

# 警察DNAデータベースの合憲性

玉 蟲 由 樹

## 一 はじめに

二〇〇五年に日本で警察庁のDNA型データベースの運用が本格的に開始されてから、一〇年以上が経過した。しかし、かかるDNA型データベースの構築・運用の法的根拠が、依然として、国家公安委員会規則である「DNA型記録取扱規則」(平成一七年国家公安委員会規則第一五号)にとどまることについては、とりわけ憲法学からの批判が強い。また、同規則ではDNA分析に関する手続が十分に明確化されておらず、対象者の範囲の特定、鑑定についての手続保障、記録にかかわる手続保障など、様々な面での不備が指摘される<sup>1)</sup>。こうしてみると、運用から一〇年以上が経過した現在においても、憲法学的見地からは、いまだDNA型データベースの構築・運用について十分な正当化がなされているとはいえないのが実状である。

やはりあらためて問題とすべきは、警察によるDNA型情報のデータベース化はそもそも憲法上正当化可能なのか、かりに正当化可能であるとして、その条件はいったい何か、である。本稿では、情報のデータベース化に特有の問題を整理し、その憲法的評価を論じるとともに(後述二)、同じく一九九八年以来、警察DNAデータベースを運用してきたドイツでの議論をも参照しながら(後述三)、かかる憲法上の正当化問題を取り扱うこととする(後述四)。

## 二 情報処理プロセスとデータベース問題

### (一) 「取得時中心主義」の問題性

日本においても、個人関連情報ないし、その特定の存在様式としての個人関連データが、憲法上の権利による保護の対象であることについては、判例・学説に広い見解の一致が見られる。たとえば、京都府学連事件最高裁判決は、「承諾なしに、みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由」を憲法一三条が保障する「私生活上の自由」の一つと認定していた<sup>(2)</sup>、また、外国人登録法上の指紋捺捺制度の合憲性に関する平成七年の最高裁判決は、同じく一三条から「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」を導き出している<sup>(3)</sup>。こうしたことから、学説においては、憲法一三条を根拠に包括的な意味でのプライバシー権が保障されるとの理解がなされてきた。

もちろん、これらの裁判例は、こうした憲法上の権利ないし自由を認めつつも、それに続けて、憲法上の自由は公共の福祉による制約を受けることを論じ、結果的に警察官による写真撮影も、外登法上の指紋押なつの強制も公共の福祉にもとづく制約として合憲であるとの結論に至っている。結論において制約が正当化され、当事者の救済が図られなかったとはいえ、それでも、これらの判決が「容貌・姿態を撮影されない自由」や「指紋押なつを強制されない

自由」を正面から憲法上の権利・自由として認めたことは、プライバシー保護、個人情報保護という観点において重要であったし、従来の憲法学の立場も、こうした点について一定の評価を与えてきた。

しかしその一方で、これらの判決が、権利の本質を論じるにあたって「写真を撮影されないこと」や「指紋押なつを強制されないこと」に力点を置いた結果、憲法上の権利による保護を情報の「取得・収集」のタイミングに限定することとなってしまうという点は見過ぎされてはならない。つまり、これらの権利は、直接には公権力によって個人関連情報が不当に取得・収集されないことを要請するものであり、またその点に保障がとどまっていたということができよう。

これに対して、近時の憲法学説においては、このような判決の傾向を「取得時中心主義<sup>4</sup>」と呼んで批判的に論じる見解が有力に示されている。取得時中心主義の問題性は、個人関連情報にかかわる憲法上の権利に対する制約のタイミングを、情報の「取得・収集」時に限定し、ここでの権利制約が正当化されると、その後の情報の行く先や使われ方をまったくといていいほど顧みないことである<sup>5</sup>。しかし、情報の取扱いを全体的なプロセスのなかで把握するとするならば、情報の取得・収集の段階の後には、場合によっては「記録・保存」、さらには保存されたデータの「利用・譲渡等」の段階が生じうるだろう。しかも、取得された情報について、その場限りでの（刑事手続との関連では、問題となっている具体的事件限りでの）利用にとどまらず、将来における再利用を念頭においた処理が行われることとなれば、「取得後」の問題はさらに深刻な問題となりうるはずである<sup>6</sup>。このとき、その場限りの利用と「再利用」、言い換えれば「取得」と「取得後」との間には、情報利用の目的においても、権利制約の性質においても、大きな隔たりがある。つまり、これらの各段階で行われる個人関連情報に対する処理は、一つのまとまった権利制約ではなく、む

しろそれぞれが別の権利制約となっていると見るべきものである。

したがって、たとえ「取得・収集」の段階では適法に個人関連情報が取得されたとしても、それを廃棄せずにデータベースなどに「記録」することや、保存後のある時点で改めて「利用」することには、—たとえ情報の獲得者の主観がどうであれ、客観的には—連続性がなく、それらの各段階での処理が果たして適法ないし合憲といえるかはそれぞれ別の問題である。そうだとすれば、事後にデータベース化した「記録・保存」のフェイズが存在しているかどうかで、個人関連情報の「取得・収集」の評価が変わる可能性があり、また「記録・保存」の段階については、それに対応した特別な考慮が必要になると考えるべきであろう。

とりわけ個人関連情報のデータベース化およびそれにもとづく再利用についてまで視野に入れるのであれば、個人関連情報に関する憲法上の権利保障のあり方は段階を考慮した検討がなされる必要がある。すなわち、個人関連情報に関する権利は、情報の取得・収集に始まり、記録・保存、さらには利用・譲渡といった情報処理のすべてにおいて保護を展開する必要があるし、それぞれの情報処理のフェイズでは「新たな権利制約」が行われていると考えて、それぞれについて正当化の有無が検討されなければならない。それゆえ、従来の裁判例のように、取得・収集段階での合憲性・適法性のみフォーカスした権利論では、もはやデータベース化などの問題を取り扱えないというべきである。ここでは、個人関連情報の流れを全体として包括する権利構想が必要となる。<sup>7)</sup>

また、データベース化など情報の「取得後」を問題とするのであれば、これまでのプライバシー権論において重視されてきた個人関連情報の「質」はそれほど重要な観点ではなくなる可能性がある。憲法上のプライバシー権の本来の保護対象として人の道徳的自律にかかわる情報である「プライバシー固有情報」を挙げる立場は、権利保障にあ

たつて取得・収集の対象となる情報の内容や性質に着目するアプローチであった。このアプローチにおいては、人の道徳的自律とは直接にかかわりをもたない外的事項に関する情報（「プライバシー外延情報」）は、必然的に「プライバシー固有情報」よりも重要性が低いものとされ、保障の程度も弱められることになる。<sup>⑧</sup>しかし、ここに個人関連情報の「機能」という観点を加味すると、これらの質的な区別は相対化されざるをえない。質的には重要性が劣るとされるプライバシー外延情報も、それがデータベース化や情報処理のプロセスにおいて情報結合のためのキー情報ないしインデックスとして機能することがありうるからである。とりわけ、個人識別ないし特定能力の高い情報の場合、情報処理プロセスにおける有用性はきわめて高くなる。かかるキー情報ないしインデックスを中心として、様々な個人関連情報が結びつけられれば、それによって人の人格プロフィールを詳細に形成することも可能となろう。たとえば、本稿で問題とするDNA型情報をはじめとして、指紋情報、あるいは生体認証データなどは、こうしたインデックス性をもつ個人関連情報といえる。これらはその個人関連情報を単体で見れば、人の人格的自律には直接かかわりをもたない。しかし、これらの情報は情報結合の中心となりうるものであり、機能面で「重要ではない」とはとてもいえないものである。<sup>⑨</sup>

したがって、情報の機能に着目すれば、人の人格的自律に直接のかかわりをもたない情報であっても、それが取得・収集段階において「質的に重要でない情報」であること、あるいは、少なくともそのような見えることは、あらゆる段階を通じて、権利制約を正当化する十分な根拠とならなくなる。むしろ、取得後の段階での情報の結合可能性や、当該情報のもつインデックス性といった特徴などをも勘案するのであれば、もはや「重要でない」個人関連情報は存在しないのかもしれない。

## (二) データベース化問題の取扱い方

以下では、個人関連情報の「取得後」の問題のうち、捜査機関による情報のデータベース化の問題を中心に検討を進める。本稿で直接問題としている警察DNAデータベースもこの文脈において合憲性が論じられるべきものであるが、日本の裁判例において警察DNAデータベースの合憲性が争われた事例はいまのところ存在しない。これに対して、警察が捜査過程で入手した個人関連情報をデータベース化することが憲法一三条に反しないかが争われたケースがある。

警察によるイスラム教徒の監視および個人情報収集・保管・利用の合憲性が争われた事例で、東京地裁は、「人がいかなる思想、信条を有しているかというのは、個人の内面ひいては人格的自律に直接関わる事柄であって、社会生活の中で本人の承諾なくして開示されることが通常予定されていない情報の一つである」ことを認めつつ、本件での警察の情報収集活動が「外部から容易に認識することができる外形的行為を観察したというもの」にとどまり、「国際テロの防止の観点から必要やむを得ない活動」であったと認定し、収集活動そのものを憲法一三条に反するものではないとした。その上で、裁判所は警察による原告らの個人情報のデータベース化による保有についても検討し、「情報収集活動は、当該活動によって得られた情報を蓄積し、分析するために行われるものであるところ、本件情報収集活動が憲法一三条、二〇条等に違反するものでないことは既に説示したとおりであり、このように適法な活動により得られた情報を警察が保有して分析等に利用することができることは当然のことであるから、当該情報の保有が憲法一三条に違反することはないというほかない」と述べる<sup>10</sup>。

さらに本件の控訴審判決は、警察による情報のデータベース化について、「情報通信技術の飛躍的な発展に伴い、

情報のデータベース化等が可能となり、国又は公共団体の機関、特に捜査機関の個人情報の収集、保管、管理、利用の形態に変化が生じていて、これに応じて、捜査機関等による個人情報収集、保管、管理、利用について、収集の局面のみならず、保管等の局面に関し、これまでとは異なる視点で憲法上の問題として検討する必要があるという見解<sup>11</sup>は、情報通信技術の発展に伴う状況の変化に応じた憲法上の問題を提起している点で傾聴に値する」としながらも、「しかし、本件については、本件情報収集活動は、断片的情報を個別に取得することに意味があるのではなく、継続的に情報を収集し、それを分析、利用することを目的とするものであるから、その「憲法適合性を判断するに当たっては、このような情報の継続的収集、保管、分析、利用を一体のもの」とみて、それによる個人の私生活上の自由への影響を検討すべき」と述べ、収集の憲法適合性をそのまま後の段階にも引き継ぐ一体的な判断を行っている<sup>11</sup>。

第一審判決、控訴審判決ともに、警察による情報収集活動を国際テロの防止という目的のために必要やむを得ないとした上で、情報の継続的収集、蓄積、分析、利用といったプロセスを「一体のもの」とみなして、収集の憲法適合性をその後のプロセス全体の評価を決定するための決め手としている。ここでは、正当な目的のために相当な手段によつて情報が取得された以上は、保管・再利用も当然に合法的になしうるというかたちで「取得時中心主義」がなおも堅持されていると見ることができるとともに、プライバシー保障の観点からより重要と思われる、情報の一時的な収集・利用と継続的な保管・再利用との質的な差異が軽視されているともいえるだろう<sup>12</sup>。本件での情報収集活動が、はじめから保管・分析・(再)利用といった事後処理を予定していたのであれば、後述するように、単なる一時的な収集・利用とは異なる強度の権利介入が想定されるべきであり、それに応じた収集行為の憲法適合性判断がなされるべきであつたように思われる。

警察DNAデータベースへの登録を前提とする情報収集活動は、具体的な犯罪捜査目的をもたない点で、本件で問題とされた警備情報活動と共通点をもつ。それゆえ、かりに警察DNAデータベースの合憲性が裁判上問題となったとしても、DNA型情報の取得と保管・分析・利用とが「一体のもの」とされ、取得時の憲法適合性判断が後の段階にまで引き継がれることは十分に考えられる。しかし、たとえば、具体的な犯罪捜査の場面で取得された被疑者等のDNA型情報が、その後、DNAデータベースに登録され、分析・利用の対象とされるような場合には、取得目的と最後の保管・利用目的とは違ったものになるはずである。そうだとすれば、取得段階での憲法適合性を最後の保管・分析・利用の段階での憲法適合性にそのまま転用することは困難といわざるをえない。いずれにせよ、情報の取得とデータベース化に伴う保管・分析・利用とを同じ問題の次元で考えることは、問題の本質を見誤り、ともすればプライバシーなどの権利制約の過小評価につながる恐れがあるというべきであろう。

### 三 ドイツにおける警察DNAデータベースの運用と評価

#### (一) 現行制度の概要

日本と同様に警察によるDNAデータベースの構築・運用が行われているドイツ<sup>(13)</sup>においては、DNA型情報のデータベース化にあたって、以上の問題を考慮するかたちで、比較的きめ細かい立法的対応が行われてきた<sup>(14)</sup>。以下では、ドイツにおける現行のDNAデータベース法制と、これに関する憲法的評価について概観することとしたい。

ドイツでは、一九八六年頃からDNA型鑑定技術が刑事手続において実用化されるようになった。その後、一九九七年に刑事訴訟法にDNA分析についての根拠規定(八一e条)が創設されたことを皮切りに、一九九八年に

連邦刑事局（BKA）にDNAデータベース（DNA-Analyse-Datenbank）が設置されたことに伴う立法対応などを経て、二〇〇五年に刑事訴訟法の大規模な改正が行われ、DNA型鑑定制度が大幅に見直された。これが現行の制度である。<sup>15)</sup> 現行制度中、警察のDNAデータベースに登録されるのは、刑事訴訟法八一g条一項の手続（以下、「一項類型」とする）によつて取得されたDNA型情報、同条四項の手続（以下、「四項類型」とする）によつて取得されたDNA型情報、および同条五項二文の手続（以下、「五項類型」とする）によつて取得されるDNA型情報の三種類である。

一項類型は、一定の犯罪の嫌疑がかけられている被疑者・被告人または累犯者について、「犯罪の種類もしくは態様、被疑者・被告人の人格その他の判断から、将来新たな刑事手続が行なわれることがありうるという見解に理由がある」ことを条件に行われるDNA分析手続である。四項類型は、八一g条一項に示された犯罪についてすでに有罪判決を受けている者、あるいは精神疾患や年齢などを理由に有罪判決を受けなかった者について行われるDNA分析手続である。四項類型についても、一項類型と同じ条件が適用される。五項類型は、刑事訴訟法八一e条一項の手続によつて取得されたDNA型情報を、八一g条一項の条件を適用しながらDNAデータベースに登録する手続であり、ここには被疑者のDNA型情報とともに、痕跡物質のDNA型情報も含まれる。

このうち一項類型および四項類型は、警察DNAデータベースへの登録のために行われるDNA分析手続であり、これらは情報の取得段階から「将来の新たな刑事手続」に対する対応を目的とした手続であるといえる。これに対して、五項類型は、情報の取得段階においては刑事訴訟法八一e条一項にもとづき「採取の理由である刑事手続または他の係属中の刑事手続のために」（同法八一a条三項）行われるDNA分析により得られたDNA型情報を、あらためて「将来の新たな刑事手続」を想定してデータベースに登録する手続となっており、取得段階と保存段階において目

的が異なっている。しかし、五項類型においても、八一e条にもとづくDNA分析およびDNA型情報の取得と、八一g条五項でのDNAデータベースへの登録とは手続上切り離されており、同法八一e条による情報取得がそのままデータベースへの保存につながるわけではないことに留意すべきであろう。

これらの諸類型に共通する注目すべき事柄は、いずれの手続においても裁判官の関与が予定されていることである。一項類型および四項類型の場合、刑事訴訟法八一g条三項により「分子生物学上の検査は、被疑者の書面による同意がない場合、裁判所によつてのみ命じらる」とされており、データベースへの登録を予定したDNA分析が裁判官留保に服することとなっている。また、五項類型については、同法八一g条五項四文で被疑者がDNA型情報のデータベースへの登録について裁判所の判決を要求しうることとなっている。具体的な犯罪捜査目的でのDNA分析についても、同法八一f条一項が裁判官留保を原則としていることからすれば、DNA分析が全体として慎重な手続の下にあるとみてよいだろう。

このように、ドイツにおいては、具体的な犯罪捜査を目的とするDNA分析による情報取得と、「将来の新たな刑事手続」への対応を目的とするDNA分析および情報のデータベース化とが、手続として区別されており、それぞれについて異なった法的規律が行われている点に特徴がある。また、こうした区別に伴って、データベースへの登録を前提とするDNA型情報の取得について裁判官留保が厳格に貫かれている点も注目に値する。

## (二) 裁判所による憲法的評価

ドイツにおいては、連邦憲法裁判所が一九八三年に下した国勢調査判決以来、情報自己決定権が憲法上の権利とし

て承認されてきた<sup>16</sup>。情報自己決定権は、「いつ、いかなる限度で個人的な生活状況が明らかにされるのかを原則として自己で決定する」<sup>17</sup>権限であり、このような権限は現代および将来の自動的データ処理の諸条件の下では、「特別に保護を要する」<sup>18</sup>ものとされる。権利の保護領域との関連で「個人データの限界なき取得、保存、利用および譲渡に対する個人の保護」<sup>19</sup>が強調されたことから明らかなように、国勢調査判決すでに情報自己決定権は情報処理のあらゆる段階において保障されるべき権利として構想されている。また、情報自己決定権の侵害にとつて重要なのは情報の内容でだけではなく、「その有用性や利用可能性」であり、「自動的データ処理の諸条件の下では『重要ではない』情報はもはや存在しない」とされている点で、情報の「機能」に着目した保障アプローチを展開する権利であった。

DNA型情報が個人の固有の情報であることからすれば、その「取得、保存、利用および譲渡」が情報自己決定権に介入するものであることは論を俟たない<sup>21</sup>。それゆえ、個々の情報取得やその後の処理が基本権制約として憲法上正当化されうるものであるかが問題となるが、これについては、国勢調査判決以来、優越する公益の存在を前提とする比例原則への拘束が中心的な論点を形成してきた<sup>22</sup>。

具体的な犯罪捜査との関係で行われるDNA分析については、連邦憲法裁判所の一九九五年の決定が、非コード化領域について行われるDNA分析を「被疑者の情報自己決定権への介入」と評価しつつ、DNA分析と比例原則との関係について、本件で問題となった性犯罪の場合、「犯罪の重大性と、血液採取という侵害の軽微性ならびに事実解明の利益に鑑みてやはり軽微なものと評価されるべき情報自己決定権への介入との間に、適切な関連性が保たれている」として、比例原則は満たされていると結論づけている<sup>23</sup>。

これに対して、直接にDNA型情報のデータベース化の合憲性を争ったケースは存在しないが、連邦憲法裁判所が

二〇〇〇年に下した部会決定は、「将来の重大犯罪の解明を容易にすることを意図」するDNA分析について合憲の判断を示している。本決定で問題とされたのは、当時の刑事訴訟法八一g条と結びついたDNA同一性確認法二条の措置（現行制度での「四項類型」に該当する）であったが、前述したように、これは警察DNAデータベースへの登録のために行われるDNA分析手続であり、その意味ではDNA型情報のデータベース化の問題も同時に論じられていたと見ることができよう<sup>24</sup>。本決定で「DNA型情報の確定、保存および（将来の）利用は情報自己決定の基本権に干渉するものである<sup>25</sup>」とされたのは、かかる理解を示したものと見える。しかしその一方で、「将来の重大犯罪の解明を容易にすること」は「高いランクをもつ、法治国家的保障を志向する裁判に資するもの<sup>26</sup>」であるとされ、基本権制約にとつての優越する公益の存在が認定された。また、比例原則についても、DNA分析が「重大犯罪を理由とする当該個人へのかつての有罪判決を結びつけられており、その者に対しては将来的に重大犯罪を理由とするさらなる刑事訴訟が行われるとの、特定の事実にもとづいた予測を前提としている<sup>27</sup>」ことを理由に反するところはないとされている。

これらの両決定においては、DNA分析が情報自己決定権に対する介入となるという評価に共通性が見られるものの、介入の正当化にあつての判断には重要な違いがある。一九九五年決定においては、介入を正当化する優越的公益として、法治国家実現のために要請される真相解明の原則が挙げられていたのに対して、二〇〇〇年決定では、将来の重大犯罪の解明を容易にすることが法治国家的保障の一内容とされている。また、比例原則の適用にあつても、一九九五年決定では具体的な犯罪と情報自己決定権への介入との間での比例性に重点が置かれているのに対して、二〇〇〇年決定では「将来的に重大犯罪を理由とするさらなる刑事訴訟が行われるとの、特定の事実にもとづいた予

測<sup>(28)</sup>、すなわち「再犯危険性の推定 (die Annahme einer Wiederholungsgefahr)」の存在が重視されている。このような違いは、具体的な犯罪捜査に利用する目的でDNA型情報を一時的に取得することと、将来起こりうる犯罪に備えてDNA型情報を継続的に保有することとの本質的な事柄の違いに起因する。両決定は、連邦憲法裁判所がこの点を踏まえて意識的に合憲性の判断基準を変えていることを示唆している。両決定で問われた措置はともに情報自己決定権に対する介入ではあるが、その目的も措置の性質も異なることから、正当化にあたってそれぞれ異なった考慮が必要になるということになる。

とりわけ、将来起こりうる犯罪の解明のために行われるDNA分析について、「再犯危険性の推定」を通じた比例原則の充足が求められている点は重要である<sup>(29)</sup>。このことは、連邦憲法裁判所が二〇〇〇年決定においても、さらにはその後のいくつかの裁判例においても、かかる推定が十分に根拠づけられていないことをもって、DNAの分析措置を違憲とする判断を下してきていることからもうかがい知れる。たとえば二〇〇八年に下された連邦憲法裁判所第二法廷第二部会決定では、過去に違法薬物の所持・使用や禁止された売春、窃盗などで複数回服役した者に対してDNA分析を命じた裁判所決定について、「かなり以前に有罪判決を受けた者の再犯が『確実に排除できない』という推定のみでは情報自己決定権に対する介入を正当化することはできない」とされ、裁判所決定が違憲とされている<sup>(30)</sup>。これらのことからすれば、「再犯危険性の推定」は、将来起こりうる犯罪の解明を目的とする情報自己決定権への介入を正当化するための条件として、DNAのデータベース化にとって中心的な役割を果たしていると評価することができよう。

#### 四 警察DNAデータベースの合憲性

##### (一) DNA分析の非コード化領域への限定

以下では、こうしたドイツでの立法およびその憲法的評価に関する議論を参考にしながら、あらためて警察DNAデータベースの合憲性について論じることとする。ここでは、とりわけ、警察DNAデータベースを構築するにあたって、どのような具体的な条件をクリアすることが、その合憲性を担保するために必要となるか、という観点から検討を進める。冒頭でも述べたように、警察DNAデータベースの構築・運用についての法的根拠があいまいな日本の現状からすれば、この点に関する議論を深めておくことが有益と考えられるためである。

この点、まずはデータベース化の有無にかかわらず、刑事手続上のDNA分析一般について「守られるべき一線」があることは最初に確認しておく必要がある。それは、DNA分析がDNAのうち非コード化領域と呼ばれる領域だけを対象とするものでなければならない、ということである。

一般に、現代の医学的・分子遺伝学的知見のもとでは、非コード化領域における情報は個人識別機能を有するにとどまり、個人の遺伝的特質を表すものではないとされている<sup>(31)</sup>。このため、実務上は「指紋」との類似性が指摘される<sup>(32)</sup>のであり、実際、それにとどまるのであれば、DNA分析は個人の人格との関係でそこまで大きな問題を生じないともされる<sup>(33)</sup>。

しかし、かりにDNA分析がコード化領域について行われるということになれば、問題は大きく異なる。コード化領域には人の遺伝情報などが大量に含まれており、そこには本人も知りえないきわめて秘匿性の高い情報が含まれる

可能性もある。こうした情報は個人の人格そのものと強いつながりをもつ心身の基本情報であるため、ドイツでいえば「人間の尊厳」の保護対象そのもの<sup>(34)</sup>、日本での議論状況からすれば、「高度にセンシティブな：情報」<sup>(35)</sup>ないしは「人の道徳的自律の存在にかかわる情報」に該当することとなる。ドイツにおけるように、かかる情報の獲得を人間の尊厳に介入する行為とするのであれば、これを公権力が強制的に行うこと自体、いかなる目的からも正当化不能となる<sup>(36)</sup>。したがって、具体的な犯罪事実の解明や将来における刑事手続への準備がどれだけ重要な公益であるとしても、コード化領域での分析が正当化される余地はない。

これに対して、「高度にセンシティブな情報」の取得等が絶対的に禁止されるとの理解をとらない場合であっても、少なくともコード化領域でのDNA分析は、獲得される情報の質や内容という点で憲法上の重大な疑義を引き起こすため、やはり情報の質に着目したアプローチにおいても原則的に禁止されるものと解される<sup>(37)</sup>。刑事手続上の分析の主たる目的が個人の識別にあることからすれば、それをはるかに超える内容を含むコード化領域でのDNA分析を認めることは、情報取得の目的と取得される情報の質との衡量の観点で、明らかに均衡を失したものとなるだろう。

さらに、このこととの関連では、DNAサンプルの取扱いについてもかなり慎重な手続が必要になる<sup>(38)</sup>。血液あるいは体細胞片といったDNA分析のためのサンプルそのものは、検査次第で人格プロフィールにかかわる情報をも獲得しうるものであるため、これがいつまでも廃棄されずにいると、「型判定以外の目的に流用される危険性が増す」<sup>(39)</sup>からである。こうした「追加的介入」ないし「二次搜索」の危険性に鑑みれば、DNA型の分析が終了した時点で、サンプルを遅滞なく廃棄するなどの手続規定は当然に必要となるし、立法によろうともサンプルそのもののデータベース化は認められる余地がないとの見解にも説得力がある<sup>(40)</sup>。

この点、ドイツでは、刑事訴訟法八一a条三項一文後段および八一g条二項一文後段で、DNA分析の対象となる血液や体細胞等は検査に必要なくなり次第廃棄されることを定めており、サンプルのデータベース化の可能性は排除されている。これも基本的に、DNAサンプルの濫用を防止するための方策といえよう。しかし、学説のなかにはかかる廃棄規定に疑義を唱えるものもある。それによれば、DNAデータベースを現代のデータバンク技術に適合させ、また検査技術の発展に伴ってより確実性の高いデータを蓄積させるためには、サンプルの廃棄は不必要であるとされる<sup>(41)</sup>。この見解に立つ場合には、DNAサンプルの濫用防止は、目的拘束規定などによって分析を非コード化領域におけるものに限定するかたちで行われるべきこととなろう。

たしかにDNAサンプルから高度にセンシティブな情報を引き出せるかは分析手法如何の問題であり、この点では分析段階での目的拘束を厳格化することが理に適っている。分析が非コード化領域におけるものに限定されている限りにおいて、DNAサンプルのデータベース化はそれだけで人間の尊厳保障に反するとまではいえないだろう。この意味では、分析手法の非コード化領域への限定の問題とサンプルのデータベース化の問題とは区別して論じる必要がある。分析手法の非コード化領域への限定は、まさに人間の尊厳やプライバシーの核心領域の問題であり、これに反する分析が禁止されることはいうまでもない。これに対して、サンプルのデータベース化は情報自己決定権への介入として、比例原則にもとづく衡量によって判断されるべき問題と考えられる。このとき、検査技術の発展に伴う再分析を可能にすることという目的設定がDNAサンプルを国家が保有し続けることを正当化しうるほどに重要であるかは慎重な検討を要する。少なくとも、犯罪捜査に必要な程度の個人識別の精度が実現された段階以降においては、DNAサンプルのデータベース化が過剰な介入となることだけは確かであろう。<sup>(42)</sup>

## (二) 比例原則の遵守

ドイツの裁判例が示していたように、DNAデータベースの構築および運用は、個人のDNA型情報を保存し、将来的に利用するという点において、情報自己決定権に介入するものであることは疑いがない。したがって、その制約が正当化されるためには、比例原則を満たす必要がある<sup>(43)</sup>。

一般に、比例原則との関係では、国家による基本権制約は「十分な公共の福祉の理由から正当化され、目的達成のために選択された手段が適切かつ必要であり、かつ介入の強度とそれを正当化する理由の重要性との間での全体的衡量に際して要求可能性の限界を遵守していること」<sup>(44)</sup>を要求される。すなわち、基本権制約が憲法上正当化されるためには、それが正当な公共の福祉目的を追求するものであることはもちろんのこと、目的達成手段としても、適合性、必要性、狭義の比例性（相当性）の各部分原則をそれぞれ満たしていなければならない<sup>(45)</sup>。

これを警察DNAデータベースの構築・運用のケースに当てはめれば、DNAデータベースへのDNA型情報の記録・保存が、追求される目的との関連において、その目的を促進するものであること（適合性）、目的達成にとって必要不可欠であること（必要性）、目的との間で均衡を失っていないこと（相当性）、が要求されることになる。

ここで問題となるのは、DNAデータベースの構築・運用によって追求される目的とは一体何であるかである。これについては、ドイツの連邦憲法裁判所が指摘したのと同様に、日本においても「将来の（重大）犯罪の解明」ということになると思われる。少なくとも、DNA型情報をデータベースに記録・保存する目的は、その時点において問題となっている具体的な犯罪捜査に利用することではありえない。事柄の性質上、将来に起こりうる事態への事前対応、すなわちいわゆる「事前配慮（Vorsorge）」の意味合いが強い<sup>(46)</sup>。

こうした情報事前配慮型の国家活動<sup>(47)</sup>は、近年、とりわけ治安法制の分野において盛んに行われるものであるが、このとき行われる基本権への制約は、従来の具体的危険を前提とした基本権制約とは異なり、危険前域、すなわち抽象的リスクの段階において行われるものである。こうした危険前域での基本権制約は、つまるところ「まだ何も起こっていない段階での基本権制約」であり、基本権制約のタイミングそのものをも前倒しすることを意味する。

かかる危険前域での基本権制約については、それが具体的危険を前提としないことから、比例原則審査が空転するおそれがあることがつとに指摘されてきた。とりわけ、従来の比例原則審査において中心的な役割を担ってきた制約の必要性審査が機能しない可能性が高い<sup>(48)</sup>。危険前域での基本権制約の場合、そこで追求されるのは、現実に存在する、あるいは具体的な危険をもつ事態への対応ではなく、「将来起こりうる」事態への対応であり、必然的に想定される事態そのものが不明確かつ抽象的とならざるをえない。そうすると、かかる事態への対応として何が必要不可欠な行為であるかの手がかりが失われることとなり、結果として正当化される措置の範囲が際限なく拡大される余地があるからである。

そこで、情報事前配慮型の国家活動の評価にあたっては、比例原則のうち相当性の要請が重視される傾向にある。この点、同じく情報事前配慮型の活動の合憲性が問題となったラスター捜査決定では、相当性審査が①基本権への介入強度、②追求される法益の重要性、③法益侵害の発生蓋然性という三変数で示され、それらは①基本権の介入強度であればあるほど、②追求される法益の重要性、ないしは③法益侵害の発生蓋然性が高くなるてはならない、という関係にあるとされた<sup>(49)</sup>。

警察DNAデータベースについてこれを見た場合、①の基本権への介入は強度なものであるといつてよいであろう。

いったんDNAデータベースに情報が記録されると、それがどのように利用されるのか、どのような情報と結びつけられるのかは、原則として個人にとって不可視の状況となる。しかも、情報がデータベースに恒常的に保存されることになれば、そこではさらなる「追加的介入」の可能性が生じる。連邦憲法裁判所は、自動車ナンバーの自動読み取りが問題となったケースにおいて、「介入の強度は、当該個人の基本権への追加的介入にとつてのデータの利用可能性や、さらに他の追加的措置を引き起こしうる他のデータとの結合可能性によって増大する<sup>50)</sup>」と述べる。つまり、措置によつて獲得された情報が蓄積・利用しないしは他の機関へと譲渡されることで、当該個人が更なる国家による捜査などの対象とされるリスクが生じることが、基本権への介入強度の判断に影響を与えるのである<sup>51)</sup>。前述したように、DNA型情報はばらばらに存在する情報を統合するためのインデックスとしての機能をもつ、高度に個人識別能力の高い情報である以上、追加的介入の可能性は高いといわざるをえない。

したがって、こうした恒常的な危険を伴う介入は、一時的な介入と比べて強度は高くなると解すべきである。同じ情報が介入の対象となる場合であっても、それが一時的に取得される場合と、恒常的に保存される場合とでは、後者の方がより情報自己決定権に対する介入の強度が高いといえる。したがって、この制約を正当化するためには、②追求される法益の重要性、③法益侵害の発生の蓋然性のいずれかについて条件が加重されることが要求される<sup>52)</sup>。

この点、②についてより高いレベルを期待するのは困難である。追求される法益は、「将来の重大犯罪の解明」であるが、これが「現に問題となつている犯罪の解明およびその訴追」という通常の刑事手続における目的よりも質的に高められた重要性をもつものであるといえるかは疑わしい。たしかに連邦憲法裁判所は二〇〇〇年決定において「将来の重大犯罪の解明」を「高いランクをもつ、法治国家的保障を志向する裁判に資する」というが、ここで「将

来の重大犯罪の解明」そのものが通常の刑事手続における目的よりも「高いランク」をもつと位置づけているとまではいえないであろう。単純に考えても、起こるかわからない犯罪の解明が通常の犯罪捜査よりも高いレベルでの重要性を主張しうるとは思えない。

結局のところ、警察DNAデータベースに正当化の可能性があるとすれば、それは③の法益侵害の発生の蓋然性について要件を加重することである。連邦憲法裁判所が強調してきた「再犯危険性の推定」はまさにこうした要件加重の一例を示すものであったといえる。かかる推定が十分に根拠づけられていれば、法益侵害の発生の蓋然性はより高いレベルで理解されることになり、その結果、データベース化によって生じる基本権介入の強度にもかかわらず、データベースの構築・運用が正当化されることになる。すなわち、データベースに記録することを目的としたDNA分析の対象者については、「再犯危険性の推定」のような消極的予測がなされることを前提条件としておくことが、相当性の要請を満たすために必要な措置である。このような条件を設定できれば、情報事前配慮型の活動である警察DNAデータベースの構築・運用も、比例原則、とりわけ相当性の要請を満たすことができるように思われる。

### (三) 法律の留保・規範特定性・規範明確性

基本権制約の比例性は、第一次的には、立法によって充足されるべきものである。したがって、以上のような比例原則に則った警察DNAデータベースの構築・運用が法律によって根拠づけられる必要がある。この点、刑事訴訟法学の領域では、強制処分法定主義を手がかりに、DNAの分析そのもの、あるいはDNA分析を予定した血液・細胞等の採取が強制処分にあたるかが問われ、その帰趨によって法定の要否が論じられることがある<sup>53</sup>。しかし、憲法学

の観点からすれば、強制処分法定主義の問題も、その大部分は、国民の権利義務に関する事項については国会によって決定されるべきとの原則（法律の留保）の問題として理解されうる。<sup>54</sup> 公権力によるDNA型情報の取得・保存・利用等の行為が情報自己決定権への介入を意味する以上は、国会の立法によって本質的決定がなされるべきである。

とくに、DNA型情報のデータベースへの記録・保存が具体的な犯罪捜査を前提とする刑事訴訟法の本来の目的ではカバーしきれないものであること、それ自体が独立した基本権への介入であり、しかも介入の強度も一時的取得に比べて高いことを考えれば、法律の留保がより強く要請される問題である。DNAデータベースの構築・運用が情報事前配慮型の活動であることから目を逸らし、現行刑事訴訟法の解釈によって問題を処理しようとするればするほど、その合憲性には疑問符がつくことになるだろう。

また、法律の留保が満たされた場合であっても、DNAデータベースの構築・運用が情報事前配慮型の活動であることからすれば、それにかかわる法規範には特別な特定性と明確性が要求される。これは、情報事前配慮型の活動については、比例原則、とりわけ必要性の原則が十分に機能しないためである。規範の特定性・明確性は、法律にもとづいて行われる措置の比例性を立法段階において、立法者によって実現させるものであって、これによって行政官庁の措置から恣意が排除されうる。この要請は、ドイツにおいては、警察による情報事前配慮型の活動の評価にあたって重要視されるようになっていいる。ニダーザクセン警察法違憲判決<sup>55</sup>において、連邦憲法裁判所が、危険予防のために行われる刑事訴追の前域での情報活動を正当化するためには、伝統的な理解よりも厳格化された規範特定性・規範明確性の要件が要求されると述べたのがその一例であるが、このことは、当然に警察によるDNAデータベースの構築・運用にも妥当するものであろう。

DNAデータベースで問題となる情報自己決定権への介入に際しては、立法者はとくに介入の原因・目的・限界を領域特定的かつ明確に規定しなければならない<sup>56</sup>。とりわけ、データ利用の目的が明確に示されていない場合、個別・具体的に行われる措置（DNA型情報の記録・保存・利用など）が比例原則適合的に行われているかどうかの判断のための手がかりが失われることからすれば、目的の明確性は重要である。

また、相当性の要請を満たす意味でも、対象となる犯罪の限定ないしは「再犯危険性の推定」のような消極的予測がDNAデータベースへの登録の条件として法律上採用されるべきである。こうした条件づけなしには、目的と手段との均衡に重大な疑義が生じかねないだろう。その上で、再犯可能性の推定などの条件づけを実質化するためには、DNA型情報のデータベースへの登録にあたって、あるいはデータベースへの登録を前提とした鑑定そのものに対して、裁判官留保を採用するなどの手続的考慮が考えられるべきである。このことは憲法三五条との関連でも重要な意味をもちうる。

## 五 むすびにかえて

高度の個人識別・特定能力をもつDNA型情報の利用は、未解決事件の解明や余罪の発掘に大きな効果を上げるとともに、冤罪防止の観点からも重要であるとされ、いまや犯罪捜査にとつての強力な武器のひとつとなっている。このような観点からは、DNA型データベースの構築・運用も、犯罪捜査の質の向上や犯罪事実の早期解明といった法治国家的保障に資する側面があり、その積極的な活用が期待されることにもそれなりの理由があるといえよう。

しかし、いかに有用な技術といえども、憲法上の権利との調整なしにそれを用いることはできない。本稿で示した

ように、DNA型鑑定やDNA型情報のデータベース化は原理的に禁じられるものではないが、とりわけ情報自己決定権との調整という観点から憲法上の正当化がなされなければならない。過剰な介入を防ぐためにも、DNA分析を非コード化領域に限定するとともに、比例原則にもとづいて対象犯罪の特定や分析・記録の条件づけを行うことが必要である。かかるDNA型データベース法制の（再）構築が、第一次的に立法者の任務であることはいうまでもない。

(1) 以上の各論点につき、全体を俯瞰するものとして、末井誠史「DNA型データベースをめぐる論点」レファレンス七二二号（二〇一一年）一頁以下を参照。

(2) 最大判昭四四・一二・二四刑集二三卷一二号一六二五頁。

(3) 最判平七・一二・一五刑集四九卷一〇号八四二頁。平成七年判決で示された憲法二三条とプライバシー権、さらには「みだりに指紋の押なつを強制されない自由」との関係について、玉蟲由樹「指紋捺捺制度と憲法二三条」上智法学論集四〇巻三号（一九九六年）二二七頁以下を参照。

(4) 山本龍彦「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集六三卷八号（二〇一〇年）一一一頁以下、同「データベース社会におけるプライバシーと個人情報保護」公法研究七五号（二〇一三年）九二頁以下を参照。

(5) たとえば、Nシステムによる自動車登録情報の記録・保存の合憲性が争われた事件（東京高判平二一・一・二九判タ一二九五号一九三頁）では、情報の取得だけでなく、その後の「保有、利用の方法」の正当性も議論の対象となつているが、当該情報が公権力に対して秘匿しうる性質のものではないとの理由から、「公道上において何人でも確認し得る車両データを収集し、これを利用することは、適法に行い得る」（強調は玉蟲）と判断している。結果として、取得・収集段階とそれ以降の段階との区別が十分になされないまま、一連のプロセスのなかで取得・収集段階での適法性（合憲性）が以降の段階に引き継がれている。

(6) 亀井源太郎・宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦「〔座談会〕憲法と刑事法の交錯（前篇）」法律時報八六卷五号（二〇一四年）一二六頁（山本龍彦発言）を参照。

(7) 憲法学においては、佐藤幸治による「自己情報コントロール権」の提唱以来、「取得時」の問題のみならず、「取得後」の問題にも一定の関心を払ってきた。たとえば、「プライバシーの権利」を「(a)〈本人の同意なくして、または正当な理由なくして、他者に自己情報を収集されない権利〉、(b)〈合憲的に収集された場合も、本人の同意なくして、または、正当な理由なくして、自己情報が収集目的をこえて利用…されない権利〉」を同時に含むものとして理解する竹中勲の理解などがその典型である。竹中勲「プライバシーの権利」大石眞・石川健治（編）『憲法の争点』（有斐閣・二〇〇八年）九八頁以下を参照。

なお、自衛隊による情報保全活動の一環として行われた情報収集および保存行為の適法性が問われた仙台地判平二四・三・二六判時二一四九号九九頁は、「自己の個人情報を正当な目的や必要性によらず収集あるいは保有されないという意味での自己の個人情報をコントロールする権利は、法的に保護に値する利益として確立」していると述べる。「収集」とならんで「保有」が問題とされている点で、「取得後」の問題についての意識を示したものといえよう。本判決につき、片桐直人「自衛隊の情報保全活動の一環として行われた情報収集・保存が違法とされた例」法学セミナー増刊速報判例解説二二号（二〇一三年）三一頁以下を参照。

(8) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、二〇一二年）一八二頁以下を参照。

(9) この点につき、玉蟲・前掲注(3)・二三二頁以下を参照。また、早くから個人識別能力の高い情報をもつ「索引情報性」に着目していた見解として、横田耕一「外国人登録法の指紋押捺制度の合憲性―裁判所における論議のために―」法政五六巻二号（一九九〇年）一〇頁以下を参照。

(10) 東京地判平二六・一・一五判時三二二五号三〇頁。本判決につき、小島慎司「警察によるイスラム教徒の個人情報の収集・保管・利用の合憲性」平成二六年度重要判例解説（二〇一五年）一六頁以下を参照。

(11) 東京高判平二七・四・一四判例集未掲載。

- (12) 小島・前掲注(10)・一七頁は、一審判決について、「収集さえ合憲ならば保有・利用の仕方の合憲性は問わないとの趣旨ならば、行き過ぎ」と評する。一時的な収集・利用と継続的な保管・再利用との違いについて、山本・前掲注(4)「データベース社会」・九〇頁以下を参照。
- (13) ドイツの警察DNAデータベースについては、玉蟲由樹「ドイツのDNAデータベース法制」比較法研究七〇号(二〇〇八年) 四四頁以下を参照。
- (14) DNAデータベースを含むDNA型鑑定にかかわる立法の経緯につき、玉蟲由樹『人間の尊厳保障の法理―人間の尊厳条項の規範的意義と動態―』(尚学社、二〇一三年) 三五一頁以下を参照。また、かかる観点からドイツの立法を評価するものとして、辻本典央「ドイツにおけるDNA型検査の現状―DNA型二斉検査―」近大法学六一巻二・三号(二〇一三年) 七九頁以下を参照。
- (15) 現行制度の詳しい内容につき、玉蟲・前掲注(14)・三六二頁以下、水野陽一「刑事手続における強制裁決とDNA型鑑定に関する一考察」広島法学三六巻二号(二〇一二年) 一〇九頁以下、渡邊斉志「ドイツにおけるDNA型鑑定の活用範囲を拡大するための法改正」外国の立法二二七号(二〇〇六年) 一〇六頁以下を参照。
- (16) 国勢調査判決およびその後の連邦憲法裁判所判決における情報自己決定権の展開について、玉蟲・前掲注(14)・二八一頁以下を参照。
- (17) BVerfGE 65,1(41f.).
- (18) BVerfGE 65,1(42).
- (19) BVerfGE 65,1(43). 強調は玉蟲。
- (20) BVerfGE 65,1(45).
- (21) Vgl. Dietlich Murswiek, in: Sachs (Hrsg.), GG, 7. Aufl., 2014, Art. 2, Rn. 121b; Markus Neuser, *Rechtfragen der DNA-Analyse zum Zweck der DNA-Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren*, 2006, S.95f.
- (22) BVerfGE 65,1(44). なお、国勢調査判決による比例原則審査について、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版局、2006年) 一七九頁以下を参照。

版会(二〇〇一年)一四七頁以下を参照。

- (23) BVerfG, NSStZ 1996, S.46. 本決定につき、詳しくは、玉蟲・前掲注(14)・三五三頁以下を参照。
- (24) Hans Hofmann, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke (Hrsg.), GG, 13.Aufl., 2014, Art. 1, Rn.55ff. 本決定をDNA型情報の「保存の合憲性」が問題となったケースと位置づけている。
- (25) BVerfGE 103, 21(32). 強調は玉蟲。本決定につき、詳しくは、玉蟲・前掲注(14)・三五八頁以下、同「刑事手続におけるDNA鑑定と情報自己決定権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、二〇〇八年)五一頁以下を参照。
- (26) BVerfGE 103, 21(33).
- (27) BVerfGE 103, 21(34).
- (28) BVerfGE 103, 21(37). なお、本決定はかかる「推定」をDNA同一性識別法二条(現行での刑事訴訟法八一g条四項)にもどづく措置について要求したものはあるが、これは八一g条一項の措置についても妥当すると考えられている。Vgl. Neuser, a.a.O. (Anm.21), S.145f.
- (29) Vgl. Murswiek, a.a.O.(Anm.21), Rn. 121b. ただし、二〇一三年七月二日の連邦憲法裁判所第二法廷第三部会決定では、未成年者に対してDNA分析およびDNA型情報のデータベースへの登録を命じた裁判所判決について、「裁判所は「再犯危険性の推定に関する」予測判断に際しても、比例原則審査に際しても個別ケースの重要な諸状況を考慮しなかった」としており、「再犯危険性の推定」と比例原則とを分けて論じている。これは再犯危険性についての予測判断が形式的には正当になされていても、実質的な観点からその内容が比例原則に反することがありうるとの見方を示したものと見える。このケースでは、裁判所の予測判断において未成年者による性的な行為が過剰に危険視されており、そのこととDNA型情報を継続的に保管することとの間で、可能な限り広範な社会的統合という目的を逸脱した比例的でない関係があるとされた(BVerfG, StV 2014, S.579)。結果的に見れば、両者を区別する意味はそれほど大きくなく、予測判断のなかに比例原則審査が取り込まれているとこいつよいと思われる。
- (30) BVerfG, StV 2009, S.2.

(31) DNAに含まれる遺伝情報の多義性と分類につき、山本龍彦『遺伝情報の法理論―憲法的視座の構築と応用―』（尚学社、二〇〇八年）五一頁以下が参考になる。ドイツにおける憲法学上の議論のベースにある知見も、概ねこれと共通したものであることができる。

なお、連邦憲法裁判所もコード化領域／非コード化領域の区別を前提として、刑事手続上のDNA分析が許容されるのはあくまでそれが非コード化領域に限定されている場合であると見ていることにつき、玉蟲・前掲注(14)・三八〇頁以下を参照。(32) しばしば、DNA型情報について、「遺伝子指紋 (genetischer Fingerabdruck)」という表現が用いられるのはこのためである。

(33) Horst Dreier, in: ders. (hrsg.), GG, 2. Aufl., Bd. I, 2004, Art. 11, Rn. 81は、「遺伝的プログラムに関する情報を入手するために行なわれる包括的な遺伝子分析は、「当該個人の」同意なしには許されない」とする一方で、「DNAのうち、有意な情報をもたない、非コード化領域：のみが比較の対象とされる、いわゆる『遺伝子指紋』は許容される」という（□内は玉蟲）。

(34) この点につき、玉蟲・前掲注(14)・三七九頁以下を参照。

(35) 芦部信喜『憲法学Ⅱ人権総論』（有斐閣、一九九四年）三八〇頁を参照。

(36) この点につき、玉蟲・前掲注(14)・三八五頁以下を参照。

(37) 佐藤・前掲注(8)・一八二頁注二二を参照。

(38) この点については、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」甲南法学四六巻三号（二〇〇五年）一一五頁以下がすでに重要な指摘をしている。

(39) 徳永・前掲注(38)・一三二頁。

(40) 徳永・前掲注(38)・一三二頁。

(41) Neuser, a.a.O. (Anm. 21), S. 205ff. 検査技術の発展例として、ドイツにおいては警察DNAデータベースの導入当初はSTR五座位が分析対象であったのに対して、その後、STR八座位に分析対象が拡大したことが指摘されている（二〇一六年現在、一三座位が分析対象となっている）。

(42) 二〇一四年まで日本で行われていたDNA分析は一五座位のSTR型とアメロゲニン座位の型を検出するものであり、日本人で最も出現頻度が高いDNA型の組合せの場合で、約四兆七千億人に一人という確率で個人識別を行うことが可能とされている(警察白書平成二〇年版三三頁)。犯罪捜査に用いる目的でこれを超える精度が必要といえるかは明らかではない。さらにさらなる分析方法の発展が問題となるとすれば、それは劣化DNAサンプルなどを含みうる痕跡物質についての分析であり、再分析の対象としては痕跡物質をデータベース化すれば十分とも考えられる。

なお、身元不明死体の身元確認のためにDNA型情報を活用する仕組みを構築することとされたこと等を受けて二〇一五年に改正されたDNA型記録取扱規則二条二号では、二三座位が分析の対象とされている。

(43) 比例原則が基本権制限にかかわる日本国憲法上(とりわけ一三条)の要請であることにつき、玉蟲由樹「人権と国家権力―『公共の福祉』の多元的機能」法律時報八六巻五号(二〇一四年)三四頁以下、同「集合的決定・公共の福祉・人権」法理論三四(二〇一六年)一六九頁以下、宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開【第二版】』(日本評論社、二〇一四年)二四頁、渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I基本権』(日本評論社、二〇一六年)七六頁以下を参照。

(44) BVerfGE 78,77(85).

(45) この点につき、詳しくは松本・前掲注(22)・五九頁以下、渡辺ほか・前掲注(43)・七六頁以下を参照

(46) 二〇〇〇年の決定においても、連邦憲法裁判所は「連邦刑事局でのDNA型情報の蓄積という残された可能性は、立法者によって公益のために作り出された将来の刑事訴追のための事前配慮(Vorsorge)の措置」であると述べている。

BVerfGE 103,21(35).

(47) 情報事前配慮型の国家活動につき、小山剛「自由・テロ・安全―警察の情報活動と情報自己決定権を例に」大沢秀介・小山剛(編)『市民生活の自由と安全』(成文堂、二〇〇六年)三二〇頁以下を参照。

(48) 西原博史「予防的通信監視と通信の秘密・比例原則―ニーダーザクセン警察法違憲判決」ドイツ憲法判例研究会編・前掲注(25)・二五七頁を参照。

(49) BVerfGE 115,320(360 f.). ラスター捜査決定での実際の文言は「脅かされた、あるいはすでに生じた法益侵害が重要なも

のであればあるほど、そして問題となる基本権介入が重要でなければ重要でないほど、脅かされたあるいはすでに生じた法益侵害が推測されうる蓋然性は低くてよく、場合によっては嫌疑を根拠づける事実は不確かなものでよい」というものであり、②法益侵害が重要で、①基本権介入が重要でない場合には、③法益侵害の発生の蓋然性は低くてよいことを示したものである。しかし、このことからすれば、①基本権介入が重要であればあるほど、その他の変数について高いレベルでの要求がなされることになるはずである。

(50) BVerfGE 120,378(403).

(51) Neuser, a.a.O. (Anm.21), S.109を同様の見解をよむ。

(52) Dieter Lorenz, Allgemeines Persönlichkeitsrecht und Gentechnologie, JZ 2005, S. 1128は、刑事訴訟法八一g条にもとづくDNA分析の許容は個人を恒常的に介入にさらすものであり、しかもその介入が仮定的にのみ必要とされるものであるため、こうした介入は人格そのものについての特別な権利 (das spezielle Recht auf Persönlichkeit) にかかわるものと位置づけ、介入には「特別に重要な公共の利益の根拠が要求される」として、厳格な比例原則審査を要求している。

(53) たとえばDNA分析のための強制採尿・強制採血について、この点から論じるものとして、水野・前掲注(15)・一二六頁以下を参照。

(54) このような見解を採るものとして、宍戸・前掲注(43)・二〇頁以下、山本龍彦「日本におけるDNAデータベース法制と憲法」比較法研究七〇号(二〇〇八年)七七頁以下を参照。

(55) BVerfGE 113,348. 本判決につき、西原・前掲注(48)・二五四頁以下を参照。

(56) Vgl. BVerfGE 115,320(365); 120,378(407f.).