

Title	通信の秘密の憲法解釈論
Author(s)	曾我部, 真裕
Citation	Nextcom (2013), 16: 15-23
Issue Date	2013-12-01
URL	<a href="http://hdl.handle.net/2433/179540">http://hdl.handle.net/2433/179540</a>
Right	© 2013 KDDI RESEARCH INSTITUTE
Type	Journal Article
Textversion	publisher

# インターネット時代における 通信の秘密<sup>2</sup>

## 通信の秘密の憲法解釈論

京都大学 大学院 法学研究科 教授

曾我部 真裕

Masahiro Sogabe

本稿は、従来の学説と近年の批判論を踏まえ、通信の秘密条項(憲法21条2項)の解釈論を試みる。従来の解釈論は通信事業が国営であることを前提としたものであるが、民営化・自由化後の今日では、民間事業者に憲法の拘束は及ばず、民間事業者の義務は憲法の趣旨等を踏まえた法律によって創設されたものと位置づけられる。他方、国家に対する憲法的な要請としては、通信の秘密を侵害しないという不作為義務が中心であり、近時主張されている通信制度の設営義務といった広汎な作為義務を憲法から引き出すことには慎重であるべきである。

キーワード

通信の秘密 通信の自由 表現の自由 国家の通信制度設営義務 憲法

### 1. はじめに

本稿では、日本国憲法<sup>1)</sup>21条2項後段の規定(「通信の秘密は、これを侵してはならない。」以下「通信の秘密条項」と言う。)の解釈論を試みる。

どの憲法の教科書を見ても、通信の秘密条項に関する解説は掲載されている。しかし多くの場合、その内容は通り一遍のものにすぎない。また、1946年の憲法制定以来、通信をめぐる状況は劇的に変化したにもかかわらず、最新の文献であってもそれを踏まえた記述には必ずしもなっていない。そもそも、教科書だけで

はなく研究論文レベルでも、憲法学における通信の秘密をめぐる業績は散発的にみられる程度で、蓄積は必ずしも十分ではなく、地味な論点にとどまってきた。

しかし、従来の解釈では現在の情報通信ネットワークに関わる問題に対処できないとして、近年、情報通信政策関係者や情報通信法の実務に携わる弁護士等から、通信の秘密条項あるいはそれを受けた法令の解釈の再考が主張されてきており、これらの中には、本格的な憲法解釈に立ち入るようなものも現れてきている。

しかし、こうした動きに対する専門の憲法研究者の反応は一部を除いては鈍いと言わざるを得ない<sup>2)</sup>。こうした状況を踏まえ、本稿では、最近の通信の秘密条項

に関する解釈論を参照しつつ、検討を行うこととする。

### 2. 従来の議論の確認

#### (1) 通信の秘密の保護法益は、主としてプライバシーであること

まず、通信の秘密条項に関する従来の通説的な解釈を確認しておきたい。

通信の秘密の保護法益については、主としてプライバシーであるとされる。しかし、それ以上の点については見解が分かれている。まず憲法の教科書の中には、通信の秘密条項を含む21条は、全体としては主として表現の自由に関わる規定であるにもかかわらず、通信の秘密に関しては表現の自由とは別に、住居の不可侵(35条)と並べてプライバシー関連の項目で解説するものがある<sup>3)</sup>。

次に、通信の秘密と表現の自由との関係については、論者によって立場は異なる。そもそも、諸外国の憲法では、通信の秘密と表現の自由とは別個の条文で規定されることが一般的であり、明治憲法でも同様であった<sup>4)</sup>。そこでは、通信の秘密の保護法益はプライバシーであることは比較的明瞭である<sup>5)</sup>。

他方、同じ条文で両者を規定する日本国憲法は例外的であるとされており、その趣旨をどのように説明するかが問題となる。この点、通説の見解は両者を「同居」させていることの意味をも重視し、通信の秘密条項はプライバシー保護の一環としての性格を有するが、同時に表現の自由との密接な関わり合いもあるとする<sup>6)</sup>。しかし、一方では、本項冒頭に挙げた教科書のように両者が「同居」していることにあまり拘泥せずに諸外国の憲法と同様、プライバシー保護の文脈に純化して解釈をする立場<sup>7)</sup>があり、他方では「通信は表現の自由の保障の一環として位置づけられている、と端的に理解すべきである。」<sup>8)</sup>とする見解もみられる。

この点については、本特集にも寄稿されている高橋郁夫弁護士からの問題提起がある。これについては後に触れるが、まずは日本国憲法の通信の秘密条項の位置が議論を招いている原因であることを確認しておく。

#### (2) 通信の秘密と通信の自由との関係については曖昧であること

通信の秘密条項の明文で保障されているのは「通信の秘密」だけであるが、この条項は通信の自由の保障も含まれるとする見解もある。この見解の理由づけには複数の筋があり、前項で述べたように通信を表現の自由の一環であるとするれば、通信の自由は表現の自由の一部として保障されることになる<sup>9)</sup>が、通信と表現を区別するという前提をとったとしても、通信の秘密は通信の自由を論理的前提とする、という説明が可能である<sup>10)</sup>。

しかし、通信の自由は通信の秘密の論理的前提ないし反射であるという曖昧な説明をする論者も少なくない<sup>11)</sup>。通信の秘密の論理的前提であれば通信の自由も憲法上の基本権として保障されるという趣旨であると理解される。しかし、反射であるというのは、通信の秘密が憲法上保障されている結果として事実上通信の自由が保護されているという意味であって、通信の自由は基本権ではないということである。

この点については、憲法制定時には通信(郵便、電信電話)は国営事業であったことに留意すべきかもしれない<sup>12)</sup>。通信は国家による給付(サービス)であったのであり、そのサービスを利用する権利があった<sup>13)</sup>としても、それは基本権としての自由権ではなく、サービスの受給権である。さらに、明治憲法下では通信の秘密(当時は「信書の秘密」)について、「各人は国家を信頼して通信を委託するものなるが故に国家は其の信頼に背くを得ざるを当然と為す」<sup>14)</sup>という説明がさ

れていたが、これも、通信の自由を権利として認めるという理解に基づくものではなさそうである。

したがって、通信の秘密は通信の自由を当然に含むというように端的な理解が通説化していないことには、一定の理由があると思われる。

しかし、当然ながら今日では通信は民営化されており、前提が全く変わっている。また、例えば、外国で導入されている著作権侵害を反復した場合にインターネット接続契約を解除するような規制をも想定すると、通信の自由を基本権として認める必要性も高まっている<sup>15)</sup>。この点についても後に触れる。

### (3) 憲法上の通信の秘密と法律上のその関係については曖昧であること

周知のように通信の秘密は、憲法の通信の秘密条項に加えて、様々な法律でも罰則つきで保障されている(電気通信事業法4条、179条、有線電気通信法9条、14条、電波法59条、109条、郵便法8条〔信書の秘密〕、民間事業者による信書の送達に関する法律5条、44条〔同〕など)。

憲法の通信の秘密条項とこれらの法律規定との関係については、後者は前者の趣旨を具体化するものであるというのが従来の一般的説明であり、それ以上に立ち入った説明はあまりみられなかった。特に、法律上の通信の秘密の規定は、単に国会が憲法の規定の趣旨を自発的に立法政策として定めたに過ぎないものか、それとも、憲法は国会に対してこうした立法を多少とも要請しているのか、という点については曖昧であった<sup>16)</sup>。

このような曖昧さの理由としては、通信が自由化された後も、国営化時代の議論の見直しが行われなかったことが考えられる<sup>17)</sup>。国営事業であれば、憲法の拘束を受けるのであり、法律上の通信の秘密の保障は、憲法の通信の秘密条項の確認に加えて罰則という具体

的な保障を与えるという意義をもった。

現在においては、民間事業者の通信の秘密不可侵義務を法律上定めること、あるいはより一般的に、通信制度を法律で定めるに際して、憲法の通信の秘密条項から国家に義務づけられる事柄があるのかどうか、ということが問題になると思われる。最近の議論はこの点についても論じている。

### (4) 通信の秘密の範囲については、通信内容に加えて外形的事項も含まれること

最後に、従来の議論においては、通信の秘密に言う「通信」とは、通信内容に加えて、通信の当事者の身元、日時、発受場所などの外形的事項(本特集の高橋論文では「通信データ」という表現であり、また、最近では「メタデータ」と呼ばれる場合もある。)も含まれるとされる。従来、こうした理解は、憲法上の通信の秘密条項と法律上の通信の秘密に関する規定とを通じて、ほぼ確立したものであった<sup>18)</sup>。さらに言えば、明治憲法の「信書の秘密」条項下においても同様の解釈がなされており<sup>19)</sup>、現行憲法の解釈はそれを引き継いだものであろう。

しかし、本特集の他の論考でも論じられている通り、こうした解釈は今日、情報通信政策の関係者や実務家から強く批判されており、通信の秘密に関する実際上もっとも重要な論点となっている。そこで、この論点については今後議論を深める必要があるが、本稿の目的は今後の法律解釈や立法論の前提となる憲法解釈を示すことであるため、本稿では通信の秘密の範囲に関する法律解釈の検討には立ち入らないこととする。

## 3. 最近の批判論の検討

### (1) はじめに

ここまでは従来の憲法解釈論の特徴を整理してきた

が、こうした憲法解釈やそれを前提とした法律解釈は、上述のように、近年、インターネット時代に適合しないとして強く批判されるようになってきている。その具体的な諸相は、本特集の他の論考に譲り、ここでは、これらの批判論のうち、憲法解釈に関わる点について検討を行う。

### (2) 通信の秘密条項の趣旨の再考

高橋郁夫と吉田一雄は、憲法制定時の通信の秘密条項成立史の詳細な調査を踏まえて、通信の秘密条項は「意思伝達におけるプライバシー権」を保障する趣旨であるとし、それを踏まえた解釈論を展開する<sup>20)</sup>。

高橋らの論旨は以下のようなものである。すなわち、まず、21条2項の「通信の秘密」に該当する英文は、GHQで作成された草案以来、secrecy of any means of communicationというものであって、日本語訳もある段階までは「通信手段の秘密」というものであったが、途中で「通信の秘密」に修正された。

憲法制定過程を通じて、通信の秘密条項(に結実する規定)の具体的な解釈を示す資料は見当たらなかったが、高橋らは、GHQの起草者は「意思伝達におけるプライバシー権」を保障するアメリカのコモンローを参照したものとして、secrecy of any means of communicationは「意思伝達の機密性」と訳すべきものであったとする。

「意思伝達におけるプライバシー権」とは、「コモンローは、各個人に対して、通常、自己の思想や感情をどの範囲で他人に表示すべきか決定する権利を保障している。」という意味での「自己の思想や感情をどの範囲で他人に表示すべきかを決定する権利」であるとされる。

以上を踏まえて高橋らは、通信の秘密条項について以下のような解釈論的帰結を引き出す<sup>21)</sup>。

- ① 憲法のいう「通信」は、隔地者間での連絡に限

らない。

- ② 通信の秘密の保障は、通信の内容の保護を意味する(通信の外形的事項の保護は含まない)。
- ③ 意思伝達後も、発意者が、公表を禁じた内容については、発意者は、内容を探索されることなく、また、公表を強制されることはない。
- ④ ただし、その発意者の公表を禁じたといえるかどうかは、社会的にその期待が合理的といえるかどうかにかかるとされる。

この見解は、通信の秘密条項が表現の自由を保障する21条におかれていることを重視し、通信の秘密を表現の自由の一部として位置づけるものである。上述のようにこうした見解は従来も存在していた<sup>22)</sup>が、高橋らの議論はこうした解釈を憲法制定過程の丹念な検証によって裏づけた点で重要である。

ただし、高橋らの見解について、疑問がないわけではない<sup>23)</sup>。まず、高橋ら自身も指摘する通り、制定過程においては通信の秘密条項(に結実する規定)の具体的な解釈論は行われていなかったものであり、高橋らの主張する解釈論は、GHQの担当者らの知的背景という間接的な証拠に基づくものである。もう一方の起草者ともいべき日本政府での作業では、secrecy of any means of communicationを初めは「通信手段の秘密」と訳していたが、後に「通信の秘密」と修正している。その際にはおそらく、明治憲法、さらにはそれに影響を与えたヨーロッパの憲法の定める「信書の秘密」が念頭にあったものと思われる。

次に、通信の秘密条項について高橋らの主張するような解釈論をとるとしても、最大の関心事項である通信の秘密の範囲について、通信内容の秘密に限られるという解釈は論理必然ではないと思われる。高橋らはウォーレンとブランドイスの見解に依拠してこのような解釈を行っているが、理屈としては、通信の外形的

事項が知られることによって意思伝達におけるプライバシーが害される場合もあることを理由に外形的事項も保護されるという考え方もありうる<sup>24)</sup>。

### (3) 通信の秘密条項が国家に要請する内容の再構成論

次に、通信の秘密条項が国家に要請する内容の再構成を図るのが海野敦史である。従来の議論では、通信の秘密条項は、まずは通信の秘密を国家(公権力)が侵害しないという不作為を求めるものと理解されていた。そして、それ以上に、国家が法律によって民間事業者による通信の秘密侵害を禁止することも憲法上要請されるかということについては曖昧であった。

これに対して海野は、インターネット等による通信が一般化し、それに伴って通信管理主体が多様化している今日においては、もっぱら公権力に対する不作為を求めるのみでは、「不可侵」の趣旨が充足されないとする。そこで、通信の秘密条項は、通信の秘密が容易に侵されることとなる制度的環境を形成又は放置してはならないという公権力に対する義務を含意しており、上記のような公権力による通信の秘密侵害の禁止はその前提となると理解すべきであるとする。さらに、こうした公権力に課される義務に対応して、国民各人においては、「通信の秘密を侵されない権利」が認められるとする<sup>25)</sup>。

さらに海野は、上述の「通信の秘密が容易に侵されることとなる制度的環境を形成又は放置してはならないという公権力に対する義務」の存在、および各人の「通信の秘密を侵されない権利」の実効的保障の必要から、憲法適合的な通信制度が立法によって具体化される必要があるとする<sup>26)</sup>。

海野の議論は大変周到かつ詳細であり、かなりの説得力をもっているものと思われる。実際、憲法研究者の中にも、通信の秘密条項は、通信の自由や秘密に対応する民間事業者の責務を法令上具体化するように求

めているとしたり<sup>27)</sup>、通信の秘密条項は、通信制度を、公的に私的に(民間企業として)かは別にして、維持する責務を負わせた規定と読むべきであるとする見解もある<sup>28)</sup>。これらの見解からは、電気通信事業法を始めとする通信関係の法律の少なくとも基本的な部分は、単に立法政策として制定されたものと理解されるべきではなく、憲法上の要請に基づくものと理解されることになる。

海野の見解は、こうした議論を現代の状況に合わせて精緻化したものといえ、その限りでは特異なものでもない。しかし、ここでは、敢えて若干の疑問を指摘しておきたい。

海野は、通信の秘密条項から広汎な国家の作為義務を導き出すものであるが、その理由については次のように捉えているようである。すなわち、通信を行うためには当然ながら通信制度、すなわち、国民が安全・安心に通信サービスを利用することを可能とする基盤となる通信に関する制度・システムが必要であるが、こうした制度が確立されていない限り、国民は通信の秘密等が侵害される危険性と隣り合わせとなり、通信の秘密を侵されない権利が実効的に保障されない。そこで、このような通信制度の保障ないし安定的設営は、憲法上の要請とされる<sup>29)</sup>。

確かに、通信制度の安定的設営が国民生活に不可欠であり、それゆえに重要な政策課題でありうることは一般論としては異論の余地はないだろう。しかし、だからといってそれが直ちに憲法上の具体的な要請となるわけではない。このことは、電気やガス、水道は通信と同様、国民生活に不可欠なライフラインであるが、これらに関する制度の設営が国家の具体的な憲法上の義務とはされていないことと同様であろう<sup>30)</sup>。

また、自由権であっても実効的な行使のためには関係の制度を法律によって整備することが必要な場合がある。放送の自由(21条1項)における放送法、結社の

自由(同)における一般社団法人法、営業の自由(22条1項)における独占禁止法などは、それぞれ意味合いが異なるが、こうした例であろう。しかし、これらの自由権の根拠規定が公権力に対して制度設営の作為義務を課しているという議論は憲法学説上、少なくとも一般的ではないと思われる。

他方、表現の自由(21条1項)について、単に自由権を保障するだけではなく、その客観的側面として情報の多元性・多様性を保障する義務が公権力に課せられているとする見解があるのは確かであり、筆者としてはこうした見解に与したいところではあるが、これも通説となるには至っていないし、作為義務を認める見解であってもその内容は独占の排除などであって、それほどには広汎ではない。

要するに、日本の憲法学は一般に、自由権の規定から国家の作為義務を導くことには慎重であったように思われる。こうした傾向を踏まえれば、通信の秘密条項から広汎な国家の作為義務を導き出すのではなく、当面、通信の秘密条項はあくまでも基本的には国家の不作為義務を定めたものと理解した上で、通信制度を構成する各種法律や、民間事業者の通信の秘密不可侵の義務は、憲法の趣旨や通信というものの当然の性質<sup>31)</sup>を踏まえつつ国会が各種事情を考慮して定めた立法政策に基づくものと位置づけておくのが妥当ではないかと思われる<sup>32)</sup>。

なお、通信制度設営に関する広汎な国家の作為義務を認めることについては、自主規制や共同規制との関係をどう考えるかという問題点もありうる。通信をめぐる今日の複雑化した環境においては、民間事業者の自主的な規律の重要性が増しているが、共同規制のような法的な枠組みを構築した上であれば別として、このような枠組みをとることなく不透明な形で民間事業者に委ねることが作為義務の不履行と評価される可能性についても考慮が必要かと思われる<sup>33)</sup>。

## 4. 通信の秘密条項の解釈

最後に、以上の検討を踏まえ、また、今日の状況をも考慮しつつ、本稿での憲法の通信の秘密条項の解釈をもう少し敷衍しておきたい。その際、従来の議論のうちそれほど問題がないと思われるものについては継続性を重視しつつ、再考を要する点については現段階での試論を提示する。

まず、通信の秘密条項の保護法益については、比較憲法や明治憲法の「信書の秘密」以来の解釈を踏まえると、従来の通説に従い、表現との関連性は認めつつも、主として通信におけるプライバシーであると考えられる。今日の憲法解釈においては一般的なプライバシー権が13条で保障されるとされているが、通信の秘密条項はその特別規定として、より定型かつその意味で手厚い保護を行うものである。

その前提として、通信を表現の一部と見ることはせず、両者は憲法上区別されると解する。ただし、憲法上の通信と表現との区別は、法律上の両者の区別とは異なるので、ホームページでの表現のように、法律上は電気通信事業法が適用されるものであっても、憲法的評価としては表現にあたる場合がありうる。

これに対して、通信の秘密条項を表現と切断すると、匿名表現の自由が保障されなくなるのではないかという批判がありうる。しかし、匿名表現の自由はそれ自体表現の自由として21条1項で保障されることができ<sup>34)</sup>。また、通信の秘密条項は隔地者間の通信に適用されるものであり、対面の会話の秘密は、13条で保障される一般のプライバシー権によって保障されると考える。

次に、通信の自由についてであるが、先述のように、通信事業が国営の時代にあつては、憲法の基本権として通信の自由を観念する余地は乏しかった可能性があ

る<sup>35)</sup>。しかし、通信事業が自由化された後は、民間の通信サービス利用を公権力に妨げられないという意味での通信の自由は重要な基本権として保障されるべきである。その根拠条文としては、「新しい人権」の一般的根拠であるとされている13条とするか、あるいは、その関係の密接さを強調して、通信の秘密条項に改めて位置づけるということも考えられる<sup>36)</sup>。

第3に、通信の秘密が保障される「通信」の範囲について、確かに保障の核心は通信内容の秘密であるといえるだろうが、外形的事項からそれが推測できる場合がある以上、外形的事項についても「通信」の範囲に含まれると考えるべきだろう。ただし、通信の秘密といっても絶対的な保障ではなく法律による制約が許される場合があることはもちろんであり、その合憲性を考える際には通信内容と外形的事項とを区別して考える余地はあると思われる。

第4に、通信の秘密条項の名宛人は、公権力(国家、地方公共団体)及びそれと同視できる存在である。旧電電公社は後者(「それと同視できる存在」)に該当したが、現在の日本電信電話株式会社(NTT)はそれには該当せず、憲法の通信の秘密条項に拘束されることはないと考えられる。いわば純粋の民間事業者はなおのこと通信の秘密条項には拘束されないが、ただ、例えば仮に児童ポルノプロッキングが法律上インターネット・サービス・プロバイダ(ISP)に義務づけられたような場合のように、法律上通信の秘密を侵害するような行為を義務づけられる場合には、その限りでISPは公権力と同視されることになる<sup>37)</sup>。

第5に、通信の秘密条項は公権力に対して不作為を求めるものであって、通信制度の設営といった作為を求めるものではないと考える。その結果、憲法の通信の秘密条項と各種法律の通信の秘密条項との関係は切断され、法律の条項は憲法の要請を確認したものというよりは、憲法の趣旨や通信というものの当然の性質

を踏まえた立法政策に基づくものとなる。したがって、法律の内容あるいは解釈については必ずしも憲法の通信の秘密条項に準じたものである必要はなく、具体的なサービスのあり方に応じて一定程度柔軟な制度設計が可能であると解される。もちろん、どのような制度設計も可能というわけではなく、通信におけるプライバシー(通信の秘密)や通信の自由と、対抗利益(通信事業者の営業の自由や財産権、ネットワークの安定的運用による利用者一般の利益、第三者の権利利益など)との調整の範囲内でなければならない<sup>38)</sup>。

実は、こうした調整は、現行の例えば電気通信事業法4条・179条の下でも実質的には行われている。現在、本特集の高橋論文や石井論文でも紹介されている迷惑メール対策やプロッキング等の正当な目的のために通信の秘密を侵害せざるを得ない場合には、正当業務行為(刑法35条)や緊急避難(同36条)の法理を用いて違法性が阻却されるという判断を行っている。しかし特に緊急避難構成については、恒常的な枠組みをこのような緊急の法理で説明しようとする点でやや違和感があり、実質的な利益衡量を緊急避難という形式を借りて正当化しているという側面がある。

このようなやり方は現行法を前提とすればやむを得ない側面もあるが、高橋論文<sup>39)</sup>が指摘する通り、通信事業者にとっては分かりにくく、萎縮効果を生む懸念もあるかもしれない。本稿では、法律レベルでは柔軟な制度設計が可能であることを指摘したが、このことは逆に言えば、現在、通信の秘密との関係が問題になっている各種の措置については、法律でもう少しきめ細かく定めることが筋であるということを示唆している。



Masahiro Sogabe

## 曾我部 真裕

京都大学 大学院 法学研究科 教授  
1974年生まれ。京都大学法学部、同法学研究科修士課程修了、同博士課程中退。司法修習生、京都大学大学院法学研究科准教授などを経て2013年より現職。BPO(放送倫理・番組向上機構)放送人権委員会委員、EMA(モバイルコンテンツ審査・運用監視機構)諮問委員会委員など。専門は憲法、情報法。著書に『反論権と表現の自由』(有斐閣、2013年)、『憲法論点教室』(共編、日本評論社、2012年)など。

### 注

- 1) 以下、憲法の条文については、単に「○条」とのみ表記する。
- 2) 憲法研究者の反応として、宍戸常寿「通信の秘密について」企業と法創造9巻2号(2013年)14頁以下。
- 3) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)320頁、初宿正典『憲法2(第3版)』(成文堂、2010年)365頁、松井茂記『日本国憲法(第3版)』(有斐閣、2007年)513頁、大石真『憲法講義Ⅱ(第2版)』(有斐閣、2012年)126頁。
- 4) 通信の秘密の比較憲法史的については芦部信喜(編)『憲法Ⅱ』(有斐閣、1978年)637頁以下[佐藤幸治、齋藤雅俊「憲法21条の『通信の秘密』について」東海法科大学院論集3号(2012年)113頁以下など参照。
- 5) ただし、明治憲法がモデルとした1831年ベルギー憲法や1850年プロイセン憲法においては、信書の秘密の規定は言論等の自由や請願権の規定と並んで配置されていたため、信書の秘密はむしろコミュニケーションの自由に関わるものとして把握されていたという指摘もある。他方、明治憲法はこれらと異なり、信書の秘密規定を住居の不可侵の規定の次に置いたため、(当時はこうした概念はないが)プライバシーに係るものとしての位置づけが明瞭である(以上、齋藤・前掲注(4)119-120頁)。
- 6) 佐藤・前掲注(3)321頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ(増補版)』(有斐閣、2000年)541頁、棟居快行「通信の秘密」法学教室212号(1998年)44頁。
- 7) 大石・前掲注(3)126頁。
- 8) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、1995年)140頁。なお、通信の秘密に関する阪本の見解についてより詳細には、阪本昌成「『通信の自由・通信の秘密』への新たな視点」同『プライバシー権論』(1986年、日本評論社)229頁以下参照。
- 9) 阪本・前掲注(8)、『憲法理論Ⅲ』140頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法(第3版)』(有斐閣、2013年)236頁、園部敏・植村栄治『交通法・通信法(新版)』(有斐閣、1984年)207頁。
- 10) 赤坂正浩『憲法講義(人権)』(信山社、2011年)80頁、佐藤・前掲注(3)321頁。

注

- 11) 芦部・前掲注(6) 541頁、初宿・前掲注(3) 367頁。なお、通信の秘密に関する憲法論について重要な貢献を行ってきた佐藤幸治は、かつては本文のような曖昧な見解をとってきた(芦部(編)・前掲注(4) 636頁[佐藤幸治]、佐藤幸治『憲法(第3版)』(青林書院、1995年) 577頁)ところ、最近の体系書では通信の自由の憲法的保障を認める立場に転じたこと(佐藤・前掲注(3) 321頁)が注目される。
- 12) この点に限らず、通信の秘密条項の解釈は、電気通信事業・郵便事業の民営化、自由化以前の状態に確立し、それが基本的には現在も引き継がれている(宍戸・前掲注(2) 16頁、齋藤・前掲注(4) 116頁)。
- 13) 田中二郎『新版行政法(下Ⅱ)(全訂第二版)』(弘文堂、1974年) 352頁。
- 14) 美濃部達吉『憲法撮要(改訂第5版)』(有斐閣、1932年) 171-172頁(原文のカタカナはひらがなに改めた[以下同様])。
- 15) なお、フランスの違憲審査機関である憲法院は、インターネットへのアクセスの自由を基本権として承認し、裁判所が関与せず行政機関が著作権侵害への制裁としてネットへの接続契約を解除させることは違憲であると判断した(2009年6月10日判決[Décision n° 2009-580 DC])。
- 16) 明確に前者の立場に立つものとして、松井・前掲注(3) 516頁、後者として阪本・前掲注(8) (『憲法理論Ⅲ』) 141、143頁。
- 17) 関連して、憲法の通信の秘密条項に拘束される主体の範囲についても曖昧なところがあった。特に、NTTなど旧公社については、民営化後も憲法に拘束されることが当然視されてきた(芦部・前掲注(6) 545頁など)が、その根拠は自明ではないと思われる(阪本・前掲注(8) (『憲法理論Ⅲ』) 143頁)。
- 18) この点の詳細について参照、高橋郁夫ほか「通信の秘密の数奇な運命(制定法)」情報ネットワークローレビュー 8号(2009年) 1頁以下。また、最近の憲法学者の主張として例外的にこの点に疑問を呈するものとして、高橋・前掲注(9) 224頁。
- 19) 美濃部・前掲注(14) 171頁。
- 20) 高橋郁夫・吉田一雄「『通信の秘密』の数奇な運命(憲法)」情報ネットワークローレビュー 5号(2006年) 44頁以下。
- 21) 高橋・吉田・前掲注(20) 67頁。
- 22) 阪本・前掲注(8) (『憲法理論Ⅲ』) 140頁。
- 23) 宍戸・前掲注(2) 25頁も参照。
- 24) 実際、表現の自由の文脈で通信の秘密条項を理解する阪本昌成も、通信内容のみならず外形的事項についても秘密が保障されるとする(阪本・前掲注(8) (『憲法理論Ⅲ』) 142頁)。
- 25) 海野敦史「憲法上の通信の秘密に対する『侵害』の射程」公益事業研究64巻1号(2012年) 2頁。
- 26) 海野・前掲注(25) 2-3頁。
- 27) 阪本・前掲注(8) (『憲法理論Ⅲ』) 141頁。
- 28) 高橋・前掲注(9) 224頁、齋藤・前掲注(4) 131頁(「経営主体の公私を問わず、あまねく公平に提供され、かつ、秘密が保障された基本的通信手段の確保のための制度の整備を、憲法は国に求めている」)。
- 29) 海野敦史「通信管理主体の通信関連設備に関わる財産権の現代的射程」公益事業研究63巻1号(2011年) 24頁注6。
- 30) なお、郵便に関し、また異なる意味合いで「制度」を語るものとして、石川健治「ラオコオンと

注

- トロヤの木馬」論座145号(2007年) 67頁以下。
- 31) 齋藤・前掲注(4) 127頁、宇賀克也・長谷部恭男(編)『情報法』(有斐閣、2012年) 68頁[長谷部恭男]。
- 32) この点に関連していわゆるコモン・キャリア論の位置づけが問題となるが、これを憲法上の国家の義務と関連させて理解したとしても、その射程はごく基礎的なサービスに限られ、インターネットも含む広汎な領域における国家の作為義務には結びつかないと思われる。
- 33) なお、筆者は、世界的なネット企業による国家横断的な「支配」という事態がさらに進化した場合には別の議論の可能性も考えられることを示唆したことがある(拙稿「自由権——情報社会におけるその変容」法学セミナー 688号(2012年) 12頁以下)。このことは、インターネットの国際的なガバナンス体制が「暴走」して国民の通信の自由や秘密が脅威にさらされるようになった場合なども同様であろうが、しかし、これらは本文での当面の議論とは別次元のものである。
- 34) 宍戸・前掲注(2) 26頁。
- 35) ただし、国営事業であったとしても、給付請求権を自由権的に再構成するパブリック・フォーラム論と同様の構成で、通信の「自由」を語りうる可能性も理論的にはありうる。
- 36) 後者の場合、結果的に前述の「論理的前提」論と一致することになる。
- 37) より正確には、民間事業者の行為であるということを理由に当該法律が憲法の拘束を免れることはできない、と言うべきだろうか。
- 38) この点では、本文の議論と海野の議論(例えば、海野敦史「『通信の自由』の現代的意義」社会情報学研究15巻2号(2011年) 77頁とはそれほどの違いはないと思われる。
- 39) 高橋・本誌11頁。