

【判例研究】

刑事判例研究

警察官であることを秘して、DNA型検査のため紙コップから唾液を採取した行為が、強制処分に該当するとされた事例（東京高判平成28年8月23日判タ1441号77頁）

河村 有教

【事実の概要】

平成27年1月28日、河川敷沿いにテントを張って生活していたXのところに、埼玉県警察本部所属の警察官P及びQが赴いた。P及びQは警察官だと名乗らず、Xは警告書を渡しにやってきた国土交通省の人間だと思った。P及びQは、話を聞きたいと述べたうえで、持参した紙コップで温かいお茶を勧め、Xが飲んだ後、DNAの採取の目的を秘し、コップを廃棄するとして回収した。DNAを採取するにあたり、上記のような捜査手法がとられた理由として、Xは長年偽名でホームレスとして生活しており、任意でのサンプル提出の了承を得ることも困難であり、令状による場合には、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り、また、時間的にも時効が切迫しつつあるという状況にあったためであった。その後、P及びQは、紙コップからDNAを採取し、その資料を基に、窃盗被疑事件の事実にかかるXの逮捕状を請求し、Xを逮捕した。Xの逮捕後、平成27年2月12日、Xは口腔内細胞を提出し、それについてのDNA鑑定をした鑑定書が作成された。

第一審（さいたま地判平成27年9月17日平成27年（わ）第421号）は、「DNA採取目的を秘してXに使用したコップの管理を放棄させ、そこからDNAサンプル採取をすること自体は、なんらX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であるから高度の必要性と緊急性、相当性が認められる限りは、令状によらなくても違法であるとはいえない。」と説示した。その上で、「本件においては、DNAサンプルの採取についての高度の必要性、緊急性が認められ、Pらが

警察官であることを明らかにせず、採取目的を秘したとしても、積極的に虚偽の事実を述べたわけでもなく、相当性を欠いて違法であるとまではいえない。したがって、平成27年1月28日のDNAサンプルの採取手続に違法はなく、これを疎明資料として請求された逮捕状に基づく逮捕も違法とはいえないから、本件鑑定書が違法収集証拠として排除されることはない。」とした。

鑑定書を原判示第1の窃盗の事実の証拠として挙示して、Xに原判示第1の事実を認定した第一審の判決に対して、Xは、当該鑑定書は、違法収集証拠であり証拠能力がないから、その証拠能力を認めた第一審の判決には、訴訟手続の法令違反があり、原判決が挙示するその余の証拠によっては、Xに原判示第1の窃盗の事実を認めることはできず、Xは無罪であるから、原審の訴訟手続には、判決に影響を及ぼすことが明らかな訴訟手続の法令違反があると主張して控訴した。

【判決要旨】

原判決を破棄する。

Xを懲役1年10月に処する。

本件公訴事実中、平成27年3月4日付起訴に係る窃盗の事実については、Xは無罪。

控訴審（以下では、本判決という）は、本件捜査方法の適法性及びそれによって得た鑑定書の証拠能力について、以下のとおり判示した。

「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、コップに注いだお茶を飲むようXに勧め、X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。」。捜査目的を知らないXに、錯誤に基づいて使用した紙コップの管理を放棄させ、DNAサンプルを採取する本件の捜査方法は、採取した唾液からXの個人識別情報であるDNA型を明らかにすることを目的とするものである。

本件捜査の適法性について、本判決は、「本件捜査が、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」とした。そして、最高裁昭和51年3月16日第三小法廷決定で示された「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」ことをあげた上で、「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」とした。最高裁平成21年9月28日第三小法廷決定(平成19年(あ)第798号)をも参照しながら、「本件警察官らの行為は、X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。」とした。

また、「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はまではいえず、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」とした上で、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するため、個人識別のためのDNAを採取する場合には、「なんらX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」と判示した。結論として、「本件捜査方法は、強制処分に当たるというべきであり、令状によることなく身柄を拘束されていないX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。」とする。

警察官らの違法な行為によって採取されたXの唾液が鑑定囑託されてDNA鑑定が行われた結果判明したXのDNA型と原判示第1の事実にお

いて犯人が遺留した割り箸に付着した唾液から検出された DNA 型との一致が明らかとなり、これらの事実を基に原判示第 1 の事実を被疑事実とする X に対する逮捕状が請求されて発付され、逮捕後に X が口腔内細胞を任意提出し、それについて DNA 鑑定をした結果を記載した鑑定書の証拠能力については、以下の通り判示した。

「本件鑑定書は、逮捕後 X が任意提出した口腔内細胞について DNA 鑑定を行い、その結果明らかとなった X の DNA 型を記載したものである。任意処分による鑑定資料の採取という経過をたどっているとはいっても、本件口腔内細胞の採取手続は、本件警察官らによる違法な唾液の採取に基づく違法な逮捕状の発付、その執行による違法な身柄の拘束下において行われたものであって、X の DNA 型を明らかにするという同一の捜査目的のために、違法な身柄の拘束を直接利用して行われたものであるから、本件口腔内細胞の採取手続も違法を帯びるものと解するのが相当である。（そもそも、原判示第 1 の事実について公訴を提起し、これを維持するための証拠を収集するという観点からいえば、逮捕後にあらためて X から任意に口腔内細胞を採取し、DNA 鑑定を行って新たな鑑定書を整える必要はなく、平成 27 年 1 月 28 日 X から採取した唾液を鑑定した結果についての鑑定書を作成し、これを用いれば足りるのであって、本件鑑定書の作成については、捜査の違法を遮断する意図のもとで作成された疑いを払拭することができないというべきである。なお、平成 27 年 1 月 28 日 X から採取した唾液を鑑定した結果についての鑑定書は、原判示第 1 の事実について公訴が提起された同年 3 月 4 日を経過した後である、同年 4 月 21 日付で作成されている。）」。

「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 P が警察官であることも認識していない X 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 X 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、(中略) P 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 X 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。」。

【評釈】

1. はじめに

DNA 型を採取する目的で、警察官であることを秘して、被疑者にお茶を勧め、飲み干したコップを傾置する行為は、強制処分にあたるのか否か。本評釈においては、鑑定書の証拠能力についての判断はおき、本件捜査の適法性を中心に検討したい。

警察官が、任意の取り調べ中に部屋から出ていこうとする出入り口の方へ向かった被疑者の左斜め前に立って、両手でその左手首を掴む行為が任意処分として許容されるか否かが争われた最（三小）決昭和 51 年 3 月 16 日・昭和 50 年（あ）第 146 号・刑集 30 巻 2 号 187 頁は、「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。しかしながら、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

¹ 本判決の評釈については、吉田雅之「[判例研究] 警察官が、自己が警察官であることも DNA 採取目的であることも秘して被疑者に手渡した紙コップから DNA サンプルを採取した行為は、強制処分にあたるとされた事例（東京高裁平成 28 年 8 月 23 日判決）」『研修』第 824 号（平成 29 年 2 月）13-40 頁、宮木康博「警察官である身分及び処分の目的を秘して DNA を採取する捜査手法の法的性格」『ジュリスト』第 438 号（平成 29 年 3 月）139 頁、前田雅英「[刑事判例研究] DNA サンプル採取目的を秘して行った行為の強制処分性（東京高判平成 28 年 8 月 23 日・高刑 69 巻 1 号 16 頁）」『捜査研究』第 66 巻第 10 号（平成 29 年 10 月）25-38 頁、堀田尚徳「[刑事判例研究] 警察官が自己の身分及び処分の目的を秘して被疑者の DNA を採取した行為について強制処分にあたるとされた事例（東京高裁平成 28 年 8 月 23 日第 4 刑事部判決）」『北大法学論集』第 68 巻第 4 号（平成 29 年 11 月）201-224 頁、大野正博「警察官と認識していない被告人に対する DNA 型検査のための唾液採取行為の強制処分性及びこれに引き続き任意提出された DNA 型鑑定書の証拠能力」『刑事法ジャーナル』第 53 号（平成 29 年 8 月）164-170 頁がある。

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って、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といわなければならない。」とした（下線は著者によるもの）。

本判決の後、GPS 捜査に関する最高裁大法廷判決（最判平成 29 年 3 月 15 日・平成 28 年（あ）第 442 号）が出ており、GPS 捜査が強制処分にあたるのか否かを判示する前提で、強制処分か否かの判断基準を明確にする必要が生じたことから、何をもって強制処分とするのかが最高裁判例によって明確に示されることになった。すなわち、最判平成 29 年 3 月 15 日は、「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」が強制の処分にあたるとする。当該処分が、「個人の意思を制圧する」ものであるか否か、また、「憲法の保障する重要な法的利益を侵害する」ものであるか否か検討することによって、強制処分にあたるか否かを判断する。

これまで、学説においては、「個人の意思を制圧して」の解釈をめぐる、「需要権利侵害説」と「意思制圧説」が対立していた。GPS 捜査に関する最高裁大法廷判決は、「個人の意思を制圧して」とは「合理的に推認される個人の意思に反して」という意味合いであることを明らかにしたのである（重要権利侵害説の見解を支持した）。これにより、事実上、捜査機関による処分が強制処分にあたるか否かについては、被疑者の身体、住居、財産等の憲法で保障されている重要な権利・利益に対して侵害ないし制約したか否かを検討して、重要な法的利益を侵害すると解されれば強制処分であるとされる。

以下では、本件捜査方法、すなわち DNA 採取目的を秘した上、コップに注いだお茶を飲むよう X に勧め、X 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行為が強制処分にあたるとされたことの意味、またそうした行為における被疑者の権利侵害について検討したい。

2. 強制処分該当性の「個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加える」という規準について

最高裁昭和51年3月16日第三小法廷決定(昭和50年(あ)第146号)における「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ものであると解される」という説示について、とりわけ、「個人の意思を制圧し」の解釈をめぐって、学説においては、二つの見解が主張されてきた。

通説は、「**個人の意思を制圧し**」の解釈について、「**意思に反する**」、「**相手方の明示又は黙示の意思に反する**」という程度を意味し、「身体、住居、財産等に制約を加える」の解釈については、身体、住居、財産等の重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う場合を意味するとする²。これは、被疑者の明示又は黙示の意思に反することというメルクマールと身体、住居、財産等の重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴うことというメルクマールによって、強制処分にあたるか否かを判断しようとする見解であるが、強制処分にあたるか否かの振り分けは、被疑者の明示又は黙示の意思に反するものが事例の大半であるため、実際上は、事例でとられた捜査機関の行為が被疑者の身体、住居、財産等の重要な権利・利益に対して侵害ないし制約する(した)か否かを規準に検証しようというものである(**重要権利侵害説**)。

上記の見解に対して、「個人の意思を制圧し」の解釈は、単に「意思に反する」という程度では意思を制圧するにはあたらず、有形力を用いるなどして、当該処分に対する物理的抵抗を排除したり、相手方をしてその処分に服することを余儀なくさせたりするなど、その方法ないし態様が相手方の意思を**文言どおり「制圧」する程度のものであることが必要**であるとの見解がある(**意思制圧説**)³。意思制圧説に立てば、強制処分に該当するには、

² 代表的論者として、井上正仁教授があげられる。井上正仁『強制捜査と任意捜査(新版)』(有斐閣, 2014年)5-13頁。

³ 植村立郎「実務現代刑事法(その4)」『法曹時報』第70巻第3号(平成30年3月)43頁。「個人の意思の制圧」要件の解釈として、「意思に反しているだけでは意思が制圧されているとはいえないはずであるから、意思に反すれば意思に関する強制処分の要件を満たすとすれば、強制処分の範囲を広く認めすぎることになって不当な結論を導くことになるものと解される。」とする。もっとも、重要権利侵害説においても、身体、住居、財産等の重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制

意思の制圧の程度が高いものを指すため、捜査機関が実力の行使によって当該処分に服従させる等の行為でなければ、強制処分に該当しないことになる。捜査機関が実力の行使によって当該処分に服従させる等の行為以外は、たとえ被疑者の憲法上の権利を侵害していても、任意処分として許容されると解されてしまうケースが生ずる。

今日、多くの学者は、重要権利侵害説の立場から、被疑者の明示又は黙示の意思に反することというメルクマールと身体、住居、財産等の重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴うことという規準によって、当該問題となっている処分が強制処分か否かを判断するアプローチを支持している。

最決平成21年9月28日（平成19年（あ）第798号）においても、警察官が宅配便業者の営業所の長に対して承諾を得たのみで、荷送人や荷受人の承諾を得ず、5回にわたり、宅配便荷物を宅配便営業所から借り受けた上で、関西空港内大阪税関においてエックス線検査をおこなったことについて、「本件エックス線検査は、荷送人の依頼に基づき宅配便業者の運送過程下にある荷物について、捜査機関が、捜査目的を達成するため、荷送人や荷受人の承諾を得ることなく、これに外部からエックス線を照射して内容物の射影を観察したものであるが、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」とした。すなわち、荷送人や荷受人の明示又は黙示の意思に反して、宅配便業者の運送過程下にある荷物についてエックス線検査を行うことは、被疑者に対する重大な権利侵害（憲法13条）と捉えて、当該行為を強制処分としたのである。

さらに、一歩進めて強制処分該当性について言及したのが、平成29年のGPS捜査に関する最高裁大法廷判決である⁴。判決において、「個人の意

約を伴うことが強制処分であることから、機会提供型のおとり捜査や手段の相当性を有する一般的な尾行等について、任意処分として許容されないという結論にはならない。

⁴ GPS捜査による権利侵害と強制処分性について論じたものに、拙稿「GPS捜査による権利侵害と強制処分性について—平成29年3月15日最高裁大法廷判決の検討を中心に—」『海保大研究報告法

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」が強制の処分に当たるとした上で、「個人の意思を制圧して」の解釈とは、「合理的に推認される個人の意思に反して」という意味合いであることを明確にした。

通説・判例の立場である重要権利侵害説は、強制処分に当たるか否かについて、問題となっている捜査行為そのものの性質から判断するのではなく、当該捜査行為によってどのような権利侵害を生じるのか、捜査行為から生じ得る権利侵害から判断しようとする。そうしたアプローチに対しては、①どのような捜査機関の行為がどのような被疑者の権利を制約・侵害しているのかが必ずしも自明ではないこと、②捜査とは一定の要件のもとで、捜査機関による被疑者の権利制約・侵害を許容するという側面を有していること、③重要権利侵害説に立った場合、裁判所が、ある捜査行為において強制処分であると判断する際には必ず典型的にどのような権利を制約・侵害するのかを明らかにする必要があるが、現実には権利の制約・侵害が生じていないとしても、その蓋然性を判断の理由として明示しなければならないこと（それは、すなわち被疑者のどのような権利を制約・侵害しているかを裁判所がもはや捉えていないということになる）という批判があげられた。

通説・判例のいう重要権利侵害説にもとづいて、当該捜査手段が強制手段か否かを判定する裁判所の判断アプローチに対する上記の批判を解消すべく、「法と経済学」アプローチを用いて、捜査活動における資源配置の最適化、すなわち一定の捜査権限を行使する前に、その不当な意図をスクリーニングし、不適切な理由に基づく資源の配置・費消を防ぐことで、捜査機関の資源配置を適正化する、スクリーニングを通じてプリンシパル＝エージェント問題を解決することを唱える見解も出てきている（**捜査資源配置最適化説**）⁵。その見解によれば、成果が上がらない捜査であったとしても、成果が上がる蓋然性に着目して国民の権利・法益の侵害・制約が正当化されるとするならば、現に成果が上がった捜査については、被侵害権利

文学系』第62巻第2号（平成30年3月）61-81頁がある。

⁵ 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）36-49頁。重要権利侵害説に対する批判については、65-80頁を参照。

を上回るような利益、つまり、実体的な正当化事由が備わっているとも考えられるとする⁶。つまり、争われている当該処分の適正性を判断するにおいて、当該処分の結果、被侵害利益を上回るような捜査上の成果があれば、被疑者の権利を侵害する処分であっても任意処分として許容されると解するものである。

近代経済学のミクロ経済分析の手法、とくに市場メカニズムによる効率的な資源配分を合理性基準とする費用・便益分析を、刑事手続、とりわけ捜査手法の分析・評価に適用しようとするアプローチであるといってもよい。しかし、法と経済学アプローチと根本的に対立する法解釈理論を展開している R.ドゥオーキンをはじめ、日本の法哲学者においても、法的解決において、経済学的費用・便益分析に対する一定の権利基底的な制約を認める見解については多くの批判があることは言うまでもない⁷。

GPS 捜査に関する最高裁大法廷判決は、GPS 捜査という捜査手法について、「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得る」ものと判示したことに加えて、「住居、書類及び所持品」に限らずこれらに準ずる私的領域に「侵入」されることのない権利が憲法 35 条には含まれるが、「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秘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に当たる」とした。つまり、権利の侵害から当該捜査行為について強制処分か否かを判断するアプローチが、確立されたとも言えよう。GPS 捜査は、個人の意思に反する憲法 35 条及び 13 条の権利侵害を生じさせるものであり、強制処分であると結論づけた⁸。

⁶ 稲谷・前掲注 5) 37 頁。

⁷ 田中成明『現代法理学』（有斐閣，2011 年）487—498 頁。

⁸ 拙稿・前掲注 4) 75 頁。

3. 「個人識別情報をむやみに捜査機関によって認識されない権利」と情報プライバシー権

被疑者の DNA 型の採取を目的として、警察官であることを秘して、被疑者にお茶を勧め、飲み干したコップを持ち帰り DNA 型を採取する行為によって、被疑者の権利は侵害・制約されるのか否か。侵害・制約されるとするとどのような権利が具体的には侵害・制約されるのか。

本判決は、「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 X 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。」とした。

本判決について、いくつかの疑問があげられており、侵害されるとする権利に異議が唱えられている。第一に、「本判決は、権利・利益の重要性は検討しているものの、侵害ないし制約の程度が実質的なものに至っているか否かは検討して（いない）」という批判である⁹。重要権利侵害説は、「権利・利益の質（重要性）だけでなく、侵害ないし制約の程度（実質的な侵害・制約か否か）をも問題としている」ことから、捜査機関の当該行為によって被疑者の権利がどの程度具体的に侵害・制約されたのかについて裁判所が判示することがのぞましいと批判する。当然のことながら、捜査機関の当該行為によって被疑者の権利がどの程度具体的に侵害・制約されたのかについて裁判所が判示することはのぞましいことではあるが¹⁰、問題

⁹ 吉田・前掲中 1) 23 頁。

¹⁰ 例えば、ある新興宗教の信徒が、差別的対応を受けることを懸念して、職場にも友人にも〇〇教の信徒であることを隠している状況下で、捜査機関による一週間の GPS 捜査による位置情報の取得がなされ〇〇教の信徒であり頻繁に本部に通っている記録がなされた場合、〇〇教の信徒であり本部に頻繁に通っているという個人の情報について、新興宗教の信徒であり本部に頻繁に通っているという情報をオープンにしている者と比べて、「プライバシー権（自己情報についてコントロールする権利）」の侵害の程度は高いということになる。

同様に、GPS 捜査を通して、捜査機関によって監視され記録されることについて、当の個人がそのエイズ患者であるという情報、あるいはゲイであるという情報を誰にもオープンにしていない状況のなかで、当該被疑者の意思に反して、GPS 捜査によって監視され記録されたのであれば、エイズであるという情報、ゲイであるという情報をオープンにしている者と比べて、「プライバシー権（自

警察官であることを秘して、DNA型検査のため紙コップから唾液を採取した行為が、100 — 強制処分に該当するとされた事例（東京高判平成28年8月23日判タ1441号77頁）

となっている捜査機関の当該行為が、一般論から、当該権利を侵害・制約するということが社会通念上認識され得るのであれば、当該事案における当該被疑者の権利侵害・制約の程度を実質的に明らかにしなければならない（裁判所はそうした判示をしなければならない）ということまでは要求され得ないであろう¹¹。

また、第二に、「警察官らの捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの窃取にある場合には、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が強制処分を要求して保護すべき重要な利益にあたる」とすることについて、捜査目的がどのようなものであるかによって権利・利益の重要性が左右すると解されるとして、こうした考え方は一般的な考え方ではないとする批判である¹²。「捜査官が『個人識別のためのDNAの採取』を目的としていない場合には、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は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益ではないことになり得るが、そのような区別に合理性があるとはいい難い。」とする¹³。

しかし、こうした本判決の捉え方自体が適切であるとは解されない。「個人識別のためのDNAの採取」を目的としていないDNAの採取が果たして想定され得るのだろうか。DNAの採取行為はおよそ一般に個人識別のためのものであり、「捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの採取

己情報についてコントロールする権利）」の侵害の程度は高いということになる。

しかし、侵害ないし制約の程度を各個人の状況にあわせて事案ごとに判示しなければならないということではなく、一般論から当該権利を侵害・制約するということが社会通念上認識され得るのであれば、当該事案における当該被疑者の権利侵害・制約の程度を明らかにしなければならないということまでは要求されないだろう。

¹¹ 著者と同様の見解としては、堀田・前掲注1) 838—839頁。他方で、吉田・前掲注1) 24頁は、「おとり捜査に関する最高裁判例との整合性に疑問が生じる」とする。何らの重要な権利侵害・制約が認められていない（強制捜査と判断されていない）おとり捜査の最高裁判例（最決平成16年7月12日・平成15年（あ）第1815号）をあげて、任意捜査として許容された（必要性、緊急性があり手段としても相当性を有するとされた）事案と本事案をパラレルにとりあげて検討することは困難であろう。「おとり捜査に関する最高裁判例との整合性に疑問が生じる」という理由で本判決に異を唱えるものであるが、おとり捜査の最高裁判例をあげてそれとの整合性を考えること自体、疑問である。同じくおとり捜査の最高裁判例との整合性をあげて本判決を批判したものに、前田・前掲注1) 35—36頁がある。

¹² 吉田・前掲注1) 30頁。

¹³ 本判決の考え方を前提とすると、「捜査官が『個人識別のためのDNAの採取』を目的としていない場合には、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は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益ではないことになり得る」とする。吉田・前掲注1) 30頁。

にある場合には」という判示は、「個人識別のための DNA の採取」を目的としていない場合には、「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」でないと主張するものではないだろう。

第三に、「本判決が『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』を、強制処分を要求して保護すべき重要な利益であるとしたのは、DNA 型の有する個人識別能力の高さに着目したものであるとも思われる¹⁴」として、決定的証拠であることが権利侵害に結びつき、「強制処分を要求して保護すべき重要な利益に当たるか否かが証拠関係に左右されるというのは、疑問があるといわざるを得ない¹⁵」とする批判がある。しかし、果たして、本判決は、DNA 型の有する個人識別能力の高さから、すなわち証拠関係によって犯人であるかどうかを見極めるうえで「決定的な」証拠であるか否かから権利侵害を説いたのであろうか。

DNA は、先に述べたとおり、もっぱら個人識別に利用されるものである。DNA は、生物の細胞核中の染色体内にある遺伝子の本体であり、らせん状の紐を二本組み合わせたような構造となっていて、これを構成する四つの塩基の配列状態は、同一人の細胞内にあるものは基本的に同じであり、終生不変とされる。そのため、DNA 鑑定によって、その塩基配列をよみとりこれを比較することによって個人識別に用いられている。そのことから DNA 型に関する情報は、「生存する個人に関する情報」であって、その他の記述等により特定の個人を識別することができるものである（他の情報と照合することができ、それにより特定の個人を識別することができる）。

DNA を含む唾液が採取されれば、個人の識別が可能になる。そのことから、本判決では、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した。

¹⁴ 吉田・前掲注1) 30頁。

¹⁵ 吉田・前掲注1) 31頁。

警察官であることを秘して、DNA型検査のため紙コップから唾液を採取した行為が、102 — 強制処分該当するとされた事例（東京高判平成28年8月23日判タ1441号77頁）

今日、ヨーロッパの諸外国をはじめ、多くのアジアの国々においても、情報化が急速に進展する中で、個人データ、個人情報の利用については、データプライバシー法の規制を受ける¹⁶。欧州人権規約 8 条 I 項は、私生活及び家族生活の尊重についての権利を定め、「すべての者は、その私的及び家族生活、住居及び通信の権利を有する。」とする。また、国際人権規約（市民的政治的権利に関する（B）規約）の 17 条 I 項も、同様に、「何人も、その私生活、家族、住居若しくは通信に対して恣意的に若しくは不法に干渉され、又は名誉及び信用を不法に攻撃されない。」とする。

私生活に対して、恣意的、不法に干渉されない権利の中には、個人データ（ライフサイクルに関するパーソナル・データも含まれる）、個人情報が恣意的、不法に干渉されない権利も当然のことながら含まれる。条約、憲法にもとづく、情報プライバシー権の保障を担保すべく、ヨーロッパにおいては、個人データ保護の枠組みを示した欧州評議会条約 108 号（Council of Europe Data Protection Convention 108）が 1980 年 9 月 17 日に採択され、1985 年 10 月 1 日に発効した。2001 年には「監督機関及び越境データ流通に関する追加議定書（Additional Protocol to the Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data, regarding supervisory authorities and trans-border data flows）」が採択され、2004 年 7 月 1 日に発効している。

そうした状況の中で、ヨーロッパ各国においてデータプライバシー法が整備されてきた。日本においても、「私生活に対して、恣意的、不法に干渉されない権利」の中に位置づけられる個人データ、個人情報の「情報プライバシー権」は憲法 13 条によって保障されるべき権利であり、2003 年以降、個人データ、個人情報の保護に関する法整備がなされてきた。

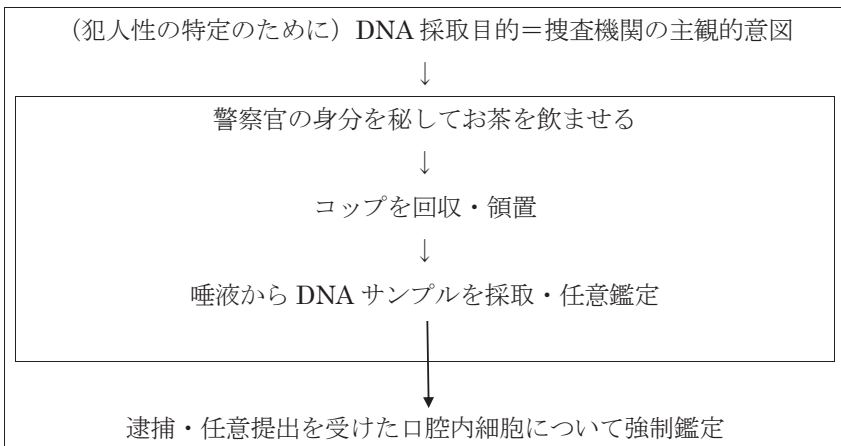
本判決は、直接的に憲法 13 条の「私生活に対して、恣意的に、不法に干渉されない権利」の中に位置づけられる個人データ、個人情報の「情報プライバシー権」が侵害されるとは判示していない。しかし、その趣旨は、「個人識別情報を恣意的に干渉されない国民の利益は、法律に特別の定め

¹⁶ Graham Greenleaf, *Asian Data Privacy Laws: Trade and Human Rights perspectives*, Oxford University Press, 2014.

のある場合でなければすることができない強制処分によってのみ害される重要な利益」の侵害であり、判例・通説である重要権利侵害説の立場から、被疑者の重要な権利・利益の侵害ないし制約を伴うか否かという規準によって権利侵害を認めたものと解される。

4. DNA 採取を目的とするコップの回収・領置行為

本件捜査手続の流れを整理すると、窃盗事案の犯人性の特定のため、捜査機関が DNA 採取を目的として、自らの身分を秘して被疑者にお茶を飲ませ、そのコップを回収し、領置した上で、唾液から DNA サンプルを採取して任意の鑑定を行い、当該窃盗の事案における犯人の同一性が確認されたことから、通常逮捕の令状請求を行い、逮捕した後で、改めて鑑定処分許可状を請求して、任意提出を受けた口腔内細胞について鑑定受託者による DNA 鑑定を行った。そして、窃盗事案の犯人の同一性が確認されたが、逮捕後に被疑者から任意提出を受けた口腔内細胞についての DNA 鑑定の結果を記載した鑑定書が作成された。



本事案は、「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に X に勧め、X 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」という行為が、強制処分に該当するか否か、

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否かが争点になった。

強制処分であるかは、GPS 最高裁大法廷判決でも示された重要権利侵害説の立場から、「合理的に推認される当事者の意思に反する場合」において、「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」にあたる否かという規準が用いられている。そして、「本件警察官らの行為は、X 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」とした。結論として、「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Xからその黙示の意思に反して唾液を採取した本件警察官らの行為は、違法といわざるを得ない。」とする。

最高裁まで争われず本判決をもって確定したことで、その意義を判断することは難しいが、「個人を識別する情報である DNA の採取」については、被疑者の承諾があっても任意捜査として許容されず、強制処分を要求して保護すべき重要な利益であることから、強制捜査として解されるとして、令状が必要であることを要求したとも解される。そのように解すると、今後、捜査機関は、DNA を採取し任意鑑定することは避けるべきであり、採決による DNA 採取の場合には強制採血令状、鑑定処分許可状なり採尿による DNA 採取の場合には強制採尿令状、鑑定処分許可状なり、コップの唾液から DNA 採取の場合にはコップの差押え令状、鑑定処分許可状を裁判官に請求して行うことが求められよう。被疑者がたとえ唾液が付着したコップを任意提出し DNA 型任意鑑定することに同意したとしても、「生存する個人に関する情報」であって、憲法上の「私生活に対して、恣意的、不法に干渉されない権利」（憲法 13 条）に位置づけられるため、捜査機関は、今後は、令状主義に服して適正手続の保障のもとで令状を取得して DNA 採取のみならず（強制採血令状、強制採尿令状、差押え令状、場合によっては身体検査令状も必要となる場合はあるだろう）、DNA 鑑定（鑑定処分

許可状)を行うことがのぞましいだろう。DNA 採取を目的としての物の回収・領置についても、捜査機関が最終的には DNA の採取という鑑定処分を目的として行う上での任意による物の回収・領置は問題となろう。

最二小決平成 20 年 4 月 15 日 (平成 19 年 (あ) 第 839 号) は、捜査機関が公道上のゴミ集積所に不要物として排出されたごみを領置することの可否について、「被告人及びその妻は、これらを入れたごみ袋を不要物として公道上のゴミ集積所に排出し、その占有を放棄していたものであって、排出されたごみについては、通常そのまま収集されて他人にその内容が見られることはないという期待があるとしても、捜査の必要がある場合には、刑法 221 条により、これを遺留物として領置することができるというべきである。」とした。ごみ袋を回収し、ごみ袋の中身を警察署内において確認し、防犯ビデオに写っていた人物が着用していたものと類似するダウンベスト、腕時計等を発見して領置した行為は、ダウンベスト、腕時計等の財産権侵害の問題にとどまるが、DNA を採取するということになること、コップの財産権侵害の問題以上に、コップの財産権侵害とは異なる権利(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)の侵害の問題が生ずる。したがって、ごみの領置行為とは異なり、本事案において DNA 採取を目的としたコップの回収・領置行為を「法が許容する領置の類型とはいえず」違法であると認定したことは適切である。

現行法下では、刑事訴訟法 218 条Ⅲ項において、「身体の拘束を受けている被疑者の指紋若しくは足型を採取し、身長若しくは体重を測定し、又は写真を撮影するには、被疑者を裸にしない限り、第一項の令状によることを要しない」、すなわち、令状によらずに差押え、記録命令付差押え、搜索又は検証をすることができる。本事案では、「身柄を拘束されていない被疑者からその黙示の意思に反して唾液を採取した」ことが問題とされたが、身柄を拘束された被疑者から令状によらずに唾液の付着するコップを回収して DNA の任意鑑定を行うことは許されるのかという疑問が生ずる。

一般に、刑事訴訟法 218 条Ⅲ項にもとづいて、身体拘束処分を受けている被疑者に対しては、裸にしない限り、その特定に係る一定の身体検査が無令状で実施できるが、この処分または身体の搜索と同程度の外表検査が

限度であると解されている¹⁷。身体検査については、侵害される被疑者の権利が身体の自由を侵害するものである上、個人の名誉・尊厳にもかかわるため、令状による事前審査や条件の付加を通して被疑者の権利の保障が不可欠であるという理由からである。DNAの採取についても、同様の理由により、刑事訴訟法218条Ⅲ項にもとづいて令状によらずして実施することは許されないであろう。昨今、指紋は（顔もまた）、スマートフォンにおいて、生体認証等にも使用されている。当然のことながら、ロックの解除においては、捜査実務においては、身体検査令状と検証令状をとって行われているようだが、指紋についても、指紋を何に使うのかは重要な点であり、生体認証等の使用目的によっては、令状によらずして指紋を採取することはできないとも解される。

5. おわりに

捜査とは、犯人の確保と証拠の収集である（刑事訴訟法189条Ⅱ項）。そして、刑事訴訟法197条Ⅰ項は、「捜査については、その目的を達するために必要な取調べをすることができる。」とある。ここでいう「取調べ」とは、捜査全般を指す。さらに、刑事訴訟法197条Ⅰ項但書で、「強制の処分は、この法律に特別の定のある場合でなければ、これを行うことができない。」とする。刑事訴訟法197条Ⅰ項から、捜査においては、強制の処分（強制捜査）とそうでない処分（任意捜査）の二つがあること、強制の処分（強制捜査）は、法律に特別の定のある場合なければ行えない（強制処分法定主義）。

また、捜査を行う際の重要なルールとして、令状主義（憲法33条及び35条）もある。逮捕という犯人の身柄拘束、捜索、押収という証拠の収集について、裁判官の発する令状を得て行うというルールである。司法警察職員が逮捕や、捜索、押収を行う際には、刑事訴訟法にその要件や手続について厳格な規定が設けられている。憲法33条の令状なくして逮捕されない権利、憲法35条の令状なくして、捜索、押収されない権利は、憲法

¹⁷ 酒巻匡『刑事訴訟法』（有斐閣，2015年）138頁。

で国民に保障された権利であり、これらの権利を侵害する行為は、法律の定める手続によらなければならない（憲法 31 条）。法律の定める手続によっているか否か、令状主義というルールは、裁判官が司法警察職員、検察官、検察事務官ら捜査機関の捜査のあり方をチェックする、司法の行政に対するコントロールとして重要な機能を果たすものである。

6ヶ月の間、承諾なくして捜査機関がGPS 端末を取り付けて、被疑者の所在を検索して移動状況を把握する行為、すなわちGPS 捜査が強制処分か否かをめぐって争われた際に、当該捜査行為を強制処分として理解するのであれば、重要権利侵害説の立場からは具体的にはどのような被疑者の権利を侵害・制約すると解されるのか、学説において見解の対立が生じた。

最判平成 29 年 3 月 15 日（平成 28 年（あ）第 442 号）は、GPS 捜査のような捜査手法は、個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然に伴うことから、憲法 13 条で保障されるべき個人のプライバシーを侵害し得るとした上で、憲法 35 条で保障されるべきものには、「住居、書類及び所持品」のみならず、「これら（住居、書類及び所持品）に準ずる私的領域」も含まれ、GPS 捜査は、憲法 35 条が保障する「住居、書類及び所持品に準ずる私的領域」を侵害するものであるとした。

GPS によって個人が立ち寄った所から当該個人のデータ、個人の情報を捜査機関が認識・理解すること、例えばある新興宗教の信徒で本部に頻繁に通っていることから、当該個人は新興宗教の信者のうち「熱心な信徒」であるとする個人の情報を国家機関が取得、記録（記録するには取得しなければならない）、管理する（管理するには記録しなければならない）行為は、権利の侵害・制約の程度を問題にしなくても、一般的に社会通念からすると、当該そのものの行為が、日本国民に保障されている憲法 13 条の「私生活に対して、恣意的に、不法に干渉されない権利」の中に位置づけられる個人データ、個人情報の「情報プライバシー権」の侵害・制約であると解される。

DNA 型という個人識別情報をむやみに捜査機関によって認識されない権利は、GPS 捜査以上に憲法 13 条の「私生活に対して、恣意的に、不法に干渉されない権利」の中に位置づけられる個人データ、個人情報の「情

報プライバシー権」にもとづき保障されるべき「重要な」権利、利益である。本判決が、「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」としたのは正当であろう。

GPS捜査による権利侵害について、そこで捉えられる権利侵害は抽象的なプライバシー権の侵害としか解されないとする批判がある。とりわけ、**捜査資源配置最適化説**は、権利侵害の内実について、現実には被疑者の権利の侵害が生じていないとしても、その蓋然性（権利が侵害され得る）を理由として、権利侵害があったものとして捉えることを意味することになり、「もはや捜査対象者側に生じうる不利益な事情としてのみ権利・法益侵害を捉えていないということもできる」と批判する¹⁸。重要権利侵害説に対して、捜査活動における資源配置の適正化というフレームワークで捜査機関の強制処分該当性の有無の判断を提示しようとするものである。しかしながら、「仮に捜査活動によって国民の権利・法益が侵害されたとしても、それによってむしろより多くの国民の権利が犯罪から保護され、あるいはその法益が促進されることで、健全な民主主義社会を維持するという観点から、社会全体の法益が最大化されるのであれば、たとえ捜査による権利・法益の制約範囲が最小化されないとしてもそのような捜査活動は許されるべきだということになるだろう」という法解釈から外れた政策的分析によって、強制処分該当性を裁判所が判断するとすると、抽象的なプライバシー権の認定と同様に実際上は困難であるとも思われる。

¹⁸ 稲谷・前掲注5) 37頁。