

ドイツにおけるDNA型検査の現状

—DNA型一斉検査—

辻 本 典 央

- I. はじめに
- II. ドイツにおけるDNA型検査の法律状況
 - 1. 立法以前の状況
 - 2. 立法の過程
 - 3. 現行規定
- III. DNA型一斉検査
 - 1. 同意要件について
 - 2. 目的拘束性—「家族探索」の許容性—
- IV. おわりに

I. はじめに

人の指紋は、しばしば「万人不同、終生不変」といわれるように、個人を識別・特定する機能をもつ。それゆえ、犯罪現場に犯人の指紋が遺留された場合、その特徴を分析することで、犯人を特定することが可能となる。このような「指紋鑑定」の導入は、1880年にイギリス人医師である *Henry Faulds* が科学誌「ネイチャー」に論文を投稿したことに端を発するが、それが犯罪捜査において革命的な出来事となったことは、有名な話である⁽¹⁾。

それから約100年を経た1985年に、同じくイギリス人研究者（遺伝子学）

(1) コリン・ビーヴァン（茂木健訳）『指紋を発見した男：ヘンリー・フォールズと犯罪科学捜査の夜明け』（2005年）。

である *Alec J. Jeffreys* が、助手らと共同して研究した成果を一本の論文にまとめて、やはり「ネイチャー」に投稿した⁽²⁾。*Jeffreys* は、この論文において、ヒトゲノムの暗号化されていない部分において、個人を特定する変数が存在することが発見されたとして、これが、まさに指紋と同様の原理において個人を識別・特定しうるものであることを発表した。すなわち、従来のヒトゲノムに関する研究が、主としてその働き如何（例えば遺伝、先天性疾患の解明など）に着目されたものであったのに対し、*Jeffreys* の研究は、ヒトDNAの塩基配列（約10万個の遺伝子を記録する30億の配列）⁽³⁾に着目し、これがあたかも指紋と同様に、万人不同・終生不変の原則によって支配されていることを解明した点にあった。このいわゆる「DNA指紋」(DNA-Fingerprint)は、その機能ゆえに、ただちに犯罪捜査に取り込まれ⁽⁴⁾、瞬く間に、世界中に普及していった。

日本でも、間もなく、警察庁科学警察研究所が犯罪捜査への取り込みに向けた研究を開始し、早くも1992年には、強姦致傷事件において、DNA型鑑定結果が実質証拠としてその証拠能力を認められている⁽⁵⁾。その後、いわゆる足利事件において、最高裁もDNA型鑑定の証拠能力を肯定したことから⁽⁶⁾、犯罪捜査及び公判証拠調べにおけるその有用性が一般的に承認されるにいたる。そして、2005年には、「DNA型記録取扱規則」(平成17年国家公安委員会規則第15号)、およびその細則としての「DNA型記録取扱細

(2) *Jeffreys AJ, Brookfield JF, Semeonoff R, Positive identification of an immigration test-case using human DNA fingerprints, Nature 1985 Oct 31-Nov 6, 317 (6040), 818-9.*

(3) 加藤久雄『ポストゲノム社会における医事刑法入門・新訂版』(2004年) 259頁。

(4) *Jeffreys* 自身が、地元警察の依頼により、DNA鑑定から犯人を特定した事件が最初であるといわれている。

(5) 水戸地裁下妻支平判4・2・27判時1414号35頁。

(6) 最決平12・7・17刑集54巻6号550頁。

則」(平成17年警察庁訓令第8号)が制定され、DNA型データベース(「DNA型記録検索システム」)が本格的に運用されるにいたっている。確かに、足利事件では、当時の技術(MCT118法⁽⁷⁾)においてDNA型が一致したことが間接事実(かつ、自白を補強する証拠)として使用されたが、周知のとおり、この事件は、すでに冤罪であることが発覚している⁽⁸⁾。それゆえ、その意義は過信されてはならない。しかし、その後の技術的進歩は目覚ましく、現在の技術(STR型検査法)では、日本人で最も出現頻度が高いとされる型でも約4兆7千億分の1にまでその精度が高められている(但し、一卵性双生児の場合を除く)⁽⁹⁾。それゆえ、「このような数字は、現在の世界人口(推定70億人)をはるかに上回っており、理論的にいえば、これらが一一致すれば、極めて高い確度で当該DNAが同一人に由来すると推定することができる」として、その証拠価値が高く評価されている⁽¹⁰⁾。

このようにして、DNA型検査は、高度の個人識別・特定機能を有することから、これを犯罪捜査(及び、公判証拠調べ)の場面に実用するならば、少なくとも、その型が一致しないということで、犯人と被検者との同一性を否定し、その者を被疑者・被告人の範囲から除外することが可能である。さらには、上記のような技術的進歩を前提にすると、現在では、より積極的に、型が一致するということを犯人と被検者との同一性を根拠づけるものとして使用することも可能となっている。

また、DNA型は近親者間において一定の近接性を示すことも、一般に知

(7) 同一型が出現する頻度は、血液型も組み合わせると、1,000人中1.2人の割合であった(宇都宮地判平5・7・7刑集54巻6号670頁)。

(8) 東京高決平21・6・23判時2057号168頁、宇都宮地判平22・3・26判時2084号157頁。

(9) 平成22年度警察白書82頁。

(10) 司法研究報告書(第64輯2号)『科学的証拠とこれを用いた裁判の在り方』(2013年)94頁。

られている。それゆえ、民事裁判では、すでに親子関係の認定に際して、DNA型鑑定が証拠として使用されるに至っている⁽¹⁾。この手法を刑事手続に応用すると、DNA型検査の被検者が犯人ではないとしても、その近親者である可能性まで確認されれば、それを手がかりにして、例えば、被検者の近親者に対しさらにDNA型検査を実施するなどの手法で犯人特定につなげることも容易となる。このような捜査手法は、「家族探索」(familial searching) 又は「家族同定」(familial profiling) と呼ばれ(以下、「家族探索」という)、日本ではまだ認知されていないが、アメリカ及びイングランドでは広く使用されているようである⁽²⁾。

また、このような家族探索は、被検者の数が多いほど、より実効的な手法となる。日本では、現在のところ、DNA型データベースとの照合に限定されており、そこには、過去の犯罪捜査等をきっかけに蓄積された試料が保管されているに過ぎない。しかし、例えば、特定の犯罪をきっかけにその犯行地に居住する一定範囲の住民から一斉に(かつ、新たに)DNA型試料を収集すること(DNA型一斉検査)ができるならば、犯人が探索・同定される割合は、著しく高まることになるであろう。実際、イングランドで初めてDNA型鑑定によって犯人が同定された事案は、前述(注4)のとおり、理論の発見者である *Jeffreys* によるものであるが、その際には、DNA型一斉検査が行われていた⁽³⁾。

本稿は、このような内外の状況を踏まえて、DNA型鑑定を刑事手続にお

(1) 広島高判平7・6・29判タ893号251頁、福岡高判平10・5・14判タ977号228頁、東京高判平10・8・26判タ1025号266頁など。

(2) *S. and Marper v. The United Kingdom* 30562/044, December 2008, BAILII, [2008], ECHR (GC) 1581. 本欧州人権裁判所判決について詳細は、井上悠輔・医療・生命と倫理・社会8号74頁。

(3) 加藤(前掲注3)257頁。

いて使用する場合の可能性と、その法的規制の在り方を探る。その際には、このところDNA型検査に関する法整備に急速的に取り組み、DNA型一斉検査まで法定したドイツの状況を、これを家族探索の手法にまで応用した近時の事案を中心に紹介し、我が国への示唆に向けた知見を得ることを目標とした。

II. ドイツにおけるDNA型検査の法律状況

1. 立法以前の状況⁽¹⁴⁾

ドイツでは、*Jeffreys* の研究が伝わった直後から、DNA型検査が犯罪捜査に取り込まれ、公判証拠として使用されるようになっていた⁽¹⁵⁾。もっとも、これを明示で許容する法規定が存在していなかったため、学説上、これを違法であるとする見解も有力であった⁽¹⁶⁾。その背景には、連邦憲法裁判所が、1983年に「国勢調査判決」において、基本法1条1項及び2条1項から「情報自己決定権」(Recht auf informationelle Selbstbestimmung)を基本権として承認したことが、大きく影響している⁽¹⁷⁾。

このような状況において、連邦通常裁判所 (BGH) は、1990年にはじめてDNA型検査の合法性問題に取り組み、DNA分析が非コード化領域にとどまる限りで、刑法81a条1項(被疑者・被告人に対する身体検査)に

(14) ドイツにおけるDNA鑑定の立法過程については、日本でもすでに詳細に紹介されている。本稿も、この箇所の記事は、主として以下の先行業績を参考にしている。藤原静雄・自治研究(1)68巻2号24頁、(2)68巻3号38頁、(3)68巻4号33頁、玉蟲由樹・(1)福岡法学52巻2=3号327頁、(2)52巻4号443頁、(3)54巻2=3号1頁、池田秀彦・創価法学30巻2号3頁、渡邊齊志・外国の立法211号36頁、221号170頁、227号106頁。

(15) 加藤(前掲注(3))257頁。

(16) *Keller*, NJW 1989, 2292.

(17) BVerfGE 65, 1.

基づいて許容されると判断した⁽¹⁸⁾。同条項は、当時次のように規定されていた。

被疑者・被告人の身体検査は、当該手続にとって重要な事実を確認するために命じることができる。この目的のために、医師により検査目的で医学的原則にのっとり行われる限りで、血液採取又はその他の身体に対する侵襲は、それによって被疑者・被告人の健康上の不利益が生じる虞がないときには、本人の同意なく行うことができる。

また、1995年には、連邦憲法裁判所（BVerfG）が、DNA型検査と情報自己決定権との関係について審理し、刑訴法81 a 条1項による検査手法は、実体的真実解明の要請からDNA型鑑定をも含むものであることを前提に、その合憲性を承認した⁽¹⁹⁾。これによると、非コード化領域の分析による個人の識別・特定は、それによってもなお私的生活形成の核心領域にまで触れるものではない、ただし、その周辺領域には配置されるものであることから、比例原則による制限を受けることはある。DNA型鑑定による個人の識別・特定は、刑事手続に不可欠のものであり、犯罪の重大性との関係で比例性が保たれている限りで憲法上許容される、というわけである。本決定は、いわゆる「領域説」（Sphärentheorie）を前提にして、DNA型鑑定による個人の識別・特定の位置づけ及びその規制基準について言及した点において、注目される。

(18) BGHSt 37, 157.

(19) BVerfG NJW 1996, 771.

2. 立法の過程

上記のとおり、ドイツ刑事手続におけるDNA型検査は、2つの最高裁判例によって、刑訴法81 a条1項を根拠として許容され、憲法にも違反しないことが確認された。これと並行して立法作業も進められ、1997年に初めて、DNA型検査が刑訴法に規定されることになった。

1997年改正法^{②)}は、刑訴法81 a条以下を改訂するものであったが、その要旨は、次のとおりである。第一に、刑訴法81 e条が新設され、81 a条の手続によって採取された血液又はその他の体細胞を遺伝子学的に検査することができることとされた。また、その検査は、当該又はすでに係属中の刑事手続に限り（刑訴法81 a条3項）、かつ、犯行痕跡が被疑者・被告人に由来するものであるかの確認のためにのみ（81 e条1項3文）行われうるとして、目的拘束性が規定された。さらに、刑訴法81 f条が新設されたが、これは、DNA型検査は裁判官のみが命じること（1項）、検査に際しては、捜査機関からの独立性が保たれるべきこと、検査試料の匿名性及びデータ保護の要請、などを定めるものであった（2項）。

続いて、1998年には、連邦警察局（BKA）に設置されたDNA型データベースの規制に向けて、法整備が行われた（DNA型同一性確認法。DNA-Identitätsfeststellungsgesetz^{③)}）。本法は、単行法であるが、その第1条において、刑訴法81 g条を新設することとされた。これにより、重大犯罪や性犯罪等の被疑者・被告人について、「将来」にまた刑事手続が行われる可能性があるとして認められる場合には、その体細胞等を採取し、これをDNA型検査ができることと定められた。そして、法第3条では、いったん採取されたDNA型データは連邦警察局のDNAデータバンクに登録される

②) BGBl I 1997, 534.

③) BGBl I 1998, 2646.

ことが定められた。手続の詳細は、通常刑事手続に際してDNA型検査が実施される場合を広く準用しており（同法1条3項）、原則として裁判官の命令が要求されること、目的拘束性などが規定された。この改正により、従来から実務で行われてきたDNA型データベースの利用に、法的根拠が明示されたわけである。

その後、2002年には、犯行現場に遺留された痕跡試料についてもDNA型検査を行うことができること^②、2003年には、DNA型鑑定に際して性別の確認もできること^③が、それぞれ法改正によって付記された。

そして、2005年には、DNA型検査について、（現在までで）最終の大きな改正が行われた^④。本改正法では、裁判官の命令要件が若干緩められ、被疑者・被告人の体細胞及び犯行現場遺留の痕跡試料について、遅滞の虞があるときは検察官又は警察の命令によって行うことができること（刑訴法81 f 条1項）、また、1998年制定のDNA型同一性確認法を廃止し、将来犯罪に備えたDNA型データベースの法規定を刑訴法に一本化すること（刑訴法81 g 条1項、3項）、などが定められた。中でも本改正の特徴となっているのが、DNA型一斉検査の導入である。そのために導入された刑訴法81 h 条1項は、次のように規定されている。

一定の事実から、生命・身体・人格的自由又は性的自己決定を侵害する重罪が行われたことの嫌疑が根拠づけられるとき、犯人に当てはまると推測される一定の識別特徴（Prüfungsmerkmale）を満たす者らに対して、痕跡物質がその者らに由来するか否かを確定するため必要な範囲で、かつ特に関係人の数に照らして犯罪の重大性と均衡を失し

② BGBI I 2002, 3018.

③ BGBI I 2003, 3007.

④ BGBI I 2005, 2360.

ない範囲で、本人の書面による同意を得たうえで、次の処分をすることができる。

- ① 体細胞を採取すること
- ② 採取した体細胞を、DNA型及び性別を確定するために遺伝子学的に検査すること
- ③ 確定されたDNA型を痕跡物質のDNA型試料と機械的に照合すること

また、DNA型一斉検査の実施は、必ず裁判官の命令を必要とすること（同条2項）、試料が不要となった場合の消去義務（3項）、被検者に対する書面による教示義務（4項）なども定められた。後者の教示義務は、①検査が法所定の目的にのみ使用されるものであること、②収集されたDNA型試料は将来の刑事手続で使用されないことを示しなければならない、被検者が検査に同意するか否かの判断に資するものとされている。

3. 現行規定

以上の改正を踏まえて、ドイツ刑事手続におけるDNA型検査についての現行制度を整理すると、次のとおりである。

一定の刑事手続において、被疑者・被告人のDNA型を特定するため、その血液、体細胞等を採取することができる。そこで採取された試料は、原則として、当該手続の解明のため、具体的には、犯行現場遺留の痕跡試料と被疑者・被告人から得られた試料との同一性確認、及び性別確認を目的としてのみ、DNA型検査の実施を許される（目的拘束性）。但し、被疑者・被告人に重大犯罪又は性犯罪の嫌疑があり、再犯のおそれが一定の事実から根拠づけられる場合には、将来の刑事手続の実施を目的としてDNA型検査を行い、これを連邦警察局のDNA型データベースに登録し、個別の事案

で得られた試料をこれと照合することができる。

また、性的自己決定等を侵害する重罪の刑事手続に際しては、痕跡試料との同一性を確認する目的で、一定範囲で犯人の特徴に一致する識別特徴を有する人的範囲において、一斉にDNA型検査を行うことができる。

DNA型検査の手続としては、裁判官による命令を原則とし（裁判官留保。前述のとおり、2005年改正で一定の緩和が図られた）、また、目的拘束性による制約がある。特にDNA型一斉検査に際しては、その対象者数に鑑みて、絶対的な裁判官留保が定められていると同時に、被検者の書面による同意を要求している点に特徴がある。このような規定の仕方は、ドイツの刑訴法上も初めてのことである²⁵⁾。比例性原則が明示で法定されている点も含めて、DNA型検査の必要性和対象者の人権制約のバランスが図られるよう配慮されている。

Ⅲ. DNA型一斉検査

以上、前項において、ドイツ刑事手続におけるDNA型検査の取扱いに関する法規定を概観した。そこで、本項では、新たな法制度の中でも特に注目されるべきDNA型一斉検査（刑訴法81h条）について、若干の法的問題点を指摘しておきたい。

1. 同意要件について

刑訴法81h条1項によると、一定の事実に基づいて性的自己決定を侵害する重罪（強姦罪等）の嫌疑が根拠づけられる場合には、犯行痕跡試料と

²⁵⁾ Rogall, in FS-F. C. Schroeder, 2006, S. 691, 711; Kretschmer, HRRS 2012, 185.

の照合を目的として、一定の特徴を持つ人的範囲において、体細胞等を探取し、DNA型検査を行うことができる。この措置を行うには、裁判所の命令を必要としているが（裁判官留保）、DNA型検査の他の類型と異なり、ここでの裁判官留保は絶対的である²⁶⁾。

これに加えて、DNA型一斉検査を行うにあたっては、対象者に対して処分の目的及び不要となった場合に直ちに廃棄されることが書面によって教示され、これに応じて、対象者本人の書面による同意を得なければならない。このように、裁判官の命令を絶対的の要件としつつ、さらに対象者本人の同意を要求する強制処分の類型は、ドイツ刑事訴訟法上初めてのものといわれている（前述Ⅱ 3）。DNA型一斉検査は、特定の被疑者・被告人に対する処分ではなく、非常に多くの、（真実には）当該犯罪と全く無関係の市民に協力を求める性質のものであることから、このような厳格な手続要件が定められているわけである²⁷⁾。それゆえ、手続の趣旨等について明確な教示を行ったうえで、あくまで対象者に任意の協力を得て行われるのでなければならない。

もっとも、対象範囲に該当する市民に対して協力を求めたところ、拒否された場合、この拒否という事実自体によって嫌疑がその者に集中し、被疑者として取り扱うことが許されるか（例えば、被疑者・被告人としてのDNA型検査を行うことができるか）という問題について、見解の対立がある。一部では、他の嫌疑が付け加わることが前提であるが、これに伴って、検査の拒否がその者をして当該犯罪の被疑者としての嫌疑を基礎づけうる、とする見解が主張されている²⁸⁾。この見解によると、検査を拒否した者に対して、そのことを（も）理由として被疑者としての強制処分（DNA型検

²⁶⁾ BT-Drs. 15/5674, Gesetzentwurf, S. 14.

²⁷⁾ BT-Drs. (Fn. 26) S. 14.

²⁸⁾ *Senge*, NJW 2005, 3028, 3032.

査も含む)を実施することができる。しかし、通説は、自己負罪拒否自由の原則に基づいて、検査拒否は被疑者としての嫌疑を基礎づけるものではない、と理解している²⁹⁾。加えて、検査拒否により被疑者として扱われうるという場合、被検者の同意を条件とした本規定の趣旨を潜脱しうるものとなることから、通説をもって妥当と解するべきであろう。

但し、他の被検者に対するDNA型一斉検査によっても、犯行痕跡との同一性が確認されない場合、その対象者らは被疑者としての嫌疑の範囲から除外されていく。これにより、嫌疑の範囲が限定され、それに伴って捜査の焦点が検査拒否者に集中することは否定できない³⁰⁾。しかし、そのような事態は、あくまで嫌疑の端緒を生じさせるものであるにすぎず³¹⁾、これによって直ちに検査拒否者を被疑者として扱うことが許されるということではない。

2. 目的拘束性—「家族探索」の許容性—

(1) 家族探索

ドイツ刑訴法上、DNA型一斉検査は、犯行痕跡試料が当該被検者に由来するものであるかを確認するという目的に限定されている。これに対して、イギリスやアメリカの一部の州では、家族探索という手法が、刑事手続におけるDNA型検査処分の中で行われている(前掲注11))。この類型は、DNA型が本人の識別だけでなく、その配列の類似性等に基づいて一定の近親関係まで特定しうるものであることに着目し、捜査手続においても、犯人との同一性だけでなく、その近親者を特定し、そこからその家族を追及する

²⁹⁾ BGHSt 49, 56; BVerfGE NJW 96, 1587; NJW 96, 3071; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht 27 Aufl., 2012, S. 274 (Rn. 33).

³⁰⁾ BGHSt 49, 56, 60.

³¹⁾ BT-Drs. (Fn. 26) S. 14.

というかたちで用いられている。

ドイツでは、この家族探索の類型は、DNA型一斉検査の目的に明示されていない。もっとも、犯人探索におけるその威力ゆえに、実際にはいくつかの事例で行われていたようである。その証左として、近時、連邦通常裁判所において、この家族探索の適法性について判断が求められるにいたった。

(2) 連邦通常裁判所2012年判決

(i) 事件の概要

本件は、2010年7月にD地区で発生した強姦事件であり、犯行当時16歳の未成年者Xが犯人であった⁸²⁾。被害者の衣服に犯人の血液が付着していたため、警察は、そこから犯人のDNA型を特定し、これを犯行痕跡として捜査が開始された。しかし、被害者が犯人の特徴について25歳程度の男性であることしか記憶していないと供述するなど、確たる証拠が得られなかったため、犯人の特定は難航した。そこで、警察は、D地区及びその近郊に在住する18歳から40歳までの男性を対象としてDNA型一斉検査を行うべく、これをオスナブリュック区裁に申し立てた。捜査判事は、この申立てに基づいて、検査実施を認める命令を発した。一斉検査が開始され、2,406人がこれに協力して試料を提供したが、そこには、Xの父及び叔父も含まれていた。

検査試料のDNA型鑑定を行うために、鑑定人Aが要請された。Aは、約3分の1の試料の分析を終えた段階で、その中に犯行痕跡試料と一致するものは発見できなかったが、塩基配列が非常に近似した、近親者であると

⁸²⁾ 事件が発生した町の名前から、「デュルペン強姦事件」と呼ばれている。Swoboda, StV 2013, 461.

推定される2つの試料を確認した。そこで、Aは、警察に対し、右所見を述べたうえで、当該被検者の他の近親者も一斉検査において試料を提供していたかを確認するよう求めた。Aは、その確認結果によっては、残り試料の検査を省略できると考えたのである。

警察は、Aの申出を受けて、当該2つの試料について提供者の身元を確認したところ、相互に近親関係にあることが判明した。また、そのうち1つの資料提供者には息子(X)がいるが、その者は年齢対象外であったため一斉検査には含まれていなかったこと、しかし、その年齢からして今回の犯行を行うことも可能であったことも確認された。そこで、あらためて区裁捜査判事の命令に基づいて、Xに対して、被疑者としてのDNA型検査(刑訴法81a条)が実施された。その結果、XのDNA型が犯行痕跡試料のそれと一致することが判明した。

原審オスナブリュック地裁(2011年11月2日判決^③)は、このDNA型鑑定結果を決定的な証拠として、特に重大な強姦罪を理由に、Xを5年の少年自由刑に処した。これに対して、Xが上告したが、連邦通常裁判所は、要旨次のとおり判示し、上告を棄却した。

(ii) 連邦通常裁判所判決

① 検査試料の目的外使用による違法性

被告人側は、上告において、次のとおり主張した。すなわち、本件鑑定人Aは、捜査機関に、2人の被検者が容疑者の近親者である可能性を報告した。当該措置は、刑訴法81h条1項の目的拘束性に反しており、また、被検者の同意の対象外でもある。これに対して、本判決(連邦通常裁判所刑事第3部2012年12月20日判決^④)は、次のとおり判示し、本件鑑定人及

③ LG Osnabrück, 2.11.2011, Az: 321 Js 51830/10-3 KLS 10/11.

④ BGHSt 58, 84.

び捜査機関の措置を違法であると断じた。

刑訴法81h条1項によると、DNA型一斉検査による試料の収集分析は、その中に犯行痕跡試料のDNA型と一致するものがあるかを確認するという目的に限られる（目的拘束性）。それゆえ、それ以外の、例えば容疑者の家族を抽出するといった目的でこれを行うこと（家族探索）は許されない。本件では、試料の検査分析の時点で鑑定人はそのような家族関係の情報等を知らされていたわけではなく、むしろ、検査結果から容疑者との親族関係が存在する可能性（近親適合性）が発見されたのである。それゆえ、問題は、DNA型一斉検査の過程で本件のような容疑者と被検者との近親適合性が判明した場合、これをさらなる捜査の根拠として使用することができるかという点にある。学説上これを肯定する見解³⁵⁾もあるが、判例上は未解明の問題であった。

この点について、本判決は、刑訴法81h条1項の目的拘束性を理由として、DNA型一斉検査に際して「付随的に近親適合性が確認された場合に、この情報を捜査機関に伝達し、これをその後の被疑者・被告人に対する手続で使用することは」違法であると認めた。近親適合性情報がこのようなかたちで使用されることは、本件において、被検者であるXの父と叔父らの人格権、ことに情報自己決定権（基本法2条1項）及び家族関係の保護（基本法6条1項）という基本権を侵害するというのである。現行法上、このような基本権侵害を許容する根拠規定はない。それゆえ、被検者らのDNA型情報とその家族（本件ではX）の嫌疑を根拠づけるものとして使用することは違法である。つまり、当該近親適合性情報を疎明資料として被疑者本人のDNA型検査を実施することは、本規定の目的拘束性に反して許

35) Brocke, StraFo 2011, 298, 299は、現在の検査技術上、近親適合性はDNA型の対照後に初めて判明するものであり、その確認は不可避であることから、目的拘束性には反しないと述べる。

されないものであった。

② 証拠の許容性

では、このような違法手続によって得られた、Xと犯行痕跡試料のDNA型が一致したという情報は、後の公判で証拠として使用することを許されるか。

前提として、本件で基本権侵害を受けたのは、被疑者・被告人本人ではなくその近親者らであることを、確認しておかなければならない。この点について、本判決は、被疑者・被告人の家族らの証言拒否権（刑訴法52条1項3号，3項1文）又は血液検査拒否権（刑訴法81c条3項1文，2文）を援用し、その趣旨は本件のようなDNA型一斉検査の事案にも妥当するとして、被疑者・被告人は、近親者らの基本権侵害による手続瑕疵を理由としても、証拠の許容性について異議を述べることができるとした⁶⁶⁾。すなわち、証言拒否権等は、一義的には、被疑者・被告人本人ではなく、その家族らが自身の刑事手続への協力を強制されることから保護するものである⁶⁷⁾が、その保護が侵害されたとき被疑者・被告人がその瑕疵を援用できるのでなければ実効性が失われる、というわけである⁶⁸⁾。

もっとも、ドイツにおいて（も）、証拠収集手続に違法性が認められるとしても、それによって直ちに証拠の許容性が否定されるわけではない。むしろ、個別根拠規定がある場合⁶⁹⁾は格別、一般的には、個別事例における諸事情の衡量から、証拠の許容性が判断されるものと解されている（衡

⁶⁶⁾ Löffelmann, JR 2013, 277, 278は、本件2名の被検者らは、試料採取によって親族の有罪認定への寄与を強制されたわけではないとして、この援用を批判する。

⁶⁷⁾ BGHSt 11, 213, 215 f.; 2, 351, 354; 22, 35, 36 f.; 27, 231, 232; 32, 140, 143.

⁶⁸⁾ Meyer-Göfner, StPO, 56. Aufl., § 52 Rn. 32 und 34 m. zahlr. weiteren Nachweisen, § 81c Rn. 32; LR/Krause, StPO, 26. Aufl., § 81c Rn. 65.

⁶⁹⁾ 例えば、違法な取調べによって得られた自白の使用禁止（刑訴法136 a 条3項2文）。

量説。Abwägungslehre⁽⁴⁰⁾。そして、証拠使用禁止を認めることは、刑事手続の本質的要請である実体的真実解明と正面から衝突することから、判例上は、例外的なものとなされ、真実解明よりも優越する利益が肯定される場合に限られている⁽⁴¹⁾。

本判決は、このような理解を前提として、以下のような衡量を行い、結論として、被疑者・被告人 X の DNA 型検査により得られた情報の証拠許容性を認めた。すなわち、確かに、被検者らと X との近親適合性情報は、本件において、当初の DNA 型検査の目的から逸脱して使用されており、その違法性は目的拘束性の意義に鑑みると相当に重い。しかし、近親適合性情報それ自体は、適法な DNA 型一斉検査に際して得られたものである。また、鑑定人が警察にその情報を伝達したことは、不要な検査の省略を目的にされたものであり、それ自体で濫用的とまではいえない。さらには、被疑者・被告人 X との近親適合性情報は、一斉検査から付随的に得られたものであり、いわば「偶然発見物」といいうる。このような偶然に発見された DNA 型情報について、確かにその使用を許す明文規定はないが、しかし使用を禁止する規定もない⁽⁴²⁾。例えば、捜索の最中に別罪の証拠が発見された場合、暫定的に押収することが認められており（刑訴法 108 条 1 項 1 文）、刑訴法上、偶然発見物の証拠使用が一切禁止されているわけではない⁽⁴³⁾。このことからすると、警察が、本件において近親適合性情報を被疑

(40) BGHSt 47, 172, 179; 51, 285; 54, 69, 87; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, S. 196 ff.; ders., JZ 96, 944; ders., FS-Grünwald, 1999, S. 523 ff.; ders., FS-Hanack, 1999, S. 293.

(41) BGHSt 54, 69 Rn. 47, mit zahlreichen weiteren Nachweisen; BVerfGE 130, 1 (Rn. 117).

(42) Löffelmann (Fn. 36) S. 279 は、立法されていないことは、利益衡量の要素にならないと批判する。

(43) Jahn, JuS 2013, 470, 472 は、むしろ反対解釈からは、証拠使用が否定されるべきであったと批判する。

者・被告人の以後の刑事手続に使用できると判断したことも、あながち全く不合理というほどのものではなく、そこに法規定及び基本法上の保護に対する「意識的又は恣意的な潜脱」は認められない⁴⁴⁾。以上から、本件の手続瑕疵は、被疑者・被告人自身のDNA型検査によって得られた情報の使用禁止を導くほどのものではなかった。

(iii) 本判決に対する評価

以上のおり、本件は、第一に、刑訴法81h条に基づいて実施されたDNA型一斉検査において、一部の試料に犯行痕跡試料との同一性までは認められないが、その近親者である可能性が認められる場合、そのようにして得られた情報を引き続く刑事手続で使用する事の適法性が問題とされた。本件では、当該近親適合性情報に基づいて、被検者の家族である被疑者について嫌疑が認められ、これを疎明資料として被疑者本人に対するDNA型検査が強制処分として行われている。本判決は、このような手続について、同条に定められた目的を外れた使用であるとして、当該措置を違法であると認めた⁴⁵⁾。この判示部分については、DNA型一斉検査の対象者の広さゆえに、目的拘束性は厳格に解されるべきであるとの理解から、学説上も、およそ異論のないところであろう⁴⁶⁾。

第二に、DNA型一斉検査で得られた試料が本件のように目的外使用されたことにつき違法とされる場合、当該情報に基づいて引き続き行われた手続で新たに得られた証拠について、公判で証拠として使用することは許さ

⁴⁴⁾ *Hüttenrauch*, NJ 2013, 219, 220は、法律状況が不明の場合、捜査機関が「自由にチャレンジ」してよいとの帰結は、説得的ではないと批判する。

⁴⁵⁾ *Jahn*, (Fn. 43) S. 472 は、捜査機関は自ら教示した範囲を逸脱したのであり、その違法性は重大である、と述べている。

⁴⁶⁾ *Swoboda*, (Fn. 32) S. 465. *Löffelmann*, (Fn. 36) S. 280 は、本件の手続的瑕疵の程度は重大ではなかったとして、本判決が結論に向けて「右往左往したこと」に疑問を提示している。

れるか。本件では、被疑者本人に対して実施されたDNA型検査に基づいて、犯行痕跡試料との一致が認められている。これが、公判でも証拠として使用され、有罪判決の重要な根拠となった。本判決は、原審のこの証拠能力判断について、いわゆる衡量説に基づいて、証拠使用禁止には該当しないと判断した⁴⁷⁾。この点については、「波及効を否定するならば、法定された目的拘束性が捜査実務において意味をもたなくなる虞がある」として、批判する見解が強い⁴⁸⁾。すなわち、ここでの証拠使用禁止該当性は、目的拘束性の射程範囲如何という問題であり、単なる利益衡量の問題に収束されるものではない。それゆえ、少なくともDNA型鑑定と全く無関係の証拠については、衡量説の考え方が妥当するとしても、証拠の使用が当初の目的拘束性に反するという限りでは、批判の見解が説得的であるように思われる。すなわち、ここでの証拠使用可能性は、証拠採取段階ではなく、当該証拠の使用如何の問題であり、通常の違法収集証拠に関する判断とは異なる考慮を要するものというべきである。

IV. おわりに

以上、本稿は、DNA型検査に関するドイツの近時の立法及び判例の状況を紹介してきた。そこでは、DNA型検査が、その本質的な特徴である「万人不同、終生不変」(DNA指紋)に基づき、犯罪捜査及び公判での罪状立証に重要となっていることに鑑みて⁴⁹⁾、急速に法制化されていった経緯が認められる。これは、証拠としての重要性ゆえに、これがむやみに濫用さ

⁴⁷⁾ *Busch*, NJW 2013, 1771, 1774は、犯罪解明利益の重要性から、本判決の結論を支持する。

⁴⁸⁾ *Swoboda*, (Fn. 32) S. 468.

⁴⁹⁾ 公判裁判所は、犯人と被告人のDNA型が一致したという事実のみに基づいて有罪判決を下すこともできる。BGHSt 58, 212.

れることのないよう、刑事手続に対する立法規制が実効的に機能しているという一例である。DNA型情報は、その有用性ゆえに、これがいったん採取された場合、刑事訴追機関としては、犯罪の効果的な撲滅に向けて有効活用したいという誘引がはたらくのも、容易に想定される。このような点にも鑑みて、ドイツ立法者は、比例性だけでなく、目的拘束性、裁判官留保といった保護装置も設けて、実効的な規制が図れるよう配慮している⁵⁰。

他方、日本の状況は、DNA型検査が捜査及び公判で重要なものとして位置付けられている点ではドイツと異ならないが、立法規制という点からみれば、全く無制限の状況が続いている。確かに、国家公安委員会規則等による一定の規制はあるが（前述Ⅰ）、それによって民主的な規制がはたらいているとはいえない。また、DNA型情報は、その特質ゆえに、雪冤の手段としても決定的であるという側面も否定できない（前掲注(8)）。そうであるからこそ、かかる情報は、特定の機関に集中されるだけでなく、裁判手続で有効に活用されなければならないものでもある。

以上の点を踏まえると、もはや日本においてもDNA型情報の管理及び有効活用という点から、立法による詳細かつ綿密な規制の必要性があることは自明である。その際には、上記のような観点から技術の使用に積極的でありながら、かつ、他方で人権にも配慮されたドイツの立法動向及び裁判実務の展開は、有効な視点を与えてくれるように思われる。本稿がその一助となれば、幸いである。

(2013年10月脱稿)

⁵⁰ Busch, (Fn. 47) S. 1774 は、「近親適合性」情報がDNA型一斉検査から得られた場合に備えて、その公判での使用を認めるための法改正の必要性を主張する。