

刑事手続における DNA 鑑定の 利用と人権論 (2)

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, 52巻2・3号)
3. 刑事手続における DNA 鑑定の利用の憲法学的考察
 - (1) DNA 鑑定と衝突しうる人権規定
 - (2) 身体の不可侵性に対する権利
 - (3) 人間の尊厳 (以上, 本号)
4. むすびにかえて

3 刑事手続における DNA 鑑定の利用の憲法学的考察

(1) DNA 鑑定と衝突しうる人権規定

ドイツにおいても、刑事手続における可能な限り完全な事実の追求と重大な犯罪の解明という公的利益の追求が法治国家的共同体の本質的な任務とさ

* 福岡大学法学部准教授

れ、このことが人権制約をも正当化するということは、もはや自明の事柄となっている。たとえば、連邦憲法裁判所は、デモ中に生じた暴行事件を撮影したテレビフィルムの差し押さえをめぐる訴訟において、「〔これまでも〕連邦憲法裁判所は、効果的な刑事訴追の不可避の必要性をくり返し承認し、刑事手続におけるできる限り完全な真実の発見という利益を強調し、そして重大犯罪の解明を法治国家的共同体の本質的な任務としてきた」と述べ、こうした利益による基本法2条1項や5条1項2文などの制約を承認している⁸¹。

また、現在の状況を見る限り、テロリズムや犯罪に対して「市民社会の安全」を希求する動きは、こうした考え方をさらに補強するものとなっているといえるだろう⁸²。しかし、人権を制約するための何らかの根拠があろうとも、一体いかなる場合に、いかなる人権が、いかなる範囲で制約されうるとすべきかは、憲法上の法治国家原理や個別的人権規定との対照によって検証されねばならない事柄でもある。そして、この場合には、公的利益がどのような内容をもつ人権に対して、いかなる強度で干渉・介入しているのかを見極め、その上で規制の適切性や比例性を論じる必要がある。

DNA 鑑定技術が刑事手続において利用される場合、DNA 鑑定のプロセスとの関係で、いくつかの人権規定がこれによって干渉・介入を受けると考えられる⁸³。まず、DNA 鑑定の第一段階においては、被疑者・被告人(81a条)、かつて有罪判決を受けた者(81g条)、不特定多数の対象者(81h条)などからDNA分析のための体細胞の採取が行なわれるが、この段階においては、とりわけ基本法2条2項が定める身体の不可侵性に対する権利(Recht auf körperliche Unversehrtheit)が問題となりうる。そして、第二段階として、獲得されたサンプルに対してDNA分析が行なわれることになるが、この段階では、とりわけ基本法1条1項が定める人間の尊厳、および基本法1条1項と結びついた2条1項によって保障され则认为られている情報自己決定権との関係が問題となりうる。また、DNA分析の結果得られたDNA識別

サンプル (DNA 型情報) については、さらに81h 条の場合を除いて81g 条 4 項・5 項により連邦刑事庁のデータベースへの登録が行なわれるが、この段階においては情報自己決定権や無罪推定原則との衝突が考えられるであろう。

(2) 身体の不可侵性に対する権利

(a) 身体への介入と「些細な事柄についての留保」

基本法 2 条 2 項 1 文によって保障される身体の不可侵性に対する権利は、人間のインテグリティを保護するという人間の尊厳の要請と密接に結びついた権利と考えられ、とりわけ生物学的・生理学的意味での健康、心理学的・精神的意味での健康および身体的インテグリティをその保障対象とするものであるとされる⁸⁴。この権利に対する干渉・介入には、人体への苦痛を伴うものと伴わないものとがともに含まれ、具体的には、生物学的・生理学的意味での健康の障害、人体の改変、人体実験、当該個人の知らないところでの薬物投与などが権利侵害の例とされる。また、有力な見解によれば、身体の不可侵性に対する侵襲の程度は権利への介入の成立を左右する要素ではなく、あくまで介入の憲法的正当化において考慮されるだけにすぎない。したがって、身体への侵襲がほんの少しでもあれば、それがいかに些細なものであろうとも、身体の不可侵性に対する権利への介入を意味することとなり、憲法上の正当化を必要とする⁸⁵。

DNA 分析のために体細胞の採取が行なわれる場合、それには血液採取、口腔内細胞片の採取などの手法がとられる⁸⁶。これらは医学的方法により行なわれるため、人体への危険や苦痛が少なく、また身体への侵襲の程度も軽微であるといえる。とはいえ、前述の見解にしたがう限りにおいて、これらもまた身体の不可侵性に対する権利への介入として位置づけられることとなる。

しかし、連邦憲法裁判所をはじめとする裁判所判決の立場は必ずしもこのような見解に沿うものではなかったといえる。連邦憲法裁判所の判断においては、ある措置によって生じる負担がその手法の面からごくわずかな程度にとどまり、それゆえ当該個人に対して要求しうるものである場合には、身体の不可侵に対する権利の介入は存在しないとされることがある。たとえば、裁判所が刑事訴訟法81a条にもとづいて被疑者に対する脳波測定および空気注入による脳室撮影措置の命令を下したことの違憲性が問われた事例において、連邦憲法裁判所は、空気注入による脳室撮影が身体の不可侵性に対する重大な介入にあたるとしながらも、電気的方法による脳波測定については、次のように判示して基本法2条2項1文への介入を否定している。すなわち、一般に電気的方法での脳波測定は被験者に対して何ら苦痛を惹き起こすものではなく、そのことからすれば「脳電図検査がそもそも基本法2条2項1文の意味における身体の不可侵性に『介入』するものであるか否かは問われなくともよい。なぜなら、この検査によって生じうる負担はごくわずかなものにすぎず、したがって要求可能なものだからである。それゆえ、当該事例において刑事訴訟法81a条にもとづき脳電図検査が命じられたことに対しては、憲法上疑義は生じない」⁸⁷。この事例では、空気注入による脳室撮影について、その後、比例原則にもとづく審査が行われているが、脳波測定についてはそのような審査は行われていない。すなわち、連邦憲法裁判所は侵襲の「些細さ (Bagatelle)」は身体の不可侵性への介入を生じないと考えていることとなる。

また、連邦行政裁判所も同様に、兵士の髪型・ひげに対する規制の合憲性が争われた事例において、身体の不可侵性に対する権利への介入を否定している。それによると、「たしかに問題とされている頭髮の切断は、頭髮がその一部を構成する人間の身体に直接に干渉するものである。それゆえ、頭髮を刈ることは基本法2条2項1文の意味における身体の不可侵性の侵害を意

味するとの見解が示される。しかしながら、このことはあらゆる場合に妥当するものではない。なぜなら、身体の不可侵に対する基本権は、苦痛を与えることも健康に害を加えることもない干渉に際しては、身体領域への侵害がかなりの重大さをもつ、不適切な、不快な取り扱いとみなされる場合にのみ、侵害されるからである⁸⁸。したがって、「人がその身体に対する、あらゆる不快に感じる影響から保護されたり、あるいは単なる精神的な不快感から保護されたりすること」は身体の不可侵性に対する権利によっては保障されない⁸⁹。ここでは、身体に対する些細な影響や単なる不快感だけでは身体の不可侵性に対する介入が根拠づけられないとされており、やはり「些細な事柄についての留保 (Bogatellvorbehalt)」⁹⁰が生じている。

こうした「些細な事柄についての留保」は、人権論一般の問題としては、しばしば主張される場所である。たとえば、イーゼンゼー (Isensee) によれば、基本権に対する侵害があるというためには、そこに単なる迷惑のレベルを越えて、損害のレベルに達する事情が存在しなければならないとされ、これを計る基準は量的なものであるため法学的に計測不可能ではあるが、保護法益の性質や傷つきやすさ、危険の強度、支配的な社会観や慣行、社会的妥当性といった指標が存在するという⁹¹。また、ピエロート/シュリンク (Pieroth/Schlink) も、基本権一般の問題として、干渉 (Beeinträchtigung) と迷惑 (Belästigung) との境界線を引くことは難しいとしながらも、単なる些細な揉め事や日常のわずらわしさ、主観的な不快感は基本権に対する干渉や介入とはならないとしている⁹²。

これに対しては、ザックス (Sachs) が反論を行なっている。それによると、「基本権の保護対象への影響は、一律的な些事定式 (Bogatellformen) を用いることで基本権にとって重要ではないと説明できるようなものではない。むしろ、とりわけ個々の基本権規定の保護対象の限定は、目的論的な厳格解釈を根拠として、想定されない些細な事例を最初から構成要件として除

外するように企てられている」⁹³とされる。ザックスの場合、このことから、基本権への干渉があるか否かの判断に際しては、個人の自己決定に対して強制類似の強度をもつ影響があるか否かを問題とすべきとされるのであるが、些細な事柄が常に基本権侵害を生じないとするアプローチがある種の目的論的解釈に依拠しているとの批判は重要であろう。

また、シュルツェ・フィーリッツ (Schulze-Fielitz) は、前述したような連邦憲法裁判所および連邦行政裁判所のアプローチを批判して、「このアプローチは基本権介入の権限の問題を、原則として可能な限り形式的に限界づけられるべき（そして『社会的妥当性』といった評価から独立であるべき）保護領域の確定へと拡大するものである」と述べる⁹⁴。すなわち、シュルツェ・フィーリッツにおいては、「些細な事柄についての留保」は、基本権ドグマティークにおける基本権の保護領域の確定とそれに対する介入の正当化という異なる二つの段階を混同したものだとして理解されるのである。同様に、ムルスヴィーク (Murswiek) も、基本法2条2項1文の解釈において、「いかなる干渉が、個々人によって『社会的に妥当な』ものとして甘受されるべき、軽微なものであるかを決定するのは、立法者の任務である」とした上で、「軽微性は侵害を否定するものではなく、その正当化を容易にするものである」と述べる⁹⁵。これらの見解もまた「些細な事柄についての留保」を採用せず、あくまで介入の正当化のレベルで侵襲の程度を考慮する立場にあるものといえる⁹⁶。

国家による基本権への介入の有無の問題は個別的な基本権の保護領域の問題とも密接に関係するが⁹⁷、少なくとも身体という人間の本質的な要素にかかわる基本権である身体の不可侵性に対する権利については、保護の必要性の高さからも国家による介入権限の慎重な取り扱いが求められ、また介入については高度な正当化が要求されるというべきであろう。その意味では、「些細な事柄」を判断する基準が非常に流動的かつあいまいであるという事

実は問題視されてしかるべきである⁹⁸。したがって、「些細な事柄についての留保」はここでは妥当せず、あらゆる形態・程度の侵襲が身体の不可侵性に対する権利に対する介入となると位置づける立場に、より説得力があるというべきであろう。

(b) 刑事訴訟法81a条にもとづく身体への介入と身体の不可侵性に対する
権利

そうすると、問題は、DNA分析のために行なわれる血液採取、口腔内細胞片の採取といった身体への介入行為が、身体の不可侵性に対する権利との関係で憲法上正当化されうるかということになる。ここで意味をもつのが、基本権制約に対する制約 (Schranken-Schranken) としての比例原則である⁹⁹。より具体的にいえば、刑事訴訟法81a条にもとづいて行なわれる身体への侵襲が、目的達成のために適格的であること、目的達成のために不可欠であること、そして目的との間で均衡のとれた関係にあること (狭義の比例性) が論証されなければならない¹⁰⁰。

この点、前述した連邦憲法裁判所1995年決定は次のように述べるにとどまる。「捜査の遂行のために、被疑者からその意思に反する身体への介入により採取されねばならない照合試料が必要となる場合には、特別な法律上の介入権限を必要とする。なぜなら、この措置によって、基本法19条1項および2項ならびに比例原則を考慮した法律にもとづいてのみ許される (基本法2条2項3文)、身体の不可侵性に対する権利 (基本法2条2項1文) への直接の介入が生じているからである。この介入が血液サンプルの採取であるならば、刑事訴訟法81a条がこのことについての十分な法律上の根拠となる。この法律は、むしろ血液採取という些細な介入を事実の究明という利益のもとで許容しているのである」¹⁰¹。

この1995年決定において連邦憲法裁判所は、81a条にもとづく血液採取を

身体の不可侵性に対する権利への介入と位置づけたうえで¹⁰²、81a条は基本権介入の形式的正当化要件（法律の留保）および実質的正当化要件（比例原則）を満たしていると判示している。ただし、比例原則についての論証は、血液採取を「些細な介入」と解し、犯罪事実の究明との間でのかたちだけの衡量をすることによって行なわれているにすぎず、実質的な議論はなされていない。この決定でも引用されている、81a条にもとづく身体検査の合憲性に関する連邦憲法裁判所の決定（髄液採取決定）は、「手続にとって意味をもつ事実の確定のために、医師によって医療技術の準則に基づき検査目的で行なわれる血液サンプルの採取その他の身体的介入は、健康に対する損害が生じない場合には、被疑者に対して、その同意がなくとも、81a条にもとづいて許される」としており、この理由として、81a条が憲法適合的解釈によって比例原則に沿うかたちで解釈されうることを挙げている¹⁰³。1995年決定もこのような立場を踏襲したものであり、81a条による血液採取それ自体はもはや憲法上の疑義を生じるものではないと理解しているのであろう。

学説においても、81a条にもとづく血液採取を憲法上疑義のあるもの、あるいは比例原則に反するものと解する立場は見当たらない。シュルツェ・フィーリッツは血液採取を連邦憲法裁判所と同様に「些細な介入」と解するし¹⁰⁴、ムルスヴィークも81a条にもとづく刑事手続上の目的のために行なわれる血液採取を「許容される方法によって身体のインテグリティに介入するもの」と解する¹⁰⁵。たしかに、身体の不可侵性に対する権利への介入については、比例原則がとりわけ厳格に適用されねばならないとしても¹⁰⁶、血液採取の手法的・内容的な観点での軽微性からすれば、現在解明が求められている犯罪事実の確定という利益との衡量において、81a条のもとの血液採取が憲法上正当化されるというのは、妥当な結論であるといえよう。

こうした結論については、81a条にもとづく血液採取がDNA分析のために行なわれる場合であっても、ほとんど影響を受けることがない。前述した

ように、1995年連邦憲法裁判所決定は、81a 条からは「一定の検査方法への限定を読み取ることにはできない」としており、また、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81a 条により得られた被疑者の血液サンプルが DNA 分析を受けることが認められると述べている¹⁰⁷。つまり、身体の不可侵性に対する権利との関係における81a 条の合憲性にとって重要なのは、法治国家原理から導かれる真相解明という目的とその実現手段として構想される血液採取という措置との間での比例性の問題であり、その中間に位置する DNA 分析の問題はほとんど考慮されないということになるであろう。もちろん、DNA 分析はそれ自体が81a 条のもとでの目的といたうようなものではないし、また身体の不可侵性に対する介入ともいえないことからすれば、これが基本法 2 条 2 項 1 文との関係で問題とされないことも十分に理解できる。したがって、現在解明が求められている犯罪事実の究明のために、具体的嫌疑や危険を理由に81a 条のもとで血液採取が行われ、それが81e 条により DNA 分析を受けることについては、身体の不可侵性に対する権利との関連において憲法上疑義を生じることはないといえるであろう。

(c) 刑事訴訟法81g 条にもとづく身体への介入と身体の不可侵に対する権利

しかし、これに対して、将来の刑事手続を想定して行なわれる DNA 分析のための身体への侵襲が憲法上正当化されるかについては、さらなる議論の余地がある。刑事訴訟法81g 条 1 項は、形式上、81a 条とは独立したかたちで、「将来の刑事手続における個人の同一性確認のために体細胞の採取が行なわれる」ことを定めている。したがって、ここでは81a 条の合憲性をそのまま81g 条の合憲性へと転化することはできない。比例原則の観点からすれば、たとえ行なわれる措置が81a 条で定められたものと同じであろうとも¹⁰⁸、その措置を行なう目的が異なれば、やはり別の問題が生じうる。81a 条の場合は、少なくとも現在問題となっている犯罪事実の解明という目的との関係

では血液採取といった措置が比例原則に適合すると考えられているにすぎない。

連邦憲法裁判所は、2000年決定において、81g 条が情報自己決定権を侵害するものではないとする理由づけのなかで、81g 条の目的について、「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」と述べている¹⁰⁹。このことを手がかりに身体の不可侵性に対する権利への介入の憲法的正当化を考えた場合、「将来の重大犯罪の解明を容易にすること」という目的が血液採取を正当化しうるかが問題となろう。ここで注目すべきは、81g 条の介入目的が多く の面 で抽象的かつ仮想的なものであるという点である。たしかに、連邦憲法裁判所がいうように、81g 条の目的は広い意味で裁判（司法）目的に資するものであろうが、それは個人の同一性確認による現に生じている犯罪事実の確定のように、直接に司法目的と結びつくものではない。第一に、ここで解明の対象とされているのは「将来の重大犯罪」であり、これについてはそもそも発生するかどうかの不確定なものであるといわざるをえないであろう。もちろん、この点について、連邦憲法裁判所は「再犯危険性の推定」が行われるべきことを理由に問題の相対化を図っているが、それでもこれが抽象的な予測の域を出ないことは間違いない。そうすると、措置の緊急性・不可欠性といった点についての疑問が生じる。また、第二に、ここで追求されている直接の目的が、「犯罪の解明」にいたるかが不明な「解明の容易化」であることも問題となろう。「将来の重大犯罪」がまだ生じていないものである以上、その解明にとって個人の同一性確認が重要な要素となりうるかもまた不確定である。したがって、個人の同一性確認は、あくまで想定事例において犯罪事実の解明の重要な鍵となる「かもしれない」という抽象的なレベルでのみ必要性が論じられるものにすぎない。さらに、「解明の容易化」が犯罪事実の解明そのものとは異なり、あくまで便宜的なもの

にすぎない点にも注目する必要がある¹¹⁰。これらの点からすると、81g 条における「将来の重大犯罪の解明を容易にすること」という介入目的は、81a 条におけるそれよりも正当化のレベルが低いともいえるであろう。

とはいえ、身体の不可侵性に対する権利への介入については、81g 条は比例原則にかなうものとされる可能性が高い。やはり、血液採取や口腔内細胞片の採取といった措置は、対象者の健康への継続的損害という面でも、また対象者の苦痛という面でも、軽微なものと理解されるがゆえに、それほど高いレベルの正当化を要求するものではない。一般に、身体の不可侵性に対する権利への介入は、それが重大なものであればあるほど、あるいは生命に対する危険が大きければ大きいほど、高度な正当化が要請されるという、いわゆる「Je-Desto 定式」が採用されているため¹¹¹、身体への侵襲の軽微性はこの点で介入の憲法的正当化にとって大きな意味をもつことになる。この点、シュルツェ・フィーリッツは、犯罪捜査目的での身体の不可侵性への介入について、そこでの「Je-Desto 定式」の発現の仕方を、「犯罪がより重大であればあるほど、そして犯罪の嫌疑がより大きければ大きいほど、介入が許容される」というかたちで理解している¹¹²。しかし、この場合でも、侵襲の軽微性は犯罪の重大性や嫌疑の程度を相対化する役割を担っていると考えられる¹¹³。したがって、81g 条における身体への侵襲が血液採取、口腔内組織片の採取といった手法にとどまる限りにおいては、その侵襲の軽微性のゆえに基本法 2 条 2 項 1 文に対する介入が正当化されることになるであろう¹¹⁴。

(3) 人間の尊厳

(a) DNA のコード化領域と非コード化領域との区別

刑事訴訟法上の規定にもとづいて取得された体細胞サンプルに対して分子遺伝学的な検査を行なうことが、基本法 1 条 1 項が定める人間の尊厳に反しないかという問題は、これまでしばしば論じられてきたところである。たと

えば、刑事手続への DNA 分析技術の導入に対して最も批判的な論者であったラーデマッハーは、すでに述べたように、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述べ、DNA 分析が人間の尊厳に反するとの理解を示していた¹¹⁵。また、ケラーも DNA 分析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指摘していた¹¹⁶。

しかし、こうした議論については、どのような DNA 分析が、いかなる意味において人間の尊厳に反するとされているのかを整理する必要がある。刑事手続における DNA 分析がコード化領域にもかかわるのか、それとも非コード化領域に対するものに限定されているのか、あるいは DNA 分析を行なう目的が現在の犯罪事実の解明であるのか、将来の刑事手続を志向するものなのか、さらには人間の尊厳が一体ひとのいかなる利益を保護するものであるのかといった問題は、刑事手続における DNA 分析が人間の尊厳に反するか否かについての判断を左右する重要な要素となりうるであろう。とりわけ、人間の尊厳についての支配的見解のもとでは、人間の尊厳は他の憲法規範によって相対化されることも、他の法的利益との衡量によって相対化されることもないとされ¹¹⁷、人間の尊厳に反するとすれば、いかなる理由による介入も憲法上正当化が不可能になることに鑑みれば、DNA 分析が人間の尊厳を侵害するかという点については慎重な検討が必要になるといえる。

この点、ケラーの主張はあくまで DNA 分析がコード化領域において行なわれる場合だけを人間の尊厳との関係で問題視しており、現在の刑事訴訟法上の DNA 分析には必ずしも該当しない議論といえるであろう。ケラーの場

合、いまだ81e条が設けられていない状況の下で、刑事訴訟法上根拠のないまま DNA 分析が行なわれ、それによって歯止めのない DNA 分析が行なわれる可能性があることを批判したものであって、DNA 分析が非コード化領域に限定されている場合には、人間の尊厳の侵害という問題は生じないと考えていた¹¹⁸。

こうしたケラーの主張にも見られる、DNA 分析の対象をコード化領域と非コード化領域とに区別して論じる思考方法は、ドイツの憲法論においても広く浸透した考え方である¹¹⁹。連邦憲法裁判所は、1995年決定において、「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ということは明らかではない」として、非コード化領域における DNA 分析であっても人間の尊厳に反するとの見解を斥けている¹²⁰、2000年決定においても、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わり、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」人間の尊厳に反することはないとしている¹²¹。学説においても、ドライアー (Dreier) が「遺伝的プログラムに関する情報を入手するために行なわれる包括的な遺伝子分析は、〔当該個人の〕同意なしには許されない」とする一方で、「DNA のうち、有意な情報をもたない、非コード化領域 (いわゆるミニサテライト) のみが比較の対象とされる、…いわゆる『遺伝子指紋 (genetische Fingerabdruck)』は、人間の尊厳に適合的である」と述べるほか¹²²、多くの論者がこうした区別を受け入れている¹²³。

DNA の非コード化領域は、別名「ジャンク DNA」とも呼ばれ、タンパク質に翻訳されないことから、現代の医学的・分子遺伝学的知見のもとでは、一般に個人識別機能を有するにとどまり、個人の遺伝的特質を表すものではないとされている¹²⁴。そして、このことから、連邦憲法裁判所も採用する

「指紋類似テーゼ」が示されることになる¹²⁵。すなわち、「〔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、あるいは毛髪構造と同様に評価することができる」¹²⁶。ここでは、DNA分析が非コード化領域にかかわる限りで、それは従来から承認されてきた指紋による個人の同一性確認と変わるところがないとされるのである¹²⁷。

たしかに、多くの文献や判例が指摘するように、非コード化領域についてDNA分析をすることによって獲得されるDNA型情報は、それだけでひとの人格プロフィールを構築するようなものではない¹²⁸。その意味では、コード化領域についてのDNA分析と非コード化領域についてのそれとを峻別し、DNA型情報を指紋情報と同視するアプローチにもそれなりの説得力がある。しかし、このようなアプローチに対しては、いくつかの点で疑問が提起されている。第一に、指紋、血液型、毛髪構造といった従来の個人識別情報は、あくまで個人の同一性確認を行う上で有用であったにすぎないが、DNA型情報はこれ以外にも、親子鑑定に利用しうる¹²⁹、また非コード化領域からの情報であっても人種・性別などの判別が可能であるとされ、指紋情報などよりも情報量が多く、広い範囲に適用可能なものであることが指摘される¹³⁰。また、近年では、いわゆる「ジャンクDNA」の中にも、一定の個人の遺伝的特質を示すマーカーが存在していることが研究によって明らかとなっている¹³¹。このことは、DNA型情報が個人の同一性確認にとって極めて有用であるとともに、それだけにとどまらず、さらなる利用可能性を秘めていることを示している。第二に、とりわけ指紋との異同という観点でいえば、指紋はあくまで体表外にある「指先の紋様」であり、そこからは個人の人格的諸要素を読み取ることは不可能というべきであるが、これに対して、DNA型情報を獲得するためのサンプルはDNAという遺伝的特質を示す情報の宝庫

であることも問題となる。アプローチの仕方として、最終的に利用される情報に共通性があるからといって、元となるサンプルに大きな違いを有する両者を安易に同視するのは、いささか慎重さに欠けるといえるかもしれない¹³²。さらに第三に、刑事訴訟法上の DNA 分析が非コード化領域に限定されるというのは、あくまで判例および通説の主張するところであって、条文上明記されたものではないことにも留意する必要があるであろう。刑事訴訟法81e 条では単に「分子遺伝学的検査」という文言が用いられているにすぎず、ここでは非コード化領域への限定は明文化されていない。もちろん、多くの判例や通説の見解においては、DNA 分析の非コード化領域への限定が当然視されているが¹³³、これを越える DNA 分析が法律上完全に排除されているわけではない¹³⁴。

こうしてみると、刑事訴訟法における DNA 分析は非コード化領域におけるものに限定されており、それゆえ人間の尊厳に反することはないとの判例・通説の立場は必ずしも十分な根拠をもたないようにも思われる。その意味では、ラーデマッハーなどに見られる懸念も単なる杞憂とはいいたいがたい面もある。そうすると、問題は人間の尊厳の保障内容如何、そして DNA 分析の目的如何ということになるであろう。

(b) DNA 分析と「領域理論」

基本法 1 条 1 項が定める人間の尊厳が、個人の私的事項についていかなる保障を及ぼしているかについては、よく知られるように、いわゆる「領域理論 (Sphärentheorie)」が展開されてきた。領域理論は、もともと私法上の一般的人格権の解釈について連邦通常裁判所が採用していたアプローチであり、審査の対象となっている生活関係がいかなる領域に分類されるかを基準として、その領域に応じて保護の強弱を決定するものであった¹³⁵。連邦憲法裁判所はこれを憲法上の一般的人格権にも妥当させ、かつ人間の尊厳によつ

て保護される「絶対不可侵の核心領域」を承認するために用いてきた¹³⁶。

領域理論における代表的な領域の分類によれば、個人の私的生活は異なった保護強度をもつ三つの領域に区分されるといふ¹³⁷。第一が、あらゆる国家的干渉から免れる核心・内密領域（Intimsphäre）である。この領域は、個人にのみ帰属する事項、すなわち本質的に秘密性を有する事項を内容とする、不可侵の領域である。この領域においては、その内容とされる私的事項に対する保護は絶対的なものであり、比例原則にもとづく衡量も行なわれることはない。第二に、この核心・内密領域の周りには私的領域（Privatsphäre）と呼ばれる領域が存在する。私的領域は、私的コミュニケーションの領域とでもいうべきものであり、会話や手紙など、ごく狭い範囲であっても他者との関連を必然的にもつ私的事項を内容とする。この領域への干渉は、優越する公益のために、比例原則の厳格な遵守のもとで許容される。したがって、ここでの保障は相対的なものとどまる。そして、第三に、私的領域のさらに外側には社会公共領域（Öffentlichkeitssphäre）が存在する。この領域は、より広範なあるいは不特定の範囲でのコミュニケーションを内容としており、ほとんど秘密性を有しない生活領域である。これはいわば「公的生活への参加」を本質とする領域であり、この領域に分類される事項については私的事項としての保護をほとんど受けないとされる¹³⁸。

これらの領域のうち、一般に人間の尊厳と最もつながりが強いとされるのは、核心・内密領域である¹³⁹。連邦憲法裁判所はエルフェス判決において、「個々の市民には私的生活形成の領域が憲法上留保され、したがってあらゆる公権力による干渉から免れた人間の自由の最終的に不可侵の領域が存在する」ことを人間の尊厳から導いているし¹⁴⁰、録音テープ決定においても、「優越する公的利益でさえ、絶対的に保護された私的な生活形成の核心領域に干渉することを正当化されないものであり、比例原則による比較衡量は行なわれない」ことを人間の尊厳から導き出している¹⁴¹。これ以外の領域においては、

たとえ私的事項の保護が何らかのかたちで人間の尊厳とかかわるとしても、本質的にはそれは基本法 1 条 1 項と結びついた 2 条 1 項から導き出される一般的人格権の問題として処理され、人間の尊厳保障の特質である「不可侵性」、 「絶対的保障」、 「比例原則による実践的整合性追求の拒否」といった要素を失うことになる。

したがって、ある私的事項が核心・内密領域に属する事項とされれば、それは人間の尊厳による直接的な保護を受け、論理的にはいかなる公権力による干渉からも免れることとなろう。ただし、しばしば指摘されるように、連邦憲法裁判所は核心・内密領域に属する事項が具体的にどのようなものであるかを明らかにしたことはないし、また判決の中で核心・内密領域への侵害を認めたこともない¹⁴²。したがって、いかなる事項が核心・内密領域に含まれ、そして人間の尊厳による絶対的な保護を享受するかは不明なままであるというほかない¹⁴³。しかし、ここで問題となっている DNA 情報についていえば、連邦憲法裁判所も、多くの学説も、それが人格プロフィールへと到達する可能性を有する限りで核心・内密領域に属すると解しているといつてよいであろう。「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」¹⁴⁴ことを理由として、刑事訴訟法上の DNA 分析を人間の尊厳に反しないとした 2000 年の連邦憲法裁判所決定はそれを明確に示している。

以上のことからすれば、領域理論のもとで DNA 情報は、それが人格プロフィールへと到達するようなものである場合、人間の尊厳による直接的な保護を受ける核心・内密領域に分類され、この情報に対してはいかなる理由によっても公権力による干渉が憲法上許容されないということになろう。これに対して、人格プロフィールへと到達する可能性をもたない DNA 情報であれば、それは必ずしも人間の尊厳による直接的な保護を受ける必要はなく、私的領域へと分類されることとなる。たとえば、あくまで個人の同一性確認

のためにだけ有用性をもつ DNA 情報が存在するとすれば、これの取得・利用などについては、優越する公益によって憲法上正当化が可能であるといえよう。すなわち、DNA サンプルから DNA 分析によって作り出される DNA 情報については、それが人格プロフィールへと到達するものか否かによって区別が行なわれることとなり、それぞれで憲法上の保護の強度が異なる。

従来の、DNA 分析がコード化領域について行なわれるか、それとも非コード化領域について行なわれるかという区別はまさにこの点を指摘したものであった。しかし、前述したように、非コード化領域から獲得される DNA 情報が人格プロフィールへと到達する可能性を完全には排除できない現在の状況の下では、こうした区別がかなり相対化しつつあることも確かである。その意味では、今後の分子遺伝学的知見の発展次第では、非コード化領域についての DNA 分析であっても人間の尊厳を侵害する可能性が生ずることはありうる¹⁴⁵。今のところ、コード化領域／非コード化領域の区別と DNA 情報の区別とがある程度一致しているため¹⁴⁶、コード化領域／非コード化領域の区別によって人間の尊厳侵害の問題が処理されているが、むしろ憲法上の保護にとって重要なのは、DNA 情報が人格プロフィールへと到達するものであるか否かという区別であるというべきであろう¹⁴⁷。

(c) 領域理論の相対化傾向

おそらく、従来の有力な領域理論的アプローチに照らしていえば、以上のような結論が導かれる。しかし、こうした領域理論のアプローチに対しては、次のような異論が存在する。フーフエン (Hufen) によれば、核心・内密領域は人間の尊厳によって絶対的に保護されるべき領域だとの理由から、核心・内密領域があらゆる国家的な危険回避行為 (Ingerenz) からも保護されるべきだと主張することは、たとえば子どもへの性的暴行、重大犯罪の計画、あるいはさらに、たとえば児童ポルノグラフィーなど人間の尊厳の明ら

かな侵害が問題となっている場合に、明らかな矛盾を露呈することになるという¹⁴⁸。これらの行為は多くの場合、内密領域において行なわれるとも考えられるのであるが、フーフェンは「ここにおいても被害者に対する国家的保護が可能であるべきことは当然である」とする¹⁴⁹。そして、連邦憲法裁判所のいわゆる日記決定¹⁵⁰を引き合いに出しつつ、同様のことが「刑事訴追だけでなく、重大犯罪の防止にも妥当しうる」と主張する¹⁵¹。「したがって、幾何学的に、厳密に、絶対的に閉鎖された『領域』が重要なのではなく、比例原則の責任原理にのっとった、個々のケースにふさわしい適用が重要なのである」¹⁵²。すなわち、フーフェンにとって領域理論は、核心・内密領域にかかわる場合であっても、比例原則における介入目的、適切性、必要性、および要求可能性の程度を議論するための枠組みと理解されているというべきであろう。

フーフェンの見解にしたがえば、刑事手続上の理由があれば、核心・内密領域に属する私的事項についても、比例原則の厳格な適用のもとで介入が可能ということになる。ここで引き合いに出される日記決定は、私的な手記を刑事手続において利用することが人間の尊厳に反しないかが争われたケースであったが、連邦憲法裁判所は手記が具体的な犯罪行為に直接的関連を有する場合、そのような手記は私的生活形成の不可侵の領域には属さないとした¹⁵³。この決定に対しては、刑事手続における真実発見の利益が人格権保護の領域確定を左右していることから、実質的に「人間の尊厳の内容の相対化」が生じたとの批判もある¹⁵⁴。これに対して、フーフェンはむしろ連邦憲法裁判所の結論を積極的に受入れ、法治国家的利益および憲法上の責任原理を強調した領域理解を示し、より明確に内密領域の相対化を行なっている。しかもフーフェンの場合、現在問題となっている犯罪の解明だけでなく、「重大犯罪の防止」もが内密領域への介入を憲法上正当化する根拠となっている。このことからすれば、「将来の刑事手続」を想定して行なわれる核心・内密

領域への介入、より具体的には人格プロフィールへと到達しうる DNA 情報の獲得・収集も、比例原則の厳格な適用のもとにおいては、正当化される余地が生じることになるであろう。このような見解は、ヘルデーゲン (Herdegen) にも見られる。ヘルデーゲンは「危険防止あるいは刑事訴追の目的で身体上の人格メルクマールを調査することは、通常人間の尊厳とはかわりをもたない」と述べ、フーフェンと同様にこの領域での比例原則の適用を主張するのである¹⁵⁵。

もちろん、これらの主張は近時有力であるとはいえ、一般的なものとはいえないがたいし、また現在の連邦憲法裁判所の見解と必ずしも一致するものではないだろう。2000年決定において連邦憲法裁判所が、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」について述べていることからすれば、連邦憲法裁判所はいまだに形式的な領域理解を放棄してはいないし、核心・内密領域での比較衡量の導入を拒否しているというべきかもしれない¹⁵⁶。ただし、この連邦憲法裁判所の立場がそれほど強固なものであるのか、さらにはすでに領域確定に際して比較衡量的手段が実質的に導入されているのではないのかという問題には検討の余地があるように思われる。むしろ、日記決定に見られるように、刑事手続にとって重要である限りにおいて、本来は核心・内密領域に属すると考えられる私的事項が、核心・内密領域から除外されるということは十分に考えられる¹⁵⁷。そうすると、従来主張されてきた、コード化領域についての、あるいは人格プロフィールに到達しうる DNA 分析は人間の尊厳に反し、絶対的に許容されないという議論はそれほど多くの説得力をもたなくなっているともいえる。その意味では、ここでも近年ドイツにおいて議論となっている、人間の尊厳保障の相対化、あるいは人間の尊厳保障への比例原則の適用の問題が生じていると見ることができよう¹⁵⁸。

領域理論および人間の尊厳についてのいずれの見解に立つにせよ、現行の

刑事訴訟法上の DNA 分析が人間の尊厳に対する侵害に当たらないという結論そのものに違いはない。少なくとも現在の段階では、刑事手続において行なわれる DNA 分析が非コード化領域に限定されている限りにおいて、直接には人間の尊厳侵害を構成しないというべきであろう。しかし、これは先にも述べたように、判例・学説による刑事訴訟法81e 条および81g 条の憲法適合的解釈によってかろうじて支えられている結論であるとともに、分子遺伝学的知見の発展によって再検討を必要とする可能性がある結論でもある¹⁵⁹。仮に、刑事訴訟法の適用に際してコード化領域に対する DNA 分析が行なわれるようなことがあれば、あるいは非コード化領域においても人格プロフィールに到達しうような情報の獲得が可能になれば、やはり人間の尊厳保障との関係での慎重な議論が行われなければなるまい¹⁶⁰。その際には、人間の尊厳保障についてその絶対性を維持するのか、それとも犯罪の解明（あるいは将来の犯罪防止）という法治国家的利益によって人間の尊厳保障も相対化されうとするのかがより深刻な問題として立ち現れてくるに違いない。

(未完)

⁸¹ BVerfGE 77, 65(76) ([] 内は筆者) およびそこで引用されている諸判例を参照。なお、後述する日記決定 (BVerfGE 80, 367) においても同様の言明が見られる。

⁸² この点につき、本稿注(18)でのテッティンガーの見解などを参照。

⁸³ Vgl. Markus Neuser, Rechtsfragen der DNA-Analyse zum Zweck der DNA-Identitätsfeststellung in künftigen Strafverfahren, 2006, S.78.

⁸⁴ Vgl. Helmuth Schulze-Fielitz, in: Horst Dreier (hrsg.), Grundgesetz-kommentar, 2. Aufl., Bd.I, 2004, Art. 2 II, Rdnr. 33; Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 23. Aufl., 2007, Rn. 391ff.; なお, Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte Staatsrecht II の15版の邦語訳である, ボード・ピエロート/ベルンハルト・シュリンク (著) 永田秀樹・松本和彦・倉田原志 (訳) 『現代ドイツ基本権』(法律文化社, 2001年) 133頁以下も参照。

⁸⁵ Vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 395f.; また, ピエロート/シュリ

ンク・前掲注(84)・135頁を参照。

⁸⁶ これ以外にも、唾液サンプル、毛髪サンプル、精液サンプルなどを用いたDNA分析が可能であるが、正確性担保のため血液および口腔内組織片が用いられることが多い。Vgl. Kilian Brodersen/Katja Anslinger/Burhard Rolf, DNA-Analyse und Strafverfahren, 2003, S. 1, S. 102f.; Neuser, a.a.O. (Anm. 83), S. 79.

⁸⁷ BVerfGE 17, 108(115).

⁸⁸ BVerwGE 46, 1(6f.).

⁸⁹ BVerwGE 46, 1(7). これに対して、連邦憲法裁判所は頭髮・ひげの強制的切断が問題となった事例において、こうした措置を身体への不可侵に対する権利への干渉として理解している。Vgl. BVerfGE 47, 239(248f.).

⁹⁰ Vgl. Schulze-Fielitz, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 49.

⁹¹ Josef Isensee, Das Grundrecht als Abwehrrecht und als staatliche Schutzpflicht, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. V, 2. Aufl., 2000, Rn. 66.

⁹² Pieroth/Schlink, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 245f.; また、ピエロート/シュリンク・前掲注(84)・85頁以下を参照。ただし、ピエロート/シュリンクの場合、身体への不可侵性に対する権利については、こうした「些細な事柄についての留保」を採用していない。この点につき、Vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 395f.; また、ピエロート/シュリンク・前掲注(84)・135頁を参照。

⁹³ Michael Sachs, in: Michael Sachs (hrsg.), Grundgesetz Kommentar, 4. Aufl., 2007, Vor Art. 1, Rn. 94.

⁹⁴ Schulze-Fielitz, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 49.

⁹⁵ Dietrich Murswiek, in: Sachs (hrsg.), a.a.O. (Anm. 93), Art. 2, Rn. 163.

⁹⁶ これと反対に、身体への不可侵性に対する権利への介入について、些事定式に類するアプローチから保護領域の相対化を主張するものとして、vgl. Philip Kunig, in: Ingo von Münch/Philip Kunig (hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1.5, Aufl., 2000, Art. 2, Rn. 64.

⁹⁷ Pieroth/Schlink, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 228; また、ピエロート/シュリンク・前掲注(84)・80頁以下を参照。

⁹⁸ Vgl. Michael Antoni, in: Dieter Hömig (hrsg.), Grundgesetz, 8. Aufl., 2007, Art. 2, Rn. 12.

⁹⁹ 比例原則については、とりわけ松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会, 2001年) 54頁以下, Pieroth/Schlink, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 279ff.; また、ピエロート/シュリンク・前掲注(84)・94頁以下を参照。

¹⁰⁰ ただし、Pieroth/Schlink, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 289ff. は狭義の比例性の審査を

合理的で拘束力ある基準に欠けるものと述べ、さらに狭義の比例性の審査によって得られる結論は不可欠性の審査によっても説明可能であることが多いとする。ピエロート／シュリンク・前掲注(84)・96頁以下を参照。

¹⁰¹ BVerfG, a.a.O. (Anm. 34), S. 46. 本決定を参照して同様の結論にいたるものとして, BVerfG, NJW 1996, S. 3071ff.

¹⁰² この意味では、本決定は前述した脳波測定についての連邦憲法裁判所判決が採用した「些事定式」を用いていないということになろう。

¹⁰³ BVerfGE 16, 194 (200ff.).

¹⁰⁴ Schulze-Fielitz, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 71.

¹⁰⁵ Murswiek, a.a.O. (Anm. 95), Rn. 185.

¹⁰⁶ Vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 403.; また、ピエロート／シュリンク・前掲注(84)・136頁を参照。

¹⁰⁷ BVerfG, a.a.O. (Anm. 34), S. 46. なお、この時点では81a条によって得られた血液サンプルに対してDNA分析を行なうための根拠規定を欠いていたが、前述したように、1997年の刑事訴訟法改正により81e条が挿入され、これがDNA分析の根拠規定となっている。

¹⁰⁸ Vgl. Meyer-Goßner, a.a.O. (Anm. 64), § 81g, Rn. 2

¹⁰⁹ BVerfGE, 103, 21 (33).

¹¹⁰ Vgl. Meyer-Goßner, a.a.O. (Anm. 64), § 81g, Rn. 2. マイアー・ゴスナーは、81g条の目的を純粋な意味での刑事司法目的ではなく「鑑識目的」と位置づける。

¹¹¹ Vgl. Friedhelm Hufen, Staatsrecht II Grundrechte, 2007, S. 216.

¹¹² Schulze-Fielitz, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 71; 同旨の見解として, vgl. Murswiek, a.a.O. (Anm. 95), Rn. 184.

¹¹³ 前述したように、シュルツェ・フィーリッツは血液採取を「些細な介入」と位置づける。Vgl. Schulze-Fielitz, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 71.

¹¹⁴ シュルツェ・フィーリッツは、刑事訴訟法81g条にもとづく体細胞採取をも血液採取と同様に「些細な介入」と理解しているようである。Vgl. Schulze-Fielitz, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 71.

¹¹⁵ Vgl. Rademacher, a.a.O. (Anm. 31), S. 736; なお、この点につき、本稿の注(78)を参照。

¹¹⁶ Vgl. Keller, a.a.O. (Anm. 26), S. 2292ff.

¹¹⁷ Vgl. Josef Isensee, Der Grundrechtliche Status des Embryos – Menschenwürde und Recht auf Leben als Determinanten der Gentechnik, in: Otfried Höffe/Ludger Honnefelder/Josef Isensee/Paul Kirchhof, Gentechnik und Menschenwürde, 2002, S. 67; Holger Haßmann, Embryonenschutz im Spannungsfeld in-

ternationaler Menschenrechte, staatlicher Grundrechte und nationaler Regelungsmodelle zur Embryonenforschung, 2003, S. 81; Wolfram Höfling, Art. 1, in: Sachs (hrsg.), a.a.O. (Anm. 93), Rn. 10; 拙稿「人間の尊厳保障の絶対性？」福岡大学法学論叢50巻4号(2006年)610頁以下を参照。

¹¹⁸ ケラーはDNA分析が非コード化領域において行なわれる場合には、情報自己決定権が侵害される可能性があるとするが、人間の尊厳侵害については述べていない。Vgl. Keller, a.a.O. (Anm. 26), S. 2292ff.

¹¹⁹ アメリカの判決・学説でもこのような分類が用いられていることにつき、山本・前掲注(5)「DNAデータベースと憲法」・104頁以下、同・前掲注(5)「DNAデータベース法制と憲法問題」113頁以下、同・前掲注(5)「憲法学的考察」・115頁以下を参照。

¹²⁰ BVerfG, a.a.O. (Anm. 34), S. 46. □内は筆者。

¹²¹ BVerfGE 103, 21 (31f.).

¹²² Horst Dreier, in: Dreier (hrsg.), a.a.O. (Anm. 84), Art. 1I, Rn. 141. □内は筆者。

¹²³ たとえば, vgl. Hans Hofmann, in: Bruno Schmidt-Bleibtreu/Franz Klein, Kommentar zum Grundgesetz, 10. Aufl., 2004, Art. 1, Rn. 52; Reinhold Zipperius/Thomas Würtenberger, Deutsches Staatsrecht, 31. Aufl., 2005, S. 206f.; Matthias Herdegen, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Grundgesetz Kommentar, 2007, Art. 1 Abs. 1, Rn. 88.

¹²⁴ 山本・前掲注(5)「DNAデータベースと憲法」・104頁以下を参照。

¹²⁵ 「指紋類似テーゼ」は山本龍彦によって用いられている用語であり、山本はアメリカでの判例状況における『合法的に収監されている者 (person in lawful custody)』からの指紋採取とのアナロジーを用いた比較衡量』のアプローチについて、この語を用いている。ただし、本稿では、非コード領域におけるDNA分析によって得られた情報を用いて行なう個人の同一性確認の手法を、指紋情報を用いて行なう個人の同一性確認に類するものと理解するアプローチを、広く「指紋類似テーゼ」と呼ぶことにする。山本・前掲注(5)「DNAデータベース法制と憲法問題」106頁および109頁以下、同・前掲注(5)「DNAデータベースと憲法」・133頁以下

¹²⁶ BVerfG, a.a.O. (Anm. 34), S. 46. □内は筆者。

¹²⁷ 指紋情報による個人の同一性確認は、刑事訴訟法81b条によって法的に根拠づけられ、また、直接に指紋押捺を強制することの違憲性が問題になったわけではなかったが、強制的な頭髪およびひげの切断が問題となった連邦憲法裁判所の判例において、81b条の合憲性が承認されている。Vgl. BVerfGE 47, 239 (252).

- ¹²⁸ Vgl. Neuser, a.a.O. (Anm. 83), S. 86.
- ¹²⁹ Vgl. Alfred Wolf, Biologische Abstammung und rechtliche Zuordnung, NJW 2005, S. 2417ff.
- ¹³⁰ Vgl. Herdegen, a.a.O. (Anm. 123), Rn. 88.
- ¹³¹ Vgl. Michael Ronellenfitsch, Genanalysen und Datenschutz, NJW 2006, S. 324. また、山本・前掲注(5)「DNA データベースと憲法」・104頁以下および148頁以下を参照。
- ¹³² 山本・前掲注(5)「DNA データベースと憲法」・107頁によれば、DNA サンプルは、「実施される DNA 分析あるいは遺伝子テスト次第で、『病気に関する遺伝的傾向、身体および精神特性、公にあきらかにされていない私的事実』に関する情報をほぼ無制限に取り出せる個人情報の宝庫であり、常に『二次検索(second search)』の危険を抱えたものである」とされる。
- ¹³³ Vgl. Meyer-Goßner, a.a.O. (Anm. 64), § 81e, Rn. 1.
- ¹³⁴ この点、ツイペリウス/ビュルテンベルガーが、人間の尊厳保護の面から重大な疑義があるとしながらも、「人格プロフィールを導き出しうるような分子遺伝学的データを調査・収集することが許されるのか、許されるとしてそれはいかなる条件の下でかは、詳細な議論を必要とする」と述べていることが注目される。Vgl. Zipperius/Würtenberger, a.a.O. (Anm. 123), S. 206.
- ¹³⁵ 連邦通常裁判所における領域理論の展開につき、根森健「人格権の保護と『領域理論』の現在－最近のドイツ連邦憲法裁判所判例から－」時岡弘先生古稀記念『人権と憲法裁判』（成文堂、1992年）79頁以下、連邦憲法裁判所における領域理論の展開につき、根森・前掲・85頁以下、平松毅「個人情報保護 ドイツにおける個人情報保護概念の形成」公法研究53号（1991年）74頁を参照。
- ¹³⁶ 根森健「日記類似の個人的な手記の刑事手続での利用と一般的人格権の保護－日記決定－」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）29頁を参照。
- ¹³⁷ Vgl. Rupert Scholtz, Das Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts in: AöR 100 (1975), S. 265ff.; Dietwalt Rohlf, Der grundrechtliche Schutz der Privatsphäre, 1980, S. 76ff. なお、拙稿「ドイツにおける情報自己決定権について」上智法学論集42巻1号（1998年）134頁以下を参照。
- ¹³⁸ ここでは、ロールフの分類と特徴づけを参考とした。Vgl. Rohlf, a.a.O. (Anm. 137), S. 76ff. 同様の分類および特徴づけをするものとして、vgl. Klaus Vogelgesang, Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung?, 1987, 42ff.
- ¹³⁹ Vgl. Rohlf, a.a.O. (Anm. 137), S. 82f.

- ¹⁴⁰ BVerfGE 6, 32(41). エルフエス判決については、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障－エルフエス判決－」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）42頁以下を参照。
- ¹⁴¹ BVerfGE 34, 238(245). 録音テープ決定については、根森・前掲注(135)・88頁以下を参照。
- ¹⁴² Vgl. Rohlf, a.a.O. (Anm. 137), S. 83; Pieroth/Schlink, a.a.O. (Anm. 84), Rn. 376; また、ピエロート/シュリンク・前掲注(84)・127頁を参照。
- ¹⁴³ Vgl. Rohlf, a.a.O. (Anm. 137), S. 83
- ¹⁴⁴ BVerfGE 103, 21(32).
- ¹⁴⁵ Vgl. Ronellenfitsch, a.a.O. (Anm. 131), S. 324.
- ¹⁴⁶ この点については、山本・前掲注(6)「一考察」・66頁における「遺伝情報」の分類に関する図が参考になる。そこでは、コード化領域（翻訳領域）から獲得される情報を「DNA 獲得情報」ないし「狭義の遺伝情報」としており、非コード化領域（非翻訳領域）から獲得される情報を「DNA 型情報」としている。この表現を借りれば、「DNA 獲得情報」ないし「狭義の遺伝情報」は核心・内密領域に属し、人間の尊厳による直接的な保護を受ける一方、「DNA 型情報」は私的領域に属し、人間の尊厳による直接的な保護を受けないということになるであろう。
- ¹⁴⁷ Vgl. Neuser, a.a.O. (Anm. 83), S. 85. ノイザーは、「分子遺伝学的な検査により人格にとって重要な情報が暴かれないのであれば、人間の尊厳の不可侵の領域への侵害は生じない」としている。また、シュライバーは、DNA 分析が「個人の同一性確認の領域に限定された遺伝子技術的方法で行なわれ、当該個人に関するさらなる認識が獲得・収集されないのであれば、人間の尊厳にも人格権にも反するものではない」とする（Hans-Ludwig Scheiber, *Recht als Grenze der Gentechnologie*, in: *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag am 15. Mai 2001*, 2001, S. 899.）。
- ¹⁴⁸ Hufen, a.a.O. (Anm. 111), S. 190.
- ¹⁴⁹ Hufen, a.a.O. (Anm. 111), S. 190.
- ¹⁵⁰ BVerfGE 80, 367. 本決定については、根森・前掲注(136)・25頁以下、同・前掲注(135)・91頁以下を参照。
- ¹⁵¹ Hufen, a.a.O. (Anm. 111), S. 190. 日記決定では、いわゆる「勝利派の見解」のなかで「手記の利用は、犯行の懲罰に役立つばかりでなく、異議申立人のさらなる犯行の危険の査定のためにも欠くことのできないもの」であり、「予防的な安全確保」の視点からも手記の利用が憲法上正当化されるとしている。BVerfGE 80, 367(380). なお、根森・前掲注(136)・27頁以下を参照。

- ¹⁵² Hufen, a.a.O. (Anm. 111), S. 190.
- ¹⁵³ BVerfGE 80, 367 (375). なお、根森・前掲注(136)・26頁、同・前掲注(135)・93頁を参照。
- ¹⁵⁴ Max-Emanuel Geis, Der Kernbereich des Persönlichkeitsrechts, JZ 1991, S. 114. ガイスの日記決定に対する見解については、根森・前掲注(135)・87頁以下を参照。
- ¹⁵⁵ Herdegen, a.a.O. (Anm. 123), Rn. 88. ただし、ヘルデーゲンの場合、遺伝的データの獲得および収集に当たっては、「重大な犯罪の追求のために十分な犯罪の嫌疑を根拠としてのみ」それらが行なわれることが人間の尊厳に適合的だとされる。そうすると、ヘルデーゲンにおいては、危険防止という目的が遺伝的データの獲得・収集にとってどれほどのインパクトを与えるかは必ずしも明らかではない。
- ¹⁵⁶ 「領域理論との決別」があった批判された国勢調査判決においても、核心・内密領域の不可侵性が維持されていることにつき、拙稿・前掲注(137)・134頁以下を参照。また、2000年決定での同様の態度につき、拙稿・前掲注(51)・148頁を参照。
- ¹⁵⁷ この点、医療カルテの差し押さえが問題となった事例において、連邦憲法裁判所は「医療用のカードファイル（病歴カルテ）は、既往症の申告、診断、医療措置の記載されたものであっても、不可侵の内密領域に該当するものではないが、患者の私的領域に該当するものではある」としているが、この論法でいけば、ここで問題となった健康状態に関するデータと同様に、すでに何らかのかたちでデータ化された DNA 情報が私的情報に分類されるということもあり得るであろう。BVerfGE 32, 373 (379).
- ¹⁵⁸ この問題につき、拙稿・前掲注(117)・601頁以下を参照。なお、この旧稿ではヘルデーゲンおよびフーフエンを人間の尊厳保障に関する段階的保障説に立つものと紹介したが、本稿の論点に関する記述を見る限り、むしろ人間の尊厳保障を全体として比例原則の下に置こうとするクレプファー (Kloepfer) の見解に近いようにも思われる。
- ¹⁵⁹ Vgl. Neuser, a.a.O. (Anm. 83), S. 86.
- ¹⁶⁰ Vgl. Zipperius/Würtenberger, a.a.O. (Anm. 123), S. 206.