慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	「視線の権力性」に関する覚書 : 監視とプライヴァシーをめぐって
Sub Title	
Author	駒村, 圭吾(Komamura, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学部
Publication year	2008
Jtitle	慶應の法律学 公法I : 慶應義塾創立一五〇年記念法学部論文集 (2008.) ,p.283- 323
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Book
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=BA88452463-00000001-0283

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

「視線の権力性」に関する覚書

——監視とプライヴァシーをめぐって——

駒村圭吾

一　プライヴァシー・監視・公共空間

二　アメリカ連邦最高裁判例の展開——Trespass と Reasonable Expectation

三　問題の整理と展望

一　プライヴァシー・監視・公共空間

1　プライヴァシーと監視

(一)　自己情報コントロール権

プライヴァシーの権利は、当初、「ひとりで放っておいてもらう権利（right to be left alone）」という文学的な表現を与えられ、法学界に登場した。[1] この定式の行き詰まりを前提に、佐藤幸治教授は、次のようなプライヴァシーの新たな定式を提案され、この問題領域における通説的見解を樹立されたのである。

プライヴァシーの権利は、個人が道徳的自律の存在として、自ら善であると判断する目的を追求して、他者とコミュニケートし、自己の存在に関わる情報を開示する範囲を選択できる権利として理解すべきものと思われる。かかる意味でのプライヴァシーの権利は、人間にとって最も基本的な、愛、友情および信頼の関係にとって不可欠の環境の充足という意味で、まさしく「幸福追求権」の一部を構成するにふさわしいものといえる。[2]

佐藤教授は、これを、自己決定権としてのプライヴァシーや静穏としてのプライヴァシー（冒頭の「ひとりで放っておいてもらう権利」）と区別して、「情報プライヴァシー（information privacy）」に分類する。このアメリカにおける（当時の）新潮流と、教授自身の自己決定権思想を連結したネーミングとして、佐藤教授が最終的に選んだのが、「自己情報コントロール権」であった。[3]

このように理解された「自己情報コントロール権」としてのプライヴァシーの権利は、「誰と何時接触交渉し、自らのどのような部分をどのような形でみせるか、等々は各人のその時々の選択的決断を通じて行われる」こと

を保障し、自律的存在としての個人の人格的統一を可能にする重要な権利と位置づけられることになる。[4] 個人の人格的統一は、文脈化された個別的な自己像の布置関係を決定するものであり、また、かかる布置関係によって構成されるものである。プライヴァシーの権利とは、まさにこの文脈化された自己像の布置関係を決定する権利である（文脈的インテグリティ（contextual integrity）としてのプライヴァシー）。[5] 現代社会では、自己の部分的ペルソナを提出する文脈は多岐にわたり、その布置関係も複雑さを増している。が、高度化した情報の回路を通じて、文脈的に提出したはずの部分的ペルソナも、どこかでだれかが集計・加工することも同時に可能になり、思わぬところで、自分自身のとは別のヴァージョンの「人格的統一」と遭遇する可能性も皆無ではない。

確かに、現在の高度情報化社会において、外に出ることは、自己情報を撒き散らして歩くことに等しく、自宅にいても外界との通信手段を利用すれば、ことごとく自己情報を吸い取られる。「ひとりで放っておいてもらう権利」という定式は、もはや、他者や外界との接触を断ち、自己幽閉のごとき限界状況でしか成立しない、「ひきこもりの権利」を保障するにすぎない。したがって、自己情報を拡散させながら、生きていかざるを得ない情報社会にあって、他者との自由な交流を可能にするには、「自己情報コントロール権」で武装して外出する必要があるのである。

自己情報コントロール権については、自己情報についての自主管理責任がついてまわる。任意に管理権を放棄した自己情報は保護の対象にならない（はずである）。ところが、公共の場での自己情報については徹底した自主管理は土台無理である。路上を散歩する時も、容貌を曝して歩くのが普通で、目出し帽をかぶって歩いていたら、かえって注目されてしまうだろう。しかし、皆が目出し帽をかぶり出したらどうなるか。議会でレスラー議員がマスクをしたまま登院する・しないで話題になったことがある。それはある種、競合する職業的アイデンティティーをめぐる議論であったが、そうではなく、ただ自己の人格的自律の防護壁として、皆が、容貌情報の自主管

理を徹底し始めたらどうなるか。時に、プライヴァシーは主権的個人権（"The right to privacy recognizes the sovereignty of the individual"[6]）と言われるが、本来的に公共財的性格（消費の非競合性＋非排除性）を有する情報の中でも、特に「自己情報」に関しては、この権利の主権性に基づく、当人の排他的管理を認めるようなことになれば、およそ社会生活は成立しなくなるだろう。プライヴァシーの専制化である。

(二) プライヴァシーの専制化？　監視の専制化？

プライヴァシーの専制化は、社会生活を混沌におとしめるだけではない。プライヴァシーは、いわゆる公私二分論と深く結びついている。法的統制が妥当する公共的領域と、かかる統制から自由な自治領域としての私的領域を分ける発想である。また、言うまでもなく、立憲主義は、このような公私二分論をその重要な構成要素とするものである。プライヴァシーの権利が法学界に登場したのは現代（一九世紀末）であるが、実は、この権利は、公私の境界をそのフロントラインで切り分けていく役割を担っており、その意味では、立憲主義の古典的構想を支える基底的な権利でもある。この観点からみれば、上述の自己情報コントロール権の覇権的拡大は、公私の切り分けを不能にし、果てには公共性のバックラッシュを招く恐れすらある。立憲主義の古典的構想そのものが揺らぐことになるのである。

私事の秘匿の横行、プライヴァシーの横溢に対する、公共性のバックラッシュは既に始まっているのかもしれない。監視カメラをめぐる論争がそれに当たる可能性がある。

監視カメラは、治安の維持のために警察が設置するものだけでなく、施設管理の観点からビル所有者が設置したり、商店・商店街の自己防衛策として備えられたりする。このように個々には固有の設置目的を有しながらも、コミュニティー全体に監視カメラによる監視が行き届けば、総体として、安全・安心な街づくりにつながると言われ、自治体がその設置を促進する場合もある。かかる監視カメラ構想は、それを総体として見たときに、「視

線の照射」という、近代初期に出現しつつも、現代的技術によって強化徹底された、新しい統治テクニックの応用と見ることができる。

この新しい統治テクニックは、視線の照射や調査の実施を通じて、個人の内面にある秩序感覚に働きかけ、刑罰等の強制力を行使することなく、秩序の内面化を果たそうとすることを典型とする、「操作型権力」と呼ぶべきものである。国王に逆らう不適格者を処刑や追放等の物理的強制力をもって排除する、古典的な「排除型権力」は、この「操作型権力」に変容しつつある。社会的不適格者は、排除する対象から訓練する対象へと変わった。個人は、「視られている」というだけで、既存の行動規範に無難に従っている姿をカメラの前に顕示し続ける他なくなるのである。このような権力の変容は、「規律訓練型統治術（discipline）」という概念によって、思想家のミシェル・フーコーが夙に指摘しているところである。そのフーコーが、視線照射による規律訓練テクニックの象徴的表現（建築的表現）として用いるのが、アメリカの情報社会論[7]が好んでレトリックとして引用する、「パノプティコン（panopticon）」である。筆者は、以上のような権力の変容とフーコーの思想を、かつて、主に警察行政との関係で論じたことがあるので、詳細の一切はそれらの論稿[8]に譲るが、情報社会論が想定するのは、この監視テクニックが、パノプティコンの嚆矢である監獄から、工場、職場、病院、学校と広がり、ついには社会全体に視線照射が行き渡る、いわゆるスーパー・パノプティコンの出現である。かかる拡大監視社会は、やはり監視の専制化を帰結する可能性が否定できない。それは、市民の私的領域の融解をもたらし、個別人格の文脈化を阻止し、プライヴァシーの専制化と同様に、立憲主義の基盤を揺るがすことになる。

2　公共空間におけるプライヴァシー

㈠　権利・違和感・構造規制

佐藤教授は、このような専制化の可能性を看て取り、それを緩和するアイディアとして、プライヴァシーによって保護されるべき情報類型を、「プライヴァシー固有情報」と「プライヴァシー外延情報」に区別し、前者に、より厚い保護を与えるという有名な処方箋を提示した。プライヴァシーの権利の保護法益を階層化することによって、「あまりにカテゴリカルな発想」に一定の歯止めをかけようと言うのである。[9] このような二分法に限らず、保護法益を仕分けることを通じ、司法救済に馴染む具体的権利としてプライヴァシー権を立て直し、その利用に節度をもたらす方向を、今後さらに追究しなければならないことは間違いないだろう。

しかし、公共空間に出て行かざるを得ない社会的生の現実に備えるために、自己情報コントロール権で武装して、パノプティコン的公共空間に躍り出るとき、そこで、我々は、どの程度のプライヴァシーをなお保持し得ているのか、いかなるプライヴァシー権の主張が許されるのか、という問いに満足に応えるには、上述の固有情報／外延情報のアイディアだけでは十分でないように思われる。

1㈡で触れたように、パノプティコン的状況における監視は、多様な主体が多様な目的をもって設営した監視テクニックの総体としてある。もちろん、それらはネットワーク化されていることもあろうし、そうでないかもしれない。このような日常化する視線監視が与える不自由感・違和感こそ、パノプティコンが我々に与える負荷の実態ではないか。もちろん、ある地域に設置された特定の監視機器が特定の人たちには迷惑だということもあり得るだろう。しかし、そうだとしても、改めて、「公道にいるあなたを見つめて何か不都合でもあるんですか？」と聞かれると、即座にその不都合を説明することは結構難しい。もちろん、公道において他者の視線は不可避であるとしても、我々は、他者を意味もなくジロジロ見つめることは、エチケット（社会規範）に反すると

考えている。電車の中で、極めて愉快な面相をした人が仮面も付けずに吊革につかまっていたとしても、その人物の面相を凝視することは、好ましくない行為であろう。もう少し正確に言えば、その人物と視線を合わせることは、そのような社会規範の中でも一層避けるべき事態であろう。にもかかわらず、「何か不都合でも?」と聞かれれば、即座に具体的権利侵害であるとは言いにくい。せいぜい、不愉快であると言えるくらいではないか。

つまり、公共空間におけるプライヴァシー問題とは、第一に、特定の主体間で争われるべき権利問題と言うよりも、社会環境全般の空間設計に関わる構造的問題であり、そして、第二に、司法救済に馴染む具体的権利の発動局面と言うよりも、「何となく不自由である」という違和感の負荷としてある。こう考えてくると、「監視カメラ設置は憲法に違反するか?」という問いには、即座に回答することは難しくなってくる。

この点、筆者には、監視カメラが一律に憲法に違反し、直ちに排除されるべきものとは思えない。その理由は、次に述べるようなものである。つまり、①（先述した監視の専制化の可能性はもちろん留保するとして）監視カメラの主な設置目的である「安全・安心」の重要性には軽視できないものがやはりあるのではないか、②監視カメラは上に触れたように確かに「違和感・不自由感」を与えるものと思われるが、同時に、監視カメラがあることによって、自由一般を可能にしていると言い得る面もあるのではないか、人々はそのようなコスト・ベネフィット計算を通じて、監視カメラを容認しているのではないか、③そして、ここで特に問題にしてきた点、つまり、そもそも我々は、監視一般からの自由を求める権利を言語化し得ていないのではないか、公共の場で監視されていることから来る「違和感」からの自由を法的権利として構成できるのか、等々。

アメリカでは、時に「プライヴァシーは死んだ」と言われることがある。しかし、それは規制が極限まで強化されたというわけではなく、むしろ、人々がもはやプライヴァシーを必要としなくなったからだと説明される。[10] もちろん、権利の行使を意欲しないことと、権利能力がないこととは別のことである。が、公共空間における監

視に対してプライヴァシー権によって対抗することにつき、人々が消極的なのは、それに対する違和感を法的権利として構成することに躊躇を感じていることを示しているとも解し得るのではないか。

プライヴァシーの覇権的拡大でも監視権力の専制化でもない、適切な公私領域の切り分けを可能にする道、しかも法的な言語としてそれを可能にする道はないものだろうか。

㈡「偶然かつ一過性の視線」と「目的的で継続的な視線」

この点、大阪地裁で下された平成六年の判決が興味深い。[11]

本件は、大阪のあいりん地区に設置された複数の監視カメラの撤去を求めた事件である。本裁判例は、「公道における監視とプライバシーの利益」という項目を立てて、公共空間においてもなおプライヴァシーは成立するかという問いについて、次のように述べた。

プライバシーの利益は、右に述べたように他人がみだりに個人に関する情報を取得すること等を許さないことによってもたらされる人格的利益であるから、道路や公園などの公開された場所では、居宅内などの閉鎖空間における無防備な状態とは異なり、誰に見られるかもわからない状態に身を委ねることを前提として、人はその状況に応じて振る舞うなど、自ら発信すべき情報をコントロールできるから、その意味では、その存在自体を見られることにより影響されるプライバシーは縮小されているといえる。

しかし、公道においても、通常は、偶然かつ一過性の視線にさらされるだけであり、特別の事情もないのに、継続的に監視されたり、尾行されることを予測して行動しているものではないのであって、その意味で、人は一歩外に出るとすべてのプライバシーを放棄したと考えるのは相当でない（傍点筆者）。

要するに、①人が公共空間において甘受しているのは「偶然かつ一過性の視線」に曝されることにとどまり、②それ以外の視線（目的的で継続的な視線）に対するプライヴァシーの利益は放棄していない、という、極めて常識に訴える定式を示した。[12]

では、本件ではどうだったのか。本件で撤去が求められたのは、公道上のカメラ、公園内のカメラ、福祉センター等の公共施設付近のカメラ、解放会館付近のカメラ、等であったが、撤去請求が認容されたのは解放会館付近のカメラだけであった。少々長くなるが引用しよう。

(1)　人の属性・生活・活動に係わる特殊な意味あいを持つ場所の状況をことさら監視したり、相当多数のテレビカメラによって人の生活領域の相当広い範囲を継続的かつ子細に監視するなどのことがあれば、監視対象者の行動形態、趣味・嗜好、精神や肉体の病気、交友関係、思想・信条等を把握できないとも限らず、監視対象者のプライバシーを侵害するおそれがあるばかりか、これと表裏の問題として、かかる監視の対象にされているかもしれないという不安を与えること自体によってその行動等を萎縮させ、思想の自由・表現の自由その他憲法の保障する諸権利の享受を事実上困難にする懸念の生ずることも否定できない。……。

(2)　また、右のように特別な意味あいを持つ場所でなくても、例えば自宅の前に警察の設置したテレビカメラがあり、往来の様子や路上での行動をいつ監視されているかわからない状況に置かれた場合、なにがしかの不快感や圧迫感を受け、自由に振る舞えない感情を抱くこともありうるが、特段の理由もなく、このような不快感や圧迫感を与えることは、それだけでもプライバシーの利益を損なうおそれがあるといわなければならない。（番号と改行は筆者）

ここには二つの法理が示されている。(1)は、公共空間におけるプライヴァシーを、憲法に明文を持つ既存の人

権に対する萎縮効果の問題と捉えている。解放会館は、結社の自由や労働基本権の場なのであって、それを監視カメラで観測することは、これらの確立した人権を侵害するだけではく、それに伴いプライヴァシーの利益も損なっている、と大阪地裁は判断した。確立された憲法上の権利との関係で、この問題を処理しようとするもので、かなり説得力を持つアプローチである。

他方、(2)は、解放会館のような特別な場でなくても、監視が「特段の理由もなく、このような不快感や圧迫感を与えることは、それだけでもプライバシーの利益を損なうおそれがある」（傍点筆者）としたのである。ところが、この観点から、侵害が認定され、撤去を強いられたカメラはなかった。

本件の撤去請求者は、基本的に、この地区を根城にする路上生活者たちであった。解放会館関係者を上述の(1)の理屈で救済したことは、なかなか巧妙な処理方法であったと思われる。しかし、もし憲法上のプライヴァシー権が独自の意味を持った救済規範であるとしたら、それは、(2)の方向においてこそ真価を発揮するものであるはずである。加えて、本件で、憲法二一条や憲法二八条ではなく、一三条のプライヴァシー権にのみ依拠して救済を求めざるを得ないのは、公共空間を住みかとする路上生活者であり、彼らを果たしてプライヴァシー権が救い得るかという問いが、やはり重要になってくるのである。

路上生活者は、その私生活のすべてを公共空間で営まざるを得ない人々である。路上生活者たちは、私的領域を失うことによって、公共空間も失う。要するに、彼らは公私の境界を喪失した人々であり、先述したように公私二分論が立憲主義の基盤を支えているとしたら、プライヴァシーを失ったことによって公私の境界を喪失した路上生活者とその生活空間こそは、立憲主義の真空地帯を構成していると言い得る。そして、公共空間に突如分け入ってきた路上生活者の私的空間を目撃することによって、一般市民は、立憲主義の隙間を垣間見ることになる。そうであれば、これはプライヴァシーの具体的権利性をうんぬんする前に、国家あるいは社会がなんとかし

なければならない事態ではないだろうか。

最後の点はさておいて、重要なのは、路上生活者の姿は、パノプティコン的状況下では、一般市民にも重なるということである。監視テクニックが情報技術の高度化によって、公共空間のみならず、自宅の中にも浸透してくるとき、路上生活者と一般市民の差異は相対化してくる。路上生活者問題と情報社会論はつながっているのである。

(三) 視線と空間

本稿は、以上のような問題意識の下、公共空間におけるプライヴァシーの権利の射程を考えてみることにしたい。情報法学者ジュリー・コーエンによれば、情報プライヴァシー学派が大勢であるアメリカにおいて、公共空間におけるプライヴァシーを考える際に見落とされがちな視点は、「可視性（visibility）」と「空間性（spatial dimension）」であるとされる。[13] しかし、コーエンの指摘を待つまでもなく、アメリカ連邦最高裁は、プライヴァシーの権利に関するある問題文脈において、「視線」と「場」にこだわり続けてきた。それは、不当な捜査権から私的領域を保護する修正第四条の解釈に関する文脈においてである。

以下では、修正第四条とプライヴァシーをめぐる判例の展開を概観し、公共空間におけるプライヴァシー権侵害を判定する判例法理の展開を確認した上で、「視線」と「場」に関する視点がこの問題にどのような示唆を与えるのかについて若干の展望を述べることにする。

（1）Samuel D. Warren & Louis D. Brandeis, The Right to Privacy, 4 Harv. L. Rev. 193 (1890).

（2）佐藤幸治『憲法【第三版】』（一九九五年、青林書院）四五三―四五四頁。

（3）佐藤幸治『国家と人間―憲法の基本問題』（一九九七年、放送大学教育振興会）四七―四八頁。

（4）佐藤・前注（3）四七―四八頁。

（5）Helen Nissenbaum, Privacy as Contextual Integrity, 79 Wash. L. Rev. 119 (2004).

（6）Smith v. City of Artesia, 772 P. 2d 373, 376 (N. M. Ct. App. 1989).

（7）See, e. g., Sonia K. Katyal, The New Surveillance, 54 Case W. Res. L. Rev. 297, 317-19 (2003); Jeffrey Rosen, The Unwanted Graze: The Destruction of Privacy in America 213-214 (2000); Paul M. Schwartz, Internet Privacy and the State, 32 Conn. L. Rev. 815, 852-853 (2000).

（8）排除型権力と操作型権力の詳細、およびフーコーの権力論の一端については、駒村圭吾「自由な社会の二つの憂鬱―操作と制御―」世界二〇〇七年二月号、駒村圭吾「警察と市民―自由と権力の構造転換」公法研究六九号（二〇〇七年、有斐閣）、参照。

（9）佐藤・前注（2）四五四―四五五頁、佐藤・前注（3）五三頁。

（10）Daniel J. Solove, Understanding Privacy 4-5 (2008).

（11）大阪地判平成六年四月二七日判時一五一五号一一六頁。

（12）公共空間において人はプライヴァシーを全面的に他者の視線に曝すことを受忍しなければならないのか、という点については、『石に泳ぐ魚』事件控訴審判決（東京高判平成一三年二月一五日判例時報一七四一号六八頁）が、興味深い論理を展開している。被控訴人の顔に大きな腫瘍があることは本来秘匿できない外貌にかかる事柄であるから、プライヴァシー侵害など起きようがないと控訴人は主張したのであるが、確かに、通説である自己情報コントロール権に立てば、公共空間で自己の容貌を曝すことは、自己情報の管理を放棄するものと理解され、秘匿性のない情報として扱われる可能性がある。これに対して、東京高裁は、次のように応じて、好奇の「視線」に必要以上に曝すことによって、私生活の平穏を乱し、精神的苦痛を「倍加」させることは不法行為を構成するとした。

「しかし、個人の障害や病気の事実は、個人に関する情報のうちでも最も他人に知られたくない類のものである。特に外貌に関わる障害の事実は、その障害が本件のように類症例が少ないものである場合、その人物の他の属性等と合わせて公表されれば、それ自体が周囲の好奇の対象となるであろう。そして、このような事態がその者の社会的行動に多くの制約や悪影響をもたら

すであろうことは容易に推測される。前記認定の医師、同病者及び被控訴人の述べる内容は、十分に理解可能な事実である。

このようなことから、顔に腫瘍がある者は、その障害の事実や手術歴等を殊更に公表されることを欲しないのである。そして、心ある人々は、心の痛手が拡大しないよう配慮をめぐらせ、それらの善意ある行動もまた、個人の平穏な日常生活や社会生活の支えになっているものと認められる。そうであるのに、これを無断で公表することは、障害それ自体の苦痛のうえに、更に、他人の好奇の眼や差別によって苦しめられている者の精神的苦痛を倍加する不法な行為であって、人格権の著しい侵害として、当然にプライバシーの侵害に当たるというべきである。日常生活に必然的に付随する私生活の領域で被控訴人の外貌に関わる事実が知られているからといって、第三者が被控訴人の了解もなく、小説の出版という方法によってより広い領域で右のような事実を公表する行為は、許されるべきものではない。」（傍点筆者）

(13) Julie E. Cohen, Privacy, Visibility, Transparency, and Exposure, 75 U. Chi. L. Rev. 181, 181-182, 189-192 (2008).

二　アメリカ連邦最高裁判例の展開——Trespass と Reasonable Expectation

1　修正第四条と初期連邦最高裁判例

(一)　修正第四条（不合理な捜索および逮捕・押収による私的領域の侵犯禁止）

アメリカ憲法において、プライヴァシーの権利は、わが国同様、明文の規定を有するものではない。わが国の憲法一三条・幸福追求権条項と同様に、包括的人権条項たる修正第一四条・デュープロセス条項における実体的解釈によってたびたび確認されてきた権利である。しかし、アメリカにおいてプライヴァシーに対する公権力による侵襲を考える際に、デュープロセス条項よりも、はるかに実体的規定を伴っているが故に、また、刑事警察権というとびっきりの公権力を規律する規定であるが故に、古くから援用・議論されてきたものに、修正第四条(14)（一七九一年）がある。同条は、次のような規定である。

不合理な捜索および逮捕・押収から、身体、住居、書類および所有物の安全を保障される人民の権利は、これを侵害してはならない（The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated）。すべて令状は、宣誓または確約によって支持される相当な根拠に基づいていない限り、また捜索する場所および逮捕・押収する人または物が明示されていない限り、これを発給してはならない。

この捜索押収条項がプライヴァシーの権利の史的展開に有する意義は大きい。本稿で問題にしたい「視線」との関係でも興味深い法理がこの条項の解釈をめぐって展開されてきたからである。

(二) Boyd 判決の事実と判旨

私的領域の不可侵と「視線」の関係を最初に取り上げたのは、おそらく、一八八六年の Boyd v. United States 事件判決[15]であろう。本件では、租税事件において、政府の申し立てに基づき、当事者の私的帳簿や書証の提出を義務付ける法律の合憲性が問題となった。

連邦最高裁は、全員一致で同法を違憲と判断した。法廷意見を執筆したブラッドリー裁判官は、確かに、同法は、修正第四条が規定する、私的に所有された書類に対して、捜索を実施するものではないし、私的所有地に侵入するものでもない。従って、同条の禁止する不合理な捜索・押収に該当しないが、当事者の私的所有物を、刑事責任追及や没収の可能性を含む手続に、強制的に提出させることは、修正第四条の射程に入るものである、とした。[16]このことをコモンローの伝統によって正当化するために、ブラッドリー裁判官は、一七六五年の King's Bench の判決[17]におけるカムデン卿の言説を引用する。それによると、イングランドの法では、私有地へのあらゆる侵入は、不法侵入（trespass）を構成すること、書類の類も所有者にとっては私的なものであり、それを剝奪す

ることは同じく不法侵入を構成すること、が強調されている。が、他面で、カムデン卿は、「もっとも、視線（eye）は、イングランドの法において、不法侵入の責めを受けない」とも述べていた。[18]

ブラッドリー裁判官によれば、イングランドの法において認識されていた私有地への不法侵入の排除は、憲法の保障する自由と安全のまさに核心に関わるものである。「聖域としての人の家宅と生活のプライヴァシー（the sanctity of a man's home and the privacies of life）」に対する侵入、つまり、玄関を破ったり、引き出しを開けたりすることは、私的安全、私的自由、私的財産に対する権利の侵害に該当する。このような「不可侵の権利（sacred right）」こそがカムデン卿の判断の核心を構成しているのである、と本判決は述べている。[19]

以上が、Boyd判決の概要であるが、本稿のテーマである「視線の権力性」との関係では、判決中に引用されたカムデン卿の言葉の一節、「もっとも、視線（eye）は、イングランドの法において、不法侵入の責めを受けない」の個所が興味深い。が、この部分の引用は、Boyd事件判決にとって固有の重要性を持たない。本件で決め手となったのは、プライヴァシーの重要な要素である私的空間や私的所有物の不可侵が、コモンロー上の伝統法理である「不法侵入（trespass）」の一形態としてイングランドでも保護されていた点である。まさに、この伝統的法理が、後のアメリカ最高裁判決において、プライヴァシーの保護を正当化するとともに、その射程を限定する大きな要因となっていくのである。

2　Olmstead v. United States 事件判決とブランダイス反対意見

(一)　事実と法廷意見

その方向性を確認したのが、一九二八年のOlmstead v. United States事件判決[20]である。

禁酒法下の一九二〇年代、カナダとシアトルをまたにかけた大掛かりな酒の密輸と密売（a conspiracy of amazing

magnitude）が企てられていた。連邦の取締当局は、この共謀の中心人物であるオルムステッドが所有する自宅兼事務所の電話等を盗聴し、共謀の事実を突き止め、この密輸組織を一網打尽にしたのである。逮捕のきっかけを提供した主要な事実はこの盗聴によって得られたものであるが、当該盗聴器は、令状に基づくものではなかったものの、被告人らの私有財産を侵すことなく取り付けられ、盗聴も事務所近くの路上でなされた。これに対して、被告人らは、盗聴は修正第四条に違反する違法収集証拠であると主張したのが本件である。

連邦最高裁は、五対四でオルムステッドらの主張を退けた。タフト長官の筆になる法廷意見によると、Boyd事件判決等の先例に照らせば、事実関係から明らかなように、本件盗聴器は、被告の所有施設に不法侵入（trespass）をはたらいて取り付けられたわけではないので、修正第四条の「捜索および逮捕・押収」に該当しない。[21] つまり、修正第四条の禁止が問題になるのは、「逮捕・押収目的で行われる、自宅ないし宅地に対する、現実の物理的侵入（an actual physical invasion of his house "or curtilage" for the purpose of making a seizure）」の場合に限定される。[22]

タフト長官は、コモンローの伝統と最高裁先例を踏襲して、不法侵入禁止としての修正第四条の解釈を展開するのである。

(二) ブランダイス反対意見によるプライヴァシー権の導入

ところが、本件で見逃せないのは、ブランダイス裁判官の反対意見が付されたことである。周知の通り、このブランダイス裁判官こそは、プライヴァシー論の嚆矢である"The Right of Privacy"（一八九〇年）[23] の共同執筆者のひとりであり、privacyという権利概念のいわば生みの親である。

ブランダイス裁判官は、まず、先例を通観しても、最高裁は、憲法を時代状況に応じて解釈してきたのであって、憲法条項の適用に当たっては過去だけでなく、将来も見据えた判断を行わなければならない、という前提に

立つ。[24] では、過去において、修正第四条はどのように理解されてきたか。ブランダイス裁判官によれば、修正第四条および修正第五条（自己負罪拒否権の保障）が制定されたころ想定されていた害悪は、有形力と暴力（force and violence）という単純なものであった。秘められた情報を吐き出させるには、拷問に訴えたり、家宅に侵入して書証を奪取するしかなかったのである。そして、この種の侵害に対しては、Boyd 判決法廷意見がまさしく指摘したように、修正第四条が元来保障してきた「聖域としての人の家宅と生活のプライヴァシー」に対する保護によって対応してきたのである。[25]

続いて、ブランダイス裁判官は、科学技術の変化とともに、修正第四条の保護範囲も変化し得ることを力説する。まず、カムデン卿の精神を引用した Boyd 判決は、「合衆国に自由が息づいている間は、何度となく思い出されるべき判決である」と述べて、同判決の精神が継承されてきたことを、郵便法との比較において論じている。つまり、Ex parte Jackson 事件判決[26]において、最高裁は、封緘された郵便を修正第四条の保護の下にあると判断したが、郵便が合衆国の公共サーヴィスであるのと同様に、電信電話も合衆国の公共機関による事業である点では変わりがなく、両者には実質的な差異はない。否、電話における通話上のプライヴァシーに対する侵害の方が、問題が大きいとさえ言い得る。なぜならば、そこには電話回線の両端にいる二人の人間のプライヴァシーが侵害され得るからである、と。[27]

このような同類の、あるいはより重大な害悪を回避するためには、どのような憲法解釈が求められるのだろうか。ブランダイス裁判官は、Boyd 判決以降の先例を見ると、修正第四条は柔軟に解釈されてきたのであって、とりわけ、私的な書類を政府が入手することに広く同条の制限が課されることを明らかにしてきた、と述べる。それらの判決を整理すれば、要するに、私的な書類を、公権力が物理的な押収を伴わずに、また、それに触れることなく、読み取り、その成果を利用することは、修正第四条の制限に抵触して違憲となる、と言うのである。[28]

ブランダイス裁判官は、こうして再解釈された修正第四条に十八番であるプライヴァシーの権利を着床させる。つまり、同裁判官によれば、憲法制定者は、幸福追求を可能にする諸条件の確保に努め、また、人間の精神性の重大さをよく認識する者である。彼らは、「最も包括的で、開明的市民にとって最も価値ある権利であるところの、ひとりで放っておいてもらう権利（the right to be let alone — the most comprehensive of rights, and the right most valued by civilized men）」を市民に付与している。この点からすれば、どのような手段を用いようと、個人のプライヴァシーに対する、正当化され得ない侵害は、修正第四条の禁ずるところであると解すべきである、と。[29]

3　Katz v. United States 事件判決とハーラン・テスト

(一)　事実と法廷意見

このブランダイスの少数意見は、およそ四〇年後の最高裁判例によって法廷意見の採用するところとなる。Olmstead 判決を変更した、一九六七年の Katz v. United States 事件判決[30]がそれである。

本件では、違法なギャンブル情報を電話で流した人物を、同人が使用している公衆電話ボックスの外に設置された盗聴器によって得た情報によって立件したことが問題となった。争点は、令状を伴わない、公衆電話への盗聴器の設置は、修正第四条が禁ずる「不合理な捜索および逮捕・押収」に該当するか、である。

最高裁は七対一で、本件盗聴が「不合理な捜索および逮捕・押収」に当たると判断した。ステュワート裁判官の筆になる法廷意見は、被告人らの主張するところによれば、公衆電話ブースは、「憲法によって保護された場所（a constitutionally protected area）」であり、そこに盗聴器を仕掛けるのは、その保護を無視するもので、修正第四条の保障するプライヴァシーの侵害に該当するとされるが、これはミスリーディングである、とする。[31]なぜならば、修正第四条の解釈は、ある場所が「憲法によって保護された場所」であるか否かによって決せられるもの

ではないし、また、そもそも同条は、ある特定の侵害行為に対してプライヴァシーを保護しているに過ぎず、プライヴァシーの権利一般を憲法的に保障したわけではない。被告は、公衆電話ブースは、「憲法によって保護された場所である」と言い、政府はそうではないと言い募る。場所の特性を重視するこのような議論の応酬は、問題の核心をずらしてしまう。「と言うのは、修正第四条が保護するのは、場所ではなく、人だからである（For the Fourth Amendment protects people, not places）[32]。」「人が意図的に、自己を公衆に対して曝したとしたら、たとえその場所が自宅や自分のオフィスであっても、その行為は修正第四条が保護するものではない[33]。しかし、公衆にアクセス可能な場所であっても、本人が私的なこととして留保したいことは、憲法的に保護されることになるだろう[34][35]。」ステュワート裁判官は、このように述べて、修正第四条の保障を従来の不法侵入的アプローチとは別の次元に置こうとする。この点、政府は、公衆電話ブースは一部ガラスでできているので、外界から彼のプライヴァシーを保護する場所ではないと主張している。しかし、ステュワート裁判官は、そのような状況で通話者が忌避しようとしているのは、外界の視線ではなく、聴取なのであり、彼がいったんブースのドアを閉めた以上、その通話は憲法上の保護を受けるのであって、それを排除する解釈は、私的コミュニケーションにおける公衆電話の重要性を無視するものである、とする[36]。

これに対して、政府が切った切り札が、Olmstead 判決であった。つまり、本件において捜査官は、公衆電話ブースの外に器具を装着しただけであって、その内に物理的に侵入したわけではない、と。Olmstead 判決に従えば、このような行為は、修正第四条に言う「捜索および逮捕・押収」に該当しないというわけである[37]。それに対して、ステュワート裁判官によれば、最高裁は、Olmstead 判決以降、同判決の解釈から次第に距離を置くようになり、修正第四条の保護対象が、有形物件（tangible items）の押収だけではなく、〝不法侵入〟を伴わないで行われる発言内容の記録なども含むことを明らかにしてきたし[38]、同条が、場所ではなく、人を保護するものであ

ると理解する以上、伝統的な不法侵入的構成は退けられるべきである。このように述べて、法廷意見は、Olmstead 判決およびその後の同種の判決を変更した上で[39]、本件盗聴も修正第四条の規律対象となるから、令状を欠いた本件盗聴は同条に違反すると判断した[40]。

(二) ハーラン・テスト――「場」の観点と「不法侵入的構成」の再認識

この法廷意見には、ハーラン裁判官の筆になる賛成補足意見が付された。同意見においてハーラン裁判官は、法廷意見が先例を変更することによって、修正第四条の中に改めて再設定したプライヴァシーの権利に関し、その侵害認定要件の明確化を試みている。

ハーラン裁判官は、次のように論を進める。まず、「法廷意見は、『修正第四条が保護するのは、場所ではなく、人である……』と述べたが、問題は、そこで言う「人」にはどのような保護が与えられるか、である。一般的に、また、本件においてもそうであるが、この問いに答えるには、「場所」を参照することが要求される。私の理解では、先例によって構築されてきたルール[41]は、二つのことを要求するように思われる。第一に、当該人物が、プライヴァシーに対する（主観的な）期待を実際に表明していること（a person have exhibited an actual (subjective) expectation of privacy）、第二に、当該期待が社会によって合理的である（reasonable）と認められること、の二点である[42]。」したがって、一般に、自宅の中ではプライヴァシーの保護を合理的に期待できるが、行動や発言あるいは物体を人目に曝す場合は、そこにはプライヴァシーを留保しようとする意図が見られない。開かれた空間で行われる会話には、プライヴァシーを主観的に期待したとしても、それは不合理であると判断されるだろう[43]。本件で問題となっている公衆電話ブースについて言えば、キイ・ポイントは、そこが公衆にアクセス可能な場所である点にあるのではなく、そこが、ブースを使用している人間が、侵入からの自由を合理的に期待し得る、一時的な私的空間（a temporarily private place）と認められる点にある[44]。

このように、修正第四条におけるプライヴァシーの保護範囲を画定する基準を、ハーラン裁判官は、①本人がプライヴァシーの保護を求める主観的期待を現実に表明していること、②そのような期待が社会によって客観的に合理的であると認められること、の二点に定式化した（以下、この定式を「ハーラン・テスト」と呼ぶ）。そして、ハーラン裁判官は、ある人が求めるプライヴァシー保護の主観的期待の合理性を判定することは、「場所」の参照なくしてはあり得ない、と指摘して、上記のテストを適用した結果、公衆電話ブースを「一時的な私的空間」と認定して、修正第四条の保護下に置いたのである。

上述から明らかであると思われるが、このハーラン・テストの重要なところは、法廷意見が「修正第四条が保護するのは、場所ではなく、人である……」と述べて切って捨てた「場所」の観念を、再度、プライヴァシー侵害の認定要件に導入した点である。だとすれば、それは、Katz 判決法廷意見とハーラン補足意見がともに覆した、四〇年前の Olmstead 判決において、また、それ以前の初期判例、あるいはさらに、遠くイングランドの古法によって発達してきた、「不法侵入」的構成が、姿を変えて再導入されたことを意味するに他ならない。場所的侵入からの保護を出発点とする、イングランド法の伝統は、連邦最高裁の表舞台では、あっさりと否定されたが、舞台裏においてその命脈を繋ぎ得たのである。

4　Kyllo v. United States 事件判決における「視線」と「壁」

(一)　ハーラン・テストの台頭

ハーラン・テスト[45]は、その後、重要判決の補足意見というステイタスから、連邦最高裁法廷意見が採用するところとなり、「判例法理」として位置づけられることになった。

おそらく、Katz 判決の翌年、一九六八年に下された、Terry v. Ohio 事件判決[46]がその嚆矢であろう。本件では、

路上での緊急の所持品検査が問題となった。ただ、同判決は、Katz 判決法廷意見で表明された「修正第四条が保護するのは、場所ではなく、人である」という解釈を用いて、同条の適用範囲を「家宅」から「路上」に拡大した点に眼目があり、ハーラン・テストは、それとの関係で言及・紹介されているにとどまる。

他方、同じく一九六八年に下された Mancusi v. DeForte 事件判決[47]は、ハーラン・テストの実質的適用を行っている。本件では、労働組合の幹部である被疑者に対してその所有する帳簿や記録等の提供を求める、文書提出のための罰則付召喚状を地区検事が発給したところ、同被疑者が使用している組合事務所への立ち入りを、同組合が拒絶したために、令状なしで捜索・押収を行ったことが問題となった。この事件で法廷意見を執筆したのは、他ならぬ、ハーラン裁判官その人であった。ハーラン裁判官は、Katz 判決を引用して、修正第四条による保護は、侵入の対象になった場（area）が、政府の侵入から自由であることを合理的に期待できるような場であるか否かに依存する、と述べて、ハーラン裁判官自身のテストを、やはりここでも「場所」の観念と結びつけて、再度定式化したのである[48]。事務所の一室は、他の職員との共用にかかるもので、被疑者がかかる空間の排他的使用を主張できないとしても、同事務所には被疑者の私物も置かれており、共用の事実の下でもなお、本件事務所は、政府の不侵入を合理的に期待できる「私的な事務所」に該当するので、召喚状ではなく、令状が要求されるべきであると判断した[49]。こうして、DeForte 判決において、ハーラン・テストは、考案者自身の手によって法廷意見にデヴューした。

(二) Kyllo 判決の事実と法廷意見

その後、ハーラン・テストは、適用の仕方はさまざまであるにせよ、後続の最高裁判例の中に着実に受け継がれていった[50]。近時、ハーラン・テストを再定式化し、その適用をめぐって、裁判官の間で極端に意見が割れたケースがある。二〇〇一年に下された、Kyllo v. United States 事件判決[51]である。

Kyllo 事件では、非接触型温度測定装置（thermal imager）による犯罪捜査が問題になった。キイロにマリファナ製造の疑いを持った内務省捜査員が、同人の家宅を、道路を一つ挟んだ地点に停車された車の中から、Agama Thermovision 200 を用いて、家宅の壁やガレージの屋根をスキャンした。マリファナ製造には、高熱を発するランプが必要であるため、その発熱状況を白黒の熱画像で確認しようというのであった。その結果、キイロの家宅の一部に、他の個所と比較すると相対的に高温で、近所の家々と比較すると明らかに高温な個所が発見できた。この事実と、内通者からの情報、および光熱費請求書等を根拠に、捜査員は、治安判事に令状を請求し、それに基づいて、キイロの家宅捜索を行い、マリファナの室内製造を突き止めたのである。これに対して、キイロは、本件捜索押収令状発給の基礎となった熱画像採取は、修正第四条が禁止する私的な家宅への侵入を構成するものであり、憲法に違反すると主張した。

連邦最高裁は、五対四で、本件熱画像採取を修正第四条が保障するプライヴァシーを侵す行為に該当し、同条が要求する令状を本来伴うべきであったとして、熱画像採取で得た情報を除いた、他の情報（内通情報、光熱費請求書等）で捜索押収令状の発給を正当化できるかどうか、そうでないとすると、他の情報が本件の十分な証拠となるかどうか、をさらに検討するように本件を原審に差戻した。

法廷意見を執筆したのは、保守派のスカリア裁判官である。スカリア裁判官は、まず先例が本件のような事案に対してどのような論理を展開してきたかを確認する。ここで、真っ先に同裁判官が確認したのは、修正第四条下で、家宅を通常の視線監視（ordinary visual surveillance）に置くことは明らかに許容されてきた点である。その際に引用されたのは、視線を物理的侵入とは見ない、例の伝統的な「不法侵入」の法理と、Boyd 判決で参照された「視線は、イングランドの法において、不法侵入の責めを受けない」とするカムデン卿の言葉であった。[32] 家宅に対する視線監視は、修正第四条の「捜索」には該当するものの、それは「不合理な捜索」ではない、とする

少数意見もあるが[53]、スカリア裁判官によれば、連邦最高裁は、そもそもそれを「捜索」とは考えてこなかったのである[54]。

では、修正第四条が言う「捜索」に該当するかどうかはどのように決せられるか。スカリア裁判官がここで参照するのが、ハーラン・テストである。同裁判官によれば、主観的期待と社会的合理性を構成要素にするハーラン・テストは、同条に列挙され、先例も特別視してきた家宅における行為についても適用されてきたが[55]、本件で問題になっている行為は、家宅の外から、通常の裸眼によるのではない、高性能の技術を用いた視線監視であった。スカリア裁判官は、次のように言う。このような現代的状況下にあって、いかにテクノロジーが発達したとしても、修正第四条が保護するプライヴァシーの程度はそれにまったく影響を受けない、と主張することは愚かなことであろう。本件において本法廷に課された問題は、プライヴァシーの保護領域を縮減させ得るテクノロジーの力にどのような限界を設定するかである、と[56]。

このような前提の下に、スカリア裁判官は、ハーラン・テストを以下のように再定式化し、注目すべき補正を行った[57]。(1)ハーラン・テストは、プライヴァシー保護に対する個人の期待の存在と、かかる期待が社会的にも合理的であると承認されることを、修正第四条の発動要件とするものである。この点、ハーラン・テストは主観的に過ぎ、予測可能性がない法理だとする批判があるところである[58]。しかし、本件で問題になっているのは、住居の内のことなのであるから、コモンローの伝統に従えば、そこでは、プライヴァシー保護に対する最低限の期待が存在しており、また、それが合理的であることは間違いがない。(2)人間の感覚を高度化したテクノロジーによって家の内部の情報を取得することも、かかる内部情報が、憲法的に保護された場所に対する物理的侵入を伴わなければ、本来は入手不可能なものであった場合には、修正第四条に言う「捜索」に該当する。ただし、少なくとも問題となっているテクノロジーが、本件はそうではないが、一般公衆が広く利用しているもの（in general

public use）であるような場合は別である。[59]

こうして、上記の視点から本件を考察した結果、スカリア裁判官は、冒頭に述べたように、問題となった熱画像採取は、家宅におけるプライヴァシーを害する可能性があるため、修正第四条の規律を受け、令状を要する「捜索」であったと結論付けるのである。

㈢　スティーヴンス反対意見

さて、スカリア法廷意見には、スティーヴンス裁判官の筆になる反対意見が付された。スティーヴンス裁判官によれば、最高裁の先例が明らかにしてきた修正第四条の解釈は、住居の内部での捜索および逮捕・押収は不合理なものと推定されるということであったが、他面、ある人が、意識的に、公共に曝している事柄は、私的に所有された住居や事務所におけるものであったとしても、修正第四条の対象にはならない、ということである。[60]そうだとすれば、本件の事案は、公共に暴露した「住居の詳細（details of the home）」を採取しただけで、「住居の内部に関する情報（any information regarding the *interior* of the home）」（強調原文）を採取したわけではない。法廷意見は、先例と食い違っている。[61]

さらに、スティーヴンス反対意見は、以下のように続ける。法廷意見は、“off-the-wall”と“through-the-wall”を区別できていない。[62]本件で令状発給の基礎にされた情報は、「壁を通して」入手されたものではなく、「壁の外（戸外）」で入手されたものに基づくにすぎない。さらに、法廷意見は、「壁の外（戸外）」で入手された情報に基づく推論のプロセス（the process of drawing inferences）を、住居に対する物理的侵入と同視してしまっている。ピザの宅配が玄関先にやってきた事実をカメラに収め、ピザ好きの人間が内部に居住していると推論することも、修正第四条によって令状を要する捜索に該当することになるのであろうか。法廷意見の「内部（interior）」は広すぎるのである。[63]Katz判決が違憲と判断した国家行為は、公衆電話ブースからの盗聴であったが、そこで採取

された情報と本件で採取された情報の間には決定的な違いがある。Katz 事件の盗聴行為は、電話ブースから漏れる「音」を採取したわけであるが、それは私的会話の内容を直接採取することであり、「音量」だけを採取したものではない。他方で、本件で採取されたのは、熱の量だけであって、マリファナ製造の事実自体ではないのである。[64] 結局、公共領域で入手した情報から推論を行うことは、「捜索」ではないのである、と。[65]

(四) プライヴァシーは勝利したのか？

本判決に対しては。次のような問いが立てられる場合がある。果たして、本件においてプライヴァシーは勝利したのか？[66]

スカリア法廷意見を支持する裁判官は、スータ、トーマス、ギンズバーグ、ブライヤーであり、スティーヴンス反対意見に同調するのは、レンキスト、オコナー、ケネディである。このように、本判決の布置関係は、保守・リベラルの境界を横断しているため、おなじみの司法行動の政治学的分析による勝敗判定は困難である。

が、権利実体論における勝敗もまた判断しにくい。スカリア法廷意見は、①主観的な期待と②社会的合理性から成る、ハーラン・テストの伝統に従うものであるが、そこで改めて強調されたのは、古くからの「不法侵入」の法理であり、また、同法理の下で自明のこととされてきた、「『視線』は不法侵入を構成しない」という伝統である。しかし、同時に、スカリア法廷意見は、新しい観察テクノロジーが発達してきたことを直視して、このような理解に修正を加えようとした。その限りでは、やはり慧眼であると言えよう。では、どのような修正が加えられたのか。スカリア裁判官は、「視線」を「裸眼（naked-eye surveillance）」と「高度な技術による視線観察（technological enhancement of ordinary perception）」に区別する。前者は、修正第四条の問題にはならないが、後者は問題になり得る。スカリア法廷意見が示したその境界線は、新技術を用いた視線監視によって採取された情報が「……物理的侵入を伴わなければ、本来は入手不可能なものであった場合（could not otherwise have been obtained

without physical intrusion into a constitutionally protected area)」という基準であった。

ある意味でわかりやすいこの基準にも問題がある。スカリア法廷意見は、これに続けて直ちに、ただし問題となっている高度な技術が「一般公衆が広く利用しているもの（in general public use）」であるような場合は、修正第四条の規律を受けない、としたからである。[67] この条件の問題性は、スティーヴンス反対意見も指摘しているところであるが、[68] 判例評釈[69]も、スカリア法廷意見が依拠するハーラン・テストそのものを崩壊させる恐れがあると危惧している。スカリア法廷意見の示した基準、「……物理的侵入を伴わなければ、本来は入手不可能なものであった場合……」では、「本来は」が重要な意味を持つが、それは技術の発達を変数として関数的に決定される。要するに、スカリア法廷意見によれば、視線の不法侵入性は、「裸眼」による場合と「高度な技術」による場合で区別されるが、問題とされる技術が一般公衆にも普及して、ありふれたものになった場合、それは「裸眼」と変わらないものになり、古きイングランドの伝統に戻って、不法侵入性を認められることはなくなるのである。

もう一点、スカリア法廷意見に問題があるとすれば、ハーラン・テストが主観的で予測可能性を害する点を指摘したのは重要であるが、同時に、本件で問題となったのが「住居の内部（the interior of the home）」であったことから、先例と伝統にのみ依拠して、それが修正第四条の保護を受けることをあっさりと認めた点である。結局、プライヴァシーに対する主観的期待の成立範囲についても、社会的合理性の認定射程についても、その不明確さを補い得る議論は展開されなかった。住居を聖域視する論理に全面的に依拠したのである。この点、スティーヴンス反対意見が争ったのは、住居の「内部性」であった。そこで展開された論理は、①壁を超えた侵入による情報採取行為と、壁の外（戸外）に曝された情報を採取する行為は区別できる（“off-the-wall”と“through-the-wall”の区別）、②私的活動の内実を把握することと、戸外で得られた情報から内部を推論することは異なる、というものであった。敢えて、整理すれば、①で指摘されている“off-the-wall”の情報には、ハーラン・テストで言うと

ころの主観的期待も社会的合理性も認められないということであろう。②は、いわゆるプライヴァシー固有情報と外延情報の区別を想起させるものであるが、人格的自律というコアへの侵襲度合いで区別するというよりも、情報採取の方法による区別である。私事そのものを視ることと、外部情報からの推論を分けるのである。本件においても、取得されたのは壁から戸外に放出された熱の量的変化の事実にすぎない。家宅内部での活動をマリファナ製造と断定できたのも、内通者の情報等と総合して初めて可能な判断であり、熱の量的変化そのもので断定したわけではない。しかし、こういう切り分けはどこまで可能か。「視ること」と「推論すること」の間にある距離は事例によっては相当程度近くなることもあるだろう。それは機械的な切り分けにはならず、どこかでハーラン・テストのような、具体的衡量を規律する実体的基準（あるいは、やはり人格的自律という価値原理への侵襲強度であろうか）が必要とされるのではないだろうか。

（14） U. S. Const. Amend. IV.
（15） Boyd v. United States, 116 U. S. 616 (1886).
（16） Id. at 622.
（17） Entick v. Carrington and Three Other King's Messengers, 19 Howell's State Trials 1029, 95 Eng. Rep. 807 (K. B. 1765).
（18） Boyd v. United States, 116 U. S. 616, 628 (1886).
（19） Id. at 630.
（20） Olmstead v. United States, 277 U. S. 438 (1928).
（21） Id. at 456-457.
（22） Id. at 466.
（23） Warren & Brandeis, supra note 1.

(24) Olmstead v. United States, 277 U. S. 438, 472-473 (1928).

(25) Id. at 473.

(26) Ex parte Jackson, 96 U. S. 727 (1878).

(27) Olmstead v. United States, 277 U. S. 438, 474-475 (1928).

(28) Id. at 477-478.

(29) Id. at 478.

(30) Katz v. United States, 389 U. S. 347 (1967).

(31) Id. at 349-351.

(32) Id. at 351.

(33) これに関連する判例としては、Lewis v. United States, 385 U. S. 206, 210 (1966); United States v. Lee, 274 U. S. 559, 563 (1927) 参照。

(34) これに関連する判例としては、Rios v. United States, 364 U. S. 253 (1960); Ex parte Jackson, 96 U. S. 727, 733 (1878) 参照。

(35) Katz v. United States, 389 U. S. 347, 351 (1967).

(36) Id. at 352.

(37) Ibid.

(38) See, e. g., Silverman v. United States, 365 U. S. 505 (1961).

(39) Goldman v. United States, 316 U. S. 129 (1942).

(40) Katz v. United States, 389 U. S. 347, 352-353 (1967).

(41) プライヴァシーへの合理的期待が認められる場合には、それに対する侵害行為を「捜索および逮捕・押収」とみなす傾向を形成してきた判例としてハーラン裁判官が挙げるのは、Wong Sun v. United States, 371 U. S. 471, 485 (1963) や、Berger v. New York, 388 U. S. 41, 51 (1967)、等である。

(42) Katz v. United States, 389 U. S. 347, 361 (1967).

(43) Id. at 361.

(44) Ibid.

(45) 一般には、ハーラン賛成補足意見が提出された事件名を取って、Katz Test と呼ばれることが多い。ただ、ハーランの定式は、賛成補足意見とは言え、Katz 判決における少数意見で表明されたものである。したがって、これを Katz Test と呼ぶには躊躇するところである。本稿では、ハーラン・テストという呼称で通すことにしたい。

(46) 392 U. S. 1 (1968).

(47) 392 U. S. 364 (1968).

(48) Id. at 368.

(49) Id. at 368-372.

(50) See, e. g., Smith v. Maryland, 442 U. S. 735 (1979); California v. Ciraolo, 476 U. S. 207 (1986); Florida v. Riley, 488 U. S. 445 (1989).

(51) Kyllo v. United States, 533 U. S. 27 (2001).

(52) Id. at 31-31.

(53) Minnesota v. Carter, 525 U. S. 83, 104 (1998) (Breyer, J., concurring).

(54) Kyllo v. United States, 533 U. S. 27, 32 (2001).

(55) 家宅から発信された電話番号を電話会社の通話番号記録で確認することは「捜索」に該当しないとした、Smith v. Maryland, 442 U. S. 735 (1979)、マリファナ栽培の事実をヘリコプターや飛行機を用いて、家宅の上空から視線監視して確認したことは修正第四条に違反しないとした、California v. Ciraolo, 476 U. S. 207 (1986); Florida v. Riley, 488 U. S. 445 (1989)、が引用されている。

(56) Kyllo v. United States, 533 U. S. 27, 32-34 (2001).

(57) Id. at 34-37.

(58) 1 Wayne LaFave, Search and Seizure 393-394 (3rd. 1996); Richard Posner, The Uncertain Protection of Privacy by the Supreme Court, 1979 Sup. Ct. Rev. 173, 188.

(59) Kyllo v. United States, 533 U. S. 27, 34-35 (2001).

(60) Kyllo v. United States, 533 U. S. 27, 41-42 (2001) (Stevens, J., dissenting).
(61) Id. at 44.
(62) Id. at 46.
(63) Id. at 48-50.
(64) Id. at 50.
(65) Id. at 49.
(66) Christopher Slobogin, Privacy at Risk 51 (2007).
(67) 「一般公衆の利用」を条件として導入した先例は、Dow Chemical Co. v. United States, 476 U. S. 227, 238 (1986) である。
(68) Kyllo v. United States, 533 U. S. 27, 46-47 (2001) (Stevens, J., dissenting).
(69) 監視技術が一般にも普及した今日において、スカリア法廷意見ではキイロの家宅を守ることはできない、と指摘するものとして、The Supreme Court, 2000 Term-Leading Case, 115 Harv. L. Rev. 346, 354-355 (2001) 参照。

三　問題の整理と展望

1　判例法理の再整理

ここまでの議論は、修正第四条との関係で論じられてきたプライヴァシーに関するものであって、プライヴァシー一般についてではない。本来なら令状によるべき侵入行為を排除しているだけなのであって、本条との関係で問題にならない行為も、なお別の条項（修正第一四条の実体的デュープロセス条項等）からプライヴァシー権侵害の問題として議論することは可能である。しかし、それが捜査権という、法治国家維持にとって重要で不可避の作用であったとしても、そのような権力の侵入から最も隔絶されていなければならないと憲法制定者たちが明

文で指定した私的事項を、テクロノロジーの発達や社会意識の変化といった変数に照らして、最も盛んに解釈し、議論を蓄積してきた問題領域こそは、修正第四条をめぐるプライヴァシー権解釈であったことも間違いがない。そういう前提で、上に見てきた判例法理を今一度整理し、2において、現代の学説状況とどのように絡むか、若干の展望を示しておくことにする。

修正第四条と私的領域の保護に関して、初期連邦最高裁（およびそれが依拠するイングランド法）は、不法侵入（trespass）の伝統でこれを理解してきた。しかも、本稿でも再三引用してきた、カムデン卿の言にあるように、「視線」による監視は、この不法侵入的構成の「例外」とされてきたこともまた古くからの伝統であったのである。つまり、アメリカにおけるプライヴァシー法は、当初から、場所的侵襲と視線例外論をその構成要素として来たのである。

「場」の視点は、その後、一九六七年のKatz判決法廷意見の「修正第四条が保護するのは、場所ではなく、人である……」との言葉によって、少なくとも表面的には、切って捨てられることになった。が、同判決の少数意見として付せられ、その後、最高裁の判例法理の地位を獲得する、ハーラン・テストが、①プライヴァシーに対する主観的期待の存在、②かかる期待を有することの社会的合理性の存在、という法理を定式化した際に、これらの判定は、「場」の参照なくしてはあり得ないことを指摘して、同判決の法廷意見とは逆に、「場」の視点を存置したのであった。このことは、Katz判決によって変更されたOlmstead判決、また、それ以前の初期判例、あるいはさらに、遠くイングランドの古法を通じて発達してきた、「不法侵入」的構成が、法廷意見の上では表向き否定されながらも、姿を変えてアメリカ判例法理に再導入されたことを意味するに他ならない。場所的侵入からの保護を出発点とする、アングロ・サクソン法の伝統は、いったん連邦最高裁の舞台裏に退くが、直ちに法廷意見化され、表舞台に返り咲いたのである。

二〇〇一年のKyllo判決において、スカリア法廷意見は、ハーラン・テストを再確認しつつも、そこで同時に確認されたことは、古くからの不法侵入的構成と視線例外論であった。しかし、スカリア法廷意見は、現代の監視テクノロジーの高度化に応じて、このような構成を再定式化しようとした。すなわち、「視線」を「裸眼(naked-eye surveillance)」と「高度な技術による視線観察（technological enhancement of ordinary perception)」に区別し、前者は、修正第四条の問題にはならないが、後者は問題になり得る、とするアイディアである。この二つの視線を分かつ境界線は、新技術を用いた視線監視によって採取された情報が「……物理的侵入を伴わなければ、本来は入手不可能なものであった場合」には、裸眼による視線例外論は妥当しないと処理されることで、引かれるのである。ところが、このような新技術による視線監視が問題になるのは、その技術が相当に特殊なものである限りにおいてであり、当該技術が一般公衆に利用可能な技術（in general public use）である場合にはそうではなくなる、という但書をスカリア法廷意見は付したのである。それが意味することは何か。スカリア法廷意見は、視線例外論を克服しようとして、情報新時代に耐え得る法理の定式化を試みながら、結局、従来なら不法侵入的構成によって排除されるような侵入行為も、技術の一般化によって、「裸眼」と同視されてしまう道を開いたのである。つまり、あらゆる技術的侵入は、技術の関数により、伝統的な不法侵入的構成における視線例外論で処理される可能性が出てくるわけである。

こうして、問題は振り出しに戻った。いずれにしても、ハーラン・テストでこの問題を処理するというのが、アメリカ最高裁の現在の水準である。この法理は、繰り返しになるが、①プライヴァシーの保護を望む、個人の主観的期待が表明されており、②そのような期待が社会的にも合理的であるとみなされる場合は、憲法による保護が与えられるというものであった。この法理によれば、プライヴァシーを期待することは、空間特性という客観法と合致することによって、合理的な主観的権利として主張可能となる。主観的期待が、客観法と重ね合わさ

ることにより、強力な主観的権利へと構成されることになるのである。他面、主観的期待の存在だけでプライヴァシー権の主権的行使を認めてしまうことから惹起される専制化の危険を、この空間特性論は抑制する役割も果たす。その意味では一定の評価に値する判例法理ではあるが、しかし、主観的期待と社会的合理性の双方を規律し抑制する役割を担う、この空間特性論として現時点で参照可能なものは、不法侵入の伝統、聖域としての住居、そして、視線例外論である。

この古典的なイングランドの法でこれからもやっていくのか。スカリア裁判官のように、絶え間ない新技術の登場と旧技術の陳腐化によるタイムラグの中でのみ、ハーラン・テストの活路を見出し、結局は、不法侵入的伝統と視線例外論に立ち戻るのが妥当なのだろうか。あるいは、スカリア法廷意見に対抗するスティーヴンス反対意見のように、“off-the-wall”と“through-the-wall”の区別を徹底する方向に出るのか。[70]

最後にこのような諸問題への示唆を得るために、プライヴァシー権の問題領域における視線と場に関する近時の議論の一端を垣間見て、多少の展望を試みてみよう。

2　視線の権力性、私的領域の空間特性、プライヴァシーの身体性

(一)　視線のカルチュラル・スタディーズ

アメリカ法は、なぜ「視線」にこだわってきたか。それは視線のカルチュラル・スタディーズと、権力の系譜学が交差する地点において生まれる「視線の権力性」を、アメリカ、さらには西洋社会が広く認識してきたからである。

情報法学者のジュリー・コーエンが「可視性」と「空間」に注目している点については先に若干触れたところであるが、彼女によれば、「視線（sight, vision, visibility）」にプライヴァシー法がこだわるのは、西洋社会では視

線が知識（knowledge）と権力（power）を象徴するメタファーとして用いられてきたからだとされる。[71] 確かに、欧米の言語表現や文化アイコンには、「視線」を比喩や象徴に用いるものが多く見られる。アメリカ一ドル紙幣にも印刷されている「万物を見通す目（the All-Seeing Eye, the Eye of Providence）」は、全知全能の神の視線による世俗界の教導を象徴している。[72] また、言語レヴェルでも、分かることを“see”、分からないこと“blind”と表現するし、さらに、指導者の指揮監督権を“oversight”、“supervision”と表現する。プライヴァシー権の主張とは、他者の知識あるいは権力に従属することを忌避することであり、[73] すなわち、他者の視線からの自由として捉えられるのである。

ここに示されたように、視線が表象するのは、「権力」と「知識」である。視線を注ぐことは相手を自らの知識下に置くことを意味し、知識下に置くことはある種の支配下に置くことを意味する。視線は、秩序を形成し維持するための力なのである。重要なのは、フーコーが規律訓練権力論・パノプティコン論において指摘したように、視線による統治は、強制力を必要としない点である。視線の照射を受ける監視客体は、監視主体の構想する既存の秩序を自動的に内面化していく。つまり、見ること自体が権力の行使になる。それ自体実力を保持しない神が、「万物を見通す目」による視線の照射を通じて、世俗界を支配し、心に注がれた神の視線の重みに耐えられなくなった信徒の告解がそれに応じるさまは、まさに、視線の権力性とそれによる秩序の内面化が機能していることを例証するものである。

可視性（視線）の復権をもくろむコーエンの主張もこのような視線の統治に対する警戒に根ざしている。彼女によれば、ここ一〇年以上にわたって、アメリカを席巻している情報プライヴァシー学派は、とりわけサイバースペースにおける情報流通に関心を集中したため、この視線監視による秩序の内部化の問題を見落としていると指摘する。[74] 確かに、視線監視そのものは、ネットワークを通じてデータベースと結合しなければ、採取された情

報に新たな意味を付与するようなことはないので、それほど恐れるに値しないものかもしれない。が、問題は、上記のように、視線監視が、現実の人間のプライヴァシー体験に影響を与える点にあるのである。コーエンはこのように強調したのである。[75]

公共空間における視線そのものが惹き起す害悪は、せいぜい違和感であり、大したことはないのかもしれない。確かに、筆者も含めて、ほとんどの人がこの違和感を甘受して、あるいは、ほとんど意識もせずに、視線監視が日常化した日々を生きている。視線監視によって採取された情報が、どこかでネットワーク化され、他の情報データベースと結合し、意味を付与され、今度は自分自身にフィードバックされて、匿名性が具体的に脅かされたり、何らかの責任を追及されるようになってはじめて、このプロセスの具体的危険性が主題化できるのかもしれない。そのような個人情報の処理過程は、市井の市民にとってはほとんど知り得ないし、知ろうともしない。知らないことや分からないことには、害悪を感じようがないのである。[76] しかし、具体的な権利としてのプライヴァシーが、情報の保存・加工・利用・散布の段階で問題となるとしても、視線観察がかかる情報流通過程の入口にあるならば、そこに何らかの規律を求めることには意味があるだろう。情報は“opt-in”してしまったプロセスから“opt-out”させるのは困難だからである。[77]

(二) 二つのアーキテクチャー論

コーエンが注目するもうひとつの点が、プライヴァシーの「空間特性（spatial dimension）」である。既に述べたように、アメリカ最高裁のプライヴァシー侵害認定要件は、ハーラン・テスト法理に示されている、①主観的期待と②社会的合理性によって判定される。主観的期待の社会的合理性は、社会という形容に象徴されているように、ある種の客観的合理性であるが、最高裁判例はそれを「場」の観点を参照して判定する方向を従来から採用しているところである。が、そこで示された客観的合理性の判定要素は、聖域としての住居、あるいはかかる住

居との類似性ないし近接性であった。

違憲審査基準論という憲法学的関心からすれば、この客観的合理性の判断要素をさらに詳細に類型化した上で、プライヴァシー強化領域のごとき空間特性カテゴリーを想定し、それに該当する事案では、合理性を特に厳格に問うという仕分けを期待したいところである。

そのような空間特性論につながり得る動向が、二つある。

ひとつは、ローレンス・レッシグやジョエル・ライデンバーグによって提唱されているサイバー・アーキテクチャー論[78]の応用である。レッシグによれば、サイバースペースを規律するものには、法、市場、社会規範に加えて、コードがあり得る。このコードとは、コンピューター技術や通信技術を規定している設計や構造のことである。サイバースペースは、リアルスペースと同様に、構造設計（architecture）を有している。レッシグは、サイバースペースにおける自由度は、実は、コードに規定されたこの構造設計に支配されている、と言うのである。彼によれば、法のやるべきことは、プライヴァシーの権利の救済規範としての役割を再構成するだけでなく、むしろ急務なのは、この構造設計を法的に統制することである（プライヴァシー強化技術によって防護されたレイヤーの構築を促進すること、等）。こうしたアーキテクチャー論をプライヴァシー保護のために、サイバースペースからリアルスペースに逆輸入しようとする試みが空間特性論の今後の一つの方向になるかもしれない。

もうひとつが、都市工学や人間工学におけるアーキテクチャー論の参照である。これらの学問領域の近年の傾向のひとつに、街づくりや都市設計を通じて人間の行動を工学的にコントロールしようとするものがある。ある種の心理学とも結びついたこの種の工学的制御の思想は、「割れ窓の理論」などでも知られる、犯罪都市社会学・犯罪都市工学にも応用されている。[79] これらの試みを非人間的な管理の思想であるとして、無視することはたやすい。しかし、人間らしい牧歌的な街並みを回復することは、困難である。制御的合理性は我々の選好や欲望

が生み出した知恵であると割り切り、そして、それは基本的に人間を管理するものであると同時に、人間を解放する可能性も有しているとわきまえて、都市の構造設計の中に、「人間らしい牧歌的な街並み」を人為的に創出することを考えるべきであろう。

こうしたアーキテクチャー論の応用は、ある種の情報政策・都市政策の問題であり、基本的には立法・行政によってその実現が図られていくことになるだろう。ただ、二つのアーキテクチャー論の進展とそこでの議論の蓄積を参照しながら、プライヴァシー強化領域としての空間特性を与えられる「場」が体系的に提示されれば、それをフレームワークに、訴訟においても、違憲審査基準における合理性のテストにメリハリをつけることが可能になるかもしれない。

㈢　身体性

結局、アメリカにおいてプライヴァシー法が、視線と場の観点にこだわった理由は、ある種の「身体性」の回復にあったのかもしれない。

デジタル化は、身体とその周辺環境が、実体を離れて、「情報」として観察収集され、保存・複製・流布されることを促進した。身体性は、その情報化可能な部分が剝離されていく過程で、希薄化されたのである。このような情報化可能性の危険に抗するには、身体性を取り戻す戦略がまずは考えられる。視線と場は、身体性を回復するためのトポスを指示するコンセプトである。アメリカ憲法において、プライヴァシーとの関連で視線と場が連綿と強調されてきたのが、身体の自由が真っ先に問題になる刑事手続的保障規定である修正第四条の文脈においてであったことは、そのような意味で必然的なことだったのかもしれない。

(70)　このスティーヴンス反対意見の論理は、①壁を通じた自宅内部と、壁を離れた戸外を峻別するという空間的レトリックと、

②私的事項の直接的把握ないし視認（「侵入」）と、公共空間で採取された事実に依拠する「推論」を区別する思考的距離に関するレトリック（私事に対する思考過程における接近性）、の二つの意味があることが注意されなければならない。

(71) Cohen, supra note 13, at 184-185.

(72) コーエンは西洋社会のアイコンとしているが、一般にその起源は、古代エジプトの the Eye of Horus、あるいは、仏教にも遡るとされている。

(73) Cohen, supra note 13, at 185.

(74) Id. at 182, 186,189.

(75) Id. at at 189, 204.

(76) もっとも、だからこそ、複雑で不可視な、ある種の官僚的合理性によって機械的に自己情報が処理され、気がついてみたら全く別の人格にされてしまっているという恐怖が、高度監視社会にはあると、ダニエル・ソルヴは指摘する。彼によれば、監視社会の恐怖は、ジョージ・オーウェル『一九八四年』におけるビッグ・ブラザー的専制モデルよりも、カフカ『審判』における不条理世界モデルの方が、よく表現しているということになる。Daniel J. Solove, The Digital Person: Technology and Privacy in the Information Age 27-55 (2004).

(77) Id. at 105-106.

(78) Lawrence Lessig, Code version 2.0 122-129, 341-345 (2006); Joel R. Reidenberg, Lex Informatica: The Formulation of Information Policy Rules Thorough Technology, 76 Tex. L. Rev. 553 (1998); Joel R. Reidenberg, Rules of the Road for Global Electronic Highways: Merging Trade and Technical Paradigm, 6 Harv. J. L. & Tech. 287, 296 (1993).

(79) もちろん、犯罪都市工学は、プライヴァシーの保護との調整という視点をきちんと有している。Neal Kumar Katyal, Architecture as Crime Control, 111 Yale L. J. 1039, 1128-1130 (2002).

付記

筆者は、福澤諭吉記念慶應義塾学事振興基金による平成一九年度助成を得て、平成二〇年四月より、米国プリンストン大学で

在外研究を行っている。本稿は、その最中に執筆されたものであり、したがって、邦語文献の利用が必ずしもままならず、関連する邦語の論稿をほとんど引用していない。この点、ご寛恕のほどをお願いしたい。なお、留学の機会を与えて下さった法学部・大学院法務研究科、助成を頂戴した福澤基金に改めて謝意を表するとともに、筆者の留学を受け入れて下さったプリンストン大学、正規の所属者でないにもかかわらずアクセスを認めて下さったコロンビア大学ロー・ライブラリーにも記して感謝したい。