

「アガルトの司法試験・予備試験 実況論文講義 刑事訴訟法」

訂正

本書「第 12 問」に誤りがありました。お詫びして訂正いたします。

以下に正誤表と修正したページを付けました。差し替えをお願いいたします。

頁・行	誤	正
113 頁 下から 8 行目	最決平 13. 4. 11 【百選 45】 (以下, 「平成 13 年決定」といいます) の事案がアレンジされており, かなり難易度の高い問題です。	最決平 13. 4. 11 【百選 45】 (以下, 「平成 13 年決定」といいます。) の事案を素材としています。
114 頁 17 行目	訴因変更の要否	(ゴチック・赤文字にする)
115 頁 下から 6 行目	(2) (b)及び(c)の基準	(2) (b)及び(c)の基準
118 頁 14 行目	・それ以外の事項の変動については, 訴因に上程され, その事実の変更によって →一般的に被告人の防御に不利益が生ずるような場合	・それ以外の事項の変動については, 訴因に上程され, その事実の変更によって一般的に被告人の防御に不利益が生ずるような場合

第12問

甲は、乙らと共謀の上、乙の知人らの居宅に火災保険をかけて放火し、保険金を騙取するなどし、その後、口封じのため、乙らと共謀の上、Vを殺害し、その死体を遺棄したとして、殺人、死体遺棄、現住建造物放火、詐欺の罪で起訴された。

このうち①殺人罪の訴因は、「甲は、乙と共謀の上、平成28年7月24日ころ、東京都W区内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で、殺意をもって、甲において、Vに対し、その頸部をベルト様のもので絞めつけ、よって、その頃、同所で、Vを窒息死させたものである。」というものであった。

公判において、②甲は、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、その点に関する証拠調べが実施された。③裁判所は、審理の結果、「甲は、乙と共謀の上、平成28年7月24日午後8時ころから翌25日未明までの間に、東京都W区内又はその周辺に停車中の自動車内において、甲又は乙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Vを殺害した。」との事実を認定して甲を有罪とした。

④裁判所が「甲又は乙あるいはその両名」と認定した点について、⑤この場合の手続及び⑥判決内容における問題点について論ぜよ。

■ 出題論点

- ・ 訴因変更の要否 A
- ・ 択一的認定 A

■ 問題処理のポイント

本問は、訴因変更の要否及び択一的認定についての理解を問う問題です。最決平13.4.11【百選45】（以下、「平成13年決定」といいます。）の事案を素材としています。

訴因変更の要否については、平成13年決定が最重要判例になりますので、まずは同決定が示した判断基準をしっかりと答案に示すことができるように学習してください。さらに、平成13年決定が訴因制度についてどのような考え方に立っているのか、その考え方と平成13年決定の判断基準がどのような関係に立つのか、そこまで論述できれば尚良しです。

1 手続における問題点

1 問題の所在

本問では、①実行行為者を甲であるとする訴因において、訴因変更手続きを経ることなく、③④「甲又はAあるいはその兩名」と認定した点について、訴因逸脱認定ではないかという問題があります（378条3号参照）。なお、訴因では、①「その頸部をベルト様のもので絞めつけ」とされている一方で、③認定事実では、「扼殺、絞殺又はこれに類する方法で」とされている点についても、同様に問題となり得ますが、問題文では、④裁判所が「甲又は乙あるいはその兩名」と認定した点についてとされていますので、この点は問題とする必要がありません。

そこで、以下、訴因変更の要否の判断基準と本問へのあてはめを検討していきましょう。

2 訴因変更の要否の判断基準

まず、現在の学説において、審判対象が訴因であることを前提として、事実上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解する事実記載説に立つことには見解の一致があります。

その上で、事実記載説からどのような場合に「重要な」あるいは「実質的な」差異が生じたといえるのか、検討する必要があります。これがいわゆる**訴因変更の要否**と呼ばれる問題です。

この点については、抽象的防御説と具体的防御説の対立があったのですが、そのような中で平成13年決定が、以下のように判示し、「防御」ではなく、審判対象の画定に重点を置いた判断基準を示しました。

「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ことも、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。」

この判断基準を一般化・抽象化して整理すると、次の3つを抽出することができます。

- | |
|---|
| (a) 審判対象画定のために不可欠な事項（＝訴因の記載として不可欠な事項）であれば、訴因変更が必要 |
| (b) (a)に当たらなくとも、一般的に被告人の防御にとって重要な事項（であって、訴因に上程された場合）には、原則として訴因変更が必要 |
| (c) (b)の場合でも、具体的な審理経過から、被告人に不意打ちを与えず、かつ認定が訴因より不利益といえない場合には、例外的に訴因変更不要 |

この判断基準がそれぞれどのような意味を持つのかについては、学説上様々な議論がありますが、解答例では、識別説（同説については、**第11問**の解説参照）を前提として、(a)は訴因制度の観点から導き出される判断基準であり、(b)及び(c)は、訴因制度とは離れた争点明確化＝不意打ち防止の観点から導き出される判断基準であると理解する立場に立っています（さらに、(c)の判断基準のうち、「かつ」で繋がれていることの意味などについても議論がありますが、ここでは立ち入りません。各自の教科書・テキスト等で確認しておいてください）。

3 設問の分析

(1) (a)の基準

まず、(a)の基準から訴因変更が必要とされるかどうかです。ちなみに、(a)の基準から訴因変更が必要とされる場合には、被告人の防御を云々するまでもなく、常に訴因変更手続を要することに注意してください。

平成13年決定は、本問と同様の事案において、上記のように、「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ことも、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」と判断しました。

したがって、平成13年決定によれば、(a)の基準から訴因変更が必要とされるわけではありません。

(2) (b)及び(c)の基準

ア (b)の基準

次に、(b)の基準に該当するかどうかですが、平成13年決定は、上記のように、「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

第1 手続における問題点

- 1 訴因事実と認定事実とは、実行行為者を示す具体的事実が変動している
→ 訴因逸脱認定であって、不告不理原則（378③）との関係で違法ではないか

↓

2 訴因対象説

↓

事実記載説

↓

識別説

↓

- ・ 審判対象画定のために不可欠な事実が変動した場合
→ 訴因変更必要
- ・ それ以外の事項の変動については、訴因に上程され、その事実の変更に
よって一般的に被告人の防御に不利益が生ずるような場合
→ 訴因変更必要
- ・ 被告人にとって不意打ちとならず、かつ、不利益とならない場合
→ 訴因変更不要

↓

3 あてはめ

↓

適法

第2 判決内容における問題点

- 1 裁判所は、実行行為者を「甲又は乙あるいはその両名」と択一的に認定し
有罪判決を言い渡している
→ 「罪となるべき事実」（335 I）として十分か（又は「犯罪の証明」（333
I）がないのではないか

↓

2 択一的認定

↓

不特定認定（概括的認定）

↓

あてはめ

↓

3 適法