

## ヨーロッパ刑事事件におけるDNA指紋法の利用

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-06-24 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: タック, ペーター・J.P., 田淵, 浩二 メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.14945/00008765">https://doi.org/10.14945/00008765</a>

# ヨーロッパ刑事事件におけるDNA指紋法の利用

ペーター・J・P・タック

田淵 浩 二 訳

## 序

一九八五年、A・J・ジェフリーズとレスター大学（イギリス）の何人かの同僚が、人の細胞物質を利用して、いわゆるDNAプリントを作ることが可能にする技術について報告した。生きた細胞物質中のDNAパターンは、（ほとんど）すべての人で異なっているので、指紋の場合がまたそうであるように、それは個人識別のための独自の方法である。<sup>(1)</sup>

個人識別のためのDNA技術は、多くの国で非常に異なる目的のために応用されている。この検査は父親確認の争訟において優れて適切ながわかつて<sup>(2)</sup>いる。入国の争訟においては家族関係を立証するために利用されてきた。これについ

て多くの経験が特にイギリスで得られて<sup>(3)</sup>いる。アルゼンチンではさらに、軍事体制の間に消息を断つた両親の子供を祖父母の監護権に付すことのできるよう、この検査が用いられている。そして最近では、DNAプリントがスターウォーズのスパイ、エドウィン・バン・ハーレムを暴露した<sup>(4)</sup>。

この技術はとりわけ法科学的の使用に広い見通しを開いている。被害者や犯行現場で発見された細胞物質のDNAパターンは、被疑者・被告人の細胞物質のDNAパターンと一致しうる。二つの一致パターンは、ほとんど絶対的な確実性をもって、細胞物質が同一人であることを証明する。そのような確実性は一卵性双生児の場合にのみ存在しない。

DNA個人識別は、正確な検査方法が用いられ、多くの注意が払われるならば、伝統的な法科学的検査方法よりも大

な長所を持つ。<sup>(5)</sup>

DNA細胞は自然力に対して高度な耐性があり、とりわけ乾燥した試料では安定している。DNA物質は急速には分解せず、適切に保管されれば、数年後でもなお個人識別のために使用できる。人のDNA内容は細胞間で異ならず、そのため血液細胞のDNAは精液、皮膚組織および骨髄といった他の生物物質におけるDNAと一致する。このことは、ある生物物質、例えば血液と、それ以外のもの、例えば類粘液との間の一致を可能にする。法科学的DNA分析は、被疑者・被告人の有罪無罪を主張するための、より決定的かつ客観的証拠を提供できる。伝統的な血清学的検査が解決できなかった問題のひとつは、膿液と混合した精液といった混合身体物質を検査することである。DNA個人識別の場合、物質の混合はDNA構造を評価するにおいて問題を生じない。このことは特に強姦事件において重要である。

法科学者にとつてのこれらの長所は、刑事司法の運用者にとつても同じくらい長所である。DNA証拠の高度な正確性を考えるならば、それ以上他の証拠は必要ない。ほとんど捜査開始の時点で、もしDNA検査が実施できれば、細胞物質

のDNA構造が被疑者・被告人のそれと一致するかどうかを主張できる。DNAを検査することで警察および裁判所は、公判前に無実の被疑者・被告人の容疑を晴らすことにより、時間と金を節約できる。というのも、DNA構造が一致しなければ、それは嫌疑が排斥されうることの十分な証拠だからである。しかし、DNA個人識別はその長所を否定しがたい法科学的道具として当初は歓迎されたのであるが、検査方法の質や結果の解釈の慎重さにより成功したり失敗する。

特にアメリカ合衆国においては、DNAタイピングは広く商業化されているが、いくつかの矛盾する事件の後、手続の明確なガイドラインと信頼できるDNAプリントを得るための基準を定めるべきことが主張された。<sup>(6)</sup>しかし、DNA個人識別自体の価値は、どの批判的学説においても否定されていないことが注目される。批判は、現実のかつ解決可能な誤判定や技術的問題に向けられている。商業的研究所は、市場における不足を満たし、市場のシェアを拡大するための熱意から、科学的要求をあまりに軽んじ、明確な仮説を単純に科学的に立証されたものとみなしてきた。あるいは、DNA分野の専門家であるランダーは、かつの次のように述べた。「DN

A指紋法のすばらしい威力を法科学的道具として用いる競争の中で、基準の必要が無視されてきた。「最近、アメリカ連邦議会の技術評価局 (Congressional Office of Technology Assessment) と合衆国の国立科学アカデミーは、DNA検査の基準を推進するため専門家の調査団を任命した。研究所自身も今日、精度研究の強化を充実させ、新しいコントロール手続を開発しつつある。<sup>10)</sup>」

かの名高い技術評価局は詳細にわたる報告書を公表した。そこでは、法科学的目的でのDNA個人識別の数多くの技術的側面が議論されている。<sup>11)</sup> DNA検査の精度および信頼性に関する限り、報告書は「DNA検査の法科学的利用は、熟練した者により適切に実施かつ分析されるならば信頼できかつ確実であることを技術評価局は認める」と述べている。しかしこの叙述には同時に次のことが加えられている。「質の高いDNAの法科学的分析が保証されるためには基準が必要である。」

「DNAと刑事司法」というテーマには直ちに、刑事手続の一般原則の側面で行くつかの問題が生じる。身体的保全の権利やプライバシーの権利といった基本的権利なしの人権で

ある。

DNA個人識別において使用される物質は、身体内部にあったものである。生きた細胞物質だけがこの検査に適しているので、皮膚のかけら、切断された毛髪、爪の破片または切断された指の爪は適さない。科学の現状からは、検査は血液、精子、毛根、骨髄およびあらゆる種類の組織細胞に対して実施できる。唾液は通常あまりにわずかのDNAしか含んでいないが、頬の試料は、もし十分な上皮細胞が剃ぎ取られるならば、検査に充分である。尿といった他の身体物質の使用可能性について研究が行われている。もつとも、これらの物質すべてに等しい経験が積み重ねられているわけではない。<sup>12)</sup>

被疑者・被告人の身体的保全は、多くの国の憲法によって保障されているけれども、DNA検査のための試料を得るために、侵害されなければならないことになる。しかし身体的保全の権利は絶対的ではない。国の憲法はしばしば、法律はこの権利を制限できることを述べている。したがって、血液や精液を採取し、毛根鞘付きの毛髪を引き抜くためには、ヨーロッパにおいては立法的基礎が要求されると考えられる。

DNA個人識別において問題になりうる二つ目の基本的権利または人権は、プライバシーの権利である。ここで生じる疑問は、どの程度、DNA個人識別は個人のプライバシーを侵害するか、およびどの程度、種々の憲法または国際人権条約による保障を受けた保護の対象となる個人データがそこから獲得されうるかである<sup>(13)</sup>。

この疑問に答えるために、DNA個人識別が明らかにするデータの性質を洞察しなければならない。

### DNA指紋

DNA指紋は、犯行現場や被害者に遺留された犯人の細胞物質のDNA構造と被疑者・被告人の細胞物質のDNA構造との一致により、犯行現場で発見された細胞物質が被疑者・被告人に属するかどうかを評価するための、著しく複雑かつ非常に進んだ方法である。

赤血球を除くすべての細胞にはDNAが存在する。DNAは、それにより私たちの染色体が作られている物質であり、すべての人を個性的な個人にする遺伝コードを媒介する物質

である。

DNA分子は数十億の塩基対からなる。約五パーセントが遺伝的特徴を伝達する機能を持つ。いわゆる機能的DNAである。法科学的検査はこれとは関係なく、残りの非機能的DNAを対象とする。このDNA分子は、不特定数に反復している塩基対の組み合わせを示す（いわゆるvariable Number of Tandem Repeats）。例えば、Aという人のDNAでは、DNA鎖の特定の箇所で一定の組み合わせが一三回、さらに別の箇所で二五〇回、さらに別の箇所で三八〇回等反復している。Bという人の場合、それは例えば、各々二九回、一九〇回、及び五六〇回である。反復頻度は各人によって異なる。

DNA個人識別のためには、まず始めにDNAが試料から抽出される。次に、DNA鎖は一種の遺伝子工学バサミである制限酵素によって、縦の塩基配列を損なわないように切断される。これらのDNA断片はゲル上に置かれ、そこに弱い電流が流される。塩基は負の電荷を帯びているので、それらは正極に引かれる。その結果、サイズに応じて、より長いDNA片は、より短い断片よりゆっくりとゲルの中を移動する。この過程は電気泳動とよばれる。サザンプロットティングとし

て知られている技術により、すべてのDNA断片はナイロン膜へ移される。放射性プローブにより、それらすべての断片から特定の断片が比較検査のために選ばれる。そこから作られたX線写真を現像すれば、これらの断片はバンドパターンを示す。二つのパターン（それはバーコードのように見える）の断片の配置を、バンド間の距離を測定することにより比較することで、一方の試料のDNA構造が他方のそれと一致するかどうか評価できる。

DNA指紋法の他に、さらに別の方法もある。いくつかのアメリカの研究所は、DNA断片の縦反復ではなく、まさにDNA鎖のなかで一度だけ起こる組み合わせを対象とする方法を開発した。その結果、この検査によつてより少ないバンドが得られる。

## DNA指紋法の法的側面

先に、DNA個人識別において起こりうるいくつかの法的問題について述べた。DNA検査に反対する者の主要な異議のひとつは、DNA検査は遺伝的要素をも等しく検査するの

ではないかということである。

その結果、DNA構造を明らかにすることは、人の遺伝的性質のすべてを見抜くという考えである。反対者が考えるように、被疑者・被告人から作られたDNA像は遺伝的性質への眼識を与え、いつかはまた、被疑者・被告人の考えうる犯罪的傾向に対する眼識をあらゆるその結果とともに、与えるかもしれない。

したがってDNA検査に対する主要な異議は、それがまさに個人識別のための情報を与えるからではなく、むしろ本質的な遺伝情報を与えるだろうことであり、この付随的情報が非常にプライバシーにかかわる問題だからであった。

しかし一方で専門家らは、ジェフリーズによつて可視化されたDNAプリントは、その者の細胞物質についてプリントが作られた人についての何ら本質的な情報をも与えないことを指摘してきた。したがって、この方法で作られたDNAプリントは、被疑者・被告人、特にその者の犯罪的傾向や遺伝性疾患については何も語らない。今日使用されている技術からは、被疑者・被告人が男性か女性か、黒人か白人か、青い目か黒い目か、痩せているか、太っているかまたは背が高い

か、白内障や心臓、血管の疾患の傾向があるか等々について推論しえない。

二つ目の主要な異議は、DNA個人識別が、多くのヨーロッパの刑事訴訟法の基礎にある自己負罪禁止の原理と抵触するという主張に関する。

この原理の完全なラテン語表現は、*nemo tenetur prodere se ipsum* である。最も通用している訳は、「誰も自己に不利益な供述をすることに協力するよう強いられない」である。したがって、ヨーロッパの法律は、被疑者・被告人の供述が完全に自由になされたのでない場合、その者の供述が証拠に用いられないことを保障するあらゆる規定を含む。これとの関連で直ちに注意されるべきことは、ヨーロッパ諸国の刑事訴訟法の基礎にある諸原理は、決して絶対的ではなく、常に例外を許す原理であることである。

さらに、市民的及び政治的権利に関する国際規約の二四三項g号は、自己負罪禁止の原理の解釈にとって重要である。国連人權委員会的一般意見によれば、「三項g号は、刑事責任を問われている者は自己に不利益な供述または有罪の自白を強いられてはならないことを規定する。この保障を考慮に入

れて、七条および十条一項の規定が思い描かれるべきである。刑事責任を問われている者に自白または自己に不利益な供述を強いるために、これらの規定に違反する方法が使用される。法は、このような方法または他のいかなる形の強制による違反も完全に不許容であることを要求すべきである」とされる。<sup>(14)</sup>しかし、細胞物質をDNA検査のために与えることにより、被疑者・被告人は「自己に不利益な供述または有罪の自白」を強いられることはない。被疑者・被告人は供述を強いられるのではなく、むしろDNA検査の結果が供述されるのである。さらに、自己負罪禁止原理の射程をより良く理解するために、アメリカ憲法修正第五条を指摘できる。それは自己負罪禁止原理を次のように表す。「いかなる刑事事件においても、自己に不利益な証人になることを強いられない。」

この修正条項の解釈が中心であった連邦最高裁判所の判決のひとつでは以下のように述べられている。「この特権は刑事責任を問われている者を、自己に不利益な供述をなし、またはその他の供述的または会話的性質の証拠を国に提出するよう強いられることから保護しているに過ぎない。」<sup>(15)</sup>

## DNA指紋法に関するヨーロッパの立法

### デンマーク

デンマーク法では一九八九年七月一日に、被疑者・被告人が法定刑が十八カ月以上の拘禁刑にあたる犯罪を犯したと考える十分に根拠付けられた理由があるとき、体内検査 (intimate search) の実施が可能にされた。<sup>(16)</sup> 身体への侵襲は、体内の血液や試料を証拠のために採取することも含めて、何らかの組織の採取といったものは——もしその侵襲が事前捜査にとつて優越的に重要であるとき——当該法律によつて可能である。体内検査を実施することの決定は裁判官によつてなされる。裁判官は決定において、そのような検査を行うための要件が充たされていることを明らかにしなければならない。医師は独立に、苦痛や危険を考慮し、検査が医学的に許容できるかどうかを決定する。法律はDNA検査について言及していないが、デンマークでは、被疑者・被告人から採取された身体物質はDNA検査のために許容されると考えてよからう。

ヨーロッパ刑事事件におけるDNA指紋法の利用

### ドイツ連邦共和国

ドイツ法 (刑訴法八一条a) によれば、被疑者・被告人の体内検査は、刑事手続にとつて重要なデータをえるために検察官によりそれが請求され、裁判官の命令があれば、あらゆる犯罪に対して実施できる。他のものに比べてこの体内検査は、例えば電気脳造影図や電気心電図、または体液や尿の採取といった広範囲の検査を含んでいる。もし裁判官や体内検査令状を發布すれば、被疑者・被告人は侵襲を受忍しなければならない。被疑者・被告人の同意は要求されない。もし被疑者・被告人が拒めば、その抵抗は——必要ならば合理的実力の行使により——排除されうる。この規定は一九三三年に遡る。しかしその時DNA検査の問題はなかった。DNA個人識別技術の開発以来、ドイツの学説<sup>(18)</sup>や司法機関において、刑訴法八一条aはDNA検査のための立法的基礎にもなりうるかの問題が起こった。最高裁判所を含むドイツの裁判所のいくつかの判決において、この問題は肯定的に解答された。<sup>(19)</sup>

ドイツ連邦議会諮問委員会の報告書において同委員会は、DNA個人識別の実施には、刑訴法八一条aに基づき被疑者・被告人から採取された試料が、機能的DNAを検査する

ために使用されることを排除するために、明確な立法的基礎が必要であると結論付けた。委員会によれば、非機能的DNAの検査を実施することに対しては異議をはさみえない。しかし、委員会は濫用に対する保障が法律に盛り込まれるべきとの意見をとった。保障として、それは以下のことを述べる。DNA検査は裁判官によってのみ命じられる。DNA検査は被疑者・被告人に対してのみ、当核検査が刑事手続にとって重要な事実を明らかにするために避けられないときに限り、実施される。DNA検査は法医学的研究所においてのみ実施しうる<sup>(20)</sup>。したがって、現在、DNA個人識別検査のための規定を含む法案が司法省において議論されている。簡単に説明すれば、その規定は以下のとおりである。細胞物質は被疑者・被告人から、発見された試料が当該被疑者・被告人に由来するか否かを判断するために必要な限りにおいて採取できる。第三者からの試料は、当該検査が真実の発見のために絶対に必要なときに限り、同じ目的のために検査できる。当該検査は非機能的DNAに明確に限定される。DNA検査のための生きた試料の採取は、特定の罪種に限らず可能である。またその可能性は、他の検査法では証拠が得られなかった場合に

限られない。新立法による規制の出発点は、DNA個人識別のためには裁判官の命令が必要であるということである。ただし、裁判官による命令を待てないときは例外である。この場合は検察官が当該命令を下すことができる。この命令は暫定的効果しか持たない。三日以内に裁判官による承認がなければ、その効力は停止する。DNA検査は連邦刑事局もしくは州刑事局の研究所または政府指定の研究所で実施されなければならぬ。

#### フランス

フランス法によれば、生きた試料を採取するために被疑者・被告人の同意なく体内検査を行うことは、立法上可能とされていない。しかし、DNA検査も含めて、被疑者・被告人が任意に検査のために生きた試料を提供するならば、その検査結果を裁判官は公判で証拠として使用できる<sup>(21)</sup>。

#### アイルランド共和国

アイルランド法によれば、未決勾留が許されている犯罪、または以前に有罪判決を受けたことのない者に五年以上の拘

禁刑を宣告しうる犯罪に關しては体内検査を実施できる。<sup>(22)</sup>つまりこれは、体内検査の可能性が一連の非常に重大な犯罪に限定されていることを意味する。採取可能な試料は法律によつて限定列举されており、いくつかのものの中に、血液、尿、唾液も含まれている。被疑者・被告人にこれらの試料の提供を強制できない。これらの体内試料を採取するためには、被疑者・被告人の書面による同意が必要である。被疑者・被告人が協力を拒めば、裁判官はこの拒否に対して、罪責評価を下す際、自ら適切と思ふ結論を結び付けることができる。拒否行為だけでは人を有罪にすることはできないけれども、当該拒否を、それとの關係で拒否が重要である証拠を補強するもの、いわゆる補強証拠とみなしうる事が明言されている。したがつてアイルランドでは強制力は用いえないが、不利益推論の制度が適用される。

## ノルウェー

一九八六年一月一日のノルウェー新刑法には、体内検査の規定もまた盛り込まれた。一五七条によれば、刑が拘禁刑である犯罪を犯した強い疑いがある者は、体内検査が当該犯

罪捜査の利益となり、かつ不均衡でないとき、その対象となりうる。検査が不均衡かどうかの問題に關しては、一方で事件解決の必要を、他方で検査の性質および被検者が被りうる危険、苦痛を比較して選択されなければならない。したがつて、検査は厳密に必要以上に徹底的に行うことはできず、最も苦痛の少ない方法で実施されなければならない。被疑者・被告人が体内検査を承諾しないときは、当該検査は裁判官の命令によつてのみ実施できる。検査に遅延は許されず、かつ裁判官の命令を待てないときは、檢察官がそれを命ずることができる。被疑者・被告人が協力を拒めば、合理的強制力を用いることができる。この立法規定に付屬する適用解説には、血液検査を含むいくつかの可能な検査に言及されている。検査は専門家によつてなされなければならない。このことは必ずしも検査が医者によつてなされることを意味せず、選択できる。

## イギリス

イングランドおよびウェールズでは、一九八四年の警察及び刑事証拠法(PACE)が、法科学的捜査のための試料採

取を目的とする、逮捕後の被拘禁者の体内検査について規定する。これとの関連で当該法律は、「人からの試料採取」の表題を付し、血液、精液その他の体液といった体内試料（P A C E 六二条）と、毛髪、爪垢等の非体内試料（P A C E 六三条）を区別する。この規定は、被拘禁者が完全に任意でなくとも、自発的に試料を提供するか、また試料を採取させることを申し出ない場合に限り、適用される。P A C E 六二条によれば、体内試料は少なくとも警視の位にある警察官から、その効果について告知された後でなければ採取できない。この告知は、告知をなす警察官が、そこから試料が採取されるべき者が重大犯罪に関与していることを疑う合理的理由を有するときに限り、行いうる。体内試料は、対象者の書面による同意の後で採取しうる。いくつかの体内試料は警察官自身により採取できる。尿および唾液がそれである。体内試料の採取においては、警察は強制力を用いることができない。しかし警察は、協力の拒否は不利証拠として使用されうることとを対象者に指摘しなければならぬ。けだし法は、裁判官はその者が起訴犯罪で有罪か否かを判断するとき、当該拒否から結論を引き出すことができる規定するからである。し

かしそれは、試料が採取されるべき者が正当な理由を述べることなく同意を拒む場合に限られる。この規定に対してはイギリスにおいて強い批判がある。ある論者は次のように述べている。「私たちは、黙秘権を認め、自己負罪拒否権を認める。そして、もし必要ならば強制的に、毛髪や指の爪を採取し、その者に不利益な証拠として使用することを許容するのである。」<sup>(26)</sup>さらに、当該規定はヨーロッパ人権保護条約に違反することも指摘されているが、他の著名な論者たちはこの主張を否定する。ロバートソンが述べるよう、「当該規定が自己負罪拒否特権を侵害するという主張は誤りである。警察の質問に対する拒否は何も証明しないが、犯罪に結び付く決定的証拠を提供しうる体内検査を承諾しないということは、公正に被疑者・被告人に不利益に用いることができる。」<sup>(27)</sup>イギリスではいくつかの大規模なDNA個人識別が、悪質な強姦事件において実施されている。例えば、レスター近郊において、一九八六年に二人の若い少女が連続して強姦され殺害された。その時は警察の要請で五千人以上が、DNA個人識別に参加した。<sup>(28)</sup>検査の結果、被告人は一九八八年に、この検査に基づき終身刑の有罪判決を受けた。当初、イギリス医学会は倫理

的理由から協力を拒否した。しかし後にこの拒否は撤回された。その理由は次のようなものである。「謀殺や強姦といった重大犯罪の捜査および訴追における公益が、採取が安全にかつ被疑者・被告人には最小限の不快しか与えずに実施できるときに、体液や体組織の試料を採取することを正当化せず、同意しない被疑者・被告人に対して正当な根拠ある権限と保障にならない」ということは承服しがたい。<sup>29</sup>かかる考慮に基づき、スコットランド法に、被疑者・被告人が体内試料を提供することを強制しうる要件を定めた規定が盛り込まれた。

#### スウェーデン

最後に、スウェーデン法によれば、DNA指紋を得るために体内検査を行うことも可能である。この命令は検察官または裁判官によってなされうる。血液検査に関する限り、それは医師または看護婦によってのみ実施しうる。より徹底的な検査、例えば組織の採取は、医師のみによってなされる。<sup>30</sup>

#### 強制—正当な理由なく拒否する場合の唯一の選択

DNA個人識別のための比較物質は被疑者・被告人の身体内にある。

刑事事件におけるDNA検査の立法的基礎が実現されなければならぬことは当然として、被疑者・被告人が任意に身体物質を提供することや採取させることを望まないとき、いかなる方応がなされるべきかの問題が起ころ。

外国の法制度では、すでにこの問題は刑事訴訟法における体内検査への協力に関する議論という枠内で生じ、三つの対応が考えられてきた。

第一の意見は、協力の拒否に対して罰則を科すというものである。しかし、制裁が協力を十分に動機付けるものとなるためには、そのためにDNA個人識別を命じうる犯罪に対する制裁と同等に厳しくなければならぬため、かかる対応は非現実的であるとして退けられた。

第二の意見は、協力の拒否はそれ自体を犯罪として処罰せず、その拒否にいかなる証拠上の帰結を結び付けるかを裁判

官に任せるといふ、いわゆる不利益推論である。この対応は、イングランドおよびウェールズ、北アイルランド並びにアイルランド共和国の立法で選択されている。

しかし、この選択もまた拒否されなければならない。なぜなら、被疑者・被告人が拒否する理由はあらゆる種類が考えられるのであり、それゆえ証拠上の帰結をそこから引き出すことはできないからである。この選択枝を退けるもう一つの理由は、協力の拒否に対して結論を結び付けることは、ヨーロッパ大陸の多くの国の証拠法制度と適合しないからである。

第三に可能な対応は、協力の拒否を合理的な物理的強制力を用いて断念させることである。かかる強制は、スカンジナビア諸国、スコットランド、ドイツ、アメリカ合衆国およびオーストラリアのいくつかの州で選択されている。

もし立法者が、DNA個人識別は一定範囲の犯罪を追求するのに不可欠であり、その実現可能性は立法を基礎とする判断するならば、立法者は強制力以外の選択の余地はない。オランダの証拠法制度は強制力を必要とする。なぜなら、そうしてのみ証拠として利用可能な結果が得られるからであ

る。したがって、DNA個人識別のための試料を採取するために、体内検査を刑事訴訟に盛り込んでいるほとんどのヨーロッパの国は、協力を拒否する場合に何らかの形の強制を規定している。

### DNA指紋法についてのオランダ法案

最後に簡潔に、オランダの法案をより詳しく検討したい。その際特に、この措置をめぐる法的保障に論及しよう。

刑事訴訟法に新たに一九五五年aないしeを追加する法案の核心は、予審判事がDNA検査を実施する専門家を選任できること、予審判事は被疑者・被告人に対して、許可事項、検査実施の日時および研究所並びにその結果を書面で通知すること、被疑者・被告人およびその弁護士並びにこれらの者によつて選任された専門家は検査に立ち会うことができることである (art. 195a, sec. 1, 3 CCP)。

被疑者・被告人は対抗検査を行うために、検査結果が通知されてから十四日以内に、裁判官に対して別の専門家を選任するよう請求する権利をもつ。

對抗検査に十分な物質が利用できないときは、裁判官は最初の検査を誰が実施するかにつき、被疑者・被告人に指定研究所のひとつに勤務している専門家を選任させることができる (art. 195b CCP)。この場合、被疑者・被告人が検査実施専門家を決定するのである。

この法案の出発点は、被疑者・被告人が自発的に、個人識別および場合によつては對抗検査に必要な血液採取に協力することである。それゆえ、被疑者・被告人はその者の血液を提供するよう裁判官に要請される。被疑者・被告人が協力しないときは、任意の協力の要請が効を奏せず、かつ裁判官による聴聞がなされた後、裁判官は医師により必要ならば強制力を用いて血液を採取することを命令できる (art. 195d, sec. 4, 6 CCP)。

命令は書面化され、被疑者・被告人に告知される。しかし裁判官は、法定刑が八年以上の拘禁である犯罪または法定刑が六年以上の拘禁であるいくつかの暴力および性犯罪の被疑者・被告人の場合に限り命令が下せる。命令は嫌疑が立証され、合理的理由に基づき真実の解明のために当該検査が必要であるときに限り下せる (art. 195d, sec. 1-3 CCP)。

ヨーロッパ刑事事件におけるDNA指紋法の利用

特別な医学的理由から血液採取が望ましくないときは、頬粘膜、毛根その他の試料を被疑者・被告人から採取するよう命ずることができる (art. 195e, sec. 5, 7 CCP)。

試料提出命令に対する上訴は命令の告知があった後、十四日以内に受訴裁判所に提起できる。被疑者・被告人から任意または強制により採取された試料は、捜査の利益に支障がなければ直ちに廃棄される (art. 195a, sec. 4 CCP)。

この法案は、刑事事件の捜査および訴追のためのDNA分析に関するヨーロッパ委員会の提案の制限内にある。その主要な原則と提案は以下のとおりである。

「一般原則として試料採取には関係人の同意が必要である。採取に医学的関与が必要か否かにかかわらず、一定の条件下で試料は同意を得ずに採取できる。このような採取は常に適切な法的枠組の範囲内で、かつ犯罪の重大性からそのような行為が正当化されるときのみ実施される。

同意拒否の効果は国内法によつて定められる。

DNA分析に対するアクセスは、事件の重大性の程度に関係なく、あらゆる適切な事件において許容されなければならない。

加盟国は公認研究所に対する定期的監督手段を設けなければならぬ。

被告人側は検察官と同一の基礎に基づき証明する特別の手段として、DNA分析に対するアクセス権を持つべきである。<sup>(31)</sup>

## 法的保障

刑訴法一五九条aないしeには多くの保障が盛り込まれている。その一部はこの種の強制手段に関する憲法および人権条約上の要求に由来し、他の一部はDNA検査の結果に付随する波及的效果から帰結する。

保障の性質は二重である。法案は、一方で技術的性質の保障を、他方で人権的性質の保障を規定する。技術的保障は、試料の採取および検査を実施する研究所が払うべき注意の程度に関する。

人権保障の重要な部分は検査の検証可能性に関しており、他のものと一緒に被疑者・被告人の以下の権利の中に表現されている。

一、検査が実施される日時および研究所は書面で通知される。

二、専門家がDNA検査に立会う。

三、DNA検査の結果は書面で通知される。

四、通知の後、一四日以内に対抗検査を実施させる。

五、細胞物質が対抗検査に不十分である場合は、被疑者・

被告人自身がDNA個人識別を行う専門家（指定の研究所に勤めている者）を選任する。

六、被疑者・被告人から採取された試料の破棄の記録を通知される。

被疑者・被告人にDNA個人識別のために試料を提供されることを目的とする命令に関しては、以下の保障が盛り込まれている。

一、命令は裁判官によって下されなければならない。

二、命令は書面化されなければならない。

三、命令はあらかじめ明白にされた犯罪へ関与した場合に限り下すことができる。

四、命令は被疑者・被告人に対する重大な嫌疑が立証され、検査が真実を解明するためには合理的理由に基づき不

可欠であるときに限り下すことができる。

五、命令は被疑者・被告人に対する血液の任意提出の要請が効を奏せず、かつ可能ならば、被疑者・被告人が予審判事により弁護人の立合いのもの聴聞された後に限り下される。

六、医学的支障があるときは血液採取は許されない。

七、血液採取は医師による。

八、被疑者・被告人は裁判官の命令に対して上訴する権利を有する。

九、上訴により命令の執行は停止される。

非常に多くの保障を盛り込むことによつて、オランダの立法者は、DNA個人識別に反対する法律家により提起された異議を取除こうと努力してきた。

反対者から非常にしばしば提起される異議のひとつは、「危険な坂道」の議論である。反対者によれば、推進者はさらにスリップすることを防止しているダムを壊すことになるという。

かかる議論を崩すことは易しくない。なぜなら、それは他にまさつてあいまいだからである。それは、被拘禁者は釈放

ヨーロッパ刑事事件におけるDNA指紋法の利用

されるときにDNA検査を受けるよう義務付けられるだろうといった空想上のうわさの部類に分類するか、そのような計画はお金の浪費であることを指摘してそのようなうわさを否定することのほうが、なぜ「危険な坂道」の議論は誤りであるかの理由を述べるよりも容易である。これとの関連で私はもう一度、ここではDNA検査は遺伝子検査でなく個人識別を意味するに過ぎず、それは犯罪と犯罪者の関係を決定する機能を有するにすぎないことを注記しておく。

法案の外枠を描き、注釈を加えることにより、私は、DNA個人識別には絶対に「危険な坂道」といった問題はないことを明らかにしたかった。むしろ、DNA検査に対する根拠のない抵抗は、この検査方法に対する洞察を欠いていることに由来しており、立法者は詳細に議論された法案を処理することができるといふ結論を得た。この法案は、身体的保全やその他の人権の侵害に対して保障がなされることを要求する被疑者・被告人の利益と、重大な法律違反に関する限り、進んだ検査方法が利用されることを求める社会の利益とに慎重に配慮した結果であり、こうして、社会と被疑者・被告人の両方のために、適切な司法運営の原則からの要請に答えるこ

とができるのである。

刑事手続においてDNA検査を非常に限られた範囲で利用するための立法的基礎を受けられることは、坂道をさらにスリップすることを防止すべきグムの破壊を意味するだろうか。それは、超音波走査や自己免疫体、内視鏡検査またはその他の形の体内検査を受容するものと言えるだろうか。立法者はなおもそれについて決定しなければならぬのであり、少なくとも、DNA検査が自動的に他の種類の体内検査の受容に帰結するかは明確でない。例えばDNA検査と内視鏡検査は比較できない。内視鏡検査の場合、嚥下または隠匿された薬物といった、そこに属さない身体内のものが搜索される。そのような体内検査を行う必要は時間が立てば消滅するし、被疑者・被告人が協力しない場合、結果的に自然にその役割が果たされ、証拠は放出されるのであるから、強制は必要でないように思われる。

DNA個人識別の場合、自然は手を貸してくれず、したがって立法的根拠が設けられなければならないのである。

### 結語

以上において私は、刑事手続におけるDNA個人識別に対するいくつかの考えられる法的異議に反駁することに成功したように思う。さらに、私は、刑事訴訟法はこの検査方法の濫用に対する十分な保障を認けていることを証明したように思う。最後に私は、刑事手続において被疑者・被告人に、場合によっては強制力を用いて、そのような検査に協力することを期待できるという仮説に好意的な有力な議論があることを弁明しておく。

- (1) A. J. Jeffreys, V. Wilson, S. L. Thein, Individual-specific 'fingerprints' of human DNA, *Nature* 1985, p. 76-79.
- (2) B. E. Dodd, DNA-fingerprinting in Matters of Family and Crime, *Nature* 1985, p. 506-507.
- (3) D. Webb, The Use of Blood Grouping and DNA-fingerprintingtests in Immigration Procedures, *INLP* 1986, p. 53-61.



- Untersuchungs-methoden im Strafverfahren, in: *Stratvarteidiger* 1989, p. 546-551; H. Jung, *Zum genetischen Fingerabdruck*, in *Monatschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform* 1989, p. 102-107 and C. Rademacher, *Zulässigkeit der Gen-Analyse*, *NJW* 1991, p. 735-737.
- (21) L. G. Berlin, *Beschl. of 14 December 1988*, *NJW* 1989, p. 787 ff.; L. G. Darmstadt, *Urt. of 3 May 1989*, *NJW* 1989, p. 2338; L. G. Heibronn, *Urt. of 19 January 1990*, *NJW* 1990, p. 784 ff. and BGH *Urt. of 21 August 1990*, *NJW* 1990, p. 2944 and BGH *Urt. of 25 April 1991*, *NSStZ* 1991, p. 399.
- (22) Bericht der Enquete-Kommission 'Chancen und Risiken der Gentechnologie', *Deutscher Bundestag*, 10. Wahlperiode, *Drucksache 10/6775* of 6 January 1987, 405 p.
- (23) DNA 個人識別や同親兄弟など手塚佐野難点の調査 see J. Borricand, *La technique des empreintes génétiques (situation en droit français)*, *Revue internationale de criminologie et de police technique*, 1989, p. 68-74; R. Coquoz, *Les empreintes génétiques et la criminalistique. Passé, future*, *Revue internationale de criminologie et de Police technique*, 1989, p. 330-350 and J. C. Galloux, *L'empreinte génétique: La preuve parfaite? Semaine Juridique* 1991, p. 104-110.
- (24) K. Boyle (Ed.), *Irish Current Law Statutes Annotated*, Sweet & Maxwell, London, looseleaf (Release 17: 1-IV-1989, p. 22-16.)
- (25) Lov on rettergangsmåten i straffesaker (Straffeprosesloven), Lov no. 25 Norsk Lovtidend I. avdeling 1981, p. 356.
- (26) See the instruction to the Public Prosecution Service, the Pataleinstruksen, Regler om ordningene ae Patalemyndigheter van 28 juni 1985, no. 1679, Norsk Lovtid end 1985, p. 1001.
- (27) See inter alia G. Powell/Ch. Magrath, *The Police and Criminal Evidence Act 1984*, Longman, London 1985, p. 134; St. John A. Robillard/J. McEwan, *Police Powers and the Individual*, Basil Blackwell, Oxford 1986, p. 188; and T. C. Walters/M. A. O'Connell, *A Guide to the Police and Criminal Evidence Act 1984*, Financial Training, London 1985, p. 59.
- (28) D. Feldman, *The law relating to entry, search and seizure*, Butterworths London 1986, p. 238.
- (29) See inter alia G. Robertson, *Freedom, the individual and the law*, Penguin Books, London 1989, pag. 41.
- (30) 手塚佐野の調査 see, inter alia R. M. White/J. J. D. Greenwood, *DNA fingerprinting and the Law*, *The Modern Law Review* 1988, p. 145-155 and M. Hibbs,

Applications of DNA fingerprinting: truth will out, *New Law Journal* 1989, p. 619-621. エルトン・バークマン・マリー  
の形でヒッチコック事件が中心に扱われているもの  
として J. Warabaugh, *The Blooding*, Bantam 1988.

(29) イギリス医学士会理事によれば、証拠を提供して刑事訴追  
を支える目的で体内の身体検査を実施するために喚問され  
た医師の倫理的立場は、それは被検者の完全かつ任意のイ  
ンフォームドコンセントがあるときだけ実施されるべきだ  
と述べている。 cited in J. K. Mason and R. A. McCall  
Smith, *Law and medical ethics*, Butterworths, London  
1987, p.17. (しかしながら、著者たち自身はこの発言から距離  
をおいている。

(30) したがって研究所の補助によらない。しかしながら、一九  
八六年九月二四日のスウェーデン最高裁の判決によれば、  
「明示的な法規定に反して血液が、医師または看護婦によ  
り、採取されなかったという事実が、その血液検査が証拠と  
して排除される結果にならない。自由証拠の原則は、裁判官  
は法廷に提出されたすべての証拠を証拠として考慮する自  
由を有するという意味も含んでいる」とされる。 *Mytt Jur-*  
*idiskt Arkiv I* 1986, p. 489-494. この判決は厳しく批判され  
た。 Krister Theim, *Grundlagen och blodprov-et-prov*  
*utan värde* (Svensk Juristtidning 1987, s. 129-233). 著者は、  
最高裁は証拠価値の側面をあまりに重視し、身体的保全の  
ための法的要請の側面をあまりに軽視したと述べる。

ヨーロッパ刑事事件におけるDNA指紋法の利用

(31) Council of Europe, Strasbourg, 22 February 1991 (ad hoc committee of experts on bioethics, working party on genetic for police and criminal justice purposes). Draft Recommendation on the analysis to deoxyribonucleic acid (DNA) used for the investigation and prosecution of criminal offenses.

#### 〈付録〉

刑事事件におけるDNA検査の利用のための処置に伴う刑事訴訟法の追加法案（オランダ）の本文抜粋

第一条 第一九五条の後に新たに第一九五条 a ないし e が挿入される。

第一九五条 a ① 予審判事は第二項の規定に配慮したうえで、職権、司法官憲の要請または被疑者・被告人もしくはその弁護人の申請に基づき、政令で指定された研究所のひとつに所属する鑑定人を選任し、犯人捜査の目的で細胞物質をもとにDNA検査を行い、かつ理由を付した報告書を当該予審判事に提出するよう委任することができる。

② 第一九五条b第一項に定められている対抗検査のために不十分な細胞物質しか使用できないときは、予審判事は常に被疑者・被告人に、当該検査を行う鑑定人を指定研究所に所属する者のうちから指名する機会を与える。第一九五条bは適用されない。

③ 予審判事は常に被疑者・被告人に、鑑定人になされた命令、検査が実施され日時および研究所並びにその結果について書面で通知する。第二項に定められている場合を除いて、予審判事はさらに被疑者・被告人に第一九五条bの規定を告知する。

④ 予審判事は、検査の利益がこれを許すかぎり、被疑者・被告人から採取された細胞物質を廃棄する。廃棄は遅滞なく口頭で命じられる。

⑤ 政令によって本条の実施方法に関する細目が定められる。

第一九五条b① 被疑者・被告人はその者にDNA検査の結果を書面で通知されて後十四日以内に、予審判事に、当該被疑者・被告人によって指名された、政令で指定された研究所

のひとつに所属する鑑定人を選任し、第一九五条a第一項に規定するDNA検査を行い、かつ理由を付した報告書を当該予審判事に提出するよう委任することを申請できる。予審判事は当該申請を承認する。第一九五条a第三項第一文、第四項及び第五項は準用される。

② 第一項の適用に際して、第二三二条は適用されない。

第一九五条c 第一九五条aおよびbに規定する鑑定人により検査については、第一九五条aおよびbに特別の定めがある場合を除き、第二編第三章第五節の規定が準用される。

第一九五条d①予審判事は職権または司法官憲の要請により、法律の規定により八年以上の拘禁刑が科されている犯罪の被疑者・被告人から、第一九五条a第一項に規定するDNA検査を実施するために血液を採取するよう命ずることができ、この命令には理由が付され、かつ被疑者・被告人に告知される。

② 当該命令はさらに刑法第一〇九条、第一一〇条、第一四一条第二項第一号、第一五四条第四項、第一八一条第二号、

第一八二条、第二四七条、第二四九条、第二八一一条第一項第一号、第二八二条第一項、第二九〇条、第三〇〇条第三項および第三〇一条第二項に規定する犯罪の嫌疑がある場合も、下すことができる。

③ 当該命令は、諸状況から被疑者・被告人に対する重大な嫌疑が証明され、かつ当該検査が事実を明らかにするために合理的に考えて必要であるときに限り下すことができる。

④ 予審判事は、被疑者・被告人が聴聞され、かつDNA検査のために任意に血液を提出することの要請が効果を得なかつた後でなければ、当該命令を下せない。被疑者・被告人は聴聞の際に弁護人に立ち合つてもらう権利を有する。第二四条第三項は準用され、

⑤ 当該命令は、被疑者・被告人からの血液の採取が医学的理由から好ましくないと認められるときは、執行されてはならない。

⑥ 第一項の規定により命令が下された被疑者・被告人は医師により、当該DNA検査および対抗検査に必要な量の血液を採取される。必要ならば当該命令は警察力を補助に用いて執行できる。

⑦ 第五項が適用される場合、予審判事は被告人から、頬粘膜、毛髪またはその他の政令によって指定される細胞物質を、第一九五条a第一項によるDNA検査を実施するために採取するよう命ずることができる。第一項第二文、第四項および第六項は準用される。

⑧ 政令により本条の実施方法に関する細目が定められる。

第一九五条e① 被疑者・被告人は、第一九五条d第一項または第七項によって下された命令に対して、命令の告知後十四日以内に上訴できる。上訴裁判所では、事案の真相を究明し、可能なかぎり迅速に裁判を行う。

② 被疑者・被告人は聴聞、または少なくとも喚問される。

③ 命令は当該裁判のあるまで執行を停止する。

## 第二条 省略

〈訳者あとがき〉

本稿は、オランダ・ナイメーヒェン (Nijmegen) 大学教授

Peter J. P. Tak による論説 'The Use of DNA-fingerprinting

in criminal cases in Europe' の翻訳である。タック氏はオランダを代表する刑事法学者のひとりであり、今回付録として訳出した刑事手続における DNA 鑑定法案の起草者である。氏はその準備作業として、欧米を中心とした十一カ国における人の身体に対する搜索・検査に関する立法例を調査し、一冊の著書にまとめている。'DNA en strafproeas: een recht-svergelijkend naar de grenzen van het onderzoek aan en in het lichaam, Gouda Quint, 1990.'

私は一九九〇年八月にタック氏を訪問する機会を得、その際、法案の原稿、その解説となる論稿、その他オランダの判例等の資料を氏のご厚意により入手し得たが、もっぱら私の怠惰のせいで今日まで放置されていた。ところが今年の春、当時ドイツ留学中の奈良産業大学助教授川口浩一氏より、前述の著書をもとにタック氏が英文で書いた原稿を氏から送っていただけたという連絡を受けた。そこで、この機会にその英文原稿をタック氏の承諾を得て翻訳するとともに、オランダの DNA 鑑定法案の本文抜粋を試訳し、紹介することにした。なおタック氏に問い合わせたところ、本翻訳の元原稿にさらに内容を補充したものが、十二月にフランスの専門誌、

'Revue de science criminelle et de droit penal comparé' に掲載される予定である。また、DNA 鑑定法案は九二年秋現在も国会の司法委員会で審議中であり、本会議での審議はおそらく来年になるだろうということである。

最後に、本論文の内容について若干の解説を加えておく。まず、本論文における DNA 鑑定 of 技術的説明は、マルチローカスプローブを用いた RFLP 分析方式を対象にしている。もともと、現在の日本、アメリカ、ドイツにおける犯人捜査のための DNA 鑑定法は、シングルローカス方式が中心である。

タック氏は推進論の立場から、DNA 鑑定導入の障害となるような法的問題の有無を検討し、これを否定する。まず、DNA 鑑定の法的側面として、個人識別としての DNA 鑑定には懸念されているようなプライバシー侵害のおそれはなく、また DNA 鑑定のための身体物質の採取は自己負罪拒否特権の侵害にもあたらないとされる。つぎに、被疑者・被告人が身体物質の採取に応じないときの対応のし方として、拒否の事実からの不利益推論は妥当でなく、強制採取によるべきとされる。そして最後に、DNA 鑑定の実施に対する被疑

者・被告人の法的保障として、検証可能性および身体物質、特に血液採取に伴う被疑者・被告人の人権保護という視点に立つ。そして、被疑者・被告人への検査実施に関する通知、被疑者・被告人の専門家の検査への立会、検査結果の通知、対抗検査の権利、それが不可能な場合は最初に鑑定人を選任する権利等を被疑者・被告人に保障するとともに、被疑者・被告人から直接、試料を採取するにあつては、罪種を限定し、法的聴聞の機会の保障等を法案に盛り込む。DNA鑑定導入に伴う法的保障として実に周到な配慮がなされている点は、特に注目されよう。

蛇足ではあるが、訳者の若干の感想を付して結びたい。DNA鑑定を考える上では最終的に、次の二つが重要なポイントになるだろう。第一に、血液鑑定のための体液採取と、DNA鑑定のための体液採取は同一の処分と解せるかどうかである。その結論は、血液採取は鑑定処分許可状と身体検査令状の併用によるという実務自体には影響しないだろうが、令状発布における条件の違いとなつて現れる。そこで、「強制処分」の本質は何かを再度、問うてみる必要がある。それは「強制処分」を「任意処分」と分け隔てる要素であると同様

に、各々の「強制処分」を特徴付ける要素とも言えるからである。今日では、物理的強制をもつて強制処分の本質的要素と解する見解にかわつて、その程度については議論の余地があるものの、権利ないし法益の侵害の有無を本質的要素とみなす見解が支配的になりつつある(参照、井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」刑事訴訟法の争点(新版)四二頁)。したがつて、単に身体への侵襲態様が同一であることを理由に、血液鑑定のための体液採取とDNA鑑定のためのそれを同一の性質のものとして判断することは妥当でなく、採取された体液の分析によつて侵害される権利ないし法益まで踏み込んだ考察が要求されてしかるべきである。DNA鑑定の特殊性を否定する見解は、これによつて得ようとする情報が、血液型と同様、何らプライバシーに係わる重要な情報を含んでいないDNAの配列パターンにすぎない点を、その理由とする。しかし、たとえかかる主張を前提としても、被検者の持つDNA型が何であつたか自体、重要な情報であることは否定できないのであり、令状の請求においてはDNA鑑定のための試料を得るための血液採取であることを明示すべきである。

第二に、検査手続の信頼性や結果の正確性を保証するため

に被疑者・被告人にどのような手続的権利を認めるべきかである。DNA鑑定は行程が複雑である上、高額な機器も必要とし、また鑑定経験者もごく限られていること、鑑定結果の解釈（偶然の一致の可能性の計算）が科学的に充分なものとはいえないことなどから、鑑定に関する記録の開示、鑑定内容を争うための専門家の援助、再鑑定の保障等が、他の鑑定にもまして重要になるだろう。DNA鑑定の採用問題を契機に、鑑定をめぐる諸問題を立法論的にも再検討してみる必要があるだろう。