

悪性格証拠の許容性の判断手順の在り方

高 平 奇 恵

- 1 はじめに
- 2 悪性格証拠排除法則の根拠
- 3 悪性格証拠の許容性の判断手順
- 4 結びに代えて

1 はじめに

悪性格証拠を犯罪事実の認定に用い得るかが問題になった事例を概観すると、公判前整理手続導入前の事例において、悪性格証拠が具体的に事実認定でどのような位置づけになるのかが、審理に先立って十分に検討されたといえる事例は少ないように思われる。これは、悪性格証拠が、前科の場合は量刑資料としては通常用いられること、併合審理される類似事実である場合は、併合審理される事件の事実についての証拠調べが行われることは当然であると考えられること、裁判官が当該証拠を分析・検討すれば適切な位置づけを事後的に判断しうると考えられていたことが影響しているものと推測される。職業裁判官が事実認定をする場合には、とりあえず、検察官の主張・立証を許した上で、当該類似事実が犯罪事実の認定に用いることができるものであるか否かを、その他の証拠調べの結果も踏まえて総合的に判断することがひとつの手法として許容され得るとも主張される¹⁾。

しかし、職業裁判官なら、悪性格証拠を事後的に適切に位置づけ、評価しうるのかという点は、判例等にみられる悪性格証拠の位置づけの曖昧さから疑わしい

1) 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]』(立花書房、2011年) 375頁参照。

といわざるをえない。さらに、事件の記録を読み込み、論理構造を整理しつつ事実認定していくという手法ではなく、法廷で直接見たり聞いたりした証拠から直接事実認定をすることが中心となる裁判員裁判の導入は、悪性格証拠が本来持っている、それゆえに原則として許容されえないという人格評価を介在させた事実認定に陥る危険性を高める可能性がある。悪性格証拠の位置づけについての論理的な整理が、公判前整理手続においても、法廷においても、当然評議の場でもなされる必要がある。これを具体的にどのような手順で実施すべきかについて明らかにすることが本稿の課題であり、この問題について、イギリス法の議論を参考に検討を進めることとする。

この点について、最高裁の平成 24 年判決²⁾について、前科を犯罪事実の立証に用いることについて、悪性格立証として正面から位置づけた上で、「それによって行動がなされたことを立証する目的で、その者の性格を証明するため」に用いることを許容せず、「動機、機会、意図、予備、計画、知識、同一性…を証明するというような他の目的」で用いるのであれば許容されるとするアメリカ型の規律³⁾に類似し、前科等の類似事実の証明力と弊害とを直接衡量してその証拠採用の可否を決するイギリス型の規律とは異なると評価される⁴⁾。確かに、人格評価である性向を介する立証そのものを認める場合があるかという点では、平成 24 年の最高裁はこれを否定しており、その意味では、性向による立証を正面から認めたイギリス型の規律よりも、アメリカ型の規律との親和性が認められる。

もともと、そもそも立証の目的を限定するアプローチが、事前に弊害と証明力とを衡量したものであるとも評価しうるうえ、アメリカの連邦証拠規則は、403 条で、悪性格証拠に関連性が認められる場合であっても、不当な偏見、争点の混乱、または陪審を誤導するような主張、または不当な訴訟の遅延、時間の浪費、又は累積的証拠の不必要な提出を考慮して、証明力がそれらの弊害に劣後する場合には証拠を排除することを規定する。そうすると悪性格証拠を許容しうる一定

2) 最判平 24・9・7 刑集 66-9-907。

3) 連邦証拠規則 403 条 (b) 項。

4) 岩崎邦生「1 前科に係る犯罪事実及び前科以外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の許否 2 前科に係る犯罪事実及び前科以外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が許されないとされた事例」法曹時報 66 巻 8 号 (2014 年) 309 頁。

の例外を類型化して、その類型に該当するとされた後に証明力と弊害の衡量が行われるという手順はイギリスのCJA2003 (Criminal Justice Act 2003) のもとでの判断の手順と共通する。さらに、アメリカでも人格評価を介さない推論過程をたどる立証であるとされる類型に該当するか否か自体が、具体的事例においてはしばしば問題とされるところ、この点について、性向による立証か否かという区別は、イギリスにおいては、一定の内容の説示を要するか否かという点で、CJA2003 施行後も重要な問題であり、これは、日本では禁じられる悪性格証拠による性向の立証に該当するか否かの判断と共通する問題である。その意味で、イギリスの議論を参照することは日本における規律を検討する上でも参考になると思われる。

2 悪性格証拠排除法則の根拠

悪性格証拠の許容性の判断はどのような手順でなされるべきか。これを明らかにする前提として、悪性格証拠の許容性判断がどのような枠組みでなされるかについてその理論的位置づけを確認し、その上で、イギリスの悪性格証拠の許容性判断の手順を参考として、許容性判断の手順の在り方について検討することとする。

(1) 日本における悪性格証拠排除法則の位置づけ

一般的に、証拠能力が制限される根拠として、自然的関連性がない場合、法律的関連性が認められない場合、証拠禁止に該当する場合という分類がなされる⁵⁾。自然的関連性があるとは、その証拠に要証事実の存否を推認させる必要最小限度の証明力がともなっている場合である⁶⁾。これに対して、法律的関連性とは、自然的関連性は肯定できてもそれに勝る証明上の危険（有害性）がある場合に証拠調べを禁じるものである⁷⁾。悪性格証拠の排除法則は、日本では法律的関連性の問題として位置づけられてきた⁸⁾。

5) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958年）192-193頁。

6) 三井誠「証拠の関連性」法学教室201号（1997年）109頁。

7) 同上、111頁。

近時、悪性格立証の禁止の実質的な理由は、証明力の欠如（自然的関連性）、誤導のおそれ（法律的関連性）のほか、公正な裁判の実現（証拠禁止）、訴訟経済など様々な考慮が存在し、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との立場⁹⁾が有力に主張されている。そもそも、これらの概念の区別を提唱した論者も、それぞれの概念の関係について、排他的なものではなく、相互の限界は明確でない「観点」として説明するところである¹⁰⁾。確かに、自然的関連性についても、その定義には評価が含まれ、法律的関連性との区別は相対的なものに過ぎないともいえる。例えば、異種前科には、自然的関連性がない¹¹⁾という理解が可能な一方、同種前科が、どの程度の類似性を持つ場合に法的関連性の問題となるのかについて、明確に線引きすることは困難な場合もあると思われる。

イギリスでは、悪性格証拠の許容性は、独自の証拠の許容性の準則としてとらえられており、悪性格証拠の許容性の議論と法律的関連性の議論とは明確に区別されている。さらに、「法律的関連性」については、具体的事案において、その判断過程が明らかにされないことから、このような概念を用いること自体に疑問が呈されている¹²⁾。

結局、悪性格証拠の許容性の準則の理論的位置づけは、悪性格証拠が原則として許容されないとされる根拠から検討すべきであると思われる。例えば、その要素が事実認定の適正性の確保等にあるとされるならば、同意によっても直ちに証拠能力は肯定されない¹³⁾との結論となる等、証拠の許容性判断のみならず、証拠の取り扱いについての解釈論にも影響を及ぼすからである。

8) 三井誠「証拠の種類と証拠能力」法学教室 200 号 (1997 年) 135 頁。

9) 笹倉宏紀「証拠の関連性」法学教室 364 号 (2011 年) 29 頁。

10) 平野・前掲注 (5) 193 頁。

11) 辻本典央「前科・別罪証拠の証拠能力」近畿大学法学 62 巻 3・4 号 (2015 年) 182 頁。

12) See, Paul Roberts et al, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2004, pp 104-105.

13) 岩崎邦生「1 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 2 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」法曹時報 65 巻 12 号 (2014 年) 205 頁。

(2) 悪性格証拠排除の根拠

悪性格証拠をもたらす被告人に対する予断・偏見については、証拠の証明力の過大評価をもたらす予断・偏見（reasoning prejudice、後述の①及び②の誤導のおそれもこれに含まれる）と、被告人の過去の行為を理由として合理的な疑いを超える証明などの刑事裁判の原則を（あえて）無視して有罪の判断をすることをもたらす予断・偏見（moral prejudice、後述の③及び④）の2種類に分類される¹⁴⁾。このほかの弊害も含め、より具体的には、以下のように説明される。

①悪性格証拠の証明力を過大に評価する危険性、②事実認定者を誤導・混乱させる危険性、③不告不理の原則や合理的疑いを超える証明等、刑事裁判の原則が無視される危険性、④過去の行為や犯罪が十分重く処罰されていないことを理由とした処罰の危険性、⑤捜査機関が本来すべき捜査をなさず犯行の機会があった前科のある者を探すようになること¹⁵⁾である。

日本の議論においてよく取り上げられる悪性格証拠が排除されるべきとする根拠は、①及び②や訴訟経済の視点を含んだ争点の拡散、被告人に対する不当な不意打ちとなる危険性などである。①の内容については、被告人の過去の非行から、罪を犯す性向を推認し、さらに起訴されている犯罪の犯人であるとの二段階の推認がなされるが、いずれも不確実な推認であるというものであり、平成24年の最高裁判決も、これを排除の根拠のひとつとしてあげる¹⁶⁾。②は、被告人が過去に非行を犯したかどうかという点が審理の対象となることによって、事実認定者の注意がそちらに向けられ、過去に非行をした事実が立証されたならば、①と同様の不確実な推認を経て、現在起訴されている犯罪についても被告人が犯人であると即断してしまう危険性を意味する。平成24年の最高裁のいう「争点が拡散するおそれ」は、この誤導の危険性ととも、訴訟経済の視点を含んだ争点の拡散や、被告人に対する不当な不意打ちを認めない趣旨も含むものと解しうる¹⁷⁾。

イギリスの議論で moral prejudice と位置付けられる③や④の弊害はあまり

14) Paul Roberts et al, *Criminal Evidence 2nd ed.*, Oxford University Press, 2010, pp590-595, Mike Redmayne, *Character in the Criminal Trial*, Oxford University Press, 2015, p33. なお、両者が重なり合う場合もあるとされる。

15) See, Evidence in Criminal Proceedings: Previous Misconduct of a Defendant (Law Com no. 141, 1996) 1.16-1.18.

16) 最判 H24・9・7 刑集 66-9-907。

着目されていないようにも思えるが、複数の類似の犯罪が併合審理されている事件等、この視点が特に重視されるべき場合は日本にも存在する。

いずれにせよ、イギリスで論じられる悪性格証拠の原則排除の根拠も、日本で論じられるそれも、悪性格証拠の証明力の過大評価がもたらす不当な事実認定の危険性といういわゆる法律的関連性の問題のみならず、訴訟経済や当事者の立証の負担、将来の捜査の適正の確保など、様々な利益を考慮した結果として生まれたものである。そうすると、悪性格証拠の排除法則は、証明上の危険（法律的関連性）に止まらない刑事手続に与える影響を考慮した独自の許容性基準であると評価する方が妥当なように思われる¹⁸⁾。

3 悪性格証拠の許容性の判断手順

(1) イギリスにおける判断手順

上述のような悪性格証拠排除の根拠を踏まえ、類似事実法則のリーディングケースとされる DPP v P 事件¹⁹⁾では、類似事実法則は、3段階で適用されるとされた²⁰⁾。①証拠の関連性の論拠または基礎を確認し、その証明力を評価する、②当該証拠から生じる不公正な予断・偏見の可能性のある原因を考慮する、③当該証拠の証明力を強める、または予断・偏見の危険を減らすあるいはその両方のために陪審に示される証拠を再編し、結びつけ、あるいは削除するあらゆる余地を考慮したうえで証明力と予断・偏見を生じさせる効果のバランスを評価する、というものである。この基本的な考え方は、CJA2003 でも踏襲されている。

Crown Court Bench Book は、悪性格証拠の許容の判断手順を、以下のよう
に説明している²¹⁾。①当事者が悪性格証拠の証拠請求を告知する、②裁判官が
CJA2003 の規定する許容される類型の該当性を判断する、③当該証拠が 101 条
の関門 (d) または (g) に該当する場合には、CJA2003 の 101 条 (3) 項、ま

17) 「当事者が前科の内容に立ち入った攻撃防御をする必要が生じるなど」とすることから、被告人の負担への考慮があるものと解される。

18) 笹倉・前掲注 (9) 29 頁参照。

19) DPP v P [1991] 2 AC 447.

20) Paul Roberts et al, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2004, p 526.

21) Judicial Studies Board, Crown Court Bench Book, March 2010, pp 167-168.

たは、PACE1984の78条（ただし、関門（e）は除く）で裁量排除されるべきかどうかを判断する、④許容する場合には理由を付す（110条）、⑤必要な場合には、107条（証拠が汚染されている場合）の該当性を判断する、⑥当該証拠の許容の目的について当事者と協議する、⑦サミングアップで、当該証拠の関連性と限界について陪審に対して説示する、⑧陪審による証拠の評価である。通常、上記①ないし⑥が裁判所及び両当事者によって実施される手順であり、⑦以降は陪審が関与して実施される。悪性格証拠の許容性や、その用いられ方について事前に裁判所と両当事者の関与のもと判断がなされ、その結果が法廷で確認されることとなる。上記の手順において、裁判所が請求された悪性格証拠の関連性や証明力を判断する際には、当該証拠を請求した当事者の主張を真実と仮定して、いわば仮の評価をした上で手続を進める（109条）。

悪性格証拠は、被告人の人格や性向と結び付けられることによって、被告人と犯罪事実との結びつきにつながる全ての推認過程に入り込む危険性がある上、事後的に弊害を除去するということが困難である。そのため、事前に許容される根拠たりうる関連性、言い換えると、当該事件において悪性格証拠が事実認定に用いられる具体的推認過程を確認した上で、その証明力と弊害とを比較衡量するという手順が踏まれている。

これに対して、日本では、公判前整理手続導入前には、比較的多くの情報を収集した上での争点判断がなされるとともに、類似事実が争点判断にある程度の影響を与える場合には立証を許容し、証拠価値、証明力評価は慎重に行うというのが、従来多く見られた対応であった。もっとも、公判前整理手続導入後は、裁判員裁判も意識し、公判前整理手続において類似事実による立証の推論過程を具体的に主張させる必要性があるとの見解も示されるようになった²²⁾。

そこで、類似事実法則の発展過程を概観した上で、CJA2003が求める許容性の判断の手順が日本においても妥当しうるか、コモン・ロー下の類似事実準則の発展過程を概観し、検討することとする。

22) 遠藤邦彦「類似事実に関する証拠の許容性、関連性、必要性の判断基準」判例タイムズ1419号、2016年、54頁。

(2) 類似事実準則の発展過程

コモン・ロー下での類似事実に関する準則は、一定の「承認されたカテゴリー」に該当する場合には悪性格証拠を事実認定に用いることが許されるという考え方から、「著しい類似性」や「許されない理由づけ」という基準を経て、証明力 (probative value、PV) が予断・偏見がもたらす弊害 (prejudicial effect、PE) を上回る場合との衡量 (PV>PE) へと移行していったとされる²³⁾。

「承認されたカテゴリー」の考え方の特徴は、承認されたカテゴリーに該当すれば、証拠の証明力が弊害を上回るかどうかを考慮しなくとも証拠が許容される点である²⁴⁾。具体的なカテゴリーとしては、まず、Makin 事件²⁵⁾であげられた、被告人が、故意ではなく事故であったと主張した場合があげられる。その他、知識の欠如や事実の誤認を主張した場合などが含まれることについてはおおむね見解が一致する²⁶⁾。これらのカテゴリーは、そもそも被告人と犯罪との結びつき等は他の証拠で立証されており、類似事実の立証に果たす役割が限定されているという特徴がある²⁷⁾。承認されたカテゴリーというアプローチの原型となった Makin 類型化自体は、そもそも、被告人の前の非行が当該事件の事実関係の下、争点との関係で、予断・偏見等の弊害を凌駕する十分な証明力を持つような状況であるとの判断がなされたものであったと評価できる²⁸⁾。これに対して、承認されたカテゴリーであるか否かに争いがあるのが、犯人の識別の場合である。このカテゴリー自体を否定する論者もいる一方²⁹⁾、証言の信用性の補強に利用したり、相当強い犯罪性向が認められる場合に限定したりすることで、これを認める立場もあった³⁰⁾。

この承認されたカテゴリーというアプローチは、一見明確であるかのようにも

23) Paul Roberts et al, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2004, pp 519-528.

24) Id., p 128.

25) [1894] AC 57, PC.

26) Mike Redmyne, *Character in the Criminal Trial*, Oxford University Press, 2015, p 128.

27) Id., p 128.

28) See, Paul Roberts et al, *Criminal Evidence*, Oxford University Press, 2010, p 520.

29) Mike Redmyne, op. cit. note (26) pp 120-121.

30) Id., p 128.

思えるが、カテゴリーに該当するという主張が通りさえすれば証拠が許容されるという結果をもたらし、個別の事案における具体的な類似事実証拠の証明力の評価は行われなことから、本来カテゴリーに該当しないものが、該当すると主張され類似事実が許容されるという事例が生じることとなった。

そこで、そもそもなぜ類似事実証拠が原則として許容されなかったのかに立ち返って検討すべきとして示されたのが「禁じられた理由づけ (forbidden reasoning)」や「著しい類似性 (striking similarity)」という考え方である。禁じられた理由づけとは、類似事実が、被告人に罪を犯す性向があることから起訴されている事件で有罪であることを立証しようとするのが唯一の目的である場合には類似事実による立証は許容されないという考え方である³¹⁾。そして、「著しい類似性」とは、「あまりにも特徴的あるいは著しく類似するので、偶然ということでは常識的に説明できない程度のものでなければならない³²⁾」という基準であり、いずれも、そもそも悪性格証拠が禁じられる理由、不公正な予断・偏見から被告人を保護するために確認されたものであった。

さらに、Boardman 事件で示された著しい類似性の基準も、必ずしも一義的に明確な基準とはなりえない適用範囲やその明確性に批判がされる中、悪性格証拠の許容性についての考え方をさらに詳細に示したとされるのが DPP v P 事件³³⁾であり、そこで提示された基準が、証明力 (probative value、PV) が予断・偏見がもたらす弊害 (prejudicial effect、PE) を上回る場合という基準 (PV>PE) である。

このような、コモン・ロー下の類似事実準則の発展過程を概観すると、「承認されたカテゴリー」、言い換えると、類似事実等の悪性格証拠が許容される場合の類型化とは、悪性格証拠が特定の争点について限定された範囲で用いられる場合の目安となるものであり、個別の事件において具体的に検討されることが必要であることがわかる。その具体的な検討の、いわばチェック項目として提案された基準が、性向を介した推認に陥っていないかどうかを確認させる「禁じられた理由づけ (forbidden reasoning)」であり、「著しい類似性 (striking similari-

31) Boardman [1985] AC 421, 453.

32) Boardman [1985] AC 421, 462B-C.

33) DPP v P [1991] 2 AC 447.

ty)」という考え方であった。しかし、これらの基準も、具体的事例における適用に争いが生じることとなり、その後、PV>PEの基準が示されることとなったのである。

CJA2003における許容性判断手順は、コモン・ローの時代よりも詳細化されているが、悪性格証拠が事実認定に不当な影響を及ぼすことを排除しようという、基本的には同じ意図で構築されている。CJA2003では、性向を介した立証が一定程度許容されるようになったとはいえ、悪性格証拠が不当に事実認定に影響することが認められたわけではない。悪性格証拠は、被告人の性向と結び付けられることによって、いわば被告人の属性として、被告人に関するあらゆる証拠の評価と推認過程に不当な影響を及ぼしうる。そこで、いかなる目的で悪性格証拠が用いられるのかを具体的に明確にし、その上で、当該証拠の証明力と予断・偏見を生じさせる弊害とを衡量する必要が生じる。許容の根拠の適正を確保するために、理由の明示が義務付けられている(110条)。さらに、当事者と、どのような推認過程に悪性格証拠が用いられうるかを協議する。悪性格証拠が当該事件でいかなる用いられ方をするのが、事前にすべて確認されたうえで、さらに、陪審に対して、具体的な用いられ方が説明されるとともに、悪性格証拠に対する一般的な警告、すなわち、被告人に一定の性向が認められたとしても、陪審に対して、前の有罪判決を過度に考慮すること、それ自体で有罪にはできないということを明確に警告すべきとされる³⁴⁾。

(3) 悪性格証拠の許容性判断の手順の在り方

悪性格証拠の排除の根拠に立ち返って考えた場合には、悪性格証拠の推認力が過大評価されがちであるという性質は、悪性格証拠が本来持っている性質である。すなわち、悪性格証拠は被告人の人格と結びつけられ、性向であると捉えられることにより、被告人に関するあらゆる証拠の評価や、被告人と犯罪事実とを結びつけるあらゆる推認過程に影響を及ぼしうる。

① 日本における類型化とその限界

日本でも、悪性格証拠が許容される場合の類型化は試みられている。公訴事実

34) R v Edwards, R v Fysh, R v Duggan, R v Chohan [2005] EWCA Crim 1813, [2006] 1 CrAppR 3 (31), at 3.

を立証するための証拠として、同種前科等類似事実が証拠として許容される場合としては、(i) 前科や常習性が構成要件の一部となっている場合、(ii) 故意、目的、動機、知情、計画等犯罪の主観的要素を証明する場合、(iii) 前科等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、(iv) 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があると言われる³⁵⁾。また、被告人が自己の善性格を立証する場合にも、悪性格を立証してこれを争うことができるという見解もあるが³⁶⁾、日本では、事実認定と量刑とが手続的に分離されておらず、被告人の前科等の有無は、冒頭陳述の段階で事実認定者に明らかになっているために、ほとんど問題となっていないように思われる。そして、上記(i)ないし(iv)の事実等との関係で、悪性格証拠が証明力を持つ場合であっても、(i)の場合を除き、証拠の当該要件事実との関係での証明力が弊害を上回る場合にのみ、悪性格証拠を公訴事実を立証するために用いることが許されると考えられている³⁷⁾。

しかし、このような類型化のみで、事実認定の適正が確保されるかについては疑問がある。例えば、許容される類型として、故意、目的等の主観的要素が挙げられているが、主観的要素の立証であれば、過去の非行の証拠が一律に許されると解することはできない。これを許せば、類似事実の存在から、被告人には同種の犯罪を行う性向があることを推認し、そこからさらに主観的要素を推認しているにほかならないからである³⁸⁾。主観的要素といっても様々であり、具体的経験から一定の知識を持っている場合（大麻の栽培をした事案で、前科において大麻の取引等に関与しており、大麻の形状等について知識がある場合）などは比較的立証対象が明確となるが、故意、目的、動機などの場合は、その内容は不明確な

35) 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8版(2005年)135頁、永井紀昭「同種前科による事実認定」刑事訴訟法判例百選第3版(1976年)144頁。

36) 平野・前掲注(5)、238頁。

37) 辻裕教「同種前科による事実認定」刑事訴訟法判例百選第9版(2011年)141頁参照。

38) 大澤裕「いわゆる類似事実による立証」論究ジュリスト17号(2016年)232頁、佐藤隆之平成18年度重要判例解説 ジュリスト1332号、132頁、成瀬剛「類似事実による立証」ジュリスト増刊『刑事訴訟法の争点』(2013年)155頁等参照。

ものになりがちである。イギリスで、承認されたカテゴリーの適用が事案によってまちまちとなり、より明確な許容性判断の基準が求められた経過からしても、このような抽象的な文言のみを許容性判断の基礎とすることは妥当ではない。当該事件における、具体的な認識の内容を特定することが必要なのである。

判例で具体的にみると、最判昭 41・11・22 刑集 20-9-1035 は寄付金名目で募金を求めた行為が詐欺罪として起訴された事案であるが、過去に被告人が裁判を受ける過程で、寄付金であると称して金員を集める行為をすると、他人は欺罔され、錯誤に基づき金員を交付するという一連の流れを認識したという、被告人の具体的な認識内容を基礎として故意が認定されたものであり、過去に詐欺罪で有罪になったことがあるから今回も故意があるという認定がされたものは評価することはできない。

このように、具体的な被告人の認識の内容が特定されることにより、犯罪性向からの不確実な推認が入り込む危険をある程度回避することが期待できる。また、悪性格証拠が当該事件で、具体的にいかなる用いられ方をするのかを確認しなければ、弊害がないとされる顕著な類似性が認められる場合に該当しうのかなか、あるいは、それ以外の場合で証拠の証明力が弊害を上回るかどうかを、適正に判断することはできない。このことから、悪性格証拠の当該事件における具体的用法の確認が、許容性判断の不可欠の前提となることは肯定できよう。公判前整理手続において類似事実を立証することを求める側に類似事実による立証の推論過程を具体的に主張させる必要性があるとの見解³⁹⁾も示されているところである。

② 許容性判断がなされるべき時期

さらに、いったん証拠として許容されたら、悪性格証拠が事実認定に与える影響を事後的に排除することは困難であることからすれば、許容性判断は、事実認定者が証拠に接する前に行われることが妥当であるといえ、公判前整理手続において許容性判断がなされることが適切である。公判前整理手続で、裁判官は証拠の内容に接することは原則として認められないが、CJA2003 の 109 条が規定するように、許容性判断を、当事者の主張を真実と仮定したうえで行うものとすれば、公判前整理手続の構造に抵触することもないといえよう⁴⁰⁾。

39) 遠藤・前掲注 (22)、54 頁。

③ 公判における説示等の必要性

上述のように、悪性格証拠は、その性質上、被告人の人格と結び付けられ易く、意識的にその用法を限定しなければ、被告人と犯罪事実とを結びつける推認過程のすべてに不当な影響をもたらす危険性がある。そのため、悪性格証拠の具体的事件における用いられ方、許容されない用い方についての警告を含んだ説示がなされることが求められよう。

裁判官による説示については、戦前の陪審制度においては明文で規定され、公判廷でなされるものとされ⁴¹⁾、説示の違法は上告理由とされていた。これに対して、裁判員法には、これに対応するような、説示に関する明文の規定はない。もっとも、裁判員法 66 条 5 項は、法律の素人である裁判員が、裁判官と同様の立場で評議に参加する不可欠の前提として、法令や審理の内容を十分に理解することが必要とされることから、裁判長に、法令の説明や、評議の内容の整理、発言の機会の確保等の配慮義務を定める⁴²⁾。悪性格証拠の位置づけや用法等は、専門性の高い事項に含まれるのであって、これに関して、裁判長が、裁判員に対して説明することは、裁判員法 66 条 5 項が規定する、裁判員裁判における裁判長の配慮義務に含まれるのは当然であろう。

また、裁判官の評議における説明は、裁判員に多大な影響を与え、それが判決の帰趨を決する場合も多いとされる。そうすると、その説明内容の適正を担保することは、裁判員が実質的に事実認定、法令の適用、量刑に携わることによって、裁判員裁判の目的を達成するためにも、また、公正な裁判の実現のためにも、必須であり、法の趣旨にも適う。

特に、悪性格証拠は、その性質上、誤って位置づけられる危険性が高いことは、

40) 同上、56 頁は、公判前整理手続において証拠の内容自体を確認して許容性を判断する方法は問題が多く、やはり、請求者側に類似実に関し判断可能な程度に具体的な主張をしてもらうことが重要であると指摘する。

41) 丸田隆「裁判員制度における裁判官の「説示」について」本林徹ら編『宮本泰明先生古稀記念論文集 市民の司法を目指して』（日本評論社、2006 年）363-388 頁参照。

42) 裁判員裁判とコミュニケーション研究会「評議のコミュニケーション・デザイン 評議の形式・技法・環境設計」季刊刑事弁護 52 号（2007 年）63 頁は、裁判長の職責の困難性について、66 条が裁判長に要請しているのは、裁判員に対する専門的事項に関する説明と裁判官と裁判員の話し合いにおける平等な関係性の両立であって、この両立は困難であるとする。

イギリスの類似事実準則の発展過程からも明らかであり、その内容の適正を保つことは、裁判の適正・公正を保つためには必要不可欠である。したがって、評議において、裁判長から、悪性格証拠に関してどのような説明がなされるかについて、当事者が公判前整理手続で確認することは最低限必要であろう。そして、裁判官の評議における説明の影響力の大きさからすれば、評議の適正を担保するために、説示は、公開の法廷でなされることが望ましい⁴³⁾。

さらに、日本の場合には、手続が罪体の認定と量刑とに二分されていないことから、悪性格証拠が量刑の資料として、事実認定者の目に触れる可能性がある。悪性格証拠の不当な影響を排除したうえで、適正な事実認定を実現するためには、手続二分的運用をすることもひとつの選択肢であるといえる。

4 結びに代えて

イギリスの、悪性格証拠の性質や、原則としてこれを排除するとした根拠に関する議論、許容性判断の手順が具体的に構築されていった過程そのものが、悪性格証拠の許容性判断、及び、悪性格証拠が許容された場合の安全策の在り方について重要な示唆を与えてくれるように思われる。

悪性格証拠が人の人格と容易に結びつけられうるという性質は、事実認定に不当な影響を与える危険性があるとされてきた。悪性格証拠は本人の過去の行為等であることから、この危険性を完全に排除することは困難である。弊害が生じる可能性がある以上、個別の事案において、具体的に悪性格証拠がどのような用いられ方をするのかを確認しなければならない。これがなされてはじめて、弊害の有無の確認、弊害がある場合には証明力との衡量が可能となる。さらに、悪性格証拠が事実認定に用いられることが許容された場合でも、その弊害を最小限のものにするための説示等の方策が必要となる。真に必要な証拠が採用され、そして、

43) 丸田・前掲注(38) 377頁は、裁判員裁判において裁判員制度において裁判員に刑事裁判の基本原則を説明し、その任務について注意を促すこと、また評議の注意事項や争点を確認することは、裁判員を助けることがあっても、適正な裁判を妨げることはないであろうとし、その上で、「説示」を行うことで評議の場における裁判官の誘導や誤導の疑念が払拭されるのであれば一石二鳥であるとする。

悪性格証拠の許容性の判断手順の在り方

それが適正な事実認定に資するという、当然の目的が達成されるために、悪性格証拠の性質を踏まえた許容性判断や手続が求められている。