

類似事実立証について：最高裁平成24年9月7日判決 / 同平成25年2月20日決定と英米法の論理

著者	松代 剛枝
雑誌名	關西大學法學論集
巻	63
号	6
ページ	1740-1764
発行年	2014-03-10
その他のタイトル	Admissibility of Similar Fact Evidence
URL	http://hdl.handle.net/10112/8357

類似事実立証について

——最高裁平成24年9月7日判決／

同平成25年2月20日決定と英米法の論理——

松 代 剛 枝

目 次

- 一 問題の所在
- 二 2つの最高裁判例——最高裁平成24年9月7日判決と同平成25年2月20日決定——
- 三 例外の類型的検討——わが国の判例を手がかりとして——
- 四 例外の比較法的検討——アメリカ型とイギリス型との分岐点——
- 五 結びにかえて

一 問題の所在

1

近時わが国の最高裁は、前科証拠等を被告人と犯人との同一性の証明に用いる場合の証拠能力について、相次いで2つの判断を示した。最高裁第二小法廷平成24年9月7日判決（以下、判例Iという）¹⁾と最高裁第一小法廷平成25年

1) 刑集66巻9号907頁，判時2164号45頁，判タ1382号85頁。本判決の評釈等として，豊崎七絵・法セ694号134頁（2012），前田雅英・警論65巻11号162頁（2012），吉川崇・研修774号19頁（2012），中川武隆・刑事法ジャーナル35号185頁（2013），田淵浩二・新判例解説 Watch（法セ増刊12号）173頁（2013〔TKC ロー・ライブラリー初出，2012〕），津村政孝・判例セレクト2012〔Ⅱ〕（法教別冊390号）39頁（2013），佐藤隆之・平成24年度重判（ジュリ臨時増刊1453号）184頁（2013），伊藤博路・名城ロースクール・レビュー27号1頁（2013），岩崎邦生・ジュリ1455号103頁（2013），滝沢誠・新報120巻3＝4号525頁（2013），内田博文・判評657（判時2196）号32頁（2013），高平奇恵・法時85巻12号123頁（2013），岩崎邦生・曹時65巻12号3131頁（2013），高内寿夫・国学院51巻1号83頁（2014）がある。また，ノ

類似事実立証について

2月20日決定（以下、判例Ⅱという）²⁾である。

前科証拠等——前科や余罪（前科以外の被告人の他の犯罪事実）にかかる証拠——は、事実認定には原則として使えない。現在、学説判例はともに、その根拠として3点、すなわち前科証拠等の提出を許すことで①目の前にある事件について不当な推認を生じさせ、事実認定者に予断・偏見を与える危険、②争点の混乱拡散や時間の浪費をもたらす危険、③弁護側に不公正な不意打ちを与える危険を挙げる。法律に直接の明文はないが、通常、刑事訴訟法317条・証拠裁判主義の下で、このような証拠は自然的関連性を備えてはいても法律的関連性を欠くからであると説明される³⁾。

2

前科証拠等排除法理は、すでに大審院大正7年判決で述べられており、さらに最高裁第三小法廷昭和28年判決は、現行刑事訴訟法下での同立場の踏襲を窺わせる⁴⁾。前者は傷害の事案で、17年前の強盗や21年前の殴打創傷等の前科証拠を許容しなかったもの、後者は警察官による取調べ中暴行の事案で、別の被害者に対する取調べ中暴行という余罪の証拠を情状立証においてのみ許容したものである。ただ、この排除法理は当初から例外を認めており、例えば大審院昭和15年判決は、結婚詐欺の故意立証のために同種結婚詐欺前科を証拠許容し、東京高裁昭

↘原審評釈等として、佐藤淳・研修756号17頁（2011）、正木祐史・法セ681号134頁（2011）、大橋君平・刑弁68号35頁（2011）、高倉新喜・同54頁、杉原隆之・捜研726号67頁（2011）、門野博・刑事法ジャーナル31号83頁（2012）、渡辺咲子・明治学院大学法科大学院ローレビュー16号113頁（2012）、廣瀬健二・平成23年度重判（ジュリ臨時増刊1440号）185頁（2012）、高平奇恵・法時84巻5号178頁（2012）、原々審評釈等として、江川勝一・刑弁67号32頁（2011）がある。

2) 刑集67巻2号1頁、判時2180号142頁、判タ1387号104頁。本決定の評釈等として、玉本雅之・研修779号13頁（2013）、正木祐史・法セ702号114頁（2013）、吉川崇・警論66巻7号155頁（2013）がある。なお、前田雅英「裁判員裁判と最高裁の変化」研修778号3頁（2013）も、主として判例Ⅰ・Ⅱを扱っている。

3) 判例Ⅰは自然的関連性という語のみ用いているが、その含意は定かでない。関連して、笹倉宏紀「証拠の関連性」法教364号31頁（2011）参照。

4) 大判大正7年5月24日刑録24輯647頁、最三小判昭和28年5月12日刑集7巻5号981頁。

和24年判決も（これは前科か余罪かは不明であるが）同種詐欺の証拠を同じく詐欺の故意立証のために許容していた⁵⁾。但し、これらの例外許容例は被告人の悪性格推認を介在させたとみられる構成で、その後の許容例とは一線を画する。

昭和41年の故意推認事案において、最高裁は新たな構成として、前科証拠であっても、そこから悪性格の推認を挟んで本件公訴事実を推認するという二重推認過程を経ないものについてはなお許容しうることを示唆した⁶⁾。比べて今回の最高裁判例Ⅰは、「実証的根拠の乏しい人格評価」を介する推認過程の問題性について正面から明言するとともに、その視点の下で別の例外類型（同一性推認）の事案を取り上げた点で、目新しい。

さらに、従来下級審には前科と余罪いずれの証拠許容例もみられるところ、最高裁は、前掲昭和41年判例が同種前科事案であったことから、余罪の扱いについては沈黙していた。この点、学説判例は総じて、余罪については前科の場合よりもその証拠許容に謙抑的である。実務では余罪証拠を許容すればより争点混乱や時間浪費に繋がりやすいとして慎重さを求める見解が強く⁷⁾、判例Ⅰの原審にも同趣旨の件りがある。また学説においては、余罪証拠は一切許容すべきでないとの見解もみられる⁸⁾。このような中、判例Ⅱは、併合審理中の余罪証拠の扱いについての最高裁判断として、注目される。

以下、本稿では、まず二で判例Ⅰ・Ⅱを本稿の関心に沿って紹介したうえで、前科証拠等排除法理の下での例外のありようについて、三でわが国の判例を手がかりとして、さらに四で比較法的視点を加えて、検討する。

5) 大判昭和15年3月19日判決全集7輯12号26頁（但し「性行経歴」を介して推認）、東京高判昭和24年12月3日東京高裁刑事判決集（東京高検編）昭和24年度158頁（但し「心情性行」を介して推認）。

6) 最三小判昭和41年11月22日刑集20巻9号1035頁。綿引紳郎・最判解〔刑事篇〕昭和41年度212頁（1967）も参照。

7) 岡田雄一・刑事訴訟法判例百選〔第7版〕137頁（1998）、秋吉淳一郎・同〔第8版〕135頁（2005）、辻裕教・同〔第9版〕146頁（2011）、河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法(7)〔第2版〕』438頁（青林書院、2012）〔安廣文夫〕。

8) 白取祐司『刑事訴訟法〔第7版〕』361頁（日本評論社、2012）。なお、最高裁昭和41年判例の前科証拠許容についても疑問視する見解として、石丸俊彦ほか『刑事訴訟の実務（下）〔三訂版〕』52頁〔石丸／川上拓一〕（新日本法規、2011）も参照。

二 2つの最高裁判例

——最高裁平成24年9月7日判決と同平成25年2月20日決定——

1

まず、判例I（最高裁第二小法廷平成24年9月7日判決）について。

【事案の概要】 被告人は、被害者宅に侵入して現金1000円及びカップ麺1個（時価100円相当）を窃取したうえ、室内にあった石油ストーブ内の灯油をカーペットに撒布して放火・一部焼損したという住居侵入・窃盗・現住建造物等放火で起訴された。弁護側は、住居侵入・窃盗については認めたが、放火については被告人の犯人性を争った。

公判前整理手続において、検察官は、被告人の前科として約17年前の窃盗・放火の判決書謄本等の取調べを請求した。検察官によれば、本件放火は窃盗で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の解消という前刑放火と同様の動機に基づくものであり、かつ、前刑放火と本件放火はいずれも特殊な手段方法でなされたもので、前科証拠はこれらを立証するためのものであるという。しかし、裁判所はこの請求を却下した。なお、被告人は、未起訴の犯罪事実として、本件の前後約1か月間に窃盗31件を行った旨、上申していた。

1審・東京地裁は、被告人が本件放火の犯人であると認定するにはなお合理的な疑問が残るとして、本件住居侵入・窃盗のみ有罪とした（東京地判平成22年7月8日刑集66巻9号938頁）。検察官控訴。

控訴審・東京高裁は、原判決を破棄・差し戻した（東京高判平成23年3月29日刑集66巻9号947頁）。曰く、前刑放火11件の動機は、いずれも窃盗を試みて欲するような金品が得られなかったことに対する腹立ちを解消することにあり、11件のうち10件は当該居室内で灯油を撒布して放火したものであること、7件は現場付近にあったストーブの灯油を撒布したものであること等からして、犯行の契機、手段方法に類似性があり、「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…類似性をより特徴的なものになっている」と。そして、本件では、被告人は放火と接着した時間帯に放火と同一場所に侵入して窃盗を

行ったことを自認しており、窃取金品が満足のいくものであったとしようかがわれないので、前刑放火と同様の犯行に至る契機があるうえ、「犯行の手段方法において、特徴的な類似性が認められる」として、前科証拠を採用すべきであったと判断した。弁護側上告。

【判旨】 最高裁は、次のように述べて原判決を破棄し、本件を東京高裁に差し戻した。

「前科証拠は、…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、…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」（下線，松代）。そして本件では、「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…許されない」とした。

※付記 差戻後控訴審・東京高裁は検察官の控訴を棄却した（平成25年1月10日判例集未掲載〔確定〕）。

2

次に、判例Ⅱ（最高裁第一小法廷平成25年2月20日決定）について。

【事案の概要】 被告人は、住居侵入・窃盗・現住建造物等放火等計20件で起訴され、うち（放火を含まないところの）住居侵入・窃盗10件と（放火を含む10件中）住居侵入・窃盗・放火2件については概ね事実を認めたが、残り8件の住居侵入・窃盗・放火については犯人性を争った（さらにその8件中2件では、放火についてのみ犯人性を争っている）。

1審・岡山地裁は、公訴事実全てについて被告人を有罪とした（岡山地判平成22年12月7日刑集66巻2号14頁）が、その際、放火を含む10件中9件（自認2件と争いある7件）については、それらと「手口が共通」する前科（約32年

類似事実立証について

前と約15年前の住居侵入・窃盗・放火等4件)を用いて認定し、さらに、これら9件と前科を用いて残る1件を認定した(「9件と態様がよく類似していることに加え、窃盗に入った家で室内に放火するとの犯罪類型は……むしろ特殊な手口である」とする)。弁護側控訴。

控訴審・広島高裁岡山支部は、控訴を棄却した(広島高岡山支判平成23年9月14日刑集67巻2号113頁)。その際、1審の上記認定に加えて曰く、被告人の前科(上記4件他)及び本件で自認する住居侵入・窃盗10件から、被告人には、住居侵入・窃盗の動機について色情盗という特殊な性癖があり、住居侵入・窃盗の手口及び態様についても特徴があり、放火についても極めて特異な犯罪傾向を有すると認められると。そして、これらが本件(犯人性を争っている8件)の特徴と一致すると結論づけた。弁護側上告。

【決定要旨】 最高裁は上告を棄却したが、被告人の前科及び住居侵入・窃盗10件に基づく上記原判断は是認できないとして、その理由につき職権で次のように判示した。

「〔前掲判例Ⅰの下線部〕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」。「これを本件についてみるに、…性癖はさほど特殊なものとはいえないし、…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…。また、…『特異な犯罪傾向』ということは困難である上、そもそも、このような犯罪性向を犯人が被告人であることの間接事実とすることは、被告人に対して実証的根拠に乏しい人格的評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることにほかならず(〔判例Ⅰ〕

参照), 許されない]。(しかし, その余の証拠により, 各犯罪事実の認定につき誤認はないとした原判決は是認することができ, 判決に影響を及ぼさない。)

なお, 金築誠志裁判官の補足意見がある。曰く, まず第1に, 前科事実及び他の犯罪事実の証拠を仔細にみると, そもそも動機の共通性という前提を認め難い。しかし第2に, 併合審理されている住居侵入・窃盗・放火10件(すなわち放火を含むもの全て)を総合的に評価することは, 許されるべきである。これら10件のうち, 争いのある8件に対して, 自認している2件を証拠となしうるかという点については, 本件の場合, (住居侵入・窃盗の犯人性は他の証拠から認められるため)放火の犯人性のみにおける限局的推認であることやこれらの類似犯罪事実が併合審理されていること等も考慮すれば, 「顕著な特徴」という許容要件が満たされていると解する余地もある。

三 例外の類型的検討——わが国の判例を手がかりとして——

前科証拠等排除法理の例外をめぐるっては, 構成要件要素としての常習性等を立証する場合や被告人の善性格の提出に対し悪性格の反証をする場合のほか, 従来から学説・判例は幾つかの例外の存立余地を検討してきた⁹⁾。

9) 参考文献として特に, 青木英五郎「証拠能力の制限に関するその他の問題」團藤重光編『法律実務講座刑事編(9)』1961頁(有斐閣, 1956), 高田卓爾「同種事実の証拠」法雑1巻1号1頁(1963), 佐伯千仞「悪性格と類似事実」同編『続・生きている刑事訴訟法』298頁(日本評論社, 1965), 小松正富「同種前科による事実認定」熊谷弘ほか編『証拠法大系(1)』164頁(日本評論社, 1970), 浅田和茂「同種前科による認定」刑事訴訟法の理論と実務(別冊判タ7号)319頁(1980), 田宮裕『演習刑事訴訟法』174頁(有斐閣, 1983), 大谷直人「証拠の関連性」刑事訴訟法の争点〔第2版〕193頁(1991), 佐藤隆之・平成18年度重判(ジュリ臨時増刊1332号)194頁(2007), 長沼範良・園原敏彦「類似事実の立証」法教338号71頁(2008), 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法』198頁(有斐閣, 2011), 伊藤雅人「類似事実による立証について」『現代刑事法の諸問題(植村立郎判事退官記念論文集)(1)』365頁(立花書房, 2011), 石井一正『刑事実務証拠法〔第5版〕』282頁(判例タイムズ社, 2011), 正木祐史「前科・類似事実立証」刑弁70号37頁(2012), 角田雄彦『「必要性」判断から「許容性」判断への一元化へ』後藤昭ほか編『刑事弁護の現代的課題』303頁, 322頁(第一法規, 2013), 成瀬剛「類似事実による立証」刑事訴訟法の争点154頁(2013)参照。

まず、〈例外類型1〉犯意・知情の立証に用いる場合について。

関連判例¹⁰⁾・高松高判昭和30年10月11日高刑裁特2巻21号1103頁

・最三小判昭和41年11月22日刑集20巻9号1035頁

・大阪地判平成21年8月18日判例集未登載

論点(1)犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められること（上記最判昭和41年）の含意

(2)仮に余罪証拠を許容するとして、その余罪自体において故意等が認められていることは必要か

(3)犯罪の類型・性質による制約はあるか（上記大阪地判平成21年）

(4)類似状況の下での類似行為が含まれていることは必要か（上記高松高判昭和30年）

犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められていることを前提として、故意という限られた範囲内での推認のみ行うのであれば、予断偏見等の危険は低下するため、前科証拠等を許容しうるのではないか。前述一の昭和15年及び昭和24年の先例もこの前提条件を満たしていたようであるが、昭和41年に最高裁はこの第(1)の点を明示した。すなわち「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「詐欺の故意の如き犯罪の主観的要素を…同種前科の内容によって認定」することは許されると。この事案は、被告人が、社会福祉のためと称して寄付金を集めて自己の生活費にあてようと企て、寄付金名義で金員を騙し取ったとして起訴されたものであるが、被告人は、宗教活動資金のための布施として受け取ったとして、犯意を否認した。これに対して、約2年前の「同様の手段」（原審曰く）による詐欺前科1件が証拠として許容された。当時最高裁が直接示したのは、ここまでである。

しかし、過去に被告人が類似の詐欺行為を故意に行ったから今回も故意だという推認であれば、これは結局被告人の「詐欺的」性格を介する推認であろう。

10) この類型的先例として、大判昭和15年3月19日前掲注5)、東京高判昭和24年12月3日前掲注5)がある。

そうではなく、被告人は、過去の類似行為の際の経験からこの種の態様の募金活動を行えば被害者が誤信するであろうと知っていたはずであるから、今回の詐欺被害者による誤信について認識があったと推認する。これならば、悪性格を介さない論理的推認なので許容しうるとというのが、最高裁昭和41年判決から伝統的に読みとられてきた例外許容構成であった（そして実務上このような証拠は、他の証拠関係の下で「駄目押しの役割を果たしているにすぎない」¹¹⁾ともいわれる）。

ただ、このような例外許容構成によるのであれば、これを確定判決たる前科にとどまらず余罪にまで拡げるためには、そもそも過去の経験から知っていたはずであると推認しうるためにまず基本的に過去の余罪それ自体において故意が認められなければなるまいと思われる（第(2)の点である）。もっとも、英米法には、過去に類似事実が何度も——偶然では決してありえない頻度で——起こったことを立証できる場合に限っては、各類似事実では故意が認められなくともそれらの総合評価から今回の事件の故意を認定しうるという「偶然累積の理論（*doctrine of chances* (US) or *unlikelihood of coincidence* (UK)）」があり、これに倣えばこの縛りはかからない。しかし、現在わが国でこの偶然累積の理論を正面から適用したと覚しき公判判例は見当たらない。前掲大阪地裁平成21年判決——未公刊——も、類似事実それ自体においては故意が認められるものであった。この事案では、被告人は、夜道で女性を背後から抑えて口を塞ぐ等したという強制猥褻致傷で起訴されたところ、猥褻の故意を否認した。これに対して故意立証のため、2件の強姦致傷という併合審理中の類似事実が、本件と「少なからぬ類似性が認められ」て証拠許容された（但し、続く証明力判断で、行為態様の違い等から結局本件で猥褻の故意は認定されず、傷害罪の成立にとどまっている）。しかし、詐欺罪の故意や贓物罪の知情といったこの例外類型の典型例とは違って、強姦の前科・余罪があるから今回の行為にも猥褻の故意を認めるとすることには、若干の違和感を禁じ得ない¹²⁾。故意等の推認に

11) 河上ほか編・前掲注7)437頁〔安廣〕。

12) 同様の脈絡において、川出敏裕「演習刑事訴訟法」法教386号162頁（2012）は、↗

類似事実立証について

において犯罪の種類・性質による制約はありうると考えるべきであり、その判断は許容論理の基本に照らしてなされるしかない——その意味で大阪地裁平成21年判決は、証明力判断より前に証拠能力のところで切るべき事案であったように思われる（第(3)の点である）。解釈論としては、最高裁昭和41年判決の「詐欺の故意の如き」という部分の射程が問われることになるだろう。

さらに第(4)の、類似状況の下での類似行為が含まれていることは必要かという点については、肯定すれば高松高判昭和30年判決がこの例外類型から外れる可能性を生じる。これは強盗致死の事案で、被告人の「犯意、特にその計画性」の立証のため、この事件発生前日の、同じ被害者に対する被告人の殺人未遂の未起訴余罪を証拠許容したものである。この事案の扱いについては、三4で後述する。

2

次に、〈例外類型2〉被告人と犯人との同一性の立証に用いる場合について。関連判例¹³⁾・静岡地判昭和40年4月22日下刑集7巻4号623頁（スリ事件）

- ・和歌山地判平成14年12月11日判タ1122号464(1)頁（和歌山カレー事件1審）
- ・大阪高判平成17年6月28日判タ1192号186頁（和歌山カレー事件控訴審）
- ・東京高判平成20年12月16日判タ1303号57頁（アリス事件）
- ・判例Ⅰ・Ⅱ

↘過去に同じ態様の自動車事故を故意で起こしたことをもって、今回の自動車事故を故意で起こしたことの証拠にすることは、結局悪性格の推認であって許されないという。イギリス法においても伝統的に同趣旨の指摘がある（J・H・ウィグモア〔平野龍一＝森岡茂訳〕『証拠法入門』83頁〔東京大学出版会、1964〕）。

13) 本文掲記のほか知りえたものとして、水戸地下妻支判平成4年2月27日判時1413号35頁、東京地判平成6年3月31日判タ849号165頁（ロス疑惑事件）〔控訴審・東京高判平成10年7月1日判タ1308号57頁〕、和歌山地決平成12年12月20日判タ1098号101頁（和歌山カレー事件証拠決定）、東京地判平成17年6月2日判時1930号174頁、広島地福山支判平成18年8月2日判タ1235号345頁、東京高判平成21年12月21日高刑速平21号158頁がある。

- 論点(1)①前科事実が顕著な特徴を有し、②本件公訴事実と相当程度類似することから、③それ自体で両者の犯人が同一であると合理的に推認されるようなものであること（判例Ⅰ）の含意
- (2)余罪証拠について前科証拠の場合と同様の許容要件①②〔③〕を課すこと（判例Ⅱ）の含意
- (3)他の証拠の存在は許容判断に影響するか
- (4)限局的推認であることは許容判断に影響するか（判例Ⅰ・Ⅱとアリス事件）

被告人の前科等から被告人が今回の事件の犯人であることを直接に（悪性格を介在させずに）推認しうるためには、犯行態様がただ類似するだけでは当然足りない。しかし、犯行態様が犯人特有のものといえるほど特殊であり、両犯罪の行為者が同じであるといえるほど類似する場合には、直接に推認しうるのではないか。このような視点の下、学説では例外許容要件として、犯行態様の「著しい特徴」¹⁴⁾、「犯行の手口が（あたかも筆跡のように）めづらしく且つ独特のものであるなど被告人と犯人を結びつける高度の関連性」¹⁵⁾、あるいは「態様は——他の者が行うことは通常考えがたいくらいに——『特異』なもの」で「類似性は相当高度のもの——『酷似』といえるくらいのもの——」¹⁶⁾が求められてきた。他方、従前下級審の許容例をみると、類似性は「類似」から「極めて酷似」まで表現様々で、特殊性も事案によって判断に若干のバラツキがある。例えば和歌山カレー事件では、保険金取得目的で被害者に砒素を混ぜた食べ物を摂取させて殺害しようとしたという殺人未遂事案において、1審が過去の砒素使用と睡眠薬使用の余罪をともに証拠許容したのに対し、控訴審は、殺傷力や入手困難性等の違いから睡眠薬使用事案の類似性には疑義を述べると、判断は微妙で困難である。

14) 松尾浩也『刑事訴訟法（下）〔新版補正第二版〕』116頁（弘文堂，1999）。田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』327頁（有斐閣，1996）の「きわ立った特徴」もほぼ同趣旨であろう。

15) 光藤景皎『口述刑事訴訟法（中）〔補訂版〕』150頁（成文堂，2005）。

16) 宇藤崇ほか『刑事訴訟法』333頁〔堀江慎司〕（有斐閣，2012）。

類似事実立証について

そこで、この類型の許容要件をあらためて探ってみると、まず第(1)に、今回の判例Ⅰは、① 前科にかかる犯罪事実が顕著な特徴を有し、② 本件公訴事実と相当程度類似することから、③ それ自体で両者の犯人が同一であると合理的に推認されるようなものであることを要求している。これは、従前判例と比べて特殊性・類似性の要求レベルが比較的高く、かつ、「それ自体で」以下の③要件は目新しい表現でその含意が注目されるどころ、次の判例Ⅱでは、最初に判例Ⅰを引用した箇所は別として、リフレイン箇所ではこの③要件への言及が目をつくる（①②要件が否定されれば単に論理上③要件への言及を要しない趣旨と、③要件への固有の意味づけを低減させる趣旨との、いずれにも解しうる）。その判例Ⅱによれば、第(2)の点として、余罪証拠についても前科証拠の場合と同様の要件で許容可能であるという。ただ、余罪証拠の使用に際しては、過去に例えば和歌山カレー事件1審が、余罪自体についても合理的疑いをいれない程度の立証（つまり前科並みの確実性）を要求していたところ、今回の判例Ⅱでは、先ほどの③要件「それ自体で犯人性が合理的に推認されるようなものであること」というにとどまり、余罪自体につき合理的疑いを超える立証は必ずしも求められていない。しかしながら他方において、③要件の「それ自体で」という謂わば個別評価的な文言の強調は、偶然累積の理論——判例Ⅱの補足意見にいう総合的構成——に対しては、通常は否定的にはたらくであろう。その意味で、判例Ⅱの法廷意見が、③要件につき判例Ⅰ踏襲を明示しつつも独自にはリフレインしていない点、さらに原判決のうち放火関連10件中9件をもって残る1件を認定する件りに対しては言及していない点は、判例Ⅱの補足意見と併せ読むとき、偶然累積の理論につき別途の存立余地を留保ないし示唆したものとも解しうる（わが国で偶然累積の理論を——とりわけ同一性立証の場面において——適用することの意味については、後述四3及び五2参照）。

さらに第(3)に。従来の例外許容例をみると、他の証拠等により犯罪の客観的要素がある程度埋められているのが通常で、他の証拠関係が若干なりとも弱い場合には犯行態様の特殊性・類似性が極めて高いという傾向が窺われる。そこで、証拠能力判断において他の証拠の存在を勘案してよいのかという点である

が、学説では「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、要求される類似性・特異性の程度を緩和してよい場合もある」とするものがある¹⁷⁾。証拠関係の弱いいわゆる weak case ほど前科・余罪証拠提出の〔負の〕インパクトは一般に大きいことを考えると¹⁸⁾、その意味で、他の証拠の存在の勘案は一応ありうるものと思われる。もとよりこれは、必要性という観点から他の証拠が弱い場合に、よりハードルを下げて許容するという趣旨ではない（むしろ前述例外類型1における「駄目押し的な役割」という感覚は、この類型においても基本的に共有されるべきであろう）。

第(4)に、限局的推認であれば許容判断ラインは下げられるのかという点について。判例Ⅱの補足意見は、住居侵入・窃盗までは他の証拠で認められたうえでの放火のみの限局的推認であることを指摘する。そこでこの点に関連して、前述東京高裁平成20年判決（アリス事件）を参照する。被害者アリスに対する準強姦致死・死体遺棄等が問われた事案において、被告人は他の被害者に対しても被告人宅に誘い入れ睡眠導入剤を摂取させたうえさらに吸入麻酔薬を使って心神を喪失させるという本件と「極めて酷似」する特殊手口による準強姦等を繰り返していたとされ、これらの余罪（吸入麻酔薬による致死を生じた1件を含む）9件が本件と併合審理されて、本件に対して証拠許容された。但し、これは、アリスに対し睡眠導入剤を摂取させて強姦の実行に着手したという準強姦未遂の限度で推認力を認めたもので、その後の吸入麻酔薬の使用、準強姦の既遂、薬理作用による致死については同種事案による推認力の限界を越えるとみている。曰く「一般的にいて、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、有力な状況証拠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、…間違いなく同種

17) 同書333頁〔堀江〕。

18) J. R. SPENCER, EVIDENCE OF BAD CHARACTER 25, 86 (2nd ed. 2009) (UK). もっともこの点を指摘しつつも、Spencer 自身は、このような他の条件を勘案した許容判断のあり方を必ずしも是認しない。現在のイギリス法は、基本的に、裁判官の証拠排除によってではなく、必要ならば陪審への説示等によってこの問題に対処する（後述四2参照）。

類似事実立証について

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。このアリス事件の場合、手口の特殊性・類似性が極めて高く、（判例Ⅱでいえば住居侵入・窃盗に相応する）前半部分については他の証拠だけでなく余罪証拠も用いられているが、そこから、引き続き同一場所で起きた（判例Ⅱでいえば放火に相応する）後半部分への推認が難しいとの指摘は、示唆に富む（アリスの死亡が準強姦未遂に引き続き同じ被告人宅内で生じた点については、他の証拠により認定されている）。通常では例外許容要件を満たさない前科証拠等につき、限局的推認であることをもって許容に持ち込めるかどうかという問いは、時間的場所的接着性に関する捉え方を背景として、結局前述第(3)の問いと重なるように思われる。

なお、前掲静岡地裁昭和40年のスリ事件は、集団スリという手口の謂わば抽象的レベルの特殊性・類似性でもって証拠許容している点で、従前判例中異色である。この事案では、列車内スリが一つおいて隣の車両で約30分差で2件連続発生し、被告人が2件目スリで現行犯逮捕された際、その場に1件目スリ被害者の財布内にあったはずの名刺が落ちていた。そこで、「時間的にも場所的にも近接し、その犯行の方法と態様も同類であって…互に密接かつ一連の関係にある」として、2件目スリという余罪にかかる証拠を、1件目スリの犯人性立証のために許容したものである。この事案の扱いについては、三4で後述する。

3

さらに、〈例外類型3〉動機その他の主観的要素の立証に用いる場合について。

関連判例・東京高判昭和51年4月30日判時851号21頁（千葉大チフス菌事件）

〔上告審・最一小決昭和57年5月25日判時1046号15頁〕

- ・和歌山地決平成13年10月10日判タ1122号132頁（和歌山カレー事件証拠決定）

論点(1)そもそもこの例外は認められるか

(2)仮にこの例外類型を認めるとして、被告人の犯人性が認められているこ

とは必要か

(3)仮にこの例外類型を認めるとして、類似状況の下での類似行為が含まれていることは必要か

このような要素は公訴事実の立証に必須ではなく、むしろ一切許容すべきでないともいわれる一方で、悪性格を被告人が犯人であることの推認に用いるわけではないので、そもそも排除法理の適用場面ではないともいわれてきた。

判例をみると、千葉大チフス菌事件では、被告人の少年時代からの奇矯な振舞や細菌が飯より好きなどの「偏執狂的」発言からその異常性格を推認、さらにそこから犯行の動機・原因を認定した一方、和歌山カレー事件証拠決定では、かつて職場の同僚に嫌がらせをした状況から被告人の「非常識さ」を立証するという証拠調べ請求につき、本件の内心的原因と結びつくかはなはだ疑問であるとして請求を却下している（ただ、これも悪性格立証自体の否定ではなく審理状況に照らした判断であると述べている）。なおこの証拠決定に関連して、和歌山カレー事件1審は、「犯人性そのものが争われる事案において、その犯人性を前提にしているかのような被告人の性格分析的証拠調べを詳細に実施すること」は、訴訟の不要な混乱を招くのみならず、犯人性判断自体に疑念を生じさせるから、控えるべきであるという¹⁹⁾。

この例外類型3は、その存立余地自体、特に学説上は疑義があるが、仮に許容されるとした場合にも、被告人の犯人性が他の証拠によって認められていることという要件は基本的に必要であるように思われる。ただ、類似状況の下での類似行為が含まれるという縛りについてはその性質上緩やかにならざるを得ない点——ひいては前科・余罪のみならず犯罪にはあたらない被告人の過去の行為にも拡がりかねない点——に、少なくとも争点の混乱や時間の浪費についての懸念は残る。

4

加えて、〈参考〉公訴事実と密接かつ一連の関係にある場合について。

関連判例・高松高判昭和30年10月11日前掲三1

19) 判タ1122号191(274)頁。

・ 静岡地判昭和40年 4 月22日前掲三 2

先ほど留保した例外類型 1 の高松高裁昭和30年判決と、例外類型 2 の静岡地裁昭和40年判決は、それぞれの例外類型の許容要件を厳格に解すれば許容範囲から外れかねない事案であるが、他方で公訴事実と関連する一連の行為という要素を強調していることから、これらはむしろ別枠で捉えるべきではないかとの見解を生じる²⁰⁾。

しかし、別枠では前科証拠等排除法理の例外許容要件を潜脱するおそれがあることに鑑みれば、できる限り既存の例外類型の中に解消することが望ましい。そして、例外類型 3 の存立余地を認める判例の立場を前提とする場合、高松高裁昭和30年判決（強盗致死発生前日の殺人未遂）についていえば、同判例自身「犯意，特にその計画性」とするように例外類型 3 の中で計画性として（但し、少なくとも被告人の犯人性が認められる限りで）、静岡地裁昭和40年判決（スリ事件）についていえば、手口の特殊性・類似性の認定レベルの低さからして例外類型 3 の動機・機会等の立証枠で（但し、少なくとも 2 件目スリ現場に落ちていた 1 件目スリ被害者の名刺によって被告人の犯人性が認められる限りで）捉えるのが整合的ではないかと考える。

四 例外の比較法的検討——アメリカ型とイギリス型との分岐点——

19世紀には前科証拠等排除法理を確立していたといわれる英米法の現状を、わが国の例外類型（前述三）と比較する形で参照する²¹⁾。

20) 静岡地裁昭和40年判決につき、公訴事実と密接不可分に関連しているゆえ例外類型 2 とは別枠で捉える見解として、例えば河上和雄ほか・前掲注7)436頁〔安廣〕があり、他方、例外類型 2 の枠で捉える見解として、例えば石井一正・前掲注9)282頁がある。もっとも前者も、高松高裁昭和30年判決については例外類型 1 ないし 3 の枠で捉えている。

21) 従前の参考文献として特に、足立勝義『英米刑事訴訟に於ける情況証拠』司法研究報告書 5 輯 4 号（法務資料322号）61頁（1952）、山崎清『証拠法序説』277頁（有精堂、1961）、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』1頁（1963）、同「イギリスにおける類似事実証拠」早法38巻3=4号19頁（1963）、ウイグモア・前掲注12)48頁、中村恵「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——」警研43巻8号3頁ノ

↘(1972), 松岡正章「被告人の悪性格の立証について」同『量刑手続法序説』25頁(成文堂, 1975) [団藤重光ほか編『犯罪と刑罰(佐伯千仞博士還暦祝賀)(下)』275頁(有斐閣, 1968)初出], 庭山英雄「千葉大チフス菌事件と悪性格証拠」『刑事法学の諸相(井上正治博士還暦祝賀)(上)』130頁(有斐閣, 1981), 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』182頁(学陽書房, 1981), H. Richard Uviller, *Evidence of Character to Prove Conduct: Illusion, Illogic, and Injustice in the Courtroom*, 130 U. PA. L. REV. 845 (1982); Edward J. Imwinkelried, *The Need to Amend Federal Rules of Evidence 404(b): The Threat to the Future of the Federal Rules of Evidence*, 30 VILL. L. REV. 1465 (1985); Judith M. G. Patterson, *Evidence of Prior Bad Acts: Admissibility Under the Federal Rules*, 38 BAYLOR L. REV. 331 (1986); 安富潔「余罪証拠と悪性格の立証」刑法27巻3号564頁(1986), 高倉新喜「刑事被告人の類似事実の証拠の証拠能力の判断について」『激動期の刑事法学(能勢弘之先生追悼論集)』105頁(信山社, 2003), 野々村宜博「性格証拠の許容性に関する序論的考察」東大阪大学短期大学部教育研究紀要3号9頁(2006)参照。特に排除法理の成立過程につき, Julius Stone, *The Rule of Exclusion of Similar Fact Evidence: England*, 46 HARV. L. REV. 954 (1933); JOHN H. LANGBEIN, *THE ORIGINS OF ADVERSARY CRIMINAL TRIAL* 190 (2003); 栗原真人『18世紀イギリスの刑事裁判』214頁(成文堂, 2012)参照。

また, アメリカ法の現状につき, MICHAEL H. GRAHAM, *FEDERAL RULES OF EVIDENCE IN A NUTSHELL*, §§ 404.1-405.2 (8th ed. 2011); PAUL E. ROTHSTEIN ET AL., *EVIDENCE IN A NUTSHELL*, Ch. 4 (6th ed. 2012); 田邊真敏『アメリカ連邦証拠規則』第4章(レクシスネクシス・ジャパン, 2012); CHRISTOPHER B. MUELLER & LAIRD C. KIRKPATRICK, *EVIDENCE*, Ch. 4 (5th ed. 2012) [hereinafter MUELLER & KIRKPATRICK ON EVIDENCE]; GRAHAM C. LILLY ET AL., *PRINCIPLES OF EVIDENCE*, § 3.6 (6th ed. 2012); CHRISTOPHER B. MUELLER & LAIRD C. KIRKPATRICK, 2013 *FEDERAL RULES OF EVIDENCE*, Rules 404, 405 (2013)参照。

さらに, イギリス法の現状につき, Colin Tapper, *The Criminal Justice Act 2003: Evidence of Bad Character* [2004] CRIM. L.R. 533; EDWARD J. IMWINKELRIED & DANIEL D. BLINKA, *CRIMINAL EVIDENTIARY FOUNDATIONS*, § 6.02 (2nd ed. 2007); NATIONAL POLICING IMPROVEMENT AGENCY (NPIA), *PRACTICE ADVICE ON EVIDENCE OF BAD CHARACTER* (2nd ed. 2008); J. R. SPENCER, *supra* note 18; Rudi Fortson & David Ormerod, *Bad Character Evidence and Cross-Admissibility* [2009] CRIM. L.R. 313; COLIN TAPPER, *CROSS & TAPPER ON EVIDENCE*, Ch. VIII (12th ed. 2010); PHIPSON ON EVIDENCE, Ch. 19 (Hodge M. Malek ed., 17th ed. 2010); PETER MURPHY & RICHARD GLOVER, *MURPHY ON EVIDENCE*, Ch. 6 (12th ed. 2011); ARCHBOLD: *CRIMINAL PLEADING, EVIDENCE AND PRACTICE* 2013, Ch. 13 (P.J. Richardson ed., 2012); ADRIAN KEANE & PAUL McKEOWN, *THE MODERN LAW OF EVIDENCE*, Ch. 17 (9th ed. 2012); 高平奇恵「イギリス2003年刑事司法法における悪性格証拠の許容性」法政79巻3号341頁(2012); IAN DENNIS, *THE LAW OF EVIDENCE*, Chs. 3, 19 ↗

まず、アメリカ型について。

1975年の連邦証拠規則 (Federal Rules of Evidence [同年施行]) は、404条(b)(1)で前科・余罪証拠につき事実認定への使用を原則禁止しつつ、同条(b)(2)で例外的に許容可能な目的を intent や identity 等例示している。全ての例外類型に共通する内容として、前科と余罪 (未起訴のものを含む)²²⁾ のいずれも証拠許容可能で、検察官は当該証拠の一般的性質を公判前に被告人に告知しなければならず²³⁾、裁判所は当該証拠の許容目的について陪審に説示しなければならない。なお、性犯罪事案では、同種前科・類似余罪は、この404条の枠外でより緩やかに証拠許容される (413条, 414条)²⁴⁾。さらに、裁判所には、偏見・争点混乱・時間浪費等の理由に基づいて裁量により証拠排除する権限があるが(403条)、このとき偏見を理由とする排除は、通常、陪審審理にのみ適用があると解釈されている²⁵⁾。以下、類型ごとにみる。

例外類型1にはほぼ相応する、故意 (intent) 等の立証について。一般には類似状況の下での類似行為を含む必要がある²⁶⁾。また、余罪証拠による立証は、

↘(5th ed. 2013) 参照。See also LAW COMMISSION, EVIDENCE OF BAD CHARACTER IN CRIMINAL PROCEEDINGS (Cm. 5257, 2001); Mike Redmayne, *The Relevance of Bad Character* [2002] CAMBRIDGE L.J. 684.

22) 現在、州判例では別論、連邦判例では、この余罪はすでに無罪判決を得ているものでもよく、また許容に際して余罪自体につき合理的疑いを超える立証を要しないと解している。MUELLER & KIRKPATRICK ON EVIDENCE, *supra* note 21, § 4.15, at 201-202.

23) 期間の定めはない。この点、州法においても差異がある。例えば、フロリダ州法は公判の10日前までと規定する (Fla. Stat. Ann. § 90. 404(2)(b)) 一方、テキサス州法には期間の定めはない (Tex. R. Evid. 404(b))。

24) 但し、公判期日の15日前までに証拠開示する必要はある (413条(b), 414条(b))。

25) 田邊・前掲注21)43頁。

26) MUELLER & KIRKPATRICK ON EVIDENCE, *supra* note 21, § 4.17, at 211; United States v. Sanders, 951 F.2d 34 (4th Cir. 1991). 制限を緩やかに解する見解もある (United States v. Beechum, 582 F.2d 898 (5th Cir. 1978)) が、類似程度が低いのに許容した場合は結局その証明力は低くなる (ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 21, Ch. 4, at 131))。

判例上、その余罪において故意の存在が認められる限りで今回の故意の証拠になると解されている²⁷⁾ (但し偶然累積の理論に依拠する場合につき後述四三参照)。

例外類型2にはほぼ相応する、被告人と犯人との同一性 (identity) の立証について。他の例外類型よりも高度に特殊かつ類似することが要求され、そのレベルはしばしば署名や指紋ほどとも称される²⁸⁾ が、実際の要求レベルは法域等によって若干異なる²⁹⁾。学説においては、「犯行態様が高度に特殊かつ類似するので十分に同一性推認力を有する場合 (when the modus operandi [of the two crimes] is sufficiently distinctive and similar to be substantially probative of identity)」という、今回の判例Iと似た表現をとるものも見受けられる³⁰⁾。なお、性犯罪事案の場合は、前述の別枠に基づき、通常は、前科・余罪が同種 (すなわち性犯罪) でさえあれば手口や状況の類似性は要求されない (413条, 414条)³¹⁾。

例外類型3にはほぼ相応する、動機 (motive) 等の立証について。動機立証に用いる場合は、類似状況の下での類似行為を必ずしも含まなくてよいと解されている³²⁾。また、共通計画 (common plan) の立証とは、共通した1つの計画

27) MUELLER & KIRKPATRICK ON EVIDENCE, *supra* note 21, § 4.17, at 211.

28) ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 21, Ch. 4, at 129; MUELLER & KIRKPATRICK ON EVIDENCE, *supra* note 21, § 4.17, at 213. 例えば United States v. Howe, 538 F. 3d 842, 849-850 (8th Cir. 2008) では、強盗の際に被害者を裸にする手口が「指紋並みに特異かつ特殊である (so unusual and distinctive as to be like a signature)」という許容基準をみたすとされた。Cf. *e.g.*, United States v. Price, 516 F. 3d 597 (7th Cir. 2008).

29) ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 21, Ch. 4, at 129. 犯行の状況・手口の類似性の程度のほか、場合によってはその回数も問われうる。なお、手口の特殊性に加えて「その回数が相当程度であるとき、はじめて証拠とすることが許されるであろう」とする平野龍一『刑事訴訟法』239頁 (有斐閣, 1958) も参照。

30) LILLY ET AL., *supra* note 21, § 3.6, at 95.

31) ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 21, Ch. 4, at 127.

32) MUELLER & KIRKPATRICK ON EVIDENCE, *supra* note 21, § 4.17, at 210, 212; ROTHSTEIN ET AL., *supra* note 21, Ch. 4, at 135. 特性 (propensity) に関わるもの (類似性あれば許容。例えばいわゆる浴槽の花嫁事件—R. v. Smith (George)

の下で各犯罪がなされたというその繋がりを示すもので、この場合も特徴的要素や類似性は不要である³³⁾。

加えて、「密接に関連する行為 (inextricably intertwined act)」という括りについて。例外許容するには曖昧すぎる論理として、大半の裁判所はこれを狭く解釈し、通常は全て前述の例外許容枠のいずれかに則り処理している³⁴⁾。

2

次に、イギリス型について。

2003年の刑事裁判法 (Criminal Justice Act [2004年施行] ——以下、特記しない限り同法の条文とする) は、「悪性格証拠の許容性に関するコモン・ロー・ルールを廃止し」(99条)、前科証拠等の原則不許容規定と例外許容規定とを新設した。主な例外としては、両当事者の同意による場合のほか、「両当事者間の重要な争点に関連する場合」と「重要な説明証拠である場合」がある。また、検察官は前科・余罪証拠の詳細や許容理由を事前に (例えば正式公判に付した場合はその後14日以内に) 被告人に告知しなければならず (Criminal Procedure Rules 2005 の35.4条)、裁判所はこのような証拠を重視し過ぎることの危険等について陪審に説示しなければならない (Judicial Studies Board Specimen Directions の24条 [2003年刑事裁判法施行に伴い改正, 2008年再改正])。以下、類型ごとにみる。

例外類型1・2にはほぼ相応する「両当事者間の重要な争点に関連する場合」

↘Joseph) (1915) 11 Cr. App. R. 229, C.C.A.—で「妻たちの財産を相続するため」という動機立証に用いる場合) と特性に関わらないもの (類似性がなくとも許容。例えば銀行強盗事件で「テロ攻撃 (の資金調達) のため」という動機立証に用いる場合) があるとされる。

33) 例えばテロ攻撃の資金を銀行強盗で調達した場合 (前掲注32)) のテロ攻撃と銀行強盗とは、共通計画を立証するために用いることもある。

34) MUELLER & KIRKPATRICK ON EVIDENCE, *supra* note 21, § 4.15, at 200. 密接関連性で別扱いにすれば404条(b)の告知要請を免除する効果はある。しかし、404条(b)の動機等として許容すればよく、また、結局のところ法律関連性の一般条項 (403条) は適用されるから、密接関連性枠を適用すべき理由は殆どない (LILLY ET AL., *supra* note 21, § 3.6, at 97)。もっとも、わが国とは罪数の捉え方が違う点にも留意すべきであろう。

(101条(1)(d)) について³⁵⁾。争点事項については、基本的に同種前科証拠のみで類似余罪証拠は使えず、但しそこから「特性 (propensity)」という、署名ほどに特徴的ではないものへの推認を認める (103条(1)(2))。例えば2006年の判例では、乱闘で被害者の腹部を刺して殺害したという殺人の事案で、2件の同種前科として、過去に人を刺したこととナイフを使って強盗を行ったことが、被告人と犯人との同一性立証のために証拠許容されている³⁶⁾。さらに、この例外類型については、「重要な争点に関連する」という法定要件を満たす場合にも、なお裁判所による裁量的証拠排除が——被告人の請求によるものと職権によるものとの2種類——認められている (101条(3), 103条(3))。なお、以上とは別に、偶然累積の理論に依拠する証拠許容がありうる (後述四3参照)。

例外類型3にはほぼ相当する「重要な説明証拠である場合」(101条(1)(c)) について。典型例は動機の立証である。この例外類型では、同種前科証拠以外に類似余罪証拠も (未起訴のものも含めて) 使用できる。重要な説明証拠とは、①それがなければ、裁判所ないし陪審が他の証拠を適切に理解しがたく、かつ、②事件全体を理解するにあたってその価値が大きい (substantial) ものをいう旨、法定されている (102条)³⁷⁾。ただ、この例外類型については、「重要な説明証拠」という要件を満たす限り、基本的に裁判所の裁量的証拠排除の余地

35) 実務上は、この類型をめぐる事案が重要で、実際に相当数の許容例がある。2007年の調査統計によれば、検察官による証拠提出要求に対して、全部許容が45%、一部許容が22%、不許容が33%である (SPENCER, *supra* note 18, at 29)。

36) R. v. Brima (Jimmy) [2006] EWCA Crim 408, [2007] 1 Cr. App. R. 24. See SPENCER, *supra* note 18, at 77.

37) SPENCER, *supra* note 18, at 65. 例えば、2005年の R. v. Highton; R. v. Van Nguyen; R. v. Carp [2005] EWCA Crim 1985, [2006] 1 Cr. App. R. 7では、家のなかで大麻を栽培したかどでその家に住む兄弟2人が起訴され、うち1人については大麻と栽培機具に指紋が付着していたため自認していた場合に、残る1人についてこの犯罪への関与を証明するために彼にヘロイン等の使用歴があるということが証拠許容されるか否かが問われた。(1審は許容したが) 控訴審は証拠不許容とした。背景説明証拠ではあるが、事件の核心に関わるものではないとの理由による。See also Roderick Munday, *What Constitutes "Other Reprehensible Behaviour" Under the Bad Character Provisions of the Criminal Justice Act 2003?* [2005] CRIM. L.R. 24.

はない³⁸⁾。

加えて、「一連の行為 (res gestae)」の扱いについて。これは、アメリカ法では例外類型（特に common plan の枠）に取り込んで処理されるところ、イギリス法ではそもそも前科証拠等排除法理の適用外とされ、その結果、被告人への告知要請や陪審への説示要請が外れる³⁹⁾。但し、コモン・ロー上の裁判所の裁量排除権限には服するので、そこで謂わば実質的に制約を受けることになる。

3

「偶然累積の理論」とは、偶然では決してありえない頻度で類似事実が重なる場合に、それらの類似事実を総合することで論理的に導き出される推認については悪性格推認を介在させないものとして許容するという、類似事実立証許容の理論構成である（前述三1）。英米法で伝統的に論じられてきたが、現在その射程には、アメリカ型とイギリス型とで若干の差異が生じている⁴⁰⁾。

38) SPENCER, *supra* note 18, at 23, 66.

39) アメリカ法では例外許容類型「common plan あるいは motive」扱いの「銀行強盗の逃走用の車両窃盗」は、イギリス法では、銀行強盗のために車両を（その持ち主の同意を得て）借りたのと同じ位置づけをもって、「一連の行為」枠で処理される。但し、次段階として、証明力があるかは別論である。DENNIS, *supra* note 21, § 19-007, at 813; TAPPER, *supra* note 21, Ch. VIII., at 377; SPENCER, *supra* note 18, at 61. See also PHIPSON ON EVIDENCE, *supra* note 21, §§ 19-15 to -22.

40) 2 JOHN HENRY WIGMORE, EVIDENCE IN TRIALS AT COMMON LAW (James H. Chadbourn revisor, 1979), at § 302; for US & UK, Edward J. Imwinkelried, *The Evolution of the Use of the Doctrine of Chances as Theory of Admissibility for Similar Fact Evidence*, 22 ANGLO-AM. L. REV. 73, 89 (1993); for US, Paul F. Rothstein, *Intellectual Coherence in an Evidence Code*, 28 LOY. L.A. L. REV. 1259, 1261-62 (1995); for UK, ARCHBOLD, *supra* note 21, at §§ 13-38 to -42. See also Edward J. Imwinkelried, *The Use of Evidence of an Accused's Uncharged Misconduct to Prove Mens Rea: The Doctrines Which Threaten to Engulf the Character Evidence Prohibition*, 51 OHIO ST. L.J. 575 (1990); Edward J. Imwinkelried, *The Dispute over the Doctrine of Chances: Relying on the Concept of Relative Frequency to Admit Uncharged Misconduct Evidence*, CRIM. JUST., Fall 1992, 16; MUELLER & KIRKPATRICK ON EVIDENCE, *supra* note 21, § 4.17, at 214; LILLY ET AL., *supra* note 21, § 3.6, at 92-93.

まず、アメリカ型について。故意等の立証においては、少なくとも実務上、偶然累積の理論を適用する余地があると解されている（例えば被告人の撃った銃の弾丸が同一被害者の頭部をかすめるという誤射が異常に重なった場合、それは過失ではなく故意によるものである、あるいは、被告人の保護下において子供たちの事故死が異常に重なった場合、それは事故ではなく犯罪〔殺人〕である。説明枠組としては、これを前述四1の例外類型枠〔例外類型1の intent, absence of mistake, lack of accident 等〕に取り込む見解と別枠で捉える見解の双方がみられる）。他方、被告人と犯人との同一性立証においては、現在のところ偶然累積の理論は基本的に適用されていない（例外類型2の「手口の顕著性・類似性」基準を満たすほかない）。

次に、イギリス型について。偶然累積の理論の適用対象として、伝統的には故意等の立証が念頭におかれていたが、その後1970年代には被告人と犯人との同一性立証の方へも拡がりをみせる（例えば被告人が犯人であると疑われる強盗事件が異常に重なった場合、被告人の犯人性を推認させる情況証拠として相互に証拠許容しうる）⁴¹⁾。偶然累積の理論における各類似事実の「類似性」と2003年刑事裁判法における「特性 (propensity)」との区別は困難であるが、偶然累積の理論による証拠許容は、論理的推認によるものとして、2003年刑事裁判法による特性を介した証拠許容とは別途に在ると解されている⁴²⁾。

偶然累積の理論をめぐるのは、上記のような立証場面の射程差や各事実間に要求される類似性の程度のほか、「偶然ではありえない」とされる具体的頻度等々がなお論じられており、その背後には、同理論が果たして悪性格推認でな

41) R. v. Boardman [1975] A.C. 421 を契機として、R. v. Tricoglus (1976) 65 Cr. App. R. 16; R. v. Scarrott [1978] 1 Q.B. 1016. さらに近年のものとして、R. v. Wallace [2007] EWCA Crim 1760, [2007] 2 Cr. App. R. 30; R. v. Freeman [2008] EWCA Crim 1863, [2009] 1 Cr. App. R. 11. See also R. v. Chopra [2006] EWCA Crim 2133, [2007] 1 Cr. App. R. 16; R. v. McAllister [2008] EWCA Crim 1544, [2009] 1 Cr. App. R. 10.

42) DENNIS, *supra* note 21, at § 19-021; Fortson & Ormerod, *supra* note 21. See also Mike Redmayne, *Recognising Propensity* [2011] CRIM. L.R. 177.

いと言い切れるのか、特性や習慣により偏在する偶然と区別しうるのかといった原理的疑義が付き纏っている⁴³⁾。

五 結びにかえて

1

例外類型2（同一性立証）において、アメリカ型では、前科・余罪証拠ともに使用可能である一方で許容の基準を比較的高く設定し、イギリス型では、（偶然累積の理論による場合は別として）基本的に前科証拠のみに絞る一方で許容の基準は特性（propensity）という低めに設定する。伝統的コモン・ロー理解に近いのは今日ではアメリカ型の方であり、これを裁判官の裁量に過度に依拠するシステムとみて「修正」したのがイギリス型であるといえる⁴⁴⁾。

わが国では、従来から英米法由来の前科証拠等排除法理を採用してきたが、最高裁昭和41年判決が例外類型1の、かつ同種前科の事案であったため、全体枠組としてアメリカ型に属するかイギリス型に属するかは不分明であった（そもそも昭和41（1966）年時点ではアメリカ型とイギリス型は未分化であった）。このたび判例Iでは、例外類型2で前科証拠を用いるに際して、顕著な特徴と相当程度の類似性という高めの許容要件を最高裁として初めて提示し、アメリカ型を選択する旨を示した。ただこの時点では、余罪証拠の扱いは射程外となっていたところ、判例IIが、例外類型2において判例Iと同要件を満たせば

43) See Rothstein, *supra* note 40, at 1262-65.

44) かつて Glanville Williams は、裁判官が前科証拠等の許容を厳格に制限する伝統的コモン・ローについて、「この部分の証拠法の機能によって裁判官が大幅に陪審評決をコントロールできる」のであり、「裁判官は証拠に証明力があるか否かの彼の意見——この証拠に基づいて有罪にすることが正当かどうかという彼自身の意見を意味する——によって大いに左右されるに違いない。…かくして類似事実証拠法は、判断の責任の大部分を裁判官に移動させる一種の見せかけの手段にほかならない」と述べていた（ウィリアムズ・前掲注21）190頁）。2003年刑事裁判法の立法過程においても、伝統的システムについて、裁判官の裁量に過度に依拠することの問題性が指摘されていた（LAW COMMISSION, *supra* note 21, §§ 4.44-4.46）。さらに、証拠能力判断に際して他証拠を勘案することへの嫌忌も、「修正」の一因であるように思われる（前述三2(3)及び注18)参照）。

余罪証拠も使用可能であることを示して、アメリカ型の選択を再確認した。

2

判例Ⅱの事案は併合審理中の余罪を扱ったものであり、未起訴あるいは起訴されても併合されていないものの扱いについてはさらに異なる考慮もありえよう⁴⁵⁾。余罪自体に求められる立証レベルも問われうる。また、例外類型2以外における例外許容要件の詳細も、今回の判例Ⅰ・Ⅱからは不明である。アメリカ型であれば、今後、未起訴の余罪も許容され、例外類型2以外の許容要件はハードルを若干低く格差づけられることが予測されるものの、その具体像は未だ定かでない。加えて、例外類型1における論理的制約（前述三1(3)）やアメリカ型における性犯罪特例（前述四1）といった犯罪の種類・性質による例外許容射程の差異についての検討も、全体のありようを考えるうえで欠かせない。

さらに、判例Ⅱの補足意見が示唆した「偶然累積の理論」については、英米法では伝統的にある程度承認されてきたものなお異論はあるうえ、そもそもアメリカ型の下では、故意等の立証の場面では格別、今回の判例Ⅰ・Ⅱのような同一性立証の場面では基本的に適用されていないことにも、留意する必要があるだろう。

※付記 本稿の執筆に際して、高野隆氏（第二東京弁護士会）及び前川拓郎氏（大阪弁護士会）より貴重な御教示・御高配を賜った。心より感謝・御礼申し上げる。

45) 従前の例として、未起訴余罪につき和歌山カレー事件前掲三2、上訴審に別途係属中の余罪につきロス疑惑事件前掲注13)がある。前者の種類に関しては、理論上、不告不理原則との抵触についても検討する必要がある（松尾浩也・前掲注14)18頁）。注22)も参照。さらに英米法では、とりわけ偶然累積の理論との関係で、無罪判決を受けた類似事実の扱いも問題となっている（LILLY ET AL., *supra* note 21, § 3.6, at 93; Harris v. DPP [1952] AC 694）。