HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	堀田, 尚徳
Citation	北大法学論集, 65(4), 162[171]-138[195]
Issue Date	2014-11-28
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/57466
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol65no4_08.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

刑　事　判　例　研　究

堀　田　尚　徳

①事件

前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いることが許されないとされた事例

最高裁平成24年９月７日第二小法廷判決（平成23年（あ）第670号　住居侵入、窃盗、現住建造物等放火被告事件）

刑集66巻９号907頁、裁時1563号６頁、判時2164号45頁、判タ1382号85頁

②事件

前科に係る犯罪事実及び前科以外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が許されないとされた事例

最高裁平成25年２月20日第一小法廷決定（平成23年（あ）第1789号　住居侵入、窃盗、現住建造物等放火、窃盗未遂被告事件）

刑集67巻２号１頁、裁時1574号４頁、判時2180号142頁、判タ1387号104頁

①事件

【事案の概要】

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分頃までの間に、住居侵入・窃盗（被害品は、現金1000円及びカップ麺１個）・現住建造物等放火[1]に及んだ事実（以下、それぞれ「本件住居侵入」、「本件窃盗」、「本件

[1] 行為態様は、起訴状記載の公訴事実よれば「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、

放火」という。）及び北海道釧路市内において住居侵入・窃盗に及んだ事実（以下、「釧路事件」という。）により起訴された。

被告人は、平成３年４月７日から平成４年５月10日までの間に15件の窃盗を、同年３月29日から同年６月13日までの間に11件の現住建造物等放火（未遂を含む。以下、「前刑放火」という。）を行った等の罪により、平成６年４月13日、懲役８月及び懲役15年（前刑放火を全て含む。）に処せられた前科を有していた。

公判前整理手続において、被告人は、本件住居侵入、本件窃盗、釧路事件については争わないものの、本件放火の犯人性を否認した。これに対して検察官は、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立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、かつ、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、この事実を証明するため、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15通、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１通（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１名の取調べを請求した。

第１審である東京地裁平成22年７月８日判決（刑集66巻９号938頁）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本件前科証拠を全て関連性無しとして却下すると共に、上記警察官証人を必要性なしとして却下した上で、本件放火については無罪とした。なお、本件住居侵入、本件窃盗、釧路事件については有罪とした（裁判員裁判）。

これに対して検察官は、本件前科証拠及び上記警察官証人は、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、これらを却下した第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ものであるとして控訴した。

原審である東京高裁平成23年３月29日判決（刑集66巻９号947頁）[2]は、前刑放

同室内の床面等に燃え移らせ」るというものであった。

[2] 評釈として、大橋君平「判批」季刊刑事弁護68号（2011年）35頁、佐藤淳「判批」

火11件の動機がいずれも窃盗を試みて欲するような金品を得られなかったことに対する腹立ちを解消することにあること、上記11件がいずれも侵入した居室内又は侵入しようとした住居に向けて放火したものであること、上記11件のうち７件が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ことを摘示した上で、次のように判示して、本件前科証拠のうち前刑判決書謄本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15通及び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１通のうち本件放火と特徴的な類似性のある犯行に至る契機、犯行の手段方法に関する部分はいずれも関連性が認められるとし、第１審判決を破棄し、事件を東京地方裁判所に差し戻した。前刑放火と本件放火は、「侵入した居室内において灯油を撒布して行われるという、その犯行の手段方法に類似性があると認められる。そのような手段方法で放火をすることは、住宅への放火という類型の一部分に限定される上、前刑放火においては、そのような手段方法が繰り返され、その行動傾向が固着化していると認められ、それらが、本件放火との間の犯行の手段方法についての類似性をより特徴的なものにしている・・・。さらに、前刑放火のいずれもが、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を主な動機としており、そのうっぷん晴らしのために他人の住宅への放火を繰り返すという、窃盗から放火の犯行に至る契機の点で、前刑放火における行動傾向が固着化していると認められる。他方、本件放火と接着した時間帯に、被告人がその犯行場所に侵入して窃盗を行ったことについては争いがなく」その結果は「被告人を満足させるものであったとはうかがわれないことからして、その腹いせに被告人が本件放火に及んだ可能性が考えられる。そうすると、前刑放火と本件放火とは、窃盗から放火の犯行に至る契機の点においても、類似性があると認められる。そして、この点に関する前刑放火での行動傾向が固着化していることが、その類似性をより特徴的なものにして

研修756号（2011年）17頁、杉原隆之「判批」捜査研究726号（2011年）67頁、高倉新喜「判批」季刊刑事弁護68号（2011年）54頁、正木祐史「判批」法学セミナー681号（2011年）134頁、門野博「判批」刑事法ジャーナル31号（2012年）83頁、佐藤隆之「判批」判例セレクト2011［Ⅱ］（法学教室378号別冊、2012年）42頁、高平奇恵「判批」法律時報84巻５号（2012年）178頁、廣瀬健二「判批」平成23年度重要判例解説（有斐閣、2012年）185頁、渡辺咲子「判批」明治学院大学法科大学院ローレビュー 16号（2012年）113頁がある。

いる・・・。」前刑放火と本件放火との間には、犯行に至る契機及び犯行の手段方法の点でいずれも特徴的な類似性があると認められるから、本件前科証拠のうち犯行に至る契機、犯行の手段方法に関するものは、「前刑放火の犯人と本件放火の犯人が同一である蓋然性を合理的に推認させるということができる」。

被告人は、本件前科証拠は証拠能力を欠き、原判決には訴訟手続の法令違反があるなどとして上告した。

【判旨[3]】

破棄差戻し[4]

「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

[3] 評釈として、辻昌文「判批」研修772号（2012年）73頁、石田良「判批」警察公論（Keisatsu koron）68巻３号（2013年）85頁、伊藤博路「判批」名城大学ロースクールレビュー 27号（2013年）１頁、岩崎邦生「判批」ジュリスト1455号（2013年）103頁、高内寿夫「判批」国学院法学51巻１号（2014年）83頁、内田博文「判批」判例評論657号（2013年）32頁、佐藤隆之「判批」平成24年度重要判例解説（2013年）184頁、高平奇恵「判批」法律時報85巻12号（2013年）123頁、滝沢誠「判批」法学新報120巻３＝４号（2013年）525頁、田淵浩二「判批」新判例解説 Watch12号（2013年）173頁、津村政孝「判批」判例セレクト2012［Ⅱ］（法学教室390号別冊、2013年）39頁、豊崎七絵「判批」法学セミナー 694号（2012年）134頁、中川武隆「判批」刑事法ジャーナル35号（2013年）185頁、前田雅英「判批」警察学論集65巻11号（2012年）162頁、吉川崇「判批」研修774号（2012年）19頁、匿名解説「判批」法律時報85巻１号（2013年）132頁がある。なお、高橋省吾「刑事事実認定に関する最近の最高裁判例について」山梨学院ロー・ジャーナル８号（2013年）29頁も、特に72頁以下で本判決を検討している。

[4] 差戻審である東京高裁平成25年１月10日判決は、検察官の控訴を棄却した。

証拠能力の有無が決せ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。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。」本件においては、「窃盗の目的で住居に侵入し、期待したほどの財物が窃取できなかったために放火に及ぶということが、放火の動機として特に際だった特徴を有するものとはいえないし、また、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態様もさほど特殊なものとはいえず、これらの類似点が持つ、本件放火の犯行が被告人によるものであると推認させる力は、さほど強いものとは考えられない。原判決は、・・・窃盗から放火の犯行に至る契機の点及び放火の態様の点について、前刑放火における行動傾向が固着化していると判示している。固着化しているという認定がいかなる事態を指しているのか必ずしも明らかではないが、単に前刑放火と本件放火との間に強い類似性があるというにとどまらず、他に選択の余地がないほどに強固に習慣化していること、あるいは被告人の性格の中に根付いていることを指したものではないかと解され、その結果前刑放火と本件放火がともに被告人によるものと推認できると述べるもののようである。しかし、単に反復累行しているという事実をもってそのように認定することができないことは明らかであり、以下に述べる事実に照らしても、被告人がこのような強固な犯罪傾向を有していると認めることはできず、実証的根拠の乏しい人格評価による認定というほかない。

すなわち、前刑放火は、間に服役期間を挟み、いずれも本件放火の17年前の犯行であって、被告人がその間前刑当時と同様の犯罪傾向を有していたと推認することには疑問があるといわなければならない。加えて、被告人は、本件放火の前後の約１か月間に合計31件の窃盗（未遂を含む。以下同じ。）に及んだ旨上申している。上申の内容はいずれも具体的であるが、これらの窃盗については、公訴も提起されていない上、その中には被告人が十分な金品を得ていないとみられるものが多数あるにもかかわらず、これらの窃盗と接着した時間、場所で放火があったという事実はうかがわれず、本件についてのみ被告人の放火

の犯罪傾向が発現したと解することは困難である。」「被告人は、本件放火に近接した時点に、その現場で窃盗に及び、十分な金品を得るに至らなかったという点において、前刑放火の際と類似した状況にあり、また、放火の態様にも類似性はあるが、本件前科証拠を本件放火の犯人が被告人であることの立証に用いることは、帰するところ、前刑放火の事実から被告人に対して放火を行う犯罪性向があるという人格的評価を加え、これをもとに被告人が本件放火に及んだという合理性に乏しい推論をすることに等しく、このような立証は許されないものというほかはない。」

②事件

【事案の概要】

被告人は、平成16年８月から同17年３月下旬までの間に、岡山市内において９件の住居侵入・窃盗に及んだ事実、同年４月上旬から同年８月中旬までの間に、同市内において10件の住居侵入・窃盗（うち１件は未遂）・現住建造物等放火に及んだ事実、同年８月上旬、同市内において１件の住居侵入・窃盗に及んだ事実により起訴された。

被告人は、２つの前科を有していた。１つめは、昭和47年９月から同48年９月までの間の窃盗13件（うち２件で女性用の物が被害品となっていた。）、同未遂１件、現住建造物等放火１件、同未遂２件（現住建造物等放火及び同未遂の動機は「他人方居宅において室内を物色するも何も発見することができなかったことに立腹し、右居宅を焼毀してその鬱憤を晴らそうと考え」たこととされていた。）等の罪により懲役６年に処せられた前科である。２つめは、平成２年３月から同12月までの間の女性用の物の窃取を目的とする住居侵入・窃盗６件、金品窃取を目的とする住居侵入・窃盗が５件（うち１件の窃盗は未遂）、その他、女性用の物の窃取を目的とする住居侵入・窃盗・現住建造物等放火２件（放火の動機は、「下着の所有者である女性を独占したいという自己の欲望を満足させる」こととされていた[5]。）の罪により懲役９年に処せられた前科で

[5] 第１審である静岡地方裁判所沼津支部の判決書ではこのように判示されていたが、控訴審である東京高等裁判所の判決書では、原判決が、「被告人の検察官調書中の自白に従って、放火の動機を前記のように一義的に断定したことは事実を誤認した疑いが濃厚であるが、被告人の性倒錯傾向が放火の動機に幾分

ある。

被告人は、平成16年８月から同17年３月下旬までの間の９件の住居侵入・窃盗及び同年８月上旬の１件の住居侵入・窃盗について事実を認めた。しかし、同年４月上旬から同年８月中旬までの間の10件の住居侵入・窃盗（うち１件は未遂）・現住建造物等放火については、２件について犯人性を全面的に認めたものの、２件について住居侵入・窃盗の犯人性のみを認めて現住建造物等放火の犯人性を否認し（ただし、１件で室内に灯油を撒いたことは認めた。）、残りの６件については犯人性を全面的に否認した。

第１審である岡山地裁平成22年12月７日判決（刑集67巻２号14頁）は、上記公訴事実の全てを認定し、被告人を有罪とした。これに対して、被告人が事実誤認等を理由に控訴した。

原審である広島高裁岡山支部平成23年９月14日判決（刑集67巻２号113頁）は、控訴を棄却したが、事実誤認の控訴趣意を排斥するに当たり、次のとおり判示した。被告人の前科に係る犯罪事実及び本件のうち被告人が認めている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認められる、（イ）住居侵入・窃盗の手口及び態様について、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居るという情報を得る、主な目的は女性用の物を入手することにあり、それ以外の金品を盗むことは付随的な目的である、家人の留守中に窓ガラスを割る等して侵入するという特徴が認められる、（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とした上で、上記の各特徴等と本件で争いのある８件の住居侵入・窃盗・現住建造物等放火の各事実とが一致するとし、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とした。これに対して、被告人が事実誤認等に加えて、動機及び犯人性を前科によって認定した点に違法があるとして上告した。

か関係を持つことは否定できない」と判示されていた。なお、これに対する上告は棄却されている。

【決定要旨[6]】

上告棄却

「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（最高裁平成23年（あ）第670号同24年９月７日第二小法廷判決・裁判所時報第1563号６頁参照）、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

[6] 評釈として、岩崎邦生「判批」ジュリスト1462号（2014年）97頁、高平奇恵「判批」新判例解説 Watch14号（2014年）173頁、玉本雅之「判批」研修779号（2013年）13頁、古江賴隆「判批」判例セレクト2013［Ⅱ］（法学教室402号別冊、2013年）41頁、堀江慎司「判批」平成25年度重要判例解説（2014年）194頁、正木祐史「判批」法学セミナー 702号（2013年）114頁、松田岳士「判批」判例評論662号（2014年）31頁、吉川崇「判批」警察学論集66巻７号（2013年）155頁、匿名解説「判批」法律時報85巻10号（2013年）130頁がある。前田雅英「裁判員裁判と最高裁の変化」研修778号（2013年）３頁及び松代剛枝「類似事実立証について」関西大学法学論集63巻６号（2014年）48頁も、①事件判決及び②事件決定に言及している。

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的評価を加え、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（前掲最高裁平成24年９月７日判決参照）、許されないというべきである。」

なお、金築誠志裁判官の補足意見がある。

【検討】

第１　はじめに

１　２つの最高裁判決・決定を取り上げる意義

平成24年判決（以下、「①事件判決」という。）は、前科事実の立証に用いられる証拠（以下、「前科証拠」という。）を犯罪事実の立証に用いる場合は、原則として証拠能力を欠き、例外的に証拠能力が肯定される場合があるとする従来の我が国の裁判例の流れを継承すると共に[7]、最高裁として初めて、前科証拠を、犯人性の立証に用いる場合に当該証拠の証拠能力が肯定されるための具体的な基準を示した上で、本件前科証拠の証拠能力を否定することにより、その具体的な適用例を示した。

また、平成25年決定（以下、「②事件決定」という。）は、前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠を犯人性の立証に用いる場合の証拠能力の有無についても①事件判決の判断基準が当てはまるとした上で、前科に関する事実や前科以外の類似事実の存在を犯人性の間接事実とする場合についても、同じ判断基準が当てはまるとした。

このように、①事件判決・②事件決定を通じて、前科証拠及び前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠を犯人性の立証に用いる場合についての最高裁の立場が明らかになったことから、本稿では①事件判決・②事件決定を同時に取り上げる意義があると考えられる。

２　従来の判例・裁判例の概観

[7] 証拠能力の問題として位置づけたものの、後述のようにいわゆる法律的関連性の問題としているか否かは定かではない。

前科証拠や前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠を（犯人性に限らず）犯罪事実を立証するために用いることができるか否かに関して、大審院及び最高裁は従来、以下のような判断をしていた。まず、旧刑事訴訟法の下において、大審院大正７年５月24日判決（刑録24輯15巻647頁）は、傷害被告事件において、強盗、傷害等の前科に関する被告人の公判供述や前科調書を証拠採用した上で犯罪事実を認定した原判決を、「前科ハ其後ニ生シタル犯罪行為ト何等関渉スル所ナク全然過去ノ事実ニ属スル」ことを理由として破棄した[8]。もっとも、この判決はいかなる場合であっても前科証拠を用いることができないのかについてまでは判断していない、と読む余地があった。また、現行刑事訴訟法の下においても、最高裁昭和28年５月12日判決（刑集７巻５号981頁）が、被告人の暴行癖の立証に関して、「公訴事実の立証の為のものでなく、量刑に関する情状に関するもの」である場合には「制限すべきいわれはない」と判示したため、最高裁は、前科証拠や前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠を犯罪事実の立証に用いることは原則として許されないとする立場であった[9]。その後、最高

[8] 大審院昭和２年９月３日判決（法律新聞2750号９頁）も、被告人が殺人予備、銃砲火薬類取締法施行規則違反により起訴された事件において、原判決が賭博罪の前科に関する被告人の公判供述を証拠採用したことに関して、前科については上記大正７年判決と同様の理由により「前科ヲ採リテ犯罪事実証明ノ資料ニ供シタリトセハ採証ノ法則ニ違反スルモノト云ハサルヲ得ス」とした。もっとも、事案の解決としては、原判決が被告人の上記前科を犯罪行為の成立のために用いたものではなく、情状に関する証拠として用いたものであるとして、上告を棄却した。大審院昭和14年３月25日判決（大審院判決全集６輯14号43頁）も傷害致死被告事件について同様の判断を示している。もっとも、大審院昭和15年３月19日判決（大審院判決全集７輯12号26頁）は、結婚詐欺の故意の存否が争われた事案において、原判決が、同種前科を複数有する旨の被告人自身の公判廷における供述を有罪の証拠として用いたことについて、「被告人ノ性行経歴ニシテ其ノ犯行ト脈絡交渉アリト解セラルルニ於テハ犯人カ斯クノ如キ性行経歴ヲ有スルモノナリト証拠ニ依リテ説示シ当該犯罪認定ノ資料ト為スニ何等ノ妨ケアルコトナシ」と判示して、前科証拠が故意を認定する一資料となり得る場合があるとした。

[9] 昭和28年判決は、大審院判決の立場を維持しているものと解されている。辻裕教「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第９版〕』（有斐閣、2011年）141頁。

裁昭和41年11月22日決定（刑集20巻９号1035頁）が、犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められることを前提に「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つて認定」することは許されるとして、例外の一場面を示したものの、他に例外と認められる場面は存在するのか、存在するとしてどのような要件の下でその例外が許容されるのかについて、正面から判断を示したことはなかった[10]。

下級審の中には、前科証拠以外の類似事実を立証することに関して、「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」との判断基準を示すものもあった[11]。もっとも、下級審の事案は、前科事実や類似事実と起訴に係る犯罪事実とが時間的場所的に接着しているとの事情、あるいは、前科や類似犯罪が複数回繰り返されているなどの事情があったため、犯行の手口の特殊性や類似性のみならず、これらの事情をも考慮することにより、前科証拠や前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠を許容しているのではないかと読む余地があった[12]。

---

[10] 千葉大チフス事件上告審決定である最高裁昭和57年５月25日決定（判時1046号15頁）も、被告人の悪性格に基づき原判決が犯罪事実を立証したとの上告趣意に対して、「原判決が被告人の悪性格を理由に犯罪事実を認定したものでないことは判文上明らかであるから、所論は前提を欠く」として、前科証拠や前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠を、犯罪事実を立証するために用いることは原則として許されないとする従前の最高裁の立場を維持している。

[11] 大阪高裁平成17年６月28日判決（判タ1192号186頁）。なお、前科証拠に関するものとして、水戸地裁下妻支部平成４年２月17日判決（判時1413号35頁）、広島地裁福山支部平成18年８月２日判決（判タ1235号345頁）、東京高裁平成21年12月21日判決（高刑速報平成21年158頁）。前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠に関するものとして、高松高裁昭和30年10月11日判決（高刑特報２巻21号1103頁）、静岡地裁昭和40年４月22日判決（下刑集７巻４号623頁）。

[12] 吉川・前掲（３）19頁。

このような状況の下で現れたのが、①事件判決及び②事件決定である。

3　検討の順序

①事件判決は、同種前科が事実認定を誤らせる危険性に言及した上で、前科証拠を犯人性の証明に用いる場合の証拠能力について判断基準及び適用例を示している。また、②事件決定は、①事件判決の判断基準の適用対象を「前科以外の被告人の他の犯罪事実」の場合にも広げたものである。そこで、以下では同種前科の危険性についての判示部分と判断基準及び適用例についての判示部分に分けて検討を加える。

第2　①事件判決における同種前科が事実認定を誤らせる危険性についての判示部分

1　学説

前科証拠や前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠による犯罪事実の認定は、当該証拠が法律的関連性を欠くことにより証拠能力が否定されるから原則として認められないとされている[13]。その根拠は、ⅰ被告人方の罪を犯したという事実から、被告人には犯罪を行う悪性格があるという事実を推認し、次にその悪性格から被告人が起訴された犯罪事実を行ったという事実を推認するという2段階の推認過程を辿ることになるが、このような推認は証明力が弱く不確実なものであるにもかかわらず、一見強い推認力を持つかのような不当な影響を事実認定者に与える、ⅱ検察官が被告人の人生から同種の犯罪を自由にピックアップして立証することができることになり、被告人は極めて防御が困難な状況に置かれることになる、ⅲ争点が複雑になって審理が混乱する（本件の犯人性について審理するに当たり、同種余罪の有無について審理しなければならなくなる）というものである[14]。

2　①事件判決の検討

---

[13] 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第二版〕第7巻』（青林書院、2012年）436～437頁、白取祐司『刑事訴訟法〔第7版〕』（日本評論社、2012年）360頁等。

[14] 園原敏彦「証拠の関連性」松尾浩也ほか編『実例刑事訴訟法Ⅲ』（青林書院、2012年）129～130頁、長沼範良・園原敏彦「類似事実の立証」法学教室338号（2008年）71頁、秋吉淳一郎「判批」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第八版〕』（有斐閣、2005年）134頁等。

①事件判決は、前科証拠による事実認定の危険性について「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」いこと及び事実認定を誤らせる恐れを「回避し、同種前科の証明力を合理的な推認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」等により「争点が拡散するおそれ」があることを指摘する。これらの指摘は、前記ⅰ及びⅲに対応するものである[15]。

もっとも、①事件判決は同時に前科証拠が「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」旨を指摘しながら、上記の前科証拠による事実認定の危険性の指摘の中で法律的関連性を欠く旨の指摘をしていない。一般的に、証拠能力の有無を判断する際の観点の１つ[16]である法律的関連性を有するとは、自然的関連性が肯定される証拠であっても、裁判所による証明力の評価を誤らせる危険を類型的に有するものではないことをいうとされる[17]。先に述べたように、前科証拠や前科証拠以外の類似事実の存在を示す証拠による犯罪事実の認定が原則として認められない根拠の中には、上記の法律的関連性の定義の中にある証明力の評価を誤らせる危険のみでは説明できないものもあることから、特に指摘することをしなかったものとも考えられる[18]。

第３　判断基準及び適用例についての判示部分

---

[15] ①事件判決は、前科証拠の採否に関する判断が裁判員裁判対象事件か否かで異なるかについて判示していない。なお、第１審判決は、「特に、本件は裁判員裁判対象事件であり、前科立証により裁判員に不当な偏見を与えることも考慮すると、かかる立証は許されない。」としていた。

[16] 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年) 192頁、笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室364号 (2011年) 26頁。

[17] 河上ほか・前掲 (13) 427頁。

[18] 笹倉･前掲 (16) 29頁は、「悪性格立証の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」ことから、「悪性格立証の禁止を専ら法律的関連性の問題と位置付けることは不可能である。」とする。なお、①事件判決、②事件決定共に、証拠の関連性についての判断が裁判員裁判対象事件か否かで異なるかについて判断していない。

1　「前科に係る犯罪事実」と「前科以外の被告人の他の犯罪事実」との関係

①事件判決は、前科証拠を犯人性の証明に用いることができるか否かの判断基準として、「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」を挙げている。そして、②事件決定法廷意見は、①事件判決の判断基準が「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」と共に、前科以外の類似事実を犯人性認定のための間接事実とする場合にも当てはまると判示した。

最高裁は①事件判決において、特に同種前科について「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」るとしている。このような犯罪性向を媒介とする立証の危険性は、確定判決を受けているか否かによって変わるものではなく前科以外の類似事実についても当てはまることから、類似事実の存在を示す証拠に対して、前科証拠と異なった取扱いをする理由はない[19]。また、上記のような観点から類似事実の存在を示す証拠の証拠能力が否定されるのであれば、仮に類似事実の存在を示す証拠が当該類似事実を立証するための証拠として証拠採用されたとしても、当該類似事実を犯人性を認定するための間接事実とすることは、やはり犯罪性向を媒介とすることに伴う危険性があるといえ、制限されることになると考えるべきである。このように考えると、②事件決定法廷意見の中で①事件判決の判断基準を「前科以外の被告人の他の犯罪事実」についても当てはまるとした部分は、妥当な判断であったといえる。

なお、②事件決定は併合審理された類似事実について問題となった事案であるが、法廷意見は併合審理という点を考慮するかどうかについて明示していない。併合審理された類似事実の場合でも併合審理されていない類似事実の場合でも、犯罪性向を媒介とする推認過程を辿るのは同じである。そのため、法廷意見の立場によると、当該類似事実が併合審理されているか否かに関わらず、同様の制限が課されることになると考える。

2　比較対象となる「前科に係る犯罪事実」「前科以外の被告人の他の犯罪事実」の内容

①事件判決は、前科証拠を犯人性の証明に用いることができるか否かの判断

[19] 岩﨑・前掲（6）98頁。

基準として、「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」を挙げ、②事件決定法廷意見も「前科以外の被告人の他の犯罪事実」に関して上記判断基準が同様に当てはまるとしている。ここでいう「前科に係る犯罪事実」「前科以外の被告人の他の犯罪事実」とは、何を指すのであろうか。

①事件判決は、まず、原判決の判断を確認する文脈で、前刑放火の動機について「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鬱憤を解消するためになされたものであること」、前刑放火の態様について「いずれも灯油を撒布して行われたものであること」を認定している。ここでは、「前科に係る犯罪事実」として、動機と放火の態様とを検討している。他方で、①事件判決は類似性判断の文脈で、「被告人は、本件放火に近接した時点に、その現場で窃盗に及び、充分な金品を得るに至らなかったという点において、前刑放火の際と類似した状況にあり、また、放火の態様にも類似性はある」と判示している。ここでは、「前科に係る犯罪事実」として被告人が置かれていた状況と放火の態様とを検討している。

また、②事件決定は、本判決は「顕著な特徴」という評価の対象となる事実として、「色情盗という性癖」及び「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」を検討している。

これらの判示からすると、「前科に係る犯罪事実」「前科以外の被告人の他の犯罪事実」とは、犯行の動機・手口・態様といったものに限らず、より広く犯行に至る経緯や犯行後の状況をも考慮して判断されることになると考えられ[20]、これらの客観的な事実に加えそこから合理的に推測し得る主観的事情も含まれると考えられる[21]。

3　「顕著な特徴」の判断方法と程度

（1）判断方法

①事件判決は、「前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有」するか否かについて、各犯罪事実の特徴が個別に顕著と評価できるか否かを検討しているようにも読める。しかし、①事件判決を引用する②事件決定法廷意見は、「単

[20] 吉川・前掲（3）29頁。
[21] 高平・前掲（6）175頁。

独ではもちろん、総合しても顕著な特徴とはいえない」としている。そうすると、現在の最高裁の立場としては、前科に係る犯罪事実の特徴１つ１つは顕著と評価できないとしても、各特徴を総合した場合に顕著と評価できる場合があることを否定していないといえる。

（２）程度

①事件判決の弁護人はその上告趣意において、前科の特殊性について「とても異常で際立ったものであるため、署名（signature）にも等しいもの」であることが必要と主張している。この主張は、後述するアメリカの有力な学説に従ったものである。

アメリカ連邦証拠規則第403条は「裁判所は、関連性のある証拠について、もしその証明力が次のいずれか一つ以上の危険に実質的に劣るときは、これを排除することができる。」と規定した上で、危険の例として「不当な偏見争点を混乱させること、陪審に誤解を与えること、不当な遅延、時間の浪費、重畳的証拠を不必要に提出すること」を挙げている。また、同規則第404条(a)項は「人の性格またはその性格の特徴（を示す証拠）は、特定の場合におけるそれに従った行為を証明する目的のためには、許容されない。ただし、以下の各号に規定するものについては、この限りでない。」と規定し、同条（b）項１号は「他の犯罪、不正、または行為の証拠は、それに従って行動がなされたことを立証する目的で、その者の性格を証明するためには許容されない。」としつつ、２号で「この証拠は、動機、機会、意図、予備、計画、知識、同一性、錯誤の不存在または偶発性の欠缺の証明というような、他の目的のためには許容される。･･･」と規定している[22]。これらの規定からすると、「他の犯罪、不正、または行為の証拠」を２号にいう「他の目的」で用いる場合には、証拠として許容されることになる。この「他の目的」で用いる場合に当たるか否かについては、「（起訴に係る犯罪行為に）先行する犯罪行為、あるいは以後の犯罪行為に関する証拠は、①当該証拠が、重要な点を証明しようとするもので、②他の犯罪行為が、時間の点でそれほど離れておらず、③当該証拠が、被告人が他の犯罪行為を犯したと判断するのを支えるのに十分であり、④（事例によっては）他の犯罪行為が、起訴に係る犯罪行為に類似

[22] アメリカ連邦証拠規則の和訳は、田邉真敏『アメリカ連邦証拠規則』（レクシスネクシス・ジャパン、2012年）によった。

している場合に許容され得る」という判断基準が示されている[23]。そして、この判断基準のうちの④における「他の犯罪行為が、起訴に係る犯罪行為に類似している」か否かについて、特に「同一性・・・の証明というような他の目的」の場合、アメリカの有力な学説は、「他の犯罪、不正、または行為」の態様が、「署名」に等しいほどのものでなければならないとするのである。「署名」に等しいといえるのはどのような場合かについて、アメリカの判例では、「犯罪の手口が十分に稀（sufficiently rare）である」ことを要求するにとどまるものがあり[24]、必ずしも「他の犯罪、不正、または行為」の態様が、特定少数の者しか使えないほど特異なものであることまでは要求していないようである[25]。

①事件判決は、「顕著な特徴」について、前刑放火の動機を「特に際立った特徴を有するものとはいえない」とし、前刑放火の態様を「さほど特殊なものとはいえ」ないとし、②事件決定法廷意見も、「色情盗という性癖」や侵入の手口・態様を「さほど特殊なものとはいえない」としているのみである。そうすると、最高裁は、少なくとも①事件判決の弁護人が上告趣意において述べた「とても異常で際立ったもの」という意味での「署名」に等しいものという考え方は、採用していないようである[26]。もっとも、具体的にどのような特徴ならば「顕著」といえるかについては、今後の事案の蓄積を待たなければならない。

なお、「顕著な特徴」について、②事件決定の金築誠志裁判官の補足意見では、②事件決定の事案において「被告人の認めている２件の住居侵入・窃盗・現住建造物等放火を、他の８件の住居侵入・窃盗・現住建造物等放火の犯人が被告人であることの間接事実とすることができるのかという観点」からの検討が加えられている。同補足意見は、この観点が、他の類似犯罪事実をもって被告人の犯罪傾向を認定しこれを犯人性の間接証拠とする点で、①

---

[23] United States v. Luna, 21 F.3d 874 (1994).

[24] United States v. Jones, 28 F.3d 1574 (1994).

[25] 1 Kenneth S. Broun et al., McCormick on Evidence §190 (7th ed. 2013) ; Paul F. Rothstein et al., Evidence in a Nutshell Ch.4 (6th ed. 2012) ; Michael H. Graham, Federal Rules of Evidence in a Nutshell §404.5 (8th ed. 2011).

[26] 吉川・前掲（３）28頁

事件判決が戒める人格的評価に基づく推論という要素を含んでいることは否定できないことから基本的には①事件判決が示した法理に従うべきとしつつ、「顕著な特徴」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ず、本件において「顕著な特徴」の要件が満たされていると解する余地もあるのではないか、とする。これは、「顕著」といえるために要求される当該特徴の程度が一定ではなく、他の考慮要素との関係で相対的に決まり得ることを意味する。その際の考慮要素として、同補足意見は３つ挙げていることから、各考慮要素について順に検討する。

ア　１つめと２つめの考慮要素

補足意見は、１つめの考慮要素として、①事件判決の「事案が、窃盗の件数は31件の多数に上るのに、放火は１件にとどまるのに対し、本件は、20件のうちの半数において放火が起訴され、しかも約４か月という短期間に多数の類似犯罪事実が連続的に犯されたというものであって、事案に重要な差異がある。」ことを挙げる。

確かに、他の類似事実が顕著な特徴を有するとまではいえないとしても、被告人がある程度特徴のある類似犯罪を証明対象の犯罪事実と密接した時間・場所で行っているとすれば、二つの犯行が別人によって行われた可能性は小さいという経験則は成り立つ[27]。

しかし、被告人以外の者による犯行である可能性が少ないながらも考えられるため、この経験則を妥当させるためには、類似犯罪についてある程度特徴のあるものと評価できる場面をかなり限定的に考えなければならない。

この点を意識したか否かは明らかでないが、補足意見は、２つめの考慮要素として「本件においては、被告人が上記多数の住居侵入・窃盗の犯人であることは、他の証拠によって立証されており、その犯人と放火犯人との同一性という、限局された範囲における推認である」ことを挙げる。

本件は、被告人が争っている公訴事実も含めて、少なくとも住居侵入・窃盗の点については、被告人の犯人性が肯定される事案である。そのため、

[27] 成瀬剛「類似事実による立証」井上正仁・酒巻匡編『刑事訴訟法の争点（新・法律学の争点シリーズ６）』（有斐閣、2013年）155頁。なお、補足意見は場所の近接性については言及していない。

①事件判決の事案に比べて、現住建造物等放火の犯人性を推認しやすいとはいえる。

イ　３つめの考慮要素

補足意見は、３つめの考慮要素として「併合審理される類似事実については、前科についてみられる、その存在自体で人格的評価を低下させる危険性や・・・争点拡散のおそれは、考え難い。」ことを挙げる。

確かに、前科の場合は確定判決を経たことに対する過度の信頼から推認力を過剰に評価する危険も考えられるのに対して、併合審理されている類似事実の場合はそのような危険は存在しない。

しかし、職業裁判官のみによって判断される場合は上記のようにいえるとしても、裁判員裁判において、裁判員が多数の類似事実について併合審理されていること自体が、推認力を過剰に評価することにつながりかねない[28]。

また、①事件判決のいう「実証的根拠の乏しい人格評価」とは、前科証拠から被告人の犯罪傾向を媒介とした推認をすることに伴う危険を指すものであったことからすると、類似事実であっても、同様の危険は存すると考えられる[29]。

そうすると、補足意見の述べるように「その存在自体で人格的評価を低下させる危険性」が類似事実について考え難いとはいえないと考える。

４　「それ自体で」犯人性を推認させる「ようなもの」であることの持つ意味

①事件判決及び②事件決定法廷意見は、前科証拠や類似事実の存在を示す証拠を犯人性立証に用いるための条件として、「前科に係る犯罪事実」「前科以外の被告人の他の犯罪事実」が「顕著な特徴」を有することと、その特徴が「起訴に係る犯罪事実」あるいは「証明の対象である犯罪事実」と「相当程度類似」することに続けて、「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」であること要すると判示している。最高裁が、「それ自体で」と敢えて述べた点にはいかなる意味があるのであろうか。

前科証拠を犯人性立証に用いる際の２つの推認ルートがある[30]。すなわち、

---

[28] 高平・前掲（６）176頁。

[29] 堀江・前掲（６）195頁。

[30] 岩﨑・前掲（３）103頁。

「被告人には前科がある⇒被告人には、○○の犯行に及ぶ『犯罪傾向[31]』がある⇒○○の犯行と類似している起訴事実の犯人は被告人である」という推認ルート（悪性格立証ルート）、被告人には○○の前科があるが、これには顕著な特徴がある⇒起訴事実もこの特徴が相当類似しているのでその犯人は被告人である」という推認ルート（直接推認ルート）である。後者の直接推認ルートは、被告人の犯罪傾向を介在せず、前科に係る犯罪事実と起訴に係る犯罪事実とが類似すること自体をもって、犯人性を推認するのであるから、本判決のいう「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」ものといえる。このように考えると、本判決が「それ自体で」と敢えて述べたのは、直接推認ルートを許容し得ることを示すためと捉えることができる[32]。

なお、直接推認ルートの限界を考える上で、②事件決定の金築誠志裁判官の補足意見では、併合審理された類似事実の存在自体を、犯人性の間接事実とすることができるか（②事件決定の事案に即して述べれば、放火の犯人が被告人であることの間接事実とすることができるか）という「総合的認定という観点」からの検討が加えられている。同補足意見は、②事件決定の事案で併合審理された類似事実には、ⅰ本件起訴に係る10件の現住建造物等放火は、約４か月の間に行われたものであることに加え、いずれの犯行においても、放火が実行される最大10時間前以内に、被告人が放火された住居に侵入し窃取行為に及んだあるいは及ぼうとした、ⅱこのうち２件の放火について、被告人が自認している、ⅲ放火の10時間前に住居侵入・窃盗がおこなわれた１件について、被告人が室内に灯油を撒いたことを認めているという特徴があることを指摘する。その上で、「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ことは、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」とした上で、「類似

[31] 本判決の表現を用いるならば、「犯罪性向」となる。

[32] なお、豊崎・前掲（３）134頁は「顕著な特徴」「相当程度類似」という要件について、「『それ自体で』犯人の同一性を合理的に推認させるという以上、相当強度の推認力が求められよう。」と述べる。これは、判決中の「それ自体で」という表現が、当該特徴を推認の出発点において考慮するのみでは足りず、推認過程においても考慮することにより、推認力を強めなければならないことまで意図している、と読む立場であろうか。

事実の存在は、一つの補強的な証拠になり得る」述べた。これは、類似する犯罪事実が併合審理されている場合、証拠上明白に認定できない犯罪事実も含めて、それぞれの事実関係や証拠関係が相互に補強し合って、各犯罪事実を認定することが許される場合があることを示すものである[33]。

確かに、被告人による住居侵入・窃盗後、同一の場所あるいは近接した場所で、短時間に放火行為が為されるという事態が発生し、しかもそれらの事態が短期間のうちに連続して発生している場合には、それらの放火行為の全てが被告人以外の者による犯行であるとは経験則上およそ考えられなくなる[34]。補足意見が「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ろう。」と述べているのも、同じ趣旨と考えられる。これは、犯罪性向を媒介とした犯人性の推認とは異なる推認ルートをたどることになるものである。

しかし、全ての放火行為が被告人以外の者によることはあり得ないとしても、そのことから直ちに、全ての放火行為が被告人によるものと断定することはできないはずであるから[35]、補足意見の立場によっても、併合審理された類似事実の存在自体を本件で争いのある現住建造物等放火の間接事実とする場合には、その推認力の判断を慎重に行わなければならない考える。

また、模倣犯が現れる可能性を否定できない事を考慮すると、補足意見が拠って立つ経験則が妥当する場面は、かなり限定的なものとならざるを得ない。4か月という期間を短期間と評価できるか否か、あるいは最大10時間という時間の幅を短時間と評価できるか否かについて、慎重な検討が求められる[36]。補足意見も述べるように、類似事実の存在自体は「補強的な」証拠となるに過ぎず、他に積極的に犯人性を推認する間接事実が存在する場合にのみこのような推認が許されると考えるべきである。

次に、最高裁が、「推認させるようなもの」というやや曖昧さを残す表現を

---

[33] 吉川・前掲（6）164頁。

[34] 成瀬・前掲（27）155頁。

[35] 成瀬・前掲（27）155頁。

[36] なお、補足意見も「どの程度の時間の幅まで、近接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」るとしている。

用いた点にはいかなる意味を有するのであろうか。

これは、「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」の主たる例示として、特に同種前科の存在による犯人性立証の場面では「顕著な特徴」と「相当程度類似」という要素を考慮することを明らかにしたものであり[37]、同種前科が立証に用いられる他の事案類型では、異なる考慮要素を検討することが有り得ることを示した意味を有すると考えられる。前科証拠や類似犯罪による犯罪事実の認定が例外的に許容される[38]のは、ⅰ前科や常習性が構成要件の一部となっている場合、ⅱ故意、目的、動機、知情等、犯罪の主観的要素を証明する場合[39]、ⅲ前科の存在や内容が公訴事実と密接不可分に関連している場合、ⅳ特殊な手口による同種前科の存在により犯人性を証明する場合[40]であるとされるが、本判決はⅳの類型についての考慮要素を示したものと考えられる。最高裁が昭和41年判決に言及しなかったのも、このような考えの表れと見ることができる。

5　①事件判決が行動傾向の固着化について検討した意味

①事件判決は、原審の「前刑放火における行動傾向が固着化」している旨の判示について、「他に選択の余地がないほどに強固に習慣化していること、あるいは被告人の性格の中に根付いていることをさしたもの」と捉えた上で、単に反復累行しているという事実をもってそのように認定することはできないこと、前刑放火と本件放火の期間は17年であり、前刑当時と同様の犯罪傾向を有していたと推認することには疑問があること、十分な金品を得ていない窃盗の場合にも放火をしていないことがあるため、本件についてのみ被告人の放火の犯罪傾向が発現したと解することはできないこと、を指摘し、行動傾向が固着化しているとはいえないとした。

37　吉川・前掲（3）29頁。

38　石井一正『刑事実務証拠法〔第五版〕』（判例タイムズ社、2011年）282頁、秋吉・前掲（14）134頁等。

39　最高裁昭和41年11月22日第三小法廷決定（刑集20巻9号1035頁）。

40　ⅳが例外として認められる根拠は、「犯罪の内容や手口の特殊性から、被告人が犯人であることを直接推認可能であり、悪性格という推認力の低い中間項を介在させる必要がない」からである。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』（立花書房、2011年）368頁。

①事件判決は、上記判示の直前で、「本件放火の犯行が被告人によるものであると推認させる力は、さほど強いものとは考えられない。」としており、事案に対する結論はここまででも出せたはずである。それにもかかわらず、敢えて原審の判断について言及した意味については、原判決が固着化した犯罪傾向という曖昧なものを安易に認定し、これを犯罪事実の認定に用いたことに対する批判にとどまるものと捉える余地もあるが[41]、前記４で述べた悪性格立証ルートを、少なくとも本件の事案においては採用する余地がないことを示したものと捉える事もできると考える。悪性格立証ルートが否定されるのは、その推認過程の不確かさにあるところ、仮にその不確かさが除去されるような特別な事情があれば、理論上は悪性格立証ルートを辿ることも可能だからである[42]。最高裁がわざわざ本件の具体的事情を示した上で、犯罪傾向の発現を否定したのもその表れと考えられる。

なお、①事件判決は、原判決を検討する中で、「単に反復累行しているという事実をもって」犯人性を「認定することができないことは明らかであり」、その他の事情を考慮しても、被告人が「強固な犯罪傾向を有していると認めることはでき」ないとするにとどまっていた。これに対して、本決定は「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的評価を加え、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（前掲最高裁平成24年９月７日判決参照）、許されない」としている。本決定が適用例部分で敢えて①事件判決を参照していることからすると、①事件判決の原判決が行ったような犯罪性向を媒介とした推認の危険性を強調したものと考えられる。

６　①事件判決・②事件決定の射程

①事件判決は、「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

---

[41] 岩﨑・前掲（３）106頁。

[42] 川出敏裕「演習」法学教室386号（2012年）163頁は、「被告人の犯罪性向が、単なる悪性格という程度を超えて、特定の状況かにおいては、いわば自然反応的に一定の行為を行うほどに習慣化している場合には、そうした状況下で被告人が犯行を行ったという推認は、より確実性の高いものといえるから、同種前科を立証に供することも許されるといえよう。」とする。

るときに初めて証拠とすることが許される」として、前科証拠による立証が例外的に許される場合の一般的な規範は定立した。もっとも、「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「顕著な特徴」と「相当程度類似」が要求されるとしていることから、事案類型ごとに「顕著な特徴」「相当程度類似」以外の下位規範が用いられる可能性がある。前述のように、前科証拠や類似犯罪による犯罪事実の認定が例外的に許容されるのは、ⅰ前科や常習性が構成要件の一部となっている場合、ⅱ故意、目的、動機、知情等、犯罪の主観的要素を証明する場合、ⅲ前科の存在や内容が公訴事実と密接不可分に関連している場合、ⅳ特殊な手口による同種前科の存在により犯人性を証明する場合であるとされるが、本判決はⅳの類型について判断したに過ぎない。

②事件法廷意見は、原判決が、被告人の前科に関する証拠及び犯人性に争いのない類似事実(住居侵入・窃盗のみ)に関する証拠から、被告人の特殊な性癖、住居侵入・窃盗の手口・態様、特異な犯罪傾向という事実を認定した上で、これらの事実と争いのある公訴事実とが一致していること自体を、争いのある公訴事実についての犯人性の間接事実の一つとしたことに対して、違法と判断したものである。２で述べたように、併合審理されている住居侵入・窃盗に関する証拠の取扱いについては本判決の射程が及ぶと考えられるものの、併合審理されている放火に関する証拠の取扱いについては、原判決が犯人性の証拠として使用していないため、射程が及ばない[43]。

また、①事件判決・②事件決定法廷意見に共通して、前科事実にどの程度の特徴があれば「顕著」といえるのかについては事例判断を示したに過ぎず、今後の事案の蓄積が必要である。

第４　残された課題

①事件判決も②事件決定法廷意見も、前科や前科以外の類似事実を犯人性の立証に用いる場合について判示したものであり、他の立証に用いる場合については直接判示していない。そのため、犯人性以外の立証に前科や前科以外の類似事実を用いることができるか否か、できる場合にその判断基準はどのようなものかについては、残された課題である[44]。

---

[43] 玉本・前掲（６）3972頁。

[44] 岩﨑・前掲（６）97頁。

脱稿後、②事件決定の新たな評釈として、伊藤博路「判批」名城大学ロースクールレビュー 31号（2014年）121頁に接した。