

## 判例研究

**不保護による保護責任者遺棄致死罪の成否が争われた事案において、公判前整理手続及び第1審の審理全過程で現れた検察官の訴追意思や被告人の防御活動を重視して、訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと判断した事例**

—最高裁第二小法廷判決平成30年3月19日刑集72巻1号1頁<sup>1)</sup>—

乾 直 行<sup>\*</sup>

- I 事案の概要
- II 判旨
- III 検討

### I 事案の概要

本件は、被告人が、夫と共謀の上、平成26年4月頃、被告人宅において、先天性ミオパチーにより発育が遅れていた被告人の実子である被害者（当時3歳）に対し、十分な栄養を与えとともに適切な医療的措置を受けさせるなどして生

---

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第19巻第2号2020年7月 ISSN 1347-0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

1) 以下、平成30年判決。平成30年判決の評釈として、石田倫識「判批」法学セミナー761号122頁（2018年）、門田成人「判批」法学セミナー762号121頁（2018年）、原田和往「判批」法学教室454号141頁（2018年）、辻本典央「判批」新・判例解説Watch23号193頁（2018年）、三好幹夫「判批」刑事法ジャーナル58号127頁（2018年）、岩間康夫「判批」平成30年度重要判例解説156頁（2019年）、村瀬均「判批」平成30年度重要判例解説172頁（2019年）、池田直人「判批」論究ジュリスト30号194頁（2019年）がある。

存に必要な保護をする責任があったにもかかわらず、これらを怠り、もってその生存に必要な保護をせず、よって、同年6月15日、被告人宅において、被害者を低栄養に基づく衰弱により死亡させたとして起訴された、保護責任者遺棄致死（予備的訴因・重過失致死）被告事件である。

第1審において主として争われたのは、被告人が、被害者が十分な栄養を与えられていない状態にあることを認識していたかどうかである。第1審は、被告人は、被害者の客観的には明らかに異常であると認められる体格等の変化や痩せ方を認識していたとしつつも、被害者の先天性ミオパチーという特性も同時に認識していたこと等からすれば、被害者が十分な栄養を与えられていない状態にあることを認識していたと認定することはできないとして、無罪を言い渡した。

これに対し、検察官は、控訴し、第1審判決には被告人の認識に関して事実誤認があると主張するとともに、第1審裁判所が検察官に対し重過失致死罪に訴因を変更するよう促し、またはこれを命じることなく無罪を言い渡した点について訴訟手続の法令違反があると主張した。また、検察官は、重過失致死罪を予備的訴因として追加することを請求した（控訴審はこれを許可した）。控訴審は、被告人は被害者が十分な栄養を与えられていない状態にあることを認識していたと認定することができ、第1審判決には事実誤認があるとして、訴訟手続の法令違反の有無を判断することなく、破棄差戻しを言い渡した。これに対し、被告人が上告した。

## II 判旨

最高裁は、弁護人の上告趣意は刑訴法405条の上告理由には当たらないとした上で、職権調査をし、次のように述べて、刑訴法411条1号により原判決を破棄し、刑訴法413条ただし書、414条、396条により検察官の上告を棄却した。

まず、事実誤認の点については、「本件保護行為を行わなかったという不保護による保護責任者遺棄致死罪の故意に関し、A〔筆者注記：被害者〕が本件保護行為を必要とする状態にあることを被告人が認識していたとするには合理的疑いがあるとして被告人を無罪とした第1審判決について、原判決は、論理則、経験

則に照らして不合理な点があることを十分に示したものと評価することができない。そうすると、第1審判決に事実誤認があるとした原判断には刑法382条の解釈適用を誤った違法があり、この違法が判決に影響及ぼすことが明らかであって、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められる」と判示した。

次に、訴訟手続の法令違反の点については以下のように判断した。

第1に、訴訟記録に基づいて検討し、次のような第1審の審理経過があったと認定した。

- ① 検察官は、平成26年12月22日、保護責任者遺棄致死罪として本件を起訴し、第1審裁判所は、これを公判前整理手続に付した。
- ② 検察官は、平成27年6月29日、当初起訴状に記載されていた保護責任者遺棄致死罪から、本件の保護責任者遺棄致死罪へ訴因を変更する旨の訴因変更請求書を提出し、第1審裁判所は、同年7月3日の第2回公判前整理手続期日において、その訴因変更を許可する決定をした。検察官は、同期日において、「本件について、重過失致死として処罰を求める予定はない」と述べた。
- ③ 検察官は、平成27年11月10日の第7回公判前整理手続期日において、「本件について、従前重過失致死として処罰を求める予定はないとしていたが、公判審理の進行を踏まえ、場合によっては予備的訴因として過失致死、重過失致死の追加を検討する可能性があり、その旨は弁護人にも既に伝えている。なお、裁判所に対して必要があれば勧告するよう求めるものではない」と述べ、第1審裁判所は、同月11日の第8回公判前整理手続期日において、公判前整理手続を終結させた。
- ④ 裁判員の参加する合議体により、同月16日、第1回公判期日が開かれて審理が行われ、同月20日の第4回公判期日において証拠調べが終了した後、第1審裁判所の裁判長は、検察官に対し、「念のため確認しますが、特に訴因について何か手当をする予定はないということによろしいんですか」と述べたのに対し、検察官は、「今のところございません」と述べた。

- ⑤ 同月24日の第5回公判期日において論告、弁論、最終陳述が行われ、裁判員の参加する合議体により評議が行われた上で、同月30日、第1審裁判所は、無罪を言い渡した。

第2に、これにそのまま続ける形で、「以上のような訴訟経緯、本件事案の性質・内容等の記録上明らかな諸般の事情に照らしてみると、第1審裁判所としては、検察官に対して、上記のような求釈明によって事実上訴因変更を促したことによりその訴訟法上の義務を尽くしたものというべきであり、更に進んで、検察官に対し、訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと解するのが相当である」と判示した。

### Ⅲ 検討

#### 1 本判決の意義と問題の所在

本判決の意義は、公判前整理手続及び第1審の審理全過程で現れた検察官の訴追意思や被告人の防御活動を重視して、訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと判断した点にある<sup>2)</sup>。

最高裁は、最高裁昭和58年9月6日判決（以下、昭和58年判決<sup>3)</sup>）において、訴因変更命令の義務性について判断したことがある。昭和58年判決は、「第一審裁判所としては、検察官に対し前記のような求釈明によって事実上訴因変更を促したことによりその訴訟上の義務を尽くしたものというべきであり、さらに進んで、検察官に対し、訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと解するのが相当である」と判示した。平成30年判決は、この昭和58年判決について、引用はおろか、参照もしていない。しかし、両判決が訴因変更命令の義務性という同じテーマを取り扱い、似た文言を使ったことは確かである。そこで、本稿では、昭和58年判決が何に着目して上

---

2) 本判決は複数の論点を含む。本稿では、本判決時点の最高裁がどのような場合であれば訴因変更命令（刑訴法312条2項）の義務が生じないと考えていたかに焦点を当てる。

3) 最判昭和58年9月6日刑集37巻7号930頁。

記のような判示をしたかという検討を踏まえ、両判決の異同を明らかにすることを通じて、平成30年判決が訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと判断した理由を検討したい。

## 2 昭和58年判決

### (1) 事案及び判旨の概要

被告人Aは、いわゆる日大闘争事件で、占有排除仮処分の強制執行が行われた際、(1)ほか数十名の学生らと共に謀の上、午前5時20分頃から同6時15分頃までの間、経済学部一号館各階から石塊等を投げる等して、執行官及び警察官らの職務を妨害し(甲事実)、(2)ほか数名の学生らと現場で共謀の上、午前5時30分頃から同時50分過ぎ頃までの間、コンクリート塊等を激しく投下し、上記警察官らの職務の執行を妨害した上、警察官18名を傷害させ、警察官1名を傷害により死亡させた(乙事実)として起訴された。被告人B・C・D・E・Fは、乙事実のみ起訴された。第1審は、審理の最終段階において、乙事実の訴因を前提とするかぎり、被告人らが無罪または一部無罪とするほかないが、乙事実の訴因を上記現場共謀に先立つ事前共謀に基づく犯行の訴因に変更すれば、これらの点について犯罪の成立を肯定する余地があると考えた。このため、第1審は、第5回公判において、検察官に対し、乙事実の共謀の点等に関する訴因変更の意思はないかとの求釈明をした。しかし、検察官は、その意思はない旨の明確かつ断定的な釈明をした。以上のような経緯から、第1審は、それ以上訴因変更を命じたり積極的にこれを促したりすることなく、被告人Aに対しては甲事実及び乙事実のうち午前5時40分過ぎ以降に生じた傷害及び公務執行妨害罪について有罪、被告人B・Cに対しては無罪、被告人D・E・Fに対しては乙事実のうち午前5時40分過ぎ以降に生じた傷害及び公務執行妨害罪についてののみ有罪を言い渡した。

これに対し、検察官(全被告人につき)及び有罪とされた被告人4名がそれぞれ控訴した。検察官は、全被告人につき事実誤認、無罪とされた部分につき事実誤認や審理不尽を主張した。弁護人は、法令適用の誤りや事実誤認を主張した。控訴審は、被告人B・C・D・E・Fとの関係で、①訴因変更をしさえすれば、第

1審で無罪とされた部分についても共謀共同正犯としての罪責を問うることが証拠上明らかであり、しかも、②当該無罪部分は、警察官1名に対する傷害致死を含む重大な犯罪にかかるものであるから、原裁判所としては、検察官に対し、訴因変更の意思の有無について意向を打診するにとどまらず、進んで訴因変更を命じ、あるいは少なくともこれを積極的に促すべき義務があったとして、破棄差戻しを言い渡した。これに対し、全被告人が上告した。

最高裁は、被告人B・C・D・E・Fとの関係で、「第1審において右被告人らが無罪とされた乙事実又はその一部が警察官1名に対する傷害致死を含む重大な罪にかかるものであり、また、同事実に関する現場共謀の訴因を事前共謀の訴因に変更することにより右被告人らに対し右無罪とされた事実について共謀共同正犯としての罪責を問うる余地のあることは原判示のとおりであるにしても」と留保をしつつ、「記録に現れた前示の経緯、とくに、本件においては、検察官は、約8年半に及ぶ第1審の審理の全過程を通じ一貫して乙訴因はいわゆる現場共謀に基づく犯行であって事前共謀に基づく甲事実の犯行とは別個のものであるとの主張をしていたのみならず、審理の最終段階における裁判長の求釈明に対しても従前の主張を変更する意思はない旨明確かつ断定的な釈明をしていたこと」、このような検察官の態度を前提に被告人らの防御活動は展開されていたこと、かりに訴因を変更すれば、被告人らと起訴されていない者との間に処分上の著しい不均衡が生じること、事案の性質・内容、被告人らの本件犯行への関与の程度等の諸般の事情に照らして考察すると、「第1審裁判所としては、検察官に対し前記のような求釈明によって事実上訴因変更を促したことによりその訴訟上の義務を尽くしたものというべきであり、さらに進んで、検察官に対し、訴因変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと解するのが相当である」と判示し、破棄差戻しを言い渡した。

## (2) 検討

### ア 昭和58年判決以前の判断

最高裁は、昭和58年判決以前にも、訴因変更命令の義務性について判断したことがある。それは、最高裁昭和33年5月20日判決（以下、昭和33年判決）<sup>4)</sup>

と、最高裁昭和43年1月26日決定（以下、昭和43年決定<sup>5)</sup>）である。そこで、昭和58年判決を検討する前提として、これら（とりわけ昭和43年決定の判示内容）を簡単に確認しておく。

昭和43年決定以前は、昭和33年判決の読み方にも関連して<sup>6)</sup>、訴因変更命令の義務が一切否定されるか<sup>7)</sup>、それとも一定の範囲では肯定されるか<sup>8)</sup>について争いがあった。こうした中、昭和43年決定が登場した。昭和43年決定は、暴力団組員である被告人が、組事務所内において、他組組員Aに向けて猟銃を発砲したところ、傍らにいたBを被弾させ、よってBを死亡させたとして起訴された殺人（予備的訴因・重過失致死<sup>9)</sup>）被告事件において、重過失致死罪へ訴因変更命令を出すことなく、殺人罪について無罪を言い渡した第1審判決に審理不尽の違法があるとした控訴審の判断の是非が争われた事件である。最高裁は、本件では証拠の明白性、犯罪の重大性が認められるため、訴因変更命令の義務が肯定されるにもかかわらず<sup>10)</sup>、第1審裁判所は「積極的に訴因変更手続を促しまたはこれを命じておらず、義務を尽くしたとはいえないとして、控訴審の判断を支持した。つまり、最高裁は、証拠の明白性及び犯罪の重大性を認定して、訴因変更命令の義務性を肯定したのであった<sup>11)</sup>。ただし、昭和43年決定を、当該事案では訴因変更命令の義務性を肯定すべきだという結論を見定め、その結論を導

---

4) 最判昭和33年5月20日刑集12巻7号1416頁。

5) 最決昭和43年1月26日刑集22巻12号1352頁。

6) 昭和33年判決は、「本件のような場合でも、裁判所が自らすすんで検察官に対し右のような措置をとるべき責務があると解するのは相当でない」と判示する。ここからは、訴因変更命令の義務が一切否定されるか、それとも一定の範囲では義務が肯定されるかが明らかではなかった。

7) 団藤重光『新刑事訴訟法綱要〔七訂版〕』（創文社、1967年）201頁、石川才顯『刑事訴訟法講義』（日本評論社、1974年）188頁。

8) 証拠が極めて明白でかつ犯罪が重大であるにもかかわらず、検察官が訴因を変更しない場合に、裁判所が訴因変更命令を発する義務があるとする見解として、平野龍一『刑事訴訟法の基礎理論』（日本評論社、1964年）83頁。

9) 被告人は、Bを被害者とする殺人罪で起訴されたが、控訴審において、Bを被害者とする重過失致死罪が予備的訴因として追加された。

10) 昭和43年決定以前の下級審裁判例（例えば、広島高判昭和35年12月21日下級刑集2巻11・12号1361頁、大阪高判昭和42年3月25日下級刑集9巻3号179頁）は、証拠の明白性及び犯罪の重大性を指摘して訴因変更命令の義務の有無を判断していた。同決定は、それら下級審裁判例と同じ方向を向くものであった。

く過程で証拠の明白性及び犯罪の重大性を認定したにすぎないと読む余地がある。したがって、昭和43年決定自体から読み取ることができるのは、a) 最高裁が、訴因変更を命じることとこれを促すことを並べて判断したがゆえに、訴因変更命令の義務付けと訴因変更手続の積極的な促しを同一の平面で考えているのではないか<sup>12)</sup>ということと、b) 一定の範囲で訴因変更命令の義務が肯定される場合があると考えていることにとどまるというべきである。

#### イ 訴因変更命令の義務性に関する類型的判断

昭和58年判決の控訴審は、昭和43年決定のように、証拠の明白性及び犯罪の重大性を認定し、「第1審裁判所としては、検察官に対し訴因の変更を命じたうえでこの点につき審理裁判をすべきであったのに、これを命ずることなく審理を集結し、右各被告人の刑事責任の全部又は一部を不問に付したものであって、同裁判所は刑法312条2項の解釈を誤った結果訴因変更を命ずべき義務を怠ったものであり、原判決には審理不尽の違法がある」と判示した。つまり、控訴審は、証拠の明白性及び犯罪の重大性を認定し、本件ではこれらが認められるから訴因変更命令をすべきであったと判断した。

これに対して、最高裁は、「第1審において右被告人らが無罪とされた乙事実又はその一部が警察官1名に対する傷害致死を含む重大な犯罪にかかるものであり、また、同事実に関する現場共謀の訴因を事前共謀の訴因に変更することにより右被告人らに対し右無罪とされた事実について共謀共同正犯としての罪責を問うる余地のあることは原判示のとおりであるにしても」というように控訴審の認定について留保をした。そして、結論として「第1審裁判所としては、検察官に対し前記のような求釈明によって事実上訴因変更を促したことによりその訴訟上の義務を尽くしたものである」というべきであり、さらに進んで、検察官に対し、訴因

---

11) 石田穰一「判解」最判解刑事篇昭和43年度388頁は、昭和43年決定は昭和33年判決を変更していないとする。もっとも、続けて、「刑事訴訟法の根本にふれる問題について示された新しい判断だけに、実質的には、かなり大きな意味をもつことになると思われる。」とする。

12) 熊谷弘ほか編『公判法体系Ⅱ 第2編公判・裁判(1)』(日本評論社、1975年)268頁[小泉祐康]参照。

変更を命じ又はこれを積極的に促すなどの措置に出るまでの義務を有するものではないと解するのが相当である」と判示した。つまり、最高裁は、本件をそもそも求釈明さえしておけばそれで足りる事案であり、そして実際にも必要な求釈明が行われていたと判断したのであった。

控訴審と最高裁の判示内容を比較すると、次のことが浮かび上がる。第1に、最高裁は、事案において証拠の明白性及び犯罪の重大性が認められるからといって、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行う義務が一律に生じるわけではないと考えている。第2に、最高裁は、裁判所が必要な求釈明（刑法規則208条1項）をしさえすれば、検察官がこれに応じて訴因変更の請求をしなくとも、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行う義務まではない場合があると考えている<sup>13)</sup>。第3に、最高裁は、訴因変更命令の義務付けと訴因変更手続の積極的な促しを同列に考えている<sup>14)</sup>。以上のような最高裁の考えの背後には、訴因変更命令に形成力がないとしても<sup>15)</sup>、訴因変更命令が訴訟指揮に基づく決定である点<sup>16)</sup>は見過ごせず、訴因変更命令と勧告<sup>17)</sup>とは区別すべきであって、訴因変更命令の運用は限定すべきであるという理解があるように思われる<sup>18)</sup>。

まとめると、最高裁は、裁判所が必要な求釈明をしさえすれば、たとえ検察官がこれに応じて訴因変更の請求をしなくとも、訴因変更命令または積極的な訴因

---

13) 同前・268頁。

14) 同前・268頁。このこと自体は、前述のとおり、昭和43年決定からも読み取ることができる。

15) 最大判昭和40年4月28日刑集19巻3号270頁。

16) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕第6巻』（青林書院、2011年）440頁〔高橋省吾〕。

17) 講学上、訴訟指揮に関する決定にはあたらない、求釈明をはじめとした裁判所からの働きかけを勧告と呼んでいる。

18) 例えば、鈴木茂嗣「判批」刑事訴訟法判例百選〔第3版〕（1976年）105頁、西本晃章「判批」刑事訴訟法判例百選〔第5版〕（1986年）100頁、三井誠『刑事手続法Ⅱ』（有斐閣、2003年）243頁。

これに対して、訴因変更命令に形成力がない以上、訴因変更命令と勧告とは結論的に差異がなく、裁判所による働きかけの程度の差に過ぎないから、訴因変更命令と勧告とを区別する必要はないとする見解もある。例えば、寺崎嘉博「判批」刑事訴訟法判例百選〔第10版〕（2017年）109頁。

変更手続の促しを行う義務ではない類型（類型1）と、求釈明だけでは足りず、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行う義務がある類型（類型2）とを事案によって区別している。そして、ある事案が類型2に区別される場合に、証拠の明白性及び犯罪の重大性を正面から問題として取り上げると説明できる。以上の観点からすると、昭和43年決定は、当該事案から類型2と判断し、証拠の明白性及び犯罪の重大性を認定した上で、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行う義務があるかを問題としたのに対し、昭和58年判決は、当該事案から類型1と判断し、必要な求釈明をしたかどうかを問題としたということになる。

ウ 昭和58年判決は何を重視して当該事案を類型1と判断したのか

類型の区別は、結論に大きな違いをもたらす。そのため、区別の基準は明確でなければならない。では、この基準はどのようなものか。

検察官が過誤等で意図せず現在の訴因を維持している場合は、求釈明によって再考の機会を与えられれば、自発的な訴因変更の請求が期待できる。この場合は、裁判所が審判対象の設定に（間接的に）介入する性質をもつ、訴因変更命令等をあえて行う必要がない<sup>19)</sup>。上記再考の機会とは、検察官が手持ちの証拠を見返し、証拠構造を整理して、現在の訴因を維持するかを検討する契機をいう。だとすれば、上記求釈明は、そのような契機を与えるために必要な程度で行えば足りる。これに対し、検察官が意図して現在の訴因を維持している場合は、たとえ求

---

19) 香城敏磨『刑事訴訟法の構造 [香城敏磨著作集Ⅱ]』（青林書院、2005年）332頁は、「訴因変更が法律上可能であり、必要でもあるという点について、検察官に誤解がある場合」を取り上げ、「そのような誤解は、通常は表面に表れることはないが、釈明又は冒頭陳述などの過程で明らかになることも絶無ではない。そして、もし、検察官がこのような誤解に陥っていることが判明したときは、裁判所は、当然、その誤りを正し、訴因変更が可能であることを示唆する義務を負うであろう」とする。そして、同書335頁は、「検察官が訴因変更の法律上の可能性又は必要性を誤解している場合における裁判所の義務は、検察官の訴追意思を確認することを直接の目的とするものではなく、その前提となるものであり、訴追意思はその事実を知った検察官の側で容易に表明することができる。そうすると、裁判所は、その事実を何らかの方法で検察官に知らせることをもって足り、あえて訴因変更命令を発し、又は訴追意思の有無をそれとして確認する必要はないと考えるべきである」とする。

釈明によって再考の機会を与えられても、自発的な訴因変更の請求を期待することができない。以上からすれば、後者の場合は求釈明をする必要がなく、前者の場合にかぎって求釈明をすれば足りるともいえそうである。しかし、裁判所にとって、検察官が現在の訴因をどういった意図で維持しているか把握することは困難である。そこで、検察官の意図を確認する意味で、後者の場合でもひとまず求釈明することが原則となるべきである。

この求釈明によっても検察官が訴因変更を請求しない場合は、次善の策として訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促すことになる。もっとも、訴因変更命令であれ、積極的な訴因変更手続の促しであれ、これらは裁判所が審判対象の設定に（間接的に）介入する性質をもつ。そうだとすれば、裁判所の心証と現在の訴因が異なっているというだけでそれらを行うべきではない。裁判所は、検察官が意図して現在の訴因を維持していることが判明した場合でも、審理の経過等の事情により、裁判所が審判対象の設定に（間接的に）介入しなければ、著しく不正義が生じると判断した場合にかぎって、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行い、検察官に対して再考する機会を与えることができるというべきである。ここでいう著しい不正義が生じるか否かの判断の際、当該事案において証拠の明白性及び犯罪の重大性が認められるかは考慮要素となる。もっとも、それがあれば必ず著しい不正義が生じるという関係にはないだろう。

以上をまとめると、裁判所の行為規範としては、まず求釈明をして、検察官が訴因変更の請求をすることを期待するべきである。その次に、審理の経過等の事情により、裁判所が審判対象の設定に（間接的に）介入しなければ、著しく不正義が生じると判断した場合には、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行って、検察官が訴因変更の請求をすることを期待するべきである。

当該事案をある類型と区別した判断が妥当かという評価規範としては、事案における証拠の明白性及び犯罪の重大性を考慮要素としつつ、審理の経過等の事情により、裁判所が審判対象の設定に（間接的に）介入しなければ、著しく不正義が生じると評価できるかが基準になるとと思われる<sup>20)</sup>。なぜなら、介入の度合い

---

20) 熊谷・前掲12) 268頁。

という点で例外的事態といえる類型2にあたるかを判断し、これにあたらなければ類型1にあたると判断してよいからである。

では、昭和58年判決は何を重視して当該事案を類型1と判断したのか。

昭和58年判決の第1審裁判所は、現場共謀を前提とする現在の訴因から、事前共謀を前提とする訴因に変更されれば、職務執行中の警察官に対して、コンクリート塊等を激しく投下したことにより、警察官19名を死傷させたとの訴因を認定することができるとの心証を形成した。この心証を前提とすると、証拠の明白性及び犯罪の重大性といった著しい不正義の発生の評価の根拠となる事情が認められる。他方で、次のような著しい不正義の発生の評価の障害となる事情も認められる。第1に、検察官は、第1審の約8年半にも及ぶ審理全過程を通じ、一貫して現場共謀を前提とする訴因を維持し、この訴因で訴追する強固な意思を表明していた。第2に、被告人は検察官の一貫した態度に応じて防御活動を展開していた。第3に、変更後の訴因について首謀者と目されながら起訴されていない者がいる一方で、被告人の罪責を問うとすれば、不均衡が生じることである。

昭和58年判決が当該事案を類型1、すなわち必要な求釈明をしたかどうかを問題としたことから逆算すれば、昭和58年判決は、著しい不正義の発生の評価の根拠となる事情が認められるとしても、その評価を障害する事情も認められ、後者が前者を上回ると判断したといえることができる。

まとめると、昭和58年判決は、(証拠の明白性及び犯罪の重大性よりも) 審理全過程で現れた検察官の訴追意思や、被告人の防御活動を重視した結果、裁判所が審判対象の設定に(間接的に) 介入しなければ、著しく不正義が生じると評価できなかつたため、当該事案を類型1と判断したと説明できる<sup>21)</sup>。

エ 昭和58年判決は何を重視して必要な求釈明をしたと判断したのか

昭和58年判決は、審理全過程で現れた検察官の訴追意思や、被告人の防御活

---

21) 坂井智「判解」最判解刑事事篇昭和58年度268頁は、「本判決は……訴因変更命令等の義務の存否を判断するにあたっては、当該事件の事案ないし審理状況のいかんにより、事案の性質・内容、被告人の犯行への関与の程度、共犯者の処分との均衡など事件の実体面におけるファクターをも勘案してこれを行うべき場合がありうる旨を明らかにした意義を有することになろう」とする。

動を重視して、当該事案を類型1と判断したと説明できた。では、昭和58年判決は、何を重視して必要な求釈明をしたと判断したのか。

検察官は、起訴後約8年半の間、現在の訴因を維持してきた。被告人は、このような検察官の態度に応じて防御活動をしてきた。それにもかかわらず、起訴後約8年後に今さら、審判対象が変更されれば、防御上の著しい不利益を被る。この不利益は、公判審理の停止（刑訴法312条4項）によって賄い切れるものではない。また、変更後の訴因について首謀者と目されながら起訴されていない者がいる一方で、変更後の訴因で被告人の罪責を問うとすれば、不均衡が生じる。以上のような事情にもかかわらず、裁判所が訴因変更手続の促しを内容とする求釈明をすると、被告人に対し、裁判所が一方当事者である検察官に肩入れするものとして「公平な裁判所」（憲法37条1項）の趣旨を損ないかねない。

最高裁が、このようなことを考慮せずに判断したとは考えにくい。昭和58年判決が指摘する「審理の最終段階における裁判長の求釈明」は、第1審裁判所が、第54回公判期日において、検察官に対し、変更後の訴因を具体的に示して意向を確認し、検察官の応答を受けてさらに意向を確認したことを指す<sup>22)</sup>。本件のような事案では、裁判所が訴因変更手続の促しを内容とする求釈明をしなければ、必要な求釈明をしたとはいえないと最高裁が判断したと考えるほうが妥当だと思われる。最高裁は、検察官が審判対象を変更するかどうかを然るべく判断することができるよう、裁判所が訴因変更を要すると考える理由その他を伝えることま

---

22) 昭和58年決定の調査官解説によれば、第1審最終段階の第54回公判期日において、裁判所と検察官の間で、以下のようなやりとりが行われた（坂井・前掲21）252頁-253頁）。裁判所が、「検察官は従前から被告人ら6名に対する本件の傷害、同致死、公務執行妨害罪と、被告人Aに対して公訴提起されている公務執行妨害罪とは別罪であると主張されてきたが、その見解は今も変わっていないのですか」と述べたのに対し、検察官が、「そのとおりです」と述べた。次に、裁判所が、「本件傷害、同致死、公務執行妨害に関し、共謀の点等について訴因を変更するとか、他の所での公務執行妨害を予備的に追加するという意思はありませんか」と述べたのに対し、検察官が、「ありません」と述べた。そして、裁判所が、「つまり、5階エレベーターホールの窓付近の共謀は、当日の33番教室における共謀等とは全く別個のものであり、したがってその共謀に基づく本件傷害、同致死、公務執行妨害は、それ以外の場所における投石等による公務執行妨害とは別であるという見解であり、これ以外に訴因を変更する意思はないということですか」と述べたのに対し、検察官が、「はい」と述べた。

が必要であり、とりわけ事案の帰趨を決するような争点や証拠が整理されていない場合は、裁判所と検察官の見立てのどこが相違点かについて意見交換することまで必要と考えているのではないか。端的に言えば、裁判所が訴因変更を要すると考える理由その他を伝えたかどうかは、それまでの争点整理の程度と、公判廷における実際の求釈明との相関関係によると思われる。

まとめると、昭和58年判決は、(平成30年判決と異なり)事案の帰趨を決するような争点や証拠を公判廷で整理しなければならず、裁判所と検察官の見立てのどこが相違点かについて意見交換したかどうかを問題とし、そして第1審が行った、変更後の訴因を具体的に示して意向を確認し、検察官の応答を受けてさらに意向を確認という程度の求釈明によって、これを尽くしたものと判断したと説明できる。

#### オ 小括

以上の検討により、次のことが明らかになった。第1に、最高裁は、裁判所が必要な求釈明をしさえすれば、検察官がこれに応じて訴因変更の請求をしなくとも、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行う義務ではない類型(類型1)と、求釈明だけでは足りず、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行う義務がある類型(類型2)とを事案によって区別している。そして、類型2の場合に、証拠の明白性や犯罪の重大性を正面から問題として取り上げると説明できる。第2に、事後的に当該事案を類型1と区別するか、または類型2と区別するかという評価規範としては、介入の度合いという点で例外的事態といえる類型2に当たるかを先に判断する。類型2に当たるかは、事案における証拠の明白性及び犯罪の重大性を考慮要素としつつ、審理の経過等の事情により、裁判所が審判対象の設定に(間接的に)介入しなければ、著しく不正義が生じると評価できるか否かを基準として判断する。類型2に当たらなければ類型1に当たると判断してよい。第3に、昭和58年判決は、(証拠の明白性及び犯罪の重大性よりも)審理全過程で現れた検察官の訴追意思や、被告人の防御活動を重視した結果、裁判所が審判対象の設定に(間接的に)介入しなければ、著しく不正義が生じると評価できなかったため、当該事案を類型1と判断したと説明できる。

第4に、昭和58年判決は、事案の帰趨を決するような争点や証拠を公判廷で整理しなければならず、裁判所と検察官の見立てのどこが相違点かについて意見交換したかどうかを問題とする。その上で、第1審が行った、変更後の訴因を具体的に示して意向を確認し、検察官の応答を受けてさらに意向を確認するという程度の求釈明によって、これを尽くしたものと判断したと説明できる<sup>23)</sup>。

### 3 平成30年判決

これまでの検討を踏まえ、平成30年判決時点の最高裁がどのような場合であれば訴因変更命令の義務が生じないと考えているかを検討する。

(1) 平成30年判決は何を重視して当該事案を類型1と判断したのか

平成30年判決が、何を重視して当該事案を類型1と判断したかを検討する。

第1審裁判所は、遅くとも第4回公判期日において、訴因を重過失致死罪に変更すれば、被告人の罪責を問うことができるとの心証を形成した。そうだとすれば、証拠の明白性及び犯罪の重大性といった著しい不正義の発生の評価の根拠となる事情は認めることができる事案であった。他方で、次のような著しい不正義の発生の評価の障害となる事情が認められる。第1に、検察官が、第4回公判前整理手続期日において<sup>24)</sup>、公判前整理手続において設定された争点の内容と(検察官の手許にある取調べ請求していない証拠を含めた)証拠を対比することで、たとえ検察官が主張する事実全てが認定されたとしても、現在の訴因である保護責任者遺棄致死罪の故意が否定される可能性があることを認識したにもかかわらず、それ以降の公判前整理手続及び第1審の審理全過程を通じ、一貫して保護責任者遺棄致死罪という訴因を維持したということである。第2に、被告人が、このような検察官の態度に応じて防御活動を展開してきたにもかかわらず、審判対象が変更されれば、被告人に防御上の不利益が生じることである。第3に、裁

---

23) なお、本稿が提示した枠組みからは、昭和43年決定が証拠の明白性及び犯罪の重大性を認定して、訴因変更命令の義務性を肯定した理由を、昭和58年判決と異なって、変更後の訴因で被告人の罪責を問うときの均衡を考慮する必要がなかった点に求めることができると思われる。

24) 池田・前掲1) 198頁参照。

判所が、公判前整理手続において設定した争点を前提に、裁判員裁判の審理計画を策定したにもかかわらず、公判において審判対象が変更されれば、裁判員に対する影響が生じることである。以上を総合すると、著しい不正義の発生の評価の根拠となる事情が認められるとしても、不正義の発生の評価を障害する事情も認められ、後者が前者を上回るというべきであろう<sup>25)</sup>。判断権者である裁判所が訴訟指揮に関する決定である訴因変更命令を用いて審判対象の変更を迫るというのは、重過失致死罪を認定できずに被告人を無罪とすることよりも不正義の程度が著しいというべきであろう。

なお、平成30年判決は、裁判所が心証を形成した重過失致死罪について、それを認定するための証拠が明白か否か、それが犯罪として重大か否かについて特段触れることなく、結論を導く。これは、昭和58年判決の控訴審と違い、平成30年判決の控訴審がそれらについて触れておらず、しかも事案が類型1に当たるという結論を採用する以上、あえて触れる必要がなかったからであると思われる。

まとめると、平成30年判決は、公判前整理手続及び第1審の審理全過程で現れた検察官の訴追意思や、被告人の防御活動を重視した結果、裁判所が審判対象の設定に(間接的に)介入しなければ、著しく不正義が生じると評価できず、当該事案を類型1と判断したと説明できる。

(2) 平成30年判決は何を重視して必要な求釈明をしたと判断したのか

昭和58年判決の判断枠組みとの関係で、平成30年判決が、何を重視して必要な求釈明をしたと判断したかを検討する。

平成30年判決が認定した第1審の審理経過から読み取れる裁判所の求釈明は、第4回公判期日の証拠調べ終了時点における、「念のため確認しますが、特に訴因について何か手当をする予定はないということによろしいんですか」との発言

---

25) 石田・前掲1) 122頁は、「当事者主義を基調とする現行刑訴法下において、裁判所が訴因変更勧告・命令義務を有するのは、本来、極めて例外的な場面に限られるべきである上、本件が公判前整理手続を経ている事件であり、かつ、裁判員裁判によるものであることも併せ考慮するならば訴因変更勧告・命令義務が肯定される場面は、従前にも増して限定的に捉えられるべきであろう」とする。

のみである。この発言は、現状の訴因の設定では不十分であることを述べ、訴因の追加または変更等をする意向があるかを確認するものとはいえ、この求釈明は、昭和58年判決が指摘した求釈明と比べると、明らかに控えめである。この点、仮に求釈明が上記発言のみだとしても、それに対する検察官の応答次第では、総合評価として、検察官が審判対象を変更するかどうかを然るべく判断することができるよう、裁判所が検察官に対し、訴因変更が必要であると考えられる理由その他を伝えたといえることができるかもしれない。しかし、上記求釈明に対する検察官の釈明は、「今のところございません」との発言のみであり、そのように評価するにはいまだ足りないだろう。それにもかかわらず、平成30年判決は、結論として、必要な求釈明をしたとする。昭和58年判決と平成30年判決とで必要な求釈明の程度は変容していないとしつつ、平成30年判決の結論を説明するには、どうすればよいか。それがここでの問題である。

前述したように、最高裁は、裁判所が訴因変更を要すると思われる理由その他を伝えたかどうかは、それまでの争点整理の程度と、公判廷における実際の求釈明との相関関係によると思われる。平成30年判決では、公判前整理手続において、事件の争点及び証拠が整理され、それらが裁判所及び当事者の間で共有されたという事情がある。では、このような事情を合わせて評価すれば、裁判所が検察官に対し、訴因変更が必要であると考えられる理由その他を伝えたといえるか。

検察官は、公判前整理手続において、保護責任者遺棄致死罪における故意に関し、危険発生を基礎付ける事実の認識で足りると主張した。これに対し、弁護人は、危険それ自体の認識も必要であると主張した。裁判所は、第4回公判前整理手続期日に至って、後者を支持して争点を設定した<sup>26)</sup>。このような経緯からすれば、検察官は、設定された争点の内容と（検察官の手許にある取調べ請求していない証拠を含めた）証拠の対比によって、たとえ検察官が主張する事実全てが認定されたとしても、保護責任者遺棄致死罪の故意が否定される可能性があることを認識したといえる。この認識した具体的な時期は、遅くとも第7回公判前整理手続期日だと思われる<sup>27)</sup>。そして、裁判所が、証拠調べによって保護責任者

26) 池田・前掲1) 198頁。

遺棄致死罪の故意が否定されることが明らかになった実際の時点において、すでにその可能性を認識していた検察官に対して、上記発言をすれば、検察官は審判対象を変更するかどうかを然るべく判断することができたといえる。したがって、少なくとも平成30年判決のような事実関係の下では、上記発言のみで、かつそれに対する検察官の応答が乏しくても、結論として、裁判所が検察官に対し、訴因変更が必要であると考ええる理由その他を伝えたと評価してよい<sup>28)</sup>。

まとめると、平成30年判決は、公判前整理手続の経緯を踏まえると、第4回公判期日の証拠調べにおける、「念のため確認しますが、特に訴因について何か手当をする予定はないということでしょうか」との求釈明によって、裁判所が検察官に対し、訴因変更が必要であると考ええる理由その他を伝えたということが出来るから、求釈明による事実上の訴因変更手続の促しがあったと判断したと説明できる。

ただし、平成30年判決が昭和58年判決を引用はおろか、参照すらしなかった

---

27) 認識していたからこそ、第7回公判前整理手続期日において、「なお、裁判所に対して必要があれば勧告するよう求めるものではない」と述べたものと思われる。

28) 村瀬・前掲1) 173頁は、公判段階における求釈明及び釈明は、昭和43年決定本判決におけるそれらと「実質的な違いがあるとはいえないように思われる」とした上で、本判決が昭和43年決定と結論を異にした理由として、「公判前整理手続の制度が新たに設けられ、その争点整理において法曹三者間で予備的訴因変更の問題が検討されていた点が重要といふべきであろう」とする。三好・前掲1) 135頁は、「本件では、第1審裁判所は、公判前整理手続のみならず、公判においても、求釈明により検察官に訴因を追加するかどうかを検討する機会を与えていた」とした上で、「こうした訴訟経過からは……重過失致死罪への訴因変更をより積極的に促すなどの措置を講じる必要があったとは考えられない」とする。池田・前掲1) 200頁は、昭和58年判決以降は「訴因変更命令義務・求釈明義務に関しては、実体的真実に沿った有罪の実現から、検察官の訴因変更の意思の確認へと、発想の転換がなされつつあった」とし、平成30年判決が「証拠の明白性や犯罪の重大性に言及せず、検察官と裁判所の意思疎通の内容を含む訴訟経緯を詳細に摘示して結論を導いた背景には、検察官の訴因変更の意思の確認を重視するという発想があったといえる」とする。その上で、「検察官の訴因変更の意思の確認を重視するという発想のもとでは、求釈明により訴因変更の意思を確認したといえれば、基本的には訴因変更命令義務は認められない」とする。そして、「変更後の訴因に言及しない本件求釈明【筆者注：第4回公判期日における「念のため確認しますが、特に訴因について何か手当てをする予定はないということでしょうか」との求釈明】でも」訴訟経緯や本件事案の性質・内容からすれば「検察官の訴因変更の意思は十分に確認されていたといえる」とし、「本件求釈明に対する『今のところございません』との検察官の釈明により、検察官の訴因変更の意思の不在が明らかになったため、訴因変更命令義務が否定されたものと考えられる」とする。

理由をどのように説明すべきかという問題がある。この点は、平成 30 年判決と昭和 58 年判決は、必要な求釈明の程度は同様であるとしても、公判前整理手続における争点整理を踏まえて必要な求釈明の程度を判断する以上、事案や判旨が異なると判断したからではないかと一応説明することができるだろう。

### (3) 小括

以上の検討により、次のことが明らかになった。第 1 に、平成 30 年判決は、公判前整理手続及び第 1 審の審理全過程で現れた検察官の訴追意思や、被告人の防御活動を重視した結果、裁判所が審判対象の設定に（間接的に）介入しなければ、著しく不正義が生じると評価できず、当該事案を類型 1 と判断したと説明できる。第 2 に、平成 30 年判決は、公判前整理手続の経緯を踏まえると、第 4 回公判期日の証拠調べ時点における、「念のため確認しますが、特に訴因について何か手当をする予定はないということでもよろしいんですか」との求釈明によって、裁判所が検察官に対し、訴因変更が必要であると考えた理由その他を伝えたということが出来るから、求釈明による事実上の訴因変更手続の促しがあったと判断したと説明できる。

## 4 関連する検討

本判決は、その末尾において、「ところで、原審において、重過失致死罪に係る予備的訴因並びに罪名及び罰条追加請求の許可決定がされているが、事後審である控訴審で追加変更された訴因、罰条についての審理、判断は、第 1 審判決に事実誤認又は法令違反があることを理由に第 1 審判決が破棄されることを前提として行うべきものであるから、第 1 審判決に誤りを見いだすことができない本件において、重過失致死罪の予備的訴因を審理、判断することはできない（最高裁昭和 41 年（あ）第 2022 号同 42 年 5 月 25 日第一小法廷判決・刑集 21 卷 4 号 705 頁参照）」と判示する。しかし、本判決が参照する昭和 42 年判決<sup>29)</sup>からすれば、平成 30 年判決の控訴審において予備的訴因として追加された重過失致死罪を判断するには、第 1 審判決の破棄が必要であることは明らかである<sup>30)</sup>。では、なぜ平成 30 年判決がこの点をあえて言及したか、なぜ昭和 42 年判決を引用では

なく「参照」したかが問題となる。

おそらく、最高裁は、第1審裁判所は必要な求釈明をしており訴訟運営として問題がないものの、結論として被告人に罪責を負わさないとすることとの関係で、あえて上記の点を言及したものと思われる。そして、言及するとしても、公判前整理手続と裁判員裁判が導入された事件では、当事者主義とともに控訴審の事後審の性格も徹底される以上<sup>31)</sup>、純粋に控訴審の事後審の性格から結論を導く昭和42年判決とは事案や判旨が同じとはいえないから、引用ではなく「参照」としたものと思われる。

## 5 おわりに

本稿では、昭和58年判決を踏まえて、平成30年判決を検討した。昭和58年判決の検討からは次のことが明らかになった。第1に、最高裁が訴因変更命令の義務性に関して、裁判所が必要な求釈明をしさえすれば、検察官がこれに応じて訴因変更の請求をしなくとも、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行う義務までではない類型（類型1）と、求釈明だけでは足りず、訴因変更命令または積極的な訴因変更手続の促しを行う義務がある類型（類型2）とを事案によって区別している。そして、類型2の場合に、証拠の明白性や犯罪の重大性を正面から問題として取り上げると説明できる。類型2に当たらなければ類型1に当たると判断してよい。第2に、事後的に当該事案を類型1と区別するか、または類型2と区別するかという評価規範としては、介入の度合いという点で例外的事態といえる類型2に当たるかを先に判断する。類型2に当たるかは、事案における証拠の明白性及び犯罪の重大性を考慮要素としつつ、審理の経過等の事情により、裁判所が審判対象の設定に（間接的に）介入しなければ、著しく不正義が

---

29) 最判昭和42年5月25日刑集21巻4号705頁（以下、昭和42年判決）。昭和42年判決は、「控訴審裁判所が右追加変更された訴因、罰条について審理判決することができるのは、あくまでも、一審判決に事実誤認ないし法令違反があることを理由に控訴審でこれが破棄されることが前提とならねばならず、破棄が相当とされた場合に初めてこれについて審理判決することができるものと解すべきである」と判示する。

30) 辻本・前掲1) 195-196頁参照。

31) 稗田雅洋「公判前整理手続と訴因変更命令」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟Ⅱ』（青林書院、2012年）57頁。

生じると評価できるか否かを基準として判断する。第3に、最高裁は、類型1においては、裁判所が訴因変更を要すると考える理由その他を伝えることまで必要であり、とりわけ事案の帰趨を決するような争点や証拠が整理されていない場合は、裁判所と検察官の見立てのどこが相違点かについて意見交換することまで必要と考えている。端的に言えば、裁判所が訴因変更を要すると考える理由その他を伝えたかどうかは、それまでの争点整理の程度と、公判廷における実際の求釈明との相関関係によると思われる。以上を踏まえた、平成30年判決の検討からは次のことが明らかになった。第1に、平成30年判決は、公判前整理手続及び第1審の審理全過程で現れた検察官の訴追意思や、被告人の防御活動を重視して、当該事案を昭和58年判決と同じ類型と判断した。第2に、平成30年判決は、公判前整理手続の経緯を踏まえると、第4回公判期日の証拠調べにおける求釈明によって、裁判所が検察官に対し、訴因変更が必要であると考えた理由その他を伝えたといえることができるから、求釈明による事実上の訴因変更手続の促しがあったと判断したと説明できる。

平成30年判決が必要な求釈明をした事案であるという本稿の立場からは、平成30年判決の検討からは、どのような場合に必要な求釈明をしていないと判断され、どのような結論が導かれるかという点は明らかでない。この点は、今後の判例の集積を待つほかない。

なお、平成30年判決を含め、これまでの最高裁が、第1審の審理経過を認定することができたのは、第1審裁判所がどのような場面においてどのような働きかけをしたか、それに対して検察官がどのような応答をしたかについての訴訟記録が残されていたからである。控訴審や最高裁が、第1審の訴訟指揮の当否を判断するためには、なによりもまず第1審で何があったかを知らなければならない。しかし、尋問と異なり、公判におけるやり取りは反訳されず、その要点（と裁判所が判断した点）のみが公判調書として残されるだけである。この点、訴訟指揮の当否が事後的に争点となることに備え、両当事者も手控えとして公判の状況を記録しておくべきではあるが、後にそれが裁判所に提出されても内容の正確性が問題とされてしまい、水掛け論に陥ってしまうことも容易に想像できる。やはり、裁判所が公判の状況、とくに訴訟指揮の内容、それに対する当事者の応答を自ら

(636) 一橋法学 第19巻 第2号 2020年7月

が詳しく記録しておき、それに加えて当事者から申出があれば当該記録の閲覧等を認めることが重要であると思われる。

※ 脱稿後、向井香津子「判解」法曹時報72巻3号（2020年）147頁に接した。