

海外情報通信判例研究会

報告書（第一集）

総務省 情報通信政策研究所

目 次

<u>はじめに</u>	・・・	1
<u>第1章 判例研究の意義</u>		
●判例研究の意義	[堀部 政男]・・・	5
<u>第2章 情報通信と判例の概要</u>		
●米国における情報通信関連政策と裁判例の概況	[小向 太郎]・・・	9
1 伝送路と情報（コンテンツ）		
2 伝送路に関する政策と係争		
3 情報（コンテンツ）に関する政策と係争		
4 通信と放送の融合		
<u>第3章 競争政策等に関する判例</u>		
●欧州競争法における独占的事業者による競争者排除行為の規制		
－欧州マイクロソフト事件を中心に－	[林 秀弥]・・・	19
1 はじめに		
2 欧州競争法における排除行為規制の枠組み		
3 欧州 Microsoft 事件とその評価		
4 欧州 Microsoft 事件の検討（その1）：ライセンス拒絶		
5 欧州 Microsoft 事件の検討（その2）：バンドリング（Bundling）		
6 おわりに		
●独占的地位を利用した高価格設定を規制した欧米の事例	[大久保 直樹]・・・	51
1 はじめに		
2 米国の事例		
3 欧州の事例		
4 おわりに		

●米国におけるプライスクイーズ規制の展開 ～リンクライン事件控訴審判決に至るまで	[若林 亜理砂]・・・	61
1 はじめに		
2 米国における規制の展開		
3 リンクライン (linkLine) 事件		
4 リンクライン事件におけるプライスクイーズ規制 に対する議論の対立		
5 おわりに		

第4章 消費者保護・通信の秘密等に関する判例

●ACLU v. NSA 令状なき通信傍受に対する差止めの可否 ：セキュリティ対プライバシー	[石井 夏生利]・・・	81
1 ACLU の提訴		
2 無令状傍受と修正第4条		
3 制定法による傍受の制限		
4 政府の見解		
5 ACLU 対 NSA 事件		
6 本判決の評価		
●米国における「ラップ型契約」について	[平野 晋]・・・	103
1 はじめに		
2 報告者による「ラップ型契約」事例の紹介		
3 ALI における「ソフトウェア契約の諸原則」における 「ラップ型契約」		
4 おわりに		
●米国における違法・有害情報と青少年保護 — 合衆国対米国図書館協会事件(United States v. American Library Association) を中心に —	[井部 千夫美]・・・	123
1 はじめに		
2 事実の概要		
3 連邦最高裁判決		
4 検討		
5 おわりに		

第5章 放送に関する判例

●米国の新聞・放送相互所有規制と連邦憲法修正第1条 [佐々木 秀智]・・・ 139

- 1 はじめに
- 2 新聞・放送相互所有規制の基本枠組み
- 3 Prometheus Radio Project v. FCC
第3巡回区連邦控訴裁判決
- 4 おわりに

●英国の電波メディアに対する苦情申立て

— オフコムの活動 [ジョン・ミドルトン]・・・ 153

- 1 はじめに
- 2 オフコムの設立への道
— 従来の電波メディア規制機関
- 3 オフコムの放送綱領
- 4 オフコムへの苦情の申し立て方
- 5 オフコムの苦情処理の過程
- 6 BBCの苦情処理制度とオフコム
- 7 2007年度におけるオフコム中央オペレーションズの実績
- 8 オフコムの救済方法
- 9 虚報事件における制裁の実例
- 10 プライバシーに関する放送綱領の事項
- 11 1998年人権法とオフコム
- 12 プライバシー侵害事件の実例
- 13 オフコムの最近の実績
- 14 オフコムの広報活動
- 15 オフコムの財源と従業員数
- 16 おわりに

●公共放送における放送の自由

— ドイツ連邦憲法裁判所 2007年9月11日第2次放送受信料判決 (BVerfGE 119, 181.) — [西土 彰一郎]・・・ 171

- 1 はじめに
- 2 放送受信料額確定手続の制定までの経緯
— 第1次放送受信料判決 —
- 3 第2次放送受信料判決

- 4 学説
- 5 ドイツ側の妥協？－いわゆる3段階審査について
- 6 おわりに

●民間のローカル放送番組に対する財政援助と放送の自由
－バイエルン州メディア法に基づく財政援助制度の概要－

[杉原 周治]・・・ 185

- 1 はじめに
- 2 加入者負担料制度 (Teilnehmerentgeltssystem) の概要
- 3 連邦憲法裁判所 2005 年 10 月 26 日決定
- 4 州メディア法第 23 条に基づく新たな財政援助制度
- 5 おわりに

《参考資料》

主要判決の概要

競争政策等に関する判例

- ・ 欧州マイクロソフトによる競争者排除行為について・・・ 205
- ・ 著作権管理に関する優越的地位の濫用について・・・ 207
- ・ 米国におけるプライススクイーズ規制の展開・・・ 208

消費者保護・通信の秘密等に関する判例

- ・ ACLU v. NSA 令状なき通信傍受に対する差止めの可否
セキュリティ対プライバシー・・・ 211
- ・ 米国におけるラップ型契約について・・・ 212
- ・ 米国における違法・有害情報と青少年保護・・・ 213
- ・ 米国における青少年有害情報規制に関する係争について・・・ 214

放送に関する判例

- ・ 米国における相互メディア所有規制と憲法修正第 1 条
(表現の自由) について・・・ 217
- ・ 英国の電波メディアに対する苦情申立て－オフコム活動・・・ 218
- ・ ドイツ公共放送における放送の自由について・・・ 219
- ・ バイエルン州の放送番組に対する財政援助と放送の自由について・・・ 220

「海外情報通信判例研究会」開催要綱・・・ 221

「海外情報通信判例研究会」開催実績・・・ 223

はじめに

「海外情報通信判例研究会」（座長：堀部政男一橋大学名誉教授）は、電気通信事業の競争政策、通信の秘密、表現の自由等に関連する諸外国の裁判例の動向を研究し、今後の情報通信政策の形成に役立てることを目的として、総務省情報通信政策研究所長の研究会として、平成 20 年 3 月より開催されているものである。

これまで、総務省においては、情報通信分野で多くの研究会を開催しており、海外の関連制度については一定の蓄積があるが、海外の関連する判例となると、有益な議論の積み重ねに乏しいのが実情である。これは、情報の入手の困難さ等の問題もあろうが、判例というものの専門性が多分に高く、深い背景的知識がないと判旨を的確に理解することが困難であるという事情にもよる。したがって、それぞれの分野で専門的に諸外国の判例の研究を行っている本研究会の構成員の研究成果をこのような形で公表することは、難解な判例の理解に向けた手ほどきを行うこととなるとともに、そこから得られる解釈・示唆の考察を通じて、我が国の情報通信政策の企画・立案等にも大きく資するものと考えられる。

研究会では、毎回、各構成員による研究発表が行われており、本報告書は第 1 回から第 6 回までの成果を取りまとめたものである。各稿では、研究会で取り上げた判例事案の解説にとどまらず、それに関連する判例や背景にある制度・政策等も含め、幅広く紹介することを心がけたつもりである。

本研究会の開催に際しては、堀部座長をはじめ、各構成員より多大なる御指導を頂いている。ここに衷心より感謝申し上げたい。本報告書における各稿は、それぞれ目次に明記する各構成員に御執筆いただいたものであり、いわば各構成員の努力の結晶であると言えることができる。この場を借りて心よりお礼申し上げたい。本報告書が、我が国の情報通信政策の形成に資する貴重な資料として、多くの方に活用されることを期待する。

総務省 情報通信政策研究所 調査研究部

米国や欧州の判例研究の編集には、日本法に関する判例の場合と異なり、多くの困難がある。例えば、各執筆者は、法律用語の日本語訳や固有名詞のカタカナ表記法等について各自の主張を持っている。

それらを統一することができないわけではないが、ここでは、各執筆者の意向を最大限に尊重することにした。しかし、その結果、下記の例など若干の不統一が生じたことをあらかじめ記す。

なお、本稿で意見に相当する部分は、各執筆者の見解を述べたものであり。総務省や情報通信政策研究所の公式的な見解を示すものではない。

訳語一例：「〇〇州△△地区連邦地方裁判所」と「連邦地方裁判所（〇〇州△△担当）
「欧州裁判所」と「欧州司法裁判所」
「(法律名) 第2条第2項」と「(法律名) 第2条(2)項」 等

第 1 章 判例研究の意義

判例研究の意義

海外情報通信判例研究会座長 堀部 政男

世界的に見ると、数々の法が存在している。それらを分類する試みは、これまでも比較法学の分野において種々行われてきた。それらの中で一つの有力な分類方法は、コモンロー (common law) とシビルロー (civil law) とに分けるものである。前者は、様々な意味で使用される概念であるが、ここでは、英米法 (Anglo-American law) を意味するものとして使うことにする。後者は、ローマ市民法 (jus civile) の英訳で、ローマ法の影響を強く受けているヨーロッパ大陸諸国の法、すなわち、大陸法 (continental law) の意味で使われる (市民法、民法などの意味で使用されることもある)。

コモンローは、英国 (スコットランドは元来シビルロー)、米国 (ルイジアナ州は元来シビルロー)、オーストラリア、ニュージーランド等において行われている法である。これらの国においては、法は、伝統的には、判例を中心に形成され、それが成文化されていないことから、それらの国の法について、判例法 (case law) 主義、不文法 (unwritten law) 主義などという概念が使われてきたが、近年では、法の形成で制定法 (statute law) が重要な役割を果たすようになってきている。

シビルローは、ドイツ、フランス等のヨーロッパ大陸の諸国で行われている法である。これらの諸国においては、法は、伝統的には、成文化された制定法を中心に形成されてきたことから、それらの国の法について、成文法 (written law) 主義などの言葉で表現されてきたが、近年では、判例も重要な意味を持っている。

コモンローとシビルローとは、歴史的には、法的思考、法概念、法源の種類等で様々な違いが見られたが、最近では、両者は、近似のものとなってきていると言える。

日本では、明治維新以降において、当初、コモンローを参照したことがあるが、その後、シビルローにならって、大日本帝国憲法 (1889 年制定) をはじめ民法、商法、刑法、民事訴訟法、刑事訴訟法等が制定された。その意味では、大陸法を基礎にしてきた。しかし、第 2 次大戦後、日本を占領した米国の法にならって、日本国憲法 (1946 年制定) をはじめ様々な法の分野でコモンローの影響を強く受けるようになった。

その日本における情報通信法は、戦後においてコモンロー、特にアメリカ法の考え方を採り入れたところが多々ある。

情報通信関係の法について議論する際には、諸外国の制定法やその背景にある情報通信政策を参考にするのが一般的である。また、それらと比較することによって日本の情報通信関係法を世界最先端のものとするのが論じられることもある。

それらの諸外国においては、情報通信関係の裁判例が多い場合もある (例えば、米国)。判例は、具体的な事件について裁判所という第三者的機関が法を解釈適用し解決策を示し

たものであって、それぞれの国等においてどのようなことが問題となり、裁判所がどのように解決しようとしたかを示している（裁判所以外の第三者機関がかかわる場合もある）。

それらは、また、日本で立法政策（新たな成文法のための政策）を立案する場合においてばかりでなく、現行法の解釈をする場合にも参照価値が高い。

情報通信分野に関する諸外国の制度については、立法・行政当局においても一定の議論等の蓄積があるが、諸外国の判例となると、必ずしも十分な検討の積み重ねがあるとは言えない状況にある。したがって、英米法系、大陸法系の国を問わず、情報通信に関する海外の裁判事例を研究し、そこから導き出される規律について解釈を加え、我が国の法制に対する示唆を演繹（えんえき）することは、今後の我が国における情報通信分野の法秩序及び政策の形成に資するところが大きいものと考えられる。

以上のような判例研究の意義を踏まえ、本報告書においては、情報通信の各分野のうち、競争政策等に関する判例、消費者保護に関する判例、放送に関する判例に焦点を当て、それぞれの事案・規律ごとに解説を加えることとしている。具体的には、競争政策等に関する判例としては、米国及びEUにおける支配的事業者による市場支配力のレバレッジに関する事例、米国における優越的地位の濫用が規制された事例、米国における反トラスト法上の価格圧搾の規制に関する事例を取り上げた（第3章）。消費者保護に関する判例としては、米国における通信の秘密に関する事例、電子商取引における消費者保護に関する事例、違法・有害情報対策に関する事例を取り上げた（第4章）。放送に関する判例としては、米国におけるメディア相互所有規制、英国における報道被害と裁判外の救済方法に関する事例、ドイツにおける公共放送における放送の自由に関する事例、ドイツの州政府の財政援助制度と放送の自由との関係に関する事例を取り上げた（第5章）。また、米国における情報通信政策の全体的な状況を明らかにするために、米国における情報通信関連政策と裁判例の概況も収めた（第2章）。

海外情報通信判例研究会のメンバーは研究者が中心である。本年度は各人がこれまでに研究してきた分野ないしその周辺領域に関する判例等をまとめていただいた。個別の判例等に重点を置きながら執筆したものがある一方、その対象としたテーマについて論じる中で判例等を取り上げているものもある。判例等を概観できるようにするために、情報通信政策研究所において、判例等の要旨を整理していただいた。それらも本報告書には載せているので、併せて参照されたい。

第 2 章 情報通信と判例の概要

米国における情報通信関連政策と裁判例の概況

株式会社情報通信総合研究所主席研究員

小向 太郎

1 伝送路と情報（コンテンツ）

本稿では、米国で情報通信に関して行われてきた政策と、それに関連する裁判例の傾向を概観する。情報通信に関する政策は大きく伝送路に関する政策とコンテンツに関する政策に分けて考えることができる。

伝送路に関する政策は、一般に設備の充実と利用の拡大を目的としている。電気通信に関しては、1980年代半ばまでの電気通信事業は電話（固定電話）が主要業務であったが、もともと電話事業は、埋没費用（サンクコスト）が大きいこと、規模の経済が働くことや、ネットワークの外部性を有することから、民間企業の自主的活動に任せておくことと有効なネットワーク構築がなされないおそれがあるとされ、多くの国で国営や公的企業によって提供されてきた。

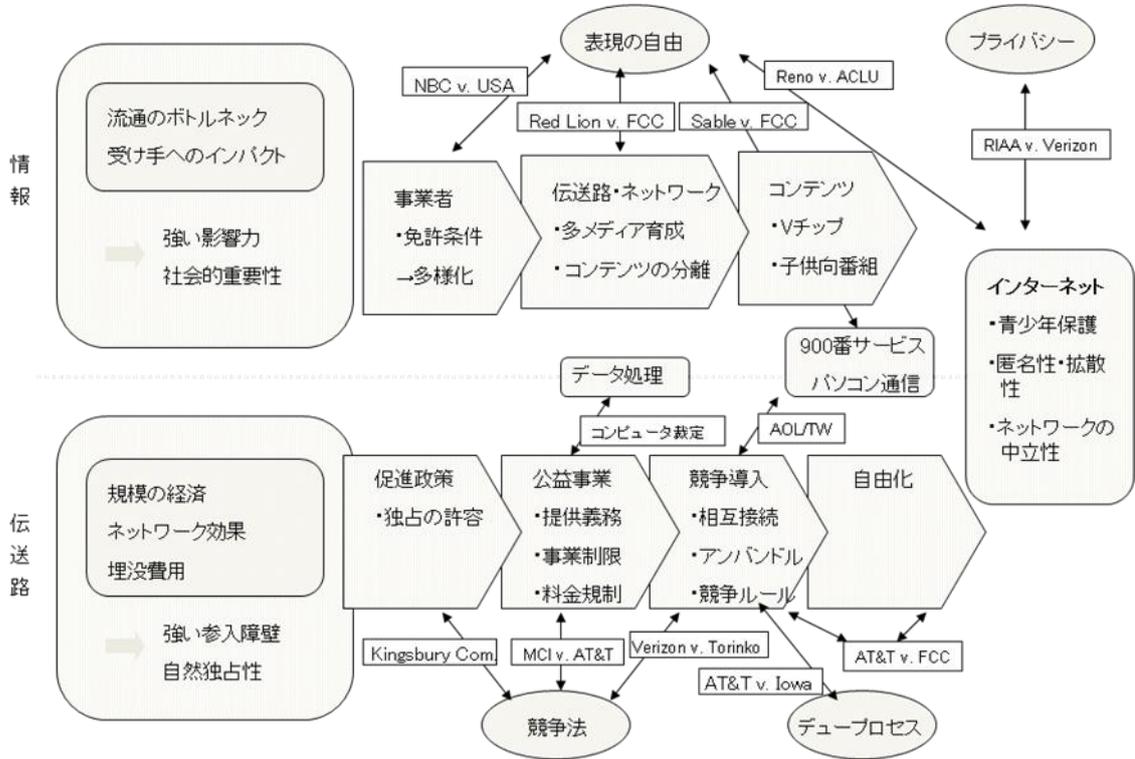
これに対して、米国においては当初から一貫して民間企業がビジネスとして電気通信事業を提供してきた点が大きな特徴である。ここでは、規模の経済やネットワーク外部性という特徴が、AT&T という一つの企業が単独ネットワークを独占的に構築することを正当化する根拠とされる面があり、AT&T が 1907 年に提唱した「一つの政策、一つのシステム、ユニバーサル・サービス」という標語にも、そのような考えが背景にあると考えられている。

電気通信に関する技術が成熟すると、事業参入コストの低下や技術の標準化によって、電気通信事業への新規参入も可能になる。また、サービスの高度化等様々なニーズが顕在化し、自由競争（料金競争、サービス競争）による市場の活性化を求める声が高まっていく。米国においては、1980年代から自由化と競争導入が行われてきたが、それに伴い電気通信事業者を対象とする伝送路に関する規制は、競争条件を整備しつつ新規参入を進めるという、相反する要請を満たすことが求められるようになった。

電気通信事業者は、自らが伝送するコンテンツに関与しないのが原則であり、従来は電気通信に関するコンテンツ規制が問題とされることは少なかった。これに対して、放送事業者に対しては多くの国で、番組に対する内容規制が行われている。これは、放送というメディアが電波という希少な伝達媒体を持つことで強い影響力や社会的重要性を持ってきたことに由来する。

以上のような観点から、米国における伝送路と情報に関する政策と関連の係争の概要を示したものが「図-1」である。

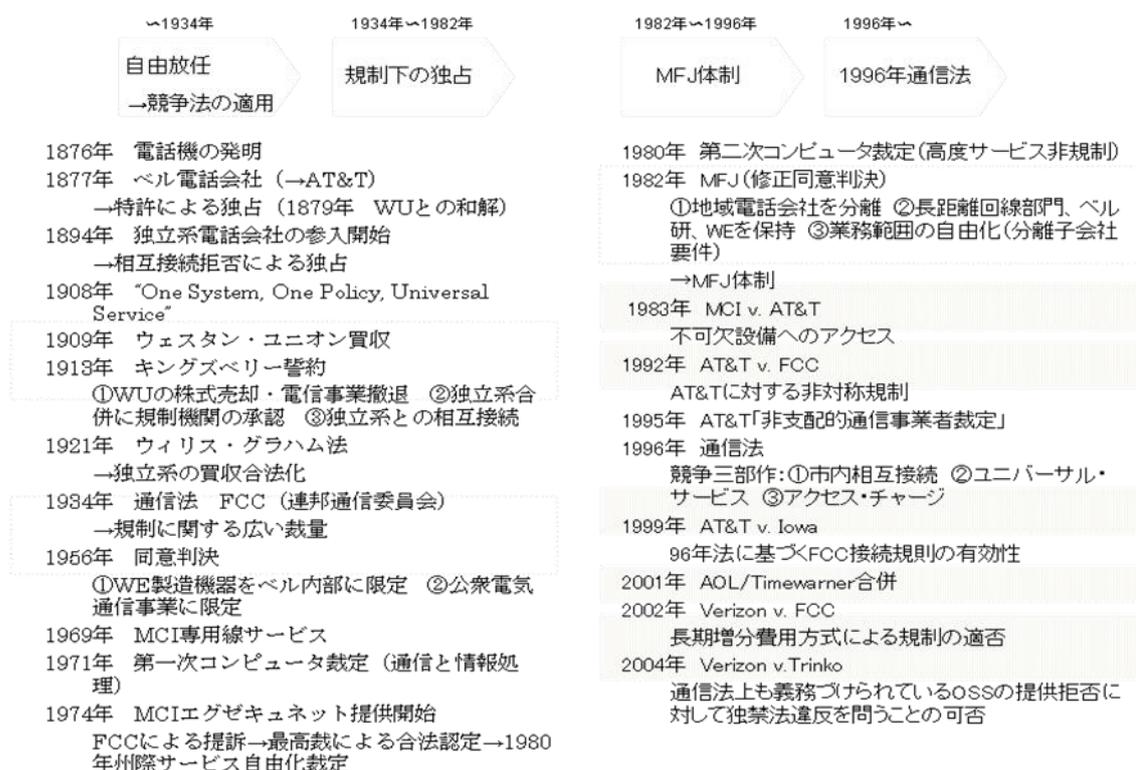
図-1 伝送路と情報に関する政策と係争



2 伝送路に関する政策と係争

1876年に電話機が発明されてから1934年通信法（Communications Act of 1934）成立までの間は、当初は自由にビジネスが展開されていたが、次第に競争法が適用されるようになった。この時代を「自由放任」から「競争法の適用」の時代と位置づけることができる。それ以降の1934年から1982年にAT&Tが分割されるまでを「規制下の独占」の時代と呼ぶことがある。そして、1982年のAT&T分割から1996年通信法成立までの時代は、AT&Tが分割する原因となったのが修正同意判決（MFJ: Modified Final Judgement）であることから「MFJ体制」と呼ぶことにする。1996年通信法成立から現在までの時期と併せて、大まかに4つの時代に区切ることができる。

図-2 伝送路に関する政策と係争例



(1) 自由放任から競争法の適用へ

電話機が発明された翌年の1877年にベル電話会社が設立され、これが後のAT&Tになる。当初は電話機の特許を利用して独占的に事業を進めていたが、1894年前後に特許の期間が終了して独立系の電話会社が参入を開始するようになる。しかし、当時は長距離通信網をつくることにコストがかかり、各地に地元資本等による電話会社が設立されても、長距離通信には参入が難しい状況があった。利用者の要望が多い長距離通信を提供するためには、既にネットワークを構築しているAT&Tとの相互接続がどうしても必要であった。AT&Tは、相互接続することを条件として新参入者を傘下に入れるなど、統合を進めていくことになる。

その後、電気通信事業に対する反トラスト法の適用が議論されるようになりAT&Tが司法省に提訴を受け、両者の間で1909年にはキングズベリー誓約 (Kingsbury Commitment) が結ばれる。この誓約では、ウェスタン・ユニオンの株式を売却して電信事業から撤退することや、独立系電話会社を合併するときには規制機関の承認を得ること、独立系との相互接続を確保することなどが定められている。その後、1921年のウィリス・グラハム法 (Willis - Graham Act) によって独立系の買収を合法的に行うルールが整備され、AT&Tは全米の電気通信ネットワークをほぼ掌握していくことになる。

(2) 規制下の独占

1934年に通信法が成立し、情報通信の規制に関する広い裁量を持った規制機関として連邦通信委員会（FCC: Federal Communications Commission）が設立された。1956年には、AT&T に対する司法省による反トラスト法訴訟について同意判決が出され、通信機器製造会社のウェスタン・エレクトロニックが製造する機器は AT&T グループ内に提供先を限定する、AT&T の事業を公衆電気通信事業に限定する、などの取決めがなされている。この時代において、FCC が基本的にベルシステムと呼ばれる AT&T の経営体制を追認するような形で規制を行っていたともいえる。

1960年代の終わりには、データ通信という新しい形態の電気通信が認められるようになる。そうすると、通信を使って情報処理をするのは通信なのか、それとも規制を受けないデータ処理なのかということが議論になる。1971年の第1次コンピュータ裁定では、データ通信を混合通信と混合処理に分離して、混合通信に対しては通信としての規制を及ぼし、混合処理は非規制という整理を行った。更に、1980年の第2次コンピュータ裁定では、高度サービスは基本的に規制の対象外とされることになった。

(3) MFJ 体制

1982年に MFJ によって AT&T の分割が決定された。MFJ は、AT&T に対する司法省による反トラスト法訴訟を決着させるためのもので、形式的には1956年の同意判決を修正したものに当たる。このような修正同意判決としてはこのほかにも様々なものがあるが、情報通信の世界では、単に MFJ といえばこの同意判決を指すことが多い。これによって、①AT&T が保有していた地域電話会社を資本分離する、②AT&T の事業を長距離回線部門、ベル研、ウェスタン・エレクトロニックに限定する、③分離子会社要件を課した上で業務範囲をある程度自由化する、といったことが取り決められている。

なお、地域通信と長距離通信の分離については、全米を LATA (Local Access and Transport Area) という日本で言うと県くらいの大きさの 193 のエリアに分けて、その地域内の通信を地域通信、地域をまたがるものを長距離通信と規定された。これによって、市内通信と LATA 内通信と LATA 間通信と州際通信で、それぞれ事業者と規制機関が異なる体制になっている。市内通信と LATA 内通信は、地域電話会社が提供して州の公益事業委員会が規制する。州内 LATA 間通信は AT&T が提供して州の公益事業委員会が規制をする。州際通信については AT&T が提供して FCC が規制する。ただし、このような体制をつくったのが同意判決であるため、事業者の行為等が同意判決違反に当たるか否かは裁判所が判断することになる。

1983年には、新興の長距離電話会社 MCI が AT&T の市内通信網へのアクセスを求めた事案において、不可欠設備へのアクセスを義務付ける判決が出されている（表-1：事案1）。MFJ 体制の下での規制に関しては様々な争いが提起されているが、例えば1992年の AT&T 対 FCC では、AT&T のみにタリフ提出義務を課するという非対称規制の当否を争われており、AT&T 以

外の事業者に対しても規制を行うべきであるという判断が示されている（表 1：事案 2）。なお、1995 年には AT&T は支配的事業者に当たらないという裁定が出され、非対称規制の相当部分が緩和をされることになる。

(4) 1996 年通信法 (Telecommunications Act of 1996)

1996 年に通信法が制定されたことを受けて、競争三部作と言われる市内相互接続、ユニバーサル・サービス、アクセスチャージについての規制が FCC によって課せられることになる。この FCC による規制が適正か否かについては、複数の訴訟が提起されている（表-1：事案 3～4）。

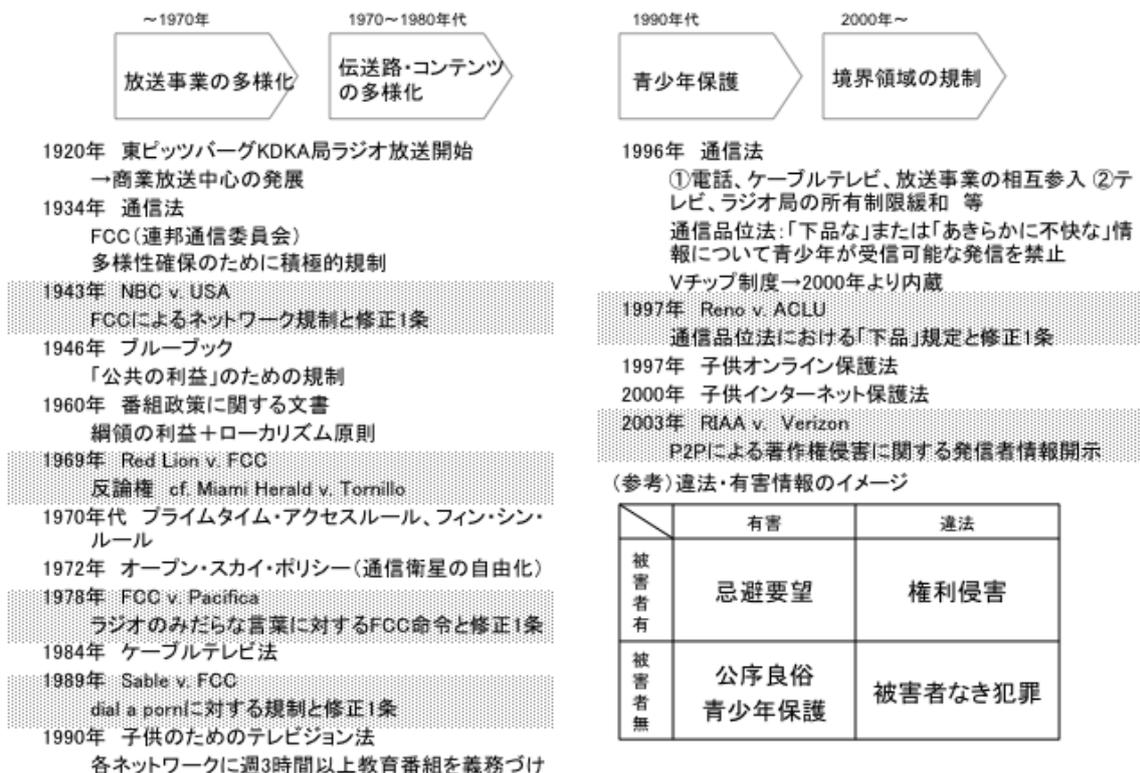
表-1 係争事例の概要 (1)

事案	概要	判旨等
1 MCI Communications Corp. v. American Tel. & Tel. Co., 708 F.2d 1081(7th Cir. 1983)	新興の長距離電話事業者MCIが、AT&Tの市内通信網へのアクセスを求めた事案	不可欠施設としてアクセスが求められる要件は、①独占的事業者による不可欠施設の保有 ②競争者が実際上又は合理的に当該施設を調達できないこと ③競争者に対して不可欠施設の提供を拒絶したこと ④当該施設の共同利用が実際上可能であること、である。
2 AT&T v. FCC, 978 F. 2d 727 (D.C. Cir. 1992)	FCCが通信法上定められたタリフの申請をAT&Tのみに課していたことについて、AT&Tがその停止等を求めた事案	通信法で定められたタリフの申請について、規制を差し控えることは違法である。
3 AT&T v. Iowa Utilities Board, 525 U.S. 366 (1999)	1996年通信法に基づくFCCの市内相互接続規則の有効性(FCCの規制権限)が争われた事案	FCCは1996年通信法の市内競争規定を執行する一般的権限を有する。規則のアンバンドル箇所に関する部分については代替手段へのアクセス等を考慮しておらず不当。
4 Verizon Communs., Inc. v. FCC, 535 U.S. 467 (2002)	FCC規則がILECに対する市内相互接続及びUNEアクセスに係る料金について、仮想的なネットワークを前提とする長期増分費用方式を採用していることの適法性が争われた事案	FCCの料金設定は、法律上可能な範囲で合理的な決定をしたものといえる。また、特定の料金が争われていないのに料金設定方法を収容問題としては取扱い得ない。
5 Verizon Communs., Inc. v. law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398(2004)	通信法上義務づけられているOSSの提供を十分に行わなかったことによるシャーマン法第2条違反が争われた事案	1996年通信法は反トラスト法の適用を妨げるものではないが、規制機関による規制に加えて反トラスト法上の介入を行うメリットは小さい。単独の取引拒絶が独禁法違反となるのは、競争を排除して独占的な地位を獲得する以外には利益とならないような短期的利益の犠牲をもたらす行為が行われた場合である。

3 情報 (コンテンツ) に関する政策と係争

コンテンツに対する政策は、当初から FCC が放送の多様性を重視した政策を行っている。事業者の多様化から、伝送路・コンテンツの多様化に重点が移っていき、1990 年代ごろから、放送以外の新しい分野についても規制が検討されるようになっていく。

図-3 情報（コンテンツ）に関する政策と係争例



(1) 放送事業の多様化

1920年にラジオ放送が開始されて、米国の場合、商業放送中心の発展を遂げる。放送に関しても1934年の通信法による規律を受けFCCが規制を行っている。免許条件やネットワークの複数所有禁止のような多様性確保のための規制を積極的に行ったため、この規制の合憲性を争う裁判も提起されている（表2：事案6）。この判決によってFCCによる規制の合憲性が認められたことを受けて、1946年と1960年に放送政策についての基本方針を示した文書が出されている（「ブルーブック」「番組政策に関する文書」）。

1969年のRed Lion対FCCでは、放送事業者に対してFCCが、放送で著書を批判された者に反論の機会を付与するよう命じたことが、規制として憲法上許されるかが争われ、規制の正当性が認められている（表-2：事案7）。

(2) 伝送路・コンテンツの多様化

1970年代に入ると、プライムタイム・アクセスルール (Prime Time Access Rule)、フィン・シン・ルール (Fin/Syn Rule) という2つのルールが定められ、当時の3大ネットワークが放送番組を独占したり、保有したりすることが制限される。このような政策は1995年に廃止をされるまでに十分な成果を上げたと考えられており、これによって米国においてハリウッドやシンジケーションの番組制作が主流になったといわれている。

1972年に通信衛星の利用が自由化され、米国ではケーブルTVが急速に普及する。FCCは多様化を進める観点からケーブルTVの普及に積極的であり、1984年のケーブル・コミュニケーションズ法でも新しいメディアとして推進するための施策が盛り込まれた。

放送に対するコンテンツ規制に関するものでは、1978年のFCC対Pacifica事件によって、放送については、他のメディアに比べて強い規制を課すことが正当化されるという趣旨の判断が示されている（表-2：事案8）。

一方、電話回線を使って提供されるポルノ番組に対する規制については、1989年のSable事件において、テレビとは異なり自ら積極的に番組にアクセスすること等を理由に、強い規制の合憲性が否定されている（表-2：事案9）。

(3) 境界領域の規制

1990年代に入ると、Sable事件で問題となったような境界領域のサービスが一層クローズアップされることになる。1996年通信法には通信品位法と呼ばれる条項が含まれており、一般に禁止されているわいせつな情報だけでなく「下品な (indecent)」又は「明らかに不快な (patently offensive)」情報についても、18才未満の未成年者が受信することを知らずながら送信することを禁じていた。これに対して人権保護団体等から、憲法が保障する表現の自由の不当な制約であるとして訴訟が提起されており、連邦最高裁は「インターネットは、メディアの希少性、家庭等への侵入性、現在までの規制の経緯を考慮すれば、修正第1条に関して低い保障で十分であるとは言えず、言論制約立法は厳格審査に服すべきである」として違憲の判決を下している（表-2：事案10）。

4 通信と放送の融合

1990年代の半ばから顕著になった伝送路のデジタル化は、通信と放送に関する技術的前提を大きく変えようとしている。伝達される情報がデジタル化されることで、様々な情報が同じネットワークを使って伝達できるようになっている。インターネットが採用したIP (Internet Protocol) では、あらゆる情報を等しく伝送することができるようになる。いわゆる通信と放送の融合は、下部構造である伝送路と端末の技術がIPに統合されることで、上部構造であるコンテンツ（サービスとそれを提供する事業者）が融合すると考えるのが妥当であろう。

このような傾向は、米国の情報通信政策にも影響を与えており、伝送路の規制については電信電話のネットワークに対する規制から、ブロードバンドの時代を迎えて大きく変化している。一方、放送について問題となることが多かったコンテンツ規制についても、いわゆる境界領域における情報発信が問題とされるようになっている。急速に発展する技術の状況を踏まえた検討が、一層求められているといえる。

表-2 係争事例の概要 (2)

事案	概要	判旨等
6 National Broadcasting Co. v. United States, 319 U.S. 190 (1943)	FCCによるネットワーク規制(ネットワークの複数所有制限)と修正第1条が保障する表現の自由との関係が争われた事案	1934年通信法の規定は広範ではあるが、法で定める公共の利益という基準がFCCの判断を規律しうるため漠然不明確ゆえに違憲とはいえない。
7 Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969)	放送局が行った著者批判に関してFCCが反論の機会付与を命じたことについて、放送局が修正第1条が保障する言論の自由を侵害するとして争った事例	周波数免許の付与は免許者に独占的にそれを使った言論を行うことを認めたものではない。規制機関が免許を受けられなかった者の見解も表現されるよう求めることは許される。
8 FCC v. Pacifica Found., 438 U.S. 726 (1978)	ラジオ局が放送したみだらな言葉(品位のないもの)に対するFCC命令と、修正第1条が保障する表現の自由との関係が争われた事案	放送メディアは人々の生活に独特の侵入性をもつこと、子供に対してアクセス可能性があることから、品位のない放送に対して独特の扱いをすることは正当化される。
9 Sable Communications of California, Inc. v. FCC, 492 U.S. 115 (1989)	わいせつまたは品位のない州際電話メッセージを禁止する1988年の通信法改正と、修正第1条が保障する表現の自由との関係が争われた事案	電話によるメッセージサービスは、受信者が下品なメッセージを受け取るために積極的な行為が必要とされるため放送とは異なる。より限定的な手段があるので全面的禁止という手段は十分に限定されたものとは言えない。
10 Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997)	コンピュータネットワークを介して未成年に対して故意に下品な、明らかに不快な通信を作成して送信することを禁じた通信品位法の規定と、修正第1条が保障する表現の自由との関係が争われた事案	インターネットは、メディアの希少性、家庭等への侵入性、現在までの規制の経緯を考慮すれば、修正1条に関して低い保障で十分であるとは言えず、言論制約立法は厳格審査に服するべきである。

第 3 章 競争政策等に関する判例

欧州競争法における独占的事業者による競争者排除行為の規制

－欧州マイクロソフト事件を中心に－

名古屋大学大学院法学研究科准教授

林 秀弥

1 はじめに

本稿では、情報通信産業における「排除」行為の競争政策的規律を検討することで、今後の示唆を得ようとするものである。以下、次節では欧州競争法における排除行為規制の基本的枠組みと執行手続・機関をやや詳細に示す。2節で近時の支配的事業者による排除行為規制の重要事例である欧州マイクロソフト（Microsoft）事件を取り上げる。最後に結語を述べる。

2 欧州競争法における排除行為規制の枠組み¹

(1) 基本的視点

欧州共同体設立条約（以下「欧州条約」という。）第 82 条は、支配的地位の濫用を禁止している²。事業者が支配的地位を得て、そうした支配的事業者がその能率に基づいて競争すること自体は違法ではない。しかしながら、当該事業者には、共通市場で真にゆがみのない競争を損なう行為が許されないという「特別の責任」があると判例では解されている。

¹ 本節の叙述は、欧州委員会「支配的事業者による濫用的な排除行為に対する EC 条約第 82 条の適用における欧州委員会の優先的執行に係る指針」（Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, C(2009) 864 final）のガイダンスに依拠している。なお、欧州委員会競争総局は、本ガイダンスに先立ち、2005 年 12 月 19 日に、欧州条約第 82 条（市場支配的地位の濫用規制）の適用に関するスタッフ・ディスカッション・ペーパーを公表している。このペーパーは、EU 市場が市場支配的地位にある企業による市場の競争を弱めるリスクのある排他的な行為をどのように阻止するかという議論を促進するために作成・公表されたものである。このペーパーは、最近のケースにおいて活用された経済分析に沿って、第 82 条の厳密な運用のためのフレームワークを提示している。また、幾つかの典型的な排他的濫用行為等（抱き合わせ、リベート及びディスカウント）の分析に関する方法を提示しており、本ガイダンスとあわせて参照すべきものである。

² 市場支配的地位の濫用（第 82 条）の内容は次の通りである。共同市場又はその実質的部分における支配的地位を濫用する一以上の事業者の行為は、それによって加盟国間の取引が悪影響を受けるおそれがある場合には禁止される。この濫用の例として、規定上、次のものが挙げられている（第 82 条）。① 直接又は間接に、不公正な購入価格若しくは販売価格又はその他不公正な取引条件を課すこと。② 需要者に不利となる生産・販売・技術開発の制限。③ 取引の相手方に対し、同等の取引について異なる条件を付し、当該相手方を競争上不利な立場に置くこと。④ 契約の性質上又は商慣習上、契約の対象とは関連のない追加的な義務を相手方が受諾することを契約締結の条件とすること。なお、市場支配的地位の濫用については適用免除の規定はない。違反に対する措置としては、欧州委員会は、第 82 条違反に対し、決定をもって、違反行為の排除を命じることができる（理事会規則 1/2003 号 7 条 1 項）ほか、決定の名宛人の直前の事業年度における総売上高の 10% までの制裁金を課すことができる（同規則 23 条 2 項）。また、欧州委員会は、欧州委員会による情報提供要求や調査に対して不正確又は誤認を招く情報提供等を行った者に対しては、直前の事業年度の総売上高の 1% 以下の制裁金を課すことができる（同規則 23 条 1 項）。更に欧州委員会は、事業者又は事業者団体に禁止決定等を強制するため、1 日当たり、直前の事業年度における平均日間売上高の 5 パーセントを超えない範囲の履行強制金を課すことができる。（同規則 24 条 1 項）。

欧州条約第 82 条は、競争政策の重要な構成要素の法的基礎であり、欧州条約第 82 条の効果的な執行は、事業者及び消費者の利益のために市場がよく機能させるために不可欠である。これは、統合された域内市場を達成するという、より幅広い目的のために特に重要となっている。

欧州条約第 82 条は、1 つ又はそれ以上の関連市場で支配的地位を有する事業者に適用される。そのような地位は、一事業者（単独支配）の場合と、複数事業者（共同支配(collective dominance)) とがある。EU では、支配的事業者の排除行為に対する欧州条約第 82 条の適用に当たり、欧州委員会は、消費者に大きな損害となる行為の形態に着目している。消費者は、新規又は改良された製品・サービスについて、低価格、より良い品質及び幅広い選択の競争を通して利益を得る。それゆえ、欧州委員会は、市場が適切に機能し、消費者が有効な事業者間競争から生じる効率性の利益を享受することを確保するために、法執行を行うことを目的としている。排除行為に関連した欧州委員会の執行活動の主眼は、域内市場における競争的過程を保護すること及び支配的地位を有する事業者が製品・サービスの優位性に基づく競争以外の方法で競争者を排除しないことの確保に置かれている。ただし、法執行の目的は、有効な競争プロセスを守ることであり、単に競争者を守ることではない。価格、選択、品質及びイノベーションの観点から、消費者に提供するものがより少ない競争者は市場から退出することになっても仕方がない。

(2) 規制枠組み

欧州条約第 82 条適用の第一段階は、事業者が支配的地位にあるかどうか、及び事業者の市場支配力の程度の評価である。判例によれば、支配的地位の保持は当該事業者に「特別の責任」を与えると述べているが、その責任の範囲は各事案の具体的な状況に照らして考慮しなければならないとしている³。

まず、支配とは、EC 競争法の下で、事業者が享受する経済的に強い立場と定義され、競争者、顧客及び最終的には消費者から相当程度「独立して」行動する力を事業者に与えることにより関連市場で維持されている有効競争を妨害できる地位とされる⁴。この独立性の概念は、問題の事業者に及ぼされる競争的な牽制(けんせい)力(competitive constraints)の程度に関係する。ここでいう「支配(dominance)」とは、こうした牽制力が十分なほどに効果的でなく、そのために問題の事業者が相当の市場支配力を一定期間にわたって享受できることを意味する。つまり、当該事業者がどのように振る舞おうとも、競争者、顧客

³ Case 322/81 *Nederlandshe Banden Industrie Michelin (Michelin I) v Commission* [1983] ECR3461, paragraph 57 ; Case T-83/91 *Tetra Pack (Tetra Pack II) v Commission* [1993] ECR II-755, paragraph 114 ; Case T-111/96 *ITT Promedia v Commission* [1998] ECR II-2937, paragraph 139 ; Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2696, paragraph 112 ; 及び Case T-203/01 *Michelin (Michelin II) v Commission* [2003] ECR II-4071, paragraph 97.

⁴ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR207, paragraph 65 ; Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co . v Commission* [1979] ECR461, paragraph 38.

及び最終的には消費者の行動及び反応によってほとんど制約を受けない状態である⁵。一般に、支配的地位は、一つの要因によって決せられるのではなく、複数の要因の組合せから認定される⁶。

欧州委員会は、相当期間競争的水準よりも価格を引き上げて利益をあげることができる事業者は、十分なほどに効果的な競争圧力に直面せず、それゆえ一般的に支配的であるとみなすとしている⁷。「価格引上げ」とは、価格を競争的水準より上に維持する力を含み、競争変数（価格、生産高、イノベーション、製品・サービスの多様性又は品質）を左右する力のことである⁸。支配の認定は、定量的及び定性的指標が考慮される。例えば、支配的事業者及び現実の競争者の市場における地位、潜在的競争者による将来的参入という確実な競争圧力、顧客が持つ対抗的バイヤーパワー等である。

このうち、支配的事業者及び競争者の市場地位の指標として、市場シェアが審査の最初のスクリーニングとして重要である⁹。欧州委員会は、低い市場シェアは市場支配力に欠如を表すものと考え、仮に、関連市場で事業者の市場シェアが40%未満ならば支配にならないという。しかしながら、これはあくまで一般的なメルクマールであり、この基準を下回っても競争者が支配的事業者の行為を有効に牽制する立場にない例外的事案があり得る。例えば、競争者が深刻な生産能力の限界に直面している場合である。

欧州委員会の経験では、市場シェアが高いほど、またその市場シェアを保持した期間が長いほど、欧州条約第82条に基づく委員会の介入が正当化されることとなる¹⁰。しかしながら、前述の通り、市場シェアは最初のスクリーニングであり、これだけで違反と判断することはない。

また、参入（entry）については、競争は動的なものであり、競争評価は現市場の構造的状況のみに基づくものではない。現実の競争者による拡大の潜在的影響や潜在的な競争者の参入及びそうした拡大又は参入の脅威も、関係する。仮に、拡大又は参入が可能であり、タイムリーにかつ十分であれば、事業者の価格引上げを止めさせることができる。委

⁵ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR207, paragraph 113-121 ; Case T-395/94 *Atlantic Container Line and Others v Commission* [2002] ECR II-875, paragraph 330.

⁶ Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR207, paragraph 65, 66 ; Case C-250/92 *Gottrup-Klim e.a. Grovwareforeninger v Dansk Landbrugs Grovaresekskab v Commission* [1994] ECR I-5641, paragraph 47 ; Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439, paragraph 90.

⁷ 相当期間とは、当該製品及び問題となる市場の状況によるが、通常、2年間で十分となる。

⁸ 利益性の計算は、市場支配力の実行を代理して表すものとはなり得ない。その影響については、Case 27/76 *United Brands Company and United Brands Continentaal v Commission* [1978] ECR207, paragraph 126.

⁹ Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR461, paragraph 39-41 ; Case C-62/86 *Akzo v Commission* [1991] ECR I-3359, paragraph 60 ; Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439, paragraph 90-92 ; Case T-340/03 *France Telecom v Commission* [2007] ECR II-107, paragraph 100.

¹⁰ 支配の程度と濫用の認定との間の関係については、Case C-395/96 P *C-396/96 P Compagnie Maritime Belge Transports, Compagnie Maritime Belge and Dafra-Lines v Commission* [1999] ECR I-365, paragraph 119 ; Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2696, paragraph 186.

員会が拡大又は参入の可能性が高いと考えるためには、拡大又は参入の障壁、支配的とされる事業者及びその他の競争者の反応可能性、失敗のリスク及び費用のような要因を考慮に入れた上で、競争者又は参入者にとって十分に利益をあげられる必要がある。拡大又は参入が十分であるためには、例えば、市場のニッチへ幾らか参入するといった単なる小規模な参入であってはならない。関連市場において支配的とみなされる事業者による価格引上げのためのいかなる試みも止めさせることができるような重要性がなければならない。もちろん、拡大又は参入の障壁は、多様な形を採り得る。それらは、料金表(tariff)又は割当制度(quota)のような法的障壁であり得るし、規模及び範囲の経済性、不可欠材料又は天然資源への特権的アクセス、重要技術、確立した流通及び販売網等の支配的事業者が特に享受している優位性の形を採り得る¹¹。それらは、例えばネットワーク効果から生ずるスイッチング費用及び他の障害を含む¹²。また、支配的事業者自身の行為も参入障壁を形成する。例えば、参入事業者又は競争者が対抗せざるを得ないこととなる大きな投資を行った¹³、顧客と長期契約を締結して排除効果を及ぼすことである。また永続的に高い市場シェアは、参入及び拡大障壁の存在を示唆するものとなり得る。

また、競争評価にあたっては、対抗的バイヤーパワー (countervailing buyer power) の考慮も重要である。競争的压力は、現実的又は潜在的な競争者だけでなく顧客によっても働くものである。高いシェアを有する事業者であっても、相当な価格交渉力を持ったかなりの範囲の顧客から独立して行動することはできない¹⁴。そうした対抗的バイヤーパワーは、顧客の大きさ又は支配的事業者に対する商業的重要性の結果及び競争している供給者に素早く移り、新規参入を促進し又は垂直的に統合し、支配的事業者が独立して行動することを確実に脅かす顧客の能力の結果として生じ得る。仮に、対抗的な力が十分な規模を持つならば、事業者が利益を得ようと価格を引き上げる試みを止めさせ又は失敗させ得る。しかしながら、バイヤーパワーは、単に特定又は限定された一部の顧客を支配的事業者の市場支配力から遮蔽 (しゃへい) することを確保するだけであれば、十分に効果的な抑制とは考慮されない。

(3) 消費者を害する反競争的な排除(市場閉鎖)とは何か

排除行為に関する委員会の執行活動は、支配的事業者が、反競争的方法を用いて競争者を閉め出し、高い価格水準という方法、又は商品の質を制限し若しくは消費者の選択肢を減少させるという方法をとる。このように消費者厚生に悪影響を及ぼすことで、効果的な競争が害されないようにするのである。反競争的な排除ないし市場閉鎖とは、支配的事業

¹¹ Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439, paragraph 19.

¹² Case 85/76 *Hoffmann-La Roche & Co. v Commission* [1979] ECR 461, paragraph 48.

¹³ Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207, paragraph 91.

¹⁴ Case T-228/97 *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2696, paragraph 97-104. この中で、欧州第一審裁判所は、顧客に対して事業者の独立性が欠如しているとされることが、当該事業者がアイルランドの産業用砂糖市場において記録された売上高の大部分を負うという事実にもかかわらず、支配的地位の認定を妨げる例外的状況であると見るべきかどうかについて検討した。

者による行為の結果、実際の又は潜在的な競争者による必需品や市場に対する効果的なアクセスが妨げられ、又は排除されることにより、支配的事業者が消費者の損失となる価格引上げを行うことができる地位を保持しうる状態をいう。消費者への起こりうる損害の証明は、証拠の質と量に左右される。更に欧州委員会は、中間取引及び最終消費者¹⁵の両段階において反競争的な排除を問題にするとし、「排除」該当性に関して、欧州委員会は次の要素を考慮するとしている。

第一に、支配的事業者の地位である。一般的に、支配的地位が強ければ強いほど、当該支配的地位を守るための行為が反競争的閉鎖を導くこととなる可能性が高くなる。

第二に、関連市場における条件である。これは例えば、規模又は範囲の経済やネットワーク効果の存在といった参入にあたっての条件のことである。規模の経済が大きく働く場合、支配的事業者が関連市場の大部分において閉鎖を行った場合、競争者が当該市場に参入又は残留する可能性が低いことを意味する。同様に、当該行為により、支配的事業者は、ネットワーク効果を、自らに有利なように市場における自らの地位を更に揺ぎないものにするため利用することができる。同じく、上流又は下流の市場における参入障壁が重大であれば、競争者にとって、垂直的統合を通じて起こり得る閉鎖を乗り越えるために費用がかかる可能性がある。

第三に、支配的事業者の競争者の地位である。もちろん、特定の競争者が、他の競争者と比べて少ない市場シェアしか有していないとしても、重要な競争上の役割を果たすことは可能である。例えば、支配的事業者に最も近い競争者が、特にイノベーションに優れた競争者であったりする場合である。競争評価に当たり、欧州委員会は、競争者が現実を実施できる効果的でタイムリーな対抗策があるかどうかについて考慮するとしている。

第四に、顧客又は材料供給者の地位である。支配的事業者は、競争者の参入又は拡大にとって特に重要となるおそれがあると選別した顧客又は材料供給業者を囲い込み、それにより、反競争的な参入障壁を高める可能性がある¹⁶。例えば、囲い込みの対象となる取引相手が原材料供給者である場合、その者に対して、支配的事業者が排他的な供給契約を締結した場合、当該原材料供給者が下流市場においては支配的事業者の競争者である顧客の要望に最も対応する可能性が高い業者であったり、新規参入者にとって特に都合のよい場所において製造を行うかもしれないような業者の場合には、排除効果はそれだけ大きい。

第五に、濫用行為の程度である。一般的に、行為により影響を受ける関連市場における総売上高の割合が高ければ高いほど、その期間が長ければ長いほど、より定期的に適用されていればいるほど、その閉鎖効果はより高くなる可能性がある。

第六に、現実の閉鎖を示す証拠である。もし、行為がかなりの期間行われているとすれ

¹⁵ 「消費者」の概念は、欧州委員会によると、当該行為によって影響を受ける商品について直接・間接のすべての需要者（材料・部品として商品を用いる中間製造業者や、中間品や中間製造業者の供給する商品の流通業者や最終消費者も同様に含む。）を包含する。中間需要者が支配的事業者の実際の又は潜在的な競争者である場合には、更に下流の需要者に対する行為の効果に焦点を当てて評価するとしている。

¹⁶ Case T-228/97, *Irish Sugar v Commission* [1999] ECR II-2969, paragraph 188.

ば、支配的事業者及びその競争者の市場での業績が、反競争的閉鎖の直接証拠を提供するかもしれない。濫用行為に起因して、支配的事業者の市場シェアが上昇していたり、又は市場シェアの下落率が緩やかになっていたりするかもしれない。同様に、濫用行為によって、現実の競争者が周辺に追いやられたり、退出を余儀なくされているかもしれないし、あるいは潜在的競争者による参入の試みが頓挫（とんざ）させられるおそれがある。欧州委員会はこれらの事実を濫用行為の認定にあたって評価するとしている。

第七に、排他戦略の直接証拠である。競争者の排除、参入の防止又は市場の出現の阻止を目的として一定の行為をするための詳細な計画といった、競争者を排除する戦略の直接証拠、あるいは排除行為の具体的な脅威に関する証拠を含む内部資料等がこれに当たる。

欧州委員会が問題とする行為が消費者に損害をもたらす可能性が高いかどうかを判断するに当たり、行為が競争への障碍（しょうがい）を高くするだけであり、効率性を生まない場合、消費者に損害をもたらす反競争的排除だとされるかもしれない。例えば、いわゆる忠誠リベートのように、支配的事業者が、自らの顧客が競争者の製品を試すことを妨げることで、顧客に対して当該製品を試さないことを条件に金銭的なインセンティブを提供すること、又は競争者の製品の導入を遅らせるために流通業者若しくは顧客に金銭を支払うことなどが、それに当てはまるかもしれない。

(4) 正当化事由の考慮：行為の客観的必要性と効率性

欧州条約第 82 条の執行において、欧州委員会は、支配的事業者による当該行為が正当化されるかどうかについても検討する¹⁷。支配的事業者は、その行為が客観的に必要なものであると証明することができれば、あるいは、その行為が反競争的効果よりも大きな効率性を生み出すものであることを証明することができれば、その行為を正当化できる。この文脈において、欧州委員会は、問題の行為が支配的事業者の追求する目的に対して不可欠でかつ相当なものであるかどうかを評価するとしている。

この、行為の客観的な必要性・相当性の判断は、健康や安全性といった外在的要素(社会的要素)に基づいて決定される。しかし、この種の行為が客観的に必要であるかどうかを一義的に判断する主体は、公衆衛生や安全基準について策定・実施に責任をもつ、政府当局であり、個々の事業者ではない。このため、危険又は自社製品と比べて劣悪だと認められる製品を排除するため、事業者自ら排除的な措置を採ることに対しては慎重に評価しなければならないとしている¹⁸。

¹⁷ Case 27/76 *United Brands v Commission* [1978] ECR 207, paragraph 184; Case 311/84 *Centre Belge d'études de marché - Télémarketing (CBEM) v Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) and Information publicité Benelux (IPB)* [1985] ECR 3261, paragraph 27; Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439, paragraphs 102-119; Case T-83/91 *Tetra Pak International v Commission (Tetra Pak II)* [1994] ECR II-755, paragraphs 136 and 207; Case C-95/04 P *British Airways v Commission* [2007] ECR I-2331, paragraphs 69 and 86.

¹⁸ 例えば、Case T-30/89 *Hilti v Commission* [1991] ECR II-1439, paragraph 118-119; Case T-83/91 *Tetra Pak International v Commission (Tetra Pak II)* [1994] ECR II-755, paragraphs 83-84 and 138

委員会は、消費者に対する正味の損害が生じないことを保証するのに十分な効率性があることを理由に、支配的事業者が、一見反競争的と目される排除行為を正当化することもできるとしている。この効率性の主張においては、支配的事業者には、一般に、高い蓋然（がいぜん）性をもって、かつ、証拠に基づき、次の条件がすべて満たされたことを証明することが求められるとしている¹⁹。

第一に、当該行為の結果として、効率性が現れている又は現れようとしていること。効率性には、例えば、商品の質における技術的改良又は製造若しくは流通における費用低減が含まれる。

第二に、当該行為が効率性の実現に不可欠であること：同様の効率性を生み出すことができる、より反競争的でない他の代替的手段が存在しないこと。

問題となる当該行為によって生じる効率性が、対象市場における競争及び消費者厚生に及ぶ悪影響よりも大きいこと。

第三に、当該行為が、実際の又は潜在的な競争の源をすべて又はほとんど取り去ることにより、効果的な競争を排除しないこと。事業者間の競争は、イノベーションによる動的効率性を含む経済的効率性に不可欠な原動力である。これなしでは、支配的事業者は効率性の利益を生み出し消費者に転嫁し続ける十分なインセンティブを失うことになる。競争の余地又は参入の現実的脅威がない場合、競争や競争プロセスの保護は、起こりうる効率性の利益よりも重要である。欧州委員会の見解では、通常、独占的地位に向かって市場における地位を形成・維持・強化する排除行為については、効率性の利益を生み出すことによって正当化されるものではないとしている。

問題となる行為が客観的に正当化されるものであることを立証するために必要なすべての証拠を提供するのは、支配的事業者に課せられている。その後、欧州委員会は、当該行為が客観的に必要でないか、また、進歩的かつ具体的な効率性と明らかな反競争的效果との比較衡量により消費者を害する結果となるかを審理して最終的な評価を行うこととしている。

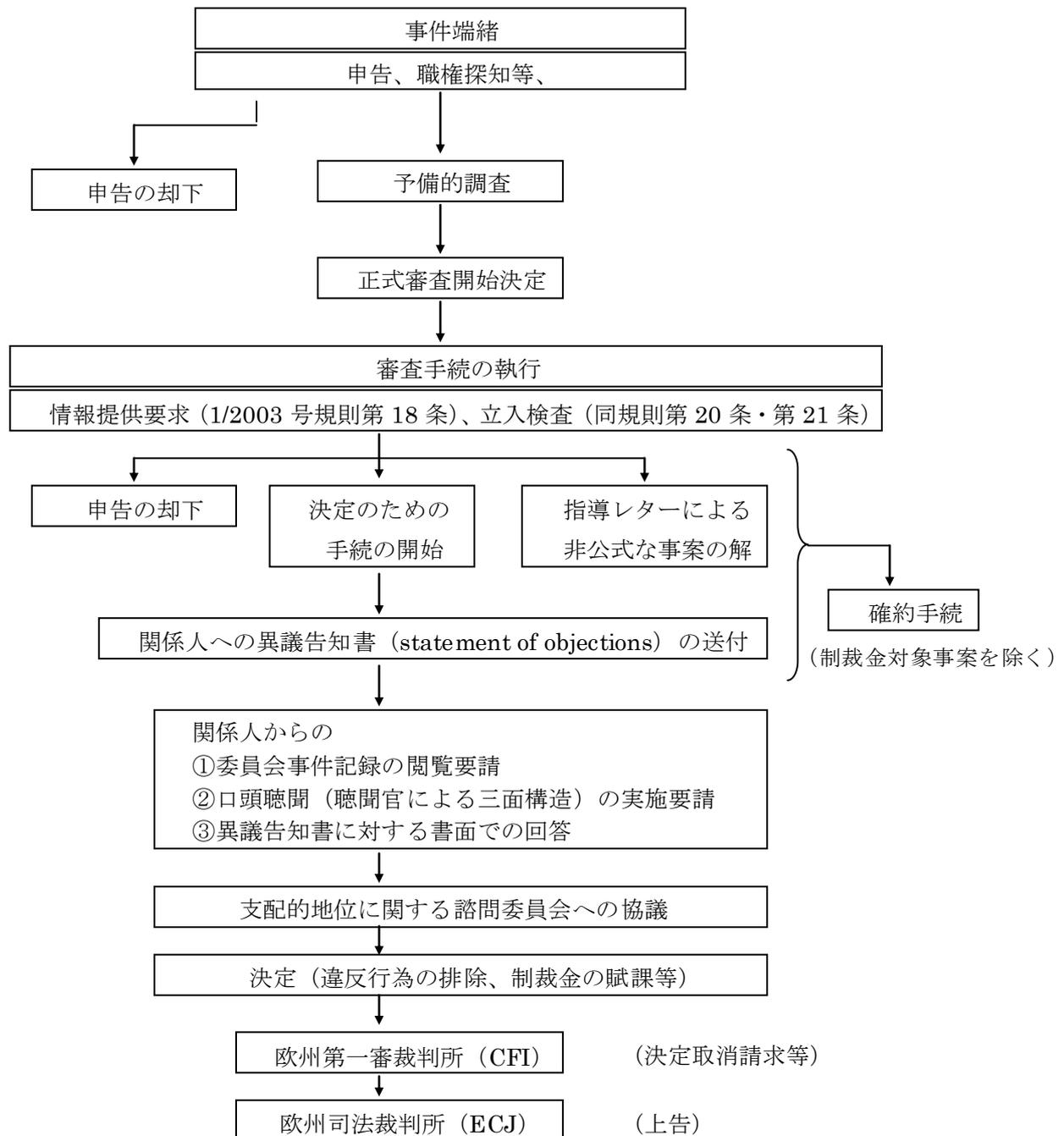
¹⁹ 第82条の文脈とは異なるが、the Commission Communication - Notice - Guidelines on the application of Article 81(3) of the Treaty (OJ 101, 27.4.2004, p. 97)参照。

(5) 欧州競争法の執行手続とその機関

本節の最後に、排除行為規制を含む欧州競争法の執行手続と執行機関について概説しておく。

ア 欧州競争法の執行手続

欧州条約第 82 条違反（第 81 条を含む）に対する大まかな手続の流れは以下のとおりである。



イ 執行機関

次に、EU 競争法の執行手続についてみておく。

EU 競争法の執行機関は、欧州委員会 (the European Commission) である。実務担当部局として「競争総局」(Directorate-General for Competition, DG Competition, DG COMP 等と略称されることもある。)が置かれている²⁰。欧州委員会は、加盟国の政府間の合意に基づいて任命された委員 27 名で構成されており、この中から委員長 (1 名) と副委員長 (5 名) が選任される。委員の任期は 5 年であり、各委員は 1 つ又は複数の政策部門の担当責任者となる²¹。欧州委員会は、競争法に関する規則等の立案及び理事会が授権した範囲内での制定を行うとともに、欧州条約第 81 条・第 82 条違反を調査し、違反行為に対する排除措置に関する決定を行うほか、合併等企業結合の規制等を行う権限を有する。また、欧州委員会は、違反行為に対して禁止、制裁金の賦課等の措置を採ることができる。

ウ 司法機関

EU の司法機関は、欧州司法裁判所とこれに附属する第一審裁判所で構成される。

欧州司法裁判所 (Court of Justice of the European Communities、略称: ECJ) は、EU 諸条約の解釈・適用について一切の司法問題を取り扱う最高司法機関である。同裁判所には、27 名の裁判官が所属し、大法廷は 13 名の裁判官によって構成される。通常は、3 名又は 5 名の裁判官による小法廷で審理が行われる。係争中の事件について意見を提示する 8 名の法務官 (advocat general) が裁判官を補佐し、事務局長である記録官 (Registrar) (任期 6 年) が事務を取り仕切る²²。競争法関係を含め、欧州委員会の決定を審査するとともに、加盟国の国内裁判所の付託を受けて、EU 法の解釈について先決的判決を行う。

第一審裁判所 (Court of First Instance、略称: CFI) は、1989 年に欧州司法裁判所に附属する裁判所として、理事会決定に基づき設置された。同裁判所は、競争法違反に関する委員会決定の取消請求訴訟を含む一定の訴訟を管轄し、事実審として機能する²³。

3 欧州 Microsoft 事件とその評価

(1) 事案の経過と概要

本節では、Microsoft に対する件 (2004 年 3 月 24 日欧州委員会決定、2007 年 9 月 17 日欧州第一審裁判所上訴棄却) について、詳しく検討する。

本件は、Microsoft 社が、WindowsOS が搭載されたパソコンと、非 Microsoft 社製の

²⁰ 競争総局は、総局長の下に、9 局 38 課が置かれている。2006 年末時点における競争総局の職員数は、762 名である。

²¹ 現在、競争政策は、ネリー・クルース (Neelie Kroes) 委員が担当している (2004 年 11 月～)。

²² 裁判官も法務官も任期は 6 年 (長官のみ 3 年) で再任可能あり、加盟国の合意によって任命される。

²³ 裁判官は、各加盟国から少なくとも 1 名任命されることになっており、現在 27 名の裁判官が所属している。大法廷は 13 名の裁判官によって構成されるが、通常は、3 名又は 5 名の裁判官による小法廷で審理が行われ、ほとんどは 3 名の裁判官により審理されている。

ワーク・グループ・サーバーとの相互運用性（interoperability）を意図的に制限することにより、また、競争に直面していた Windows Media Player をほとんどのパソコンに搭載されている WindowsOS に抱き合わせるにより、EU におけるパソコン OS をほぼ独占している状態を梃子（てこ）として市場支配力を濫用したとされたものである²⁴。単独企業としては、EU 競争法史上最高額の制裁金となる 4 億 9720 万ユーロを課されるとともに、技術情報の開示、AV 再生ソフト未搭載版の Windows の供給等、厳しい是正措置も命ぜられた。Microsoft に対する調査は 1998 年 12 月にさかのぼる。この調査は、Microsoft 製 WindowsPC オペレーティングシステムと相互運用できるサーバー製品を開発するために Sun Microsystems 社（サン社）が必要とするインターフェース情報の提供を Microsoft が拒絶した、とするサン社の訴えを受けたものである。

欧州委員会の決定について、米国司法省から、後で紹介するように、（欧州委員会と米国司法省との合併にかかる判断が異なった）GE/Honeywell 事件²⁵のときよりもやや強いトーンで、欧州委員会の決定に対する懸念のステートメントが公表された。以下では欧州委員会による決定の発出以降の動きを時系列でみてみよう。

事の発端は、2004 年 3 月 24 日に、欧州委員会が、Microsoft に対して是正措置および制裁金（4 億 9720 万ユーロ）の支払を命じたことにはじまる。6 月 7 日、Microsoft は、CFI（欧州第一審裁判所。以下では「CFI」と略称する）²⁶に欧州委員会の決定を不服として訴訟を提起した。更に 6 月 25 日には、Microsoft は、CFI に是正措置の延長を求め、訴訟を提起した。これを受けて、6 月 25 日に、欧州委員会は、Microsoft に対する是正措置の延長を決定し、CFI に伝えた。9 月 30 日および 10 月 1 日の両日に、CFI は、欧州委員会による是正措置の延長申請に係るヒアリングを実施した。11 月 25 日に関係者による非公式会合を開催した。12 月 22 日には、判決を公表し、是正措置を延期する緊急性が認められないことから、Microsoft の請求を全面的に棄却する判断を下した。2005 年 3 月 29 日に、Microsoft は、欧州委員会が提示した基本ソフト（OS）「Windows」の動画・音声再生ソフト（Media Player）を除いた新型バージョンの商品名を「Windows XP N」とすることに合意した旨、欧州委員会報道官が発言。「N」は動画・音声再生ソフトがないことを意味するものであった。5 月 31 日に、Microsoft は、欧州委員会に対して、相互互換性の確保に関する情報開示に関する措置案を提出した。6 月 6 日に欧州委員会は、Microsoft の提案の措置案の市場テストを行うことを発表した。10 月 5 日、欧州委員会は、Microsoft による欧州委員会の決定の遵守状況について、技術的なアドバイスを行う監視受託者（トラス

²⁴ この決定が出る以前に、欧州委員会はマイクロソフトに対し、異議告知書を 3 度送付していた。

²⁵ General Electric/Honeywell (Case No. IV/M. 2220), Commission Decision of 3. Jul. 2001, OJ L48/1, 18.02.2004.

²⁶ 第一審裁判所 (Court of First Instance, 略称: CFI) は、1989 年に欧州司法裁判所に付属する裁判所として、理事会決定に基づき設置された。同裁判所は、競争法違反に関する委員会決定の取消請求訴訟を含む一定の訴訟を管轄し、事実審として機能する。裁判官は、各加盟国から少なくとも 1 名任命されることになっており、現在 27 名の裁判官が所属している。大法廷は 13 名の裁判官によって構成されるが、通常は、3 名又は 5 名の裁判官による小法廷で審理が行われ、ほとんどは 3 名の裁判官により審理されている。

ティール)として、外部の有識者を任命した。12月22日には、欧州委員会は、Microsoftに対して決定の幾つかの義務を遵守していないとして、異議告知書を発出し、履行強制金の賦課の可能性を示唆した。2006年に入り、2月15日、欧州委員会は、Microsoftから異議告知書への回答を受領したことを確認した。7月12日、欧州委員会は、Microsoftに対し、2004年3月における決定を履行していないとして、2億8050万ユーロの履行強制金を課した。2007年3月1日、欧州委員会は、Microsoftが2004年3月の欧州委員会の決定に応じて提出した技術文書には重要な革新性がなく、同社の特許料は不当であるとする異議告知書を発出した。4月23日、欧州委員会は、異議告知書に対する回答をMicrosoftより受領した。9月17日、欧州第一審裁判所は、Microsoftが支配的地位の濫用を行ったことを認定する欧州委員会の2004年3月の決定を基本的に支持する判決を下した。

10月22日、Microsoftは、EUの決定に対する第一審裁判所の判決を上訴しないことを公表した。10月24日に、Microsoftは、2006年に課された2億8050万ユーロの履行強制金に対する控訴を取り下げた。2008年1月14日、欧州委員会は、Microsoftによる相互運用性に関する情報の開示、抱き合わせ販売の2つについて審査を開始することを決定した。2月27日に、欧州委員会は、Microsoftが2004年3月の欧州委員会の決定を遵守していなかったことに対して、追加的な8億9900万ユーロの履行強制金を課した。このように、欧州委員会によるこれまでのMicrosoftへの制裁金支払命令は計3回で、総額は16億7670万ユーロにも上った(欧州Microsoft事件に関する一連の動きにつき、詳しくは【表1】を参照)。

【表1】

< 欧州 Microsoft 事件に関する一連の動き >

2004年

3月24日	欧州委員会, Microsoft に対して是正措置および制裁金 (4億9720万ユーロ) の支払いを命じる。
6月7日	Microsoft, CFI (欧州第一審裁判所) に欧州委員会の決定が不服として訴訟提起
6月25日	Microsoft, CFI に是正措置の延長を求め, 訴訟提起
6月25日	欧州委員会, Microsoft に対する是正措置の延長を決定し, CFI に伝える。
9月30日 および 10月1日	CFI, 欧州委員会による是正措置の延長申請に係るヒアリングの実施。
11月25日	関係者による非公式会合の開催
12月22日	判決の公表 (是正措置を延期する緊急性が認められないことから, Microsoft の請求を全面的に棄却する判断を下した。)

2005年

3月29日	Microsoft, 欧州委員会が提示した基本ソフト (OS) 「Windows」の動画・音声再生ソフト (Media Player) を除いた新型バージョンの商品名を「Windows XP N」とすることに合意した旨, 欧州委員会報道官が発言。「N」は動画・音声再生ソフトがないことを意味する記号
5月31日	Microsoft, 欧州委員会に対して, 相互互換性の確保に関する情報開示に関する措置案を提出
6月6日	欧州委員会, Microsoft の提案の措置案の市場テストを行うことを発表
10月5日	欧州委員会, Microsoft による欧州委員会の決定の遵守状況について, 技術的なアドバイスを行う監視受託者 (トラスティー) として, 外部の有識者を任命
12月22日	欧州委員会, Microsoft に対して決定のいくつかの義務を遵守していないとして, 異議告知書を発出し, 履行強制金の賦課の可能性を示唆した

2006年

2月15日	欧州委員会, Microsoft から異議告知書への回答を受領したことを確認
7月12日	欧州委員会, Microsoft に対し, 2004年3月における決定を履行していないとして, 2億8050万ユーロの履行強制金を課す

2007年

3月1日	欧州委員会, Microsoft が2004年3月の欧州委員会の決定に応じて提出
------	--

	した技術文書には重要な革新性がなく、同社の特許料は不当であるとする異議告知書を発出
4月23日	欧州委員会、異議告知書に対する回答を Microsoft より受領
9月17日	欧州第一審裁判所、Microsoft が支配的地位の濫用を行ったことを認定する欧州委員会の2004年3月の決定を基本的に支持する判決。
10月22日	Microsoft, EU の決定に対する第一審裁判所の判決を上訴しないことを公表
10月24日	Microsoft, 2006年に課された2億8050万ユーロの履行強制金に対する控訴を取り下げ

2008年

2月27日	欧州委員会、Microsoft が2004年3月の欧州委員会の決定を遵守していなかったことに対して、追加的な8億9900万ユーロの履行強制金を課す
5月9日	Microsoft, 欧州委員会による追加的な履行強制金の取消しを求めて、欧州第一審裁判所に提訴（係属中）

2009年

3月4日	欧州委員会、Microsoft による欧州委員会の決定の遵守状況について、技術的なアドバイスを行う常勤の監視受託者を要求しないことを決定
------	--

※ 欧州委員会によるこれまでの Microsoft への制裁金支払命令は計3回、総額16億7670万ユーロである。

(2)米国事案との比較

米国でも Microsoft は独占禁止法訴訟が続いた。本稿の主たる対象である欧州の Microsoft 訴訟と対比させる意味で米国マイクロ訴訟の概要を以下に時系列で示しておく。

1998年5月18日、司法省並びに20州および特別区の司法長官は、Microsoft による、①OEM 生産者らとの排他的取引、②Windows とブラウザソフトとの抱き合わせ、③OS 市場の独占の維持およびブラウザ市場の独占化の企図の差止めを求めてコロンビア特別区連邦地裁に提訴した。2000年6月7日、コロンビア特別区連邦地裁は、Microsoft を OS 事業会社とアプリケーションソフト事業会社とに分割することを命じる最終判決を行った。その後、Microsoft は控訴を求め、これに対し司法省は最高裁への直接上告を求めたが、連邦最高裁は、控訴審から審理すべきと判示した。2001年6月28日、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、①OS 市場の独占維持のための反競争的行為については地裁判決を一部支持、②ブラウザ市場の違法な独占の企図については破棄、③OS とブラウザの抱き合わせに

については地裁に差し戻し、④Microsoft の分割措置については破棄・差し戻し（新判事による再審理）する判決を行った。同年 8 月 24 日、コロンビア特別区連邦地裁への差し戻し命令が正式に発せられ、差し戻し審の判事としてコラーコテリー判事が任命された。

2001 年 11 月 2 日、司法省および Microsoft は、①Microsoft 製ミドルウェアのインターフェースの開示、②サーバー・プロトコルの開示、③競合ミドルウェア製品のインストールを可能にすること、④均一な条件によるライセンス等を内容とする和解案（同意判決案）を、連邦地裁に提出した（2002 年 2 月 28 日一部修正）。

2001 年 11 月 6 日、イリノイ、ケンタッキー、ルイジアナ、メリーランド、ミシガン、ニューヨーク、ノースカロライナ、オハイオおよびウィスコンシンの 9 州が、和解に合意し、同意判決案を裁判所に提出した（2002 年 2 月 27 日一部修正）。これら以外のマサチューセッツ、カリフォルニア、コネティカット、アイオワ、ウェストバージニア、フロリダ、ミネソタ、ユタおよびカンザスの 9 州並びにコロンビア特別区は、和解を拒否した。2001 年 12 月 7 日、和解を拒否している 9 州およびコロンビア特別区は、連邦地裁に救済措置の修正案を提出した（2002 年 3 月 4 日一部修正）。2002 年 4 月 22 日、Microsoft のビル・ゲイツ会長は、出廷して証言し、9 州およびコロンビア特別区の救済措置案に反論した。

2002 年 8 月 5 日、司法省は、Microsoft による同意判決案の実行の監視の一環として、同意判決遵守勧告を発出した。Microsoft は本勧告に基づく措置を実行することを公表した。2002 年 11 月 1 日、連邦地裁は、司法省等と Microsoft との同意判決案をほぼ全面的に承認する決定を行った。2002 年 11 月 12 日、上記同意判決案の一部修正を受け、連邦地裁による最終判決が出された。2002 年 11 月 30 日、マサチューセッツ州は、連邦地裁の和解承認の判断を不服として、連邦控訴裁に控訴すると発表した。

2002 年 12 月 2 日、ウェストバージニア州は、連邦地裁の和解承認の判断を不服として、連邦控訴裁に控訴すると発表。和解を拒否していた 7 州は控訴を断念した。2003 年 4 月 21 日、司法省は、Microsoft に対し、サーバー・ソフトウェア向けに Microsoft が供与するライセンスの修正に関する 2 度目の同意判決遵守勧告を発出した。2003 年 6 月 16 日、ウェストバージニア州が Microsoft と和解し、係争中の州は、マサチューセッツ州 1 州を残すのみとなった。2003 年 8 月 1 日、司法省は、ロイヤルティの引下げ等を含む 3 度目の同意判決遵守勧告を発出した。2004 年 1 月 15 日、司法省は、Microsoft から同意判決の遵守状況にかかる報告書の提出を受けたことを公表した。

その後、欧州 Microsoft 事件欧州委員会決定が出された（2004 年 3 月 24 日）。同決定に対して、ネガティブに反応したのが、米国司法省反トラスト局である。司法省反トラスト局 R. Hewitt Pate 局長（当時）の声明（抄）（2004.3.24）²⁷は、欧州委員会決定について強い懸念を表明しており、米国の立場が鮮明に現れているように思われる。声明では欧州

²⁷ Assistant Attorney General For Antitrust, R. Hewitt Pate, Issues Statement on The EC's Decision in Its Microsoft Investigation. http://justice.gov/opa/pr/2004/March/04_at_184.htm

事件について次のように論評している。すなわち、「EC は、本日、メディア・プレイヤーに係る懸念を解決するために「コードの除去 (code removal)」すなわち、WindowsOS から Windows Media Player 関連のコード (プログラム) を除去すること、による是正措置を命ずるといふ、米国とは異なった執行アプローチを採用した。米国の経験から言えば、最善の反トラストの是正措置は、EC の是正措置から生ずるかもしれないような、成功した競争者に対する妨害や第三者への負担の賦課を伴うことなく、競争的市場の健全な機能にとっての妨げを除去するものである。米国政府は、「コードの除去」の義務を一連邦控訴裁で却下される前に米国政府が Microsoft の分割を求めていた期間を含めても一ただの一度も是正措置案の一部に含めたことはない。製品の質の向上 (product enhancements) を根拠に反トラストの責任を課すことや、「コードの除去」という是正措置を課すことは、意図せざる結果をもたらすかもしれない。健全な反トラスト政策は、それがたとえ「支配的な」企業によるものであったとしても、革新や競争を挫くことを避けなければならない。健全な反トラスト政策に反するアプローチは、競争ではなく競争者を保護するものとなる危険性があり、究極的には、革新と、革新から利益を受ける消費者とを害するおそれがある。米国の訴訟において、連邦地裁が同様の是正措置を検討した上これを斥けたことは重要である。行政制裁金の賦課は、EC の反トラスト執行における、通例の、かつ是認されている側面であるものの、反トラスト執行の分野において最もあいまいでかつ議論の多い単独の競争行為の事案に史上最高額の制裁金が課されようとしていることは残念である」と²⁸。

2004年5月3日、司法省は、ビル・ゲイツ会長に反トラスト法違反 (報告義務違反) で80万ドルの罰金を支払うように命じたが、その後、2004年6月30日、Microsoftは最後まで係争していたマサチューセッツ州と和解し、米国内で係争中の州はすべて結審した²⁹。2004年11月9日、原告の中で最後まで係争していたCCIA (米コンピュータ通信産業協会)

²⁸ 声明は続けて、次のように述べてMicrosoftに対して課された制裁金の高さを問題にしている。「今回の制裁金の額が、最も悪名高い価格カルテルのメンバーに課された制裁金の額 (注: ビタミンカルテル決定 (2001. 11. 21) においてホフマン・ラ・ロッシュに課された4億6200万ユーロ) さえも上回っていることは、執行の優先度の適切な序列に関して望ましくないメッセージを送ることになるかもしれない。Microsoftに対し、ネットワーク上でMicrosoftのサーバーソフトと他のMicrosoftのソフトが交信 (communicate) するために用いられている技術をライセンスするよう命じる、欧州委員会の「相互運用性」に関する是正措置には、「コードの除去」の是正措置に比べ) 米国のアプローチとの重複がかなりの程度見られる。欧州委員会の決定は、米国の判決と同様、Windowsが搭載されているパソコンと交信し相互運用する製品を開発する機会を競合ソフトウェア開発者に与えることに重点を置いているように見受けられる。この点に関する欧州委員会の命令の詳細については、今後明らかになるのを待つて検討することとしたい。本日の相違にかかわらず、競争政策における米国とECとの総体的に強力かつ積極的な関係を強調することは重要である。協力関係が従来もたらしている成功は、製品の販売・使用が国境を越えて拡大しているグローバル市場の観点からとりわけ重要である。司法省は、引き続き、大西洋の両側において消費者に利益をもたらす健全な反トラスト執行政策を発展させるべく、ECとともに建設的に取り組んでいくこととしている」。

²⁹ なおその後、2007年10月23日に、司法省は、2007年11月に期限が切れる終局判決のうち、Microsoftが競争者のソフトをインストールするに当たって不利益な取扱いをすることを禁止する条項に関連する部分について、期限の延長を求めないとする文書を裁判所へ提出した。なお、Windowsとの相互運用性を確保するためのAPI情報 (Application Programming Interface: ソフトを開発する際に、別のソフト機能呼び出して実行するために用いる技術) の提供に関する部分については、既に2年延長することで合意している。

と和解し、米国における 6 年半に及ぶ独禁法訴訟が終結した³⁰。

2007 年 9 月 17 日、司法省は、Microsoft に対する欧州委員会の決定を基本的に支持する欧州第一審裁判所判決を受け、米国においては、実証可能（demonstrable）な消費者への損害がない限り、独占事業者を含むすべての事業者は、精力的に競争することを奨励されているとの認識を示した上で、同判決が適用した単独行為に係る判断基準について、消費者の利益になるというよりむしろ、イノベーションを萎縮させるとともに競争を妨げることにより、消費者に損害を与えるという不幸な結果（unfortunate consequence）をもたらすかもしれないとの懸念を表明した³¹。というのも、当時、司法省は単独行為（排除行為）規制について、非常に謙抑的な態度をとっていた³²。このことが、司法省による欧州第一審裁判所判決の評価にも色濃く反映されていたのである。

4 欧州 Microsoft 事件の検討（その 1）：ライセンス拒絶

(1) 「相互運用性（interoperability）」とは何か

2004 年の Microsoft 事件欧州委員会決定では、最初の 4 億 9700 万ユーロの制裁金賦課決定にあたり、欧州委は、Microsoft が（Windows 製品とともに）PC オペレーティングシステム市場において支配的地位を有していること、並びに、Microsoft が 2 つの支配的地位の濫用—すなわち、（ア）競争業者のサービスと Microsoft の WindowsOS との間の相互運用性（interoperability）を達成するために必要な、競争業者に対する知的財産権の使用許諾の拒絶、および、（イ）Microsoft のオペレーティングソフトウェアと WMP（Windows Media Player、以下「WMP」という）の抱き合わせ販売—を行ったこと、を認定した。

³⁰ なお、2006 年 5 月 12 日、司法省は、Microsoft のライセンシーへの技術文書の開示が十分ではないという理由から、監視期間を 2009 年 11 月まで 2 年間延長する案を公表し、Microsoft はこれに同意した。2006 年 8 月 30 日、正式に連邦地裁に申請し、連邦地裁はこれを承諾した。2007 年 3 月 6 日、Microsoft が 2002 年の終局判決の内容を遵守しているかについて連邦地裁に定期的に報告する共同現状報告書において、司法省等は、Microsoft が、他のソフトメーカーが Windows と互換性を持つソフトを開発するために必要な情報に関する文書提出の期限を守れないとの懸念を表明した。2007 年 6 月 19 日、司法省等は、同報告書において、Windows のデスクトップ検索機能に関して Google が申し立てていた問題を解決することについて Microsoft と合意したことを発表した。

³¹ Assistant Attorney General for Antitrust, Thomas O. Barnett, Issues Statement on European Microsoft Decision
http://www.usdoj.gov/atr/public/press_releases/2007/226070.htm

³² すなわち、U. S. Department Of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of The Sherman Act (September 2008) では、①単独行為は、当該事業者が独占力を保有し、又は獲得しそうな場合にのみ、シャーマン法第 2 条の適用対象となる。②シャーマン法第 2 条は、独占力の単なる保有や行使を禁止するものではない。③競争プロセスを侵害する行為を通じて独占力を獲得又は維持することは非難されるべきである。④シャーマン法第 2 条は、個々の競争事業者ではなく競争プロセスを保護するものである。⑤有益な競争的行為と有害な排他的又は略奪的行為を区別することは、しばしば困難である。⑥シャーマン法第 2 条は競争プロセスを侵害する行為を防止すべきであるが、合法的な競争を抑圧する過度に広範な禁止は避けるべきである。⑦シャーマン法第 2 条の基準は、経済界や裁判官にとって理解可能で明確なものであるべきであり、その適用における行政コストおよび失敗の可能性を明らかにしておかなければならない。その後、この報告書は、ブッシュ政権からオバマ政権への政権交代に伴い、撤回された（2009 年 5 月 11 日）。

第一の相互運用性については、最初に欧州委員会が認定した濫用は、Microsoft が、ワークグループ・サーバー・オペレーティングシステム市場における競争業者に対し、それらのサーバーと Windows の間の相互運用性に関する情報の使用許諾を拒絶したことに関するものである。これにより、競争業者が Microsoft に対抗するサーバーを開発し販売することが妨害されたかが問題となった。欧州委員会は、Microsoft による相互運用情報共有の拒絶を判断するにあたり、次の二点を検討している。第一に、Microsoft の、PC オペレーティングシステム市場における独占的地位、および、「ネットワーク効果」に起因する、ワークグループ・サーバー・オペレーティングシステムの隣接市場における著しい成長である。

第二に、Microsoft は当初は相互運用情報 (interoperability information) へのアクセスを認めていたにもかかわらず、その後合理的理由なく態度を変化させたことである。ここで、相互運用情報とは何かを確認しておこう。PC には Windows や Mac OS、あるいは Linux とかいった OS が基盤になっている。周知の通り、現在、WindowsOS が非常にドミナントとなっている。その個々のクライアントコンピュータをつなぐサーバーコンピュータ、いわゆるサーバーOS が、ネットワークの管理や情報の蓄積・中継などを行っている。そこで、そのサーバーコンピュータに記録されている情報を個々のクライアントコンピュータからファイルなりメールなりを呼び出し取り込むことが必要になってくる。その際に、サーバーコンピュータに組み込まれているサーバーOS とクライアントコンピュータに組み込まれているパソコン OS が相互に交信をして、支障なく作動するということが必要になる。そうでないと情報をうまく呼び出すことをできない事態が生じる。そこで、サーバーOS とパソコン OS とが協調して作動することが可能な状態というのが「相互運用性」であり、この相互運用性にかかわる情報というのが、この相互運用情報というものである。注意しなければならないのは、この相互運用情報は、Windows のソースコードそれ自体ではないということである。欧州委員会の決定も後にみる CFI も、ソースコードそれ自体の開示を求めているものではなく、少なくとも OS との交信を円滑に行う上で必要な情報に限定して提供を要求している。少なくとも正当な理由なくして開示拒否することは許さないとしているのである。

【図1：「相互運用性 (interoperability)」について】

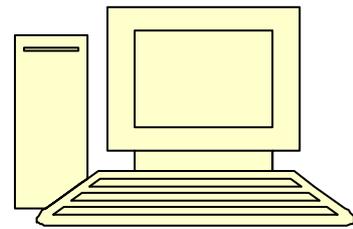
ローカルエリア・ネットワーク (LAN) の場合：

クライアントコンピュータ



サーバーコンピュータ

- ・情報の蓄積・中継
- ・ネットワークの管理



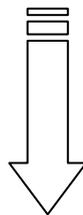
サーバーOS

*OS=基本ソフト

パソコンOS

通信

(ウィンドウズ OS,
マック OS,
リナックス等)



たとえば、サーバーコンピュータに記録されている共有情報 (ファイル、メール…) をクライアントコンピュータに呼び出そうとした場合、「サーバーコンピュータに組み込まれているサーバーOS」と、「クライアントコンピュータに組み込まれているパソコンOS」が、相互に通信し、協調して作動しないと、情報をうまく呼び出すことができない。

「サーバーOS とパソコン OS とが協調して作動することが可能なこと」を「相互運用性 (interoperability)」という。

以上のように、欧州委員会は、Microsoft によるこのような情報共有の拒絶が、ワークグループ・サーバー・オペレーティングシステム市場における競争業者の排除を意図した、より広範な戦略の一環であると認定した。Microsoft は、自社の相互運用性の優越性と市場シェアの増加にリンクがあると主張した。端的に言えば、Microsoft はその優れた性能ゆえにワークグループ・サーバー・オペレーティングシステム市場における支配的地位を獲得することができたと主張した。

もちろん、支配的地位をもつ業者が知財で保護されている製品のライセンスを拒否すること自体は欧州条約 82 条違反ではない。この点は欧州委員会も、CFI も認めている。ただし、以下の要件を満たすときはその例外である。すなわち、隣接市場における事業活動にとって「不可欠(indispensable)」であること、拒否により隣接市場の有効競争を「排除」すること、拒否により消費者の潜在的な需要のある「新製品」の出現を妨げること、正当化事由がないこと、である。第一の要件である「不可欠性」について CFI は、競争製品は既に存在し、Microsoft が急激にシェアを伸ばすのにつれて競争製品のシェアが著しく落ちており、競争が徐々に消滅していくことは当該情報が indispensable であることと矛盾しないとした。仮に、Linux が市場に参入し成長しているとしても、代替となるには interoperability の程度は不十分であると、Linux の成長の見込みは Microsoft が言うほど大きくなく Microsoft ではなく第三者の製品のシェアを奪って成長したと CFI は判断した。すなわち、CFI は、interoperability の論点についての欧州委の結論は十分な根拠が示されていると判断した。こうした判断の背景には、CFI が、欧州委員会の行った命令は、競争業者に Windows・オペレーティングシステムのあらゆる面を模倣する途を開くことを意味するものではなく、委員会の判断はバランスが取れていると判断した。CFI は、欧州委員会が追求している政策目的が、Microsoft のソースコードを競争業者に対し開示することまで伸張されるものではなく、プロトコルの仕様に限り開示することを求めるのみである点に着目した。つまり、競争促進による利益と競争阻害による弊害を天秤にかける欧州委の方法論は適切だとした。CFI は、Microsoft が知的財産権の行使を理由としたというだけで競争業者に対するアクセス許諾を拒否したことを正当化することに懐疑的である。すなわち、単純な取引拒絶に比べ、「既存取引の打ち切り」を正当化することについて欧州委がより懐疑的な立場を取っている。当初は相互運用情報のアクセスを認めていたにもかかわらず、途中になって態度を変化させ、競争業者への情報共有の拒絶したこと、すなわち、単なる取引拒絶ではなく、既存取引を打ち切ったことが、ワークグループ・サーバー・オペレーティングシステム市場における競争業者の排除を意図した、より広範な戦略の一環であると認定した。

欧州委は、次のような特段の事情から、Microsoft 社単独による知的財産権たる相互運用情報の利用許諾の拒絶が 82 条に違反するとした。第一に、Microsoft 社による拒絶行為によって、プラットフォームである WindowsPC オペレーティングシステムの隣接市場であるワークグループ・サーバー・オペレーティングシステム市場において競争業者がより進

歩した製品を開発することが阻害されたこと、第二に、当該隣接市場において Microsoft は相互運用情報の利用許諾拒絶の結果、同市場において Microsoft が著しく成長し（市場占有率 60%）、支配的地位を獲得することができたことからすれば、同市場において有効競争（effective competition）が減殺されること、第三に、Microsoft 社の行為は客観的に正当化できないこと、である。CFI は、これらの論点についての欧州委の判断は、「明白な間違い」ではないと結論づけた³³。CFI は、Microsoft が、競争業者への相互運用情報の開示を要求されていたならば技術革新を行うインセンティブに重大な悪影響がもたらされるという反論は、立証されていないとして退けた。

ここで注目されるのは、欧州委は、Microsoft のソースコードを競争業者に対し開示することまで要求しているものではなく、プロトコルの仕様に関し開示することを求めるのみである点である。CFI もその点に着目し、競争促進による利益と競争阻害による弊害を比較衡量する欧州委のアプローチを CFI がほぼ全面的に支持したのである。この判断にあたって、CFI は、企業が取引先を選択する自由を有していること、および、知的財産権の使用許諾を拒絶することが問題視されるのは、判例法に沿って欧州委が示した三つの累積的条件が存在することが示されたときに限られること、という伝統的なルールを確認した。複合的経済要因の解析について欧州委に認められた裁量の幅に関する近時の法律論に合致して、CFI は、Magill 事件³⁴・IMS 事件³⁵の三基準（新製品の登場、競争の抹殺、客観的正当性の欠如）を Microsoft 事件の固有事実に適用するにあたり欧州委は間違いを犯してはいない、と結論付けた。この見地からすれば、Microsoft による知的財産権のライセンス拒絶行為が 82 条 (b) 項の意味する「技術開発を消費者の利益に反するように制限すること」に該当するとした欧州委の判断は、「明白な間違い」ではないとした。

(2) 欧州委員会の判断の背景

まず確認しておかなければならないのは、欧州委員会は、一般的に、いかなる事業者も、支配的であってもなくても、取引相手を選ぶ権利、および自分の財産を自由に処分する権利を持つべきであるという前提から出発している点である。これはどの国であれそうである。したがって、欧州委員会は、82 条の適用が支配的事業者に供給義務を課すことにつながる場合には、競争法を根拠とする介入は、慎重な考慮を必要とすると考えている³⁶。そのような義務を課してしまうことは、たとえそれに公正な対価が伴うとしても、事業者によ

³³ CFI は問題となる行為の競争評価に当たって欧州委に一定の裁量を与えており、委員会の判断に「明白な誤り (manifest error)」がないかぎり、欧州委の決定を覆さない。これは上訴側にとってはきわめて高いハードルである。これにより、支配的企業が EC 条約第 82 条に基づく欧州委決定の実質的部分を覆すことは、非常に困難である。

³⁴ C-241/91 P and C-242/91 P, Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v Commission (Magill) [1995] ECR I-743.

³⁵ Case C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039

³⁶ Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 RTE and ITP v Commission [1995] ECR I-743, paragraph 50; Case C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039, paragraph 35; Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, paragraphs 319, 330-332 and 336.

る投資およびイノベーションのインセンティブを損ない、それによって、消費者を害するかもしれない³⁷。自らの意思に反して供給義務を負うかもしれないと認識すれば、支配的事業者、又は支配的事業者になろうとする事業者は、問題となっている事業活動において投資を控えてしまったり、投資を減らすことにつながる恐れがある。また、競争者は、自ら投資する代わりに支配的事業者による投資にフリーライドするかもしれない。これらの結果は、いずれも長期的には消費者の利益とならない。これが（Microsoft 事件に限らず）欧州委員会の判断の基底にある。

競争上問題となる供給拒絶とは、既存の又は新規の顧客³⁸に対する商品の供給の拒絶、（本件で問題となったような）インターフェース情報の提供に必要な場合を含む知的財産権のライセンス拒絶³⁹、ネットワークや不可欠施設へのアクセス許可の拒絶のような広い範囲の慣行を含んでいる⁴⁰。委員会は、当該拒絶された商品が従前から取引対象となってきたことは反競争的供給拒絶の必要条件とはしていない。潜在的な購入者からの需要が存在し、問題となっているインプットのための潜在的な市場が特定されれば十分であるとしている⁴¹。同様に、支配的事業者の側にあからさまな拒絶行為があることは必要ではないともしている。

「拒絶と同視しうる行為（constructive refusal）」で十分であるというのである。「拒絶と同視しうる行為」とは、たとえば、過度に供給を遅らせたり、意図的に商品の供給の質・量を低下させたり、又は供給の見返りに不合理な条件を課すような場合である。委員会は、以下の状況が存在する場合に、優先的に規制していく方針を示している。すなわち、第一に、当該拒絶が、隣接市場において効果的に競争するために客観的に必要である商品又はサービスに関係していること。第二に、当該拒絶が、当該隣接市場における効果的な競争の除去につながる蓋然性があること。第三に、当該拒絶が、消費者の損害を引き起こす蓋然性があること、である。

³⁷ ただし、一定の特殊な事案においては、供給する義務を課すことが、当該インプットの所有者又は他の運営者の上流部門での投資やイノベーションのインセンティブに対して、事前であろうと事後であろうと、明らかにマイナスの効果を持たないことが明白であることがある。欧州委員会は、共同体法

（Community law）に適合した規制が既に支配的事業者に対して供給義務を課しており、そのような規制を支える考え方を考慮すれば、そのような供給義務を課すに当たってインセンティブとの必要なバランスが既に当局によって取られていることが明らかである場合には、特にそのような事案であると判断する。また、当該支配的事業者の上流市場における地位が、特別な又は排他的な権利の保護の下で発展してきた場合や国家の資源によって資金援助されてきた場合も同様である。

³⁸ Joined Cases 6/73 and 7/73 Istituto Chemioterapico Italiano and Commercial Solvents v Commission [1974] ECR 223.

³⁹ Joined cases C-241/91 P and C-242/91 P Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications Ltd (ITP) v Commission (Magill) [1995] ECR 743; Case C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039. Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601.

⁴⁰ Commission Decisions B&I Line v Sealink Harbours and Stena Sealink [1992] 5 CMLR 255; IV/34. 689 Sea Containers v Stena Sealink - Interim Measures (Commission Decision 94/19/EC of 21 December 1993, OJ 1994 L 15, 18.01.1994, pp. 8-19); IV/33. 544 British Midland v Aer Lingus (Commission Decision 92/213/EEC of 26 February 1992 - OJ 1992 L 96, 10.4.1992, p. 34) 参照。

⁴¹ Case C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039, paragraph 44.

(3)投入要素の客観的必要性の吟味

ある供給拒絶が欧州委員会の優先執行事項かどうかを検証するに当たって、委員会は、拒絶された投入要素の供給が当該市場において事業者が効果的に競争するために客観的に必要かどうかを考慮するとしている。ここで必要性といってもそのことは、当該拒絶された投入要素なしでは、いかなる競争者も隣接市場に参入することや隣接市場で生存できないことを意味するものではない⁴²。むしろ、当該拒絶の悪影響を、少なくとも長期的に相殺するために隣接市場の競争者が依存し得る現実又は潜在的な代替物が存在しない場合、当該インプットは不可欠であるとみなされる⁴³。この点について、委員会のスタンスは、通常、競争者が近い将来、支配的事業者によって生産されるインプットと同じ物を効果的に複製する（effectively duplicate）ことができたかどうかについて評価するとしている⁴⁴。ここで「複製」（duplication）という概念は、当該隣接市場において競争者が支配的事業者に対して競争的な牽制力を及ぼすことを可能にするような効率的な供給の代替源を作り出せることを意味する⁴⁵。

(4)消費者への損害と効率性

供給拒絶が消費者厚生に及ぼすことが見込まれる影響を検証するに当たって、欧州委員会は、消費者にとって、関連市場において見込まれる供給拒絶の悪影響が、供給義務を課すことの悪影響を長期的に見て上回るかどうかを審査するとしている。供給拒絶の悪影響が上回る場合、委員会は、通常、規制の発動を行うとしている。たとえば、供給拒絶の結果、支配的事業者によって閉め出された競争者が、市場に革新的な商品又はサービスを持ち込むことを妨げられた場合や、後続のイノベーションが抑制されそうな場合に、消費者

⁴² Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, paragraphs 428 and 560-563.

⁴³ Joined Cases C-241/91 P and C-242/91 Radio Telefis Eireann (RTE) and Independent Television Publications (ITP) v Commission (Magill) [1995] ECR 743, paragraphs 52 and 53; Case 7/97 Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft [1998] ECR I-7791, paragraphs 44-45; Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, paragraph 421. ここで、供給拒絶という場合、従前からの供給の途絶の場合と、支配的事業者が従前には他社に供給していなかった財やサービスの供給拒絶（新規（de novo）の供給拒絶）の場合がある。しかしながら、既存の供給契約の打ち切りの方が新規の供給拒絶よりも濫用的であると認められやすい。たとえば、もし支配的事業者が、希望する事業者に対して従前から供給を行っており、当該希望事業者が後に拒絶されるインプットを使用するために関係特殊投資を行っていた場合、欧州委員会は、問題となっているインプットを不可欠なものとみなす可能性が高いだろう。同様に、不可欠なインプットの所有者が、過去、それを供給することが自らの利益になると考えていたという事実は、当該インプットを供給することが当該所有者は最初の投資から不十分な報酬しか受けられないというリスクを意味しないことを示している。したがって、現在の供給関係の継続が自らの適切な報酬をリスクにさらすような方向に実際に状況が変化した理由を明らかにすることは、支配的事業者の義務だとされる。

⁴⁴ 一般的に、インプットが規模の経済又は範囲の経済のために自然独占を伴う場合、当該インプットと同じものを作ることは不可能となる可能性が高い。

⁴⁵ Case 7/97 Oscar Bronner v Mediaprint Zeitungs- und Zeitschriftenverlag, Mediaprint Zeitungsvertriebsgesellschaft and Mediaprint Anzeigengesellschaft [1998] ECR I-7791, paragraph 46; Case C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039, paragraph 29.

の損害が生ずるだろうと考える⁴⁶。もし、供給を求める事業者が、隣接市場において既に支配的事業者によって提供されている商品又はサービスと同じものを供給することだけでなく、潜在的な消費者需要がある新規又は改善された商品やサービスを生み出す意図を持つ場合や技術的進化に貢献しそうな場合は、特にそうである⁴⁷。

欧州委員会は、支配的事業者がインプットの事業を展開するために必要な投資に対する適切なリターンを得ることを可能にし、それゆえ、計画の失敗のリスクを考慮しつつ、将来にわたって投資を続けるインセンティブを生み出すためには、供給拒絶が必要であるという支配的事業者の反論を考慮する場合がある。また、委員会は、供給義務を課すことが引き起こしうる市場状況の変化によって、支配的事業者のイノベーションに悪影響が及ぶだろうという支配的事業者による主張を考慮するとしている。ただし、そのような主張を考慮する際、委員会は、前述の条件が満たされる場合に限られる。とりわけ、供給義務が支配的事業者のイノベーションのレベルにもたらす悪影響⁴⁸について証明することは、支配的事業者の義務であると委員会は考えている。Microsoftはこの証明ができなかった。

5 欧州 Microsoft 事件の検討 (その2) : バンドリング (Bundling)

(1)委員会決定

欧州委員会が認定した二つ目の濫用行為は、MicrosoftがWMP(Windows Media Player)を伴わないWindows・OSを販売しなかったことである。欧州委員会は、Microsoftが、WMPをWindows2000 PCオペレーティングシステムとをバンドルすることによって、メディア再生ソフトウェア市場から競争業者を事実上排除したと認定した。欧州委員会は、かかる抱き合わせにより、値段や品質に関係なく自分たちの製品が不利な立場に置かれるため、競争力あるソフトウェアを開発する競争業者のインセンティブが人為的に減退させられ、究極的には消費者の選択肢を減少させた、と結論付けた。そして、メディア再生ソフトウェア市場における競争が著しく減殺されたと委員会は判断した。

更に、欧州委員会は、消費者の選択行動においてメディア再生のソフトウェアと技術の重要性が増加していることが認められるため、WMPとWindowsの抱き合わせは市場においてMicrosoftに決定的に有利に作用する結果となることを懸念した。欧州委員会は、これによって、Microsoftがデジタルメディアの分野における関連市場(たとえば、エンコーディング技術やインターネットを通じた音楽のブロードキャスティングソフトウェアやデジタル著作権管理の市場)をコントロールできることになると結論づけた。以上から、欧州委員会は、Microsoftに対しWMPを伴わないバージョンのWindowsを販売するよう命令したのである。

⁴⁶ Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, paragraphs 643, 647-649, 652-653 and 656.

⁴⁷ Case C-418/01 IMS Health v NDC Health [2004] ECR I-5039, paragraph 49; Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, paragraph 658.

⁴⁸ Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, paragraph 659.

(2)抱き合わせの規制基準

Microsoft 事件のバンドル販売で問題になったように、支配的事業者は、抱き合わせによって、自らの競争者を閉め出そうとする可能性がある。「抱き合わせ」は、通常、一つの商品（主たる商品）を購入する顧客が、支配的事業者からもう一つの商品（従たる商品）も購入しなければならない状況を指す。抱き合わせは、技術又は契約に基づいて行われ得る⁴⁹。抱き合わせは、顧客により良い商品を提供すること、又はより費用対効果の良い方法で提供することを目的とする一般的な取引慣行である。しかし、抱き合わせ商品市場（主たる商品市場）において支配的な事業者は、抱き合わせられる他の商品市場（従たる商品市場）を閉鎖し、消費者に損害を与える可能性がある。

欧州委員会は、事業者が主たる商品市場において支配的である場合⁵⁰、加えて、①主たる商品と従たる商品が別個の商品であり、かつ②当該抱き合わせの慣行が反競争的閉鎖をもたらす可能性が高いという条件が満たされる場合には⁵¹、通常、82 条に基づいて措置を採ることとなる。まず別個商品性であるが、当該商品が委員会によって別個であると考えられるかどうかは、顧客の需要によって決まる。抱き合わせが存在しない場合に、相当数の顧客が同一の供給者から従たる商品を購入することなく主たる商品を購入することで、又は購入していたことで、主たる商品および従たる商品について独立した製造が可能となるのであれば、二つの商品は別個であるとされる⁵²。二つの商品が別個であるという証拠は、顧客が異なる供給源から主たる商品および従たる商品を別々に購入するという直接証拠、主たる商品のない従たる商品若しくは支配的事業者によってバンドリングされたそれぞれの商品について、製造若しくは販売に特化した事業者が市場に存在するといった間接証拠⁵³、又は特に競争的な市場において、市場支配力をほとんど有しない事業者が当該商品の抱き合わせを行う傾向にないということを示唆する証拠等である。

(3)抱き合わせの反競争効果と効率性

抱き合わせは、従たる商品市場、主たる商品市場又は同時にその両方において、反競争的效果をもたらす可能性がある。委員会は、生じ得る又は実在する反競争的閉鎖の事案を特定するには、通常、次の要素が特に重要であると考えている。たとえば、支配的事業者

⁴⁹ 技術的な抱き合わせは、主たる商品が、従たる商品とのみ適切に連動する（かつ競争者が提供する代替商品とは適切に連動しない）といった方法で設計されている場合に生じる。契約上の抱き合わせは、主たる商品を購入する顧客が、従たる商品も購入する（かつ競争者が提供する代替商品を購入しない）ことを約束する場合に生じる。

⁵⁰ 当該事業者は、従たる商品市場においては必ずしも支配的である必要はないが、主たる商品市場においては支配的である必要がある。アフターマーケットにおける抱き合わせという特別な場合については、当該条件は、当該事業者が主たる商品市場又は従たるアフターマーケットにおいて支配的となる。

⁵¹ Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, in particular paragraphs 842, 859-862, 867 and 869.

⁵² Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, paragraphs 917, 921 and 922.

⁵³ Case T-30/89 Hilti v Commission [1991] ECR II-1439, paragraph 67.

が、技術的な抱き合わせを通じて、自らの抱き合わせ戦略を長期的なものにする場合である。従たる商品が主たる商品の顧客にとって重要な補完的商品である場合、従たる商品の代替的な供給者の減少、およびそれによる同商品の利用可能性の低下は、主たる商品市場のみへの参入を一層困難にする。

効率性について、欧州委員会は、当該抱き合わせ慣行がなければ別々に構成品を購入せざるを得ない顧客の取引費用が減少し、かつ供給者の梱包および販売費用の十分な節約が可能となるかどうかを検討する可能性があるとしている。委員会は、二つの独立した商品を組み合わせる新たな一つの商品にすることが、消費者利益のために当該新商品を市場に投入する能力を向上させるかどうかを検討している。委員会は、抱き合わせの慣行によって、供給者が、大量の従たる商品を自ら製造又は購入することで生ずる効率性を消費者に還元できるようになるかどうかを検討している。本件では、Microsoft はこのような正当化の主張に失敗した。

(4)Microsoft 事件における「抱き合わせ」

本件では、従来の抱き合わせの例とは態様において異なる。すなわち、過去の濫用事例では、支配的企業が抱き合わせ商品について排他的取引関係を結ぶよう顧客を強制していた。これに対して Microsoft 事件においては、顧客は競合するメディア再生ソフトウェアを利用するかどうかについて裁量が与えられていた。

また、抱き合わせと競争制限効果との因果関係について、過去の事例では少なくとも問題となっている競争制限が抱き合わせを原因として生じたことが要求されていたように思われる。これに対して、Microsoft 事件では、抱き合わせと競争制限効果の因果関係は間接的なもののように見受けられる。欧州委員会によれば、Windows においてメディア再生機能が広範に頒布されることにより、コンテンツ・プロバイダーはコンテンツを WMP フォーマットで作成することを余儀なくされ、最終的にはこれにより他の競争業者の提供するメディア再生ソフトウェアが市場から駆逐されることになるというものである。つまり、競争制限効果の程度は、第三者であるコンテンツ・プロバイダーの行動に依存している点で間接的である。

CFI は、WMP の抱き合わせに関する欧州委の判断を支持した。すなわち、欧州委員会が Microsoft の行為について抱き合わせの 4 要件を適切に適用したことを確認した。

1. 行為者は、抱き合わせ商品市場（主たる商品市場）において支配的地位を有していなければならない。
2. 抱き合わせる商品と抱き合わせられる商品は別個の商品でなければならない。
3. 消費者は、抱き合わせられた商品を購入することなしには抱き合わせる商品を購入する方法を持たない（抱き合わせの強制）。
4. 当該行為が競争制限効果をもつものでなければならない。

欧州委員会は、WMP の Windows への抱合せにより、Microsoft、OEM 企業および他のメディア再生ソフトウェアの供給企業間の競争バランスが Microsoft に有利な方向へ作用することは避けられないと認定した。CFI はこの欧州委の結論を支持した。

CFI によれば、この抱き合わせ行為により、Microsoft は、製品販売に関し圧倒的な優位性を取得でき、また、WMP を搭載した PC が世界中に普及することを確実にできるとされた。このことは、PC ユーザーや OEM 企業が他のメディア再生ソフトウェアを使用したり顧客 PC にプリインストールしたりすることの重大な阻害要因となったというのである。すなわち、欧州委員会は、Microsoft の行為により、近い将来には実質的な競争構造が維持されなくなることが予想され、Microsoft による抱き合わせ行為が競争の減殺を招く重大な危険がある、と結論づけた。CFI はこの欧州委の判断は正しいと結論付けた。更に CFI は、Microsoft は抱き合わせを正当化する客観的事由の存在を立証していないとし、また、欧州委員会の課した改善措置は適切なものであるとした。CFI は、Microsoft が WMP と抱合せたバージョンの Windows の販売を継続する権利を有し続けること、および、Microsoft に要求されていることはメディア再生ソフトウェアを付随しないオペレーティングシステムを消費者が購入できるようにすることだけであることを指摘した⁵⁴。

6 おわりに

(1) 欧州 Microsoft 事件の示唆

そもそも、CFI は競争法違反の判断にあたって欧州委に裁量を与えており、いったん 82

⁵⁴ 最近の欧州委員会によるマイクロソフトに対する規制の展開として、マイクロソフト社のウェブ検索ソフト取扱いに関する発表に対して欧州委員会がコメントしていることが注目される（2009年7月12日）。欧州委員会は、マイクロソフト社がさる2009年6月11日に自社商品の新OS「Windows7」とウェブ検索ソフト「Internet Explorer」を明確に分離する計画を発表したことを確認した。欧州委員会は、現在審査中の同社の商品抱き合わせ行為に関して、濫用の有無および改善措置の必要性につき、まもなく決定を下す予定である。欧州委は、同社に既に送付した異議告知書において、濫用行為が認められた場合の採り得る改善措置として、コンピュータ・メーカーおよび小売段階においてウェブ検索ソフトの全く附属されていないWindowsを供給するのではなく、消費者がウェブ検索ソフトを選択できるような形にすべきことを示唆している（【表2を参照】）。

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=MEMO/09/272&type=PDF&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

【表2：_ウェブブラウザの抱き合わせに関する欧州委員会の最近の動き】

2008年

1月14日	欧州委員会、Microsoftによる相互運用性に関する情報の開示、Internet ExplorerとWindows OSの抱き合わせ販売の2件について審査を開始することを決定
-------	--

2009年

1月17日	欧州委員会、Microsoftに対し、Internet ExplorerとWindows OSの抱き合わせについて、予備的な見解を示す異議告知書を送付
7月24日	Microsoft、欧州経済領域内で販売する最新のWindows OSの販売方法について、顧客に対し、Internet Explorer以外のウェブブラウザの選択肢を与えるよう変更することを欧州委員会に提案

条違反とされた支配的事業者の行為について委員会決定の実質的部分を覆すことは、非常に困難であるといえる。「明白な誤り (manifest error)」があったことの立証は、きわめて高いハードルだからである。その意味で、委員会決定を CFI がほぼ全面的に支持したという結論それ自体はそれほど注目に値しない。

むしろ検討すべきなのは、82 条について欧州委員会が喧伝する「効果重視 (effects-based)」アプローチの採用⁵⁵にこの判決が与しているのかどうかである。CFI は、たとえば抱き合わせの判断において、「裁判所は、問題の行為の結果として、消費者が Windows PC OS を、WMP を同時に入手することなくしては入手できなかったことを認める」として⁵⁶、顧客が WMP なしの Windows を購入できないことこそが問題であり、複数の media player が実際には使用されているという事実は結論を左右するものではないとしている。この判示から察するに、結局、CFI は経済分析らしい分析を行っておらず、「効果重視 (effects-based)」アプローチというよりも、形式的な判断（「形式重視 (form-based)」アプローチ）をしているのではないかとも見受けられる。

仮に判決が、「効果重視」のアプローチをとっているとしても、そもそもどのような競争効果分析を行うのかに関して疑問は残されたままである。疑問の一つは、客観的正当性や効率性の認められる範囲である。これらは、違反行為の有無を決定する比較衡量の衡量要素の一部としてではなく、むしろ抗弁 (defense) として機能することが判決でも前提とされているが、そうであるとすると、立証責任は通常そのような抗弁を主張する側（つまり被告）に課される。しかし、判決においても、客観的正当性の抗弁が認められる範囲は不明確なままである。特に、企業の技術革新に対するインセンティブの保護などの結果として得られる消費者利益をどう評価するかという点や、このようなインセンティブは問題の行為に関わる特定の商品に関するものに限定されるべきか、あるいはより広い範囲の商品・サービスをも対象としうるべきのかという点について、不明なままである。

このように、判決においても今後まだ詰めるべき点は多々残されているが、欧州 Microsoft 事件における委員会および CFI の分析は既存のヨーロッパ判例法をさらに発展させたものであったことは疑いないように思われる。特に、競争過程における rivalry (競い合い) を最大限可能な限度維持するのが欧州委員会および CFI の政策目的であることが同事件からは看取できる点に本判決の意義があると思われる。

まず、ライセンス拒絶による市場支配的地位の濫用行為に関して、最初に欧州委が認定したのは、前述のように、Microsoft が、ワークグループ・サーバー・オペレーティングシステム市場における競争業者に対し、それらのサーバーと Windows の間の相互運用情報のライセンスを拒絶したことについてであった。これにより Microsoft は、競争業者が同社に

⁵⁵ これは、DG Competition Discussion Paper on the Application Of Article 82 of The Treaty to Exclusionary Abuses (December, 2005) で示されたものである。

⁵⁶ Judgment of 17 September 2007 in Case T-201/04 Microsoft v Commission [2007] ECR II-3601, paragraphs 961.

対抗するサーバーを開発し販売することを妨げたとされた。欧州委員会はこの判断に際し、①Microsoft が PC の OS 市場において独占的に近い地位を有していたこと、②ワークグループ・サーバー・オペレーティングシステムの隣接市場において、ネットワーク効果に起因して、Microsoft が著しく伸張していたこと、③Microsoft は、当初は相互運用情報へのアクセスを許していたにもかかわらず、後になって態度を変化させたこと、である。欧州委員会は、Microsoft によるかかる相互運用情報の拒絶が、ワークグループ・サーバー・オペレーティングシステム市場における競争業者の排除を意図した戦略的行動の一環であると認定した。

CFI は、相互運用性の論点についての欧州委の結論は十分な根拠が示されていると判断したが、この判断にあたって、CFI は、企業が取引先を選択する自由を有していること、および、知的財産権の使用許諾を拒絶することが問題視されるのは、判例法に沿って Magill 事件・IMS 事件の三基準（新製品開発の阻害、競争の減殺、客観的正当性の欠如）が存在することが示されたときに限られること、という伝統的なルールを確認した。この基準を Microsoft 事件における固有の事実に適用するにあたり欧州委は間違いを犯してはいない、と結論付けた。すなわち、Microsoft による知的財産権のライセンス拒絶行為が 82 条 (b) 項の意味する「技術開発を消費者の利益に反するように制限すること」に該当するとした欧州委の判断は、「明白な間違い」ではない。この判断の背景には、欧州委が追求している政策目的が、Microsoft のソースコードを競争業者に対し開示することまで拡張されるのではなく、プロトコルの仕様に限り開示することを求めるのみである点に CFI は着目している。つまり、競争促進による利益と競争減殺による弊害を比較衡量（バランスング）にかける欧州委員会の方法論は適切であったと結論付けたのである。CFI の目からすれば、Microsoft が知的財産権の行使を理由として競争業者に対するアクセス許諾を拒否したことは、天秤を Microsoft 側に傾かせる事情としては不十分だというのである。この判断の背景には、新規に利用許諾の申込みを単に拒絶したというのではなく、既存取引の「打ち切り」であったことについて、それを正当化することを委員会がより懐疑的な立場を取っていることと関連があろう。すなわち、自らの市場における地位が脅かされることを恐れて、従前の取引を「正当な理由なく」打ち切ることは、「競争過程」における事業者間の「rivalry」に対する侵害である⁵⁷。すなわち、たとえ消費者が rivalry（競争過程における競い合いそのもの）の侵害による損害を明瞭には被っていなかったとしても rivalry に対する侵害こそが 82 条においても問題であることが本事件における委員会および CFI の判断からは示唆されるのである⁵⁸。同じことは、抱き合わせの判断についてもいえる。欧州委員会は、Microsoft

⁵⁷ ここで「正当な理由なく」というのは、Microsoft が、競争業者への相互運用情報の開示を要求されていたならば技術革新を行うインセンティブに重大な悪影響があったであろうことを立証できなかったということである。

⁵⁸ ただし、ライセンス拒絶の適法性を判断するにあたり、規制基準が Magill・IMS 事件の三基準であるべきなのか、それとも欧州委員会によって採用された比較衡量基準であるべきなのかという点について、必ずしもはっきりしていない。欧州委員会は両基準を並行的に用いており、CFI も両方を並行的に是認している。

に対し WMP を伴わないバージョンの Windows を販売するよう命令したが、これについては、WMP と Windows の両方を使う多くのユーザーにとっては、WMP を伴わない Windows バージョンはかえって不便とも考えられる（現実にも「WMP なし」 Windows バージョンの需要は「あり」のバージョンに比べてはるかに少ない）。しかし、たとえ消費者が rivalry の欠如により損害を被っていたり、あるいは将来被ったりする明確な兆候がなくても、競争過程における rivalry を最大限可能な限度維持しようとする欧州委員会の政策目的からすればこれも十分に是認できることである。というのも、欧州委員会は、競争者の競争的対抗関係（牽制関係）に着目して競争状態を評価する伝統的アプローチをとっており、たとえ消費者への悪影響が現実には大きくなくとも、そのような競争に対する潜在的な脅威がありさえすれば介入が正当化されるとの見解をとっているように見える。特に、委員会は、ネットワークの「ubiquity（すなわち、「いつでも」、「どこでも」というユビキタスネットワークの特性）」がもたらす消費者の利益よりも、むしろ、多くの競争者が存在することにより達成される消費者の利益（すなわち、「競争者なくして競争なし」）のほうがより重要であることを前提としており、CFI もこれを支持していることは注目すべきである。

競争過程への侵害をみる態度は、抱き合わせ判断における委員会および CFI の厳しい判断にも見て取れる。従前の判例法では、抱き合わせの対象となった商品の市場においてどの程度の競争制限が存在しなければならないかという点については、少なくとも問題となっている競争制限が抱合せを原因として生じたことが要求されていた。しかし本件では、抱合せと競争制限の因果関係は間接的なものであった。欧州委員会によれば、Windows においてメディア再生機能が広範に頒布されることにより、コンテンツ・プロバイダーはコンテンツを WMP フォーマットで作成することを強いられ、最終的にはこれにより他の競争業者の提供するメディア再生ソフトウェアが市場から駆逐されることになり、委員会はこの点を問題にする。つまり、競争制限の程度は、第三者（であるコンテンツプロバイダー）の行動に依存しているのであるが、この点、欧州委員会は当該第三者が競争制限に向かう方向に行動するだろうと考えているのである⁵⁹。

(2)我が国への示唆

我が国でも、排除型私的独占（独占禁止法 2 条 5 項、3 条前段）については、2009 年 6 月に成立した独占禁止法改正法により、新たに課徴金の対象となった。我が国において、これまで排除型私的独占に対して法的措置をとった事例は必ずしも多くなく⁶⁰、問題となる行為の態様も多様かつ不定型である。また、排除型私的独占を課徴金の対象とすることについては、通常の事業活動の結果として他の事業者の事業活動を排除するに至った行為と

⁵⁹ しかし、このような将来予測にしたがって競争排除を認定するのは、本件のような変化の激しい IT 産業では将来のことは誰もわからないだけに、慎重に行うべきとする批判もあろう。

⁶⁰ 独占禁止法制定以来これまでに 12 件であり、その他、支配行為と排除行為を併せて行った私的独占に対する法的措置が 3 件に過ぎない。

排除型私的独占をもたらす「排除行為」とを区分することが容易でないことから、事業者に対していわゆる萎縮効果を生じさせ、公正かつ自由な事業活動の支障となるのではないかとの指摘もあった。そこで、公正取引委員会は、排除型私的独占が成立するための要件に関する解釈を可能な限り明確化すること等により、法運用の透明性を一層確保し、事業者の予見可能性をより向上させることを目的として、ガイドラインを策定することとしたものである⁶¹。

排除型私的独占は、2008年12月に公表されたEC条約第82条ガイダンスにおいて指針が示されている市場支配的事業者による濫用的な排除行為（abusive exclusionary conduct by dominant undertakings）に対応するものであり、本稿で詳細に検討したMicrosoft事件の判断枠組みは我が国の排除型私的独占の規制基準を考えるに当たっても参考になるものとする。とりわけ、先に述べた支配的事業者による「競争過程の侵害」をどのように理論的に基礎づけるかについては、今後の検討課題となろう。特に特許権をはじめとした知的財産権の行使の局面では、何が競争の「排除」⁶²で何が「不公正」な権利行使なのかという、古くて新しい問題に対する検討がより一層重要になってくる。その検討は、今後の課題である。

⁶¹ 「排除型私的独占に係る独占禁止法上の指針（原案）」（2009年6月19日公正取引委員会、以下「ガイドライン」という）。ガイドラインは、排除型私的独占に係る事件として審査を行う際の方針、排除型私的独占が成立するための要件である「排除行為」及び「一定の取引分野における競争の実質的制限」の該当性から構成されている。具体的には、まず、公正取引委員会が排除型私的独占に係る事件として優先的に審査を行うか否かの判断において、一般的に考慮する事項について記載している。次に、排除行為として問題となりやすい行為のうち主なものを類型化した上で、それぞれの行為類型に該当するか否かを判断する際の検討の枠組みと判断要素について記載している。最後に、排除行為により一定の取引分野における競争が実質的に制限されたか否かを判断するため、一定の取引分野を確定するに当たっての考慮要素と、競争の実質的制限の存否を判断するに当たっての考慮要素について記載している。

⁶² 排除型私的独占を構成する「排除行為」について、ガイドラインは基本的考え方を示している。まず、排除行為とは、他の事業者の事業活動の継続を困難にさせたり、新規参入者の事業開始を困難にさせたりする行為であって、一定の取引分野における競争を実質的に制限することにつながる様々な行為をいう。事業者の行為が排除行為に該当するためには、他の事業者の事業活動が市場から完全に駆逐されたり、新規参入が完全に阻止されたりする結果が現実には発生していることまでは必要とされていない。また、行為者が他の事業者の事業活動を排除する意図を有していることは、排除行為に該当するための不可欠の要件ではないが、問題となる行為が排除行為であることを推認させる重要な事実となり得る。排除行為に該当し得る典型的な行為については、これまでの事件において問題となった行為を中心に、「コスト割れ供給」、「排他的取引」、「抱き合わせ」及び「供給拒絶・差別的取扱い」の4つに類型化している。それぞれの行為の排除行為該当性は、商品に係る市場全体の状況、行為者及び競争者の市場における地位、行為の期間、行為の態様等の要素を総合的に考慮して判断されることとなる。もちろん、排除型私的独占を構成する排除行為はこれら4つの類型に限定されない。例えば、競争者と競合する販売地域又は顧客に限定して行う価格設定行為や他の事業者の事業活動を妨害する行為を排除行為と評価した事例もある。「コスト割れ供給」については、「商品を供給しなければ発生しない費用」さえ回収できないような低い対価が設定されているか否かを一つの基準と考えている。しかし、「総販売原価」未満の価格設定であれば、行為態様等によっては排除行為となる可能性がある。また、「供給拒絶・差別的取扱い」に関しては、川下市場で事業活動を行うために必要な商品について、合理的な範囲を超えて、供給の拒絶等を行った場合を対象としている。この行為類型については、基本的に自由な事業活動が尊重されるべきであり、排除行為に該当するか否かが特に慎重に判断される必要があるとしている。ガイドラインに示されたこれらの基準の検討は他日の課題としたい。

(3)情報通信事業規制への示唆

電気通信分野は、競争法だけで競争をつくり出すことができない。既存独占事業者は、川下の競争に必要なインフラを支配しており、接続拒否、供給拒否をもたらすことがある。こうした状況では、セクタースペシフィックな規制が、競争事業者の市場参入を可能にする効率的で効果的な方法となり、競争、低料金及び消費者厚生の上昇をもたらす。ただし、セクタースペシフィックな規制はそれだけで自動的に理想的な競争状況を生じさせるものではなく、補完的な競争法の介入と連携する必要がある。本章の最後にあたって、セクタースペシフィック規制と競争法の相互補完の必要性を強調しておきたい。

欧州においても、電気通信分野は、自由化され、かつよく規制された市場が消費者利益をもたらすことを示す最良の例の1つである。EU レベル及び国内レベル双方において、規制当局と競争当局間の緊密な協力がある。規制と競争法は相互に衝突・抵触する過程ではなく、補完し連携する過程であることを理解することが不可欠である。

EU では、規制を発動するための基本的枠組みとして、規制当局が評価すべき3つの基準テストが設定されている。すなわち、第1に、市場が一時的でない高い参入障壁によって特徴づけられていること、第2に、市場構造に効果的競争(effective competition)の傾向がないこと、第3に、競争法による規制だけでは市場の失敗に対処するのに不十分であること。このアプローチによると、規制の発動は過剰規制(false positive)とならないよう謙抑的であるべきであり、規制市場でも企業は競争ルールに従わなければならない。例えば、ボトルネックがある場合、接続規制は市場参入を可能にするために不可欠であるとともに、ボトルネックアクセスについて濫用行為があれば、競争法がエンフォースされなければならない⁶³。

このように、市場がうまく機能するために、規制と競争法の双方に重要な役割がある。規制と競争法は共に機能させることが必要である。両者の一貫して連続した関係がなければ、競争力を維持し成長回復するために欧州が追い求めている持続型競争を提供することは非常に難しい。本章で検討した欧州競争法における独占的事業者による競争者排除行為

⁶³ そのような例を示すごく最近の事件として、Wanadoo 事件(2009年)がある。欧州司法裁判所(ECJ)は、「Wanadoo Interactive SA」(インターネット接続サービス会社。04年にフランス・テレコム社と合併。以下「ワナドゥ社」)の支配的地位の濫用行為を認めた欧州第一審裁判所判決を支持する決定を下し、1035万ユーロの制裁金を維持した。ECJは、まず、支配的地位を享受している企業が設定する平均可変費用より低い価格は濫用と考えられるべきとし、次に、平均総費用より低く平均可変費用より高い価格は、すべての競争をだめにする計画が証明されたときにのみ不公正と考えられるべきとしている。ECJは、ワナドゥ社が01年8月まで可変費用を補わない略奪的価格を設定したと認定し、また、同月以降、高速インターネット接続の発展する重要な時期に市場を先取りする計画の一部として、ワナドゥ社が総費用を補わない価格を設定したと認定。ECJは、審理期間中に費用回収水準を評価するに当たり、違反行為後の収入及び費用は考慮に入れるべきでないとした。更に、ECJは、ワナドゥ社の価格政策を濫用と認定する必要条件—ある費用水準よりも低い価格を適用することで生じた損失の回復可能性について、欧州委がそれを証明する必要はないとした。本件について、欧州委は03年7月16日にワナドゥ社に対し、略奪的価格設定によりEC条約第82条に違反したとして制裁金を賦課していた。以上につき、以下を参照、
<http://curia.europa.eu/jurisp/cgi-bin/form.pl?lang=EN&Submit=rechercher&numaff=C-202/07>

の規制はその重要な一断面である。

【追記】2009年12月16日に欧州委員会は、Microsoft に対する Internet Explorer と WindowsOS の抱き合わせ事案の審査について、手続を打ち切ると発表した。

独占的地位を利用した高価格設定を規制した欧米の事例

学習院大学法学部准教授

大久保 直樹

1 はじめに

本稿では、米国及び欧州の最近の競争法事例を一件ずつ（計二件）紹介し分析したい。具体的には、米国の N-Data 事件¹と欧州の STIM 事件²をとりあげる。以下、これらの事件をとりあげる理由と、情報通信との関係を述べる。

数多くの事例の中からこの二件をとりあげるのは、これらの事例において、欧米の反トラスト法又は競争法が規制に否定的又は消極的な行為がとりあげられており、貴重かつ興味深いものだからである。以下、敷衍（ふえん）する。

近年、米国においても欧州においても、競争者を始めとする他者を排除する行為が活発な議論の対象となっている。一口に「他者を排除する」と言っても様々な類型（抱き合わせ、略奪的販売など）がある。これまでは類型ごとに異なった違法判断基準が発達してきた。しかし、ある行為が複数の類型に分類しうる場合もあることが認識された結果、類型横断的な基準を確立できるのか、というのが、昨今の欧米における問題意識（の少なくとも1つ）である。こうした問題意識に基づき、米国では司法省が2008年に報告書を公表し³、欧州でも、欧州委員会が同じ年にガイダンス⁴を公表した⁵。

この他者排除行為に対する注目度に比較して、ある事業者が独占的地位を利用して高価格を設定する行為は、相対的に注目されていない。以下で紹介するような、規制に否定的又は消極的な意見が述べられるにとどまっている。

米国では、規制に否定的な意見が多数を占めている。2004年の連邦最高裁判決は、次の

¹ Negotiated Data Solutions LLC, FTC File No. 051-0094, Docket No. C-4234 (Sep. 2008).

² Case C-52/07 *Kanal 5 Ltd. and TV 4 AB v. Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå (STIM) upa*, (ECJ 11 December 2008)

³ U.S. Dep't of Justice, Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act (2008). なお、2009年5月11日、司法省反トラスト局の司法次官補は、この報告書がオバマ政権のエンフォースメント方針を示すものではないことを明言した (Christine A. Varney, Assistant Attorney Gen., Antitrust Div., U.S. Dep. of Justice, Vigorous Antitrust Enforcement in this Challenging Era, Remarks as prepared for the Center for American Progress (May 11, 2009) 参照)。司法次官補は、報告書に示された方針があまりに寛大すぎると考えて、このように宣言した。就任後初のスピーチでわざわざこのように宣言したことは、オバマ政権が他者排除行為に対して相当な興味を持っていることを示していると言える。

⁴ Guidance on the Commission's Enforcement Priorities in Applying Article 82 EC Treaty to Abusive Exclusionary Conduct by Dominant Undertakings (2008). このガイダンスは、委員会が2005年に公表した DG Competition discussion paper on the application of Article 82 of the Treaty to exclusionary abuses とそれに対するフィードバックに基づくものである。

⁵ こうした欧米の動きについての研究として、競争政策研究センター「競争者排除型行為に係る不公正な取引方法・私的独占について一理論的整理」(2008年6月)がある。

ように述べている⁶。

「単なる独占力の保持及びそれと表裏一体の関係にある独占的価格の設定は、違法でないどころか、自由市場体制に欠かせないものである。短期間であれ独占的価格をつけられるかもしれない、という期待が、先見の明の発揮を促す。果敢にリスクをとることを可能にし、その結果、技術革新が生じ経済が発達する。技術革新のインセンティブを守るためにも、独占力の保持は、反競争的行為を伴うのでなければ、違反にはならない。」

一方、欧州条約第 82 条は、市場支配的地位にある事業者が不公正な条件で取引することを禁止しており、独占的価格設定は、この条文のもとで規制可能である。しかし、少なくとも教科書レベルでは、簡潔に、規制の困難さが指摘されるにとどまっている⁷。

以上のような中であって、本稿で取り上げる二つの事例は、独占的な地位にある事業者が、それを利用して行った価格設定を規制したものである。その意味で注目に値する。

二つの事例と情報通信の分野との関連については、次のとおりである。米国の N-Data 事件は、情報通信の分野でも起こる可能性がある。N-Data 事件は、技術標準の選定過程で権利者がした約束を後に覆したことが問題となった事例である。情報通信の分野でも活発に標準化活動が行われているのだとすれば、N-Data 事件で問題となったようなことは起こりうるであろう。一方、欧州の事例は、放送事業者が直接の被害者であるという点で電気通信と関連を有している。以上が、本稿で取り上げる事例と情報通信との関係である。

以下においては、1 で米国の事例について、2 で欧州の事例について紹介及び分析することとしたい。

2 米国の事例

(1) 事実関係

本件事案を要約すると、標準として採用された技術について知的財産権を有していた権利者が、事前の約束を反故にして権利行使をした事例である。ただし、約束がされてからそれが覆されるまでの間に権利が譲渡されており、約束をした権利者とそれを覆した権利者は異なっている。以下、敷衍する。

1993 年ごろ、標準化組織である the Institute of Electrical and Electronics Engineers (以下、IEEE) は、イーサネットについての新規格の策定を作業部会に指示した。1994 年、National Semiconductor (以下、National) は、作業部会に対して、自社の特許出願技術 NWay を提案した。その際、希望者に対しては一回限り 1,000 ドルでライセンスすることを表明した。IEEE は、NWay を取り込んだ形で新規格を策定した。1995 年に IEEE が新規格を公表して以来、多くのメーカーが新規格をコンピュータ機器に採用した。

National は、NWay について特許権を取得した翌年の 1998 年に、Vertical Networks Inc. (以下、Vertical) にすべての特許権を譲渡した。譲渡に先立って、National の 1994 年の

⁶ Verizon Comm'cns Inc. v. Law Offices of Curtis v. Trinko, 540 U.S. 398, 407 (2004).

⁷ 例えば、GIORGIO MONTI, EC COMPETITION LAW 218-20 (2007).

コミットメントは Vertical に通知された。

2001 年ごろ、商業的に見てイーサネットに代替する技術がなくなり、コンピュータ業界は NWay にロックインされた。その翌年、ドットコムバブルの崩壊後、Vertical は、ライセンスの条件を変更して収益を上げようとし始めた。具体的には、約 64 社を標的とし、その多くに対して、使用回数に比例したライセンス料の支払を要求し始めた。

2003 年、特許権は更に本件の被審人である Negotiated Data Solutions LLC (以下、N-Data) に譲渡された。N-Data も、1994 年の National のコミットメントを承知していたものの、権利行使の姿勢を変えなかった。

連邦取引委員会は、この N-Data の行為が、次のような弊害を招き FTC 法 (Federal Trade Commission Act) 第 5 条に違反するとした。すなわち、a. ライセンス料の高騰、b. 製品価格の高騰 and/or 製造量の減少、c. IEEE 標準を組み込んだ製品を製造するインセンティブの減殺、d. IEEE などの標準化活動へ参加するインセンティブの減殺、e. 標準化活動で策定された標準に対する信頼の低下である。

以上のように、本件においては、元々の特許権者である National がした約束を、譲受人である N-Data が覆そうとしたところ、N-Data が米国の反トラスト法違反に問われた事例である。

(2) 分析

ア 先例との関係

本件で問題となった行為については、先例ないし議論の蓄積があるように一見、思われる。以下、それらとの関係を見ておくことにしたい。

先例又は議論の蓄積がある第一の行為は、自らが供給している商品役務にとって必要な特許権のすべてを譲り受けて、その商品役務の市場への参入者に対するライセンスを拒絶する行為である。

本件において N-Data は、ライセンスを拒絶しているわけではない。しかし、譲り受けた特許権を利用して川下市場での競争に悪影響を及ぼそうとしている点で、ライセンス拒絶と実質的には同一の行為をしているとも見られる。

単独ライセンス拒絶規制についての米国の議論の動向を見てみると、「創作インセンティブの確保」という観点から規制に否定的な立場が圧倒的に多数である。しかし、その米国においても、特許権を買い集めた上でのライセンス拒絶の規制には抵抗が少ない⁸。その理由は、恐らく次のようなところにあると考えられる。すなわち、何らかの発明をして特許権を取得しても、製品化のためのリソースを持たない場合には特に、他者へライセンスすることによって創作への投資を回収するしかなく、そのようなライセンシーが現れない場合には、投資を回収できないことになりかねない。したがって、ライセンス譲渡の規制も、

⁸ J. Thomas Rosch, Comm'r, Fed. Trade Comm'n, Patent Trolls: Broad Brush Definitions and Law Enforcement Ideas, Address before the Newport Summit on Antitrust and Economics (May 31, 2008).

間接的に創作インセンティブに悪影響を与えることがありうるが、そもそも市場への参入障壁を高める目的で買い集めたのであれば、規制によるインセンティブへの悪影響が利益を上回るということであろう。

N-Data の権利行使は、一見、以上のような買い集め後のライセンス拒絶と同種のように思われるが、重要な点において異なっている。すなわち、特許権のライセンス拒絶については、拒絶者と被拒絶者が競争関係にあることが要件とされている⁹ところ、本件で拒絶者に相当する N-Data は、ライセンスを専業としており、川下市場では事業活動を行っていない。この点において、本件を、買い集めてきた特許権のライセンス拒絶と同一視することはできない。

第二の行為は、権利者が、標準化策定の過程で合理的かつ差別的な対価でのライセンスを約束しておきながら、後になってこの約束を覆す行為である。こうした行為を規制した先例が存在している¹⁰。

本件については、先に紹介したように、1,000 ドルでのライセンスを約束した権利者とその約束を覆した権利者は異なるが、関連資料を読んでもみると、権利の移転は、そもそも約束を覆すためになされたのではないかとの疑いも生じる。公表資料は、National と Vertical と N-Data の間には、次のような関係があったことを示している。すなわち、National の前従業員が Vertical の設立者であった。そして、National と Vertical の権利譲渡取引について Vertical 側に立っていた特許弁護士が、N-Data の代表者である。こうした記述と、Vertical も N-Data も約束の存在を認識していたとの記述をあわせて読むと、National 自身が約束を覆すと反トラスト法違反となってしまうので、関係者へ譲渡することによって、約束の反故（ほご）が違反とされることを回避しようとしたのではないかと、とも思えてくる。

本件は同意審決で決着しているから、これ以上の細かな事実関係は不明である。もし正式な審判が行われれば三者間の関係が焦点となっていた可能性も否定できない。しかし、連邦取引委員会は三者間の関係にそれほど力点を置いているわけないようにもみえる。というのも、Vertical も N-Data も約束の存在を認識していたとの記述が同意審決本体に登場するのに対して、三者間の関係についての記述は、同意審決本体ではなく、パブリック・コメントの募集に際して一般向けに同意審決（この段階では同意審決案）を解説した文書に登場するにとどまるからである。

イ 独占的価格設定を規制した事例としての解釈

本件は、同意審決本体だけから、独占的価格の設定を規制したものだ、と解釈することができる。

まず、N-Data が独占的地位にあったことについては、2001 年ごろ、イーサネットに代替

⁹ Intergraph Corp. v. Intel Corp., 195 F.3d 1346 (Fed. Cir. 1999)が、このことを明確に判示した判例として有名である。

¹⁰ Dell Computer Corp., 121 F.T.C. 616 (1996), Rambus Inc. v. FTC, 522 F.3d 456 (D.C. Cir. 2008).

する技術がなくなったとの指摘から導き出すことができる。この文脈で申立書は、「独占力」(monopoly power)という言葉も用いている。2001年の時点ではN-Dataは権利者ではなかったが、業界全体がロックインされた後で権利を譲り受けたN-Data以外から問題の技術のライセンスを受けることはできなかったであろう。したがって、N-Dataも独占的地位にあったと言える。

次に価格水準についてであるが、通常は費用との関係が問題となる。本件同意審決は、費用との関係について検討していない。しかし、代替技術が存在しない状況になっていなければ1000ドルを覆すことはできなかったという意味で、1000ドルから乖離(かいり)する価格は独占的地位を利用した価格設定であると言える。

そして、IEEEの作業部会に対してNationalがしたコミットメントの内容をVertical及びN-Dataが知っていた、という事実の指摘は、次のように解釈できる。すなわち、譲受けの時点でそのような約束の存在を知っていたのであれば、それを織り込んで譲渡の条件を決めることができたはずである。したがって、譲受人の独占的価格設定を規制しても、将来、同種取引を行うインセンティブを阻害する可能性は少ないと言えそうである。

ウ 本件後の議論とその含意

本件同意審決をきっかけとして、FTC法第5条の規制範囲を巡る議論が再び活発化している。その概要は、次のようなものである。

本件同意審決は、N-Dataの行為が、FTC法第5条の規制対象である不公正な競争方法(unfair methods of competition)と不正又は欺瞞(ぎまん)的な行為又は慣行(unfair or deceptive acts or practices)に当たるとした。アで見たように、本件の行為は先例や議論の蓄積のある行為とは重要な点で異なっている。別の言葉で言い換えると、反トラスト法の中心的な条文であるシャーマン法(Sherman Act)第2条¹¹に違反するとは言いにくい。FTCがシャーマン法第2条の規制範囲に囚(とら)われることなくFTC法第5条を適用してよいことは従前から認識されているところ、久々にその実例が登場したため、改めてシャーマン法第2条との対比でFTC法第5条の射程が注目を浴びているのであろうと思われる¹²。

しかし、筆者の知るかぎり、それらの議論の中で、本件が実は独占的価格の設定を規制したものと解釈できることを指摘するものは皆無である。そのことは、「米国では独占的価格の設定を規制しない。」という通念の堅固さと同時に脆(もろ)さを示しているように、筆者には思われる。つまり、独占的価格の設定を規制したと解釈できる事例が現れても誰も気づかないのは、皆がそれだけ強固に通念を信じきっているからであろう。他方で、通

¹¹ シャーマン法第2条違反であると言えれば、三倍賠償の請求が可能であるのに対し、FTC法第5条をエンフォースできるのはFTCのみである。

¹² FTC自身も、2008年10月に、“Section 5 of the FTC Act as a competition statute”という標題のワークショップを開催した。ただし、このワークショップは、unfair methods of competitionだけに焦点をあてたものであった。

念に反する事例があるということは、皆がそう思い込んでいるだけで、探せば同種の事例が他にも発見できるのではないかという疑問を生じさせる。

3 欧州の事例

(1) 事実関係

STIM (Föreningen Svenska Tonsättares Internationella Musikbyrå upa) は、スウェーデンの著作権管理団体であり、作曲者及び音楽出版者を構成員とする。STIM は、楽曲の上演・公演、録音及び複製について対価を徴収する権利を、構成員から委ねられている。STIM は、著作権で保護された楽曲をテレビ放送するためのライセンスの市場において、事実上、独占的な地位にある。

スウェーデンにおいて STIM を訴えた Kanal 5 と TV 4 は、商業放送局である（以下、「両放送局」とする）。

STIM は、上演権 (performing right) について、両放送局から次のような対価を徴収していた。すなわち、公衆に向けたテレビ放送 and/or 視聴料から得られる収入の一定割合を対価とする。一定割合は、放送される楽曲の量に応じて異なる。

両放送局は、STIM が市場支配的地位を濫用しているとして、商業裁判所 (the Marknadsdomstolen) に訴えを起こした¹³。商業裁判所は、手続を中断し、STIM の対価計算式が欧州条約第 82 条の「濫用」に当たるかどうかについて欧州裁判所の判断を求めた¹⁴。

(2) 裁判所の判断

「28 先例によれば、提供する役務の経済的価値に照らして過剰な対価を要求することは濫用に当たる (Case 26/75 General Motors Continental v Commission [1975] ECR 1367 の ¶12 及び United Brands and United Brands Continentaal v Commission の ¶250 参照)。

29 したがって本件については、STIM の設定するロイヤルティが、STIM の提供する役務 (著作権で保護されており自身の管理下にある多数の楽曲を、ライセンス契約に基づいて、商業テレビ放送局が利用できるようにすること) の経済的価値に照らして合理的であるかどうか判断しなければならない。

30 これらのロイヤルティは、楽曲のテレビ放送について、その楽曲の作者に報いようとしたものであるから、その権利の特質を考慮する必要がある。

31 この点を考慮すると、楽曲の作者の利益 (= 対価を受け取ることができる) と、テレビ放送局の利益 (= 合理的な条件で楽曲をテレビ放送できる) とを適切に比較考慮することが適当である。

32 録音された楽曲をディスクで演奏することに対するロイヤルティは、ディスクの売

¹³ この前段階として、両放送局は、スウェーデンの競争当局 (Konkurrenverket) に差止めを求めたが、競争当局は、この訴えを退けた。

¹⁴ 欧州条約は、加盟国裁判所が、条約の解釈に不明な点がある場合に、欧州裁判所の判断を求めることを認めている (ニース条約第 234 条)。本判決は、この手続に則って出されたものである。

上げを基礎として算出されており、裁判所は、そのようなロイヤルティが著作権の通常の行使であって欧州条約第 82 条のいう濫用には当たらないと判断している（この趣旨を述べたものとして、Case 402/87 *Basset* [1987] ECR 1747 の ¶ 15, 16, 18 及び 21 参照）。

33 裁判所の判断によると、ディスコの売上げの一定割合に相当する一律のロイヤルティの徴収は、他の方法で同じ目的を達成することができる場合にのみ、非難の対象となる。「他の方法で同じ目的を達成できる」とは、契約管理コスト及び楽曲利用の監視コストを増大させることなく、楽曲の著作者、作曲者及び出版者の利益を保護できることである（Case 395/87 *Tournier* [1989] ECR 2521 の ¶ 45 参照）。

34-38 (略)

39 STIM のロイヤルティ算出式は、著作権の保護対象楽曲が実際どのくらい放送されたかを考慮している。なぜなら、ロイヤルティの額は、テレビ放送局の収入だけでなく、放送される音楽の量に依存しているからである。

40 しかし、一定の条件の下では、そのような算出式が濫用に当たる可能性もある。とりわけ、どの楽曲がだれに聞かれたかを一層正確に識別できる他の方法があり、その方法が、契約管理コスト及び楽曲利用の監視コストを不相当に増大させない場合には、本件のようなロイヤルティ算出式は濫用に当たると言えるかもしれない。」

(3) 分析

欧州条約第 82 条は、「市場支配的地位」(dominant position) と「濫用」(abuse) との二つを要件としている。本件においては、スウェーデンの著作権管理団体である STIM が市場支配的地位にあることについては争いがなかった（スウェーデンの商業裁判所はその点については判断を求めていない）ので、STIM のロイヤルティ算出式が濫用に当たる可能性があるかどうか判断が絞られた。結論として、欧州裁判所は濫用に当たりうるとした。

以下、先例と比較しながら、本判決の判断の特徴を明らかにしたい。結論から言うと、「濫用」についての本判決の判断は、先例とはかなり異なっている。

「濫用」の判断基準を判示したのものとして必ず参照されるのが、本判決も言及している *United Brands* 判決¹⁵である。同判決によると、ある価格が過度に高いかどうかの判断に際しては、その商品役務の経済的価値に着目すべきである。何より、価格と供給費用との差が重要となる。この差が過大であるか、そして不当であるかが判断の決め手となる。

本判決の直接の先例となる *Tournier* 判決（この判決は、STIM 判決でも引用されている）は、この *United Brands* 判決の延長線上に位置づけることができる。*Tournier* 判決においては、ディスコでの楽曲の演奏についてフランスの著作権管理団体が設定している対価が過大なのではないか、ということが問題となった。フランスの著作権管理団体は、ディスコの売上げの一定割合（8.25%）をロイヤルティとして徴収していた。

¹⁵ Case 27/76 *United Brands & United Brands Continental* [1978] ECR 207, ¶ 250-252.

Tournier 判決は、このロイヤルティを、他国におけるロイヤルティの水準とある程度の期間にわたって比較して相当程度高い場合には、濫用が疑われるとした。この場合、ロイヤルティの差が両国の客観的な状況の差によることを事業者側が立証しなければならないとした。

以上のような Tournier 判決の判断は、United Brands 判決の示した判断枠組みにしたがっていると評価できる。A 国のライセンス水準が費用を割れていないと仮定すると、A 国と客観的条件が同一である B 国において、A 国のライセンス水準を大きく上回るライセンス料金が徴収されているならば、B 国のライセンス水準は費用から大きく乖離（かいり）して過大であるという推測が十分に成り立つであろう。

この Tournier 判決と比較して、本稿でとりあげている STIM 判決の判断は他国のライセンス水準ではなく、他のライセンス算出式に力点を置いている。すなわち、本判決は、Tournier 判決のように他国との比較を促すこともなく、STIM のライセンス算出式が一応合理的であることを認める。ただし、楽曲の使用を一層正確に識別できる他の方法があり、その方法が、契約管理コスト及び楽曲利用の監視コストを不相当に増大させない場合には、本件のようなロイヤルティ算出式は濫用に当たりうる、と判断した。

この STIM 判決の判示によれば、他国におけるライセンス水準との比較ではなく、他の算出式との比較が決め手となる。Tournier 判決も、他の算出式との比較の必要性に触れていないわけではなかったが、その部分の判示は、あくまでも補足的なものであって、同判決は、結論として、他国との比較の重要性を強調していた。

以上が、先例と比較した場合の本判決の特徴である。

本判決の判示については、疑問がある。すなわち、本判決が比較しようとしている他の算出式に関する疑問である。本判決は、比較の対象となる他の算出式が、より正確に楽曲の使用を監視できるのであれば、管理コスト等を多少増大させるようなものであってもよい（問題の算出式は濫用として違法となる）、と考えているようである。管理コスト等を増大させる算出式と比べて違法とされる場合がある、という判断については、著作権管理団体の側からすれば大いに異論のあるところであって、本判決を巡る今後の議論が注目される。

(4) 議論の動向

本判決は 2008 年末に公表されたばかりであって、本判決についての本格的な分析はまだ登場していない。そこで、ここでは、本件を離れて、独占的価格設定について欧州でなされている議論一般について見ておきたい。

概説書レベルから得られる印象とは大きく異なり、このところ欧州では、独占的価格設定についての議論が盛んになってきている。独占的価格設定を主題とした学会が各地で開催されている。その理由は、筆者の見るところ、少なくとも次の二つである。一つは、排他的濫用（exclusive abuse）に対する注目が集まっていることに伴うものである。欧州条

約第 82 条の規制対象である「市場支配的地位の濫用」(abuse of dominant position)には、排他的濫用と搾取的濫用 (exploitative abuse) の二種類があるとされている。冒頭で述べたとおり、このところ排他的濫用の規制基準が議論を呼んでいる。一方に注目が集まれば、それに伴って他方にも注目が寄せられるであろう。欧州委員会も、排他的濫用の総点検にあたって、搾取的濫用についても見直し作業を別途行うことを明らかにしていた¹⁶。

もう一つの理由は、搾取的濫用が欧州競争法の規制の欠缺 (けんけつ) を埋められるのではないかと期待されているからである。すなわち、昨今の欧米では、技術標準を策定する過程において権利者が権利の存在を秘匿し、採用後に権利行使をするなどの行為をどのように規制するか、が注目を集めている。米国では、このように、独占的地位にない事業者が独占的地位を獲得しようとしてする行為も反トラスト法に違反するとされているのに対し、欧州では、行為の時点で何らかの市場において独占的地位にあることが条文上の要件となっている¹⁷。そこで、採用された後の権利行使を搾取的濫用として規制すべきではないか、という提案がなされ、議論の的となっているのである。

(5) 日本の同種事件について

なお、ここで紹介した欧州裁判所の判決から約 3 か月後、日本の公正取引委員会は、日本の著作権管理団体の一つである JASRAC に対して排除措置命令を出した¹⁸ (審判開始請求がなされたので、事件は未決着である)。

この日本の命令は、ライセンスであるテレビ局に対する搾取効果ではなく、JASRAC と競争関係にある他の著作権管理団体の排除効果を問題としている。すなわち、JASRAC の使用料算定方法が包括徴収であり、自らが管理を委託されている楽曲の使用量を正確に反映しないものとなっているため、テレビ局が、コスト増を嫌って他の著作権管理団体の管理下にある楽曲を使用しようとしないう結果、他の著作権管理団体が排除される、という論理である。

4 おわりに

米国の N-Data 同意審決は、「反トラスト法は高価格設定を規制しない」という通念に反駁 (はんぱく) する実例と解釈できる。こうした実例が現れたにもかかわらず、そのことが指摘されない、という事態は、通念の強固さと同時に脆さをも明らかにしていると言える。通念という色眼鏡のせいで見えなくなっているが、実はそれに反する実例が他にもあるのではないかと、という観点から見直してみることが、今後の反トラスト法についての一つの研究課題となるであろう。

反トラスト法と異なり EU 法は、明文が存在するため、規制を完全に否定するわけではな

¹⁶ ただし、側聞するところによると、何らかの具体的な作業が進展しているわけではないようである。

¹⁷ ただし、独占的地位にある市場と行為の弊害が及ぶ市場とが同一である必要はない。冒頭で言及した欧州委員会のガイダンスペーパーの脚注 39 参照。

¹⁸ この排除措置命令書は、公正取引委員会のウェブサイトで購入できる。

い。しかし、日本で一般的に認識されている以上に、独占的地位を利用した高価格設定の規制を巡る議論の蓄積には厚みがありそうである。その蓄積に分け入っていくことが、EU法についての今後の研究テーマの一つとなりうる。

以上のような反トラスト法及びEU法についての研究は、両法域において事業活動を行う日本企業にとってそれ自体として重要な作業であるが、それにとどまらず、日本の独占禁止法をめぐる議論にとっても大きな意味を持つと考えられる。

日本の独占禁止法は、独占的地位を利用した高価格設定を規制することのできる条文を有している。不公正な取引方法の一般指定14項の優越的地位の濫用である。しかし、この条文を用いて高価格設定を規制することについては非常に抵抗が大きい。その際、欧米における議論が言及されることが多い。したがって、欧米の議論を分析することは、日本法の解釈にとっても大きな意味をもつ。

米国におけるプライスクイーズ規制の展開 ～リンクライン事件控訴審判決に至るまで

駒澤大学大学院法曹養成研究科教授
若林 亜理砂

1 はじめに

近年、規制事業分野において自由化が進むとともに、既存の独占事業者による行為が市場の競争に与える影響について問題とされる例が増加している。かつては、電気通信分野を始めとした、設備等について巨大な投資が必要であり規模の経済性が高い事業については競争原理が妥当しないと考えられており、我が国でも独占禁止法の適用対象外であった。平成12年に適用除外条項が削除され、現在では競争の導入された部分については独占禁止法が適用されると考えられている。この状況は諸外国でも同様である。

このようなかつて独占が認められていた分野について経済法との関係で問題となるのは、独占的な事業者による市場支配力を濫用した行為である。特に市場支配力を行使して競争者を排除する行為について、どのような場合に違法とすべきかについて議論がなされており、市場支配的事業者が行うプライスクイーズ (price squeeze) についても議論が高まっている。

プライスクイーズについては、様々な定義があるが、一般的には、垂直統合事業者が、川上市場及び川下市場における商品あるいはサービスの価格・料金を、川上市場における顧客であり同時に川下市場における競争者である事業者が、垂直統合事業者自身と競争できないような幅に設定することであると言えよう¹。このプライスクイーズは、マージンスクイーズ (margin squeeze) とも呼ばれている。

川下市場における顧客／競争者が垂直統合事業者自身と「競争できない幅」については、2つの状況が考え得る。川上市場の価格（垂直統合事業者が競争者に販売する価格）が川下市場の価格（垂直統合事業者の小売価格）よりも高い場合、すなわちマージンがマイナスである場合と、川上市場の価格が川下市場の価格よりも安い、すなわちマージンはプラスであるが、そのマージンが非常に小さいために競争事業者が採算をとって事業活動を行い得ない場合である²。このようなプライスクイーズが生じる場合として、
①垂直統合事業者が自らの川下部門に販売するよりも高く競争者に販売することにより、

¹ 例えば、Town of Concord v. Boston Edison Co., 915 F.2d 17, 18(1st Cir. 1990), cert. denied, 499 US 931.

² EUの告示ではこの2つの場合を問題のあるプライスクイーズとしている。ただし、排除される競争事業者がより効率性で劣る事業者である場合を除外するために、第二の場合には自らの川下部門が当該卸売価格で購入して採算が取れない場合を問題としている。

競争事業者のマージンを圧搾する場合と、②自らの川下部門と同じ価格で競争者には販売するが、川下部門ではコスト割れで販売する場合があるとされる³。

このプライスキーズの規制をめぐるのは、そもそもプライスキーズという独立した違反行為類型を認めるのか、認める場合にどのような基準で規制を行うのかが問題となり、各国で議論が行われている。他の違法とされる排除行為についても妥当することであるが、プライスキーズについても適法な競争者の排除と峻別（しゅんべつ）することが場合によっては非常に困難である。競争の本質は、良質で廉価な商品・サービスによる競争者の排除であり、独占禁止法を含む各国競争法はこの競争を保護することを一般的に目的としていると考えられる。プライスキーズの規制が過度に行われた場合には、競争法がまさに守るべき競争を抑制する効果を生じること（false positive）になりかねない。上記のようにプライスキーズとされる行為の中には、価格自体がコスト割れとして問題とされ得る場合もあるが、コスト割れではないが川上市場の価格と川下市場の価格の幅、すなわちマージンが競争者にとっては少なすぎる、という場合もあり、特に後者の場合についてはこれを違法と考えるのか、違法と考えるとしても、場合によっては効率性に劣る事業者を価格・品質等をめぐる競争により排除することまで違法とすることにもなりかねないため、どのような場合に違法とするのか、が問題となる。

本稿では、米国においてプライスキーズの規制が問題とされた事例であるリンクライン（linkLine）事件を取り上げ、同事件に至るまでの規制・判例法の流れ、同事件を巡る見解の対立などを検討することとする。我が国においても東日本電信電話株式会社の行為が私的独占に該当するとした公正取引委員会による審決が出され⁴、これをプライスキーズが私的独占に該当するとされた初の事例ととらえる見解もある⁵。したがって、プライスキーズは我が国にとっても関心の高い行為類型であると考えられ、米国の規制について検討することは我が国の規制の在り方について検討するにあたり参考になると思われる。

2 米国における規制の展開

(1) 規制法規

米国において、プライスキーズはシャーマン法（Sherman Act）第2条⁶及び FTC 法

³ 武田邦宣「競争法によるプライスキーズの規制（根岸ほか編『ネットワーク市場における技術と競争のインターフェース』54頁所収）では①をRRC型（競争者費用引き上げ型）スキーズ、②を略奪型スキーズとしてこのような分類を行っている。

⁴ 公取委審判審決平成19・3・26（審決集審決集53巻776頁）。

⁵ 柴田潤子「東日本電信電話株式会社の私的独占事件」公正取引681号77頁、平林英勝「NTT東日本によるFTHサービスの私的独占事件審決の検討」判タ1246号80頁。その他、本件に関する評釈として東條吉純「排除の不当性—FTHサービスにおける私的独占事件」ジュリスト1350号88頁。田中裕明「市場支配的電気通信事業者による私的独占」ジュリスト平成19年度重要判例解説265頁等がある。

⁶ 15 U.S.C. §2 (2004).

(Federal Trade Commission Act) 第 5 条⁷により規制されるが、FTC 法第 5 条は私人によっては援用し得ず、プライススクイズが争われる事例は私訴がほとんどであるため、シャーマン法第 2 条が中心的な規定となる。シャーマン法第 2 条は、独占化及び独占化の企図を違法とするものである⁸。独占化の要件としては、関連市場における独占力の存在、及び、独占力の意図的な獲得、行使、維持行為が必要であり⁹、独占化の企図の立証のためには、略奪的・反競争的行為の存在、独占を達成する「特定の意図」、及び、独占を達成する「危険な蓋然（がいぜん）性」が必要であるとされている¹⁰。

独占化の要件である「独占力を意図的に獲得し、行使し又は維持する行為」と独占化の企図の要件である「略奪的又は反競争的行為」とは内容的に重なるとされており¹¹、近年の判決においては、独占化及び独占化の企図の要件を充足しない適法な行為とは峻別（しゅんべつ）する形で整理を行い、これら要件を充足する行為を略奪的（predatory）あるいは排他的（exclusionary）な行為と称している¹²。略奪的／排他的行為とされるための考慮事項としては、①被告である独占者が、効率性以外によって競争者を排除する意図を有していたか（被告の行為に効率性に基づく事業上の正当化事由があるかどうか）②原告、消費者、及び競争に対する被告の行為の効果、を検討すると一応一般化されている¹³。また、各個別の行為類型が違法な排他的行為であるかについては、判例法による蓄積がなされており、以下ではプライススクイズについての判例の流れを概観する。

(2) 初期の判決

ア アルコア事件¹⁴

プライススクイズがシャーマン法第 2 条違反となり得ることを示した初期の重要事例として Alcoa 事件がある。同事件の事実概要及び判旨は以下の通りである。

Alcoa 社は、アルミのインゴット市場において 90%近いシェアを有していた。同社はアルミインゴットを使用してアルミ板の製造をしており、また、アルミ板を製造する他事業者にもアルミインゴットを販売もしていた。司法省は、Alcoa 社が州際取引をシャーマン法第 2 条に反して独占化しており、企業分割されるべきこと、その他シャーマン法第 1 条違反

⁷ FTC 法第 5 条 (15 U.S.C. § 45(a)(1), (2006)) は以下のように規定する。「通商における又は影響を及ぼす不正な競争方法 (unfair methods of competition)、及び、通商における又は影響を及ぼす不正な又は欺まんの行為又は慣行 (unfair or deceptive acts or practices) はこれを違法とする。」

⁸ シャーマン法 (Sherman Act) 2 条は以下のように規定する。「数州間の又は外国との取引又は通商のいかなる部分をも独占化し、又は独占化を企図し、又は独占化するために他者と結合し又は共謀する者は、重罪を犯したものとし、有罪となる場合には、法人に対しては 1 億ドルを超えない罰金、それ以外の者に対しては 100 万ドルを超えない罰金又は 10 年以下の禁固に処し、若しくは裁判所の裁量によりその併科とする。」

⁹ United States v. Grinnell Corp., 384 US 563(1966).

¹⁰ Spectrum Sports, Inc. v. McQuillan, 506 US 447(1993).

¹¹ American Bar Association, Antitrust Law Development(6th ed.), 307(2007).

¹² 同上, P240.

¹³ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585(1985).

¹⁴ United States of America v. Aluminum Co. of America, 148 F.2d 416(2d Cir.1945).

を主張して連邦地裁に提訴した。

司法省はシャーマン法第 2 条に関する Alcoa 社の反競争的行為として、①ボーキサイトの沈殿物の「先占」、②インゴット及びその製品市場における競争事業者の事業努力の抑圧行為③製品市場特にアルミ板及びアルミ線の市場における市場独占があり、③のための行為の一つとしてプライススクイーズを主張した。

プライススクイーズの主張に関し第 2 巡回区控訴裁判所は以下のように述べている。違法なプライススクイーズがあるというためには、以下の 4 つの要件が満たされることが必要である。第 1 に、事業者がある商品（川上市場）について独占力を有していること、第 2 に、川上市場における当該商品の価格が「公正な価格(fair price)」以上であること、第 3 に、独占的事業者自身も競争する川下市場において、競争するためには当該商品が必要であること、第 4 には、独占的事業者の川下市場での価格が低すぎて、競争者がそれに対抗し、かつ「生存するための利益(living profit)」を得ることができないこと、である。

このように違法なプライススクイーズを定義した上で、以下のように本件の事実の当てはめを行った。まず、インゴットを圧延してアルミを製造するための Alcoa 社のコストを、アルミ板市場における Alcoa 社の競争事業者の圧延コスト基準として用いた。そして、多くの場合、競争者のコストであるインゴット購入コスト及び圧延コストは、Alcoa 社のアルミ板の価格よりも高く、したがって、アルミ板市場において Alcoa 社の競争事業者を排除していると認定した。Alcoa 社が自らの行為のアルミ板市場における競争への効果を認識して以降は、Alcoa 社がアルミ板市場を独占化する意図を持っていなかったとしても、Alcoa 社の行為（インゴットの価格を不当に高くアルミ板の価格を不合理に低く設定する行為）は独占力の違法の行使であると判断した。

イ 電力分野におけるプライススクイーズ基準

その後、1980 年代に入ると、電力事業分野の規制緩和とともに、既存の独占事業者によるプライススクイーズが問題とされるようになり、シャーマン法第 2 条違反の主張がしばしばなされるようになった。どの事件においても、事実関係はある程度共通する。当時、私企業である電力会社（以下、「電力会社」とする）の大半は垂直統合しており、発電、送電、小売（配電）のすべてを行っていた。これらの電力会社は全国の電力小売の市場で大きなシェアを有しており、その他、自治体による電力供給会社（以下、「地域電力会社」とする）及び消費者所有の電力小売システムにより供給が行われていたが、これら地域電力会社のほとんどは発電設備を持たず、地域の電力網を有し小売のみを行っていた。貯蔵ができず需要と供給のバランスが常にとられる必要がある電力の特性を鑑（かん）み、電力システムについては地域ごとに「電力プール」制がとられ、プールを通して直接契約関係にない電力事業者間でも電力の取引が行われており、地域電力会社もプールシステムを通じて電力会社から卸電力の購入を行っていた。当時、卸価格は連邦エネルギー規制委員会 (FERC) により、小売価格は州により規制が行われていたが、地域電力会社については、

小売料金規制の対象外であった。各事例においては、この卸価格と小売価格について電力会社が違法なプライススクイズを行ったと主張されている。

アルコア事件以降 1980 年代の電力事業をめぐる事例においては、プライススクイズがシャーマン法第 2 条違反の根拠となり得ることを前提として、その主眼はどのような場合に違法なプライススクイズとなるのか、という点に移った。そして下級審においてはプライススクイズを違法と判断するための基準が幾つか示されている。

ミシャウオーカ (City of Mishawaka) 事件¹⁵では、比較料金テスト (Comparative Billing Test) がとられている。同事件は、イリノイ州及びミシガン州の地方自治体が、電力会社を提訴した事例である。原告自治体は、地域電力線を所有・運営し、地域住民に対し電力小売を行っていたが、その電力は被告電力会社からの卸売に依存していた。被告電力会社が一定期間、原告への電力卸売価格よりも安く小売販売を行ったため、原告は被告が違法なプライススクイズによりシャーマン法第 2 条に違反したと主張したものである。

裁判所は、被告の行為が違法なプライススクイズに該当するかを検討するにあたり、比較料金テストをとった。同テストは卸売価格と小売価格を比較し、卸価格の方が高ければ違法なプライススクイズが存在すると判断するものであり、裁判所は独占を維持する特定の意図の存在を伴ってシャーマン法第 2 条違反となるとした。

レイ (Ray) 事件¹⁶では、比較料金テストとは異なる基準が採用されている。この事件は、地方自治体が電力会社へ電力線をリースしたことによって電力事業者の顧客となった、かつては地域電力会社の顧客であった消費者による訴訟である。被告が地域電力会社への電力卸売について高い価格をつけ、同時に自らは安い価格で小売販売した、違法なプライススクイズ等により地域電力会社が撤退を余儀なくされ、その結果としてリースが行われたために原告は以前よりも高い料金を支払うこととなったものであると主張し、被告に損害賠償を求めた事例である。

原告は比較料金テストを主張したのに対して、被告は、比較料金テストのような単純な比較は電力産業のような事業では不向きであると主張した。連邦地方裁判所は、電力市場の場合には、電力容量の差異 (load diversity) 効果によりバルクの電力料金の購入価格よりも販売価格の方が安くなることもあるために、比較料金テストのような単純な比較では対応できないことがあると述べ、移転価格テスト (Transfer Price Test) 及び比較収益率 (Comparative Rate of Return Test) テストを採用した¹⁷。移転価格テストは、独占者

¹⁵ City of Mishawaka v. American Electric Power Co., 616 F.2d 976(7th Cir.1980), cert. denied, 449 U.S. 1096(1981).

¹⁶ Ray v. Indiana & Michigan Electric Co., 606 F.Supp.757(N.D.Ind. 1984), aff'd, 758 F.2d 1148(7th Cir. 1985).

¹⁷ load diversity 効果とは以下のようなものであると判決では説明されている。通常、電力の購入者は自らの最大消費量をカバーするのに十分な電力を購入するが、常時その電力量を消費するのではなくピーク時とそうでない時間帯がある。各需要者のピークの時間帯はそれぞれ異なるので、電力事業者は全需要者のピーク時電力の総量を保有する必要はない。従って、電力事業者は、小売販売する電力量よりも購入するバルクの電力量の方が少ないこととなる。この効果のため、卸電力料金と小売電力料金を比較した場合不都合が生じると原告は主張したのである。

の卸売価格で購入した場合、当該独占者の川下部門が利益を得られるかを検討するものであり、比較収益率テストは、共通コスト配賦（はいふ）後、卸段階及び小売段階の利益率を比較して、卸の利益率が不均衡に大きい場合には違法なプライスキューズが存在すると推定するものである。

裁判所が採用した証拠によれば、被告は、地域電力会社への販売価格で卸電力を購入した場合、実際に得たよりも高い収益が得られると考えられ、移転価格テストではプライスキューズは認められなかった。また、卸料金について1.17%の収益率を得ており、これに対して小売料金については5.33~6.55%の収益率を得ていた。小売段階での収益率の方が大きいため、比較収益率テストでもプライスキューズの存在が認定されなかった。

結果として裁判所は、①被告電力会社は、地域電力会社に対してプライスキューズを行うことにより消費者への電力の供給について独占力の濫用を行っていないこと②仮に被告電力会社はその独占力を濫用したとしても、地域電力会社に高い価格をつけられたことにより消費者である原告は損害を被っていない。それは、もしそれがリースされなかったとしたら、地域電力は電力会社の価格引上げに追随したと考えられ、地域電力会社の経済的な状況が非常に悪かったことを考慮すると、価格を引下げることができるとは考えられなかったとして、原告の訴えを棄却している。

ウ 規制分野をめぐるプライスキューズについての対立

上記のように、1980年代にはいかなる場合にプライスキューズが違法なものと考えられるかという基準をめぐる判例が展開されたが、1990年代に入ると、事業規制分野におけるプライスキューズを反トラスト法によって規制することそのものに対する謙抑的な議論も生ずる。すなわち、プライスキューズに対してはこのころまでは主として電力事業をめぐる訴訟が提起されたが、前記のように、同事業分野は事業規制法によっても価格が規制される分野であり、このことに関連して反トラスト法違反の有無について議論がなされるようになるのである。

(ア) コンコード (Town of Concord) 事件第1巡回区控訴裁判所判決（以下、「コンコード判決」とする）¹⁸

事業規制分野におけるプライスキューズの規制に対して謙抑的な態度を示した事例として代表的なものに、コンコード事件がある。原告であるマサチューセッツ州の Town of Concord 他が電力会社によるプライスキューズがシャーマン法第2条違反に該当すると主張して提訴した事例である。地裁は陪審の評決通り原告の主張を認めたが、被告電力会社が控訴を行った。

第1巡回区控訴裁判所は原審の判決を破棄した。控訴審における主たる争点は、川上・川下市場双方において料金規制が行われている中で、プライスキューズを発生させるよ

¹⁸ Town of Concord v. Boston Edison Co., 915 F.2d 17(1st Cir. 1990), cert. denied, 499 US 931.

うに電力事業者が料金認可申請を行った場合、シャーマン法第2条違反となるか否か、であった。裁判所はこの点につき消極的な態度を示している。判決は、川上市場・川下市場双方において事業規制機関により効果的な料金規制がかけられている場合、料金申請が重大な反競争効果を生じることが通常考えられないこと、また、そのような状況において裁判所が料金申請をやめさせることは、反トラスト法がまさに防止しようとしている反競争効果、すなわち、効率性の低下や価格の高騰を逆に引き起こす重大なリスクがあることから、ごく例外的な場合を除き、料金規制の存在によりシャーマン法第2条の要件としての「排他的行為」に該当するプライススキーズは通常は生じない、と述べている。結論として、原告は排他的行為の存在を立証していないとして、原審の判決を破棄している。

(イ) アナハイム (City of Anaheim) 事件第9巡回区控訴裁判所判決以下(「アナハイム判決」とする)¹⁹

この事例も、自ら所有する地域電力網を通じて電力小売事業を行う地方自治体が、卸電力を供給する垂直統合電力会社を提訴した事例である。原告自治体は、電力事業者が規制システムを利用してプライススキーズを行ったこと、及び、不可欠施設へのアクセス拒否をしたことにより、シャーマン法に違反したと主張した。連邦地方裁判所は原告の訴えを棄却し、原告が控訴していた。

電力小売価格は州、卸価格については連邦による認可が必要であったが、それぞれの認可にかかる時間が異なっていた。このため、第9巡回区控訴裁判所は「規制システムは完全に調和的に機能しているわけではないので、電力事業者が、少なくとも一時的にでも、非規制下の事業者によって行われるのと同様に効果的にプライススキーズを行うように、料金申請を操作することは可能である」と、システムの違いを利用してプライススキーズを行うことが可能である旨述べている。

事業規制法による規制が行われている場合の反トラスト法による規制につき、「(電力市場においてプライススキーズ理論を適用してきた他の巡回区の)裁判所はこの理論によって示される困難について認識してきたが、規制が行われているという状況にあるからといって、電力事業者に反競争的に行動することについての白紙委任状を与えるべきではないことも示している」と述べる一方で、法的な独占が存在する場合、反トラスト法の適用には慎重であるべきであると述べる。しかしながら、反トラスト法が適用される場合はごく例外的な場合であると前述のコンコード判決がしたのは過度に限定的であるとし、プライススキーズは、単に主張されるプライススキーズが存在することを立証することに加えて、独占的な目的を達成するための「特定の意図」を立証することによって違法であるとされるとする。この特定の意図は、特定の違反行為によって直接的に立証されることは必ずしも必要ではなく、被告の行為全体を考慮して判断されるものであるとしている。

このように、アナハイム判決はコンコード判決の謙抑的な立場とは異なった立場をとつ

¹⁹ City of Anaheim v. Southern California Edison Co., 955 F.2d 1373(9th Cir. 1992).

ており、事業規制法によって料金が規制されている場合であっても、プライススクイーズが一定の要件の充足を前提とした上で反トラスト法違反となり得ることを示している。

(3) プライススクイーズ規制に関する議論の転換点

その後、プライススクイーズに対する規制についての議論は、2つの連邦最高裁の判決により大きく影響されることになる。当該2判決は、それ自体プライススクイーズが問題となった事例ではなく、既にこれを紹介する文献も多数あるが²⁰、リンクライン事件における争点であるプライススクイーズ規制の是非についての議論を理解するに当たり不可欠であると思われるので、以下で簡単に紹介することとする。

ア ブロック (Brooke Group) 事件連邦最高裁判決 (以下、「ブロック判決」とする)²¹

たばこ会社である原告 (上訴人) は 1980 年にエコノミー商品であるたばこの販売を開始したが、これに対抗して被告 (被上訴人) も同様の商品を販売し、卸売店に対してリベートを提供した。原告もリベートの提供を繰り返したが被告は更に多額のリベート提供を行ったため、原告のエコノミーたばこのシェアは大きく下がった。原告は、被告が略奪的価格設定の一環として差別的なリベートを提供したことがロビンソン・パットマン法²²に違反する等と主張し提訴した。

連邦最高裁は、略奪的価格設定について、「短期的には競争者を排除し長期的には競争を減殺する目的で一定の費用基準以下に価格を設定すること」であるとした上で、シャーマン法第 2 条、ロビンソン・パットマン法に違反する反競争的な略奪的価格設定に該当するためには、①当該価格が一定の費用基準以下に設定されていることに加えて、②コスト以下の価格による損失を埋め合わせる合理的な期待を行為者が有していることが必要であるとした。その上で、本件では埋め合わせの期待があることは認められず、原告 (上訴人) の訴えは認められなかった。

イ トリンコ (Trinko) 事件連邦最高裁判決 (以下、「トリンコ判決」とする)²³

既存地域電気通信事業者 Verizon 社には、FCC 規則により他の事業者に対する地域ネットワークへの非差別的なアクセス提供及び接続のために必要なオペレーションサポートシステム (OSS) の接続の提供が義務づけられていたが、競争者 (AT&T 社等) からの OSS 接続要

²⁰ Brooke Group 事件を紹介・分析する文献として、中川寛子『不当廉売と日米欧競争法』有斐閣 (2000 年)、小川敏明「ブロック判決における原価の算定上の問題について」公正取引 575 号 36 頁 (1998 年) 等がある。トリンコ判決を紹介・分析する文献としては、岡田直己「一方的取引拒絶の規制における「短期的利益の犠牲」について——トリンコ事件連邦最高裁判決の検討を中心に」慶応義塾大学法学政治学論究 71 号 161 頁 (2006 年)、李麗莎「電気通信事業法と独占禁止法の具体的な競合関係——東日本電信電話株式会社に対する勧告事件及び米国のトリンコ事件を中心に」六甲台論集 (法学政治学篇) 52 巻 2 号 61 頁等がある。

²¹ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209 (1993).

²² 15 U.S.C. § 13 (1936). クレイトン法 2 条の修正法であり、価格差別について定める。

²³ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398 (2004).

請に適切に応じなかったため、これに対して連邦通信委員会（FCC）による同意審決、ニューヨーク州公共サービス委員会（PSC）による措置が下されていた。原告（上诉人）である Trinko はニューヨークの法律事務所であり、AT&T 社の地域電話サービスの顧客であった。原告は同意審決の翌日に、被告 Verizon 社が設備を提供するにあたっての不適切な行為により競争者に顧客が流れることが妨げられており、シャーマン法第 2 条に違反していると主張して 3 倍額賠償と行為の差止めを求めて提訴した。

連邦最高裁は、以下のような理由から原告（被上诉人）の主張を認めなかった。まず、1996 年通信法との関連について以下のように述べる。同法第 601 条 (b) (1) は、「いかなる反トラスト法の適用をも修正し、その効力を減じ、又は先占するように解釈されない」と規定されている。同法は、反トラスト法の確立した基準を満たす訴えの妨げとはならないが、当該基準を超えた新たな責任を生み出すものでもない、と述べ、反トラスト法の適用が除外されないことを確認した。

次に、シャーマン法第 2 条違反に該当するかについては以下のように述べる。単なる独占力の保持は従来違法ではなく、他社の有していないインフラを所有していたとしても、そのインフラについて競争者と取引しなければならない義務も原則としてはない。ただ、例外として取引義務が生じる場合があり、それはアスペン事件²⁴のような場合である、とする。同事件は、それまで自発的に取引していた商品の卸販売を拒絶し、また、短期の利益を犠牲にして長期的に競争を制限したとして第 2 条違反とされた事例である。これに対して本件では、Verizon 社が競争者と取引したのは規制に基づく義務を負っていたからでありアスペン事件とは異なるため、取引拒絶が違法となる場合には該当しない。

このように同判決は、取引拒絶が反トラスト法上違法とされるのは、アスペン事件のような限定的な場合であるとしたが、これ以外の場合には反トラスト法上の取引義務がないとしたものであると本判決は理解されており、以下で紹介するリンクライン事件においては、反トラスト法上の取引義務がない場合であって、川下市場の価格につきブルック事件の 2 つの要件を満たさない場合に、プライススキーズはシャーマン法第 2 条違反の根拠となり得るか、が議論されることとなる。

²⁴ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585(1985).

同事件における原告（被上诉人）・被告（上诉人）ともにコロラド州アスペンでスキー場を経営していたが、同地にある 4 つのスキー場のうち原告の所有する 1 つのスキー場に行くには残り 3 つのスキー場を有する被告のスキー場からリフトに乗らなければならない、原告と被告は共同して全スキー場に共通のリフト券を販売するという業務提携を行っていたが、利益の分配についての変更につき合意に至らなかったため、被告は共通リフト券の業務提携の継続を行わなかった。その後被告は割引及び小売いずれの価格でも、原告による被告リフト券の購入申し込みも拒絶し、また、自社が地域で唯一のスキー場であるかのような宣伝を行った。原告は、被告が取引拒絶によりシャーマン法第 2 条違反を行ったとして損害賠償請求を行った。

連邦最高裁判所は以下のように判断している。独占力を有する事業者であっても競争者と取引する義務は有さない。しかし、その取引拒絶をする権利は無制限ではない。効率性以外の理由で競争者を排除しようとした場合は、その行為は略奪的であると判断される。本件は単なる取引拒絶ではなく継続していた取引の停止であり、また大きな需要があった共通券を廃止したことは消費者に悪影響を及ぼしており、競争者を排除し長期にわたって競争を減殺しようとしたことにはいかなる合理的な経済的理由も見いだせないとして、被告の行為を第 2 条違反とした原審を支持した。

3 リンクライン (linkLine) 事件

(1) 事実概要

インターネットサービスを提供する linkLine 社らが原告となって、既存地域電気通信事業者である SBC California 社及びインターネット接続サービスをユーザーに提供する子会社等（以下「SBC 社」）を提訴した事例である。原告は被告の所有する地域通信網を被告から卸購入し、同通信網を通じてインターネット接続サービスを提供していた。原告は、SBC 社がシャーマン法第 2 条に反して地域 DSL 市場を独占化し、あるいは当該市場の独占化を企図したと主張した。

(2) カリフォルニア州中央地区連邦地方裁判所決定²⁵

地裁は被告の原告によるシャーマン法第 2 条違反の訴えを、取引拒絶、不可欠施設へのアクセス拒否、プライススクイズの 3 つの主張に整理した上で、取引拒絶及び不可欠施設へのアクセス拒否の主張についてはトリニコ判決に照らし認められないとして却下し、卸接続料金及び小売料金（インターネット接続料金）についてのプライススクイズのみを主張として認めた。これに対し、被告は複数の申立てを行い、地裁はそのうち幾つかの訴えは認めたが、訴答に基づく判決の申立て（Motion for Judgment on the Pleadings）は認めなかった。この被告の申立ての理由は、プライススクイズの訴えは結局、「相手方の望む価格で販売することを拒絶すること」であって取引拒絶と同じであり、したがってトリニコ判決によりプライススクイズはシャーマン法第 2 条違反の原因とはならないこと、及び、連邦機関により規制された卸売価格に関する本件ではプライススクイズの訴えは認められないこと、であった。

これに対し、地方裁判所が被告の申立てを認めない理由として以下のように述べている。まず、トリニコ判決は直接的にプライススクイズに基づく主張を禁止していないことを述べ、原告が主張するようにプライススクイズは取引拒絶と同じとは考えられないとした。また、トリニコ判決は事業規制の存在はシャーマン法第 2 条の責任を拡大しない理由となり得るとするが、同巡回区の先例（アナハイム判決等）によれば事業規制の存在はプライススクイズに基づく反トラスト法の責任を排除しないとしており、トリニコ判決は原告のプライススクイズの訴えを排除しないとした。

その後、原告は訴状を修正したが、被告は再び、訴え却下の申立てを行った。これに対して地方裁判所は 2005 年 4 月に決定を行い、被告による訴え却下の申立ては認めなかったが、被告による中間上訴（interlocutory appeal）を認めている。

²⁵ Order granting in part and denying in part Def.'s Mot. J Pleadings, 2004 WL 5503772 (C.D. Cal. Oct. 20, 2004).

(3) 第9巡回区控訴裁判所判決²⁶

第9巡回区控訴裁判所は中間上訴の訴えを認めて、訴答に基づく判決の申立てにつき新規に検討を行っている。

控訴裁判所は、本件の争点を「競争者であり、かつ卸売段階での原告の供給者ではあるが規制法がなければ原告と取引をする義務のない被告によって行われたプライススキーズを理由として、原告がシャーマン法第2条違反を主張することは、トリンコ判決により認められないか」として、同巡回区のプライススキーズの先例であるアナハイム判決が同判決における判断と明らかに矛盾しており先例を変更すべきかについて、3人の裁判官により検討が行われた。

判決は、アナハイム判決はトリンコ判決の判断と「明らかに矛盾」していないと以下の理由により結論づけている²⁷。第一に、トリンコ事件はプライススキーズの理論を含んでいない。問題となった規制法は確立された反トラスト法の基準を変更するものではないとしているが、プライススキーズの訴えは従来の判決（アルコア事件など）により認められており、既存の反トラスト法の一部である。第二に、トリンコ判決は、規制法の存在は「一つの要素」としており、規制法が反トラスト法の防止しようとしている危険に対処しているときは、反トラストの役割は小さくなり、そうでないときは反トラストの役割は大きくなるとしている。トリンコ判決は、規制事業分野における反競争的行為について判断する場合には裁判所は「慎重であるべき」とであると認識しているが、アナハイム事件控訴裁判所判決は、業界の特性を注意深く検討した上で判断し、違法性を認めなかった。すなわち、トリンコ判決で述べられたような方法にしたがって慎重に分析をした上で、単なるプライススキーズの存在だけでは不十分であり、小売事業者の犠牲のもとで自らの反競争的目的達成しようとする特定の意図が必要であるとしており、明らかな矛盾はない。

以上のように、アナハイム判決はトリンコ判決とは矛盾しないとした上で、とアナハイム判決の分析を当てはめた場合、被告の申立てを棄却した地裁の結論の妥当性は明らかであるとする。アナハイム事件やトリンコ事件とは異なり、本件では部分的に規制市場となっている。FCCは卸売価格については監督するが、小売価格は反トラスト法にまかされている。この段階で、原告の訴えが卸段階か、小売段階か、あるいはその双方に関するかどうかというのは、明確ではない。しかし、小売段階における規制対象外の行為についてリンクラインが事実を立証するのであれば、この訴えは、訴答段階での判決の訴えを退けられるとし、地裁がより事実が明確になった段階で正式事実審理を経ないでなされる判決(summary judgment)を出すことは妨げないと留保をつけた上で、被告の申立てを退けた地裁の判断は適切であったと支持をした。

²⁶ linkLine Communications, Inc. v. SBC California, Inc., 503 F.3d 876 (9th Cir. 2007).

²⁷ 3人の裁判官のうち、2人が判決に賛成し、Gould 判事が反対意見を提出している。

4 リンクライン事件におけるプライスクイーズ規制に対する議論の対立

第9巡回区控訴裁判所の判決に対し、SBC社は連邦最高裁に控訴した。2008年1月23日、連邦最高裁は裁量上訴(certiorari)を認め²⁸、同年12月10日に口頭弁論が行われている²⁹。

このリンクライン事件をめぐっては、これが結果としてプライスクイーズの規制の是非を正面から争うものとなったために、多くの見解が表明され、その内容についても大きく分かれたものとなった。特に興味深いのは、反トラスト法の執行機関として意見を共にすることの多い司法省と連邦取引委員会が、全く異なる結論を支持していることである³⁰。司法省は連邦最高裁に上訴人(SBC社)の主張を支持する内容の意見書(amicus curiae brief)を提出している。従来、連邦取引委員会は司法省と同調して連名で意見書を提出することが多く見られたが、本件では連名とはせず、別途、意見(statement)を表明して異論を述べたことが非常に注目された³¹。両者はその適用する法律は異なるものの、米国の反トラスト法を運用する機関として、近年までは同調的な立場をとってきた³²。しかしながら2年ほど前から、司法省と連邦取引委員会が異なる意見を表明する機会が散見され、特にシャーマン法第2条の解釈に関してこの傾向が顕著である³³。

本件についてはその他にも多くの異なる意見が表明されており、学説や判例も2分している。司法省と連邦取引委員会の意見は、その他の者が表明した賛否それぞれの見解の代表的なものを包括していると考えられるので、本稿では司法省と連邦取引委員会の見解を以下において比較することによりプライスクイーズに対する見解を概観することとした。

(1) 司法省(DOJ)の見解

連邦最高裁に提出した法廷の友としての意見書(amicus brief)において司法省は、卸売市場において市場支配力を有しており、しかしながら小売段階にある事業者の商品を卸販売する反トラスト法上の義務を有さない垂直統合事業者が、プライスクイーズを行ったということ、すなわち、卸価格と小売価格の差額を競争者が競争し得るために十分には

²⁸ Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications, Inc., 128 S.Ct. 2957 (2008).

²⁹ 2008 WL 5129090.

³⁰ この点に関する論稿として、Susan A. Creighton & Valentina V. Rucker, *Price Squeezes: What We Can Learn from the FTC/DOJ Debate*, ABA Antitrust Section Spring Meeting 2009.

³¹ Neal R. Stroll & Shepard Goldfein, *Judge Learned Hand's 'Alcoa' Headed for an Iceberg*, 8/19/2008 N.Y.L.J. 3, (col 1).

³² ただし、2009年1月にブッシュ共和党政権からオバマ民主党政権に変わり、司法省の構成も大きく変化した後、司法省の態度は変化するのではないかと米国では考えられているようである。

³³ シャーマン法2条違反を構成する事業者による単独行為に関するヒアリングを司法省とFTCが合同で開いたが、その後2008年9月に司法省が単独で報告書(Competition and Monopoly: Single-Firm Conduct under Section 2 of the Sherman Act (September 2008))を公表し、この翌日、FTCの複数の委員は、同報告書がシャーマン法2条の適用を著しく消極的にするものであるとして批判する声明(Statement of Commissioners Harbour, Leibowitz, and Rosch on the Issuance of the Section 2 Report by the Department of Justice (September 8, 2008))を公表している。

残さなかったこと、のみに基づきシャーマン法第2条違反を主張することを認めた控訴裁判所判決は誤りであると主張した³⁴。その理由として、司法省は4点挙げる。

第一に、司法省はプライスキューズを卸売市場レベルと小売市場レベルに分けて考えており、卸売価格が小売価格と比して高すぎるというプライスキューズの主張は、トリニコ判決を根拠として、シャーマン法第2条違反の理由としては認められないと述べる。トリニコ事件では、規制法上の取引義務があったとしてもそれゆえに反トラスト法上の取引義務があるとは限らないとされていると述べた上で、上訴人は被上訴人と卸売段階で取引する反トラスト法上の義務はなかったのであるから、上訴人が被上訴人と特定の価格で取引する義務も有していないのだとする。

第二に、小売段階の価格が低すぎるという主張も、ブルック判決に照らして認められないとする。同判決の2つの要件充足のないまま主張どおりプライスキューズを規制することは、まさに反トラスト法が保護しようとする、メリットに基づく競争 (competition on the merits) を抑制することになってしまう。

第三に、反トラスト法上の取引義務がなく不当廉売もない場合に、単に卸売価格と小売価格の差額が競争者にとって不十分であるという理由によるシャーマン法第2条違反の訴えを認めることは、反トラスト法が守るべきとされる「競争」や「消費者」ではなく、「競争者」を保護することである、とする。独占者が独占利潤を得ること自体は違法ではなく、自由市場システムの一部であると述べる。

最後に、第9巡回区控訴裁判所が依拠するアルコア判決は誤りであるとする。同判決は、被告が川下市場における競争者が「生存するための利益」を得ることができないように川上市場での価格を「公正な価格」以上の価格に設定するプライスキューズを違法としたものであり、これは競争者を保護することに誤って焦点を当てたものである。このような考え方を認めることは、自由市場の価格設定メカニズムを排除し、それに代わって反トラスト法を適用する裁判所を価格設定者に据えるものであるが、裁判所はその役割を果たすのにふさわしくないと述べる。

上記の理由により、司法省の意見書は上訴人の主張を支持するものとなっている。

(2) 連邦取引委員会 (FTC) の見解³⁵

連邦取引委員会は司法省の提出する意見書には参加しないという見解を表明し³⁶、第9巡回区控訴裁判所の判断は妥当であったと述べる。

まず、争点自体が司法省の述べるように「卸売市場において市場支配力を有しており、

³⁴ <http://www.usdoj.gov/osg/briefs/2007/2pet/6invt/2007-0512.pet.ami.inv.html>

³⁵ Statement of the Federal Trade Commission Declining To Join the U.S. Department of Justice Recommendation That the United States Supreme Court Review the Decision of the Court of Appeals for the Ninth Circuit In *linkLine Comms. v. Pacific Bell Telephone Company* (May 23, 2008), <http://www.ftc.gov/opa/2008/05/linkline.shtm>.

³⁶ 司法省の意見書に加わらないことについては、Kobacic 委員長が意見の表明を忌避した以外、在任する残り3名全員が賛成している。

しかしながら小売段階にある事業者に卸売の商品を販売する反トラスト法上の義務を有さない垂直統合事業者がプライスキーズを行ったということは、トリニコ判決以降もシャーマン法第2条違反の原因として有効か」ではなく、「部分的に規制された産業における略奪的プライスキーズはトリニコ判決の後も有効か」という限定されたものであると述べる³⁷。その上で、以下の理由により、プライスキーズを理由とする訴え全体を認められないと述べる司法省の立場は誤っていると述べる。

第一に、アルコア判決の考え方について述べている。連邦取引委員会は、プライスキーズは長年シャーマン法第2条違反とされてきており、トリニコ判決も確立された反トラスト法理は尊重されるべきであるとしているとする。アルコア事件は、単に競争者にとっての-marginが不足であること（living profit を得られないこと）を問題にしており競争よりも競争者を保護するものである、として批判されてきたが³⁸、同事件では、裁判所はAlcoa社のインゴットの価格と、Alcoa社のシート製造のコストとしての「ローリング」コストを比較、すなわち移転価格テストを採っており、同事件では多くの場合marginがマイナスであった。このことから、同判決のHand判事の述べる「生存するための利益」は、ブルック事件の基準と同様明確であると考えられる。

第二に、プライスキーズはアルコア事件以降の判決でも違法とされてきており、また、反競争効果も大きいと考えられることを挙げる。コンコード事件は、規制産業においてもプライスキーズは違法である可能性があり、それは卸価格が小売価格を上回っているような場合であるとしている。また、単一独占利潤（single monopoly profit）の理論は広く受け入れられており³⁹これに基づけば競争に悪影響のあるプライスキーズは生じないとされているが、この理論を前提としたとしても、プライスキーズの反競争効果はなお大きいとコンコード判決でも述べられているとしている。この反競争効果とは、第一には、川上市場の独占を定着（entrench）させること、すなわち、新規参入者の参入を妨げることである。川上市場への潜在的な参入者は、川上市場の既存の参入障壁だけで

³⁷ 原告（被上訴人）は、上訴の段階でその主張を修正している。

³⁸ このような批判をするものとして、例えばJ. Gregory Sidak, *Abolishing the Price Squeeze as a Theory of Antitrust Liability*, 4 J. COMPETITION L. & ECON. 279 (2008).

³⁹ 川上市場と川下市場とを独占したとしても、その独占者の独占利潤獲得の機会は2倍になるわけではなく1度しかない。これをコンコード判決においてBryer主任判事はAreeda & Turnerの説明をもとに、非常に単純化した次のような例を用いて説明する。

①銅はパイプを製造するためのみに使用されると仮定する。銅原石をインゴットにする市場とインゴットからパイプを製造する2段階の市場を想定し、パイプの利益を最大化する価格を100ドル、原石をインゴットにするコストを40ドル、インゴットからパイプを製造するコストを35ドルと想定する。②インゴットの市場は独占であり、パイプの製造市場は競争的であると仮定する。インゴット市場の独占者が65ドルの価格をつけたとすると、川下市場の価格が100ドルであるので35ドルのmarginが競争者にはあり、自らには25ドルの独占利潤が生じる。③これとは別にパイプの市場が独占的で、インゴットの市場が競争的であると仮定すると、競争によりインゴットは40ドルで提供され、パイプは100ドルであるので、コスト35ドルを差し引いて残りは25ドルの独占利潤が生じる。④2つの市場ともに独占している場合、100ドルでパイプを販売し、川上・川下市場双方のコスト（40ドル+35ドル）を差し引くと25ドルの独占利潤が残る。結局、2つの市場のうち1つのみが独占である場合も（①及び②）、2つの市場ともに独占である場合（③）においても、利益を最大化するパイプの価格が100ドルであるとするると利潤は25ドルとなる。

なく、川下市場を既存事業者が支配しているため平等でない立場で競争しなければならないこと（つまり参入のコストが高くなること）が問題となるのである。第二の反競争効果は、川下市場の非価格競争を排除することである。すなわち、価格競争に影響がないとしても、より良い商品をより効率的に提供しようとするインセンティブがなくなるという意味で、川下市場の独立した事業者の排除は問題となるとする。

第三に、トリニコ事件やコンコード事件などにおいては、被告の行動は完全に事業規制法によって規制されていたが、本件は小売市場の価格については事業規制法の規制対象外であり、この点で異なっている。コンコード事件では、規制産業におけるプライススクイーズであって小売価格が一定のコスト割れでないものはシャーマン法第2条違反を構成しないとされたが、このルールのごくわずかな例外として挙げられた場合、すなわち垂直的に連続した市場の一方のみが事業規制の規制下にある場合、に本件は該当している。

第四にブルック事件で裁判所により懸念されたような、False Positive によって消費者が低価格を享受することが阻害される点も、本件には妥当しないとする。原告は、SBC 社の小売価格は略奪的であり、消費者がその結果として競争価格以上の価格を支払っている、と主張している。

連邦取引委員会は、上記の理由から上诉人の主張を認めてプライススクイーズに基づくシャーマン法第2条違反の訴え自体を認めないこと自体について反対の立場を表明するとともに、本件は、訴答段階での申立てについての判断であり、まだ実質審理を経ていないため事実関係ははっきりしておらず、このような段階で裁判所がプライススクイーズ全体への反トラスト法適用の適否について取り上げるのは適切ではない、と述べている。

(3) 小括

上記で見たように、司法省は、プライススクイーズ規制は川上市場において反トラスト法上の取引義務がある場合、すなわち、アスペン事件における要件（①従来自発的に取引を行っており、②短期的利益を犠牲にして長期的利益を得ようとする）を充足する場合、又は、川下市場における小売価格がブルック事件の略奪的価格設定の要件を充足する場合を除き、シャーマン法第2条違反を構成しないとの立場をとっており、プライススクイーズを違法としたアルコア事件も経済理論が発展しない段階での判決であるとして批判をしている。また、仮にプライススクイーズがシャーマン法第2条違反行為となり得るとすると、裁判所は卸売価格と小売価格を監視しなければならないこととなり、これは裁判所の能力を超えるものであり、規制当局の役割を果たすことにほかならないとする⁴⁰。司法省の排除行為に関する考え方は、シカゴ学派の経済理論に大きく影響を受けていると考えられ、本件に関する法と経済学の研究者の見解とも一致している⁴¹。

⁴⁰ このような裁判所の役割に関する懸念はトリニコ判決でも示されており、規制分野においては規制当局が果たしているような役割、すなわち事業者の毎日の業務を監視するような行為、を反トラスト法に関して判断する裁判所が果たすことは困難であるとする（540 U.S. 398, 414 (2004).）。

⁴¹ Brief of Amici Curiae Professors and Scholars in Law and Economics in Support of the Petitioners

これに対して、連邦取引委員会は、本件は取引義務のない事業者によるプライススクイズは違法か、という問題を検討するのにふさわしくないという見解を有している。そもそも、本件の争点は、略奪的なプライススクイズはシャーマン法第2条違反となるか、という、提示された論点よりも狭いものであり、本件のような訴答段階で、すなわち明らかになっていない事実関係が多数ある段階でプライススクイズがシャーマン法第2条違反を構成するか決定するのは適切でないとする。また、プライススクイズ自体についても、現在の経済理論によってはアルコア事件判決の考え方は正当化できないという司法省の見解とは反対に、現在でも反トラスト法上確立した法理であり、その反競争効果は存在すると述べる。反トラスト法研究者等により構成される研究・教育機関である American Antitrust Institute は、この連邦取引委員会と同様の立場に立って意見書を提出している⁴²。

このように本件について表明された様々な見解は、本件固有の問題である、裁判の争点は何か、に加えて、他の事例にも共通する問題、すなわち、アルコア事件で示された基準をどのように解釈するか、プライススクイズに固有の反競争効果が認められるか、及び、規制分野においてプライススクイズをシャーマン法第2条違反とする場合の裁判所の負担についてどのように考えるかにより、大きくその結論を異にしている。

5 おわりに

上記で見たように、米国における反トラスト法によるプライススクイズの規制は、現在非常に重要な転換期を迎えている。プライススクイズがシャーマン法第2条違反となり得ることは初期のアルコア判決によって確立し、違法なプライススクイズはどのようなものか、に関し幾つかの基準が適用された。しかしながら、規制分野において従来独占が認められていた事業者による行為が問題とされることが多くなった1990年代ごろから、プライススクイズをシャーマン法第2条違反行為とすることの妥当性が問われ始めるようになり、ブルック事件及びトリンコ事件における連邦最高裁の判決を経て、プライススクイズは同条違反を構成する行為とは考えられないのではないかという疑問が呈されるようになった。この点について正面から問題とされたのが、本稿で概観したリンクライン事件であり、研究者、裁判所、反トラスト法規制機関がそれぞれ対立する意見を表明する中で、第9巡回区控訴裁判所がプライススクイズはシャーマン法第2条違反を構成し得ると判断を行い、更に連邦最高裁が裁量上訴を認めたことから非常に重要な事例となった。

なお、2009年3月23日連邦最高裁において上訴人の訴えが認められ、控訴裁判所の判決を破棄し差し戻す判決が出されている⁴³。同判決は、プライススクイズのシャーマン法第2条による規制を実質的に不可能にするに近いものであり、大きな議論を呼んでいる。同

(Sep. 3, 2008), 2008 WL 4125499.

⁴² Brief of the American Antitrust Institute as Amicus Curiae in Support of Dismissal of the Writ of Affirmance (Oct. 21, 2008), 2008 WL 4685146.

⁴³ Pacific Bell Telephone Co. v. Linkline Communications, Inc., 129 S.Ct. 1109(2009).

判決は本中間報告書元となる研究会の前には出されなかったため検討の対象とできなかったが、別稿において詳細に検討することとしたい。

第4章 消費者保護・通信の秘密等に関する判例

ACLU v. NSA 令状なき通信傍受に対する差止めの可否：セキュリティ対プライバシー

情報セキュリティ大学院大学准教授

石井 夏生利

1 ACLUの提訴

本件は、国家安全保障局(National Security Agency, NSA)が秘密計画として行った無令状による通信傍受の違法性が争われた事件である。2001年9月11日に発生した同時多発テロ以降、ブッシュ大統領(当時)は、NSAに指示を出し、テロリスト監視計画(Terrorist Surveillance Program, TSP)を開始した。

NSAは、通信の一方当事者が国外に存在し、その人物が①アルカイダのメンバーである、②アルカイダと関連している、③アルカイダに関連する組織のメンバーである、④アルカイダの支援活動を行っているといった事柄について、合理的な根拠を持つと結論付けた場合に、電話やインターネット通信を対象にした膨大な量の通信傍受を無令状で行っていた。この通信傍受が開始されたのは、遅くとも2002年以降であり、30回以上にわたる大統領の内命を受けて行われていた。

TSPは、2005年12月16日のニューヨークタイムズの記事によって明らかにされた¹。記事は、「ブッシュ大統領は、米国が裁判所を通さずに通話者を盗聴するのを許可した」(Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts)と題し、ブッシュ大統領がNSAに対し、テロ活動の証拠を得る目的で、2002年以降、裁判所の令状を取らずして、米国内で行われる国際通信の傍受を秘(ひそ)かに許可している旨を述べている。これに対しては、修正第4条や1978年外国諜報(ちょうほう)監視法(Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978, FISA)に違反するとして、多くの批判が寄せられた。一方の政府側は、2006年3月24日、司法次官であるウィリアム・E・モシェラ(William E. Moschella)氏から、連邦下院司法委員会(Committee on the Judiciary, U.S. House of Representatives)委員長であるF・ジェームス・センセンブレナー・ジュニア(F. James Sensenbrenner, Jr.)氏に対し、TSPの違法性に関する疑問点に回答する文章を送付している²。

アメリカ自由人権協会(American Civil Liberties Union, ACLU)ほか原告らは、FISA³の

¹ James Risen and Eric Lichtblau, *Bush Lets U.S. Spy on Callers Without Courts*, N. Y. TIMES, Dec. 16, 2005, available at <http://www.nytimes.com/2005/12/16/politics/16program.html>.

² Letter from William E. Moschella to F. James Sensenbrenner, Jr. (Mar. 24, 2006), <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fisa/doj032406.pdf> (last visited Apr. 15, 2009).

³ 50 U.S.C. § § 1801-1885c (2006).

定める「合衆国の国民」(United States Person)と定義される組織又は個人である⁴。原告らの中には、ジャーナリスト、学者及び弁護士が含まれており、法律実務や研究などを目的として、日常的に国際通信を行っていた。

原告らは、TSPによって監視を受ける可能性が高く、回復しがたい損害が発生するとの認識のもと、NSAに対し、次に掲げる事項を求めて訴えを提起した。

- ・ TSP に対する永久的差止命令

- ・ TSP に基づき行われる無令状傍受及びデータマイニングが、合衆国憲法修正第 1 条及び第 4 条、権力分立の原理、行政手続法(Administrative Procedures Act, APA)⁵、総合犯罪防止及び街頭安全法(Omnibus Crime Control and Safe Streets Act of 1968)の第 3 編⁶(以下「Title III」という。)、FISA に違反する旨の宣言的判決。

- ・ 上記各事項に関する正式事実審理を経ない判決の申立て。

なお、原告らは、自らの通信が TSP に傍受された事実を裏付ける証拠を提出していないが、(a)国際通信が TSP の対象であること、(b)結果的に NSA に傍受されたこと、(c)傍受によって、NSA が私的又は秘密の情報を発見し、恐らく開示したこと、(d)当該発見及び開示が侵害を与えたことについて、合理的かつ「十分に裏付けられた」信念があることをもって足りると主張した。

他方、NSA は、国家秘密の特権(State Secrets Privilege)、及び、原告らの主張に根拠が存在しないことに基づき、請求棄却の申立て、又は、自己に有利な形での正式事実審理を経ない判決を求める申立てを行った。

2 無令状傍受と修正第 4 条

合衆国憲法には、通信の秘密に関する明文規定は存在しない。しかし、米国の判例法上、通信の秘密は、プライバシーの一側面としてとらえられ、令状なき傍受行為は、主に修正第 4 条との関係で議論されてきた。

(1) 通信の秘密をめぐる歴史

通信の秘密の議論は古く、プライバシーは、遅くとも 1886 年のボイド対合衆国事件(Boyd v. United States)⁷の時期から、主に修正第 4 条を根拠に争われてきた⁸。しかし、連邦最高裁(Supreme Court of the United States)は、この事件をきっかけに、プライバシーを財産権と結びつけた形で判断し、その後、1928 年のオルムステッド対合衆国事件(Orlmsstead

⁴ 50 U.S.C. § 1801(h) (2006).

⁵ 1946 年行政手続法(Administrative Procedures Act of 1946, 5 U.S.C. § 702 (2007))は、「司法審査を受ける権利」(Right of review)と題し、「行政機関の行為によって法的な権利侵害を被った者、又は、当該法律が意味する範囲内における行政機関の行為によって被害を受け若しくは苦痛を被った者は、それに関する司法審査を受ける権利を付与される」と定める。

⁶ 18 U.S.C. §§ 2510-2522 (2007).

⁷ Boyd v. United States, 116 U.S. 616 (1886).

⁸ 修正第 4 条その他通信傍受に関する制定法は、第 3「制定法による傍受の制限」参照。

v. United States)及び 1942 年のゴールドマン対合衆国事件(Goldman v. United States)によって、「オルムステッド-ゴールドマン法理」(Olmstead-Goldman doctrine)が優位を占め、長期間にわたり、通信傍受は、判例法上修正第 4 条の保護を受けられない時代が続いた。この法理は、「搜索・差押え」の対象物を「有体物」(tangible property)に限定し、「搜索・差押え」に「物理的侵入」を伴う「不法侵害」を必要とする考えである。そのため、「有体物」への「物理的侵入」を伴わない電話傍受は、「搜索・差押え」に該当しないことになる。

この法理が覆され、令状なき傍受を違法とする判例法、制定法が形成されたのは、1960 年代後半から 1970 年代にかけてであった。

ア オルムステッド対合衆国事件⁹

オルムステッドは、酒類を違法に所有、輸送、輸入し、販売するなどの行為によって、ワシントン州西部地区連邦地方裁判所(United States District Court for the Western District of Washington)において、国家禁酒法(National Prohibition Act)違反の共謀罪で有罪認定を受けた。この犯罪は組織的かつ大規模に行われ、年間の総売り上げは、間違いなく 200 万ドルを超えていた。オルムステッドは、この犯罪の主犯格であった。

犯罪発見につながる情報の多くは、電話の傍受によって入手された。傍受は、オルムステッドら 4 名の住所と主な事務所をつなぐ電話線に、小さな傍受線を挿入することによって行われた。傍受された電話は 8 台、傍受期間は 5 か月に及んだ。挿入の際、オルムステッドらの財産への不法侵害はなかった。

第 9 巡回区連邦控訴裁判所(Circuit Court of Appeals for the Ninth Circuit)¹⁰は、連邦地裁の有罪認定を支持した。連邦最高裁は、裁量上訴(certiorari)を認めた。

本件で問題となったのは、次の 2 点である。①政府による私的な会話の傍受行為が、不合理な搜索及び差押えに該当し、修正第 4 条に違反するか否か。②傍受された会話内容を証拠として用いることが、被告らに証言を強制することとなり、修正第 5 条に違反するか否か。特に①の争点は、問題の電話傍受が、物理的侵入を伴わないことから、争いとなった。

連邦最高裁は、1928 年 6 月 4 日、控訴裁判所の判決を支持した¹¹。多数意見を述べたタフト裁判官(Taft, J.)は、本事案のもとでは、オルムステッドに修正第 5 条に違反して証言を強制することとはならず、また、不法侵害がないため、証拠を入手して審理で用いることは、修正第 4 条に違反しないと判断している。裁判官は、修正第 4 条の意味する「搜索・差押え」の対象は、有体物に限られるという判断を示し、物理的な侵入を伴わない電話傍受は「搜索・差押え」に該当しないと述べた。

⁹ Olmstead v. United States, 277 U.S. 438 (1928).

¹⁰ Olmstead v. United States, 19 F.2d 842 (9th Cir. 1927).

¹¹ ホームズ裁判官(Holmes, J.)、ブランドイス裁判官、バトラー裁判官(Butler, J.)、ストーン裁判官(Stone, J.)が反対。

これに対し、ブランドイス裁判官(Brandeis, J.)は、ボイド事件を引き合いに出しながら、次のような反対意見を述べている。

「(証言の強制や私物の押収などによる：筆者注)『人の家庭の神聖さや生活のプライバシー』への侵害に対する保護は、修正第4条及び第5条において与えられている…政府は、複雑で、より広範囲なプライバシー侵害手段を利用できるようになってきている。」「政府の諜報活動が、通信傍受をやめることはなさそう…心理的及び関連する科学の進歩は、表現されない信念、思考、及び感情を調査する方法をもたらすかもしれない…憲法は、個人の安全へのそのような侵害に対して、何らの保護を与えることもできないのであろうか。」

「電話に関するプライバシー侵害に伴う不快さは、郵便を勝手に書き換えることに伴うものよりも、はるかに大きい。電話線に盗聴器が仕掛けられるときは常に、線の両端末を用いる人のプライバシーは侵害される。そして、いかなる事柄についても、また、適切なものであっても、秘密で特別扱いされるものであっても、彼らのすべての会話が、盗み聞きされるのである。さらに、ある人物の電話線に盗聴器を仕掛けるということは、彼が電話をかけ又は彼に電話をかける、あらゆる他の人々の電話を盗聴することを伴う。諜報(ちょうほう)の手段として、援助令状(writs of assistance)及び一般令状(general warrants)は、通信傍受と比較すれば、専制及び抑圧の手段として、ほとんど取るに足りないものである。」

「修正条項によって保障される保護の範囲は、極めて広いものである。我々の憲法の起草者は、幸福を追求するに有利な状況を確保することを約束した。彼らは人間の精神的本質、感情及び知性の重要性を認識していた。彼らは、人生における苦痛、楽しみ及び満足のごく一部のみが物質的なものの中に見いだされるであろうことを知っていた。彼らは、米国人の信仰、思考、感情、及び感覚を保護することを追求した。彼らは、政府に対する関係で、一人にしておかれる権利 - - 諸権利の中で最も包括的であり、また、教養のある人間によって最も尊重される権利 - - を付与した。その権利を保障するために、政府による個人のプライバシーへのあらゆる不当な侵入は、用いられた手段が何であろうと、修正第4条に違反すると考えられなければならない。そして、刑事手続において、証拠として、そのような侵入によって突き止められた事実を用いることは、修正第5条に違反すると考えられなければならない。」

イ ゴールドマン対合衆国事件¹²

オルムステッド事件は、電話回線を通じた電話傍受(ワイヤタッピング)が問題となった。ところが、科学技術の進歩は、電子機器の小型化を急速に推し進めた結果、小型の電子傍受装置(bug)が登場し、これを使用して会話を傍受することが可能となった。こうした電子傍受装置による傍受(「バギング」と呼ばれている。)が許されるかどうかという点は、新

¹² Goldman v. United States, 316 U.S. 129 (1942).

たな問題を生じさせた。ゴールドマン対合衆国事件は、この点が争われた最初の事件である¹³。

弁護士であるゴールドマン(Goldman)らは、破産手続内で、金銭を受領(じゅりょう)し、又はその取得を試みたことにより、連邦破産法違反の共謀罪で起訴され、有罪認定を受けた。第2巡回区連邦控訴裁判所(Circuit Court of Appeals for the Second Circuit)もこの判断を支持している¹⁴。

捜査の際、2名の捜査官は、ビルの管理人とともに、夜間にシュールマン(Shulman)の事務所に入り、隔壁の小さな隙間(すきま)に、盗聴機器を接続し、備え付けた。これは、翌日の午後に行われるホフマン(Hoffman)との会議を傍受するためであった。

翌日の午後、3名の捜査官が、速記者を伴って、装置を取り付けた部屋にやってきたが、イヤホンを取り付けても、装置は働かなかった。そこで、彼らは、電話盗聴機を隔壁に取り付け、音波を受信し、その音を拡大させるという方法を用いて、シュールマン、ホフマン、ゴールドマンの会話を聞き取った。あわせて、シュールマンが事務所でかけた電話も傍受した。

この事実を知ったシュールマンらは、公判前に証拠排除の申立てを行ったが、予備審問で退けられた。公判でも、シュールマンらは、修正第4条違反及び1934年通信法第605条違反を主張したが、いずれも退けられ、傍受内容は、証拠として許容された。

連邦最高裁は、裁量上訴を認めた。

連邦最高裁は、1942年4月27日、連邦控訴裁判所の判決を支持した¹⁵。

多数意見を述べたロバーツ裁判官(Roberts, J.)は、通信法及び修正第4条の主張について、電話線を介さない傍受装置による傍受は、通信法第605条の適用対象外である、傍受装置を用いて壁越しに行われた会話の傍受は、物理的侵入を伴わないため、「搜索・差押え」に当たらないと判示した。修正第4条に関する判決理由の概要は、次のとおりである。

上訴人らは、盗聴装置の備付けが不法侵害に当たり、その結果盗聴が行われたという関係は、修正第4条に違反すると主張した。下級審は、いずれも、電話盗聴器の使用における不法侵害を否定した。当裁判所もこの見解を受け入れ、電話盗聴器を用いて傍受した事柄は、不法侵害又は不法侵入を構成しない。

また、上訴人らは、オルムステッド事件と本件の区別を主張したが、この主張は、憲法上の保障を実際に適用するには、あまりに微細である。他に、連邦の職員が本件で行った行為と、オルムステッド事件で州の職員が行った行為を線引きしうるような、合理的又は論理的な区別は存在しない。したがって、連邦政府の職員が電話盗聴器を用いることは、修正第4条に違反しない。

¹³ 岡村久道・新保史生『電子ネットワークと個人情報保護—オンラインプライバシー法入門』(経済産業調査会、2002年)363~364頁。

¹⁴ United States v. Goldman, 118 F.2d 310 (2d Cir. 1941).

¹⁵ マーフィー裁判官(Murphy, J.)が反対。ジャクソン裁判官(Jackson, J.)は本件の判断には加わらなかった。

ウ カッツ対合衆国事件¹⁶

オルムステッド・ゴールドマン法理は、ゴールドマン判決の後、約 20 年間にわたって、連邦最高裁を支配し続けた。しかし、1961 年 3 月 6 日のシルバーマン対合衆国事件 (Silverman v. United States) 判決¹⁷において、連邦最高裁は、この法理のうちの「有体物」要件を変更することとなった。事案は、賭博（とぼく）の拠点であるとの疑いのある家屋をコロンビア特別区が隣家からマイクで会話を傍受したというものである。連邦最高裁は、マイクが壁の裂け目に差し込まれて暖房ダクトに接触したという点をとらえて、「物理的侵入」の要件が満たされていると判断した。この判決は、有体物に当たらない会話の傍受に対する修正第 4 条の適用を認めた点で画期的である。さらに、カッツ事件によって、残る「不法侵害原則」が廃されることとなった。

カッツは、電話で賭博（とぼく）情報を伝えた罪によって、起訴された。連邦捜査局 (Federal Bureau of Investigation, FBI) は、カッツが電話をかけた公衆電話ボックスの外に、電子的盗聴・記録装置を取り付け、そこでの会話を傍受しており、会話内容は証拠として提出された。カリフォルニア州南部地区連邦地方裁判所 (United States District Court for the Southern District of California) は、カッツに有罪認定を下し、第 9 巡回区連邦控訴裁判所もその結論を支持した¹⁸。同裁判所は、上訴人の「占有する領域への物理的な侵入がない」ため、修正第 4 条の違反は存在しないと判断している。連邦最高裁は、裁量上訴を認め、1967 年 12 月 18 日、7 対 1 の多数で原判決を覆した¹⁹。

多数意見を述べたスチュワート裁判官 (Stewart, J.) は、一般的な憲法上のプライバシー権を否定しつつも、本件事実関係に基づくプライバシー侵害を認め、カッツの請求を認容した。

(ア) 一般的なプライバシー権

「修正第 4 条は、一般的な憲法上の『プライバシー権』として解釈することはできない。この修正条項は、一定の種類政府による不法侵入から個人のプライバシーを保護する。しかし、その保護は更に踏み込んで、プライバシーと関係を持たないものも多い。憲法その他の規定は、他の形態による政府の不法侵入から個人のプライバシーを保護する。しかし - - 他人から一人にしておかれる権利 - - という個人の一般的なプライバシー権の保護は、その者の財産及び生命を保護するように、大部分が個々の州法にゆだねられている。」

(イ) 本件事実関係に基づくプライバシー侵害

「修正第 4 条は、場所よりも人を保護するものである。ある人物が、自ら承知の上で公

¹⁶ Katz v. United States, 389 U.S. 347 (1967).

¹⁷ Silverman v. United States, 365 U.S. 505 (1961).

¹⁸ Katz v. United States, 369 F.2d 130 (9th Cir. 1966).

¹⁹ ブラック裁判官 (Black, J.) が反対。マーシャル裁判官 (Marshall, J.) は本件の判断に参加しなかった。

に明らかにした事柄は、それが自宅や事務所の中であったとしても、修正第 4 条の保護の対象とはならない…しかし、その人物が、私的に維持したいと思う事柄は、それが一般人の目に触れる領域内であったとしても、憲法上の保護を受けることができる。」

「オルムステッドとゴールドマンの裏づけは、当裁判所が、その後の判決で、そこで宣言された『不法侵害』の原則はもはや支配力を持ち得ないと考えたことによって完全に失われたと、当裁判所は結論付ける。上诉人の言葉を電子的に傍受し記録した政府の行為は、同人が電話ボックスを利用する際に、当然そこに存在するものであると信じていたプライバシーに対する侵害であり、よって、そうした行為は修正第 4 条の意味する範囲での『捜索・差押え』を構成する。その目的を達成するために用いられた傍受装置が、たまたま電話ボックスの壁を貫通しなかったという事実は、何ら憲法上の重要性を持ち得ない。」

(ウ) ハーラン裁判官(Harlan, J.)の補足意見

本件で重要なもう 1 つの点は、ハーラン裁判官の補足意見である。裁判官は、修正第 4 条の保護範囲について、「先例から生じたその法則に関する私の理解は、2 つの要件が存在するということである。第 1 は、個人が現実の(主観的な)プライバシーへの期待を示したということであり、第 2 は、当該期待に対して社会が『合理的』であると承認する用意があるということである」と述べた。この 2 つの要件は、関連するその後の判決に、大きな影響を与えることとなった。

(エ) 合衆国対連邦地方裁判所事件(United States v. United States District Court)²⁰

この事件は、国家安全の場合に令状主義の例外を認めなかった判決として有名であり、いわゆる「ケイス事件(Keith Case)」として知られている。

連邦政府は、政府財産の毀棄(きき)に関する共謀罪及びダイナマイト爆破の罪で、3名の人物を逮捕した。被告らは、電子的監視が行われたことを裏付ける情報の開示を求めて正式事実審理前に申立てを行った。他方、政府は、司法長官の宣誓供述書を提出した。そこには、国内組織が政府の現体制を攻撃し、また転覆させようとする試みから、国家を守るために必要とみなされる軍事情報を収集する目的で、傍受を許可した旨が記してあった。宣誓供述書及び監視のログに基づき、政府は、たとえ令状がなくとも、国家安全を守るための大統領権限の合理的な行使として適切であると主張した。

ミシガン州東地区連邦地方裁判所(United States District Court for the Eastern District of Michigan)は、当該監視は修正第 4 条に違反すると判断し、政府に対し、被告人の 1 人について、傍受した会話をすべて開示するよう命じた。第 6 巡回区連邦控訴裁判所(United States Court of Appeals for the Sixth Circuit)は、地方裁判所の判断を支

²⁰ United States v. United States District Court, 407 U.S. 297 (1972).

持した²¹。

これに対し、政府は、TitleⅢのうち、合衆国法律集(United States Code)第 18 編の第 2511 条(3)項²²に基づき、「国家安全のための監視は、法律の定める令状要件から適用除外される。議会は、事前の司法令状なくして監視を行うことを大統領に許可した」と主張した。政府の依拠した同条項は、「…本章のいかなる規定も、武力又は他の違法な方法による政府の転覆、又は、その他政府組織又は政府の存在にもたらされる明白かつ現在の危険に対し、大統領が、アメリカ合衆国を守るために必要と考える対策を講じるための、憲法上の権限を制限するものとみなしてはならない」と定める。

連邦最高裁は、裁量上訴を認め、1972 年 6 月 19 日、連邦控訴裁判所の判断を支持した。法定意見を述べたパウエル裁判官(Powell, J.)は、次のように述べた。

「大統領の監視権限に関する限りで、第 2511 条(3)項の文言は中立である」

政府の主張を認めると、「本件の監視が適用除外規定に含まれるか否か、また、そうだとすると、法律上の適用除外規定そのものが憲法上有効か否かを検討しなければならない。しかし、第 2511 条(3)項は、議会の免責条項であり中立的に表現されている。当裁判所は、この法律は、本件において主張された大統領の権限行使の手段とはならないと判断する。むしろ、当裁判所は、大統領の憲法上の権限を検討しなければならない。」

「当裁判所の役割は、政府が国内の安全を守る義務と、個人のプライバシーと表現の自由に対する不合理な監視によってもたらされる潜在的な危険という、本件において危機にさらされている基本的な価値を検討し、衡量することである。」

「中立で独立した裁判官が事前に審査を行うことは、合衆国憲法修正第 4 条の権利を達成するために行われてきた長年の手段である。」

「司法長官には幾らかの負担が課せられるであろうが、この不自由は、憲法上の価値を保護するために、自由な社会において正当化される。当裁判所は、政府の国内監視権限が相当程度減殺されるであろうとも思わない。令状主義は、監視の有効性を推定させ、監視後の司法審査を正当化させるための負担を最小化する。法を遵守している市民に対する無差別の傍受や盗聴を生じさせず、一般国民を安心させることが最重要であることはいうまでもない。」

ただし、連邦最高裁は、本判決の射程範囲を、国家安全に関する国内問題のみに限定し、外国勢力の活動は範囲外であること、TitleⅢは大統領の権限を定義したり範囲を定めたりするものではないこと、本判決は他の様々な政策や実務的考慮のもとに行われる監視行為には適用されないことなどを強調している。

²¹ United States v. United States District Court, 444 F.2d 651 (6th Cir. 1971).

²² 18 U.S.C. § 2511 (3) (2007).

3 制定法による傍受の制限

(1) 修正第4条

令状なき通信傍受は、主に、合衆国憲法修正第4条に違反するとして争われてきた。同条の定めは次のようになっている。

「不合理な搜索、逮捕又は押収から自己の身体、家屋、書類及び動産の安全を確保する権利はこれを侵害してはならない。令状は、宣誓若しくは確約によって裏付けられる蓋然(がいぜん)的理由に基づき、かつ、搜索されるべき場所、及び、逮捕、押収されるべき人、又は物を特定して記載するほか、これを発してはならない。」²³

(2) 1934年通信法(Communications Act of 1934)

米国では、修正第4条に加え、監視技術の発展、判例法の展開、通信傍受をめぐる大きな事件等に対応させる形で、各種法律を制定してきた。1934年通信法は、オルムステッド対合衆国事件を契機に制定された法律である。

連邦議会は、1934年6月19日、「有線又は無線による州際又は外国との通信に規制を設ける等のための法律」(An Act to provide for the regulation of interstate and foreign communication by wire or radio, and for other purposes) (1934年通信法、Communications Act of 1934)²⁴を成立させた。この法律は、合衆国法律集第47編「電信、電話及び無線通信」(Telegraphs, Telephones, and Radiotelegraphs)の第151条以下に編纂(へんさん)された。同法律集第47編第605条は、「通信の無許可公開又は利用」(Unauthorized Publication or Use of Communications)として、「何人も、送信者の同意なくしては、いかなる通信をも傍受してはならず、また、傍受した通信の存在、内容、趣旨、目的、効果又は意図を、何人に対しても漏示(divulge)又は公開してはならない」と定めており、電話の通信内容の秘密の保障が、初めて連邦法上で明文化するに至った。

1934年通信法成立後、連邦最高裁は、1937年12月20日判決の第1次ナードン対合衆国事件(Nardone v. United States)²⁵において、捜査機関が州際間の電話傍受によって取得した録音内容を法廷に証拠として提出することを禁止する判決を出した。その理由は、傍受した録音内容を法廷に証拠として提出することは、同法第605条の「漏示」(divulge)に当たるということにあった。しかし、検察官は、傍受した録音内容をもとに入手した別の証拠を法廷に提出したことから、第2次ナードン対合衆国事件²⁶が提起された。連邦最高裁は、1939年12月11日、このような間接的な証拠も通信法第605条に違反すると判断し、証拠から排除した。このように、違法収集証拠排除法則の効力は、違法な手続により直接獲得された証拠のみに限らず、その証拠に基づいて得られた間接的な証拠にも及ぶという考え

²³ U.S. CONST. amend. IV. 合衆国憲法の各条項の訳は、松井茂記『アメリカ法入門』(有斐閣、第5版、2004年)328頁以下、田中英夫『BASIC 英米法辞典』(東京大学出版会、1993年)212頁以下等を参考に、一部改訳した。

²⁴ Communications Act of 1934, 47 U.S.C. § 151 *et seq.* (2006).

²⁵ Nardone v. United States, 302 U.S. 379 (1937).

²⁶ Nardone v. United States, 308 U.S. 338 (1939).

方を、「毒樹の果実の法理」(fruit of the poisonous tree doctrine)という。第2次判決のフランクファーター裁判官(Frankfurter J.)の言葉に由来する。同じ日の1939年12月11日に下されたワイズ対合衆国事件(Weiss v. United States)²⁷においても、連邦最高裁は、州内の電話を傍受した行為に対して、1934年通信法を適用する旨の判決を下した。

この法律は、1984年ケーブル通信政策法(Cable Communications Policy Act of 1984)²⁸、1991年電話消費者保護法(Telephone Consumer Protection Act of 1991)²⁹、1996年通信法(Telecommunication Act of 1996)³⁰などにより改正されている。

(3) Title III³¹

連邦議会は、「オルムステッドーゴールドマン法理」を覆した1967年のカツツ対合衆国事件判決を受けて、「1968年総合犯罪防止及び街頭安全法」を成立させた。同法の第3編「電話盗聴及び電子的監視」(Wiretapping and Electronic Surveillance)は、Title IIIと呼ばれており、有線及び口頭での通信に関するプライバシー保護を定め、無令状による電話盗聴及び電子的監視を禁止している。

Title IIIは、国内で行われる有線、口頭、電子的通信の傍受を対象とし³²、連邦捜査当局に対し、裁判所への通信傍受令状を請求する権限を付与している³³。令状請求の要件は、合衆国法律集第18編第2518条(1)項が定めを置く。同条項は、「本章に基づく有線、口頭、又は電子的通信の傍受を許可又は承認する命令の各申請は、宣誓又は確約を記した書面により、管轄権のある裁判官に対し行われなければならない」と規定し、申請書に記載すべき事項として、捜査官又は法執行官の身元、当該犯罪の詳細、傍受を行う機器の性質及び場所、対象となる通信の詳細、被疑者の身元、傍受時間等を列挙している³⁴。令状申請を受けた裁判官は、①対象となる罪が犯され又は犯されようとしていることを信じるに足りる相当の理由が存在し、②傍受によって対象となる罪に関する特定の情報を得られるであろうことを信じるに足りる相当の理由が存在し、③通常の捜査手順が失敗し又は失敗するであろうことがもっともであると思われ、傍受対象の機器が対象犯罪との関連で用いられるであろうと信じるに足りる相当な理由が存在する場合に、令状を発布することができる³⁵。

²⁷ Weiss v. United States, 308 U.S. 321 (1939).

²⁸ Cable Communications Policy Act of 1984, 47 U.S.C. § 521 *et seq.* (2007).

²⁹ Telephone Consumer Protection Act of 1991, Pub. L. No. 102-243, 105 Stat. 2394 (codified as amended in scattered sections of 47 U.S.C.).

³⁰ Telecommunication Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, 110 Stat. 56 (codified as amended in scattered sections of 47 U.S.C.).

³¹ Title III及びFISAの邦訳は、平野恵美子ほか「米国愛国者法(反テロ法)(上)」外国の立法2002年11月号1頁以下、同「米国愛国者法(反テロ法)(下)」外国の立法2003年2月号1頁以下参照。

³² 18 U.S.C. § 2511(2)(f) (2007). この規定は、国際又は国外の通信傍受を対象外に置くこと、及び、国外の軍事通信の電子的監視を行う唯一の手段がFISAであることを定める。

³³ 18 U.S.C. § 2516 (2007).

³⁴ 18 U.S.C. § 2518(1) (2007).

³⁵ 18 U.S.C. § 2518(3) (2007).

また、令状には、傍受対象者、傍受対象となる通信機器の性質及び場所、対象となる通信の類型に関する説明、許可を受けた機関の属性又は人物の身元、傍受を許可する期間を記載しなければならない³⁶。

ただし、司法長官、副司法長官、司法次官によって特に指名された捜査官又は法執行官等において、人の生命若しくは身体に対する緊急事態が生じ、又は、国家安全の利益を脅かす共謀行為等が認められ、相当な注意をもって、許可令状を得る前に傍受が必要であると判断した場合は、48 時間以内に令状申請を行うことを条件に、令状発布に先行して、有線、口頭又は電子的通信を傍受することが認められる³⁷。

傍受期間については、傍受を許可した目的を達成するために必要な期間又は 30 日を超えてはならない。期間の延長は認められるが、事前申請を行い、令状発布の要件を満たした場合に限る。また、延長は、目的達成に必要な期間又は 30 日を超えてはならない³⁸。

また、通信を傍受された被害者は、違法に通信を傍受され、又は令状要件を満たしていないことなどを理由として、あらゆる裁判上の手続において、通信内容の証拠排除を申し立てることが認められ³⁹、また、合衆国以外の違反者に対して民事賠償を求めることができる⁴⁰。重大な違反行為を犯している者に対しては、司法長官において差止めを求めることが認められる⁴¹。

この法律は、1986 年電子通信プライバシー法(Electronic Communications Privacy Act of 1986)⁴²によって改正された。また、2001 年 9 月 11 日の同時多発テロを受け、2001 年 10 月 26 日、「2001 年テロリズム活動を阻止及び防止するために求められる適切な手段を提供することにより、米国を団結し、強化する法」(Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, USA PATRIOT-Act)⁴³が制定され、テロ対策を目的とした無令状傍受の権限を拡大する規定が追加された。例えば、令状申請を認めるケースの中に、化学兵器を用いた犯罪やテロリズムが追加され⁴⁴、国家安全を目的とする場合に、捜査官が他の法執行官等との間で傍受した情報を共有できる規定が追加された⁴⁵。この法律は、プライバシーや通信の秘密を侵害するとして、立法過程から議論を呼び、また、当初は 2005 年 12 月 31 日であった時限規定(sunset

³⁶ 18 U.S.C. § 2518(4) (2007).

³⁷ 18 U.S.C. § 2518 (7) (2007).

³⁸ 18 U.S.C. § 2518 (5) (2007).

³⁹ 18 U.S.C. § 2518 (10) (2007). 「被害者」(aggrieved person)は、「有線、口頭、若しくは電子的通信を傍受され又は傍受を向けられた者をいう。」18 U.S.C. § 2510 (11).

⁴⁰ 18 U.S.C. § 2520 (10) (2007).

⁴¹ 18 U.S.C. § 2521(2007).

⁴² Electronic Communications Privacy Act of 1986, Pub. L. 99-508, 100 Stat. 1848 (codified as amended in scattered sections of 18 U.S.C., 50 U.S.C.).

⁴³ Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism Act of 2001, Pub. L. 107-56, 115 Stat. 272 (codified as amended in scattered sections of 18 U.S.C., 50 U.S.C.).

⁴⁴ 18 U.S.C. § 2516(1)(q) (2007).

⁴⁵ 18 U.S.C. § 2517(6) (2007).

provision)の延長問題でも注目を集めた。

(4) FISA

FISA は、ウォーターゲート事件を受けて成立した法律であり、米国に対する諜報又は国際テロに従事する人物を電子的に監視する行為について、裁判所の令状を求める手続を定める。

FISA は、米国民が国外に存在する者との間で行う通信を令状なくして傍受する行為を規制しており、行政機関がかかる外国諜報監視を行う際は、外国諜報監視裁判所 (Foreign Intelligence Surveillance Court, FISC)⁴⁶に令状を申請することを要件としている⁴⁷。申請にあたっては、申請者である連邦政府の行政官の身元、大統領から司法長官に与えられた権限及び司法長官による申請の承認、監視対象者が外国勢力又はその代理人であること等を信じるに足る事情の陳述、必要最小限の手順に関する陳述、対象情報の特徴及び対象となる通信又は活動の種類に関する詳細、傍受期間等の陳述が義務付けられる⁴⁸。

FISC は、国家安全にかかわる案件で、通信傍受令状の対象が、外国政府又はその代理人であると信ずるに足る相当な理由があり、必要最小限の手順を満たしている等の判断を下した場合には、申請又は修正を求められたとおりに、通信傍受令状を発布しなければならない⁴⁹。ここでいう必要最小限の手順は、傍受する情報の収集及び保有を必要最低限とする、外国軍事情報に該当しない情報の提供を制限すること等を意味する⁵⁰。

傍受期間は、傍受の目的を達成するか、又は 90 日以内であることを原則とするが、テロ活動等に従事する外国勢力を対象とする場合は 1 年間、米国の人間ではない外国政府の代理人については 120 日までの延長が可能である⁵¹。

司法長官は、緊急事態であって、令状を直ちには取得することができない場合に、72 時間の監視を先行して許可することができ、後に発布された令状は遡及（そきゅう）的に適用することができる⁵²。また、FISA は、戦時における令状なき電子的監視を、宣戦布告から 15 日以内に制限している⁵³。

USAPATRIOT-Act は、Title III のほかに FISA を改正した。例えば、上記の傍受期間の例外規定は USA PATRIOT-Act による改正である。また、同法は、国家安全目的の場合における令状申請の要件を「外国の軍事情報を得ることが監視の目的である」とする定めから「…重要な目的である」に拡大するなどした⁵⁴。

加えて、4 及び 6 で述べるとおり、FISA は、2007 年米国保護法 (Protect of America Act

⁴⁶ 50 U.S.C. § 1803(a) (2006).

⁴⁷ 50 U.S.C. § 1804(a) (2006).

⁴⁸ 50 U.S.C. § 1804(a) (2006).

⁴⁹ 50 U.S.C. § 1805(a) (2006).

⁵⁰ 50 U.S.C. § 1801(h) (2006).

⁵¹ 50 U.S.C. §§ 1805(e) (1) (B), (2) (B) (2006).

⁵² 50 U.S.C. § 1805(f) (2006).

⁵³ 50 U.S.C. § 1811 (2006).

⁵⁴ 50 U.S.C. § 1804 (7) (B) (2006).

2007)⁵⁵、2008年のFISA改正法(Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Amendments Act of 2008, FISAAA)⁵⁶によっても、監視を強化する改正が行われた。

4 政府の見解

2及び3で述べたとおり、令状なき傍受行為に対しては、判例法及び制定法による制限が存在する。一方、政府は、TSPを正当化するために、主に次のような主張を展開している。

(1) 合衆国憲法第2条

合衆国憲法第2条第2節[1]項は、「大統領は、合衆国の陸海軍及び現に召集されて合衆国の軍務に服している各州の民兵の最高司令官である」と定める⁵⁷。政府は、この規定に基づき、大統領には、法律のみならず、憲法修正第1条⁵⁸及び第4条を超えて、令状なき通信傍受を実施する権限を内在的に与えられていると主張する。

(2) AUMF

2001年9月18日、「軍事力の許可又は利用に関する両院合同決議」(Authorization or Use of Military Force, Joint Resolution, AUMF)⁵⁹が採択された。

この決議の第2条は、「アメリカ合衆国の軍事力利用権限」(Authorization for use of United States Armed Forces)を定める。同条(a)項は、総則規定として、「大統領は、2001年9月11日に発生したテロリスト攻撃を計画し、許可し、実行し、又は支援し、若しくは、当該組織又は人物をかくまったと結論づけた国家、組織又は人物に対し、当該国家、組織、又は人によってもたらされる、アメリカ合衆国に対する将来の国際テロ活動を防止するために、すべての必要かつ適切な軍事力を利用することを認められる」と規定する。

2005年12月22日、前記ウィリアム・E・モシェラ氏は、上院の特別調査委員会(Senate Select Committee on Intelligence)のパット・ロバーツ(Pat Roberts)委員長ら4名にあてて文書を送付し、FISAの第109条(合衆国法律集第50編第1809条(a)項(1)号)⁶⁰は、「他の法律」で容認された場合には、令状なき電子的監視を認めており、AUMFは、当該「他の

⁵⁵ Protect America Act of 2007, 50 U.S.C. §§ 1803(e), 1805a-1805c (2008). ただし、2012年12月31日で失効する予定である。

⁵⁶ Foreign Intelligence Surveillance Act of 1978 Amendments Act of 2008, 50 U.S.C. §§ 1881-1881g (2008).

⁵⁷ U.S. CONST. art. II, § 2, cl. 2. 邦訳は、松井・前掲『アメリカ法入門』333頁、田中・前掲『BASIC英米法辞典』223頁を参考に、一部改訳した。

⁵⁸ 修正第1条は、言論及び出版の自由等を定める。

⁵⁹ 50 U.S.C. § 1541 (2006). 両院合同決議(joint resolution)は、法律の制定の場合と同様、両院の議決と大統領の署名を要し、法律と同じ効力を有する。これに対し、両院共同決議(concurrent resolution)は、一院の行った決議に別の一院が賛同するという形をとって行われるもので、大統領の署名を要せず法律の効力を持たない。田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)726~727頁参照。

⁶⁰ 50 U.S.C. § 1809(a)(1) (2006).

法律」に該当するという見解を明らかにした⁶¹。

また、AUMF に関しては、ハムディ対ラムズフェルド(Hamdi v. Rumsfeld)⁶²事件判決が有名であり、同判決は、国家安全の脅威に対応するために広範な緊急権限を発動することを示唆したといわれている。

イアースー・ハムディ(Yaser Hamdi)氏は、政府によって「適性戦闘員」に分類され、アフガニスタンで身柄を拘束された。ハムディの父親は、代理人として人身保護請求を申し立て、当該身柄拘束は修正第 5 条及び第 14 条⁶³に違反すると主張した。

バージニア州東地区連邦地方裁判所(United States District Court for the Eastern District of Virginia)は、2003 年 1 月 8 日、インカメラ手続を実施するために、政府に対して膨大な資料を提出するよう命じた。しかし、第 4 巡回区連邦控訴裁判所(United States Court of Appeals for the Fourth Circuit)は、2003 年 7 月 9 日、地方裁判所の判断を覆し、ハムディは戦闘地域で身柄拘束されたことに争いはないことから、事実や証拠に関する審問は必要ないと判断し、申立却下の指示を付けて破棄・差し戻した⁶⁴。

連邦最高裁は、2004 年 6 月 28 日、控訴裁判所の判断を破棄し、さらなる手続を取るために事件を差し戻した。

一部反対意見を述べたスーター裁判官(Souter, J.)⁶⁵は、真の緊急事態においては、政府は議会の立法に違反しても市民を身柄拘束できることを述べた。

「…真の緊急事態が発生した瞬間に、政府が検討の時間を持たずして行動を取らなければならない場合であって、当該市民によって、国家及び市民の安全に緊迫した脅威のもたらされるおそれが相当程度存在する場合、大統領は、当該市民の身柄を拘束することができる(ただし、制定法上の権限が必要であるとは思わない)。」

この事件では、ハムディは 2 年以上拘束されており、真の緊急事態の存否は判断されていない。しかし、スーター裁判官の補足意見を敷衍(ふえん)すれば、国家安全のための真の緊急事態が認められる場合、大統領は、議会の立法を超越できることに加え、修正第 4 条の求める裁判所の令状ないしは「相当な理由」がなくとも通信傍受を認めることにもなり得る。

この見解に対しては、容認可能な範囲と期間を制限すべきであり、同時多発テロから数週間経過後も TSP を継続させることを正当化するものではないという批判が存在する⁶⁶。

⁶¹ Letter from William E. Moschella to Pat Roberts (Dec. 22, 2005), <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fisa/doj122205.pdf> (last visited Apr. 15, 2009).

⁶² Hamdi v. Rumsfeld, 542 U.S. 507 (2004).

⁶³ 修正第 5 条は自己負罪拒否特権、修正第 14 条は適正手続の保障等を定める。

⁶⁴ Hamdi v. Rumsfeld, 316 F.3d 450 (4th Cir. Va., 2003).

⁶⁵ 結論には賛成している。

⁶⁶ Richard Henry Seamon, *Domestic Surveillance for International Terrorists: Presidential Power and Fourth Amendment Limits*, 35 HASTINGS CONST. L.Q. 449, 452 (2008).

(3) 国家秘密の特権

「国家秘密の特権」は、訴訟上用いられる主張である。これが認められると、証拠排除の原則(rule of evidentiary privilege)が適用され、政府は証拠開示を拒否して訴訟を終了させることが可能となる。

この関連で、証拠開示と国家安全への危険が問題となった事件に、ヘプティング対 AT&T 社(Hepting v. AT&T Corp.)事件が存在する。同事件は、電子フロンティア財団(Electronic Frontier Foundation, EFF)が、AT&T の利用者を代表して提起した集団訴訟であり、その中で、AT&T 社が政府の大規模な通信傍受を支援していたという主張が提出された。

政府は、提訴を受けて共同被告として介入し、国家秘密の特権を主張して正式事実審理を経ない判決を求めた。カリフォルニア州北地区連邦地方裁判所(United States District Court for the Northern District of California)は、2006年7月20日、政府の主張を退け、手続を進める判断を下したが⁶⁷、第9巡回区連邦控訴裁判所は、2008年8月21日、2008年 FISA 改正法に照らして、地方裁判所に事件を差し戻すとの判断を下した⁶⁸。

2008年 FISA 改正法は、2008年7月10日に成立した法律である。合衆国法律集第50編第1885a条は、「制定法上の防御を行うための手続」(Procedures for implementing statutory defenses)と題し、民事訴訟からの免除規定を設けている。(a)項の「証明の要件」(Requirement for Certification)では、司法長官が、裁判所に対し、テロ対策目的等の要件を満たしたことを証明した場合、「他のいかなる規定にもかかわらず、連邦又は州の裁判所において、諜報組織の活動領域を支援する人物に対し、民事訴訟を提起又は維持してはならず、速やかに訴えは退けられなければならない」と定め、電子通信サービスプロバイダを民事訴訟のリスクから保護している⁶⁹。

他方、「国家秘密」の一言で訴訟を終了させるべきではないとの見解も存在する⁷⁰。

5 ACLU 対 NSA 事件

以上の前提をもとに、ACLU 対 NSA 事件における各裁判所の判断を整理する。

(1) 連邦地方裁判所⁷¹

ミシガン州東地区連邦地方裁判所は、2006年8月17日、①FISA 及び Title III に違反する無令状傍受に対する永久的差止命令を認容し、②権力分立の原理、APA⁷²、修正第1条及び

⁶⁷ Hepting v. AT & T Corp., 439 F. Supp.2d 974 (N.D. Cal. 2006).

⁶⁸ Hepting v. AT & T Corp., 539 F.3d 1157 (9th Cir. 2008).

⁶⁹ 50 U.S.C. § 1885a (2008).

⁷⁰ Margaret Ziegler, *Note: Pay No Attention to the Man Behind the Curtain: The Government's Increased Use of the State Secrets Privilege to Conceal Wrongdoing*, 23 BERKELEY TECH. L.J. 691, 721 (2008).

⁷¹ ACLU v. NSA, 438 F.Supp.2d 754 (E.D. Mich. 2006).

⁷² 1946年行政手続法(Administrative Procedures Act of 1946, 5 U.S.C. § 702 (2007))は、「司法審査を受ける権利」(Right of review)と題し、「行政機関の行為によって法的な権利侵害を被った者、又は、当該法律が意味する範囲内における行政機関の行為によって被害を受け若しくは苦痛を被った者は、

第4条、FISA及びTitleⅢに違反する旨の宣言的判決を下す一方で、③データマイニングに関する被告らの正式事実審理を経ない判決を認容した。原告らの請求を一部認容した形である。

テイラー裁判官(Taylor, J.)は、それぞれの争点につき、次のように判示した。

ア 訴えの利益

(ア) 国家秘密の特権

NSAは、国家秘密を用いない限り、ACLUは自らの主張を裏付けることはできず、NSAは防御を行うことができないが、それは国家秘密の特権に抵触すると主張した。

裁判官は、本件では、TSP自身の正当性が争いになっており、(a)TSPの存在、(b)無令状傍受、(c)対象とする通信は、通信の一方当事者が外国にいる場合であって、その人物がアルカイダと関連することを政府が合理的な根拠を持って結論付けたものであるという事実に争いはないと述べ、これらの事実によって判断可能であるとしてNSAの主張を排斥した。

他方、裁判官は、データマイニングの主張を裏付けるためには、秘密特権の対象となる情報を用いることが必須(ひっす)であることから、この点に関し、NSAに有利な正式事実審理を経ない判決を認容した。

(イ) 主張の具体性

NSAは、ACLUの主張する侵害は、監視に対する単なる主観的な懸念に過ぎず、「明確かつ明白」でもなければ「具体的で個別的」でもないとして主張した。ACLUは、研究者や弁護士といった専門家が、TSPによる傍受を懸念して、顧客、目撃者、情報源と連絡を取り合うことができなくなることから、自らの責任を果たす能力を阻害されると反論した。

裁判官は、(a)TSPは、2001年9月11日の同時多発テロをきっかけに開始された現実的な監視計画であり、大統領は、30回を超える数の承認を下している、(b)原告らは、専門家の責任を遂行する能力に対し、現実的かつ具体的な被害を被ってきたと判断し、主張の具体性を認めた。

(ウ) 因果関係

裁判官は、ACLUの被害はTSPから直接に生じていると判断した。

(エ) 救済可能性

裁判官は、TSPを違憲と判断し、NSAの無令状傍受を差し止めることによって、ACLUは、通信傍受を相手に通知せずして、会話や電子メールを通じた連絡を取り合うことができることを理由に、救済可能性を認めた。

それに関する司法審査を受ける権利を付与される」と定める。

イ 本案に対する判断

まず、裁判官は、米国における電子的監視の歴史を取り上げ、1967年のカツツ対合衆国事件、1968年の Title III、1978年の FISA 制定などを辿（たど）った。その上で、それぞれの争点について、次のように述べた。

（ア）修正第4条

FISA の制定によって、令状発布の要件を緩やかに変更し、傍受期間を延長したにもかかわらず、TSP は5年以上も継続しており、FISA を顧みずに実行された。より厳格な基準である Title III にも違反しており、修正第4条の侵害が認められる。

（イ）修正第1条

修正第4条に違反した傍受によって、修正第1条にも違反する。

（ウ）権力分立

大統領は、5年間もの間、FISA の禁止する方法で行動しており、その権限を踰越（ゆえつ）した。

（エ）AUMF

AUMF は、諜報活動又は監視について何も記しておらず、AUMF の方が一般条項的であることから、FISA 及び Title III は AUMF に優先する。また、仮に AUMF が優先したとしても、修正第1条、第4条、権力分立の原理を含む、憲法上の国民の権利を侵害している。

（オ）固有の権限

この事件において、NSA は、憲法第2条の文言、とりわけ、大統領が陸海軍の最高司令官であることを理由に、法律のみならず、憲法修正第1条及び第4条に違反する権限を内在的に付与されている旨を主張するようである。しかし、「憲法起草者たちは、権利章典に明文化された人権を無視するような無制限な権限を大統領に与えることを意図したわけではない。米国に世襲の王様は存在しない。」

（カ）例外規定に基づく実質的な正当化

Title III 及び FISA は、監視開始後の令状発布という適用除外を認めているが、政府は、TSP を正当化するための修正については、何ら議会に対して求めている。

(2) 連邦控訴裁判所⁷³

上記地方裁判所の判決に対し、NSA が控訴し、ACLU は交差上訴（cross appeal）した。

⁷³ ACLU v. NSA, 493 F.3d 644 (6th Cir. 2007).

バチェルダール裁判官 (Batchelder, J.)、ギボンス裁判官 (Gibbons, J.)、ギルマン裁判官 (Gilman, J.)。

第6巡回区連邦控訴裁判所は、2007年7月6日、2対1の多数⁷⁴で、訴えの利益がないことを理由に原判決を破棄し、管轄権の欠如を理由に、却下の指示をつけて地裁に差し戻した。

なお、これとは別に、NSAは差止命令の執行停止を申請した。地方裁判所は申立てを退けたが、控訴裁判所は、2006年10月4日、本判決の結果が出るまでの執行停止を認めた⁷⁵。

法廷意見は、それぞれの争点について、以下のように判断した。

ア 前提

法定意見は、宣言的判決を受けるためには、1人の原告に訴えの利益があれば足りる。宣言的判決を求める訴えの利益が欠けていれば、差止命令を求める利益もない。

訴えの利益を認めるためには、現実の被害、因果関係、救済可能性の三要件を満たさなければならない。本件では、3つの被害、6つの法的主張、2つの救済という形で、分析的アプローチを採用する。

3つの被害は次のとおりである。

- ・原告らは、専門家としての守秘義務に基づき、自発的に国際通信を差し控えざるを得ない。
- ・海外の連絡相手は、NSAの傍受によって、米国政府や自国の政府などによる直接的な報復をおそれる結果、原告らとの国際通信を差し控えざるを得ない。
- ・国際通信に関するプライバシーへの適法な期待が侵害される。

本件では前二者に焦点が当てられる。ACLUらは、連絡相手と個人的に会うために海外渡航をしなければならず、それによる追加コストを負担することを主張している。

6つの法的主張は、以下のとおりである。

(ア) 憲法違反(修正第1条、修正第4条、権力分立)

(イ) 制定法違反(APA、Title III、FISA)

イ 分析

法定意見は、次のように述べて、訴えの利益を否定した。

(ア) 憲法違反(修正第1条、第4条、権力分立)

- ・ACLUの通信が現実に傍受されたことを裏づける何らの証拠も存在しない。国家秘密の特権によって、そのような証拠の発見は防止される。
- ・仮に侵害を救済するとしたら、唯一の方法は、すべての傍受を禁止し、令状の発布を義務付け、傍受を受ける当事者に完全な事前通知を行うこととなる。しかし、そのような広い救済は不可能である。

⁷⁴ ギルマン裁判官は反対。

⁷⁵ ACLU v. NSA, 467 F.3d 590 (6th Cir. 2006).

- ・合衆国憲法第 3 条⁷⁶は、合衆国裁判所に対し、権力分立制度に一致させる形で、その役割に限定を課している。また、重要な国家利益が危機に瀕（ひん）しているにもかかわらず、割り当てられた権限を越えて、大統領又は議会の越権を非難することはできない。

(イ) 制定法上違反(APA、TitleⅢ、FISA)

- ・APA に関し、NSA の無令状傍受等は、同法の定める「行政機関の行為」ではない。
- ・TitleⅢに関し、同法は国内通信を対象としていることから、適用されない。
- ・FISA に関し、原告の立証が不十分である。仮に、FISA が NSA の無令状傍受に適用されたとしても、同法の「権利を侵害された者」は、修正第 4 条に基づく訴えの利益を持つ者と同じ範囲である。したがって、修正第 4 条に関する理由と同様、ACLU らには訴えの利益が認められない。
- ・FISA は金銭的賠償のみしか認めておらず、宣言的判決や差止命令の根拠にはならない。これに対し、ギルマン裁判官は、次のような反対意見を述べている。

(ア) 訴えの利益

- ・TSP によって、弁護士・顧客間の関係が阻害され、原告らの中には訴えの利益を持つ者が存在する。
- ・傍受は、本質的に対象者に知られないことを意図している。政府の違法行為によって現実の、差し迫った、具体的又は個別の被害を受けたことを立証するためには、当該監視が「合理的な懸念」を伴うことで十分である。
- ・本件では、2007 年 1 月に FISA 裁判官が政府の電子的監視を認める命令を出していること、政府が FISA に反する国際通信の監視を自発的に取りやめたことから、争訟性の欠如が問題となる。しかし、違法行為が再び起こらないという保障は存在しないことから、争訟性は認められる。

(イ) 本案に対する判断

- ・TSP は、FISA 及び TitleⅢに違反する。
- ・大統領に排他的な戦争権限は認められない。
- ・本件は、議会の明示的又は黙示的な意思に反した手段が取られているので、大統領の権限は最低限に限定される。
- ・制定法違反が認められることから、憲法違反を検討する必要はない。

(3) 連邦最高裁⁷⁷

連邦最高裁⁷⁸は、2008 年 2 月 19 日、裁量上訴の申立てを退けた。

⁷⁶ 司法府について定める。

⁷⁷ ACLU v. NSA, 128 S.Ct. 1334 (2008).

6 本判決の評価

米国における令状なき通信傍受の歴史は長く、遅くとも 1920 年代から、修正第 4 条との関係で争われてきた。その間、通信傍受の手法は、電話線に傍受線を挿入するワイヤータッピング、電話傍受装置を用いるバギング、電子的な監視装置の利用へと発展し、それらに対応すべく、判例法及び制定法が展開してきた。

しかし、2001 年 9 月 11 日の同時多発テロ以降、テロの脅威が現実のものとなり、現在では、通信の秘密やプライバシーといった個人の利益を犠牲にしても、国の安全を重視すべきという価値判断が、社会の共通認識となっているようである。

本判決における連邦地方裁判所と控訴裁判所の判断の分かれ目は、訴えの利益を認めるか否かにおいて、現実的に傍受を行ったという証拠を必要とするか、アルカイダに関連すると疑われる組織との通信を傍受しているという政府の公開情報のみをもって足りるとするかという点に認められる。前者を採用すれば控訴裁判所、後者を採用すれば地方裁判所の判断が導かれる。

控訴裁判所は、訴えの利益を否定して却下判決を下しており、手続的論点に終始した感は否めない。しかし、その背景には、国家安全保障と通信の秘密・プライバシーのいずれを優先させるべきかに対する裁判官の心証が影響しているものと考えられる。

本判決のうち、上訴審である控訴裁判所の判決を見ると、後の諸判決からは、概（おおむ）ね好意的な評価がなされているようである⁷⁹。他方、本判決を取り上げた論文の中には、TSP は FISA 及び修正第 4 条に違反すると主張するもの⁸⁰や、国家秘密の特権を安易に採用すべきではないと主張するもの⁸¹が存在する。とはいえ、前記のとおり、個人の利益よりも国の安全を重視するのが米国の風潮である。

また、判例法のみならず、制定法の場面においても、FISA の令状発布は極めて緩やかに運用され、かつ、令状主義自体を骨抜きにする改正が行われるなどしており、制度・運用の両面において、無令状傍受を容認する動きが認められる。

制度面については、まず、2001 年には PATRIOT-Act が制定され、Title III 及び FISA が改正された。2007 年 8 月 5 日には米国保護法が成立した。同法は、FISA を改正し、「FISA の定める電子的監視は、アメリカ合衆国の外に存在すると信じる相当な理由がある場合に、その人物に向けられた監視を包含すると解釈してはならない」旨の規定を設けた⁸²。この法律に対しては、令状主義を没却するものであり、何らの審査なくして膨大かつ広範囲な情

⁷⁸ ロバーツ裁判官 (Roberts, J.)、スティーブンス裁判官 (Stevens, J.)、スカリア裁判官 (Scalia, J.)、ケネディ裁判官 (Kennedy, J.)、スーター裁判官 (Souter, J.)、トーマス裁判官 (Thomas)、ギンズバーグ裁判官 (Ginsburg, J.)、ブライヤー裁判官 (Breyer, J.)、アリト裁判官 (Alito, J.)。

⁷⁹ レクシス・ネクシス社の Shepard's のサービスによると、控訴裁判所の判決に従った判決が 4 件、引用した判決が 29 件となっている。一方、地方裁判所の判決に対しては、事案が異なるとして適用しなかったものが 1 件、積極的な評価が 1 件、中立的な評価が 1 件、引用した判決が 8 件となっている。

⁸⁰ Seamon, *supra* note 66.

⁸¹ Ziegler, *supra* note 70.

⁸² 50 U.S.C. § § 1805a-1805c (2008).

報収集を可能にするとして、憲法学者や市民などから多くの批判が寄せられた。2008年2月16日、この法律は時限規定により廃止された。また、4で紹介したとおり、FISAは、2008年FISA改正法を成立させ、電子通信サービスプロバイダがテロ対策目的による諜報（ちょうほう）活動を支援する行為に対する民事免責を認めている。

運用面は、FISCの年次報告書によってある程度明らかにされている。FISAは、FISCに対し、議会への年次報告書の提出を義務づけており⁸³、報告書には、通信傍受令状等の申請件数や令状発布件数等が公表されている。

それによれば、2007年にFISCに申請された物理的監視及び通信傍受令状の件数は、2371件、FISCが令状を発布した件数は2370件となっている⁸⁴。2006年は、申請件数が2181件、令状発布件数が2176件⁸⁵、2005年は、申請件数が2074件、令状発布件数が2072件であった⁸⁶。令状申請を行えばほとんどが発布される状況である。

一方、日本は、米国と比較すれば、テロへの脅威は現実的ではなく、国家安全保障を目的とした通信傍受と、通信の秘密及びプライバシーが尖鋭（せんえい）に対立しているわけではない。しかし、本判決は、日本における今後の立法政策を考える上での契機になる判決として、その意義が認められる。

日本の憲法では、プライバシー権は、憲法第13条第二文の「幸福追求権」によって保護されると解釈され、通信の秘密は、第21条2項後段において明文で保障されている。通信の秘密については、電気通信事業法第4条、第179条、有線電気通信法第9条、第14条、電波法第59条、第109条、第109条の2が個別に保護規定を置いている。

捜査機関が、捜査の過程で通信傍受を行う場合は、刑事訴訟法第222条の2によって、「通信の当事者のいずれの同意も得ないで電気通信の傍受を行う強制的処分については、別に法律で定めるところによる」と定められている。ここでいう「別に法律で定める」は、「犯罪捜査のための通信傍受に関する法律」⁸⁷を意味する。

同法は、数人の共謀によって実行される組織的な殺人、薬物及び銃器の不正取引に係る犯罪等の重大犯罪の防止を目的に、通信傍受を認めるための要件、手続等の事項を定める。その要件は、①対象となる罪を犯したと疑うに足りる十分な理由があること、②対象となる罪を犯した上、同様の罪が引き続き犯されると疑うに足りる十分な理由があること、③無差別大量殺人を行う計画・謀議の下で大量の毒物を違法に製造している場合のように、

⁸³ 50 U.S.C. § 1807 (2006).

⁸⁴ U.S. Department of Justice Office of Legislative Affairs, *2007 FISA Annual Report to Congress* (Apr. 30, 2008), <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fisa/2007rept.pdf> (last visited Apr. 15, 2009).

⁸⁵ U.S. Department of Justice Office of Legislative Affairs, *2007 FISA Annual Report to Congress* (Apr. 27, 2007), <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fisa/2006rept.pdf> (last visited Apr. 15, 2009).

⁸⁶ U.S. Department of Justice Office of Legislative Affairs, *2007 FISA Annual Report to Congress* (Apr. 28, 2006), <http://www.fas.org/irp/agency/doj/fisa/2005rept.html> (last visited Apr. 15, 2009).

⁸⁷ 平成11年8月18日法律第137号。

対象となる罪の準備のためにこれと一体としてその実行に必要な準備のために犯され、かつ、他の重い罪が引き続き犯されると疑うに足りる十分な理由があることが前提となる。加えて、通信傍受は、通常の捜査方法では真相の解明が困難である場合の特別な捜査手法であり、他の方法では、犯人を特定し、犯行状況等を明らかにすることが著しく困難な場合に、最後の手段として、裁判官の令状を得て行うことが建前となっている(第3条)。

対象となる通信は、電話のみならず、ファクシミリ、コンピュータ通信等、電気通信であって、伝送路の全部又は一部が有線であるもの又は伝送路に交換設備が存在するものである(第2条1項)。

また、個々の捜査において傍受の対象となる電話、電子メール等は、電話番号やアドレス等により特定して令状に記載され、それについてだけ傍受が許される(第6条)。

傍受した通信はすべてが記録化され、通信当事者に対し、傍受記録を作成した旨等の所定事項を書面で通知しなければならない(第19条以下)。通信当事者は、通信の傍受に関する裁判や検察官等のした通信傍受に関する処分に不服がある場合、管轄の地方裁判所に対し、当該裁判や処分の取消し又は変更を請求することができる(第26条)。

この法律の運用状況については、政府において毎年国会に提出することが義務付けられている年次報告書で明らかにされている(第29条)⁸⁸。2008年中の令状申請件数は22件、発布された件数も22件であり、すべて携帯電話の傍受である。主な罪名は、銃砲刀剣類所持等取締法違反及び麻薬特例法違反であり、逮捕者数は、34人であった。2007年に行われた令状申請件数及び令状発布件数はいずれも11件、逮捕者数は34名であり⁸⁹、2006年は、令状申請件数及び令状発布件数が21件、逮捕者数が27名⁹⁰、更に2005年を見ると、令状申請件数及び令状発布件数は10件、逮捕者数は18名であった⁹¹。通信傍受法に基づく傍受件数自体は必ずしも多いとはいえないが、徐々に増加傾向にある。

以上をまとめると、法律上は傍受対象を可能な限り限定するための配慮はなされているが、通信傍受には問題点も少なくない。

第1に、令状申請がなされれば100パーセントの確率で令状発布が認められており、却下率の低さは米国とほぼ同様の状況にある。他の搜索差押手続でも指摘されているところであるが、令状主義の形骸(けいがい)化が懸念される。

第2に、実際に傍受を行えば、当該犯罪と無関係な通信を相当量拾わざるを得ないため、プライバシーや通信の秘密を保護する観点からすれば、望ましいことではない。

これらのことから、我が国においても、国の安全及び犯罪防止を目的とする通信傍受に対し、いかなる制度・運用であれば受忍限度の範囲内といえるかについて、法制度・判例実務の両面から踏み込んだ議論が必要である。

⁸⁸ http://www.npa.go.jp/pressrelease/keiki2/H20_boujuhoukoku.pdf.

⁸⁹ <http://www.moj.go.jp/PRESS/080205-1.html>.

⁹⁰ <http://www.moj.go.jp/PRESS/070216-1/070216-1.html>.

⁹¹ <http://www.moj.go.jp/PRESS/060203-1.html>.

米国における「ラップ型契約」について

中央大学教授(総合政策学部)・博士(総合政策・中央大学)・米国弁護士(ニューヨーク州)

平野 晋

1 はじめに

本節の筆者(以下「報告者」という)も構成員を務めていた、総務省「電気通信サービス利用者懇談会」の報告書(平成21年2月)において再三指摘されているように、電気通信役務のB2C型な諸契約の締結における、「情報の非対称性」(information asymmetries)や「交渉力」(bargaining power)の格差が問題になっている。役務の多様化に伴い、マルチ・ステイクホルダーの状況に至って、複数の役務提供者側と一人の利用者側との間で多様な契約が締結される機会が増えてきたことも、この問題の原因に挙げられている。トラブルが生じた場合に、その交渉相手が複数化したので、「取引費用」(transaction costs)が増大したのである。この点について、誤解を怖(おそ)れずに更に私見を述べれば、これまでのように逃げも隠れもできない伝統的な電気通信事業者だけが提供業者側の選択肢として存在していた時代においてならば、情報も交渉力も劣る利用者との間で怪しい契約を締結するような事態は、その「暖簾(のれん)」に懸けても、一定の歯止めが掛かっていたととらえ得る。法「以外」の社会規範が、自然な抑止力となっていたのである¹。しかし、自由化とともに、いわゆる「fly-by-night」²な役務提供者さえも市場に参入できる時代を迎えたために、かつてのような牧歌的な前提のままでは済まないトラブルが多発するに至り、消費者の保護がなお一層必要な場面も出てきたのである。

契約法に関する消費者保護の一般法規制としては既に「消費者契約法」や、業法規制としての「特定商取引法」等が存在していることに加えて、更に電気通信の業法としても「電気通信事業法」の改正を通じて、提供条件の「説明義務」が規定されるに至っている³。そしてその説明義務の具体的内容は、既に電気通信事業法施行規則や「電気通信事業法の消費者保護ルールに関するガイドライン」等で具体的かつ詳細に明確化されている⁴。しかし

¹ 加えて事前規制を前提とした社会構造も、歯止めの役割を果たしていたはずである。

² 「夜逃げ屋」的な、無責任な業者、泡沫企業の意。

³ 電気通信事業法第26条参照。

⁴ 総務省「電気通信サービス利用者懇談会」3. 契約締結時の説明義務等の在り方、(1)これまでの対応、at 9頁<http://www.soumu.go.jp/main_content/000007997.pdf> (last visited on Apr. 24, 2009); 同添付資料27(ガイドライン上の説明方法の例として「インターネットのウェブページ上での閲覧」も挙げている); 総務省総合通信基盤局「電気通信事業法の消費者保護ルールに関するガイドライン」4 施行規則第22条の2の2第2項の規定の概要および用語の説明、at 31頁(平成16年3月、平成18年11月改正版)<

http://www.soumu.go.jp/main_sosiki/joho_tsusin/d_syohi/syohi/pdf/syohisya20061122.pdf>

この分野の業界慣行発展の激しさや、利用・苦情の増加も考え併せれば、海外の判例動向を引き続き検討の視野に入れておくことが重要であろう。

更に報告者がやはり構成員を務めた総務省(座長：堀部政男・中央大学教授)「ユビキタスネット社会の制度問題検討会」報告書(平成18年9月)も、具体的に以下のように指摘している。

1-4 利用者の同意に関する問題

(1) 現在、オンライン通販やコンテンツ利用時に限らず、個人情報の提供時を含むネット利用の各場面において利用者の同意が求められることが増加しており、ネット経由で様々なサービスを楽しむ前提として「利用者の同意」が不可欠の要素となりつつある。

(2) 利用者の同意を得ること自体は電子商取引等の円滑な実施のために必要であり、同意する約款等の内容が利用者にとって不当に不利なものである場合等については個別法等で既に対応されているところである。しかし、利用者の誤認を意図してスパイウェアをインストールさせるなど、利用者の認知能力や処理能力の限界に乗じて利用者の真意に沿わない行為をさせ、不当に情報や利益を得ようとするケースも出現している。

(3) また、様々なシステムの利用時において、利用者が常にシステム上表示される警告等のメッセージを個別に認識しているとは言い切れず、システム側の求める処理プロセスが人間の情報処理能力を上回っていく可能性を踏まえて、チェック機能をどのように設計するかが課題となる。

【検討に当たっての視点】

ネット利用者の情報処理能力の限界を踏まえ、利用者の処理能力や認知レベルといった側面も考慮して、適切な注意喚起を行っていくための検討が必要である。また、「利用者の同意」を得るプロセスの中で、利用者が主体的に選択できるシステム面での対応も検討する必要がある、標準処理システムを検討することも一案である。

同報告書 7~8 ページ(強調付加)。

すなわちいわゆる「現実世界」(real world)において「紙」を媒体にした契約締結の在り方が問題になるばかりか、特に簡易かつ電子的な契約締結形式や、その説明情報の電子

(last visited on Apr. 24, 2009) (いわゆるオンライン・サインアップによる契約締結の際のウェブページを用いた説明方法等に関するガイドラインについて規定している)参照。

的な提供方法の普及に伴って、ネットワーク上における適正な B2C 型契約締結・情報提供の方法、例えばウェブ画面上の情報交換を通じた後掲のいわゆる「ラップ型契約」(the “wrap” agreements)⁵の在り方等は、今後引き続き日本の電気通信役務提供の問題として検討すべき課題であろう。

そこでこの分野の先進国たる米国の状況を見てみると、近年、「ラップ型契約」に関する判例発展が顕著であることは、既に日本で報告者が毎月紹介してきた米国のサイバー法事例⁶からも明らかである。そこで当原稿では、まず第一に、報告者が日本に紹介してきたサイバー法事例の中から、特にラップ型契約に係(かか)わる事例をまとめて、今後の日本における政策検討の資料としたい。そして第二として、リステイトメントを編纂(へんさん)・発布する権威ある米国の法律団体である「全米法律協会(エイ・エル・アイ^{エイ・エル・アイ}: America Law Institute)」が編纂の最終段階を迎えている、『ソフトウェア契約の諸原則(PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS)』の「暫定案第一号(Tentative Draft No.1)」⁷の中の、いわゆる「ラップ型契約」の締結・成立に関する部分(第 2.02 条及び附帯する解説及び報告者の注書——§ 2.02 & cmts & Rptrs’ Notes thereof——)の骨子にも触れておく。報告者が日本に紹介してきたラップ型契約の諸事例と、全米法律協会の前掲編纂物たる『ソフトウェア契約の諸原則』を併せて読めば、国際標準としてあるべきラップ型契約や、その告知・約定の公正な提供方法等を理解する際の一助となろう。

2 報告者による「ラップ型契約」事例の紹介

(1) 「Sw. Airlines 対 BoardFirst」事件の概要

当研究会における報告者による口頭報告(2008年5月15日)の際に、主要な事例として紹介したいいわゆる「ラップ型契約」事例が、「Sw. Airlines 対 BoardFirst」事件⁸であった。同事件では、ユニークなビジネス・モデルの航空会社(原告、以下「 π 」という)が、座席指定制を採らず、代わりに出発24時間前から受付開始される π のウェブサイトへの申込先着順に座席を割り当てる方式を採っていた。被告(以下「 Δ 」という)は、出発24時間前の座席獲得申込役務のネット上の代行業を起業し、その際、 π のウェブサイト上の情報を勝手に利用していた。 π は自身のウェブサイト上の情報の商業利用を禁じる旨の「約定」(terms and conditions)を規定していた。すなわちウェブサイトのトップ画面の最下段には、以下の文言が記載され、その下線部のリンクを貼った先のページ上には約定が掲載されて利用者が読めるように設計されていた。

⁵ 「ラップ型契約」の概要については、後掲本文「(3)『ラップ型契約』の分類」の項参照。

⁶ 小稿「インターネット法判例紹介第1回～第131回」in『国際商事法務』26巻6号648頁～37巻4号559頁(1998年6月～2009年4月、連載継続中)。

⁷ PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS (Tentative Draft No. 1, Mar. 24, 2008) [hereinafter PRINCIPLES, Tentative Draft No. 1].

⁸ Southwest Airlines Co. v. BoardFirst, LLC, 2007 WL 4823761 (N.D. Tex.). 同事例の邦語による印刷物上の紹介としては、小稿「インターネット法判例紹介第119回」『Southwest Airlines v. BoardFirst, L.L.C.』in『国際商事法務』36巻4号550-551頁(2008年4月)参照。

「^{利用}Use of the Southwest website … constitutes acceptance of our ^{承諾}Terms and Conditions …」

本件は、上の文言が象徴しているように、ウェブサイトを「利用」(use)することが契約成立要件の「承諾」(acceptance)の意思表示を形成するように意図された、いわゆる「ブラウズラップ契約」⁹の有効性に関するものである。πは△に対し使用の中止を再三申し入れたけれども、△はこれを無視して使用を継続。そこでπは恒久的差止め等を請求して連邦地方裁判所(テキサス州北部担当)に提訴し、サマリー・ジャッジメントも申し立てた。

裁判所は、ブラウズラップ契約に関するリーディング・ケース(代表事例)の「*Specht 対 Netscape*」事件¹⁰や「*Register.com, Inc. 対 Verio, Inc.*」事件¹¹等を分析。その結果、利用者(承諾者・被申込者)側が約定を事前に知り又は理にかなって知り得るか否かが有効性の有無の基準となる旨を示唆している¹²。その上で当「*Sw. Airlines*」事件においては、△が約定の存在を知っていたから、もはやその不知を抗弁できないと指摘。その結果同裁判所は本件におけるブラウズラップ契約の有効性を認定し、恒久的差止めを命じるサマリー・ジャッジメントを下している。

ところで「*Sw. Airlines*」事件以外にも、米国では既に多くのラップ型契約事例が公表・分析されている。そして報告者はこれまで、「ラップ型契約」に関する事例や学説等も様々な機会に既に日本に紹介してきた¹³。その中でも今回、当原稿を書くに当たり、報告者が過去十年を掛けて、百数十回にわたり、毎月『国際商事法務』誌に連載してきたサイバー法事例¹⁴の中から、ラップ型契約に関連するものをまとめて紹介し、この論題の日本における理解の一助にしたいと願う。

(2) 「ラップ型契約」とは何か?

2009年3月に上梓(じょうし)した拙書『体系アメリカ契約法——英文契約の理論と法務』(中央大学出版部)においても紹介した通り¹⁵、「ラップ型契約」とは、主に次の三種類の契約形態の総称である。すなわち、①「**シュリンクラップ契約**」(shrinkwrap agreement)、

⁹ 「ブラウズラップ契約」の概要については、後掲本文「(3) 『ラップ型契約』の分類」の項参照。

¹⁰ *Specht v. Netscape*, 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002).

¹¹ *Register.com, Inc. v. Verio, Inc.*, 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004).

¹² 小稿「インターネット法判例紹介第119回」*supra* note 8, at 551頁参照。

¹³ 例えば「シュリンクラップ契約」の代表事例であり、「法と経済学」で有名なEasterbrook裁判官が担当した第七巡回区の「*ProCD v. Zeidenberg*」事件や、この事例を取り入れた『統一コンピュータ情報取引法(UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT: UCITA)』等とこれらに批判的な米国の学説等は、拙書『電子商取引とサイバー法』(N T T出版1999年)においても日本に紹介済みである。

¹⁴ 小稿「インターネット法判例紹介第1回～第131回」*supra* note 6.

¹⁵ 拙書『体系アメリカ契約法——英文契約の理論と法務』§3-09, 126-29頁(中央大学出版部2009年)。

②「クリックラップ契約」(clickwrap agreement)、及び③「ブラウズラップ契約」(browsewrap agreement)の三種類である。これらの契約形態は、場合や文脈によっては、次のようにも呼称される。すなわち、「代金が先、約定が後」(money now, terms later)とか、「最終利用者使用許諾契約」(end-user-license agreement : EULA)とか、「利用規約」(terms of use: TOU)等である——例えば Robert A. Hillman & Jeffrey J. Rachlinski 著「*Standard-Form Contracting in the Electronic Age*」 in 『NEW YORK UNIV. LAW REVIEW』 誌 77 巻 429 ページ内の 464 ページ(2002 年)を参照。この論点は既存の契約法学上の「附合契約」(contract of adhesion)や¹⁶、「標準書式契約」(standardized agreement)の「成立・有効性」(formation of K)の論点や、「強制可能性」(enforceability)・「非良心性」(unconscionability)とも共通点が多い¹⁷。

(3) 「ラップ型契約」の分類

以下、ラップ型契約の三種類の契約形態の特徴の区別を、図表を用いて紹介しておこう。

図表 1.1. 「ラップ型契約」の諸類型¹⁸

分類	概要	備考	
end-user- license agreement (EULA)	shrink- wrap license agreement / “money now, terms later” ¹⁹	1980 年代から’ 90 年代に盛んであった契約慣行であり、パッケージソフトの箱(shrink-wrapped box)の中に約定書 (terms) が入っているために「支払が今、約定は後」(“pay now, terms later”)な契約形態であるが、箱を開けた後に出てくる約定書への承諾の意思表示(=糊付された紙製封筒の開封)をしなければ、ディスクを取り出してインストールができない仕組みになっており、承諾	代表事例は <i>ProCD v. Zeidenberg</i> , 86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996).

¹⁶「contract of adhesion」や「standardized agreement」の強制可能性については、特に同上拙書 § 8-05-3, at 301-04 頁(Llewellynが示した blanket assent の概念も紹介)参照。

¹⁷「formation of K (validity)」「enforceability」「unconscionability」の概念の関係については、例えば同上拙書 § 6, at 239-47 頁参照。

¹⁸ 同上拙書 § 3-09, at 127 頁, 図表#3.11 の再掲(一部修正附加)。

¹⁹ 例えば、*ProCD v. Zeidenberg*, 86 F.3d 1447, 1452 (7th Cir. 1996) (Easterbrook, J.); RICHARD WARNER, GRAEME DINWOODIE, HAROLD KRENT & MARGARET STEWART, E-COMMERCE, THE INTERNET, AND THE LAW: CASES AND MATERIALS 8 (2007); Mark A. Lemley, *Terms of Use*, 91 MINN. L. REV. 459, 467 (2006); 拙書『電子商取引とサイバー法』*supra* note 13, at 115 頁; 小稿「サイバー法と契約行動」 in 『中央評論』 59 巻 2 号 59 頁, 60-61, 65-66 頁(2007 年); 小稿「インターネット法判例紹介第 2 回『*ProCD, Inc. v. Zeidenberg* 事件判決』」 in 『国際商事法務』 26 巻 7 号 756-57 頁(1998 年 7 月)参照。

		せずに拒絶する場合には買い求めた小売店に返品して返金を得られることになっている。シュリンクラップ(前掲の糊付された紙製封筒)を開封するか、又はプログラムを走らせるという特定の行為が約定(申込)に対する承諾の意思表示(manifesting assent)を構成する旨が、規定(specify)されている。	
	clickwrap agreement ²⁰ / click-on agreement / click-through contract	約定(terms)を読む機会を被申込者(offeree)に付与した後に、同約定への同意/承諾の意思表示を、「同意します」(I agree.)等のアイコンへのボタン押しによって表明させる形式の契約形態。	代表事例は <i>DeJohn v. The TV Corp.</i> Int' l, 245 F. Supp. 2d 913 (N.D. Ill. 2003) ²¹ .
	browsewrap agreement ²² / terms of use (TOU)	ウェブサイト上からリンクを張った先に約定(terms)が記載されていて、利用者がリンクをクリックすれば容易に約定を読めるようになっている形式の契約。「I agree.」等のアイコンのボタン押し無しでも、例えば「ブラウジング」(ウェブ上の情報を眺めること)を続けるだけでも「承諾」の意思表示になると看做(みな)	代表事例は <i>Specht v. Netscape</i> , 306 F.3d 17 (2d Cir. 2002); <i>Register.com, Inc. v. Verio, Inc.</i> , 356 F.3d 393 (2d Cir. 2004); <i>Sw. Airlines Co. v. BoardFirst, L.L.C.</i> , 2007 WL 4823761 (N.D. Tex.).

²⁰ 例えば、*Specht v. Netscape*, 306 F.3d 17, 21-22 & n.4 (2d Cir. 2002); WARNER ET AL., *supra* note 19, at 8 頁; 小稿「インターネット法判例紹介第107回『*Specht v. Netscape Comm'cn.*』」in『国際商事法務』35巻4号576-77頁(2007年4月)参照。

²¹ Ronald J. Mann & Travis Siebeneicher, Essay, *Just One Click: The Reality of Internet Retail Contracting*, 108 COLUM. L. REV. 984, 990 & n.23 (2008); 小稿「インターネット法判例紹介第118回『*DeJohn v. The TV Corp.*』」in『国際商事法務』36巻3号418-19頁(2008年3月)参照。

²² *Pollstar v. Gigmania Ltd.*, 170 F. Supp. 2d 974, 981 (E.D. Cal. 2000); Christina L. Kunz et al., *Browse-Wrap Agreements; Validity of Implied Assent in Electronic Form Agreements*, 59 BUS. LAW. 279, 279 (2003); Robert A. Hillman & Jeffrey J. Rachlinski, *Standard-Form Contracting in the Electronic Age*, 77 N.Y.U. L. REV. 429, 431 & n.10 (2002); WARNER ET AL., *supra* note 19, at 8, 20; 小稿「インターネット法判例紹介第105回『*Pollstar v. Gigmania Ltd.*』」in『国際商事法務』35巻2号276-77頁(2007年2月); 小稿「インターネット法判例紹介第106回『*Register.com, Inc. 対 Verio, Inc.*』」in『国際商事法務』35巻3号434-35頁(2007年3月)。

		<p>すように告知されている形態である。「利用」(use)を継続する以上の別段の承諾の意思表示行為を求めている点、アイコン/ボタン押しを求める「クリックラップ(クリックオン)契約」と異なる。加えて明確な承諾の意思表示をしなくても利用できてしまえる点、そのような意思表示なしには先に進めずに利用できない「シュリンクラップ契約」とも異なる。</p>	
--	--	--	--

(4) 日本において報告者が紹介した諸事例の表

主に三種類に分類されるラップ型契約に係(かか)わる米国の具体的な諸事例についての詳細は、報告者が前掲の連載を通じて日本に紹介してきたところを見てほしい。もっとも以下、当原稿の読者の便宜のために、報告者が紹介してきたラップ型契約に係わる諸事例を表にまとめておく。

図表 1.2. 「ラップ型契約」(the “wrap” agreements)に係(かか)わる紹介事例

番号 (連載 番号)	事件名	出典		備考
		小稿 『国際商事法務』	原典	
第2回	ProCD, Inc. v. Zeidenberg	26巻7号756-57ページ1998年	86 F.3d 1447 (7th Cir. 1996) (Easterbrook, J.)	シュリンクラップ契約の有効性を認定した代表事例
第10回	MA Mortenson Co., Inc. v. Timberline Software Corp. et al.	27巻3号336-37ページ1999年	970 P.2d 803 (Wash App. Div. 1, 1999)	シュリンクラップ契約の責任排除条項(disclaimer)を有効と判断した事例
第15回	Groff v. AOL	27巻8号980-81ページ1999年	1998 WL 307001 (R. I. Superior Ct.)	クリックラップ契約における法廷地選択条項が有効と判断された事

				例
第 33 回	Ticket master Corp. v. Tickets. Com, Inc. [I]	29 卷 2 号 244-45 ペ ージ 2001 年	2000 U.S. Dist. LEXIS 12987 (C.D. Cal.), 2000 WL 1887522 (C.D. Cal.)	「I agree.」というアイ コンへのボタン押しが 要求されていなかった ために暫定的インジャ ンクションが認められ なかった事例
第 61 回	Ticket master v. Tickets. com [II]	31 卷 6 号 890-91 ペ ージ 2003 年	2003 U.S. Dist. LEXIS 6483 (C.D. Cal.), 2003 WL 21406289 (C.D. Cal.)	ブラウズラップ契約の 有効な成立・条件の拘束 力を否定しなかった事 例
第 97 回	Cairo, Inc. v. CrossMedi a Servs, Inc. !	34 卷 6 号 820-21 ペ ージ 2006 年	2005 WL 756610 (N.D. Cal.)	ブラウズラップ契約に おける法廷地選択条項 が有効とされた事例
第 105 回	Pollstar v. Gigmania Ltd.	35 卷 2 号 276-77 ペ ージ 2007 年	170 F. Supp. 2d 974 (E.D. Cal. 2000)	ブラウズラップ契約の 有効性を扱った最初の 事例
第 106 回	Register .com, Inc. v. Verio, Inc.	35 卷 3 号 434-35 ペ ージ 2007 年	356 F. 3d 393 (2d. Cir. 2004)	準ブラウズラップ契約 の有効性を示唆した第 二巡回区の事例
第 107 回	Specht v. Netscape Comm'cn.	35 卷 4 号 576-77 ペ ージ 2007 年	306 F. 3d 17 (2d Cir. 2002)	ブラウズラップ契約を 無効とした第二巡回区 の代表事例
第 108 回	Campbell v. Gen. Dynamics	35 卷 5 号 726-27 ペ ージ 2007 年	407 F. 3d 546 (1st Cir. 2005)	雇用の変更契約にはク リック等の意思表示が 必要とされた事例

	Gov't Sys. Corp.			
第 109 回	Boomer v. AT&T	35 卷 6 号 880-81 ペ ージ 2007 年	309 F. 3d 404 (7th Cir. 2002)	使用による承諾の意思 表示を認めた第七巡回 区の事例
第 110 回	Hill v. Gateway 2000, Inc.	35 卷 7 号 1022-23 ページ 2007 年	105 F. 3d 1147 (7th Cir. 1997) (Easterbrook, J.)	支払後に箱の中から現 れる約定が有効とされ た代表事例
第 111 回	Motise v. AOL	35 卷 8 号 1168-69 ページ 2007 年	346 F. Supp. 2d 563 (S.D.N.Y. 2004)	ブラウズラップ契約の 事前告知に関する事例
第 112 回	Hubbert v. Dell Corp.	35 卷 9 号 1318-19 ページ 2007 年	835 N.E. 2d 113 (Ill.App.Ct. 2005)	リンクによりアクセス 可能な約定が有効とさ れた事例
第 113 回	Net2Phone , Inc. v. Superior Court	35 卷 10 号 1456-57 ページ 2007 年	109 Cal. App. 4th 583 (Cal.Ct.App. 2003)	ブラウズラップ契約が 有効とされた事例
第 114 回	Martin v. Snapple Beverage Corp.	35 卷 11 号 1608-09 ページ 2007 年	2005 WL 1580398 (Cal.Ct.App.)	ウェブ設計上の告知が 不十分なために、クリッ ク押しが同意の意思表 示として不十分とされ た事例 ²³
第 115 回	SoftMan Prod. v. Adobe Sys. Inc.	35 卷 12 号 1752-53 ページ 2007 年	171 F. Supp. 2d 1075 (C.D. Cal. 2001)	ソフトウェアのインス トールを通じて約定へ の同意を意思表示させ る仕組みにおいてはイン ストールせずに転売 する頒布者を約定に拘 束できないとされた事 例

²³ Nathan J. Davis, Note, *Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap*, 22 BERKELEY TECH. L. J. 577, 598 (2007) (「Martin」はクリックラップ契約において同意の意思表示の認定を否定した稀な例であると分析している)参照。

第 116 回	Bar-Ayal v. Time Warner Cable, Inc.	36 卷 1 号 128-29 ペ ージ 2008 年	2006 WL 2990032 (S.D.N.Y.)	スクロールして相当量 の画面を進まないで契 約本文が読めなくても、 承諾ボタンをクリック した同意の意思表示を 否定することができな いとされた事例
第 117 回	i.LANSys. Inc. v. Netscout Serv. Level Corp.	36 卷 2 号 274-75 ペ ージ 2008 年	183 F. Supp. 2d 328 (D.Mass. 2002)	クリックラップ契約は 成立済契約の追加条項 なのか否かが争点とな った事例
第 118 回	DeJohn v. The. TV Corp.	36 卷 3 号 418-19 ペ ージ 2008 年	245 F. Supp. 2d 913 (N.D. Ill. 2003)	クリックラップ契約締 結前に「黙示契約」 (implied-in-fact K) ²⁴ が 成立していた旨の主張 を退けた事例
第 119 回	Sw. Airlines Co. v. BoardFirst, L. L. C.	36 卷 4 号 550-51 ペ ージ 2008 年	2007 WL 4823761 (N.D. Tex.)	ブラウザラップ契約を 知っていれば無効の抗 弁が認容されないと判 示された事例
第 120 回	DeFontes v. Dell Computers Corp.	36 卷 5 号 688-89 ペ ージ 2008 年	2004 WL 253560 (R. I. Super.)	約定に不同意であれば 返品すれば良い旨の告 知が不十分である故に シュリンクラップ契約 を不成立とした事例
第 121 回	Briceno v. Sprint	36 卷 6 号 830-31 ペ ージ 2008 年	911 So. 2d 176 (Fla. Dist. Ct. App. 2005)	ウェブ等でアクセス可 能な仲裁条項が強制可 能とされた事例 ²⁵
第 122 回	Provenche	36 卷 7 号 956-57 ペ	409 F. Supp. 2d 1196	通信販売型 PC に付帯す

²⁴ 「implied-in-fact K」については、例えば拙書『体系アメリカ契約法』 *supra* note 15, § 4-02-3[a], at 146-47 頁参照。

²⁵ なお本件は、リンク先に約定を示す方法の非良心性(unconscionability)を検討したのであって、ブラウザラップ契約の成立そのものの有無は判断していない、と M. Lemley は指摘している。Lemley, *Terms of Use*, *supra* note 19, at 474-75.

	r v. Dell, Inc. 26	ージ 2008 年	(C. D. Cal. 2006)	る紛争解決条項の有効性を認容した事例
第 123 回	Feldman v. Google, Inc.	36 卷 8 号 1104-05 ページ 2008 年	513 F. Supp. 2d 229 (E. D. Pa. 2007)	グーグルの宣伝広告に係るブラウザラップ契約(法廷地選択条項)の拘束力を肯定した事例
第 124 回	Treiber v. UPS	36 卷 9 号 1252-53 ページ 2008 年	474 F. 3d 379 (7th Cir. 2007)	クリックラップ契約(責任制限条項)の拘束力を肯定した事例
第 125 回	Bragg v. Linden Research, Inc.	36 卷 10 号 1388-89 ページ 2008 年	487 F. Supp. 2d 593 (E. D. Pa. 2007)	「セカンド・ライフ」のクリックラップ契約(仲裁条項)の強制力を、実体上の非良心性と手続上の非良心性の合わせ技で否定した事例
第 126 回	Riensch v. Cingular Wireless , LLC	36 卷 11 号 1522-23 ページ 2008 年	2006 U.S. Dist. LEXIS 93747 (W.D. Wash.)	クリックラップ契約(仲裁条項)の手続上の非良心性は否定しつつも、クラス・アクションを認めない条項ゆえに実体上の非良心性を認めた事例
第 127 回	Int'l Star Registry of Ill. v. Omnipoint Mktg. LLC ²⁷	36 卷 12 号 1666-67 ページ 2008 年	2006 U.S. Dist. LEXIS 68420 (N.D. Ill.)	ウェブ上の約定(法廷地選択条項)を照会(refer to)しているインヴォイスへの署名によりその約定の有効性を認めた事例

²⁶ 公表判例資料からは、本件で問題になったウェブ画面が果たしてブラウザラップなのかクリックラップなのかは不明である。Mann & Siebeneicher, *supra* note 21, at 1003 n.67 (同旨)も参照。

²⁷ インヴォイス(書面)上の約定が、ウェブ上の約定を照会(refer to)している場合に、後者が契約の一部として有効に組み込まれた(incorporation)か否かが主な争点と成った事例である。Ty Tasker & Daryn Pakcyk, *Cyber-Surfing on the High Seas of Legalese: Law and Technology of Internet Agreements*, 18 ALB. L. J. SCI. & TECH. 79, 92-93 & n.63 (2008)も参照。

第128回	Affinity Internet, Inc. v. Consolidated Credit Services, Inc. ²⁸	37 卷 1 号 118-19 ページ 2009 年	920 So.2d 1286 (Fla. Dist. Ct. App.)	ウェブ上の約定(仲裁条項)に「subject to」すると記載されただけの契約書面ではその有効性が認められないとされた事例
第129回	Hugger-Mugger, LLC v. NetSuite, Inc.	37 卷 2 号 260-61 ページ 2009 年	2005 U.S. Dist. LEXIS 33003 (D. Utha, Sept. 12, 2005)	契約書がウェブ上の約定(法廷地選択条項)を照会しかつクリックラップ形式で同意を表明させていた場合にその有効性を認めた事例
第130回	Barnett v. Network Solutions, Inc.	37 卷 3 号 404-05 ページ 2009 年	38 S.W.3d 200 (Tex. App. 2001)	ウェブ画面上の約定(法廷地選択条項)をスクロールしなければ同意の意思を表示できないクリック・スルー契約においてその強制可能性を認めた事例
第131回	Hotels.com L.P. v. Canales	37 卷 4 号 558-59 ページ 2009 年	195 S.W.3d 147 (Tex.App. 2006)	ブラウザラップ契約に関する代表的諸先例を検討してクリックラップ契約との区別に触れた事例
第132回	People v. Direct Revenue, LLC	37 卷 5 号 698-99 ページ 2009 年	862 N. Y. S.2d 816, 2008 N. Y. Misc. LEXIS 5562 (Sup.Ct.)	ポップアップ宣伝広告のソフトウェアを消費者の PC にインストールさせる際にクリックラップ契約で承諾を意思表示させていた場合にその有効性を認めた事

²⁸ 本件も、ウェブ上の約定を照会している場合にそれが有効に組み込まれるか否かが主な争点の事例である。Juliet M. Moringiello & William L. Reynolds, *Survey of the Law of Cyberspace: Electronic Contracting Cases 2005-2006*, 62 BUS. LAW. 195, 199 (2006)も参照。

				例
第 133 回	A. V. v. iParadigms LLC	37 卷 6 号 844-45 ペ ージ 2009 年	544 F. Supp. 2d 473 (E.D. Virginia, 2008)	学生レポートの剽窃発 見役務に係るクリック ラップ契約の事例

(5) 重要な要素の抽出

これまで、数々のラップ型契約の諸事例を紹介してきた報告者の感想として、有効性や強制可能性が認定されるための重要な要素が何であるのかを一つだけ指摘するならば、それは十分な事前「告知」であろう。すなわち、シュリンクラップを破ったり、ウェブ上のボタンをクリックしたり、あるいは単に情報を利用し続けたりすることが有効な「承諾」(acceptance)の意思表示になるか否かは、そのような行為をする者(被申込者: offeree)にとって当該行為が承諾の意思表示になることを知りあるいは理にかなって知り得る状況にあったか否か次第に懸かっているのである。

更にもう一つ有効性・強制可能性の認定において重要な要素を挙げるならば、それは取引前に「約定を読む機会」を付与することであろう。そもそも契約の「申込」(offer)に該当する、パッケージソフトの箱の中やウェブ上にある約定内容を、「被申込者」(offeree)は必ずしも読まずとも、「承諾」の意思表示であると表見的にとらえられ得る行為をすれば、原則として契約は有効に成立する。約定を読む機会を理にかなって付与された以上は、被申込者にはこれを「読む[一種]義務」(duty to read)が発生すると解釈され、それを読まずに理にかなって承諾ととらえられる行為を被申込者がなせばもはやそれは承諾の有効な意思表示となっても仕方がない²⁹。約定を読む権利を放棄したと看做されるのである。しかし、被申込者の行為が、被申込者自身にとって「承諾」を意思表示することになる対象(申込内容=約定内容)が理にかなって知れないような状況下では、例えば申込者が承諾行為であると指定した行為を被申込者がなしても、有効な承諾にはならず契約も成立しない³⁰。

なお、これらの前提にあるのは、有効な承諾方法を定めるのは申込者であるという法原則である。この法原則を、「The offeror is the master of his/her offer.」という³¹。このように申込者が承諾方法を指定する権限を有するから、例えばシュリンクラップを破ったり、ウェブ上のボタンをクリックしたり、あるいは単に情報をブラウズし続けたりすることが承諾方法であると申込者が指定していれば、その行為を被申込者がなせば、承諾の意思表示が有効になる。もっとも前述の通り、事前「告知」(又は「事前に読む機会の付与」)が不十分であれば話は別である。

²⁹ 拙書『体系アメリカ契約法』*supra* note 15, §8-05-3, at 303 頁参照。

³⁰ 米国の契約法においては、契約書に同意の意思表示をしていることを知らせないで(騙して)署名させても無効であるとする、「fraud in execution」(文書作成・署名の詐欺)と呼ばれる法理も伝統的に存在する。同上拙書 §8-02-2, at 280-81 頁参照。

³¹ 同上拙書 §3-04-1, at 95-96 頁参照。

なお三種のラップ型契約の内、「シュリンクラップ」と「ブラウズラップ」には、有効性に対する問題も指摘されがちである。一方の前者(シュリンクラップ)では、前述の通り「支払が先で約定が後」から出てくる点が問題視されがちである。すなわち「約定を読む機会」の提示が遅過ぎるのである³²。その代表判例である「ProCD」事件判決の時代(1996年)と違って現在では、安価かつ容易にウェブ上にて約定を事前に読む機会を利用者に提供できるはずだから、「シュリンクラップ契約」への批判は説得力が増しているのである³³。他方、後者(ブラウズラップ)では、別途「承諾」だけの行為——例えば「同意します」のボタンをクリックで押すという被申込者の作為——がなく、単にブラウジング等の「利用」を続けるだけで承諾の意思表示になる点が、果たしてそれで十分なのかとの問題を生む。そこで、一番ベターな表示方法は、「クリックラップ」ということになる。

もっとも私見では、クリックラップ契約でさえも、現実世界における紙の契約書面へ署名する形式に比べれば、承諾の意思表示の重要性を認知・自覚する程度が劣る問題が残る。すなわち、米国契約法学の論点の一つである、「形式」(formality)の重要性を考えると、かつての「捺印(なついん)証書」(deed)等では、「押印」+「引渡し」という有効性の要件となる形式が、(1)「証拠機能」(evidence function)、(2)「注意喚起機能」(cautionary function)、及び(3)「伝達手続機能」(channeling function)を果たしてきた³⁴。しかし、「ボタン押し」だけで承諾の意思表示が安易になされ得る「クリックラップ契約」の場合、かつての「要式契約」(formal K)のような³⁵、紙に押印する手間や行為の「重み」が軽くなる分だけ、特に「注意喚起機能」が劣ることになると思われる。現代では「押印」+「引渡し」までは要求されない「非要式契約」(informal K)が主流になっているとはいえ、やはり通常の書面契約では「署名」が必要なので、現実世界における署名行為の「重さ」に比べれば、「クリック」による「ボタン押し」行為にはより一層の注意喚起機能の無力化が報告者には感じられるのである。

3 ALIにおける「ソフトウェア契約の諸原則」における「ラップ型契約」

かつて、報告者が米国に企業派遣留学した際に直接学ぶ機会を得た契約法の教授ロバート・A. ヒルマン先生(コーネル大学)は³⁶、現在、リステイトメント等を編纂・発布する法律団体のALI(America Law Institute)が編纂中の、『PRINCIPLES OF THE LAW OF SOFTWARE CONTRACTS』(『ソフトウェア契約の諸原則』——以下単に『諸原則』という)の「Reporters」(共同報告者)を務めている。近年の彼の論文には、ラップ型契約に関して示唆に富むものが多いの

³² さらに後から出てきた約定に承諾しなくてはならぬ、返品すれば返金を得られる仕組みに成っていても、実際には小売店が返品・返金に応じない問題も「シュリンクラップ契約」批判の根拠として挙げられている。PRINCIPLES, Tentative Draft No. 1, *supra* note 7, § 2.02 cmt. c. Rptrs' Notes, at 190 参照。

³³ 同上 § 2-02 cmt. e 参照。

³⁴ 例えば、拙書『体系アメリカ契約法』*supra* note 15, § § 3-02-1 to 3-02-2, at 80-84 頁 (Fullerの有名な論文を紹介しつつ契約の形式が有する三つの機能+ α を紹介)参照。

³⁵ 同上拙書 § 2-02-4, at 60-64 頁。

³⁶ 同上拙書、はじめに, at vi 頁; おわりに, at 607 頁参照。

で、この分野の研究には有用である³⁷。加えて、ALIの前掲『諸原則』は、既にその編纂作業の大詰めを向かえ、「暫定案第一号(Tentative Draft No.1)」が2008年3月に公表されているので有用である。以下、『諸原則』の「暫定案第一号」の中から特にラップ型契約の成立に係(かか)わりの深い部分である§2.02を中心に、当原稿でもその現状を紹介しておく。

(1) 『ソフトウェア契約の諸原則』とは？

同じALIが編纂・発布している『リステイメント(RESTATEMENT)』とは異なって『諸原則(PRINCIPLES)』の目的は、判例法を説明し、将来の発展に対する法の適用性を阻害することなく「最善の実務慣行(ベスト・プラクティス)」を奨励することにある³⁸。したがって『諸原則』が提案する「ブラック・レター部」³⁹は、『リステイメント』よりも緩やかに規定され、かつそこに附される「コメント部」⁴⁰も『リステイメント』より詳細に記述される⁴¹。

当『諸原則』の対象範囲は、ソフトウェアの(権利)移転又はそこへのアクセス契約である⁴²。そこでの主要な論点は以下の二つとされる⁴³。一つは契約成立過程。二つ目は約定の内容、特に複製を保持する者の権利制限と品質の問題である。当「海外情報通信判例研究会」の報告書と関係性が特に深いのは、前者の「契約成立過程」である。

なお『諸原則』が扱う分野については既に、当「海外情報通信判例研究会」の報告者が日本にも紹介した⁴⁴『UCITA』と呼ばれる統一モデル法案が存在していたが⁴⁵、これは結局、ヴァージニアとメリーランドの二州にしか採用されずに失敗したという苦い経験がある⁴⁶。ラップ型契約の成立要件や約定内容の規定に関して『UCITA』は「余りにもソフトウェア製作者(producers)側に有利過ぎる」(highly favorable to software producers)との強い批判を受けたためである⁴⁷。この失敗を『諸原則』が踏まえている事情は、日本の読者も知

³⁷ 例えば、Hillman & Rachlinski, *supra* note 22; Robert A. Hillman, *On-Line Boilerplate: Would Mandatory Website Disclosure of E-Terms Backfire?*, 104 MICH. L. REV. 837 (2006); Robert A. Hillman, *Online Consumer Standard-Form Contracting Practices — A Survey and Discussion of Legal Implications*, in CONSUMER PROTECTION IN THE AGE OF THE “INFORMATION ECONOMY” 282 (Jane K. Winn ed. 2006, Ashgate Press); Robert A. Hillman, *Rolling Contracts*, 71 FORDHAM L. REV. 743 (2002)参照。

³⁸ PRINCIPLES, Tentative Draft No.1, *supra* note 7, Introduction, at 2-3.

³⁹ 「black letter」とは、太字で印刷された条文のような部分の意である。例えば、拙書『体系アメリカ契約法』*supra* note 15, §1-02, at 29頁参照。

⁴⁰ 「comments」とは、解説部分の意である。同上拙書。

⁴¹ PRINCIPLES, Tentative Draft No.1, *supra* note 7, Introduction, at 4.

⁴² 同上 Introduction, at 3頁。

⁴³ 同上 at 4頁。

⁴⁴ 拙書『電子商取引とサイバー法』*supra* note 13, at 103-58頁。

⁴⁵ 『統一コンピュータ情報取引法(UNIFORM COMPUTER INFORMATION TRANSACTIONS ACT)』。『UCITA』はそもそも失敗続きのプロジェクトであった。その案は元々『統一商事法典(UCC)』Article 2の改定として、一時は『UCC 2B』のタイトルさえも賦与されたけれども、結局は『UCITA』に格下げされた挙句に、発布された後に実際に採択した州は二つに過ぎなかったのである。

⁴⁶ PRINCIPLES, Tentative Draft No.1, *supra* note 7, Introduction, at 4.

⁴⁷ 同上参照。拙書『電子商取引とサイバー法』*supra* note 13, at 151-58頁(『UCITA』への学説上の批

っておくべき事実であろう。すなわち今回の『諸原則』には先の『UCITA』よりも偏りなく中立的な規範を作る意欲が感じられるのである。

(2) ラップ型契約成立要件の「ベスト・プラクティス」あるいは「セーフ・ハーバー・ルール」

『諸原則』は、ソフトウェアの権利移転等に関する、「take-it-or-leave it」的な「附合契約」や「標準書式」(standard form)契約として、既に当原稿で紹介してきたラップ型契約の三類型を以下のように説明している⁴⁸。

図表 2.1. 『諸原則』による「ラップ型契約」の三類型の定義

分類	概要
シュリンクラップ契約	「被移転者」(transferee) ⁴⁹ がソフトウェアの <u>代金を支払った後にパッケージの中等から出てくるもの</u> 。
クリックラップ契約	電子的にソフトウェアをダウンロードする「最終利用者」(end-user)が、その取引を完了するためには、電子的に表示された約定に対する「同意します」(I agree)[というボタン]をクリックしなければならないもの。
ブラウズラップ契約	ソフトウェアを電子的にダウンロードする前に、被移転者は画面を見て、その画面は <u>他の画面上にある約定を「照会」(refer to)しているもの</u> 。

その上で『諸原則』は、その§2.02において、汎用（はんよう）（量販）型のソフトウェアの標準書式契約が成立するための要件を規定する。規定の仕方は、まず§2.02(b)において成立要件の原則を規定し、続く§2.02(c)においてより具体的ないわゆる「ベスト・プラクティス」を「セーフ・ハーバー(safe harbor)・ルール」⁵⁰として規定する。§2.02(b)と(c)の内容は、概（おおむ）ね以下の通りである。

図表 2.2. 『諸原則』が示す成立要件の「原則」と「ベスト・プラクティス」

原則とベスト・プラクティ	条項番号	概要

判やFTCによる批判を紹介も参照。

⁴⁸ PRINCIPLES, Tentative Draft No.1, *supra* note 7, §2.01, cmt. b 参照。

⁴⁹ 「transferee」とは、ソフトウェア内の権利を受領、或いはソフトウェアへアクセスし、又はそれに同意をした者の意である。同上§1.01 (m)。

⁵⁰ 「safe harbor」とは、免責の範囲・限界が不明確な法律においても、それさえ遵守すれば免責を享受できる行為規範の範囲や慣行を明示・明確化した成文法や規則等の意である。BLACK'S LAW DICTIONARY 1363頁(8th ed. 2004)参照。

スの別		
原則	§ 2.02(b)	標準書式に拘束される意思があると理にかなった「移転者」(transferor) ⁵¹ が信じる場合には、拘束力が生じる。
ベスト・プラクティス	§ 2.02(c)	<p>以下を満たせば、標準書式に拘束力が在ると看做(みな)す。</p> <p>(1) 移転の前に標準書式が理にかなって電子的にアクセス可能であり、</p> <p>(2) 移転を開始するや否や、支払よりも前に、(あるいは支払不要な場合には移転完了よりも前に)、標準書式へのアクセスに関する理にかなった告知を被移転者が受けて、</p> <p>(3) ソフトウェアの電子的な移転の場合には電子的な標準書式の最後あるいは近くに合意の署名をなし、又はパッケージソフトに印刷されあるいは附随した標準書式の場合あるいはソフトウェアとは別に包まれた標準書式の場合にはソフトウェアを開封せずに移転の後の理にかなった時間内にこれを返却せず、かつ</p> <p>(4) 電子的に表示された標準書式の場合にはそれを被移転者が蓄積して再生可能であること。</p>

以上のブラック・レター部の方針は、§ 2.02(c)をソフトウェア提供者(移転者)側が採用すれば原則として契約を有効と看做(みな)すから、提供者側ができるだけこの「ベスト・プラクティス」を採用するように奨励する「セーフ・ハーバー・ルール」方式である。しかしこれは奨励するものにすぎないから、§ 2.02(c)をソフトウェア提供者側が例え採用していなくても、§ 2.02(b)の原則的(かつ抽象的で些(いささ)か不明確な)ルールを満たしさえすれば、有効だと解釈される余地が残っているのである⁵²。

なお、§ 2.02(c)のベスト・プラクティスは、支払あるいは取引完了前に約定を読む機会を利用者(被移転者)側に付与することを要求している(§ 2-02(c)(2))。その意味で、従来型の「支払が先、約定は後」という「シュリンクラップ契約」よりも利用者側に有利になっている。更に、署名を要求する云々(うんぬん)という部分(§ 2-02(c)(3))からは、いわゆる「クリックラップ契約」を想定していて、「署名無し」の「ブラウズラップ契約」はベスト・プラクティスに含まれていない⁵³。その意味でも『諸原則』は利用者にも有利であり、

⁵¹ 「transferor」とは、ソフトウェア[上の権利]を移転し、又はその同意をした者の意。PRINCIPLES, Tentative Draft No. 1, *supra* note 7, § 1.01(m).

⁵² 同上 § 2.02, cmt. c (尤も多くの場合は(c)を満たさないと強制可能性を欠くであろうと指摘している)参照。 同上 § 2.02, cmt. b (同旨)も参照。

⁵³ 同上 § 2.02, cmt. c参照。

かつ、ブラウズラップ契約であっても成立を認容する場合も見られる裁判例の立場よりも利用者寄りな感じを受ける点において、興味深い。すなわちかつて余りにも提供者寄り過ぎると批判された『UCITA』の失敗への反省さえも感じられるのである。

(3) 『諸原則』における判例分析

ALI が編纂発布する『リステイトメント』においては、条文に匹敵する「ブラック・レター一部」と、注釈部分である「コメント部」に加えて、それらの根拠になった判例や学説の出典を示す部分が「リポーターズ・ノート」(Reporters' Notes) という表題の下に記述される⁵⁴。当『諸原則』もそれに似た構成を採っており、その「リポーターズ・ノート」部では前掲 § 2.02 のような規範や注釈を採用する前提となった判例・学説分析が記載されていて大変興味深い。以下、とても参考になるので少しだけ言及する。

§ 2.02 の「リポーターズ・ノート」は、判例が「クリックラップ契約」を原則として強制可能と解釈していると分析⁵⁵し、その上で、例えば前掲「図表 1.2.」の中の以下の諸事例を出典として挙げている。すなわち「*Hotels.com*」(第 131 事件)、「*DeJohn*」(第 118 事件)、「*i. LAN Sys.*」(第 117 事件)、「*Barnett*」(第 130 事件)等である⁵⁶。なお「ブラウズラップ契約」に関する事例としてとらえることができる「*Motise*」(第 111 事件)も、「リポーターズ・ノート」は「クリックラップ契約」分析の出典として挙げている⁵⁷。同様に「シュリンクラップ契約」に関する事例としてとらえることができる「*M. A. Mortenson*」(第 10 事件)も「クリックラップ契約」分析の出典として挙げている⁵⁸。

そして「ブラウズラップ契約」については、肯定する裁判所があるとしながらも、被移転者が承諾を表明する前に約定を見るように要求しない点において問題が残ると指摘⁵⁹。その上で前掲「図表 1.2.」の中の以下の諸事例を出典として挙げている。すなわち「*Specht*」(第 107 事件)、「*Register.com*」(第 106 事件)、「*Cairo*」(第 97 事件)、「*Hubbert*」(第 112 事件)、「*Ticketmaster*」(第 33 & 第 61 事件)等である⁶⁰。

更に「シュリンクラップ契約」については、裁判所が肯定的であると指摘⁶¹。その上で前掲「図表 1.2.」の中の以下の諸事例を出典として挙げている。すなわち「*ProCD*」(第 2 事件)、「*Hill*」(第 110 事件)、「*M. A. Mortenson*」(第 10 事件再掲)等である⁶²。もっともシュリンクラップ契約を否定した「*Defontes*」(第 120 事件)も紹介しつつ、同事件は「*ProCD*」と事実が異なるとしている⁶³。

⁵⁴ 拙書『体系アメリカ契約法』 *supra* note 15, § 1-02, at 29 頁参照。

⁵⁵ PRINCIPLES, Tentative Draft No. 1, *supra* note 7, § 2.02 cmt. b. Rptrs' Notes, at 184.

⁵⁶ 同上 at 184-85 頁。

⁵⁷ 同上 at 185 頁。

⁵⁸ 同上。

⁵⁹ 同上。

⁶⁰ 同上 at 185-86 頁。

⁶¹ 同上 at 186-87 頁。

⁶² 同上 at 186-88 頁。

⁶³ 同上 at 188-89 頁。

4 おわりに

以上、極めて簡略に触れてきただけでも、ラップ型契約に関する米国の先例と二次的法源の発展の目覚ましさが理解できよう。今後、日本における同様な取引の発展が予測されるにつけ、米国の先例は、今後の日本における規範の確立に有用な情報を与えてくれるはずである。

【当原稿提出の後、『諸原則』は改定を経て2009年ALI年次総会において概ね採択されたことを最後に付記しておく。】

米国における違法・有害情報と青少年保護

— 合衆国対米国図書館協会事件(United States v. American Library Association)を中心に —

日本比較法研究所嘱託研究所員・博士(法学)

井部 千夫美

1 はじめに

合衆国憲法修正第1条は「連邦議会は、・・・言論又は出版の自由を制限する法律・・・を制定してはならない¹」と定め、表現の自由を保障している。米国では、わいせつな表現(obscurity)と児童ポルノ(child pornography)は修正第1条の下で保護されない表現形態とされ、規制されてきた。他方、わいせつな表現に当たらないポルノや、性的な内容等を含む「下品な」(indecent)な表現や未成年者²に有害な(harmful to minors)表現は、修正第1条の下で保護される表現形態であるものの、青少年保護の観点から規制対象にすることが容認されている。

連邦議会は、インターネット上で氾濫(はんらん)する違法・有害情報から青少年を保護するために、1996年通信品位法(Communications Decency Act of 1996(CDA))³の制定をはじめとする立法的対応を行ってきた⁴。しかし、一連の連邦規制は、修正第1条との関係を中心に訴訟が繰り返された。

修正第1条が保障する表現の自由を損なうことなく、インターネット上の違法・有害情報から青少年をいかに保護していくべきなのか。

本稿では、2008年9月3日に筆者が当研究会にて報告した米国における違法・有害情報と青少年保護に関する裁判例の中から、児童インターネット保護法(Children's Internet Protection Act, CIPA)(公共図書館に対し、連邦政府の補助金を受ける条件として、フィルタリング・ソフトウェアの導入を義務付けている)の合憲性が争われた合衆国対米国図

¹ 田中英夫編集代表『BASIC 英米法辞典』(東京大学出版会、1993年)をもとに一部改訳。

² 未成年者(minor)とは、成年に達していない者のことをいう。コモン・ローでは、成年は21歳マイナス1日とされていたが、現在の英国又は米国の大半の州では18歳(選挙権付与の年齢と同じ)が成年とされている。

「子ども」、「児童」(child)は、コモン・ローでは14歳未満の者のことをいう。しかし、現在では、この用語が使用される制定法によって対象年齢が異なる。田中英夫編集代表『英米法辞典』(東京大学出版会、1991年)。

³ Communications Decency Act of 1996(CDA), Pub. L. No. 104-104(1996)。

⁴ 米国では、一部改正的対応(現行法の一部を改正するという方法で対応)ないし新立法的対応(現行法の解釈・改正では不十分なので新たに立法化する方法で対応)をする傾向が強い。堀部政男「刊行に寄せて インターネットと法的対応」23頁、29頁(郵政省電気通信局監修、電気通信における利用環境整備に関する研究会編著『インターネットと消費者保護 —インターネット時代における電気通信利用環境の整備に向けて—』(クリエイト・クルーズ、1997年)所収)。

書館協会事件(United States v. American Library Association⁵)を中心に検討する。

2 事実の概要

(1) 児童インターネット保護法

ア 背景

連邦政府は、公共図書館や初等中等教育機関におけるインターネット・アクセス環境整備のために、補助金の交付等による支援を行っている。

図書館に対しては、1996年通信法に基づいて設置されたE料金(E-rate)プログラム⁶と図書館サービスと技術法(Library Services and Technology Act (LSTA))プログラム⁷の2種類がある。E料金プログラムは、図書館がインターネットにアクセスするために負担する料金を割り引く制度である。他方、LSTAプログラムは、博物館と図書館サービス機構(Museum and Library Services)を通じて、州の図書館行政機関(state library administrative agencies)が、図書館の電子化に必要な費用を補助する制度である。初等中等教育機関に対しては、1965年初等中等教育法(Elementary and Secondary Education Act of 1965 (ESEA))⁸に基づく補助金がある。

E料金プログラムとLSTAプログラムにより、公共図書館は、インターネット・アクセス環境整備を進め、図書館利用者の利便性を向上させた。しかし、図書館の端末を使ってポルノなどのアダルトコンテンツにアクセスする利用者が増え、青少年保護の関係で大きな問題になった⁹。

イ 規制内容

児童インターネット保護法(Children's Internet Protection Act (CIPA))¹⁰は、上記E料金プログラム又はLSTAプログラムによる補助金を受けるための条件として、図書館が、未成年の利用者を保護するために、わいせつ若しくは未成年に有害な画像や動画、又は児童ポルノをコンピュータ上で表示させないような「技術的保護手段(technology protection measure)」(ブロッキング又はフィルタリング機能)を講じることを要求している¹¹。児童

⁵ 539 U.S. 194 (2003). 紙谷雅子「フィルタリング・ソフトウェアを連邦政府の補助金要件とする子どもインターネット保護法(CIPA)の規定は図書館利用者の第1修正上の権利を侵害しないとした事例」(『ジュリスト』第1274号、有斐閣、2004年9月1日)192-195頁、小倉一志『サイバースペースと表現の自由』(尚学社、2007年)107-111頁参照。

⁶ Telecommunications Act of 1996, 110 Stat. 71, 47 U.S.C. § 254(h)(1)(13).

⁷ Library Service and Technology Act (LSTA), 110 Stat. 3009-295, *as amended*, 20 U.S.C. § 9101 *et seq.* § 9141(a)(1)(B), (C), (E). 図書館サービスと技術法は、博物館と図書館サービス機構法(Museum and Library Services Act)の第II編である。

⁸ Elementary and Secondary Education Act of 1965 (ESEA), 20 U.S.C. §§ 6301-8962. 紙谷 前掲論文192頁参照。

⁹ 539 U.S. 194 (2003) at 200.

¹⁰ Children's Internet Protection Act (CIPA), Pub. L. 106-554, 114 Stat. 2763A-335 (2000).

¹¹ 児童インターネット保護法第1711条は、1965年初等中等教育法の第III編を改正し、第1712条は図書館サービス技術法の一部である博物館と図書館サービス機構法第224条(20 U.S.C. § 9134)を改正した。更に、児童インターネット保護法第1721条は、1996年通信法第254条(h)を改正した。本件

インターネット保護法は、「誠実な研究又はその他の合法的な目的」(bona fide research or other lawful purpose)のために、技術的保護手段を解除できるとする「無効化条項」(Disabling Provision)を定めている¹²。

児童インターネット保護法第1711条、第1712条及び第1721条は、(ア)「未成年者」(minor)、(イ)「わいせつ」(obscene)な表現、(ウ)「児童ポルノ」(child pornography)、及び(エ)「未成年者に有害な表現物」(material that is harmful to minors)につき、以下のとおり規定している¹³。

まず、「未成年者」は17歳未満の者のことをいう。

技術的保護手段の適用対象となる画像及び動画の「わいせつ」性の判断は、「わいせつな視覚表現物」(obscene visual depiction)の州外取引を禁止する合衆国法律集第18編第1460条に従う¹⁴。また、「児童ポルノ」は、18歳未満の児童を用いた性行為等に関する表現物を州外へ送り、又は受け取った者を処罰する合衆国法律集第18編第2256条に従う。

「未成年者に有害な表現物」とは、次の画像又は動画のことをいう。(1)未成年者にとって、その作品が全体としてヌード、性、又は排泄(はいせつ)に対する好色的興味に訴えていること、(2)未成年者にとって明らかに不快な方法で、実際のあるいは擬似の性的行為若しくは性的接触、実際のあるいは擬似の正常な若しくは倒錯した性的行為、若しくは生殖器のみだらな表示を描写叙述していること、(3)未成年者にとって、その作品が全体として重大な文学的、芸術的、政治的ないし科学的価値を欠いていること。

(2) 連邦地裁判決

原告ら(被上訴人ら)は、米国図書館協会(American Library Association)などの図書館協会、図書館のグループ、図書館利用者、及びウェブサイト運営者などである。

原告らは、合衆国と、E料金プログラム及びLSTAプログラムの実施に責任を負う連邦政府機関等を相手取り、児童インターネット保護法のフィルタリング条項の合憲性を争う訴訟を、連邦地方裁判所フィリデルフィア州東部地区に提訴した。

裁判は3人の合議制でなされ¹⁵、違法・有害情報から未成年者を保護するという連邦政府の「やむにやまれぬ」利益(compelling interest)の存在を認めながらも、

ア 連邦議会の立法は合衆国憲法第1章第8条第1項の支出条項(Spending Clause)で認められた権限を越えており、

では、図書館を対象とする児童インターネット保護法第1712条と第1721条の合憲性が争われ、初等中等教育機関を対象とする第1711条の合憲性は争われなかった。Henry Cohen, *Obscenity and Indecency: Constitutional Principles and Federal Statutes*, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICE REPORT 95-804, at 29 (Jan. 21, 2009).

¹² §§ 1711, 1712 (LSTA プログラム対象)、§ 1721 (E料金プログラム対象)。

¹³ Cohen, *supra* note 11, at 29. 小倉 前掲書 130 頁参照。

¹⁴ 合衆国法律集第18編第1460条(18 U.S.C. § 1460)は、わいせつ性の判断基準を明記していないため、判例法理(後述の「ミラー・テスト」参照)が適用される。Cohen, *supra* note 11, at 29.

¹⁵ § 1741(a).

イ 児童インターネット保護法が、パブリック・フォーラム(public forum)へのアクセスを表現の内容に基づいて制限するにも関わらず、厳格に起草されていないこと、などを理由に、3対0で同法を文面上違憲であると判断した¹⁶。

合衆国は、この判決を不服として連邦最高裁に飛躍上告し、連邦最高裁は裁判管轄を認めた¹⁷。

3 連邦最高裁判決

連邦最高裁は、

ア 児童インターネット保護法が、図書館利用者の修正第1条の権利を侵害しておらず、
イ 連邦議会が支出権限を強化するにあたって、図書館に違憲な条件を課すものではない、

として、連邦地裁判決を破棄し、児童インターネット保護法の合憲性を認めた。

レンキスト(Rehnquist)長官が判決を述べ、オコナー(O'Connor)裁判官、スカリーア(Scalia)裁判官、及びトーマス(Thomas)裁判官がこれに参加した。この他、ケネディー(Kennedy)裁判官とブライヤー(Breyer)裁判官がそれぞれ同意意見を述べ、スチーブンス(Stevens)裁判官とスウター(Souter)裁判官がそれぞれ反対意見を述べた(ギンズバーグ(Ginsburg)裁判官はスウター裁判官の反対意見に参加)。

(1) 相対的多数意見

相対的多数意見は、連邦議会が、連邦政府の政策的目的を促進するために補助金の交付に当たり、あらゆる条件を課すことができるとしながらも、違憲となる活動に従事するよう誘導することはできないと指摘し、公共図書館が、児童インターネット保護法が要求するフィルタリング・ソフトウェアを館内のコンピュータ端末に導入することが、修正第1条に違反するか否かが問題であるとした。

ア パブリック・フォーラム

相対的多数意見は、公共図書館におけるインターネット・アクセスは、「伝統的」又は「指定された」(designated)パブリック・フォーラムには該当せず、児童インターネット保護法に基づくフィルタリング・ソフトウェア導入の要件が合憲であるか否かを判断するために厳格審査(strict scrutiny)を適用するのは適当ではないと結論した¹⁸。

公共図書館がインターネット端末を設置するのは、ウェブ上で表現活動したい人たちのためにパブリック・フォーラムを用意することではない。公共図書館によるインターネット・アクセスの提供は、図書館が利用者の研究や教育などの利益となる必要かつ適切な品

¹⁶ American Library Association v. United States, 201 F. Supp. 2d 401 (E. D. Pa. 2002).

¹⁷ United States v. American Library Association, 537 U.S. 1017 (2002). 児童インターネット保護法は、飛躍上告を認めている。

¹⁸ 539 U.S. 194 (2003) at 205. Cohen, *supra* note 11, at 30-32. 紙谷 前掲論文 195頁参照。

質を備えた資料を収集し、提供するのと同じ理由による。

イ フィルタリング

相対的多数意見は、フィルタリング・ソフトウェアが、修正第 1 条の下で保護される表現までも遮断してしまう場合があることを認めた。しかし、児童インターネット保護法は、図書館利用者が容易にフィルタリング・ソフトウェアの解除を公共図書館側に求めることができる無効化条項を定めているため、フィルタリング・ソフトウェアの不完全さから生じる問題は治癒できるとした¹⁹。

ウ 連邦政府の助成を受領（じゅりょう）するための条件

児童インターネット保護法が、連邦政府の助成を受けるために違憲な条件を公共図書館に課しているか否かという問題につき、相対的多数意見は、政府機関が修正第 1 条の権利を有するという前提に立ち（この前提については判断せず）、同法が図書館の権利を侵害していないとした。児童インターネット保護法は、フィルタリング・ソフトウェアを導入しない公共図書館に対し、補助金はその目的のために使用されることを要請するものであり、フィルタリング・ソフトウェアを導入しないことを決めた公共図書館を処罰するものでもなければ、フィルタリング・ソフトウェアなしの端末を利用者に提供する公共図書館の権利を拒否するものでもない。

（2）同意意見

ケネディー裁判官は、ある公共図書館が、特定のウェブサイトへの遮断を解除する能力がない、フィルタリング・ソフトウェアを解除することができない、又は憲法上保護されているインターネット上の情報・画像の閲覧を希望する成人利用者が、何らかの形で負担を強いられている場合は、本件で問題になった文面上違憲の問題ではなく、適用違憲の問題として対応することになると指摘した²⁰。

ブライヤー裁判官は、児童インターネット保護法の合憲性の審査にあたり、「より高度な審査の形態」(a form of heightened scrutiny)の審査、即（すなわ）ち、合理的根拠による審査(rational basis scrutiny)よりも厳しいが、厳格審査よりも「柔軟」な審査を適用するとし²¹言論に及ぼす制約と危害の大きさに照らして、言論への害悪が不均衡であるか否かを考慮すると述べ²²、児童インターネット保護法は合憲であると結論した。

（3）反対意見

スチーブンス裁判官は、フィルタリング・ソフトウェアによる大量の情報の過剰遮断

¹⁹ *Id.* at 209.

²⁰ *Id.* at 215.

²¹ *Id.* at 216, 218.

²² *Id.* at 217.

(overblocking)は、フィルタリング・ソフトウェアの無効化条項によって治癒できないことを理由に、児童インターネット保護法は違憲であると判断した。利用者は、アクセスが遮断されたサイトへのフィルタリングが解除されるまで、何が遮断されているかを知ることができず、フィルタリング・ソフトウェアの解除を要求する必要性の有無を判断することができないからであるとした²³。

スウーター裁判官（ギンズバーグ裁判官がこれに参加）は、①連邦通信委員会が、児童インターネット保護法の下で地方図書館(local library)によるフィルタリング・ソフトウェアの解除がいつ適切なのかに関する方針を定めるのを控えたこと、②連邦地方裁判所は、特に公共図書館の支部など人員の配置が不十分な所では、フィルタリング・ソフトウェアの解除に数日を要するなど、場合によっては解除ができない場合もありうることを認定していること、更に、③児童インターネット保護法は、公共図書館はフィルタリング・ソフトウェアを解除することができることを定めるのみで、解除を義務化していないことを理由に、同法を違憲とした²⁴。

4 検討

本件で合憲性が争われた児童インターネット保護法は、青少年保護を目的として連邦議会が制定した一連の違法・有害情報規制とは異なるアプローチを採用している。児童インターネット保護法は、ブロックング・ソフトウェアの導入を促進させることによって、ユーザ側で情報の選択をコントロールできる蛇口規制である。これに対し、従来の違法・有害情報規制は、インターネット上の情報を直接規制対象とする源泉規制である²⁵。

ここで米国におけるその他の違法・有害情報規制及び最近の動向を整理しておく。

(1) 違法・有害情報の分類

わいせつな表現は、児童ポルノとともに、修正第1条に基づく保護が及ばない表現である。また、青少年保護の観点から、児童ポルノに当たらないポルノや、下品な表現、未成年者に有害な情報は、憲法上保障された表現であるものの、政府が、未成年者へのアクセスを制限するための規制を行うことが容認されている。

ア わいせつな表現

作品のわいせつ性は、ミラー対カリフォルニア州事件(Miller v. California)²⁶において連邦最高裁が示した「ミラー・テスト」(Miller Test)の3要素を基準に判断される。

²³ 連邦地裁判決によると、ソフトウェア会社がフィルタリングのために使用するサーチ・エンジンは、テキストのみを検索し、画像の検索はできず、これに対し、児童インターネット保護法は、「視覚的描写」(visual depictions)のみを対象とする。 *Id.* at 221.

²⁴ *Id.* at 232-233.

²⁵ 小倉 前掲書 107 頁。

²⁶ 413 U.S. 15 (1973). 出版物の通信販売業者を営む被告人が、請求されたわけでもないのに、わいせつな内容を含む広告用のパンフレットを郵送したところ、わいせつ物の頒布行為を処罰するカリフォルニア州刑法 (§ 311.2(a)) 違反で起訴され、同州裁判所から有罪判決を受けた事案。戸松秀典「わいせつと言論の自由」(『英米法判例百選〔第3版〕』有斐閣、1996年)、48-49頁参照。

- (ア) 平均人にとって「その時代の地域社会の基準」(contemporary community standard)により、その作品が全体として好色的興味に訴えるものであること。
- (イ) その作品が明らかに不快な方法で適用可能な州法によって具体的に定義される性的行為を描写又は叙述してしていること。
- (ウ) その作品が全体として重大な文学的、芸術的、政治的又は科学的価値を欠くこと²⁷。

上記(イ)の「明らかに不快な」表現とは、①「正常な若しくは性的倒錯に導かれた、生身の人間の若しくは擬似的なものによる、この上ない性的行為の描写叙述」、②「自慰行為、排泄(はいせつ)作用の叙述と性器のみだらな陳列」などである²⁸。

作品のわいせつ性を判断するにあたっては、「地域社会の基準」が用いられ、上記(ア)と(イ)は事実に関する争点として判断される²⁹。また、禁止される情報は州法で明確に定義されなければならない。なお、「地域」をどの範囲とするかについては、各州で自由に定義してよい³⁰。

本件で表現の自由の保障を受けないとされたのは、いわゆる「ハードコア・ポルノ」である³¹。連邦最高裁は、1982年のニューヨーク対ファーバー事件(New York v. Ferber³²)において、青少年保護の面では修正第1条の保護を受けられる範囲が狭くなると判示している。

イ 児童ポルノ

児童ポルノとは、「特定の年齢以下の子どもによる性行為を視覚的に描写した」表現であり³³、上記のミラー・テストに基づく、わいせつな表現にあたらなくても禁止される表現形態であり、憲法上の保障は及ばない。更に、児童ポルノの所持にも憲法上の保障は及ばない。児童ポルノ規制は、児童を性的虐待から保護する必要性の高さから、最も厳しい規制が容認されている³⁴。

²⁷ Henry Cohen, *Obscenity, Child Pornography, and Indecency: Recent Developments and Pending Issues*, CONGRESSIONAL RESEARCH SERVICES REPORT, 98-670, at 1 (Jan. 21, 2009). 小倉 前掲書 27頁参照。加藤隆之『性表現規制の限界 — 「わいせつ」概念とその規制根拠—』(ミネルヴァ書房、2008年) 19頁をもとに一部改訳。

²⁸ *Miller*, 413 U.S. 15 at 25.

²⁹ *Pope v. Illinois*, 481 U.S. 497 (1987). わいせつな表現と地域社会の基準について論じたものとして Bret Boyce, *Obscenity and Community Standards*, 33 YALE J. INT'L L. 299 (Summer, 2008)がある。

³⁰ *Hamling v. United States*, 418 U.S. 87, 105 (1974); *Jenkins v. Georgia*, 418 U.S. 153, 157 (1974).

³¹ 健全な性欲を引き起こすようなものは、わいせつな表現にあたらぬ。 *Brockett v. Spokane Arcades*, 472 U.S. 491 (1984).

³² 458 U.S. 747, 764 (1982). 児童ポルノの製造・頒布を禁止するニューヨーク州法が合憲とされた事件。この事件は、児童ポルノ規制に対する初の連邦最高裁判決である。

³³ *Id.* 江橋崇「児童モデルポルノの規制と表現の自由 — New York v. Ferber, 102 S. Ct. 348 (1982) —」(『ジュリスト』第828号、1985年1月1日・15日) 218-221頁、尾島明「英米法研究<第26回>児童ポルノと表現の自由」(『法律のひろば』第55巻第10号、ぎょうせい、2002年10月) 63-69頁参照。

³⁴ *Osborne v. Ohio*, 495 U.S. 103 (1990). 児童ポルノの単純所持を禁止したオハイオ州法が合憲とさ

連邦議会は、1994年に連邦法を改正し、衣服を通じて人の性器又は恥部の輪郭が確認できるような表現も「人の性器又は恥部の淫（みだ）らな展示」に含まれるとした³⁵。

ウ 下品な情報、未成年者に有害な情報

連邦通信委員会(Federal Communications Commission)は、下品な表現を「放送メディアに対する現代の地域社会の基準に照らして明らか不快な」という意味において「生殖器若しくは排泄（はいせつ）器、又は性行為を描写する」表現であると定義している³⁶。

下品な表現は、わいせつな表現又は児童ポルノに当たらない限り、修正第1条の下で保護される。しかし、未成年者を保護するために、下品な表現を規制する（しかし禁止はしない）連邦法は各種メディアに及んでいる。例えば、商業ダイヤル・ポルノ³⁷、電波媒体³⁸、ケーブルテレビ³⁹などを対象とする連邦規制がある。

更に、未成年者に有害情報を提供することを禁止する州法は多数存在する。連邦規制と異なり、州規制は、「下品な表現」よりも狭い範囲の表現（未成年者にとって有用でない性的な表現に限定）を規制対象としている⁴⁰。

(2) インターネット上の違法・有害情報規制

ア 1996年通信品位法

1996年通信品位法⁴¹は、1996年通信法(Telecommunications Act of 1996)の第5編(Title V)として制定された⁴²。

同法は、わいせつ物の州際通商を禁止する合衆国法律集第18編第1462条及び第1465条

れた事件。加藤 前掲書 277頁以下参照。

³⁵ 18 U.S.C. § 2252 note.

³⁶ Cohen, *supra* note 27, at 3.

³⁷ 47 U.S.C. § 223(b).

³⁸ 18 U.S.C. § 1464, 47 U.S.C. § 303 note. 坂本昌成「最近の判例 FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726, 98 S.Ct. 3026 (1978) — 下品なラジオ放送のFCCによる規制と表現の自由」(『アメリカ法』1980-1、日米法学会) 148-153頁、佐々木秀智「論説 アメリカにおけるインターネット上の児童に有害な情報の規制」(『住吉良人教授古稀記念論文集 法学論叢』第77巻第6号、明治大学法学部、2005年3月) 57-114頁参照。

³⁹ 47 U.S.C. §§ 531(e), 532(c)(2), 532(h), 559-561.

⁴⁰ Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968)では、未成年者に対するニューヨーク州の有害情報規制の合憲性が問題となった。連邦最高裁判所は、ニューヨーク州法の合憲性を認めた。加藤 前掲書 13頁以下参照。

⁴¹ Pub. L. No. 104-104 (1996).

⁴² 田中豊「英米法研究<第33回> インターネットの未成年者に対する有害情報を規制する法律と憲法修正第1条」(『法律のひろば』第55巻第10号、ぎょうせい、2002年10月) 71-80頁、土屋恵司「短信： アメリカ オンラインにおける有害情報から子どもを守る法律の合憲性」(『外国の立法』第213号、国立国会図書館調査立法考査局、2002年8月25日) 158-165頁、内藤順也「インターネットと表現の自由 ～インターネットにおけるポルノ表現を規制するCommunications Decency Act(通信品位法)を違憲とした米国連邦最高裁判所決定～」(『国際商事法務』第24巻第8号、国際商事法研究所、1996年8月) 797-809頁参照。

⁴³の適用範囲を拡大し、

- (ア) 18歳未満の未成年者に対し、「故意に他人を不快にし、虐待し、脅迫し又はいやがらせをする目的で、わいせつな、淫（みだ）らな、好色な、卑猥な又は下品な評論、要求、提案、申出、画像、その他の通信」を禁止し⁴⁴、
- (イ) 18歳未満の未成年者が受信することを知りながら、わいせつ又は下品な評論、要求、提案、申出、画像その他の通信を故意に行うことを禁止し⁴⁵、更に、
- (ウ) 18歳未満の未成年者に対し、双方向コンピュータ・サービス(interactive computer service)⁴⁶を介して、「その時代における社会基準に照らして明らかに不快感を与えるとされる用語によって、性的な又は排泄の行為又は器官を文脈上描写し又は記述する評論、提案、申出、画像その他の通信を使って」故意にわいせつ又は下品なメッセージを送信することを禁止した⁴⁷。

1996年通信品位法は、同法の下で禁止されている情報への未成年者のアクセスを制限する対策を講じている者や、クレジットカード番号などの情報の提供を求めることによって受信者の年齢確認を行っている者に対し、積極的抗弁(affirmative defense)⁴⁸を認めている。

連邦最高裁判所は、1997年のレノ対米国市民的自由連盟事件(Reno v. American Civil Liberties Union⁴⁹)において、1996年通信品位法における下品な表現と明らかに不快感を与える表現を制限する規定は過度に広範であるなどとして違憲とした（なお、わいせつ物の州際通商に関する規定は本判決の影響を受けなかった）。この判決を受けて、連邦議会は1996年通信品位法の代わりとなる児童オンライン保護法（後述）を成立させた。

イ 1996年児童ポルノ防止法

児童ポルノ防止法(Child Pornography Protection Act of 1996 (CPPA))⁵⁰は、従来規制が認められてきた（実在する児童を描写する）児童ポルノ⁵¹に、実在する児童を実際に描写しない、「バーチャルな」（擬似的）児童ポルノを規制範囲に追加した。

同法は、

- (ア) 「未成年者と思われる(appears to be a minor)」者に対する明らかに性的な描

⁴³ 18 U.S.C. §§ 1462, 1465.

⁴⁴ 47 U.S.C. § 223(a)(1)(A).

⁴⁵ 47 U.S.C. § 223(a)(1)(B).

⁴⁶ 「双方向コンピュータ・サービス」とは、「インターネットへの接続を提供するサービス又はシステム」をいう。47 U.S.C. § 230(f)(2).

⁴⁷ 47 U.S.C. § 223(d). 小倉 前掲書 101-102 頁をもとに一部改訳。

⁴⁸ 積極的抗弁(affirmative defense)とは、「訴訟において請求を根拠づけるために主張されている事実を前提とした上で、新たな事実を主張して請求を理由づけること」であり、通例、新事実の主張者側に説明責任(burden of proof)がある。前掲『英米法辞典』。

⁴⁹ 521 U.S. § 844 (1997).

⁵⁰ 18 U.S.C. § 2251 *et seq.* (1996).

⁵¹ 18 U.S.C. § 2256(8)(A)

写・叙述を規制し⁵²、

(イ) 「未成年者の明らかに性的な描写・叙述が含まれているとの印象を与える (conveys the impression) 方法により、広告され、販売促進され、表現され、若しくは配布されるビジュアルな描写・叙述」を規制した⁵³。

違反者には、厳しい罰則が設けられており、初犯者には最高 15 年の拘禁刑⁵⁴、再犯者には 5 年以上 30 年以下の拘禁が定められている。

連邦最高裁は、2002 年のアシュクロフト対自由言論連合事件 (Ashcroft v. Free Speech Coalition⁵⁵) において、実在する児童を使用して制作されたのではない映像を禁止する限りにおいて、1996 年児童ポルノ防止法を違憲とした。連邦最高裁は、実在する児童を使用して制作された児童ポルノを禁止した法律は、作品の内容ではなく作品の制作手段を規制対象としているため、合憲であるとした。これに対し、1996 年児童ポルノ防止法は、作品の制作手段ではなく、内容を規制していることを問題にし、政府が違法な言論を抑圧する手段として、合法的な言論を抑圧することはできないとした。

アシュクロフト事件判決を受けて、連邦議会は、2003 年に児童搾取を完全に終わらせるための法律 (PROTECT Act)⁵⁶ の第 5 編を制定した⁵⁷。同法は、「未成年者による性行為を描写した、又は実際に未成年者を使用しているか否か判別することが困難な、デジタル映像、コンピュータ映像、又はコンピュータで作成された映像」を禁止した。そして、わいせつな又は真摯 (しんし) な文学的、芸術的、政治的、若しくは科学的価値を欠く、「未成年者による性行為を表現した・・・図画、マンガ、彫刻、絵画を含む、あらゆる視覚的描写」も禁止した。更に、わいせつな又は未成年者が実際に使用されていることを表現する児童ポルノであると期待させる、又はそのように思い込ませるような方法で、広告、宣伝、頒布又は勧誘する行為を犯罪とした⁵⁸。児童搾取を完全に終わらせるための法律第 603 条は、前述のレノ対米国市民的自由連盟事件で違憲とされた 1996 年通信品位法の条文を改正した⁵⁹。

更に、連邦議会は、2006 年アダム・ウォルシュ児童保護及び安全法 (Adam Walsh Child

⁵² 18 U.S.C. § 2256(8)(B)

⁵³ 18 U.S.C. § 2256(8)(D). Karl A. Meaninger, II, *Cyberporn: Transmission of Images by Computer as Obscene, Harmful to Minors or Child Pornography*, 61 AMJUR POF 3d 51 (2008). 加藤 前掲書 298 頁参照。

⁵⁴ 18 U.S.C. § 2256A(b)(1).

⁵⁵ 535 U.S. 546 (2002).

⁵⁶ Prosecutorial Remedies and Other Tools to end the Exploitation of Children Today Act of 2003, Pub. L. 108-21 (2003).

⁵⁷ Title V, PROTECT Act, Pub. L. 108-21 (2003). 加藤 前掲書 310 頁参照。

⁵⁸ *United States v. Williams*, 128 S.Ct. 1830 (2008).

⁵⁹ ①47 U.S.C. § 223(a)(1)(A) の “lewd, lascivious, filthy or indecent” を “child pornography” に、②47 U.S.C. § 223(a)(1)(B) の “indecent” を “child pornography” に、③47 U.S.C. § 223(d) の “...in context, depicts or describes, in terms patently offensive and measured by contemporary community standards, sexual or excretory activities or organs...” を “is obscene or child pornography” に改正。

Protection and Safety Act of 2006)⁶⁰は、18 U.S.C. § 2557 (実際の性行為を描写した作品の制作者に対し、出演者一人一人の氏名及び生年月日の記録を保持することを義務づける規定)を改正し、性行為をまねた行為を描写した作品の制作者に対しても同様のことを義務付ける18 U.S.C. § 2557Aを創設した。そして、連邦議会は、2007年効果的な児童ポルノ摘発法(Effective Child Pornography Prosecution Act of 2007)⁶¹及び2007年児童ポルノに対する摘発を強化する法律(Enhancing the Effective Prosecution of Child Pornography Act of 2007)⁶²を定めて、既存の連邦規制を拡大し、州際又は国際通商に影響を及ぼす州内で頒布される児童ポルノ(intrastate child pornography)への適用を可能にした。この2本の連邦法は、2008年10月8日に成立した。

ウ 児童オンライン保護法

児童オンライン保護法(Child Online Protection Act (COPA))⁶³は、前述の1996年通信品位法と異なり、①「未成年者に有害な」情報を未成年者に送信することを禁止し、②一般がアクセスできるWorld Wide Webで送信される商用目的(commercial purposes)の通信に適用される連邦法である。

「未成年者に有害な」情報とは、以下の映像又は表現のことをいう⁶⁴。

- (ア) 平均人が、その表現の全体として、かつ未成年者の観点から見た場合に、その時代の地域的基準に照らし、好色的興味に訴える又は劣情に媚びることを企図していると判断すること。
- (イ) 現実の又は擬似的な正常又は異常な性的行為、性器又は思春期以後の女性の乳房の淫(みだ)らな描写を未成年にとって明らかに不快な形で表現していること。
- (ウ) その表現を全体として見た場合に、未成年者にとって真摯(しんし)な文学的、芸術的、政治的、又は科学的価値を欠いていること。

前述の児童インターネット保護法と異なり、児童オンライン保護法における「未成年者に有害な」情報は、①動画・画像だけではなく、テキストにも適用され、②「好色的興味に訴える又は劣情に媚びることを企図している」ことの判断に「その時代の地域的基準」を用い、③「思春期以後の女性の乳房」を未成年者にとって有害としている⁶⁵。

同法は、クレジットカードの使用を要求するなど、未成年者へのアクセス制限を誠実に行った者に対しては、積極的抗弁を認めている。

児童オンライン保護法は、執行される1か月前に、同法が

- (ア) 憲法上保障された表現を禁止している、

⁶⁰ Adam Walsh Child Protection and Safety Act of 2006, Pub. L. 109-248 (2006).

⁶¹ Effective Child Pornography Prosecution Act of 2007, Pub. L. 110-358, Title I (2007).

⁶² Enhancing the Effective Prosecution of Child Pornography Act of 2007, Pub. L. 110-358, Title II (2007). Cohen, *supra* note 27, at 3.

⁶³ Pub. L. 105-277 (1998).

⁶⁴ 47 U.S.C. § 231(e)(6). 加藤 前掲書 46 頁をもとに一部改訳。

⁶⁵ Cohen, *supra* note 11, at 30.

- (イ) 差し迫った政府目的を達成するための必要最小限の手段ではない、
- (ウ) 実質的に過度に広範な規制をしており、

合衆国憲法に違反するとの訴えが連邦地方裁判所ペンシルバニア州東部地区に提起された。連邦地裁は、原告側が勝訴する可能性があると判断し、本案審理まで児童オンライン保護法の施行を差し止める予備的差し止め命令を下した。その後、連邦地方裁判所は、児童オンライン保護法を違憲として、同法の執行に対し終局的差し止め命令を下した⁶⁶。2008年には、連邦控訴裁判所第3巡回区が連邦地裁判決を支持し、児童オンライン保護法は、政府のやむにやまれぬ利益を追求するために、最も制限の少ない方法を用いていない上に、同法の規定が曖昧（あいまい）で過度に広範であるとして違憲判決を下した。そして、連邦最高裁は、2009年に裁量上訴請求(certiorari)を棄却した⁶⁷。

(3) フィルタリングの限界

以上のように、連邦議会は、違法・有害情報から青少年を保護する目的で立法的対応を進めてきたが、表現の自由との両立に苦慮している。また、本件で検討されたフィルタリング・ソフトウェアについては、情報を過剰に遮断してしまうなどの問題が指摘され、表現の自由を保障しつつ違法・有害情報から青少年を保護する万能策がないことがわかる。

違法・有害情報から青少年を保護する手段として、フィルタリングの他に、表現内容をラベリングによるレーティング方式で決める PICS (Platform for Internet Content Rating) がある⁶⁸。以下では、家族オンライン安全機構 (Family Online Safety Institute)⁶⁹ が提供する ICRA (旧インターネット・コンテンツ・レーティング協会 (Internet Content Rating Association)⁷⁰) のレーティング方式を紹介しておく。

ICRA レーティングの特徴は、コンテンツの違法性や有害性を ICRA がラベリング (評価・分類) するのではなく、コンテンツを提供する者が ICRA のシステムを使ってラベリングす

⁶⁶ American Civil Liberties Union v. Reno, 31 F. Supp. 2d 473 (E. D. Pa. 1999); 217 F. 3d 162 (3d Cir. 2000) 上告棄却、Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U.S. 564 (2002) の名称で破棄差戻し、322 F. 3d 240 (3d Cir. 2003) 差戻審において棄却、542 U.S. 656 (2004) 破棄差戻し。

⁶⁷ American Civil Liberties Union v. Mukasey, 534 F. 3d 181, 198 (3d Cir. 2008), cert. denied, No. 08-565 (U.S. Jan. 21, 2009). Cohen, *supra* note 11, at 23-28.

⁶⁸ 小倉 前掲書 157 頁。

⁶⁹ 家族オンライン安全機構は、安心・安全なインターネット環境の整備を目指して設立された国際的な非営利団体である。会員には、AOL、AT&T、グーグル(Google)、マイクロソフト(Microsoft)、ベライゾン(Verizon)、ヤフー!(Yahoo!)などがある。http://www.fosi.org/ (last visited June 29, 2009).

⁷⁰ 旧 ICRA は、1990 年代半ばにビデオゲームのレーティングを行うことを目的に設立された米国の娯楽ソフト諮問会議 (Recreational Software Advisory Council, RASC)、英国のインターネット監視財団 (Internet Watch Foundation, IWF)、及びドイツの電子商取引フォーラム (Electronic Commerce Forum, ECO) の 3 組織により、1999 年に設立された英国の非営利団体で、英国と米国に本部を持っていた。旧 ICRA は、表現の自由を保障する合衆国憲法修正第 1 条の観点から、インターネット・プロバイダの権利を保護することは重要であること、一国の政府の規制は、インターネットのような国境を越えたメディアには役に立たないことを踏まえた上で、ウ保護者にもコンテンツの内容を自ら判断できるツールを提供することにより、自主規制を通じて青少年を違法・有害情報から保護するという立場をとっていた。現在は、家族オンライン安全機構の一部として活動している。

る点にある。この仕組みによって、ユーザ（保護者）側が、積極的かつ柔軟にコンテンツの違法性・有害性を判断することを可能にしている。更に、ICRA レーティングは、米国以外の国でも使用できるため、国境を越えた違法・有害情報にも柔軟に対応することが可能である。

ICRA のラベリングは、以下の 7 分類から構成されている⁷¹。

- ①ヌード(Nudity)： 乳房の露出等
- ②性的な素材(Sexual material)： 性行為の暗示等
- ③暴力(Violence)：人間、動物、キャラクター（アニメを含む）の殺害等
- ④言葉づかい(Language)： ののしり言葉等
- ⑤潜在的に有害な行為(Potentially harmful activities)： タバコやアルコールの使用等
- ⑥ユーザ生成コンテンツ(User generated content)： チャットルーム等
- ⑦文脈(Context)： 医学、教育、報道などの文脈等

コンテンツ提供者は、ICRA が提供するオンライン・アンケートに回答する形で自身のコンテンツのラベリングを行う。アンケートは、上記分類の中で、特定の項目又は特徴がサイト上に存在するかしないかに関する質問である。このアンケートによりコンテンツ提供者が自らラベリングしたウェブサイトは、ICRA により、コンテンツ・ラベル（短いコンピュータ・コード）が生成され、同協会が管理するデータベースに登録される。そして、ユーザは、ICRA が提供するラベリングの情報と自らの判断に基づき、ユーザ側のインターネット・ブラウザに、ウェブサイトへのアクセスを許可するかしないかを設定することができる⁷²。

しかし、ICRA レーティングは、PICS と同様の問題を抱えている。即（すなわ）ち、①サイトの管理者がコンテンツ提供者に対し、ICRA レーティングを用いることを強制する場合は、表現行為の強制につながる、②コンテンツ提供者が自主的に ICRA レーティングを使用するとしても、必ずしもコンテンツ提供者全員が実施するわけではない、③国家レベルで ICRA レーティングを実施する場合には悪用される恐れがある。ICRA レーティングがどれだけ普及するかは未知数だが、あくまでも違法・有害情報から青少年（及びそのような情報を見たくない者）の保護のためだけに利用するなど、運用面での注意が必要である⁷³。

⁷¹ 各分類の詳細については、*ICRA Tools* を参照。http://www.icra.org/vocabulary (last visited June 30, 2009).

⁷² *ICRA - a webmaster's view*, http://www.icra.org/webmasters ; *The ICRA system - a parent's view*, http://www.icra.org/parents (last visited June 30, 2009).

⁷³ 小倉 前掲書 157-158 頁。

5 おわりに

我が国では、違法・有害情報から青少年を保護するために、公立図書館や公立学校においてフィルタリング・ソフトウェアの導入等を実施している。しかし、我が国のアプローチには、米国と異なっている部分が見られる⁷⁴。インターネット発祥の国である米国の判例法理の研究を進め、我が国の表現内容規制の在り方について考察を深めつつ、国境を越える違法・有害情報から青少年を保護していくための国際連携を更に推進していく必要がある。今後は、州規制や本稿で検討することのできなかつた他の連邦規制を対象に調査を続けていきたい。

⁷⁴ ここでは、公共図書館の取組みとして大阪府の事例、公立学校の取組みとして北海道の事例を挙げておく（北海道のみ小倉 前掲書 311 頁参照）。

大阪府立図書館では、「大阪府立図書館インターネット端末の設置及び利用に関する方針」（平成 15 年 7 月 25 日制定、同年 8 月 1 日施行 http://www.library.pref.osaka.jp/lib/houshin_i.html）において、『大阪府青少年健全育成条例』でいう 18 歳未満の青少年については、フィルタリングソフトを導入した端末の使用を原則とする。」と定めている。

他方、北海道では、「ほっかいどうスクールネット」（平成 14 年 11 月運用開始）を導入し、北海道立教育研究所附属情報処理教育センターを拠点に、全道 297 校の全道立学校と北海道立教育研究所、北海道立理科教育センター、北海道立特殊教育センターなどの教育機関を光ファイバで接続した。これにより、各学校が個別に行っていた違法・有害情報対応を北海道立教育研究所附属情報処理教育センターが一括して対応することになった。北海道立教育研究所附属情報処理教育センター「センターたより第 44 号」（平成 14 年）<http://www.ipec.hokkaido-c.ed.jp/tayori/tayori44/p2.htm> 参照。

第5章 放送に関する判例

米国の新聞・放送相互所有規制と連邦憲法修正第1条

明治大学法学部准教授

佐々木 秀智

1 はじめに

言論・プレス自由を保障する米国連邦憲法修正第1条は、「多様かつ相対立する情報源からの可能な限り広範な情報の発信が、公共の福祉にとって必要不可欠なものである」ことを前提としている¹。そして米国の放送メディア政策は、情報の多様性 (diversity of information) の確保を修正第1条に基づく基本理念とし、更に地域性 (localism) の確保、公正競争 (fair competition) の維持も政策理念として採用されている²。米国連邦通信委員会 (FCC :Federal Communications Commission) は、放送電波の有限稀少 (きしょう) 性 (scarcity of spectrum)、社会的影響力 (pervasiveness) を根拠に、1934年通信法 (Communications Act of 1934) に基づいて、放送メディア政策の基本理念の実現という同法の「公共の利益」 (public interest) に資するために様々な放送メディア規制を実施してきた。その中で FCC は、マスメディア所有の多様化が、経済力の不当な集中を防止すると同時に、番組及び提供される見解の多様性を促進することによって公共の利益に資するとの立場の下に、様々な放送産業構造規制を実施してきた³。また連邦最高裁は、電波の有限稀少性、社会的影響力を根拠として放送メディア規制の合憲性審査基準を緩和している。

この中で情報の多様性の確保の観点からすれば、公正原則 (fairness doctrine) 等の番組内容規制が最も効率的であるが、プレス自由保障の観点から同規制は、検閲 (censorship) 等の深刻な問題が生じる危険性が極めて高い規制手法である。一方放送産業構造規制は、放送事業者の経済的側面を規制し、表現内容を問題としないために、番組内容規制よりも更に修正第1条上の審査基準が緩和されることになり、合理的関連性基準が適用され、政府側の当該規制の合憲性論証責任も緩和されている。

これに対して、特に1970年代後半以降、多メディア・多チャンネル化による稀少性解消論と、法と経済学、新自由主義思想を背景とした規制緩和論が有力に提唱され、公正原則等の番組内容規制のほとんどが廃止され、放送産業構造規制も大幅な緩和がなされた。と

¹ Associated Press v. United States, 326 U.S. 1, 20(1945).

² Turner Broadcasting System v. FCC, 512 U.S. 622 (1994). 本件判決において連邦最高裁は、これらの基本理念が、個別のメディア規制の合憲性審査における政府利益として提示させ、審査している。しかし同判決においては、公正競争の維持が合憲性を正当化できるかについて法廷意見を形成するにはいたっておらず、公正競争の維持が単独で法規制の合憲性を正当化するに十分な政府利益となるかは、難しいと考えられている。

³ 米国の放送産業規制については、拙稿「米国における放送産業の構造規制」法律論叢第77巻2・3号(2004年)57頁参照。

りわけレーガン (Ronald W. Reagan) 政権期に FCC 委員長であったファウラー (Marks S. Fowler) らが市場主義論 (marketplace approach) を提唱し、プレスと自由保障及び思想の自由市場を重視する観点から、市場競争原理が有効に機能しない場合を除いて政府規制を抑制すべきであると主張した⁴。市場主義論は、特に有限稀少性、社会的影響力との考え方が漠然としたものであり、規制根拠の内容の具体化、また規制根拠との合理的関連性を明確にされた規制のみ認めるべきと主張した。確かに抽象的な理念のみで規制を行う場合、その美名の下に単なる既得権益の保護のためのみを目的とした規制が正当化される危険性が高い。そこで何らかの法規制が行われる場合には、政策理念を具体化し、詳細かつ実証的なデータに基づく規制を実施することによって、このような問題を解決することが試みられるようになった。

しかしながら、規制緩和によって、教育番組等の市場競争原理になじまないがその有用性が認められている情報が国民に十分には提供されない、また CATV、衛星放送等の有料放送サービスが成長したことで、無料でサービスを提供する地上波放送事業者の経営が脅かされている、また CATV 料金の高騰等によって、低所得層の情報入手手段が奪われているとの問題が生じたことから、過度の規制緩和を抑制する動きが出てきた⁵。ここでは、市場主義論の指摘した規制根拠の漠然性等の問題に対応した理論の再構築が試みられ、現在では、修正第 1 条が前提とする民主主義的政治プロセスを維持するためには多様な情報が国民に提供されなければならない、それを確かなものとするために放送メディア規制が必要であると主張する民主主義論が有力に提唱されている⁶。

以上の状況の中で、1934 年通信法の規制緩和を基調とした改正を目的とする 1996 年通信法 (Telecommunications Act of 1996) が制定され、放送メディア規制の緩和が行われた。更に同法第 202 条 (h) は、FCC に対して現行の放送産業構造規制を隔年で審査し、公共の利益に資するものではないと判断された規制の改廃を命じている。そして FCC は、同条項にしたがって審査を行い、報告書を公表している。

この審査プロセスの中で、個別の規制の検討に際しての前提として、市場主義論と民主主義論が対立している。とりわけ同一地域内でサービスを提供する日刊新聞社と放送事業者の合併等による、当該地域に提供される情報の多様性の縮減の防止を目的として、新聞・放送の相互所有が包括的に禁止されてきたが (Newspaper/Broadcast Cross-Ownership)、1996 年通信法第 202 条 (h) に基づく審査の中で、その在り方について市場主義論、民主主義論それぞれの立場から盛んに議論されている。そこで本稿は、新聞・放送相互所有規制

⁴ Marks S. Fowler & Daniel L. Brenner, *A Marketplace Approach to Broadcast Regulation*, 60 TEX. L. REV. 207 (1982).

⁵ このような問題に対応するために、教育番組等につき、子どものテレビ法 (Children's Television Act of 1990)、CATV 規制につき、ケーブル消費者保護・競争法 (Cable Consumer Protection and Competition Act of 1992) が制定されている。ただ前述のようにこれらの立法においては、市場主義論の影響により、以前のような稀少性等を根拠として包括的な規制を行うことはできなくなり、具体的な問題状況の提示、子どもの健全育成等のより個別具体的な規制根拠が提示されるようになった。

⁶ 民主主義論の代表的論者として、例えば以下のものがある。CASS SUNSTEIN, *REPUBLIC.COM 2.0* (2007); EDWIN C. BAKER, *MEDIA CONCENTRATION AND DEMOCRACY* (2007).

に関して、1996年通信法に基づく審査の中で同規制の在り方が争点となった、2004年の *Prometheus Radio Project v. FCC* を中心に⁷、情報の多様性の確保等の放送メディア政策の理念を実現するために、すなわち「公共の利益」に資するためにいかなる規制が有効かについて検討する⁸。

2 新聞・放送相互所有規制の基本枠組み

(1) 放送産業構造規制の中での新聞・放送相互所有規制の位置づけ

米国で行われている放送産業構造規制は、主に、1の放送事業者が所有できる放送局数の規制 (Multiple Ownership regulation)、異なったメディア間の相互所有規制 (Cross Ownership regulation) の2つに分類される。メディア相互所有規制について FCC は、1970年に FCC が同一市場にサービスを提供しているテレビ局とラジオ局の相互所有を禁止し (One to a market 規則)⁹、また放送ネットワークによる CATV システムの所有を禁止¹⁰している (1984年ケーブル通信政策法 (Cable Communications Policy Act of 1984) では、同一市場において CATV システムが放送局を所有することも事実上禁止された)。

更に1975年に FCC は、同一のコミュニティにある日刊新聞と放送局 (テレビ、ラジオを含む) の合併及び事業譲渡等による相互所有を包括的に禁止した (新聞・放送相互所有規制)¹¹。ただ同規制は、それまでに存在した新聞・放送の相互所有に関しては対象とせず (祖父条項 (grandfather clause))、同規制実施後の合併、譲渡等を対象とした。

新聞・放送による相互所有は、1975年までは広く認められていた。しかしながら FCC は、同規制に関する規則制定作業において地域ニュース及びその他の情報源であることが、テレビ局及び日刊新聞の主要な役割であることを明らかにする研究に基づいて、「FCC は、新聞・放送の共同管理が、放送設備の運営において多様性を維持するすべての試みにおける重要な要素として、特に重要な問題であると懸念してきた。それが現在、当該問題の最も重大な側面は、テレビ局と一般に公刊される新聞の共同管理であることが明らかとなった」との認識を示した。その上で FCC は、「関係するマスメディア間の競争の促進及びサービスのソース並びに見解の多様性の最大化との目的」に資するものであるとして新聞と放送の

⁷ *Prometheus Radio Project v. FCC*, 373 F.3d 372 (3d Cir. 2004).

⁸ *Prometheus* 判決及びこの問題に関する最近の米国での議論状況については、以下の文献を参照した。Stephanie N. DeClerk, Case Note, *Prometheus Radio Project v. FCC: Where Will the Media Deregulation Trend End?* 58 ARK. L. REV. 705(2005); Josephine Soriano, Note, *The Digital Transition and the First Amendment: Is It Time to Reevaluate Red Lion's Scarcity Rationale?* 15 B.U. PUB. INT. L.J. 341(2006).

⁹ Amendment of Sections 73.35, 73.240 and 73.636 of the Commission Rules Relating to Multiple Ownership of Standard, FM and Television Broadcast Stations, 22 FCC 2d 306, ¶ 5 (1970).

¹⁰ Amendment of Part 74, Subpart K, of the Commission's Rules and Regulations Relative to Community Antenna Television Systems, Second Report & Order, 23 FCC 2d 816, ¶ ¶ 11, 15 (1970).

¹¹ Amendment of Sections 73.34, 73.240 and 73.636 of the Commission's Rules Relating to Multiple Ownership of Standard, FM, and Television Broadcast Stations, 50 FCC 2d 1046 (1975)

相互所有を禁止した¹²。

連邦最高裁も、新聞・放送相互所有規制の合憲性が争点となった、1978年の *FCC v. National Citizens Committee for Broadcasting* (NCCB 判決) において、同規制が「多様化されたマスコミュニケーションに関する公共の利益を促進する合理的な手段」であり、修正第1条に違反しないとしている¹³。

その際連邦最高裁は、次のように指摘して、情報の多様性の確保が修正第1条に根拠を有し、FCCが新聞・放送相互所有規制等の放送産業構造規制の実施権限を有することを承認している¹⁴。

「……当裁判所の先例は、FCCの情報多様化政策の根底にある修正第1条及び反トラストの価値が、公共の利益の範囲の画定に関する判断において、FCCによって適切に考慮されるであろうとしてきた。『“公共の利益”基準は、必然的に修正第1条の諸原理……』、とりわけ『多様かつ相反する情報源からの可能な限り広範な情報の発信』の理念の考慮を必要とする……。そして、FCCはこの種の独占禁止法上の執行権限を有していないけれども、公共の利益基準に従った放送免許付与手続において、独占禁止政策上の考慮を行うことが認められている……。」

しかしながら、多メディア・多チャンネル化及び規制緩和の潮流の中で、放送産業構造規制も大幅に緩和されることになった。1989年にFCCは、上位25テレビ市場において、その相互所有が承認された後に30の独立系放送「ヴォイス」(voice)が存在することを理由として、one to a market規則の適用除外申請を認める形で同規則を緩和した¹⁵。

そして1996年通信法は、「すべての電気通信市場を競争状態にすることで、次世代電気通信及び情報通信技術の急速な進歩並びにすべての米国民への提供を加速させることを目的とする競争促進的、規制緩和的な全米政策枠組み」の構築を目的とし、One to a market規則の緩和(第202条(c))等を規定した¹⁶。また同法第202条(h)は、FCCに対し、放送局所有に関して「それらの規制が事業者間の有意義な経済的競争の結果として公共の利益のためにもはや必要なものでないのか否か判断する」(determine whether any such regulation is no longer necessary in the public interest as a result of meaningful economic competition between providers of such service) ための隔年 (biennially) 審査を行い、「もはや公共の利益のために必要ではないと判断したすべての規制を廃止又は

¹² In the matter of amendment of sections 73.35, 73.240, and 73.636 of the commission's rules relating to multiple ownership of standard, fm and television broadcast stations, 22 FCC 2d 339, 344(1970).

¹³ 436 U.S. at 802.

¹⁴ *Id.* at 795.

¹⁵ Amendment of Section 73.3555 of the Commission's Rules, the Broadcast Multiple Ownership Rules, 4 FCC Rcd 1741, ¶ 1 (1989)

¹⁶ これをうけてFCCは、one to a market規則を緩和し、テレビ1局を所有する者が、(1)当該合併後に少なくとも20の独立したヴォイスが存在する市場においては、ラジオ6局まで、(2)当該合併後に少なくとも10の独立したヴォイスが存在する市場においては、ラジオ4局まで、(3)その市場における独立したヴォイスの数にかかわらず1局の所有を認められた。Review of the Commission's Regulations Governing Television Broadcasting, 14 FCC Rcd 12,903, ¶ 9(1999)

緩和」(repeal or modify any regulation it determines to be no longer necessary in the public interest) するよう命じた¹⁷。

(2) 2002 年隔年規制審査

1996 年通信法第 202 条 (h) にしたがって FCC は、1998 年¹⁸、2002 年¹⁹に隔年規制審査 (Biennial Regulatory Review) を行い、報告書を公表した。1998 年報告書において FCC は、情報の多様性及び地域性の確保、競争の維持の観点から CATV・放送相互所有規制を検討し、同規制が公共の利益のために必要であると結論づけた。しかしながら、この FCC の決定の合憲性等が争われた、2002 年の *Fox Television Stations v. FCC* においてコロンビア地区連邦控訴裁は、FCC が競争の維持にとって CATV・放送相互所有規制が必要であることに關する何らの合理的根拠も提示していない、多様性の確保に関して提示された証拠が貧弱であり、また現在運営されているテレビ局の数の増加を考慮していないとして、FCC の決定を破棄している²⁰。

そして 2002 年報告書は、新聞・放送、テレビ・ラジオの相互所有の包括的禁止がすべて公共の利益に資するものではないとして廃止した。その際 FCC は、新聞・放送の相互所有の包括的禁止を廃止する理由として、(1) ほとんどの広告主が新聞と放送局を密接に相互代替可能なものにとらえていないことから、当該禁止が地域市場の競争を促進させるために必要ではない、(2) 当該禁止によって高品質な地域ニュースの制作を可能にする企業合併が妨げられ、地域性の確保が困難になる、(3) 所有が見解に影響を及ぼすとの観点から包括的禁止を根拠づけるに十分な証拠が存在しない、の 3 つをあげている。しかしながら FCC は、相互所有の包括的禁止は公共の利益に資さないが、そのことから規制そのものの必要性が否定されるものではないとし、新たに「相互メディア規制」(Cross-Media Limit) を制定した。

その際 FCC は、メディア相互所有規制の維持が必要な市場を識別するために、「多様性インデックス」(DI: Diversity Index) を採用した。DI は、司法省 (Department of Justice) や連邦取引委員会 (Federal Trade Commission) が地域市場における競争に当該合併が与える影響を測定するために用いてきた HHI (Herfindahl-Hirschman Index) を、FCC が放送法政策分野に導入したものである。市場の HHI 指数は、市場占有率の 2 乗和であり、高度

¹⁷ その後、2004 年包括的歳出承認法 (2004 Consolidated Appropriation Act) において、隔年から 4 年ごと (Quadrennial) の審査へと変更された。

¹⁸ 1998 Biennial Regulatory Review—Review of the Commission’s Broadcast Ownership Rules and Other Rules Adopted Pursuant to Section 202 of the Telecommunications Act of 1996, 15 FCC Rcd 11058 (2000).

¹⁹ Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, 18 FCC Rcd 13620 (2003). 同報告書では、新聞・放送相互所有規制以外にも複数放送局所有規制等 4 つの規制が審査されており、本件判決でも、これらの規制も争点となっている。

²⁰ *Fox Television Stations v. FCC*, 280 F.3d 1027, 1051–52 (D.C. Cir. 2002), *modified on reh’g*, 293 F.3d 537 (D.C. Cir. 2002). また同判決では、FCC が注 7 の one to a market 規則に関する報告書において規制緩和を前提とした立場をとっていたのにもかかわらず、1998 年規制審査報告書では規制緩和を行わなかったことも問題視され、規制を維持するより詳細な根拠の提示の必要性が指摘されている。

に競争的な市場は、独占的市場よりも低い HHI 指数となるとされ、DI も基本的には市場占有率の 2 乗和を採用している²¹。

DI を用いて検討を行った結果、新規則は、(1) 小規模市場（大出力の営利又は非営利のテレビ局が 3 局以下）の場合、新聞と放送の合併及びテレビとラジオの合併を禁止する、(2) 中規模市場（テレビ局が 4～8 局存在）の場合、1 の者が 1 の新聞と、(a) テレビ局 1 局と地域レベルの複数ラジオ局所有規制の認める範囲での当該市場のラジオ局の 50% までの共同所有、又は (b) 地域レベルの複数ラジオ局所有規制の認める範囲での当該市場のラジオ局の 100% までの共同所有のいずれかを認める、(3) 大規模市場（8 局以上のテレビ局が存在）の場合、相互所有規制を行わないこととなった²²。

この中で FCC は、それぞれのメディアの位置づけを行い、インターネットを DI の対象に含めたが、CATV は除外した。その際 FCC は、(1) CATV が独自の地域ニュースを提供する範囲について重大な疑問があること（FCC のアンケート調査から、回答者の約半数が地上波放送の地域ニュースと CATV のそれを混同している、CATV の地域ニュースの視聴率はその市場で最低である等が明らかになったとされた）、(2) CATV の地域ニュース・チャンネルがどこでも視聴可能なわけではなく、限られた地域に限定されていることを、その根拠としてあげている。

3 *Prometheus Radio Project v. FCC* 第 3 巡回区連邦控訴裁判決

以上の FCC による規則改正を不服とした公益団体、消費者団体等が訴訟を提起し、通信法第 202 条 (h) の解釈、相互メディア規制のうち新聞・放送相互所有規制の合憲性等が争点となったのが、*Prometheus Radio Project v. FCC* 第 3 巡回区連邦控訴裁判決である。

(1) 1996 年通信法第 202 条 (h)

まず第 3 巡回区連邦控訴裁は、1996 年通信法第 202 条 (h) の趣旨について、同条の文言及び立法資料に基づいて連邦議会が、放送メディア所有規制等の緩和によって生じる「市場における競争上の変化に FCC の規制枠組みが対応し続けられる継続的なメカニズム」として運用されるために、定期的な審査を行うとの意図を明らかにしていると指摘している。その上で同裁判所は、「定期的な審査に関する規定は、FCC に対して『…競争の効果について

²¹ 司法省及び連邦取引委員会は、HHI 指数が 1800 以上の場合に「高度に独占的」(highly concentrated) であると認定し、当該市場での合併が競争に有害であるとし、DI も同様の基準を採用している (18 FCC Rcd at ¶ 394)。

²² 地域レベルでの複数ラジオ局所有規制 (Local Radio Ownership Limit) も 2002 年規制審査報告で改正されているが、それ以降、現在まで改正されていない。本規制は、(例外もあるが) 原則として、1 の者が、(1) 14 以下のラジオ局しか存在しない市場の場合、同一サービスを提供する局 (AM 又は FM) が 3 局を超えなければ、商業ラジオ局を 5 局まで、(2) 15 から 29 のラジオ局が存在する市場の場合、同一サービスを提供する局が 4 を超えなければ、商業ラジオ局を 6 局まで、(3) 30 から 44 のラジオ局が存在する市場の場合、同一サービスを提供する局が 4 を超えなければ、商業ラジオ局を 7 局まで、(4) 45 以上のラジオ局が存在する市場の場合、同一サービスを提供する局が 5 を超えなければ、商業ラジオ局を 8 局までを所有することを認めている (47 C.F.R. § 73.3555(a))。

て監視し、…また規制の適切な調整を行う』ことを命じている」との立場を明らかにしている²³。

次に同裁判所は、第 202 条 (h) の「必要」との文言の解釈について検討している。ここで問題となるのは、同条項の「必要」との文言の解釈によって規制緩和の程度が異なってくることである。この点について 1998 年規制審査報告書の合憲性等が問題となった 2002 年の *Fox Television Stations v. FCC* や、*Sinclair Broadcast Group, Inc. v. FCC* においてコロンビア地区連邦控訴裁が、「所有規制の廃止又は緩和を基本とすることを前提として」規制審査が行われなければならないとの立場を明らかにしている²⁴。

一方 *Prometheus* 判決において第 3 巡回区連邦控訴裁は、第 202 条 (h) と同一の文言で電気通信分野における規制審査を規定する 1934 年通信法第 11 条の解釈が問題となった、2004 年の *Cellco Partnership v. FCC* を引用しつつ²⁵、検討を行っている²⁶。*Cellco* 判決においてコロンビア地区連邦控訴裁は、1934 年通信法第 11 条の「必要」との文言の意味はそのおかれた状況に影響されるとした上で、1934 年通信法の規定と明らかに矛盾しないすべての合理的解釈を採用するとしている。更に同判決は、定期審査で用いられる「必要」との文言が、無意味な結果を回避するために行われる規則制定手続で用いられるものと同じであるとの FCC の解釈を肯定し、当該解釈が通信法に違反しないと結論づけている。また同判決は、「必要な」に関する FCC 解釈について、「本質的」(essential) 又は「不可欠」(indispensable) との意味ではなく、「有益」(useful) 又は「妥当」(appropriate) との意味であるとのそれまでの連邦控訴裁判例と合致しているとしている。

以上の *Cell* 判決をふまえて第 3 巡回区連邦控訴裁は、「……第 11 条の『必要』との文言を『不可欠』と定義することを否定する根拠が、第 202 条 (h) でも適用される」とし、その根拠として、第 11 条と第 202 条 (h) は、法律上別個の規定であるが、同一の法律上のものであること、第 202 条 (h) が第 11 条に基づく規制改革審査の一部として定期的な審査を義務づけていることをあげている。更に同裁判所は、第 202 条 (h) 前段を、FCC に対して公共の利益にとって不可欠か否かを判断するよう命じていると解釈することは、FCC に対して「もはや公共の利益のためにならないと判断したすべての規制を廃止又は緩和」するよう命じる同条後段の趣旨と合致しないと指摘し、「『判断』に関する解釈が意味のあるものとなるために『必要』は、連邦議会が『廃止又は緩和』との指示において採用したものと同一の『明白な公共の利益』(plain public interest) 基準を採用しなければならない」と結論づけている²⁷。それと同時に同裁判所は、FCC が「必要」を「適切」(convenient)、
「有益」又は「妥当」と定義することは、何らの先例も逸脱していないとの立場を明らかにしている。そして、第 202 条 (h) 上の放送メディア所有規制が「公共の利益」に資する

²³ 373 F.3d at 391.

²⁴ *Sinclair Broadcast Group, Inc. v. FCC*, 284 F.3d 148, 159 (D.C. Cir. 2002) (citing 280 F.3d at 1048).

²⁵ *Cellco Partnership v. FCC*, 357 F.3d 88, 94-98 (D.C. Cir. 2004).

²⁶ 373 F.3d at 393-94.

²⁷ *Id.* at 394.

か否かの判断において同裁判所は、「必要」が、「本質的」又は「不可欠」ではなく、「適切」、「有益」又は「有用」(helpful)との意味を有するものとして解釈すべきであると結論づけている。

次に同裁判所は、「もはや公共の利益のために必要ではないと判断したすべての規制を廃止又は緩和」との文言の解釈について検討している²⁸。同裁判所は、第 202 条 (h) が規制緩和を基調としたものであるとの認識を示しつつも、「そこから『公共の利益に資するよう廃止又は緩和』との指示が、一方通行的な方向にしか運用しなければならない、すなわち、FCC が時代遅れの規制を減らすためにのみ審査プロセスを利用することができる」と理解しない」として、公共の利益に資さないものはすべて廃止すべきとの見解を否定している。その根拠としては、この見解が、「緩和」との文言と FCC が公共の利益に資するよう活動するとの命令を無視していることがあげられている。更に同裁判所は、FCC が公共の利益がより厳格な規制を要請していると合理的に判断した場合どうなるのかとの問題提起を行い、FCC がそのような判断を行う権限を否定されているわけではなく、明確な連邦議会の指示がないと指摘している²⁹。そして同裁判所は、第 202 条 (h) が現行規制の定期的な正当化を FCC に対して命じていることから、同条が規制緩和に親和的であると指摘した上で、「施行された時点で有益であると考えられた規制は、有益なものであり続けなければならない。もしそうでなければ、その規制は、廃止又は緩和されなければならない」との見解を示している。

(2) 新聞・放送相互所有規制の合憲性及び「公共の利益」との関係

本件判決において第 3 巡回区連邦控訴裁は、新聞・放送相互所有規制の在り方について、①当該規制と連邦憲法修正第 1 条、②通信法第 202 条 (h) に基づいた審査の中で提示された DI の当否との 2 つの点を検討している。

まず①の修正第 1 条上の問題に関する検討について同裁判所は、当該規制に適用される合憲性判断基準について検討している³⁰。その際同裁判所は、多メディア・多チャンネル化によって電波の有限稀少性が解消ないしは大幅に緩和されたとの見解について、「確かに現在は、NCCB 判決が下された 1978 年より多くのメディア（ケーブル、インターネット、衛星放送等）が存在する。しかし、これらのメディアが地域のニュース及び情報のソースとして見解の多様性に著しい貢献をしていると考えることはできない」として、有限稀少性が緩和されていないとの立場を明らかにしている。また同裁判所は、「NCCB 判決において連邦最高裁は、電波の『物理的稀少性』…に言及した。多くの非放送メディアが存在することが、放送電波をより稀少でないものとはしない」とも指摘しており、稀少性が、単なる物理的意味での電波の稀少性を対象とするのではなく、当該地域に提供される情報の多様性を対象とする、いわば社会的な意味での稀少性を問題とすべきとの立場をとっている。

²⁸ *Id.* at 394-95.

²⁹ *Id.*

³⁰ *Id.* at 398-99.

その上で具体的な合憲性判断基準の在り方について同裁判所は、「FCC の新聞・放送局の相互所有規制に合理性の基準を適用し、当該規制が実質的政府利益と合理的に関連付けられるのであれば、その合憲性を支持する」と述べて NCCB 判決を踏襲して合理的関連性テストを適用している。そして、「…FCC は、見解の多様性における公共の利益を促進するとして、新聞・放送局共同所有規制の存続を正当化した…。連邦最高裁は、相互所有規制が見解の多様性における公共の利益を促進する合理的な手段であると判示した」として、新聞・放送相互所有規制の合憲性を支持している。

以上をふまえて同裁判所は、FCC による新聞・放送相互所有の包括的禁止の廃止の当否について、地域性及び情報の多様性の確保の観点から検討している³¹。

まず地域性の確保の観点について同裁判所は、FCC が地域性の確保において地域のニーズ及び関心に対応した番組選択、並びに地域ニュースの量と質を考慮としたことを評価している。そして祖父条項によって相互所有禁止以降も存続が認められていた新聞社所有の放送局が、他の放送局よりも多量かつより良質の地域ニュースを制作しているとの事実認定に基づいて、FCC が新聞・放送相互所有禁止が地域性の確保に関する利益を減少させていると結論づけたことを支持している。その中で、FCC が漠然とした事実のみに基づいて政策決定をしているとの主張に対して同裁判所は、FCC が単に統計的事実認定を例証するために事実考証に基づかない証拠を用いているだけであり、地域性の確保に関する自らの結論の全体的根拠として事実考証に基づかない証拠に基づいていないと指摘して、漠然とした事実のみに基づいた政策決定が行われてはならず、また地域性の確保が、客観的かつ実質的な政府利益であると認定している。

次に情報の多様性の確保の観点について同裁判所は、所有が通常見解に影響を与えるとの前提を崩す証拠を FCC が認定したが、その逆を肯定する証拠は認定しなかったこと、他のメディア・ソースが地域市場での見解の多様性に貢献していると認定する一方で、インターネット及びケーブルが新聞及び放送によって提供される見解に完全に代替すると認定しなかったことに注目している。そして同裁判所は、「競争、地域性及び多様性に関する公共の利益の調整という FCC の目標を前提として、FCC は、ある程度の相互所有規制の存続が情報の多様性の確保にとって必要である一方で、相互所有禁止の廃止が、競争維持及び地域性の確保に必要であると合理的に結論づけている」として、FCC の判断を支持している。

以上の新聞・放送相互所有規制の合憲性をうけて、次に同裁判所は、②の問題のうち、特に DI におけるメディアの位置づけに関する FCC の判断の当否について検討している³²。まず同裁判所は、基本的な事実認識として、地域市場においてケーブル及びインターネットが放送及び新聞によって提供される見解の多様性を補完するものであり、程度の問題は別として、ケーブル及びインターネットが見解の多様性に貢献しているとの FCC の認定を支持している。

³¹ *Id.* at 399-402.

³² *Id.* at 402-408.

しかし同裁判所は、FCC が相互メディア規制の正当化づけにおいてインターネットに過度の重点をおいているとも指摘している。そこで同裁判所は、「独自の地域ニュースのソースとなるウェブサイトと、地域の新聞社及びテレビ局が既に紙上や番組で報じた情報を再公表するだけのウェブサイトには、決定的な違いが存在する。後者は、『独自の』見解を提示しておらず、地域市場での多様性への貢献を行っているととらえることはできない」と結論づけて、FCC に差し戻し、再審理を命じている³³。

この中で同裁判所は、それぞれのメディアの社会的役割・機能に基づいた民主主義的側面での相違も明らかにしている。そこではまず、内容に関して新聞・放送といったメディアは、(程度は異なるが) 地域の特定の関心事項についてチャットルームに投稿する個人にはできない方法で、地域ニュースを正確かつ深く報道していると指摘されている。更に、より重要なものとして、メディアが、個人又は組織のウェブサイトとは全く異なった性格を有しており、全く異なった方法で見解の多様性に貢献している点も、指摘されている。この中で同裁判所は、とりわけメディアが情報の抽出機能(何が興味深く、重要で面白いのか判断する)と同時に集約機能(ニュース、情報を 1 か所に集める)を有していることに注目している。そこでは個人(公職候補者等)及び組織(自治体又はコミュニティ団体等)が、地域の関心事項に関する情報及び意見を発信することができるが、これらの個人、組織は、それ自体としては、メディアではないとされている。その上で同裁判所は、インターネットが、民主主義における市民の義務を市民が履行するためのツールとしては有益であるが、見解の多様性の観点から自治体は、それ自体としてはメディアではなく、情報を発信するために偶然インターネットというメディアを利用しているだけであると指摘している。

更に FCC が、インターネットがどこでも利用可能なものである一方で、地域ケーブル・ニュース・チャンネルが限られた市場でのみ利用可能であることから、ケーブルとインターネットが異なったものであると判断したことについて同裁判所は、「インターネットが地域ケーブル・ニュース・チャンネルよりも利用しやすいということが、インターネットが独自の地域ニュースを提供していることを意味しない」と指摘し、差戻審理において FCC は、DI の対象となるメディアからインターネットを除外するか、ケーブルを除外してインターネットを含めることに関するより合理的説明のいずれかを行うよう命じている。同時に同裁判所は、メディア別の市場シェア配分に関する実証的データの不採用等に関する FCC の理由づけが非現実的なものであり、また DI に関する FCC の全体的アプローチ及びそこで提示された根拠理由と合致しないことも指摘している。

そして同裁判所は、「市場の DI に関する指数のどこに許容できる又はできないラインを引くのかを決定する際に、FCC は敬意を払われてしかるべきであるが、当裁判所は、当該ラインが明らかに矛盾した方法で引かれることを肯定しない」として、FCC の DI 判断手続に

³³ そして同裁判所は、FCC が実施したアンケートの中で、地域ニュースにアクセスするためにインターネットを利用するとした回答者の総数から、主に後者のようなウェブサイトを重視しているとした回答者を除外すべきであるとしている。Id. at 407.

明らかな裁量権の逸脱があったと認定している。その際同裁判所は、特に相互メディア規制が、他では承認されえない企業合併よりも DI 指数が高い企業合併の幾つかを承認している点を問題視している。

(3) 2006 年規制審査報告

以上の第 3 巡回区連邦控訴裁判決をうけて FCC は、再び新聞・放送相互所有規制について審査し、2006 年規制審査報告書において新たな規則を制定した³⁴。

その際 FCC は、新規則の趣旨として、「競争及び複数のヴォイスが存在する最大規模の市場においてのみ相互所有を認めるものとなる。同規則は、地域独占の著しい進行と多様性の毀損（きそん）を回避しつつ、地域ニュースの入手可能性と継続性を支援する必要性を衡量している」点をあげている。そして、この趣旨に基づいて FCC は、今後の新聞と放送の合併が、以下の条件に合致した場合に公共の利益に資すると推定し、当該合併を承認するとした。

ア 問題となる市場が、ニールセン (Nielsen) の上位 20DMAs (Designated Market Areas) の 1 つであること。

イ 合併が、単一の大手日刊新聞と単一のテレビ又はラジオ局のみに関するものであること。

ウ 合併がテレビ局に関するものである場合、当該合併手続が完了した後に、少なくとも 8 の独立に所有、運営される大手メディア・ヴォイス（大手新聞及び大出力テレビ局を含む）が存在すること。

エ 合併がテレビ局に関するものである場合、当該テレビ局が DMAs において上位 4 局にランクづけられていないこと。

一方 FCC は、以上の例外として、(1) 当該合併が、破綻（はたん）若しくは破綻（はたん）寸前の放送局又は新聞社に関するものである場合、(2) 当該合併が市場における地域ニュースの総量を著しく増加させる新たな情報ソースとなる場合、との 2 つの限定的な状況においても相互所有を認めるとした。

そして FCC は、以上の条件でもって個別の交渉を審査するとし、それぞれの審査においては、明白かつ確信にたる証拠をもって、当該合併後に合併組織が、その市場での別個独自のメディアの多様性（別個の編集及び報道に関する判断等）を増加させ、それぞれのニュース・ソース間の競争を増加させることが論証されなければならないとしている。そして FCC は、「それぞれの特定の合併作業の状況ごとに、メディア及び見解の多様性に関する公衆のニーズと、伝統的メディアの財務上の健全性に関する懸念を衡量する」ために、その審査において合併しようとする事業者が論証すべき具体的項目として次のものをあげている。

³⁴ 2006 Quadrennial Regulatory Review - Review of the Commission's Broadcast Ownership Rules and Other Rules Adopted Pursuant to Section 202 of the Telecommunications Act of 1996, Report and Order and Order on Reconsideration, 23 FCC Rcd 2010 (2008).

- ア 当該 DMAs における集中のレベル
- イ 合併組織が、その市場における地域ニュースの総量を著しく増加させることの証明
- ウ 新聞及び放送が、それぞれ独自の報道及び編集スタッフを雇用し、それぞれが独自の報道上の判断権を行使できることに関する証明
- エ 合併が提案されている新聞又は放送局の財務状況

4 おわりに

以上の検討から、*Prometheus* 判決を中心とした新聞・放送相互所有規制の在り方に関する議論について、以下の点を指摘することができる。

まず市場主義論、民主主義論それぞれの立場から、最近の連邦控訴裁レベルでの判断状況をみると、市場主義論からは、*Fox* 判決、*Sinclair* 判決を支持して、市場競争原理が有効に機能しない極めて例外的な状況を除いて規制が廃止されるべきであろうが、*Prometheus* 判決のように、民主主義論には明確に言及しないまでも、市場主義論とは距離をおき、合理的根拠が提示される場合には規制が存続されうるとの立場も支持されている。ただ、*Prometheus* 判決でも指摘されているように、ここでは、連邦最高裁が放送メディア規制の根拠として有限稀少性、社会的影響力を破棄しておらず、連邦控訴裁もこれらの根拠を覆すほどの証拠を認定できないということに注意しなければならない。

そして *Prometheus* 判決は、放送メディア政策の基本理念の観点から、新聞・放送相互所有規制の在り方について検討している。ここで注目すべき点は、*Prometheus* 判決において基本理念の内容の具体化、詳細かつ実証的なデータに基づいた規制の在り方に関する議論が前提とされている点である。これは、市場主義論の影響によるものであるといえ、それぞれの理念の具体化及びそれを根拠づける実証的なデータの分析、理念の達成に関する詳細な判断基準の構築が行われている。

しかし一方で、どのように基本理念を具体化していくか、また実証的なデータによる分析になじまない要素をいかにとらえるべきか等の問題も存在する。*Prometheus* 判決では、新聞・放送相互所有規制を正当化する情報の多様性とは何か、また多様な情報が存在するとはいかなる状態かに関する明確な判断基準とは何かが検討され、少なくとも FCC が提示した DI には問題点が多いとされている。特にここでは、DI の内容として、対象メディアの範囲、「市場」のとらえ方、すなわち経済の自由市場と思想の自由市場の違いが問題となっている。

対象メディアの範囲について FCC は、CATV を除外してインターネットを含めたが、その判断基準となったのが、国民が CATV 独自の情報に容易にアクセスできるか否かである。CATV が提供する地域ニュースに特徴がない、万人が視聴可能ではないのも事実であろうが、*Prometheus* 判決も指摘するように、メディアの機能を考慮するならば、CATV をメディアの範囲から除外できないのではないかと思われる。逆にインターネットでは、*Prometheus* 判決も指摘するように、新聞社や放送局の公式サイトで、紙等で報じたニュースが掲載され

ることが多く、情報の多様性の観点から、独自のメディアとしてカウントすることには問題が多い等の指摘がなされうる³⁵。しかしながら、ジャーナリスト達が独自に、その専門的能力を駆使して取材し、ブログ等に公表し、他のメディアと同一視できるものも存在する。また、テレビや新聞によるやらせ、捏造及び誤報をインターネットが指摘する場合、更にインターネット上で問題提起され、その後メディアが詳しく報じる場合も多く存在する。このことから、CATV、インターネット等を一律に論じることは困難であり、間違いも多いと思われる。したがって、メディアの位置づけに関するより詳細な検討が必要である。

次に「市場」のとらえ方であるが、FCCは独占禁止法において用いられるHHIをアレンジしてDIを構築したが、これは経済の自由市場と思想の自由市場を同一視した考えであるといえる。2つの市場は、類似する部分が多いのも事実であるが、異なった部分も多い。例えば報道においてある新聞が重大な政治的事件をスクープした場合、スクープした新聞社にとっての経済的利益だけでなく、社会全体に与える影響も考慮されなければならないが、それを経済的視点から分析することは不可能に近い。思想の自由市場を独自のものとしてとらえ、独自の基準を構築する必要があると考えるべきである。

連邦控訴裁による差し戻しをうけて、FCCがDIを撤回した上で新たに定めた規則は、規制対象を限定して具体的な判断要素を提示している。そこでは、経済的視点以外のものも検討できるように試みられており、また合併後も編集上の判断を区別させる等、情報の多様性の確保の観点から必要な措置についても検討されている点も注目される。

以上の米国における新聞・放送相互所有規制に関する動向をふまえて、我が国の状況を見ると、以下の点を指摘することができる。

第1に、我が国の放送産業構造規制、特に放送メディア所有規制は米国と同様の3つの基本理念を採用しているが、その位置づけ、内容が具体化されていない。特に米国では、情報の多様性の確保が憲法上のものであり、最も重要な基本理念であるとされているが、我が国の場合、あまり明確化されておらず³⁶、並列対等なものとして位置づけられる場合もある。3つの基本理念は、矛盾対立する場合もあることから、対等なものではなく、優先順位をつけなければならないと思われる。また、我が国の放送メディア所有規制は基本的に市場主義論を採用して規制緩和を行っているように思われるが、情報の多様性及び地域性の確保の観点から、問題が多いと思われる。

第2に、我が国では、米国の新聞・放送相互所有規制に相当するものとして、マスメディア集中排除原則において3事業（新聞、中波ラジオ、テレビ）支配の禁止の原則が定められているが（放送局に係る表現の自由共有基準第3条）、例外規定が多く、形骸（けいがい）化しているとの指摘も少なくない。また2004年に明らかになった同原則違反事例をみても、現行規制が十分機能しているのかは、極めて疑問である。そこで、同原則を廃止させるのか、あるいは同原則を十分機能させるように規制を強化すべきなのか議論する必要

³⁵ BAKER, *supra* note 6 at 113-23 (2007).

³⁶ 例えば総務省『デジタル化の進展と放送政策に関する調査研究会最終報告』（平成18（2006）年10月6日）第2章「マスメディア集中排除原則の基本的考え方」（7-17頁）参照。

がある³⁷。また、この問題においては、米国と同様、情報の多様性の確保の観点から、新聞、テレビ、ラジオ及びそれら以外のメディアをどのように位置づけるかに関する議論も必要になると思われる。これらの議論において、ここで扱った米国の議論状況は、大いに参考になると思われる。

³⁷ この点に関する現在の議論状況につき、前掲総務省報告書 17 頁参照。

英国の電波メディアに対する苦情申立て — オフコムの活動

一橋大学法科大学院教授

ジョン・ミドルトン

1 はじめに

先進国における報道被害は、しばしば問題にされながらも、減少するどころか、むしろますます深刻になっているといっても過言ではない。メディアの過度な競争や営利主義は、深刻な人権侵害の原因となっており、今後、高度情報化社会において情報流通量が増加するにつれて、名誉毀損（きそん）やプライバシー侵害がますます増大することが予測される¹。

そのような被害を受けた者は、名誉毀損(libel)、プライバシー侵害・信頼違反(invasion of privacy/breach of confidence)、悪意虚偽(malicious falsehood; injurious falsehood)、トレスパス(trespass)、ニューサンス(nuisance)などを理由に裁判所に訴訟を提起することができる²が、訴訟の場合、長時間を要するばかりでなく、相当な費用がかかることはよく知られている。また、裁判所に救済を求める際には、それまで公開されていなかった個人情報や不名誉な情報を示唆するような証拠が法廷において被告側から提出されるため、ひとたび報道されることにより、被害者の屈辱感や困惑が増大するおそれもある³。そのような裁判所における救済よりも、裁判所以外の独立機関において迅速にかつ費用をかけずに救済を受けることの方が、多くの被害者にとってより魅力的になっている。

そこで、日本をはじめ、多くの国々において裁判外紛争解決・代替的紛争解決(alternative dispute resolution, ADR)が注目されている。メディア倫理・報道被害者救済論の分野では、パリ第2大学名誉教授であった故クロード=ジャン・ベルトラン(Claude-Jean Bertrand)教授⁴をはじめ、多くの研究者⁵が、これをメディア・アカウントビ

¹ 堀部政男「イギリスにおけるマスメディアをめぐる法と倫理」ジュリスト959号(1990年7月1日)56頁、同「イギリス・アメリカの名誉・プライバシー論」ジュリスト1038号(1994年2月1日)31頁参照。

² 拙稿「虚報被害者救済法の日本法的アプローチとコモンロー的アプローチ」一橋大学研究年報・法学研究28(1996年12月)241頁以下、同「イギリスの1998年人権法とプライバシーの保護」一橋法学第4巻第2号(2005年7月)37頁以下参照。

³ Ruth Gavison, “Privacy and the Limits of Law”, 89 *Yale LJ* 421 (1980) at 458; Hugo de Burgh, “Introduction: A Higher Kind of Loyalty?” in Hugo de Burgh (ed.), *Investigative Journalism: Context and Practice* (London and New York: Routledge, 2000), 19.

⁴ Claude-Jean Bertrand, *Media Ethics and Accountability Systems* (New Brunswick, USA and London: Transaction Publishers, 2000); Claude-Jean Bertrand, *An Arsenal for Democracy: Media Accountability Systems* (Cresskill, New Jersey: Hampton Press, 2003); クロード=ジャン・ベルトラン(前澤猛訳)『世界のメディア・アカウントビリティ制度 — デモクラシーを守る七つ道具』(明石書店、2003); 同(前澤猛訳)『メディアの倫理と説明責任制度(アカウントビリティ・システム) — 「情報の自由」と「品質管理」のためのテキスト』(明石書店、2005)参照。

リティ制度(media accountability systems, MAS)の一種として取り上げている。これは、法的救済方法がなく、又は裁判所で訴訟を遂行する経済力のない被害者にとっては、唯一の有効な救済方法となる。

本稿では、電波メディアに関するメディア・アカウンタビリティ制度の代表的なモデル⁶として世界的に注目を集めてきている英国のオフコム(通信放送庁・Office of Communications, Ofcom)の機能、救済方法、実績、評価などに焦点をあてながら、どのようなADRモデルが報道被害者にとって有効であるかについて検討したい。

2 オフコムの設立への道 — 従来の電波メディア規制機関

オフコムは、2002年通信放送庁法(Office of Communications Act 2002)及び2003年通信放送法(Communications Act 2003)⁷の規定に基づき、2003年12月に、従来の独立テレビジョン委員会(Independent Television Commission, ITC)、放送基準委員会(Broadcasting Standards Commission, BSC)、オフテル(電気通信庁・Office of Telecommunications, Oftel)、ラジオ庁(Radio Authority, RA)、及びラジオ通信庁(Radiocommunications Agency)に代わって設立された。それは、情報のデジタル化がますます進んでいるメディア融合時代に適したスーパー規制機関(独立行政法人)として、現在、英国のテレビ放送、ラジオ放送、電気通信、及び無線通信サービスに対して権限を持っている。

まず、その設立の背景にあった様々な放送規制機関の歴史を振り返って見よう。

(1) 英国放送協会(BBC)と独立放送規制機関(IBA)

英国放送協会(British Broadcasting Corporation, BBC)は、1954年まで英国の放送を独占していた。同年の民間放送の開始に合わせて、独立放送規制機関(Independent Broadcasting Authority, IBA)が、政治報道の公平性や番組の品位を確保するために設置された⁸。

当時の放送に対する苦情の処理は、被害者が直接に放送事業者と文通し、当該プロデューサーが自ら適当と考える方法でその苦情を考慮するか拒絶するかという未発達なもので

⁵ 例えば、田島泰彦「自主規制とプレス倫理 — メディア責任論とプレス倫理制度を中心に」、稲葉三千男・新井直之・桂敬一編『新聞学〔第3版〕』(日本評論社、1995)第3章第4節；浅野健一・山口正紀『匿名報道 — メディア責任制度の確立を』(学陽書房、1995)；浅野健一「報道と人権 — メディア責任制度を確立せよ。」潮(1995年10月号)238頁；Reva Khetrapal, “Promoting Ethical Standards: Perspectives from Press Councils” in Venkat Iyer (ed.), *Media Ethics in Asia: Addressing the Dilemmas in the Information Age* (Singapore: Asian Media Information and Communication Centre (AMIC), 2002), ch. 12; Denis McQuail, *Media Accountability and Freedom of Publication* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2003)参照。

⁶ これは、決して「世界一」や「理想のモデル」を意味していないことを断っておきたい。

⁷ 詳しくは、国際通信経済研究所『英国通信法 — Communications Act 2003の解説と翻訳』(国際通信経済研究所、2004年3月)参照。

⁸ Geoffrey Robertson QC and Andrew Nicol QC, *Robertson and Nicol on Media Law* (5th ed.) (London: Sweet & Maxwell, 2007), 866.

あった⁹。第三者による放送の監督の導入を求める声に（こた）えて、BBC 及び IBA は、1971 年に、その内部苦情処理機関として、それぞれ番組苦情処理委員会 (Programmes Complaints Commission) と苦情審査委員会 (Complaints Review Board) を設置した。しかし、両機関とも BBC・IBA からの独立性を十分に持ち得ず、その存在と活動が広く国民に知られることもなく、また市民の苦情に対する判断の結果を広く公表されることもないなど、極めて不満足な役割しか果たしていなかった¹⁰。

1977 年 3 月に、放送の将来に関する委員会 (Committee on the Future of Broadcasting) (アナン委員会、Annan Committee) は、当時の両機関が、調査を行うに当たって几帳面 (きちょうめん) で賢明で公平であるにもかかわらず、その構成員を任命する放送事業者と密接な関係があるため、一般市民の信頼を得ていない、と報告した¹¹。また、BBC がその番組苦情処理委員会による裁定に拘束されておらず、IBA の苦情審査委員会が広告に関する苦情申立てを受理していないという問題点も指摘した。その結果、同委員会は、BBC の番組苦情処理委員会の線に沿って、すべての放送事業者に対する苦情申立てを処理する統一された機関の設立を勧告した。

(2) 放送苦情処理委員会 (BCC)

アナン委員会の報告書を受けて、放送苦情処理委員会 (Broadcasting Complaints Commission, BCC)¹² が、1980 年放送法 (Broadcasting Act 1980) の規定¹³ に基づいて設立され、1981 年 6 月から活動を開始した。その後、同委員会の構成は、1981 年放送法第 3 部 (Part III of the Broadcasting Act 1981) 及び 1990 年放送法第 5 部 (Part V of the Broadcasting Act 1990) によって変更されたが、その権限が大きく変わることはなかった。

BCC は、1981 年放送法並びに 1984 年ケーブル及び放送法 (Cable and Broadcasting Act 1984) に基づいて権限を行使した。その任務は、(a) 実際に放送されたラジオ若しくはテレビ放送番組における不当若しくは不公平な取扱い (unfair or unjust treatment)、又は (b) そのような放送番組におけるプライバシーの不当な侵害、若しくはそのような放送番組に含まれる素材の取得に関連するプライバシーの不当な侵害 (unwarranted infringement of

⁹ Thomas Gibbons, "The Role of the Broadcasting Complaints Commission: Current Practice and Future Prospects" in Eric M. Barendt, Stephen Bate, Julian Dickens and James Michael (eds), *The Yearbook of Media and Entertainment Law 1995* (Oxford: Clarendon Press, 1995), 129.

¹⁰ 田島泰彦「イギリスにおけるマスメディアと市民の権利 — 苦情申立制度の考察」、清水英夫編『マスコミと人権』(三省堂、1987) 219 頁参照。

¹¹ *Report of the Committee on the Future of Broadcasting* (Cmnd 6753, 1977), paras 6.11-6.18. アナン委員会報告書については、堀部政男「イギリスにおける放送制度改革の動向 — アナン委員会報告書を中心に」、伊藤正己編『放送制度 — その現状と展望』(日本放送出版協会、1978) 107 頁以下参照。

¹² BCC については、堀部政男「イギリスの放送苦情処理委員会 — その権限と活動」月刊民放 (1991 年 9 月号) 23 頁以下; Gibbons (1995), 129-159; 田島泰彦「苦情申立制度と放送の自由 — イギリス・放送苦情委員会の経験」、『変革期のメディア』ジュリスト増刊・新世紀の展望 1 (1997 年 6 月) 232 頁以下参照。

¹³ *Broadcasting Act 1980*, ss. 17-25.

privacy in, or in connection with the obtaining of, material included in such programmes)について申し立てられた苦情を審理し、かつ裁定を下すことであった¹⁴。BCCは、収録のみで放送には至らなかった番組に関する苦情や、番組の水準や質などについての苦情は取り扱わなかった。

BCCは、裁定を下したとき、関係放送事業者に対し苦情申立ての要約及び委員会の認定又はその要約を、委員会の指定する方法及び期間内に公表するように指示することができた¹⁵。大部分の苦情の裁定につき、BCCは、BBCの場合はラジオ・タイムズ(Radio Times)誌に、民営放送局の場合はTVタイムズ(TV Times)誌に、裁定の要約を公表すべきことと、同じくその要約を放送すべきこととを、当該放送事業者に命じた。しかし、BCCは、放送事業者又は放送番組制作者に対し、苦情申立人への謝罪又は訂正放送及び金銭的救済をするように要求することはできなかった¹⁶。

(3) ケーブル放送規制機関と放送基準評議会

BCCのほかに、英国政府(サッチャー政権)は、1984年に、制定法に基づいてケーブル放送の内容を監督する権限を持つケーブル放送規制機関(Cable Authority)を設立した。また、1988年に、放送番組におけるセックスや暴力の描写を監視する放送基準評議会(Broadcasting Standards Council)を設立した。同評議会は、当初、制定法に基づかないものであったが、1990年放送法の規定により、セックスや暴力の描写に関する綱領を作成し、施行する権限を与えられた。

BCCが放送番組における不当又は不公平な取扱いやプライバシーの不当な侵害に関する苦情申立てを処理するという任務を有したのに対し、放送基準評議会は、放送番組の水準を監督する権限を行使したが、その役割分担については、一般市民がよく混乱していたようである。1997年におけるBCCと放送基準評議会を合併したBSCの設立は、各々の機関の運営コストを減少するとともに、この問題を解決することを目的としていた¹⁷。

(4) 独立テレビジョン委員会(ITC)

ITC¹⁸は、1991年1月に、IBA及びケーブル放送規制機関に代わって、ケーブル・衛星放

¹⁴ *Broadcasting Act* 1981, s. 54(1).

¹⁵ *Id.*, s. 57(1)-(2).

¹⁶ 田島泰彦「イギリスにおけるマスメディアと市民の権利 — 苦情申立制度の考察」、清水英夫編『マスコミと人権』(三省堂、1987) 224頁参照。

¹⁷ Geoffrey Robertson and Andrew Nicol, *Robertson and Nicol on Media Law* (4th ed.) (London: Sweet & Maxwell, 2002), 788.

¹⁸ ITCの活動については、Thomas Gibbons, *Regulating the Media* (2nd ed.) (London: Sweet & Maxwell, 1998), 250-262; Alistair J. Bonnington, Rosalind McInnes and Bruce McKain, *Scots Law for Journalists* (7th ed.) (Edinburgh: W. Green/Sweet & Maxwell, 2000), paras 24.67-24.75; Simon Gallant and Jennifer Epworth, *Media Law: A Practical Guide to Managing Publication Risks* (London: Sweet & Maxwell, 2001), ch. 13; Hugh Tomlinson QC (ed.), *Privacy and the Media: The Developing Law* (London: Matrix Chambers, 2002), paras 6.13-6.17; Michael Tugendhat QC and Iain Christie (eds), *The Law of Privacy and the Media* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2002),

送を含む、BBC 以外のテレビ放送サービスに免許を与え、また、サービス内容を規制する機関として設立された。同委員会は、1990 年放送法の規定に従い、免許を受けているサービスの提供において守らなければならない基準及び行動に関する綱領を作成し、施行し、更に必要に応じて改正しなければならない（第 7 条第 1 項(c)号）。また、ITC は、自ら適当と考える方法によってその綱領及びその改正を公表しなければならない（同条第 4 項）。

すべての免許保有者は、自ら放送するすべての番組が同綱領の規定に従うこと、及び、その要件を満たすのに十分な手続を経ていることを同委員会が確信するようにしなければならなかった。ITC は、1990 年及び 1996 年の放送法のもとで、綱領の遵守を監視し、苦情申立てを調査し、綱領に従わない免許保有者に対し罰金などの制裁を科す権限を有していた。

(5) ラジオ庁(RA)

RA¹⁹は、ITC と同様に、1991 年 1 月に、IBA 及びケーブル放送規制機関に代わってケーブル・衛星放送を含む、BBC 以外のラジオ放送サービスに免許を与え、また、サービス内容を規制する機関として設立された。

RA が BSC と協定書(Memorandum of Understanding)を交わした 2000 年 6 月以降、BSC は RA に代わってラジオ放送におけるプライバシー侵害・不公正に関する苦情を取り扱うようになり、RA は引き続き免許関連の水準に関する問題を取り扱った²⁰。

(6) 1990 年と 1996 年の放送法による改革

IBA に代わって ITC 及び RA を設立するために規定を設けた 1990 年放送法は、IBA による、論争を呼ぶような番組の試写（放送前の検閲）に代わって、ITC 及び RA による「より軽い規制」(“lighter touch” regulation)を導入するものであった²¹。放送前の検閲に代わる、ITC による新しい制裁は、警告や罰金から免許取消にまで及んだ。

当時の番組制作者は、管轄権が多少重なっている、ITC、BBC、BCC、RA、及び放送基準評議会という各々の機関がそれぞれ作成した綱領をすべて遵守しなければならないために困惑していた²²。各々の綱領の内容が多少異なっていたため、例えば最初に BBC や ITC へ苦情を申し立てて成功しなかった申立人が、次に BCC や BSC へ申し立ててみて、最後に司法審査手続によりその裁定に対し異議申立てをしようとするという、三重の危険(triple

paras 13.24-13.28; Peter Carey and Jo Sanders, *Media Law* (3rd ed.) (London: Sweet & Maxwell, 2004), 242-244; Richard Keeble, *Ethics for Journalists* (2nd ed.) (London and New York: Routledge, 2009), 77-78 参照。

¹⁹ RA の活動については、Gibbons (1998), 250-262; Bonnington, McInnes and McKain (2000), paras 24.76-24.79; Gallant and Epworth (2001), ch. 14; Tomlinson (2002), paras 6.4-6.12; Tugendhat and Christie (2002), paras 13.33-13.34 参照。

²⁰ Keeble (2009), 78.

²¹ Robertson and Nicol (2007), 867.

²² *Id.* at 867-868.

jeopardy)にさらされるおそれがあった。デジタル・テレビ放送の導入のために規定した1996年放送法は、BCCと放送基準評議会を1つの新機関に合併したものの、1990年の枠組みを実質的には変更しなかった。

(7) 放送基準委員会(BSC)

BSC²³は、1996年放送法第5部(Part V of the Broadcasting Act 1996)に従って、1997年4月に、BCC及び放送基準評議会に代わって、すべてのラジオ・テレビ放送事業者(テレビテキスト・サービス・プロバイダーを含む)の放送に対する苦情を裁定する任務を持つ機関として設立された。同委員会は、苦情申立てを支持した場合、ITCがその免許保有者に対して当該苦情申立て及びその認定(又はその要約)を公表するように指示することを要求することができた。

BSCは、1996年放送法第107条の規定に従い、(a)放送番組における不当若しくは不公正な取扱い、又は(b)そのような放送番組におけるプライバシーの不当な侵害、若しくはそのような放送番組に含まれる素材の取得に関連するプライバシーの不当な侵害を防ぐための原則及び行為について指導する綱領を作成し、必要に応じて改正しなければならなかった(第1項)。英国のすべての放送事業者及び放送規制機関は、その機関の綱領及びガイドラインの中でこの綱領の規定の一般的効果を反映しなければならなかった(第2項)。

BSCの最初の「公正性及びプライバシーに関する綱領」(Code on Fairness and Privacy)は、1997年11月に公表され、翌年1月1日に施行された。

2000年12月に、英国政府(ブレア政権)は、BSC、ITC、及びRAを統合して新たに単一の放送規制機関・オブコムOfcomの設立を提案する白書「通信の新たな未来」(A New Future for Communications)²⁴を公表した。

次に、2003年12月に導入されたその新しいメディア・アカウントビリティ制度の在り方について紹介したい。

²³ BSCの活動については、Nicholas Reville, *Broadcasting Law and Practice* (London, Dublin and Edinburgh: Butterworths, 1997), ch. 12; Gibbons (1998), 264-274; Bonnington, McInnes and McKain (2000), paras 24.36-24.38; Vincent Nelson, *The Law of Entertainment and Broadcasting* (2nd ed.) (London: Sweet & Maxwell, 2000), ch. 33; Gallant and Epworth (2001), ch. 15; Lord Alf Dubs, “The Broadcasting Standards Commission and Privacy Complaints” in Damian Tambini and Clare Heyward (eds), *Ruled by Recluses? Privacy, Journalism and the Media After the Human Rights Act* (London: IPPR, 2002), ch. 5; Tomlinson (2002), paras 6.4-6.12; Tugendhat and Christie (2002), paras 13.24-13.25 and 13.29-13.32; House of Commons Culture, Media and Sport Committee, *Privacy and Media Intrusion: Fifth Report of Session 2002-03, Volume 1 (Report, Together With Formal Minutes)* (HC 458-I) (London: The Stationery Office, 2003), paras 25-27, 30 and 32-33; “Memorandum Submitted by the Broadcasting Standards Commission (BSC)”, House of Commons Culture, Media and Sport Committee, *Privacy and Media Intrusion: Fifth Report of Session 2002-03, Volume 2 (Oral Evidence and Written Evidence)* (HC 458-II) (London: The Stationery Office, 2003); Carey and Sanders (2004), 244-247; Keeble (2009), 76-77 参照。

²⁴ *A New Future for Communications* (Cm 5010, 2000).

3 オフコムの放送綱領

オフコムの放送綱領(Broadcasting Code)は、2003年通信放送法第319条及び1996年放送法第107条・第130条のもとで作成され、2005年7月25日に施行された²⁵。これは、1998年人権法及びECの「境界なきテレビ」指令(Television Without Frontiers Directive)²⁶の様々な規定に照らして、放送基準、公正性、プライバシー、広告、スポンサーシップなどについて規定していた従来のBSC、ITC、及びRAの6つの番組綱領の内容を、大幅に改正して1つの明確な規則・原則の枠組みにまとめたものである。

ちなみに、同綱領が採択されるまでは、BSC、ITC、及びRAのそれぞれの綱領が従来どおり適用されていた。また、その従来の規制機関により下された様々な裁定は、現在オフコムの重要な先例として参考にされている。

同綱領は、テレビ・ラジオ放送を対象にしているが、後述するように、BBCの一部のコンテンツは適用除外となっている。民間放送事業者は、オフコムが付与している放送免許の条件として綱領を遵守しなければならないことになっているのに対し、BBCは、文化・メディア・スポーツ大臣(Secretary of State for Culture, Media and Sport)と結んでいるBBC協定書(BBC Agreement)²⁷の中で義務を負うことを承諾している。

放送綱領は、2003年通信放送法第319条第2項及び1996年放送法第107条第1項に記載されている目的を反映して、次のような10項目からなっている。

第1章 未成年の保護 (Protecting the under-eighteens)

第2章 被害と不快 (Harm and offence)

第3章 犯罪 (Crime)

第4章 宗教 (Religion)

第5章 適切な公平性と適切な正確性及び見解・意見の不適切な突出 (Due impartiality and due accuracy and undue prominence of views and opinions)

第6章 選挙と国民投票 (Elections and referendums)

第7章 公正性 (Fairness)

第8章 プライバシー (Privacy)

第9章 スポンサーシップ (Sponsorship)

第10章 商品への言及、その他 (Commercial references and other matters)

このうち、第5章、第6章、第9章、及び第10章は、国民が納める受信許可料(licence fee)又は国が与える補助金(grant in aid)からの資金により提供されるBBCのサービス(す

²⁵ 詳しくは、James Grant, “Ofcom Broadcasting Code”, [2005] *Ent LR* 182; 後藤登「英国における放送番組の『公平・公正性』 — 放送通信庁の『放送コード』と『苦情処理事例』」月刊民放(2007年5月号)28頁以下参照。

²⁶ *Television Without Frontiers Directive* (EC Directive 89/552/EEC, as amended by EC Directive 97/36/EC).

²⁷ Department for Culture, Media and Sport, *Broadcasting: An Agreement Between Her Majesty's Secretary of State for Culture, Media and Sport and the British Broadcasting Corporation* (Cm 6872, July 2006).

なわち、BBC の国内公共放送) には適用しない。そのようなコンテンツは、BBC トラスト(BBC Trust)により規制されている。

オフコムは、各項目の内容について、定期的にアップデートされるガイダンス注釈(Guidance Notes)を公表しているが、これらは、放送事業者を拘束するものではない。

本稿では、プライバシーに関する第 8 章の規定に焦点をあてることにする。

4 オフコムへの苦情の申し立て方

オフコムは、2003 年通信放送法のもとで、実際に放送された番組における不当若しくは不公平な取扱い、又はそのような放送番組におけるプライバシーの不当な侵害、若しくはそのような放送番組に含まれる素材の取得に関連するプライバシーの不当な侵害について申し立てられた苦情を審理し、かつ裁定を下す権限を持っている。

オフコムへ申し立てられる苦情は、放送綱領の第 1 章～第 6 章・第 9 章～第 10 章に基づく「番組基準」に関するものと、第 7 章～第 8 章に基づく「公正性・プライバシー」に関するものに大きく類別されている。番組基準関連の苦情については、一般視聴者が申し立てることができるのに対し、公正性・プライバシー関連の苦情については、直接の利害関係者(the person affected) (又は書面により任命された代理人) に限定されている。直接の利害関係者とは、放送番組により直接影響を受けた個人、団体、企業体などを指す。

ここで、公正性・プライバシーに関する苦情の申し立て方について紹介したい。

放送綱領第 7 章 (公正性)・第 8 章 (プライバシー) の違反に当たると思われる放送番組に関する苦情を申し立てたい者は、まず、その放送事業者に連絡するよう勧められている。各放送事業者の連絡先は、オフコムのウェブサイト²⁸で公開されている。しかし、申立人は、それを欲しない場合やその放送事業者の対応に不満を抱く場合、オフコムが公表している「公正性・プライバシー関連の苦情処理のための手続」(Outline Procedures for Handling Fairness and Privacy Complaints) という文書を読んでから、「公正性・プライバシー苦情申立書」(Fairness and Privacy Complaint Form)に記入し、オフコム中央オペレーションズ(Ofcom Central Operations)の放送チーム(Broadcast Team)宛てに郵送・送信することになる。両文書とも、オフコムのウェブサイトからアクセスすることができる。

苦情申立人は、通常、ラジオ放送については放送から 32 日以内に、衛星・ケーブル放送については 50 日以内に、地上テレビ放送については 80 日以内に申し立てなければならない。それぞれの期間は、放送事業者が 1996 年放送法第 117 条や 2003 年通信放送法第 334 条により義務付けられている放送番組保存期間よりも 10 日ほど短縮されたものである。

ちなみに、オフコムに公正性・プライバシー関連の苦情を申し立てられた放送事業者は、1996 年放送法第 115 条第 4 項に従って、また、放送免許の条件として、苦情申立人がその放送事業者の保存している当該番組を視聴でき、また、可能な限りその反訳記録も閲覧できるように適切な用意をする義務を負う。

²⁸ その URL は、www.ofcom.org.uk となっている。

当該事件が現在英国の裁判所における訴訟の対象となっている場合や裁判所による救済方法の方が適切であると考えられる場合には、オフコムは、その苦情申立ての受理を拒否することとしている。この規則の結果として、放送前に信頼違反（プライバシー侵害）を理由に差止命令を申し立て、それが認められない場合、損害賠償を請求するために訴訟を続ける被害者は、オフコムに苦情を申し立てることができなくなることが指摘されている²⁹。

また、オフコムは、他の方法によって解決された苦情申立てを取り扱わないこととしている。例えば、苦情申立人が、オフコムによる調査よりも、「適切な解決」(appropriate resolution)である、当該放送事業者による詫（わ）び状、将来の番組を編集する約束、訂正放送などの提議を希望する旨を「公正性・プライバシー苦情申立書」の中に書いた上で、実際にそのような提議に同意した場合には、オフコムは、その調査を取りやめることになっている。

5 オフコムの苦情処理の過程

公正性・プライバシー関連の苦情申立てを受け付け、当該事件の担当者として対応する中央オペレーションズのケース・リーダー(Case Leader)は、当該放送事業者に対し、その申立書のコピーを郵送し、当該番組の録音・録画したものを 5 業務日以内に提出するように求める。ケース・リーダーは、それを視聴してからその苦情申立てを受理するか否かについて判断して、その結果を苦情申立人及び放送事業者の双方に通知する。そのような決定は、「受理決定」(Entertainment Decision)と呼ばれている。

苦情申立てが受理された場合には、ケース・リーダーは、放送事業者が 20 業務日以内に、(苦情申立人が希望した場合に限って)「適切な解決」を提議するか、当該苦情申立てに対して応答するよう要求する。「適切な解決」の提議がある場合には、苦情申立人は、10 業務日以内にそれに同意するか否か確認するよう求められる。

苦情申立人がその提議に同意しない場合には、ケース・リーダーは、通常、調査を開始し、放送事業者が 20 業務日以内に当該苦情申立てに対して応答するよう要求する。その文書を受け取ったケース・リーダーは、そのコピーを苦情申立人に郵送するとともに、当事者から他の情報を求める必要があるか否かを判断する。

すべての証拠が収集されると、ケース・リーダーは、苦情申立てを執行部公正グループ(Executive Fairness Group)と公正委員会(Fairness Committee)のどちらかに付託する。

複雑な問題を伴わない苦情申立てを裁定する執行部公正グループは、「支持された」、「一部支持された」、又は「支持されなかった」という予備決定(Provisional Decision)及びその決定理由を当事者に通知する。当事者は、10 業務日以内に、その予備決定にある誤りを指摘したり、その再審査のための理由を述べたりする機会を与えられる。双方とも再審査を申し立てない場合には、その裁定は、終局的なものとなり、そのコピーが当事者に郵送

²⁹ Helen Fenwick and Gavin Phillipson, *Media Freedom Under the Human Rights Act* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2006), 872.

される。

ケース・リーダー又は執行部公正グループによる決定に不満を抱く当事者は、10 業務日以内にその再審査を申し立てることができる。そのような再審査は、公正委員会により行われる。

公正委員会は、ケース・リーダー又は執行部公正グループにより付託される事件（例えば、複雑な問題を伴う苦情申立て）を裁定したり、ケース・リーダーによる受理決定又は執行部公正グループによる予備決定を再審査したりする。同委員会は、コンテンツ委員会（Content Board）の 3 名以上の委員から構成されており、必要に応じて会議を開いている。ある事件について聴聞会の開催が同委員会の理解を増すと考える場合には、それを開催することもある。

執行部公正グループとは異なって、公正委員会の裁定に対する再審査制度は存在しない。

6 BBC の苦情処理制度とオフコム

BBC の活動の一部がオフコムによる規制の対象となっており、また一部がオフコムの管轄権と重なっているため、オフコム及び BBC トラストは、2007 年 3 月に、今後とも建設的に協力するためにその関係や任務分担を明確にする協定書³⁰を結んでいる。それによると、BBC は、2003 年通信放送法及び 1996 年放送法のもとで、オフコムの放送綱領の中の一定の放送基準及び公正性に関する事項を遵守しなければならないものの、BBC の国内公共放送サービス（UK Public Broadcasting Services）における正確性・公平性については、BBC トラストのみが権限を有することとなっている。したがって、BBC の国内ニュース番組における誤報・虚報は、オフコムによる規制の適用除外とされている。

オフコム放送綱領が適用されている BBC の番組により被害を受けている者は、同時にオフコム及び BBC 苦情処理部（BBC Complaints）³¹の双方に苦情を申し立てることができる。例えば、プライバシーについては、BBC も、2005 年 7 月 25 日にオフコム放送綱領と同時に施行された BBC 編集ガイドライン（BBC Editorial Guidelines）の第 6 条に詳細な規定を設けるとともに、第 18 条にオフコム放送綱領を編入している。BBC がプライバシー侵害の被害者に提供している救済方法が、オフコムとは多少異なっているため、被害者のニーズによっては双方へ申し立てるメリットもある³²。

7 2007 年度におけるオフコム中央オペレーションズの実績

2008 年 3 月 31 日に終了した 2007 年度に、オフコム中央オペレーションズは、16 万 6,600 件以上の電話による苦情に応じ、7 万件以上のインターネット・フォーム、電子メール、手

³⁰ *Memorandum of Understanding Between the Office of Communications (Ofcom) and the BBC Trust* (March 2007).

³¹ そのウェブサイトの URL は、www.bbc.co.uk/complaints となっている。

³² Sir Michael Tugendhat and Iain Christie (eds), *The Law of Privacy and the Media: Second Cumulative Supplement* (Oxford and New York: Oxford University Press, 2006), para. 13. 21.

紙、及びファクシミリによる苦情を受け付けた³³。そのようにして扱った約 23 万 6,600 件の各々のケースのうち、約 2 万 2,000 件 (9.3 パーセント) は、放送に関連するものであった。これに対し、電気通信に関する苦情は、15 万 2,000 件 (全体の 64.2 パーセント) にも達した。

苦情申立ての 9 割程度は、オフコムの他の部門 (専門グループ) に付託されないで中央オペレーションズ内で解決されるが、残りは、専門グループに付託された後も、それが解決されるまで中央オペレーションズによりフォローアップされる³⁴。放送関連の苦情については、中央オペレーションズで解決されないものは、コンテンツ・基準グループ (Content and Standards Group) に付託されることになっている。

2005 年度のオフコムの調査によると、当時のオフコム連絡センター (Ofcom Contact Centre) に電話をかけた苦情申立人の 85 パーセントは、その簡便さについて「満足した」又は「とても満足した」とのことである³⁵。

8 オフコムの救済方法

放送事業者が放送綱領に違反したか否か裁定するオフコムは、通常、その裁定結果及びその理由を公表することになっている。その各々の裁定を収録しているオフコム放送ブレイクイン (Ofcom Broadcast Bulletins) は、BSC、ITC、及び RA により下された様々な裁定のアーカイブとともに、常にオフコムのウェブサイトで公開されている。将来同様な問題が再び発生しないように、当該放送事業者に対してガイダンスを提供することもある。

オフコムは、2003 年通信放送法第 392 条により、綱領に従わない放送事業者に対し様々な制裁を科す権限を有している。放送事業者が綱領に違反していると判断する場合には、執行部 (Executive) は、当該事件をコンテンツ制裁委員会 (Content Sanctions Committee) に付託できる。同委員会は、オフコムが公表している「コンテンツ関連事件における制定法上の制裁のための手続」 (Outline Procedure for Statutory Sanctions in Content Cases) に従って制裁を決定する。

苦情申立てが支持 (又は一部支持) された場合には、オフコムは、当該放送事業者がその裁定の要約や訂正を放送したり、適切な刊行物に掲載したりするように指示することができる。苦情申立人及び放送事業者の双方は、その裁定の要約の内容についてコメントする機会を与えられる。オフコムは、謝罪を放送するように命じる権限は有していないが、自ら誤ったことを認める放送事業者が早い段階で謝罪するよう勧めている。

重大な事件では、オフコムは、放送事業者が再放送する前に当該番組又は事項を再編集したり、その再放送を取りやめたりするように指示できる。また、放送事業者が故意に、

³³ *Ofcom Annual Report 2007/8*, 19.

³⁴ 例えば、2005 年度に、苦情申立ての 93 パーセントは、当時のオフコム連絡センター内で解決された (*Ofcom Annual Report 2005/6*, 60)。これに対し、2007 年度の統計は、年次報告書では公開されていない。

³⁵ *Id.* at 87.

重大に、又は繰り返し綱領に違反している場合には、オフコムは、罰金を科したり、免許期間を短縮したり、免許を取り消したりすることができる。ただし、BBC に対しては、25 万ポンド（1 ポンドを 200 円とすると、5,000 万円）以下の罰金を科する権限を有するものの、その免許期間を短縮したり、免許を取り消したりすることはできない。

オフコムは、実際に、放送事業者の免許を取り消したことがある。例えば、2004 年 12 月に、オフコムの指示に従って重大な綱領違反を矯正しようとせず、また、その財政状態について実質的にオフコムを欺いたとみられる、当時破産手続中であったオークションワールド社(Auctionworld)というケーブル・テレショッピング・チャンネルの免許が取り消された³⁶。

しかし、公正性・プライバシー関連の苦情申立てについては、その被害者が数名にすぎないため、オフコムの最も重い制裁の対象となる可能性がほとんどないといえる³⁷。

9 虚報事件における制裁の実例

オフコムのような通信放送規制機関による制裁の実例として、オフコムの 1 つの前身である ITC が裁定した「ザ・コネクション」(The Connection) 事件³⁸が興味深い。

この事件では、ITC は、1998 年 12 月 18 日に、「ザ・コネクション」というドキュメンタリー番組にねつ造があったとして、それを制作・放送した事業者である、カールトン・テレビジョン社(Carlton Television)及びセントラル・テレビジョン社(Central Television)の親会社であるカールトン・コミュニケーションズ社(Carlton Communications)に対し、200 万ポンド（4 億円）の罰金を科するとともに、謝罪を放送するように命じた。

南米からロンドンまでのコロンビアのカリ(Cali)麻薬カルテルの新しいヘロイン経路に侵入し、撮影するのに成功した、麻薬の売買・消費に関する真面目（まじめ）なドキュメンタリーを装ったこの番組は、専らカールトン社のドキュメンタリー制作部により制作され、1996 年 10 月 15 日にセントラル・テレビジョン社で放送された。その後、業界の国際賞を 8 つ受賞し、15 ヶ国において放送されたが、結局、1998 年 5 月に公表されたガーディアン(The Guardian)紙の調査によって精巧なねつ造であるとして暴露された。

それまで虚報の存在を否定していたカールトン社は、半年にわたり事情を調べ、当該番組は ITC が番組綱領違反として指摘している 11 箇所のうち 10 箇所が実際に違反していることを認めた上で、それは放送されるべきではなかったとの結論に達した。それ以前に当該番組の関係役職者全員が辞職し又は解雇されていた。

ITC は、これらのねつ造が国内において 400 万人弱の視聴者を騙（だま）した「番組製作者と視聴者との間の徹底的な信用違反」に当たるものとして、その番組の野心の規模及び

³⁶ Adjudication of Ofcom Content Sanctions Committee in the case of Auctionworld Ltd (in administration) (17 December 2004).

³⁷ Tugendhat and Christie (2006), para. 13.34.

³⁸ Matthew Kieran, “The Regulatory and Ethical Framework for Investigative Journalism” in Hugo de Burgh (ed.), *Investigative Journalism: Context and Practice* (London and New York: Routledge, 2000), 157-158; Keeble (2009), 166.

その結果としての視聴者の欺きの程度を反映するために英国放送史上最大の罰金に当たる金額に決めた。その際、同委員会は、セントラル・テレビジョン社の免許を制限することも真剣に検討したことを明らかにするとともに、将来再び「同様に重大な」番組綱領違反が生じた場合、そうすることを躊躇（ちゅうちょ）しないと述べた。

この決定は、英国の放送のより高い基準を促進するものとして、プレス及び他の放送事業者に大いに歓迎された³⁹。

これに比べて、虚報の深刻さに対する現在の日本の態度はあまりにも甘いといわざるを得ない。この事件と同等に悪質と思われる、2007年1月に暴露された関西テレビ制作・フジ系ネットワーク放送の「発掘！あるある大辞典Ⅱ」ねつ造事件は、今後その格差の象徴となるであろう。

10 プライバシーに関する放送綱領の事項

「プライバシー」について規定している放送綱領第8章は、「放送事業者が放送番組における、又はそのような放送番組に含まれる素材の取得に関連するあらゆるプライバシーの不当な侵害を避けるのを確保すること」(To ensure that broadcasters avoid any unwarranted infringement of privacy in programmes and in connection with obtaining material included in programmes)を目的としている。

第8.1条は、「放送番組における、又はそのような放送番組に含まれる素材の取得に関連するあらゆるプライバシー侵害は、正当化されなければならない」(Any infringement of privacy in programmes, or in connection with obtaining material included in programmes, must be warranted)という規則を定めた上で、「正当化」(warranted)を定義している。

その定義によると、「正当化」とは、プライバシー侵害を正当化しようとする放送事業者が、当該事件においてそれがどのように正当であったか説明できることを意味している。その放送が公益のためであったと主張する放送事業者は、その公益がプライバシー権に優（まさ）ることを示すように要求される。公益の例として、犯罪を暴露又は探知すること、公衆の健康又は安全を保護すること、公衆に誤解を与えるような個人又は団体の発言を暴露すること、公衆に影響を及ぼす無能力を暴露することなどが考えられる。

更に、同章は、「should」という言葉を繰り返しながら、「私生活、公的場所、及びプライバシーの正当な期待」(第8.2条～第8.4条)、「同意」(第8.5条～第8.8条)、「情報・音響・映像の取得とその素材の再利用」(第8.9条～第8.15条)、「苦痛と苦難」(第8.16条～第8.19条)、及び「16歳未満の者と弱者」(第8.20条～第8.22条)に関して、放送事業者により「従われるべき慣例」について詳細に規定している。しかし、その慣例に従わない放送事業者は、その行動が不当なプライバシー侵害に当たらない限り、第8.1条の規則に違反しないとみなされる。

³⁹ “Carlton fined £2 million over documentary”, *The Guardian* (19 December 1998), 9; *ITC Annual Report 1998*.

ところで、第 8.1 条の「プライバシーの正当な期待」(legitimate expectation of privacy) の定義によると、その有無は、その場所及びその情報、活動、又は状況の性質、それが既にパブリック・ドメインになっている程度、並びに当該個人が既に世間の目に触れているか否かによることになる。公的場所にいる人物が合理的にプライバシーを期待することができる場合もあることが認められている。また、公的場所における撮影・録音でも、その活動や状況の私的な性質からプライバシー侵害に当たり得る。捜査を受けている者又は世間の目に触れている者及びその家族・友人は、私生活を送る権利を有し続けるが、私的行動が正当な公益の問題につながることもある。

上述したように、オフコムは、放送事業者などの参考となるように、同章の内容について、定期的にアップデートされるガイドラインも公表している。

また、同章の内容は、欧州人権条約に保障されている表現の自由及びそれと競合する名誉・プライバシーの権利の均衡を保つために、欧州人権裁判所(European Court of Human Rights)及び英国の貴族院(House of Lords)⁴⁰が取っているアプローチと「根本的に調和している」として評価されている⁴¹。

11 1998 年人権法とオフコム

オフコムは、PCC と同様に 1998 年人権法のもとで「公の機関」(public authority)に当たるので、欧州人権条約上の権利と一致しないような行為をすることは違法となる(第 6 条第 1 項)。そのため、オフコムは、条約第 8 条のプライバシー権を保護しない場合には、人権法第 6 条のもとで訴訟を提起されることもあり得る。例えば、オフコムへの苦情申立てが成功しなかった場合には、その申立人は、オフコム及び政府が申立人の条約第 8 条のプライバシー権を保護していないと主張し、高等法院の司法審査手続によりその決定に対し異議申立てをすることも考えられる。

また、1998 年人権法第 12 条⁴²は、表現の自由を保障しているので、裁判所は、「ジャーナリスティック、文学的又は芸術的な素材」(journalistic, literary or artistic material)に関連した訴訟においては、欧州人権条約上の表現の自由の権利の重要性ばかりでなく、特別に「あらゆる関連したプライバシー綱領」(any relevant privacy code)をも考慮に入れなければならないことになっている(第 4 項(b)号)。「プライバシー綱領」とは何かについては定義されていないが、第 6 条の目的からすると、公の機関に当たるオフコムの放送綱領を含むことは明らかである。

⁴⁰ *Campbell v. MGN Ltd* [2004] UKHL 22, [2004] 2 AC 457, [2004] 2 All ER 995.

詳しくは、拙稿「イギリスの 1998 年人権法とプライバシーの保護」一橋法学第 4 巻第 2 号(2005 年 7 月) 37 頁以下参照。

⁴¹ Fenwick and Phillipson (2006), 873.

⁴² 同条は、裁判所が欧州人権条約上の表現の自由の権利の行使に影響を与え得る救済方法を与えるか否かを考える場合に適用される(第 1 項)。

12 プライバシー侵害事件の実例

Ofcomが不当なプライバシー侵害として認めている1つの実例としては、2児の母親である「P氏」(Ms P)が申し立てた、2004年8月12日にBBC1が放送した「保育所おとり捜査 — その真実」(Nurseries Undercover: The Real Story)という番組がある⁴³。この番組は、おとりレポーターが、数か所の保育所による幼児のケア及び教育水準局(Office for Standards in Education, Ofsted)による保育所の検査の有効性を調査するために、北マンチェスターにあるバンク・ハウス保育所(Bank House Day Nursery)で働き、隠しカメラを用いて幼児たち及びその保母たちの様子を撮影したものである。

子どもが昼寝するところを下着姿で撮られたという話を他の幼児の母親から聞いたP氏は、自分の子どもを撮った同様な映像の存在の可能性について心配して、BBCに対し、当該番組への自分の子どもの登場について一切同意しない旨を伝え、子どもが識別できるような形で登場しないという約束を得た。それにもかかわらず、P氏の子どもは、顔が少し見えるまま当該番組に数回登場した。更に、P氏は、BBCが放送前に取材の事実を保護者に知らせるために、保育所に自分の個人情報を教えてもらったことについても不満を抱いていた。

したがって、P氏は、下着姿で撮影された可能性のある2児及び無断で個人情報を調べられた自分が当該番組に含まれる素材の取得において、また、顔を放送された2児が当該番組において不当にプライバシーを侵害されたとして、Ofcomに苦情を申し立てた。しかし、子どもが実際に下着姿で撮影された証拠はなかった。

当該事件を裁定した公正委員会は、結局、そのような番組の取材において幼児の安全、プライバシー、及び保護のためにそのような撮影を避ける重要性を強調しながら、この場合、保育所における秘密撮影が、原則として、保育規制問題を暴露する公益、及び、そのような保育所が幼児に提供しているケアが適切なレベルに達しているか否かを知る公益によって正当化されたと裁決した。また、保護者に連絡するためにP氏の個人情報を調べたBBCの行為も、幼児の保護という点から正当化された。

このようにして、公正委員会は、当該番組の素材の取得はP氏及びその2児のプライバシーを侵害しなかったものの、放送された番組は実際に2児の顔を映すことによりそのプライバシーを不当に侵害したとして、苦情申立てを一部支持した。また、BBCがその裁定の要約を放送するように指導した。

13 Ofcomの最近の実績

2007年度に、コンテンツ・基準グループは、合計6万7,742件の苦情申立てを受理した⁴⁴。そのうち、6万7,548件は、放送基準に関連したもの(政治広告、広告の量や配分などに対する苦情を含む)であり、194件は、不公正やプライバシー侵害に関するものであった。

公正性・プライバシー関連の194件のうち、27件は公正委員会、167件は執行部公正グ

⁴³ Ofcom, *Broadcasting Bulletin 72* (30 October 2006), 38-42.

⁴⁴ *Ofcom Annual Report 2007/8*, 42.

ループにより処理された。

公正委員会により処理された 27 件の割合は、以下のとおりである。

- ・全面的に支持された件数 1 件
- ・一部支持された件数 13 件
- ・支持されなかった件数 13 件

また、執行部公正グループにより処理された 167 件の割合は、以下のとおりである。

- ・全面的に支持された件数 2 件
- ・一部支持された件数 7 件
- ・支持されなかった件数 38 件
- ・放送事業者の適切な対応の結果、解決された件数 7 件
- ・受理されなかった、又は、受理された後、中止された件数 113 件

公正性・プライバシー関連の「単純な苦情申立て」(straightforward cases)の 77.3 パーセントは「80 業務日以内に」、「複雑な苦情申立て」(complex cases)の 67.5 パーセントは「130 業務日以内に」処理された⁴⁵。これらは、オフコムが目標としている 80 パーセントより少ない。この問題について、オフコムは、制裁を伴った、テレビ・ラジオ番組の視聴者・聴取者コンテストへの応募手段としてプレミアム・レート電話サービス(premium rate telephone services)などの双方向サービスを利用して抽選方法・結果を偽った 5 件の深刻なねつ造事件及び「セレブリティ・ビッグ・ブラザー」(Celebrity Big Brother)というリアルティー番組(reality show)におけるいじめ・人種差別に対する 2007 年度の苦情申立ての空前の増加のために、制裁を伴わない苦情申立てを処理する人材の不足が発生したからである、と説明している⁴⁶。

14 オフコムの広報活動

オフコムは、常にそのウェブサイトにおいて充実したコンテンツを公開するとともに、数多くの印刷物を配布している。2005 年度に、約 1,000 件の文書がウェブサイトで公開され、延べ 6 万 7,000 部の印刷物が業界関係者や一般市民に配布された⁴⁷。

オフコムが独立のメディア評価分析者に委託した同年度の調査によると、英国の成人の 6 割が毎月新聞・定期出版物に掲載された、オフコムの活動に関する記事を見ているとのことである⁴⁸。成人 1 名当たりが見る平均回数は、月に 9.1 回程度であった。その記事は、次のような発行物に掲載されていた⁴⁹。

- ・全国紙 37%
- ・地方紙 31%

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.* at 20-21 and 42.

⁴⁷ *Ofcom Annual Report 2005/6*, 62.

⁴⁸ *Id.* at 62-63.

⁴⁹ *Id.* at 63.

- ・専門誌・職業誌 30%
- ・消費者向け雑誌・レジャー誌 2%

15 オフコムの財源と従業員数

オフコムの金融グループ(Finance Group)は、オフコムのあらゆる活動について、それに必要な経費を想定した上でその資金を確保する役割を果たしている。

オフコムは、法律により、各会計年度において収支の均衡を維持するよう要求されている⁵⁰。また、オフコムが規制している各部門について、その部門を規制する費用をその部門から徴収しなければならない⁵¹。幾つかの部門にかかる共通運営費については、各部門がそれぞれその割合に応じて負担をするように割り当てなければならない。

放送については、放送事業者が納めている免許料が主要な財源となっている。

2007年度のオフコムの総支出は、1億3,394万2,000ポンド(267億8,840万円)であった⁵²。しかし、これに占める放送関連活動の割合は、年次報告書では明らかにされていない。

ちなみに、2008年3月31日現在のオフコムの従業員数は、812名であった⁵³。

16 おわりに

上述したように、英国において電波メディアによる報道被害を受けた者は、名誉毀損、プライバシー侵害・信頼違反、悪意虚偽、トレスパス、ニューサンスなどを理由に裁判所に訴訟を提起するほかに、オフコムに苦情を申し立てることができる。法的救済方法がなく、又は裁判所で訴訟を遂行する経済力のない被害者にとっては、このような裁判外紛争解決・代替的紛争解決は、唯一の有効な救済方法として非常に重要な意味を有している。

報道被害者は、迅速にかつ費用をかけずに独立機関から救済を得られるようになるならば、長い時間を要し、高い費用のかかる、現在の裁判所による救済方法よりも、自主規制機関を選択するようになるであろう。

日本においても、オフコムのような自主的な特別の機関が望ましいと思われる。NHKと民放連が設置した放送倫理・番組向上機構(Broadcasting Ethics and Program Improvement Organization, BPO)⁵⁴は、もちろん報道水準の向上に大いに貢献しているものの、オフコムほど報道被害者に対して有効な救済を与えていない。

BPOは、実際、関西テレビによる「発掘!あるある大辞典II」事件を機に、2007年5月に、ねつ造番組などを自主的に調査・審理する放送倫理検証委員会を設立している。この委員会は、報道被害の再発防止に働くことが期待できるが、既に番組に騙(だま)されている視聴者(消費者)を含む被害者に対して十分な救済を提供するものではない。報道被

⁵⁰ *Office of Communications Act 2002*, Schedule, para. 8(1).

⁵¹ *Communications Act 2003*, ss. 38 and 347.

⁵² *Ofcom Annual Report 2007/8*, 82.

⁵³ *Id.* at 46 and 83.

⁵⁴ そのウェブサイトは、www.bpo.gr.jp となっており、複雑な組織を持つオフコムのものに比べて、充実したコンテンツを分かりやすい形で提供しているとして評価できる。

害者の立場から考えると、英国のオフコム並びにその前身である BSC 及び ITC の経験にならって、BPO のさらなる改善のために努力して欲しい。

公共放送における放送の自由

—ドイツ連邦憲法裁判所 2007 年 9 月 11 日第 2 次放送受信料判決 (BVerfGE 119, 181.) —

成城大学法学部准教授

西土 彰一郎

1 はじめに

本報告は、2007 年 9 月 11 日にドイツ連邦憲法裁判所第 1 法廷により出された、いわゆる第 2 次放送受信料判決について分析することを目的とする。この事件では、2005 年 4 月 1 日に施行された放送受信料額確定手続が公共放送 (ARD、ZDF、ドイツラジオ) の放送の自由 (基本法第 5 条 1 項 2 文) を侵害しているのではないかが争われ、連邦憲法裁判所はその訴えを一部認めた。ただし、この判決については、ドイツ基本法及び EC 法における公共放送の在り方をめぐり、学説上、厳しい批判も存在している。

以下では、まず、本判決の背景をなす放送受信料額確定手続を一瞥 (いちべつ) した上で、本件の事案及び判決の概要について紹介する。次に、学説の批判について分析することにより、本判決の意義の把握を試みる。最後に、学説の批判においてとりわけ問題視されていた本判決と EC 法との緊張関係を明らかにするため、ドイツでの放送受信料制度に関し本判決の約 5 か月前に出された欧州委員会決定 (2007 年 4 月 24 日)、及びドイツ政府の対応を検討する。以上の分析を通して、最終的には、公共放送の機能・在り方をめぐるドイツの苦悩の一端を示すことができれば、と考えている。

2 放送受信料額確定手続の制定までの経緯—第 1 次放送受信料判決—

連邦制を採用するドイツでは、州に放送規制の権限がある。その一つである放送受信料額確定の手続的規制は、1994 年以前は以下のようなものであった¹。まず、公共放送は資金需要を、州政府 (5 名)、州会計検査院 (5 名)、専門家 (6 名) からなる「公共放送資金需要調査委員会」(Kommission zur Ermittlung des Finanzbedarfes: KEF) という機関に申告する。次に、KEF は放送受信料額の改定等を州首相に勧告する。ただし法的拘束力はなく、州政府と州議会の決定の参考にされるにすぎない。そうして、最後に、各州首相の間で締結される州際協定、その州法への置換により受信料額が確定される。

しかし、1994 年に、ドイツ連邦憲法裁判所は以上の受信料額確定手続は放送の自由に違反するとの判決を下した。いわゆる第 1 次放送受信料判決 (BVerfGE 90, 60) である。

¹ 詳細につき、鈴木秀美『放送の自由』(信山社、2000 年) 245 頁以下を参照。

この判決は、1961 年以來、5 次にわたり出されたその「放送判決」を踏まえて、放送の自由を個人的・公的意見形成に奉仕する自由として位置づけている。そこから、国家は、放送における均衡のとれた意見の多様性を保障する措置を講じる義務があるとする（国家による自由）。他方で、法律の番組委託の範囲内で放送事業者は番組編集の自由を有する。連邦憲法裁判所はそれを「番組の自由」と呼んでいる（国家からの自由）。以上の放送の自由の理念を、公共放送の財源保障である放送受信料額確定手続にあてはめると次のようになる。国家による自由の観点からは、公共放送が、法律の番組委託の範囲内で、経済性と効率性という原則を考慮して番組決定を行う仕組みが整えられなければならない（経済性・効率性の原則）。これに対して、国家からの自由の視点から、経済性・効率性の原則の下でなされた公共放送の番組決定を基礎に、国家は放送受信料額を確定しなければならない（番組中立性・従属性の原則）。

もっとも、これら二つの原則が遵守されているかどうかは通常顕在化しない。とりわけ、立法者が放送受信料額の確定にあたってメディア政策を潜り込ませることにより間接的に公共放送の番組委託の充足に対して影響を及ぼす（例えば、一般放送事業者の競争力を高めるため、あるいは個別の番組内容に影響を及ぼす目的で受信料額を減らすなど）ことは、公共放送の番組の自由の侵害となる。そこで、一般的な放送政策と個別の放送受信料額確定を区別する（分離原則）、すなわち、経済性・効率性の原則と番組中立性・従属性の原則が遵守されているのか「可視化」するため、「基本権（放送の自由）に適合的な手続」が必要となる。つまり、手続的措置による「国家による自由」と「国家からの自由」の調整が図られなければならない。

こうした手続措置の趣旨からすると、KEF の構成員の中に州政府の関係者がいることは「国家からの自由」の観点から放送の自由の侵害と見なされる。KEF を独立した専門家委員会へ転換すべきであると憲法裁判所は指摘したのである。

以上の判決をうけて、放送受信料額確定手続は 1997 年以降、以下のような 3 段階構造に改められた。

(1) 公共放送はその番組決定の枠組みで財政需要を申告する。

(2) 専門家 16 名から構成される独立委員会としての KEF が、番組決定は番組委託の枠内に留（とど）まっているのかどうか、番組決定から導出された財政需要は経済性と効率性の原則と一致して探究されたのかどうか、審査する。

(3) この審査を経て策定される KEF の受信料額提案は、第 3 段階で州政府と州議会によりなされる受信料額確定の基礎をなす。そして、州政府と州議会が KEF の提案から逸脱しようとする場合には十分説得的な理由を挙げなければならない。

以上の手続を踏まえて、放送受信料額が確定されるようになった。しかし、2005 年から 2008 年までの受信料額を定める第 8 次放送改正州際協定（8. Rundfunknaderungsstaatsvertrag）について、その確定手続に瑕疵（かし）があり、公共放送の自由を侵害するものとして連邦憲法裁判所で争われたのが第 2 次放送受信料判決で

ある。

3 第2次放送受信料判決

(1) 事案の概要

事件の概要は以下の通りである。

まず、問題となった受信料額確定手続は、2003年4月にARD傘下の州公共放送、ZDF（第2ドイツテレビ）、ドイツラジオの相応の資金需要申告により開始された。それによれば、16,15€から18,16€の2,01€分値上げされる必要があることになっていた。これに対して、KEFは2004年初頭に提出したその報告書の中で、2005年1月1日付で16,15€から17,24€への1,09€の値上げで十分であると評価していた。しかし、この値上げは州首相にとってはまだ不相応と考えた結果、2005年4月1日付で16,15€から17,03€への88セントの受信料値上げを予定する第8次放送改正州際協定を2004年10月に締結した。その際、州首相がKEFの提案から逸脱する根拠として、2004年度のドイツの経済状況の悪化等を挙げていた。このKEFの受信料提案からの逸脱は、公共放送の計算によれば、受信料期間中、総額で4億4千万€の収入減にいたる。そこで、ARD、ZDF、ドイツラジオは第8次放送改正州際協定による放送の自由の侵害を理由として連邦憲法裁判所に「憲法異議」を申し立てた。

そこでの論点は、第一に1997年以降の3段階構造は基本法第5条1項2文の放送の自由と一致するのか、第二に、ドイツの経済状況の悪化等の根拠は、KEFの提案から逸脱しようとする場合に必要な十分説得的な理由といえるのか、である。連邦憲法裁判所は、前者を肯定しつつ、後者について否定することにより、手続的瑕疵（かし）を認め、第8次放送改正州際協定は基本法第5条1項2文に違反すると判断した。

(2) 判旨

ア メディア環境の変容と放送の自由

連邦憲法裁判所は、まず放送の自由について、従来通り、自由な個人的・公的意見形成に奉仕する自由と把握し、既存の意見の多様性が放送においてできるだけ幅広く、完全に表現されることを確保する積極的放送秩序の形成の義務が立法者にあることを確認する。この積極的放送秩序は、周波数の稀少（きしょう）性が解消されたとしても必要である。その根拠として連邦憲法裁判所は二つの理由を挙げている。第一は、普及作用、即時性、暗示力という放送の卓越した意義である。これらは、1971年の第2次放送判決において既に言及されていた²。本判決では、加えて、こうした放送の卓越した意義がメディア技術の進展による伝送形態の拡大及び番組の多様化を介して更に増幅している点が指摘されている³。第二は、放送番組の経済的特性に基づく理由であり、広告財源による現実を歪（ゆが）

² BVerfGE 31, 314, 325. 更に BVerfGE 90, 60, 87 ; 97, 228, 256 ; 103, 44, 74 ; 114, 371, 387. を参照。

³ BVerfGE 119, 181, 214f. 連邦憲法裁判所の伝統的なボトルネックの理解として、1961年の第1次放送判決における「放送の特殊事情」の指摘を参照。BVerfGE 12, 205, 261.

める表現及び画一化、並びに新たな独占による番組の多様性の喪失と関係する。とりわけ後者については、放送事業への外資の関与、放送番組のプラットフォーム事業者としてのテレコミュニケーション事業者の参入、それによるメディア市場における水平的、垂直的結合プロセスの進展（規模の利益、範囲の利益）について述べられ、更には、番組ナビゲータや電子プログラム案内（EPG）による新たなボトルネックに関しても言及されている⁴。

以上から分かるように、連邦憲法裁判所では「放送」のみならず、メディア全体の機能性が問題になっている。そして、1981年の第3次放送判決にならい、メディアにおいていったん誤った方向に展開したら後の修正が困難であることから、予（あらかじめ）め積極的な措置を講じる必要があることを強調している⁵。ただし、その際に、連邦憲法裁判所が一貫して強調していることは「立法者は規律の種類ของความ密度に関しても幅広い形成裁量を有している」ということである⁶。「それは、ここでは伝統的な放送と他のサービスの短絡的な同一視を禁止している」ことに帰着する⁷。すなわち番組の多様性の寄与としての「構造的多様性」という見方である。

この「構造的多様性」とは、事業者の多様な構造が番組供給の幅と多様性の確保に寄与するとの考えであり、公共放送が存在する限り、立法者は民間放送事業者に対して基本的に市場プロセスを信頼することができるという意味での二元的放送秩序へと結実する。そして、そこから公共放送の存続・発展の保障が導かれる。公共放送がその「機能的任務」を充足できるようにするため、立法者はその技術的、組織的、人的、財源的条件を整備しなければならない。このとき、番組供給は新たなコンテンツ、フォーマット、ジャンル並びに伝送形式に開かれていなければならない。つまり、機能的任務は放送の機能に動的に結びつけられているので、公共放送は、番組、財政そして技術上の現在の発展段階に制約されてはならず、したがって財源も発展に開かれていなければならない（機能に適した財源の保障）⁸。

そうであれば、公共放送の「放送の自由」とは番組の自由を指す。公共放送は、その機能的任務の充足のために必要と見なされる番組内容・形式、そのために必要な時間、番組数・範囲について自ら決定できる。ただし、番組の自由は、法律による番組の限界づけが最初から許されないことも、公共放送のあらゆる番組決定が財源的に裏づけなければならないことも意味してはいない。公共放送の番組範囲とそれと結びついた資金需要は、その機能にとって必要な枠組みを越えてはならないからである⁹。

なお、本判決も1992年連邦憲法裁判所のヘッセン・ドライ決定を踏襲して、公共放送の機能性に奉仕する財源は受信料と広告収入の複合的方法であるとしている¹⁰。

⁴ BVerfGE 119, 181, 216f.

⁵ BVerfGE 119, 181, 217. 更に BVerfGE 57, 295, 323. を参照。

⁶ BVerfGE 119, 181, 214,

⁷ Martin Eifert, MP 2007, 602, 604.

⁸ BVerfGE 119, 181, 217ff.

⁹ BVerfGE 119, 181, 218ff., 221.

¹⁰ BVerfGE 119, 181, 219. 更に BVerfGE 83, 238, 303f. を参照。

イ 放送受信料額確定手続の憲法的評価

以上のように、連邦憲法裁判所は今までの放送判決を受け継いで、放送の自由について的一般論を展開したのち、受信料額確定手続について分析を加える。そして、ここでも第1次放送受信料判決を完全に踏襲して、現行の3段階審査は、この判決の基準と合致すると述べる¹¹。問題は、KEFの提案から逸脱できるための要件である。

この点について、連邦憲法裁判所は、受信料支払者の利益の実現という民主主義的意義の観点から、議会制定法としての受信料額決定の性格を強調しつつも（すなわち、州立法者が最終的に受信料額を決定する）、手続的基本権保護が空回りしてはならないことも併せて指摘する。そして、以上、二つの要請を調整するため、州立法者がKEFの提案から逸脱できるための要件として、以下の三点を挙げる。

第一に、逸脱の理由として許されるのは「受信料支払者の情報アクセスの確保」と「受信料支払者の負担の適切性」のみである。ただし、一般的な経済状況、市民の所得状況、その他の公課負担といった放送の範囲外にある要因も、以上の二つの理由と関連づけられれば、州立法者は考慮に入れることができる¹²。

第二に、州立法者は、以上二つの理由を裏づける事実を追試可能な形で列挙し、それに対する自己の評価を公開しなければならない。ただし、議会制定法としての受信料決定の性格にかんがみて、細部にわたる詳細な正当化までは求められない¹³。

第三に、州立法者がKEFの提案から逸脱する前に、KEFと公共放送とともに協議の場を設け、再考の機会を与えなければならない（再手続義務）¹⁴。

以上の要件をすべて充（み）たして初めて、州立法者はKEFの提案から逸脱することが許され、その場合には減額修正も可能となる。受信料支払者が受信料額により不適切な負担を担わされ、あるいはそれにより情報アクセスが阻害されてしまう場合、市民の利益と機能的任務の枠組みでの公共放送の自律的決定との調整が失敗したことになる。このことを認識し、修正するのは、最終的決定権限を有している立法者の任務である¹⁵。

ウ あてはめ

そこで最後に、本件受信料額確定手続はこれら三要件を充（み）たしているのかが問題となるも、連邦憲法裁判所は以下のような理由からこれを否定し、したがって基本法第5条1項2文に違反すると結論づけた。

まず、立法者は2004年の経済状況について一般的に述べるのみであり、第一、第二の要

¹¹ BVerfGE 119, 181, 222ff.

¹² BVerfGE 119, 181, 226ff.

¹³ BVerfGE 119, 181, 228f.

¹⁴ BVerfGE 119, 181, 227f.

¹⁵ BVerfGE 119, 181, 226f.

件を充たしていない¹⁶。

次に、立法者は、KEF 第 14 次報告書の中で公共放送の更なる節減可能性について言及していることを逸脱の理由としているものの、こうした報告書を踏まえて KEF は受信料額の提案を行っている¹⁷。また、公共放送が KEF 第 14 次報告書の指摘を踏まえ、その自己義務の中で人員削減など更なる合理化の必要性を述べていることも、逸脱の理由としている。しかし、こうした自己義務による合理化の程度が KEF により考慮された節減可能性を越えている場合にのみ、立法者は KEF 提案の逸脱の理由とすることができるものの、本件ではそのような事情は看取されない¹⁸。

更に、KEF の受信料提案後に採択され、デジタル放送への転換及び受信料免除規定の単純化に関する規定を置いている第 8 次放送改正州際協定により、公共放送の収益の増大が見込まれることも立法者は逸脱の理由に挙げている。しかし、これに関しては第一に、第 8 次放送改正州際協定の制定前に公共放送の資金需要申告と KEF の提案がなされたのであるから、こうした事情の変化に際して立法者は KEF 及び公共放送に再考の機会を与えるべきであったのに、それを怠った。確かに、KEF に対して逸脱の意図は周知されたものの、「根拠のある案」が提示されなかったため、KEF はその逸脱への詳細な意見を陳述することができなかった。以上により、第三の要件を充たしていない¹⁹。第二に、公共放送の収益増大の予測が、専門家委員会の裏づけを伴ったものではなく、十分に根拠づけられたものではない²⁰。

最後に、一般放送事業者と公共放送の間の競争に影響を及ぼす目的で立法者は KEF 提案から逸脱したことが認められ、それは一般的な放送政策と個別の放送受信料額確定の分離原則に反する²¹。

4 学説

さて、学説において、本判決における放送受信料確定手続（3 段階審査構造）自体の合憲性及び本件手続上の瑕疵（かし）の判断については、肯定的な意見が多い。評価が分かれているのは、本判決が前提にした「放送の自由」のとらえ方である。

本判決の要点は、次の主文により端的に表現されている。「基本法第 5 条 1 項 2 文の意味での放送の自由を保障するために法律により形成された放送秩序について、連邦憲法裁判所により定立された諸要求は、コミュニケーション技術及びメディア市場の展開により時代遅れのものとはなっていない」。それゆえに、連邦憲法裁判所は、その論述の出発点を「最終的にその財源が問題になっている公共放送に置かず、むしろすべての議論のレベルにおいてまずは攻撃的に事実の変化プロセスに立ち入り、その都度、なぜ規範的な主要線が事

¹⁶ BVerfGE 119, 181, 230ff.

¹⁷ BVerfGE 119, 181, 232f.

¹⁸ BVerfGE 119, 181, 233f.

¹⁹ BVerfGE 119, 181, 234f.

²⁰ BVerfGE 119, 181, 235f.

²¹ BVerfGE 119, 181, 239f.

実の変化にもかかわらず、いや、だからこそ維持される必要がある」ことの説明に費やした。この点で、積極的放送秩序の形成の必要性は「周波数の稀少（きしょう）性の解消、又は資金上の事業障壁の低下によってもなくならないという以前なされた言明が現実化され、広められている」。一連の放送判決の中で占める本判決の位置は、まさに「変化にもかかわらず継続を」とのメッセージを發したことにあるのである²²。

このような連邦憲法裁判所の姿勢については以下の三点において議論がある。

第一に、本判決が放送の卓越した意義と市場不全を強調している点についてである。これに批判的な見解は、憲法上の「放送」概念をあまりにも広く理解した上で、意図的にその意義の増大を強調してしまっていると主張している。①一方で「暗示力」について、「とりわけ」、テキストと音声というコミュニケーション形式の結合により達成される、高い信憑（しんぴょう）性の外観であるとするにより、本判決は画像を必要条件に挙げていない。よって、すべてのオンライン領域が放送立法者の形成任務の視野に入ってしまうことになる²³。②他方で、こうした「放送の卓越した意義」が根本的な技術的变化を介して更に増幅するとの裁判所の指摘に関して、「番組の多様化が生じる場合——それゆえに規律の誘因が減退する、つまり以前言われた「外部的多元主義」が実現する場合——逆に、放送の個々の番組の卓越した意義が減退することが、本来的に期待されるであろう。それゆえに、多様化された番組は規律を必要とさせるとの裁判所の確定は、何ら根拠のないままである」²⁴。連邦憲法裁判所は、①を前提にするからこそ、市場の不全を否定すべきであった。つまるところ、連邦憲法裁判所は、意図的に放送法上の規律を拡大させようとしている（したがってその分だけ公共放送の活動範囲も広がる）のであり、恐るべき現実無視である。

これに対して本判決を支持する立場からは次のような反論がなされている。連邦憲法裁判所は、①については「構造的多様性」を強調し²⁵、②に関しては新たな独占の危険により外部的多元主義は機能しないことを指摘している。特に後者においてこの立場は、本判決が明示している放送経済の特性に加えて、いわゆる「新規性の経済」（あるいは「注目の経済」）としての放送経済の論理を挙げるにより本判決を補強している。ここで「新規性の経済」とは、番組は新規なものであると同時に視聴者の既存の期待に応える必要があることから、かつて注目を浴びた「新規性」（特定の番組ジャンルやスターなど）が排他性を生み出し、独占へといたるという論理である²⁶。こうした放送経済の論理、本判決でも言及されている新たなボトルネック性、それによる「メディア利用者の意識的な操作」にも対処するため、更には意見形成機能がいったん誤った方向に展開したら後で修正困難であることから、積極的放送秩序は依然として必要であり、公共放送の活動範囲も機能的に把

²² Martin Eifert, Gebührenurteil : Die Bedeutung liegt in der Kontinuität, MP 2007, 602, 603.

²³ Stephan Ory, Gebührenurteil 2.0 —Ein Update aus Karlsruhe , AfP 2007, 401, 402f.

²⁴ S. Ory (FN 23), 403.

²⁵ M. Eifert (FN 22), 604.

²⁶ M. Eifert (FN 22), 604. 「新規性の経済」については、Karl-Heinz Ladeur, Der “ Funktionsauftrag “ des öffentlich-rechtlichen Rundfunks—auf “ Integration ” festgelegt oder selbst definiert ?, M & K 2000, 93, 100f. を参照。

握すべきことになる²⁷。

第二の争点は、まさにこの公共放送の活動範囲の機能的な把握に関わる。本判決で注目されるべきなのは、今までの放送判決において公共放送の活動範囲を画定する概念として使われてきた「基本的供給」に一切言及せず、代わりに「機能的任務」という概念を用いていることである。問題は、なぜ連邦憲法裁判所が「機能的任務」を用いるようになり、その内容はどのようなものか、にある。

これについては、「基本的供給」の機能不全が挙げられよう。この概念は、基本的に、地上波による総合編成番組という従来の放送サービスを意味していた。しかし、連邦憲法裁判所は、公共放送はそれ以外のサービスにも自己の判断で進出できると判断したことにより、この概念の本来の機能が失われてしまった。そこで、連邦憲法裁判所は、1991年の第6次放送判決以降、こうした機能不全を踏まえて、公共放送の活動を「番組の自由」を介して「基本法第5条1項によって保障されたコミュニケーションプロセスの枠内で放送が果たすべき機能にのみ結び」つけられていることを強調し²⁸、そのことを本判決で「機能的任務」により明確化したように考えられる。第一の争点と関係して憲法上広く把握された「放送」概念を前提に公共放送は活動できる。ただし、公共放送の商業化を防止、すなわち「機能保護」の目的での番組委託は可能であり、そこに「機能的任務」の一つの意義がある。もっとも、広い活動範囲を「縮減」させるこのような番組委託は、公共放送の自律の観点から、抽象的に規定されなければならない。むしろ「機能的任務」の主要な意義は、こうした公共放送の自律を確保するための組織的、手続的規律である。それを踏まえて、公共放送の自己規律、そして本件の脈絡では資金需要申告へと至ることになる。「番組の自由は、法律による番組の限界づけが最初から許されないことも、公共放送のあらゆる番組決定が財源的に裏づけなければならないことも意味していない」との先述した連邦憲法裁判所の考えはこの文脈で理解することができる²⁹。

このような連邦憲法裁判所の「機能的任務」については、当然、第一の争点で本判決を批判した側からの難詰が存在している。それによれば、「基本的供給」概念を機能不全に陥れたのは、連邦憲法裁判所の責任である（放送判決のアキレス腱（けん）としての基本的供給）。採るべき道は、「基本的供給」を従来型の総合編成番組という内容面に具体化させ、そこに公共放送の基本的な活動範囲を限定させることである。そして、「基本的供給」を越える活動には法律の留保が妥当し、当該法律は例外的に公共放送の活動範囲を「拡大」させる番組委託ゆえに、詳細に規定しておく必要がある³⁰。

第三に、EC法の影響をどのように解釈するかで争いがある。欧州委員会は2005年3月に、

²⁷ M. Eifert (FN 22), 604.; Verena Wiedemann, Der Programmauftrag des öffentlich-rechtlichen Rundfunks in der digitalen Ära in Deutschland und Europa, ZUM 2007, 800, 802.

²⁸ BVerfGE 83, 238, 299.

²⁹ こうした連邦憲法裁判所の立場に賛成するものとして、M. Eifert (FN 22), 605.; V. Wiedemann (FN 27), 803. ただし、本判決は周到にも「伝統的な」機能的任務という言い回しを用いており、基本的供給と完全に断絶させたわけではないように考えられる。

³⁰ Kurt Faßbender, Das jüngste Rundfunkgebührenurteil des BverfG, NVwZ 2007, 1265, 1267.

その暫定的な見解によれば受信料財源はまさに EC 条約第 87 条の意味での補助金であり、それは現在の形式では共通市場と一致し得ないとの理由で、EC 条約の補助金規定にしたがった調査を開始した。これに対してドイツ政府は、2006 年 12 月の妥協の中で正式に、将来、補助金法の遵守を確保する一連の具体的な措置を講ずることを自らに課した。それをうけ、欧州委員会は補助金法上の調査を 2007 年 4 月 24 日に中止した。その際、欧州委員会は、現在の受信料制度は補助金法と一致し得ないとの見解を前提にして、公共放送の委託をとりわけ新たなメディアサービスを睨（にら）んで詳細に具体化するという義務、そして公共放送の財源を、公共放送の委託の充足のために必要である程度に限定させる義務を課した³¹。州は、この義務を履行するのに 2 年間の猶予を有している。

問題は、こうした欧州委員会の見解が、公共放送の発展の保障や番組の自律に対する連邦憲法裁判所の論述と両立できるのか、にある。とりわけ、先の「機能的任務」に関連して述べると、番組委託の在り方をめぐり議論がある。本判決に批判的な見解は、欧州委員会の立場に与（くみ）する³²。これに対して本判決に賛同する側は、EC 法上、公共放送の委託の具体化の様式は規定されておらず、よって公共放送の自律による具体化も可能であるなどと指摘して、本判決と EC 法に矛盾はないとする³³。又、いずれにせよ、連邦憲法裁判所が EC レベルでの発展に全く取り組んでいないことは、まことに残念であるとの批評もある³⁴。

5 ドイツ側の妥協？—いわゆる 3 段階審査について—

本報告の最後に、参考までに、欧州委員会に対するドイツ側の確約の内容について簡単に見ておくことにする。

それによると、デジタル補完サービス及び新たなメディアサービス（＝「テレメディア」）のための委託が最終的に州の法律により明確化されることになる³⁵。デジタル補完サービスについては、今までの番組委託（情報・教養・文化に中心を据えたデジタル補完番組を委託している放送州際協定第 19 条 4 項）を具体化するために、放送州際協定において例示的に番組カテゴリーが導入される³⁶。公共放送は、この番組カテゴリーごとに番組構想を立てるよう（放送州際協定を踏まえて制定された）州の法律により義務づけられる。この番組構想は、公共放送内部の放送委員会（社会的勢力の代表者からなる監督機関）等による承

³¹ この決定の内容については、

http://ec.europa.eu/community_law/state_aids/comp-2005/e003-05.pdf を参照。

³² K. Faßbender (FN 30), 1268.; Kai Thum, Vereinbarkeit der Gebührenfinanzierung des öffentlich-rechtlichen Rundfunks mit EG-Beihilferecht, NVwZ 2007, 521, 527.

³³ M. Eifert (FN 22), 605.; Daniel Krausnick, Gebührenfinanzierung unter dem Demoklesschwert, ZUM 2007, 806. ff.

³⁴ K. Faßbender (FN 30), 1268.

³⁵ AaO. (FN 31), Rn. 327.

³⁶ AaO. (FN 31), Rn. 335. 例えば「情報」では、報道、政治的情報、地域関連情報、スポーツなど、「教養」では科学技術、児童及び青年向け番組、教育、歴史、宗教、博物（Naturkunde）など、「文化」では演劇、音楽、建築、哲学、文芸、映画などの番組カテゴリーの導入が放送州際協定で予定されている。

認を経て、州の官報で公表される。そして、州は法監督の枠組みで、公共放送の自己義務（番組構想）を法律上の番組委託との一致という観点から審査する³⁷。他方でテレメディアについては「ジャーナリズム・編集上のサービス」のみが放送州際協定で委託されることになる³⁸。

以上の枠組みを踏まえて、公共放送がデジタル補完サービス、テレメディアを問わず、新たなサービスを導入しようとする場合、以下のような個別の審査手続を経る必要があることを放送州際協定が定めることになる。まず、前提として公共放送は、その定款又は番組基準において、いかなる場合に審査を受ける必要のある新たな補完サービスが存在するのかを、規定しておく。この定款又は番組基準を策定するにあたり、公共放送は、当該新サービス導入計画について、ジャーナリズム上の競争に対するその意義、それに伴う財源負担、サービス提供の期間、そして公共放送により既に比肩可能なサービスがどの程度提供されているのか（どのサービスが視聴者の視点から互換可能か）などの基準を考慮しなければならない³⁹。次に、導入計画のある新サービスがこの定款又は番組基準という審査に服すべき補完サービスに該当するとき、公共放送は以下の3段階審査を行うことになる。第一に、この補完サービスは公的委託に含まれ、そえゆえに社会の民主的、社会的、文化的ニーズに対応しているのか、第二に、質的な観点からジャーナリズム上の競争に資するものか、第三に、補完サービスに伴う支出はどの程度か、についての審査である⁴⁰。この観点から補完サービス導入計画は具体的に根拠づけられていなければならない。透明性確保のため、（州）監督機関及び第三者がこの計画を評価できるようにするためである⁴¹。とりわけ、公共放送内部の放送委員会が補完サービス導入計画を正式に決定する前に、このサービスによる市場の影響について第三者に意見陳述の機会が与えられなければならない⁴²。こうして、前述の番組構想の場合と同様に、補完サービスに関する公共放送の自己義務が放送委員会により承認され、その後州の官報で公表される。州は、法監督の枠組みで、公共放送の自己義務を法律上の番組委託との一致という観点から審査する⁴³。

さて、以上のような3段階審査は、2007年の委員会決定に批判的な論者によっても概（おおむ）ね肯定的に評価されている。例えば、シュルツは、「根拠づけプロセスとしての

³⁷ Aa0. (FN 31), Rn. 336.

³⁸ Aa0. (FN 31), Rn. 338.

³⁹ Aa0. (FN 31), Rn. 329. 定款又は番組基準の策定を介することにより、現行の放送州際協定第11条4項で規定されている、公共放送の「自己義務」に関する3段階モデルが、この文脈でも妥当することになろう。

⁴⁰ Aa0. (FN 31), Rn. 328.

⁴¹ Aa0. (FN 31), Rn. 330.

⁴² Aa0. (FN 31), Rn. 331.

⁴³ Aa0. (FN 31), Rn. 332. したがって、補完サービスについての公共放送の「自己義務」は、デジタル補完サービスにおける番組構想、3段階審査に服すべき補完サービスを定める定款又は番組基準、そして実際に3段階審査を経て決定される補完サービス導入計画、の三つの文脈で機能することになる。いずれにせよ委員会も、公共放送の委託の具体化の手法としての「自己義務」自体は認めていることに留意すべきであろう。

番組委託」⁴⁴という魅力的な視点から3段階審査をとらえ直している。

彼も、連邦憲法裁判所の立場と同様、放送の自由の核心を番組の自由に求めることにより、公共放送による番組決定を広く認める。しかし、それは、個人的・公的意見形成に奉仕する自由の観点により導き出されたものである以上、公共放送は新サービス導入計画にあたり社会に対して根拠づけの義務を負う⁴⁵。こうした根拠づけ、つまり「公共放送は公的コミュニケーションのためにいかなる機能を果たすつもりなのか、下に降ろして考えれば、この機能充足は具体的な情報ニーズにとりどのような価値を有しているのか、そしてどの財源によりこの目的が達成されるべきであるのかについて、恒常的に内部で探究されるプロセス」を、委託の具体化の構造化という視点から組織的、手続的に規律するのが3段階審査である。このプロセスを通して、「インフラストラクチャーや視聴慣習の変化にかんがみて、まさに以上の機能を果たすことができるためには、いかなる番組革新及びどのような伝送路の利用が必要であるのか」も根拠づけられ得る。この点に関する従来の公共放送内部のプロセスは、少なくとも第三者にとっては明らかではなかったが、3段階審査構造により透明性が確保されることになる⁴⁶。

このプロセス構造について、シュルツも、前述のアイフェルトと同様、「ジャーナリズム上の自律と社会へのその独自の再帰的結合からなる協働」という理念から放送委員会を中心に据えつつ、その機能不全を補完するために公衆の圧力を取り込むなどの提案を行っている⁴⁷⁴⁸。加えて、3段階審査はそれぞれ、そして各段階の中でも性格の異なる作業が含まれていることから、機能性のため、いかなる組織がどのような基準に依拠して審査を行うべきか区分けすべきであるという。この点は、委員会に対するドイツ側の確約では何ら言及されていないため、公共放送の判断にゆだねられ得る⁴⁹。シュルツは、とりわけ第1・2段階審査の手続について、それぞれ情報収集・確定と基準に基づく判断へと分節化して考えるべきであると提案している。

まず、第1段階審査では、視聴者のニーズについての情報（導入計画のある新サービス

⁴⁴ Wolfgang Schulz, Der Programmauftrag als Prozess seiner Begründung, 2008, S. 39.

⁴⁵ W. Schulz (FN 44), S. 28f.

⁴⁶ W. Schulz (FN 44), S. 30. もっとも、シュルツも、抽象的な実体的基準を組織的、手続的規律を通して公共放送が「自律的」に具体化するという構造を前提にしている (ders., S. 15., S. 22.)。ただし他方で、後述のように、実体的な基準に導かれてこそ、自律プロセスは合理的に進む点も強調していることを考えると (ders., S. 38.)、実体的基準の抽象度は程度問題ということになる。

⁴⁷ W. Schulz (FN 44), S. 22f. なお、公衆の圧力の利用については、前述の通り、現行の放送州際協定第11条4項で求められている公共放送の報告義務、更には3段階モデルの文脈で議論されてきた。ただし、3段階審査は3段階モデルの第1・2段階をより精緻にしたものと把握することができることから、その次の第3段階の報告義務とも関わることになる。

⁴⁸ シュルツのいうプロセス的構造を貫徹させるためには、アイフェルトやロッセン＝シュタットフェルトのように、内部的自由の理念を担う編集者代表会をこのプロセス構造に組み入れるべきであるように思われるが、シュルツ論文はこの点を明示してはいない。Martin Eifert, Konkretisierung des Programmauftrags des öffentlich-rechtlichen Rundfunks, 2002, S. 128.; Helge Rossen-Stadtfeld, Wie lassen sich öffentliche Rundfunkveranstalter in pluralen Gesellschaften weiterhin auf einen Leistungsauftrag verpflichten?, in: Patrick Donges / Manuel Puppis (Hrsg.), Die Zukunft des öffentlichen Rundfunks, 2003, S. 78f. を参照。

⁴⁹ W. Schulz (FN 44), S. 32ff.

はこのニーズに応えるものかの情報も含む)を局側が収集・確定する。その上で、新サービスによるこのニーズの充足は公共放送の任務に属するのかを、放送委員会が定款又は番組基準に即して判断する。なお、委員会は、新サービス導入の最終的な決定の前に外部の専門家の意見を聴取し、判断の基礎とすべく、その旨を定款又は番組基準で定めておくことができる。この定款又は番組基準は、具体的な新サービス導入計画を審査する中で蓄積される経験に基づき、柔軟に変更されるべきであるという(プロセス化)⁵⁰。

次に、第2段階審査において、新サービス導入により見込まれるジャーナリズム上の競争の変化、それによる経済的競争への影響について情報収集し、それに基づいて前者の競争状況の確定及び後者の競争予測がまず行われなければならない⁵¹。そのためには、メディア経済の専門知識が必要となる。したがって、情報収集の点では局側の能力に異存はないものの⁵²、その分析能力を補充したり、放送委員会の判断材料を確実にする観点から、両者は、第三者たる専門家の意見を聴取することができる⁵³。以上の状況確定及び予測を踏まえて、放送委員会は、ジャーナリズム上の競争の最適化という視点のもと、新サービスの有無の比較を行い、その導入の可否を判断することになる。この比較を価値判断につなげるためには、番組の「質」に関する基準が前提となるが、それは定款又は番組基準により定められることになる⁵⁴。もとより、この「質」は客観的に測定可能なものではなく、むしろ、基準に強く導かれるほど、合理的に進展する「プロセス」として把握され得る⁵⁵。このプロセスの構成要素が、公共放送(放送委員会)による根拠づけである。根拠づけの論議の中で生き残った質の指標が公共放送のサービスの展開に対して再帰的に作用を及ぼすことが期待される。そこに手続の本来的な機能があり、それを通して「番組委託はその根拠づけのプロセスとなる」のである⁵⁶。もっとも、シュルツによれば、一般的な「質」基準については考えられるという。例えば、独自の特派員網や研修制度の整備のもと、それらを踏まえて番組が制作されているのかどうか、自己制作番組かどうか、といった(番組それ自体に即して読み取れる指標というより)番組構造上の基準が挙げられている⁵⁷。又、ジャーナリズム上の競争に関連した公共放送の番組の「質」として、一般に報道番組がこの種の競争に寄与するとの観点から、ジャーナリズム上の編集を経たものかどうか問われる⁵⁸。

⁵⁰ W. Schulz (FN 44), S. 35f.

⁵¹ W. Schulz (FN 44), S. 37.

⁵² W. Schulz (FN 44), S. 40. なお、シュルツによっても、民間放送事業者からの情報提供も可能とされているものの、それはメディア経済上の影響を明らかにさせる、場合によってはこの種の影響を公共放送の都合の良ように解釈させないためのものであって、中立的審査に取って代わり得るものではないという。

⁵³ W. Schulz (FN 44), S. 41. 他方で、情報収集・分析能力の点で州メディア委員会は公共放送に勝っているとはいえないので、当該委員会の関与は不要であるという。

⁵⁴ W. Schulz (FN 44), S. 35., S. 37., S. 42.

⁵⁵ W. Schulz (FN 44), S. 38.

⁵⁶ W. Schulz (FN 44), S. 39.

⁵⁷ W. Schulz (FN 44), S. 38f.

⁵⁸ W. Schulz (FN 44), S. 39f. この観点から、テレメディアについては「ジャーナリズム・編集上のサービス」のみが放送州際協定で委託されることになったという。

なお、シュルツは、第 3 段階審査については、ドイツ側の確約に対し何も指摘すべきこととはしないとする⁵⁹。

6 おわりに

公共放送の財源の在り方をめぐり、本報告で検討したドイツ連邦憲法裁判所第 2 次放送受信料判決は「番組の自由」としての放送の自由を前面に出すことにより、従来の判例を継続、発展させてきたといえる。その一方で、近年、新たな問題としてドイツ国内で盛んに議論されている、放送の自由と EC 法の国家援助禁止規定の関係について、本判決は何も語っていない。

ただし、ドイツ側は欧州委員会に対して公共放送の機能的任務をある程度明確化して、メディア市場の機能性に配慮する仕組みを構築することを確約している。このいわゆる 3 段階審査の仕組みは、予定では 2009 年度中に提示されることになっている。その後は、機能的任務を具体化するプロセスとしての 3 段階審査と、第 2 次放送受信料判決で承認された現行の受信料確定手続が連動することにより、メディア環境の変容を踏まえた受信料額が決定されることになろう。言論・文化の側面と市場の機能性が交錯する地点で活動する NHK の意義と在り方を検討する上でも、今後のドイツの動向が注目される。

追記

2009 年 6 月 1 日に第 12 次放送州際協定が制定され、3 段階審査が制度化された。とりわけ、放送番組と関連しない公共放送の独自のオンラインサービス（テレメディア）が 3 段階審査に服することになった。このことは、逆に言うと、3 段階審査に合格すれば公共放送は「放送」以外のオンラインサービスに従事できることになる。審査の期限は 2010 年 8 月 31 日である。

⁵⁹ W. Schulz (FN 44), S. 42.

民間のローカル放送番組に対する財政援助と放送の自由

——バイエルン州メディア法に基づく財政援助制度の概要——

愛知県立大学外国語学部専任講師

杉原 周治

1 はじめに

2011年の地上デジタル放送への完全移行に伴い、現在、地方民放局は経営的に厳しい状況に立たされている¹。こうした状況は、ローカル局に対して地域に根ざしたローカル放送番組の制作を妨げ得るだけでなく、ローカル局がその番組制作の大半をキー局に頼ってきたというこれまでの傾向に更に拍車をかける可能性もある。これに対して政府は、ローカル局の経営基盤の強化という観点から、平成19年12月21日の改正放送法によって「認定放送持株会社」制度を導入し、ローカル局に対するキー局の救済策を設けた²。しかしながら同制度には、キー局による経営支配が強化され、それにより放送の地域性が損なわれるという懸念も存在する。この点改正放送法は、確かに同法第52条の34において、放送の地域性を担保するために、「特定地上系一般放送事業者（認定放送持株会社の子会社である地上系一般放送事業者をいう。）は、国内放送の放送番組の編集に当たっては、その放送対象地域における多様な放送番組に対する需要を満たすため、当該放送対象地域向けに自らが制作する放送番組を有するように努めるものとする」と規定し、認定放送持株会社の子会社に対して地域向け番組を自ら制作する努力義務を課している。しかしながら、経営的に厳しい状況にあって、ローカル局が現実的に、視聴率を稼げるような、又は内容の充実したローカル番組を制作し得るのかは疑問である。それゆえ、現状の放送法制の現状³を考える際には、放送の地域性の確保、ひいては地方民放局やローカル放送番組制作者に対する支援の在り方といった問題も併せて議論する必要があるように思われる。

他方で、このようなローカル放送局の経営上の問題やローカル放送番組の確保といった問題は、我が国だけでなく、ドイツにおいても見られる問題である。ドイツでは、こうした問題に対処するために様々な取り組みがなされているが、本稿は其中でも、バイエル

¹ さしあたり、赤尾嘉文「地方の文化を尊重した放送論議を——地方局の立場から考える」月刊民放 2006年9月号18頁以下、藤原隆昭「地域を熱く語り続ける放送局として」月刊民放 2008年9月号25頁以下等を参照。

² 認定放送持株会社制度につき、詳しくは、音好宏「放送法改正の経緯と諸論点——認定放送持株会社制度を中心に」新聞研究 680号65頁以下（2008）、堀木卓也「認定放送持株会社制度の概要」月刊民放 2008年4号36頁以下、中野明「『地方局救済』狙いに潜む落とし穴」エコノミスト 2008.3.4号32頁以下、砂川浩慶「地上波デジタル完全移行に向けた改革——放送法改正でテレビはどうなるのか」AIR21 214号74頁以下（2008）等を参照。

³ 現在の放送法制の現状と課題につき、さしあたり、鈴木秀美「通信放送法制と表現の自由」ジュリスト 1373号86頁以下（2009）を参照。

ン州において運営されている民間のローカル番組提供者に対する財政援助制度を取り上げ、同制度の法的問題をめぐるドイツの議論を検討することにした。

バイエルン州では、民間のローカル放送番組及びローカル放送番組提供者に対して、従来「加入者負担料制度」(Teilnehmerentgeltsystem)と呼ばれる財政援助制度が運用されてきた。この加入者負担料制度の合憲性については、学説及び下級裁判所において古くから争われてきたが、連邦憲法裁判所は2005年10月26日の決定(BVerfGE 114, 371)において、同制度には、財政援助を受けた放送番組における意見の多様性を確保するための措置が施されていないとして、つまり財政援助を受けた放送番組制作者が実際に適切なローカル番組を制作することを保障するような予防措置が同法には施されていなかったとして、結果として同制度を違憲であるとみなした。同制度は結局2008年12月31日をもって廃止されたが、それに代わって州の立法者は、2007年12月10日に改正されたバイエルン州メディア法の第23条によって、上述の決定を踏まえた新たな財政援助制度を設けた。この一連の動向を検討するために、以下では、①加入者負担料制度の概要、②連邦憲法裁判所2005年10月26日決定、③州メディア法第23条に基づく新たな財政援助制度について概観することにした⁴。

2 加入者負担料制度 (Teilnehmerentgeltsystem) の概要

「バイエルン州メディア法⁵」(Bayerisches Mediengesetz (BayMG)、以下「州メディア法」とも略記)は、「バイエルン州ニューメディアセンター」(Bayerische Landeszentrale für neue Medien (BLM)、以下「州メディアセンター」(Landesmedienzentrale)と略記)という公法上の担い手によって運営される「放送」に対する財政援助のために、より具体的には同メディアセンターに番組を提供する民間の放送番組提供者(つまり番組制作者)に対する財政援助のために、一定規模のケーブルテレビ施設事業者又はケーブルテレビを接続している個人に対して金銭の支払を課していた(旧33条)。この金銭は、同州メディア法によって、「加入者負担料⁶」(Teilnehmerentgelt)と呼ばれているものである。

(1) バイエルン州メディア法旧33条

加入者負担料を規定していた州メディア法旧33条1項～5項(一部略)の文言は、以下のような規定となっていた(2003年10月22日公布の法律の文言による)。

⁴ 加入者負担料制度および連邦憲法裁判所2005年10月26日決定につき、詳しくは、杉原周治「バイエルン州における加入者負担料制度(Teilnehmerentgeltsystem)と放送の自由——民間のローカル放送番組提供者に対する財政援助を定めた州法の合憲性をめぐる議論」東京大学大学院情報学環紀要情報学研究76号1頁以下(2009)を参照。

⁵ 正式名称は、「バイエルン州における民間の放送番組およびその他のメディアサービスの発展、支援および事業のための法律」(Gesetz über die Entwicklung, Förderung und Veranstaltung privater Rundfunkangebote und anderer Mediendienste in Bayern)という。

⁶ 「Teilnehmerentgelt」の翻訳につき、本稿は、その法的性質を負担金や受信料とは異なるものと理解する学説の立場に鑑(かんが)みて、さらに当該ドイツ語の原文を最大限に考慮して、さしあたり「加入者負担料」という訳語を当てることにした。

旧 33 条

- (1) ケーブル施設の事業者とは、ケーブル施設、とりわけ信号解読施設 (Signalaufbereitungsanlage) を使用する権限を与えられた者をいう。
- (2) 放送番組、又はメディアサービスに関する州際協定 (Mediendienste-Staatsvertrag) 第 2 条にいうメディアサービスを、10 又はそれ以上の世帯に送信 (Verbreitung) 又は再送信 (Weiterverbreitung) するために使用されるケーブル施設の事業者は、州メディアセンターに対して、事業の開始一か月前に、同事業につき届出をしなければならない。15 チャンネル以上の許容量 (Kapazität) を有し、5 千世帯以上に接続されているケーブル施設の事業者は、州センターの要請に応じて、テレビ・チャンネルの一つを無償で使用させなければならない。同様に、少なくとも 20 のラジオ・チャンネルを有する、5 万世帯以上に接続されているケーブル施設 [の事業者は]、ラジオ・チャンネルの一つを無償で使用させなければならない。本項 2 文及び 3 文にいうチャンネルは、本法第 3 条 5 項 2 文にいう [教育及び自己形成のための] コンテンツのために、又は局地的若しくは地域的なコンテンツのために、優先的に使用されなければならない。
- (3) 法 26 条 1 項に基づき州メディアセンターの許可を得た少なくとも一つの放送番組が、第 2 項にいうケーブル施設 (Kabelanlage) に取り込まれた (einbringen) 場合には、ケーブル施設がドイツテレコム株式会社 (Deutsche Telekom AG) のものであればケーブル接続の所有者 (加入者) が、その他のケーブル施設であれば事業者 (Betreiber) が、州メディアセンターと協定 (Vereinbarung) を締結しなければならない。(4) 州メディアセンターは、第 3 項にいう協定に基づいて、負担料 (加入者負担料) を徴収する。(以下略) (5) 加入者負担料の収益は、[放送番組] 提供者に与えられる。加入者負担料は、第一次的に、バイエルン州における局地的及び地域的な放送番組提供者 (lokale und regionale Fernsehanbieter) の経済的な活動能力を達成するための措置に、更には局地的及び地域的な放送コンテンツ (lokale und regionale Fernsehangebote) を可能な限り等価的に供給することを達成するための措置に奉仕する。(以下略)

(2) 制度の目的

州メディア法旧 33 条 5 項 1 文・2 文は、加入者負担料制度の目的を定めていた。それによれば、加入者負担料の目的は、バイエルン州における民間の局地的・地域的⁷な放送番組

⁷ 州メディア法旧 33 条 5 項にいう「局地的」 (lokal) および「地域的」 (regional) の概念は、同法によって明確に定義されているわけではないが、局地的領域は、地域的領域よりも地理空間的に狭く、また地域的領域とは、州全体あるいはそれ以上の空間よりも狭い領域を指すものと思われる (この点につき、林香里「ローカルラジオの可能性と限界——ドイツにおけるもう一つの『ニューメディア』」マ

提供者に対する財政援助と、局地的・地域的な番組コンテンツの普及である。つまり加入者負担料は、第一次的に、ローカル放送番組が可能な限り広範囲に供給されるような制度の構築に寄与するものでなければならないとされる。

ローカル放送番組提供者及び放送番組に対して加入者負担料の収益から援助がなされる理由は、そのような局地的・地域的コンテンツについては、広告・宣伝による収入が少ないために、多くの財政援助を必要とするという点にあるとされている。加入者負担料は具体的に、バイエルンにおける放送番組提供者の番組制作の助成金（Zuschuss）として使用され、その他、局地的・地域的な放送番組を伝播（でんぱ）するための技術的コストを補うためにも使用されているという。そしてこの加入者負担料によって、実際に、とりわけ地域に関する情報を提供する局地的・地域的な放送番組の制作が可能となり、更には、多様な局地的・地域的な放送制度がバイエルン州のほぼ全域に渡って構築され得た、とされている⁸。

(3) 加入者負担料の債務者

州メディア法旧 33 条 2 項・3 項によれば、州メディアセンターの許可を得た少なくとも一つの放送番組を、一定規模のケーブル施設によって放映する場合には、「ケーブル施設がドイツテレコム株式会社のものであればケーブル接続の所有者（加入者）が、その他のケーブル施設であれば事業者が、州メディアセンターと協定を締結しなければならない」とされる。更に同条第 4 項は、「州メディアセンターは、第 3 項にいう協定に基づいて、負担料（加入者負担料）を徴収する」と規定している。したがって同条項によれば、州メディアセンターに対して加入者負担料の支払義務を負う債務者は、①ケーブルを接続している個人（加入者（Teilnehmer））、すなわちケーブルテレビの顧客（Kabelkunde）、又は②一定規模のケーブル施設の事業者、の二者である。

もっとも、その後 1998 年 12 月 31 日に、ドイツテレコム株式会社が自己のケーブル事業及びケーブル網（Kabelnetz）を、その子会社である有限会社ケーブル・ドイツ（Kabel Deutschland GmbH (KDG)）に売却した。更に 2003 年 3 月 13 日には、同社によって運営されていたケーブル事業が複数の投資家コンソーシウム（Investorenkonsortien）に売却され、バイエルン州では、ケーブル・バイエルン（Kabel Bayern GmbH & Co. KG）が右ケーブル事業を引き継いだ。この結果、バイエルン州では 2004 年 1 月 1 日からは、同社が民間ケーブル施設事業者として、加入者負担料を支払うこととなった。これに伴い、ケーブルを接続している個人は、もはや加入者負担料の（直接の）債務者ではなくなり、ケーブル施設事業者のみが債務者となった。

スコミュニケーション研究 48 号 163 頁以下（1996）を参照）。したがって正確に言えば「ローカル放送番組」は「局地的放送番組」のみを意味するが、本稿では「ローカル（放送）番組」を、便宜上、局地的放送番組と地域的放送番組の両者を指す概念として用いることとしたい。

⁸ バイエルン州メディアセンターのホームページ

(http://www.blm.de/inter/de/pub/die_blm/fragen_und_antworten/teilnehmerentgelt.cfm) を参照。

(4) 加入者負担料の徴収者

ドイツでは、民間放送に対する監視機能及び免許付与の権限は、各々の州に設置された「州メディア協会」(Landesmedienanstalt)にゆだねられている。州メディア協会は、「公法によって設置される特殊法人」と理解される「公法上の営造物」であるが、放送を国家から分離させるために、公共放送協会と同様に、州メディア協会も国家から独立した組織形態を採用している。またこの州メディア協会の合憲性は、連邦憲法裁判所による1986年11月4日の第4次放送判決(BVerfGE 73, 118 (164 ff.))によって確認されている⁹。

ところで、ここでいう「州メディア協会」という概念は上位概念として用いられているものである。すなわち、州メディア協会は全国で15存在するが、この「営造物」は各々の州において異なる名称が付されている。バイエルン州においては、それは「バイエルン州ニューメディアセンター(州メディアセンター)」である。州メディア法10条1項は、同センターにつき、「バイエルン州ニューメディアセンターは、ミュンヘンに所在地を有する、公法上の権利能力ある営造物(rechtsfähige Anstalt)である。同センターは、自治権(Recht der Selbstverwaltung)を有する。同センターは、放送州際協定及び青少年メディア保護州際協定にいう州メディア協会でもある」と定めている。

加入者負担料の徴収者は、この州メディアセンターである。すなわち州メディア法旧33条3項によれば、同条2項1文にいうケーブル施設、すなわち10世帯以上に接続可能なケーブル施設によって、州メディアセンターが許可する放送番組を使用する者は、予(あらかじめ)め、加入者負担料に関する協定(Teilnehmerentgeltvereinbarung)を同センターと締結しなければならないとされる。同センターは、この協定に基づき加入者負担料を徴収する(州メディア法33条4項)。もっとも加入者負担料からの収入は、放送番組提供者にのみ配分され、同センターには付与されない(州メディア法第33条5項)。

他の州メディア協会の多くは二つの機関から構成されているのに対して、バイエルン州メディアセンターは、センター長(Präsident)、管理委員会(Verwaltungsrat)、メディア委員会(Medienrat)、という三つの機関から構成されている(州メディア法第10条2項)。

①センター長は、合議体であるメディア委員会と管理委員会の決定事項を執行する機関である(同第15条2項)。

②管理委員会は、9名のメンバーで構成され、州メディアセンターの経済的事項を管轄し、予算案や財政計画等につき決定を下す(同第14条)。同構成員は、地方自治体から2名、番組提供者又は番組提供者の組織に属する者から2名、それ以外5名とされている。

③メディア委員会は、センター長と管理委員会の管轄外の事項につき、州メディアセンターの任務を遂行する(同第12条1項)。メディア委員会の主たる業務は、「公然性」(Allgemeinheit)の利益の確保、「均衡性」(Ausgewogenheit)と「意見の多様性」(Meinungsvielfalt)の配慮、そして「番組諸原則」(Programmgrundsätze)の遵守である(同条第2項)。またその47名の構成員は、州議会議員、州政府の代表者、教会や

⁹ 鈴木秀美『放送の自由』277頁(信山社・2000)参照。

イスラム教団体の代表者、芸術家、ジャーナリスト、学校の教員、経済団体の代表者、自然保護団体の代表者など、多様なジャンルからそれぞれ選出されなければならない（同第13条）。このように、メディア委員会の構成については、他州と同様に、「メンバーの人選への国家の影響力を排除し、放送の自由を確保するための工夫がこらされている¹⁰」。

(5) 加入者負担料支払義務を発生させる放送番組

どのような放送番組をケーブル施設に取り込んだ場合に加入者負担料が発生するのかは問題となる。この点、州メディア法旧33条3項によれば、「法第26条1項に基づき州メディアセンターの許可を得た少なくとも一つの放送番組が、第2項にいうケーブル施設に取り込まれた場合」に、加入者負担料の支払義務が発生するとされる。バイエルン州メディア法第26条1項は、以下のように規定する。

州メディア法第26条1項

(1) 州メディアセンターは、以下の場合にのみ、コンテンツの送信を許可する。

1. 放送番組提供者が自己の所在地又は住居をドイツ国内に有し、放送番組提供者又はその代理人が裁判上、制限なく責任を負うことが可能な場合、
2. 放送番組提供者が、州メディアセンターによる義務 (Auflage)、本法の規定、とりわけ本法第5条にいう番組諸原則 (Programmgrundsätze)、本法に基づいて制定された規則及び指針の諸規定を遵守することが期待できる場合、
3. 放送番組提供者が、自己の経済的・組織的・人的・技術的設備に基づき、許可を受けた期間中、自己のコンテンツを保持し得ることが期待できる場合、
4. 各々の送信領域において受信可能な放送番組の全体 (Gesamtheit) が、放送番組提供者の予定番組を含めた際に、本法第4条にいう均衡性 (Ausgewogenheit) と意見の多様性 (Meinungsvielfalt) という要件を満たすことが期待され得る場合、
5. 放送番組提供者が、その関与の割合につき、放送の国家からの分離 (Staatsferne) という要請と適合しないような国家又は地方自治体からの影響を受けているという危惧が存在し得ない場合、
6. 連邦全域において受信可能な放送番組の提供者によって、放送州際協定の諸規定が遵守されている場合、である。

同条項に基づき、州メディアセンターが許可を与え、加入者負担料を発生させた放送番組として、例えば、9Live、DSF、Kabel eins、N24、Tele 5 の番組、Sat. 1 の番組のうち州全域に及ぶ窓番組¹¹、RTL の番組のうち局地的な窓番組、局地的・地域的なケーブルテレ

¹⁰ 鈴木秀美「情報メディアの融合と放送制度の変容——ドイツ放送制度の分析」東京大学社会情報研究所編『放送制度論のパラダイム』221頁以下（東京大学社会情報研究所・1994）参照。

¹¹ 「窓番組」とは、「放送事業者から一定の時間枠を借りて放送するシステムで、一種のタイムシェアリングである」とされる（石川明「放送における多元性の構造——西ドイツモデルとその変容」NHK放送

び番組、Radio Melodie の番組などがある。

(6) 加入者負担料の金額

州メディア法旧 33 条 4 項 2 文は、「加入者負担料の上限は、ケーブル接続の所有者又はケーブル施設事業者によって〔放送番組が〕供給される世帯数に応じて査定される」と規定する。更に同条項によれば、各世帯の月々の加入者負担料の上限は、以下のように設定されていた。

①2002 年 12 月 31 日まで	1, 00 Euro
②2003 年 1 月 1 日から 2004 年 12 月 31 日まで	0, 60 Euro
③2005 年 1 月 1 日から 2006 年 12 月 31 日まで	0, 45 Euro
④2007 年 1 月 1 日から 2008 年 12 月 31 日まで	0, 30 Euro

(7) 小括

以上のように、加入者負担料は、一定規模のケーブル施設の事業者又はそのようなケーブル施設に接続している加入者が、「公法上の営造物」である州メディアセンターに対して、同センターとの協定に基づき、同センターの許可を得た放送番組を右ケーブル施設で放送するために支払わなければならない金銭給付であり、そこからの収益は、バイエルン州内のローカル放送番組提供者の経済的活動のために、更にはローカル放送番組の供給のために使用される。

こうした加入者負担料（あるいは加入者負担料支払義務を生じさせる協定）については、更にその法的性質をめぐってしばしば問題となってきた。その論点は、加入者負担料が「公法上の負担金」（öffentlich-rechtliche Abgabe）であるのか、又は「私法上の負担料」（privatrechtliches Entgelt）であるのか、換言すれば、加入者負担料を発生させる「協定」が、公法上の契約と私法上の契約のどちらに分類されるのかという議論に集約される。

この点、かつての下級裁判所の多くは、当該「協定」を私法上の契約とみる立場をとっていたとされており、更に学説の中にもこの立場に立つものが見られた。しかしながら最近の下級裁判所や学説の多くは、「公法上の営造物」である州メディアセンターの存在等を根拠に、州メディア法第 38 条 2 項にいう協定は公法上の契約に分類されると理解している。この見解に従えば、加入者負担料の性格は、私法上の負担料ではなく、公法上の契約に基づき徴収される「公法上の金銭給付」（öffentlich-rechtliche Geldleistung）とみなされる。しかも加入者負担料制度は、国家予算から乖離した、つまり国家による財政援助の枠の外でなされる、放送における特殊な財政援助手段である。加入者負担料は、しばしば特殊な「助成金」（Aufgabe）や「原因者負担金¹²」（Sonderabgabe）、「小型受信料」（„kleine

文化調査研究年報第 31 集 138 頁、147 頁（1986）参照。

¹² 「原因者負担金」（Sonderabgabe）の翻訳は、甲斐素直「ドイツにおける租税概念——負担金との関係」日本大学法学紀要 42 巻 348 頁（2000）、同・「租税と原因者負担金の概念区別——石炭料判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第 2 版）』464 頁（信山社・2006）に倣った。

Rundfunkgebühr “）、「受信料の特別な形態」（Sonderform einer Rundfunkgebühr）などと呼ばれることもあるが、その目的や「国家から分離した」性格、また債務者の範囲、債権者の法主体等を考慮すれば「助成金」や「受信料¹³」、「負担金」とは性質が異なるため、そうした名称を使用すること自体に懐疑的な見解も見られる。

3 連邦憲法裁判所 2005 年 10 月 26 日決定

以上のような民間のローカル放送番組提供者（制作者）に対する財政援助を目的とする加入者負担料制度につき、連邦憲法裁判所は、2005 年 10 月 26 日の決定（BVerfGE 114, 371）においてその合憲性を審査し、結論として同制度を違憲であると判示した。その際、同裁判所は以下のような理論構成をとった。すなわち、①そもそも立法者は加入者負担料制度を規律するための立法権限を有しているか否かについて触れたのち、②それが認められたとして、同制度により、加入者負担料の支払義務を課せられた個人の基本法 2 条 1 項の基本権（一般的行為自由）への介入が生じているか否か、介入に当たる場合に、当該介入は正当化され得るのか否か、そして最後に、③当該介入が正当化し得ない場合に、加入者負担料制度は即座に廃止されるのか、それとも立法者がそれに代わる新制度を築くまで有効とする余地はあるのか否か、である。以下ではこの点につき詳述しておくことにする。

(1) 加入者負担料制度と立法権限

本件の事案は、以下の通りである。憲法異議申立人 X は、1992 年 7 月 1 日から 1996 年 7 月 31 日までブロードバンド・ケーブル接続の所有者であったところ、当時、ドイツテレコム株式会社のブロードバンド・ケーブル網への放送番組の取り込み（Einspeisung）に関して管轄権を有していたメディア事業協会（1997 年に廃止され、その任務は州メディアセンターに受け継がれた）は、X に対して、X が同ブロードバンド・ケーブルを接続していた期間の加入者負担料（計 152, 70 マルク）を請求した。X はこの請求を拒否して訴えを提起したが、区裁判所が X の請求を棄却したため、X は、①州の立法者は、加入者負担料の規律に関する管轄権を有していない、②1992 年バイエルン州メディア法第 38 条 2 項及び 3 項¹⁴は X に対して契約締結を強制するものである、③加入者負担料は民間のラジオ及びテレビ番組提供者の援助のために使用されるものであって、公的任務の遂行を義務づけるものではない、④同制度は他州では存在しないものである、⑤加入者負担料を義務づけることによって、基本権上保障されている情報の自由（Informationsfreiheit）が不当に制約されるこ

¹³ 「受信料」と「負担金」との関係につき、例えば、塩野宏教授は、「負担金は、人的公用負担の一種であって、『これは公共団体の特定の事業の経費に充てるためその事業と特別の関係ある者に対して課せられる金銭給付義務である』と行政法学上定義されているところからすれば、少なくとも現在の受信料が、その債権者（NHK）の法主体及び事業内容の性格、受信料と事業とのかかわりあいからみて、行政法学上の（受益者）負担金に正確には、該当しないことは明らかであろう」と述べている。塩野宏『放送法制の課題』267 頁以下（有斐閣・1989）参照。

¹⁴ 同条項は、2003 年 10 月 22 日公布の法律の第 33 条 2 項・3 項に踏襲された。

とになると主張し、またそれによって自己の基本法 2 条 1 項、同 3 条 1 項、同 5 条 1 項、同 20 条 3 項の基本権が侵害されたと主張して連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

これに対して連邦憲法裁判所は、本決定において、立法者が加入者負担料制度を規律する権限を付与されているか否かという問題につき、以下のように述べてこれを肯定している。すなわち――、

「基本法 70 条 1 項によれば、諸州の立法権限は、それが連邦に付与されていない限りにおいて認められる。基本法 73 条 7 項から導かれる、遠距離通信に関する専属的立法権限の連邦への付与は・・・遠距離通信のインフラストラクチャーの技術的側面と、遠距離通信施設による情報伝達に係るサービス (Dienst) に関連するものであって、伝達された内容や、その制作・使用に関する規律を含むものではない (vgl. BVerfGE 113, 348 (368))。つまりそれに従えば、確かに放送の送信のための通信技術的な前提条件に関する諸規律は連邦の立法権限に属するが (vgl. BVerfGE 12, 205 (226 f.))、放送の事業及び送信の、番組内容的・組織的・経済的な観点に関する諸規律は、連邦の立法権限には属さない。それゆえ諸州は、基本法 70 条 1 項によれば、とりわけ、放送の組織、伝播された放送番組の内容、放送局の資金調達、放送の利用についての法的関係と関連するあらゆる規律に対して、管轄権を有していることになる。・・・加入者負担料は、地上波よりもむしろケーブル施設の使用によって拡大してきた、バイエルンの民間放送番組の多様性 (Spektrum) と結びついている。・・・1992 年バイエルン州メディア法第 38 条 4 項によれば、それは、以下の三つの観点において放送の資金調達に寄与してきた。すなわち、〔第一に〕メディア事業協会が自己の任務の遂行にかかるコストを回収するために、〔第二に〕特定のテレビ番組とラジオ番組の資金調達の手段の一つとして、〔第三に〕バイエルン州メディア法に服する放送に対する監視のため、である。そのような資金調達のための規律は、加入者負担料支払義務の構成要件が、放送番組受信のための遠距離通信施設としてのケーブル施設の利用可能性に結びつけられている場合であっても、管轄権上、遠距離通信の技術的要件の領域には含まれない」(S. 385 f.)。

連邦憲法裁判所は、以上のように述べて、立法者に対して、局地的及び地域的な民間の放送番組提供者に対して財政的な援助を行う可能性を認めたのである。問題は、立法者が定めた財政援助の在り方である。すなわち、この立法権限に基づきバイエルン州の立法者が採用した加入者負担料制度 (本決定では 1992 年州メディア法 38 条 2 項・3 項) が、憲法に適合するものか否かが問題となる。

(2) 加入者負担料制度の合憲性

この点につき連邦憲法裁判所は、本決定において、加入者負担料制度を規律する州メディア法第 38 条は基本法第 2 条 1 項の基本権を侵害し、違憲であると判示した。

ア 加入者負担制度による基本権介入

連邦憲法裁判所は、第一に、加入者負担料制度の基本法 2 条 1 項の基本権への介入の存否につき審査し、これを肯定している。それによれば、本件の下級裁判所（区裁判所）の決定と、ケーブル施設の利用によって発生する加入者負担料を伴う、州メディア法 38 条 2 項及び 3 項にいう協定の締結義務は、人格の自由な発展の権利（基本法 2 条 1 項）に対する介入を含むものであるとする。いわく、「同基本権は・・・包括的な意味における一般的行為自由を保障する（vgl. BVerfGE 74, 129 (151 f.); 97, 332 (340); stRspr.）。〔同基本権により〕とりわけ契約の自由、更には国家行為によって、憲法適合的秩序によっては根拠づけられないような経済的不利益を被らないように請求する権利が保障される（vgl. BVerfGE 19, 206 (215 f.); stRspr.）。これら双方の観点に照らせば、本件区裁判所の決定は、憲法異議申立人の行為自由に抵触している」（S. 383 f.）。

連邦憲法裁判所は、以上のように、加入者負担料制度によって基本法 2 条 1 項の基本権に対する介入が生じているととらえたため、次に、この基本権介入の正当化を審査することになる。

イ 基本権介入の正当化

（ア）一般論について

同裁判所は、まず、連邦憲法裁判所の従来判例にいう放送の自由の理論について詳述し、この理論が原則としてローカル放送にも妥当すると述べている。いわく――、

「・・・当該規律は、基本法第 5 条 1 項 2 文にいう放送の自由の保障に向けられている。放送の自由の基本権は、個人的意見ないし公的意見の自由な形成に寄与するものである（vgl. BVerfGE 57, 295 (319); 90, 60 (87); 不変の判例）。人格発展だけでなく民主的秩序の前提条件でもある自由な意見形成は、コミュニケーション・プロセスの中で行われるが、このプロセスは、情報と意見を頒布しかつみずから意見を表明するメディアなくしては維持しえないものである。メディアの下で放送（ラジオ及びテレビ）は、その広い効果作用（Breitenwirkung）、現実性（Aktualität）、暗示力（Suggestivkraft）により、特別な意義を与えられる（vgl. BVerfGE 90, 60 (87)）。放送制度（Rundfunkwesen）は、放送による自由で公的な意見形成を保障する法律上の秩序、更にとりわけ、現存する意見の多様性が放送によって可能な限り広範かつ完全に表現されることを確保する法律上の秩序を必要とするのである。

その限りにおいて、州をまたぐ〔全国〕放送に妥当すべきことが、原則として、局地的及び地域的放送にも当てはまる。〔すなわちこのローカル〕放送も、それぞれの狭い地域の中で、個人的意見ないし公的意見の自由な形成という憲法の目的に寄与できるようにしなければならない（vgl. BVerfGE 74, 297 (327)）。この〔憲法の〕目的に適合する〔という

ためには)、地方においても、・・・全放送領域の番組全体 (Gesamtangebot) の中で、意見の均衡のとれた多様性 (gleichgewichtige Vielfalt) が〔確保されている必要がある〕 (vgl. BVerfGE 83, 238 (324))。〔確かに〕立法者がそれぞれの〔放送〕領域の特殊性を考慮して放送の自由の保障のためにどのように自己の任務を遂行するかは、その政治的決定事項である。〔しかしながら〕立法者の内容形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) は、法律上の規律が基本法第5条1項2文の必然的要請を無視している場合には、認められない。

立法者が放送のために私経済的な資金調達 (privatwirtschaftliche Finanzierung) を規定する限りで、立法者は原則として、市場プロセスによって放送番組の多様性が確保されることを信頼している。更に、公共放送事業者の放送番組についても、多様性確保が特に要請されている (vgl. BVerfGE 73, 118 (157 f.); 74, 297 (324 f.); 83, 238 (297 f.))。公共放送と民間放送が並立する二元的秩序においては、放送事業者の多様な構造によって実現される放送番組の多種多様な方向づけが放送番組全体の多岐性 (Breite) と多様性 (Vielfalt) に寄与している場合にはじめて、放送の自由が奉仕されていると言えるであろう。とはいえ、公共放送局が、民間放送局と同様に、常時、特別な番組放送を全く又はわずかしか供給していないローカル領域においては、立法者は、異なる番組へのアクセスが可能であることを信頼すること、更には競争を介して多様性が確保されることを信頼することはほとんど困難となる・・・」 (S. 386 ff.)。

(イ) 本件へのあてはめ

連邦憲法裁判所は、以上のように述べて、放送の自由の基本権はローカル領域においても立法者の内容形成を要請するという。もっともその際、これに基づき立法者が民間放送事業者への財政援助を規律する場合には、放送番組の乏しいローカル領域の特殊性を考慮して、ここでも公共放送に対してと同様に、諸規定の中で「意見の均衡のとれた多様性¹⁵⁾」が確保されなければならないとした。そして州メディア法の当該規定がこの原則を満たしているか否かについては、以下のように述べて、これを否定した。

「・・・加入者負担料の支払義務が、支払義務者の行為自由に対する憲法的秩序に適合する制約と言えるのは、法律の中で、どのような条件の下で番組提供者が加入者負担料からの収益の受益者となり得るのが十分明確に規律されている場合、更に同時に、当該放送番組の中で、意見の現存する多様性が均衡のとれた方法で反映されることが

¹⁵⁾ 「均衡性」 (Ausgewogenheit) と「多様性」 (Vielfalt) の関係につき、浜田純一『メディアの法理』173頁以下 (日本評論社・1990) を参照。浜田教授によれば、放送の自由の中に基礎づけられる「全体としての番組供給」 (Gesamtprogrammangebot) という憲法的要請は、かつては、「均衡性」という言葉で表現されていたが、1981年の第3次放送判決以降は、むしろ「多様性」という用語が用いられるようになってきているという。そして、「厳密に言えば、均衡性は、『そのようにして、存在する意見の方向の多様性が州の全体としての番組供給において表現されるべき』形式ないしは態様を意味するものであり、両者は区別されなければならないが、しばしば『均衡のとれた多様性 (gleichgewichtige Vielfalt)』という表現が用いられることにも見られるように、連邦憲法裁判所が用いる多様性の概念は、均衡性の観念を内在させている」と指摘する。

確保されている場合のみである。〔この点〕バイエルン州の放送法は、これらの要請を十分に評価しているわけではない」(S. 390 f.)。

「・・・〔同法の〕立法者は、補助金 (Zuschuß) によって援助を受ける放送番組が、民間の放送番組の事業と頒布に関連する、バイエルン州メディア法に含まれる一般的な要請 (Vorgabe) に適合することで十分であるとみている。

〔しかしながら〕これでは、加入者負担料の徴収による一般的行為自由の制約の正当化にとっては不十分である。民間放送事業に対する一般的要請は・・・私経済的な資金調達によって制作された複数の放送番組の競争を見込んで多重に構想されるものであり、かつその要請は、バイエルン州メディア法に基づき送信地域において放映された放送番組の全コンテンツの均衡性に向けられている。・・・しかしながら、財政援助を受けた局地的及び地域的放送番組又は専門番組については、私経済的な資金調達による複数の放送番組相互間の競争や、そうした民間放送番組と公共放送番組間の競争といったものは、総じて存在しない。立法者が、ケーブル接続の所有者のようなユーザーに、援助なしでは制作し得ない番組コンテンツの資金調達を可能とするために加入者負担料の支払を義務付ける場合には、固有の正当化が必要となる。〔すなわち〕放送番組コンテンツにおける現存する意見の多様性が均衡のとれた方法で表明されることによって、原則として、〔加入者負担料の〕すべての支払義務者のコミュニケーション利益が考慮されなければならない。この〔利益の〕実現のためには、立法者がそれを適切に確保し、州メディアセンターがその配慮に向けて活動することが必要となる。しかしながら本件では、こうした〔立法者と州メディアセンターの配慮は〕存在しない。バイエルン州メディア法は、財政援助を受けた放送番組における均衡のとれた多様性の確保のための特別な諸要求 (Anforderungen) を放棄している。・・・州メディア法にいうラジオ放送周波数の使用に関する規則 (Hörfunkssatzung - HFS) 及びテレビ・チャンネルの使用に関する規則 (Fernsehsatzung - FSS) は、いずれにしても、加入者負担料によって財政援助をうける放送番組提供者の番組に対する特別な規律、例えば、支配的な意見の力 (Meinungsmacht) の回避のための予防措置を規定していない。・・・加入者負担料に関する諸規律は、いずれにしても、補助金供与のために必要な、効果的な〔意見〕多様性確保という諸要件を放棄しているのである」(S. 392 ff.)。

(ウ) 結論

連邦憲法裁判所は、このような理由から、現行の加入者負担料制度は違憲であると判示した。いわく――、

「争われている規律の中で規定されている、ケーブル接続の所有者に対する加入者負担料の支払義務は、彼らの一般的行為自由を侵害している。このことは、基本法第5条1項2文〔放送の自由〕によっても正当化されない。なぜなら、〔当該規律には〕、〔加入

者負担料によって] 財政援助を受けた放送番組における意見の多様性 (Vielfalt der Meinungen) が、均衡のとれた方法で (in gleichwichtiger Weise) 反映されるための法律上の予防措置 (gesetzliche Vorkehrungen) が欠けているからである」 (S. 386)。

ウ 違憲確認判決

連邦憲法裁判所は、このように加入者負担料制度を規律する州メディア法の規定を違憲であると解したため、この限りで憲法異議は認められた。それにもかかわらず同裁判所は、当該規律は 2008 年 12 月 31 日までは適用可能であると判示し、本件区裁判所の判決は違憲とはいえないとした。このため、結果として本件憲法異議は、「部分的に」のみ理由があるとされている。このように本判決が違憲確認判決の形式をとった理由につき、連邦憲法裁判所は、以下のように述べている。

「2003 年バイエルン州メディア法第 33 条 4 項 2 文 4 号によって定められている、加入者負担料の徴収の 2008 年 12 月 31 日という期限の満了に基づき、立法者には、加入者負担料の将来につき事前に決定を下すであろうことが期待され得る。[加入者負担料の] 金額が徐々に引下げられた結果、目下その金額は、一世帯あたり月にわずか 0,45 ユーロであり、更に 2007 年 1 月 1 日から 2008 年 12 月 31 日まではわずか 0,30 ユーロとなる。このように、加入者負担料の引下げが予定されていることによって、財政援助とその段階的な縮減が、関連するコンテンツにどのような影響を与えるのかについての情報を集計することができる。更にそれによって、加入者負担料からの十分な収益がなければ、財政援助を受ける放送番組の大半が消滅するか、又はそうした番組のプロとしての資質が著しく低下するという、州メディアセンターがしばしば指摘する懸念を審査し得る可能性も生まれてくる。立法者の決定は、こうして培われる経験を根拠に、更には基本法 5 条 1 項 2 文にいう放送の自由の保障の諸要請に鑑 (かんが) みてなされることであろう。

加入者負担料に関する規律の違憲性によって、同規律が無効となるか、又は同規律がその法改正までの期間全く適用され得ないとなれば、[加入者負担料に関して] 根本的な評価を行う可能性は皆無となってしまふ。[更に加入者負担料による] 加入者の現在の財政的負担は比較的少ない」 (S. 395)。

(3) 小括

上述の連邦憲法裁判所の決定を要約すれば以下のようなになる。

すなわち、確かにローカル放送番組は憲法上要請されているわけではない。したがって、ローカル放送番組を制作ないし放映する義務が州の立法者に課せられているわけではない。しかしながら立法者は、民間のローカル放送番組に対する財政援助を法律で規律することは可能である。なぜなら基本法第 5 条 1 項 2 文にいう放送の自由の基本権は、ローカル放

送に対しても、放送による個人的及び公的意見の自由な形成を保障するための法律上の秩序を要請するからである。この内容形成の権限に基づきバイエルン州の立法者は加入者負担料制度を設けた。しかしながら、同制度も無制約に認められるというわけではなく、同制度の中で、財政援助を受けた放送番組における意見の多様性を確保するための予防措置、つまり「支配的な意見の力」を回避するための予防措置が講じていない場合には認められないとされる。なぜなら加入者負担料制度は、負担料の債務者の基本法第 2 条 1 項の基本権に対する介入を含むものであり、当該基本権介入を正当化するためには、同制度が放送の自由の要請を満たすものでなければならないからである。つまり放送の自由の基本権は、前述のように放送による個人的及び公的意見の自由な形成を保障するための法律上の秩序を要請するため、その限りにおいて立法者は、放送において意見の均衡のとれた多様性が反映されることを確保しなければならないからである。しかしながら現行の加入者負担料制度は、援助を受ける放送番組においてこうした意見の多様性を確保するための予防措置を規律しておらず、その限りにおいて基本権介入は正当化されず、違憲であるという。

いずれにしても立法者は、2008 年 12 月 31 日までに、同裁判所の決定を踏まえて、民間放送番組提供者に対する新たな財政援助制度を規律することを義務づけられたのであるが、そこで導入されたのが、以下で述べる州メディア法の第 23 条である。

4 州メディア法第 23 条に基づく新たな財政援助制度

州メディア法第 23 条は、2007 年 12 月 10 日の改正州メディア法の中で新たに導入された。その後州メディア法は 2008 年 12 月 22 日にも改正されたが、法第 23 条は同改正法にも踏襲されている。

(1) バイエルン州メディア法 23 条

現行法である 2008 年 12 月 22 日州メディア法の第 23 条は、以下のような規定となっている。

第 23 条 局地的及び地域的放送番組の財政援助

- (1) 本条第 2 項から 4 項までの規定にいう公的責務の実行のために制作され送信される局地的及び地域的放送番組は、本条第 6 項から 12 項までの規定にいう基準にしたがって、財政援助を受ける。同財政援助によって、内容に富んだ局地的及び地域的放送番組が、既存の局地的及び地域的ラジオ番組、その他の電子メディア、印刷物とともに、バイエルン州の州民に対して、あまねく州全域にかつ等価値的に供給されることが保障されなければならない。
- (2) 州メディアセンターは、第 26 条に基づき許可された局地的及び地域的放送番組提供者に対して、それぞれの供給領域における現存する意見の多様性 (Vielfalt der Meinungen) を、質の高い放送番組を介して、更に均衡のとれた方法で (in

gleichwichtiger Weise) 反映するという公的責務を、委託することができる。同委託を受けるためのさらなる要件は、放送番組提供者が、その経営者が社内の組織に対して支配的な影響を与えることができないような多元的で社会的な構成を採っていること、又は放送番組委員会 (Programmausschuss) を設立することである。放送番組委員会は、メディア委員会 (Medienrat) により、そのメンバーから任命される。放送番組委員会は、州メディアセンターの担い手としての権限 (Trägerschaftsbefugnis) にかかわらず、放送州際協定第 32 条にいう放送番組審議会 (Programmbeirat) が有するすべての権利を有し、州メディアセンターは、その詳細を規則によって規律する。委託により、放送番組提供者は、放送番組に対する本法の基準にかかわらず、以下の義務を負う。

- ・ 月曜日から金曜日まで、コマーシャルの放送時間を加算せずに、毎日 20 分間、時事的で信頼できる報道番組及び情報番組を制作し送信すること。当該番組は、とりわけ、政治、文化、教会、経済及び社会の領域の、地域特有の出来事に関する番組内容 (Beitrag) から構成される、更に局地的又は地域的な供給地域のすべての放送番組視聴者のコミュニケーション的利益に寄与するものとする。当該番組の中で、それぞれの供給地域において重要な社会的及び政治的な諸勢力に関して、必要なジャーナリズムの慎重さ (Sorgfalt) をもって、報道がなされるものとする。こうした諸勢力は、同番組の中で、適切な時間を割いて発言をすべきである。
 - ・ コマーシャルの放送時間を加算せずに、全番組時間のうち一週間に 100 分まで、付加的に、信頼できる局地的又は地域的な放送番組を制作し送信すること。当該番組は、特別に局地的若しくは地域的な出来事に関する諸内容、及び教育、郷土史、芸術、習俗、情報、助言、スポーツ、娯楽の領域に属し、それぞれ局地又は地域に密接な係りのある諸内容から構成される。以上の義務は、局地的又は地域的な専門番組 (Spartenprogramm) のひとつを受け入れることによっても履行され得る。第 1 号及び 2 号で挙げられた番組を、視聴者の情報関心及び視聴習慣 (Sehgewohnheit) に応じて、何度か繰り返し放映すること。
- (3) 州メディアセンターは、人口集中地域の番組制作者に対しては、第 2 項の要請以外に、更にもうひとつの第 2 項 5 文 2 号にいう番組の制作及び送信を委託することができる。州メディアセンターは、とりわけ、より小さな〔番組〕供給地域における番組提供者に対しては、第 2 項 5 文 2 号にいう義務を免除することができる。
- (4) 番組提供者に対して局地的又は地域的な専門番組の制作及び送信を委託することも、同専門番組が、第 2 条 5 文 1 号及び 2 号で挙げられた領域に関連し、局地的及び地域的な関連性を有し、更に付加的に供給領域の意見の多様性に寄与する場合には可能である。
- (5) 委託は期限付きでなされなければならない。委託には、許可の再発行又は延長を認

めることができる。委託は、財政援助措置又はその他の支援措置を求める権利の主張の根拠とはならない。

- (6) 州メディアセンターは、第 2 項から第 4 項までの規定にいう局地的及び地域的な放送番組が、技術的及び財政的に可能な範囲で、テレビにとって一般的で通常の技術的手法を介して、あまねく州全域に送信されるように配慮する。その際、進歩するデジタル化、各々の送信手段の局地的及び地域的放送への適性、可能なサービスエリアとそのコストとの関係が考慮されなければならない。
- (7) 第 2 項から第 4 項までの規定にいう局地的及び地域的な放送番組の財政援助は、国家財政 (Staatshaushalt) 及び一般的財政法の諸規定を基準として、国家の予算から為(な)される。この財政援助の枠内で、州メディアセンターは、第一受取人として金銭 (Zuwendung) を授与する。州メディアセンターは、同予算を、金銭の受領 (じゅりょう) 権利者に取り次ぐ。その際、同センターは、自己の責任の下で、金銭 [受け取りの] 要件の存否について決定を下す。州メディアセンターは、申請に基づき、金銭 [授与] の決定 (Zuwendungsbescheid) をもって、局地的及び地域的な放送番組を財政援助する。その際、本法の目的が、その都度最小限の出費をもって達成されることが確保されなければならない。財政援助措置又はその他の支援措置に対する権利の主張は、根拠を有しない。
- (8) 財政援助の金額の確定に際して、州メディアセンターは、とりわけ、それぞれの [番組] 供給領域の範囲、当該番組の技術的送信にかかる費用、放送番組提供者自らが当該番組の資金調達を行う可能性を考慮する。
- (9) 財政援助は、[番組送信に] 際して得られる収益及びその他の支援を考慮した上で、第 2 項から第 4 項までの規定と第 6 項の規定にいう責務の履行によってもたらされる支出を補填 (ほてん) するために必要な金額を超えて行うことは許されない。
- (10) 第 2 項から第 4 項の規定にいう責務の履行が、ある放送番組提供者の活動の一部にしかすぎない場合には、その責務の履行及びその他の給付の行使と関連する収入及び支出は、会計簿の中で別々に証明されなければならない。
- (11) 番組提供者及び州メディアセンターは、第 2 項から第 10 項までの規定にいう財政援助が適切に実行されたか否かを確定し得る全資料を、少なくとも 10 年間、保管する。
- (12) 州メディアセンターは、本規定による財政援助のその他の詳細を、規則 (Satzung) によって規律する。

(2) 放送番組委員会

州メディア法第 23 条によれば、加入者負担料制度とは異なり、民間のローカル放送番組提供者への財政援助は、州の予算から為(な)されることとなった。そしてどのようなローカル番組に対して財政援助を行うかの決定権限は州メディアセンターにゆだねられ

ているが、ローカル放送番組が財政援助を受けるための要件は、①第一に、ローカル放送番組提供者が、自己の供給領域内で現存する意見の多様性を、質の高い放送番組を介して、更に均衡のとれた方法で反映するという責務を州メディアセンターによって委託されること、②第二に、ローカル放送番組提供者が、そのいかなる経営者も社内の組織に対して支配的な影響を与えることができないような多元的で社会的な構成を採っていることと定められ、より厳格になった¹⁶。

もっとも放送番組提供者が要件②にいう構成を採っていない場合であっても、各々の放送番組に対して「放送番組委員会」が招集された場合には、財政援助は可能である。放送番組委員会は、メディア委員会の10名の構成員から組織され、各々の放送番組の一般的な基準 (Leitlinie) を定めるほか、放送番組の均衡性及び内容上の多様性を確保するために必要な場合には、当該番組に対する個別の具体的な基準 (Vorgabe) を定める。2009年度の州メディアセンターの経済計画によれば、民間のローカル番組に対する財政援助のために900万ユーロの予算がつけられ、そのうち番組放映のための技術的なコストとして460万ユーロ、放送番組制作費として440万ユーロが放送番組制作者に支払われた。

5 おわりに

以上、バイエルン州における加入者負担料制度の概要、同制度の合憲性をめぐる連邦憲法裁判所の決定、更に同決定を踏まえた新たな財政援助制度につき概括した。ここで重要となったのは、基本法第5条1項にいう放送の自由の基本権が要請する「意見の多様性」を、ローカル放送においてもいかに確保すべきか、すなわち、いかに「支配的意見の力 (vorherrschende Meinungsmacht) の発生をローカル放送番組においても阻止する」のか、ということであった。このようにドイツでは、ローカル放送の意義やその財政援助の在り方につき、放送の自由の観点からきめ細かな議論がなされているのである。

我が国でも、ローカル放送が、放送の地域性という面からも重要な役割を果たしていることに対しては疑いがないところであろう。地域の文化や環境など、最も地域に密着した情報を発信できるのは第一にローカル放送局であるし、またCATVは、「例えば、地域のニュースや話題、行政情報などを自主チャンネルとして流すことによって」、地域メディアとして重要な役割を確立してきたとされる¹⁷。

しかしながらはじめに述べたように、現在、こうしたローカル局の役割やその存在意義が希薄になりつつある。これまでも我が国のローカル局は、その番組制作においてその大半をキー局に頼ってきたが、それに加えて最近では、ローカル局の放送枠をキー局に返上す

¹⁶ バイエルン州メディアセンターのホームページ (<http://www.blm.de/inter/de/pub/index.cfm>) を参照。

¹⁷ 浜田純一「地域の総合情報通信基盤としてのCATV」都市問題研究47巻2号85頁(1995)参照。

るといふ動きさえ目立つようになってきているとされる¹⁸。また、平成 19 年 12 月 21 日に「放送法等の一部を改正する法律」が成立したが¹⁹（平成 20 年 4 月 1 日に施行）、同法によって新たに導入された制度のひとつに「認定放送持株会社」制度がある（同法第 3 章の 4）。この制度導入によって、一方で地上デジタル放送の設備のための資金調達が容易になり、経営の一層の効率化が進むとされているが、他方で、キー局の経営支配が強化され、それにより言論の多様性や放送の地域性といったものが損なわれる、との懸念が表明されている。

確かに我が国においても、地方の民間放送（事業者）に対して公的資金助成がなされることがある。すなわち、例えば、「地方の民間放送や CATV などに地方自治体が出資ないしは役員派遣の形で関与し²⁰」たり、地方自治体がスポンサーとなってローカル放送局の営業収入を支える「自治体広報からの収入」といった例²¹がある。しかしながら、これらは情報化の基盤となるインフラ整備をはじめとする地域情報化政策に対してなされるものであって、直接ローカル局やローカル番組の多様性を確保するためになされるものではない²²。

こうした状況下にあっては、我が国においても、ローカル放送における放送番組の多様性や地域性をどのように確保すべきなのか、また、民間のローカル放送局やローカル番組（制作者）の財政援助はどのようになされるべきなのか、更にはその前提としてのローカル放送の意義といった問題を議論する必要性が生じよう。こうした問題を解決する手がかりとして、ドイツ・バイエルン州におけるローカル放送番組への財政援助をめぐる議論はなんらかの手がかりを与えてくれるであろうと思われる。

¹⁸ 例えば、岸博幸・砂川浩慶「対論『情報通信法』是か非か」『放送レポート』209号5頁以下（2007）を参照。

¹⁹ 平成 19 年の放送法改正の経緯と内容につき、さしあたり、山本博史「放送法改正案への疑問——続・『総務省対テレビ局』をめぐる制度的深層」『世界』766号79頁以下（2007）、同・「図説『放送』法⑤」放送文化 2007 年秋号 77 頁以下、山田健太「放送の自由と自律」自由人権協会編『市民的自由の広がり——JCLU 人権と 60 年』176 頁以下（新評社・2007）、砂川浩慶「表現の自由脅かす権力の介入——『メディアの役割』の視点欠いた改正論議の問題点」新聞研究 670 号 32 頁以下（2007）等を参照。

²⁰ 浜田純一「情報に対する権利と〈Digital Communities〉——地域情報化政策の新局面」『石村善治先生古稀記念論集 法と情報』278 頁（信山社・1997）。

²¹ 東京大学新聞研究所編『広域圏におけるテレビ・ローカル放送——テレビ・ローカル放送の実態（神奈川県・和歌山県）』441 頁以下〔須藤春夫執筆〕（東京大学新聞研究所・1984）参照。

²² もっとも経済学者からは、既に、こうした地域情報化政策に対して、「地域社会における情報や知識のあり方が地域の自律性・多様性に大きな影響を与える」ということを前提として、「地域社会の情報化のあり方について考える際、東京など巨大都市圏から発言される情報への従属化をもたらさないよう配慮しなければならない」という指摘がなされている。この点につき、須藤修『複合的ネットワーク社会——情報テクノロジーと社会進化』208 頁以下（有斐閣・1995）を参照。

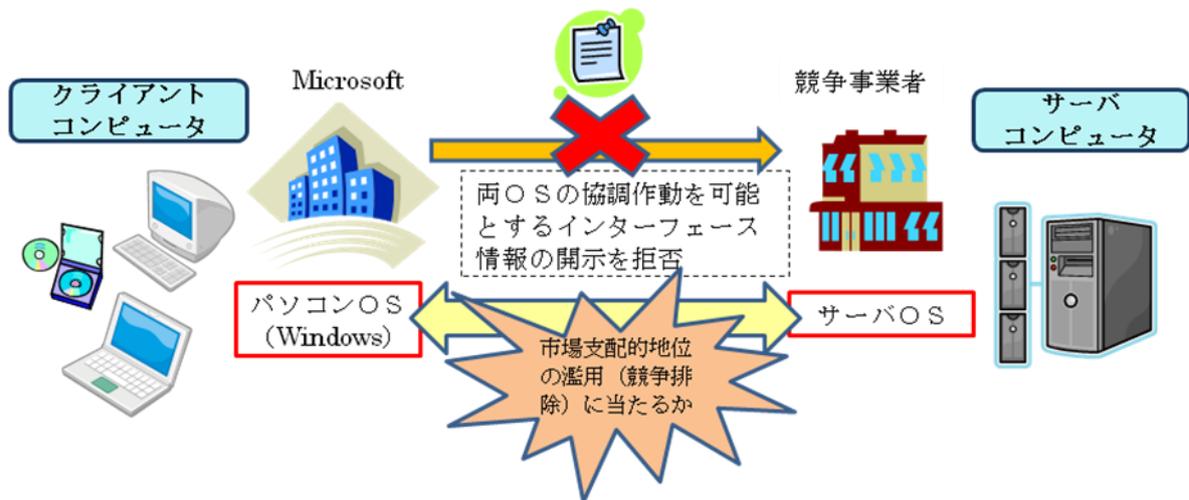
《参考資料》

主要判決の概要

競争政策等に関する判例

欧州マイクロソフトによる競争者排除行為について

名 称	欧州 Microsoft 事件
事 案	OS市場における支配的地位の濫用
裁判所（判決時期）	欧州第一審裁判所（2007年9月）
訴訟当事者	原告：欧州委員会（EU競争法の執行機関） 被告：欧州 Microsoft
経 緯	<p>○欧州委員会は、Microsoft 社の下記の2つの行為に関し、是正措置及び制裁金の支払いを命令。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・競争事業者に対し、Windows 搭載 PC と相互運用できるサーバー製品を開発するために必要なインターフェース情報の提供を拒否。 ・Windows Media Player を Windows OS と抱き合わせ販売。 <p>○上記命令について、Microsoft 社は欧州委員会の決定を不服として、欧州第一審裁判所へ提訴。</p>
判決要旨	<p>○欧州第一審裁判所は、Microsoft 社の支配的地位の濫用に関する欧州委員会の認定を基本的に支持する下記判決を下した（後日、Microsoft 社は、当該判決について上訴しないことを公表）。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・相互運用性確保に必要な情報の開示の拒絶が、欧州条約第82条(b)の「技術開発を消費者の利益に反するよう制限すること」に該当するとした欧州委員会の判断は、「明白な誤り」(manifest error)ではない。また、Microsoft 社は、当該情報の開示が、同社の技術革新の動機付けに重大な悪影響を及ぼすであろう事を立証していない。 ・Windows Media Player の抱き合わせにより、Microsoft 社、OEM 企業及び他のメディア再生ソフトウェアの供給企業間の競争バランスが Microsoft 社に有利な方向へ作用することは避けられないと認定した欧州委員会の結論を支持。また、Microsoft 社は、抱き合わせを正当化する客観的事由の存在を立証しておらず、欧州委員会の改善措置（自社の Media Player が組み込まれていない Windows をメーカーやユーザーに提供すること）は適切である。



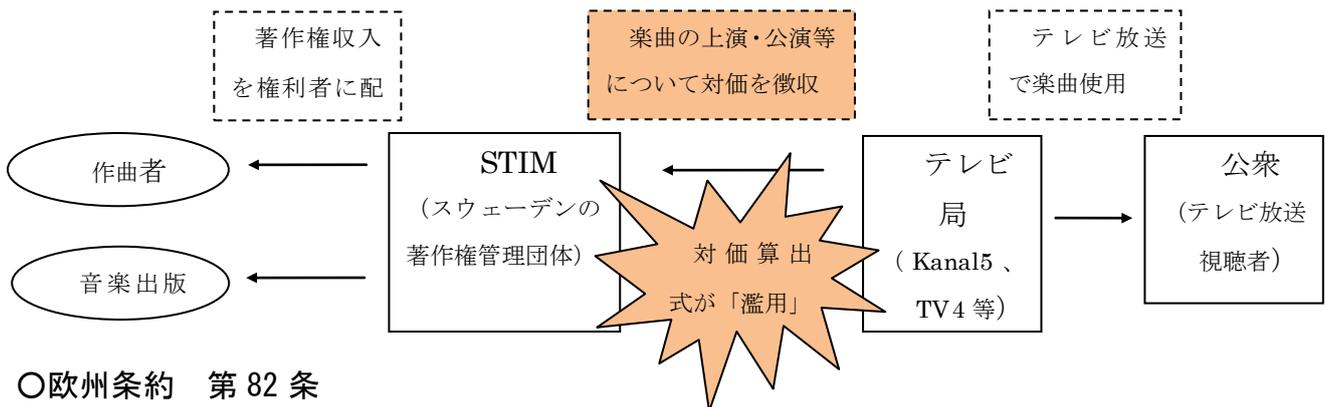
○欧州条約 第82条

共同市場又はその実質的部分における支配的地位を濫用する一以上の事業者の行為は、それによって加盟国間の取引が悪影響を受けるおそれがある場合には禁止される。濫用として次のものが挙げられる。

- (a) 直接又は間接に、不公正な購入価格若しくは販売価格又はその他不公正な取引条件を課すこと
- (b) 需用者に不利となる生産・販売・技術開発の制限
- (c) 取引の相手方に対し、同等の取引について異なる条件を付し、当該相手方を競争上不利な立場に置くこと
- (d) 契約の性質上又は商慣習上、契約の対象とは関連のない追加的な義務を相手方が受諾することを契約締結の条件とすること

著作権管理に関する優越的地位の濫用について

名 称	STIM 事件（欧州）
事 案	楽曲の著作権管理に関する優越的地位の濫用
裁判所（判決時期）	欧州裁判所（2008 年 12 月）
訴訟当事者	原告：STIM（スウェーデンの著作権管理団体） 被告：Kanal5、TV4（いずれもスウェーデンの商業放送局）
経 緯	○作曲者及び音楽出版社を構成員とする STIM（※）が、上演権に関する対価の徴収に当たり、市場支配的地位を濫用しているとして、両放送局が商業裁判所に提訴。 （※） STIM は、著作権で保護された楽曲をテレビ放送するためのライセンスの市場において、事実上、独占的な地位にある。 ○同裁判所は、STIM の対価計算式が欧州条約第 82 条の支配的地位の「濫用」に当たるか、欧州裁判所の判断を求めた。
判決要旨	○STIM のロイヤルティ算出式は、著作権の保護対象楽曲が実際のどのくらい放送されたかを考慮しており、一応合理的と認められたものの、一定の条件（※）の下では、そのような算出式が濫用に当たりうるとした。 （※） どの楽曲が誰に聴かれたかを一層正確に識別できる他の方法があり、その方法が、契約管理コスト及び楽曲利用の監視コストを不相当に増大させない方法が存在する場合



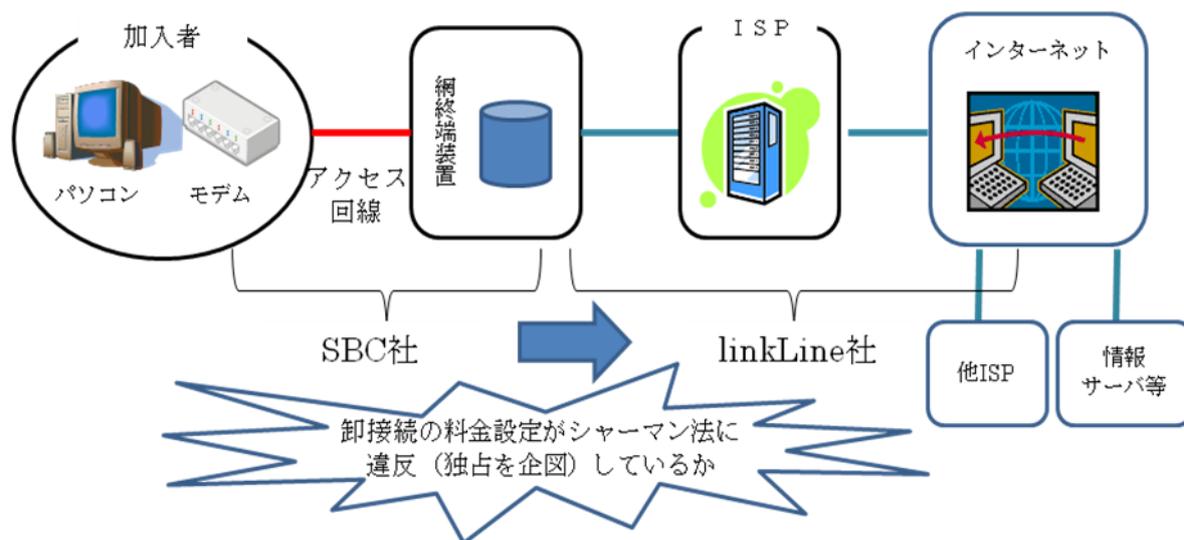
○欧州条約 第 82 条

共同市場又はその実質的部分における支配的地位を濫用する一以上の事業者の行為は、それによって加盟国間の取引が悪影響を受けるおそれがある場合には禁止される。濫用として次のものが挙げられる。

- (a) 直接又は間接に、不公正な購入価格若しくは販売価格又はその他不公正な取引条件を課すこと
- (b) 需用者に不利となる生産・販売・技術開発の制限
- (c) 取引の相手方に対し、同等の取引について異なる条件を付し、当該相手方を競争上不利な立場に置くこと
- (d) 契約の性質上又は商慣習上、契約の対象とは関連のない追加的な義務を相手方が受諾することを契約締結の条件とすること

米国におけるプライススクイズ規制の展開

名 称	linkLine 事件
事 案	電気通信分野におけるプライススクイズ（※） ※ 川下市場における事業者が自らと競争できないよう、川上市場と川下市場を垂直に統合している事業者が、自社の商品・サービスの価格料金を設定すること（価格圧搾）。
裁判所（判決時期）	連邦地方裁判所（カリフォルニア州中央地区）（2004年10月） 第9巡回区連邦控訴裁判所（2007年9月）
訴訟当事者	原告：linkLine社（インターネットサービス） 被告：SBC California社及び子会社（インターネットサービス）
経 緯	○linkLine社は、SBC社が自らの小売価格よりも高く卸接続価格を設定する違法なプライススクイズにより、反トラスト法（シャーマン法）に反して地域DSL市場を独占化、あるいは市場の独占化を企図したとして、SBC社を提訴。
判決要旨	○連邦地裁及び連邦控訴裁は、原告の主張を認めた（Trinko判決によりプライススクイズの訴えが妨げられるものではない）。 ・Trinko判決は、規制分野での反競争的行為の判断について、裁判所は慎重であるべきとしているが、本件は部分的に規制下にある事業分野であり、主に反トラスト法の規制に服する。 ・なお、本年3月、連邦最高裁において、上記（控訴裁判所の）判決を破棄し、差し戻す判決が出された。



○シャーマン法 第2条

数州間の、又は外国との取引又は通商のいかなる部分をも独占化し、または独占化を企図し、または独占化するために他者と結合し、又は共謀する者は、重罪を犯したものとし、有

罪となる場合には、法人に対しては1億ドルを超えない罰金、それ以外の者に対しては100万ドルを超えない罰金、又は10年以下の禁固に処し、若しくは裁判所の裁量によりその併科とする。

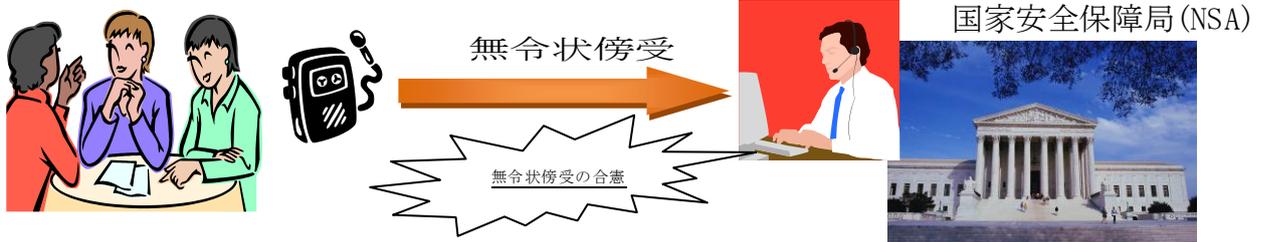
(参 考)

名 称	Trinko 事件
事 案	電気通信設備の他事業者への提供等における差別的取扱
裁判所（判決時期）	連邦最高裁判所（2004年1月）
訴訟当事者	原告：Trinko 社（AT&T 社の顧客企業、NY 法律事務所） 被告：Verizon 社（地域電気通信事業者）
経 緯	○Verizon 社は、FCC 規則により他事業者に対し、地域ネットワークへの非差別的なアクセス提供等が義務づけられていたところ、競争事業者（AT&T 社等）の接続要請に適切に応じなかったため、反トラスト法（シャーマン法）に反するとして提訴。
判決要旨	○連邦最高裁は、原告の主張を認めず、原告敗訴。 ・1996年通信法は、反トラスト法の確立した基準を満たす訴えの妨げとはならないが、当該基準を超えた新たな責任を生み出すものでもない。 ・独占力の保持は従来から違法ではなく、他者の有していないインフラを所有していても、そのインフラについて競争者と取引しなければいけない義務は原則としてはない（取引拒絶が反トラスト法上違法とされるのは限定的な場合）。

消費者保護・通信の秘密等 に関する判例

ACLU v. NSA 令状なき通信傍受に対する差止めの可否：セキュリティ対プライバシー

名称	ACLU 対 NSA 事件（判決）
事案	国家安全保障局 (NSA) が行った無令状による通信傍受の違法性
裁判所（判決時期）	連邦最高裁判所（2008 年 2 月）
訴訟当事者	原告：アメリカ自由人権協会 (ACLU) ほか 被告：国家安全保障局 (NSA)
経緯	<p>○ACLU が、テロリスト監視計画（TSP）によって監視を受ける可能性が高く、回復しがたい損害が発生するとの認識のもと、NSA に対し、次に掲げる事項を求めて訴えを提起した。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ TSP に対する永久的差止命令 ・ TSP に基づき行われる無令状傍受及びデータマイニングが、合衆国憲法修正第 1 条及び第 4 条、権力分立の原理、行政手続法 (APA)、総合犯罪防止及び街頭安全法第 3 編 (Title III)、外国諜報監視法 (FISA) に違反する旨の宣言的判決。 <p>○上記各事項に関する正式事実審理を経ない判決の申立て。</p>
判決要旨	<p>○連邦地方裁は、2006 年 8 月、①FISA 及び Title III に違反する無令状傍受に対する永久的差止命令を認容し、②権力分立の原理、APA、修正第 1 条及び第 4 条、FISA 及び Title III に違反する旨の宣言的判決を下す一方で、③データマイニングに関する被告らの正式事実審理を経ない判決を認容した。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 連邦地方裁の判決に対し、NSA が控訴し、ACLU は交差上訴した。連邦控訴裁は、2007 年 7 月、訴えの利益がないことを理由に原判決を破棄し、管轄権の欠如を理由に、却下の指示をつけて地裁に差し戻した。 ・ 連邦最高裁は、裁量上訴の申立てを退けた。

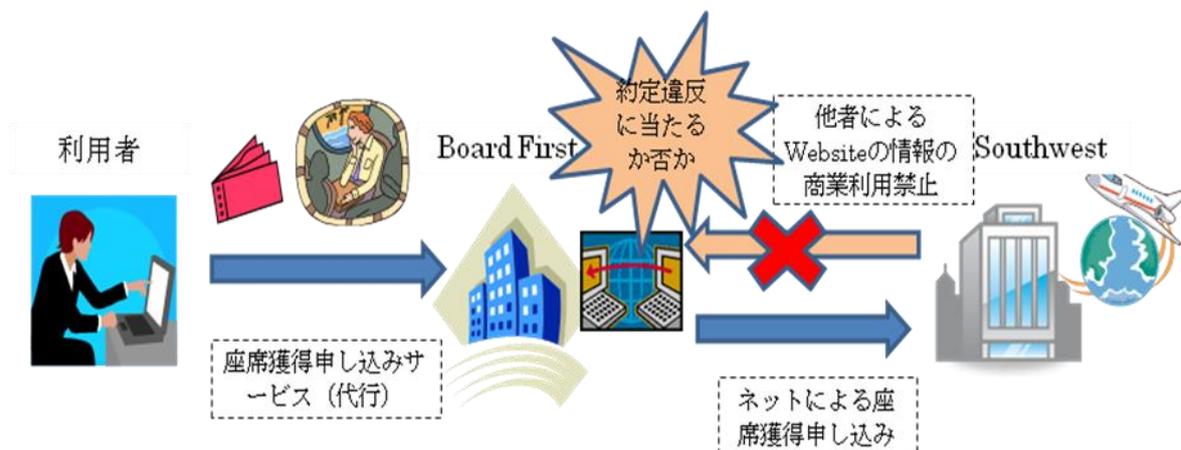


○合衆国憲法 修正第 4 条

不合理な搜索、逮捕又は押収から自己の身体、家屋、書類及び動産の安全を確保する権利はこれを侵害してはならない。 令状は、宣誓若しくは確約によって裏付けられる蓋然（がいぜん）的理由に基づき、かつ、搜索されるべき場所、及び、逮捕、押収されるべき人、又は物を特定して記載するほか、これを発してはならない。

米国におけるラップ型契約について

名 称	Sw. Airlines 対 BoardFirst 事件
事 案	「ブラウズラップ契約」(※)の有効性 (※) 契約内容は別ページに記載されているけれども、リンクを通じてこれを読むことが可能なように設計されたウェブサイトを眺める(ブラウジング)だけでも、「承諾」の意思表示になると見なされる契約形態
裁判所(判決時期)	連邦地方裁判所(テキサス州北部地区)(2007年9月)
訴訟当事者	原告: Southwest Airline(航空会社) 被告: Board First(航空機座席申込サービス代行業)
経 緯	○航空機の座席獲得申込サービス代行業を行っていた Board First は、Southwest Airline がウェブサイト上の情報の商業利用を禁止していたにもかかわらず、これを勝手に利用してサービスを提供していた。このため、Southwest Airline が恒久的差止等を請求して提訴。
判決要旨	○連邦地方裁は、原告側の訴えを認め、差止を命じた。 ・ Southwest Airline は、自身のウェブサイト上の情報の商業利用を禁じる旨の約定を、トップ画面からリンクされた他のページに記載して、利用者が読めるようにしていた。 ・ Board First は、その約定の存在を知っており、その不知を抗弁できない。本件におけるブラウズラップ契約の有効性を認定し、恒久的差止を命じる。

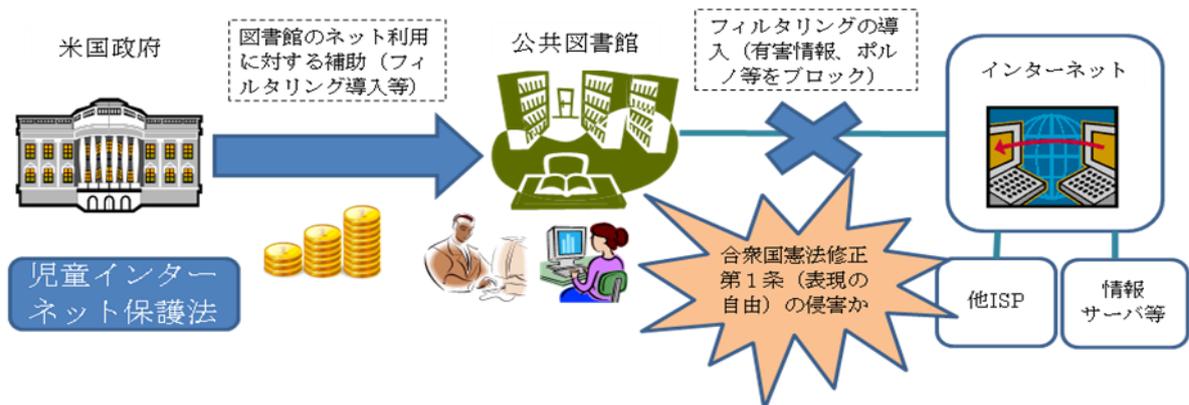


○Southwest 航空 ウェブサイト情報に関する約定

サウスウエストのウェブサイトの利用は、当社の約定(情報の商業利用の禁止)を承諾したものとす。

米国における違法・有害情報と青少年保護

名称	合衆国 対 米国図書館協会事件
事案	違法有害情報規制と表現の自由の保障
裁判所（判決時期）	連邦地方裁判所（フィラデルフィア州東部地区）（2002年5月） 連邦最高裁判所（2003年6月）
訴訟当事者	原告：米国図書館協会、図書館利用者、ウェブサイト運営者等 被告：政府機関等
経緯	○児童インターネット保護法は、公共図書館に対し、連邦政府の補助金を受ける条件として、フィルタリング・ソフトの導入を義務づけたが、これに対し、合衆国憲法修正第1条で保障された言論の自由を侵害するものとして、米国図書館協会等が提訴。
判決要旨	○連邦地方裁は、原告側の訴えを認め、違憲判決を下した。 ・連邦議会の立法は、合衆国憲法（支出条項）で認められた権限を超えている。 ・児童インターネット保護法は、表現の自由を制限するにもかかわらず、厳格に起草されていない。 ○一方、連邦最高裁は、連邦地方裁の判決を破棄し、児童インターネット保護法の合憲性を認めた。 ・公共図書館によるインターネット端末の設置は、パブリック・フォーラムの提供（自己表現等）が目的でなく、研究・教育等に必要な資料を収集・提供するためのものであり、図書館利用者の表現の自由を侵すものではない。 ・また、同法は、政府の助成を受けるために、図書館に違憲となる条件を課すものではない（フィルタリング・ソフトを導入しないことを決めた図書館を処罰するものではない）。

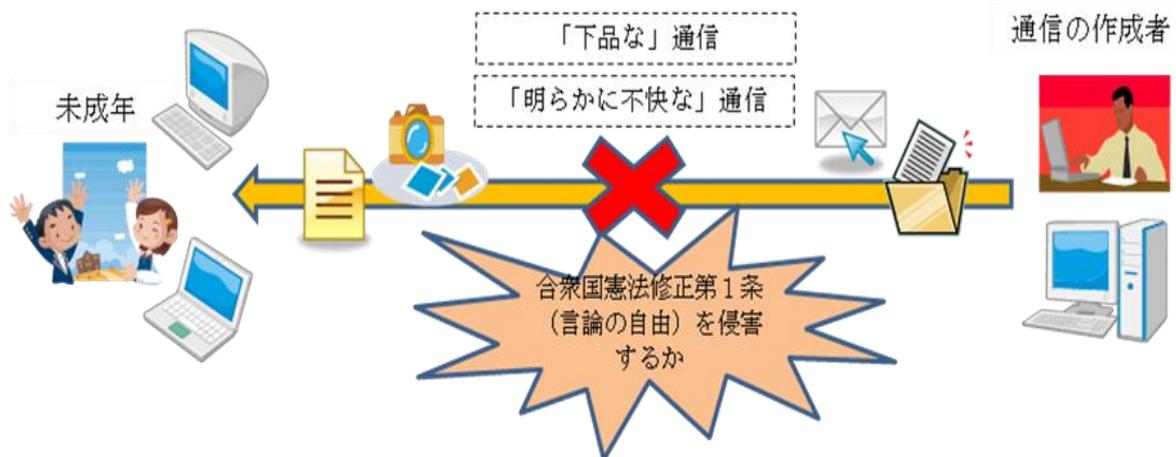


○合衆国憲法 修正第1条

連邦議会は、国教を定め、または自由な宗教活動を禁止する法律、言論または出版の自由を制限する法律、ならびに人民が平穏に集会をする権利、および苦痛の救済を求めて政府に対し請願をする権利を侵害する法律を、制定してはならない。

米国における青少年有害情報規制に関する係争について

名称	Reno 対 ACLU 事件
事案	「下品な」通信に対する規制と表現の自由
裁判所（判決時期）	連邦最高裁判所（1997年9月）
訴訟当事者	原告：アメリカ自由人権協会（ACLU）他 被告：Reno 司法長官
経緯	○1996年通信品位法は、コンピュータネットワークを介して未成年に対して故意に下品な、明らかに不快な通信を作成して送信することを禁じる規定が盛り込まれた。これに対し、合衆国憲法修正第1条で保障された言論の自由を侵害するものとして、米国自由人権協会等が提訴。
判決要旨	○連邦最高裁は、原告の主張を認め、当該規定を文面上違憲であるという判断を下した。 ・インターネットは、メディアの希少性、家庭等への侵入性、現在までの規制の経緯を考慮すれば、合衆国憲法修正第1条に関して低い保障で十分であるとは言えず、言論制約立法は厳格審査に服するべきである。 ・通信品位法の「下品な」「明らかに不快な」という文言には定義付けがなく、両者の関係や具体的な内容が漠然としている。避妊や同性愛等に関する重要な議論が同法に違反しないと確信が持てない。社会的価値のある表現を排除する限定を有しておらず、憲法上保護される表現を萎縮させる。 ・広範な表現内容規制であるにもかかわらず、より制限的でない手段によって規制目的が達せられないという理由についての説明が行われていない。



- (a) 以下のいずれかに該当する者は、18 U. S. に基づく罰金若しくは 2 年以下の禁固に処し、またはこれを併科する。
- (1) 州際国際通信において、次の行為を行った者
- (A) 電気通信装置によって、他人を不快にし、虐待し、強迫し又は嫌がらせをする目的で、わいせつな、淫らな、好色な、卑猥な又は下品な評論、要求、提案、申し出、画像、その他の通信を、それと認識しながら(i)実行、作成、要求すること、(ii)伝送を開始すること
- (B) 電気通信装置によって、当該通信の作成者が電話をかけたか又は通信を自ら行ったかどうかにかかわらず、当該通信を受信する者が 18 歳以下であることを知りながら、わいせつ又は下品な論評、要求、提案、申し出、画像その他の通信について、それと認識しながら(i)実行、作成、要求すること、(ii)伝送を開始すること
- (d) 以下にいずれかに該当する者は、18 U. S. に基づく罰金若しくは 2 年以下の禁固に処し、またはこれを併科する。
- (1) 自ら呼を発し又は通信を始めたかどうかに関わらず、州際国際通信において、現代の社会的基準に照らして明らかに不快感を与える形で、性的な又は排泄の行為又は器官を描写又は表現する文脈での、発言、要求、示唆、提案、画像その他の通信を、それと認識しながら
- (A) 双方向コンピュータ・サービスを利用して、18 歳以下の特定の者に伝送したもの
- (B) 何らかの双方向コンピュータ・サービスを利用して、18 歳以下の者が表示できるようにしたもの
- (2) 自らの支配下にある電気通信設備が (1) において禁止されている行為を行う目的で利用されることを、それと認識しながら許容した者

放送に関する判例

米国における相互メディア所有規制と憲法修正第1条（表現の自由）について

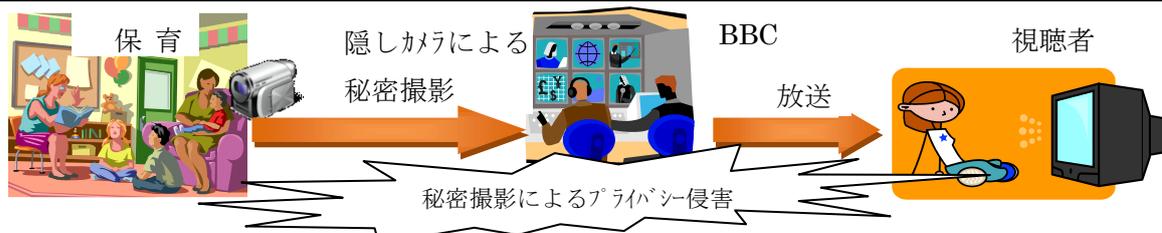
名称	Prometheus Radio Project v. FCC
事案	相互メディア規制の合憲性
裁判所（判決時期）	第3巡回区連邦控訴裁判所（2004年6月）
訴訟当事者	原告：消費者団体等 被告：FCC（連邦通信委員会）
経緯	<p>○FCCは、2002年に、隔年規制審査（1996年電気通信法第202条（h））を行い、その結果、新聞・放送、テレビ・ラジオの相互所有の包括的禁止がすべて公共の利益に資するものではないとして、同年にこれを廃止。</p> <p>○また、下記等を内容とする「相互メディア規制」を制定したが、これを不服とする公益団体、消費者団体等が提訴。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・メディア相互所有規制の維持が必要な市場を識別するため、「多様性インデックス」（DI）を採用（合併が与える影響をHHI指数（市場占有率の2乗和）により測定）。 ・CATVの地域ニュース・チャンネルに限られた地域でのみ利用可能であることから、DIの対象からCATVを除外する一方、インターネットを対象とした。 ・小規模市場（大出力の営利又は非営利のテレビ局が3局以下）の場合、新聞と放送の合併及びテレビとラジオの合併を禁止。また、大規模市場（8局以上のテレビ局が存在）の場合、相互所有規制を行わない等。
判決要旨	<p>○第3巡回区連邦控訴裁判所は、上記提訴に関し、一部認容・一部破棄差し戻しの判決を下した。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・1996年通信法（第202条）の規定は、現行規制の定期的な正当化をFCCに命じているもの。 ・相互所有規制の廃止については、競争維持及び地域性の確保に必要であると合理的に結論づけている、としてFCCの判断を支持。 ・（FCCが相互メディア規制の正当化において、インターネットに過度の重点を置いていると指摘し）DIの対象となるメディアから、インターネットを除外するか、CATVを除外する代わりにインターネットを含めることについて、FCCはより合理的な説明をしなければならないとして、破棄差し戻。

○合衆国憲法 修正第1条

連邦議会は、国教を定め、または自由な宗教活動を禁止する法律、言論または出版の自由を制限する法律、ならびに人民が平穩に集会をする権利、および苦痛の救済を求めて政府に対し請願をする権利を侵害する法律を、制定してはならない。

英国の電波メディアに対する苦情申立て — オフコムの活動

名称	「『保育所おとり捜査 — その真実』番組」事件（裁定）
事案	隠しカメラを用いた秘密撮影によるプライバシー侵害の問題。
裁判所（判決時期）	オフコム（放送通信庁）公正委員会（2006年）
訴訟当事者	苦情申立人：P氏 申し立てられた放送事業者：BBC
経緯	<p>○2004年8月にBBC1が放送した「保育所おとり捜査 — その真実」番組で、おとりレポーターが、隠しカメラを用いて幼児及び保母の様子を撮影。</p> <p>○P氏は、BBCに対し、当該番組への自分の子どもの登場について一切同意しない旨を伝え、子どもが識別できるような形で登場しないという約束を得た。にもかかわらず、P氏の子どもは、顔が少し見えるまま当該番組に数回登場。更に、BBCは保育所に自分（P氏）の個人情報を知っていた。</p> <p>○P氏は、下着姿で撮影された可能性のある2児及び無断で個人情報を調べられた自分が当該番組に含まれる素材の取得において、また、顔を放送された2児が不当にプライバシーを侵害されたとして、オフコムに苦情を申し立てた。</p>
判決要旨	<p>○公正委員会は、取材において幼児の安全、プライバシー、及び保護のために撮影を避ける重要性を強調しながら、保育所における秘密撮影が原則として、保育規制問題を暴露する公益及び保育所が幼児に提供しているケアが適切なレベルに達しているか否かを知る公益によって正当化されたと裁決。また、保護者に連絡するためにP氏の個人情報を調べたBBCの行為も、幼児の保護という点から正当化。</p> <p>○公正委員会は、当該番組の素材の取得はP氏及びその2児のプライバシーを侵害しなかったものの、番組は実際に2児の顔を映すことによりそのプライバシーを不当に侵害したとして、苦情申立てを一部支持し、BBCがその裁定の要約を放送するように指導した。</p>

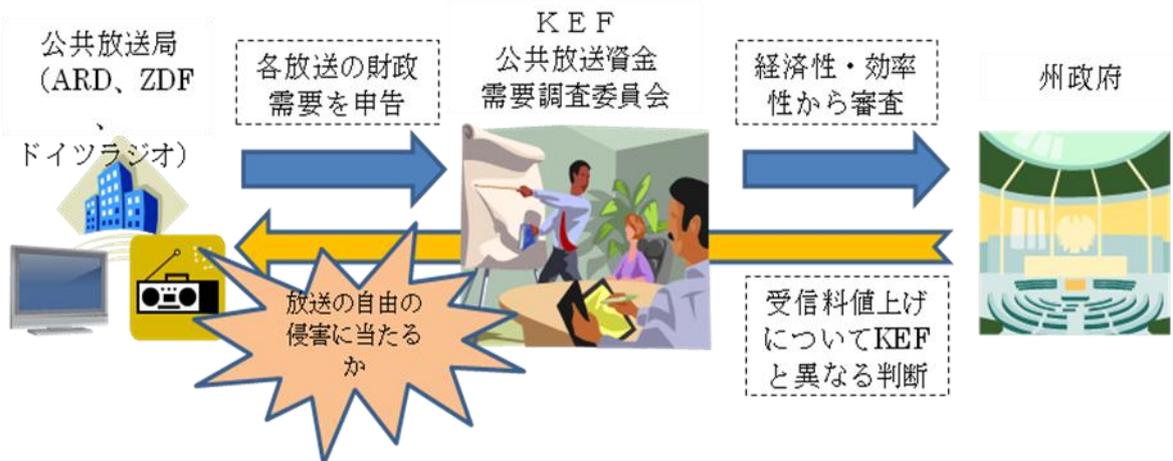


○オフコム放送綱領第8.1条（抜粋）

放送番組における、又はそのような放送番組に含まれる素材の取得に関連するあらゆるプライバシー侵害は、正当化されなければならない。

ドイツ公共放送における放送の自由について

名 称	第 2 次放送受信料判決
事 案	公共放送受信料確定手続における放送の自由の侵害
裁判所（判決時期）	ドイツ連邦憲法裁判所（2007 年 9 月）
訴訟当事者	憲法意義者：ARD、ZDF、ドイツラジオ
経 緯	<p>○ドイツの公共放送受信料は、放送局による財政需要の申告を踏まえ、独立委員会の KEF（公共放送資金需要調査委員会）が経済性・効率性の観点から審査していた。</p> <p>○2005～2008 年の受信料改定に際し、経済状況の悪化や合理化の余地等を理由として、各州政府が値上げ幅を抑制したことから、不当な政治介入であるとして、ARD、ZDF、ドイツラジオが憲法裁判所に提訴。</p>
判決要旨	<p>○これに対し、憲法裁判所は、原告側の訴えを認め、違憲判決を下した。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・経済状況の悪化については一般的に述べるにとどまり、それ以外の要素も含めた説明・評価がなされていない。 ・合理化の程度について、放送局の自己節減が KEF の節減提案を超える場合のみ、KEF の提案と異なる判断を行えるが、こうした事情は考慮されていない。 ・各州政府は、KEF の受信料改定提案と異なる判断を行う前に、KEF や公共放送との協議の場を設けるべきところ、これを怠った。

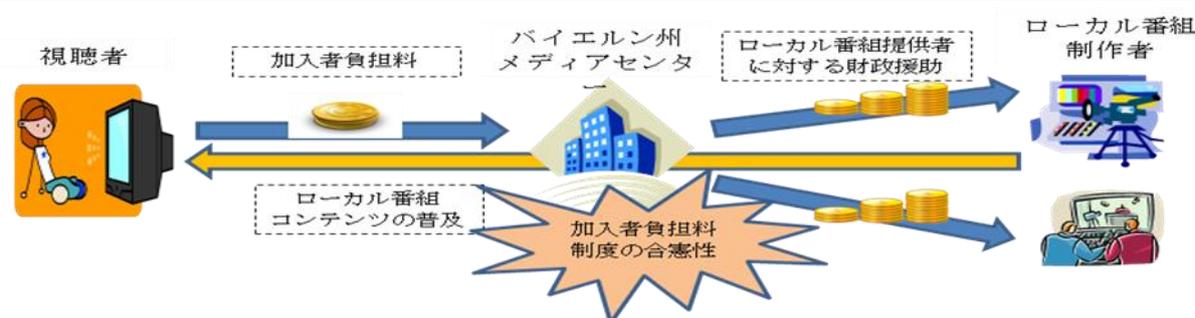


○基本法（憲法） 第 5 条第 1 項

各人は、発言・文書・図画をもって自由にその意見を表明し、および流布し、および一般に使用が可能な情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由および放送・フィルムによる報道の自由は、保障される。 検閲は行わない。

バイエルン州の放送番組に対する財政援助と放送の自由について

名 称	加入者負担料事件（決定）
事 案	バイエルン州メディア法による財政援助制度の合憲性
裁判所（判決時期）	ドイツ連邦憲法裁判所（2005年10月）
訴訟当事者	原告：個人 被告：バイエルン州政府
経 緯	<p>○バイエルン州では、放送事業は公法人（州メディアセンター）によってのみ行われており、同州では、当該法人に番組を提供する民間の番組制作者への財政援助のため、CATV事業者やCATV加入者から「加入者負担料」を徴収していた。</p> <p>○これに対し、本制度は個人に（加入者負担料の支払いに関する）契約締結を強制し、基本法（憲法）上の自由を侵害するものとして、加入者負担料の請求を受けた個人が提訴。</p>
判決要旨	<p>○（区裁判所は原告の請求を棄却したが）原告の異議申立を受けた連邦憲法裁判所は、訴えを認め、加入者負担料制度は基本法第2条第1項の基本権を侵害し、違憲であるとした。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・民間のローカル放送番組に対する財政援助を法律で起立することは可能だが、無制約に認められるものではなく、財政援助を受けた放送番組において、（基本法第5条第1項が要請する）意見の多様性を確保するための予防措置が講じられていない場合は認められない。 ・しかしながら、現行の加入者負担料制度は、援助を受ける放送番組において、こうした意見の多様性を確保するための予防措置を規律しておらず、違憲である。



○基本法（憲法） 第2条第1項

各人は、他人の権利を侵害せず、かつ、憲法的秩序または道徳律に反しない限り、その人格を自由に発展する権利を有する。

○同法 第5条第1項

各人は、発言・文書・図画をもって自由にその意見を表明し、および流布し、および一般に使用が可能な情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由および放送・フィルムによる報道の自由は、保障される。検閲は行わない。

「海外情報通信判例研究会」開催要綱

1 目的

本研究会は、情報通信政策に関連する事項に関する諸外国の裁判例の動向を研究し、もって今後の情報通信政策の形成に裨益することを目的とする。

2 名称

本研究会の名称は、「海外情報通信判例研究会」とする。

3 研究事項

本研究会は、次に掲げる事項に関する諸外国の裁判例について研究する。

- ① 電気通信事業
- ② 放送業
- ③ 通信の秘密
- ④ インターネット
- ⑤ 電波の利用
- ⑥ ①から⑤までに掲げる事項のほか、情報通信政策に関連する事項として座長が認めるもの

4 構成及び運営

- (1) 本研究会は、総務省情報通信政策研究所長の研究会として開催する。
- (2) 構成員は、別紙のとおりとする。
- (3) 本研究会には、座長及び座長代理を置く。
- (4) 座長は、構成員の互選により定める。座長代理は、構成員のうちから座長が指名する。
- (5) 座長は、本研究会を招集し、主宰する。
- (6) 座長代理は、座長を補佐し、座長が不在のときには、座長に代わって本研究会を招集し、主宰する。
- (7) 座長（座長が不在のときは、座長代理。(8)において同じ。）は、研究会の各会合について、数人の構成員を当該会合における発表者としてあらかじめ指名する。
- (8) その他本研究会の運営に必要な事項は、座長が定める。

5 開催期間

本研究会は、平成20年3月から開催する。

6 その他

本研究会の庶務は、総務省情報通信政策研究所調査研究部が行う。

(別紙)

海外情報通信判例研究会構成員

(敬称略、五十音順)

	いしい か おり 石井 夏生利	情報セキュリティ大学院大学情報セキュリティ研究科准教授
	いべ ち ふ み 井部 千夫美	日本比較法研究所嘱託研究所員
	いんでん ひろし 位田 央	立正大学法学部准教授
	おおくぼ なおき 大久保 直樹	学習院大学法学部准教授
	こむかい たろう 小向 太郎	株式会社情報通信総合研究所主席研究員
	ささき ひでとも 佐々木 秀智	明治大学法学部准教授
	すぎはら しゅうじ 杉原 周治	愛知県立大学外国語学部専任講師
	そがべ まさひろ 曾我部 真裕	京都大学大学院法学研究科准教授
	にしど しょういちろう 西土 彰一郎	成城大学法学部准教授
座長代理	はまだ じゅんいち 濱田 純一	東京大学総長
	はやし しゅうや 林 秀弥	名古屋大学大学院法学研究科准教授
	ひらの すずむ 平野 晋	中央大学総合政策学部教授
座長	ほりべ まさお 堀部 政男	一橋大学名誉教授
	John Middleton ジョン・ミドルトン	一橋大学大学院法学研究科教授
	わかばやし ありさ 若林 亜理砂	駒澤大学大学院法曹養成研究科教授

「海外情報通信判例研究会」開催実績

(平成 22 年 1 月現在)

第 1 回 平成 20 年 3 月 28 日

- ・開催要綱の決定、座長の選任等について
- ・支配的事業者によるインターフェース情報の開示拒絶と抱き合わせ販売による市場支配力のレバレッジ — マイクロソフト事件欧州第一審裁判所判決 (2007 年 9 月) — (林秀弥構成員)
- ・ACLU v. NSA 令状なき通信傍受に対する差止めの可否：セキュリティ対プライバシー (石井夏生利構成員)

第 2 回 平成 20 年 5 月 15 日

- ・ドイツ連邦憲法裁判所 2007 年 9 月 11 日第 2 次放送受信料判決 (BVerfG ZUM 2007, 712. ; NVwZ 2007, 1287.) (西土彰一郎構成員)
- ・「Southwest Airlines 対 BoardFirst」事件に見る「ラップ契約」の有効性 ～サイバー契約法と人間行動～ (平野晋構成員)

第 3 回 平成 20 年 7 月 22 日

- ・米国において優越的地位の濫用が規制された事例 (大久保直樹構成員)
- ・米国における情報通信関連政策と裁判例の概況 (小向太郎構成員)

第 4 回 平成 20 年 9 月 3 日

- ・米国における違法・有害情報に関する裁判例の概況 — 青少年保護関係を中心に — (井部千夫美構成員)
- ・イギリスの電波メディアに対する苦情申立て — オフコム活動 (ジョン・ミドルトン構成員)

第 5 回 平成 20 年 11 月 27 日

- ・バイエルン州における加入者負担料制度 (Teilnehmerentdeltsystem) と放送の自由 — 民間のローカル放送番組提供者に対する財政援助を定めた州法の合憲性をめぐる議論 — (杉原周治構成員)
- ・競争法によるプライススキーズの規制 (若林亜理砂構成員)

第 6 回 平成 21 年 2 月 23 日

- ・通信技術の発達とそこから発生する個人情報の漏洩問題を扱った判例の動向 (位田央構成員)
- ・アメリカのメディア相互所有 (cross ownership) 規制改革と合衆国憲法修正第 1 条 (佐々木秀智構成員)

第7回 平成21年9月30日

- ・ ヨーロッパ人権裁判所の「S and Marper v. United Kingdom」判決（2008年12月4日）について（石井夏生利構成員）
- ・ 通信ネットワークとコンテンツ規制に関する初期の裁判例について（小向太郎構成員）

第8回 平成21年11月13日

- ・ 欧米におけるプライススクイズの規制 ～linkLine 事件連邦最高裁判決及び Deutsche Telekom 事件第一審裁判所判決を中心に～（若林亜理砂構成員）
- ・ フランス放送法における多元性原理について（曾我部真裕構成員）

第9回 平成22年1月28日

- ・ 米ケーブル市場におけるシェア上限規制について
～Comcast Corp v. FCC 579 F.3d 1 (D.C. Cir 2009)～（佐々木秀智構成員）
- ・ 第3世代（3G）移動体通信技術の標準化と特許権の不当な行使（林秀弥構成員）

総務省情報通信政策研究所（調査研究部）

<http://www.soumu.go.jp/iicp/>

〒100-8926 東京都千代田区霞ヶ関 2-1-2

中央合同庁舎第2号館

TEL:03-5253-5496 FAX:03-5253-5497