

|      |                                              |
|------|----------------------------------------------|
| タイトル | 訴因、公訴事実に関する二、三の問題：訴因変更の可否（公訴事実の同一性）の問題を中心として |
| 著者   | 羽渕，清司；井筒，径子；HABUCH, Kiyoshi；IZUTSU, Keiko    |
| 引用   | 北海学園大学法学研究，49(3)：553-574                     |
| 発行日  | 2013-12-30                                   |

# 訴因、公訴事実に関する二、三の問題

—— 訴因変更の可否（公訴事実の同一性）の問題を中心として ——

羽 清 司  
井 筒 径 子

## 1 問題の所在

刑事裁判は、犯罪事実（犯罪構成要件事実）の存否・範囲を認定し、犯罪事実を認定した場合には刑罰（法律効果）を宣言し、認定できない場合には無罪（犯罪構成要件事実の不存在）を宣言する手続である。犯罪事実の存否・範囲を確定する裁判の構造を検討することは最も重要な課題の一つである。

公訴提起前の犯罪事実を被疑事実という。被疑事実が公訴提起により、起訴状の公訴事実欄に「公訴事実」（刑事訴

訟法二五六条二項二号の「公訴事実」として記載されることになる。この公訴事実欄に記載された犯罪事実を、以後、便宜上「狭義の公訴事実」<sup>①</sup>ともいう。異論がないわけではないが、「狭義の公訴事実」は通常「訴因」「訴因事実」(以下、起訴状の公訴事実欄に記載された犯罪事実を「訴因事実」という)と説明されているといつてほぼ間違いないであろう。<sup>②</sup>

公判は、通常、起訴状に記載された狭義の公訴事実(訴因事実)の存否・範囲の立証、認定を巡って展開される。

公判では、先ず、起訴状記載の「狭義の公訴事実」を審理の対象として、立証(検察官)・反証(弁護人・被告人)が行われ、犯罪事実の存否・範囲が裁判官によつて認定・確定されるのであるが、審理の過程で、「狭義の公訴事実」とは異なる内容の犯罪事実が明らかとなる場合が生じることは裁判の制度上避けられない。すなわち、検察官の公訴提起までの段階で収集された証拠自体が必ずしも完全なものでないことから、公判で提出された新たな証拠により狭義の公訴事実とは異なる犯罪事実が判明することがあるばかりか、検察官の収集した証拠に基づく犯罪事実の構成や検察官の法的評価がもともと一義的に確定できない場合とか、裁判官の犯罪事実に対する評価と異なる場合が生じることは避けられない。そして、「狭義の公訴事実(訴因事実)」と裁判官の認定しようとする犯罪事実(以下、「心証事実」<sup>③</sup>)との間に食い違いが生じた場合に、刑事手続上、どのように処理すべきかについて「訴因変更の問題」として議論されている。どの程度の食い違いが生じた場合には「訴因変更」の手続で処理することができず、「新たな公訴の提起(新訴の提起・別訴の提起)」が必要か、食い違いがどの程度の範囲内であれば「訴因変更」という簡易な手続により、当初の公訴提起にかかる訴訟の中で心証事実を認定できるかの問題である。具体的には、①訴因変更の可否 ②訴因変更の可否 ③訴因変更の可否(③は正確には訴因事実と心証事実との食い違いを前提にするが、食い違いそのものに関する問題ではない)の問題として議論されている。実務上、①及び③はほぼ解決されたと言ってよいであ

ろう。本稿は、②の課題を中心に据えて検討するものである。<sup>(4)</sup>

なお、便宜上、以下の説例を念頭に考察する。

- (1) 説例① 同一の日時・場所・被害者に対する傷害（訴因事実）から傷害致死（心証事実）へ訴因の変更
- (2) 説例② 住居侵入（訴因事実）に、これと牽連犯の関係にある窃盗（心証事実）の訴因の追加
- (3) 説例③ 三月五日の窃盗A（訴因事実）に、これと併合罪の関係にある六月五日の窃盗B（心証事実）の訴因の追加
- (4) 説例④ 同一の日時・場所・被害者に対する自動車運転過失致死（訴因事実）から同罪に対する犯人隠避（心証事実）へ訴因の変更
- (5) 説例⑤ 同一の日時・場所・被害者に対する窃盗教唆（訴因事実）から窃盗（心証事実一）へ、その後更に同窃盗から盗品等の收受（心証事実二）へ訴因の変更
- (6) 説例⑥ 住居侵入（訴因事実）に、これと牽連犯の関係にある放火（心証事実）の訴因の追加

- (1) 三一二条一項の「公訴事実の同一性」における「公訴事実」の意味内容は、二五六条二項二号の「公訴事実」（狭義の公訴事実）の意味とは異なる。三一二条一項の「公訴事実」を、便宜上「広義の公訴事実」と称することにする。この「広義の公訴事実」については、後述するとおり、学説によつて意味内容や機能が全く異なることに留意すべきである。
- (2) 小林充・刑事訴訟法第二版一一七頁によれば、狭義の公訴事実と訴因とは異なり、前者は犯罪に関する事実ではあるが、厳格に法的に構成される以前の事実を指すのに対し、後者はこの狭義の公訴事実を犯罪の特別構成要件に当てはめ法律的に構成したものを意味するとされる。

- (3) 有罪の判決書で裁判官によつて最終的に認定された犯罪事実を「罪となるべき事実」（三三五条一項）という。犯罪事實は、刑事訴

訟では「被疑事実」「公訴事実」「罪となるべき事実」と明確に使い分けられて展開される。

(4) 鈴木茂嗣・刑事訴訟法「改訂版」一一三頁以下には、公訴事実の同一性についての学説の紹介があり、自説も展開されているが、複雑かつ難解である。

## 2 訴因変更の可否の問題と訴因の補正・訂正の問題、訴因の法的評価の変更(相違)の問題との関係

訴因変更の問題を議論する場合、その前提として、訴因変更の問題と次の二つの問題とは明確に区別することが肝要である。すなわち、①訴因事実の補正・訂正の問題<sup>①</sup>、②訴因事実の法的評価の変更の問題である<sup>②</sup>。この①及び②の問題は、本来、訴因事実と心証事実との間の事実関係に食い違いがない場合の問題であり、従って、訴因変更の問題でないことは銘記しておくべきである。

これに対し訴因変更の問題は、審理の過程において、訴因事実と心証事実との事実関係の間に食い違いが生じた場合の問題である。但し、補正・訂正の問題、法的評価の変更の問題、訴因変更の問題を併せて検討する必要がある事例が存在する。訴因事実と心証事実との間で、事実関係に食い違いが生じただけでなく、同時に訴因事実の補正・訂正が必要であったり、法的評価にも変更が生じる場合である。そこで重要なことは、訴因変更の問題を検討する前に、先ず、①及び②の問題が存在しないかを検討し、①及び②を解決したうえで、訴因変更の問題の検討に入ることである。①及び②は訴因変更の前提問題である。これらの処理・過程を経ないで（これらの処理・過程で課題が解決すれば訴因変更の問題を議論する余地はない）、訴因事実と心証事実とが食い違う場合の問題を考えることは、問題を混乱させ複雑にする。学説及び裁判例の中にはこれらの各場面の問題を明確に区別しないで、議論が展開されている場合

が見受けられる。

訴因変更の可否との関係で、訴因の補正・訂正の問題や法的評価の変更の問題が生じるのは、主として罪数が変化する場合である。以下、この場合を中心に説明する。すなわち、一罪の訴因事実から数罪の心証事実への変更、数罪の訴因事実から一罪の心証事実へ変更する場合である。通常、訴因の変更の可否の問題としても議論されているが、公訴事実の同一性、訴因変更の可否の問題とも関係している。具体的には、後述する訴因事実と心証事実が併存する場合の問題であり、両者が一罪の範囲内の併存関係か、併合罪の併存関係かの問題であり、公訴事実の同一性の有無の判断と密接に関係する。訴因変更の可否は、訴因事実が有効に成立している場合に、訴因事実と心証事実との間の事実関係に食い違いが生じる場合の問題であり、補正・訂正の問題及び法的評価の変更の問題は、いずれも、本来、訴因事実と心証事実との事実関係の間に食い違いが生じていない（事実関係に変化がない）場合の問題であることを忘れてはならない。但し、通常、訴因事実と心証事実との間に食い違いがあるにもかかわらず、その食い違いが些少の場合に、訴因変更の可否・可否の問題とはせずに、専ら訴因事実の補正・訂正の問題、法的評価の変更の問題として議論・説明されている場合があることは留意しておくべきである。

#### (1) 訴因変更の可否と訴因事実の補正・訂正の問題

訴因事実の補正・訂正は、一罪として起訴された訴因事実で複数の犯罪事実としては特定して記載されていない場合に、これを併合罪の犯罪事実として認定することはできないが、訴因事実を併合罪の犯罪事実として補正・訂正したうえで認定できるかの問題である。訴因事実には併合罪と評価できる事実の記載がないから、下記(2)の訴因事実の法的評価の変更の問題ではない。また、訴因事実が併合罪としての補正・訂正が認められればよいが、これが認めら

れない限り、一罪として起訴された訴因事実を併合罪の関係にある犯罪事実として認定するのであるから、公訴事実の同一性はなく、訴因変更はできない。

一罪としての訴因事実の記載を数罪の訴因事実に補正・訂正できる場合には、訴因変更の手続を経ることなく（訴因変更の可否も訴因変更の要否の検討も経ずに）、補正・訂正により併合罪の犯罪事実を認定できる。訴因事実の内容の問題ではなく、訴因事実の書き分け、組み立て直し（補正・訂正）の問題である。一罪としての一個の訴因事実を数個の訴因事実の起訴があつたものとして組み立て直せるか否かが問題となるのである。なお、窃盗の包括一罪の訴因事実を窃盗二罪の併合罪と認定した事案（最判昭和三二年一〇月八日刑集一一卷一〇号二四八七頁）は、事実に変化があつたが、訴因の補正・訂正も訴因の変更手続も経ずに数罪と認定している。事実関係に変化があり、訴因事実と認定事実が異なるのであるから、訴因事実の補正・訂正の要否、訴因変更の可否及び訴因変更の要否の三つの観点から検討されるべき事例であろう。右判例は三点とも不要であるとした。窃盗の包括一罪の訴因事実から窃盗二罪の併合罪の心証事実の変化は、法的評価の変更の問題にすぎないとしたものと解される。

## （2）訴因変更の可否と訴因事実の法的評価の変更の問題

強盗強姦の訴因事実を強姦罪と強盗罪の併合罪として（東京高判昭和二十七年五月一三日高刑集五卷五号七九四頁）、殺人の訴因事実を逮捕監禁と殺人の併合罪として（最判昭和六三年一月二十九日刑集四二卷一号三八頁）、いずれも訴因変更の手続を経ずに認定している。訴因事実において実質的には数罪の認定事実を充足して摘示されているうえ、訴因事実の個数の判断も法令適用の判断も裁判所の専権に属することから、訴因事実の補正・訂正も訴因の変更もせず認定したものである。法的評価の変更の問題にすぎないとして処理したものである。

(1) 訴因事実の補正・訂正とは、いずれも訴因の特定に瑕疵がある場合に、これを補正・訂正して完全なものにすることである。前者は瑕疵が治癒を許さないほど顕著ではないが、そのままでは起訴状が無効である場合であり、後者は瑕疵が補正までに至っていない場合である。なお、右訂正と誤記・誤字の訂正とは異なり、誤記・誤字の訂正の場合には裁判所の許可が不要である。

(2) 例えば、強姦致傷と強盗の併合罪（訴因事実）として起訴されたが、裁判所は同一の事実関係について強盗強姦致傷と認定した場合である（広島高判昭和三五年二月二日下刑二卷一・一二号一三六頁）。訴因の補正（罪一訴因の原則違反）の問題があるが、当初の併合罪の訴因を一個の訴因と評価したうえ、法的評価の変更の問題であり、訴因事実の補正・訂正も訴因変更も必要でないとしたものと解される。

### 3 訴因変更の問題と刑事訴訟の基本構造の捉え方

訴因変更の問題を考える場合、次の点を理解しておく必要がある。すなわち、現行刑事訴訟の基本構造をどのように捉えるかという根本問題の理解が不可欠である。なぜなら、三一二条一項の規定する「訴因」と同項の規定する「公訴事実」「公訴事実の同一性」が問題にされる場合の「公訴事実」をいい、前述したとおり、二五六条二項二号の公訴事実とは異なる。また、この「公訴事実の同一性」を「広義の公訴事実の同一性」と称し、後述の「狭義の公訴事実の同一性」と区別して説明されている）の意味、訴因と公訴事実の関係及び公訴事実の機能等の捉え方が立場によって異なるため、どの立場に立ったうえで訴因変更の可否の問題を議論しているかを把握しておかなければ訴因変更に関する説明も批判も噛み合わないからである。本稿では、現行刑事訴訟法の採用している基本的訴訟構造を、公平な裁判の実現を目指した当事者主義的訴訟構造と解し、訴因とは、一方当事者である検察官（原告官）が構成要件に該当するとして構成する具体的犯罪事実の「主張」であり、他方、「広義の公訴事実の同一性」という公訴事実とは、嫌



疑といった実体を伴った概念ではなく、訴因変更の限界を画する「機能概念（枠組）」と解する。すなわち、審判の対象（訴訟のテーマ・訴訟物）は訴因であり、狭義の公訴事実とは、起訴状の公訴事実欄に記載するよう要求された審判の対象たる訴因と解するものである（これと対立する学説として、右の「広義の公訴事実の同一性」にいう公訴事実とは、実体的存在の認められる「嫌疑」であり、かつ、これが審判の対象である。また、訴因は、審判の対象そのものではなく、審判の対象を特定し、かつ、被告人のための防御を確保する制度、被告人への不意打ちを防止するための手続的制約などと説明している。<sup>(1)</sup>）。

(1) 岸盛一・刑事訴訟法要義新訂五版四六頁以下参照。

## 4 訴因変更の可否について

### (1) 訴訟の同一性について

訴因変更の可否の問題を検討する場合、起訴された訴因事実の訴訟で解決されるべき犯罪事実ほどの範囲までの事実に限られるかの問題は重要である。今までも指摘されなかったわけではないが、先ず何よりも、起訴された狭義の公訴事実（訴因事実）の罪の具体的刑罰権の範囲、訴因事実の罪の刑罰権と心証事実の罪の罪質の同質性の問題を考察しておくことが必要不可欠である。「訴訟の同一性」の問題である。<sup>(2)</sup> 起訴にかかる訴因事実とは別物の犯罪事実を認定して刑罰を宣言することが許されないことは、三二二条一項の公訴事実の同一性の問題を論じる以前の問題であり、

現行刑事裁判の基本法理である。

先ず、訴因変更の結果、心証事実の罪の刑罰権が訴因事実の罪の刑罰権に加算されるなど（説例③の場合で併合審理されている場合には、刑法四七条により併合罪加重される。他方、窃盗Aと窃盗Bが併合審理されていない場合には、併合罪の関係にある窃盗Aと窃盗Bにつき、それぞれ刑罰が宣言される。窃盗Aの起訴は同罪と一罪関係にある範囲内の犯罪事実についての刑罰を求めるにすぎず、これを越える窃盗Bについての刑罰の発動を求めるものではない）、起訴にかかる犯罪事実の罪の刑罰権の範囲を越える場合には、心証事実（説例③で窃盗Bを追加して窃盗Aと窃盗Bの罪とした事実）のうち窃盗Bの罪は別訴の提起の問題となる。裁判所は、窃盗Aの罪の刑罰権の発動を求めて提起された裁判に対し、これを越える窃盗Bの罪まで加算して処罰できないからである。訴因変更の可否について、基本的事実同一説に立つとしても、訴因事実（窃盗A）と心証事実と（窃盗Aと窃盗B）の間に基本的事実の同一性が認められるか否かの比較を中心に据えた訴因変更の可否を議論する前に、当該起訴にかかる訴因事実の罪について発動される刑罰権の範囲の問題が検討されなければならない。

また、説例④において、自動車運転過失致死と犯人隠避の罪質は本質的に異なり、前者の訴因事実による起訴は、心証事実としての後者の罪の刑罰の発動まで求めていると考えることはできない。両罪の基本的事実の同一性を論じる前の訴訟の同一性の問題であり、自動車運転過失致死の訴訟と犯人隠避の訴訟の同一性はないというべきである。訴因変更の可否（公訴事実の同一性）の問題で訴訟の同一性については正面から議論されず、専ら事実関係を中心とした同一性の問題として検討されていることから見て、訴訟の同一性の問題と公訴事実の同一性の問題は別異の問題と考えられてきたのである。訴因変更の可否の問題について、訴因変更が不可能の場合には常に必ず心証事実の罪について別訴の提起が認められるか、他方、訴因変更が可能な場合には心証事実の罪について訴因変更ではなく別

訴の提起の方法によることは認められないかの問題とも関係する。公訴事実の同一性の問題（基本的事実同一説に立てば、訴因事実と心証事実の基本的事実において同一性が認められるか否かの問題である）と訴訟の同一性（刑罰権の範囲や罪質の同質性）の問題がどのように関係するのか、あるいは関係しないのかを正面から検討しておくことは重要である。

## (2) 公訴事実の同一性の意味

三一二条一項は、「公訴事実の同一性を害しない限度において、起訴状に記載された訴因…の変更を許さなければならない」と規定する。そして、本条項の「公訴事実の同一性」（この「公訴事実の同一性」は、「広義の公訴事実の同一性」を意味するものと解されている。以下の①及び②の要件・概念を合わせたものである。通説といえるか疑問があるが、伝統的に説明されてきた概念であることは間違いない）は、学説の多くは、①公訴事実の単一性の問題と②公訴事実の同一性の問題があり、この二つの要件を全て充足することが右の「公訴事実の同一性を害しない」ことであるとし、②の公訴事実の同一性を「狭義の公訴事実の同一性」と定義して議論している（なお、後記のとおり、公訴事実の「単一性」、狭義の公訴事実の「同一性」の意味内容そのものについても、学説によって異なり、一義的ではない）。

ところで、刑事訴訟法においては、「公訴事実の単一性」及び「狭義の公訴事実の同一性」の文言を使用した条項はない。存在するのは、「公訴事実の同一性」に関する右の三一二条一項の規定だけであることは留意しておくべきであろう。訴因変更の可否の問題について、公訴事実の単一性の概念、議論は不要であるとする考えを可能にする。

(i) 公訴事実の単一性

単一性は、訴訟を静的横断面で捉えたある時点における公訴事実の「広がり」、「はば(幅)」の問題をいい、具体的には犯罪が一個か複数個か(公訴事実が一個か複数個か)の問題であると説明されてきた。伝統的学説といってよいであろう。ところで、訴因変更の問題を検討する場合、少なくとも右の意味での単一性の概念は不要である。なぜなら、訴因変更の可否(訴因変更の要否も同様である)の問題は訴訟をある時点の横断面だけでとらえた場合の問題ではなく、起訴時点における訴因事実と証拠調べがされて心証の形成された時点の心証事実を比較・検討することが本来の課題だからである。証拠調べ前の心証形成前の段階で、訴因事実の変更は想定し難いが、検察官から起訴後の捜査等の結果、起訴時の訴因事実の変更の申し出がされる場合がこの例であろうか。この場合も訴因変更の問題といえるか疑問があるが、認められるとしても、裁判所の心証の変化による本来の訴因変更の問題とはかなり異なる。むしろ、実質的には訴因の訂正・補正の問題というべきであろう。

(ii) 狭義の公訴事実の同一性

同一性は、訴訟を動的縦断面で捉え、起訴の時点の訴因事実と証拠調べがされて心証の形成された時点の心証事実が同じ事実(同一性あり)といえるのか、いえないのかの「ずれ」の問題であると説明されてきた。まさに訴因変更の要否・可否の中心課題であり、心証事実が訴因事実と比べて見て、どの程度の食い違いの範囲内であれば訴因事実の訴訟で訴因変更の手続をとることによって心証事実を認定し刑罰を宣言できるか、どの程度の食い違いとなれば訴因変更は認められず、心証事実の罪を認定し刑罰を宣言するには新たな起訴が必要かの問題である。

### (iii) 公訴事実の単一性と狹義の公訴事実の同一性の関係

右の伝統的学説に対し、公訴事実の単一性は訴因事実と心証事実が両立（併存）する場合の問題であり、狹義の公訴事実の同一性は両立しない（非併存・択一関係にある）場合の問題であるとの有力な見解が主張されている（平野説<sup>⑤</sup>）。理論的にも、実際の適用の場面でも問題がなく、分かり易い説得力のある見解といえよう。両者の問題とも、三二一条にいう公訴事実の同一性の問題に含まれるとしている<sup>⑥</sup>。判例の結論ともほぼ齟齬しないが、前者については両罪の罪数論で処理し、後者について、訴因事実と心証事実の間にどのような符合が認められれば訴因の変更を認めるかの判断基準として、訴因の共通性を掲げている。併存、非併存の区別が曖昧であるなどの批判もあるが、訴因事実と心証事実の各罪について、併存関係がある場合とない場合とに区別したうえ、一罪の関係にあるか否かという罪数の処理だけで単純かつ明確に同一性の判断ができる場合を提示するものである。公訴事実の同一性の判断基準の説明の手法として優れたものがある。但し、これを単一性と同一性の概念を用いて説明する意義は乏しい。

私見によれば、訴因変更の可否を検討する場合、「公訴事実の単一性」や「狹義の公訴事実の同一性」の概念・要件は不要である。すなわち、三二一条一項の公訴事実の同一性の判断については、訴訟の同一性（刑罰権の範囲、罪質の同質性）の有無、訴因事実と心証事実との間の犯罪の基本的事実において同一性が認められるか否かで判断すべきであり、問題は、訴訟の同一性、基本的事実の同一性の判断の「明確かつ具体的判断基準」である。この「明確かつ具体的判断基準」を検討する場合、前記平野説や判例の手法は極めて重要である。

かなりの裁判例によれば、訴因事実と心証事実との間に併存関係がある場合（説例②③及び⑥）と非併存の関係の場合（説例①及び④）とに分けたうえ（説例⑤）について言えば、訴因事実の窃盗教唆と心証事実の窃盗との関係は併存関係がない場合であり、窃盗教唆と盗品等收受との関係は併存関係がある場合となる）、前者については両事実間に

一罪関係がある場合には（説例②及び⑥）、公訴事実の同一性を肯定している（公訴事実の同一性を認める前提として、基本的事実の同一性を検討したうえでこれを肯定しているのか、必ずしも明らかでない）。具体的刑罰権は一罪毎に発生するから犯罪事実が一罪の関係にある限り、公訴事実の同一性を肯定し訴因の変更を認めることに何らの支障はない（一罪関係にある場合は、心証事実の罪の刑罰権は訴因事実の刑罰権の範囲内であり、通常、両刑罰権の間の同一性・同質性も肯定できる）。これに対し、両事実間に一罪関係がなく併合罪の関係にある場合には（説例③及び⑤の窃盗教唆と盗品等收受）、公訴事実の同一性を否定する（心証事実の罪の刑罰権は訴因事実の刑罰権の範囲を越えるものであり、従って、両刑罰権の同一性・同質性もない）。判断基準として明確かつ具体的である。他方、併存関係になり後者については、公訴事実の同一性は、心証事実の罪の刑罰権と訴因事実の刑罰権の間に同質性が認められること（説例①及び⑤の窃盗教唆と窃盗。否定される場合としては説例④である）のほか、犯罪の基本的事実が同一といえるかどうかにより判断しているといつてよい。説例①、⑤の窃盗教唆と窃盗、窃盗と盗品等收受は基本的事実の同一性を肯定して公訴事実の同一性を認めている。

### (3) 基本的事実同一説について

ところで、判例は判断基準について、右のとおり、訴因事実と心証事実との間に基本的事実の同一性があるか否かによっているとされている（基本的事実同一性説。最判昭和二九・九・七刑集八巻九号四四七頁等）。そして、「基本的事実の同一性」について、この意味内容・概念自体が曖昧であり、判断基準として十分でないと批判されているが、積み重ねられてきた裁判例の分析により、かなり具体的な基準が呈示されていると言ってよいであろう。前述のとおり、かなりの裁判例は、訴因事実の罪と心証事実の罪との間に、併存関係がある場合とない（非併存・択一関係の）

場合とに分けたうえ、前者については、両罪（訴因事実の罪と心証事実の罪）の関係が一罪の関係にある場合には、基本的事実の同一性があることを肯定し（前記伝統的考えによれば、公訴事実の単一性及び狭義の公訴事実の同一性を肯定することになるであろうか）、一罪関係にない併合罪関係にある場合には、基本的事実の同一性を否定する（公訴事実の単一性が否定されることから、広義の公訴事実の同一性が否定される。狭義の公訴事実の同一性についてはどのように解しているか必ずしも明らかでない。東京高判昭和四十七年三月二七日高集二五卷一号四二頁は、賭博開帳図利と常習賭博を併合罪とし、訴因変更を認めない）。他方、後者の非併存関係にある場合については、基本的事実の同一性があるとして（狭義の公訴事実の同一性を肯定するものであろう。なお、公訴事実の単一性は当然に肯定されるとするのか、考慮する余地がないとするのか定かでないが、後者の考えであらうか）、広義の公訴事実の同一性を肯定している（最判昭和二九・五・一四刑集八卷五号六七六頁、最判昭和二五・六・三〇刑集四卷一一四六頁）。一罪関係にある場合には、例外なく公訴事実の同一性を肯定して訴因変更を認めているが（最判昭和二三・二・二二刑集一二卷二号二八八頁）、基本的事実が常に同一と言えると考えての結論であらうか。また、非併存関係にある場合の判断要素、判断基準がなお曖昧である。より明確で具体的な基準の設定と理論的な説明が必要であらう。

#### (4) 本稿の考え

起訴は、検察官により、特定かつ具体的な訴因事実の罪についての個別的な刑罰権の発動を目的として行われるものであるから、検察官の起訴に対し、裁判所が審理して犯罪事実を認定し、刑罰を宣言するには一定の制約がある。裁判所は、審理の結果認められる犯罪事実を訴因事実とは関係なく自由に認定して刑罰を宣言することはできない。訴因事実の罪の訴訟と心証事実の罪の訴訟との間に同一性（訴訟の同一性）が認められなければならないことは刑事



裁判の基本法理である。訴訟の同一性が肯定される場合には訴因変更は可能であるが（但し、訴因変更が可能であるとしても、訴因変更の「許否」の問題は残る。訴因変更が不許となった場合には別訴の提起も許されないことになろう）、同一性が否定される場合に心証事実の罪の刑罰を宣言するには新たな訴えの提起の問題となる。公訴事実の同一性（訴因変更の可否）の問題は、先ず何よりも、訴訟の同一性の視点から検討されるべきである。

訴因事実の罪と心証事実の罪との間に、①一罪関係がある場合か、②罪質の同質性が認められ、かつ、③事実関係の同一性が認められる場合には、訴因事実の訴訟と心証事実の訴訟の同一性が肯定され、訴因の変更が可能である場合である。右の①は訴因事実と心証事実が併存の関係にある場合の公訴事実の同一性の問題である（訴訟のある時点における公訴事実が一個か複数個かの前記伝統的な「単一性」の問題ではない）。狭義の公訴事実の同一性、基本的事実の同一性の有無を検討する必要もなく、一罪関係が認められる限り、両訴訟の同一性、公訴事実の同一性が問題なく肯定されることに留意されたい（説例⑥は、説例②の窃盗と比較すると、放火という社会的法益への変更であるが、両者とも牽連犯という一罪の範囲内の問題であり、罪質の同一性の問題も議論する必要がない）。一方、訴因事実と心証事実の罪が併合罪の関係にある場合には、訴訟の同一性、公訴事実の同一性は当然に否定され、訴因変更の余地はない。一罪関係の有無だけで、このように公訴事実の同一性の判断ができることから、併存関係の有無を分けて説明する手法は重要な意義がある。

他方、右の②③は非併存（択一）の関係にある場合の公訴事実の同一性の問題で、狭義の公訴事実の同一性の問題として議論されてきたものである。この場合に両訴訟の同一性、公訴事実の同一性が認められるためには、②及び③の両要件を具備する必要があることに留意されたい。以上を整理すると、次のとおりである。



(A) 訴因事実と心証事実が併存する場合<sup>⑦</sup>

訴因事実と心証事実との間に、法条競合、単純一罪、常習一罪、包括一罪、科刑上の一罪の関係にある（一罪性が肯定される）場合には、公訴事実の同一性を認めてよい。説例②及び⑥がこれに該当する（牽連犯の一罪の関係にある）。科刑上の一罪の場合も含めて、訴因事実の訴訟で心証事実の訴訟も審理・認定・刑罰の宣言が当然に予定されていると言つてよい。訴因事実と心証事実との間に一罪の関係が認められれば、訴訟の同一性があるといえるから、公訴事実の同一性も当然に肯定され、以下に述べる両者間の罪質の同質性や事実の同一性の検討も一切不要である<sup>(8)</sup>。これに対し、説例③は併合罪の関係にあるから、窃盗Bの訴因変更（訴因の追加）は認められない。窃盗Bの事実を認定し刑罰を宣言するには、新たな訴えの提起の手続が必要である（最判昭和三三・二・二一刑集一二巻二号二八八頁参照）。

## (B) 訴因事実と心証事実が併存しない（択一関係にある）場合

## (i) 訴因事実と心証事実の罪の罪質の同質性

訴因事実の罪と心証事実の罪の罪質の同一性が否定される場合には、公訴事実の同一性は認められない。この場合、起訴にかかる訴因事実の訴訟と心証事実の訴訟は別物であり、訴訟の同一性、刑罰権の同一性が否定されるからである。説例④の自動車運転過失致死（個人的法益としての人の生命が保護法益）の訴因事実による起訴は、心証事実の犯人隠避（国家的法益としての司法作用が保護法益）の裁判をも求めたものと解することはできない。両事実の罪の罪質の同一性はなく、以下の基本的事実の同一性を検討するまでもなく公訴事実の同一性は否定され、犯人隠避について処罰を求めるには新たな起訴が必要である（罪質の同一性が否定される例として、収賄と恐喝が上げられている。

但し、両罪が観念的競合の関係にある事例では、(A)の併存する場合の処理となり、一罪性が肯定できるから、訴因変更が可能である。説例①の傷害の訴因事実と傷害致死の心証事実の罪質はいずれも個人的法益としての人の生命・身体であり、罪質は同質である。後述(ii)の基本的事実の同一性が認められる限り、公訴事実の同一性は肯定され、両訴訟の同一性、刑罰権の同一性が認められることも明らかであろう。

(ii) 訴因事実と心証事実の基本的事実の同一性

(a) 犯罪事実の構成要素の中核は、①行為主体、②犯罪行為、③犯罪結果であり、これらが重要な要素であることは否定できない(犯罪行為と犯罪結果との因果関係も犯罪事実の構成要素であるが、基本的事実関係の同一性の判断においては、考慮する必要はない)。従って、犯罪事実としての、訴因事実と心証事実との間に基本的事実の同一性があるか否かは、訴因事実と心証事実との間に、右の①②③の重要な部分が重なり合うと言えるか否かを検討することになる。そして、①については、心証事実においても被告人が犯罪行為者として構成される限り、被告人の行為主体としての立場が単独正犯者か共犯者か、共犯者の氏名不詳を含む共犯者の変更などは基本的事実の同一性を否定するものではない(なお、最判昭和二八・一・二七刑集七卷一号六四頁は、法人処罰の場合の違反者の変更の場合は、公訴事実の同一性を否定している)。これらは、いずれも訴因変更の可否の問題ではなく、訴因変更の要否の問題である。②及び③については、重要部分が重なり合うか否かは、経験則に照らし個別具体的に検討するほかない(説例①の傷害と傷害致死、説例⑤の窃盗教唆と窃盗、窃盗と盗品等收受は基本的事実の同一性は肯定できる。他方、最判昭和二六・一・二三刑集五卷一号七三頁は強盗傷人と詐欺、最決昭和三三・三・一七刑集一二卷四号五八一頁は無謀操縦と業務上過失致死について、基本的事実の同一性を否定している。説例④の自動車運転過失致死と犯人隠避につい

ても、罪質の同一性が否定されるほか、基本的事実の同一性が否定されると考えることができよう。

(b) 犯罪は具体的日時・場所で行なわれるものであるから、訴因事実と心証事実の日時・場所が犯罪事実として同一と評価される場合でなければならない。日時・場所の近接性の問題として議論されてきたものである。経験則上、別の事実と評価される場合には、基本的事実の同一性、公訴事実の同一性、刑罰権の同一性、訴訟の同一性はいずれも否定され、心証事実を認定・処罰するには新たな訴えの提起が必要である。例えば、同一の日時で同一の被害者・同一の被害物件に対する窃盗事件について、窃盗の場所が訴因事実とは札幌であり、心証事実とは東京の場合には、両事実につき基本的事実の同一性は認められず、公訴事実の同一性はない。但し、訴因事実の補正・訂正・誤記の訂正の問題として処理できるかは、別論である。検察官が起訴状の犯罪場所を東京とすべきところを札幌と誤記したと経験則上判断できる場合には訂正を認めてよい。同一性がないとして別訴提起の必要はない。

(1) 田宮裕・刑事訴訟法二〇三頁参照。

(2) 前掲小林一二八頁は、公訴事実の同一性は同時訴追ないし同時審判が可能な範囲であって、刑罰権実現の単位であるから、一つの犯罪という観点から説明することも可能であろうと指摘されている。まさに問題の核心であって、犯罪の一個性、一罪性の指摘であるが、公訴事実の同一性、訴因の変更の可否の問題はこれだけでは解決できない。一罪性ではなく、刑罰権の単位(訴訟の単位)の次元の問題として捉えるべきである。

三一二条一項の「公訴事実の同一性」は、刑事訴訟における刑罰権の個数(訴訟の個数)、すなわち刑罰権(訴訟)が一個か複数個かの刑罰権の単位(訴訟の単位)を前提とした概念であり、公訴事実の同一性は刑罰権の同一性(訴訟の同一性)を意味するものというべきである。そして、刑罰権の同一性(訴因事実の刑罰権と心証事実の刑罰権が同一であること)の基準は、先ず、一罪一刑罰権の原則から、訴因事実と心証事実の間に一罪の関係(一罪性)があるか否かに求めることができる。一罪関係が認められれば、そのことだけで刑罰権の個数を含む同一性が肯定できるから、訴因事実の罪の訴訟において訴因変更により心証事実の罪を認定し刑罰

を宣言できるが、一罪関係がない場合（併合罪の場合）は、心証事実の罪を認定し刑罰を宣言するには新たな訴えの提起が必要である。問題は、訴因事実と心証事実が非併存（択一）の関係にある場合である。非併存の関係にあるというだけでは、刑罰権の個数の点ではいづれも一個であり問題はないが、訴因事実と心証事実の関係が一罪の関係にあるといえないことは勿論、両事実の罪の刑罰権の内容が同一であるとか、訴因事実の罪の訴訟と心証事実の罪の訴訟が同一であるということはできない。訴因事実の罪の刑罰権と心証事実の罪の刑罰権の同一性（両訴訟の同一性）の判断において、そのまま一罪一刑罰権個別の原則は機能しないから、併存関係にある場合とは別個の基準を設定する必要がある。この場合、訴因事実の罪の刑罰権は検察官が具体的な犯罪事実に基づき刑罰の発動を裁判所に求める具体的な主張であることから、訴因事実の刑罰権と心証事実の刑罰権の間に同一性が認められるか否かの基準は、両罪の「罪質の同質性」及び両犯罪事実の「事実の同一性（基本的事実の同一性）」に求めることができる。訴因事実の罪と心証事実の罪との間に罪質の同質性と基本的事実の同一性の両要件が認められる限り（説例①）、両訴訟の刑罰権の同一性は肯定でき、同一訴訟といえるから、起訴にかかる訴因事実の罪の訴訟において訴因変更により心証事実の罪を認定し刑罰を宣言することができ、何ら不都合な点はない。他方、罪質の同一性が認められない場合は（説例④）、基本的事実の同一性が認められるとしても、訴因事実の罪の刑罰権の発動を求めた訴訟において、これと罪質の異なる心証事実の罪の刑罰権の発動が検察官により求められていると考えることはできない。また、罪質の同一性が認められても、基本的事実の同一性が認められない場合には（前記（b））の札幌での窃盗の訴因事実から東京における窃盗の心証事実への変更の事例）、心証事実の罪の訴訟は訴因事実の罪の訴訟とは犯罪事実の異なる別個の訴訟というべきである。いずれの場合も心証事実の罪を認定し処罰するには新たな訴えの提起が必要である。以上が本稿の基本的考えである。

（3） 最判昭和三一・一二・二六刑集一〇巻一二号一七四六頁は、麻薬取締法違反の常習者の包括一罪を構成する行為について、追起訴がされている。当初の起訴状で漏れたものを追加補充する趣旨でされたものと認め、二重起訴の違法はないとするが、起訴状による追加補充の制度は存在せず、救済判決である。本来は訴因変更手続である訴因の追加変更により処理すべき事案である。右の処理が認められることになれば、訴因変更の可否の規定の意義は後退する。全て訴因変更ではなく、追起訴で処理すればよいことになるからである。同一性が否定され、追起訴が必要であるのに訴因変更で処理された場合には救済されないであろう。

（4） これに対し、前掲田宮二〇〇頁は、単一性が狭義の同一性かどうかかが肯定されれば、広義の公訴事実の同一性は肯定されるとしている。

（5） 平野龍一・刑事訴訟法概説九四頁参照。

(6) 前掲平野九四頁、同平野・刑事訴訟法の基礎理論一〇二頁以下は、公訴事実の単一性の意味が、前述の「ある時点における公訴事実の「広がり」、「はば(幅)」の問題」ではなく、起訴の時点の訴因事実と証拠調べがされて心証の形成された時点の心証事実の「ずれ」の問題であるとしている。すなわち、単一性の問題も、同一性の問題と同様、訴訟を動的縦断面で捉えている。

(7) 公訴事実の同一性を論ずる場合、両罪が併存関係にあるか非併存の関係にあるかに分けて説明することは重要な意義がある。前者は罪数論と一罪一刑罰の原則により、明確に処理ができ、訴訟上の処理が一切不要となるからである。

(8) 松尾浩也・刑事訴訟法上二九二頁は、罪数による規整として、公訴事実の同一性の問題から切り離すことを提案している。公訴事実の同一性の問題について、訴訟の同一性の視点が欠陥している。公訴事実の同一性の一面面として、実務上訴因変更の可否として処理されてきたものであり、三一二条一項の問題から切り離すして議論する意義は乏しい。

## 5 結びにかえて

訴因変更の問題、特に訴因変更の可否については、学説が多岐を極め、展開する内容も学説ごとに微妙に異なり、初めて刑事訴訟法を学ぶ者にとって、理解するのが相当に困難な領域である。訴因の補正・訂正の問題、犯罪事実の法的評価の変更(相違)の問題、罪数論、一罪一刑罰権の原則の問題、公訴事実の意義の問題のほか、刑事訴訟の基本構造の捉え方とも直接に絡み合い、議論自体が錯綜しているというのが、裁判実務に携っていたころの強い思いであった。刑事訴訟の全体像・枠組み、基本構造の説明を曖昧にしたままの基本書の内容や説明、判例の解説・批評に對して、もどかしいほどの分かり難さ・疑念を抱いていたものである。訴因変更の可否についての本稿の骨子は、以下のとおりである。すなわち、

訴因変更の可否(公訴事実の同一性)の判断は、裁判所が認定しようとしている事実(心証事実)が、起訴されて

いる訴因事実の訴訟の範囲内にあるか否か、換言すれば、起訴された訴因事実の訴訟で認定し解決できる犯罪事実はこの範囲までの犯罪事実か（訴因事実の訴訟と心証事実の「訴訟の同一性」にある（訴因の補正・訂正の問題や訴因の法的評価の相違の問題を処理したうえでの判断であることを留意されたい））。

そして、訴訟の同一性の判断には、起訴が検察官において裁判所に対し訴因事実から生じる個別具体的国家刑罰権の発動を求める手続であることから、先ず、裁判所の認定できる刑罰権の個数において制約（制約A）があるほか、訴因事実の罪から生じる刑罰権と心証事実の罪から生じる刑罰権が同質であり、両事実が同一のものであることの制約（制約B）がある。これらは制度的制約とも言えるものであり、訴因変更の可否の問題（公訴事実の同一性の問題）の核心である。裁判所が、検察官が求める刑罰権を越えて、あるいは、訴因事実の罪とは異質、別物の犯罪事実（心証事実）を認定し刑罰を宣言することは許されない。

右のAの制約は、判例及び平野説の両罪が併存関係にある場合の問題であり、訴因事実と心証事実との間に一罪関係があるか否かの判断として展開される（訴因事実と心証事実が一罪の関係にある場合には、心証事實は訴因事実の訴訟の範囲内にあるといえるから訴因の変更は可能であり、他方、一罪関係にない併合罪の関係にある場合には、心証事實は検察官が求めた訴因事実の訴訟の範囲を越えるから、訴因の変更は不可能となる。心証事実の処罰は別訴によることになる。なお、一罪の関係にある限り、訴因事実と心証事実の罪の罪質の同一性や基本的事実の同一性を検討することは不要である。判断の基準は、単純に、「一罪関係にあるか否か」であり、これが認められれば、公訴事実の同一性が当然に肯定されることに留意されたい）。

Bの罪質・犯罪事実の同一性に関する制約については、両罪が非併存ないし択一関係にある場合の問題である。①先ず、訴因事実の罪と心証事実の罪の罪質が同質か否か（罪質の同質性。両事実の罪の罪質が異なれば、刑罰権の同



一性もないというべきである）、②罪質の同質性が認められるとして、訴因事実と心証事実の基本的部分で重なり合っているか否か（基本的事実の同一性）の二点が問題となる。①については、罪質が異なれば公訴事実の同一性は否定され、訴因の変更は不可能である。別訴によるべきである。②については、罪質の同質性が認められることを前提として、両事実の基本的事実が同一といえるか否かの判断となる。なぜなら、罪質の同質性が認められ、かつ、犯罪の基本的部分が同一と言える場合には、心証事実の罪についても訴因事実の訴訟で解決するのが相当であり、何ら不都合な点はないからである。他方、犯罪の基本的部分が異なる場合には、罪質が同質であるとしても、心証事実と訴因事実とは別個の犯罪というべきであるから、別訴によることになる。

右①の罪質の同質性の判断は、保護法益の内容が判断要素となり、個人的法益か社会的法益か国家的法益かが基本となろう。

右②の基本的事実の同一性の判断は、犯罪を構成する基本的事実が、犯罪行為の主体、犯罪行為及び犯罪結果であるから、先ず、これらを同一性判断の基本要素とすべきである（多くの場合、犯罪行為か犯罪結果のどちらかが同一と判断できれば、基本的事実の同一性を肯定してよい）。加えて、犯罪の日時、場所が異なれば（近接性が否定される場合には）同一の犯罪事実とは言えないから、基本的事実の同一性を判断するうえで必要不可欠な要素である。以上の各要素の検討により、基本的事実が同一と認められる限り（罪質の同質性が前提となることを忘れてはならない）、心証事実の認定は訴因変更手続によるべきであり、別訴によることは二重起訴の禁止に触れ許されない。他方、基本的事実の同一性が否定される場合には、検察官が求めた訴因事実の罪と心証事実の罪とは別物というべきであるから、心証事実の罪を訴因変更の手続により認定して刑罰を宣言することは許されない。新たな起訴手続が必要である。

（1及び5は羽瀧が、2、3、4は井筒が担当したものである）



**Some problems concerning Count and Charged Offense**  
**—Subject matter is Identität des Prozeßgegenstandes—**

Kiyoshi HABUCHI

Keiko IZUTSU

“Identity of the charged facts” prescribed in Article 312 (1) of Japanese Criminal Procedure Code is a general idea concerning a unit of punishment right(s) or lawsuit(s). “Identity of the charged facts” means identity of punishment right or identity of lawsuit. First, whether the punishment right expected on the charged fact is identical to the punishment right expected on the conviction fact depends on whether the crime(s) acknowledged in those two facts shall be evaluated as a single crime under the general principle of “one crime for single punishment right”. If those facts are recognized as a single crime, as a result of a method of application of a legal punishment, called “Gesetzeskonkurrenz” in German, implicate crime, comprehensive single offence or concurrent crimes, a punishment for the crime based on the conviction fact may be imposed on following by alternation of counts. On the other hand, if those facts consist of two or more crimes so that all those facts are treated as concurrent offences, a new prosecution has to be instituted to impose a penalty on him/her for the crime based on the conviction fact.

Second, assuming that the charged fact and the conviction fact are alternative, and nature of each crime is the same and essential elements of those facts are also the same, then the punishment right to be discussed in each fact shall be the same, which qualifies the applicable penalty to be imposed on after alternation of counts for the conviction fact in the same trial. On other hand, in the case the nature of the crime based on each fact is not the same, it is not the prosecutors’ intention to demand the penalty for the conviction fact even if the essential elements of those facts are identical. Furthermore, in the case the nature of the crime based on those facts is the same however the essential elements of those facts are different, the case for the conviction fact should be dealt separately. Both cases above require a new institution of prosecution to deal with and impose penalty on for the conviction fact.