

訴因の機能と訴因の特定の再検討

憲法レベルおよび刑訴法レベルでの
防禦権保障の視点から

久岡康成*

目次

- 一 はじめに
- 二 訴因の機能について 審判対象画定説の検討
- 三 訴因の特定について 識別説の検討
- 四 結びにかえて

一 はじめに

平成13年最高裁決定（刑集55巻3号127頁）¹⁾以降，訴因の機能と訴因の特定について審判対象画定説と識別説にたち，これを前提に訴因に関する様々な問題が論じられることが，今日大変多くなっているように思われる。

しかし，審判対象画定説・識別説からする訴因の記載により，被告人に防禦上の現実の困難をもたらす場合があることは，麻薬特例法5条違反の罪における訴因記載など否定できない。そうであればこそ，裁判員裁判事件などこれら事件において，期日前整理手続きによる争点整理が行われているのである。これらの事例に鑑みるとき，訴因の防禦権保障機能を，弾劾主義，当事者主義という刑事訴訟の基本理念に立ち返って，もう一度理論的に検討してみる必要があると思われる²⁾。

他方，刑事訴訟法学と民事訴訟法学の交錯についても改めて注目が寄せ

* ひさおか・やすなり 立命館大学名誉教授

られており、訴因の特定・変更等についてもその見地から論じられたことがある³⁾。また、平成21年から実施されている裁判員の参加する刑事裁判においては、裁判員と裁判官による事実の認定、法令の適用、刑の量定が行われており、その裁判員裁判およびそこで行われている期日前整理手続きのインパクトを刑事訴訟法学として受け止める必要がたびたび指摘されているところである⁴⁾。さらに最近の八百章嘉「アメリカにおける訴因の変更について」(2011年)などの論文により、アメリカ合衆国において起訴状の機能としての告知機能が今日なお重視されていることも、改めて確認されている⁵⁾。

このような刑訴法をめぐる様々な状況は、訴因の機能や訴因特定、訴因変更の要否について、なお議論の余地があることを示唆していると思われる。以下本稿では、被告人の防禦権について憲法レベルおよび刑訴法レベルの視点から若干立ち入って検討し、その観点から、訴因の機能と訴因の特定および訴因変更の問題、すなわち審判対象画定機能説と識別説について再検討をすることを試みたものである。またその際、できるだけ訴訟理論的な考察を心がけるため、民事訴訟法学の議論を参照し、示唆を得ることにつとめた。

二 訴因の機能について 審判対象画定説の検討

- (一) 訴因の機能に理論的には裁判所に対する告知機能と被告人に対する告知による防禦権保障機能があることは、訴因制度採用の直後から指摘されていたが⁶⁾、審判の対象についての訴因説、訴因の意義についての実事記載説が確立するなかで、訴因の事実と判決で認定される事実の間で、いかなる相違・変化がある場合に訴因変更が必要であるかが論じられるに至り、その判断の視点として、訴因の機能が論じられてきた。
- (1) 判例においては、まず、被告人の自認や具体的防禦の有無のような訴訟の経過などを考慮して訴因変更の必要性を判断の基準として具体

的防禦権説が現れた。また、大小関係のある訴因の間で訴因変更手続きを経ずに小なる訴因について判決することも、縮小認定としてこれを認めることも行われた。

しかしやがて判例において、被告人の自認や具体的防禦の有無と関わりなく訴因変更の必要性が認められることが多くなり⁷⁾、学説においてもこれを抽象的防禦権説として理解し、これを支持する見解が有力となってきた⁸⁾。

- (2) それに対して、訴因変更の必要性判断の基準として、裁判所に対する審判対象限定の機能を重視する見解が、審判対象画定説であり、その論拠として援用されるのが、殺人罪の共同正犯における実行者についての前示の平成13年最高裁決定である。

平成13年最高裁決定は、当初の起訴状訴因では共犯者X、Yのいずれとも実行者が特定されていなかった殺人の共同正犯の訴因が、第一審において共同正犯における実行者が被告人Xであると訴因変更され、第一審裁判所が変更後の訴因について、実行者を「Y又はXあるいはその両名において」と認定した事案における被告人Xについての最高裁決定であり、その決定の要旨は以下のようなものである。

「次に、実行行為者につき第一審判決が訴因変更手続きを経ずに訴因と異なる認定をしたことに違法はないかについて検討する。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もの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」

審判対象画定説とは、この判例を契機に強力に主張されるに至ったものであるが、大澤裕教授の説明されるところによれば以下のようなものである。すなわち同教授は、この判例は、訴因変更の要否をめぐる議論に対し、訴因の果たすべき機能から理論的反省を迫ったものであり、訴因変更の要否は、まず「審判対象の画定」という見地から検察官が設定した審判対象の範囲を基準に判断されることになることになるところ、訴因の特定については識別説が実務の運用において定着しているといわれるから、これを前提としつつ平成13年最高裁決定の立場に立てば、審判対象の画定という見地から、訴因変更の要否につき明確な線引きが可能である、とされるのである⁹⁾。

(3) この平成13年最高裁決定の受け止め方は様々である¹⁰⁾。

まず、平成13年最高裁決定の後においても、この最高裁決定による争点整理の重要性の指摘の意義は評価しつつ、訴因の機能については審判対象限定機能と並んで防御機能を認め、訴因の特定と変更の要否についてそれまでの抽象的防禦説¹¹⁾あるいは2段階防禦説を維持す

る見解がある¹²⁾。あるいはこの平成13年最高裁決定を、縮小認定の側面から検討することも行われている¹³⁾。

これに対して、訴因の特定・変更要否については、審判対象の範囲を画定するのに不可欠なものは、被告人の防禦にとっても重要な事項であるから、その変更には訴因変更手続きを必要とするという、審判対象画定説と識別説を結合する見解も有力に主張されている¹⁴⁾。ここでは、審判対象の範囲を画定するのに不可欠な事項を越えて存する、「一般的に、被告人の防禦に重要な事項」(平成13年最高裁決定)は想定されていない。前示の大澤教授の、訴因の変更は訴因の拘束力に起因するものと解しつつ、訴因の特定については識別説を前提にし、それに平成13年最高裁決定という審判対象画定の見地を重ね合わせる見解も、審判対象画定の見地＝抽象的防禦説であるとするならば、同様の見解と解されることになろう¹⁵⁾。一般的な争点明確化＝不意打ち防止の要請が、公訴提起時の訴因の記載に当てはまる場合はないことになろう。

このような状況を受け最近では、一方では、平成13年最高裁決定および審判対象画定説、識別説を前提にして、訴因の特定や訴因変更の問題、さらには争点整理を検討することも多く行われている¹⁶⁾。

しかし他方では、訴因の機能については審判対象画定説の意義を認めつつ、訴因の特定や訴因変更の問題については識別説の採用に向かわない方向も、強力に追求されている¹⁷⁾。

- (4) 以上の諸見解は、公訴提起時の訴因の必要的記載事項を軸に考えるならば¹⁸⁾、訴因の識別事項以外の事項が含まれることがあるか否かについての、否定説と肯定説に大別される。そして識別事項以外否定説はその論拠から、訴因の機能は審判対象の画定につきるとの否定説と、訴因の機能に防禦権保障機能があっても、一般的・抽象的に保障されるべき防禦権は審判対象画定すなわち訴因の識別事項に止まるという否定説の二つに整理できる¹⁹⁾。識別事項以外肯定説もその論拠から、

抽象的防禦権説からの肯定説と、それ以外の論拠からの肯定説の二つに整理できる²⁰⁾。

すなわち議論は、訴因の機能として一般的・抽象的な防禦権の保障があるのかという、審判対象画定説の問題と、訴因の機能として一般的・抽象的な防禦権の保障があるとした場合には、訴因の特定としていかなる記載が要求されて防禦権が保障されるかという、識別説の問題になるのである。

審判対象画定説・識別説については、実際の帰結の妥当性の検討が重要であることは言うまでもないが、これについては裁判例の分析など他日を期することとし、以下では、訴因における防禦権保障の理論的位置付けに問題を絞って検討してみることにする。まず、訴因の機能として一般的・抽象的な防禦権の保障があるのかという、審判対象画定説の問題から検討することにする。

(二) 憲法レベルでの防禦権保障

- (1) 訴因は、審判自体に対する憲法レベルでの防禦権保障を担わなければならない。すなわち、憲法31条の法定手続きの保障は、第三者所有物没収違憲大法廷判決²¹⁾がつとに認めるように、告知、弁解、防禦の機会を保障している。そして、刑事訴訟における公訴の提起は、全体の刑罰を科する手続に対する防禦権保障であるとともに、審判自体に対する防禦権保障の機能を果たしている。強制されて応訴を続け、社会的にも不利益を伴う審判自体が、起訴と判決の間で告知、弁解、防禦の機会を保障すべき独自の不利益「処分」の性格を有している。他方、訴因は公訴の提起により定立される審判の、審判の対象とされている。審判の対象たる訴因が防禦権保障機能（告知、弁解、防禦の機会の保障）を担わないで、他の何が審判に対する防禦権保障機能を担うのであろうか。憲法レベルでも審判自体に対する防禦権が保障されなければならないということは、審判の対象たる訴因によって、そ

の防禦権保障機能が担われなければならないことである。

- (2) アメリカにおいて起訴状の修正や不一致事実の認定が原則として許されない根拠が、合衆国憲法修正6条の「訴追事実の性質と理由の告知を受ける権利の保障」にあることは古くから指摘され²²⁾、さらに前示の八百章嘉「アメリカにおける訴因の変更について」論文²³⁾により改めて確認されているところである²⁴⁾。

わが国には、合衆国憲法修正6条の「訴追事実の性質と理由の告知を受ける権利の保障」に直接相当する憲法の条項はないが、審判自体を、上記の第三者所有物没収違憲大法廷判決により、憲法31条の法定手続きの保障の内容として認められる告知、弁解、防禦の機会が保障さるべき、独自の不利益「処分」として把握するとき、それに対する合衆国憲法修正6条の起訴状による「訴追事実の性質と理由の告知」に相応する、手続き保障が認められなければならない。したがって、合衆国憲法修正6条の起訴状による「訴追事実の性質と理由の告知」に相応する、審判自体についての告知、弁解、防禦の機会の保障を果たすことも、公訴の提起自体の中で行われなければならないのである。具体的には起訴状における訴因が、それを担わなければならない。

- (3) 被告人の防禦権保障の内容は、公判における被告人・弁護人の弁論や立証活動に限られるものでない。起訴段階での被告人およびその家族による弁護人選任²⁵⁾、公判前の整理手続きやその中での証拠開示の請求、保釈の請求など、被告人の防禦活動は多面的である。そして、公判における被告人・弁護人の弁論や立証活動のみならず被告人やその家族が行うこれら防禦活動においても、その判断の標準となるのは、起訴された事件の性質や内容である。

公判における被告人・弁護人の弁論や立証活動および弁護人選任や証拠開示請求のために、起訴された事件の内容や性質を知らされることも、また、上記の第三者所有物没収違憲大法廷判決による憲法31条の法定手続きの保障の内容とされた告知、弁解、防禦の機会の保障に

より保障されなければならない。審判自体に対する防禦権保障である。そしてこの保障の機能を担いうるのも、起訴状に記載されている審判の対象たる訴因なのである。

- (4) また、前示のように、審判対象画定説によっても、防禦の利益は、審判対象の画定という見地からの訴因変更によってその裏腹として保護されるものとされ²⁶⁾、画定された審判対象の範囲に防禦対象が限定されるという利益は自覚されているが、それはあくまで審判対象画定の反射的效果に止まる。上述の被告人の防禦権保障の多面的な内容に照らすとき、訴因の防禦権保障機能は、被告人の憲法レベルの防禦権保障を、刑訴法レベルで正面から受け止める、審判自体に対する防禦権保障という独立した機能としても認められなければならない。
- (5) なお、民事訴訟法学における審判の対象たる訴訟物概念の機能については、従来主に、指示概念としての訴訟物、体系概念としての訴訟物として論じられており²⁷⁾、被告人の防禦権保障機能に相当するものは、これまではあまり論じられていないようである。

しかしこれは、刑事訴訟法学において訴因につき被告人の防禦権保障を論じる必要性を減じるものではない。民事訴訟においては従来刑事訴訟における被告人（無罪の推定を受けつつ起訴され、審判自体により不利益を受けている）に相当する当事者を措定することができず、したがって訴訟物および訴状の記載につき、憲法31条の法定手続きの保障の内容とされた告知、弁解、防禦の機会の保障を直接に論じることがなかったためと思われる。それはむしろ刑事訴訟法学において、その特色として、訴因につき被告人の防禦権保障を論じる必要性を示すものと見ることが出来よう。

むしろ、民事訴訟法学における指示概念としての訴訟物においても、裁判所に対する権利主張という複合性を指摘されつつも、原告の被告に対する権利主張と解されている²⁸⁾ことが注目されなければならない。被告に対する権利主張は、裁判所に対する権利主張の単なる反射

的効果ではなく、訴訟物概念の機能として独自に位置づけられている。

三 訴因の特定について 識別説の検討

(一) 訴因の特定の問題には、二つの問題が含まれている。第一は訴因として起訴状に記載されるべき、訴因の記載事項の範囲の問題であり、第二は訴因として起訴状に記載されるべき事項についての記述のありかた、訴因の具体的記述の問題である。この両者に共通する訴因の特定の基準として近時有力に主張されてきているのが識別説である²⁹⁾。識別説は、訴因には、犯罪事実を他の犯罪事実と区別できる程度に記載することを要し、かつそれでもって足りるとする考え方、と理解されている。

これに対して、訴因の特定の基準として他の犯罪事実と区別することができる識別では足りないとは主張される見解も有力に主張されている。この識別では不十分であるとする見解は、二つのグループに分かれる。第一は従来から論じられてきた防禦権説であり、第二は識別では不十分である根拠を防禦権以外に求める見解である。そしてさらに、前者の防禦権説のグループは具体的防禦権説と抽象的防禦権説に分かれ、後者のグループには、罪となるべき事実の特定は識別説・防禦権説以前の問題であり、他の行為との識別ができていたとしても、罪となるべき事実と認められないような記載であれば訴因の特定を欠くという川出敏裕教授の見解³⁰⁾や、「検察官が訴因の明示により『審判対象を示す』と言うことの中に、既に、特定構成要件に該当することの確信を裁判所に抱かせるに足るだけの(最低限の)具体性を備えた事実を摘示することが含まれなければならないと解すべきである」という堀江司教授の見解³¹⁾がある。

後者のグループの川出敏裕教授、堀江司教授の見解が、訴因の識別に加えて日時、場所、方法の特定が必要であるとされる点は、訴因を明示するには、できる限り日時、場所、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、とする刑事訴訟法256条3項の文言に合致し妥当なものと思われる。しかしその根拠および訴因の識別に加えて必要とされる記載の範囲については、なお検討の余地があるものと思われる。

この検討の方向としては幾つかのものがあり得ると思われるが、前述のような、訴因が担うべき憲法レベルでの審判自体に対する防禦権保障機能に鑑みると、ここでも防禦権保障の方向で再度検討を試みる必要があると思われる。但しその検討は、憲法レベルでの防禦権保障機能から具体的な訴因の記載が望ましいことは認められるが、それから直ちに訴因の特定の程度を析出することは困難と思われるので、刑訴法レベルでの防禦権保障機能の検討の中でこれを試みることが求められることになる。

(二) 現行の刑事訴訟法は、ことに公判手続きにおいては当事者主義が基本とされている。刑訴法レベルでの訴因の防禦権保障機能も当事者主義の枠内で考えられることになる。そして、より当事者主義的と解されている民事訴訟法を参考に当事者主義を考えるならば、当事者主義は、審判対象に対する処分権主義、主張と立証における弁論主義の2側面で考えることができる。

(1) 刑事訴訟法でこれを見るならば、まず、審判対象に対する処分権主義としては、検察官による審判対象の限定機能にこれを見ることが出来る。したがって、平成13年最高裁決定や審判対象画定機能説も、訴因の定率による検察官の審判対象限定機能（処分権主義）を引き継ぐという側面に限るならば、それ自体は首肯できるものである。

(2) 次に、弁論主義については、無罪の推定のもとに、合理的な疑いを越えて犯罪の成立を立証する責任が検察官にある。したがって原則として挙証責任は検察官が負い、客観的挙証責任の分配もない。

但し、当事者間の間での立証の負担についても、本来は無罪の推定

を享受する被告人が負うことはあり得ないのであるが、実際の立証の難易を考慮して、これについてはその被告人への移動(分配)が認められている。

すなわち、犯罪成立阻却事由については、立証の負担の見地からその難易を考慮し、その不存在一般の挙証責任を検察官に負わせるのではなく、被告人に具体的な事由の主張もしくは一応の証明の責任が負わされているのである³²⁾。この限度での犯罪成立阻却事由につき立証の負担が被告人に負わされて移動し、分配されているということになる。

これを逆に被告人の側から、犯罪成立阻却事由につき立証の負担を負わされる要件として見るならば、犯罪成立阻却事由の主張をする必要が生ずるまでに犯罪成立要件が主張されており、かつ犯罪成立阻却事由の立証の負担を被告人に移動し負わすことが無罪の推定のもとで許容されるほどに、すなわち被告人に可能なほどに訴因が具体的に記述されていなければならない。前者は訴因の記載事項の範囲の問題であり、後者は訴因の具体的記述の問題である。

- (3) 公判前整理手続き事件で考えると、検察官の証明予定事実の提示と請求証拠および類型証拠を受けたときは、被告人側の証明予定事実を明示し証拠調べ請求をしなければならない(刑訴法316条の17第1項)。そして、さらに整理手続き終了後の証拠調べ請求の制限も定められている(刑訴法316条の32)。このような状況は、被告人側の立証負担が、現実に実施された証明の累積の程度の判断を待たず、主張段階で生じていることを示している。無罪の推定を享受する被告人側に、争点明示義務という名のもとに、主張レベルでの立証負担が移動(分配)されているのである。これには検察官が、この立証負担を被告人側に移動(分配)させるために、自己の立証の負担を果たしたことが前提とされている。そのためには、検察官が訴因の識別に必要な事実を訴因で主張するだけではならず、訴訟開始段階で、その事実が認められれば有罪判決が得られるだけの事実、すなわち挙証責任を負っている犯

罪の成立要件すべての主張を訴因ですることが求められるのである。検察官は、その主張をすることにより立証の負担を果たしたことになる、立証の負担が被告人側に移動（分配）することになるのである。

- (4) 検察官の訴因の主張は、犯罪成立阻却事由についての立証の負担を果たす活動を含め、被告人・弁護人による弁論、立証活動という積極的側面の防禦活動が可能なほどに具体的に記述されていなければならない。検察官については、犯罪成立阻却事由についてその不存在一般の証明の難しさよりその挙証責任を検察官に負わせることが酷であると考えられて、立証の負担を免除し被告人に犯罪成立阻却事由についての立証の負担を求めることが認められているのである。しかし被告人は無罪の推定を享受するものである。被告人については、被告人・弁護人による弁論、立証活動という積極的側面の防禦活動が可能なほどに訴因が具体的に記述されていない場合に立証の負担を負わされることは、無罪の推定を害されることになる。防禦が訴因の具体的記述に依存する点においては、犯罪成立阻却事由の場合と、アリバイ、責任能力不存在、他者による行為の結果（他者に提供された飲食物などからの覚せい剤の取得）、犯行に随伴する現象（犯行現場における痕跡、遺留品）の不存在などの場合で相違はない。これらの主張、立証活動を含む、被告人・弁護人による弁論、立証活動という積極的側面の防禦活動が可能なほどに訴因が具体的に記述されてはじめて、被告人への立証の負担の移動（分配）が生ずるのである³³⁾。

- (三) 訴因が他の犯罪からの識別では足りず、また立証の負担を行為責任と解することについては、民事訴訟法学の議論が参考になる。

まず、民事訴訟法においては、民訴法に定められる訴状の必要的記載事項（民訴法133条2項）の内容によって訴訟物など訴えの本質的部分が特定されるべきものとされるが、さらに民訴規則により広義の請求原因事実すなわち請求を基礎づける事実の記載が、それに関連する重要な

間接事実や証拠等の記載とともに要求される(民訴規則53条1項, 54条)。そして、この民訴規則の定め根拠としては、それらの事実の主張などを裁判所および相手方に知らしめ、適切かつ迅速な争点整理を行うためと説明されている³⁴⁾。訴訟物の特定のみならず、請求を基礎づける事実の記載も訴状の段階において要求されており、訴状の重要性を示すものとして、起訴状に記載される刑事訴訟法における訴因の記載のあり方についても、参考になる。

なお、民事訴訟法学においては、挙証責任を真偽不明(non liquet)の場合の結果責任でなく、(立証)行為責任としてとらえるべきことは、井上正三教授³⁵⁾によりつとに唱道され、佐上善和教授³⁶⁾、佐藤彰一教授³⁷⁾などにより具体的に主張された見解である。また近時は、要件事実論の研究より「行為責任としての主張責任の機能」をとらえる見解³⁸⁾も主張されている。

刑事訴訟においては、無罪の推定の法理により、検察官による合理的な疑いを越えた証明が要求され、もともと証明を行う「行為責任」が検察官に課されている。また、その証明を行う「行為責任」を果たすための立証負担が、公判前整理手続き事件で顕著にあらわれるように、予定主張の事前開示の要求により、証明の成功度の評価を待たず主張レベルで生ずることになっている。民事訴訟学における行為責任としての主張責任の枠組みと同様に、主張レベルでの立証の負担として、検察官の訴因特定責任を理解することが可能と思われる。

(四) 識別説の主張自体についても、幾つかの問題点がある。

- (1) 刑法は犯罪類型によって行為者の属性(刑法97条逃走罪)、行為時の状況(刑法114条消火妨害)など様々な要素をその犯罪の構成要件要素として定めているが、識別説からはこれらが訴因の記述として要求される事項になるか否かが明らかになっていない。可罰的違法行為類型の要素である構成要件要素と、他の犯罪事実と区別できる程度の

識別のための要素（訴因）が同一になるか否かは論じられていない。構成要件要素であることと、訴因としての記載事項であることは別個と言うことになるのであろうか。また、罪となるべき事実を特定（刑法256条3項）するために記述された日時、場所及び方法は、罪となるべき事実の構成部分になり、訴因になっているのでなからうか。

この限りにおいては、前示の、罪となるべき事実と認められないような記載であれば訴因の特定にならないという川出敏裕教授の見解や、（最低限の）具体性を備えた事実を摘示することが必要であるとする堀江司教授の見解は正鵠を得ているといえることができる。

- (2) 訴因の記載についての識別説が支持される理由として、いわゆる抽象的防禦権説では訴因の特定や、訴因変更の要否の基準が定めにくいとの、消去法的な理由付けが述べられることがある³⁹⁾。しかしそれは、防禦権侵害を一般的に考える故と思われる。立証の負担論を念頭に主張レベルにおいて、それぞれの事案につき、犯罪成立阻却事由、アリバイ、責任能力不存在、他者による行為、犯行に随伴する現象の不存在などの、被告人・弁護人による弁論、立証活動を被告人に負わすことが、無罪の推定を享受する被告人の立場を害するか否かを考えるとき、訴因の記載事項の範囲と訴因の記述の具体性という訴因特定の問題に判断を下すことは十分に可能である。

- (五) なお前示の、識別説・防禦権説以前に罪となるべき事実と認められないような記載であれば訴因の特定を欠くという川出敏裕教授の見解は、罪となるべき事実として識別を越える事実の記載を要求する見解と解され、本稿の立場からも注目すべき見解である。但しその根拠を言われるように、訴因の機能とは別個の観点から検討することは困難ではなからうかと思われる。

また、前示の堀江司教授の「訴因の識別に加えて日時、場所、方法の特定が必要である」という見解は、訴因の識別では足りないことを明言

され、具体性を備えた事実の摘示を要することを求められたものとして、これまた注目すべき見解である。但し、その理由として、「検察官が訴因の明示により『審判対象を示す』と言うことの中に、既に、特定構成要件に該当することの確信を裁判所に抱かせるに足るだけの（最低限の）具体性を備えた事実を摘示することが含まれなければならないと解すべきである」と述べられる点においては、その理由を裁判所との関係で求めることになり、当事者主義の見地からはなお検討の余地があるのではなからうか⁴⁰⁾。

四 結びにかえて

(一) 本稿の結論

以上検討したように、訴因による被告人の防禦権保障については、憲法レベルの防禦権保障すなわち告知、弁解、防禦の機会の保障と、刑訴法レベルの防禦権保障の2レベルで考えなければならない。前稿で指摘した⁴¹⁾、刑訴法の弾劾主義的性格、当事者主義的性格に対応する訴因の防禦権保障機能に対応するものである。

憲法レベルの防禦権保障について言えば、審判に対する防禦権保障すなわち告知、弁解、防禦の機会の保障は、起訴および有罪判決に並んで、審判自体に対しても、審判の対象たる訴因によって担われなければならない。訴因の機能を、裁判所に対する審判対象画定に止めることはできない。

刑訴法レベルの防禦権保障について言えば、それは当事者主義を前提とする訴訟においては、当事者間の攻撃防御の問題となる。被告人に対する無罪の推定の法理により検察官が合理的な疑を越えて証明する挙証責任、立証の負担を負う原則のもとで、犯罪成立阻却事由の主張など、被告人に主張レベルでの立証の負担を移動（分配）させるのが検察官の訴因による主張の機能である。したがって訴因は、この立証の負担の移動（分配）が可能になるほどの範囲と具体性を持った記述により主張されなければならない

ない。なお、この立証の負担の移動（分配）は主張レベルで、裁判員裁判では期日前整理手続きの段階で生じるものである。

（二）残された課題

訴因は、被告人に対する防禦権の保障とともに、もちろん裁判所に対する判断対象の提示の機能を持っている。そして、この判断対象について、裁判員裁判では、裁判官、裁判員の評議と評決が行われるのである。ところが、裁判員裁判では、判決書の署名者は裁判官だけで、裁判員は判決宣告への立ち会い後は役割をもっていない。このことは、裁判員が参加した評議・評決と判決書の連続性、つまり判決書で判断された争点^が、実際の評議・評決で取り扱われたことを事後的確認（説明）する手段^が、裁判官に依存していることを意味する。そこで、この連続性に対する疑問の惹起を防止するためには、判決書で判断される事項（争点）はすべて弁論で顕在化される必要があると思われる。そして、その弁論での争点の顕在化の最も明確な形態が訴因である。訴因の記載、訴因と争点整理、弁論との役割分担につきなお検討の必要があるのではなからうか。

- 1) 最決平成13・4月・11日刑集55巻3号127頁。
- 2) 久岡「弾劾主義・当事者主義と訴因の防禦権保障機能 麻薬特例法5条違反の罪に関して」立命館法学327・328号631頁，2009年。
- 3) 佐藤嘉彦「刑事訴訟と民事訴訟の交錯 訴因の特定・変更等に関する問題を中心として」同志社法学60巻7号783頁，2009年。
- 4) 例えば、浅田和茂「法令の適用と裁判員裁判」犯罪と刑罰21号1頁，2011年。
- 5) 八百章嘉「英米法における訴因の性質について」（明治大学大学院法学研究科法学研究論集33号107頁，2010年）、「アメリカにおける訴因の変更について」（同法学研究論集34号135頁，2011年）。なお同氏には「旧刑事訴訟法における審判対象の範囲」（同法学研究論集32号193頁，2010年）もある。
- 6) 田宮裕「刑事訴訟法（新版）」195頁有斐閣 1996年など。
- 7) 例えば、最判昭和36・6・13刑集15巻6号961頁。
- 8) 参照、渡辺直行『刑事訴訟法（補訂版）』305頁（成文堂・2011年）。
- 9) 大澤裕「訴因の機能と訴因変更の要否」法学教室256号28頁，2002年。
- 10) 参照、三井誠「訴因変更の要否 - 共同正犯の実行行為者」刑事訴訟法判例百選（第9版）98頁，2011年。なお、そこでは三井誠教授の主張される2段階防禦説と平成13年最高

裁決定の共通性が指摘されている。

なお平成13年最高裁決定については、加藤克佳「訴因変更の要否と判例法理」『鈴木茂嗣先生古稀祝賀論文集〔下〕』337頁(成文堂、2007年)ほか、多くの論稿がある。

- 11) 田口守一『刑事訴訟法(第5版)』301頁(弘文堂、2009年)。なお同書は平成13年最高裁決定を援用して争点整理手続きの意義を重視されるが、その対象は訴因の必要的な記載・変更事項以外の防禦上重要な事項とされておりと解される。なお、渡辺直行・前注8)前掲書305頁も抽象的防禦権説を支持される。

また、渡辺咲子『刑事訴訟法講義(第5版)』303頁(不磨書房・2008年)は、平成13年最高裁決定も、最大判昭和37・11・28刑集16巻11号1633頁の原則を追って判断しているとする。

- 12) 例えば、白取祐司『刑事訴訟法(第5版)』273頁(日本評論社・2008)。同書420頁は、平成13年最高裁決定を択一認定の問題として扱う。なお、上口裕『刑事訴訟法』314頁(成文堂、2009年)は、抽象的防禦権説が優れるとされるが、なお2段階防禦説も有力であるとするとする。

- 13) 例えば、鈴木茂嗣「概括的・択一的認定と訴因変更の要否(平成13.4.11最高三小決)」平成13年度重要判例解説195頁、2002年。

- 14) 例えば、池田修・前田雅英『刑事訴訟法講義(第3版)』(280頁、東京大学出版会・2009年)は、訴因を明示するために犯罪の日時、場所、方法などが記載されるが(法256参照)、これらの事項のうち、審判対象の範囲を画定するのに不可欠なものは、被告人の防禦にとっても重要な事項であるから、その変更には訴因変更手続きを必要とする、という。なお、この見解では、審判対象の画定に不可欠ではない事項であっても、被告人の防禦にとって重要なものであれば、「訴因に記載された以上は」原則として訴因変更を経る必要を生じることになるが、とされる(同書281頁)。

- 15) 大澤裕・前掲論文32, 31, 33頁。同論文33頁注(23)は、審判対象画定の見地=抽象的防禦説から訴因変更の必要がない場合であることを前提に理解すれば、最高裁昭和55年3月4日決定(刑集34巻3号89頁)を、平成13年最高裁決定と整合的に理解できるとする。

なお、福井厚『刑事訴訟法講義(第4版)』212頁(法律文化社・2009年)は、抽象的防禦説は、被告人の防禦という観点からこの審判の対象を画定する機能にアプローチしたものとと言えるとする。

- 16) 例えば、伊藤博路「訴因の特定に関する一考察」名城ロースクール・レビュー18号1頁、関正晴「訴因制度と被告人の防禦権」日本法学76巻2号515頁、2010年、松田章「訴因の特定と訴因変更の要否」「刑事訴因事実論」の端緒(訴因の研究1)慶応法学7号109頁、2007年、同「訴因変更と争点顕在化措置の要否」「刑事訴因事実論」の試み(訴因の研究2)刑事法ジャーナル8号63頁、2007年、等がある。

- 17) 小林充「訴因変更の要否の基準 平成13年判例との関係において」法曹時報63巻4号1頁2011年は、訴因変更の要否の基準としては、抽象的防禦権説を維持される(同論文8頁)。

なお、後に検討する後掲注30)川出敏裕教授、後掲注31)堀江司教授の見解も、公訴提起時の訴因の記載に、識別を越える事項で記載さるべきものがあることを認める。

訴因の機能と訴因の特定の再検討（久岡）

- 18) 公訴提起時の訴因の必要的記載事項ではなかったが、提出された起訴状記載や訴因変更
その他訴訟の進行により、訴因変更が必要になる場合があることは、別の問題である。こ
れについては参照、池田修・前田雅英・前掲書281頁。「訴因に記載された以上は」原則と
して訴因変更を経る必要を生じることになるが、とされる。
- 19) 例えば、前者の見解として池田修・前田雅英・前掲書を理解することが出来る。大澤
裕・前掲論文の見解も、防禦の利益は、審判対象の画定という見地からの訴因変更によっ
て、その裏腹として保護される、と解することは、前者に属することになると思われる。
後者の見解としては、以下の見解をそれに属するものとして理解することが出来よう。酒
巻匡「公訴の提起・追行と訴因（2）」（法学教室299号，76頁・2005年）は、法の目的と
しては審判対象の識別・画定と防禦目標の告知機能を認めている。安富潔『刑事訴訟法』
（253，265，254頁，三省堂・2009年）は、訴因に裁判所に対する審判対象限定機能と被告
人に対する防禦の範囲を明示する機能を認め、訴因変更要否の判断基準として訴因の審判
対象限定機能と被告人に対する防禦の範囲を明示する機能に照らしてとしつつ、訴因の記
載は他の犯罪事実からの識別にありとする。
- 20) 例えば、前者の見解として白取祐司・前掲書，上口裕前掲書，渡辺直行・前掲書の見解
を，後者として後掲注30)川出敏裕教授，後掲注31)堀江司教授の見解を理解することが出
来る。
- 21) 第三者所有物没収違憲大法院判決，最大判 37・11・28 日刑集16巻11号1593頁。
- 22) 参照，平野龍一「訴因概説」同『訴因と証拠』71頁，有斐閣・昭和56年（法曹時報2巻
9号，11号3巻4号，昭和25，26年の論文の所収）。そこでは，起訴状の主張としての性
質が持つ，被告人の防禦を全うさせる機能が，合衆国憲法修正6条により規定されている
ことが指摘されている。
- 23) 前掲注5)。例えばそこでは，「英米法における訴因の性質について」119頁において，訴
因の告知機能が重視されている例として，ラッセル判決（Russell v. United States, 360 U.
S. 749 1962）が検討されている。
- 24) 「米連邦刑事訴訟規則7条(c)(1) in general」は，起訴状は必要な事実の記述（written
statement of the essential facts）でなければならないとする。
- 25) 私選にするか国選にするかを含め，弁護人の選任が被告人の防禦に果たす意味は大きい
が，訴因はその判断の重要な要素である。
- 26) 前注9)大澤裕・前掲論文32頁。
- 27) 三木浩一「訴訟物概念の意義」民事訴訟法の争点（第3版）134頁，1998年。
- 28) 三木浩一・前掲注27)134頁。
- 29) 識別説については参照，岩瀬徹「訴因変更の要否（昭和55.3.4最高三小決）」『刑事訴訟
法判例百選 第6版』86頁，1992年，同「起訴状に関する求釈明」刑事訴訟法の争点
（第3版）118頁，2002年。
- 30) 川出敏裕「訴因の機能」刑事法ジャーナル第6号121頁，124頁，2007年。
- 31) 堀江司「訴因の明示・特定について」研修727号7頁・2009年。
- 32) 田宮裕・前掲書306頁参照。同書はこれを，被告人は証拠提出の責任を負う，と述べる。
- 33) なお，暴行態様，傷害の内容，死因等の表示が概括的であっても傷害致死罪の訴因の特

定に欠けることはないとした最決平成14年7月18日刑集56巻6号307頁に対し疑問を提示する, 中川孝博「訴因の特定」法学セミナー579号110頁(2003年), 井上和治「暴行態様, 傷害の内容, 死因等の表示が概括的であっても傷害致死罪の訴因の特定に欠けることはない」とされた事例」ジュリスト1299号175頁, 179頁(2005年)がある。但し, 甲斐行夫「訴因の特定明示」刑訴判例百選第9版97頁は, この最決平成14年7月18日を「証拠構造による」として理解しようとする。

- 34) 伊藤真『民事訴訟法第4版』193頁, 有斐閣, 2011年。
- 35) 井上正三教授についてはなお参照, 法生態学研究会編「裁判活性論・井上正三ディベート集」信山社 1993年。
- 36) 佐上善和「証明責任の意義と機能」法学セミナー1982年8月号, 1982年。
- 37) 佐藤彰一「立証責任論における行為責任の台頭と客観的拳証責任の意義 再構成のための序説」立命館法学165・166号36頁, 1983年。
- 38) 並木茂『要件事実論 訴訟当事者中心の要件事実論の構築』286頁, 2003年。
- 39) 例えば, 前注16)伊藤博路・前掲論文16頁。
- 40) 前注2)久岡・前掲論文「弾劾主義・当事者主義と訴因の防禦権保障機能 麻薬特例法5条違反の罪に関わって」
↓
- 41) 前注2)久岡・前掲論文「弾劾主義・当事者主義と訴因の防禦権保障機能 麻薬特例法5条違反の罪に関わって」
↓