

訴因変更の可否（公訴事実の同一性）

ゼロから司法試験 復習ノート / ゼロから刑事訴訟法#22 / 動画: <https://youtu.be/EFN-hej4Gfg>

第3章 公訴 ④／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）。

「要否」と「可否」はどう違う？ ——2段階の問い〔短答・論文共通〕

まず、要否と可否の違いから整理します。ここを分けないと答案で迷子になります。要否は前回扱いました。証拠と訴因がズレたとき、このまま認定するのに変更手続が「要るか」

という問題でした。可否は今日のテーマで、変えるとして、その変更が「許されるか」という問題です。両者は別の次元の問いです。引っ越しにたとえば、要否は「引っ越す必要があるか」、可否は「そこへ引っ越すことが許されるか」にあたります。だから思考の順番は、まず要否を判断し、変更が要ると分かったら次に可否を判断する、という流れになります。もし可否で「その訴因変更はできない」となれば、別事件として起訴し直すしかありません。可否の根拠条文は、前回の312条1項です。

条文 刑事訴訟法312条1項（訴因変更の可否）

裁判所は、検察官の請求があるときは、**公訴事実の同一性を害しない限度**において、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**許さなければならない**。

条文は、裁判所は検察官の請求があるときは、公訴事実の同一性を害しない限度において、訴因または罰条の追加・撤回・変更を許さなければならない、と定めます。前回は「外枠がある」とだけ述べましたが、その外枠がこの「公訴事実の同一性」です。検察官が変えたくても、この枠の外には変えられません。逆に枠の中なら、裁判所は許さなければなりません（義務）。背骨にあるのは当事者主義です。なお、結審直前の不意打ち変更は

別問題で、同一性の枠内であっても防御の準備期間は保障されます（現行312条7項）。

「公訴事実の同一性」を2枚のレンズに分解〔論文〕

ここで最初の関門が「同一性」という言葉です。教科書を開くと同一性という語が何度も出てきて混乱します。条文には「公訴事実の同一性」としかありませんが、判例と通説は

これを2つに分解して判断します。「同じ1個の出来事を指しているか」を2つの角度から見るためです。1枚目が法律のレンズ＝「単一性」、2枚目が常識のレンズ＝「狭義の同一性」です。2枚を合わせた全体を「広義の同一性」と呼びます。大事なのは、どちらか1枚で足りることです。どちらか1枚で「同じ出来事」と映れば変更でき、変えられないのは2枚とも別物のときだけです。まず1枚目、法律のレンズから見ます。

単一性——「法律のレンズ」で1個の罪か〔短答・論文共通〕

単一性は、刑法の罪数論で判断します。法律で見て1個の罪なら、ひとかたまりで同じ枠です。1個に入るのは単純一罪と科刑上一罪です。単純一罪は一番シンプルな1個の罪で、たとえば結合犯がこれにあたり、強盗は暴行・脅迫と窃盗が1個に結合した罪です。科刑上一罪（観念的競合・牽連犯）も単一に入ります。牽連犯は、住居侵入して強盗、のような手段・目的の関係で、1枚のチケットで2つの罪をまとめて処断するイメージです。逆に併合罪や単純数罪は非単一＝バラバラの複数の罪で、原則として訴因変更できません。たとえ

ば強盗の訴因に、手段である住居侵入を追加したい場合、両者は牽連犯＝科刑上一罪で単一だから、追加・変更できます。

狭義の同一性——「常識のレンズ」と非両立性〔論文〕

では2枚目、常識のレンズ＝狭義の同一性です。法律上は別々の罪でも、常識で見て同じ出来事か、を見ます。定義は、両訴因の基本的な事実関係が社会通念上同一か、です。これを基本的事実同一説といいます。そして判定の決め手になるのが「非両立性」です。中身は単純で、一方が成立すれば他方は成立しえない関係（Aが本当ならBは嘘、Bが本当ならAは嘘）を指します。ここが核心です。両方が同時に成立しないということは、歴史上どちらか1つの出来事しか起きていない、ということです。検察官はその1個の出来事に2通りの見立てをぶつけているだけなので、「同じ事件」といえます。冒頭の窃盗と盗品買取りも同じで、自分で盗んだのなら、他人が盗んだ物を買取ってはなりません。同じ1個の出来事の裏表なのです。これを認めたのが、有名な最高裁判例です。

判例

右二訴因はともに……同人所有の背広一着に関するものであつて、ただこれに関する被告人の所為が窃盗であるか、それとも事後における赃物牙保であるかという点に差異があるにすぎないのであるから、両者は基本的事実関係を同じくするものと認められる。

→ 最判昭和29・5・14（第一小法廷判決・刑集8巻5号676頁）。背広1着について窃盗⇒赃物牙保（盗品等有償処分のあつせん）。非両立＝公訴事実の同一性のリーディングケース

事案は、1着の背広について、窃盗か、その後の盗品牙保（赃物牙保）か、というものでした。判旨は、両訴因は同じ背広1着に関するもので、被告人の所為が窃盗か事後の赃物牙保かの差異にすぎないから、基本的事実関係を同じくする、というものです。非両立だから同一性あり、訴因変更できる、というわけです。他の例も挙げます。窃盗と詐欺は、同じ指輪を同時にこっそり盗むか、だまし取るか、の関係です。横領と窃盗も、自分が預かっている物は盗めない、という関係です。日付違いも、同じ物を返しもせず再び盗むのはほぼ不可能、という形で非両立になります。いずれも「同じ1個の出来事か」を見ているだけです。

判定フロー——引越せないのは「二重に無関係」のときだけ〔論文〕

2枚のレンズを判定の順番にまとめます。答案では同一性、つまり狭義から書くのが書きやすいです。ステップ1は常識のレンズ＝非両立

か。イエスなら同一性あり、変更できます。ステップ2は法律のレンズ＝実体法上1個の罪か。イエスなら同一性あり、変更できます。両方ノーのときに初めて同一性なし＝変更できない、となります。事実として全く別物で、かつ法律的にも別の罪、という二重に無関係な場合だけです。それ以外は何かしら繋がれば広く変更を認める、というのが結論です。最後に小さな補足です。要否では変更が不要な場面でも、検察官はあえて変更請求でき、それもこの同一性の枠内なら裁判所は許さなければなりません。

検察官が変えない時、裁判所は命令できる？——訴因変更命令〔短答・論文共通〕

では3本目の柱、訴因変更命令です。裁判所が証拠を見て、起訴された強盗は無理だが恐喝なら成立する、と確信を持ったとします。このままだと裁判所は無罪と言うしかありません。そこで条文＝312条2項を見ます。

条文 刑事訴訟法312条2項（訴因変更命令）

裁判所は、審理の経過に鑑み適当と認めるときは、訴因又は罰条を追加又は変更すべきことを命ずることができる。

条文は、裁判所は審理の経過に鑑み適当と認めるときは、訴因または罰条を追加または変更すべきことを命ずることができる、と定め

ます。ただし、これは当事者主義の例外＝職権主義的な規定です。趣旨は真実発見で、明らかな犯人を逃すのは正義に反するからで

す。だから手順が大事です。いきなり命令はせず、まず求釈明として「恐喝の可能性もありますが変えませんか」と促し、それでも変えなければ初めて命令できます。当事者主義の尊重と、裁判所の公平性への信頼が理由です。有罪方向へ誘導しすぎると、検察官の味方かと疑われてしまうからです。

命令しても訴因は変わらない——形成力の否定〔論文〕

ここで冒頭の疑問に戻ります。命令で訴因は変わるのでしょうか。これを形成力の問題といます。判例の結論は否定で、命令を受けて検察官が改めて変更請求して初めて変わります。これを認めたのが、最高裁の大法廷判決です。

判例

訴因変更命令に**形成力を認めることはできない**。検察官において訴因変更の
手続をしない限り、訴因は変更されない。訴因の**設定・変更は検察官の専権**
に属し、当事者主義的訴訟構造のもとでは、裁判所が検察官の意思に反して
訴因を変更させる効果を生じさせることはできないからである。

→ 最大判昭和40・4・28（大法廷判決・刑集19巻3号270頁）。公選法違反・幫助→共同正犯への変更命令。
命令だけでは訴因は変わらない（形成力否定）

理由は、日本の刑事裁判は当事者主義的訴訟構造をとり、訴因の設定と変更は検察官の専権だからです。裁判所が検察官の頭越しに変えることはできず、命令に形成力を認めれば、結局、裁判所が勝手に訴因を変えたのと同じになってしまいます。だから形成力は否定されます。例えるなら、レフェリーは「そのカードは違うのでは」と助言・指示はできても、カードを変えるのは検察官だけ、ということです。

命令する義務はある？——原則なし・例外あり〔短答・論文共通〕

次に、裁判所は命令を「しなければならない」のか。条文は「できる」なので、原則は裁判所の自由＝義務はありません。検察官が変えないなら、そのまま無罪等でよいわけです（当事者主義）。もっとも例外はあり、2つの条件がそろったときです。判例を見ます。

判例

裁判所は、原則として、検察官に訴因変更を促し又はこれを命ずべき義務はない。もつとも、**事案が重大**であり、起訴された訴因のままでは無罪となるが、訴因を変更すれば**有罪であることが証拠上明らか**な場合には、例外的に、訴因変更を促し又はこれを命ずる**義務がある**。これを尽くさず無罪とした原判決は**審理不尽**の違法がある。

→ 最決昭和43・11・26（第三小法廷決定・刑集22巻12号1352頁）。殺人で起訴→殺人では無罪だが重過失致死なら有罪が明らか事案。義務違反＝審理不尽（379条）

①被告人が有罪であることが証拠上明らかであること、②その罪が相当重大であること、の2つがそろると、例外的に変更を促し、または命ずる義務が生じます。たとえば殺人で起訴され、証拠上、殺人では無罪だが重過失致死なら有罪が明らか、というような重大事件です。義務があるのに命令せず無罪にすれば、審理を尽くしていない＝審理不尽となり、相対的控訴理由（379条・前回の条文）で破棄されうる、ということになります。なお、法律＝罰条の変更を命じる罰条変更命令も、同じ枠組みです。

伏線回収——「公訴事実の同一性」は一事不再理の範囲〔短答・論文共通〕

最後に、大事な接続を1つ。実は一事不再理の範囲も、この同一性で決まります。一事不再理の効力がどこまで及ぶか、という客観的範囲の話です。結論は、一事不再理は公訴事実の同一性の及ぶ範囲に及ぶ、というものです。同一性の範囲内なら、検察官は前の裁判で訴因変更して処罰を求めることができ、被告人から見ればその範囲は処罰の危険にさらされていました。一度その危険をくぐって確定

した以上、蒸し返せない、というわけです。第20回で訴因の識別機能が画す「範囲」と述べ、第8回・第10回の逮捕勾留の話でも「公訴事実の同一性を基準に」と使いました。その中身が、まさに今日の内容です。なお、常習一罪の一部だけ起訴する一罪の一部起訴は、訴追の裁量という別の論点で扱います。

短答ひっかけ

- 要否と可否は同じか→否。別の次元（要否＝変更手続が要るか／可否＝その変更が許されるか）。
- 同一性は単一性と狭義、両方そろふ必要があるか→否。どちらか1枚で足りる（広義の同一性）。
- 罪名が違えば、必ず別事件で変更できないか→否。非両立なら同じ出来事＝変更できる（窃盗と贓物牙保・最判昭29・5・14等）。
- 変更命令を出せば、それで訴因は変わるか→否。形成力は否定（最大判昭40・4・28／検察官の変更請求で初めて変わる）。
- 裁判所は常に変更命令を出す義務があるか→否。原則は裁量（有罪が証拠上明らか＋相当重大の2要件で例外的に義務・最決昭43・11・26）。

論文の型 | 訴因変更の可否（公訴事実の同一性）

- 【コア規範】（逐語暗記は太字だけ）訴因変更は公訴事実の同一性を害しない限度で許される（312条1項）。広義の同一性は単一性または狭義の同一性のいずれかで足りる。単一性は実体法上一罪かで判断。狭義の同一性は、両訴因の基本的事実関係が社会通念上同一かで判断し、一方が認められれば他方が認められない関係（非両立性）を考慮する。非両立なら歴史的事実是一个で、基本的事実を同じくし同一性が認められる。
- 【復元キー】①枠＝公訴事実の同一性を害しない限度で訴因変更可（312①）→②広義＝単一性（実体法上一罪）or 狭義の同一性のいずれか→③狭義の同一性＝基本的事実関係が社会通念上同一か（基本的事実同一説）→④判断補助＝非両立性（一方成立なら他方不成立）→歴史的事実是一个。
- 【フル論証】訴因変更は、公訴事実の同一性を害しない限度において許される（312条1項）。公訴事実の同一性（広義）は、公訴事実の単一性または狭義の同一性のいずれかが認められれば足りる。単一性は実体法上一罪と評価されるかにより判断する。狭義の同一性は、両訴因の基本的事実関係が社会通念上同一であるかにより判断し、その判断にあたっては、一方の訴因が認められれば他方の訴因が認められない関係（非両立性）にあるかを考慮する。両訴因が非両立であれば、歴史的事実として是一个の事実であるから、基本的事実関係を同じくし、公訴事実の同一性が認められる。
- 【事例】「甲所有の背広一着を窃取した」という窃盗の訴因から、「同一の背広を盗品と知りながら有償で譲り受けた」という盗品等有償譲受けの訴因への変更を請求。
- 【問題提起】窃盗の訴因から盗品等有償譲受けの訴因への変更は、公訴事実の同一性を

を害しないか。

- 【あてはめ】両訴因は同一の背広一着に関し、自ら窃取したか事後に有償で譲り受けたかの差異にすぎない。両者は一方が成立すれば他方は成立しえない非両立の関係にあり、歴史的事実としては一个の事実をとらえたものである。よって基本的事実関係を同じくし狭義の同一性が認められ、公訴事実の同一性を害せず、訴因変更は許される（最判昭29・5・14参照）。

今日の地図（保存版）

- 要否と可否＝別次元。要否＝変更手続きが要るか（前回）／可否＝その変更が許されるか（312条1項「公訴事実の同一性を害しない限度」）。
- 広義の同一性＝単一性（実体法上一罪か・罪数論）または狭義の同一性のいずれかで足りる。変えられないのは2枚とも別物のときだけ。
- 狭義の同一性＝両訴因の基本的事実関係が社会通念上同一か（基本的事実同一説）。決め手は非両立性（一方成立なら他方不成立＝歴史的事実是一个）。最判昭29・5・14（窃盗と赃物牙保）。
- 訴因変更命令（312条2項）＝検察官が変えないときの裁判所の介入（職権主義的例外）。まず求釈明→それでも変えなければ命令。
- 命令に形成力なし（最大判昭40・4・28）。検察官の変更請求で初めて訴因が変わる。命令義務は原則なし／有罪が証拠上明らか＋相当重大の2要件で例外的にあり（最決昭43・11・26・怠れば審理不尽＝379条）。
- 公訴事実の同一性は一事不再理の客観的範囲も画す。

次回は第3章⑤「訴訟条件」。公訴時効が完成していたら、親告罪の告訴がなかったら、訴訟はどうなるのか——訴訟条件の意

義と種類、欠けたときの処理（管轄違い・公訴棄却・免訴）を扱います。第3章の最

終回です。