

前科・別罪証拠の証拠能力*

辻 本 典 央

- I. はじめに
- II. 前科・別罪証拠の位置づけ
- III. 前科・別罪証拠による犯人性立証
- IV. おわりに

I. はじめに

刑訴法317条は、「事実の認定は、証拠による」と定める。この証拠裁判主義は、過去に審判・決闘・当事者宣誓等の証拠によらない裁判が行われてきたことに対する「消極的な歴史的な原則の宣言」であるにとどまらず、「積極的な実定法的な意味」をも有する具体的規範である⁽¹⁾。すなわち、「犯罪事実」の証明には、「適正な証拠」によらなければならないという意味で、「厳格な証明」が要請されるのである⁽²⁾。この厳格な証明とは、一般に、「証拠能力があり、適式な証拠調べを経た証拠による証明方式」と理解される⁽³⁾。これを前提に、刑事裁判においてある証拠の使用の可否は、しばしばその結論を分けうる重要問題となる。

* 本稿は、2014年4月26日に刑事判例研究会（同志社大学）で報告した原稿に加筆・修正したものである。同研究会では、会員諸氏より多くの有益な指摘を受けた。

(1) 平野龍一『刑事訴訟法・法律学全集』179頁。

(2) 鈴木茂嗣『刑事訴訟法・改訂版』194頁。

(3) 田宮裕『刑事訴訟法・新版』287頁。

後述(Ⅲ2.)のとおり、近時、被告人による前科及び別罪の存在を示す証拠(前科・別罪証拠)を被告人の犯人性を立証するために使用することができるかという問題が、最高裁で判断された⁽⁴⁾。これに対しては、すでに多くの評釈⁽⁵⁾が公刊されており、学界における議論も相当煮詰まってきた。

本稿は、このような実務の動向と先行研究を踏まえて、前科・別罪証拠の刑事訴訟上の位置づけを明らかにし、証拠能力判断の当否を検討する。

II. 前科・別罪証拠の位置づけ

1. 前科・別罪証拠の意義

被告人が過去又は現在において別の犯罪を実行していた場合、これが被告人のいわば悪性格を徴表させるものとして、その不利に扱われうるものとなる。それゆえ、検察官として、刑事訴訟における一定の要証事実を裏

(4) 最判平24・9・7刑集66巻9号907頁(以下①事件)、最決平25・2・20刑集67巻2号1頁(以下②事件)。

(5) ①事件について、豊崎七絵・法セミ694号134頁、前田雅英・警論65巻11号162頁、吉川崇・研修774号19頁、佐藤隆之・平成24年度重判解184頁、中川武隆・刑ジャ35号185頁、田淵浩二・新判解Watch12号173頁、岩崎邦生・ジュリ1455号103頁(岩崎①)、同・曹時62巻12号147頁(岩崎②)、伊藤博路・名城LR27号1頁、津村政孝・セレクト2012 39頁、滝沢誠・新報120巻3=4号525頁、高平奇恵・法時85巻12号123頁(高平①)、高内寿夫・国学院51巻1号83頁、内田博文・判評657号170頁、松代剛枝・関法63巻6号48頁。原判決評釈として、立松彰・法民458号71頁、佐藤淳・研修756号17頁、正木祐史・法セ681号134頁、大橋君平・刑弁68号35頁、高倉新喜・刑弁68号54頁、門野博・刑ジャ31号83頁、高平奇恵・法時84巻5号178頁(高平②)、廣瀬健二・平成23年度重判解、渡辺咲子・明治学院LR16号113頁、佐藤隆之・セレクト2011 42頁。

②事件について、本件評釈として、正木祐史・法セ702号、玉本将之・研修779号、吉川崇・警論66巻7号、岩崎邦生・ジュリ1462号(岩崎③)、堀江慎司・平成25年度重判解194頁、古江頼隆・セレクト2013 41頁、高平奇恵・新判解Watch14号173頁(高平③)、松田岳士・判評662号161頁。

づけるべく、前科・別罪証拠をもって立証活動を行うことが考えられる。

もっとも、このような立証活動は、刑事訴訟における証拠法則上許容されうるのかが、従来から議論されてきた。

2. 前科・別罪証拠の体系的位置づけ

前科・別罪証拠の許容性に関して、如何なる証拠法則が適用されうるか。

(1) 従来の議論

厳格な証明において、これに用いられるべき証拠には、証拠能力が要求される。この証拠能力の要素として、従来、①自然的（論理的）関連性、②法律的関連性、③証拠禁止不該当に区別して論じられてきた。これは、当初、刑事訴訟法廷で用いられるべき証拠に対する「特殊な制限」として提示されたことから⁽⁶⁾、これら3つの要素が証拠能力の要件であるかのごとく理解されてきた⁽⁷⁾。このような理解からは、必然的に、問題となる証拠が上記①乃至③のいずれに分類されるかが、重要な課題であった。本稿で対象とする前科・別罪証拠に関して、①自然的関連性に位置づける見解と、②法律的関連性に位置づける見解とが見られる（③に位置づける考え方もありうる⁽⁸⁾）。

①自然的関連性とは、「証拠がその証明しようとする事実に対して、必要最小限度の証明力を有するべきこと⁽⁹⁾、すなわち「要証事実を推認させるに必要な証明力」を要求する証拠法則である⁽¹⁰⁾。このような意味で必要最小限度の証明力をもたない証拠は、「取り調べてもむだであって時間

(6) 平野（前掲注(1)）192頁。

(7) 田口守一『刑事訴訟法・第6版』368頁。

(8) 岩崎②（前掲注(5)）205頁参照。

(9) 平野（前掲注(1)）192頁。

(10) 田宮（前掲注(3)）286頁。

を浪費するにすぎない」ものであることが、証拠から除外されるべき理由とされている⁽¹¹⁾。ここでの関連性が問われる場合、さらに(i)最小限度の証明力、(ii)証拠の同一性・真正性、(iii)証拠の重要性に分けて検討されている⁽¹²⁾。前科・別罪証拠について、これを自然的関連性のカテゴリーに位置づける見解が、少数ながら存在する。例えば、「幼児のときのいたずらと成人後の犯罪行為との関係」等において自然的関連性が否定される⁽¹³⁾、これを用いた犯人性の推認には「合理的根拠がないので、……悪性立証は禁止される」⁽¹⁴⁾、というのである。

これに対して、前科・別罪証拠を②法律的関連性の問題と位置づける見解が、支配的である⁽¹⁵⁾。法律的関連性は、「証拠として必要最小限度の証明力はあるが、他方、その証明力の評価を誤らせるおそれもあるもの」について証拠能力を否定させる証拠法則、とされている⁽¹⁶⁾。すなわち、「証拠が事実認定を誤らせ、あるいは、偏見・争点の混乱・手続の遅延等をもたらすおそれ」がある場合、「自然的関連性のある証拠であっても、それに伴う弊害のほうが重大であれば」証拠から排除されるべき、というわけである⁽¹⁷⁾。自然的関連性は、意味のない証拠調べを避けるための証拠法則であるのに対して、法律的関連性は、必要最小限度の証明力は存在してもこれ

(11) 平野（前掲注(1)）192頁、田口（前掲注(7)）368頁。

(12) 上口裕『刑事訴訟法』336頁。光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』136頁は、論理的関連性を「狭義の関連性」と「重要性」に区別し、「証拠の真正さ・同一性」はそれらの前提として位置づけている。

(13) 田口（前掲注(7)）368頁。但し、同書は、法律的関連性に分類されるべき可能性も認める。

(14) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法・第2版』459頁。

(15) 河上他編〔安廣文夫〕『大コンメンタール刑事訴訟法・第2版・第7巻』435頁、平場他〔鈴木茂嗣〕『注解刑事訴訟法・全訂新版・中巻』670頁ほか。後掲注(24)も参照。

(16) 平野（前掲注(1)）192頁。

(17) 上口（前掲注(12)）342頁。

に勝る証明上の有害性がある場合に証拠調べを禁じるものである点に、違いがあるとされている。それゆえ、実務では、自然的関連性のない証拠を採用して取り調べても、事実認定においてそれを無視すれば足りるが、法律的関連性のない証拠については、証拠排除決定（刑訴規207条）を要するとされている⁽¹⁸⁾。このようにして、法律的関連性は、必要最小限度の証明力をもつ証拠であっても、証明力評価におけるその危険性ゆえに、「法政策的な見地」から関連性が否定されるものと解されている⁽¹⁹⁾。前科・別罪証拠も、もともと英米法下において、「決して証明学的な理由によるものではなく、むしろ政策的考慮」によって関連性が否定されてきた、とされている⁽²⁰⁾。

(2) 近時の展開

近時も、判例及び学説において、通説的見解にたった理解が見られる。最高裁（①事件判決）は、「前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している。反面、前科、特に同種前科については、被告人の犯罪性向といった実証の根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある。したがって、前科証拠は、単に証拠としての価値があるかど

(18) 三井誠『刑事手続法Ⅲ』44頁。但し、同書は、自然的関連性が問題となる場面でも証拠排除決定すべきとして、実務を批判する。

(19) 池田真一「証拠の関連性」松尾・井上編『刑事訴訟法の争点・第3版』162, 163頁。

(20) 小松正富「同種前科による認定」熊谷ほか編『証拠法大系Ⅰ証拠』164, 167頁。

うか、言い換えれば自然的関連性があるかどうかのみによって証拠能力の有無が決められるものではなく、前科証拠によって証明しようとする事実について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解するべきである」と判示している²¹⁾。これは、最高裁調査官によると、「本判決は、このような「誤った事実認定に至るおそれ」から、前科証拠を犯罪事実の立証に用いることについて、自然的関連性に加えて、「実証的根拠の乏しい人格の評価によって誤った事実認定に至るおそれのないこと」を証拠能力の要件として要求し、その証拠能力を制限したもの〔であり、……〕前科証拠については、その証拠能力を制限することによって誤った事実認定に至るおそれを防止しようとする政策的考慮に基づくものと」と解説されている²²⁾。学説上も、例えば、「このような証拠は、本件窃盗の犯行と関連がない (irrelevant) から排除されるというよりもむしろ、証拠としての価値 (probative value) が低く、不当な偏見の危険性は高いという理由によって証拠から排除されることになる」と述べられるなど²³⁾、同旨の見解が支配的となっている²⁴⁾。

他方、このような通説的見解に必ずしも与しない理解も見られる。例え

21) 最判平24・9・7 (前掲注(4))。

22) 岩崎²⁾ (前掲注(5)) 204頁。そこでは、「前科証拠を犯罪事実の立証に用いることは原則として許容されないということが、伝聞法則と同様の法律的関連性の問題であるとすれば、被告人が同意した場合に証拠能力を否定する理由はないことになるが、誤った事実認定の回避の要請にとどまらず、刑事手続の公正さからの要請であって、証拠禁止ないし「証拠の許容性」の問題であるとするれば、被告人が同意したからといって直ちに証拠能力が肯定されることにはならないことになる」として、概念上の区別の意義が認められている (205頁)。

23) 伊藤博路 (前掲注(5)) 2頁。

24) 豊崎 (前掲注(5)) 134頁, 前田 (前掲注(5)) 157頁, 中川 (前掲注(5)) 187頁, 田淵 (前掲注(5)) 174頁, 滝沢 (前掲注(5)) 529頁, 高内 (前掲注(5)) 87頁, 門野 (前掲注(5)) 85頁。

ば、前科証拠を使用することによる「事実認定を誤らせるおそれ」は、「これを（訴訟運営上の弊害ではなく）証拠の証明力評価にかかわる弊害と位置づけることも不可能ではないであろう（その場合、本判決が、「自然的」関連性という用語を使用する一方、「法律的関連性」という用語を使用しなかった理由も、理論的見地からは、検討に値しよう）」といった分析が見られる²⁵⁾。これは、前科・別罪証拠について自然的関連性を肯定するという点で、通説の見解と一致するが、そこから直ちに法律的関連性の問題とするのではないということであれば、通説とは異なる視点を提示するものである。また、証拠能力の要素に関する分析は、そもそも相対的なものであるとして、個別の証拠について必ずしも一義的に決定づけられるべきものではないとの理解もある。例えば、「悪性格立証禁止の実質的な理由を探ってみると、証明力の欠如（自然的関連性）、誤導のおそれ（法律的関連性）のほか、公正な裁判の実現（証拠禁止）、訴訟経済など様々な考慮が存在することがわかる。つまり、悪性格立証の禁止を専ら法律的関連性の問題と位置づけることは不可能である²⁶⁾、或いは、「法律的関連性がないということは、事実誤認をもたらすことを意味し、それは裏返せば、事実誤認のおそれを乗り越えるほどの証明力が当該証拠にはない（自然的関連性も乏しい）ということの意味するとも理解できるからです（この理解を徹底すると、両概念の区別に意味はなく、「関連性」概念を1つに収斂させることになるでしょう）」²⁷⁾、といった見解が見られる。

元来、証拠能力に関する上記3つの要素は、「法廷における証明の持つ特殊な性質のために、法廷で用いられる証拠には、特殊な制限が加えられる」との理解に基づいており、「これらの理由は排他的なものではなく、……

²⁵⁾ 佐藤（前掲注(5)）184頁。

²⁶⁾ 笹倉宏紀「証拠の関連性」法教364号26、29頁。

²⁷⁾ 緑大輔『刑事訴訟法入門』260頁。

同時に適用されることもある。また相互の限界が明白でない場合もある。ただ、わが法の個々の規定を解釈する場合には、右の三つの異なった観点があることに留意しなければならない^⑧と述べられてきたことからしても、ある証拠を一義的にいずれかの「観点」のみで把握することは困難である。個別事情において、立証事項及び立証構造から、その性格が判定されるべきものである。その際、特に、前科・別罪証拠については、使用される場面が各々異なりうるものであることから、これを分析的に考察する必要がある。

3. 前科・別罪証拠の使用が問題となる場面

前科・別罪証拠の使用は、大別すると、(1)量刑事情として使用される場合と、(2)公訴事実の立証に使用される場合とに分けられる。

(1) 量刑事情として使用される場面

刑法56条・57条によると、前科の存在が刑の加重事由になる。これは、量刑の前提である処断刑の問題であるが、公訴事実の立証が終わった後に判断されるものとして、ここに位置つけてよいであろう。この場合、前科そのものが要証事実となり、これを証明する証拠については、証拠能力が要求される^⑨。その際、立会検察官が被告人にかかる前科の照会を行い、犯歴担当事務官が「前科調書」を発行して（法務省犯歴事務規程13条）、これを証拠として使用する。また、これに代わって、判決謄本が用いられることもある。いずれにしても、証拠書類として取り調べられるが、その際には、伝聞書面であることから、被告人側の同意（刑訴法326条）又は

⑧ 平野（前掲注(1)）192頁。

⑨ 最大決昭33・2・26刑集12巻2号316頁。

伝聞例外規定に該当することが必要である。前科調書⁶⁰⁾及び判決謄本⁶¹⁾は、323条1号の特信書面によって、証拠能力が付与されるものと解される。被告人の自白によることも考えられるが、実務上、そのような方法は否定されている⁶²⁾。

再犯加重に該当しない場合でも、被告人の前科及び別罪（特に余罪）が被告人の情状の悪さを示すために、量刑証拠として使用されることがある。学説上、量刑証拠についても、少なくとも被告人に不利になるものは証拠能力を要求するのが、支配的見解となっている⁶³⁾。それゆえ、その使用において、一定の制限が法的に課されうる。この点について、最高裁大法廷は、いわゆる2段階基準を用いて、「起訴された犯罪事実のほか、起訴されていない犯罪事実をいわゆる余罪として認定し、実質上これを処罰する趣旨で量刑の資料に考慮し、これがため被告人を重く処罰することは許されない〔が、……〕量刑のための一情状として、いわゆる余罪をも考慮することは、必ずしも禁ぜられるところではない」として、一定の条件において証拠能力を認めている⁶⁴⁾。この場合、前科・別罪の存在自体が広く被告人の情状を示すものであることから、自然的関連性は認められてよい。しかし、被告事件の一情状事実であることを超えて、前科・別罪が実質的に処罰される趣旨で使用されるときは、その使用が妨げられなければならない。その根拠として、最高裁大法廷は、①不告不理原則、②証拠裁判主義、③自白・補強法則、④二重の危険禁止といった諸原則を挙げている。

60) 東京高判昭26・10・22判特24号151頁。

61) 松尾浩也監修『条解刑事訴訟法・第4版』881頁。

62) 大塚ほか編〔安東章〕『大コンメンタール刑法・第3版・第4巻』56頁。

63) 三井（前掲注⑧）32頁，光藤（前掲注⑫）107頁，松岡正章『量刑手続法序説』163頁。

64) 最大判昭41・7・13刑集20巻6号609頁，最大判昭42・7・5刑集21巻6号748頁。この問題について、辻本典央「余罪と量刑」近法54巻4号263頁。

このうち、①と④は、前科・別罪を処罰すること自体に対する問題点であり、証拠法上固有の問題点として（被告事件における証拠能力に関して）は、②と③の観点が重要となる。②は、前科・別罪を処罰することは被告事件の量刑事情であることとの関係で、およそ自然的関連性が否定されるものであり、③は、そのまま法律的関連性が否定されるものである。

② 公訴事実の立証に使用される場面

前科・別罪証拠が公訴事実の立証に使用される場合として、①善良性格の弾劾（被告人側立証に対する反証）、②前科が常習性等構成要件の一部に該当、③故意・目的等主観面の立証、④犯人と被告人との同一性立証、という状況が挙げられる⁶⁵⁾。このうち、①は、前述した量刑事情として使用される場面とも共通するが、被告人の性格立証は多面的であり、他の要件が満たされる限り、この場面で証拠能力を認めることには問題がない。また、②も、やはり前述した再犯加重の場合に準じて扱えば足りる。

これに対して、③及び④は、公訴事実の立証に固有の問題である。④は、本稿の主たる関心であり、章を改めて詳述する。ここでは、③の問題について言及する。

この問題について、リーディングケースとなったのが、最高裁昭和41年決定である⁶⁶⁾。この事件は、いわゆる寄付金詐欺事件であるが、被告人は、客観的事実については争わず、ただ、故意（違法性の意識）を否認した。もっとも、被告人には、同種行為により有罪判決を受けた前科があったことから、検察官は、これを被告人の故意を立証するための証拠として申請した。最高裁は、「犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる本件

⁶⁵⁾ 田口（前掲注(7)）369頁ほか。

⁶⁶⁾ 最決昭41・11・22刑集20巻9号1035頁。

事案の下において、被告人の詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を、被告人の同種前科の内容によって認定した原判決に所論の違法は認められない」として、これに証拠能力を認めた。このような証拠使用においては、「同種態様の詐欺の前科があるということは、その種行為が処罰されるということが、少なくとも前科の刑を受けたことにより被告人にも認識されたはずであり、ひいては、今回の行為に際しても、違法性の認識を有していたと推認できる」のであり⁶⁷⁾、自然的関連性だけでなく、法律的関連性も肯定されたものである。このような推認は、被告人の犯罪傾向を介するものではなく、実質的根拠に乏しい人格評価に基づくものではない。もっとも、このことからすると、同種前科・別罪の存在は、被告人の故意や目的といった主観面を一般的に推認させるものではない。例えば、被告人に住居侵入・強姦の前科があるとしても、そこから、後に実行された住居侵入に際しても同じく強姦目的があったと推認することはできない⁶⁸⁾。その意味で、主観面の立証に際しても、前科・別罪証拠と要証事実との関係、証拠構造といった点を分析し、証拠能力の実質的判断が求められる。

Ⅲ. 前科・別罪証拠による犯人性立証

1. 従来の状況

前科・別罪証拠は、公訴事実における犯人と被告人との同一性を立証する証拠として使用できるか。前述（Ⅱ2.）のとおり、この問題は、「悪性格立証」の可否として、主に法律的関連性の問題に位置づけられてきた。そして、このような形での立証は（自然的関連性は認められるとしつつも）、

⁶⁷⁾ 辻裕教「判批」『刑訴法判例百選・第9版』140頁。

⁶⁸⁾ 岩崎②（前掲注⑤）216頁、川出敏裕「演習」法教386号162頁、松代（前掲注⑤）56頁。

原則として禁止されるべきものとされてきた。

判例上も、被告人に暴行の習癖（悪性格）があったことを立証する趣旨の証拠調べについて、これを公訴事実立証のためのものではないとして許容した事案³⁹⁾があることから、前科・別罪証拠を犯人性立証に用いることは、少なくとも原則的には禁止されるものと解されてきた⁴⁰⁾。

他方、下級審裁判例には、強盗致死被告事件で事件の前日に同じ被害者に対して行われたとされる殺人未遂行為を、「関連ある一連の行為として」起訴事件の「犯意とその計画性を立証したもの」として認められるとした事案⁴¹⁾、同一列車内で実行された2件の窃盗（スリ）事件について、両事件（いずれも起訴）は「時間的にも、場所的にも共に接着し、その犯行の方法と態様も同類であつて、両罪事実は互に密接かつ一連の関係にあるものと見られるから」、「[一方の事実の存在が他方の]事実の存在を必然的に推理する蓋然性があり、右窃盗の事実も被告人等の犯行であるとする関連性が認められるし、またそれは情況証拠として、高い証明価値があるものとして許容することができる」とした事案⁴²⁾などがある。後者の事案では、「一般的には、窃盗犯人が、以前に他の窃盗をした事実があるということは、起訴にかかる窃盗も、その人の犯行であることは、刑事司法上の政策及び公正の立場から排除されなければならないが、この他の犯罪証拠排斥の原則は、前述の通り、両犯行が密接に連結して相互に補足す

39) 最判昭28・5・12刑集7巻5号981頁。

40) 最決昭57・5・25判時1046号15頁「千葉大チフス菌事件」は、1審判決が被告人の犯行であるとする納得すべき動機が認められないとして無罪としたのに対して、控訴審判決が「犯行の原因が存在することを推測させる事実として被告人が異常性格者であることを挙げた」点について、「これから犯罪事実を推認した」のではないとの理由で適法としている。

41) 高松高判昭30・10・11高刑特2巻21号1103頁。

42) 静岡地判昭40・4・22下刑7巻4号623頁。

る関係にある本件の場合には適用がない」と判示されている⁽⁴³⁾。その後も、覚せい剤自己使用被告事件について、前科関係も考慮して犯行態様（注射による使用）が認められるとした事案⁽⁴⁴⁾、殺人被告事件について、同一被害者に対する殺人未遂事件も考慮して犯人性が認められるとした事案⁽⁴⁵⁾、強姦致傷等被告事件について、前科中の強姦の犯行手口が本件犯行と酷似していることを犯人性認定の一事実として認められるとした事案⁽⁴⁶⁾などが続いた。

その後、著名な「和歌山カレー毒物混入等事件」において、その控訴審判決は、「起訴されていない被告人の犯罪事実を立証することは、裁判所に不当な偏見を与えるとともに、争点の混乱を引き起こすおそれもあるから、安易に許されるべきではないが、一切許容されないものではなく、特殊な手段、方法による犯罪について、同一ないし類似する態様の他の犯罪事実の立証を通じて被告人の犯人性を立証する場合など、その立証の必要性や合理性が認められ、かつ、事案の性質、審理の状況、被告人の受ける不利益の程度等に照らし相当と認められる場合には、許容されると解するのが相当である」と判示し、本件においては、公訴事実と同じく「被告人が過去において亜硫酸等を飲食物に混入させて人に摂取させた事実」や、被告人がこれを「繰り返していた事実」は、「その犯人性を見極める上で検討に値する事実」であり、「類似事実による立証の必要性も高いと認められ」、「本件類似事実の立証を許すことが被告人に過度の負担を生じさせ、その防御権を不当に侵害するものとはいえない」として、起訴されていない犯罪事実による犯人性立証を正面から肯定した⁽⁴⁷⁾。

(43) 静岡地判昭40・4・22（前掲注(42)）。

(44) 札幌高判昭58・5・24高刑36巻2号67頁。

(45) 東京地判平6・3・31判時1502号48頁。

(46) 水戸地下妻支判平4・2・27判時1413号199頁。

(47) 大阪高判平17・6・28判夕1192号186頁（1審判決も同旨）。

2. 最高裁の2判例

最高裁は、近時、2つの事件で、前科・別罪証拠を犯人性立証のために使用できるかという問題を正面から判断した。いずれの事件も、住居侵入・窃盗の際に被害者宅が放火されたものであり、被告人には同種の前科があった点に共通点が認められる。

(1) 平成24年判決（①事件）⁴⁹⁾

本件公訴事實は、「被告人は、平成21年9月8日午前6時30分頃から同日午前11時50分頃までの間、金品窃取の目的で、東京都葛飾区（以下省略）B荘C号室D方縁側掃き出し窓のガラスを割り、クレセント錠を解錠して侵入した上、同所において、①同人所有の現金1000円及びカップ麺1個（時価約100円相当）を窃取し、②同人ほか1名が現に住居に使用する前記B荘（木造亜鉛メッキ銅板葺2階建、延べ床面積115.67平方メートル）に放火しようと考え、B荘C号室内にあった石油ストーブ内の灯油を同室内のカーペット上に撒布した上、何らかの方法で点火して火を放ち、同室内の床面等に燃え移らせ、よって、現に人が住居に使用しているB荘C号室の一部を焼損（焼損面積約1.1平方メートル）した。」という住居侵入、窃盗、現住建造物等放火の事実（以下、それぞれ「本件住居侵入」、「本件窃盗」、「本件放火」という）及び北海道釧路市内における住居侵入及び窃盗の事実（以下「釧路事件」という）からなるものである。

被告人は、公判前整理手続において、本件住居侵入及び本件窃盗並びに釧路事件については認めたが、本件放火については否認した。被告人には、平成3年4月から平成4年6月までの間に実行した15件の窃盗罪と11件の現住建造物等放火罪（未遂を含む。以下「前刑放火」という）による前科

⁴⁹⁾ 最判平24・9・7刑集66巻9号907頁。

があった。検察官は、被告人は窃盗に及んだが欲するような金品が得られなかったことに腹腹して放火に及ぶという前刑放火と同様の動機に基づいて本件放火に及んだものであり、併せて前刑放火と本件放火はいずれも特殊な手段方法でなされたものであると主張し、その証明のため、上記前科に係る判決書謄本（以下「前刑判決書謄本」という）、上記前科の捜査段階で作成された前刑放火に関する被告人の供述調書謄本、本件の捜査段階で作成された前刑放火の動機等に関する被告人の供述調書（以下これらを併せて「本件前科証拠」という）、本件放火の現場の状況及びその犯行の特殊性等に関する警察官証人の取調べを請求した。

1 審裁判所は、前刑判決書謄本を情状の立証に限定して採用したものの、本件放火の事実を立証するための証拠としては、本件前科証拠を全て「関連性なし」として却下し、また、警察官証人も「必要性なし」として却下した。その際、「被告人の前科である放火の動機の立証を通じて、被告人に本件放火を行う動機があると立証することは、結果として被告人の前科の立証を通じて被告人の犯人性を立証することに帰着し、許されない」と判示されている⁴⁹。その上で、1 審判決⁵⁰は、被告人が本件放火の犯人であると認定するにはなお合理的な疑問が残るとして、本件住居侵入及び窃盗並びに釧路事件についてのみ有罪とした（懲役1年6月）。

検察官が控訴したが、その控訴趣意は、本件前科証拠及び警察官証人は、いずれも本件放火の犯罪を立証する証拠として関連性を有し、取調べの必要性があったにもかかわらず、これらを却下した1 審裁判所の措置は訴訟手続の法令違反に該当し、その結果被告人を本件放火の犯人と認定しなかったのは事実誤認に当たるといえるものである。

⁴⁹ 大橋（前掲注(5)）37頁から引用。

⁵⁰ 東京地判平22・7・8 刑集66巻9号938頁。

控訴審判決⁵⁰は、本件前科証拠のうち、前刑判決書謄本の取調べ請求を却下し、並びに、上記前科の捜査段階で作成された被告人の供述調書謄本及び本件捜査段階で作成された前刑放火の動機等に関する被告人の供述調書について、本件放火との関連性がある部分を特定しないままその全てを却下した1審裁判所の措置には、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反があるとして、1審判決を破棄し、差し戻した。判決理由の概略は、次のとおりである。すなわち、前刑放火11件の動機は、いずれも窃盗を試みて欲するような金品が得られなかったことに対する腹立ちを解消することであり、そのうち10件は、いずれも侵入した居室において、また残り1件は、侵入しようとした住居に向けて放火したものであり、うち7件は、犯行現場付近にあったストーブ内の灯油を撒布したものである。被告人には、このような放火に至る契機、手段、方法において上記のような特徴的な行動傾向が固着化していたものと認められる。被告人は、本件放火と接着した時間帯に放火場所である居室に侵入して窃盗を行ったことを認めているところ、その窃取した金品が被告人を満足させるものではなかったと思料され、前刑放火と同様の犯行に至る契機があると認められる上、犯行の手段方法も共通しており、いずれも特徴的な類似性があると認められる。したがって、これらの前科を示す証拠は、被告人が本件放火の犯人であることを証明する証拠として関連性がある。

被告人側が上告したところ、最高裁は、要旨以下のとおり判示し、原判決を破棄し、差し戻した。すなわち、「前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している。反面、前科、特に同種前科については、被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、その

50) 東京高判平23・3・29刑集66巻9号947頁。

ために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある⁶²⁾。したがって、前科証拠は、単に証拠としての価値があるかどうか、言い換えれば自然的関連性があるかどうかのみによって証拠能力の有無が決められるのではなく、前科証拠によって証明しようとする事実について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められるときに初めて証拠とすることが許されると解するべきである。本件のように、前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合についていうならば、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるものというべきである。』

(2) 平成25年決定 (②事件)⁶³⁾

本件公訴事実は、10件の住居侵入・窃盗罪（未遂を含む）と、10件の住居侵入・窃盗罪（未遂を含む）及びその機会に実行したとされる現住建造物放火罪である。いずれの事件も、岡山市内に集中して平成16年8月から平成17年8月の間に行われたものであり、女性用の下着や装飾品等が盗まれるという点で共通していた。また、被告人には、同種の前科があった。公判では、被告人は、前10件の住居侵入・窃盗罪の犯人であることを認め

⁶²⁾ 岩崎①（前掲注(5)）106頁は、争点拡散のおそれは「証拠調べの必要性」の問題として検討されるべきものと述べる。松田（前掲注(5)）163頁は、争点拡散のおそれは、事実認定を誤らせるおそれとは次元が異なり、「純粹に手続的な問題」であるため、「証拠調べの必要性（ないし相当性）の判断の際に考慮入れられるべき事情」と位置づけられるべきものであると述べる。

⁶³⁾ 最決平25・2・20刑集67巻2号1頁。

たが、後10件の住居侵入・窃盗罪と放火罪については否認した（但し、このうち2件は、住居侵入・窃盗罪の犯人であることまでは認めている）。しかし、1審判決⁶⁴は、公訴事実を全て認めて、懲役28年の有罪判決を言い渡した。

被告人側が控訴したが、控訴審判決⁶⁵は、これを認めず、控訴を棄却した。判決理由の概略は、次のとおりである。すなわち、1審判決は、被告人の前科（昭和47年9月から昭和48年9月までの間に実行した窃盗罪13件、同未遂罪1件、現住建造物等放火罪1件、同未遂罪2件等の罪による前科、及び平成2年3月から同年12月までの間に実行した住居侵入・窃盗罪10件、住居侵入・窃盗・現住建造物等放火罪2件、住居侵入未遂罪1件による前科）に係る犯罪事実、並びに被告人が自認している本件公訴事実中10件の住居侵入・窃盗の各事実等から、被告人には、(ア)住居侵入・窃盗の動機についていわゆる色情盗という特殊な性癖が、(イ)住居侵入・窃盗の手口及び態様について、①侵入先を決めるにあたって下見をするなど何らかの方法により女性の居住者がいるという情報を得る、②主な目的は女性用の物を入手することであり、それ以外の金品を盗むことは付随的な目的である、③家人の留守中に窓ガラスを割るなどして侵入するという特徴がある、(ウ)現住建造物等放火について、女性用の物を窃取した際に、被告人本人にも十分に説明できないような、女性に対する独特の複雑な感情を抱いて、室内に火を放ったり石油を撒いたりするという極めて特異な犯罪傾向がそれぞれ認められる。上記(ア)ないし(ウ)の特徴等が、1審判決判示の（被告人が否認する）住居侵入・窃盗又は同未遂、現住建造物等放火の各事実に一致することから、このことが上記各事実の犯人が被告人であることの間接事実の一つになる。

64) 岡山地判平22・12・7刑集67巻2号14頁。

65) 広島高岡山支判平23・9・14刑集67巻2号113頁。

被告人側が上告したところ、最高裁は、要旨以下のとおり判示し、本件において被告人の前科及び被告人が認めている公訴事実中の犯罪事実を、被告人が否認する事実についてその犯人性の立証に使用することは許されないとした（但し、その余の証拠によっても被告人の犯罪であることが認定できるとして、上告は棄却された）。すなわち、「前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合は、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明の対象である犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであって、初めて証拠として採用できるところ……、このことは、前科以外の被告人の他の犯罪事実の証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合にも同様に当てはまると解すべきである。そうすると、前科に係る犯罪事実や被告人の他の犯罪事実を被告人と犯人の同一性の間接事実とすることは、これらの犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、その特徴が証明対象の犯罪事実と相当程度類似していない限りは、被告人に対してこれらの犯罪事実と同種の犯罪を行う犯罪性向があるという実証的根拠に乏しい人格評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることに等しく、許されないというべきである。……これを本件についてみるに、原判決指摘(ア)の色情盗という性癖はさほど特殊なものとはいえないし、同(イ)の、あらかじめ下見をするなどして侵入先の情報を得る、女性用の物の入手を主な目的とする、留守宅に窓ガラスを割るなどして侵入するという手口及び態様も、同様にさほど特殊なものではなく、これらは、単独ではもちろん、総合しても顕著な特徴とはいえないから、犯人が被告人であることの間接事実とすることは許されないというべきである。また、原判決指摘(ウ)の「特異な犯罪傾向」については、原判決のいう「女性用の物を窃取した際に、被告人本人にも十分に説明できないような、女性に対する複雑な感情を抱いて、室内に火を

放ったり石油を撒いたりする」という行動傾向は、前科に係る犯罪事実等に照らしても曖昧なものであり、「特異な犯罪傾向」ということは困難である上、そもそも、このような犯罪性向を犯人が被告人であることの間接事実とすることは、被告人に対して実証的根拠の乏しい人格の評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることにほかならず……、許されないというべきである。」

なお、本決定には、金築裁判官の補足意見が付されているが、その要旨は、以下のとおりである。すなわち、本件「のような事実関係において、仮に、争いのある放火が、被告人の関与なしに他の者によって犯されたとするならば、それは極めて確率の低い偶然の事態が発生したことを承認することになる。本件のような事案について、各放火事件の犯人性は、あくまで、それぞれの事件に関する証拠のみで別個独立に認定すべきであるとするのは、不自然であり、類似する多数の犯行を総合的に評価することは許されるべきであろう。〔原文改行〕上記10件の放火の中には、上記の時間の幅が1時間20分、2時間といった時間的接近性の極めて高い事件もあり、こうした事件については、その事実だけで被告人が放火の犯人であることを推認することに、あまり疑問はないであろう。しかし、どの程度の時間の幅まで、接近性の原理のみで犯人性を推認できるかは、微妙な問題であって、その際に、類似事実の存在は、一つの補強的な証拠になり得ると考えられる。本件のような事案においては、そうした認定の当否を審理することが必要であり、証拠として許容される場合があるのであって、それが、併合審理をする意義の一つであると考え。……〔平成24年判決が示す〕法理が、自然的関連性のある証拠の使用を、不当な予断・偏見のおそれや合理的な根拠に乏しい認定に陥る危険を防止する見地から、政策的考慮に基づいて制限するものであることに鑑みれば、「顕著な特徴」という例外の要件について、事案により、ある程度の幅をもって考えること

は、必ずしも否定されないのではないだろうか。」

3. 若干の検討

(1) 最高裁判例の意義

最高裁は、まず①事件において、「前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している」とする反面、それが犯人性立証の証拠として許容されるためには、「前科証拠によって証明しようとする事実について、実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれがないと認められる」ことが必要であり、具体的には、「前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなもの」であることが要求されると判示した。また、②事件では、この法理は「前科以外の被告人の他の犯罪事実」にも妥当することが、確認されている。

最高裁は、このようにして、前科・別罪証拠を犯人性立証に使用する場合、自然的関連性が肯定されるにもかかわらずその証拠能力が制限されるべきとの見解を示しているが、その実質的理由として、「前科、特に同種前科については、被告人の犯罪性向といった実証的根拠の乏しい人格評価につながりやすく、そのために事実認定を誤らせるおそれがあり、また、これを回避し、同種前科の証明力を合理的な推論の範囲に限定するため、当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御を行う必要が生じるなど、その取調べに付随して争点が拡散するおそれもある」ことを挙げている。

最高裁調査官は、最高裁の上記判断について、前科証拠による立証は、①被告人に一定の「犯罪傾向」があると推認し、②被告人は当該「犯罪傾向」に基づいて犯行に及んだとの推認に基づくものであって、その「いずれもが相当に不確かなもの」であることから、「誤った事実認定に至るお

それがある」こと、また第1の推認における被告人の「犯罪傾向」の認定は、それ自体で「その証明力の適切な評価が著しく困難であって、事実認定を誤るおそれがある」ことを挙げて、「前科証拠については、その証拠能力を制限することによって誤った事実認定に至るおそれを防止しようとする政策的考慮に基づ〔いて〕」その証拠能力が制限されたもの、と解説している⁶⁶。もっとも、そのような理解を前提に、「不確かな」推認過程を経ない場合」には、前科証拠もその証拠能力が認められてよいとされる。そこでは、①前科証拠を被告人の「犯罪傾向」を介さない別の推認過程で被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合、及び、②被告人の「犯罪傾向」を介する推認過程は経るものの、その推認過程に実証の根拠があり「不確かな」ものではないといえる場合、が挙げられている。このうち②の場合は、被告人の行動傾向の固着化という点に着目し、それによって彼の行動が支配されたものであるとの推認を認めるものであるが、現実には、そのような認定を行うことは困難であろう⁶⁷。それゆえ、「現実的には、前科証拠が被告人の「犯罪傾向」を介した「不確かな」推認に用いられることのない場合」に限定される⁶⁸。

最高裁判例の結論及びその基礎づけについては、上記調査官解説も含め

66) 岩崎②(前掲注(5))201頁以下。成瀬剛「類似事実による立証」井上・酒巻編『刑事訴訟法の争点』154頁は、証拠能力が制限されるべき根拠を、「偏見」(2段階推認)を制限する必要に求める。

67) もっとも、廣瀬(前掲注(5))187頁は、僅少な窃盗直後の放火という類似性が認められるのであり、被告人が犯人ではないことも前提とすべきではないと述べ、渡辺(前掲注(5))117頁は、1審判決の認定は「空き巣が長時間侵入先にとどまることはないのではないか」という先入観によるものであり、実際に、長時間とどまることも稀ではないと述べている。これに対して、高平②(前掲注(5))180頁は、「犯行に至る契機」と「行動傾向の固着化」の比較は、本件窃盗と放火の犯人が同一であることを前提とするため、結論先取りの批判を免れないと述べる。

68) 岩崎②(前掲注(5))206頁以下、門野(前掲注(5))88頁。

て、基本的に異論はないところである。もっとも、その理論的分析は、判例の射程を考える上でも重要である。この問題については、既に英米の法制度を検討した多くの比較法的研究が残されており、上記最高裁調査官解説も、その多くを両国制度の検討に割いている。本稿では、後述の検討に向けて、これらの先行研究に依拠しつつ以下のとおり整理しておく。

(2) 前科証拠の許容性に関する比較法的知見

アメリカでは、連邦証拠規則404条において、①性格証拠、②別罪又は他行為は、その者がこれによって証明される性格に基づいて行動したことを立証する目的で証拠とされることを禁止している。このような立証は、「人がある場面である行為をしたかどうかを判断するにあたり、他の条件が同じであればその者の行動パターンどおりに行動したであろうとするのは論理的であり、その者の行動パターンはその者の性格にも関連している」ものであるが、「訴訟当事者のある行為を立証するために、その者の性格を証拠とすることは、偏見の可能性が大きく、証明力もまちまちである」ことから、原則として禁止されるものと説明されている⁵⁹。もっとも、性格証拠については、被告人側が自身の良性格を立証することや、検察側がこれを弾劾する場合には、例外的に証拠として使用可能である。また、別罪や他行為は、「動機、機会、意図、予備、計画、知識、同一性、錯誤不存在、偶発性欠如の証明」など、多目的で証拠とすることが認められている。もっとも、その際でも、同規則403条において、「不当偏見、争点混乱、陪審への誤解、不当遅延、時間浪費、重畳的証拠として不必要」などといった弊害との衡量により、裁判所は当該証拠を排除することができる。

学理上、このような連邦証拠規則におけるルールは、性格立証に基づく

⁵⁹ 田邊真敏『アメリカ連邦証拠規則』46頁。

行動の推認は許されないが、例えば被告人の前科にかかる手口との同一性から本件の犯人性が立証される場合には、当該事実から直接犯人性が推認されるのであるとして、例外的に許される場合について説明されている。この点で、いわゆる「署名理論」は、いわば犯行現場に指紋が遺留されていた場合のごとく、上記のような同一性を厳格に解そうとするものであるが⁶⁰⁾、その程度はともかくとして、判例実務においても、「厳格に、手口の類似性が高い場合に限定」されているようである⁶¹⁾。なお、そこでは、「性格」と「習慣」が区別されていることも、注意が必要である⁶²⁾。習慣は、性格とは異なり、「準自動的行為」としてその人の行動パターンの存在が一定の行為の存在を推認せうるとされるものである。但し、犯罪行為は、基本的にこれには該当しないと解されている⁶³⁾。

他方、イギリスでは、従来からそのコモン・ロー準則において、比較衡量論が採られてきた。すなわち、前科等証拠による証明力が、それを使用することによる予断偏見等の弊害を上回る場合に、その証拠能力が肯定されてきた⁶⁴⁾。もっとも、証拠の許容性判断は裁判所の裁量に委ねられるべきであり、ただ、その裁量行使にあたってより系統だてられたルールが必要であるとして、2003年に法改正が行われた。現在は、そこで定められた基準に基づいて運用されている。

これによると、被告人の悪性格による立証は、全手続関係人がそれに合意した場合や、弾劾的使用の場合に加えて、特に「その証拠が被告人と検察官の間の争点となっている重要な事項に関連する場合」には、被告人か

60) McCormick, *On Evidence*, 6th ed., p.756.

61) 岩崎②（前掲注5）170頁。

62) 川出（前掲注88）163頁。

63) 岩崎②（前掲注5）177頁。

64) 高平奇恵「イギリスにおける悪性格証拠の許容性に関する予備的考察」法政78巻3号267, 273頁。

らの証拠排除申立てに応じて「手続の公正さに対する悪影響が生じると認められる」という場合を除いて、その証拠能力が認められるとされている(2003年刑事司法法101条3項)。そして、そのような重要な事項として、「被告人に起訴されている種類の犯罪を犯す傾向があるか」、「被告人に不誠実な傾向があるか」といった問題が、これに含まれると定義されている(同法103条1項)。また、前者の犯罪傾向を立証するには、「被告人が起訴された罪と同じ、又は同種の有罪判決を受けたこと」を証拠として立証できるとされている(同法103条2項)。このようにして、現行法は、コモン・ロー準則よりも相当広範囲に、悪性格証拠を許容するものであると分析されている⁶⁵⁾。

以上の比較において、前科・別罪証拠の許容性に関してみれば、イギリスでは、コモン・ロー準則時代から一貫して利益衡量に基づいて判断され、現行法においても、これを緩やかに許容する方向で運用されている。他方、アメリカでは、悪性格立証は原則として禁止され、動機や同一性等の立証に関しても、それ自体で顕著な特徴が要求されており、かつ、その上でさらに弊害との衡量も要求されている。これを見ると、我が国の最高裁判例は、少なくとも「基本的な考え方としては、アメリカの制度に近い」見解を示したものである⁶⁶⁾。

(3) 私見

以上の先行研究に基づく知見を踏まえて、問題を整理し、私論を提示しておきたい。

第一に、起訴事件とは全く類似性又は関連性のない前科・別罪の存在か

⁶⁵⁾ 岩崎②(前掲注(5))196頁、高平奇恵「イギリス2003年刑事司法法における悪性格証拠の許容性」法政79巻3号341、374頁。

⁶⁶⁾ 岩崎②(前掲注(5))210頁。

ら、一般的に被告人には悪性格があることを立証し、起訴事件についてもそのような悪性格に基づいて実行されたと推認することは、およそ否定されなければならない。この点について、最高裁は、「前科も一つの事実であり、前科証拠は、一般的には犯罪事実について、様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有している」と判示しているが、これがおよそ一般的・抽象的に何らかの前科であれば足りるという意味であれば、疑問である⁶⁷⁾。最高裁調査官は、この点について、前科の存在から被告人の「犯罪傾向」を導くことは、「必ずしも科学的、医学的に裏付けられたものではなく、経験的にそのような推認ができるとしても、その実体は、被告人が前科に係る犯罪を犯したという事実をそのように評価しているにすぎないか、せいぜい一種の行動心理学的、統計的判断にとどまる」と解説しており、しかも、そのような推認に用いられるべき前科は、起訴事件と同種のものであることが前提されている⁶⁸⁾。また、アメリカ法の理解においても、前述のとおり、性格立証の前提として、あくまで同一条件下での行動パターンの類似性が前提とされており、全く異質の前科・別罪が想定されているわけではない。最高裁自身、前科の中でも「同種前科」について「実証の根拠に乏しい人的評価につながりやすく、そのため事実認定を誤らせるおそれ」があることを挙げているが、これにあたらぬ「異種前科」は、およそそのような推認すらもたらさない（自然的関連性が否定されるべき）ものと解される。

67) 滝沢（前掲注(5)）533頁は、「悪性立証は二つの推認に合理的な根拠がないことから否定されるものであるから、逆に、この二つの推認に何らかのかたちで合理性が認められる場合には、例外的に、悪性立証が許容される余地がありうるものと考えられる」と述べる。ここでの悪性がどのようなものを意味するのかは不明であるが、被告人の単なる悪性格を意味しているのであれば、そのような例外があり得るのかは疑問である。

68) 岩崎②（前掲注(5)）202頁。

第二に、このようにして、前科・別罪証拠は、それが起訴事件と一定の類似性が認められるもの（つまり、同種前科・別罪）である場合に初めて、「証拠としての価値」すなわち「自然的関連性」が認められるものであるが、さらにその上で、「実証的根拠の乏しい人格評価によって誤った事実認定に至るおそれ」が排斥されることが、証拠能力が肯定されるための要件となる。その際、イギリスのコモン・ロー準則（及び、2003年刑事司法法でも基本的）にみられるような、証拠価値とその弊害との完全な利益衡量に基づく判断は、最高裁判例の表現（「誤った事実認定に至るおそれがないと認められるとき」（圏点筆者。以下同様）を見る限り、ここで完全に排斥されたといつてよい⁶⁹⁾。また、行動傾向の固着化という構成も、これが個人の習慣（habit）であり悪性格とは異なるものとの理解を前提にしても⁷⁰⁾、前述したアメリカ法の理解が示すとおり、犯罪行為はそのような意味での「準自動的行為」には該当しないとされていることからすると、これをもって被告人の犯人性を立証するために使用することは許されない。

そこで、前科・別罪証拠が被告人と犯人との同一性を立証するため使用を許される可能性として残されているのは、最高裁の判示によると、「①前科〔又は別罪〕に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、②それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、③それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなもの」（丸数字筆者）である。このうち③は証拠から事実の推認をいうものであるから、証拠能力の条件としては、①かつ②の存在ということになる。この点について、前述

69) 堀江（前掲注(5)）195頁。これに対し、中川（前掲注(5)）191頁は、英米両国の現状を勘案して、「状況証拠による認定の一場面として、同種前科の使用の許否は、一定程度の手口等の類似性があれば許容し、その上で、合理的な推認力と不当な偏見等の危険との比較衡量を事実審裁判所の健全な裁量に委ねるという方向でよかったのではないかとと思われる」と述べる。

70) 岩崎②（前掲注(5)）168頁、高内（前掲注(5)）93頁。

したアメリカ法学理で示されるような「署名理論」が参考になる。例えば、犯罪の手口が特異で、他の人には類似の行為を行うことが困難であるといった場合、あたかも現場に遺留された指紋のごとく、両犯罪の犯人が同一であると推認することが合理的であろう。このような場合、被告人の「犯罪傾向」といった不確かな人格的評価を加えた推認を経るものではなく、「誤った事実認定に至るおそれ」もない。もちろん、そのような特異性・顕著性には程度があり⁷¹⁾、およそ他者がそれを行うことがあり得ないという程度まで至る必要はないとしても⁷²⁾⁷³⁾、誰もが同じ行為をなすような程度のものであれば、被告人の犯人性を合理的に推認させるような質をもたない⁷⁴⁾。

以上の考察をふまえて、最高裁で問題となった事案を検討する。両事件は、いずれも（主として）被告人の放火行為を前科・別罪で認定することができるかが問題となったのであるが、結論において、いずれも否定されている。①事件は、犯行動機として「窃盗の目的で住居に侵入し、期待し

71) 前田雅英「裁判員裁判と最高裁の変化」研修778号3，9頁。

72) これはもはや、証明基準の問題であり、単独証拠に要求されるべきものではない（宇藤ほか〔堀江慎司〕『刑事訴訟法』333頁，堀江（前掲注5）195頁）。なお、②事件の金築裁判官補足意見は、近接性原理に基づく推認の過程に、相当数の同種行為が反復された事実を取り込んだ総合的評価を主張するが（吉川（前掲注5）30頁も同旨）、同種行為の数の多寡だけで証拠能力が決定されるというのでは、証明力と証拠能力を混同するものであると思われる。松代（前掲注5）72頁は、このような理解を英米法における「偶然累積の理論」に基づくものとしたうえで、そのような理論の採否については「なお異論はあるうえ、そもそもアメリカ型の下では、故意等の立証の場面では格別、今回の判例……のような同一性立証の場面では基本的に適用されていないことにも、留意する必要がある」と批判する。伊藤雅人「類似事実による立証について」『植村立郎判事退官記念論文集・現代刑事法の諸問題・第1巻』365，375頁，正木（前掲注5）114頁も、結論において同旨の批判を寄せている。

73) 伊藤博路（前掲注5）13頁。

74) 豊崎（前掲注5）134頁，田淵（前掲注5）175頁，高平①（前掲注5）123頁，高内（前掲注5）91頁。

たほどの財物が窃取できなかったため放火に及ぶ」という点が、また、行為態様として「侵入した居室内に石油ストーブの灯油を撒いて火を放つ」という点が、それぞれ上記の意味での犯罪事実として顕著な特徴を有するかが問われるが、これは疑わしい⁽⁷⁵⁾。それゆえ、被告人の前科に同様の事実があったと認められるとしても、これをもって本件起訴事実と相当程度類似するとはいえない。他方、第2事件は、犯行動機として「色情盗という性癖」が、また、行動傾向として「女性用の物を窃取した際に、被告人本人にも十分に説明できなような、女性に対する複雑な感情を抱いて、室内に火を放ったり石油を撒いたりする」ことが問われるが、やはり、いずれもさほど特殊なものではなく、これをもって「特異な犯罪傾向」ということはできない。

IV. おわりに

以上、本稿は、近時の最高裁判例で検討された問題を中心に、前科・別罪証拠の証拠能力について体系的に考察した。ここでは、証拠能力に関する3つの観点を分析し、それぞれの場面、証拠構造に応じた検討が必要であると主張した。その意味で、本稿は、前科・別罪証拠について、もっぱら法律的関連性の問題として検討してきた通説的見解とは一線を画するものである。

(75) これに反対の見解として、前田（前掲注(5)）173頁は「放火事案に携わった警察官に聞いて見ると、めぼしいものがなかったので腹いせに火を付ける類型はかなり特徴的なものようである」と述べる。これに対して、伊藤博路（前掲注(5)）14頁以下は、本件動機（腹立ちの解消）は、特徴的な動機に基づく犯行態様であるとはいえらるしつつ、但し、犯人性を立証するための証拠としてはぜい弱であり、事実認定を誤らせる可能性が高いから、証拠としての関連性は否定されるべきであったと述べる。

もちろん、証拠能力如何の問題は、その実質的考慮が重要であり、カテゴリーへの分類はその前提に過ぎない。とはいえ、証拠能力論は証明力論とは明確に区別されるべきものであり、その実質的考慮が単なる利益衡量にとどまるのではなく、理論的かつ体系的に整合したものとされるべきことに異論はないであろう。その意味で、本稿で示された分析が、前科・別罪証拠の証拠能力問題における検討の方向性を示すものとして受け入れられれば幸いである。

(2014年11月 脱稿)