

Title	自由権：情報社会におけるその変容 (特集 憲法入門：憲法の基本原理を理解する)
Author(s)	曾我部, 真裕
Citation	法学セミナー (2012), 57(5): 12-14
Issue Date	2012-05
URL	http://hdl.handle.net/2433/169685
Right	
Type	Journal Article
Textversion	publisher

自由権

——情報社会におけるその変容

京都大学准教授

曾我部真裕

法学セミナー 2012/05/no.688

1 自由権的基本権の古典的な保障構造

本稿の課題は、インターネットに象徴されるコミュニケーション技術の革新が自由にもたらしている影響を中心に、自由権について論じることである。

一般に、憲法の保障する基本権としての自由権の保障は、原則として、次のようなことを意味する。第1に、個人が基本権としての自由権を主張できるのは国家に対してであり、他の私人に対してこうした基本権を主張することはできない。第2に、自由権は、国家による介入を排除する権利（国家からの自由）であり、個人が自由権を行使するに当たって事実上の障害がある場合に、その障害を除去することを国家に求める権利（国家による自由）ではない。

これに対して、ドイツなどでは、国家には国民の基本権を、私人たる第三者からのものをも含めた侵害から保護する憲法上の義務があるという考え方が有力である（基本権保護義務論〔第一人者による簡単な紹介として、小山剛『憲法上の権利』の作法〔新版〕〔尚学社、2011年〕128-131頁〕が、日本ではあまり受け入れられていない。しかし、近代憲法の前提である社会契約論を想起してみると、むしろ保護義務を認める方が素直なのではないだろうか、という疑問も生じるかもしれない。

すなわち、社会契約論においては、自然状態における私人による生命、身体、財産の侵害からの保護を目的に、契約によって政府を設立するとされる。そうだとすれば、政府ないし国家は、私人による侵害からも個人を保護する義務を負う宿命の下に生まれてきたと言えないのだろうか。

しかし、この点については、確かに、国家は私人による生命、身体、財産の侵害から個人を保護する一般的な責務を負うが、こうした責務から法的な保護義務が導出されるわけではないと考えられている。憲法が公権力の構成と制限のために制定されたものである以

上、憲法上の自由権は、国家が活動を行う際に、個人の自由には不当な介入を行うことを排除するものとして構想されているのである。「憲法と憲法学に、その『分際』を超えた過剰な期待をすべきではない。」（南野森「憲法学と人権」法セミ641号〔2008年〕12頁〔17頁〕）という理解は、こうした構想に対応している。

ところで、憲法及び憲法学がこのような立場に立つことができた背景には、近代憲法が前提とする次のような社会構造を見逃すこともできない。すなわち、中世における社会構造は、国王や封建領主のほか、教会やギルド（同業組合）を始めとする中間団体からなっており、個人はこれら複数の主体の支配を受けると同時にその保護を受けていた。このような社会構造にあっては、国家からの自由を特別視することに、どれほどの実質的な意義があったのか疑問であろう。

このような中世的な社会構造に対して、中間団体が解体され、国家と個人が対峙する二極構造が近代の社会構造ないし秩序の理念型である。すなわち、中間団体の解体によって個人の解放が行われ、その限りで個人の自由が実現したのである（樋口・後掲8-15頁）。ここでは、国家に権力が集中し、国家との関係における個人の基本権の保護がクローズアップされる。もちろん、近代的な秩序にも中間団体は存在するが、中世のように個人の一生に渡り、全人格的あるいはそれに近い形で個人を包摂するようなものは存在しない。そして、結社の自由や経済的自由に基づき設立された近代的な中間団体には、「団体の人権」という形で、基本権享有主体の地位さえ付与されるようになる。

以上が、古典的な理解である。しかし、上述のような近代の社会構造は、巨大な企業（社会的権力）が出現し、それが個人の自由を脅かすという20世紀以降の状況によって揺らいでおり、これに対応して憲法学も私人間効力という問題設定を行ってこうした状況に対応しようとしてきたが、この間、憲法学がむしろ総論

的な検討に注力してきたのは、この問題が上記の基本的な前提に触れるものであったからである。そして、今日の学説は、こうした理解を維持するか、それとも一定の修正を加えるかという点で対立が見られる（例えば、佐藤幸治『日本国憲法論』〔成文堂、2011年〕164-169頁と高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第2版〕』〔有斐閣、2010年〕97-107頁を対比してほしい）。

2 情報社会における自由権

このような構造、自由権の概念は、情報社会においてもなお維持できるものだろうか。この点について、法哲学者の大屋雄裕による次のような指摘が注目される（渡部明ほか『情報とメディアの倫理』〔ナカニシヤ出版、2008年〕54-55頁〔大屋雄裕〕）。

現在、新たな情報流通チャネルを支配するものは国家ではなくなってきた。情報チャネルが世界規模で接続され、グローバル化によって構成された世界経済の一部になっていくとき、従来は国境の内側にとどまっていたメディアの影響力もまた、世界的に拡大していくことになるだろう。国家と個人の間にあつたはずの存在——共同体や教会・企業を典型とする「中間団体」が国家の垣根を超えて肥大化し、相互接続し、世界規模で影響力を持つていくという事態が生じている。

（……）ヨーロッパ中世におけるカトリック教会がまさにそうであったように、それぞれの国家では「中間」にあるように見える団体は国家の境界を超えて相互に結合した統一体となり、国家とは別にわれわれ個人をコントロールし、われわれの行為に影響を与えようとする。情報の流通を握るものは国家から個々の中間団体へと移りかわっているのだ。

ここで想定されているのは、例えば、読者の多くも日常的に利用しているであろうグーグルのインターネット検索サービスにおいて、突然、特定のサイトが検索結果から排除されるという、いわゆる「グーグル八分」といった事態である。このグーグル八分により、例えば、ネット上で商品やサービスを販売している企業は大きな損害を受け、場合によっては企業の存続が危ぶまれるようなことも考えられる。検索サービスなしに無数のウェブサイトの中から特定のサイトにアクセスすることは困難であり、検索結果から排除されたサイトは存在しないのと事実上大差ない。そして、こ

うしたグーグルの検索サービスのあり方について、民主的な統制がなされるわけでもない。

このような事態は、従来の私人間効力論が想定してきたような企業による個人の権利の侵害と同質のものであると見ることもできないわけではない。しかし、次のような点に注意する必要がある。

第1に、世界的なネット企業が行っていることは、オンラインにおける空間設計そのものであり、社会の大部分の人々が生活の相当部分をこれに依存している。この傾向は今後ますます顕著になっていくだろう。これは、個別の契約の場面で巨大企業と私人との間の力関係に格差があるといった状況とは質的に異なる事態であると見る余地がある。

第2に、世界的なネット企業は、国境を越えて活動するものであり、国家による規制が実際上容易ではない。規制だとしても、それが他国によるものであり、日本の規制能力が実際上及ばないことも多い。

第3に、情報社会においては、自由の規制の方式に変化がみられる。すなわち、情報社会においては、法による規制等と並んで、いわゆるアーキテクチャによる規制が多用される。このような規制方式には自由を脅かす固有の問題がある（後述）。

さて、この第1点と第2点に関連して、大屋が「ヨーロッパ中世におけるカトリック教会」を引き合いに出しているのは示唆的であり、世界的なネット企業は、国家とは別の枠組みで個人の生活をかなり包括的にコントロールしている。これは、これまでの私人間効力論が想定してきた事態とは異なっている。「われわれはそれら〔中間団体と国家〕すべての規制に従って生きることを迫られている」（渡部明ほか・前掲書60頁〔大屋雄裕〕）のであり、中世的な秩序とある種の共通性が見られる（大屋雄裕「分散する規制、分散する主体」Mobile Society Review 未来心理11号〔2008年〕6頁〔10頁〕）。

3 アーキテクチャによる規制

次に、情報社会においてはアーキテクチャによる規制が重要な役割を果たすという前述の第3点について触れたい。アーキテクチャによる規制とは、物理的に作られた環境を操作することによる規制のことである。例えば、交通規制において、進入禁止の標識のある個所には進入を禁止するという法令を作り、その違反を取り締まる場合には法による規制であるが、進入禁止の箇所をバリケードで封鎖してしまえば物理的に

侵入ができなくなり、法による規制と同様の効果が得られるが、後者の方は物理的な環境を操作することによる規制であり、アーキテクチャによる規制にあたる。このように、こうした規制そのものは情報社会に固有のものではないが、オンラインにおいては技術的には一から空間設計が可能であり、こうした規制が利用できるケースが多いため、情報社会ではこの種の規制の役割が増大するのである。

こうした規制の特徴として、機会操作性、無視不可能性、意識不要性、執行機関の不要性といった点が指摘されている(松尾陽「アーキテクチャによる規制作用の性質とその意義」法哲学年報2007〔2007年〕241頁〔246-247頁〕)。

このうち、執行機関の不要性については、先の交通規制の例を見れば明らかであり、その意味ではアーキテクチャによる規制は効率的であるが、個別ケースごとに法適用の妥当性を審査することができない(松尾・前掲247頁)。例えば、著作権侵害のコンテンツをアップロードできないようなアーキテクチャがあり、著作権の制限事由に当たる場合であってもアップロードができないような場合である。

また、意識不要性は、アーキテクチャによる規制が物理的なものであるがゆえに、法による規制の場合とは異なり、行為者が規制を意識していない場合でも効果があることを指す。意識されない規制は当然抵抗もされない。「我々は知らないうちに、ある一定の行為可能性の枠の内側に閉じこめられているのかもしれない。その枠の内側では我々の行為選択に制約を加えるものではなく、我々は完全な消極的自由を享受できよう。だがこれは本当に自由なのだろうか?」(大屋・後掲118頁〔傍点原文〕)。

情報社会のインフラを担う企業によってアーキテクチャによる規制が行われた場合には、その影響力はきわめて大きい。例えば、コンテンツのネット配信を行う企業が、配信コンテンツにコピーコントロールを埋め込むというアーキテクチャを採用した場合、こうしたコンテンツを引用や私的利用のために複製するといった、著作権法上認められた形態での利用も制限されることとなる。このような規制は、前述のような中間団体による支配を強化することになる。

4 「新たな中世」と新しい憲法学の可能性?

こうした状況において、憲法あるいは憲法学はどのような対応をすべきだろうか。前述のような近代的な

枠組みが臨界を迎え、こうした枠組みを前提にしてきた憲法上の自由権の概念は、変更されるべきだろうか。具体的には、例えば、こうした企業をも自由権のな宛人とし、国家の権力によって企業からの自由を保障すべきだろうか。現在視野に入りつつある秩序が、中世的な秩序とある種の共通性があるとするれば、ちょうど近代において国家権力が中間団体を解体したように、現代でも国家権力によって中間団体の秩序を解体とまでは言わなくとも、近代的な秩序に整合するように取り込むべきだろうか。

しかし、現在視野に入りつつある秩序は、中世的なそれと共通性があるとしても、両者を同視できるかどうかは疑問である。なによりも、中世的な秩序はきわめて静態的であるのに対し、今日の情報社会の秩序は非常に動態的である。現在支配的な地位にある企業が5年後に同様の地位にあるという保証は全くなく、特に、利用者に対して過剰な規制を行う企業は、市場によって淘汰される可能性がある。今日、世界的なネット企業に対抗する重要な手段として、憲法ではなく、市場の動きを支える競争法が用いられているのは理由があるのである。

また、ネット企業による利用者の規制に対しては、国家は、伝統的な法令による規制に加えて、国際的な協調、あるいはいわゆる共同規制(生貝直人『情報社会と共同規制』〔2011年〕)によって対抗しようとしている。

こうして、当面、情報社会の進展に対応して憲法上の自由権の概念を変更する必要まではなさそうだが、こうした概念は一定不変のドグマではなく、前提となる構造が変われば変化しうるものである。将来において中間団体による秩序の自律性がさらに顕著になったとすれば、こうした秩序と国家との関係をどのように取り結ぶのかというテーマは憲法学の課題となる。上述の共同規制などは、その萌芽という契機も含んでいるようにも見える。そして、こうした変化が起これば、その一環として憲法上の自由権の概念も再考される可能性があるだろう。

【参考文献】

- ・樋口陽一「国法学〔補訂版〕」(有斐閣、2007年)
- ・大屋雄裕『自由とは何か』(ちくま新書、2007年)
- ・ローレンス・レッシング(山形浩生(訳))『CODE VERSION 2.0』(翔泳社、2007年)

* 本稿は科研費(基盤B(23330014))の成果の一部である。(そがべ・まさひろ)