

刑事手続における強制採血と DNA 型鑑定に関する一考察

水 野 陽 一*

1. はじめに
2. ドイツ刑事手続における強制採血と DNA 型鑑定
 - (1) 強制採血
 - (2) DNA 型鑑定と DAN 型データベース
 - (3) 小括
3. わが国の刑事手続における強制採血と DNA 型鑑定
—ドイツにおける議論を参考に—
 - (1) 強制採血
 - (2) DNA 型鑑定と DAN 型データベース
 - (3) 小括
4. おわりに

1. はじめに

わが国の刑事手続において、被疑者の飲酒運転および覚せい剤自己使用等が疑われる場合において、被疑者の身体内部から血液等の体液を採取し、刑事訴追機関がその鑑定結果を証拠として用いることが頻繁に行われる⁽¹⁾。鑑定に用いられる体液採取の際に、当該被疑者の同意が得られ、任意に体液の提供を受けることができる場合においては、これを領置することができるので問題は少ないように思われるが (刑事訴訟法 221 条)⁽²⁾、血液等、体液の

* 広島大学社会科学部研究科博士課程後期・日本学術振興会特別研究員 (DC)

- (1) 安富潔『刑事訴訟法講義 [第 2 版]』120 頁参照 (慶應義塾大学出版会、2009 年)。
- (2) もっとも、被疑者・被告人の同意を得る際に要求される要件、体液採取に用いられる手段の適正性をいかにして担保するかは重要な問題である。これについての考察は後述する。

採取およびその鑑定について、被疑者の同意を得ることができない場合に、これがいかなる要件のもとで許容されるのかが問われる。

また、血液等から採取される DNA（デオキシリボ核酸）を対象とした科学的鑑定により、捜査対象となる被疑者・被告人の特定等を行う、いわゆる DNA 型鑑定が多く用いられ⁽³⁾、かなりの成果を上げていることが指摘されている⁽⁴⁾。DNA 型鑑定より得られた結果の刑事手続における証拠としての重要性は、わが国において既に認識されているものではあるが⁽⁵⁾、その運用に関する刑事訴訟法上の規定が存在せず⁽⁶⁾、鑑定資料の入手および鑑定実施に際して、これをいかなる場合にこれを許容するのかが問われる。また、DNA 型鑑定により得られた結果を保存し、将来これを運用することの是非についても議論が分かれるところであり⁽⁷⁾、刑事手続における DNA 型データベースの運用に際して解決しなければならない問題が多いように思われる。

-
- (3) 刑事手続における DNA 型鑑定に関して、瀬田季茂『続 犯罪と科学捜査—DNA 型鑑定の歩み—』（東京化学同人、2005 年）、津村政孝「DNA 鑑定」法学教室 294 号 2 頁以下参照（2005 年）、藤田義彦「DNA 型鑑定における精度管理—誤鑑定の防止策—」犯罪学雑誌 132 頁以下等参照（2011 年）、和田俊憲「遺伝情報・DNA 鑑定と刑事法」慶應法学 18 卷 79 頁以下参照（2011 年）。
- (4) 松下徹「警察における捜査手法の高度化—DNA 型鑑定及び DNA 型データベースを中心に—」刑事法ジャーナル 29 号 29 頁以下参照（2011 年）。
- (5) 津村政孝「DNA 鑑定」法学教室 351 号 2 頁以下等参照（2009 年）。また刑事手続における DNA 型鑑定の実施は、犯罪捜査以外に被害者の特定にも資するものである。
- (6) DNA 型鑑定の鑑定資料の入手について、刑事訴訟法上明文による規定が存在せず、これがいかなる条件のもとで許容されるかに関して、裁判所による法解釈に委ねられる。また、DNA 型鑑定等の運用は、DNA 型記録取扱規則（平成 17 年国家公安委員会規則第 15 号）に基づいてこれが行なわれており、議会立法による根拠規定が存在しない。DNA 型記録取扱規則は、主に警察当局における DNA 型情報の取扱について規定したものであり、DNA 型鑑定及びそのデータベースの運用に関する要件、対象犯罪等の定めはない。
- (7) 松下・前掲註（4）・18 頁以下参照。

被疑者・被告人の体液等の採取と、これを用いた DNA 型鑑定がいかなる要件のもとで許容されるかについて、前者は被疑者・被告人の身体への侵襲を伴うものであり、後者は彼らの個人情報に深く関わる領域への侵襲が問題となる場合があることから、両者は慎重に検討されなければならない。

以上挙げた問題について、本稿においてはヨーロッパ、ことにドイツにおける議論を参考にしながら論を進める⁽⁸⁾。以下では、まずドイツ刑事手続における強制採血と DNA 型鑑定に関する議論を概観し、順次考察を加える。

2. ドイツ刑事手続における強制採血と DNA 型鑑定

(1) 強制採血

ドイツ刑事訴訟法 81 条 a の規定は、被嫌疑者⁽⁹⁾の身体検査 (körperliche Untersuchung)⁽¹⁰⁾について定めるものであり、特に本条 1 項 2 文が血液をはじめとする人間の体液等の採取に関して規定する。本条の規定は、対象となる被嫌疑者の同意がない場合について定めるものであって、これが認められる場合において、本条において定められる要件は問題とならない。強制採血に関する被嫌疑者の同意は、用いられる手段の内容、その危険性等に関して十分な説明がなされており、これに対する拒否権が認められる旨事前に通知さ

(8) DNA 型鑑定およびデータベースの運用について、各国の制度を参考に検討したものととして、西郷正実「イギリスの DNA 型データベース」警察学論集 60 卷 5 号 92 頁以下 (2007 年)、清水稔和「米国の DNA 型データベース等について」警察学論集 61 卷 8 号 166 頁以下等参照 (2008 年)。

(9) ドイツ刑事手続における被嫌疑者 (Beschuldiger) とは広義に解され、被疑者・被告人は無論のこと、既に有罪判決を受けた者もこれに含まれる。Vgl. Meyer-Großner, Kommentar zur StPO, 54. Aufl. 2011, § 81a Rn. 2.

(10) 本条における身体検査とは、被嫌疑者の体液等の採取もその対象とし、体表に対する搜索は、別途ドイツ刑事訴訟法 102 条が定める。口腔内の搜索について、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a が適用されるとする見解、102 条が適用されるとする見解に分かれる。Vgl. Meyer-Großner (Fn.9), § 102 Rn.9.

れている場合に初めて有効となる⁽¹¹⁾。

本条がいう強制採血をはじめとする身体検査は、「捜査目的」(Untersuchungszweck)を達成する為に行なわれるものである⁽¹²⁾。捜査目的とは何を意味するかが問題となるが、現在係属中の刑事手続において対象となる事実の解明に資するものであればよく、本条における身体検査は、被嫌疑者の身体的特徴に関するものに限定されない。ここでいう事実の解明とは、対象とされる犯罪行為が行なわれたか、対象となる被嫌疑者が正犯であるのか共犯であるのか及び、訴訟能力が備わっているか、等に関わるものである⁽¹³⁾。

強制採血は、本条の規定を根拠とする身体への侵襲をとまなう身体検査の中で、最も行われる頻度の高いものであり⁽¹⁴⁾、採取された血液は、血中アルコール濃度の検査等に用いられることが多い。本条における強制採血は、少なくとも医師の手によるものでなくてはならず、適切な方法で行われなければならない。ドイツ刑事訴訟法 81 条 a 1 項は、その手続的要件として、被嫌疑者の身体的健康を害することのないようにという条件を設けており、現在ドイツにおいて、強制採血に際して肘窩静脈より注射器を用いて血液を採取する方法が用いられている⁽¹⁵⁾。強制採血に伴う身体への侵襲について、医師の手によるもののみが許容され、これがいかに軽微なものであってもその例外は許されない⁽¹⁶⁾。また、被嫌疑者が強制採血に応じず、医師のもとへ赴くことさえ拒絶する場合においても、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a 1 項の規定

(11) Rogall, SK-StPO, 4.Aufl. 2010, § 81a Rn.13ff.

(12) Eisenberg, Beweisrecht der StPO, 7.Aufl.2011, Rn.1621ff.

(13) Kindhäuser, Strafprozessrecht, 2.Aufl. 2010, § 8 Rn.35.

(14) Krause, Löwe-Rosenberg StPO, 26.Aufl. 2009, § 81a Rn.40.

(15) この方法は、医師の手により適切に行われる限り被採取者に対して苦痛を与えることはないとされているが、被採取者が血友病等を患っている場合に危険を伴う場合があることも指摘されており (Vgl. OLG Köln NSTZ 1986, 234.)、この点について、わが国においても十分に配慮されるべきであろう。

(16) Krause (Fn.14), § 81a.

に基づき、被嫌疑者を採血の実施に場所へと強制的に連行することが許容される。被嫌疑者には、捜査機関の行う捜査活動に協力する義務は認められないのではあるが⁽¹⁷⁾、本条規定の要件を満たす場合に、強制採血をはじめとする身体検査について、これを受忍することが求められる。

本条が定める強制採血執行の権限は、原則裁判官に対してのみこれが認められるものであるが⁽¹⁸⁾、その執行及び捜査活動の遅延が危ぶまれる場合においては、検察官及び特定の捜査官にも当該権限が認められうる⁽¹⁹⁾。しかしながら捜査活動の遅延等が懸念される場合であっても、原則として裁判官の許可を求めるための努力が行われなければならない⁽²⁰⁾、裁判官の許可によらない強制採血が常態化することは許されない⁽²¹⁾。以上に関して、捜査目的を達成するための強制採血の執行に際して、対象となる被嫌疑者の保護よりも捜査権の行使が優先される場合があることを示しているものであるが、強制採血は人間の身体への侵襲をとまなう強制処分なのであり、身体への不可侵につ

-
- (17) 例えば、アルコール検知のための呼気検査等に協力する義務はないが、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a における要件が満たされる場合、血中アルコール濃度を計測するために行なわれる強制採血について、これを受忍しなければならない。Vgl. *Meyer-Großner* (Fn.9), § 81a Rn.20.
- (18) 捜査段階において検察官が請求する被疑者の勾留状発布について、これに関わる審査を捜査裁判官 (Ermittlungsrichter) と呼ばれる区裁判所の担当裁判官が行う (§ 162 Abs.1 S.2 StPO)。強制採血の令状発布に関して、捜査手続においては捜査裁判官にその権限が認められる。BGHSt 8, 146.
- (19) 裁判所構成法 152 条は、検察官の為に捜査活動を行う捜査官に関して定める。当該捜査官は、検察官の指示に従うものとされる。Kissel/Mayer, *Kommentar zum GVG*, 6.Aufl. 2010, § 152 Rn.1.
- (20) *Beulke*, *Strafprozessrecht*, 11.Aufl. 2011, § 12 Rn.241.
- (21) もっとも、検察官及び特定の捜査官に対して、強制採血の実施に関する権限が認められるためには、厳格な要件が課せられる。余程の緊急性が認められない限りは、まず裁判所による令状を求める必要があり、捜査目的の達成が危ぶまれる場合においても、当該事実について、刑事捜査・訴追機関は文書による記録を残しておくことが求められる。Krause (Fn.14), § 81a Rn.66.; NJW 2010, 2850.

いて定めたドイツ基本法 2 条 2 項 1 文の規定との関係も問題となるのであって⁽²²⁾、軽々にこれを判断することは許されない。確かに医師の手による採血は、通常その危険性が問題となる場面は少ないのかもしれないが、身体への侵襲を伴う強制処分について、検察及び特定の捜査官といった刑事追迫側の判断のみに基づいてこれが行なわれることは妥当ではないように思われる⁽²³⁾。

ドイツ刑事訴訟法 81 条 a 1 項の規定における強制採血の執行は、書面による命令に基づくものであることが求められ、当該令状には、これにより何を明らかにするかが明確に記述されていなければならない。裁判所により被嫌疑者の意思によらない身体検査の許否が判断される場合に、比例制原則の観点から、どの様な場合にこれが許可されるかが問われるが、身体検査に用いられる手段の身体に対する侵襲性の程度と、被嫌疑者に認められる犯罪の嫌疑⁽²⁴⁾及び捜査対象となる犯罪の重大性の程度⁽²⁵⁾が考慮され、認められる強制処分の内容について判断される⁽²⁶⁾。裁判所において、強制採血の許否に関する判断が行なわれる場合に、捜査対象である犯罪行為が行なわれたと思料するに足る程度の嫌疑⁽²⁷⁾が認められていればよいとされ⁽²⁸⁾、犯罪の重大性というメルクマールは、交通犯罪が捜査対象であればこれを満たすとされる⁽²⁹⁾。

(22) OLG Celle NJW 1969, 568.

(23) 「重度」の身体への侵襲を伴う身体検査には裁判官による令状が必要となる。BVerfG NJW 1963, 1597. しかしながら、強制採血は、医師の手によるものであることが要求されるのであるから、その身体への侵襲性程度は、通常軽微であると判断される。

(24) BVerfG 17, 108, 117.

(25) Eisenberg (Fn.12), Rn.1621.

(26) ドイツ刑事手続において、被嫌疑者の麻薬所持が疑われた場合に、催吐剤を用いて飲み込んだ麻薬の小袋を強制的に吐き出させ、これを押収した場合に、ドイツ国内においてはその適法性が認められたのではあるが、後に当該捜査手法がヨーロッパ人権条約 3 条の規定に反するとの判断が下された。以上に関して、拙稿「ヨーロッパ連合における刑事訴訟の共通基準について—被疑者・被告人の防御権保障に関する物を中心に—」広島法学 35 巻 2 号 175 頁以下参照（2011 年）。

以上見たように、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a は、被嫌疑者の身体検査について定め、特に本条 1 項 2 文が血液に代表される体液の採取について定める。これは、主に血液成分の分析を目的としたものであり、これに含まれる DNA 以外の成分分析を行うことが許容される⁽³⁰⁾。DNA 型鑑定等の、遺伝学的検査を行う場合の要件について、別途これを定めた規定が存在する。以下ではドイツ刑事手続における DNA 型鑑定について概観し考察をすすめる。

(2) DNA 型鑑定と DNA 型データベース

ドイツにおいて 1997 年以前は、刑事手続における DNA 型鑑定の実施に際して、刑事訴訟法 81 条 a が定める要件を満たせばこれが認められていた。すなわち、血液や他の体液等の強制的な採取に関する要件さえ満たせば、そこから得られた血液等の利用に関する制限は存在せず、刑事捜査・訴追機関が行う DNA 型鑑定について、これを制限する特別な規定は存在しなかった

(27) ドイツ刑事訴訟において、犯罪の嫌疑はその程度に応じて以下の 3 つに大別される。

- ・端緒となる嫌疑 (Anfangsverdacht)

捜査対象となる犯罪行為が行なわれたと思料するに足りる程度の嫌疑。捜査手続の端緒となる嫌疑。

- ・十分な嫌疑 (Hinreichender Tatverdacht)

被嫌疑者が有罪判決を受けることについての蓋然性が認められる程度の嫌疑。検察官の公訴提起の際に求められる (§ 203 StPO)。

- ・差し迫った嫌疑 (Dringender Tatverdacht)

そこから被嫌疑者が当該犯罪行為を行ったことについて高い程度の蓋然性が認められ、かつその程度が十分な嫌疑のそれよりも大きい。勾留状発布の際の条件となる (§ 112 Abs.3 StPO)。

Vgl. Volk, Grundkurs StPO 7.Aufl. 2010, § 8 Rn.4.

(28) Krause (Fn.14), § 81a Rn.32.

(29) Ritzert, in Graf StPO 2010, § 81a Rn.32.

(30) BGHSt 37, 158.

のである。しかしながら、刑事手続における DNA 型鑑定の実施には、当人でさえ知りえない個人情報に深く関わる侵襲が問題とされる場合があることから、これが如何なる条件のもとで許容されるかに関して、何らかの立法措置が求められていたのである⁽³¹⁾。

これを受けて 1997 年ドイツにおいて、遺伝子指紋（Genetischer Fingerabdruck）に関する刑事訴訟法の改正が行われ⁽³²⁾、DNA 型鑑定に関する法整備が行なわれた。更に 1998 年には DNA 同一性確認法（DNA-Identitätsfeststellungsgesetz）⁽³³⁾が成立し、ドイツ刑事訴訟法 81 条 g の規定が新設された。1999 年及び 2000 年の法改正を経て、2005 年にも DNA 型鑑定に関する大規模な法改正が行なわれ、ドイツ刑事訴訟法 81 条 h の規定が新設された⁽³⁴⁾。以上の経過を経て、DNA 型鑑定資料の入手、鑑定実施、DNA 型データの運用に関する法整備が行なわれ、現在ドイツにおいてこれらの諸規定を根拠として、刑事手続における DNA 型鑑定の運用が行われている。以下では、ドイツ刑事手続における DNA 型鑑定のめぐる議論について検討する。

① DNA 型鑑定

ドイツ刑事訴訟法の規定（§ 81e, § 81f StPO）によれば、81 条 a の規定に基づいて採取された血液等から、DNA 型鑑定をすることが許される場合がある⁽³⁵⁾。現在ドイツにおいて、DNA 型鑑定により得られた結果は、刑事手続において重要な証拠として認識されており、被嫌疑者、刑事捜査・訴追機関双

(31) *Senge NJW* 1997, 2409.

(32) *BGBI.* 1997 I 534.

(33) *BGBI.* 1998 I 2646.

(34) 以上、ドイツにおける DNA 型鑑定に関する立法経緯の詳細に関しては、玉蟲由樹「刑事手続における DNA 型鑑定の利用と人権論（1）」福岡大学法学論叢 52 巻 2・3 号 6 頁以下（2007 年）が詳しい。

方にとって大きな意義を有する⁽³⁶⁾。しかしながら、DNA 型鑑定より得られた結果は、刑事手続において重要な証拠として位置づけられるものの、この結果のみをもってして裁判の経過が決定づけられるものとはまではいえず、裁判官はこれをあくまでも一判断資料として認識しなければならないとされ、DNA 型鑑定の結果が、当該手続において証明しなければならない全ての事項についてこれを立証するものではないことに注意しなければならない⁽³⁷⁾。2009 年連邦裁判所は、裁判官が DNA 型鑑定の結果に基づいて判決を下すことについて肯定的な判断をしたものではあるが⁽³⁸⁾、同時に DNA 型鑑定に関する規定に左右されずに判断を行わなければならないとも判示しており、DNA 型鑑定の結果のみが裁判の結果を決定づけるものではないことに留意する必要がある。

ドイツ刑事訴訟法 244 条は、職権に基づく裁判官の証拠物の解明義務について規定するものであり、DNA 型鑑定により得られた結果に対しても、同様にこれが課せられる⁽³⁹⁾。裁判所は、DNA 型鑑定に用いられる手法が、現在の科学技術的水準に照らして適正であるかについて審査し、特定の訴訟主体にとって不当に有利、もしくは不利に働かないように配慮しなければならない⁽⁴⁰⁾。

(35) 本条における DNA 型鑑定は、多くの学説、判例において、DNA の非コード化領域のみを対象として行なわれるべきであるとされている。DNA は、コード化領域、非コード化領域に分類され、後者はそれのみをもって人間の人格プロフェールを構成するものではないとされる。ドイツにおいては、DNA 型鑑定により、人間の尊厳が侵害されることのないように、非コード化領域のみを同鑑定の対象とすべきであると主張がなされている。以上について、玉蟲由樹「刑事手続における DNA 型鑑定の利用と人権論 (2)」福岡大学法学論叢 52 卷 4 号 11 頁以下参照 (2008 年)。

(36) 被嫌疑者の無罪を立証するための DNA 型鑑定の実施は、原則これが許可されなければならないとされる。*Satzger JZ* 2001 642. わが国においても、弁護側からこのような申立てがあった場合には、原則これが認められるべきであろう。

(37) BGH StraFo 2007, 65.

(38) BGH StV 2010, 175.

(39) BGH NSStZ 1991 399.

DNA 型鑑定の許可に関する判断について、裁判所に対してその権限が認められており、書面によってこれが執行されることが求められる（§ 81e Abs.2 StPO）。当該命令は、捜査手続においては区裁判所の担当裁判官にその権限が認められる⁽⁴¹⁾。捜査遅延のおそれが認められる場合において、検察官及び特定の捜査官（§ 152 Abs.1 GVG）に対しても、DNA 型鑑定を行う権限が認められているが（§ 81f Abs.1 S.2 StPO）、強制採血と同様、可能な限り裁判所に対して許可を求める努力がなされるべきであろう。DNA 型鑑定の実施について、慎重にその是非が判断されなければならないが、代替となる捜査手法が事前に全て実施されていなければならないということまでは要求されない⁽⁴²⁾。なお、DNA 型鑑定の実施について、被検査者の同意があれば、裁判所の許可を必要としない。当該同意は裁判所を通じて行なわれる必要があり、書面によるものであることが要求される（§ 81e Abs.1 S.2. StPO）。被嫌疑者に同意を求めるに際して、当該鑑定が何の目的で行なわれ、得られた結果がどのような用途で用いられるかについて事前に十分な説明がなされていることが求められる⁽⁴³⁾。

ドイツ刑事訴訟法 81 条 e における DNA 型鑑定は、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a 1 項の規定に基づいて得られた血液等から採取された DNA が、被嫌疑者及び被害者に由来するかについて特定すること及び、血統の調査を目的とする場合に限りこれが許容される（§ 81e Abs.1 S.1）⁽⁴⁴⁾。また、被嫌疑者に対してこれを実施する場合に、当該被嫌疑者が手続の対象とされる行為につ

(40) BT-Dr. 13/667 S.8.

(41) *Senge* NJW 1999, 255.

(42) *Rogall* (Fn.11), § 81e Rn.6.

(43) *Senge* NJW 2005, 3032.

(44) なお、本条 1 項 3 文の規定は、81 条 a の規定に基づいて採取された検査資料を用いた DNA 型鑑定の実施を、本条 1 項 1 文が規定する目的でのみ許容するものである。DNA 型鑑定結果の保存及び、将来における利用については、ドイツ刑事訴訟法 81 条 g がこれを定める。詳細は後述。

いて、これを実行したと思料されるに足る蓋然性（端緒となる嫌疑）が認められればよいとされる⁽⁴⁵⁾。鑑定対象となる血液サンプル等が鑑定者に送付される際に、被嫌疑者の氏名、住所、生年月日、関係者の氏名等が記載されてはならず（§ 81 f Abs.2 StPO）⁽⁴⁶⁾、これは鑑定者に対して予断を抱かせない為の配慮からであろう。

更にドイツ刑事訴訟法 81 条 h の規定は、DNA 一斉検査（DNA-Reihenuntersuchung）について定めるものである。これは、捜査の過程で発見された遺伝子に関わる痕跡が、当該検査の対象者に由来するものであるかを特定するためのものである。DNA 一斉検査が許容されるのは、捜査対象が重罪（Verbrechen）（§ 12 Abs.1 StGB）である場合に限られ、特に生命及び身体的完全性に対する罪、身体的自由及び性的自己決定に対する罪についての嫌疑が認められる場合にこれが認められることがある。以上、犯罪類型に関するもの以外の要件としては、検査対象とされる者が、特定の条件、例えば年齢、現住所、所有している乗り物の種類等についてこれを満たしている場合に当該検査が認められることがある。以上の条件を満たす対象者が数千人に達したからといって、直ちにこれが認められないとされるわけではなく、検査対象となる人数と、捜査対象となっている犯罪の重大性について、比例制原則に鑑みてこれが正当であると判断される場合に、当該検査を実施することが認められる⁽⁴⁷⁾。なお、当該検査によって得られた DNA 型鑑定結果が不要となった場合⁽⁴⁸⁾には、得られたデータは即刻廃棄されなければならない、データ廃棄についてその事実を文書化しておくことが求められる（§ 81 h

(45) Eisenberg (Fn.12), Rn.1682.

(46) BVerG StV 1995, 620.

(47) z.B LG Dortmund NStZ 2008, 175.

(48) 例えば、得られた DNA 型鑑定結果により捜査対象が特定された場合、検査対象とされた者が捜査対象外であることが判明した場合などがこれにあたる。Vgl. Kindhäuser (Fn.13), § 8 Rn.49.

Abs.3 StPO)。

DNA 一斉検査を行うに際して、対象者となる者が当該検査に書面による同意をしておくことが求められ（§ 81 h Abs.4 S.1 StPO）⁽⁴⁹⁾、当該検査の実施は、裁判所の令状に基づくものでなければならない。DNA 一斉検査は、その対象者が広範囲にわたる可能性があることから、裁判所⁽⁵⁰⁾にのみ令状発布の権限が認められており（§ 81 h Abs.2 S.1 StPO）、この点先に扱った 81 条 e に基づく DNA 型鑑定とは異なる。

ドイツ刑事訴訟法 81 条 e, h の規定は、ともに現在係属中の刑事手続における DNA 型鑑定について定めるものであり、いわゆる DNA 型データベースの運用に関する要件は、ドイツ刑事訴訟法 81 条 g が定める。

② DNA 型鑑定データベース

ドイツ刑事訴訟法 81 条 g の規定は、先に扱った 81 条 e, h の規定とは異なり、将来行なわれることが予想される刑事手続における利用を目的とした DNA 型鑑定資料の採取及びその鑑定結果利用について定めるものである。憲法裁判所の判断によれば、本条に基づく DNA 型鑑定結果の将来における利用は、刑事訴追を目的としたものであり、刑事訴訟の枠組の中においてのみその利用を許されるものであるとされる⁽⁵¹⁾。本条が対象とする DNA 型鑑定の実施に際して、特定の事実から、対象となる犯罪類型の被嫌疑者に対する刑事訴追が将来行われることについて推認される場合に、これが許容される⁽⁵²⁾。

(49) 得られた同意が有効となるには、被検査者に対して、当該検査が何を目的として行なわれるかについて説明され、これを拒否できることが明確に示されておくことが求められる。また、任意性担保のため、以上の内容は書面により通知されなければならない。*Meyer-Großner* (Fn.9), § 81h Rn.6.

(50) ドイツ刑事訴訟法 81 条 e に基づく DNA 型鑑定と同様、区裁判所の担当裁判官に対して、令状発布の権限が認められる。*Ritzert* (Fn.29), § 81h Rn.5.

(51) BVerG 103, 21.

DNA 型鑑定資料の採取に関して、被嫌疑者の書面による同意がある場合には、ドイツ刑事訴訟法 81 条 g における条件は特に問題とされず、被嫌疑者の口腔内組織片を採取して DNA 型鑑定が行なわれる⁽⁵³⁾。対象となる被嫌疑者の同意が得られない場合には、これを如何にして実現させるかが問われるが、この場合強制的な採血により鑑定資料の採取が行われることになる⁽⁵⁴⁾。実務においてはドイツ刑事訴訟法 81 条 a 1 項の規定が類推適用され、裁判官の命令に基づく医師による適切な手段を用いてこれが行なわれる⁽⁵⁵⁾。捜査遅延等のおそれがある場合において、DNA 型鑑定資料となる血液の採取についてのみ、検察官及び、裁判所構成法 152 条にいう捜査官の判断に基づいてこれを行うことが許容されるが、裁判所による令状がなければ DNA 型鑑定の実施は認められない (§ 81g Abs.3 StPO)。なお DNA 型鑑定を実施した後、鑑定資料を採取した被嫌疑者の血液等は直ちにこれを廃棄しなければならないとされている (§ 81g Abs.2 S.1 StPO)。

本条における DNA 型鑑定の実施について、その対象となるのは、重大犯罪の被嫌疑者であり、ここでいう重大犯罪が行なわれたかが判断されるに際して重要となるのは、当該行為によって著しく法的平和 (Rechtsfrieden) が害されたかということである。基本的に全ての重罪が対象とされ、重い結果を伴う軽罪 (Vergehen) (§ 12 Abs.2 StGB) についてもこれに含まれる場合

(52) 本条が対象とする被嫌疑者には、責任無能力者及び、少年裁判所法 3 条に基づく答責性が認められない少年もこれに含まれる可能性があるが、14 歳未満の少年はその対象とはならない。Ritzer (Fn.29), § 81g Rn.11. なお、ドイツにおける少年の答責性について、塩盛俊明「刑事責任能力と答責性概念—ドイツにおける刑法と少年刑法の交錯—」広島法学 30 卷 1 号 157 頁以下参照 (2006 年)。

(53) なお被嫌疑者から同意を得る際に、当該検査が何を目的として行なわれるものであるか、そこから得られた検査結果がどのようにして利用されるかについて事前に通知されていなければならない。この点につき、ドイツ刑事訴訟法 81 条 f の規定を参照。

(54) OLG Köln StraFo 2001, 104.

(55) Rackow, Das DNA-Identitätsfeststellungsgesetz und seine Probleme, 2001, S.36.

がある⁽⁵⁶⁾。また、特に性的自己決定に対する罪（§ 174 bis § 184f StGB）については、重罪、軽罪を問わずその対象となる。ドイツにおいて局部の露出等の行為を行った者の約 2 %が、後に他の暴力犯罪及び性的自己決定に対する罪を行ったという統計があり、比較的軽微なわいせつ犯罪を契機として、他の重大犯罪を起こす可能性があるとして、性的自己決定に対する罪については、軽罪重罪とを問わず、刑事訴訟法 81 条 g の対象となるとされた⁽⁵⁷⁾。

更に以上挙げた犯罪類型の他に、累犯者に対してもドイツ刑事訴訟法 81 条 g に基づく DNA 型鑑定を行うことが許容される場合がある⁽⁵⁸⁾。住居侵入及びストーカー行為等を繰り返して行った者は十分これにあたとされ⁽⁵⁹⁾、比較的軽微とされる犯罪についても、その再犯の危険性が認められる被嫌疑者に対して DNA 型鑑定の実施が認められる場合がある。以上挙げた犯罪行為について、既に有罪判決を受けていることは要求されず、それを根拠付ける嫌疑の存在が認められれば足りるとされる。

また、既に確定した有罪判決を受けた者に対する DNA 型鑑定も、ドイツ刑事訴訟法 81 条 g 4 項が定める要件を満たす場合に認められる。対象となるのは、本条 1 項が対象とする犯罪行為について、有罪判決を受けた者⁽⁶⁰⁾、もしくはその犯罪事実自体は認定されたが、責任無能力などを理由として自由刑の執行が行われなかった者であり、当該犯罪行為を理由として将来再度刑事手続が行われると思料されるに足る事情が存在する場合において、DNA 型鑑定の実施が認められる。

(56) Vgl. *Meyer-Großner* (Fn.9), § 81g Rn.7.

(57) *Ritzer* (Fn.29), § 81g Rn.4.

(58) LG Freiburg NJW 2001, 3720.

(59) BT-Drs 15/5674. 11.

(60) 当該犯罪行為を理由として、有罪判決を受けてから相当の長期間が経過しており、当該事実に関する記録が既に連邦中央登録簿から削除されていたとしても、81 条 g に基づく DNA 型鑑定が許容される場合がある。z.B. LG Stuttgart NSStz 2001, 336.

現在係属中の刑事手続における DNA 型鑑定の実行に関して定めるドイツ刑事訴訟法 81 条 f が定めると同様、ドイツ刑事訴訟法 81 条 g における DNA 型鑑定の実施に際して、裁判所による令状に基づくものであることが求められる (§ 81g Abs.3 S.4 StPO)。当該令状には、先に挙げた犯罪の重大性、再犯の危険性という条件が満たされているかが、明確に記載されていることが要求される (§ 81 g Abs.3 S.5 StPO)⁽⁶¹⁾。

なおドイツ刑事訴訟法 81 条 g の規定に基づいて実施された DNA 型鑑定結果は、ドイツ連邦刑事局 (Bundeskriminalamt) において保存され (§ 81 g Abs.5 StPO)、州警察局もこれを共有する⁽⁶²⁾。それ故に、DNA 型データベースの運用に関わる、データの利用、処理、消去は、連邦警察法に基づいてこれが行なわれることになる。刑事訴訟、犯罪予防目的及び国際司法共助に資するために、当該データの使用が認められるが (§ 81 g Abs. 5 Nr.2 StPO)、DNA 型鑑定の結果、公訴提起に足る犯罪の嫌疑が認められず、公判が開始されなかった場合、公判において被告人に対して無罪判決が下された場合には、当該 DNA 型鑑定結果に基づくデータは即刻廃棄されなければならない (§ 8 Abs.3 BKAG)⁽⁶³⁾。また DNA 型鑑定記録の保存期間についても問題となるが、原則⁽⁶⁴⁾特定の期間が定められること無くこれが許容される⁽⁶⁵⁾。

(61) Krause (Fn.16), § 81a Rn.45.

(62) ドイツ連邦刑事局が行う DNA 型鑑定のデータ保存は、裁判所の審査なしにこれを行うことができ。Vgl. Meyer-Großner (Fn.9), § 81g Rn.8.

(63) Ritzert (Fn.29), § 81g Rn.18.

(64) ドイツ連邦刑事局法 32 条 3 項によれば、対象者が少年の場合は 5 年、成人の場合は 10 年毎に、保存されたデータについて、これを削除するのか、今後も継続して保存するかを審査するとしている。

(65) 対象となる被嫌疑者死亡の場合でも、他の被嫌疑者の無実を特定できる場合があるとの理由から、これが許容されるとされる (§ 32 Abs.3,4 BKAG)。Vgl. Meyer-Großner (Fn.9), § 81g Rn.13.

（3）小括

ドイツ刑事訴訟において、被嫌疑者の意思⁽⁶⁶⁾によらない採血をはじめとする、身体への侵襲をとまなう身体検査実施のために、原則、前もって裁判所の許可を得ておくことが求められる。しかしながら、捜査の遅延及びその目的達成が危ぶまれる場合において、例外的に検察官に強制採血を執行する権限が認められる場合があり、これは刑事捜査・訴追機関による捜査権行使が、時に被疑者・被告人等、被嫌疑者の保護よりも優先されるべき場合があることを示すものであるように思われる。確かに、血液中に含まれるアルコール及び麻薬等の検出は、時間の経過とともに困難となっていく事実があるが、いかにそれが医師の手によるものとはいえ、身体への侵襲を伴う強制採血について、裁判官による審査を受けないままにこれが許容されることは好ましいものであるとはいえず、捜査遅延等を理由として仮にこれが許容されるような場合であっても、事後的な審査によりその適法性に疑問が残る場合には、当該身体検査から得られた証拠物は手続より排除されるべきであろう。

血液等、被嫌疑者の意思によらない体液の採取について、被採取者の健康を害することのないようにとの要件が明文により規定されており、その侵襲の程度が微細なものであっても、医師の手によるもの以外の手段が用いられることは許されない。裁判所が、強制採血等、被嫌疑者の身体への侵襲を伴う身体検査の可否について判断する際に、実施される強制処分が与える身体への侵襲の大きさと、捜査対象となっている犯罪の重大性及びそこに認められる犯罪の嫌疑の程度とが考慮され、当該強制処分が認められるかが決められる。もっとも、被嫌疑者に対する強制採血の実施について、それによって身体的健康を害することのないように医師の手による適正な手段を用いられ

(66) 被嫌疑者の同意が得られた場合において、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a の規定によらずとも身体検査を行うことが許されるが、同意を得る上でのプロセスが適正に行われたかという問題は残る。

ることが前提となっていることから、ドイツ刑事法実務において、捜査対象が交通犯罪であり、これに関する捜査の端緒となる嫌疑が認められていればこれが許容されるとの見解が示されており、比較的認められやすいように思われる。實際上、被嫌疑者が血友病を発症している場合などの特殊な場合を除き、法により課せられた要件を満たした強制採血が被嫌疑者に与える身体的影響はそれほど大きいものではなく、裁判官による審査が行われている場合において、強制採血の適法性が争われることは少ない⁽⁶⁷⁾。

問題となるのは、強制採血より得られた血液の利用についてである。ドイツ刑事訴訟法 81 条 a の規定によれば、現在行なわれている刑事手続において、捜査目的に資するものであれば、身体検査の結果得られた血液等を用いた鑑定を行うことが認められている。最も頻繁に行われるのは、交通犯罪捜査のために行なわれる血中アルコール濃度を計測するための鑑定であり、DNA 型鑑定等の遺伝子的鑑定は本条が対象とするものではない⁽⁶⁸⁾。上述したように、1997 年以前は、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a の規定を根拠として、本条 1 項の規定に基づいた身体検査により採取された血液等から、DNA 型鑑定を許容するという運用が刑事法実務においてなされてきたが、DNA という当人でさえ知り得ない個人情報に深く関わる領域への侵襲が問題とされうるものが検査対象となる故に、この運用の是非については議論があり、これを受けて新たに刑事手続における DNA 型鑑定の要件が、明文により規定されるに至る。現在、DNA 型鑑定資料の採取、目的ごとの鑑定実施に関する要件、その運用方法、得られたデータの運用、保存、DNA 型データベースに関する要件等、ドイツ刑事訴訟法において個別的に規定が設けられている。しかしながら、ドイツ刑事訴訟法において、DNA 型鑑定を実施するに際して、同鑑

(67) 強制採血は、ドイツ刑事訴訟法 81 条 a を根拠として行なわれる身体検査の類型として最も多いものではあるが、その手段の適法性自体が争われることは少ない。
Vgl. *Weihrauch/Bosbach*, *Verteidigung im Ermittlungsverfahren*. 7. Aufl. 2011, Rn.475.

定が DNA のどの部分を対象とするかについては明文による規定が存在しない。これについては、基本法 1 条 1 項の定める人間の尊厳保障の観点から、DNA の非コード化領域のみを同鑑定の対象とすべきであるという主張がなされ、多くの判例、学説はこの立場を取る。DNA という非常にセンシティブな情報を含むものを扱う以上、このような配慮がなされることは必要であろう。

また DNA 型鑑定の実施について、現在行なわれている刑事手続における要件、DNA 型データベース等将来行なわれることが予想される刑事手続における要件を、それぞれ別の条文が規定しており、その運用に際しては個別に裁判所による審査を受けなければならない。現在係属中の手続において用いることを目的として採取された血液等を用いて DNA 型鑑定を行った場合に、当該鑑定結果を将来行なわれる刑事手続において使用するために保存しておくことができるかが問題となるが、ドイツ刑事訴訟法 81 条 g が定める要件を満たす場合においてのみこれが許容される⁽⁶⁹⁾。当該鑑定データ保存の可否

(68) ドイツ刑事訴訟法 81 条 a は、血液をはじめとする体液等の採取及び、それを利用した DNA 型鑑定以外の科学的鑑定を一定の要件のもとに許容するものである。血液等の採取について、被嫌疑者の同意がない場合においてもこれを許容する場合があるとしながら、彼の健康を害する事の無いようにとの条件を付しており、これが医師の手によるものであることが要求されることから、本条に基づく裁判官命令は、わが国における身体検査令状（刑事訴訟法 218 条）と鑑定処分許可令状（刑事訴訟法 168 条）、双方の性質を併せ持つものであるといえよう。また既述のように、当該鑑定を実施する施設へ被嫌疑者を連行することも、当該裁判官命令に基づいて許容されるとされるが、本条の規定に基づく裁判官命令は、まさに命令状なのであってそれ故にこのような強制が許されるのであろう。しかしながら、例外的に検察官の判断に基づいて強制採血が行なわれる場合にも、被嫌疑者を実施場所へ連行することが認められている。ドイツ刑事法実務において、被嫌疑者の身柄拘束に必要となる勾留状発布の為に差し迫った嫌疑の存在が求められることに鑑みると、このような運用については疑問が残る。

(69) *Ritzert* (Fn.29), § 81f Rn.7.

について裁判所による審査を申し立てることできる旨、鑑定対象となった被嫌疑者に対して遅滞なく通知されなければならない (§ 81g Abs.5 S.4 StPO)。以上に関して、鑑定対象者の同意があれば、裁判所による審査を受けなくとも DNA 型鑑定が実施できることになっている。

既述のとおり憲法裁判所は、将来の刑事手続に用いられるための DNA 型鑑定の実施及びその結果の保存についてこれを肯定するものであるが、現行のドイツ刑事訴訟法における証拠法に関する規定は、その何れもが刑事捜査・訴追機関の捜査権行使にとって有利なものであり、被疑者・被告人の防御権保障の観点から問題があるものが多いとの指摘がされ、これに否定的な論者も存在する⁽⁷⁰⁾。また被疑者・被告人の基本権に由来する防御権保障との関係、とりわけヨーロッパ人権条約上の権利との関係でも、将来の刑事手続のための利用という、ある意味予防的観点からの DNA 型鑑定の実施についてその許否が問題となるように思われるが⁽⁷¹⁾、DNA 型鑑定結果の保存が、少なくとも前科者に限定され、かつ裁判官による監視機能が適正に担保されている場合において、ヨーロッパ人権条約上の違反はないとする裁判例がある⁽⁷²⁾。

以上のようにドイツ連邦裁判所及び、ヨーロッパ人権裁判所において、いわゆる DNA 型データベースの運用について、肯定的な判断を下しているものではあるが、これは刑事訴訟においてのみならず、基本権保障にも深く関わる問題である。仮に刑事捜査・訴追機関における DNA 型データベースの運用が、基本法及びヨーロッパ人権条約に違反するものではないのだとしても、慎重にこれを行うべきであるとする意見もドイツにおいて有力に主張されている⁽⁷³⁾。

更に DNA 型鑑定資料の入手及び、DNA 型鑑定の実施について、公正な裁

(70) 例えば、Vgl. *Beulke* (Fn.20), Rn.477a.

(71) Vgl. *Kühne*, *Strafprozessrecht*, 8.Aufl.2010, § 28 Rn.490.

(72) *S and A vs. the United Kingdom*(Grand Chamber) of 4.12.2008.

判原則⁽⁷⁴⁾の観点からも審査が行われるべきであり⁽⁷⁵⁾、用いられた手法が、対象とされる刑事手続全体についての公正性を侵害するものでないかが審査されるべきであろう。

以下では、わが国の現行法上の問題について、ドイツにおける議論を参考にしながら考察する。

3. わが国の刑事手続における強制採血と DNA 型鑑定

—ドイツにおける議論を参考に—

(1) 強制採血

わが国の現行法上の規定には、捜査機関の行う鑑定について、これに必要な処分を定めた刑事訴訟法 168 条の準用はあるが（刑事訴訟法 225 条）、これを拒んだ者に対する直接強制の規定の準用はなく、被疑者から体液を強制的に採取することは許されないと主張が有力になされた⁽⁷⁶⁾。特に問題とされるのが強制採尿、強制採血であり、前者については、被採取者の尿道にカ

(73) ドイツ刑事手続における DNA 型データベースの運用は、身体の不可侵性に対する権利（Art.2 Abs.1 GG）、人間の尊厳（Art.1 Abs.1 GG）、情報自己決定権（Art.2 Abs.1）との関係で問題を生ずる場合がある。基本権の保障と、将来行われる刑事手続の遂行との関係をどのようにして位置づけるかが問題となるが、一律にこれを論ずることはできず、事例ごとにこれを判断する必要があるだろう。ドイツ刑事手続における DNA 型鑑定の憲法論的問題について、玉蟲由樹「刑事手続における DNA 型鑑定の利用と人権論（3）」福岡大学法学論叢 54 巻 2・3 号 22 頁以下参照（2009 年）。

(74) ドイツにおける公正な裁判原則について、拙稿「刑事訴訟における弁護人依頼権、接見交通権、通訳・翻訳権の保障と公正な裁判を求める権利との関係について—ヨーロッパ人権条約 6 条における公正な裁判原則に関する議論を参考に—」広島法学 34 巻 4 号 92 頁以下参照（2012 年）。

(75) *Roxin/Schünemann*, *Strafverfahrensrecht*, 27. Aufl. 2012, § 24, Rn. 51.

(76) もっとも、被疑者の同意が得られているとされる事例においても、当該同意を得る手段等が適切であったか、その目的およびそこから得られた結果がどの様にして用いられるかについて事前に説明がなされていることが前提となるのであり、同意自体の有効性が問題とされる場合がある点に留意すべきである。

テーテルを挿入して尿を採取するという手段が、被採取者のプライバシーを著しく害すおそれがあり人間としての尊厳を侵害するものであるとの批判がされ、後者についても、被採血者の身体への侵襲を伴うものであり、その完全性を害するものであるため、これらはいずれも認められるべきではないという見解が有力に主張されてきた⁽⁷⁷⁾。

従来の学説は、身体内部への侵襲を伴う体液の採取に関して、検証として捜査官が身体検査をするまたは鑑定受託者が鑑定処分を行う、このいずれかの問題として理解しており⁽⁷⁸⁾、被疑者の体内にある尿、体液等の採取に関して、身体検査令状によってこれを行うべきものであるとする見解、鑑定処分許可状によってこれが行なわれるべきであるとする見解、身体検査は身体内をその対象としないのであるから、体内への侵入には鑑定処分許可状・身体検査令状が必要であるとし、両者を併用すべきであるとする見解が主張されてきた。

血液は、健康を維持する上で不可欠な身体の一部であり、尿とは違い自然に体外へ排出されることが期待できないものであるから、人の生理機能を利用して採血することはできない⁽⁷⁹⁾。それ故、刑事手続において血液を用いた鑑定を行う場合に、被疑者の身体から直接これ採取することになるのであるが、刑事訴訟法 168 条に基づく鑑定処分は、鑑定に際しての強制処分についてはこれを認めておらず、用いられる強制処分について被疑者の同意が得られない場合においてこれを強制することはできないと解される。それ故、被疑者の意思によらない採血について、血液に対する身体検査令状（刑事訴訟法 139 条、221 条 1 項）を根拠としてこれを認める見解⁽⁸⁰⁾、体内に存在す

(77) 安富潔「体液の採取（一）—強制採尿・強制採血—」警察学論集第 45 巻第 11 号 135、136 頁参照（1997 年）。

(78) 田口守一『刑事訴訟法〔第 5 版〕』95 頁参照（成文堂、2010 年）。

(79) 安富潔「体液の採取（二）—強制採尿・強制採血—」警察学論集第 45 巻第 12 号 143、144 頁参照（1997 年）。

る血液を採取するためには医学的専門知識と技術を要するから、鑑定処分許可令状（刑事訴訟法 168 条）を必要とする見解⁽⁸¹⁾、直接強制するためには身体検査令状が必要となるが、血液という生体の一部の採取は、その性質上鑑定処分許可令状がなければできなとし、両者の併用を主張する見解があり（併用説）⁽⁸²⁾、実務においても併用説による運用が行われている⁽⁸³⁾。

もっとも強制採尿に関して、最高裁は、体内に存在する尿を刑事訴訟法 218 条が定める搜索・差押の対象とすることを認めつつ、当該処分に用いられる手段が人権を侵害するおそれがあることから、「医師をして医学的に相当認められる方法による」という要件を付したいわゆる強制採尿令状を創出し⁽⁸⁴⁾、これをもって強制採尿を認めるという判断をした⁽⁸⁵⁾。判例法の論理に照らして、強制採血の要件についても、上述した最高裁の示した強制採尿と同様の要件のもとにこれを許容すべきであるとする見解⁽⁸⁶⁾も主張されるが、血液は人の生理機能を維持するうえで必要不可欠の要素なのであり、両者が人間の体内に存在するからという理由だけをもってして、尿と血液を同列に

(80) 田宮裕『刑事訴訟法〔新版〕』119 頁（有斐閣、1996 年）。

(81) 小林充「被疑者の血液型検査のための採血に必要な令状」『令状基本問題下〔増補版〕』370 頁参照（一粒社、1997 年）。

(82) 白取祐二『刑事訴訟法〔第 6 版〕』142 頁参照（日本評論社、2010 年）、田口・前掲註（78）・97 頁等参照。

(83) 例えば、仙台高判昭 47・1・25 刑月 4 卷 1 号 14 頁。

(84) 周知のように、当該最高裁決定に対しては、判例によって新たな令状を創造するようなことは許されないのではないかという批判が向けられている。寺崎嘉博『刑事訴訟法〔第 2 版〕』102、103 頁（成文堂、2009 年）、川崎英明「強制採尿」『刑事訴訟法判例百選〔第 9 版〕』67 頁（2011 年）、渡辺直行『刑事訴訟法』98 頁等参照（成文堂、2010 年）。

(85) 最一小決昭和 55・10・23 刑集 34 卷 5 号 300 頁。

(86) 中山隆夫「強制採尿」『警察関係基本判例解説 100』別冊判例タイムズ第 9 号 125 頁（1985 年）、後藤昭＝白取祐司編『新・コンメンタール刑事訴訟法』517 頁（日本評論社、2010 年）。

扱うことには疑問が残る⁽⁸⁷⁾。身体を構成、維持するうえで重要な要素である血液は、搜索差押の対象となる「物」であるとはいえないと解されるべきである。

強制採尿に用いられる尿道にカテーテルを挿入するという手段が、社会一般に受け入れられているとはいえず、学説においても強制採尿の実施についてこれを否定的に解する見解が有力に主張されている⁽⁸⁸⁾。これに対して、必要とする令状の種別はともかく、刑事手続における強制採血の可否それ自体について、強制採尿のそれと比して、これを否定する見解は少ないように思われる⁽⁸⁹⁾。なぜなら、採血は医師の手によるものであれば、通常その手段の適正性自体が問題となることが少ないことがその理由としてあげられる⁽⁹⁰⁾。しかしながら強制採血を実施する手段について、それがいかに医師の手によるものとはいえ、身体への侵襲を伴う強制処分であるという点において、強制採尿のそれとかわりはなく、加えて血液が人間の生命維持において重要な役割を果たしているということ、強制採血を通じて得られる刑事手続における証拠物の価値が、強制採尿を通じて得られるそれと比して劣るものではなく、むしろ近年注目される DNA 型鑑定の鑑定資料にもなりうるものであり、そこから得られる潜在的情報は尿のそれに比して大きいことに鑑みれば、両

(87) もっともこの点に関して、当該最高裁決定は、尿はもともと腎臓において血液に由来し生成されたものであるから、両者は一体の関係に立つとし、令状の対象としては基本的に同列に扱われるべきという前提のもとに、体液一般についてすべて搜索差押令状によるものと考えをとったものであるとする見解もある。三井誠「搜索・差押え・検証に関する諸問題〔1〕」法学教室 136 号 59 頁 (1992 年)、田宮・前掲註 (80)・116 頁等参照。

(88) 例えば、白取・前掲註 (78)・頁、寺崎・前掲註 (84)・100 頁、田口・前掲註 (78)・95 頁。

(89) 例えば、井上正仁「刑事手続における体液の強制採取」法学協会百周年記念論文集 第 2 巻 718、719 頁参照 (有斐閣、1983 年)。

(90) 安富・前掲註 (79)・144 頁。

者の可否について、そこで用いられる強制処分の強度のみに着目し、これが判断されることに対しては疑問がある。

強制採尿、強制採血、双方の強制処分について、これを認める刑事訴訟法上の明文による根拠規定がないのであるから、強制処分法定主義について定める憲法 35 条及び刑事訴訟法 197 条に照らして違法であるといわざるをえない。しかしながらわが国の刑事法実務において、刑事捜査・訴追機関において強制採血が頻繁に行われている事実があり、これに関する明文による根拠規定が存在しない以上、少なくとも併用説の立場を基調としつつ、鑑定処分許可令状において、血液などの体液の採取を医師の手によるものに限定すること⁽⁹¹⁾、何の目的で血液などの体液を採取するかということ、これを用いた鑑定結果の利用目的が明記されなければならない。また、当該令状記載の目的以外で採取された体液の使用を認めないこと、かつ当該令状記載の目的以外での鑑定結果の利用を認めないことなどに留意した運用が行われるべきである⁽⁹²⁾。

先に見たドイツ刑事訴訟法 81 条 a は、被嫌疑者の同意なき場合においても、一定の条件のもとに一般的な身体検査および血液などの体液の採取を許容するものではあるが、同時に当該強制処分によって被嫌疑者の健康を害する事の無いようにとの条件を付しており、当該手段が医師の手による適正なもの

(91) 当該被疑者が血友病等である場合には、血液採取の際の危険性が増すことが考えられるのであるから、その健康を害することのないようにとの配慮から、被疑者本人の特殊性も考慮に入れた判断が裁判所には求められる。

(92) 渡辺直行教授は、強制採尿についてこれを違法としながらも、これを行うための令状をどの様にするかについての議論がなされるが、これは強制採尿を違法であることを前提としていながらも、実務上行なわれている処分について、いかに不都合を少なくしていくかを考える予備的な議論であるとする。渡辺・前掲註(84)・113頁註2参照(成文堂、2010年)。強制採血も、現行法上明文の規定が存在しないのであるから、これに準ずるものであるといえ、強制採尿の要件に関するもの同様、明文による根拠規定が設けられるべきであろう。

である場合においてのみこれが認められるとされる。以上について、裁判官による令状に基づいてこれが行なわれるものであり、ドイツにおける強制採血に関する裁判官命令は、わが国における身体検査令状と、鑑定処分許可状双方の性質を併せ持つものであるといえる。わが国においても、強制採血に関する要件について、明文による根拠規定が設けられることが望ましいといえる。またドイツ刑事訴訟法 81 条 a の規定は、捜査遅延のおそれおよび捜査目的の達成が危ぶまれる場合に、検察官および特定の捜査官の権限に基づいて強制採血を実施することができる旨定めるものであり、わが国においてもいわゆる「緊急捜索・押収」が認められるかが問題となることがある。例えば、飲酒運転が捜査対象となっている事例において、血中アルコール濃度の時間経過を原因とした減少などを理由として、裁判所に対し令状を請求する時間的余裕がない場合に、憲法 35 条との関係において、捜索・差押に関する令状以外の要件を満たしていることが認められれば、被疑者の同意がなくとも例外的に無令状採血を認めてもよいとする見解もあるが⁽⁹³⁾、これについても強制処分法定主義の観点から疑問があるといえ、判例の中にもこれを否定するものがある⁽⁹⁴⁾。強制採血に用いられる強制処分が与える被疑者の身体への侵襲が、いかに軽微なものであっても、これが認められるためには裁判所による許可が前提とされなければならない、その例外が認められるべきではないだろう。

更に、体液等の採取を実施するための施設に被疑者を強制的に連行できる

(93) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法〔第 2 版〕』130 頁等参照 (成文堂、2009 年)。

(94) 札幌高判昭 50・2・24 判時 786 号 110 頁。ただし本判決は、被疑者が既に逮捕されている場合において、裁判所に令状を請求している時間的余裕がなく、かつ用いられる手段の相当性が認められれば、例外的に無令状による強制採血を認めるとする。しかしながら、逮捕状に基づき被疑者の身柄が拘束されているとはいえ、身体への侵襲を伴う強制処分の可否について、個別に裁判所による審査が行われるべきなのであって、仮にやむを得ない事情が存在していたとしても、令状主義の例外を認めるべきではないように思われる。

かについても議論がある。判例は身柄拘束されていない被疑者を採尿場所へ任意同行することが不可能な場合において、これを実行するために必要最低限度の有形力を行使することができると判示しており⁽⁹⁵⁾、学説においてもこれを肯定する見解が主張される。以上について、捜索・差押における「必要な処分」（刑事訴訟法 111 条）としてこれを許容する見解、強制採尿令状自体の効力としてこれを認める見解、当該令状に強制連行を許可する旨記載されている場合にこれを認める見解、等が主張されるが⁽⁹⁶⁾、前記最高裁決定における強制採尿令状に対しては、本令状を創出しただけでなく、ひとつの令状に他の強制処分の内容を盛り込んだ点で二重に疑問である⁽⁹⁷⁾、などの批判がされる。そもそも捜査段階における被疑者の身柄拘束には原則逮捕状が必要となることから、身体検査および鑑定処分が認められる程度の相当性を根拠として⁽⁹⁸⁾、被疑者の身柄を一時的とはいえ拘束できるかについては否定的に解されるべきなのであり、これを定める明文による規定が存在しないことから、強制採血についても同様に解されるべきである。先に挙げたドイツ刑事訴訟法 81 条 a の規定は、採血について被嫌疑者の同意が得られない場合において、その実施場所まで彼を強制的に連行することを許容するものではあるが、本条の規定を根拠として認められる裁判官の命令は、まさに裁判官による実施命令なのであり、わが国におけるものとは状況を異にする⁽⁹⁹⁾。

また、被疑者の意思によらない血液及び他の体液の採取について、これを

(95) 最三小決平 6・9・16 刑集 48 巻 6 号 420 頁。

(96) 以上肯定説の分類について、田口・前掲註 (78)・97 頁参照。

(97) 寺崎・前掲註 (84)・103 頁参照。

(98) 刑事訴訟法 218 条は、令状の要件として「正当な理由」を求めるものと解されるが（刑事訴訟法規則 156 条 1 項参照）、これを基礎付けるための嫌疑の程度は、逮捕の場合に求められる「相当な理由」に関するものより低いものでよいとされている（後藤＝白取編・前掲註 (86)・513 頁参照）。なお鑑定処分の際して、当該処分のための強制が認められていないことから、刑事訴訟法 168 条の規定を根拠として、被疑者の身柄を強制的に鑑定場所に移送することを肯定することはできない。

いかなる要件のもとで許容するのかという問題以外に、一般的な体液採取に関する要件のもとに摂取された血液等を利用して、DNA 型鑑定を行うことが許容されるかが問われる。現行法上、採取された後の血液等の利用について定める明文による規定が存在せず、強制採血を許すことが即 DNA 型鑑定を許容するという事に繋がる可能性があり、更にわが国においては、血液をはじめとする体液の被疑者の意思によらない採取に関する明確な根拠規定すら存在しないのであるから、裁判所はこれらについて慎重に判断しなければならないように思われる。以下では、わが国の刑事手続における DNA 型鑑定に関して考察をすすめる。

(2) DNA 型鑑定と DNA 型データベース

① DNA 型鑑定

先にも述べたように、わが国の刑事手続において DNA 鑑定は広く用いられており、採取された血液等の鑑定資料をもとに、被疑者及び被害者の特定を行うことについて多くの成果を上げている。最高裁判所において、今後の科学技術の発展による新たに解明された事項等も加味されなければならないとしつつも、DNA 型鑑定の実施について、それが科学的原理に則した理論的正確性を有し、当該技術を習得した者により、科学的に信頼される方法で行われたと認められる場合に、刑事訴訟における DNA 型鑑定の有用性を肯定する判断がされており⁽¹⁰⁰⁾、わが国の刑事法実務において DNA 型が人によって異なり個人識別に資するものであることについては、既に周知の事実であるといってよく、適正な条件のもとに行なわれる DNA 型鑑定の科学的原理

(99) 許可状たる捜索差押令状の効力は、あくまで、捜査機関がもともと有している証拠収集権限についてのものであり、裁判官の命令状にたる逮捕状なくしては、被疑者の身柄拘束はできないとする主張がある。以上に関して、渡辺直行「令状主義・強制処分法定主義と捜索・差押・強制採尿に関する若干の考察」修道法学 30 卷 2 号 103 頁 (2008)。

の正確性は一般に承認されているものであるといえよう⁽¹⁰¹⁾。以上見たように、刑事手続における DNA 型鑑定結果の証拠能力についての自然的関連性は、既にこれが承認されているように思われるが⁽¹⁰²⁾、その法律的関連性について問題となることがある⁽¹⁰³⁾。前記最高裁決定においても、DNA 型鑑定について、その証拠能力は肯定されるとしながら、その証明力担保の為にいかなる手段が講じられるべきか、ということについて具体的な規準は示されておらず、この点につきいくつかの下級審判例において判断がされるに留まる⁽¹⁰⁴⁾。学説においては、検査実施者の適格性、使用器具の性能・作動の正確性、検査経過及び結果の報告の忠実性を、DNA 型鑑定結果の証明力担保のための要件とし、再鑑定が可能な環境を整えておくために⁽¹⁰⁵⁾、鑑定資料の保存が必要

(100) 最二小決平 12・7・17 刑集 54 卷 6 号 550 頁。本件は一般に「足利事件」と呼ばれ、最高裁判所において刑事手続における DNA 型鑑定結果の証拠能力を肯定した初めてのケースである。

(101) しかしながら、後日本件に関する再審公判が行われ、当該決定において肯定された、MCT118 型による DNA 型鑑定の証拠能力について、前記最高裁決定のいう「具体的な実施の方法も、その技術を習得した者により、科学的に信頼される方法で行われた」と認めるには疑いが残るとされ、これが否定されるに至った（宇都宮地判平 22・3・26）。以上のような事実から、科学的証拠の危うさも指摘されている（白取・前掲註（82）・361 頁参照）。

(102) この点について、用いられる鑑定の原理や手法の妥当性が所属する専門分野で一般的に承認されたものであることが要求されるかが問われるが、前記最高裁決定において、これは必ずしも必要でないとされる（中島宏「MCT118 型 DNA 型鑑定の証拠能力」判時 1776 号 216 頁参照（2002 年））。これに対しては、職業裁判官といえども、科学技術の専門家ではないのだから、証拠能力の有無の判断は厳格に行なわれてよいとする見解も主張されている（白取・前掲註（82）・355 頁参照）。DNA 型鑑定の自然的関連性について、裁判所は用いられる鑑定手法が現在の科学技術的水準に照らして適正であるかを審査し、特定の訴訟主体にとって不当に有利、もしくは不利に働かないように配慮しなければならないように思われる。

(103) DNA 型鑑定自体の正確性に疑いがなくとも、用いられる鑑定資料の入手、保存等に問題がある場合には、当該鑑定結果に誤りが生じることが想定され、これに十分な証明力が備わっているかが問われる。

であるとする見解などが主張されており⁽¹⁰⁶⁾、如何にして DNA 型鑑定を適正にして行い、その証明力を担保するかが重要であるとされている。

以上見たように、わが国の刑事法実務において、DNA 型鑑定結果の証拠能力は一般に承認されているものといえ、捜査実務においても同鑑定は広く用いられている。しかしながら現在わが国において、刑事捜査及び訴追機関における DNA 型鑑定の運用について定める刑事訴訟法上の明確な根拠規定は存在せず、被疑者の同意が得られない場合に、同鑑定の実施がいかなる要件のもとで許容されるのかに関する明確な規準が存在しない。現在捜査実務においては、被疑者の意思によらない採血に際して、身体検査令状と鑑定処分許可状を根拠にこれが実施されていることから、血液を鑑定資料とした DNA 鑑定の実施について、鑑定処分許可状を根拠にこれが実施されているものと考えられる⁽¹⁰⁷⁾。学説においては、刑事訴訟法 218 条の規定に基づいて、口腔

(104) この点について、検査者の知識・経験の適格性、鑑定資料の収集や保存の確実性、鑑定機器の動作性能、増幅した DNA を電気泳動にかけて得られるバンドパターンのズレを許容できる範囲の設定、バンドパターンから DNA の型を判定するマーカーの正確性、別人の DNA から得たバンドパターンが偶然に一致する頻度の認識などが審査されて、これが判断されることになるのだろう。以上に関して、中島・前掲註(103)・216 頁参照。

(105) 足利事件において、防御権保障の観点から再鑑定の可能性があることを DNA 型鑑定結果の証拠能力を肯定するための条件とすべきである、と弁護側から主張がされたが退けられている。仮に刑事捜査・訴追機関が捜査資料として入手した遺痕の痕跡が極めて少量であり、再鑑定の為の資料を保存しておくことが物理的に困難である場合であったとしても、鑑定資料及び鑑定自体に瑕疵のある場合も想定できるのであるから、再鑑定が行えない場合にまで DNA 型鑑定結果の証拠能力を肯定することには疑問が残る。しかしながら、近年の下級審判例において、再鑑定が行えない場合においても、DNA 型鑑定の証拠能力は否定されないとしたものがある(和田・前掲註(3)・104 頁参照)。

(106) 安富潔『刑事訴訟法講義〔第 2 版〕』272 頁(慶應義塾大学出版会、2009 年)。

(107) 岡田薫「DNA 型鑑定による個人識別の歴史・現状・課題」レファレンス 56 巻 1 号 19 頁参照(2007 年)。

内の組織片を採取し、それを用いて DNA 型鑑定を可能とする見解⁽¹⁰⁸⁾が主張されるが、採取される情報をたとえ DNA の非コード領域に限定するという運用を行ったとしても、口腔内組織片自体が人間のセンシティブ情報の宝庫であることに鑑みれば、それを指紋等の採取と同列に扱うことには無理があるように思われる⁽¹⁰⁹⁾。先に見た警察の立場と同様、DNA 型鑑定を鑑定処分許可状により実施することができるとの意見もあるが⁽¹¹⁰⁾、DNA 型鑑定を、従来の尿、血液検査等と同列に扱うことについては疑問が残る。ドイツにおいては、刑事訴訟法 81 条 a に基づき血液が採取され、81 条 e の規定に基づき DNA 型鑑定が実施されるものであるが、わが国の刑事手続において、被疑者の同意なき DNA 型鑑定を実施する場合に、鑑定資料の入手、同鑑定の実施双方について刑事訴訟法上の根拠規定を欠いており、これは問題であるといわざるをえない。前述のように、ドイツにおいても 1997 年以前、血液等被疑者の意思によらない体液採取およびその鑑定についての要件さえ満たせば、DNA 型鑑定の実施が認められていたものであるが、この運用に対しては、当該処分について規定するドイツ刑事訴訟法 81 条 a の行き過ぎた拡大解釈であるとの批判がされ、DNA の特殊性に鑑みて別に明文による根拠規定が設けられるべきであるとの主張がされた。これを受けて現在においては、刑事

(108) 安富潔「犯罪捜査と DNA 型情報データベース」法学研究 78 卷 3 号 22 頁参照 (2005 年)。また、現状特に DNA 型鑑定の要件は、法律による規定を定めることを特に議論するものではないとしつつ、仮に将来これについての立法が行なわれる場合に、指紋採取について規定する刑事訴訟法 218 条 1 項において同鑑定実施の要件を定めることが考えられるとする意見がある (平成 23 年 6 月 21 日開催の捜査手法、取り調べの高度化を図るための研究会、議事要旨 2, 3 頁。)。指紋等、身体の体表に対する検査で採取できるものと、鑑定資料の入手に際して身体の侵襲を伴う可能性があること、かつ DNA の特殊性に鑑みれば、身体検査について規定する刑事訴訟法 218 条の規定に基づいて、DNA 型鑑定を実施できるとする主張には疑問がある。

(109) 玉蟲・前掲註 (73) ・ 24 頁。

(110) 福井厚『刑事訴訟法講義〔第 4 版〕』158 頁参照 (法律文化社、2009 年)。

手続における DNA 型鑑定の実施について、ドイツ刑事訴訟法 81 条 e, f の規定が設けられている。

更にドイツ刑事訴訟法 81 条 f 1 項によれば同鑑定の実施に際して、被嫌疑者の同意が得られる場合、ドイツ刑事訴訟法 81 条 e の定める要件によらずとも、DNA 型鑑定を実施できるとされるが、当該同意について裁判所を通じて行なわれたものでなければならないとする。わが国において、DNA 型鑑定の実施に際して被嫌疑者の同意が得られる場合には、口腔内組織片を鑑定サンプルとして提出させ、これを領置するという方法が取られている⁽¹¹¹⁾。任意の鑑定資料提出に際して、犯罪捜査規範 100 条の規定に照らし、承諾を強制し又はその疑いを受けるおそれのある態度若しくは方法をとらないよう配慮するとしているが⁽¹¹²⁾、鑑定資料自体の入手はもちろんのこと、その使用目的及び鑑定結果の取扱い等について十分な説明がなされることが求められる。以上の要件に欠ける場合に、鑑定対象者の任意性が欠けるものであるといえ、刑事手続における当該鑑定結果の利用を認めるべきではない。更に身体を既に拘束された被嫌疑者について、刑事訴訟法 218 条 2 項を根拠として、令状によらず口腔内組織片が採取できるかについても議論があり、これを肯定する意見もあるが⁽¹¹³⁾、先にも述べたように、これを指紋等と同列に考え扱うことには疑問があるのであって、否定的に解されるべきである。逮捕等によって既に被嫌疑者の身柄が確保されている場合であっても、そのことから即座に彼の口腔内組織を採取し、これを鑑定資料とした DNA 型鑑定を行なってもよいということにはならない。逮捕等の身柄拘束と、DNA 型鑑定資料の入手及び鑑定実施について、個別に裁判所による審査が行われなければならない。

(111) 岡田・前掲註 (107) ・ 19 頁参照。

(112) 「犯罪捜査における DNA 型データベースの積極的運用について」(平成 22 年 4 月 1 日付警察庁丁刑企発第 45 号)。

(113) 伊藤栄樹ほか『注釈刑事訴訟法第 3 卷〔新版〕』206 頁 (立花書房 1996 年)、小野清一郎ほか『刑事訴訟法 (上) 〔新版〕』500 頁 (有斐閣、1986 年)。

わが国の刑事手続において DNA 型鑑定は広く用いられており、判例もその証拠能力を肯定する。しかしながら同鑑定の実施について、刑事訴訟法上に明確な根拠規定が存在せず、DNA の特殊性を考えると疑問が残る。DNA の構成は、身体的特徴や病気等に関する遺伝情報を含む部分が全体の 2%、これらの情報を含まないものが残りの 98% であるとされており、警察において行なわれる DNA 型鑑定に際して用いられるのは、後者の遺伝情報を含まない DNA であるから、DNA の特殊性を理由に新たな立法をする必要はないとの主張もされるが⁽¹¹⁴⁾、鑑定資料を採取するための血液等には、遺伝情報に関わる DNA も当然に含まれているのであるから、その取扱を慎重に行わなければならないことには変わりはなく、立法的措置が望まれる。以上について、DNA 型鑑定の法的関連性、すなわちその証明力を担保するためにいかなる措置が講じられるべきか、ということと併せて今後の展開が注目される。

② DNA 型データベース

我が国の捜査機関において行なわれる DNA 型鑑定に関しては、現在係属中の刑事手続における DNA 型鑑定の実施と、将来行なわれることが予想される刑事手続に資するために当該鑑定により得られたデータを収集、保存し使用するところについて、区別なくこれが運用されているように思われる。しかしながら、DNA 型鑑定結果の保存及び将来における利用は、現在係属中の手続におけるそれと比して、その人権制約の強度がより強いものになり得るとの指摘がされており⁽¹¹⁵⁾、峻別してこれを考えなければならない。いわゆる DNA 型データベースの運用は、まさに将来行なわれることが予想される刑事手続のために、DNA 型鑑定結果を収集、保存しこれを運用するものである。ドイツにおいて刑事訴訟法 81 条 g が DNA 型データベースの運用について定

(114) 松下・前掲註（4）・20頁参照。

(115) 玉蟲・前掲註（35）・9頁以下参照。

めており、犯罪の重大性及び再犯の可能性の有無等のメルクマールに基づいて、DNA 型鑑定結果の収集及び保存の可否が判断されている。なお、ドイツにおける DNA 型データベースの運用について、現在係属中の手続における DNA 型鑑定に関する判断とは別に、裁判所による審査が行われることになっている。

わが国の警察組織における DNA 型鑑定データの運用については、DNA 型記録取扱規則に基づいて行なわれている。しかしながら同委員会規則において、DNA 型データベースの対象となる犯罪、実施に際して求められる要件、鑑定資料の入手をいかなる手段によって行うことが許容されるのか、といったことについての言及はなされず、同規則は警察組織における DNA 型データの取扱に関する指針を示すものにすぎない⁽¹¹⁶⁾。もっとも、警察庁通達である「犯罪捜査における DNA 型データベースの積極的運用について」は、「強盗、強姦、強制わいせつ、公然わいせつ、住居侵入及び常習累犯窃盗については、一般的に、同種の余罪等を犯しているおそれが高く、また、データベースを用いた余罪捜査が効果的と考えられること等から、これらの罪種により検挙した被疑者については、基本的には、資料採取及び DNA 型鑑定の必要性が認められる可能性が高い」⁽¹¹⁷⁾としており、警察においては以上の罪種

(116) 更に DNA 型鑑定の運用指針に関する警察庁通達は、DNA 型鑑定の被疑者等の特定に用いること、鑑定員、検査実施施設、鑑定資料、鑑定に際して留意すべき事項について及び、鑑定結果の証拠能力及び証明力を担保するために配慮し、必要な手段を講じる旨定める。これは、警察組織内における DNA 型鑑定の運用方針であるといえるだろう。同通達は、警察組織における DNA 型鑑定の重要性及びその特殊性を認識するものであり、その運用に際して一般的な血液鑑定等を行うよりも一段高い配慮を要するとしている点で一定の評価はできるものではあるが、あくまでも捜査機関における運用指針にすぎず、被疑者・被告人の防御権にまで配慮したものとはいえない(DNA 型鑑定の運用に関する指針の改正について平成 22 年 10 月 21 日。)

(117) 「犯罪捜査における DNA 型データベースの積極的運用について」(平成 22 年 4 月 1 日付警察庁丁刑企発第 45 号)。

を中心に DNA 型鑑定データを収集、保存、かつこれを運用しているものと考えられる。

わが国において、国家公安委員会が警察法という法律体系を根拠としていることを理由として、DNA 型記録取扱規則をもって DNA 型データベースの根拠規定となるという主張も見られるが⁽¹¹⁸⁾、同規則をもって刑事手続における DNA 型鑑定実施の根拠とすることには無理があるように思われる。以上について、DNA という当人でさえ知り得ない個人情報を含むものを対象とする刑事手続における強制処分および、個人のプライバシーに深く関わる人権制約を伴う捜査機関の行動が、議会立法によらない根拠規定を持ってこれを正当化できるのかという問題を生じさせる可能性があるのであって、わが国の憲法 41 条との関係において議論がある⁽¹¹⁹⁾。DNA 型データの収集、保存及びその将来における利用について、対象犯罪の明確化、再犯危険性の実質化などが求められ⁽¹²⁰⁾、身体的特徴や病気等に関する遺伝情報を含む部分に触れない、いわゆる非コード化部分にその対象を限られるとすることなどに配慮することが不可欠であり、以上についても刑事訴訟法上の明文による根拠規定が設けられることが望ましい。

（3）小括

わが国において、被疑者の意思によらない血液等の体液採取をいかなる要件のもとで許容するかについて定める明確な刑事訴訟法上の規定が存在せず、この解釈について裁判所の判断に委ねられるところが大きい⁽¹²¹⁾。実務上身体検査令状と鑑定処分許可状の併用によって、強制採血が許可されている

(118) 松下・前掲註(4)・27頁。

(119) 山本龍彦「日本における DNA データベース法制と憲法」比較法研究 70 号 77 頁以下参照（2009 年）。

(120) 玉蟲・前掲註(73)・28頁。

(121) 既述のとおり、強制採尿は、いわゆる強制採尿令状にもとづいて実施されている。

ものではあるが、当該処分が被疑者の身体内部への侵襲を伴うものであるが故に、このような運用に対しては強制処分法定主義の観点から疑問が残る。強制採血について、これが医師の手により行なわれる場合において、通常用いられる手段の危険性が問題となりにくいことから、強制採尿とは異なり、学説においてもこれを認める見解が多いのではあるが、血液から得られる証拠物の価値は、尿から得られるそれと比して大きいものであるといえ、用いられる手段の強度のみに着目し、その可否を論じることについては疑問が残る。

更に、強制採血を通じて得られた血液を鑑定資料とした DNA 型鑑定実施についても、わが国の刑事訴訟法上明文による根拠規定が存在せず、事実上強制採血及び一般的な血液鑑定の要件さえ満たせば同鑑定の実施が認められているという事実がある。以上について、ドイツにおいても 1997 年以前は、強制採血に関して定めるドイツ刑事訴訟法 81 条 a が定める要件さえ満たせば、血液を鑑定資料とした DNA 型鑑定の実施が認められていたのであるが、この解釈に対しては、人間の極めてセンシティブな情報を含んでいる DNA の特殊性を無視したものであり、明らかに行き過ぎた拡大解釈であるとの批判がされた。現在、ドイツ刑事訴訟法 81 条 e, f が、ドイツ刑事訴訟における DNA 型鑑定の実施に際して求められる要件を定める。更にドイツ刑事訴訟法 81 条 h は、DNA 一斉調査について定めており、ドイツ刑事手続において、現在係属中の刑事手続における DNA 型鑑定について、これが用いられる場面ごとに根拠規定が設けられており、これらの実施に際して個別的に裁判所による審査が行われている。DNA 鑑定の実施は、プライバシー権、とくに自己情報決定権との関係で問題を生じる可能性があり、わが国においても十分に議論を尽くした上で、立法により明文の根拠規定が設けられるべきであろう。ただし、将来明文による根拠規定が設けられたとしても、これが現在行なわれている実務上の運用を単に追認するものであってはならず、現在生じている実務上の問題点を解決するものでなければならない。

現行刑事訴訟法は、当事者主義、弁論主義を採用しているが、これは一定の立証テーマに対して、相手方に反証の機会を十分に保障し、論争を尽くすことによって実体的真実に近付こうとする適正手続の考え方にそうためのものであり、その目的を達するためには相手方当事者の防御権は、本質的な権利であるから十分に尊重されなければならない、これを不当に侵害することは、許されない⁽¹²²⁾。以上のような観点から、捜査機関による被告人の有罪立証に資する DNA 型鑑定結果のみが重視されてはならず、弁護側から被告人の無罪立証に関わる DNA 型鑑定結果の提出があった場合には、これについても裁判所による十分な審査が行われなければならないのであって、DNA 型鑑定結果の証拠能力及び証明力を担保するために十分な措置が講じられなければならない⁽¹²³⁾。

更に、わが国においては、現在行なわれている刑事手続における DNA 型の実施と、そこから得られた鑑定データの収集、保存及びその将来における利用についての区別がなされずに DNA 型情報の運用が行われているように思われる。すなわち、係属中の手続における DNA 型鑑定の実施と、これを用いた DNA 型データベースの運用に際して、両者の差異が意識されていないのではないかという疑問である。前者について、鑑定処分許可状を根拠とした強制採血等の手段により採取された鑑定資料を基に、DNA 型鑑定が行なわれているものと考えられるが、当該処分の実施に際しては、不十分ながら

(122) 木谷明『刑事事実認定の理想と現実』71, 72 頁参照（法律文化社、2009 年）。

(123) 刑事捜査・訴追機関による被疑者・被告人の DNA 型鑑定が行なわれた場合に、再鑑定が行えるだけの鑑定資料を保管しておく必要があるように思われる。被疑者の DNA 型が既に採取されていたとしても、鑑定自体に誤りがあった可能性が認められる場合において、再鑑定が行なわれることが必要となろう。刑事訴訟法 179 条は、防御側の証拠保全請求について規定するものであるが、この様な手続によらなくとも、スムーズに再鑑定が行えるような運用が行なわれるべきである。再鑑定が行えない場合において、防御側からの反証が困難となることから、この様な場合における DNA 型鑑定結果の証拠能力を肯定することには疑問が残る。

も裁判所による審査が行われている。しかしながら、その鑑定結果の収集、保存、運用についてはなんらの司法的審査を経ずにこれが行なわれているのではないだろうか。DNA 型データベースの運用について、現在わが国においては、国家公安委員会規則である、DNA 型記録取扱規則に基づいてこれが行なわれているのであるが、これは議会立法を経た根拠規定ではなく、ここではその対象となる犯罪、DNA 型データ採取の要件等についての言及はされていない。また現行法上、同データベースの運用に際して、裁判所による司法審査について定める根拠規定も存在していないのであって、DNA 型鑑定資料の採取、鑑定実施の要件、得られたデータの運用、そのいずれについても、刑事訴訟法上の規定を欠いたまま、これらの運用が行われていることになる。DNA 型データベースの運用について、DNA 型情報の収集、保存及びその将来における利用に際して、対象犯罪の明確化及びその根拠が示されること、対象者に認められる再犯危険性の具体化が必要であるとの主張がなされており、ドイツにおいては、これらの要件について刑事訴訟法 81 条 g が定める。

DNA 型鑑定結果を将来の刑事手続において利用するため、収集保存することに対しては、これが現在の刑事手続における DNA 型鑑定実施に関するものよりも、より強度な人権制約を伴うものであるとの指摘がなされており、わが国の憲法 41 条との関係でも問題を生じさせる可能性がある。被疑者・被告人に対する、人権制約を伴う刑事手続における強制処分実施について、当該処分の実施時点における相当性および適正性が認められなければこれが認められない。しかしながら DNA 型データベースの運用に関して、DNA 型情報の保存は、当該強制処分が実施された刑事手続の終了後においてもこれが継続されることになる。これは被疑者・被告人の逮捕、拘禁及び、彼が有罪判決を受けて何らかの刑罰を執行された後においても、その人権を制約し続けることを意味するものであり、仮に同データベースの運用を認めるのだとしても、議会立法による明確な根拠規定によるものであることが求められるであろう。

更に DNA 型鑑定結果にどれほどの証拠価値を認めるかということについても議論が行われなければならない。適正な条件のもと行なわれた DNA 鑑定結果の信頼性については、一般的に承認されているものであるといえるが、鑑定資料の入手手法等が適切でない場合も想定でき、かつ鑑定作業自体にも問題がある場合が皆無であるとはいえないのであって、同鑑定の結果のみをもってして、裁判結果が決定づけられることはあってはならないように思われる。適正に行なわれた DNA 型鑑定結果の有用性に疑いはないが、裁判所において審理が行われる際に、同鑑定結果はあくまでも一判断資料にすぎないということに留意しながら、総合的にこれが判断されなければならないだろう。DNA 鑑定資料入手の適正性が疑われる場合には、鑑定自体が適正に行われたとしても、結果として誤った鑑定結果が導かれる可能性が存在する。この様な場合の DNA 型鑑定結果の証拠能力には疑問が残り、少なくともその証明力が減殺されることになろう⁽¹²⁴⁾。また、鑑定実施自体の適正性が疑われる場合において、当該鑑定結果の証拠能力は否定されなければならない。刑事手続における DNA 型鑑定に関して、刑事捜査・訴追機関にのみ有利な結果をもたらすような運用は、厳に慎まれるべきであり、手続当事者双方にとって実質的に公平となる運用が行われなければならない。

4. おわりに

わが国の現行刑事訴訟法においては、捜査機関による被疑者の意思によらない体液採取について、これをいかなる要件のもとで許容するかについて明文による規定がなく、これは強制処分法定主義の観点から疑問があるとの指摘がされる。

(124) 鑑定資料自体に問題がなくとも、その入手手段に瑕疵がある場合、例えば捜査機関が適正な手段によらずにこれを採取した場合には、DNA 型鑑定結果の証拠能力は否定されるべきであろう。

更に、当該強制処分を通じて得られた血液等の利用について、その使用用途を制限する刑事訴訟法上の規定が存在しないことも問題となる。すなわち、強制採血等の実施が認められさえすれば、そこから得られた血液等を鑑定資料とした DNA 型鑑定を行うことについて、これを制限する規定がないのであるから、特別な司法的審査を経ずとも、同鑑定の実施が認められることになる。DNA が人間の極めてセンシティブな情報を含んでいることに鑑みれば、以上のようなわが国における実務上の運用には疑問があり、同鑑定の実施について、対象犯罪、要件等について明確な根拠規定が設けられることが求められる。

また、わが国の捜査機関における DNA 型データベースの運用について、議会立法による根拠規定がないことが問題視されており、これについても立法による手当が求められるように思われる。本稿で繰り返し述べてきたように、現在係属中の手続における DNA 型鑑定の実施と、同鑑定結果の収集、保存およびその将来の刑事手続における利用とは、峻別して考えられなければならない問題である。現在係属中の手続において、DNA 型鑑定の実施が許容された場合においても、それが即座に将来の刑事手続においてその結果を利用してよいということには繋がらない。将来における刑事手続において利用することを目的とした、DNA 型鑑定結果の収集および保存は、対象となる個人の人権を継続して制約し続けることを意味するものであり、これが認められるためには、少なくとも対象犯罪および対象者の再犯危険性の実質化等の要件について検討されなければならない。十分な議論を経た上での議会立法による明確な根拠規定が示されなければならない。

以上、わが国における DNA 型鑑定及びデータベース運用に関する現状を批判的に検討してきたものではあるが、捜査実務における DNA 型鑑定の実施について、筆者はこれを禁止せよと訴えるものではない。むしろこれらの高度な科学的技術を用いた捜査手法は、適正な運用がなされれば、冤罪の発生防止に資するものであることは疑いないものであり、今後警察等が行う犯

罪捜査においてますます重要な役割を果すことになるように思われる。

DNA という個人情報に深く関わるものが対象となるがゆえに、DNA 型鑑定の実施要件については、刑事法的な視点のみならず、憲法論的視点からも議論が尽くされなければならない、被疑者・被告人としての権利保護はさることながら、その前に一人の人間としての基本権保障についてこれが十分に配慮されなければならない。すなわち DNA 型鑑定結果の証拠価値をどれほどのものとするか、すなわち、その証拠能力及び証明力を担保するためにどのような要件が求められるかについて検討されなければならないことはもちろん、刑事手続における捜査権の行使と、その対象となる被疑者・被告人に認められる基本権との関係を考慮し、両者をどの様に調整していくかが問われるのである。以上の観点から十分な議論がなされた上で、同鑑定の実施について明確な根拠規定が設けられなければならない。