

刑事裁判における科学的証拠の利用

—DNA鑑定に関する日本の状況を アメリカにおける議論と比較して

徳 永 光

I. 問題の所在

科学技術の発展により、裁判においても素人の知識には含まれない多くの情報が利用できるようになった¹⁾。科学技術は、従来論じられてきたように、「人から物へ」の捜査方法を「物から人へ」に転換する手段として重要であり、また裁判官の事実認定に資するものとして大いに活用されるべきであるといえる。しかし同時に、検査対象者などのプライバシーを侵害するおそれ、あるいは、科学技術に寄せる過度の期待から、その成果を無批判に受け入れてはならないということも、また指摘されてきたところである。

DNA鑑定技術の利用に関しても同様である。この鑑定技術の有用性は、血液型鑑定では検査対象となり得なかった微量の資料、陳旧化した資料が利用可能となることに認められる。さらに、DNA鑑定法の中には、ABO式血液型などに比べて、多くの型に分かれた結果が得られる種類のものがあり、従来は区別し得なかった鑑定資料についても、由来の違いを明らかにすることができる。そのため、DNA鑑定技術は被告人にとっても、積極的に無罪を証明し得る強力な手段として期待し得るものとなる。しかしその反面、遺伝情報がコード化されたDNAを鑑定資料とすることは、プライバシー侵害の危険を生じさせる。また、発展途上の技術には、当初、開発当事者の予測しなかった問題が後に判明する可能性が伴うため、少なくとも有罪立証のために実用化するには慎重さが求められる²⁾。

このように、実用化に際しては、鑑定に用いる対象資料の採取またはデータの廃棄に関する問題、鑑定目的の制限に関する問題、されには、各鑑定手法の信頼性に関する議論が必要である。ところが日本においては、これらの問題に

関する立法，または専門的な組織によるガイドラインも不十分なままにDNA鑑定が実施されてきた⁶⁹⁾。このような利用のあり方に対しては，既に，法医学者の側から，鑑定の信頼性確保においても，被疑者・被告人の人権保障の観点においても，改める必要があるという指摘がなされている⁷⁰⁾ことに，留意しなくてはならない。

本稿においては，上に挙げた多岐の事柄の全てを論じるわけにはいかないため，鑑定機関および鑑定人，あるいは鑑定制度それ自体に関する問題を取り上げたい。これらの問題は鑑定技術を実用化する前提として，最初に検討しておくべき事柄であろう。まず背景にあるのは，DNA鑑定の圧倒的多数が，科学警察研究所（以下，科警研）または科学捜査研究所（以下，科捜研）という捜査機関に属する研究所によって実施されていること，また，大学の研究室において行われる鑑定も含めて，そのほとんどは，捜査機関の委嘱による嘱託鑑定で占められているという状況である⁷¹⁾。

そこで問題となるのは次のような事柄である。第一に，科警研・科捜研という捜査機関の巨大な鑑定組織が，外部からの監視の目を全く受け付けていない。他方，単発的な大学機関による鑑定は，それぞれ独自の技術，独自の方法に基づいて実施されている。これらは，個々の研究所を統括する管理機構が存在していないという意味において，鑑定の信頼性に関わる問題を生じさせる。第二に，大部分を捜査機関の嘱託鑑定が担う制度においては，訴追側と被告人側との力の格差が深刻な問題となる。「刑事鑑定に関しては，武器対等の原則が画に描いた餅にすぎないことは，あまりにもあきらか⁷²⁾な現状は，早期に解消されなくてはならない。このような問題について，以下，アメリカにおける議論と比較しつつ検討していく。

なお，上に述べた状況は，DNA鑑定に限定されるものではなく，他の鑑定方法に関しても指摘され続けてきたものである⁷³⁾。しかしここで再度，DNA鑑定を素材として論ずることには利点もある。DNA鑑定技術は専ら犯罪捜査のために開発された技術ではなく，その領域外で確立された自然科学的手法の応用である。そのため，この鑑定技術の利用については，直接，科学界における実用化の標準に照らして論じることができるのである。このような意味で，DNA鑑定は，「科学」的証拠の取り扱い方を考える際の格好の素材であると思われる。従って，以下で取り上げる議論が，DNA鑑定にのみ適用される特別

なものであるとは考えていない。むしろ、DNA鑑定についての議論が「科学的証拠」の標準として、同じ「科学」的証拠として取り扱われる他の種類の鑑定に対しても、適用することができるであろうし、またそうすべきであろうと思われる⁹⁸。

II. DNA鑑定の実施における日米の比較

1. 外部機関

(1) アメリカにおける状況

アメリカにおいてDNA分析技術⁹⁹が実用化された当時、それは、従来の法科学証拠のような、捜査のために開発され、警察機関の研究所によって独占的に利用される検査技術と異なり、遺伝学等の純粋な学問領域において発展した技術であるため、より高い信頼性が認められるものと見なされた¹⁰⁰。しかしその後、刑事事件におけるDNA技術には特殊な問題が伴うとの認識が浸透するにつれて、初期に見られたような無批判な信頼の空気が弱まった。

刑事事件におけるDNA分析技術の問題が顕在化してきた頃、専門的な知見に基づく評価を行うための委員会が招集された。全米科学アカデミー（National Academy of Science）の一機関である、全米調査評議会（National Research Council, 以下、NRC）に設置された、法科学におけるDNA技術に関する委員会がそれである。この委員会は、1992年に、個別的分析技術の信頼性に対する評価と、問題点を指摘する勧告を公表した（NRC I）。1996年にも、新しい委員で構成された新しい委員会が、主として出現頻度の算定方法に関する勧告を行って（NRC II）¹⁰¹。

また、連邦に適用される法律には、1994年「DNA個人識別法」（DNA Identification Act）がある。この法律の大きな目的は、全国的DNAデータベースの構築であった¹⁰²が、そのためには、技術水準の統一化、各検査結果の信頼性確保が重要となる。従って、法律の多くの部分は、技術の信頼性確保に関する規定によって占められている。その一環としてDNA諮問委員会（DNA Advisory Board 以下 DAB）の設置を命じ、熟達度検定に関する規定が置かれた。1998年には、DABによって統一的な標準が公表されている¹⁰³。その他、FBIの主導により結成された、全国の法科学研究所の代表者で構成されるワーキング

グループ (Technical Working Group on DNA Analysis Methods, 以下, TWGDAM) が存在する。この組織は, 1988年以降, 標準作成のための指針を提示し, 適宜改訂を加えてきた。さらに, 任意参加ではあるが, 法科学研究所に対する外部審査を実施し, 認証を与える組織がいくつかある⁹⁰。

このように, アメリカにおいては, 様々な組織や機関が, DNA鑑定 の議論に参加する。もっとも, 中には, 捜査機関であるFBIが中心となる組織も含まれる。しかし, 立法や勧告・指針の提示に際して, 法律家や法科学者らによる議論の機会が, 多々設けられていることは重要であろう。第三者的な専門家集団による勧告や指針は, 検査技術の一般的信頼性を確保するのみならず, 個別の検査結果の信頼性を評価する際の基準としても働くのである。次に, これらの勧告・指針に共通して挙げられる, DNA鑑定 の信頼性確保に必須の事柄を検討していく。

鑑定方法の一般的な信頼性確保に重要であるのは, 検査実施機関における品質保証 (quality assurance) および品質管理 (quality control) システム⁹¹の確立である。この品質保証/品質管理の内容には, 方法・技術自体に関する標準, 検査資料の採取および保管, 検査過程の記録化という手続きを含めた標準, 鑑定機関および鑑定人の資格認定や鑑定手続きに関する標準が含まれる。サンプルの採取から検査結果の報告および記録化に至る全過程が, マニュアルによって統一化され, その管理の下で検査が実施されることにより, その一般的な信頼性を確保することができると考えられているのである。

まずDNA識別法が, 品質保障および熟達度検定のための標準を作成するよう命じている⁹²。この標準作成のために, 先に述べたDNA諮問委員会の設置に関する規定が置かれたのである。諮問委員会は, 「品質保証のための標準に関し, これまでに勧告された標準を発展させ, 適切な場合には定期的にこれを見直す」という任務を負う⁹³。熟達度検定に関しては, ブラインドによる外部的検定の可能性を検討すべきことが規定され⁹⁴, またFBIの職員に関しては特別に, 熟達度検定を受けることの明文規定が置かれた⁹⁵。

標準の作成および熟達度検定の実施は, NRCの勧告およびTWGDAMの指針においても, 言及されている。NRC Iは, 「法科学におけるDNA分析は, 科学的に最も厳密な標準により管理されなくてはならない」⁹⁶と勧告した。また, 捜査機関とは別の適切な政府機関の援助の下に, 主として科学・技術的問題に関

する専門的助言を提供するための組織が設立されることを強く勧告すると述べている⁸²。また、NRC IIは、法科学研究所が定期的な熟達度検定を受け、その結果を裁判においても利用可能な状態に置くべきであると勧告している⁸³。TWGDAMによる指針においても、DABの作成した標準においても、熟達度検定の規定があり、前者の指針においては「ブラインドの熟達度検定プログラムへの参加が強く望まれる。また、そのようなプログラムを実施するためにあらゆる努力がなされるべきである」⁸⁴とされている。

以上のように品質保証の標準を作成する作業は、各研究所が個別に行うのではなく、第三者的機関の作成する指針に沿って行われる。また、検査実施機関および検査者の、外部機関による熟達度検定への定期的な参加、および研究所に対する監査が標準の中に常に置かれている点に注目すべきである。すなわち、外部からの監視が品質保証に必須の要素とみなされているのである⁸⁵。FBIの研究所も、1998年にASCLD/LAB⁸⁶による審査を経て認証を得ており、定期的な熟達度検定および視察を受けるシステムに参加している。

(2) 日本における状況

一方、日本において、DNA鑑定に関する法律はなく、専門家集団による指針として挙げ得るものも、日本DNA多型学会のDNA鑑定検討委員会による、「DNA鑑定の指針（1997年）」⁸⁷だけである。この指針は、法医学者、法学者、科警研、法律実務家の協議に基づき、「我が国の専門学会からの“DNA鑑定のあるべき姿”についての勧告を提案する」⁸⁸という目的の下に初めて作成された統一の指針であるという点で、積極的に評価されるべきである。ただし、熟達度検定や第三者的専門機関の設置についての言及はない。この指針は、内容の具体性において未だ不十分であり、今後さらに発展させる必要があると指摘されている⁸⁹。

その他、警察庁刑事局鑑識課による「DNA型鑑定の運用に関する指針の骨子」⁹⁰もあるが、こちらは警察機関の内部基準であるという限界を持つ。科警研の主導する警察機関の研究所に関しては、品質保証／品質管理の観点から、実施方法が統一的に管理されていると主張される⁹¹。しかし、NRC Iの次のような勧告内容に照らせば、そこには品質保証のための決定的要素が欠けているように思われる。NRC Iは、「個別の研究所内で用いられる品質保証プログラムは、

高水準の確保には不十分である。品質保障の遵守を確保するためには、外部的な機構が必要である。考えられる機構として個人に対する認可状、研究所に対する認証、州または連邦による規則が考えられる」⁹²と勧告した。科警研や各科捜研において品質保証プログラムが確立されても、そこには、鑑定機関に対する外部からの監査・監督、あるいは鑑定人に対する外部的な熟達度検定が置かれていない。そのため、この指針に関しても不十分なものといわざるを得ない。

警察機関の研究所に限らず、個別の研究所が独自に検査方法・技術を開発し、外部からの監督なしで鑑定を実施するというのが日本の状況である。そこには、方法および技術の標準化は、研究機関独自の活動によって達成されるものではなく、学界をあげて取り組まなくてはならないという発想、品質保証のために外部的な監査や熟達度検定の制度が必須であるという発想が欠けているか、あるいはそうした発想の形成が未だ途上であるといえる。本来、科学は、研究者相互の同僚審査・仮説に対する検証を経て、一定の合意形成に至ることにより発展する学問領域であろう。そうであれば、学界レベルでの方法や技術の標準化、外部機関による査察は、信頼性確保のため当然に設けられるべきシステムであるといえることができる。日本においては、DNA鑑定の品質保証に関する具体的な指針、および鑑定機関を審査認定する公認機関を設けることが急務であるといえよう⁹³。

2. 再鑑定の保障

鑑定方法・技術の一般的な信頼性と並んで、個別の検査結果の信頼性を確保するための要素は、他の専門家による審査システムである⁹⁴。第三者的立場の専門家による審査は、個々の検査過程において生じたエラーの発見に効果的である。この審査は、まずは鑑定結果を報告する以前に、研究所内部において行われていることが求められる。しかし、刑事裁判においては、被疑者・被告人が自己に不利益な鑑定結果を独立に吟味する機会の保障、再検査⁹⁵を行う機会の保障という観点からの考察がより重要であろう。

(1) アメリカにおける状況

アメリカでは、原則、双方の当事者がそれぞれに自己の専門家証人の証言を

提出する制度が採られる。このような制度においては、被告人側にも等しく、独自の専門家証人を利用する機会が与えられなければならないということになる。被告人に専門家を雇う資力がない場合には、一定の条件の下に、専門家の援助を受ける機会が憲法上の権利として保障される⁹⁸。この場合、被告人を援助する専門家は一般に、裁判所によって任命され、費用も公的に支払われることになる。興味深いのは、この専門家は、裁判所の委嘱を受けるという意味において、当事者の専門家ではないが、なお被告人のために働くという役目を負っているということである。

被告人側の専門家の活動内容は様々である。その中には、訴追側による検査結果の内容あるいはその問題点を被告人側へ説明し、有効な反対尋問を行うための援助をすること、自ら被告人側専門家証人としてそれらの問題点につき証言すること、そして最後に、独自に検査を実施しその結果を報告することが含まれる。従って、専門家証人の利用が憲法上保障されるにせよ、そのことが直ちに再検査の機会の保障を意味するわけではない。アメリカにおいても議論の関心は第一に、訴追側の検査結果あるいは、召喚を予定する専門家証言に関する事前の開示に向けられている。この点、連邦の手続における証拠開示の範囲は、1993年の連邦刑事訴訟規則第16条(a)(1)(E)および(b)(1)(C)の追加により、広がられている。この規定に基づいて開示される情報は主に、召喚を予定する専門家の資格、予定される証言の要旨、専門家による意見の根拠の要旨である。開示の内容が証言の要旨に限定され、さらに公判廷において証言する予定の専門家証言にのみ適用されることから、なお不十分であるとの批判もあるが⁹⁹、科学的証拠に関しては、事前の十分な開示が必要であるという認識が浸透しているといえよう。従来論じられるように、科学的証拠の場合には、その専門性のために、事前の広い開示に基づく十分な吟味の機会がない限り、潜在する問題点を発見することが困難になるからである¹⁰⁰。DNA検査の場合にも、州によっては、その結果の事前開示につき明文規定が置かれている¹⁰¹。

アメリカにおいても、実際の資料を利用した独自の検査が、被告人の権利として保障されているとは、必ずしもいえない¹⁰²。ただし、連邦の手続においては、明文規定はないものの、被告人側による検査のために有体物を提供することが、証拠開示の一環と解されている。これは、連邦刑事訴訟規則第16条(a)(1)(c)に規定される「有体物」の「閲覧、複写または撮影」の中に再検査も含まれ

るという解釈に基づいており、それによって、被告人側は、提供された有体物の閲覧や謄写のみならず、それを用いて独自の検査を行うことが可能となる。実際、連邦控訴裁判所の判例には、このような解釈に従った判断を下すものが見られる⁴⁹。

DNA鑑定に関しては、NRC IIの勧告が重要であろう。委員会はまず、情報の開示に関して、次のように述べている。「開示手続において情報を提供しない (withholding) ことを正当化する、厳密な科学的根拠は全く存在しない…われわれは、DNA検査を実施する研究所の活動のあらゆる点に関して、十分な、文書による記録化 (written documentation) が行われることの重要性を論じた。このような記録化により、研究所の作業に対する専門的審査 (technical review) が、研究所内部においても、外部の専門家によっても容易になるであろう。…DNA検査のあらゆる点について十分に記録化されるべきであるとのわれわれの勧告は、この記録が公判前に開示される場合に最も価値あるものとなるであろう」⁴⁹。さらに、再検査資料の保存に関しては、NRC Iが、「DNAサンプル(およびDNAが含まれていると思われる証拠)は、可能な場合は常に保存されるべきである」⁴⁹とのみ勧告したのに対し、NRC IIはより詳細な勧告を行った。すなわち、「可能な場合は常に、法科学サンプルは、現実的に可能な限り早い段階において2つ以上に分割されるべきであり、使用されなかった部分は、再検査を実施できるよう保存されるべきである。使用される部分と保存される部分とは、別々に保管されて取り扱われるべきである。再検査は全て、最初の検査に関与しなかった職員により、最初の検査とは独立して実施されるべきであり、異なる研究所において行われることが望ましい」⁴⁹とされた。この勧告は、信頼性の高い方法・技術に依拠しても、個別の検査においてはエラーが発生し得るため、再度の検査を実施することによる確認が重要であること、その場合、独立した再検査の保障が、無実の被疑者・被告人を保護する最善の措置であるという考え⁴⁹に依拠するものである。また、検査資料が微量なために、一度の検査による全量消費が避けられない場合については、被告人側の専門家による検査への立会いが解決策の一つとして提示されている⁴⁹。NRC IIは、FBIの意向が反映された委員会であった。ただし、再検査に関しては、最初の勧告に比べてより一層、その機会を確かにするための措置を勧告したのである。

(2) 日本における状況

アメリカにおいては、従来薬物検査や血中アルコール濃度検査に関し、被告人への検査資料の提供が論じられてきたのに対し、日本では、DNA鑑定が登場するまで、それほどこの問題は議論されてこなかった。検察側の鑑定結果に対する、独立した再検査が不可能となるのは、DNA鑑定のために資料が全量消費される場合に限らず、臭気選別やポリグラフ検査においても生じる問題である。しかし、この種の証拠にも証拠能力を認める判例⁹⁸を始め、再検査の可否と当該検査結果の信頼性評価とは別個の問題であるという考え方⁹⁹が根強くあるように思われる。確かに、両者は論理的には区別され得る事柄であろう。しかし、NRCが強調したように、個別具体的な鑑定結果の信頼性を実質的に評価しようとするならば再検査による確認自体が信頼性評価の重要な手段として考慮されなければならない。

DNA鑑定については、先の日本DNA多型学会による指針の作成過程において、再鑑定に関する当初の案が、科警研所属の委員による反対に遭い、変更されるという経緯があったという¹⁰⁰。その経緯を見れば最終的な指針における「可能な限り再鑑定の可能性を考慮してDNA未抽出の資料の一部が保存されることが望ましい」という文言は、再鑑定に関する意見の対立によって、作業の成果全体が無に帰さないようにするための妥協点であろうと思われる。そうであれば、再鑑定に関する議論は、今後の指針の修正作業においても、継続して行われるべきであろう。

Ⅲ. 日本におけるDNA鑑定とその制度

ここまでは、DNA鑑定の実用化の前提条件ともいえる事柄を取り上げてきた。それは、学界内における専門的な第三者機関の設置、鑑定機関および鑑定人に対する外部的熟達度検定の実施、被告人による独立した検査の保障である。しかし、日本において、このような前提条件の実現を考えてみようとする場合、制度上（事実上の解釈や運用を含め）の障害が現れてくる。そこで次に、日本の鑑定制度について、特に被告人に対する保障の観点から、改善されるべき点とその方策とを述べる。

1 捜査段階における不均衡

捜査段階において、捜査機関は独自に鑑定を委嘱することができる（刑事訴訟法223条、以下単に法とする）。犯罪現場から採取された資料に関しては、鑑定のために消費する場合であっても、鑑定処分許可状を要しないという運用がなされている。これは、裁判所や被疑者の全く関知しないところで、資料が全量消費され得ることを意味する。たとえ、被疑者の側が、鑑定実施の予定を知り得たとしても、嘱託鑑定への、弁護人の立会い権は保証されていない（法223条以下に法170条の準用がない）。被疑者にとって、DNA鑑定の結果は、将来の起訴か釈放かに影響する重大な関心事であろう。この時点で既に、捜査側との間に大きな不均衡が生じている。

被疑者・被告人側も、第一回の公判期日前には、証拠保全請求として裁判所に鑑定を求めることができる（法179条）。しかし、この段階の被疑者・被告人には、現場からどのような資料が採取されたのかさえ明らかでないのが現実であろう。また、弁護人がついていない場合、どの程度の被疑者・被告人が、証拠保全手続の存在自体を知り得るのかは疑問である。また、そもそも、嘱託鑑定によって資料が無くなるかもしれないということが、「その証拠を使用することが困難な事情があるとき」に該当するかという問題が生じる。一方、捜査機関が、嘱託鑑定であることに対する批判を避け、鑑定の公正性を担保する目的で、裁判所による鑑定を請求したいと考えたとしても、そのための手続がない。第一回公判期日前に、検察官が裁判所に請求できるのは、証人尋問だけだからである（法226、227条）。捜査機関にとっても、正式鑑定への手続のない制度には不備があるといえることができる。

嘱託鑑定の実施に強制処分が伴う場合には、裁判所の令状が要求される。鑑定資料を採取するために人の住居に立ち入ったり、死体を処理する場合には、鑑定処分許可状が必要となる（法225条による法168条の準用）。採血も、鑑定処分許可状を得て行い、直接強制の場合には鑑定処分許可状と身体検査令状を併用するという運用がなされている⁶⁹。このような運用に問題がないとはいえないが⁷⁰、少なくとも、処分対象者のプライバシーや身体の完全性に対する侵害が生じる場合には、裁判所の管理の下で行われるべきであるという認識は確立している。それに対して、現場から採取された資料については、それをどのように扱うにせよ、裁判所の許可は必要と解されていない。つまりは、重要な

鑑定資料が一回の検査で消費され得る場合であっても、裁判所が両当事者の間に立って、鑑定資料の利用を監督する制度が存在せず、捜査機関による一方的な鑑定の実施が認められているのである。裁判所には、捜査段階から被告人の権利を保障し、将来の公判における両当事者の対等を確保しておく義務がある。そうであれば、全量消費が生じ得る嘱託鑑定においても、裁判所は、何らかの監督を果たすことが求められなければならない。

もちろん、被疑者側が独自に鑑定を実施することは可能である。しかし、捜査側による鑑定の実施後にも、被疑者・被告人に対する鑑定資料の提供は保障されない。訴追側専門家証人と同等に、被告人側の専門家証人も予定されるアメリカにおいては、なお保障が充分でないとの批判はあるものの、被告人側への鑑定資料の提供が、証拠開示の一環として論じられる。しかし、日本においては、嘱託鑑定書に関してはとも角⁸⁹、鑑定資料の提供は議論されていない。また、開示された資料に対して行ないうるのは、閲覧や謄写に限られている。その資料を、鑑定のために消費することは念頭に置かれておらず、また、それは罪証隠滅と同視されかねないとも思われる⁹⁰。鑑定資料の提供が問題とされないのは、被告人側がその資料を用いたければ、裁判所に鑑定請求できるという前提があるためであろう。しかし、次に述べるように、この手続によっても、武器の対等が確保されるとは必ずしも言えない。

2. 公判段階に継続する不均衡

公判前に生じた捜査機関と被疑者との不均衡は、公判段階においても継続する。公判段階においては、両当事者共に、裁判所へ鑑定請求を行うことになる(法298条)ため、形式的な鑑定請求の機会は、両当事者に等しく与えられているように見える。しかし、捜査段階において、捜査機関が鑑定を実施した結果、肝心の資料が、この段階で既に無いという事態も生じ得る。また、訴追側が嘱託鑑定結果の採用を請求する場合と、それに対して被告人側が鑑定請求を行う場合とでは、その採否の基準に違いがみられる。

検察側が嘱託鑑定書を申請する場合には、実務上、正式鑑定人作成の鑑定書と同様の扱いを受け(最判昭28年10月15日刑集7巻10号1934頁は、法321条4項を準用する)緩やかな証拠能力基準の下で採用されるのが通常であろう。他方、被告人側が、検察側提出の嘱託鑑定結果に対抗するために鑑定を請求する

場合、それは「再」鑑定請求として取り扱われる。すなわち、その採否は、始めの鑑定結果に対する裁判所の評価に影響され、簡単に認められるわけではない。

従来、必要的鑑定および再鑑定の要否という問題は、精神鑑定や情状鑑定の場面で論じられてきた。そこでは、裁判官の知識だけで判断し得る領域と専門知識が必要となる領域との境界が問題であった。DNA鑑定のような、専門知識に頼らざるを得ないことの明らかな分野は、あまり論議の対象とはされなかった。必要的鑑定については、例えば被告人側から精神鑑定の請求がなされた場合に、裁判所が、自ら判断できる事項であるとして、その請求を却下することの適否が問題であり、再鑑定についても、裁判所が最初の鑑定結果に疑問をもち、それが被告人に不利となる場合に、裁判所が自らの知識に依拠して鑑定結果とは異なる認定を行うことが許されるかどうかの問題であった⁶⁹。そのため、裁判所が最初の鑑定結果に信用性を認めた場合における、鑑定請求の採否の基準については明確にされていない。再鑑定の要否が、裁判所の最初の鑑定に対する疑問を前提に論じられるところを見ると、その反対の場合、すなわち鑑定に疑問が生じなかった場合には、再鑑定の問題は生じないということになり得る。そうすると、再鑑定の要否は、裁判所の自由心証の下において判断されるものとなり、被告人の権利として把握されないことになってしまうだろう。

DNA鑑定が、裁判官になじみのない専門領域に属することは明らかである。同様にその信頼性を争う弁護人にとっても、不慣れな知識である⁶⁹。そのため検察側によるDNA鑑定結果の問題点を指摘し、裁判所に疑問を生じさせ、再鑑定の必要性を認識させることは容易でない。被告人側にも専門家の援助は必要となるのである。しかし、警察や検察のような組織力のない被告人側が、個々に鑑定人を見つけだすこと自体、大変な苦勞を伴うことが指摘される⁶⁹。鑑定に対する十分な知識を持たない弁護人の援助を受けるだけでは、被告人は、十分な防御を保障されないことになる。ただし、たとえ専門家の援助を受けられたとしても、それだけで充分であるとはいえない。囑託鑑定に対し、その鑑定手法に伴う一般的な問題点を指摘しても、個別具体的事件における鑑定結果には必ずしも当てはまらないという評価を受け得る。また、被告人側独自の鑑定結果を提出する場合にも、実際の鑑定資料が用いられない限り、条件が異なるとして排斥される場合もあり得る。アメリカにおいて、最初の検査結果に対す

る最良の弾劾証拠は、再度同じ資料を用いた検査結果の提示であるといわれるのは、そのためである⁹⁹。従って、再鑑定の要否を、裁判所の自由な裁量にのみ委ねることは、被告人に認められた防御権の観点から適切であるとはいえない。さらに、DNA鑑定における再鑑定の結果は、弾劾証拠となるだけでなく、被告人の無実を積極的に証明する証拠にもなり得る。その意味では、被告人が主体的な当事者として、鑑定資料に直接関与することの重要性がより認識されるべきであろう。

従来、党派的鑑定人の闘争は避けなければならないという考え方から、当事者がそれぞれ委嘱する専門家証人制度には批判的な見解が強い。しかし現在、実際に鑑定制度を担っているのは、中立的鑑定人ではなく、訴追側の嘱託鑑定人である。これは事実上、当事者の専門家証人制度を採っているのと変わらない。しかし一方で、被告人側が、直接に鑑定資料を利用するための規定は整備されていない。被告人側には独自の鑑定を行う機会が保障されていないのである。現状はこのようであるのに、当事者の立場性を具える鑑定人を避けようとする結果、制度と現実とのずれから生じてくる負担は、全て被告人が負っているように見える。運用上は、若干の裁判所の鑑定人と、訴追側にのみ与えられた圧倒的多数の鑑定人とで構成される、片面的な当事者の鑑定人制度とさえいうことができる。

IV. 鑑定制度改善のための試論

これまで述べてきたような制度の解釈や運用を、どのように変えて行くべきかが次に問題となる。まず、捜査機関の委嘱する嘱託鑑定人の位置づけが再度問われなくてはならないだろう。捜査側の嘱託鑑定人であっても、科学は本来中立的であり、誰が行っても同じ結果が得られるものであるから、当事者性は大きく深刻でないという見解もあるだろう。しかし、正式鑑定と異なり、嘱託鑑定には、宣誓（法166条）や虚偽鑑定罪（刑法171条）の適用、または相手方の立会権（法170条）という制度的な保障がない。嘱託鑑定はあくまで正式鑑定とは区別して取り扱われるべきである。それに対してもなお、科学としての中立性に基づく反論、または、裁判所の鑑定人によっても予断や偏見に基づく鑑定がなされうるといふ反論は、根強いかもしれない。確かに、被告人に対する

予断や偏見から、鑑定人の判断が無意識的な影響を受ける危険は、裁判所の鑑定人の場合にもあり得ることである。そのためにこそ、宣誓や虚偽鑑定への制裁が、予断等の排除を意識化するために設けられているわけである。そうであれば、もちろん、嘱託鑑定においても、委嘱者の期待に迎合することなく、客観的であるという意味での中立性が保たれているとしても、手続きの有無によって両者を区別することが、なお正当であろう。

ただし、当事者性からの自由という意味での中立性が認められる場合であっても、鑑定人の判断に影響する要素は、他にもあり得る。例えば、鑑定人自身が、当該鑑定方法または技術の開発者⁸⁹であり、その実用化に対して利益を有するという事情である。自らの方法が実際の事件において適用されること、その信頼性が裁判所によって認められることは、鑑定人にとって、裁判所の最終的な結果以上に重要な事項となるだろう。訴訟当事者の利益とは別の意味における非中立性が問題となるのである⁹⁰。もちろん多くの鑑定人は、自らの鑑定結果の限界をも公正に説明するだろう。そのような鑑定人からは、むしろ、裁判所がその限界を適切に理解しないという苦情が出されてきた⁹¹。

当事者に対する迎合性も、被告人に対する予断や偏見も、鑑定人自身の利害に関わる事情も、全て主観的な要素である。従って、それを予防するために、一定の制度的保障が設けられているにせよ、完全な中立性を確保することは、現実には難しいと思われる。宣誓も、刑罰による制裁も、鑑定人の意識に働きかけることによって、適正な鑑定を確保しようとする制度だからである。そこで、より科学的な観点からの検討が有益であろう。その場合、鑑定人の中立性に最も相容れないことは、鑑定機関の閉鎖性である。科学の領域においては、外部からの批判に晒されず、第三者機関による監査を受け付けずに実施される検査には、信頼性の確保に欠けるという評価が下される。そのことは、本来的に、科学としての中立性を欠くという意味に解されるべきである。

宇都宮地裁平成5年7月7日判決は、当該事件において用いられたMCT118法が、「国内においては、現在科学警察研究所だけで実施されていること」を認めたが、そのために他の研究機関による批判的検討が困難であるとする被告人側の批判に対しては、6ヶ月程の研修を行えば習得できる検査技術であり、また同研究所以外の検査機関によっても追試可能であるとして、科警研のみによる実施が証拠能力を否定する理由にはならないと判断した⁹²。しかし、他の

研究機関による批判的検討と、他の研究機関による追試可能性とは、全く次元が異なる。繰り返し述べてきたように鑑定方法の一般的な信頼性を確保するための、標準化および各研究所に対する外部的な査察は、科学の領域における基本的事項である。この標準化や外部審査のためには、実際の学界レベルでの批判的検討が前提となる。批判的な検討を経ていることは、単なる論理的な追試可能性の問題ではないということが認識されるべきである⁶²。

次に、制度全体の基盤が当事者主義である以上、被告人の主体性はより重視されなければならない。確かに、従来の議論において主張される通り、党派的鑑定人を作り出すような制度は避けるべきであろう。また訴追側と対等な専門家の援助が確保されない限り、被告人にとって現実の不均衡は改善されない。その上で、現行法が、被告人側による資料の直接的な利用を想定していないことに一定の意味を見出すとすれば、それは、裁判所の委嘱する鑑定人は、被告人のために活動する役割も担うということになるだろう。被告人側が、個別に専門家を見つけ出し、さらにその費用を賄って鑑定を実施することは困難である。そのため、裁判所が代わって鑑定人を提供し、その費用を訴訟費用に含めて取り扱う（無罪の場合はもちろん、有罪が言い渡された場合にも資力のない被告人は負担する必要がない）と考えなければならない。

そこで、第一にそのまま、検察官側の鑑定結果を吟味するため、被告人側が鑑定を請求した場合、その採否は、最初の鑑定結果に対する裁判所の疑問を要件とせず、原則として実施されなければならないということになるだろう。先に述べた様に、個別の検査結果の信頼性を評価するためにも、専門的知識が必要であり第三者による再度の鑑定結果が重要となる。たとえ信頼性の認められる方法に従っても、必ず人的エラーの可能性を考慮しなくてはならないからである。NRCの勧告に見られる通り、再検査の措置は、科学的観点からの要請でもある。さらに、囑託鑑定結果は、一方当事者の主張する結果に過ぎない。そうであれば被告人側には、再度の鑑定を実施して、その信頼性を確認する権利があり、その請求があった場合に裁判所は、原則である正式鑑定（書面鑑定と実際の資料を用いた鑑定とが含まれる）を実施すべきである。鑑定人も、憲法37条2項にいう「証人」に含まれ、被告人には、自己に有利な鑑定人を召喚する権利が保障されなくてはならないと解されてきた。これまで、必要的鑑定

の基準として主張されてきたのと同じく、囑託鑑定結果に対する鑑定請求も、

「特に積極的・合理的理由のない限り、却下することは許されないと解すべき」⁶³であり囑託鑑定結果に証拠能力を認めるための要件の一つとして解されるべきである。

第二に、一度の検査による資料の全量消費を防止する措置が必要となる。鑑定資料は被疑者・被告人にとっても重要な資料である。そして、日本の鑑定制度は、裁判官の委嘱による鑑定が原則である。そうであれば、全量消費を防止するため、捜査段階における鑑定の時点から、鑑定資料は裁判所の監督下に置かれる必要があるだろう。但し、捜査段階において裁判所が積極的に鑑定を実施することは、捜査への関与となり許されないであろう。しかし、裁判所が被疑者に代わって、鑑定資料を確保するための措置を取ることは認められている。そのために取りうる方策は、鑑定処分許可状発付時における監督である。

このように解する場合、現場から領置された生物学的資料の破壊に際しても、鑑定処分許可状が必要となる。従って、法168条に規定される「物の破壊」は、従来のように所有権との関連だけでなく、被疑者・被告人が再鑑定を実施する権利との関連においても解釈されなければならない⁶⁴。その上で、許可状を請求された裁判官は、常に正式鑑定に備えて全量消費を避け、残余資料を適切に保存するとの条件付きで、許可を与えるべきである。信頼性のある結果を得るために、全量消費がどうしても避けられないという場合には、裁判所は許可を出さず、被疑者の請求に基づいて、捜査機関とは独立した鑑定人を選任し鑑定を実施させるか、あるいは少なくとも、独立した鑑定人と囑託鑑定人との共同鑑定という方法が選択されるべきであろう⁶⁵。

例えば福井地裁平成6年10月19日判決は、再鑑定が不可能である場合に証拠能力を否定すべきであるとする弁護側の主張に対し、「特に、本件のような比較的歴史の浅い鑑定方法については、その進歩発展や後の疑問に備え、再鑑定の資料を残すことは望ましい」⁶⁶と述べながら、鑑定書や鑑定人を調べることにより鑑定内容を検討することは可能であるから、資料を必ず残すことは要請されないと判示した。このような見解は、独自の鑑定結果は最良の弾劾証拠となり、さらには無実を積極的に示す証拠となりうることを考慮した場合、再考を要するだろう。再鑑定の実施は、単なる好ましさの問題ではなく、被告人の権利保障に関わる問題だからである。裁判所は、より積極的な措置を講ずることが要請されているのではないだろうか。

第三に、以上のような手続に基づかない嘱託鑑定によって、全量消費が生じた場合の、事後的な対応である。嘱託鑑定結果を証拠として認めれば、まず、被告人側にとっての最良の弾劾証拠が失われたという意味で、反対尋問権の保障に対する侵害が生じる。またそれは、被告人の、積極的な反証を提示する機会が失われたという意味でも防御権の侵害にあたる。従って、このような事態を生じさせる嘱託鑑定結果には、証拠能力を認めることができないというべきであろう⁶⁷。

V. おわりに

以上、日本においてDNA鑑定を実用化するために必要となる事項に関して、アメリカにおける議論を参考に検討してきた。取り上げてきたのは、圧倒的多数の鑑定を実施している鑑定機関の閉鎖性、嘱託鑑定の権限を有する捜査機関および検察と被疑者・被告人との不均衡である。それを解決するためには、法医学会または、より広い科学界の中に、標準の作成や外部審査の実施を担う第三者的専門機関を設けることが不可欠である。また、被疑者・被告人が、独立した検査を実施するために、鑑定資料を利用することのできる手続きが必要である。これは、科学的観点からの要請でもある。しかし、現行規定上、そのような制度は存在していないことが問題となる。

アメリカと日本との間には、「当事者の専門家証人」制度と「裁判所の鑑定人」制度という違いがあるため、両国の議論を安易に比較すべきでないという見解もあるだろう。しかし、両国ともに訴訟の基盤は当事者主義であり、被疑者・被告人の主体性が保障されなくてはならないという意味において違いは認められない。また、事実上も、アメリカにおける専門家証人制度との間に、どの程度の違いを認め得るのが疑問である。

日本の鑑定制度は、英米法と大陸法との折衷型であるとも説明される⁶⁸。実質的には裁判官の補助者である鑑定人制度は、一面では、英米法において問題となる「専門家の闘争」を避けることができ、公正な裁判所の鑑定人を持ちうる点で優れている⁶⁹との評価を受ける。しかし、現実には、長年有力に主張されている中立的な鑑定機関⁷⁰は、未だに存在せず、鑑定人忌避制度の創設も、また解釈による運用もない。科学的証拠の利用は、いわゆる科学的捜査の発展

の延長線上に、圧倒的な数を占める嘱託鑑定から成り立っているのが現状である。刑事裁判における鑑定資料の特殊性⁹⁸から、犯罪現場から採取された証拠物件の研究に、日夜従事している警察技術研究者こそが、物件鑑定のスペシャリストとして、DNA鑑定の実施に適するという主張もある⁹⁹。確かに、法科学的証拠に対する知識・経験を積んだ専門家が鑑定にあたるべきであるという意味に限り、その主張は正当であろう。しかし、残念ながら嘱託鑑定には、中立性が保証されず、その結果はあくまで一方当事者の証拠である¹⁰⁰。その作成による鑑定書を、実質的に鑑定人作成のものと同様に取扱う実務が根強く定着してしまっただけである。日本の本来の鑑定人制度が、アメリカにおける制度と異なるにせよ、事実上は、当事者の鑑定人が中心的地位を占める運用が行われている。

しかしその一方、被疑者・被告人側による鑑定人の利用は十分に保障されていない。被疑者・被告人は、自ら鑑定委嘱できるとしても、訴追側の収集した鑑定資料を直接に利用するための制度がないために制約を受ける。アメリカの制度との比較においては、この問題の方に、より関心が向けられるべきである。アメリカの制度に関しては、通常、党派的な専門家証人による「専門家の闘争」が、最も深刻な問題であるように紹介される。ただしこの問題は、どちらかといえば、刑事裁判ではなく、裁判の結果次第で専門家証人に成功報酬が支払われる民事裁判において議論される。刑事裁判においては、むしろ、党派的専門家の問題よりも、日本と同様、訴追側と被疑者・被告人との間に生じる能力の隔差がより深刻である¹⁰¹。確かに、アメリカにおいて従来、法廷における無用な専門家の闘争を避ける手続きが模索されてきた。しかし、刑事訴訟においては、単に中立的専門家が確保されただけで、その判断に対する弾劾の機会が保障されなければ、被告人の証人審問権、相手方証人に対する効果的な反対尋問権という憲法上の権利との衝突が生じ得る¹⁰²。そのため、専門家証人制度の改善提案は、専ら民事訴訟を対象とするものが多いのである。

このように、依頼者の立場に迎合した検査結果を主張する党派的専門家による闘争の問題と、科学的にも正当である第三者的専門家による再検査の保障とは全く別の問題として扱われなければならないのである。

本稿においては、裁判所の鑑定人制度の中に、裁判所が被告人のために働く鑑定人を確保するという意味が含まれなければ、被告人側が著しく公平でない

立場に立たされることを示した。さらに、被告人側による鑑定を確保するための措置として、裁判所の鑑定処分許可状による事前の監督という運用を提示したのである。もっとも、実現可能な具体的提言としては充分でない点が多く残る。それらに関しては、今後もさらに検討を続ける予定である⁹⁹。ただ、ますます科学技術が発展しようという時代において、その成果を刑事裁判にも取り入れるためには、現在の鑑定実務の基礎にある考え方には、見直しが必要であるように思われるのである。

【注】

- (1) 「科学的証拠」を科学技術を利用して得られる情報と理解した場合には、防犯カメラに記録された映像や、速度測定器の記録など、各種の器機を利用して得られた情報も、科学的証拠の範疇に含まれてくる。しかし、本稿において、念頭に置くのは、主として、犯罪の痕跡から何らかの科学的技術を用いて引き出された情報、中でも、被告人と犯人との同一性を証明するために用いられる「科学的鑑定」の結果である。
- (2) 現に、科学警察研究所により開発され、これまで最もよく利用されてきた鑑定法の一つであるMCT118法には、実用化の後になって判明した事柄がいくつも存在する。まず、マーカーの変更が行われた。次に、16塩基の繰り返し単位内で、さらに多型性のあることが明らかにされた。2つの資料がMCT118 (D1S80) 法により一致と判定されても、当該部位における同一性を意味しないということになる。塩基配列をさらに調べてみない限り、2つのサンプル間に違いのある可能性が常に伴うからである。出現頻度の問題に関しては、データベースの増加に伴い、その数値が大きく変動するということが、比較的初期の頃から指摘され続けている。問題の詳細については、佐藤博史「DNA鑑定のための血液採取、DNA鑑定の証拠能力・証明力」平野龍一・松尾浩也編『新実例刑事訴訟法Ⅲ』172頁以下（青林書院1998）、三井誠「DNA鑑定の証拠能力・証明力」芝原邦爾・西田典之・井上正仁『松尾浩也先生古稀記念祝賀論文集（下巻）』483頁以下（有斐閣1998）参照。少なくとも、刑事事件における利用を意図する場合には、種々の問題が実用化以降に判明するという事態を避けるための、慎重さが求められるべきである。

- (3) DNA鑑定については、とりわけ被験者のプライバシー侵害の程度が高く、採取された資料や鑑定結果の濫用を防止する規定の必要性が高い。少なくとも、一定の法律的根拠を新たに設けた上で、実用化することが法治国家としての当然の措置であるといえる。日本弁護士連合会人権擁護委員会編『DNA鑑定と刑事弁護』[村井敏邦]225頁（現代人文社1998）参照（以下、『DNA鑑定と刑事弁護』として引用）。
- (4) 黒須三恵・長谷場健・大野曜吉「刑事事件におけるDNA鑑定に関する法規の欧米との比較」法医学の実際と研究42巻309頁（1999）
- (5) 佐藤 前掲 (2) 175,176頁,185頁以下参照。
- (6) 村井敏邦・田淵浩二「法医学鑑定の動き 第一回 イギリスにおけるDNA鑑定と刑事弁護」季刊刑事弁護1号148頁（1995）
- (7) 両当事者間の力の格差に関し、「弁護人が『私的に鑑定を頼んで歩いている』方法には根本的な限界がある」との指摘がある。田淵浩二「刑事手続における科学的証拠の許容性」法経研究41巻4号76頁（1993）
- (8) 厳密に見れば、「科学的証拠」とは何かという非常に厄介な問題がある。科学であることの特徴を、「再現性」（誰がどこで行っても、同一の結果が得られること）や、「経験的な仮説検証」の過程と解せば、これまで「科学的証拠」の議論の中で扱われてきた鑑定手法の中には、科学（特に自然科学）的でないとして、除外されるものが出て来ることも考えられる。

アメリカ連邦最高裁による Daubert 判決（Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 U.S. 579(1993)）は、日本においても注目されている（例えば、井上正仁「科学的証拠の証拠能力（1）（2）」研修560号3頁、同562号6頁（1995）、野々村宣博「刑事訴訟におけるFrye法則の意義について」法と政治46巻3号（1995）、小早川義則「ポリグラフ検査について」名城法学48巻2号95頁（1998）など）が、この判決も、科学的証拠の許容性基準を論ずる際に、科学界の評価基準である「科学的有効性の確認」を強調したため、その後の下級審判例において、「科学的証拠」と「非科学的証拠」との区別とDaubert基準の適用範囲に関する混乱を生じさせることになった。同基準の適用範囲に関しては、連邦最高裁のKumho判決（Kumho Tire Co. Ltd. et al. v. Carmichael et al.,119 S.Ct. 1167（1999））が、科学的であると否とに関わらず全ての専門家証言にDaubert基準が適用されるという結論を示し、一

応の問題は解消された。しかし、具体的な基準の適用場面においては、なお、科学的証拠とそれ以外の専門知識に基づく証拠との区別が問題になっている。

ただし、DNA鑑定が科学分野に属することについては異論がない。また、科学的証拠は、「もっぱら自然科学の理論と技術が活用される分野」（瀬田季茂・井上堯子編著『犯罪と科学捜査』33頁（東京化学同人1998））に属するというのが、科警研の技官による主張である。従って、科学的証拠の定義付けに関しては更に検討を要するにせよ、少なくとも、自然科学に立脚すると主張される限りは、それらの鑑定手法に対しても、DNA鑑定における議論を敷衍させて考えるべきであるといえよう。

- (9) 1990年代前半のアメリカにおけるDNA鑑定の主流は、シングルローカス法と呼ばれる方法であった。HLA-DQ α 法を利用した検査も実施されていたが、それほど重視されていなかった。1990年代の半ばから、PCR法が本格的に活用され始めた。それは主としてマイクロサテライト部位を用いるSTR法の応用であり、ミニサテライトであるD1S80 (MCT118) 等は、むしろその後導入された。その点では、ほぼ最初から、専らPCR法が用いられている日本とは、初期の議論の対象となる技術は異なる。ただし、この実用化の順列は、PCR法に対する慎重さの表れであったとも評価することができる。See, National Research Council, *Committee on DNA Technology in Forensic Science, DNA Technology in Forensic Science*, 70(1992). (hereinafter, NRC I)
- (10) *Andrews v. State*, 533 So.2d 841 (Fla. App. 5 Dist.1988), *People v. Wesley*, 140 Misc. 2d 306, 533 N.Y.S.2d 643 (Co.Ct.1988).
- (11) *National Research Council, Committee on DNA Technology in Forensic Science : An Update, The Evaluation of Forensic DNA Evidence* (1996). (hereinafter, NRC II) 各委員会は、勧告を公表した段階で解散される。2つの委員会の委員も、異なる人選による構成である。再度の委員会招集には、政治的な意向の影響が指摘される。それは、NRC I による勧告の厳格さに反発したFBIが、NRC II の招集を求め、またその勧告内容に強く意見を反映させたという事情を指す。See, David H. Kaye, DNA, NAS, NRC, DAB, RFLP, PCR, and more : An Introduction to the symposium on the 1996 NRC Report on Forensic DNA Evidence, 37 *Jurimetrics*, J. 395(1997). ; Deryck Beyleveld, Ethical Issues in the Forensic Applications of DNA Analysis, 88 *Foren. Sci. Int.* 3, at 9,10 (1997).

- (12) 42 U.S.C.A.. 14132.
- (13) <http://ibm4.carb.nist.gov:8800/DNA/dabqas.htm>で見ることができる。
- (14) 例えば、アメリカ法科学研究所所長協会／研究所認証委員会（Laboratory Accreditation Board of American Society of Crime Laboratory Directors, 以下、ASCLD/LAB）などである。
- (15) 品質保証は、鑑定作業を監視し、鑑定結果を確認し、記録化しておくための一連の標準化された手続きを指し、品質管理は、鑑定結果が一定の水準を満たすことを確保するために取られる措置を指す。
- (16) 42 U.S.C.A.14131
- (17) 42 U.S.C.A.14131(a)(1)(c)
- (18) 42 U.S.C.A.14131(a)(1)(c).なお、この委員会は、FBI長官の諮問委員会であり（42 U.S.C.A.14131(b)）、その作成した標準を発行するのもFBIの長官である（42 U.S.C.A.14131(a)(2)）
- (19) 42 U.S.C.A.14131(c)
- (20) 42 U.S.C.A.14133(1).ブラインドの外部的検定とは、第三者機関を通じて研究所に提供される試験であり、かつ被験者にとっては、通常の証拠と同じように見える検査方法を指す（42 U.S.C.A.14133(a)(1)(c)）。
- (21) NRC I, *supra* note 9, at 72
- (22) NRC I, *supra* note 9, at 73 一方NRC IIは、DNA検査の品質保証に関わる事柄を、TWGDAMの指針に委ねた。NRC IとNRC IIの差違はこうした点にも現れているといえる。
- (23) NRC II, *supra* note 11, at 88
- (24) Technical Working Group on DNA Analysis Methods, Guidelines for a quality assurance program for DNA Analysis, *Keith Inman & Norah Rudin, An Introduction to Forensic DNA Analysis* 187, at 204(1997)
- (25) 例えば、Joze Balazic, Irena Zupanic, Quality control and quality assurance in DNA laboratories : legal, civil, and ethical aspects, 103 *Foren. Sci. Int.* S1 (1999). 「法科学的DNA検査を実施する研究所は、研究所の工程に対する定期的な監視を受け、専門的査定に定期的に参加しなくてはならない。これは、高水準の品質を確保するための最善の方法である」 *Id.*, S4. という考え方は、科学界における常識と考えられる。

- (26) 前掲(14)
- (27) 日本DNA多型学会編『DNA多型Vol.6』279頁以下(1998)参照。指針作成作業の開始時には、「勧告」とされていたものが、科警研に所属する同委員会委員らが異議を唱えたため、最終的には、「指針」へ変更された。『DNA鑑定と刑事弁護』前掲(3)230頁参照
- (28) 日本DNA多型学会DNA鑑定検討委員会「DNA鑑定についての指針(1997)決定に至る経過」日本DNA多型学会前掲(27)284頁参照。
- (29) 黒須ほか前掲(4), 黒須三恵・長谷場健・大野曜吉・田淵浩二「刑事事件のDNA鑑定に関するオランダの法令について—DNA鑑定の信頼性の確保と人権への対処」季刊刑事弁護14号169頁(1998)参照。
- (30) 1992年4月17日付。法律時報65巻2号25頁参照。1995年9月および1996年12月に一部改正されている。栗野友介「DNA型鑑定の運用に関する指針の一部改正について—新たなDNA型鑑定法の警察鑑定への導入」警察学論集49巻12号21頁以下(1996), 齊藤猛「犯罪捜査におけるDNA型鑑定の活用状況(下)」捜査研究545号15頁以下(1997)参照
- (31) 瀬田季茂「証拠物件のDNA型鑑定にみる科学的背景(上)」警察学論集49巻8号22頁(1996)以下。「証拠物件への統一利用とは、分析室、器具、試薬、分析法、鑑定人の技術的資質などが定まった管理基準のもとに管理されることを条件として、DNA型鑑定法が鑑定人で共通して利用されることを意味し、このような管理規準の全システムは一般に鑑定品質保証体系(Quality Assurance System)と呼ばれ」る。そして、警察鑑識科学領域において用いられてきたMCT118法および、HLADQ α 法の2種類に関しては、鑑定品質保証体系の下で効果的に実施されてきたと述べられている。
- (32) NRC I, *supra* note 9, at 109
- (33) 黒須ほか前掲(4)参照。
- (34) See, Carracedo et al., *Forensic DNA Analysis in Europe: current situation and standardization efforts*, 86 *Foren. Sci. Int.* 87, at 89(1997)
- (35) 従来議論では、いわゆる書面鑑定(最初の検査の報告書やデータの記録を基に、検査結果の信頼性を審査すること)と、再度の鑑定(最初の検査と同じ資料を用い、最初の検査と同じ方法を用いて新たに検査を実施すること)、さらには、新しい鑑定(最初の検査とは、別の検査手法により検査を実施す

ること)が、区別されることなく、それ以前の検査結果が存在する限り、「再鑑定」として扱われているようである。しかし、それぞれの場合における問題の違いが考慮されるべきではないかと思われる。ここでは、主として、訴追側提出の囑託鑑定結果に対する弾劾のための再検査を取り扱う。ただし、後に述べる様に、この場合の再検査が、「再鑑定」として扱われることにも疑問を感ずる。

- (36) *Ake v. Oklahoma*, 470 U.S.68(1985). 被告人の防御にとって重要であることの一応の証明がなされた場合に、被告人が裁判所の任命する精神科医の援助を受ける憲法上の権利を認めた。もっとも、その要件が高く、裁判所は、被告人の権利保障に積極的でないという批判はある。
- (37) Margaret A. Berger, *Procedural Paradigms for Applying the Daubert Test*, 78 *Minn.L.Rev.* 1345, 1360(1994). See, Paul C. Giannelli, *Observations on Discovery of Scientific Evidence*, 101 *F.R.D.* 599, 622-625.
- (38) See, Stephen A. Saltzburg, *Pretrial Discovery of Scientific Evidence*, 101 *F.R.D.* 599, 620-621.
- (39) 例えば, Conn.Gen.Stat. § 54-86K(c), Va.Code. § 19.2-270.5
- (40) とりわけ、検査資料が消費されるか、破棄されて訴追側の手元に存在していない場合、被告人は検査資料の提供を受けられないことになるが、そのことが直ちに被告人の権利を侵害するとは解されていない。*Arizona v. Youngblood*, 488 U.S. 51 (1988)は、被告人側が、検査資料を利用できないことによる権利侵害を主張する場合には、捜査側による悪意を立証しなくてはならないと判示した。ただし、悪意基準に対しては、批判が多い。例えば *Case Notes, Destruction of Exculpatory Evidence : Bad Faith Standard Erodes Due Process Rights, Arizona v. Youngblood, _U.S._, 109 S.Ct..333(1988)*, 21 *Ariz.State L.J.* 1181; Note, *Constitutional Law - Due Process- Failure of Police to Preserve Evidence Held Not to be a Denial of Due Process of Law Absent Defendant's Showing Bad Faith on Part of Police, Arizona v. Youngblood*, 109 *S.Ct.333(1988)*, 20 *Cumberland L.Rev.*211(1989)。また、州判例は必ずしも、このような基準には従ってはいない (*State v. Morales*, 657 *A.2d* 585(Conn.1995) ; *Hammond v. State*, 569 *A.2d* 81(Del.1989))。今後もさらに、議論が進展する可能性はあるだろう。再検査資料の提供やそのための保

存と、憲法上の権利に関しては、なお検討を加えた上、別の機会に論じたい。

- (41) 例えば、United States v. Butler, 988 F.2d 537 (5th Cir.1993)は、コカイン精製粉末とされる白色粉末を被告人側再検査のために提供すべきであると見て事件を差し戻した。See, Paul Giannelli and Edward Imwinkelried, Scientific Evidence, 86(1st ed.1984); Paul Giannelli, Criminal Discovery, Scientific Evidence, and DNA, 44 Vanderbilt L.Rev. 791 at 816(1991).
- (42) NRC II, supra note 11, at 167-169
- (43) NRC I, supra note 9, at 150
- (44) NRC II, supra note 11, at 4.
- (45) Id., at 81「PCRに基づく検査法が使用される場合には、サンプルの保存は特に容易になるであろう」と述べられていることも注目される。
- (46) Id. at 184.なお、再検査が不可能であるという限界に配慮して、詳細な記録化とその開示が要求される。
- (47) 最高裁昭62年3月3日刑集41巻2号60頁、最高裁昭43年2月8日刑集22巻2号55頁など。東京地裁昭和35年7月20日判決のように、事後検証の不可能であることを根拠にポリグラフ検査結果の証拠能力を否定した判例もある。
- (48) 吉村徳則「科学的捜査-検察の立場から」三井誠ほか編『刑事手続(上)』139頁(筑摩書房1988)。田口守一『刑事訴訟法』275頁(弘文堂1996)では、事後判定の困難性が、法律的関連性を否定する根拠とされる。
- (49) 『DNA鑑定と刑事弁護』前掲(3)228頁以下参照。原案は、「検査の再現性の保証」という見出しの下、「DNA資料あるいはDNA未抽出の証拠資料は再検査の可能性を考慮して保存されるべきである。証拠資料が微量で、全てを用いて検査せざるを得ない場合には、さらに高感度の検査法が開発されるまで実施しないことが望ましい。やむをえず証拠資料の全量を使用する場合は、...可能ならば関係者ないし外部の第三者の立会のもとで実施することが望ましい」とされていた。
- (50) 前掲(30)「DNA鑑定の運用に関する指針の骨子」6(2)を参照。
- (51) 採血の直接強制については、明文の規定がない。そのため、間接強制に限定される鑑定処分許可状(法225条4項の168条6項の準用による、法137,138条の準用)と、直接強制が可能な検証としての身体検査令状(法218条1項, 222条1項)とを併用するという運用がなされている。これは、捜査実務の

- 要請に応えるための窮余の策であるように思われる。捜査機関による鑑定処分の場合には、直接強制は認められないと解するのが最も自然な解釈であろう。また、DNA鑑定を目的とする採血については、遺伝情報であることの特殊性に基づき、明確な法的根拠が要求される。福井厚『刑事訴訟法講義』144頁以下（法律文化社1994）参照。また、被疑者・被告人からのDNA鑑定を目的とした強制採血は、自己負罪拒否特権との関係からも検討しなくてはならない。村井敏邦『刑事訴訟法』256頁以下（日本評論社1996）参照
- (52) 指宿信「証拠開示に関する判例の現状と可能性」季刊刑事弁護19号79, 80頁（1998）嘱託鑑定書に関しては、実務士も開示になじむ証拠として扱われているとされる。
- (53) 現場から採取された血痕それ自体に関しては、また、その由来が不明である場合には尚更、還付、仮還付（法123条、法222条1項）は想定し難いであろう。また、腐敗の危険性のある生物学的資料に関しては、適切な保存がなされなければ（DNA鑑定については-80℃での保存が必要とされる）、却って再検査の可能性が奪われることになる。
- (54) 浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』171,172頁参照（有斐閣1994）
- (55) 佐藤博史「足利事件-DNA鑑定に惑わされ、自白の吟味を怠った」季刊刑事弁護2号64頁（1995）、『DNA鑑定と刑事弁護』前掲（2）137頁以下（1998）参照。
- (56) 庭山英雄「刑事鑑定の法理論的問題点」ジュリスト694号35頁（1979）
- (57) Edward J. Imwinkelried & Robert G. Scofield, The Recognition of an Accused's Constitutional Right to Introduce Expert Testimony Attacking the Weight of Prosecution Science Evidence : The Antidote for the Supreme Court's Mistaken Assumption in California v. Trombetta, 33 Ariz.L.Rev. 59, at 63 (1991)
- (58) 自ら開発に携わっていなくても、所属機関の同僚が開発した方法である場合、あるいは、海外で開発された新しい方法を日本に導入する場合も、この中に含まれる。
- (59) 自説の支持する結論が、委嘱者の期待する結果と一致する場合には、双方の利害が一致することになる。その意味では、これも党派性の一つといえるだろうが、この場合、鑑定人が当事者の期待に迎合しているわけではない。また、必ずしも、被告人に対する予断や偏見によっては説明できない。

- (60) 松倉豊治・野村二郎「《対談》裁判と鑑定」判例タイムズ463号28頁以下(1982)参照。また、上野正吉「刑事裁判と法医鑑定」ジュリスト631号122頁以下(1977)参照。しかし、「強気の鑑定」を行う鑑定人の存在も指摘される。赤石英・渥美東洋・平野龍一・三木敏行「●座談会●法医学鑑定をめぐる諸問題」ジュリスト694号23頁(1979)参照。
- (61) 宇都宮地判平5(1993)年7月7日判例タイムズ820号180頁
- (62) この事件で用いられたMCT118法は、現在では、様々な研究機関において実施されている。ただし、当時の123マーカーを用いた方法の信頼性に関しては、依然として検証が行われていない。その点で控訴審判決(東京高判平成8年5月9日高刑集49巻2号181頁)が検査キットの市販を理由に挙げて当該事件における鑑定手法の信頼性を肯定していることには疑問がある。
- (63) 上野正吉ほか編『刑事鑑定の理論と実務』第4章二「当事者主義と鑑定」[松岡正章]107頁以下(成文堂1977)参照。
- (64) 佐藤博史「DNA鑑定と伝聞法則」現代刑事法16号33頁(2000)参照。
- (65) 法医学者の側からも、複数の鑑定人が共同して鑑定を行った方が間違いを犯す危険性は少ないだろうという意見が出されている。例えば、赤石英ほか前掲(60)16頁。渥美東洋「鑑定をめぐる諸問題」鴨良弼ほか編植松正先生還暦祝賀記念『刑法と科学』法律編745頁(有斐閣1971)では、捜査段階からの国庫による専門家の提供と、共同鑑定制度が提唱されている。
- (66) 判例集未搭載。なお佐藤前掲(64)34頁参照。
- (67) 佐藤前掲(2)184,185頁、三井前掲(2)508頁参照。このような解釈には現行法上無理があるという立場、笹野明義「DNA鑑定の証拠能力、証明力」判例タイムズ891号50頁(1996)もある。
- (68) 松尾浩也「刑事手続きにおける鑑定の問題」ジュリスト694号30頁(1979)、庭山前掲(66)35頁参照。形式的には証人であり、実質的には裁判官の補助者であるという説明が一般になされる。
- (69) 平野龍一『刑事訴訟法』203頁註(二)(有斐閣1958)
- (70) 村井敏邦「冤罪防止策—鑑定・上訴・再審を中心として」法律時報61巻10号39頁(1989)
- (71) 三井誠「科学的証拠」法学教室211号129,130頁参照(1998)刑事事件におけるDNA鑑定の信頼性を論じる際には、鑑定資料の特殊性(例えば資料

の汚染、腐敗などによる破壊)への対処も、考慮されるべき問題の一つとなる。

- (72) 瀬田季茂「法科学における個人識別—DNA型分析を中心として」警察学論集44巻2号33,34頁(1991)参照
- (73) 田淵 前掲(7) 76頁。その結果、証拠開示、訴追側と被告側の攻撃・防御能力の格差是正が新たな問題であると指摘されている。
- (74) See, Paul C.Giannelli, " Junk Science " : The Criminal Cases, 84 J. Crim.L. and Criminology, 105 (1993).
- (75) See, Samuel R. Gross, Expert Evidence, 1991 Wisconsin L. Rev. 1113,at 1211
- (76) 被告人による独立した検査を、憲法上の権利と位置づけるための論拠についてはさらに明確化する必要がある。また、被告人の権利としての再検査により、被告人に不利な結果が生じた場合の取扱いも大きな問題として生じるだろう。この場合、鑑定結果の信頼性は増すであろうが、少なくとも狭義の証明力には影響しないことに留意する必要があるだろう。