

資料

熊本大学法学部／ブツェリウス・ロースクール／刑法学会九州部会共催シンポジウム

日独における将来の刑事手続のための情報保管の許容性

熊本大学大学院人文社会科学部准教授

内藤 大海

ブツェリウス・ロースクール教授

カーステン・ゲーデ

マールブルク大学教授

イエンス・プシユケ

【目次】

企画趣旨

内藤大海

DNA型鑑定およびDNA型データベースをめぐる日本の状況

内藤大海

将来の刑事手続のためのDNA個人特定型情報の取得および

保存——日独における問題の所在

カーステン・ゲーデ

日本における捜査機関による通信履歴の保全要請

内藤大海

通信関連データの予備的保存——ドイツにおける問題状況

イェンス・プシユケ

二〇一九年一〇月一二日に、熊本大学法学部、ブツェリウス・ロースクール (Bucerius Law School / ハンブルク)、刑法学会九州部会の共催により、日独国際シンポジウムを開催した。このシンポジウムは、科学研究費国際共同研究加速基金の課題研究「捜査法領域における犯罪関連情報の収集に関する日独比較(国際共同研究強化)」(二〇一七～二〇一九年度/課題番号:16KK0082)の成果報告の一部として実施したものである。

以下の企画趣旨でも述べられているように、このシンポジウムのテーマは犯罪捜査における情報の収集と保管に関する権利制約というテーマを基礎に置きつつ、具体的にはDNA型データベースと通信関連データの予備的保存に焦点を当てたものである。そこでドイツ側からは、共同研究者であるカーステン・ゲーデ氏 (Prof. Dr. Karsten Gaede / ブツェリウス・ロースクール教授)、イェンス・プシユケ氏 (Prof. Dr. Jens Paschke / マー

ブルク大学教授)を招聘し、ドイツの議論状況をご紹介いただいた。また日本側のコメントーターとして野澤充氏(九州大学教授)に参加していただき、実体的視点から犯罪処罰の早期化と捜査機関等による私的領域への介入の早期化の相乗効果についてコメントをいただいた。また、土井和重氏(北九州市立大学准教授)には当日の通訳としてご協力いただき、本講演録の基礎となったドイツ側講演の邦訳の検討等においても多大なる支援をいただいた。記して感謝申し上げます。次第である。

企画趣旨

熊本大学

内藤大海

本研究は、犯罪捜査における情報の収集および保管に関する権利侵害について検討を加えるものであります。GPS判決¹⁾に代表されるように、近年、わが国において密行的な情報取得とその規制は大きな関心事となっていることは周知のとおりでありましょう。また、従来は情報の取得時に生じる権利侵害がもっぱら議論の対象とされたところ、近年では一旦取得された情報の保管にも別個の権利侵害が存在するという見解が有力に主張されています。さらに、情報の現代的特徴として、デジタル化による保管の容易性、大規模性、転用の容易性などが指摘されておりますが、高度のデジタル化を背景に情報の管理・

利用も容易化します。そしてこのことは、刑事手続における情報取得にも大きな影響を与えているといえます。この点について、ドイツでは総合的監視 (Totalüberwachung) の問題として、学説のみならず判例上も議論が行われ、刑事手続における情報取得に対しても具体的な規範が示されているところであります。他方、わが国においても状況の変化の兆しがないわけではありません。GPS判決がいわゆるモザイク理論を意識したものであるか否か不明確ではないものの、このようなデジタル技術を背景とした大量の情報の包括的、網羅的結合による個人の私生活の把握に対する問題意識は高まりをみせているといえます。

このシンポジウムは、総合的監視の問題自体を対象とするものではありませんが、その基礎となる取得情報の蓄積に焦点を当てたものであります。そこで、総合的監視の問題を念頭におきつつ、具体的には以下の二つのテーマについて情報の蓄積に関する日独の議論状況を俯瞰し、とくにわが国における今後の議論の発展を期して、この議論に一定の方向性を与えることを試みたいと思います。

テーマの一つはDNA鑑定とその鑑定結果の保管および再利用に関する問題です。わが国ではDNA鑑定の過程で生体サンプルが採取される際に、その取得の強制処分性が議論の中心とされてきました。そのため、採取行為が平穏なものにとどまる場合、例えば遺留物の領置による場合などは、ほとんど問題と

されてこなかったといつてよいように思われます。²⁾ 他方、ドイツでは生体サンプルの採取時に生じる対人的権利制約(採血等)のみならず、人格情報の取得を可能にするというDNA鑑定³⁾の性質に着目し、検査そのものが法律の留保および裁判官留保に付されるとともに、その後の鑑定結果の保管、利用、消去等については、わが国でも警察内規等による規律があるものの、法律による規律は行われておりません。この背景には、多種多様な処分が検証・鑑定という単一の処分として取扱われてきたという側面もある一方で、人格情報の取得それ自体の価値——裏返せば危険性——が過少に評価されてきた結果ではないかと思われれます。これに関しては、対人的処分を伴わない、とくに廃棄物などに由来する人格情報の取得が、伝統的に任意処分として許容されてきたことも理由となつていってよいのではないのでしょうか。周知のとおり、ドイツにおいては一九八三年の国勢調査判決³⁾により、人格の自由な発展が、人格関連データの無限定な収集、保存、利用、提供に関する個人の保護を前提とすることが明らかにされました。そのため、国家によるあらゆる情報収集が法律の留保および裁判官留保に服することとなっています。これに対し、わが国にはそのような歴史的背景はなく、そのためDNA鑑定に限らず様々な処分について個人情報⁴⁾の取扱いに関する違いが存在します。限られた時間等の都合上、本研究ではそのすべてを検討の対象とすることはできません。

んが、DNA鑑定に関するここでの検討が議論の発展の一助となることを期待しております。³⁾

他方、近年ドイツでは通信事業者に対する予備的データ保存(Vorratsdatenspeicherung)命令の基本権との整合性を巡って議論が行われています。予備的データ保存義務とは、電気通信事業者が、犯罪捜査等の目的で通信履歴データを理由なく六ヶ月間保管しなければならぬというものであります。前述のとおり、ドイツでは国勢調査判決以降、無限定な個人情報収集が許されないことになっております。そのため、この義務が情報自己決定権を保障した基本法二条との関係で問題となります。一方、わが国では通信事業者に対する通信履歴の保全要請の制度はあるものの、将来の犯罪捜査に備えた無条件の包括的な予備的保存を認める明文の制度は存在しません。ただ、わが国においても、組織犯罪対策およびテロ対策という名目の下、これまでも情報収集を巡っては様々な処分が導入されてきており、ドイツにおける予備的データ保存義務に関する関心は高いといえます。すでに憲法学の領域では連邦憲法裁判所の判断を紹介した論考もみられるところであり⁴⁾、基本権との衝突が現実的に生じる刑事手続領域における議論は今のところ紹介されておりません。わが国においてもGPS大法廷判決を契機に、ビッグ・データを背景とした個人の包括的行動プロフィールの構築が可能となることについての危険認識が高まりをみせつつあるように思われますが、ドイツで問題視される総合的監視と

いう状況との関連でも通信データの予備的保管は非常に重要なテーマとなるように思われます。そのため、わが国における今後の議論にも参考になるように思われるため、ドイツの議論を紹介していただくことといたします。

註

- (1) 最大判平成二九年三月一五日刑集七一巻三号一三頁。
- (2) ただし、東京高判平成二八年八月二三日高刑集六九巻一 号一六頁など、これまで以上にDNA鑑定における鑑定結果(情報)の価値を重視したと思える下級審判例が散見される(その他、佐賀地裁唐津支部平成二八年六月八日決定判例集等未搭載)。
- (3) BVerfG, Urteil v. 15. Dezember 1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfG 65, 1, 44ff.
- (4) この点、DNA鑑定と個人情報の取扱いを本研究における各論的検討課題として取り上げたのは、わが国においても議論が存在し、警察内規ではあるが議論の指針が存在するため、比較検討の対象としやすいと考えたためである。
- (5) Hans Jürgen Papier, Vorratsdatenspeicherung und Grundrecht, *Risumetkan Law Review*, No. 29, 2012, 51.

DNA型鑑定およびDNA型データベースをめぐる日本の状況

熊本大学
内藤大海

一 はじめに

わが国では二〇〇五年に警察庁のDNA型データベースの本格運用が開始されたが、以降約一五年に渡り「DNA型記録取扱規則」(平成一七年国家公安委員会規則第一五号。以下、「取扱規則」とする)に基づく運用が継続され、法律上の根拠が存在しない状況が続いています。この取扱規則については、議会の審議を経て作成された法律ではない内部規則であるため、権利制約に対する立法によるコントロールが及んでいないとする見方が強くみられます¹⁾。また、DNA型記録取扱規則における不備(手続きの不明確性、対象者の範囲およびDNA型鑑定の手続保障の不備²⁾)も指摘されているところであり、とくに憲法学からの批判が強いように見受けられます³⁾。

ここでの検討は、このようなわが国におけるDNA型鑑定およびデータベースの運用状況に鑑み、ドイツの規制を参考にするべき規制について考えるものであります。そこで、まずわが国の運用状況(すなわち、取扱規則)を確認し、これを巡るわが国の議論を整理することから始めることといたします。

二 DNA型鑑定をめぐるわが国の実務の運用と学説の評価

(一) 運用状況

DNA型データベースについて論じる前に、DNA型鑑定を取り巻く一連の手続きについて概観しておきたいと思えます。DNA型の鑑定結果がデータベースに登録されるまでには、まず、①鑑定のためのサンプルが取得され、②これを試料とした鑑定が実施され、③その検査結果がデータベースに登録されるという経過を辿ります。これらの経過のうち、わが国ではもっぱら①の試料採取の態様に着目した規制が実施されてきたように思いますが、従来②③の過程についてはとくに規制はされてきませんでした。そのため、①のサンプル採取については、被疑者等から直接採取される場合と、遺留物から採取される場合とが考えられますが、採取の態様が強制的性格を帯びない後者についてはとくに司法審査を経ることもなく、①③の過程を通じて一度も外部的コントロールが及ばない状況にあります⁴⁾。しかしながら、このような状況は、例えば山本龍彦教授により「取得時中心主義」と称されているところであり、データ取得時のみならず、取得情報の保管・利用についても取得とは別個の権利制約が生じるため別個の規制が必要であるとする見解が主張され、支持を集めている状況にあります⁵⁾。

(二) 学説の評価

取得時中心主義に対しては、試料の採取、鑑定、利用、保管、

事後の利用（他目的利用）という各過程において権利侵害があると考えらるべきであるとの批判が有力に主張されているところ。また、試料取得の態様にのみ着目した見解は、DNAという生体由来する個人情報取得という特別の危険性を意識していません。なお、これに対しては、実際に使用されるのはプライバシー外延情報であり、センシティブ情報は含まれないので、侵害の質は指紋の場合と変わらないとする見解もあります⁶。たしかに、利用される情報が特定座位のDNA型情報に限定されるわけですから、身体的特徴等の遺伝情報を含むセンシティブ情報が取得されることはなく、登録されるのもその範囲に限定されるのであれば問題はないようにも思われます。しかしながら、問題はそのようなセンシティブ情報を取得することが可能であるという状況であり、その危険性がある限り法律の留保に服させた上、外部的コントロールをかけるべきであるとする主張には一定の説得力があるように思います。

取得時中心主義の問題は、試料採取し、鑑定結果を証拠として利用するまでの過程を分析的に観察することでより明らかになるように思われます。これらの過程は大きく以下の①～④の類型に区分されます。

① 強制採取↓鑑定・証拠利用

まず、強制的な試料採取が行われ、これをもとに鑑定を行い、鑑定結果が人物識別のための証拠として利用される場合が考えられます。この場合、採取時には司法審査が実施されませんが、

以降の過程では司法審査は行われません。試料取得後の手続に關しては司法審査が行われないものの、試料取得の時点で実施される司法審査の時点でその後に発生する権利制約まで取り込んだ判断も期待できなくもないわけです。しかし、鑑定処分あるいは鑑定結果の保管および再利用まで見越して試料採取時の司法審査が行われているとは思われません。

② 任意的取得（領置等）↓鑑定・証拠利用

次に、任意的手段により試料採取が実施される場合が考えられます。例えば、被験者の同意に基づき口腔粘膜から試料が採取されるような場合です。この場合、司法審査は一度も行われず、取得された試料が鑑定に利用され、その結果が証拠利用されることになります。鑑定手続に試料取得とは別個の権利制約が存在するという理解に立てば、鑑定手続以降の過程で司法審査が介在しない点について①の類型と差異はありません。しかし、①の類型では、理論上取得時に事後の権利制約をも取り込んだ司法審査の実施も可能となりうるのに対し、この類型においては司法審査が一度も実施されません。

③ 既存の試料を利用した鑑定↓証拠利用

次に、すでに捜査機関のもとに試料が存在し、これを用いて鑑定が実施され、その後証拠として使用される場合が考えられます。別の事件に関する犯罪捜査の過程で特定の人物から取得された生体サンプルが、捜査機関の手に保管されている場合が典型例として考えられます。試料の取得の様相が強制か任意

かを問わず、すでに適法に取得されたものであるならば、事後の利用について特別の要件は存在せず、むしろ行政機関個人情報保護法⁷⁾を一般的根拠として運用されているようです。DNAが人物識別機能のみならず当該人物の遺伝情報を含むものであり、そのことに起因する濫用の危険性に鑑みれば、鑑定それ自体についても権利制約性を認めるべきでありましょう。

なお、DNA鑑定の証拠能力をめぐる議論においては、再鑑定の機会の担保、そのための試料の保管が、証拠能力を認めるための要件であるべきであると強く主張されているところですが、しかし、ここで保管されるべき試料は遺留試料であり、人から採取した試料は再採取が可能であるため保存しておく必要性は乏しいといえます。反面、濫用の危険を避けるためにも全部廃棄されるべきであると考えます。⁸⁾

④ 既存の鑑定結果の利用

最後に、既存の鑑定結果がデータベースに登録されている場合に、遺留試料から得られた鑑定結果をこれと照合するという場合が考えられます。類型③でみた試料のストックとは異なり、データベースに保存されるデータは遺伝情報ではない非センシティブ情報に限定されるため、その点での濫用は回避されることとなります。ただし、後述するようにDNA型情報は他の情報との結合によりインテックス情報となりうる可能性を持つため、その保存自体が個別の権利制約性を帯びることとなります。二〇〇五年以降、DNA型データベースの本格運用により、こ

の状況が生じているわけですが、データベースの構築、登録自体が強制処分になるのではないかという点は改めて検討されるべきでしょう。

以上みてきたように、基本的には試料の採取の態様に着目した司法審査しか存在せず、そのため類型①における強制採取に対するコントロールしか存在しません。③④の類型は、既存の試料または検査結果を利用するという点で共通しています。これらはいずれにしても、過去に得られた試料または検査結果がその後も保管されていたことを前提にします。「将来の刑事訴訟のための刑事手続上の情報蓄積の許容性——Die Zulässigkeit strafprozessualer Datenspeicherung zugunsten zukünftiger Strafverfahren in Deutschland und Japan」というシンポジウム全体のテーマ、また「将来の刑事手続のためのDNA型データの取得および保管——Die Erhebung und Speicherung von DNA-Identifizierungsmustern zugunsten zukünftiger Strafverfolgung」という小テーマに着目した場合、とくに問題となるのは類型③④において使用される既得の試料および鑑定結果の保管ということになります。

このうち、類型③については、試料自体を保管することはそれ自体がセンシティブ情報の取得を可能にするという基本権侵害の高度の危険性が認められる反面、同じ試料は同一人物から再採取することが可能であるため保管の必要性も低いということもできます。したがって、保管は認められるべきではなく、

データベース化も許されないというべきでしょう。⁽⁹⁾ 幸い、類型③を可能とする試料のデータベース化は、現在のところ喫緊の問題とはなっていないようです。⁽¹⁰⁾

これに対し、類型④を可能とする鑑定結果のデータベース化は実際に運用されているところでありまして、保管情報それ自体はセンシティブ情報を含むもの、保管されるDNA識別情報は、新たに取得された情報との情報結合におけるインテックス情報となりうるものであり、対象者の私的生活領域の全貌の把握に繋がる可能性を有します。そのため、とくに問題といえます。⁽¹¹⁾ そこで、以下ではDNA型のデータベース化について検討を加えることといたします。

三 わが国におけるDNAデータベースの運用

(一) DNA型記録取扱規則（平成一七年国家公安委員会規則 第一五号）

既に述べたように、DNA型鑑定を巡っては、そのための強制的な試料採取について刑法二一八条等の規定を根拠とすることができるとの、強制的手段によらない試料採取、鑑定それ自体、あるいはその後のDNA型記録等の保管については法律上の根拠は存在しません。わが国では強制的な試料採取を除いては任意処分として運用されており、DNA型記録に限らず適法に取得した情報を警察が保有して分析等に利用することは問題とされておりません。そのため、DNA型記録の保管に関

する運用の詳細は必ずしも明らかではないところです。しかしながら、内部規則ではあるものの国家公安委員会規則である「DNA型記録取扱規則」が存在するため、一応はこれに従った運用がなされているのではないかと推察されるのであります。

(二) DNA型鑑定の目的

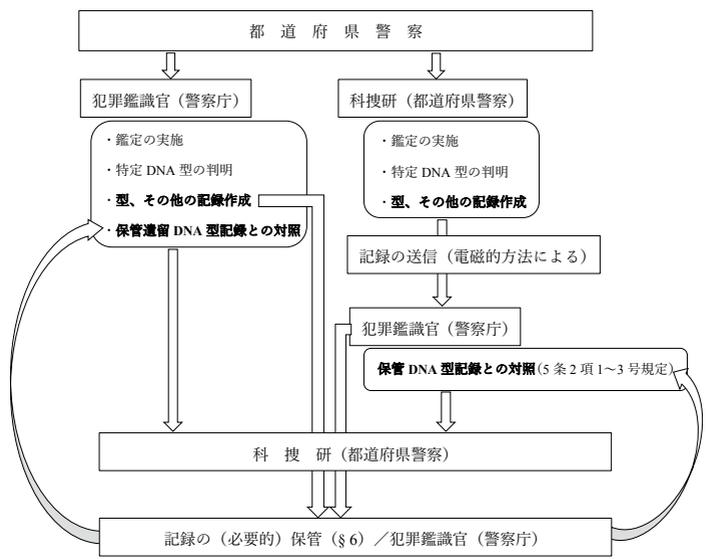
取扱規則は、DNA型鑑定の目的を個人の識別としているため（一条三号）、コード化領域を対象とした検査による遺伝情報の取得は対象とされません。ただし、同規則は全体を通じて実施要件や罰則等が定められておらず、コード化領域——人の身体的特徴がわかるような領域——を対象とした検査が仮に行われてしまった場合に、この規則で対処することはできません。

(三) 鑑定の嘱託と記録・対象・保管

鑑定にかけられる試料は、被疑者の身体から採取された被疑者資料（二条四号）、犯罪現場等から採取された遺留資料（同六号）、身元が明らかでない変死者等の身体から採取された変死者等資料（同八号）の三つです。鑑定の嘱託からDNA型記録の利用あるいは保管に至る手続きの概要は、レジユメに掲載したフローチャート*をご覧ください。実際に捜査に当たる都道府県警察は、警察庁刑事局の犯罪鑑識官または各都道府県警察の科捜研に鑑定を嘱託し、犯罪鑑識官による鑑定で特定の型

が判明した場合、犯罪鑑識官はDNA型記録を作成し保管するDNA型記録との対照を行います。科捜研が嘱託を受け鑑定を行い特定DNA型が判明した場合、科捜研は型の記録を作成し、これを犯罪鑑識官に送信します。DNA型記録を受け取った犯罪鑑識官はこれを保管するDNA型記録との対照を行います。いずれの機関が鑑定を嘱託された場合であっても、最終的に既得のDNA型記録との対照を行うのは犯罪鑑識官です。これは、作成されたDNA型記録を最終的に保管するのが犯罪鑑識官である（六条）ことによるものと考えられます。DNA型記録を各都道府県警察の科警研ではなく、警察庁刑事局（犯罪鑑識官）の下で一括して保管するのは、記録の漏洩等を考慮してのことであろうといわれています。犯罪鑑識官によるDNA型記録の対照の結果、既に保管されているDNA型記録の中に取得した試料から得られたDNA型と一致するものが存在することが判明した場合、その結果は科捜研に通知されます。

前述のとおり、取得した試料を基に実施されたDNA型鑑定の記録は、最終的に対照を行った犯罪鑑識官が保管します。そのため犯罪鑑識官は、被疑者の死亡、確定判決、変死者等が特異行方不明者であることの判明などの事情により、DNA型記録を抹消するものとされています。なお、嘱託、鑑定、記録作成、送信、対照、保管の手続きについて実体および形式要件が定められていないのと同様に、期間による記録保管の限定もなく、また抹消事由が存在する場合に保管を継続した場合の罰則



等々の定めもありません。
*【鑑定の嘱託と記録・対照・保管】

四 DNA型データベースをめぐる学説

実務ではDNA型取扱記録に従って鑑定、照合、データベースへの登録が行われているものと思われるが、すでに再三指摘してきたように取扱規則には、各処分の実施のための実体的、形式的な要件が存在しません。そもそもこれが国会で承認された法律上の規則ではないことから批判が多いところです。他方、学説においてもDNA型データベースの存在および運用を全面的に否定するものは少なく、一定の条件下で許容しようとするものが多いといえます。以下では、学説によるDNAデータベースの運用に関する制度提案について確認しておきたいと思えます。

(一) 鑑定の対象——非コード化領域

取扱規則でもDNA型鑑定の目的は人物識別であることが明記されているところでありますが、学説でも検査対象は非コード化領域に限定されたものでなければならぬとする点では一致があります。この部分にはセンシティブ情報は含まれないためです。センシティブ情報の取得は、個人の人格に直結する「人の道徳的自立の存在に関わる情報」の取得に他ならず、そのためプライバシーの内心領域への侵入を許すことになるため、許されるべきではありません。

現在、運用されているデータベースはDNA型記録に関するものですが、これに対して取得した試料を保存しておくという

やり方も考えられなくはありません。いわゆる試料データベースですが、ストックされた試料を基にした再鑑定によるセンシティブ情報の取得につながる可能性があるため、学説は明確にこれを否定しています。したがって、鑑定に使用された試料、少なくとも被疑者から採取された試料（取扱規則では「被疑者資料」）は遅滞なく廃棄されるべきであり、そのための手続規定は当然に必要であるといえます。¹³⁾

なお、近年ではDNA型鑑定の証拠能力を認める要件として、再鑑定の機会の担保を要件とするものもあり、その場合、試料の保管が必須となります。少なくとも被疑者資料については遅滞なき廃棄が必要であるとしたのは、被疑者が存命の限り被疑者資料は再採取が可能であるためですが、これに対して遺留資料、変死体等資料については再鑑定の機会の担保という観点からも試料自体の保存が必要となる場合もあるでしょう。

この点、仮に試料廃棄が不要でないという見解に立つとしても、目的拘束性などにより利用範囲を非コード化領域に限定すべきであるという見解が参考になるように思われます。被疑者資料については遅滞なき廃棄が必要であるという見解に立ちつつ、遺留資料等については廃棄不要説に立ち、目的拘束性などによる限定をかけていくというのが妥当なところであるように思われます。¹⁴⁾

(二)「事前配慮」型の活動の問題性

DNA型データベースに限らず、将来起こりうる犯罪に備えて行われる「事前配慮 (Vorsorge)」型の活動は、治安維持の分野でとくに需要が増しているといわれています。他方、事前配慮型の活動は危険前域における活動であり、抽象的リスクの段階でしかないにも関わらず個人の私的領域に介入することに繋がっていきます。つまり、「まだ何も起こっていない段階での基本権制約」であり、このような性質を伴う活動をどのように正当化できるかが問題となるわけです。

通常、刑事手続の対象は過去に発生した犯罪であり、その解明の必要性とそれに伴い生じる基本権への介入とが権衡を保っているかが問われます。しかし、事前配慮型の活動の対象は、これから発生するかもしれない犯罪、すなわち将来の事象です。そのため、捜査機関の介入を受ける基本権と比較対象となる犯罪による法益侵害の危険性は不明確であり、どうしても抽象的なものにならざるをえません。そのため、比例原則が空転化してしまい、国家による基本権介入に際限がなくなる可能性が懸念されているところでもあります。事前配慮型の活動の対象が何かが不明確なため、その解明(場合によってはその犯罪の回避)のために何が不可欠の行為かの手がかりが失われることになるためです。¹⁵⁾

この点、玉蟲教授は、同じく事前配慮型の活動であるラスタール捜査 (Raster Fahndung) に関するドイツ法の議論を参考に、憲

法学の立場から興味深い試論を提示されています。¹⁶⁾ ラスタール捜査においては、相当性を判断するにあたっては次に掲げる三変数が用いられております。すなわち、①調査による基本権介入の強度、②追求される法益の重要性(守るべき法益)、③(犯罪による)法益侵害の蓋然性です。まず、①については、情報結合の可能性による侵害の不可視性と恒常的保存による「追加的介入」の可能性が指摘され、②については、将来の重大事件の解明そのものが通常の刑事手続における目的よりも高いリスクを持つとまではいえず、また、そもそも将来の事象であるため抽象的で曖昧であることに留意しなければならないとされます。これら①②の評価の視点は過去の犯罪に対して行われる通常の捜査の場合にも考慮される視点ではあるのですが、指摘されているように将来の犯罪に備えて実施される事前配慮型の活動については十分に機能しないということができます。結局のところ、DNAデータベースに正当化の可能性が残されるとすれば、蓋然性について要件を加重することになるでしょう。③の点について、連邦通常裁判所は、再犯危険性の推定 (die Annahme der Wiederholungsgefahr) という概念を用いています。これはその一例です。玉蟲教授は、このような加重要件によるコントロールに肯定的であり、相当性の要請を満たすものとして理解を示しております(なお、形式的には立法によるべきであると述べられています)。

最後に、わが国におけるDNAデータベースの運用について、

立法による比例性の充足を提案する玉蟲教授の見解の概略を紹介しておきます。

「DNAデータベースの運用は、法律によって根拠づけられる必要がある。それは、データベースへの記録・保存は、それ自体が独立した基本権の介入だからである。しかも、DNA型記録は他の情報との情報結合によりより価値を高めることもあれば、それ自体がインデックス機能を持つことから、そのデータベース化の介入強度は高い。それにもかかわらず、わが国の現状について、事前配慮型の活動であることから目を逸らし、現行の刑法法の解釈で問題を処理しようとするほどの、その合憲性には疑問符がつく。DNAデータベースへの登録、あるいは登録のためのDNA型鑑定それ自体に對して裁判官留保を採用するなどの手統的考慮が考えられるべきである。」¹⁷⁾

註

(1) なお、田村正博「警察における情報の取得及び管理に関する行政法的統制」産大法学五〇巻一二二号(二〇一七年)八〇頁は、行政規則としての国家公安委員会規則は、機関とその職員にとって、全面的に従わなければならない

ものであり、強い拘束力を有し、「単なる行政組織の内部訓令とは異なる民主的統制としての意味を持つ」とする。

(2) 末井誠史「DNA型データベースをめぐる論点」レファレンス二〇一一年三月一頁。

(3) 玉蟲由樹「警察DNAデータベースの合憲性」日本法学八二巻二号(二〇一六年)四三三頁。

(4) 人から強制的に鑑定試料を採取する場合は、刑法法二一八条二項に準拠した運用がなされてきた(なお、血液については判例は併用説)。しかし、鑑定(検査)そのもの、あるいはその後のデータベースへの登録、その運用については刑法法上特別の根拠規定は存在しないまた、取扱規則においても、試料の採取、すでに採取された試料・鑑定記録の入手、データベースへの登録について規律は存在しない。

(5) 山本龍彦「監視捜査における情報取得行為の意味」法時八七巻五号(二〇一五年)六〇頁ほか。

(6) 法制審一回、一九回。田村・前掲(註1)七七頁もDNA型鑑定で問題となるのが特定座位のDNA型情報に限定されるため、データベースを作成しても情報の濫用は想定し難いとする(だとしても、鑑定自体における濫用の危険は避けられないのではないか)。

(7) 同法は、適正な手続きで収集した情報について、データベースも含め、それを利用することを認めている。DNA

- データベースとの関連でこのことを指摘するものとして、
 法制審議会新時代の刑事訴訟法制度特別部会第一一回国議
 議事録一七頁「島根発言」、田村・前掲（註1）七二頁。
- (8) 徳永・前掲（註17）一三二頁。
- (9) 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」甲南法学四六卷三号（二〇〇五年）一三一頁。
- (10) ただし、行政機関個人情報保護法によれば、適法に取得
 された試料であればこれを行政機関が保管し、利用するこ
 とに障害はなく、捜査機関が望めば保存が可能な状況にあ
 る。このこと自体は問題であるというべきであろう。
- (11) 玉蟲・前掲（註3）四七三頁。
- (12) 玉蟲・前掲（註3）四四七頁。
- (13) 徳永・前掲（註9）一三二頁。
- (14) なお、玉蟲教授は、鑑定技術確立後は、試料のデータベー
 ス化が過剰な介入となることだけは確かだろうとするが、
 これは被疑者資料について述べたものか遺留資料等も含め
 たすべての鑑定試料に妥当するのかが明らかでない。徳永
 教授は、被疑者資料について試料の遅滞なき廃棄を主張す
 る。
- (15) 玉蟲・前掲（註3）四四九頁以下。
- (16) 玉蟲・前掲（註3）四五〇頁以下。
- (17) 玉蟲・前掲（註3）四四二頁以下。

将来の刑事手続のためのDNA個人特定型情報の取
 得および保存——日独における問題の所在

Die Erhebung und Speicherung von DNA-Identifizierungsmustern für
 zukünftige Strafverfahren — Die Problemstellung in Deutschland

ブツェリウス・ロースクール
 カーステン・ゲーデ

約四〇年前の一九八一年、ミュージック・バンド「クラフト
 ワーク」のアルバム「コンピューター・ワールド」が発表され
 ました。このなかには「インターポールとドイツ銀行、FBI
 とスコットランド・ヤード、フランスブルクと連邦刑事庁は俺
 たちの情報を握っている」という有名な一節があります。この
 アルバムに収められている歌の歌詞は、情報保存の予想以上の
 可能性によって刑事訴追に至ることもあるような、高度に技術
 的でデジタル化された世界を描き出しています。

ドイツにおいてはRAF（ドイツ赤軍派）の訴追の時点で、
 連邦刑事庁の長官がすでに大量のデータを収集していたことに
 着目したクラフトワークの予言は、正しかったといえます。本
 日、私たちは、将来の刑事訴追のための捜査の端緒および証拠
 の獲得につながる、情報の収集と保存に関する比較法シンプジ
 ウムを開催するわけですが、このことには十分な理由があるわ
 けです。そこで、私たちは、刑事訴追の長い歴史のなかではむ
 しろ新しい問題点を取り上げることになりました。すなわち、国

家は、明らかに仮定的な刑事手続の処理のために、すでに犯罪の嫌疑発生前の段階から個人情報取得し、保存するという点です。

周知のとおり、とくに写真および指紋の利用を可能にする鑑識手段は、長い間その先駆けでした。しかしながら、刑事訴追のための事前配慮 (Strafverfolgungsvorsorge) としての明示的な規定 (多くの場合は「予防的な犯罪との戦い」) は、ドイツにおいては、DNA型情報の取得と保存が最初でした。さらにこれにとどまらず、第二部で取り扱う通信関連データの予備的データ保存も、非常に重要な応用領域が存在することを示しています。医学的および科学技術的実現可能性は急速に高まるため、刑事訴追機関はさらに広範な応用領域をすぐに獲得していくことができるようになります。私の報告では、DNA型情報の取得と保存というテストケースを取り扱うことにします。一では、ドイツ刑法法八一条gの規則の基本的コンセプトについてご紹介いたします。そして、二では、DNA関連の訴追のための事前配慮の実体要件および形式要件について概説いたします。三では、訴追のための事前配慮の全体的な関係においても、規定が正当といえるかについて明らかにするつもりです。最後に、まとめとして、私の見解をお示ししたいと思います。

一 刑法法八一条gのコンセプト

DNA鑑定により、刑事訴追は世界的にとくに性能の高い識

別ツールを活用することができます。それは有罪判決の確保を可能にしますが、例えば再審手続においては同様に救済の中核を担うことにも繋がります。DNA型情報は、ドイツにおいては、まずは進行中の刑事手続において行為者を突き止めるために取得され、利用されてきました。しかしながら、DNA配列の比較に付随する大きな識別的価値は、将来の刑事手続に対する事前配慮を推し進めたいという刑事訴追機関の要望にも繋がることになりました。DNA配列は、将来においては、例えば性犯罪においてより効果的なものとなるはずだというわけですから。

議会は、一九九八年にDNA人物識別法 (DNA-Identifikationsstellungsgesetz (DNA-IFG)) によってこの要望に応えました²⁾。議会は、迅速な犯人身元識別によって犯罪行為をより適切に解明できるようになることを目的に、DNA鑑定を通じて身元識別を将来の手続にも使えることを可能にする判断をしました³⁾。この規定の目的によれば、新設の刑法法八一条gはいみじくも刑事手続上の規定として理解されています。つまり危険防除のための規定としては理解されていないのです。抑止的性格のものとして理解される刑法法八一条gは、体細胞を採取し、分子遺伝学的な検査を行い、そのようにして得られたデータを保存するための前提条件を具体的に規定しています。立法者は一九九八年に、データ取得は「事件に対応した」[したがって限定された]「範囲」に及ぶということを強調していま

す。⁽⁴⁾しかしながら、その後、刑訴法八一条gの適用範囲は何度も拡張されました。例えば、すでに二〇〇四年の時点で、性的自己決定に対するすべての罪に拡張されました。同様に、立法者は、DNAを用いて性別が特定されることも容認しました。現在も、さらなる拡張を推し進めるいくつかの立法提案が存在します。⁽⁵⁾

しかしながら、現在の規定の実体要件、形式要件について分析を加える前に、この規定が何を許容しており何を認めていないのかということについて、改めてより正確に論じておく必要があります。刑訴法八一条g二項は、採取された体細胞はDNA型情報ならびに性別の判別のためにのみ、分子遺伝学上の検査を実施することが許されるということを強調しています。検査に際しては、これらの目的のために必要ではないその他の事項の識別を試みることも、また、実施することも許されません。例えば、DNAから個人の人格プロフィールを探ることを試みることは許されないのです。⁽⁶⁾

さらに、刑訴法八一条g五項は、取得データの保存と利用を制限しています。保存および利用は、連邦刑事法に従って主要DNA鑑定情報を管理する連邦刑事庁にその管轄があります(刑訴法八一条g五項第一文)。連邦刑事庁は、「刑事手続、危険防除および国際司法共助の目的で」保存データの引渡しを行うことが許されています(刑訴法八一条g五項第三文)。

取得されるべきデータが適法に得られたときは、採取された

体細胞は刑訴法八一条g二項第一文により遅滞なく廃棄されなければなりません。

二 処分命令の実体要件および形式要件

ドイツ法のコンセプトを以上のように説明することができるとして、では、二に移って、ドイツにおいては事前配慮型のデータ取得および保存が、どのような実体要件および形式要件の下で許されるのかについて少し詳細に概要を述べてみましょう。

(一) 命令のための実体要件

それではまず、データ保存を考慮においた体細胞の採取およびその分子遺伝学条の検査のために、立法者はどのような実体的ハードルを設定したのかみてみましょう。

(a) 処分対象者

まず、あらゆる権利侵害は特定の名宛人に対してのみ許されるものであって、あらゆる人物を対象に許されるというものではありません。刑訴法八一条gによれば、被疑者・被告人(Beschuldigte)に対する権利侵害が問題とされています。つまり、これらの権利侵害は、犯罪嫌疑に基づき刑事手続が実施される人物を対象とするわけです。ドイツ法によれば、被疑者・被告人とは、この点では、被疑者(Angeschuldigte)と被告人(Angeklagte)とを含む概念であります。

さらに、刑訴法八一条g四項は、有罪判決が確定した者およ

びこれらの者に準じる者に対する権利侵害も認めています。とりわけ、責任無能力または精神疾患による行為無能力が証明され、またはその可能性が排除できないために有罪判決を受けなかった人物が、これに該当します。しかしながら、その後で該当する記録が連邦中央登録簿または教育登録簿に共有された場合には、刑訴法八一条g四項を根拠とすることはできません。

(b) 理由となる行為

処分対象者だけでなく、処分の理由となる行為に関する嫌疑というのも存在します。⁽⁷⁾これについては、刑訴法一五二条二項の意味における単純な嫌疑 (einfacher Verdacht) ならびに初期段階の嫌疑 (Anfangsverdacht) があれば、すでにその段階で法の求める要件を満たします。もつとも、理由となる行為に関する嫌疑は、処分を命じる時点で存在している必要があります。その嫌疑がその間に払拭されるか、重大性の境界を下回るほどに減弱した場合には、データの取得は許されないこととなります。

具体的には、法は理由となる行為について以下の三類型の可能性を認めています。

i 重大犯罪 (刑訴法八一条g一項第一文 Var.1)

第一類型として、刑訴法八一条g一項は最初に (Var.1)、重大犯罪を挙げています。刑訴法におけるその他の多くの介入規定も、介入権限の等級についてこの法概念を援用しています。立法者と裁判所は、この類型を、少なくとも中程度の犯罪に分

類される行為であると解しており、それらの犯罪は、法的平穩を著しく乱し、国民の法的安全感を相当程度害するのに相応しい類型といえます。⁽⁸⁾

純粹に軽微な犯罪は、たしかにこの要件を満たしません。対象者にとつて利益な、あるいは不利益な諸事情を手がかりにして具体的な行為不法を調査するために、ここでも個別事案ごとの考察がなされなければならないものの、とくに問題となるのは重罪です。かつて存在した規定の例およびカタログ「犯罪一覽」を、立法者は削除しました。これらは、判断の手がかりを提供しうるにすぎません。

ii 性的自己決定に対する罪 (刑訴法八一条g一項第一文 Var.2)

理由となる行為の第二類型は、刑訴法八一条g一項の第二項目 (Var.2) によると性的自己決定に対する罪のなかに存在します。ここには、少なくとも例外なくドイツ刑法一七四条以下のすべての規定が含まれます。その点において、例えば、強姦の行為非難においては、重大犯罪という第一類型と重複する可能性があります。しかしながら、立法者の考えでは、性犯罪の嫌疑については、重大性の基準が個別事案において満たされることは問題とされません。⁽⁹⁾

iii その他の犯罪の累犯 (刑訴法八一条g一項第二文)

最後に、刑訴法八一条g一項第二文は、理由となる行為の第三類型を規定しています。この規定は、個別にみると重大性の

基準は満たしていない犯罪行為の再犯も、全体としては重大犯罪の挙行と同程度のものでありうることを認めます。そして、ここでは個別事案ごとの考察が、この類型に該当するか否かを決することになります。

(c) 再犯の危険

処分対象者および理由となる行為には、さらに別の必要条件が加わるようになります。すなわち、重大犯罪を理由とする刑事手続が再び実施されうることに関して想定されうる危険です。具体的には、刑法は、被疑者・被告人の行為の性質・種類、その人格あるいはその他の情報から、重大犯罪を理由とする刑事手続が将来彼に対して行われるであろうということを認めるに足る理由が存在することを要求しています。有罪の確定した者およびこれに準じた人物には、これに相当する事情が妥当します。

i 予測の方法と基準点

この基準では、具体的な個別の事案に対する、したがって個々の被疑者・被告人ならびに有罪判決を受けた者に対する予測が問題となります。連邦憲法裁判所が、十分根拠のある事実に基づいた将来の犯罪行為の蓋然性を要求している一方で、「認めべき理由(Grund zu der Annahme)」という文言は、実務上、覚知された犯罪嫌疑の必要性よりも明らかに広く解釈されています。刑法八一条g一項第一文第一項目の要件によれば、嫌疑予測は、まさに重大犯罪に向けられたものでなければなりません。

せん。

ii 予測のための事実に関する根拠

この予測は明らかに困難といえます。その文言は、手がかりとして、どこから予測を導き出すことが許されるかについて概要を述べています。行為の態様または性質および被疑者・被告人の人格、しかし同時に「その他の情報」もまた、決定的な事実上の根拠を形成しえます。その際、理由となる行為に関する個々の事情は互いに補強し合い、他の事情によって補われうることになるとされます。この予測は、常に必要とされる個々の事案におけるあらゆる事情に関する広範な評価によって決せられるとされます。

a 「行為の態様または性質」は、理由となるべき具体的な行為と関係します。とくに犯罪捜査上の経験によれば、ここでは繰り返し犯されるとされる重大な暴力犯罪または性犯罪が問題となります。行為の性質に関しては、例えば、「職業的」行為および累犯は係争中の手続きにおいて再犯の危険の証明となるとされます。同様のことは、計画的で反復される職業的行為または集団による行為にも妥当します。例えば突発的行為または欠陥のある犯行計画は、当該行為についてみただけの場合の再犯の危険に対する反証となりえます。¹⁰⁾理由となるべき行為が少年によつて犯された場合、または個別的にみただけの場合それ自体としては重大性が認められない性的自己決定に対する罪の一つに該当する場合は、行為状況を評価する際にとくに慎重な態度で臨む

ことが求められます。¹⁾

b「被疑者・被告人の人格」というキーワードの下では、被疑者・被告人ならびに有罪判決を受けた者の活動領域に存在し、その「肉心的覚悟に基づいて「重大な」犯罪行為を犯すことを結論「づけさせた」」事情が重要となります。例えば、行為者によって（刑訴法八一条g四項）予告された行為の反復、同人の行為後の態度、前科の存在、最後の犯罪の挙行以降あるいは最後に嫌疑をかけられて以降の時の経過、それから例えば執行猶予中の態度、以前の生活状況あるいは目下の生活状況といった行為の動機が考慮されます。特定の「世界（Scene）」に属していることや、そこから離脱したことも、重要とされます。

cしかし、法は結局「その他に覚知された事情」も要件を満たすとすることで、犯罪捜査および刑事事上認められた経験則と同様に、事実に関する根拠を最終的には制限しなかったことを自ら認めてしまっています。学説によれば、例えば、私人である情報提供者、連絡員および潜入捜査官によってもたらされた情報でも要件を充足しようとされています。

(d) 処分の適正性および必要性

再犯の危険が予測される場合であっても、さらに他に存在する前提条件が看過されてはなりません。つまり、分子遺伝学的な検査および必要な細胞採取が、将来の刑事手続における人物識別のためにも適切かつ必要でなければなりません。検査実施により、その後の手続きにおける事案解明の成果が期待され

ていなければならぬわけです。このような理由から、行為者が一般的経験から行為の実行時に体細胞を残さない犯罪が問題となる場合は、再犯の危険が存在する場合であっても、その利用は認められません。したがって、例えば、証言に関する罪あるいはコンピュータ犯罪が犯される危険は、通常、刑訴法八一条gの対象とはなりません。さらには、例えば、すでに被疑者・被告人のDNA型情報が手元にあるがために、将来の刑事手続における人物識別のための保存の必要性が排除される場合があります。

(e) 狭義の比例原則

さらに一般的な憲法上の理由から、規定の文言のほかに、個別の事案においても介入が相当性を欠くものであってはならないという留保が、最終的に設定されなければなりません。保障されなければならない相当性は、「そのときどきにおける重要な事情の評価」を要求する刑訴法八一条g三項第四文三号の文言、少なくともその理由づけの要請のなかに読み取ることができます。これまでに挙げてきた法律上の前提条件は、いずれにせよ、相当性を欠いた介入が生じないように解釈されなければなりません。

(二) 命令のための形式要件

では、実体的前提条件に続いて、ここからは刑訴法八一条g三項に規定された形式要件について比較的簡単に理解していた

だこうと思います。

(a) 命令権限

体細胞の採取も、分子遺伝学上の検査も、ドイツにおいては刑事警察職員が命じることが一切許されていません。検察は、被疑者・被告人ならびに有罪判決を受けた者が体細胞の採取および／または分子遺伝学上の検査に書面で同意した場合に限って、命令権限を有します(刑訴法八一条g三項第一文および第二文)。この書面とは別に、処分が規則に基づいてなされる旨の事前の説明がなされることが、有効な同意の前提条件となります。同意者は同意能力を有し、意思の瑕疵がない状態でなければなりません。いかなる場合も、介入の実体要件の充足によって同意要件が免除されることはありません。

同意がない場合は、体細胞の採取を命じることができないのは原則として裁判所のみです。しかしながら、遅滞の恐れがある場合は、細胞の採取は検察および警察実務に携わるその捜査官も命じることができるとされます(刑訴法八一条g三項第一文)。

被験者の同意がない場合は、採取された体細胞に対する分子遺伝学上の検査は、裁判所しか命じることができません(刑訴法八一条g三項第二文)。細胞資料の検査は、むしろ微量の細胞採取と比べて強度に基本権を侵害しますので、厳格な裁判官留保に服します。

(b) 命令の手続き

命令権限とは別に、それ以外の要件について考えてみる必要があります。同意者は、取得されるデータがどのような目的で利用されるのかについて告知を受けなければなりません(刑訴法八一条g三項第三文)。裁判所が書面による命令を出す場合は、裁判所は個別の事案に即して命令の前提条件を説明しなければなりません。これに関して、裁判所は、とくに将来刑事手続が実施される見込みを生じさせた事情を示さなければなりません(詳細は刑訴法八一条g三項第四文、八一条f二項第四文)。いずれにせよ、体細胞の強制採取は、医師によって行われなければなりません。検査は選出された独立した鑑定人に委託されなければなりません(詳細は刑訴法八一条g三項第四文、八一条f二項第一文)。技術的、組織的な措置により、許されない分子遺伝学上の検査と第三者による無権限での情報取得は排除されています(刑訴法八一条g三項第四文、八一条f二項第二文)。鑑定人に対しては、検査資料は匿名で渡されなければなりません(詳細は刑訴法八一条g三項第四文、八一条f二項第三文)。

三 将来を志向した正当な刑事訴追?

以上、立法者がDNA関連の刑事訴追のための事前配慮に対して設定した実体的、形式的ハードルについてお示しいたしました。三では、刑訴法八一条gに正当性が認められ、場合によっ

ては刑事訴追の場面におけるその他の事前配慮の事例に対してモデルとなる規定が存在するか否かについて占ってみたいと思います。

(一) 二つの評価段階

刑訴法八一条gの評価にあたって、まず、二つの必要な評価ポイントに言及しておいた方が良いでしょう。

(a) 捜査に伴う介入の根本的拡大

最初に、私たちは自らが、被疑者・被告人、そして最終的にはすべての市民に代償として要求される司法的義務の根本的拡大の目撃者になるということに留意し、そしてそのことを基準のなかに取り込まなければなりません。現在の犯罪嫌疑が存在しない場合にも、すべての市民は刑事訴追のために権利を放棄することを強いられています。基本権は、警察法上の具体的な危険とは関係なく軽視されており、実際に様々な用途に適したデータが収集されます。根拠となる犯罪の嫌疑は必ずしも被疑者に帰責されるものでもなければ、これを理由として彼が非難されるというわけではないにもかかわらず、あらゆる嫌疑が被疑者に妥当することになります。例えば、性犯罪については、単純に虚偽の告発が嫌疑を生じさせることもありえます。

このような義務ないし制約の拡大を確認することは重要です。しかしながら、そのことは、刑事訴追のための事前配慮を無条件で拒否することには繋がらないでしょう。自由な法治国

家において、犯罪の嫌疑は、刑法が事案解明により相当性の枠内においてのみ実現されることの要請の表れであることは明らかです。その時点ですでに明らかになっている犯罪嫌疑という要件の放棄は、現在、国家が刑事訴追という使命を大規模に要求していることを明確に表しています。それにもかかわらず、私たちはそれによって追及される刑事司法の目的を、すでにこれまでいみじくも正当とみなしてきました。したがって、権利侵害の拡大が特定されているものの、これまでとくに現在の犯罪嫌疑によって果たされてきた相当性の機能が、なお生じうるかが問われなければなりません。このことは、新たな特別の必要要件が、より深く介入を受ける基本権との均衡を図る場合に、とくに問題になります。

例えば、DNA型情報あるいは通信関連データの取得および保存に関する問題は、以前は単純に存在しなかっただけのことであって、歴史的にみると、後者は徹底的に検討されなければなりません。医学的な、そしてとりわけ科学技術的な革新によってはじめて識別能力が得られたわけですが、私たちは、今日、基本権と刑事司法との適切な関係を決するにあたってその価値を考慮し、批判的に検討を加えなければなりません。私たちはこれまでにも対象者に向けられた犯罪の嫌疑が必要とされない処分を知っているということも、このことが正しいということもを物語っています。私たちは、むしろ、証人に対しては何らの嫌疑も主張できないにもかかわらず、それでも限定されたもの

であるにせよ権利の損失を証人に期待しています。さらに私たちは、危険防除のための法によって、情報収集が憲法上も現在の嫌疑という道具によって正当化される必要がないことを伝統的に認めています。

(b) 処分に即した基本法上の正当化

それにもかかわらず、不可欠な相当性判断を志向するこのアプローチは、今なお具体的基準を提供していないことは認められなければなりません。このことはとくに微妙です。というのは、常に発展していく医学的、科学技術的な実現可能性は、ますます多くの捜査のアプローチを可能にしうるためです。それらのアプローチは、常に法的限界に対して圧力を及ぼすでしょう。そのため、二つ目の具体的な評価段階が重要とならざるをえません。

私たちは、この問題を単に抽象的に論じれば良いというわけではありません。むしろ、私たちは現に存在する処分も考慮しなければなりません。このことは、一方では、実際にその処分によって脅かされる基本権について分析を行うことを意味します。そのため、これについては、例えば、様々な強さで保護すべき基本権が対象となりえます。というのは、各種処分はとくに健康に関するセンシティブ情報を捕捉するからです。同様に、例えば、通信関連データの予備的保存の場合のように、基本権行使に対する威嚇効果のような特別な危険が一定の役割を担う可能性があります。¹²⁾ 他方では、刑事訴追のための事前配慮の新

たな優れた可能性により、実際にどのような捜査の成果が期待されうるのか、それがどのような意義を有するのかということ、取り上げられなければならない。

(二) 刑訴法八一条gは正当であり、モデルとなるか？

刑訴法八一条gは、刑事訴追のための事前配慮措置を認めています。これが基本的に正当なものであり、かつ他の処分にとっても適切なモデルを提供しているかということに関しては、私は同条について具体的に論じることができません。

連邦憲法裁判所は、刑訴法八一条gの正当性を認めています。¹³⁾ 連邦憲法裁判所は、まず、将来の刑事手続のためのDNA情報の取得および保存には、刑訴法八一条g五項に掲げられた目的のための利用と同様に、情報自己決定に関する基本権への独立した介入が存在することを明確に認めました。¹⁴⁾ しかし、連邦憲法裁判所は、全体としては刑訴法八一条gの正当性を肯定しました。すなわち、現行の形態においても、これによる侵害は、とりわけ累積的に求められている介入のための前提条件によって相当性が満たされているとするわけです。¹⁵⁾

(a) 法律の留保および手続きによる基本権保護

第一に、法律の留保の妥当性に関して、同意しなければなりません。連邦憲法裁判所は、例えば、これに関して目下存在する多重的な基本権侵害を否定しようとはしておりません。同裁判所は、個人情報のあるる取得、保存および利用は、とくに

その際に対象となる健康に関する情報については、憲法上の正当化が必要であるということを再び認めました。これに応じて、連邦憲法裁判所は、欧州人権裁判所と同様に、介入を形式的に正当化し限定する正当化事由を要求しています⁽¹⁶⁾。しかし、ドイツの立法者はそのような(法的)根拠の一つを刑訴法八一条gによって作り出しています。そのような法的根拠は、手続きによる基本権保護という手段によって介入を限定しようとするものであることが認められなければなりません⁽¹⁷⁾。裁判官留保が十分に厳格であることは、介入の重大性を明確にしています。さらに、個々の事案における具体的な命令による正当化の要請およびその後のDNA資料の廃棄に関する明文の規定が、実体的限界を強調しています。

それにもかかわらず、基本権保護は譲歩されたものにならざるをえません。というのは、現在の実務によれば、この規定は被疑者・被告人に、法的聴聞の機会を不必要にまったく保障していないためです。少なくとも、最後に挿入されている量的に(quantitativ)根拠づけられた重大犯罪の事件グループについて、十分に明確化された介入のための規定も立法者にとって成功したものとなっているかは、とくに疑わなければなりません。それは、繰り返しされる犯罪行為あるいは嫌疑状況から、その時々における犯罪の重大性を多かれ少なかれ巧みに(rounient)推論する実務を脅かします。このことは、個別事案についてみた場合に一般に重大犯罪といえるかという基準の

概念が、明確な限界を提供しないことから認められます。そのため、より厳格な犯罪カタログを設けることが、実現可能な解決方法であるように思われます。

(b) 実体的射程

実体的射程についても、見解は分かれています。まず、現在の嫌疑が考慮されていない点について、立法者が、限界設定のための別の戦略的手段によって補おうと努力していることは認められなければなりません。立法者は、包括的なデータによることのないまま、介入が処分対象者に帰責されるものであるように思わせるいくつかのメルクマールをもって、刑事訴追の事前配慮の特別の必要性を類型化しようと尽力しています。これまでとくに写真および指紋について認められていた規定は、たんに被疑者の地位を参照するように指示するか、せいぜい判例によって犯罪捜査学に基づく必要性への限定がなされるにすぎないものでしたが、立法者の尽力には、このような規定と比べて原理原則に基づいた進歩がみられます。

それでもなお、実際に納得しうる解決策はなお示されていません。たしかに形式的には情報自己決定権が要求する目的拘束性が存在します。しかし、事後のあらゆる刑事訴訟および国際司法共助を含むあらゆる危険防除のためにそのデータを利用することができるため、その限界の意義は不合理であることが明らかにされてしまったように思われます。まずこの点は批判されなければなりません。結局、法は情報の広範な利用のなかに

利用目的を認めているのです。データが一度保存されると、健康に関するセンシティブ情報を軽微な犯罪のために利用することも考慮されることになるのです。

さらに、DNAファイルに記録することは、以前に嫌疑をかけられたことがあるにすぎない人物が、その嫌疑を必ずしも自らの行為に帰責できるような形で引き起こしたわけではなかった場合であっても、結局は、特別の侵害に晒されることに繋がるということも、もう一度強調しておかなければなりません。その人たちの情報は、とりわけ有罪判決を受けた者のデータが取められ、そのため、ある種のステイグマ効果を生じさせる可能性があるファイルに記録されます。連邦刑事庁法によると、嫌疑の払拭により手続きが終了した場合にのみ、DNA型情報の保存および利用が許されないこととなります。¹⁵⁾

その限りにおいて、決して重大ではない性犯罪の嫌疑だけで介入が許されるとすることは、比例性を逸脱しています。このことにより、当該時点において一定の行為を強制する嫌疑というメルクマールを放棄することを、特別の重大性という別のメルクマールによって埋め合わせるという方法は採用できません。最も深刻な形態においても最長で一年の自由刑が予定されるにすぎない犯罪が、その介入要件を満たします。さらには、最近新設された前域犯罪 (Vorfelddelikte) および性的迷惑行為のような受け皿犯罪 (刑法一八四条一) も、これを満たします。

加えて、追加的に求められる再犯の危険に関する予測は、こ

れまで、以前の犯罪嫌疑を示すことによって一律に行われる権利の剥奪を十分に限定していません。その予測はよくよく考えると、曖昧で、恣意的にすぎます。刑法八一条§三項第五文が命じるように、再犯の危険が、実務上、実際には広範な、そして個別の事案に即した全体考察に基づいてのみ肯定されるものであるというのであれば、実務における需要に従うと、その規定は莫大なコストがかかるものになるでしょう。最も重要なコンメンタールも、例えば、裁判所が、非常に軽微な露出症の行為を根拠に、将来の重大犯罪が犯されることに対する肯定的なあるいは否定的な手がかりを得ることが可能となるのはそもそもどのような場合なのか、ということはかなり以前から問われています。¹⁶⁾ 現在のところ、実務上は、被処分者が抗弁しない限り、再犯の危険は、結局まったくもって納得できさうにない法の適用者の思い込みによって肯定されるというのが、容易に想像できる場所です。それは、とりわけ性犯罪の嫌疑がある場合には、単純に威嚇的な標準的処分として命じることが許されているのかもしれない。

四 まとめ

では最後になりましたが、クラフトワークによって予言された美しくあたらしい事前配慮的な情報保存の世界は、今やどのよう評価されるべきでしょうか？

私の考えを三つの主要なテーゼにまとめることができます。

第一 私たちは、刑事訴追のための事前配慮により、例えば DNA 型情報の取得および保存という現象形態のなかで、刑事訴訟における捜査手法ならびに基本権介入の根本的な拡大を身をもって体験しています。

第二 このような処分は、例外なく違法というわけではありません。しかし、それらは法律の留保を満たすものでなければならず、犯罪嫌疑の不存在に鑑みると、具体的に言及された基本権に左右される特別の正当性の閾値 (Legitimationsschwellen / 最低基準) と結びつけられたものでなければなりません。

第三 刑法第八一条 g というドイツの規定は、それが明確な規定および制限の必要性を認めた点については賞賛されなければなりません。しかし、この規定は、過度に拡張された適用領域を提示しており、そのため、非常に限定的にししか刑事訴追のための適切な事前配慮に対するモデルを提示していません。

註

- (1) In Flensburg ist der Sitz der deutschen Bundesbehörde, die erheblichere Verkehrsverstöße alle Verkehrsteilnehmer gesamthaft sammelt und damit ggf. die Grundlage für Fahrverbot oder den Entzug der Fahrerlaubnis schafft.
- (2) BGBl. I 1998, S. 2646.
- (3) BT/Drs. 13/10791.
- (4) BT/Drs. 13/10791, S. 1 („Datenerhebung in sachgerechtem

Umfang“), S. 2 („keine Routinemaßnahme“).

- (5) Siehe etwa die Bundratsinitiative des Landes Bayern BR/Drs. 231/17 vom 21.3.2017: Angleichung an die Auslegung des § 81b Var. 2 StPO; Krit. dazu *Maximilian Schneider*, DNA-Analyse und Strafverfahren de lege ferenda, NSIZ 2018, 692, 696 f., auch zum Verstoß gegen Art. 8 EMRK, dazu ferner MüKo-EMRK/*Gaede*, Art. 8 Rn. 29.

- (6) Dazu auch BVerfG, Beschl. v. 14.12.2000-2 BvR 1741/99, 276, 2061/00, BVerfGE 103, 21, 31 f.

- (7) Siehe für § 81g Abs. 1 Satz 2 StPO bestätigend BT/Drs. 15/5674, S. 12; *Lothar Senge*, Die Neuregelung der forensischen DNA-Analyse, NJW 2005, 3028, 3031.

- (8) BT/Drs. 13/10719, S. 5; BVerfG, a.a.O. (Fn. 6), S. 34; BGH, Beschl. v. 22.3.2012-1 StR 359/11, HRSS 2012 Nr. 460; Meyer-Göhner/*Schnitz*, StPO, 62. Aufl. (2019), § 81g Rn. 7a.

- (9) BT/Drs. 15/350, S. 3, 11, 23. Entsprechend erkennt das Schrifttum darin deshalb einen Anfangsatabstand, siehe nur Löwe/Rosenberg/*Krause*, § 81g Rn. 23.

- (10) OLG Karlsruhe, Beschl. v. 27.03.2001-3 Ws 17/01-Tz. 13.
- (11) BT/Drs. 15/350, S. 23; OLG Rostock, Beschl. v. 11.10.2005-1 Ws 287/05-Tz. 3, 5; Löwe/Rosenberg/*Krause*, § 81g Rn. 34.

Siehe auch zur Anordnung gegenüber Jugendlichen BVerfG, Beschl. v. 02.07.2013-2 BvR 2392/12-Tz. 13 f.; BVerfG, Besch.

- v. 18.9.2007-2-BvR 2577/06, NJW 2008, 281, 282.
- (12) EuGH, Urt. v. 8.4.2014-C-293-12 und C-594-12 und bestätigend sowie ausbauend EuGH, Urt. v. 21.12.2016-C-203-15 und C-698-15.
- (13) BVerfG, a.a.O. (Fn. 6), S. 32 ff.; BVerfG, Beschl. v. 14.8.2007, NSIZ 2008, 226; gleichermaßen zu Art. 8 EMRK EGMR EuGRZ 2014, 285, 289 ff.
- (14) BVerfG, a.a.O. (Fn. 6), S. 32 f.; dazu bereits *Benfer/StV* 1999, 402; um demgegenüber eher untergeordneten, wenn gleich nicht zu übersiehenden Eingriff in Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG Löwe/Rosenberg/*Krause*, § 81g Rn. 5 und 9.
- (15) BVerfG, a.a.O. (Fn. 6), S. 32 ff. (auch zur behaupteten Bestimmtheit und Normenklarheit).
- (16) BVerfG, a.a.O. (Fn. 6), S. 32 ff.
- (17) Dazu auch BVerfG, a.a.O. (Fn. 6), S. 34 und EGMR EuGRZ 2014, 285, 289 f.
- (18) Dazu näher § 8 Abs. 3 und 6 Satz 2 BKAG a.F. und m. w. N. Löwe/Rosenberg/*Krause*, § 81g Rn. 25, siehe heute auch § 18 Abs. 5 BKAG und plausibel für eine erweiternde Lösungspraxis *Ulrich Eisenberg/Jens Puschke*, Anm. zu BVerfG, Urt. v. 23.11.2005-6 C 2.05, JZ 2006, 729, 731. Siehe aber auch zur Speicherhöchstfrist von zehn Jahren EGMR EuGRZ 2014, 285, 290.

- (19) Siehe bezeichnend Meyer-Göbner/*Schmitt*, StPO, 62. Aufl. (2019), § 81g Rn. 7b und auch 7c: schwer zu verifizierender Verdacht.

日本における捜査機関による通信履歴の保全要請

熊本大学
内藤大海

一 通信履歴の保全要請の概要

刑事法一九七条三項は、検察、警察などの捜査機関は、差押えまたは記録命令付差押えをするために必要があるときは、通信事業者に対し、「その業務上記録している電気通信の送信元、送信先、通信日時その他の通信履歴の電磁的記録のうち必要なものを特定」し、一定期間消去しないよう求めることができる旨規定します。この期間は三〇日以内とされていますが、延長により通じて六〇日まで保全要請を行うことができます。

その目的は、差押えまたは記録命令付差押えが行われることが予測される場合に、これらの処分を担保することにあります。本処分の対象となるのは、送信元、送信先、通信日時その他の通信履歴の電磁的記録であり、後に押収が予測されるものであります（第一文）。

捜査機関は、通信事業者に対し上記データを三〇日を超えない範囲で消さないように要請することができます（第一文）。

また、とくに必要なときは三〇日を超えない範囲で延長することができず（同条四項第一文）。

保全されたデータの消去については何ら具体的な規定は存在していません。おそらく保全期間経過後のデータの取扱いは通信事業者に委ねられているものと思われます。この点は、わが国における通信履歴の保全要請にかかる最も大きな問題の一つであります。ただし、保全要請自体は、差押えまたは記録命令付差押えをする必要がなくなった場合は取り消さなければなりません（同条三項第二文）。

二 議論状況

わが国では、通信履歴の保全要請にかかる議論はドイツほど活発ではなく、むしろ対立的議論はほとんどなされておられません。この処分に関するいくつかの解説が存在するのみであります。つまり、これまでのところ、通信履歴の保全の危険に対しては注意が払われてこなかったといつてよいように思います。そのため、本検討課題については、ドイツ側に対して説明すべきわが国の議論というものは少ないといえます。もちろん、このこと自体が問題であり、おそらく水面下では保全要請は幅広く利用されているのではないかと思われます。通信とは関係ありませんが、昨年警察によりTポイントカードの情報照会が行われていたことが取り沙汰されているところとして、そのように推測されるわけです。そこで、わが国における今後の議論の発展を

期待しつつ、その議論の方向性を探るため、わが国の保全要請について制度説明を行い、この問題についてプッシュ教授に意見を求めたいと考えています。

三 日独両制度の相違点

ドイツにおける通信関連データの予備的保存（Vorratsdatenspeicherung）義務とわが国における通信履歴の保全要請との共通性は、以下の点に認められます。

- ・ いずれの処分も裁判官留保（Richtervorbehalt）ないし令状審査に服さない。
- ・ 一定の保存期間が定められている。

これに対し、両国における処分には以下のような違いがみられます。

- ・ ドイツにおける予備的データ保存義務は無条件で行われる。これに対し、わが国における通信履歴の保全要請は、差押えまたは記録命令付差押えが行われることが予想される場合のみ許される（一定程度の具体的必要性）。しかしながら、いわゆる保全の必要性は要請者（すなわち捜査機関）が判断を行う（保全要請自体は司法審査に服さないが、保全対象を含む情報媒体の差押えは司法審査に服することになる）。

・ ドイツでは保存期間経過後の保存データの消去が明文で規定されている。これに対して、わが国では消去について明文の規定はない。そのため、保全期間経過後の保全データの取

扱いは通信事業者に委ねられているものと推測される。

・わが国では、もっぱら刑事訴追の目的で通信履歴の保全を行うことが許されている。これに対し、ドイツにおける予備的データ保存は、刑事訴追（司法警察、危険防除（行政警察）の双方を目的として義務づけられている。

ドイツにおける予備的データ保存の最大の問題は、それが無制限であるという点にあります。ただし、現在ドイツにおいてはこの予備的データ保存義務というのは凍結されておりまして、実際には運用されていません。この点については、プシユケさんからお話があると思います。これに対し、わが国における通信履歴の保全要請の対象は、場合によっては必要となりうるデータに限定されます。したがって、その意味では介入強度はドイツにおける予備的データ保存と比べて限定されたものとなっております。たしかに、場合によっては必要となるデータの保存それ自体も、私見によれば（そしておそらく日本における支配の見解によっても）、それ自体が基本権への介入となります。しかし、その介入は場合によっては正当化されうるものです。というのは、データの保存が一定の嫌疑に基づいて要請されることになるからです。わが国におけるこの処分は、比例原則に比較的合致しうるものであります。しかし、この場合、場合によっては必要となるデータのそのように保全することの介入強度は、裁判官留保を必要とするほどの強度を持たないといえるのか、ということの問題となります。

四 まとめ

（一）無差別的データ保存に伴う特別の問題

目下、日本では通信データの無差別的保存は、喫緊の問題とはなっておりません。しかし、捜査機関、内閣あるいは政府は、おそらくより多くの個人情報収集を望んでいるのではないかと思われます。そのため、ドイツの議論を参考に、捜査機関の要請による無差別的保存の問題の所在を明らかにしておくことに意義があるといえます。これに関して、プシユケ教授には、基本権侵害またはその侵害強度についてドイツの議論をある程度詳細に説明していただくようお願いしております。

（二）閲覧履歴の保全の許容性

ドイツと日本の制度の大きな違いと考えられる点に、ドイツにおいては無差別的にすべてのデータが予備的に保存されるという点が挙げられます。しかしながら、保存対象について、ドイツにおいてはコミュニケーションの内容の保存は許されません。具体的にはメールの内容や件名が予備的保存の対象となりません。というのはそれがプライバシーの内心領域に介入しうるものだからです。これに対し、電気通信法一一三条a以下によつて保存することができる情報はプライバシー外縁情報（Information der Denotation der Privatheit）に属するものであると考えられています。しかし、電気通信法（Telekommunikationsgesetz（TKG））一一三条a以下に挙げられたあらゆる人物の情報が、

ドイツにおける予備的データ保存に服することになります。この点ではドイツあるいは欧州の方が広い権利制約が行われることになるわけです。つまり、予備的データ保存は、人的グループや一定の嫌疑によつて限定されておらず、そのためドイツにおける支配的見解はこれが比例性を有していないと考えています。わが国においてはこのような比例性の問題は今のところ存在しません。というのは、通信履歴の保全は一定の嫌疑を根拠に要請しなければならないからです。

たしかに処分の必要性が具体的であればあるほど、より強い介入が許容されることとなります。すでに述べたように、この処分の正当性についてはわが国では活発な議論は行われておらず、保全対象——つまり、保全される情報の範囲——は必ずしも明確ではありません。他方で、閲覧履歴の保全の必要性が認められる場合は、それも許されるといふ分析も存在します¹⁾。

電気通信事業者におけるデータ保全の侵害性質は、捜査機関が実際に差押えによつて情報を取得するのと比べて強くはありません。しかし、ドイツにおける支配的見解によれば、電気通信事業者におけるデータ保存もそれはそれとして独立した基本権への介入であるとみなされています。私見もこれと同様の見解に立つわけですが、そうすると、わが国の処分がそもそも許されるものであるかということが問題となります。なるほど、この処分の対象者の範囲は限定されており、包括的に実施されるものではありません。しかし、この処分は令状審査に服さず、

具体的な事案においてそれが必要であるか否かは捜査機関が自ら判断することが許されています。私見によれば、保全要請の対象もまた外縁情報に限定されるべきであり、そのため、ドイツにおける支配的見解によつた場合、一定の嫌疑が存在する状況で閲覧履歴の保全まで許容されることになるのか否かは、興味深いところであります。

註

(1) 緑大輔「強制処分法廷主義（一九七条）」法教四一一号（二〇一四年）一七頁。

通信関連データの予備的保存——ドイツにおける問題
状況

Die Vorratsdatenspeicherung — Die Problemstellung in Deutschland

マールブルク大学

イェンス・プシユケ

一 はじめに

通信関連データに関する保存情報 (Vorratsdaten) の保管は、ドイツおよび欧州においてとくに激しく議論されている安全保安上のプロジェクトです。この議論がたんに学術的な性質を有するものに止まらないことは、とくに予備的データ保存の導入と整備に関する刑事政策的な議論が示しているところであり、

このことは常に切々と論じられてきました。加えて、連邦憲法裁判所および欧州司法裁判所によりこの件に関する重要な判決が下されており、両者は予備的データ保存の許容性に対する影響という点で大きな違いを示しています。

この報告においては、まず予備的データ保存をめぐる議論の背景を手短に説明し、その後、予備的データ保存に関するドイツの規定の展開を取り上げ、そして現行法の規定をご紹介したいと思います。続いて、現行規定に関する法的評価を行いたいと思いますが、その際にはとくに連邦憲法裁判所と欧州司法裁判所の判決についても言及しようと考えております。最後に、日本の法的状況と比較可能な予備的データ保存の代替モデルについてご説明したいと思います。

二 予備的データ保存をめぐる議論の背景

安全と自由の権衡は、基本的な社会的議論の内容であります。主張される見解は政治的見解により、そして文化的独自性に基づいて異なります。「安全文化 (Sicherheitskultur)」という用語が決定的な意味で語られますが、無為に用いられているわけはありません。基本権に介入する安全上の措置の限界がどこにあるのかは、目下犯罪対策の場面において対立的に議論されています。この議論の活発さは、地域内、国家内で（もちろん日本においても）そして欧州連合のレベルにおいてそれぞれ異なり、議論の中心も多様です。

ドイツにおけるこの議論の結果は、安全保障法 (Sicherheitsrecht) が過去数十年で著しい膨張を経験したということでした。このことは、ドイツにおいては、刑法の拡張と刑事訴訟法における基本権への介入権限の拡張にみて取ることができ、また同様に警察法および情報局法における各種処分の大にもみて取ることができます。刑事訴追のための一般的な事前配慮 (allgemeine Strafverfolgungsvorsorge)、つまり、さしあたりは具体的な刑事手続においては未だ必要とされない、あるいはもはや必要とされないデータではあるものの、将来の刑事手続を見据えた事前の備えのためだけに集められるデータの保存も拡大されています。ドイツについていうと、そのなかには、すでにこのシンポジウムの前半パートで論じられたDNA個人識別型情報の保存とならんで、例えば様々な安全保障機関向けのテロ対策データの構築および航空旅客データの保存義務ならびにこの報告のテーマである通信関連データの予備的保存が含まれます。

三 予備的データ保存のための規定の歴史および内容

ドイツにおける通信関連データの予備的保存に関する、非常に複雑な現在の法的状況はどうなったのでしょうか。

(一) ドイツにおける現在の法的状況に至るまでの経過

安全保障に関する法的規定をめぐる多くの議論と同様に、通

信関連データの予備的保存に関する議論もまた、少なくとも欧州のレベルにおいては、二〇〇一年の世界貿易センタービルへの同時多発テロならびにマドリッドおよびロンドンにおけるその後のテロ攻撃以降、活発化してきました。欧州レベルにおける先行的で包括的な議論の後に、二〇〇六年にはある指令が出されました。これは、六ヶ月ないし二四ヶ月にわたり通信関連データの予備的保存を電気通信事業者に義務づけることを定めたものでした。欧州連合加盟各国はこれに応じて、データの保存を確実なものとするのが義務づけられることとされました。ドイツにおけるこの義務の履行は、二〇〇七年一月二二日の電気通信の監視に関する新たな規定のための法律によって実現されました。これは、電気通信法(Telekommunikationsgesetz (TKG))において欧州指令の下限となる六ヶ月の保存に関する成文の義務の導入を伴うものであり、またこれとらんで刑事訴訟法において刑事訴追のためのデータの引渡請求のための規定の導入を伴うものでした。この法律は、三万四〇〇〇人からなる訴えを受けて、二〇一〇年に連邦憲法裁判所によって差し当たり無効であることが明らかにされました¹⁾。その後、二〇一四年には欧州司法裁判所が、前記欧州指令は欧州連合基本権憲章と相いれず無効であることを明らかにしました²⁾。

ドイツおよび欧州レベルにおける信関連データの予備的保存は初めから異論の余地があったこと、そして理由なく通信関連データを保存することは上級の裁判所においてもかなり懸念

されていたことは、この点にみて取ることができます。

(二) ドイツにおける現在の法的状況

このような見通しのきかない法的状況にもかかわらず、そして欧州司法裁判所の判決により通信関連データの予備的保存に関する欧州連合の義務が廃止されたにもかかわらず、ドイツにおいては連邦憲法裁判所の示した基準に適合した新たな法律が導入され、二〇一五年に施行されることとなりました。

この法律は電気通信事業者に対し、二〇一七年七月一日より改めて一定の通信データの保存を義務づけるものでした。この義務は、事業者自身にとって当該データの保存が必要か否にかかわらず生じるものでした。加えて、この義務は理由なく生じます。つまり、データは一定の危険状況あるいは行われた犯罪行為の存否にかかわらず保存されなければなりません。また公共の電気通信サービスを提供するほぼすべての人物がこの義務を負うこととなります。この規定の目的は、後に何らかの端緒が生じた場合に犯罪行為の解明および具体的危険の回避のために遡及的にそのデータを利用することができるように、通信データを保存することにあります。

これに応じて電気通信法一三条は、一定の標識、つまり通話の発信者および受信者の電話番号、ならびに通話日時および通話時間の記録を要求します。同様に、SMS通信およびMMS通信については、発信者および受信者データが保存されな

ければなりません。インターネットの利用に関しては、その都度割り当てられたIPアドレスならびに利用日時および利用時間が記録されなければなりません。これらにデータは、一〇週間保存されなければなりません。これに加えて、モバイル通話（携帯通話）サービスおよびインターネットサービスの利用の利用開始時には、その都度、基地局情報およびそれに伴う携帯電話の位置情報が四週間保存されます。電気通信法一一三条b五項により、コミュニケーションの内容、つまり何が話されたか、あるいは何が書かれたかは、保存対象から明確に除外されています。そのため、本件措置に関連する情報について本質的に問題となるのは、いつ、誰が、誰と、どこから、そしてどのくらいの期間、どのような形で電気通信を通じて連絡を取ったかに関する洞察を可能にする情報ということになります。

保存義務は保存データの取得に関する明文規定によって補充されます。つまり、刑法法一〇〇条g二項および三項は、とくに重大な犯罪行為の嫌疑がある場合、保存データが犯罪捜査のために必要であるときは、電気通信法一一三条bに基づき保存されたデータを取得することが許されると規定します。刑法法一〇〇条j二項は、インベントリー情報の照会のために通信関連情報を引き合いに出すことを認めます。その他、情報取得のための規定は、危険防除に関する諸法律ならびにバイエルン憲法擁護庁法（一五三条三項）に確認することができます。

この間、あらかじめ保存された人格に関連する通信関連デー

タは極めてセンシティブであるということについて広く意見の一致をみています。何ら電気通信の内容が捕捉されていないとしても、それらのデータを有効に活用することによって私的行動を逆推論することが可能になります。とくに携帯電話の位置情報を常に確認することにより、詳細な行動履歴の作成が可能となり、総合的監視（Totalüberwachung）の危険が生じることとなります。反対に、刑事捜査のためのこれらのデータの重要性については、意見の一致はみられません。例えばフライブルクのマックス・プランク研究所による経験則的見方によれば、むしろこのことは疑われるべきでしょう。

（三）その後の法的展開

二〇一六年、欧州司法裁判所は、イギリスおよびスウェーデンにおける通信関連データの予備的保存に関する国内法規定が欧州連合の諸法（Unionsrecht）に反すると判断しました⁴。目下のところ新しいドイツの法律については、ミュンスター上級行政裁判所も具体的な事案においてこの見解に従うことになりました⁵。これに基づき、所轄監督官庁である連邦ネット庁（Bundesnetzagentur）は通信関連データの予備的保存義務を停止しました。かくして、ドイツにとつてのこの長い放浪の旅路の終着点は、成文の法的規定はたしかに存在するが、しかしそこから何ら電気通信事業者に対する法的義務は生じない、という結論に落ち着いたのです。

現在のところ、ドイツにおいては現存する法的規定に対するおびただしい数の憲法異議が、連邦憲法裁判所で係争中であり、本案における判断はまだ出されておられません。もともと、すでに二〇一六年の欧州司法裁判所の判決に基づく暫定的な命令に関してこれを拒否する判断において、連邦憲法裁判所はすでに欧州レベルの判例の重要性を強調しています。

四 法的評価

(一) 連邦憲法裁判所および欧州司法裁判所の判決

では、この困難な法的状況を引き起こした前述の決定を少しだけ詳しくみてみましょう。

(a) 連邦憲法裁判所

二〇一〇年の連邦憲法裁判所の判断⁶⁾は、実質的には主に以下のような考慮を基礎としています。

基本法一〇条の保障する通信の秘密に対する重大な介入は、データの引渡請求の時点で初めて生じるのではなく、保存の時点ですでに生じている。というのは、このような保存は理由なく、そして包括的に行われ、センシティブ情報に係るからである。特別な介入強度の理由づけとしては、それに加えて、いわゆる *„chilling effect“*、つまり威嚇効果が考慮される。これにより、「恒常的に監視されているという感覚」は、市民が自らの基本権の利用および行使を断念することに繋がりがかねない。

連邦憲法裁判所の述べるところによると、当時のドイツの規定は、そのような深部にまで達する介入を正当化できていません、というのは、——その他の瑕疵とならんで——データの完全性⁷⁾も十分に保障されていないければ、データの引渡請求も重大犯罪との戦いに限定されていないためです。

(b) 欧州司法裁判所

その四年後および六年後に出生された欧州司法裁判所の判断⁸⁾は、ほとんど同様の実施的前提条件を基礎とし、大部分において比肩可能な結論に至っているといえます。

欧州司法裁判所は、比例性の検討の枠内において、また欧州連合基本権憲章七条および八条における私的領域保護およびデータ保護という点を考慮し、広範な保存による基本権介入だけでなく、重大であると論じています。同様に欧州司法裁判所は、——先行する連邦憲法裁判所の判断と同様に——「威嚇効果 (*„chilling effects“*)」による論証を用いています。保存が理由なく行われる点、各機関によるデータ取得が十分に限定されていない点、そしてデータの安全性に対する要求があまりにわずかである点は、つまり欧州司法裁判所の見方によると、その規定が比例性を有しておらず、欧州連合の諸法に反するという結果に至ることになります。

ただし、連邦憲法裁判所とは異なり、欧州司法裁判所は保存義務が絶対的に必要なものに限定されている必要性を強調します。たしかに連邦憲法裁判所は、保存に伴う独立したとくに強

い侵害性質を認めています。その侵害性質はとくにデータの引渡請求のための厳格な基準により十分に限定することも可能であるとみなしています。他方、欧州司法裁判所はそれでは十分でないとしています。欧州司法裁判所は、二〇一六年の自らの判決において次のように述べています。

「そのような規定「スウェーデンおよびイギリスにおける通信関連データの予備的保存のための基準」は、その予備的保存が予定されているデータと治安に対する脅威との関係性を要求していない。……したがって、国内手続で問題となっていないような国内法規定は、絶対的に必要不可欠な限界を超えたものとなっており、民主主義社会において正当化されるとみなすことはできない。」

現在の治安状況と無関係に通信データを保存することを今後とも要求するドイツの新たな規定も、これらの前提条件を満たしてはいません。

(二) 判断に対する評価

連邦憲法裁判所および欧州司法裁判所の判断は、私見に照らすとどのように評価されることになるでしょうか。

連邦憲法裁判所の判決にも、そして欧州司法裁判所の判決にも、一方において自由に対する利益と他方において安全に対する利益との調整の理解がその根底に存在します。ここでは、これらの利益の均衡を維持するための比例原則が決定的な役割を

果たしています。狭義の比例性に関しては、両裁判所とも、電気通信に関する通信データを理由なしに保存する点に存在する、今や広く認められていると思われる特別の介入強度を明らかにしています。とりわけ（一九八三年の連邦憲法裁判所の）国勢調査判決によって知られるところとなった「威嚇効果」に根拠を求めるところでも説得力を示すところではありますが、領域に固有の経験的分析「実証分析」によって根拠づけられていなければならぬように思います。深い基本権介入に対応して、両裁判所によりデータの安全性、データの引渡請求および透明性の要請に関する制限的な規定が強く要求されています。両裁判所によって明示された電気通信の通信データの予備的な保存およびその引渡のこのような制限は説得的ですし、私的領域、情報自己決定権およびデータ保護にある一定の高い位置価値を付与するものです。両者の決定的な違いは以下の点に存在します。すなわち、——すでに述べたように——連邦憲法裁判所によれば、理由なしに行われる保存は、高いレベルのデータの安全性およびデータ照会のための高いハードルがある場合に法的に支持できることとなりますが、これに対して欧州司法裁判所は、保存自体について、それが完全に理由なく行われるわけではなく、保存の時点ですでに切迫した治安状況が存在する場合にのみ適法であるとみなす点です。

私の考えでは、引渡請求の段階においてのみ制限を設けることは無限定の保存を正当化しえないとする欧州司法裁判所の論

証は説得的であるといえます。データ保護を考慮した場合の私的領域に関する権利および通信の秘密に対する介入は、あらゆる形態の個々のデータ処理が比例性の審査に耐える場合にのみ正当化されます。そのため、センシティブ情報の包括的な保存は、それが絶対的に必要な程度に限定されている場合にのみ許容されるのです。たしかに、保存それ自体による介入強度を考慮するにあたっては、どのような条件の下で保存されたデータが引き渡されるのかということも決定的な意義を有します。ただし、介入のための高い敷居およびデータの安全性およびデータ利用の透明性を担保するその他の規定は、自由に利用できるあらゆるデータの保存を正当化するわけではありません。このような制限をもつてしても、保存が理由なしに行われることによる権利制約を埋め合わせることができないのです。保存の目的は、むしろデータ保全(Datenerhaltung)に関する義務の範囲と強度に関しても考慮の基準として取り込まれなければなりませんし、データ保存と治安に対する脅威との関係性を確立するに違いありません。そうしてはじめて、保存目的は十分に制限的な効果を発揮することができるのです。

五 理由なしに行われる通信関連データの予備的保存に対する代替案

通信関連データの予備的保存が理由なしに行われることに對する大きな懸念を考慮すると、効果的な刑事追迫の利益を、場

合によってはより基本権を尊重する方向に、少なくとも適法な態様に変換しうる代替案が存在するか否かが問題となります。

(一) 欧州司法裁判所による代替案

欧州司法裁判所自身は、その判断のなかで、どのようにすれば自らの見解により修正された通信関連データの予備的保存が欧州連合法の要請を適合しうるのか、その可能性を示しています。そのためには、通信データ(Verkehrsdaten)の保存義務の段階であっても、そのようなデータの保存を制限することができ、そのため重大犯罪あるいは治安に対する重大な危険との少なくとも間接的な関連性を示す客観的な手がかりを根拠としなければならぬでしょう。考えられる制限の基準として、データ収集を一定の時間、地理的範囲または何らかの方法で重大犯罪に關与している可能性があるか、あるいはその他の根拠からその者たちの情報が犯罪との闘争(Bekämpfung von Straftaten)に寄与しうる人的グループに限定することが挙げられています。データの引渡請求に関する事後の目的設定は「も」、すでに保存の段階においても密なものであるべきでしょう。

保存の限定について挙げられている欧州司法裁判所の基準は、しかしながら問題があるように思われます。とくに地理的範囲または一定の人的グループに關連づけることは、過度に無関係者を対象としてしまう危険、ならびに誤った予測および差別の危険を含みます。保存が具体的危険または犯罪嫌疑の前域

に位置づけられるものであるならば、このことはとくに保存の対象範囲に当てはまります。ある州、ある地域あるいはある都市における一定数の人の基本権に対する介入は、当該地理的範囲に対する高度の危険状況が認められることでは説明できません。電気通信データに関しても、場所への関連性が乏しいためこのことは相当程度妥当します。しかし、より深刻なのは、特定の人的グループの通信データの保存に対する懸念であるといえます。具体的な危険および犯罪嫌疑は介入のための契機として前提条件とはされていないため、抽象的な危険の前兆しか判断の根拠として用いることができません。その際、大規模なデータ保存に関する個々人の責任の関係は完全に失われ、そのことは帰属させられる人物特性に関する差別的な選択メカニズムへドアと門を開くこととなります。

(二) 即時凍結手続

この点について、ドイツにおいては、理由なく実施される通信関連データの予備的保存に対する代替策として、いわゆる即時凍結手続 (Quick-Freeze-Verfahren) が議論されてきました。しかし、これは広く受け入れられることはなかったため、ドイツ法においては採用されておりません。電気通信データが刑事訴追目的で一時的に保存されることが許される手続きは、即時凍結 (Quick Freeze) と呼ばれます。通信データの予備的保存との違いという点についていうと、この手続きではデータの長

期的保存は具体的な理由がある場合にのみ行われます。刑事訴追の領域においては、この理由というものは、通常、特定の犯罪行為の挙行に関する嫌疑ということになります。その限りにおいて、この手続きはある意味で日本における問題の処理と比較可能であるように思われます。

即時凍結手続においては、したがって、刑事訴追機関はある犯罪嫌疑が存在する場合に、例えば決算上の理由からまだ電気通信事業者の手中にあるデータが消去されるのを回避することが可能となります。もともと、刑事訴追の範囲内でのデータの利用は、その後裁判官の決定を受けることによって初めて可能となります。しかしながら、刑事訴追機関の立場からみると、通信関連データの予備的保存と比べて、このような手続きには著しい不利益が存在することになります。そしておそらくそのことが、ドイツにおいてこの手続きが実施されなかった理由の一つです。そのため、まさに理由のない保存が問題となっているというわけではないのです。むしろ、保存による基本権侵害は、そのための具体的な理由 (犯罪嫌疑) が存在する場合に初めて許されるようになります。このことが意味するのは、この理由が生じる前に電気通信事業者によって消去されてしまうデータは、刑事訴追にとって不可逆的に失われてしまうということです。さらに、ドイツにおける消去の運用は非常に多様であるということが付け加わります。そのため、データを即時に消去する電気通信サービス・プロバイダーもいれば、三日間保

存する、あるいは七日間保存するといったプロバイダーも存在します。したがって、刑事訴追機関からすると必要であると思われているような、過去のデータに遡るといふ信頼性のある調査方法は、保障されていないのです。

私見によれば、過去の電気通信データの保存義務を捨て去ろうとしないのであれば、この手続きは法治国家的視点からみて唯一の実施可能な手段であります。

(三) 現在の法状況

しかし、現在のところ、もちろん通信関連データの予備的保存の導入前と同様に、その停止以降も、電気通信関連データに遡った調査を利用した刑事訴追が不可能になる余地はドイツにおいては存在しません。

刑法一〇〇条gの規定により、遡及的に電気通信法九六条により捕捉された通信データに密行的にアクセスすること、そして少なくとも基本的に今後も通信データのリアルタイム取得を密行的に実施することは可能です。加えて、刑法一〇〇条g三項には、基地局の調査(Funkzellenabfrage)に関する特別の権限が規定されています。これは、特定の接続に関する電気通信データのみならず、特定の時間帯に特定の場所に存在した携帯電話のあらゆる接続を捕捉することを可能とするものです。

したがって、通信データを理由なく保存するという電気通信

事業者の義務がなかったとしても、基本権に深く介入し、効果的な刑事訴追の利益を幅広く顧慮した規定が存在するのです。可能な限り広範なデータ保全の利益のために、遅滞の恐れがある場合には、少なくともいづれにせよ電気通信事業者によって保存されるデータに関しては、このことは検察官による緊急手続によっても可能とされ、事後的に裁判所の確認が必要とされるにとどまります。そのため、即時凍結手続は、部分的にはすでに現行の法状況にもみられるといえます。

連邦憲法裁判所の判例によれば、加えてそれ以外にも、電気通信データに対する一般的な差押規定を用いた公然の(つまり、密行的でない)アクセスが可能とされています。ここでも基本的には裁判官留保が存在するものの、検察官だけでなくむしろ警察も、遅滞の危険がある場合に裁判官の命令がなくても差押えを実施することができます。裁判官による判断は、規定により、被処分者の請求があつた場合にのみ事後的に実施されます。

六. 結論および展望

結論として、以下のことを確認することができます。通信関連データを理由なく保存することの義務化はドイツ基本法および欧州連合基本権憲章に反し、これを認めようとしたドイツの立法者によるこれまでの試みは頓挫したように思われます。たしかに、これに関する最終的判断を連邦憲法裁判所は行うでしょう。同裁判所の弁によれば、本年中に通信関連データの保

存に関する現行法の規定に対する係争中の異議についても、判断を下す予定です。

ここで主張したように、連邦憲法裁判所が本当にドイツの規定が違法であるという結論に至ったのであれば、すでに計画中の将来における法案策定のために、今や国家の安全保障法に対する限界も導かれる、欧州レベルでの基本権の水準およびデータ保護法は真剣に受け止められなければなりません。包括的理由なく実施される通信関連データの保存に対しては、このことは終了を意味するかもしれません。立法府は、法的にはおそらくなお可能であることのグレーゾーンに改めて立ち入り、再び法的不安定を引き起こすとはしないでしよう。

註

- (1) BVerfG, Urt. v. 23.2010-1 BvR 256/08 ua., BVerfGE 125, 260.
- (2) EuGH (Große Kammer), Urt. v. 8.4.2014-C-293/12, C-594/12, NJW 2014, 2169.
- (3) 情報システムで、LANなどのネットワークに接続されたサーバー、パソコン、各種ネットワーク機器や周辺機器に関する構成情報の一覧情報。
- (4) EuGH, Urt. v. 21.12.2016-C-203/15, C-698/15, ZUM 2017, 414.
- (5) OVG Münster, Beschl. v. 22.6.2017-13 B 238/17, NVwZ-RR 2018, 43.

- (6) BVerfG, a.O. (Fn. 1).
- (7) ここでは保存されたデータが他に漏洩しないことをいう。

- (8) EuGH, a.O. (Fn. 2) und ders a.O. (Fn. 4).
- (9) 具体的な事件、人物に対するデータ紹介とこれを可能にする予備的保全の全体の過程を意味する概念。

〔付記〕本稿は、科学研究費国際共同研究加速基金の課題研究「捜査法領域における犯罪関連情報の収集に関する日独比較〔国際共同研究強化〕(二〇一七―二〇一九年度／課題番号：16KK0082)の成果の一部である。