

# 鑑定書の証拠能力

## The Admissibility of Certificates of Analysts

中村 真利子\*

### 目 次

- I はじめに
- II アメリカにおける対決権と鑑定書の証拠能力
- III 鑑定書の証拠能力に関するアメリカの判例
- IV 日本法への示唆
- V おわりに

### I はじめに

合衆国憲法第6修正の対決権条項は、「すべての刑事訴追において、被告人は、……自己に不利な証人と対決する……権利を享受する」と規定している。2004年、合衆国最高裁判所は、*Crawford v. Washington*<sup>1)</sup>におい

---

\* 中央大学大学院法学研究科博士後期課程在学中

1) 541 U.S. 36 (2004). *Crawford* の紹介・解説として、米国刑事法研究会（代表 椎橋隆幸）・アメリカ刑事法の調査研究（106）「*Crawford v. Washington*, 72 U.S. L. W. 4429, 541 U.S. 36 (2004)」比較法雑誌第39巻第4号210頁（2006年）〔担当 早野暁〕、二本柳誠「被告人に不利な妻の法廷外供述の許容性と証人対面権—*Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004)—」比較法学39巻3号204頁（2006年）、堀江慎司「第6修正の対面条項の射程をめぐる最近の判例 *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 124 S. Ct. 1354 (2004); *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813, 126 S. Ct. 2266 (2006); *Giles v. California*, 554 U.S. 353, 128 S. Ct. 2678 (2008); *Melendez-Diaz v. Massachusetts*, 557 U.S. \_\_\_, 129 S. Ct. 2527 (2009)」アメリカ法2010年1号106頁（2010年）、小早川義則「アメリカ刑事判例研究

て、対決権条項にいう「証人 (witness)」とは、「証言 (testimony) をする」者であるとし、「証言としての性格を有する供述 (testimonial statement)」は、原供述者が証言利用不能にかかり、かつ被告人に事前の反対尋問の機会があった場合でない限り、これを証拠に許容することはできないと判示した。この Crawford の判断は、証言利用不能性と供述の具体的信用性の保証を要件に伝聞証拠であっても対決権条項に反せず証拠に許容できるとしていた Ohio v. Roberts<sup>2)</sup> を変更するものであった。わが国の憲法37条2項前段は合衆国憲法第6修正の対決権条項に由来するものであり、また、刑訴法321条以下の伝聞法則の例外を定めた諸規定は Roberts に親和性があると考えられるため、Crawford がわが国の憲法37条2項前段の解釈としても妥当するとした場合、伝聞法則の例外を定めた規定の多くが違憲となりかねない。とはいえ、Crawford は、「証言としての性格を有する供述」の定義を他日に委ねたため、Crawford の意義及びその影響を正確に理解するためには、合衆国最高裁判所が、様々な伝聞例外について、Crawford の判断枠組みに従っていかに処理するかを丹念に見ていく必要がある。

2009年、合衆国最高裁判所は、被告人に鑑定人を反対尋問する機会を与えずに同鑑定人作成の鑑定書を証拠に許容することが対決権条項に反しないかが争われた Melendez-Diaz v. Massachusetts<sup>3)</sup> において、「鑑定人 (an-

---

(14) Crawford v. Washington, 541 U.S. 36 (2004)—合衆国憲法第6修正の証人対面権に関するロバツ判決の有効性」名城ロースクール・レビュー20号57頁(2011年)がある。

- 2) 448 U.S. 56 (1980). Roberts の紹介・解説として、渥美東洋編『米国刑事判例の動向Ⅲ』(中央大学出版部, 1994年) 297頁 [担当 安富潔, 山田道郎「対面条項と伝聞法則—『オハイオ対ロバツ』判決を中心として」法律論叢56巻4号129頁(1983年), 鈴木義男編『アメリカ刑事判例研究 第2巻』(成文堂, 1986年) 105頁 [担当 中空壽雅] がある。
- 3) 557 U.S. 305 (2009). Melendez-Diaz の紹介・解説として、堀江・前掲注1, 小早川義則「アメリカ刑事判例研究 (18) Melendez-Diaz v. Massachusetts, 557 U.S. \_\_\_, 129 S. Ct. 2527 (2009): 証人対面権と法医学的鑑定結果を示す宣誓供述

alyst)」の鑑定書は、「証言としての性格を有する供述」であるため、鑑定人に対する反対尋問を経ずにこれを証拠に許容することは被告人の対決権を侵害すると判断した。さらに、2011年、合衆国最高裁判所は、被告人に鑑定の経過及び結果を見ても審査してもいない鑑定人を法廷で反対尋問する機会を与えて別の鑑定人作成の鑑定書を証拠に許容することが対決権条項に反しないかが争われた *Bullcoming v. New Mexico*<sup>4)</sup>において、実際に鑑定を行い、鑑定書を作成した鑑定人が証言をしなければならないとし、いわゆる代理の証人は対決権条項の要件を満たすものではなく、被告人の対決権を侵害すると判示した。この一連の判断により、アメリカでは、鑑定書は、実際に鑑定を行い、鑑定書を作成した鑑定人に対する反対尋問を経ない限り、これを証拠に許容することはできないということが示された。

一方、わが国では、「鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについて」は、「その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、……これを証拠とすることができる」と規定され（刑訴法321条4項・3項）、鑑定書は証人審問権（憲法37条2項前段）及びこれを受けた伝聞法則（刑訴法320条1項）の例外とされている。つまり、裁判所が命じた鑑定人の作成した鑑定書は、鑑定の経過及び結果を正確に記載したという鑑定人の供述があれば、鑑定の経過及び結果についての反対尋問を経ずに、証拠に許容することができるのである。さらに、この規定は、判例では、捜査機関の嘱託に基づく鑑定書にも準用されると解されている<sup>5)</sup>。

本稿は、Crawford の意義、並びに Crawford がわが国に及ぼす影響を見

---

書の許容性」名城ロースクール・レビュー23号155頁（2012年）、伊藤陸「科学的証拠と対質権」『刑事法理論の探究と発見 齊藤豊治先生古稀祝賀論文集』（2012年、成文堂）293頁がある。

4) 564 U.S. \_\_\_, 131 S. Ct. 2705 (2011). *Bullcoming* の紹介・解説として、伊藤・前掲注3がある。

5) 最判昭和28年10月15日（刑集7巻10号1934頁）。

極めるべく、伝聞例外の一つとされる鑑定書と合衆国憲法の対決権条項との関係及び鑑定書の証拠能力について扱った Melendez-Diaz 及び Bullcoming における判断を検討し、それを通じて、わが国における鑑定書の証拠能力の問題の扱いについての示唆を得ることを目的とするものである。

## II アメリカにおける対決権と鑑定書の証拠能力

### 1 対決権についての判例の動向

対決権条項に関する合衆国最高裁判所の長年の理解は、Roberts において示された、伝聞証拠の原供述者が反対尋問のために公判に出頭しない場合、原供述者が証言利用不能にかかり、かつその供述に「信頼性の徴憑 (indicia of reliability)」がある場合にのみ証拠に許容され、そしてこの「信頼性の徴憑」は、同供述が、確固として定着した伝聞例外に該当する場合又は具体的な信用性の保証についての立証がある場合にのみ充足されるというものであった。

しかし、合衆国最高裁判所は Crawford において、Roberts の判断枠組みは、裁判官の裁量により大きく結論が変わってしまう予測不能なものであると批判し、Roberts を変更した。Crawford は、対決権条項の直接的な起源をイギリスのコモン・ローに求め、対決権は、法廷外供述を公判で用いる大陸法的な実務に反対して主張されたものであったとする。その代表的な事案が、ローリー卿に対する反逆罪の公判<sup>6)</sup>であり、この事案では、偽証であると思われる法廷外証言が対決なく証拠に許容され、この証言を根拠に有罪が言い渡された。その後イギリスでは、このような権力の濫用を制限するために対決権が発達し、King v. Paine<sup>7)</sup>は、証言利用不能にかかる原供述者の供述は、被告人に反対尋問の機会があった場合にのみ証拠

---

6) 2 How. St. Tr. 1 (1603).

7) 5 Mod. 163 (1696).

に許容されると判断した。Crawford は、以上のような歴史から、対決権条項による保障の範囲は必ずしも伝聞法則の適用範囲と重なるものではなく、被告人に不利な「証人」、つまり「証言をする」者に適用されるとした。そして、被告人に不利な「証言」を「証言としての性格を有する供述」と表現し、公判に不出頭の原因供述者による「証言としての性格を有する供述」は、同人が証言利用不能にかかり、かつ被告人に事前の反対尋問の機会があった場合でない限り、証拠に許容されないとした。Crawford は、対決権条項の究極的な目的は証拠の信用性を保証することであるとしつつも、同条項は、証拠の信用性それ自体ではなく、信用性が反対尋問という特定の方法によって評価されることを要求しているとした。

以上のような Crawford の判断を受けて、家庭内暴力 (DV) 事件を扱った Davis v. Washington<sup>8)</sup> は、警察による尋問の結果がすべて「証言としての性格を有する供述」となるわけではなく、警察による「尋問 (interrogation) の第一目的 (primary purpose)」が客観的に見て、警察が「緊急事態 (ongoing emergency)」に対処できるようにすることであると言えるような場合には、その過程でなされた供述は「証言としての性格を有する供述」ではないが、緊急事態ではなく、警察による「尋問の第一目的」が、後の刑事訴追につながる可能性のある過去の出来事を明らかにすることであると言えるような場合には、その過程でなされた供述は「証言としての性格を有する供述」であると判断した。

## 2 Melendez-Diaz 以前の鑑定書の証拠能力

Crawford の判断以降、多くの下級裁判所において、鑑定書が Crawford

8) 547 U.S. 813 (2006). Davis の紹介・解説として、津村政孝「憲法訴訟研究会 (第131回) 対審条項が適用される testimonial な供述とは何か?— Davis v. Washington, Hammon v. Indiana, 126 S. Ct. 2266 (2006)」ジュリスト1373号126頁 (2009年), 堀江・前掲注1, 小早川義則「アメリカ刑事判例研究 (15) Davis v. Washington; Hammon v. Indiana, 547 U.S. 813, 126 S. Ct. 2266 (2006)— DV 被害者の公判外供述の許容性と証人対面権」名城ロースクール・レビュー 20号79頁 (2011年) がある。

にいう「証言としての性格を有する供述」に当たると判断された<sup>9)</sup>。これは、鑑定書が、将来の訴訟を「第一目的」としたものであるという考え方に基づくものであった。しかし一方で、マサチューセッツ州最高裁判所のように、Melendez-Diaz 以前は、鑑定書を「証言としての性格を有する供述」に当たらないとする裁判所もあった<sup>10)</sup>。

マサチューセッツ州を例にとると<sup>11)</sup>、Melendez-Diaz 以前、マサチューセッツ州法は、検察官が鑑定人の鑑定書を生の証言の代わりとして提出することを許容しており、検察官は、被告人に対して鑑定書の写しを証拠開示すればよかった。州法上、鑑定人は、鑑定結果を法執行のために用いるという警察官の説明に基づいて、違法薬物の有無を調べるために押収物を鑑定し、宣誓・署名のある鑑定書の形でその鑑定結果を警察官に伝えていた。さらに、この鑑定書は、麻薬その他の薬物の成分、性質及び実量についての一応の証明として証拠に許容されていた。そして、被告人が要求した場合にさえ、検察官は鑑定人を証人として喚問することを求められておらず、被告人が鑑定人を尋問したい場合には、自ら喚問しなければならなかった<sup>12)</sup>。このような州法の規定に加え、Commonwealth v. Verde<sup>13)</sup>は、鑑定書は業務の通常の過程で作成された記録に類するとして、証言としての性格を有するものではないと判断した。

---

9) Note, "Testing The Testimonial Doctrine: The Impact of Melendez-Diaz v. Massachusetts on State-Level Criminal Prosecutions and Procedure", 91 B. U. L. Rev. 789, 800, 801 (2011) citing Thomas v. United States, 914 A. 2d 1 (D. C. 2006), State v. March, 216 S. W. 3d 663 (Mo. 2007), State v. Kent, 918 A. 2d 626 (N. J. Super. Ct. App. Div. 2007).

10) Id. at 801, citing Commonwealth v. Verde, 827 N. E. 2d 701 (Mass. 2005), United States v. Ellis, 460 F. 3d 920 (7<sup>th</sup> Cir. 2006), People v. Geier, 161 P. 3d 104 (Cal. 2007).

11) Id. at 802.

12) このような被告人の証人喚問権は、対決権に代わり得るものではなく、いまだ対決権上の問題は生じ得るとされている。See Davis, 547 U. S., at 820, Melendez-Diaz, 557 U. S., at 324.

13) 827 N. E. 2d 701 (Mass. 2005).

このように、州によって鑑定書の証拠能力についての取扱いが異なる中、Melendez-Diaz 及び Bullcoming が、鑑定書の証拠能力についての合衆国最高裁判所の立場を明らかにしたのである。次章では、これらの判断について見ていくこととする。

### III 鑑定書の証拠能力に関するアメリカの判例

#### 1 Melendez-Diaz v. Massachusetts

事実の概要は、以下のとおりである。

被告人は、職務質問に伴う所持品検査を受け、その際、コケインらしき物質の入ったプラスチック・バッグが発見された。被告人は逮捕され、発見されたプラスチック・バッグは、鑑定のために州の研究所に送られた。同研究所の鑑定人は、この結果について鑑定証明書を作成し、公証人の面前で宣誓を行った。その内容は、押収されたプラスチック・バッグの重量を報告するもので、「鑑定の結果、この物質はコケインであるということがわかった」と記されていた。被告人はコケイン頒布及び取引の罪で起訴され、検察官はこの鑑定証明書を証拠として提出した。被告人はこの鑑定証明書を証拠に許容することに異議を申し立て、Crawford は、鑑定人が自ら証言することを要求していると主張した。この異議申立は却けられ、これらの証明書は、鑑定された禁制品の成分、性質及び実量についての一応の証明として証拠に許容され、陪審は、被告人を有罪と認定した。被告人は上訴し、この鑑定証明書を証拠に許容したことは、自己に不利な証人と対決する第6修正上の権利を侵害すると主張した。マサチューセッツ州上訴裁判所は、鑑定証明書の作成者は、第6修正の対決の対象とはならないというマサチューセッツ州最高裁判所の Verde における判断に依拠し、この主張を却け、上訴を棄却した。州最高裁判所は審査を拒絶した。

これに対して、合衆国最高裁判所（スカリア裁判官執筆の法廷意見）は、本件の鑑定証明書は宣誓供述書であって、これらが、被告人の所持品から発見された物質がコケインであるという本件で争点となっている事実

を証明するためになされた正式な供述又は確言であるということについては議論の余地はなく、生の法廷内証言と機能的に同等であるとした。また、本件の鑑定人については、まさに証人が行うことを行っているのであって、鑑定証明書自体に鑑定された物質の「成分、性質及び実量についての一応の証明」が目的である旨印字されていたため、本件の鑑定人は、この鑑定証明書が証拠として用いられるということに気づいていたということをも前提として差し支えないと判断した。法廷意見は、以上の理由から、本件の鑑定証明書は、証言としての性格を有する供述であり、鑑定人が証言利用不能にかかり、被告人が鑑定人を事前に反対尋問する機会を有していたという立証がない限り、被告人は公判において同鑑定人と対決する権利を与えられるべきであったとして、原判断を破棄し、差し戻した。

また、対決の可能性があるからといって鑑定人が鑑定結果を変えるものではないため、対決は無益であるという反対意見の主張に対しては、法廷意見は、第6修正は対決を唯一の方法として求めており、他に利用可能な方法があるからといって、裁判所にこれを選択する権限はなく、また、全米科学学会によれば、科学的証拠を提出する研究所の多くが法執行機関の管理下にあるのであって<sup>14)</sup>、鑑定が検察官の示唆するほど中立的で信用性があるものであるかは不明であり、被告人は反対尋問によって鑑定人の正直さ、能力及び方法論等をテストすることができるため、対決が無益であるとは言えないと判断した。

## 2 Bullcoming v. New Mexico

事実の概要は、以下のとおりである。

被告人は、飲酒運転の疑いで職務質問を受け、飲酒検査で不合格となり、飲酒運転の罪で逮捕された。その後、被告人が呼気検査を拒んだため、血中アルコール濃度の鑑定許可状により、病院で被告人の血液サンプル

---

14) National Research Council of the National Academies, Strengthening Forensic Science in the United States: A Path Forward 6-1 (Prepublication Copy Feb. 2009).

ルが採取された。この血液サンプルは科学研究所に送られ、鑑定を行ったカーティス・ケイラーが証明書を作成した。この証明書では、被告人のサンプルの血中アルコール濃度は、100ml中0.21gという過度に高度なものであったということが記され、同サンプルは封がされたままの完全な状態で受け取られ、同研究所において封が切られたということ、鑑定人による報告は正しいということ、及び所定の手続に従ったということが確認されていた。この証明書に従い、被告人は過重飲酒運転の罪（基準は100ml中0.16g）で起訴された。

本件の公判が開かれたのは、Crawfordの判断後のことであり、Melendez-Diazの判断以前のことであった。公判期日に、検察官は、ケイラーは何らかの理由で無給休暇を言い渡されたために証人として喚問しないと述べた。弁護人は異議を申し立て、検察官は公判開始まで、在廷の証人ジェラシモス・ラザトスが被告人のサンプルの鑑定人ではないことを明かさなかったと訴えたが、検察官は、ケイラーの認定をラザトスの証言中の「業務の通常の過程で作成された記録」として提出しようとした。ラザトスは、科学研究所の科学者ではあったが、ケイラーの鑑定を観察も審査もしていなかった。弁護人はこれに異議を申し立て、ケイラーの証言がなければ、鑑定人の認定を証拠として提出することは被告人の対決権を侵害すると主張した。公判裁判所はこれを却け、科学研究所の報告書を業務の通常の過程で作成された記録として証拠に許容し、陪審は、被告人を過重飲酒運転の罪で有罪とした。ニュー・メキシコ州コート・オブ・アピールズは、本件の報告書は証言としての性格を有するものではないとして、有罪判決を確認した。

被告人が上訴した後に、合衆国最高裁判所はMelendez-Diazを判断した。州最高裁判所は、Melendez-Diazに照らして、被告人の公判で提出された血中アルコール濃度に関する報告書は、証言としての性格を有する証拠であると認めた。しかし、同裁判所は、鑑定結果を証明した鑑定人ケイラーは単にガス・クロマトグラフ機が出した結果を書き写す代書人であること、及びラザトスはガス・クロマトグラフ機に関して鑑定人としての能

力を有していたため、機械の操作、被告人の血中アルコール濃度の鑑定結果及び科学研究所の確立された手続に関して反対尋問のために証言利用可能であったことを理由に、同報告書の許容は対決権条項に反しないと判示した。

これに対して、合衆国最高裁判所（ギンズバーグ裁判官執筆の法廷意見）<sup>15)</sup>は、本件の鑑定報告書は、機械の出した数値以上の内容を証明するものであった上、報告書の余白には「所見」として、「同サンプルの完全性……又は……同鑑定の妥当性に影響を与えた……状況又は状態」はなかったということが記載されており、これらの説明は、機械が出した未加工のデータでは明らかにされていない過去の出来事及び人の行動に関連するもので、反対尋問の対象となるとして、本件の鑑定人は、単なる代書人ではなく、対決のために出頭させられなければならないと判断した。また、ラザトスがガス・クロマトグラフ機及び科学研究所の手続に関して鑑定人としての能力を有していたとしても、ラザトスによる代理の証言は、ケイラーが用いた具体的な鑑定及びその過程を伝え得るものではなく、鑑定結果を証明した鑑定人の過失又は虚偽を暴くことができるものではないとし、さらに、ラザトスはケイラーが無給休暇を言い渡された理由を全く知らなかったため、被告人は、ケイラーが証言台に立てば、彼が職場から離されたことが、その無能さ、責任逃れ又は不正直さのせいであるか否かを明らかにするための質問をすることができたはずであるとした。法廷意見は、以上の理由から、原判断を破棄し、差し戻した。

---

15) Melendez-Diaz の判断後、その法廷意見に参加したスーター裁判官及びステイヴンス裁判官に代わり、ソトマイヤー裁判官及びケーガン裁判官がそれぞれ任命された。後任の2名の裁判官は、Bullcoming の法廷意見に参加したが、IVの部分（対決権条項の要件を緩和すべきであって、この要件を厳格に適用すれば検察官に過度の負担を課すことになるという主張に対する反論）については、トマス裁判官及びギンズバーグ裁判官と同様参加せず、法廷意見は形成されなかった。したがって、本稿では、法廷意見を形成した部分についてのみ、判旨として紹介する。なお、Bullcoming のIVに類似する Melendez-Diaz のⅢ Fの部分についても、Melendez-Diaz の判旨から除いて紹介した。

また、鑑定報告書は証言としての性格を有するものではないため、本件においてはそもそも対決権条項上の問題は生じないという検察官の主張に対して、法廷意見は、本件の鑑定報告書は、Melendez-Diaz の鑑定証明書とは異なり、宣誓を欠くものではあったが、供述が証言としての性格を有するか否か判断する際に、宣誓の欠如は結論を決するものではなく、また、本件の鑑定報告書が、刑事手続においてある事実を証明するという Melendez-Diaz の鑑定証明書と同様の目的を有していることは確かであって、両者とも、法執行官が州の研究所に押収物を提供したこと、鑑定人がその証拠を鑑定し、その鑑定結果に関して証明書を準備したこと、鑑定人の証明書は署名された公式な文書で、「報告書」と題されていたことから、重要な点において類似しているとした。そして、本件の鑑定報告書は、血中アルコール濃度の鑑定証明書の許容のために定められたミュニシパル・コート及びマジストレイト・コートの規則に関する説明が書かれた正式なものであり、したがって、本件の鑑定報告書は「証言としての性格を有する供述」であると判断した。

### 3 合衆国最高裁判所の立場

Melendez-Diaz 及び Bullcoming はそれぞれ、鑑定書が Crawford にいう「証言としての性格を有する供述」に当たるか、当たるとして鑑定を行っていない代理の証人に対する反対尋問で十分かについて扱った事案である。ここではまず、鑑定書が「証言としての性格を有する供述」に該当するかについて、Melendez-Diaz のように宣誓が行われていた場合と、Bullcoming のように宣誓が行われていなかった場合に分けて扱う<sup>16)</sup>。次

16) Melendez-Diaz 及び Bullcoming において検討されている、鑑定書が「業務の通常の過程で作成された記録」に当たるか否かという点、鑑定人が「単なる代書人」であるか否かという点については、対決権条項に関して言えば、鑑定人の鑑定書が「証言としての性格を有する供述」に当たるか否かを検討することで解消されると思われる。したがって、本稿では、これらの点については検討を加えない。

に、Melendez-Diaz という被告人が対決すべき「鑑定人」とは誰を意味するかについて扱う。

a) 鑑定書が「証言としての性格を有する供述」に該当するか

Crawford は、「証言としての性格を有する供述」を定義することを他日に委ねたが、この中心的な範囲に含まれる定義の例として、「一方当事者のみが関与する手続においてとられた法廷内供述又はこれと機能的に同等のもの、たとえば宣誓供述書、身柄拘束下における尋問に対する供述、被告人が反対尋問をすることができなかつた前の証言又は原供述者が刑事訴追に利用されるところが合理的な同様の公判前供述等」<sup>17)</sup>、「証言としての性格を有する公式な法廷外供述、たとえば宣誓供述書、供述録取書、前の証言又は自白」<sup>18)</sup>、「通常人であれば自身の供述が後の公判で用いられると料することが合理的であるような状況下でなされた供述」<sup>19)</sup>を挙げ、どの定義にも包摂される供述が存在するとした<sup>20)</sup>。

Melendez-Diaz の法廷意見は、Crawford に依拠し、鑑定書が「証言とし

---

17) Brief for Petitioner 23.

18) *White v. Illinois*, 502 U.S. 346, 365 (1992) (THOMAS, J., joined by SCALIA, J., concurring in part and concurring in judgment).

19) Brief for National Association of Criminal Defense Lawyers et al. as Amici Curiae 3.

20) この後、Davis において、Crawford で示された「証言としての性格を有する供述」について、「尋問の第一目的が、客観的に見て警察が緊急事態に対処できるようにすることであると言えるような場合には、その過程においてとられた供述は証言としての性格を有しないが、かかる緊急事態にはなく、尋問の第一目的が客観的に見て後の刑事手続に関連する可能性のある過去の出来事を証明することであると言えるような場合には、この過程でとられた供述は証言としての性格を有する」とされていることから、合衆国最高裁判所は、基本的には、1つ目と3つ目の定義で挙げられているように、原供述者が後の刑事手続を意識していたか否かという点を考慮しているものと思われる。なお、本件は、緊急事態の存するような事案ではなかつたため、法廷意見は、Davis の基準を持ち出すことなく、Crawford の示した基準のみで本件について検討しているものと考えられる。

ての性格を有する供述」に当たるか否かを検討している。Melendez-Diaz の鑑定書は、宣誓供述書であって、これは、Crawford の挙げた3つの例のうち、2つにおいて明示されている。また、Melendez-Diaz の鑑定書自体に、その目的は鑑定された物質の「成分、性質及び実量についての一応の証明」であるということが印字されていたため、Melendez-Diaz の鑑定人は、1つ目と3つ目の定義で挙げられているように、自身の供述が後の刑事手続で用いられると史料することが合理的であるような状況下で、供述を行ったものと考えられる。したがって、Crawford の基準によれば、Melendez-Diaz の鑑定書は、どの定義によっても「証言としての性格を有する供述」に当たるものと思われる。

次に、Bullcoming のように、宣誓供述書の形をとらない鑑定書の場合はどうであろうか。Melendez-Diaz の法廷意見も示しているように、全米科学学会の報告によれば、科学研究所の多くが、法執行機関の管理下にあり、Bullcoming の研究所もまた、法の規定に従い、警察の求めに応じて鑑定を行ったのであった。この点で、わが国の鑑定人が裁判所により選任される（刑訴法165条）のとは異なる。アメリカにおいて、鑑定人は、「専門家証人（expert witness）」<sup>21)</sup>として位置づけられてきたのであり、「当事者の鑑定人」<sup>22)</sup>の役割を果たすのであって、これは、まさにわが国における鑑定受託者の場合（刑訴法223条）に当たると言えよう。このように警察が鑑定を求める場合に、鑑定人が後の刑事手続を想定していないとは考えにくく、鑑定人は、少なくとも、自身の供述が後の刑事手続で用いられると史料することが合理的であるような状況において鑑定書を作成するのである。また、警察の求めに応じて刑事手続を意識して鑑定を行うのであれば、当然鑑定人は、各研究所の手続に則ってその結果を鑑定書にまとめ、これに署名すると考えられ、このような鑑定書は、十分公式な文書であると言える。Bullcoming の法廷意見は、以上のような理由から、宣誓

---

21) 浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』（有斐閣、2004年）163頁。

22) 同上。

供述書の形式をとらない鑑定書であっても、「証言としての性格を有する供述」に該当すると判断したのではないかと思われる。

b) 被告人が対決すべき「鑑定人」とは誰か

Melendez-Diaz は、鑑定書は Crawford にいう「証言としての性格を有する供述」であって、被告人に「鑑定人」と対決する権利を与えるべきであると判示した。しかし、被告人が対決すべき「鑑定人」が、鑑定に携わったどの鑑定人を意味するのかを明らかにしていない点について、Melendez-Diaz の判断に反対する立場<sup>23)</sup>からも賛成する立場<sup>24)</sup>からも批判がある。一方、Bullcoming は、鑑定を行っても見ても審査してもいない鑑定人は、その鑑定結果について被告人が対決すべき鑑定人ではないと判断したが<sup>25)</sup>、鑑定に携わったどの鑑定人が被告人と対決すべきかについて

---

23) Melendez-Diaz, 557 U.S. at 332 (KENNEDY, J., joined by THE CHIEF JUSTICE, BREYER, J. and ALITO, J., dissenting), Note, “*The Failures of Melendez-Diaz v. Massachusetts and the Unstable Confrontation Clause*”, 38 Am. J. Crim. L. 437, 446-447 (2011).

24) Comments & Notes, “*Who Ya Gonna Call? Confusion Reigns After the Supreme Court’s Failure to Define Testimonial and Analyst in Melendez-Diaz v. Massachusetts*”, 59 U. Kan. L. Rev. 137, 149-151 (2010).

25) 法廷意見は、本件が代理の証人ラザトスが独立の意見を述べた事案ではないという事実を確認し（「検察官は、ラザトスがブルカミングの血中アルコール濃度について『独立の意見』を有していたとも主張していない。」（131 S. Ct. at 2716 (citing Brief for Respondent 58, n. 15))), 法廷意見に参加したソトマイヤー裁判官は補足意見において、本件は鑑定人が他人の証言としての性格を有する供述について独立して意見を述べることを求められている事案ではないということを強調している（131 S. Ct. at 2722 (SOTOMAYOR, J., concurring in part)）ことから、鑑定を行っていない鑑定人が独立の意見を法廷で述べる場合は、本件の射程ではないと考えられ、本稿でもこの点についての検討は行わない。

なお、鑑定人が、他の鑑定人等作成の鑑定書について、その鑑定結果が互いに一致したと法廷で証言した場合に、この証言を証拠に許容することが被告人の対決権を侵害しないかという問題が、Williams v. Illinois, 567 U.S. \_\_\_, 132 S. Ct. 2221 (2012) において検討されている。Williams では、法廷意見は形成されず、複数意見（アリトー裁判官執筆、ロバーツ首席裁判官、ケネディー裁判官

までは扱わなかった。前者では、鑑定人等のうち誰も出頭していないため、また後者では、出頭した鑑定人は実際の鑑定を行っても見ても審査してもいなかったため、この点について扱う必要がなかったのである。

この「鑑定人」の意義について、アメリカでは、様々な定義が挙げられている。たとえば、「鑑定の全過程を直接監督し、又はこれに参加した者であって、かつ用いられた方法及び装置についての十分な知識、並びにその他鑑定に関わるものについての能力を有する者」<sup>26)</sup>、「実際に鑑定書を準備した」者<sup>27)</sup>、「鑑定を行い、鑑定書でその結果を証明した」者<sup>28)</sup>、「その

---

及びブライヤー裁判官参加)は、証言の基礎となった鑑定書は、これらが一致するものであるか否かに関して鑑定人に独立の意見を求めるために、その内容が真実であると仮定して提出されたものであって、Melendez-Diaz及びBullcomingのように、その内容の真実性を立証する目的で提出されたものではないため、対決権条項の適用外であり、したがって、この鑑定書を基礎とする証言を証拠に許容しても被告人の対決権を侵害しないと判断した。しかし、残りの5名の裁判官はこの理由づけには賛成しなかった。結論賛成意見を執筆したトマス裁判官は、証言の基礎となった鑑定書は、その内容の真実性を立証する目的で提出されたものであるとした。ただし、これはMelendez-Diaz及びBullcomingの鑑定書のように宣誓や証明書が付されたものではなく、宣誓供述書や供述録取書のような公式性が備わっていないために、「証言としての性格を有する供述」には当たらないとの理由から、この鑑定書を基礎とする証言を証拠に許容しても被告人の対決権を侵害しないと判断した。反対意見(ケーガン裁判官執筆、スカリア裁判官、ギンズバーグ裁判官及びソトマイヤー裁判官参加)も、証言の基礎となった鑑定書は、その内容の真実性を立証する目的で提出されたものであるとした。そして、その性質はMelendez-Diaz及びBullcomingの鑑定書と変わるところがなく、「証言としての性格を有する供述」に当たり、この鑑定書を基礎として証言することは被告人の対決権を侵害するとした。

26) Note, “*The Aftermath of Melendez-Diaz v. Massachusetts*,” 129 S. Ct. 2527 (2009) —Identifying the Analyst Who Can Satisfy Confrontation”, 89 Neb. L. Rev. 561, 578 (2011).

27) Comments & Notes, *supra* note 24, at 153.

28) Comment, “*Confronting Forensics: Bullcoming v. New Mexico and the Sixth Amendment*”, 45 Loy. L. A. L. Rev. 613, 632 (2012).

研究所の重要な監督者又は鑑定人であって、行われた鑑定において用いられた重要な過程に相当程度関与し、又はこれらについて知識を有する者]<sup>29)</sup>等がある。

Melendez-Diaz が、少しでも鑑定に関わった者はすべて証人として反対尋問を受けなければならないと意味するものではないことは、法廷意見の注でも確認されており<sup>30)</sup>、またこのようにすれば、手続が不必要に遅延し、実務上の不都合が生じるだけでなく、ひいては被告人にとっても不利益な結果となると思われる。では、鑑定に関わった者のうち、誰が反対尋問のために出頭しなければならないだろうか。Melendez-Diaz の法廷意見が、対決の可能性があるからといって鑑定人がその結果を変えることはないため反対尋問は無益であるという反対意見の主張に対して、被告人は鑑定人の正直さ、能力及び方法論等をテストすることができると述べていることから、Melendez-Diaz の法廷意見は、反対尋問により少なくともこれらをテストすることができる者が喚問されなければならないと考えているものと思われる。さらに、Bullcoming の法廷意見が、鑑定を行っても見ても審査してもいない鑑定人は、用いられた具体的な鑑定及びその過程を伝え得るものではなく、鑑定を行った鑑定人の過失又は虚偽を暴くことができるものではないとしていることから、一般的な鑑定方法等について証言できる者では不十分であり、具体的な鑑定やその過程を伝え得る者が喚問されなければならないと考えているものと思われる。以上を前提とすると、喚問すべき「鑑定人」とは、単に鑑定の一部に関わった者では足りず、鑑定の重要な部分若しくは相当程度の過程に携わった者であって、具

---

29) Ronald J. Coleman & Paul F. Rothstein, "Grabbing the Bullcoming by the Horns: How the Supreme Court Could Have Used Bullcoming v. New Mexico to Clarify Confrontation Clause Requirements for CSI-Type Reports", 90 Neb. L. Rev. 502, 537 (2011).

30) Melendez-Diaz, 557 U.S., at 311, n. 1 (「反対意見が、『物証保管の継続性 (chain of custody) を立証するのは検察の義務である』とするのは正しいが、これは、証拠に触れた者すべてが喚問されなければならないことを意味するものではない。』).

体的な鑑定方法やその過程を報告することができる者を意味するのではないかと考えられる。

#### IV 日本法への示唆

刑訴法321条4項は、「鑑定の経過及び結果を記載した書面で鑑定人の作成したものについて」は、「その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、……これを証拠とすることができる」と規定しており、前述のとおり、この規定は判例により鑑定受託者にも準用されている。Melendez-Diaz 及び Bullcoming の判断枠組みによれば、鑑定書は「証言としての性格を有する供述」に該当するため、鑑定人が証人として反対尋問を受けた場合には、その鑑定書を証拠に許容することができるということになると思われる。しかし、刑訴法321条4項は、鑑定人に、真正作成の供述を求めるのみである。そこで、まず、この真正作成の供述が何を意味するかについて簡単に述べ、次に、わが国における鑑定書の証拠能力について検討する。

##### 1 真正作成の供述の意義

「真正に作成されたものであること」とは、一般的に、書面の作成名義が真正であるというだけではなく、書面の記載内容が鑑定の結果と合致するということを意味すると解されている<sup>31)</sup>。つまり、鑑定を行った鑑定人が、その鑑定書は鑑定したとおり正確に記載したものであるということ供述することが求められている。もっとも、これが、作成名義の真正及び

---

31) 青柳文雄ほか『註釈刑事訴訟法』第3巻（立花書房、1978年）361頁・344頁〔西原春夫〕、平場安治ほか『注解刑事訴訟法』中巻・全訂新版（青林書院新社、1982年）764頁・762頁〔鈴木茂嗣〕、河上和雄ほか『大コンメンタール刑事訴訟法』第2版・第7巻（青林書院、2012年）633頁・621頁〔中山善房〕、石井一正『刑事実務証拠法』第5版（判例タイムズ社、2011年）202頁・183頁、184頁。

記載内容の正確性に加えて、記載内容の真実性までも含むかという点については争いがあり、記載内容の真実性を含むという見解<sup>32)</sup>と、作成名義の真正及び記載内容の正確性のみを意味するという見解<sup>33)</sup>がある。前者の立場からは、被告人の反対尋問の対象は全く制限されないことになり、被告人には遅ればせながら証人審問権が保障されているのであって、鑑定書の証拠能力を認める刑訴法321条4項の規定は、証人審問権の例外ではないことになるとも言えそうである<sup>34)</sup>。しかし、この立場においては、記載内容の真実性という点について、たとえば、「〔鑑定〕の結果が被告人の記憶と著しく異なる場合」<sup>35)</sup>や「記載内容が〔鑑定〕対象の客観的状态とあまりにかけはなれていること」<sup>36)</sup>が挙げられており、これはまさに、正確に鑑定結果を記載していない場合と言え、記載内容の真実性というよりは、記載内容の正確性が欠ける場合であると思われる。したがって、刑訴法321条4項にいう「真正に作成されたものであること」とは、証人審問権により尋問する権利が保障されている供述内容の真実性をも意味するものではなく、作成名義の真正及び記載内容の正確性のみを指すのであって、被告人による反対尋問も、この範囲に限定されるものと思われる。一方、Melendez-Diaz 及び Bullcoming の求める反対尋問とは、前述したように、鑑定人の正直さ、能力、鑑定方法、鑑定の経過にまで及ぶのであって、被告人は、鑑定の経過や結果について、鑑定人の虚偽や過失までも暴くことができるものとされている。それゆえ、わが国の刑訴法321条4項にいう「尋問」は、アメリカにおいて求められている反対尋問よりも限定的なものであると考えられる。

---

32) 同上。

33) 渥美東洋『全訂刑事訴訟法』第2版（有斐閣、2009年）437頁、団藤重光『新刑事訴訟法綱要』7訂版（創文社、1981年）263頁、264頁、団藤重光編『法律実務講座刑事編』第8巻（有斐閣、1964年）1933頁・1932頁〔本田正義・桂正昭〕。

34) 江家義男『刑事證據法の基礎理論』訂正版（有斐閣、1952年）113頁。

35) 青柳ほか・前掲注31, 344頁。

36) 石井・前掲注31, 184頁。

## 2 鑑定書の証拠能力

以上を前提として、Crawford 並びに、鑑定書の証拠能力に関する Melendez-Diaz 及び Bullcoming に照らして、わが国における鑑定書の証拠能力について検討を加える。刑訴法321条4項により求められている真正作成の供述についての尋問は、前述のとおり、アメリカにおいて求められている反対尋問よりも限定的なものであると考えられる。もっとも、Crawford において示されたように、原供述者が証言利用不能にかかり、かつ被告人に事前の反対尋問の機会があった場合でない限り、これを証拠に許容することはできないと考え、さらに、Melendez-Diaz 及び Bullcoming において示されたように、鑑定書を作成した鑑定人もこの制限に服すると考えれば、わが国における鑑定人・鑑定受託者の場合も、鑑定人・鑑定受託者による真正作成の供述のみではその鑑定書は証拠に許容されないということになりそうである。

そこで、まず Crawford について見ると、Crawford の判断枠組みは、Roberts の「信頼性の徴憑」という判断枠組みによるケース・バイ・ケースの具体的信用性保証の判断が、どの事実をどの程度考慮するかという裁判官の裁量により大きく結論が変わってしまう予測不能なものであるという懸念を反映したものであった。つまり、Crawford は、裁判官の恣意が働くおそれのある信用性という基準を排して、代わりに、反対尋問という厳格な手続要件を置いたのである。また、Crawford がこのような厳格な要件を課した対象は、「証言としての性格を有する供述」であり、これは、大陸法的な刑事手続、とりわけ一方当事者のみの関与する手続において獲得された供述を、被告人に対決・反対尋問の機会を与えることなくその不利な証拠として用いる手続に対する嫌悪感を反映したものであった。Crawford は、このような手続が不公正であると感じ、反対尋問という厳格な要件を課したのである。次に、Melendez-Diaz 及び Bullcoming において、鑑定書を作成した鑑定人が公判廷で反対尋問を受けるべきであるとされたのは、鑑定書が「証言としての性格を有する供述」に該当するという判断に加え、鑑定人は「当事者の鑑定人」であり、科学的証拠を提出す

る研究所の多くが法執行機関の管理下にあるという全米科学学会の報告から、鑑定が中立的で信用性があるものであるかは不明であるという懸念が前提としてあった。それゆえ、鑑定書は Crawford の厳格な要件に服するものと判断されたのである。

これをわが国の鑑定人について見ると、裁判所は、学識経験者から鑑定事項について専門能力を持つ者を鑑定人に選任し（刑訴法165条）、その鑑定人を召喚して出頭させ、鑑定命令を伝え、鑑定人に宣誓させた上で（刑訴法166条）、鑑定人に、調査物件を渡し、あるいは、必要な場合は鑑定留置の手続をとり（刑訴法167条）、あるいは、鑑定処分許可状を発して（刑訴法168条）、実際に鑑定活動を行わせることができる<sup>37)</sup>。また、鑑定意見を異にする可能性のある微妙な鑑定事項については、見解を異にすると想定される複数の鑑定人に共同鑑定を命ずることができる（刑訴規則129条2項<sup>38)</sup>。このように、裁判所が鑑定を命じる場合については、法により明確にその手続が規定されており、中立な立場にある裁判所が鑑定人を選任し、検察官及び弁護人が鑑定に立ち会うことができ（刑訴法170条・157条2項）、鑑定人は宣誓の上鑑定を行い、さらに公判期日において証人として尋問を受け、鑑定書を真正に作成した旨を供述しなければならない（刑訴法321条4項・3項）。以上のように、わが国の鑑定人については、厳格な手続の下で選任され、鑑定を行い、供述を行うのであって、制度的に鑑定内容の信用性・公正性を担保するための保証が施されている<sup>39)</sup>。したがって、Crawford の懸念するような裁判所の恣意が働く場合や、党派性が疑われる供述者の供述を被告人の関与を排して証拠に許容する手続とは、全く状況を異にすると言える。また、このような厳格な手続の下選任

---

37) 浅田・前掲注21, 161, 162頁。

38) 渥美・前掲注33。

39) これらの制度は、当事者のコントロールを確保しつつ、当事者双方がそれぞれに望ましい鑑定を利用することで証明過程が極度にパルチザン化することによる無用の混乱を避けるための具体策である（渥美・後掲注46, 300頁, 301頁）。

され鑑定を行う鑑定人は、事実認定者の補助者としての役割を営むものであって、専門的知識を必要とする領域においては、素人である裁判官又は裁判員に対して決定的な役割を演ずることになる<sup>40)</sup>。刑訴法においては、自由心証主義が採用されているが（刑訴法318条）、彼らに鑑定人の鑑定と相反する認定をする恣意が認められているわけではないのである<sup>41)</sup>。このように、専門的知識を必要とする領域においては、同じ素人である被告人による通常の反対尋問にその信用性についての吟味を委ねるよりも、優秀な鑑定人による吟味を重ねる方が、より優れていると考えられる<sup>42)</sup>。このように、素人による反対尋問よりも正しい事実認定を行うことができる手続を法律が選択したとすれば、いかに憲法37条2項前段が供述の信用性吟味の方法として反対尋問という手続を選択しているとしても、この手続は合理的なものとして憲法上も許容されるのではないかと思われる。したがって、わが国の鑑定人の鑑定書については、被告人による反対尋問の対象を制限したとしても、証人審問権に対する合理的な例外として証拠に許容できるのではないかと思われる。

一方、鑑定受託者について見ると、鑑定受託者については、鑑定人のように厳格な手続が定められておらず、制度的に鑑定内容の信用性・公正性を担保するための保証が施されていない。また、全米科学学会により報告されたアメリカの鑑定人と同様、わが国においても、各都道府県警察本部に付属する科学捜査研究所や警察庁に付属する科学警察研究所等において鑑定が行われている。この点で、鑑定受託者による鑑定については、その中立性・信用性について制度的な保証があるとは言えず、Melendez-Diaz 及び Bullcoming において示されたように、その鑑定が中立的で信用性があるものであるかは不明であるという懸念が妥当するものと思われる<sup>43)</sup>。

40) 渥美東洋「鑑定書の証拠能力」白門19巻6号18頁（1967年）。

41) 同上。

42) 渥美・前掲注40, 22頁。

43) 同様に、鑑定受託者には「偏頗の懸念」があるとして、その公平性・中立性については疑問を抱かざるを得ないとする見解がある（浅田・前掲注21, 221

したがって、Melendez-Diaz 及び Bullcoming を前提とすると、鑑定受託者については、「真正に作成されたものであること」に限らず、鑑定の経過及び結果についても被告人に反対尋問の機会を与えなければならず、刑訴法321条4項の準用により証拠能力が認められることはないということになる<sup>44)</sup>。鑑定受託者は、鑑定人ではなく、証人としての扱いを受けるべきであって、その鑑定書には同条項の準用は認められないという見解は、わが国でも見受けられるところであり<sup>45)</sup>、Melendez-Diaz 及び Bullcoming の考え方が、大いに参考になると思われる<sup>46)</sup>。この場合、被告人には、鑑定受託者に対して、鑑定書の記載内容の真実性にまで及ぶ反対尋問の機会を与えることが必要となるが、わが国においては、鑑定受託者は従来より出廷して真正作成の供述を行っていたのであるから、鑑定受託者について、被告人に通常の反対尋問を行う機会を与えることが必要であるとしても、検察官及び鑑定受託者に過度の負担を課すことにはならないと思われる。

## V おわりに

本稿では、わが国における鑑定書の証拠能力の問題の扱いについての示

---

頁)。

- 44) 昭和28年判決については、鑑定作業が単純で不正確となるおそれの低い鑑定の鑑定書には同条項の準用があるという立場であるとする見解もある（渥美・前掲注33, 438頁）。
- 45) 浅田・前掲注21, 164頁, 渥美・前掲注33, 438頁, 団藤・前掲注33, 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論社, 1966年）159頁, 高田卓爾『現代法律学全集28 刑事訴訟法』2訂版（青林書院社, 1984年）234頁, 白取祐司『刑事訴訟法』第7版（日本評論社, 2012年）413頁。
- 46) 捜査機関による検証調書が、真正作成の供述により証拠能力が認められることとの対比については、渥美東洋『刑事訴訟における自由と正義』（有斐閣, 1994年）309頁, 渥美東洋・椎橋隆幸編『刑事訴訟法基本判例解説』（信山社, 2012年）330, 331頁〔担当 渥美東洋〕参照。

唆を得ることを目的として、まず、被告人に鑑定人を反対尋問する機会を与えずに同鑑定人作成の鑑定書を証拠に許容することは対決権条項に違反すると判示した *Melendez-Diaz v. Massachusetts* と、被告人に鑑定を行っても審査してもいない者に対する反対尋問を認めるだけでは、鑑定人との対決とは言えず、その結果を報告する鑑定書を証拠に許容することは対決権条項に違反すると判示した *Bullcoming v. New Mexico* について検討した。本稿では次に、アメリカにおける鑑定人と日本における鑑定人・鑑定受託者との違いに留意しつつ、鑑定書を伝聞例外として認めるわが国の刑訴法321条4項の規定について検討を加えた。裁判所が命じた鑑定人については、制度的に鑑定内容の信用性・公正性を担保するための保証が施されていることを考慮すると、*Crawford* を前提としても、素人である被告人による通常の反対尋問にその信用性についての吟味を委ねるよりも、厳格な手続の下選任され鑑定を行う優秀な鑑定人による吟味を重ねる方がより優れていると考えられ、鑑定書を真正に作成した旨の供述のみでその鑑定書を証拠に許容することも、証人審問権の保障の合理的例外として許されるのではないかと思われる。しかし、一方で、捜査機関が囑託した鑑定受託者については、*Melendez-Diaz* 及び *Bullcoming* の立場を前提とすると、制度的に鑑定内容の信用性・公正性を担保するための保証が施されておらず、その鑑定が中立的で信用性があるとは必ずしも言えないため、鑑定受託者については、被告人に対して、鑑定書の真正作成に関する反対尋問にとどまらず、鑑定書の記載内容の真実性にまで及ぶ反対尋問を行う機会を与える必要があるということになるのではないかと思われる。