合を除き、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ゐるのであるから、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かぎりの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」⁽⁴⁾。

ここではまず、訴因の特定の機能として、「裁判所に対し審判の対象を限定するとともに、被告人に対し防禦の範囲を示すことを目的とするもの」だとする。

そしてこのとき、「犯罪の日時、場所及び方法は、これら事項が、犯罪

(4) 刑集16巻11号1636頁以下。この中で最高裁大法廷判決が判示している「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つてゐる場合を除き、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ゐるのである」という点については、次のような指摘が参考にならう。すなわち、「識別説は、これを理論的に徹底するならば、訴因に記載されるべき事實は非常に抽象化され、実際に記載された事象の多くはその中核部分から捨象されることになるため、具体的結論において、もはや法律構成説と径庭なきものとなるのではないだろうか」(辻本典央「訴因の研究——「訴因変更の必要性」について——」近畿大學法學53巻1号155頁)と。

を構成する要素になつている場合を除き、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」にすぎないのだとした。そうであるから、「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かぎりの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」のだという。

つまり、先に見た256条3項が要求していた「日時、場所及び方法」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ための一手段に過ぎないから、「できる限り」表示すれば足りるのだとしたのである。そうであるから、犯罪の種類や性質などによっては、「幅のある表示」も許されるというのである。

ここですでに、256条3項「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。訴因を明示するには、できる限り日時、場所及び方法を以て罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。」という条文の法文に対するひとつの解釈が示されている。

「できる限り……特定してこれをしなければならない」という場合の「できる限り」という限定を付す言い回しの文言を、精一杯がんばったのならそれでいい、というような、まるで努力義務程度の内容を定めたものと読み替えているのである。

「できる限り……しなければならない」という場合に、これを「最大限に」すべきである、「最大限」することが必要不可欠だ、と読むべきであるのか。それとも「できる限り」がんばったのならそれでいい、という無理をさせるつもりはないといった許容的なニュアンスを示した法文として読むべきなのか。

この大法廷判決の中では後者の意味でとらえられているということ、ひとまずここで指摘しておきたい。

そして大法廷はこのように示した判断基準・判断枠組を、今回のケースに次のようにあてはめている。

「これを本件についてみるのに、検察官は、本件第一審第1回公判においての冒頭陳述において、証拠により証明すべき事実として、(1)昭和33年7月8日被告人は中国から白山丸に乗船し、同月13日本邦に帰国した事実、(2)同27年4月頃まで被告人は水俣市に居住していたが、その後所在が分からなくなった事実及び(3)被告人は出国の証印を受けていなかった事実を挙げており、これによれば検察官は、被告人が昭和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つてから、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日白山丸に乗船して帰国したものであるとして、右不法出国の事実⁽⁵⁾を起訴したものとみるべきである。そして、本件密出国のように、本邦をひそかに出国してわが国と未だ国交を回復せず、外交関係を維持していない国に赴いた場合は、その出国の具体的顛末についてこれを確認することが極めて困難であつて、まさに上述の特殊事情のある場合に当るものというべく、たとえその出国の日時、場所及び方法を詳しく具体的に

- (5) たとえばこれを、今回の帰国に対応する最終一回行為として画定したところで、法廷にいる裁判官、検察官、被告人、弁護人の誰の頭の中にも、そんなものは事実としては想定されえない。名前が付けられて、ほかの名前と区別がつくというだけで、そこで具体的事実はなんら特定されていない。期間内の出国の事実が具体的に明らかになつても、それが最終一回行為の候補である以上、別訴は許されない。しかし、それ以前の事実が明らかになればこれは別訴可能である。候補のあとの事実が具体的に明らかになると、新たに明らかとなつたものが別訴されえない候補として入れ替わり、それまでの候補は別訴可能となる。このように最終一回行為の候補は具体的事実を転々としうることから、具体的に特定されることがない。最終一回行為はいつまでも候補・可能性であり、実体として特定されえないことが明らかとなる。いわば最終一回行為は、「特定されえないもの」として特定されているにすぎない。検察官は「最終一回行為」として特定すれば足りるが、被告人・弁護人はどうやって「最終一回行為」という抽象的・観念的なものを具体的にやっていないと防御できるのだろうか。すべての候補について具体的にアリバイを証明しても、それでも抽象的・観念的な「最終一回行為」は維持される。これではもはや審判対象を具体的に特定したとはいえないだろう。抽象的・観念的に識別可能なだけであり、なんら特定されてはいないというほかない。

表示しなくても、起訴状及び右第一審第1回公判の冒頭陳述によつて本件公訴が裁判所に対し審判を求めようとする対象は、おのずから明らかであり、被告人の防禦の範囲もおのずから限定されているというべきであるから、被告人の防禦に実質的の障碍を与えるおそれはない。」⁽⁶⁾。

犯罪行為の「日時、場所及び方法」（256条3項後段）について、検察官は、「6年余りの間」に、「日本から中国へ」、「不明な方法」により、不法に出国したと主張し、これでもって訴因が特定されているとしたわけである。比喩的にいえば、市町村レベルの地図を広げるのではなく、世界地図を広げて、このへんで犯罪をやりましたと指さしたような特定で足りるものとして訴因を掲げたというのである。

これに対して最高裁大法廷は、本件の「特殊事情」を汲んだ判断を示した。すなわち、「本件密出国のように、本邦をひそかに出国してわが国と未だ国交を回復せず、外交関係を維持していない国に赴いた場合は、その出国の具体的顛末ついてこれを確認することが極めて困難であつて、まさに上述の特殊事情のある場合に当るものというべく、たとえその出国の日時、場所及び方法を詳しく具体的に表示しなくても、起訴状及び右第一審第1回公判の冒頭陳述によつて本件公訴が裁判所に対し審判を求めようとする対象は、おのずから明らかであり、被告人の防禦の範囲もおのずから限定されているというべきであるから、被告人の防禦に実質的の障碍を与えるおそれはない」と。

「できる限り」特定することの意味が努力義務的なもので足りるのだとしても、それはやはり、少なくとも「本件公訴が裁判所に対し審判を求めようとする対象は、おのずから明らかであり、被告人の防禦の範囲もおのずから限定されているというべき」状況に達していなければ、違法となる。

「たとえその出国の日時、場所及び方法を詳しく具体的に表示しなくて

(6) 刑集16卷11号1637頁。

も」許されるとした理由として、最高裁大法廷はそれを許す「特殊事情」があったというのである。その特殊事情とは、「わが国と未だ国交を回復せず、外交関係を維持していない国に赴いた場合は、その出国の具体的顛末ついてこれを確認することが極めて困難」という一事であった。

そしてまた、このような特殊事情がある中での、この程度の特定であっても、「起訴状及び右第一審第1回公判の冒頭陳述によつて」審判対象は明らかにされ、防御範囲も限定された、とした。

ここで注意しておきたいのは、大法廷判決はなるほど「特殊事情」が存在することについては理由を述べたが、その上で「冒頭陳述」によって、あるいはその後の経過の中で、このもともと漠然とした訴因が、「裁判所に対し審判を求めようとする対象は、おのずから明らかであり、被告人の防禦の範囲もおのずから限定されている」といえるものとして、いったいどのような内容において具体化されたのか、あるいはされていないのかについて、なにも明らかにしていない点である。

訴因の特定や変更の要否に関する議論において、審判対象として識別可能かどうか、あるいは防御に不利益をもたらさないかどうかこそが要点であるとすれば、大法廷判決がいう「特殊事情」は概括的特定を許容する前提条件ではありえても、その存在自体が訴因を特定する内容というわけではないのであるから、「特殊事情」があるうえで、結局どのような形で「罪となるべき事実」が明らかにされたことによって、「本件公訴が裁判所に対し審判を求めようとする対象は、おのずから明らかであり、被告人の防禦の範囲もおのずから限定されているというべき」状態にまで至ったのかという点こそを、ここでの議論の結論として、明確に判示すべきであつたらう。

（３）覚せい剤自己使用のケース（最高裁第一小法廷昭和56年4月25日決定刑集35巻3号116頁）と「日時、場所及び方法」（256条3項後段）

ところで、白山丸事件が示した「できる限り」に関して精いっぱい努力したならそれで良しとするような許容的な意味内容にとらえる判示は、覚せい剤自己使用のケース⁽⁷⁾でも示されている。そこでも白山丸事件のケースほどではないにしても、相当に概括的な訴因の特定がなされた。最高裁第一小法廷の判示は次のようなものであった。

「なお、職権により判断すると、『被告人は、法定の除外事由がないのに、昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間、広島県高田郡吉田町内及びその周辺において、覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類を含有するもの若干量を自己の身体に注射又は服用して施用し、もつて覚せい剤を使用したものである。』との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、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべきである」⁽⁸⁾。

第一小法廷は、「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、覚せい剤使用罪の訴因の特定に欠けるところはないというべき」という。

そこではあえて「特殊事情」についての指摘がなされてはいない。覚せい剤の自己使用のケースについては、一般的にいても、潜在的になされる犯罪であることから、その行為の「日時、場所及び方法」（256条3項

(7) 最高裁第一小法廷昭和56年4月25日決定刑集35巻3号116頁。

(8) 刑集35巻3号117頁。

後段)の厳密な特定には困難を伴いやすいことや、覚せい剤の使用日時を採尿手続から割り出そうとしても、そこにもおのずから限界があり、一定の幅のある認定にとどまらざるをえないことなどを挙げるができる。

あるいはこのような事情は覚せい剤自己使用罪一般に広く認められる事情であるから、白山丸事件が示したような「特殊事情」に類するものではないと考えられたのかもしれない。

しかし、特殊事情なしに許容されるとすれば、犯罪一般が通常人目に付かないように行われるものであることからすれば、まさにいつでも「できる限り」捜査した結果だといってしまえば概括的特定が許容されうるといふことにもなりかねない。

このケースがなにをどのように特定したのかをもう一度整理しておく。

まず、日時について、「昭和54年9月26日ころから同年10月3日までの間」と1週間の幅を持たせており、これは前述の覚せい剤の検査の限界に基づいて幅のある記載とされたものと考えられる。

次に、場所に関しては、「広島県高田郡吉田町内及びその周辺において」とされた。白山丸事件は「日本から中国へ」という世界地図レベルのものであったのに対して、ここではいわば市町村レベルの表示となっているが、それにとどまらずさらに「その周辺」までが含まれていることにも注意が必要である。高田郡の吉田町がいくつの市町村に隣接しているかは明らかではないが、「その周辺」が含まれることにより、もはや対象となる範囲は数倍に膨れ上がる。

覚せい剤自己使用罪に関して、場所の特定は重要ではないと考える向きもあろう。しかし、たとえば高田郡吉田町内の警察署は使用場所にはたして含まれるだろうか。通常、警察署内で覚せい剤が使用されるということはあるから当然含まれないと一笑に付されるかもしれない。しかしだからこそ、たとえばその表示の期間の間、被告人が警察署の留置施設内

に留置されていたとしたら、被告人の自己使用はありえなかったということになるのである。

このように、覚せい剤の自己使用に関しても、場所の特定は決して容易に幅のある記載を許すようなものではない。裁判所にとって識別可能に思える場合でも、被告人の防御にとってはこのようなひとつひとつのアリバイ主張を展開せざるをえないことになり、幅のある記載はそれだけ防御の手間を増幅させると同時に、防御の主張が分散されてしまう、集中的な防御が阻害されてしまうことになりうる。

覚せい剤自己使用の量刑、情状に関していえば、その使用量も問題となりうる。ここでは「覚せい剤であるフェニルメチルアミノプロパン塩類」そのものではなく、これを「含有するもの」を、「若干量」使用したとされている。実際、どの程度含有したものであったのか。使用量が若干量といっても、ゼロに近ければ犯罪事実自体がなかったと争い、そうでなければ、多量でないから中毒性の程度は低いと情状で争うということにもなりえよう。幅のある訴因は、弁護人が有効なケースセオリーを強固に構築するのを困難にし、さらには、尋問そのものも有効に行うことを難しくするものと考えられる。

最後に方法についても、自己の身体に「注射又は服用して」使ったとした。

このように見てくると、訴因の特定がどのようになされたのかがおのずから明らかになろう。最高裁第一小法廷は、検察官は証拠に基づきできる限り特定したと評価した。しかしこの特定内容を見る限り、訴因の特定の基礎とされた証拠は、単に覚せい剤を使ったという素朴な鑑定結果ひとつにすぎなかったであろうということがうかがわれるのである。

このような特定で足りるとされてしまう背景には、当然、白山丸事件大法廷判決が判示した判断基準・判断枠組がある。すなわち、「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つている場合を除き、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、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かぎりの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はできない⁽⁹⁾、という見方がそれである。

しかし、すでに述べたように、日時や場所の特定は弁護人の防御におけるアリバイ主張にとっては重要な内容である。これらの点について弁護人がアナザーストーリーを主張する場合、それは裁判所にとっても審判対象の識別可能性が問われている事態にほかならない。方法に関してもまた、自己によるのではなく、他人によって注射され、あるいは飲み物や食事に混ぜられ服用させられた可能性は当然に問われうるのである。

そうであるとすれば、むしろ犯罪の「日時、場所及び方法」(256条3項後段)こそが、同一主体、同一客体、同一罰条、あるいは同一結果においても、さらに個別具体的な行為事実を識別可能とするのに不可欠な要素ではないのか、と考える余地があろう。

いってみれば、まさに「最後一回行為」かどうかを特定することこそが要請されているのであって、検察官が期間内の行為について1回きりしか訴追するつもりがないかどうかは当該公判の外部の事情に過ぎないのであるから、訴因の特定において考慮されうる性質のものではないというほかない⁽¹⁰⁾。

(9) 刑集16巻11号1636頁以下。

(10) たとえば、検察官が、被害者の後遺症の原因となりうる複数の傷害について、「公訴時効にかからない時点以降の1回を訴追する趣旨である」として期間を特定した場合を想定すれば、そのような訴因の特定が許されないのは当然だが、このような特定がなにも特定しえていないことが(さらには因果関係という構成要件要素が具体的には認定されえないことも)明らかとなろう。

（４）平成13年4月11日決定（刑集55巻3号127頁）

そして、白山丸事件以前にも、あるいはそれ以後にも、訴因の特定や変更の要否に関する判例はいくつもあり、またこのテーマに関する学説の議論も多くなされてきたところ、これらの判例や議論を集約しつつ、現在の議論状況の嚆矢となっているのが、最高裁第三小法廷平成13年4月11日決定⁽¹¹⁾である。

決定が判示するところによれば、本件のうちの殺人事件についての当初の公訴事実は、「被告人は、Nと共謀の上、昭和63年7月24日ころ、青森市大字合子沢所在の産業廃棄物最終処分場付近道路に停車中の普通乗用自動車内において、Oに対し、殺意をもってその頸部をベルト様のもので絞めつけ、そのころ窒息死させて殺害した」⁽¹²⁾というものであった。

しかし、被告人がNとの共謀の存在と実行行為への関与を否定して無罪を主張したことから、その点に関する証拠調べが実施されたところ、検察官が第1審係属中に訴因変更を請求したことにより、公訴事実は「被告人は、Nと共謀の上、前同日午後8時ころから午後9時30分ころまでの間、青森市安方2丁目所在の共済会館付近から前記最終処分場に至るまでの間の道路に停車中の普通乗用自動車内において、殺意をもって、被告人が、Oをの頸部を絞めつけるなどし、同所付近で窒息死させて殺害した」旨の事実に変更された。

このように変更された事実につき、第1審裁判所は審理の結果、「被告人は、Nと共謀の上、前同日午後8時ころから翌25日未明までの間に、青森市内又はその周辺に停車中の自動車内において、N又は被告人あるいはその両名において、扼殺、絞殺又はこれに類する方法でOを殺害した」旨の事実を認定し、罪となるべき事実としてその旨を判示した。

(11) 刑集55巻3号127頁。

(12) 刑集55巻3号129頁。

このように、罪となるべき事実の特定において、場所や方法に関しても「青森市内又はその周辺」とか「扼殺、絞殺又はこれに類する方法」といった概括性が認められる。

これらについても、具体的に防御に不利益を生じさせたかどうかという評価で十分とするか、それともこのような変更が一般的に防御に困難をもたらし、他の形の防御を想定しえたかという抽象的評価をもって相当とすべきかという議論がありうる。後者の基準によれば、「扼殺、絞殺又はこれに類する方法」という認定は同種の防御がなされたものと想定可能だが、「青森市内又はその周辺」は防御のありかたに変更を迫るものといえるだろう。

そして、本件でとくに問題となったのは、実行行為の主体の特定に関してである。第1審はこれを「N又は被告人あるいはその両名」として、択一的に認定した。

これらの概括的・択一的認定、とりわけ実行行為主体の択一的認定に関して、さらに本件決定が説明しているところを続いて見ていこう。

第三小法廷は、「上記判示は、殺害の日時・場所・方法が概括的なものであるほか、実行行為者が『N又は被告人あるいはその両名』という択一的なものであるにとどまるが、その事件が被告人とNの2名の共謀による犯行であるというのであるから、この程度の判示であっても、殺人罪の構成要件に該当すべき具体的事実を、それが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らかにしているものというべきであって、罪となるべき事実の判示として不十分とはいえないものと解される」⁽¹³⁾ [太字・下線筆者] という。

そして、「実行行為者につき第1審判決が訴因変更手続を経ずに訴因と

(13) 刑集55巻3号129頁。

異なる認定をしたことに違法はないか」について、次のように述べる。

「訴因と認定事実とを対比すると、前記のとおり、犯行の態様と結果に実質的な差異がない上、共謀をした共犯者の範囲にも変わりはなく、そのうちのだれが実行行為者であるかという点が異なるのみである。そもそも、殺人罪の共同正犯の訴因としては、その実行行為者がだれであるかが明示されていないからといって、それだけで直ちに訴因の記載として罪となるべき事実の特定に欠けるものとはいえないと考えられるから、訴因において実行行為者が明示された場合にそれと異なる認定をするとしても、審判対象の画定という見地からは、訴因変更が必要となるとはいえないものと解される。とはいえ、実行行為者がだれであるかは、一般的に、被告人の防御にとって重要な事項であるから、当該訴因の成否について争いがある場合等においては、争点の明確化などのため、検察官において実行行為者を明示するのが望ましいということができ、検察官が訴因においてその実行行為者の明示をした以上、判決においてそれと実質的に異なる認定をするには、原則として、訴因変更手続を要するものと解するのが相当である。しかしながら、実行行為者の明示は、前記のとおり訴因の記載として不可欠な事項ではないから、少なくとも、被告人の防御の具体的な状況等の審理の経過に照らし、被告人に不意打ちを与えるものではないと認められ、かつ、判決で認定される事実が訴因に記載された事実と比べて被告人にとってより不利益であるとはいえない場合には、例外的に、訴因変更手続を経ることなく訴因と異なる実行行為者を認定することも違法ではないものと解すべきである」⁽¹⁴⁾ と [太字・下線筆者]。

まず、犯行の態様と結果に実質的な差異がないと述べている点も注意すべきであろうが、しかしこの点についてはくわしくは触れていない。

そして、共同正犯における実行行為者が誰かは「審判対象の画定という

(14) 刑集55巻3号130頁。

見地」からは訴因変更を必要としないが、しかし防御上一般に重要な事項であることに鑑みれば明示することが望ましいものであるがゆえに、「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」ものとし、ただし、具体的審理経過に照らして「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」ならば訴因変更を要しない、とやや複雑な判断基準を示した。

つまり、「審判対象画定の見地」と「被告人の防御」との間に重要性の差異を認め、防御の見地から要請される場合の訴因変更の必要性については例外を許容したのである⁽¹⁵⁾。

第三小法廷が示した、いくらか折衷的ともいえるこの判断基準についても、いくつかの難点が見出されるように思われる。

①まず第1に、不利益を与えるものでなければ変更不要という判断が有効な判断基準として機能しうるかについて疑問が残る。なぜなら、あえて変更を要しないだろうという直感的な結論が導かれた場合に、そこから容易に「不利益も与えてないといえるだろう」という理屈をつけ加えることができるように思われるからである。

②第2に、防御上一般的に重要であるから明示するのが望ましいとした積極的な評価に見合う判断基準たりえていないのではないかという疑問である。不可欠でないならば明示しないという戦術上の判断を許容することになるから、望ましいという評価は単なるリップサービス以上の意味を持ちえなくなる。

③第3に、決定に示された判断基準は防御にも矛盾を生ぜしめるもので

(15) そして本件でも、実行行為の主体が誰かという点については争点として顕在化されて証拠調べも行われた以上、不意打ちを与えるものではないから結局訴因変更を要せず、したがって訴訟手続の法令違反は認められないとされたのである。

はないかという疑問がある。

防御上不利益を与えたなら変更が必要で、与えてなければ変更は不要だというのだから、万全を期して広く防御を尽くすほどに変更不要の範囲が広がり不安定さが拡大することになる。

さらに、訴因変更がなければ無罪となると考えた弁護人は、防御をしないほうが訴因変更のリスクを減らせるという二律背反状況に置かれることになるのではないか。

④最後に、裁判の期間や公判の回数が限定されてきている中で、争点が顕在化され不利益はなかったとする裁判所の判断が、被告人・弁護人側からすれば一方的な判断となる場合も少なくないように思われる。当初から変更後の訴因が設定された場合を想定して、防御内容にほとんど実質的な差異が生じなかったという場合に初めて、不利益を与えなかったといえるのではなかろうか。

これらの疑問点についてはあとでさらに検討しよう。

（５）過失の態様に関する２つのケース

（最高裁第三小法廷昭和46年6月22日判決刑集25巻4号588頁、最高裁第一小法廷昭和63年10月24日決定刑集42巻8号1079頁）

ここでは最後に、むしろ態様そのものが訴因特定にとって重要だとされてきた過失の態様のケースを見ることにしたい。

最高裁第三小法廷昭和46年6月22日判決⁽¹⁶⁾のケースでは、追突事故を引き起こした被告人の過失の態様について、起訴状で明示された態様と認定された態様との間に差異が生じた。

起訴状記載の態様は、被告人が自動車を運転し交差点手前で信号待ちをしていた際に、先行車が発進するのに続いて自車も発進させようとしたと

(16) 刑集25巻4号588頁。

きに、このような場合「自動車運転者としては前車の動静に十分注意し、かつ発進に当つてはハンドル、ブレーキ等を確実に操作し、もつて事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるのに、前車の前の車両が発進したのを見て自車を発進させるべくアクセルとクラッチペダルを踏んだ際当時雨天で濡れた靴をよく拭かずに履いていたため足を滑らせてクラッチペダルから左足を踏みはずした過失により自車を暴進させ未だ停止中の前車後部に自車を追突させ」⁽¹⁷⁾て、先行車に乗っていた夫婦にムチ打ちのケガを負わせた、というものであった。

これに対して、第一審は訴因変更の経ることなしに、被告人は自動車を進捗させて交差点に差しかけた際に、「自車の前に数台の自動車が一列になつて一時停止して前方交差点の信号が進行になるのを待っていたのであるが、この様な場合はハンドル、ブレーキ等を確実に操作し事故の発生を未然に防止すべき業務上の注意義務があるのに、これを怠り、ブレーキをかけるのを遅れた過失により」⁽¹⁸⁾自車を先行車に追突させて、同様にムチ打ちのケガを負わせたと認定した。

つまり、弁護人の上告趣意にあるように、「前者は停止中の車を発進させる場合の注意義務違反であり、後者は自動車の走行中における注意義務」であつて、「公訴事実の過失と第一審判決認定の過失とでは、後者の方が、過失の責任が重い」ということができる⁽¹⁹⁾。

このように原審弁護人は、本件では「公訴事実に記載された被告人の過失と右認定事実に記載された被告人の過失との間には、その態様において

(17) 刑集25巻4号590頁。

(18) 刑集25巻4号591頁。

(19) 刑集25巻4号594頁、595頁。続けて弁護人は「このように、被告人にとつてより重い過失の責任を負わせるような結果を招く場合においては、訴因を変更し、これに従つて被告人に防禦させるということが必要ではなかつたか」(同595頁)としている。

全く相異つたものがあ」⁽²⁰⁾るから、訴因変更の手續を必要とする旨の主張をした。

これに対して原判決は、「その差は同一の社会的事実につき同一の業務上注意義務のある場合における被告人の過失の具体的行為の差異に過ぎず、本件においてはこのような事実関係の変更により被告人の防禦に何ら実質的不利益を生じたものとは認められないから、第一審が訴因変更の手續を経ないで訴因と異なる事実を認定したことは何ら不法ではない旨の判断を示して、原審弁護人の前記主張をしりぞけ、第一審判決を維持」⁽²¹⁾ [下線筆者] した。

しかし、最高裁は次のように判示した。「本件起訴状に訴因として明示された被告人の過失は、濡れた靴をよく拭かずに履いていたため、一時停止の状態から発進するにあたりアクセルとクラッチペダルを踏んだ際足を滑らせてクラッチペダルから左足を踏みはずした過失であるとされているのに対し、第一審判決に判示された被告人の過失は、交差点前で一時停止中の他車の後に進行接近する際ブレーキをかけるのを遅れた過失であるとされているのであつて、両者は明らかに過失の態様を異にしており、このように、起訴状に訴因として明示された態様の過失を認めず、それとは別の態様の過失を認定するには、被告人に防禦の機会を与えるため訴因の変更手續を要するものといわなければならない」⁽²²⁾ [太字筆者]。

最高裁第三小法廷はこれ以上の説明をしていないわけではない⁽²³⁾。原判決は「具体的行為の差異に過ぎず」とし、被告人の防禦にも「何ら実質的不利益を生じたものとは認められない」として訴因変更を不要としていた。

(20) 刑集25卷4号594頁。

(21) 刑集25卷4号591頁。

(22) 刑集25卷4号591頁以下。

(23) 原審と第一審の判決を破棄して、地裁に差し戻している。

被告人の防御に「実質的不利益」をもたらさなかった「具体的行為の差異」については訴因変更不要という原判決の判示のほうが、これまで見てきた判例の考え方に近いのではないかとも思える。

しかし、最高裁第三小法廷は「実質的不利益」についてはなにも述べていないから、過失の態様はいわば「防御の機会を与えるため」⁽²⁴⁾のみならず、「審判対象の画定という見地から」も訴因変更を要する「訴因の記載として不可欠な事項」にあたるといえることになる⁽²⁵⁾。

つまり、すでに見た平成13年4月11日決定の判断基準にしたがうとすれば、最高裁第三小法廷判決と原判決との差異は、過失の態様を「訴因の記載として不可欠な事項」と見るか、それとも「具体的行為の差異に過ぎ」ないものと見るかの違いだということになる。

そして本件で第三小法廷は、過失犯構成要件においては、その方法ないし「犯行の態様」が、いわば一般的に訴因変更を必要とするような「実質的な差異」をもたらすものだとしたのである⁽²⁶⁾。

なぜ、過失犯においてはその具体的な過失の態様が「被告人に防禦の機会を与えるため」⁽²⁷⁾にも、「審判対象の画定という見地から」も、訴因変更を要する「訴因の記載として不可欠な事項」⁽²⁸⁾となるのであろうか。なぜ過失犯の過失の態様だけが、犯行の態様・方法という「審判対象の画定という見地から」すれば「不可欠」とも思われない「具体的行為の差異に過ぎ」ないものであるにもかかわらず、ほかの場合と異なり、訴因変更を要する不可欠な事項とされるのであろうか。

たしかに過失犯構成要件は、いわゆる開かれた構成要件ではある。具体

(24) 刑集25巻4号592頁。

(25) 最高裁第三小法廷平成13年4月11日決定刑集55巻3号130頁。

(26) 刑集55巻3号130頁。

(27) 刑集25巻4号592頁。

(28) 刑集55巻3号130頁。

のケースごとに注意義務違反の内容が個別的に特定されることを要する。その意味で「全く相異つた」、「実質的な差異」をもたらしうる具体的な訴因事実の変更を生ぜしめるものであるから、「審判対象の画定という見地から」しても「不可欠」だ、ということになるのだろう。

しかし、本件のケースでも、犯行の主体、客体、結果という通常重要視される要素には違いが生じておらず、むしろただその方法に差異が生じているのみであるから、原判決が判示したように「具体的行為の差異に過ぎ」ないというべきである。過失犯の注意義務違反の内容は、過失犯構成要件においても「具体的行為の差異に過ぎ」ないのであり、本件でも主体、客体、結果に違いはない以上、やはり「具体的行為の差異に過ぎ」ないといえぬ。過失犯でのみ方法・態様が重要視されることを根拠づけることはできないというべきである。

追突事故により被害者にムチ打ちのケガを負わせたという結果に至るいわば因果経過の差異に過ぎず、その因果経過の起点となった行為に関する具体的事実(注意義務違反行為)に相違を来すが、それもまた主体、客体、結果に相違をもたらすには至っていない。いわば行為態様・方法の差異にとどまっている。ぶつかる前に一時停止していたかどうかという事故とは直接関わりのない事実の違いは認められようが、犯罪結果や注意義務違反行為についての日時と場所も共通している。発進時か停止時かといういわば行為状況の違いはあるが、せいぜいずれているのは、足がクラッチペダルから外れていたのか、それともブレーキペダルから外れていたのかというわずかな違いでしかない。それでも注意義務違反の態様が重要視されるのは、それが実行行為、つまり犯罪行為そのものだからだというほかなからう。

同じことは、個別の作為義務の特定を俟って認定されるべき不真正不作為犯の場合についてもいうことができる。同一の不作為について相異なる

作為義務の発生根拠を想定することができるのと、過失結果をもたらした同一の行為について相異なる注意義務違反を想定できるのとは、パラレルにとらえることができる。これらはいわば犯行の態様の差異でしかない。審判対象の画定という意味では、ほかの行為と区別する必要においてはなんら重要視されないとされてきた要素に過ぎない。

しかし、過失犯の注意義務違反行為が、開かれた構成要件における書かれざる構成要件要素であるというのと同じ意味において、あらゆる故意犯構成要件における因果関係もまた書かれざる構成要件要素にはかならない。因果関係が書かれざる構成要件要素である理由は、それが実行行為(および結果)の一部だからであり、実行行為を書けば足りるからである。しかし、実行行為はケースごとに特定されなければならない。そして因果関係を争うということは、犯罪の実行そのものを争うことであるから、むしろ行為の方法や態様が重要視されない理由はないといわなければならないだろう。

行為態様ないし因果関係については、とりわけ第三者の介在が問題となるケースが少なくない⁽²⁹⁾。したがって、行為態様や因果関係を審判対象画定や被告人の防御上必ずしも重要でないとしたただちにいてよいかには疑問が残る。

他方で、過失犯の注意義務の根拠となる事実に関して、訴因変更を要するような、審判対象画定にとって不可欠の要素にはあたらないとした最高裁第一小法廷昭和63年10月24日決定⁽³⁰⁾も見ておく。

本件における起訴状記載の公訴事実の要旨は、「被告人が、普通乗用自動車^前を業務として運転し、時速約30ないし35キロメートルで進行中、前

(29) 最高裁第三小法廷平成2年11月20日決定刑集44巻8号837頁(大阪南港事件)など。因果関係(行為態様や行為状況を含む)に変更が生じた場合、そのことが(過失における注意義務如何と同様に)故意の存否とも関わってくることについては、最高裁第一小法廷平成16年3月22日決定刑集58巻3号187頁(クロロホルム事件)参照。

(30) 刑集42巻8号1079頁。

方道路は付近の石灰工場の粉塵等が路面に凝固していたところへ、当時降雨のためこれが溶解して車輪が滑走しやすい状況にあつたから、対向車を認めた際不用意な制動措置をとることのないよう、あらかじめ減速して進行すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、前記速度で進行した過失により、対向車を認め急制動して自車を道路右側部分に滑走進入させ、折から対向してきた普通乗用自動車に自車を衝突させ、右自動車の運転者に傷害を負わせた」⁽³¹⁾ [下線筆者] というものであった。

しかし検察官は第一審の途中で、右公訴事実中「前方道路は付近の石灰工場の粉塵等が路面に凝固していたところへ、当時降雨のためこれが溶解して車輪が滑走しやすい状況にあつたから」という部分を、「当時降雨中であつて、アスファルト舗装の道路が湿潤し、滑走しやすい状況であつたから」と変更する旨の訴因変更請求をして、右請求が許可された⁽³²⁾。

この訴因変更については、変更前の注意義務の発生根拠となる事実は「付近の石灰工場の粉塵等が路面に凝固していた」のが雨で溶解したという特殊事情であるのに対して、変更後は単に雨でアスファルトが濡れて滑りやすいという一般的な事情となっていて、注意義務ないその違反が認定されやすいように変更したものと考えることができる⁽³³⁾。

つまり検察官もまた、これら両方の事実には注意義務を考える上で質的な差異があることを理解していたということである。

もともとぬかるんでいる未舗装の道路を走る場合と異なり、石灰工場の粉塵が雨で溶けたヌルヌルのアスファルトの道路を走る際の警戒・注意を義務づけるというのは、そのような状態が一般的に認識・予見可能であったことが前提とされなければならないが、その可能性はおそらく単に雨で

(31) 刑集42巻8号1081頁。

(32) 刑集42巻8号1081頁以下。下線は筆者。

(33) もっと平易な言い方をすれば、道路が雨でツルツルすることはよくあることだが、雨でヌルヌルするということはよくあることとはいえない、ということであろう。

アスファルトが濡れてツルツルと滑るという場合と比べて有意に低く、そのため課される注意義務は高度の義務とならざるをえないだろう。

そして第一審裁判所は、右変更後の訴因について、「本件事故現場付近の道路が格別滑走しやすい状況にあつたことを被告人が認識し、あるいは認識し得たと認めるには疑問が存するので、被告人には前記速度以下に減速すべき注意義務があつたとは認められない旨の判断を示し、被告人に対して無罪を言い渡した」⁽³⁴⁾ [下線筆者]。

つまり第一審裁判所は、変更後の「当時降雨中であつて、アスファルト舗装の道路が湿潤し、滑走しやすい状況」についてさえ、注意義務の前提となる認識・予見の可能性を否定する判断を示したというのである。

これに対して検察官は控訴し、原審において当初提示した訴因と同内容のものを予備的訴因として追加する請求をしたところ、控訴裁判所はこれを許可し、そして事故現場の状況とそれに対する被告人の認識等についての証拠調もおこなった。

そして原判決は、「第一審及び原審で取り調べられた証拠によれば、本件事故現場付近の道路は、石灰が路面に付着凝固していたところへ折からの降雨で湿潤して滑走しやすくなつており、被告人がそのような状況を認識していたものと認められるから、被告人が右状況を認識していたとは認められない旨判断した第一審判決には事実誤認があり、右誤認は判決に影響を及ぼすことが明らかであるとして、右判決を破棄した」⁽³⁵⁾。

その上で原判決は、「原審において予備的に追加された訴因に基づき、被告人が、普通乗用自動車を業務として運転し、時速約30ないし35キロメートルで進行中、対向進行してきた普通乗用自動車を進路前方に認めたが、当時被告人の走行していた道路左側部分は、付近の石灰工場から排出

(34) 刑集42巻8号1082頁。

(35) 刑集42巻8号1082頁。

された石灰の粉塵が路面に堆積凝固していたところへ折からの降雨で路面が湿潤し、車輪が滑走しやすい状況にあつたのであるから、対向車と離合するため減速するにあたり、不用意な制動措置をとることのないようあらかじめ適宜速度を調節して進行すべき業務上の注意義務があるのにこれを怠り、漫然右同速度で進行し、前記対向車に約34メートルに接近して強めの制動をした過失により、自車を道路右側部分に滑走進入させて同対向車に自車前部を衝突させ、同対向車の運転者に傷害を負わせたとの事実を認定し、被告人を罰金八万円に処した」⁽³⁶⁾ [下線筆者]。

そしてさらに過失犯に関して、「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、被告人の防禦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ものと解される」⁽³⁷⁾ [波線筆者] とした。

ここでは、「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、……訴因としての拘束力が認められるものではない」とすることについて、なんら説明はない。訴因の識別・画定にとって不可欠の要素ではないと考えるがためであろうか。

過失犯において注意義務違反行為は構成要件要素であるから、注意義務の内容もまた構成要件該当行為それ自体といわなければならない。このとき、注意義務の内容と「注意義務を課す根拠となる具体的事実」とは不可分であるから、注意義務違反行為という構成要件要素の内容と存否につい

(36) 刑集42巻8号1083頁以下。

(37) 刑集42巻8号1083頁。

て「訴因としての拘束力が認められるものではない」とはいえまい⁽³⁸⁾。

尽くすべき注意義務がありうるためには、犯罪結果を予見ないし回避しうる状況・可能性の存在が前提とされなければならないから、注意義務の前提となる状況や可能性といった具体的事実は注意義務を識別・画定するための不可欠な要素といわざるをえない。

また、路面状況に対して向けるべき注意の内容にしても、雨による濡れ具合や雨の強さであるのか、路面に粉塵が残っている状況に対してであるのかといった違いを想定しうるのであり、両者に質的な差異があることはすでに見たとおりである。

結局、最高裁第一小法廷は、「本件において、降雨によつて路面が湿潤したという事実と、石灰の粉塵が路面に堆積凝固したところに折からの降雨で路面が湿潤したという事実は、いずれも路面の滑りやすい原因と程度に関するものであつて、被告人に速度調節という注意義務を課す根拠となる具体的事実と考えられる。それらのうち、石灰の粉塵の路面への堆積凝固という事実は、前記のように、公訴事実中に一旦は記載され、その後訴因変更の手続を経て撤回されたものではあるが、そのことによつて右事実の認定が許されなくなるわけではない。また、本件においては、前記のとおり、右事実を含む予備的訴因が原審において追加され、右事実の存否とそれに対する被告人の認識の有無等についての証拠調がされており、被告人の防禦権が侵害されたとは認められない。したがつて、原判決が、降雨による路面の湿潤という事実のみでなく、石灰の粉塵の路面への堆積凝固という事実をも併せ考慮したうえ、事実誤認を理由に第一審判決を破棄し

(38) 過失犯において訴因の内容をなす要素について、岡田悦典「過失犯における訴因変更の要否と訴因変更命令の義務」法学セミナー587号119頁、辻本典央「過失犯における訴因変更の必要性——最二決平成15年2月20日判時1820号149頁——」近畿大学法学54巻3号321頁以下参照。

有罪判決をしたことに違法はない」⁽³⁹⁾ [下線筆者] と判示した。

注意義務を根拠づける事実は訴因の識別・画定にとって不可欠ではなく、ただ防御上重要であるとすれば、いったんは公訴事実中に記載された以上は原則訴因変更を必要とすべきであるが、その事実の存否に関して証拠調べもなされている以上防御権を侵害したとも認められないから、違法はない、というような意味内容のものとしてこの判示をとらえるならば、平成13年決定とよく似ているともいえよう⁽⁴⁰⁾。

識別・画定にとって不可欠の事項でないことによって、単に拘束されないというだけでなく、撤回後でも撤回前の訴因を認定することまで許されるとの結論に至ってしまっている。原審では予備的訴因が追加されたが、第一小法廷はわざわざ予備的訴因が追加されたのではなかった第一審の状況にまで言及して、撤回前の訴因の認定も可能だとしたのである。

しかし、同じく「速度調節という注意義務を課す根拠となる具体的事実」であり、「いずれも路面の滑りやすい原因と程度に関するもの」であるとしても、単に雨で濡れている場合と粉塵まみれでぬかるんで滑る場合とでは、後者の状況にあれば特段の注意義務が要請されることになる。だからこそ第一審では訴因が変更され、第二審でも予備的に追加されたのである。粉塵による道路のぬかるみ・滑りやすさに関する注意義務の存否こそが、過失犯構成要件における実行行為の存否にほかならないのであるから、これを訴因の識別・画定に不可欠な要素ではないとすることには無理がある⁽⁴¹⁾。

(39) 刑集42巻8号1083頁。

(40) ただ本判示では、訴因の撤回後でも撤回前の訴因を認定できるとして、さらに一步踏み込んでいるともいえる。

(41) 原審認定事実について上告趣意も触れている(刑集42巻8号1085頁以下)ように、粉塵の影響については道路が白っぽくなっている状況の把握など、単に雨で濡れている場合とは注意義務を発生させる事情が大きく異なってくるといえる。このような事情の認定如何は、訴因の識別にとっても被告人の防御にとっても不可欠といわざるをえない。

このように、義務違反の内容と義務の発生根拠となる事情とは不可分であり⁽⁴²⁾、この事情・状況をもってして初めて、注意義務違反行為が過失結果を引き起こしたという因果関係もまた認定可能となる。

つまり義務を発生させる事情ないし因果関係こそが、結果を帰責・帰属せしめる実行行為および行為主体を画定するものにほかならないのであるから、これなくして具体的な構成要件該当事実を識別可能な状態に置くことは不可能だといわなければならない。

2. 考察

(1) 訴因の特定・訴因変更の要否にかかる視座・根拠

訴因の特定や変更の必要にかかる程度は識別に足りる程度で十分であり、防御の必要については争点顕在化を図ることで足りると矮小化しても、防御の利益は本当に損なわれないのか。

①第一に、一般的にあって、防御の集中を妨げることにならないかという疑問が生じる。

たとえば犯行場所が「A宅居間」であれば、そこにいなかったことを争えば足りる。

しかし、たとえば犯行場所が「栃木県、茨城県、またはその周辺」とされた場合はどうか。この広大な範囲のさらに外にいたことを積極的に示す必要に迫られてしまう。弁護人は幅広く防御することを余儀なくされ、それだけ厚みのある集中した防御を展開することが困難になる。同じことは日時について幅のある概括的内容で足りるとする場合にもあてはまる。これではいわば被告人の側が犯罪不成立の立証を積極的に行わなければならないのと変わらない状況が生じよう。

②第二に、公判前整理手続を経た裁判員裁判において、求釈明による是正

(42) 同じことは、すでに触れたとおり、不真正不作為犯における作為義務についてもいえる。

が十分に行われうるのか危ぶまれるということもある。

③第三に、勾留の必要性・保釈の判断における証拠隠滅のおそれ（相当の理由）の対象となる範囲が拡大され、必要性ないし相当性がそれだけ肯定されやすくなるという不利益が生じうる。

④第四に、再審請求において、マルヨ無線事件（尾田事件）特別抗告審の最高裁決定⁽⁴³⁾のように、「放火の方法のような犯行の態様に関し、詳しく認定判示されたところの一部について新たな証拠等により事実誤認のあることが判明したとしても、そのことにより更に進んで罪となるべき事実の存在そのものに合理的な疑いを生じさせるに至らない限り、刑訴法四三五条六号の再審事由に該当するということとはできない」とし、「本件においては、確定判決が詳しく認定判示した放火の方法の一部に誤認があるとしても、そのことにより申立人の現住建造物放火の犯行について合理的な疑いを生じさせるものでないことは明らかである」⁽⁴⁴⁾という立場に立つときには、再審事由の該当対象の縮小までをもたらす。

このようないわば広義の防御の利益までも損なうに至っているといえるのではないか。

当事者追行主義を踏まえて考えるならば、むしろ防御を十全に尽くしうる前提を経て初めて、審判すべき対象として識別可能な形に画定されえた、というべきではなかろうか⁽⁴⁵⁾。

(43) 最高裁第三小法廷平成10年10月27日（特別抗告審）決定刑集52巻7号363頁。

(44) 刑集52巻7号368頁。

(45) 辻本典央「訴因の研究——訴因の特定性について——」近畿大学法学54巻4号200頁も、「現行刑事訴訟法の原則を当事者主義に認め、検察官と被告人との攻防の中から裁判所が真実を究明していくという主張吟味型の訴訟観を前提とするならば、あくまで、訴因の機能は、その第一次的には被告人への防御範囲の告知と捉えるべきであり、審判対象の画定の機能は、むしろその裏返しとして、二次的なものと理解されるべきではないだろうか。それゆえ、訴因の特定性の議論に関しても、被告人の防御にとって重要な事実、すなわち犯罪の日時、場所、方法についてその特定が要求されると理解すべき」としている。

(2) 256条3項の解釈

訴因の特定に関する刑訴法256条3項は、「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。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實を特定してこれをしなければならない。」と定めている。

この法文の文意については先にも触れたとおり、文理解釈によれば、できる限り⁽⁴⁶⁾努力したのであればよい⁽⁴⁷⁾というような、具体的特定を必ずしも必要としないとの趣旨で読むべきではない⁽⁴⁸⁾。

256条3項前段は、公訴事實の記載について訴因の明示を求めており、同後段は、訴因の明示について、これを「できる限り日時、場所及び方法」により「罪となるべき事實を特定して」するものと規定している。

このとき、罪となるべき事實は特定されるべき対象である。「できる限り(の)日時、場所及び方法」が、その特定のための手段である。つまり特定は「できる限り(の)日時、場所及び方法」によって行われるとしている。

したがって、この「できる限り(の)日時、場所及び方法」以外の結果や客体は、いってみれば特定されるべき、特定を俟つ対象のもともとの一

(46) 証拠の全面開示がない中では、できる限りなされたかを争うこと自体が困難である。

(47) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法〔第4版増補版〕』513頁はこの点につき、犯罪の日時、場所、方法は訴因を特定する一手段にとどまるから、起訴の段階で詳細な事實の特定を要求することが無理な場合については「法は『できる限り』という用語を用いて、これらについて幅のある表示を許したものであるが、『できる限り』とは、場合によっては全然特定しなくてもよいという意味ではなく、幅のある表示にするにしても、被告人に対する防御に支障を来さないようにしなければならない」という意味に解すべきである」として、許容的な規定としてとらえている。

(48) 堀江慎司「訴因の明示・特定について」研修737号11頁も、「他の犯罪事実との識別がなされ、かつ特定構成要件に該当することの確信を裁判所に抱かさせるに足るだけの(最低限の)具体性を備えた事実の摘示」がなされても、「さらにそれ以上に事実を具体化—絞り込み—『できる』のであればそれを起訴状に示すべきだとするのが、256条3項後段の趣旨であると解される」とし、識別可能な「最低限の」摘示で「『足りる』とする趣旨は、同項からは窺われない」とする。

部分である。特定を担う要素ではなく、特定される側の要素と見るべきだということになる。

結局、訴因を特定しうるのは「できる限り（の）日時、場所及び方法」を措いてほかにはない⁽⁴⁹⁾。

このように見るならば、256条3項の「罪となるべき事実」は「できる限り（の）日時、場所及び方法」によって特定された上で、公判を経る中で証拠により認定されたのち、335条1項上の裁判の内容たる「罪となるべき事実」になる、と理解すべきことになる。

職権主義から当事者主義へと移行し、訴因の設定権限を検察官に認めたことに伴い、職権による訴因設定が不可能となった以上、検察官においては、被告人における防御を十全に可能なものにし、また裁判所における審

(49) 他方で、争点の顕在化を俟てば足りる内容としては、いわゆる目的犯の目的を除く犯罪実行の動機のような、犯罪構成要件外の要素を考慮することができる。最高裁判第二小法廷昭和35年8月12日決定刑集14巻10号1360頁は、商法上の特別背任罪における目的犯の目的につき、「第一審判決認定の犯罪事実と起訴状記載の公訴事実とは具体的には同一の事実であり且つ判決の摘示せる自己（被告人ら）の利益を図る目的をもってした背任行為と訴因として明示された第三者（猪股）の利益を図る目的をもってした背任行為とは、具体的な本件においては全然無関係の行為ではなく、いわば主従、表裏の密接な関係にあることを窺うに足り、かかる事実関係にある本件において、記録上明らかな原判決指摘の訴訟経過に徴すると、第一審裁判所が訴因変更手続を経ないで、訴因と異なる事実を認定したからといつて被告人らのそれまでの防禦を徒勞に終らせるような不意打を加え、その防禦権を實質的に侵害したものとはいえない。」（同1362頁）としたが、疑問が残る。この第二小法廷決定について、高田卓爾「一 商法違反（特別背任）罪における背任目的の主従と同罪の成否 二 商法違反（特別背任）罪における背任目的の変更と訴因変更手続の要否」民商法雑誌44巻2号343頁は、「聊か問題があると考え。まず、訴因そのものの相違という点について見るに、本件では若し第三者たるNの利益を図つたと認定するならば、財産上の利益が問題となるが、自己の利を図つたと認定するならばその社会的地位という利益が問題となるのであるから、その間には具体的にかなりのちがいがあつたわけであり、この程度のちがいが生ずる場合には、少なくともいわゆる事実記載説の立場に立つ限り、原則的に訴因変更（又は追加）の手続を要すると解すべきであろう」という。また、辻本典央「公訴事実と動機が記載された場合における訴因変更の必要性——大阪高判平成12年7月21日判時1734号151頁——」近畿大学法学53巻2号331頁も参照。

判対象の識別も十全に可能とすべく、最大限に具体的な訴因設定を義務づける趣旨の規定として256条3項を理解すべきであり、だからこそ検察官に対して「これをしなければならない」と義務づける法文となっているであろう。

(3) 訴因特定、訴因変更の要否にかかる判断の要点

罪となるべき事実については、その日時、場所、方法・態様(因果関係)、結果、客体、そして主体という6つの要素により特定されるといわれる(六何の原則)。しかし、すでに見たように、(とりわけ複数の同種行為の中での)具体的特定はむしろ、日時、場所、方法・態様(因果関係)の三何によってなされる。

335条1項へとつらなる「罪となるべき事実」につき、256条3項が「日時、場所及び方法」で特定せよという意味は、その訴因が歴史的に一回のものとして特定されることを求めているのであり、「日時、場所⁽⁵⁰⁾及び方

(50) 今市事件控訴審判決(東京高裁(第5刑事部)平成30年8月3日(破棄自判)判決(殺人、商標法違反、銃砲刀剣類所持等取締法違反事件)、判例時報2389号3頁)は、原審が認定した犯行場所や態様について、「被告人が自ら作出した虚構」(88頁14行目以下)と切り捨て、追加された「栃木県内、茨城県内又はそれらの周辺」とした訴因については証明がある(96頁13行目以下)とした(むしろ被告人が虚構を自作するほどの迎合的状況下での自白や母親宛ての手紙であることに留意すべきであっただろう)。既出の最高裁第三小法廷平成13年4月11日決定も殺人の事案であり、「青森市内又はその周辺」とされていた(刑集55巻3号129頁参照)。東京高裁は原審が認定した場所や態様に関する特定の不合理性を詳細に論じているが、まさにそのことが示すように、犯行の場所や態様は犯人性の認定にとって、その合理的疑いを容れるかどうかに関わる重要な内容・要素にほかならないのである。したがってこの点の不合理さを解消するために「栃木県内、茨城県内又はそれらの周辺」などとほぼ特定を回避した訴因に変更した上で「証明があり」として自判したことには、本来有罪の言渡をするには示さなければならない「罪となるべき事実」(刑訴法335条1項)を示さなかった重大な法令違反の違法が認められ(同411条1号)、破棄されるべきである(他方、事実を異にしないとの趣旨であろう「情況証拠によって認められる間接事実を総合して事実認定すべき場合」の先例として引いた最高裁判所第三小法廷平成22年4月27日判決(刑集64巻3号233頁。大阪母子殺害放火事件)が判示した、「刑事裁判における有罪の認定に当たっては、合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要であるところ、情況証拠によって事実認定をすべき場

法」の3つの要素を通して因果的実体としての訴因が特定されるということになる⁽⁵¹⁾。

合であっても、直接証拠によって事実認定をする場合と比べて立証の程度に差があるわけではないが（最高裁平成19年（あ）第398号同年10月16日第一小法廷決定・刑集61巻7号677頁参照）、直接証拠がないのであるから、情況証拠によって認められる間接事実中に、被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれていることを要するものというべきである。」（刑集64巻3号239頁）との趣旨に真っ向から反している点では、刑訴法410条1項、同405条2号によって破棄されなければならない。場所の特定が不明確になればなるほど、被告人以外による犯行の可能性が広がる以上、「被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれていること」から一般に遠ざかるものといえる。この意味で、今市事件控訴審の裁判体の側から訴因変更を促したということであったならば、それはむしろ積極的に上記のような事実関係を示すことを不要とする訴訟指揮が行われたということになる。

門野博「今市事件控訴審判決へのいくつかの疑問」判例時報2389号118頁は控訴審の訴因変更について、「これは、まるで新しい審理対象を提起したに等しく、一審であってもその是非は熟慮されなければならないであろうし、ましてや、事後審である控訴審においては、とうてい許されないものなのではないか。そして、もし、この変更（追加）された訴因により有罪の自判が行われるのであれば、今の刑事裁判システムを根底から揺るがすようなことになってしまうのではないか。」（同118頁）、「この訴因変更は、当事者主義の下、訴因制度を導入して審理の対象、攻撃防御の対象を明確にした刑事訴訟法の精神に完全に背くものであり、控訴審の審理途中において、このような訴因変更を許すことは、『後出しじゃんけん』ともいうべきものであって、被告人の防御権を甚だしく侵害しているのではないか」（同118頁）という。

- (51) 出入国管理令違反事件にかかる浦和地裁昭和35年11月28日判決（下刑集2巻11・12号1452頁）もこの趣旨のことを判示していた。すなわち「本件起訴状に示された公訴事実は『被告人は日本人であるが、昭和27年2月頃から昭和34年12月上旬頃までの間に、有効な旅券に出国の証印を受けないで、本邦内より本邦外の地域である中華人民共和国におもむく意図をもって、出国したものである。』というのであるが、検察官は第一回公判期日に『本件の訴因となる被告人の不法出国は、昭和34年12月13日オランダ汽船ギーセンカーク号に乗船し、天津新港を出発し帰国したそれに対応する出国であつて、右期間中最後の一回の密出国を対象とするものである。』と釈明した。」（1453頁）、「訴因を特定する場合、構成要件に該当する事実（これが訴訟における審理の対象であるが）を、日時、場所、方法等いわば構成要件該当事実に対して附随的な事実で特定する。従つて他の同種の犯罪事実と区別するにはそれぞれの附随的な事実を比較することによって区別するのである。出国の事実を『帰国の原因となつた出国或は帰国に対応する出国』というふうに帰国の事実でもつて

これに対して、犯罪類型的な意味での構成要件の結果それのみでは抽象

表現した場合には、明確な日時場所等でもって表現された他の出国の事実と区別するには、『帰国』という事実と、構成要件に該当する他の出国の事実と直接に附随する事実たる『日時、場所』等の事実とを比較することになる。しかしながらこの二種類の事実の間には比較すべき共通の基礎はない。比較をするには、日時に関してはその日時にちがいがあるとか、場所に関してはその場所にちがいがあるとかいうように共通の基礎で比較をしなければならない。帰国の事実をいくらはつきりと記述してみたところで、帰国の原因となつている出国の事実そのものの日時、場所等が判らないかぎり、比較のしようがない。しかも最後の或は帰国に対応する出国というような表現は論理的、観念的には特定が可能のようにみえるが何等具体性なく外部から認識できないこと前述のとおりであるから、両者は比較のしようがない。従つて、日時場所を明確にした他の出国の事実が、前に確定判決のあつた明らかにされている帰国の事実に対応する出国の事実ではないとはつきり云い切ることではできない。」(1454頁以下)、「刑事訴訟法第256条第3項後段には『訴因を明示するには、できるかぎり日時、場所及び方法をもつて罪となるべき事実を特定してこれをしなければならない。』と規定されている。ここで、訴因の特定方法として、犯罪事実の日時、場所及び方法をあげているのは、単に訴因の考え得る種々の特定方法のうちいくつかを例示しているとみるべきではない。そもそも訴因の特定は判決の既判力の及ぶ範囲、免訴の判決、二重起訴等の問題に重大な影響を及ぼすものである。従つて、これ等の問題について、後に争の生じないような程度に訴因を特定しなければならないのは勿論である。しかし法文が訴因の特定方法として、犯罪事実の日時、場所及び方法をあげているのはこれだけの理由のみではない。起訴状における訴因の記載は今後の訴訟の審理の目的ともなり対象ともなるものである。従つて、単に抽象的、観念的に記載されるのではなく、できる限り日時、場所及び方法をもつて犯罪事実を直接に具体的に特定するものでなければならない。つまり犯罪事実を被告人も含めた訴訟関係者がある程度具体的に認識し得るものでなければならない。このことは被告人の防禦の利益のためにも必要なことである。日時、場所、方法は構成要件に該当する犯罪事実そのものではないが直接的に犯罪事実を他と区別するものであり、従つて同時にそれ等でもつて犯罪事実を具体的に認識し得るものである。従つて刑事訴訟法第256条第3項に訴因の特定方法として、犯罪事実の日時、場所及び方法をあげているのはこのような理由からである。しかるに本件起訴のように犯罪事実たる出国の事実を特定するのに、直接に出国の日時、場所及び方法をもつてするのではなく、間接的に帰国の事実でもつてするのは、たとえそれが論理的には出国の事実を特定し得るとしても、それによつて出国の事実を何等具体的に認識し得るものではないから妥当ではない。要するに、本件起訴の如く出国の時期を具体的な日時で指示することなく、巾広い7年10ヶ月の期間だけで指定し、帰国に対応する出国という特定方法で出国の事実を表現するだけでは訴訟法で要求されるだけの訴因の特定性を欠くものといわなければならない。従つて本件公訴は、その公訴事実、訴因が全く特定せず、公訴提起の手續がその規定に違反したため無効である場合と認められるので、刑事訴訟法第338条第4号により棄却することとする。」(1455頁以下)と。

的な意味しか持ちえず、これはむしろ「罪名」（256条2項3号）や「適用すべき罰条」（256条4項、5項）によって特定されれば足りる。また、客体そのものも時間的・空間的な広がりはどこに指定されるか抜きでは訴因特定上なら意味を持たず、せいぜい（結果とは反対に）罪名や適用すべき罰条を指し示すに過ぎない。いずれも、日時、場所、方法・態様（因果関係）⁽⁵²⁾を通して初めて具体的事実・実体たる性質を備え、訴因を形成しうるのである。

ただし、主体が誰かということについては注意を要する。身分犯の身分を別にすれば、実は主体というのは特別構成要件上のメルクマールという意味での構成要件要素ではないともいえる。言い換えれば、主体に関する具体的事実について、犯罪構成要件に基づいて定立された規範をあてはめるという作業は、身分犯の身分を除いてはなされない。そしてむしろ、主体が誰かということは、いわば犯罪の「方法・態様（因果関係）」の一部と考えるべきである。誰が犯罪結果を招来する実行行為の人的手段となったのか⁽⁵³⁾。あるいは共謀のみに加担したのか⁽⁵⁴⁾。

訴因の特定や変更の必要にかかる程度につき識別の用に足りれば十分とし、防御の必要には争点の顕在化をもって足りるとの矮小化を是認して

(52) 刑訴法256条6項が「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附し、又はその内容を引用してはならない。」として、起訴状一本主義、予断排除を言明していることからして、予断を生じさせるような余事記載が許されないのはもちろんである。

(53) 間接正犯や原因において自由な行為を想起すれば、犯罪の主体如何が犯行の「方法・態様（因果関係）」と直接に関連する要素であることが理解できよう。

(54) 共謀共同正犯の共謀といわゆる共謀罪の共謀とは、犯罪の実体としては変わりがない。共謀罪の共謀行為は犯罪の実行行為そのものであるから、これまでのように「共謀の上」程度の記載・特定では不十分であることは明らかである。しかしこのとき、共謀共同正犯の共謀行為（発話ないし対話行為）もまた共謀者における共同行為にほかならないのであるから、共謀罪の立件において今後要求されるのと同様に、共謀共同正犯の共謀についても「共謀の上」で足りるといような特別扱いをすることなく、日時、場所、方法・態様（因果関係）による最大限の特定が原則どおり必要とされるべきである。

も、本当に防御の利益が損なわれないのかについては、次のような指摘がある。商法上の特別背任罪における目的犯の目的につき、訴因変更を要しないとした最高裁の判断⁽⁵⁵⁾に対するものだが、『『被告人らのそれまでの防禦を徒勞に終らせるような不意打』を加えた場合でなければ、被告人の防禦權尊重という訴因制度の本旨に反しないという考え方そのものが正当でない。即ち、たとえいままでの防禦が全く『徒勞』に歸したとはいいい得なくても、訴因を変更しなかつたためにその防禦權が『不充分』にししか行使し得なかつた場合も、やはり訴因制度の本旨に反するというべきである。これは決して言葉の上の問題ではない。』、「第一に、檢察官は被告人ら自身の利益を図る目的もあつたことも立証しようと努めたというが、そのような立証は、もともと訴因をそのように変更するなり追加するなりして行ふべきもので、訴因をそのままにしておいてちがつた事実の立証活動を行うことは筋ちがいがいというべきである。第二に、被告人ら自身の利益を図つたという事実が訴因として掲げられていない以上、被告人側としてはいわば附隨的・第二次的な重要性しか認められていないと考えるのが普通であり、その点に関する防禦活動も第二次的なものとなるのがあたりまえであろう。』、「果して被告人側においてそれ以上に尽くすべき防禦方法がなかつたかどうかその点が確言できない以上、防禦が十分に尽くされたというのはあくまで想像上のものにとどまることは否定できないであろう。とにかく、どちらに重点が置かれているのか判らないような主張や立証を檢察官にさせて、被告人側をとまどわせるということは、これこそ訴因制度を採用した根本趣旨に戻るものであり、想像上の判断を確定的なもののようにみなしている判旨は正当でない」と⁽⁵⁶⁾。

日時、場所、方法・態様(因果関係)、そして主体の如何に関して、概括的な特定・認定を許容し、あるいは変更の必要性を不問に付すときには、それに反比例して防御の困難さや拡散の度合いが増すということは注

(55) 前掲、最高裁第二小法廷昭和35年8月12日決定刑集14巻10号1360頁。

(56) 高田・前掲344頁。

視されるべきである。

（本学法学部教授）