

# 刑事手続における DNA 鑑定の利用と人権論 (1)

玉 蟲 由 樹\*

1. はじめに
2. ドイツでの刑事手続における DNA 鑑定の利用
  - (1) 1990年連邦通常裁判所判決
  - (2) 1995年連邦憲法裁判所決定
  - (3) 1997年刑事訴訟法改正および1998年 DNA 鑑定法
  - (4) 2000年連邦憲法裁判所決定
  - (5) 2005年の刑事訴訟法改正
  - (6) 小括 (以上, 本号)
3. 刑事手続における DNA 鑑定の利用の憲法学的考察
4. むすびにかえて

## 1. はじめに

刑事手続における DNA 鑑定技術を用いた個人の同一性特定をめぐる問題は、次の3つの点で、憲法学にとって極めて現代的な意義を有する。

第一に、それが科学技術の発展とかかわるという点である。新たな科学技術の創出とその展開によってもたらされる、人権に対する新たな危機的状況に憲法がどのように対応していくかは、憲法解釈にとって不断に続く課題で

---

\* 福岡大学法学部准教授

あるといえる<sup>1</sup>。ここでは、新たな技術の創出・発展と、それにもとづく新たな人権の危機、そしてそれに対応するための新たな人権解釈の要請という一連の流れが、ほぼ不可避に生じるのであり、とりわけ人権解釈論に期待される動きは大きい<sup>2</sup>。

DNA 鑑定技術は、1985年にイギリスの遺伝学者ジェフリーズらが「DNA フィンガープリント法」を発表して以来、急速にその手法を発展させ<sup>3</sup>、いまや世界的に普及する鑑定技術のひとつである。1986～87年頃には、すでに多くの国において、これを犯罪鑑識の場面で実用化する動きが見られ、DNA 鑑定によって得られた証拠が裁判において提示されることも多くなった。日本でも、1990年頃から犯罪捜査において DNA 鑑定技術が用いられるようになり、判例においても DNA 鑑定によって得られた証拠の証拠能力が肯定されている<sup>4</sup>。

しかし、こうした実用化の多くは、立法による根拠づけを待たずに運用先行のかたちで行なわれたため、DNA 鑑定の法律上の根拠をめぐってさまざまな議論を惹き起こし、また、その濫用の危険性との関連で、憲法上の人権、とりわけ令状主義やプライバシー権の観点から多くの批判を生じさせた<sup>5</sup>。DNA 鑑定技術は、たしかに一方で高い個人識別能力を有しており、犯罪検挙のスピードや確実性を向上させるという大きなメリットをもつものではあるが、他方でその有用性の故にこそ生じる濫用の危険を防ぐためには、究極的には憲法に照らした慎重な限界づけを必要とするものでもある。

第二に、それが個人情報にかかわるという点である。DNA の分析から得られる遺伝情報に高度にセンシティブな情報が含まれることはすでに常識の範疇に含まれるものであるが、その情報が他の医療情報と比べても際立って高い予測能力をもつことや、本人ですら知らない情報を多量に含んでいること、さらにはその遺伝的特質に関する情報は本人のみならず、前の世代や後の世代の血縁者にまでかかわり合いをもつことなどからすれば、この情報の

取り扱いにはかなりの慎重さが要求されるというべきであろう<sup>6</sup>。

もちろん、犯罪捜査に用いられる DNA 鑑定技術は、通常は DNA 配列の一部の反復回数を解析する手法で行なわれる、いわゆる「DNA 型鑑定」であり、その際に解析の対象となる DNA 座位 (locus) はタンパク質に翻訳されない「非コード化領域」に位置するものと考えられている<sup>7</sup>。したがって、個人識別・同一性確認を目的とする犯罪捜査での DNA 分析は、対象となった個人の身体的特徴や遺伝性疾患に関する情報を作り出すようなものではない。その意味では、少なくとも犯罪捜査で問題となるような DNA 分析については、高度にセンシティブな情報にかかわるとまではいえず、DNA 型情報そのものも他の個人識別情報 (たとえば、氏名、肖像、指紋など) と区別しなければならないような特殊なものともまではいえないかもしれない<sup>8</sup>。

しかし、DNA 型情報そのものについてはそうであっても、この型情報を作り出すための DNA サンプルは実施される DNA 分析や遺伝子テストの方法や内容によっては高度にセンシティブな情報を引き出すことのできる個人情報 の宝庫であり、その取り扱い方次第ではプライバシー権の侵害が生じうる<sup>9</sup>。DNA 型情報を取得するためには、その前提として分析の対象となる血液、唾液、口腔内組織片といった DNA サンプルが必要となる以上、プライバシー権との関連ではこの取り扱いを含めた検討が要求されるであろう。

さらに、現在の状況においては、DNA 型情報の利用はアドホックなものに限定されない。現在、多くの国では、取得された DNA 型情報をデータベース化し、将来の犯罪捜査にも用いることができるよう継続的に保管・管理するようになってきている。日本でも、2005年9月から、犯罪捜査を目的とする DNA データベースの運用が開始された<sup>10</sup>。こうした DNA データベースの構築および利用が、個人のプライバシー権を不当に制約していないかについては、やはり憲法上の観点から検討の余地がある<sup>11</sup>。実際に捜査中の事件と関連して DNA 型鑑定が行なわれる場合、それは現に生じている犯罪事実

の解明という法治国家原理のもとで高い価値をもつ事由と直接に結びつくため、「犯罪の嫌疑」といった慎重な条件づけのもとでプライバシー権を制約することも正当化される可能性が高いといえる。しかし、将来の起こりうる犯罪捜査に用いることを目的とする DNA データベースへの DNA 型情報の登録については、このような正当化事由や制約の条件づけをもち出すことが困難である。本来、将来の犯罪捜査のために DNA 型情報を蓄積することには、それがあくまで不確実な予測にもとづくものである以上、現在の犯罪捜査に必要な場合よりも高度な正当化や厳格な条件づけが要求されると思われるが、日本においてこの点についての議論は十分とはいえない。プライバシー権および個人情報保護の観点からは、はたして将来の犯罪捜査のための DNA データベースの構築・利用を正当化することができるのか、できるとしてそれはいかなる条件のもとで、いかなる範囲・方法でなのか、を検討する必要があるであろう。

そして、第三に、それが「市民社会の安全」というキーワードと密接に結びついている点も重要である。現代の市民社会を形容する言葉としてしばしば用いられる「危険社会 (Risikogesellschaft)<sup>12)</sup>」のもとでは、自然災害、事故、テロ、犯罪といった、さまざまな社会生活上の不安要素が人々の間に「危険」に対する対概念である「安全」の欲求を増幅させ、ともすれば「安全のためには、いかなる手段も辞さない」との意識をも生じさせる可能性がある<sup>13)</sup>。そして、こうした「安全」についての要請は、憲法学においてもしばしば主張されるようになった「安全の中の自由」といった概念を導き出し、あるいは「監視社会」と呼ばれる状況を作り出す要因となっている<sup>14)</sup>。

つとに指摘されるように、監視社会化は市民的自由、とりわけプライバシーとの衝突を多くともなうものであり、この意味で、一方での「安全」という保護法益と他方でのプライバシーに代表される市民的自由との衡量が必要と

なる<sup>15</sup>。このとき、どちらか一方に原理的な優越性を認めるのは、人権とその対抗利益との間の実践的整合性を損なうおそれがある<sup>16</sup>。たとえば、刑事訴訟法は、これまでも犯罪の具体的嫌疑や具体的な危険の存在を理由として、一定の範囲・方法でプライバシーに対する制約を許容してきたが<sup>17</sup>、このこと自体は慎重な衡量のもとでの実践的整合性の確保にかなうものでもあったであろう。

しかし、前述したように、DNA 型情報のデータベース化およびその将来の犯罪捜査のための利用は、こうした犯罪の具体的嫌疑や具体的危険を前提としない点で、これまでの議論とは状況が異なる。かりに「市民社会の安全」というそれ自体あまり具体的ではない目的により、いわばなし崩し的にプライバシーなどの市民的自由が一方的に制約されるのであれば<sup>18</sup>、これは憲法学上見過ごすことのできない問題となる<sup>19</sup>。

以上のように、DNA 型鑑定およびそのデータベース化は、DNA 型鑑定そのものが技術革新によって新たに実現されたものであると同時に、DNA という高度にセンシティブなプライバシー情報を含むものを分析の対象とし、かつ鑑定制度の背景には「市民社会の安全」を実現するという目的が存在するという点で、現代的な問題を複合的に含んでいる。また、この問題は、犯罪の予防、すなわち「危険防止」という目的のために行われる、犯罪の具体的嫌疑や具体的危険を前提としない個人情報に国家による取得という問題状況のなかに位置づけることも可能である。本稿は、主としてドイツでのこうした問題についての議論および刑事手続における DNA 鑑定制度の動向を素材としながら、憲法上の人権論の面から DNA 型鑑定制度をどのように評価しうるかを考察しようとするものである。

## 2. ドイツでの刑事手続における DNA 鑑定の利用

ドイツでは1980年代後半から刑事手続における DNA 型鑑定技術の導入が進み、現在では DNA 型鑑定がかなりスタンダードな捜査手法のひとつとなっている。それに対応して、立法面でも DNA 鑑定制度の整備が行なわれ、2005年にはある程度の完成を見たともいわれる<sup>20</sup>。

最近の統計では、ドイツ国内で犯罪率が低下する一方、犯罪検挙率が上昇しているといった結果も示されているが<sup>21</sup>、この理由についてバイエルン内務相のベックシュタイン (Beckstein) は「…とりわけ DNA 型鑑定によって犯罪者にとっての犯罪発覚のリスクが高まった。また、DNA 型鑑定により、これまで極めて解決が難しかった最近10年間の重大犯罪のいくつかを後になって検挙することができている」と述べ、DNA 型鑑定の寄与を高く評価している<sup>22</sup>。また、連邦内務相のショイブレ (Schäuble) も、「DNA 型鑑定は多くの検挙実績を挙げると同時に、誤って検挙されたり、投獄された者たちが自らの無実を証明できるようにした。技術的進歩は、法治国家においては、多くの正義に本質的に寄与するものである」と述べ、DNA 型鑑定の功績を高く評価する<sup>23</sup>。

しかし、他方で、やはりドイツでもこうした DNA 型鑑定および DNA 型情報のデータベース化が、基本法 1 条 1 項が定める人間の尊厳や基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項によって保障される情報自己決定権に抵触するのではないかとの疑義が示されており、それをめぐる訴訟も提起されている。以下では、刑事手続での DNA 型鑑定利用にとっての画期となった1990年の連邦通常裁判所判決(1)、1995年の連邦憲法裁判所決定(2)、1997年の刑事訴訟法改正および1998年の DNA 鑑定法(3)、2000年の連邦憲法裁判所決定(4)、そして現行制度となる2005年の刑事訴訟法改正(5)を中心に、DNA 鑑定制度の展開を示しておくこととする<sup>24</sup>。

### (1) 1990年連邦通常裁判所判決

ドイツにおいて DNA 型鑑定技術が刑事手続において実用化されたのは 1986年から87年頃とされ、1988年には、初めて DNA 型鑑定が裁判手続のなかに持ち込まれ、これによって被告人が有罪判決を受けたケースが現れている<sup>25</sup>。

しかし、この当時は、DNA 型鑑定を刑事手続において実施することや、またその結果を訴訟上の証拠とするための実定法上の根拠規定を欠いていたため、学説においては反対説も有力であった。たとえば刑事法学者であるケラー (Keller) は、DNA 型鑑定がコード化領域について当該個人の承諾なしに行なわれるのであれば、個人の内密領域に踏み込むこととなり、人間の尊厳を侵すことになりかねないと述べるとともに、DNA 型鑑定が非コード化領域について行なわれる場合であっても、実定法上、比例原則に適合した手続規定が存在しない以上は、情報自己決定権を侵害すると述べている<sup>26</sup>。

もちろん、このケラーの主張は、当時実定法上の根拠もなしに DNA 型鑑定が刑事手続で用いられていたことを批判したものであって、非コード化領域についての DNA 型鑑定が、比例原則の厳格な遵守のもとで、法律上の根拠をもって行なわれること自体を否定しているわけではない。これは当時の他の多くの論者とも共通する考えであり、その意味では立法的な解決が早くから望まれていたといえる<sup>27</sup>。

こうした学説の動きに対応して、ドイツ連邦議会でも1988年の末頃から立法に向けた委員会の立ち上げなどを行なったが、これが直ちに立法に結びついたわけではなかった。そして、この間も裁判所には DNA 型鑑定の結果を証拠とする刑事裁判が多数提起されるようになり、裁判所によるその取り扱いをめぐって学説上さまざまな議論が示された。そこで、1990年8月21日の判決において連邦通常裁判所は、学説からの批判に答えるかたちで、DNA 型鑑定の証拠能力を原則として肯定するという統一見解を示した。

連邦通常裁判所は、この判断の実定法上の根拠として、刑事訴訟法81a 条 1 項を挙げている。刑事訴訟法81a 条 1 項は「被疑者・被告人の身体検査は、当該手続にとって重要な事実の確認のためにこれを命ずることが許される。この目的のために医師によって検査目的で医術の原則にしたがい行われる血液の採取その他の身体に対する侵襲は、被疑者・被告人の健康にとって不利益となるおそれがないときは、本人の同意なしに許される」と定めるが、連邦通常裁判所はこの規定を被疑者の身体を検査するための十分な根拠とみなし、その上でこの規定は特定の検査目的にとって何らの制約となるものではなく、したがって非コード化領域の DNA 分析のために血液を採取することも原則として許容されると判断した<sup>28</sup>。

また、この判決では、刑事訴訟法81a 条 1 項が DNA 鑑定 of 許容性についての根拠となったとしても、DNA の分析があくまで非コード化領域にとどまる限りにおいては、被疑者の人格の不可侵領域が侵害されることはないので、憲法上の問題も生じないとしている<sup>29</sup>。

この判決の述べるところにしたがえば、刑事訴訟法81a 条 1 項は被疑者からの血液採取を十分に根拠づけており、採取した血液についていかなる検査手法を用いるかについては別段制約を設けていないということになる。ただし、DNA 鑑定の場合、遺伝子というそれ自体は非常に秘匿性の高いものについて検査をすることになるため、人間の尊厳という憲法上の価値に配慮して、非コード化領域についてのみそれが認められるのである。したがって、ここで憲法上の問題として認識されているのは、あくまで基本法 1 条 1 項が定める人間の尊厳およびそこから直接生じる人格の不可侵領域に対する侵害のみであり、人格の不可侵領域とかかわらない程度での個人情報の取り扱いを問題とする情報自己決定権の侵害については何ら言及されていない<sup>30</sup>。

この判決に対しては、刑事訴訟法81a 条 1 項は血液採取をあらゆる検査目的と結びつけているわけではなく、むしろこれまでは交通違反での血中アル

コール濃度の測定などを主たる目的としてきたはずだとの批判も見られたが<sup>31</sup>、こうした批判はあまりに厳格すぎる解釈であると同時に、それまでの実務を理由として解釈を限定しているため、あまり説得力をもたなかったようである。

なお、この判決の意義をその後の立法動向との関連で見た場合、この判決が DNA 型鑑定をまったく新しいカテゴリーの捜査手法としてではなく、刑事訴訟法81a 条が定める身体検査の枠内で捉えるという解釈手法を立法者に提供したことは大きな意味をもつというべきであろう<sup>32</sup>。

## (2) 1995年連邦憲法裁判所決定

前述の連邦通常裁判所判決では、DNA 型鑑定と情報自己決定権との関係については明確な判断が下されないままであったが、その後立法者は DNA 型鑑定に対する社会の不安感情を払拭し、国勢調査判決での情報自己決定権制約の基準をクリアーすることを目的として、刑事手続における DNA 型鑑定のための特別な法的根拠の定立に着手した<sup>33</sup>。しかし、この作業がすぐに立法に結びついたわけではなかった。そして、1995年には、いまだ立法がなされないまま、今度は DNA 型鑑定と情報自己決定権との関係について連邦憲法裁判所で判断が下されることとなった。

1995年9月18日決定において連邦憲法裁判所は、重大な犯罪の解明が法治国家的共同体において重要な任務であるとした上で、「この正当な利益は、基本法が基本権の制限を認め、その本質的内容が侵害されず、かつ憲法上の比例原則が維持されている限りで、情報自己決定権を含めて、被疑者の基本権への介入を原則として正当化する」と述べた<sup>34</sup>。

さらに、これに続いて連邦憲法裁判所は、DNA 型鑑定の合憲性に論を進め、大要以下のように述べる。

まず、刑事訴訟法81a 条 1 項は、特定の検査方法に限定されたものではな

い。「採取された血液サンプルの検査については、刑事訴訟法81a条が定めるように『当該手続にとって重要な』『事実の認定』のためのあらゆる方法を用いることが可能」であり、「新たな、よりよい検査方法の適用は排除されていない」<sup>35</sup>。すなわち、81a条からは「一定の検査方法への限定を読み取ることはできない」のであって、「血液サンプルの採取および検査にも妥当する事実解明の原則はこのような限定に反対する」<sup>36</sup>。

そして、それゆえ一定のDNA分析も憲法上許容される。法治国家実現のために要請される真相解明の原則からは「刑事訴訟法81a条により、または任意に得られた被疑者の血液サンプルが非コード化領域についてのDNAの分析を受けうる」ことが認められ、また「ここに被疑者の情報自己決定権への介入があるとしても、この介入は刑事訴訟法81a条によって憲法上正当化される」<sup>37</sup>。

ここで許容された非コード化領域におけるDNA分析は、不可侵の人格領域を侵すものではない。「現在の科学的認識状況によれば、このような〔非コード化領域についての〕検査によって人格的メルクマールが明らかにされうるということは明らかではない」<sup>38</sup>。「このような分析の結果は、刑事手続において犯人からの除外のためにも、犯人の確定のためにも利用しうるものである。公権力そのものから自由な、私的生活形成の不可侵の核心領域は、これによつては侵害されない」<sup>39</sup>。

また、DNA分析とその他の検査との間には類似性が認められる。「〔DNAの〕検査は、もっぱら非コード化領域の形式的な型に関連するものであって、これは個人識別のメルクマールとして刑事手続での利用が憲法上許されている指紋や血液型、あるいは毛髪の構造と同様に評価することができる。この種のDNA分析は、刑事訴訟法81a条の規範目的によって包括される『犯罪捜査学上の検査方法の精密化』であるにすぎない」<sup>40</sup>。

ただし、このような検査は比例原則に適合的なものでなければならない。

すなわち、「とりわけその措置が、刑事手続において不可欠であり、かつ犯罪の重大性との間で適切な関連性をもっていることを必要とする」<sup>41</sup>。

この事例では性犯罪が問題となっていたが、連邦憲法裁判所は「ここで問題となっている性犯罪に際しては、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>42</sup>。

このように、連邦憲法裁判所は、1990年の連邦通常裁判所判決と同様に、刑事訴訟法81a条を手がかりとして、刑事手続でのDNA型鑑定を憲法上許容するとの基本的態度を明らかにした。また、この決定では、DNA型鑑定が情報自己決定権に対する介入であることが正面から取り上げられ、憲法上の比例原則にもとづく審査が行われている。

### (3) 1997年刑事訴訟法改正および1998年DNA鑑定法

#### (a) 1997年刑事訴訟法改正

以上のように、DNA型鑑定技術の導入から約10年間は、裁判所判決の助けを借りつつ、刑事訴訟法81a条を根拠に、刑事手続でのDNA型鑑定が実現されてきた。しかし、1993年から始まった立法プロセスが1997年によく実を結び、ドイツにおいて初めてのDNA型鑑定についての法規定が成立することとなった<sup>43</sup>。

これは主として刑事訴訟法の改正から成り立っているが、具体的には以下の諸点が重要である。

まず、刑事訴訟法81a条に3項が新設された。新たに設けられた刑事訴訟法81a条3項は「被疑者・被告人から採取された血液またはその他の体細胞は、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のみ使用することができる。それらは、手続にとってもはや必要でなくなった場合

には、遅滞なく廃棄されなければならない」と定めていた。この81a条3項は、1文において、採取されたサンプルについての目的拘束を行い、2文において必要のなくなったサンプルの廃棄を義務づける。このことから、採取されたサンプルを刑事手続に必要な限度を越えて用いること（たとえば、被疑者・被告人の健康状態の確認、民事手続での証拠利用、あるいは学術上の調査など）はできなくなり<sup>44</sup>、また刑事手続の確定的終結によってサンプルは廃棄処分され、それ以後の分析は不可能であることが明確化された。

また、刑事訴訟法81e条が新設され、その1項は「81a条1項の措置によって得られた資料に対して、血統の認定、または発見された痕跡資料が被疑者若しくは被害者に由来するか否かの事実の認定のためにそれが必要である限りにおいて分子遺伝学的検査を行なうことができる。…第1文で示された事実以外の事実の認定は行なうことができず、このための検査は許されない」と定める。この規定が、81a条で被疑者・被告人から採取したサンプルをDNA型鑑定に用いるための根拠規定となる。

この規定では、DNA型鑑定が行なわれる条件をある程度限定してはいるものの、鑑定自体は必ずしも最終的な手段あるいは補充的な手段とはされおらず、刑事手続において必要な限りで許容される一般的な検査方法と位置づけられているというべきであろう<sup>45</sup>。少なくとも文言上は、指紋や血液の検査と同様の通常の検査方法である。

ただし、この点、法案審議段階でSPDがDNA型鑑定にあたって「差し迫った嫌疑」の条件を要求した<sup>46</sup>のに対して、DNA型鑑定の有用性および無辜の者の早期確定の必要性が強調され<sup>47</sup>、結果としてそのようなハードルが排除されたことからすると、むしろ立法者意志としては、DNA型鑑定をより確実な手段として重視しようとしているとも考えられる。

そして、以上のDNA型鑑定の導入に対応して、その手続を定める81f条が新設された。その1項は「81e条による検査は、裁判官のみがこれを命じ

ることができる」と定め、DNA 型鑑定の実施に裁判官留保を要求している。また 2 項では、DNA 型鑑定を実際に担当する鑑定人を、捜査を実施する官庁から形式的あるいは実質的に独立した者とし、さらにサンプルの匿名化、データ保護の措置などを定めている。

これらを主たる内容とする 1997 年刑事訴訟法改正は、諸規定の新設により、刑事手続における DNA 型鑑定技術の利用をいわば現状追認のかたちで根拠づけたことになる。ただし、この段階では DNA 型鑑定やそのためのサンプルの採取・利用は、その時点で行なわれている刑事手続と結びつけられており、これ以外の目的での検査等は排除され、また、当該手続の確定的終結とともにサンプルの廃棄が義務づけられていたため、DNA 型情報のデータベース化は不可能な状態にあった<sup>48</sup>。

#### (b) 1998 年 DNA 鑑定法

しかし、1998 年には連邦刑事庁 (Bundeskriminalamt : BKA) に DNA データバンクが設置され、将来の刑事手続での利用を目的とする DNA 型情報の蓄積が開始されることとなったため、これへの対応が問題となった。そこで、1998 年 9 月に DNA 同一性確認法 (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz ; 以下、「DNA 鑑定法」とする) が制定されることとなった<sup>49</sup>。

DNA 鑑定法は、まず 1 条において、刑事訴訟法に 81g 条を新設する旨を定める<sup>50</sup>。1998 年改正での刑事訴訟法 81g 条 (以下、「98 年 81g 条」とする) は 1 項で「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、重大な犯罪、とりわけ重罪、性的自己決定権に対する犯罪、重傷害、重大な窃盗あるいは恐喝の嫌疑のある被疑者・被告人に対して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ときは、当該被疑者・被告人から体細胞を採取し、DNA 識別型の確定のために分子遺伝学的検査をすることが許される」と定めていた。

この98年81g条の新設により、刑事訴訟法上、現時点において問題となっている刑事手続に必要な場合であっても（つまり、81a条の要件を満たさない場合であっても）、一定の条件さえクリアできれば、被疑者・被告人から体細胞を採取し、それについてDNA分析をすることが許されるということになった。

ただし、98年81g条2項は「採取された体細胞は、1項で示された分子遺伝学的検査のためだけに利用される。体細胞は、この目的に必要でなくなり次第、遅滞なく廃棄される。検査に際しては、DNA識別型の調査のために必要なもの以外の認定を行ってはならない。これを目的とする検査は許されない」と定め、目的拘束、分析後の体細胞の廃棄を明示しており、あくまで刑事手続において利用されるDNA分析を非コード化領域におけるものに限定しようとしている。

98年81g条は、このように現時点で刑事手続の対象となっている被疑者・被告人から体細胞を採取し、DNA分析を実施することを認める規定であるが、DNA鑑定法2条はこの措置を過去の事例に拡大するための規定となっている。すなわち、DNA鑑定法2条は、98年81g条により許される措置を、98年81g条1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を理由に有罪判決を受けなかった者にも拡大する旨を定める。これによって、98年81g条施行前に同種の犯罪を理由に裁判判決を受けた者についてもDNA型情報を作成できるようになった。

そして、DNA鑑定法3条は、98年81g条およびDNA鑑定法2条によって得られたDNA型データを連邦刑事庁のDNAデータベースに登録することを定めている。98年81g条にせよ、DNA鑑定法2条にせよ、DNA型情報の取得、蓄積、利用という各段階との関連では、最終的にDNAデータベースへの蓄積および将来の刑事手続での利用を目的とするものではあっても、あくまで規定上は取得の段階について定めるにすぎない。それゆえ、この3

条が、連邦刑事庁における DNA データバンク構築にとっての直接の法的根拠ということになる。

#### (4) 2000年連邦憲法裁判所決定

以上の98年81g条とDNA鑑定法2条については、これらの合憲性を問う憲法意義に対して、2000年に連邦憲法裁判所第2法廷第3部会で合憲判断が示されている<sup>51</sup>。この決定は、その後多くの同種事例において引用され、現在の連邦憲法裁判所のDNA型鑑定についての見解を示すものとなっている<sup>52</sup>。

本決定で問題となったのは、98年81g条と結びついたDNA鑑定法2条によって、かつて受けた有罪判決を理由として体細胞採取およびDNA型鑑定の命じられたことが、基本法1条1項と結びついた2条1項から生じる情報自己決定権などを侵害しているのではないかという点であった。これについて、連邦憲法裁判所は、大要以下のような議論を展開している。

問題とされたDNA分析は、法律の根拠にもとづいても干渉されてはならない絶対的に保護された人格の核心領域に触れるものではない<sup>53</sup>。このことはDNA分析が「DNAのコード化されない、30%までは反復単位で構成される部分だけにかかり、もっぱらDNA識別サンプルの確認が将来の刑事訴訟における同一性確認の目的のために行われ、かつ遺伝子物質がDNA識別サンプルの確認後に廃棄される限りは妥当する」<sup>54</sup>。DNA型情報だけを用いて実現されうる個人識別は、指紋による個人識別と類似するものであって、その鑑定および記録によっては、「人格の核心領域は影響を受けない」<sup>55</sup>。このことにとっては、DNA型鑑定を用いて実現されうる証明力が伝統的な指紋や血清学的方法ならびにその他の識別方法のそれよりもはるかに優れており、DNA識別サンプルの照合が実務にとって証拠調査での重大な技術上の利点をもつことは重要ではない。重要なのは、DNA識別サンプルの確認に

よっては、「当該個人の遺伝的性質、性格、疾患といった人格にとって重要なメルクマール、すなわち人格プロフィールを帰納的に推理することはできないということである」<sup>56</sup>。

しかし、問題とされたDNA分析は、「基本法1条1項と結びついた2条1項によって保障される情報自己決定の基本権に干渉するものである」<sup>57</sup>。

「この権利は、その主体に対して、その者に関連する個人識別的な、あるいは個人を識別しうるデータの限界のない収集、記録、利用および譲渡からの保護を保障している。この保障は、優越的な公益のために比例性原則を考慮して法律ないし法律の根拠にもとづいてのみ制約されうる。制約は公益の保護のために必要な範囲を超えてはならない」<sup>58</sup>。

「情報自己決定権への干渉にとっての制約留保を、〔98年〕刑事訴訟法81g条と結びついたDNA鑑定法2条における法律上の規定は十分に考慮している。当該規定は将来の重大犯罪の解明を容易にすることを意図しており、それゆえ高いランクをもつ、法治国家的保障を志向する裁判に資するものである」<sup>59</sup>。また、比例原則との関係においても、98年81g条と結びついたDNA鑑定法2条は、「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>60</sup>。このような「再犯危険性の推定（die Annahme einer Wiederholungsgefahr）<sup>61</sup>」によって、DNA分析は特定の場合に限定されている。

以上のように、連邦憲法裁判所は98年81g条と結びついたDNA鑑定法2条にもとづくDNA分析を、基本法1条1項によって保護される「人格の核心領域」とはかかわらないとしながらも、基本法1条1項と結びついた2条1項から導き出される情報自己決定権を制約するものと理解する。この際、刑事手続におけるDNA分析があくまで非コード化領域にとどまる限りにおいて人間の尊厳とかかわらないとしている点で、1995年の連邦憲法裁判所決

定と共通の理解に立っている。また、比例原則との関係で、「犯罪の重大性」をメルクマールとして合憲判断を導き出す点でも共通する。

しかし、本決定で問題とされたのは、1995年連邦憲法裁判所決定では問題とされていなかった「将来の刑事手続」を想定した DNA 型情報の取得であり、これが法治国家原理を理由として、比較的安易に承認されたことは注目される必要がある<sup>62</sup>。98年81g 条および DNA 鑑定法 2 条については、それを予防論にもとづく危険防止の意味合いをもつと解する立場と、抑止的な意味合いをもつものの、主たる目的は将来の刑事手続のために証拠を保全することにあると解する立場とが対立していた<sup>63</sup>。前者の立場は多くの場合、「将来の刑事手続」を想定した DNA 型情報の取得を刑事訴訟法上の「異物」と捉え批判することになるが<sup>64</sup>、後者はこれをあくまで通常の刑事捜査の枠内におさまるものと理解することになる<sup>65</sup>。この点、連邦憲法裁判所は、「将来の犯罪を予防的に防ぐ機能は、これらの規定〔98年81g 条と結びついた DNA 鑑定法 2 条〕にはその文言からもその目的からも与えられていない。これらの規定は将来の犯罪を通常は実際上防止できない。これらの規定がもっぱら刑事手続で利用するための証拠の入手に資するのだとすれば、それらは刑事訴訟法に分類されうる」と述べ、後者の立場に依拠する見解を示している。そして、このような形式的な理解の下で、実質的内容面について法治国家原理にもとづく理由づけが行なわれ、「将来の刑事手続」を想定した DNA 型情報の取得が憲法上許容されたものと理解されているのである。

もちろん、本決定では比例原則にもとづく審査にあたって、従来から用いられてきた「犯罪の重大性」に加え、特定の事実にもとづく予測、すなわち「再犯危険性の推定」という DNA 型鑑定実施についての制約条件が新たに求められている。これは、「将来の刑事手続」を想定した DNA 型鑑定を正当化するために付け加えられた、新たな「制約の制約 (Schränken-Schränken)」であるといえる。しかし、そもそも不確実な予測にもとづく

にすぎないこのような条件が十分に機能するかは疑問であるし<sup>66</sup>、また、それが機能する前提として「一度犯罪者となった者は、常に犯罪者である (Einmal Täter, immer Täter)」という状況を惹き起こさないような配慮が必要である<sup>67</sup>。すなわち、この場合、情報自己決定権に対する Schranken としての法治国家原理とともに、Schranken-Schranken としての法治国家原理からの要請が問題となりうる<sup>68</sup>。

また、以上のことから連邦憲法裁判所は、DNA 型情報を取得することだけにとどまらず、取得された情報を蓄積し、事後的に利用することをも、「将来の刑事手続」のために必要な限りで、憲法上肯定したと見ることができるであろう。たしかに、本決定では直接には DNA 鑑定法 3 条にもとづく DNA 型情報のデータベース化は問題とされてはいない。しかし、「将来の刑事手続のための証拠入手」は、取得・蓄積・事後的利用というすべての段階が連動しなければ意味をなさないのであり、データベース化も当然にこの文脈の中で憲法上肯定されていると考える必要がある<sup>69</sup>。

#### (5) 2005年の刑事訴訟法改正

連邦憲法裁判所は、1995年および2000年のいずれの決定においても、「犯罪の重大性」に重きを置いた判断を下している。すなわち、刑事訴訟法81a条の下においても、あるいは98年81g条と結びついたDNA鑑定法2条の下においても、DNA型鑑定が憲法上許容されたのは、それらが「犯罪の重大性」という要件によって限定的に解釈されるという点を重視したからに他ならない。

もちろん、「犯罪の重大性」あるいは「重大な犯罪」という概念そのものは、解釈の余地のある概念である。しかし、それでもなお、連邦憲法裁判所がこの概念に依拠し得たのは、2000年決定の判断にも示されるように、「〔重大な犯罪という〕この概念は、他の刑事訴訟法上の規定にも用いられており、

特別法で規定されていない捜査方法に関する裁判によっても限界づけの基準として用いられており、「これらに関する判決によって、この概念は詳細に具体化されうる」のであって、またそれらによれば「重大な犯罪とは、少なくとも中程度の犯罪の領域に属し、法的安定を著しく阻害し、国民の法的安全についての感情を著しく侵害するに十分なもの」と理解されてきたからであった<sup>70</sup>。

とはいえ、これは裏を返せば、「犯罪の重大性」や「重大な犯罪」という概念が、国民の意識やそれを反映した立法や判決によって可変的なものであるということでもあろう<sup>71</sup>。実際、2003年には98年81g条が改正され、DNA型鑑定の対象が「重大な犯罪」以外の犯罪にも拡大されることとなった<sup>72</sup>。

2003年に改正された刑事訴訟法81g条では、これまでDNA型鑑定を実施することのできなかった犯罪、たとえば露出行為、ポルノグラフィの文書の頒布、禁じられた売春、少年に危険を及ぼす売春等の犯罪などを行った者についても、将来の刑事手続を想定してDNA型鑑定を実施することが可能になった。これは、「性的自己決定権に対する犯罪についての規定およびその他の規定を改正する法律<sup>73</sup>」が施行されたことによる改正であり、とりわけ性犯罪者の再犯率が高いことを理由とするものであった。しかし、この改正については、これまで「重大な犯罪」のカテゴリーから除外されてきた性犯罪を対象とし、結果的にDNA型鑑定の要件から、連邦憲法裁判所が重視してきた「犯罪の重大性」の要件を取り去ることとなっている点で<sup>74</sup>、連邦憲法裁判所の判断と合致する改正であるかは議論の余地があるように思われる。

さらに、2005年にはDNA型鑑定関連法規の大幅な改正が行なわれた<sup>75</sup>。この改正は、内容面では、DNA型鑑定の活用領域拡大を意図するものであったとともに、形式面では、DNA鑑定法を廃止して、刑事訴訟法にDNA型鑑定関連の条文を一本化するものであった。重要な改正点としては以下の諸点が挙げられる。

第一に、刑事訴訟法81g条1項が改正され、「他の犯罪を繰り返した場合には、違法性の程度において、重大な犯罪と同等に扱うことができる」との文言が付け加えられた。これによって、重大な犯罪や性犯罪以外の累犯者について、これまで行なった個々の犯罪が全体として評価され、その不法性が重大とみなされた場合、将来の刑事手続に備えたDNA型鑑定を実施することが可能となった。

第二に、被疑者・被告人から採取した体細胞についてDNA型鑑定を実施しようとする場合、これまでは常に裁判官の命令によるべきとの裁判官留保の原則が貫かれてきたが、これが緩和され、遅滞のおそれがある場合は、検察官または警察の命令によっても鑑定が可能となった（刑事訴訟法81f条1項）。ただし、81g条にもとづくDNA型鑑定については、体細胞の採取とこれに対するDNA型鑑定とが手続上切り離され、体細胞の採取については裁判官留保を緩和する一方で、DNA型鑑定については裁判官留保が厳格に貫かれることとなった。

第三に、DNA鑑定法の廃止にともない、DNA鑑定法2条・3条に定められていた、過去に有罪判決を受けた者からの体細胞採取およびDNA型鑑定の実施、ならびに収集されたDNA型情報の連邦刑事庁のデータベースへの蓄積に関する規定が、81g条4項・5項に新たに盛り込まれることとなった。

そして、第四に、81h条が新設され、DNA一斉調査（DNA-Reihenuntersuchung）という新たな制度が追加された。DNA一斉調査は、81h条1項によれば、「一定の事実が生命、身体、人格的自由または性的自己決定を害する重罪が行われたとの嫌疑を根拠づける場合には、犯人に当てはまると推測される一定の識別メルクマールを満たす者らに対し、痕跡物質がその者らに由来するか否かを確定するために必要な範囲で、かつ特に関係人の数に関して犯罪の重大性と均衡を失しない範囲で、本人の書面による同意を得て」

行なわれるものであり、体細胞の採取、それに対する分子遺伝学的検査、検査データの自動照合が予定されている。この調査については、裁判官留保が定められ(81h条2項)、必要なくなったDNA型情報については遅滞なき消去が求められている(同3項)。また、検査の対象者には、体細胞が検査に必要なくなり次第廃棄されること、DNA型情報は連邦刑事庁のデータベースに記録されないことなどが、書面によって教示されることとなっている(同4項)。

## (6) 小 括

以上、いささか冗長にドイツでの刑事手続におけるDNA型鑑定の利用に関する歴史的経緯を概観したが、ここからいえるのは、ドイツではDNA型鑑定制度について、1986年頃から1997年までの約10年にわたる立法不在の時期と1997年から現在に至る立法化の時期とを区別することができるということである。

立法不在の時期は、解釈による運用の時期とも言い換えることができるが、ここで解釈のイニシアティブを握ったのは、裁判所であった<sup>76</sup>。とりわけ、1990年の連邦通常裁判所判決は刑事訴訟法81a条を拡大解釈することで、DNA型鑑定の実施とその結果の刑事手続での証拠としての利用を根拠づけた。また、1995年連邦憲法裁判所決定も、連邦通常裁判所判決を踏襲するかたちで、81a条のもとでのDNA型鑑定について憲法上の疑義を否定している。

これらの裁判所による拡大解釈にはもちろん批判の余地がある。たとえば、DNA鑑定の導入に批判的な論者の一人であったラーデマッハー(Rademacher)は、DNA分析を情報自己決定権に対する介入と位置づけた上で、81a条の拡大解釈によるDNA分析の実施は、国勢調査判決で連邦憲法裁判所が示した情報自己決定権制約のための基準を逸脱していると説く。すなわ

ち、81a 条では、血液採取の具体的な目的も、その分析方法も十分には定められてはおらず、また市民にとって81a 条が DNA 分析という手法の根拠と認識できるかは疑わしいとされるのである<sup>77</sup>。

このような批判にも一理ある。たしかに、ラーデマッハーが説くように、DNA 分析が形式上はともかく、内容的には個人の内密領域に属する情報を取り扱うことになり、しかもその情報が単に当該個人だけでなく血縁者の情報までをも含みうるという点では、DNA 型情報はそれまで用いられてきた指紋情報などと本質的に異なる側面をもつというべきであり<sup>78</sup>、それを81a 条の枠内で捉えようとするには、情報自己決定権からの十分な検討が不可欠だったというべきであろう。この点、1990年連邦通常裁判所判決には情報自己決定権の検討が欠落しており、1995年連邦憲法裁判所決定では81a 条の文言が情報自己決定権を制約するための条件を満たしているかについて、いささか検討不足の感がある<sup>79</sup>。とりわけ、1995年連邦憲法裁判所決定は、DNA 型鑑定に「情報自己決定権の侵害があるとしても、この侵害も十分な根拠を刑事訴訟法81a 条に見出す」と述べるが、「手続にとって重要な事実の確認のために」という文言だけで情報自己決定権の制約を正当化できるのかは疑問であるし、あくまで身体検査についての条文である81a 条によって、DNA 型鑑定の実施を十分に根拠づけられるのか議論の余地があろう。また、情報自己決定権の観点からすれば、DNA 型情報の利用についての手続的な予防措置（たとえば、抹消規定など）がなかったことも問題とすることができた。

しかし、その一方で、これらの裁判所判断が81a 条にもとづく DNA 分析の実施について非コード化領域における分析のみを合憲とし、かつ「重大な犯罪」というメルクマールを結びつけることによって、その妥当領域を限定する意味合いをもち、結果的に DNA 分析についての一定の歯止めとして機能していたことは見落とされるべきではないであろう。

たとえば、1995年連邦憲法裁判所決定は、81a 条によって行なわれる検査方法について、「『手続にとって必要な』『事実の認定』のためにあらゆる方法を使用することができる」と述べ、真相究明の原則から一定の検査方法への限定を拒否するのであるが、その一方で「被疑者の血液サンプルは、原則的に DNA の非コード化領域について検査し、痕跡資料と照合することができる」として、DNA 分析の方法を非コード化領域での型鑑定に限定する(傍点筆者)。このような限定の前提には、当然のことながら、コード化領域についての DNA 分析は人格の不可侵領域に踏み込むことになり、基本法 1 条 1 項が定める人間の尊厳を侵害するとの認識があると思われるが、この意味では、DNA 分析の非コード化領域への限定は憲法規範との整合性を図るための合憲限定解釈であったと理解することができる。また、連邦憲法裁判所が DNA 型鑑定の実施にあたって、比例原則の遵守を強調し、「その措置が、刑事手続において不可欠で、かつ犯罪の重大性と適切な関係性をもつことを必要とする」と述べ、比較的厳格な条件づけを行なっている点でも、基本権規定との実践的整合性を図るという合憲限定解釈が行なわれていると見ることができる。

以上のように、この時期の裁判所判断は、立法不在の状態での実務における DNA 型鑑定の実施を追認する意味をもちながらも、その一方で実施の条件について憲法上の観点から限定を加える役割をも果たしていたと評価できるのであり、その意義を積極的に捉えることも可能であるように思われる。

これに対して、1997年以降の立法化の時期に入ると、立法府の判断が、国勢調査判決で連邦憲法裁判所が示し、その後もくり返し論じてきた情報自己決定権制約の枠組みにはたして適合しているのか疑わしい状況も生じている。1997年・1998年の刑事訴訟法改正および DNA 鑑定法は、前述したように、2000年の連邦憲法裁判所決定によってかろうじて合憲判決を下されているのであるが、その後の諸改正、とりわけ現行制度が連邦憲法裁判所の比例原則

に関する審査をパスできるのかは、かなり疑問の余地がある。

DNA型鑑定を実施しうる対象の拡大にともなって、裁判所判断が重視してきたDNA型鑑定と「犯罪の重大性」との結びつきは次第に弱められているし、裁判官留保といった手続的な歯止めも相対化しつつある。以下、問題となりうる点をいくつか指摘しておきたいと思う。

第一に、DNA型鑑定を実施しうる対象の拡大は、やはり問題となりうるであろう。刑事訴訟法81a条によってDNA型鑑定を実施しうる対象はこれまでまったく変化していないが、とりわけ81g条の数次の改正によって、将来の刑事手続を想定したDNA型鑑定の対象は拡大の一途をたどっている。現行81g条では、重大な犯罪の被疑者・被告人、性犯罪の被疑者・被告人に加えて、それ以外の犯罪についての累犯者が新たに対象となっている。累犯者の取り扱いについては、犯罪行為の全体的評価が「重大な犯罪」に該当するほどのものであることが解釈上要求されるが、この評価は実際には困難を極める。場合によっては、単に累犯傾向が強いことが「国民の法的安全についての感情を著しく侵害する」とされ、「犯罪の重大性」に転化しかねず、これまで裁判所が重視してきた「重大な犯罪」という条件づけそのものが骨抜きになりかねない。

第二に、こうしたDNA型鑑定によって得られた情報のデータベース化についても、憲法上の検討が必要であろう。前述したように、2000年連邦憲法裁判所決定では直接この問題を取り扱わなかったが、「将来の刑事手続のための」DNA型鑑定を合憲とすることによって、結果的にここから得られたDNA型情報のデータベース化をも正当化するかたちとなっている。しかし、そもそも「将来の刑事手続のために」DNA型鑑定を行なうこと自体が憲法上正当化できるのかも問題であり、さらにそれを蓄積・利用することが情報自己決定権との関係で問題を生じないかは慎重な検討を要すると思われる。本来、「現在問題となっている刑事手続」のための措置と「将来の刑事

手続を想定した」措置とは区別されるべきであり、それに関する実質的な制度の問題も手続的保障の問題も別に存在するはずである。それゆえ、この点については、憲法上の衡量においても異なった論理的枠組みが必要であろう。

そして第三に、81h 条によって新たに設けられた DNA 一斉調査は、深刻な問題を提起しうる。DNA 一斉調査は、1997 年以來、81h 条成立までの間に 7 回実施されたとされる。もちろん、この間は法的根拠のないまま（あるいは 81a 条を根拠として）調査が実施されていたのであって、このような措置について要件や手続を定める必要があったことは明らかである<sup>80</sup>。とはいえ、この一斉調査は被疑者・被告人でも、かつて有罪判決を受けた者でもなく、「疑わしい」不特定多数の者が DNA 分析の対象となる点で、これまでの DNA 型鑑定の枠から外れる類型である。一斉調査の対象には、必然的に多くの無実の者が含まれることになり、犯罪の具体的嫌疑や具体的危険をともしないデータ収集活動が行なわれることになる。このような措置がはたして法治国家原理を理由として正当化できるかは相当に疑わしいであろう。DNA 一斉調査は、冒頭でも述べたように、「安全のためには、いかなる手段も辞さない」、あるいは「安全のためには、人権制約も甘んじて受ける」という状況があることと深い関係にあり、その意味では「安全」という価値、あるいは「安全基本権」といった人権と、人間の尊厳ないし情報自己決定権との関係を検討しなければならないと思われる。

(未完)

---

<sup>1</sup> ヘーベルレ (Häberle) によれば、立憲国家における基本権の発展の歴史的プロセスのなかでは、新たな危険状況において、人間の尊厳を保護するという基礎要請を新たに現実化するものとして、個々の基本権の事後的形成が示されているとされる。この考え方からすれば、人権とは時間の流れのなかで、常に新たな危険状況との関係から発展・形成されるものである。Vgl. Peter Häberle, Die Menschenwürde als Grundlage der staatlichen Gemeinschaft, in: Isensee/

Kirchhof (Hg.), Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., 2004, S.348.

- <sup>2</sup> こうした一連の流れの例証は、クローン技術、出生前診断、代理懐胎、人工授精など、とりわけ生命操作技術の分野において枚挙に暇がない。これらの新しい技術と憲法との関係についてのドイツの議論に関して、ドイツ憲法判例研究会編『未来志向の憲法論』（信山社、2001年）所収の各論文（とりわけ第三章）、同編『人間・科学技術・環境』（信山社、1999年）所収の各論文を参照。
- <sup>3</sup> 津村政孝「DNA 鑑定」法教294号（2005年）2頁以下を参照。
- <sup>4</sup> 最決平成12・7・17刑集54巻6号550頁。なお、本決定においては、MCT118法を用いたDNA 鑑定の証拠としての信用性が問われており、そもそもDNA 鑑定を実施することが刑事訴訟法上許されるのか、あるいはDNA 鑑定がプライバシー権との関係でどのように理解されるのかといった点について明確には判断されていない。
- <sup>5</sup> アメリカでのこうした議論を紹介しつつ、日本の状況との比較を行なうものとして、山本龍彦「犯罪捜査のためのDNA データベースと憲法－日米の比較法的研究」甲斐克則編『遺伝情報と法政策』（成文堂、2007年）95頁以下、同「米国におけるDNA データベース法制と憲法問題」警察学論集58巻3号（2005年）93頁以下、同「DNA データベースに関する若干の憲法学的考察－個別の嫌疑なきDNA 採取の憲法的許容性－」日本法政学会50周年記念『現代法律学の課題』（成文堂、2006年）101頁以下を参照。
- <sup>6</sup> 遺伝子情報のこのような特質から、これを他の医療情報と区別する見方をアメリカでは「遺伝子例外主義（genetic exceptionalism）」と呼ぶ。遺伝子例外主義については、山本龍彦「遺伝子例外主義に関する一考察」甲斐編・前掲注(5)・41頁以下、同「DNA 指紋の憲法的位置付けと『遺伝情報』の類型化」法学政治学論究51号（2001年）596頁以下、石塚伸一「生命倫理とプライバシー（私事）」法律時報78巻4号（2006年）72頁以下を参照。
- <sup>7</sup> 津村・前掲注(3)・2頁を参照。
- <sup>8</sup> 山本・前掲注(6)「一考察」・42頁以下は、「遺伝子プライバシーを考察するうえで『第3のアプローチ』を模索する」とし、「遺伝情報は他の個人情報と本質的に『異なる／異ならない』という単純な『二分法（dichotomy）』を採るのではなく、本来的に多義的なものである『遺伝情報』を分類し、かかる分類に基づいてその保護の程度を段階的・個別的に考察していこうとするアプローチ」を提唱する。DNA から分析可能な情報が実に多層のかつ多元的であることに鑑みれば、山本の提唱するアプローチが妥当であり、これは憲法上の人権規定との実践的整合性をもたらすためにも必要不可欠な視点であろう。
- <sup>9</sup> 山本・前掲注(6)「一考察」・66頁以下、石塚・前掲注(6)・75頁を参照。

- <sup>10</sup> 山本・前掲注(5)「DNA データベースと憲法」・95頁以下、野村武司「DNA 型記録検索システム」法教317号(2007年)2頁以下を参照。
- <sup>11</sup> この点に関する先駆的研究として、山本・前掲注(5)「DNA データベースと憲法」・138頁以下、同・前掲注(5)「憲法学的考察」・111頁以下を参照。また、刑事訴訟法上の検討について、前田雅英「DNA データベース化の必要性と犯罪状況」警察学論集58巻3号(2005年)66頁以下、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(2005年)1頁以下、徳永光「立法を伴わない犯罪捜査のための DNA データベース」甲南法学46巻3号(2005年)115頁以下を参照。
- <sup>12</sup> Vgl. Ulrich Beck, Risikogesellschaft – Auf dem Weg in eine andere Moderne, 1986, S.1ff. 本書の邦訳として、ウルリヒ・ベック著・東廉／伊藤美登里訳『危険社会：新しい近代への道』(法政大学出版社, 1998年)を参照。
- <sup>13</sup> 門田成人「市民監視と刑事立法」法律時報75巻12号(2003年)47頁以下、高橋則夫「刑法的保護の早期化と刑法の限界」法律時報75巻2号(2003年)15頁以下、酒井安行「安全・安心への権利」法セミ635号(2007年)32頁以下を参照。
- <sup>14</sup> 「安全の中の自由」については、西浦公「『安全』に関する憲法学的一考察」栗城壽夫先生古稀記念『日独憲法学の創造力・下巻』(信山社, 2003年)81頁以下、Peter J. Tettinger (著)・小山剛(訳)「安全の中の自由」警察学論集55巻11号(2002年)158頁以下、大沢秀介「現代社会の自由と安全」公法研究69号(2007年)1頁以下、同「自由 vs 安全」ジュリスト1334号(2007年)94頁以下、白藤博行「『安全の中の自由』論と警察行政法」公法研究69号45頁以下を参照。
- 「監視社会」については、法時75巻12号(2003年)の特集「『監視社会』と市民的自由」に掲載の座談会および各論文、駒村圭吾「警察と市民-自由と権力の構造転換」公法研究69号113頁以下、江島晶子「『監視社会』と人権」公法研究69号125頁以下、小倉利丸「監視社会とプライバシー」法時78巻4号(2006年)33頁以下を参照。
- <sup>15</sup> 田島泰彦「『監視社会』と市民的自由」法時75巻12号33頁以下、江島・前掲注(14)・133頁以下を参照。
- <sup>16</sup> この点、酒井・前掲注(13)・33頁は、治安悪化に対する「主観的な不安感は、おそらく克服不能であり、むしろ際限なく拡大する傾向があり、これの解消＝安心を求めようとすれば、安心のために自由もプライバシーも際限なく犠牲にすることを求めるいわゆる安全のファシズムともいわれるような事態を招きやすい」と指摘する。また、この問題に関するドイツでの具体的事例を取り扱うものとして、小山剛「『戦略的監視』と情報自己決定権 - BVerfGE 100, 313を中心にして」法学研究79巻6号(2006年)1頁以下を参照。

- <sup>17</sup> 小山・前掲注(16)・2頁を参照。
- <sup>18</sup> この点、テッティンガー (Tettinger) がドイツにおける政治課題として「安全の中の自由」を強調し、この結果、情報自己決定権であっても管理措置の強化に直面せざるをえないと指摘していることが注目される。Peter J. Tettinger (著)・成田頼明 (監訳) 吉田尚正／小島裕史 (訳)「現代の立憲国家における警察による公共の安全の維持」警察政策5巻2号32頁を参照。
- <sup>19</sup> この点、「[座談会]『監視社会』に向かう日本と法」法律時報75巻12号(2003年)24頁での白藤博行発言は「私たちは不必要な監視カメラの設置によって、本来持っているはずの市民的自由が奪われるというふうに思う。それは法律家からいえば基本的人権の問題ということになろうし、社会学者からいえば『匿名性の自由』…が奪われるとか、言い方はいろいろあるけれども、そういうふうには普通考えてしまうけれども、一般の住民たちは、…監視カメラのおかげで早期の犯人逮捕に結びつけば、やっぱり監視カメラがあつてよかったのではないかと思ってしまう」ことを指摘し、「奪われる市民的自由」についての説得的な言説が必要であると述べる。これは、DNA鑑定の問題にも同様に当てはまるように思われる。DNA鑑定によって早期に犯人検挙が実現すれば、プライバシーの制約はそれほど問題ではないとの社会感情が生じることは十分考えられる。この点で、人権論がいかにか説得的な議論を展開できるのか(あるいは、できないのか)は重要な問題であろう。
- <sup>20</sup> しかし、その一方で、連邦参議院では、「DNA分析の可能性を犯罪の適切な撲滅および訴追に広く適合させるために、そして不要な法的障害を取り払うために」さらに行動することが提唱されている。それによれば、「とりわけ、DNA分析の適用領域のさらなる拡大、裁判官留保による不必要な行政上の負担の除去、ならびにDNA一斉調査に際しての捜査機関に対する余計な法的制約の廃止が検討されなければならない」とされる。そして、その意味において、2005年改正は「DNA分析に関する新たな規定作りの第一歩にすぎない」とされている。Vgl. BR-Drs. 521/1/05.
- <sup>21</sup> [http://www.bundesregierung.de/nn\\_774/Content/DE/Artikel/2006/05/2006-05-15-kriminalitaet-weiter-ruecklaeufig.html](http://www.bundesregierung.de/nn_774/Content/DE/Artikel/2006/05/2006-05-15-kriminalitaet-weiter-ruecklaeufig.html)
- <sup>22</sup> [http://www.bmi.bund.de/cln\\_012/nn\\_122688/Internet/Content/Nachrichten/Pressemitteilungen/2006/05/PKS2005.html](http://www.bmi.bund.de/cln_012/nn_122688/Internet/Content/Nachrichten/Pressemitteilungen/2006/05/PKS2005.html)
- <sup>23</sup> [http://www.bundesregierung.de/nn\\_774/Content/DE/Interview/2007/02/2007-02-08-schaeuble-taz.html](http://www.bundesregierung.de/nn_774/Content/DE/Interview/2007/02/2007-02-08-schaeuble-taz.html)
- <sup>24</sup> 1990年代初頭までのドイツでの議論状況を検討するものとして、藤原静雄「DNA分析と個人情報保護(一)～(三・完)」自治研究68巻2号(1992年)

24頁以下, 68巻3号(1992年)38頁以下, 68巻4号(1992年)33頁以下を参照。DNA 鑑定法成立までのドイツにおける DNA 型鑑定関連規定の変遷については, 池田秀彦「ドイツでの DNA 鑑定に関する諸法の成立過程とその基本的内容」創価法学30巻2・3合併号(2001年)3頁以下, 渡邊齊志「ドイツにおける DNA 鑑定に関する立法動向」外国の立法211号(2002年)36頁以下を参照。

- <sup>25</sup> 藤原・前掲注(24)「(二)」・52頁以下, 池田・前掲注(24)・7頁を参照。
- <sup>26</sup> Reiner Keller, Die Genomanalyse im Strafverfahren, NJW 1989, S.2292ff. ケラーの見解について, 藤原・前掲注(24)「(三・完)」・38頁以下を参照。
- <sup>27</sup> ケラーの見解と類似した立場を示すものとして, 池田・前掲注(24)・9頁以下はゲッセル(Gössel)の見解を紹介する。
- <sup>28</sup> BGH, NJW 1990, S.2945.
- <sup>29</sup> BGH, NJW 1990, S.2945.
- <sup>30</sup> 本判決でも, 非常に不完全なかたちではあるが, 連邦憲法裁判所の国勢調査判決との関連は示されている。そして, これによって非コード化領域での DNA 型鑑定が許容されているとみることができるのであるが, 情報自己決定権制約の問題については触れられていない。Vgl. BGH, NJW 1990, S. 2945. また, 藤原・前掲注(24)「(二)」・60頁以下を参照。
- <sup>31</sup> Vgl. Christine Rademacher, Zulässigkeit der Gen-Analyse?, NJW 1991, S.735ff.
- <sup>32</sup> Vgl. Peter M. Schneider/Christian Rittner, Genprofil von Sexualstraftätern, ZRP 1998, S.65.
- <sup>33</sup> 池田・前掲注(24)・13頁を参照。
- <sup>34</sup> BVerfG, NStZ 1996, S.45. この決定については, 池田・前掲注(24)・11頁以下を参照。
- <sup>35</sup> BVerfG, aa.O. (Anm.34), S.46.
- <sup>36</sup> BVerfG, aa.O. (Anm.34), S.46.
- <sup>37</sup> BVerfG, aa.O. (Anm.34), S.46.
- <sup>38</sup> BVerfG, aa.O. (Anm.34), S.46. □ 内は筆者。
- <sup>39</sup> BVerfG, aa.O. (Anm.34), S.46.
- <sup>40</sup> BVerfG, aa.O. (Anm.34), S.46. □ 内は筆者。
- <sup>41</sup> BVerfG, aa.O. (Anm.34), S.46.
- <sup>42</sup> BVerfG, aa.O. (Anm.34), S.46.
- <sup>43</sup> 1997年改正の詳しい内容については, vgl. Lothar Senge, Strafverfahrensänderungsgesetz – DNA-Analyse, NJW 1997, S.2409ff., 池田・前掲注(24)・13頁以下。
- <sup>44</sup> Vgl. Senge, aa.O. (Anm.43), S.2410., M. Rath/B. Brinkmann, Strafverfahrens-

änderungsgesetz – DNA-Analyse („Genetischer Fingerabdruck“) und DNA-Identitätsfeststellungsgesetz aus fachwissenschaftlicher Sicht, NJW 1999, S.2699f.

<sup>45</sup> Vgl. Senge, a.a.O. (Anm.43), S.2411.

<sup>46</sup> BT-Drs. 13/3116, S.4. 池田・前掲注(24)・17頁以下を参照。

<sup>47</sup> BT-Drs. 13/667, S.6f. 池田・前掲注(24)・18頁を参照。

<sup>48</sup> Vgl. Schneider/Rittner, a.a.O. (Anm.32), S.65.

<sup>49</sup> DNA 鑑定法の詳しい内容については、池田・前掲注(24)・21頁以下を参照(なお、池田は「DNA 同定法」という訳語をあてている)。

<sup>50</sup> ただし、81g 条は、その後数次にわたって改正されているため、ここでは旧規定となる。

<sup>51</sup> BVerfGE 103, 21. 本決定については、池田秀彦「ドイツでの DNA 鑑定に関する最近の判例－有罪の言渡しを受けた者の体細胞の採取およびその分子遺伝学的検査に関する判例を中心として」創価法学32巻1・2合併号(2002年)187頁以下、拙稿「DNA 鑑定と情報自己決定権」自治研究79巻8号(2003年)142頁以下を参照。なお、この拙稿に若干の加筆・修正を行なったものが、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、近刊)に掲載される予定である。

<sup>52</sup> たとえば、2001年3月15日連邦憲法裁判所第2部第3部会決定、2001年12月2日連邦憲法裁判所第2部第3部会決定、2002年11月19日連邦憲法裁判所第2部第3部会決定、2006年8月15日連邦憲法裁判所第2部第1部会決定、2006年12月7日連邦憲法裁判所第2部第1部会決定などが挙げられる。

また、当人の承諾なしに行なわれた DNA 型親子鑑定の結果を民事訴訟において証拠として採用することの可否が問題となった2007年2月13日の連邦憲法裁判所判決では、情報自己決定権によって保護される個人データには個人の遺伝的メルクマールに関する情報も含まれると述べる中で本決定が引用されている。このことからすると、本決定は、刑事手続におけるものに限らず、DNA 型鑑定一般と情報自己決定権との関係に関する連邦憲法裁判所の基本的な立場を示したものと考えられているといつてよいであろう。Vgl. BVerfG, NJW 2007, S.753ff. (754).

<sup>53</sup> BVerfGE 103, 21 (31).

<sup>54</sup> BVerfGE 103, 21 (31f.).

<sup>55</sup> BVerfGE 103, 21 (32).

<sup>56</sup> BVerfGE 103, 21 (32).

<sup>57</sup> BVerfGE 103, 21 (32).

<sup>58</sup> BVerfGE 103, 21 (33).

<sup>59</sup> BVerfGE 103, 21 (33) □ 内は筆者。

<sup>60</sup> BVerfGE 103, 21 (34).

<sup>61</sup> BVerfGE 103, 21 (37).

<sup>62</sup> 本決定の問題点につき、拙稿・前掲注(51)・147頁以下を参照。また、Vgl. Harald Wollweber, Der genetische Fingerabdruck auf dem Prüfstand, NJW 2001, S.2304f.

<sup>63</sup> Vgl. Lothar Senge, Anmerkung, NStZ 2001, S.331.

<sup>64</sup> Vgl. Lutz Meyer-Goßner, Strafprozessordnung, 50.Aufl., 2007, § 81g, Rn. 1.

<sup>65</sup> Vgl. Lothar Senge, Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung (DNA-Identitätsfeststellungsgesetz), NJW 1999, S.253ff.

<sup>66</sup> Vgl. Manfred Marktwardt/ Kilian Brodersen, Zur Prognoseklausel in § 81g StPO, NJW 2000, S.692ff.

<sup>67</sup> Vgl. Wollweber, aa.O. (Anm.62), S.2305.

<sup>68</sup> なお、この意味では、本決定が「以前に有罪判決を受けた当該個人の再犯危険性が『確実に排除できない』という推定だけでは情報自己決定権への干渉を正当化できない」と述べ、異議申立人の前科を列挙しただけで DNA 型鑑定の実施を許容した裁判所判決を「再犯危険性の推定」にのっての十分な理由を示したものとはいえないとした点については、法治国家原理から要請される条件を相当程度考慮したものと評価することが可能であろう。Vgl. BVerfGE 103, 21 (37f).

<sup>69</sup> Vgl. Senge, aa.O. (Anm.63), S.331.

<sup>70</sup> BVerfGE 103, 21 (33f.) □ 内は筆者。なお、この点については、池田・前掲注(51)・192頁を参照。

<sup>71</sup> 「重大な犯罪 (Straftat von erheblicher Bedeutung)」という概念は、刑事訴訟法98a条1項, 110a条1項, 131条3項, 131a条3項, 131b条1項, 163e条1項・2項, 163f条1項でも用いられているが、連邦憲法裁判所の本決定での定義については「この定義が特に実用的なものであるかは疑わしい」との批判もある。それによると、中程度の犯罪の領域は限定が可能であっても、ある行為が「法的安定を著しく阻害する」とか、「国民の法的安全についての感情を著しく侵害するに十分」であるか否かは明確には示せないとされる。Vgl. Peter Fluck, Anwendung und Auslegung der DNA-Identifizierung, NJW 2001, S.2292f. ただし、この批判は、実務の面においては「重大な犯罪」の意義が「中程度の犯罪の領域に含まれる犯罪」という意味しかもたないことを批判したものであって、私がここで指摘する国民の意識やそれを反映した判決による可変性を問題視したものではない。

- <sup>72</sup> 2003年改正については、渡邊斉志「ドイツにおける DNA 鑑定関連法規の改正」外国の立法221号（2004年）170頁以下を参照。
- <sup>73</sup> Gesetz zur Änderung der Vorschriften über die Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung und zur Änderung anderer Vorschriften, BGBl. I, 2003, S.3007
- <sup>74</sup> 渡邊・前掲注(64)・171頁を参照。
- <sup>75</sup> 2005年改正については、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227号（2006年）106頁以下を参照。
- <sup>76</sup> Vgl. Schneider/Rittner, a.a.O. (Anm.32), S.65.
- <sup>77</sup> Rademacher, a.a.O. (Anm.31), S.736. ラーデマッハーの議論については、池田・前掲注(24)・10頁以下、藤原・前掲注(24)「(三・完)」・39頁以下を参照。
- <sup>78</sup> このことから、ラーデマッハーは、DNA 分析そのものが「人の存在の生物学的条件」を検査の対象としているため「人格の不可侵の領域」を侵害しており、かつ被疑者をその意に反して検査の対象とし、その者の生物学的条件を証拠方法として取り扱うことは、被疑者を犯罪捜査の単なる客体に貶めてはならないとする原則に反していると論じる (Rademacher, a.a.O. (Anm.31), S.736.)。この意味では、ラーデマッハーの議論の中心にあるのは、DNA 分析がそもそも人間の尊厳に反するという理解であろう。たしかに、DNA 分析によって得られる情報が多層的・多元的であり、しかも DNA サンプルそのものがセンシティブ情報の宝庫であるということからすれば、公権力が個人の DNA を取り扱うことに対して警戒感を示す必要がある。しかし、比例原則の厳格な遵守のもとで DNA 分析が行なわれる場合にまでこのような議論が維持できるかは、やはり疑問である。ここでも、注(8)で指摘したように、取得される情報の類型にもとづいた議論が行われなければならないといえよう。この点につき、藤原・前掲注(24)「(三・完)」・40頁を参照。
- <sup>79</sup> ただし、ここでのラーデマッハーの批判は1990年連邦通常裁判所判決に向けられたものである。Vgl. Rademacher, a.a.O. (Anm.31), S.735ff.
- <sup>80</sup> 立法不在の状況での DNA 大規模調査についてその問題性を指摘するものとして、vgl. Kirsten Graalman-scheerer, DNA-Massentest de lege lata und de lege ferenda, NJW 2004, S.297ff.; Elisabeth Volk, DNA-Identitätsfeststellungsgesetz – Kein Ende der Begehrlichkeiten, NJW 2002, S.562ff.