

科学捜査の強制処分性

— DNA サンプル採取行為を素材に —

外 塚 果 林

- 1 問題の所在
- 2 本件控訴審判決の概要
 - (1) 事件の概要
 - (2) 判決の要旨
- 3 学説の整理
 - (1) 従来 of 学説
 - (2) 井上説の登場
- 4 検討 1— a 「意思を制圧し」について
 - (1) 川出説について
 - (2) 考察
- 5 検討 2— b 「身体、住居、財産等に制約を加えて」について
 - (1) 井上説が妥当であるという意見について
 - (2) 井上説に対する疑問 1— 制約される権利や利益の「質」に対する疑問
 - (3) 井上説に対する疑問 2— 権利や利益の「制約の程度」に対する疑問
 - (4) 考察
- 6 今後の課題

1 問題の所在

近時の科学技術の発展に伴い、捜査機関における科学捜査は、従来のものとは比較にならないほど、その技術が高度かつ精密なものに進化したといわれている。とりわけDNA型鑑定については、同鑑定が捜査で実用されるようになった一九九〇年代初頭と比較すると個人識別能力が飛躍的に上昇しており、このような科学捜査についてさらなる技術的進化が期待されるところである。しかしながら、他方、科学捜査が進化したことで従来以上に重大なプライバシー侵害が生じていることは看過できない問題である。

ところで、捜査については、その捜査が強制処分といえるか否かを判断する基準について井上説が通説・判例^①となつているが、上述したように、科学捜査が進化したことで従来以上に重大なプライバシー侵害が生じていることをふまえると、強制処分か否かを判断する基準について今一度再考すべき時期にきているように思われるのである。

そこで本研究は、捜査機関によるDNAサンプル採取

行為の適法性が争点となった東京高判平成二八年八月二三日判タ一四四一号七七頁（以下、「本件控訴審判決」）を素材に、本研究の趣旨に合致するいくつかの判例を参考にしながら、通説・判例とされる井上説について再考することで、近時の科学捜査における強制処分の判断基準について一つの方向性を示すことを目的とするものである。

2 本件控訴審判決の概要

(1) 事件の概要

本件は、建設中の仮設事務所から現金やお菓子等が窃取された窃盗及び建造物侵入事件である。被告人が本件犯人とされたのは、上述した仮設事務所に遺留された割り箸に付着した唾液等（以下、「遺留鑑定資料」）から判明したDNA型が、被告人を逮捕後、同人が任意で提出した口腔内細胞から判明したDNA型と一致したことに起因するが、本件では、後者に関する鑑定書（以下、「本件鑑定書」）が違法収集証拠にあたる可能性があることから、その証拠能力が争われたものである。

すなわち、本件鑑定書が作成された前提として、県警本部に所属する警察官A及び警察官B（以下、「A」及び「B」）が、河川敷沿いにテントを張って生活している被告人を訪問した際、Aが持参した紙コップ（以下、「本件紙コップ」）で被告人にお茶を勧め、同人がお茶を飲んだ後、DNAサンプル採取の目的を秘したまま本件紙コップを破棄することを伝え、同紙コップを回収し（なお、Bはその様子をカメラで写真撮影していた）（以下、このようなA及びBの行為を「A及びBのDNAサンプル採取行為」という）、その後、同紙コップに付着したDNAについてDNA型鑑定を行ったところ、上述した遺留鑑定資料から判明したDNA型と一致したことから、これを疎明資料として被告人に対する逮捕状を請求した、という経緯が存在するからである。それゆえ、A及びBのDNAサンプル採取行為が強制処分にあたる場合、無令状で行われた同行為は違法なのだから、いくら逮捕後、任意で被告人の口腔内細胞を採取したとしても、そのような経緯を前提に作成された本件鑑定書は違法収集証拠として証拠能力が否定されるのではないか、ということが争点になった。

第一審判決では、A及びBのDNAサンプル採取行為は強制処分ではなく任意処分であり、同行為が無令状で行われても違法ではないのだから、そのような経緯を前提に作成された本件鑑定書は違法収集証拠として証拠能力が否定されることはない旨判示し、結論として、被告人を有罪と判断した。

それに対し、本件控訴審判決では、A及びBのDNAサンプル採取行為は強制処分であり、無令状で行われた同行為は違法なのだから、そのような経緯を前提に作成された本件鑑定書は違法収集証拠として証拠能力が否定される旨判示し、結論として、刑法三七九条における訴訟手続の法令違反を根拠に、第一審判決を逆転無罪と判断した。なお、控訴審で逆転無罪となったのは窃盗事件についてのみであり、それゆえ、本件控訴審判決は、建造物侵入事件については、第一審同様、有罪と判断している。また、本件は控訴審で確定している。

(2) 判決の要旨

1で述べたように、本研究は、通説・判例とされる井上説を再考することで、近時の科学捜査における強制処分の判断基準について一つの方向性を示すことを目的と

するものである。そこで、このような本研究の趣旨に鑑み、判決の要旨を述べる際も、A及びBのDNAサンプル採取行為が強制処分にあたるか否かに関する争点点的を絞って説明することにする。

i 第一審判決

第一審判決は、A及びBのDNAサンプル採取行為は任意処分にあたる旨、判示する。なぜなら、A及びBのDNAサンプル採取行為は、「被告人の身体に傷害を負わせるようなもの」ではなく「強制力を用いたりしたわけではない」のだから、「高度の必要性と緊急性、相当性」といった任意処分における比例原則を満たす限り、「令状によらなくても違法であるとはいえない」からである。

ii 本件控訴審判決

このような第一審判決に対し、本件控訴審判決は、A及びBのDNAサンプル採取行為は強制処分にあたる旨、判示する。この点について、本件控訴審判決は、「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等、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を意味するもので

ある」というように、強制処分の定義について判示したとされている最決昭和五一年三月一六日刑集三〇巻二号一八七頁（以下、「昭和五一年最高裁決定」）を引用する。そのうえで、昭和五一年最高裁決定におけるa「個人の意思を制圧し」及びb「身体、住居、財産等に制約を加えて」という文言の意味について検討する（なお、本研究におけるa「個人の意思を制圧し」及びb「身体、住居、財産等に制約を加えて」という文言は、すべて昭和五一年最高裁決定に関する文言である。それゆえ、以降、基本的にその旨逐一記述しないことにする）。

第一に、a「個人の意思を制圧し」について、本件控訴審判決は、Aが被告人に本件紙コップを差し出しお茶を勧めた際、警察官だと名乗らなかったこと、及び、被告人はAらが警察官ではなく国交省の人間だと思い込んでいたため、勧められるままに本件紙コップを手にしてお茶を飲んだこと、さらに、Aが被告人に対し、DNAサンプル採取という目的を秘したまま「その紙コップを廃棄する」と伝えたうえ、本件紙コップを回収したという事実を認定する。そのうえで、本件控訴審判決は、A及びBが警察官であると認識していたならばそもそもお

茶を飲むことはしなかった被告人にお茶を飲ませ、また、使用した本件紙コップはAらによってそのまま破棄され、
と思ひ込んでいたという被告人の錯誤を利用して、本
件紙コップを回収したことは明らかである、という事実
を認定する。

このような事実を前提に、本件控訴審判決は、本件で
は、①「個人の意思を制圧し」が「文字どおり、現実に
相手方の反対意思を制圧することまで要求するものかど
うか」が問題になるとする。そのうえで、本件控訴審判
決は、本件のように「当事者が認識しない間に行う捜
査」について、「本人が知れば当然拒否すると思われる
」状況において「合理的に推認される当事者の意思に
反して」その人の重要な権利・利益を奪う場合と、「現
実に表明された当事者の反対意思を制圧して」同様のこ
とを行う場合とでは、「価値的には何ら変わらない」の
だから、「合理的に推認される当事者の意思に反する」
場合も「個人の意思を制圧する」場合に該当するという
最決平成二十一年九月二十八日刑集六三卷七号八六八頁（以
下、「平成二十一年最高裁決定」）を参照したうえ、結論と
して、本件におけるA及びBのDNAサンプル採取行為

は「個人の意思を制圧して行われた」ものである旨、判
示する。

第二に、②「身体、住居、財産等に制約を加えて」に
ついて、本件控訴審判決は、強制処分といえるためには、
「相手方の意思に反する」ことのみならず「重要な権
利・利益に対する侵害ないし制約」が必要であるとする。
さらに、本件控訴審判決は、A及びBのDNAサンプル
採取行為の目的は、被告人が「窃盗被疑事件の犯人であ
るかどうかを見極める決定的な証拠を入手」とするとい
うように、「個人識別のためのDNA採取」にあるとする。
そのうえで、本件控訴審判決は、第一審判決が示すよう
に、A及びBのDNAサンプル採取行為が「被告人の身
体に傷害を負わせるようなもの」ではなく、「強制力を
用いたりしたわけではない」としても、「DNAを含む
唾液を警察官らによつてむやみに採取されない利益（個
人識別情報であるDNAをむやみに捜査機関によつて認
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」旨、判示する。

3 学説の整理

(1) 従来の学説

1で述べたように、強制処分か否かの判断については、現在、井上説が通説・判例となっている。そこで、井上説を再考する前提として、以下、強制処分の基準に関する学説について整理する。

有形力説は、強制処分^②について判断する際、有形力の行使の有無を基準とするものである。つまり、有形力の行使があれば強制処分、有形力の行使がなければ任意処分というように、有形力の行使の有無が強制処分について判断する際のメルクマールになっているのである。ところが、このような有形力説に対しては、次のような疑問が提唱されるようになった。

【疑問1】 科学技術の発達に伴い、捜査手段が多様化したことで、有形力を行使しない場合であっても、対象者のプライバシーが制約される捜査（電話の傍受、写真及びカメラ撮影等）が認識されるようになったことから、有形力の行使がある場合のみを強制処分とするのは、

強制処分とされるべき範囲が狭すぎるのではないか。^③

【疑問2】

職務質問の際、対象者を一三〇m追跡して背後から腕に手をかけた行為^④、自動車のエンジンキーを回転してスイッチを切る行為^⑤というように、有形力が行使される場合であっても程度によっては任意処分と判断される領域があることが認識されるようになったことから、有形力の行使がある場合のすべてを強制処分とするのは、強制処分とされるべき範囲が広すぎるのではないか。^⑥

そこで、これらの疑問を解消するために登場したのが法益侵害説である。同説によれば、有形力の行使の有無にかかわらず、個人の権利や利益を制約する行為は強制処分である^⑦、というのである。しかしながら、このような法益侵害説に対しても次のような疑問が提唱されるようになった。

【疑問3】

捜査は多かれ少なかれ、個人の権利や利益に対する制約を伴うことをふまえると、権利や利益を制約する捜査のすべてについて、憲

法上の令状主義の要請を受け、また、刑事法で定められた要件及び手続きを厳格にする必要があるのか^⑧。

(2) 井上説の登場

i 強制処分^⑨の定義

このような法益侵害説に対する疑問を解消するために登場したのが井上説である。井上説は、強制処分について、制約される権利や利益の「質」と「制約の程度」の両面から制限をかける必要があるとすることで、権利や利益を制約する捜査のすべてについて、憲法上の令状主義の要請を受け、また、刑事法で定められた要件及び手続きを厳格にする必要があるのか、という法益侵害説に対する疑問（上述した【疑問3】）を解消するものである。

井上説は、本件控訴審判決でも引用された昭和五一年最高裁決定の判示に基づき、強制処分を定義づけているので、その点について先に述べたいと思う。昭和五一年最高裁決定は、任意同行された警察署内で対象者の左手首をつかんだ行為が実質上の逮捕にあたる場合、無令状で行われた同行行為は違法ではないか、ということが争点

となった事件であり、被告人の上告が適法な上告理由にあたらないことから同上告を棄却したものの、職権で次のような判断をしているのである。すなわち、同最高裁決定は、強制処分といえるためには、^⑩「a」個人の意思を制圧し」、「b」身体、住居、財産等に制約を加えて」という要件が必要であり、「右の程度に至らない有形力の行使」は「任意捜査においても許容される場合がある」旨、判示しているのである。

このような昭和五一年最高裁決定は、以降、強制処分を定義した判例と位置付けられるようになるが、そのようななかで、井上説は、同最高裁決定の判示に基づき、強制処分について判断する際には、^⑪「a」個人の意思を制圧し」「b」相手方の意思に反すること、^⑫「身体、住居、財産等に制約を加えて」「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」といった要件が必要である旨、定義づけているのである。

ii 法益侵害説に対する疑問の解消

次に、井上説が法益侵害説に対する疑問を解消した点について述べたいと思う。井上説は、最判昭和四四年一二月二四日刑集二三卷一二号一六二五頁（以下、「昭

和四四年最高裁判決」¹¹）及び昭和五一年最高裁決定を素材に、法益侵害説に対する疑問を解消するものであるが、この点に関する説明は、同説が、⑥「身体、住居、財産等に制約を加えて」¹²「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」と捉える理由のなかにあらわれているので、以下、⑥について説明する。

井上説は、上述したように、⑥について「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」と捉える立場であるが、同説によると、「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」について判断する際には、権利や利益の「制約の程度」のほか、それに先立つ要因として、制約される権利や利益の「質」を基準とする必要がある¹³、というのである。これはすなわち、強制処分について、制約される権利や利益の「質」と「制約の程度」の両面から制限をかける必要があることを意味するものである。

第一に、制約される権利や利益の「質」についてであるが、この点について、街頭での写真撮影が問題となった昭和四四年最高裁判決に基づき説明すると、次のようになる。すなわち、昭和四四年最高裁判決では、このよ

うな街頭での写真撮影について、令状なしに写真撮影をすることができ旨、判示しているのである。その理由として、井上説は、昭和四四年最高裁判決のように街頭で写真撮影をする場合と、屋外から住居内を写真撮影する場合とは、制約されるプライバシーの質に差があると理解しているのである。つまり、井上説は、街頭で写真撮影をする場合であれば、街頭では自身の行動を他者にさらしていることから、その要保護性は低く、任意処分として判断される。それに対して、同じ写真撮影であつても、屋外から住居内を写真撮影する場合であれば、住居内では自身の行動を他者に見られることはないというプライバシーの正当な期待を有していることから、その要保護性は高く、強制処分として判断される、¹⁴というのである。

第二に、権利や利益の「制約の程度」についてであるが、この点について、上述したように、昭和五一年最高裁決定では「対象者の左手首をつかむ行為」というように、有形力が行使される場合であつても任意処分と判断しているのである。ここで注目すべきは、井上説もこのような昭和五一年最高裁決定の判断に賛同していること¹⁵

である。つまり、井上説は、有形力を行使する場合であつても、程度によつては任意処分と判断される領域があることを是認することで、有形力の行使の程度が高い場合は強制処分にあたるものの、有形力の行使の程度が低い場合は任意処分にあたると理解するものである。

このように、井上説が、強制処分について、制約される権利や利益の「質」と「制約の程度」の両面から制限をかける必要があるとするのは、捜査は多かれ少なかれ権利や利益に対する制約を伴うことに鑑み、単に権利や利益について何かしらの制約があることをもって強制処分と判断されるべきではない¹⁴、と考えることのあらわれであるといえる。そうすることで、井上説は、上述したように、権利や利益を制約する捜査のすべてについて、憲法上の令状主義の要請を受け、また、刑訴法で定められた要件及び手続きを厳格にする必要があるのか、という法益侵害説に対する疑問を解消しているのである。

iii ③ 「個人の意思を制圧し」について

このように、井上説は、③「身体、住居、財産等に制約を加えて」について上述した理解をすることで、法益侵害説に対する疑問を解消するものである。他方、④

「個人の意思を制圧し」については、法益侵害説に対する疑問を解消する目的から外れるものの、井上説と対立する学説があるので、以下、紹介する。

上述したように、井上説は、④「個人の意思を制圧し」Ⅱ「相手方の意思に反する」ことと捉える立場であるが、このような井上説と対立する学説として、④「個人の意思を制圧し」Ⅱ「相手方の意思を制圧」することと捉える学説がある¹⁵（以下、「川出説」）。両学説の違いは、端的には、④「身体、住居、財産等に制約を加えて」を判断の中核におくか否かという点に起因するものである¹⁶。

すなわち、井上説は、捜査は多かれ少なかれ、権利や利益に対する制約を伴うことに鑑み、単に権利や利益について何かしらの制約があることをもって強制処分と判断されるべきではないと考える立場である。これは、井上説が、強制処分の特性として、憲法上、令状主義の要請を受け、また、刑訴法で定められた要件及び手続きが厳格であるという点を重視する¹⁷ものであり、このように捉えることで、法益侵害説に対する疑問を解消したことは既述したとおりである。それゆえ、井上説は、④につ

いて「重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約」と捉えたうえ、⑥を判断の中核におき、他方、⑤については「相手方の意思に反する」ことで足りると捉える点にその特徴があるといえる。それに対し、川出説は、井上説とは異なり、⑥を判断の中核におくことなく（それゆえ川出説は⑥を「権利・利益を制約」と捉えている）、その代わりに、上述したように、⑤について「相手方の意思を制圧」することというように、意思に反する以上のものを要求する点にその特徴があるといえる。

4 検討1—⑤「意思を制圧し」について

(1) 川出説について

3で述べた学説の整理を念頭に、以下、本件控訴審判決を素材としながら、井上説の妥当性について検討する。つまり、本件控訴審判決が井上説に親和的な判示をしているかを検討することで、同説が有する問題点を表面化させることを目的とした分析である。

まず、⑤「個人の意思を制圧し」についてであるが、3(2)で述べたように、⑤について井上説と対立する川出

説があるので、同説を参照しながら井上説が有する問題点について検討する。

注目すべきは、本件控訴審判決が⑤について判断する際、A及びBが警察官であると認識していたならばそもそもお茶を飲むことはなかった被告人にお茶を飲ませ、また、使用した本件紙コップはAらによってそのまま破棄されると思い込んでいたという被告人の錯誤を利用して、同紙コップを回収したことは明らかである、という事実を認定したことである。これはすなわち、DNAサンプルを採取するというA及びBの捜査目的について被告人の認識がないことを意味するものであり、それゆえ、同行為に対する被告人の意思は黙示的（黙示の意思）といえる。したがって、⑤について判断する際には、「仮に被告人がAおよびBのDNAサンプル採取行為の存在を知れば当然拒否するだろう」というように、合理的に推認される意思に反するか否かといった判断しかなしえない。

3(2)で述べたとおり、井上説と対立する川出説は、⑤について「相手方の意思を制圧」することと捉える立場である。しかしながら、同説は、本件のように黙示の意

思が問題になる場合があることから、昭和五一年最高裁決定は、明示の意思が問題となる事例に限定したものである旨、説明しているのである。すなわち、川出説は、明示の意思が問題となる場合には、昭和五一年最高裁決定の文言にしたがい「相手方の意思を制圧」することを判断の基準とするが、他方、本件のように黙示の意思が問題となる場合には、「相手方の意思に反する」こと（つまり井上説）が判断の基準となる旨、説明しているのである。

したがって、本件は、そもそも川出説が主張する「相手方の意思を制圧」するか否かという基準を用いるべき事例とはいえず（川出説の射程外にある事例）、川出説においても井上説が判断基準となる事例といえる⁽²⁰⁾。

(2) 考察

それでは、①「個人の意思を制圧し」について、本件控訴審判決は井上説に親和的な判示をしているのだろうか。

注目すべきは、本件控訴審判決が①について判断する際、本件同様、黙示の意思が問題となった平成二一年最高裁決定を参照して、「本人が知れば当然拒否すると考

えられる」状況において「合理的に推認される当事者の意思に反して」その人の重要な権利・利益を奪う場合と、「現実に表明された当事者の反対意思を制圧して」同様のことを行う場合とでは、「価値的には何ら変わらない」のだから、「合理的に推認される当事者の意思に反する」場合も「個人の意思を制圧する」場合に該当する旨、判示している点である。

思うに、本件控訴審判決は、平成二一年最高裁決定を参照する直前に昭和五一年最高裁決定を引用していることから、ここである「個人の意思を制圧する」場合とは、昭和五一年最高裁決定における①「個人の意思を制圧し」を意識したものと考えるのが自然である。そして、本件のような黙示の意思の場合であっても「個人の意思を制圧する」場合に該当するという本件控訴審判決の判示は、従前から井上説がする主張と同一である⁽²¹⁾。これらのことから、①について、本件控訴審判決は井上説に親和的な判示をしており、それゆえ、この点に関して同説に問題点があるとはいえない⁽²²⁾。

5 検討2—⑥「身体、住居、財産等に制約を加えて」について

(1) 井上説が妥当であるという意見について

それでは、⑥「身体、住居、財産等に制約を加えて」についても、本件控訴審判決は井上説に親和的な判示をしているのだろうか。

2(2)で述べたように、本件控訴審判決は、⑥について判断する際、A及びBのDNAサンプル採取行為が「被告人の身体に傷害を負わせるようなもの」ではなく、「強制力を用いたりしたわけではない」としても、「DNAを含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報であるDNA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」旨、判示しているのである。注目すべきは、本件控訴審判決が、「強制力を用いたりしたわけではない」というように、本件では有形力が行使されていないことを意識的に明記したうえで、A及びBのDNAサンプル採取行為について強制処分と判断している点である。

この点について、本件控訴審判決は井上説に親和的な判示をしており、それゆえ、同説に問題点は生じないという意見⁽²³⁾が存在する。というのも、3(2)で述べたように、井上説は、⑥について判断する際、制約される権利や利益の「質」及び「制約の程度」の両面から制限をかける立場である。その際、井上説によれば、権利や利益の「制約の程度」に先立つ要因として、制約される権利や利益の「質」が基準となるのだから、制約される権利や利益の「質」が高ければ「制約の程度」を考慮する必要はない、⁽²⁴⁾それゆえ、本件のように有形力が行使されておらず、権利や利益の「制約の程度」が低い場合であつても、個人識別のためのDNAサンプル採取というように制約される権利や利益の「質」が高ければ強制処分にあたる、⁽²⁵⁾というのである。

しかしながら、なぜ、制約される権利や利益の「質」が「制約の程度」に先立つ要因となるのかについて、その理由が不明確である。その点を明らかにしない限り、本件控訴審判決が井上説に親和的な判示をしているとはいえないように思われる。また、そもそも私見は、井上説が主張する基準（制約される権利や利益の「質」及び

「制約の程度」に疑問がある、それゆえ、井上説には懷疑的な立場である。以下、その理由を具体的に述べる。

(2) 井上説に対する疑問1——制約される権利や利益の「質」に対する疑問

i GPS捜査最高裁判決の概要

まず、⑥「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際、井上説が、権利や利益の「質」を基準にする点に対する疑問である。その理由について、以下、GPS捜査が強制処分にあたる旨判示した最判平成二九年三月一五日刑集七一巻三号一三頁（以下、「GPS捜査最高裁判決」）を例にあげて説明する。

GPS捜査最高裁判決は、GPS捜査が強制処分にあたる場合、無令状で行われた本件捜査は違法なのだから、GPS捜査に関する証拠は違法収集証拠として証拠能力が否定されるのではないか、ということが争点となった事件である。GPS捜査最高裁判決では、被告人の上告は適法な上告理由にあたらないことから同上告を棄却したものの、職権で次のような判断をしているのである。すなわち、GPS捜査最高裁判決は、GPS捜査の特性として、①「個人のプライバシーが強く保護さるべき場

所や空間」に関わるものを含めて、対象車両及びその使用者の所在と移動状況を「逐一把握する」ことで、個人の行動を「継続的、網羅的に把握する」ことができることから、同捜査は対象者のプライバシーを制約し得るものであるとする。さらに、②このような制約を可能とする機器を「個人の所持品に秘かに装着する」ことで、従来の捜査手法とは異なり、③公権力による「私的領域」への侵入を可能にすることができ旨、判示する。

ii 井上説に対する疑問

このようなGPS捜査最高裁判決に対する井上説の理解は、次のとおりである。すなわち、井上説は、GPS捜査最高裁判決が、上述した判示の直後に、令状主義について規定した憲法三五条「住居、書類及び所持品」に準じる形で、③「私的領域」に侵入されることのない権利が保障されるべき旨判示した点で、画期的な判例と評するものである。²⁶そのうえで、井上説は、何がここである「私的領域」であり、どのような行為によって「私的領域」に関する権利や利益が制約されたと判断したかについて、次のような理解をしているのである。

すなわち、井上説によれば、③「私的領域」とは、①

における「個人のプライバシーが強く保護されるべき場所や空間」（以下、「プライバシー強保護空間」）を指すものであり、GPS捜査を開始した時点では、このようなプライバシー強保護空間に関する位置情報か否かを区別できないにも関わらず、同空間にあたるおそれがある位置情報を「逐一把握して」、対象者の行動を「継続的、網羅的に把握する」ことで、同空間に関するプライバシーが制約されることになる²⁷、というのである。加えて、井上説によれば、このような制約を可能とする機器を②「個人の所持品に秘かに装着する」ことによって、当該機器が機能している限り、何時でも、捜査機関が意のままに取得することのできる状態を作り出すことそれ自体が、③「私的領域」（上述したように①「プライバシー強保護空間」のこと）への侵入を伴う処分の着手に他ならない²⁸、というのである。それゆえ、井上説は、このような特徴を有するGPS捜査をすること自体、制約される権利や利益の「質」が高いと捉えているのである。しかしながら、私見は、このような井上説の理解には疑問があると考えられる。というのも、GPS捜査に関する議論は、単独では有用性が低くても、他の情報と組み合

わせることで相互関係が明確になる情報は総和以上の価値を持つようになる、というモザイク理論を根拠に発展してきた、という歴史的経緯が存在するからである²⁹。具体的には、GPS捜査には、長期間の監視によって驚くべき量と質の情報を収集できる点にその特徴があるが、それにより、職場や行きつけの飲食店等以外に、たとえば、「精神科医、整形外科医、中絶クリニック」といった医療施設のほか「ゲイバー」や「労働組合集会」というように、私的な性格を有する行き先に関する情報等を多数集約することができ、それらを組み合わせることで、結果として、政治的、宗教的な結びつきや交友関係について非常に詳細なプロフィールの作成が可能になるのである³⁰。

このようなモザイク理論について、井上説は、GPS捜査における位置情報の取得をどのくらいの期間続け、どのくらいの量に達すればモザイク状となりうるか不明確であることから、上述したように、GPS捜査が強制処分とされるのは、制約される権利や利益の「質」が高いことを理由とするべきである旨、主張しているのである。しかしながら、上述したGPS捜査の特徴（長期間

の監視によって驚くべき量と質の情報を収集しうることを）をふまえると、同捜査を開始する時点で、すでに、対象者の重要なプライバシーが侵害される蓋然性が予期できると考えうる。そして、なにより、モザイク理論が指摘するように、単独では有用性が低くても、他の情報と組み合わせることで重要性が増す情報を収集できる危険性について注視する必要があるといえる。⁽³³⁾⁽³⁴⁾

したがって、このようなGPS捜査最高裁判決を鑑みると、井上説が主張する制約される権利や利益の「質」以外に適切（ないし妥当）な基準があるのではないか、⁽³⁵⁾という疑問が生じるのである。

(3) 井上説に対する疑問2——権利や利益の「制約の程度」に対する疑問

次に、⑥「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際、井上説が、権利や利益の「制約の程度」を基準にする点に対する疑問である。この点について、3(2)で述べたように、井上説は、有形力を行使する場合であっても、程度によっては任意処分と判断される領域があることを是認することで、有形力の行使の程度が高い場合は強制処分にあたるものの、有形力の行使の

程度が低い場合は任意処分にあたる旨、主張しているのである。

しかしながら、このような井上説に対しては、同説が上述した領域があることを是認することで、「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」という批判が存在するのである。加えて、同批判によれば、このような井上説の影響は実際の判例にもあらわれており、具体的には、東京高判平成三〇年三月二日判タ一四五六号一三六頁Ⅱ判時二三九三・二三九四号合併号六三頁（以下、「平成三〇年東京高判」）において、警察官が逃走しようとした対象者のベルトのあたりを掴んだところ両者がバランスを崩して転倒した行為（なお、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っており、また、倒れたときに眼鏡も壊れている）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」⁽³⁷⁾、というのである。このような判断は、捜査機関が行使するむき出しの権力（有形力）が市民に向けられる危険を広く容認するものであり、決して許されるものではない。⁽³⁸⁾

したがって、このような平成三〇年東京高判を鑑みると、井上説の基準では、強制処分とされるべき権利や利益の「制約の程度」が高くなりすぎており、それゆえ、上述した権利や利益の「質」同様、それ以外に適切（ないし妥当）な基準があるのではないか、という疑問が生じるのである。⁽³⁹⁾

(4) 考察

i 捜査機関によるDNAサンプル採取行為の意味するもの

それでは、本件控訴審判決が⑥「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際、本件では有形力が行使されていないことを意識的に明記したうえで、A及びBのDNAサンプル採取行為について強制処分と判断したのは、どのような理由に基づくのだろうか。以下、本件のようなDNAサンプル採取行為を契機として、DNA型に係わる情報がどのような取り扱いを受けるかに着目しながら検討を進めたいと思う。

この点について、DNAの構造は、通常、「遺伝情報に關係する部分」と「遺伝情報に關係しない部分（以下、『非コード化領域』という）」に分けて説明されるが、そ

のうち、DNA型鑑定で用いられるのは、後者の非コード化領域である。そして、非コード化領域から判明する情報は、個人識別ができるとはいえ、塩基配列が繰り返される回数に過ぎないのだから、同領域自体から個人の遺伝情報が判明することはありえない。⁽⁴⁰⁾ しかしながら、捜査機関がDNAサンプル採取行為をする際には、より慎重な姿勢が必要であると考ええる。なぜなら、DNA型鑑定とは、唾液等の細胞片から抽出されたDNAをそのサンプルとするため、結局、非コード化領域のみならず遺伝情報に關係する部分も含め、採取するからである。⁽⁴¹⁾

また、上述したように、非コード化領域には個人の遺伝情報が含まれないものの、捜査機関は、同領域自体から私的な性格を有する行き先に関する情報等を多数集約することができると考えられる。なぜなら、何かの拍子に、偶然、犯行現場に居合わせた場合、その犯罪に何ら関わりがない場合でも、捜査の都合上、現場に付着したDNAサンプルが採取されることはありえることだからである。たとえば、職場や行きつけの飲食店等で隣席した者の喧嘩が傷害事件に発展した場合、その場にいた者は、トラブルに巻き込まれることを恐れて、食べかけの食事を放置し

て逃げだすこともあるだろう。その場合、上述した傷害事件の捜査の過程で、現場に残された使用済みの箸等に附着しているDNAサンプルが採取され、その結果、DNA型鑑定によつて特定の場所にいたことが判明することになる。⁽⁴²⁾ むろん、似たようなことは職場や行きつけの飲食店等に限らず、「精神科医、整形外科医、中絶クリニック」といった医療施設のほか「ゲイバー」や「労働組合集会」といった場所でも起こりうることで、上述したように、捜査機関が私的な性格を有する行き先に関する情報等を多数集約することになる。加えて、このようなDNAサンプル採取行為は、当然、被疑者特定のために行われるのだから、いわれのない冤罪事件に巻き込まれる危険も当然にあるといえる。⁽⁴³⁾

なお、このような私的な性格を有する行き先に関する情報等が多数集約されることになれば、上述したGPS捜査同様、政治的、宗教的な結びつきや交友関係といった非常に詳細なプロフィールの作成が可能になる。それゆえ、単独では有用性が低くとも、他の情報と組み合わせることで重要性が増す情報を収集できる危険性について注視するモザイク理論の観点から、DNAサンプル採

取行為とGPS捜査とのあいだには親和性があるといえる。

そして、DNAサンプル採取行為により判明したDNA型は、事件終了後、別事件で利用することを目的に捜査機関によつてデータベース化される⁽⁴⁴⁾のだから、上述したDNA型に係わる情報は、事件終了後であっても、同機関がこれらの情報を継続的に保管することになる。加えて、このようにデータベース化されたDNA型は、犯罪が発生するたびに検索される⁽⁴⁵⁾ことになるのだから、当然、DNAサンプルを採取された者が捕捉される確率が高まる⁽⁴⁶⁾ことが予想できる。

ii 令和六年名古屋高判の意義

以上のことから、本件のようなDNAサンプル採取行為は、同行為を契機として、捜査機関がDNA型に係わる情報を継続的に保管することにつながる行為と考える。ここに、捜査機関によるDNAサンプル採取行為だからこそ取得しうる他の情報とは異なる情報の特殊性、すなわち、上述したDNA型に係わる情報及び情報の保管段階における侵害性⁽⁴⁷⁾があるといえる。

ここで、無罪確定者のDNA型のデータ等を捜査機関

が継続的に保管することの是非が争点となった名古屋高判令和六年八月三〇日LEX/DB25620949（以下、「令和六年名古屋高判」）に注目したいと思う。すなわち、令和六年名古屋高判は、DNA型をデータベース化して検索に用いることで、捜査機関によるDNAサンプル採取行為の意義が遺憾なく発揮されることをふまえると、憲法一三条の人格権の保障には、捜査機関からDNA型を「採取されない自由」のみならずDNA型を「取得された後に利用されない自由」⁴⁸が含意されるべき旨、判示しているのである。このような令和六年名古屋高判は、端的には、憲法上、捜査機関からDNA型を採取されない自由のみならずDNA型を採取された後に利用されない自由を是認することで、上述した捜査機関がDNAサンプル採取行為によって取得しうる情報の特殊性を重大視したことにその意義があると思われるのである。⁴⁹

むろん、令和六年名古屋高判は国賠訴訟であることから、同高判から⑥「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際の直接的な根拠を導くことはできないのかもしれない。しかしながら、既に述べたように、DNAサンプル採取行為を契機として、捜査機関が

DNA型に係わる情報を継続的に保管する事件という意味で、令和六年名古屋高判と本件控訴審判決は共通する問題を有することを鑑みると、同名名古屋高判は、⑥について判断する際の判断基準について、今後の方向性を示した判例と位置付けることができるように思われるのである。

iii 結論

以上、検討したことをふまえると、本件控訴審判決が⑥「身体、住居、財産等に制約を加えて」について判断する際、本件では有形力が行使されていないことを意識的に明記したうえで、A及びBのDNAサンプル採取行為について強制処分と判断した理由として、次のような理解ができるように思われる。

すなわち、本件控訴審判決は、令和六年名古屋高判同様、捜査機関がDNAサンプル採取行為によって取得しうる情報の特殊性を重大視したのではないだろうか。そこで本件控訴審判決は、その契機となるDNAサンプル採取行為について強制処分とすることで、令状主義に基づく厳格な判断を必要としたと考えうる。それゆえ、本件控訴審判決は、⑥について判断する際、有形力の行使

の程度に必要以上の高さを要求せずに（なお、具体的基準に関する手掛かりとなる議論については6で述べる）、DNAサンプル採取行為について強制処分と判断したと捉えることができるように思われるのである。

6 今後の課題

以上、検討したように、本研究は、捜査機関によるDNAサンプル採取行為の適法性が争点となった本件控訴審判決を素材に、通説・判例とされる井上説について再考することで、近時の科学捜査における強制処分の判断基準について、一つの方向性を示すことを目的とするものであった。ただし、本研究では、次の三点について何ら論じておらず、したがって、これらの点については今後の課題としたい。

第一に、強制処分の具体的な判断基準についてである。この点について、令和六年名古屋高判は、5(4)で述べた判示をした後で、次のような判示をしているのである。すなわち、令和六年名古屋高判は、DNAサンプル採取行為を契機として、捜査機関がDNA型に係わる情報を

継続的に保管した場合、「情報の漏洩や、情報が誤って用いられるおそれがない」とは「断言でき」ず、また、捜査機関が保管している情報が「将来どのように使われるか分からない」ことから「一般的な不安の存在や被害意識が惹起され」、その結果、「国民の行動を萎縮させる効果」が生じる旨、判示しているのである。これはすなわち、捜査機関によるDNAサンプル採取行為には、同行為によって取得しうる情報の特殊性のほか、国民が有する行動の自由を萎縮させる効果（萎縮効果）があることを意味するものである。

思うに、行動の自由とは、人間なら当然に保障されるべき人権の根幹にかかわる権利である。それなのに、捜査機関によるDNAサンプル採取行為によって、国民が有する行動の自由に萎縮効果が生じることがあってはならない。これはまさに「人間の尊厳」に重大な脅威を与えるものである。そうだとすると、今後、強制処分の具体的な判断基準を創設する際には、どんなに程度の低い有形力の行使であっても人間の尊厳に重大な脅威を与える捜査は強制処分というように、人間の尊厳を尊重する観点から、今一度、その基準を定め直す必要があるよう

に思われるのである。

加えて、このような強制処分 of 具体的な判断基準を創設する際には、行政法学における「侵害留保の原則」を参考にする必要があると考える。侵害留保の原則とは、人身の自由や財産に対する有形力の行使等の権力的作用を侵害として「法的根拠」を要求するものである。思うに、DNAサンプル採取行為を契機とした一連の捜査活動は、本質的には行政機関に属する警察官の活動である。ただ、刑法では、本来、行政機関に属する警察官の捜査行為を、犯罪の嫌疑があり刑事訴追を目的とする場合に刑法によって規律するとき、司法警察活動と呼んできたのである。そして、このような司法警察活動は、その権力的作用に対して「強制処分法定主義」の要請を伴うものである。そうだとすると、侵害留保の原則の刑法上の発現が強制処分法定主義と捉えることができる⁵³。そうすることで、上述したように、行政法学で得られた知見を刑法学に応用することが可能になるように思われるのである。具体的には、行政法学上、従来、侵害とは理解されず、捜査機関が法的な根拠なしに自由に行つてよいと考えられてきた個人情報収集や処理作用（た

たとえば、尾行、屋内外における秘密録音や写真撮影、GPS捜査や収集した情報の保管、第三者への提供など）がいかなる理由に基づいて侵害と把握されるようになったかの理由を整理することで、捜査機関が行う個人情報の収集や処理作用も強制として把握しうる具体的な判断基準が示されるようになる。

なお、この点について、建設事業に対する反対運動を行っていた者の個人情報捜査機関が（同運動の原因となつた）建設会社に提供したことが問題となつた名古屋高判令和六年九月一三日LEX/DB25621036（以下、「令和六年九月名古屋高判」）では、警察法二条一項を根拠に捜査機関による個人情報の収集・保有を適法とした第一審判決を否定し、さらに、一部の情報については抹消請求を認容している⁵⁴のである。既述したように、本件控訴審判決は強制処分とすべき実質的な根拠を述べるものでない。だからこそ、令和六年九月名古屋高判のような判例を集積することで、上述した私見（侵害留保の原則の刑法上の発現が強制処分法定主義）にそつた理解の妥当性について検討する必要があるように思われるのである。

第二に、このように、今後、人間の尊厳を尊重する観点から強制処分の具体的な判断基準を定め直す必要があるとしても、そのように考える条文上の根拠を明らかにする必要がある。この点について、そもそも人間の尊厳とは、ドイツ基本法一条一項で定められた概念であり、現に、ドイツでは、捜査機関によるDNAサンプル採取行為が人間の尊厳に重大な脅威を与えるのではないか、ということが度々議論されてきた。⁵⁵そこで、このような議論をわが国にスライドさせて考える必要があるが、考えるの一つとして、人間の尊厳の根拠を憲法一三条後段に求める意見が存在する。しかしながら、同意見によれば、人間の尊厳が憲法上認められた権利といえるためには、憲法一三条後段が一般的条項について定めた条文ではなく、生命、自由、幸福といった個別の人権について定めた条文と解する必要がある。⁵⁶というのである。そのため、憲法一三条後段の理論的な構成を意識しながら、同条が人間の尊厳の根拠条文として適切といえるかについて検討する必要があるといえる。

加えて、上述したように人間の尊厳が憲法一三条後段を根拠に認められた権利だとしても、DNAサンプル採

取行為のような近時の科学捜査については、刑訴法のどの条文（具体的にはどの令状）を用いて強制捜査を実施すべきか、もしくは、現行の刑訴法には該当する条文がないことから、新たにこれらの捜査を目的とした条文を創設する必要があるか⁵⁷については、慎重な議論を要するところである。いずれにしても、その際、「何人も、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」が憲法一三条で保障されたとした最高裁判例を踏まえないければならない（最判平成二〇年三月六日民集六二巻三号六六五頁〔住基ネット事件判決〕、最判令和五年三月九日民集七七巻三号六二七頁〔マイナンバー事件判決〕）。

第三に、より広い視点にたつと、近時、捜査に関する枠組みを根本から覆す学説が登場しており、同学説の是非について、今後、検討する必要があるといえる。このような学説は、客観法的思考とよばれるものであるが、具体的には、社会にとつてどのような法の仕組みが望ましいかという視点から、捜査の適正化を図ることで、得られる便益が最大になることを目的とする立場である。⁵⁸しかしながら、このような客観法的思考に対しては、

「憲法上の保障を多数決によって取り払うことを認めるのは、人権概念を民主主義に吸収することになる」といった批判⁵⁹があり、上述した人間の尊厳を尊重する観点からも疑問がある⁶⁰と考える。

なお、上述した第一の課題との関係で、井上説に関する近時の論稿に、侵害される権利や利益が「人間の存在や尊厳にとって本質的なものである」なら、「それを侵奪することは許されない（絶対的禁止）」⁶¹という記述がある。それゆえ、井上説においても、本件について、人間の尊厳に重大な脅威を与えるほど制約される権利や利益の「質」が高いことを理由に、強制処分と判断することは可能なかもしれない。しかしながら、既に述べたように、井上説に対しては、同説が採用する制約される権利や利益の「質」及び「制限の程度」といった基準に疑問があることから、やはり同説には賛同できないことを付言したい。

(1) 三井誠ほか編『新基本法コンメンタール刑事訴訟法〔第3版〕』（日本評論社、二〇一八年）二四五頁〔石井隆〕など参照。

(2) 平野龍一『刑事訴訟法』（有斐閣、一九五八年）八二頁参照。

(3) 上口裕『刑事訴訟法〔第5版〕』（成文堂、二〇二一年）五三頁参照。

(4) 最決昭和二九年七月一五日刑集八巻七号一二三七頁。

(5) 最決昭和五三年九月二二日刑集三三巻六号一七七四頁。

(6) 上口・前掲注(3)書五三頁参照。

(7) 田宮裕編著『刑事訴訟法I―捜査・公訴の現代的展開』（有斐閣、一九七五年）一二九頁以下〔田宮裕〕参照。

(8) 上口・前掲注(3)書五三頁参照。

(9) 川出敏裕『判例講座刑訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、二〇一六年）六頁参照。

(10) 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、二〇一四年）八頁、一〇―一二頁参照。

(11) 井上・前掲注(10)書一二頁参照。

(12) 井上・前掲注(10)書一四―一五頁参照。

(13) 井上・前掲注(10)書七頁参照。

(14) 井上・前掲注(10)書一二頁参照。

(15) 川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀刑事裁判論集刊行会編『小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀 刑事裁判論集下巻』（判例タイムズ社、二〇〇六年）二三―二七頁参照。

(16) 宮本康博「判批」法学教室四三八号（二〇一七年）

- 一三〇頁、大野正博「判批」刑事法ジャーナル五三卷(二〇一七年)一六八～一六九頁参照。
- (17) 井上正仁「連載／刑事訴訟法1捜査序章〔捜査概説〕」<https://yuhikaku.com/articles/-/12887> (二〇一五年一月二二日閲覧) 参照。
- (18) 川出・前掲注(9)論文二九頁参照。
- (19) 川出敏裕『刑事手続法の争点』(立花書房、二〇二〇年)二二頁では、^a「個人の意思を制圧し」について「個人の意思に反する」ことを意味するものであるという記述があることから、近時、川出説は自身の理解を変更して井上説を支持しているようである。
- (20) 中嶋伸明「判批」研修八二二号(二〇一六年)九三頁、宮本・前掲注(16)論文一三〇頁、大野・前掲注(16)論文一六四頁、堀田尚徳「判批」北大法学論集六八巻四号(二〇一七年)二二二頁など参照。
- (21) 井上・前掲注(10)書一一頁には「本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらない」という記述がある。この点について、堀田・前掲注(20)論文二二二～二二三頁参照。
- (22) 久岡康成「判批」立命館法学三七八号(二〇一八年)三六九頁参照。

- (23) 堀田・前掲注(20)論文二一四～二一六頁参照。
- (24) 井上・前掲注(10)書一三頁、堀田・前掲注(20)論文二二五～二二六頁参照。
- (25) 堀田・前掲注(20)論文二一五頁参照。
- (26) 井上正仁「判批」刑事訴訟法判例百選〔第10版〕(二〇一七年)六七頁参照。
- (27) 井上・前掲注(26)論文六七頁参照。
- (28) 井上・前掲注(26)論文六七頁参照。
- (29) 尾崎愛美『犯罪捜査における情報技術の利用とその規律』(慶應義塾大学出版会、二〇一三年)二八頁参照。
- (30) 尾崎・前掲注(29)書二七頁参照。
- (31) 井上・前掲注(26)論文六七頁参照。同様の意見として、池田公博「判批」法学教室四四四号(二〇一七年)七六～七七頁参照。
- (32) 堀江慎司「GPS捜査に関する最高裁大法廷判決についての覚書」論究ジュリスト二二二号(二〇一七年)一四六頁参照。
- (33) 伊藤雅人Ⅱ石田寿一「判解」法曹時報七一巻六号(二〇一九年)一二七五頁では、GPS端末を装着することにより、個人の行動を「継続的、網羅的」に把握する点をもって、プライバシーに対する制約があるとする。このような意見は、モザイク理論に関連する旨主張する論稿として、堀江・前掲注(32)論文一四五頁参照。
- (34) 指宿信「長期監視撮影の包括的規律に向けて―事

前・事後規制を考える」宇藤崇ほか編『刑事司法の理論と実践 渡辺修先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、二〇二四年）五七～五八頁も参照。

(35) 松田岳士「『強制処分』概念と個人の『権利』」宇藤崇ほか編『刑事司法の理論と実践 渡辺修先生古稀祝賀論文集』（法律文化社、二〇二四年）一〇頁では、制約される権利や利益の「質」という概念自体が曖昧なものである旨、批判する。

(36) 渕野貴生「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」立命館法学三九九Ⅱ四〇〇号（二〇二一年）二七～二七頁参照。

(37) 渕野・前掲注(36)論文二七～二七一八頁参照。

(38) 渕野・前掲注(36)論文二七一八頁参照。

(39) 稲谷龍彦「企画趣旨——なぜ今証拠排除法則を問うのか」法律時報一九六号（二〇二四年）五頁では、証拠排除法則に関する井上説の欠点として「個別の証拠排除の判断を規範的に評価する基準が実質的に存在しない」ことをあげたうえ、このような欠点は「井上説の柔軟さという長所の正に裏返しの問題である」旨、批判する。本文で述べた井上説に対する疑問も、結局は、井上説が権利や利益の「制約の程度」について柔軟な判断の余地を残したことに由来すると考える。

(40) 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

ナル二九号（二〇二一年）二七頁参照。

(41) 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」甲南法学四六卷三号（二〇〇五年）一二五頁、一二九頁、玉蟲由樹「刑事手続におけるDNA鑑定の利用と人権論(3)・完」福岡大学法学論叢五四卷二二三号（二〇〇九年）二四頁（後に同『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）三九二頁所収）、久岡・前掲注(22)論文三七三頁、渕野・前掲注(36)論文二七二三頁など参照。

(42) 渕野・前掲注(36)論文二七～二七二九頁参照。

(43) 渕野・前掲注(36)論文二七二七頁参照。

(44) 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）参照。なお、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」<https://www.nichibenren.or.jp/document/opinion/year/2007/071221.html>（二〇二五年一月二二日閲覧）では、DNA型が個人の究極のプライバシーであることに鑑み、採取、登録対象、保管、利用、抹消、品質保証、監督・救済機関について、法律で適正に定める必要がある旨主張する。

(45) 清水晴生「DNA型データベースの法規制——含・名古屋地裁令和四年一月一八日判決評釈」白鷗法学二九巻一号（二〇二二年）六七頁参照。

(46) 玉蟲・前掲注(41)論文七頁以下、同「警察DNAデータベースの合憲性」日本法学八二巻二号(二〇一六年)四三七頁、瀧野・前掲注(36)論文二七三一～二七三三頁参照。

(47) 尾崎愛美「個人情報取得と利用」法学教室五一九号(二〇二三年)一三～一四頁参照。

(48) 國田武二郎「無罪確定した男性から採取した指紋、顔写真及びDNA型データの抹消命令」季刊刑事弁護一一三号(二〇二三年)一〇一～一〇二頁、清水・前掲注(45)論文六四～六五頁参照。なお、令和六年名古屋高判に否定的な立場として、東京地判平成三一年二月二八日判例地方自治四六四号九六頁。

(49) もともと、令和六年名古屋高判は、憲法上、捜査機関からDNA型を「採取されない自由」のみならずDNA型を「採取された後に利用されない自由」があるのは、DNA型が有する「秘匿性」及び「国民個人の私生活に対する公権力による監視、介入等に対する自由」があることを根拠とするものである。それゆえ、本文で述べたように、DNAサンプル採取行為によって、遺伝及び私的な性格を有する行き先に関する情報等取得できることの弊害までを認めることには慎重な立場と思われる。

(50) 大沢秀介監修『入門・安全と情報』(成文堂、二〇一五年)三〇～三三頁(山本龍彦、山本龍彦『プラ

イバシーの権利を考える』(信山社、二〇一七年)七七頁、二二九頁以下、瀧野・前掲注(36)論文二七二八～二七二九頁、二七三三頁参照。

(51) 田淵浩二『刑事訴訟法(第2版)』(日本評論社、二〇二四年)三七頁では、GPS捜査について、捜査取得情報の分析・利用が濫用されないよう、事前の司法審査以外の方法による立法的規制が必要であるとする。

(52) 松田・前掲注(35)論文一五頁では、新しい強制処分(52)の定義として、「個人の固有領域」及び「私的領域」であることを条件に本人の意思にかかわらず行える処分である旨、主張する。しかしながら、同説の理解では、上述した領域からの入手であれば、本人の同意を得ずにDNA型に係わる情報を取得、保管した場合でも適法となる可能性があり、令和六年名古屋高判の判示と整合しないように思われる。

(53) 島田茂『警察法の理論と法治主義』(信山社、二〇一七年)一七二頁参照。

(54) 只野雅人「判批」法学教室五三三号(二〇二五年)一一頁参照。

(55) 玉蟲由樹「刑事手続におけるDNA鑑定の利用と人権論(2)」福岡大学法学論叢五二巻四号(二〇〇八年)一一頁(後に同『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)三七九頁所収)参照。

(56) 生田勝義「死刑は合憲か―最高裁大法廷判例を改めて憲法13条（生命権）から考える」立命館法学四〇五Ⅱ四〇六号（二〇二三年）二四頁参照。

(57) DNAサンプル採取行為が強制処分とされた場合に關するアメリカの議論として、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）二八六―二八八頁参照。

(58) 稻谷龍彦『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、二〇一七年）二八〇―二八四頁参照。

(59) 後藤昭「捜査の法的規制」法律時報九一卷五号（二〇一九年）一三九頁、松田岳士『熟議による適正手続』論について(1)「阪大法学六八卷二号（二〇一八年）二七六頁参照。

(60) 後藤・前掲注(59)論文二三九頁参照。

(61) 井上・前掲注(17)論文（二〇二五年一月一二日閲覧）参照。