

## 《論 説》

## 同種前科による犯人性の立証について

齋 藤 実

## 1 はじめに

刑事裁判の実務上、被告人の同種前科により、犯人性を立証しようとするとは、必ずしも多くはない。もっとも、被告人が犯人性を争い、他方で犯人性について十分に立証が出来ないおそれのある場合には、その立証を補強するため、同種前科を犯人性の立証に用いることがある。同種前科による犯人性の立証は、被告人と検察が熾烈に争う場面で、犯人性の立証を補強するための間接証拠として用いられることが多い。そのため、同種前科による犯人性の立証は、実務上、重要なテーマの一つである。このような実務上の重要性も相まって、学説においても、長きに亘り様々な議論が展開されてきた。

他方で、刑事訴訟法の規定を見ると、同種前科による犯人性の立証について明文はない。そのため、「事実の認定は、証拠による」(317条)とする証拠裁判主義の規定の中で、関連性の問題として議論されてきた。原則として同種前科を犯人性の立証に用いることは出来ないものの、例外的に「特殊な手口」を用いた場合には許される、とした見解が多かった<sup>1)</sup>。もっとも、最高裁判例では、同種前科による犯人性の立証について正面から判断したものはなく、主観的要素の立証に関するもの(最決昭和41年11月22日刑集20巻9号1035頁)がリーディングケースとして扱われていたに過ぎなかった。

このような状況のもと、最高裁は、最判平成24年9月7日(刑集66巻9号

---

1) 岩崎邦生『最高裁時の判例』No1455(2013年)、匿名論文判例タイムズNo.1382(2013年)1月号86頁。

907頁)で、自らの立場を明らかにする判決(以下「平成24年判決」という。)を出した。同判決は、同種前科により犯人性を認定するための規範を明確に示している。さらに、平成24年判決は、最決平成25年2月25日にも踏襲されている。

さらに、今日では、この議論を考えるにあたって、2009年(平成21年)から開始された裁判員裁判を考慮に入れる必要もある。同種前科を犯人性の立証に用いることに関する議論は英米で発達してきた。英米では陪審制度が存在することから、陪審員が誤った判断に陥る可能性があるとして、同種前科に対して慎重な態度をとってきた経緯がある。果たして、裁判員裁判で同種前科をどのように用いるかは、今日の問題として日本においても検討する必要がある<sup>2)</sup>。

## 2 同種前科と関連性について

### (1) はじめに

刑事訴訟法は「事実の認定は、証拠による」(317条)と規定する。「証拠」が「事実の認定」に役立つ性質を、関連性と言う<sup>3)</sup>。この関連性には、自然的関連性や法律的関連性が含まれるとされる。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さえもない場合をいう。また、法律的関連性とは、証拠として必要最小限度の証明力はあるが、その証明力の評価を誤らせるおそれのあるもの、をいう<sup>4)</sup>。

関連性の条文上の根拠として、「裁判長は、訴訟関係人のする尋問又は陳述が・・・事件に関係のない事項にわたるときその他相当でないときは、・・・これを制限することができる。」(法295条1項第1文)、「証拠調の請求は、証拠と証明すべき事実との関係を具体的に明示して、これをしなければならない」(規則189条1項)をあげることが可能であるとされる<sup>5)</sup>。

---

2) 大久保隆志『刑事訴訟法』(新世社、2014年)291頁。

3) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』(有斐閣、1996年)325頁。

4) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1958年)192、193頁。

5) 前掲田宮325頁。

## (2) 同種前科と自然的関連性・法律的関連性

同種前科により犯人性を立証しようとする場合、そもそも必要最小限度の証明力さえもないとする自然的関連性の問題か、あるいは証明力の評価を誤らせるおそれがあるとする法律的関連性の問題か、あるいはそれ以外の問題かが議論されてきた<sup>6)</sup>。

被告人が過去に同種前科があることで、当該公訴事実の犯人であろうとの推認は、それ自体が合理的ではない。そのため、同種前科の立証が許されない実質的理由の主要部分は、必要最小限度の証明力がない、すなわち自然的関連性がない、とする説明も有力に主張されている<sup>7)</sup>。大判大7・5・24刑録24・15・647は、「前科はその後に生じたる犯罪行為と何等関渉することなく、全然過去の事実の属するをもって、被告が前科を有する事実証明せられたる場合に、…公訴の目的たる犯罪行為の成立を断定するについては適当ならず」とする。これは、自然的関連性がないとする趣旨と解することが出来よう。

他方で、通説は、自然的関連性が認められることを前提に、法律的関連性の議論として論じている<sup>8)</sup>。例えば、「検察官が犯罪事実を立証するために、被

- 
- 6) 田口守一『刑事訴訟法〔第5版〕』（弘文堂、2009年）352頁。田口教授は、「犯罪事実との自然的関連性がないか（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）、あるいは法律的関連性がないか（一応の証明力はあっても、それを吟味する手立てがない）である。」とされる。
  - 7) 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）489頁。もつとも、酒巻教授も、「もつとも、悪性格や過去の類似犯罪行為が事実認定者に対して予断・偏見を生じさせ、合理的な推論や他の証拠的的確な評価の途を阻害して、事実認定を誤らせる危険があるので、このような観点からも証拠能力が否定されると説明できる」とされている。
  - 8) 例えば、安富潔『刑事訴訟法講義第3版』（慶応義塾大学出版会、2014年）293頁、前掲大久保290頁、上口裕『刑事訴訟法〔第4版〕』（成文堂、2015年）404頁。他方で、法律的関連性ととも自然的関連性が問題となるものとして、宇藤崇・松田岳士・堀江慎司『刑事訴訟法』（有斐閣、2012年）333頁。

実務の運用は、証拠能力について厳格に検討するというよりも、証明力の判断の中で事実認定を誤らせる危険に留意しつつ検討する、あるいは、裁判所が類似事実

告人の前科・余罪・悪性格を間接事実として、これらを証明するための証拠を提出することは、原則として、許されないと解すべきである。このような証拠は、自然的関連性は認められるが、典型的に、裁判官に対して不当な予断偏見を与え、誤った心証を形成させる危険があると言えるからである。」などと説明される<sup>9)</sup>。

### (3) 同種前科と関連性

一般的には、同種前科と関連性の問題は、自然的関連性が問題となることが少なくないと考えられる。たとえば、いかなる刑事事件でも同種の前科により犯人性を認定しようとしたならば、同種前科にそもそも最低限度の証明力さえもないことも相当数あるであろう。しかし、実務上、同種前科に最低限度の証明力さえもない場合、あるいは最低限度の証明力さえあるかが疑わしい場合には、検察官が同種前科を証拠として提出することは考えにくい。通常、検察官は、自然的関連性自体は認められる場合であることを前提に、犯人性に関する立証が必ずしも十分とは言えない場合に、同種前科を提出するのである。少なくとも裁判で争われるのは、自然的関連性があることを前提としつつ、法律的関連性が問題となる場合が通常となる。そのため、同種前科による犯人性の立証の議論は、法律的関連性の議論として扱われることが多いのではないだろうか。このように考えると、自然的関連性あるいは法律的関連性の問題かを二者択一にするべきではない。いずれも、あるいは場合によっては他の要素も問題となりえ、これらは複合的な関係にある。平野博士は、自然的関連性と法律的関連性は「本質的に異なるものではない」とされる<sup>10)</sup>。

---

の証拠調べを却下するときも、証拠能力を欠くという理由ではなく、必要性がないとして却下することが多い、とされる(村瀬均「同種前科・類似事実による立証」法学教室No.435(2016年))。

9) 河上和雄等編『大コメンタール刑事訴訟法(第2版)第7巻』(青林書院、2012年)435頁。松尾浩也・岩瀬徹編 園原敏彦「証拠の関連性」『実例刑事訴訟法Ⅲ』(青林書院、2012年)130頁。

10) 前掲注4。

近時では、証明力の欠如（自然的関連性）、誤導のおそれ（法律的関連性）、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、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、説明されることがある<sup>11) 12)</sup>。

### 3 同種前科と悪性格の立証

同種前科による犯人性の立証は、被告人の犯罪性向（悪性格）の立証をすることの1つとして説明されることがある。悪性格の立証とは、犯人性の証明のために被告人の性格、すなわち一般的な性向や行動傾向を立証することを言う<sup>13)</sup>。

同種前科による犯人性の立証は、以下のような推認を辿る可能性があると考えられる。すなわち、①被告人には同種前科がある→〈第1の推認〉→②被告人に犯罪を行う性向あるいは行動傾向がある（悪性格）→〈第2の推認〉→③被告人は犯人である、との推認である。

このような推認過程には、幾つかの問題が含まれている。まず、第1の推認について見ると、被告人に同種前科がある、ということと、被告人に犯罪を行う性向あるいは行動傾向がある、ということとをどのように結びつけることが出来るかである。いかなる同種前科があれば、被告人の犯罪を行う性向あるいは行動傾向を推認できるかは不明であるし、そもそも、現代の科学水準でこのような認定ができるのかという点も問題である。

次に、さらに問題が大きいのは第2の推認で、被告人に犯罪を行う性向あるいは行動傾向があることで、なぜ、被告人が犯人と推認できるのか明らかではない。一定の性向や行動傾向がある者は本件の犯人であっても当然である、と

---

11) 笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室（2011年）29頁。

12) 河上和雄等編『注釈 刑事訴訟法〔第3版〕第6巻』（立花書房）216頁では、法律的関連性が問題とされることは自然なことであるが、元々自然的関連性が乏しく、立証を認める必要性に乏しい、などと指摘される。

13) 前掲注8字藤等332頁。

いう、不当な偏見や誤導とも考える。通説的見解が、同種前科による立証が法律的関連性を欠くと説明するのは、このような危険性が理由の1つとなっている<sup>14)</sup>。同種前科は、いくら証拠価値があったとしても、典型的に、裁判官に不当な偏見・誤導の危険を生じさせ弊害が証拠価値を上回る<sup>15) 16)</sup>。

この推認過程において、第1の推認及び第2の推認、いずれも、悪性格を介在させる。仮に、①被告人には同種前科がある→③被告人は犯人である、との推認が可能であれば、上記の推認における弊害がなくなる。悪性格が介在しなければ、不当な偏見・誤導の危険の問題も生じないのである<sup>17)</sup>。①被告人には同種前科がある→③被告人は犯人である、と言える場合には、例外的に、同種前科による犯人性の立証を認めうる可能性が生じる<sup>18) 19) 20)</sup>。

---

14) 「論理的関連性（筆者注：自然的関連性）すなわち証明力の欠如」として説明することも可能であるし、本文と同様に、「事実認定者をして予断・偏見を生じさせ、合理的な推論や他の証拠の的確な評価の途を阻害して、事実認定を誤らせる危険は考えられるので、このような観点からも証拠の右翼が否定される」とも説明できる（前掲注7酒巻489頁）。

15) 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』（有斐閣、2013年）154頁。

16) 英米法では、さらに、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、争点が複雑になって審理が混乱する、ということも、理由とされる（前掲注9園原129・130頁）。

17) 石井一正『刑事実務証拠法 第5版』（判例タイムズ社、2011年）282頁。

18) 川出敏裕「演習」法学教室No.386（2012年）162・3頁。

19) 前掲注8安富293頁。

20) 前掲注9大コンメ436頁、前掲注2大久保290・291頁、前掲注6田口352頁。なお、英米において、証拠の許容性は要証事実との関係で相対的、多元的に決定されるとの観点から、同種前科を含めて被告人の犯罪行為や非行を証拠として許容する場合が少なくないとされる（永井紀昭「同種前科による事実認定」『別冊ジュリスト 刑事訴訟法判例百選〔第3版〕』144・145頁。なお、一般的には、以下のような場合があげられる。第1は、前科が構成要件の一部を構成している場合（常習累犯窃盗罪盗犯等の防止及び処分に関する法律3条）や構成要件としての常習性を認定する場

そのために、前述のような「特殊な手口」というキーワードが使われてきた。特殊な手口による同種前科が存在する場合に、公訴犯罪事実の犯人と被告人との同一性を証明しうる可能性がある。

#### 4 特殊な手口による同種前科

「特殊な手口」による同種前科の推認過程をもう少し詳しく見ると、以下の通りとなる。被告人には特殊な手口を使った同種前科がある→当該特殊な手口を使うと考えることが出来るのは、通常、被告人のみである（第三者により行われる可能性は極めて低い）→犯人は特殊な手口を使っているおり、被告人は犯人である、との推認過程である。「当該特殊な手口を使うと考えることが出来るのは、通常、被告人のみである」という中間項を媒介させることにより、被告人に犯罪を行う性向あるいは行動傾向がある（悪性格）を介在させずに、被告人は犯人であると推認することが出来るのである<sup>21)</sup>。

ただ、問題となるのは、「当該特殊な手口を使うと考えることが出来るのは、通常、被告人のみである（第三者により行われる可能性は極めて低い）」とはいかなる場合か、という点である。従来、「特殊な手口」を具体的に詰める議論は、最高裁が判断を示していないことも相まって、必ずしも活発ではなかったように思われる。そのような状況の中で、平成24年判例が示された。平成24年判例は、特殊な手口の内容について3つの基準を示すことで、「特殊な手口」の内容を具体的に示している。

---

合（常習賭博罪）、第2は、犯罪行為についての故意、目的、動機、地上、認識、計画、企図等、犯罪の主観的要素を証明するため、第3は、前科の存在や内容が、公訴犯罪事実と密接不可分に関連している場合、第4は、特殊な手口による同種前科の存在により、公訴犯罪事実の犯人と被告人との同一性を証明する場合、である。

21) 川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法〔捜査・証拠編〕』（立花書房、2016年）269・270頁。

## 5 平成24年判決について

### (1) 事実の概要

本件は、被告人が否認する現住建造物等放火について、検察が17年前の同種前科により立証しようとした事案である。

被告人は、東京都内の家屋に対する住居侵入、窃盗及び現住建造物等放火（以下「本件放火」という。）と北海道内の住居侵入及び窃盗で起訴された。被告人は、概ね自白したものの、本件放火について否認をした。

そのため、本件放火に関して被告人の犯人性を立証するため、検察官は、被告人の17年前の窃盗・現住建造物等放火等（以下「前刑放火」という。）の罪に関する前科調書、判決謄本、被告人の供述調書等（以下「本件証拠」という。）の前刑放火にかかる証拠の取調べを請求した。

### (2) 下級審の判断

第1審は、本件放火の事実の立証のための証拠として本件証拠は関連性がないうちとして、却下した。原審は、本件証拠のうち、本件放火と特徴的な類似性のある犯行に至る契機および犯行の手段方法に関する部分は、関連性が認められるから、これを却下した点は違法だとして、第1審判決を破棄した。

### (3) 最高裁の判断

最高裁の判断は大きく、①同種前科による犯人性の立証に関する規範の定立、②その当てはめ、③原審が示した「行動傾向の固着化」、の3つについて言及している。そこで、以下、これらに分けて紹介する。

まず、①同種前科による犯人性の立証に関する規範について、「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。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。」と判断した。

このように規範を定立した上で、その当てはめ(②)は、以下の通り行っている。

「前刑放火は、原判決の指摘するとおり、11件全て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鬱憤を解消するためになされたものであること、うち10件は侵入した室内において、残り1件は侵入しようとした居室に向けてなされたものであるが、いずれも灯油を撒布して行われたものであることなどが認められる。本件放火の様子は、室内で石油ストーブの灯油をカーペットに撒布して火を放ったという犯行である。原判決は、これらの事実に加え、被告人が本件放火の最大でも5時間20分という時間内に上記の放火現場に侵入し、500円硬貨2枚とカップ麺1個を窃取したことを認めていることからすれば、上記の各前科と同様の状況に置かれた被告人が、同様の動機のもとに放火の意思を生じ、上記のとおり的手段、方法で犯行に及んだものと推認することができるので、関連性を認めるに十分であるという。しかしながら、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、これらの類似点を持つ、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。」とした。

さらに、③原審が示した「行動傾向の固着化」について、以下のような判断も加えている。

「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も照らしても、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がかわれず、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。」とした。

#### (4) 判例の検討

##### ア 同種前科と関連性について

「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」とする。これは、あたかも、前科による犯人性の立証において、自然的関連性が問題とならないかにも思われる。もっとも、平成24年判決は自然的関連性との問題を「一般的に」有しているとする。すなわち、一般的ではない場合には、自然的関連性が問題となる余地も残しているものと言える。これは、先に述べたように、実務上、自然的関連性が問題視されることは想定しにくいことも、考慮要素となったのではないかとも思われる。さらに、平成24年判決は、「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」と述べており、自然的関連性が問題となる余地があることを示している。

自然的関連性に続いて、以下のように述べている。「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」を指摘する。ここでは2つの弊害が指摘されており、ア「事実認定を誤らせるおそれ」と、イ「争点が拡散するおそれ」である。前者のアは、証拠の証明力の評価を誤らせるおそれの問題である法律的関連性について言及したものと考えらえる。もっとも、平成24年判決は、法律的関連性のみならず、②「争点が拡散するおそれ」にも言及する。これは、証明力の評価に関するものではなく、法律的関連性の範疇を超えたものと言ってよい。訴訟経済の要請の1つととらえることも可能であろう。このように、平成24年判決は、同種前科の証拠能力の判断について、自然的関連性、法律的関連性のみならず、訴訟経済上の要請も入れて判断している。

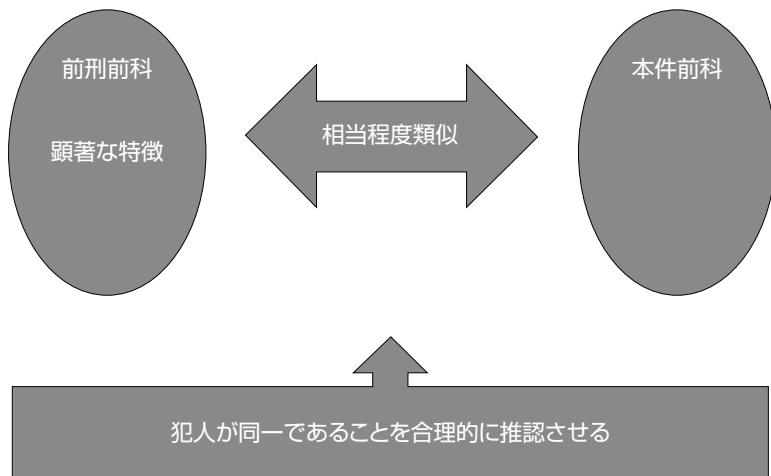
### イ 特殊な手口による同種前科について

本判決は、「特殊な手口」の内容を明確にした点に、大きな意義がある。本判決は、特殊な手口について、大きく3つの要素に分けている。すなわち、

- i 前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し
- ii 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、

iii 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  
の3つの要素である<sup>22)</sup>。

☒



本判決では、i についての検討を行っている。まず、前刑前科について、「11件全て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鬱憤を解消するためになされたものであること、うち10件は侵入した室内において、残り1件は侵入しようとした居室に向けてなされたものであるが、いずれも灯油を撒布して行われたもの」としている。その上で、これらを「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つたために放火に及ぶということ」という動機と、「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」という態様に分類している。その上で、動機と態様いずれも顕著な特殊を有するとは言えない、としている。一般にこの要件は、犯行の手口、態様のみならず、犯行前後の行状（例えば、犯行後に特定の痕跡を残すなど）も含ま

22) 岩崎邦生『最高裁時の判例』No1455（2013年）105頁。

れ、さらには犯行間隔、犯行が特定の曜日にされている、なども特徴となりうる<sup>23)</sup>。もっとも、平成24年判決は動機と態様について検討し、顕著な特徴はないものと結論付けた。

続けて、本判決は「これらの類似点」とするのみで、「相当程度類似」(②)するか否かについては、具体的な検討はしていない。これは、顕著な特徴がないとした故かとも考えられる。

さらに、犯人が同一であることを合理的に推認できるか(③)について、「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」としている。そもそも、顕著な特徴がない本件において、この要件が満たされることは困難である。一般に、この要件は、同種前科単独で犯人性の証明が可能なほどの証明力を要求はしていないものの、相当に厳格なものである、と評される<sup>24)</sup>。もっとも、同種前科以外の別の証拠によって犯人である可能性のある者の範囲が絞られるなど、他の条件次第では、上記要件は緩和されても良いであろう<sup>25) 26)</sup>。

このように判例を読み進めると、顕著な特徴を有するか否かが、大きなポイントとなることが分かる。もっとも、平成24年判決は、顕著な特徴であることを否定したことから、今後いかなる場合に顕著な特徴を有するか、注視する必要があるだろう。

### ウ 同種前科と行動傾向の固着化について

原審が言及した「行動傾向の固着化」について検討した点は注意を要する。平成24年判決は「行動傾向の固着化」という概念を否定したのか、あるいは、一定の条件が揃えば「行動傾向の固着化」を観念することができると考えているのか、必ずしも明確ではない。

---

23) 前掲注12注釈刑事訴訟法218頁。

24) 前傾注22岩崎105頁、前掲判例タイムズ87頁。

25) 前掲注13宇藤他333頁。

26) 岩崎邦夫『最高裁判例解説(刑事編)平成24年度』(法曹会、2016年)342頁。

学説でも、平成24年判決が「行動傾向の固着化」に言及したことにつき評価が分かれている。原判決が固着化した犯罪傾向というような曖昧な概念を安易に認定し、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<sup>27)</sup>、との考えが主張されている。他方で、被告人の犯罪性向が、特定の状況下においては、他に選択の余地がないほどに習慣化している場合には、同種前科を立証に供することも許される余地を残したものとする<sup>28)</sup>、との考えも有力に主張されている。

たしかに、平成24年判決は「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」として、概念自体が明確でないことを示している。また、行動傾向の固着化を「実証的根拠の乏しい人格評価による認定」とも述べている。さらに、一般論として、そもそも、現代科学水準で実証的根拠を持って「行動傾向の固着化」を認定できるかは極めて疑義がある<sup>29)</sup>。このように、平成24年判決は、行動傾向の固着化について否定的に述べているかにも見える。

しかし、仮にそうであれば、そもそも行動傾向の固着化に言及しなければよく、あるいは仮に言及するとしても、その概念が明確ではないとして一蹴すれば良いだけのことである。平成24年判決は概念自体が明確ではないとしつつも、「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」として、わざわざ定義を規定している。

たしかに、前述のように、定義を設けることが出来るとしても、現代科学水準で実証的根拠を持つことが出来るかは疑問の余地は多分にある。しかし、平成24年判決は、このような疑問には言及せず、むしろ自ら事実をあげながら具体的な検討を行っている。まず、「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」としている。犯罪傾向を有す

---

27) 前掲注22岩崎106頁。

28) 前掲注21川出276頁。

29) 前掲注26岩崎336頁。

るか否かについて、前刑放火と本件放火と「期間」を1つの要素として検討している。さらに、「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」ものの、「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」として、「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」ないとする。このように「接着した時間、場所」での放火はないことも、行動傾向の固着化が認められない理由としている。

これらの事実は、本件において行動傾向の固着化を否定する要素として用いられた。しかし、翻って考えれば、前刑放火と本件放火との「期間」が近い場合、あるいは、「接着した時間、場所」での余罪等があった場合には、行動傾向の固着化が認められる余地が残ることになる。このように見てくると、平成24年判決は、行動傾向の固着化を否定したとは考えにくい。むしろ、それを認める余地を残したものと考え、本判決を読むのが素直であろう。

もちろん、行動傾向の固着化という概念自体が、現代科学水準で実証的根拠をもって認定することが出来るのかは、疑義がある。また、行動傾向の固着化が悪性格の立証にもつながる可能性がありうる。そのため、行動傾向の固着化、という概念を用いるのであれば、相当慎重に行う必要があり、今後の判例の動向を注視する必要があるだろう。

## エ その後の最高裁判例

その後、最高平成25年2月25日(刑集67巻2号1頁)では、前科に係る犯罪事実や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、許されない、として、基本的に平成24年判決を踏襲した。もっとも、前科に係る住居侵入、窃盗、現住建造物等放火等の犯罪事実及び前科以外の他の住居侵入、窃盗等の犯罪事実を、証明対象の住居侵入、窃盗、窃盗未遂、現住建造物等放火の犯人と被告人の同一性の間接事実とすることは、これらの犯罪事実には顕著な特徴があるとはいえないなどの

事情の下では、被告人に対して実証の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、許されないとした。

## 6 今後の課題について

### (1) 顕著な特徴について

平成24年判決は同種前科による犯人性の立証に関する規範を示した点で、大きな意義を有する。もっとも、具体的にいかなる場合に同種前科による犯人性の立証ができるかまでは、明らかになっていない。

従来の下級審の判断では、同種前科が本件強姦の手口と酷似しているとした(水戸地裁下妻支判平4年2月27日判時1413号35頁)。すなわち、「被告人の前々刑(昭和55年11月11日前橋地方裁判所桐生支部判決)及び前刑(昭和60年12月10日浦和地方裁判所熊谷支部判決)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、被害者を処刑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」とする。

次に、いわゆるロス疑惑銃撃事件と言われる事件では、以下の通り、殺人未遂の事実を事実認定に用いた(東京地判平成6年3月31日判タ849号165頁)。すなわち、「Aは、本件銃撃事件の前にCを被保険者、A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C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、AがBに提案したC殺害方法の1つ(ピストルでCの頭を撃ち、それだけだとA自身も疑われるので、Aの足も撃つ)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AがBにC殺害を実行させようとしたものであること、Aは殴打事件の以前からC殺害を計画し、共犯者の物色をしていること、A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Cを銃撃して殺害した実行犯人の特定を待つまでもなく、Aが、Cにかけられた生命保険等の取得を目的として、実行犯人と共謀の上、C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Cを銃撃させるとともに、Cだけが銃撃されたのでは不自然であるから自らの足も銃撃させて、Cを殺害したものと優に認めることができる」とした。

さらに、いわゆる和歌山カレー事件で、以下のように判断をしている。すなわち、昭和60年から昭和63年にかけて発生した2つの事実に関し、「他の立証ともあいまって、本件殺人未遂被告事件の犯人性等を立証しようというのであるが」、「Cや被告人の周囲の者が砒素中毒で死亡したことにより被告らが多額の保険金を取得した最初の事案とされており」、またもう一つの事実は「昭和62年のBに対する殺人未遂事件を経て、昭和63年にCが砒素中毒になった際に、Cの病室で被告人から提供されたとする食事をCと一緒にし、砒素中毒にり患したとされる事案であるから、いずれの事実も、被告人の犯人性を種々の間接事実の立証によらざるを得ない本件殺人未遂被告事件においては、関連性を有する事実と言わざるを得ない」とした(和歌山地決平成12年12月20日判タ1098号101頁)。

これらは、大きくは、手口の特殊性と本件との類似性に着目しながら判断している。今後は、最高裁の判断を待ちながら、いかなる場合に、特殊な手口を具体的に認定していくかを検討する必要がある。

## (2) 裁判員裁判との関係について

英米においては、同種前科による犯人性の立証の議論は、陪審員制度を前提として出てきた経緯がある。日本においても、裁判員裁判が始まり10年が経過し、同種前科の立証の問題は、裁判員裁判との関係でも今後一層議論される必要がある。

同種前科の問題は、自然的関連性、法律的関連性、訴訟経済など、様々な観点の問題となり得るのは、既に述べた通りである。裁判員裁判においても同様であるが、特に問題となるのが法律的関連性である。法律的関連性、すなわち、その証拠の証明力の評価を誤まるおそれがあるか、を考える必要がある。裁判員裁判では、裁判員も、証拠の証明力を評価し事実認定を行う<sup>30)</sup>。裁判員は、証拠の証明力を評価し事実認定を行うことに慣れていないため、証明力の評価を誤るおそれがあるのではないか<sup>31)</sup>、というのが問題意識である。公判前準備手続きにより証拠の整理をするべきであり、同種前科を用いる場合には、丁寧な説明が必要であろう。特に、平成24年判決にいう「顕著な特徴の相当程度の類似」は十分な説明が必要である<sup>32)</sup>。もっとも、「司法に対する国民の理解の増進とその信頼の向上」(裁判員の参加する刑事裁判に関する法律1条)という裁判員裁判の趣旨を没却することのないように、運用されるべきは当然である。

---

30) 岡慎一「裁判員裁判と法律的関連性」『新基本法コンメンタール【第2版】刑事訴訟法』(日本評論社、2014年)467頁。

31) 前掲20永井144頁。

32) 前掲8村瀬14頁。