

《論 説》

鑑定資料の保存に関する一考察

徳 永 光

I. はじめに

鑑定技術が進歩し微量の資料でも鑑定にかけられるようになった。ただし、一度の鑑定で資料を使い切ってしまうと、同じ資料を使った二度目の鑑定はできなくなる。そこで、再検査資料の保存という問題が浮上してきた。少くとも争いのある事件において、鑑定資料を全量消費した上で得られた鑑定結果については、再鑑定できないことをもって、その証拠能力は否定すべきではないかという議論である。

典型例はDNA鑑定であるが、実際には、この問題は「微量の」資料を用いる「新しい」手法に限らず生じる⁽¹⁾。そもそも、一々再鑑定で信頼性を確認しなければならないような新奇の手法については、資料の保存の有無にかかわらず、裁判で用いることに問題がある。信頼性の確認されていない手法は、鑑定資料が残されているからといって、証拠能力を認めるべきではないだろ

(1) 小早川義則・高田昭正「覚せい剤事犯の多発化と刑事訴訟法理論」刑雑27巻2号198頁参照。

(2) 捜査機関の嘱託鑑定は一方当事者の鑑定にすぎないから、嘱託鑑定結果に対する正式鑑定を「再」鑑定と呼ぶことには疑問を感じる。正式鑑定が「鑑定」であり、それに対する嘱託鑑定は「予備」鑑定のようなものだからである。印象の問題に過ぎないかも知れないが、以下では、「検査」に対する「再検査」という言葉を用いる。

論 説

う。また、「再」⁽²⁾鑑定は、必ずしも、先に行われた鑑定と同一の手法で行われるわけではなく、むしろ、別の手法で行われることも多い。「再」鑑定において別の手法がとられた場合、厳密な意味では、先の鑑定を検証するものではなく、その信頼性を確認していることにはならない。重要なのは、むしろ、先の鑑定（捜査機関の鑑定）と異なる結果が後の鑑定（再鑑定）から得られれば、先の鑑定結果に疑問を生じさせるだけでなく、多くの場合、そのこと自体が合理的疑いを生じさせる価値を持ち始めることである。このように考えると、「新しい」鑑定手法であるから、その信頼性を確認するために再鑑定が必要であり、従って再鑑定資料を保存しておかなければならないという主張にも一理あるが、手法が新しいか否かは、資料保存の必要性の問題とは直接結びつかないように思われる。また、鑑定資料が保存されない（あるいは廃棄されてしまう）事態は、資料が微量だったという特殊な事情によらず起きることであるから、保存の必要性は資料の全体量にも関わらないことになる。

検査資料が残らない理由としては、次のような場合が考えられる。①まず、上述のように、捜査機関が検査を実施するため微量であった資料を全量消費した場合である。これには、検査実施のためにやむを得なかった場合もあれば、不必要な検査を繰り返したために資料がなくなる場合、十分な量の資料があったのにそれを採取しておかなかった場合がありうる。②次に、残余資料が廃棄される場合である。覚せい剤等薬物鑑定においては、残った資料を廃棄するという運用がなされているといわれる。③また、残余資料はあるけれども、それを保存することが技術的に難しい場合もあるだろう。④さらには、捜査機関が検査資料となりうる物を、そもそも収集しなかった（つまり捜査側の嘱託鑑定も実施されていない）場合がありうる。それぞれ理由は異なるものの、その結果、すなわち被告人側が検査できなくなった（正式鑑定を請求することができなくなった）点は同じである。このような場合を、

事後的にどう評価すべきかが本稿の関心である。

Ⅱ. 日本での状況

検査資料の消費・喪失が争点になった事案は少ないが、⁽³⁾全量消費を理由に証拠能力を否定すべきとの主張を容れた裁判例はみあたらない。次のような理由づけにより、被告人側の主張は退けられている。

1. 東京高裁1996（平8）年5月9日判決（足利事件控訴審判決）は、4歳の少女に対するわいせつ誘拐、殺人事件で、被害者の着ていた半袖下着に付着した精液（斑）が科警研の鑑定で全量消費された事案である。被告人側が、第三者による検証可能性を予め奪った鑑定結果の証拠能力は、原則として否定されなければならないと主張したのに対し、裁判所は次のように判示した。

「〔当該鑑定を実施した科警研技官の証言及び鑑定書によれば〕…追試をことさらに困難にしようとする行為は窺われない。一般に、鑑定の対象資料が十分あれば、鑑定作業を行った後、追試等に備えて、変性を予防しつつ残余資料を保存しておくのが望ましいということは言うまでもないが、犯罪捜査の現場からは、質、量とも、限られた資料しか得られないことの方がむしろ多いのであるから、追試を阻むために作為したなどの特段の事情が認められない本件において、鑑定に用いたと同一の現

(3) 従前から、ポリグラフ検査等においても、再鑑定できないことが争点の一つになっている。ただ、どちらかといえば、再検査が不能なことそれ自体よりも、信頼性あるいは証拠能力を争う上での一事由として取り上げられてきたように思う。事後検証が不可能であることを主たる理由に、ポリグラフ検査結果の証拠能力を否定した判例としては、東京地裁1960（昭35）年7月20日判時243号8頁がある。

論 説

場資料について追試することができないからといって、証拠能力を否定することは相当ではない⁽⁴⁾

すなわち、残余資料の保存を「望ましい」レベルの問題として捉え、ただ⁽⁵⁾「特段の事情」のある場合に、証拠能力が否定される余地を残す。しかし、「特段の事情」という要素を考慮する理由については、説明されていない。

2. 東京高裁1999（平11）年3月1日判決（コカイン密輸入未遂事件）は、被告人の毛髪に対するコカイン検査のために、その毛髪が全量消費された事案である。裁判所は、「意図的に再鑑定⁽⁶⁾の機会を奪うためにそうしたわけではないから、このことが本件鑑定書の証拠能力に影響を与えるものとはいえない」とし、被告人側の証拠排除の主張を退けている。本件では、もっぱら「意図的な」全部消費であったかどうか⁽⁶⁾が挙げられている。現場資料に比べ採取量の制約が小さかったにもかかわらず、再検査を加味しないで、一回の検査に必要なだけの毛髪しか採取しなかったことが、「意図的」に当たらないのか疑問に思うが、その点については何も述べられていない。

3. 福岡高裁2001年（平13）10月10日判決（飯塚事件控訴審判決）は、2人の小学生に対する略取誘拐、殺人事件で、被害者の膾内容物等が科警研の検査で全量消費された事案である。この事件においても裁判所は、次のように述べて証拠排除の主張を容れなかった。

「確かに、所論のように資料を残すなどして再検査を可能にする方を講ずることは望ましいが、資料が少なかったり、なかなか結果が出にくい場合に全部使い切ることがあったとしても、やむを得ない場合の

(4) 東京高判1996（平8）年5月9日高刑集49巻1号189-190頁。

(5) それを批判するものとして、三井誠「DNA鑑定」法学教室210号62頁。

(6) 東京高判1999（平11）年3月1日刑集54巻8号848頁。

あることは否定できないところである。そして、本件では、…残量が少なくなったのもやむを得ないという事情があること、殊更再鑑定を避けるために費消するなどの不適切な事情も見当たらないことからすれば、資料をほとんど使い切ったからといって、その故をもって証拠能力を否定すべきものと解され⁽⁷⁾ない。」

本判決も、上記東京高裁1996年判決と同様の判断手法をとっている。ただ、上記2判例とは異なり、「やむを得ない場合」を強調している点が注目される。証拠能力に影響しないのは、全量消費が「やむを得ない場合」に限られるという趣旨とも受け取れるのである。さらに、「やむを得ない場合」であっても、他に「不適切な事情」があれば証拠能力に影響を及ぼすと述べているようにも読める。

本判決と東京高裁1999年判決から、少なくとも、再鑑定を避けるための検査の繰り返しは、証拠能力に影響を与える具体的事由の一つであるといえるだろう。しかし、實際上、被告人側が不当な再検査の目的を指摘することは難しい。次の事例がそれを示している。

4. 仙台地裁2003（平16）年3月30日判決⁽⁸⁾（北陵クリニック事件）は、病院の準看護師であった被告人が、入院患者5名に対し、筋弛緩剤を点滴溶液内に混入させるなどして殺害しようとした（内1名を死亡させた）とされる事件である。様態の急変した患者から採取された血液（血清）、あるいは患者に使用されたとされる点滴ボトル（その真正性自体も争点となっている）が大阪府警科捜研に送られ、検査にかけられた。

問題は、鑑定囑託事項が筋弛緩剤の有効成分の有無であったのに、大阪府

(7) 福岡高判2001（平13）年10月10日高刑速報集（平13）号223頁。

(8) 判例集未搭載。

論 説

警科捜研が、残余資料で他の薬毒物分析をも行い、その結果全量消費している点である。それに対し、鑑定を行った吏員は次のように説明した。すなわち、薬毒物鑑定においては、当初の目的成分とは別の物質が後々問題になってくる場合もあり得るため、初めから特定成分に限定することなく薬物全般を対象とした鑑定を行うべきであるとの考えから、「各鑑定資料の性質及び残量に応じて可能な限り徹底的に分析を行う意図で」鑑定を行い、全量消費した。

裁判所は、本件鑑定での全量消費を、「あながち不当と断ずることはできず、そのことをもって本件各鑑定書の証拠能力や信用性を否定すべき事情があるとはいえない」と述べている。しかし、このような理屈が許されるのであれば、「徹底的な分析を行う意図」の下、あるだけ全部を使った探索的鑑定が許されることになる。薬毒物の種類は五万とあるだろうから、残余資料が残る場合の方がむしろ稀だということになりかねない。しかも、本件では、他の成分を対象とする検査結果が鑑定書に添付されなかつただけでなく、書面化さえ行われなかつた。実際に検査は行われたのだろうか、それ自体を示す客観的資料が何も無いわけである。裁判所は、何らかの形で証拠化して残す方が相当であったことを認めつつ、別途供述調書を作成する扱いにしなかつたという経過自体に格別の作為を疑わせるような不自然な点は認められないとしてそれを許したが、もっぱら鑑定人の供述に基づいて認定しようとするなら、本人が不正を自認するような特殊な事例でない限り、「格別の作為」が明らかになることはまずないと言えるだろう。このような手法で適正に判断できると考えることに甚だ疑問を感じる。

5. 判例の状況

(1) 再検査資料保存の根拠

上記判例は、再検査資料の保存（ひいては再検査）の法的な位置づけにつ

いて説明していない。そのため、なぜ「望ましい」レベルの問題に止まるのか、そしてなぜ再検査を阻むための費消の場合であれば証拠能力に影響が及びうるのかが明らかではない。

ただ、判決が結論に至る過程で再検査の必要性に言及していないことは注目される。もし、資料保存を、裁判所による信頼性評価のための問題に過ぎないと考えれば、検査結果は別の証拠により評価できるから再検査の必要がなく、従って資料を保存しておく必要がないと述べれば足りる。しかし、そう⁽⁹⁾なっていない。また、「追試を阻むために作為したなどの特段の事情」「殊更再鑑定を避けるために費消するなどの不適切な事情」という事由、あるいは「意図的に再鑑定の機会を奪う」という表現からすれば、裁判所は、被告人による鑑定の機会を念頭に置き、再検査資料の保存を論じているようである。

また、各裁判所の挙げた事由が、1995年最高裁判決の基準に類似することも指摘できる。退去強制により出廷できなくなった証人の検面調書の証拠能力について、最高裁は次のように述べている。

「検察官面前調書が作成され証拠請求されるに至った事情や、供述者が国外にいることになった事由のいかんによっては、その検察官面前調書を常に右規定により証拠能力があるものとして事実認定の証拠とすることができるとすることには疑問の余地がある。…検察官において…認識しながら殊更そのような事態を利用しようとした場合、…当該外国人の検察官面前調書を証拠請求することが手続的正義の観点から公正さを欠

(9) 臭気選別結果については従来、第三者による追試が現実的に困難であり、犬に対する反対尋問も不可能であることが、証拠能力を争う一つの根拠として主張されてきたが、最高裁は、この問題について触れることなく、指導手の知識・経験、犬の体調・選別能力、臭気の採取・保管過程および選別方法に不適切な点がないことを理由に、証拠能力を認めている。最判1987(昭62)年3月3日刑集41巻2号62頁。ただし、臭気選別の場合、焦点はまず選別方法自体の科学的な信頼性であろう。

論 説

くと認められるときは、これを事実認定の証拠とすることが許容されないこともあり得る⁽¹⁰⁾」

証人に対する反対尋問権が憲法で保障されている一方、再鑑定を行うかどうかは裁判所の裁量に任されるというのが実務の考え方である⁽¹¹⁾。しかし、「殊更反対尋問を避けるために退去強制を利用した場合」と「殊更再鑑定を避けるため資料を全量費消した場合」が同様の表現であることからみて、「鑑定結果に対する再鑑定」は、ある程度、証人に対する反対尋問（鑑定人に対する反対尋問はこの中に含まれる）に準じる、あるいは鑑定人に対する反対尋問手段の一つと捉えられているのではないだろうか。そこで、再鑑定資料の保存もまた、「手続的正義の観点からの公正さ」の問題として論じられていることが推測できる⁽¹²⁾。

なお、「追試不能の場合にその理由いかんを問わず証拠能力を一切否定するのが合理的とは思われないが、追試に代わりうる信頼性の保障として鑑定経過の詳細な記録を含めた情報公開が不可欠である⁽¹³⁾」との見解もある。指摘されることはもっともであるが、逆に、再検査資料が残っていれば、鑑定経過の記録化と開示はほどほどで良いということにはならない。とすれば、記録化とその開示は、どの検査にも求められるべき条件であって、追試可能性に代替するものではないように思う。また、検査資料保存の目的は、捜査機関による検査結果の信頼性を吟味するだけに止まらない。例えばDNA鑑定では、別の部位を鑑定すれば被告人の無実を証明できる可能性がある。再検

(10) 最判1995（平7）年6月20日刑集49巻6号741頁。

(11) 精神鑑定の事例であるが、東京高判1953年6月30日高等裁判所刑事判決特報38号136頁。

(12) そうすると、「再」鑑定を行うかどうか自体の判断も、単に裁判所の裁量に任された問題ではなく、やはり手続の公正さにかかる問題だということになってくるだろう。

(13) 小早川義則「DNA型鑑定の証拠能力」法学教室247号101頁。

査資料が費消されることは、追試可能性、嘱託鑑定に対する弾効ができなくなるだけでなく、積極的に無実を示す証拠を得る機会がなくなることを意味する。

(2) 具体的基準

上記の判例によれば、検査に必要である限り全量消費は許される一方、再検査を妨害するための不適切な全量消費は証拠能力に影響を及ぼす。しかし、この区別（証拠能力に影響する事由か否か）の理由は説明されておらず、またどれも結局全量消費の必要性を認めた事案であるため、その他具体的にどのような事由が証拠能力に影響し、あるいは影響しないのかについては明らかでない。

判例の示す基準に対しては、「再鑑定、追試が不可能な証拠は一切許容性がないとするのは些か現実的ではない」から、「原判決〔東京高裁1996年判決〕の示す見解の方に説得力があるように思われる⁽¹⁴⁾」との見解もある。確かに、再検査資料の保存が絶対的とはいえないかもしれないが、そこから「追試を阻むために作為した等の特段の事情」に至る理由については、何らかの説明がなされるべきであろう。検査に必要な全量消費と意図的な全量消費の間には、様々な段階がありうるからである。

例えば、再検査の必要性に無関心で残余資料を廃棄した場合は、特段の事情にあたるのかあたらないのか。検査方法の選択を誤ったために失敗し、再度やり直しをせざるを得なくなった場合はどうか。あるいは念には念を入れようとして、標準以上に検査を繰り返した場合はどうなのか。福岡高裁判決のいう「やむを得ない場合」に重点を置くとすれば、これらは全て証拠能力

(14) 清水真「MCT118型 DNA 鑑定の証拠としての許容性」法学新報108（1）210,211頁。

論 説

に影響する事由となりうるし、逆に「殊更再鑑定を避けるために費消する」という主観的な妨害意思の方に重点があるとすれば、過失による場合であっても全量消費が許されることになるだろう。

先ほど挙げた退去強制の事案と再検査資料の事案の問題状況は同じであると考えた場合、二つの背景には、次のような違いがあることが指摘できる。すなわち、退去強制については、少なくとも現行制度上、検察官（捜査機関）に退去強制手続を指揮・監督する権限は与えられておらず、また収容を延期することになっても当該外国人の身体拘束の継続が問題となるため、検察官にとって如何ともし難い側面は否定しがたい⁽¹⁵⁾。他方、検査資料の方は事実上、捜査機関の手元に置かれている。どちらの場合も、被告人の防御を殊更妨げるような捜査機関側の意図の有無を証拠能力の判断基準とする趣旨であれば、検査資料の全量消費についても、退去強制の事案と同じく、やむを得ない事情がまず存在しなければならないのではないか。つまり、再検査資料の費消は、「やむを得ない場合」であり、かつ「再鑑定を妨害する意図」がない場合に限り認められるということになるのではないだろうか。

とはいえ、他方では、再検査資料の保存は「望ましい」レベルの問題と捉えているため、「やむを得ない場合」を認定するのに、捜査機関が再検査資料を残すよう努めたかどうか、どの程度努力したのかはあまり考慮されていない。東京高裁1996年判決の見解に対しては、DNA鑑定の手法はなお完全に安定しているわけではなく、また、防御権の保障の観点からは再鑑定（ないし追試）の可能性が担保されていることは極めて重要な意味を持つから、「少なくとも〔保存が〕『望ましい』レベルではなく『極力残すべきであり』、また再鑑定を阻む『作為』がある場合はもとより積極的な資料保存の配慮が

(15) だからといって、退去強制の事案において検面調書の証拠能力を認めることに問題は無い、という趣旨ではない。問題の背景事情を比較しているだけである。

(16) 三井誠「DNA鑑定」法学教室210号62頁

欠けた場合には、鑑定の証拠能力は否定されると考えるべきであろう」⁽¹⁶⁾との見解がある。防御権の保障という観点から、なるべく捜査機関の側に高い義務を課すべきだとの議論は示唆的である。

ただ、防御権の保障の観点からは、再検査が不可能だという結果がより重要であり、積極的な資料保存の配慮（ましてや再検査を妨げる意図の有無）によって、その状態が変化するわけではないように思う。そもそも、一度の検査で資料の全量消費が不可避な場合、捜査機関がいつでも優先的に検査権を持つということを、当然の前提とすべきなのだろうか。最終的な問題はこの点にある。

当事者主義に基づき、被告人の防御権を保障する観点からは、被告人側にも対等に、当該資料を利用する機会が保障されてしかるべきであろう。一概にそうは言えないとするなら、再検査資料を保存しなかったことが許される範囲（先に述べたように、資料が保存されなかった理由としては様々考えうる）とその理由を明らかにしておく必要がある。

日本での議論は始まったばかりであり、判例においても明確でない部分が残る。そのため、本稿では以下、この問題に関し80年代に2つの連邦最高裁判例が出ているアメリカの議論の状況を見ていきたい。もっとも、アメリカにおいても、捜査機関が検査に必要な全量消費をすることは許されると考えられており、結論から言って、日本の判例と変わるところはない。問題になるのも、検査資料を適切に保存しておかなかった事例が多い。しかし、証拠の適切な保存という問題は、最終的には、必要な検査による全量消費の可否につながっている。従って、そこでの議論を検討しておくことも有用であろう。

Ⅲ. アメリカにおける議論

1. 連邦最高裁判例

連邦最高裁は2つの判決の中で、検査資料が消費・喪失された事案に関し、「修正14条は、州が、潜在的に被告人に有利な証拠を保存することも求めているか⁽¹⁷⁾」という問題を立てた。「被告人に有利な証拠の開示義務」⁽¹⁸⁾の延長線上で議論しているのである。

(1) California v. Trombetta

飲酒運転の呼気検査で、呼気のサンプルが保存されなかった事案である。呼気サンプルの保存は技術的に可能であったが、カリフォルニア州警察は通常サンプルを保存していなかったし、本件においても同様であった⁽¹⁹⁾。被告人らは、警察官が呼気サンプルを保存しなかったことはデュー・プロセスに反するとし、検査結果の証拠排除を申立てた。市裁判所および事実審裁判所はその主張を退けたが、カリフォルニア州控訴裁判所は「警察は、被告人の利用に供するため、収集した証拠あるいはそれに匹敵する証拠を保存するための、厳格でシステマティックな手続を設け、それに従わなければならない⁽²⁰⁾」とし、有罪判決を受けていた被告人らに対して検査結果を排除した上での再審理を認めた。

裁量上訴を認めた連邦最高裁は、州裁判所の判断を破棄する際、次のような基準を示した。憲法がどのような保存義務を課すにせよ、その義務は「被

(17) California v. Trombetta, 467 U.S. 479, 480 (1984).

(18) 現存する被告人に有利な証拠の開示については、酒巻匡『刑事証拠開示の研究』(1988年) 190頁以下。

(19) *Id.* at 483.

(20) People v. Trombetta, 190 Cal. Rptr. 319, 323 (1983).

被告人の防御に重要な役割 (significant role) を果たすことが期待されるだろう証拠に限られる。この憲法上の重要性 (constitutional materiality) 基準を満たすには、…当該証拠の持つ被告人に有利な価値が、破壊される以前に明らかであり、被告人が他の合理的に利用可能な手段によっては、それに匹敵する証拠が得られないような性質のものでなければならぬ⁽²¹⁾。そして本件においては、呼気サンプルが残っていたとしても、被告人に有利な結果が得られた可能性は極めて小さいこと (検査器の信頼性が高いため)、たとえ呼気検査器の結果が不正確であるとしても、被告人にはその無実を証明する他の手段がなかったとはいえないことから、デュー・プロセスの侵害はないとした。

最高裁が、本件と「被告人に有利な証拠の開示義務」に関する Brady 判決⁽²²⁾、Agurs 判決との間に明らかな区別を置き限定をかけたのは、証拠が現存していなければ、その中身を評価することができず、重要性を判断するのが困難だという考えによる。

(2) Arizona v. Youngblood⁽²⁴⁾ Trombetta 判決による保存義務の範囲をより狭める方向に進んだのが、Youngblood 判決である。本件は、幼い少年に対する誘拐、強制わいせつ、強姦の事件である。被害者の直腸、口腔を拭いた標本 (swab) は冷蔵保存されたが、被害者の着ていた衣服は冷蔵されていなかった。鑑識はその標本を検査し、性的接触があったことは確認したものの、血液型検査を行わなかった。事件の1年後、標本を用いた血液型検査

(21) Trombetta, 467 U.S. at 488, 489.

(22) Brady v. Maryland, 373 U.S. 83 (1963).

(23) United States v. Agurs, 427 U.S. 97 (1976).

(24) Arizona v. Youngblood, 488 U.S. 51 (1988). 松原芳博「被告人に有利となりうる証拠に関する警察の保存義務」九州国際大学論集 法経研究5 (1) (1993) 18頁以下において事案と判旨が紹介されている。

論 説

が試みられたが判定できなかった。更に3ヶ月後に行われた被害者の衣服に対する血液型検査も判定不能となった。従って、本件では訴追側の検査結果も存在しない。アリゾナ州控訴審裁判所は、本件におけるサンプルの分析は、検察側証人の証言の信憑性を弾劾しただけでなく、被告人の無実を完全に晴らしたかもしれないとし、有罪を破棄して公訴棄却（dismissal）を言渡した。⁽²⁵⁾

連邦最高裁は、州裁判所の判断を覆すにあたり、主観基準を提示した。すなわち、被告人側が、警察官の悪意（bad faith）を証明する必要があると述べたのである。悪意の証明を要求することで、「警察の証拠保存義務を合理的な範囲に限定でき、かつ、司法の利益が明らかに保存を要求する類型の事件、言い換えれば、警察自身が自らの行動によって、当該証拠が被告人の無実を示す根拠となり得たことを示唆する場合に制限することができる」とい⁽²⁶⁾うのがその理由である。そして、本件で検査資料が保存されなかったのは、せいぜい過失（negligence）に過ぎないから、デュー・プロセスの侵害はないと述べた。

本判決には、被告人が州側の悪意を証明できなくても、「防御にとって非常に重要である場合には、証拠の喪失または破壊によって、刑事裁判の基本的公正さが害される場合がある」という補足意見と、裁判官3名の連名による反対意見が付けられている（Trombetta 判決の法廷意見を書いた Marshall 判事も反対意見に回っている）。彼らは、悪意を一律の基準とすることを否定する代わりに次の基準を提示した。

まず、明らかに関連性を有する類型の証拠であること。例えば、犯人と被告人の同一性が問題となる事案においては、犯人由来であることが明らか

(25) State v. Youngblood, 734 P.2 d 592, 597 (1986).

(26) Arizona v. Youngblood, 488 U.S. 51, 58 (1988).

血液や体液、指紋など、一致すれば有罪の証拠となりうるが不一致であれば無実を示す類のものを指す。⁽²⁷⁾この場合、サンプルが犯人由来であることに疑いがなければ、保存しておかなければならないという推定が働く。次に、それ単独で被告人の有利に働くだろう種類の証拠であること。特定の証拠の中身を証明しようにも、それを知りえない被告人にとって不可能を強いることになるから、焦点は「種類」にあると説明される。最後に、他に匹敵する証拠がないことである。累積的、付随的ではなく、直接的に無罪または有罪の問題に関連することが要求される。⁽²⁸⁾そして本件ではこれらの基準が満たされており、被告人は公正な裁判を受ける権利を奪われたと認定すべきであったとした。

(3) 判断基準

2つの判決は、デュー・プロセスの観点から、捜査官の証拠保存義務がどこまで及ぶかを論じている。どちらも検査資料の保存に関する事件ではあったが、証拠一般に適用される議論ではある。両判決が強調したのは、資料がもはや存在していない場合に、それが持つ被告人に有利な価値を推測することはできないため、現存する証拠の開示に関する基準をそのまま適用することはできないということであった。検査資料に限らず、ありとあらゆるものの保存を義務付けられれば、捜査機関にとって大きな負担を強いられることになるからである。

そこで Trombetta 判決は、被告人側が開示を求める資料の価値（重要性）、その証拠が被告人の防御のために果たしたであろう役割を推測する（もっとも、その価値が廃棄以前に明らかであったという要件を置く）ことで、

(27) Youngblood, 488 U.S. at 70.

(28) *Id.* at 71.

論 説

デュー・プロセス侵害の有無を判断しようとした。それに対し、Youngblood 判決は、より形式的な基準で、すなわち捜査官の悪意 (bad faith) の有無により、証拠保存義務の枠組みを設定しようとした (悪意が、重要性の指標とされる)。しかし、その補足意見、反対意見が指摘するように、被告人に対し手続の基本的公正さが保障されたかどうかは、捜査機関の悪意と常に連動するものではない。そのため、州によっては、連邦憲法ではなく州憲法に基づく独自の判断基準を用いるものがある。⁽²⁹⁾次に、そのような判決のいくつかを挙げる。

2. 州裁判例

(1) State v. Morals⁽³⁰⁾ (コネチカット州)

第一級強姦、第一級強盗の事件である。O型の血液型を持つ被害者の膣内容物を検査したところ、A型の血液に現れる抗原体が検出された。被告人はO型である。押収された被害者のジャケットにも犯人の精液が付着している可能性があったが、検査は行われず、被害者に還付されていた。被告人は、ジャケットが適切に保管されていなかったことを理由に公訴棄却を申立てたが、事実審裁判所はそれを却下し、控訴裁判所も悪意の立証がないとして、上訴を棄却した。

州最高裁は、連邦憲法が提示するのは最低限保障されるべき個人の権利であって、州憲法に基づくより手厚い保障を禁じているわけではないとし、悪意基準によらず、次の要素を考慮して判断しなおすよう事件を差し戻した。

(29) 2000年1月段階で、36州がYoungbloodの基準を採用し、13州が州憲法の下で悪意基準を否定したとされる。Note, Should Lost Evidence Mean a Lost Chance to Prosecute?: State Rejection of the United States Supreme Court Decision in Arizona v. Youngblood, 27 Am.J. Crim. L., 329, at 348 (2000).

(30) State v. Morals, 657A. 2d 585 (Conn. 1995)

(甲南法学'04) 45-1・2-244 (244)

そこに示されたのは、(1) 失われた証拠の重要性 (materiality), (2) 証人または陪審により当該証拠が誤って解釈される可能性, (3) 当該証拠が利用できなくなった理由, および (4) 当該証拠が利用不能になったことから被告人が受ける不利益等, 証拠の喪失に関する周辺事情である。⁽³¹⁾

(2) Hammond v. State⁽³²⁾ (デラウェア州)

被告人は、交通事故により同乗者を死亡させたとして、第一級殺人罪で有罪判決を受けたが、事故後に警察が事故車両を廃棄処分に使っていた事案である。被告人側の専門家証人は、その車両を調べることができれば、事故当時の車内における運転者と同乗者の位置の変化を分析できたとし、自動車の欠陥を調査することができたと証言した。

州最高裁は、警察のとった行動は、考慮材料ではあるが決定的ではないとし、次のような基準を示した。すなわち、(1) 請求された資料がもし存在していれば、開示の対象となるものか。これは、重要性のない証拠に対する開示請求、不合理な請求でないことを確保するための要素である。(2) その上で、訴追側に当該資料の保存義務があったかどうかを判断する。その意味するところは、被告人に有利となりうる資料であったかどうかである。そして、これらが満たされる場合に、(3) いかなる結論が取られるべきかを、①証拠の喪失に関する過失または悪意の程度、②喪失した証拠の重要性 (これは、残りの利用可能な証拠の証拠価値と信頼性を考慮して判断される)、③有罪を支えるのに用いられた他の証拠の充分性、を衡量して決定する。⁽³³⁾ もっとも本件では、被告人の有罪が他の証拠から合理的疑いを超えて証明されているとして上訴を棄却した。

(31) Id. at 594–595.

(32) Hammond v. State, 569A. 2d 81 (Del. 1988).

(33) Id. at, 88-90.

論 説

Youngblood 判決や Morals 判決では、証拠保存義務違反に対する制裁として、公訴棄却すべきかどうか争点になっていた。しかし、本判決では、上記①から③の要素を検討することにより、段階的に制裁を選択できることが示されている。

(3) Ex Parte Gingo⁽³⁴⁾ (アラバマ州)

有害廃棄物不法投棄の事件である。州環境管理局がサンプルを検査し、有害廃棄物であるとの結果を得て、州司法長官事務所に告発を行った。しかし、同局にはサンプル保存の基準がなく、残余サンプルはそのまま廃棄された。さらに環境管理局から告知を受けた環境保護局も検査を行い同じ結果を得た。同局には、それが刑事事件であるとの認識がなく、民事上の手続に則ってサンプルを廃棄してしまった。その後、捜査機関が検査のためサンプルの採取を行ったが既に凝固しており実施できなかった。そこで、訴追側は環境管理局および環境保護局の検査結果を証拠として申請した。事実審裁判所は検査結果の許容性を否定したが、控訴裁判所は悪意の証明がなされなかったとしてそれを破棄した。

最高裁は、本件が Youngblood 判決の事案と異なることを強調し、証拠排除の結論を支持した。指摘された違いは、Youngblood では訴追側の検査も行われていないのに対し、本件で問題になっているのは州側の主たる主張 (case-in-chief) に関わる検査結果であり、サンプルの廃棄によって、それに反駁するための手段がなくなってしまったことである⁽³⁵⁾。それでは、Trombetta 判決との整合性に疑問が生じてくるところだが、州最高裁は、(1) Trombetta では、警察官は標準的な手続に従って廃棄を行ったのに対し、本

(34) Ex Parte Gingo, 605 So. 2d 1237 (Ala. 1992).

(35) Id. at 1240.

件ではサンプル保存に関する手続が存在していなかったこと、(2) 呼気検査とは異なり、被告人がサンプル提供をしたわけではないことを挙げて、やはり事案が異なるという。⁽³⁶⁾ さらに、環境保護局がサンプルを廃棄したのは、被告人からの開示請求があった後であり、捜査機関の通知があれば廃棄を免れたかもしれない点を含めて考慮し、証拠の許容性を認めることが裁判の基本的公正さを害すると結論付けた。

本判決は、連邦最高裁の基準を明確に否定したわけではない。とはいえ、Trombetta 判決と本件との違いも上手く説明できているのか疑問であるし、少なくとも、考慮されている諸事情からみて、悪意基準に依拠していないことは明らかである(実際、下級審ではそのように理解されている)。むしろ、州最高裁が、訴追側の主たる主張 (case-in-chief) と関わる証拠は、被告人の防御にとっても重要であると推定する点が注目される。

それでは、どのような場合に重要であったと評価され、どのような場合はそれに該当しないのだろうか。Gingo 判決以後のアラバマ州控訴裁判所の2つの判例を比べてみたい。

一件は、Gurley 判決⁽³⁷⁾、もう一件は Holley 判決⁽³⁸⁾である。

前者は、強盗殺人の事案である。被告人が被害者から奪って焼却したとされる財布(の焼け残り)が、真に被害者の物であったかどうかを調べるためになされた開示請求に対し、州側は逸失したと回答した。被告人はその財布の存在に関わる全ての証拠および証言を排除するよう申立てたが、事実審裁判所は黒焦げになった財布の写真を排除する一方、焼け残りを見たとする捜査官の証言を許容した。それに対し、控訴裁判所は、次の3つの要素を考慮

(36) Id. at 1241.

(37) Gurley v. State, 639 So. 2d 557 (Ala. Cri. App. 1993).

(38) Holley v. State, 651 So. 2d 50 (Ala. Cri. App. 1994).

論 説

するよう指示して、被告人の有罪を破棄し事件を差し戻した。

その要素とは、(1) 州側の有責性 (culpability), (2) 証拠の重要性 (materiality), (3) 被告人の蒙る不利益 (prejudice) である。⁽³⁹⁾そして、本件で考慮されるべき事情は、財布が無くなったため被害者のものであるかどうかを明らかにする検査が不可能になったこと、黒焦げの財布を撮った写真を証拠から排除する一方、捜査官の証言を許容したことで、陪審が証言を吟味するための方法がなくなったこと、説示 (州が証拠の破壊を許したと認定した場合、その内容が州側に不利であったことを推認してよいとの説示) も行われなかったこと、その財布が共犯者の自白 (それ自体が弱いものであった) を補強する唯一の物証となりえたことが挙げられている。また、本件では証拠が廃棄された事情が不明であるから、再審理を開始する前にそれを確定し、州に対する制裁を決めるよう指示している。その選択肢は、訴追側の悪意が認定できるならば公訴棄却であり、悪意を示す証拠がないとすれば、訴追側の有責性に従い証拠排除または説示である。⁽⁴⁰⁾

一方、Holley 判決は、失われた証拠の重要性を認めなかった。これは誘拐事件であり、被告人の車から採取された被害者のものとされる毛髪が、検査前に紛失してしまった事案である。従って、Youngblood 事件と同じく訴追側の検査も実施されておらず、当然、証拠請求もされていない。そこで控訴裁判所は、当該毛髪は訴追側の主たる主張に用いられていないため、重要性は認められないとした。さらに、たとえ毛髪が被害者のものでないとの検査結果が得られたとしても、そのこと自体は、被告人の有罪に疑いをなげかける証拠にはならないことを指摘している。

2つの判決で結論を分けた事情は、一方では、被告人が被害者から財布を

(39) Gurley, 639 So. 2d at 567.

(40) Id. at 569.

奪ったことを証明するのに、被告人がその財布を焼却したとの間接事実が重要となったのに対し、他方では、被告人が被害者を誘拐したとの事実を証明するのに、被告人の車から被害者の毛髪が発見されたという事実は主張されておらず（従って弾劾する必要がなく）、さらに、当該毛髪が被害者のものでないとしても、直ちに被害者が当該車両に乗らなかったという推論には結びつかないことである。

3. 判例の採用する基準

以上のように、アメリカでは、大別して2つの基準が存在している。連邦最高裁の示した悪意の基準（その証明責任は被告人にある）と、いくつかの州が採用する、様々な要素の衡量による基準である。

（1）悪意基準

①悪意基準の根拠

被告人に有利な証拠が現存する場合、その不開示は、「当該証拠が罪責または量刑に重要である（material）場合、州側の善意・悪意に関わらず、デュー・プロセスの侵害にあたる」というのが連邦最高裁の判断基準であり、捜査側の主観に関わらないのは、「訴追側の誤った行動に対する社会の制裁ではなく、被告人に対する不公正な裁判を避けること⁽⁴¹⁾」に意味があるためだと説明された。また、訴追側は、個別の開示請求を受けなくても、「被告人の有罪につき合理的疑いを生じさせるような証拠を提出する憲法上の義務を負う⁽⁴²⁾」との立場が取られてきた。そこで開示義務を規律するのは、捜査機関の主観ではなく、証拠の重要性である⁽⁴³⁾。

(41) Brady, 373 U.S. at 87.

(42) Agurs, 427 U.S. at 112.

一方、証拠が現存しない場合は、「検査を行ってれば、その結果は被告人に有利なものとなったかもしれない」という程度にしか言えず、悪意が証明されないような「潜在的に有用な証拠」については、保存しておく憲法上の義務はないという。最高裁は、判断の基礎に重要性の基準を置きつつ、証拠が存在しないときは間接的に捜査機関の悪意を指標として評価すべきだと考えるようである。

②批判

まず、悪意とデュー・プロセスの問題とは直接関連しないという批判が当然ある。憲法上の権利は本来、警察の内心に条件づけられる性質のものではないからである。⁽⁴⁴⁾ また、上述のように悪意が何を指すのか曖昧であるとの批判がある。何を示せば悪意を証明できたことになるのか明確な指針はない。ある判例では、「単に誤った判断又は過失ではなく、不誠実な目的または不道徳により、意識的に不正を行うこと。…当該証拠が被告人にとって有利であったという推論は、証拠の破壊 (spoliation or destruction) が意図的であり、欺罔と、真実を隠そうとする願望が示される場合にのみ認められる⁽⁴⁵⁾」と

(43) Youngblood 事件でも、この限りでの開示義務は問題になっていない。すなわち、標本と衣服が存在すること、病院で少年に対する検査が行われていることを含む、捜査報告書が開示され、被告人側の専門家に対して、研究所の報告書、捜査側専門家の作成したノートが提供され、また被告人側の専門家自身、標本と衣服を調べている。Youngblood, 488 U.S. at 55.

(44) See, Kären Carlson Paul, Case Notes, Destruction of Exculpatory Evidence: Bad Faith Standard Erodes Due Process Rights, *Arizona v. Youngblood*, *U.S.*, 109 S. Ct. 333 (1988), 21 *Ariz. State L. J.*, 1181, at 1192 (1989).; Sarah M. Bernstein, Fourteenth Amendment-Police Failure to Preserve Evidence and Erosion of the Due Process Right to a Fair Trial, 80 *J. Crim.L. & Criminology*, 1256, at 1277 (1990).; Note, Should Lost Evidence Mean a Lost Chance to Prosecute?: State Rejection of the United States Supreme Court Decision in *Arizona v. Youngblood*, 27 *Am. J. Crim. L.* 329 (2000).

(45) *Murray v. State*, 849 So. 2d 1281 (Miss. 2003).

説明されている。この理解によれば、より積極的な不正の意思が必要だということになる。しかし、被告人にとってそのような悪意を証明することはほとんど不可能に近い。そこで、たとえ主観的要素を考慮するとしても、少なくとも被告人に悪意の証明責任を負わせるのではなく、善意抗弁の基準に移し、州側に善意証明の責任を負わせるべきであるとの見解も出されている。⁽⁴⁶⁾

また、そもそも、証拠の喪失が、不当に証拠の保存を怠った捜査機関のせいであるにもかかわらず、それによって訴追側が利益を得るのはおかしいし、まして、資料を残しておけば、Brady 基準によって開示義務が生じるのであるから、警察にとっては、残しておかない方がよいことになる。⁽⁴⁷⁾それは、捜査機関の権利保障の意識を低下させることにつながるとの批判もある。⁽⁴⁸⁾

また、「悪意」を限定的に解釈する見解も出されている。⁽⁴⁹⁾それによれば、最近の科学技術の発展により、科学的検査結果が有罪・無罪を示す力は、強力になってきているから、このような状況の中で、物証の保存に関する明確なガイドラインが設けられていないこと自体が、今日、悪意を示すと捉えるべきではないかという。また、Trombetta 判決のいう「被告人にとっての有利な価値が破壊前に明白であった」という要件に対しても、検査されていない証拠の場合、この要件は通常満たしえないが、被告人に有利であることは明白であっても、示唆的な価値しか持たない証拠もある一方、検査されていない以上内容は不明であっても、より多くの情報を含み決定的な結果を示しうる証拠もあるのに、なぜ前者を後者に優先させるのか合理的理由がない。そこで、破壊以前の明白性については、次の2つの場合、すなわち①被告人

(46) See, Leading Cases, The Supreme Court, 1988 Term, 103 Harv. L. Rev. 137,164 (1989).

(47) Id. 167.

(48) Bernstein, supra note 44, at 1279.

(49) See, Article: Confronting the New Challenges of Scientific Evidence, 108 HARV. L. REV., 1481, at 1566–1568 (1995).

論 説

の無実を示唆する証拠（第三者による自白など）、②明確に無実を証明し得る情報を含む類型の証拠（血液など）に分け、後者の証拠価値は広く認められているのだから、それは「明白」であったと考えるべきであるという。

その主張は説得的であると思うが、ただ、「悪意」という用語の解釈としてそこまで言うことは難しいかもしれない。

（2）衡量基準

悪意の有無によって一律に決めることを否定し、証拠の喪失を巡る様々な事情を衡量する基準である。捜査機関の悪意の要素、あるいは捜査側の有責性が全く否定されるわけではないが、それは、どちらかと言えば、個々の事案における制裁（公訴棄却か、証拠排除か、説示か）を選択する際に考慮される要素といえる。一方、デュー・プロセスの侵害にあたるかどうかは、主として証拠の重要性を基礎に判断される（それ自体は連邦最高裁と変わらないともいえる）が、そこでは悪意ではない形式的・類型的な認定方法が取られている。

連邦最高裁は、重要性を実質的・個別的に捉えようとするため、却って認定が困難になり、「悪意」という形式的要件を持ち出すことになった。他方、例えば Gingo 判決のように、重要性を形式的・類型的に（訴追側の主たる主張に関わる証拠は、被告人側にとっても重要であると）捉えれば、それ以上の認定基準は要らないということになる。例えば、Trombetta 判決が、捜査機関の検査結果に信用性があるから呼気サンプルが残っていたとしても、被告人に有利な結果が得られた可能性は極めて小さいだろうと述べたのに対し、Gingo 判決では、二つの公的機関の行った検査結果があるにも関わらず、むしろそれが主たる理由となり、被告人の防御にとって重要であったという結論に至っている。

もっとも、衡量基準の挙げる諸要素の内容や相互の関係を知るには、また
(甲南法学'04) 45-1・2-252 (252)

連邦裁判所のいう「悪意」の内容を知るためには、今回挙げた判例だけでは足りず、更なる分析が必要であろう。まして、全量消費が予測される場合に、捜査機関は検査を控えなければならないとか、被告人側に通知しなければならないとまで言う裁判所は見当たらない。しかし、少なくとも、捜査機関の悪意が決定的ではなく、証拠の重要性に比重があるのとの見解によれば、たとえ必要な検査による消費であっても、手続の基本的公正さが害される場合は生じるのではないかと考えられる。また、悪意基準をとったとしても、その背景には、被告人が、証拠、資料の喪失によりどの程度の不利益を蒙ったのかに対する考慮が含まれているといえる。

IV. 全量消費に対する評価

再び日本の議論に戻って、全量消費に対する事後的評価のあり方を検討してみたい。もとより、最終的な結論を出すには、アメリカの議論状況をさらに分析する必要があり、また他の国の状況も知る必要がある。そのため、以下は暫定的な考察にならざるを得ない。

1. 「殊更追試を阻むために作為したなどの特段の事情」

先述のとおり、日本の判例では、再検査を避けるための意図的な消費が、証拠能力に影響を及ぼす事由にあたるとされているものの、その理由は説明されていない。

「特段の事情」を考慮するのは、そのような事情の存在が、捜査機関による鑑定結果の信用性の低さと、被告人にとって有利な結果が得られた蓋然性とを推認させるからであり、「特段の事情」の下で証拠を提出することが適正手続に反するという趣旨であれば、Youngblood 判決に類似した理由づけになる。あるいは、再検査の妨害が、「被告人の反対尋問権や訴訟手続を不当

論 説

に害するものとして、いわゆる証拠禁止の見地から証拠能力が否定される⁽⁵⁰⁾』という退去強制の事案と同様に、証拠禁止の観点から処理されるとの説明もありうる。いずれにせよ、捜査機関の主観にかからせることに対しては、Youngblood 判決に対する批判が概ね当てはまるだろう。すなわち、捜査機関の意図と手続の公正さは直接に関係しないし、何をもって「特段の事情」を認定するのか不明である。被告人側が証明責任を負うわけではないとしても、検査者が全量消費の経過を説明するだけで済むならば（仙台地判のように）、事実上、被告人側に証明を求めることに変わりない。捜査機関や検査者の意図を明らかにすることは、ほとんど不可能に近い。

また、捜査機関が、再検査を阻むために故意に資料を廃棄・消費した場合、それが単に証拠能力の問題に止まりうるのかという疑問も生じる。「追試を阻む意図」で全量消費がなされた場合は、実質的にも、当該資料が被告人に有利なものであったことが推測される。そこでは、証拠能力を否定するだけでは解消されない問題が残るように思われる。証拠保存義務の積極的な違反に対しては、アメリカの州判例が示唆するように、むしろ公訴自体の無効を考えるべきではないだろうか。意図的な全量消費による再検査の阻止は、証拠隠滅罪を構成するだろう。そうして隠滅された証拠が、検察側の主張を決定的に否定できる種類のもの（例えば、被告人と犯人の同一性に関わる証拠、薬物の使用を証明する証拠等）であるとき、決定的な防御の機会が奪われた被告人に対し、応訴を強制することはもはやできないのではないだろうか。

2. 証拠の重要性

資料の全量消費を論じる場合も、曖昧で証明困難な捜査機関側の目的や意

(50) 大阪高判1989（平元）年11月10日刑集49巻6号776頁。

(甲南法学'04) 45-1・2-254 (254)

図によらず、より客観的事情により判断されるべきではないか。その際には、アメリカの判例が用いる「重要性」の概念が注目される。ただ、「重要性」の捉え方は必ずしも定まっておらず、実質的に捉えるか、形式的・類型的に捉えるかで、結論は異なりうる。

しかし、当該資料が保存されていれば被告人に有利に働いた可能性を実質的に考慮することが適切だろうか。ある類型の検査結果（特に、同一性識別に関するもの）は、被告人と犯人の同一性を決定的に否定できる能力を持つ（もちろん、決定的に肯定することは不可能である）。それ以外の証拠が全て被告人の有罪を示すとしても、一つの検査結果が合理的疑いを生じさせることもありうるわけである。従って、当該検査資料を使うことができない場合、他の証拠から検査結果の価値を推論することはできないように思われる。

被告人に不利な捜査側の検査結果があり、その信用性が高ければ、被告人が独自の検査を行えなかった不利益は小さいのではないかという疑問はあるだろう。しかし、第一審においては、既にある検査結果の信用性判断（証明力判断）より先に、証拠の喪失・破壊に対する評価（証拠能力の判断）を行わなければならないはずであり、その際、先の検査結果の信用性を考慮に入れることはできないことになる。また、不利益な検査結果が主要な証拠として提出されている以上、被告人側にとって検査を行う必要性が高まることは明らかであり、被告人の不利益はむしろこの場合の方が大きい。

もっとも、より大きな問題は、重要性の内容や、重要な証拠・重要でない証拠の区別である。特に、被告人側が重要性であると主張するにもかかわらず、尚そこまでは言えないといえる証拠の類型について、更に検討していく必要がある⁽⁵¹⁾。

(51) アメリカにおける証拠提出権の観点から「重要性」を検討されたものとして、光藤景皎『刑事証拠法の新展開』（2001年）126頁以下参照。再検査資料の保存

3. おわりに

本稿では、再検査資料の保存の問題について、アメリカの裁判例を参考にしつつ検討した。試論として挙げたことは、まず、「殊更追試を阻むため」、「意図的に再鑑定を奪うため」という捜査機関の主観、動機を重視するような基準は適当でないということである。なぜなら、捜査機関の善意・悪意は手続の公正さと直接関わらず、しかも何を以って「意図的」であったと認定するのか曖昧であり、かつ、被告人にとっては、そのような内部事情を指摘する以前に、それを知ることが困難だからである。焦点を当てるべきは、アメリカの州裁判所が用いるような証拠の重要性ではないかと考える。弾劾を目的とする場合であれ、より積極的に、無実を立証しようという場合であれ、当該証拠が被告人の防御にとって重要であったかどうか、それが重要ではないだろうか。しかし、たとえその前提に立っても、全量消費がやむを得ない場合は、いずれにせよ捜査機関に保存義務を負わせることはできないとの考えはあるだろう。そこで、最後に、全量消費がやむを得ないとされる場合をどう扱うべきか考えてみたい。

まず前提として、真にやむを得ない場面であったのかどうかを検討する必要がある。一度の検査で全量消費するといっても、現実には、たった一回の結果を見て結論を出すわけではなく、信頼性を確保するために何度か繰り返し、確認されるのが通常であろう。その場合、どこまでが必要な検査でどこからは不必要であるのかを明らかにすることが重要である。その判断には、専門的な知識が不可欠となるが、当該検査者に客観的な評価を期待すべきではない。そこで、「やむを得ない」主張の前提として、検査の記録化と第三

は、本来的には被告人の証拠提出権に基礎づけられる問題であるように思う。まず被告人の証拠提出権の考え方が確立しなければ、再検査の機会の保障や、再検査資料の保存を求める権利の議論までには、なかなか至らないかもしれない。

者的な専門家による評価を経ることは不可欠である。

次に、一度の検査で全量消費が不可避であるなら、当然に、捜査機関がその資料を独占できるかといえるかが疑問である。当事者双方にとって重要な検査資料は、捜査機関にも、被告人側にも利用の機会が与えられるべきである。例えば、現行法によっても、捜査機関が被告人側（その段階では被疑者）に対して検査の実施予告をし、被告人側がそれに基づいて証拠保全請求を行い、裁判所を中心に事実上双方で共同鑑定を行うといった方策を取ることは可能である。DNA 鑑定などの同一性識別検査や薬物の自己使用等には、被疑者が特定されてから実施されるものが多い。しかも、このような手順を踏むことで、捜査機関が検査できなくなるというような不都合も生じない。

もっとも、被疑者を特定する段階で検査を行う必要があり、通知しようにも相手が存在しない場合もある。捜査機関が、検査の公正性を担保するため、裁判所による鑑定を請求しようと思っても、そのための手続は現行法にない。結局、独自に検査を実施し、全量消費せざるを得ないわけである。また、検査資料を保存しておくことが物理的に不可能な場合もある。例えば、交通事故現場をそのままにしておけば交通秩序が害されるし、遺体を遺族に返却せず、何年も保存しつづけることが適切とは思われない。それは、重要な証人が病気で死亡するのを止められないのと同じように、真に保存が不可能な事態であって、捜査機関に保存義務を課すことは行き過ぎだろう。このような場合は、中立的第三者機関を設けそこが検査を実施する等の新たな制度により問題の緩和（第三者的機関だからといって、被告人の関与なく全量消費しても構わないとまでは言えない）を図るしかない。

以上、再検査資料の保存の問題を考察してきたが、課題が山積したままであることは否めない。今後、事後的な評価基準に加え、制度的な問題点も含めて、検討を続けていく予定である。