

◇ 判例研究 ◇

刑事判例研究23

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分に該当するとされた事例

(東京高判平成28・8・23高裁刑集(裁判所ウェブサイト掲載)69巻1号16頁, 東京高等裁判所(刑事)判決時報67巻1~12号124頁, 判例タイムズ1441号77頁, 破棄自判・一部無罪, 確定)

刑事判例研究会
久岡康成*

【事実の概要】

本件控訴審判決の原判決たるさいたま地判では、その判示第1事実と第2事実の二個の窃盗被告事件が有罪とされ、併合罪として一個の刑が言い渡された。本件控訴審は原審判示第1事実に関わって原判決を破棄し、原審判示第1事実については無罪とし、原審判示第2事実の窃盗について懲役1年10月を言い渡した(未決勾留日数中120日を刑に参入)。本件控訴審判決は上告されることなく確定している。事実関係は、以下の通りである。

(1) 窃盗被疑事件の捜査に当たっていた埼玉県警察本部の警察官甲及び乙は、平成27年1月28日、荒川河川敷沿いの彩湖の曝気施設付近にテント

* ひさおか・やすなり 立命館大学名誉教授

を張って生活していたX(本件の被告人)のところに赴き、Xから話を聞きたいと述べた上、荒川河川事務所から入手した資料を見せるなどしながら、周辺のホームレスについての話をし、その際、Xに持参した紙コップで温かいお茶を勧め、Xが飲んだ後、DNA採取目的を秘し、そのコップを廃棄するとして甲が回収した。なお、その様子を乙が撮影していた。

平成27年1月28日Xから回収した紙コップについては、同日、領置の手続が行われ、同日付甲作成名義の領置調書(控訴審検2)が作成された。ただし、押収品目録は誰に対しても交付されていない(控訴審検5)。そして、1月29日埼玉県浦和警察署司法警察員作成名義の、埼玉県警察本部刑事部科学捜査研究所長に対する、鑑定事項を、鑑定資料(紙コップ)に唾液付着の有無、付着していればそのDNA型とする鑑定嘱託が行われた(控訴審検3)。

警察官は、Xが使用した上記紙コップからDNAを採取し、その資料を基に原審判示第1事実にかかるXの逮捕状が請求された。その逮捕後の平成27年2月12日にXが口腔内細胞を任意提出し、その口腔内細胞についてDNA鑑定をした鑑定書(以下では本件鑑定書と呼ぶ)が作成された。

その後、平成27年4月21日付で同科学捜査研究所技術職員名義の、鑑定資料に唾液の付着が認められること及びそのDNA型を示す鑑定書(以下では紙コップ鑑定書と呼ぶ)(控訴審検4)が作成された。

(2) DNA型記録確認通知書(控訴審検1)によると、遺留鑑定資料(割り箸に付着した唾液等)から判明したDNA型が、本件鑑定書に記載されたXのDNA型と一致する窃盗被疑事件は合計11件あり、最も古いものは、平成19年12月6日から翌日の間に発生した事件であり、次に古いものは、平成20年11月23日から翌日の間に発生した事件であると認められた。また、11件の中には、原判示第1及び第2の各事実に対応する窃盗被疑事件が含まれていた。

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分に該当するとされた事例（久岡）

【判 旨】（引用ごとの段落の番号（*）は便宜上付したものである。）

(1) 「本件において警察官らが用いた捜査方法は、DNA採取目的を秘した上、コップにそそいだお茶を飲むよう被告人に勧め、被告人に使用したコップの管理を放棄させて回収し、そこからDNAサンプルを採取するというものである。そこで、まず、本件捜査方法が、任意捜査の範疇にとどまり、任意捜査の要件を充足すれば許されるのか、それとも、このような捜査方法は、強制処分に該当し、これを令状によらずに行った本件捜査は違法であるのかが問題となる。」

(2) 「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものであるが、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、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を意味するものであると解される（最高裁判所昭和51年3月16日第3小法廷決定）。」

(3) 「そうすると、本件においては、甲らは、甲らが警察官であると認識していたとすれば、そもそもお茶を飲んだりしなかった被告人にお茶を飲ませ、使用した紙コップは甲らによってそのまま廃棄されるものと思いつ込んでいたと認められる被告人の錯誤に基づいて、紙コップを回収したことが明らかである。」

(4) 「ここで、強制処分であるか否かの基準となる個人の意思の制圧が、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なのかどうかの問題となるが、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・利益を奪うのも、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べきであるから、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べきである（最高裁判所平成21年9月28日第3小法廷決定参照）。したがって、本件警察

官らの行為は、被告人の意思を制圧して行われたものと認めるのが相当である。」

(5) 「確かに、相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとまではいえず、法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合にはじめて、強制処分に該当するというべきであると解される。本件においては、警察官らが被告人から唾液を採取しようとしたのは、唾液に含まれるDNAを入手し鑑定することによって被告人のDNA型を明らかにし、これを、前記4(2)のDNA型記録確認通知書に記載された、合計11件の窃盜被疑事件の遺留鑑定資料から検出されたDNA型と比較することにより、被告人がこれら窃盜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するためである。警察官らの捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、なんら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かったといっても、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解するのが相当である。」

(6) 「以上の検討によれば、前記のとおり強制処分のメルクマールに照らすと、本件警察官らの行為が任意処分の範疇にとどまるとした原判決の判断は是認することができず、本件捜査方法は、強制処分に当たるといふべきであり、令状によることなく身柄を拘束されていない被告人からその黙示の意思に反して唾液を取得した本件警察官らの行為は、違法といわざるを得ない。」

(7) 「また、本件においては、前記4(1)のとおり、平成27年1月28日被告人から回収した紙コップについて、同日、領置の手續が行われ、同日付甲作成名義の領置調書（控訴審検2）が作成されている。ところで、捜査機関が行う領置について、刑法221条は、「検察官、検察事務官又は司法

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分該当するとされた事例（久岡）

警察職員は、被疑者その他の者が遺留した物又は所有者、所持者若しくは保管者が任意に提出した物は、これを領置することができる。」と規定している。本件唾液は、使用した紙コップは甲らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人が占有を警察官らに委ねた物であり、後者の「所有者、所持者若しくは保管者が（捜査機関に対して）任意に提出した物」に当たらないことは明らかである。さらに、前者の遺留とは、「占有者の意思に基づかないでその所持を離れた物のほか、占有者が自ら置き去りにした物」であると解され、例えば、占有者の意思に基づいて、不要物として公道上のごみ集積所に排出されたごみについて、捜査の必要がある場合には、遺留物として領置することができると解される（最高裁判所平成20年4月15日第2小法廷決定）。しかしながら、本件唾液は、上記のとおり、使用した紙コップは甲らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人が、錯誤に基づいて占有を警察官らに委ねた物であり、前者の遺留にも当たらないと解される。そうすると、本件においては、警察官らは、外形上被告人の意思に基づいて占有を取得したことから、領置の手续を取ったものであると解されるどころ、この手続は、法が許容する領置の種類とはいえず、本件領置手続自体も違法と解するのが相当である。」

(8) 本件鑑定書の証拠能力の判断に関わって、甲らが令状取得を回避する理由と述べるうちの、「令状による場合は、鑑定結果が出るまでの数日の間に本人がいなくなる可能性があるため不相当であると判断した」という理由は、「数日」が具体的に何日をいうのか判然としないものの（DNA型鑑定そのものに数日を要するとは思われない。）、捜査機関において、その間の被告人の所在の把握が可能でないとはいえず、鑑定結果が判明すれば、その情報を得て、被告人を緊急逮捕することも可能であったといえるから、「令状取得を回避したことを許容する事情とはいえない」。

(9) 「以上検討したところによれば、本件捜査方法は、DNA型という個人識別情報を明らかにするため、身柄を拘束されておらず甲らが警察官

であることも認識していない被告人に対し、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取するというものであるところ、本件捜査方法は、上司とも相談の上、最初から令状主義を潜脱する目的で採用されたものであることが明らかである上、上記オ及びカのとおり、甲において、本件捜査方法を採用したことを合理化するため、原審公判において真実に反する供述、信用することのできない供述を重ねているという事情も認められる。したがって、本件警察官らの行為は、原判決が指摘するように、なんら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いっても、本件警察官らの行為及びこれに引き続く一連の手続には、令状主義の精神を没却する重大な違法があり、本件鑑定書を証拠として許容することは将来における違法捜査抑制の見地から相当でないといふべきであるから、本件鑑定書については、違法収集証拠としてその証拠能力を否定すべきである。」

【研究】

(一) はじめに

(1) 本件判決で違法とされた本件捜査方法は、「DNA採取目的を秘した上、コップにそそいでお茶を飲むよう被告人に勧め、被告人に使用したコップの管理を放棄させて回収し、そこからDNAサンプルを採取する」ことである(判示1段落)。

本件捜査方法の目的は、それにより回収されたのは紙コップであるが、それには甲の唾液が付着しているとの見込みのもとに行われ、現に付着していたのであるから、甲の唾液の採取であった。本件判決が、ここで本件捜査方法を、DNAサンプルを採取することと述べている点は、唾液がDNA鑑定の資料となるのであるから、唾液を採取することと同義である。

(2) 本件判決は、本件捜査方法が違法になる基準としての強制手段につ

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分に該当するとされた事例（久岡）

いては、まず、「ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、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を意味するものであると解される（最高裁判所昭和51年3月16日第3小法廷決定）。」、という基準によっている。

本件判決は、この最決昭和51・3・16刑集30・2・187の基準によりつつ、エックス線を照射して内容物の射影を観察した場合についての最決平成21・9・28刑集63・7・868を参照して、本件捜査方法は強制処分に当たるとしたものであるが、その前提として、「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解するのが相当である。」としている。「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型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）」を、「強制処分を要求して保護すべき重要な利益」と判断とした判例として、意義あるものである。

しかしながら、本件判決については、「『強制』の意義を説示した最高裁判例（最決昭和51・3・16刑集30巻2号187頁）を引用をした上での判決であるが、その具体的適用については、異論もあり得よう¹⁾と評されるような状況もある。

また、DNAサンプルの採取に関わっては、今日ではDNAサンプル採取そのものの他に、DNA型鑑定、DNA型情報の保有・利用（DNA型データベース）等の幾つかの段階・局面があり、刑事法学のみならず、憲法学、プライバシー保護法学、個人情報保護法学その他多くの視点から論議がなされている。本稿では、本件判決の判示に即して、DNAサンプル採取の段階に焦点を当て、その検討のために必要な範囲で、他の段階の状況や、他の視点からの研究の成果を参照することにした。以下、まず我が国におけるDNA型鑑定とDNA型データベースの現状を確認したうえで、若干の検討を行い、本件判決に関わる問題を整理したい。

(3) DNA型鑑定とDNA型データベース

(a) DNAとは生物の細胞内にあるデオキシリボ核酸の略称で、糖、リン酸と塩基が結合したヌクレオチドを最小単位とし、人の場合は、細胞の核のなかにある23対46本の染色体上に、糖とリン酸が連結した2本の鎖から塩基(4種類ある)が突き出し、一方の鎖から突き出した塩基と他方の鎖から突き出した塩基が相補的結合(アデニンとチミン、グアニンとシトシン)を行って2本の鎖をつなぎ、その2本の鎖が二重らせん構造を形成して存在していると言われている。

(b) 我が国の警察におけるDNA型鑑定及びDNA型データベースの現状は、松井由紀夫「警察におけるDNA型鑑定及びDNA型データベースについて(上)(下)」論文によれば、おおよそ以下のようなものである²⁾。

(ア) DNA型鑑定は、平成元年に警察庁科学警察研究所で初めて行われたが、現在の主流であるSTR型検査法とは、DNAの特定座位の、4種類の塩基の特徴的な配列の繰り返し回数に個人差があることを利用し、この繰り返し回数を数えて型として検出した上で、型の出現頻度と対照する資料の型の一致状況を確認し、アメロゲン座位の分析(性染色体のXXYYの組み合わせの分析)を加えてから個人の識別に利用する鑑定方法である。現在では15座位の塩基配列の繰り返し回数を型として検出しているため、当該15座位のDNA型の出現頻度を掛け合わせることによって出現頻度を算出することになると言われている。また、警察におけるDNA型鑑定は、この核にあるDNAの鎖のうち、病気や外観などの直接関係しないと考えられている領域(非コード化領域)の塩基の配列を分析するものであるとされている。

警察がDNA型鑑定のための資料を採取する法定根拠は刑事訴訟法である。通常は、被疑者資料は任意提出物(口腔内細胞の専用の採取キットがある)の領置もしくは令状による身体検査や鑑定処分の強制処分(通常は血液の採取)により行われている。遺留資料の採取は、刑事訴訟法の任意提

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分該当するとされた事例（久岡）

出物、遺留物の領置や差押えの規定によって行われ、関係者からの資料採取は、刑事訴訟法の任意提出として行われている。

警視庁・道府県警察本部の科学捜査研究所が行うDNA型鑑定については、警察庁刑事局による「DNA型鑑定の運用に関する指針」に基づき統一的行われている。

(イ) DNA型鑑定の結果の利用は当初は当該事件における被疑者の確認に限られていたが、DNA型情報をデータベース化して活用することが、平成16年の「遺留資料DNA型情報検索システム」の運用から始まり、平成17年にはDNA型記録取扱規則（平成17年国家公安委員会規則第15号）が制定されて、被疑者資料、遺留資料に係わるDNA型記録についてDNA型データベースの運用が始まった。現在では、被疑者DNA型記録、遺留DNA型記録、変死者DNA型記録、特異行方不明者等DNA型記録のDNA型データベースが運用されている。

被疑者DNA型記録、遺留DNA型記録でみれば、このデータベースは、警察庁において自ら鑑定し、もしくは都道府県警察から送信される被疑者DNA型記録、遺留DNA型記録を保管し、整理し、それぞれ対照する仕組みであり、自ら鑑定し、もしくは送信された被疑者DNA型記録を遺留DNA型記録（データベース）に対照させる「余罪照会」、送信された遺留DNA型記録を被疑者DNA型記録（データベース）に対照させて被疑者を割り出す「遺留照会」、送信された遺留DNA型記録を遺留DNA型記録（データベース）に対照させて同一人に係わる犯行を割り出す「同一犯行照会」として運用されている。その運用数は、平成28年度において、被疑者DNA型記録登録件数（累計）895,014件、遺留DNA型記録登録件数（累計）42,041件、余罪照会一致事件数（年間）3,576件、遺留照会一致事件数（年間）2,506件、同一犯行照会一致事件数（年間）1,171件とのことである。

(二) 個人の意思の制圧と合理的に推認される当事者の意思に反する場合

(1) 本件判決が引用する、最決昭和51・3・16は、法律の根拠規定がある場合に限り許容される「強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、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を意味する」、と述べている。この最決昭和51・3・16の示した基準のうちの、「個人の意思の制圧」について、本件判決は、「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・利益を奪うのも、現実に表示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べきであるから、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べきである（最高裁判所平成21年9月28日第3小法廷決定参照）」、という判断基準を示している。

ところで、最決昭和51・3・16が示した強制処分の判断基準については、従来、強制処分を一般的に（当事者が認識しない間に行う捜査も含めて）、「意思の制圧」と「重要な権利・利益侵害」を2つの要因と解する第一の立場³⁾と、同決定を相手方（被疑者）の明示の意思に反する事案（に限って）の決定と解したうえで、相手方（被疑者）の明示の意思に反する事案では、最決昭和51・3・16の文言の通りに、個人の意思の制圧と身体、住居、財産等への制約が基準となるが、当事者が認識しない間に行う捜査についての基準は「意思に反した重要な権利、利益の制約」になるのではないかとの第二の立場⁴⁾があった。そして判例が、これら二つの立場のいずれに親和的であるかは、最決昭和51・3・16後の電話傍受最決（最決平成9・5・15刑集53・9・1327）が最決昭和51・3・16を引用していなかったこともあり、明らかでないとも言われていた。

本件判決は、最決昭和51・3・16を引用して法律の根拠規定がある場合に限り許容される強制手段を定義しつつ、「当事者が認識しない間に行う

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分該当するとされた事例（久岡）

捜査について、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・利益を奪うのも、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べきであるから、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べきである（最高裁判所平成21年9月28日第3小法廷決定参照）」としたものである。本件判決は、最決昭和51・3・16の解釈についての、上記の二つの立場のうちの「第二の立場には立たないことをことを示したものと位置づけられよう」⁵⁾、とも言われるが、エックス線検査最決（最決平成21・9・28刑集53・7・868）を参照して、「当事者が認識しない間に行う捜査について」、「個人の意思を制圧する場合に該当する」としているのであるから、むしろ端的に第一の立場に立っていると見ることができる。

なお、本件判決後のGPS大法廷判決（最大判平成29・3・15刑集71・3・13）も、GPS捜査について、「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、刑訴法上、特別の根拠規定がなければ許容されない強制の処分当たる（最高裁昭和50年（あ）第146号同51年3月16日第三小法廷決定・刑集30巻2号187頁参照）」と判示している。GPS大法廷判決では最決昭和51・3・16は「参照」と表記されているが、「合理的に推認される個人の意思に反して」いる捜査手法が、「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」判断された点については、本件判決と同様である。その意味において、本件判決はGPS大法廷判決の趣旨にも合致している。

(2) 本件判決のこの趣旨は、本件判決に対し異論や意見を提起される論者も含めて、一般に、「当事者が認識しない間に行う捜査について」、「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」、というものであると理解されている。

本件の被告人は、「甲らが警察官であると認識していたとすれば、そも

そもお茶を飲んだりしなかった被告人」(判示(3)段落)であり、本件 DNA サンプル採取は、「被告人がこれら窃盗被疑事件の犯人であるかを見極める決定的証拠を入手する」(判示(5)段落)目的のために利用するため行われたものである。これらに照らすと、本件 DNA サンプルの採取が当事者の意思に反すると合理的に推認されるとする本件判決の判断は、首肯できる。警察官により DNA サンプルが、このような「決定的証拠を入手する」目的のために利用されたこと自体が、前示の DNA 型鑑定と DNA データベースの持つ力の強大さ、すなわち、被告人が「そもそもお茶を飲んだりしなかった」理由を示している。

(3) 本件判示に対しては、本件判示は、当事者が認識しない間に行う捜査について、当事者の意思に反すると合理的に推認されるか否かについて、「本人が知れば当然拒否すると考えられるか否かによって判断することになると思われる。しかし、この判示を前提とした場合、おとり捜査に関する最高裁判例や秘密録音に関する現行法の立場との整合性に疑問が生じることになる」、との異論がある⁶⁾。「『合理的に推認される当事者の意思に反する場合』を、特定の捜査手法に関してではなくて、当事者が認識しない間に行う捜査一般につき、『個人の意思を制圧する場合に該当する』とした本件判示には問題が存在する」、という意見も同旨と思われる⁷⁾。

しかしながら、このような異論や意見は当を得ない。

(a) おとり捜査や秘密録音については、未だ議論が残っているところであり、これを認めるとしても、一定の種類の事件における特別な必要性から論じられるものである。

おとり捜査や秘密録音という捜査方法の「相手が知らない」、「秘密」等の状況で捜査が行われるという性質は、「処分の相手方」の「将来の行為」がなければそれら捜査自体が成立せず、その強制の方法もないという特色から生ずるものである。既に存在している物に対する処分であり、任意提出を受けることも強制処分を請求することもできて、「当事者が認識している間に出来る」DNA サンプルの採取において、おとり捜査や秘密録音

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分該当するとされた事例（久岡）

との整合性を論じる必要もなく、「当事者が認識している間に出来る」DNA サンプルの採取にあえて「当事者が認識しない間に行う」ことができるという性質を付与する必要もない。そもそも、DNA は消滅することはあり得ぬものであり、「令状取得を回避したことを許容する事情とはいえない」（判示(8)段落）ような「本人がいなくなる可能性がある」というような必要性が語られるDNA サンプル採取と、「処分の相手方」の「将来の行為」を得ようとするおとり捜査や秘密録音とを同列に論じることは出来ない。

(b) このような異論や意見は、「そもそも捜査は密行的に行われるものであって、相手方に捜査目的を明らかにすることは、罪証隠滅や逃亡を招くこととなりかねない上、捜査官がそのような告知義務ないし説明義務を負うという考え方は一般的ではない」⁸⁾、という考え方を論拠にしているようにも思われる。

しかしこのような論拠も成り立たない。まず、この議論で問題となっているのは一般的な「処分の相手方」への告知や説明である。そして法治国家においては、例えば「法律の留保原則」からも、人の権利、利益、生活領域に介入するに際し、その人の同意もしくは授權根拠を要するものと解される⁹⁾。そして同意が問題となれば、「インフォームド・コンセント」が語られる今日においては、同意をする者への丁寧な説明が前提となることは、専用の採取キットを用いた口腔内細胞の提出において、それが心がけられていること自体が示すところである¹⁰⁾。

「処分の相手方」は、「捜査の相手方（被疑者）」とは別の法律関係に位置する者である。「処分の相手方」に捜査目的を明らかにすることと、被疑者の罪証隠滅や逃亡は直結していない。仮に「処分の相手方」と「捜査の相手方（被疑者）」が同一であることから、罪証隠滅や逃亡の虞が認められるのならば、そのような手続き回避の危険のある場合に対しては強制処分の制度によることとされているのであって、一般に捜査の密行は前提とされていない。一般的に捜査密行の原則を認めることには疑問がある¹¹⁾。

また、本件の被疑者のDNA型情報のように、罪証隠滅はそもそも不可能で、考えられない場合もある。仮に具体的場合において、状況より罪証隠滅や逃亡の虞のような手続き回避の危険が生じる場合に対しては、前述のように、法は強制処分を定め対処することになっているのである。

(4) ドイツ憲法上の合憲性が問題になったドイツ憲法判例の研究においてであるが、「情報が秘密裡に取得されることや、他のデータと結びつく可能性があることなどによって、侵害の重大性が高まるとされてきた」¹²⁾とか、「比例性の審査に当たって、介入が本人の知らないうちに行われることを、多くの場合に介入の重大性を高める要素として考慮に入れてきており」¹³⁾、ということがすでに紹介されている。我が国の議論で言えば、「当事者が認識しない間に行う捜査」であることは、それ自体で重要な権利・利益に対する侵害ないし制約の強度を上げるもので、強制処分法定主義による保護（強制処分への該当性・意思制圧性の肯定もしくは具体的な強制処分の不許可）の必要性を高めることになる。

(三) 強制処分を要求して保護すべき重要な利益

本件判決は、「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解するのが相当である。」としている。本件判決のこの判示に対しても、「その根拠は必ずしも明らかでない」¹⁴⁾、と論じられることがあるが、以下のように、本件判決のこの判示は妥当なものである。

(1) DNA型とは、DNAの非コード化領域の特定座位における4種類の塩基の特徴的な配列の繰り返し回数を数えて認識されるものである。したがって、DNA型を認識するには、DNA全体を取り扱うことが必要で前提となる。ところが、DNA全体には遺伝子も含まれ、さらには非コード化領域を対象としているとするSTR法が検査対象とするDNA型のうち、一部にはセンシティブな遺伝情報が含まれているという指摘もあ

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分に該当するとされた事例（久岡）

る¹⁵⁾。したがって、DNAを含む唾液の採取は、DNA型のみならず、非コード化領域のその他の情報、遺伝子に関わる情報を含めて、DNAに関わる情報全体が取得可能な行為である。

他方、エックス線検査最決（最決平成18・9・28）は、宅配物に対してエックス線を照射して内容物の射影を観察した場合につき、「その射影によって荷物の内容物の形状や材質をうかがい知ることができる上、内容物によってはその品目等を相当程度具体的に特定することも可能であって、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害するものであるから、検証としての性質を有する強制処分に当たるものと解される。」としている。すなわち、荷物の内容物の形状や材質、その品目等を相当程度具体的に特定することも「可能な」このような行為を、荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等を大きく侵害する、強制処分を要求して保護すべき重要な利益の侵害があり得る行為としたのである。

これに比すると、DNAを含む唾液を採取する行為は、前示のようにDNAに関わる情報全体が取得可能な行為であって、唾液を取得された者のDNAに対するプライバシー等の侵害は、エックス線を照射された宅配物の荷送人や荷受人の内容物に対するプライバシー等の侵害と同等もしくはそれ以上に大きく侵害するものである。「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」を、強制処分を要求して保護すべき重要な利益であると解するのが相当である。」とした、本件判決の判断は、エックス線の照射についての最高裁判例の立場からも、十分に首肯され得るものである。

なお、唾液採取後に行われるDNA型鑑定は、法律によらず前示の国家公安委員会制定のDNA型記録取扱規則に委ねられている。定型的な装置や試薬を用いて鑑定が行われるとしても、前示のようなDNAに関わる情報全体が取得可能性はないという保証として十分とは思われぬ。また、犯罪捜査においてDNA試料を利用して民族出自に踏み込んだ分析をしていることが報じられたり、政府（科捜研）により民族識別に関するDNA

指標の研究事業が実施された経過がある¹⁶⁾、等と言われたこともある。これらを勘案するとき、捜査活動により DNA に関わる情報全体が利用される可能性は依然残っており、DNA を取得される者のプライバシー等は大きく侵害されたままなのである。

(2) 仮に、本件唾液採取を唾液・DNA 全体の取得から切り離し、DNA 型取得行為とにおいてみても、今日の個人情報保護の法理のもとで DNA 型が情報として持っている性質に照らすと、それに対するプライバシー等は大きく侵害されると解される。

(a) OECD 8 原則(1980年)以来の世界的な情報保護法理の発展の中で、我が国においても個人情報の保護に関する法律(平成15年5月30日法律第57号)(個人情報保護法)を始めとするいわゆる個人情報保護法関連5法が平成15年に成立した。「行政機関の保有する電子計算機処理に係わる個人情報の保護に関する法律」(平成15年5月30日法律第58号)(行政機関個人情報保護法)もその一つである。警察における DNA 型の取扱いは DNA 型記録取扱規則(平成17年国家公安委員会規則第15号)により行われ、それは警察法施行令(昭和29年政令151号)13条1項の規定に基づくとされているが、内容においては行政機関個人情報保護法の規制枠内にあるのである。

本件判決当時、OECD 原則に始まる世界の個人情報保護の法理においては、不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要する情報を、いわゆるセンシティブ情報(sensitive information)として手厚く保護していたが、当時施行の個人情報保護法、行政機関個人情報保護法等ではこれらは定められていなかった、しかし産業界、金融界においては、JIS Q 15001(個人情報保護マネジメントシステム—要求事項)(1999年)や、旧・金融庁ガイドライン「金融分野における個人情報保護に関するガイドライン」等により、「機微情報」の名の下に EU 等におけるセンシティブ情報に相当する個人情報の保護を認め、その「機微情報」の中には「犯罪歴」が含まれていた。また、JIS Q 15001(個人情報保護マネジメントシステム—要求事項)では、「DNA 鑑定情報」自体も機微情報と

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分該当するとされた事例（久岡）

されていた。これらの観点からは、DNA型自体がDNAという身体内部の状況に由来するもので、本人の努力により左右できないものであるという性質に鑑みると、DNA型自体が不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要する情報、いわゆるセンシティブ情報（sensitive information）に該当するものとも考えられるのである。

(b) 現在の我が国の個人情報保護法制は、平成27年に改正が公布され平成29年に施行された改正個人情報保護法、行政機関個人情報保護法等により行われ、個人識別符号、要配慮個人情報の概念を持つに至っている¹⁷⁾。警察におけるDNA型の取扱いを、平成29年改正後の行政機関個人情報保護法に即してみれば、以下のようである。

行政機関個人情報保護法においては、DNA型は「細胞から採取されたデオキシリボ核酸（別名DNA）を構成する塩基の配列」として（行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律施行令3条1号イ）、身体の一部の特徴を電子計算機の用に供するために変換した文字、番号、記号その他の符号として個人識別符号となり（行政機関個人情報保護法2条3項1号）、個人情報となる（行政機関個人情報保護法2条2項2号）。また、「要配慮個人情報」とは、本人の人種、信条、社会的身分、病歴、犯罪の経歴、犯罪により害を被った事実その他本人に対する不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要するものとして政令で定める記述等が含まれる個人情報である（行政機関個人情報保護法2条4項）。そして、この「その他本人に対する不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要するものとして政令で定める記述等」に、「本人を被疑者又は被告人として、逮捕、捜索、差押え、勾留、公訴の提起その他の刑事事件に関する手続が行われたこと。」が該当するのである（行政機関個人情報保護法施行令4条4号）。

他方、採取された唾液などの被疑者のDNA型鑑定鑑定資料はDNA型鑑定に付されることになるわけであるが、警察においてDNA型鑑定嘱託が行われた場合は、DNA型鑑定鑑定書が作成されるとともに、別に、判

明した DNA 型は、前示の国家公安委員会の DNA 型記録取扱規則により手続きが行われることになる。後者について見れば、まず警察庁刑事局の犯罪鑑識官は嘱託を受けて鑑定し判明した DNA 型の記録を作成しなければならない。警視庁及び道府県の科学捜査研究所長は嘱託を受けて鑑定し判明した DNA 型の記録を作成するとともに、それを犯罪鑑識官に電磁的方法で送信しなければならない (DNA 型記録取扱規則 3 条 1 項, 2 項)。そして犯罪鑑識官は、この自ら作成もしくは送信を受けた DNA 型を、整理保管しなければならないとされ (DNA 型記録取扱規則 6 条 1 項)、その結果として犯罪鑑識官の保管する被疑者 DNA 型記録という DNA 型データベースが生じることになる。同様に、犯罪現場その他の場所に被疑者が遺留したと認められる資料より遺留 DNA 型記録が作られ、また別に変死者等 DNA 型記録、特異行方不明者等 DNA 型記録が作られる。そうして被疑者 DNA 型記録について見れば、犯罪鑑識官が自ら作成もしくは送信を受けた DNA 型の記録には、被疑者資料の DNA 型とともに被疑者の氏名、性別及び年月日、被疑者に係わる事件の罪名等、被疑者が検挙された年月日などの事項 (DNA 型記録取扱細則 1 条) が記録されなければならないとされているのである (DNA 型記録取扱規則 3 条 1 項, 2 項)。

したがって、本件捜査方法のような唾液採取により判明する DNA 型は、単なる個人識別符号でなく、要配慮個人情報たる「犯罪の経歴」に該当する事件の罪名等、被疑者が検挙された年月日などの事項に連結され、さらに氏名などの人定事項にも連結された DNA 型の記録として、被疑者 DNA 型記録という DNA 型データベースの中に収録されることになるものなのである。たしかに、行政機関個人情報保護法による規制では、要配慮個人情報の取得についての同意 (参照、個人情報保護法 17 条 2 項) の必要も定められていず、捜査については要配慮個人情報を含む情報ファイル作成の内閣総理大臣への通知もないが (行政機関個人情報保護法 10 条 2 項 2 号)、「不当な差別、偏見その他の不利益が生じないようにその取扱いに特に配慮を要するものとして」の要配慮個人情報の理念は確立している (行政機

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分に該当するとされた事例（久岡）

関個人情報保護法2条4項）。そして、唾液の鑑定嘱託により判明したDNA型は、DNA型記録取扱規則、DNA型記録取扱細則により、要配慮個人情報たる「犯罪の経歴」に該当する事件の罪名等、被疑者が検挙された年月日などと一体化したDNA型の記録として、DNA型記録に保管されることになる（DNA型記録取扱細則1条）。すなわち、警察官らにより保有される被疑者のDNA型は、このような保管の形態が予定されていることにより、要配慮個人情報たる「犯罪の経歴」と一体化した要配慮個人情報たる性質を帯びることになるのである。

(c) 以上のように、警察官らがDNAを含む唾液を採取することは、第一に、それ自体がいわゆるセンシティブ情報（sensitive information）であるDNA型を採取する行為であるとともに、第二に、判明するDNA型を要配慮個人情報である「犯罪の経歴」と一体化して被疑者DNA型記録という情報ファイルに保管する結果を生じさせ、将来の利用（照合）を可能とする行為である。このような行為は、射影によって宅配物の形状や材質、品目などを相当程度特定することも「可能」なエックス線照射による検査に比しても、プライバシーを大きく侵害するものと判断することができる。したがって本件判決が、「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型をむやみに捜査機関に認識されない利益）」を、「強制処分を要求して保護すべき重要な利益」と解したことは、十分な根拠があるといえることができる。

(d) さらにDNA型記録取扱規則によれば、犯罪鑑識官は、鑑定嘱託で判明した被疑者DNA型を保管する被疑者DNA型記録、遺留DNA型記録などのDNA型と対照し、その結果を鑑定嘱託を行った都道府県科学捜査研究所長に通知しなければならない（5条1項、2項）、また遺留DNA型記録のDNA型に一致したときは、その結果を遺留DNA型記録に収録されているDNA型記録を送付した都道府県科学捜査所長にも通知しなければならない（5条3項）。そしてこれらの一致の送付を受けた都道府県科学捜査研究所長は、それらのDNA型鑑定を嘱託した警察署長に通知しなけ

ればならない(5条4項)。唾液採取は、DNA型鑑定により、当該事件についてのDNA型鑑定もしくは遺留品DNA型との対照のみならず、DNA型記録取扱規則により被疑者DNA型記録、遺留DNA型記録などのDNAデータベースへの収録を生じさせ、さらに、その時点での被疑者DNA型記録、遺留DNA型記録などとの対照という、余罪捜査活動そのものの実行を都道府県科学捜査研究所長に行わせる効果を持つ行為なのである。プライバシー等を侵害する性質の判断においても看過されてはならない。

(3) 個人を識別されない権利・利益を広い意味で個人のプライバシー、情報プライバシーに当たるとしたうえで、それをプライバシー固有情報ではなく、プライバシー外延情報に属するもので、「個人識別情報としてのDNAの取得・利用も必ずしも強制捜査による必要があるわけではないと考えられ、任意捜査の枠内でその限界を検討すれば足りるのではあるまいか。」という見解がある¹⁸⁾。

しかしながら、このような見解には、DNAを個人識別情報として一般化し、DNA及びDNA型情報としての前示の特性が検討されていない点で疑問があるのみならず、近時のプライバシー保護の議論からも検討が必要と思われる¹⁹⁾。

さらに、プライバシー固有情報・プライバシー外延情報の概念を用いてプライバシーを論じられた立場からも、既にプライバシー外延情報につき、「かかる外的情報も悪用されまたは集積されるとき、個人の道徳的自律の存在に影響を及ぼすものとして、プライバシーの権利の侵害の問題が生ずる。“データ・バンク社会”の問題はまさにこれである。」と述べられているのである²⁰⁾。そしてDNA型鑑定のための唾液採取が行われDNA型鑑定が行われれば、前示のように、判明したDNA型については、DNA型記録取扱規則によりいわば義務的、システムの、犯罪鑑識官が保管する「被疑者DNA型記録」等のデータベースに収録されて「集積」され、照合され、一致が通知されるのである。したがって、DNA型はこ

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分が該当するとされた事例（久岡）

のようなプライバシー固有情報・プライバシー外延情報の概念を用いてプライバシーを論じる立場からも、プライバシー固有情報に属することになると考えられる。このような立場からも、唾液採取はプライバシー固有情報を取得するものとなり、DNAに対するプライバシー等を侵害する性質のものとして解されることになろう。

（四） 本件の領置手続きについて

本件においては、警察官らによっては本件紙コップ自体に対して領置の手續きが行われている。しかし、本件判決が領置の手續きを定める刑法221条への該当性を検討したのは、「本件唾液」である。すなわち、本件判決は、「本件唾液は、使用した紙コップは甲らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人が占有を警察官らに委ねた物であり、後者の『所有者、所持者若しくは保管者が（捜査機関に対して）任意に提出した物』に当たらないことは明らかである」と判示し、また「本件唾液は」、「錯誤に基づいて占有を警察官に委ねた物であり、前者の遺留にも当たらないと解される」と判示しているのである（判示(7)段落）。

本件紙コップ自体は、警察官らによって持参されたものであり、それ自体として本件の犯罪事実に関連性を有することは考えられない。よって、本件紙コップ自体に対しては「領置」という捜査活動を行う必要性は生じず、そのような捜査活動はあり得ないことになる。この点で、領置されたダウンベスト自体に事件との関連性（証拠となる可能性）があった最決平成20・4・15刑集62・5・1398とは事案を異にしている。

したがって、紙コップでなく、捜査の必要がある「本件唾液」を対象として、領置の手續きを定める刑法221条の要件を検討した本件判決の方法は妥当であり、結論も妥当と解される²¹⁾。本件判決は、本件唾液につき刑法221条の要件を検討したうえで、本件唾液の領置手續きは法が許容する領置の種類とはいえず、本件領置手續き自体も違法と解するのが相当であるとしている。本件紙コップ自体に対しては「領置」という捜査活動

を行う必要性はなく、本件捜査の、したがって本件領置の対象は「本件唾液」であるから、それについて領置の手続きがおこなわれるべきなのである。

なお、紙コップは「そのまま廃棄されるものと思い込んで」いたXは、錯誤に基づいてふるまっていたのであるから、紙コップ自体について考えてみても、これを「任意に提出した物」として見ることも、「占有者の意思に基づいて、不要物として公道上のゴミ集積場に排出されたゴミ」に相当する物としても見ることも不当と解される。

(五) 本件判決について

以上検討したように、本件判決は、本件捜査方法は、「DNA採取目的を秘した上、コップにそそいだお茶を飲むよう被告人に勧め、被告人に使用したコップの管理を放棄させて回収し、そこからDNAサンプルを採取する」ことであるとしたうえで、「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」とし、さらに「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型をむやみに捜査機関によって認識されない利益）を、「強制処分を要求して保護すべき重要な利益」と判断とした判例として、意義あるものである。

(六) 関連する問題——法律によるDNA型情報データベース・システム

現在、鑑定嘱託によるDNA型鑑定とDNA型情報データベース・システムが、DNA取扱規則でのみ規律されていることに対しては、従来から「規則ではなく法律によって、構築・運用されなければならない。」という意見が、日本弁護士連合会意見書その他により、多数主張されてきた²²⁾。しかし他方では、「被疑者DNA型データベースにあたって、法整備を図ることは望ましいが、必ずしも『被疑者DNA型データベースに関する法律』が制定されなければならないものではないと考える」²³⁾見解が当初か

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡ししてお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分に該当するとされた事例（久間）

らあり、今日でも「捜査機関が法令に基づいて取得した個人識別のための人のDNA型のデータの取り扱いの問題であり、それ自体は直ちに強制捜査に当たるものでないと解される。したがって、情報管理を含むデータベースの構築・運用が適正に行われなければならない、これを確保するための措置を講じることは当然であるとしても、この点から、直ちにデータベース自体について直接規定した法律の制定が要求されるものではないと考える」²⁴⁾等と論じられて、立法化の作業は始まっていない。

しかしながら、本稿の中で明らかになったように、現在の囑託によるDNA型鑑定義務的、システム的な余罪照会になっている。またその運用も、前示のように平成28年度においては、被疑者DNA型記録登録件数（累計）895,014件、遺留DNA型記録登録件数（累計）42,041件、余罪照会一致事件数（年間）3,576件、遺留照会一致事件数（年間）2,506件、同一犯行照会一致事件数（年間）1,171件となっているのである。平成28年における検察庁終局処理人員の総数1124,506人、公判請求87,735人に比し、少ない数字ではない²⁵⁾。これらの事情からも、法律によるDNA型情報データベース・システムの必要性を再度検討する必要性が示されているのでなかろうか。

- 1) 酒巻匡「刑事訴訟法判例の動き」平成28年度重要判例解説186頁（2017年）。
- 2) 松井由紀夫「警察におけるDNA型鑑定及びDNA型データベースについて（上）（下）」警察学論集70巻6号138～155頁、70巻7号155～165頁（2017年）。
- 3) 井上正仁「強制捜査と任意捜査（新版）」（有斐閣、2014年）8頁、同「任意捜査と強制捜査の区別」刑事訴訟法の争点（新版）43頁など。
- 4) 川出敏裕「任意捜査の限界」『小林充先生 佐藤文哉先生 古希祝賀刑事裁判論集下巻』23頁（2006年）、但し、川出敏裕『判例講座 刑事訴訟法【捜査・証拠篇】』（立花書房、2016年）7頁では、エックス線検査最決（最決平成21・9・28刑集53・7・868）を「判例の展開」と位置付けた上で、「いかなる権利がどの程度侵害されているかによって、強制処分になるか任意処分にとどまるか区別されるという立場がとられているといえよう。」（9頁）、としている。
- 5) 宮木康博「〈判例セレクト Monthly／刑訴法〉」法学教室438号130頁（2017年）。また中嶋伸明「〈判例紹介〉」研修821号93頁（2016年）、大野正博「〈刑事裁判例批評345〉」刑事法ジャーナル53号164頁（2017年）、堀田尚徳「〈刑事判例研究〉」北大法学論集68巻4号

76頁。

- 6) 吉田雅之「〈判例研究〉」研修824号(平成29年2月号)13頁(2017年)。
- 7) 前田雅英「〈最新刑事判例研究43〉」捜査研究66巻10号25頁。なお、本判決に疑問を呈するものとして、他に『警察実務重要裁判例(2017年)警察公論72巻8号付録』159頁・160頁(2017年)がある。
- 8) 前掲注6)吉田雅之29頁。前掲注7)前田雅英36頁も同旨と思われる。また、同様の考え方は、大久保隆志「偽計手段による証拠収集」法学教室446号17頁(2017年)20頁でも述べられている。
- 9) 参照、久岡康成「法律の留保原則・比例原則と接見禁止——EU指令2013/48/EUを参考に——」立命館法学363・364号599頁(2016年)。
- 10) なお口腔内細胞の任意提出は、自己負罪資料の自己提出であり、自己負罪しない権利(The right not to incriminate)が問題となる。これについて参照、例えば、久岡康成「法律扶助EU指令と2012年国連総会決議及び法律援助国連原則・指針——被疑者・被告人・被拘禁者の権利の検討の視点から——」香川法学37巻1・2号(2017年)67頁。また参照、松倉治代「憲法38条1項の保護対象は『供述』に限られるか——ドイツにおける呼気検査制度をめぐる議論を検討素材として——」立命館法学375・376号396頁(2018年)。
- 11) なおこれにつき参照、久岡康成「捜査における手続保障——捜査の密行性概念の再批判——」刑法雑誌27巻4号47頁(1987年)。
- 12) 実原隆志「開設されている口座に関する基本データの憲法上の保護」自治研究89巻8号141頁(2013年)。
- 13) 宮地基「プロバイダのメールサーバー上にある電子メールの差押えと通信の秘密」自治研究90巻11号160頁(2014年)。
- 14) 前掲注8)大久保隆志「偽計手段による証拠収集」22頁。
- 15) 井上悠輔「被疑者段階で採取された試料・DNA型データの保有継続をめぐる——ヨーロッパ人権裁判所SおよびMarper対イギリス判決——」生命・医療と倫理・社会(大阪大学大学院医学系研究科・医の倫理学教室)8号86頁(2009年)。なお、この論文で扱われているヨーロッパ人権裁判所「SおよびMarper対イギリス判決」は、末井誠史「DNA型データベースをめぐる論点」レファレンス(国立国会図書館)平成23年3月号(2011年)5頁以下でも紹介されている。
- 16) 前掲注15)井上悠輔論文74頁。
- 17) 平成27年に公布の、個人情報の保護に関する法律及び行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律の改正で「個人識別符号」、「要配慮個人情報」の概念などが認められたことに注目すべきことは、静岡県警察本部長及び警察庁長官に対する平成29年4月20日付けの日弁連人権救済申立事件勧告(日弁連総第2号)においても指摘されている。
- 18) 前掲注8)大久保隆志「偽計手段による証拠収集」22頁。
- 19) プライバシーの保護一般については、市川正人「表現の自由②——表現の自由『人権』——」判例時報2344号臨時増刊『法曹実務にとっての近代立憲主義』55、56頁(2017年)によれば、「プライバシーの権利は、わが国ではまず、『私生活をみだりに公開されない権利ないし利益』として定着したが」、「その後、学説においては、情報化社会の進展を背景

警察官らが、被告人に対し、そのDNA型検査の資料を得るため、紙コップを手渡してお茶を飲むように勧め、そのまま廃棄されるものと考えた被告人から同コップを回収し、唾液を採取した行為につき、強制処分が該当するとされた事例（久岡）

に、プライバシーの権利を『自己に関する上位法をコントロールする権利』と捉える立場（情報コントロール権説）が通説化した。」と、言われている。情報コントロール権説については、例えば参照、山本龍彦『プライバシーの権利を考える』信山社、2017年。また参照、水野陽一「監視捜査における情報取得と保存、事後的利用について——DNA型鑑定、DNA型データベースに関するものを中心に——」犯罪と刑罰（刑法読書会）第27号111頁（2018年）。

- 20) 佐藤幸治『憲法（第3版）』（1995年）455頁。
- 21) 前掲注6）吉田雅之論文、前掲注7）前田雅英論文の、この判示への批判（それぞれ33頁及び37頁）は、本件紙コップの領置手続を違法としたとの前提に立っているように見える。そうであるならば、これら批判は本件には即さないことになる。
- 22) 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）。
- 23) 安富潔「犯罪捜査とDNA型情報データベース」法学研究78巻3号1頁（2005年）、21頁。
- 24) 今日でも、白井智之「新たな捜査手法 検察の立場から（DNA型データベース475頁）」三井 誠／渡邊一弘／岡 慎一／植村立郎編『刑事手続きの新展開（上）』成文堂477頁（2017年）により「捜査機関が法令に基づいて取得した個人識別のための人のDNA型のデータの取り扱いの問題であり、それ自体は直ちに強制捜査に当たるものでないと解される。したがって、情報管理を含むデータベースの構築・運用が適正に行われなければならない、これを確保するための措置を講じることは当然であるとしても、この点から、直ちにデータベース自体について直接規定した法律の制定が要求されるものではないと考える」等とされ立法化の作業は始まっていない。このような状況は、DNA型情報の取得に係わって本稿でも検討した、DNA型の「データ（情報）」としての意味およびDNA型データベース収録の意味を論ずるとともに、「法律の制定」が必要な根拠を再度検討する必要があるものと思われる。
- 25) 近時においても「DNA型データベースについては、諸外国のデータ数と比較して、我が国のデータ数は現状においては、なお貧弱なものと云わざるを得ないところ。」（大原善宏「科学的捜査 検察の立場から（DNA型鑑定445頁）」三井 誠／渡邊一弘／岡 慎一／植村立郎編『刑事手続きの新展開（上）』成文堂445頁（2017年）、448頁）等と論じられることがある。しかし、前掲注2）松井由紀夫論文に鑑みると、「データ数」を貧弱としてその増加を論じ、「法律によるDNA型情報データベース」は論じない段階ではないのではなかろうか。