

<研究ノート>

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

池田秀彦

1. はじめに

ドイツ連邦議会は、1997年に慎重な審議を経てDNA分析法（Strafverfahrensänderungsgesetz — DNA-Analyse¹⁾）を制定し、DNA鑑定の明確な法的根拠規定を刑訴法に挿入した。これに続き、1998年9月には、DNA同定法（DNA — Identitätsfeststellungsgesetz²⁾）を制定し、DNAのデータファイル化に関する立法措置を講じた³⁾。これに伴い刑訴法に81条gが付け加えられた⁴⁾。

これまでに、DNA同定法、刑訴法81条gについては、連邦憲法裁判所の2000年12月14日と2001年3月15日の二つの決定をはじめとしてある程度判例の集積が見られる。そこで、ここでは、この二つの決定が取り扱った、既に確定判決を受けた者に対する体細胞の採取およびその分子遺伝学的検査、即ちDNA同定法第2条、刑訴法81条gに関する判例を概観することとしたい。

なお、DNA同定法は、5条からなるが、判例で特に問題となるのは、1条と2条であるので、ここで両条文の試訳を付し、若干の説明を施すこととする⁵⁾。

DNA同定法第1条は、刑訴法に第81条gを加える旨を定める。

刑訴法81条g第1項「犯罪の性質若しくは態様、被疑者・被告人の人格またはその他の知見に基づき、相当に重大な犯罪、特に重罪、性的自己決定に対する軽罪、危険な傷害、特に重い事態の窃盗または恐喝について被疑者・被告人に対して将来新たに刑事手続が実行されることがあり得るという見解に理由があるときは、将来の刑事手続での同一性の確定のために、当該犯罪の嫌疑のかかっている被疑者・被告人から体細胞を

採取し、かつ、これを DNA 個人識別の型の確定のために分子遺伝学的に検査することができる」

第 2 項「採取された体細胞は、第 1 項に定められた分子遺伝学的検査のためにだけ利用することができる。このためには最早必要でなくなったときは、遅滞なく廃棄しなければならない。検査に際しては、DNA 個人識別の型の調査のために必要な認定しか行ってはならない。これ以外を目的とする検査は、許されない」

第 3 項「第 81 条 a 第 2 項および第 81 条 f は、これを準用する」

DNA 同定法第 2 条第 1 項「刑事訴訟法第 81 条 g により許される措置は、関係人が刑事訴訟法第 81 条 g 第 1 項に挙げられた犯罪について確定力のある有罪の言渡しを受け、または責任無能力であることが証明され若しくはその無能力が排除できないというだけの理由で、または精神疾患による弁論無能力若しくは責任（少年裁判所法第 3 条）の欠如若しくはそれが排除できないというだけの理由で有罪の言渡しを受けず、かつ連邦中央登録簿または教育登録簿中のその旨の登録が抹消されていないときにも実施することができる」

第 2 項「第 1 項による措置については、刑事訴訟法第 81 条 a 第 2 項、第 81 条 f および第 162 条第 1 項を準用する」

第 3 項「第 1 項に挙げた者については、刑事訴訟法第 131 条 a および第 131 条 c を準用する」

〔DNA 同定法第 1 条の趣旨〕 DNA 同定法第 1 条、即ち第 81 g 第 1 項は、将来の刑事手続において DNA の同一性を確定する目的で被疑者・被告人から体細胞を採取し、分子遺伝学的に検査しうる条件を定める。この要件は、① 相当に重大な犯罪 (Straftat von erheblicher Bedeutung)、② 措置の必要性、③ 再犯の虞れである。

第 2 項は、利用および廃棄に関する規定である。

第 3 項は、命令の権限および検査手続に関する規定である。体細胞の採取命令と資料の分子遺伝学的検査命令は、それぞれ別の規定に基づく。前者は、第 81 条 g 第 3 項により第 81 条 a 第 2 項が準用されることになり、原則的には、

裁判官がこれを命ずるが遅滞により検査の成功が危ぶまれるような場合には、検察官が命令を発することができる。後者の、採取された資料の検査については、第81条g第3項により第81条f第1項が準用され、常に裁判官がこれを命じる。

[DNA同定法第2条の趣旨] DNA同定法第2条第1項により体細胞の採取およびその分子遺伝学的検査は、刑訴法第81条g第1項の定める犯罪について既に確定有罪判決を受けた者、責任無能力が証明され、若しくはその疑いが払拭できないことを理由に有罪とならなかった者等に対しても行うことができる。この場合の措置の条件の一つは、刑訴法第81条g第1項の意味での危険予測であり、もう一つは、連邦中央登録簿中のその旨の記載が抹消されていないか抹消の時期に至っていないことである。かくして、刑訴法第81条g第1項の定める相当に重大な犯罪について確定有罪判決を受けた者等についても、将来再犯の虞れがある場合には、これらの措置が認められることになる。

2. DNA同定法、刑訴法第81条gの合憲性

連邦憲法裁判所の2000年12月14日決定⁶⁾は、はじめてDNA同定法および刑訴法第81条gの合憲性について判断し、まず前記規定が形式的に憲法に適合するとした上、大要次のように述べる。

「DNA同定法第2条、刑訴法第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、侵害の授權がコード化されていないDNAの部分に関係し、専らDNA個人識別の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個人識別の型の確定後遺伝子資料が廃棄される限りにおいて当てはまる。確定され、保存されるに過ぎないDNA個人識別の型の助けを借りて獲得できるコード同一性 Code-Individualität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によって人格の核心領域は、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個人識別の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が重要ではない。決定的なのは、刑訴法第81条g第2項により最終的に廃棄されるべき資料に基づくDNA個人識別の型の確定によって、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、したが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個人識別の型の確定、保存および(将来の)利用は、確かに基本法第2条第1項、第1条第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経験的に自ら決定する個人の権限を保障する。それは、その担い手に、その者に関する、個別化されまたは個別化可能なデータの無制限の調査、保存、利用または開示に対する保護を提供する。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同定法第2条、刑訴法第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容易化を目的とし、そして同時に高い地位をもつ法治国原理に沿った司法に寄与する。

DNA同定法第2条、刑訴法第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」

次いで、2001年3月15日の連邦憲法裁判所決定⁷⁾は、前記決定を踏襲し、DNA同定法および刑訴法第81条gによる措置が基本法第1条第1項、第2条第1項によって保障された情報に関する自己決定権を侵害することを認めた上、その合憲性を認める。

3. 裁判所の管轄

ここで問題となる措置に対する命令の管轄は、刑訴法第81条g第3項、第

81条a第2項、第81条fに関連する。

(1) 事物管轄

刑訴法第81条eによる措置が捜査裁判官 (Ermittlungsrichter) の事物管轄権に属することについては疑いなかったが、第81条gによる措置については、予防乃至鑑識措置の面があるため、判例には、多様な見解が見られた。

まず、Lindau 区裁判所は、1998年9月21日の決定⁸⁾で、同措置に対する命令権について法律に規定がなく、このような法の不備を裁判所が補うことはできない、とし、捜査裁判官の管轄権を否定した。

次いで、Berlin 地方裁判所は、同年11月6日の決定⁹⁾で、「刑訴法81条gは——当該事案のように——関係人が既に確定有罪判決の言渡しを受けた場合には、体細胞、その分子遺伝学的検査およびDNA個人識別の型の確定のための法的根拠としては考慮されない」とした上、前記の措置に対する実質的な根拠は、警察法上の規定であると述べ、刑事裁判官の管轄には属さないという結論に達した。

これに対し、Karlsruhe 地方裁判所は、1998年10月20日の決定¹⁰⁾で刑の執行を担当する部の管轄は、裁判所法第78条aの限定列举のため考慮することはできないし、また同様に同措置が刑訴法上の規定に関係し、刑訴法上の問題であるので行政裁判官も関係しない、とする。さらに、一般の刑事部も予断排除の問題等から管轄権をもたない、と述べ、結論として、今日、支配的な見解となっている捜査裁判官の事物管轄を認める。連邦通常裁判所は、2000年2月2日の決定¹¹⁾で、別の問題に論及する中で、傍論として捜査裁判官の事物管轄を前提として論を進めている。

(2) 土地管轄

区裁判所の土地管轄に関する裁判の事例は少ない。前記の連邦通常裁判所は、体細胞の採取がその管轄区域内で行われた区裁判所の捜査裁判官が管轄すると述べる (刑訴法第162条第1項第1文)。区裁判所の管轄が競合する場合について Köln 上級地方裁判所は、1999年4月27日の決定¹³⁾で申立をする検察官がいる区裁判所の捜査裁判官が管轄権をもつとする (刑訴法第162条第1項第2

文)。

4. 原因犯罪 (Anlasstat)

刑訴法第81条gは、体細胞の採取および分子遺伝学的な検査の前提となる原因犯罪 (Anlasstat) を限定列举せず、重要な例だけを挙げている。そのため、そこで述べられた「相当に重大な犯罪、特に重罪、性的自己決定に対する軽罪、危険な傷害、特に重い事態の窃盗または恐喝」の解釈が問題となる。

まず、「相当に重大な犯罪 (Straftat von erheblicher Bedeutung)」は、かなり不明確な概念であるが、これは、既に刑訴法第98条a第1項、第110条a第1項、第131条第3項、第131条a第3項、第131条b第1項、第163条e第1項および第2項、第163条fの中でも用いられており、判例によってこの概念は、ある程度明確化されている。

2000年12月14日の連邦憲法裁判所の決定¹⁴⁾は、この概念について「圧倒的に多くの見解によれば、相当に重大な犯罪は、少なくとも中程度の犯罪の領域に属さなければならず、法的平穩を乱し、国民の法的安定性の感情を著しく害うものでなければならない」(趣旨)と述べる。

また、2001年3月15日の連邦憲法裁判所の決定¹⁵⁾は、第81条gの規定を前審とは対照的に解釈し、同規定に挙げられている犯罪だとしても必ずしも「相当に重大な犯罪」となるわけではなく、刑の範囲が下位の領域の犯罪においては、原則に対する例外という考えが検討されなければならない、とする。裁判の対象となった事件は、窃盗、傷害、器物損壊および薬物犯罪を理由とした6月から2年までの軽い自由刑に関する。同裁判所は、結論的に、このような場合においては例外としてのみ相当に重大な犯罪として分類することを認める。

5. 再犯予測

(1) 再犯予測の前提

刑訴法第81条g第1項は、本質的な前提として「犯罪の性質若しくは態様、被疑者・被告人の人格またはその他の知見」に基づいて前記の犯罪について関

係人に対して将来新たに刑事手続が実施されうるという見解に理由があるかどうかという意味での予測判断、即ち再犯予測を要求している。

MarkwardtとBrodersen¹⁶⁾は、この基準について詳細に検討し、まず、「犯罪の性質若しくは態様」について考慮される点としては、犯罪の重大性、犯行に投入されたエネルギー、犯罪前の行動（計画、犯行のための道具の調達、製造および運搬、発覚および身元の判明の阻止活動等）、犯罪行動（特に残忍な犯行、犯行が物語るいやしい心根、集団犯行、職業的犯行）、および犯罪後の行動（逃亡と搬出の準備、証人または被害者への事後の働きかけ、威嚇）を挙げる。次に、「被疑者の人格」については、犯行が物語るその心根、法益侵害に対して見られる低い道義性、犯罪歴、犯行の間隔、および行為者を取り巻く社会環境を示唆するもの、他の示唆するもの（例えば精神病に関する鑑定、近親者の供述）等が考慮される、とする。最後に、「他の知見」では、特に犯罪学上承認された経験則を挙げる。

判例としては、連邦憲法裁判所の2000年12月14日の決定¹⁷⁾がある。同決定は、危険予測についての検討項目に言及する。これによれば、特に行為者の累犯の速さ、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。また、同裁判所は、「DNA同定法第2条、刑訴法第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ということで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。もっとも「かなり前に有罪の言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。

また、2001年3月15日の連邦憲法裁判所の決定¹⁸⁾は、予測判断は、「刑罰・執行書、保護観察記録および連邦中央登録簿からの情報の使用による十分な実体解明がそれに先行していること、そしてそれにとって重要な事情が個別事例的に考慮されることを憲法上前提とする」（趣旨）と述べる。

(2) 刑法第56条による予測と刑訴法第81条gによる予測の関係

刑法第56条¹⁹⁾の定める、保護観察のための刑の延期を決定する際に考慮すべき要素と刑訴法第81条gによる再犯予測の際に考慮すべき要素とがかなり重なり合うために、この二つの予測が競合する場合、実務上困難な問題を提示する。

まず、2000年9月6日のOldenburg地方裁判所の決定²⁰⁾は、「保護観察のための刑の延期に関する裁判で有罪の言渡しを受けた者に積極的な予測が立てられたということは、確かに原理的に刑訴法第81条g第1項による裁判を絶対に妨げるものではないが、この規定の意味での消極的社会化予測の問題の慎重かつ広範な審査を必要とする」とする。

また、2000年9月25日のFreiburg地方裁判所の決定²¹⁾は、保護観察のために刑または残刑の執行を延期した場合には、保護観察期間が進行している限り、または保護観察の取消しがない限り、刑訴法81条gによる措置を事実上、禁止する、とする。

これに対し、Thüringen上級地方裁判所の2000年2月10日の決定²²⁾は、この見解とは異なり、「刑訴法第81条g第1項で求められる消極的予測（再犯の虞れ）は、刑訴法第56条第1項および第2項の有利な社会化予測と矛盾するものではない。けだし、原審が正当に述べたように、それぞれの判断基準は、互いに相容れないものではないが、異なったものであるからである。刑法第56条第1項によれば、有罪の言渡しを受けた者が有罪判決を警告として役立たしめ、将来、刑の執行の作用がなくても、もはやいかなる犯罪行為をも犯さないであろうと期待しうるときには、一定の自由刑の執行を延期しなければならないし、刑法第56条第2項によれば、延期することができる。その際、刑法第56条の意味での有利な社会化予測の肯定のためには、将来犯罪を犯さない蓋然性が新たに犯罪を犯す蓋然性よりも大きいことで十分である……。かくして有利な社会化予測は、新たな犯罪の実行が十分に現実的な可能性と認められることによって考慮の対象外に置かれる。再犯の危険性（消極的予測）について答えるべき場合には、刑訴法第81条gは、全く別の審査範囲を基礎としている」として、両規定の審査範囲の違いを理由に、刑法第56条により有利な予測がされた場合にも刑訴法第81条gによる消極的予測は可能だとする。

このような中、2000年12月14日の連邦憲法裁判所の裁判²³⁾は、「保護観察のための刑の延期に対する社会化予測または措置の言渡しにあたっての危険予測に際して決定的である事情は、刑訴法第81条g第1項の意味での危険予測の枠内で考慮すべき事柄に含められるべきである。このことは、累犯の速さ、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について当てはまる。その際、確かに法律の目的により予測基準が異なることを見落としてはならない。したがって、個々の事案で既に刑の延期がなされていた場合でも、DNA同定法第2条、刑訴法第81条gの意味での再犯の危険性を認めることは許される」とする。

(3) 原因犯罪と期間の経過

原因犯罪と予測判断との間の期間に関して若干の裁判例がある。

まず、2000年9月5日のHeilbronn地方裁判所の決定²⁴⁾によれば、刑が軽減的に考慮されるべき人間関係上の問題とアルコールによる抑制力の弛緩のために行為が簡易な略式手続で処断しえたような場合には、4年前の有罪、罰金刑は、DNAの識別を正当化するものではない。

また、Traunstein地方裁判所の2001年1月23日の決定²⁵⁾では、原因犯罪は9年前、Berlin地方裁判所の2000年11月21日の決定²⁶⁾では約6年前であった。前者では、行為者が60歳になり、当時の環境から離脱したことなどから、後者では、原因犯罪においては行為者と被害者の特別の関係から犯罪に発展したことから、いずれも再犯の虞れは否定された。

一般的には、かなり前の犯罪または有罪判決の場合には、再犯の予測は厳格に判断されることになると思われるが、今後の判例の展開が期待される。

注

1) BGBl I 1997, 534.

2) BGBl I 1998, 2646.

3) DNA分析法 (Strafverfahrensänderungsgesetz — DNA-Analyse) とDNA同定法 (DNA — Identitätsfeststellungsgesetz) の立法の経緯と概要については、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」創価法学第30巻

第2・3合併号3頁(2001)を参照されたい。

- 4) DNA同定法は、1999年6月2日のDNA同定法改正法(BGBI I S. 1242)および2000年8月2日の刑事手続改正法(BGBI I S. 1253)によって改正された。1999年の改正法では、第2条に第2項「第1項による措置については、刑事訴訟法第81条a第2項、第81条fおよび第162条第1項を準用する」が追加された他、第2条a乃至第2条eが加えられるなどした。2000年の改正法では、第2条に第3項「第1項に挙げた者については、刑事訴訟法第131条aおよび第131条cを準用する」が追加された。
- 5) 因みに、DNA同定法第1条は、刑訴法に第81条gを加える旨を定め、第2条は、刑訴法81条gによる措置の対象者に関する定めなどを置き、第3条は、DNA個人識別標本についての利用、特にデータファイルへの保存に関して規定している。第4条は、基本法第2条2項の定める身体の不可侵性に関する基本権が本法によって制約されることを規定し、第5条は、法律の施行について規定している。
- 6) BVerfG, NJW 2001, 879=NSTZ 2001, 328=StV 2001, 145. これに対する評釈としては、Senge, NSTZ 2001, 331、Wollweber, NJW 2001, 2034、Fluck, NJW 2001, 2292等がある。
- 7) BVerfG, NJW 2001, 2320=StV 2001, 378.
- 8) AG Lindau, NJW 1999, 303.
- 9) LG Berlin, NJW 1999, 302.
- 10) LG Karlsruhe, NJW 1999, 301.
- 11) BGH, NJW 2000, 1204.
- 12) Ebenda.
- 13) OLG Köln, NJW 1999, 1878.
- 14) BVerfG (Fn 6).
- 15) BVerfG (Fn 7).
- 16) Markwardt/Brodersen, Zur Prognoseklausel in § 81g StPO, NJW 2000, 692.
- 17) BVerfG (Fn 6).
- 18) BVerfG (Fn 7).
- 19) 因みに、刑法第56条第1項は、「1年以下の自由刑を言い渡す場合において、有罪の言渡しを受けた者が有罪判決を警告として役立たしめ、将来、刑の執行の作用がなくても、もはやいかなる犯罪行為をも犯さないであろうと期待しうるときには、保護観察のために刑の執行を延期する。その際に、特に、有罪の言渡しを受けた者の人格、その前歴、行為の事情、行為後のその者の態度、その生活関係およびその者に対し延期により期待しうる効果を顧慮するものとする」と定め、第2項は、「裁判所は、特別な事情が行為および有罪判決を受けた者の人格に存するときには、第1項の要件の下で、2年以下の比較的重い自由刑の執行を保護観察のために延期することができる。裁判に際しては、特に、行為による損害の賠償に努める有罪の言い渡しを受けた者の努力も顧慮するものとする」と定める。なお、訳は、宮澤浩一訳『ドイツ刑法典』(1982)を参考にした。

- 20) なお、この決定は、重大な犯罪で有罪となった場合にも長い間に次第に関係が悪化したために衝動的に誤った行動をとってしまい、それが1回性の場合には、消極的予測の確定を妨げうる、とする。LG Oldenburg, StV 2001, 7.
- 21) LG Freiburg, StV 2001, 8.
- 22) OLG Thüringen, StV 2001, 5. なお、Schneider, StV 2001, 7 は、この裁判に対する評釈において刑法第56条の予測と刑訴法第81条gの予測とが原理的に異なる、とし、前者の予測は、特別予防的刑法の手段であるのに対して、後者の予測では、将来の刑事訴追のための現在の措置が問題となる、と述べ、そして結論として刑訴法第81条gによる予測は、制限的に解釈すべきであると述べる。
- 23) BVerfG (Fn 6).
- 24) LG Heilbronn, StV 2001, 8.
- 25) LG Traustein, StV 2001, 391. 因みに、本件の事案は、次のとおり。区裁判所は、2000年7月10日、検察官の申立に基づきDNA同定法第2条、刑訴法第81条f、第81条g、第162条第1項により唾液試料の採取を決定により命じた。理由として抗告人が1991年7月3日に区裁判所により重大な強盜的恐喝の教唆未遂につき（刑法第253条、第255条、第250条第1項第2文、第2項、第30条第1項、第56条）1年の自由刑の有罪判決を言い渡されたことと、これによって刑訴法第81条gの意味での相当に重大な犯罪を犯したことになることを挙げた。そして、犯罪の性質若しくは態様、有罪の言渡しを受けた者の人格に基づき、刑訴法第81条gの意味での犯罪につき関係人に対して将来新たに刑事手続が実施されうると認める理由がある、と述べた。
- 26) LG Berlin, StV 2001, 392.