九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

イギリス法の視点からみる悪性格証拠に関する課題

高平, 奇恵
九州大学大学院法学研究院 : 助教

https://doi.org/10.15017/1498331

出版情報：法政研究. 81 (4), pp.373-451, 2015-03-13. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

KYUSHU UNIVERSITY

イギリス法の視点からみる悪性格証拠に関する課題

高　平　奇　恵

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　日本の悪性格証拠の許容性に関する判例の検討
Ⅲ　イギリスの議論状況から得られる示唆
Ⅳ　結びに代えて

Ⅰ　はじめに

日本における悪性格証拠の許容性に関し、近時注目されたのが、前科証拠に関する、最判平二四・九・七判時二一六四-六判タ一三八二-四五、及び、併合審理されている類似事実に関する最判平二五・二・二〇刑集六七-二-一一である。

最高裁は、悪性格証拠が被告人と犯人との同一性の証明に用いられる場合につき「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。」とし、イギリスの顕著な類似性の基準と同様の、厳格な基準を提示した。

一方、イギリスでは、二〇〇三年刑事司法法（以下「CJA二〇〇三」という。）の制定により、悪性格証拠の許容性に関するコモン・ローの準則は廃止され、新たに、一定の類型（関門、gatewayといわれる。CJA二〇〇三、一〇一条（一）項、関門（a）ないし（g））に該当する場合に、被告人の悪性格証拠を許容することとなった。

これまで、イギリスの法改正の経緯及び、規定内容、法改正後の判例等について検討・分析を行った。本稿では、日本の判例の動向を確認し、イギリスの議論から、悪性格証拠を刑事裁判で許容する際に留意すべき点を明らかにすることを目的とする。

1　悪性格証拠の位置づけ

前科等の悪性格証拠が問題となる場合、日本では、証拠の「関連性」の問題として議論される。関連性とは、要証事実の存否を推認する力（蓋然性）であるとされる。(1)

犯罪事実の認定のために、被告人の悪性格や同種前科、あるいは余罪を用いることは、原則として禁じられるというのが通説であるが、この問題を自然的関連性と区別される法律的関連性の問題であるとするか[2]は論者によって異なる。

平野龍一は、証拠能力が制約される根拠を、三つの類型、すなわち①自然的関連性の欠如、②法律的関連性の欠如、③証拠禁止に区分する[3]。

自然的関連性の欠如とは、要証事実に対する最小限の証明力である。法律的関連性の欠如とは、当該証拠が、要証事実に対して、最小限の証明力は持つものの、判断者に予断・偏見を生じさせたり、付随的争点を生じさせたりするなどして、審理を混乱させるなどの弊害のために、政策的に証拠能力を否定する場合である。そして、証拠禁止とは、違法に獲得された証拠を、証明力の程度を問わず証拠能力を否定するものであるとされる。

証拠の関連性を、自然的関連性と法的関連性に区分する根拠としては、採用された証拠の証拠排除決定の要否に関わること[4]などがある。

これに対して、単に立証趣旨との関係で関連性を判断し、その上で、証拠能力が認められるかどうかを判断すれば足るのであり、自然的関連性と法律的関連性を区別する必要性はないとの見解もある[5]。また、法律的関連性について、本来経るべき推認過程をたどらず、あるいは、予断や偏見に基づいて公訴事実が認定される危険を凌駕するだけの公訴事実との結びつきが認められないという意味では、必要とされる証明力がないことに帰する点で、論理的関連性と呼ばれる問題との間に本質的な違いは認められないとの説明もされている[6]。

確かに、自然的関連性と法的関連性との間に、「本質的な」相違点はないとしても、最終的に関連性の有無を判断するに際して、証拠の類型ごとに、考慮すべき要素等が異なってくることが考えられる。そうすると、まずは当該証拠がいかなる類型に該当し、どのような考慮要素がありうるかを検討するプロセスが、証拠の関連性を適切に判断するためには重要であろう。その意味で、自然的関連性と、法的関連性とを一応区別し、意識的に関連性の判断を段階づけるこ

とは、適切な関連性の判断には有益であると思われる。

では、どうして悪性格証拠について、そもそも悪性格による犯罪事実の立証は許されないとされるのか。それは、被告人が他の犯罪事実を犯していることから被告人には犯罪を行う悪性格があることが推認され、その悪性格から公訴事実を被告人が行ったことが推認されるという二重の推認過程を経るが[7]、そのいずれも、証明力が低く、不確実な推認であるにもかかわらず、一見すると強い推認力を持つかのような不当な影響を与えるものであるからであるといわれる[8]。

そして、前述のように、論者によって位置づけは異なるものの、一般的に、被告人の公訴事実と同種の前科や公訴事実に類似する過去の非行等の、いわゆる類似事実の証拠であり、自然的関連性が認められる場合であっても、原則として法的関連性が認められないと解されている[9]。その根拠は、①事実認定者に不当な予断・偏見を生じさせ、事実認定を誤らせる危険があること、②被告人を以前のすべての非行について反駁しなければならない立場に追い込み、被告人に不当な不意打ちとなる③付随的争点に当事者をひきずりこみ、争点混乱をもたらす危険があるからとされる[10]。

もっとも、一定の例外も認められてきた。公訴事実を立証するための証拠として、同種前科等が証拠として許容される場合としては、（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、計画等犯罪の主観的要素を証明する場合、（iii）前科等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等の存在により犯人と被告人との同一性を証明する場合があると言われる[11]。また、被告人が自己の善性格を立証する場合にも、悪性格を立証してこれを争うことができるという見解もあるが[12]、日本では、事実認定と量刑とが手続的に分離されておらず、被告人の前科等の有無は、冒頭陳述の段階で事実認定者に明らかになっているために、ほとんど問題となっていないように思われる。

上記（i）ないし（iv）の事実等との関係で、悪性格証拠が証明力を持つ場合であっても、（i）の場合を除き、証拠の当該要証事実との関係での証明力が上記①ないし③の弊害を上回る場合にのみ、悪性格証拠を公訴事実を立証する

ために用いることが許されると考えられる。[13]

2　日本の悪性格証拠の許容性に関する判例の概観

判例も、前科等のいわゆる悪性格証拠を、公訴事実の認定に用いることを原則としては認めない立場をとってきた。大正七年五月二四日大審院判決（刑録二四-一五-六四七）は、前科は控訴の目的たる犯罪行為の成立を断定する資料としては適当ではないとし、強盗罪、窃盗罪、傷害罪等の前科に関する証拠を、傷害罪を認定する根拠として援用した原判決を破棄した。[14]

前科が情状立証に用いられたことを理由に原判決を維持した後の判例[15]も、原則としては、上記大審院判決の考え方を踏襲したものであるとされる。[16]

もっとも、入札に関連して恐喝行為に及んだとされる公訴事実に関し、以前から入札に関連して、関係者から金員を喝取するなどして恐れられていたという事実を、犯罪行為と交渉（関連）のある被告人の性向経歴であるとして立証を許した下級審の判断を支持した事例（大判昭四・一一・一六大刑集八-五六八）などにみられるように、犯罪行為との特定の関連があれば犯人の性向経歴が犯罪事実の認定の資料となりうるとされ、一定の例外は認められてきた。

最高裁昭和四一年一一月二二日第三小法廷判決（刑集二〇-九-一〇三五、判タ二〇〇-一三五）において、最高裁が、「犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる本件事案の下において」と限定を付しつつ、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違法は認められないとした。上述の類型（ii）の場合である。原則として同種前科を公訴事実の認定に用いることはできないという立場から、同種前科が用いられうる場合を制限的に考えたものであると理解できる。[17]

（ii）の場合として、ほかに、結婚詐欺の事案で、同種前科に関する被告人の供述を有罪認定の証拠とすることを是認した事例（大判昭一五・三・一九判決全集七-一二-二六）、被告人が犯行前日に、同一被害者を標的とする意図で別人に対して殺人未遂を犯したことを立証することが、猟銃を用いた強盗致死の犯意と情状、特に計画性の立証のために許されるとした事例（高松高判昭三〇・一〇・一一高刑裁特二-二一-一一〇三）がある。

（iii）に該当する事例として、公訴事実と同一の被害者に対し、砒素を混入した食物を摂取させた事実の立証を許した和歌山カレー毒物混入事件がある[18]。

（iii）及び（iv）のいずれにも該当すると考えられる事例として、被告人の保険金殺人を認定する状況証拠のひとつとして、先行する同一被害者に対する保険金の取得を目的とする殴打事件をあげた、ロス疑惑銃撃事件一審判決（東京地判平六・三・三一判時一五〇二号四八頁）[19]、同一電車内において、集団で二件のスリ行為を行ったとして、現行犯逮捕された一方のスリ行為を他方のスリ行為を推認させる状況証拠として許容した事例（静岡地判昭四〇・四・二二下刑集七-四-六二）があげられる。

（iv）の場合としては、被告人が亜ヒ酸等を他人に摂取させた事実が認められる場合には、手段方法の類似性から犯人性をも推認することが可能であるとした和歌山カレー毒物混入事件（大阪高判平成一七・六・二八判タ一一九二-一八六）[20]、針金で緊縛する等の前科の強姦の手口が本件犯行と類似するとしたもの（水戸地下妻支判平成四・二・二七判時一四一三-三五）がある。

分類が困難な事例ではあるが、千葉大チフス事件の控訴審判決は、被告人の「異常性格」を認定し、これを公訴事実の各犯行に共通する原因とし、最高裁もこの判断を是認した（東京高判昭五一・四・三〇判時八五一-二一、最決昭五七・五・二五判時一〇四六-一五）[21]。

また、女性を自己所有のリゾートマンションに連れ込み、薬物等を利用して準強姦に及ぶという過去の特徴的な犯行

との類似性等から、当該マンションで被害女性に睡眠薬を服用させた被告人の行為を、準強姦の実行の着手と評価した事例（東京高判平二〇・一二・一六判タ一三〇三-五七）がある。[22]

近時注目されたのが、犯人性に悪性格証拠を用いる場合について、すなわち、（iv）に該当する前科証拠に関する、最判平二四・九・七判時二一六四-六判タ一三八二-四五、及び、併合審理されている類似事実に関する最判平二五・二・二〇刑集六七-二-一である。

最高裁は、悪性格証拠が被告人と犯人との同一性の証明に用いられる場合につき「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。」とし、イギリスの顕著な類似性の基準と同様の、厳格な基準を提示した。

イギリスでは、被告人の悪性格証拠が、二〇〇三年刑事司法一〇一条（一）項の関門（a）ないし（g）に該当する場合には、原則として許容されることとなる。関門（a）は、全ての当事者が証拠が許容されることに同意した場合、関門（b）その証拠が被告人自身によって提出されたと評価される場合、関門（c）は、当該証拠が重要な説明的証拠である場合、関門（d）は、被告人と検察官との間の重要な争点事実に関連している場合、関門（e）は、被告人と共同被告人との間の重要な争点事実との関係で相当な証明力を有する場合、関門（f）は、被告人によって与えられた虚偽の印象をただすために許容される場合、関門（g）は、被告人が他人の性格を攻撃した場合である。

日本とイギリスとでは、分類方法が一部異なっているが、CJA二〇〇三の法制定過程をみると、日本で挙げられている類型は、おおよそイギリスでも同様の類型化がなされている。日本の判例の（ii）の場合は、主観的要素をみたすかが、被告人と検察官との間の争点となっている重要な事実であると考えられるので、関門（d）に相当すると考えられる。（iii）の場合は、関門（c）、（iv）の場合も、関門（d）に該当する場合とされよう。

まず、日本の悪性格証拠に関する主要な判例を分析し、その後、類型ごとに、イギリスでの議論を参考に、各類型において、悪性格証拠を許容する際に、いかなる点に留意すべきかについて検討することとする。

II　日本の悪性格証拠の許容性に関する判例の検討

1　大判大七・五・二四刑録二四-一五-六四七

（1）事案の概要

被告人A及びBは、傷害罪で起訴され、有罪判決を受けた。

上告の理由は、原判決が、被告人Aに強盗罪及び殴打創傷罪で受刑し、脅迫罪の訓戒を受けたことがあること、及び、被告人Bに七回の窃盗罪、殴打創傷罪で受刑した前科等を指摘した上で、各被告人の供述及び前科等を総合して判示事実を認定しているが、前科等はいずれも罪となるべき事実とは関連性がない（交渉ナキモノ）であって、総合考慮の資料たるべきものではないというものであった。

（2）大審院の判断

大審院は、刑事訴訟法は、証拠の種類を限定しているものではないが、証拠の実質が一定の反対事実を認定するのに適当でない者については、判断資料とすることはできないとし、その上で、前科について次のように述べた。

「前科ハ其後ニ生シタル犯罪行爲ト何等關渉スル所ナク全然過去ノ事實に屬スルヲ以テ被告ガ前科ヲ有スルノ事實證明セラレタル場合ニ」当該前科が①再犯加重の原因となったり、②被告の性向を判断し刑の量定を左右する根拠となっ

たり、③賭博罪の場合には常習者たる身分を有するかどうかの判断資料にはなりえるとしても「公訴ノ目的タル犯罪行爲ノ成立ヲ斷定スルニ付テハ適當ナラズ」とした。その上で、事実裁判所が前科に関する証拠のみに依拠した場合はもちろん、他の証拠と総合した場合であっても、前科の証拠を援用して犯罪の成立を認定した以上は、そのような判決は採証に違法があるとして破棄を免れないとした。

（3）検討

大審院は、前科はその後に生じた犯罪行為とはなんらの関係がないということを前提として、犯罪事実を認定するにあたって、前科証拠のみに依拠することはもちろん、他の証拠との総合判断においても、前科証拠に依拠することを明確に禁じた。

大審院の判断は、前科の内容たる事実そのものと、現在起訴されている犯罪事実との間に、関係が認められないということを前提とする。本件の各被告人の、具体的な前科の罪名をみると、公訴事実は傷害罪であるのに対し、いずれの被告人にも、殴打創傷罪の前科があり、いわゆる「暴力的な犯罪をしたことがある者」というだけでは、過去の前科は、起訴されている犯罪事実とは何らの関係も生じないという、大原則を確認した判決内容であると評価できよう。

もっとも、前科が、公訴事実と何らかの関係がある場合とはいかなる場合なのか、また、その判断基準等については示しておらず、原則が確認されたという意義を有するにとどまるものであった。

2　大判昭四・一一・一六刑集八-五六八

（1）事案の概要

被告人は、入札に関連して恐喝行為に及んだとされ、起訴された。

下級審で、被告人は、以前から入札に関連して、関係者から金員を喝取するなどして恐れられていたという事実が、公訴事実の犯罪事実を認定する資料として用いられたとして、上告された。

（2）大審院の判断

大審院は、「犯人ノ性行經歴ハ之ニ依據シテ其ノ者ノ犯罪行爲ヲ認定スルノ資料ト爲スヲ許スヘキモノニアラス」とし、原則として、性向経歴が、直ちに起訴されている犯罪行為を認定する資料にはならないということを確認した。

その上で、本件については「但シ犯人ノ性行經歴ト犯罪行爲トカ交渉スル場合ニ在リテハ決シテ敍上一般普通ノ事理ニ拘ハルヘキモノニアラスシテ其ノ犯罪ト交渉ヲ有スル限度ニ於テ證據ニ依リ認定セラルル性行經歴モ之ヲ亦當該犯罪認定ノ資料ト爲スヲ妨ケス」として、性向経歴が犯罪事実と関連する限度で資料とすることは許されるとして下級審の判断を是認した。

（3）被告人の「性向経歴」の意味

本件では、「性向経歴」という抽象的な文言が使用されているために、被告人の一般的な性格について、犯罪事実の認定に用いられるようにも読める。しかし、本件における被告人の性向経歴とは、事実の冒頭に記載されているように、「上告人カ常ニ配下ヲ擁シテ暴威ヲ逞フシ工事請負入札場ニ出入シテハ其ノ威力ヲ以テ入札關係人ヨリ金員ヲ強要

シ痛ク世人ニ畏怖嫌厭セラレ居リ被告三次ハ被告人數一方ニ寄食シ其ノ乾兒ノ如ク看ラレ居ルモノナリ」というものであり、入札場に出入りしては、入札関係者から金員を交付することを強要していたという具体的な事実である。

本件は、大審院が、犯罪行為との関連があれば被告人の過去の行為が犯罪事実の認定の資料となりうる場合があるとした判例であると評価できよう。

もっとも、関連があるとされる場合はいかなる場合か、その際の考慮要素等の基準についての言及はない。また、被告人の過去の行為が、本件でいかなる目的のために許容されたのかも、明らかではない。被告人が、公訴事実の現場ともなっている工事請負入札場に、以前から出入りしており、金員をまきあげるとの悪評がたっていたために、本件公訴事実の被害者が容易に脅迫に屈したなど、いわゆる背景証拠の意味合いがあった可能性もある。

いずれにしても、本判決は、原則としては、性向経歴と表現された一定の被告人の過去の行為を、起訴された犯罪事実の認定には用いることが許されないという立場を示したものである。

3　大判昭一五・三・一九判決全集七-一二-二六

(1) 事案の概要

被告人は、昭和一二年四月ころ、自己に資産があると偽った上で、結婚紹介業者から、資産のある女性の紹介を受け、結婚する意思はないのに、女性に結婚を承諾させ、五月初めころからは女性方で同棲を開始した。その後まもなく、被告人は、女性に対して、出版事業資金の調達を申入れ、返済する意思がないのに、八月には必ず返済すると偽って、女性から金員を騙取したとして、有罪判決を受けた。

第二審が証拠理由において、被告人の前科に関する供述を引用したことから、弁護人が、前科証拠を用いることが許

される例外的場合（累犯加重や、常習賭博罪の成立要件の証拠となる場合）にはあたらないとして上告した。

問題となった被告人の自己の前科に関する供述は、概要以下のような内容であった。

自己の前科は、昭和二年に自分は帝大の文学士である、または、恩賜の時計をもらったなどと説明し、結婚すると告げて、五、六人の女性らから金員を巻き上げたというものであり、その次の前科は、伊豆で転地療養中の看護師をひっかけて金をとったという事案であり、その次の前科は、自分のことを医学博士であるなどと偽って、診療所を開設して、多くの女性と関係して、女学校の教師である女性から金を巻き上げた事案である。

（2）大審院の判断

「公訴事實ニ全然交渉ナキ單ニ前科アルノ故ヲ以テ公訴事實ヲ認定スルコトノ不法ナルハ論ヲ俟タサルトコロナリト雖被告人ノ性行經歷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經歷ヲ有スルモノナリト證據ニ依リテ説示シ當該犯罪認定ノ資料ト爲スニ何等ノ妨ケアルコトナシ」として、原則として、何ら公訴事実と関連のない前科を、公訴事実の認定に用いることを違法とした。その上で、公訴事実自体に関連性のある「性向経歴」が証拠によって示されている場合には、それが事実認定の資料となり得る場合があることを是認した。

そして、本件について、「被告人ニ單ニ前科アリトノ事實即チ單ナル受刑事項ノミヲ罪證ニ供シタルニ非スシテ原判示犯行ニ脈絡交渉アリト認ムルニ難カラサル被告人ノ性行經歷ニ關スル原審公判廷ニ於ケル被告人ノ供述ヲ引用シタルモノト認ムルヲ正當トス」として、公訴事実に関連する被告人の「性向経歴」に関する供述を引用したに過ぎないとして、原審の判断を是認した。

（3）検討

本判決のいう性向経歴の内容は、必ずしも明らかではないが、その性向経歴が証拠によって認定されること、及び、当該犯行との脈絡が必要であるとしている。

本件の争点は、被告人の故意であり、本件の被告人の前科は、上述のように、公訴事実と類似の結婚詐欺や、経歴・職業等を偽って、一定の関係を持った女性から金員の交付を受けた事案であった。

本件では、客観的な犯罪を構成するとされる事実及び、その事実と被告人との結びつきは争いがなく、当該行為の際の被告人の主観的状況が争われたという、後述する、昭和四一年の最高裁判決と類似の争点が設定された事例であったとも評価できよう。

もっとも、昭和四一年の事案が、不特定多数を対象とする寄付金名目での詐欺であり、外形的行為等に客観的な共通性を見出しやすいのに対して、本件では、いわゆる詐欺の対象となった客体もそれぞれ異なり、欺罔行為とされる行為にも幅があることから、昭和四一年の事案に比較して、一定程度抽象化されたレベルでの事実の類似性が認められる場合であるといえる。また、公訴事実そのものから、被告人の主観面を合理的に推認することが十分可能であったとも思われる。このような事情のもとでは、主観的状況の立証に、事実が一定程度抽象化されれば類似性を持つとも評価できる程度の前科を持ち出すことが必要であったかという点には疑問が残る。

4　最判昭二八・五・一二刑集七-五-九八一

（1）事案の概要

被告人は、特別公務員暴行で起訴された。

一審の第九回公判において、検察官は、被告人に有利な証言をした二人の証人の供述の証明力を争うとして、被告人に暴行の習癖のあることを立証するため、刑訴三二八条に基づいて、過去に、被告人が取り調べの際に被疑者に対して暴力を振るった事実を内容とする二名の検面調書を証拠請求した。一審裁判所が、刑訴法三二八条の趣旨に合致しないとして検察官の証拠請求を却下したところ、検察官は二名を、情状に関する証人として尋問請求した。弁護人は反対意見を述べたが、当該尋問請求の採否は留保されたまま、被告人質問がなされ、その後両名の尋問請求は情状に関するものとして許容された。

上告に際し、弁護人は、原判決は、公訴事実に関係のないいわゆる類似事実につき証拠調べをし、その結果、被告人の「悪い性格」に関する取調べをして、被告人の個人としての尊厳を犯し、かつ、予断または偏見を抱くに至ったか、その疑いを払しょくできないとして、公平な裁判所の裁判を受けることができなかったとして憲法三七条一項に反すると主張した。

（2）判旨

「弁護人から右証人尋問中になされた所論の如き証拠調に関する異議の申立に対し、同裁判所は、所論の如く「この証人尋問は被告人の情状に関する証拠調である。裁判所は要証事実に関する証拠調は既に終了したものと考えているので被告人の性格に関する立証を許したのであつて弁護人主張の予断を抱かしめる虞はない」とし、英米法に触れた後、これと異なる我が国の法制下においては、要証事実に関する証拠調の次に随時情状に関する証拠調をすることができるから、被告人に不利益なものを先にすると利益なものを先にするとを問わない。従つて本証人尋問及び弁護人から被告人の善い性格又は利益な情状についての立証は当然許されるものであるとの見解を表明し、弁護人の右異議の申立を却下しているのである。

以上の経過に徴し、所論の是非を仔細に検討してみても前記の如き第一審裁判所の措置が所論の如く、予断又は偏見に基く不公平なものであるとは到底認めることはできない。しかも前記公判の経過に照し明かなる如く、第一審裁判所は、当事者双方に、要証事実に関する立証を一応尽さしめた後に、検察官の申請にかゝる所論の証人を、情状に関するものとして尋問しているのであつて、同裁判所も説示する如く、いわば要証事実に関する証拠調を終了し、量刑に関する諸般の情状を調査する手続上の段階において、右の如き証人尋問がなされたということができるのである。そして、所論証人尋問が、被告人に暴行の習癖のあることを立証せんとするにあつたとしても、それは勿論本件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と認むべきであり、かかる証人尋問を、かかる手続上の段階において制限すべきいわれはないから、第一審の右の如き公判手続に所論の如き訴訟法の違反があるということはできない。」

（3）検討

本判決は、犯罪事実に関する立証が尽くされたのちに、情状に関するものとして、過去の、公訴事実と類似の事実の立証を許容した事例である。

本判決は、犯罪事実の立証のために、類似事実を用いることは許されないと明確に断じてはいないものの、①犯罪事実に関する立証は尽くされていること、及び、②類似事実の立証の目的は、情状であることを認定した上で、証人尋問を適法としたものである。

したがって、原則として、起訴された犯罪事実の立証のために、類似事実を用いることは認めないという方向性を示したものと評価される[23]。

本判決の示した指針は、基本的には是認できるが、本来は、証人尋問の採否の段階で、このように適切に位置づけられなければならなかったのではなかろうか。

5　最判昭四一・一一・二二刑集二〇-九-一〇三五

（1）事案の概要

本件は、被告人が、社会福祉事業に使用する意思も能力もないのに拘わらず、被害者をして真実福祉事業に有意義に使用されるものと誤信させた上、同様に、他の者から、二〇二回にわたって寄附金名下に現金の交付を受けて騙取したとされる事案である。

被告人は、公訴事実と同様の手段による詐欺罪で有罪判決を受けており、本件はその執行猶予期間中に実行されたものであった。

（2）控訴審の判断

「所論は被告人は宗教活動の為の資金に充てる布施として受取ったもので詐欺の犯意はないというけれども、被告人自身昭和三八年九月一九日神戸地方裁判所尼崎支部で本件と同様手段による詐欺罪に因り懲役刑に処せられ現在なおその刑執行猶予期間中の身であり、本件行為もその態様に照し詐欺罪を構成するものであることの認識があつたと思われるのに、又しても本件犯行に及んでおり、その動機も当時の被告人の生活状態等に照し首肯でき、その犯行の手段も、実在しない社会福祉援護会の名称を用い、これに対する寄付金と称して金員を受取りながら社会福祉のための外部的活動は全く行わず、又社会福祉施設に寄付することもなくすべて自己の生活費等に費消していること、被告人自身当審公判廷において、本件金員は仏から貰つたものと自分で「解釈」しているがそれが仏の道に適つたものとは思つていないと供述し、自己の行為の違法性を認めていること等に徴し被告人に犯意がなかったとはとうてい認められない。」とした。

（3）最高裁の判断

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」とした。

（4）検討

本件の最高裁の判断については、①犯罪行為自体を同種の前科によって認定することは許されず、犯罪の客観的要素はあくまでも同種前科以外の他の証拠能力のある証拠によって認定されなければならず、②行為者の故意などの犯罪の主観的要素を立証するために、同種前科が提出される場合には、それは証拠として許容されるが、そのような場合であっても限定的に許容されるということを意味すると解されている。[24]

本件の被告人の前科は、本件とほぼ同様の募金を求めた行為が詐欺罪とされた事案であった。ほぼ同様の行為について、被告人が裁判を受ける過程で、同様の行為をすると、他人は欺罔され、錯誤に基づき金員を交付するというプロセスを認識していたはずであり、被告人には、同様の行為をすれば、詐欺罪を構成するという認識は十分あったと評価できるという意味合いで、前科が用いられたものと考えられる。

もっとも、本件は、前科を持ち出さずとも、客観的行為から故意が推認しうるとの評価もあり、[25]前科証拠を用いる必要はなかったとも思われる。本件事案を含め、故意等の犯罪の主観的要素については、客観的状況から推認できることがほとんどであり、前科の内容は駄目押し的な役割を果たしているに過ぎないとも評価されている。[26]

同種前科を証拠とする場合に限ってみても、当該要証事実との関連性はより細かく分析して明確にすべきであるし、許容性の判定は予断偏見の危険をも十分考慮してなされるべきであろう。また取調べ時期についても慎重な配慮が望まれるとされる。[27]

いずれにせよ、本件は、最高裁が、犯罪の客観的要素については被告人の行為であるとの立証ができている場合に、主観的要素の証明という限定的な目的に限って、悪性格証拠が許容される場合を示した事例であり、悪性格証拠に対する最高裁の慎重な姿勢を示すものである。

6　高松高判昭三〇年一〇月一一日高刑裁特二-二一-一一〇三

（1）事案の概要

被告人は、昭和二八年二月一三日に、林道上で、被害者を背部から猟銃で射殺し、被害者所有の現金一〇万二千円を強取したとされた。原審で、検察官は、犯行の前日である二月一二日に、被害者を狙ったが、実は被害にあったのは別人であったとされる殺人未遂事件を、被告人による犯行であるとして、前日の殺人未遂に関する証拠物（被告人の衣服等）、実況見分調書、被告人の供述調書、被告人の供述の証明力を争うための司法警察員作成の捜査報告書の取調べを請求し、異議なく取り調べられた。また、殺人未遂事件を立証趣旨とする証人一八名の証人尋問も異議なく執り行われた。

弁護人は、起訴されていない犯罪事実について証拠調べがなされたものであり、また、公訴事実と関連性のない（被害者を異にする）殺人未遂事件を証明することによって、公訴事実を憶測推断させるものであるとして、各証拠調べは違法であると主張した。

（2）控訴審の判断

まず、起訴されていない犯罪事実についての証拠調べが許されるかについては「起訴せられない犯罪事実についての

証拠調は被告人の防禦の範囲を拡張することは免れないけれどもその立証事項が起訴事実と関連があり、且これを取調べることによつて起訴事実につき偏見または予断を生ぜしめる虞れのない場合はその証拠調を違法とすることはできないものと解すべきである。」とし、起訴されていない犯罪事実の証拠調べが許される場合もあるとした。その上で、本件の一連の証拠調べの位置づけについて「本件において所謂殺人未遂事件について行われたという前掲各証拠を綜合して考察すると公判調書並に証人尋問調書には殺人未遂事件そのものの証拠調を請求するかのような記載があるが、それは表現または記載が妥当性を欠くに止まり、究極の立証とするところは右殺人未遂事件と起訴にかかる本件強盗致傷事件を関連ある一連の行為として前者を証明することによって後者の犯意と情状特にその計劃性を立証しようとしたものと認めるのが相当であ」るとし、証拠調べを違法でないとした。

（3）検討

本件は、別人に対する殺人未遂事件が、本件被害者を狙って実行されたものであるとして、主観的要素である犯意、計画性及び情状を立証することを目的としたものと評価され、適法とされた事案である。

そもそも、別人に対する殺人未遂事件は起訴されておらず、弁護人は、起訴されていない犯罪事実について証拠調べをすることによる、防御の範囲の拡張を問題であるとした。結果として、被告人の主観的要素等が立証対象であると位置づけることによって、証拠が用いられる範囲が事後的に限定され、違法の評価を免れたものである。しかし、このような判断には問題があると思われる。別人に対する殺人未遂事件の位置づけが事前に明示されるのでなければ、被告人が防御の指針を決定することも困難であるし、また、防御の範囲が拡大せざるを得ないという点は、弁護人の指摘のとおりである。公判における被告人側の負担は著しく増大するのであり、本件審理において、いわゆる殺人未遂事件に関連する証拠調べが必要であるかは、事前に検討されるべきであった。これまで検討した判例四及び五も同様であるが、

審理の結果として、限定された目的にしか、悪性格証拠を用いる必要がなかったと後から評価することによって、悪性格証拠を許容し、事実認定に用いたことを適法とした判断である。

7　大阪高判平一七・六・二八判タ一一九二―一八六

（1）事案の概要

本件は、被告人が、亜砒酸を混入したカレーを食べさせ、地域住民ら六七名を急性砒素中毒により患させ、うち四名を殺害したほか（カレー毒物混入事件）、夫ほか一名に対して、保険金を得る目的で、砒素を摂取させ殺害しようとし、また、夫の神経症状等の事由により、保険会社等から高度障害保険金等を騙取する等したとされる事案である。

一審で、被告人は各公訴事実についていずれも有罪とされたが、弁護人らは、原審が、本件公訴事実以外に、砒素使用事件七件及び睡眠薬使用事件一二件のいわゆる類似事実の立証を許し、そのうちの砒素使用事件一件及び睡眠薬使用事件二件について、これらを被告人の犯行であると認定した上、カレー毒物混入事件の犯人性の認定根拠とした点を、適正手続の保障や予断排除の原則に反し、かつ、広範な防御を余儀なくされた被告人の権利を著しく侵害したものとして違法と主張した。

（2）判旨

大阪高裁は、まず、起訴されていない被告人の犯罪事実の立証が許される場合について、以下のように述べた。

「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した。」

その上で、類似事実を①同一被害者を対象として、近接した時期に起こった類似事実と、②それぞれ独立して犯罪事実となりうる類似事実とに分けた。

まず、①の、公訴事実と同一の被害者を対象とする近接した時期に発生したとされる類似事実については[28]、起訴された場合に、包括一罪の関係に立つ、公訴事実に密接関連する事実であって、犯行に至る経緯の一部、または、犯行後の経緯として公訴事実の立証自体に重要な意義を有するのであって、これらの事実について検察官の主張立証が許されるのは当然とした。

次に②については「その余の類似事実は、それぞれ独立して犯罪事実となり得るものであって、その立証の要否について慎重な配慮を要することは所論のいうとおりである。」としつつ、立証の必要性、合理性について、ア、被告人の周辺において複数の者が繰り返し急性砒素中毒を発症させたという事実は、それらが被告人の犯罪行為によるものであると否とを問わず、それ自体、被告人と凶器である砒素との結びつきやその殺傷力に対する知情性を推認させる、イ、被告人が過去において亜砒酸等を飲食物に混入させて人に摂取させた事実が認められる場合には、その手段及び方法の類似性から、前記各殺人、同未遂事件における被告人の犯人性をも推認することが可能となる、ウ、被告人が砒素等を混入させた飲食物を人に摂取させることを繰り返していたという事実からは、規範意識が鈍麻していたことや、人に砒素等を摂取させて殺傷することに対する罪障感、抵抗感が薄れていたことも推認でき、ことに、明確な犯行動機の見出し難いカレー毒物混入事件にあっては、その犯人性を見極める上で検討に値する事実であるとし、本件類似事実から導かれる推認は、経験則に基づく合理的なものであって、何ら不当な予断偏見ではないとした（アないしウの区分は筆者

による）。

また、本件は、飲食物の中に毒物を混入させるという匿名性の高い犯罪行為で、被告人の犯人性や殺意の存在が争われており、直接証拠はなく、状況証拠の積み重ねによる犯人性等を立証する方法がない事案であるので、類似事実による立証の必要性は高いとした。

被告人の防御権の不当な侵害との主張については、「本件とりわけカレー毒物混入事件は、四名の死者を出した重大な事案であって、争点も多岐にわたっており、被告人には捜査の当初から複数の弁護人が選任され、精緻な弁護活動が行われてきたことにもかんがみると、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」とした。

なお、類似事実のうちの、乙野らに対する睡眠薬使用事件については、睡眠薬と亜砒酸との間に殺傷力や入手の困難等に大きな違いがあること、砒素を用いたとする事件とは手段態様の類似性が乏しく、関連性がやや希薄であることから、相当性に疑問の余地がないではないとしつつも、乙野らを保険金不正取得の手段、対象にしていたことを明らかにする意味があること、カレー毒物混入事件についても関連性がないとはいえず、違法とまでは評価できないとした。

そして、犯人性の認定について、弁護人が、類似事実といわれる各事件が、保険金目的で、近親者に対して実行されたものであり、カレー毒物混入事件が、利欲目的もなく、対象を不特定多数とするものであって、態様が異なり、類似事実からの犯人性の推認には、論理の飛躍があると指摘したことについて、以下諸点から、犯人性の認定に用いることが許されるとした。まず、亜砒酸が一般的に容易に入手しえない毒物であり、被告人がこれを犯罪目的に使用していたということは、それだけでも亜砒酸をカレー鍋に混入させた犯人が被告人であることを強く疑わせること、そして、カレーへの亜砒酸の混入が、突発的に、ひとりになった機会をとらえて、短時間で決意し、敢行されたと認定されているところ、類似事実により、被告人は自己の夫や乙野に対して少なくとも未必の殺意をもって亜砒酸を使用し、人の生命

を奪うことに対する罪障感、抵抗感が鈍麻していた、夫及び乙野に対する犯行が発覚しなかったことから、被告人が飲食物に亜砒酸を混入させても発覚しないと考えるようになっていたこと、更に、類似事実の事件の際、被害者の側から、調理を頼まれて提供しており、突発的な機会をとらえ、とっさの思い付きで敢行されたことから、些細な動機目的のために夏祭りカレーに亜ヒ酸を混入させることを思いつき、即座にこれを実行するということは、被告人であったからこそ可能であったとして、被告人を犯人であるとした。

また、殺意については、丙川事件等については、被告人の犯人性が認定されていないので、これを殺意の認定の根拠に使用することは許されないとの主張がされた。高裁は、殺意の認定に関し、被告人は、各被害者らが、砒素により重篤な症状を呈す事実を認識していたことから、これら事件は砒素がそのように人を殺傷しえる道具として利用できることを認識していたという事実の認定に用いられるものであると位置づけ、「犯行手口の類似性から被告人の犯人性や範囲を認定するような場合には、被告人が当該類似事実の犯人であることが前提となるのであるから、そのことが確実に立証されていなければならないのは当然」としつつ、「丙川が砒素を摂取して死亡したことを被告人が知っていたという事実を認定する場合には、その事実自体は必ずしも被告人が当該事件の犯人であることを前提とするものではないから、その犯人性まで立証されていなければならない理由はない」とし、被告人が少なくとも未必的な殺意を有していたことは優に認められるとした。

なお、最高裁は、本判決の判断を是認した（最判昭二一・四・二一判タ一二九七-一二七）。

（3）検討

高裁判決が類似事実の立証の必要性の根拠とした上記アないしウについて、それぞれ検討する。

まず、ア、被告人の周辺において複数の者が繰り返し急性砒素中毒を発症させたという事実は、それらが被告人の犯

罪行為によるものであると否とを問わず、それ自体、被告人と凶器である砒素との結びつきやその殺傷力に対する知情性を推認させるについては、ここに、二つの要素が入っていることに注意すべきである。一つ目は、①被告人と凶器である砒素との結びつき、及び、②砒素の殺傷力に対する被告人の知情性である。確かに、周辺に、多くの砒素中毒者が発生した場合には、通常、砒素の毒性についての認識が生じると思われ、②については、一定の推認力が認められると思われる。①については、どうして、「被告人」と結びつきうるのか仮にそのような結びつきがあったとして、犯行との関係で推認力を持つといえるか疑問である。

次に、イ、被告人が過去において亜砒酸等を飲食物に混入させて人に摂取させた事実が認められる場合には、その手段及び方法の類似性から、前記各殺人、同未遂事件における被告人の犯人性をも推認することが可能となるとしている。亜砒酸を用いること自体を顕著な特徴とみるのであれば、犯行の手段・方法の類似性による推認とみることもできる[29]。しかし、入手が一定程度困難であるとはいえ、亜砒酸を用いているというだけで他人の犯行の可能性を排斥しうるほど顕著な特徴であると断定することは困難である。そうすると、いわゆる被告人の犯罪性向から事実を認定することを認めたものと評価せざるをえないが、高裁は、犯罪性向がどのような要件をみたせば立証されたと評価しうるのかについては言及していない。

そして、次にあげられるウ、被告人が砒素等を混入させた飲食物を人に摂取させることを繰り返していたという事実からは、規範意識が鈍麻していたことや、人に砒素等を摂取させて殺傷することに対する罪障感、抵抗感が薄れていたことも推認でき、ことに、明確な犯行動機の見出し難いカレー毒物混入事件にあっては、その犯人性を見極める上で検討に値する事実である、という記載からは、むしろ、高裁には、過去の行為と、夏祭りのカレーに毒物を混入するという犯行との「非類似性」の認識があったことがうかがえる。それは、仮にウの事実が認められたとしても、知人に対する犯行であり、通常理解しうる動機が存在する行為と、無差別的に夏祭りのカレーに毒物を混入する行為との間には、

犯行の性質に大きな飛躍があると考えられるからであろう。[30] 高裁が、「検討に値する」とし、ストレートに推認力があるとまでは断定していないのはこのような事情によるものと思われる。

しかし、結果としては、上述のとおり、規範意識の鈍麻等を示す事実であるとして、カレー事件について、犯人性について推認力があるとされた。[31] しかし、このような規範意識の鈍麻等の事実は、同種の犯行を繰り返すという、まさに犯罪性向によって犯人であるとの認定をすることに他ならない。では、そのような強固な犯罪性向が本件で立証されているかについての具体的検討部分は欠落しており、また、後述する判例一〇[32]の高裁の判断と異なり、どうしてかかる犯罪傾向が、カレー事件において発現したといえるのかを基礎づける客観的事実は記載されていない。

本判決は、類似事実が、被害者からの依頼によって食物等を調理することになった突発的な機会をとらえて被告人が亜砒酸を混入させたという点が、カレー事件において、偶然の事情で犯行の機会を得た被告人が同様の行為に及んだとする。しかし、前提として、もともと保険金の詐取等の目的があって、近しい人物に対して犯行をする機会をうかがっており、たまたま被害者からの調理の依頼があった際にその機会をとらえるという犯行態様と、もともとなんらの具体的動機もなく、[33] 不特定多数の相手を害することを知りつつ亜砒酸をカレーに混入したとされるカレー事件とは、その犯罪の性質・態様は全く異なる。

類似事実とカレー事件との客観的な共通点は、亜砒酸の使用という限度にとどまる。亜砒酸の使用という事実自体が、他人の犯行の可能性を消し去るといえるほどの推認力を持つのでなければ、結局、人格評価を通じた推認であり、推認過程に問題があったとの批判は免れまい。

本判決は、類似事実の推認力を限定しようとする姿勢を見せてはいるものの、結局のところ、犯罪の客観的態様の類似性を比較する際に、かなり強引に類似性を見出そうとしたことは否定できず、悪性格証拠について、その推認力を、過大に評価した可能性を払しょくできていない。

8　東京地判平六・三・三一判時一五〇二-四八[34]

（1）事案の概要

被告人X及びYは、Vの夫であるXがVに掛けた生命保険金を取得することを目的として、共謀のうえ、Vを路上で銃撃して殺害したとされる事案である。

東京地裁は、Yについては、銃撃の実行者とするには合理的疑いが残るとし、これに対し、Xについては、氏名不詳者と共謀した上、氏名不詳者に銃撃させ、殺害したとして、無期懲役を言い渡した。

（2）判旨

判旨は、「本件殺人事件に関し、次の事実が認められる」とした。

「（一）Xは、妻のVに掛けた生命保険金の取得を目的として、遅くとも昭和五六年三月ころにはVの殺害を計画し、そのころDに、同年五月ころEに、それぞれV殺害を持ちかけようとしたが、両名が消極的な態度を示したのでこれを共犯者とすることをあきらめた。その後同年七月上旬ころZにV殺害を持ち掛けたところ、同女がこれに応じたことから、同女と殺害場所、方法、日時等に謀議を行い（中略）締結していたVを被保険者とする二つの生命保険契約に加えて（中略）Vを被保険者、受取人を法定相続人とする海外旅行者傷害保険契約（限度額七千五百万円）を締結した。そして、同年八月一三日ロスアンジェルス市所在のホテル（中略）において、Xがかねての計画通りVの後頭部をハンマー様の凶器で殴打したが、（中略）Vを殺害するには至らなかった。なお、場所をロスアンジェルスとしたのは、日本で実行するよりも犯行が発覚しにくいと考えたことによるものであり、またXは、Zに対して、強盗に見せかけて実

行するように指示した。」

「（二）その後、同年一一月一六日ころ、Xは、（中略）再び（中略）Vを被保険者、受取人を法定相続人とする海外旅行者傷害保険契約（限度額七千五百万円）を締結し、（中略）渡米した。（中略）一一月一八日、ロスアンジェルス市内の本件駐車場において、Vが左顔面を銃撃されるという事件が起こり、そのとき一緒にいたXも左大腿部に被弾した。Xは、このときの状況について、グリーンの車に乗った二人組の強盗に襲われたなどと故意に虚偽の供述をし、また、現場の状況から銃撃犯人が乗っていたものと認められる白色のバンの存在についても、これに気付いていながら故意に秘匿した。」

そして、これらの事実の評価として「Xは、本件銃撃事件の前にVを被保険者、Xを受取人とする多額の保険契約を締結していること、本件銃撃事件と殴打事件とは同じロスアンジェルスで起こったものであること、殴打事件は強盗を装ってVの殺害を実行しようとしたものであるが、本件銃撃事件も強盗に襲われたかのような外観を呈していること、本件銃撃事件は、殴打事件の共謀の際、XがZに提案されたV殺害方法の一つ（ピストルでVの頭を撃ち、それだけだとX自身も疑われるので、Xの脚も撃つ。）と類似していること、殴打事件は保険金の取得を目的としてXがZにVの殺害を実行させようとしたものであること、Xは殴打事件の以前からV殺害を計画し、共犯者の物色をしていること、Xが銃撃事件について、前記のとおり、ことさらに虚偽の供述をしていることなどの事実を総合すれば、本件銃撃事件は、実際にVを銃撃して殺害した実行犯人の特定を待つまでもなく、Xが、Vに掛けられた生命保険金等の取得を目的として、実行犯人と共謀の上、Vを本件駐車場まで連れ出し、右駐車場で白色のバンに乗って待ち受けていた実行犯人にVを銃撃させるとともに、Vだけが銃撃されたのでは不自然であるから自らの脚も銃撃させて、Vを殺害したものと優に認めることができる。」

（3）検討

東京地裁が、Xが銃撃事件の犯人であるとの判断に至った根拠は、①殴打事件でも、銃撃事件でも、渡米に先立って、Vを被保険者とし、受取人を相続人、すなわちXとする高額の保険契約が締結されていること、②いずれも同じロスアンジェルスで起こった事件であること、③殴打事件は強盗を装ってVの殺害を実行しようとしているが、銃撃事件も強盗による襲撃との外観を呈していること、④銃撃事件が、XがZに持ち掛けた殺害方法の一つと類似していること、⑤殴打事件は保険金の取得を目的としてXがZにVの殺害を実行させようとしたものであること、⑥Xは殴打事件の以前からV殺害を計画し、共犯者の物色をしていること⑦銃撃事件について、ことさらに虚偽の供述をしていることを総合判断したというものである。

類似事実としての観点から①②③が、Xの動機・計画という主観的要素に関するものとして④⑤⑥がとりあげられているようにみえる。

これに対して、東京高裁は[35]、「両事件は、同じ加害者・被害者間で相次いで起こったとされる事件であり、そのために、殴打事件を生み出した動機は、同時に本件を生み出す動機にも関連しており、また殴打事件が未遂に終わったために、より一層犯行手段を強めて、再度企てたと主張されてもおかしくない関係にある。そして、両事件とも、摘発されにくい外国のロスで、しかもXが被害者を伴って行った機会に、やや特殊な状況の下で発生していることなど、表面上、強い共通性も窺われて、動機を認定・理解する限度では、殴打事件当時のXのVに対する感情や事件前後の言動それ自体が（つまり、それが殺人未遂罪に該当するか否かとは無関係に）、本件にとっても実質的に重要な意味を持つと考えられる」と位置付けた。すなわち、東京高裁の位置づけは、あくまで、犯行の動機の認定・理解の限度での事実との位置づけなのである。

高裁が、表面上の強い共通性と表現した事実は、動機の共通性に解消され得る。この意味で、高裁の判断が正当とい

うべきである。

当然のことではあるが、類似性の評価の対象となる事実をどう設定するかにより、類似・非類似の判断は異なりうる。類似していると適示された事実が、真に特徴的な犯行の手段・方法等と評価しうるものなのかについては、慎重に判断されなければならない。

しかし、一審判決は、過去の行為と、公訴事実とが類似しているという判断に至ったところで、検討を終了しているように見え、その推認力の程度について、慎重な検討をしているようには見受けられない。

9　静岡地判昭四〇・四・二二下刑集七-四-六二

（1）事案の概要

被告人らは、乗客に対するスリ行為で現行犯逮捕された（判示第二の窃盗未遂の事実、逮捕されたのは九号車）。さらに、被告人らは、同一電車内（七号車）において、もう一件のスリ行為（判示第一の窃盗の事実）を行ったとされ、二件のスリ行為が起訴された。

（2）判旨

判示第二の事実については、被害者は、列車が発車する際に、三〇才前後の男数名が乗り込んできて、七号車後部デッキにいた被害者を強く押して倒しそうにした際に、名刺等在中の財布をすり取られたと思うと証言したが、誰に財布をすられたかはわからないとしていた。一方、スリ行為①について、被告人らが現行犯逮捕された現場に、スリ行為②の被害品とされる名刺等が落ちていたことが確認されている。もっとも、誰がこれを現場に捨てたかは不明である。

これを前提に、「これ等の状況証拠だけからでは、判示第一の窃盗の事実を認めるにつき証明に十分でないとも考えられる。しかし、ひるがえって、更に審究すると、右第一の窃盗の事実は、判示第二の窃盗未遂の事実と時間的にも、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って、両罪事実は互に密接かつ一連の関係にあるものとみられるから、そうであれば、判示第二の窃盗未遂の事実が証明された場合には、この事実は、判示第一の窃盗の事実との関係において、同時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、またそれは状況証拠として、高い証明価値があるものとして許容することができるのである」とした。

もっとも「勿論、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とすることは、刑事司法上の政策及び更生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、前述のとおり、両犯行が密接に連結して相互に補足する関係にある本件の場合には適用がないのである。」とし、「要するに、本件列車内の集団スリという本件事件の特殊的正確に対応して、前記各証拠をあれこれ総合して考えると、判示全事実はすべてその証明があるというべきである。」と結論付けた。

（3）検討

本判決について、類似の犯行から、直接犯人性を推認したものではなく、あくまで、時間的場所的接着性や、犯行の方法、態様の類似性から、密接に関連した一連の犯行であるということが認定できるとした事案との評価もある。[36]

しかし、そもそも、第一の事実について、被害者は、「列車が発車する際に、三〇才前後の男数名が乗り込んできて、七号車後部デッキにいた被害者を強く押して倒しそうにした際に、名刺等在中の財布をすり取られたと思う」と述べるにとどまっている。そもそも、スリという犯行は、被害者が通常認識できない態様で実行されるのであり、この証言からは、第一の犯行の客観的態様を確定することは不可能である。そうすると、犯行の方法・態様の類似していること

を、犯人性の基礎とすることはできなかったはずである。

また、現行犯逮捕された第二の犯行現場付近に、被害品とされる名刺が落ちていたという事実の推認力も、その事実のみでは、被告人らと強く結びつくとまではいえない。まさに被告人らが落としたというのであれば、強い結びつきといえるであろうが、被告人らが逮捕された現場で発見されたというだけでは、その推認力は限定的なものであるといわざるをえないであろう。客観的状況から、両犯行の密接な連結ということがいえたのか、ということには疑問が残る。

このように考えると、同一列車内で集団スリという方法・態様での窃盗に及んだという事実から、同様の行為に及んだという推認をするのでなければ、第一の犯行の犯人であるとまでは推認できない状況であったといえる。

本事件の背景としては、スリ行為という犯罪自体の、反復して同様の犯行を行っているはずであるとの認識や、スリ行為が、現行犯でなければ検挙することが困難であるため、捜査官が、目星をつけた者について現行犯逮捕をする機会をとらえるために追跡する等の捜査方法がとられること、被告人らがその対象になっていたことなどが影響したとも思われる。そのような他の要素がなければ、現行犯逮捕された一回の犯行で、犯罪性向が立証されているとの判断は不可能であるからである。[37] 実際、判決の末尾には「要するに、本件列車内の集団スリという本件事件の特殊的性格に対応して、前記各証拠をあれこれ総合して考えると判示全事実はすべてその証明があるというべきである」とされている。

そうすると、本件は、むしろ、被告人らの犯罪性向を認定して、これを総合評価に用いた事例であると評価すべきであるが、犯罪性向が認定されるに足る証拠はなかったと思われ、悪性格証拠が不当に事実認定に影響を与えた事例であるといえる。

10　水戸地下妻支判平四・二・二七判時一四一三-三五

（1）事案の概要

被告人は、強盗致傷、銃刀法違反、窃盗、及び二件の強姦致傷罪で起訴されたが、二件の強姦致傷事件についての犯人性を争った。

それぞれの公訴事実の概要は、以下のとおりである。

被告人は、路上で、自分の運転する普通乗用自動車のクラクションを鳴らすなどして、A子が運転する軽四輪乗用自動車を停車させ、いきなり同車両に乗り込み、同女の頸部を両手で絞めつけるなどの暴行を加えながら、「死ね。殺されたいのか。抵抗したら殺す。」などと脅迫し、同女の衣服をはぎ取って全裸にし、同女を車両後部座席に押し込めるなどの暴行を加え、車両を運転して空地まで同女を連行し、駐車した車両内で、「俺はナイフを持っているぞ。」などと脅迫し、強姦し、傷害を負わせた（第五の事実）。

被告人は、路上で、自分の運転する普通乗用車の前照灯を何回も点滅するなどして、B子の運転する普通乗用自動車を停車させ、いきなり同車両の運転席に乗り込んで、同女の頸部を両手で絞めつけるなどの暴行を加えながら、「俺はナイフを持っている。」などと脅迫し、運転席の背もたれと一緒に同女を後ろに押し倒して同女の上にまたがり、片手で同女の頸部を閉めながら、車両を運転して、農道まで同女を連行し、駐車した車両の中で、同女の衣服をはぎとって全裸にするなどの暴行を加え、強姦し、傷害を負わせた（第六の事実）。

なお、いずれも平成三年一月の事件である。

（2）判旨

第五の事実につき、①目撃者が被告人を犯人と識別し、目撃内容が被害者の述べる被害状況とおおむね符合していること、②犯行使用車両が被告人の車両であると認められること、③犯行現場に遺留された犯人のタバコの吸い殻に付着した唾液の血液型が被告人と一致すること、犯人の精液のＤＮＡ型が被告人と同型であり、その一致の確率が一六〇〇万人に一人であること④犯人が所携の針金で被害者の両手親指を後ろ手で緊縛して逃走しているが、被告人車両内から、被害者を緊縛したものと同種の針金が発見され、被害者を緊縛した針金の切断面は、被告人車両内に合ったプライヤーによって生じうることを前提とし、「被告人の前々刑（中略）及び前刑（中略）[38]の強姦の犯行の手口は、いずれも自動車を運転している女性を追尾した上、クラクションを鳴らすなどして停車させて因縁をつけ、暴行脅迫を加えてその車両に乗り込み、人気のないところに連行し、女性を全裸にして強姦するというものであり、さらに前刑の強姦においては、被害者を所携の針金で後ろ手に緊縛していることが認められ、いずれも本件犯行の手口と酷似している」とした。

また、第六の事実については、①被害者が被告人を犯人と識別していること、②被害者の供述による犯人の車両が被告人車両と矛盾しないこと、③犯人の精液の血液型及びＤＮＡ型が、いずれも同型であり、その出現頻度は七〇〇〇万人に一人であることなどを前提とし、「被告人の前科中の強姦の犯行の手口が本件犯行と酷似している（但し、針金を使用している点は除く）」とした。

（3）検討

いずれの公訴事実についても、認定根拠となっているのは、主として、被害者が被告人を犯人として識別している事実や、ＤＮＡ型鑑定などであり、前科の内容の類似性は、あくまで補足的な証拠として位置づけられていると考えられる。もっとも、犯人性について、一定の推認力があると考えられたからこそ、判示に犯行の手口の共通性の指摘がなさ

れたものである。

では、いわゆる犯行手口の特殊性として、どのようなものがあげられたのか。判決が指摘する、被告人の前々刑（昭和五五年判決）及び前刑（昭和六〇年判決）の強姦の犯行の手口は、「自動車を運転している女性を追尾した上、クラクションを鳴らすなどして停車させて因縁をつけ、暴行脅迫を加えてその車両に乗り込み、人気のない場所に連行し、女性を全裸にして強姦するというものであり、さらに、前刑の強姦においては、被害者を所携の針金で後ろ手に緊縛している」というものであった。第五の事実と、前刑とは、犯行の客観的特徴として挙げられた事実がすべて一致していた。被告人が犯人であるとの推認をある程度可能にする事実であるという評価が可能であるようにも思われる。そして、第五の事実については、被害者以外に目撃者もおり、犯行に使用された車両についても、被告人車両であると認定されている。このように、第五の事実については、被告人と犯人を結びつける証拠が、それぞれ強いものであったとの評価も可能であった。これに対し、第六の事実の方が、被告人と犯人との結びつきは、薄いと思われる。まず、当時のＤＮＡ型鑑定の精度の評価は分かれている[39]。また、被害者以外の目撃者もおらず、被告人の車両が、犯行に使用されたと認定されているわけでもない。さらに、被害者の識別についても、変遷等が指摘されていた。その意味で、第六の事実は、悪性格証拠を除いた被告人と犯人を結びつける証拠が、第五の事実より弱いとの評価もできる。これに加えて、前刑との類似性についても、針金を用いて被害者を緊縛するという、客観的な特徴としてあげられる行為がひとつ欠けている[40]。犯人と被告人とを結びつける証拠が弱い場合に、悪性格証拠が、他の証拠の推認力を押し上げるような効果を有する危険性は指摘されているところであり、発展途上の科学的証拠等、それ自体でただちに被告人を犯人と結びつけるものではない証拠等と相俟って、犯人であるとの認定にたどりつく役割を果たしたとなれば、事実認定をゆがめたという評価がされることとなろう。

このように、悪性格証拠は、他の犯人性に結び付く証拠の強さが比較的弱かったり、微妙であったりする事案では、

特に、弊害をもたらす危険が大きいともいえる。

11　東京高判平二〇・一二・一六判タ一三〇三-五七

（1）事案の概要

被告人は、被告人所有のリゾートマンションの居室において、一〇名の女性らに対し、催眠作用を有する薬物等を用いて、女性らの心身を喪失させた上で姦淫行為に及び、うち二名の女性に傷害を負わせ、二名の女性を死に至らせたうえ、うち一名の女性（被害者A）の死体を損壊・遺棄したとして起訴された。被害者Aについては、わいせつ誘拐でも起訴がなされた。

一審は、起訴された犯行のうち、六件の準強姦、二件の準強姦致傷、及び一件の準強姦致傷について、被告人を有罪としたが、被害女性Aに対するわいせつ誘拐、死体損壊・遺棄及び準強姦致死については無罪とした。

本稿では、Aに対する準強姦致死の成立に関する判断につき検討する。

（2）判旨

東京高裁は、判断の順序として「わいせつ誘拐及び準強姦の行為があったか否かは外形的に一見して明白とはいえないのに対し、死体損壊・遺棄の行為が存したことは明白であるから、まず、被告人が死体損壊・遺棄の犯人であるかどうかを検討し、次にわいせつ誘拐及び準強姦致死の点について検討することとする。」とした。

その上で、死体損壊・遺棄の行為については、Aが被告人所有のリゾートマンション居室内で死亡したことを前提とし、被告人を犯人とした。

そして、死体損壊・遺棄の犯人が被告人であることを前提に、わいせつ誘拐及び準強姦致死事件については以下のような判断を示した。

まず、①Aが睡眠導入剤であるフルニトラゼパムを生前に摂取していたこと、②被告人の関係場所から、フルニトラゼパムを含む多量の睡眠導入剤等の在中するセカンドバックが発見されたこと、③セカンドバック内には、Aが犯行現場とされるリゾートマンションのガスの検針担当者作成の書面（六月二七日付）が入っており、その裏面に、被告人が七月一日にAに渡したとされる携帯電話の電話番号が記載されていたこと、③同セカンドバック内に、六月二五日付のガスの閉栓を知らせる書面も入っていたことが認められるとし、これら事実からすると、被告人がフルニトラゼパムを含む睡眠導入剤等の扱いに慣れていたことがうかがわれるほか、当時フルニトラゼパムを実際に手元に所持していたこと、また、被告人が七月一日にAとリゾートマンションに向かった際、被告人がフルニトラゼパムを、セカンドバッグに入れるなどして携帯していた可能性は非常に高いとした。

そして、フルニトラゼパムが処方薬であり、Aが本国で使用しておらず、Aの友人も、Aが医師の診察を受けたり、睡眠薬を使用しているのなどの話は聞いていないこと、入国後のAの日記にも不眠を訴えるような記載はなく、医師の診察や睡眠薬の入手に関する記載もなかったということを確認した上で「被告人は、平成四年二月から平成一二年六月にかけて、原判示第一ないし第九のとおり、逗子マリーナ（筆者注：リゾートマンション）居室に誘い入れた被害者九名に対し、フルニトラゼパムとは断定できないもののこれと同様の催眠作用を有する薬物を混入した飲物を飲ませるなどして同薬物を摂取させた上、麻酔作用を有する薬物（一名についてはクロロホルムと特定される。）を吸引させるなどして同女らを意識障害に陥らせてその心身を喪失させ、同女らを姦淫するという犯行を繰り返していたこと」が認められるとし、これらの事実によれば、Aが被告人の関与なしにフルニトラゼパムを摂取したとはおよそ考えられず、被告人がAにフルニトラゼパムを摂取させたことが優に認められ、Aにリゾートマンション居室に入る前にフルニトラゼ

パムの作用が生じていた形跡もうかがわれないことから、被告人は、Aとリゾートマンション居室に入った後、Aにフルニトラゼパムを摂取させたと認めることができるとした。

この点について、原判決は、[41] A自身が来日後悩んでいた時期があったことから、自らフルニトラゼパムを摂取したことを否定できないとしたが、高裁は、Aにフルニトラゼパム入手の機会があったとはいえず、悩んでいた時期があったとしても直ちにフルニトラゼパムの使用に結び付くものとは考えられないとした。

その上で、準強姦致死事件について、被告人が、上述のような犯行を繰り返していた点を指摘し、「被告人が逗子マリーナ居室においてAにフルニトラゼパムを摂取させたのも同様の準強姦の意図で行ったものと判断するのが相当であって、これが逗子マリーナ居室に入ってから長日時が経過して行われたとも考えにくいから、被告人は、同日あるいは翌二日ころ、逗子マリーナ居室において、同女を意識障害に陥らせてその心身を喪失させ同女を姦淫するという意図の下に、同女に対し、少なくともAの意識に影響を及ぼすことが可能な分量のフルニトラゼパムを摂取させ、準強姦の実行に着手したことが認められると言うべきである。」とした。もっとも、Aを心神喪失状態に陥れ、姦淫し、薬物作用等に基いてAを死亡するに至らしめたとの点までは、認めることができないとした。

そして、被告人の他の犯行の推認力について「一般的にいって、被告人が他にも同様の犯行を行っていることは、当該事件の事実認定においても、有力な状況事実として考慮できる場合があることは間違いない（同種事案の推認力）。しかし、そのような推認力の強さは、それぞれの事案によって異なるといわなければならない。本件の場合、Aの体内からフルニトラゼパムの代謝物が検出されたこともあり、被告人が、他の事件の場合と同様に、逗子マリーナ居室においてAに準強姦の意図でフルニトラゼパムを摂取させ、準強姦の実行に着手したことまでは確定的に認められるというべきであるが、そこから先の展開（フルニトラゼパムの作用により　予期したとおりの睡眠状態に陥ったか、その後、麻酔作用を有する薬物を使用したか、姦淫したか）を確定するには、他の同種の事件において、同様の展開がみられる

というだけでは、やはり十分ではないといわなければならない。すなわち、本件は、身体的にも精神的にもそれぞれに個性を有する相手方（被害者）が存在する犯行であり、薬物を使用しての犯行でもあってみれば、その後の展開について、間違いなく同種事案と同様の推移をたどるかどうかは、客観的な犯行態様（手口）の同一性のみを根拠として判断することは困難であり、それだけではなお不明な点が残るといわなければならない。この点に関しては、同種事案の推認力には限界があると言わざるを得ない」とした。

（3）検討

高裁と、原判決の判断の分水嶺はどこにあったのか。

Aに対する準強姦の成立について、原判決は、他の九件の準強姦、準強姦致傷等事件の共通性・特殊性を根拠に、準強姦行為を推認できる場合はありうるとしつつも、①フルニトラゼパムを被告人がAに摂取させたとするには合理的疑いが残ること、②被告人が記載したノートによると、リゾートマンション居室に入室した女性と飲食するにとどまった事例や、通常の性交渉を行った事例があること、③Aの身体に、リゾートマンション入室後異変が生じたとしても、その内容は明らかではなく、被告人がいかなる行為をしたか明らかになるような証拠がなく、他の九件から本件における準強姦の事実を類推しようにも、本件は、他の九件の犯行態様との共通性を検討する前提ないしは基礎を欠いているとした。そのうえで、「被告人のAに対する準強姦行為を推認する根拠は、被告人が他に類似かつ特殊な手口で準強姦を行っており、かかる準強姦行為が催眠作用や麻酔作用を有する薬物を用いたもので、人の生命に危険を及ぼすおそれの大きいものであるということや、かかる準強姦行為に被告人が異常に執着していたということに求めざるを得ない。すなわち、被告人は、他に九件もの準強姦行為を行っているのであるから、本件でも他の九件と同様の準強姦行為を行っているに違いないという推認である。しかし、かかる根拠から被告人がAに対して準強姦行為に及んだことを推認する

ことは、被告人の別件の犯罪の内容・性質や被告人の性癖といった極めて推認力の乏しい事実から、準強姦という犯罪が客観的に存在した事実を推認することにほかならない。そして、かかる事実認定手法によっては、犯罪事実が客観的に存在したことを合理的疑いを超える程度に認定することはおよそ不可能と言わざるをないのであって、検察官の主張するような推認を及ぼすことができないことは明らかである。」とした。

以上のような判断経過を、東京高裁の判断と比較すると、被告人が、リゾートマンション居室において、Aにフルニトラゼパムを摂取させたという事実が認められるかという点が、原判決と東京高裁の判断の分かれ目となったと評価できる。

原判決は、被告人のリゾートマンション居室の行為は一切不明であるという前提であれば、他の九件の準強姦行為を行った事実から、直接、Aに対する準強姦行為を行ったという推認を及ぼすほかないとした。

これに対し、東京高裁は、被告人が、他の九件の準強姦を実行した現場であるリゾートマンション居室において、Aに対してフルニトラゼパムを摂取させた行為は想定しうるとし、他の九件の準強姦の手段等に照らして、準強姦の着手行為であると認定したものである。

準強姦を実行する際の、被告人の一連の行為というのは、食事等を名目に被害者を誘い出し、リゾートマンション居室に入室した上、被害者に催眠作用を有する薬物を摂取させて姦淫するというものである。一審判決で指摘されたように、被告人はリゾートマンション居室に女性を連れて行った際に、性行為等をしなかったこともあることは、立証されており、被告人が、女性を、多くの犯行が実行された現場とはいえ、リゾートマンションに連れて行っただけでは、準強姦という犯罪行為に着手したとまでは評価できないということまでは、一審、控訴審ともに同様の結論に至った。

しかし、被告人がAをこれまで犯行現場となっていたまさにそのマンションの居室に連れて行き、居室において、睡眠作用を有する薬剤をAに摂取させたことまで認められるとすれば、かなり特徴的な他の犯行との経過の類似性が認め

られることから、これを準強姦の着手行為とみるべきとしたのが高裁の判断であった。[42] また、高裁は、準強姦への着手までは認定したが、犯行の経過の類似性からの推認には限界があるとし、Aの死亡の結果との因果関係は不明とし、Aの死の結果を被告人の責任とはしなかった。

本件は、被告人の具体的行為を犯罪の着手行為であると評価するべきであるかが問題となった事案と整理すべきであろう。[43] 被告人の行為はあくまで客観的証拠により認定されており、その行為にともなう被告人の主観を、過去の類似事実から推認し、被告人がAに睡眠薬を飲ませた行為を準強姦の犯意が表れた行為、すなわち、実行の着手であると評価した。そして、類似事実の推認力は、被告人の具体的行為の評価にしか及ばず、行為と、Aの死の因果関係はまた別の問題であり、高裁は、悪性格証拠の推認力の及ぶ範囲に関して論理的に限定を付したものである。

12　東京高判昭五一・四・三〇判時八五一-二一

(1) 事案の概要

本件は、医師である被告人が、昭和三九年九月から同四一年三月までの間、一三回にわたって、患者、親族、同僚などに対して、チフス菌または赤痢菌を、直接投与する、または、飲食物を介して摂取させ、各疾患に患させたとされる事案である。

一審は、全訴因について無罪とし、[44] 最高裁は、全訴因を有罪とした本判決を是認した。[45]

本件では、疫学的証明論の是非も大きな問題となっているが、本稿では、悪性格証拠の使用に絞って検討する。

一審において、検察官は、冒頭陳述においては、被告人が人体実験をしたい欲望にかられた、画期的研究発表をしたい欲望にかられた、環境に不平不満があったなどと主張していた。しかし、検察官は、論告において犯行動機に関する

主張を改め、明確な動機・目的というべきものはない事件であり「被告には常識では考えられない異常性格の持主であって、この性格が細菌への執着心によって増幅され、これに環境への不平不満等の要因が重なって衝動的に行っていったのが主としてP四関係事件とP三関係事件であり、細菌にとりつかれ歯止めがきかないまま直線的・衝動的に表現されたのが主として親族関係事件とP九関係事件であり、本件犯行原因はこのように二元的に理解すべきものである。被告人が細菌の耐性等を発表して名をあげたいという名誉欲を有していなかったとはいえないにしても、学問的に意味のある人体実験意図があったということは否定される。」と主張するに至った。

これに対して、一審判決は、検察官の主張は被告人の性格異常をとりあげ、これをもって行為自体を積極的に立証しようとするものではなく、犯行を性格異常の一点に帰一させて体系化しようとするに過ぎない、言い換えると、「被告人がもし本件犯行を犯したのが事実とすれば、まさにそれは異常性格の発露と評してはばかるところはないであろうが、逆に異常性格なるがゆえに犯行を犯したと推理するのは危険であり、禁ぜられるところといわなければならない」としていた。

（2）判旨

控訴審は、「もとより、性格を状況証拠として犯罪事実を証明することは、特別の関連性のない限り許されないとする見解もあるが、本件の場合、性格の立証が直ちに犯罪事実の立証をしようとしているとは必ずしもいえないのみならず、本件犯行の特殊性に照らせば、被告人の性格が同犯行と特別の関連性のあることが十分推認されるのであるから、被告人の性格をめぐる立証は当然許されるべきである」とした。

その上で「第一　被告人の性格及び少年時代から多古中央病院時代に至るまでの奇行関係について」という項目のもと、被告人の「奇行」を少年時代に遡って事実として認定した。それから、「第二　訴因と関連する奇行について」と

いうことで、本件公訴事実に関連して被告人がしたとされる密告電話等の事実を認定した。

さらに、「第三　異常性格の概念と被告人の性格などについて」という項目を設け、①奇矯者といわれる概念が提示されていること、②被告人が「奇矯者」の類型にあてはまるかについては躊躇があるが「被告人の一つのことに集中すると他のものが見えなくなるという偏執狂的ともいうべき性格および人を困らせたり、騒がせたりしてひそかに喜ぶと言う偏執的・陰湿的な性悪の面も若干介在していることは看過できないところである。そして、被告人がこのような性格（以下、このような性格を単に異常性格ということがある。）であることを念頭におきつつ、改めて被告人の全自白調書および前記録音テープ反訳書を仔細に検討するとき、本件一連の犯行の原因、動機がおのずから浮き彫りにされてくるのである。」とした。

そして本件各犯行の原因、動機について「被告人が、精神医学上主として情性を欠如し、奇矯者的な若干の面を持つ異常性格者であるとともに、偏執狂的などの若干の面をも合わせ持っていることが密接に関連していると言わざるをえないのであって、この観点に立ち、被告人の全自白調書の供述内容、その他記録及び当審における事実取調の結果によって認められる本件各犯行の態様などを総合考察すると、本件各犯行に共通する原因は、本質的には被告人の恒常的ともいうべき、前記のような異常性格にあるものと認めるのが合理的である。」「したがって、本件各犯行の動機としては、結局その都度、被告人の前記のような異常性格の発露に加え、潜在的な不平、不満、些細な衝動などのいずれかが触発して本件各犯行へと短絡したものと認めるのを相当とする。そして右のような性格を有する被告人が、赤痢菌、腸チフス菌という目に見えない恐ろしい病原菌に偏執狂的ともいうべき関心を持ち、これを自由に捜査できるようになったことが、被告人自身にとって大きな不幸に結びつき、ひいては社会にとっても大きな災害をもたらしたものといわざるをえない」とした。

（3）検討

東京高裁は被告人の奇行などとして、少年時代からの被告人の行為を認定している。このような立証が認められることは、むしろ稀であろう。

一審判決は、「英米法では犯罪行為そのものの証明のために当人の悪性格を証拠として提出することは特殊の例外を除き一般的に許されないとの法則が樹立されており、わが最高裁判例も消極的姿勢を示しているやにうかがわれる（昭和二八・五・一二刑集七巻五号九八一頁）。もっとも、この法則は犯罪行為立証のため被告人の性格をおよそ考慮してはならぬとまでいっている趣旨ではないと解される。けだし、犯罪行為あるいは故意の立証のために動機が重要な働きを営むことを認めるとすれば、その動機は（自供がない限り）これを形成する原因事実から推認することになるが、この原因事実が犯人に対しどのような意味をもつものかは、個人差があってその犯人の性格をぬきにしては考えられないからである。しかし、その原因事実を立証することなく、悪性格だけからストレートに犯罪行為や犯人を推認することは禁ぜられるべきであろう。また、かりにその原因事実の反応のしかたを見るためであっても、犯人の全生涯を暴露しなければならないような性格証拠の上程はつつしまれねばならない」としていた。

一審判決が明確に指摘したように、いわゆる性格による立証を無限定に許容することは、審理の遅延、争点の拡散、ひいては、被告人の防御権の侵害につながりかねない。

本判決は、被告人の「性格」や「奇行」について、被告人の小学校時代までに遡って認定している。

まず、「第一　被告人の性格及び少年時代から多古中央病院時代に至るまでの奇行関係について」と題し、被告人の性格と少年時代における奇行関係について、両親および（前）妻からみた被告人の性格に関して、原判決の判示を引用し、「原判決も、「被告人の性格は内向的で嗜虐性があり、また物事に対する執着心が強く、心中に鬱積したものを晴らすため陰湿な手段を選ぶ傾向があるのは否定できないと考える。」と判示しているところであり、当裁判所もこの点に

ついての原判決の観察は相当であると評価することができる。」とした。

そして、被告人の少年時代からインターン生時代までの奇行関係として、①小学校時代、体操の時間中同級生の本をかくしたこと、②高校一年のとき父がドブロクを密造していたのを税務署に密告したこと、③千葉大受験失敗後お稲荷さんの屋根を壊したり、部落内の南瓜の茎や父愛用の万年青を切ったこと、④山形市の病院にインターンとして在籍していたころ同僚のところへ来たラブレターの中身をとりかえたり、守衛の自転車や内科医長の印鑑をかくしたりしたことなどを取りあげ、「被告人の右のような奇行が、いかなる目的に基づいてなされたものであるのか、常識的な理解に苦しむものがある」とした。

さらに、多古中央病院における奇行関係として、①宴席に異様な臭いのする酒入りの徳利を持ち込んで注ぎまわった、②薬品箱、カルテ、日誌などを隠したこと、③入院患者に駆虫薬と称して睡眠薬を投与するなどしたこと、③やせている患者に聴診器をあててねじるなどしたこと、④女性患者の髪の毛を被告人がわしづかみにして引っ張ったことがあることを指摘し「被告人の多古中央病院における奇行については、被告人の偏執的な性格によるものではないかとの疑念を抱かせるものであって、弁護人らが主張するように、被告人をして、精神病者もしくは性格異常者なりとする作業の一端では決してなく、全く根も葉もない事であったことが明らかであるなどとは到底いえないところである。」とした。

「第二　訴因と関連する奇行について」と題する部分では、①各事件に関連した密告電話をしたこと、②保菌者でない者を故意に保菌者として強制隔離したこと、③葛城病院において、男子便所を大便で汚染したことなどを認定した。そして、①の密告電話については、「これらの密告電話についての本質的な問題は、第一に、被告人の性格の異常性を推認しうる重要な証左となりうるものであるということである。すなわちいずれの場合にも自己の名を秘し、匿名または偽名を用い、しかも調べればすぐに露見すると思われるような出鱈目なことをも、保健所のみに電話すれば十分であ

ると思われるのに新聞社などにもかけ、中には、これから教授の記者会見があるなどとありもしないことを平気で述べているのであって、これらの行為は通常人の仕業とは考えられないところであり、決して正義感から出た真摯な態度によるものとはいえない。第二には、被告人が本件犯行についてその一部を犯したことを合理的に推認しうること、すなわち犯人でなければ知りえないことを予言して密告電話をしているということであ」るとした。

このような、被告人の「性格」「奇行」を前提としてなされる事実認定は、予断・偏見を持った状態から出発するものである。

被告人の防御という観点からしても、少年時代に遡って事実を争ったり、そもそも何を立証するものなのか不明な性格全般の評価について的確な弾劾をすることは、およそ不可能であり、被告人に著しい不利益を与えていると評価できる。

後述する平成二四年、二五年の最高裁の判断に照らして、本件のような事例が再度現れるとは考えにくいが、この事例は、悪性格による立証の危険性が明確に現れた事例であるといえよう。奇行であるとか、異常な性格であるという評価によって、論理的な説明を放棄していることが覆い隠される。(46)

何より、被告人の悪性格が前提となる場合には、他の証拠の証明力が実質的にかさ上げされる危険がある。本件で採用されたいわゆる「疫学的証明」については、刑事裁判で係る証明方法を用いることの問題性が指摘されているところである。(47) 本件においては、状況証拠に基づく総合判断に、いわゆる「異常性格」が取り込まれることによって、それぞれの証拠の証明力がかさ上げされて有罪判決に至ったと評価すべきと思われる。(48)

13　最判平二四・九・七裁時一五六三-六

（1）事実の概要

被告人は、平成二一年某日午前六時三〇分ころから同日午前一一時五〇分までの間、金品窃取の目的で、被害者A方に侵入した上、同所において、一、現金一〇〇〇円及びカップ麺一個（時価約一〇〇円相当）を窃取し　二、被害者ほか一名が現に使用する建物に放火しようと考え、同所にあった石油ストーブ内の灯油をカーペット上に撒布した上、火を放ち、同室内の床面等に燃え移らせ、よって同所の一部を焼損（焼損面積一、一平方メートル）した。

金品窃取の目的で、被害者B方に侵入し現金五万五〇〇〇円を窃取した（争いなし）。

被告人は、A方への侵入及び窃盗、B方への侵入及び窃盗は争わず、A方の現住建造物放火の犯人性のみが争点となった。

検察官は、被告人が本件放火の犯人であることを示す間接事実の一つとして本件放火と被告人の前科である前刑放火の各態様が同じであり、前刑放火と同じ動機で本件放火に及んだと推認されると主張し、その立証のため、前科の判決書謄本、前科の捜査段階における被告人の供述調書謄本（一五通）、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（一通）、警察官の専門的な知見からみた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証人の各取調べを請求した。

検察官は、前刑放火における被告人の行動傾向の特徴として、一一件行われた犯行のすべてにおいて、主たる動機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ためにあり、そのすべてにおいて、灯油を撒布して火をつけ、灯油を入れた容器を現場に投棄している上、そのうち一〇件は侵入した室内に放火したもので、残り一件は侵入しようとした住居の戸外から住居内に向けて放火したものであり、また、一一件のうち七件におい

て、犯行現場付近にあったストーブの一部分にある灯油を散布しており、その七件のうち三件においてストーブの灯油カートリッジを取り出して、その中の灯油を撒布しているなどと主張した。

（2）一審の判断

本件放火及び前刑放火は、いずれも特殊な手段方法により行われたものとはいえず、被告人の前科の立証を通じて被告人が本件放火の犯人であることを立証することが許される例外的な場合には当たらない上、被告人の前科である前刑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が本件放火の犯人であることを立証することに帰着するから、許されず、前科の立証により裁判員に不当な偏見を与えるおそれがあることをも考慮すると、このような立証は許されないとして、前科の判決書謄本については情状の立証に限定して採用し、供述調書一六通及び証人は取調べ請求を却下した。

その後、検察官は、再度被告人が本件放火の犯人であることを立証するための証拠として、前記前科の判決書謄本、本件の捜査段階で作成された前記供述調書（一通）、前記証人の取調べを請求したが、原審はいずれも却下した。

また、原判決は、放火当日にA方に侵入可能な時間帯を、午前六時三〇分ころから午前一一時五〇分ころまでの間であるとした。そして、被告人が放火の犯人である可能性を高いとしつつも、第三者の犯行の可能性を払しょくできないので、被告人が放火の犯人であると認定することにはなお合理的な疑問が残るとした。

（3）東京高裁の判断

東京高裁は、検察官が取調べを請求した被告人の前科に関する判決謄本の取調べ請求を却下した原裁判所の措置、及び、前科に関する証拠の取調べ請求をすべて却下する前提の下に、前刑放火に関する被告人の供述調書について関連性

がある部分を特定できるような審理を行わなかった原裁判所の措置には、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続きの法令違反があるとして、現住建造物放火について無罪とした原判決を破棄し、東京地裁に差し戻した。

そして、前科に関する証拠の許容性について「前刑放火の大半（一〇件）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、住宅の放火という類型の一部分に限定されるうえ、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と言うことができる。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、そのうっ憤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いるということができる。このように、前刑放火と本件放火との間には、犯行に至る契機、犯行の手段方法において、いずれも特徴的な類似性があると認められることにかんがみると、前記前科関係の各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から、その同一性を立証するための証拠として、関連性があると認められる。」とした。

（4）高裁判決の検討[49]

本件では、被告人の前科証拠が問題となったが、これまで例外として悪性格証拠が公訴事実の立証に用いられることが許容されてきた、いずれの場合にあたるか、判旨からは必ずしも明らかではない。

争点が放火についての犯人性であることからすると、（ⅳ）の類型であると考えることが素直であるが、そのような

評価は困難であるように思われる。従来の判例では、犯行の手段方法という客観的態様に、相互に特徴的な類似性があるかどうかが問題とされてきた。すなわち、一連の特徴を持つ行為をした特定の者（前科については被告人、審理中の事件については公訴事実の犯行を行った犯人）がおり、その一連の行為等の客観的な特徴を比較するという手法である。ところが、本件の場合には、公訴事実では一人の犯人の一連の行為とされる行為が、そもそも同一の者の犯行かが争点にされているために分断され、公訴事実に客観面に表れるすべての特徴と、被告人の前科の特徴とを単純に比較することはできない。

高裁は、手段方法の類似性の判断において、「行動傾向の固着化」が犯行の「手段方法」の類似性を特徴的にするとする。これは、犯行の手段方法という、客観的側面の類似性をいうのではなく、むしろ、被告人が特定の行動傾向を持つ人物であって、本件窃盗及び放火が同一犯の犯行であると仮定すれば、被告人の行動傾向と矛盾しない、という内容ではないかとも思われる。すなわち、本件の窃盗犯人と放火犯人が同一人であることを前提として、初めて、本件犯人の行為と被告人の前科との間に類似性が生じるように読める[50]。原審が認定したように、本件の窃盗犯人である被告人と、放火をした犯人が別の人物であるという可能性が排斥できないのであれば、被告人が、住居侵入及び窃盗をし、窃盗の結果が小さいという客観的状況に置かれた場合には、室内に灯油を撒布して放火するという行動をとる、という行動傾向を有する事実が立証できなければ、本件で一人の犯人が一連の行為をしたとはいえず、従来の裁判例と同様の手法で被告人の前科と比較する前提が整わない。そもそも、（iv）の類型の場合に、前科等の立証が許されるのは、犯罪の内容や手口が類似しているという程度にとどまらず、その内容や手口が犯人に特有のものと言える程度に特殊であり、過去に類似の犯罪を犯したという事実自体から、被告人が今回起訴された犯罪の犯人であることを直接推認できるからとされる[51]。そうすると、窃盗から放火の「犯行に至る契機」を除いた、放火の態様のみの比較では、被告人の前科との特徴的な類似性を見出すことが困難であったため[52]、これまで判例等で言及されたことのない「行動傾向の固着化」

という要素を組み合わせたとも考えられる。しかし、本件では、窃盗犯人と放火犯人が同一犯であるかということが争点であることを考えると、かかる判断は、結論の先取りではないかという疑問が残る。

高裁のいう「行動傾向の固着化」の意味内容は、明らかにされていないが、「被告人が窃盗をし、窃盗の結果に満足しなければ放火をするという行動傾向を持つ人物」であることを意味するのであれば、まさに、悪性格証拠が原則として禁止される理由そのものにより近づくことになり、これまで、悪性格証拠の弊害が生ずる危険性が少ないとして、判例が許容してきた類型、客観的側面は立証され、主観的側面の立証のために許容される場合や、犯行の手段方法といった客観的側面の類似性から立証する場合とは、明らかに場面が異なる。しかし、高裁判決は、本件のような場合に、いかなる要件が充足されれば、前科証拠が許容されるかについて、明確な判断基準を示しているとはいえない。少なくとも、本件における事件の客観的側面の類似性だけでは、許容されえないと考えたことから、「行動傾向の固着化」といった、意味内容が一義的に明確でない要素を取り込んで検討したのであろう。

高裁による前科証拠の位置づけを、上記のように考えれば、弁護人の主張③、④、⑤は、被告人が判決のいう行動傾向を持つ者であることが立証されていないという主張であると位置づけられよう。そうであれば、前科が一七年前のものであるという時間的間隔も当然問題となるであろう。(53)

高裁判決は、付随的争点が生じるという弊害について、判決書を用いれば、生じることは考え難いとするが、当時は争点化されずに審理が終結していた事実が、新たに争点とされる場合は十分あり得る。(54)

また、裁判員裁判と職業裁判官のみが関与する裁判で、証拠の採否に違いが生じうるか、という点について、高裁判決は、必要性について相違はないとする。確かに、いわゆる自然的関連性や、公訴事実に対して証明力を有するかという判断において差異は生じないといえるが、最終的な採否の判断においては、差異が生じる可能性がある。なぜなら、悪性格証拠の許容性の判断が、証拠の証明力と、生じる弊害との比較考量によって行われ、経験のない裁判員には、証

拠の過大評価という弊害がより生じやすいと考えられるからである。

（5）最高裁の判断[55]

最高裁は、原判決を破棄し、事件を東京高裁に差し戻した。

「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。」

「原判決は、上記のとおり、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。」

「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。」

（6）最高裁判決の検討

本件は、最高裁が、犯人性を認定する根拠として前科証拠が許容される基準は何かを初めて示したものである。[56] 後に検討するが、本件後に、前科ではない他の犯罪事実の証拠を用いる場合も同様の基準があてはまるとの判断もなされ（最決平二五・二一・二〇刑集六七-二-一）、いわゆる悪性格証拠が犯人性の認定に用いられる場合の基準が、明らかにされた。

まず、最高裁は、前科証拠が、一般的には犯罪事実が様々な面で証拠としての価値（自然的関連性）を有するが、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し、悪性格証拠の許容性を、法的関連性の問題とする立場と同様の見解を示した。[57]

その上で、被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合は「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」という基準を示した。

最高裁の採用した基準は、イギリスのコモン・ロー下で示されていた、顕著な類似性（striking similarity）の基準と類似の基準であり、悪性格証拠の採用について、慎重であるべきとの姿勢を明らかにしたものである。(58)

では、最高裁のいう「犯罪事実」の「顕著な特徴」に犯人が確定していない公訴事実の主観的態様までを含ませることができるのか。

最高裁は、高裁の判断を排斥する文脈で、犯行に至る経緯及び放火の態様の比較を行っている。しかし、これは、原判決の不当性を指摘し、高裁の論理の破綻について説明をしているにすぎないのであるから、この点をとらえて、最高裁が、動機等の内心の状況を直接に「犯罪事実」としていると解すべきではない。最高裁は、自身の判断部分においては、犯人の「動機」ではなく被告人の置かれた状況、すなわち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事実と、放火そのものの態様とを取り上げ、比較するという方法を用いていることに着目すべきである。このような分析により、犯行の経緯と放火との間に、人格的評価を介在させなければ、被告人を犯人と認定することができないという正当な判断が導かれた。すなわち、悪性格証拠の許容性の判断にあたっては、悪性格証拠と、公訴事実との客観的事実自体の比較が軸になるのである。(59) 犯人や被告人の内心の状態は人格評価と不即不離である。内心の事情を「犯罪事実」に含ませることは、犯人性という、まさに事件の核心部分の推認過程に人格的評価が（意識されないまま）入り込むことを許す結果を招き、妥当ではない。昭和四一年の最高裁判決が、客観的な犯罪事実について被告人との結びつきが立証された場合にはじめて、主観面を立証するために限定的に前科証拠を許容した趣旨に照らしても、上記のように解すべきである。(60)

そして、事実「それ自体」からの犯人性の推認が可能であるという以上、前科に係る犯罪事実と、起訴に係る犯罪事実が「相当程度類似する」とは、完全な一致までもは要求されないが、顕著な特徴を損なわない高い類似性を要求するものであると解すべきである。(61)

最高裁はまた、単に反復累行することによって、被告人が強固な犯罪傾向を有しているということを認めることはできないとする。悪性格証拠が原則として許容されない理由のひとつを端的に示したもので、妥当である。もっとも、一定の強固な犯罪傾向を有しているということが立証できる場合があったとしても、その犯罪に顕著な特徴が認められる場合でなければ、悪性格証拠を許容するとは解しえない。(62)なぜなら、犯罪事実に「顕著な特徴」を要求し、「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ことを求めるということは、他人による犯行の可能性を排除できる程度の立証を要求していると解されるからである。(63)

14　最決平二五・二・二〇刑集六七-二-一

(1) 事実の概要

本件は、被告人の前科や被告人が自認するその他の犯罪事実を、被告人と犯人の同一性の間接事実とした控訴審の判断を、最高裁が職権で違法と判断した事案である。

被告人は、二〇件の住居侵入、窃盗、現住建造物等放火、窃盗未遂で起訴された。被告人は、現住建造物等放火を伴わない住居侵入及び窃盗一〇件については、事実を認めた。しかし、現住建造物等放火を伴う一〇件のうち、六件について、全面的に犯人性を争い、二件については、侵入と窃盗の一部を認めたものの、放火について犯人性を争い、二件については、放火を認め、窃盗の一部を争った。

被告人には、昭和四七年九月から同四八年九月までの間の窃盗一三件、同未遂一件、現住建造物等放火一件、同未遂二件等の罪により懲役六年に処せられた前科、及び平成二年三月から同年一二月までの間の住居侵入、窃盗一〇件、住居侵入、窃盗、現住建造物等放火二件、住居侵入未遂一件の罪により懲役九年に処せられた前科があった。

第一審は、公訴事実すべてについて、被告人を有罪とした。

控訴審は、上記前科とともに、被告人が自認している第一審判決判示第一ないし第九及び第一九の住居侵入、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〕侵入先を決めるに当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、〔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、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。そして、上記アないしウの特徴等が、第一審判決判示第一〇ないし第一五、第一八及び第二〇の住居侵入、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となるとした。

被告人は、事実誤認、量刑不当のほか、上記の認定の違法を主張した。

最高裁は、適法な上告理由に当たらないとしつつ、職権により、上記、前科及び被告人の他の犯罪事実を被告人と犯人との同一性の間接事実とした原審の判断を違法と判断した。もっとも、その余の証拠によって、第一審判決の各犯罪事実の認定について事実誤認はないとした原判断は是認でき、原判決の違法は判決に影響を及ぼさないとして、上告を棄却した。

（2）決定の要旨

「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（最高裁平成二三年（あ）第六七〇号同二四年九月七日第二小法廷判決・裁判所時報第一五六三号六頁照）、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。」

（3）検討

ある被告人について、同種、類似の犯罪事実が起訴され、併合審理されることはしばしばみられる。本判決は、そのような場合に、被告人の他の犯罪事実を被告人と犯人の同一性の証明に用いようとする場合の基準を示したものとして、重要な意義を有する。被告人と犯人の同一性を認定する際に、前科証拠を用いることが許されるかについては、本判決の引用する平成二四年判決が、「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し、本判決は、この基準が、被告人の前科以外の他の犯罪事実を犯人の同一性の認定に用いる場合にも同様に妥当するとしたものである。(64)

前述のように、最高裁の採用した基準は、イギリスのコモン・ロー下で示されていた、顕著な類似性（striking similarity）の基準、すなわち、訴追事実と他の事実の間に、厳密または顕著な類似性、あるいは基本的な一致があり、相当な証明力があると認められる場合に許容される[65]、と類似の基準であり、悪性格証拠の採用について、慎重であるべきとの姿勢を、改めて明らかにしたものである。

そもそも、前科や類似事実などの、いわゆる悪性格による犯罪事実の立証が、原則として許されないのは、被告人が他の犯罪事実を犯していることから被告人には犯罪を行う悪性格があることが推認され、その悪性格から公訴事実を被告人が行ったことが推認されるという二重の推認過程を経るが[66]、そのいずれも、証明力が低く、不確実な推認であるにもかかわらず、一見すると強い推認力を持つかのような不当な影響を与えるものであるからである[67]。

もっとも、これまでみてきたように、例外も認められ、悪性格証拠が用いられる目的が、一定の範囲に限定される場合には、弊害が少ない類型として認められてきた[68]。アメリカ連邦証拠法規則（Federal Rules of Evidence）が、性格を、特定の行動をしたことの立証の目的では、原則として許容せず、他の目的（動機、機会、意図、予備、計画、知識、同一性等）や習慣の立証に用いる場合に、生じる弊害と証明力とを比較したうえで許容性を判断すると規定するのも、同様の趣旨である[69]。

これに対して、二四年判決や本決定が基準を示した、類似事実等の悪性格証拠によって犯人性を認定する場合には、これを無条件に許容すれば、まさに、上記の二重の推論過程のルートをたどることになる。そのような不合理な推認を避けるために要求されているのが、犯罪事実の顕著な特徴と、相当程度の類似性であり、これらが、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場合にはじめて、実証的根拠に乏しい人格評価を根拠に推認したという批判を免れうるというのが、最高裁の立場である。いいかえると、被告人の犯罪性向という人格的評価を介在させていない、推認過程に人格的評価は入り込んでいないといえる程度の犯罪事実自体の顕著な特徴及び、相互

類似性が求められているのである。

そもそも、悪性格証拠と、公訴事実との類似性は、いかなる要素で比較すべきか。本決定は、あてはめにおいて以下のように述べる。

「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」

ここで、法廷意見は、客観的要素のみを適示して、「総合しても」顕著な特徴とはいえないと断じている。法廷意見の総合評価が、客観的な事実の類似性を総合評価するものであったことに留意しなければならない。類似事実と、公訴事実との比較は、あくまで客観的な事実（及びそれにより合理的に推測しうる主観的事情）によって判断されるべきことが示されていると解される。

また、被告人の行動傾向について、本決定は以下のように述べた。

「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（中略）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」とし、平成二四年判決の趣旨に照らし、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した。

平成二四年判決は、単に反復累行することによって、被告人が強固な犯罪傾向を有しているということを認めることはできないと述べるにとどまっていたところ、本決定が、そもそも上記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を、実証的根拠の乏しい人格評価をもとに合理性の乏しい推論をしたものと断じた点は注目され

る。

そもそも、犯罪事実に「顕著な特徴」を要求し、「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ことを求めるということは、人格評価の介在がないと評価しうるということを実質的には要求しているということである。主観的事情は、容易に作出できる上、その内容を一見特殊なものにすることもまた容易である。主観的な事情を「性向」とすることの危険性を端的に示したものと評価できる。

平成二四年判決も、本決定も、仮に一定の強固な犯罪傾向を有しているということが立証できた場合については何ら言及していないが、その犯罪に顕著な特徴が認められる場合でなければ、結局は、人格的評価を介在させなければ、被告人が犯人であるという結論にたどりつくことは不可能なのであるから、そのような立証を認める余地を残しているとは評価できまい。(70)

III　イギリスの議論状況から得られる示唆

1　主観面の立証に用いられる場合（判例三、五及び六について）

判例三及び五は、被告人の主観的の立証のために、悪性格証拠を用いることが許された事例であると評価できる。いずれも、犯行の客観面については、悪性格証拠がない状況で問題なく認定できる場合であった。

CJA二〇〇三の規定でいうと、被告人と検察官との間の争点となっている重要な事実であるとして、一〇一条（一）項（d）で許容されうる場合と考えられる。許容性の判断それ自体については、客観面が立証されていることが要件とされていると理解できることから、類型的にいうと比較的弊害が小さいと判断されると思われる。

もっとも、主観面に用いるのであれば、無制限に悪性格証拠による立証が許容されると解することは妥当ではない。[71] CJA二〇〇三では、一〇一条（一）項（d）に該当する証拠の場合、被告人の申立てによる排除、及び、裁判所による裁量排除の二重の排除の規定がある。[72]

さらに、そもそもの悪性格証拠の請求時点で、立証趣旨が主観面に限定されていたかどうかについては、いずれの事例においても明確ではない。事実認定と量刑とが、一連の手続きである日本においては、悪性格証拠のうち、特に前科は、証拠調べに先立ち、許容性について特段の検討がなされることもなく、許容されてきたように思われる。

重要なのは、結果として事実認定に用いられなかった、あるいは限定して用いられたために、不当な影響を及ぼすには至らなかったということではなく、あくまで、証拠調べに先行して、許容性判断がなされなければならないということである。

この点について、イギリスでは、実務上、悪性格証拠の許容の判断手順を、以下のように説明している。[73] ①裁判官が許容性を判断し、②当該証拠が関門（d）または（g）に該当する場合には、CJA二〇〇三の一〇一条（三）項、または、PACE一九八四の七八条（ただし、関門（e）は除く）で排除されるべきかどうかを判断する、③一一〇条の理由を付す、④必要な場合には、一〇七条の該当性を判断する、⑤当該証拠の許容の目的について当事者と協議する、⑥サミングアップで、当該証拠の関連性と限界について説示する、⑦陪審による証拠の評価である。このように、事前に、悪性格証拠の位置づけ、いかなる事実に推認力を有するかを確認し、その上で排除すべき場合かどうかを検討し、証拠として許容されるとしても、事実認定に用いる際の注意点を当事者との協議で確認した上で、証拠評価に入るという、慎重な手順を踏む。

このような事前の手順が踏まれないことの問題性が如実に現れたのが、判例六である。

判例六では、起訴されていない殺人未遂事件（公訴事実の被害者以外の第三者が被害者であるが、実際は被害者を

狙って敢行されたとされる事件）に関し、被告人の衣服等の証拠物、実況見分調書、被告人の供述調書、被告人の供述の証明力を争うための司法警察員作成の捜査報告書の取調べ、及び、証人一八名の証人尋問が実施されている。殺人未遂に関連する証拠調べにより、審理は相当遅延したであろう。また、「公判調書並びに証人尋問調書には殺人未遂事件そのものの証拠調べを請求するかのような記載」がなされており、被告人にとって、何を防御すべきであったのかと言う点が、公判の段階で十分認識されていたかに疑問が残る。

結局、被告人の防御の観点からも、審理に真に必要な立証であったかという点でも、なんらのスクリーニングもされないままに審理が行われたのであり、被告人の防御対象が拡大することによって被った不利益や、訴訟の遅延といった弊害が生じたであろう。悪性格証拠は、許容性判断の段階で、きちんとそれが関連する事実は何か、その事実に対してどのように推認力を有するのかが確認されなければ、弊害が生じることを防止しえないのである。

2　悪性格証拠の許容性判断プロセス

1で検討したように、イギリスには、悪性格証拠が用いられるまでに一定の手順が存在する。イギリスでは、許容性の判断をどのように行うべきかという視点で、規定による一定の類型化をした上で、許容されることとなれば、説示において、当該事件で、どのような推認過程で具体的事実の認定に用いられうるかを明確にする。

CJA二〇〇三の規定による類型化は、以下のように整理できる。まず、公訴事実に密接に関連する証拠は、そもそも悪性格証拠から除外されるが（九八条（a）及び（b））、これら悪性格から除外される証拠と、関門（d）に該当する証拠との区別がなされるべきであるとされる。(74) 一〇一条（一）項関門（a）及び（b）は、被告人の同意があると評価できる場合である。関門（c）は重要な説明的証拠であり、これなしでは、当該事案の各証拠を陪審が適切に理解す

ることが困難ないし不可能である場合である（一〇二条（a））。この関門（c）に該当する証拠と、関門（d）、被告人と検察官との間で争点となっている重要な事実に関する証拠は、区別され、説示において、適切に位置づけられなければならないとされる。[75] そして、関門（d）は、罪を犯す性向、不正直の性向（一〇三条（一）項（a）及び（b））のほか、著しい類似性が認められる事案、[76] 被告人の具体的防御に対する反論（知情性等）[77] 等に分類されている。関門（e）は、被告人と共同被告人との間の争点となっている重要な事実である。不正直の性向を示す証拠に限定されないが、いかなる争点との関連で許容されるのかが説示されることとなる。[78] 関門（f）は、被告人が与えたと評価される虚偽の印象をただすための証拠であり、その虚偽の印象をただすための限度でのみ許容される（一〇五条（六）項）。関門（g）は、被告人が他人の性格を攻撃したことにより悪性格証拠が許容される場合である。[79]

日本の複数の判例で、イギリスでは明確な区別をすべきとされている、関門（d）に該当する場合と、重要な説明的証拠とされる関門（c）、及び、公訴事実自体に密接に関連する事実との区別が明確にされていない。そのことにより、どのような目的で悪性格証拠が用いられうるのかは不明確なまま訴訟が進行し、証拠調べが終了したのちに、弊害が小さいと思われる位置づけがされることによって、悪性格証拠の採用を事後的に是認するとの判断がなされている（判例二、六、八、なお、判例九は悪性格証拠の位置づけを誤っていると思われる）。悪性格証拠が、具体的事案の中で、どの具体的事実に関連するのかを証拠調べの前に分析・検討し、用いられうる用法を限定することが重要である。

イギリスの議論では、背景証拠といわれる関門（c）に該当する証拠と、犯罪をする性向（関門（d）の一類型）の証拠とは、旧法下から、区別が困難であるとされてきた。

CJA二〇〇三の下でも、その問題は依然として継続している。結局のところ、実際の当該証拠の位置づけを適切に分析しなければ、各関門に規定を分けて、許容性の基準を設けた法の趣旨は、没却されることになってしまう。犯罪をする性向の証拠となる場合に（関門（d））、CJA二〇〇三が二重の排除の規定を置くことは既に述べた。

これに対して、関門（c）の場合には、被告人の申立による排除等の安全策はない。また、Edwardsほか事件で、控訴院は、冒頭で、九八条の悪性格証拠に該当しないとして、定義そのものから除外された、当該犯罪事実と関連する証拠や、当該犯罪の捜査や訴追と関連する非行の証拠と、関門（c）に該当する重要な説明的証拠との区別は、難しい問題であるとしている。(80) 九八条で悪性格証拠から除外された類型の証拠であると認められれば、悪性格証拠の排除の規定は適用されないこととなるため、関門（d）該当性との区別の場合と同様に、許容性の基準に差異が生ずる結果となる。

それぞれの区別が困難であるにもかかわらず、イギリスでこのような類型化がなされ、許容性の基準に差異が設けられているのは、悪性格証拠が許容される根拠を、その許容性の判断に当たって明確にする趣旨であると考えられる。このように、許容される根拠、言い換えると、悪性格証拠が公訴事実とのいかなる関連によって許容されるのかが明確に認識されなければ、関連する事実についての証明力が弊害を上回るかの判断は困難となる。

判例八（ロス疑惑）では、まさに、主観的意図や動機という、公訴事実と密接に関連する事実や背景事実であると位置付けられるのが適当であった事実が、一審ではいわゆる「類似事実」であるかのように捉えられていた。そのため、事実認定の全体に影響を及ぼしている。同様の状況は、判例九（スリ事案）でもみられる。判示第一の事実は、上述のように、性向証拠として用いられたと評価しうる。これら二つの事例は、具体的事案において、悪性格証拠が、どのような事実に関して、どのような役割を事実認定において果たすのかという位置づけを、証拠として用いる前に明確にするというプロセスが十分でなかったために、あいまいな形で悪性格証拠が事実認定の過程に入り込むことにより、犯人性の認定に影響を及ぼした事例であると評価できよう。

前述のように、これまでの実務では、証拠調べに先立って、悪性格証拠の許容性の判断を厳密にしてこなかったように思われる。それは、いずれにしても量刑に必要な証拠であり、また、職業裁判官の判断への信頼も背景にあったと推

測される。しかし、現に、職業裁判官の判断によっても、悪性格証拠が、本来持つと思われる推認力を超えて不当に高く評価された事案は存在するのであり、悪性格証拠は、これを許容する前に、いかなる事実との関係で推認力を有するといえるのかを評価することが必要である。これに加えて、裁判員裁判の導入により、法律専門家でない裁判員が事実認定に関与するようになった。事実認定に先立って、悪性格証拠がどの事実に関連して、どのような役割を果たすのかを具体的に限定することは、日本においても、適正な事実認定を確保するために必須である。

3　犯人性の認定に悪性格証拠が用いられる場合（判例七ないし一四）

（1）悪性格証拠の用法の限定

最高裁が、判例一三及び一四で、悪性格証拠が犯人性の認定に用いられる場合に、厳格な審査基準を設定したことについては、既に検討した通りである。

最高裁の悪性格証拠の許容についての慎重な姿勢は、英米法に影響を受けていると考えられる。イギリスのコモン・ローでは、被告人の悪性格証拠について、①当事者の同意がある場合、②被告人自身が提出する場合、③争点となっている具体的事実と関連する場合、④被告人が他人の性格を攻撃する場合、⑤被告人が自身の善性格を主張する場合等に、提出が認められてきた。犯人性の問題は③の類型に含まれ、一九七五年にBoardman事件において、類似事実の証拠の許容性について、顕著な類似性（striking similarity）の基準、すなわち、訴追事実と他の事実の間に、厳密または顕著な類似性、あるいは基本的な一致があり、相当な証明力があると認められる場合に許容されるという基準が示された[81]。

アメリカにおいては、連邦証拠法規則（Federal Rules of Evidence）が、性格を、特定の行動をしたことの立証の

目的では、原則として許容せず、他の目的（動機、機会、意図、予備、計画、知識、同一性等）や習慣の立証に用いる場合に、生じる弊害と証明力とを比較したうえで許容性を判断すると規定する。[82]

イギリスでは、二〇〇三年刑事司法法（ＣＪＡ二〇〇三）がコモン・ローの準則を廃止し、[83]被告人の悪性格証拠は、一〇一条（一）項の（ａ）ないし（ｇ）の各関門に該当する場合に許容されうると規定した。[84]犯人性の認定に悪性格証拠が用いられる場合は、関門（ｄ）に該当する場合、すなわち、検察官と被告人との間の重要な争点である事実に該当する場合である。

アメリカと異なり、「性向」の有無が重要な争点となっている場合には、この目的でも証拠が許容されうることになる。[85]もっとも、関門（ｄ）が適用される場合に、ＣＪＡ二〇〇三は、二重の排除の規定を置く。被告人の申立てによる排除（一〇一条（三）項）、及び、手続の公正に反する効果がある場合の裁判所による裁量排除（一〇三条（三）項）である。[86]一〇三条（三）項には、悪性格証拠等との時間的な間隔が裁量排除の考慮要素として例示されている。[87]結果として悪性格証拠が許容された場合には、陪審に対する説示の中で、悪性格証拠は証拠の一部に過ぎないこと、それだけで直接犯人と認定することはできないこと、不当に重視しないこと等の明確な警告を含んだ説示が必須とされ、説示の欠落は上訴の理由になりうるとされる。[88]

関門（ｄ）が問題とされた初期の判例であるHanson事件においては、一〇三条（三）項の排除を検討するにあたって、裁判所は、検察官の主張の強さにも留意すべきであり、公訴事実についての他の証拠が非常に少ない場合には、前の有罪判決が許容されるべきではないとされた。[89]そのような場合には、悪性格証拠の推認力が高く評価されがちであり、適正な事実認定の妨げになるからであると理解できる。

また、前述のように裁判所が悪性格証拠の採否を判断する手順も示され、二〇一〇年には、Crown Court Bench Bookで、裁判所がとるべき一般的な手順が示されるに至った。この手順には、最終的な判断の前に弁護人と協議する

こと（用法の確認等のため）も含まれる。

そして、陪審に対する説示において必要とされているのが、証拠が許容される場合、悪性格証拠に不当な信頼を置くことがないようにという警告をすること、及び、悪性格証拠がどの目的で利用されうるのか、また、その限界を説明することである。(90)

このような手順にも現れているように、イギリスでは、被告人の悪性格証拠を一定程度類型化することによって、その用法を必要に応じて限定している。一〇一条（一）項の（a）ないし（g）の各関門が、第一段階の類型化である。かつ、証拠が許容されたのちも、具体的事案の内容に即した説示をすることによって、当該証拠が、具体的にいかなる事実に関連し、いかなる用法で用いられうるのかを、明確にしている。各関門は、必ずしも用法に従って分類されているわけではなく、許容性の判断をどのようにすべきかという視点からの分類であり、具体的事案に沿って行われる説示とあいまって、悪性格証拠の用法の限定の機能を担う。

アメリカでも、イギリスでも、規定の構造や判断プロセスは異なるものの、事実認定に先立ち、悪性格証拠が何を目的として許容されるのか、及びその推論過程（用法）について、明確に限定が付されることは共通している。言い換えると、立証対象となる事実を特定し、これに加え、たどるべき推論過程をも限定することによって、人格的評価が不当な影響を与える可能性をできる限り排除しているのである。

イギリスでは、性向を立証するための悪性格証拠の提出を認めるものの、二重の排除の規定を置き、その上で、証拠の一部に過ぎないこと、それだけで直接犯人と認定することはできないこと、不当に重視しないこと等の明確な警告を含んだ説示が必須とされ、説示の欠落は上訴の理由になりうるとされる。(91) アメリカの連邦証拠法規則も、イギリスの判例及び実務も、悪性格証拠の許容の目的、及びその推論過程を明らかにすることを求めている。

日本でも、悪性格証拠の許容性の判断を適切の行い、許容されることになった場合には、悪性格の許容の目的や、そ

の推論過程を明確にし、用法を限定すべきである。裁判員裁判においては、特に、明確な警告が必要であり、裁判官による説示がなされることにより、事実認定の適正が確保されるべきである。[92]

（2）類似性の比較の方法

CJA二〇〇三の立法過程で、性向の証拠を許容する際の考慮要素としては、以下のものが挙げられていた。証拠が関連する出来事や事実の性質や数、出来事や事実の時期、類似事実の場合はその似ているとされる事実と公訴事実の性質や類似性・非類似性の程度、ある違反行為が、起訴されている行為についても被告人が責任を負うことを示しているとされる犯人性についての証拠である場合には、同じ人間がそれぞれの場合に責任がある、または責任があることを示す程度、である。[93]

日本で、あまり明示的に取り上げられない要素として、事実等の「非類似性」があげられよう。判例七、和歌山カレー事件[94]では、弁護人から、類似事実といわれる事実と、公訴事実との非類似であるとの主張がされたが、前述のように、実際の判断において、その非類似性を意識した上での推認力の評価がなされたとはいえない。むしろ、どこかに類似点を見出そうとし、かなり強引な類似性の指摘をしているようにすら見える。その意味で、どこに類似性を見出すかという点は、重要な問題であるといえる。和歌山カレー事件で、特定の人物に対し、保険金をかけた状況で亜砒酸を食物に混入させるという方法で敢行された犯行（類似事実）について、突発的な機会をとらえた犯行であるとの評価を加えた上で、不特定多数を対象とし、被告人に何らかの利益が生じるという状況もないカレー事件に、これも突発的な機会をとらえて犯行が実行されていると、あたかも類似性が見いだせるかのような記載をする。しかし、その内容は、規範意識が鈍麻しているすなわち、過去に犯罪をしたという事実から、被告人に強い犯罪性向を見出し、そこからの直接カレー事件の犯人であることを推認したというほかない。被告人に利益を生じさせる保険契約の存在に対置できるよう

な、犯行に踏み切らせる契機となる客観的要素がないことは、むしろ、類似事実といわれる事実と公訴事実との非類似性を明らかにしている。すなわち、犯行の類似性は低く、それだけで、他者の犯行の可能性を排除するような、犯人性への強い推認力を有するような事実ではない。非類似性に着目した上で、責任があることを示す程度についての、より慎重な検討がされるべきであった。

4　併合審理される類似事実の取り扱いについて

判例一四[95]の金築補足意見は、本決定について、原判決の証拠の使用方法を違法と判断したものとし、本決定の射程外としつつ、以下の問題をとりあげた。

まず、併合審理された類似事実について、本件の特徴を指摘した上で、「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」とした。

この点について、補足意見が「多数の犯行」を総合的に評価するとしている点には、疑問が残る。[96]確かに、併合審理されている犯行の場所や、時間、犯行に利用された道具等の具体的な事実を基礎づける証拠が、他の犯行に一定の推認力を持つ場合に、そのような証拠が併合審理されている他の事件の証拠として利用されることは許される場合があると思われる。これは、あくまで、個別の犯行について、他の犯行の証拠が証拠価値を有すると考えられる場合に限定される。

この点、同補足意見が、類似の事件（被告人による住居侵入・窃盗の後、放火行為がなされる事件）が短期間に連続的に発生しているとすれば、それらの放火行為すべ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

なくなることから、放火の犯人性認定における一つの補強証拠とするという考え方を示唆するとする見解もある。[97]

これは、イギリスでいわれる、いわゆる「偶然」の説示が妥当する場合である。「偶然」の説示が妥当とされる事案の推認過程については、イギリスでも、結局は被告人の犯罪性向を介在させる推認であると指摘されている。イギリス控訴院は、悪性格証拠が性向証拠として用いられる場合には、過去の類似事実が被告人による行為であることが立証されなければならないとする。[98] これに対して、いわゆる偶然の説示がなされるべき場合、[99] 類似事実につき、被告人の犯行であることが立証されていなくても、他の犯罪において、その類似事実を考慮に入れることができるとされる。しかし、これは、例えば、複数の証人が偶然同じような内容の虚偽の供述をするというよりは、被告人が犯罪性向を有しており、各被害者に証言内容のような犯行をしたという方がより説明として納得しやすいということにすぎない。[100] 本件に引き直せば、被告人が侵入した居宅で、偶然他人により放火行為がなされたというよりは、被告人に窃盗に引き続いて放火をする性向があると理解する方が納得しやすいという内容となろう。この内容が、各公訴事実において、どの程度被告人が犯人であることの推認に役立つといえるだろうか。また、総合的な判断が許されるとしても、イギリスでは、ひとつひとつの公訴事実について評決がなさなければならないことが確認されている。[101]

結局、「他の犯行」の総合的評価は事実認定を誤らせる危険が大きい。まず、論者が適切に指摘するとおり、全ての放火行為が被告人以外の者によることは考え難いとしても、そのことから直ちにすべての放火行為が被告人によるものとは断定できない。これは、イギリスでも同様の指摘がなされている。[102]

補足意見が、「他の犯行」を総合評価するというのが、どのような認定プロセスを経るものであるかは、明確にはされていない。「総合評価」になんらの限定も付されないとするならば、偶然という説明が困難である以上、即、すべての公訴事実について犯人性を認めるという安易な認定につながる危険性が残る。[103]「他の犯行」を総合評価の対象とする場合には、無意識のうちに被告人の犯罪性向からの犯人性の認定をすることになるおそれもあり、特に留意が必要であ

る。

イギリスでは、二〇〇三年刑事司法法により、被告人の悪性格証拠を、性向の証拠として用いることが許容されることとなったが、証拠を、公訴事実と関連する証拠として用いる場合と、性向の証拠として用いる場合とは、厳密に区別されるべきとされる。[104] 推認過程に、無意識のうちに性向証拠が取り込まれないようにし、適正な事実認定を確保するためである。悪性格証拠が用いられる場合には、推認過程のどの部分に入りこむ可能性があるかを事実認定者が明確に認識すべきとする考え方に基づいており、参考になる。

また、同補足意見は、被告人が自認した二件の住居侵入・窃盗・現住建造物等放火を他の八件の住居侵入・窃盗・現住建造物放火の犯人性の間接事実にしうるかについて、人格的評価に基づく推論の要素を認めつつ、「顕著な特徴」を事案により、ある程度の幅をもって考えることは否定されないのではないだろうかと述べる。[105]

そもそも、悪性格証拠の弊害としては、①事実認定者に不当な予断・偏見を生じさせ、事実認定を誤らせる危険があること、②被告人を以前のすべての非行について反駁しなければならない立場に追い込み、被告人に不当な不意打ちとなる③付随的争点に当事者をひきずりこみ、争点混乱をもたらす危険が指摘される。[106]

確かに、類似事実が併合審理される場合には、③の弊害の発生は基本的にはないものといえる。しかし、①の弊害、すなわち、平成二四年判決及び本決定が示した、実証的根拠に乏しい人格評価による不合理な推認によって犯人とされる危険性は、前科や、起訴されていない余罪と同様に存在する。むしろ、特に裁判員裁判においては、多くの類似の犯罪が起訴されるという事実自体が、予断・偏見をもたらす可能性もある。そして、一部の公訴事実の犯人性が認められたことをもって、他の公訴事実の犯人性の認定の間接事実とすることは、人格的評価を介在させることによる、安易な認定につながる危険性がある。

イギリスは、二〇〇三年の法改正によって、性向証拠を、一定の要件に該当する場合には許容する制度となったが、

性向証拠については二重の排除の規定をおく。[107] また、併合審理された犯罪事実を、犯罪性向として用いる場合には、その推認過程について、陪審に対する、悪性格証拠の弊害に関する説示を要求する。悪性格証拠を用いる場合に、特に留意しなければならないのは、推認過程のどの部分にいわゆる「人格評価」が入り込んでいるかであり、イギリスの説示内容は、それを明らかにさせることを要求し、もって、事実認定の適正を確保しようとしている。

何より、これまで日本で構築されてきた例外の場面は、いずれも、人格評価を介在させずに認定が可能な場合であったことが、再度認識されなければならない。

併合審理されている事件では、未だ被告人が犯人であることが立証されない事実を、無意識に性向証拠として用いる危険性は高まるのであって、その危険性が強く意識されることはあっても、併合審理されていることを理由に、類似性の程度が低くて良いと判断する根拠はないというべきである。

類似事実とは、起訴された犯罪事実と類似する被告人の行為をいう。本件のように、併合審理されている場合のみならず、起訴されたことがない（する予定もない）事実がこれにあたる場合もある。悪性格証拠は、事実認定者の事実認定のプロセスに、無意識のうちに入り込む危険がある証拠である。最高裁が示した判断基準は、不当な人格的評価が事実認定に入り込むことを禁じるものであり、これまで認められてきた、悪性格証拠を用いうるとされた例外の類型の基本的な考え方の流れを踏襲したものと評価できる。その趣旨が損なわれることがないようにすべきである。

IV　結びに代えて

悪性格証拠は、検察官の主張が強いものであればこれによる立証は不要である一方、弱い場合には不公正となる危険の大きい証拠である。[108] 判例一三及び一四において、最高裁が示した、許容性の判断に関する慎重な姿勢、及び、不当な

人格評価に基づいた判断を「実証的根拠の乏しい人格評価による認定」と断じたことは正当であった。今後は、悪性格証拠の内容となる事実と、公訴事実との類似性（非類似性）を、具体的事案のもとで、どの範囲で比較するかが実質的な問題となってくるものと思われる。その際、悪性格証拠と、争点となっている具体的事実との関連性及び、具体的な推論過程が明らかにされるべきであり、その過程に「実質的根拠の乏しい人格的評価」が混入することがないよう、慎重に検討される必要がある。

（1）石井一正『刑事実務証拠法［第五版］』（判例タイムズ社、二〇一一年）二八〇頁。
（2）安廣文夫「第三一七条［証拠裁判主義］」河上和雄ら編『大コンメンタール刑事訴訟法［第二版］』（青林書院、一九九九年）四二七頁、園原敏彦「証拠の関連性」松尾浩也ら編『実例刑事訴訟法Ⅲ　証拠・裁判・上訴』（青林書院、二〇一二年）一一九-一二〇頁等参照。
（3）平野龍一『法律学全集43　刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）一九二-一九三頁。
（4）大谷直人「証拠の関連性」松尾浩也＝井上正仁編『刑訴訟法の争点（新版）』一九二頁（有斐閣、一九九一年）一九二頁。
（5）寺崎嘉博『刑事訴訟法［第二版］』（成文堂、二〇〇八年）三八四頁。
（6）平野龍一『法律学全集43　刑事訴訟法』（有斐閣、昭和三三年）一九三頁、佐藤隆之「起訴されていない類似事実の立証」ジュリスト一三三二号、二〇〇七年、一九五頁参照。
（7）足立勝義「英米刑事訴訟法に於ける状況証拠」司法研究報告書五輯四号（一九六六年）六二頁参照。
（8）秋吉淳一郎「同種前科による事実認定」刑事訴訟法判例百選第八版（二〇〇五年）一三五頁。
（9）白取祐司『刑事訴訟法［第七版］』（日本評論社、二〇一二年）三六〇頁、秋吉・前掲注一三五頁、石井前掲注(1)一八六頁、この点、法律的関連性を欠くという説明に対し、必要とされる証明力がないことに帰する点で、論理的関連性と呼ばれる問題との間に、本質的な違いは認められないとする考え方もある（佐藤隆之「起訴されていない類似事実の立証」ジュリストNo.一三三二（二〇〇七年）一九五頁）。
（10）綿引紳郎「犯罪の主観的要素を同種前科の内容によって認定することの適否」最高裁判所判例解説刑事編昭和四一年度二一二頁、松岡正章「同種前科による事実認定」刑事訴訟法判例百選第六版（一九九二年）一二六頁、永井紀昭「同種前科による事実認

定」刑事訴訟法判例百選第三版（一九七六年）一四四頁。

(11) 秋吉・前掲注(8)一三五頁、永井・前掲注(10)一四四頁。

(12) 平野・前掲注(6)、二三八頁。

(13) 辻裕教「同種前科による事実認定」刑事訴訟法判例百選第九版（二〇一一年）一四一頁参照。

(14) 大判昭和四・一一・一六大審院刑事判例集八巻五六八頁は、犯罪行為との関連があれば犯人の性向経歴が犯罪事実の認定の資料となりうるとした判例であるが、原則としては性向経歴は起訴された犯罪事実の認定には用いることが許されないという立場を示したものである。

(15) 大判昭二・九・三新聞二七五〇号九頁、大判昭一四・三・二五判決全集六輯一四号四三頁、最判昭二八・五・一二刑集七巻五号九八一頁。

(16) 秋吉・前掲注(8)一三五頁。

(17) 故意等の犯罪の主観的要素については、客観的状況から推認できることがほとんどであり、前科の内容は補充的な役割を果たすにすぎないとの評価もある（秋吉・前掲注(2)一三五頁）。

(18) 公訴事実である事件と同一被害者に対して砒素を混入した食物を摂取させたという事実については、公訴事実に密接に関連する事実として、「犯行後の経緯として同公訴事実自体の立証に重要な意義を有するのであって、これらの事実について検察官の主張立証が許されるのは当然といわなければならない」とした。

(19) 同判決は控訴審で破棄され、無罪となった（東京高判平一〇・七・一判時一六五五-三）。

(20) 公訴事実の被害者とは異なる者に対する行為である。なお、最高裁は、類似事実である余罪を犯人性の認定根拠とした原判決を是認した（最判昭二一・四・二一判タ一二九七号一二七頁）。

(21) 寺崎嘉博『刑事訴訟法［第二版］』（成文堂、二〇〇八年）三八七頁は、悪性格が犯行原因（動機）と推認した裁判例とする。これに対し、白取前掲注(9)三六〇頁は、動機の説明に窮して被告人の「異常性格」を援用したものであり、不当であると評価している。

(22) 判例の結論を妥当とするものに平田胤明＝日野正晴「証拠としての前科」平野龍ら編『刑事訴訟法［新版］』（青林書院、一九七七年）四三九頁。

(23) 庭山英雄「千葉大チフス事件と悪性格証拠」西山富夫ら編『井上正治博士還暦祝賀　刑事法学の諸相（上）』（有斐閣、一九八一年）一三三頁。

(24) 松岡・前掲注(10)一二六頁。

(25)　鈴木亨子「同種前科による事実認定」刑事訴訟法判例百選［第五版］（一九八六年）一四〇頁。
(26)　秋吉・前掲注(8)一三四頁、安廣・前掲注(2)四三七頁。
(27)　永井・前掲注(10)一四四頁。
(28)　i）平成九年二月六日、保険金を詐取する目的で、被告人の夫に砒素を混入させたくず湯を食べさせ、急性砒素中毒により患させた殺人未遂の公訴事実と、平成九年一月二九日に、被告人の夫が急性砒素中毒により患したという類似事実、及び、ii）平成九年九月二二日に、保険金を詐取する目的で、乙野に砒素を混入した牛丼を食べさせ急性砒素中毒により患させた殺人未遂の公訴事実と、同年一〇月一二日に、同人が被告人から提供された麻婆豆腐を食して急性砒素中毒によるものと認められる腹部症状を発症した類似事実、及び同月一九日に、同人が被告人から提供された中華丼を食し、同様の腹部症状を発症したという類似実である。なお、麻婆豆腐を食させたという類似事実は、被告人の行為と認められた行為のひとつである。
(29)　岩崎邦生「1　前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合の証拠能力　2　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」法曹時報六五巻一二号（二〇一三年）二一三頁。
(30)　石塚伸一「和歌山カレー毒物混入事件最高裁判決の証拠構造と問題点」季刊刑事弁護五九号（二〇〇九年）九七頁参照。
(31)　佐藤・前掲注(6)一九六頁は、この点を、悪性格の立証を許したもののように見えるが、被告人の規範意識の鈍麻等を推認することは、カレー毒物混入事件が、そのような具体的な主観を有する者にしか実行できないという意味においても、犯行態様の特殊性を有していることを前提とすると、なお合理的なものとして許容できるとする。
(32)　東京高判平二〇・一二・一六判タ一三〇三-五七。
(33)　豊崎七絵「状況証拠による事実認定　和歌山カレー事件上告審」法学セミナー六五五号（二〇〇九年）一二四頁は、疑わしきは被告人の利益の原則が適用されるとすれば、動機が立証されなければ動機はなかったと認定せざるを得ず、また、動機が不明であること自体が重要な消極的間接事実であるとする。
(34)　同判決は控訴審で破棄され、Vに対する殺人等について無罪となった（東京高判平一〇・七・一判時一六五五-三）。
(35)　東京高判平一〇・七・一判時一六五五-三。
(36)　伊藤雅人「類似事実における立証について」植村立郎判事退官記念論文集編集委員会編『植村立郎判事退官記念論文集　現代刑事法の諸問題［第一巻第一編理論編・少年法編］』（立花書房、二〇一一年）三七一頁。
(37)　佐伯千仭「悪性格と類似事実」法律時報三九巻八号（一九六七年）八六頁は、この事例は主要事実の全体を類似行為によって立証しようとするものであるとし、判示第二の事実は証拠不十分と言うほかはないとする。
(38)　昭和五五年と昭和六〇年の事件である。

(39) 多田達也「ＤＮＡ鑑定」ジュリスト臨時増刊一〇二四号（一九九三年）一九九頁、小早川義則「ＤＮＡ鑑定の証拠能力・証明力」法学セミナー四五八号（一九九九年）一三二頁参照。

(40) 前前刑とは一致している。

(41) 東京地判平二〇・一二・一六、ＬＥＸ／ＤＢ文献番号二八一四五一七七。

(42) 判例の結論を妥当とするものに平田＝日野・前掲注(22)四三九頁。

(43) 成瀬剛「類似事実による立証」ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点』（二〇一三年）一五五頁は、類似事実からの客観的行為の推認であるとする。

(44) 千葉地判昭四八・四・二〇判時七一一-一七、判タ二九九-一九六。

(45) 最決昭五七・五・二五判時一〇四六-一五、判タ四七〇-五〇。

(46) 注(20)参照。

(47) 本判決に対する評釈として能勢弘之「千葉大チフス菌事件控訴審判決」ジュリスト臨時増刊六六六号（一九七八年）一八五頁、田中輝和「疫学的証明―千葉大チフス事件」別冊ジュリスト七四号（一九八一年）一四七頁、最高裁決定の評釈として、後藤昭「千葉大チフス事件」ジュリスト臨時増刊七九二号（一九八三年）一八六-一八八頁、指宿信「疫学的証明―千葉大チフス菌事件」別冊ジュリスト一七四号（二〇〇五年）一六〇-一六一頁、能勢弘之「「千葉大チフス菌事件」上告審決定の問題性」判例タイムズ四七〇号（一九八二年）四-一二頁参照。

(48) 庭山・前掲注(23)一三三頁。

(49) 東京高判平成二三・三・二九判タ一三五四-二五〇。

(50) 「前科の各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が、本件の犯人の同一性を立証するための証拠として関連性があると認められた事例」判例タイムズ一三五四号（二〇一一年）二五一頁では「被告人が犯人かどうかは度外視して、欲するような金品が得られないような窃盗に引き続いて放火が行われているという契機において、類似性があると判断したものと考えられる」とされる。

(51) 伊藤・前掲注(36)三七二頁。

(52) 門野博「同種前科による公訴事実の立証を許さなかった原審の措置が違法とされた事例」刑事法ジャーナルNo.三一（二〇一二年）八九頁は、「本判決が判示する犯行の手段方法は、いかにも絞り込みの効果が小さく（中略）このような態様の放火は、ほかにも見受けられるむしろありふれた態様というべきではないだろうか」とする。

(53) 本判決が服役していた間に行動傾向は変わらなかったとも読める判示をしていること自体が、悪性格証拠が原則として立証に

用いられない理由を端的に示しているように思える。

(54) 供述調書の内容による立証の場合には、その作成方法にかんがみれば、より争点化される可能性は高いといえよう。

(55) 最判平二四・九・七判時二一六四=六判タ一三八二四五。

(56) 大判大七・五・二四刑録二四=一五=六四七が、強盗罪、窃盗罪、傷害罪等の前科証拠を、傷害罪を認定する根拠として援用した原判決を破棄し、大判昭四・一一・一六刑集八=五六八は、原則として性向経歴は、起訴された犯罪事実の認定に用いることは許されないとした。最判昭四一・一一・二二刑集二〇=九=一〇三五は、客観的要素が他の証拠によって認められる場合に、犯罪の主観的要素が同種前科の内容により認定されることを許容した。

(57) 白取・前掲注(9)三三五頁、石井・前掲注(11)二八一頁等。

(58) 類似の基準を示す立場として、伊藤・前掲注(36)三七二頁。岩崎邦生「一　前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合の証拠能力　二　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」ジュリスト一四五五号（二〇一二）一〇四頁は、アメリカの学説でいわれる「署名（signature）」に等しいことまでを要求するものではないが、相当に厳格な限定を付したものと評価している。

(59) 客観的事実から合理的に推認される主観的事情も存在すると思われるが、その場合には、あえて主観的事情を類似性の判断に取り込むまでもないのであり、人格的評価に基づく認定を避けるためには、客観的事実と主観的事情を厳密に区別する必要がある。

(60) なお、昭和四一年判決は、前科のみで故意を認定したわけではない。控訴審が、前刑で懲役刑になったことから、被告人には、本件行為がその態様から詐欺罪を構成する認識があった、実在しない社会福祉援護会の名称を用いた、集めた金員を自己の生活費に費消した等の事実を基礎として故意を認定し、最高裁がこれを是認したものである。

(61) 豊崎七絵「前科証拠を犯人の同一性の証明に用いる場合の証拠能力」法学セミナー六九四号（二〇一二年）一三四頁は、「起訴に係る犯罪事実に関する「顕著な特徴」が損なわれないよう、相当強度と解さなければならないだろう」とする。

(62) 田淵浩二「前科証拠を犯人性立証に用いることが許容されなかった事例」ＬＥＸ／ＤＢ文献番号二五四四四八二二（二〇一二年）四頁は、本判決は、単に起訴事実が被告人の有する犯罪傾向の発露というだけでは足りず、少なくとも、原判決のいうところの行動傾向が特異なものであり、その固着化が習慣的な行動と認められる程度に強度でなければ、犯人性を合理的に推論させる力を持たないという立場であるとする。これに対し、前田雅英「同種前科による証明」警察学論集第六五巻一一号（二〇一二年）一七三頁は、前科による故意の存在の立証についての「偶然の理論」を紹介した上で、犯人の同一性の問題と故意の認定の問題を別であるとしつつも、ある程度特殊性のある同様の行為が複数回生じたことは、それなりの推認を可能とするとする。本件において

は前科証拠を許容しうるとする見解として、中川武隆「前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合の証拠能力　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」刑事法ジャーナル三五号（二〇一三年）一九一頁参照。

(63)　同様の見解として、豊崎・前掲注(61)一三四頁参照。これに対して、吉川崇「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」研修七七四号（二〇一二年）二六頁ないし二七頁は、前科や類似犯罪と起訴に係る犯罪が時間的場所的に接着している事情や、前科や類似犯罪が複数回繰り返されていることなどの事情は推認力を強めるとして、これらの事情も勘案して判断されるべきとする。この点について、佐藤隆之「前科証拠による犯人性の立証」ジュリスト一四五三号（二〇一三年）一八六頁も参照。

(64)　正木祐史「前科以外の犯罪事実の犯人性立証への利用」法学セミナー七〇二号（二〇一三年）一一四頁は、前科と裁判所の判断時期が違うだけとみるならばむしろ当然の帰結であるとする。

(65)　DPP v. Boardman [1975] A. C. 421, 441D.

(66)　足立勝義「英米刑事訴訟法に於ける状況証拠」司法研究報告書五輯四号（一九六六年）六二頁参照。

(67)　秋吉・前掲注(8)一三五頁。

(68)　(i)の場合は、前科等の存在それ自体のみ、(ii)の場合は、客観的な被告人と犯人との結びつきは既に他の証拠で立証されているので、主観的面のみに限定される。なお、(iii)の場合は、審理に必要不可欠であることから、弊害があっても採用せざるを得ない場合である。

(69)　Federal Rules of Evidence, s. 404(b), s. 406, s. 403.

(70)　平成二四年判決について、田淵浩二「前科証拠を犯人性立証に用いることが許容されなかった事例」LEX／DB文献番号二五四四四八二二（二〇一二年）四頁参照。

(71)　成瀬・前掲注(43)一五五頁、佐藤・前掲注(6)一九五頁参照。

(72)　一〇一条（三）項及び、一〇三条（三）項。

(73)　Judicial Studies Board, Crown Court Bench Book, March 2010, pp.167-168.

(74)　Id., p.170.

(75)　*See*, Id., p.172.

(76)　Id., p.187.

(77)　Id., p.190.

(78) Simon Tonking et al., Judicial Studies Board, op.cit.note. (73), p.81.
(79) 二〇〇三年法の一〇一条（三）項、ＰＡＣＥ一九八四の七八条の裁量排除の規定の適用がある。
(80) R v Edwards and Rowlands, McLean, Smith, Enright and Gray [2005] EWCA Crim 3244, [2006] 1 WLR 1524, [2006] 2 CrAppR4 (62) at [1].
(81) DPP v. Boardman [1975] A. C. 421, 441D.
(82) Federal Rules of Evidence, s. 404(b), s. 406, s. 403.
(83) CJA2003, s. 99.
(84) 各関門については、拙稿「イギリス二〇〇三年刑事司法法における悪性格証拠の許容性」法政研究第七九巻三号（二〇一二年）、三五五-三六〇頁参照。
(85) CJA2003, s. 103(1)(a).
(86) ＣＪＡ二〇〇三に排除の規定がない関門にも、共同被告人間の争点（関門（ｅ））を除き、ＰＡＣＥ一九八四の七八条による裁量排除が認められるとされる。なお、関門（ｄ）に適用される一〇三条（三）項の裁量排除の裁判所の義務は、その文言から、ＰＡＣＥ一九八四の義務より強度であると解されている。
(87) この点について、法律委員会は、裁判所の許可性を想定しており、その考慮要素として、事実等の性質や数、事実等の時期、類似事実の場合事実の性質や類似性・非類似性の程度、犯人性が争点となっている場合の当該証拠が同じ人間の行為であることを証明する程度等を要素としてあげていた。Law Commission, Evidence of Bad Character in Criminal Proceedings (Law Com no. 273, Cm 5257, 2001) 7.18.
(88) David Ormond et al, *Blackstone's Criminal Practice 2013*, Oxford University Press, 2012, at F12.25.
(89) R v. Hanson, Gilmore and P [2005] EWCA Crim 824, [2005] 1 WLR 3169, [2005] 2 CrAppR 21 (299), 10, 18.
(90) Judicial Studies Board, op.cit.note (73) p.168.
(91) David Ormond et al, *Blackstone's Criminal Practice 2013*, Oxford University Press, 2012, at F12.25.
(92) 公判廷での説示を要するとする明文の規定はないが、裁判官の説明内容の適正を担保することは、裁判員が実質的に事実認定、法令の適用、量刑に携わることによって、裁判員裁判の目的を達成するためにも、また、公正な裁判の実現のためにも、必須であり、法の趣旨にも適う。
(93) Id. 7.19, Draft of a Bill 5, 他に裁量の要素が明示されている条文としてDraft of a Bill 9(7), 10(8).
(94) 大阪高判平一七・六・二八判タ一一九二-一八六。

(95) 最決平二五・二・二〇刑集六七-二-一。

(96) 補足意見を支持する見解として、吉川崇「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に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」警察学論集六六巻七号（二〇一三年）一六三-一六七頁。

(97) 成瀬・前掲注(43)一五五頁。

(98) *See*, Judicial Studies Board, op. cit. note (73), p.203.

(99) 独立して証言した各証人の被告人の犯行態様等に関する証言内容が類似しており、これは偶然の一致とは考え難い等の内容の説示である。

(100) *See*, Mike Redmayne, op. cit. note, (97), p.194.

(101) Judicial Studies Board, op. cit. note, (73) p.204.

(102) Mike Redmayne, Recognizing propensity, Criminal Law Review, 2011, 3, p.195.

(103) このように理解すると、結局は犯罪性向を介在させた推認であるとの評価は免れまい。

(104) Judicial Studies Board, op. cit. note (73) p.169.

(105) 補足意見を支持する見解として玉木将之「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」研修七七九号（二〇一三年）二三-二五頁。

(106) 綿引・前掲注(10)二一二頁、松岡・前掲注(10)一二六頁、永井・前掲注(10)一四四頁。

(107) 被告人の申立てによる排除（ＣＪＡ二〇〇三、一〇一条（三）項）、及び、手続の公正に反する効果がある場合の裁判所による裁量排除（ＣＪＡ二〇〇三、一〇三条（三）項）である。

(108) *See*, Criminal Courts Review (HMSO 2001), p.564, p.114.