HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	刑事判例研究
Author(s)	堀田, 尚徳
Citation	北大法学論集, 68(4), 76[201]-53[224]
Issue Date	2017-11-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/67717
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_vol68no4_08.pdf

Hokkaido University Collection of Scholarly and Academic Papers : HUSCAP

判例研究

刑　事　判　例　研　究

堀　田　尚　徳

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当たるとされた事例

東京高裁平成28年８月23日第４刑事部判決
（平成27年（う）第1872号　窃盗、建造物侵入被告事件）
高刑集69巻１号16頁

第１　本判決を取り上げる意義

本判決の判示事項は以下の３点である。

① 警察官が、自己の身分及び DNA 採取目的であることを秘した上で、被疑者に対して、紙コップにそそいだお茶を飲むよう勧め、使用した紙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態様の捜査を無令状で行ったという事案について、かかる捜査が強制処分に該当するとして、令状主義に反し違法と判断した。

② ①の捜査の際に取られた領置の手続きについて、法が許容する領置の類型には当たらず、領置手続自体も違法と判断した。

③ ①の捜査で採取した DNA を基に得られた逮捕状に基づいて被疑者を逮捕後、被疑者から任意提出された口腔内細胞を DNA 鑑定した結果を記載した鑑定書について、違法収集証拠排除法則を適用して証拠能力を否定し、この鑑定書が関わっていた犯罪事実（窃盗罪）について無罪判決を出した。

特に判示事項①について、本判決は、当該捜査が被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案について、最決昭和51年３月16日刑集30巻２号187

頁（以下、「最高裁昭和51年決定」という）が示した強制処分該当性の判断基準を直接的に引用して判断した。もっとも、この判断が最高裁昭和51年決定後の最高裁判例と整合するか否か等については検討を要する所があるように思われる。本判決は、特に判示事項①について、最高裁昭和51年決定が示した判断基準についての具体的な適用例を判示したものとして、取り上げる意義があると考えられる。

第２　事案の概要・判旨

１　事案の概要[1]

（１）捜査の経緯

ア　平成27年１月28日以前

警察は、窃盗被疑事件について、犯行現場に犯人が食事をした形跡があり、割り箸についていた犯人のものと思われるDNAを採取した。データベースに一致する者はいなかったが、犯行手口の類似性等から、被疑者Ａに目星をつけていた。

イ　同年１月28日

警察官K_1・K_2は、荒川河川敷沿いの曝気施設付近にテントを張って生活していたＡの下に赴き、河川事務所から入手した資料を見せる等しながら、周辺のホームレスについての話をした（K_1・K_2は警察官であると名乗らず。警察官だと一目見て分かるような服装ではなかった。ＡはK_1らを国交省の職員と思い込んでいた）。

K_1はＡに対して、持参した紙コップで温かいお茶を勧め、Ａが飲んだ後、DNA採取目的であることを秘し、その紙コップを廃棄すると申し出てＡから回収した（K_2がその様子を写真撮影）。

ウ　後日

紙コップからＡのDNAを採取[2]し、それを疎明資料としてアの事実に係るＡの逮捕状を請求し、Ａを逮捕した。同年２月12日、Ａが口腔内細胞を任意提出したところ、それについてDNA鑑定をした鑑定書が作

[1] 原審と本判決の事実認定は、ほぼ同じである。

[2] この時点でＡから採取された唾液を鑑定した結果についての鑑定書は、平成27年４月21日付で作成された。

成された。同年３月４日、Ａは窃盗罪（刑法235条）で起訴された。

（２）被告人側の主張

被告人側は、上記鑑定書について、令状主義の精神を没却するような重大な違法捜査によって得られた証拠を基になされた逮捕状請求及びその身体拘束を利用して得られた証拠であることから証拠排除すべきである等と主張した。

（３）原審

さいたま地判平成27年９月17日（公刊物未登載[3]）は、罪となるべき事実として

「被告人は・・・平成22年２月27日午後９時頃から同年３月１日午前７時頃までの間に、さいたま市・・・所在の甲株式会社乙作業所内１階事務所において、同作業所所長丙管理の現金約８万1800円を窃取した」[4]

という事実を認定した上で、本件の捜査について以下のとおり判示した。

「DNA 採取目的を秘して被告人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、**なんら被告人の身体に障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」〔フォント変更は本論文執筆者による〕。

原審の判断に対して被告人側が控訴した結果出されたのが、本判決である。

２　判旨[5]

「捜査において強制手段を用いることは、法律の根拠規定がある場合に限り許容されるものであるが、ここにいう強制手段とは、有形力の行使を伴う手段を意味するものではなく、個人の意思を制圧し、身体、住居、財産等に制約を加えて強制的に捜査目的を実現する行為など、特別の根拠規定がなければ許容することが相当でない手段を意味するものであると解される（最高裁判所昭和51

[3] 原審の判決文は、Westlaw Japan 文献番号2015WLJPCA09176006で閲覧できる。もっとも、本判決の判決文内においてその内容が過不足なく引用されている。

[4] 被告人Ａは別の窃盗事件でも起訴されているが、本研究とは関係しないため省略する。

[5] 本判決に対する評釈として、中嶋伸明「判批」研修821号（2016年）93頁以下、吉田雅之「判批」研修824号（2017年）13頁以下、宮木康博「判批」法学教室438号（2017年）139頁、大野正博「判批」刑事法ジャーナル53号（2017年）164頁以下がある。

年３月16日第３小法廷決定）」。

「被告人は、・・・相手がホームレスの話しかしなかったので、国交省の人間だと思い込み、勧められるままに紙コップを手にしてお茶を飲み、被告人が飲んだ後、DNA 採取目的を秘し、そのコップを廃棄するとしてK_1が回収したものと認められる。そうすると、本件においては、らは、K_1らが警察官であると認識していたとすれば、そもそもお茶を飲んだりしなかった被告人にお茶を飲ませ、使用した紙コップはK_1らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人の錯誤に基づいて、紙コップを回収したことが明らかである。

ここで、強制処分であるか否かの基準となる個人の意思の制圧が、文字どおり、現実に相手方の反対意思を制圧することまで要求するものなのかどうかが問題となるが、**当事者が認識しない間に行う捜査**について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、**合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当する**というべきである（最高裁判所平成21年９月28日第３小法廷決定参照）。したがって、本件警察官らの行為は、被告人の意思を制圧して行われたものと認めるのが相当である」。

「確かに、相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとまではいえず、**法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合**にはじめて、強制処分に該当するというべきであると解される。本件においては、警察官らが被告人から唾液を採取しようとしたのは、唾液に含まれる DNA を入手し鑑定することによって被告人の DNA 型を明らかにし、これを、・・・DNA 型記録確認通知書に記載された、合計11件の窃盗被疑事件の遺留鑑定資料から検出された DNA 型と比較することにより、被告人がこれら窃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である。**警察官らの捜査目的**がこのような個人識別のための DNA の採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではなかったといっても、**DNA を含む唾液を警察官らによってむやみに採取されない利益（個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって**

認識されない利益）は、強制処分を要求して保護すべき重要な利益であると解するのが相当である。

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

「本件唾液は、使用した紙コップはK_1らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人が占有を警察官らに委ねた物」であるから、刑訴法221条の「所有者、所持者若しくは保管者が（捜査機関に対して）任意に提出した物」には当たらない。また、同条の「遺留」とは、「占有者の意思に基づかないでその所持を離れた物のほか、占有者が自ら置き去りにした物」であると解され、「例えば、占有者の意思に基づいて、不要物として公道上のごみ集積所に排出されたごみについて、捜査の必要がある場合には、遺留物として領置することができると解される（最高裁判所平成20年４月15日第２小法廷決定）」が、「本件唾液は、上記のとおり、使用した紙コップはK_1らによってそのまま廃棄されるものと思い込んでいたと認められる被告人が、錯誤に基づいて占有を警察官らに委ねた物であり」、「遺留にも当たらないと解される」。本件の警察官らは「外形上被告人の意思に基づいて占有を取得したことから、領置の手続きを取ったものであると解されるところ、この手続は、法が許容する領置の類型とはいえず、本件領置手続自体も違法と解するのが相当である」。

「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、・・・K_1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うべきであるから、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」。〔フォント変更は本論文執筆者による〕

第３　本判決が最高裁昭和51年決定を直接的に引用した点について

１　問題の所在

最高裁昭和51年決定の事案は、物損事故を起こした被告人（当時は被疑者）を警察官が警察署に任意同行した際、外見上酒を飲んでいる様子であったことから呼気検査に応じるよう説得していたところ、被告人が急に退室しようとしたため、これを防ごうと被告人の左斜め前に立ち両手でその左手首を掴んだ行為の適法性が争われたというものである。この事案に対して最高裁は、「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つて、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。ただ、強制手段にあたらない有形力の行使であつても、何らかの法益を侵害し又は侵害するおそれがあるのであるから、状況のいかんを問わず常に許容されるものと解するのは相当でなく、必要性、緊急性なども考慮したうえ、具体的状況のもとで相当と認められる限度において許容されるものと解すべきである」。本件の警察官の行為は、「呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではないというのであるから、これをもって性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、警察官による上記行為は強制処分には当たらないとした（さらに進んで、任意処分としての限界も越えていないとした）[6]。この事案は、被疑者に対して直接的な有形力行使が為されたものであることから、被疑者は自己の権利・利益に対する制約・侵害を認識し得た。換言すれば、被疑者の**明示の意思に反するか否か**が問

[6] 最大判平成29年３月15日裁時1672号１頁について最高裁調査官が解説したものとして、伊藤雅人＝石田寿一「判解」ジュリスト1507号（2017年）106頁以下がある。同解説は、109頁で、最高裁昭和51年決定について「強制処分と任意処分の区別についてはこの判例が出発点となる」としている。これに対して、三井誠『刑事手続法（１）〔新版〕』（有斐閣、1997年）82頁は、最高裁昭和51年決定から「直ちに強制処分・任意処分の一般的定義を引き出すことはできない」と述べる。

題となる事案であったといえる。

これに対して本判決の事案は、被疑者に対して直接的な有形力行使が為されたものではないことから、被疑者は自己の権利・利益に対する制約・侵害を認識し得なかった[7]。換言すれば、被疑者の**黙示の意思に反するか否か**が問題となる事案であったといえる。

前記のような事案の違いがあるにもかかわらず、本判決は最高裁昭和51年決定を「参照」等とせずに直接的に引用したのはなぜであろうか。

2　被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった最高裁判例

（1）最決平成11年12月16日刑集53巻９号1327頁

最決平成11年12月16日刑集53巻９号1327頁（以下、「最高裁平成11年決定」という）の事案は、警察官が、覚せい剤密売事件の捜査の一環として暴力団事務所における電話を傍受するため、検証許可状を得て２日間にわたり電話傍受を実施した（刑訴法222条の２追加前）ことの適法性が争われた、というものである。この事案は、被疑者に対して直接的な有形力行使が為されたものではないことから、被疑者は自己の権利･利益に対する制約･侵害を認識し得なかった。換言すれば、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案であったといえる。この事案に対して最高裁は、「電話傍受は、**通信の秘密を侵害**し、ひいては、**個人のプライバシーを侵害**する**強制処分**である」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、最高裁昭和51年決定を引用しなかった。

（2）最決平成21年９月28日刑集63巻７号868頁

最決平成21年９月28日刑集63巻７号868頁（以下、「最高裁平成21年決定」という）の事案は、警察官が、覚せい剤密売事件の捜査の一環として暴力団関係者から某社宛に送られた宅配便の荷物に対して関西空港内大阪税関内でエックス線検査を行ったところ、細かい固形物が均等に詰め込まれた長方形の袋の射影が観察されたことから、捜索差押許可状を得て当該荷物を差し押さえたことの適法性が争われた、というものである。この事案は、被疑者に対して直接的な有形力行使が為されたものではないことから、被疑者は自己の権利・利益に対する制約・侵害を認識し得なかった。換言すれば、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案であったといえる。この事案に対して最高裁は、

[7] 本判決は、本件の捜査を「当事者が認識しない間に行う捜査」と位置付けている。

「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」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、最高裁昭和51年決定を引用しなかった。

（3）最大判平成29年３月15日裁時1672号１頁

最大判平成29年３月15日裁時1672号１頁（以下、「最高裁平成29年判決」という）の事案は、警察官が被疑者の使用車両等に無令状でGPS端末を取り付けその動向を把握した行為の適法性が争われた、というものである。この事案は、被疑者（の身体）に対して直接的な有形力行使が為されたものではないことから、被疑者は自己の権利・利益に対する制約・侵害を認識し得なかった。換言すれば、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案であったといえる。この事案に対して最高裁は、「憲法35条は、「住居、書類及び所持品について、侵入、捜索及び押収を受けることのない権利」を規定しているところ、この規定の保障対象には、「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含まれるものと解するのが相当である。そうすると、前記のとおり、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**（最高裁昭和50年（あ）第146号同51年３月16日第三小法廷決定・刑集30巻２号187頁参照）とともに、一般的には、現行犯人逮捕等の令状を要しないものとされている処分と同視すべき事情があると認めるのも困難であるから、令状がなければ行うことのできない処分と解すべきである」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、最高裁昭和51年決定を「参照」という形で引用した。

３　検討

最高裁平成11年決定及び最高裁平成21年決定は、被疑者の明示の意思に反す

るか否かが問題となった事案に対する判断ではないことを考慮しつつ、最高裁昭和51年決定を引用することを避けたと考えられる[8]。これらに対して、最高裁平成29年判決は、やはり被疑者の明示の意思に反するか否かが問題となった事案に対する判断ではないことを考慮しつつも、被疑者が当該捜査行為を認識し得る状況にあったという点で、上記２つの最高裁決定の場合よりも最高裁昭和51年決定に近付けて捉えやすかったことから、「参照」としたと考える余地はないであろうか[9]。

4　結論

前記３の検討が正しいのならば、本判決も最高裁昭和51年決定を「参照」とした方が、現在の判例による最高裁昭和51年決定の位置付けと整合的であるように思われる。

第４　最高裁昭和51年決定に対する学説の捉え方及び被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった近時の判例との整合性

1　問題の所在

最高裁昭和51年決定は、強制処分について①「個人の意思を制圧し」②「身体、住居、財産等に制約を加えて」③「強制的に捜査目的を実現する行為」など④「特別な根拠規定がなければ許容することが相当でない手段」をいうと判示した。上記①～④のうち、実質的な基準は①及び②であると考える立場が有力である[10]。その根拠は、③は強制処分という言葉を言い換えただけに過ぎないこと、

---

[8] なお、増田啓祐「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成21年度』（法曹会、2012年）371頁以下、383 ～ 384頁は、最高裁昭和51年決定を基に強制処分該当性を検討している。

[9] 現に被疑者は、GPS 端末の存在に気付いて破棄している。伊藤＝石田・前掲注（６）109頁は、「昭和51年判例・・・の説示の中には、事案に則して用いられたとみられる表現や用語が含まれているように思われる。本判決が、『強制の処分』の定義について昭和51年判例をなぞるような説示をせず、同判例を参考判例として引用するにとどめているのは、この点を踏まえたことによるものと思われる」としている。

[10] 井上正仁「強制捜査と任意捜査の区別」『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）11頁、小林充「強制処分と任意処分」研修671号（2004年）３頁以下、６頁、酒巻匡「捜査に対する法的規律の構造（２）」法学教室284号（2004年）62頁

及び④は強制処分法定主義の裏返しの表現で、トートロジーに過ぎないことである[11]。

本判決は、最高裁昭和51年決定に対する学説の捉え方及び被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった近時の判例と整合的に理解できるのであろうか。

2　最高裁昭和51年決定に対する学説の捉え方との整合性

（1）重要権利利益侵害説

この見解は、前記①②の相互関係について、「性質上②にいうような『制約』を伴う処分であるかどうかというのが一般的・類型的な判断であるのに対し、①にいう『意思の制圧』があったか否か－あるいは、・・・相手方の意思に反するものであったか否か－は個別具体的な判断である」ことから、両者を区別して用いるべきとした上で、「先ず一般的に、当該処分が②に当たるかどうかを問題にし、それが肯定されたときに、次に、具体的事案において、①の要因が認められるか否かを問題にする」という理解を前提とした上で、前記①「個人の意思を制圧」を「相手方の明示又は黙示の意思に反すること」、前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」を「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益に対する実質的な侵害ないし制約を伴う」ものと捉える[12]。

その根拠は、前記①について、ⅰ「当の権利・利益の主体が同意ないし承諾

以下、67頁、同『刑事訴訟法』（有斐閣、2015年）29頁等。鹿野伸二「判解」『最高裁判所判例解説刑事篇平成20年度』（法曹会、2011年）289頁以下、298 ～ 299頁や増田・前掲注（8）383 ～ 384頁も、最高裁昭和51年決定が①②の二つの要因を示したものとする理解に沿って、それぞれの判例を解説している。

[11] 井上・前掲注（10）7頁。

[12] 井上・前掲注（10）8、10 ～ 12頁。ただし、同18頁は重要権利利益侵害説について最高裁昭和51年決定が同説を採っていた（あるいは含意していた）とするものではなく、同決定に「挙げられたそれぞれの要因について立ち入って分析し、他の処分－中でも、・・・通信・会話の傍受や写真撮影など、必ずしも有形力の行使を伴わない処分－への波及の可能性をも視野に入れて、論理的に詰めて考えてみると、刑訴法197条1項にいう『強制の処分』を統一的・整合的に理解するためには、それぞれの要因を・・・整備し、汎用性のある基準とするのが有効」と考えて導いたものである旨を述べる。

する場合には、その権利・利益の侵害ということがそもそも問題とならない」から、強制処分における「強制」といえるためには、当該処分が相手方の意思に反して為されることが前提となること[13]、ii当該処分が相手方に知られずに為されたとしても、「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」[14]こと、前記②について、iii「客観的にみて何ら保護されるべき権利や利益の侵害もないのに、ただ当事者の意思に反するからというだけで、刑事訴訟法上の特別の根拠規定を必要とするのは、過当な要求だと思われる」ところ、「現行刑事訴訟法の強制処分に関する一連の規定をみると、そこに定められた要件や手続はかなり厳格なものであることが分かる。強制処分はまた、・・・原則として憲法の令状主義の支配をも受けるものである」ことを考慮すると、「およそ何らかの権利や利益の制約があれば強制処分」であると考えるわけにはいかない[15]ことである。

この見解によれば、最高裁昭和51年決定の事案において最高裁判所が当該捜査行為を強制処分に当たらないと判断したのは、警察官による制止行為は、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処分とはいえないから（②「身体、住居、財産等に制約を加えて」を満たさないから）、と説明される[16]。

（2）意思制圧説

この見解についての代表的な論者は、前記①「個人の意思を制圧し」を「その行為の方法ないし態様が、相手方の意思を制圧する程度のもの」であること、前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」を「相手方の権利、利益を制約」するものと捉える[17]。もっとも、例えば「通信傍受のように対象者が気付かない

---

[13] 井上・前掲注（10）9頁。

[14] 井上・前掲注（10）11頁。

[15] 井上・前掲注（10）12頁。

[16] 井上・前掲注（10）20頁は、最高裁昭和51年決定の事案における「警察官の措置はなお説得行為の域にとどまり」、「②の要因の評価として、身体ないし行動の自由―という、それ自体重要な権利―を奪ったり、実質的に侵害・制約するといえる程度」にまで至るものとはいえない、と述べる。

[17] 川出敏裕「任意捜査の限界」小林充先生・佐藤文哉先生古稀祝賀『刑事裁判論

うちに行われる処分」については、「意思を制圧することと、意思に反することとの区別はできず、要は、推定的な意思に反するという基準しかありえない」ことを根拠に、「意思に反した重要な権利、利益の制約」とする見解が採用されることになるとする。その結果、意思制圧説によれば、「判例は、強制処分にあたるか否かの判断において、問題とされる処分の態様に応じて、二つの基準を使い分けていることになる」と説明されることになる[18]。

この見解によれば、最高裁昭和51年決定の事案において最高裁判所が当該捜査行為を強制処分に当たらないと判断したのは、「同決定は、・・・『呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであり、その程度もさほど強いものではない』ことを指摘しており、それは、侵害された権利、利益の重要性が低いというよりも、有形力の行使の程度が、相手方の意思に反しているが、それを制圧するほどのものでなかったということを問題としているようにも思える」[19]から（前記①「個人の意思を制圧」を満たさないから）、と説明される。

（3）検討

ア　意思制圧説と本判決との関係

本判決は有力説Ⅱには立っていないといえる[20]。なぜならば、本判決の事案のように、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる（＝意思制圧の有無が問題とならない）事案において、最高裁昭和51年決定を引用しているからである。

イ　重要権利利益侵害説と本判決との関係

（ア）　前記①「個人の意思を制圧」部分について

本判決は「当事者が認識しない間に行う捜査について、本人が知れば当然拒否すると考えられる場合に、そのように合理的に推認される当事者の意思に反してその人の重要な権利・利益を奪うのも、現実に表明された当事者の反対意思を制圧して同様のことを行うのと、価値的には何ら変わらないというべきであるから、**合理的に推認される当**

集　下巻』（判例タイムズ社、2006年）23頁以下、27頁。

[18] 川出・前掲注（17）29頁。

[19] 川出・前掲注（17）27頁。

[20] 宮木・前掲注（5）139頁、大野・前掲注（5）169頁。

事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当するというべきである」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示する。「合理的に推認される当事者の意思に反する場合」という表現については、重要権利利益侵害説の論者も指摘している[21]。また、「当事者が認識しない間に行う捜査について、・・・価値的には何ら変わらないというべきであるから」という表現については、重要権利利益侵害説の根拠ⅱと同じである。

（イ）　前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」部分について

本判決は「相手方の意思に反するというだけでは、直ちに強制処分であるとまではいえず、**法定の強制処分を要求する必要があると評価すべき重要な権利・利益に対する侵害ないし制約を伴う場合**にはじめて、強制処分に該当するというべきであると解される」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示する。重要権利利益侵害説とほぼ同じであるが、「実質的な」という表現が本判決では抜けている[22]。この「実質的な」という表現は、権利・利益に対する制約・侵害の程度に関する部分であるところ[23]、本判決が敢えて言及しなかったのであれば、少なくとも現在の重要権利利益侵害説[24]と整合的ではないとも思

[21] 井上・前掲注（10）11頁。同「宅配梱包物のエックス線検査」『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014年）〔初出、井上正仁「判批」井上正仁ほか編『刑事訴訟法判例百選〔第９版〕』（有斐閣、2011年）70頁以下〕428頁以下、433～434頁は、最高裁昭和51年決定が示した①「個人の意思を制圧」部分について、「相手方が当該処分の行われることを知らないため意思を表明する機会がないものの、知れば通常拒否する－あるいは、当然には承諾しない－と考えられる場合に、そのように合理的に推認される相手方の意思に反して処分を行うことも、同等に位置付けられるべきものと解される」と述べている。

[22] 重要権利利益侵害説の論者も、当初は、「法定の厳格な要件・手続によって保護する必要のあるほど重要な権利・利益の制約を伴う場合にはじめて、強制処分ということになるのではないかと解される」〔傍点は本論文執筆者による〕としていた。井上正仁「任意捜査と強制捜査の区別」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法の争点（新版）』（有斐閣、1991年）42頁以下、45頁。

[23] 井上・前掲注（10）20頁。

[24] 古江頼隆『事例演習刑事訴訟法〔第２版〕』（有斐閣、2015年）14頁は、「重要権利利益実質的侵害説」と呼ぶ。

える。

しかし、本判決が「警察官らの捜査目的がこのような個人識別のためのDNAの採取にある場合には、本件警察官らが行った行為は、なんら被告人の身体に傷害を負わせるようなものではなく、強制力を用いたりしたわけではなかったといっても」強制処分に当たると判示した部分について、捜査目的及び侵害態様に着目して権利・利益に対する制約・侵害の程度を検討していると読むことはできないだろうか[25]。すなわち、本判決の述べるように、本件の捜査目的が「個人識別のためのDNAの採取にある」ならば、（それ以外の目的の場合と比べて）より入念に捜査が行われることになり、権利・利益に対する制約・侵害の程度は大きくなる。次に侵害態様について、「被告人の身体に傷害を負わせるようなもの」であるか否か、あるいは「強制力を用い」るものであるか否かは、まさに権利・利益に対する制約・侵害の程度に関わる事情である。もっとも、本判決は結論として、本件の捜査目的のみをもって、前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」に関わる要件を充足すると判断し、侵害態様を重視しなかった[26]。これは、

[25] 吉田・前掲注（５）30頁は、「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されるとするのは、一般的な考え方ではない」と指摘する。しかし、最高裁昭和51年決定は、警察官が両手で被告人の左手首を掴んだ行為について強制処分該当性を判断する際に、「呼気検査に応じるよう被告人を説得するために行われたものであ」ること（捜査目的）、「その程度もさほど強いものではない」こと（侵害態様）を挙げた上で、「性質上当然に逮捕その他の強制手段にあたるものと判断することはできない」と判示している。また、後述のとおり、最高裁平成21年決定も捜査目的を認定して強制処分該当性を判断している。青沼潔「強制処分の意義及び任意捜査の限界－判例の読み方活かし方の一例を踏まえて」法学セミナー712号（2014年）120頁以下、122頁、124～125頁（ただし、同論文は「目的」と「程度」という分類をしている）。

[26] 侵害態様に関する本判決の判示について、身体に傷害を負わせるようなものであったり強制力を用いたりした場合はもちろん、「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」場合であっても強制処分に当たると考えている、換言すれば、権利・利益に対する制約・侵害の程度に関係なく強制処分に当たると考えているように読めるかもしれない。確かに、侵害態様に関する部分だけを読めば、上記のような読み方も出来なく

本件で問題となった被侵害利益がDNA型という個人識別能力が高い（従って、権利・利益としての重要性が極めて高い）情報に関するものであったため、権利・利益に対する制約・侵害の程度については、本件の捜査目的が「個人識別のためのDNAの採取にある」ことさえ認定できれば、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該当すると考えたのだと思われる。現在の重要権利利益侵害説の論者によれば、「侵害の程度のみを問題にするものではなく、それに先立つ要因として、侵害ないし制約されている権利･利益の『質』に着目し、『重要な権利･利益』の侵害ないし制約を伴うものとそうでないものとを区別しようとするもの」〔傍点は本論文執筆者による〕と説明されている[27]。この説明の趣旨が、権利・利益の「質」（重要な権利・利益といえるか否かレベルの話）の点で、他の権利・利益と比較して優越すると認められれば、権利・利益に対する制約・侵害の程度（実質的な侵害ないし制約といえるか否かレベルの話）の考慮は大きな問題にならないというものならば、DNA型という個人識別能力の高い情報は、住居内の平穏等のプライバシーと比較しても権利・利益の「質」の点で優越するといえるのであるから、権利・利益に対する制約・侵害の程度の考慮は大きな問題にならないと考えられることになり、本判決の立場は現在の重要権利利益侵害説と整合し得るといえることになる。

では、重要権利利益侵害説は、権利･利益の「質」の点で、他の権利･利益と比較して優越すると認められれば、侵害の程度の考慮は大きな問題にならないと考えているのであろうか。重要権利利益侵害説の論

はない。しかし、本判決が前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」部分の検討に際して、本件の捜査目的を詳細に述べていることからすると、侵害態様の部分のみを切り取って、前記②「身体、住居、財産等に制約を加えて」部分に関わる要件を検討したと読むのは不自然である。

[27] 井上・前掲注（10）12頁注19）。川出敏裕『判例講座　刑事訴訟法〔捜査・証拠篇〕』（立花書房、2016年）６頁は、この見解について、「強制処分に該当するといえるための権利・利益の制約には、権利・利益の質（重要であること）と、制約の程度（実質的であること）の両面からの限定がかかることになる」と述べている。

者は、写真撮影の場面を例として挙げながら、次のように述べている。すなわち、「住居内など普通では外から見えないような場所にいる人を、高性能の望遠レンズや赤外線フィルムを用いて密かに写真に撮る」場合、撮影対象者は「自分の行動を他人に見られることはないというプライヴァシーの正当な期待を有しているといえるから、これを侵害するのは強制処分」に当たる。これに対して、「街頭で公然と行動している人を写真に撮る」場合、撮影対象者は最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁（以下、「最高裁昭和44年判決」という）が示すように「みだりにその容ぼう・姿態・・・を撮影されない自由」を有するものの、「問題は、・・・それがどの程度重要な利益であるかとうことであり、住居の内にいる人を密かに撮影する場合に侵害が問題となるようなプライヴァシー権と較べると、やはり、一段劣位に立つものといわざるを得」ず、「強制処分とまではいえない」[28]。ここで述べられているのは、住居内の人を撮影する場合に問題となるプライバシー権と、街頭で行動する人が有する「みだりにその容ぼう・姿態・・・を撮影されない自由」とを比較すると、権利・利益の「質」の点で、後者の方が前者より劣っている（前者の方が後者より優れている）ということである[29]。そして、そのことから直ちに（権利・利益に対する制約・侵害の程度を考慮することなく）強制処分に該当するか否かについての結論を導いている。このように、重要権利利益侵害説は、権利・利益の「質」の点で、他の権利・利益と比較して優越すると認められれば、侵害の程度の考慮は大きな問題にならないと考えているようであるから、本判決の立場は現在の重要権利利益侵害説と整合し得るといえる[30]。

---

[28] 井上・前掲注（10）14頁。

[29] 大澤裕「強制捜査と任意捜査」法学教室439号（2017年）58頁以下、68頁は、重要権利利益侵害説によると、「両者の間では、私的領域の秘密性に関わるかどうかという点で決定的な差異がありますから、そこに単なる『程度』の違いを超えた『質』的な違いが見出され、そのような違いによって重要性の有無が区別されているという説明が導かれます」と述べる。

[30] 吉田・前掲注（5）23頁は、「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おらず、そ

（4）結論

本判決は、最高裁昭和51年決定に対する学説の捉え方のうち、意思制圧説とは整合しないが、現在の重要権利利益侵害説とは（「実質的な」という表現を用いなかった理由は不明であるが）整合し得る。

3　被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった近時の判例との整合性

（1）判例の概要

最高裁平成11年決定は、「電話傍受は、通信の秘密を害し、ひいては、個人のプライバシーを侵害する強制処分である」と判示し、被疑者が捜査行為を認識していない状態で行われる処分であっても強制処分になりうるとする立場に立っていることは明らかである[31]。また、その判断に際しては、通話当事者の意思に言及せず、権利・利益に対する制約・侵害の有無についてのみ言及している[32]。

次に、最高裁平成21年決定は、「本件エックス線検査は、・・・捜査機関が、捜査目的を達成するため」に行ったものであることを認定した上で、「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」〔傍点は本論文執筆者による〕と判示し、被疑者（ここでは、荷受人）が捜査行為を認識していない状態で行われる処分であっても強制処分になりうるとする立場に立っている。その判断に際して、捜査目的及び侵害態様に着目して[33]、権利・利益

の意味で」現在の重要権利利益侵害説とは「若干立場を異にしている」とする。しかし、本文中で述べたとおり、本判決は権利・利益に対する制約・侵害の程度も考慮していると考えられる。

[31] 川出・前掲注（27）7頁。

[32] 最高裁平成11年決定の事案で行われた捜査は、対象者がその実施を知らない間に行われるものであるため、対象者の意思の制圧を観念できない。また、合理的に推認される捜査対象者の意思に反することが明らかであったため、敢えて通話当事者の意思に反するか否かについて言及するまでもなかったものと考えられる。井上・前掲注（21）「宅配梱包物のエックス線検査」434頁注14）。

[33] 最高裁平成21年決定が侵害態様に着目したか否かについて、例えば緑大輔『刑事訴訟法入門〔第2版〕』（日本評論社、2017年）49頁注2は、「エックス線で『封緘された物品内』というプライバシーの程度の高い領域に入り込むこと自体で直ちに強制処分に至るわけではなく、そのような領域に入り込んだ上で撮影態様が内容物を『具体的に特定』できる」ものであったか否かに着目して強制処分

に対する制約・侵害の程度が大きいとしている[34]。

最後に、最高裁平成29年判決は、憲法35条を意識しつつ、「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ひそ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」〔フォント変更は本論文執筆者による〕と判示し、被疑者（ここでは、荷受人）が捜査行為を認識していない状態で行われる処分であっても強制処分になりうるとする立場に立っている。その判断に際して、合理的に推認される意思に反するか否か及び憲法35条を意識した上での私的領域への侵入といえるほどのものである点を考慮しており、特に後者については、侵害態様に着目[35]して権利・利益に対する制約・侵害の程度が高い点を考慮していると考えられる。

（2）検討

本判決は、強制処分該当性を判断するに際して、権利・利益に対する制約・侵害の程度を考慮する立場である。この立場は、最高裁平成21年決定及び最高裁平成29年判決と整合する。これに対して、最高裁平成11年決定は権利・利益に対する制約・侵害の程度を考慮していないが、これは同決定で問題となった被侵害利益がプライバシーのみならず通信の秘密という権利・利益としての重要性が極めて高いものであったからであるという説明が可能なように思われる。

該当性を判断しているようにも読める、と述べる。

[34] 井上・前掲注（21）「宅配梱包物のエックス線検査」431頁は、最高裁平成21年決定について「内容物の特徴等によっては相当程度これを特定することが可能なものであったとすれば、本件検査によるプライヴァシー等の侵害は軽微なものにとどまるとはいえない」と述べ、権利・利益に対する制約・侵害の程度を考慮したものと捉えている。また、増田・前掲注（8）386頁は、最高裁昭和51年決定の「身体、住居、財産等に制約を加え」ることの意味について、強制処分に当たるか否かは、権利・利益の「侵害や制約の程度いかんによるものと思われる」とする。他に、笹倉宏紀「判批」平成21年度重要判例解説（2010年）208頁以下、209頁等。

[35] 伊藤＝石田・前掲注（6）110頁は、「GPS捜査が『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』ことから直ちに強制処分性を導き出すのではなく、侵害態様、すなわち『個人のプライバシーの侵害を可能とする機器』を『所持品に秘かに装着すること』によって行うことを加味して『憲法の保障する重要な法的利益・・・』の侵害に当たるとの判断を導き出している」と述べる。

（3）結論

本判決は、被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となった近時の判例と整合する。

第5　最高裁平成21年決定との関係について

本判決は、「合理的に推認される当事者の意思に反する場合も個人の意思を制圧する場合に該当するというべきである（最高裁判所平成21年9月28日第3小法廷決定参照）」〔傍点は本論文執筆者による〕と判示している。本判決が、最高裁平成21年決定を「参照」したのはなぜであろうか。

最高裁平成21年決定の事案は、被疑者が自分に対する特定の行為（＝X線検査）が行われていることを認識していないというものであった。これに対して、本判決の事案は、被疑者が自分に対する特定の行為（＝紙コップの回収）が行われていることを認識しているものの、その意味を正確に把握していない（＝DNA採取目的であると認識していない）というものである。このように、両者は問題となる捜査行為が結果として被疑者の黙示の意思には反している点で共通するものの、被疑者が自分に対する特定の行為が行われていることを認識している（ただし、その意味を正確に把握していない）か否かが異なる。

本判決は、上記のような事案の違いを考慮し「参照」としたと考えられる。

第6　本判決の被侵害利益に関する判示部分について

1　最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁と本判決との関係

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）」を被侵害利益とし、この利益を「強制処分を要求して保護すべき重要な利益である」とした点については、最決平成20年4月15日刑集62巻5号1398頁（以下、「最高裁平成20年決定」という）との整合性に疑問があるとする見解がある。すなわち、最高裁平成20年決定の事案と本判決の事案とを比較すると、ごみが自己の占有を離れる際の態様が異なるとはいえ、「そのような違いが、自己の占有を離れた後のごみに係るプライバシーに対する期待の保護の必要性について違いを生じるとは考えられず」、両者は、同列に論じられるべきであるところ、最高裁平成20年決定の事案において、「当該ごみに係るプライバシーに対する期待が、強制処分を要求して保護すべき重要な権利・利益とはされなかった以

上、本判決の事案においても、紙コップに係るプライバシーに対する期待は、強制処分を要求して保護すべき重要な権利・利益であるとはいえない」のではないか、というものである[36]。

しかし、最高裁平成20年決定の事案は、被告人及びその妻が自宅付近の公道上にあるごみ集積所に出したごみ袋を警察官が自ら回収し中身を警察署内で確認したところ、ATM の防犯カメラに写っていた男が着ていたものと類似するダウンベスト、腕時計等を発見したため、これらを領置したというものである。この事案に対して最高裁は「ダウンベスト等の領置手続についてみると、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ごみ集積所に排出し、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、刑訴法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。」と判示した。これに対して本判決の事案は、警察官が DNA 採取目的を秘したまま被疑者に対して積極的に働きかけた上で、被疑者の唾液の付いた紙コップを回収している[37]。このように、両者は事案が異なる。

また、最高裁平成20年決定の事案での被侵害利益はごみ袋内のプライバシーである[38]のに対して、本判決の事案での被侵害利益は個人識別情報たる DNA 型に関する情報を知られない利益であり、同じプライバシーの概念に含まれる

---

[36] 吉田・前掲注（5）32 ～ 33頁。

[37] もっとも、この事案の違いは、合理的に推認される当事者の意思に反するか否かの点で考慮されるものであるところ、最高裁平成20年決定の事案であっても、捜査機関にごみ集積所のごみを探られることは、合理的に推認される当事者の意思に反するであろうから、決定的なものではないかもしれない。

[38] 緑大輔「判批」速報判例解説３巻（日本評論社、2008年）213頁以下、215 ～ 216頁。同評釈によれば、最高裁平成20年決定における「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」という表現は、「ごみにもプライバシーの利益がある以上、捜査の必要がないにもかかわらず領置することはできないことを示す表現」であると捉えられることになる。これに対して、「ごみとして廃棄した以上、その処分についての支配権を一切放棄したものであるから、ごみの中のプライバシーについても、権利としては放棄したものである」という考え方をすれば、ごみの中の物に関するプライバシー保護を期待することはできないことになる。鹿野・前掲注（10）320頁（注17）。

権利・利益であったとしても、被侵害利益としての重要度が異なる。

以上から、たとえ本判決の事案と最高裁平成20年決定の事案との間に類似する所があるとしても、その事からただちに、本判決の事案における被侵害利益が「強制処分を要求して保護すべき重要な権利・利益であるとはいえない」と考えることはできない。

2　被侵害利益を捉える時期

本判決は、被侵害利益として「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）」〔傍点は本論文執筆者による〕を挙げる。この判示は、DNA 型が個人識別情報であることに着目すると共に、DNA 採取時点（捜査機関による情報取得時点）での被侵害利益を意識したものであるといえる。この背景には、私事を他者に晒されない、という伝統的・古典的なプライバシー権の観念があるところ[39]、本判決は伝統的・古典的なプライバシー権に沿った考え方といえる。

捜査機関による情報取得時を意識した判例[40]として、最高裁昭和44年判決は、警察官が、違法なデモ行進をした集団について違法状況を確認するため、その場で行進状況を写真撮影したところ、集団の一部が警察官に暴行を加えたことから、傷害罪、公務執行妨害罪で起訴されたという事案において、「個人の私生活上の自由の一つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態・・・を撮影されない自由を有するものというべきである」〔傍点は本論文執筆者による〕と判示した。この判示は、写真撮影時点（捜査機関による情報取得時点）での被侵害利益を意識したものである。次に、自動速度監視装置により車両を運転していた速度違反者及び同乗者の容貌が写真撮影されたことに対して、被告人がプライバシー侵害（憲法13条違反）等を主張して争った事

[39] 山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法律時報87巻５号（2015年）60頁以下、61頁。同「警察による情報の収集・保存と憲法」警察学論集63巻８号（2010年）111頁以下、118頁は「被処分者に保護されるべき権利を、伝統的なプライバシー権の観点から捉えると、情報の取得・保存・利用のうち、権利の実質的な制約ないし侵害になり得るのは・・・情報の取得場面のみということになる」と述べる。

[40] ここでは、当該捜査の強制処分該当性が判決文等で明示的に判断されていない判例も含めて検討する。

案において、最判昭和61年２月14日刑集40巻１号48頁は、「憲法13条、21条違反をいう点は、速度違反車両の自動撮影を行う本件自動速度監視装置による運転者の容ぼうの写真撮影は、現に犯罪が行われている場合になされ、犯罪の性質、態様からいって緊急に証拠保全をする必要性があり、その方法も一般的に許容される限度を超えない相当なものであるから、憲法13条に違反せず、また、右写真撮影の際、運転者の近くにいるため除外できない状況にある同乗者の容ぼうを撮影することになっても、憲法13条、21条に違反しないことは、当裁判所昭和44ネン12月24日大法廷判決の趣旨に徴して明らかである」〔傍点は本論文執筆者による〕と判示した。この判示も、写真撮影時点（捜査機関による情報取得時点）での被侵害利益を意識したものである。最後に、最高裁平成20年決定[41]は、強盗殺人及びキャッシュカード窃盗事件において、ATM の防犯カメラに、被害者のキャッシュカードを使って現金を引き出している男が写っていたことから、警察官が、当該男と被告人との同一性を確認するため、公道上及びパチンコ店内における被告人の容貌等を撮影したという事案において、ビデオ撮影を適法とする根拠として、「公道上を歩いている被告人の容貌ぼう等を撮影し、あるいは不特定多数の客が集まるパチンコ店内において被告人の容ぼう等を撮影したものであり、いずれも、通常、人が他人から容ぼう等を観察されること自体は受任せざるを得ない場所におけるものである」〔傍点は本論文執筆者による〕ことを挙げている。この判示も、ビデオ撮影時点（捜査機関による情報取得時点）での被侵害利益を意識したものといえる[42]。

これまでの検討からすると、本判決における被侵害利益の捉え方は、判例と整合するといえる。もっとも、本判決（及び判例）は、一旦取得された情報がデー

---

[41] 鹿野・前掲注（10）299頁は、最高裁平成20年決定は「容ぼう等の撮影が強制処分か任意処分かについては明言していない」と述べる。

[42] 最高裁昭和44年判決及び最高裁平成20年決定について本文のように述べるものとして、亀井源太郎「憲法と刑事法の交錯」法律時報86巻４号（2014年）90頁以下、91頁、緑大輔「監視型捜査における情報取得時の法的規律」法律時報87巻５号（2015年）65頁。これらの論文は、さらに、捜査機関による情報取得時以降も意識したと読めなくもない判例として、最高裁平成11年決定又は最高裁平成21年決定を挙げる。これに対して、山本・前掲注（39）「警察による情報の収集・保存と憲法」119頁は、最高裁平成21年決定を「『さらされる』や『見られる』ことに焦点を当てた、伝統的プライバシー権侵害の典型的事案」とする。

タベース[43]上で解析・利用される場合を考慮していない点で問題があるように思われる。DNA 型の情報には、遺伝情報（外見や性格の違い、薬への対応力等）が含まれると共に、血縁者についてもある程度知り得るだけの情報が入っており、情報取得時以降に為される保存・利用の点も権利侵害を構成するような捉え方をすべきであった[44]。

第７　本判決の意義及び射程

１　本判決の意義

本判決の意義は、以下の３つである。

① 当該捜査が被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる事案において、強制処分該当性を判断する際に最高裁昭和51年決定が出発点となることを明示した。

② 強制処分該当性を判断するに際し、DNA 型が個人識別能力の高い情報であることをふまえ、権利・利益としての重要性の高さを考慮すると共に、侵害態様を重視せず、本件の捜査目的のみから重要な権利・利益に対する侵害

---

[43]【警察庁 DNA 型データベース】

2004年12月：遺留資料 DNA 型情報検索システム運用要領に基づき「遺留資料 DNA 型情報検索システム」の運用開始➡2005年８月26日：DNA 型記録取扱規則（平成17年国家公安委員会規則第15号）及び DNA 型記録取扱細則（平成17年警察庁訓令第８号）を公布➡2005年９月１日：「被疑者に係る DNA 型データベース」運用開始。DNA 型データベースに関する論点を幅広く紹介したものとして、末井誠史「DNA 型データベースをめぐる論点」レファレンス722号（2011年）５頁以下。

[44] 山本・前掲注（39）「警察による情報の収集・保存と憲法」121 ～ 122頁は、「情報の収集だけではなく、保存・利用・伝達という情報処理の全過程に個人のコントロールを及ぼす『自己情報コントロール権』、『自己情報決定権（Recht auf informationelle Selbstbestimmung）』という考え方」によれば、「情報の保存や利用も、本人の同意のない限りは権利の『侵害』として構成され」ると述べる。自己情報コントロール権について、佐藤幸治「プライヴァシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察―アメリカ法を素材として―」『現代国家と人権』（有斐閣、2008年）259頁以下、271頁［初出、同「プライヴァシーの権利（その公法的側面）の憲法論的考察－比較法的検討（１）（２）」法学論叢86巻５号（1970年）１頁以下、87巻６号（1970年）１頁以下］等がある。

ないし制約に当たるとした。

③　DNA 型が個人識別情報であることに着目して、「個人識別情報である DNA 型をむやみに捜査機関によって認識されない利益」を強制処分該当性における重要な権利･利益とした。これは、捜査機関による情報取得時（DNA 採取時点）での被侵害利益を意識したものであるといえる。

2　本判決の射程

被疑者の黙示の意思に反するか否かが問題となる捜査であり、かつ DNA 型と同等かそれ以上に個人識別能力の高い情報を取得する捜査行為の強制処分該当性が問題となる事案に対して及ぶ。

第8　残された課題

本判決は、警察官が自己の身分及び DNA 採取目的であることを秘した上で、被疑者に対して、紙コップにそそいだお茶を飲むよう勧め、使用した紙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態様の捜査を行ったところ、本件捜査が強制処分に該当し、「令状によることなく」行われた点を違法とした。本件捜査を行う場合にどのような令状によるべきなのかについては、今後検討すべき課題である。