

# 松本実務研究会（H.25.7.12実施）研究報告(9)

## 「前科をめぐる留意点」

長野地方裁判所松本支部 判事 本 間 敏 広

【設例】女性被害者宅から下着 2 枚と現金約500円（10円硬貨約50枚）を窃取したとする住居侵入、窃盗被告事件について、被告人から押収された下着 1 枚には被害者の DNA 型が付着していたところ、被告人が、①前記金品を盗んだことは認めるものの（犯行現場に遺留されたDNA型が被告人のものと一致した。）、侵入目的は現金窃取にありその下着 1 枚は硬貨を包んで運ぶためにたまたま持ち去ったにすぎないとして、目的の点で検察官の主張（主な目的は女性用の下着であって現金は付随的なもの）と食い違う供述をしている、②その下着 1 枚は外出時に拾ったものだとして犯人との同一性を争っている。

### 第 1 前科証拠の証拠能力

#### 1 問題の所在

犯罪事実を立証するために、被告人の前科（女性用の下着類を盗むという色情盗多数件、うち数件は下着類のほか現金も。）に係る判決書謄本や同前科の捜査段階で作成された被告人の供述調書謄本（以下、これらを「前科証拠」という。）を用いることができるか。

前科証拠による立証の可否については、証拠の関連性（一般に自然的関連性と法律的関連性に分類される。）の問題として議論されている。

自然的（論理的）関連性とは、ある証拠が要証事実の存否を推認させる必要最小限度の証明力を有する蓋然性があることをいう。具体的には、要証事実の有無が特定の証拠によって直接証明し得る場合には、当該証拠が当該要証事実の有無を推認させる最小限度の証明力を有する必要がある、

要証事実を間接事実から推認すべき場合には、当該証拠が当該間接事実の有無を推認させる最小限度の推認力を有する必要がある。例えば、被告人の犯人性（犯人との同一性）が要証事実となっているとき、犯人の顔等を見ておらず、その特定に資する体験を何らしていない被害者を証人として証言させても被告人の犯人性に関する推認力は働かないから、犯人性の証拠としては自然的関連性がないこととなる。

法律的関連性とは、ある証拠が必要最小限度の証明力があるように見えても、事実認定における証明力の評価を誤らせる危険性を有していないかを問題とし、そのような危険性を類型的に有していないことをいう。伝聞証拠や任意性のない自白のように明文の規定がある場合だけではなく、前科証拠による犯罪事実の立証の可否においても同様に法律的関連性が問題となる<sup>1</sup>。

## 2 原則論

過去に犯罪を行ったという事実は、被告人の過去の当該犯罪行為についての有罪認定を基礎づけるものにすぎず、現に問題となっている犯罪事実（要証事実）に対する最小限の推認力（自然的関連性）という観点から証拠能力を否定することも可能であろう。仮に、自然的関連性が肯定されるとしても、前科証拠による立証を許すとなると、被告人に対する不当な偏見を生み出し、事実認定を誤らせる危険がある<sup>2</sup>など（前科証拠による立証禁止の趣旨）、法律的関連性の観点から証拠能力が否定される<sup>3</sup>。

---

<sup>1</sup> 我が刑事訴訟法は、被告人の前科、余罪、その他の悪性格証拠に関する明文の規定を持たないが、このような証拠を被告人が起訴された犯罪の犯人であることの立証に用いることは原則として法律的関連性がないから許容されないと一般に理解されている。これに対し、悪性格立証の禁止という証拠法則を専ら法律的関連性の問題と位置づけることは不可能であるし、悪性格立証の禁止は法律的関連性の問題であるという分類に拘泥しなくても議論は成立し、事実の推論過程に直接関わらない考慮を無理やり「関連性」に押し込む必要もない（「証拠調べの必要性」という概念がある）との指摘がある（笹倉宏紀「証拠の関連性」法律教室364号28～29ページ）。

### 3 例外論

#### (1) 犯罪成立要件の一部を構成する場合

例えば、常習傷害や常習累犯窃盗においては、実務上、前科証拠が常習性という犯罪成立要件の一部を構成する事実の立証に用いられている。

#### (2) 犯罪の主観的要素の認定に用いる場合

犯罪の主観的要素（故意、目的、盗品であることの知情性など）を同種前科の内容によって認定することの適否について、犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる事案で、故意<sup>4</sup>のごとき主観的要素を、被告人の同種前科の内容によって認定しても違法ではないとされている（最高裁昭41.11.22第三小法廷決定刑集第20巻9号1035ページ<sup>5</sup>）。

#### (3) 被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合

前科証拠は、自然的関連性があることに加え、証明しようとする事実

---

<sup>2</sup> 前科証拠によって立証する場合には、被告人が「他の罪」を犯したという事実から、被告人には犯罪を行う悪性格があるという事実を推認し、次にその悪性格から被告人が起訴に係る犯罪事実を行ったという事実を推認するという、二段階の推認過程をたどることになるが、このような推認は証明力が弱く不確実なものであるにもかかわらず、一見強い推認力を持つかのような不当な影響を判断者に与えかねない。

<sup>3</sup> 大谷直人「証拠の関連性」（『刑事訴訟法の争点（新版）』平3，有斐閣）192～193ページ，山崎学「証拠の関連性」（『新実例刑事訴訟法Ⅲ』平10，青林書院）50・52～53ページ，石井一正「刑事実務証拠法第4版」（平19，判例タイムズ社）257～259ページ，園原敏彦「証拠の関連性」（『実例刑法Ⅲ』平24，青林書院）118ページ以下等参照。

<sup>4</sup> 例えば、起訴に係る覚せい剤使用事案において、被告人が覚せい剤使用の事実（故意）を身に覚えがないとして否認し、弁護人もこれを受けて被告人の無罪を主張することがある。覚せい剤は、一般の日常生活において、それが覚せい剤であると知らないうちに誤って体内に摂取されるというようなことは通常あり得ないので、特段の事情がない限り、被告人の尿中から覚せい剤が検出されている（この点は鑑定結果から認定可能）以上は、経験則に照らして、被告人が自らの意思に基づいて覚せい剤をそれと認識した上で摂取したものと推認し、覚せい剤使用の故意を認定することが可能となる。

<sup>5</sup> 本判決の射程範囲について、前掲の園原敏彦「証拠の関連性」131ページは、「もっとも、この判旨は被告人に同種の前科があることが本件について故意を推認する根拠とできるかのようにも読めるが、このように読むべきではない。同種の前科・余罪が知情性や故意の立証に使えるのは、被告人に同種事態に関する知識が既に存在する場合、あるいは偶然に繰り返さないという経験則が妥当する限度であると思われる。」と指摘する。

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証拠能力が肯定され、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は、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有し、かつ、それが起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することから、それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推認させるようなものであるときに証拠能力が肯定されている（最高裁平24.9.7第二小法廷判決刑集第66巻9号907ページ<sup>6</sup>）。

#### 4 前科証拠を犯人との同一性に用いる場合のメルクマール

##### (1) 時間的・場所的接着性

既に見たとおり、前掲最高裁判決では、「顕著な特徴」（以下「手口等の特殊性」という。）と「相当程度類似」（以下「事実相互の類似性」という。）が要求されていることが分かる。もっとも、それ以外の事情をも考慮することができるのかどうか、仮にこれができるとして、どの程度考慮することが許されるのかについて、その判文上から明らかであるということとはできない。

そこで、この点を考えてみると、例えば、前科に係る犯行と今回の犯行の日時や場所が近接している事情があるときは、各犯行が同一人物によるとの推認力を強める方向に作用し得るであろう。そうすると、事案

---

<sup>6</sup> 本判決では、さきのメルクマールが示された上、「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。」「被告人は、本件放火に近接した時点に、その現場で窃盗に及び、十分な金品を得るに至らなかったという点において、前刑放火の際と類似した状況にあり、また、放火の態様にも類似性はあるが、本件前科証拠を本件放火の犯人が被告人であることの立証に用いることは、帰するところ、前刑放火の事実から被告人に対して放火を行う犯罪性向があるという人格的評価を加え、これをもとに被告人が本件放火に及んだという合理性に乏しい推論をすることに等しく、このような立証は許されないものというほかはない。」との事例判断が行われた。

によっては、このような事情との相関関係により、手口等の特殊性や事実相互の類似性がそれほど高度でなくとも、各犯行が同一人物によると合理的に推認することが可能な場合が生じ得るかもしれない<sup>7</sup>。

## (2) 証拠構造との関係

現場遺留 DNA 型や防犯ビデオ映像等により被告人が犯行時刻に犯行場所にいたことが特に問題なく認められるなど、前科証拠が犯人との同一性を立証するための補強的な位置づけにとどまるような場合に限ってこれを用いることが許されるのか否かについて、前掲最高裁判決では特に触れられていない（ただし、同判決の事案でも、被告人が当該放火に近接した時点で犯行現場にいたことが認められる。）<sup>8</sup>。

前掲設例②の場合、例えば、犯行の日時・場所から近接した時点で被告人が警察官から職務質問を受け、所持していた下着 1 枚を拾得物として任意提出したときは、同下着が被害申告に係る下着 2 枚のうちの 1 枚であると認定できること（被害品の同一性）を前提に<sup>9</sup>、被告人が犯行時刻に犯行場所にいたことを合理的に推認可能である（いわゆる近接所持の理論）ならば、前科証拠を犯人との同一性立証のため補強的に用いることが許容されよう。

<sup>7</sup> 吉川崇「判例研究・前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いることが許されないとされた事例」（『研修』774号）19ページ以下は、「前科や類似犯罪に係る証拠を犯人の同一性に用いることができるか否かについては、前科や類似犯罪の手口などの特殊性と、起訴に係る犯罪との類似性を検討の中心に据えつつも、それだけでなく、その他の事情をも勘案して、被告人と犯人との同一性を推認することが合理的か、不当な偏見を与えることにならないか、ということ判断せざるを得ないと考えられる。」と指摘する。

<sup>8</sup> 前掲吉川論文も、「本判决は、本件前科証拠の採否に当たり、証拠構造を考慮したか否か言及しておらず、そもそも、前科や類似犯罪に関する証拠の採否に当たって証拠構造を考慮し得るか否かについては、更なる検討が必要であろう。」とする。

<sup>9</sup> さきの時間的・場所的接着性の議論は前科に係る犯行と問題となっている犯行の被害品（盗品）が異なっている（別個の歴史的事実）ところ、ここでの議論は、当該犯行の日時・場所から近接した時点で被告人が同犯行に係る被害品自体を所持していることを想定するものであって、明らかに前提を異にする。

これに対し、例えば、前記下着1枚が犯行から数週間後に被告人宅から押収されたようなときは、たとえ拾得したとの被告人の弁解を不合理であるとして排斥できるとしても、その弁解の不合理性があることにとどまらず、手口等の特殊性や事実相互の類似性を高度に要求することになろう。そうでないと、心的悪性（過去に色情盗を重ね、そういう犯罪性向を有する人物）を安易に同一性推認の間接事実を用いたなどの批判を受けかねないこととなろう。

なお、例えば、被告人宅から前記下着1枚以外にも他の女性用の下着類が多数発見されたような場合、それを類似事実（同種余罪）と構成して犯人との同一性の立証に用いることは、前科証拠と同様、原則として許されない。既に触れたとおり不当な偏見を生み出す危険があるばかりか、類似事実の存否自体が問題となるなど、事実認定に無用な混乱をもたらすおそれもあり、一層強い理由で証拠能力が否定されるであろう<sup>10</sup>。そして、問題となっている当該犯行を基点としてみた場合、類似事実（同種余罪）といっても、時系列的には、当該犯行の「前」に限らず、その「後」の余罪についても、さきの立証禁止の趣旨が及び得る<sup>11</sup>。

## 第2 量刑判断における前科の位置づけ

### 1 一般情状事実に限られるか、犯情事実にも該当するか。

量刑の判断において前科は一般情状事実としてのみ位置づけられるのか、犯情事実にも当たるのか、という問題である。

---

<sup>10</sup> 同種余罪による立証禁止の趣旨として、前掲の園原敏彦「証拠の関連性」129・130ページは、判断者に不当な影響を与える点を本質的なものと指摘しつつ、「②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、③争点が複雑になって審理が混乱する（本件の犯人性について審理するに当たり、同種余罪の有無について審理しなければならなくなる）ということにある」とする。

そのほか、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巻第1編理論編・少年法編〕」平成23、立花書房）365ページ以下参照。

大別すると次の見解があり得る。すなわち、①特別予防の見地から再犯可能性等（被告人に不利な方向）や更生可能性等（被告人に有利な方向）の一般情状事実として考慮されるとする考え方と、②特別予防の観点のみならず、犯情事実としても考慮されるとする考え方である。

この点、例えば、平成21年度司法研究報告書（第63輯第3号）「裁判員裁判における量刑評議の在り方について」68ページでは、「被告人が過去に犯罪を行ってとりわけ懲役刑の執行を受けたような場合は、その被告人は、一般的には、初犯の犯人が有するであろう、罪を犯してはならないという普通の反対動機のほかに、前刑の感銘力と刑の執行による教化改善の結果を受け入れることにより、およそ二度と罪を犯してはならないという反対動機にも直面していたはずであって、この後者の反対動機をも押し切って再び罪を犯したことで、非難の程度はより重いものがあるということもできる。……こうした場合は、前科の存在は被告人の刑事責任を加重するものであり、犯情として考慮されるということになる」と指摘されているなど<sup>12</sup>、裁判実務においては、前掲②の見解、つまり、前科を犯情事実でも考慮し得るとの考え方を前提にして運用されているといえる<sup>13</sup>。

<sup>11</sup> さきの最高裁判決でも「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はうかがわれず、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。」（注：かぎ括弧内の下線は筆者による。）として当該犯罪後の余罪に触れている。

<sup>12</sup> 例えば、原田國男「裁判員裁判と死刑適用基準」（平21，刑事法ジャーナルN○18）60ページでも、「無期懲役で仮釈放中の再犯の場合は、前科が警告理論の下で責任に還元され、犯情に含まれることになるのである。前科・前歴は、前記のように、一般情状に含まれ、特別予防に関連する量刑要素であるが、行為の属性として犯情にも位置付けることが可能なのである。」と指摘されている。



## 2 犯情事実としての評価方向

前科を犯情事実として考慮する場面において、評価方向として「前科がないこと」を被告人に不利な方向に限って考慮することができるのか、それとも有利な方向でも可能なかどうかについては、必ずしも判然としない。

この点、例えば、「被告人が若年であること」は、教育による更生可能性が高いという意味で、特別予防の観点から、一般情状の要素として被告人に有利に考慮されると見るのが大半であろうと思われるが、前掲司法研究報告書70ページでは、「若年であることは、一般的に、被告人の人格が未熟で反対動機を形成する力が弱く、交友関係などの環境の影響により犯罪に及びやすいという点で、責任非難を減少させる事情の一つとなり得る。」と指摘されており、犯情の要素にもなり得ることを前提とした論述との理解が可能であろう。そうであるとする、被告人の「若年であること」を行為時の反規範性（規範違反の程度）の見地から犯情の要素として考慮することが可能であるならば、理論的には、「前科がないこと」を、一般情状の要素としてばかりではなく、犯情の要素としての考慮も可能なように解されなくはない<sup>14</sup>けれども、この点は今後の更なる刑事法学者及び実務家の研究成果を待つこととし、ここでは問題提起にとどめたい<sup>15</sup>。

<sup>13</sup> もっとも、前掲司法研究報告書68・69ページでは、「以上の考慮に当たっても、前後の行為の時間的間隔や二つの犯行の間の動機の異同、後者の犯行に至った経緯などを総合的に考察して、後者の行為に対する非難の程度が具体的に判断されなければならない、必ずしも、重大な前科があるということのみで直ちに再犯の行為について一定の量刑が導かれるということにはならないと考えられる。」とも指摘されており、併せて留意する必要がある。

<sup>14</sup> 実際、例えば、高山佳奈子「コメント難波宏『前科、前歴と量刑』について」判例タイムズ1238号65ページは、「論理的には、行為時に存在した事情についてはすべて『行為』の属性としても理解できる。……『初回の犯行』であったか『x度目の犯行』であったかもまた、『行為』の属性だといえるであろう。」と指摘する。



---

<sup>15</sup> 実務（特に裁判員裁判）上，当該事案（起訴に係る犯罪事実）の社会的類型性を示す事情によって想定される一定の量刑の大枠（分布）のうち，例えば，その大枠の中で重い部類と軽い部類のいずれに属するかを決するにあたり，前科の有無の点を軽視することができないような場合（量刑分布上，重い部類の被告人には累犯前科や同種前科を，軽い部類の被告人には初犯者や異種前科を確認できるなど），その軽重の差に応じて生じ得る量刑の幅を行為責任等量刑の本質論から合理的に説明するには「前科がないこと」を調整要素（一般情状）としてみるよりも犯情の観点からとらえるほうがすっきりするのではないか，との問題意識である。

もっとも，今後，裁判員裁判が定着し，国民の間に行為責任論的な意味合いでの規範意識が醸成されるならば，「前科がない」というのは当然のことであって量刑上重視（ないし考慮）するまでもない，との扱いに落ち着くかもしれない。