

論説

類似事実の立証に関する一考察
—最高裁平成24年9月7日
判決を契機として—

伊藤博路

Ⅳ 最高裁平成24年9月7日判決（判時2164号45頁）

1 事実の概要

2 判旨

3 検討

Ⅴ 結びに代えて

1 証拠として用いる必要性との関係について

2 立証事項との関係について

Ⅰ はじめに

刑事裁判の事実認定を適正かつ正確なものにするために、証拠の許容性に関して厳格な規律が存在する。証拠能力が認められるためには、関連性があることが求められ、関連性については、自然的関連性（論理的関連性ともいわれる）と法律的関連性の2つに区別して考えるのが一般的である。そして、この2つの「関連性¹⁾」に関しては、まず自然的関連性とは、証明しようとする事実に対して必要最小限度の証明力があることをいい、この証明力さえない証拠は自然的関連性がない²⁾。次に法律的関連性とは、自然的関連性のある証拠であっても、その証明力の評価を誤らせるような事情があれば、法律的関連性がないとして証拠能力が否定される³⁾、と理解されている⁴⁾。

関連性がないとして証拠能力が否定される場合として、公訴事実を立証するために、被告人の同種前科、起訴されていない犯罪事実（余罪）、

Ⅰ はじめに

Ⅱ 「類似事実証拠の許容性の理論」について

Ⅲ これまでの裁判例の分析

- 1) 現行法には、証拠の「関連性」に関する明文規定はない。他方、規則に目を向けると、平成17年の刑事訴訟規則の改正で新設された199条の14がある。この規定は、裁判員裁判が開始されるにあたって、裁判員が的確に心証を形成できるようにするため、争点を意識したメリハリのある尋問が行われるよう尋問制限について定めた刑訴法295条の内容を明記したものとされている。従来から、刑訴法295条の「事件に係らない事項」とは、関連性のないこととされてきた。刑訴法295条の関連性とは、要証事実が訴訟法上意味のある事実かどうかを指し、英米法における「重要性（materiality）」とはほぼ同趣旨のものだとされている。安村勉「演習」法学教室373号168-169頁（2011年）参照。なお、刑訴法295条の関連性の意義について、松尾浩也監修『条解刑事訴訟法[第4版]』625頁（弘文堂、2009年）も参照。
- 2) 風評や個人の意見を記述したにとどまる新聞記事には証拠能力がないとした事例として、仙台高判昭25・9・28高判特報12号171頁がある。風説や噂は、必要最小限の証明力を欠く典型例とされる。この点につき、笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室364号27頁（2011年）参照。
- 3) 平野龍一『刑事訴訟法』192頁（有斐閣、1958年）。
- 4) 他方、この2つに分けて順に論じること固有の意味合いはないとするものとして、田中開ほか『刑事訴訟法[第3版]』251頁[長沼範良]（有斐閣、2008年）、2つに分けるのが妥当な区分とは思われないとするものとして、寺崎嘉博『刑事訴訟法[第2版]』384頁（成文堂、2008年）参照。なお、笹倉・前掲注2）29頁、門野博「判批」刑事法ジャーナル31号86頁（2012年）も参照。

非行歴等に関する証拠を提出することは、裁判官に不当な偏見を抱かせ事実認定を誤らせるおそれがあるので、原則として許されない⁵⁾6)。このように被告人の(同種)前科を犯罪事実の立証に用いることが許されないのは、法的関連性が否定されるからだと理解されている⁷⁾。それは、同種前科により公訴事実を認定することができるかという問題を悪性格立証の問題と捉えることによる。そして、この悪性格立証の問題は英米法における「類似事実証拠の許容性の理論」を用いて説明することができる⁸⁾。

本稿では、このような類似事実の証拠が排除される根拠とその例外について概観し、その問題点を確認した後、被告人の前科を犯罪事実の立証に用いた裁判例をいくつか取り上げ、最近最高裁によって下された判断(最判平24・9・7判時2164号45頁)を中心に分析した上で、事実認定における推論過程の問題に若干の検討を加えることを目的とする。

Ⅱ 「類似事実証拠の許容性の理論」について

類似事実の立証とは、「(同種)前科→悪性格→本件犯行」という二段階の推論(二重の推論過程)を経て要証事実を立証しようとするものである。例えば、窃盗の場合、以前にありふれた態様の類似行為を行ったからといって、当然に本件犯行も行ったとはいえない。前の窃盗の

事実から今回の窃盗の事実を推認しようとするには、その中間に「悪性格」つまり盗癖を介在させざるを得ない。窃盗の前科から盗癖を推認し、盗癖から窃盗行為を推認するという二重の推認を経る必要がある。つまり類似事実という証拠による認定も、つまるところ悪性格立証の問題に還元されることになる。このように悪性格を類似事実(前科、余罪、非行など)により立証する場合には、類似事実の立証は許されない(類似事実証拠の排除法則)⁹⁾。他方、類似事実が不当な偏見を凌駕する推認力を有するため、悪性格を介在させることなく類似事実証拠から直接に要証事実を推認できるときは、許容してもよいことになる¹⁰⁾。微妙な場合として、間接事実を推認するときに挙げられる。ほとんどの場合、被告人の犯人性は必ず類似事実証拠の一部として含まれているから¹¹⁾、後述するように間接事実の認定であっても被告人の犯人性の立証の点から不当な偏見を排除する要請が働く場合もあろう。

上記の例では、前の窃盗の事実其自然的関連性がないとはいえないかもしれないが、このような証拠は裁判官に不当な偏見を抱かせ、事実認定を誤らせる危険がある¹²⁾。すなわち、このような証拠は、本件窃盗の犯行と関連がない(irrelevant)から排除されるというよりもむしろ、証拠としての価値(probative value)が低

5) 田宮裕『刑事訴訟法[新版]』326頁(有斐閣、1996年)。

6) 前科や常習性が構成要件の一部となっている場合を別とすると、類似事実に関する証拠が有罪認定の重要な要因となることは極めて少ないといわれている。大谷直人「証拠の関連性」刑事訴訟法の争点[新版]193頁(1991年)。他方、類似事実による立証の可否が問題となるのは、多くの場合、重大事件でかつ検察側の証拠が弱い場合である。決め手となる証拠があるのであれば、ハードルの高い立証方法を持ち出して争点を増やす必要はないからである。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』375頁(立花書房、2011年)。

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

8) 類似事実証拠の許容性の問題については、例えば、グランヴィル・ウィリアムズ(庭山英雄訳)『イギリス刑事裁判の研究』189-190頁(学陽書房、1981年)参照。

9) この類似事実証拠の排除法則は、性格証拠の排除法則の一類型といえよう。性格証拠について、例えば、J・H・ウィグモア(平野龍一=森岡茂訳)『証拠法入門』42-43、68-70頁(東京大学出版会、1964年)、ウィリアムズ・前掲注8)174-176頁、松岡正章「被告人の悪性格の立証についての一考察」立命館法学50号23頁(1963年)、光藤景咬『口述刑事訴訟法中[補訂版]』147-148頁(成文堂、2005年)参照。

10) 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』202頁(有斐閣、2011年)参照。

11) 楠本英隆「イギリスにおける類似事実証拠」早稲田法学38巻3・4冊43頁(1962年)。

12) 石井一正『刑事事実認定入門[第2版]』44頁(判例タイムズ社、2010年)参照。

く、不当な偏見の危険性は高いという理由によって証拠から排除されることになろう¹³⁾。本来十分な推認力がないのに被告人を犯人だと推認させる危険が類似事実による立証を許さないとする原則の中核的な根拠である。他方、このような危険を凌駕する場合が類似事実証拠の排除法則の例外ということになる。

そこで問題となるのは、類似事実証拠の排除法則の例外がどのような場合に認められるかである。例外とされるのは、要証事実との関係で証拠としての価値が高く、推論過程に合理性がある場合と考えられる。要証事実との関係で強い推認力が認められるのであれば、悪性格立証とはいえないからである。それらは要証事実との関係で典型的に推認する力が強い場合ということができようが、次のように整理することができる。第1に、前科や常習性が構成要件の一部となっている場合、第2に、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、第3に、故意、目的、動機、知情等、犯罪の主観的要素を証明する場合、第4に、特殊な手口による同種前科の存在により、犯人と被告人との同一性を証明する場合である¹⁴⁾。第1の場合は、立証にとってこれを用いることが当然の前提とされている場合であり、第2の場合は、公訴事実と密接不可分となっているため、関連性が強く認められる場合である¹⁵⁾。ここで問題が多いのは、第3と第4の場合である。

第3の場合は、例えば、動機について立証する目的で証拠能力を認めたときは、動機立証と

いう目的に着目すればそれは間接事実を立証する場合に当たるということになる。しかし、動機の立証を通して、そこから被告人の犯人性を推認するために用いるのだとすれば、結局、悪性格立証と同じ思考方法によって、被告人の犯人性を肯定する証拠として用いられているのではないかという疑問が生じ得る場合もあるのではないだろうか。このように考えてくると、間接事実を推認するときであっても、それが被告人の犯人性を証明するために用いられ得る場合には、事実認定を誤らせる危険がないかという観点からの検討が必要であろう。

第4の場合については、犯罪の手口などの態様に際だった特徴があるときであれば、類似事実による立証が認められる場合があり得るという立場が学説上強い¹⁶⁾。手口の特殊性の判断が緩やかとなれば、その証拠に直接的に要証事実（被告人の犯人性）を証明する力があるかは怪しくなり、事実認定を誤らせる危険を凌駕しているとはいえなくなるからである。したがって、その判断基準が厳格であるほど、有罪方向での事実認定の誤りの危険は減少することになるように見える。他方、厳格すぎる基準を一律に適用する場合、事実認定に資するはずの証拠をも排除してしまうことにはならないだろうか。以下に見ていくように、これまでの裁判例からは、手口に一定の類似性が認められる場合に、それのみで被告人の犯人性を推認することは危険であるが、事案の性質、証拠としての必要性、許容することの合理性、他の証拠との関係を踏ま

13) See Richard O. Lempert et al, A Modern Approach to Evidence 277 (4th ed. 2010) .

14) 秋吉淳一郎「判批」刑事訴訟法判例百選[第8版]135頁（2005年）参照。

15) この第2の場合の例として挙げられる裁判例として、同一列車内で連続的に発生した2件の集団すり事件について、現行犯逮捕された第2の窃盗未遂の事実が証明された場合には、それを第1の窃盗の事実の存在を推認するための情況証拠とすることができるとした、静岡地判昭40・4・22下刑集7巻4号623頁がある。秋吉・前掲注14) 135頁。2件の犯行は時間的場所的に接着し、犯行の方法・態様も同類であったことから、密接関連性を認めたものである。なお、本件は、犯行の方法・態様も同類であったという点に着目すれば、第4の場合としての側面も持つ。石井・前掲注7) 282頁。もっとも、本件で、犯行の手口に際だった特徴があるといえるかは判文からは不明である。なお、本件につき類似事実の立証を許し、有罪認定をしたことに疑問を示すものとして、佐伯千仞「悪性格と類似事実」佐伯千仞編『続・生きている刑事訴訟法』319頁（日本評論社、1970年）参照。

16) 松尾浩也『刑事訴訟法下[新版補正第2版]』116頁（弘文堂、1999年）、田宮・前掲注5) 327頁、田口守一『刑事訴訟法[第6版]』369頁（弘文堂、2012年）。石井・前掲注7) 282頁は、類似事実による立証が認められる場合として「手口などが高い程度の類似性をもつ」場合を挙げている。

えて証拠として許容することが相当といえるかを考慮した上で、類似事実の立証が許される余地もあることが示唆されるように思われる。

Ⅲ これまでの裁判例の分析

前科を公訴事実の立証のために用いてはならないとの判断を示したものとして、古くは大審院大正7年5月24日判決（刑録24輯15巻647頁）がある。強盗、傷害、窃盗等の前科に関する被告人の公判供述や前科調書を採用し、傷害罪を認定するための証拠として援用した原判決を破棄したものである。前科を公訴事実の立証のために用いることは許されないというのが原則であるが、これに対しては例外も認められてきたところ¹⁷⁾、昭和41年最高裁決定が現れることになる。

①最決昭41・11・22刑集20巻9号1035頁

詐欺被告事件¹⁸⁾において、犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる場合には、詐欺における故意のような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することは許されるとした。

このように本件で、同種前科の立証が許されたことについては、故意か偶然の事故かが問題となる場合に、類似事実を立証することにより後者が否定されるとする、「偶然の理論（Doctrine of Chances）¹⁹⁾」によるものだとの説明がなされている。この理解によれば、同様の行為が複数回生じたことを立証することによって、その行為が故意によるものであることを立証することが許されるということになる²⁰⁾。これに対して、被告人側からの主張から見て本件は、同種前科があることにより、同種行為が処罰の対象になることは前回の裁判結果により分かっていたはずであるから、今回の行為についても違法な行為であるとの意識を持っていたであろうと推認することが許されたケースであると理解する見解がある²¹⁾。

本件では詐欺の故意の有無が争点となっているが、被告人が過去に同様の行為を行って有罪判決を受けているという事実を立証することによって、本件金員を交付させようとしたときの被告人の心理状態としては善意の行為として社会福祉のために寄付金を集めたものではなく、

17) 大判昭15・3・19判決全集7輯12号26頁などがある。これは、被告人が故意を否認している結婚詐欺事件で、同種前科に関する被告人の公判廷での供述を有罪認定の証拠とすることを是認したものである。

18) 事実の概要は以下のとおり。生活費に窮した被告人が、社会福祉のために募金しているように装って寄付金を集めて生活費に充てようとして、半年余りの間に、およそ200回にわたり、銀行等の金融機関において、行員らに対して、「身寄りのない老人に対する福祉促進趣意書」と題する書面を提示した上、「恵まれない人の援護をしておりますので寄附をお願い致します」などと嘘を言って相手方を騙し、真実福祉事業に使用されるものと誤信させて、合計20万円余りを交付させたという事案である。第一審はこの事実を認定して被告人を有罪としたが、故意を認定するための証拠として、同種詐欺事件の確定判決を採用した。第二審で、弁護人は、被告人は社会福祉のためにする宗教活動に要する費用に充てる布施として本件金員を受け取ったものであるから、詐欺の故意はないなどと主張したが、第二審は、被告人は「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った」とし、被告人が犯行当時生活に困窮しており詐欺の動機があること、実在しない団体の名称を用いて、寄付金として金員を受け取りながら、これをすべて自己の生活費等に費消していることなどの事情を認定して、弁護人の主張は採用できないとした。これに対して弁護人は、上告趣意において、上記同種詐欺事件の確定判決を有罪認定の証拠とすることは許されない旨主張した。

19) この理論については、楠本英隆「アメリカにおける類似事実証拠法則の一断面」『齊藤金作先生還暦祝賀論文集』8-10頁（成文堂、1963年）、高田卓爾「同種事実の証拠（1）」『大阪市立大学法学雑誌』10巻1号5頁（1963年）参照。

20) 秋吉・前掲注14）135頁。綿引紳郎「判解」最高裁判例解説刑事篇昭和41年度214頁も、「偶然の理論」により説明するものと解せられる。なお、小松正富「同種前科による認定」熊谷弘ほか編『証拠法大系Ⅰ』168頁（日本評論社、1970年）も参照。

21) 永井紀昭「判批」刑事訴訟法判例百選[第3版]145頁（1976年）、大谷直人「証拠の関連性」刑事訴訟法の争点[新版]193頁（1991年）、辻裕教「判批」刑事訴訟法判例百選[第9版]141頁（2011年）、酒巻匡「証拠能力・総説」法学教室384号70頁（2012年）。

金員を騙し取ろうとしていた（故意があった）と推認することは合理的だと説明しようとするのが前者による理解である。これに対して後者は前科の存在を被告人の違法性の意識を推認するために用いたと理解するものであるが、同じく被告人側の主張に則して説明しようとする見解として、詐欺罪の故意のうち他人の占有する財物を騙し取る認識に着目し、同種前科の存在を立証することによって、同様の行為によって、被害者が誤信し、金員を騙し取れるということは分かっていたはずだという推認を許したと説明できるとする見解がある²²⁾。この説明の方が、事実認定の心証形成過程に則したものといえるようにも思われる²³⁾。すなわち、被告人側が善意の行為として寄付金を集めたと主張したことによって、他人の金員を騙し取る意思があったかどうかが争点となり、本件行為によって、金員を騙し取れるということの認識はあったかがまず問われることになるからである。

しかし、騙し取れるとの認識という間接事実の立証という形式をとっているものの、そこから騙し取る意思を推認するのであれば、結局前科の存在から故意を推認するのと変わりはないことになるのではなかろうか。詐欺罪の故意は、他人の占有する財物を騙し取る認識と不法領得の意思とからなることから、騙し取る認識と騙し取る意思とを分けて考えることはできるものの、認識と意思とに実質的な違いはないといってよいであろう。他人に金員を交付するように働きかけているにもかかわらず、騙し取る認識はあったが騙し取る意思はなかったという場合は考え難いからである。

本件では、犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる場合には、と限定する判示部分から分かるように、故意という主観的要素のみが問題となっているに過ぎない、言い換えれば、被告人の犯人性の証明は他の証拠によってなさ

れているから、二段階の推論は問題とならない。このように犯罪の客観的要素は、同種前科以外の他の証拠によって認定すべきことを前提として²⁴⁾、本件は類似事実による立証が例外的に許される場合だと理解するのであれば、同様の事実が繰り返されたという客観的事実から故意の推認が許されると理解する方が、例外該当性の判断枠組みとして明快であるように思われる。

すなわち、同種手口での寄付金詐欺による前科が存在するという事実を立証する意味は、同様の行為が複数回繰り返されたこと自体にある。「偶然の理論」は、もともとは故意か偶然の事故かが問題となる場合に論じられてきたものであるが、それは結局のところ、同様の事実が繰り返し発生しているところに着目して、そこに行為者の意図の存在を推認するものと解せられる（過去の行為に故意が認められたのであれば、その後の同様の行為についても故意が認められるということになる）。さらに、本件において騙すつもりはなかったとの弁解が認められるかという点から見ても、同様の行為が複数回繰り返されたことに着目して、被告人の過去の同様の行為が詐欺罪を構成したことの立証を通して、本件でも同様の行為が繰り返されたのであるから、最初から騙すつもりだったという推認を許したと理解することも不可能ではなかろう（詐欺罪の主観的要素に則して説明すると、被告人が過去に詐欺罪を構成したのと同様の行為を用いていたという事実から、今回も他人の金員を騙し取ろうとしていたはずだということになる）。

もっとも、「偶然の理論」によれば、前科から直接故意を推認することになるので、悪性格立証と変わらないのではないかと疑問が出てくる。この点は、騙し取る認識ということが立証の目的だと考えれば、直接的に故意を推認することにはならないといえる。しかし、上述し

22) 佐藤隆之「判批」平成18年度重要判例解説195頁、古江・前掲注10) 204頁参照。

23) 「偶然の理論」によって本件を説明することに疑問を示すものとして、鈴木享子「判批」刑事訴訟法判例百選[第5版]141頁（1986年）参照。

24) 福井厚『刑事訴訟法講義[第5版]』349頁（法律文化社、2012年）参照。

たように騙し取る認識と騙し取る意思とは密接不可分の関係にあるとすれば、騙し取る認識の推認を許したとの見解に拠ったとしても悪性格立証だとの批判を回避することは難しいということになるのではなかろうか。結局のところ、他人の占有する財物を騙し取る意思を推認することには変わりはなく、最高裁は本件事案の下において故意の推認を許したと解するのが自然であろう。

なお、本件が、犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる場合には、と判示したのは、同種前科を証拠として用いると弊害があるからこれを制限しようとの趣旨であろう²⁵⁾。本決定は故意について類似事実による立証が許されるとしたものであるが²⁶⁾、故意以外の主観的要素、例えば「動機」を立証する場合にも、犯罪の客観的要素が同種前科以外の他の証拠によって認定されていることが類似事実立証が許される前提条件となるのかは残された問題ということになる。以下に見るように、同種前科（余罪）を証拠として用いることが許されるかが争点となっている事例においては、同種前科を証拠として用いると弊害があるため、他の証拠の存在を考慮しようという姿勢を看取することはできるが、他の証拠によって被告人の犯人性が立証されている場合にも同種前科を用いることが許されるというのは自明の理ではないように思われる。

②水戸地下妻支判平4・2・27判時1413号35頁

強姦致傷等の事案において、被告人の前々刑および前刑の犯行の手口は、「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、被害者を所携の針金で後ろ手にして緊縛している」というものであり、それら前科における強姦の手口と本件犯行の手口が「酷似している」として、本件犯行も被告人によるものであることを推認する一事情としている。なお、前々刑は昭和55年11月、前刑は昭和60年12月に判決が下されている。本件では、約11年前と6年前の前科が用いられており、前刑と本件との間に約5年の服役期間をはさんでいる。

ここでは犯行態様が酷似していたことが証明の対象となっているが、犯行の手口について見ると特徴的であるとは言えるかも知れないが、特殊とまではいえないように思われる²⁷⁾。もっとも、本件判決書には、犯人は被告人に間違いないとする被害者の目撃証言が信用できること、犯行現場等に遺留されていた精液の血液型とDNA型が被告人のものと一致したことなども挙げられていることから、犯行の手口の同一性が有罪認定の決め手となったわけではないことが窺われる²⁸⁾。ここでは、犯行態様が酷似することが、他の証拠との関係で被告人の犯人性を証明するための間接事実として用いられているといえよう。

このように本件は、前科の手口と本件犯行の手口が「酷似している」ことを理由に、被告人の犯人性を推認する一事情とすることを認めたものである。犯行の手口が「酷似」するというのは、ある程度高い「類似」性を意味するものであろう。本件は、前科と本件犯行手口に一定程度の「類似」性が認められるときに、手口が類似していること自体に着目し、被告人の犯人性を推認するための間接事実として用いること

25) 田宮裕『演習刑事訴訟法』177頁（有斐閣、1983年）参照。

26) なお、本決定の射程範囲を考える上で考慮すべき点として、本件事案が寄付金名下の詐欺という特殊な手口による犯行であり、被告人が同種手口による前科を有していたといういわば特別の事情があったことを指摘するものとして、河村博「判批」河上和雄ほか編『警察実務判例解説（取調べ・証拠篇）[別冊判例タイムズ12号]』64頁（1992年）参照。

27) 上口裕『刑事訴訟法[第3版]』391頁（成文堂、2012年）は、「特殊な手口」を用いた犯行だとする。

28) 伊藤・前掲注6) 371頁注13)。松尾浩也＝岩瀬徹編『実例刑事訴訟法Ⅲ』131-132頁[園原敏彦]（青林書院、2012年）も参照。

が許されることを示唆している。なお、11年前の前科であっても関連性が認められていることも指摘しておく。

③東京地判平6・3・31判時1502号48頁（ロス疑惑銃撃事件）

ロス疑惑銃撃事件において、第一審は、「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に提案した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の足も撃つ。）と類似していること」を理由に、余罪を被告人の犯人性を推認するための一事情とすることを認めた²⁹⁾。

ここでは同種余罪が公訴事実認定の資料として用いられているが、有罪が確定している前科による立証の場合とは異なり、当該余罪の認定には慎重な検討が必要となろうし、その存在自体が争われる場合には、争点が混乱する危険があるため、立証方法に絞りをかける必要も生じてこよう³⁰⁾。また、本件では手口が「類似していること」を理由に証拠能力を肯定しているが、上記②の事例と同様に、余罪の手口と類似性が認められることを立証し、そこから被告人の犯人性を推認することは許されるという趣旨であろう。

④最決昭57・5・25判時1046号15頁（千葉大チフス菌事件）

類似事実による立証の問題ではないが、動機の立証として、被告人の悪性格が用いられ、これが直接的な推認ではないにせよ被告人の犯人性を推認するために用いられたのではないか、

という点が問題となった事例がある。

千葉大チフス菌事件³¹⁾において、最高裁は、次のような判示をした。すなわち、第一審（千葉地判昭48・4・20判時711号17頁）は、「本件について納得すべき動機のないことを無罪の大きな理由とし」たのに対して、第二審（東京高判昭51・4・30判時851号21頁）は、「被告人が異常性格者であったことを本件犯行の重要な原因として挙げ、これといった格別の動機のないことこそ本件犯行の特徴であるとしている」点について、第一審が「無罪とした第一の理由として、動機が全く不明であることを挙げている点は、通常的人格者を判断の基礎にすえ、本件のような重大な犯罪を犯すについては必ずやそれ相応の動機がなければならないとの前提のもとに、かかる動機の立証のないことなどから直ちに被告人の犯行自体を否定したもので、とうてい支持することができない」と批判しつつ、第二審は「犯行の原因が存在することを推測させる事実として被告人が異常性格者であることを挙げたに過ぎないから、これから犯罪事実を推認したという[途中略]非難はあたらない」としたのである。

まず、動機が不明であることが必ずしも有罪認定の障害にはならないといえるであろう。そして、本件を、被告人の犯人性が立証された上で、動機の説明として悪性格を証拠としたものと理解できれば、犯人性の立証への影響はないとも言い得る。しかし、被告人が異常性格者であることが、本件では動機が不明であってもよいという消極的意味しか持たず、被告人の犯人性の認定にまったく影響していないと見ることは困難ではなからうか³²⁾。本件では、被告人が異常性格者であるという事実を立証することに

29) ただし、本件第二審（東京高判平10・7・1高刑集51巻2号129頁）は無罪とし、上告審もこれを支持して無罪が確定している。

30) 岡田雄一「同種前科による事実認定」刑事訴訟法判例百選[第7版]137頁（1998年）。なお、余罪証拠による立証に関して、アメリカでの議論を分析したものとして、安富潔「余罪証拠と悪性格の立証—アメリカ合衆国連邦証拠規則第404条（b）項をめぐる—」刑法雑誌27巻3号18頁（1986年）参照。

31) 医師である被告人が研究室の同僚、診療を担当した患者等を故意にチフス等に感染させたという傷害罪の事案。

32) 本件では動機の有無が被告人の犯人性認定にとって最大の争点であるとするものとして、正木祐史「前科・類似事実立証」季刊刑事弁護70号39頁（2012年）参照。また、第二審判決の「異常性格論」を悪性格立証の観点から批判

よって、本件は動機のない犯行であるという点に着目し、異常性格者という事実から被告人の犯人性を推認するという関係にあるようにも思われる³³⁾。動機のない犯行という点に、本件の特徴である犯行動機の特特殊性があり、この点に被告人の犯人性を推認し得るだけの価値を見出すことが可能となった事例といえよう。被告人が異常性格者であることは、他の証拠と相まって被告人の犯人性を推認するための間接事実として用いられていると見ることができる。

⑤大阪高判平17・6・28判タ1192号186頁（和歌山毒カレー事件）

いわゆる「カレー毒物混入事件及び保険金詐欺事件」（和歌山毒カレー事件）において、第一審（和歌山地決平13・10・10判タ1122号132頁）が、検察官による起訴されていない類似事実の立証を許した点が争点となったところ、大阪高裁は、次のような判示をした。すなわち、「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」と一般論を述べた。

本件については、本件類似事実のうち、本件公訴事実と包括一罪の関係にあるものや、密接に関連する事実については、検察官の立証は当然に許されるとした。そして、その他の本件類似事実は、独立して犯罪事実となり得るから、その立証の要否について慎重な配慮を要するとしながら、立証の必要性・合理性を検討してい

る。立証の合理性に関して、第1に、「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にかかわらず、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ものといえることができる」。第2に、「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」。第3に、「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、規範意識が鈍磨していたことや、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、殊に、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といえることができる」。以上のことから、「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」。他方、立証の必要性に関しては、「本件は、飲食物の中に砒素を混入させるという匿名性の高い態様による犯罪行為について、被告人の犯人性や殺意の存在が争われている事案であり、しかも、直接的な証拠がなく、情況証拠の積み重ねによるほかにその犯人性等を立証する方法がない事案でもあるから、類似事実による立証の必要性も高い」とした。

第1の砒素中毒発生の事実については、それ自体が、被告人と砒素との結びつき、その殺傷力に対する知情性を推認させると述べている点は、被告人と砒素とを結びつける間接事実として用いられているといえることができる。第2の手段・方法の類似性は、被告人の犯人性を推認するものとなっている。犯行の手段として亜砒酸が用

的に検討するものとして、庭山英雄「千葉大チフス菌事件と悪性格証拠」井上正治博士還暦祝賀『刑事法学の諸相(上)』131頁（有斐閣、1981年）参照。

33) なお、動機の証明に窮して被告人の「異常性格」を援用するのは不当であると指摘するものとして、白取祐司『刑事訴訟法[第7版]』360頁（日本評論社、2012年）参照。

いられているが、一般的に入手が容易でない毒物が用いられていることに着目して手段に類似性が認められるとしたものであろう³⁴⁾。第3の繰り返された事実からは、被告人の規範意識の鈍磨、人を殺傷することに対する罪障感、抵抗感の希薄性が推認されるとしている。この被告人の規範意識の鈍磨等という間接事実を、明確な動機が見当たらないという本件の特殊性を踏まえて、被告人の犯人性を推認する一事情とすることが許されるという趣旨であらう^{35) 36)}。

また、大阪高裁は、類似事実による立証について、立証の必要性・合理性が認められることに加え、「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」と判示している³⁷⁾。そこには、事案の重大性、争点の形成過程への弁護人の適切な関与が認められるか、被告人に不意打ちとならないように立証事項が設定されているかといった点が含まれる。結局のところ、類似事実による立証が許されるかどうかは次のような判断要素によって決せられることになる

う。すなわち、他にはどのような証拠が在り、どの点についての立証が必要とされるのか、その点を立証するために類似事実を許容することによって被告人にいかなる不利益・利益（場合によっては被告人にとって不利益な争点が解消されるということもあろう）があるかということが考慮されなければならないということになるものと思われる。このように類似事実による立証が許されるかどうかの判断は、立証に必要な事項の決定が前提としてあり、それは他の証拠との関係によっても決せられることを示唆している。

⑥広島地福山支判平18・8・2判タ1235号345頁

強姦事件³⁸⁾で、「本件において犯人は刃物様様のものを被害者に示すなどして、抵抗した場合刃物での傷害ないし殺害を示唆していること、被害者の顔に布を被せた後被害者を姦淫していることなどの態様」が認められるが、このような犯行の態様は、被告人がなしたことに争いのないその後の「強姦、強姦致傷時の犯行態様とその特徴的な点において類似している」とし、

34) 佐藤・前掲注22) 196頁は、「手段が高度に類似して」いる、とする。なお、そもそも起訴されていない類似事実を情況証拠として用いることに疑問があるとするものとして、白取祐司「[和歌山毒入りカレー事件第一審判決]事実認定上の論点についての考察」法律時報75巻3号73頁（2003年）参照。豊崎七絵「和歌山毒物カレー事件」法学セミナー582号12頁（2003年）も同様の疑問を提起する。この点について、長沼範良＝園原敏彦「対話で学ぶ刑事法判例 類似事実の立証」法学教室338号85頁[園原発言]（2008年）参照。

35) この点について、被告人の悪性格立証を許したようにも見えるが、繰り返された事実から被告人の規範意識の鈍磨、人を殺傷することに対する罪障感、抵抗感の希薄化を推認することは、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、このような推認は合理性を持つと指摘するものとして、佐藤・前掲注22) 196頁参照。

36) なお、本件上告審判決である最判平21・4・21判タ1297号127頁は、犯行動機が解明されていないことは、カレー毒物混入事件における被告人の犯人性の認定を左右するものではないと述べている。この判示事項は、動機の解明は被告人の犯人性を認定する上で必須の要素ではないから当然のものを確認したものといえる。なお、この判示事項から、最高裁としては、昭和41年最高裁決定のような事案以外の類似事実による立証を認めていないというべきであり、動機を犯人性を推認する証拠として利用することは許されないとの指摘として、正木祐史「判批」法学セミナー681号134頁（2011年）参照。

37) この点について大阪高裁は、本件は「4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」と述べている。

38) 本件は、約9ヶ月間の間に、(1) 強姦等の目的で夜間女性宅に侵入し、被害女性を強姦し、(2) 2回にわたり、窃盗および強姦の目的で夜間女性宅に侵入し、現金を窃取した上で、被害女性をそれぞれ強姦し、うち1名の被害女性に傷害を負わせ、(3) 早朝に他人の住居に侵入したというもので、これらのうち、(2) (3) の犯行については、被告人は自己の犯行である旨認めていたが、(1) の事件については、被告人は捜査段階から公判終了まで一貫して黙秘を続けたという事案である。ここでは、(1) と (2) の犯行態様の類似性が問題となっている。

結論として、「DNA型鑑定の結果から被告人と犯人の同一性が極めて強く推認されることに加え、犯行態様の類似性や血液型鑑定の結果、被害者供述から認められる犯人と被告人の特徴が矛盾しないこと」を理由として、被告人の犯人性を認定した。

本件では、犯行態様が特徴的な点において類似していることから、関連性を肯定している。ここでは、手段・方法は特殊なものとはいえないが、他の証拠の存在を前提に、犯行態様の類似性を被告人の犯人性認定の一事情とすることを認めたものといえる。

⑦東京高判平21・12・21高等裁判所刑事裁判速報集（平21）号158頁

器物損壊事件について、時間的に接着して犯した非現住建造物等放火、現住建造物等放火の事実が、犯行時刻が午前零時を挟んだ深夜の時間帯であること、「犯行の手口は、いずれも深夜に人気のないビル内に立ち入り、付近にある物に点火して放火するというものであること、被告人には、平成2年に路上に駐車中の自動車内において、運転席シート上に乗せてあったタオルにライターで点火して放火するという本件放火と同種の器物損壊の罪に係る前科があること」を被告人の犯人性を認定するための事情として挙げている。

本件では、被告人の犯人性の立証において、放火現場のビルに設置された防犯ビデオに撮影された放火犯人の画像と被告人を撮影した画像とを比較し、同一性が極めて高いとした個人識別の専門家の判断が信用できることが犯人性を肯定するための前提となっている。被告人の犯人性を認定するための重要な要素とはなっていないが、犯行現場付近の物に点火して放火するという手口について見る限り、手口に類似性は認められるものの、特殊なものと言いはれない。また、平成2年の前科というかなり古い前科が用いられていることが注目される。

Ⅳ 最高裁平成24年9月7日判決（判時2164号45頁）

1 事実の概要

住居侵入窃盗・現住建造物等放火の事案において、被告人は、住居侵入窃盗は認めたが、本件放火については犯人性を争った。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1つとして、本件放火と被告人の前科である前刑放火（11件）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旨主張し、その立証のため、前記前科の判決書謄本等の証拠調べを請求した。

第一審（第一審は裁判員裁判であり、前科に関する証拠の許容性についても、公判前整理手続において問題とされた。）は、本件放火および前刑放火は、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に、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、前記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た。そして、第一審では、その他の証拠の取調べが行われ、被告人が本件放火の犯人である可能性はかなり高いと考えられるものの、被告人を本件犯行の犯人と認定するにはなお合理的な疑問が残るとの判断が示された。

これに対して、検察官が控訴した。第二審（東京高判平23・3・29判タ1354号250頁）は、まずは次のような事実が認められるとした。

「前刑放火の大半（10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なっているとすることができる。

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、そのうっぶ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、本件放火と接合した時間帯に、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、同窃盗の被害品は500円硬貨2枚とカップ麺1個にとどまっており、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なっているとすることができる。

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出来るから、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」。

これに対して、弁護人は、「[1] 過去のある場面で放火の動機を抱いて実行したことがあれば、同種の場面では放火の動機を抱いたと合理的に推認できるというのは、心的悪性をストレートに犯人との同一性を推認する事情として考慮するものであるから、偏見に基づく判断を招きかねず、不当である、[2] 居室内からの放火が手段方法として特殊なものであるとはいえず、また、居室内で最も発見できる可能性が高いのは灯油であるから、灯油を用いる放火に特

殊性が認められることもない」などと主張したところ、第二審は次のように説示した。すなわち、「[1] についてみると、本件放火と前刑放火の間の類似性を検討するに当たって、犯行の手段方法のほか、犯行に至る契機を考慮するのは、実際に行われた行為の原因となった事実を被告人と犯人との同一性を推認させる根拠として認めるものである。すなわち、いずれの犯行においても、窃盗の成果に対する不満のうっぶん晴らしが他人の住宅への放火を行う契機になっているということに着目して、そのような具体的な事実関係が被告人と犯人との同一性を推認させる間接事実になり得ることを認めるのであって、弁護人のいうように心的悪性を同一性推認の間接事実として認めるというものではない。

次に、[2] についてみると、住宅への放火という類型のうち、侵入した居室内で放火を行うことはある程度限定される上、その居室内で灯油を撒布して放火を行うことはより一層限定されるから、その意味で、侵入した居室内で灯油を撒布して放火を行うという犯行の手段方法が特殊でないとはいえない。しかも、前刑放火では、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るのであるから、それらが犯行の手段方法における本件放火との類似性をより特徴的なものになっていることは、前述したとおりである」。

そして結論として、被告人が、本件放火の犯人ではないと争っている一方で、本件放火と接合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無いという中で、「前記前科関係の証拠のうち、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がゆえに、関連性が肯定されるものについて、その取調べ請求を却下し、又は、関連性のある部分が特定できるような審理をしなかった原裁判所の措置の違法は、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反に当たる」として、原判決を破棄し、差し戻した。

これに対して被告人が上告した。最高裁は、

職権で以下のように判示しつつ、刑訴法411条1号により原判決を破棄し、原裁判所に差し戻した。

2 判旨

最高裁は、前科証拠が「自然的関連性」を有することを認めた上で、その反面「事実認定を誤らせるおそれ」などがあることを指摘し、「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、実質的根拠の乏しい人格的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べきである。本件のように、前科証拠を被告人と犯人と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というものである」とする。

そして、このような観点から証拠能力が認められるかについて以下のように述べる。すなわち、「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、侵入した家屋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」。

また、第二審が「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、前刑放火における犯罪傾向が固着化している」と判示していることについて、ここにいう「固着化」の意味するものは明らかでないが、「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」とし、そこから犯人性を推認できると第二審は考えているようであるとしつつ、「前刑放火は、間に服役期間を含み、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。上申の内容については、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見られるものが多数あるにもかかわらず、これら窃盗と接着した時間、場所で放火があったという事実のほうがわれず、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」から、被告人がそ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ない。

結論として、「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することに等しく、このような立証は許されない」とした。

3 検討

(1) 最高裁は、自然的関連性という概念を明示的に承認した上で、事実認定を誤る危険を考慮して自然的関連性が認められても証拠能力が否定される場合があると述べている点で、法律的関連性という概念も実質的に承認したといえる。そして法律的関連性については、「実質的根拠の乏しい人格的評価によって誤った事実認定に至るおそれ」を証拠能力否定の根拠とする悪性格立証の問題として捉えている。

次に、類似事実による立証が許されるかどうかの基準について、「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から、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなもの」であることと説示している。最高裁はこのように具体的に許容性の基準を述べており、今後の実務の明確な指針を提供するものといえよう³⁹⁾。このように最高裁は、特殊な手口の意味について、「顕著な特徴」を有することが必要だとし、本件については、「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」、放火の「態様もさほど特殊なものとはいえない」と判示している。他方、第二審が示唆した「放火における行動傾向が固着化している」から、被告人の犯人性を立証することが許されるとの点については、前科が17年前の犯行であること、本件放火の前後にも窃盗を多数行い、その多くは十分な金品を得ていないが、放火の事実は窺われないことを理由に、このような犯罪傾向を有していると認めることはできないとした。

(2) 犯行の手口・方法が類似することから類似事実による立証が許されるための前提として最高裁が示した基準は、犯行態様が「顕著な特徴」を有するということである。その意味内容を、他の者の犯行の可能性をほとんど否定するほどの特徴を有するものといえるかどうかであると理解すれば、本件犯行態様はこの基準を充たすものではないということになろう⁴⁰⁾。このように理解する場合、「顕著な特徴」というのは、それを有する場合は通常考え難くあくまで例外的であるという意味でも基準として明確であるかもしれない。しかし、この理解によれ

ば実際には関連性を認められる場合はほとんどないということになりはしないだろうか。

もっとも、基準となる「顕著な特徴」の内実については、本件上告趣意において、弁護人から、前科の特殊性について、「とても異常で際だったものであるため、署名 (signature) に等しいもの」であることが必要であるとの主張がなされたが、少なくとも本判決はこの考え方を採用していない。そのため、「顕著な特徴」とは、必ずしも特定少数の者しか使えないような極めて特異な技能や技法であるということまでは要求していないと考えることができる⁴¹⁾。最高裁は、前科に係る犯罪事実と起訴に係る犯罪事実の類似から「それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなもの」であることを要求しているが、それ単独で犯人性の証明が可能なほどの証明力を有することを必要とする考え方、すなわちアメリカ法における「署名 (signature) に等しいこと」までを要求したものではないと解せられる⁴²⁾。したがって、その内実についてはもう少し幅のある緩やかな基準と捉える考え方も成り立ち得よう。

(3) さらに、最高裁は「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」と動機の特异性についても判断している。類似事実による立証が許されるためには「前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し」と説示しているところ、「犯罪事実」には動機の点も含まれると解せられる。動機の点も「顕著な特徴」の判断要素ではあるが、これは犯行の手口・方法の判断それ自体とは区別されていると見ることができる。もっとも、動機の点は犯行の契機を意味するから犯行態様の特殊性の判断において密接に関係している。この点に関して第二審は、

39) 田淵浩二「判批」TKC 新・判例解説Watch Web版 刑事訴訟法 No.84 4頁 (2012年) 参照。

40) 豊崎七絵「判批」法学セミナー694号134頁 (2012年) は、「前科に係る犯罪事実について被告人以外に同様の態様等をとる者は想定され難いという意味での『顕著な特徴』を要しよう」とする。なお、酒巻・前掲注21) 70頁は、関連性を認めることができる具体例として、次の2つを挙げる。1つめは、通常人では侵入不可能な高所に特殊な身体能力を用いて到達し侵入するという手口。2つめは、特定の軍事関係者でなければ習得し得ない特殊な殺害方法である。

41) 吉川崇「判批」研修774号28頁 (2012年)。

42) 本件判時2164号47頁匿名解説。

腹立ちの解消を主な動機として、灯油を撒布して火を点け、灯油を入れた容器を現場に投棄している点に着目して関連性を認めた。この判断に対しては肯定的評価⁴³⁾と否定的評価⁴⁴⁾をするものに分かれた。そのような中で最高裁は、放火の動機として腹立ちの解消は「特に際だった特徴」を持つものではなく、放火の「態様もさほど特殊なものとはいえない」と判断した。

しかしながら、窃盗目的で住居に侵入し十分な金品を得られなければ腹立ち紛れに灯油を撒き放火するという者は少なくないとはいえないであろうから、特徴的な動機に基づく犯行態様であるとはいえるであろう。例えば、腹立ち紛れの行為としてケチャップを撒くという行為にも特徴があると言い得るだろうし、放火であればなおさらである。放火の動機として腹立ちを解消するという類型は、「かなり特徴的なもの⁴⁵⁾」ということもできるのではないだろうか⁴⁶⁾。

そうであれば、本件では被告人が窃盗の目的で放火事件の発生した現場にいたことを前提に、金品が少額であるという事実と、被告人には金品が少額であるときに腹立ち紛れという「動機」から灯油を撒き放火するという犯行態様の前科が存在すること自体を立証することにより、本件事実関係の下では腹立ちを解消することが放火の動機となり得ることを立証し、それ自体のみでは被告人の犯人性を肯定するものではないが、少なくとも被告人と本件犯行とを結びつける1つの間接事実として用いることが許されないかは別個の問題として残されるように思われる。最高裁も「動機」立証自体が許されないとの判断はしていないと解される。

このように動機の立証が許されるかという問題は、主観的要素を証明しようとする点で、「詐欺の故意」を証明するために類似事実による立証が例外として許されるとした昭和41年最

43) 本件前科にも犯行方法の類似性は認められるとするものとして、佐藤淳「判批」研修756号30頁（2011年）、廣瀬健二「判批」平成23年度重要判例解説187頁。

44) 門野・前掲注4) 89頁は、「住居に侵入し居室内に灯油を撒布して火を放つという、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。正木・前掲注36) 134頁は、本件では「その手段方法が特殊である」と言いがたく、むしろこの程度で特殊性を肯認することは、法律的関連性の観点からの否定という原則論を著しく形骸化する」と指摘する。この点につき、高平奇恵「判批」法律時報84巻5号180頁（2012年）も参照。

45) 前田雅英「同種前科による証明」警察学論集65巻11号173頁（2012年）。同頁では、特殊性について、「放火の動機などに関する刑事統計などを分析しても、現在の所、明確な結論を導き得ない。ただ、放火事案に携わった警察官に聞いて見ると、めばしいものがなかったので腹いせに火をつける類型はかなり特徴的なもののようである」と述べられている。

46) 少し古い研究（中田修『放火の犯罪心理』（金剛出版、1977年））であるが、放火の動機は多種多様であるところ、連続放火（連続放火は筆者の定義によると、検挙されるまでに、同一の犯人又は犯罪集団が放火又は放火未遂を2件以上反復した場合をいう。同24頁）で件数の多い例を見ると、うっぶん晴らし目的で連続放火する例は比較的多く見られたとのことである（同25頁）。そうであれば放火の動機として、うっぶん晴らしというのはそれほど稀ではないかもしれない。

また、被告人（前科なし）が4ヶ月程の間に飲食店への侵入等を8件に渡って繰り返し、そのうち5件で建造物の放火に及んだという事例（裁判員裁判）で、放火の動機として、満足するほどの金品が得られなかったうっぶんを晴らすため（1件）、その飲食店には再度盗みに入ることができないから、同店は自分には必要がないと考えたため（2件）、侵入した痕跡を消すため（1件）、金品が得られなかったうっぶんを晴らすとともに侵入した痕跡を消すため（1件）、放火の手口として、いずれもその場にあったライターで、おしぼりなどに火をつけた、というものがあ（LEX/DBインターネットTKC法律情報データベース【文献番号】25482355）。この事例からは、同一の犯人による犯行であっても、複数の動機によって放火が繰り返されたことが窺われる。

もちろん確定的なことはいえないが、窃盗目的で他人の住居に侵入し、十分な金品を得られなければうっぶん晴らしのために火を放つという類型は、少なくとも放火の動機がこの点に限定されているのであれば、かなり特徴的なものといえるのではないだろうか。そして同種前科を用いる場合には、放火の動機が限定されていることについて検察官において立証がなされる必要があろう。検察官は、本上告審において、罪証隠滅目的又は怨恨に基づく放火と認められないことを特殊性の判断に当たって検討すべきと主張している（吉川・前掲注41）34頁注14）。

高裁決定①事例]と共通する。しかし、同決定は、犯罪事実の客観的要素は他の証拠によって証明されていた。したがって、「故意」以外の被告人と犯行との結びつきという点については他の証拠によって証明できるから、類似事実は被告人の犯人性を推認するための証拠としては用いられていないと見ることができる。これに対して、千葉大チフス菌事件④事例]では、被告人が異常性格者であるか否かが事実認定において決定的に重要であった⁴⁷⁾。そこでは犯行の原因となる動機を立証することにより、被告人と本件犯行とを結びつける間接事実として用いようとしていたと見ることができる。本件でも、犯行の原因としての動機を立証することにより、それを1つの間接事実として被告人の犯人性を推認するために用いることが許されるかが問われることになる。

動機立証が許されるかを検討する上では、次のような点も考慮する必要がある。本件がそうであるように裁判員裁判の場合を考えれば、最終的にどのような目的で用いられるのかという観点は、事実認定の適正さを確保するために必須のものとなろう。裁判員裁判において、裁判官が、その証拠は動機という間接事実を証明するためのものに過ぎないから、被告人が犯人であることを直接的に証明しようとするものではない、あるいは被告人が犯人であることを証明するという点で不当な偏見を与えることはないと説明して、裁判員の理解・納得を得るのは難しいのではないだろうか⁴⁸⁾。これは弾劾証拠の問題と同様であろう。最高裁は、弾劾証拠の許容範囲については新しい考え方を提示し弾劾証拠の利用を制限した⁴⁹⁾。このような判断が示された背後には、伝聞証拠に関しては、要証事

47) 正木・前掲注32) 39頁。

48) 第二審は、「裁判員裁判対象事件においては、法的経験のない人には類似事実の証拠の重要性を過大評価する傾向があることを踏まえて、関連性ないし取調べの必要性が認められるか否かを厳格に判断すべきである」との弁護人の主張に対し、「証拠の関連性についての判断は、裁判員裁判の対象事件とそうでない事件とで、異なるところはないというべきである。前記のような理由で、前科関係の証拠が、前科の犯人と当該事件の犯人が同一である蓋然性を合理的に推認させると認められる以上、関連性を肯定してその取調べを許容することは、適正な事実認定に資することはあっても、阻害することではなく、それは、裁判員裁判の対象事件であるか否かに左右されるものではないからである」と説示した。裁判員に対する誤導の危険を強調し過ぎるのは妥当ではないであろう。佐藤・前掲注43) 31頁。しかし、予断の影響が裁判官とは異なり得るとすれば、従来より慎重な対応にもなお理由があるといえよう。佐藤隆之「判批」法学教室判例セレクト2011[Ⅱ]42頁。

49) 最判平18・11・7刑集60巻9号561頁。本判決からは、裁判員裁判を踏まえて、なるべく証人によるべきという政策的配慮が窺われる。なお本判決で、最高裁は、供述の存在について原供述者の署名押印を原則として求めるかのような説示をしている。そのため例えば、Aの自己矛盾供述を書き留めたBの日記帳が存在するが、Bが死亡した場合に刑訴法321条1項3号を適用して、Aの供述の存在を立証することが許されるかが問題となり得る。広い意味での証拠の必要性にも関わるので、ここで若干の検討を加えておく。

本判決で最高裁は、「別の機会に矛盾する供述をしたという事実の立証については、刑訴法が定める厳格な証明を要する趣旨である」こと、「刑訴法328条により許容される証拠は、信用性を争う供述をした者のそれと矛盾する内容の供述が、同人の供述書、供述を録取した書面（刑訴法が定める要件を満たすものに限る。）、同人の供述を聞いたとする者の公判期日の供述又はこれらと同視し得る証拠の中に現れている部分に限られるというべきである」ことを判示した。

上記の例ではBの供述書による立証が許されるかが問題となっているが、そこに含まれるAの供述を書き留めた部分がAの供述と「同視し得る証拠」と認められるかどうか問われることになる。「同視し得る」事情については、刑訴法326条の同意がある場合、供述録取手続に立ち会った録取者以外の者の証言や録音状況の録音テープがある場合をいうとされる。このような事情が認められる場合でなければ、Bの供述書を許容する余地はないのであろうか。「刑訴法が定める厳格な証明」をどのように理解するかに係ってくるが、これは供述の存在自体は確かであるといえなければならないことを意味するものであろう。供述の存在自体を危うくする事情があれば、具体的には、そこに伝聞性があれば、反対尋問の機会あるいはそれに代わる供述の存在を肯定するための根拠が求められる。Bの供述書が伝聞例外規定を充足する場合には、Bの供述を実質証拠として用いることもできるのであるから、Bの供述の存在自体を用いることについて伝聞法則上の制約はなくなり、そこに含まれるAの供述を聞いたという事実も立証されると見ることができよう。「同視し得る」事情には、「刑訴法が定める」伝聞例外により証拠能力が肯定さ

実との関係が問題となり、弾劾目的に限って証拠能力を持つということを前提に事実認定を行わなければならないことが、裁判員にとっては困難な作業になるという意味で、裁判員の事実認定過程の問題に配慮した側面があると見ることも可能であろう。これと同様に、動機であれば間接事実として許容され、その限度の意味で用いることができるといった手法は、事実認定過程において現実的に困難な思考方法として問題のあるものということになるのではなかろうか。

さらに、証拠の関連性の判断に際して、実務では立証のために必要かどうかという観点が重視されることが指摘されている⁵⁰⁾。この観点は、立証に必要なのであれば証拠として用いないことを意味する点では、一般的に証拠としての許容性を制限する方向で機能するものといえる。他方本件の場合には、犯人と被告人との同一性を証明するという目的では立証の必要性は高く、立証の必要性という観点は証拠としての許容性を制限するというよりもむしろ許容性を高める方向で機能する。そして本件では、立証の必要性という点では許容されることとなろう。

しかし、被告人の犯人性を肯定できる証拠として、前科の存在が重要な証拠となっているとすれば、本件証拠自体は犯人性を肯定する証拠

としては脆弱なものという他なく、それが必要性の高い証拠であるがゆえにむしろ不当な偏見を抱かせるおそれは無視することができないように思われる。結局、事実認定を誤らせる危険性が高いから証拠としての関連性を否定すべきこととなろう。

(4) ところで、最高裁は、前科が17年前の犯行であることを、最近は窃盗はしても放火はしていないことを重視しているように思われる。それらは被告人が放火についての「習慣」あるいは「犯罪傾向」を有することの立証を否定するための文脈で述べられているものの、前科の古さは、関連性に関わる一般的要素として理解することができるから、手口の類似性の立証や動機立証を否定する方向に働き得る。そこで本件は、前科と本件との期間が開き過ぎているために関連性を認めるべきでないとした事例判断と見ることもできるのではなかろうか⁵¹⁾。そうであれば、前科との期間や服役期間の長さなどの程度であれば関連性が否定されることになるのが問われなければならないが、この点は今後の判例の集積を待たなければならない⁵²⁾。他方最高裁の判示が、前科は用いるべきではないという政策的配慮を厳格に解し、特殊な手口でなければ手口が類似していても証拠能力は一切否定すべきということを意味しているとすれ

れる場合も含まれるということになる。

もっとも、これではAの供述の存在は立証されていないのではないかという批判もあるかもしれない。しかし、証拠能力の要件としてAの署名・押印などが必要だと解すると、Bの供述書が伝聞例外に該当しても、公判における供述に代えて供述書を用いることはできないとの帰結となる。しかし、それでは実質証拠として用いる場合（判例の立場によれば、再伝聞には原供述者の署名・押印に代わる供述をしたことについての肯定確認や他の証拠による立証は要求されていない）よりも許容される範囲が狭くなることになり不合理だということになるのではないだろうか。

50) 「証拠調べの必要性」という概念が用いられている。石井・前掲注7) 281頁参照。

51) 古い前科の場合には、被告人が現在でもそのような犯罪を犯す性向を有するかどうか分からなくなると指摘するものとして、伊藤・前掲注6) 367頁注3)。古い前科については、「表面上、類似性をもつにすぎない」との指摘もある。楠本・前掲注11) 20頁。

52) 第二審でもこの点は問題とされたが、第二審は、「被告人は、原審の公判において、出所後窃盗を繰り返したことについて、長期間服役していたが、意志が弱くて、再度窃盗を重ねてしまった旨供述しており、窃盗の常習性が変化しなかったことを自認している。そうすると、同様に、放火についても行動傾向の変化する可能性が乏しかった余地はあったといえるのであって、前刑放火から本件放火まで長期間が経過していることにより、前刑放火に関する前科関係の証拠の関連性が否定されることにはならない」として、関連性を肯定している。第二審と最高裁とで判断が分かれたのは、17年という期間、間に服役という矯正のための期間を挟んでいることに対する評価の問題である。

ば、類似事実による立証は極めて制限されることになる⁵³⁾。

V 結びに代えて

1 証拠として用いる必要性との関係について

(1) 証拠として用いる必要性や重要性という観点は、必要最小限の証明力の有無という「関連性」とは次元が違う。証拠として用いる必要がなくても、必要最小限の証明力を具備することはあり得るからである⁵⁴⁾。これまでの実務においては、公判で取り調べるべき証拠（事実）の範囲を画する概念としては、「証拠調べの必要性」が機能してきた。自然的関連性という意味での「関連性」という概念は証拠調べを限定する方向には機能しない概念といってよい⁵⁵⁾。

要証事実が訴訟法上意味のある事実かどうか、言い換えると証拠により証明される事実が訴訟の結論に影響する事実であるかどうかという「重要性」という観点は、重要性が高ければ必要性も高まるという関係にあるから、必要性の判断と密接に関連している。証拠としての価値が低く、「重要性（materiality）」も低ければ、証拠から排除されるべきということになる⁵⁶⁾。

証拠として用いる必要がない証拠を排除するというのは、当然のことを言っているように見

える。裁判員裁判では、裁判員が事実認定において争点に関する適切な心証形成ができるように、証拠を真に立証に必要なものに絞り込むべきだと考えれば、「証拠調べの必要性」の概念はより強い役割を求められることになる⁵⁷⁾。

しかしながら、「証拠調べの必要性」は、公判過程において明らかにされるものであったから、公判前整理手続においても、これが機能することは期待し難いし、仮に制限する方向で職権が行使され、証拠調べが厳しく制限されるのであれば、当事者主義にとって本質的な疑問が提起されることになる。当事者主義の観点からは、当事者が請求した証拠はなるべく採用すべきだといえるから、「必要性」の名の下に不当に証拠調べが制約されることがあってはならないからである。さらに、証拠として用いる必要性を審理前の段階で判断するとすると、事件に関して一定の心証を形成しているのではないかとの疑念も出てくる⁵⁸⁾。

また、裁判員裁判では公判審理をしている最中に、これまでの実務のように審理経過を踏まえた証拠採否の判断を行うことは著しく困難であろうし、また相当でもないともいえよう⁵⁹⁾。裁判員裁判でも、公判前整理手続において証拠採否の判断が極めて困難な場合もあるから、

53) なお、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等、他の条件次第では、要求される基準の程度を緩和してよい場合もあることを指摘するものとして、宇藤崇はか『刑事訴訟法』333頁[堀江慎司]（有斐閣、2012年）参照。

54) 裁判実務は、必要最小限の証明力があれば足りるという命題を字義通りに解しているともいわれる。そしてそれ故に、裁判実務では、関連性は証拠を選別する概念としてはほとんど機能していないとされ、むしろ、証拠調べの必要性の考量の方が重要であると説かれる。事実を推認させる力の強弱、最終的に証明されるべき事実との関係、事実認定を誤らせる危険性（誤導のおそれ）の有無、証拠の重複、争点の混乱、訴訟遅延のおそれ、被告人の防御に及ぼす不利益等の様々な事情を考慮し、証拠調べの必要性があるか否かという観点から証拠の採否を決するとされる。笹倉・前掲注2）27頁。

55) 佐々木一夫「証拠の「関連性」あるいは「許容性」について—裁判員制度の下での証拠調べを念頭に—」原田國男判事退官記念論文集『新しい時代の刑事裁判』191頁（判例タイムズ社、2010年）参照。

56) See Lempert et al, *supra* note 13, at 280.

57) 裁判員裁判においては、関連性があっても必要性のない証拠を用いないようにすることがなお求められることにつき、司法研修所編『裁判員制度の下における大型否認事件の審理の在り方』26頁（法曹会、2008年）参照。このような指摘に対しては、「証拠調べの必要性というあいまいな概念を用い、裁判所の視点から証拠調べの範囲を決定していくことは、刑事訴訟が職権主義に帰ることを意味する上、結果的に被告人側の防御活動をより制約することになりかねない」との批判がある。田淵浩二「大型否認事件の審理上の課題—部分判決制度を含む—」法律時報81巻1号53頁（2009年）。

58) 佐々木・前掲注55）203頁参照。

59) 佐々木・前掲注55）186頁。

その判断を留保することがまったく認められない訳ではないが、それが広く認められる運用は予め証拠を整理するという公判前整理手続の目的に反することになるからである。

(2) 他方で、「証拠調べの必要性」概念は、証拠能力を制限する方向ばかりではなく、文字通り証拠調べを行う必要があるか否かが判断の基準であるため、その必要性が認められる場合、証拠を許容する方向に働く。例えば、手口の類似性自体を立証する必要があることを理由に証拠能力が肯定されることも認められよう。そして、裁判員裁判での「証拠調べの必要性」の判断は、将来の公判における事実認定の場面を想定する予測的なものであるから、その証拠が必要かどうか判断としないのであれば、当事者主義の観点からは原則証拠請求を認めるべきなので証拠として採用すべきということになる。しかし、「証拠調べの必要性」の判断は実際には困難であるというのであれば、必要性という観点は判断基準として機能することを期待できない。

さらに、手口の類似性自体を立証しそれを間接事実として用いることは、要証事実との関係で証拠として用いることが合理的といえるかという「合理性」という観点からこれを認められる場合があろう。これまでの裁判例でも間接事実という目的で用いることは認められてきたが、裁判員裁判においては、裁判官は裁判員に対して間接事実であるからそれ自体のみでは必ずしも証明力は強くないことを十分に説明することが求められる⁶⁰⁾。これまでは、この点を前提に証拠能力が認められてきたからである⁶¹⁾。しかし、このような証拠であっても有罪認定にとって不可欠な証拠となり得るから、不当な偏見を抱かせるおそれはないか、ひいては事実認定の正確性が確保されるかという観点から、慎重な判断が求められるべきである。

重な判断が求められるべきである。

(3) また、「証拠調べの必要性」という概念は、立証の状況により影響を受けるものであるため、基準としては不安的な面があるように思われる。他方、審理経過を踏まえた流動的な判断が困難という事情は、「関連性」概念に定型的・類型的な判断基準を指向する。犯行の手段・方法の「特殊性」の判断は、それが類似事実証拠の排除法則の例外として位置づけられていることから厳格になるはずである。犯行の手段に着目して、被告人にしかおよそ不可能な犯行とまではいえなくても、特異な個性が犯行手段に認められるのであれば、過去の特異な手段を用いた被告人の犯行から、手段が共通する本件も被告人の犯行だということを直接推認することができるため、例外的に類似事実の立証が許される。

その反面、犯行の手口が特殊とはいえなくても、立証の必要性が高く、証拠として採用すべき合理的な理由があるときには証拠能力を肯定する余地はないのだろうか。手口に一定の類似性が認められる場合には、そこには例えば被告人には盗癖がある（悪性格）ということを立てるのとは独立した価値があり、間接事実として被告人の犯人性を推認する一事情となり得るのではないか。すなわち、「被告人が同様の手段の犯行をしたことがある」→「このような手段を用いた犯行は被告人による犯行の可能性はある」→「本件も被告人の犯行である」という推認は、必ずしも中間に悪性格を介在することにはならないのではないか。下級審の裁判例は、前科の手口が類似する場合には、前科と手口が類似していること自体を間接事実として用いることが許される場合があることを示唆している。

この場合、実質的に悪性格立証による二段階

60) もっとも、裁判官が裁判員に対して説明することによって事実認定を誤らせる危険をどの程度取り除くことができるのかは1つの問題である。

61) 被告人の犯人性を証明するための証拠としては、類似事実は「よほど特異な手口ででもない限り」それだけではきわめて弱い証明力しか持ち得ないとの指摘として、中村憲「類似事実による立証の許容範囲—合理性の解明と比較法的考察—」警察研究43巻8号6頁（1972年）参照。

の推論とならないかは微妙となる場合もあるが、被告人の犯人性を立証するために、どのような立証が可能であり、どのような証拠が存在するのかという点から、事例ごとの判断に委ねられるということになろう。もっとも、上記のように公判前整理手続と裁判員の証拠価値判断との関係で困難な問題があり、裁判員裁判でこのようなやり方が維持できるかは疑問がある。

なお、特殊な手口といえる場合には、被告人の犯人性を推認する高い証明力が認められるのに対して、手口が特殊とまではいえないがそれが類似する場合には相対的に見て証明力が低くなるという違いがある⁶²⁾。

2 立証事項との関係について

(1) 類似事実による立証が許される理由としては、事実認定の証拠として用いるのが合理的であるからとも説明される。もっとも、合理的とされるのはその判断過程に悪性格を介していないことが前提であるとすれば、被告人の犯人性との関係で二段階の推論となっていないかという観点からの検討が必要であり、これは、他の証拠との関係で決せられるという側面を持つから、事例ごとの判断ということになる。

ここでは、要証事実との関係で証拠とすることが合理的かどうかを検討し、続いて、他の証拠との関係を踏まえて、被告人の犯人性との関係で事実認定を誤らせるものでないかを検討する。したがって、ある事項を立証する目的では合理性があっても、被告人の犯人性を認定するに際して事実認定を誤らせる危険が大きい場合証拠能力を認められない場合があることになる。このように証拠能力の判断に際しては、事実認定のためにどの点についての立証が必要とされるか、被告人の犯人性を立証するどのような証拠があるかによって影響を受けることになる。そうすると、被告人の犯人性についてはそ

の他の証拠によってどの程度まで立証されているかが、類似事実による立証が許されるかどうかのポイントとなるといえることができる。被告人の犯人性が争点となっていて、その他の証拠が十分でない場合、言い換えると類似事実が重要な証拠となる場合には、事実認定を誤らせる危険が高くなるから慎重な判断が求められるという関係にある。

①の事例では、前科の事実は、「故意」を推認する力が強いために証拠として用いる合理性がある上、被告人の犯人性については他の証拠により立証が可能であり、ただ「故意」の部分についてのみ証明が必要とされているという点で、二段階の推論となることはない。合理性が認められるとともに、他の証拠の存在によって二段階推論となる危険がない場合といえる。

他方、②③および⑤⑥⑦の事例では類似事実が間接証拠として用いられているが、間接事実の立証の目的で合理的とされる場合、間接事実の背後にある被告人の犯人性の立証にとっては、事実認定を誤らせる危険を凌駕するとはいえないのではないだろうかとの観点からの検討が求められるべきである。そうでなければ、合理性というフィルターによって、事実認定の誤りを防止するという本来の目的の判断が形骸化してしまうことになってしまいかねないからである。この点について、裁判官はその証拠から何が証明できるかについて十分理解して間接事実の立証を行っていると言えるかも知れないが、間接事実の立証が被告人の犯人性の立証に結びつくものであることから、その間接事実が事実認定に不当な影響を与えているのではないかとの疑いが残されてはならない。⑤の事例では、本件の特殊性を踏まえた上で、類似事実による立証が二段階の推論となるものではないことを具体的に説明している。これに対して、③の事例では、余罪を証拠として用いていること

62) この点は、その証拠がどこまで要証事実の存否について認定する力を持っているかという「狭義の証明力」の問題として理解することができよう。犯行の手口が特殊とまではいえないがそれが類似する場合よりも、特殊な手口の場合の方が「狭義の証明力」の高い証拠であり、事実認定に役立ち得る価値が高いことになる。「狭義の証明力」について、下津健司＝江口和伸「事実認定」法学教室386号135頁（2012年）参照。

に加え、他の証拠が十分といえるかという点でも微妙な判断だったといえよう。その他の事例では、他の証拠が十分に存在しているから誤りの危険を凌駕しているといえることができる。

(2) 平成24年最高裁判決については、「動機」に特徴がありかつ手口に類似性が認められるため、特徴的な動機に基づく一定の手口による放火という点に着目して類似事実による立証を許し、被告人の犯人性を立証するための間接事実として用いることが許されるかは1つの問題である。これまで検討してきた下級審の裁判例からは、他の証拠との関係で、事実認定を誤らせる危険を凌駕している場合には、間接事実として用いることができることが示唆されるからである。

本件判文からは、関連性を認める上で積極的に働く要素（証明された事実）としては、被告人が犯行現場にいたという事実しか見当たらない。前科が17年前という古いものであることは関連性を認める上で消極に働き得る。さらに、最近は窃盗をして欲するような金品を得られなくても放火はしていないことも、本件窃盗の金品が500円硬貨2枚とカップ麺1個であるという事実と前科とに「動機」立証の目的で関連性を認めることに消極的な要素となろう⁶³⁾。放火に結びつかなかった多数の窃盗の存在という事実によっても、本件金品が少額であるという事実と被告人は金品が少額である場合に腹立ちを解消するために放火してきたという事実（前科）から、金品が少額であることから腹立ちを解消することを動機として放火するという「動機」立証を許さなかったということになる⁶⁴⁾。動機立証が許されないのであれば、被告人の犯人性

を推認する他の証拠は不十分という他なく、手口の類似性を立証し証明された間接事実を被告人の犯人性を推認するための証拠として用いることも許されない。

(3) これまでの裁判例の検討からは、要証事実との関係で類似事実による立証を許すことが合理的であるかどうかが重視されているといえるが、合理性の名の下に立証を許すことが事実認定を誤らせる危険を凌駕していない場合があるように思われる。そのため、要証事実との関係に加えて、被告人の犯人性の立証との関係で、他の証拠の存在をも考慮して事実認定を誤らせる危険を凌駕しているといえるかという二段階の判断が求められる必要性もあるように思われる。

もっとも、このような判断は類似事実の証拠能力の有無に関する合理性の判断の中で既になされているのではないかという見方もあるだろうが、二段階の判断と捉えることによって、類似事実による立証を許しても、他の証拠が存在するために類似事実が二段階の推論として用いられることはない、あるいは類似事実による立証を許すことによって他の証拠が不十分であるために類似事実が実質的に二段階の推論として被告人の犯人性を証明するために用いられる危険がある、このいずれの場合に当たるのか、すなわち類似事実により立証された間接事実を被告人の犯人性を推認するための証拠として用いることが相当であるか否かという観点を明確にする意味はあるように思われる。しかし間接事実として用いるときに、このような他の証拠との関係で事実認定を誤らせる危険を凌駕しているといえるかという判断枠組みを裁判員制度の下

63) この点につき、川出敏裕「演習」法学教室386号163頁（2012年）参照。

64) なお、最近放火はしていないという点は、仮に侵入した住居において放火に用いる灯油を発見する状況になかったのであれば、関連性を否定する要素としてはあまり意味はないということになるかもしれない。しかし、この点は判然としないし、捜査の過程でも一般に窃盗事件において侵入時の石油ストーブの灯油の有無を確認するとは考えられない。いずれにせよ、侵入した住居において灯油を発見する状況になかったのではないかという点は、犯人は灯油があれば放火したはずだということを立証することは許されないから、関連性の有無に影響しないということになるだろう。

65) 第一審において、「裁判員裁判の導入を契機として、[途中略]直接主義・口頭主義が徹底された」と判示するものとして、最判平24・2・13判時2145号9頁参照。

においても維持できるかについては、今後の判例の動向を注意深く見守らなければならない。

(4) 最近の刑事裁判の運用状況に関しては、裁判員裁判では直接主義・口頭主義が徹底される方向にあり⁶⁵⁾、それが裁判官による裁判（非裁判員裁判）にも影響しているのではないかとの見方がある。その一方で、非裁判員裁判では従来の審理のやり方が維持されているのではないかとの評価もなされている⁶⁶⁾。そこには、裁判員裁判では伝聞例外の厳格な適用を中心とした証拠能力の厳格化が必要であるが、非裁判員裁判では従来の運用も捨て難いものがあるとの考え方が看取できるのではなかろうか。

仮に、平成24年最高裁判決の判示に上記のような判断枠組みを裁判員裁判では維持することができないため、手口の特殊性が認められる場合に限られるのだということが含意されているとするならば⁶⁷⁾、非裁判員裁判ではそのような判断枠組みが維持されるのか、それとも非裁判員裁判でも従来の運用を捨て去り手口の特殊性を厳格に捉える解釈に統一されることになるのか⁶⁸⁾。判断基準には客観性・安定性が求められるので、基準は統一されることが望ましい。

(5) ところで、前科の存在は客観的事実で

あるから、それ自体は他の証拠によって影響を受けることはないはずである。そうであれば、関連性の有無が他の証拠との関係によって決められるという規範が成り立たないのではないかといった疑問を指摘することもできる。

また、客観的事実としての前科の存在は、それが新しいか古いかによってその価値にどのような相違が生ずるのかはもう少し詰めて考えてみる必要がある。前科が古いものであるほど関連性を否定する方向に働くと一般に考えられているように思われるが、長期間に渡って複数の同種前科が存在する場合には、それが古いものであったとしても、被告人の犯罪傾向を示す根拠と見ることも不可能ではないように思われる。他方、刑罰に服することや月日の経過によって、その人の犯罪傾向が変化するということもあり得る。

結局、刑事訴訟が事案ごとに真実を追究するという本質を持つ以上、類似事実による立証が許されるかどうかも事案に応じて実質的に判断する他ないのではなかろうか。平成24年最高裁判決もこの点を否定してはいないように思われる。

(2013年1月29日脱稿)

66) 座談会『裁判員裁判の現状と課題』論究ジュリスト2号41-42頁[大澤裕発言]（2012年）参照。

67) この点につき、伊藤・前掲注6) 375頁参照。川出敏裕「裁判員裁判と証拠・証明」論究ジュリスト2号57-58頁（2012年）も参照。

68) 裁判員裁判と非裁判員裁判とで関連性の判断基準を異にするのは疑問だと指摘として、酒巻・前掲注21) 70頁、吉川・前掲注41) 32頁参照。

