

意見書

憲法上の個人情報保護についての基本的な考え方・補論

2022年8月10日

慶応義塾大学法学部教授 小山 剛（こやまごう）



憲法上の個人情報保護についての基本的な考え方・補論

1. 論点の整理

刑事事件において無罪判決が確定した者が原告となり、警察庁が管理するデータベースからの自己の指紋・肖像・DNA型情報の削除等を求めた裁判で、名古屋地判令和4・1・18¹は、原告の請求を認容し、国に当該情報の削除を命じる判決を下した。これを不服とした国は、名古屋高裁に控訴するとともに（以下、「本件」という）、令和4年3月18日付で控訴理由書を提出している。

(a) 本意見書の筆者は、2019年4月16日付けで、名古屋地裁宛の「憲法上の個人情報保護についての基本的な考え方」と題する意見書を作成し、本件のデータベースに関する、憲法の基本的な考え方について述べる機会を得た（以下、「地裁意見書」という。）。

地裁意見書では、DNA型データベースを例にとり、大要、次のように述べた。①DNA型、指紋、顔写真は、少なくとも中程度の個人情報である。②DNA型データベースの法的基礎は極めて脆弱である。③憲法による個人情報の保護は、その取得の段階だけではなく、保管、利用の各段階に及ぶ。このことは、自己情報コントロール権あるいは情報自己決定権という考え方を採るか否かにかかわらず妥当する。④したがって、DNA資料の採取およびDNA型検査が適法に行われたとしても、その保存とさらなる利用には、法律上の根拠と正当な理由が必要である。⑤少なくとも、無罪判決が確定した場合には、再犯の具体的危険が認められない限り、その事件の解明を目的に採取されたDNA型、指紋および顔写真等の個人情報の保管を続けることには正当な理由がなく、したがって、廃棄されなければならない。

(b) 国側控訴理由書の骨子は、次のものであろう。①自己情報コントロール権という憲法上の権利は存在せず、これを認めた判例も存在しない。②いったん適法に取得した情報であれば、その管理・利用は憲法の制約を受けない。③DNA型データベース等は、法律の根拠を要しない。④その取り扱いの適正は、行政個人情報保護法のほか、とりわけ各種訓令等のレベルで担保されており、個人情報が増用される具体的危険は存在しない。⑤削除が命じられる場合には、大きな実務上の支障が生じる。

(c) 私見は、原審の判決理由と基本的部分において異なるものではなく、原審の憲法論については、特にこれを修正する必要を感じない。もとより、地裁意見書においても触れたように、DNA型データベース等には、原審が認定した以外にも種々の憲法の問題があるところであるが、本件事案を解決するための判断としては、過不足ない理由が示されていると考えるためである。地裁判決は、地裁判決に対する憲法学者の評釈においても肯定的に受け

¹ 裁判所ウェブサイト https://www.courts.go.jp/app/files/hanrei_jp/066/091066_hanrei.pdf.

止められている²。

これに対し、控訴理由書の憲法論は、看過できない問題をはらんでいる。本意見書では、まず、個人の指紋・肖像・DNA 型情報が、少なくとも中程度の秘匿性のある個人情報であることを再確認し、そのような個人情報のデータベースについては、単純な個人情報のデータベースよりも堅牢な法的・技術的基盤の上に構築・運用されなければならないことを述べる（後述 2.）。次に、控訴理由書が援用する、最高裁住基ネット事件判決（最判平成 20・3・6 民集 62 巻 3 号 665 頁）の判断枠組みに照らしても、DNA 型データベース等に関する現行法（各種訓令等を含む。以下同じ。）が、極めて脆弱な法的基盤の上に構築・運用されていることを述べる（後述 3.）。また、控訴理由書は、いわゆる自己情報コントロール権を否定することにより、憲法 13 条の保障は公権力による個人情報「取得」にとどまり、その保管・利用には及ばないとする。続いて、このような憲法理解の問題点について述べる（後述 4.）。そして、最後に、本年 4 月 1 日に発せられた通達、「DNA 型鑑定資料の採取等における留意事項について」（警察庁丁鑑発第 539 号、警察庁丁刑企発第 33 号）に言及することにした（後述 5.）。

なお、本意見書は、地裁意見書を補完するものであるため、憲法上の基本的な考え方それ自体を論述するものではない。また、地裁意見書では、本件事案の解決に必要な限度の憲法論を述べたが、控訴理由書が憲法 13 条理解の根底にかかわる疑問を呈するものであるところから、本意見書では、本件データベースの法的基盤の脆弱さ・貧困さにも力点を置いている。また、地裁意見書に別添した外国法の条文については、新たに訳しなおした韓国法のみ、全文を添付している。

2. 住基ネットの管理する情報と本件データベースの管理する情報

控訴理由書は、住基ネット判決を引用し、本件データベースの管理・利用にあたり「具体的危険」はないため違憲ではない旨、論じている³。これに対し、本意見書は、住基ネット判決の判断枠組みに従っても、本件データベースの法的基盤には憲法上、重大な欠陥が存在すると考えるものであるが、その検討に先立ち、以下ではまず、住基ネットと本件データベースが管理する情報の質の違いを確認しておきたい。

² 地裁判決の評釈として、毛利透・法教 500 号 101 頁、高橋和広・新・判例解説 Watch・憲法 No.199（TKC ローライブラリー・オンライン）、新井誠・WLJ 判例コラム 269 号（2022WLJCC021）。

³ 住基ネット判決は、「住基ネットの運用によって原審がいうような具体的な危険が生じているということとはできない」と説示しているが、同判決が、「抽象的」「具体的」の単純な二分論に立脚するのかどうかは明らかではない。同判決では、「抽象的」「具体的」の対置は、国側の上告理由の中でしか行われていない（危険が「抽象的な域を超えて具体的な域に達しているとは到底認められない」等）。いずれにせよ、同判決のいう「具体的な危険」は、原告について実際に害悪が発生した、あるいは、発生するということを要求するものではなく、「システム技術上又は法制度上の不備」があれば、「具体的な危険」があるということになる。

(1) 個人情報の質の差異

住基ネット判決によれば、住基ネットで管理・利用される個人情報は、「氏名、生年月日、性別及び住所から成る4情報に、住民票コード及び変更情報を加えたもの」である。「このうち4情報は、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識別情報であり、変更情報も、転入、転出等の異動事由、異動年月日及び異動前の本人確認情報にとどまる」。

これらが、いわば、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、本件で問題の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り、単純な個人情報とは質的に異なることは多言を要しない。

(2) 《紙と目の延長》とどういうか

(a) 加えて、住基ネットで管理・利用される個人情報は、「住基ネットが導入される以前から、住民票の記載事項として、住民基本台帳を保管する各市町村において管理、利用等されるとともに、法令に基づき必要に応じて他の行政機関等に提供され、その事務処理に利用されてきた」ものである（住基ネット判決）。これに対し、本件のデータベースで管理・利用される個人情報、例えば、DNA型は、《以前から、警察において管理・利用されてきた》とは、到底言い難いものである。

(b) すなわち、住基ネットは、「住民基本台帳に記録された個人情報のうち、氏名、住所など特定の本人確認情報を市町村、都道府県及び国の機関等で共有してその確認ができる仕組みを構築することにより、住民基本台帳のネットワーク化を図り、住民基本台帳に関する事務の広域化による住民サービスの向上と行政事務の効率化を図ることを目的とするもの」であり、これによって住民には「一定の要件のもとで住基カードを添えて転入届を行う場合、従来必要とされていた転出証明書の添付が不要となり転出地の市役所等に出向く必要がなくなること（住基法24条の2第1項）、……などの利点」があり、市町村には「市町村間の通信を郵送に代えて電気通信回線を通じて行うことにより事務の効率化を図ることができる……などの利点」がある（住基ネット判決）。住基ネットも、本件で問題のデータベースも、いずれも情報技術の発展によって可能となったものである。しかし、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。

確かに、指紋や肖像は、《以前から、警察において管理・利用されてきた》と云うものであるが、その利用法は、従来とは質的に異なるものとなっている。大阪地判平成6年4月27日判時1515号116頁（西成監視カメラ事件判決）では、警察が設置した15台のテレビカメラのうち、1台を除き14台は撤去しなくてよいとなったが、これは、「テレビ画像を録画するビデオ装置は設置されていないし、テレビカメラは方位角度の調整機能、ズームアップ機能を備えているものの、被写体周辺の明るさにも左右され、建物や樹木等の障害物も

あり、巡回速度も遅いから、視野に入った人物もほどなく画面から消えるので、簡単に特定個人を対象にその行動を監視し続けることはできないし、そのような使用方法を取ったことはない。」という時代のものである。この限りでは、警察官の目視を技術的に強化したものと位置づけることもできないではない。しかし、情報技術が発展した現在、本件個人情報の潜在的な利用可能性は、その域をはるかに超えており、目視の延長で捉えることは、もはやできない。

(3) 小括

以上の二点は、住基ネット判決の判決理由において真っ先に確認されていることである。「住基ネットにシステム技術上又は法制度上の不備」があるか否かの審査は、管理・利用される個人情報の、そのような秘匿性の程度の認定の次に行われている。仮に、秘匿性の程度の高い個人情報であれば――本件で問題の個人情報はこれにあたる――、そのシステム技術および法制度は、より一層の堅牢さが要求されることになるだろう。

3. 住基ネット判決の判断枠組みと本件データベースの憲法適合性

その点をさておき、同判決が示した判断枠組みに照らしても、DNA型データベース等を支える法的基盤には大きな問題がある。住基ネット判決は、「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又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。」と判断するにあたり、次の二点を指摘している。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って禁止されていること」、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こと」である。

(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って禁止されていること」について

(a) 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た。これに対し、DNA型データベース等については、「法制度」が存在しないか、仮に存在するというにしても、極めて脆弱で可視性に欠ける。

住基ネットには、住基ネット法という法律が基本にあり、同法41条で政令に委任された委任命令および執行命令がこれを補充する。また、本人確認情報の処理および利用については、番号利用法（行政手続における特定の個人を識別するための番号の利用等に関する法律）（平成25年法律第27号）等に具体的な定めがあるほか、住基ネットを利用できる事務の追加については、都道府県または市町村の条例によることを求めている（住基ネット法30条の14、30条の15）。

これに対し、本件データベースについては、全国民の代表機関であり、国の唯一の立法機関である国会が制定した、法律レベルの固有の規律が存在しない。本件データベースに保管されている個人情報、行政個人情報保護法 2 条 5 項にいう「保有個人情報」にあたる（しばしば指摘されている、警察について除外規定が多すぎるものの問題には、本意見書では立ち入らない）ほか、命令レベルである国家公安委員会規則、さらに下位の細則、実施要領、通達、訓令によって定められているに過ぎない。すなわち、法の形式として、住基ネットと比較して、本件データベースは 1 段階、あるいは 2 段階以上、劣後する規定によって規律されていると言わざるを得ない。

規則、細則、実施要領、通達、訓令という多層構造は、可視性にも欠ける。住基ネットについては、特定の法律、政令、自身が居住する都道府県ないし市町村の条例を見れば、運用のあらましを理解することができる。これらは、官報やインターネットを通じて公表されている⁴。これに対し、本件データベースについて、法的性格も定かではない細則以下の文書を特定し、諸文書の内容や文書相互の関係性を理解することは極めて困難であり、少なくとも一般の国民にとって、それは不可能なことであろう。それらは、インターネットで検索することもままならない⁵。重要な文書である「警察庁情報管理システムによる DNA 型照会業務実施細則」は、インターネット上では発見できなかった。

ドイツでは、規範の明確性 (Normenklarheit)、規範の特定性 (Normenbestimmtheit) という憲法上の要請がある。日本と用語が異なり、後者は、日本でいうところの、規範の明確性の要請である。前者（ドイツでいうところの、規範の明確性）は、見通しのよさについての要請であるが、本件データベースにかかわる多層的な諸文書は、この要請に反する、まさに典型である。

(b) 住基ネット判決に戻ることにしたい。同判決の原審は、「行政個人情報保護法によれば、行政機関の裁量により利用目的を変更して個人情報を保有することが許容されているし、行政機関は、法令に定める事務等の遂行に必要な限度で、かつ、相当の理由のあるときは、利用目的以外の目的のために保有個人情報を利用し又は提供することができるから、行政機関が同法の規定に基づき利用目的以外の目的のために保有個人情報を利用し又は提供する場合には、本人確認情報の目的外利用を制限する住基法 30 条の 34 に違反することにならないので、同法による目的外利用の制限は実効性がない」ことなどから、「本人の予期しないときに予期しない範囲で行政機関に保有され、利用される具体的な危険」があるとし

⁴ 例えば、総務省のホームページ https://www.soumu.go.jp/main_sosiki/jichi_gyousei/c-gyousei/daityo/juuki10.html を参照（2022 年 7 月 31 日最終閲覧）。

⁵ 警察庁のホームページには、通知・通達 (<https://www.npa.go.jp/laws/notification/index.html>) や、訓令 (<https://www.npa.go.jp/laws/notification/kunrei.html>) が掲載されているページがある。しかし、内容別ではなく、発出年および部局別となっており、例えば、DNA 型データベース関連の文書を調べたいと思っても、容易にたどり着くことはできず、また、調べたものがすべてかどうかの確信も持てないつくりになっている。

ていた。これに対し、最高裁は、「住基法による目的外利用の禁止に実効性がないとの原審の判断は、その前提を誤るものである」としたが、その理由は、「行政個人情報保護法は、行政機関における個人情報一般についてその取扱いに関する基本的事項を定めるものであるのに対し、住基法 30 条の 34 等の本人確認情報の保護規定は、個人情報のうち住基ネットにより管理、利用等される本人確認情報につきその保護措置を講ずるために特に設けられた規定であるから、本人確認情報については、住基法中の保護規定が行政個人情報保護法の規定に優先して適用されると解すべき」というものである。

要するに、行政個人情報保護法よりも優先して適用されるべき、法律上の保護規定の存在が、ここでの理由となっている。これに対して、本件データベースについては、法律上の歯止めとなっているのは、——警察管理情報については適用除外の多い——行政個人情報保護法だけである。この点をとってみても、本件データベースには、憲法上の疑義があると言わざるを得ない。

(2) 「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こと」について

住基ネット判決は、「監視機関」について、「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設置し（同法 30 条の 9 第 1 項、2 項）、また、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（同法 30 条の 15 第 1 項、2 項）を定め、上記審議会又は委員会において、それぞれ当該都道府県又は指定情報処理機関における本人確認情報の保護に関する事項を調査審議させることとしている。」との事実を認定し、「……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ことなどに照らせば、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又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。」と判示している。

一方、本件データベースには、このような監視機関が存在しないと思われる。控訴理由書によれば、本件データベースの運用について、運用責任者と運用管理者が置かれている（警察庁情報管理システムによる DNA 型照会業務実施細則第 21 など）が、その実態は、細則からは明らかではない。しかし、いずれにせよ、住基ネットの場合と比較して、著しく貧弱であることは疑いようがない。

(a) 監視機関が法律を根拠とせず、実施細則レベルのものである点をさておいても、住基ネットの監視機関は、第三者機関であることが重要である。

すなわち、住基法 30 条の 40 は、1 項で「都道府県に、第 30 条の 6 第 1 項の規定による通知に係る本人確認情報の保護に関する審議会（以下この条において「都道府県の審議会」という。）を置く。」と規定し、審議会の職務について定める。3 項は「都道府県の審議会の

組織及び運営に関し必要な事項は、条例で定める。」と規定する。すなわち、住基ネットについては、法律を根拠とし、その組織・運営が条例で定められる「審議会」が監視の中心的役割を担っている。そして、例えば、山口県においては、学識経験者の中から知事が任命する、5人以内の委員をもって構成される、本人確認情報保護審議会が条例により設置されている。平成28年に任期が始まった委員は、消費者団体連絡協議会事務局長、行政書士、大学教授、弁護士の5人である（現委員の構成は確認できていない）。また、青森県は、青森県住民基本台帳法施行条例において、青森県情報公開・個人情報保護審査会を住基法30条の40第1項の審議会としている。現在の構成員は、大学教員2名、消費生活アドバイザー1名、弁護士2名であり、これとは別に、2名の専門委員が置かれている⁶。いずれの審議会についても、議事概要はインターネット上で公開されている。

(b) 以上に対しては、警察業務の特殊性から、住基ネットと同じ建付けによる監視体制の構築は不可能だという反論が容易に予想されるところである。確かに、警察業務の特殊性は考慮されなければならない。しかし、そのことは、本件データベースにかかわる現行の制度の正当化には、まったくつながらない。

例えば、大韓民国 DNA 身元確認情報の利用及び保護に関する法律⁷（以下、「韓国法」という。）は、次のように規定する。

第14条（DNA 身元確認情報データベース管理委員会）①データベースの管理・運営に関する次の各号の事項を審議するため、国務総理所属でDNA 身元確認情報データベース管理委員会（以下「委員会」という。）を置く。

1. DNA 鑑識試料の収集、運搬、保管及び廃棄に関する事項
2. DNA 鑑識の方法、手続及び鑑識技術の標準化に関する事項
3. DNA 身元確認情報の表記、データベース収録及び削除に関する事項
4. その他大統領令で定める事項

② 委員会は委員長1名を含む7人以上9人以下の委員で構成する

③ 委員は次の各号のいずれかに該当する者の中で国務総理が委嘱し、委員長は国務総理が委員の中から指名する。

1. 5級以上の公務員（高位公務員団に属する一般職公務員を含む）又はこれに相当する公共機関の職にあり、又はあった者で、DNA と関連した業務に従事した経験がある者

2. 大学又は公認研究機関で副教授級以上又はこれに相当する職にあり、又はあった者で生命科学又は医学分野で専門知識と研究経験が豊富な者

3. その他倫理学界、社会科学界、法曹界又は言論界などの分野で学識経験が豊富な者

④ 委員の任期は3年とする。

⁶ <https://www.pref.aomori.lg.jp/kensei/jkougai/sinsakai.html>

⁷ 前文の日本語訳は、別添として提出する。

⑤ 委員会は、第1項各号事項の審議に必要であると認めるときは、検察総長及び警察庁長に関連資料の提出を要請することができ、かつ、DNA身元確認情報担当者等を委員会の会議に参席させ、意見を聴くことができる。

⑥ 委員会は、第1項各号の事項を審議して検察総長又は警察庁長に意見を提示することができる。

⑦ 第1項から第6項までに規定する事項のほか、委員会の構成と運営等に必要な事項は、大統領令で定める。

(c) なお、組織・構成の面で住基ネット法や韓国法の要求する監視委員会に近いものに、国家公安委員会と都道府県の公安委員会がある。しかし、これらの委員会は、現状、監視委員会の機能の一部も果たしていないものと思われる。公表されている議事概要を見る限り、7月31日の時点で、データベースの命令レベルでの唯一の根拠法である規則を制定した国家公安委員会、本件が発生した地元である愛知県公安委員会において、原判決は、報告すらされていない。委員から、質問等が寄せられた形跡もない。

4. 憲法13条の解釈問題

ここで念のため、本件個人情報の管理・利用に対し、憲法13条の保障が及ぶこと、個人情報「みだりに」保管・利用される場合には、憲法13条に違反することを確認しておきたい。控訴理由書が、「個人情報を『みだりに取得されない自由』には『みだりに利用されない自由』は含意されない」と主張するためである。

なお、この問題については、すでに、地裁意見書において詳しく論じたところであるため、以下では、簡略に概要を述べるにとどめたい。

(1) 権利論的構成と非権利論的構成

(a) 控訴理由書は、いわゆる自己情報コントロール権説を批判する。しかし、自己情報コントロール権の意義は、①保護の対象を単純な個人情報に広げたことと、②閲覧請求権、訂正・削除請求権、利用・伝播統制権という包括的な保障を志向したことにより、その後の学説や(裁)判例の産婆役になった側面があるというにとどまる。この②との関連において、「コントロール」の意味があいまいであるのは広く共有された認識であり、実際、原審、地裁意見書、そして本意見書とも、具体的権利としての自己情報コントロール権を前提とするものではない。

重要なのは、自己情報コントロール権という主張が漠然・不明確な内容を含んでいるからといって、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ことにはならない、ということである。実際の訴訟では、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、国側は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が少なくない。このような場合、(裁)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、保護の可否について個別事例的な判

断を行うというアプローチをとってきた⁸。原審の判断も、その一つであると理解できる。最高裁もまた、次に見るように、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するに至っている。

(b) 控訴理由書が指摘する通り、最高裁判所が「収集・保存・利用」と明示的に述べた判例は存在しない。京都府学連事件判決は、その容ぼう等を「撮影されない自由」を取り上げている。しかし、同判決は、写真撮影の事案であり、その事例に即して、取得を問題にしたのであって、取得後の保存・利用に対する憲法上の保障を積極的に否定した趣旨ではないであろう⁹。

同判決で重要なのは、「国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきこと」であり、容ぼう等をみだりに撮影されない自由は、「個人の私生活上の自由の一つ」だということである。実際、住基ネット判決は、京都府学連判決を引用しつつ、「個人の私生活上の自由の一つ」の内容を、事案に対応する形で「個人に関する情報をみだりに第三者に開示又は公表されない自由」に組み替えている。さらに、憲法 35 条の判例であるが、GPS 捜査判決（最大判平成 29・3・15 刑集 71 巻 3 号 13 頁）の「個人の行動を継続的、網羅的に把握することを必然的に伴うから、個人のプライバシーを侵害し得る」との説示も、京都府学連事件判決以後の判例の展開を示すものとして重要である。

本件の原判決が、「取得・保存・利用」されない自由としたのは、本件の事案に対応したものであって、京都府学連事件判決、住基ネット判決等からの、むしろ自然な展開であるというべきであろう。

(c) 蛇足となるが、仮に控訴意見書が主張するように、憲法 13 条の保障は個人情報の「取得」段階にのみ及ぶと解した場合、「取得」の憲法適合性が綿密に検討されることにな

⁸ 例えば、N システムの合憲性が争われた裁判（第 1 次 N システム訴訟：東京地判平成 13・2・6 判時 1748 号 144 頁）で、原告は、「N システムによって、自動車保有者は、自己の移動に関する情報をその意思とは無関係に把握されることになり……自己の情報をコントロールする権利の侵害に当たる」と主張した。これに対して、被告（国）は、『「情報コントロール権」という概念は、抽象的かつ不明確であり、その具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法律効果等のいずれも不明であり、権利ないし法律上保護に値する利益として認めることはできない』等と反論した。裁判所は、「憲法 13 条は、国民の私生活上の自由が警察権等の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おり、この個人の私生活上の自由の 1 つとして、何人も、その承諾なしに、公権力によってみだりに私生活に関する情報を収集、管理されることのない自由を有するものと解される（原告らの主張する情報コントロール権なるものも、基本的には同様の趣旨をいうものと理解され、その限度で理由があるといえる。）」と判示している。

⁹ もっとも、京都府学連事件の当時は、「取得時中心主義」と呼ばれる考え方が支配的であったため、京都府学連事件判決は、取得の段階だけに憲法の保障が及ぶと考えていた可能性もある。とはいえ、本文で述べるように、その後の判例の展開は、取得時中心主義から大きく進化している。なお、取得時中心主義については、とくに、山本龍彦『プライバシーの権利を考える』（信山社、2017 年）68 頁以下を参照。

る。一方的な取得であれば、京都府学連事件判決の定立した枠組みからその憲法適合性が審査されることになる。また、本件のように、容疑者による任意の提供であれば、その任意性に焦点が当てられることになる。すなわち、実体、手続の両面において、任意性を認めうるのかが審査されることになり、控訴理由書の主張は、——本件第 1 審原告の控えめな要求とは異なり——かえってデータベース全体を危篤に追い込むことになろう。

(2) 非権利論的構成と「みだりに」

(a) 京都府学連事件判決について、刑事訴訟法学説には、強制処分枠外で公権力を拘束する比例原則を確立した判例であると位置づけるものがある¹⁰。警察行政法学でも、監視カメラについて「強制でないことは明らか」であるとしつつ、撮影録画が行われる場所、通行人への明示、利用目的や保存期間について限定を加える見解がある¹¹。住基ネット判決もまた、非権利論的構成を採っているものと解されるが¹²、上述のように、「システム技術上又は法制度上の不備」の有無を審査している。あるいは、早稲田大学江沢民事件判決（最判平成 15・9・12 民集 57 卷 8 号 973 頁）は、単純な個人情報について、「自己が欲しない他者にはみだりにこれを開示されたくない」と考えることは自然なことであり、そのことへの期待は保護されるべきものである」と説示し、当初の個人情報取得目的から逸脱した転用を違法としている。これは、「重要な外国国賓講演会への出席希望者をあらかじめ把握するため、学生に提供を求めたもの」を無断で警察に開示したことが、当初の取得目的からの目的変更にあたるとされたものであり、それゆえ、「プライバシーに係る情報の適切な管理についての合理的な期待を裏切るものであり、上告人らのプライバシーを侵害するものとして不法行為を構成」するとされたものである。同判決はさらに、「本件個人情報の秘匿性の程度、開示による具体的な不利益の不存在¹³、開示の目的の正当性と必要性などの事情は、

¹⁰ 井上正仁『強制捜査と任意捜査〔新版〕』（有斐閣、2014 年）15 頁。

¹¹ 田村正博『全訂 警察行政法解説〔第 2 版〕』（東京法令出版、2015 年）321 頁以下。また、N システムについて、329 頁以下。

¹² 増森珠美「判解」法曹時報 62 卷 11 号（2010 年）147 頁、170 頁脚注 14 は、自己情報コントロール権は「憲法上の人権とは認められないという判断を前提にしたもの」と指摘する。中岡小名都「住基ネット合憲判決」自治研究 87 卷 9 号（2011 年）131 頁、141 頁も、「基本的に秘匿性原則に立って保護範囲の有無を判断してきた従来型判例の枠組を一方で守りつつ、他方で柔軟なアプローチの余地を残している」とする。

¹³ 具体的不利益の存在を前提としない、いわゆる萎縮効果論は、目新しいものではない。サンケイ新聞事件判決（最判昭和 62・4・24 民集 41 卷 3 号 490 頁）は、反論文掲載制度を認めると「批判的記事、ことに公的事項に関する批判的記事の掲載をちゅうちよさせ、憲法の保障する表現の自由を間接的に侵す危険につながるおそれも多分に存する」とし、「民主主義社会において極めて重要な意味をもつ新聞等の表現の自由に対し重大な影響」に言及している。また、配信サービスの抗弁につき、最判平成 23・4・28 民集 65 卷 3 号 1499 頁は、この報道システムは「新聞社の報道内容を充実させ、ひいては国民の知る権利に奉仕するという重要な社会的意義を有」し、「記事を作成した通信社が当該記事に摘示された事実を真実と信ずるについて相当の理由があるため不法行為責任を負わない場合であっても、当該通信社から当該記事

上記結論を左右するに足りない」と説示している。

(b) 本件データベースに戻ると、すでに述べたように、住基ネット事件判決の枠組みに照らしても、本件データベースには重大な憲法上の問題がある。加えて、本件データベースの憲法適合性には、「目的変更（目的拘束）」、「比例原則」との関係で、重大な疑義がある。

まず、犯罪捜査の過程で取得した個人情報を、将来生じうる犯罪の捜査を目的に保存し、さらに利用することは、目的変更にあたる。この間に「目的変更」は存在しないとするのは、「目的」を極めて広く設定しているか、あるいは、データベースの構築自体が自己目的化しているかのいずれかであろう。後者であれば、すでに個人情報取得の時点で、憲法適合性に疑義が生じることになる。前者は、すでに発生した具体的な犯罪の捜査と、将来の犯罪の捜査とを同一視するものであり、両者の同一視は、《警察の職務》、ひいては、《公共の福祉のため》といった極めて雑駁な目的設定の下でのみ、可能なことである。

また、比例原則との関係では、そもそも、DNA型情報等の取得が、当該事件の捜査において必要であったのかが問われなければならないことはさておいても、それをデータベースに登録するにあたっては、その者の再犯のおそれについての、具体的な理由付けが求められることになる。

これらの憲法上の疑義については、ドイツ法、韓国法、台湾法を引きながら、地裁意見書において詳しく述べたので、本意見書では繰り返さない。結論部分だけを記せば、本意見書筆者は、地裁意見書を次のようにまとめた。

本意見書は、有罪判決が確定した場合であれば、一定の場合に将来の犯罪捜査のためにDNA型鑑定の結果を保管することも、憲法に反するものではないと考えるものである。有罪判決が確定した者は、自身の犯罪行為によって、自らが公権力による個人情報取得の原因を作り出した者である。ただし、その場合でも、比例原則の遵守と、法律による明示的な授権が必要であると考えます。

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型情報の取扱について規定したにとどまる国家公安委員会DNA型記録取扱規則は、その全体が重大な憲法上の疑義を免れない。仮に現在のDNA型データベースの主要な部分を（暫定的に）維持するのであれば、国家公安委員会DNA型記録取扱規則の解釈および運用を、憲法に適合する範囲に限定しなければならない。これはとりわけ、無罪判決確定後の、データのすみやかな抹消を要請する。同じことは、本意見書が主に扱ったDNA型データだけではなく、その取得が現に発生した事件に対する刑事手続の中で行われ、後に無罪判決が確定した場合における、指紋等のその他の個人情報の取り扱いについても、当然に妥当するこ

の配信を受け、これをそのまま自己の発行する新聞に掲載した新聞社のみが不法行為責任を負うこととなるとしたならば、上記システムの下における報道が萎縮し、結果的に国民の知る権利が損なわれるおそれのあることを否定することができない」と説いている。表現の自由以外では、W i n n y 事件判決（最判平成 23・12・19 刑集 65 巻 9 号 1380 頁）、公金違法支出損害賠償請求事件判決（最判平成 24・4・23 民集 66 巻 6 号 2789 頁）でも、当事者個人を超えた、「ソフトの開発行為に対する過度の萎縮効果」、「職務の遂行に萎縮的な影響を及ぼすなどの状況が生ずるおそれ」が指摘されている。

とである。

5. むすびにかえて

上述（１．）の最後に触れた、本年４月１日付の通達「DNA型鑑定資料の採取等における留意事項について」は、次のように述べる。

DNA型鑑定については、刑事訴訟法等の関係法令及び「DNA型鑑定の運用に関する指針」（平成31年３月29日付け警察庁丙鑑発第24号ほか）、「DNA型鑑定の運用に関する指針の運用上の留意事項等について」（平成31年３月29日付け警察庁丁鑑発第502号ほか）等により実施されているところ、引き続き、下記の事項に留意し、適正かつ効果的にDNA型鑑定を実施されたい。

1 被疑者資料採取時の留意事項

（１）採取の必要性 被疑者については、本件や余罪の捜査のために必要があると認められる場合に、DNA型鑑定資料（以下「鑑定資料」という。）を採取するものとするが、当該必要性については、個別具体の事案に即して、組織的に検討を行うこと。なお、余罪の捜査のために必要があると認められる場合とは、検挙した被疑者による余罪事件を具体的に把握している場合のみならず、本件の罪種、手口及び態様、当該被疑者の言動、所持品、生活状況及び前歴、関連地域における犯罪の発生状況等を総合的に考慮して、DNA型鑑定を行うことにより当該被疑者の余罪の有無を確認する必要性が認められる場合をいう。

（２）採取の手続等 被疑者から任意に鑑定資料の提出を受ける場合には、提出された鑑定資料のDNA型鑑定を実施してその結果を本件や余罪の捜査に利用することについて十分に説明を行った上で、任意提出書等の必要な捜査書類を作成し、専用の採取キットにより口腔内細胞の提出を受けること。この際、鑑定資料の同一性を確保するため、被疑者の面前で鑑定資料を袋等に封印し、これに被疑者の署名、押印（指印を含む。以下同じ。）を求めること。また、強制処分として被疑者から鑑定資料を採取する場合には、鑑定処分許可状等必要な令状の発付を受けて行うこと。この場合、口腔内細胞を採取する方法では、被疑者が抵抗するなどして捜査員等のDNAが混入するおそれがあるため、視認が容易でDNA型鑑定がより確実に実施できる血液を医師により採取するなど、状況に応じて採取の方法、資料の種別等を判断すること。また、採取手続の適法性を担保するため、必要な捜査書類の作成や写真撮影により、採取の経過を明らかにしておくこと。

（３）鑑定書等の取扱い 被疑者資料のDNA型鑑定に係る鑑定書その他鑑定結果又はその経過等が記録されている書類（以下「鑑定書等」という。）については、将来の公判等に備えて適切に保管し、保管の必要性が失われればこれを廃棄すること。鑑定書等の保管の必要性の判断は、捜査等の進捗に応じて随時行う必要があるところ、捜査担当部門において被疑者に係る鑑定書等の保管の必要性を個別具体的に検討し、必要性が認められない鑑定書等については、捜査担当部門及び科学捜査研究所等の鑑定書等を保管する所属が緊密に連携の上、廃棄すること。

〔以下、略〕

法律という法形式ではないこと、また、いくつかの点で不備が残ることをさておけば、この通達は、私見と共通する部分が多い。重要なのは、この通達の内容が警察庁の自主規制ではなく、憲法の要請であることを認識し、同じく少なくとも中程度の秘匿性のある指紋や顔写真のデータベースについても、この通達に準じた処理を行うことである。地裁判決に対する評釈において、毛利透京都大学教授は、「素直に考えて、無罪確定者のデータを特別の理由なく保管し続けることが正当化できるはずはない」、「日本の『遅れ』が、地裁判決も認めざるを得ない状況に至っている」等と評している¹⁴。

¹⁴ 毛利・前掲注2.