

DNA 型等抹消請求認容判決に小山意見書が与えた影響

塚 田 聡 子

- 一 はじめに
- 二 本件裁判名古屋地判（地裁判決）について
- 三 本件裁判名古屋高判（控訴審判決）について
- 四 本件裁判名古屋高判（控訴審判決）確定
- 五 最後に

一 はじめに

マンション建設反対運動のリーダーである男性が、マンション建設現場の現場監督と揉み合いになり、暴行罪で起訴されたが無罪となった。その後、この男性は逮捕時に採取されたDNA型・指紋・顔写真の抹消を求めて訴訟を提起した。名古屋地方裁判所判決¹⁾でも、名古屋高等裁判所判決²⁾でも抹消請求は認容された。全国初のことである。

本件裁判では、「DNA型等をみだりに採取されない自由」のみならず「利用されない自由」も憲法一三条により保障されるのか、DNA型等を保管されることによる具体的不利益はあるのか、抹消請求が認められるとしてその要件は何か、DNA型等の取扱いは国家公安委員会規則によって定められているがこれらの規則は適法な委任によるものと言えるのか、などが論点となった。

本件裁判では、一審と控訴審で小山剛教授の意見書を提出したが、同意意見書は上記論点に関する裁判所の判断に大きな影響を与えた。

本稿では、弁護士団の一員として、小山意見書が本件判決に与えた影響について論じることにより、裁判における学者の意見書的重要性や、意見書に求められることについて考察したい。

二 本件裁判名古屋地判（地裁判決）について

(一) 訴訟開始当時の議論

我々原告側は、訴状において、「無罪判決が確定している以上、原告には指紋及びDNA等を採取される理由はなく、指紋及びDNA等の採取はプライバシー権の侵害であり、違法である」「個人の人格権（プライバシー権）（憲法一三条）は尊重されなければならない。違法なプライバシー権侵害に対して、個人は人格権に基づく差し止め請求権を有するし、すでにプライバシー権が侵害された後であれば、個人データの抹消請求権を有する」という主張をしていた。

これに対し、被告国側は、答弁書において請求の棄却を求め、第一準備書面において概要以下のような反論を行った。

1 抹消請求権の根拠について

最高裁判決において、憲法一三条により保障された個人の人格的権利としての「プライバシー権」を認めたものはない。「プライバシー」という概念自体が極めて多義的でありその外延及び内容が不明確というのがその理由である。

取り分け、国に対して具体的・積極的な作為（情報の抹消等）を求める自己情報コントロール権は、憲法上、プライバシー権又はそれに類する人格的利益としても認められない。当該人格的利益を権利として構成できるだけの法理論的根拠なしに排他性を認めることは困難であるところ、プライバシーの権利概念は不明確であり現段階で排他性を有する人格権とは言えない。

従って、原告の依拠する「個人の人格権」は、DNA型等各記録の抹消請求権を発生させる根拠とはなり得ない。

2 プライバシー権等の侵害について

（1の点を措くとしても）本件DNA型等は適法に取得・管理・運用されており、取得行為がプライバシー権等を侵害するものではない。無罪判決が確定することで手続が遡って違法となるものではない。

適法な手続に基づいて取得されたDNA型等は、DNA型記録取扱規則等に基づき、国又は公共団体において、犯罪捜査に資することを目的として管理、運用されることになる（各規則一条参照）⁽⁴⁾、その目的に沿って運用される限りにおいて、その保管行為が原告の人格権を侵害するとはいえない。

なお、このとき国が引用した裁判例ではいずれも、採取行為の違法性に重点がおかれ、採取行為が違法であれば抹消が認められ、適法であれば認められないという図式となっていた。仮に採取行為が適法であったとしても、

その後、保管し続けることが果たして適法と言えるかどうか、という点にはあまり焦点が当たっていなかったように思われる。

(二) 小山先生から提示された意見書の方角性

小山先生から提示された意見書の方角性は、①指紋等（DNA型も含む）は（争いはあるが）それ自体としては秘密性が特に高い個人情報とは言えず、また、指紋等の『取得』自体については違法ではなかったことを前提とする、②このため、意見書の中心は、無罪判決が確定し、当初の『取得』目的が失われた後も情報を保持し続けるのは、『目的変更』であり、原則として許されず、例外が認められるためにはいくつかの条件をクリアしなければならぬこととなる、というものであった。⁽⁵⁾

(三) 小山意見書の内容について

小山先生に書いていただいた意見書⁽⁶⁾の内容は、以下の通りであった。

1 意見書の概要

まず、冒頭で、小山先生は意見書の概要について以下の通り説明をされている。

DNA型等の個人情報、個人の思想・信条や疾病に直接結びつく情報や、個人の私生活の核心領域に属する情報のような、秘密性の程度が極めて高いものとは言い難いが、その一方で、検索性を有するなどの点で、住所や氏名、学籍番号等、人が社会生活を営む上で一定の範囲の他者には当然開示されることが予定されている個人情報（単純な個人情報）とも明らかに異なる。その意味で、秘密性や要保護性の程度は少なくとも中程度で

ある。

単純な個人情報でさえ公権力がみだりに取得してよいものではないところ、少なくとも中程度の秘匿性のある個人情報であるDNA型等の取得が、そもそも許容される限度を逸脱した違法なものではなかったかを論ずる余地はあるが、本意見書では取得自体は適法に行われたことを前提とする。

本件では、無罪判決が確定し、刑事事件手続は終了している。このため、DNA型等を取得した当初の目的も、これによって終了ないし消滅し、取得したDNA型等を保持する目的もその時点で失われたことになる。無罪判決確定後もDNA等の情報を保持し続けることは、当初の目的とは異なる、将来の犯罪捜査、刑事訴追に備えるものであり、目的変更に当たる。目的の変更は、即座に違法となるものではないが、①当初の目的による個人情報取得の授権とは別に、目的変更を認める明文の法律上の根拠が必要であり、また、この点をさておいても、②当該情報を取得した当初の目的と同等の重要性を持つ目的のために、必要かつ合理的な措置である場合にのみ許されることになる。

個人情報に対する公権力の干渉・侵害には、公権力による個人情報の取得、その保存・蓄積、利用、さらに第三者への提供という各局面がある。公権力の干渉・侵害は、取得の段階についてのみならず、保存等の各段階において、憲法上、正当化されるものでなければならない。当該情報の取得に際して、憲法に対する違反がなかったとしても、それを継続して保持することが当然に許されることにはならない。

以上について論ずるために、本意見書では、①憲法上のプライバシー権ないし自己情報コントロール権の学説と、②判例を整理し、③ドイツにおいて同様の事例について判断する場合の規準となる情報自己決定権について簡単に紹介し、④そのうえで、DNA型データベースを例にとり、データベース作成の法的根拠と内容面の問題性、とりわけ、無罪判決確定後も当該DNA型をデータベースから削除しないことの違憲性について論じる。

2 意見書のポイント

以下は、私が意見書のポイントだと理解した点について述べさせていただく。

冒頭で、古典的プライバシー権から、コンピュータによる膨大な個人データの収集・保存・連結が可能となったことにより、単純な個人情報についても保護の必要が生じ、また、包括的な保障（閲覧請求権、訂正・削除請求権等）が要請されるようになったために、自己情報コントロール権が登場した、という指摘があった。その上で、自己情報コントロール権は、「コントロール」の意味があいまいであるという批判に触れ、だからと言って、プライバシーあるいは人格権に対する新しいタイプの侵害が野放しにされてよい訳ではないこと、現に取得ないし所持している個人情報の削除を求める場合には、物権的請求権と同様、防御権（自由権）に基礎を持つものであるため、漠然性や未成熟性の問題は生じないことを説明している。これは、実際の訴訟で、原告側が自己情報コントロール権の侵害を主張するのに対し、国側が権利としての未成熟性を理由に、この権利をひとまず否定することを踏まえ、これに対する反論を行ったものと思われる。

次に、意見書は、判例が、個人情報の保護についてどのような姿勢を取ってきたかについて触れている。それによれば、判例は、自己情報コントロール権の内容を限定的に再定義し、その趣旨を取り入れたうえで、保護の要否について個別事例的な判断を行ってきた。その際、判例は、保護の対象となるべき個人情報と、個人識別情報のような単純な個人情報へと拡張し、また、情報の「取得」という段階に加え、管理や利用、第三者への提供など、個人情報に対する侵害・干渉の各段階について保護の要否を検討している。このように、判例が、自己情報コントロール権が認められるか否かという議論に拘泥することなく、個人情報をめぐる世の中の変化に応じ、保護の必要性について柔軟に判断するという姿勢を取ってきたことを、意見書は指摘している。そして、京都府学連事件最判⁽⁷⁾、早稲田大学江沢民事件最判⁽⁸⁾、住基ネット最判⁽⁹⁾、GPS 捜査最判⁽¹⁰⁾などを挙げ、本件との関連で重要

な点を指摘している。判例の流れを説明することにより、裁判官が、これまでの判例の積み重ねに基づいて、自信を持って判決を下すことができるようにされたのではないかと推察される。

さらに、意見書では、ドイツにおいて同様の事例について判断する場合の規準となる「情報自己決定権」についての紹介がされている。小山先生が、ドイツ憲法における日本の第一人者であることからすれば自然なことと思われるが、先生はこれを直接の根拠としてDNA型等の抹消を認めるよう主張されている訳ではなく、その考え方を参考にしようという趣旨で取り上げておられる。

意見書によれば、「情報自己決定権」とは、自己にかかわる情報についての自己決定権があることを認めた上で、制限の法律上の根拠、目的、手段としての必要性・合理性を審査するアプローチである。DNA型データベースに関する決定でも、「情報自己決定権」が問題とされているが、DNA同定型の登録による事前の証拠入手が、重大な犯罪または再犯率の高い性犯罪であり、具体的事実に基づき再犯の予測される場合に限定されることを理由に、法律が過剰侵害禁止原則（比例原則）に反するものではないとしている。

この後、意見書では、ドイツと日本におけるDNA型データベースに関する法制度を比較し、日本におけるDNA型等の取扱いの問題点を明らかにしている。

まず、ドイツにおいては、DNA鑑定等の要件・手続は、刑事訴訟法において規律されているのに対し、わが国で、DNA型データベースについて規定しているのは国家公安委員会規則のみであり、法律でもなければ、法律に直接根拠を置くものでもない。同規則は警察法施行令一三条一項に基づいて制定されているが、警察法は組織法であり、国民の権利・自由への侵害を授權し得る作用法を基礎とするものではない。このことは、将来の犯罪に備えるとの目的については、DNA型鑑定やDNA型データベースへの登録・蓄積が、法律上の根拠なしに行われていることを意味する。

なお、DNA型データベースに関する法律の詳細な規律は、韓国でも台湾でも行われている。

また、ドイツ刑事訴訟法は、有罪判決の場合でも、将来の犯罪捜査等を目的としたDNA型鑑定の実施・保管の対象犯罪は、「重大な」犯罪あるいは性犯罪に限られており、さらに、その者の再犯のおそれについて具体的な説明が求められている。これらは、前述の通り、「情報自己決定権」から導かれる憲法の要請である。無罪判決が確定した場合は、連邦刑事庁法により、DNA型鑑定の結果は当然に削除される。これに対し、DNA型記録取扱規則は、警察当局におけるDNA型情報の取扱いについて規定したに過ぎず、DNA型鑑定及びそのデータベースに関する要件、対象犯罪等の定めはない。それ故、将来の犯罪捜査等のために、無限定にデータベースに登録・保管できる構造になっている。同規則は、明示的には「死亡」の場合の抹消を定めるのみであり、その他は「被疑者DNA型記録を保管する必要がなくなったとき」との概括的な定めを置くだけである。なお、韓国法及び台湾法は、ドイツと同様、無罪判決の場合のデータベースからの削除を定めている。

小山先生が、ドイツの法律のみならず、韓国法及び台湾法に言及されたのは、人権感覚に優れているとされるヨーロッパのみならず、東アジアの国ですらDNA型データベースについて立法化がなされ、無罪判決の場合は削除が認められているという現状を示すことにより、日本がいかに遅れているかを裁判所に理解してもらうという意図があったと思われるが、結果的にそれは成功している。

最後に、意見書は、法律に直接の根拠を持たず、また、内容面においても警察当局におけるDNA型情報の取扱いを規定するに過ぎないDNA型記録取扱規則は、全体が重大な憲法上の疑義を免れず、仮にDNA型データベースの主要部分を維持するなら、同規則の解釈・運用を憲法に適合する範囲に限定しなければならないとする。そして、無罪判決確定後のデータのすみやかな抹消が認められるべき、と結論付けている。

のみならず、情報処理技術の発展が新たな捜査手法を可能とし、他方で、単純な個人情報であってもその蓄

積・連結等によって新たな危険が生じるようになったことから、警察は、従来は法律の授權を要しないとされていた措置についても、法治国家が求める比例性、規範の明確性等の要請を充足する、法律による授權を必要とする場合がある、と指摘する。そして、DNA型データベースの作成および運用はその典型事例であるとし、立法の必要性についても言及している。

(四) 被告国の反論

小山意見書を引用して行つた原告側の主張に対し、被告国が行つた反論は、概要以下の通りである。

無罪判決が確定した者の指掌紋等各記録について、警察庁での保管を継続することは、当該各記録取得時の目的変更には当たらない。すなわち、「犯罪捜査に資すること」という目的は、取得時と保管時で異ならないので、目的変更は無い。

警察庁がDNA型等各記録を保管することは、取得時同様、警察法八一条及び警察法施行令一三条一項の委任を受けて定められたDNA型記録取扱規則等によるものであり、法的根拠に基づくものである。本件と同様、DNA型等の抹消等を求めた訴訟（東京地判平三二年二月二八日⁽¹¹⁾）においても、「DNA型規則は、警察法八一条及び同法施行令一三条一項に基づくものとして制定されているところ、DNA型規則の定める内容は同法五条四項二〇号所定の事務に係るものと認められる上、DNA型データベースで整理保管等される特定DNA型は、個人の識別に必要な情報を超えるいわゆる遺伝情報等を含むものではなく、前歴に関する情報を警察が組織として保有する必要性があることは否定し難いことなどからすれば、DNA型規則が上記の各法令に基づいて制定されていることについて、適法な法律の委任によらないものと認めることはできない」とされている。

原告は、ドイツにおいて「情報自己決定権」が確立された権利であること等を主張の前提としているようだが、

我が国においては、そのような権利は、情報の抹消請求権等の積極的な作為を求める具体的権利として憲法上保障されたものとみる余地はない。従って、ドイツ刑事訴訟法等を本件の判断材料とすることは不当である。

被告国の主張は概要以上の通りであったが、訴訟も終盤にさしかかったところで、被告国は那覇地判令和三年四月一六日（判例集未搭載）を証拠として提出してきた。同判決は、本件と同様に無罪判決が確定した男性が、指紋データの抹消を求めたという事案であった（DNA型は採取されなかった）。我々弁護士としては本件判決に影響することを危惧し、訴訟の終盤に提出されたことを理由に、「時機に後れた攻撃防御に当たる」という主張をしたが、裁判所はこれを認めなかった。

（五） 本件裁判名古屋地判（地裁判決）

本判決の概要は、以下の通りであった。

まず、冒頭で、小山意見書の引用に多くの頁を割き、ドイツ刑事訴訟法におけるDNA型鑑定等の要件、手続の規定に触れている。将来の刑事手続における利用を目的としたDNA型鑑定資料の採取及び鑑定結果の利用については、「重大な」犯罪、「性的自己決定」に対する犯罪又は「その他犯罪の反復した実行」を対象とした手続が係属している場合に、その被疑者・被告人に再犯の危険が認められるとき、将来における別の刑事手続において、DNA型同定検査を行い、これによって身元確認を行うという目的で、被疑者・被告人から体組織を採取することができること、DNA型鑑定結果のデータの利用、処理、消去は、連邦刑事庁法に基づいて行われること、同法では公訴提起に足る犯罪の嫌疑が認められず、公判が開始されなかった場合、公判において被告人に対して無罪判決が下された場合には、DNA型鑑定結果に基づくデータは破棄されなければならないこと、DNA鑑別型確認後に遺伝子物質が破棄されるべきとされていること等に、言及されている。DNA型データベースに関する

る法律による詳細な規律は、韓国及び台湾でも行われ、いずれも、被疑者資料の鑑定後の即座の廃棄と無罪判決の場合のデータベースからの削除を定めており、違反した場合に懲役や資格停止が科されていることにも触れられている。

また、本判決は、最高裁判例を引用し、憲法一三条は、国民の私生活上の自由が公権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものであり、個人の私生活上の自由の一つとして、何人もみだりにその容貌・姿態を撮影されない自由及びみだりに指紋の押捺を強制されない自由を有すると解される、とする（京都府学連事件最判・最判平成七年二月一日⁽¹²⁾）。DNA型についても、基本的には識別性、検索性を有するものとして、少なくとも指紋と同程度に保護されるべき情報であるため、何人もみだりにDNA型を採取されない自由を有すると解される、とする。そして、指紋及びDNA型はその情報単独で用をなすものではなく、過去に取得していた指紋及びDNA型との同一性を確認したり、遺留された指紋及びDNA型などと対照したり、データベース化して検索に用いたりすることで意義を発揮するものであることからすれば、みだりに指紋の押捺やDNA型の採取を強制されない自由は、取得された後に利用されない自由も含むと解するのが相当、とする。

但し、これらの自由も公共の福祉のために必要があるときには、相当な制限を受けることはありうるとしつつ、「もつとも、一旦適法に取得した指紋及びDNA型を、データベース化することで半永久的に保管し、使用することが直ちに許されるかは別途考慮する必要がある」として、その歯止めをどこに設けるかについての検討に入っていく。その中で、「情報の漏出や、情報が誤って用いられるおそれがないとは断言できないものであり、また、継続的に保有されるところの場合に将来どのように使われるか分からないことによる一般的な不安の存在や被害意識が惹起され、結果として、国民の行動を萎縮させる効果がないともいえないことなどからすれば、何の不利益もないとはいえないのであつて、みだりに使用されない自由に対する侵害があるといわざるを得ない」と

している。また、自由主義を基本的な価値として標榜する諸外国において、データベースを整備するに際し、DNA型の採取、管理等に関する立法措置を講じ、対象犯罪、保存期間、無罪判決確定時等の削除などの規制を設けているのは、国民の私生活における自由への侵害になりうるとの理解が背景にあるものと解されるのであり、自由権が普遍的価値を有するものであることに鑑みれば、半永久的に保管しデータベース化することが国民の私生活上の利益に対する制約になりうるという上記判断の裏付けとして援用できる、とする。

次に、本判決は、DNA型規則等について、適法な法律の委任によらないものとまで認めることはできないとしつつも、主として警察当局におけるDNA型記録等の取扱いについての規程となっており、データベースの運用に関する要件、対象犯罪、保存期間、抹消請求権について規程がなく、被疑者のDNA型記録等の抹消については、①DNA型記録等に係る者が死亡したとき、②DNA型記録等を保管する必要がなくなったときに抹消しなければならぬとされているのみであることに触れ、DNA型等をみだりに使用されないという保護法益からすれば、脆弱な規定に留まっているといわざるを得ず、諸外国の立法例も参照すれば尚更顕著である、としている。

その上で、本判決は、DNA型規則等が抹消を義務づけている「必要がなくなったとき」について、「指紋、DNA型及び被疑者写真にはみだりに使用されない一定の保護法益が認められるべきであるから、無制限にこれらの保護法益を侵害しうるような解釈をとることは相当ではなく、これらの保護法益を制約することが、犯罪捜査のための必要性があるといった公共の福祉の観点から容認できるかとの観点から比較衡量して検討する必要がある、その趣旨に沿って指掌紋規則等も解釈されるべき」とする。

そして、DNA型等の採取は第一義的には当該被疑事実の捜査のためと考えられるが、データベース化を前提とした捜査の有用性や、適正な管理下における国民の不利益の程度が著しいとまではいえないことに鑑みると、

当該被疑事実以外の余罪の捜査や（少なくとも一定の範囲内の）有罪判決が確定した場合に再犯の捜査に使用するために保管することは許容できると解されるとしつつ、当該被疑事実について公訴提起がなされ、刑事裁判において犯罪の証明がなかったことが確定した場合にまで、なお制約を許容できるかは慎重に検討すべきであり、余罪の存在や再犯のおそれ等があるなど、少なくとも、当該被疑者との関係でより具体的な必要性が示されることを要するというべきであり、これが示されなければ、「保管する必要性がなくなった」と解すべきとする。

その上で、各規則の「保管する必要性がなくなった」の要件に該当する場合には、DNA型等をみだりに使用されない利益を制約する正当性が失われること、各規則自体も必要性がなくなったときは抹消しなければならぬと命じていること、さらに、保管権限者自らが要件該当性を判断するのでは恣意的な解釈、運用がなされるおそれを否定できないことなどを勘案し、人格権に基づく妨害排除請求として抹消を請求できるものと解するのが相当とする。ここで本判決は、「指紋、DNA型及び被疑者写真をみだりに使用されない利益を、より射程の広いプライバシー権や情報コントロール権等の一部として位置づける理解をするかどうかはともかく、当該利益自体が人格権を基礎に置いているものと解することは可能である」としており、プライバシー権や自己情報コントロール権という概念が多義的・不明確で排他性も認められず、抹消請求権の根拠とすることはできないとする被告国の主張を意識しつつ、これを排斥している。

最後に本判決は、本件についての当てはめを行い、原告が現行犯人逮捕当時六〇歳で、前科・前歴がないこと、本件暴行事件はマンシヨンの建設工事をめぐる原告ら近隣住民と被告会社側の紛争を背景とするものであるが、本件暴行事件それ自体は現場監督が原告の動きを制止しようとした際に突発的に生じたものであること、本件マンシヨンの建設工事が終了し、既に本件マンシヨンの建設工事をめぐる原告と被告会社間の紛争が終結していること、本件暴行事件における検察官の求刑は罰金一八万円であること、本件現行犯人逮捕から本件口頭弁論終結

時まで約五年が経過していることなどからすれば、原告の余罪や再犯の可能性を認めるのは困難であり、その他、原告との関係でDNA型等を保管すべき具体的な必要性は示されていないから、「保管する必要がなくなった」というべきであり、原告は被告国に対し、DNA型等の抹消を請求することができるとした。

(六) 小山意見書が判決に与えた影響

まず、小山先生が、ドイツにおける「情報自己決定権」の考え方やDNA型等データベースの法的規制について述べられたことは、本判決に大きく影響していると思われる。もちろん、ドイツ刑事訴訟法等を直接の根拠として結論を導いている訳ではないが、無罪判決の場合は抹消すべきとされていること、有罪の場合であっても、重大犯罪や性犯罪など一定の罪種に限定し、かつ再犯の危険性がある場合に限り、保管の継続が認められていること等、比例原則(比較衡量)の考え方が、本判決のベースにあるのは間違いない。また、韓国・台湾においても無罪判決の場合には抹消が認められると紹介されていることも、本判決に影響を与えていると思われる¹³⁾。

また、本判決が、DNA型について、識別性、検索性を有するものとして、少なくとも指紋と同程度に保護されるべき情報であるとした点は、小山意見書と同じである。

さらに、みだりに指紋の押捺やDNA型の採取を強制されない自由は、取得された後に利用されない自由も含むと解するのが相当としている点にも、小山意見書の影響が見られると思う。すなわち、意見書は、判例が、保護の対象となるべき個人情報、個人識別情報のような単純な個人情報へと拡張し、また、情報の「取得」という段階に加え、管理や利用、第三者への提供など、個人情報に対する侵害・干渉の各段階について保護の要否を検討している点について述べている。本判決が、指紋の押捺やDNA型の採取を強制されない自由のみならず、取得された後に利用されない自由も認めたのも、このような判例の流れの一つと言える。裁判所は、小山意見書

を読み、「みだりに利用されない自由」を認めることが、決して特異な判断ではなく、判例の流れの中に位置付けられるものとして、自信を持って判断できたのではなからうか。

最後に、小山意見書では、無罪判決が確定し、刑事事件手続が終了したことにより、DNA型等を取得した当初の目的も終了ないし消滅し、取得したDNA型等を保持する目的もその時点で失われたことになるとし、無罪判決確定後もDNA等の情報を保持し続けることは、当初の目的とは異なる、将来の犯罪捜査、刑事訴追に備えるものであり、目的変更に当たるとする。そのうえで、目的の変更は即座に違法となるものではないが、当該情報を取得した当初の目的と同等の重要性を持つ目的のために、必要かつ合理的な措置である場合のみ許されることになるとする。この点も、判決に影響を与えていると思われる。すなわち、本判決は、DNA型等の採取は第一義的には当該被疑事実の捜査のためと考えられるが、当該被疑事実以外の余罪の捜査や（少なくとも一定の範囲内の）有罪判決が確定した場合に再犯の捜査に使用するために保管することは許容できると解されるところ、当該被疑事実について公訴提起がなされ、刑事裁判において犯罪の証明がなかったことが確定した場合にまで、なお制約を許容できるかは慎重に検討すべきであり、余罪の存在や再犯のおそれ等があるなど、少なくとも、当該被疑者との関係でより具体的な必要性が示されることを要するというべきであり、これが示されなければ、「保管する必要性がなくなった」と解すべきとする。これは、結局、無罪判決確定後は、当該被疑事実の捜査という当初の目的が失われているので、さらに保管を継続するのであれば、余罪の存在や再犯のおそれ等、当該被疑者との関係で具体的な必要性が認められ、新たな目的（余罪や再犯の捜査等）のために必要かつ合理的な措置である場合でなければならない、とするものである。

(七) 本件裁判名古屋地判(地裁判決)に対する評価

本件裁判名古屋地判は基本的に高く評価され、京都大学の毛利透教授は、「本判決が、憲法上の権利保障を『取得された後(の)利用』にも明示的に及ぼしたことの意義は大きい」「本件事案は、データ保管の必要性についてより厳密な判断を展開していくための出発点となる判決と位置付けるべきものである」とする。また、「本判決は、『自由権(の)普遍的価値』に言及しつつ、比較法的知見で論証を補強している点でも注目できる(この点で、小山剛教授の意見書が大きな役割を果たしていることは特記しておきたい)」とも述べている。⁽¹⁴⁾ 東邦大学の高橋和広准教授も「裁判所が憲法一三条から導出した『みだりにDNA型を採取されない自由』の中に『取得後に利用されない自由』も含まれるという理解が示されている」点について、「データの取得自体の違法性とは別に、合法的に取得されたデータの利用・管理を憲法上の人権により制限することを可能にしている点で重要」としている。⁽¹⁵⁾ 九州産業大学の瑞慶山広大准教授は、「DNA型をみだりに採取・利用されない自由を認めた点や、それと犯罪捜査の必要性等との比較衡量で本件規則を解釈するという枠組みは、一般性を持つ判示である」とする。⁽¹⁶⁾ 本判決は、令和四年度重要判例解説にも掲載され、日本大学の玉蟲由樹教授は、「DNA型をみだりに利用されない自由の承認と、それに基づく介入評価・正当化審査の道筋、人格権に基づく抹消請求の許容は今後も引き継がれるべきである」としている。⁽¹⁷⁾ 南山大学の岡田悦典教授は、「本判決は、特に被疑者に対する捜査上得られたDNA型データの抹消を、無罪確定者に対して初めて認めたことに、重要な意義がある」とする。⁽¹⁸⁾

三 本件裁判名古屋高判（控訴審判決）について

（一）国の主張（控訴理由書）について

国側は、本件裁判名古屋地判（地裁判決）に対して控訴してきた。

国の、控訴理由書の内容は、これまでとほとんど同じであった。

ただ、国は、個人情報情報を「みだりに取得されない自由」に「みだりに利用されない自由」が含意されていると解することはできないとし、その理由として、最高裁が、これまで行政機関による個人情報情報の収集等との関係で、憲法一三条により保障される権利・自由を明確に認めたのは、「みだりにその容貌・姿態を撮影されない自由」（京都府学連事件最判）、「みだりに指紋の押捺を強制されない自由」（指紋押捺事件最判）、「みだりに第三者に開示又は公表されない自由」（住基ネット最判）のみであるとした。

さらに、国は、住基ネット最判の紹介に行数を割き、「行政機関が住基ネットにより住民である被上告人らの本人確認情報を管理、利用等する行為は、個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表するものということはできず、当該個人がこれに同意していないとしても、憲法一三条により保障された上記の自由を侵害するものではないと解するのが相当である」「住基ネットにより被上告人らの本人確認情報が管理、利用等されることによつて、自己のプライバシーに関わる情報の取扱いについて自己決定する権利ないし利益が違法に侵害されたとする被上告人らの主張にも理由がないものというべきである」と判断したことについて、強調している。住基ネットが合憲であるのと同様に、DNA型データベースも合憲であると主張したかったと思われるが、後述するとおり、逆にこれが墓穴を掘ることになる。

(二) 小山教授に書いていただいた補充意見書の内容⁽¹⁹⁾

小山先生に書いていただいた補充意見書の紙面の多くは、住基ネット最判の判断枠組みに照らして、DNA型データベース等の合憲性をどう考えるか、に割かれている。それ以外の論点は、地裁提出の意見書で既に論じられているからということもあるが、国側の引用してきた判例との対比で、DNA型データベース等の問題点をくつきりと浮かび上がらせることにより、裁判所を説得しようという意図だったのではないかと推察している。その概要は以下の通りである。

まず、住基ネットで管理・利用される個人情報とは、「氏名、生年月日、性別及び住所から成る四情報に、住民票コード及び変更情報を加えたもの」であり、単純な個人情報ということができるものであるのに対して、DNA型等は、少なくとも中程度の要保護性のある個人情報である。加えて、住基ネットで管理・利用される個人情報は、住民基本台帳が従前は紙で管理していたものを電算化し、さらに広域化したものであって、質的には紙での管理の時代と決定的な相違はないと見ることもできるのに対し、本件のデータベースはそうではない。

住基ネットについては、住基ネット法というしっかりした建付けの法律が存在しているのに対し、DNA型データベース等については、「法制度」が存在しないか、仮に存在するとしても、極めて脆弱で可視性に欠ける。

住基ネットは、①「受領者による本人確認情報の目的外利用又は本人確認情報に関する秘密の漏えい等は、懲戒処分又は刑罰をもつて禁止されている」し、②「住基法は、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとして、本人確認情報の適切な取扱いを担保するための制度的措置を講じている」。住基ネット最判は、この点を踏まえ、「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備があり、そのために本人確認情報が法令等の根拠に基づかずには正当な行政目的の範囲を逸脱して第

三者に開示又は公表される具体的な危険が生じているということもできない」と判断している。他方、DNA型データベース等には、このような監視機関が存在しないと思われる。

(三) 証人尋問について

その後の双方の主張・反論についても詳しくご紹介したいところだが、残念ながら紙面が足りないので割愛する。ただ、証人尋問については少し触れておきたい。

控訴審の裁判官ら（特に長谷川恭弘裁判長）は、専門家に直接疑問点を確認した上で判断をしたいと考えていたようであり、小山先生を証人として採用してもらうことができた。そのうえ、主尋問よりも裁判長の補充尋問に多くの時間が割かれ、裁判長の関心の高さが窺われた。

補充尋問で裁判長が質問されたことは、DNA型記録等の抹消を認めるべきか否かという結論に直結することのみというより、さらに一步進んで、現行制度の不備に関することであった。例えば、行政個人情報保護法（改正個人情報保護法）の警察管理情報に関する除外規定、DNA型データベースやDNA型記録取扱規則の違憲性、韓国や台湾・ドイツ等諸外国の法制度、無罪判決（犯罪の証明無しの場合）でDNA型等の保管継続を認める国があるかどうか、不起訴の場合に抹消を認めるべきかどうか、DNA型データベース等の運用について本人の関与を認める余地があるかなど、様々な質問がなされた。これに対し、小山先生は間髪いれずに適確に答えられていた。⁽²¹⁾

(四) 本件裁判名古屋高判（控訴審判決）

本件裁判名古屋高判（控訴審判決）では、本件裁判名古屋地判（地裁判決）が維持され、DNA型等の抹消が認

められた。

① 控訴審判決が、地裁判決に対して補充を加えたのは、主に以下の点である。

本件暴行事件の捜査に D N A 型鑑定資料の採取の必要があるとは考えられず、余罪の疑いも認められない一審原告に対して D N A 型鑑定資料の提供を求めていることからすると、具体的な「捜査目的」や「身元を明らかにするため」という目的を離れて採取、保管を組織的に行っているものと認められるとし、このような必要性、相当性の検討のない歯止めなき運用の拡大は、改正個人情報保護法の基本理念に照らしても大いに問題があるといわざるを得ず、仮に承諾があったとしても、その採取自体が違法とされる場合もあり得る、としている。ここで、採取自体の違法にまで踏み込んでいることは、控訴審判決の特徴の一つである。

また、控訴審判決は、D N A 型は専門技術的な鑑定によって初めて検出されるもので、本人自身においてさえ、これを知っていることが稀有な情報であり、格段に高い秘匿性が認められ、それ故、公権力からみだりに取得されない自由、みだりに保有され、利用されない自由が保障されるとする。その上、例えば、犯罪捜査等にこれらが誤って利用されたり、恣意的に利用されたりした場合には、国民個人の人身の自由への侵害にまで及び得るものであることからすると、個人の思想信条、病歴、犯罪歴等の情報に劣らない要保護性の高い情報と言え、この観点からも、公権力からみだりに保有、利用されない自由が保障されるとする。このように、D N A 型の秘匿性や要保護性を、個人の思想信条、病歴、犯罪歴等の情報と同程度のものと認めたのも、控訴審判決の特徴である。さらに、D N A 型データベースによる具体的、現実的な不利益に言及しているのも、控訴審判決の特徴である。すなわち、第三者によって自分の D N A が付着した物が悪用される危険もあり、冤罪に巻き込まれる可能性も否定できないものであり（この部分はかなり詳細に論じられている）、そのことから、国民の行動を萎縮させる効果が十分にあり、具体的、現実的な不利益があるといわざるを得ないとしている。

また、控訴審判決は、地裁判決同様、DNA型取扱規則等について法律の委任によらないものとまではいえないとしつつ、不十分であることは否めないとし、立法化の必要性について明言している。地裁判決も法的基盤が脆弱であることを指摘していたが、さらに一歩進めたものであり、これも控訴審判決の大きな特徴である。控訴審判決は、「ドイツや韓国をはじめとして、我が国と同様に、自由権等の国民の基本的人権を重視し、その保障を標榜している諸国においては、前述したとおり、既に立法による適正な規制措置が当然のごとく採られているのであり、我が国においても、取得や保有の要件を明確にし、捜査機関から独立した公平な第三者機関による実効性のある監督や、罰則等による運用の適正を確保し、開示請求権や不当な取得や保有に関する抹消請求権を定めるなど、幅広い知見を集めた上、国民的理解の下に、科学的な犯罪捜査等に資するため、憲法の趣旨に沿った立法による整備が行われることが強く望まれるところである」と述べている。

そして、控訴審判決は、「法の下の平等（憲法一四条一項）という面から考えても、一度被疑者（無罪推定がされている。）とされただけで、一般国民とは異なり、一度採取についての承諾をしてしまうと、保管及び利用についてこのような（将来の犯罪捜査に使用されるという）不利益を受忍しなければならない地位におかれる（差別される）という根拠は見出し難い」とし、本件について、「DNA型の採取等を承諾（同意）した事件の無罪が確定した以上、原則として本件三データの抹消が認められるべきであり、それにもかかわらず一審原告についてこれらの保管及び利用が正当（必要）とされる特段の事情は、一審被告国が主張立証すべきところ、そのような主張立証はない」としたうえで、抹消請求を認めた。地裁判決が、無罪が確定した以上は原則抹消すべきとまで明言せず、余罪の存在や再犯のおそれ等があるなど、少なくとも、当該被疑者との関係でより具体的な必要性を要すると判断したものを、もう一歩進めたと評価できる。

②この後、控訴審判決は、一審被告国の補充主張についても検討をしている。具体的には以下の通りである。

一審被告国は、住基ネット最判は、行政機関によって個人情報をも「第三者に開示又は公表されない自由」と「みだりに利用されない自由」とを明確に区別しており、後者の自由を認めた最高裁判例は存在しないと主張するが、それは単に、現時点ではその部分の判断が示されていないというに過ぎない。一審被告国は、住基ネット最判を引用するが、住基ネット上の本人確認情報に比べて D N A 型等の要保護性（秘匿性）は格段に高く、また、住基ネットは紙媒体として従前から管理、利用されていた情報がその延長上のものであるとしてデータベース化されたに過ぎないのに対して、D N A 型等は新たな管理・利用であるところ、このような違いを考慮しないまま、住基ネット最判をもとに「みだりに利用されない自由」が憲法上保障されないなどとするのは理由がない。

一審被告国は、プライバシー権や自己情報コントロール権という概念自体が多義的で、その外延及び内容が不明確であるから、個人情報をもみだりに利用されない自由は憲法上当然に認められるものではなく、その肯否や内容等は立法裁量に委ねられているとする。しかし、D N A 型等の個人情報をもみだりに保有され、利用されない自由は人格権を基礎とするものであり憲法一三条によって保障されているのであり、立法により創設されたりされなかったりするものではなく、むしろ立法によっても奪うことのできない性質のものである。また、D N A 型等の個人情報をもみだりに利用されない自由は、自己情報のコントロールをも手段の一つとすることによって守られ得るとはいえるものの、自己情報コントロール権を本質とするものとはいえないのであり、自己情報コントロール権が認められるか否かにかかわらず、認められる。

一審被告国は、D N A 型のデータベース等に対する取扱いの適正は、各種規則、細則、実施要領その他の訓令等によって担保され、適正な運用体制が構築されているから、情報が外部に漏出し、第三者に漏えいするおそれや、正当な目的から乖離して用いられるおそれはなく、個人の人格的利益が侵害されるような具体的な危険が生じることはない」と主張するが、前述の通り、D N A 型等の秘匿性や要保護性は高く、これを捜査機関が保有し、

利用することによって行動が制限され、萎縮させられたりする効果は具体的、現実的なものである。そして、住基ネットに関しては、住基ネット法という国会による立法措置によって手厚い制度設計が構築されており、目的外利用や秘密の漏えい等は、懲戒処分や刑罰をもって禁止され、かつ、都道府県に本人確認情報の保護に関する審議会を、指定情報処理機関に本人確認情報保護委員会を設置することとされ、適切な取扱いを担保するための制度的措置が講じられているのに対し、DNA型等については法的整備が全くされていない上、国家公安委員会等による監視も到底十全であるとはいえない。一審被告国が下位規則等による運用の適正性等を強調してみせたところで、警察における内部的規制に留まるにすぎず、独立した専門家による外部的、第三者的な実質的監視が存しない以上、公正性や透明性が担保されるわけではなく、捜査機関による恣意的な運用を防ぐことができるものではない。

(五) 本件裁判名古屋高判に小山意見書及び補充意見書が与えた影響

本件裁判名古屋高判（控訴審判決）は、一言でいえば、本件裁判名古屋地判（地裁判決）をベースにそれを更に「進化」させたものだと思う。DNA型等の秘匿性・要保護性を中程度から高度なものとし、DNA型データベース等については「法的基盤が脆弱」からさらに「立法化が必要」とした。また、無罪判決が確定した場合に、余罪や再犯のおそれ等を踏まえて抹消すべきかどうかを具体的に検討すべきとした地裁判決に対し、原則として抹消すべきであり、保管を継続すべき特段の事情があるなら国側が具体的に主張立証すべきとした。

とは言え、判断枠組み自体を変更したわけではなく、地裁判決に影響を与えた小山意見書は、控訴審判決にも影響を与えていると言える。

さらに、一審被告国の補充主張に対する裁判所の判断には、小山意見書及び補充意見書が色濃く反映されてい

る。最高裁判例において「みだりに利用されない自由」が認められていないのは、これまでの事案で判断の必要がなかったからに過ぎないとする点、住基ネット最判を引用してDNA型データベースの合憲性を主張するのに対し、対象となる個人情報情報の要保護性や制度的な保護措置の違いを理由に認められないとする点、自己情報コントロール権の外延が曖昧であるとするのに対し、自己情報コントロール権が認められるか否かにかかわらず、人格権に基づいて抹消請求が認められるとする点等々である。

また、控訴審判決は、立法化の必要性を明言しているが、ここには、小山先生の補充尋問で裁判長自ら、様々な疑問をぶつけた結果が反映されていると思う。小山先生との対話（尋問ではあるが）を通じて、長谷川裁判長は立法化の必要性を確信するとともに、その際に考慮すべきことや、不起訴事案についてどう判断すべきかなど、様々な考えをめぐらせたのだと思われる。

四 本件裁判名古屋高判（控訴審判決）確定

本件裁判名古屋高判（控訴審判決）が出た後、国側は上告を断念した。

最高裁に上告して棄却され、無罪判決が確定した場合は抹消すべきという取扱いが一般化されたり、立法化を余儀なくされることを回避するため、あえて上告を回避したものと思われる⁽²²⁾。

五 最後に

こうして振り返ってみると、名古屋地裁と名古屋高裁で無罪判決確定後のDNA型等の抹消請求が認められた

のは、小山先生のお力によるところが非常に大きいと、改めて感じる。

憲法問題が関係するような訴訟において、弁護士だけで理屈を組み立てるのは難しく、専門家である学者の意見書を提出することは重要である。

ただ、当然のことながら、どのような意見書でも良いという訳ではない。学者の意見書を提出しても、裁判所が読んだか読んでないのか分からないほど、当該意見書には触れずに棄却判決を出すことはままあると思う。受け止める側の裁判所の姿勢に問題があることも多いと思うが、他方で、先進的な学術論文をそのまま出すのではなく、実務を担う裁判所が受け入れやすいものにする工夫も欠かせないように思う。

小山先生は、学者でありながら実務にも精通されており、意見書の作成に当たっては、勝訴するために必要かつ十分の内容にしていただいたと思う。何がポイントかを適確に判断し、裁判所が受け入れやすい意見書を作成していただくことが、実はどれほど凄いことなのか、弁護士である私にも想像がつく。

小山先生に出会えたことは、我々弁護士と原告にとって大きな幸運であった。最後に、小山先生に改めて深く感謝申し上げたい。

(1) 名古屋地判令和四年一月一八日判時二五二二号六二頁。以下では、「本件裁判名古屋地判」とする。

(2) 名古屋高判令和六年八月三〇日 LEX/DB25620949。以下では、「本件裁判名古屋高判」とする。地裁判決に高裁判決の修正を反映させたもの(部分)は名古屋共同法律事務所HP「お知らせ」二〇二四・一〇・二九欄から閲覧可能(<https://nagoya-kyodo.com/nagoyahighcourt20240830/>)。

(3) この裁判の意見書を書いて下さる学者を探していたところ、國田武二郎弁護団長の知り合いである名城大学法学部教授(当時)の網中政機先生から、「小山先生が適任だと思います。憲法一三条が専門ですし、ドイツ憲法では日本の第一人者ですから」と、小山先生をご紹介いただいた。

- (4) 東京地判平成二八年六月二九日 (LL/DB 判例秘書【判例番号】L07131412)、当該判示部分について控訴審判決(東京高判平成二八年二月二六日、LL/DB 判例秘書【判例番号】L07120864)も維持、東京高判平成二五年一〇月七日(判例集未搭載)も同旨。
- (5) 前述の通り、国側が引用している裁判例において、原告は採取の違法性を理由に抹消を請求し、裁判所は採取に違法性は無かったとして請求を棄却した。それ故、「取得」自体の違法性に踏み込むことは得策ではない、と小山先生が判断されたことは頷ける。また、無罪判決が確定している本件においては、不起訴や、嫌疑不十分により警察段階で釈放された事案に比べ、DNA型等を保管し続けることに正当な理由がないことは明らかであり、この点を強調することが重要というのも、その通りであった。
- (6) 青井未帆他編『現代憲法学の理論と課題』野坂泰司先生古稀記念(二〇二三年九月、信山社)一八九頁以下。
「10 憲法上の個人情報保護についての基本的な考え方」(小山剛)。
- (7) 最大昭和四四・一二・二四刑集第二三卷一二号一六二五頁(京都府学連事件最判)。
- (8) 最判平成一五・九・一二民集五七卷八号九七三頁(早稲田大学江沢民事件最判)。
- (9) 最判平成二〇・三・六民集六二卷三三六五頁(住基ネット最判)。
- (10) 最大判平二九・三・一五刑集七一巻三三三頁(GPS捜査最判)。
- (11) 東京地判平成三一年二月二八日LEX/DB2559716。
- (12) 最三小平成七・一二・一五刑集第四九巻一〇号八四二頁(指紋押捺事件最判)。
- (13) Nシステムの高裁判決(東京高判平成二一年一月二九日判タ一二九五号一九三頁)がそうであったように、外国の法制度を持ち出したところで判決にどの程度影響するのか、半信半疑であった。ただ、後から考えると、現行制度上認められていないことを裁判所に認めてもらおうとする場合、憲法等を根拠に理屈のみで論じてもなかなか難しく、社会情勢の変化や国民意識の高まりなど、新しい判断をする必要性があつて初めて重い扉が開くのもかもしれない。そう思うと、ドイツのみならず韓国・台湾など諸外国の取扱いを紹介することは、日本の遅れを知らしめ、裁判所の後押しをするために、極めて大きな意義があつたのだと理解している。
- (14) 毛利透「判批」法学教室五〇〇号(二〇二二年)一〇一頁。

- (15) 高橋和広「判批」新・判例解説W A T C H三一号（二〇二三年）一九頁。
- (16) 瑞慶山広大「判批」法学セミナー八一四号（二〇二二年）一二八頁。
- (17) 玉蟲由樹「判批」令和四年重判解説・ジュリスト一五八三号（二〇二三年）八頁。
- (18) 岡田悦典「判批」判例時報二五四八号（二〇二三年）一一二頁。
- (19) ちょうど、控訴理由書が提出されるのと同じタイミングで小山先生が名古屋にいらっしやることになり、控訴理由書を見て下さるというのでお送りした。小山先生は、東京からの新幹線の中で、ざっと控訴理由書を読まれたようだが、お会いするなり、「たいした内容じゃないですね」「住基ネット最高裁判決を引用しているけど、住基ネットとDNA型等データベースでは、全然違う」「住基ネットの方が対象となる個人情報情報の要保護性が低いのに、逆に、制度的な保護措置がなされ、保護は厚い」と述べられた。
- (20) 「憲法上の個人情報保護についての基本的な考え方・補論」（小山剛）。名古屋共同法律事務所HP「お知らせ」二〇二四・一〇・二九欄から閲覧可能（https://nagoya-kyodo.com/media/20220810_Prolkoyama.pdf）。
- (21) 第一線で活躍されている専門家であれば当然のことなのかもしれないが、改めて尊敬の念を抱いた。
- (22) ただ、小山先生は、本判決について、「二〇年後、あの判決がきっかけで流れが変わったと評価されるものです」と仰った。私達にとって非常に嬉しい言葉であった。