

國學院大學学術情報リポジトリ

判例研究
前科証拠の証拠能力[最高裁判所第二小法廷平成24.9.
7判決]

メタデータ	言語: Japanese 出版者: 国学院大学法学会 公開日: 2024-05-11 キーワード (Ja): 前科証拠, 証拠能力 キーワード (En): 作成者: 高内, 寿夫 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.57529/0002000360

前科証拠の証拠能力

最高裁判所第二小法廷平成二四年九月七日判決

(平成二三年(ホ)第六七〇号・住居侵入、窃盗、現住建造物等放火被告事件)

(刑集六六卷九号九〇七頁、判タ一三八二号八五頁、判時二二六四号四五頁)

高内 寿夫

一 事実の概要

被告人は、平成二二年九月八日、金品窃取の目的で、東京都葛飾区のアパートB荘C号室D方に侵入した上、D所有の現金一〇〇〇円及びカップ麺一個を窃取した上、Dほか一名が現に住居に使用するB荘に放火しようと考え、B荘C号室内にあった石油ストーブ内の灯油を同室内のカーペット上に撒布した上、何らかの方法で点火して火を放ち、同室内の床面等に燃え移らせ、よって、現に人が住居に使用しているB荘C号室の一部を焼損したという住居侵入、窃盗、現住建造物等放火の事実

(以下「本件放火」という)および北海道釧路市内における住居侵入、窃盗の事実(以下「釧路事件」という)で起訴された。本件は裁判員裁判対象事件である。被告人は、本件住居侵入および窃盗については争わない旨述べたが、本件放火については一貫して否認した。

なお、被告人は、平成三年四月七日から平成四年五月一〇日までの間に一五件の窃盗を、平成四年三月二九日から同年六月一三日までの間に一件の現住建造物等放火を行った罪などにより、平成六年四月一三日に、釧路地方裁判所において、懲役八月及び懲役一五年に処せられた前科を有していた。

検察官は、公判前整理手続において、被告人の本件放火は、

窃盗に及んだが欲するような金品が得られなかったことに立腹して放火に及ぶという前科放火と同様の動機に基づくものであり、かつ、前科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あると主張し、この事実を証明するため、前科に係る判決書謄本、前科の捜査段階で作成された前科放火に関する被告人の供述調書謄本一五通、本件の捜査段階で作成された前科放火の動機などに関する被告人の供述調書一通、本件放火の現場の状況及びその犯行の特殊性等に関する警察官証人一名の取調べを請求した。

裁判所（裁判官三名）は、本件放火および前科放火は、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当たらない上、被告人の前科である前科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も考慮すると、このような立証は許されないとし、前記の同種前科に関する検察官の証拠請求につき、判決謄本を情状証拠として採用したほかは、すべて却下した。

裁判員が参加する合議体でなされた第一審判決（東京地判平成二二年七月八日）は、被告人が本件放火の犯人である可能性がかなり高いと考えられるものの、そ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、窃盗および鉋路事件についてののみ有罪と認定した。

これに対し検察官が控訴した。控訴趣意は、前科前科証拠および上記警察官証人は、いずれも本件放火の犯罪を立証する証拠として関連性を有し、取調べの必要性があったにもかかわらず、これらを却下した第一審裁判所の措置は訴訟手続の法令違反に該当し、その結果被告人を本件放火の犯人と認定しなかったのは事実誤認に当たるというものである。

東京高判平成二三年三月二九日（判タ一三五七号二五〇頁）は、前科証拠のうち、前科判決書謄本の取調べ請求を却下した第一審裁判所の措置、並びに上記前科の捜査段階で作成された被告人の供述調書謄本一五通及び本件捜査段階で作成された前科放火の動機等に関する被告人の供述調書一通のうち、本件放火と特徴的な類似性のある犯行に至る契機、犯行の手段方法に関する部分はいずれも関連性が認められ、証拠として採用すべきであったものというべきであり、本件放火との関連性がある部分を特定しないまま、そのすべてを却下した第一審裁判所の措置には、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があるとして、第一審判決を破棄し、事件を東京地方裁判所に差し戻した。¹⁾

原判決の理由は次のとおりである。

「前科放火の大半（二〇件）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する

ことは、住居への放火という類型の一部分に限定される上、前科放火においては、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していくことができる。

さらに、前科放火のいずれもが、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、そのうつ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中で、前科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、同窃盗の被害品は五〇〇円硬貨二枚とカップ麺一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、前科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、この点に関する前科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していくことができる。

このように、前科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、前科放火

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ことができるから、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。」

これに対し被告人は、前科前科証拠は証拠能力を欠き、原判決には訴訟手続の法令違反があるなどと主張して上告した。

最高裁は、裁判官全員一致の意見として、下記のとおり述べて、原判決には刑法三七九条の解釈適用を誤った違法があるとし、この違法が判決に影響を及ぼすことは明らかであり、原判決を破棄しなければ著しく正義に反するものと認められるとして、原判決を破棄し、本件を原裁判所に差し戻した。

二 判旨

破棄差戻し。

「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。

前科放火は、原判決の指摘するとおり、一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、うち一〇件は侵入した室内において、残り一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。本件放火の態様は、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五時間二〇分という時間内に上記の放火現場に侵入し、五〇〇円硬貨二枚とカップ麺一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立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。

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ポイント及び放火の態様の点について、前科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、単に前科放火と本件放火との間に強い類似性があるということとどまらず、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あるのかと解され、その結果前科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のものである。しかし、単に反復実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、前科放火は、間に服役期間を挟み、いずれも本件放火の一七年前の犯行であって、被告人がその間前科当時と同

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一か月間に合計三一件の窃盗（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、これらの窃盗と接合した時間、場所で放火があったという事実がうかがわれず、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。

上記のとおり、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、前科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、前科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。」

三 本判決の解説と検討

(1) 悪性格の立証

本判決は、前科証拠を犯人と被告人の同一性立証に用いる場合について、従来の学説上の理論的枠組みに依拠しながら、証

拠能力が認められる場合の基準を明示した点において、大変重要な意義を有する判決である。⁽²⁾

まず、本判決では、「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。」と指摘されている。

本判決が最高裁としてはじめて「自然的関連性」の概念に言及し、それを証拠としての価値があることと定義した点が注目される。自然的関連性は、平野龍一⁽³⁾によつて証拠能力を制限する理由のひとつとして示された概念であるが、一般に、「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」などと定義されてきた。⁽⁴⁾判決ではとくに要証事実の存否との関係には言及されていないが、従来の自然的関連性の定義を踏襲したものと理解してよいであろう。⁽⁵⁾

なお、本判決では「法律的関連性」の用語は用いられていない。しかし、自然的関連性の説明の後に、誤った事実認定に至るおそれがない点を挙げていることからすれば、実質的に、学説が依拠してきた自然的関連性と法律的関連性という分析枠組みによつてこの問題を捉えているものと思われる。

次に、「前科証拠によつ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つ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。」とする点は、いわゆる学説上の「悪性格の立証」を否定したものと解される。

悪性格の立証が許されるか否かについて、刑事法上、明文の規定はない。悪性格の立証による証拠能力を否定する考え方は、英米法の性格証拠規則 (character evidence rule) に由来するものである。たとえば、一九七五年に制定されたアメリカ連邦証拠規則 (federal rules of evidence) 四〇四条(b)(1)は、「犯罪、不正またはその他の行為の証拠は、特定の場合において、その者がその性格に従って行動したことを立証する目的で、その者の性格を証明するためには許容されない。」と規定している。⁽⁷⁾

悪性格の立証を原則的に許さない考え方は学説上も認められてきた。学説は、前科証拠などによる犯罪事実の立証が許されない理由として、主として、裁判所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性があることを挙げている。⁽⁸⁾

また、学説は、副次的に、こうした証拠は争点を混乱させ、審理を遅滞させたり、被告人に不意打ちを与える危険がある点も指摘している。⁽⁹⁾

本判决では、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ある点および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争点が拡散するおそれがある点に言及されており、従来の学説の考え方に従ったものといつてよいであろう。

また、悪性格の立証の推論過程がいかなるものかについて、本判决では、事案を検討する中で、「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、前科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。」と具体的に示されている。これは、まず、被告人にはかつて放火を行った事実があるので被告人には放火罪を行う犯罪性向があるという人格的評価を加える推論過程があり、次に、被告人は放火を行う犯罪性向を有しているので、今回の公訴事実である放火行為を行ったのは被告人であるとする推論過程があるとするものである。学説上は、悪性格の立証は二重の推論過程を経たものであり、二重の推論過程のいずれも不確実な推論であるにもかかわらず一見すると強い推認力を持つような不当な影響を与える点が指摘されているが、上記分析は従来の学説の理解に依拠したものと考えられる。

(2) 類似証拠による立証が例外的に許される場合

本判决は、犯罪事実の立証に前科証拠が認められる例外について基準を示したものであるが、本判决の意義を分析する前に、これまでの学説および判例の状況を概観しておきたい。学説は、類似証拠を悪性格の立証に用いる場合は誤った事実認定に至るおそれがあるが、類似証拠による立証であっても、悪性

格という中間項を介さずに、誤導のおそれが低いと考えられる場合は証拠として許容してよいとしてきた。⁽¹¹⁾

この例外についても、英米法が参照されている。たとえば、上述したアメリカ連邦証拠規則四〇四条(b)(2)は、「この証拠は、動機、機会、意図、予備、計画、知識、同一性、錯誤の不存在または偶発性の欠陥の証明というような、他の目的のためには許容される。」と規定している。

学説上、類似事実が証拠として許容される場合としては、①前科や常習性が構成要件の一部となっている場合、②故意、目的、動機、知情、計画等犯罪の主観的要素を立証する場合、③類似事実と公訴事実とが日時、場所などにおいて密接不可分に関係している場合、④特殊な手口による同種前等の存在により犯人と被告人との同一性を証明する場合、⑤被告人側が反証として被告人の善性格を立証した場合に、その反証として被告人の悪性格を立証する場合などが挙げられている。⁽¹²⁾

本事案はこのうち、特殊な手口による同種前科等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。これは連邦証拠規則の「同一性 (identity)」を証明する場合に該当する。なぜ、犯罪の内容や手口に特殊性が認められる場合は証拠能力が認められるのか。これは、両者が類似している場合、被告人がそのような犯罪を行う性向を有するという中間項を介在させることなく、両者が類似しているという事実自体から直接に推認可能だからである。ただし、そのように言うためには、犯罪の内容や手口が類似しているというだけでは足りず、その内容

や手口が犯人に特有なものといえる程度に特殊なものであることを要する。⁽¹³⁾

次に、これまでの判例の状況を概観しておく。旧刑訴法下の判例であるが、大審院判大正七年五月二四日(刑録二四輯一五卷六四七頁)は、傷害罪の事案において、「前科ハ其後ニ生シタル犯罪行為ト何等関涉スル所ナク全然過去ノ事実ニ属スルヲ以テ被告カ前科ヲ有スルノ事実証明セラレタル場合ニ其事実ハ或ハ再犯加重ノ原因トナリ或ハ被告ノ性行ヲ判断シ刑ノ量定ヲ左右スルノ根拠トナリ或ハ賭博罪ニ於イテハ被告カ賭博常習者タル身分ヲ有スルヤ否ヤヲ判断スルノ資料トナリ得ヘケンモ公訴ノ目的タル犯罪行為ノ成立ヲ断定スルニ付テハ適当ナラス。」と判示し、前科前科を証拠として援用した原審を破棄している。本判決は、犯罪事実の立証に前科証拠を用いることを原則禁止したものと解されている。⁽¹⁴⁾

最高裁の判例としてこの点に直接触れたものはないが、最小判昭和二八年五月一二日(刑集七卷五号九八一頁)は、特別公務員暴行事件において、検察官が被告人に暴行の習癖があることを立証するために請求した証人につき、公訴犯罪事実に関する証拠調べを終了し、量刑に関する諸般の情状を調査する段階でなされたものであり、情状の立証としては許されるとしている。

最高裁が前科証拠を犯罪事実の立証に用いることを認めたのは、最小決昭和四一年一月二二日(刑集二〇卷九号一〇三五頁、判時四六七号六五頁)である。⁽¹⁵⁾ 本判例は、いわゆる寄付

金詐欺の事案において、犯罪の客観的要素が他の証拠によって認められる中で、前科証拠を詐欺の故意といった主観的要素の立証に用いることを許容した。なお、本判例では、前科証拠を用いることができる理由には言及されていない。

前科証拠を被告人と犯人との同一性の立証に用いる場合については、これまで最高裁の判例はない。裁判例としては、水戸地下館支判平成四年二月二七日(判時一四一三三三五頁)は、強姦致傷事件において、被告人の前々刑および前刑の強姦の犯行の口が本件と酷似していることを被告人の犯人性認定の証拠のひとつとしている。なお、この事案では、被告人と犯人の同一性を立証する証拠として、犯人は被告人に間違いなくする被害者の目撃証言、現場に残された精液の血液型・DNA型と被告人から採取した血液のそれとが同型であるとする証拠などが挙げられており、前科前科が被告人と犯人の同一性を立証する主たる証拠とされたわけではない。

また、前科ではないが、静岡地判昭和四〇年四月二二日(下刑集七巻四号六二三頁)は、同一の列車内において連続して発生したスリ集団による窃盗事案において、現行犯逮捕された九号車における窃盗未遂の事実と七号車における窃盗の事実とは、時間的にも、場所的にも共に接合し、その犯行の態様も同類であって、両罪事実は互いに密接かつ一連の関係にあるものと見られるから、前者が証明された場合は後者の存在を必然的に推理する蓋然性があり、後者も被告人等の犯行であるとする関連性が認められるとしている。

次に、起訴されていない類似事実を被告人の犯人性推認の根拠のひとつとした和歌山毒物カレー事件の和歌山地決平成一年二月二〇日(判タ一〇九八号一〇一頁)、その控訴審である大阪高判平成一七年六月二八日(判タ一九二号一八六頁)がある。¹⁹このうち、控訴審判決では、「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。」と判示している。ここでは、前科証拠として用いる場合の一定の要件が示されているが、特殊な手段、方法による犯罪とは何かにについては明らかとされていない。

(3) 本判決の意義

本判決の意義は、上述のとおり、前科証拠を被告人と被告人の同一性立証に用いる場合について、証拠能力が認められる要件を明示した点にある。本判決は、その基準について、「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。」と判示している。

本判決では、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限定した上で、前科証拠の証拠能力を認める要件として、第一に、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有していること、第二に、前科に係る犯罪事実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が示されている。なお、本判決の要件は二つではなく、①前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有していること、②前科に係る犯罪事実が起訴に係る犯罪事実と相当程度類似すること、③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の三つであるという理解もありえよう。これは、上記判示部分の「かつ」がどこに係ると解釈するかによって異なると言える。ただし、「かつ」によって、前科事実が顕著な特徴を有していることと、前科事実と公訴事実とが相当程度類似することとが連結されていると解釈したとしても、③の要件である「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」が①、②とは別の要件を加味したものとは理解できないのはなからうか。本判決において、事案への適用の場面で②と③との要件を別に分析しているようには思われないことから、ここではとりあえず、二つの要件が示されたものと理解しておきたい。

さて、「前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有していること」とは何か。顕著な特徴の中身については、今後事例が積み重ねられていくことによって明らかとされていくであろうが、本判決では、本事案について、「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ないとしている。なお、本判決の事例分析において、犯罪事実の顕著な特徴の中に「動機」も含まれることが明らかとされている。

次に、第二の要件中の「それ自体で」とはどういう意味か。文脈から、第一の要件と第二の要件とをまとめたもの、すなわち、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有しており、前科に係る犯罪事実が起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することであると解される。つまり、「それ自体で」とは、前科事実と公訴事実という「事実」の比較によって判断するという意味である。

そうすると、前科証拠の証拠能力を許容する要件は、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有しており、前科に係る犯罪事実が起訴に係る犯罪事実と相当程度類似することで、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いうことになる。この意味するところは、先に人格評価による立証を否定していることと併せて考えれば、被告人の人格的特性は考慮せずに、換言すれば、誰が犯罪を行ったのかという点に

つては目隠しをし、客観的に犯罪事実のみを比較して、両事実が同一人物によるものとしか考えられない場合に、前科証拠は証拠能力を有するものとするものと解すべきであろう。本判決が示す基準は明快である。

(4) 習慣証拠について

さて、以上のような推論過程を辿ることが可能な場合に証拠能力が認められるのはなぜだろうか。本判決では、その理由にまでは言及されていないが、事例への適用の場面において若干気になる分析をしているので検討しておきたい。

まず、原判決では、「前科放火——一件の動機は、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であり、上記一件のうち一〇件は、いずれも侵入した居室内において、また残り一件は、侵入しようとした住居に向けて放火したものであり、うち七件は、犯行現場付近にあったストーブ内の灯油を撒布したものである。被告人には、このような放火に至る契機、手段、方法において上記のような特徴的な行動傾向が固着化していたものと認められる。」と判示し、被告人に特徴的な行動傾向が固着化しているという独特の推論によって前科事実と本件公訴事実とを結び付けていた。しかし、犯罪傾向の固着化は、悪性格の立証とは少々異なるとはいえ、被告人に特徴的な行動傾向が固着化していることをもって本件犯行の犯人を被告人とするものであり、推論過程は悪性格の立証と共通する人格の評価を基本としていると考え

られ⁽¹⁹⁾。

これに対し、本判決では、「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、前科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。……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。」と述べ、原判決の判断を否定している。

ここで問題となるのは、事案の適用の場面では否定しているとはいえ、最高裁が、犯罪傾向の固着化という推論自体を否定していない点である。すなわち、最高裁は、被告人に犯罪傾向が固着化していれば証拠能力を認めるという反対解釈が可能な言い回しをしているのである。これをどのように理解すべきだろうか。

この点につき想起されるのは、英米法における習慣証拠 (habit evidence) の考え方である⁽²⁰⁾。習慣とは、特定の反復した状況に対し人が通常示す特定の反応をいい、その反応が半自動的に極めて定常的になっているものをいう⁽²¹⁾。習慣証拠とは、ある者が特定の状況においてある行動したことを証明するために、その者が特定の状況においては特定の行動をする習慣を有するという事実を証拠とすることである。たとえば、公証人が、問題となっている文書に署名したか否か記憶していない場

合であっても、彼が文書に署名するという習慣があるという事実が認められる場合、その事実は、彼が当該文書に署名したことの証拠として許容される。⁽²²⁾ 連邦証拠規則四〇六条は、「個人の習慣または組織の日常業務の証拠は、ある特定の場合に、当該個人または組織が、その習慣や日常業務に従って行動したことを証明するために許容される。」と規定している。つまり、連邦証拠規則では、先に見たように、性格証拠の証拠能力を原則否定するのであるが、一方、習慣証拠の証拠能力は許容するのである。

元来、本判決で示された客観的基準からすれば、最高裁は、原審の示した「犯罪傾向の固着化」の推論過程については、「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」がある場合として明確に否定しておくべきであったと思われる。しかし、最高裁は、原審の行った犯罪傾向の固着化の推論を、あえて、「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と」言い変えた上で、本件にこれが存在するか否かを検討しているのである。また、本判決は、先に分析した前科証拠を被告人と犯人との同一性の立証に用いる場合の基準を示すにあたり、「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（傍線筆者）」として、この基準がひとつの例示であるような表現をとっている。これは、今回の判決において、最高裁が、英米法とくにアメリカ法の考え方を参考にし、性格証拠の証拠能力は原則的に否定するが、習

慣証拠の考え方で否定したものではないことに含みを持たせたものと推察される。⁽²³⁾

なお、習慣証拠の証拠能力は、とくに犯罪事実の立証の場面に用いる場合については、アメリカにおいても、性格証拠との違いが不明である点が問題視されており、また、裁判所も、習慣証拠が問題となる事案について性格証拠と同じであるとして許容しない傾向にあるとされているのであり、一層慎重な検討が必要であろうと思われる。⁽²⁴⁾

また、ここで確認しておきたいことは、本判決において示された基準は、性格証拠や習慣証拠による推論とは関係がないということである。本判決では、「それ自体で両者の犯人が同一であることを合理的に推論させるようなもの」と述べられている。上述したとおり、この推論は、客観的に前科事実と公訴事実とを比較した推論と考えるべきである。この場合の、「合理的推論」とは何かが問題である。合理的というためには、犯罪の内容や手口が類似しているというだけでは足りず、その内容や手口が犯人に特有なものといえる程度に特殊なものであることを要する。⁽²⁵⁾ 原審の判例批評において、門野博は、「犯行の手口」に関して、「客観的に対比することが可能で、それ相應の絞込み効果が期待できるほどの特殊性を持った手口（例えば、こういう手口を思いつく者は他にそうそういないであろうと思わせるような手口）でなければ証明力に乏しく立証を許すことは相当ではない」と指摘している。⁽²⁶⁾ 本判決における「合理的推論」とは、上述したように、前刑前科の事実と本件公訴事実と

を客観的に比較して、その手段方法などから同一人物によるものとしか考えられないという程度の推論とみるべきであろう。

(5) 事案への適用

次に、本判決が上記の基準を事案にどのように適用したのかを確認しておきたい。

まず、「前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有していること」という第一の要件については、「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ない」として、否定している。

また、「前科に係る犯罪事実が起訴に係る犯罪事実と相当程度類似すること」については、「被告人は、本件放火に近接した時点で、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」としている。

そして、結論として、本判決は、「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い」としている。判決では先に指摘したように、原判決の述べた「犯罪

傾向の固着化」についても論じているが、それを否定し、結局、前科に係る犯罪事実が顕著な特徴を有していないことが結論の決め手になったと思われる。

原判決では、「前刑放火二一件の動機は、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る」と述べられており、上述したとおり、「犯罪傾向の固着化」という推論過程によつて前刑前科と本件犯罪事実とを結び付けている。最高裁の基準から改めて原判決の理由を眺めてみると、前科事実の顕著な特徴は、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たる動機としている点にあるものと思われる。しかし、この点については、公訴事実が被告人の犯行であることが立証されてはじめて、今回の犯行もうつぶし晴らしのために行われたと推認することが可能と言わなければならない。⁽²⁷⁾つまり、本事案については、仮に前科事実が顕著な特徴を有していると仮定したとしても、前科事実と本件公訴事実との相当程度の類似性を認めることは困難であるように思われる。

(6) 要証事実との関係―前科証拠の証明力について―

ところで、先述したように、関連性とは、「証拠が要証事実の存否の判断に役立つ蓋然性」であり、関連性は、伝聞証拠同様、要証事実との関係で検討されなければならないものである。それでは、本判決は、要証事実を、「被告人と犯人の同一

性」と解したということであろうか。本判決では、「前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合」とのみ述べられており、要証事実を「被告人と犯人の同一性」であるとしているわけではない。この点は今一歩、踏み込んで分析する必要があると思われる。

ある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は、直接証拠として用いる場合と間接証拠として用いる場合とがある。たとえば、犯人が現場から逃走した傷害事件において、犯行を目撃した者の目撃供述を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合は前者であり、警察犬による臭気選別結果の捜査報告書を被告人と犯人の同一性の立証に用いる場合は後者である。この場合、要証事実に着目してより一層正確に述べれば、前者の場合、要証事実が、「被告人が傷害行為を行ったこと（被告人の犯行状況）」などであり、後者の場合は、「犯行現場に残されていたハンカチーフと被告人所有のタオルとが同一人のものである」という警察犬による臭気選別結果の存在」などである。つまり、ある証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合、それを直接証拠として用いる場合であっても、間接証拠として用いる場合であっても、正確に言えば、要証事実が「被告人と犯人の同一性」であることはない。そして、前者の目撃証言の場合は、直接に公訴犯罪事実を証明するものである。あえて被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合とは言われていない。「被告人と犯人の同一性」という表現が用いられるのは、もっぱら当該証拠を間接証拠として用いられる場合

である。

本事例についてみれば、前科証拠を「被告人と犯人の同一性」の証明に用いる場合とは、まさに間接証拠として用いる場合であり、その要証事実が、「本件放火と共通する特殊な手段方法による前科事実の存在」などと考えるべきである。間接証拠であるから、一般的には、公訴事実と共通する特殊な手段方法による前科の存在のみによつては被告人が犯人であることを立証することはできないと考えるべきであろう。前科証拠は、被告人と犯人の同一性を証明する他の証拠が存在する中において、間接証拠のひとつとして証拠となしうると考えるべきである。

なお、本件では被告人と犯人との同一性を立証する直接証拠は提出されていないことから、本件事案は、情況証拠によつて事実認定を行う場合といふことができる。情況証拠による事実認定については、近時、最高裁が極めて注目すべき判断をしているので言及しておきたい。最小三判平成二二年四月二七日（刑集六四卷三三三頁、判タ一三二六号一三七頁、判時二〇八〇号一三五頁）は、大阪市のマンションで母子を殺害し部屋を全焼させたとして殺人、現住建造物放火などの罪で起訴された事案について、「刑事裁判における有罪の認定に当たっては、合理的な疑いを差し挟む余地のない程度の立証が必要であるところ、情況証拠によつて事実認定をすべき場合であつても、直接証拠によつて事実認定をする場合と比べて立証の程度に差があるわけではない」（最一小決平成一九年一〇月一六日

刑集六一卷七号六七頁）、直接証拠がないのであるから、情況証拠によって認められる間接事実中に、被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれていることを要するものというべきである。」と判示した。⁽²⁸⁾

ここで指摘したいのは、本判決と平成二二年判例との連動性である。すなわち、本判決では、前科証拠の証拠能力について、前科事実と公訴事実とを比較することによって「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」としている。平成二二年判例は、情況証拠の証明力について、「情況証拠によって認められる間接事実中に、被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができない（あるいは、少なくとも説明が極めて困難である）事実関係が含まれていること」を求めている。すなわち、前科証拠についてみれば、その関係は、まず、前科証拠の証拠能力としては、前科証拠は公訴事実との関係において、「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」であり、証明力については、間接事実中に「被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明することができないこと」が求められることになる。上述した通り、前科証拠によって推認される間接事実「本件放火と共通する特殊な手段方法による前科事実の存在」などと考えるべきであるから、この事実を含む間接事実中に「被告人が犯人でないとしたならば合理的に説明できない事実」が含まれていない限り有罪の認定を行うことはできないことになる。一般的にみ

れば、公訴事実と共通する特殊な手段、方法による前科の存在のみによつては、被告人が犯人であることを合理的に説明することは困難であろうと思われる。

(7) まとめに代えて

本判決は、裁判員裁判の対象事件における判断であり、裁判員制度がもたらした変化のひとつと考えてよいのではなからうか。⁽²⁹⁾ 裁判員にとつて、犯罪事実の認定に前科証拠を用いることの意味を正しく理解することは容易ではなく、前科証拠は常に裁判員の事実認定を誤らせる危険性を内包している。⁽³⁰⁾ 本判決は、前科証拠を被告人と犯人との同一性の立証に用いる場合の要件を明示することによって、前科証拠の証拠能力の範囲に限定を加えるものである。

なお、前科証拠を被告人と犯人との同一性の立証に用いることは一切許されないという立場もありえよう。そして、この考え方にも一理ある。なぜなら、検察官が前科証拠を被告人と犯人との同一性の立証に用いようとするのは、被告人が犯人であることを立証する証拠が不十分であると考えからであり、その場合、前科証拠は、被告人と犯人との同一性を立証する主たる証拠とされる可能性が高いからである。本事案の場合も、被告人と犯人との同一性を直接に立証する証拠は存在しておらず、前科証拠は、本件放火が被告人によるものであることを立証する主たる証拠として提出されたものである。すなわち、前科証拠は、実際の事実認定においては、被告人が犯人であるこ

とを直接に立証する証拠として用いられる危険性を常に有しているのである。

上述したとおり、前科証拠は間接証拠として用いられるに過ぎないものであるから、裁判所には、とくに被告人と犯人との同一性を立証する他の証拠が存在しない場合には、それが、被告人と犯人との同一性を直接的に立証する証拠として用いられる危険性があることを念頭に置いて、本判例の基準を厳格に適用することが求められるだろう。

また、裁判員裁判において、本判決の規範に基づいて、前科証拠の証拠能力が認められた場合であっても、それはあくまでも「本件放火と共通する特殊な手段方法による前科事実の存在」が間接証拠として用いられるに過ぎない点を、裁判員に対して十分に説明することが不可欠である。いかに犯行態様が特殊であったとしても模倣犯の可能性は常に存在し、前科証拠は公訴事実を直接に立証する証拠ではないのである。

- (1) 原判決の評釈として、門野博「同種前科による公訴事実の立証を許さなかった原審の措置が違法とされた事例」刑事法ジャーナル三二号(二〇一一年)八三頁、佐藤淳「判例研究」研修七五六号(二〇一一年)一七頁、高平奇恵「悪性格の許容性」法律時報八四巻五号(二〇一二年)一七九頁、広瀬健二「同種前科による犯人性の認定」平成二三年度重要判例解説・ジュリスト一四四〇号(二〇一二年)一八五頁、渡辺咲子「同種前科の判決書を取り調べな

かった原裁判所に訴訟手続の法令違反があったとした事例」明治学院大学法科大学院ローレビュー一六号(二〇一二年)一一三頁、正木祐司「犯人同定証拠としての前科の利用」法学セミナー六八一号(二〇一一年)一三四頁がある。

- (2) 本判決の評釈としては、中川武隆「前科証拠を被告人と犯人の同一性の証明に用いる場合の証拠能力」刑事法ジャーナル三五号(二〇一三年)一八五頁、吉川崇「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」研修七七四号(二〇一二年)一九頁、前田雅英「同種前科による証明」警察学論集六五巻一一号(二〇一二年)一六二頁、田淵浩二「前科証拠を犯人性立証に用いることが許されなかった事例」新・判例解説Watch【二〇一三年四月】一七三頁、岩崎邦生「判批」ジュリスト一四五五号(二〇一三年)一〇三頁などがある。また、上告趣意書については高野隆弁護士ブログ(<http://blog.livedoor.jp/pitakano/>)にアップされており、とくに悪性格の立証についての分析は分かりやすい。
- (3) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、一九五八年)一九二頁。
- (4) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法』[第二版]第七巻(青林書院、二〇一二年)四二七頁[安廣文夫、三井誠『刑事手続法Ⅲ』(有斐閣、二〇〇四年)四一頁など参照。

(5) なお、関連性については、ある証拠とその証拠により直接証明すべき事実との間の関連性、すなわち、証拠が偽造・ねつ造・改変などされていないかという観点(証拠の真正性・同一性)と、ある証拠により直接証明すべき事実と審理における要証事実との間の関連性がある(河上ほか・前掲注(4)四二八頁、光藤景皎「口述刑事訴訟法・中『補訂版』」成文堂、二〇〇五年)一四〇頁。本判例の自然的関連性の定義がたいへんシンプルであるため、上記二種の関連性の両者を含むのか、後者だけを問題とするのかは必ずしも明確ではないが、本事例は証拠の真正性・同一性が問題となる事案ではないから、本判決は、後者すなわち証拠により直接証明すべき事実と審理における要証事実との間の関連性について定義したものと捉えてよいであろう。

(6) 英米法上の悪性格証拠の取扱いについては、足立勝義「英米刑事訴訟法に於ける情況証拠」司法研究報告書五輯四号(法務資料三二二号)(一九五二年)六二頁、楠本英隆「イギリスにおける類似事実証拠」早稲田法学三八卷三三四号(一九六三年)一九頁、同「アメリカにおける類似事実証拠法則の一断面」『斎藤金作先生還暦祝賀論文集』(成文堂、一九六三年)三頁、松岡正章「被告人の悪性格の立証についての一考察」立命館法学五〇号(一九六三年)三四一頁、高田卓爾「同種事実の証拠(1)」大阪市立大学法学雑誌一〇巻一号(一九六四年)一頁、安富潔「余罪

証拠と悪性格の立証」刑法雑誌二七巻三号(一九八六年)五六四頁、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」寺崎嘉博・白取祐司編『激動期の刑事法学―能勢弘之先生追悼論集―』(信山社、二〇〇三年)一〇五頁、伊藤雅人「類似事実による立証について」植村一郎判事退官記念『現代刑事法の諸問題 第一巻第一編 理論編・少年法編』(立花書房、二〇一一年)三六七頁、高平奇恵「イギリスにおける悪性格証拠の許容性に関する予備的考察」法政研究(九州大学)七八巻三号(二〇一一年)六一三頁など参照。

(7) アメリカ連邦証拠規則の翻訳は、田邊真敏『アメリカ連邦証拠規則』(レクシスネクシス・ジャパン、二〇一二年)に従った。なお、連邦証拠規則は、二〇一一年に、条文簡素化を目的とした改正がなされている。

(8) 河上ほか・前掲注(4)四三五頁、平場安治ほか『注解刑事訴訟法・中巻』(青林書院新社、一九七四年)六三一頁、三井・前掲注(4)二〇頁、田宮裕「刑事訴訟法」[新版』(有斐閣、一九九六年)三二七頁、福井厚「刑事訴訟法講義」[第五版』(法律文化社、二〇一二年)三四八頁、伊藤・前掲注(6)三六七頁、佐藤・前掲注(1)一七頁、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』(日本評論社、一九七〇年)一九八頁。

(9) 河上ほか・前掲注(4)四三五頁、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 第一編 証

明」〔日本評論社、一九七〇年〕一六五頁。

(10) 伊藤・前掲注(6)三六七頁。

(11) 門野・前掲注(1)八五頁、伊藤・前掲注(6)三六八頁。

(12) 秋吉淳一郎「同種前科による事実認定」刑事訴訟法判例百選第八版(二〇〇五年)一三五頁、石井一正「刑事実務証拠法」〔第五版〕(判例タイムズ社、二〇一一年)二八二頁、河上ほか・前掲注(4)四三六頁。

(13) 伊藤・前掲注(6)三七二頁。

(14) 辻裕教「同種前科による事実認定」『刑事訴訟法判例百選』〔第九版〕(有斐閣、二〇一一年)一四一頁。

(15) この他、被告人が故意を否認している結婚詐欺の事案において、公判廷で同種前科三犯の内容について説明した被告人の供述を有罪認定の証拠とした事例(大判昭和一五年三月一九日判決全集七輯一二号二六頁、猟銃を使った強盗致死事件において、被告人が事件の前日にも発砲による別の殺人未遂に及んでいたことを、強盗致死の犯意と情状、とくに計画性の関係で立証が許されるとしたとした事例(高松高判昭和三〇年一月一日高判裁判特二卷二二号一一〇三頁)などがある。

(16) なお、この他、被告人と犯人との同一性の立証に用いた場合ではないが、強盗致死事件において、犯行の前日に同一被害者を殺害しようとして未遂に終わったことを、強盗致死の犯意と計画性の立証に用いることを認めた裁判例

(高松高判昭和三〇年一月一日裁判特報二卷二二号一一〇三頁)や、証拠の関連性に直接言及したものではないが、殺人事件において、被告人が本件の犯人であることを推認させる事情のひとつとして、被告人が本件殺人事件の前に同一被害者に対する殺人未遂事件(殴打事件)を実行していることを挙げている裁判例(いわゆるロス疑惑襲撃事件、東京地判平成六年三月二日判時一五〇二号四八頁)などがある。

(17) 田淵・前掲注(2)一七六頁。

(18) さつそく、最決小一決平成二五年二月二〇日(判タ一三八七号一〇四頁、判時二一八〇号一四二頁)は、本件と同様に、被告人が住居侵入、窃盗について自認し、現住建造物等放火について争っている事案において、本判決の基準を具体的に当てはめている。原審(広島高岡山支判平成二三年九月一四日)においては、前科に係る犯罪事実やその他の犯罪事実、ア住居侵入、窃盗の動機について、いわゆる色情盗という特殊な性癖があること、イ住居侵入、窃盗の口口および態様について、①侵入先を決めるにあたって下身をするなど何らかの方法により女性の居住者がいるという情報を得る、②主な目的は女性用の物入手することにある、それ以外の金品を盗むことは付随的な目的である、③家人の留守中に窓ガラスを割るなどして侵入するという特徴を有すること、ウ現住建造物放火について、女性用の物を窃取した際に、被告人本人にも十分に説明でき

ないような、女性に対する独特の複雑な感情を抱いて、室内に火を放ったり石油を撒いたりするという極めて特異な犯罪傾向があることがそれぞれ認められるとした上で、前科証拠等の証拠能力を認め、被告人を現住建造物放火でも有罪としていた。最高裁は、本判決（平成二四年九月七日判決）の基準を示した上で、「原判決指摘アの色情盗という性癖はさほど特殊なものとはいえないし、同イの、あらかじめ下見をするなどして侵入先の情報を得る、女性用の物の入手を主な目的とする、留守宅に窓ガラスを割るなどして侵入するという手口及び態様も、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から、犯人が被告人であることの間接事実とすることは許されないというべきである」と判示し、前科証拠等の証拠能力を否定した。

(19) 高平・前掲注(1)一八〇頁。

(20) J・H・ウィグモア／平野龍一・森岡茂訳『証拠法入門』（東京大学出版会、一九六四年）五八頁。

(21) 田邊・前掲注(7)五五頁。

(22) ウィグモア・前掲注(20)六〇頁。

(23) 吉川・前掲注(2)二九、三〇頁。

(24) 松岡・前掲注(6)四一頁、ウィグモア・前掲注(20)五九頁。

九頁。

(25) 伊藤・前掲注(6)三七二頁。

(26) 門野・前掲注(1)八六頁。

(27) 同八八頁。

(28) 平成二二年判例に規範性を認めるか事例判断として扱うべきかなどを含め、平成二二年判例の読み方について、村岡啓一「情証証拠による事実認定論の現在」浅田和茂ほか編『村井敏邦先生古稀記念論文集・人權の刑事法学』（日本評論社、二〇一一年）六七四頁以下が興味深い分析をしている。

(29) 例えば、最小一判平成二四年二月一三日（判タ一三六八号六九頁、判時二一四五号九頁）では、刑訴法三八二条にいう「事実誤認」の意義について判示する中で、「このことは、裁判員制度の導入を契機として、第一審において直接主義・口頭主義が徹底された状況においては、より強く妥当する。」と述べられている。今回の判決は、直接主義・口頭主義に関係するものではないが、裁判員が事実認定にあたるということが一つの契機となつてなされた判断であるように思われる。

(30) 伊藤・前掲注(6)三七五頁。また、英米法では、陪審員は、被告人が起訴された犯罪を行ったからではなく、被告人が反社会的人間であるから有罪を認める危険性があること、被告人の性格をめぐる攻防が公訴事実から陪審員の注意をそらす危険性があることなども指摘されている（光藤・前掲注(5)一四七頁）。