



OSIPP Discussion Paper : DP-2010-J-004

刑事司法精神鑑定の研究  
フランスにおける理論の生成と展開

THE STUDY ON THE PSYCHIATRIC EXPERTISE  
IN CRIMINAL LEGAL SYSTEMS  
THE CREATION AND DEVELOPMENT OF THEORY IN FRANCE

May 11, 2010

滝本 シゲ子 (Shigeko Takimoto)

大阪大学大学院国際公共政策研究科 (OSIPP) 後期博士課程  
Ph.D Candidate, Osaka School of International Public Policy (OSIPP)

【キーワード】精神鑑定、鑑定、科学裁判、狂気の歴史 鑑定人リスト

【要約】フランスにおける狂気と社会についての社会学研究の進展は、「狂気」についての世界的な社会的理解を推し進めたものの、それが刑事政策ないし刑事手続の議論に反映されることはなかった。しかし、日本とは異なり、フランスにおいては鑑定法策定段階からの議論において鑑定制度の客観化を模索した。この結果、鑑定人名簿搭載専門家からの選任方式がとられるようになった。こうした鑑定人リスト方式および当事者の手続参加により保障されたもの、およびされなかったものを見出すのが本稿の目的である。

本研究を含む一連の精神鑑定研究の結果として、①鑑定人選任過程の可視化・手続化や②裁判官の証拠説明規定の創設、③精神鑑定の「性格証拠」としての採用の否定、そして④国際準則による専門家の司法共助の適正運用等、新しい問題設定が可能となった。

---

〒573-1118 大阪府豊中市待兼山 1-31 大阪大学大学院国際公共政策研究科  
Email:s-takimoto@osipp.osaka-u.ac.jp

本研究は、2010年4月23日付本学研究科村上正直教授の承認のもと公表する。本稿内容に関しては全て著者に帰責する。

## 第1章 刑事精神鑑定制度の歴史的展開

日本におけるいわゆる「近代的」とされる刑事手続法は治罪法である。これは1808年フランス治罪法典を範として編纂され、1880(明治13)年7月布告、1882(明治15)年に施行された日本初の西洋法である。「鑑定」に関する規定を持たなかった1808年フランス治罪法とは対照的に、日本治罪法は当初から「鑑定」規定を持っていたことは既に検討した。特に精神鑑定に関していえば、刑事精神鑑定制度をとりまく刑法の責任論、責任能力論、そして精神医療制度、および触法精神障害者処遇のあり方の差異も、現時点での両国の「精神鑑定」手続の差異と大きくかかわっている。「鑑定」制度をめぐる日仏両国の比較研究は、まず、以下のような制度上の差異を理解したうえで検討されなければならない。

### 第1節 前提的問題

第1の制度上の差異は、刑事司法制度の違いである。これはフランス司法制度における過去と現在の「予審」制度の機能を理解してはじめて比較の対象を見出しうる問題である。日本でも、上記治罪法体制下以降、1947(昭和22)年まで予審制度を有していたが、フランスにおけるそれとは異なった発展を遂げている。ここにおいて、日本およびフランスの予審制度の展開について詳細に検討することは研究の本旨ではないものの、以下の点については明確にしておく必要がある。まず、フランスの「予審」の位相であり、次いで日本の予審制度との差異および予審廃止後の日本の司法手続制度におけるその影響である。

フランス刑事法手続における「予審」は、まず日本における刑事法手続のどの段階に相当する位置をその比較研究においておくべきかという視点からと、フランス刑事手続制度上どのような機能を期待される制度であるかという視点から説明されなければならない。「予審」は日本の刑事司法手続段階との比較からは、公判手続の一部と捜査手続の一部の機能を担う中間的な制度と把握できる。つまり「予審」は証拠にかかる収集手続と公判準備手続を担うものといってよからう。<sup>1</sup> 他方でフランス刑事司法手続的機能からみる「予審」とは、陪審制と検察官制度を前提とし、「公判」と「訴追」を分離するものである。つまり陪審制を規制す

るものとして、公判における自由心証主義・口頭弁論主義を支えるものとして構想される（「予審と公判の分離原則」）側面と、起訴陪審の廃止に伴う検察官制度の導入の際に証拠収集の重要性と訴追を予定されるものの人権保障のために中立・公平な立場のものが現行犯の場合を例外として証拠収集にあたるべきであるとされたという（「訴追と予審の分離原則」）側面がある。つまり予審制度は陪審制度と検察制度の緊張関係のうちにその機能を発揮するものといえる。またフランス現行刑事訴訟法典における予審は、従前の糾問的性質を払拭するための、つまりは対審化への努力として当事者の手続参加が広く保障されている。<sup>2</sup>つまり「訴追と予審の分離原則」に関連して両当事者は予審を統制する権利を有するとされるのである。例えば従前、予審処分は予審判事によって実施され、予審行為を当初は検察官のみが請求する権限を有していたが、1993年1月4日法は、これを弁護人にまで拡張したように<sup>3</sup>、訴追と予審の分離原則からも、広く当事者の手続参加が派生しているのである。「訴追と予審の分離原則」と予審の対審化への努力から派生した防御権概念は、予審処分に対する当事者の参加を促すものとして理解できる。

このような予審処分の一つとしての鑑定処分を、日本における「鑑定」と比較する際に、いわゆる起訴前鑑定との比較となりうる側面と、公判における鑑定との比較となりうる側面がある。その中でも特に公判準備手続としてのフランスの「鑑定」処分の無効請求は、当事者が主体的に参加しうる証拠排除手続として、未だ日本の公判における鑑定手続との比較が許されるであろう。

第2の制度上の差異は、刑事法体系の違いである。フランスにおける1810年刑法典での限定責任能力規定の不在は、特に人間諸科学（とりわけ精神医学）の未発達と、責任をあるか否かの二元論的に捉える古典主義刑法思想の影響を理由とする説明が一般的であろう。しかしながら、裁判実務で、責任無能力と完全責任能力の中間領域が意識された際に<sup>4</sup>、裁判所の講じた対策は、限定責任能力に対して減輕事情（酌量減輕）制度を運用するということであった。<sup>5</sup>この実務は、1905年ショミエ通達により追認され、1959年2月27日法C.345条に示された責任能力の査定のために行われる精神鑑定項目に、危険性鑑定 *expertise de dangerousité* を含むという通達、つまりは限定責任能力者の刑罰適応性と社会復帰可能性を責任能力の鑑定で行うという実務に踏襲されたのである。<sup>6</sup> 刑法の限定責任能力の問題が刑罰の人的個別化といった政策的潮流と渾然一体となって処遇論に吸収されていく傾向も指摘できよう。

第3の制度上の差異は、処遇制度の違いである。つまり、既に検討したように、明治期以前から私宅監置の慣習をもち、戦後に及んでも公立精神科病院の不足から、私立病院への病床の依存が特徴であり、行刑施設内での精神科治療設備の貧困に苦しむ日本に比べて、

当初からその多くが公立精神病院であったフランスでは、地域精神医療の政策化も精神病院の病床数の削減も、日本におけるような葛藤を経験することはなかった。さらに行刑施設内部での治療設備の充実は、限定責任能力問題を人的個別化により解決するという方途を開いた。

上記のような制度上の差異を理解したうえで、鑑定については、以下のような問題状況の違いが存在する。これを既に第一章で設定した日本における鑑定の諸問題に沿ってみて行くと以下ようになる。

鑑定にかかる第 1 の問題は、精神鑑定の要否についてである。日本では、判例において精神鑑定命令の発動を行うかどうかについては裁判官の自由裁量の範囲にある事項とされたため、学説は鑑定命令の契機を裁判官の頭の中から引き出すことに苦心したのである。英米法における証拠提出責任、およびドイツ法における精神障害の「合理的な疑惑」が生じたときに鑑定が必要的となるとしたライヒ最高裁決定などが紹介されたものの、それが実務において機能しうる法解釈として理解されたわけではなかった。

鑑定に関する第 2 の問題は、日本における鑑定の採否についてである。昭和 57 年決定および 58 年決定では、精神鑑定結果に裁判官が拘束されないことについては確認された。しかしながら、これについて学説は、裁判官は責任能力の有無についての判断に際しては精神鑑定結果には拘束されないものの、鑑定の内容に未だ拘束されるとするものがある。つまり精神鑑定においては、責任能力の有無は法律問題として裁判官の専権事項であるが、被疑者が精神障害を有しているかどうかについては事実問題として裁判官の自由心証の外にあるとして拘束性を認め、さらには事実問題と法律問題の間の「ゆるやかな事実上の推定」を指摘するものであった。本稿では、これをさらに進め、裁判官と鑑定人の間の共同作業の形態や近時のアメリカ精神医学の診断方法など実質面から裁判官の自由心証が一定の拘束を受ける幅を持ちうることを論証した。

他方で、鑑定の採否について、フランスでは、精神鑑定の結果を採用しない場合には、理由を付した決定を付すことが必要とされることから手続上、鑑定結果に拘束された判断をなさざるを得ない手続が存在する。また鑑定結果が当事者に通知され、鑑定内容を含む証拠に自由に接近する権利が認められ、さらには利害関係者が鑑定書に異議を示し、裁判官の理由を付した決定に対して上訴しうる権利が認められている鑑定手続が存在することから、鑑定の採否について、フランスでは日本ほど先鋭化した議論が生じる余地がないようである。

日仏における鑑定の要否および採否の問題に対する対応の相違は、証拠説明責任の有

無、および当事者の鑑定手続参加の制度上の保障の有無に起因しているといえよう。

鑑定に関する第 3 の問題は、日本で永らく看過されてきた、「鑑定人選任制度の可視化」の問題である。誰が、どのような手続により、誰によって鑑定人として選任されるかという鑑定前段階の問題が、鑑定そのものの公平性・客観性を左右する極めて重大な問題であるという視点が、現在に至るまで日本では(とくに刑事法領域では)欠落しているのである。それに対して、従前の鑑定人が「検察官の鑑定人」<sup>7</sup>と評価されることからの反省から、特に民刑両領域にかかる「司法鑑定人 l'expert judiciaire」として選任に関しても極めて詳細な規定を置くフランスの制度は、極めて示唆的であろう。

最後に、鑑定にかかる第 4 の問題として当事者の鑑定手続への関与が挙げられよう。既に述べたように、フランスの予審制度は手続原則を支える極めて重要な制度であるだけでなく、右制度についてしばしば批判されるどころの糺問的構造を如何にして克服するか、つまりは「対審化」の努力が行われている。その中で予審と訴追の分離原則から派生して当事者主義的發展を遂げた予審処分の請求権と、それが拒否された場合の上訴権という極めて重要な権限とはどのようなものか、そしてそれらが十分に機能しうる前提は何かを検討したい。また他方で、予審の対審化を企図するに際して重要な役割を与えられた防御権概念が、一連の鑑定手続の中で、どのように機能しているかについて鑑定手続の当事者の関与とその限界について検討しなければならない。

## 第 2 節 医学と社会

フーコー Foucault (1973) は、1835 年 6 月 13 日にある地方で起こった母、妹、そして弟が被害者となった猟奇的殺人事件をめぐる訴訟記録、新聞記事など当時の様々な言説を編集した。<sup>8</sup>この『ピエール・リヴィエールの犯罪』と題されるテキストのなかで、被疑者ピエールは 2 度にわたる精神鑑定を受けた上で、精神障害を疑われながらも死刑を宣告される。これに対し陪審員による特赦の請願が行われ、その後エスキロール (Jean Etienne Dominique Esquirol 1772-1840) をはじめとする当時の有名な 5 人の医師による証明書が提出されるに至った。最終的にピエールは、死刑が確定した後、時の国王ルイ・フィリップの権限により、終身刑となるが、1840 年 10 月 20 日に獄中で自殺した。

多賀(2002)<sup>9</sup>が指摘したように、ピエールの犯罪にかかる法的・医学的状況と、社会的状況の2側面を見ると、狂気を分析の対象にする際の視角が明らかになる。

制度上、ピエールは無罪にならなければならない。それに対し、政治的には1830年成立の7月王政にあつて、ピエールの事件が発生したのは、国王の暗殺未遂事件であるフィエスキ裁判の係争中にあつて、国父であるフランス国王に対する犯罪を尊属殺と同様に扱うという方針が示されたときであつた。つまり、ピエールは政治的には尊属殺人と同じく死刑でなければならなかつた。その相反する二つの要求を満たす解決方法は国王による特赦という超法規的措置であつた。<sup>10</sup>

ピエールの事件は、狂気と犯罪の関係を司法・医学と政治双方のレベルで捉える必要性を示しているが、さらに進んで、司法、医学、政治のみならず、階級、ジェンダーにまで拡大した検討を行っているのはハリス(Harris)<sup>11</sup>であつた。

19世紀後半における欧州大陸において、犯罪と犯罪者に対する意識が大きく変化したことは周知の事実である。イタリア実証学派の父である医学者ロンブローゾはLombroso, Cesare(1836-1909)、その軍医としての経験から独自の犯罪者論を展開した。彼の犯罪者に対するアプローチは、犯罪者を解剖学的に記述するものであり、そうした方法は時代の潮流であつた自然淘汰説の影響も受けながら「生来性犯罪人」という決定論的犯罪者観を生み出した。

それに対して、フランスでは、「環境学派」と総称される統計学・社会学の研究者たちが、上述の「実証学派」の犯罪者観と対立し、犯罪原因を犯罪者の素質ではなく、おかれた環境に求めた。

しかしながら、ロンブローゾの犯罪者に対するアプローチは、フランスの医師たちのそれと著しい距離を持つものではなかつた。

1820年代以降、医師が予審判事に対して報告した診断書の中には、被疑者を身体論的に説明しようとする試みが見出せた。これは、様々な側面から被疑者を知ろうとする予審判事の要求とも合致するものであつた。被疑者もしくは犯罪者に対する身体論的な説明を、その精神についての説明に一致させることができたのは、1820年代初頭のフランス精神医学の神経学的・生理学的領域での発達であつた。

それ以前には、フランス精神医学は、ビセートルやサルペトリエールといった精神病院施設において観察される疾病の分類から始まっていた。ピネルやエスキロールといった、精神医学史に名を残す医師たちが、精神障害の収集・観察・分類に従事し<sup>12</sup>、さらには精神障害者収容施設の人道的改革や、のちに明治期の日本にも紹介された心理療法 moral treatment を実践した。

ピネルとエスキロールの研究と並行しながらも、19 世紀の精神医学の大きな発見は、1822 年ベールによる進行性麻痺の発見であった。ベールは、変性した脳の組織の諸段階を、進行性の精神異常の病像と関連付けて説明した。

ベールの発見の持つ、法医学的な意味は以下のようなものであった。つまり、進行性麻痺の初期の患者は医学的に同定できるため、「犯罪者」について、一方ではこの同定作業を通じて進行性麻痺に侵された人間を不当な刑罰から解放しうるし、他方で、彼らの危険な性向から社会を守ることができるのである。<sup>13</sup>

この論理を補強する事例は少数であったが偶然の力を借りながら見つけることができた。1880 年の幼女殺人・強姦・死体切断の罪で裁判にかけられたムネスクルー事件では、翌年のギロチンによる死刑執行後の解剖から、かれの髄膜に癒着が見つかった。そして、1886 年の名門出身の男性が被告人となった事件において、彼の急死後の解剖から進行性麻痺の古典的兆候が発見されたのである。<sup>14</sup>

「少数でありながらも、医学的には有意味なこれらの発見」は、医師を含む死刑廃止論者の主張に拍車をかけたものの、当時脳の器質的病変は死後でなければ発見されないという皮肉から、死刑廃止の決定的論拠とはならなかった。ここにおいて、器質論的・身体論的な犯罪者の説明は一定の挫折を余儀なくされたのである。

他方で、ドイツ精神医学史みられるように、身体的に「狂気」を説明する方法とは別に、心理学的にそれを理解しようとする動きもまた、司法システムに影響を与えた。

19 世紀中葉において、精神医学者たちは、前述のロンブローゾに見られるような骨相学的な接近方法を否定し、精神医学に心理的アプローチを応用しようとした。その中から、変質にかかる説が優勢になり、法廷における医師の専門家としての役割を先鋭化させることとなる。

1854 年にファレルとバイヤルジェが「マニー」と「メランコリー」という別々の疾病概念を統一し「躁鬱」症候群の発見を争っていた時期に、モレルは独自の視点から、精神の「変質」を説明しようとした。つまり、「部分的妄想(デリール)」は「系統的妄想」の 1 要素か 1 段階に過ぎず、後者の潜伏、顕在、回復期において不可避免的に妄想状態が続き、その身体的基盤が「変質」と説明された。したがって、限局的な症状(知性や人格の変異は伴わないものの、ある局所的な事象に関してのみ異常が見出せる)が、「変質」という見方から、広い意味での「体質的精神異常」を表すとし、これが人々から「心理的(道徳的)自由」を奪うと説明した。<sup>15</sup> モレルは単一で発展段階を持つ精神障害の概念を元に、精神障害についての医学的説明を裁判官に示したが、「部分的精神異常」もしくは「部分的責任能力」という語句の使用は意図的に回避した。<sup>16</sup>

上記のように1780年から1820年代中葉にかけて、モノマニー論争が盛んになるが、後期においては、遺伝的精神病の範疇で「本能的モノマニー」もしくは「早発性倒錯者」として分類され、そのことにより「犯罪」と「狂気」の間のつながりを深める説明となっただけでなく、精神異常と道徳的意識が互いに排除しあわないことを示唆した。<sup>17</sup> 新しく発見された「精神異常」と道徳的意識の瑕疵が同視できるというこの「本能的モノマニー」概念が法廷に導入されるということは、既述のように被疑者・被告人の精神状態を「識る」ことが、専門家の専権事項となるということ、そして、「狂気」と「犯罪傾向」が無媒体に結びつきうるという状況を生ぜしめた。さらには、正常と異常の間に境界領域が存在することを認知させたのが、彼らの功罪であった。「本能的モノマニー」は、ドイツ精神医学における「精神病質」概念、その後のアメリカ精神医学における「人格障害」概念への発展として、「狂気」と犯罪の理解を複雑にし、専門性領域へ追いやることとなる。

フランスにおける19世紀末の医師たちの刑事司法への興味と接近は、法廷において大きな議論を呼び、それまでの司法システムを基礎付けていた合理的な人間像を修正しただけではなかった。医師たちの司法への関わりの初期には前述のごとく死刑廃止に代表されるような人道的なものであり、後期には保守的かつ社会防衛的な活動へと変化していった。これに関してハリスは、以下のように説明した。つまり、1848年革命時には、変質学説が精錬された形で明瞭に表現されたのは、モデルに代表される同時代の医師たちの「文化的絶望」であった。さらに次の絶望は1870年から翌年にかけてのパリ・コンミュンと群集理論への医師たちの否定的認識であった。パリ・コンミュンの主導者である将軍による社会改革の失敗が、医師たちを更なる絶望に追い込んだのである。「本能的モノマニー」概念を生み出した「変質学説」が広範な大衆性を獲得したのは、繰り返し起こる革命と手に負えない犯罪者、反社会的風潮という問題を検討するための世俗的で科学的な用語をもたらしたからである。<sup>18</sup>

以上、概括すると、ハリスの研究から以下のことが理解できよう。第一にフランス19世紀末における医学と法学の対立と調和は、刑法における責任能力の量的側面、つまり限定責任能力を法学者が解釈論から導き出し、医学者がこれを「本能的モノマニー」の発見により「科学的」に説明する過程の中で、質的な問題として理解されるようになった。第二に、医師という職業集団の形成と台頭である。日本における医師という職業集団の機能については後に検討することとして、フランスにおいては、革命・社会改革・政治権力と時には対立し、時には融和しながら、その役割を果たしてきた。専門家の時代と呼称されるように、社会的重要事項の決定を正当化する根拠として、専門家の意見が重要視されるようになったのがその時代である。<sup>19</sup> ここにおいて、右根拠となりうるのは、専門家の自律性ゆえであり、そのため

に一層、専門家の自立性と独立性の保障が重要となってくるのである。

### 第3節 刑法典の編纂と責任能力論

欧州大陸において、19世紀における各国の精神医学の知見は相互に影響を与え合いながら発展してきた。ドイツにおける精神医学は臨床の場である病院から距離を置く大学での研究により発達し、フランスにおけるそれは、法令によりむしろ、ピセートルやサルペトリエールといった病院での臨床経験から、その体系化の作業を始めたことが大きな違いである。しかしながら、19世紀には「狂気」の生理学的・解剖学的も盛んに行われ、ドイツ精神医学と似通った発達を遂げるのである。

ここではむしろ、フランスの司法領域と精神医学領域がどのように作用しあいながら、19世紀的なシステムを構築していったのかを検討したい。18世紀的人間観をその基底に置く司法システムの中で、飛躍的な発達を遂げつつあった当時の精神医学とどのように向き合い、それを取り込み、どのような変化を遂げていったかについて検討する。

まず、アンシャン・レジーム期以前において、精神障害者の犯罪については罪に問わないという慣習は存在したが、明文によってではなく、ローマ法学者とカノン(教会)法学者の判例研究に依拠していた。”cum sais furore ipso puniator”というラテン語が伝統的に使用されていることから分かるように、精神障害者は自らの精神障害によって既に罰を受けている、ということが不処罰の根拠とされていた<sup>20</sup>。心神喪失者 Dément または狂人 fou furieux を精神錯乱者 insense であるとして、彼らは病によって既に刑罰を受けているというだけでなく、犯罪行為を帰責できないため刑事無答責 irresponsabilité であるとし、フランスの刑法学者もこれを認めていた。しかし、精神障害者は刑の宣告や執行を受けないとされながらも、機能的に未分化な監獄 prison に幽閉された。場合によっては、自ら犯した違法行為の賠償と家族の監視を条件として釈放されたが、大逆罪は例外であった。<sup>21</sup>

ここで触法精神障害者を不処罰とする根拠は憐憫であることが分かるが、精神障害者を捉える視点が常に人道主義的ではないことは、1790年8月18日から24日の警察の職務に関する政令のなかに、精神障害者を「獣」と同視する記述がみられることから看取できる。<sup>22</sup> またこの政令は1830年代になっても依然として効力を有していた<sup>23</sup>ことから、精神障害者に関する差別感情は「狂気」を取り巻く社会の根底だけでなく、明文上にも表現されていた。

1789年刑法典以前の詳細な社会状況をここで明らかにすることは本旨ではないにしても、フランス革命前の刑事手続改革にむけられた「高揚」は以下のような流れの中にあったことは注意を要する。<sup>24</sup>

1721年、モンテスキューMontesquieu, Charles-Louis de Secondat, baron de la Brède et de (1689-1755)は書簡体小説の体裁で同時代のフランスの諸制度を風刺した「ペルシア人の手紙」<sup>25</sup>を発表した。これに触発され、1764年ベッカリーア Beccaria, Cesare Bonesana(1738-1794)は名著『犯罪と刑罰』<sup>26</sup>を公表して以降、フランス国内では、ヴォルテールの啓蒙主義的な誤判批判活動とも併せて、刑事司法制度における旧体制の改革の気運が高まった。このような「古典学派 Ècole de classique」は啓蒙思想に基づき、絶対王政の刑事司法制度を批判し、ベッカリーア思想によって確立した旧体制末期からの刑法思想であるが<sup>27</sup>、その思想は具体的な以下のような成果を生ぜしめた。

まず具体的には、1780年8月24日布告により自由を奪うための拷問、1788年5月8日の勅令によって、共犯者の名を聞き出すための拷問が、いずれも廃止された。同年の勅令では、最高裁判所の判決には必ず理由を附すべき旨の一般的義務が課せられ、さらには1789年7月14日、バスチーユ牢獄 La Bastille への「市民」による襲撃から、フランス革命が勃発、翌月には人権宣言(1789年8月26日の人及び市民の権利宣言: Déclaration des Dorits de l'homme et du Citoyen de 1789)において罪刑法定主義が明文化された。革命政府は裁判所制度の改革によって、刑事手続と民事手続の分離を図り、その上でイギリスの刑事手続を大幅に導入し、糾問手続の廃止、法定証拠主義の廃止、そして陪審制度(起訴陪審・審理陪審)が導入された。

こうした中で、1791年刑法は、フランス革命の戦勝品ともいえる法典でありながらも、反動性を備える近代的な意義からみて折衷的な刑法典であった。1791年刑法典の理念は以下のようなものであった。<sup>28</sup> まず、「市民的自由」の擁護が、その根本理念であり、人権宣言・第七条人身の自由、第八条罪刑法定主義、第九条推定無罪がその理想として掲げられた。刑罰の大幅な緩和と、裁判官の自由裁量を排除する固定刑制度によって特徴付けられるが、後者は前時代に「市民」を苦しめた裁判官の自由裁量を実体的に、そして手続上は陪審制度により制御されたのである。しかしながら、結果において1791年刑法は現実的には現実の犯罪抑制について機能しなくなり、無力化して行く。その理由について、第一に上記の固定制度が陪審の反発を呼び宥恕事由と(法定の宥恕事由が存在しない場合には)無罪評決を乱発し、制度自体の存立が内部から崩れたこと、第2の原因は旧制度下の刑罰からの極端な緩刑化が激動期の犯罪鎮圧に役立たなくなったこと、そして第三に自由刑に対する施設が欠如していたことが挙げられる。<sup>29</sup>

責任能力に関する規定は1791年刑法にはみられないが、実際の裁判では、慣例的に精神障害者の罪は問われないという前述のローマ法時代の実務が依然、継続されていたとされる<sup>30</sup>。

しかしながら、1792年に急進的革命家が主導的立場に立つ共和制が成立すると、刑事司法においても反動の時代を迎えた<sup>31</sup>。1795(革命暦4)年の罪刑法典(Code de Délits et des peines)は政情不安を背景に、やはり反動的な刑事手続を明文化した。公益主義、実体的真実主義、職権主義、そして後の予審判事に類した機能を持った起訴陪審指導判事directure du juryの権限強化から審理陪審の弱体を生ぜしめつつ、糾問手続的書面審理主義へと旋回していった。官憲主義の傾向は、「検事」制度の創設により、ますます先鋭化していった。1799(革命8)年憲法は公訴官の権限を拡大し、翌年雨月七日の法律では「政府の代官 *commissaire du gouvernement*」がおかれた。同年にはナポレオン *Napoléon Bonaparte* (1769-1821)のクーデターが成功し、新たな刑法典、1810年刑法典が編纂された。

1810年刑法典は、1791年刑法典を基盤にして作られたが、旧法の問題を踏まえ、新たな「再反動」の道を辿った。まず、旧法において破綻していた固定刑制度が廃止され、相対的法定刑の制度が導入された。犯罪の制圧に熱心なナポレオン政権の下で、加重事由は数多く規定されたものの、減軽事由は不完全なものであった。過失、錯誤、緊急避難については総則的規定が整備されず、正当防衛と誘発による宥恕は殺人と殴打・傷害に限定され、心神喪失および強制については、以下のように重罪と軽罪にのみこれを定め、違軽罪については判例によった。<sup>32</sup>

**Art. 64** Il n'y a ni délit ni crime, lorsque le prévenu était en état de démance au moment de l'action ; ou lorsqu'il a été contraint par une force a laquelle il n'a pu résister.

【第64条】被告人が行為した際に心神喪失であったとき、もしくは被告人が抗拒不能になるような力によって支配されていた時には、軽罪も重罪も存在しない。

前半が、心神喪失者の犯罪についての規定であり、後半は心理強制についての免責を規定するものであるが、いずれも、自らの意思とは別の契機により当該犯罪行為をなしたという点で共通している。<sup>33</sup> 責任能力については、行為時のそれを基準とすること、また限定責任能力の規定をおかず、責任能力はあるかないかの境界点を表す概念でしかなかった。

1832年4月28日には1810年刑法体制下での初の大規模な刑法一部改正が行われ、死刑の適用範囲の縮小とあわせて一般的な減軽規定がおかれたが、ここにおいて明文上の規定はないものの心神耗弱によって実務上、刑の減軽が行われていた。

反王政権力・反貴族権力強化への反抗であった1830年の7月革命 *Révolution de juillet* を背景に、刑法解釈にも自由主義的傾向を持つようになった。この流れをうけて、19世紀中葉以降支配的となった「新古典学派 *École neo-classique*」は、流動的で反動の多い社会背景から変性された「古典学派」の理論を背景に持つ1810年刑法を法解釈により修正しようとした。学説的な流れを概観すると、以下のようになる。<sup>34</sup>

新古典学派の理論は、概観すると、まずクーザン *Cousin* の刑法哲学を基礎として、ギゾー *Guizot* による重罰主義の批判に始まり、ロッソ *Rossi* による理論化の努力を経て、1930年代のオルラン *Ortolan* により確立された。「正義であらざれば功利ではない *pas ni plus qu'il n'est Juste, pas plus qu'il n'est pas utile*」という標語からも分かるように、正義で功利を是正する折衷主義 *éclectism* であった。この折衷主義的思考から、犯罪者の責任の量を測定する新しい有責性 *culpabilité* 概念を導き出したのである。

ここで簡単に、オルランの責任理論から、19世紀の「責任」および「責任能力」を概観することとする。<sup>35</sup>

新古典派の責任理論は既述のように、相対的自由の観念に基づく個別責任の理論であった。オルランは責任論の基本概念を構成するものとして、帰責可能性(帰責性) *imputabilité*、答責性 *responsabilité*、そして有責性 *culpabilité* という概念を用いて説明した。帰責可能性、答責性は非難を表現するものではなく、事実と行為者の帰属関係にかかる観念であるが、有責性は道義的非難を内包する観念である。<sup>36</sup>

まず、帰責可能性とは、人が、ある事実について責任を問われうるときに必要となるものである。つまり、人が事実の生産原因 *cause productrice* であり、結果発生に有効に作用した、作用因 *cause efficiente* でなければこの帰責可能性は認められなかった。この生産原因・作用因を生み出すものは、自由の力でありもし自由のない状態での行為であれば、この帰責可能性がないとされたのである。<sup>37</sup>

次いで、答責性については、何ゆえに事実を彼に帰責するかという観点から論じられる。<sup>38</sup>つまり、自分の行為の善悪を知る状態になくして作用した「力」は、その行為について応答する義務を持たないとする。この「力」が行為についての応答しうるのは、「力」が道徳的な善悪の弁識 *connaissance du bien ou mal moral* をもたなければならない。<sup>39</sup>

さらに、有責性は、帰責された事実について、その者に義務違反が存在したかどうかを問うものである。オルランは有責性(義務違反性)の要素は、「行為者自身の内外に、行為者の身体的能力または精神的能力の内に、被害者の内に、行為それ自体の内に、行為に伴う諸事情の内に」こうした有責性を見出すことができるとした。したがって、有責性は、それぞ

れの行為と、個人によって変化するものと捉えられた。<sup>40</sup>

こうしたオルトランの責任論において、行為者の精神能力 *faculté de âme* について、心理学的視点から以下のように考えられた。つまり、人間の精神 *moral* は、心理学的能力としての感性 *sensibilité*・知性 *intelligence*・そして行動性 *activité* を有しており、感性は感情、感覚、そして情熱の源であり、行為の主体 *agent procureur* であるが、感性は知識・経験を持たないので、有責性・答責性を構成する要素ではない。さらに、知性は複合的な能力であり、多くの異なる能力を内包するが、そうした知的能力のうちで帰責可能性・答責性の本質的な条件を構成するのは、精神的理性 *raison morale* ないし行為についての善悪の弁識であって、その他の能力は有責性の程度に関わるだけである。したがって、善悪弁別の能力は答責性の1要素であり、帰責可能性を導くものとして理解されていたのである。

既に記したように、行為そのものを駆り立てた「力」は自由の「力」であり、その要素として善悪弁識の能力が挙げられるが、自由と意思 *volonté* は一致するものと考えられていた<sup>41</sup>ため、意思を自由の意義の中に包摂して、帰責性の問題としては論じなかったのである。<sup>42</sup>

さらにオルトランは精神障害者の「責任」について、以下のように考えた。

精神の異常 *altération mentale* によって、精神的理性または自由が奪われた状態にあるときは、帰責可能性は存在しない。また、精神的理性または自由が減弱しているだけであれば、そして、主に精神的理性以外の知性あるいは行動の扇動主体である感性にしか減弱が作用しなかったならば、帰責可能性は存在するが有責性が減少する。<sup>43</sup>

つまり、精神障害者の行為のうち、心神喪失者については善悪弁識の能力が欠けるため帰責可能性がないとされ、心神耗弱者については帰責可能性はあるが有責性が減少するとして、精神障害者の不答責および宥恕を導いたのである。ここにおいては、条文上存在しなかった心神耗弱概念が認識され、責任能力が量的な概念として再構成されたのである。

このように、非理性と把握された「狂気」が刑法典中に無答責な存在として現れる頃に、医学の分野では理性と非理性の二元体系では捉えきれない新たな狂気存在を「発見」することとなる。「妄想なき狂気 *Mani sans délire*」<sup>44</sup>が、狂気をより複雑なものにし、精神状態の査定をより専門家の役割とし、刑法はその「近代化」の過程で、医学の「進歩」によりさらなる変革を迫られたのである。

その後、旧刑法条を継承した122-1条に新設された2項において限定責任能力者を処罰する以下のような規定を導入することと、1994年刑法の刑罰の人的個別化原則と刑務所内の精神科医療の充実という、複雑な体制の生成がフランスにおける制度的特性を創出し

た。フランスの1990年の改正刑法典は、欧州大陸における潮流とは逆行する形で、保安処分を導入しなかったことが特徴的である。

1994年刑法典における責任能力規定は以下のようになる。

【122-1条2.】

行為時に是非弁別を変性させ、または行為の統御を困難にする精神障害または神経性精神障害に冒されていた者は処罰される。ただし裁判所は刑罰を決定し、その執行形態を定める際、この事情を考慮しなければならない

ここでは1905年シヨミエ通達<sup>45</sup>においてみられた混合的方法が、明文化されたことが大きな改正点の一つであった。既に述べたように、従前から、フランスにおける限定責任能力概念は実務上量刑問題として法の不在を補充してきた経緯があり、保安処分導入の議論から派生した「犯罪者処遇の個別化」の思想を刑罰の内部領域に適用したものとされる。<sup>46</sup> 限定責任能力規定の導入は、フランスにおける刑事政策の理念が、「保安処分」を否定しながら、も人的個別化原則を徹底させることにより、手続と刑罰の場への精神医療網の浸透と保安的観点の均衡として展開していると評価されている。<sup>47</sup>

他方で、1950年代からフランスにおいて高まった新社会防衛論を背景に、刑法における責任能力論にかかる議論を「抽象的な様式とフィクションで満足する伝統的法律主義」<sup>48</sup>が、触法精神障害者問題の解決にとって限界を強く意識され、古典的刑法主義の「老化」もしくは「破産」<sup>49</sup>についての批判も展開された。こうした中で、飛躍的進歩を遂げた(遂げている)精神医学と、批判の対象とされ時代遅れとされながらも影響力をもって制度的に確固たる基盤を持つ責任無能力者不処罰の制度の実質的な調整を図る機能を有するものとして意識されたのが、精神鑑定医の役割であった。

ここにおいて、刑法および刑事政策の接点にあって、鑑定の重要性が認識されるのである。

#### 第4節 触法精神障害者処遇

##### 第1項 触法精神障害者関連法規

1838年精神保健法成立以前において、触法精神障害者の処遇を定める法令は存在しない。しかしながら、1810年刑法典下では、心神喪失者の行為は不加罰であったが、無罪判決・予審免訴の決定があった場合、民事の禁治産手続により、検事正は治療所ないし病院に収容することを親族会議に要求することができた。<sup>50</sup>

1838年には、行政処分として精神病院への収容処分に関する法律が規定された。精神保健法として日本の立法にも影響を及ぼした本法は、触法精神障害者に対する特別の処分ではなく、公共の秩序または人の生命・身体の安全にとって危険な精神障害者一般に対しての規定であった。具体的には、このような入院は市町村長・警視 Comission de police の申立によって知事の権限で行われるものであった。<sup>51</sup>

これによって既述の検事正による入院請求は行われなくなり<sup>52</sup>、触法精神障害者は触法行為を行っていない精神障害者と同一の法令により同様の扱いをうけた。これに関して、1850年ごろから制度に対する批判が一部でおこり、こうした流れが1932年のマッテ Matter 草案 143条(1930年設置のマッテ委員会作成の刑法総則草案。刑法、刑事訴訟法の全面改正を企図)における保安処分案につながり、さらには1959年フランス刑務・刑事立法協会の異常犯罪者処遇法草案に継承されたとされる。<sup>53</sup>

フランスにおける保安処分案は既述のように刑法改正論争とともに再三提唱されるが実現することはなかった。1838年精神衛生法は、このような改革に曝されながらも基本的には存続していたが、精神科医療の進展や社会の変化をふまえて150年ぶりの大改革が行われることとなった。これが1990年精神保健法<sup>54</sup>での改革である。これは、入院患者の人権保護の拡充を目的として行われたが、当時並行して進められていた刑法改正の議論および国際準則・欧州準則への適応といった潮流も踏まえ、司法の精神保健システムへの介入や国際人権準則との整合性の意識がみられた。

具体化には、まず司法裁判官に対して、予告なしに施設を訪問する権限と医療審査委員会のメンバーとしての地位が与えられ、さらに入院患者およびその家族等に対しては大審裁判所への直接の上訴権が認められ、簡便な手続による司法救済への道が開かれた。さらに入院については、1990年の法律は、実務においては従来から行われていた本人の同意に基づく「自由入院」という入院形態も立法化した。<sup>55</sup>入院については、本人の同意なしに行われる入院形態として、「第3者の請求による入院」と「職権による入院」が規定された。前者は精神の障害のために入院に同意することができず、病院での速やかな治療が必要な者について、本人の家族、または本人の利益のために行う者の請求により認められる入院(L.333条以下)であり、後者は「精神の障害が公の秩序または人々の安全を現に危殆化している者」について、警視総監または県知事の職権によって行われる入院(L.342条以下)であ

る。これらの入院が恣意的に行われ、入院させられた者の自由の行使の制限が彼の「精神の状態と治療に必要な限度」を超え、あるいは彼の尊厳が不当に侵害されることを防止し、また社会復帰を追求するため(L326-3条)に詳細に規定した。<sup>56</sup>

他方、退院について、すでに旧法下でも「個人の自由の擁護者」としての司法裁判官の役割を重視して、行政裁判所の判決にかかわらず、独自の判断に基づく司法裁判所の即時退院命令を有効とする判決が下されていたがこれを立法化した。<sup>57</sup>

## 第2項 触法精神障害者処遇

フランスの精神保健法改正の審議過程において、1989年段階で同時進行中であった刑法改正の審議で刑法64条をめぐる保安処分の議論は右精神衛生法改正に大きく影響した<sup>58</sup>。

改正刑法の審議の過程では、刑法64条の適用を受けた者については無罪判決の言い渡し後、裁判所が保安的見地から行われる強制入院を命ずるといった司法手続が提案された。右議論はベルギーの社会防衛法を参照しながら行われたものであった。<sup>59</sup>

他方で立案者である司法大臣は一貫して「刑事責任を否定された精神病患者は、犯罪を犯していない精神病患者に比していかなる差別的な処遇にも服するべきではない。彼はもはや刑事裁判官の管轄下にはない。精神保健法はこの種のいかなる差別をも認めない」<sup>60</sup>とする立場を貫き、保安処分的提案は退けられた。

したがって精神保健法改正の議論の早い段階において、刑法改正議論の保安処分的構想に影響を受けた結果、立案者が刑法64条の適用を受けた者について当初予定していたのは、単に司法官の通知義務を定める以下のような規定のみであった。

### L348条

司法機関は、刑法64条の適用によって免訴あるいは無罪の判決を受けた者の精神状態が、公の秩序もしくは人々の安全を危殆化するおそれがあると判断したときは、直ちにL.332-3条に定められた審査委員会、および遅滞なくすべての有効な措置をとる知事に通知しなければならない。L342条に規定された医師の診断書は、患者の現在の状態についてのものでなければならない。<sup>61</sup>

しかし、記述のように新刑法への保安処分的制度が導入されないことが確定した後には、逆に議会内部では何らかの社会防衛策を講ずべきであるとする立場が優勢になり、結局、

審議の最終段階で、刑法64条の適用を受けて入院させられた者に対してのみ指定された2名の医師による「自己または他者に対する危険性」の消失の診断を退院の要件とする規定が持ち込まれるに至った。具体的には、職権による入院として、通常であればL346条により一名の精神科医の判断によって終了し、危険性の判断も要しない。しかしながら、L.348-1条L.348条の適用により生じた職権による入院は、その施設に所属せず、かつ、施設の所在する県の保健福祉活動の責任者の意見に従って検事正が作成した名簿から知事が選出した2名の精神科医が、当該者が自己にとっても他者にとってももはや危険でないことについて一致した決定が必要とされた<sup>62</sup>。

秋葉(1998)は「精神病患者の不平等な取扱いの排斥を目指した立案者の意図は、L.348-1条の介入によって完全には果たされなかったが、これを除けば、保安目的は改正精神保健法から払触されたと言ってよい」<sup>63</sup>としているが、「触法精神障害者に特化した条文が新設されたことが実質的に保安処分的機能を有し得ないことは、個別の触法精神障害者の治療可能性と人権保護が運用上担保されているかどうかによって決せられることであり、即断はできないであろう」<sup>64</sup>とし、現時点では精神保健法改正以降10年以上が経過した近時の評価の詳細な分析を俟たねばならない。

### 第3項 治療困難者施設の進展

前項で検討したように、1990年精神保健法改正以降、触法精神障害者は予審免訴(non-lieu)もしくは判決裁判所において無罪(relaxe もしくは acquittant)を言い渡されたのち、同法348条に基づいて精神病院へ職権入院の手続がとられる。その受け入れ先として予定されているのは処遇困難者施設 Unités pour Malades Difficiles (UMD)である。以下、UMDについて概観したい。<sup>65</sup>

UMDの成立は、保安を重視した公立医療施設であり、実質的には1840年から存在していたとされる。その後1910年以降はUMDの前身とされる精神病院の保安病棟 services de sûreté において処遇困難な患者を受け入れていたが、行政当局の要望により、触法精神障害者も受け入れるようになった。

現在、フランス全土にはUMDは4箇所存在し、公立病院の一施設という位置づけであるが、フランスの精神病院制度を特徴付けるセクター制度には属さず、各セクターの病院や矯正施設内の精神科収容施設(Service Médico-Psychologique Régionaux: SMPR)から入院

以来を受け UMD 所在地の知事が受け入れについての決定権限を持つ。特に 1986 年 10 月 14 日の決定<sup>66</sup>は、各 UMD に近隣県からの入院以来を優先的に受けることを義務付け、さらに入院要件として①「他者に対して危険であるため、適切な集中治療プロトコルと特殊な保安手段を必要としている患者」で、かつ②1990 年法の職権入院要件を満たし、さらに③「重大で明白なあるいは切迫した状態 un état dangereux majeur, vertain ou imminent」で、③1990 年法の定める強制入院受け入れ施設での治療継続に適さない患者と定義した。したがって、触法精神障害者を含む「処遇困難患者」一般が収容される。また、同決定は、入院患者の人権擁護のため UMD に精神科医療の専門家によって構成される医療監視委員会(Commission du suivi médical: CSM)設置を義務付け、入院患者の人権擁護のために、定期訪問や患者の書類審査等の大きな権限を与えた。<sup>67</sup>

UMD の問題点として田口(2002)は、①セクター制度の功罪としての精神医療の 2 極化と、②精神障害者の「犯罪者化 Criminalisation」、そして前記 2 つの理由によって、③矯正施設へ送られる精神障害者の人員が爆発的増加したことを挙げている。第 2 の問題について、についてその理由葉は、まず、在院日数の減少などに伴う提供医療の質の低下、第二に院内での悪風感染、そして第三に 1994 年刑法第 122-1 の 2 項の導入による社会の精神障害者観の変化とされる。<sup>68</sup>

#### 第4項 小括

1950 年代からの新社会防衛論の強い影響を背景に持ち、古典的刑法学への継続的批判を経験しながら、フランスは数度の刑法改正論争において保安処分の創設を拒否した。さらに 1990 年においても保安処分的制度の新設が退けられ、1994 年刑法においてようやく限定責任能力概念を採用した後、フランスの触法精神障害者処遇制度は、近時の刑罰の人的個別化、そして刑務所内で提供される精神科医療サービスの充実から、責任能力の諸問題の中でも特に限定責任能力問題を政策的に解決する努力がなされている。

## 第 2 章 現行フランス刑事訴訟法にみる鑑定<sup>69</sup>

現行フランス刑事訴訟法は第 9 節「鑑定」における逐条ごとの改廃を辿ることにより、ここに

において明らかにするのは、鑑定の迅速性と正確性の拮抗関係である。

また、鑑定の迅速性と正確性の他に、その客観性・公平性はどのように保障されたのかもあわせて検討する。

## 第1節 前史

鑑定 L'expertises に関しては、既に検討したように、フランスにおいて医師の法廷での活動は、ある意味で自生的な発展を遂げた。ただしこの専門家の法廷における役割をはじめて明文で規定したのは1959年刑事訴訟法典であった。

それ以前の法令は、鑑定制度の手續化というよりはむしろ、それまでほぼ無秩序に行われていた医師の裁判への参加・不参加を整理・規制する機能を有するのみであった。

以下、1957年2月31日の法律制定までの「鑑定」に関する取り扱いを概観する。<sup>70</sup>

まず、フランスにおける初めての「鑑定」についての規制は1670年の刑事勅令 l'ordonnance criminelle de 1670 である。ここにおいては、記述のように、「鑑定」の手續を定めたものというよりはむしろ、それまでの実務を規制する意味合いがあった。具体的には、鑑定の任意制および会計鑑定人については世襲制を定めたものであった。<sup>71</sup>

次いで1789年フランス革命後の司法制度の大改革後、法廷証拠主義から自由心証主義へ移行する潮流のなかで、鑑定人の選任についても裁判官の職権とされるとともに、法医鑑定は、医師の資格があるもののみこれを認めるようになった。

その後いわゆるナポレオン時代には、1808年治罪法 Code d'instruction criminelle は、自由証拠主義を採用したが、鑑定に関する規定は置かれず、医師の手續参加については、警察・検察段階に限定して、現行犯の場合の検証に関してわずか2条が規定されたのみであった。

その後、上記治罪法の規定を拡張し、予審と公判に鑑定を命じる機会を認め、1893年11月21日の政令および1935年8月8日の法律政令によって、医学鑑定人の資格や鑑定人の宣誓、報告に関して一部規制されるようになったものの、以後1957年に至るまで、裁判官は、鑑定命令・鑑定人の選任、鑑定結果の評価について自由な裁量を与えられており、また鑑定人も、判例と慣行によって、自由に鑑定を行うことができた。

他方で、鑑定人の法的地位が未確立の状態にあったため、法廷において鑑定人は専ら証

人として扱われ、口頭で尋問に答えられなければならない、書面を参照せずに、しかも裁判の専門家である弁護士からの攻撃に耐えなければならない。72

上記のような非手続化の問題と、さらには科学の進歩に伴う科学的証拠の重要性の社会的認識に促される形で、1880年以來、デュフォーール Dufaure やクルツピ Cruppi<sup>73</sup>によって、刑事鑑定に関する立案が行われ、のち刑事立法研究委員会 la Commission d'Etudes pénales législatives での詳細な検討が行われることとなる。74

## 第2節 鑑定手続

フランス刑事訴訟法典中、「精神鑑定」に特化した条文はみられず、端的に 164 条および 167-1 条に精神鑑定に特化した項目がみられるのみである。しかしながら、精神鑑定は鑑定全般におよぶ問題を含みながら、なおかつ固有の問題を有する領域である。

このことから本節ではフランス鑑定法の全体像を概観しつつ特にフランスにおける「当事者」がどのような権利を有し、どのような手続によってそれが実現するものであるかを検討するための足がかりとして、鑑定手続の流れを逐条ごとに詳細に検討することは意味のあることであるが、その前に前提的考察として、フランス鑑定法における「当事者」の語義および「いわゆる『簡易精神鑑定制度』の不在」について確認しておかなければならない。

### 第1項 前提的考察

#### 1 鑑定法における「当事者」の定義

まず本稿における「当事者」の語義であるが、フランス法制度下における「当事者 partie」とは一般的には、検察官・予審対象者・私訴原告人 partie civile を意味する。しかし鑑定法の議論では、こうした「当事者」が予審対象者に限定されて議論されている事例がみられる。例えば 1993 年 3 月 1 日通達 Circ. 1<sup>er</sup> mars 1993 の一般通達 Circlaire générale C.156 では、鑑定法上検察官がこの「当事者」の語義から排除されているように見える。右通達では、「予審判事は、82 条に基づく検察官の請求に、もしくは当事者にとって有効であると自発的に予審判事が判断した鑑定措置を 81 条の第 1 項を適用して命令する」といった表現がとられて

いる。つまりここで「当事者」は検察官と区別された存在として認識されているのである。「当事者」と検事を明確に区別した議論は右通達において鑑定請求却下の手続の相違についての記述からも伺うことができる。つまり鑑定請求却下の一般原則として「156条の第2項により、予審判事が鑑定請求を認めるべきではないと自らが判断するならば、その請求の受理から1ヶ月以内に理由を付した却下の命令をなさねばならない」としているが、さらに次のように付言し、検事正と当事者を区別している。「156条2項と、それが規定する1ヶ月という期間は、当事者によってなされた請求にのみ適用されるということは、82条3項とこの156条2項との対立の結果として生じる」、つまり検事正からの請求却下の場合「その請求から5日以内に、理由を付した命令によって申し渡さなければならない」から検事正は、鑑定法における狭義の「当事者」からは当然に排除されているといつてよい。

また、鑑定法における「当事者」に私訴原告人が含まれるかどうかについては、164条、169条にみられるように、私訴原告人について明文上付言しているという形式をもって鑑定法上の「当事者」から私訴原告人を除外することは早計であり、法律上の実質的地位について検討しなければならない。結論からいって、条文上私訴原告人の「当事者」としての権利は予審対象者のそれと比較して制限的であるといわなければならない。その理由として、第一に167条(鑑定結果の通知)から114条(通知の方式)を参照すると、右条文における当事者には私訴原告人も含まれると解することもできるが、ラサが指摘したように167条に規定された鑑定人員に関する当事者の不服申立手続について、私訴原告人へ鑑定人の任命事項を通知する義務が予審判事に課されていない<sup>75</sup>ことから、167条における「当事者」には原則として私訴原告人は含まれ得ないとするに制約はないように思われる。

したがってフランス鑑定法における「当事者」とは、原則として予審対象者を意味していると考えられ、本研究でも当事者の手続関与を考察するにあたり予審対象者のそれを中心に検討したい。

## 2 起訴前精神鑑定制度の不在

鑑定法に規定された鑑定手続について検討する前にフランスでは日本の起訴前精神鑑定(簡易鑑定)のような実務はみられないことに言及しておきたい。これは、予審制度といった、日本の現行司法制度には見られないフランスの制度体系のため「起訴前」の定義自体が争点ともなろうが、少なくとも「捜査段階に極端に近い段階」での鑑定は行われていない。

既に述べたように、現行フランス刑事訴訟法典の鑑定法に初めて規定がおかれた。それ以前にはかつての治罪法典 43 条および 44 条に置かれた現行犯および不審死の検証・検死についての規定が実質的な「鑑定」実務の根拠とされていた。この捜査段階における検視は現行刑事訴訟法典 60 条および 77-1 条に継承され現在では一連の鑑定法の枠外にかけられている。つまり予審前段階では、専門家による「鑑定」は行われませんが、緊急性のある専門的問題に限定して、捜査段階にも事実の確認 constatation が行われている。最広義の「鑑定」としては、このような事実の確認や、不審死の検死についても専門家 expert の所為として「鑑定 expertise」と呼称しているものもあるが、あくまでも刑事訴訟法典 156 条から 169 条に規定された鑑定と同視することはできない。ただし例外的に鑑定手続規定が準用される場合として、169-1 条は、「第 168 条及び第 169 条の規定は、第 60 条及び第 74 条に従って、検証への協力又は死亡の状況の性質の判定を求められた者に対して、これを準用する」として、専門家が法廷で聴聞される際の一連の手続において「鑑定人」に捜査段階での専門家が含まれる。

### 3 精神鑑定手続の問題点

既述のように、鑑定法が保護しようとするものは、裁判の迅速性、鑑定の公平性および当事者の権利であるが、これは被鑑定者の身体的自由に直接かかわることから精神鑑定に関する議論では最も先鋭化する。しかしながら他方では刑事訴訟法典 156 条から 169-1 条までの各条文において精神鑑定に特化された規定はおかれていない。本節ではフランスにおける鑑定手続の流れを総合的に検討することを目的としているので、精神鑑定固有の問題については必要に応じて触れるにとどめた。精神鑑定固有の問題点を概括すると次のようなものである。

第一の問題は、鑑定任務の遂行中に鑑定人は第三者の立会なくして被鑑定人に質問をしようかというそれである。

刑事訴訟法典において例外的に精神鑑定についての規定がおかれた 164 条は、次のように述べている。つまり「予審対象者、弁護人に付き添われた証人、もしくは私訴原告人の調査を委嘱された医学鑑定人もしくは心理学鑑定人は、いかなる場合でも、自らの任務の遂行のために、判事もしくは弁護人の立ち会いなく質問しよう」というのがそれである。この条文に関しては、公正な裁判を受ける権利を規定した欧州人権条約 6 条違反となりうるか否か

である。これに関して、フランス国内での決定は、164 条 2 項に規定された任務を含めて精神医学鑑定は「被疑者・被告人の責任能力および刑罰適応性を評価するために」行われており、さらに「判事は何者も被疑者の権利を侵害しないよう監視し、異議を述べるために鑑定報告書を通知する義務を遵守している」ことを理由としながら、鑑定任務の遂行が欧州人権条約 6 条に規定された裁判における被告人の権利には矛盾しないという見解を示している。

76

第二に鑑定任務に関する 158 条における議論、つまり精神鑑定の任務を、対象者の犯行時の精神状態の調査から拡張し、その危険性・刑罰適応性までも含むことの可否である。これは上記のように実務でしばしば行われている刑罰適応性に関する鑑定報告書の採用を判決が追認する形で認められている。

第三に、161 条に関連して鑑定人が任務中に知りえた事実を裁判官に報告する義務の有無である。特に医学鑑定の場合職業上の守秘義務との整合性を如何に実現するかという問題が生じる。これも後に検討したい。

上記のような前提的問題を踏まえてフランス法における鑑定法は、日本におけるそれと比べて精密な手続と当事者の参加とその権利保護を実現するものであるが、それが何によって保障されているか、また逆に何によって後退せしめられているかを検討することが本節の目的とするところである。その前段階として、まずは本節で一連の鑑定手続を逐条ごとに検討し右各条文に關係する破毀院決定・学説についても同様に概観することで、フランス鑑定法に接近したい。

## 第 2 項 鑑定法

### 1 第 1 段階: 鑑定任務開始前の手続

まず、刑事訴訟法典第 156 条<sup>77)</sup>は、鑑定についての一般原則、とりわけ鑑定命令の手続について、決定主体、および請求主体、鑑定任務の内容、鑑定請求却下の手続、そして鑑定任務の統制主体について規定している。

本条は、一般通達 *Circlaire générale C.156* が示すように、「鑑定請求を制限すると同時に

その原則を示している」<sup>78</sup>ものである。「鑑定」について、同条も上記通達も同様に「専門的な問題が生じた場合」にのみ鑑定が行われることを要件としている。しかしながら、「鑑定」概念については、刑事訴訟法典における一連の鑑定条項は、鑑定が「専門的問題」について、「司法官の決定」によって「157 条から 161 条に規定された手続を経た鑑定人」によって行われることしか規定していない。他方で専門家によるどのような作業が鑑定であるか、その定義をは明らかにされていない。しかしながらどのような作業がこれに「あたらないか」については以下のような見解を示している。

まず破棄院 1986 年 9 月 2 日判決は、被疑者のアルコール濃度の調査について「結果の解釈を含まないならば、単なる事実の確認 constatation であり鑑定ではない。」<sup>79</sup>とし、同様に、破棄院 1988 年 6 月 7 日判決は、捜査機関の行った調査についても、「81 条の規定により、封印された発見物が血痕を含むか示すかどうかを、そしてもしも血痕を含むのであれば、どのような血液型であるか知らしめる」ような予審判事から科学警察研究所所長への請求は、「156 条の意味における鑑定の性質を示さない調査」と「事実確認の簡単な測定」であり鑑定ではないとし、共助の囑託(151 条以下)に基づく司法警察官吏によりなされた請求や、同研究所所長にあてられた、被害者および被疑者(予審対象者)の血液型を識るためになされた請求も、156 条に定められた「鑑定」からは排除されている。<sup>80</sup> 捜査段階で行われた専門的調査は 156 条以下の「鑑定」と明確に区別されており、右専門的調査を行った専門家が法廷で聴聞される際には証人として召喚され、証人としての宣誓を行う等、明確な区分がおかれている。

また、調査の対象といった視点から、破棄院 1987 年 4 月 8 日判決は反対弁論中であって、議論の対象となるものの情報 élément を確認するための措置は、裁判官の自由心証によりとられるとしても 156 条の「鑑定」にはあたらないとしている。<sup>81</sup>

ちなみに、例外的ではあるが、鑑定人以外の任命に鑑定人任命にかかる規定を準用することを示唆したものもある。破棄院 1984 年 10 月 19 日判決は、鑑定任務に事件の本案に関わる専門的問題 ordre technique が含まれているような場合には、156 条以下の規定は、翻訳者兼通訳者 traducteurs-interprètes の任命にも遵守されなければならない<sup>82</sup>としたのがこれにあたる。

次いで、鑑定命令は「予審裁判所又は判決裁判所」が行うとし、その鑑定命令発動の契機は、「裁判所」自身が職権で決定する場合と、「検察官」、若しくは「当事者」の請求によって鑑定命令が行われる場合を予定している。これについて、前記一般通達 Cirulaire générale C.156<sup>83</sup>は、「予審判事は 81 条の第 1 項(「予審判事は、法律に従って、真実の発見の為に有用と思われる全ての予審処分を行う」)を適用して、82 条(「検事正は、予審開始

の請求において、そして予審の全ての段階においても追加的請求をもって真実の発見のために有用と認める一切の処分を行ないうる)に基づく検事正の請求にとって、もしくは当事者にとって有効であると自発的に判断した鑑定措置を命令する。」とし、鑑定命令の発動が判事の専権事項であることを確認している。

他方で鑑定請求の主体について判例は、検事正・当事者以外に認めることを消極的に示している。例えば上記 1986 年 9 月 2 日決定では、予審判事からの「共助の囑託」の遂行にあたり、その責務を果たす司法警察官吏は鑑定申請する権限はないことが確認されている。

84

また、鑑定請求があったことの当事者および検事正への通知義務は、明文上規定されていないが、判例は「検事正に、当事者から請求された 156 条の適用による鑑定命令の申請を知らせることを予審判事に課す条文はない」としているものもみられる。<sup>85</sup>

鑑定請求却下の手続については、同条 2 項は以下のように規定している。つまり、予審判事が鑑定の請求を相当でないと認めるときは、請求を受理した日から 1 か月以内に理由を付した決定をしなければならず<sup>86</sup>、その場合、第 81 条 10 項(当事者からの理由を付した請求を却下する場合の手続規定)及びその 11 項(請求手続の詳細規定)<sup>87</sup>の規定が準用されることが規定されている。<sup>88</sup> 上記通達は、82 条 4 項<sup>89</sup>における検事正からの請求却下の期限(5 日以内)との関係から、156 条 2 項に規定される 1 ヶ月という期限は当事者にのみ向けられていると解説している。したがって、検事正からの請求の却下の期限は 5 日以内となる。

鑑定によって明らかにされるべき事項については、2000 年 6 月 15 日法律第 2000-516 号<sup>90</sup>によって「検事正ないし当事者は、その請求によって、自らが鑑定人に質問したいと望む事項を述べることができる」とし、鑑定事項について当事者が意見を述べる権利が明文上で規定されているものの、予審判事は右意見に拘束されず、これを採用しない場合にもその理由 motif を説明する義務は明文上課せられていない。鑑定任務を限定することは、158 条に規定されているように、判事の義務であると同時に鑑定人の義務を構成する性質を強く持つため、検事正および当事者からの意見は鑑定任務の限定の中核をなす訴訟行為とは理解されないのである。

鑑定任務を統制する主体は予審にあつては予審判事、事実審にあつては判決裁判所の受命裁判官であり、鑑定人は、右司法官の監督の下にその任務を遂行する。すでに現行刑事訴訟法典編纂段階での議論でみたように、鑑定の公平性を担保するために鑑定人の任命およびその統制は司法官の専権事項となる。

ちなみに、書類送検 *soit-transmis* が 156 条 2 項に規定された決定にあたるかどうかについて、破棄院判決は、「理由 motif も主文 *dispositif* も伴わず、十分に根拠のある鑑定請

求の申請に基づいて決定を下していない」ことをもってこれを否定している。<sup>91</sup>

次いで 157 条は、鑑定人の選任について規定している。刑事および民事裁判に共通する「司法鑑定人 l'expert judiciaire」という類型を置き、司法鑑定人の選任に際し鑑定人名簿への登録制度をとり厳密に手続化していることはフランス鑑定制度大きな特徴である。本条は「鑑定人は、司法鑑定人に関する 1971 年 6 月 29 日法律第 71-498 号による条件のもとで破毀院の作成した国選名簿もしくは控訴裁判所によって作成された諸名簿のうちのいずれかに登録されている自然人もしくは法人から選ばれる」と規定している。鑑定人名簿への登録手続については次章で詳細に検討する。

鑑定人選任の主体は、予審判事、予審を補足する判決裁判所の受命裁判官、裁判所自身、自由裁量権を享受する重罪院裁判長、重罪院、刑事訴訟法典 283 条以下に規定されている権限内で(開廷前の任意的・例外的措置)公判が開かれる前段階での裁判長である。

<sup>92</sup>

また、157 条 2 項は例外として、「裁判所は、理由を付した決定をもって、第 1 項の名簿のいずれにも登録されていない者の中から鑑定人を選任することができる。」としている。判例は、このように例外的に選任される鑑定人は、名簿の登録に要求される能力と信望といった条件を併せ持っていることを選任の要件としている。<sup>93</sup>その他、公民権を享受していること<sup>94</sup>も鑑定人名簿に登録された鑑定人と同等の資格を有する例外的鑑定人の要件としている。この 157 条に規定された名簿に登録されていない鑑定人の選任手続について、理由を付した決定によってのみ選任されうるとし、これが欠けた場合にはその選任を無効にするとしている。<sup>95</sup> 他方で予審判事が決定に理由を付さない場合、その決定は無効であるが、この無効が予審で言渡されなかった場合について破棄院判決は、控訴院重罪公訴部がこうした無効原因事実を発見した場合、206 条により無効を職権で言い渡さなければならないとしている。<sup>96</sup>

名簿に登録されていない鑑定人の選任理由について、二つの理由が考えられうる。つまり、事実の確認等緊急性が存在する場合および鑑定内容の特殊性が存在する場合である。

<sup>97</sup> 破棄院は、他の鑑定人が当該鑑定任務に従事不能であり、かつ緊急性があるとの理由で行われた、名簿非登録の鑑定人選任の決定について、予審判事が鑑定人の名声と経験に根拠をおいていること、および予審判事が鑑定人に与えた任務が、「起訴された犯罪の調査に必要な専門的問題についての事実の確認」を目的としており、「特定の人物の刑事責任能力の評価ではない」ことを理由にこれを肯定している。<sup>98</sup> つまりは、刑事責任能力を行

う精神鑑定人の選任は、他の専門領域の鑑定人に比べて、一段厳格な要件を必要としてい  
ると考えられる。また、157条3項違反の鑑定が無効の抗弁は、失権 forclusion の制裁のもと、  
事実審の弁護前に示されなければならないとの決定もみられる。<sup>99</sup>

他方で近時の決定は、理由を付さない決定によつた選任についてもこれを肯定するも  
のもみられる。つまり予審判事は、「ただ職務遂行が複雑であること」を理由に名簿に登  
録されていない2人の鑑定人を任命しうる。その根拠は、そうした2名の鑑定人の専門  
的職務の性質が、遂行すべき任務のために特別な能力を正当化するに十分であり、そ  
してこうした選任が関係する当事者の利益を侵害していないからである。<sup>100</sup> ここにみら  
れるような手続違反による鑑定が無効と「当事者の利益」との考量については、本章第3  
節において検討する。

また、上述の1971年6月29日法律第71-498号に規定された「名誉鑑定人」の選任につ  
いても、破棄院は理由を付した判決により例外的に選任されることを判示している。<sup>101</sup>

次いで、157-1条は法人鑑定人について規定している。1975年8月6日法律第75-701  
号に新設された本条は、「指名された鑑定人が法人であるときは、その法定の代表者は、そ  
の法人の内部にあって、かつその法人の名において鑑定を行う1人又は2人以上の自然  
人の氏名を挙げて、裁判所の承認を求めるとしている。法人鑑定人の場合も実際の鑑定に  
従事する者が鑑定人としての条件(専門領域における名声と信望等)を備えていなければな  
らず<sup>102</sup>、破棄院も、名簿に登録されているのは法人であるといつても、鑑定人として任命さ  
れるのは法人ではなく自然人であるとしている。また、本条における鑑定人の裁判所による  
承認には形式的条件はないとされ、これは171条(手続の無効)、172条(無効の援用の当  
事者による放棄)および802条(司法機関による無効宣言の要件)に規定された、その違反  
が無効事由となりうるような重要な手続 formalités substantielles ではないとしている。<sup>103</sup>

さらに158条では、156条で「専門的問題」に限定されていた鑑定人の任務をあらためて  
確認し、その方式について規定している。同条は「専門的な問題の調査以外を対象とす  
ることができず、鑑定を命ずる決定を行う際にこれを明記しなければならない。」とした。任務の  
限定に関する規定は、既に前章で検討した Besson 報告書にも以下のように述べられてい  
た。

鑑定人に与えられる任務は、もっぱら専門的問題でなければならない。(草案159条) それはつまり

司法当局が職権で引き出す結論を鑑定人から得ることをめざすような任務を排除しなければならないということである。例えば、刑事責任能力の問題を伴うような事件 accidents の結果として生じた責任能力の調査の場合などである。<sup>104</sup>

任務の限定は、特に精神鑑定のように、鑑定の結果と法的な結果との関係性に議論の余地がある場合に特に問題があると考えられたのは上記報告書からも明らかである。

しかしながら他方では、刑事訴訟法典編纂直後に出された通達において、こうした鑑定任務について、以下のような定式が示され、実務では鑑定任務を拡張することとなった。

刑事訴訟法 C.345 条は、以下のような定式を示す通達である。

- 1 対象者の調査は、その者において精神的ないし心的異常 *anormaloes mentales ou psychiques* が明らかにされるか？ そうであったならば、異常性が関係するどのような影響があるかについてその異常性を描写しそして明確にする。
- 2 対象者が非難を受けている違法行為はこのような異常性と関係するか否か？
- 3 対象者は危険性を示しているか？
- 4 対象者は刑事罰に適応しているか？
- 5 対象者は治癒しうるか、ないしは社会復帰しうるか？

ここで、上記5定式について、どのように解されたかについて、ドル(1969)の解説を概観する。

第一の定式について、まず、旧刑法 64 条における心神喪失 *démance* の語義について医学領域と法学領域においてどのように理解されていたかという前提を再度確認する。

本通達以前には、「対象者は刑法64条にいうところの犯行時において心身喪失の状態であったかどうか」という質問が行われていた<sup>105</sup>が、これは、「心神喪失」という語句に含まれる多義性、つまりは医学的意味と法律的な意味が存在すること、から問題が生じうる質問であったといえる。医学的見地から検討すると、その状態は、知的能力の決定的な低下にあり、他方で、法的な見地から検討すると、その語は被疑者の知的要素の不在を示し、被疑者は自らの行為の効果を理解する状態にはなかったこととなる。法的視角からは、心神喪失は、純粋に医学的理解における同様の状態よりも、より広範な意味を持つものといえる。現実には、明確な精神障害は(例えば解釈の妄想のように)知性に影響を与えないにもかかわらず、*démance* であるといった現象が存在するのである。<sup>106</sup>

このような *démance* の多義性について、法医学的見地から、かつて Heuyer 教授は以下のように心神喪失を説明していた。

法医学的意義において、心神喪失という語は知性の低下だけでなく、著しい精神の遅滞、妄想状態、ある種の衝動、抗拒不能で再発性の強迫観念をも組み込んでいるのである。そうした精神状態というのは、結局のところその精神状態において対象者が人格の明確な意識がないだけでなく、その意識によって、自己を見出し、そして自らの行動を理性的に決定し得ない状態なのである。上記のような状態は、精神異常を直接的に示しているのである。つまり対象者は精神障害者 aliéné なのである。<sup>107</sup>

上記のような状況から、刑法と精神医学の中間領域にあつて、鑑定人は心神喪失について、語の持つ意味を離れて第一の定式によって任務を遂行しなければならなかったのである。

次いで第二の定式は鑑定人にとって最も困難な作業でありながら、精神鑑定にとって最も重要な任務であるとされるが<sup>108</sup>、これこそまさに当初立法者たちが予定していた鑑定任務の限定を形骸化させるものであった。つまり、第二の定式は言外に責任能力 responsabilité についての質問を含むものだからである。

さらにドル Doll は、第二の定式について、その困難性について、特に限定責任能力の問題との関係を指摘している。

専門家らの任命は、時には数週間もしくは数ヶ月後に行われるのである。精神科医らは、対象者を聴取し、訴訟記録の内容を知った後に、心理的な動機を明らかにしなければならない。その動機というのは、違法行為の根底に存在するものである。そして、認められた心理的異常が反社会的行為を決定したか、もしくは少なくともそれに寄与したかどうかを言わなければならないのである。後者の事例では、「減弱した」もしくは「限定された」責任能力という概念が生じるが、それは、正常な状態と精神異常のある種の間段階なのである。精神薄弱や変質 dégénérés について、遺伝的な重大な欠陥のそれについて、慢性的なアルコール中毒ないし、発作の状態にない癲癇(中間間歇期)についてしばしばそのようにいわれるのである。限定的責任能力の再認識は減輕事由の効果として、刑罰の減輕に至る。

ドルは「しかしながら厳密には、精神科医は対象者の責任能力の程度を評価する義務があるわけではない。事実の医学的かつ科学的説明を彼らに求めるのである。刑事責任能力の概念は厳密に法的なものである。医師がその点について決定することはできない。」としながらも、彼は「鑑定人は対象者が危険な状態を示すかどうかを言わなければいけない」としている。被鑑定者の危険性を肯定をする場合には、一般的に精神病院への強制収容 internement が発生し、公訴の追行が終了する。しかしながら行為時に心神喪失が認められたとしても、精神科医は、対象者が現在のところ治癒していると判断することもできる

のである。この場合、被鑑定者は自由を取り戻すのである。<sup>109</sup>

4番目および5番目の質問は、第一および第二の定式に比べてさらに進んだ内容である。ドルはこれについて、「多くの法律家および医師の要望」にこたえる形で、精神鑑定の領域が広げられた、としている。彼は、かつてのように精神障害者を精神病院に送るだけで、司法の手を免れさせることについて批判的見解を示しながら、これら第4および第5の定式について「行刑当局にとって、非常に重要な医学的であると同時に社会的な予後診断を構成する。判決裁判所は、刑罰を決定する際に、犯罪者の治癒可能性と社会復帰可能性を大いに考慮に入れるのである。」としこの結果としてドルは「犯罪学は精神鑑定の一部をなす」との見解を示した。

ドルはさらに「第4第5の定式は拡張されうる」としている。つまり「例えば、鑑定人に、係争中の事実に関係して、予審対象者本人によって、その家族によって、もしくはその弁護人によって、医学調査ないし法医学調査もしくは人格調査によって与えられる指示についての情報からさらに導かれる補足的問題について意見を述べさせることを請求しうる。(C.345 末尾)」との見解をしめすのである。<sup>110</sup> 具体的には「以下のことを鑑定人に要求することは少しも禁じられていない」として次の二つの具体例を挙げている。「予審対象者 X ないし子ども Y (その子どもが告訴しているとき)によってもたらされる説明はどのように評価されるか?」という子どもの証言能力、および「強姦罪の被害者である Z 嬢の抵抗能力、煽情性、と一般的な精神状態はどのようなものであるか?」といった被害者の心理鑑定および人格鑑定への拡張の可能性である。<sup>111</sup>

このような、通達にみられる実務面での任務の拡張とドルの見解に代表されるような限定責任能力の鑑定と近時の「刑罰の人的個別化」の関係性にみられるような刑事政策への近縁性は、任務の限定に関する158条についての判例に見出すことができる。

まず破棄院1991年4月9日判決は、「精神鑑定の任務の遂行は、精神の異常の探究と関係しているが、医学鑑定人に対して事実の調査や容疑者の責任能力を検討し、そして容疑者の刑事罰への適応性を評価することを禁じていない」として、実務を追認する見解を示している。<sup>112</sup>さらに近時の裁判例では、精神鑑定外の鑑定についても、任務の限定については保持する見解をしめしながらも、専門的問題を超えた意見が行われたことについて無効としない決定をなしている。<sup>113</sup>

また、鑑定任務の限定と、鑑定人の守秘義務、つまりは任務遂行中に知りえた事実について裁判官に報告するべきかどうかについても争いのある問題である。これについては、161条において詳細に検討したい。

ついで、第 159 条は、鑑定人の人数についての規定をおいている。159 条は「鑑定を行う鑑定人は、予審判事が指名する」ことを規定し、同条 2 項は「予審判事は、正当な理由があるときには、複数の鑑定人を指名することができる」ことを規定した。

鑑定人の人数については、すでに現行刑事訴訟法典の作成段階における議論においてみたように、当初二重鑑定人制度(鑑定人の二重性)をとることが、手続の公平性を担保する対立方式を実現したものと当初採用された。原則が二重鑑定人制度であり、その例外が単独鑑定人制度であった。そこでは、鑑定人の資格の場合と同様に、例外が認められ、その例外は二重に規定される。すなわち、鑑定に付託される問題が「事件の本案」(la fond de l'affaire)に関するものでない場合には、単独の鑑定人を選任することができ(旧 159 条 3 項)<sup>114</sup>、他方第 2 項の例外は鑑定に付託される問題が「事件の本案」に関するものであるにも拘わらず、例外的事情が単独鑑定人の選任を正当化する場合である(旧 159 条 1 項但書)。ただし、後者の場合には、予審判事に一定の義務が課された。すなわち予審判事は単独鑑定人の選任に先立ち、その意思を検察官又は被告人に告知し、右の告知後、48 時間以内に検察官又は被告人が提出する観察を受理しなければならなかった。更に予審判事による単独鑑定人の選任は理由を付した決定にもとづかなければならない(旧 159 条第 2 項)。予審判事以外の裁判所については右の義務は課されていなかった。<sup>115</sup>

精神鑑定人の人数に関して破棄院は、被告人の精神状態に関する精神鑑定や犯罪行為の被害者の肉体的損害に関する医学鑑定は、事件の本案にかかる鑑定に含まれないとしているが、この肉体的損害が当該犯罪行為の刑法上の罪名を決定する場合はこの限りではないとされた。<sup>116</sup> なお、その後、判例(1962 年 8 月 10 日の破棄院刑事部判決)は、右の精神鑑定のうち被告人の刑事責任の有無の確定に関する精神鑑定だけは「事件の本案に関する鑑定」といえる旨の見解をうちだしていた。<sup>117</sup> ドルも同様に精神鑑定については 2 人の鑑定人を任命することを支持しているが、精神鑑定の持つ刑事政策的機能を肯定的に評価してのことであった。<sup>118</sup> したがって旧 159 条における鑑定人選任人員の基準は、現在の同条に比べて明確なものであったといえよう。しかしながら、1985 年 12 月 30 日法律第 85-1407 号<sup>119</sup>によって原則二重鑑定人制度は例外となり、記述のように現行 159 条では単独鑑定人方式が原則となった。ここにおいて原則と例外の逆転をみるわけであるが、このことは「進歩を実現したものではないが、この 30 年の興味深い回帰である」と評される。<sup>120</sup> 注目に値するのは 159 条から判事が自らの決定(鑑定人の人員数)を当事者に知らせる義務および当事者が直接異議を唱えないし上訴 appel によるという可能性も同様に削除されたことである。

121

ここで、現行 159 条について問題となるのは上記のような旧 159 条に認められていたよう

に、弁護側が複数鑑定人を請求したにもかかわらず裁判所が単独鑑定人を任命した場合の(もしくはその逆の場合の)異議申立の手續である。これについては、現行 159 条と同年に 1985 年 12 月 30 日法律第 85-1407 号によって、同法典の 167 条に規定された鑑定結果の当事者への通知に関する条文中に「これは、当事者が複数鑑定人の任命を請求したにもかかわらず、単独鑑定人を任命した場合にも同様である。」との文言をもって包括されている。これについては当事者と鑑定手續に関する第 2 章第 3 節で改めて検討する。

また近時において本条について争われたのは、複数人の鑑定人のうちの 1 名が死亡した場合の取扱いであった。破棄院 2002 年 7 月 24 日判決は、予審判事の任命した 2 人の鑑定人のうちの 1 人が死亡したとき、唯一の鑑定人によって提出された鑑定報告書は取消しになる理由がないとした。その理由として、予審判事は任命された鑑定人の 1 人の死亡について規則により通知されており、そして彼の統制下にあつてすすめられていた鑑定業務の進展についても通知されており、新たな鑑定人を任命する必要性も考えられなかったからである。また、破棄院は、刑事訴訟法 159 条の規定は第二の鑑定人の任命を課しておらず選任の要否については予審判事の判断のみに依拠しているからであると判事した。<sup>122</sup>

## 2 第 2 段階:鑑定任務の遂行

第 160 条は、157 条に規定された例外的に選任された名簿非登録の鑑定人(以下、「例外的鑑定人」とする)の宣誓について規定している。「宣誓」は、次項で検討する「任務の遂行」「期限の遵守」と並ぶ鑑定人の義務である。<sup>123</sup>

同条は「157 条に示された名簿のいずれにも登録されていない鑑定人は、選任されるたびに、司法鑑定人に関する 1971 年 6 月 29 日法律第 71-498 号に規定された宣誓を、予審判事もしくは判決裁判所の受命裁判官の面前で、行う」とし、「宣誓をした旨の調書には、当該裁判官、鑑定人及び書記官が署名をする。支障がある場合には、その支障の理由を明記して、書面をもって、宣誓を受けることができる。宣誓書は、訴訟記録に添付する」との規定がおかれた。

この 160 条に特徴的なことは、第一に本条で取り扱っている問題の緊急性である。これまでの一連の破棄院判決を 1958 年<sup>124</sup>、1972 年<sup>125</sup>、および 2004 年<sup>126</sup>の一連の改正によって継承していることからこれを伺うことができる。第二にフランス刑事訴訟法典に内在する問題性である。これは 1975 年に新設された刑事訴訟法 802 条により、関係当事者の利益侵害があったことを要件として、司法が公序の無効の宣言を行わなければならないこと由来する。第二の点については、第 2 章第 3 節に項を譲るとして、ここでは現行 160 条に至る、

宣誓に関する一連の破棄院判決を検討したい。

例外的鑑定人の宣誓とその鑑定が無効については、破棄院は「いずれの名簿にも登録されていない鑑定人は 160 条 2 項の適用のもと、鑑定が無効とならないようにするために、彼が任命されるごとに予審判事の前で宣誓をしなければならない」とした。<sup>127</sup>

また例外的鑑定人と任務の追加について、右鑑定人が最初に宣誓を行った後に、右鑑定人に与えられた任務に新たな任務が追加された場合に、右鑑定人が新しく宣誓する必要はないとされる。<sup>128</sup>

しかしながら宣誓のない鑑定が無効とされる一方で、鑑定手続のどの段階で宣誓が行われるべきかについて、破棄院は「160 条は鑑定の業務の開始に先行して宣誓を課すものではない」とし「宣誓が鑑定人の任命の後のすぐの期間と、鑑定書の提出前の数日になされた以上、どんな無効も存在しない」とした。<sup>129</sup>

宣誓の様式について破棄院は、これを儀礼的なもの sacramentelle ではなく、160 条に由来する誓い engagement に類似したものが生じるという条件で、同様の文言によって代用されるとした。<sup>130</sup>

また、破棄院は、鑑定書中に記された宣誓については以下のような見解を示している。つまり訴訟書類に、そのような宣誓について規則によった記録も示されておらず、そして宣誓の文言が 160 条の規定通りであるものの、鑑定書において鑑定人の宣誓について言及しているだけならば、160 条の規定を満たすと考えることは許されないとするのである。その理由は、160 条は公共の秩序に由来し、そして司法の適正な運用をめざして規定されているからである。<sup>131</sup>

さらに刑事訴訟法 161 条も前条と同様に判事および鑑定人の義務について規定する。具体的には、鑑定期間の決定、延長、鑑定書提出の義務、義務違反の場合の処分、そして予審判事との関係についてである。

まず鑑定期間について、本条は「鑑定人を委嘱する決定には、その任務を行うための期間を定めなければならない。特別の理由によって必要があるときは、前項の期間は、鑑定人の請求により、これを指名した裁判官又は裁判所が発する理由を付した決定をもって、これを延長することができる」とし、次いで、鑑定書提出の義務とその遅滞については「鑑定人が定められた期間内に報告書を提出しないときは、直ちにこれを更迭することができる。鑑定人は、既に行った調査について報告をしなければならない。この鑑定人は、任務を達成するために委託された物件、書類及び資料を 48 時間以内に返還しなければならない。この鑑定人に対しては、この他、第 157 条に定める名簿からの抹消に及ぶ懲戒処分を科することができる」としている。また、予審判事と鑑定人の関係については、既に 156 条において、前者が

後者を統制する関係にあることは規定されているが、さらに「鑑定人は、予審判事又は受命裁判官と連絡を保ちつつその任務を行わなければならない。鑑定人は、自己の作業の進展について随時予審判事又は受命裁判官に報告し、予審判事又は受命裁判官が何時でも有用な一切の処置をとることができるようにしなければならない。予審判事は、鑑定人の作業の過程において、有用と思料するときは何時でも、鑑定人の助言を求めることができる」との規定を置いている。

本条に關係して、鑑定人の義務には前条に規定された宣誓と共に、鑑定任務遂行に關係して以下の2つの義務が存在すると考えられる。つまり、任務の遂行についての義務と、公平な期間の遵守である。

まず第一に、鑑定人が自らに与えられた任務を遂行することである。このことは以下の2つの理由によって根拠付けられる。まず鑑定人は、鑑定人名簿に登録されることを自らが申請することによって、これから与えられることが予想される任務の全てをあらかじめ受け入れているということ。次に彼らが要求された例外的な任務についても任務の委嘱ごとに受け入れていることがそれである。この鑑定遂行の義務については制裁が予定されているが、それは「ちぐはぐな方式」<sup>132</sup>と揶揄されるものである。つまり鑑定の遂行に対して、「正当化されない拒絶」に対して予定された制裁は、全ての鑑定人について共通であるが、制裁の一部については鑑定人が属している各専門的職業組織の規則によっているのである。前者の例として、公的鑑定人が問題となるならば、鑑定人名簿からの削除の可能性がそれである。また、後者の例として、精神保健法典が医師について規定した類の金銭的な制裁を予定していることが挙げられる。<sup>133</sup>

また、任務遂行の義務と表裏をなすものとして、任務外のことを行わない義務、特に職業上の秘密とも関係することは、158条とも関係して検討されなければならない事項である。つまり任務中に知りえた事実を裁判官に報告すべきかどうか問題とされる。本条からは、鑑定人は判事によって彼に課せられたまさにその問題を「完全に」かつ「それについて」のみ答えなければならないことが示されている。これについては裁判官と鑑定人の間に職業上の秘密がありえることを想定した上で、以下のように考えられる。つまり鑑定人の守秘義務を肯定するならば、鑑定人は自らの任務と厳密に關係したことのみに明らかにしなければならない。もし、守秘義務を否定するならば、厳密に自らの任務に關係しない事柄であっても、すべて裁判官に報告しなければならない。例えば、精神鑑定任務遂行中に被鑑定者が自発的に行った自白などの取扱いが問題となる。学説では鑑定人の守秘義務について肯定するものが優勢である。<sup>134</sup>他方で判例は、もし鑑定人が新たな事実を発見をしたならば、自らを任命した裁判官に警告 *avertir* しなければならないとしており<sup>135</sup>、鑑定人の守秘義務について

も鑑定任務の限定についても不完全な見解を示していると評される。<sup>136</sup> 161 条に規定された鑑定人に課せられた裁判官への報告義務を如何に解するかが問題であろう。鑑定人の報告義務について、破棄院は「161 条 3 項の規定は、鑑定人が、予審判事もしくは所轄の裁判所に対して、鑑定の目的であると彼に委ねられた証拠物件の調査の際に明らかになった、彼にとって疑わしいと思える事を通報する義務があることを結論として示している」としたうえで、「もしこのような事実が、鑑定人の任命に際して対象とされた犯罪事実とは他の犯罪を構成するなら、裁判官 magistrat は有用な全ての措置 mesures を採らなければならず、万が一の場合には鑑定の業務を拡張する」としている。<sup>137</sup> 本決定では、「他の犯罪の構成」を鑑定任務拡張の要件としているが、鑑定対象となっている事件にかかる事実が発見された場合については本決定の枠外にあると思われる。本稿において右問題について詳細に検討しないが、例えば既に例示したような精神鑑定中に行われた自白の事例では、被鑑定者への鑑定人からの直接の（そして裁判官および弁護人の立会を排除した）事情聴取が例外的に認められているような事情を勘案すると、その報告には慎重な対応が必要とされよう。例えば鑑定人側から、予審対象者の弁護人の立会を申請した上での再度の聴取が行われるべきではなかろうか。

また上記の任務遂行の義務から派生するものとして、任務を鑑定人自らが遂行するという義務が存在する。つまり鑑定の実現にとって必要とされる特に専門的かつ実質的な全ての業務を自ら行うという義務である。<sup>138</sup> しかし破棄院は、鑑定人自ら任務を行ったことを証明するために報告書で使用しなければならない儀礼的な様式は存在せず、裁判所の確認に対して、自ら任務を行ったことを応答するだけで十分であるとした。<sup>139</sup>

しかし任務を自ら遂行しなければならないとはいえ、その任務の枠内で鑑定人が専門外の問題に遭遇する可能性がある。これは、次の 162 条の規定に関係するものであり、後に詳述することとする。

第二の義務として挙げられる、公平な期間の遵守は、既に述べた治罪法体制下での鑑定の実務上の問題点から引き出されるものである。つまり、鑑定任務期間は右体制下では、裁判官が自由に設定しうるものであったことを背景として、鑑定人が鑑定書を提出することを期待されているうちに、事件が審理されることのないまま時効を迎えるような事例がしばしば存在したためであった。これは右体制下にあつて、公判前に行われていた鑑定によって時効が停止されると考えられていなかったためである。<sup>140</sup> 現行刑事訴訟法はこれを解決するために、鑑定人に任務を嘱託する際に期間を決めるよう規定した。さらに期間の延期について、鑑定人はこれを申請しうるが、それに対して裁判所は理由を付した決定を行わなければ

ならず、鑑定人は右遅延について正当化しなければならない。<sup>141</sup>

他方で期間の不遵守には二重の制裁が予定されている。第一の制裁として、期間中に鑑定書が提出できなかった鑑定人は直ちに交代させられ、右鑑定人を任命した裁判官は他の鑑定人を任命する決定を行う。ここにおいて更迭された鑑定人は、48 時間以内に対象物もしくは書類を返却し、さらには作業の進捗状況を示す報告書の作成を始めなければならない。第二の制裁としては、過度の遅延、もしくは繰り返し行われる遅延の場合に、こうした鑑定人を鑑定人名簿から削除しなければならないという鑑定人の倫理規定に抵触することから導かれる制裁である。

他方で右遅延が、鑑定は無効事由とされるかどうかについて、破棄院は、弁護権の侵害が証明されなかった以上無効事由にはならないとしているが<sup>142</sup>、これについては当事者の関与について(第2章第3節)再検討したい。

鑑定人が、自己の専門外の問題を取り扱わなければならない場合について、第162条は「鑑定人が自己の専門外に属する問題に関して解明を請求するときは、判事は、その能力からみて特に資格のある者を指名して、これを参加させることを鑑定人に許可することができる」とし、さらに「前項によって指名された者は、第160条第2項に定める要件に従って宣誓を行う。その者の報告書は、第166条に定める報告書と一体を成すものとして、これに添付する」ことが規定されている。<sup>143</sup>

本条に規定される専門外の問題についての専門家の請求を受諾するかどうかは裁判官の自由であり、この請求を却下することもでき、その専門家は、鑑定人の判断により鑑定人と共同作業を行う権限が与えられる。<sup>144</sup>

破棄院は、本条に定められた専門家について一連の決定によって次のような見解を示している。条文からも明らかなように、162条の規定は、鑑定人が専門外の問題を明らかにすることを求められた場合、「裁判官のみが」すでに任命された鑑定人 experts に追加する鑑定人を任命しうるとする。<sup>145</sup> 近時の決定は、これを確認しながら、仮に理由があるとしても、鑑定人が、自ら選任した専門家の意見を求める資格があるとした判決はこの原則を誤解しているとしている。<sup>146</sup> また、本条によって、他の鑑定人たちに追加して任命された鑑定人も、160条2項の条件のもとに宣誓を行わなければならない。<sup>147</sup> しかしながら、専門家が追加される場合にも、法人が鑑定人名簿に登録されているなら、宣誓はただ法的代表者によってのみ行われる。<sup>148</sup>

右専門家の報告書について、控訴裁判所がこれを援用したところの鑑定書を提出したことを確認した判決は162条を誤解したものであるとされた。破棄院は、専門家がこのような鑑定

書を作成する資格がないことを理由としている。<sup>149</sup> また、追加される資格のない専門家による報告書の取扱いが、鑑定人の報告書に及ぼす影響について、「鑑定中に特に指名されず、鑑定人名簿にも登録されておらず、そして宣誓していない人物を追加した鑑定は、その人物の鑑定書をもとの鑑定書に結合させた以上、この鑑定は無効である」として、これを無効事由としている。<sup>150</sup> この無効事由は本条に基づく資格を有さない鑑定人についてであり、右専門家が資格を有する場合、別の基準によって判断される。つまり、もしも専門家の報告書が鑑定人の報告書に統合的に添えられていなかったとしても、弁護権の侵害が存在しない場合には、右手続違反による無効は存在しないとされる。これについても、第 3 節において検討したい。<sup>151</sup>

専門家の任命が新たな鑑定人の追加という形式をとる場合について、破棄院は「先に任命されていた鑑定人の請求において、予審判事が先の鑑定人に教えるために特別な任務を与えるところの第三の鑑定人の任命は、鑑定人の能力外の問題についてその鑑定人に説明する資格を特に与えられた者の任命であり、162 条の予定していたことに含まれる」として、さらに「もしこの第三の鑑定人の鑑定書が第一の鑑定人の鑑定書の全体に転載されるならば、この条文の規定を満たしている」として手続違反とならないことを示した。<sup>152</sup>

鑑定任務中の裁判官および鑑定人の義務、当事者の権利および鑑定任務それ自体の性質を規定する諸条文のうちにあつて 163 条は鑑定の客体である証拠物の取扱いについて規定している。163 条は「予審判事又は受命裁判官は、必要がある場合には、封印物を鑑定人に送付するに先立ち、第 97 条に定める条件の下で目録を作成し、調書に封印物を列挙して記載する。」とし、2 項では「自らの任務に使用するために、鑑定人は封印物の開披もしくは再開披および、万一の場合には、調査を委任されたところの目的物の再包装を行った後に新たなる封印物を作成することについて資格を与えられる。その場合、鑑定人は、もしもそれが行われるならば、封印物の目録を作成した後に、自らの報告書の中でそれについて言及する。この場合 97 条 4 項の規定は適用されない」とした。

本条に関する通達 Instruction general C 336 は、163 条について「予審判事が予審対象者に対して、鑑定人にあらかじめ知らせる前に、未開封かつ明細目録をつくられた封印物を示すことを規定している」とした本条の性質を明確にしたうえで「判例は、条文が明確に示すように、既に 97 条 3 項<sup>153</sup>によって既に提示された一般原則(予審対象者、その弁護人の立会のもとでの封印物の開披)の特別な適用を構成するが、それと同様に、この規定の正確な適用範囲を決定しなければならない」とし、同 97 条に規定された、予審対象者および弁護人の立会もしくはその正規の呼び出しという封印物の開披にかかる要件からみて、「この 163 条

は結果として、予審判事の事務室への予審対象者の呼び出しの必要性を含むようにみえる」としている。条文の立法者(作成者)の意図について同通達は、「この制限された複雑な状況 *complication limitée* を犠牲にして、無益な議論の継続を避けようとしているようにみえる」と、予審対象者および弁護人の立会については明文で規定しなかった。他方で通達は「判例が、この規定が無効を伴ったものであるかどうかを示すであろう」とし、明文上の無効を置かなかった理由を示しながら「しかし、いずれにせよ、172 条と 174 条の規定を尊重して、予審対象者は 163 条の規定を利用することを明らかに放棄しうる」とした。

破棄院は、弁護権の侵害という見地から、封印物の開披について以下のように判事している。「現行犯に関し。たとえ鑑定人が予審証拠調べ開始前に任命されたとしても、163 条は予審の証拠調べが開始するとすぐに適用されうる。この条文の違反の帰着であるところの無効は、しかしながら弁護側の権利の侵害が存在するならば移送された判決の破棄を導く」とした。<sup>154</sup> また、97 条が存在することから「鑑定人に封印物が届く前に、予審判事がもし封印物の目録を作成し終わっているなら、彼は前述の条文の適用のもとで目録の作成を進めなければならないわけではない」との決定<sup>155</sup>も存在するため、同条は 97 条を確認する意義を持つものと解されよう。

さらに、鑑定人が任務遂行のために関係者の供述を採取することについては、164 条に規定がおかれている。同条は 2004 年 3 月 9 日の法律第 2004-204 によって全面改正されている。ここでは新旧条文を対比して、その改正点を検討したい。

#### 【旧 164 条】

鑑定人は、自己の任務を正確に達成するために、参考人として、(1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号)《予審対象者》以外の者の供述を聴くことができる。

(1958 年 12 月 23 日オールドナンス第 58-1296 号)《鑑定人が(1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号)《予審対象者》を尋問する必要があると思料するときは、予審判事又は受命裁判官が例外的に理由を付した委任を発した場合を除き、予審判事又は受命裁判官が鑑定人の面前においてその尋問を行う。いずれの場合にも、(1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号)《第 114 条第 1 項及び第 2 項<sup>156</sup>並びに第 119 条<sup>157</sup>》に定める方式及び要件を守らなければならない。》

(1960 年 6 月 4 日オールドナンス第 60-529 号)《ただし、(1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号)《予審対象者》は、予審判事又は受命裁判官の面前における明示の申立てをもって、前項の規定の利益を放棄し、(1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号)《弁護人》の立会いの下で、鑑定人が職務を行う上で必要な説明をこれに与えることができる。(1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号)《予審対象者》はまた、鑑定人にあてて(1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号)《自らが提出した》書面による申立てにより、1 回又は 2 回以上の聴問につき、(1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号)《弁護人》の立会いを放棄することも

できる。この書面は、鑑定人がこれを報告書に添付する。》

ただし、被疑者の診察を委託された医師及び(1993年1月4日法律第93-2号)《心理学者》は、判事及び弁護人の立会いなしで、その任務を達成するために必要な質問をすることができる。(1993年8月24日法律第93-1013号)《本条の規定は、第104条の規定を援用する者に対しても準用される。》

(2000年6月15日法律第2000-516号)《現行条文の諸規定は同様に出廷した証人および私訴原告人にも同様に適用される。》

#### 【新164条】

(2004年3月9日法律第2004-204号106-II条)鑑定人は、自らの職務遂行のために参考人として、予審対象者、弁護士に付き添われた証人ないし私訴原告人以外の供述を得ることが出来る。

しかしながら、利害関係者の同意のもとに、予審判事もしくは、受命裁判官が鑑定人に資格を与えた場合に、鑑定人は上記の目的で、職務の遂行に必要な、予審対象者、弁護士に付き添われた証人、および私訴原告人の供述を聴くことができる。鑑定人へ提出された書面による放棄を除いて、その供述は、弁護人もしくは、114条2項に規定された条件において正式に召喚された弁護人の立会いのもとで採取される。その供述は、鑑定人の立会いのもとで、予審判事の面前でなされる尋問もしくは証言の際に同様に採取される。

予審対象者、弁護士に付き添われた証人、もしくは私訴原告人の調査を委嘱された医学鑑定人もしくは心理学鑑定人は、いかなる場合においても、自らの任務の遂行のために、判事もしくは弁護人の立ち会いなく質問しうる。

本条は2004年の改正によって、文言上「弁護士に付き添われた証人 *temoin assisté*」が新たに挿入されただけでなく以下のような変更がみられる。まず、旧条文1項では「予審対象者以外の者」の供述を採取する資格が与えられているのに対して新条文では「予審対象者、右証人、私訴原告人以外の者」の供述を直接採取する権限を付与された。いずれも任務の遂行のためであることと、参考人として右供述の聴取が認められている部分に変更はなかったが、2項にみられる尋問 *interrogatoire* の対象の拡大がみられる。つまり旧条文2項では、予審対象者に対する尋問が予審判事もしくは受命裁判官にしか認められていなかったのに対し、新条文2項では、対象を「予審対象者、弁護士に付き添われた証人、受命裁判官」に拡張したうえで予審判事もしくは受命裁判官による権限の付与があった場合にのみ鑑定人が直接供述を採取できるとした。

現行刑事訴訟法典編纂段階における議論でも、特に精神鑑定について「任務遂行に必要な内緒話に適した状態」<sup>158</sup>として、草案163条では鑑定人が予審対象者に直接尋問する権限を例外的に認めているが、逆にそれ以外の専門領域の鑑定では直接尋問することの禁止は絶対であるとしていた。<sup>159</sup> しかしながら、この制限に対する緩和がみられるのは、会

計鑑定など、対象者の尋問が必要とされる専門領域において例外的に認められるものであり、当該聴取の必要性の正当化<sup>160</sup>と、裁判官からの許可<sup>161</sup>および弁護人の立会いがその要件であるとされ<sup>162</sup>一定の拡張をみたが、2004年の改正は、鑑定人の直接の聴取について、その対象と方式を明文上で拡張したものである。

本条に関連して破棄院は、鑑定の無効を導く供述の採取の方法として「信書によって、予審対象者も手紙で自身が返答しなければならないような書面での質問表を送ること」<sup>163</sup>を挙げており、こうした書面による質問は、軽罪裁判所における手続としては「118条<sup>164</sup>の違反を結果として導き、170条および174条の規定に従って」無効とされるとしている。<sup>165</sup>

また旧164条2項の規定に基づいて、「鑑定人によって聴取された予審対象者の発言は調書に記録されてはならない」<sup>166</sup>とされ、予審対象者の供述が不利益とならない対応がとられていた。新規定施行後もこの立場は維持されているといえよう。

弁護士の召喚について特に、「刑事訴訟法10条と新民事訴訟法160条によって、付帯私訴による損害賠償について決定を行う刑事裁判所によって任命された鑑定人は、配達証明付書留郵便によって、もしくは弁護士への報告書の手渡しで、当事者を召喚しなければならない」<sup>167</sup>とされる。

上記の鑑定人による関係者の事情聴取とは逆に、刑事鑑定の実行中に鑑定人が関係者に事情を聴かなかつたことについて、近時の決定はこれを鑑定の無効事由とはならないとしている<sup>168</sup>が、尋問調書に記載された予審対象者の供述を主たる情報として鑑定を行ってはいならないとする見解もある。<sup>169</sup>

また、本条について、精神鑑定に関連する論点は第一に精神鑑定の際の事情聴取の内容が犯罪事実に関係したことを含むことの可否、第二に本条で認められた立会人なしでの聴聞と、国際準則との整合性である。

まず医学および心理学鑑定人の予審対象者への質問の範囲については、推定無罪と黙秘権との調和が問題とされる。破棄院はこれに関し予審対象者が非難を受けるところの犯罪事実についての質問も含まれるとしている。<sup>170</sup> こうした裁判官や弁護人の立会なしで行われる予審対象者への質問は、既に述べたように(第2節第1項3)公正な裁判を受ける権利を規定した欧州人権条約6条違反となりうるか否かが争われた。再度確認すると、フランス国内での決定は、164条2項に規定された任務を含めて精神医学鑑定は「被疑者・被告人の責任能力および刑罰適応性を評価するために」行われており、さらに「判事は何者も被疑者の権利を侵害しないよう監視し、異議を述べるために鑑定報告書を通知する義務を遵守している」ことを理由としながら、鑑定任務の遂行が欧州人権条約6条に規定された裁判における被告人の権利には矛盾しないという見解が示されている。<sup>171</sup> 右条約との整合性につ

いては、近時でも同条約 6 条の条件下での鑑定人による事情の聴取を請求しうるにもかかわらずそれをしなかった被告人から申し立てられた鑑定報告書の無効について控訴裁判所が却下したことを認めた破棄院判決もみられる。<sup>172</sup>

また、165 条では、当事者からの鑑定に関する調査の請求権が認められている。同条はこれを以下のような明文によって規定している。

「当事者は、鑑定の過程において、鑑定を命じた裁判所に対し、鑑定人が、ある種の調査を行うこと又は専門的な参考資料を提供することのできる者として指名された者の供述を聴くことを命ずるように請求することができる」

この場合も供述の聴取については既に述べた 164 条の手続に従って行われる。

ここで本条も、その手続違反が鑑定手続の無効となりうるかで争われる点に注意したい。

判例は、もし鑑定報告書の提出後に取調べされた被疑者 *prévenu* が、165 条で認められた権利を享受しえなかったとしても、鑑定の結論を被疑事実 *inculpation* の手続前に 167 条によって知りえ、また新しい調査を実行するよう鑑定人に決定することを予審判事に請求する自由が存在した場合には弁護権の侵害がなかったとしている。<sup>173</sup> 本決定の詳細については後述したい。<sup>174</sup>

さらに、164 条および 165 条に基づく鑑定任務に必要な関係者の供述の採取に際して、鑑定人は証人を勾引することはできない。<sup>175</sup>

### 3 第 3 段階: 鑑定報告書の提出と当事者への通知

次いで、166 条は鑑定の報告書の提出に関係する手続を規定している。同条は「鑑定の作業が終了したときは、鑑定人は、報告書を作成する。報告書には、鑑定の作業及び鑑定人の結論を記載しなければならない。鑑定人は報告書に署名し、自らに委嘱された任務の遂行に必要であると判断する職務の実現のために、彼の統制と責任のもと、援助した者の名前と資格についても報告書において言及する」としている。さらに同 2 項は「複数の鑑定人が指名され、かつ鑑定人が互に意見を異にすると、又は共通の結論に留保を付するときは、各鑑定人は理由を明記して自己の意見又はその留保を示さなければならない。報告書及び封印物又はその残存物は、鑑定を命じた裁判所の書記官にこれを提出する。この提出は、調書をもってこれを証明する」と、複数鑑定人の報告書の方式と鑑定物件の返却についての方式を定めている。さらに 3 項においては「予審判事の同意を得て、鑑定人は自らの報告

書の結論を、共助の嘱託を遂行することを課せられた司法警察官に、直接かつあらゆる手段で通知しうる」としている。

鑑定報告書については「鑑定人の任命日、任命期間、質問事項、分析事項の時系列順の記載、任務の記載、そして結果」<sup>176</sup>が記載されなければならない。

本条に関係して、既に述べた、鑑定任務の自力での遂行の義務が導かれる。破毀院も「166 条は予審判事によって任命された鑑定人が、自らに委嘱された任務を自力で達成しなければならないことを示している」とし、任命された鑑定人が、鑑定という「国家任務」に従事することは「自らの部下にその業務を行わせる事を認めない」とし、自ら鑑定人が任務を行う義務があることを確認している。<sup>177</sup> しかし、第三者の実際の協力について、具体的には「分析対象となった製品を作った様々な研究所にむけられた情報の請求」などは、鑑定人が任命されたところの鑑定に参加することを構成しないとされている。<sup>178</sup> 他方で、「166 条 1 項は、自らに委嘱された業務が本人によって遂行されたことを証明するために鑑定人にいかなる儀礼的な方式も課していない」<sup>179</sup>とする見解によって、自ら任務を行う義務は、自ら鑑定結果に責任を負う義務と同視されるといっても過言ではない。

また、166 条の違反と鑑定手続無効について、破毀院は同条が「司法の適正な運営の観点から規定されたもの」であり、弁護権の侵害を無効の基準とする 802 条の適用を排除している。つまり、具体的には任命された鑑定人のいずれかの署名がない鑑定報告書は無効である(公序的無効)であると判示した。<sup>180</sup> 他方で、複数鑑定人のうちの一人のみの任務の遂行については、「もし職務の遂行が、鑑定の結果の証明力 *force probante* に影響を与えとしても」、こうした単独での任務の遂行は「申請者から発せられたいかなる不服申立 *Grief* がない以上、弁護側の権利を減じるような性質のものでなく、そして鑑定の無効をもたらしものではない」<sup>181</sup>として、802 条が適用されている。

しかしながら同一の条文において、一方は「司法の適正な運用」に、他方は「弁護権」に根拠を置くのは整合性を欠くものと考えられる。もしくは、同時に相対する二つの利益の保護を目的とするならば、相応の理由が必要となろう。特に複数鑑定人については「166 条 2 項を要件として、共通の業務を遂行するために任命されたいかなる鑑定人らも、全員で行った科学的職務全体の結果を法廷に説明するための資格を持つ」<sup>182</sup>とされ、また選任段階でも当事者からの複数鑑定人の請求に対し単独鑑定人が選任された場合の不服申立手続が存在する(167 条)こととの整合性を考慮すると、やはり問題のある決定ではなかろうか。

また、167 条には鑑定結果の通知について詳細な規定がおかれている。これに関しては、次節において詳しく検討する。本条では「予審判事は、第 114 条に定める方式に従って、当事者及びその弁護人を呼び出し、鑑定人の結論をこれに告げなければならない。予審判事

は、60条4項の規定を適用していないときには、60条および77-1条の適用によって要請された者の報告書の結論を、理由がある場合には、当事者に対して告げる。報告書全体の複写は当事者の弁護人の請求によって、提出される」とし、さらに2項は「鑑定人の結論は、書留郵便により、又は、予審対象者が勾留されている場合には、監獄の長を介して、これを伝えることができる。この場合、監獄の長は、予審判事に対し、遅滞なく、関係者が署名した受領書の原本又は写しを送付する。」とし、報告書の通知に関して「報告書の全体は同様に請求があった場合に書留郵便によって当事者の弁護人に通知される」と規定している。また同条3項は「いずれの場合にも、予審判事は、当事者が意見を提出し又は請求、特に補充鑑定若しくは再鑑定の請求を提出することのできる期間を定める。この請求は、第81条第10項の規定に従ってなされなければならない。この期間中、当事者の弁護人は、訴訟記録を自由に閲覧することができる。鑑定の複雑性を考慮に入れて予審判事によっておかれた期間は15日以下ではならず、もしくは会計鑑定ないし財政鑑定の場合には1ヶ月以下ではならず。右期間経過後、同様の対象について再鑑定、補充鑑定、もしくは再鑑定の請求をなしえない」と規定されている。請求却下について4項では「予審判事が請求を却下するときには、請求の受理から計算して1ヶ月以内の期間内に理由を付した決定を行う。これは、当事者が複数鑑定人の任命を請求したにもかかわらず、単独鑑定人を任命した場合にも同様である。81条の後段の規定はこれを適用する」と予審判事に説明を付す義務を負わせている。最後に5項は「予審判事は同様に、本条に規定された方式により弁護士により付き添われた証人 *temoin assisté* に対しても鑑定結果を通知する。これは補充鑑定ないし再鑑定の請求のために右証人に期間を設定することに関係する。しかしながら判事は、右証人が113-6条の適用により審理の対象となる場合以外には、その請求が正当化されないと思料した場合には理由を付した決定を下す必要はない」と、「弁護士により付き添われた証人」に対する予審判事の義務が明らかにされた。

さらに1995年2月8日法律第95-125号によって新設された167-1条は、精神鑑定に付された予審対象者が予審免訴となった場合の私訴原告人からの鑑定請求に関して規定している。「精神鑑定の事例においてより狭い形式主義が付帯私訴原告人のために規定されて」<sup>183</sup>いと評される本条は、具体的には「鑑定の結論に基づき、予審判事が刑法第122-1条第1項を適用して、訴訟追行できない旨を宣言するに至ったときは、第167第1項に定める条件の下で、私訴原告人に対し、当該鑑定の結果を告知しなければならない。その場合、私訴原告人は、2週間以内に意見を提出し、又は補充鑑定若しくは再鑑定の請求をすることができる。私訴原告人からなされた再鑑定請求は当然に認められる。再鑑定は、2人以上

の鑑定人によって行われる」とし、私訴原告人からの請求が尊重され、かつ厳密な精神鑑定を必要とされることが本条から伺うことができる。

諸鑑定のなかでもとりわけ精神鑑定については他の鑑定に比して、相対的により高度な正確性が必要とされることだけでなく、精神鑑定の結果が他の鑑定に比べて直截私訴原告人の利害に影響を与えることが理由と考えられる。精神鑑定を必要的に複数鑑定(二重鑑定)にするべきであるとの学説<sup>184</sup>も存在するように、本条は、精神鑑定が、公益および私益の両側面からの厳格性の要求を明文化したものといえよう。

#### 4 第4段階:公判における鑑定

これまで予審における鑑定手続を検討してきたが、第4段階では公判における手続について規定している。

鑑定任務終了後報告書を提出したうえで、鑑定人が法廷で供述する場合については168条に規定がおかれている。同条は「鑑定人は、必要があるときは、自己の名誉と良心とにかけて司法に協力する旨を宣誓した後、自己の行った専門的作業の結果を法廷において陳述する。その聴問の過程で鑑定人は、その報告書及び附属書類を参照することができる」とし、2項は「裁判長は、職権で、又は検察官、当事者若しくはその弁護人の請求により、鑑定人に委託された任務の範囲内に属する一切の質問をすることができる。鑑定人は、陳述を終えた後も、裁判長が退出を許可しない限り、審理に立ち会う」と規定している。

本条は、かつて治罪法体制下において鑑定人が証人としての扱いを受けたことから、法廷で供述する際に書類の参照をすることができなかつた不便を修正するものであるとともに、裁判の対審 *contradictoire* 構造によって鑑定の公平性を担保するための手続であるともいえる。

また、本条は、例外的に選任された鑑定人だけでなく、鑑定人名簿に登録されている鑑定人も当然、宣誓しなければならず、破毀院も「168条1項は、法廷で聴聞される全ての鑑定人に適用される。なぜなら、鑑定人は予審の全段階を通じて、鑑定任務を委嘱されているからである」<sup>185</sup>としており、このことから「鑑定人は、いずれにせよ、単なる参考人として聴聞されるわけではないことが導かれる」<sup>186</sup>とした。この見解は近時の裁判例でも鑑定人と参考人の重要な区分であるとされ、参考人の聴問について定めた310条は「ただ証人に対して

のみ適用可能であり、168 条は鑑定人(いずれの場合にしても宣誓しなければならない)が単なる参考人として供述を聴取されないという帰結を導く」ことを確認している。<sup>187</sup>

本条に関して、特に問題となるのが、(1) 聴聞時の宣誓にかかる手続および(2) 鑑定人に対する聴聞にかかる手続についてである。

#### (1) 聴聞時の宣誓にかかる手続

まず、法廷における鑑定人の聴聞に際して鑑定人の宣誓については、宣誓手続にかかる問題だけでなく、鑑定人としての宣誓と証人としての宣誓のいずれを採用するか、また鑑定人の行った証人としての宣誓の有効性について争われた。つまり、本条における「鑑定人」と専門家証人の実質的な境界についての見解がここでは示されているのである。この境界線は、「鑑定人が証人としての宣誓を行った場合」と60 条および77-1 条に基づいて捜査に協力した専門家、つまりは「専門家証人」が法廷で聴聞される際に168 条の鑑定人の宣誓を行うべきか、それとも331 条の証人としての宣誓を行うべきかを画定するものである。

まず、鑑定人が168 条に規定された宣誓を行った後、聴聞されたとき、もしその鑑定人が審理の際に再聴聞されたとしても、再度宣誓を行う必要はないとされた。<sup>188</sup>宣誓の方式については、鑑定人が「168 条に規定された方式において宣誓した後」聴聞された調書の確認は、宣誓がその条文に規定された文言に従って行われたことを証明するものであるとされる。<sup>189</sup>しかしながら、法廷における鑑定人の宣誓のために採用された定型表現が、168 条の定型表現を正確に再現しているわけではないが、それを「歪曲することも限定することもなく」、その意味を示していたときには、無効事由とはならない。<sup>190</sup>

鑑定人が証人の宣誓(331 条)を行った場合の有効性については、331 条の文言によって鑑定人が行った宣誓は、自らの名誉と良心に従って司法に協力することを示す宣誓であるという結論になり、無効とならないとされる。<sup>191</sup>

破毀院は「予審中に任命された鑑定人が、証人として召喚され通知され、口頭弁論の最中にその任務を説明しなければならないとき、331 条の証人としての宣誓ではなく、168 条の宣誓をしなければならない」<sup>192</sup>としながらも、他方で「証人の宣誓を行った鑑定人による行為は無効事由にはならない」<sup>193</sup>としている。また、これについては「証人と鑑定人の二重の資格を持つ者が、鑑定人の宣誓のみを行ったときも同様である」<sup>194</sup>として、実質的には鑑定人

の宣誓と証人の宣誓のいずれも有効であり「鑑定人と証人の宣誓を兼ねたそれは、無効事由にはならない」<sup>195</sup>とされる。つまりは「その宣誓は実際のところ、168条の規定と同様に名誉と良心に基づいて司法への協力を行う宣誓を含意する」<sup>196</sup>ことを理由としている。さらには、証人であり鑑定人である二重の資格を有するものが二つの宣誓を行ったことが有効であるという上記の見解を根拠として、2002年11月6日決定は「この二重の資格を有する者が、その宣誓が真実を言うことを含むことを理由としてただ鑑定人としてだけの宣誓を行った事実はどんな無効ももたらさない」とした。<sup>197</sup>

他方で、156条以下の手続により選任され鑑定任務を遂行した「鑑定人」と専門家証人の区別について、破毀院は以下のような見解を示している。

まず281条<sup>198</sup>の適用を通知されておらず、裁判官の自由裁量権によって聴聞された鑑定人は、168条に規定された宣誓を行わなければいけないとされ、これを欠く場合には無効となる。<sup>199</sup>具体的には、司法警察の地方部局(service régional)の官吏が、その資格において、犯行現場で発見された指紋と容疑者のその比較を行い、重罪院の裁判長が自らの自由裁量権によって、それを法廷において地方部局(service régional)の他の役人が法廷で説明するのが、このような事例である。<sup>200</sup>同様に、延期しえない専門的かつ科学的事実の確認のために予備的尋問の最中に任命された者について、具体的にはレイプ後の婦人科学の調査であるが、77-1条2項の適用によって、60条に服し、そしてしたがって169-1条および168条によって、法廷において鑑定人の宣誓を行わなければならない。<sup>201</sup>

しかしながら、予審判事の要請によって医学的情報を含む診断書を発行したが、156条以下ないし80条7項以下によって予審判事に任命されていない医師は鑑定人としての資格を有さないため、法廷においても証人の宣誓を行うとしている。その根拠として、右専門家が、60条に従って事実の確認を行うのに任命されたわけではないことが挙げられている。<sup>202</sup>つまりは、60条(「遅延することのできない検証または技術的もしくは科学的検査を行う必要がある場合は、司法警察員は、資格のあるすべての者に協力を求めることができる」)による専門家の調査かどうかは問題とされるようにみられるが、その後2000年3月17日決定では「重罪院の裁判長は自らの自由裁量権によって、鑑定人の資格のない医師を聴聞させることができる。そしてそれは当事者の異議の訴えが全くないなら、全ての真実を述べることを含む168条の宣誓を行わせたかどうかは問題ではない」との見解を示した。<sup>203</sup>

ここにおいて、やはり証人の宣誓によるか鑑定人の宣誓によるかの境界は不明瞭なものとなされ、さらには当事者の異議があった場合にのみ問題とされている。これについては、例外的に選任される鑑定人名簿に未登録の鑑定人の宣誓についても同様に批判されるが、「宣

誓の様式性は私的利益に関係するのではなく、司法の全体的利益に関係していることを失念している」ものといえよう。<sup>204</sup>

また、81条8項は予審対象者の医学心理学的検査について規定しているが、これについて破毀院は、右検査について「鑑定の一手段を構成するので、予審の審理中にそれを行う者は、法廷で供述の聴取をされるときに、鑑定人に求められる宣誓を行う」としている。<sup>205</sup>

それに対し、本条における宣誓に服さないものとして「鑑定人として呼び出され、誤って通知された外国人専門家は168条に規定された宣誓を行う必要がない」としている。その理由として「刑事訴訟法はフランスの領土外には適用されない」ことを根拠としている。<sup>206</sup>また同様に本条の宣誓に服さないものとして、「予審判事によっても、裁判長自身によっても、そして重罪院によっても鑑定任務を課されていない人物」が挙げられているが、こうした人物については、重罪院裁判長が自らの自由裁量権に基づいて168条の特別の宣誓を行わせたにしても、鑑定人として供述を聴取することはできないと判示された。<sup>207</sup> また、「裁判長によって、法廷において実質的な任務 Operation matérielle を行うことを求められた者で、法廷において如何なる説明も与える必要性がないようなもの」は、実質的に鑑定の任務を課されていないものと考えられるため168条に規定された宣誓を行う必要はないとの裁判例<sup>208</sup>もあり、調査結果の「説明の必要性」も本条における実質的に鑑定人と他の専門家を区別する要件であるとされる。<sup>209</sup>

## (2) 鑑定人に対する聴聞にかかる手続

既に述べたように新168条は、裁判官が鑑定人に、予審対象者・被告人への直接の聴聞権の授権を明文で認めたが、これは、「168条2項の規定は無効の制裁のもとに規定されておらず、裁判長が弁論を監督し法廷を統制する権限を行使しながら、その管理下において検事もしくは当事者が鑑定人に直接質問する権限を付与することを禁じていない」とした決定を受けたものである。<sup>210</sup>

同条の手続に関する決定としては、168条は鑑定人が法廷で聴聞される際に報告書やその添付書類といった文書を参照することを明文で認めたが、これは既述の治罪法体制下での不都合を修正するためであった。これに加え、破毀院は鑑定人が任務遂行の際に作成したメモ notesもこうした文書に準じた扱いをうけるとした。<sup>211</sup> また複数鑑定人の聴聞についても、破毀院は「331条にしたがって、複数の証人が別々に証言しなければならないとしても、

168 条は、鑑定人の聴聞について同様の要請を含まない<sup>212</sup>とし、証人と鑑定人の聴聞の方式を区別化した。

また、鑑定人の在廷についても「いかなる法の規定も、鑑定人が聴聞される前に法廷を退くことを要求していない<sup>213</sup>として、条文にみられる聴聞後の在廷だけでなく、聴聞前のそれをも認めるところに同様の証人との区別がみられる。

また、本条に関して特に精神鑑定について、「自らの聴聞中に、被告人 *accusé* の危険性についての鑑定人の発言は、168 条に規定されている自らの名誉と良心に基づいて司法に協力するという鑑定人の宣誓の違反は構成しない」との決定もあり、精神鑑定人の任務範囲の実質的拡大を伺うことができる。<sup>214</sup>

次いで、聴聞の効果に関して、169 条は予審対象者の証人もしくは参考人として尋問を受けた者の反対意見に起因する補充鑑定もしくは再鑑定の手続について以下のように規定している。つまり「判決裁判所の法廷において、証人若しくは参考人として尋問を受けた者が、鑑定の結論に反ばくし又は専門的な観点から新たな指摘をしたときは、裁判長は、鑑定人、検察官、被告側及び必要があるときは私訴原告人にその意見の提出を求める。裁判所は、理由を付した決定をもって、審理を続行するかそれとも事件を後日に延期するかを宣告する。事件を後日に延期する場合には、裁判所は、鑑定に関して、有用と思料する一切の措置を命ずることができる」というのがその内容である。

本条に関して、仮に補充鑑定、再鑑定を行う決定を下す場合の、鑑定人の人員については明らかにされないが、破毀院は「裁判長は、自らの自由裁量権を用いて単一の鑑定人を任命しうる」としている。<sup>215</sup>

最後に、既に述べたように 169-1 条は法廷における鑑定人の聴聞について、これを捜査段階で専門的任務を囑託された専門家に対して準用している。しかしながら、既に述べたように、これは検死・検証にかかる任務に限定しており、日本の手続に見られるような容疑者の精神状態を識るための起訴前鑑定（いわゆる簡易鑑定）といった実務は存在しない。同条の文言は以下ようになる。「第 168 条及び第 169 条の規定は、第 60 条及び第 74 条に従って、検証への協力又は死亡の状況の性質の判定を求められた者に対して、これを準用する。」

本条が、法廷における聴聞前の鑑定人の宣誓手続について、当該専門家に証人の宣誓を行わせるべきか、鑑定人のそれを行わせるべきかの問題に関係するものであるが、その区別については当該専門的任務が、事実の報告にかかるものであるか、それとも説明を要する類のものであるかが要件であることは既に述べた。ただし、この要件についても、同様の報

告が説明を必要とするか否かということ聴聞前に識別することに伴う困難のため、168 条に関する破毀院決定について見たような混乱が招来されるのである。

以上、フランス刑事訴訟法典における一連の鑑定法(156 条から 169-1 条)について検討したが、これ以外に鑑定が関係するものとして法典第 1 部の訴追と予審に関する 114 条(鑑定報告書の複写の当事者ないしその弁護士から第三者への弁護目的での送付)、149 条(156 条の条件のもとで認められる、鑑定による関係者の損害の査定)、法典第 2 部判決裁判所での手続きに関する 279 条(各被告人および私訴原告人への無償での鑑定報告書の複写の交付)434 条(裁判所 tribunal の鑑定命令権)、第 3 部非常救済方法について 626 条(被告人が無罪の宣告を受けた場合の、利害関係者'intéressé の損害の査定)、第 4 部特殊訴訟手続に関して 706-30-1 条(薬物事犯における鑑定のための試料の保存)706-47-1 条(706-47 条に規定された特定の重大犯罪を犯した少年に対する社会司法調査)、706-48 条(706-47 条に規定された特定の重大犯罪の被害者に対する治療ないし適切なケアを目的とした医学心理学鑑定)などがある。

#### 第 4 項 小括

以上、フランス刑事訴訟法上の鑑定法の改廃の軌跡を辿った。そこから見えてくるものは、第一に、迅速性と正確性を追求しながら、数多くの修正が行われてきたこと、第二に修正の焦点が現行刑事訴訟法典編纂前後の 1950 年代から 1960 年代の鑑定方式についての議論から、むしろ迅速性は鑑定方式の簡略化によって担保され、当事者の保護は鑑定却下申請や通知といった手続を綿密に規定することによって、さらに鑑定の正確性に関しては、鑑定人選任過程の手続による保障を迫及している。鑑定人選任について定めた 1971 年法(これは 2004 年に大幅に改正されている)については、次節で検討したい。

#### 第 3 節 司法鑑定人選任制度

鑑定法編纂段階で、適正な鑑定制度の大前提と考えられたのは、鑑定人選任手続の問題であった。これは草案 156 条で、破棄院作成の国選名簿もしくは各控訴院作成の地方名

簿からの鑑定人の選任と、専門家の右鑑定人名簿登録手続の行政法規による手続化について明文で規定したことからも伺われる。

他方で最終的に採用された後述の非対立鑑定方式と複数鑑定人方式では、名簿に基づいて裁判官が2人の鑑定人を選任するものであるが、その選任の決定が当事者に通知され、右選任に関連して、当事者は異議を呈することができることが草案157条には規定されていた。刑事立法研究委員会 la Commission d'Etudes pénales législatives 委員長ベッソン Besson は選任に対する当事者からの異議について以下のように述べている。「裁判官がその当事者からの異議を、自らが行う選任において考慮に入れうるために、鑑定人の任命の前に異議が置かれるならば、おそらくその異議はさらに適切なものであつたらう」と批評している。何故鑑定人任命前段階での当事者からの異議申立が認められなかったかについて、ベッソンは「委員会が鑑定任務の開始が遅れることを心配した」ためであると述べている。<sup>216</sup>

既に「第1章 前提的考察」で検討したように、フランス刑事訴訟法第157条に「鑑定人は、破棄院によって作成された全国名簿もしくは、1971年7月29日司法鑑定人に関する法律（法律第498号）に示された条件で作成されたリストに登録された自然人もしくは法人の中からこれを選定する」と規定されている。以下、その具体的内容について同法律（以下1971年法と略す）を検討する。<sup>217</sup>

## 第1項 鑑定人名簿と登録

まず、鑑定人名簿についてであるが、これは、1971年法第1条において規定されている。<sup>218</sup> 同条は「法律ないし règlements により予定された規制によつてのみ、裁判官は、事実の確認 constatation の手続、事実調査委託 consultation、もしくは鑑定を実行するために、第2条を適用して作成された諸名簿のいずれかに登載された人物を指名しうる。」と規定し、さらに第2条<sup>219</sup> I は、「裁判官の予審審理 information のため」として、次のような名簿が作成されている。まず第一に、「破棄院事務局により作成された司法鑑定人の国選名簿」、次いで「各控訴裁判所により作成された司法鑑定人名簿」が存在する。

さらに、第2条 II は、名簿への登録手続について、「控訴裁判所の名簿への鑑定人としての最初の登録に際しては、2年間は名簿の特別な項目に認定資格（学位）が記載される。（〇2年間の試験期間だとおもうのだが、表現を考える）」と規定している。さらに、「この資格認定

期間の後に、新たな立候補の表明に基づいて、裁判機関と鑑定人の代表者による委員会の意見により、当該専門家は五年の間、再登録をなしうる。その終期において、その者が得た経験と知識が、検事長によって技術者に委嘱された予審適用手続規則にもとづいて評価される。」との規定により、再登録手続も、登録期間内に並行して行われている。またこれを受けて「先の項にみられる条件により、5年の期間中に将来の再登録する場合、新たな出願の検定を受けなければならない」と規定される。

さらに第2条Ⅲでは、国選鑑定人名簿への登載手続を次のように定める。「連続3年の間、控訴裁判所により作成された名簿に登録された証明がなければ国選鑑定人名簿に登録されえない。7年という期間に国選名簿に登録される手続が行われ、そして再登録は同期間内に新たな出願し検定を受けなければならない。」とし、国選鑑定人名簿への登載は、鑑定人にとっての登竜門であることが分かる。

第2条Ⅳは、再登録拒否事由は「Ⅰで規定された諸名簿のいずれかへの再登録が拒否される決定は、理由を付される」ことを定めている。

また第2条Ⅴは、同条全体について、「コンセイユ・デタのデクレはこの条文の適用条件を置くものであり、またⅡで規定された委員会の編成と規則を決定する。」とし、控訴裁判所鑑定人名簿に掲載する鑑定人の選任を行うための「裁判機関と鑑定人の代表者による委員会」の構成員の選任および規則についても、行政規則によって詳細に定められていることで、選任過程の客観化が追及されている。

## 第2項 登録鑑定人の特権

次いで第3条<sup>220</sup>は諸名簿に登録された鑑定人の特権について定める。まず、「この法律の第2条により定められた名簿のうちのいずれかに登録されたものは、「破棄院認定鑑定人」ないし「～控訴裁判所の認定を受けた鑑定人」という呼称をして自らの資格を証明する。」とされ、「この呼称の後に鑑定人の専門を示す語句が付される」と規定している。これは、名簿に掲載されることが、当該専門家にとって利益になるという前提から特権的に認められたものである。逆に名簿からの削除が懲罰的な意味合いを持つことからこれを推察しうる。さらに、「名誉職につくことを認められた鑑定人は、「名誉～」という用語が付されるという条件のもと、その称号の使用が許される」という形態での特権も認められている。

懲戒についての規定は第4条にあらわれている。「第3条に記された者以外に、本条の対象となる呼称のうちの1つを使用しうるすべての者は、刑法第259条<sup>221</sup>に定められた刑罰をもって罰せられる。」と、虚偽鑑定罪の対象となることを確認している。また、無資格者の上記呼称の使用にも罰則が設けられており、「第3条が適用される呼称について、一般大衆に誤解を引き起こすような類似した性質を示す呼称が使用された場合に、同様の刑罰で罰せられる。」こととなる。

## 第3項 資格の取消および名簿からの削除

第5条は、資格の取り消しおよび名簿からの削除について規定している。<sup>222</sup>

第5条Iは「2条Iで述べられたリストのうちの一つに登録された鑑定人の資格の剥奪は、鑑定人の請求によるものであれ、長期にわたる延期や、病気、ないしは重大で恒久的な身体障害といった事情によってその資格の剥奪が必要的に惹き起こされたものであれ、個々の事例に応じて控訴裁判所裁判長もしくは破毀院裁判長によって決定される」と鑑定人としての資格剥奪が裁判所の決定事項であることが規定されている。

また、名簿からの削除宣告は「Ⅱ- 第 2 条 I に述べられた名簿に登録された鑑定人の名簿からの削除は、登録手続機関によって宣告される」として、次のような場合にその手続が開始されることが規定された。まず第一に「法的無能力の場合、場合によっては弁護士の補助をうけて、利害関係者は調査をなすために意見を求められるか、もしくは調査を行うことが求められる」もしくは第二に「規律違反があった場合、第 6 条の 2 の規定が適用される」とされ、その効果として「国選名簿からの削除は、直接、控訴裁判所名簿からの削除を伴う。控訴裁判所名簿からの削除は直接、国選名簿からの削除を伴う」とされた。

#### 4 宣誓

第 6 条<sup>223</sup>は、宣誓について規定している。つまり「控訴裁判所によって作成された名簿への最初の登録の際に、鑑定人は住居地の控訴裁判所において、あらかじめ、名誉と良心に基づいて、その業務の遂行をし、報告を行い、そしてその意見を提供することを宣誓する」と登録時の事前宣誓方式を採用している。さらに「宣誓は名簿から削除された後、更なる新規登録をする際にも再び行われなければならない」とされる。また、「いずれの名簿にも登録されていない鑑定人は、鑑定を行うごとに、第 1 項の宣誓を行う」旨の規定もおかれている。

#### 5 遺伝的痕跡の鑑定・懲戒処分・鑑定人の責任

フランスにおける鑑定人の名簿登録制度の特徴の一つは懲戒処分についての規定を置くことである。これは第 6 条において規定されている。条文は次のようになる。「司法上、刑事訴訟法典 706-56 条に規定された条件のもとでのみ、現行法第 2 条によって指定されたりリストに登録された者がコンセイユ・デタのデクレによって置かれた条件のもとで承認された対象について、遺伝的痕跡による個人の同定を行う権限が与えられる。」

懲戒処分については、第 6 条の 2<sup>224</sup>に定められている。まず、処罰対象については「自らの職業ないし鑑定任務に係る法と規則への全ての違反、誠意と名誉に対する全ての違背、同様にその者が委託された使命と無関係な事件に関わることさえも、その鑑定人を懲戒的に訴追の対象になりうる状況に晒すものである。」と規定しており、さらに次段では「鑑定人の資格の剥奪ないし名簿からの削除後であったとしても、もしもその鑑定人が非難されている事実が職務の執行中に犯されたものであるならば、訴追を妨げるものではない。」として資格の剥奪と併せて厳格な法的対応が予定されている。さらにここでは、鑑定人登録制度下での懲戒的処分 *Les peines disciplinaires* は具体的に示されている。つまり第一に「戒告 *L'avertissement*」が、第二に「最長 3 年の一時的な名簿からの削除 *La radiation temporaire*

pour une durée maximale de trois ans」、そして第三に「第2条に定められた名簿のうちのあるものへの登録する権利の終局的な剥奪、ないし名誉職の剥奪」といったものである。

さらに、具体的な処分の手続については訴追の主体は登録手続機関とされ、その機関には懲戒委員会を置くものとする。懲戒決定は、事案に応じて破棄院ないし控訴裁判所に上訴することができる」とし、前段第2の処分について「一時的に資格が抹消された鑑定人は、もしその者が控訴裁判所の名簿に再度登録することを願ひ出るならば、再び資格承認期間 la période probatoire に服さなければならない。その者は、名簿からの削除後3年間の控訴裁判所名簿への登録期間の後、国選鑑定人名簿 la période probatoire に登録されうる。」としている。<sup>225</sup>

鑑定人がその任務に関して責任を負う期間について、第6条の3<sup>226</sup>に規定がおかれている。つまり「鑑定人に向けられた鑑定業務の実施とその機能に関する行為についての責任について、訴権は その任務の終期から数えて10年で時効となる。」とされる。

#### 第4項 適用条件、場所的適用範囲

第7条においては「本法律の適用条件は、特に名簿への登録条件の様式を定めたデクレにより定められる。そのデクレは宣誓、年齢制限と名誉職に関するものである」としてより詳細な手続をデクレに委ねている。また8条<sup>227</sup>では、場所的適用範囲をおいている。

#### 第5項 小括

上記のように、詳細な名簿登録手続と懲戒手続を経て、国選名簿もしくは各控訴裁判所の地方名簿に登録された鑑定人は、公的鑑定人としてその能力が保証されるだけでなく、名簿登録時の宣誓により、鑑定任務を事前に引き受けた存在として、鑑定任務を拒否し得ない存在となる。

鑑定人選任制度の重要性は、刑事訴訟法典編纂段階に既に意識されていた。ベッソンは報告書の中で以下のように述べている。「もしも鑑定人名簿が、保証を呈する条件下において作られていなかったならば、鑑定任務を改善するためにとられた全ての慎重さは、不要であることがわかる」。<sup>228</sup> 鑑定制度の最も重要な前提条件として鑑定人選任過程の手続化・可視化は今後日本でも「あるべき鑑定」を実現するための最も重要な議論となるであろう。鑑定人の自律性は専門家としての良心や職業倫理といった目に見えない鑑定人内部の条件に依拠しながら、鑑定人選任過程の手続化によって外部から保障されることによって実現するものである。

それでは選任過程と並んで「あるべき鑑定」の必要条件たる当事者関与についてはどのようなものであるかについて次節で詳細に検討する。

#### 第4節 鑑定手続と当事者関与

既に述べたように、現行フランス刑事訴訟法典体制下では、非対立鑑定方式を採用し、当初原則型として二重鑑定方式を、後に単独鑑定方式を採った。

鑑定手続における当事者関与は、非対立鑑定方式における予審の対審化の一方策であったことは既に検討した。当事者が鑑定手続の各段階において鑑定に対し批判的に行動しうることは、裁判官による鑑定任務の統制と並んで、対審化の外的な原理として刑事訴訟法典編纂段階で議論されたのである。

他方で、非対立鑑定方式で予定されていた鑑定の二重性という内在的対審原理が1985年に廃止された現在では、当事者の手続参加の保障の一層の強化が、フランス刑事鑑定立法時の理念である予審の対審化にとって重要な課題となることは必然である。例えばラサ(1995)は、鑑定人編成方式を特に当事者関与の視点から検討し、非対立鑑定方式の間

題点については「鑑定人が裁判官に依存しているある種の疑いが存在し、そしてある程度、不公平な外観を持つことである。とりわけ、被訴追者が統制のなんらの手段を持たない場合はなおさらである」<sup>229</sup>として、非対立鑑定方式における当事者の関与の重要性を指摘した。

本節では、フランスにおける当事者の手続関与がどのような形で実現し、それが何を目的とし、そしてどのような限界を経験しているかについて検討するため、次項では鑑定の諸問題(鑑定人選任過程の可視化、鑑定の要否、鑑定の採否)について、特に当事者関与の視点からフランスにおける右諸問題がどのように解決ないし深化されているか、また個々の問題について手続への当事者関与がどのような要件のもとに機能しているかについて検討したい。

## 第1項 当事者関与と鑑定の諸問題

様々な前提条件のもと、フランス刑事訴訟法典において当事者の鑑定手続への関与 *intervention* が明文で規定されていることは既に前節で検討した。ここでは本研究の冒頭で設定した鑑定の諸問題(鑑定の客観性・鑑定の拘束性、鑑定の科学性、)が、当事者関与という視点からどのような法的対応を予定されているか、またその当事者関与を可能にする前提条件はどのようなものと考えられるかを検討したい。

本項では、まず刑事訴訟法典鑑定法における当事者(予審対象者)に許された権限について再整理したのち、鑑定人選任、鑑定の要否、鑑定の採否について当事者がどのような形態で関与し、自らの利益を実現しうる手続が保障されているか個別に分析したい。

### 1 刑事訴訟法典鑑定法にみる当事者の関与

現行刑事訴訟法鑑定法における当事者の関与形態を概観する。その際に、「当事者」の視点から、一連の鑑定手続がどのように進行するかを検討する。

まず当事者は予審判事に対して、鑑定処分決定を請求することができる。これは、事件が継続している場合当該予審判事の書記官に対して請求するか、予審対象者が勾留されている場合には、勾留施設の長に対して請求することができる(刑事訴訟法典 81 条第 10 項)。予審判事は、これを却下する際には理由を付した決定を行わなければならない(刑事訴訟法典 156 条)。申立から1ヶ月以内に予審判事による判断が行われなかった場合に

は、当事者は直接控訴裁判所重罪公訴部長に対して申立ることができる(刑事訴訟法典 81 条 11 項)。

この鑑定請求却下の決定に対して、当事者は控訴裁判所重罪公訴部に直接上訴しうる。右重罪公訴部長は、上訴不受理の場合は理由を付した決定 *ordnance non motivée* により対応しうる。当事者は上訴不受理に対し不服申立 *recours* することはできない(刑事訴訟法典 186-1 条第 5 項)。

他方で鑑定請求が受理された場合には、鑑定人選任段階での関与が極わずかではあるが認められている。つまり当事者は誰を鑑定人として選任するかということについては関与しえないが、鑑定人の人員については僅かながら関与の余地が認められている。当事者が複数鑑定人を請求したにもかかわらず、予審判事が単独鑑定人を選任した場合、予審判事は請求から 1 ヶ月以内の期間内に理由を付した決定を行う(刑事訴訟法典 167 条 5 項)。右期間内に予審判事が理由を付した決定を行わなかった場合、当事者は控訴裁判所重罪公訴部長に直接上訴しうる(81 条第 11 項)。当事者からの上訴があった場合の対応については、記述の 186-1 条第 5 項と同様の手続による。

鑑定任務について、当事者は、検事正と同様に質問したい事項について述べることができる(刑事訴訟法典 156 条)。しかしながら、これに対して予審判事は応答する必要はない。

鑑定人の任務に関する介入は許されていないが、当事者が鑑定任務のために供述を聴取されることがある(刑事訴訟法典 164 条)。特に精神鑑定については、まさに当事者(予審対象者)が調査の対象になるが、他の鑑定とは異なり、精神鑑定については弁護士の立会なく、鑑定人が当事者の供述を聴取する(同条 3 項)。

また鑑定任務に関係して、当事者はその過程で鑑定を命じた裁判所に対し、鑑定人がある種の調査を行うこと又は専門的な参考資料を提供することのできる者として指名された者の供述を聴くことを命ずるように請求することができる(刑事訴訟法典 165 条)。これに対して予審判事の側から返答する必要はないが、165 条に規定した権利を予審対象者が享受できなかったとしても、鑑定処分の無効とはならない。当事者の権利と鑑定処分の無効については本節第 3 項で検討する。

また、鑑定任務が終了し、鑑定報告書が提出されると、予審判事は右報告書の内容を当事者の弁護人に告げなければならない。弁護人からの請求があった場合には、予審判事は鑑定書の全体の複写を送付する。また、通知後、予審判事によって置かれた期間内に、当事者は、異議を示し、補充鑑定もしくは再鑑定の請求を行うことができる。この期間内に、弁護人は訴訟記録を自由に閲覧することができる。右補充鑑定もしくは再鑑定の請求があった場合の手続は、既に述べた 81 条第 11 項により、請求却下の場合は理由を付した決定に

よる。これに対する上訴は既に述べた 186-1 条 5 項による(刑事訴訟法典 167 条)。

予審対象者が精神鑑定の結果、予審免訴になった場合私訴原告人からの補充精神鑑定・再精神鑑定の請求は当然認められる(167-1 条)。

公判での鑑定人が鑑定報告書記載内容について陳述する際に、当事者は質問したいと思う事項を裁判官に対して請求しうる。裁判官は職権でこれを鑑定人に質問する(168 条)。

また判決裁判所の法廷において、証人若しくは参考人として尋問を受けた者が、鑑定の結論に反ばくし又は専門的な観点から新たな指摘をしたときは、裁判長は、鑑定人、検察官、ならびに当事者にその意見の提出を求める。裁判所は、理由を付した決定をもって、審理を続行するかそれとも事件を後日に延期するかを宣告する(169条)。

上記のような当事者の視点から再構築した鑑定法は、多様な形態で当事者の手続関与を可能としているように見える。そこで再度、本研究で設定した鑑定の諸問題(鑑定人の選任・鑑定の要否・鑑定の採否)という視点から、当事者がどのようにして手続関与しているかを整理することは、それを可能とする前提条件を抽出する上で有用であるように思われる。

## 2 鑑定人選任段階への当事者関与

現行フランス鑑定法制度下において、鑑定人選任は裁判官の専権事項であり、当事者の関与の余地は存在しない。鑑定人が名簿に登録される際に、その名簿から誰を選ぶかという問題についても、当事者は関与する権限を持たないのである。詳細に手続化され、懲戒規定をも予定されている鑑定人名簿登録手続制度は、当事者に対して、鑑定制度それ自体を信頼しうる形式的基盤を提供しうる。少なくとも、旧体制下のような鑑定人が「検察官の鑑定人」<sup>230</sup>でありえたというような、不審を払拭することには一定の貢献をみているのである。これに関してベッソン報告書は、鑑定人名簿登録制度が「全ての当事者に、必要な公平性の保証を与える」と評価している。<sup>231</sup>

しかしながら鑑定人選任を含む、鑑定開始時の当事者への関与は、鑑定処分開始の迅速性のために、大きく減退されているとあってよい。第一に、刑事訴訟法典編纂段階での鑑定人忌避条項の条文化が不成功に終わり、また他方で旧 159 条により、鑑定項目と鑑定人選任に対する異議を唱える権利が認められていたが、1985 年 12 月 30 日法律第 85-1407 号

によりこれが廃止され、鑑定人人員に対する異議申立の方途のみが 167 条に不自然な形で挿入されることとなる。

ここでは、まず鑑定人忌避 *récusation* と鑑定人人員への当事者の関与について、既に退けられた議論について再確認したい。

まず、鑑定人忌避について、ベッソン報告書では以下の 2 類型が検討された。つまり、第一の類型は民事の裁判官忌避と同様に「刑事手続に適用可能な民事訴訟法典 44 条以下および 378 条以下」に類するものとして、「裁判官が事件にかかわっている場合に生じるような、重大な動機に基づく場合」の忌避であり、第二の類型は刑事(重罪院)の陪審員忌避と同様に、「刑事の陪審員に向けられた、反論ができず理由を付さない忌避(*récusation préemptoire et non motivée*)」という類型である。忌避の 2 類型については、草案作成段階でも議論されたが最終的に「鑑定人を忌避するという考えは、過去の草案では、鑑定手続が予審対象者の意のままとなりうる手段として考えられた」として、予審対象者側からの行きすぎた(しかも最早期の)鑑定への実質的制限となることが危惧され、退けられた。つまり、鑑定処分の迅速性を優先して、当事者による鑑定人忌避は明文化しなかったのである。報告書は以下のように続けた。「その忌避の採用は、最終的に任命されるところの鑑定人に最大限の権限を与えることを構成するという解決すべき問題を一步も進展させるものではない。反対に、忌避は、もっとも評判の高い鑑定人をもしりぞけうるのである。最終的に、限定された専門領域において、悪意のある忌避は手続を麻痺させうるものであろう。」結果として委員会は忌避の利点よりも、忌避を導入した場合の不利を重視したのである。

明文上鑑定人忌避は認められなかったが、判例は実質上鑑定人が忌避されうる要件があるとして、係争中の事件に直接ないし間接的利害を持つものを選任することを排除した。鑑定人は以下のもの、当事者、その近親者ないし姻族、陪審、書記官、通訳ないし証人であってはならないとされたのである。<sup>232</sup> 判例は、鑑定人が、私的に予審対象者をそれ以前に診察しており、問題となっている専門的問題について知りえていた場合に、この専門家は忌避されるとした。<sup>233</sup> しかしながら、この忌避の申立を当事者の側から行うことは手続的に保障されておらず、このことから鑑定人選任段階での当事者の関与は十全に保障されているわけではないといえる。

さらに鑑定人人員に関する当事者の関与については、鑑定法施行後の鑑定人人員の原則と例外の転換と、さらには人員についての(具体的には、当事者が複数鑑定人を請求したにもかかわらず、単独鑑定人が選任された場合の)請求却下への不服申立手続の改変から、当事者の持つ複数鑑定人選任請求権が制限されている動向をみることができる。

まず、施行直後の鑑定法第 159 条では、鑑定人の二重性(二重鑑定)を原則としていたが、

1960年6月4日の政令は、右の「二重鑑定」を緩和し、二重鑑定の領域を「事件の本案 fond de la faire」に関する問題に限定したうえで、さらに1985年12月30日法律第85-1407号によって原則と例外が転換し単独鑑定が原則となった。再度確認すると旧159条は第1項では、予審判事は鑑定人を1名だけ指名できると規定され、旧159条第2項では事件の本案に関する鑑定につき、鑑定人を1名だけ委嘱する決定は予審対象者に通知されなければならない、右通知の懈怠は右決定と鑑定報告書の無効事由となるとされていたのである。予審判事の鑑定人人員の当事者への通知義務は既に述べた1985年12月30日法律第85-1407号により削除され、現行第159条は単独鑑定人を原則とする旨を示すのみである。

他方で、鑑定人人員に対する異議申立は、1993年8月24日法律第93-1013号によって、当事者が複数鑑定人の任命を請求したにもかかわらず、単独鑑定人を任命した場合、予審判事が請求を受理してから計算して1ヶ月以内の期間内に理由を付した決定を行うことを内容として167条に新たに挿入された。ラサが鑑定人人員と当事者の関与について、一連の鑑定法改正が「器用な一連の編纂によって疑わしいものにされている」<sup>234</sup>と評価するように、フランス刑事訴訟法典上の諸規定が保障しようとする客観性・公平性は、予審処分迅速性との拮抗関係の中、少なくとも鑑定人選任に関しては大きく後退させられていると評価する。

### 3 鑑定の契機への当事者関与

当事者が鑑定処分を請求する権限は、第156条で認められており、これに対して裁判官は予審判事が鑑定の請求を相当でないと認めるときは、請求を受理した日から1か月以内に理由を付した決定をしなければならない。つまり鑑定の要否 *opportunité d'expertise* は常に裁判官の自由裁量の範囲内にあり、当事者からの右鑑定請求に拘束されないけれども、手続上一定程度の拘束を受けるということは、上記のような理由を付した決定を行うこと、および鑑定請求却下の決定を不服とする場合の、当事者からの控訴裁判所重罪公訴部への上訴権という手続から見出される。右手続は義務的であり<sup>235</sup>、鑑定請求への返答をなさずに終了の決定をとることはできない。したがって、鑑定請求に答えず、裁判官が予審終了決定を行った場合は、請求却下を含み、右のような終了決定は、自ら上告の可能性

を含むと解される。<sup>236</sup> しかしながら決定は、破毀申立 *pourvoi en cassation* が不可能であるとしている。というのも、鑑定の要否の問題は、事実の問題 *une question de fait* であり<sup>237</sup>、命令に満足しない請求者は、判決裁判所の法廷に付带的にこれを申し立て、鑑定についての補足審理 *supplement d'information* の際に再請求しうるからである。<sup>238</sup> 軽罪事件の場合について、破棄院判決は、鑑定の要否についての上記のような裁判官の権限を確認している。つまり、軽罪事件の事実審裁判官 *les juges du fond* は、「鑑定の要否ないし補充鑑定の要否を評価する」とし、裁判官の鑑定要否の決定が法令により理由を付されている以上、「終審的なもの *souveraine*」であると判示している。<sup>239</sup>

つまり、鑑定処分の契機としての鑑定の要否への当事者関与は、予審判事への鑑定請求権、右請求が却下された場合の上訴権という経路で認められる場合と、予審判事はその請求を却下せずに予審終了決定を行った場合には、これを事実問題と解し、判決裁判所への付帯請求という形で認められる場合が想定されうる。

#### 4 鑑定の「採否」への当事者関与

鑑定ないし鑑定結果を、裁判官が自らの心証形成に用いるか否かもまた、鑑定の要否と同様に裁判官の自由心証主義にかかる事象である。特に、精神鑑定が問題となる場合には、右精神鑑定によって裁判官が予審対象者に対して予審免訴の決定を行うかどうかは、裁判官の自由裁量であり右鑑定に拘束性はないことは治罪法体制下から破棄院判決によって繰り返し確認されている<sup>240</sup>。ただし、フランス刑事訴訟法体系において、日本における鑑定の問題と同様に「鑑定の採否」を議論しようとするならば、特に裁判官の証拠説明責任の有無とも関係して、次のような語義の再定義が必要となる。つまり、裁判官の証拠説明責任の存在しない日本の制度下では、鑑定の採否とは、そのうちに当該鑑定結果が証拠能力を持たないものとして排除される場合と、(特に精神鑑定の場合のように)証拠能力は十全に認められながらも、この結果の採用を排する場合とが存在するのである。他方でフランスの制度下では、裁判官によってその決定に理由が付されるという手続方式が採られていることから、鑑定の採否は、鑑定の証拠能力という視点から右鑑定の証拠としての採否が裁判官に

よって判断される過程と、右証拠調べを経た後の鑑定ないし鑑定報告書の全部もしくは一部を採用するか否かという過程に分岐して検討しうるのである。例えば、精神鑑定の場合、刑法 122-1 条により、違法行為者の行為時の責任能力の有無を査定するための精神鑑定の結果として、精神障害と違法行為の関係が推認され、裁判官によって責任無能力であると判断された場合には、右行為者は予審免訴 non-lieu となり、その処遇は刑事司法制度から切り離され、精神福祉制度に委ねられることとなる。他方で違法行為者の行為時の精神状態に未だ争いがある場合、または限定責任能力者として、未だ刑事司法制度の枠内での処遇が予定されうる場合、その精神鑑定報告書に記載された結果を採用するか否かは、判決裁判所の裁判官の自由心証にかかる問題である。

つまり、予審で行われた鑑定を裁判官が退けるのは、鑑定処分は無効の決定があった場合<sup>241</sup>であり、特に精神鑑定の場合では鑑定報告書に証拠能力が認められたとしても予審判事もしくは判決裁判所の裁判官の自由心証によって、その結論を退けることも考えられうる。

このような裁判官の鑑定結果の採否にかかる権限に対して当事者は、第一に当事者側から鑑定および鑑定報告書の無効の主張を行うことによって鑑定報告書の証拠能力の判断に介入し、第二に補充鑑定ないし再鑑定請求によって、右採否に対して当事者の側からの実質的統制を図りうるのである。

前者の当事者からの鑑定無効の申立に関係して、フランス刑事訴訟法における無効事由の諸類型を知らなければならないが、これについては本節第 2 項において概観している。

そして後者、つまり補充鑑定ないし再鑑定請求による当事者関与を保障するための前提としては、167 条に規定された、当事者の弁護士が鑑定報告書の全体をしり、全ての証拠に対して接近することのできる権利、および意見書を提出し補充鑑定・再鑑定を請求する権利、さらには右請求を裁判官が却下する際に理由を付した決定によるという説明義務と、請求却下の決定に対して上訴する権利が手続化されていることが挙げられる。

このように刑事訴訟法典 167 条に規定された再鑑定および補充鑑定の請求権に基づき、当事者は手続に関与しうる。167 条による補充鑑定・再鑑定の請求は同法 3 項において「予審判事は、当事者が意見を提出し又は請求、特に補充鑑定若しくは再鑑定の請求を提出することのできる期間を定める」とし「右期間経過後、同様の対象について再鑑定、補充鑑定、もしくは再鑑定の請求をなさない」として、期間内での請求を要件としている。一連の破棄院判決も、請求期間経過後の鑑定請求および補充鑑定・再鑑定請求に対して予審判事は応答する必要がないとしていた<sup>242</sup>が、2001 年の破棄院判決は、刑事訴訟法典 201 条を援用して、当事者は、167 条 3 項の期間外に手続を管轄している控訴裁判所重罪公訴部に補充鑑定ないし再鑑定を請求しうるとし、控訴裁判所裁判官の職権による請求受理による

期間外の請求を認めた。<sup>243</sup> 他方で、2002年10月9日破毀院決定は、私訴原告人の請求により命じられた医学再鑑定報告書の有効性について、その鑑定が167条3項の適用によって設定された期限の後に請求されたものであるという理由で取消される理由はないとした。その理由としては81条の1項により、予審判事が自らのイニシアチブにより予審証拠調べの全ての手続行為を命じる権限を持っていることを挙げている。<sup>244</sup>

## 5 当事者関与の前提となる手続上の保障

このように、フランス刑事訴訟法典には、個々の段階における当事者の手続関与が保障されている。以上を概括すると、鑑定人の選任にあつては鑑定人選任制度の可視化により、公平な鑑定人を選任しうる名簿登録制度の存在という前提のもと、鑑定人の忌避の必要性が(こうした登録制度を持たない体制下よりも相対的に)一定程度緩和されるという条件下にあつて、鑑定人人員について当事者は複数鑑定人請求権および、これが退けられた場合の上訴権を持つという形態でその手続関与が保障されている。右請求権および上訴権に対し、裁判官は理由を付した決定により応答しなければならない、個々の請求権に対する裁判官の証拠説明も極めて重要な要素である。

鑑定の契機にかかる当事者の関与がどのような形態で実現しうるかということについてはすでに述べた。つまり、当事者は165条に規定された鑑定請求権を行使することができるが、仮に司法官が鑑定命令を行わない場合には理由を付した決定を行うことにより、司法官はその意思決定に際して当事者の鑑定請求に間接的に拘束され、当事者はこの決定を不服とする場合には控訴裁判所重罪公訴部へ直接上訴することができるという一連の手続によって手続関与を保障される。これを可能とする前提は、先の鑑定人選任人員と同様に、裁判官の証拠説明責任の存在であることはいうまでもない。

また、鑑定の「採否」については、証拠能力の裁判官の判断への関与として鑑定手続の不遵守を理由とする鑑定無効の申立が可能であるが、これについては、明文に「無効の制裁のもと a peine de nullité」として手続違反が無効事由となる旨が規定されている場合(明文上の無効)を除き、どの手続が重要な手続であり、どの手続が、いわゆる訓示規定にすぎないのか、という問題が生じる。特に、当事者の関与について問題となるのが無効事由と防御権の関係である。これは第3項で検討したい。

さらに「採否」に関して、証拠能力を認められた鑑定の一部ないし全部を、裁判官が採用

するかどうかという意義での「採否」への当事者の関与として、167 条に規定された補充鑑定・再鑑定の請求、もしくは 201 条に基づく控訴裁判所重罪公訴部裁判官への請求といった方法で、未だ当事者の関与の余地がある。これを可能とせしめる前提としては、補充鑑定・再鑑定請求権についての明文上の規定と、この請求を容れない場合の裁判官による理由を付した決定という、先の鑑定人選任、鑑定の契機と同様の、裁判官に課せられた証拠説明責任、および右決定に対する上訴の可能性が挙げられる。

## 第2項 鑑定無効手続と当事者関与の限界

鑑定の「採否」に関して、鑑定という予審処分は無効事由に対する当事者の関与という視点も存在することは既に述べた。フランス刑事訴訟法における予審処分の無効事由は、明文上の無効を除いて議論のあるものである。ここにおいては、まず、フランス刑事訴訟法における無効原因の類型および立法上の展開を概観した後に、特に鑑定手続の無効と当事者の防御権の問題について検討したい。

### 1 刑事手続における予審処分の無効手続

フランス刑事訴訟法体制における無効原因は次の 4 類型に分類しえた。まず既に述べた明文上の無効 *nullité textuelle* (=絶対的無効 *nullité absolue*)、次いで公序的無効 *nullité d'ordre public* (=実質的無効 *nullité substantielle*) および私序的無効 *nullité d'ordre privé* がそれである。

明文上の無効は、法規定により、無効の制裁のもとに一定の方式を遵守すべきことが明示的に要求されている場合に生ずるものである。

これに対し、実質的無効(潜在的無効)と呼ばれる無効原因も存在する。判例は、治罪法

典 408 条 2 項を引用しながら「遵守を要求されている方式を書くことに対して、明文をもって無効の制裁が規定されていないときであっても」、法律上与えられた権限に基づいてなされた請求について、裁判官が裁定をしなかったことを理由として方式違反の手続を破棄できるとした。<sup>245</sup> 一定の方式を実質的なものとする傾向はさらに進み、破棄院は、防御権 *droit de la défense* の観点から必要と考えられる全ての手続を実質的なものと考え、防御権を侵害する作用が、条文に抵触するようにみえない場合でも「法の一般原則 *principes généraux du droit*」に抵触すれば、これを無効原因とするに至った。<sup>246</sup> 刑事訴訟法典は、旧 172 条 2 項において「第 170 条の規定に違反した場合の他、本編中の重要な規定 *disposition substantielle*」に対する違反があった場合、特に防御権の侵害があった場合にも無効とする」として、前時代からの決定を承認するに至った。

さらに、1975 年 8 月 6 日の法律によって、刑事訴訟法典 802 条が新設されるに至り、こうした傾向は無効原因の中核ともいえるほどの重要性を持つに至った。つまり、右条は、無効の請求を受理し、または職権でそのような方式違反を指摘する全ての裁判所は、関係当事者の利益侵害のもとで無効を言渡さなければならないとするものであった。その例外は旧 105 条に規定された重要な方式(実質的無効の原因となる方式)に違反した場合だけにしか認められなかった。「被害なければ無効なし *pas de nullité sans grief*」という民事訴訟法の原則に影響され、極めて頻繁に行われ、司法の負担となっていた無効を最小限にしようとする意図を以って創設されたものであった。<sup>247</sup>

右 802 条の内容に関しては、立法段階でも激しく議論され、さらには学説においても、また控訴裁判所の判決でも繰り返し批判されるものであった。ステファニールヴァルース=ブーロックは 802 条に対し「強く異議を申立ることができるように思われる」としたうえで、以下のよう述べた。「手続の書方式のうちのあるものは、当事者の一人の利益のためではなく、司法の利益という、より高次の利益を守るために設けられており、これらの方式が遵守されないことは、甚だ遺憾なことだからである」。<sup>248</sup> 同趣旨の批判は立法段階で繰り返し主張されたものの、最終的に 802 条は公序的無効(絶対的無効)について適用されないことが明文で示されることはなかった。公序的無効を除外する旨の一文は条文から除外された。まさに「無効が宣告される範囲に関する実定法の諸原則とその実務とは、多くの利益を喪失する危険」を孕む立法と評価されうるものだったのである。<sup>249</sup>

その後、破棄院は積極的に 802 条を適用し、少なくとも「司法組織に関する」無効だけは保持する努力が散見されるものの(例えば、160 条にかかる鑑定人の宣誓に関する 1987 年 3 月 17 日決定<sup>250</sup>)、当事者の利益のためにおかれていると推定される方式が遵守されなくても、その当事者がこうむった実質的損害が証拠によって明らかにされない限り、無効の制裁

を生じないという不利益が発生するのである。刑事訴訟法典におかれた諸方式の意義を、「司法の完全な客観性 *parfaite objectivité de la justice* に対する基本的保障と、司法官や警察官の人間性に固有の全ての弱点からの保護」が問題であれば、被疑者に対して発せられた勾留状の失効を確認し釈放を命じたリヨン控訴裁判所重罪公訴部決定<sup>251</sup>は、右と同様の見解をとり、こうした関係者の利益の侵害の証明を必要とする無効手続について「法律の規定からその実質とその効果の両方を奪い、右規定を単なる注意規定 *recommandation* に低下させる結果になる」<sup>252</sup>と批判的見解を示した。

## 2 防御権の侵害と無効

このように批判の多い 802 条が、方式の不遵守から損害が生じたことの挙証責任については定められなかったが、無効を主張するものが挙証責任を負うとする見解もあった。同様に判例も、特段挙証責任については言及しておらず、「破棄の申立人が、無効の控除的性格を主張して、802 条の適用を回避させようとする」<sup>253</sup>といったような弁護の容易さによって挙証責任については不問とされている。

それでは、鑑定手続において、当事者の利益と無効が争われた事例は鑑定法に規定されただのような方式についてであったか、またどのような理由によって鑑定無効が認定され、どのような理由によってそれが認定されなかったのか、そして最後に当事者の関与が何によって、そしてどのような形式で導入されているのかについて検討したい。

## 3 無効

現行鑑定法では、「無効の制裁のもと *a peine de nullité*」に規定されている方式は存在しない。したがって、公序的無効ないし実質的無効が問題となる。

公序的無効については、同一の手続方式についてはほぼ安定した見解が示されている。つ

まり司法の適正な運用のためにおかれた規定の違反についてはほぼ一律に無効が言渡される。

他方、争いがあるのは実質的無効が主張されるときである。特に当該方式の不遵守が関係者の利益を侵害するないし防御権を侵害しているとの主張は、既に述べたように裁判所によってしばしば退けられた。しかも緻密に規定された当事者関与の規定をもって、当事者の利益の侵害がないことの根拠とされるという矛盾した現象を生み出しているのである。

### (1) 公序的無効となるもの

#### (a) 例外的鑑定人選任時の手続

1960年6月4日オールドナンス第60-529号は「例外として、裁判所は、理由を付した決定をもって、第1項の名簿のいずれにも登録されていない者の中から鑑定人を選任することができる」とした。この方式がどのような性質の手続であるかについての見解については争いがない。

破棄院1983年10月25日判決<sup>254</sup>は、「157条3項に規定された名簿に搭載されていない鑑定人は理由を付した命令によってのみ例外的に選任されうる。その瑕疵はその選任を無効にする」とした。右裁判で弁護人は上告趣意書の中で、名簿に登録されていない心理鑑定人の任命について、特に理由を付した決定を行わなければならないにもかかわらず、これを行わなかったこと、また事件の本案にかかる人格鑑定であったにもかかわらず単独鑑定人に行わせしめたこと、さらに再鑑定の鑑定人も名簿に登録されていなかったにもかかわらず、上記の「理由を付した決定」によって選任されなかったことを根拠に手続の無効を主張した。これに対し破棄院は「再鑑定の鑑定人の1人は名誉鑑定人であり、名簿に登録されていないがその能力の保障がある」として、理由を付した決定によらず選任された名誉鑑定人については、その選任の有効性について留保しながらも、その他の名簿に登録されていない鑑定人の選任に関しては能力の保障がないことも指摘しながら、157条3項の手続違反

を理由とした無効を言渡した。同様の決定については破棄院 1990 年 5 月 15 日判決<sup>255</sup>において、予審で行われた血痕鑑定について、2 人の鑑定人のうち 1 人が名簿に登録されていなかったにもかかわらず特に理由を付した決定による選任を行っていないことについて、また被害者の医学鑑定をした鑑定人の選任に関しても同様に 157 条を誤解釈したものとして無効とされた。翌年の破棄院 1991 年 2 月 26 日判決<sup>256</sup>では弾道鑑定を行った鑑定人について、右鑑定人がいずれの名簿にも登録されておらず、その選任に際して理由を付した決定を行っていないことについて、裁判所は「157 条は司法の適正な運用 *bonne administration de la justice* のためにおかれている」としたうえで、その方式違反を無効理由とした。

破棄院 1983 年 3 月 18 日判決<sup>257</sup>は 157 条 3 項の違反があったにもかかわらず軽罪裁判所がこれを看過し無効の言渡しを行わなかった手続について被疑者側は「公序的無効がどのような理由で援用されうるとしても」としたうえで「157 条後項の規定というのは控訴裁判所の鑑定人名簿に載っていない鑑定人を指名する決定に理由を付さなければならないような公序的なものであるので控訴裁判所は、そのような方式違反のもとで行われた鑑定人選任を無効にすることを確認する義務があった」ことを主張し、破棄院もこれを確認しながらも、157 条後項の規定違反が本案の防御の前に主張されなかったという理由でその請求の不受理を宣告した。その理由として破棄院は、当事者への移送通知の違反が無効理由となることを規定した法典 385 条が、事件の本案の防御の前に無効の申立てを行うことを規定していることを引用して次のように続けた。つまり「同条の一般的理解は、呼出状の交付までに行われた無効行為と交付の範囲内で行われた無効行為を全く区別せずに、それ(滝本註:失権の制裁の元に事実審の弁護の前に提出すること)と関連付けられているため「呼出状の無効の抗弁であれ、それ以前の手続の無効の抗弁であれ、失権の制裁のもとに本案の防御の前に無効の申立てを行わなければならない」として「失権 *forclusion* の制裁のもと、事実審の弁護前に示されなければならない」と判事した。つまり当事者がこの申立てを行うべきこと、さらには本案の開始時点を過ぎた申立ては受理されないとしたのである。

また、破棄院 1984 年 1 月 24 日判決<sup>258</sup>は予審判が任命した鑑定人が「157 条に規定された名簿のいずれにも登録されておらず、そして予審判事はその条文 157 条 3 項によって命令に理由を付さない場合、その決定は無効であり、そして控訴院弾劾部が手続を掌握しているとき、206 条の条文により無効を職権で言い渡さなければならない。とし、1984 年 3 月 6 日<sup>259</sup>も 157 条 3 項が司法の適正な運用のためにおかれていることを挙げながら、これを確認している。

## (b) 宣誓

160 条 2 項は国選名簿および控訴裁判所作成の地方名簿のいずれの名簿にも登録されていない鑑定人は彼が任命されるごとに予審判事の前で宣誓をしなければならないとしたが、この方式の違反について破棄院 1979 年 7 月 25 日判決<sup>260</sup>は鑑定は無効を導くものであった。これは 1991 年 9 月 14 日判決<sup>261</sup>でも確認されており、例外的に選任された名簿に登録されていない鑑定人の宣誓は公序的方式である重要な手続である。

またそうした宣誓が適式に行われたことをどのような証左によって確認しうるかについて、破棄院 1987 年 3 月 17 日判決<sup>262</sup>は、訴訟書類中にそのような宣誓についての規則によった記録も明記されておらず、そして宣誓の文言が 160 条の規定にあっているけれども鑑定書において、鑑定人の宣誓について言及しているだけならば、公共の秩序に由来し司法のよりよき運営をめざして規定されたところの 160 条の規定を満たすと考えることは許されない、として無効が言渡された。宣誓は、まさしく「司法の適正な運用」のための方式であるが、例外的に選任された名簿に登録されていない鑑定人の宣誓については、公判における鑑定人の宣誓と比較して厳格に遵守されるべき方式として理解されていると考えられよう。公判での宣誓については後に詳しく検討する。

## (c) 報告書の署名

刑事訴訟法典 166 条では報告書に関して遵守されるべき方式が規定されている。その中で鑑定書への鑑定人の署名についての 166 条の規定について破棄院 1987 年 3 月 17 日判決<sup>263</sup>は「司法の良い運営の観点から規定されたものであり 802 条の適用を排除する」としたうえで「任命された鑑定人のいずれかの署名がない鑑定報告書は無効である」として、公序的無効であることを示した。

(d) 通知

刑事訴訟法典 167 条に規定された鑑定結果の通知手続について破棄院 1979 年 6 月 26 日判決<sup>264</sup>は「軽罪裁判所は重要な規定違反ないし公序違反を結果として生じるような予審 information の無効を確認する権限を有する」としたうえで「167 条の違反に由来する防御権の侵害といった事例はこのようなものである」として通知手続の不遵守を無効理由としている。

(e) 公判での宣誓

刑事訴訟法典 168 条に規定された公判での宣誓については既に前節で詳細に検討している。ここでは、概要を確認するのみにしたい。

まず、破棄院 1978 年 9 月 9 日判決<sup>265</sup>は鑑定人が証人の宣誓を行って法廷で陳述した場合を無効事由とせず、さらに破棄院 1993 年 1 月 20 日判決<sup>266</sup>は証人と鑑定人の二重の資格を持つ者が、鑑定人の宣誓のみを行ったときも同様に無効としなかった。さらに破棄院 1992 年 10 月 7 日判決<sup>267</sup>は鑑定人が、鑑定人と証人の宣誓を兼ねたそれを行った場合に無効事由とならないとした。

また、裁判官が鑑定人が鑑定任務について法廷で説明を行わせる場合には、281 条に基づいて鑑定人の氏名を当事者に通知していない場合に、裁判官の自由裁量によって右鑑定人を聴聞した場合、1967 年 6 月 14 日<sup>268</sup>は、168 条に規定された宣誓を行わなければならないとしており、この方式を欠いた場合には無効となることを示した。これはその後の破棄院判決でも確認されている。<sup>269</sup>

また、具体的にどのような内容の宣誓が鑑定人の宣誓にあたるかについて、破棄院 1973

年 12 月 19 日判決<sup>270</sup>は、「法廷における鑑定人の宣誓のために採用された定型表現が、168 条の定型表現を正確に再現しないけれども、しかしながらそれを歪曲することも限定することもなく、その意味を示していたときには、無効は存在しない」とした。これはその後破棄院 1975 年 2 月 19 日判決<sup>271</sup>においても確認されている。

## (2) 実質的無効が主張され認められなかったもの

いわゆる実質的無効 *nullité substantielle* がどのような経緯で刑事司法手続上重要な機能を持つようになったか、またここから、防御権の侵害が予審処分の無効について重要な基準となったことは既に概観した。さらには、防御権の侵害を理由とする鑑定手続無効の申し立てが認められることは稀であった。

ここでは、右防御権の侵害を理由とする鑑定手続の無効の申立のうち、どのような方式についてどのような理由で右無効が否定されたかについて検討したい。

### (a) 選任

例外的に名簿非登載の鑑定人を選任する場合の 157 条 3 項について、破棄院 2002 年 12 月 22 日判決<sup>272</sup>は、石油の爆発事故の鑑定任務の複雑性を理由として、当初選任されていた鑑定人(控訴裁判所の名簿から選任されたもの)に 2 人の名簿非登録の鑑定人(科学警察研究所の技官)を追加した際に、理由を付した選任の決定を行わなかったことについて当事者からの右選任の無効が主張されたものである。これに関して破棄院は、予審判事が、ただ「職務遂行の複雑さ」から名簿に登録されていない 2 人の鑑定人を任命しうるとし、その理由としてその 2 名の鑑定人の専門的職務の性質が、遂行すべき任務のために特別な能

力を正当化するに十分であることを挙げ、結論として右選任が関係する当事者の利益を侵害していないとして、右選任無効の申立を退けた。

#### (b) 鑑定書の提出期限

また、161条に規定された鑑定書の提出期限については、破棄院1979年10月16日判決<sup>273</sup>によって否定されている。右事案は、2人の鑑定人による2人の予審対象者の精神鑑定であるが、当初予審判事によって設定された期限の2ヶ月後に鑑定書が提出されており<sup>274</sup>、右遅延についても予審判事が理由を付した決定によらなかったことについて当事者から鑑定無効の申立がなされたものである。

これに対して破棄院は、161条が、条文上の無効ではないこと、さらには防御権の侵害が存在しなかったことを理由として右申立てを退けており、特に防御権の侵害に関連して、鑑定結果の通知時に当事者がこれに異議 observation を示さなかったことを理由として、防御権の侵害が存在しなかったとした。

鑑定書の提出期限は、治罪法典体制下では鑑定の期限が定められず手続上の問題が頻発したことから置かれた方式であり、立法経緯からみても重要な方式といえる。にもかかわらず、そうした方式違反を、防御権の侵害の不存在から無効としなかった判断には、無効理由の過度な縮小といえよう。また、本決定においては、防御権の侵害の証左を異議 observation の有無としたところに特徴がある。

#### (c) 追加的鑑定人の鑑定書

162条は、鑑定人が任務の遂行中に他の専門知識を必要とする場合には、予審判事に対して追加的に当該専門領域の専門家による任務の補助を請求できるとしたものである。

破棄院 1974 年 2 月 28 日判決<sup>275</sup>は、こうした追加的鑑定人の報告書を鑑定人の報告書に統合的に添付することを定めた 162 条の 3 項違反について、「専門家が作成した別の報告書が、必要な時に、手続の書類 dossier に添付されていたおり、そして鑑定人がその内容を知りえていたからである」として「もし鑑定人に追加された専門家の鑑定書が、鑑定人の報告書に統合的に添えられなければならないとしても、防御権の侵害が存在しないため、無効は存在しない」として、追加的鑑定人の報告書については、その報告内容が実質的に本鑑定の結論に論理的影響を与えていたことのみを必要とし、本鑑定を無効とするような重要な方式にはあたらないと結論付けた。しかしながら、追加的鑑定は、まさに本鑑定の中核に関わる事項について行われるものであり、そうした追加的鑑定の報告がどのような形態で本鑑定に影響を与えたか、またその内容に誤りのないものであるかは、補充鑑定ないし再鑑定を請求するうえで重要な事項であろう。追加的鑑定報告書が統合的に添付されていないという手続方式違反は、本鑑定の無効理由にはならないにしても、補充鑑定ないし再鑑定の請求にあたっては考慮されるべきであろう。

(d) 封印物

かつての 163 条では、鑑定対象となる対象物の封印の開披および再封印について、刑事訴訟法典 97 条による予審対象者およびその弁護人の立会が必要とされていた。こうした調査対象物の封印および開披への立会権について破棄院 1960 年 11 月 24 日判決<sup>276</sup>は現行犯について、「たとえ鑑定人が予審証拠調 information 開始前に任命されたとしても、163 条は予審の証拠調が開始するとすぐに適用される」としたうえで、「この条文の違反の帰着であるところの無効は、しかしながら防御権の侵害が存在する場合のみ移送の判決の破棄を導く」とした。封印物に関する 163 条 2004 年 3 月 9 日法律第 2004-204 号での改正によって 97 条 4 項の適用を排除した。これは一連の鑑定法改革の中の批判すべき後退であるといえよう。

(e) 参考人・証人

165 条は「当事者は、鑑定過程において、鑑定を命じた裁判所に対し、鑑定人が、ある種の調査を行うこと又は専門的な参考資料を提供することのできる者として指名された者の供述を聴くことを命ずるように請求することができる」ことが規定されている。破棄院 1970 年 4 月 11 日判決<sup>277</sup>は嫌疑に先立って鑑定が行われた場合に本条の権利を享受できなかったことが防御権の侵害となるか否かについて争われた。

本事案は製糖工場からの排水が農地及び用水関係法典 code rural 434 条 i に該当する水質汚染の原因になっているかどうかの鑑定の遂行が、右法人の嫌疑前に行われたものであり、2 人の鑑定人によって行われた。右法人は鑑定命令時には手続上予審対象者ではなかった。右選任についての決定が右法人に通知されなかったことについては、当時の 159 条によって規定されていた「事件の本案にかかる鑑定であるにもかかわらず、単独鑑定人を選任した場合にのみ当事者に鑑定人の選任を通知しなければならない」規定に本事案はあたらず、また嫌疑後に通知された鑑定報告書について、予審対象者は予審判事に対して意見書を提出し、その中で報告書について批判を行っており、さらにそれを意見書として予審判事に提出し、そこから右意見書は鑑定人に送付され、さらには意見書に対する鑑定人からの回答も予審対象者に通知されている。また、予審、控訴院重罪公訴部、および決定への抗告に際しても再鑑定を請求しているが、そのいずれも「再鑑定によって新たな情報 element が得られる可能性はありえない」ことを理由として却下されている。

したがって、本決定では「鑑定報告書の提出後に取調べされた被疑者 prévenu が、165 条で認められた権利を享受しえなかったとしても、鑑定の結論が嫌疑の前に 167 条よって知れた以上、また新しい調査を実行するよう鑑定人に命令することを、予審判事に請求する全くの自由が同様にある以上、弁護側の権利に対するいかなる侵害も存在しない」として右鑑定の無効の申立てを退けた。ここにおいては再鑑定請求が 165 条に認められた権利の侵害に対して補充的に機能していることに注目したい。再鑑定請求権は、鑑定法に規定された諸方式の違反によって侵害された当事者の権利を実質的に補填しうる手段として予定されているともいえよう。

(f) 人員

166 条は、主に鑑定書にかかる方式について規定している。適式に行われた鑑定および、その経過および結論を記した鑑定報告書の評価について、複数鑑定人が任命されたにもかかわらず単独鑑定人によって遂行された鑑定およびその鑑定書の無効が破棄院 2000 年 2 月 1 日判決<sup>278</sup>によって争われた。右事案は、1995 年 7 月 20 日の決定によって事件の複雑性を理由として 2 名の鑑定人が任命されたが、そのうちの 1 人が右鑑定任務の遂行を予審判事宛の書面で拒否し、残る 1 人によって鑑定が行われたものである。このような鑑定書の無効について控訴院重罪控訴部は「事件の複雑性がどのようなものであろうとも、その決定において右複雑性が特に言及されることも理由を付されることもないような場合に、専門的問題に関してのみ設定された任務の単独鑑定人による遂行は防御権の侵害をもたらすような性質のものではない」とした。しかしながら、これについて上告人は趣意書では、以下の 5 点を理由として無効を主張した。第一に、1995 年 7 月 20 日決定は、明確に事案の複雑性を理由として 2 人の鑑定人によって鑑定が遂行されることを明示したものであるが、ここで示された複雑性は「特徴付けられるような、また理由を付されるような性質の決定」を必要とするようなものではないが、重罪公訴部は「この決定への控訴についても、その決定に関する無効の請求についても裁定せず、無効の確認をしなかったが、これは重罪控訴部の権限を越えている」とした。また第二に「鑑定人の任命は黙示のものではない」と任命手続が裁判官による明示の決定によることを確認し、本事案は「結果としてグロッシン Grossin 鑑定人の任務を確認した重罪控訴部は『黙示の同意 accord tacite』に任命を関連付けている」として「重罪公訴部は、単独鑑定人に与える明示の委任を欠いていたということを理由として、鑑定を無効とすべきであった」と主張した。そして第三に、予審判事が単一の鑑定を遂行するために 2 人の鑑定人を選任した場合には、2 人は「一緒に共同で **ensemble et conjointement**」自らに与えられた任務を行わなければならないとし、そして「単独でそのように定義付けられた任務を行った鑑定人は委任者たる裁判官によって自らに与えられた権限の領域を侵すものである」と述べた。第四に、上記のように「予審判事によって任命された鑑定人によって行われるも処分」を含む「権限を超過」したような処分について、そうした鑑定人が「自らの権限に属する委任の文言を尊重」しないことによって「損なわれた」予審処分の無効は、「損失の証明を

前提としない」ことを主張したのである。そして第五に、予審判事によって2人の鑑定人に与えられた任務を単独で遂行した鑑定人の所業について、彼の提出した鑑定報告書の結果が後に捏造であると明らかになるのだが、これによって「真実の発見が、その適切な権限を理解しなかったことによって大きく変質した」として、被告人は不服申立てを行っていることを主張した。

上記の理由で申立られた鑑定処分の無効を却下しながら、破棄院は以下のように回答し、防御権の侵害が存在しないとした。つまり「予審判事が事案の複雑性を理由として2人の鑑定人に遂行するよう決定したところの上告された決定は、予審判事に宛てられた書面によって1名の鑑定人が与えられた任務の遂行を拒否し、もう1名のみが遂行して報告書を提出した。そして第二の鑑定は同様の任務を内容とするものであるが、2名の新たな鑑定人に委嘱された」経過を参照しながら破棄院は「最初の鑑定の無効の申立てを却下するにあたって、重罪公訴部は、裁判官によって任命された2人の鑑定人のうちの単独での任務の遂行は防御権の侵害をもたらす性質のものではないと述べている」ことの理由として、やはりただ単に「どのような損害も申立人によって引き合いに出されていない」として、損害が証明されなかったことを理由としているのである。さらに「もしもそれが鑑定人の結論の証明力に影響を与えうるとしても」として、手続が適式に行われたかどうか、当該鑑定書の証明力に影響を与えることを示唆しながら、これを無効事由とは認めず重罪公訴部の決定を支持した。

本事例では、鑑定人の人員が、当初命令されたそれではなかった場合の取扱いであるが、その中で、手続の遵守と証明力の関係が示唆されている点で興味深いものである。しかし他方で、防御権の侵害の証明を当事者に課す可能性を示す点、批判の余地があるといえよう。

#### (g) 通知

鑑定報告書の当事者への通知手続について規定している167条に関連して同条の鑑定結果の当事者への通知違反については、破棄院1966年2月22日判決は「違反が無効によって明示に罰せられないとしても、その違反が結果として弁護人の権利を減じるならば、その手続は無効である」とし、176条違反がこうした無効事由となるかどうかについては防御権

の実質的侵害の有無によることが示唆された。<sup>279</sup> これをうけて破棄院 1970 年 5 月 23 日判決では 196 条を根拠として、防御権の実質的侵害はなかったとした。<sup>280</sup>しかしこうした破棄院の見解は破棄院 1973 年 5 月 15 日判決<sup>281</sup>の決定をもって大きく転換する。同決定では 167 条違反について、明文上の無効事由とはならないものの同条に規定された手続は重要な手続にあたることを認めるものであった。

こうした 167 条違反についての裁判所の見解が防御権の侵害との関連で議論されるようになったのは 1979 年 6 月 26 日判決<sup>282</sup>以降であった。同判決は、「軽罪裁判所は、重要な手続もしくは公序違反が結果として生じるような予審証拠調べの無効を確認する権限を有する」としたうえで、「167 条の違反に由来する弁護人の権利の侵害といったような事例はこのようなものである」とした。

しかしながら、167 条違反が防御権を侵害したとして鑑定は無効を主張した場合に、上記の「防御権の侵害」の認定を必要とすることから、その無効の申立が退けられる事例が多く存在している。例えば破棄院 1988 年 3 月 15 日判決<sup>283</sup>では、118 条によって予審対象者の弁護人にむけた召喚通知の発送のためにおかれた期間が、規定よりも少ない 3 営業日しかなかった事例では、右違反が結果的に予審対象者の利益を侵害していることが立証されず、さらには鑑定結果の通知の後に、その弁護人のうちの 1 名の出席のもとで異議を述べるための期間が与えられているといった理由から、防御権の実質的侵害がなかったものとされ、右手続の無効は認められなかった。同様に破棄院 1988 年 6 月 7 日判決<sup>284</sup>でも、破棄院 1988 年 3 月 15 日判決と同様に、予審対象者の弁護人への通知にかかる 118 条および検事正への通知にかかる 119 条によって規定された、召喚状送付から予審対象者の尋問開始までの期間が 4 営業日に短縮されていたことについても、防御権の侵害は認められなかった。これに加えて、同破棄院判決では、167 条の適用によって予審対象者に鑑定報告書の通知をなした調書が、手続の無効と訴訟関係者の利害に関する 802 条を適用して、118 条違反により無効となるような事由であったとしても、197 条に基づく書証 *pièces* の移転の命令後の時点で、予審対象者の弁護人がその手続を理解しているため予審対象者が補充鑑定か再鑑定を請求しえる以上、その無効の言渡しは理由がないとされた。

#### (h) 宣誓

168 条は後半における鑑定人の宣誓手続について定めたものであるが、この手続違反を理由とする鑑定手続無効について、破棄院 1990 年 3 月 7 日判決<sup>285</sup>で争われた。右決定は鑑定人によって他の手続で行われた鑑定内容が、鑑定人の聴聞中に伝えられ、かつそれが一件書類の中に加えられていない場合、弁護側の権利を侵害していない。なぜなら被告人 *accusé* が弁論においてその鑑定について宣誓を請求しておらず、鑑定人の供述が反対弁論に服しているからである。

### 第3項 小括

本項で検討したように、単独鑑定人を原則とする現行制度では、鑑定手続の対審化を実現するための方途の一つとして、当事者の鑑定手続関与を立法段階で明文化した。しかしながら、こうした関与は、同様に対審の原則に基づく防御権の存在によって、大きく制限されることとなる。つまり、手続無効の訴えは、1975 年に刑事訴訟法典 802 条の新設以後、当該手続が当事者の利益を侵害したことを要件とし、それは特に防御権の侵害の証明を当事者に課すという形での制約として現れた。具体的には、既に検討したように 161 条に規定された鑑定報告書の期限の不遵守を理由として手続無効が申立られた破棄院 1979 年 10 月 16 日判決は、防御権の侵害の証明を必要としたうえで、裁判においては鑑定の手続無効を認めなかった。また 167 条による弁護人への召喚通知の発送が遅滞した手続に基づく鑑定無効に関する 1988 年 3 月 15 日決定でも、当事者の利益が侵害されたことの証明を当事者側に課したのちこれを退けている。

当事者の関与の保障が、鑑定手続の対審化といった形で鑑定の客観化・透明化の実現に有効な構造を提供すると考えられることはフランス鑑定法立法段階の議論をみても明らかである。しかし現実のフランス刑事手続制度下で鑑定の対審化という目的は、運用上の諸問題、(その綿密な手続化により増大する手続無効の申立とそれによる司法への過度な負担)を解消するための現実的要請から 1993 年法改正での 802 条の立法により右目的が後退せしめられる結果になっている。つまり、手続違反を理由とした鑑定手続無効請求は明文で手

続の無効が規定されている(明文上の無効)場合を除いては、当事者の利益が右違反によって侵害されていることが証明されない限り当該鑑定手続は無効とはならないのである。この場合、次の二つが問題となろう。つまり第一に当事者参加手続の不遵守といった当事者の利益侵害を理由として手続の無効を求めるためには、右不遵守によって当事者の権利が侵害されたことの立証を必要とするといった論理的に矛盾した対応を余儀なくされていることである。また第二に、宣誓のように「公共の秩序に由来し、そして司法のより良き運営をめざして規定された」<sup>286</sup>手続違反ですら、当事者の権利との利益考量のもとにおかれてしまうといった立法趣旨に矛盾した運用を余儀なくされている点である。

## 第5節 本章のまとめ

フランスにおける精神鑑定制度は、1890年代からの実体法と処遇の議論の近縁性・関連性とは若干の(相対的ではあるが)距離をおきながら、その後1950年代に展開された手続の対審化によって鑑定手続の客観性と手続の透明性を保障するための制度的枠組みが模索されてきた。

つまり従来から、限定責任能力概念は実務上量刑問題として解消されながら法の空白を埋めてきたが、1894年刑法典においてようやく1905年ショミエ通達で明らかにされた混合的方法が明文化されたが、これは保安処分導入の議論から派生した「犯罪者処遇の個別化」の思想を刑罰の内部領域に適用したものとされる。限定責任能力規定の導入はフランスにおける刑事政策の理念が、「保安処分」を否定しながらも人的個別化原則を徹底させることにより、手続と刑罰の場への精神医療網の浸透と保安的観点の均衡として展開していると評価されていることを確認した。

他方で1950年代の新社会防衛論を背景に、刑法における責任能力論を「抽象的な様式とフィクションで満足する伝統的法律主義」<sup>287</sup>として批判された中で、先進的な精神医学と、時代遅れとされながらも制度的な基盤を持つ責任無能力者不処罰の制度の実質的な調整を図る機能を有するものとして意識されたのが、精神鑑定医の役割であった。

他方で鑑定制度では1950年代に高まった前時代の刑事司法手続への批判から鑑定人

の中立性・客観性を如何にして保障するかが論点となった。その結果①鑑定人選任段階で鑑定人の中立性を保障する鑑定人名簿登録制度と、②鑑定人相互の関係性の中に客観性を実現する複数鑑定人制度(これは後に原則ではなくなったが)、③そして鑑定手続内部に「対審」構造を導入すること、具体的には当事者への鑑定過程での諸通知や不服申立制度、再鑑定請求制度、そして裁判官がそれら当事者からの申し立てを却下する際に「理由を付した決定」を義務付けられることを主たる内容とする鑑定手続への関与形態によって外部からの監視機能がおかれたのである。特に最後の決定に理由を付す実務は、裁判官が証拠説明責任を免れている日本の制度に必要とされる点を強調したい。

しかしながら現実にはこうした「対審」構造も特に1993年の刑事訴訟法典第802条の立法によって、当事者からの手続無効の申立が、当事者の利益の侵害が立証されないことを理由に後退させられているという大きな問題状況に直面しているのである。

しかし、現行刑事訴訟法立法段階にみられる鑑定手続の対審化に向けた努力は、未だ再考察の価値を持つものとして肯定的に評価されよう。日本における鑑定の客観化・手続化といった目的を追及する際に、右目的を担保するものとしての鑑定人の自律性・独立性の保障(鑑定人選任過程の可視化・手続化)と併せて、当事者の鑑定手続への関与とその関与の手続上の保障が今後更に議論されてしかるべきである。

### 第3章 結論

本稿ではフランスにおける鑑定手続を概観したのち、鑑定人の自律性を保障するものとして鑑定人選任手続(鑑定人名簿制度)の実際を概観した。さらにそうした鑑定人の自立性を保障し「鑑定の客観性」を担保するものとして展開されたフランス刑事訴訟法典編纂段階の「鑑定の対審化」議論をベッソン報告から検討し、その「対審化」の議論と並んで「鑑定の客観性」を実現するために意識的に導入されたのが当事者の関与を保障する綿密な手続規定であった。<sup>288</sup>しかしこの当事者の関与の実現にも近時、大きな制限を課すようになる。つまり刑事訴訟法典802条に手続無効について「当事者の利益が侵害された場合」にこうした無効を主張しうるとしたことは、極めて示唆的である。つまり、再審請求、異議申立て、そして抗告権が十全に認められた手続法体制下において、そうした当事者の諸権利が現実の裁判制度を圧迫してゆくというフランスの現況は、鑑定の客観性を担保するフレームワークを

手続法外にも用意しなければならないということであろうか。ともあれ、当事者関与のための手続が逆に当事者関与を規定するフランス鑑定法を制限していく論理矛盾が現段階でのフランス鑑定法の限界であろう。

残された課題を簡単に述べると、次のようなものが想定される。まず①「迅速な裁判の実現」と「鑑定の適正化」の拮抗関係からより実効性のある人権保障制度の構築、ついで②国際準則による制度監視体制の創設がそれである。

まず①について、本研究では、刑法・刑事訴訟法・刑事政策の議論の相互性・有機性の人権保障的に作用するという仮説に基づいて検証を行った。その中で、手続の適正化と実体法から処遇に向けた恒常的なフレームワークの構築が必要であることを述べた。しかし、この人権保障体制をまさに国内法にのみとめることが、果たして実効的であるかどうかという問題に行き着いた。先に述べたフランス刑事訴訟法典 802 条のごとき、手続の破綻を引き起こしうる緻密な方式策的が実効的ではない可能性は否定できない。

そこから、人権保障のフレームワークを、国際法にも求めうるか否かという視点が想起される。日本の歴史研究からも見いだされる、外交問題と触法精神障害者処遇の関係性もその契機となりうるものであった。したがって残された課題②については、拘禁施設における処遇環境にかかる国際基準だけでなく、専門家の司法共助についても模索されなければならない。そのためには、大陸法系の「鑑定人」より抽象的な「専門家の司法共助」として、法体系の違いを超えた領域に普遍的な要請を検証する必要がある。

<sup>1</sup> 予審については、高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(1)～(5)―予審制度の成立と展開」、白取祐司「憲法・刑事手続・予審―フランス法研究の視座―1―」、沢登俊雄「予審の機能」、沢登佳人「フランス刑事訴訟法における「判決手続と訴追・予審との機能分離の原則」と「陪審制度・自由心証主義および口頭弁論主義の一体不可分性」」参照。

<sup>2</sup> 白取祐司「予審改革に関するフランス 1897 年法律の制定過程」参照。

<sup>3</sup> 1993 年1月4日法により、具体的には両当事者が予審処分を請求する権限を有すだけでなく、予審判事がこの請求を却下した場合には、両当事者は上訴することができることとなったのである。

<sup>4</sup> 小西吉呂「フランスにおける責任能力論の変遷と限定責任能力:19 世紀を中心として」、pp.122-123 では、限定責任能力をめぐる議論は、当初、素朴な人道主義あるいは責任主義の観点から議論され、その後、実務における経験あるいは実証主義学派の理論などを踏まえて、限定責任能力問題の処遇論・刑事政策論との関連が意識されるようになったとされる。これには新社会防衛論の影響といった側面からも理解される。さらに、20 世紀半ばまで、各種立法提案は限定責任能力者を保安処分の対象にしたが、これが現実となることはなく、1970 年代以降には、保安処分というカテゴリーを放棄する方向のもと責任無能力にまで至らない精神障害者を広く治療的性格を備えた刑罰に服させようとしている。

小西論文公表後の動向は、さらに進んで近時では、処遇の人的個別化原則のもと、処遇の充実により限定責任能力問題を解決しようとする試みがあり、限定責任能力問題は刑法上の議論を離れて、純粋に刑事政策上の課題として理解する傾向を見出さう。

<sup>5</sup> 小西吉呂「フランスにおける責任能力論の変遷と限定責任能力:19 世紀を中心として」、p. 112。

<sup>6</sup> ショミエ通達と 1959 年 2 月 27 日法 C.345 条の関係について、影山任佐「フランスにおける刑事精神鑑定について」、p.1385。

<sup>7</sup> Merle et Vitu, *Traité de droit criminel tomeII procédure penale*, p.259. また、Besson, ‘Rapport sur le projet d’expertise’, no.13, pp. 43-44 では裁判官の選任した鑑定人が「検察官の鑑定人」であるという「仮説」が下院での鑑定法についての審議の場で展開されたことに関する記述がみられる。

<sup>8</sup> Michel Foucault et autres, *Moi, Pierre Riviere, ayant egorge ma mere, ma soeur et mon frere-- : un cas de parricide au XIXe siecle*, Gallimard, 1973. 邦訳は岸田秀・久米博訳『ピエール・リヴィエールの犯罪』(河出書房、一九八六)。

<sup>9</sup> 多賀茂「奪われた狂人たち」参照。

<sup>10</sup> 多賀茂「奪われた狂人たち」、p.78。

<sup>11</sup> Harris, *Murder and Madness*.

<sup>12</sup> Harris, *Murder and Madness*, p.25.

<sup>13</sup> Harris, *Murder and Madness*, p.p.26-28.

<sup>14</sup> Harris, *Murder and Madness*, p.29.

<sup>15</sup> Harris, *Murder and Madness*, p.p.63-64.

<sup>16</sup> Harris, *Murder and Madness*, p.65.

<sup>17</sup> Harris, *Murder and Madness*, p.9.

<sup>18</sup> Harris, *Murder and Madness*, p.p.80-82.

<sup>19</sup> Smith, *Trial by Medicine*.

<sup>20</sup> Laingui, *La Responsibilite penale dans l’ancien droit (XVIe-XVIIIe siecle)*, Librairie generale de droit et de jurisprudence, 1970, p.173.

<sup>21</sup> 平野泰樹、『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』, pp.53-54 頁。

<sup>22</sup> 多賀茂「奪われた狂人たち」、80 頁に紹介されている Alien Bigorre, *L’admission du malade mentale dans les établissements du soin de 1789 à 1838*, Thèse présentée à la Faculté mixte de Médecine et de pharmacie de Dijon, et soutenue publiquement le 15 décembre 1867, p.20 参照。右文献は本稿上程までに入手しえなかった、引用は多賀教授の前記文献による。

<sup>23</sup> Gasparin, *Rapport au Roi sur le hôpitaux, les hospices et les services et les service de bienfaisance*, Imprimerie royale, 1837, p.97.

<sup>24</sup> 以下、沢登佳人他『刑事訴訟法史』, p.157-158 。

<sup>25</sup> Montesquieu, *Lettres persanes*, Gallimard, 1973. 邦訳・大岩誠訳「ペルシア人の手紙」(岩波文庫、1950)。

<sup>26</sup> Beccaria, *Dei delitti e delle pene*, Rizzoli, 1950. 邦訳・風早八十二・風早二葉訳『犯罪と刑罰』(岩波文庫、1986)。

- 
- <sup>27</sup>平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』、p.60 以下。
- <sup>28</sup>平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』、p.78 以下。
- <sup>29</sup>平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』78-79 頁。
- <sup>30</sup> 平野○
- <sup>31</sup>沢登佳人他『刑事訴訟法史』、pp.160-161。
- <sup>32</sup>平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』、pp.86-88。
- <sup>33</sup>多賀茂「奪われた狂人たち」、83 頁では、1810 年刑法 64 条の同一条項に心神喪失と心理強制が同時におかれている理由として、以下のような見解を示しているのが興味深い。つまり、アンシャン・レジーム期の犯罪は王権に対する反逆者であり、刑法体系において王は唯一法の外部におかれ、法を外部から支える存在であったため無答責であった。それに対し、1810 年刑法期において、犯罪は理性が定めた規則に対する反抗であり、新しく法体系の外部におかれたのは非理性たる狂気であったことが指摘されており、興味深い。
- <sup>34</sup>平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』、90 頁以下。
- <sup>35</sup> 江口三角「フランス新古典学派の刑法思想」および「オルトランの刑法学」。また平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』、140 頁以下。
- <sup>36</sup> 平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』、pp.145-146。
- <sup>37</sup> Ortolan, *Éléments de droit pénal*, p.100.
- <sup>38</sup>平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』、p.142。
- <sup>39</sup> Ortolan, *Éléments de droit pénal*, pp.100-101.
- <sup>40</sup> Ortolan, *Éléments de droit pénal*, p103.
- <sup>41</sup> Ortolan, *Éléments de droit pénal*, 106.
- <sup>42</sup>平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』、p.150。
- <sup>43</sup> Ortolan, *Éléments de droit pénal*, pp.105-106.
- <sup>44</sup> Harris, *Murder and Madness*, ○
- <sup>45</sup>シヨミエ通達については ROSSINELLI G., ‘Loi Perben an II : paradoxes et évolutivité de la psychiatrie légale’, 271-279.
- <sup>46</sup>秋葉悦子、「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、p. 97。
- <sup>47</sup>赤池一将、「フランスにおける触法精神障害者問題の法的枠組みと政策対応」、p. 63-67。
- <sup>48</sup> Revue de internationale de criminologie et de police technique, vol.18, no.4, 196, p. 267 et suiv. 掲載ののジュネーブ医学心理学法律学研究グループ報告のグラヴァン Gravin○による総括に詳しい。平野泰樹『近代フランスの刑事法における自由と安全の史的展開』、p. 268。
- <sup>49</sup> 平野泰樹『近代フランスの刑事法における自由と安全の史的展開』、p. 272。
- <sup>50</sup> 森下忠「フランスの異常犯罪者法」、p. 79。上野芳久「フランス刑法改正の歴史(資料)」、p. 58。
- <sup>51</sup>上野芳久「フランス刑法改正の歴史(資料)」、p. 58。
- <sup>52</sup> 森下忠「フランスの異常犯罪者法」、p. 75。上野芳久「フランス刑法改正の歴史(資料)」、p. 63。
- <sup>53</sup>森下忠「フランスの異常犯罪者法」、p. 75。上野芳久「フランス刑法改正の歴史(資料)」、p. 63。
- <sup>54</sup> Loi n° 90-527 du 27 juin 1990 relative aux droits et à la protection des personnes hospitalisées en raison de troubles mentaux et à leurs conditions d’hospitalisation
- <sup>55</sup>秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、p. 91。
- <sup>56</sup>秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、p. 92。
- <sup>57</sup> La décision du 21 juin 1982 du Trib. gr. inst. de Bar-le-Duc, D. 1983. 95..  
秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、p. 91。
- <sup>58</sup> Projet modifié par l’Assemblée Nationale, portant réforme des dispositions générales du Code pénal, J.O. Sénat, Doc.,1989-1990 n° 15 p.8. 秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、p. 92。
- <sup>59</sup> ○国学院法学連載の報告書を簡単にまとめる。
- <sup>60</sup>秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、pp 91。
- <sup>61</sup>秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、pp 91-92。
- <sup>62</sup>秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、p. 93。
- <sup>63</sup>秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、p. 93。
- <sup>64</sup>秋葉悦子「触法精神障害者の治療と社会復帰—フランスの状況—」、p. 93。
- <sup>65</sup>田口寿子「触法精神障害者対策の現状と問題点(4・完)」、p. 89。

- <sup>66</sup> Arrêt du 14 octobre 1986 relatif au règlementation intérieure type des unités pour malades difficiles. 田口寿子「触法精神障害者対策の現状と問題点(4・完)」, pp. 89-90.
- <sup>67</sup> 田口寿子「触法精神障害者対策の現状と問題点(4・完)」, p. 90.
- <sup>68</sup> 田口寿子「触法精神障害者対策の現状と問題点(4・完)」, p. 92.
- <sup>69</sup> 訳文は、原則として法務大臣官房司法法制調査部編『フランス刑事訴訟法典』(法曹会、1999)に拠った。右資料は1997年5月の刑事訴訟法改正以前のものであるので、以後の改正を反映して著者が訳文を付記した。
- <sup>70</sup> 日本において、フランスの鑑定制度を紹介した最初の文献として、荒川正三郎「フランス刑事訴訟における鑑定について」、p.33 以下、次いで内田博文「フランスの刑事鑑定制度」pp.24-37.
- <sup>71</sup> Adyot, *L'expertise comptable judiciaire*, p. 16.
- <sup>72</sup> 荒川正三郎、「フランス刑事訴訟における鑑定について」、p.33 および Rassat, *Procédure pénale*, p.410.
- <sup>73</sup> クルツピの改革については、Aydalot, *L'expertise comptable judiciaire*, p 19 et ss および拙稿「フランス刑事訴訟法改正におけるベッソン報告書にみる鑑定の『対審』について」
- <sup>74</sup> Besson. *Le projet de réforme de la procédure pénale*, Dalloz, 1958, p 40 et ss
- <sup>75</sup> Rassat, *Procédure pénale*, no. 262.
- <sup>76</sup> Crim. 9 avr. 1991. Bull Bull. crim. no. 409. および Crim. 6 sept. 1993. Bull Bull. crim. no. 261.
- <sup>77</sup> Ordonnance n° 60-529 du 4 juin 1960 art. 1 Journal Officiel du 8 juin 1960
- <sup>78</sup> Circ. 1<sup>er</sup> mars 1993.
- <sup>79</sup> Crim.2 septembre.1986.Bull. crim. no.251 および Crim.6 octobre.1986.Bull. crim. no.270.
- <sup>80</sup> Crim.7 juin.1988.Bull. crim.no.258
- <sup>81</sup> Crim.8 avril.1987.Bull. crim. no.162.
- <sup>82</sup> Crim .19 octobre 1984. Bull. crim. no.310.および Crim. 20 août 1986, Bull. crim., no. 244.
- <sup>83</sup> Circ. 1<sup>er</sup> mars 1993.
- <sup>84</sup> Crim.2 septembre.1986.Bull. crim. no.251.
- <sup>85</sup> Crim. 25 mars 1980 , D. 1980. 579, note Chambon.
- <sup>86</sup> Loi n° 93-2 du 4 janvier 1993 art. 38 Journal Officiel du 5 janvier 1993 en vigueur le 1er mars 1993
- <sup>87</sup> 原文は avant-dernier et dernier alinéas となっており、81 条の最後の 2 項を意味するため本文のように訳した。前掲 Loi n° 93-1013 中の表記では「9 項および 10 項」との表記であるが、Loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 art. 126 VII Journal Officiel du 10 mars 2004 において、本文中の表記に改められた。
- <sup>88</sup> Loi n° 93-1013 du 24 août 1993 art. 8 Journal Officiel du 25 août 1993 en vigueur le 2 septembre 1993
- <sup>89</sup> 既出の 1993 年 3 月 1 日通達における文言では、これは 82 条 3 項であるが、1996 年の法改正における新条文創設のため 2004 年 12 月現在では 4 項となっている。
- <sup>90</sup> Loi n° 2000-516 du 15 juin 2000 art. 27 Journal Officiel du 16 juin 2000 en vigueur le 1er janvier 2001.
- <sup>91</sup> Crim.2 avr.1992.Bull.crim.no.139.
- <sup>92</sup> Rassat, no.260.
- <sup>93</sup> Crim. 4 déc. 1991, Gaz. Pal. 1992. 1. 381 note Olivier.
- <sup>94</sup> Rassat, *Procédure pénale*, no.261.
- <sup>95</sup> Crim.25 octobre.1983 . Bull crim. no.267; Crim .15 mai.1990. Bull. crim. no.193; Crim.26 février.1991. Bull. crim. no.98.
- <sup>96</sup> Crim.24 janvier.1984.Bull.crim.no.30; Crim.6.mars 1984.Bull.crim.no.90.
- <sup>97</sup> Rassat, *Procédure pénale*, no.261.
- <sup>98</sup> Crim. 26 novembre 2002, pourvoi no. 01-85.138.最近の裁判例でも、同様に、予審判事が自らの決定において、鑑定の緊急性と専門家の能力(特に会計学のそれを)を挙げていることから無効としなかった事例がみられる。(Crim. 30 oct. 2002, pourvoi no. 01-87.979.)
- <sup>99</sup> Crim. 18 mai 1983, pourvoi no. 82-93410.
- <sup>100</sup> Crim. 22 nov. 2000, Procédure 2001. Comm. 92, obs. Buisson. (legifrance で N° de pourvoi : 00-84746)
- <sup>101</sup> Crim. 25 juill. 1979. Bull.crim. no. 253.
- <sup>102</sup> Rassat, *Procédure pénale*, no.261.
- <sup>103</sup> Crim. 13 novembre 1990. Bull.crim. no.378.
- <sup>104</sup> Besson, Rapport sur le projet d'expertise, no.30.
- <sup>105</sup> Doll, La réglementation de l'expertise en matière penal,no. 370.
- <sup>106</sup> Doll, La réglementation de l'expertise en matière penal,no. 370.
- <sup>107</sup> Martin et Legueut, *L'expertise médico-légale*, p.100, Doll, *ibid.*○

- <sup>108</sup> Doll, La réglementation de l'expertise en matière penal, no. 370.
- <sup>109</sup> Doll, La réglementation de l'expertise en matière penal, no. 370.
- <sup>110</sup> Doll, La réglementation de l'expertise en matière penal, no. 371.
- <sup>111</sup> Doll, La réglementation de l'expertise en matière penal, no. 371.
- <sup>112</sup> Crim.9 avril.1991.Bull.crim.no.169.
- <sup>113</sup> Crim. 4 sept. 2002 (pourvoi no. 01-81.481)では、廃棄物の輸入について、「la liste verte 環境名簿」のいずれにあたるか、またこれに関する行政法規が税関のコントロール日に発効しているかどうか(知られているかどうか)、さらには右法規の説明の困難性が存在したかどうかについての鑑定について、破棄院は次のように述べた。「仮に控訴院公訴部が、刑事訴訟法 158 条に違反して、自らが任命した鑑定人に対して、裁判所が管轄する事件に適用可能な諸条文が、税関のコントロール日に発効しているかどうか、そしてそれらの条文が説明の困難性をしめしているかどうかをいう任務を与えたことは誤っているとしても、その決定は譴責を受けない。なぜなら鑑定人は同様に専門的問題について任務を与えられており、その評価は当事者の discussion に服しており、事実審裁判官の判断にも服しているからである。」
- <sup>114</sup> 内田博文「フランスの刑事鑑定制度」、脚注 14 では、「事件の本案に関する問題」をどのようにに解釈するについて、以下のように述べている。つまり通説的見解によれば、それは「犯罪事実の存在およびその刑法上の罪名」に関する鑑定、あるいはその「証拠の探求」に関する鑑定と理解される。前者の例としては、刑法第三二〇条の軽罪(過失致傷)の要件である負傷の程度の確定に関する医学的鑑定などがあり、また後者の例としては、詐欺による公金横領を証拠づける会計鑑定、偽造を証拠づける筆蹟鑑定、毒殺を証拠づける毒物鑑定などを指摘している。
- <sup>115</sup> 内田博文「フランスの刑事鑑定制度」、p.27.
- <sup>116</sup> Crim. 8 déc. 1960, Bull. Crim., no.580, D., 1961. 217, note Le Roy; per mars 1961, B., 129, D., 1961. 304○、内田博文「フランスの刑事鑑定制度」、p.35.
- <sup>117</sup> 内田博文「フランスの刑事鑑定制度」、p.35
- <sup>118</sup> Doll, La réglementation de l'expertise en matière penal, no.372 この他、Rassat, Procédure pénale, no. 262 も、私訴原告人からの予審対象者の精神鑑定請求について、2 人の鑑定人による鑑定が必須であると述べている。
- <sup>119</sup> Loi n° 85-1407 du 30 décembre 1985 art. 24 et 94 Journal Officiel du 31 décembre 1985 en vigueur le 1er février 1986.
- <sup>120</sup> Stefani ○ Rassat, Procédure pénale, no. 258.
- <sup>121</sup> Rassat, Procédure pénale, no.262. ラサはさらに、上訴の可能性について、近時の刑事訴訟法典改正作業が「巧妙」に右制度を「疑わしく」していると述べている。
- <sup>122</sup> Crim. 24 juillet 2002. pouvoi no. 02-83.270.
- <sup>123</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 263.
- <sup>124</sup> Ordonnance n° 58-1296 du 23 décembre 1958 art. 1 Journal Officiel du 24 décembre 1958
- <sup>125</sup> Loi n° 72-1226 du 29 décembre 1972 art. 11 Journal Officiel du 30 décembre 1972 en vigueur le 1er janvier 1973.
- <sup>126</sup> Loi n° 2004-130 du 11 février 2004 art. 55 Journal Officiel du 12 février 2004.
- <sup>127</sup> Crim.25 juill.1979.Bull.crim.no.253; Crim.14 novembre.1991.Bull.crim.no.410.
- <sup>128</sup> Crim.16 nov.1922.Bull.crim.no.364.Crim.10 avril.1975.Bull.crim.no.90.
- <sup>129</sup> Crim.17 juin.1976.Bull.crim.no.220.Crim.7 juin.1977.Bull.crim.no.206.Crim.14 novembre.1991.Bull.crim., no.410.
- <sup>130</sup> Crim.7 août.1951.Bull.crim.no.254 ;Crim.10 avril.1975.Bull.crim.no.90.
- <sup>131</sup> Crim. 17 mars 1987, D. 1987, Somm. 408.
- <sup>132</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 263.
- <sup>133</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 263.
- <sup>134</sup> 例えば Pradel, Procédure Pénale, no.150.
- <sup>135</sup> Crim. 10 janvier 1967. J. 246, note Doll.
- <sup>136</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 259.
- <sup>137</sup> Crim. 10 janv. 1967, Bull. crim., no 43.
- <sup>138</sup> C.Sûr. Etat, 3 juin 1976, JCP 1977. II. 18519, note Chambon; Rassat, Procédure pénale, no. 259.
- <sup>139</sup> Crim. 20 février 1990, Bull. Crim., no. 85.
- <sup>140</sup> Crim. 16 mars 1964, Bull. Crim., no 97.
- <sup>141</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 263.
- <sup>142</sup> Crim.16 oct..1979.Bull.crim.no.281.
- <sup>143</sup> Besson, 'Rapport sur le projet d'expertise', no. 20, p. 46 では、刑事訴訟法典草案作成以前の状況に

---

ついて、ベッソンは「現在では、鑑定人は自らの意見でつつみうるが、これ以降(滝本註:刑事訴訟法典施行以降の意)他の専門家の協力を仰ぎ、草案 161 条の規定に従わなければならないような人間に資格を与えさせなければならない」と批判し、補助的な専門家による鑑定任務への参加が、従前の鑑定実務への反省から置かれたものであることを示した。

<sup>144</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 263.

<sup>145</sup> Crim. 31 oct. 1961, D. 1962.221, note Le Roy; Crim.6 septembre.1988.Bull.crim.no.317.

<sup>146</sup> Crim. 6 mai 2002, pourvoi no 02-81.041.

<sup>147</sup> Crim. 31 oct. 1961, D. 1962.221, note Le Roy.

<sup>148</sup> Crim.13 novembre.1990.Bull.crim., no.378.

<sup>149</sup> Crim.5 mai.1970.Bull.crim.no.152.

<sup>150</sup> Crim. 24 févr. 1966 D. 1966, Somm. 84.

<sup>151</sup> Crim. 28 février 1974, Bull. crim., no 88

<sup>152</sup> Crim.13 mars.1984.Bull.crim.no.107.

<sup>153</sup> 現在では 4 項が同内容について規定している。

<sup>154</sup> Crim.24 nov.1960.Bull.crim.no.549.

<sup>155</sup> Crim. 14 mai 2002, Bull. crim., no 111.

<sup>156</sup> 本条 1 項は当事者への尋問もしくは対質の際の弁護人の立会権およびその権利の放棄について、2 項は弁護人の召喚の方式についてである。

<sup>157</sup> 本条は予審対象者の尋問および対質ならびに私訴原告人の聴聞の際の検事正の立会権限について規定している。

<sup>158</sup> Besson, Rapport sur le projet d'expertise, no.22, p. 46.

<sup>159</sup> Besson, Rapport sur le projet d'expertise, no.22, p. 46

<sup>160</sup> Crim. 15 novembre 1990, Bull. Crim., no. 385.

<sup>161</sup> Crim.2 mars.1972.Bull.crim.no.82.

<sup>162</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 264.

<sup>163</sup> Crim.2 mars.1972.Bull.crim.no.82.

<sup>164</sup> ただし同条は 1993 年 1 月 4 日法律第 93-2 号によって削除された。

<sup>165</sup> Crim.21.mars.1968.Bull.crim.no.99

<sup>166</sup> Crim.18 mai.1983.Bull.crim.no. 148.

<sup>167</sup> Crim.3 mai.1988.Bull.crim.no.190.

<sup>168</sup> Crim. 4 déc. 2002, pourvoi no. 02-86.353.

<sup>169</sup> Crim. 18 mai 1983, Bull. crim., no.148.

<sup>170</sup> Crim.30 avril.1996.Bull.crim.no.183.

<sup>171</sup> Crim. 9 avr. 1991. Bull Bull. crim. no. 409. および Crim. 6 sept. 1993. Bull Bull. crim. no. 261.

<sup>172</sup> Crim. 26 mars 2002, pourvoi no. 01-82.280.

<sup>173</sup> Crim.11 avril.1970.Bull.crim.no.118.

<sup>174</sup> 本論第3節第3項参照。○

<sup>175</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 264.

<sup>176</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 265.

<sup>177</sup> Crim.30 mars.1999.Bull.crim.no.59.

<sup>178</sup> Crim.8 juin.1999.Bull.crim.no.124.

<sup>179</sup> Crim.9 février.1972.Bull.crim.no.51.

<sup>180</sup> Crim. 17 mars 1987, D. 1987, Somm. 408, obs.Pradel.

<sup>181</sup> Crim.1er février.2000.Bull.crim.no.49.

<sup>182</sup> Crim.30 septembre.1998.Bull.crim.no.244.

<sup>183</sup> Rassat, Procédure pénale, no. 265.

<sup>184</sup> Doll, La réglementation de l'expertise en matière pénale, no. 372.しかしながら、単独精神鑑定を認めるものとして Crim 7 mai 1968, J.C.P. 1968, somm. 103, D. 1968-496. Doll, no. 109.

<sup>185</sup> Crim.29 avril.1971.Bull.crim.no.128; Crim.19 mai.1971.Bull.crim.no.162 ; Crim.25

février.1987.Bull.crim.no.99.

<sup>186</sup> Crim. 13 janvier 1993, Bull. crim. no 19.

<sup>187</sup> Crim.25 sept. 2002, pourvoi no.01-87.647. 本裁判例では、弁論の調書から、予審の証拠調べ中に鑑定を委任された心理学者が、裁判長の自由心証によって 310 条に基づき任命され、そして右心理学者が、168 条に規定された宣誓をなした後に行ったところの専門的任務の結果を述べた辞令において、合法的に手続が行われていることを確認したものである。

- 
- <sup>188</sup> Crim.26 mai.1983.Bull.crim.no.157.
- <sup>189</sup> Crim.4 octobre.1973.Bull.crim.no.345 ; Crim.9 janvier.1974.Bull.crim.no.9.
- <sup>190</sup> Crim,19 décembre.1973.Bull.crim.no.479 ; Crim.19 février.1975.Bull.crim.no.60.
- <sup>191</sup> Crim.9 novembre.1978.Bull. crim.no.308; Crim.17 décembre.1980.Bull.crim.no.354.
- <sup>192</sup> Crim.21 mars.1961.Bull.crim.no.187 ; Crim.22 juin.1976.Bull.crim.no.226.
- <sup>193</sup> Crim. 9 novembre 1978, Bull. crim. no 308.
- <sup>194</sup> Crim.20.janvier 1993.Bull.crim.no.31.
- <sup>195</sup> Crim.7 octobre.1992.Bull.crim.no.313.
- <sup>196</sup> Crim.8 janvier.1992.Bull.crim.no.4.
- <sup>197</sup> Crim. 6 nov. 2002, pourvoi no. 02-80.154.
- <sup>198</sup> 本条 1 項において、検察官および私訴原告人は被告人に対し、被告人は検察官および私訴原告人が存在するときにはこの者に対して、弁論の開始 24 時間前までに、証人として召喚する者の名簿を送達しなければならないことを規定する。同条 2 項においては、これと同一の要件のもと、鑑定人の氏名を送達しなければならないとしている。
- <sup>199</sup> Crim.14 juin.1967.Bull.crim.no.180 ; Crim.17 juillet.1976.Bull.crim.no.256 ; Crim.9 novembre.1983.Bull.crim.no.296.
- <sup>200</sup> Crim.4 novembre.1998.Bull.crim.no.285.
- <sup>201</sup> Crim.25 novembre.1998.Bull.crim.no.317.
- <sup>202</sup> Crim.3 oct.1979.Bull.crim.no.269.
- <sup>203</sup> Crim.17 mai.2000.Bull.crim.no.193.
- <sup>204</sup> Rassat, Procedure pénale, no. 261.
- <sup>205</sup> Crim.3 oct.1979.Bull.crim.no.270.
- <sup>206</sup> Crim.12 décembre.1984.Bull.crim.no.401.
- <sup>207</sup> Crim.24 février.1972.Bull.crim.no.77.
- <sup>208</sup> Crim.17 déc.1980.Bull.crim.no.354; Crim.2 juillet.1985.Bull.crim.no.253.
- <sup>209</sup> Rassat, Procedure pénale, no. 259.
- <sup>210</sup> Crim.31 mai.1972.Bull.crim.no.185.
- <sup>211</sup> Crim.17 janvier.1990.Bull.crim.no.31 ; Crim.11 déc.1996.Bull.crim.no.456.
- <sup>212</sup> Crim.19 déc.1979.Bull.crim.no.368.
- <sup>213</sup> Crim.8 février.1968.Bull.crim.no.40.
- <sup>214</sup> Crim.31 mars.1993.Bull.crim.no.139.
- <sup>215</sup> Crim . 30 juin 1960., Bull. crim., no 352.
- <sup>216</sup> Besson, ‘Rapport sur le projet d’expertise’, no.29.
- <sup>217</sup>Loi n° 71-498 du 29 juin 1971, Direction des Journaux Officiels.
- <sup>218</sup> 第一条は Loi 2004-130 2004-02-11 art. 46 JORF 12 février 2004.によって改正された。
- <sup>219</sup> 第二条は Loi 2004-130 2004-02-11 art. 47 I JORF 12 février 2004.によって改正された。
- <sup>220</sup>本条は Loi 2004-130 2004-02-11 art. 48 JORF 12 février 2004.によって改正された。
- <sup>221</sup> ここで示されているのは、1971 年法施行時点で効力を有していた旧刑法典 259 条であり、同条は 1994 年刑法典 433 条の 14 および同条 17 に継承されている。
- <sup>222</sup> 第五条は Loi 2004-130 2004-02-11 art. 49 JORF 12 février 2004.によって改正された。
- <sup>223</sup> これは Loi 2004-130 2004-02-11 art. 50 JORF 12 février 2004 によって修正されている。
- <sup>224</sup>本条は Loi 2004-130 2004-02-11 art. 52 JORF 12 février 2004.において新設されたものである。
- <sup>225</sup>本条の適用条件はコンセイユ・デタのデクレに定められている。このデクレは特に懲戒手続の適用手続の規則である。
- <sup>226</sup> 本条は Loi 2004-130 2004-02-11 art. 52 JORF 12 février 2004 によって創設された。
- <sup>227</sup> これは Ordonnance 2003-166 2003-02-27 art. 15 JORF 1er mars 2003.によって修正されたものである。
- <sup>228</sup> Besson, ‘Rapport sur le projet d’expertise’, no.28.
- <sup>229</sup> Rassat, Procedure pénale, no. 258. 同様にラサは対立鑑定方式の問題点について「(鑑定人を対立させるという)手続と結びつけながら、その方式は被疑者を鑑定への批判を行う可能性から全く排除している」ことを挙げている。
- <sup>230</sup> Merle et Vitu, Traité de droit criminel tomell procédure penale, p.259.

- 
- <sup>231</sup> Besson. *Le projet de réforme de la procédure pénale*, no.3, p.39.
- <sup>232</sup> Rassat, *Procédure pénale*, no. 261.
- <sup>233</sup> Angers, 6 mai 1971, JCP 1972. II, note J. B.および医学倫理法典第 58 条。Rassat, *Procédure pénale*, no. 262 では、Crim. 8 décembre 1860, Bull. crim. no 280. Crim. 30 mai 1960, Bull. crim., no 299 は、行政上の捜査に以前に関わったものに対して、同法規を適用していない。
- <sup>234</sup> Rassat, *Procédure pénale*, no. 262.
- <sup>235</sup> Crim. 2 avril 1992. Bull. crim., no. 139.
- <sup>236</sup> Crim. 10 février 1965, Bull. crim., no. 43; Crim. 2 mai 1967, Bull. crim., no. 143; Paris, 12 juillet 1990, JCP 1991. II. 21639.
- <sup>237</sup> Crim. 25 mars 1971, Bull. crim., no 111; Crim. 28 octobre 1971, Bull. crim., no 187; Crim. 17 novembre 1971, Bull. crim., no 313.
- <sup>238</sup> Rassat, *Procédure pénale*, no. 260.
- <sup>239</sup> Crim. 23 oct. 1931, Bull.crim., no.236; 11 Juill. 1972, *ibid* no. 234; 15 janv. 1985 *ibid*, no.27.
- <sup>240</sup> R. Merle et A. Vitu, *Traité de droit criminel*, no.212.一連の破棄院判決も鑑定について右の拘束性を否定している。治罪法体制下の決定について Crim, 8 mai 1924; Crim., 10 févr. 1944, Bull. crim., no. 43; 17 mars 1944, *Recueil Dalloz analytique*, 1944 また、刑事訴訟法典体制下での決定について Crim. 20 oct. 1960., Bull. Crim., no. 462; 7 févr. et 6 déc. 1962, Bull. Crim., nos 85 et 363; Crim. 11 mars et 11 avril 1964, Bull. crim., nos 89 et 109.
- <sup>241</sup> 現行刑事訴訟法典の鑑定法においては、条文上の無効は存在しないが、166 条の鑑定人による鑑定報告書への署名のように司法の適正な運営のためにおかれた条文に関しては公序的無効が認められる。
- <sup>242</sup> Crim.16 janvier.1976.Bull.crim.no.17; Crim.10 mai.1966.Bull.crim.no.140. さらに前者では、鑑定書提出前に当事者から請求された鑑定請求について、予審判事は理由を付した決定によって応答する必要はないとの下級審の見解も上告趣意書中の引用として示されている。
- <sup>243</sup> Crim. 2 oct. 2001, Bull. crim. no. 194.
- <sup>244</sup> Crim.9 oct. 2002, pourvoi no. 01-83.947.
- <sup>245</sup> ステファニ＝ルヴァーヌ＝ブーロック『フランス刑事訴訟法』、p.436。
- <sup>246</sup> Léauté, ‘ Les principes généraux relatif aux droits e la defence’, p.47,ステファニ＝ルヴァーヌ＝ブーロック『フランス刑事訴訟法』、p.437。 防御権を理由として無効とされる手続として、共助の囑託により警察官が調査対象者を騙して得た自白、包括的な共助の囑託に基づいてなされた手続、いわゆる「遅らされた嫌疑 inculpation tardives」などがある。
- <sup>247</sup> ステファニ＝ルヴァーヌ＝ブーロック『フランス刑事訴訟法』、p.441-442。
- <sup>248</sup> ステファニ＝ルヴァーヌ＝ブーロック『フランス刑事訴訟法』、p.441。
- <sup>249</sup> ステファニ＝ルヴァーヌ＝ブーロック『フランス刑事訴訟法』、p.442。
- <sup>250</sup> Crim. 17 mars 1987, D. 1987, Somm. 408.
- <sup>251</sup> Lyon, 27 janvier 1979, *Dalloz Recueil* 1979, 390 note Strasser.
- <sup>252</sup> ステファニ＝ルヴァーヌ＝ブーロック『フランス刑事訴訟法』、p.444。
- <sup>253</sup> ステファニ＝ルヴァーヌ＝ブーロック『フランス刑事訴訟法』、p.445b。
- <sup>254</sup> Crim.25 octobre.1983 . Bull. crim. no.267.
- <sup>255</sup> Crim .15 mai.1990. Bull. crim. no.193.
- <sup>256</sup> Crim.26 février.1991. Bull. crim. no.98.
- <sup>257</sup> Crim. 18 mai 1983, N° de pourvoi : 82-93410.
- <sup>258</sup> Crim.24 janvier.1984.Bull.crim.no.30.
- <sup>259</sup> Crim.6.mars 1984.Bull.crim.no.90.
- <sup>260</sup> Crim.25 juill.1979.Bull.crim.no.253.
- <sup>261</sup> Crim.14 novembre.1991.Bull.crim.no.410.
- <sup>262</sup> Crim. 17 mars 1987, D. 1987, Somm. 408.
- <sup>263</sup> Crim. 17 mars 1987, D. 1987, Somm. 408, obs.Pradel.
- <sup>264</sup> Crim.26 juin.1979.Bull.crim.no.230.
- <sup>265</sup> Crim. 9 novembre 1978, Bull. crim. no 308.
- <sup>266</sup> Crim.20.janvier 1993.Bull.crim.no.31.
- <sup>267</sup> Crim.7 octobre.1992.Bull.crim.no.313.
- <sup>268</sup> Crim.14 juin.1967.Bull.crim.no.180.
- <sup>269</sup> Crim.17 juillet.1976.Bull.crim.no.256.Crim.9 novembre.1983.Bull.crim.no.296.
- <sup>270</sup> Crim,19 décembre.1973.Bull.crim.no.479.
- <sup>271</sup> Crim.19 février.1975.Bull.crim.no.60.

- 
- <sup>272</sup> Crim. 22 nov. 2000, Procédure 2001. Comm. 92, obs. Buisson. (legifrance で N° de pourvoi : 00-84746)
- <sup>273</sup> Crim.16 oct..1979.Bull.crim.no.281.
- <sup>274</sup> 予審判事によって当初設定されていた期限は 1977 年 7 月 11 日であるが、実際の提出は 1977 年 9 月 15 日であり、鑑定結果の当事者への通知は 1977 年 12 月 15 日に行われている。
- <sup>275</sup> Crim. 28 février 1974, Bull. crim., no 88.
- <sup>276</sup> Crim.24 nov.1960.Bull.crim.no.549.
- <sup>277</sup> Crim.11 avril.1970.Bull.crim.no.118.
- <sup>278</sup> Crim.1er février.2000.Bull.crim.no.49.
- <sup>279</sup> Crim.22 février.1966.Bull.crim.no.60.ただし、本事案においては 196 条を根拠として防御権の侵害は認められなかった。..
- <sup>280</sup> Crim.23 mai.1970.Bull.crim.no.166.
- <sup>281</sup> Crim.15 mai.1973.Bull.crim.no.221
- <sup>282</sup> Crim.26 juin.1979.Bull.crim.no.230.
- <sup>283</sup> Crim.15 mars.1988.Bull.crim.no.128.
- <sup>284</sup> Crim.7 juin.1988.Bull.crim.no.258.
- <sup>285</sup> Crim.7 mars.1990.Bull.crim.no.109
- <sup>286</sup> Crim. 17 mars 1987, D. 1987, Somm. 408.
- <sup>287</sup> Revue de internationale de criminologie et de police technique, vol.18, no.4, 196, p. 267 et suiv. 掲載ののジュネーブ医学心理学法律学研究グループ報告のグラヴァン Gravin による総括に詳しい。平野泰樹「近代フランスの刑事法における自由と安全の史的展開」、p. 268.
- <sup>288</sup> ベッソン報告書についての検証は、「鑑定における『対審』概念」として公表を予定している。投稿誌、公表年月は現段階では未定である。

# BIBLIOGRAPHY

\*DP-2010-J-003 および DP-2010-J-004 共通

## A

- Adyot , *L'expertise comptable judiciaire* . Presses Universitaires de France ( 1978 )
- 赤池一将「フランスにおける触法精神障害者問題の法的枠組みと政策対応」、法律時報 74 卷 2 号 ( 2002 )
- 秋葉悦子「処遇困難者施設について—フランスの制度との比較法的考察」、上智法学論集 35 卷 3 号 ( 1992 )
- 秋葉悦子「触法精神障害者」の治療と社会復帰—フランスの状況—、法と精神医療 12 号 ( 1998 )
- American Psychiatric Association 編『DSM-IV-TR 精神疾患の診断・統計マニュアル[新訂版]』（医学書院、2004）
- 安藤卓爾「我國裁判医学の起原及発達」、国家医学会雑誌 57 号 ( 1892 )
- 青木紀博「責任能力の鑑定(一)」、同志社法学 35 卷 1 号 ( 1983 )
- 青木紀博「責任能力の鑑定(二)」、同志社法学 35 卷 3 号 ( 1983 )
- 青木紀博「責任能力の鑑定(三)」、同志社法学 36 卷 1・2 号 ( 1984 )
- 青木紀博「責任能力の法的基礎」、『司法精神医学(精神鑑定)』（中山書店、1998）所収
- 青柳文雄「心神喪失、心神耗弱の理論と実際」、法曹時報 7 卷 1 号 ( 1955 )
- 荒川正三郎「フランス刑事訴訟における鑑定について」、判例タイムズ 16 卷 11 号 (1965)
- 浅田和茂「刑事訴訟に於ける鑑定人の地位について」、関西大学法学論集 22 卷 1 号 ( 1971 )
- 浅田和茂「わが国の刑事鑑定制度」、上野=兼頭=庭山『刑事鑑定の理論と実務』（成文堂 1977）所収
- 浅田和茂「日本の精神鑑定」、上野=兼頭=庭山『刑事鑑定の理論と実務』（成文堂、1977）所収
- 浅田和茂「責任能力の判断基準」、一九七八(昭和五三)年度重要判例解説 ( 1979 )
- 浅田和茂「限定責任能力論序説(一)」、大阪市立大学法学雑誌 28 卷 ( 1981 )
- 浅田和茂『限定責任能力の研究 上巻』、( 成文堂、1983 )
- 浅田和茂「責任」、中義勝=吉川経夫=中山研一『刑法(1)(総論)』（蒼林社、1984）所収
- 浅田和茂「責任能力の判断基準」、法セミ 363 号 ( 1985 )
- 浅田和茂『科学捜査と刑事鑑定』（有斐閣、1994）
- 浅田和茂「責任と予防」、阿部純二他『刑法基本講座 第3巻』（法学書院、1994）所収
- 浅田和茂「責任能力と鑑定」、『新・生きている刑事訴訟法』佐伯幸寿 ( 成文堂、1997 ) 所収
- 浅田和茂『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999）
- 浅田和茂「責任能力論」、『刑事責任能力の研究 下巻』（成文堂、1999）所収

- Aydalot M. , *L'expertise comptable judiciaire* , Presses Universitaires de France ( 1962 )

## B

- Beccaria , *Dei delitti e delle pene* , Rizzoli ( 1950 )
- Besson, Rapport sur le projet d'expertise', *Le projet de réforme de la procédure pénale*, Librairie Dalloz ( 1956 )
- Besson , *Le projet de réforme de la procédure pénale* , Dalloz ( 1958 )
- Bigorre, Alien, *L'admission du malade mentale dans les établissements du soin de 1789 à 1838* , Thèse présentée à la Faculté mixte de Médecine et de pharmacie de Dijon, et soutenue publiquement le 15 décembre 1867 ( 1867 )

## D

- 団藤重光「自由心証主義」、『刑事法講座六卷』（有斐閣、1953）所収
- 団藤重光「責任能力の本質」、『法律学講座Ⅲ 責任』（有斐閣、1963）所収
- Doll, *La réglementation de l'expertise en matière penal*, L.G.d.J.(1969)○

## E

- 江口三角「フランス新古典学派の刑法思想」、『団藤重光博士古稀祝賀論文集. 第1巻』（有斐閣、1983）所収
- 江口三角「オルトランの刑法学」、『変動期の刑事法学：森下忠先生古稀祝賀. 上巻』（成文堂、1995）所収

## F

- Fischer-Homberger, L. , 'Germany and Australia' in Howells, J. G.(ed.), *World History of Psychiatry*, Bailliere Tindall ( 1975 )
- Foucault , *Histoire de la folie a l'age classique* , Gallimard ( 1972 )
- Michel Foucault et autres, *Moi, Pierre Rivière, ayant égorgé ma mère, ma soeur et mon frère-- : un cas de parricide au XIXe siècle*, Gallimard, 1973.
- 福沢諭吉「西洋事情 初編」、『福沢全集 第一巻』（岩波書店、1883）所収
- 古畑篤胤 編『東京帝国大学医学部法医学教室五十三年史』（東京大学医学部法医学教室、1943）

## G

- Gasparin, *Rapport au Roi sur le hôpitaux, les hospices et les services et les service de bienfaisance* , Imprimerie royale ( 1837 )
- Gorter, Johannes , *Gezuiverde Geneeskunst* ( 1744 )

## H

- 濱田秀伯＝神山園子「精神医学の歩み」、こころの科学 86 号（1999）
- Harris R. , *Murders and Madness. Medicine, Law, and Society in the fin de siecle* , Oxford University Press (1989)
- 橋本正己『公衆衛生現代史論』（光生館、1981）
- 林美月子『情動行為と責任能力』（弘文堂、1991）
- 平場安治等『註解刑事訴訟法・上』（青林書院新社、1982）
- 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、1958）
- 平野龍一『刑法の基礎』（東京大学出版会、1966）
- 平野龍一『刑法総論Ⅰ』（有斐閣、1972）
- 平野龍一『刑法総論Ⅱ』（有斐閣、1983）
- 平野龍一「刑事訴訟における推定」、法学協会雑誌 74 卷 3 号（1957）
- 平野龍一「意思の自由と刑事責任」、『尾高追悼』（有斐閣、1963）所収
- 平野泰樹『近代フランス刑時法における自由と安全の史的展開』（現代人文社、2002）
- 広瀬貞夫「精神外科」、『現代精神医学体系 5B・精神科治療学Ⅱ』（中山書店、1977）所収
- 昼田源四郎「日本古代と近世における狂気と犯罪」、中谷陽二『精神障害者の責任能力』（金剛出版、1993）所収
- 塙保己一 編『続群書類従・補遺一 満濟准后日記(上)』（続群書類従完成会、1975）
- 法務大臣官房司法法制調査部編 編『フランス刑事訴訟法典』（法曹会、1999）
- 堀内捷三「責任論の課題」、芝原邦爾他『刑法理論の現代的展開総論Ⅰ』（日本評論社、1988）所収
- 細川亀市「明治初期の刑事訴訟法制度の発達」、法学志林 41 卷 6 号（1939）

## I

- 池見猛『精神障害性犯罪の刑事学的研究』（池見経理学校、1962）
- 池見猛『精神障害性犯罪の刑事責任』（文久書林、1966）
- 井上正治『刑事訴訟法講座 第2巻』（有斐閣、1964）
- 井上操筆記『性法講義』（博聞社、1880）
- 井上章一『狂気と王権』（紀伊国屋書店、1995）
- 井上正治「鑑定」、『刑事訴訟法講座二』（有斐閣、1964）所収
- 石郷岡純「抗うつ薬 fluoxetine (Prozac)－選択的セロトニン再取り込み阻害薬(SSRI)の誕生」、臨床精神薬理 1 卷(1998)
- 石井厚『精神医学疾病史』（金剛出版、1981）
- 石井良助『刑罰の歴史』（日本評論社、1952）
- 石井良助『日本刑事法史』（創文社、1976）
- 石井紫郎・水林彪『法と秩序』（岩波書店、1990）

- 石井紫郎・水林彪校注『法と秩序 日本近代思想体系七』（岩波書店、1992）
- 石井良助 編『享保撰要類集（近世史料叢書別編）』（弘文堂、1944）
- 石井良助 編『御仕置裁許帳（近世法制史料叢書）』（創文社、1959）
- 岩田礼『天皇暗殺』（図書出版社、1980）

## K

- 影山任佐「フランスにおける刑事精神鑑定について」、精神医学 20 卷 12 号（1978）
- 鴨良弼『刑事証拠法』（日本評論者、1962）
- 金子嗣郎『松沢病院外史』（日本評論社、1982）
- Kant, I., *Anthropologie* (Kant's gesammelte Schriften : herausgegeben von der Koniglich Preussischen Akademie der Wissenschaften; Bd. 15 ; Abt. 3 . Kant's handschriftlicher Nachlass ; Bd. 2) , W. de Gruyter (1923)
- Kant, I., 'Von der Macht des Gemuths durch den blossen Vorsatz seiner Krankhaften Gefühle Meister zu sein', *The Origins of psychology : a collection of early writings Vol. 1* , Alan R. Liss (1975)
- 笠原嘉「米国の新しい診断基準 DSM-III をめぐって」、精神経誌 83 卷 10 号（1981）
- 樫田五郎「日本に於ける精神病学の日乗」、呉秀三・樫田五郎『精神病者私宅監置ノ実況及び其統計的観察』（内務省衛生局、1918）所収
- 霞信彦「一八七四(明治七)年司法省第一〇号布達施行直後の伺・指令」、『明治初期刑事法の基礎的研究』（慶應義塾大学法学研究会、1990）所収
- 加藤久雄「わが国における精神障害者法制の歴史的考察」、大谷実・中山宏太郎『精神医療と法』（弘文堂、1980）所収
- 加藤久雄『人格障害犯罪者と社会治療』（成文堂、2002）
- 加藤一郎＝鈴木潔監修『医療過誤紛争をめぐる諸問題』（法曹会、1978）
- 吉川恒夫(訳)『ボアソナード答問録』（法政大学、1978）
- 北原糸子「都市における貧困と狂気」、『近代国家の解体と近代』（塙書房、1979）所収
- 黒板勝美編『令義解』（吉川弘文館、1939）
- 小林暉佳「精神病院と法律」、『病院精神医療の展開』（医学書院、1989）所収
- 小林靖彦「日本精神医学の歴史」、『精神医学総論 I 第一卷 A』（中山書店、1979）所収
- 近藤圭造『聴訟指令二編』（1875）
- 小西吉呂「フランスにおける刑事責任能力論：責任能力基準の問題を中心にして」、法と政治 33 卷 3 号（1982）
- 小西吉呂「フランス刑法における責任能力論の変遷と限定責任能力問題：19 世紀を中心にして」、法と政治 36 卷 1 号（1985）
- 小西吉呂「フランスにおける精神病者の刑事「責任化(responsabilisation)」をめぐる動向：ポンセラ論文を契機として」、法と政治 38 卷 1 号（1987）
- 小西吉呂「フランスにおける触法精神障害者問題をめぐる立法史的展開(1)」、冲大法学 16 号（1995）

- 小西吉呂「フランスにおける触法精神障害者問題をめぐる立法史的展開(2)」、*沖大法学* 17 号 ( 1996 )
- 小西吉呂「フランスにおける触法精神障害者問題をめぐる立法史的展開(3)」、*沖大法学* 18 号 ( 1996 )
- 近藤宗一「クロノローギッシュに見た精神医学史における呉秀三の位置」、*精神医学* 7 卷 6 号 ( 1965 )
- 越野好文「精神疾患治療の歴史」、*こころの科学* 86 号 ( 1999 )
- 呉秀三『精神病学集要 後編』( 精神医学神経学古典刊行会 復刻版、1973 )
- 呉秀三『精神病学集要 中編』( 精神医学神経学古典刊行会 復刻版、1973 )
- 呉秀三『精神病鑑定例(全三巻)』( 精神医学神経学古典刊行会、1975 )
- 呉秀三「癲狂院ニ就テ」、*中外醫事新報* 324 号 ( 1894 )
- 呉秀三「癲狂院は設立は何か為に躊躇さるるや」、*医海時報* 394 号 ( 1902 )
- 呉秀三「何故に癲狂院の設立に躊躇するや」、*日本医事新報* 565 号 ( 1906 )

## L

- Laingui, Andre , *La Responsibilite penale dans l'ancien droit (XVIe-XVIIIe siecle)*, Librairie generale de droit et de jurisprudence ( 1970 )
- Léauté , 'Les principes généraux relatif aux droits e la defence' , *Révue de droit pénal et de criminologie* ( 1953 )

## M

- 前田雅英『刑法の基礎(総論)』、( 有斐閣、1993 )
- 前田雅英『刑法総論講義 第 2 版』、( 東京大学出版会、1994 )
- 前田雅英『刑法総論講義』、( 東京大学出版会、1998 )
- 牧野英一「刑事責任の概念について」、*国家医学会雑誌* 251 号 ( 1909 )
- 牧野英一『日本刑法』、( 有斐閣、1928 )
- 牧野英一『刑法総論 下巻』、( 有斐閣、1959 )
- 丸田俊夫「Diagnostic and Statistical Manual III (D.S.M III)新しい米国精神医学診断基準」、*精神医学* 20 卷 10 号 ( 1978 )
- Martin et Legueut, *L'expertise médico-légale*, p.100, Doll, *ibid.*○
- 松本卓矣「精神鑑定の研究-刑事事件における精神鑑定の実証的研究」、*法務研究報告書*第 44 集第 1 号 ( 1956 )
- Merle et Vitu , *Traité de droit criminel tomell procédure penale* , Éditions Cujas ( 2001 )
- 光藤景皎「自由心証主義の現代的意義」、『*刑事証拠法の新展開*』( 成文堂、2001 ) 所収
- 三井誠「筆跡鑑定」、*法学教室* 203 号 ( 1997 )
- 三井誠「鑑定(1)」、*法学教室*第 228 号 ( 1999 )
- 三井誠「鑑定(2)」、*法学教室* 229 号 ( 1999 )
- 三井誠「鑑定(3)」、*法学教室* 230 号 ( 1999 )
- 三井誠「証拠裁判主義」、*法学教室* 198 号 ( 1999 )

- 三井誠「証人尋問」、法学教室 221号 (1999)
- 宮本英脩『刑法大綱 総論』、(弘文堂、1932)
- 宮崎哲也「心身喪失による不処罰条項は廃止せよ!(異見あり)」、週刊文春 41巻2号 (1999)
- Mohr, James, *Doctors and the Law; Medical jurisprudence in nineteenth-century America*, John Hopkins University Press (1993)
- Montesquieu, *Lettres persanes*, Gallimard (1973)
- 森下忠「フランスの異常犯罪者法」、『刑事政策の新展開』(有信堂、1968)所収
- 泉二新熊『日本刑法論』(有斐閣、1920)

## N

- 内閣官報局 編『法令全書 第五卷ノ一』(原書房 復刻版、1872)
- 内藤謙「刑法講義総論 責任能力(1)」、法学教室 巻70号 (1986)
- 内藤謙『刑法講義総論1下』、(有斐閣、1991)
- 内藤謙『刑法総論講義下I』、(有斐閣、1998)
- 中田修「精神鑑定の実際」、懸田克躬、=武村信義=中田修『司法精神医学(現代精神医学大系二四)』(中山書店、1976)所収
- 中上皓「精神鑑定—その歴史的変遷と課題」、精神医学 41巻10号 (1999)
- 中島啓「心をいやす薬の歴史」、ファルマシアレビュー 10巻号 (1983)
- 中田修「責任能力の判定に関する実際の諸問題」、『現代精神医学体系第二四巻(司法精神医学)』(中山書店、1976)所収
- 中谷陽二「精神医療法制史からみた保護者制度」、法と精神医療 10号 (1996)
- 日本史籍協会 編『司法省日誌 1~20』(東京大学出版会、1983-1985)
- 西原春夫『刑法総論』、(成文堂、1977)
- 庭山英雄「責任能力と鑑定」、佐伯遷暦・『犯罪と刑罰(下)』(有斐閣、1968)所収
- 沼正也「司法省指令の形成をめぐる明法寮の役割」、『財産法の原理と家族法の原理』(三和書房、1960)所収

## O

- 大場茂馬『刑法総論』(中央大学、1912)
- 小田中聡樹「明治前期司法制度概説」、我妻栄他編『日本政治裁判史録 前編』(第一法規、1968)所収
- 岡田靖雄・吉岡真二・金子嗣雄・長谷川源助「私宅監置の運命」、精神医学 7巻 (1965)
- 岡田靖雄『私説松沢病院史』(岩崎学術社、1981)
- 大久保治男・茂野隆晴 編『日本法制史史料 60選』(芦書房、1998)
- 大熊輝雄『現代臨床精神医学』(金原出版、1980)
- 小野清一郎『刑法講義』(有斐閣、1933)
- 小野清一郎「責任能力の人間学的解明(二)」、ジュリスト 368号 (1967)

- Ortolan , *Elements de droit penal, penalite, juridictions, procedure, 4e ed* 。E. Plon ( 1875 )
- 大塚仁『刑法総論 改訂版』( 有斐閣、1963 )
- 大塚仁『刑法概説(総論)[改訂増補版]』( 有斐閣、1992 )
- 大谷實「責任能力と意思自由」、『刑事責任の基礎』( 成文堂、1968 ) 所収
- 大谷實「責任能力の判定」、刑訴法判例百選[第五版]( 1986 )

## P

- Pradel, Jean, *Procédure pénale, 8ème éd.* , Éditions CUJAS ( 1995 )
- Pradel , 'L'expertise psychiatrique' in Frison-Roche et Mazeud(ed.), *L'expertise*, Dalloz ( 1995 )

## R

- Rassat, Michèle-Laure, *Procédure pénale, 8ème éd.* , Presses Universitaires de France ( 1995 )
- Smith, Roger, *Trial by Medicine; Insanity and Responsibility in Victorian Trials* , Edinburgh ( 1981 )
- Rosselinelli G., 'Loi Perben an II: paradoxes et évolutivité de la psychiatrie légale' , *L'Information Psychiatrique* vol. 80 ( 2004 )

## S

- 佐伯千仞『刑法に於ける期待可能性の思想』( 有斐閣、1947 )
- 佐伯千仞『改訂刑法講義 総論』( 有斐閣、1974 )
- 佐伯千仞『刑法講義(総論) 三訂』( 有斐閣、1977 )
- 佐伯千仞「刑事裁判における自由心証の頽廃とその対策」、『陪審裁判の復活』(第一法規、1996 )  
所収
- 佐々木史朗「刑事鑑定の手続上の諸問題」、『刑事裁判の諸問題』宮本還暦( 弘文堂、1943 ) 所収
- 佐藤直樹「刑法三九条の刑法典からの削除を」、精神医療 26 号( 2002 )
- 沢登俊雄「予審の機能」、刑法雑誌 29 卷 4 号( 1989 )
- 沢登佳人「フランス刑事訴訟法における「判決手続と訴追・予審との機能分離の原則」と「陪審制度・自由心証主義および口頭弁論主義の一体不可分性」」、法政理論 16 卷 2 号( 1984 )
- 沢登佳人他『刑事訴訟法史』、( 風媒社、1970 )
- Screvens, Raymond, 'Réflexion sur l'expertise en matière pénale' , *Révue de droit pénal et de criminologie* ( 1964 )
- 精神保健福祉研究会監修『精神保健福祉法詳解 改訂第二版』、( 中央法規出版、2002 )
- 芹沢一也『〈法〉から解放される権力:犯罪、狂気、貧困、そして大正デモクラシー』( 新曜社、2001 )
- 司法制度改革審議会「司法制度改革審議会意見書:21 世紀の日本を支える司法制度」( 2001 )
- 司法省 編『徳川禁令考 後聚第 4 秩』( 司法省、1894 )
- 島崎藤村『夜明け前 第 1 部(上)(下)第 2 部(上)(下)』、( 岩波書店、2003 )

- 新堂幸司『新民事訴訟法』（弘文堂、2004）
- 白石大介『精神障害者への偏見とスティグマ』（中央法規出版、1994）
- 白取祐司「予審改革に関するフランス1897年法律の制定過程」、札幌学院法学5巻2号（1989）
- 白取祐司「憲法・刑事手続・予審:フランス法研究の視座1」、北大法学論集41巻2号（1990）
- 白取祐司「フランス刑事手続における防御権概念の成立」、高見勝利編『人権論の新展開』（北海道大学図書刊行会、1999）所収
- Smith, Rodger, *Trial by Medicine*, Edinburgh（1981）
- ステファニールヴェアスール＝ブーロック(沢登他訳)『フランス刑事訴訟法』（成文堂、1982）
- 杉江董「従前の法律と精神病」、神経学雑誌
- 鈴木茂嗣・平場他『注解刑事訴訟法中巻[全訂新版]』（青林書院新社、1982）

## T

- 多賀茂「奪われた狂人たち」、思想938号（2002）
- 田口寿子「触法精神障害者対策の現状と問題点(4・完)」、現代刑事法43号（2002）
- 高田義一郎「日本法医学小史」、高田義一郎『法医学』（克誠堂書店、1917）所収
- 高橋三郎、塩入俊樹「起訴前簡易鑑定とDSM診断:52事例の経験」、精神医学45巻2号（2003）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(1):予審制度の成立と展開」国学院法政論叢12号（1991）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(2):予審制度の成立と展開」、国学院法政論叢13号（1992）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(3):予審制度の成立と展開」、国学院法政論叢14号（1993）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(4):予審制度の成立と展開」、国学院法政論叢15号（1994）
- 高内寿夫「フランス刑事訴訟法における予審の機能(5):予審制度の成立と展開」国学院法政論叢16号（1995）
- 高内寿夫「予審的視点の再評価:公判審理から見た捜査」、刑法雑誌35巻3号（1996）
- 高柳真三『江戸時代の罪と刑罰抄説』（有斐閣、1976）
- 竹村堅次「精神障害者」、『戦前戦中期における障害者福祉対策』（財団法人社会福祉研究所、1990）所収
- 滝川幸辰「犯罪論序説(改訂版)」、団藤重光『滝川幸辰刑法著作集第二巻』（世界思想社、1982）所収
- 滝本シゲ子「明治初期触法精神障害者法規の運用に関する一考察」、犯罪と刑罰14号（2000）
- 滝本シゲ子「精神鑑定と量刑」、龍谷大学矯正・保護研究センター研究年報1号（2004）
- 田辺公二「鑑定人制度改革の試み」、『事実認定の研究と訓練』（弘文堂、1956）所収
- 手塚豊「新律綱領の施行に関する一考察」、『明治初期刑事法史の研究』（慶応大学法学研究会、1965）所収

- 樽善夫「科学裁判と鑑定」、中野貞一郎『科学裁判と鑑定』（日本評論社、1988）所収

## U

- 内田博文「フランスの刑事鑑定制度」、上野兼頭＝庭山『刑事鑑定の理論と実務』（成文堂、1977）所収
- 宇田川玄随「西説内科撰要」、杉本つとむ『宇田川玄随隨筆集 1、2』（早稲田大学出版部、1995（初版は1793））所収
- 植松正「責任能力」、『刑事法講座第二巻』（有斐閣、1952）所収
- 植松正『刑法概論 I 総論〔再訂版〕』（成文堂、1974）
- 植村秀三「刑事責任能力と精神鑑定」、司法研究報告書 8 卷 7 号（1956）
- 上野芳久「フランス刑法改正の歴史（資料）」、相模工業大学紀要 21 卷 1 号（1983）
- 臼井滋夫「鑑定に対する法的評価—精神鑑定についての若干の考察—」、警察学論集 14 卷 7 号（1961）

## V

- Veith, I., 'The Far East' in Howells (ed.), *The World History of Psychiatry*, BailliereTindall (1975)

## W

- 我妻栄他 編『日本政治裁判史録 前編』（第一法規、1968）

## Y

- 山田光胤「東洋を中心として」、『現代精神医学体系 A-1 一』（中山書店、1979）所収
- 安田拓人「責任能力の判断基準について」、現代刑事法第 4 卷 4 号（2002）
- 吉川経夫「フランスの保安処分」、日本刑法学会編『保安処分の研究』（有斐閣、1958）所収
- 吉岡述直『刑事証拠上における血液型の価値—弘前大学医学部教授夫人殺し事件—』（法務研修所、1952）

## Z

- ジルボーグ『医学的心理学史』（みすず書房、1958）