
種 別： 論説

タイトル： 前科等の類似事実による被告人と犯人の同一性の認定について—平成 24 年、25 年判例の意味するもの—

著 者： 三好 幹夫

所 収： 『上智法学論集』第 59 卷 3 号（平成 28 年 2 月）13-26 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

前科等の類似事実による被告人と犯人の同一性の認定について

—平成 24 年、25 年判例の意味するもの—

三好 幹夫

- 一 はじめに
- 二 前科による予断と偏見
- 三 推認の不確実性
- 四 犯罪事実の特徴の比較
- 五 「それ自体で・・・推認させるようなもの」の意味
- 六 顕著な特徴
- 七 事実認定の問題として
- 八 結語にかえて

一 はじめに

前科に係る犯罪事実による被告人と犯人の同一性（以下「犯人性」ともいう。）の証明⁽¹⁾についての最高裁第二小法廷平成 24 年 9 月 7 日判決

- (1) 本稿の検討は、犯人性を証明の課題とする場合に限定している。人格評価による事実認定の禁止（本文の①部分）の趣旨は、人格評価により、犯人性だけではなく、犯行の動機や原因を推認する場合にも及ぶと解されるが、この点については、本稿では言及しない。また、犯罪の客観的要素が他の証拠により認められる場合の被告人の故意、知情等の犯罪の主観的要素を前科事実等によって認定することは、判例（最三小決昭和 41 年 11 月 22 日刑集 20 卷 9 号 1035 頁）、学説（岩瀬徹「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」刑事判例評釈集（28）206 頁、長沼範良ほか「類似事実の立証」法学教室 338 号 71 頁、川出敏裕「演習刑事訴訟法」法学教室 386 号 162 頁）が一致して許容するところであるが、この点についても、本稿では検討の対象としない。

(刑集66巻9号907頁、以下「平成24年判例」という。)と前科以外の類似する他の犯罪事実による犯人性の証明についての最高裁第一小法廷平成25年2月20日決定(刑集67巻2号1頁、以下「平成25年判例」という。)が相次いで出された。平成24年判例は、住居侵入、窃盗、現住建造物等放火被告事件で起訴された被告人が放火の犯人性を争ったため、検察官が被告人は窃盗で欲するような金品が得られないと立腹して放火に及ぶという前刑と同様の動機により犯行に及んだとして多数の前科関係の証拠を請求し、その採否の判断が一、二審で分かれた事案について、「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べきである。」(①)とし、続けて、「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。」(②)と判示した。また、平成25年判例は、住居侵入、窃盗(未遂を含む)、現住建造物等放火被告事件等の合計20件で起訴された被告人のうち8件の現住建造物等放火(別の2件は自白)の犯人性を争い、原審が、前科に係る犯罪事実のほか被告人の自認する類似事件には特殊な性癖、手口、態様の特徴、特異な犯罪傾向があるとした事案について、②と同旨の説示をした上、「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。」として、類似事実(起訴されていない余罪を含む)による証明についても前科の場合と同様の法理が適用されることを明らかにし、前科に係る犯罪事実と類似事実(以下併

せて「前科事実等」という。)を犯人性の間接事実とすることは、これらの犯罪事実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傾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」とした。その上で、原判決の指摘した前科事実等にみられる色情盗という性癖、手口や態様は「顕著な特徴」といえないとし、また、放火についての被告人の行動傾向は「特異な犯罪傾向」とはいえない上、「そもそも、このような犯罪性向を犯人が被告人であることの間接事実とすることは、被告人に対して実証的根拠の乏しい人格的評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論をすることにほかならず」、許されないとして、①と同じ趣旨を二度までも判示した。

これらの平成24年、25年判例により、前科事実等による犯人性の立証について、前科事実等から被告人の人格的評価をし、この人格的評価に基づいて被告人が犯人であることを推認することが禁止されること(①)、例外として前科事実等を犯人性の証明に用いるのは、前科事実等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場合でなければならないこと(②)が明らかになった。

これらの平成24年、25年判例⁽²⁾には、二つの重要な視点が含まれている。

(2) 両判例の担当調査官による解説として、岩崎邦生・法曹時報65巻12号147頁、同66巻8号291頁がある。その他の評釈等として、平成24年判例について、内田博文・判例評論657号32頁、中川武隆・刑事法ジャーナル35号185頁、佐藤隆之・平成24年度重要判例解説184頁、吉川崇・研修774号19頁、辻昌文・研修772号73頁、前田雅英・警察学論集65巻11号155頁、平成25年判例について、堀江慎司・平成25年度重要判例解説194頁、松田岳志・判例評論662号31頁、玉本将之・研修779号13頁、成瀬剛・刑事訴訟法の争点154頁、なお、両判例後の論考として、野口佳子「同種前科・類似事実による立証」安廣文夫編著『裁判員裁判時代の刑事裁判』213頁、古江頼隆・事例演習刑事訴訟法(第2版)257頁参照。

二 前科による予断と偏見

一つは、刑事裁判において、前科という烙印が判断者に与える予断や偏見を防止する必要性である。裁判員裁判の法廷を思い浮かべてみよう。前科は、その存在を消し去ることはできないが、ある前科を根拠として、被告人にそれと同じような犯罪傾向があるのだと指摘されると、それが目に見えないものであるだけに、なんとなくそうかと思わせるところがあり、實際上、被告人は、容易に反論することのできない立場に置かれることになる。市民として参加する裁判員に対し、法廷でそのような前科が明らかになることがもたらす衝撃は相当に大きなものであり、被告人の人格に対する評価や見方を一気に大きく損なうことになるが、その損なわれたイメージを元通りに回復させるすべはなかなか見つからない。その前科の内容について、法廷で問われると、被告人の供述は、時にしどろもどろになり、触れてほしくない過去の出来事であれば、一層混乱し、甚だ好ましくない印象を裁判官や裁判員に与えて、被告人質問を終えることにもなる。弁護人としては、その前科の事件について、被告人に有利な情報を収集しようと試みるものの、過去の出来事であるだけに、得られる情報には限界がある。前科が多数あればあるほど、なおさらである。特に、前科のある者に触れる機会の少ない市民を前にして、前科を巡ってこのように論争となるような事態は、できる限り避けるに越したことはない。もっとも、前科と異なり、類似事実にはこのような被告人の人格に対する評価等を一気に損なうようなおそれは少ないであろう。しかし、被告人による犯行が一度あるとすれば、二度目もあるに違いないというような予断や偏見の危険性は、前科の場合と同じようにあるといえよう。

三 推認の不確実性

もう一つの視点は、前科事実等から、被告人の人格（性格、性癖、性向、傾向、以下「人格等」という。）を推認（想定）した上で、その人格等から起訴事実を犯したことを更に推認することの正当性、すなわち、その推認の不確実性であり、推認力の本質的なせい弱性である。平成24年、25年判例により、これには「実証的根拠が乏しい」とされた。「実証的根拠が乏しい」ということの意味には明らかでないところもあるが、罪を犯す原因となる人格等の存在やその人格等が当該犯罪に導くという連鎖は、現時点では科学的に実証することはできないという前提に立った上での判示とみられる⁽³⁾。例えば、被告人に色情犯的傾向があることについて、心理学や精神医学による専門的意見が得られることはあっても、そこには科学的に実証的根拠があるといえるものはないという考えに立っている。将来において、犯罪に陥る遺伝的な素因が明らかになるようなことはあり得るであろうが、それは、ここで問題としている前科事実等の存在から推認するといった構造のものではないから、その意味で前科事実等の存在とは無関係であり、また、その素因により犯罪の実行がもたらされることが実証的に明らかになるとは考えられない。それらが科学により実証的に明らかになるのであれば、前記のような推認は否定されないことになるはずであるが、それを論じてみても、余り意味はない。

このようにして、平成24年、25年判例によれば、被告人の前科事実等を再間接事実としてその人格等を推認すること、その人格等を間接事実として被告人の犯行を推認することは、いずれも明確に否定され、禁

(3) 両判例の担当調査官は、「被告人の『犯罪傾向』を介する推認過程は経るものの、その推認過程に実証的根拠があり『不確かな』ものでないといえる場合は、現在の科学水準では容易に想定し難い」と述べている（岩崎・前掲法曹時報65巻12号208頁）。

止される。したがって、そのような推認に用いるための前科事実等の証拠には、刑事法上の証拠能力はないことになる。

四 犯罪事実の特徴の比較

しかし、このような否定や禁止の趣旨は、前科事実等の犯罪事実と起訴事実の客観的な特徴を比較し、その特徴が一致する程度に着目して被告人の犯行かどうかを判断する資料とする場合には、もともと当てはまらない。人格等とは切り離された外形的な事実相互の特徴の比較であって、人格等の推認やそれに基づく犯行の推認という過程を経るものではないからである。そうしてみると、平成 24 年判例の「実証的根拠の乏しい人格評価」によることの回避を要求する 1 文 (①) と次の前科事実等の「顕著な特徴」と起訴事実と「相当程度類似」することを要求する 1 文 (②) との間には、論理必然的なつながりがないことが分かる。しかし、人格の推認等を経ないからといって、当事者のなすがままにそのような前科事実との比較をすることを刑事訴訟において安易に許容することはできない。なぜならば、冒頭に挙げた一番目の視点との関係、すなわち、前科事実等を問題とすることの予断や偏見の防止といった関係ではやはり大いに問題が残るからである。ここに、前科事実等について広く証拠能力の規制を必要とする契機がある。

そこで、平成 24 年、25 年判例は、許容すべき場合を、前科事実等に「顕著な特徴」があり、その特徴が起訴事実と「相当程度類似」する場合に局限した。これは、前科事実等の証拠能力についての最高裁判所の法解釈上の判断であるが、刑事法の条文についての解釈から必然的に導き出されるというのではなく、最高裁判所が法令解釈を統一する権限に基づいてなした法原則の明確化ないし宣言である。最高裁によるこの限定により、前科事実等に「顕著」とはいえないような特徴がある場合であるとか、「顕著」といえる特徴があったとしても、その特徴との類

似性が「相当程度」に達しない場合には、犯人性を要証事実とする前科事実等の証拠能力が否定されることになったわけである。平成24年判例の意図は、この「顕著な特徴」と「相当程度の類似性」を要求することにより、推認力の乏しい間接事実による推認を排除して適正な事実認定を確保しようとすることにありと解されるが、実務上の最大の問題は、どのような場合に「顕著な特徴」があるといえるかである。

五 「それ自体で・・・推認させるようなもの」の意味

その前に、平成24年判例が、「顕著な特徴」と「相当程度の類似性」を要求した上で、さらに、「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」としていることについて検討する必要がある。この「それ自体で」ということの意味はやや理解が難しい。

平成24年判例は、前科事実等の「顕著な特徴」が起訴事実と「相当程度類似する」ことを求めているのであって、顕著とまではいえないような特徴が起訴事実と「一致する」だけではその要求を満たさない反面、前科事実等の「顕著な特徴」が起訴事実と「一致する」ことまで要求するものではない。「それ自体で」という文言は、前科による認定の許容される場合が相当限局されることを重ねて強調したものであることは確かだが、「それ自体で・・・ようなもの」とするところからみても、「それだけで」（類似性という間接事実単体で）というまでの強力な推認力を要求する趣旨ではないと解される⁽⁴⁾。そうはいつても、犯人性を認定するについて、ある程度の推認力があるというのでは足りないことは

(4) 岩崎・前掲法曹時報66巻8号310頁参照。なお、手口の特殊性について、両判例が参考にしたとみられるアメリカ法においても、判例上は、マコーミックのいう「署名のように（like a signature）」極端な特殊性までは要求されていないという。岩崎・前掲法曹時報65巻12号170頁参照。

もちろん、相当程度の推認力があるというのでも足りないと解するほかないワーディングである。ましてや、何らかの推認力があり、他に有力な間接事実があって、それと相まって、あるいは、それによる推認の補強とするような、従来からみられた手法は明確に否定されたとみるべきであろう。

平成25年判例では、この「それ自体で」という語句がなくなっており、もとより意図的に欠落させたものと考えられるが、それは、類似事実については前科の場合よりも推認力の弱いものであってもよいこと⁽⁵⁾を承認することを意味し、その拘束を緩める趣旨と受け止めてよいと思われる。

六 顕著な特徴

そこで、問題の「顕著な特徴」についてである。以前に、ブランクキー（いわゆる生キー）を加工して自動車のトランクキーボックスからエンジンキーの合鍵を作成して自動車窃盗を行う事件が横行したことがある。この場合、被告人がそのような技術を習得していることから、被告人が当該自動車窃盗の犯人であることを推認する一つの間接事実とし、他の事情と相まって被告人を犯人と認定することは、裁判実務上よく行われていた。このような認定は、平成24年、25年判例の下では、もはやできないことになるのであろうか。一番目の視点からいえば、そのために前科に言及することはやはり相当でないともいえる。しかし、被告

(5) 類似事実については、前科事実と異なり、類似性のほか、同時に犯行の近接性が問題となることが多いが、その場合、類似性が近接性と相まって犯人性を推認させる構造になると考えられる。この場合、類似性は単体としては「それ自体で」犯人性を推認させるほど強力である必要はないから、類似事実について「それ自体で」を取り除いたのは適切であったと思われる。そう考えると、平成25年判例が「それ自体で」を取り除いたのは、類似事実の特殊性によるものであり、前科事実については、特段の影響を及ぼすものではないことになる。

人のこれまでの前科内容を資料として被告人がそのような手口を使う技術を持っていることを認定するものであり、被告人が罪を犯したこと自体を取り上げるものではない⁽⁶⁾。そのような技術を持っていることを認定する確実な証拠がたまたま前科証拠であったともいい得る事例である。同じようなことは、他にも少なくない。実務上も例があったと推測されるピッキングの技術を持っていること、その中でも特に高度のピッキングの技術を習得していることを間接事実として使用する場合であればどうか、ヒ素やトリカブトのような特殊な薬品を使っていることはどうか、パールで鍵を破壊するのはよくあることとして、火薬を使用して爆破するのであればどうか、等々である。これらは、いずれも、平成24年、25年判例のいう「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」がない場合であり、その認定を許したとしても、平成24年判例のいう「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の評価を加え、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に等しく」とか、平成25年判例のいう「被告人に対して実証的根拠の乏しい人格的評価を加え、これをもとに犯人が被告人であるという合理性に乏しい推論することにほかならず」というような評価が妥当する事例ではない。実務的な感覚からは、相当の推認力（証明力）のあるこれらの犯行手口の共通性を事実認定の資料から排除することに抵抗を感じることは否めない。

一方で、諸般の事情を総合考慮した上でそれぞれの事案においてその前科事実等を用いることの正当性を評価するというような利益衡量的な

(6) アメリカ法においても、連邦証拠規則404条(a)は、性格の立証を原則として禁止し、同条(b)は、他の犯罪の証拠を悪性格の立証に用いることを禁止する一方、動機、機会、意図、予備、計画、知識、同一性等のような他の目的に用いることを許容している。田邊真敏・アメリカ連邦証拠規則44頁、岩崎・前掲法曹時報65巻12号167頁、中川・前掲188頁参照。平成24、平成25年判例以降の我が国の判例がこのような例外を許容する方向に向かうかどうかは、現時点では明らかでないというほかない。

考え方も成り立ち得ないわけではないと思われる。しかし、「顕著な特徴」かどうか、「相当程度の類似」するかどうかは、微妙さは避け難いとはいえ、証拠能力に関わる問題であるから、訴訟進行の場においてできる限り明確でなければならない。訴訟進行の場というものは、明確な準則により支配されるべきものであって、原則的に利益衡量論が妥当するような領域ではないともいえる。第一審における顕著性や類似性の判断に誤りがあったとした場合、控訴審における事後的な利益衡量的な判断において救済されることがないとはいえないが、原則論は確固たるものである必要がある。

やはり、平成24年、25年判例は、「顕著な特徴」と明確に枠を設けたのであるから、その趣旨は、かなり強い限定を付することにあるというほかなく、前記事例において、(高度のものは別として)単なるピッキングの技術を持っていることなどは、他により有力な間接事実があって、その推認を支える間接事実の一つとして使用するような場合であっても、許容されないと解するべきであろう⁽⁷⁾。もっとも、事実認定に供されるのが、前科事実ではなく、類似事実であるとするならば、一番目の視点からの要請は、もともとそれほど強いものではないことをも念頭に置いて緩やかに判断することは許容してよいように思われる。平成25年判例は、その法廷意見をみる限り、類似事実について、特に前科事実との間に取扱いの差異を設けることを許容してはいないものの、金築誠志裁判官の補足意見を考え合わせるならば、そこに差異を設けることを承認していないと断じるべきではないと思われる。

(7) 下級審裁判所も、本稿と同様に、「顕著な特徴」という要件は、相当に厳格に理解すべきものと受け止めているようである。横浜市の同じ区内で2時間以内に連続して発生した、女性が一人で歩いているところに背後から自動車を衝突させる強姦致傷等の二つの事件について、平成25年判例後の東京高判平成25年7月16日高検速報3500号は、直近の5年間に全国で同様の手口で起訴された強姦等の罪のうち、同様の手口で犯行に及んだ者は5名にすぎないことを認定しながらも、暗数の存在も見込まれるなどとして、その手口を犯人の同一性の推認に用いることを否定した。

七 事実認定の問題として

1 ところで、平成25年判例の事案については、事実認定の問題としてみた場合、法廷意見とは別の角度から検討すべき点がある。平成25年判例は、ただ1件の放火が問題となった平成24年判例と異なり、約4か月間に連続して、住居侵入、窃盗（以下「窃盗等」という。）に続いてその現場で約1時間から約10時間後までの間に10件（被告人が犯人性を認めた2件を含む。以下、同じ。）の現住建造物等放火の犯行が惹起されたという事案である。その10件において、窃盗等の犯人が被告人であることが証拠により認定できる場合、その際の放火の犯人は被告人かどうかの問題となったのである。この場合、金築裁判官の補足意見が示唆するように、当該事案の放火の犯人性を考える上で決定的に重要であるのは、その事案において、窃盗等の犯人と放火の犯人が別人である可能性がどの程度あるかということである。窃盗等の後に、指紋等の証拠隠滅のため、あるいは、金品が取得できなかった腹いせなどから現場で引き続き放火の犯行に及ぶのは、平成24年判例が強調するように、珍しくはないことであって、何ら特殊なものとはいえず、その意味では、社会的には、窃盗等と放火が一体となって、いわばセットで存在することが少なくない犯罪類型といってもよい。そのような観点から前記10件を全体としてみた場合、窃盗等から最大でも約1時間から約10時間以内に行われた放火について、窃盗等とは別個の犯人による実行可能性がどの程度あるというべきかである。その間が約5時間20分であった平成24年判例の事案において、第一審判決は、「この間に、被告人が侵入して立ち去った後、被告人以外の第三者が何らかの動機でD方に侵入して放火に及んだ可能性を、完全に否定することはできない。」としてその可能性を認めた⁽⁸⁾。平成25年判例の事例においても、平成24年判例の事案がそうであるように、各事件を単体として取り上げるとす

れば、もちろん第三者の犯行の可能性があり得ないわけではない。そうであるとしても、第三者の犯行の可能性が多々あるということでもないのも確かである。その上で、放火10件を全体としてみた場合、被告人が窃盗等の犯行に及んだことが明らかになった窃盗等の現場において、そこに窃盗等の犯人とは別個の人物による犯行の可能性を肯定することの合理性が問われなければならない。被告人に「隠れた共犯者」ないし「被告人が窃盗等の犯行を知っていた事件関係者」がいるような極めて特殊な場合以外は、容易に想定し難いところのように思われる。そうであるとすれば、被告人が窃盗等の犯行に及んだ10件について、窃盗等と放火は同一犯の犯行であると推認することに合理性がないということとはできないように思われる。このような推認は、窃盗等に続く放火という同様の事件が短期間のうちに頻発したことから、窃盗等と放火が一体となった犯行であることを推認し、前者の犯人を後者の犯人と認定するものであって、それぞれの犯行態様等の類似性から犯人であることを推認するというものではない。したがって、平成24年、25年判例の打ち立てた前科事実等による認定を禁止する法理の趣旨とは性質の異なるものであって、必ずしもそれについての規制に服さなければならないものではないように思われる。少なくとも、そのような推認が経験則の赴くところであり、例えば、裁判員がそのように判断したとすれば、その推認を禁止することに合理性を認めることは困難であるに相違ない。このような推認は、自由心証主義の帰結であり、当事者主義に背馳し、あるいは証拠について立証趣旨による拘束を問題としないような局面ではないと解される。金築補足意見が真に意味するところは明らかとはいえないが、その示唆をこのようなものとして受け止めることは誤りではないと思われる。

2 それでは、さらに、その10件のうち2件について、被告人の犯行

(8) この点の評価の相違が控訴審判決の基本的な考え方に影響を及ぼした面も否定できない。

であることが判明したとすればどうか。この場合、2件が被告人の犯行であることから、被告人に窃盗等の後に放火するという犯罪傾向があることを推認するのであるとすれば、平成24年、25年判例の規制に服することになろう⁽⁹⁾。しかし、この場合、素直に考えて、2件が被告人の犯行であることから、被告人に窃盗等の後に放火するという犯罪傾向があることを推認し、その犯罪傾向から被告人が他の8件の犯人であることを推認するという構造にあるわけではない。そう推認すると考えることができないとまでいうつもりはないが、ここで証明すべき課題は、頻発した10件の窃盗等と放火の犯人が同一かどうかであった。もともと、被告人の犯罪傾向に着目していたわけではないから、そのような犯罪傾向を推認するもの、あるいはそのような推認をするに等しいものと考えることには、やや過敏なこだわりがあるように感じられる。頻発した10件の窃盗等と放火の犯人が同一かどうかに着目していたとき、被告人が窃盗等を行った10件のうち2件について別人による犯行ではないことが判明したのであるとすれば、そのことにより、他の8件も別人による犯行ではなく、同一人の犯行であることの推認が一層強まったと考えるのがむしろ心証形成として自然である。そうであるならば、被告人に前記のような犯罪傾向があることを推認するわけではないから、平成

(9) 金築補足意見は、被告人の認める2件の放火の事実を他の8件の放火の間接事実とするという観点について、「他の類似犯罪事実をもって被告人の犯罪傾向を認定し、これを犯人性の間接証拠とするという点で、上記第二小法廷判決が戒める人格的評価に基づく推論という要素を含んでいることは否定できない。」「したがって、基本的には、同判決が示した法理に従うべきであろう」が、この法理は政策的考慮に基づくものであるから、「顕著な特徴」の要件は、事案により、ある程度の幅をもって考えてよい、とする。その上で、限局された範囲の推認であること、前科事実ではなく、類似事実であることも総合的に考慮すれば、当該事案では、「顕著な特徴」の要件を満たしていると解する余地があるという。この補足意見は、理解が難しいが、前記注6に指摘したアメリカ法のような例外を認める方向性を示唆しているわけではなさそうである。本事案において、平成24年判例が否定した人格的評価に基づく推論を許容する方向に踏み出すことが妥当であるとは考えられず、原則を維持したまま、本文のように説明することも可能であるように思われる。

24年、25年判例の規制に服するものではないとする考え方も十分に成り立つように思われる。

八 結語にかえて

平成24年判例は、種々の留保や限定を付することをせず、かなり大胆に前科事実等の使用を禁じる判示をした。裁判員裁判における前科事実等の取扱いに明確な道筋を付ける狙いがあったものとみられ、そのメッセージ性は見事なほど明瞭であったといえよう。それだけに、それまでの実務からみれば、幾分かの唐突さといったものと規制の厳しさが感じられないではない。平成25年の事案は、金築補足意見が指摘したように、平成24年判例を杓子定規に受け止めることには問題があり、同判例の法理を適用するだけでは解決のできない事実認定の問題を含むものであったように思われる。前科事実等による犯人性の証明については、実務に生じる種々の事案について、平成24年、25年判決の示した法理により全てが一挙に解決に導かれるのではなく、第一審が顕著性や類似性の判断をする際、両判決から更に一步踏み出すことを迫られる事案が出現することは容易に予測できるところである。そのような事案において、その第一審判決を受けた控訴審が事後的な立場でどのような判断をするかにまず注目すべきであり、そのような裁判の現場における蓄積が平成24年、25年判例の通有性と限界を決することになるように思われる。事例と判断の集積が待たれるところである。

(本学法科大学院教授)