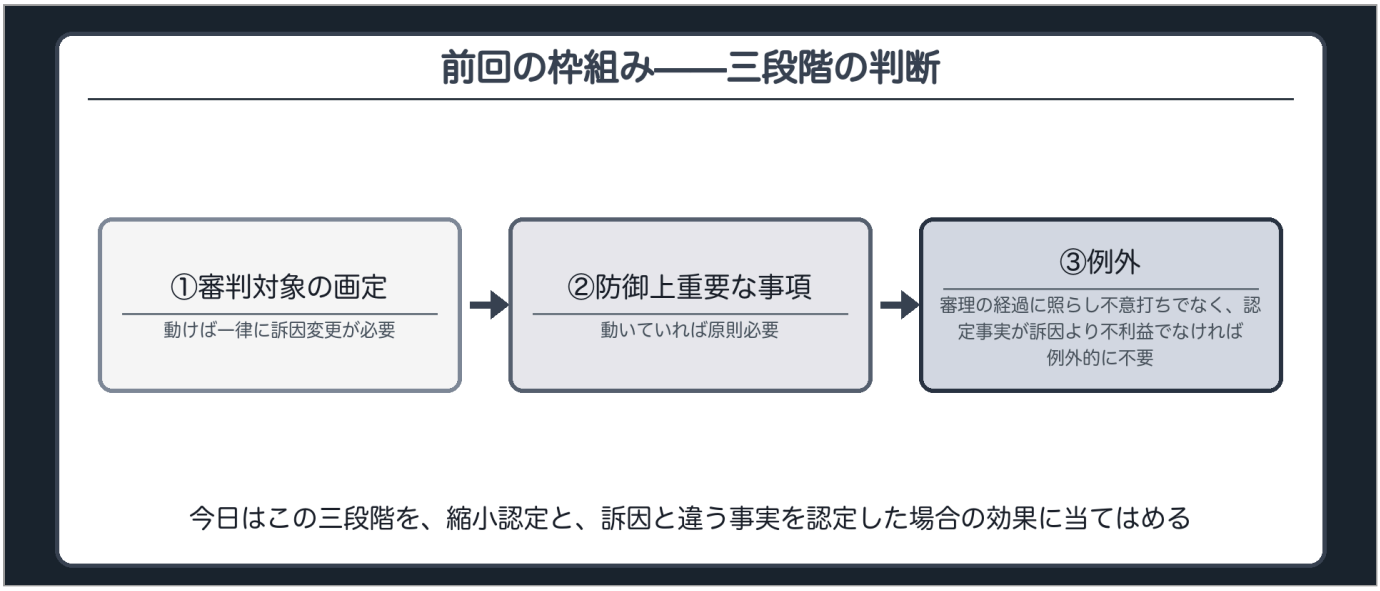
#81 訴因変更の要否——縮小認定と、逸脱認定の効果

第3章 公訴 ⑨／動画の内容を見返し用にまとめたものです（動画には含みません）。

1 訴因より小さい事実、訴因と違う事実

導入

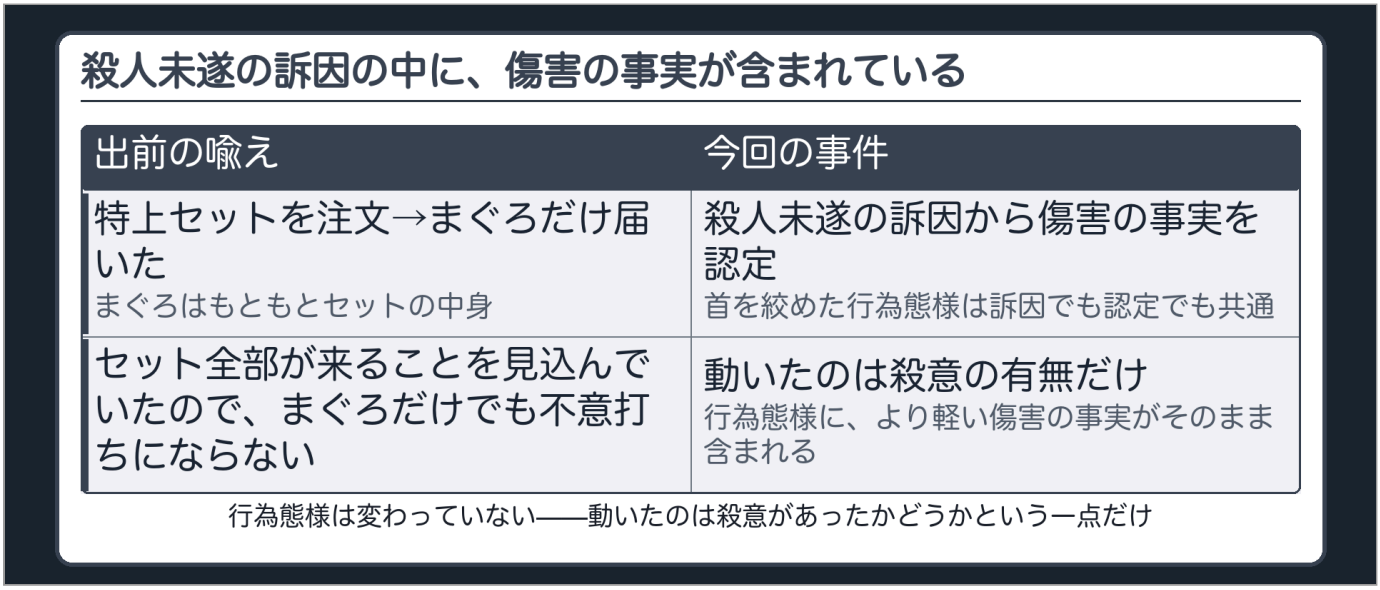


- 平13決定の三段階、
- ①審判対象の画定
- ②防御上重要な事項
- ③不意打ちでなく不利益でもない例外を一枚で示す板

訴因より小さい事実を認定する場面と、訴因変更を経ずに認定してしまった場合の効果です。いいですよ。①審判対象の画定に必要な事項が動けば一律に訴因変更が必要でした。②動いていなければ被告人の防御にとって重要な事項が動いたかを見て、動けば原則必要でした。③ただし審理の経過に照らして不意打ちでなく、認定される事実が訴因よりも不利益でもなければ、例外的に不要でした。まず前半では、認定される事実が訴因よりも小さい、という特別な場合を見ます。この場合は①にも②にも触れずに、訴因変更なしで認定できてしまいます。なぜそう言い切れるのか、理由から詰めていきます。後半では、逆に訴因変更をしないまま訴因と違う事実を認定してしまった判決に、どんな瑕疵が生じるかを見ます。先に答えの形だけ言うと、鍵はずっと一つ、その事実が訴因の中に含まれているかどうかです。含まれていなければ、訴因の外にはみ出したのか、中にとどまったのかで、使う条文が変わります。

2 縮小認定——大きい事実の中に、小さい事実が含まれている

短答・論文共通



図：殺人未遂の訴因の中に傷害の事実が含まれる入れ子図と特上セットの喩えを示す板

一つ、例を挙げます。例えば、Aは深夜の路上でBの首を両手で強く絞め付け、殺害しようとしたとして、殺人未遂の訴因で起訴されました。証拠調べの結果、裁判所は殺意があったとまでは認定できないという心証を得ましたが、Aが実際にBの首を絞め付け、Bに全治二週間のけがを負わせた事実は証拠上明らかでした。検察官は訴因変更を請求していません。裁判所は訴因変更なしに傷害の事実を認定できるでしょうか。結論から言うとできます。理由を出前の注文に例えて考えてみましょう。特上セットを注文したのに届いたのがその中のまぐろだけだったとします。

だからまぐろだけが届いても、あらためて「まぐろだけください」と注文をやり直す必要はありません。受け取る側も特上セット全部が来ることを見込んで待っていたので、まぐろだけが届いても不意打ちにはなりません。今の事件も同じです。首を絞めるという行為態様は、訴因でも認定でも変わっていません。動いたのは殺意があったかどうかという一点だけです。殺人未遂という大きな事実は、行為態様と殺意が両方そろって初めて成り立ちますが、行為態様のところに、より軽い傷害の事実が論理的にそのまま含まれています。これを①の観点から見ると、検察官が求めていない事件を裁いたことにはなりません。殺人未遂という大きな事実の中に、傷害の事実が黙示的に含まれているからです。②の観点から見ても、被告人は殺人未遂という重い嫌疑に対して防御を組み立てているはずなので、より軽い傷害の限度で認定されても、対応済みの防御の範囲内で不意打ちになりません。審判対象の観点からも、防御の観点からも、変更が不要だと説明できてしまう場面です。このように、訴因に書かれた事実の中に論理的・実質的に含まれている、より軽い事実を、訴因変更なしにそのまま認定することを縮小認定と呼びます。

3 強盗の訴因で恐喝を認定できるか

短答

強盗と恐喝——暴行・脅迫の程度だけが違う

	強盗（236条）	恐喝（249条）
共通点	人を脅して財物を交付させたり奪ったりする罪	（左に同じ）
暴行・脅迫の程度	被害者の反抗を抑圧するほど強い	それに至らない程度

強盗の訴因に書かれた暴行・脅迫の事実の中には、程度の差として、より軽い恐喝の事実が含まれている

図：強盗と恐喝の構成要件を並べ暴行脅迫の程度だけが違うことを示す板

縮小認定が実際に問題になった判決を見ていきましょう。強盗の訴因で起訴された事件で、裁判所が訴因変更を経ずに恐喝の事実を認定できるかが争われました。どちらも人を脅して財物を交付させたり奪ったりする罪ですが、程度が違います。強盗は被害者の反抗を抑圧するほどの強い暴行・脅迫を用いる場合、恐喝はそれに至らない程度の暴行・脅迫にとどまる場合です。だから強盗の訴因に書かれた暴行・脅迫の事実の中には、それより軽い恐喝の事実が、程度の差として含まれています。この最高裁の判決文を見てください。

判例 最高裁判所第二小法廷 昭和26年6月15日判決（刑集5巻7号1277頁）

強盗の訴因で恐喝を認定した判決 元来、訴因又は罰条の変更につき、一定の手続が要請される所以は、裁判所が勝手に、訴因又は罰条を異にした事実を認定することに因つて、被告人に不当な不意打を加え、その防禦権の行使を徒労に終らしめることを防止するに在るから、かかる虞れのない場合、例えば、強盗の起訴に対し恐喝を認定する場合の如く、裁判所がその態様及び限度において訴因たる事実よりもいわば縮少された事実を認定するについては、敢えて訴因罰条の変更手続を経る必要がないものと解するのが相当である。

裁判所がその態様・限度において訴因より縮小された事実を認定するなら、不意打ちにも防御の徒労にもならないので、あえて訴因罰条の変更手続を経る必要はない、と述べています。強盗という大きな暴行・脅迫の程度に対して防御していれば、その中に含まれる、より軽い恐喝の限度で認定されても、防御はすでに尽くされています。

4 酒酔い運転の訴因で酒気帯び運転を認定できるか

短答

酒酔いと酒気帯び——通常は包含する

	酒気帯び運転	酒酔い運転
定義	政令で定める程度以上のアルコールを体内に保有した状態での運転	アルコールの影響で正常な運転ができないおそれがある状態、または一定濃度以上のアルコール保有状態での運転
通常の関係	酒酔い運転の事案は、通常この基準を超える量を保有している	酒気帯びの基準を超えるのが通常

体質によっては、
酒気帯びの基準に届かないまま酒酔いだけが成立することもある——大は小を兼ねるとは限らない限界

もう一つ、道路交通法の決定を見ましょう。酒酔い運転の訴因で起訴された事件で、訴因変更を経ずに酒気帯び運転を認定できるかが争われました。酒気帯び運転は、政令で定める程度以上のアルコールを体内に保有した状態で運転することです。酒酔い運転は、アルコールの影響で正常な運転ができないおそれがある状態で運転することですが、今は、それより高い一定の濃度以上のアルコールを保有した状態での運転も酒酔い運転に含まれます。酒酔い運転の事案は、通常、酒気帯び運転の基準を超える量のアルコールを保有しています。この決定を見てください。

判例 最高裁判所第三小法廷 昭和55年3月4日決定（刑集34巻3号89頁）

酒酔い運転の訴因で酒気帯び運転を認定した決定 道路交通法一一七条の二第一号の酒酔い運転も同法一一九条一項七号の二の酒気帯び運転も基本的には同法六五条一項違反の行為である点で共通し、前者に対する被告人の防禦は通常の場合後者のそれを包含し、もとよりその法定刑も後者は前者より軽く、しかも本件においては運転開始前の飲酒量、飲酒の状況等ひいて運転当時の身体内のアルコール保有量の点につき被告人の防禦は尽されていることが記録上明らかであるから、前者の訴因に対し原判決が訴因変更の手続を経ずに後者の罪を認定したからといつて、これにより被告人の実質的防禦権を不当に制限したものとは認められず、原判決には所論のような違法はない。

なお、決定文に出てくる酒気帯び運転の条番号は当時のもので、今は117条の2の2に酒気帯び運転の罰則が定められています。法定刑も酒気帯びのほうが軽く、この事案ではアルコール保有量について被告人側の防御が尽くされていたことも記録上明らかだったので、訴因変更を経なかったことは違法にならない、と判断しました。ただし、ここには縮小認定の限界も表れています。体質によっては、酒気帯びの基準に届かないわずかな飲酒でも、アルコールの影響で正常な運転ができなくなってしまうことがあります。この場合、酒気帯び運転の要件を満たさないまま酒酔い運転だけが成立するので、酒酔い運転の防御対象が酒気帯び運転の防御対象を、常に包含するとは限りません。この決定も、被告人の具体的な防御の状況を踏まえて、縮小認定にあたると判断したものと理解できます。

似た組み合わせは他にもあります。殺人既遂の訴因で傷害致死、強盗致死の訴因で傷害致死、殺人既遂の訴因で同意殺人、窃盗既遂の訴因で窃盗未遂、いずれも「大は小を兼ねる」関係にあると整理されます。ただし、いつも自動的に縮小認定になるわけではなく、行為態様が本当に重なり合っているか、防御が尽くされているかを、そのつど確かめる必要があります。

5 含まれる場合と、含まれない場合の違い

短答・論文共通

縮小認定と、これから見る逸脱認定の違い

	縮小認定	逸脱認定（これから）
認定事実の位置	訴因の中に完全に含まれている	訴因逸脱：訴因の外にはみ出す事実／争点逸脱：訴因の枠内で顕在化していない事実
訴因変更の要否	不要	場面によって378条3号・379条の問題になる

含まれているかどうか——ここが今日の前半と後半を分ける境界線

ここまでは、認定する事実が訴因の中に完全に含まれている場合でした。ここからは対比です。

6 訴因逸脱認定——訴因の外へはみ出す認定

論文の骨格

訴因逸脱認定——審判対象を訴因の外へはみ出す認定

	公訴事実対象説（少数説）	訴因対象説（通説・実務）
審判対象をどう見るか	裁判所は生の事実そのものを審理している	審判の対象は検察官が設定した訴因に限定される
訴因の外の事実を認定したら	事実認定自体は誤っていない 訴因変更の手続を怠っただけの手続上のミスにとどまる	検察官が求めていない事件を勝手に裁いたことになる （不告不理原則違反）
法律構成	訴訟手続の法令違反（379条）	審判の請求を受けない事件についての判決 （378条3号）

特上セットを頼んだのに、
頼んでもいないうな重が届いた場面——まぐろだけの縮小認定とはここが決定的に違う

まず、違反の型の一つ目です。①審判対象の画定に必要な事項を、訴因変更なしに動かしてしまう場合を、訴因逸脱認定と呼びます。審判対象そのものを訴因の外へはみ出す認定なので、当然に違法です。特上セットを頼んだのに、頼んでもいないうな重が代わりに届いた場面です。うな重は特上セットの中身ではありませんから、店が注文されていないものを勝手に出したことになります。まぐろだけが届いた縮小認定とは、ここが決定的に違います。ただし、この違法をどう法律構成するかは、審判対象をどう捉えるかによって説が分かれます。審判対象の回で見た、二つの立場です。少数説の公訴事実対象説は、裁判所は生の事実そのものを審理しているのだから、事実認定自体は誤っておらず、訴因変更の手続を怠っただけの手続上のミスにとどまると考えます。この立場では、訴訟手続の法令違反として扱われます。

条文 刑事訴訟法第379条

刑事訴訟法第379条
前二条の場合を除いて、訴訟手続に法令の違反があつてその違反が判決に影響を及ぼすことが明らかであることを理由として控訴の申立をした場合には、控訴趣意書に、訴訟記録及び原裁判所において取り調べた証拠に現われている事実であつて明らかに判決に影響を及ぼすべき法令の違反があることを信ずるに足りるものを援用しなければならない。

この条文が求めているのは、法令違反があることに加えて、その違反が判決に影響を及ぼすことが明らかだ、というところまで示すことです。通説であり実務でもある訴因対象説は、審判の対象を検察官が設定した訴因に限定し、その外の事実を裁判所が審判することはできないとする立場です。訴因の外の事実を認定することは、検察官が求めていない事件について勝手に判決したことになります。これは訴えのない事件は裁かない、という不告不理の原則に違反します。

条文 刑事訴訟法第378条第3号

刑事訴訟法第378条第3号
審判の請求を受けた事件について判決をせず、又は審判の請求を受けない事件について判決をしたこと。

決定的な違いは、判決への影響を問うかどうかです。この378条3号は絶対的控訴理由と呼ばれ、判決への影響の有無を問わず無条件で破棄されます。これに対し379条は相対的控訴理由で、違反が判決に影響を及ぼすことが明らかな場合に限って破棄されます。なぜ無条件なのか。訴因の外の事実を裁いたときは、判決の中身が正しいかどうか以前に、裁いてはいけない事件を裁いたこと自体が誤りだからです。だから判決への影響を問うまでもありません。通説の立場では、訴因の外にはみ出す認定は、この条文の問題として重く扱われます。#75で見た判決を覚えていますか？　窃盗を手伝った人が、あとで盗品を買い取った事件です。

あの事件では、本来審判の対象にできない事実を裁いたことになり、378条3号の問題として扱われました。今日の訴因逸脱認定は、変更の許可自体が誤りだった可否の場面ではなく、変更なしに訴因の外の事実を認定してしまう要否の場面です。場面は違いますが、どちらも審判の請求を受けない事件について判決をした、という同じ378条3号の型に行き着きます。

7 争点逸脱認定——訴因の中の不意打ち

論文の骨格

争点逸脱認定——訴因の枠内での不意打ち

|位置づけ

- 訴因の枠内にとどまり、訴因の外へはみ出していない

|何が起きるか

- 公判前整理手続・冒頭陳述・求釈明などで争点として顕在化させる措置を取らないまま、実際には争われていなかった事実を判決でいきなり認定してしまうこと

|適用条文

- 訴因の枠内なので不告不理原則の問題は生じない——常に379条の問題として扱われる
  - 特上セットは届いたが、中の小鉢だけがメニューにない別の総菜に差し替わっていた場面

①には触れないけれど、②の防御上重要な事項について、争点として顕在化させる措置を取らずに認定してしまう場合です。これを争点逸脱認定と呼びます。公判前整理手続や冒頭陳述、求釈明といった措置で争点として顕在化させないまま、実際には争われていなかった事実を判決でいきなり認定するのが争点逸脱認定です。裁判所が認定した事実は、形式的には訴因に含まれていて、訴因の外にはみ出してはいません。訴因の枠内の話なので、検察官が求めていない事件を裁いたことにはならず、不告不理原則の問題は生じません。だから争点逸脱認定は、常に379条の問題として扱われ、378条3号には当たりません。

特上セットはちゃんと届いたけれど、中の小鉢だけが、メニューに書かれていなかった別の総菜に差し替わっていた場面です。セットの枠からははみ出していません。でも、前もって知らされていれば断ることもできた。枠の中での不意打ち、というのがこの型です。答案の書き方としては、まず①その事実の変動が訴因の外にはみ出す訴因逸脱認定か、②訴因の枠内での争点逸脱認定かを見極めます。①なら378条3号の問題、②なら379条の問題として、判決に影響を及ぼすことが明らかかを事案に即して検討する、という順番です。

8 前回に送った結末①——過失の態様の事件

短答・論文共通

前回の結末①——過失の態様が入れ替わった判決

第一審・控訴審
訴因変更なしに別態様の過失を認定した
控訴審もこれを是認した

→

最高裁（上告審）
刑訴法411条（上告審の職権破棄）で原判決を破棄した
事件を第一審に差し戻した

378条3号でも379条でもなく、
上告審の職権破棄——原判決を破棄しなければ著しく正義に反すると判断された

図：過失の態様が入れ替わった判決が上告審の職権破棄で処理された結末を示す板

まず前回見た、過失の態様が入れ替わった判決です。第一審が訴因変更なしに別の態様の過失を認定し、これを是認した控訴審にも誤りがあるとされたところまででした。最高裁は、この違法が判決に影響を及ぼすことが明らかだとして、控訴審判決と第一審判決の両方を破棄し、事件を第一審の裁判所に差し戻しました。ただ、使われた規定は、378条3号でも379条でもなく、上告審が職権で原判決を破棄できる刑事訴訟法411条です。この事件で今日の二つの条文が使われなかったのは、378条3号と379条が、控訴審が第一審判決を破棄するときの理由の条文だからです。この事件は最高裁、つまり上告審で決着したので、上告審の職権破棄の規定で処理されました。判決に影響を及ぼす法令違反があり、そのままにすれば著しく正義に反するときに破棄できる、という規定です。

ただ、判決自身が理由にしたのは、被告人に防御の機会を与えなかったことで、378条3号とも379条とも言っていません。過失の態様が動けば①段階だという前回の読み直しに立つと、訴因の外に近いものほど重く扱われる、という今日の振り分けと向きが合う、ということです。

9 前回に送った結末②——争点顕在化を欠いた2つの事件

短答・論文共通

前回の結末②——争点顕在化を欠いた2つの事件

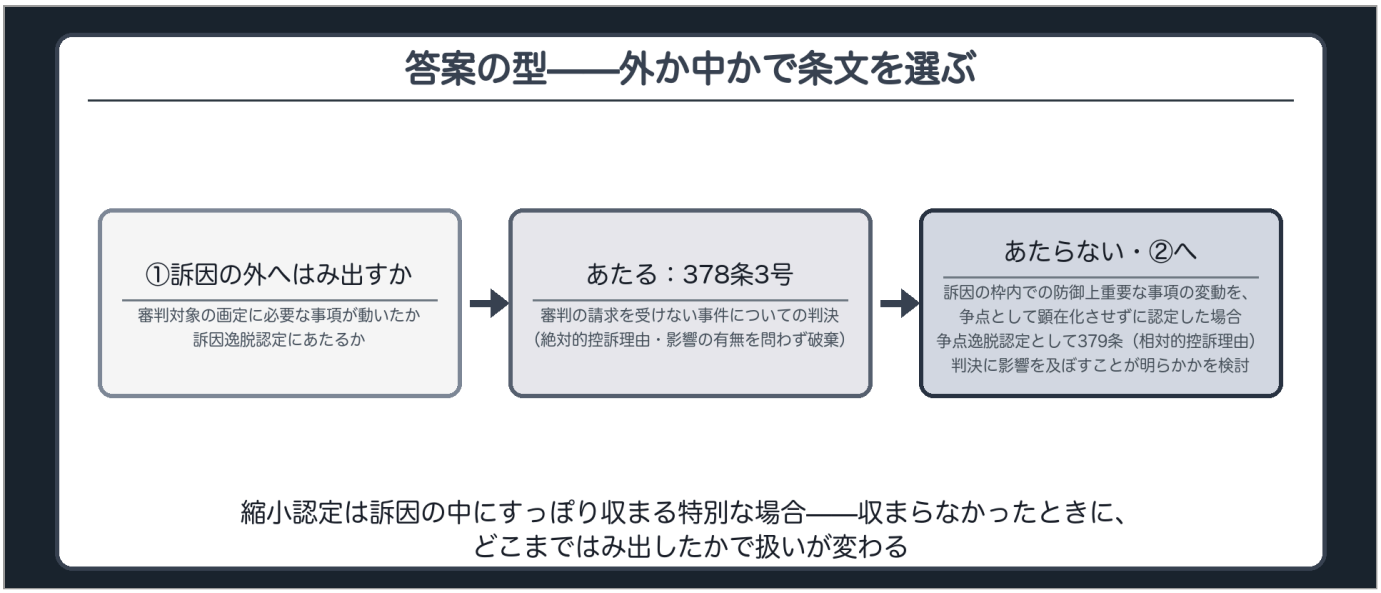
事件	認められた違法	結末
放火の方法の決定 求釈明も発問もせず「何らかの方法」と認定	争点として顕在化させないままの不意打ちにあたる	犯行の日時・場所・目的物・結果は同一で方法の違いにとどまる 防御も相当程度共通のため、破棄しなければ著しく正義に反するとまではいえず、破棄せず
謀議の日がずれた判決 アリバイを立証した夜と別の夜の謀議を認定	争点として顕在化させないままの不意打ちにあたる	破棄しなければ著しく正義に反するとまではいえない 上告棄却

②段階の争点逸脱認定は、
違法があっても破棄されにくい——①段階に近い過失の態様の事件とは向きが違う

次に、同じく前回見た、放火の方法が特定されないまま認定された決定です。求釈明も発問もしないまま「何らかの方法により」引火・爆発させたと認定したことが、不意打ちだと判断されたところまでした。最高裁は、この違法を認めながらも、犯行の日時・場所・目的物・結果は訴因と同一で、方法の違いにとどまり、被告人の防御が相当程度共通することなどから、この違法だけでは原判決を破棄しなければ著しく正義に反するとまではいえないとして、破棄しませんでした。最後に、これも前回見た謀議の日がずれて認定された判決です。被告人・弁護人がある夜の協議に加わったかどうかを争点にアリバイを立証していたのに、控訴審がそのアリバイを認めながら、別の夜に謀議があり被告人も加わっていた、と認定したことが、争点として顕在化させないままの不意打ちだと判断されたところまでした。

最高裁は、この違法だけでは原判決を破棄しなければ著しく正義に反するとまでは認められないとして、上告を棄却しました。①段階に近い過失の態様の事件は破棄差戻し、②段階の争点逸脱認定にあたる放火の方法の決定と謀議の日の判決は、いずれも違法は認めつつ破棄されませんでした。この違いは、②段階の逸脱は違法があっても、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するとまでは認められにくい一方、①段階に近い逸脱は審判対象そのものに関わる事実の変動なので、破棄すべきと判断されやすい、という向きで説明できます。どれも上告審の職権破棄の規定で処理されましたが、訴因の外に近いほど重く、訴因の中の不意打ちにとどまるほど軽く扱われる、という今日の軸と同じ向きです。

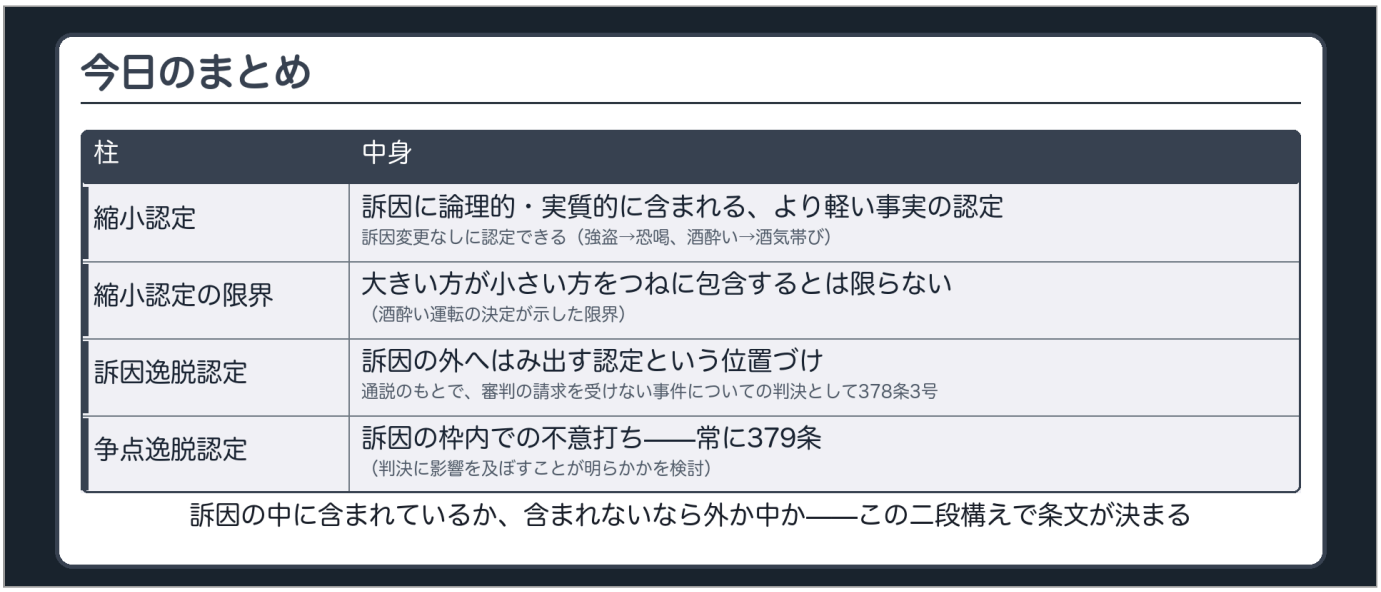
◆ 論文の型



> ☆ **論文で書く規範**：訴因と異なる事実を認定した瑕疵の検討順序 訴因と異なる事実を認定した瑕疵を控訴審で争う場面では、まず①その事実の変動が審判対象の画定に必要な事項の変動、つまり訴因の外へはみ出す訴因逸脱認定かを検討する。①にあたれば、訴因対象説のもとで、審判の請求を受けない事件について判決をしたものとして刑訴法378条3号（絶対的控訴理由）にあたり、判決への影響を問わず破棄される。①にあたらず、②訴因の枠内での防御上重要な事項の変動を、争点として顕在化させる措置を取らずに認定した争点逸脱認定にあたれば、刑訴法379条（相対的控訴理由）として、その違反が判決に影響を及ぼすことが明らかかを事案に即して検討する。 （訴因逸脱認定・争点逸脱認定の振り分けにもとづく答案の流れ）

まとめると、まず訴因の外か中かを見極めて、それから条文を選びます。訴因の外にはみ出していれば、この378条3号、訴因の枠内での不意打ちなら379条です。②にあたる場合は、そこで終わらずに、判決への影響が明らかかまで事案に即して書く必要があります。縮小認定は訴因の中にすっぽり収まる特別な場合、後半の話は、訴因の中に収まらなかったときに、どこまではみ出したかで扱いが変わる話でした。

◆ 今日の地図（保存版）



今日のまとめ

柱	中身
縮小認定	訴因に論理的・実質的に含まれる、より軽い事実の認定 訴因変更なしに認定できる（強盗→恐喝、酒酔い→酒気帯び）
縮小認定の限界	大きい方が小さい方をつねに包含するとは限らない （酒酔い運転の決定が示した限界）
訴因逸脱認定	訴因の外へはみ出す認定という位置づけ 通説のもとで、審判の請求を受けない事件についての判決として378条3号
争点逸脱認定	訴因の枠内での不意打ち——常に379条 （判決に影響を及ぼすことが明らかかを検討）

訴因の中に含まれているか、含まれないなら外か中か——この二段構えで条文が決まる

今日のまとめです。訴因に書かれた事実の中に論理的・実質的に含まれている、より軽い事実を認定することを縮小認定と呼び、審判対象の画定にも防御にも影響しないため、訴因変更なしに認定できます。強盗の訴因で恐喝を認定した判決と、酒酔い運転の訴因で酒気帯び運転を認定した決定が、その実例でした。ただし、酒酔い運転の決定が示したとおり、大きい方が小さい方をつねに包含するとは限らず、限界があります。訴因変更をしないまま訴因と違う事実を認定してしまった場合は、その事実が訴因の外にはみ出しているか、訴因の枠内にとどまっているかで扱いが変わります。訴因の外にはみ出す訴因逸脱認定は、通説のもとで、審判の請求を受けない事件について判決をしたものとして378条3号、訴因の枠内での争点逸脱認定は常に379条です。前回見た3つの判決は、上告審の職権破棄の規定に照らして判断されましたが、結末の向きはこの振り分けと同じでした。