

## 訴因変更「勧告」の限界

—— 訴因と被告人の包括的防衛権

渡 辺 修

### 一 問題の所在 神戸地裁姫路支部勧告平九・二・五の紹介

一 神戸地裁姫路支部は、九七年二月五日、ある傷害致死事件で、検察官に対し「当裁判所は、検察官に対し、傷害致死の訴因を過失致死の訴因に変更するよう勧告する」とする訴因変更勧告を書面で行った（神戸地裁姫路支部勧告平九・二・五、平成五年（わ）二〇六号、未公刊）。本稿は、右勧告を素材にして、裁判所が訴因の設定にどこまで介入するのが適切か検討するものである。

本件の公訴事實は、次のようなものである。被告人は、①一九九三年五月二三日午後一時ころ、自宅で内妻・Hの連れ子・甲（当時二才）に対して頬を平手で殴打しその場に転倒させて頭部を床に打ちつけさせる暴行を加えた。さらに、②その夜一三四センチほどの高さのタンスの上に乗せていやがるのに無理に同人に二度飛び降りさせ、二度目に転倒させ頭部を畳に打ちつける暴行を行い、③その後泣きやまない被害者を抱え上げて畳に放り

投げて畳に頭を打ちつけさせる暴行に及び、この三つのいずれかの暴行によって急性硬膜下血腫の傷害を負わせて、この傷害から脳ヘルニアを生じさせて死亡させたものである。

訴因変更「勧告」の前後の手続は次の通りである。一九九三年六月に起訴、七月に第一回公判期日、一九九六年九月にいったん結審し、同年一月一八日には判決言渡し期日を予定していた。その後、裁判所の職権で期日変更の通知があり、九七年二月五日の公判期日冒頭で裁判所が職権で弁論再開を決定した。そして、すでに証拠調べを終えている被告人の自白調書（員面）について、職権で証拠排除の決定をし（神戸地裁姫路支決平九・二・五、平成五年（わ）二〇六号、未公判）、さらに本件訴因変更の勧告が行なわれた。

二 「勧告」の内容は次の通りである。まず、訴因事実を認定しがたい事情をかなり詳しく説明している。①の暴行事実についてはこれを認めつつ、その転倒と本件死亡との因果関係は「ないと考えられる」とする。なお、傷害罪にあたるかについては、懲戒権行使の範囲内であって「犯罪が成立しない可能性がある」とした。②の暴行については、被告人が被害者を強く促してタンスから飛び降りさせたことを認め、また二度目の飛び降りでは頭を打ったことも認める。もつとも、「遊びのつもりではなかったかという合理的な疑いは払拭できない」から、暴行の故意が認められず、犯罪事実として認定できないとする。③の暴行については、放り投げる行為は証拠上認められないとする。その上で、第二の事実に関しては、「過失致死の可能性」があるとする。

「前記認定のとおり甲は二歳三か月で身長約九一センチメートルであり、これに対してたんのすの高さは一三四・五センチメートルである。また、当公判廷においてT医師は、このような高さのたんすから飛び降りれば、二歳の幼児であればまず一〇〇パーセント手では支えきれず前額部を打ち、下が布団でも畳でも頭蓋の変形は十分起こりうると供述している。前日はできた可能性を認めざるを得ないといえ、本件当日は、甲が積極的にやる

うとしていなかったことは明らかであるから、保護義務者としては、中止する、布団部分を高くする、受け止める準備をするなどの注意を尽くして危険を防止すべきではなかったかと考えられる。よって、午後九時三〇分ころのたんすから飛び降りさせる行為が過失行為を構成する可能性はある。また、この過失と甲の死亡との因果関係も、搬送時、手術時、解剖時にそれぞれ甲を診察した各医師の所検並びに被告人とHの供述から、認められる可能性が十分にある。」よって冒頭のとおり検察官に勧告する次第である」というのが理由のまとめである。

検察官は、訴因変更に応じなかった。この結果、三月一九日に当初の傷害致死の訴因に対して、無罪判決が言い渡された（神戸地裁姫路支判平九・三・一九、平成五（わ）二〇六号<sup>1</sup>、控訴）。

三 以下、論点を整理して順次検討していきたい。

第一に、法三一二条二項は「審理の経過に鑑み適当と認めるとき」裁判所は訴因変更（追加または変更を含めて用いる）を命ずることができるとするが、文理上「勧告」の権限は規定していない。とすると、本件勧告は条文上の根拠の不明な措置であって、その点でまず違法ないし不適當ではないか、考えておく必要がある。

第二に、本件勧告が審理の経過に鑑みて「適当」（法三一二条一項）と言えるかが問題となる。仮に、この段階で、判例上認められている変更命令の義務が生じているとすれば、本件勧告も適法な措置と言えようが、変更ないし勧告義務の要件を満たしているか疑問の余地がある。

第三に、三一二条二項の訴因変更命令権限は、多かれ少なかれ訴因設定に関する検察官の専権と当事者主義、裁判所の中立公正な「裁判」機能と矛盾する側面を持つが、そのことをふまえて、同条をいかに解釈するか考えておかねばならない。特に訴因変更命令が義務となる場合を認めるべきか、一考を要する。それを踏まえて、なおなんらか訴因に関する裁判所の働きかけの権限を認めるとしても、その限界設定をどうすべきか考えなければ

ばなるまい。

第四に、そうした訴因に関する裁判所の働きかけのあり方として、本件勧告のように詳細・具体的であるのが妥当かも検討を要する。

(1) 無罪理由は本文の勧告の理由と同じである。①の暴行は公訴事実とおりに認定したが、被害者の死因である硬膜下血腫の形成に要する時間に鑑みて因果関係はないとした。さらに、右暴行は懲戒権の範囲内の相当な行為であって「社会通念上相当な範囲を超えると断ずることは躊躇される」とする。②の暴行については二度たんすから飛び降りさせたことを認める。「一度目に飛び降りたときには甲にこれといった異変がなく、二度目に飛び降りた後甲の容態が急変したこと、二度目に飛び降りた時は甲の頭は下に引いた布団から少し出していたことが認められるから、甲は、一度目に飛び降りたときには頭はうたなかつたが、二度目に飛び降りたときには畳で頭を打ったと認める」とする。しかし、事件前後の事情を考慮した上で、「被告人がたんすからの飛び降りるさほど危険なものと思わず、遊びの範囲内と考えていたということもあり得ないとは言えない」とし、「被告人に甲に対するいらだちや怒りがなかつたとは断言できないものの、被告人としては遊びのつもりではなかつたかという合理的な疑いは払拭できない」。従って故意がない。③の暴行については、検面調書に記載されている「布団の上に投げ飛ばしました」という趣旨の供述を検討して次のように述べた。「右供述自体、投げ飛ばすとか投げつけるといふ激しい暴行の意図を有していたことを自認しつつ、その暴行態様は、折り畳んだ布団の上という、いわば怪我をしにくいような場所に投げた、というもので、前後矛盾した不自然な内容といわざるを得ない。他に被告人が甲を畳の上に放り投げたと認めるべき証拠はない」。

## 二 訴因変更「勧告」の法的性質

一 本件の訴因変更に関する「勧告」は、裁判所の名義で二一頁に及ぶ書面による。内容も詳細である。その中で、罪体に関する心証を詳細に説明して、訴因変更を求める理由を示している。しかも、裁判所が変更を求める訴因の内容もかなり具体的に明示している。かかる勧告の体裁に照らすと、本勧告の法的性質は、一般的な訴訟指揮権（法二九四条）ないし求釈明権（規則二〇八条一項）に基づく訴訟行為の枠ではとらえきれない。やはり法三一二条二項に基づく権限発動と理解せざるを得ない。ただ、同条の文理上は訴因変更を「勧告」する権限は明示されていない。なのに「勧告」権限を認めることに問題はないか。

むろん、訴因変更に関する「勧告」権限を肯定する余地もある（勧告権限肯定説）。実質的には、裁判所の柔軟な対応をする上でも、訴訟指揮権に基づく求釈明の他に、やや強い「勧告」権限を認めるほうが妥当である。条文上も、法三一二条の「命令」権限には事の性質上これよりも弱い働きかけである「勧告」権限も当然に含まれると解釈してもそう無理な法解釈とは言えまい。現に、判例上も法三一二条二項は命令の他に訴因変更を促す勧告の権限も含むと解釈されている。<sup>①</sup>

しかし、勧告権限を認めるのは、疑問がある（勧告権限否定説）。第一に、訴因変更に関する職権強化を意味する。かかる職権は、検察官の処罰要求を補完する機能を果たす。が、処罰に関する請求の権限と責務はあくまで検察官が担うべきである。訴因変更命令権自体、当事者主義構造からすると、特殊例外的と扱うべきである。明文通り「命令」権しかないとみるほうが適切ではないか。第二に、裁判所はすでに訴訟指揮権と求釈明権がある。これでも訴因変更に関する裁判所の働きかけは十分に行える。第三に、三一二条二項の命令は、観念的には

検察官に訴因変更請求義務を負担させる法効果を持つ。その同じ条文が特段の法的拘束力を生じない勧告権も含むと解するのは、納得できない。また、文理を細かくみると、刑事訴訟規則は「促す」権限と「命ずる」権限を区別している。例えば、規則一七八条の九は、裁判所は書記官を通じて検察官・弁護人に訴訟準備を命ずるのではなく「促す」権限を認め、規則二〇八条一項も立証を命ずるのではなく「促す」権限を認めている。法三二二条の「命ずる」権限に「促す」権限を含めるのはやや違和感がある。

従って、本件勧告は、訴訟指揮権に関する二九四条の範囲を超え、他方、法三二二条二項からも逸脱しているのではないか。万が一訴因変更に関する意思表示が必要な場合であったとしても（要件の充足については後に検討する）、端的に「命令」とすべきではなかったか。

二 本件勧告は、変更すべき理由、変更すべき訴因ともに詳細・具体的に摘示しているが、法三二二条二項は、かかる詳細・具体的摘示を求めるのかどうか。この点に関連して、審判対象に関する公訴事実対象説、訴因に関する法律構成説、訴因変更命令の形成効肯定説にたてば、訴因変更命令ないし勧告では「公訴事実」そのものを摘示することが求められよう。<sup>(2)</sup> さもなくばかえって不適切な命令となる。が、詳述は別の機会にしたいが、基本的には審判と防御の対象は訴因である。それは具体的事実を指摘するものと解すべきだ。また、訴因設定の責務と権限は検察官の専権とみるべきだ。かかる前提を欠いている点では、右の説は適切でない。<sup>(3)</sup> もっとも、審判対象や訴因の性質に関する説と関わりなく、訴因変更命令の性質上「趣旨において明確かつ内容において具体的な命令を出すべきである」とする説もある。<sup>(4)</sup>

かかる具体的記述説の理由は、次の点にあらうか。①訴因は審判の対象となる事実を記載するものである以上、その訴因に関する裁判所の意思表示もまた具体的な事実の記載を伴うべきである。②変更命令により、検察官は訴

因変更請求義務が生じる。義務内容は明示的でなければならぬ。③裁判所がいまいちな意思表示しかなかったため、検察官が趣旨を了解できず、裁判所の心証と異なる訴因変更を求めると、手続の混乱を招き訴訟経済に反する。④裁判所も、刑罰権実現の責務を担うのであって、検察官の過誤で実体的真実に即した処罰実現ができない場合、これを是正する責務も負う。<sup>(5)</sup> こう考えるのであれば、本件勧告の内容は適切と評価されよう。

しかし、法三二二条二項の命令は、むしろ抽象的概括的でなければならぬ（概括的記述説）。本件に即して言えば、「故意犯に代えて、なんらかの過失による犯罪の訴因に変更を求めるといった概括的な意思表示にとどめるべきではなかったか。理由は次の通りである。

① 事実記載説は、検察官が審判と防御の対象として訴因を設定する責務を規律する原理である。裁判所が行使する訴因変更命令権限のありようは権限の性質に照らして考えるべきである。両者は異なる。裁判所の職責は、訴因事実の有無を中立・公正の立場で判断することに尽きる。適正な刑罰権実現は、刑事裁判全体の客観的な目的である。裁判所が当初の訴因と異なる処罰すべき事実を具体的に摘示するのは、この機能を逸脱し、被告人の処罰方向で訴因の設定に関与することを意味する。これは、検察官の公訴権を補充することになる。どの訴因で処罰を請求するかは、起訴便宜主義のもとで刑事政策的吟味も踏まえ検察官が判断すべき事柄である。裁判所の自作自演の心証形成でかかる検察官固有の公訴権を代理行使できない。訴因変更「命令」は当事者主義に反する虞れがある。少なくとも、例外的に発動すべき権限であって、それは権限の発動の要件のみならず発動の態様・手続の点でも貫かれなければならない。

② 訴因変更命令が検察官に訴因変更請求義務を負わせるからといって、必ずしも特定具体的である必要はない。現に、例えば、規則二〇八条による立証を「促す」措置は訴訟行為を特定して作為命令を発するのではなく、全

体として検察官・被告人の各立証の促進を概括的に命ずることで足る。同じく、訴因変更請求義務は「当初の訴因を変更し、それまでの証拠調べ手続に照らし裁判所が認定でき、しかも処罰すべき別訴因を設定すること」に尽きる。それがいかなる訴因であるべきかは、公訴権の担い手である検察官の裁量に任すべき事項である。

③ 検察官が審理の経過を合理的に判断すれば、裁判所が意図している訴因内容は了解可能である。しかも、予め釈明などで裁判所の意図するところを示す程度の訴訟指揮は許されている。にも拘わらず、検察官が裁判所の真意と食い違った訴因へと変更するのであれば、それは公訴権を担う検察官の処罰意思と裁判所が密かに抱いた処罰したい事実が食い違ったのであって、これに対しては無罪を言い渡せば足りる。裁判所は、検察官の主張の当否を吟味することでのみ刑罰権実現に責任を負うのであって、職権によって「実体的真実」を探求し処罰のため公訴事実を構成する責務はない。

以上の他に、訴因説は訴因変更命令に形成効を認めない。しかし、その命令の内容としては公訴事実と匹敵する具体的な訴因の記述を要するとするのは、意味のない法律行為を求めるものとなろう。かくして、本件勧告は権限の法的根拠を欠き、しかも訴因変更に関する裁判所の意思表示の限度を超えている点でも違法な措置である。

- (1) 訴因変更命令義務の有無に関する裁判例をみると、「訴因変更を促しまたはこれを命ずべき義務」(最決昭四三・一一・二六刑集三二巻一二号一三五二頁)、「訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務」(最判昭五八・九・六刑集三七巻七号九三〇頁)として命令と勧告の両権限があることを前提にその義務の有無を検討している。学説も「釈明義務、勧告義務、命令義務と順次段階をふんで行使されるのがぞまし」といって等(田宮裕・刑事訴訟法(新版、一九九六年)二二〇頁)、勧告権限があることを前提にして命令か勧告にとどめるのが妥当かを論じている(例えば、香城敏磨「訴因制度の構造(下)」判時一二四〇号(一九八七年)六頁、松尾浩也



・刑事訴訟法（上）（一九八四年）二九五頁、鈴木茂嗣・刑事訴訟法（改訂版、一九九〇年）一二二頁、三井誠「訴因の変更」法教一七五号（一九九五年）一〇〇頁など。

(2) 例えば、小野慶二「訴因・罰条の追加、撤回及び変更」法律実務講座（刑事編、五卷、一九五四年）九九七頁。

参照、岸盛一・刑事訴訟法要義（一九六二年）六三頁。なお、大久保太郎「訴因対象説への疑問と法律構成説の補足」曹時三三卷一〇号（一九八一年）三三頁、同「審判の対象」の現実的考察」曹時三三卷三三号（一九八四年）一頁参照。

(3) さしあたり、三井誠「訴因の機能」法教一七二号（一九九五年）八五頁以下参照。

(4) 条解刑訴法（新版、一九九六年）五九八頁。訴因審判対象、事実記載説にたち（高田卓爾・刑訴法（二訂版、一九八四年）四一一頁以下）、「具体的であることが望ましい」とする説もある（注解・刑訴法（中）（一九八二年）六三五頁（高田卓爾）。同旨、大コンメンタール刑訴法四卷（一九九四年）七八一頁（高橋省吾）。なお、福岡高裁宮崎支判昭二九・一〇・一五高裁特一卷八号三六四頁は、「裁判官が検察官に対して訴因変更を命ずる場合に具体的にその内容を示して『かように訴因の変更を命ずる』とした場合、検察官が即座に『そのように変更する』との趣旨を述べたときは命ぜられた内容のとおり口頭による訴因の変更があつたものと解する」とする。具体的記述を許容する趣旨を読みとれる。

(5) ④について、例えば、石丸俊彦他・刑事訴訟の実務（上）（一九九〇年）五〇頁以下、六二二頁以下（石丸俊彦）。

### 三 訴因変更「勧告」の実質的要件

一 次に、「勧告」手続の当否はさておくとして、勧告権限を発動できる実質的な要件を満たしているのか、さ

らに検討を要する。条文上は裁判所が「審理の経過に鑑み適当と認めるとき」とされている。この条文との関連で、判例上訴因変更命令が義務的となる場合の要件が論じられている。判例を総合すると、①犯罪の相当の重大性と有罪証拠の明白性があれば命令・勧告義務があるが、②その場合でも求釈明か勧告を前置するのが望ましい、また、③有罪証拠の明白性のみでも少なくとも勧告義務が生じる場合がある。それ以外の場合は、釈明権の行使・訴訟指揮権で対処する。逆に、④犯罪の重大性、有罪証拠の明白性があっても、処罰の相当性や共犯者との処罰の権衡、被告人の防御の利益を総合して訴因変更命令義務をむしろ認めるべきでない場合もあるとされている。<sup>(1)</sup>

本件勧告は、考え得る注意義務の態様として「保護義務者としては、中止する、布団部分を高くする、受け止める準備をするなどの注意を尽くして危険を防止すべきではなかったかと考えられる。よって、午後九時三〇分ころのたんすから飛び降りさせる行為が過失行為を構成する可能性はある」とする。では、本件は上記四基準に照らしたときに、訴因変更を勧告乃至命令をしなければならぬ場合であったか。

まず、有罪認定の「証拠上の明白性」はどうか。本件は、故意犯の訴因に対して、裁判所が独自に過失認定の可能性があると判断しているが、過失犯として有罪を認定するには注意義務を特定して訴因に掲げる必要がある。本件では、傷害致死罪で起訴されており、訴因中には過失の構成要素は含まれていない。現に勧告は、三つの注意義務を列挙しているものの、これらの関係は不分明である。三つの義務違反が競合しているのか、いずれかひとつをもっとも重要な過失とする趣旨が不明である。過失の内容自体が固まってい<sup>(2)</sup>ない。また、重過失か單純過失かも不明であつて、検察官が後に補充捜査により重過失と構成する余地もある。

二 ちなみに、本件と同じく地裁で継続中の傷害致死事件について審理の結果、地裁に管轄権のない過失致死を「認定」した場合の措置を巡る議論がある。これに関し、裁判所の責務を実体的真実の解明と刑罰権の実現にあ

るとし、審判対象は訴因ではなくそれが指し示す公訴事実であると解する説にたつと、裁判所が形成した心証（過失致死）を基準に管轄違を言い渡していいとも考えられる（訴訟条件に関する心証基準説）。この立場では、訴因とは被告人のとりあえずの防御対象を示す手続上の便宜的措置とのみ理解することになり、そうであれば、有罪か無罪か実体裁判を言い渡すのではなく、形式裁判を言い渡すにすぎないのであれば、特に防御対象を手続上修正する強い必要もなくなる。

が、やはり基本的には訴因とは検察官の有罪の主張そのものであって、審判はその主張の理由の有無の判断を目的とすると解すべきであろう。とすると、裁判所が過失致死の「確信」を抱いたのは、事実上裁判所が訴因を設定しこれについて有罪と判断していることになるが、これ自体司法の責務を超える。かかる事実上の心証は手続形成の基準にはできない。処罰の当否の主張をする責務は検察官が負う。裁判所は、釈明をし検察官が過失致死に訴因を変更すれば管轄違とし、訴因を維持するのであれば傷害致死について無罪とすれば足りる（訴因基準説）。

もつとも、判例上当初の重過失失火で審理中失火の心証を得た場合などには、心証を基準に管轄違を言い渡した事例が現にある。<sup>(4)</sup>とすると、裁判所が本件事案で自ら訴因を設定しそれについて有罪の確信を形成して、さらにこれを基準に一定の訴訟行為を行なうことも運用上は行われているようだ。しかし、上記運用を正当化できるのは、過失に関する客観的事実関係は同じであって、ただ法的に構成される過失の態様が重過失か単純過失かの違いにとどまる限度であろう。ある種の大小関係がある場合といていい。この範囲であれば、裁判所が「有罪の確信」を形成したといっても、法適用に関する判断の確信である。ところが、本件は、故意の事実関係に過失の事実を読みとるものである。が、「傷害致死につき傷害の故意が否定されてもただちに過失致死が残る関係は

ない<sup>(6)</sup>。この面でも、本件の心証形成は、裁判所の審判機能を逸脱した面がありはしないか。別言すると、本件勧告はなんらかの態様の過失犯での処罰の可能性があると裁判所が判断した段階で発されたものであって、有罪の明白性には疑問が残る<sup>(6)</sup>。

三 しかも、変更後の訴因記載の犯罪の重大性にも疑問が残る。これは、犯罪の態様、性質、動機、社会的影響など諸種の事情によっていくぶん違ってこよう。もとより、幼児の生命に関わる犯罪であるから当然に重大だとも言える。しかも同棲を初めて間もない義理の父親による妻の連れ子に対する厳しい態度が背景にあるとすれば、社会的にも幼児虐待が話題になっている状況に照らすと、事件の重大性があると言えはばある。が、傷害致死と過失致死とは刑法上の評価は異なる。しかも、本勧告は、死因に結びつく暴行（タンスから飛び降りさせる）は、「被告人に甲に対するいらだちや怒りがなかったとは断言できないものの、被告人としては遊びのつもりではなかったかという合理的疑いは払拭できない」とする。父と子の遊びがやや行き過ぎた事故であれば、過失致死として正式起訴すべき価値があるのか、起訴猶予や略式起訴でも足りるのか、刑事政策面からは再考の余地もないではない。裁判所が一方的に処罰を前提として訴因変更を求めることが妥当か疑問が出てくる。

四 求釈明の先行がない点はどうか。本件裁判所は、訴因変更勧告に先立ち、審理中に過失に関する訴因変更を示唆し問いただすなど釈明権を適宜行使する措置を先行させていない。職権で弁論を再開し、本勧告が発されている。確かに、検察官の思わぬ過誤で重大な犯罪を無罪にするのは、客観的にみれば正義に反するのかもしれない。が、検察官の意向を釈明によって確認し、それを通じて裁判所の意思を示唆することもなく、直ちに変更の勧告を行う必要性も乏しい<sup>(7)</sup>。

かくして、訴因変更命令義務を肯定する判例の基準に従っても本件勧告が妥当であったのか疑問の余地がある。

- (1) さしあたり、渡辺修「訴因変更命令」ジュリスト八一五号（一九八四年）一七五頁。
- (2) 竹花俊徳「業過事件の『罪となるべき事実』・訴因」刑事裁判実務大系五卷（一九九〇年）二五二頁以下参照。
- (3) 松浦秀壽「訴因と訴訟条件」刑事実務ノート（一九六九年）五四頁、小野慶二「管轄違および移送の裁判」公判法大系Ⅲ（一九七五年）二六〇頁、三井誠「訴因の機能」研修五〇一号（一九九〇年）三頁。
- (4) 秋田地判昭三七・四・二四判タ一三三一号一六六頁、東京高判昭五四・二・二七判時九五五号一三一頁。他に、東京地判昭六一・三・一二判時一二二九号一六〇頁は、交通事故に伴う重過失から單純過失について同種の措置をとった。但し、岡山地判昭四三・一二・一一判タ二三七号三一二頁は、地裁が傷害致死事件で訴因変更もせず管轄違いも認めずに直ちに管轄権のない過失致死を認定した。審理の経緯・被告人の主張などが判明せずやや不分明なところがあるが、違法な処理である（大阪高判昭四二・一・一八判タ二〇八号二〇六頁参照）。
- (5) 田口守一・判評三四六号（一九八七年）二一七頁。
- (6) 香城敏磨「訴因制度の構造（下）」判時一二四〇号（一九八七年）五頁は、訴因変更命令を新訴因による訴追意思の確認を目的とした上で新訴因では有罪を得られることに検察官が気づいていない場合、右命令を出すには「有罪となることが証拠上確実である必要もない」とし、判例よりも要件を緩和している。
- (7) 松浦秀壽「訴因と訴訟条件」刑事実務ノート（一九六九年）五三頁も、検察官への釈明で傷害致死の訴因を維持するか過失致死に訴因を変更するか「確かめることが望ましい」とする。

#### 四 訴因変更の限界と被告人の防御の利益

一 以上は、判例の訴因変更命令義務を前提にして考えてみたが、実のところ、法三二二条二項の訴因変更「命

令」の性質も再考を要する。確かに文理上「命ずる」という強い表現を用いている以上、法三一二条二項は例外的に職権主義原理に基づき処罰機能を補充・補充する特別の責務・権限を裁判所に与えたとみるほうが自然かもしれない。学説上少なくとも訴因変更を働きかける義務が生じる場合であってもそれは「勧告」にとどまると限定解釈する説もあるが<sup>(1)</sup>、法解釈として幾分無理を感じる(参考までに、法二〇七条の釈放命令について、勧告権限もあるとか勧告しか意味しないと解釈することはない)。といって、命令権限を肯定せざるを得ないとしても、それが当事者主義と不調和を来すことも明白である。

とすると、訴因の設定に関する検察官の専権と責務、裁判所の中立・公正義務、被告人の防御権保障など刑法の全体構造によって、法三一二条が予定する権限に一定の制約を読み込まざるを得ない。

二 そうした手続的制約のひとつとして、二五六条五項の予定する起訴状記載の方法に注意を払う必要がある。同条は、「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」とする。この条文が予定した公訴提起のあり方と今の運用にずれはないか。運用上、例えば、殺人罪で起訴する場合に、公判での審理による証拠構造の変化を見込んで傷害致死や業務上過失致死を予め起訴状に掲げることはない。審理の経過に照らし訴因を変更・追加するのが通常である。その限りで、本項は空文化している。もっとも、一事実一訴因の運用にも合理性はある。①刑罰権の厳正な実現には、検察官が確実な証拠に基づいて公訴を提起し確実に有罪を認定させたほうがよい。検察官の主張が弱含みであるのは、特別予防・一般予防の観点いずれからしても刑事政策的に好ましくない。②検察官がいわば風呂敷を広げた起訴をするのは、公訴権行使の適正に疑問を生じ、刑事手続に対する国民の信頼を損なう。③一事実一訴因のほうが、被告人の防御の負担の範囲が明確で限定されているから、望ましい。

しかし、①捜査によって真実を明らかにするという法哲学を貫くと、被疑者取調べの強化に伴って虚偽自白・冤罪の虞れが増し、また公判は捜査機関の主張を確認する儀式にすぎなくなるなど刑事手続の実現すべき正義に歪みが生じかねない。むしろ、検察官が法廷で種々の証拠を示し、被告人・弁護人の防御を保障しつつ、裁判所が検察官主張の当否・理由の有無を吟味・判断する手続に比重を傾けることで、かかる歪みを是正したほうがよい側面もある。②この限度で、検察官の当初の有罪主張が多量的であつてもやむをえない。裁判を通じて証拠によりどこまでの事実を認定できるか吟味すればよい。③検察官が審理に相当時間を費やしてから訴因を変更すると、被告人に新たな防御準備、防御の反復などの負担を負わせることになる。

本件でも重過失または単純過失の可能性も残る以上、当初から検察官がこれを予備的に掲げることこそ望ましかったのではないか。そうであれば、当初から被告人が防御すべき範囲が明示されたはずである。本件のように訴因変更の勧告の限界を巡る論議を呼ぶことはなかつたらう。

かかる予備的択一的訴因記載の積極的活用を前提にして、三二二条を見直すと、訴因変更命令を発すべき場合は相当減少しよう。また、裁判所が、処罰確保のために訴因変更を積極的に働きかけなければならない必要性もほぼなくなる。とすると、同条の意義は、裁判所が検察官の訴因設定権限に不必要に干渉しないように、念のため法二九四条の包括的訴訟指揮権の特則として三二二条二項で訴因に関しても訴訟指揮権のあることを確認したのにとどまると解すべきではないか。裁判所が釈明権よりも強く訴因に関する働きかけないしその意思表示をするのと同時に、これに抽象的ではあれ訴因変更に応ずる義務を検察官に負担させる限度で、命令権限まで認めたのである。従つて、かかる程度の訴因変更命令が「義務」となるべき場合を認める必要はないのではないか。

三 また、この限度の権限であつても、裁判所が処罰確保のために働きかけをする基本性格は変わらない。裁判

所の公正・中立の裁判機能と被告人の防御の利益との関係で一定の制約が生じる。被告人の防御の利益に照らし、裁判所が訴因変更に関する働きかけを行う相当性が失われる場合がある（防御の利益基準説<sup>2)</sup>）。現に、本件では、訴因変更がなされた場合、被告人の防御上次のような負担・不利等が生じる。

第一に、本件の場合、訴因変更をして過失致死とした場合、法定刑は罰金のみなので簡裁に専属的に管轄権があり、地裁に管轄権はない（裁判所法二四条二号、三三条一項二号）。管轄違の判決を要する（三一九条）。その結果、観念的には少なくとも簡裁に再起訴される虞れが当然に残る。また、そのためにこそ、裁判所はかかる勧告を出している。が、もともと一審の事物管轄の配分は、司法行政上の都合による。地裁が罰金のみ的事件を管轄できない本質的事由はない。ただ、解釈論としては、事物管轄についても、土地管轄のように公訴提起時に備わっていればよいとは解釈できない（法三三一条、三三九条参照）。この結果、司法行政上の管轄配分のために、被告人は再起訴により、同一事実について再度の防御の回復を強いられる。これ自体合理的なことではない。<sup>3)</sup>

ことに本件では、故意の傷害として構成された事件に対して、防御がなされたが、本件の被告人の主張に照らしても、これは勧告が示唆する過失犯に対する防御と必ずしも重ならない。同一事件について、被告人がすでに一回分の防御を終了ししかもそれが効を奏した手続段階にあるのに、これを放棄させて、再度防御を回復せざるをえない状態にする。憲法三九条は、同一事実について、被告人に二重に防御を負担させることを禁止する。上記の事態は右原理に反する。

第二に、再起訴の場合、特に自白調査の取扱い上の不利益がある。本件では、被告人の警察官取調べ段階の調査が職権で証拠排除されている。理由は、勾留中の取調べのとき法八一条の接見禁止が付されていないのに、母親の面会を認めず、迅速な弁護士選任ができなかったこと等を理由とする。この自白が証拠となるか否かで、事



実認定に大きな影響を与える。これに関して、法一三条は、管轄違言渡しの場合、訴訟手続はその効力を失わな  
いと規定する。裁判所が作成した公判調書などの手続は有効であつて法的に不存在と扱われず、三二一条一項で  
採用できることになる。すでに採用、取調べ済み各証拠も判例上そのまま引き継ぐことができる<sup>と</sup>されている  
(最判昭二六・四・一三刑集五巻五号八九八頁)。しかし、本件の場合、職権証拠排除決定の効力が、当然に後  
の裁判所を拘束するかは不分明である。学説上実体形成効は有効・存在の効力を維持し、手続形成行為について  
は無効・不存在とするのが通説である。そうだとしても、簡裁に再起訴された場合には、通常通りの手続がなさ  
れる。検察官が再度員面を三二二条で請求することは可能ではないか。排除された証拠を再度証拠調べ請求して  
はならない法的理由はない。本件での被告人側の防御の大きな焦点が自白調書の排除にあつたとすると、その成  
果が実つたのに、管轄違という司法行政上の都合で防御の利益を奪われるのは不当である。

四 以上の他、裁判所が判決公判期日を職権で変更し、特段の事前準備手続を経ずに、職権で弁論再開、訴因変  
更勧告をしたことは、防御を尽くした被告人・弁護人からみると時期に遅れた訴因変更であつて、これ自体相当  
の不利になる上、しかもその結果、検察官の公訴権を積極的に補充・補完することになる。これらを考慮する  
と、本件の裁判所には訴因変更命令義務がないだけではなく、裁量的であつても勧告をしたことは、被告人の防  
御の利益を著しく害する虞れのある不相当・不適當な処分であつて、「適當と認めるとき」には当たらないので  
はないか。とすると、本件では、法三二二条二項の権限行使としてであれば、仮に「勧告」の限度であつても、  
やはり不適當な職権発動とみるべきではないか。

(1) さしあたり、鈴木茂嗣・刑訴法(改訂版、一九九〇年)一一二頁。

(2) 小田中聰樹・刑事訴訟と人權の理論(一九八三年)三二八頁。但し、右説は、具体的には裁判所が無罪心証を形

成した時点か否かを基準とする（同上三三〇頁）。条文上の根拠は、三一二条の審理の経過に鑑み適当な場合の内在的限界として無罪見込の確実性が生じた場合には除外されると解釈する。実質上の根拠は、当事者主義である。これは、被告人の人権保障の政策と理論体系、訴追側の諸活動の抑制の体系でなければならないとする。だから、裁判所は、被告人に有利な方向への訴因変更を命令すべき義務と、不利な方向での訴因変更を阻止すべき義務を負うとする。さらに、公訴提起の裁量権限でさえも抑制が及ぼされている以上、訴因変更に関する裁量権にも一定の制約が生じるとする。

しかし、疑問がある。司法は検察官の主張に理由があるかを中立公正に審判する機能を負えば足りる。被告人に利益な訴因変更を命ずべき権限は、この機能に歪みを生じる。国民の信頼も揺らぐ。また、裁判所の無罪心証を基準とするのは、判例が訴訟条件の有無に関して裁判所の心証を基準とするのと同じ次元にたつもので、職権重視である。司法の役割を被告人の利益の実現にあるとするのが当事者主義の当然の原理とも言い難い。訴因変更に関する裁量権は、一方で公訴権の柔軟な行使と、他方で本文に述べたように被告人は防御権行使を一度しか強制されてはならないという原理、そして、司法の機能が中立公正な立場で検察官主張の当否を審判することのみにあることという手続構造上制約されるとみるべきではないか。したがって、本文で述べたように、被告人が当初の訴因に関する防御を実質的に終了しており、訴因の変更（またはそのための裁判所の介入）が再度の防御の強制になる場合か否かを判断基準にすべきではないか。

(3) 立法論として、訴因変更の結果、地裁の事物管轄がなくなる場合には、例外的に当該裁判所が事物管轄を有するとし、被告人に無用の負担を負わせるのは避けるべきだ。旧刑訴法三五六条は、かかる場合区裁判所に管轄を移さず地裁に管轄を残していた（事件移送はできるとする）。これは、主として「治罪手続上ノ便宜」を考慮しつつ「被告人ノ防御上ノ便宜」も考慮した規定である（宮本英脩・刑訴法大綱（昭一一年、一九三六年）九三頁以下参照）。現行法もこの規定を踏襲すべきではなかったか。なお、小野慶二「管轄違および移送の裁判」公判法大系Ⅲ（一九七五

年)二五六頁参照。

(4) さしあたり、団藤重光・条解刑訴法上(一九四八年)三三頁。

#### 四 結語 訴因と被告人の包括的防御権

本件裁判所が、訴因変更の「命令」とせずに「勧告」にとどめた点は当事者主義的色彩を残す。また、本件で重要な証拠であった自白調書の証拠排除の根拠として法八〇条の接見交通権侵害による迅速な弁護人依頼が妨げられたことを加味した点も適正手続原理を重視するもので、高く評価できる。他方、勧告にあたり書面で詳細に理由を付し変更すべき訴因についても具体的に指示した点については、職権主義・必罰主義的色彩がにじみでている。かくして本件の訴因に関する訴訟指揮には、職権主義・必罰主義と当事者主義・主張吟味という現行刑法の描く司法の役割に関する二面性がそのまま反映したとみれなくもない。本件を離れても、訴因を巡り、ややもすると裁判所が処罰確保の方向で介入する場面がなくもない。訴因の縮小認定(共謀共同正犯の訴因で幫助を認定する等)の運用にも、刑罰権の適正な実現は司法の責務であるとする裁判官の認識が色濃く反映しているようにも思う。その意味で、本件も含め訴因に関する当事者主義の徹底にはさらに吟味が要る。