

〈論 説〉

ドイツ刑事手続におけるDNA鑑定

— 鑑定資料の採取、鑑定およびDNA型データベース —

池 田 秀 彦

目 次

はじめに

- 1 立法の沿革
- 2 当該刑事手続での利用のための鑑定
- 3 将来の刑事手続での利用のための鑑定
- 4 DNA型データベース

おわりに

はじめに

1985年に英国の遺伝学者ジェフリーズによって考案されたDNAの多形性を検出する方法であるDNAフィンガープリント（DNA指紋）法は、今日、世界中の国々の刑事司法において活用されており、犯人を特定し、或いは逆に、被疑者、被告人の犯人性を否定する上で極めて重大な役割を果たしている。

ドイツでは、DNAフィンガープリント法の開発から程なくして刑事司法で使用されはじめ、2012年9月30日現在で、DNA型データベースは、986,216件（767,799件の対象者のDNAと218,417件の痕跡資料のDNAからなる）のデータを含み、毎月、新たに約8,400件のデータが把握されている¹⁾。1998年のデータベースの構築以降、141,419件でDNA型が一致し、このうち、29,604件において痕跡資料間のDNA型の一致により同一犯であることが判明し、111,815件につき、犯行現場の痕跡資料のDNA型が特定人物のもの²⁾と一致し、それにより犯罪行為の解明が促進された。

このように、ドイツにおけるDNA鑑定は、多大な成果を上げているが、DNAが遺伝子情報を含んでいることもあり、刑事司法でのその取扱いには相当に慎

重で、当初は、特別な立法によらずに従前の法規定に基づいて行われていたものの、1997年にDNA分析法（Strafverfahrensänderungsgesetz - DNA - Analyse）が制定されDNA鑑定の法的根拠規定が刑事訴訟法に置かれ、翌1998年に、DNA同定法（DNA - Identitätsfeststellungsgesetz）が制定され、DNA型データベースに関する立法措置が講じられた。以降、数次にわたり法改正が行われ、今日に至っている³⁾。

本稿では、一連の法改正と現在の状況について紹介し、若干の考察を加えることとする。

1 立法の沿革

(1) DNA鑑定に関する立法（1997年）以前の議論状況

ドイツにおいて、DNAによる個人識別は、かなり早くから実施されたが、当初は、従前の規定に基づいて行われ、DNA鑑定に関する特別な法規定に拠ったわけではなかった。

刑事手続でのDNA鑑定の法的許容性に関する見解は、これを否定するものから無制限に許容するものまで実に様々であり、またその論拠も多様であった。

まず、DNA鑑定は、新たな立法を以てしても許容されないとの見解をとる者は、極めて限られていた。Rademacherの他、DNA鑑定に関する法律の立法過程で「緑の党」によって主張されている程度であった⁴⁾。RademacherのDNA鑑定に関する刑事実務に対する批判は多岐にわたり、DNA鑑定について刑訴法81条a⁵⁾が法的根拠たりえないこと、情報に関する自己決定権や比例の原則との関係で問題があること、DNA鑑定の技術には未だ数多くの問題があり、誤判の原因となりかねないこと等を指摘しているが⁶⁾、その批判の中心は、DNAの鑑定それ自体にある。彼は、大要次のようにいう。

「DNAの分析が、DNAの非コード領域だけを対象とするに過ぎず、人の人格の不可侵の領域を侵害するものではない、と主張されている。しかし、新しい遺伝子分析の方法の開発が驚異的な速度で進んでいることに照らすとこれは説得力がない。また、全てのDNA鑑定は、細胞核を含む資料から遺伝形質を抽出することを前提としている。正にここに、従来の検査方法との違いがある。人

の存在の生物学的条件そのものが検査される。人の遺伝形質を抽出し、分析することは、最も私的な秘部をさらけ出すことを意味する。従って、人格の不可侵の領域が侵害されているというだけではない。より正確に言えば、人の生物学的存在の基盤がそれを調べ上げる目的で取り出され、人格の現在および将来の状態がのぞき見られる潜在的な危険性が存在する。どのようなプローブでまた如何なる範囲で、得られた遺伝形質が分析されるかという点について有効なコントロールの可能性を考えることはできない。犯罪の予防および対策目的で人の生物学的存在の基盤に侵入することは、被疑者の主体的性格を著しく脅かす。なるほど、一般的理解によれば、被疑者は、刑訴法81条aの枠内でその身体について検査の対象および証拠方法としてその意に反して利用されることを甘受せざるを得ない。しかし、糺問手続の特徴といえる、被疑者をその意に反して検査の対象および証拠方法として取り扱うことは、訴訟主体としての被疑者が犯罪対策の客体に貶められてはならないという一般的に承認され、確立した原則と明らかに矛盾する⁷⁾

このような観点から、彼は、立法を以てしても刑事手続でのDNA鑑定の利用ができないことを明言する。⁸⁾

次に、DNA鑑定を実施するためには、新規立法が必要であり、刑訴法に規定を置く必要があるとする論者には、Keller、Gössel等があった。⁹⁾ 因みに、Gösselは、DNA鑑定の手続を、鑑定資料の採取、DNA鑑定および鑑定結果の利用という3つの段階に分けた上、資料の採取と鑑定については、81条a第1項によることができるとしても、最後のものについては、81条aは法的根拠とはなり得ない、と結論する。¹⁰⁾ そして、彼は、なるほど、「DNAの非コード領域」の鑑定は、人格の核の部分を侵害するものではないが、情報に関する自己決定権を考慮すると、DNA鑑定の結果の利用に関する明確な法的根拠が必要である。また、これがないという状況は、DNA鑑定に関する全手続、つまり資料の採取および鑑定の手続の許容性にも影響をおよぼし、全手続を憲法上許容されないものとする、とし、立法にあたっては、DNA鑑定の利用の範囲を明確に犯人の識別に限定し、それが濫用されることに対する予防措置を講じなければならない、とする。¹¹⁾¹²⁾

第3に、実務で幅広く支持された見解、即ち、新規の立法措置を講じなくと

もDNA鑑定は可能であり、鑑定のための体細胞の採取および分析は、被疑者・被告人の身体検査に関する81条aにより行うことができるとする見解は、Lührs, Steinke, Meyer – Goßner 等が支持した他、判例も当初からこの見解に拠った。¹³⁾

例えば、刑事手続におけるDNA鑑定の許容性について裁判所として最初に判断を示したベルリン地方裁判所の刑事部は、1988年12月14日の決定で、刑訴法81条aは、具体的にDNA鑑定を規定しているわけではないけれども、このような鑑定は、それが学問的に承認された方法であるという前提の下で認められる、¹⁴⁾そしてこの鑑定がDNAの非コード領域を対象とし、そのバーコード模様を確認するだけで、それ以上の情報を取り出すものでない以上、人間の尊厳に関する基本法1条1項、一般的人格権ないし情報に関する自己決定権に関する基本法2条1項の違反はない。もっとも、一般的人格権の侵害は、問題となり得ないわけではないが、人格権の侵害に関して適用される比例の原則に照らすと、この鑑定方法は、「最終的手段」としてのみ利用することができるのであり、このように解すれば違憲となるような基本権の侵害はない、と説示した。¹⁵⁾

また、連邦通常裁判所第5刑事部も、1990年8月21日の判決において、血液採取およびDNA鑑定が現行法上可能であるとし、その際、連邦憲法裁判所の国勢調査判決を考慮しても、特に問題はなく、また血液の採取およびこれに引き続いて行われるDNAの非コード領域の鑑定によって人格の不可侵の領域が侵されることはないとの判断を示した。¹⁶⁾そして、その上で、同部は、DNA鑑定結果のみに基づいて有罪判決を言い渡すことはできないとの見解を示した。¹⁷⁾

さらに、連邦憲法裁判所は、1995年9月18日の決定で、従来の実務について明確に合憲の判断を示した。¹⁸⁾同裁判所は、重大な犯罪の究明が法治国家にとって重大な任務であることを力説した上、重大な犯罪の究明という公益は「基本法が基本権の制限を容認し、そしてその本質的内容が侵害されておらず、かつ憲法上の比例の原則が維持されている限りにおいて、基本的に情報に関する自己決定権を含めて被疑者の基本権の侵害を正当化することができる」と前置きし、概要次のように述べた。

「確かに、検査の実施のために被疑者の意思に反して身体の侵襲によって採取されなければならない比較資料が必要な場合には、侵害に対する法律上特別な

授権を必要とする。けだし、これによって身体の不可侵性に対する基本権（基本法2条2項）が侵害されるからである。そしてそれは、基本法19条1項および2項並びに比例の原則を考慮した法律に基づいてのみ許される（基本法2条2項3文）。侵害に際して血液サンプルの採取が問題となる場合には、刑訴法81条aは、このための十分な法的根拠を含んでいる。採取された血液サンプルの検査は、刑訴法81条aから読み取ることができるよう『手続にとって重要な』『事実の認定』のためにあらゆる方法を使用することができる。一定の検査方法への限定を、血液採取に関する規定から読み取ることができない。血液サンプルの採取および検査に対して適用のある真相究明の原則は、このような制限に反対する。かくして、刑訴法81条aによりまたは任意に得られた被疑者の血液サンプルは、原則的にDNAの非コード領域に関して検査し、痕跡資料と比較することができる。そこに情報に関する自己決定権の侵害が存在するとしても、この侵害も憲法上十分な根拠を刑訴法81条aに見いだす。このようなDNA鑑定の結果は、刑事訴訟において犯人の認定にも排除にも利用できる。公権力それ自体から自由な、私的な生活形成の不可侵の核の領域は、これによって侵害されるものではない。検査は、専らDNAの非コード領域の形式的な型に関連しており、それは、識別のメルクマールとして刑事手続での利用が憲法上許されている、指紋、血液型または毛髪と同等に評価することができる。このような基本権の領域の侵害に際しても比例の原則が顧慮されなければならない。それは、特にその措置が刑事手続において欠くことができずかつ犯罪の重大性と適切な関係性があることを必要とする。ここで問題となっている種類の性犯罪においては、犯罪の重大性、血液採取の侵害の軽微性および真相究明の利益を考慮すると、やはり軽微と評価される情報に関する自己決定権の侵害との間に必要な関係性が認められる。このようにして得られた検査結果の利用目的は、刑訴法81条aに十分に規定されている。手続にとって重要な事実の認定のための利用が許されている」

このように連邦憲法裁判所は、検査がDNAの「非コード領域」を対象とする限り、現行法が刑事手続でのDNA鑑定の十分な法的根拠となり、何ら憲法上の問題を生じないと結論した。

このような見解とは別に、DNA鑑定は、新規立法によらなくとも可能である

が、立法措置を講じた方が望ましいとする見解が示された。理由付けは、論者によって様々であるが、明確性の要請（刑訴法81条aは、一定の条件の下で血液の採取を認めているが、DNAの検査については述べていないことと、新しい規定を置くことによって憲法裁判所の国勢調査判決の趣旨に沿うことができるということ¹⁹⁾）や遺伝子技術に対して社会の抱く懸念の払拭²⁰⁾或いは遺伝子分析の濫用の防止²¹⁾といった法政策的な理由などが挙げられた。

(2) 1997年のDNA分析法

立法府は、当初、刑事手続におけるDNA鑑定に関して現行の法規定を以て足りるとの立場であったが、遺伝子技術により人格の核心が過度に侵害されるのではないかという国民の懸念を払拭し併せて連邦憲法裁判所の国勢調査判決との関係で、刑訴法81条a第1項、第81条c第2項により得られる鑑定資料の目的拘束と廃棄に関して規定を置くことを適当と判断した²²⁾。

連邦政府は、刑事手続でのDNA鑑定に関する法案を第12立法期中の1993年10月15日に連邦参議院に提出した。連邦参議院は、これに意見を付して1994年5月2日に連邦議会に送付したが、同法案は、会期の終了まで審議されることはなかった。1995年2月28日に同法案は、連邦政府により再度、連邦議会に提出され²⁴⁾、1996年1月19日に1995年11月21日のDNA鑑定に関する社会民主党（SPD）法案と共に法務委員会に付託された²⁵⁾。1996年2月28日に法務委員会は、両法案について公聴会を行う旨決定し、同年7月19日に9人の専門家から意見を聴取した。法務委員会は、政府案に修正を加え、連邦議会は、1996年12月6日に法務委員会の決定勧告通りに政府案を可決した。1997年1月31日に連邦議会による承認、連邦大統領による署名、1997年3月21日の連邦官報での公布を経て、刑事手続改正法（Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA – Analyse）²⁶⁾は、同年同月22日に施行された²⁷⁾。

この法律は、刑事手続における分子遺伝学的方法での鑑定の条件と鑑定内容を規制し、採取された資料の利用と廃棄に関する規定を置いた。規定の概要は、次の通りである。

- ① 目的の限定 — 被疑者の血液サンプルは、当該刑事手続または他の係属している手続においてのみ利用できる（81条a第3項1文）。
- ② 廃棄規定 — 手続上必要でなくなったときには、被疑者から採取された全

てのサンプルは廃棄されなければならない (81条 a 第3項2文)。

- ③検査目的の特定 — 血縁関係の認定または痕跡資料が被疑者若しくは被害者に由来するか否かの認定のために分子遺伝学的検査が許される。これを超える検査、例えば遺伝性疾患の素質の検査等は、許されない (81条 e 第1項)。
- ④裁判官にDNA鑑定の命令権がある (81条 f 第1項)。
- ⑤捜査実施部門とDNA鑑定を実施する部門とは、組織的および実質的に分離される (81条 f 第2項1文)。
- ⑥検査資料の匿名化—関係者の氏名、住所および生年月日が分からないように検査資料を鑑定人に渡さなければならない (81条 f 第2項3文)。
- ⑦検査の結果得られたデータは、連邦データ保護法の適用がある (81条 f 第2項4文)。
- ⑧秩序違反行為については、DNA鑑定は許されない (秩序違反法46条4項)。

(3) 1998年のDNA同定法

将来の刑事手続のためのDNA鑑定の利用に関して定める1998年5月26日のキリスト教民主・社会同盟 (CDU/CSU) および自由民主党 (FDP) 法案は、²⁸⁾ 法務委員会での修正を経て、1998年9月7日のDNA同定法 (DNA – Identitätsfeststellungsgesetz)³⁰⁾ として成立し、同年9月11日に施行された。

同法の目的は、2つある。1つは、1998年4月17日に連邦検事庁に設置されたDNA型データベースの法的根拠を提供することであり、2つ目は、被疑者・被告人、確定有罪判決を受けた者、精神疾患のために弁論能力のない者、刑法第20条による責任無能力者または少年裁判所法第3条の意味での刑事責任無能力者について一定の条件下で、将来の刑事手続での個人識別のために、体細胞を採取し、これを分子遺伝学的に検査し、そしてその検査結果を連邦刑事庁法 (Bundeskriminalamtgesetz)³¹⁾ の規定によりデータベースに保存し、処理し、そして利用する可能性を開くことであった。これは、将来の刑事手続を目的とした鑑識上の措置であり、同時に将来の刑事手続のための証拠保全行為としての意味を持つ措置であるが、このような措置は、従来の規定を以てしては許されない。従来の規定では、係属中の手続において行為者の有罪の認定に必要な限りにおいて被疑者から体細胞を採取して、分子遺伝学的に検査すること

が許される。DNA同定法第1条、即ち刑訴法第81条gにより、行為者が自白したり、他の証拠方法により有罪の証明が可能であるためDNA鑑定が行為者の有罪の認定に必要でない場合においても、将来の刑事訴追に備えた措置として利用できることになった。³²⁾

なお、キリスト教民主・社会同盟および自由民主党法案の理由書は、連邦憲法裁判所の国勢調査判決中の情報に関する自己決定権に関する見解を考慮して、検査資料の目的拘束と廃棄のための規定を設けたことを明らかにしている。³³⁾

この立法について連邦憲法裁判所は、2000年12月14日決定において、大要次のような理由から合憲と判断した。³⁴⁾

「DNA同定法2条、刑訴法81条gの規定は、内容的に憲法に違反しない。

a) 法律に基づくとしても侵害されてはならない人格の絶対的に保護される核心領域には関係しない。いずれにせよこのことは、侵害の授権がDNAの非コード領域に関係し、専らDNA型の確定が将来の刑事手続での識別の目的で行われ、そしてDNA型の確定後遺伝子資料が廃棄される限りにおいて妥当する。確定され、保存されるに過ぎないDNA型により獲得できるコード同一性は、遺伝学的視点においてせいぜい指紋と類似したものにすぎない。その確定および保存は人格の核心領域に関係しない。これに対して『遺伝学上の指紋』で獲得できる証拠価値が従来の指紋や他の識別方法のそれを大幅に上回り、そしてDNA型の比較が実務に対して痕跡の検査に際して著しい技術上の利点を提供するということは重要ではない。決定的なのは、刑訴法81条g第2項により最終的に廃棄されるべき問題資料に基づくDNA型の確定によって、関係者の遺伝因子、性格特徴、病気といった人格に関連するメルクマール、従って人格のプロフィールに対する推論は可能とはならないということである。

b) DNA型の確定、保存および(将来の)利用は、確かに基本法2条1項、1条1項によって保障された情報に関する自己決定に対する基本権を侵害する。この権利は、自己決定という考えに由来し、個人の生活事情がいつ、どの範囲で明らかにされるかということを基本的に自ら決定する個人の権限を保障する。この保障は、圧倒的な一般社会の利益のためにおよび比例の原則を考慮してのみ法律によってまたは法律に基づき制限することが認められる。制限は、公益の保護のために欠くことのできない限度以上に及んではならない。

情報に関する自己決定権の侵害に対する制約の留保についてDNA同定法2条、刑訴法81条gの法規定は、十分に考慮している。それは、重大な意義をもつ将来の犯罪の解明の促進を目的とし、そして同時に高い地位をもつ法治国家原理に沿った司法に寄与する。

DNA同定法2条、刑訴法81条gによる法規定は、規範明確性と司法適合性の法治国的要請を充たしている」

(4) 2002年8月6日の改正法

刑訴法81条eによれば、発見された痕跡資料については、被疑者または被害者に由来するのかどうかを確定する上で必要な場合にのみ分子遺伝学的検査を実施することができる。刑訴法81条f第1項によれば「81条eによる検査」は裁判官だけが命じることができる。従って、法律の文言上は、犯罪現場から採取された痕跡資料の検査については裁判官だけが命ずる事ができると読むのが素直な解釈である。しかし、痕跡資料の分子遺伝学的検査をするために常に裁判官の命令を必要とするかどうかについて、判例は分かれていた。

学説上も誰に由来するか分からない痕跡資料の分子遺伝学的検査のためには裁判官の命令が必要であるとする説が有力であった。この見解は、法文上の根拠のほかに実質的な根拠として次のような理由に基づいていた。即ち、裁判官の関与の目的は、基本法上保護された関係者の生活領域にかかわる捜査措置を司法コントロールに服せしめるためであり、このことは、関係者が特定されているかどうかにかかわりない。出所不明の痕跡資料は、蓄積されたDNA型との照合により誰に由来するかが分かる可能性がある。国家が痕跡資料の由来者に関して不当に広範な情報を得かねないとの懸念は、検査により得られた情報の保存、処理が裁判官のコントロールに服していない場合に、最も強まるからである。³⁵⁾

これに対して若干の地方裁判所は、一部の学説³⁶⁾に従って痕跡資料の分子遺伝学的検査の場合には、裁判官の命令を必要としないとの見解を採用した。裁判官の命令は、特定の法益保持者の保護された権利が侵害された場合のみ必要であり、出所不明の痕跡資料の利用は、その場合に該当しないという理由からであった。

立法府は、この問題を解決するために、2002年8月6日の刑事手続改正法に³⁷⁾

より、痕跡資料の検査についても裁判官の命令が必要である旨を明確にした（81条f第1項2文）。また、この法改正は、同時に、立法府が、裁判官のほかに検察官および補助官に痕跡資料の分子遺伝学的検査を命ずる権限を付与しようとした、2000年12月21日に連邦参議院で可決された法案³⁸⁾とは反対の立場を示すものであった。

(5) 2003年12月27日の改正法

従前の法規定では、将来の刑事手続のためにDNA鑑定を実施するためには、相当に重大な犯罪（Straftat von erheblicher Bedeutung）を行った被疑者・被告人が、再びこのような犯罪を実行し、将来、刑事手続が実施されることがあり得ると想定する理由のある場合に限られていた。しかし、性犯罪についていえばその全てが、相当に重大な犯罪となるわけではないため、将来の刑事手続のためのDNA鑑定の実施ができない場合があるという問題点が指摘されていた。実行した性犯罪自体は相当に重大なものではないとしても、その者が将来相当に重大な犯罪を行うと予測される場合にもDNA鑑定の必要性はあるし、現実には相当に重大な犯罪が行われるまでDNA鑑定を待たなければいけないという理由はない。

さらに、従来、犯罪捜査上重要である関係者の性別の確認のためにDNA鑑定を行うことが許されるかどうか³⁹⁾、また、遺体を発見した場合に死者の身元確認のためにDNA鑑定が許されるかどうかについて明確な規定がなかった。

そこで、2003年12月27日の改正法（「性的自己決定に対する犯罪についての規定等を改正する法律」は、性犯罪についてはその重大性の如何を問わず、将来の刑事手続のためのDNA鑑定実施の可能性を認める規定を設けた（刑訴法81条g第1項）ほか、関係者の性別の確認のためにも実施できること（刑訴法81条e）、死体の発見の場合に身元確認のためにも可能なこと（刑訴法88条）を明記した。

(6) 2005年8月12日の改正法

2005年の法改正⁴⁰⁾では被疑者のDNA鑑定については、裁判官の命令を原則的に必要としつつも、遅滞のおそれのある場合には検察官等の命令でも鑑定を実施できるようになった（刑訴法81条f第1項）。また、関係者が書面で同意すれば、裁判所の命令は必要でなくなった（同条1項⁴¹⁾）。誰に由来するか不明の痕跡資料

の検査について必要とされた裁判官の命令は、不要となり、検察官または警察官の判断でできるようになった。この裁判官の留保は、2002年8月の改正法により導入されたものであるが、実務において裁判官が請求された措置を拒否することはないことから、不要とされた。⁴²⁾これにより、手続の著しい迅速化が期待された。⁴³⁾さらに、将来の刑事手続のためのDNA鑑定の場合に、累犯者については重大とはいえない犯罪についても体細胞の採取およびDNA鑑定の実施が可能となった。さらに、遅滞のおそれのある場合には、検察官等の命令によっても体細胞の採取ができるようになった（刑訴法81条g第1項、第3項）。

この法改正で1988年のDNA同定法は、廃止され、関連規定が刑事訴訟法に導入された（刑訴法81条g第4項、第5項）。

加えて、極めて重要な立法措置として、一定地域の多数の住民を対象とするようなDNAの集団検査（Reihenuntersuchung）を行うための要件を定めた（刑訴法81条h）。凶悪な犯罪が行われると社会は、迅速な事件解決を強く求めるため、一定地域に居住する不特定多数人のDNA検体を採取し、これと犯行現場で発見された犯人の痕跡資料とを照合する、遺伝子の集団検査が関心を集め、従前の規定でこの遺伝子の集団検査が可能かどうかが論議された。そもそも体細胞の採取は、身体の不可侵性への侵害を意味するため、法的根拠が必要であり、また、DNA鑑定に関しては情報に関する自己決定権が問題となるため、これについても法的根拠が求められる。そこで、刑訴法81条a、81条c、81条eがその法的根拠となりうるかについて検討が加えられたが、上記条文を根拠としたDNA鑑定は、被疑者、被告人に対してしか行うことはできないと考えられるため、こうした条文を根拠として鑑定を行うためには、対象者に特定の犯罪の嫌疑の存在することが必要となる。そのため従前の規定では、強制的な、不特定多数人の遺伝子の集団検査は困難と考えられた。そこで、実務では、捜査機関は、地域住民にDNA検査へ自発的に参加を促すことで対処しようとしたが、当然ながら、このような自由意思に基づく集団検査は、批判にさらされ、「無罪の証明を導く自発的な義務」とか、「無罪推定の転換」とか評され、このような「自発性」に基づく集団検査は、やはり現行法上許されないのではないかと疑念が表明された。⁴⁴⁾これについては、既に1997年のDNA分析法の法案の理由書の中でも、集団検査の要請は、自身の無実を証明するために唾液などを提供するよ

う関係者に対して強い圧力を及ぼしかねないとの危惧が述べられている⁴⁵⁾。このようなことから、遺伝子の集団検査のためには、少なくとも新規立法によらなければならないとの見解が有力に主張され、2005年の立法は、これに対応するものであった⁴⁶⁾。

2 当該刑事手続での利用のための鑑定

刑訴法81条a第1項により得られる鑑定資料、即ち、被疑者・被告人の体細胞（血液、唾液、精液、尿など）については、血縁関係、性別の確認のため、または痕跡資料が被疑者・被告人若しくは被害者に由来するかどうかを確認するために、分子遺伝学的検査をすることができる（刑訴法81条e第1項）。また、被疑者・被告人以外の者の体細胞も同様な目的のために、分子遺伝学的検査の対象となる。

(1) 鑑定資料の採取・鑑定

(a) 被疑者・被告人

(i) 鑑定資料の採取

刑訴法81条aにより、被疑者・被告人の体細胞は、上記のような一定の事実の確認のために、裁判官の命令によって、医師が医学上の基準に従って被疑者から採取することができる（1項）。もっとも、採取行為により、健康に悪影響が及ぼす恐れがないときに限られるが、強制的であるにしても、体細胞の採取は通常無害なので、この制約はあまり意味はない⁴⁷⁾。採取の命令は、原則として裁判官が行うが、遅滞により検査結果が損なわれるおそれがある場合には、検察官およびその補助官がサンプルの採取を命ずることができる（同条2項）。

被疑者・被告人の同意がある場合は、81条aによる裁判官の命令は必要ない⁴⁸⁾。同意がある場合の体細胞の採取は、一般的な基準によるため、健康を損なうおそれがないければ、許される。もっとも、重大な侵襲を伴う場合は、同意があっても裁判官の命令に基づいて行われなければならない⁴⁹⁾。

同意は、本人によって明確に、自由な判断により、述べられる必要がある。本人は、必ずしも行為能力を有する必要はないが、精神的に十分に成熟していなければならない⁵⁰⁾。

同意にあたっては、被疑者・被告人は、重要な事情について知っていなければならないし、拒否権について知っていることも必要である。著しい侵襲を伴う場合は、その意味、危険性、後遺症についても説明される必要がある。⁵¹⁾

採取された体細胞は、採取の基礎となった刑事手続または他の係属している刑事手続のためにのみ使用することができる（同条3項）。

なお、裁判官の採取命令に対しては、抗告（Beschwerde）が可能である（刑訴法304条1項）。

(ii) DNA鑑定

被疑者・被告人の同意がない場合のDNA鑑定は、裁判官の命令による（刑訴法81条f第1項）。遅滞のおそれがある場合には、検察官およびその補助官も命ずることができる。他の刑訴法規定 — 例えば、個人データのコンピュータ検索に関する刑訴法98条a第1項2文、住居内での非公開の会話の傍受に関する刑訴法100条c第1項4号、隠密捜査官に関する刑訴法110条a第1項2文 — に定められているような、他に証明手段が利用できない場合にだけ処置を講ずることを認める補充条項を刑訴法81条eは含んでいない。これは、できるだけ早く関係のない被疑者を刑事手続の対象から外すために、DNA鑑定を早期に実施することが望ましいと考えられたからである。⁵²⁾

DNA鑑定の条件に関して、犯罪の種類、重大性を基準とはしていないし、嫌疑について「充分な嫌疑」といった、一定程度以上の嫌疑も必要とされていない。もっとも、比例の原則により、個々の事件において手段が犯罪の重大性と釣り合っているかどうかを検討することは必要である。また、DNA鑑定は、プライバシーの侵害を伴うので、全ての犯罪について許されるわけではなく、秩序違反法（Gesetz über Ordnungswidrigkeiten）においては、刑訴法81条eに定められているような分子遺伝学的検査の目的での血液サンプルおよび他の体細胞の利用は、許されない（秩序違反法46条4項）。

裁判官のDNA鑑定命令に対しては、抗告が可能である（刑訴法304条1項）。

(b) 第三者

第三者（被疑者・被告人以外の者）から体細胞を採取するための法律上の要件は、刑訴法81条c第2項に規定されている。同意を得ることなく行う血液サンプルの採取は、健康に悪影響を及ぼすおそれがなく、またその処置が真実の

発見のために欠くことのできない場合にだけ許される。もっとも、前述したように、この条件は厳しいわけではない。

血液サンプル以外の体細胞（皮膚、髪、唾液および精液）の採取は、本人の同意がなければ許されない（刑訴法81条c第2項）。証言の場合と同一の事由により、血液サンプルの採取を拒むことができる（同条3項1文）。被疑者・被告人の婚約者、配偶者または親族がこれに当たる（刑訴法52条1項1号から3号まで）。

血液サンプルの採取は、裁判官の命令によって行うのが原則であるが遅延すれば検査結果を損なうおそれがあるときは、検察官およびその補助官の命令によって行うことができる（刑訴法81条c第5項）。血液の採取を法律上の理由がないのに拒否する場合には、刑訴法70条の規定が適用されることになり、秩序金を課し、これを徴取できない場合には秩序拘禁に処される（同条6項）。これらの措置にもかかわらず、従わないならば、裁判官は直接強制により血液サンプルの採取を命令することができる（同条6項）。

第三者からのサンプルの分子遺伝学的検査は、被疑者・被告人のサンプルの場合と同様の制約に服す（刑訴法81条e第1項2文）。採取された血液サンプルは、採取の基礎となっている刑事手続または他の係属している刑事手続のためにのみ使用することができ、他の目的のためには用いることができない（刑訴法81条c第5項2文）。第三者から採取された資料の分子遺伝学的検査が問題となるのは、通常、被疑者若しくは被害者の身体から発見された痕跡資料または犯行現場で発見された痕跡資料が誰に由来するかが問題となる場合であり、即ち、発見された資料が被疑者でない人物に由来しうるのか、または被疑者を当該資料を遺留した者として排除しうるかどうかを確定するためである。⁵³⁾

同意があれば、血液以外の体細胞も採取することはできるし、分子遺伝学的検査を行うこともできる。さらに、同意があれば、裁判官の命令は必要でない。

未成年者が判断力の未成熟のために、または未成年者若しくは後見を受けている者が精神病若しくは精神の障害のために、拒絶権の意味について十分な理解をもたないときは、法定代理人が決定する（刑訴法81条c第3項2文）。被疑者・被告人が法定代理人自身のため決定できない場合（刑訴法52条2項2文）、またはその他の事由から速やかな決定を妨げられている場合において、証拠保

全のため検査または血液サンプルの採取を直ちに行う必要があると認められるときは、裁判官の特別な命令による場合に限って許される（刑訴法81条c第3項3文）。

(c) 痕跡資料

痕跡資料については、分子遺伝学的検査を行うことができる（刑訴法81条e第2項）。これは、通常、被疑者から採取される体細胞と照合される資料である。また、被疑者が判明していなくとも、後日、DNA型を照合しうるように、さらに時の経過による資料の損傷のおそれがある場合にも検査は必要である。

この資料も係属する刑事手続のためにのみ利用できる（同条2項2文）。前述したように、痕跡資料（刑訴法81条e第2項）のDNA鑑定について、以前は、裁判官の命令が必要とされたが、合理的でないとして不要となった。⁵⁴⁾

(d) 集団検査

一定地域の住民多数に対する大規模なDNA鑑定により、髪、血液および唾液などの痕跡資料が、検査に応じた者に由来するかどうかを確認することは、捜査上有益であることは疑いないため、根拠規定がなくてもそれが実施できるかについて活発に議論された。本人の同意のある場合でも許されないとする見解もあった。⁵⁵⁾ 2005年の改正法で追加された刑訴法81条hは、これを認めた。集団検査 (Reihenuntersuchung) は、生命、身体、個人の自由または性的自己決定に対する重罪についてしか実施することはできない。具体的には、例えば、謀殺罪、故殺罪、重大な傷害罪、身代金目的誘拐罪、児童に対する重大な性的虐待罪、わいせつ罪等の場合である。

検査の対象となる人的範囲は、一定の指標 (Prüfungsmerkmale)、例えば、住所、年齢、性別等により限定される必要がある。対象者の選定にあたっては、一定の指標を基準としたうえで、アリバイの有無等の諸事情が考量される。⁵⁶⁾ 犯人が対象者の中にいるとの推測で足り、確信までは必要ないとされる。⁵⁷⁾

措置は、比例の原則により、必要かつ相当でなければならず、犯罪の程度と対象者数は比例していなければならない。⁵⁸⁾ 犯人以外の者は、本来無関係の者であるので、集団検査は、極めて例外的な場合にしか実施し得ないし、他の捜査上の措置では効果があがらない場合にしか検討の対象にならない最終手段である。⁵⁹⁾ 例えば、一万人以上を対象とせざるを得ないような場合には、それに要す

る膨大なコストを考慮しても原則として許されないとされる。⁶⁰⁾

関係者の同意は、措置の実施のための必要条件であり、また、同意を得るに際して、その旨を書面で関係者に教示しなければならない。そして、教示に際しては、採取した体細胞の利用目的、検査の必要がなくなれば直ちに廃棄することおよびDNA型情報を保存しないことについて告知しなければならない。措置を応諾することへの心理的圧力がかかることのないようにすべきであり、そのため、法文にはないものの、拒否したからといって犯人であることを裏付けたり、嫌疑を強めることにはならない旨伝える必要があると主張する意見もある。⁶¹⁾

措置としては、まず体細胞の採取があるが、これは唾液の採取によって行われる。そして、採取物は、検査のうえ、痕跡資料と照合される。措置の実施については、刑訴法81条f第2項および81条g第2項の準用がある。これにより、不当な検査と権限のない第三者が知る可能性が排除される。集団検査により確認したDNA型情報は、犯罪の解明に必要でなくなれば抹消することになるが、遅くとも公訴時効の完成を以て消去しなければならない。⁶²⁾

集団検査命令については、関係者は書面で同意しているため異議を申し立てることは認められていない。

(2) 鑑定実施機関

公務員の専門家、または公的に任命される専門家だけが、分子遺伝学的検査を実施するために選任されることができる（刑訴法81条f第2項）。捜査を実施する官庁に所属していないか、所属しているとしても捜査を実施する部署から組織的にも実質的にも分離されている部署に所属していなければならない。通例は、連邦刑事庁または州刑事局の検査部門がこれにあたる。犯罪捜査とDNA鑑定の機能的な分離は、鑑定人の独立性とデータの不当な伝達からの保護を保障するためのものである。⁶³⁾立法過程において、DNA鑑定を外国の研究所、そこに所属する外国人の専門家に委嘱できるかが問題となり、連邦参議院はその余地を認めるべきだとしたが、⁶⁴⁾連邦政府は、外国の鑑定機関の専門家を当局がデータ保護法上コントロールすることができないという理由で、これを認めることができないという見解であった。⁶⁵⁾もつとも、外国の鑑定機関、特にEU諸国の機関の専門家を排除することの妥当性については、学説上もこれを疑問視する向

きがある。⁶⁶⁾

体細胞のサンプルは、秘密厳守のため、氏名、住所および生年月日を伏して研究所に渡されることになる（同条1項3文）。

(3) 鑑定資料の保存・廃棄

被疑者・被告人から採取された血液サンプル等の体細胞のサンプルは、採取の基礎となった刑事手続または他の係属している刑事手続のために必要でなくなれば直ちに廃棄される（刑訴法81条a第3項1文）。第三者の体細胞も同様に、刑事手続上必要でなくなれば直ちに廃棄される（刑訴法81条c第5項2文）。検査のために使われない資料（いわゆる『残余資料』）を含めて、全ての鑑定資料は、例外なくこの条文により廃棄されることになる。

類似した規定に、通信傍受によって得られた資料の廃棄に関する規定である刑訴法101条8項がある。もっとも、同規定には、廃棄について調書を作成する旨定められているが、刑訴法81条a第3項にはその旨の定めがない。また、刑訴法101条8項には、廃棄に関し、検察官の監督の下に行う旨の定めがあるが、刑訴法81条a第3項にはない。しかし、鑑定資料の廃棄に関しても検察官が廃棄を監督し、調書を作成すべきであるとされている。⁶⁷⁾

採取された体細胞は、原則として判決が確定するまで、保存される。類似規定である通信傍受等により得られた個人データの抹消に関する刑訴法101条8項に関連して、将来、再審が予想され得る場合であっても、廃棄しなければならないかどうかという問題が提起された。この問題に対する通説的見解は、保存すべきというものであり、採取された体細胞についても同様に理解されている。⁶⁸⁾ もっとも、刑訴法101条8項による通信記録の廃棄とは同列に論じられない点もあり、入手が容易なサンプル資料は、廃棄されなければならないが、再採取が困難なサンプル資料、例えば被害者が死亡したような場合には保存すべきことになる。⁶⁹⁾

なお、痕跡資料は、再審の可能性を閉ざすことがあってはならないので廃棄されない（法文上、廃棄の対象とされていない）。

3 将来の刑事手続での利用のための鑑定

(1) 鑑定資料の採取・鑑定

(a) 被疑者・被告人

将来の刑事手続のための体細胞の採取は、原則として医師が医学上の原則に従って行わなければならない。唾液資料の方法で行われるが、被疑者が同意しない場合には、血液サンプルが採取されることになる。⁷⁰⁾

体細胞の採取および分子遺伝学記検査の命令は、同定のためにのみ許され、DNA型の検査のために必要な事柄の確認しか行うことはできない（刑訴法81条g第2項2文）。他の検査は、許されない。措置は、被疑者に対してしか行うことはできない。責任無能力者、少年についても可能であるが、14才未満の児童については許されないし、確定無罪判決の場合も許されない。⁷¹⁾

体細胞の採取は、被疑者の書面による同意がない場合には、裁判官のみが命ずることができるが、遅滞のおそれがある場合には検察官およびその補助官も命ずることができる。体細胞の分子遺伝学的検査は、被疑者の書面による同意がない場合には、裁判官のみが命ずることができる。同意する者には、収集するデータの利用目的について教示しなければならない。裁判官は、書面に理由として、①犯罪の重大性を判断するうえで決定的な事実、②被疑者に対して将来、刑事手続が実行されることがあり得ると認める理由の根拠となる知見、③上記①②において重要な事情の考慮を具体的に記載しなければならない（同条3項）。

分子遺伝学記検査の実施の条件には2つある。第1の条件は、次の3つの場合のいずれかに該当することである。

- ①相当に重大な犯罪（Straftat von erheblicher Bedeutung）これには、重罪、比較的重い軽罪が含まれるが、犯罪の性質上、資料の分子遺伝学的検査が行われない犯罪、例えば、詐欺罪（刑法263条）とか背任罪（刑法266条）等は対象外である。相当に重大な犯罪に限定することによって比例の原則が考慮されている。犯罪は、少なくとも中程度の犯罪の領域に含まれ、法的平穩を乱し、国民の法的確実性の感情を著しく損なうものであることが必要とされる。⁷²⁾

②性的自己決定に対する犯罪（刑法174条から184条g） この犯罪の場合は、行われた犯罪が相当に重大であることは必要ない。これは、例えば露出犯の場合に1－2%の確率で、後に性犯罪または他の暴力犯が行われるという観点⁷³⁾が考慮されている。

③再犯の場合 相当に重大でも、性的自己決定を侵害するわけでもない犯罪について、繰り返し行われた場合（刑訴法81条g第1項2文）立法理由書では、例として、ストーキングのケースで繰り返される住居侵入をあげる。この犯罪の実行により、当該人物が有罪となっていることは必要でなく、繰り返しこのような犯罪を行ったという根拠ある嫌疑⁷⁴⁾で足りるとされる。

第2の条件は、この①②③のいずれかに該当した上で、当該被疑者に対して将来、相当に重大な犯罪について刑事手続が実行されることが予期されることである。法文は、「将来の刑事手続」と述べており、「将来の犯罪」と述べているわけではないので、再犯の危険性のある場合だけでなく、既に行われたが、未だに解明されていない犯罪についての立証が問題となる場合には、措置を命⁷⁵⁾じることができる。再犯の予測にあたっては、①犯罪の種類、態様、②被疑者の人格および③その他の知見が基準となる（同条1項）。再犯の危険性を認めるためには、個々のケースに関連する、積極的理由を必要とする。その際、再犯に至る期間、前の犯行からの時間の経過、有罪者の行動、その生活状況およびその人格⁷⁶⁾が重要である。

(b) 確定有罪判決を受けた者等

上記の場合の他、前記の要件の下、確定有罪判決を受けた者、または責任無能力（責任無能力が排除されない場合を含む）、精神疾患に基づく訴訟無能力若しくは責任の欠如（少年裁判所法3条）（責任の欠如が排除されない場合を含む）のために、有罪とならなかった者で、連邦中央登録簿または教育登録簿の登録が抹消⁷⁷⁾されていないときにも、分子遺伝学記検査を実施しうる（刑訴法81条g第4項）。

(2) 鑑定資料の廃棄

将来の刑事手続での利用のために採取された体細胞は、DNA検査後、遅滞なく廃棄される（刑訴法81条g第2項1文）。これは、採取された全資料についてであり、その限りにおいて、刑訴法81条a第3項による当該刑事手続での利用

のための採取の場合と同様である。

4 DNA型データベース

(1) 将来の刑事手続での利用のために収集されたDNA型情報の保存

DNA型データベースの法的根拠は、刑訴法81条g第5項および連邦刑事庁法である。

将来の刑事手続での利用のために収集されたDNA型情報は、連邦刑事庁に保存され、連邦刑事庁法に従い利用することができる（刑訴法81条g第5項）。裁判官の命令は必要でない。連邦刑事庁法には、使用、処理に関する規定の他、データ保護、損害賠償、通知、抹消等の規定が置かれている⁷⁷⁾。

(2) 当該刑事手続のために収集されたDNA型情報の保存

当該刑事手続のために収集された被疑者のデータのDNA型データベースへの保存は、将来の刑事手続での利用のための資料の採取・鑑定の場合と同じ要件下で許される。保存される場合には、被疑者は、その旨通知され、かつ裁判所の裁判を求めることができる旨を告知される（刑訴法81条g第5項4文）。

痕跡資料のデータについては、無条件で保存が許される（刑訴法81条g第5項2文。廃止されたDNA同定法においては、痕跡資料が相当に重大な犯罪に由来することが要件とされていた）。

集団検査（刑訴法81条h）のために収集されたデータは、保存できない（DNA型情報のデータベースへの保存に関する刑訴法81条g第5項は、81条hにより収集されたデータを対象としていない）。集団検査の対象者にこの旨を告知することになっている（刑訴法81条h第4項）。

(3) DNA型情報の抹消

被告人の無罪判決が確定した場合、公判を開始しない決定が確定した場合または、手続が終局的に打ち切られる場合に、裁判理由から被告人が犯罪行為を行わなかったこと、または、違法には行わなかったことが判明するときは、保存されたデータは抹消される（連邦刑事庁法8条3項、32条2項⁷⁸⁾）。従って、無罪判決のような場合でも、裁判理由から被告人が「犯罪行為を行わなかった」、「違法には行わなかった」とはいえないとき、即ち責任阻却事由の存在により、

または刑罰消滅事由 (Strafaufhebungsgründe) 若しくは処罰阻却事由 (Strafausschließungsgründe) の存在により無罪となった場合や依然として嫌疑が残る場合には、データは抹消され⁷⁹⁾ない。また、犯罪の性質、犯行の方法、その人格その他の知見に照らし、将来その被告人に対し相当に重大な犯罪に基づき刑事手続が実施されると想定する理由が認められないような場合も、保存されたデータは抹消される (連邦刑事庁法 8 条 6 項、32 条 2 項)

また、データへのアクセス禁止 (Sperrung) についても連邦刑事庁法に定めがある (32 条 2 項 2 文)。抹消期間に定めはない。

DNA 型情報は、無実の者の嫌疑を晴らす機会を閉ざすことのないよう、被疑者の死後も長期間、保存され⁸⁰⁾る。

保存された DNA 型情報について、連邦刑事庁は、成人については 10 年以内、少年については 5 年以内に訂正されるべきか、或いは、例えば、犯罪の嫌疑消滅により抹消されるべきか等を決定する (連邦刑事庁法⁸¹⁾ 32 条)。

データは、刑事手続、危険回避および国際司法共助のためにのみ引き渡すことができる (刑訴法 81 条 g 第 5 項 3 文)。刑訴法 81 条 g 第 5 項 3 文により、国内部門でのデータの譲渡に関する連邦刑事庁法 10 条、国際部門でのデータの譲渡等に関する連邦刑事庁法 14 条の適用が制限されることになる。

おわりに

ドイツでは、一方で DNA 型情報にかかわるプライバシーの保護と他方でその情報による犯人の特定、有罪の立証、冤罪の防止といった社会的利益を慎重に衡量しつつ、1997 年に DNA 分析法、翌年に DNA 同定法を制定し、以降、実務の要請等に応じて数次に亘る法改正を行い、刑事手続における DNA 鑑定の法整備を図ってきた。

上に紹介したように、刑訴法および連邦刑事庁法において、鑑定資料の採取条件、鑑定機関、鑑定条件、廃棄条件、DNA 型データベースの運用機関、データベースへの登録対象 (即ち、犯罪類型等、および対象者の地位)、データの抹消事由等を明記し、アメリカや英国のシステムでは見られない、非常に厳格な法規制を行っている。

このような法規制のあり方は、批判されることの多い、平成17年の国家公安委員会規則第15号によって運用されている我が国のDNA鑑定の有り様を考える上で極めて参考になるとと思われる。

注

- 1) データ件数等については、連邦刑事庁 (Bundeskriminalamt) のウェブサイトの記述によった。http://www.bka.de/nn_205980/DE/ThemenABisZ/DnaAnalyse/Statistik/dnaStatistik.html
- 2) 連邦刑事庁ホームページのデータによれば、2012年9月30日までに、次のような犯罪で、痕跡資料と対象者のDNA型との一致が見られた。生命に対する犯罪 (1,281件)、性的自己決定に対する犯罪 (2,266件)、身体の完全性に対する犯罪 (1,798件)、人身の自由に対する犯罪 (123件)、窃盗 (87,720件)、強盗および恐喝 (7,761件)、公の秩序に対する犯罪 (437件)、公共危険罪 (957件)、詐欺および背任 (361件)、侮辱 (107件)、器物損壊 (971件)、他の刑法犯 (4,766件)、特別法犯 (麻薬法、武器法など) (2,543件)。なお、左記データは、2000年9月30日以降の合致数しか含んでいないため、本文のDNA型の合致数141,419件とは一致しない。
- 3) ドイツのDNA鑑定に関する文献としては、次のものがある。田淵浩二＝川口浩一「刑事手続における『DNA分析』の法的問題 (1)(2)」奈良法学会雑誌3巻1号、2号1990年1号15頁、2号1頁、藤原静雄「DNA分析と個人情報保護 — ドイツの場合 (1)－(3)」自治研究68巻2号1992年24頁、3号38頁、4号33頁、福井厚「DNA鑑定と強制処分法定主義・令状主義 — ドイツにおける判例・学説・立法の動向を参考として」法律時報65巻2号1993年48頁、渡邊齊志「ドイツ :DNA鑑定実施についての連邦憲法裁判所の決定 — 将来における刑事手続のために既決囚から“遺伝子指紋”を採取することの是非」外国の立法210号2001年179頁、渡邊齊志「ドイツにおけるDNA鑑定に関する立法動向」外国の立法211号2002年36頁、玉蟲由樹「ドイツ憲法判例研究 (117) DNA鑑定と情報自己決定権 (2000.12.14ドイツ連邦憲法裁判所第二法廷第三部会決定)」自治研究79巻8号2003年142頁、渡邊齊志「ドイツにおけるDNA鑑定関連法規の改正」外国の立法221号2004年170頁、同「ドイツにおけるDNA型鑑定の活用範囲を拡大するための法改正」外国の立法227号2006年106頁、玉蟲由樹「刑事手続におけるDNA鑑定の利用と人権論 (1)－(3)」福岡大学法学論叢52巻2＝3号2007年327頁、4号2008年443頁、54巻2＝3号2009年1頁、同「ドイツのDNAデータベース法制」比較法研究70号2008年44頁等の他、拙稿「ドイツでのDNA鑑定に関する諸法の成立過程とその基本的内容」創価法学30巻2＝3号2001年3頁、同「ドイツでのDNA鑑定に関する最近の判例：有罪の言渡しを受けた者の体細胞の採取およびその分子遺伝学的検査に関する判例を中心として」創価法学32巻1＝2号2002年187頁、同「ドイツ刑事手続におけるDNA鑑定に関する立法の動向」通信教育部論集8号2005年44頁、同「ドイツ刑事訴訟法のDNA鑑定関連規定の現在」通信教育部論集13号2010年42頁がある。
- 4) BT - Dr. 11/6092.

- 5) 因みに、81条aは、次のように定める。
- 第1項「裁判上重要な事実を確認するため、被疑者又は被告人の身体検査を命ずることができる。この目的のため、血液標本の採取その他医師が検査目的で医学上の原則に従って行う身体への侵襲は、本人の健康に悪影響を及ぼさないときに限り、その承諾なしに許される」
- 第2項「前項の命令を発する権限は、裁判官に属する。遅滞すれば検査の効果を失うおそれがあるときは、検察官及びその補助官（裁判所構成法第152条）にも属する」
- 第3項「被疑者又は被告人から採取した血液標本その他の体細胞は、採取の根拠された刑事手続その他継続中の刑事手続のためにのみ使用することができる。これらの手続のために必要ではなくなったときは、遅滞なく廃棄しなければならない」
- なお、訳は、法務省大臣官房司法部法制部編『ドイツ刑事訴訟法』2001年によった。
- 6) Rademacher, StV 1989, 546; ders., NJW 1991, 736; ders., ZRP 1990, 380.
- 7) Rademacher, NJW 1991, 736.
- 8) Rademacher, Die Zulässigkeit genetischer Analysemethoden im Strafverfahren, Diss. 1992, 127.
- 9) Keller, Die Genomanalyse im Strafverfahren, NJW 1989, 2289.
- 10) Gössel, JR 1991, 31.
- 11) Ebenda., S. 32 f.
- 12) Ebenda, S. 33.
- 13) Lührs, MDR 1992, 929; Steinke, NJW 1987, 2914; ders., MDR 1989, 407; Kleinknecht/Meyer - Goßner, Strafprozeßordnung, 42., Aufl. 1995, § 81a Rn. 36.
- 14) LG Berlin, NJW 1989, 787.
- 15) また、ダルムシュタット地方裁判所の1989年5月3日の判決も検査の対象が被検査者の人格の核の領域に侵入することにはならないDNAの非コード領域であれば憲法上の問題は生じないとの理解に拠ったうえ、刑訴法81条aがDNA分析の法的根拠となる、とした。LG Darmstadt, NJW 1989, 2338. ハイルブロン地方裁判所の1990年1月19日の判決も同様であった。LG Heilbronn, NJW 1990, 785.
- 16) BGHSt 37, 158.
- 17) BGHSt 37, 158, 159. 同裁判所は、「原判決は、証拠評価の限界を正当に評価している。事実審裁判官は、検査によって得られた結果を別の証拠と併せて被告人の有罪の立証のために補充的にしか利用していないからである」と述べた。また、この証拠評価の点につき同部は、1992年8月12日の判決において、原判決を批判する中で、「地方裁判所は、被告人と被害者との性交についての確信をDNA鑑定の結果だけで根拠づけている。このような証拠評価は、事実に・法的事後審査に耐えるものではない」「地方裁判所がDNA鑑定によって被告人には犯人の嫌疑が濃厚であると考え、そして別の状況証拠を考慮して犯人だという確信を抱いたならば、かかる状況では地方裁判所のやり方に法的な瑕疵はなかったであろう。しかし、地方裁判所は、証拠評価に際してこのような方法をとらなかった。むしろ地方裁判所は、専らDNA鑑定に基づいて、被告人の主張に反して被告人がR婦人と性交を行ったということについて確信した。……かくして、地方裁判所は、DNA鑑定の

結果に高すぎる証拠価値を認めた」と述べた (BGHSt 38, 322, 324.)。

- 18) BVerfG, NStZ 1996, 45.
- 19) Kimmich/Spyra/Steinke, NStZ 1993, 23.
- 20) Keller, JZ 1993, 102.
- 21) Kühne, Strafprozeßordnung, 1993, S. 241f.
- 22) BT - Dr. 13/667, S. 1.
- 23) BT - Dr. 12/7266.
- 24) BT - Dr. 13/667.
- 25) BT - Dr. 13/3116.
- 26) Plenarprot. 13/81.
- 27) BGBl I 1997, 534.
- 28) BT - Dr. 13/10791.
- 29) BT - Dr. 13/11116.
- 30) BGBl I 1998, 2646.
- 31) BGBl I 1997, 1650.
- 32) BR - Dr. 389/98, S. 4 f.
- 33) BT - Dr. 13/10791, 4.
- 34) BverfGE 103, 21 = NStZ 01, 328.
- 35) LG Hamburg StV 2000, 659; LG Potsdam NJW 2002, 154; LG Wuppertal NJW 2000, 2687.
- 36) Sprenger/Fischer, NJW 1999, 1830 ff.
- 37) BGBl I 2002, 3018.
- 38) Entwurf eines Gesetzes zur Regelung der Zuständigkeit für die Anordnung einer DNA - Untersuchung bei Spuren. Br - Dr. 780/00.
- 39) 従前の規定による性別の確認の問題点については、Volk, NStZ 2002, 561に詳しい。
- 40) この法改正の紹介としては、渡邊斉志「ドイツにおけるDNA型鑑定の活用範囲を拡大するための法改正」外国の立法227号106頁(2006)等がある。
- 41) Meyer - Goßner, Strafprozessordnung, 54. Aufl., 2011, § 81f Rn.1. 反対意見としては、Senge, NJW 2005, 3029がある。
- 42) BT - Dr. 15/5674, S. 7.
- 43) Senge, NJW 2005, 3028, 3029.
- 44) 現行法上許されないとする見解には、次のものがあつた。Satzger, JZ 2001, 648; Fisahn, ZRP 201, 49; Amelung, StV 1985, 261. これに対し、許されるとするのは、次の者である。Markwardt/Brodersen, NJW 2000, 693.
- 45) BT - Dr. 13/667.
- 46) Volk, NStZ 2002, 561; Graalman - Scherer, ZRP 2002, 72.
- 47) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81a Rn.13.
- 48) Celle NJW 2008, 3079; StV 2009, 518; DrsdenStV 2009, 571; Hamm NJW 2009, 242.
- 49) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81a Rn.3.

- 50) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81a Rn.4.
- 51) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81a Rn.4.
- 52) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81e Rn.7.
- 53) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81e Rn.6.
- 54) Heiderberger Kommentar, Strafprozessordnung, 4. Aufl., 2009, § 81f Rn.1.
- 55) Satzger, JZ 2001, 639.
- 56) BT - Dr. 15/5674, S. 13.
- 57) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81h Rn.4.
- 58) LG Dortmund NSTZ 08, 175. これは、殺害された新生児の母親を突き止めるため、284人の婦人を検査した事案である。
- 59) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81h Rn.5.
- 60) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81h Rn.5.
- 61) Meyer - GGoßner, a. a. 0., § 81h Rn.6.
- 62) BT - Dr. 15/5674, S. 14.
- 63) Löwe - Rosenberg, Strafprozessordnung, 26. Aufl., 2006, § 81f Rn.18.
- 64) Br - Dr. 13/667, S. 10.
- 65) Br - Dr. 13/667, S. 11.
- 66) Löwe - Rosenberg, a. a. 0., § 81f Rn. 23; Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl., 2008, § 81h Rn.7.
- 67) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81a Rn.37.
- 68) Heiderberger Kommentar, a. a. 0., § 81a Rn.26.
- 69) Beulke, Germany, in Genetic Testing and the Criminal Law 107 (D. Charlmers ed. 2005).
- 70) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81g Rn.3.
- 71) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81g Rn.5.
- 72) BVerfGE 103, 21, 34.
- 73) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81g Rn.7b.
- 74) BT - Dr. 15/5674, S. 11.
- 75) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81g Rn.8.
- 76) 再犯の危険予測については、2000年12月14日の連邦憲法裁判所決定がある。同決定は、危険予測についての検討項目に言及し、特に行為者の累犯に至る期間、前の犯行からの時間の経過、保護観察期間中のまたは刑の免除された場合の関係人の行動、以前の犯行の動機、生活状況およびその人格が考慮されるべきであるとする。また、同裁判所は、「DNA同定法第2条、刑訴法81条gによる措置命令については、既に審判された犯罪の性質若しくは態様、有罪の言い渡しを受けた者の人格またはその他の知見に基づき、相当に重大な犯罪についてその者に対して将来新たに刑事手続が実施されうることによって必要かつ十分である」とし、「再犯の高度の蓋然性は必要ではない」とする。もともと「かなり前に有罪の言い渡しを受けた関係人の再犯の危険が『確実に排除できない』というのでは、情報に関する自己決定権の侵害を正当化しうるものではない。むしろそれは、再犯の危険性を認めるための、個々の事案に関連する積極的な根拠を必要とする」と述べる (BVerfGE

- 103, 21)。
- 77) Busch, NJW 2002, 1754; Eisenberg/Singelstein, GA 2006, 173.
- 78) Busch, a. a. 0., 1757.
- 79) Ahlf/Daub/Lersch/Störzer, Bundeskriminalamtgesetz, 2000, § 8 Rn. 6.
- 80) Meyer - Goßner, a. a. 0., § 81g Rn. 13. これに反対するのは, Bergmann/Hornung StV 07, 168.
- 81) 犯罪の嫌疑消滅等の理由から、1998年以降234,000件のデータが抹消された(2012年9月30日現在)。注1の連邦刑事庁のサイト参照。
- 82) 我が国の運用上の課題について、日本弁護士連合会「警察庁DNA型データベース・システムに関する意見書」2007年12月21日、末井誠史「DNA型データベースをめぐる論点」レファレンス2011年3月号5頁は、詳細に検討を加える。

【付記】 本稿は、2012年度科学研究費・基盤研究(C)(課題番号23530081)による研究成果の一部である。