

刑事手続における科学鑑定の現状と課題

— 鑑定人の地位論を中心に —

本 庄 武*

- I はじめに
- II 刑事鑑定に関する法制度
- III 鑑定人の地位
- IV 捜査段階の鑑定
- V 鑑定の信頼性確保のための方策
- VI おわりに

I はじめに

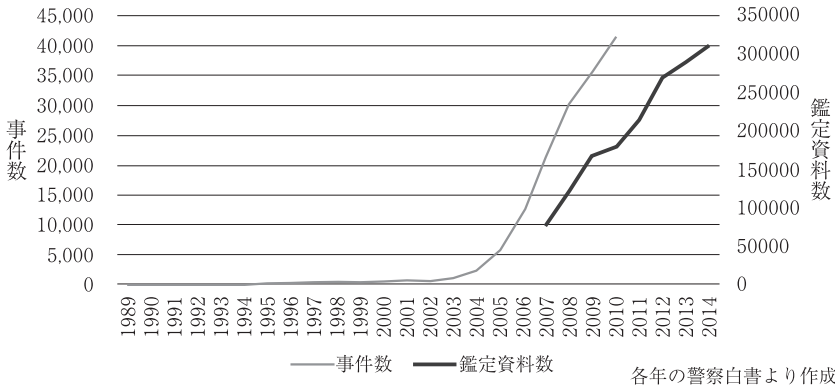
日本の刑事司法の一番の特色は、捜査段階において取調べが果たす役割が非常に大きなことである。逮捕された被疑者は起訴されるまで最長 23 日間身体拘束を受ける。その間に、警察の取調官や検察官が継続的に取調べを実施する。場合によっては、連日にわたり長時間の取調べがなされることもある。濃密な取調べが実施される過程で、強引な自白追及がなされ、無実の被疑者が虚偽の自白をしてしまうことが冤罪の原因となる、ということがしばしば批判の対象となってきた。そのため、刑事司法改革が行われ、今年の法改正により、近い将来に、市民が裁判官とともに評議に参加する裁判員裁判の対象となる重大事件及び警察捜査を経由せず検察庁で独自に捜査する事件（いわゆる特捜事件）について、原則として取調べの全過程が録音・録画されることが決まった（刑訴法 301 条の 2）。

録音・録画が義務付けられる事件は、全事件のわずか 3% に過ぎず、義務付けが免除される除外事由が抽象的であるため、運用次第では広範に録音・録画がさ

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第 16 卷第 1 号 2017 年 3 月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科教授

警察におけるDNA鑑定実施件数



れない場合が認められることになる。また、身体拘束される以前の任意で行われる取調べは対象から除外されている。このように問題点も多く指摘されているが、それでもなお殺人事件を含む重大事件において、取調べの過程が可視化されることの意義は大きい。これまで、恫喝を用いた取調べが行われることがあった可能性は否定できないと推測されるが、録音・録画の下ではさすがにこうした取調べはなされなくなるのではないかと思われる。また被疑者が極度に疲労していたり、精神的に不安定な状態になって正常な判断能力を失っているように見えるにもかかわらず、取調べを継続することも、やりづらくなると思われる。さらにこうした動向と無関係に、権利意識の向上や外国人被疑者の増加に伴って、取調べの際に黙秘権を行使して語らない被疑者も増えてきているとされる。こうして捜査において取調べが占める比重は徐々に低下していくと予測される。それを補うために、今回の法改正では新たな供述獲得方法として司法取引や刑事免責も導入されたが、そもそも、供述に頼らずに有罪を立証するためには、科学捜査がより一層重視されなければならないと思われる。

科学の発展とともに、科学捜査の重要性は高まる一方である。なかでもDNA鑑定は、現在の技術では、被疑者と犯人のDNA型が偶然に一致する確率は、4兆7000億人に1人という天文学的な数字となっており、その証明力は非常に高い。実際に、DNA型の一致のみを唯一の証拠として有罪を認定した裁判例も現

れるに至っている¹⁾。図から明らかなように、DNA 鑑定の精度向上とともに、捜査段階で実施される DNA 鑑定の数は飛躍的に増加している。2007 年には DNA 鑑定資料数は 7 万 7000 件であったものが、2014 年には 30 万 9000 件にまで増加しているのである²⁾。

科学は正しく用いられれば、真犯人の処罰を確保し、無実の者を誤って処罰してしまわないことにとって大変有用である。しかし被疑者と犯人が同一であると誤って判定してしまった場合、裁判官を含む科学の素人にとって、その誤りを見抜くことは大変難しいため、冤罪を招く恐れが非常に高くなる。誤った鑑定に起因する冤罪事件もまた、日本では昔から存在してきたのである³⁾。

刑事裁判で科学を適正に利用する方法を検討する必要性は極めて高くなっている。

II 刑事鑑定に関する法制度

1 鑑定の定義

刑事訴訟法は、科学的な検査を実施すること及びその結果を法廷で取り調べることについて、ドイツ法にならって鑑定という概念を用いている。

より正確に定義すると、鑑定とは、裁判において裁判官には欠けている専門知識が必要となる場合に、専門家の力を借りてそれを補うための制度である。証人との違いは、証人は自ら体験した事実を証言することを求められるのに対し、鑑定人は体験した事実ではなく、専門的な知識を提供することが求められる点にある。そのため証人は代替性がなく、裁判所が証言を依頼してきた場合に拒絶する場合によっては勾引により強制的に出頭させられるが、鑑定人は代替性があるため強制的に出頭させられることはない。

鑑定人になりうるのは学識経験者である。鑑定の対象となるのは、裁判官が社

-
- 1) 横浜地判 2012 (平 24)・7・20 判タ 1386 号 379 頁、和歌山地判 2014 (平 26)・11・10 判タ 1422 号 377 頁。
 - 2) 『平成 27 年版警察白書』92 頁。
 - 3) 鑑定を誤判原因とするかつての著名な冤罪事件については、矢澤昇治「科学鑑定と再審」同(編)『再審と科学鑑定』(日本評論社、2014 年) 13 頁以下を参照。

会生活を送る中で当然に身に付けていると考えられる一般的な経験則では理解できない事柄である。その中には科学的な事柄だけでなく、例えば特定の地方に特有の慣習や外国の法制度など非科学的な事柄も含まれる。鑑定のうち最も多く実施されているのは、責任能力に関わる精神鑑定である。この精神鑑定もまた、厳密な意味での科学とはいいがたい鑑定である。それに対し科学的原理とその原理を正しく応用した検査方法が確立したものとして、DNA鑑定や血液型鑑定などがある。一般に法科学と分類されているなかにも、厳密な意味で科学的原理が解明されていない、声紋鑑定などもある。

刑事訴訟法上、単に鑑定といった場合には裁判所が命じる鑑定を指す。後述する捜査の過程で実施される鑑定は、嘱託鑑定と呼ばれている。

2 鑑定の実施方法

鑑定は、学識経験者に対して裁判所が命じるものである(刑訴法165条)。多くの場合、検察官や被告人・弁護人が請求することで鑑定が開始されるが、裁判所が職権で鑑定を命じることもできる。鑑定を実施することになると、裁判所は当事者の意見を聞きつつ、鑑定人を選定する。多く鑑定が行われている分野については、裁判所に専門分野ごとの鑑定人名簿が備えられており、それを活用して選任がなされるが、多忙な鑑定人の場合、断られることも多いとされる⁴⁾。

鑑定人選定と並行して、裁判所は当事者とも協議して鑑定事項を定める。また、鑑定人が用いる鑑定資料について、特に限定を付すべき場合は、その旨も定める。鑑定資料について、裁判所が特に限定しなければ、鑑定人は独自に資料を収集して、検討材料とすることも許されるとされている⁵⁾。その正当化の根拠は、この場合、鑑定資料そのものは伝聞証拠に該当するが、鑑定において重要なのは結論としての鑑定意見であり、資料そのものが証拠になるわけではなく、資料の正確性に疑義がある場合は、鑑定意見が信用できなくなるに過ぎないからである、というものである⁶⁾。

鑑定人が決定すると、鑑定人尋問が行われる(刑訴法304条)。尋問において

4) 三井誠『刑事手続法Ⅲ』(有斐閣、2004年)356頁。

5) 最判1960(昭35)・6・9刑集14巻7号957頁。

は、鑑定人に宣誓させたうえで(刑訴法166条)、鑑定人の学歴・経歴、専門領域、鑑定経験などを尋問して鑑定能力を確認し、鑑定事項を告げて鑑定を命じる⁷⁾。宣誓した鑑定人が法廷で虚偽の報告をした場合、虚偽鑑定罪に問われることになる(刑法171条)。

公判廷で鑑定が実施できる場合は、引き続き鑑定作業が行われ、口頭で鑑定結果が報告される。しかしそうした場合はまれであり、多くの場合は、いったん手続きが打ち切りになり、事実上の鑑定活動は公判廷外で行われることになる。それから鑑定の結論が出るまでの期間、裁判は休止することになる。検察官・弁護人は鑑定の実施に立ち会うことができる(刑訴法170条)。

鑑定結果の報告は、鑑定人尋問を再開する形で口頭により行うこともできる。しかし従来は、正確を期すため、鑑定書を裁判所に提出することにより結果を報告するのが通常であった。しかし、元の作成者である鑑定人に確認することなしに、鑑定書を証拠として採用してしまうと、内容に誤りが含まれていても確認することができない。刑事裁判ではこうした伝聞証拠は原則として証拠とすることができない(刑訴法320条)。例外的に、鑑定を請求した当事者の相手方当事者(職権で鑑定が実施された場合は両当事者)が証拠調べに同意する場合は、鑑定書を証拠にすることができる(刑訴法326条)。証拠調べについて、当事者の同意が得られない場合でも、鑑定書が伝聞例外の要件を満たせば証拠とすることができる。鑑定書の場合は、内容を鑑定人に口頭で報告してもらいよりも書面で提出してもらった方が正確性を担保でき、また鑑定人尋問を経て公平性が確保されていることから、作成者である鑑定人が公判期日に尋問を受け「真正に作成されたことを供述した」、という要件で伝聞例外が許容されている(刑訴法321条4項)。

ここでいう作成の真正性の具体的な意味について、鑑定書を作成したのが間違いなく鑑定人であること(名義の真正性)、鑑定人が実施した鑑定の内容が正確

6) 佐々木條吉「鑑定資料」大阪刑事実務研究会(編)『刑事公判の諸問題』(判例タイムズ社、1989年)317頁。

7) 清田賢「鑑定人尋問」大阪刑事実務研究会(編)『刑事実務上の諸問題』(判例タイムズ社、1993年)177頁。

に記録されていること（記載の真正性）に限られるとの見解⁸⁾と、それらにとどまらず、内容が正確であること、信用できることについても含まれるとの見解⁹⁾がある。しかし前者の見解による場合にも、せっかく鑑定人が法廷にいるのであるから、この機会に鑑定の内容についても尋問した方がより正確に内容が理解できる、という理由で、内容の正確性についての尋問も行われるのが一般的であり¹⁰⁾、実際上は違いがない。そして、内容の正確性まで尋問する場合、鑑定人が尋問を受けて、正確を期すため手元にある鑑定書を資料としつつ¹¹⁾、応答する場合と実質的には変わらなくなる¹²⁾。いずれにしても、鑑定結果を証拠とするためには、鑑定人を法廷で尋問しなければならない点が重要である。

3 裁判員裁判での鑑定の実施方法

裁判員裁判の場合は、これまでの裁判のように、書面を読み込んで心証形成を行うことを裁判員に期待することはできない。そのため、従来のように捜査段階で作成された供述調書に頼って立証するのではなく、証人尋問を行い、法廷でのやり取りによって心証を形成するようになった。直接主義が徹底されることになったといえる。

鑑定の場合も同様の要請が働く。そのため第1に、従来のように鑑定活動のた

-
- 8) 石井一正『刑事実務証拠法（第5版）』（判例タイムズ社、2011年）183頁。
 - 9) 光藤景皎『刑事訴訟法Ⅱ』（成文堂、2013年）229頁。
 - 10) 上富敏伸・花崎政之「裁判員裁判の下における鑑定結果の立証について」刑事法ジャーナル 20号（2010年）41頁は、被告人側は、鑑定書の信用性をも争う趣旨で、当該鑑定書について不同意意見を述べるのが通常であって、その場合には、当該記載の信用性が争点となっていることから、検察官としては、この点についても、主尋問で尋問することになる、と述べる。
 - 11) 刑事訴訟規則上、記憶喚起の必要がある場合は書面を提示して尋問することができ（199条の11）、供述を明確にするため必要がある場合は図面、写真、模型、装置等を利用して尋問することができる（199条の12）。
 - 12) 野間洋之助「鑑定書の証拠調べ手続」大阪刑事実務研究会（編）『刑事公判の諸問題』（判例タイムズ社、1989年）334頁。もちろん、鑑定人を尋問する場合は尋問で再現された限りの内容が証拠となるのであって、鑑定書が資料として添付される場合にも、鑑定書そのものは証拠にならない（最決2011（平23）・9・14刑集65巻6号949頁、最決2013（平25）・2・26刑集67巻2号143頁）。この点で、鑑定書そのものが証拠とされる場合とはなお違いがある。しかし、当事者に事前に十分な準備の時間があり、かつ鑑定書の要点が法廷で再現されるならば、実質的には相違がないというように思われる。

めに休廷期間を挟むことはできなくなった。その間に裁判員の記憶が薄れてしまうと直接主義に反してしまうためである。そこで、裁判員裁判に限って、公判前整理手続の過程で鑑定を実施できるようになった（裁判員法50条）¹³⁾。裁判所は当事者の意見を聞いて、鑑定の実施を決定した場合、公判前整理手続の中で鑑定人尋問を実施し、鑑定人が鑑定を終了してから公判が開かれることになる。

第2に、鑑定結果の報告についても、鑑定書を証拠採用するのではなく、鑑定人が口頭で報告することが原則となった。

しかし鑑定の内容は、しばしば専門用語が多用されており難解である。そのため鑑定結果をわかりやすく説明するための工夫が行われるようになった。まず公判前の段階で、両当事者と鑑定人の三者や、そこに裁判所（裁判官）を加えた四者で集まって、事前カンファレンスが行われるのが一般的となった¹⁴⁾。事前カンファレンスについては、刑訴法上規定を欠くものの、「争点および証拠の整理のための公判準備」の一環として行われており、弁護人にとっても、弁護人との接触に応じない鑑定人に対する証人テストの機会が保障されることになる、という利点もあるとされる¹⁵⁾。当事者とのカンファレンスにおいては、鑑定人から鑑定結果を報告してもらい、不明点について質問をしたり、わかりにくい点について説明の改善を求めたりといった作業が行われる。裁判所を交えた四者のカンファレンスでは、裁判員裁判で効率的にわかりやすい審理を実現するために、争点を整理して、公判で鑑定人に尋ねて明らかにすべきポイントを明確にすることになる。ただし、この二つのカンファレンスの使い分けは、必ずしも厳密に行われていないようである。裁判官がいる前で、鑑定の実質的な内容に踏み込んで、

13) さらに、審理が長期化することによる裁判員の負担の増大、裁判員に対する外部からの干渉機会の増大といった弊害を防止する必要性も指摘されている。廣瀬健二「裁判員裁判と鑑定の在り方」刑事法ジャーナル20号（2010年）30頁。

14) 司法研修所（編）『難解な法律概念と裁判員裁判』（法曹会、2009年）46頁は、精神鑑定について事前カンファレンスの活用を提案した。裁判員制度施行から5年間で精神鑑定が取り調べられた100件中95件で事前カンファレンスが行われたとされる。最高裁判所事務総局『裁判員裁判実施状況の検証報告書』[http://www.saibanin.courts.go.jp/vcms_lf/hyousi_honbun.pdf] 27頁。精神鑑定以外の鑑定でも事前カンファレンスは実施されているようである。法医鑑定に関して、『裁判員制度に関する検討会第7回会議事録』[<http://www.moj.go.jp/content/000082680.pdf>] 9頁〔野上誠発言〕参照。

15) 田岡直博「裁判員裁判と鑑定」刑事法ジャーナル20号（2010年）48頁。

意見交換をしてしまうと、公判審理を先取りすることになってしまう。そうなる
と、裁判官と裁判員の間での情報格差が生じてしまい、両者の対等性が損なわれ
るため、問題である¹⁶⁾。裁判員法50条3項にも、「鑑定手続実施決定があった
場合には、公判前整理手続において、鑑定の手続のうち、鑑定の経過及び結果の
報告以外のものを行うことができる。」と規定されている。この規定の潜脱にな
ってはならない。

次に公判審理においては、鑑定人の尋問がされる際に、従来型の一問一答式の
尋問に代えて、まず冒頭で鑑定人から鑑定結果の概要を説明してもらい、その後
不明点について尋問を行っていくというプレゼンテーション方式が選択されるこ
ともあるようになった。プレゼンテーション方式は、鑑定の核心部分に踏み込む
以前に予備知識を提供しなければならない場合に適していると思われる¹⁷⁾。特
に、精神鑑定については、プレゼンテーション方式が原則になっているようであ
るが、他の鑑定については一問一答式で行われていることも多いようである¹⁸⁾。

鑑定人尋問の際に、鑑定人はパワーポイントのスライドなどにより資料を用い
ることが一般的である。この資料は、情報量を口頭で説明しきる分量に絞ったも
のであり、鑑定人尋問調書に添付されることになる。それとは別に、従来書証と
して提出されていた詳細な鑑定書が作成されていることもあるが、それを法廷で
読み上げるのは時間的に困難であるし、その場で聞いて理解するのも困難である
ため、詳細な鑑定書そのものは証拠としては採用されないことになっている¹⁹⁾。

16) 本庄武「裁判員制度下における精神鑑定の課題」法律時報84巻9号(2012年)27頁。

17) 裁判員制度施行から5年間では、精神鑑定100件中90件でプレゼンテーション方式が
採用されている。最高裁判所事務総局・前掲注14)98頁。

18) 野上・前掲注14)8頁。

19) 司法研修所・前掲注14)45頁は、さらに進んで、原則として口頭報告によるのが相当
であり、必要に応じて、尋問の際に鑑定の骨子等を記載した鑑定メモを補充的に利用する
のが適当ではないか、として、鑑定書の作成自体について否定的である。しかしながら、
これに対しては、当事者が他の専門家に依頼して鑑定の経過を検証できるように、少なく
とも鑑定結果に争いがある場合は、鑑定書の作成を省略すべきでない、との指摘が妥当す
るように思われる。田岡・前掲注15)49頁。

Ⅲ 鑑定人の地位

1 理論的位置づけ

鑑定人の法的位置づけについては、おおむね、大陸法では裁判官の補助者であり、英米法では専門家証人であるとの整理が行われてきた²⁰⁾。しかし、大陸法の下でも、鑑定人は、かつてのように専門的事項について裁判官の判断を分担する文字通りの補助者ではなくなっている。裁判官は鑑定人の鑑定意見に拘束されず、それを自由心証に従って評価することになっており、その意味で鑑定は証人に類似する証拠方法としての側面も有している²¹⁾。

大陸法と英米法の大きな違いは、英米法の下では、当事者主義にふさわしく専門家は証人として法廷に登場するため、性質上中立性が要求されず、逆に党派性が問題視されているのに対し、鑑定人の場合は裁判官が選任し、鑑定人尋問を経ているため、制度上中立性が担保されていることにある、とされてきた。

以下に見るように日本の刑事鑑定制度は、民事鑑定制度とも微妙に制度が異なっており、母法であるドイツ法の制度とも異なっている。鑑定制度は、補助者的性格が強いのか証拠方法としての性格が強いのかというグラデーションの中で理解されることになる。

2 民事鑑定との比較

刑事訴訟法の規定する鑑定と民事訴訟法の規定する鑑定にはいくつかの違いがある。鑑定の性質を検討するためには、その違いを見ておくのが有用である。

第1に、民事鑑定の場合、鑑定人の忌避制度がある。鑑定人に「誠実に鑑定をすることを妨げるべき事情がある」場合、当事者は鑑定人を忌避することができ、忌避申立てを却下する決定に対しては即時抗告をすることができる（民訴法214条）。

20) 庭山英雄「刑事鑑定の法理論的問題点」ジュリスト694号(1979年)34頁。

21) ドイツにおける鑑定人制度の歴史について、浅田和茂「刑事訴訟に於ける鑑定人の地位について」関西大学法学論集22巻1号(1972年)5頁。民事鑑定についてであるが、より詳細なものとして、杉山悦子『民事訴訟と専門家』(有斐閣、2007年)8頁。

忌避制度が存在することは、民訴法における鑑定人が裁判所の補助者として位置付けられている、という理解の大きな根拠となっている。鑑定人が、裁判所側の人間として位置付けられていることになるためである。これに対して、刑事訴訟法では鑑定人の忌避制度は存在しない。立法論として忌避制度を設けるべき²²⁾、あるいは解釈論として忌避を認めるべきという主張もされている²³⁾。しかし、刑事訴訟法が忌避制度を設けなかったことに積極的な意義を見出し、刑事鑑定人は民事鑑定人よりも証人的性格が強いと評価する立場もある²⁴⁾。

第2に、民事訴訟法は、官庁・公署や法人などに鑑定を嘱託する制度を認め、この場合は宣誓は行われないと規定する(民訴法218条)。この制度は、個人としての鑑定実施者を特定しない形で、裁判所が信頼する組織に鑑定を依頼するものであり、鑑定実施者が尋問を受けるとは限らないことを意味する。刑事訴訟法がこの制度を有していないこともまた、刑事鑑定人は当事者の尋問を受けなければならないという意味で、証人的性格の強さを示すものだとされる²⁵⁾。

第3に、従来民事鑑定人は交互尋問による一問一答式の尋問を受けていたが、2003年改正により、鑑定人が口頭で意見を述べる場合には、鑑定人に対する質問に先立ち、まず鑑定人から鑑定事項について意見を述べ、その後、原則として裁判長、鑑定申出をした当事者、他の当事者の順に質問を行うことになった(民訴法215条の2)。この改正の狙いは、鑑定人が鑑定事項について十分に意見を述べるようにすることにあつた²⁶⁾。これは後に刑事裁判でも行われるようになったプレゼンテーション方式を先取りするものであつたが、それに加えて交互尋問の形式を外した点で、裁判所の補助者的な性格を強めたものと理解できる。

刑事裁判では、証人についても鑑定人についても、規定上は、まず裁判官が尋

22) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣、1956年)203頁。

23) 浅田和茂「科学的証拠」村井敏邦ほか(編)『刑事司法改革と刑事訴訟法』(日本評論社、2007年)790頁。

24) 三井・前掲注4)345頁。当事者には鑑定人選任について意見を述べる機会があるため、忌避制度は不要であるとの評価もある。長岡哲次「鑑定をめぐる諸問題」三井誠ほか(編)『新刑事手続Ⅲ』(悠々社、2002年)124頁。

25) 三井・前掲注4)345頁。

26) 小田司「鑑定制度の現状と課題」法律時報87巻8号(2015年)29頁。

問した後に、証人を請求した当事者、他の当事者の順で尋問するのが原則となっている（刑訴法 304 条）。しかし実務では、証人尋問について、ほぼ例外なく交互尋問方式（刑事訴訟規則 199 条の 2）が取られており、鑑定人尋問についても前述のとおり、まず鑑定を請求した当事者が主尋問を行うのが通例となっている。この点でも、刑事鑑定人は証人に近い扱いを受けている。

第 4 に、しかし民事訴訟法は 1948 年改正により、アメリカ法の影響の下で当事者主義の要素を強めるため、職権証拠調べの条文を削除し、それを準用していた鑑定においても職権鑑定の制度が存在しなくなった。そのため、裁判所が鑑定を実施する必要があると考え、当事者に申立てを促しても、当事者が申立てをしなければ、鑑定は実施されないことになる。学説上は、裁判所は能動的に真実発見を追求すべきという理由から職権鑑定の肯定すべきとの見解もあるが、現状では行われていない²⁷⁾。これに対して刑事訴訟法では、鑑定を含め、職権による証拠調べは当然に予定されている（刑訴法 298 条 2 項）。刑事裁判が真実発見という価値を重視しているからであろう。

3 鑑定人の地位論の限界

このように民事鑑定人と対比すると刑事鑑定人は、ある面では証人的性格が強いが、別の面では職権主義の色彩が強くその意味で補助者的性格が強い、という複合的性格を有していることが分かる。

しかし改めて考えてみると、補助者的性格を有することと忌避制度は直結するように語られているが、このつながりについても必然ではないと考える余地があるように思われる。確かに、忌避制度は、裁判所側の人間として鑑定人を位置付けるからこそ存在している。基本的には職権主義的な制度である。そこから、忌避事由に該当しない限り、鑑定人は中立とみなされ、当事者にその判断を受け入れられるよう求める、という意味合いを有している、といえる。他方で、忌避制度を有しない日本の刑事鑑定から、裁判所が選任した鑑定人は無条件で受け入れよ、というニュアンスを受け取ることも可能であろう。むしろ、鑑定人が中立的でな

27) 清水宏「職権鑑定に関する一考察」東洋法学 58 卷 3 号（2015 年）76 頁。

いように見える場合に、当事者に忌避を申し立てる機会を保障する制度は、鑑定人選任に当事者のコントロールを及ぼすという意味で、当事者主義的に理解することもできるように思われる。

この点で参考になると思われるのが、日本の少年司法制度である。少年法では、少年審判において裁判官が自主的に職務執行を回避する制度のみが予定されており（少年審判規則32条）、少年側が裁判官を忌避する制度は存在していない。しかし、有力な学説及び裁判例は、憲法上の適正手続を受ける権利を根拠に、回避の規定は忌避を包含すると解しているのである²⁸⁾。

この見解を踏まえると、鑑定人への忌避申立ての問題も、鑑定を職権主義的に理解するか当事者主義的に理解するかという問題ではなく、適正手続を受ける権利の観点から基礎づけるべきだと思われる。

さらに鑑定人に対する尋問のあり方についても、証人としての性格を強調すると、一問一答方式で対立当事者の厳しい反対尋問にさらすことにより、鑑定内容の真実性が明らかになる、と考えることができるようにも思える。

しかし鑑定が専門的な内容を取り扱っている以上、訴訟構造のいかんにかかわらず、分かりやすい説明をしてもらう必要がある。そのためにプレゼンテーション方式が有効なのであれば、鑑定人の位置づけに関わりなくその方式が取られるべきである。また、鑑定人は、純粋な証人とは異なり、適格性審査を経ている。鑑定人が提供する専門的知見が真の意味で中立か否かはともかく、その専門性には一定の敬意が払われてしかるべきであろう。交互尋問を採用すべきかどうかについても、その時々で適切なやり方を選択すればよいと思われる。こうして、尋問のあり方も、鑑定制度を当事者主義的に理解するか職権主義的に理解するかとは直接関連しないように思われる。

このように、鑑定の性質は、鑑定人の地位及びそれと結びついた職権主義・当事者主義といった訴訟構造のあり方から演繹的に決められるわけではない。むしろ、鑑定の適正さを確保するためにいかなる法的な仕組みが必要か、という観点から決められるべき問題だと思われる。

28) 東京高決1989(平1)・7・18家月41巻10号166頁、川出敏裕『少年法』（有斐閣、2015年）102頁、武内謙治『少年法講義』（日本評論社、2015年）276頁。

IV 捜査段階の鑑定

鑑定にはこれまで見てきた裁判所の命令による鑑定の他に、捜査段階で、検察官・検察事務官・司法警察職員が捜査の必要がある場合に嘱託する鑑定がある(刑訴法 223 条 1 項)²⁹⁾。

捜査機関により鑑定を嘱託された鑑定受託者の活動が私人の権利侵害を伴う場合は、事前に裁判所が発付する令状を取得しなければならない。被疑者を一定期間留置する必要がある場合は鑑定留置状を取得し(刑訴法 224 条)、住居への立入りや身体検査、死体解剖、物の破壊などを行う場合は鑑定処分許可状を取得する必要がある(刑訴法 225 条)。しかしそれ以外に、裁判所による統制は一切ない。鑑定人尋問を通じた適格性の確認や事前の宣誓も存在しない。鑑定実施に際し、弁護人の立会権もない。鑑定受託者が公判段階で鑑定結果を口頭で報告する場合、既にその段階では代替性が失われているため、鑑定人とは扱われない。専門知識を活用して過去の事実を認識した場合に該当するため、鑑定証人として扱われる(刑訴法 174 条)。

鑑定受託者が作成した鑑定書については、鑑定人作成の鑑定書と同様に、自ら作成の真正性について証言すれば、伝聞例外として許容される、というのが判例となっている(刑訴法 321 条 4 項準用)³⁰⁾。反対説は人選の公正さ、宣誓がない点、当事者の立会権もない点などを問題視するが³¹⁾、判例を支持する見解は、鑑定結果を正確に報告してもらうためには書面の方が適しており、また実施者は学識経験者であるから相当程度中立性が見込まれることを理由としている³²⁾。反対説によれば、伝聞書面である鑑定書は原則として証拠能力を有しないことになり、被告人・弁護人が証拠としての使用に同意しなければ、鑑定受託者が証人

29) その他に、弁護人が依頼して行われる鑑定(いわゆる私的鑑定)もある。

30) 最判 1953(昭 28)・10・15 刑集 7 卷 10 号 1934 頁。

31) 浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』(有斐閣、1994 年) 221 頁。

32) 石井・前掲注 8) 201 頁。準用肯定説の中でも、弁護人が依頼して作成された鑑定書についても 321 条 4 項を準用するかどうかには争いがある。作成者の専門性を強調すれば、4 項準用は肯定されることになるが、東京地決 1978(昭 53)・6・29 判時 893 卷 3 頁は、弁護人が依頼して作成された鑑定書には、捜査機関の嘱託に基づく鑑定書ほど公正さの担保がない、とする。

尋問を受けることになる。

先に述べたように現在の実務は、鑑定書の伝聞例外を認める要件である作成の真正性の尋問に際して、内容の真実性についての尋問も行っているため、実際上は、緩やかな要件での伝聞例外を認めず、作成者本人を尋問する場合とあまり変わらないことになり、この論争の実益は必ずしも大きくない。

むしろ重要なのは、判例の立場では、捜査機関が嘱託する鑑定を裁判所が命じる鑑定と同視することになってしまうことである。捜査段階の鑑定は、先に挙げた適格性審査や宣誓、弁護人立会の有無もさることながら、両当事者の意向を聴取しそれを鑑定に反映させるというプロセスが欠けている点で、裁判所の命令する鑑定と決定的に相違する。嘱託鑑定は、あくまでも捜査の一環として、多くの場合は特定の被疑者が有罪であるという仮説を裏付けるために行われる。裁判所の鑑定の場合には、他に鑑定すべき資料はないか、よりよい鑑定手法がないか、より適切な鑑定人はいないかに関して、被告人・弁護人側からの吟味がなされる。それに対し、捜査段階での鑑定では、鑑定資料の選別や鑑定手法・鑑定人の選択が捜査機関の側からの視点のみによって行われるため、バイアスが混入する可能性が否定できない。確かに、判例を支持する見解が主張するように、鑑定受託者であっても、科学者であれば、あからさまな党派性が窺われる場合はあまりないと思われる。問題はむしろ、捜査の一環として行われることで、無意識のうちにバイアスがかかってしまうことである。この問題に対しては、鑑定受託者が作成した鑑定書の証拠能力を厳格に規制しても有効な対策にはならない、と思われる。

これに対して、捜査段階で弁護人がついている場合には、当該弁護人から被疑者に有利な資料の提供を行うこと、弁護人が選任されていない場合には、刑事訴訟法37条の4の要件を満たすときには、国選弁護人を職権で付すことが提案されている³³⁾。しかし職権で弁護人を付すことができるのは、「精神上の障害その他の事由により弁護人を必要とするかどうかを判断することが困難である疑いがある被疑者について必要があると認めるとき」であり、科学鑑定が問題となる場合に、この条文の要件を満たすことは考え難い³⁴⁾。そもそも科学鑑定の場合、被疑者

33) 司法研修所・前掲注14) 49頁。

が身体拘束される以前の絞り込みの過程で行われ、弁護人を関与させる余地がないことも多い。そして弁護人が選任されていても、検察官の主張をベースとした鑑定に対し、被疑者に有利な資料を提供することを弁護人が警戒し、協力が得られないことも十分に想定できる³⁵⁾。捜査段階の嘱託鑑定を公判段階の鑑定に近づける試みには、大きな限界がある。

もう1つ見逃せない事実は、証拠として法廷に顕出される鑑定の大部分は捜査段階で実施されたものである、ということである。捜査機関が有罪獲得を目指して活動する以上、立証に必要な鑑定が捜査段階で行われるのは自然なことである。

鑑定を巡る議論は、まず裁判所が命ずる鑑定の中立性・公平性をどう確保するかという観点から論じられ、その応用として捜査段階の鑑定の扱いが論じられるのが一般的である。そして伝聞例外の扱いを通して、捜査段階の鑑定は裁判所の命ずる鑑定と同じ地位にあるかのように議論されることによって、必要以上に中立的なものと扱われてしまう³⁶⁾。しかし、裁判所での鑑定が文字通り基本となり、当事者が実施する私鑑定は例外的な民事裁判の場合と異なり、刑事裁判の場合は捜査機関の嘱託する鑑定がむしろ基本となる。鑑定において中立性確保に限界がある場合がむしろ基本となるのであるから、その場合を念頭において、鑑定の信頼性を確保するための方策を意識的に検討する必要があると思われる。

34) 廣瀬・前掲注13) 34頁。

35) 田岡・前掲注15) 44頁。

36) 例えば、村越一浩・坂口裕俊「精神鑑定が問題となる事案の審理計画・審理のあり方」判例タイムズ1414号(2015年)106頁は、鑑定受託者の党派性を問題にすることで、日本は、鑑定人の補助者の性格を重視しているのであるから、鑑定人の党派性を当然のこととする英米法系と同列に論じるのは相当ではない、と述べている。この記述からは、鑑定人と鑑定受託者を無自覚に同視する姿勢が窺える。なお、同論文は続けて、高倉新喜「裁判員裁判における公判前整理手続と刑事精神鑑定」白取祐司(編)『刑事裁判における心理学・心理鑑定の可能性』(日本評論社、2013年)202頁と並び、筆者の前稿(本庄・前掲注16)25頁)を取り上げて、「公平性・信頼性が認められる場合においてもなお残るとされる『党派性』が何を指すのか、必ずしもその内実は明らかではない。」と批判する。しかし筆者が前稿で指摘したのは、鑑定受託者に党派性がなく、公平性・信頼性が認められるとしてもなお、精神鑑定においては不可避免的に鑑定人の解釈が入る余地が大きく、公正な鑑定が複数並び立つことが稀ではない、という点である。この問題は、鑑定受託者に限らず、鑑定人にも存在するものであるから、本文で指摘した問題とは性質を異にする。法医学鑑定についても同種の問題があることについては、庭山英雄「刑事再審と鑑定」中京法学44号(1980年)6頁参照。

V 鑑定信頼性確保のための方策

1 裁判所鑑定積極的な活用

第1に踏まえるべきは、鑑定制度の英米法型の専門家証人制度とは異なる利点を改めて認識し、積極的に活用することである。専門家証人制度は、当事者主義を徹底し、科学の専門家であっても厳密な意味での中立性ということはありません、党派性を免れないということを正面から認める制度である。当事者双方が、自らの主張を裏付ける専門家を証人とするため、法廷においてどちらの科学的な立場が妥当であるかについての専門家同士の論争が起きるとされる³⁷⁾。

専門家証人制度については、裁判は事実を認定することには適しているが、専門的知見を抽象的に争うのにはなじまないとか、最終的には裁判所に判断をゆだねざるを得ない以上、相対立する見解を提示することには弊害が大きい、といった批判がなされている³⁸⁾。

しかしアメリカ法においては、後述するように、ジャンクサイエンスと呼ばれる科学の名に値しない知見が法廷に流入しないように、専門家証言の許容性についての規制がなされている。法廷で証言されるのはあくまでもそのハードルをクリアした、一定程度の信頼性を備えた科学的知見である。その上で、最終的に裁判官に判断をゆだねざるを得ないからこそ、当事者主義を徹底し、信頼性のある知見をお互いがぶつけ合う、という考え方は、成り立たないわけではないように思われる。法廷で抽象的な理論の優越に決着をつける必要はない。あくまでも科学を当該事案の解決に応用した結果という特定の実事問題なのであるから、事実認定の一環として、無罪推定の原則に従って判断することは不可能ではない。

鑑定制度の下でも、捜査機関の囑託する鑑定と被告人・弁護人側が独自に依頼する私的鑑定を原則とすれば、専門家証人制度に近いものとして制度を運用することもできる。科学には厳密な意味での中立性が欠けていることは認めざるを得ない以上、鑑定を専門家証人制度に近いものとして運用することにも、一定の魅力があることは否定できない。

37) 平野・前掲注22) 203頁。

38) 杉山・前掲注21) 349頁。

しかしながら、専門家証人の場合、依頼者である当事者から提供される情報のみに基づいて証言を行うことにならざるを得ない。先に指摘した、嘱託鑑定が抱える問題が同様に当てはまる。その限界を補うために、両当事者からの情報を集約する形で鑑定を行える鑑定人制度を予定しておくことにはやはり意味があると思われる。

そして、捜査段階の鑑定受託者の鑑定に関して、鑑定人の選定、鑑定資料の限定、鑑定手法などについて被告人側から疑義が出された場合、緩やかな条件の下で、改めて裁判所の命令で鑑定を実施することを認めるべきだと思われる。アメリカ法においても裁判所が任命する専門家証人が存在しているが、あまり活用されていないとされる³⁹⁾。専門家の基本的な性格があくまでも証人であるからだと思われる。鑑定制度の下では、裁判所が命令して鑑定を行うのが本来のあり方なのであるから、捜査段階で鑑定が存在する場合にも、より積極的に裁判所鑑定を実施していくことが可能であるし、そうすべきだと思われる⁴⁰⁾。

なお、裁判所が命じた鑑定の場合であっても、当事者が当該鑑定結果を踏まえた上でよりよい鑑定を実施できる可能性を具体的に提示したのであれば、再鑑定を実施することを躊躇する必要はない。裁判所の鑑定の中立性とは、あくまでも一般論としてそういえるに過ぎず、あるいは捜査段階の鑑定と比べた場合の相対的なものであるにとどまる。科学が本当の意味で中立的である保障はないと言わざるを得ないのであるから、個別に問題のある鑑定がなされることは十分に考えられる。その場合は鑑定の中立性に固執すべきではない。

2 証拠能力の規制

第2に重要なのは、鑑定の中心を占める科学証拠について、証拠能力を規制することである。この問題については、膨大な研究の蓄積があるが、ここでは概要に触れるにとどまらざるを得ない。

周知のように、科学証拠の証拠能力基準に関しては、アメリカ法を参考に、その科学的知見が当該分野において一般的承認を得ていることを要件とするフライ

39) 杉山・前掲注21) 247頁。

40) 本庄・前掲注16) 26頁。

基準や、そこまで要求せず当該分野で承認を受けていることを1つの要素にとどめ、科学的原理や検査方法が検証可能であること、他の専門家が検証済みであること、エラー率が判明していることを総合的に衡量して結論を下すドーバート基準が紹介されてきた⁴¹⁾。これに対し、裁判所では、DNA鑑定技術の発展に伴い、過去に実用化初期のDNA鑑定を決め手として有罪判決を下していた事件が冤罪であったことが明らかになった足利事件を契機として、今後の裁判所の方針を定めるために裁判官により司法研究を実施した。司法研究では、日本の制度は裁判員裁判であったとしても、素人のみが事実認定を行う陪審制度とは異なり、科学的証拠が誤っているかもしれないと慎重に評価する姿勢が身に付いている裁判官が評議に加わるのであるから、科学的証拠に特有の証拠能力の規制を設ける必要はないとされた。具体的には、通常の証拠と同様に、最小限度の証明力すらない証拠のみを排除すればよいとされたのである⁴²⁾。

しかし、足利事件では科学警察研究所が独自に開発し、まだ他の機関の検証を経ていなかった鑑定手法が用いられている。こうした手法は、それ自体は科学的原理に従った方法であるように見えたとしても、それにより信頼性のある結果が導かれる保証はない。当該分野での一般的承認を経ていないことは必須ではないとしても、他の機関の検証を経ていないような技術を用いた鑑定を裁判で証拠とすべきではないと思われる⁴³⁾。

さらに、証拠能力の規制として重要なのは、信頼性を有する科学のみを裁判で

41) 井上正仁「科学的証拠の証拠能力(1)(2)」研修560号(1995年)3頁、562号(1995年)6頁など。ドーバート基準は、当初、一般的承認を必須としないことによりフライ基準をより柔軟なものにしたと理解される傾向にあったが、そうではなく、法律家自身が科学的証拠を科学分野におけるのと同じ手法で評価すべきことを示したものであると指摘されている。徳永光「DNA証拠の許容性」一橋法学1巻3号(2002年)807頁。

42) 司法研修所(編)『科学的証拠とこれを用いた裁判の在り方』(法曹会、2013年)57頁。同書の批判的検討として、「特別企画・科学的証拠と刑事裁判」季刊刑事弁護76号(2013年)82頁。

43) 徳永光「科学的証拠の証拠能力」『村井敏邦先生古稀記念論文集・人権の刑事法学』(日本評論社、2011年)598頁。徳永光「科学的証拠」法学教室435号(2016年)19頁は、十分な検証過程を経ておらず有効性の確認されていない鑑定法は、一般人が納得できる内容であっても、刑事裁判において実用化するだけの信頼性を伴わず、そこから得られた科学的証拠には自然的関連性がないと考えるべき、とする。

活用するために、事後的な検証可能性を確保することだと思われる。科学が科学である所以は、検証可能性が確保されていることであるためである。

最も望ましいのは、鑑定資料を適切に保存しておき、事後的に再鑑定を行えるようにしておくことである。しかし、犯行現場に残されている遺留物が微小であり、全量消費が避けられない場合があるとされる。その場合でも、他の専門家が鑑定の実施経過を事後的に検証できるように記録を残しておくことは最低限必要ではないかと考えられる⁴⁴⁾。なおあわせて、相手方当事者が実際に再鑑定や検証を実施する必要性を見極めることができるようにするため、鑑定に関する記録の証拠開示が徹底される必要がある。

3 鑑定機関の中立化

さらに鑑定実施機関を警察から独立させるべきとの主張がある。

日本の捜査段階の鑑定のうち、死因に関する法医学鑑定、精神鑑定や高度な技術を要する鑑定などは大学に所属する研究者等に依頼して行われている。しかし日常的に多く行われている鑑定の大部分は、警察の鑑識部門及び各都道府県の警察に付属している科学捜査研究所によって行われている。鑑識部門では、指紋・足跡・写真の鑑定や臭気選別などが行われる。科学捜査研究所ではDNA鑑定や血液鑑定、毒物鑑定、物理鑑定、筆跡鑑定、ポリグラフ検査などが行われている。科学捜査研究所及びその上部組織である科学警察研究所が警察に付属していることについて、公正性に問題があるとの指摘がかつてよりなされてきた⁴⁵⁾。最近では、元科学捜査研究所職員が、警察に付属していると警察官から鑑定結果について圧力を加えられるおそれがあるとして、独立することを提言している⁴⁶⁾。

しかし、鑑定機関の独立が中立化に直結するかには疑問がある。まず徹底すれ

44) 勝又義直「信頼される鑑定検査のあり方」警察学論集60巻2号(2007年)6頁は、実際に行われるかは別として、再鑑定のために資料の一部を残しておくことが求められており、微量な資料で全量を消費せざるをえない場合には、全量を使わざるをえなかった理由が必要であり、またその検査の過程がしっかりと追跡できるような詳細な記録を残しておく配慮が必要である、と述べる。

45) 渥美東洋「鑑定をめぐる諸問題」『植松博士還暦祝賀・刑法と科学・法律編』(有斐閣、1971年)758頁、浅田・前掲注31)190頁。

ば、現在警察の鑑識職員が行っている犯行現場での遺留物の収集も、外部機関に依頼して行わせることになると思われるが、即時に現場に急行できる体制が構築できるかという問題がある。仮に体制づくりが可能であったとしても、そうした機関は日常的に警察とともに行動を共にすることにならざるを得ず、そこに癒着が発生する疑いもある。捜査実務を前提とすると、中立化を徹底することは難しいように思われる⁴⁷⁾。

また日本では鑑定 of 誤りを誤判原因とする著名な冤罪事件が複数存在しているが、それらのうち、大学の研究者が行った鑑定が問題になった事件も多い。大学の研究者は功名心から、本来は判定できないようなことまで判定できると述べるおそれがある⁴⁸⁾。また派閥関係が存在するために、鑑定結果が歪められるおそれも指摘されている⁴⁹⁾。捜査機関から独立していれば鑑定の信頼性を確保できる、というわけではなく、鑑定の信頼性を確保するための他の方策を実践することが重要となる。

しかし結論的には、鑑定機関のうち、少なくとも高度な法科学を駆使する科学捜査研究所は捜査機関から独立した方が望ましいように思われる。科学捜査研究所が担う高度な鑑定は素人には理解が難しいものであるため、鑑定結果を評価する際に、実施機関の信頼性が判断の重要な一要素になる。そして、弁護士が社会的信頼を得ている要因を考えると、独立した方が望ましい。弁護士は資格により専門性が担保されていることの他に、法的援助を必要としている人であれば、様々な立場の人からの依頼を受ける。例えば、刑事弁護を熱心にやっている一方で、犯罪被害者の代理人を務める弁護士はまれではない。もちろん特定の立場の

46) 平岡義博『法律家のための科学捜査ガイド』（法律文化社、2014年）141頁。同様に科学者の立場からの提言として、藤田義彦『『法科学研究所』創設への提言』犯罪学雑誌81巻1号（2015年）3頁。

47) ただし、鑑定機関を警察から独立させるかどうかにかかわらず、証拠採取者と鑑定者は別であるべきであろう。実況見分及び資料採取に従事した者が鑑定受託者になったケースについての問題点の指摘として、阿部泰雄「法医鑑定と刑事手続」刑法雑誌45巻1号（2005年）86頁。

48) 庭山・前掲注36) 6頁が、鑑定人には党派性があるとして問題視しているのは、大学に所属する著名な法医学者の手による誤鑑定の例である。

49) 松倉豊治『『鑑定要請』に関する二、三の問題』ジュリスト694号（1979年）53頁。

人の弁護活動に特化した弁護士も珍しくはないが、重要なのは、様々な立場の人からの依頼を受ける人が現に存在し、依頼者がそうした人にアクセスしたい場合は、アクセスできる体制が整っていることである。弁護士は、こうした状況にあるがゆえに、社会的信頼を得ているように思われる。それと同様に、鑑定人の場合も、捜査機関のみの鑑定を実施していると社会的には公平性を疑われる場合がある。被疑者・被告人側の依頼にも応じて鑑定を実施するようになれば中立的な組織であると外形的にも信頼を得ることができ、裁判所からの信頼度も向上することが期待されるところである。

VI おわりに

以上のように、科学鑑定の適正な取扱いが進み、真の意味で取調べによる自白獲得に過度に依存しない刑事司法が実現することが望まれる。

※ 本稿は、2016年9月1日から2日にかけて、台湾の中央警察大学にて開催された「2016年犯罪偵査與鑑識科學國際研討會議」における筆者の報告原稿に若干の加筆を行ったものである。報告の機会を与えてくださった同大学の林裕順教授にはこの場をお借りして厚く御礼申し上げる。