

刑事訴訟法の基礎理論に関するノート(一)

——訴因と公訴事実——

山 中 俊 夫

はじめに

わたくしは、松尾教授の論稿「刑事訴訟法の基礎知識——その現代的状況についての一考察」(法律時報四八巻一〇号所収)によって示された考え、ならびに、鈴木教授の一連の論稿に示された考え方、そしてそれに対する批判点に興味をもち、それを契機として同志社法学一四四号において、「刑事訴訟法の基礎理論に関するノート(一)——松尾・鈴木論争を契機として——」という小論を掲載し、審判の対象、および、訴因と公訴事実に関する作業過程中の私見の序論的部分をのべておいた。その後、鈴木教授の「刑事訴訟法の基礎理論——松尾教授の批判にこたえる——」(法律時報四九巻八号所収)が上梓され、さらに、同稿にも紹介されている「公訴事実の観念について」(平場安治博士還歴祝賀論文集(下)所収)なる論稿のコピーを恵存されるに及んで、若干詳細な私見の展開が必要であると考へ、本稿では、松尾教授の所説ならびに鈴木教授の右論稿を中心に、「ノート(一)」において論じ得なかつた部分につ

いて、ならびに本稿末尾において私見の若干の表現上の修正を含めながら、論をすすめてみたいと考える。

一

松尾教授の指摘されるように、「審判の対象」、「訴因と公訴事実」について考える場合に、「問題の出発点であり、同時に終着点となるのは、『公訴事実』とは何かということ」である。そして、わたくしの理解するところによれば、これは、訴訟内的にであれ訴訟外的にであれ、審判の対象のほかに、犯罪事実既存の観念を認めるか否か、という問題となるのである。この問題は、公訴事実——訴因——既判力という刑事訴訟法学の基礎理論中の基礎理論の対象が、刑事訴訟の構造とのかかわり合いから、そして、刑事訴訟理念とのかかわり合いから、どのように導かれ構成されてゆくか、にかかっているのである。かつて、わたくしは、「刑事確定判決と既判力」(同志社法学七一号所収)において、この問題に触れたこともあるが、当時、ドイツ刑事訴訟法学の直接的影響のもとにあったわたくしの思考と結論とのゆえに、その後のわたくし自身の考え方は、その内容および結論において大きく異なるところである。ここでは、犯罪事実既存の観念を認めることになるか否か、が、「公訴事実」をめぐる諸問題の究極的な論点になることを指摘するにとどめ、また、必要な範囲について以下で若干論じるとどめ、詳細については稿をあらためる。以下において、両教授の所説を要約的に紹介しておこう。

二

松尾教授の考え方は、平野教授が、「審判の対象は公訴事実か訴因か」という問題の図式化(平野・「訴因概説

(二)「法曹時報二卷一一号所収」に端を發した当事者主義訴訟構造の構築のプロセスをふまえて、公訴事実という「温存された旧法的概念」の否定にまで到達しようとする道程をさらに推し進もうとする立場である。「公訴事実」にまつわる旧法的な先入主を捨て「去ることによって、換言すれば、公訴事実とは、「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」であるという徹底によって、犯罪事実あるいは公訴事実既存の観念を完全に払拭しよう」とされた。そして、このことは、解釈論上、「公訴事実」の語を含む条文(二五六条二項三項、および三一二条一項)はすべて簡単に理解できると思う。起訴状には『審判の対象(としての犯罪事実)』が記載されるのであり、『審判の対象は、訴因を明示してこれを記載しなければならない』のである。また、『裁判所は、検察官の請求があるときは、審判の対象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状の追加、撤回又は変更を許さなければならぬ』ことになる。』とされる(松尾・「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四一頁))。

つぎに、鈴木教授の考え方について触れておこう。教授の理論構築の過程で、公訴事実の観念を捉え直す作業がなされたことがまず重要な出発点となる。まさに、松尾論文のこの問題の焦点は、「公訴事実」の観念の仕方に向けられたものであるからであり、この点に関する松尾論文における記述を通じて、鈴木教授の出発点となった考え方を紹介しよう。

松尾教授は、その論稿において、「鈴木教授は、『公訴事実』の観念を重視し、『実体形成によって解決されるべき課題』、『訴追者の表象の指向対象たる事実』、『観念の世界における存在』(以上、法学論叢九二卷三号)、『訴因の指向対象たる一個の犯罪事実』(法律時報四六卷六号)という説明を与えつつ、この公訴事実を『全体として解明

すること』が刑事訴訟の課題だと主張される。そして、それは伝統的な意味での公訴事実対象説に近く、少なくともその部分的な復権をはかることになる」という指摘をされ、さらに、「(鈴木教授は) 訴因が審判の対象であると言明し、『公訴事実』は、『訴訟外的考察』のもとに観念された『訴訟対象』であるとして両者を区別され……、そこにはある程度の『換骨奪胎』がみられることは確かである(が)、しかし、『公訴事実』は、——教授の概念規定によっても——終始訴訟外に止まりうるものではなく、公判の過程に影響を与える可能性をもつ。」と批判された。その結果、鈴木教授は、この批判に対応しつつ、「従来、公訴事実の観念をめぐって、二つのドグマがあった。ひとつは、公訴事実が『犯罪事実』というドグマであり、他はいわゆる同一性も単一性もともにこの公訴犯罪事実について論ずるのだとするドグマである。しかし、この二つのドグマを打破り、公訴事実の観念を『公訴問題事実』と『公訴犯罪事実』とに分析するとともに、同一性は前者、単一性は後者との関連で論ずることとするならば、同一性、単一性の観念も、公訴事実の観念も、より平明に理解できるのではないかと考える。」と修正された。「従来の発想の枠を破り、公訴事実の観念を捉え直さ」れた結果、「『公訴問題事実』とは、訴訟が解決しようとしている課題そのもの……社会的・刑法的問題(であり)、……ここに公訴「事実」とは、問題の内容、すなわち問題とされた『事柄』といった程度に軽く理解しておけば足りる」事実とされ、「公訴犯罪事実」とは、「この問題に対する検察官の解答を示すものであり、」これが訴因あるいは訴因事実であるという図式を示された。そして、「公訴問題事実」は同一性、「公訴犯罪事実」は単一性の判断にかかわるものとされる(鈴木・「刑事訴訟法の基礎理論——松尾教授の批判にこたえる」法律時報四九卷八号七一頁)。

旧刑事訴訟法のもとにあつては、「公訴事実」という言葉は法文上存在しなかったが、講学上および判例上、この言葉が法律用語として用いられていた。これに反して、訴因という語は存在していなかった（松尾「訴因に関する規定の沿革」法学協会雑誌九二卷二号）。解釈論上、「公訴事実」概念がどのような形で用いられていたのであろうか。

手許の宮本英脩著「刑事訴訟法大綱」（昭和十一年）に依れば、「公訴ノ提起ノ方式ハ被告人ヲ指定シ犯罪事實及ビ罪名ヲ示スコトヲ要ス。但罪名ヲ示スハ便宜ノ為メナリ（訴、二九一I）。被告人ノ指定及ビ犯罪事實ノ指示ハ何レモ之ヲ特定シ得ル程度ヲ以テ足ル。……犯罪事實ニ付テモ日時場所ヲ明示スルハ必要ニアラズ。」（同書一五〇頁、傍点——筆者）となつており、さらに、「公訴ハ不可分ナリ。……検事が公訴事實トシテ掲ゲタル範圍ガ同一事件ノ一部ニ過ギザル場合ニ於テモ、其ノ公訴ハ法律上該事件ノ全体ニ對シテ提起セラレタルモノナリ。」と記述されている（傍点——筆者）。ここにおいて「公訴事実」概念の意味したものは、「犯罪事實」であり、検察官が裁判所に対して一定の被告事件について訴訟手続の開始を求めらるゝにあつて、公訴提起の方式として起訴状にかかげた事實が、この公訴事實であり犯罪事實であつたはずである。「公訴事實」は、その形式において、今日の「訴因」概念に相当するものであり、その機能において両者は大きく相異しているにすぎず、「公訴事實」の特定においても、今日のそれと要求される程度の差こそあれ、構成要件的に特定された具体的事實であつたのである。

問題は、検察官が起訴状に明示した公訴事實 \parallel 犯罪事實を超えて、裁判所が職権により自由に他の犯罪事實を認定できたということである。「検事ノ公訴事實ノ記載ト裁判所ノ認定事實トガ部分的ノ不一致ニ因リテ各犯罪類型ヲ異

ニスルコトアルモ妨ナシ。例へば窃盜罪ガ強盜罪、詐欺罪、横領罪、贓物罪等トナリ、殺人未遂ガ傷害罪トナル場合ノ如シ。」(宮本・大綱一五七頁)というように、「客観的同一(事実ノ同一)」の範囲内において、裁判所は、検察官の明示した公訴事実を審判の範囲を拘束されることなく犯罪事実を認定できたのである。その結果、公訴事実の範囲を超えて、そして、公訴事実の背後に潜在する指向対象としての事実の全体(公訴事実の全体)について、審判する権限および義務をもつとされたのであった。ここに、公訴事実——公訴事実の全体という対応が生まれ、表象と実体との対応が現われるにいたるのである。

このような対応の理論的・現実的必然性は、旧刑事訴訟法の職権主義訴訟構造と、旧刑事訴訟の「理念」・実体的眞実主義との積極的な結びつきに求められなければならない。ここでは、公訴事実と公訴事実の全体との「ずれ」、裁判所の認定事実と公訴事実の全体との「ずれ」、換言すれば、訴訟的に「表象されたもの」と「眞の法律状態」との「ずれ」という形で眞実主義が強調され、職権主義との結びつきをますます強めていったのである。すなわち、公訴提起されたこと、判決されたことと眞の法律状態との完全な合致が、職権主義訴訟構造の理念とされたのである。ここには、犯罪事実既存の觀念が、必然的に前提とされてくる。

四

松尾論文は、新刑事訴訟法の案文作成過程に言及された後、「有力な立案関与者の一人であった宮下明義検事の解説」を引用されている。ここでは、この「解説」を借用・引用することを出発点とさせていた。宮下検事の解説は、「裁判所に対して(検察官が——筆者)審判を請求する犯罪事実」を公訴事実と解し、「裁判所に審判を請求す

る犯罪事実すなわち公訴犯罪事実を各罰条の構成要件にあてはめた形において法律的に構成した事実」を訴因と解している。この部分だけを取り出してみれば、公訴事実と訴因との差異は、同一物の抽象性——具体性、不特定性——特定性を示すものという、両者の具体性・特定性の程度に関する概念規定とも見られうる。ところが、突如、「公訴事実とは、裁判所にその審判を請求された前法律的社会的な基本的事実であって訴因によって表象化されているものをいう。」という解説が現われるに及んで、公訴事実概念は、いわゆる公訴事実と前法律的社会的な基本的事実を包含した概念として、わたくしのいう「公訴事実の全体」として、犯罪事実既存の観念への指向が登場してくる。すなわち、「裁判所は、訴因によって表象化されている基本的事実について、単一旦つ同一の関係にある事実の全範囲にわたって審判すべき権利義務を取得する」のである（宮下『新刑事訴訟法逐条解説Ⅱ』。参照、松尾「刑事訴訟法の基礎理論」（法律時報四八巻一〇号四〇頁）。「公訴事実と訴因をめぐる長い論議の種子」（松尾・同論文四〇頁）の原因は、一、公訴事実概念それ自体の整理の欠落と旧法意識の残存、二、事件||観念という思考の欠如にあったと考えられる。

新刑事訴訟法が、その二五六条二項一号・三項で「公訴事実」という語を、そして、同条三項で「訴因」という語を用いたとき、「混血法」(the hybrid law) (拙稿「オプラー博士とのインタビュー」法律時報四七巻四号九八頁)としての性格を荷担わされた現行法を、旧法的意識のもとで右のように両者の関係を把握することは、その当初としては無理からぬことであったとも想像できる。しかし、新刑事訴訟法が「理念」として荷担わされたものは、旧刑事訴訟法のそれとは別異のものであったはずであり、それは、憲法的・訴訟法的に、積極的な方向での実体的眞実主義との袂別を意味していたし、そして、それを支えていた、あるいは、支えられていた職権主義訴訟構造からの袂別を必

然的に予定していたものであったといえる。この必然的に予定されていたものは、消極的な方向での実体的眞実主義であり、それに対応した制度が、当事者主義訴訟構造であったといえる。

このように、「理念」と「構造」が明らかになり、刑事訴訟法学の理論的再編成のプロセスが進行するなかで、職権主義・積極的実体的眞実主義と結びついた「犯罪事実既存の観念」が、その表現をかえつつも残存していった側面があると考えられる。この側面は、そのまま刑事訴訟法の解釈論に持ち込まれ、「訴因」——「公訴事実」という図式のなかで、前者を表象として、後者を実体として把える考え方、前者を「現実的審判の対象」として、後者を「潜在的審判の対象」として把える考え方、前者を「犯罪事実」、後者を「犯罪構成事実」として把える考え方、前者を「表象としての犯罪事実」、後者を「訴因の指向対象たる犯罪事実」として把える考え方などに、その残影を見ることができると考えられる。

そして、面白いことに、旧法下の公訴事実概念が、検察官が起訴状中に記載した犯罪事実を意味していたにもかかわらず、公訴事実＝訴因という対応とはならず、公訴事実——訴因という対応にいつのまにか変身し、あげくのはてには、「公訴事実」は、「公訴事実の全体」という観念とともに、「公訴事実」という一個の観念のなかに組み込まれてしまったことに気が付く。これは、公訴事実——公訴事実の全体という図式が、訴因——公訴事実という図式へと言葉のうえで転換したことを意味するにすぎず、その実質における転換は、存在していなかったことを意味しているといえよう。このことを認識することなくして、「訴因」と「公訴事実」の関係を問題とし論議しはじめたところに、混乱の種がまかれた原因があったというべきであろう。

五

平場教授は、かつて社会的嫌疑同一説なるものを主張された。「訴訟の対象である社会的問題としての事件の歴史的位置づけを重視し、『社会的嫌疑』の同一性が認められる場合に公訴事実の同一性ありとする立場」であり、「社会的嫌疑とは、社会が嫌疑をもつということではない。歴史的事実の世界ではなく、社会的な問題＝観念の世界の出来事だという意味である。」と考えられた（平場『刑事訴訟法要論』（鈴木）一二〇頁―二二頁）。この論述のつまるところは、「事件とは社会的問題であり観念である。」ということになる。ところで、平場教授の意味するところは、公訴事実——訴因の図式を、旧刑訴法的（職権主義的）なものから新刑訴法的（当事者主義的）なものへと、特に、公訴事実の概念内容を犯罪事実から切り離し、中性化、中立化させようとする過渡期的努力の所産であった。そこには、公訴事実概念を実体的なものから観念的なものへと変質させることにその主眼点があったと思われる。しかし、社会的問題であれ社会的嫌疑であれ、そして、それらが観念の世界の出来事であれ、そこでは、なお「公訴事実・事件の全体」という観念、そして、「犯罪事実既存の観念」からの完全な脱却は、なされ得ていなかったのである。けだし、訴因は、社会的問題の刑法的表象であり、社会的問題は訴因を通しての指向対象であり、たといそれが訴訟外的観念であるとしても、終始訴訟外に止まりうるものではなく、つねに、訴訟外的対象として、訴訟の対象として既存化され、公判の過程に影響を与える可能性をもつ。

平場教授が示された「訴訟の対象である社会的問題としての事件は、観念の世界の出来事である。」という考え方は、鈴木教授によっても踏襲され、前述のように、社会的問題として公訴事実（訴訟の対象）を全体として解明する

ことが刑事訴訟の課題だと主張された点に松尾教授の批判が加えられた。そして、鈴木教授は、前に紹介したように、公訴事実＝犯罪事実という考えはドグマであるとされ、公訴事実を、「公訴問題事実」＝「社会的問題」、そして、「公訴犯罪事実」＝「訴因」という二つの要素概念に分析された。ここに途は二つに分かれるというべきである。ひとつは、鈴木教授の採られるように、「事件は観念である。」ということ度を外視しつつ、その「社会問題」であるという点を強調してゆく考え方と、「事件とは社会問題である。」という点を完全に払拭し——もし、このようにいうとすれば、社会における刑事訴訟制度の役割という点で、また、単一性の議論で意味をもたせるにすぎず——、事件とは「観念」であるという点を強調する考え方である。そして、わたくしは、後者を採る。

わたくしは、右の意味での「事件」あるいは「事実」とは「観念」であるという言葉で、わたくしなりに思考し、従来よりまったく別の形で理解し、教場での理解を求めてきた。それは、公訴事実概念から社会的問題・社会的嫌疑という概念内容を脱色し、「事件・事実とは観念である。」という言葉で、「事件・事実とは、証拠あるいは証拠の評価によって形成された観念である。」というものとして理解する方向である。訴因も公訴事実も、このような意味合いにおいて「観念」なのである。このように解することによって、公訴事実とは個々の訴因をとおして知ることができる、あるいは、その背後にひそむ犯罪の嫌疑であって、その実体をそのまま把握することができない観念的な存在(例えば、井戸田『刑事訴訟法要説Ⅱ』一七頁)というような観念を認めることにはならないのである。証拠——観念(訴因・公訴事実)という観念の証拠規定性からは、観念の有無とその唯一性が問題になるにすぎない。

すでに述べたように、鈴木教授は、公訴事実を二つの概念に分析し、「公訴問題事実」と「公訴犯罪事実」に、そして、前者を「社会的問題」として、あるいは、「課題」として性格づけ、後者を「訴因」として、検察官の「問題」、「課題」に対する「解答」・「解決策」として概念的に分類された。このような考え方が妥当かどうかは、旧法的思考が教授の反省のうえに完全に払拭されているかどうかという点、換言すれば、平場教授の「訴訟の対象である社会的問題としての事件は、観念の世界の出来事である。」という前提を、わたくしとは別異の方向での、内容的には平場教授のそれにある意味で忠実な方向での思考の発展が、同時に、旧法的観念の払拭にいたったかという点、そして、そのうえにたった公訴事実概念の分析が妥当かどうかという点につきよう。

まず、公訴事実とは、鈴木教授のいわれるように、犯罪事実とすることはドグマであつたのであろうか。わたくしの考えによれば、公訴事実を犯罪事実既存の観念と結びついたものとして理解し、あるいは、全体として解明されるべき実体として公訴事実を理解すること、このことがドグマなのであり、これは単に、用語の変更によって解決される問題ではないのである。旧刑訴以来、公訴事実が犯罪事実として講学上理解されてきているものであり、このことの旧法時下の意味、そして、現行法下での意味を検証し了解することなくして、なにゆえに、公訴事実を犯罪事実と解することが「ドグマ」なのであろうか。そして、公訴事実を犯罪事実と解さない理由はなになのであろうか。

つぎに、右の問題とも関連して、鈴木教授のいわれる「問題」・「課題」と「解答」・「解決策」という対応は、「解決されるべき課題（対象）」——「解決策」、「解答されるべき問題（対象）」——「解答」としての対応と考えられ、「問題」は「解決」されるべき指向対象の観をいだかせる。結局は、言葉のすり変えにすぎぬのであろうか。それとも本質を示さぬ説明なのであろうか。そして、最後に、鈴木教授は、公訴事実という概念の分析によって、「公訴問

題事実」と「公訴犯罪事実」とを分析された。公訴事実という類概念に、およそ「問題」と「解答」という異種概念が含まれうるものなのであろうか。

つまるところ、公訴事実とはなにか、という問題に対する回答はでぬままに終り、「訴訟の対象」と「審判の対象」という図式も崩壊することとなる。

七

以上のような考察から、わたくしは、公訴事実と訴因との関係を、「公訴の対象」(公訴事実) Ⅱ 「審判の対象」(訴因) として把えてみようと考ええる。

検察官は、公訴を提起するにあたり「公訴の対象」を証拠関係により確定しなければならない。確定された「公訴の対象」(公訴事実) を起訴状に記載し、裁判所に審判の開始を求め、「審判の対象」とするためには、刑事訴訟法二五六条三項の要件を充足しなければならない。すなわち、「公訴の対象」たる「公訴事実」が、「審判の対象」となるためには、具体的に日時、場所、方法をもって「罪となるべき事実」として特定された「訴因」という形で明示されなければならないのである。

つぎに、検察官は、その証拠関係から「審判の対象」たる「訴因」を変更する必要がある場合には、「公訴の対象」たる「公訴事実」の同一性を害しない範囲において「訴因」を変更できるのである。

ところで、さらに、訴因変更要否の判断基準たる公訴事実の同一性の問題がある。わたくしは、「ノート(一)」において、公訴事実の同一性とは、両訴因が公訴事実を共通にすることだとのべた(拙稿「ノート(一)」同志社法学一四四

号七頁以下)。この点については、稿をあらためて論ずることとする。

最後に、拙稿「ノート(一)」においてのべた部分につき一部修正をしておこう。わたくしは、「二、公訴提起↓判決にいたるプロセスも同様の思考過程をたどるものであり、それによって、訴訟追行の目的が達せられ、心証形成行為の目的が達せられるのである。」と書いた(拙稿「刑事訴訟法の基礎理論に関するノート(一)」同志社法学一四四号六頁)。これは、検察官の法的主張たる訴因の理由の具備性に関する判断過程を問題にしたつもりであった。「同様の」ものであれば、そして、このような表現であれば、結局は、犯罪事実既存の観念を認めたことになってしまう。この点、修正と説明を加えておきたい。

(一九七七年六月二〇日稿了)