

「通信の秘密」の数奇な運命(要旨)

通信の秘密研究会¹

高橋郁夫

序章 「通信の秘密」に関する制定法の制定経過とその後の

解釈の変遷調査

第 1 問題の所在

米国・英国の法律の定めをみたときに、通信データ部分に対する保護と通信の内容に対する保護について、その保護の態様に相違があることを前提として法的な構成を考えるべきことが示唆されていることが判明した。しかしながら、我が国においては、現在、電気通信事業法の「通信の秘密」については、かかる英米における電気通信のプライバシーの保護規定の趣旨とは、まったく異なり、きわめて広範囲なものとして解釈されている。具体的には、「通信の秘密」は、「通信の内容はもちろん、通信の当事者（発信人、受信人）の居所、氏名、発信地、受信地、通信回数、通信年月日など通信の意味内容をなすものではないが、通信そのものの構成要素であり、これらの事項を知られることによって通信の意味内容が推知されるような事項はすべて含まれる」と解されている²。そして、個別の通信に関する通信データも、すべて「通信の秘密」と解釈され、厳格に保護されるようになっている。そして、伝達者たる電気通信事業者が通信データを了知することは、通信の秘密の積極的な了知にあたり、通信の秘密を侵害する、したがって、現在電気通信事業者が事業をなすのは、その伝達行為のために、そのような通信データを知ることが業務上必要であり正当業務行為であるからといういわゆる違法性阻却事由構成とでもいうべき解釈論が一般的に行われている。しかしながら、通信の構成要素のうち、伝達のために必要な通信データ部分については、電気通信事業者などの伝達者は、常にこれを了知していることになるのであり、このような解釈は、あまりにも「通信の秘密」を拡大解釈しており極端なのではないかとも思われる。また、そのような解釈することによって、電気通信事

¹ 高橋郁夫（IT 法律事務所弁護士／株式会社 IT リサーチ・アート代表取締役・宇都宮大学工学部講師）

林紘一郎（情報セキュリティ大学院大学教授）

舟橋信（(財) 未来工学研究所）

吉田一雄（清和大学教授）

² 電気通信関係法コンメンタール編集委員会編「電気通信関係法詳解」（昭和 48 年、一三書房）39 頁

業者などによるネットワーク管理のために必要な行為についても業務の正当性が厳格に必要とされるという事実上の問題も存在しうるように思われる。このような伝達のために必要な通信のデータ部分を知っていることは当然であるという立場を前提とするとき、その通信のデータ部分について伝達者が許容されない利用形態（「窃用」の定義）や法の規制する「取得」とは何かという形で詳細な解釈論が展開されていた可能性がある。また、制定法の文言をみるときに、法は、「通信の秘密」と「他人の秘密」という文言を使い分けており、通信内容の保護についての「通信の秘密」と通信データについての「他人の秘密」という保護を別個に考えていたと解することも可能なように思われる。その上、海外法制などをみるときに、通信内容と通信データ部分についての保護をわけて論じることもよくなされている³。これらの法の保護する通信に関する「秘密の保護」の規定について、歴史的に、そもそも現在のような解釈を前提にした条文ができていたのかどうか、果たして解釈論が変遷したのか、変遷したとすれば、それはどのような原因によるのかということの究明することは、情報通信法制の根本的な見直しが立法的なタイムスケジュールに登っている現在、基礎的な研究としての価値があるものといえるであろう。

第2 公衆電気通信法制定以前の「通信の秘密」

1 電信法の時代

電気通信については、昭和28年における公衆電気通信法の制定以前、電信法および無線電信法などによって規制がなされていた⁴。

電信法における「検閲の禁止」「通信の秘密」に相当する規定については、5条⁵によって「電信又は電話に依る通信にして公安を妨害し又は風俗を壊乱するものと認むるときは地方電気通信局に於て之を停止することを得」という記載がなされており、また、

31条は、

「電信官署又は電話官署の取扱中に係る通信の秘密を侵したる者は1月以上1年以下の重禁固に処し20円以下の罰金を附加す

電信または電話の事務に従事する者前項の所為ありたるときは本刑に一等を加う

本条の罪は被害者の告訴を待ってこれを論ず」

とされていた。

また、無線電信法において「検閲の禁止」「通信の秘密」に関する条文は、

「第8条 主務大臣は、公安のため必要と認めるときは、私設の無線電信、無線電話または、外国船舶に送致したる無線電信、無線電話の使用の制限、停止またはその機器附属具の除去を命ずることを得」

³ この点については、別稿 高橋郁夫『「通信の秘密」の比較法的研究・序説』で論じている。

⁴ 昭和28年以前の体制としては、電信法（明治33年）、電信線電話線建設条例（明治33年）、電信電話料金法（昭和23年）が基本3法とされていた。

⁵ 原文はフタカナ文。以下、本稿においては、ひらがな文に変えている。また、数字についても算用数字に変更している。

「第20条 電信官署または電話官署の取扱中に係る無線電信または無線電話の通信の秘密を侵したる者は、一年以下の懲役または200円以下の罰金に処す。

無線電信または無線電話の事務に従事する者、前項の通信の秘密を漏洩したるときは、2年以下の懲役または500円以下の罰金に処す。

本条の罪は告訴を待ってこれを論ず。

第23条 無線電信の事務に従事する者電信官署の取扱中に係る無線電信に依る電報を正当の事由なくして開披、毀損、隠匿もしくは放棄したるとき又は受取人に非ざる者に交付したるときは3年以下の懲役または500円以下の罰金に処す但し刑法258条または第259条に該当する場合は刑法の例に依る」

となっていた。

これらの条文の構造からいって、これらの規定は、郵便法や公衆電気通信法の秘密についての定め方の参考になったように思える。また、このような刑事罰の定めのみではなく、その後、総則規定において、これと異なった規定が設けられているのであり、その趣旨はなにかを考慮することが問題であるということがわかる。

2 日本国憲法における「通信の秘密」

日本国憲法に「通信の秘密」の規定が制定される経緯については、高橋郁夫・吉田一雄著「ネットワーク管理・調査等の活動と『通信の秘密』」⁶・「通信の秘密の数奇な運命(憲法)」(情報ネットワーク法学会誌第5巻(2006年5月))などにおいて詳述されている。(1)

“*secrecy of any means of communication*”の条文は、内容について、議論がなされた経緯は、存在しない。(2)起草委員会は、明らかに当該条項が米国の第1修正ないしそれと関連する法理を具現化した条文であると認識していた(3)日本側が、「通信の秘密」の条項を言論・出版の自由とわけて提案した経緯があったが、結局その案については、採用されることはなかった。(4)“*secrecy of any means of communication*”の文言は、「通信手段」の秘密と翻訳されていたが、その条文は、最終的には、「手段」の文言が削除されるにいたった、という歴史的経緯を有している点などが、明らかになったところである。

3 郵便法における議論

郵便法において、この制定段階では、「信書の秘密」と「他人の秘密」との関係については、あまり議論はなされていなかったようである。まず、郵便法の条文(当時)で「検閲」「通信の秘密」に関する条文についてみれば、

(検閲の禁止)

第8条 郵便物の検閲はこれをしてはならない

(秘密の確保)

⁶ オンラインによる発表であるが <http://www.jaipa.or.jp/info/2005/iw2005/IW05.pdf>。
なお、インターネットウイーク 2005 でこの報告ももとにしてシンポジウムが開催されている (<http://internet.watch.impress.co.jp/cda/event/2005/12/12/10198.html>)。

第9条 郵政省の取扱中に係る信書の秘密は、これを侵してはならない。
郵便の業務に従事する者は、在職中郵便物に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする。
となっている。

また、これに対応する刑事罰としては、
(信書の秘密を侵す罪)

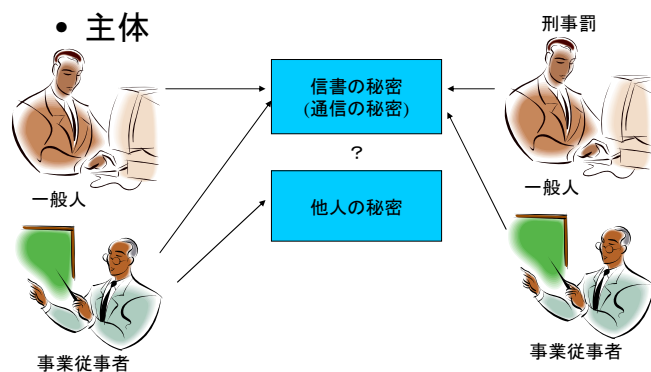
第80条 郵政省の取扱中に係る信書の秘密を侵した者は、これを1年以下の懲役又は2万円以下の罰金に処する。

2 郵便の業務に従事する者が前項の行為をしたときは、これを2年以下の懲役又は5万円以下の罰金に処する。

という規定がなされている。

これらの条文については、戦前の電信法・無線電信法の条文と比較したときに、従来から存在した刑事罰の条文の同一の刑事罰の条文に付して、総則に他人の秘密の条文が2項として付加されているという特徴がある。

条文を素直にみるとき



この特徴が、戦前における通信の秘密の保護される範囲についての議論との関係で、新たな意味を付するものであるのかという点が最大の論点となる。一つの考え方としては、従来の争いのある信書の秘密について信書の内容の秘密と限定した上で、それ以外の通信データ部分についても、保護を拡大したというのが、郵便法の趣旨であると解することができるであろう(以下、便宜上、1項限定2項付加論という)。そして、この上記郵便法の制定時の特徴としてあげた事情は、実際の国会における議論でも明らかにされている⁷。そして、このような立場を前提として「捜査官憲が、郵政省の取扱中にかかる郵便物について差出

⁷衆議院通信委員会昭和22年11月11日

人または受取人の居所、氏名および差し出し個数、通信文の意味内容以外の事項の照会を受けた場合、郵便事業に従事するものが、これらの事項を報告することが郵便法9条の規定に反することにならないか」という問題について「これらの事項が通常郵便法第9条にいう「他人の秘密」に包含される」とする内閣法制局意見がある⁸。その言辞については、「包含されることについては大なる疑問はないといってよかろう」としているのである。

この回答において「他人の秘密」（9条2項）に包含されるとして、1項の「信書の秘密」をだしていないということは、上記の1項を限定した上で、2項を付加したという立場を前提にしているというときに理解しやすいということになる。

第3 公衆電気通信法・有線電気通信法の制定後、昭和38年意見まで

1 公衆電気通信法の制定

昭和28年には、これを、公衆電気通信法と有線通信法とが制定されている。特に公衆電気通信については、日本電信電話公社および国際電気通信電話株式会社が、合理的な料金であまねく、かつ公平に提供することを目的として、公衆電気通信法が定められたのである。

これらの法律における「検閲」「通信の秘密」にかかる条文は、以下のとおりである。

(1) 公衆電気通信法

(検閲の禁止)

公社または会社の取扱中に係る通信は、検閲してはならない。

(秘密の確保)

5条1項 公社又は会社の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。

2 公衆電気通信業務に従事する者は、在職中公社又は会社の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする。

112条 公社又は会社の取扱中に係る通信の秘密を侵した者は、1年以下の懲役又は5万円以下の罰金に処する。

2 公衆電気通信業務に従事する者が前項の行為をしたときは、これを2年以下の懲役又は10万円以下の罰金に処する。

(2) 有線電気通信法

(有線電気通信の秘密の保護)

第16条 有線電気通信(公衆電気通信法第5条第1項の通信たるものを除く。)の秘密は、侵してはならない。

この電気通信3法案が制定された前後における文献⁹のうち、もっとも注目すべき資料は、「公衆電気通信法解説」である。これは昭和28年9月20日付けで日信出版から出版されている。

⁸昭和28年1月30日

⁹「公衆電気通信法案及び同施行法案集 / 電気通信省業務局」(電気通信公報一別冊)(電気通信省業務局, 1952)、金光昭・吉田修三「公衆電気通信法解説」(日信出版、昭和28年)

「通信の秘密」との観点で興味深い点としては、以下の点があげられる。

(ア) 第1条「目的」において、「迅速且つ確実な公衆電気通信役務」という文言があるが、この「確実な」役務というのは、「検閲を受けたり又は秘密を侵されたりすることなく」到達する役務を提供することを含んでいるという解釈がなされている。

(イ) 第5条（秘密の確保）においては、郵便法のような1項限定2項付加論は、採用していない。

同書は、まず、「公社又は会社の機関等（略）の取扱中にかかる通信の秘密を侵害することを禁止し、以て、確実なサービスを提供して公衆電気通信業務の信用を維持しようというものである。」と述べる。そして、「而して『通信の秘密』とは通信の内容は勿論、誰から誰への通信であるかという事実または場合により単に通信の存在の事実をも意味した「侵す」とは秘密を他に漏らし（他人が知り得る状態に置くこと）または窃用すること（本人の意思に反して自己の利益の為に用いること）は勿論、単に積極的に知得することをも含むのである。」

(ウ) 5条における「秘密を守らなければならない」という文言は、公衆電気通信業務に従事する者においては、積極的知得行為が禁止されていないことを明確にしている趣旨である。同書によれば、「秘密を守る」とは、秘密を他に漏らしましまたは窃用しないことであるとされている。

(オ) 112条については、まず、この趣旨について、4条と5条の規定の実効を確保するためのものとして公社または会社の取扱中にかかる通信の秘密を侵したものに刑事罰を課するものとして、公衆電気通信業務に従事するものは、その業務の取り扱い上他人の通信の秘密を容易に知得できる地位にあるので、その者が秘密を侵したときその刑が加重されるとしている。

このような立場から、5条の「通信の秘密」において「他人の秘密」と峻別しない趣旨が、112条にも応用され「一般には電報の本文または通話の内容を知り又は他人に漏らすことは秘密の侵害となることは勿論、さらに通信の有無および通信の当事者を知り又は他人に漏らすことも亦秘密の侵害である」と明言されている。

(カ) 112条の解釈において、1項と2項の「秘密を侵したる」の解釈で、技巧的な解釈論をなしている。

この公衆電気通信法逐条解説においては、1項2項の秘密が同一であるという解釈論の立場を前提とされている。これに対して、同一の構成をもつ郵便法においては、国会で、1項限定2項付加論にもとづいて議論がなされていたし、また、条文の構成自体も同様の立場によっていたように思える。これらの事実のなかに、その後の「通信の秘密」の解釈が肥大化していく原因と萌芽を見つけることができる。

2 上田市公安調査官郵便物調査事件など

昭和28年12月および昭和29年3月に、長野県で、公安調査庁に勤務するAが、郵便集配人に対して特定の機関紙（朝鮮関係の非公然の機関紙類）の発行部数や特定の人間

への郵便の存否などを問いただしたという事実があった¹⁰が、この事実が朝日新聞の声の欄に載ったという事件があった。果たして、このような公安調査庁のAの行為は、郵便法との関係で、どのように考えられるのかという点が国会で、大きな問題になったのである。

この行為の解釈論が争われたが、国会においては、おおむね前述の1項限定2項付加論を前提とした政府委員の説明がなされた¹¹。しかしながら、審議において、政府内部でも、解釈の相違があるのではないかと質問され、政府内部で、宛名情報まで1項の信書の秘密に入るという説もあるという回答がなされ、その上で、郵政省当局の答弁においては、宛て名情報は信書の一部を構成するものである旨回答したのである。公安調査庁の職員も2項違反の行為を教唆・幫助・共同実行することは許されないことになるが、その一方で、郵便法第9条2項には罰則がないことになるので、身分なき共犯とも関係して、このような場合の犯罪の成立の擬律というのは、困難であろうという議論がなされている。

3 吉展ちゃん事件と「通信の秘密」をめぐる諸問題

(1) 背景

吉展ちゃん誘拐殺人事件とは、昭和38年3月31日に東京都台東区入谷（現在の松が谷）で起きた男児誘拐殺人事件である。この誘拐事件に関して、警察は、犯人からの身代金を要求する電話が入り、家族が吉展ちゃんの安否を確認させるよう求め電話を引き延ばした結果、犯人からの電話の録音に成功したが、当時は、犯人の架電してきた番号の逆探知が法的に許容されないとされていたために、犯人の所在までは捜査することはできなかった。結局、犯人の逮捕は難航し、実際に逮捕されたのは昭和40年夏以降のことであった。

(2) 昭和38年意見

このような状況のもとだされたのが、昭和38年12月9日の内閣法制局意見（以下、昭和38年意見という）である。この昭和38年意見は、いわゆる逆探知に関する照会に関する内閣法制局の意見である。この意見は、具体的には、

「1問題」において

(イ) 電話を利用して刑法第222条に規定する脅迫の罪を現に犯しているものがある場合に、被害者の要請によって、日本電信電話公社（以下「公社」という。）の職員が当該電話の発信場所を探索し、これを司法警察職員等の捜査官憲に通報することは、公衆電気通信法（以下単に「法」という）第5条第2項の規定に違反することになるか。

((ロ) は、電話端末での通話録音の件なので省略する)

という質問がなされている。

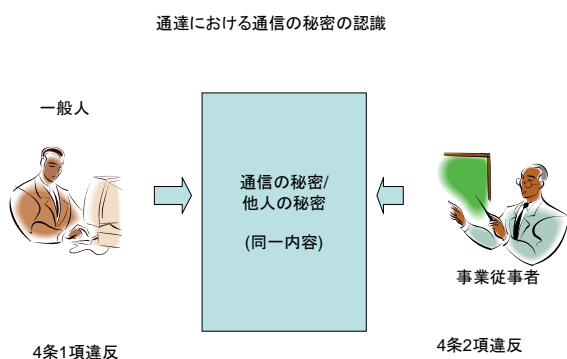
この「問題」の記述において注目すべきことは、明確に「公衆電気通信法第5条2項の規定に違反することになるか」と、2項の問題であると意識されているところにある。この質問および回答については、従前から郵便法における内閣・法務の解釈である1項限定

¹⁰ 高橋政府委員発言（昭和29年4月3日の衆議院の郵政委員会）

¹¹ 齋藤政府委員（昭和29年4月3日の衆議院の郵政委員会）、井本台吉（昭和29年5月21日の参議院郵政委員会）

2項付加論を公衆電気通信法に応用したものと解するのが素直であるように思える一方で、5条1項および2項は、ともに「通信の秘密」を保護するものであって、1項は、業務に携わらない一般人についての定め、2項は、業務に携わるものについての定めであるという解釈も可能である。

当調査委員会において、関係者に対して聴取したところによると、関係者は、郵政省の郵便法についての解釈等との関連性などについてはまったく念頭に置かなかったということが明らかになっている。関係者においては、この内閣法制局の意見の作成にあたってなされた議論においては、「内閣法制局の田中参事官とわれわれ電電公社の者だけで、郵政省の人がおられたという記憶がない」とのことであった。この当時すでに、通信についての「秘密」は、むしろ、「秘密性」とでもいうべきものであって、秘密にすべき性質をもっている、したがって、通信の構成要素から特定のものを通信の秘密として、それ以外の構成要素と峻別することはできないという認識を有していたのではないかという基本的なスタンスであったという事実も明らかになった。



この結果、この昭和38年意見は、すでに、以前から電電公社において有力な解釈の立場であった、一般人については「通信の秘密」、従事者にとっては、「他人の秘密」で、同一のものを保護するというスタンスから、逆探知の適法性について議論を整理したものとすることができる。したがって、内閣の意見において、2項が強調されているのは、逆探知で求める事項が、通信に関する（外形的）事実であるからではなくて、それが、電気通信事業者のもとにおける通信に関するものだからである。

第4 昭和38年意見から電気通信関係法詳解まで

1 昭和38年意見後の動き

昭和38年意見ののちに、電電公社においては、電文1100号が昭和39年2月10日に明らかにされている。電文1100号は、従来からの通達によっては、一部法律解釈に疑義を生じたこと、電話による脅迫事件が頻々と発生するのに対して対応が十分でなかったことから、昭和38年内閣法制局意見をも踏まえて具体的な業務遂行上問題となる点についての

業務上の方針を定めたものである。

2 「[調査] 通信の秘密—郵便法、公衆電気通信法の規定を中心として」

昭和41年に「[調査] 通信の秘密—郵便法、公衆電気通信法の規定を中心として」郵政調査時報6巻6号頁)が、公刊されている。この調査は、その当時までに「通信の秘密」に関連して論じられていた議論を総まとめにするものであり、また、各論点についてきわめて詳細に論述するものであって、きわめて重要な調査であるということができよう。

なお、この文献が所収されている郵政調査時報の性格、また、この論考の執筆者ともに現時点においては不明である。

特徴としては、「通信の秘密」と「通信に関して知り得た他人の秘密」とが同一であるという立場がありうることを明確にしていることをあげることができよう。この部分の論述と同様に「通信の秘密」を巡る論点を整理している。具体的には、

- ①検閲の概念を広義に解している。
- ②通信従業員の積極的知得行為が、公衆法5条1項に含まれると解する説と同条2項に含まれる説があることを紹介している。
- ③公衆法5条1項の「侵してはならない」を積極的知得行為を禁ずるにすぎない（漏えい行為を含まない）と解する説と、同文言を憲法21条と同様に積極的知得行為・漏えい行為ともに禁じていると解する説があることを紹介している。
- ④本論考が、客観的に論点を紹介する態度が一般であるのに比して、「通信の秘密」（公衆法5条1項）として保護される対象は、通信の内容だけなのか、それとも通信当事者の住所、氏名、発信場所等をも含むのかという論点については、きわめて立場が明確に主張されているという特徴を有している。三好説（住所、氏名が書いてある郵便物は、住所、氏名を秘密にする意思がないものと推定しても大きな誤りではあるまい）を紹介するものの「一般には、通信の秘密として保護される対象は、信書等の内容たる通信文ばかりでなく、なお、その通信当事者の住所、氏名等にもおよぶものと解する考え方が支配的である」として「通信の内容以外の事項であっても、その事項を通じて通信にかかる私人の私生活の秘密を探知される可能性があるかぎり、通信の秘密に属するものがあると理解すべきであろう」としている。
- ⑤そして、本論考は、次に、昭和38年内閣意見を紹介したあとで、それとの関係について検討することなしに、「この点については、次の二つの考え方がなされているようである」と議論を進める。

「調査」は、1項限定2項付加論について、当然採用し得ない立場であるとしてなんらの論証もなしに否定している。そして、1項と2項の関係については、二つの立場を紹介している。一つは、「信書すなわち封書やはがきの秘密をいい、信書の内容のほか、信書の差出人および受取人の居所、氏名等を含む」とした一方で、「信書の秘密」に加えて「郵便物の有無、取り扱い年月日、種類、個数、その他通信の構成要素をなす一切の事項」を他人の秘密とするという郵便事務提要の解釈を紹介している。この立場は、1項と2項とで、

2項は、1項よりも広い概念であるとする立場である。今、一方の立場は、「通信の秘密」と「他人の秘密」とを同様のものと解する立場である。これは、「通信の内容はもちろん、誰から誰への通信であるかという事実または場合により単に通信の存在の事実をも意味している」のであり、それは、とりもなおさず通信従業員が守らなければならない『通信に関して知り得た他人の秘密』であるとする考え方である」という立場である。

3 「電気通信関係法詳解」(上)(下)の出版

昭和48年に、電気通信関係法コンメンタール編集委員会編「電気通信関係法詳解」(上)(下)が出版されている。このコンメンタールが出版された経緯・執筆者等については、明らかにできなかった。このコンメンタールの下巻の巻頭は、公衆電気通信法の解釈にあてられている。公衆電気通信法の第5条(秘密の確保)の規定において、その第1項の「公社または会社の取扱中にかかる通信の秘密は、侵してはならない」という「通信の秘密」の注釈において「通信の内容はもちろん、通信の当事者(発信人、受信人)の居所、氏名、発信地、受信地、通信回数、通信年月日など通信の意味内容をなすものではないが、通信そのものの構成要素であり、これらの事項を知られることによって通信の意味内容が推知されるような事項はすべて含まれる」と解されている。その一方で、第2項の「公衆電気通信業務に従事するものは、在職中公社または会社の取扱中にかかる通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。」という規定の解釈においては、「その業務の取り扱い上、通信の内容、通信の当事者、通信の年月日、通信の発信地・受信地など他人の通信の秘密を容易に知りうる地位にあるので、公衆電気通信業務に従事するものがその業務の取り扱い上、必要な限度において他人の通信の秘密を知ることは本状の規定に違反しないが、在職中知り得た他人の通信の秘密を第三者に漏らしたり、窃用したりした場合には、本稿の規定に違反することになる」とされている。

ここでは、1項の「通信の秘密」の解釈と2項の「他人の秘密」の解釈については、特に、その範囲が同一であるかのように記載されている点に特徴がある。もっとも、1項と2項の適用関係などについての直接的な記述は存在していない。

4 従事者の加罰規定の整備について

昭和 57 年 04 月 15 日の衆議院 内閣委員会での議論を検討すると、公衆電気通信業務に従事していた者の守秘義務に対する加重罰の適用などについて、法改正が準備されていた旨がうかがえられる。もっとも、「公衆法の一部改正を一括法案で扱うという政府方針を踏まえまして罰則規定に係る改正は今回見送ること」とされた。この点については、「不明確な点につきましては現在解釈で補っているところでございますが、現在同様解釈を進めていくということで当面はこれによって対処し得ると考えております。」ということであった。調査チームとしては、この改正の趣旨がどのようなものであったのかまでは、明らかにすることができていない。

第 5 電気通信事業法の制定とネットワーク通信への適用

1 電気通信事業法の制定と逐条解説電気通信事業法の出版

昭和 59 年に、従来からの公社、会社の独占体制であったものを見直し、公社の経営携帯の改変、全事業分野への複数事業者の参入の導入という形で電気通信事業制度のいわば根本的な変革が試みられることとなり、電気通信事業法および日本電信電話株式会社法が制定された。

その後、昭和 62 年に、郵政省の電気通信法制研究会が著者となり、第一法規から「逐条解説 電気通信事業法」が出版されている。

まず、電気通信事業法の条文（制定当時）は、
（秘密の保護）

第 4 条 電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない。

2 電気通信事業に従事する者は、在職中電気通信事業者の取扱中に係る通信に関して知り得た他人の秘密を守らなければならない。その職を退いた後においても、同様とする。
というものである。

であり、また、同条の罰則に関しては

第 104 条 電気通信事業者の取扱中に係る通信（第 90 条第 2 項に規定する通信を含む。）の秘密を侵した者は、1 年以下の懲役又は 30 万円以下の罰金に処する。

2 電気通信事業に従事する者が前項の行為をしたときは、2 年以下の懲役又は 50 万円以下の罰金に処する。

3 前 2 項の未遂罪は、罰する。

と定められている。

公衆電気通信法と比較した場合に、電電公社の民営化にともなって用語が、変更になっているものの、通信の秘密の位置づけに関する用語は、変更がなされていない。

ここで、まず、1 項の「通信の秘密」について、従来からの「通信内容にとどまらず、通信当事者の住所、氏名、発信場所等通信の構成要素や通信回数等通信の存在の有無を含

むものである」とされている。(構成要素以外までひろがったかどうかは調べる必用あり)

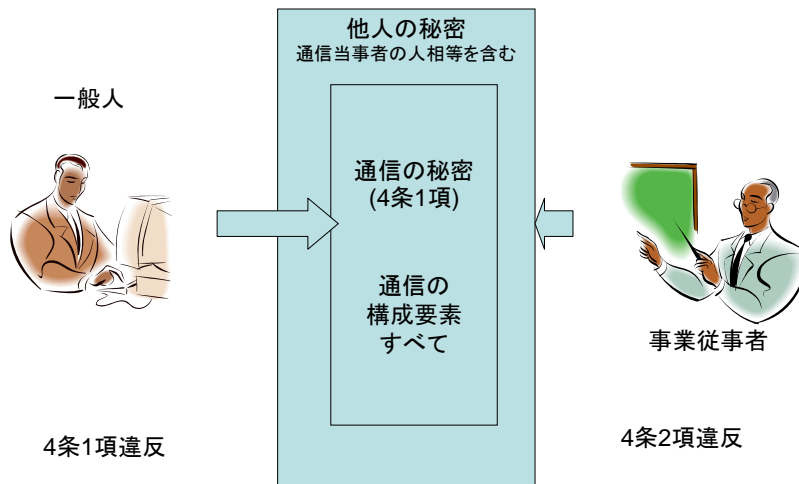
そして、そのように、いわば、広く解される理由として「これらの通信の構成要素は、それによって通信の内容を探知する可能性があるし、また、通信の存在の事実を通じて個人の私生活の秘密(プライバシー)が探知される可能性があるからである。」と述べている。そして、通信の秘密が、外形的な事実を含むことについて「このように『通信の秘密』には、通信の内容たる事実に係るものと通信の外形的な事実にかかるものがあるが、ここでは、両者を保護するものである」と明言されているのである。

そして、逐条解説は、2項の解釈に移る。

2項の解釈については、「電気通信事業に従事する者に関する第1項の適用関係を明らかにするとともに、電気通信事業に対する利用者の信頼保持の観点から、電気通信事業に従事する者に対し、第1項よりも広い範囲の守秘義務を職務上の義務として課したものである」とされている。

そして、「通信の秘密」の概念との違いなどが意識して論じられることになる。具体的には、ここでいう「通信に関して知り得た他人の秘密」とは、「通信の内容、通信の構成要素、通信の存在の事実等「通信の秘密」のほか、通信当事者の人相、言葉の訛りやプッシュホンに記憶された相手番号等直接の通信の構成要素とはいえないが、それを推知させうるものも含む」とされている。そして、ここでは、完全に従来解釈をさらに拡大するものである。この解釈は、意識的なものであって、「電気通信事業という他人の通信を扱う公共性の高い事業に従事する以上、より幅広い義務を課して、通信の秘密の保護に万全を期したものである」とされている。ある意味で郵便法の制定が、1項を内容に限定した上に2項を付加した立場であるのに比較して、この解釈の立場は、1項を拡大しその上で、更に2項を付加した立場になっている点に特徴がある。

「電気通信事業法逐条解説」における通信の秘密の認識



2 電気通信事業法のもとにおける「通信の秘密」の具体的問題

その後、電気通信事業法のもとで、通信とそれに伴う秘密の取扱として種々の問題が議論されてきた。それらに関するものとして議論されてきている問題として

- (1) 発信者電話番号表示サービス時点における外形的事実の位置づけ
- (2) 個人情報保護法における通信の秘密と外形的事実
- (3) 発信者情報開示制度と通信の秘密
- (4) 大量通信等ガイドラインと通信の秘密
- (5) 「インターネット上の自殺予告事案への対応に関するガイドライン」
- (6) 帯域制限ガイドライン
- (7) その他

などがあげられる。

第6 提言

1 提言の基本的立場

著者らは、「通信の秘密」が我が国制定法の過程において、どのように解釈されてきて、それが、また、具体的な事案のなかでどのように運用の指針として役割を果たしてきたかというのを時系列的に参照してきた。その調査は、「通信の秘密」の解釈という視点から、我が国の通信法制の歴史をたどっていくというきわめて学問的に興味深い営みであったといつてよい。そして、制定法の制定経過・解釈論の変遷という観点については、本報告書において、わが国において電気通信に関する法規制が交通法のもとで議論されていた段階からの議論で現在において検証可能なものについて、一応の調査をはたしたものと認識することができよう¹²。そしてその調査は、実質的な意味においても、郵便法の解釈をめぐる国会審議での議論からもみられるように通信の内容と通信データについての保護の違いについての意識、一貫した電電公社における通信の秘密自体の解釈の維持の姿勢、その解釈が次第に拡大化していく事実などもきわめて興味深いものがある。

この学問的に興味深い営みを現代において通信法制が社会から問いかけられている問題という観点からみると、従来から歴史的に拡大化を果たしてきている「通信の秘密」の解釈では、逆にインターネット時代に適合しえなくなっているのではないかと、郵便法の制定時の議論や公衆電気通信法の制定時の起草者の問題意識を汲んで、現代社会における通信法制のあり方に再度光をあてる必要があるようになってくるのではないかとはいえるものと思われる。

このような見地から、本稿および憲法制定経緯における考察を踏まえて著者らは、以下の提言をなす。

2 提言

(提言)

電気通信事業者等の行為に関するいわゆる「違法性阻却事由」構成を廃棄し、むしろ、電気通信事業者における「積極的な取得」および「窃用」概念の意義が明確にわかるようにかかる二つの概念についての定義を明確にするとともに、電気通信事業者等の行動規範が明確になされるべきである。

¹² (1) 戦後の郵便法のもとで、従来の罰則規定に加えて、秘密についての一般的な規定が設けられた経緯・意義 (2) 昭和57年前後における罰則規定についての見直しの議論の内容については、さらなる調査が必要であり、また、稔りおおいものとなることが予測されよう。

(1) 電気通信事業者等

電気通信事業法の「通信の秘密」に関する規定（同法4条1項、同179条1項）は、電気通信事業者のみではなく、一般人をも規定の対象としていることはいままでの間もない。そして、ネットワーク等においては、円滑な通信の確保のために、電気通信事業者のみではなく、大学等の通信を提供する者やセキュリティ等の観点からの調査者なども重要な種々の活動をなしているということができる。しかしながら、インターネットにおける通信の秘密の規定については、その適用の範囲が明確ではないということがいえる。インターネットにおいては、通信の当事者でなくても、通信についてこれを了知し、その内容までも了解することができるきであり、そのような行為については、位置づけが明確ではないところである。そのようなために大学におけるネットワーク管理者・ネットワークセキュリティ研究者等においては、ネットワークにおける活動についての限界が明確にはならないところでもある。「通信の秘密」の解釈については、社会的に影響を及ぼす範囲が広いことも留意する必要がある。

(2) 違法性阻却事由構成の廃棄

法解釈論として、郵便法の初期の解釈のように、1項の「通信の秘密」について「通信の内容」の保護、2項の「他人の秘密」は、通信データの保護であると構成し直した上で、通信データの保護の程度について、再度検討するという方向が、条文の解釈としても一番すっきりする立場であるということになる。しかしながら、通信データ部分が、1項の「通信の秘密」においても保護されているという解釈がきわめて長年にわたって行われており、かかる解釈を覆すことが、諸般の事情から、容易ではないというのであれば、現実的には、違法性阻却事由構成をただちに廃棄すべきという必要がきわめて高いものとする。

かかる構成については、電気通信事業者における電気通信の円滑な伝達のための種々の行為についてそれぞれ正当性を明らかにしなくてはならず、また、かかる正当性についての判断を結果として誤った場合に、それだけで違法になるという点で望ましいものではないということがいえよう。また、そのようなことをおそれる余り、電気通信事業者が、積極的な伝達のための管理行為を行うのをためらうときには、更に大きな問題を引き起こすものと思われる。現在の電気通信事業者の活動等において、なすべき規範を提供していないし、萎縮的效果をもたらしているのである。また、歴史的な解釈論の立場からしても、法の解説本においては、電気通信事業者の取得自体は、通信の秘密の「侵害」を構成する「(積極的) 知得」とはいえないというのが、もともとの公衆電気通信法の起草にかかわった者の意図であり、また、電信法の解説本にも記載されている趣旨である。歴史的には、上記の違法性阻却事由構成は、法の解釈としては、主流の立場ではなかったのである。もっとも、このように解した場合、積極的知得の限界や、また、知得後に許容される「利用」の限界（窃用との境界）の問題が発生することは、そのとおりであり、その点を「正当業務行為」として判断するという法的構成となったのは、十分に理解できる。しかしながら、そのような点を考慮しても、上記のようなデメリットは、許容できるものではないと思わ

れる。

窃用もしくは漏えいにならないかぎり許容されるということになる。そして、具体的な思考方法としては、ISPは、なすべき行動規範をみずからもしくは団体等により策定し、それに従うかぎり上記の各責任を問われることはないということになる。

(3) (積極的) 知得と窃用概念の明確化

「通信の秘密を侵す」とは、通信当事者以外の第三者が「積極的意思をもって知得」しようとするもののほか、第三者にとどまっている秘密をその者が「漏えい（他人が知りうる状態にしておくこと）すること」および「窃用（本人の意思に反して自己または他人の利益のために用いること）する」ことをいうとされる。ここで、電気通信事業者が通信データを取得することがこの（積極的）知得といえるのかという問題があり、これは、違法性阻却事由構成の廃棄の問題そのものということになる。また、大学のネットワーク管理者やセキュリティ関係者がセキュリティ活動として通信データや通信の内容を取得する場合は、どうかという点も、この問題に関係することになる。電気通信事業者が伝達のために取得することが当然とされる通信データというのにはどのようなものがあるのか、また、そのような通信データについては、事業者以外のものは、取得を許容されるのかということが明確にされるべきであろうと考えられる。

また、そのような取得が当然な通信データについての利用の限界についても明確になされるべきであろうと思われる。これは、法解釈上、「窃用」の限界として議論されるものと思われる。窃用は、上記定義のなかで、自己または他人の利益のために用いることとされているが、そこで、自己や他人の利益というのが何なのかという問題については、ほとんど議論がないように思われる。ネットワーク管理にしても、発信者情報開示にしても、社会からの要請との関係でその要請を求めるものとの関係での議論である。そこでは、自己や他人の利益のためということが果していえるのかという問題があるのにもかかわらず、いままで議論がほとんどなされていなかったように思われる。