

再鑑定の保証とDNA型鑑定の証拠能力

早乙女 宜 宏

1. DNA型鑑定とは

(1) 科学的証拠の中でも最もインパクトの強いのはDNA型鑑定ではなかろうか。それが被告人のものと一致すれば有罪、一致しなければ無罪というように、被告人の運命を握っていることが多い。⁽¹⁾⁽²⁾ DNA型鑑定のみならず、いわゆる科学的証拠の登場により、供述証拠への依存を避けることができ、客観証拠での立証が可能となったが、一方で科学的証拠は、科学である故に妄信的になりがちで、その誤った使用により公判に決定的な影響を与える危険も内在している。そのため、個々の科学的証拠の証拠能力や信用性について、検討し、吟味していくことが、これからの公判に必須となる科学的証拠の採否において重要な意義を有する。本稿では、被告人の運命を握るDNA型鑑定と、再鑑定ができない場合の証拠能力への影響を検討してみたい。

さて、人の体には約60兆個の細胞があるとされ、各細胞には普通核が1個ずつあり、この核内に遺伝子の本体としてDNA（デオキシリボ核酸：Deoxyribonucleic acid）が存在している。DNAは、デオキシリボースと燐酸・塩基によって構成される。DNAの塩基は、アデニン（A）、チミン（T）、

グアニン（G）、シトシン（C）の4塩基で構成され、水素結合するが、AはTとのみ結合し、GはCとのみ結合して塩基対を形成する相補的な性質を持っている。この塩基配列の現れ方が各個人によって異なる部分があり、DNA型鑑定は、その個人によって異なっている配列部分の違いを分析して個人識別を行うものである。⁽³⁾

遺伝子として機能するDNAは全体のわずか4%といわれている。遺伝形質の発現に関与するDNA領域をエキソン（コード領域）、遺伝情報を持たないDNA領域をイントロン（非コード領域）と呼び、法医学分野における個人識別ではこの非コード領域を解析対象としている。⁽⁴⁾ 鑑定の対象とするのがDNAであることからプライバシーの問題も生じるが、この点については、解析対象は非コード領域だから人権侵害の虞れはすくないとか、DNA型鑑定はDNA型を判別するものであって、遺伝病等の遺伝情報を判断するものではないからプライバシー侵害の前提を欠くとか、⁽⁵⁾ 犯罪捜査の目的に限定して慎重に使用するのであればプライバシーを侵害する恐れは小さいとした名古屋地判平成6年3月16日判時1509号163頁があるが、本稿の検討目的ではないので割愛する。

-
- (1) 実際にはそれ以外の証拠があることも多いが、横浜地判平24.7.20判タ1386-379はDNA型鑑定の唯一の証拠として犯人性を認定した事案である。
 - (2) 池田修＝前田雅英『刑事訴訟法講義』（東京大学出版会、第6版、2018）482頁も合理的な反証がない限りDNA型鑑定のみによる有罪認定も許されるとする。
 - (3) 岡田薫「DNA型と個人識別」警論45巻2号3頁（1993）。
 - (4) 池本卯典「DNA鑑定」現代刑事法1巻2号65頁（1999）。
 - (5) 登石郁朗「同一性確認の鑑定―裁判の立場から」三井誠ほか編『新 刑事手続Ⅲ』159頁（悠々社、2002）。

我が国では、このDNA型鑑定の方法について、部位・分析方法の違いによって、かつてはMCT118型、HLADQ α 型、TH01型、PM検査の4種類に区別されていたが、平成18年11月より、特定の15座位及び性別を示すアメロゲニン座位を検査するSTR型鑑定が使われている。国際的にも各種の勧告、ガイドラインがDNA鑑定をめぐって出されていることは、鑑定方法についてなお定説が形成されていないからであろうとの指摘がある。⁽⁶⁾

2. 科学的証拠の証拠能力とDNA型鑑定の証拠能力

(1) DNA型鑑定の証拠能力については、これまで科学的証拠の証拠能力として述べられてきたところである。アメリカでは、はやくからフライ判決⁽⁷⁾において示された「一般的承認の基準 (general acceptance test)」という基準がある。同判決で問題となったのは、収縮期血圧の測定によるライ・ディテクターの検査結果 (ポリグラフ検査の原型の証拠) であったが、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、次のように判示してその許容性を否定した。「科学的な原理ないしは発見が実験の段階から確証の段階へとどの時点で移行するのか正確に明示するのは困難である。そのような中間領域のいずれかで、その原理の証明力は認められなければならない。よく認められた科学的な原理ないし発見から演繹された専門家証言を許容することは、裁判所にとり大いに役立つものであろうが、その演繹の根拠となる事柄は、それが属する特定の分野において一般

的な承認を得たものであることが十分に確証されなければならない。⁽⁸⁾」この基準は判例法として多くの州に普及した。もっとも、一般的承認を得たものであることの立証のためには、新しい科学的証拠の依拠する科学的原理や技術が有効であることを証言する専門家証人を喚問することが必要であるだけでなく、学会において一般的に承認されたものであることを立証することが必要であるから、当事者の立証の負担が大きくなるという問題点があった。⁽⁹⁾

これに対して、科学的証拠も他の証拠と同様に関連性 (relevancy) が認められれば証拠能力を認めてよいとするのが関連性の基準であり、1975年に制定されたアメリカ合衆国連邦証拠規則 (Federal Rules of Evidence) に採用されている。最近では、一般的承認よりも関連性によって科学的証拠の証拠能力が判定されることが多いようである。これによれば、関連性がないとされる場合を除いて、訴追側の専門家証人が新しい科学技術の信頼性を証言し、裁判官がその科学的証拠に十分な信用性があると判断すれば、被告側は、事実認定者である陪審の面前における反対尋問及び反証を通じてその科学的証拠の信用性を弾劾しなければならないことになる。⁽¹¹⁾

(2) 一方、我が国では、証拠能力は、自然的関連性があり・法的関連性があり・証拠禁止に当たらないことの要件が必要であるとされている。⁽¹²⁾⁽¹³⁾科学的証拠の証拠能力は、自然的関連性、又は、法律的関連性の問題として論じられる。自然的関連性か、法律的関連性かについて本質的な区別ではないとする見

(6) 植村立郎『骨太刑事訴訟法講義』390頁 (法曹会, 2017)。

(7) Frye v. United States, 293F. 1013 (D.C.Cir.1923)。

(8) 長沼範義「科学的証拠の許容性」松尾浩也ほか編『刑事法学の現代的状況』463頁 (有斐閣, 1994)。

(9) 安富潔「刑事手続きにおけるDNA型鑑定と証拠」曹時48巻2号251頁 (1996)。田淵浩二「DNA鑑定の証拠能力」法時65巻2号43頁 (1993)。

(10) 村井敏邦「いわゆる『DNA鑑定』のこと」法セ452号114頁 (1992)。

(11) 安富潔「刑事手続きにおけるDNA型鑑定と証拠」曹時48巻2号252頁 (1996)。

(12) 宇堂崇ほか『リーガルクエスト刑事訴訟法』323頁 (有斐閣, 2012)。

(13) 平野龍一『刑事訴訟法』192頁 (有斐閣, S33)。

方や、⁽¹⁴⁾ 法律的関連性の言葉を用いることは関連性概念を曖昧にしてしまうのでやめるべきとする見方もある。⁽¹⁵⁾ たしかに、両者の間に共通性があることは否定できないが、法律的関連性がなければ、不当な偏見を生じさせる証拠として証拠排除の決定（刑事訴訟規則207条等）が必要となるのに対し、自然的関連性のない証拠は、立証に役立たないだけであるから証拠排除する必要はない性質のものであると考えるならば、証拠の取り扱いにも影響を与えることになるため、⁽¹⁶⁾ その峻別は本来重要だろう。

科学的証拠の証拠能力について、自然的関連性が問題であるとする見解は、通常の証拠とは異なっており、①科学的証拠には検査・鑑定の原理及び②検査手法・技法の妥当性が問題とされる。科学的証拠による事実の推認が一定の科学的原理に基づく推認であるから、その原理が妥当性を持っていないとしないのは当然である。また、原理が妥当であってもその検査の実施において不適当なやり方では原理に沿った結論が出ないのであるから、②も要件とされることになる。⁽¹⁷⁾ 加えて、①についてフライ判決における一般的承認の要件も必要とする見解もあるが、「検査の科学的原理・根拠が合理的に説明でき、また検査の技法がその原理・根拠に基づき妥当である」と判断できれば足りるとされており、⁽¹⁸⁾ 足利事件においても弁護人が一般的承認を必要とする旨主張していたが、判決はその点については言及せずに証拠能力を認めているので、我が国では一般的承認の要件は採用に至っていないといえる。

ここでいう検査手法・技法の妥当性については、①鑑定実施者は十分な専門的知識と技術水準を有するか、②鑑定資料の管理・保存に問題がなく、質量ともに資料が鑑定に適しているか、③一般に確立した鑑定の手順、手法に基づいて実施されているか、④一連の鑑定経過に鑑定結果の信用性を疑わせるような事情が存在しないかなどの要件が検討されることになる。⁽¹⁹⁾ もっとも、自然的関連性は、当該証拠が立証事項との関係で必要最小限度の証明力を持つかというものであるから、④は証拠が捜査の過程で捏造されたり、証拠の信用性を高めるために虚偽証言をしたような場合と同じで、当該証拠が作成される際の付随的な事情であるため、自然的関連性の考慮要素ではなく、証拠禁止の観点で捉えるべきと思われる。

法律的関連性の問題とする見解は、その技術が一般的にかつ当該事案において信頼できるものであり、その結果を事後に検証することが可能である場合に⁽²⁰⁾ 法律的関連性が認められるとする。裁判員裁判の下での科学的証拠の取り扱いという限定ではあるが、少なくとも典型的な科学的証拠については、証拠能力についての条件設定を行った上で、これを法的関連性の問題と位置付けていくのが相当であると説明するものもある。⁽²¹⁾ 臭気鑑別書の証拠能力についてであるが、真の問題点は法律的関連性の有無にあるとして、その証明力を適正に評価するための客観的な資料が提出されるなど、臭気鑑別書の問題点を克服するような措置が採られたことを条件とし

(14) 長沼範良「筆跡鑑定」井上正仁編『刑事訴訟法判例百選〔第8版〕』157頁（有斐閣、2005）。

(15) 田淵浩二「科学的証拠の証拠能力」井上正仁ほか編『刑事訴訟法の争点』157頁（有斐閣、2013）。

(16) 家令和典「裁判員裁判における科学的証拠の取り調べ」原田國男判事退官記念『新しい時代の刑事裁判』214頁（判例タイムズ社、2010）。

(17) 2つ目の要件が証拠能力の要件となっているとすれば、DNA型鑑定については関連性の内容として通常よりも程度の高い証明力が要求されていることになろう。川出敏裕『判例講座刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』291頁（立花書房、2016）。

(18) 三井誠「DNA鑑定の証拠能力・証明力」松尾浩也先生古稀祝賀下巻504頁（有斐閣、1998）。

(19) 前掲注(18)505頁。

(20) 田口守一『刑事訴訟法』369頁（弘文堂、第6版、2012）。

(21) 前掲16・213頁。

て、その法律的関連性を肯定する見解もあり、⁽²²⁾ 参考にはなるが、犬が臭気によって選別できる精度は明確な科学的根拠があるわけではなく、その科学性においてDNA型鑑定をこれと同列に論じることはできないと考えられる。法律的関連性とする見解は、特に、裁判員裁判を念頭に置くと、問題となっている証拠については証拠能力が問われているのか、信用性が問われているのかという違いはわかりにくいものであるから、裁判官において、条件設定を行った上で証拠能力を判断し、これが肯定できるものだけを証拠として採用していくことが合理的であるし、裁判員にとってもわかりやすい裁判につながっていくことは確かであろう。

以上は科学的証拠について証拠能力の段階で考えるとする見解であるが、証拠能力は一般の証拠と同様に考えて、証拠の採否を「証拠調べの必要性（広義）」を考慮して決すれば足りるとする見解もある。⁽²³⁾ 我が国における裁判例は、裁判所はその学問分野で一般的承認を得ているかどうかを問わず、自然的関連性は肯定した上で、その証明力に仔細な検討を加えている。⁽²⁴⁾ その理由としては、陪審制・参審制が採られず事実認定も職業裁判官の判断に委ねられている我が国においては、今後とも裁判官が新規な証拠の科学的または科学的な装いに幻惑されるおそれは乏しいと思われるし、被告人の犯人性が争われるような事案では、その証拠については弁護人からその信頼性・正確性を争う種々の主張・反論がなされるであろうから、科学的証拠といわれる各種鑑定等については、文字通り、必要最小限度の証明力を有する蓋然性すらないといえるもの以外は自然的関連性を肯定し、裁判所はその証拠の採否を訴訟

経済の見地をも含む「証拠調べの必要性」を考慮して決すべきものと解するのが相当であると説明する。⁽²⁵⁾

しかし、裁判員裁判が導入された現在においては事実認定が職業裁判官に委ねられているという前提が崩れているし（裁判員裁判の対象事件が限られているからよいというものでもないし、科学的証拠の証拠能力が深刻に争われる事案は裁判員対象事件の方が多いのではなかろうか。）、そもそも職業裁判官といえども科学的分野については裁判員と変わるものではなく、⁽²⁶⁾ 職業裁判官なら誤った判断をしないという前提も危険な発想である。⁽²⁷⁾ 弁護人が信頼性・正確性を争うといっても、千差万別である弁護人の力量に委ねてしまうことになり、被告人の利益を害するおそれがあるといわざるを得ない。このように考えると、科学的証拠については、少なくとも証拠採否の必要性や信用性の段階で考えるのではなく、証拠能力の問題として検討していくべきである。

3. 再鑑定の保証と証拠能力

(1) 前記の通り、DNA型鑑定は、被告人の有罪・無罪を決する重みを持つ証拠であるため、弁護人が再鑑定を求めることがある。しかし、鑑定資料を破棄したとか、全量消費したなどの理由で、再鑑定ができない場合があり、このような場合に当該DNA型鑑定の証拠能力を認めることができるか、裏から言えば、再鑑定の保証がされていることがDNA型鑑定の証拠能力を認めるためと要件となるかという問題である。DNA型鑑定の証拠能力について争われた事例は複数存在するものの、いずれも信用性の判断要素として捉えているようである。以下に、関

(22) 木谷明「いわゆる臭気鑑別書の証拠能力」『刑事裁判の心〔新版〕』（法律文化社、2004）243頁。

(23) 黒崎久仁彦ほか『科学的証拠とこれを用いた裁判の在り方』38頁〔司法研修所編〕（法曹会、2013）。

(24) 安廣文夫『大コメンタール刑事訴訟法大7巻』447頁〔河上和雄ほか編〕（青林書院、第2版、2012年）。

(25) 前掲注(24)448頁。

(26) 同様の指摘として、井上正仁「科学的証拠の証拠能力（2）」研修562号9頁（1995）。

(27) 職業裁判官といえども信用性の判断に過ちを犯す可能性を示したのが最判平成30年5月10日第一小法廷刑集72巻2号141号である。同事案は、DNA型鑑定の信用性を肯定した第一審を破棄してDNA型鑑定の信用性を否定した控訴審の判断について、破棄自判し、DNA型鑑定の信用性を肯定したものである。

連する判例を挙げる。

ア 名古屋地判平6年3月16日判タ856号266頁。

PCR法を用いたDNA型鑑定について、弁護人がその科学的専門性ゆえに被告人の防御権を著しく損なうもので、現段階で裁判の資料として採用するのは時期尚早であるなどとして証拠能力と信用性を争ったが、同判決は、DNA型鑑定の歴史こそ古くはないが、科学的根拠、手法は既に確立されており、必要に応じて、それなりの設備と技術を持った者により、再鑑定、追試をなすことが可能な状況にあるから、他の科学的鑑定に比べて、特に被告人の防御権を侵害するものとは、到底言えないとして証拠能力及び信用性を認めた。

本件は追試可能な残余資料が残っていたため、再鑑定の保証について証拠能力と信用性のどちらで検討したのかは不明であるが、控訴審の名古屋高判平8年3月18日判時1577号129頁は、証明力の問題として整理している。

イ 福井地判平6年10月19日判例集未登載⁽²⁸⁾

犯行と被告人との結びつきについて、DNA型鑑定書はかによって認定でき、アリバイ主張も成立しないとして、被告人に懲役4年の実刑判決を言い渡した事例である。同事件では、Aの膣内液及びA着用のネグリジェに付着していた精液を原資料に、医師から採取されたA及び被告人の血液を対照資料としてMCT118型鑑定が実施され、1万人に1人の割合であると結論づけられた。弁護人は、鑑定の歴史が浅く、信頼性も一般に承認されていないので、再鑑定による信用性の担保を要件とすべきであり、原鑑定資料の残量がなく、再鑑定が不可能である場合には証拠能力はない旨の主張をした。しかしながら、同判決は、再鑑定の資料を残すことは望ましいが、鑑定方法には十分な科学的根拠がありそれ自体とくに問題はない、本件の原資料である遺留精液などは経験上ごく微量しか得られないのが通常であ

る、鑑定の当否はのちに鑑定書や鑑定人を調べることによって検討する余地がある等の事情に照らすと、再鑑定の資料がないことから直ちに、鑑定書の証拠能力がないとはいえず、本件の場合も正確な結論を得るため検査を繰り返した結果、原資料がなくなったものであって、その証拠能力に問題はないとして、証拠能力を肯定した。

もっとも、鑑定資料については「残すことが望ましい」が、遺留精液などはごく微量の鑑定資料しか得られないのが通常であり、また鑑定の当否は鑑定書や鑑定人を調べることでその内容を検討する余地も残されているから「再鑑定の資料を必ず残さなければならないとはいえない」とも判示している。

ウ 東京高判平成11年4月28日

ウェストロー1999WLJPCA04280006。

「浜辺毅洋の当審証言によれば、本件吸殻について、DNA鑑定を前提とした採取、取扱い、保管方法が採られていなかったこと、浜辺は、本件吸殻につき、唾液の付着の有無及びその血液型の鑑定を行った際、吸い口から約五ミリメートル程度切り取り、鑑定後、茶色フィルター紙の切断部分については廃棄したことが認められ、本件吸殻がタクシーの床上にあったものであること、採取された昭和六三年一二月二九日から平成九年九月二二日に吉井鑑定人に引き渡されるまでの時間の経過も考慮すれば、吉井鑑定に供された鑑定資料には当初から皮膚片様物がそれほど付着していなかった可能性がある上、当初に付着していた皮膚片様物のDNAも、分解するとともにほかの人のDNAによって汚染された可能性がないとはいえない。そして、吉井証言によれば、当初付着のDNAの量と他人のDNAの量が一對四程度の比率を越えると、当初付着のDNAが検出されないことが認められる。これらの点に照らせば、本件吸殻から被告人のDNAが検出されなかったことから、弁護人のようにいうことはできないと

(28) 前掲注(18)499頁。

いうべきであるが、結局のところ、本件吸殻が被告人の吸ったものであるか否かは不明であるということになり、本件吸殻の物的証拠としての証拠価値は減殺されるに至っている。したがって、本件タクシー内でハイライトを二本吸ったという被告人の供述は証拠価値の高い物的証拠の裏付けを欠くことになるが、もともと本件タクシー内にあったハイライトの吸殻は本件吸殻一本しかなかったのであって、取調官が本件吸殻を基に二本のたばこを本件タクシー内で吸ったという供述を引き出した疑いは生じない。」として、信用性判断の一資料として考慮している。

エ 福岡高判平14年10月10日高刑速平成13年219頁

鑑定資料や増幅後のPCR資料を残していなかったため弁護人が証拠能力を否定すべきと主張したことに対し、「確かに、所論のように資料を残すなどして再検査を可能にする方途を講ずることは望ましいが、資料が少なかったり、なかなか結果が出にくい場合に全部使い切ることがあったとしても、やむを得ない場合のあることは否定できないところである。そして、本件では、科警研の検査で資料をほとんど使っているが、検査の結果がなかなか出なかったことなどを考慮すれば、残量が少なくなったのもやむを得ないという事情があること、殊更再鑑定を避けるために費消するなどの不適切な事情も見当たらないことからすれば、資料をほとんど使い切ったからといって、その故をもって証拠能力を否定すべきものと解されない。」として証拠能力を肯定した。

この判決の特徴的な点は、意図的な行為という面ではなく、全量消費のやむを得ない事情という要素を考慮した点であるが、やむを得ない事情と、不適切な事情との関係性や、なぜそれらの場合は証拠能力が肯定されるのかという説明はない。

オ 宮崎地判平成21年4月16日

ウェストロー2009WLJPCA04169002。

「DNA型鑑定は、細胞内にあるDNAを構成して

いる塩基配列が各個人で異なっていることに着目して、個人識別をしようとする方法であり、今日において、その科学的原理が理論的正確性を有していることに争いはないものと認められる。したがって、①鑑定実施者が十分な専門的知識と技術水準を有し、②鑑定資料の管理・保存に問題がなく、質量ともに資料が鑑定に適しており、③一般に確立した鑑定の手順、方法に基づいて実施され、④一連の鑑定経過に鑑定結果の信用性を疑わせるような事情が存在しないことが認められれば、その証拠能力及び信用性を肯定することができることになる。」とした上で、弁護人が技術吏員は、犯罪捜査規範に違反して、鑑定資料を公判審理において証明力を保持し得るような処置を何ら行っておらず、また、鑑定資料の残部を保存しておくなどの再鑑定のための考慮も払っていない旨主張した点について、「確かに、弁護人が指摘する点は不当であるものの、鑑定書や鑑定人を調べることなどで事後に鑑定結果の信用性を検証することは可能であって、再鑑定の可能性が残されていないことが、直ちに当該DNA型鑑定の自然的関連性や信用性に影響を及ぼすものではない。そのほか、関係各証拠に照らしても、本件DNA型鑑定の一連の鑑定経過に、鑑定結果の信用性を疑わせるような事情は認められない。」として証拠能力を認めている。

証拠能力及び信用性とひとくくりにして判断しているため、どの事実が証拠能力に影響を与えているのかは定かではない。

カ 福岡高宮崎支判平22年4月22日

LLI/DB06520220。

「鑑定資料、鑑定手法、解析方法の適正及び結果の正確性等について、事後的に科学的な検証、検討が可能であり、再鑑定のための資料が喪失したことをもって、直ちに適正手続の要請に反するなどとはいえず、その証拠能力が否定されるものとはいえない」として証拠能力を肯定した。加えて、捜査機関の主観を考慮することについては、「再鑑定が不可

能であることによって直ちに証拠能力が否定されるものではないところ、その上で、手続の公正の観点から、証拠としての許容性を検討するに当たって、その経緯に関し、手続に関与した警察官の主観を考慮することが不当であるとはいえず、上記のとおり、警察官が再鑑定を阻むために意図的に作為したものではない本件においては（意図的に作為した場合には別途の考慮が必要となる場合も考えられる。）、前記鑑定書を証拠として用いることが許されるというべき」として、証拠能力を肯定している。

手続の公正という視点を入れているが、手続の公正さという客観的な側面を取り入れるのであれば、捜査機関の主観を考慮するのではなく、再鑑定が保証されているかどうかという客観で判断すべきではないだろうか。

キ 平成31年2月20日東京地判

ウェストロー2019WLJPCA02206002。

「他方、標準資料の増幅曲線や検量図が消去されるのを阻止しなかったにもかかわらず、Qが、捜査担当の検察官から、平成28年9月頃、本件DNA定量検査の結果が重要性を持つことを知らされた後である同年12月頃になって、本件抽出液の残余を廃棄したことは、本件DNA定量検査の検証可能性を失わせしめる帰結を招いたものであり、Qが廃棄すべき合理的な理由について特に言及していないことも踏まえると、非難されるべき行為である。この点、たしかに、Uも、自身が作成に関与した司法研究報告書における記載を踏まえ、資料が消費され再検査ができないからといって、そのことだけで再現可能性がないことにはならないことは認めているところであって、再実験ができないことが直ちに問題視されるものとはいえない。しかしながら、本件DNA定量検査については、既に標準資料の増幅曲線や検量図が消去されていたというのであるから、その段階で本件DNA定量検査の結果の妥当性を端的に検証できる状態を維持するには、本件抽出液の残余を保存することが是非とも必要であったはずである。

にもかかわらず、Qが、本件DNA定量検査の結果の重要性を知りながら本件抽出液の残余を廃棄したことは、再現可能性を失わせたといえるかどうかはともかく、本件DNA定量検査の結果の妥当性を端的に検証する手段を失わせたものといえるから、検査者としてのQの誠実性を疑わせる事情といえる。」とした。同裁判例も、証拠能力の問題ではなく信用性の位置事情として捉えている。

ク さいたま地判令和元年6月12日判例集未登載。

捜査機関が、残余資料を残すように定めた通達があるにもかかわらず、これを失念して残余資料を被害者側に還付したことで、再鑑定が不可能になったとして証拠能力を争った事案について、「還付の手続きは、精液等のDNA型鑑定資料の残余については再鑑定に配慮して保存する旨を定めた犯罪捜査規範186条及び平成22年12月7日付けのDNA型鑑定運用要領に関する通達に反するものであって、不適切な措置と言わざるを得ない。しかしながら、同警察官は、平成24年4月24日に発出された通達において、一部公訴時効の廃止、延長に伴う証拠物件の保管期間の長期化及び保管件数の増大が予想されるところ、捜査上留置の必要性がないと判断した証拠物件については、速やかに還付の手続をとることとされたことから、増大していた署内の長期保管証拠物件について整理を進め、被疑者が浮上していない案件について順次還付手続をとっていた中で、前記の捜査規範及び通達の規定を失念し、本件について、DNA型鑑定残余資料を還付する手続を指揮したものであって、あえて再鑑定を不能にさせるなど被疑者が浮上した場合にその防御を妨害する意図で還付手続をとったものではないから、被告人側の防御権を積極的に侵害したといえるような特段の事情が認められない本件において、同還付手続の結果、再鑑定による検証が不可能になったことをもって、DNA型鑑定の証拠能力を否定するのは相当ではない。」として、証拠能力を認めた。

法の不知は許されないものであって、残余資料を残

すようにという通達があったにもかかわらず、被告人の防御権を積極的に侵害したという事情がないとする点は疑問が残る。捜査機関は、通達を知らなければ知らない程よいことになってしまわないか。

ケ 足利事件においても、弁護人は再鑑定の可能性が残されていることをDNA型鑑定の証拠能力の要件にすべきであると主張していたが退けられている。その理由としては、「一般に、鑑定の対象資料が十分なれば、鑑定を行ったあと、追試等に備えて、変性を予防しつつ残余資料を保存しておくのが望ましいことは言うまでもないが、犯罪捜査の現場からは、質、量とも、限られた資料しか得られないことのほうがむしろ多いのであるから、追試を阻むために作為したなどの特段の事情が認められない本件において、鑑定に用いたと同一の現場資料について追試することができないからといって、証拠能力を否定することは相当ではない」としている。特段の事情がある場合には証拠能力が否定される余地を残しているが、それが自然的関連性の問題なのか、法律的関連性の問題なのか、証拠禁止の問題なのか説明はされていない。

(2) 上記で見たとおり、判例は、追試等に備えて残余資料を保存しておくことが望ましいとしつつも、それができなかったことが即証拠能力に影響を与えるものではなく、例外的に追試を阻むために作為したなどの特段の事情が認められた場合にのみ証拠能力が否定される場合があり得ることを示しているが、その根拠は定かではない。再鑑定の保証と証拠能力の関係については、それはあくまで信用性の問題と捉える見解と、証拠能力の問題とした上で自然的関連性の問題とするもの、法律的関連性の問題とするもの、証拠禁止の問題とする見解がある。

ア 信用性の問題とする見解は、一般的に追試の余

地がないというだけで、当該DNA型鑑定の証拠能力がないと解することは、犯罪現場において採取される資料が多くの場合限定的であるという事情からすると、重要な客観的証拠について具体的事情を検討することなく排斥することになり、賛同できないし、DNA型鑑定以外の鑑定における取り扱いとも整合性を欠くこととなるとして、追試の可能性がなくなったのであれば、その事情等も総合考慮して、⁽²⁹⁾⁽³⁰⁾信頼性を判断すべきとする。また、他の鑑定を含め鑑定にあたっては再鑑定に備えて対象資料を残すよう十分配慮して鑑定を行っていること（犯罪捜査規範186条）、STR型検査法は完全に確立した手法で、作業が客観的自動的に行われることから、DNA型鑑定の定型的信頼性を前提にした上で、被告人の防御権の保証と真相解明の必要性とのバランスをいかに図るかが重要であるとして、再鑑定の保証は証拠能力の要件ではないと説明する。⁽³¹⁾ほかに、捜査段階の鑑定書の証拠としての価値は、実質的に信頼できるかという観点から判断されるべきであり、全量消費によって再検査できなくなったことが、捜査段階の鑑定書の信頼性の低下に直ちに結びつくものではなく、「再現可能性」は現実に再現できることではなく、その時点での科学的知見を踏まえて、同じことを繰り返せば同じ結論が出るだろうと確信を得られることなのだから、全量消費により再検査できないことは、捜査段階の鑑定書の証拠能力を否定することに本質的につながるものではない、刑事訴訟法が捜査機関が第一次的に証拠物を捜査できる権限を与えていることや捜査の密行性の要請もあること、再検査だけが捜査段階の鑑定を積極的に検証する唯一の方法ではないなどとする。また、追試の可能性を最初から封ずるような検査であれば、再現性という点からは科学的信頼性に乏しい

(29) 登石郁朗「同一性確認の鑑定—裁判の立場から」三井誠ほか編『新 刑事手続Ⅲ』153頁（悠々社、2002）。

(30) 渡辺咲子「同一性確認の鑑定—検察の立場から」三井誠ほか編『新 刑事手続Ⅲ』185頁（悠々社、2002）。

(31) 田辺康弘「DNA型鑑定について」研修719号110頁（2008）。

(32) 前掲注(23)52頁。

（あるいは、欠ける）として、証拠能力を否定する見解に理解を示しつつも、検査の資料、手法、解析の方法と結果などについて詳細なデータが判明し、事後的な吟味ができるのであれば、資料の全量消費という理由だけで科学的信頼性を否定するのは適切ではないとするものもある。⁽³³⁾積極的に再鑑定の保証がされるように残余資料を保存することを求める見解もあるが、⁽³⁴⁾⁽³⁵⁾やはり証拠能力の問題とは捉えていない。追試に代わりうる信頼性の保証として鑑定経過の詳細な記録を含めた情報公開が不可欠である⁽³⁶⁾と指摘するものもあるが、鑑定経過の記録化は当然求められる条件であって、それが開示されるべき内容であるから、詳細な記録の保存と開示が、再鑑定の保証に代替するものではないといえるだろう。

もっとも、再鑑定が保証されないことは一切証拠能力に影響しないのかといえ、そうではなく例外的に鑑定人が意図的に資料の全部を消費したり、残余資料を破棄したような場合には、その証拠能力を否定すべきであろうし、最近の鑑定手法・技術の進歩に鑑みると、遺留物が微量であっても、これを全量消費する必要がある場合は極めて稀と思われるので、全量消費の場合には意図的破棄と推定されてもやむを得ないであろうとして、⁽³⁷⁾限定的に証拠能力を否定する考えもあり、判例もこの立場といえる。その理論的な説明としては、違法収集証拠排除法則

や、321条1項2号書面の証拠能力に関する判例の⁽³⁸⁾法理か、証拠禁止の観点から考えることになるだろう。⁽³⁹⁾

イ 次に、証拠能力の要件になると考える見解は、現在の技術水準では、特段の事情がなければ、再鑑定の保証をすることは決して無理を強いるものではなく、原資料の一部、それがだめならDNA溶液の一部またはPCR増副産物など各段階での保存も可能であるとして、再鑑定の保証を怠った鑑定は、原則として証拠排除の制裁を受けるべきであるとする。⁽⁴⁰⁾⁽⁴¹⁾証拠排除の位置づけは定かではないが、証拠禁止の観点から証拠能力を排除しようとするものと考えられる。原資料については、「残すことは望ましい」レベルではなく、「極力残すべきであり」、また再鑑定を阻む「作為」がある場合はもとより積極的な資料保存の配慮がかけた場合には、鑑定の証拠能力は否定され⁽⁴²⁾とする。また、裁判員裁判の下での科学的証拠の取り扱いという限定を付した上ではあるが、典型的な科学的証拠については、証拠能力についての条件設定を行った上で、これを法的関連性の問題として位置づけていくのが相当ではないかとする見解もある。⁽⁴³⁾仮に再鑑定が保証されないことで証拠能力が否定されても、捜査段階で当該鑑定結果を利用することは可能であること、誤った判断を防ぐという積極的な意義が認められることなどから、再鑑定の保証を証拠能力の要件とすること

(33) 長沼範良「科学的証拠の許容性」法教271号99頁（2003）。

(34) 宮崎香織「刑事判例研究」警論71巻8号168頁注4（2018）。

(35) 前掲注(4)70頁。

(36) 小早川義則「DNA型型鑑定の証拠能力」法教247号101頁（2001）。

(37) 前掲注(24)460頁。

(38) 最判平成7年6月20日刑集49巻6号741頁。

(39) 前掲注(23)53頁。

(40) 岩田務・笹森学「同一性確認の鑑定—弁護の立場から」三井誠ほか編『新 刑事手続Ⅲ』177頁（悠々社、2002）。

(41) もっとも、田辺康弘「DNA型鑑定について」研修719号（2008年）111頁によるとPCR増副産物の保管については、PCR増幅させた上に蛍光標識が付着したDNA断片は、冷凍しても数ヶ月で劣化してしまうことから再鑑定に適さないことが明らかになっているとのことなので、原資料の保管を必須とすべきであろう。

(42) 前掲注(18)508頁。

(43) 前掲注(16)213頁。

について合理性があるとする。⁽⁴⁴⁾さらに進んで、追試を阻む意図で全量消費がなされた場合は、証拠保存義務の積極的な違反であるとして、控訴自体の無効⁽⁴⁵⁾を考えるべきとする考えもある。

再鑑定の保証を担保する手段として、裁判官は、再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こと、全量消費がやむを得ない場合は、被疑者の請求を待って独立した鑑定人に鑑定させるべきことを提案するものもあり、これらは再鑑定の保証の重要性を意識したものといえる。

ウ 信用性の問題とする見解も追試を阻むために意図的な作為に出た場合などは証拠能力を否定するので、結果的に証拠能力に全く影響を与えないという見解はないといってよいだろう。議論の分かれ目は、再鑑定の保証がなければ一律に証拠能力を否定すべきか、そうでなく特段の事情のあるときにのみ証拠能力を否定すべきかということになる。

エ 思うに、再鑑定の保証がされなかったことのみをもって一律に証拠能力を否定することは妥当でない。というのは、いかに科学技術が進歩して微量の資料をもって鑑定が可能になったとしても、理論的には全量消費をしなければならない状況は存在するからである。このような場合に、全量消費をしたことをもって証拠能力が否定されてしまえば、捜査目的を達成することができない。とくに犯人特定の唯一の証拠が微量のDNAのみであったような場合に全量消費しなければDNA型が抽出できないような状況において、全量消費をして鑑定をして犯人を特定しても、同鑑定が証拠能力を否定されてしまうのでは、捜査をする意味が失われてしまう。しかも、注意が必要なのは、再鑑定をすれば当初の鑑定

の適否を必ず判断できるのかといえ、再鑑定における鑑定手続が不適當であつたら、再鑑定をした意味がない上に、再鑑定の適否を判断するために再々鑑定が必要になるなど、延々と鑑定合戦が続きかねないのであり、再鑑定の先はバラ色の世界というものではない。

オ このような場合に備えて、科捜研でなく中立の第三者機関で鑑定をすとか、裁判所の許可を得るなどの立法的な解決は考えられるところであるが、そもそもなぜそのようなことを求めてまで再鑑定を求める見解があるのかといえ、鑑定資料は捜査機関が独占しており捜査の密行性からそれもやむを得ないとされ、⁽⁴⁷⁾そのため知らぬ間に全量消費するなどして消失し、被告人がそれらを利用する機会が失われたという、被告人からすれば不公平であるという適正手続の側面ではなからうか。したがって、再鑑定の保証と証拠能力に与える影響についても、国家作用としての捜査権限と、被告人の防御権が、適正手続の観点からバランスが取れているかという観点から見るべきではないだろうか。たしかに、適正手続や防御権の観点からすると、判例が特段の事情で考慮している「再検査を妨げる意図の有無」という主観面を考慮することは整合しないようにも思われる。⁽⁴⁸⁾しかし、対立する当事者間において、相手方の防御権を侵害する意図で行う行為は、結果として不必要な捜査を行ったかどうかの判断に吸収されるだろうから、ここでいう主観を考慮するというのは、必要のある捜査であったかどうかを判断する下位の考慮要素という位置づけることができる。

以上のように、再鑑定が保証されないことそれ事態は証拠能力に影響を与えるものではなく、ただ再鑑定が保証されなくなった事情によって、例外的に

(44) 和田俊憲「遺伝情報・DNA鑑定と刑事法」慶應法学18号104頁（2011）。

(45) 徳永光「鑑定資料の保存に関する一考察」甲南法学45巻1・2号254頁（2004）。

(46) 徳永光「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—」一橋研究25巻2号16頁（2000）。

(47) 前掲注(23)53頁。

(48) 前掲注(44)239頁。

証拠能力が失われるという判例の見解は、残余資料をできるだけ保存することが望ましいとしていることも考え合わせると、両者のバランスを取ったものと評価できる。もっとも、追試を阻むために作為をしたなどの特段の事情というのは様々な状況が考えられ、追試を阻むためという主観、動機を考慮する基準となっているため、一定程度類型化することで、基準は客観的になり、捜査機関としても再鑑定が保証されるようにする動機付けになり得る。加えて、類型化することにより、再鑑定の保証について法律的関連性の問題と捉える見解と同様に、DNA型鑑定の証拠能力について条件設定をしたのと同様の効果が期待できる。

カ そこで問題は、特段の事情により証拠能力が失われる場合の理論的根拠である。この点については、⁽⁴⁹⁾検面調書の証拠能力を否定した判例が参考になる。同判例は、「検察官において当該外国人がいずれ国外に退去させられ公判準備又は公判期日に供述することができなくなることを認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合はもちろん、裁判官又は裁判所が当該外国人について証人尋問の決定をしているにもかかわらず強制送還が行われた場合など、当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得るといわなければならない。」として、証拠能力を否定する余地があることを認めている。その法的根拠としては、鑑定資料の保管という、鑑定後の事情によって証拠能力が否定されることになるので、違法収集証拠排除法則や⁽⁵⁰⁾前述の判例の法理によって肯定されると考えるしかないだろう。

4. 特段の事情の類型化の試み

- (1) 捜査機関に追試を阻むなどの作為に出る意図がある場合（違法収集証拠排除型）

実際に捜査機関の主観を直接立証するには、捜査機関が証人尋問等で意図的に再鑑定を妨害したことを認める場合など、容易には立証できない事が多い。したがって、現実には捜査機関が意図的に追試を防止したという要件はあまり重要ではなく、客観的に見て再鑑定が不可能になるような鑑定をしたことが妥当であったかどうかという点が多くの場合に争点となると思われる（妥当でなかった場合は、捜査機関の意図が推認される。）。したがって、次に述べる鑑定資料を全量消費した場合の妥当性の判断に帰着することになる。

- (2) 鑑定資料を全量消費した場合（法律的関連性型）

ア そもそも微量な鑑定資料しかなく全量消費した場合

（ア）現在の技術をすれば、微量であっても全量消費せざるを得ない状況というのはあまり考えられないが、理屈上はありうる。当該事件において、鑑定結果の証拠としての重要性（唯一の証拠であるかどうかは一つの指針となる）、全量消費をしないで済むその他の方法が存在しないこと、微量な鑑定資料しか得られなかったことがやむを得ないことなど全量消費することの必要性を満たすことが必要となろう。

（イ）特段の事情という観点からすれば、これら要件を満たしていない特段の事情があれば証拠能力が否定されることになる。もちろん、再鑑定を防止するために意図的に全量消費したような場合は、上記の要素のいずれかが欠けることになるだろうから、証拠能力は否定される。

イ 徹底的な分析のために全量消費した場合

（ア）仙台地判平成16年3月30日判例集未掲載は、科

(49) 最判平成7年6月20日刑集49巻6号741頁。

(50) 前掲注(23)53頁。

捜研が、残余資料で鑑定嘱託事項以外の成分の薬物分析も行ったことで、全量消費となった事案である。判決は、それについて「あながち不当と断ずることはできず、そのことをもって本件各鑑定書の証拠能力や信用性を否定すべき事情があるとはいえない」と述べて、証拠能力、信用性ともに認めている。これについて、薬毒物の種類は五万とあるのだから徹底的な分析を行う意図のもと鑑定をすれば、残余資料が残る場合のほうが稀であると批判される⁽⁵¹⁾。徹底的な分析の意図のもとに、鑑定嘱託事項以外の検査を行うことは許されないというべきであるから、鑑定嘱託事項以外の検査のために全量消費した場合には、それは特段の事情が認められるというべきである。一方で、鑑定嘱託事項の検査を徹底的に行うために全量消費した場合は特段の事情は認められない。もちろん、徹底的と言っても全量消費するまで行ってよいのではなく、必要な限りという制限があるというべきである。

ウ 全量消費に過失がある場合

(ア) 全量消費に過失がある場合というのは、1回の鑑定で済むところがコンタミネーション等で失敗したことで再度鑑定を行う必要が出てしまい、そのため全量消費せざるを得なくなったような場合がある。1回の鑑定資料の分量を間違えて全量消費となってしまったような場合も考えられよう。

(イ) DNA型鑑定は大部分が自動化されてはいるが、それでも原資料から鑑定資料を抽出し、それを遠心分離機にかけ、PCR増幅をするなど、手作業が介入する部分が必ずあるため、捜査機関の保管、管理等のミスによって二度三度の鑑定をしなければならない場合は想定される。人の手が関与する以上は避けられない事態である。しかしながら、捜査機関は入手した鑑定資料を捜査上の秘密を理由に、優先的独占的に鑑定をすることができる。適正手続の面か

らしても、捜査機関がミスなく鑑定をすることが期待されているからこそ優先的独占的に鑑定することが認められていると考えられる。そうだとすれば、そのような期待を裏切って過失により全量消費することは許されないというべきである。

エ 鑑定資料が汚染されてしまった場合

鑑定資料が汚染される場合は、鑑定資料そのものは物として存在するけれども、結果として鑑定する価値がなくなり、証拠価値がなくなるのであるから、再鑑定ができないことと同様にも思われる。しかし、汚染が明らかになれば、証拠の信用性がなくなるので、証拠能力位は影響しないと考えて良いと思われる。

オ 鑑定資料が破棄されてしまった場合

消費ではないが、破棄した場合も鑑定資料が失われるという意味では全量消費した場合と変わらないので、全量消費に準じて考えれば良い。もっとも、鑑定資料の保管に関しては、警察庁等から各種通達が出されていることから、破棄の妥当性について、同通達を一定の基準とすることができる。

(ア) DNA型鑑定に関する要領に違反する場合

a 平成4年4月17日付の刑事局長通達によって、警察庁が、DNA鑑定を犯罪捜査の方法として正式に採用することを決定し、「DNA鑑定の運用に関する指針」としてガイドラインを公表した⁽⁵²⁾。当時の指針では、残余資料の取り扱いについては、比較対象資料としての新たに被疑者の身体から採取した鑑定処分許可状等により採取した血液については破棄し、被害者等から任意に提出を受けた血液については、任意提出書の提出者処分意見欄の記載に従って措置することになるが、警察の処分⁽⁵³⁾に委ねられている場合はこれを破棄する扱いになっていた。比較対象資料として採取した血液についての取り扱いのみ定めており、現場から採取された鑑定資料の残余

(51) 前掲注(45)233頁。

(52) 笹野明義「DNA鑑定の証拠能力、証明力」判タ891号45頁(1996)。

(53) 斉藤猛「犯罪捜査におけるDNA型鑑定の活用状況(下)」捜査研究545号18頁(1997)。

に関する取り扱いは特段規定がなかったようである。DNA型鑑定に関する要領に違反する場合は法の不知は許されないのだから、特段の事情が認められる。この場合、要領に違反することは、捜査機関の意図をも推認させるということになる。

b 要領は、各都道府県警によって通達は異なるようであるが、例えば埼玉県警の場合は次のように規定している（平成22年12月7日付科捜研第353号DNA型鑑定運用要領⁽⁵⁴⁾）。

2 鑑定資料取扱い上の留意事項

(1) 採取時等の留意事項

略

(2) 現場資料の鑑定及び鑑定後の留意事項

ア 資料の残余又は鑑定後に生じた試料（刑事部科学捜査研究所において鑑定に使用するため資料から採取等して分離した物をいう。以下同じ。）の残余は、再鑑定に配慮して保存すること。この場合において、資料を保存するための冷凍庫又は刑事部科学捜査研究所に設置の超低温槽を活用すること。

イ 資料の残余又は試料の残余は、他の資料との接触及び混同を防止するため、個別の容器、袋等に収納し、保存すること。なお、保存容器は、凍結破損しない物を使用すること。

c それまでの通達では、保存義務までは規定されていなかったが、足利事件を契機に改めて通達が発出されたものである。通達に違反しているにも関わらず、捜査機関に再鑑定妨害の意図はなかったとして証拠能力を認めることは妥当でない。通達で残余資料の保管を求めているのは、「再鑑定に配慮して保存する」ためであるのだから、これに違反していることは法律の不知は許さずであって、少なくとも過失・重過失が推認されるというべきである。埼玉県警管轄の場合は、上記通達に違反して残余資料を破棄した場合には、過失があるとして特段の事情を

認め、DNA型鑑定の証拠能力は否定されるべきである。

(イ) 残余資料はあったが、資料提供者に還付した場合

a 還付した場合とは、鑑定資料を所有者に還付するような場合である。それによって再鑑定ができなくなるので、破棄した場合と同一に考えても良いとは思われる。強制性交罪などで膣内容物の任意提出を受けた場合などは、処分意見について、返却して下さいとか、破棄してくださいという意見が書かれる。捜査機関としては、これらに従って還付ないし破棄したこととなるだろうが、通常、DNA型鑑定に用いられる鑑定資料は所有権の客体足り得ないと考えられる。少なくとも破棄してくださいという意見であれば、所有権を放棄しているのであるから、捜査機関は先に記した通達等に従って、残余資料を保管すべきであろう。したがってこの場合は通達に違反した破棄として、特段の事情が認められ、証拠能力は否定され则认为。

b 一方で、返してくださいという意見の場合であるが、少なくとも原資料について所有権の客体になることがあっても、PCR増幅をした増幅後の資料については所有権は及ばないと解されることから、増幅後の資料については、先の通達に従った保管をしなければ、特段の事情が認められると解される。

5. 残された問題

(1) 現在の技術水準からすれば、鑑定資料を全量消費することは稀なケースと思われるが、絶対にないとは言いきれない。そのような場合に、現行法上のものでどのように対処するかは難しい問題である。真に全量消費が必要であったかどうかは専門家であくば重要なのは、中立な機関で透明性を確保して鑑定が行われたかどうかであろう。現行制度のもとで

(54) 埼玉県警、DNA型鑑定運用要領

<https://www.police.pref.saitama.lg.jp/a0020/kenke/documents/dna.pdf>, (2019.12.20)。

問題なのは、全量消費が真に必要な鑑定資料であっても、それが弁護側に知らされることなく（犯人特定前の段階ならなおさら）、捜査機関側の鑑定機関でひっそりと行われている点である。弁護人がついている状態であれば、鑑定の前に弁護人に連絡をして、協議して双方が合意する鑑定機関で鑑定をするということが可能であると思われる。問題は、犯人が特定される前の段階で、弁護人もついていないような場合である。公判にもなっていない状態では、現行法上は、裁判所に鑑定申立をすることもできない。そこで、弁護士会と検察庁とで事前に取り決めた指定鑑定機関を作っておき、そこで鑑定するということが考えられるだろう。当然、検査の過程は記録化されなければならないし、どこまでを記録化するかについても事前に協議しておくことになる。

(2) 再鑑定の保証については、足利事件において、特段の事情のない限りそれ自体が証拠能力に影響を与えないという結論をとっていることから、実務では信用性としての争いが中心となってきたが、最高裁も特段の事情という証拠能力を否定する余地を残している点は、DNA型鑑定の証拠としての重さに鑑みて被告人の防御権に配慮していると考えられる。弁護人は、実務においても積極的に証拠能力を争って行くべきではないかと考え、「特段の事情」とは何であるかを明らかにしようと本稿を執筆した次第である。もっとも、最後に述べたとおり最終的には立法的な解決をしない限りは解決しない面もあり、海外の例などを参考にしながら捜査と弁護のバランスを図った解決ができないか今後も検討していきたい。

以上