

捜査手段としての DNA サンプル採取と データベース登録の許容性

瀬野 貴生*

目 次

1. 本稿の課題と2つの「おことわり」
2. 強制処分性の判断基準
3. DNA サンプル（遺伝情報）採取の許容性
4. DNA 型採取の許容性
5. データベース構築の許容性

1. 本稿の課題と2つの「おことわり」

(1) 本稿の目的と目的に枠づけられた検討手法について

本稿は、現在の刑事訴訟法のもとで、捜査手段として被疑者等から DNA サンプルを採取することが許されるか、という問題について論じるものである。ただし、本稿は、もともと、軽微な被疑事実を理由に任意同行あるいは任意出頭を求められた市民が、警察署において DNA サンプルを採取され、さらに、採取された DNA サンプルを検査して特定された DNA 型をデータベースに登録された2つの事案について検討した意見書を下敷きにしたものである。それゆえ、本稿は、あくまで現在の判例規範の枠を守ったうえで、判例規範に基づいたときに、捜査機関が DNA サンプルを採取し、型判定を行い、判明した DNA 型をデータベースに登録する一連の捜査過程に、刑事訴訟法上いかなる問題点が存在するのかを検討

* ふちの・たかお 立命館大学大学院法務研究科教授

し、現在の判例法上、当該処分が適法か違法かを論じることを目的とする。つまり、本稿は、基本的には、強制処分概念および強制処分と任意処分との区別の基準に関する私自身の考え方を前提としていない。しかし、そうはいっても、部分的には抑えきれずに、私自身の立ち位置からの主張が漏れ出してしまうところがない。それゆえ、強制処分概念等に対する現時点での私の見解について、最低限の情報を開示しておくほうが、本稿の各所の記述の意味を理解しやすくなるのではないかと考え、2つの点について、本論に先立って、「おことわり」をしておくこととする。

(2) 法益侵害基準に対する積極的コミット

近年、捜査対象者に対する権利・法益侵害の有無および程度を捜査に対する規制の根拠・基準とする考え方に、根本的な疑問を投げかける議論が登場している。代表的な論者である稲谷龍彦は、捜査法の目的からして、斬新な命題を提起する。すなわち、稲谷によれば、「捜査法の目的は、捜査機関が刑事司法の適正な実現に寄与することによって国民全体の法益を増進するため——すなわち、犯罪による『力の支配』の除去——に与えられた権限と資源とを、不当な目的ないし誤った判断に基づいて濫用・費消する（これが、従来の意味での権利・法益の『侵害』に当たる）ことなく——すなわち、政府による『力の支配』の除去——、真に国民の期待に沿う形で最大限に活用してもらうための捜査機関統制構造をシステムとして具現化すること、つまり、価値多元主義社会における健全な民主主義を成立させるという観点から、『捜査活動の最適化』を目指すことにある」¹⁾とされる。

そして、稲谷によれば、この命題から導かれる強制処分に対する規制の根拠・基準は、処分対象者の法益侵害性ではなくなるとされる。すなわ

1) 稲谷龍彦『刑事手続におけるプライバシー保護——熟議による適正手続の実現を目指して』(弘文堂, 2017年) 43頁。

ち、「抽象的な権利論のレトリックの行き着く先や、捜査対象者に生じうる不利益な事情のみに着目するのではなく、問題とされている捜査手法の性質そのものと、その捜査手法に関する捜査機関へのモニタリングの状況とに着目し、生じうるエージェンシー・スラックが健全な民主主義に与える影響の深刻さや、当該エージェンシー・スラックが生じうる蓋然性の高さこそが、ある捜査手法が『特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない』処分に該当するか否かを判定するにあたって評価されるべき²⁾」というのである。

稲谷理論はさらに、上記の意味での判定は、大量の情報を収集・分析し、時間的制限なく熟議することができる国会に委ねるべきであるという命題に続き、この点にも疑問がなくはないが、本稿の課題からはやや外れるので、捜査対象者に対する法益侵害を基準としないという点に絞って、私の抱く率直な疑問を記しておきたい。

稲谷理論に対して私が抱く疑問とは、要するに、稲谷理論によれば、犯罪被害の防止あるいは犯罪の鎮圧によって得られる社会全体の利益が、捜査対象者が被る法益・権利侵害の量よりも大であるならば、捜査機関が機動的に活動することを認めるという帰結にならないか、という疑問である。もう少し敷衍すれば、捜査機関という強大な国家権力の行使に裸で晒される捜査対象者の法益・権利侵害を過少評価しすぎているのでないか、そして、そのような使われ方で国家権力が行使されるという認識が市民社会に広がることによって生じうる市民生活に対する委縮効果を軽視しすぎているのではないか、という疑問である。後者の疑問に対しては、エージェンシー・コスト基準でも規制の対象となるという反論がなされるのかもしれないが、歴史的教訓を踏まえれば、正しく判定される保証があるとは安易には言い難いし、最終的に正しく判定されたとしても、正しく判定されるまでのタイムラグの期間に、多くの犠牲を生むことになりかねな

2) 稲谷龍彦・前掲注1論文・283頁以下。

い。このことは戦前の特高警察の例を見れば、決して杞憂とは言えないように思われる。

私の抱く疑問は、したがって、疑問というより、強い不安と言った方が正確であろう。この不安は、おそらく後藤昭³⁾が抱く不安と共通している。また、松田岳士⁴⁾が角度を変えて繰り返し批判する背景にあると思われる危機感とも共通しているものと思われる。

犯罪の嫌疑をかけられた者を制圧する行為は、大義名分があるだけに、即時的には正当化されやすい。要するに、必要性が許容性を押しつぶす現象が起りやすい。それゆえ、捜査機関の暴走を防ぐために、捜査対象者の権利・利益に対する侵害を最小限にするという目的を放擲すべきではない。それゆえ、私は、「主観法モデル」でも「まだ行ける」からできる限り「遠く」まで「主観法モデル」で進み続けたい、という笹倉宏紀の立場⁵⁾とも異なり、より積極的に、「主観法モデル」を推し、「客観法モデル」を排除するという立場を維持したい。本稿も、この立場を前提に検討を進める。これが第1の「おことわり」である。

(3) 重要法益侵害説に対する懐疑

現在のところ、強制処分か任意処分かは法益侵害性を指標として判断されているという認識については、判例・学説を通じてほぼ異論を見ない。しかし、判例⁶⁾は、法益侵害があればすべて強制処分に該当するとは考えていない。一言で言えば、判例は、強制処分に該当する範囲を法益侵害の程度が大きい行為に限定して理解している。そして、学説においても、近

3) 後藤昭「捜査の法的規制」川崎英明＝後藤昭＝白取祐司『刑事司法改革の現段階』(日本評論社、2021年)97頁以下。

4) 松田岳士「『熟議による適正手続』論について(1)」阪大法学68巻2号(2018年)21頁、同「『熟議による適正手続』論について(2・完)」阪大法学68巻4号(2018年)17頁以下。

5) 笹倉宏紀「強制・任意・プライヴァシー——『主観法モデル』でどこまで行けるか」『井上正仁先生古稀祝賀論文集』(有斐閣、2019年)253頁以下。

6) 最決昭和51年3月16日刑集30巻2号187頁。

時は、「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分」⁷⁾となるという理解が優勢となっている。

しかし、もともと法益侵害説は、強制処分と任意処分との区別を有形力行使の有無に求めてきた伝統的な有形力説⁸⁾の弱点を克服することを目的として唱えられた見解であったはずである。すなわち、法益侵害説とは、科学技術の発達に伴って捜査手段が多様化するにつれて、物理的有形力は行使しないけれども、対象者の権利・利益に重大な影響を及ぼすような手段を強制処分に取り込むために、有形力が行使される行為は強制処分に当たるとを前提としたうえで、さらに、有形力を伴っているか否かにかかわらず、個人の権利・利益を侵害する行為すべてに強制処分の定義を及ぼすことを意図したものであった⁹⁾。

ところが、判例やそれと発想を同じくする学説は、警察官の有形力行使があっても強制処分に当たらない領域を認めたことで、結果的に、強制処分に至ったと評価するために要求される侵襲度を伝統的な有形力説よりも引き上げてしまった。もともとの法益侵害説とは「方向が逆で、不当である」¹⁰⁾という批判を私も共有する。しかも、判例が定立した規範は、下級審において、走って立ち去ろうとする対象者に対し「手でベルトのあたりをつかみ、バランスを崩して両名が転倒し」、「被告人は手も付けないような状態で倒れて膝から泥だらけになり、倒れたときに眼鏡も壊れた」といった行為でさえ、強制処分には至っていないとのあてはめが行われるまでに弛緩している¹¹⁾。規範の適用場面において、もともとの法益侵害説と

7) 井上正仁「強制捜査と任意捜査〔新版〕」(有斐閣, 2014年) 12頁。

8) 平野龍一『刑事訴訟法』(有斐閣, 1958年) 82頁など。

9) 田宮裕編『刑事訴訟法 I ——捜査・公訴の現代的展開』(有斐閣, 1975年) 129頁以下。

10) 福島至『基本講義 刑事訴訟法』(新世社, 2020年) 26頁。

11) 千葉地判平成29年9月22日および東京高判平成30年3月2日(ともに、判時2393=2394号63頁)の事例。本文で挙げた事案は、ほんの一例に過ぎない。近時の裁判例に対する総合的分析については、参照、渕野貴生「刑事司法制度改革と裁判官の刑事人権に対する意識変革度検証——職務質問・所持品検査に関する事例を素材として」市川正人=大久保史郎=斎藤浩=渡辺千原編『現代日本の司法——『司法制度改革』以降の人と制度』(日ノ)

は似ても似つかない別物に“育て”いるという実態を踏まえれば、上記批判的的確さはいっそう際立つ。

そもそも、市民に対して警察官によるむき出しの権力が向けられるとき、市民の権利行使や利益がどれほど深刻に抑圧されるか、容易に想像できよう。強制処分¹²⁾の定義は、警察官による権力行使がもたらす抑圧力の大きさをありのままに受け止めて、行われるべきである。実際、判例が出された当初、判例規範に対して、「およそ被疑者に対して加えられる『有形力の行使』でありながら——しかも、ここでは専ら官憲たる警察官のそれが問題であることを忘れてはならない——全く『個人の意思を制圧』しないというものがあるだろうか¹²⁾」という疑問も投げかけられていた。そうすると、有形力が行使される行為であっても、有形力を行使しない行為であっても、捜査対象者の法益に対する侵襲度が強制処分に突入する分岐点は、本来、現在の判例規範に比して、相当低いレベルに設定すべきである¹²⁾と考える。しかし、以下の検討では、上記私見を前提とはせずに、本稿の目的に沿って、判例規範を前提に検討する。これが、第2の「おことわり」である。

2. 強制処分性の判断基準

(1) 法益侵害の重大性

捜査における証拠収集が許されるための要件は、証拠収集のために実施される処分が強制処分に当たるか、任意処分に留まるかによって、全く異なる。ある捜査が、強制処分に該当する場合には、予め許容要件を厳格に定めた法律が制定されていなければならない（強制処分法定主義）、あわせて、捜査機関は対応する令状を取得したうえで処分を行わなければならない

↘本評論社、2020年）132頁以下。

12) 高田卓爾「判批（最決昭和51年3月16日）」『刑事訴訟法判例百選〔第5版〕』（有斐閣、1986年）13頁。

（令状主義）。そこで、ある捜査が強制処分に該当するか、任意処分に留まるかの判断が当該捜査の適否を大きく左右することになる。

この点、判例規範を前提にすると、周知のとおり、判例は、最決昭和51年3月16日¹³⁾において、強制処分を「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」と定義している。さらに、いわゆる GPS 捜査の適否について判断した最判平成29年3月15日¹⁴⁾において最高裁は、憲法35条の「保障対象には、『住居、書類及び所持品』に限らずこれらに準じる私的領域に『侵入』されることのない権利が含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記の通り、個人のプライバシーの侵害を可能とする機器をその所持品に密かに装着することによって、合理的に推認される個人の意思に反してその私的領域に侵入する捜査手法である GPS 捜査は、個人の意思を制圧して憲法の保障する重要な法的利益を侵害するものとして、刑事法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分に当たる」と判示した。

これらの決定および判決から導き出される判例規範の内容について、有力な見解を踏まえ¹⁵⁾、大方の一致する理解に従うと、以下のようにまとめることができるだろう。

第1に、少なくとも現在においては、憲法35条が定める令状主義によって、物に対して保護しようとしている法益の中核は、単に有体物の占有や利用といった物権的権利ではなくて、むしろその物に乗せられた情報、すなわち、個人のプライバシーの点にある。このことは、物権的権利の制約は伴わないが、極めて重大なプライバシーの制約をもたらす通信傍受が、強制処分として憲法35条の規制の下に置かれるという理解に異論を見ないことから明らかである。したがって、捜査機関が収集しようとしている

13) 刑集30巻2号187頁。

14) 刑集71巻3号13頁。

15) 井上正仁・前掲注7書・5頁以下。

物に重大なプライバシー情報が含まれている場合には、予め刑訴法で規定された要件に則り、かつ令状を取得しなければ当該証拠物を収集することは許されない。

(2) 「意思に反する」の意味

第2に、対象者の意思に反する行為は、強制処分に該当する。この点は、少し敷衍して説明する必要がある。最決昭和51年3月16日と最判平成29年3月15日とで微妙に言い回しが違っているうえに、重大なプライバシー侵害との関係性についても一定の解釈が必要だからである。

GPS 捜査において判例は、「合理的に推認される個人の意思」という言い方をした。これは、GPS 捜査が、捜査対象者に知られないように秘かに実施されるという性格を有することから、捜査対象者に同意の有無を確認する機会が典型的に存在しないという事情を反映している。一方、最決昭和51年3月16日は、呼気検査を拒否して取調室から退出しようとした被疑者の手首をつかんで、取調室に留まるように説得したという行為の適否が争われた事案である。被疑者に対して有形力が行使されており、被疑者が進んで取調室に滞留することに同意していないことは明白な事案であった。

このように法益侵害の形態について別個の特徴を有する判決と決定の関係について、その違いの意味を考慮することなく、GPS 判例の方は、意思に反したら強制処分と評価しており、最決昭和51年3月16日は意思に反しても、意思を制圧していないのであれば、強制処分とは評価していない、と平板に解するのは正しくない。そうではなくて、どちらの判決・決定でも、問われているのは同意の真摯性である。

最決昭和51年3月16日の事案は、取調室に滞留することに同意していなかった被疑者が、腕をつかまれたことをきっかけにして、真摯な同意に転ずることはあり得なくはない。それゆえ、同決定は、ひととき意思に反していることを表す表示がなされただけでは最終的に意思に反したとは結論

付けなかったのである。現に、同決定は、わざわざ「説得するため」と述べて、真摯な同意が得られる余地が残されていることを前提とした事実評価をしている。逆に、最決昭和51年3月16日の事案では、有形力の行使の程度が意思を制圧するレベルまで達していれば、真摯な同意の可能性は消滅するから、そのレベルの有形力を行使した時点で直ちに強制処分と評価されることになる。

これに対して、GPS 捜査は、最高裁自身が述べるように、捜査の類型として、対象者の行動を継続的・網羅的に把握することを必然的に伴うという性格を有するから、このような性格を有する捜査については、仮に同意を確認する機会があったとしても、およそ真摯な同意をする者がいることを想定できないのである。

それでは、真摯な同意が得られる余地があるかないかを分けている要素は何か。突き詰めれば、この要素は、結局のところ、法益侵害の重大性に帰着する。考えてみれば、法益侵害が重大になればなるほど、言い換えれば、法益侵害の量が増大すればするほど、本気でそのような法益侵害を受けることを了承する人は少なくなる。そして、法益侵害の重大性がある一線を超えると、もはやそのような法益侵害を真意で受け入れる人は皆無になる。その臨界点が強制処分と任意処分の分岐点にほかならない。最決昭和51年3月16日の方は、有形力行使にはさまざまな態様がありえ、それゆえ、行動の自由に対する制約の程度にも幅があるという行為の特徴を前提にして、問題となった事案が、腕をつかむという、行動の自由に対する制約度が深刻とまではいえない程度であったので、真摯な同意を期待できる余地があったと評価されたのである。これに対して、GPS 捜査は、捜査の態様として、対象者のプライバシーを包括的・網羅的に侵害しない程度に留めるやり方がありえないので、当該事案における探索行為を具体的に検討するまでもなく、一律に、プライバシーに対する重大な侵害があるとみて、それゆえに、そもそも真摯な同意を期待できる余地がおよそ存在しないと評価されたのである。

(3) 「意思に反する」の適用

このように判例規範を整理すると、強制処分性を認めるべき決定的基準は、法益侵害の重大性であることが明らかになる。重大な法益侵害を必然的に生じさせる捜査行為について、対象者が真摯な同意をすることはあり得ないのであるから、同意によって、強制処分性が解除される可能性は想定しえない。それゆえ、「意思に反する」という要素は重大法益侵害から離れた別個独立の基準ではなく、重大法益侵害に収斂する要素と解すべきである。

仮に、百歩譲って、重大法益侵害が生じている場合であっても対象者が真摯に同意することが絶無ではないという前提に立つとしても、重大な法益侵害を必然的に生じさせる以上、真摯な同意は存在しないという推定が働くことには異論の余地がないであろう。一般に、市民が突然、被疑者として警察署に同行され、取調室に入れられ、取調べを受けたり、尿、指紋、DNA サンプルの提供を求められたりしたときに、取調室から容易に退去できないこと、容易にサンプル採取を拒否できないことは過去の幾多の裁判例からみても明らかである¹⁶⁾。したがって、対象者の同意によってDNA サンプル収集を正当化するためには、具体的な事実に基づき同意不存在的の推定を積極的に覆すだけの立証が行われなければならない。そのような立証がなされない限り、当該捜査行為は、対象者の意思に反した処分と評価されることになる。

以上の検討を踏まえると、いずれにしても、DNA サンプルの採取が対象者の法益を重大に侵害するかどうか、まず問われなければならない。以下では、この点に立ち入って詳細に考察することとする。

16) この点は、任意同行、留め置き的事案で、いかに“強制”的な留め置きやサンプル提出に向けた執拗な説得が行われているかということについて、近時の裁判例を網羅的に分析して得た結果を踏まえた指摘である。参照、 淵野貴生・前掲注11論文・132頁以下。

3. DNA サンプル（遺伝情報）採取の許容性

(1) DNA の一体性

DNA サンプルの採取によって侵害される法益は、DNA に登載されている個人情報＝プライバシーである。しかし、説明の仕方によっては、DNA サンプルによって個人情報が取得されることは確かであるが、侵害されるプライバシーは軽微な程度にとどまると評価される可能性がある。というのは、取得したサンプルのうち、捜査機関が鑑定において実際に使用する情報は遺伝情報に関係しない部分（非コード化領域と呼ばれる）に限られ、しかも、非コード化領域について、鑑定の結果明らかにされる個人情報には、特定の塩基配列が繰り返される回数等に過ぎないとも評し得るからである。そうすると、たとえばその回数が12回だったとして、12回であることを他人に知られたからといって、個人の思想が明らかになるわけでもないし、社会的に不利益に扱われることもないし、恥ずかしくていたたまれない気持ちにさせられるわけでもないのだから、法的に強い保護を与える必要があるような情報とはいえず、そのような情報を取得しても重大なプライバシー侵害には当たらない、といったたぐいの説明を許すことにならないか、という懸念が生じるのである¹⁷⁾。しかしながら、結論から言えば、DNA が有するプライバシーに対して以上のような説明の仕方をして、DNA サンプル採取を任意処分として正当化する試みは、理論的に成り立ちえない。

DNA サンプルの取得が軽微なプライバシー侵害に留まりえない理由は、第1に、DNA サンプルを採取する際に、遺伝情報と非コード化領域とを切り分けて、遺伝情報領域を除外した状態でサンプルを取得すること

17) 実際に、プライバシー性を否定する論者として、参照、松下徹「警察における捜査手法の高度化—DNA 型鑑定及び DNA 型データベースを中心に」刑事法ジャーナル29号（2011年）27頁。

ができないという点にある¹⁸⁾。

DNA サンプルを採取するとき、捜査機関は、現実には、唾液等の細胞片を採取し、そこからDNAを抽出することになる。それゆえ、採取される情報は、遺伝情報を含むDNA全体とならざるを得ない。しかし、本来、遺伝情報は、それぞれの人の体質や病気に繋がりうる情報、人格の傾向を表し得る情報など、最高度にセンシティブな個人情報の塊であり、本人自身が情報内容を知るか知らないままにしておくかということさえも含めて、いかなる部分の情報をだれに対して明らかにするかといったことや、その情報をどのような場面で、どのように使うかについて、DNAの持ち主が完全にコントロールすることができなければならない。そして、以上のような意味で人間の尊厳にも関わる遺伝情報は、本来、捜査機関を含む国家が強制的に取得すること自体を許すべきではない。

しかしながら、他方で、犯罪の解明と犯人に対する適切な処罰の実現のために、犯罪に関する情報(証拠)を収集することは捜査機関の責務であり、国家にとって正当な利益である。証拠収集という正当な捜査活動が、たまたま人間の尊厳にかかわる情報と捜査にとって必要で人間の尊厳には関わらない情報とを切り離せないという理由で妨げられ、捜査に必要な情報までもが収集できないということになれば、それもまた不合理である。

そうすると、以上のようなジレンマを解消して、必要な捜査情報の収集を理論的に可能にするためには、最低限、次のような条件を満たす必要があるだろう。

18) この点を指摘して、法益侵害の重大性を強調する見解として、久岡康成「判批(東京高判平成28年8月23日)」立命館法学378号(2018年)373頁、玉蟲由樹「刑事手続におけるDNA鑑定の利用と人権論(3・完)」福岡大学法学論叢54巻2=3号(2009年)24頁、徳永光「立法を伴わない犯罪捜査のためのDNAデータベース」甲南法学46巻3号(2005年)125頁、129頁。なお、参照、日本弁護士連合会「警察庁DNA型データベース・システムに関する意見書」(2007年12月21日)。

(2) 遺伝情報取得の条件

第1に、遺伝情報という最高度に重大なプライバシー情報を取得する行為である以上、従来の判例の定義に照らしても、DNA サンプル採取行為が、重大法益侵害に当たるとは否定しようがない。したがって、強制処分として、憲法31条および憲法35条にしたがった強制処分法定主義および令状主義の要求を満たさなければならない。最高度にセンシティブな個人情報取得を伴う以上、憲法35条にいう正当な理由を満たすためには、実体的要件について極めて厳格に定める必要があるだろう。一例として、嫌疑の程度として最高度の濃さを要求する、対象犯罪を極めて重大な犯罪に限定するなどの方法が考えられよう。

第2に、取得した遺伝情報は、本来は、立法によっても取得することが許されない超高度センシティブ情報であるから、取得した捜査機関(国家)によって利用されないことを担保するためのルールがあわせて立法されなければならない。この立法は、単に、遺伝情報を利用した捜査関係者を処罰する規定や遺伝情報を利用した捜査等の結果について証拠能力を否定する規定を置くという程度では全く足りない。証拠の違法収集が争われる事案が跡を絶たないことを見ても明らかのように、濫用に対する事後的な制裁は、濫用を多少抑制する効果はあるとしても、濫用を根絶する効果はない。しかも、処罰規定については、濫用を疑われた捜査関係者を捜査するのが捜査機関であることを考えれば、さらに、付審判請求による起訴率が低率に留まっている現状を考慮すれば、有効な抑止効果を発揮できるかなおさら疑わしいと言わざるを得ない。必要な立法は、たとえば、サンプルから DNA 抽出後は自動的にサンプルを消去するような機器を用い、DNA の遺伝情報についても自動的に消去するようなプログラムを組み、資料がそれらの機器やプログラムを経由したことが自動的に記録されるような仕組みを備えるなど、捜査官が濫用したくてもすることが不可能な立法を整備することが必須不可欠である。発想方法としては、(もちろん私自身は通信傍受法を肯定的に評価していないが)通信傍受法における特定電子計

算機(通信傍受法23条)でとられているような濫用防止の考え方(傍受原記録を自動的に暗号化し、裁判所が発行する鍵を用いてしか復号化できないものとし、捜査機関が傍受した範囲も自動的に暗号化され、裁判所に保管されるといった仕組み)に基づく必要がある。

いずれにしても、明らかであるのは、センシティブなプライバシー情報を取得される市民の重大な利益に鑑みれば、DNA サンプル取得にかかる捜査権限の創設についても、濫用防止についても、立法によらずして行うことは許されないということである。

4. DNA 型採取の許容性

(1) 非コード化領域のプライバシー性

DNA の遺伝情報について最高度にセンシティブなプライバシー情報であることを強調することは、翻って、DNA の非コード化領域に係る情報がプライバシー情報として重要ではないということの意味しない。3. で論じたように、本来、DNA の遺伝情報部分と非コード化領域とを分離して取得することはできないのであるから、両者を切り離して法益侵害性を論じるべきではないのであるが、仮に、百歩譲って、DNA 型判定のために利用する非コード化領域のみを切り出して収集したものと擬制することが許されるという立場に立ったとしても、法益侵害が軽微になるわけではない。なぜなら、非コード化領域には、非コード化領域として固有のプライバシー性が存在し、それ自体も重要な利益だからである。

この点については、DNA サンプルの偽計的取得の適否が争われた東京高判平成28年8月23日¹⁹⁾においてもすでに論じられている。同判決は、捜査官が、警察によって作成・保管されているDNA 型記録確認通知書に記載されたDNA 型と比較することを目的として収集したDNA サンプルに

19) 判タ1441号77頁。

ついて、「個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって認識されない利益」は、「強制処分を要求して保護すべき重要な利益である」と明言している。同判決が、DNA の非コード化領域について強制処分性の評価をしていることは明らかであろう。学説においても、個人識別能力の高さがプライバシーとしての重要性を根拠づけると論じるものが多く見られる²⁰⁾。

それでは、個人識別能力の高さがなぜプライバシーとしての重要性に結び付くのだろうか。捜査機関に個人識別情報を取得されても、犯罪に関っていないならば（要するに、悪いことをしていなければ）、あるいは将来的にも犯罪に関わらなければ、的中（ポジティブ・マッチ）されることはないのであるから、プライバシーに対する侵害はあるとしても軽微な程度にとどまるのではないか、という素朴な疑問が出されるかもしれない。そこで、以下、情報が有する個人識別能力とプライバシー侵害性とが直結する理由について理論的に整理しておくこととしたい。

私たちは、自らが犯罪を行わないことは保証できても、自らが犯罪に関わったと捜査機関から疑われないと断言することはできない。たとえば、ファストフード店で食事していたところ、たまたま他の客同士がトラブルになり、一方の客が激昂して他の客を次々に殴り始めたので、自分も怖くなって、食べかけのハンバーガーをその場に放置して逃げ出したが、その後犯人も逃走して行方不明になったというような場面に遭遇しないとも限らない。この場合、自分は犯罪には全く関わっていないが、食べかけのハンバーガーには自分の唾液が残っている。このような状況で、事件の捜査の過程で、被疑者特定のために DNA サンプルを採取されることになったとしたら、どうだろうか。自分が有力な被疑者の候補にされてしまうおそ

20) 中谷雄二郎「DNA 型情報の詐欺的取得について——捜査行為の強制処分性の判断基準」刑事法ジャーナル59号（2019年）49頁、堀田尚徳「判批（東京高判平成28年8月23日）」北大法学論集68巻4号（2017年）62頁、河村有教「判批（東京高判平成28年8月23日）」海保大研究報告（法文学系）63巻1号（2018年）102頁以下。

れがあることを否定できないだろう。

しかも、捜査機関からの誤解が解け、犯罪に関わっていないことが明らかになればよいということにもならない。仮にハンバーガーを食べていた日時が、休憩時間には当たらない勤務時間中だったとしたら、どうだろうか。さらには、設定を変え、犯罪に遭遇した場所がホテルのロビーで、異性と会っていたとしたら、どうだろうか。あるいはさらに設定を変え、犯罪に遭遇した場所が病院の待合室で、他人に知られたくない病気の治療のためにその病院に通っていたとしたらどうだろうか。人はみな、24時間365日、常に聖人君子として生きられるわけではないし、聖人君子として生きていても、他人に知られたくないプライバシーは必ずある。ホテルのロビーで会っていた異性は、ビジネスに関する取引先の相手だったかもしれないが、そうだとしても、あらぬうわさや誤解を受けるリスクがあることは否定できない。そして、これらの情報は、捜査機関が意図的に関係者に漏えいしなくとも、捜査機関へ出頭したこと自体は、その間、業務を休んだ勤め先や家族に対して伝えざるを得ないから、さまざまなことをきっかけに社会的に明らかにされ、本人の不利益へとつながっていくのである。

さらに、型判定可能な状態で残存する限り、DNA 遺留資料は犯罪が発生した時点から遡って、犯罪が発生した場所にかつて立ち寄ったことがある場合にも収集され、個人識別される。このことは別のリスクを生み出す。このような資料に基づいて個人識別がされるということは、犯罪が発生した場所に立ち寄ったことはあるが、いつ立ち寄ったかは判明しないにもかかわらず、犯罪との関連性を疑われる危険があるということを意味する。その結果、私たちが、いわれのない嫌疑をかけられ、冤罪に巻き込まれる危険性は一層増大せざるを得ない。

このように、犯罪発生時に犯罪発生現場にいた場合も、犯罪発生より前に犯罪発生現場にいたことがある場合も、冤罪に巻き込まれたり、社会生活上の重大な不利益を被ったりする可能性が否定できないとき、私たち

は、過剰にリスクを回避しようとする。うかつに人の集まる場所に行くことはできなくなってしまう。結果として、私たちは、ファストフード店でハンバーガーを楽しむことも差し控え、ホテルのロビーで商談をすることも差し控え、必要な医療を受けることも差し控えることになる。個人識別情報が国家から取得されるということは、取得された市民の行動の自由に対して著しい萎縮効果を必然的にもたらすのである。それゆえ、非コード化領域の取得であっても、重大なプライバシー侵害を生じさせる行為であり、したがって、強制処分として、憲法31条および憲法35条にしたがった強制処分法定主義および令状主義の要求を満たさなければならない。

(2) 立法の必要性と立法の限界

それでは、強制処分とした場合に、刑事訴訟法において法定されている既存の強制処分によって DNA 非コード化領域を採取することはできるだろうか。この点、医師の手によるという条件を付した捜査差押許可状か、鑑定処分許可状と身体検査令状を併用することによって可能とする考え方もある²¹⁾。しかしながら、DNA 非コード化領域には、遺伝情報ほどのセンシティブ性まではないとはいえ、その取得は、4. (1)で論じたように、通信に勝るとも劣らないほど重大なプライバシー侵害を生じさせる行為であることに鑑みると、憲法35条が要求する「正当な理由」を満たすためには、対象犯罪についての一定の限定、加重された嫌疑の程度などが必要となるだろう。したがって、DNA サンプル採取について既存の令状を活用することは許されず、別途、厳格な要件を定めた立法がされない限り、DNA 非コード化領域を取得することはできない。

なお、念のために2点付言しておく。1つは、立法した場合に DNA 非コード化領域の採取が許されるとしても、そこで許されるのは、あくまで特定の被疑事実について嫌疑がかけられた者について、被疑者として特定

21) 日本弁護士連合会「警察庁 DNA 型データベース・システムに関する意見書」(2007年12月21日)。

するために必要性がある場合に限られるということである。換言すれば、当該被疑者について、嫌疑をかけられた被疑事実との関係ではすでにDNA型データベースと照合するまでもなく被疑者として特定できている一方、嫌疑をかけられている被疑事実以外の犯罪について具体的な嫌疑が存在しないという状況で、何らかの余罪と結びつく可能性があるのはいかど地引網的にデータベースを検索する目的でDNA非コード化領域を取得することは許されないということである。なぜなら、余罪については何ら具体的な嫌疑が存在しないのであるから、憲法35条が強制処分として証拠を収集する際に要求している「正当な理由」が満たされることはありえないからである。したがって、憲法上、余罪探索目的でのDNAサンプル採取は、許容されない。

もう1つは、被疑者をあぶりだす目的で特定の地域の全住民を対象にして、DNAサンプルを採取することも、憲法上、許されないということである。なぜなら、サンプルを採取される個々の住民に対して具体的な嫌疑が存在するわけではないから、このような無差別的なサンプル採取はまさに嫌疑なき差押えにあたり、憲法35条が要求する「正当な理由」を認められるはずがないのである²²⁾。

5. データベース構築の許容性

(1) データベース登載の許容性

ところで、捜査における証拠収集は、具体的に特定された被疑事実の解明を目的として行われるのが通常の形態である。DNAサンプルの収集についても、3. および4. の検討では、特定の具体的な事件が発生し、現場に被疑者のものと思われる体液が遺留されていたところ、当該事件の捜査を進めた結果、甲が被疑者である疑いが強まったため、犯行現場に遺留

22) 玉虫由樹「刑事手続におけるDNA鑑定の利用と人権論(1)」福岡大学法学論叢52巻2=3号(2007年)25頁。

された体液と照合する目的で、甲から DNA サンプルを採取するという捜査の形態を前提にしていた。そして、この場合であれば、すでに検討した通り、法益侵害は基本的に取得時で完結する。

しかしながら、DNA サンプル採取によって直接解明しようとした事件の処理が終了したのちも、捜査機関が、当該事件の捜査の過程で特定した DNA 型（以下の記述において、DNA 型は、非コード化領域について判定したものであることを前提とする）について、別事件において利用することを予定してデータベースに登録する場合には、プライバシーに対する新たな侵害が生じる。つまり、個人識別情報の保管・利用には、個人識別情報の取得には収まり切れない固有の法益侵害が伴うと言わなければならない²³⁾。なぜなら、データベース化によって、個人の行動に対する捕捉性が一気に高まり、そのことによって、個人の行動の自由に対する萎縮効果も飛躍的に高まるからである²⁴⁾。

4. で論じた通り、偶然何かの犯罪に遭遇した（かかわった場合に限らない）ことで、その時、その場所にいたことが明らかにされてしまい、さらに場合によっては犯罪のあらぬ嫌疑までかけられるかもしれないという懸念がもたらす恐怖は決して小さくない。また、犯罪が発生した場所に立ち寄ったことはあるが、いつ立ち寄ったかは判明しないにもかかわらず、犯罪との関連性を疑われる可能性があることによって、いわれのない嫌疑をかけられ、冤罪に巻き込まれる危険性は飛躍的に増大せざるを得ないが、このような危険がもたらす恐怖もまた大きい。しかしながら、運悪くそのようなおっぴなならない状況に落とし込まれる確率が、客観的にどれくらい高いのか低いのかを正確に測定することはできない。ただ、一般的に

23) 堀田尚徳・前掲注20論文・54頁、久岡康成・前掲注18論文・375頁以下、辻本典央「刑事訴訟法上の『強制の処分』概念について（2）」近畿大学法学57巻1号（2009年）27頁以下、水野陽一「無罪判決確定者による警察 DNA 型データベースに登録された個人情報抹消請求について」北九州市立大学法政論集47巻3=4号（2020年）78頁以下。

24) 山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017年）77頁、229頁以下が、データベース化による萎縮効果について詳細かつ説得的に論じている。

言って、その確率は、それほど高くないと思ひ込むことは可能なレベルではあるといえよう。それゆえ、そのようなリスクを回避するために行動を抑制するという萎縮効果を市民に対してもたらすこととなるプライバシーに対する侵害の程度は、決して軽視することはできないけれども、他の刑法上認められている強制処分によって侵害される法益の量と比べて、かけ離れて大きいとまではいえないだろう。

ところが、個人識別情報がデータベースに登録されると、犯罪が発生するたびにあらゆる機会に個人識別情報が検索されることになる。個別の犯罪におけるサンプルの収集は、収集されるか否か自体が不確実であるのに対して、データベースに格納されたのちの個人識別情報の検索は、確実に行われる。しかも、検索の結果、的中(ポジティブマッチ)されるのは、犯罪が発生したときにその場所にいた場合だけではない。DNA 遺留資料が型判定可能な状態で残存する限り、犯罪が発生した時点から遡って、犯罪が発生した場所にかつて立ち寄ったことがある場合にも個人識別される²⁵⁾。このような事態は、もはや個人の行動に対する恒常的・継続的な監視にほかならず、行動の自由に対する萎縮効果はアドホックなサンプル照合とは比較にならないほど大きくならざるを得ない。

以上の検討を踏まえると、DNA 型のデータベース登録は、それ自体として重大な法益侵害を生じさせ、したがって、データベース化自体、強制処分として法律で規定しない限りは許されないという結論になる²⁶⁾。しか

25) 玉蟲由樹は、このようなインデックスの性質が、DNA 型情報に対する情報自己決定権による保護の必要性を根拠づけると説く。参照、玉蟲由樹「刑事手続における DNA 鑑定の利用と人権論(3・完)」福岡大学法学論叢54巻2=3号(2009年)7頁以下、玉蟲由樹「警察 DNA データベースの合憲性」日本法学82巻2号(2016年)437頁。インデックスの性質については、山本龍彦「アメリカにおける DNA データベース法制」比較法研究70号(2008年)24頁でも指摘されている。

26) 山本龍彦・前掲注24書・249頁以下。山本龍彦「日本における DNA データベース法制と憲法」比較法研究70号(2008年)75頁、79頁。これに対して、必ずしも立法されなければならないものではないとする論者として、安富潔「犯罪捜査と DNA 型情報データベース」法学研究(慶應大学)78巻3号(2005年)21頁。さらに、松下徹・前掲注17論文・ノ

も、法益侵害の程度は、従来の強制処分以上に大きいと評価すべきであるから、法律で定めるべき実体的要件は、一層厳格に限定されなければならない²⁷⁾。たとえば、重大な犯罪でかつ再犯可能性が高くかつ犯行の際に DNA 資料が遺留される蓋然性の高い罪種に限定すること、有罪判決が確定した者に限ること、登載期間に合理的な限定を掛け、期間経過後は速やかに抹消することを条件とすることなどが必須の要件として求められることになる²⁸⁾。

(2) データベース化目的での採取許容性

それではさらに、個別の被疑事実の解明を目的とせずに、単にデータベースに登載する目的で DNA サンプルを採取することは許されるだろうか。

この場合は、そもそも刑事訴訟法上の捜査とはいえない。したがって、憲法35条が要求する「正当な理由」、とりわけ「証拠であることの蓋然性」を満たすことは皆無である。また、当該収集行為を行政警察活動と性格づけたとしても、データベース化による法益侵害の重大性に鑑みれば、結局、上記の厳格な実体的要件を満たすことが必要不可欠である。再犯可能性が高い重大犯罪について有罪判決が確定した者を想定すると、データベース登載目的での DNA サンプル収集があらゆる場合に禁止されるとまではいえないが、少なくとも、有罪判決確定前の刑事手続において、データベース化目的での DNA サンプル採取が実体的要件を満たして正当化されることは皆無である²⁹⁾。

↘30頁は、被疑者の検挙に効果を発揮する有用性から、広く検挙された被疑者から一律に DNA 型鑑定資料を採取し、データベースに登録すべきことを主張するが、必要性があれば許容されるという論理は、もはや法律論とさえない。

27) 玉蟲由樹「刑事手続における DNA 鑑定の利用と人権論 (3・完)」福岡大学法学論叢54巻2=3号(2009年)25頁、玉蟲由樹「警察 DNA データベースの合憲性」日本法学82巻2号(2016年)451頁以下。

28) 同様の指摘をするものとして、水野陽一・前掲注23論文・95頁以下。

29) 徳永光・前掲注18論文・126頁。

(3) 指紋採取との比較

以上のような結論に対しては、生体情報を用いた個人識別情報という点でDNA型と類似の性質を有する指紋および足型について、身体の拘束を受けている被疑者であれば、罪種等の限定なく採取することができる(刑訴法218条3項)ことと整合しないのではないか、という疑問が出され得る³⁰⁾。しかし、刑訴法218条3項の存在を根拠に、DNAサンプルの無制限な採取さらにはデータベース化が認められると解することは、許されないというべきである。

第1に、刑訴法218条3項が許容する指紋・足型の採取は、身長もしくは体重測定ならびに、写真撮影と並んで規定されているところから窺えるように、本来、被疑者の身体を拘束する前提として被疑者の同一性を特定することを目的としたものと読むのが合理的な解釈である³¹⁾。つまり、逮捕・勾留すべき被疑者は特定の人物(甲)としてすでに識別されており、身長、体重、写真撮影、指紋、足型を測定・撮影・採取するのは、実際に身体を拘束した相手が乙ではなくて、本当に甲か、要するに、人違いで別人を身体拘束していないか、ということを確認するためのものである。そうすると、この場合に採取される指紋は、個人識別情報ではなく、いわば識別された個人確認情報にすぎない。そして、この場合であれば、採取された指紋は、適法に(どの範囲が適法になり得るかという点は、5.(1)で論じた通りであるが、最低限、確定有罪判決を受けている者に限られるだろう)収録されたデータベースとの間で照合されるだけで、犯罪現場の遺留指紋と照合されることは予定されていないから、行動の自由に対する深刻な萎縮効果を生む重大なプライバシー情報が侵害されるとまではいえない。もちろん、刑訴法218条3項に基づく指紋は、有形力を行使し、被疑者の抵抗を

30) 吉田雅之「判批(東京高判平成28年8月23日)」研修824号(2017年)30頁以下。安富潔・前掲注26論文・22頁も、刑訴法218条2項は、身体拘束に付随する程度の身体検査の例示と解されるから、同項に基づいて、口腔内組織片の採取は可能と主張する。

31) 河上和雄ほか編『大コンメンタール刑事訴訟法〔第2版〕 第4巻』(青林書院、2012年)562頁〔池上正幸=河村博〕、徳永光・前掲注18論文・128頁。

排して採取することも許されると解されており、その意味で、強制処分ではある。しかし、まさに刑訴法218条3項に規定されていることによって強制処分法定主義の要求は満たしている。また、被疑者を裸にしない限りという条件が法定されていることで人権侵害の程度は相対的には大きくないといえ、かつすでに身体拘束という強制処分を受けている以上、指紋採取によって加算される法益侵害の程度もそれほど大きいとはいえないから、別個の令状を必要とするほどではないとする説明も何とか成り立つ。

逆に、捜査機関にとって、誰が被疑者か分からない状況で、被疑者となる人物を特定するために指紋を採取するという行為が、刑訴法218条3項に基づいて行われることは絶対にない。なぜならば、被疑者として特定されていない者が逮捕・勾留された状態にあるはずはないからである。そして、被疑者となる人物を特定するために使われる生体情報は、まさに個人識別情報であり、犯罪現場に遺留された生体情報との照合を予定しているから、重大なプライバシー情報に当たる。そうすると、現場に遺留された指紋と照合して、誰が被疑者かを特定する目的で行われる指紋採取は、本来、刑訴法218条3項を根拠に行うことはできない。さらに、指紋が、DNA型同様に高い個人識別能力を有することに鑑みれば、重大なプライバシー侵害を生じさせる行為として、正当な理由を満たすためには対象犯罪についての一定の限定、加重された嫌疑の程度などが必要となるだろう。したがって、被疑者となる人物を特定する目的での指紋収集についても、既存の令状を活用することは許されず、別途、厳格な要件を定めた立法がなければ正当化されないというべきである。

第2に、刑訴法218条3項は、あくまで指紋の採取を許容するのみであって、採取した指紋をデータベースに登載してもよいとは、一言も述べていない。たしかに、現在の実務では、国家公安委員会規則という行政内部の規則に基づいて、採取された指紋はデータベース化されている現実がある。また、このようなデータベース化に対して、従来、刑事訴訟法学は、理論的に正面からその適否を論じることをしてこなかったことも事実

である。しかしながら、近年の理論的發展によって、データベース化に固有の、しかもゆるがせにできないほど重大な法益侵害が付着していることが明らかにされてきている状況では、理論的發展を正しくくみ取ったうえで、改めて個人識別情報全体を見据えたデータベース化の可否、可とする場合の実体的要件ならびに手続的要件について考え直す必要がある³²⁾。ちょうど、プライバシー権が確立する前の法制度が、プライバシーが重要な保護法益であることが共有された現在では通用しなくなり、改革を迫られたのと同じ現象が、個人識別情報のデータベース化の領域で、今まさに生じているといえる。そして、本稿で検討したところに従えば、個人識別情報のデータベース化は、それ自体として重大な法益侵害を生じさせ、したがって、データベース化自体が強制処分として法律で規定されない限りは許されず、しかも、法益侵害の程度は、従来の強制処分以上に大きいと評価すべきであるから、法律で定めるべき実体的要件は、一層厳格に限定されなければならないという結論になる。DNA型と指紋との類似性を強調することは、決して、DNA型の法律に基づかないデータベース化を正当化することにはならない。むしろ両者とも法律に基づかないデータベース化を違法と評価することで整合性が取られるべきことになる。

以上の検討を踏まえると、刑訴法218条3項に明文で規定されてもいないDNAサンプルを個人識別目的で採取することも、採取したDNA型をデータベースに登載することも、ましてやデータベース登載目的でDNAサンプルを採取することも、刑訴法218条3項に基づきあるいは、指紋との類似性を強調することで正当化されることはあり得ない、という結論に至る。

32) 徳永光・前掲注18論文・129頁。