

Title	刑事訴訟法三一二条一項について（二）：脱「審判対象論」の試み
Author(s)	松田, 岳士
Citation	阪大法学. 2012, 61(5), p. 25-46
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/54886">https://doi.org/10.18910/54886</a>
rights	
Note	

*Osaka University Knowledge Archive : OUKA*

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

Osaka University

# 刑事訴訟法三二二条一項について(二)

——脱「審判対象論」の試み——

松 田 岳 士

## 三 刑事訴訟法三二二条一項と「審判対象論」の関係

(1) 現行刑法法に関する初期の学説には、訴因変更の「限界」ないし「可否」の問題を、第一義的には、「公訴の効力」の問題として論じるものが存在した。

これによれば、刑法法三二二条一項は、「起訴状に記載された訴因又は罰条の追加、撤回又は変更を許す」と同時に、その「前後を通じて公訴事実の同一性は維持されなければならない」旨を定める規定であるが、その理由は、「公訴事実が別個のものとなれば、被告事件そのものが変更されることになるのであつて、それは新たな起訴の手続によらなければならない」ことに求められるものとされる。すなわち、同規定が、訴因の変更を「公訴事実の同一性を害しない限度において」のみ許していることについては、「公訴の効力は、公訴事実、すなはち検察官の起訴状において指定した犯罪事実によつて限定され」、「検察官の指定した公訴事実以外には及ばない」という意味において、公訴提起の効果の「物的限界」を確認する趣旨に理解されていたのである。<sup>34)</sup>

「ここにおいては、訴因変更の「限界」ないし「可否」の問題は、「審判の対象」となりうる事実の問題である以前に、「公訴の効力」が及ぶ事実の範囲の問題として扱われており、<sup>(35)</sup>また、刑訴法三二二条一項が、訴因変更の限界を「公訴事実の同一性」によって画している趣旨については、「公訴」は、その対象「者」(すなわち、「人」)について、「検察官の指定した被告人以外の者にその効力を及ぼさない(二四九条)」と同様に、<sup>(36)</sup>その対象「事実」についても、訴因変更によっても、他の公訴の対象となるべき「事実」には及びえない旨を明らかにする規定として理解されていたことができよう。いかえれば、ここでは、訴因変更の「限界」ないし「可否」の問題は、「審判の対象」論ではなく、むしろ、「公訴の対象」論の一環として扱われていたのである。

(2) もっとも、このような説明に対しては、旧刑法下の「公訴の効力」論を引き継ぐものであり、その基礎には「職権主義的」な発想があるのではないかとの批判も予想される。しかしながら、現行刑法下における訴因変更の「可否」ないし「限界」に関する議論に「職権主義的」な面があるとすれば、それは、むしろ反対に、旧法下の学説から、これを(「公訴の効力」の問題としてではなく)「審判の対象」の問題として扱うことを引き継いだ点にあるというべきであるように思われる。

ところで、旧刑法下においては、公訴提起の効力は、当然に、その対象となる訴訟物の全部に及ぶものとされ(「公訴不可分」)、したがって、裁判所の「審判の対象」は、検察官が起訴の際に提示した「犯罪事実」には限定されず、「訴訟物(体)」の全体に及ぶ一方で(「審判不可分」)、「公訴の効力」が及ばない事実、すなわち、「公訴事実」の同一性が認められない事実には及びえないものとされていた(「不告不理」<sup>(37)</sup>)。したがって、旧法下においては、「不告不理」の原則のもとで、「公訴(犯罪)事実」ないしその「同一性」の概念が、裁判所による「審判対象」の範囲を直接的に画する機能を果たしていたのであり、<sup>(38)</sup>その意味で、「公訴事実」ないしその「同一性」を、

直接、「審判対象」の問題として扱う制度的前提が存在していたのである。

これに対して、現行刑訴法においては、(少なくとも訴因対象説によれば) 訴因制度が導入され、裁判所の審理ないし判決の対象が訴因に限定されることになった結果、訴因との間に「公訴事実の同一性」が認められるような事実であっても、それ自体が、(たとえば、その予備的・択一的記載または追加・変更というかたちで) 訴因として訴訟手続に上程されない限りは、裁判所による審理ないし判決の対象とはならなくなったものとされる<sup>39)</sup>。その意味において、現行刑訴法における「審判対象」は、少なくとも直接的には、「公訴事実」ないし「公訴事実の同一性」によってではなく、「訴因」によって画されることになったのであり、その結果、現行法のもとでは、「公訴事実」ないし「公訴事実の同一性」を「審判対象」の問題として論ずる理論的な必然性はなくなったといえる<sup>40)</sup>。

もちろん、現行刑訴法においては、裁判所による「審判の対象」が訴因に限定されるとしても、当の訴因それ自体の変更の可能性が認められているため、その「限界」ないし「可否」を画する「公訴事実の同一性」の概念は、間接的には、当該訴訟において「審判の対象」となりうる事実の範囲をも画することになる<sup>40)</sup>。しかしながら、訴因の変更が、「いわば『公訴の変更』である<sup>41)</sup>」とすれば、また、「それについて検察官が審判を請求する、検察官の主張<sup>42)</sup>」たる「訴因と訴因との比較の問題<sup>43)</sup>」であるとすればなおさら、その「限界」ないし「可否」は、第一次的にはあくまで同一の「公訴の対象」となりうる事実の範囲の問題として論じられるべきであるように思われる。実際、この点に関しては、「裁判所の審理はいかなる事実に及ぶか」を問うよりも、むしろ、当事者である「検察官の公訴はいかなる事実に及ぶか」を問題とするほうが、刑訴法三一二条一項の「公訴事実の同一性」という文言に忠実に理解するだけでなく、訴因制度の基礎にある「当事者主義」ないし「弾劾主義」に親和的な理論構成であると

いふべきではなからうか。<sup>(44)</sup>

(3) ところが、その後の学説においては、訴因変更の「限界」ないし「可否」の問題は、むしろ、直接、「審判対象論」と関連づけて議論されるようになった。<sup>(45)</sup>しかし、その前提として、そもそも訴因変更の「限界」ないし「可否」の問題と「審判対象論」との間に具体的にいかなる関係が認められるかについては、かならずしも十分な理論的検討が行われてきたわけではないように思われる。

ところで、「審判対象論」とは、「審判の対象は、訴因か公訴事実か」を問題とするものであるが、これには、「審判の対象の性質いかんの問題」と「審判の対象の範囲いかんの問題」という「二つの面」があるとされ、前者は、「審判の対象は嫌疑なのか、それとも主張、すなわち主張された観念形象なのか」を、後者は、「裁判所が審判の権利を持ち義務を負うのはどの範囲か」、それは訴因に限られるか、それとも公訴事実の全体に及ぶか」を問うものとされる。<sup>(46)</sup>

訴因変更の「限界」ないし「可否」は、このうち、主として、前者の「審判の対象の性質いかんの問題」、すなわち、「審判の対象は嫌疑なのか、それとも主張、すなわち主張された観念形象なのか」という問題との関連において議論されてきた。より具体的には、この問題に関する議論は、「公訴の提起に先立つ『犯罪の嫌疑』を想定して、その同一性を考えるか」、それとも、「公訴の提起を出発点として、起訴状記載の訴因と変更後の訴因との比較から『同一性』を判断するか」という問題との関連において展開されてきたのである。

そのうえで、「審判対象論」における訴因対象説の代表的見解によれば、訴因は、「客観化された嫌疑」ではなく、「それについて検察官が審判を請求する、検察官の主張」であり、<sup>(48)</sup>したがって、新旧訴因間に「公訴事実の同一性」が認められるか否かは、「訴因と訴因との比較の問題であって、嫌疑ないし存在する事実そのもの問題では

ない」から、「訴因と訴因との間に一定の関係があるとき、その根底をなす『存在する事実』は同一である」と考える『ほかない』ものとされ、あるいは、「公訴事実(の同一性)」は、——公訴事実対象説によれば、「旧法以来の伝統的な概念であって、それはいわば『嫌疑』であり、一個の実在である」とされるのに対して——「訴訟物を変更するための基礎たる觀念にとどまり、実在物ではなく、訴因変更の限界設定のための機能概念(操作概念)にすぎない」<sup>(50)</sup>ものと説明された。

さらに、訴因対象説の立場からは、刑訴法二五六条一項・三項および三一二条一項の「公訴事実」を「審判の対象」と読み替え、あるいは、「公訴事実」の文言自体を削除すべきだとの提言<sup>(51)</sup>や、同様の問題関心から、「『公訴事実』には、起訴状の公訴事実欄に記載された犯罪事実を超える意味内容はない」のであり、「訴因とは別に『公訴事実』という粹ないし事実が訴訟の世界に存在するのではなく、起訴状に当初記載されていた訴因と検察官がそれに変更することを求めている別の訴因とが、別個の訴訟手続ではなく当該訴訟手続内において審理判決してもよい『関係』にあるという意味である」との指摘<sup>(52)</sup>もなされるに至っている。

(4) このように、従来の学説、とりわけ「通説」とされる訴因対象説を採用ないし支持する諸見解のほとんどは、「審判の対象」と「公訴の対象」の問題を明確に区別することなく、訴因変更の「限界」ないし「可否」を、最初から「審判対象論」の問題の一環として位置づけたうえで、その判断基準となる「公訴事実」について、その「事実」としての「性質」を論じてきたことができる<sup>(53)</sup>。

しかし、これらの諸見解の問題関心が、はたして真に「審判の対象の性質いかん」にあったのかについては、疑問がないわけではない。なぜなら、訴因対象説の出発点となる問題関心が、「現行法のもとでは起訴状一本主義がとられ、公訴提起のとき一件記録は提出されず、起訴状だけが提出されること」になった結果、「起訴状の性質、

そこに記載された犯罪事実の性格についても、旧法時代と違って考える必要」が生じたということにあつたとすれば、そこでは、実質的には、「審判の対象の性質いかん」というよりも、むしろ、「公訴の対象の性質いかん」が問題とされていたようにも思われるからである。

この点を解明するには、訴因対象説が、「公訴事実」の「實在」性を否定し、「公訴事実の同一性」を「訴因と訴因の比較の問題」あるいは「訴因変更の限界設定のための機能概念」として理解すべきであると説くにあたつて問題としてきたのが、「刑事手続の仮設的性格」一般であつたのか、それとも、「裁判所のもつ嫌疑と捜査機関のもつ嫌疑の断絶」という「現行法の基本構造」であつたのかを検討しておく必要があるように思われる。

かりに、訴因対象説が、「刑事手続の仮設的性格」、すなわち、「被告人が特定の犯罪行為を行ったという」想定  
の真偽は、裁判所による終局的な判断が下されない限り、手続の上では一個の仮設にとどまっている」<sup>(55)</sup>ことを考慮して、あるいは、「実体は訴訟を終えてはじめて明らかになるのであり、その実体をあらかじめ想定して訴訟理論を展開するのは訴訟法にふさわしくない静的・実体法的観察方法である」<sup>(56)</sup>という問題関心から「公訴事実」の「實在」性を否定するものであるとすれば、このことは、検察官から裁判所への「嫌疑の引継ぎ」が行われると否にかかわらず、刑事手続一般に妥当する性格であるから、「公訴の対象」と「審判の対象」を敢えて区別して論じる必要はかならずしもなかつたといえよう。

しかしながら、訴因対象説が、「審判の対象」の「性質いかん」を問題としてきたのは、実質的には、このような意味での「刑事手続の仮設的性格」一般を考慮したからというよりも、むしろ、(起訴状一本主義の採用により)「裁判所のもつ嫌疑と、捜査機関のもつ嫌疑とは断絶したものだ」とすると、起訴状に記載された訴因は、嫌疑の化体であつてはならない」から、検察官が提示する「訴因」は、「存在する事実、証明された事実」としてではなく、

「主張された事実、観念形象たる事実」として理解すべきだとの問題関心によるのではなかったか。

実際、「刑事手続の仮設的性格」一般については、「(起訴状に記載された犯罪事実)」が、「嫌疑を表示したものであり、いっしょに提出される一件記録とあいまって、嫌疑を裁判所に伝達する手段」であるとされ、したがって、「捜査の開始から判決の確定まで一本の連続した嫌疑が発展していく過程が、訴訟の実体」と考えられていたとされる<sup>58)</sup>。旧刑法訴訟に関しても、「事実の存在は実体判決の確定によって始めて決定せられるのであり、実体判決の確定に至る迄は、単に仮想的に施行せられるにすぎない」との指摘が存在したのであり、その意味で、検察官から裁判所への「嫌疑の引継ぎ」がなされると否とにかかわらず、「訴訟理論」が当然の前提とすべきものであるということができるが、訴因対象説は、さらに進んで、裁判所と検察官の「心証の不継続」に象徴される「旧法と新法との構造的差異が審判の対象論にあらわれていると考え、むしろ、非連続の側面を強調することこそ、刑事訴訟法改正の趣旨に忠実なゆえんだとする」ところに、その特徴を有していたというべきであろう。

そうであるとすれば、訴因対象説は、形式的には、「審判の対象」事実の性質を議論していたとしても、実質的には、むしろ、「捜査機関のもつ嫌疑」の性質、すなわち、検察官による「公訴の対象」事実の性質を問題としていたというべきであるように思われる。また、このことは、訴因変更によって「公訴事実の同一性」が害されるか否かの判断が「訴因と訴因との比較の問題」であるとする同見解の趣旨ともより一貫するといえよう。なぜなら、同見解は、「訴因」を、「それについて検察官が審判を請求する、検察官の主張」と定義するのであるから、その比較の問題は、本来的には、「検察官が審判を請求する、検察官の主張」としての同一性、すなわち、検察官が「公訴の対象」とする事実としての同一性の問題として位置づけられるべきものと考えられるからである。

- (5) さらに、訴因変更の「限界」ないし「可否」を「審判の対象」の問題として位置づけたうえで、「公訴事実」



の「實在」性を否定し、「公訴事実の同一性」を、「訴因と訴因の比較の問題」あるいは「訴因変更の限界設定のための機能概念」として理解したとしても、そのことに、はたして、(理論的、実際の、あるいは教育的な)実益<sup>62</sup>が認められるかについても疑問がある。なぜなら、このような理解から、訴因変更の「限界」ないし「可否」の判断基準が一義的に導かれるわけでも、また、刑訴法三二条一項の趣旨説明が容易になるわけでもないからである。

たとえば、訴因対象説の立場からは、訴因と訴因を「比較して同一性を判断する場合には、甲という視角からみれば違っている、乙という視角からみれば同じであった、かつその同一性判断にとって乙が重要であるとき、両者の『同一性』が認められることになる<sup>63</sup>」とされるが、同見解による「審判対象」の性質論それ自体からは、具体的にいかなる「視角」から訴因間の同一性判断を行うべきであるか——いいかえれば、「乙という視角」の具体的な内容——が一義的に導き出されるわけではない。

また、「公訴事実」ないし「公訴事実の同一性」を、「訴因変更の限界設定のための機能概念」として把握したとしても、あるいは、これを、訴因と訴因の間に「別個の訴訟手続ではなく当該訴訟手続内において審理判決してもよい『関係』にあるという意味」に理解したとしても、これにいかなる「機能」を求め、いかなる基準によって「訴因変更の限界設定」がなされるべきか、そして、いかなる場合に、訴因と訴因の間に「別個の訴訟手続ではなく当該訴訟手続内において審理判決してもよい『関係』が認められることになるのかについての実質的な判断指針ないし基準が、「審判対象」の性格論から理論的に導かれるわけでもないのである<sup>64</sup>。

実際、訴因対象説を採用しないし支持する見解によれば、「公訴事実の同一性とは、主張された事実(訴因)と主張された事実(訴因)との比較の問題である」ところ、「事実は無限に多様であり、事実それ自体の中に同一性を決定する絶対的な基準があるわけではないから、訴訟上の合目的性に従って決定されなければならない」とされる<sup>65</sup>

が、この「訴訟上の合目的性」の具体的内容の理解は、各論者が、公訴事実の同一性の問題の根底にあるとされる「一回的解決の相当性」<sup>66</sup>の意味を何処に求めるかによって異なるのである。

すなわち、いかなる場合に訴因変更による「一回的解決」が「相当」とされるかについてはもちろんのこと、その前提となる「一回的解決」の内容自体の理解についても、「一回的解決が許される事実の範囲」だけでなく、(刑訴法三一二条の文言からは直接読み取ることができない)「一回的解決がなされるべき事実の範囲」までもが含まれるものとされ、さらに、これを「審判の対象」の問題として捉えることにより、手続的利益考量説や二重処罰回避説のように、一事不再理や二重処罰の回避といった、本来、裁判の効力ないし二重の危険、あるいは、二重起訴禁止等の文脈において扱われるべき問題<sup>67</sup>までもが「訴訟上の合目的性」の一内容として訴因変更の「可否」ないし「限界」の判断の際に考慮に入れられることになるのである。しかし、このような諸問題の混同は、理論的観点からはもちろん、実際の、教育的観点からも望ましくなくというべきではないか。

(34) 小野・前掲註(5)二五八頁以下。

(35) 小西勝「新刑事訴訟法における事実の同一性と訴因」司法研究報告書四輯一号(一九五〇年)八頁も、「事実の同一性の問題は公訴及び判決の効力の範囲の問題である」とする。

(36) この点について、小野・前掲註(5)二五八頁以下は、刑訴法二四九条が、「公訴は、検察官の指定した被告人以外の者にその効力を及ぼさない」として、「公訴提起の効果」の「人的限界」を定めるのと対比して扱っている。

(37) 旧刑訴法と現行刑訴法における「審判対象(論)」の対比については、松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ(第四回)」法学教室七号(一九八一年)五九頁以下、山田道郎「刑事訴訟対象論序説」法律叢叢八二巻一・三三三号(二〇〇九年)三六三頁等も参照。

(38) 平沼騏一郎『新刑事訴訟法要論』(松華堂、一九三三年)四三九頁は、「公訴の不可分」と「審判の不可分」は同一の理由によるものとしていた。

(39) もっとも、学説のなかには、訴因制度のもとでも、「判決」の対象はともかく、「審理」の対象については、かならずしも厳密に訴因に限定されるわけではないとして、訴因対象説に異を唱える見解も少なくない（代表的見解として、小林充「訴因と公訴事実（再論）」判例タイムズ一九八号（二〇〇六年）六頁等）。

(40) 山中俊夫「『公訴事実と訴因』に関する一考察」同志社法学三〇巻一・三二号（一九七八年）六一頁は、「旧刑事訴訟法のもとにあつて、『公訴の対象』としての『公訴事実』は、……判決対象それ自体の形成が、つまるところ『公訴事実』（公訴の対象）を同一にしている・共通にしている……という形で機能したのに対して、訴因制度を採用している現行法のもとにあつては、公訴の対象としての公訴事実は、検察官の訴因（審判の対象）の形成にあたって、訴因それ自体の形成が、公訴事実（公訴の対象）を共通にしている範囲において可能であるという形で機能する」と指摘する。

(41) 田宮・前掲註(13)一九二頁。

(42) 平野・前掲註(8)一三二頁。

(43) 平野龍一「刑事訴訟法の基礎理論」（日本評論社、一九六四年）一一六頁。

(44) この点について、山中俊夫「刑事訴訟法の基礎理論に関するノート（一）（三）（四）」同志社法学二八巻五号（一九七六年）一頁以下、同二九巻二号（一九七七年）一頁以下、同二九巻三号（一九七七年）四四頁以下、同三〇巻四号（一九七八年）三四頁以下は、「公訴事実を公訴の対象と解し、訴因を審判の対象と考える」べきであるとする。しかし、「公訴事実」が「公訴の対象」事実であるとすれば、それは、検察官が、被告人に対する国家刑罰権の発生原因としてその存在を主張する事実を意味し、刑訴法は、その「公訴事実」を「訴因を明示して」起訴状に記載しなければならないとしているのであるから、「訴因」もまた「審判の対象」事実である以前に、「公訴の対象」事実で（も）あるというべきであろう。また、同見解は、「公訴事実を『公訴の対象』として考え抱える」べきだとしつつ、その「理論的・実際の実益」について、「公訴事実」を、「検察官は、『同時審判請求の必要性』（同時訴追の必要性）『事件の一回的解決の必要性』を有するという規範的概念」、あるいは、「被告人は、右の範囲において同時に訴追され一回的に解決される利益を有するもの」という規範的概念」として捉えることを可能にすることを挙げるが、刑訴法三二・二条一項の文言からすれば、「公訴事実」は、むしろ、同時訴追・審判の限界を画する概念として捉えるべきではないか。

(45) たとえば、小田中・前掲註(14)一五二頁は、「いうまでもないことだが、……『公訴事実の同一性（広義）』について

考察する際に最も重要なのは、訴訟構造の問題（職権主義か当事者主義か）との関連において審判対象は何か（公訴事実か訴因か）を論定することである」とする。

(46) 平野・前掲註(43)七三頁以下。

(47) 松尾・前掲註(1)二六六頁。

(48) 平野・前掲註(8)一三一頁。

(49) 平野・前掲註(43)一六頁。

(50) 田宮・前掲註(15)五七八頁。

(51) 松尾浩也「刑事訴訟法の基礎理論——その現代的状況についての一考察」法律時報四八卷一〇号（一九七八年）四一頁は、「検察官がそれについての審判を求めて公訴を提起した犯罪事実、すなわち、講学上の審判の対象がすなわち公訴事実だと考えれば、『公訴事実』の語を含む条文（二五六条二項三項、および三二二条一項）はすべて簡単に理解できると思う」とし、「訴因対象説を徹底すれば、旧来の公訴事実の観念は無用になるはずだ」とする。また、三井・前掲註(20)一八二頁も、「訴因」のほかに『公訴事実』があるために解釈論上の混乱をひきおこしているのであれば、立法論としては、『公訴事実』の語を現行法の条文から削除するのが筋であろう」と説く。上口裕「公訴事実の同一性」光藤景皎先生古稀祝賀論文集編集委員会「光藤景皎先生古稀祝賀論文集 上巻」（成文堂、二〇〇一年）三八三頁も、『公訴事実の同一性（審判対象の同一性）の文理的意味は、『当該手続の審判対象として同一である』、あるいは、『等しく当該手続の審判対象になりうる』、ということである」とする。

(52) 酒巻匡「公訴の提起・追行と訴因(1)」法学教室一九八号（二〇〇五年）六七頁。

(53) この点に関して、酒巻・前掲註(52)六七頁は、「現在からふりかえれば、審判の対象は『訴因』か『旧法時代の』公訴事実か」という問題設定自体が適切ではなく、それは仮象の問題であった」とし、そのような意味での「審判対象論」は、その「歴史的使命を終えた」と指摘するが、ここでも、訴因変更の限界ないし可否が「審判対象」の問題であることそれ自体は議論の前提とされているものと思われる。

(54) 平野・前掲註(43)一四頁。

(55) 松尾・前掲註(1)二頁。

(56) 鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」再論」同『続・刑事訴訟の基本構造 上巻』（成文堂、一九九六年）三三二頁。

(57) 平野・前掲註(43)一五頁。また、松尾浩也「刑事訴訟の基礎理論」同『刑事訴訟法講演集』（有斐閣、二〇〇四年）一六四頁以下も参照。

(58) 平野・前掲註(43)一二頁。

(59) 島方武夫「刑事訴訟法に於ける事実の同一性（一）」法曹會雜誌一六卷九号（一九三三年）三九頁。なお、同・三八頁は、「所謂『事実』とは、歴史的現実の世界に於ける出来事即ち実在を意味するものにあらずして、斯る出来事に対する訴訟主体の認識即ち訴訟上の存在を意味するに過ぎぬ」とし、「起訴予審終結決定及び判決は、同一の歴史的事実……を取り扱わねばならぬのであるが様な表現方法は嚴格にいえば失当であろう」とするが、その理由を、「公判に於て審理の結果、起訴予審終結決定の対象たる事実が、歴史的現実の世界に属せざることが判明する場合もあり得る」ことに求めている。

(60) 松尾浩也「刑事訴訟法を学ぶ（第五回）」法学教室九号（一九八一年）五五頁。

(61) 平野・前掲註(43)一五頁は、「裁判所のもつ嫌疑と、捜査機関のもつ嫌疑とは断絶したものだ」とすると、起訴状に記載された訴因は、嫌疑の化体であってはならないはずだ。それはただ、検察官が証明しようとするものがらが何かを示すものにはすぎません。それはまさに実体形成の目標であって、その反映ではないのです。いいかえると、それは検察官の主張であって、嫌疑ではないのです。訴因は、構成要件に該当する具体的な『事実』ですが、その事実とは、存在する事実、証明された事実ではなく、主張された事実、観念的形象たる事実にはすぎないのです」と指摘する。しかし、訴因が、——「嫌疑の化体であってはならない」かどうかはともかく（この点に関しては、松田岳士『刑事手続の基本問題』（成文堂、二〇一〇年）一七頁以下を参照）——「存在する事実、証明された事実ではなく、主張された事実、観念的形象たる事実にはすぎない」ということと、「実体形成の目標」とされることは別問題であり、少なくとも、前者は「公訴対象論」（公訴の対象事実）の性質論）に属する問題として位置づけられよう。また、松尾浩也・田宮裕著『刑事訴訟法の基礎知識』（有斐閣、一九六六年）八八頁（田宮裕）は、現行刑法下における「公訴事実の概念」を、「旧法下のように、捜査から公判を通じて一貫して形成される実体（嫌疑）と考えることのできない」理由として、「起訴状一本主義によって捜査と公判は断絶した」ことのほか、「検察官の抱く表象や裁判所の心証以外に存在する実体が、かりに客観的にあるとして

も、……われわれの認識の外にあり、これを訴訟理論の中へ組み入れるわけにはいかない」との事情を指摘する。しかし、厳密には、「実体」であるか否かという問題と「捜査から公判を通じて一貫して形成される嫌疑」であるか否かという問題とは、区別して論ずるべきであろう。

(62) 松尾・前掲註(51)四一頁以下は、訴因対象説に立ち、「講学上の審判の対象がすなわち公訴事実だと考え」るべきだとし、この提案を、「理論的、実際のそして教育的」な関心に基づくものであるとする。すなわち、「理論的」には、「訴因対象説を徹底すれば、旧来の公訴事実の観念は無用になるはず」であり、「実際の」には、「旧法に長所があったにしても、少なくともいったんはそれへの郷愁を完全に断ち切って、基礎理論の確立に努めるべき」であり、また、「教育的」には、「刑事訴訟法学の教育の場で、学習者のエネルギーの著しい浪費を生じている」状況を改善すべきであるとする。

(63) 松尾・前掲註(51)四一頁。

(64) この点について、鈴木茂嗣「公訴事実の同一性」廣瀬健一・多田辰也編『田宮裕博士追悼論集 上巻』(信山社、二〇〇一年)一〇一頁は、「刑法」三三二条一項の趣旨は、同一審判手続対象性を害しない限度で訴因変更が認められるのであって、この限界を越えるものは追起訴ないし別訴で対応すべきことを明らかにするところにある」としたうえで、「同一審判手続対象性」の根拠や基準自体については、むしろ刑法全体を踏まえた理論的検討にその解決が委ねられていると解するのが相当であるとするとする。

(65) 平野・前掲註(43)一三九頁。

(66) 田宮・前掲註(13)二〇七頁。より具体的には、「その手続で片づけてしまふべきか」、「もう一度やり直してよいか」という問題であるとされる。

(67) 実際、長沼・前掲註(12)一〇一頁「長沼発言」は、「二重処罰回避説」について、「もともと二重係属がなぜ否定されるのか、あるいは一事不再理の場合、なぜ実体判決をしてはいけないか」という根本に立ち戻った理解として、非常に優れた見解であると指摘する。

## 四 「公訴対象論」の理論的意義

(1) 以上において検討してきたところからは、訴因変更の「限界」ないし「可否」は、「審判対象論」の一環として扱う以前に、むしろ、「公訴対象論」の一環として位置づけたうえで、これを、「裁判所の審判はいかなる事実  
に及ぶか」ではなく、むしろ、「検察官の公訴はいかなる事実  
に及ぶか」という観点から検討するのが妥当である  
ものと考えられる。

このような理解を前提とするならば、「公訴事実の同一性」は、文字通り、「公訴の対象事実としての同一性」を意味し、訴因変更の「可否」ないし「限界」とは、特定の被告人について、一つの（同一または単一の）「公訴」によって追及することが許される刑事責任の発生原因として検察官によりその存在が主張される事実の範囲はどこまでかという問題を意味することになる。いいかえれば、それは、「公訴の効果」が及びうる事実の範囲、あるいは、「公訴の単位」となる事実の範囲の問題なのであり、そうであるとすれば、「公訴事実」ないし「公訴事実の同一性」の具体的意義も、「公訴」概念の内容、あるいは、その定義との関連において検討する必要があるように思われる。

(2) ところで、「公訴」とは、一般に、「特定の刑事事件につき裁判所の審判を求める意思表示<sup>68)</sup>」として定義されるが、ここに「特定の刑事事件」とは、特定人により実現ないし具体化された、(国家の側からみれば) 刑罰権の発生原因となる事件、あるいは、(被告人の側からみれば) 刑事責任の発生原因となる事件を意味するものと解され、そうであるとすれば、公訴は、人的には、「被告人」ごとに、また、物的には、「国家刑罰権の発生原因となる事実」、あるいは「刑事責任の発生原因となる事実」ごとに成立することになる。

この前提のもとでは、「公訴事実」とは、検察官が「公訴の対象事実」としてその存在を主張する「被告人に対する国家刑罰権（または、被告人の刑事責任）の発生原因となる事実」を意味し、したがって、「公訴事実の同一性」とは、「被告人に対する国家刑罰権（または、被告人の刑事責任）の発生原因として検察官がその存在を主張する事実」としての同一性を意味することになるものと解されよう。

そうであるとすれば、刑法法三二二条一項は、そのような意味での「公訴の対象事実としての同一性」が認められない事実、すなわち、同一の被告人について、公訴の提起時における訴因事実によって発生するとされる刑罰権（または刑事責任）とは異なる、あるいは新たな国家刑罰権（または刑事責任）を生ぜしめるような事実による刑事責任の追及は、「公訴事実の同一性を害」するものとして、同一または単一の公訴によつてはなしえず、これは異なる別個の公訴によるべきことを定めたものと理解されることになろう。

(3) もっとも、このような説明については、「公訴事実の同一性」を刑法的あるいは実体法的関心から捉えるという点において、訴因変更の限界ないし可否の判断基準に関するいわゆる「刑罰関心同一性説」<sup>(69)</sup>や「処罰非両立説」<sup>(70)</sup>と共通するものであり、したがって、これらの見解に対して指摘されてきた、「訴因の形をとる以前の、訴訟外にしか存在しない国家の刑罰関心なるものを訴因変更の許否の判断基準とすることは、当事者主義的審判対象論と果たして調和するであろうか」<sup>(71)</sup>といった疑問、あるいは、「公訴事実を実在的にとらえる旧法的理解から脱却し、訴訟上実在するのは検察官の主張としての訴因のみであるとの理解に立つ場合には、実体的な刑罰権そのものの個性から公訴事実の同一性が認められる範囲を演繹的に導き出すことはできない」<sup>(72)</sup>といった批判が同様に妥当するのではないかとの疑念が提示されることも想定される。

しかしながら、ここにいう「公訴の対象事実」は、「訴因の形をとる以前の、訴訟外にしか存在しない」もので



も、「実在的にとらえ」られるものでもなく、検察官が、公訴を行うにあたり、その対象として、被告人に対する国家刑罰権（または、被告人の刑事責任）の発生原因としてその存在を「主張」する事実である。そうであるとすれば、「公訴事実の同一性」とは、訴因と訴因の間で問題とされる、被告人に対して国家に刑罰権が発生した（または、被告人に刑事責任が発生した）旨の「主張」としての同一性を意味することになるから、「いずれも無罪とされ実体的な刑罰権の裏打ちを欠く訴因の間でも想定され得るもの」<sup>(73)</sup>であるというべきであろう。

その意味で、「公訴事実」の訴訟上の「実在」性を否定し、「公訴事実の同一性」を「訴因と訴因との比較の問題」として理解することと、そのような「比較」を刑法的・実体法的「視角」から行うことの間には、なんら矛盾は存在せず、両者は、理論上、両立しうるものというべきである。<sup>(74)</sup>

(4) さらに、このように「公訴事実」を「公訴の対象事実」として理解することは、その文言に忠実な理解であるだけでなく、「公訴事実」と「訴因」、あるいは、刑法二五六条の「公訴事実」と同法三二二条の「公訴事実の同一性」との関係を説明するためにも、有益であるように思われる。

すなわち、「公訴事実」が、「公訴の対象事実」として、検察官が、「被告人に対する国家刑罰権の発生原因（あるいは、被告人の刑事責任の発生原因）」として、その存在を主張する事実」を意味するものであるとすれば、それは、検察官により、被告人が実現ないし具体化したと主張される、一定の刑罰法規が定める犯罪構成要件に該当する事実でなければならないというべきであろう。なぜなら、被告人に対して国家刑罰権が生ずる（あるいは、被告人に刑事責任が生ずる）とすれば、その理由は、まさしく、同人が、刑罰法規が定める犯罪構成要件に該当する事実を、過去のある時点および場所において、一定の方法により実現ないし具体化したことに求められることにはずだからである。<sup>(75)</sup>

刑訴法二五六条が、起訴状には、「被告人の氏名その他被告人を特定するに足りる事項」のほか、「公訴事実」および「罪名」を記載しなければならないものとしたうえで(二項)、その「公訴事実」を、「訴因を明示してこれを記載しなければならず」、「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」ものとし(三項)、また、「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ぬ」旨定める(四項)のは、まさしく、このような意味で、公訴の提起にあたっては、公訴の対象とされる「事件」を、その対象となる「人」および「事実」によって特定するとともに、それが「罪となるべき」理由、すなわち、「被告人に対する国家刑罰権の発生原因となるべき」(あるいは、「被告人に刑事責任を発生させるべき」)事実的・法律的理由を明示することを、検察官に要求するものと解される。<sup>(76)</sup>

このような理解のもとでは、「訴因」とは、検察官が、「公訴事実」、すなわち、「公訴の対象事実」について、それが「罪となるべき」旨を主張する事実的・法律的理由の具体的な内訳を示すものであるということになる。そして、刑訴法三一二条一項は、このことを前提として、①訴因の変更可能性を認めることにより、同一または単一の公訴において、そのような、被告人に対して国家刑罰権が発生した(あるいは、被告人に刑事責任が生じた)と検察官が主張する事実的・法律的理由の具体的内訳についての新たな主張を提示する可能性を認める一方で、②同一の被告人に対する、公訴提起時にその存在が主張されていた事実によって生ずるとされる刑罰権とは異なる、あるいは新たな刑罰権を生ぜしめるような事実の存在を主張することによる刑事責任の追及は、「公訴事実の同一性を害」するものとして、同一または単一の公訴によってはなしえず、これとは異なる別個の公訴によるべきことを定めたものと解される。

- (5) ところで、「公訴事実」と「訴因」の関係をめぐっては、従来の学説、とりわけ、審判対象論における訴因

対象説の立場から、「(刑訴法)二五六条の公訴事實は訴因として記載された事實を意味する」のであり、「(訴因事實)といいかえてもよい」<sup>(77)</sup>、あるいは、両者は「それぞれ別の異なった意味内容を持つ概念ではなく、……同じもの」であり、「術語としてはいずれか一方があれば足りる」以上、「両者の区別や相互の関係を議論することは、解釈論にとつて無意味である」<sup>(78)</sup>との指摘もなされてきた。

また、刑訴法二五六条の「公訴事實」と同法三二二条の「公訴事實の同一性」の関係についても、「現行法では、〔刑訴法〕二五六条で訴因の内容として公訴事實の語を用い、その訴因の変更の限界として公訴事實の同一性の語を用いているのであるから、この両者は区別する方が素直である」<sup>(79)</sup>とか、「検察官の主張する訴因事實により特定された具体的な犯罪事實が審判対象だとする立場を前提とするなら、刑訴法三二二条一項の『公訴事實の同一性』は、所詮訴因変更の限界を画する『機能概念』にはかならない」<sup>(80)</sup>であり、「そうだとすれば、公訴事實の同一性の実質的基準は、『公訴事實』概念の分析を離れて、むしろそれじたい独自の立場から検討されねばならない」といった指摘がなされてきた。

(6) 「訴因」と「公訴事實」の関係については、たしかに、「訴因」は、「検察官がその存在を主張する、被告人に対する国家刑罰権(あるいは、被告人の刑事責任)の発生原因となる事実」、すなわち、「公訴の対象事實」を示すものであるという意味では「公訴事實」と同義であるが、その事実から国家刑罰権(または刑事責任)が発生する事実的・法律的理由の具体的内訳を示したものであるという意味では、「公訴事實」よりも「事実の点でも法律構成の点でも具体的であるにすぎない」<sup>(81)</sup>ということができよう。

しかし、このことから、訴因と公訴事實の「区別や相互の関係を議論することは、解釈論にとつて無意味である」<sup>(82)</sup>、あるいは、「公訴事實と訴因の二本建てとすることなくいずれか一方とし、これに現行法の訴因と同じ性質及

び機能をもたせれば、同じ目的を達成できる<sup>(83)</sup>」ということができるとは疑問であり、むしろ、反対に、「訴因」と「公訴事実」は、両者の間にこのような(具体⇨抽象)関係性が認められるがゆえに、いずれも、訴因(変更)制度を支える上で、実定法上不可欠な役割を担っているといふべきであるように思われる。

なぜなら、一般に、「同一性」の判断が、「甲という視角からみれば違っている、乙という視角からみれば同じであって、かつその同一性判断にとって乙が重要である<sup>(84)</sup>」かどうかを問題とするものであるとすれば、「公訴事実」および「公訴事実の同一性」は、それぞれ、「公訴の対象事実」および「公訴の対象事実としての同一性」を意味するものとして、まさしく、その「抽象性」ゆえに、異なる「訴因」間に共通点を見出すための「視角」を提示する概念であるといふべきだからである<sup>(85)</sup>。

より具体的には、「公訴事実」が、「公訴の対象事実」として、検察官がその存在を主張する「被告人に対して国家刑罰権を発生させる(あるいは、被告人の刑事責任を発生させる)原因となる事実」を意味するとすれば、「公訴事実の同一性」とは、複数の訴因の間に、「被告人に対して同一または単一の国家刑罰権を発生させる(あるいは、被告人に同一または単一の刑事責任を発生させる)原因として主張された事実であるか否か」を問題とするものと解され、刑法法三二二条一項は、検察官に、「訴因」を変更することにより、被告人に対する国家刑罰権を発生させるような事実が存在したことについて、公訴提起当初とは異なる内容の主張をする可能性を認める一方で、当初の訴因との間に、このような意味での「公訴の対象事実」としての同一性が認められない事実、すなわち、当初とは異なる、あるいは新たな刑罰権を国家に発生させるような事実による被告人の刑事責任の追及は、「公訴事実の同一性を害」するものとして、同一または単一の公訴によってはなしえず、別個の公訴によるべきことを定めたものと理解されることになる。

そうであるとすれば、刑法二五六条の「公訴事実」と同法三二二条の「公訴事実の同一性」の関係についても、「公訴事実の同一性の実質的基準」は、まさしく、「公訴事実」概念の分析から導き出されるべきものなのであって、<sup>(86)</sup>両概念の意義および関係を検討するにあたっては、その差異を強調するよりも、むしろ、その共通性に着目すべきであるという<sup>(87)</sup>ことになろう。

- (68) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法』（青林書院新社、改訂版、一九九〇年）九八頁。
- (69) 田宮・前掲註(13)二〇六頁以下、鈴木・前掲註(2)二二四頁以下。
- (70) 米田泰邦「枉法収賄と贈賄の各訴因の間に公訴事実の同一性が認められた事例」判例タイムズ三六八号（一九七八年）九一頁、光藤景皎『刑事訴訟法I』（成文堂、二〇〇七年）三〇七頁以下。
- (71) 小田中聰樹『ゼミナル刑事訴訟法（下）演習編』（有斐閣、一九八八年）一四二頁。
- (72) 大澤・前掲註(11)八七頁。
- (73) 大澤・前掲註(11)八七頁。
- (74) 「公訴事実の同一性」を「訴因と訴因との比較の問題」として理解するとしても、そのことから、その「比較」を手続的あるいは訴訟法的観点から行うことまでが、理論上要求されることになるわけではなく、むしろ、反対に、「刑事訴訟が刑法の実現を目的とする以上、刑法的関心……の同一性が訴訟の同一性を基礎づけるというのは、いわば当然のこと」というべきであろう（鈴木・前掲註(64)一〇五頁）。
- (75) このように、「公訴事実」が、「公訴の対象事実」、すなわち、検察官がその存在を主張する、被告人に対する国家刑罰権の発生原因となる事実を意味するとすれば、それが、（ある種の）「歴史的」事実としての性格をもつことは否定しがたいように思われる。なぜなら、被告人に対して国家刑罰権が発生したというためには、刑法が定める犯罪成立要件に該当する事実が、被告人によって、過去の一定の時間・場所において一定の方法によって、すなわち、「歴史的」に具体化ないし実現されたでなければならぬからである。しかし、「公訴事実」の属性について「歴史的」の語を用いることについては、とりわけ訴因対象説の立場から、「真実は最終の到達点であることを予定する『手続き』を扱う以上、途中

で「歴史的事実」の語をそう軽々に使うべきものではない(田宮裕「公訴事実の同一性——機能」論と「事実」論)同「日本の刑事訴追」(有斐閣、一九九八年)三二五頁)との指摘もある。ここでは、「歴史的事実」の語が、「真実」を意味するものとして用いられているが、そもそも「歴史的事実」とは、——たとえば、「地球は自転する」とか、「水は高所から低所に流れる」といった、ある事柄に一般的に妥当するような性質の事実ではなく——過去のある時点・場所で起こったとされる、特定の、あるいは、一回性をもつ事実を意味するにすぎず、それが「真実」であるか否かとは別問題である。そうであるとすれば、「公訴事実」の属性については「歴史的」の語を用いることは、「刑事手続の仮設的性格」となら矛盾するものではないというべきであろう。

(76) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法の基本問題』(成文堂、一九八八年)一四三頁以下は、「ある事実は、一定の『罰条』に該当することによって、はじめて犯罪となる。この事実が当該罰条に該当することを具体的に示すのが『訴因』の『明示』であり、この明示は、犯罪の日時、場所、方法等で具体的な事実を『特定』しつつ行われねばならない」とする。

(77) 田宮・前掲註(15)五七九頁。

(78) 酒巻・前掲註(52)六五頁。

(79) 田宮・前掲註(15)五七九頁。

(80) 鈴木・前掲註(2)一一四頁。

(81) 佐藤文哉「訴因制度の意義」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点』(有斐閣、第三版、二〇〇二年)一一五頁。

(82) 酒巻・前掲註(52)六五頁。

(83) 佐藤・前掲註(81)一一五頁。

(84) 松尾・前掲註(51)四一頁。

(85) また、「公訴事実」と「訴因」を同義とし、「公訴事実」概念を不要とする見解については、「実定法は、何故、公訴事実という概念を訴因の他に残したのか、あるいは、何故、訴因という概念を公訴事実の他にとり入れたのか、という事実を説明しなければならない(井戸田侃「訴因と公訴事実」同『刑事訴訟理論と実務の交錯』(有斐閣、二〇〇四年)一五一頁)」との批判も妥当しよう。

(86) 鈴木・前掲註(2)一一四頁は、「公訴事実の同一性の実質的基準は、『公訴事実』概念の分析を離れて、むしろそれじ

たい独自の立場から検討されねばならない」としたうえで、「訴因変更の實質的基準としては、『公訴事実』ではなく、むしろ端的に『刑罰関心』の同一性・単一性を問題とすべき」であるという。しかし、ここにいる「刑罰関心」が、「二個の事実に対して一個の刑罰が加えられるのであり、したがって、刑罰を加えるための手続も一回であるべきであり、このように一回の訴訟で解決するという国家的関心をもつ基礎たる犯罪の観念形象が、公訴事実にはかならない」とする考え方(田宮・前掲註(16)一五二頁)を基礎とするものであるとすれば、「公訴事実の同一性の實質的基準」は、まさしく、「公訴事実」概念の分析によってこそ導かれるべきものではないか。

(87) 上口・前掲註(51)三八〇頁も、「刑罰法」二五六条では「公訴事実」が独立の概念として使用され、三二二条がその「公訴事実」について『同一性』の有無を問題にしているのだから、公訴事実の意義を統一的に解するのが自然であるとする。

\* 本稿は、科学研究費補助金・基盤研究(C)「司法取引に関する日欧間の比較研究」(平成一九〜二二年)の研究成果の一部である。