

海外情報通信判例研究会

報告書（第二集）

平成23年 3月

総務省 情報通信政策研究所

はじめに

総務省情報通信政策研究所長の研究会として「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）が平成 20 年 3 月に発足し、今後の情報通信政策の形成に役立てる為、電気通信事業の競争政策、通信の秘密や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てきた。前半の第 1～6 回研究会での活動を経て、海外情報通信判例研究会報告書第 1 集を取りまとめて平成 22 年 1 月に公表している。さらに後半の第 7～11 回研究会での活動を経て、この度報告書第 2 集を取りまとめたところである。本報告書の各稿では、研究会で取り上げた判例事案の解説に限らず、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が図られている。

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。なお、本研究会は平成 22 年 6 月の第 11 回をもって一旦終了し、研究の対象を「海外の」「最新の」「判例」に限定せず、国内の判例や法学上有益と考えられる解釈論あるいは学説まで拡充するため、同年 11 月に「情報通信法学研究会」に改称した。情報通信法学研究会となった後も、我が国の情報通信政策の形成に資する有益な議論が行われるものと確信している。

総務省 情報通信政策研究所

米国や欧州の法律用語の日本語訳やカタカナ表記法等については、若干の不統一があるが、編集において、最終的に各執筆者の意向を尊重したためである。なお、本稿で意見に相当する部分は、総務省や情報通信政策研究所の公式的な見解と必ずしも一致するものではない。

目 次

<u>はじめに</u>	i
<u>第1章 判例研究の意義</u>	
●判例研究の意義 [堀部 政男]・・・	3
<u>第2章 競争政策等に関する判例等</u>	
●資料 電気通信事業法、競争法及び電力事業法における主要国の 比較 EU、フランス、ドイツ、英国、米国 [林 秀弥]・・・	7
1 はじめに	
2 電気通信事業法、競争法及び電力事業法における主要国 の比較	
●欧州におけるマージンスクイーズ規制 [若林 亜理砂]・・・	48
－米国判例との比較研究－	
1 はじめに	
2 マージンスクイーズに対する適用条項	
3 近年のマージンスクイーズの事例	
4 検討	
5 おわりに	
<u>第3章 消費者保護・通信の秘密等に関する判例</u>	
●英国におけるプライバシー権概念 [石井 夏生利]・・・	67
－生体情報のデータベース保存に関するエス・アンド・マーパー 対連合王国事件－	
1 はじめに	
2 裁判所	
3 事案の概要	
4 関連規定等	
5 争点	
6 国内裁判所の判決	
7 欧州人権裁判所の判決	
8 検討	

- 青少年有害情報規制に関する米国の判例 [小向 太郎]・・・ 89
 - 1 はじめに
 - 2 米国における有害情報規制と表現の自由
 - 3 有害情報に関する過去の類例
 - 4 我が国の違法・有害情報に関する議論

- 米国における違法・有害情報と青少年保護 [井部 千夫美]・・・ 98
 - ー米国自由人権協会対ミュケイジー事件(American Civil Liberties Union v. Mukasey)ー
 - 1 はじめに
 - 2 事実の概要
 - 3 判旨
 - 4 検討
 - 5 おわりに

- 米国における通信技術の発達とそこから発生する個人情報漏洩問題 [位田 央]・・・ 112
 - ー大学における個人情報をめぐる判例を中心にー
 - 1 はじめに
 - 2 コンピュータ技術の発達と個人情報保護法制度における行政の役割の変容
 - 3 M. Angela Lengerich, et al. v. Columbia College and United States Department of Education — 「政府の管理下にある企業」とは何か? —

- UMG レコーディング社 対 ヴィオ・ネットワークス社事件： [平野 晋]・・・ 121
 - 蔵置プロバイダが DMCA においてセーフハーバ免責を享受する前提としての、著作権侵害投稿ファイルを発見等する条件・負担の射程に関する代表事例
 - 1 はじめに
 - 2 UMG 事件名
 - 3 UMG 事件の事実 (facts)
 - 4 UMG 事件の争点 (issues)
 - 5 UMG 事件の結論 (conclusion)
 - 6 UMG 事件における主な適用法 (rules applied)

7 UMG 事件の判決理由 (rational)

8 おわりに

第4章 放送に関する判例

●英国のテレビ・ラジオ番組の視聴者・聴取者コンテストにおける不正行為とオフコム・コンテンツ制裁委員会 [ジョン・ミドルトン]・・・ 141

1 はじめに

2 視聴者・聴取者コンテストにおける不正行為に関する19件の裁定の概要

3 最近の動き—「オフコム放送綱領」の改正

4 おわりに

●米国におけるケーブル所有規制と合衆国憲法修正第1条 [佐々木 秀智]・・・149

1 はじめに

2 ケーブル法規制の基本枠組みの構築と合衆国憲法修正第1条

3 1992年ケーブル消費者保護及び競争法によるケーブル所有規制の実施

4 ケーブル所有規制と連邦憲法修正第1条

5 おわりに

●ドイツにおける民間ラジオ放送局開設免許申請者の放送の自由 [杉原 周治]・・・ 169
—連邦憲法裁判所 1998年2月20日決定 (BVerfGE 97, 298 - Extra-radio)—

1 はじめに

2 連邦憲法裁判所 1998年2月20日決定 (BVerfGE 97, 298)

3 主観的権利としての放送の自由とその保護領域

4 放送の自由の基本権の担い手

5 放送の自由と職業の自由の競合

6 むすびに代えて

●フランスにおける思想・意見の多元性原理に関する憲法判例の展開 [曾我部 真裕]・・・189

1 はじめに

2 憲法判例にみる憲法原理としての多元性の確立

- 3 多元性原理の具体的諸相——放送法制を中心に
- 4 おわりに

<u>「海外情報通信判例研究会」開催要綱</u>	…	209
<u>「海外情報通信判例研究会」開催実績</u>	…	211

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

海外情報通信判例研究会報告書第二集をまとめることができたことは、大変意義深い。判例研究の意義については第一集で論じた。それは、第二集においても同じである。第一集で論じたことを踏襲しつつ、第二集にどのような趣旨の論稿を収めたかを記すことにする。

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、①競争政策等に関する判例、②消費者保護・通信の秘密等に関する判例、③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た。具体的には、①競争政策等に関する判例としては、「電気通信事業法、競争法及び電力事業法における主要国の比較」、「欧州におけるマージンスクイズ規制に関する判決」を取り上げた（第2章）。②消費者保護・通信の秘密等に関する判例としては、「英国におけるプライバシー権概念」、「青少年有害情報規制に関する米国の判例」、「米国における違法・有害情報と青少年保護」、「米国における通信技術の発達とそこから発生する個人情報漏洩問題」、「UMG レコーディング社 対 ヴィオ・ネットワークス社事件」を対象とした（第3章）。そして、③放送に関する判例としては、「英国のテレビ・ラジオ番組の視聴者・聴取者コンテストにおける不正行為とオフコム・コンテンツ制裁委員会」、「米国におけるケーブル所有規制と合衆国憲法修正第1条」、「ドイツにおける民間ラジオ放送局開設免許申請者の放送の自由」、「フランスにおける思想・意見の多元性原理に関する憲法判例の展開」のように、英、米、ドイツ及びフランスを取り扱うことができた（第4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。

第2章 競争政策等に関する判例等

資料 電気通信事業法、競争法及び電力事業法における主要国の比較 EU、フランス、ドイツ、英国、米国

名古屋大学大学院法学研究科
林 秀弥

1 はじめに

本稿は、電気通信事業法、競争法及び電力事業法を横軸で通覧することにより、事業別規制 (Sector specific regulation) の特徴を析出することを目的とする。

この四半世紀ほどの間に、電気、ガス、電気通信、航空等の公益事業分野においても、規制緩和により競争導入が積極的に進められるなど、いわゆる自然独占と考えられてきた分野を中心に規制緩和が次々と進められてきた。

他方で、こうした新たに競争が導入された公益事業分野においては、既存事業者が不可欠施設等を専有していることに起因して、競争原理が有効に機能しないという問題が指摘されている。さらに、最近の技術革新の進展により、ネットワーク外部性による技術標準の形成に伴う独占の問題も発生しており、これらの問題に対して競争政策上どのように対処していくべきかが大きな課題となっている。

これまで、公益事業分野では、供給側の費用逓減性、巨額の投資の必要性による重複投資の回避等の政策判断を伴い、自然独占性（すなわち、規模の経済〔供給規模が拡大するにつれて、財・サービス1単位あたりの費用である平均費用が低下すること〕、範囲の経済〔ある企業が複数の種類の財・サービスを生産するときに必要とされるその企業の費用の合計が、個々の財・サービスを単独で生産するときの費用の合計に比べて小さいこと〕により、そのまま市場を放置しておくとも自然と独占状態となってしまうような状況）を前提とした規制の下で加入者回線網、送電網等の施設等が構築され、これにより、独占的にサービスが供給されてきた分野であった。ここ四半世紀ほどの間に、当該施設等を利用して財・サービスを提供する市場における競争を促進するため、規制緩和により競争が順次導入されてきた。しかし、自然独占性やネットワーク外部性により競争者等が自ら有効に競争可能な設備や技術を構築することが極めて困難であり、事実上既存事業者の設備や技術を利用しないと市場において事業活動ができないことが挙げられる。このため、こうした設備や技術の専有者は競争者等の事業運営の基幹部分を掌握していることから、競争者等に対して競争上不利益な取扱いを行うことにより、自己の地位を維持・強化することが可能となる場合がある。このような公益事業分野において、いかに公正な競争を確保していくかが課題となっているといえる。

一方、独占禁止法は、業種横断的に競争制限行為を排除することにより新規参入を促進することが役割であり、競争政策の観点から公益事業分野における市場監視機能を強化することが求められている中で、独占禁止法は競争政策の一般法としての役割を担っている。

他方、個別の事業法においても競争促進の観点も含む事業政策上の観点から、不可欠施設等の公平な利用ルールや不可欠施設等保有部門と利用市場の営業部門との情報の遮断措置、不可欠施設等に係る収益による利用市場への内部補助の禁止が定められている場合がある。個別の事業法で規定されている利用ルールが有効・適切に機能している場合には、通常独占禁止法の問題は生じないと考えられる。しかし、事業法が守られていない場合において、それが独占禁止法に違反する行為であるときは、事業法のみならず独占禁止法によっても適切な措置が講じられるべきである。また、事業法が想定していない行為が生じた場合等には、独占禁止法を活用すべきである。このように独占禁止法と事業法は相互補完の関係に立つ。

本稿では、以上の点を比較法的に跡付けるため、EU、フランス、ドイツ、英国、米国の規制を通覧することとした。なお、検討に当たっては、電気通信事業法、競争法、電力事業法を個別的に羅列して叙述することにすれば、各々比較して通覧に適さないことから、表にすることで一覧性を高めることにした。また、公益事業規制を全体的に検討するためには、電気通信事業とならんで電気事業についても検討の対象にすることとした¹。

¹ なお、紙幅の都合上、企業結合規制については詳細を省略している。

2 電気通信事業法、競争法及び電力事業法における主要国の比較

欧州連合 (EU)

	通信法	競争法	参考：電力事業法
規制の根拠法・執行機関	<p>テレコム、メディア、情報技術の収斂に基づき、「電気通信ネットワーク・サービス (electronic communications networks and services)」概念 (eCommunications) を用いた包括的規制を特徴とする。</p> <p>現行の規制フレームワークは、1999年の「通信レビュー (Commission Communication Towards a new framework for Electronic Communications infrastructure and associated services: The 1999 Communications Review, COM (1999)539)」を直接の基礎とする。</p> <p>現行の規制フレームワークは、具体的に5つの指令からなる。すなわち、①フレームワーク指令 (2002/22/EC)、②アクセス指令 (2002/19/EC)、③認可指令 (2002/22/EC) (以上は「よりよい規制」指令 (2009/140/EC)により改正)、④ユニバーサルサービス指令 (2002/22/EC)、⑤電子プライバシー指令 (以上は「市民の権利」指令 (2009/136/EC)により改正) (2002/58/EC)の5つである。</p> <p>電子通信ネットワーク及びサービスの共通な規制枠組みに関する欧州議会及び理事会の2002年3月7日付けEU指令2002/21/EC (EU Directive 2002/21/EC) (以下、「枠組み指令」という)第8条は、規制業務の実施において、各EU加盟国は「有効な競争」を促進するため、国の規制当局が同条第2項、第3項及び第4項に定める目標の達成を目指して、合理的で均衡のとれ</p>	<p>欧州共同体設立条約 (Treaty establishing the European Community)</p> <p>* 通常「EC条約 (EC Treaty)」と略称される。</p> <p>1958年発効。</p> <p>第101条：競争制限的協定・協調的行為等の規制</p> <p>第102条：市場支配的地位の濫用行為の規制</p> <p>理事会規則139/2004号：合併規則</p> <p>リスボン条約第5条により、現行のEC条約第81条及び第82条が、EU条約第101条及び第102条に、それぞれ変更された (内容の変更はない)。</p> <p>(注1) 上記のほか、EC条約には、加盟国政府による競争制限的政策の禁止が定められている。すなわち、第106条 (公企業に対する競争制限的規制の禁止) 及び第107条 (特定の企業・商品に対する競争歪曲的補助の禁止) である。</p> <p>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。現在、競争政策は、ホアキン・アルムニア委員が担当している。</p> <p>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、第101条・第102条違反を調査し、違反行為に対する排除措置及び制裁金賦課に関する決定を行うほか、企業結合の規制等を行う権限を有する。</p>	<p>1) 第一次指令 (Directive96/62EC)³では、発電部門の自由化、小売の一部自由化、会計分離、TSO (送電系統運用)の機能分離が行われた。</p> <p>2) 第二次指令 (Directive03/54/EC)⁴では、発電部門の自由化、小売の全面自由化が取り入れられた。</p> <p>2003年6月26日付け電力指令2003/54 (Electricity Directive 2003/54) は、その目標を「完全な競争に向けた積極的な市場開放」であると定めている。このため、EU加盟国は、電力産業の利害から完全に独立した規制当局を指定している。これらの規制機関は、差別のない有効な競争、市場の有効な機能、監視 (モニタリング) を確保する責任を負っている (詳細については、下記の抜粋参照)。</p> <p>EUレベルで、EU委員会の「競争」及び「運輸・エネルギー」を担当する総局は、エネルギー市場における、いわゆる分野別調査及びEU加盟国に課した詳細な報告義務によって、密接に協力してこれらの原則を実施している。</p> <p>第三次指令⁵(Directive2009/72/EC)</p> <p>[送電網にかかるアンバンドリング]</p> <p>競争を確保し、①加盟国間国境を超えた供給、及び②新たな電源による供給を可能にするために、ネットワークと発電・供給との分離(アンバンドル)を提言している。</p>

	通信法	競争法	参考：電力事業法
	<p>たあらゆる措置を講じるよう定めている²⁾。</p> <p>一方、EU委員会は、特に市場の画定や国内規制当局によるその他の規制措置の承認によって、これらの分野で競争を促進する限られた権限しか保有していない。これとは別に、EU委員会の役割は、加盟国間で規則の「整合性」を図るとともに、報告と勧告を行うことである。</p> <p>EUにおけるテレコム規制の中心は、委員会、およびNRA（National Regulatory Authority）（加盟国事業規制官庁）である。テレコム産業について、委員会がよって立つ規制根拠は2つである。第一に、競争法規定（ローマ条約101条ないし109条）である。第二に、市場統合規定（ローマ条約105条）である。</p> <p>○テレコム産業にかかる委員会の担当部局は、①DG-Competition（DG COMP）、②DG-Information Society（DG INFSO）、③DG-Internal Marketである。①は加盟国レベルにおけるNCA（National Competition Authority）、②はNRAに該当する。③は、電子商取引、データ保護等に役割を有する部局である。</p> <p>○委員会（DG COMP）におけるインタビューによると、委員会内部における、DG COMPとDG INFSOとの関係は、極めて緊密である。</p>	<p><u>EC条約第102条適用に関するガイドラインが電気通信事業における規律にとって今後重要となろう。</u></p> <p>競争法違反事件手続を定める基本的法令は、理事会規則1/2003号（101条及び102条の施行規則）及び欧州委員会規則773/2004号（101条及び102条に基づく欧州委員会の手続に関する欧州委員会規則）である。</p> <p>（参考） 「規則」（regulation）は、その全体において拘束力を有し、各加盟国の国内法として制定し直されることなく、すべての加盟国で直接適用される。 「指令」（directive）は、「達成されるべき結果」のみについて、当該指令が命じられた加盟国を拘束し、結果を達成するための形式・方法については加盟国当局に選択が委ねられている。すなわち、指令は加盟国の国内法により置き換えられることによってはじめて一般的な効力を持つことになる。 「決定」（decision）は、それが及ぶ範囲の者に対し、すべての点で拘束する。決定は、一般的法規というよりもむしろ、個別かつ具体的内容を持つ行政手段といえる。</p>	<p>アンバンドルの具体的提案の本身は以下の通り。</p> <p>①「所有分離」：ネットワーク所有者と発電、小売部門とを完全に分離する。</p> <p>②ネットワークの垂直的な所有を認めつつ（すなわち、送電系統の所有は発電、小売事業者に残しつつ）、発電や供給から「独立系統運用者(ISO)や「独立送電運用者(ITO)を設置することを①の代替措置として容認。</p>
規制の概要・法	EUの規制フレームワークは、「有効競争（effective competition）」が生じるまで、事業法による事前規制と、競争法による事後規制との組み合わせにより、「市場的な参入障壁」に起因する次の競争法上の3つの問題	競争制限的協定等（101条） (7) 禁止 事業者間の協定、事業者団体の決定及び協調的行為であって、加盟国間の取引に影響を与えるおそれがあり、かつ、共同市場内の競争の機能を妨害、制限若しくは歪曲する目的又は効	EU第二次電力指令： 説明21： 「完全な競争に向けた積極的な市場開放により、加盟国間の差異をできるだけ早く取り除くべきである。本指令の実施において、透明性及び確実性を確保す

	通信法	競争法	参考：電力事業法
律 の 抜 粋	<p>に取り組むものである。</p> <p>第一は、SMP事業者による、市場支配力の垂直的ないし水平的なレバレッジ、第二は、SMP市場への参入阻止、そして第三は、SMP市場における競争圧力の低下による独占の弊害である。</p> <p>EUの競争評価は、次の3つのプロセスから構成される。第一に、市場画定（Market Definition）、第二に、市場分析（Market Analysis）、第三に、レメディ（Remedy）の3つの段階である。3つの段階における作業は、委員会と加盟国規制当局（NRA）とにより、共同で行われる。</p> <p>フレームワーク指令15条1項は「委員会は競争法原理にしたがって（in accordance with the principles of competition law）」市場を画定すべき旨を規定し、同2項は競争法原理にしたがった市場画定のガイドラインを公表すべき旨を規定する。</p> <p>委員会による同市場画定は、「卸レベル（wholesale level）」と「小売レベル（retail level）」に分けられる。両市場は垂直関係に立つ。前者の卸レベルにおける市場とは、施設ないしネットワークへの「アクセス市場」である。委員会は、投入財にかかる事業者間取引について、最終財市場（対エンドユーザー市場）から独立した市場を、別途、画定する。</p> <p>ネットワークアクセス市場が、委員会による市場画定の中心となっている。市場は「勧告（Recommendation）」の形により公表される。「指令」とは異なることから、委員会との協議等を経れば、例外的とはいえ、NRAは勧告以外の市場を画定する</p>	<p>果を有するものは禁止される。この禁止規定は、競争事業者間の協定（水平的協定）のみならず、メーカーと販売業者間の協定（垂直的協定）にも適用される。禁止される協定の例として、規定上、次のものが挙げられている（101条1項）。</p> <p>① 直接又は間接に、購入価格若しくは販売価格又はその他の取引条件を決定すること</p> <p>② 生産、販売、技術開発又は投資を制限し又は統制すること</p> <p>③ 市場又は供給源を割り当てること</p> <p>④ 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</p> <p>⑤ 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</p> <p>101条により禁止されるいかなる協定又は決定も、自動的に無効とされる（101条2項）。</p> <p>(イ) 適用免除（exemption） 商品の生産・販売の改善又は技術的・経済的進歩の促進に役立ち、かつ、消費者に対しその結果として生じる利益の公平な分配を行うものであって、次の各号の一に該当しない協定等については、101条1項の不適用を宣言することができる（101条3項）。</p> <p>① 前記の目的達成のために必要不可欠ではない制限を参加事業者に課すこと</p> <p>② 当該商品の実質的部分について、参加事業者に競争を排除する可能性を与えること</p> <p>市場支配的地位の濫用（102条）</p> <p>(ア) 禁止 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</p>	<p>べきである。」</p> <p>第二次電力指令第23条： 「加盟国は、規制当局の機能を有する1以上の能力のある機関を指定しなければならない。これらの当局は、電力産業の利害から完全に独立していなければならない。これらの機関は、本条の適用を通じて、差別のない有効な競争及び市場の有効な機能を少なくとも確保する責任がある。</p> <p>第三次指令 （供給者の義務）</p> <p>① すべての電力事業者は「公共サービス提供義務(3条2項)」を負う</p> <p>② 配電事業者は、家庭向け/小規模事業者向け電力にかかる「ユニバーサルサービス」提供義務(同条3項)を負う。</p> <p>③ 加盟国は委員会に対して両義務の履行について、2年ごとに委員会に知らせなければならない(15項)。</p> <p>(需要者の権利)</p> <p>① 国の電力事業者を選択できる権利(3条4項)</p> <p>② 3週間以内に供給業者を変更できる権利</p> <p>③ 利用量にかかるデータを受けうる権利(同5項)</p> <p>④ 供給者は最終需要者に対して請求書の中にエネルギー構成、環境への影響、紛争処理にかかる権利、について明示しなければならない(同9項)</p> <p>(送電系統運用者(TSO)の所有分離)</p> <p>① 送電網を所有する者がTSOとなる(9条1項a号)</p> <p>② 発電・供給事業者とTSOとの資本・役員兼任関係の禁止</p> <p>③ 送電・供給を支配する者とTSOを支配する者が異なる公的機関であれば、結合関係の禁止に該当しない(6項)</p>

	通信法	競争法	参考：電力事業法
	<p>ことも可能である。 市場はSSNIPテストにより画定される。</p> <p>SSNIPテストにより画定されよう多数の市場の中から、レメディの対象となり得る市場を選別するための基準（すなわち市場勧告の基準）は、次の3つである（勧告前文9項）。</p> <p>①大きくかつ一時的でない参入障壁の存在(high and non-transitory entry barriers)、②参入障壁の評価には現れないダイナミックな競争状況(the dynamic state of competitiveness behind entry barriers)、③競争法では問題解決に不十分であること(the sufficiency of competition law)</p> <p>枠組み指令15条(1)の規定に基づき ○ 市場分析の対象とする18の市場（小売りレベル：7市場、卸売りレベル：11市場）を定義。 ※各国で勧告と異なる市場を画定する場合には、欧州委員会等と協議することが必要（枠組み指令第7条(4)(a)） ※2007年12月に対象市場を18市場から7市場へ削減する見直しを勧告。</p> <p>○市場支配的地位については⁶ Framework 指令(26)、Art. 14(2)において「顕著な市場支配力(significant market power、以下SMP)」として、事業者が単独又は他の事業者と共同で、競争者・顧客・最終消費者から相当程度独立した行動をとる力を与える経済的地位としての支配的地位を有している場合と定義づけている。 また、effective competitionが複数の事業者間で成立しない場合において、当該複数事</p>	<p>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(102条)。</p> <p>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</p> <p>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。</p> <p>(イ) 違反に対する措置 101条違反に対するものと同じ措置が採られる（理事会規則1/2003号7条1項、23条1項、同条2項、同24条）。</p> <p>2008年12月3日、欧州委員会は、市場支配的地位の濫用行為に対してEC条約(第102条)を適用するに当たっての法執行優先事項に関する指針(ガイドライン)を公表した(加盟国の各言語に翻訳された最終版の公表は2009年2月9日)。 同指針は、影響ベースのアプローチを採用しており、その主な原則は以下のとおりである。 ・公正で歪みのない競争は、EUの事業者及び消費者にとって、市場をよりよく機能させるための最良の方法。支配的事業者を含め、健全な競争が奨励されるべき。 ・欧州委員会の法執行政策の焦点は、消費者を保護すること及び個々の競争事業者を保護するのではなく競争の過程を保護することに当てるべき。 ・欧州委員会は、支配的事業者の行為が実際に競争を害することを立証する必要はなく、悪影響を及ぼすおそれがあるという説得力ある証拠があれば十分。</p>	<p>④ 情報遮断人的遮断(7項)(完全分離の例外) 2009年9月3日段階において送電網を有する垂直統合企業が存在する場合には、①ISOの認定(13条に規定)、又は②1TOの認定(5章に規定)が可能(8項)③1TOよりも独立性の高い施策が採用されている場合にはそれを認める(9項)</p> <p>(TSOの認定) TSOは加盟国(規制機関)による認定が必要(10条)。域外事業者又は域外国によるTSO認定申請には9条の一般的要件のほか、エネルギーの安定供給に影響を与えないことの証明が必要(11条3項b号)。欧州委員会は意見を述べることができ(6項)、規制機関はそれに最大限の考慮を払わなければならない。欧州委員会の意見と異なる最終決定をなすときには、加盟国はその理由を明らかにしなければならない(8項)</p> <p>配電系統運用者(DSO)についても、TSOと同様の規定が適用される(15条)。</p> <p>(ISO(独立系統運用者)) 2009年9月段階においてなお垂直統合下にある場合には、送電網所有者(transmission system owner)の求めにより、加盟国はISOを認定することもできる(13条1項) ISO認定要件(2項) ①発電・供給事業者とISOとの資本・役員兼任関係の禁止、②業務遂行能力、③規制機関の監督下におけるネットワークの投資計画を遂行すること</p> <p>(送電網所有者のアンバンドル) ISOを認定する場合において、送電網所有者は、垂直的に統合している場合においても、①法人格、②組織、および③意思決定については、送電事業以外の業務からの独立性が要求される(14条1項)</p>

	通信法	競争法	参考：電力事業法
	<p>業者が2以上の事業者の間に構造的又はその他の関連性が存在し、そして、関連市場の構造が当該市場において協調的な反競争効果を生じさせる場合、2以上の事業者は共同の支配的地位(collective/joint dominance)を獲得するとしている⁷。</p> <p>関連市場におけるシェアは、支配的地位を有するかどうかの重要な判断要素である（SMPガイドライン para.75）。</p> <p>◇ <u>50%超</u> → 支配的地位が推定される</p> <p>◇ <u>40%超</u> → 通常、支配的地位が発生し得る</p> <p>◇ <u>25%程度</u> → 支配的地位を享受しているとはいえない</p> <p>なお、シェア算定の基礎は関連市場の特徴により異なる（販売量、売上高等）。</p> <p>【SMP認定のための判断要素：単独支配の場合】</p> <ul style="list-style-type: none"> ・市場シェア ・事業者の総合的な規模 ・容易に重複し得ないインフラの管理 ・技術的な優位性ないし優越性 ・対抗する購買力の不在若しくは低調 ・資本市場/資金源への容易なあるいは特権的なアクセス ・サービスの多様性 ・規模の経済 ・範囲の経済 ・垂直的統合 ・高度に開発された流通網と販売網 ・潜在的競争の不在 ・拡大に対する障壁 <p>【SMP認定のための判断要素：共同支配の場合】</p> <ul style="list-style-type: none"> ・市場シェア ・成熟した市場 ・需要サイドの停滞した成長 ・弱い需要弾力性 ・同質的生産物 ・類似の費用構造 ・類似の市場シェア 	<p>・欧州委員会の法執行政策は、個々の競争事業者ではなく、競争の過程に悪影響を及ぼす行為であるかどうかに関心を当てており、欧州委員会は、価格設定行為について、当該行為が支配的事業者と同様に効率的な競争事業者の拡大又は市場参入を阻害するおそれがあるか、消費者厚生に大きな重要性を持つ競争事業者を阻害するおそれがあるかを調査する。</p> <p>・欧州委員会の法執行政策は、支配的事業者の行為の影響が消費者に及ぶ可能性に焦点を当てており、欧州委員会は、効率性の観点から自己の行為が正当化されるという支配的事業者の主張を調査する。</p> <p>企業結合規制</p> <p>(7) 審査基準</p> <p>規制対象となる合併等企業結合については、共同体市場と両立するか否か（whether or not they are compatible with the common market）を判断する観点から評価される（合併規則2条1項）。特に支配的地位の形成又は強化の結果として、共同体市場又はその実質的部分において、有効な競争が著しく阻害されることとなる企業集中は共同体市場と両立しないものとし、有効な競争が著しく阻害されることとならない企業集中は共同体市場と両立するものとする（同2条2項及び3項）。</p> <p>(4) 考慮事項</p> <p>合併審査に当たっては、市場構造、共同体内外の現実の又は潜在的な競争、市場における当事者の地位・経済力、供給者・需要者の代替可能性、商品又は市場へのアクセス、参入障壁、関連商品の需給動向、消費者の利益、競争を阻害せず消費者に利益をもたらす技術進歩・経済発展といった事項が考慮される（合併規則2条1項）。</p> <p>ウ 違反行為に対する措置</p> <p>共同体市場と両立しない企業結合は、決定により、禁止され</p>	<p>また、送電網所有者の独立性確保措置(2項)が求められる。</p> <p>(会計分離)</p> <p>電力事業者は、差別的取り扱いおよび内部補助を防止するために、送配電事業について会計分離が求められる。また「自由化の対象である需要者(eligible customers)と「自由化の対象ではない需要者(non-eligible customers)について会計分離を行い、配電網の所有にかかる収入について会計において明示することが求められる(31条3項)。</p> <p>(系統へのアクセス)</p> <p>① 第三者による送配電網へのアクセスについて、それにかかるタリフについては加盟国による承認および公表が必要である(32条1項)。</p> <p>② TSOおよびDSOは送配電容量の不足を理由としてアクセスを拒否することができる。TSOおよびDSOはネットワーク増強に必要な措置について明らかにしなければならない(2項)</p> <p>(加盟国規制機関の一般的権限)</p> <p>① 送配電タリフの策定/承認(37条1項a号)</p> <p>② TSO/DSOの監督(b号)</p> <p>③ 送電/配電/供給(小売)間における内部補助の監視(f号)</p> <p>④ 競争制限的契約の監視:大口需要家が2社以上の供給者と契約を締結することを妨げる排他条項等に対して(k号)</p> <p>⑤ 供給料金(小売料金)にかかる勧告(毎年)(o号)</p>

	通信法	競争法	参考：電力事業法
	<p>・技術的イノベーション及び成熟した技術の欠如</p> <p>・過剰容量なし</p> <p>・高い参入障壁</p> <p>・対抗する購買力の欠如</p> <p>・潜在的競争の欠如</p> <p>・関係する企業間における様々な非公式の結びつき</p> <p>・報復的メカニズム</p> <p>・価格競争の欠如あるいはその範囲の狭さ</p> <p>○レメディについて、アクセス指令が用意するレメディは、透明性確保義務（9条。会計情報、技術仕様、供給及び利用に関する条件、料金等の情報の公表）、非差別義務（10条。同等のサービスを提供する他の事業者に対して同等の状況において同等の条件を適用）、会計分離義務（11条。相互接続及びアクセスに関連した特定の活動に関して会計分離の義務を賦課（例：垂直統合型企業では、卸料金及びその内部移転料金を透明化））、アクセス義務（12条。特定のネットワーク要素及び設備へのアクセスの第三者への提供義務、コロケーション又は管路、建物、電柱の共用等設備の共用義務。ネットワーク又はネットワーク設備との相互接続義務）、そしてアクセスチャージ規制（13条。特定の種類の相互接続及びアクセスの提供に関して、料金をコストに基づくこととする義務を賦課）である。さらに、これらアクセス指令による卸市場（上流市場）におけるレメディが問題を解決しない場合について、ユニバーサルサービス指令が、サービス市場（下流市場）における直接規制（料金規制）を規定している。すなわち、小売りサービスに関する規制（第17条。特定された事業者が法外な価格を請求しない、市場への参入を妨げない若しくは略奪的価格を設定することにより競争を制限することがない、特定のエンド・ユーザー</p>	<p>る。当該企業結合が違法に実施されてしまった場合には、欧州委員会は、合併の解消、取得した全ての株式又は財産の処分その他必要と考えられる措置を命じることができる（合併規則8条）⁸。</p> <p>(参考)</p> <p>水平合併ガイドライン (2009.12.16改訂)</p> <p>2003年12月16日、欧州委員会は、合併規則改正案の採択に併せて、「水平的合併の評価に関する欧州委員会告示」（以下「ガイドライン」という。）を公表した。ガイドラインは、新規規則2条の実体的審査基準の解釈に指針を与えるものであり、以下のとおりの構成となっている。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ I. Introduction ・ II. Overview ・ III. Market share and Concentration Levels ・ IV. Possible Anti-competitive Effects of Horizontal Mergers ・ V. Countervailing Buyer Power ・ VI. Entry ・ VII. Efficiencies ・ VIII. Failing Firm 	

	通信法	競争法	参考：電力事業法
	に不当な特恵を示さない又はサービスを不当に抱き合わせしないという要件を賦課)、最小限の専用線一式に関する規制(第18条。規格一覧表(List of Standards)と同一とみなされた最小限の専用線一式の提供及び当該提供の条件に関する義務を、特定の専用線市場に係る事業者(賦課)、事業者の選択及び事前選択(第19条。その加入者が公に利用可能な電話サービスの相互接続提供者のサービスに、事業者選択コードをダイヤルすることにより通話単位で利用できる、事前選択の場合、事業者選択コードをダイヤルすることにより通話単位で事前の選択肢を無効にするサービスを備える、ことを要求)		
リンク	EU枠組み指令(EU Framework Directive): http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:32002L0021:EN:HTML	EU条約(EU Treaties)(統合版) http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006:321E:0001:0331:EN:PDF	EU電力指令2003/54(EU Electricity Directive 2003/54): http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:176:0037:0055:EN:PDF

² 【参考】

枠組み指令第8条:

「1. [EU]加盟国は、この指令及び特定の指令に定める規制業務の実施において、加盟国の規制当局が第2項、第3項及び第4項に定める目標の達成を目指すあらゆる合理的な措置をとるよう確保しなければならない。これらの措置はその目標に応じて実施すべきである。

加盟国は、この指令及び特定の指令に定める規制業務、特に有効な競争を確保するための規制業務の実施において、加盟国の規制当局が規則を技術的に中立にすることが望ましいことをできるだけ考慮すべきである。

加盟国の規制当局は、文化や言語の多様性及びメディアの多元性の促進を目指した政策の実施を確保するよう能力の範囲内で寄与することができる。

2. 加盟国の規制当局は、電子通信ネットワーク、電子通信サービス及び特に関連する設備及びサービスの提供において競争を促進しなければならない。

(a) 身体障害者を含むユーザーが選択、価格及び品質において最も多くの利益を享受するよう確保すること;

(b) 電子通信分野で競争のひずみや制限がないようにすること;

(c) インフラへの効率的な投資を奨励するとともに、革新を促進すること;及び

(d) 無線周波数及び番号資源の有効利用を奨励するとともに、効率的な管理を確保すること。

3. 加盟国の規制当局は、特に国内市場の開発に寄与しなければならない：

- (a) 欧州レベルで電子通信ネットワーク、関連設備及びサービス、並びに電子通信サービスの提供に対する残存する障害を取り除くこと；
- (b) 汎欧州ネットワーク、汎欧州サービスのインターオペラビリティ、エンド・ツー・エンドの接続性の設定及び開発を奨励すること；
- (c) 同じような状況において、電子通信ネットワーク及びサービスを提供する事業者の取り扱いを差別しないよう確保すること；
- (d) 一貫した規制慣行の醸成、並びにこの指令及び特定の指令の一貫した適用を確保するため、透明な方法で加盟国相互に及び委員会と協力すること。

4. 加盟国の規制当局は、特に欧州連合 (EU) 市民の利益を促進しなければならない：

- (a) すべての市民が、指令2002/22/EC(ユニバーサル・サービス指令)に定めるユニバーサル・サービスへアクセスできるようにすること；
- (b) 特に関係者から独立した機関が行う簡単で費用の安い紛争解決手続きを利用できるようにして、消費者と供給者（サプライヤー）との取引で消費者を大いに保護すること；
- (c) 個人のデータ及びプライバシーの高度な保護を確保することに寄与すること
- (d) 特に、公衆電子通信サービスの利用料金約款や利用条件の透明性を義務付ける場合、明瞭な情報の提供を促進すること；
- (e) 特定の社会的な集団、特に身障者のユーザーのニーズに対応すること；及び
- (f) 公衆通信網の健全性とセキュリティの維持を確保すること。」

³ Directive 96/92/EC of the European Parliament and of the Council of 19 December 1996 concerning common rules for the internal market in electricity
OJ L 27, 30.1.1997

⁴ Directive 2003/54/EC of the European Parliament and of the Council of 26 June 2003 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 96/92/EC、 OJ L 176/537.2003

⁵ Directive 2009/72/EC of The European Parliament and of the Council of 13 July 2009 concerning common rules for the internal market in electricity and repealing Directive 2003/54/EC、 OJ L 211/55.2009

⁶ *United Brands v. Commission*、 Case 27/76 [1978] ECR 207では、以下のように市場支配的地位を定義している。

“dominant position...relates to a position of economic strength enjoined by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors、 customers、 and ultimately of its consumers.”

⁷ なお、市場支配力の梃子（レバレッジ）については、SMP ガイドライン 3 条（市場支配力の梃子） 1 項 1 号に次のように規定されている。

3.1.1 市場力の梃子

83. 枠組み指令第 14 条(3)によれば、「ある事業者が特定の市場において SMP を有する場合、当該市場で有する市場力を梃子とし、その市場に隣接する市場における市場力を強化することになるような二つの市場関係がある場合、かかる事業者はその密接に関連する市場においても SMP を持つと見なされる。」

84. この規定は、Tetra Pak II に関する裁判所の判断となった市場状況に匹敵するものを取り扱う意図に基づくものである。その裁判において、裁判所は、ある市場で支配的な地位を有し、別個であるが密接に関連する市場において主導的な地位を享受している企業は、結果的に、問題の市場全体で支配的な地位を有する状況に匹敵する状況に置かれているとの判断を示した。第 1 の市場で支配的な地位にあり、第 2 の関係市場に進出しているおかげで、その企業は、第 1 の市場で享受している市場力を梃子にして、後者の市場においてその顧客から独立して行動することができる。Tetra Pak の案件では、同社が支配的であることが分かった複数の市場全体が、欧州裁判所の判例法の意味における水平的で密接な連関的結び付きを持っていたが、これは垂直的に統合された市場において頻繁に見られるものである。これはしばしば電気通信分野にあてはまるケースであり、事業者はインフラ市場で支配的地位にあり、下流市場すなわちサービス市場に有意な存在を示す場合がしばしばある。そのような状況では、NRA は、当該事業者が両市場全体に SMP を有していると判断するのが適切と考えられる。しかし、実際には、事業者が上流の卸売市

場あるいはアクセス市場でSMPを有すると指定されている場合、NRAは、通常、下流の小売又はサービス市場に対して発生する可能性の高い副次的結果若しくは梃子入れ効果を避けるために適切となる相互接続指令に規定された義務のいずれかをその事業者に課すことによって、そうした効果を防ぐ立場にある。したがって、NRAが第14条(3)の適用、不適用を調べるべき事態は、(アクセスの)上流市場において支配的な事業者により事前義務を課した結果、(小売の)下流市場において有効な競争にならない場合だけである。

85. 前述の考慮事項は水平的市場についても関連がある。さらに、検討されている市場が垂直的であるか水平的であるかにかかわらず、両市場は枠組み指令第2条の意味における電子通信市場であるので、両市場は事前規制義務の賦課を正当化するような特徴を示すはずである。

⁸ 企業結合の審査・決定らについては、欧州委員会は、届出を受理した場合は直ちにこれを審査し(通称「Phase I」審査)、

① 当該企業結合が規制の対象外であると結論したときは、決定により、その認定を記録する(合併規則6条1項a)。

② 当該企業結合が、規制の対象とはなるものの、共同体市場との両立性に関して深刻な疑念(serious doubts)を引き起こすものではないと認定したときは、当該企業結合に反対しない旨決定するとともに、当該企業結合が共同体と両立する旨宣言する(同6条1項b)。

③ 当該企業結合が規制の対象となり、かつ、共同体市場との両立性に関して深刻な疑念を引き起こすものと認定したときは、詳細審査(in-depth investigation)手続を開始する(同6条1項c)。上記①～③の決定は、25営業日以内に行わなければならない(当事者が問題解消措置を申し出た場合又は関係加盟国から移管要請を受けた場合、この期間は35営業日まで延長される。同10条1項)。

詳細審査(通称「Phase II」審査)において、欧州委員会は、必要に応じ、情報提供要求(同11条)、立入検査(同13条)により証拠を収集し、当事者に異議告知書を送付する。当事者には、異議告知書に対する見解を述べる機会が与えられる(同18条1項)。

企業結合に関する諮問委員会への協議(同19条3項)を経て、欧州委員会は、以下の決定を行うことができる。

① 当該企業結合の承認(同8条2項)

② 当該企業結合の禁止(同8条3項)

③ 既に実施された企業結合に対する競争回復措置(同8条4項)

上記①及び②の決定は、詳細審査開始から90営業日以内に行わなければならない(同10条2項及び3項)。ただし、当事者が延長を要請する場合又は欧州委員会が延長を要望し当事者が同意する場合は、20営業日が追加される。また、詳細審査の開始から54営業日までに当事者が問題解消措置を申し出た場合は、15営業日が追加される。

フランス

	電気通信事業法	競争法	参考：電力事業法
<p>規制の根拠法・執行機関</p>	<p>電子通信分野に影響を及ぼす競争問題を担当するフランス電気通信規制機関「ARCEP」の権限は、多くの比較可能なEU諸国の権限より制限されている。</p> <p>相互接続問題などの多くの例では、ARCEPは電気通信会社に対し措置や結論を出す前に、フランス競争審議会(Conseil de la Concurrence)と(例えば、意見を求めるなどにより)緊密に協力しなければならない。</p> <p>郵便・電子通信法典(以下、「法典」という) L 32-1 II は、電子通信とARCEPを担当する大臣が以下の目標を達成するため、「客観的で透明な条件の合理的かつ均衡のとれた措置」を講じると定めている:</p> <ul style="list-style-type: none"> ● 「ユーザーの利益のために参加者間で有効かつ誠実な競争の実施」(第2項) ● 「すべてのユーザーに対し自由に通信する可能性と平等な競争条件を保証する公衆に開かれたネットワーク及びこれらネットワーク間の相互接続のためのアクセス条件を定義している」(第4項)。 <p>大きな市場力を有する市場参加者に反競争的な行為が見つかった場合、法L36-10は「支配的地位の乱用」の可能性がある場合、又はARCEPが通信分野での市場行為が「自由な競争を妨害している」と判断した場合、ARCEPはその問題を競争当局に委託しなければならないと定めている。</p> <p>・現在、オレンジ、SFR及</p>	<p>現行のフランス競争法の母体である1945年6月30日のオールドナンス(注1)は、制定当初、純然たる価格統制法であった。</p> <p>1953年8月9日のデクレ(注2)により、1945年オールドナンスに一定の協定の禁止に関する条項が追加されるとともに、カルテル専門委員会(Commission technique des ententes)が設立された。また、1963年7月2日の法律により、禁止される行為に支配的地位の濫用が追加され、カルテル専門委員会はカルテル及び支配的地位専門委員会(Commission technique des ententes et des positions dominantes)に改称された。経済担当大臣は、専門委員会の意見を受けて、違反行為に制裁金を課すなどの措置を採っていた。</p> <p>1977年7月19日の法律により、専門委員会に代わる機関として競争委員会(Commission de la concurrence)が設立された。競争委員会には、従来の専門委員会の機能に加え、①競争に関連するすべての問題についての政府への助言、②実施された又は計画中の企業結合についての意見の提出、という機能が付け加えられた。</p> <p>1986年12月1日のオールドナンス第86-1243号(価格の自由及び競争に関するオールドナンス)により、現行競争法の枠組みが構築された。1986年オールドナンスにより、従来の競争委員会に代わる機関として、競争評議会(le Conseil de la concurrence)が設置され、違反行為に対し制裁金等の措置を採る権限が経済担当大臣から競争評議会に移管された。</p> <p>1996年7月1日の法律による1986年オールドナンスの改正により、競争評議会は、カルテル</p>	<p>フランスは、電力業界の競争を監視するエネルギー規制委員会(Commission de Régulation de l'Énergie - CRE)を設置している。しかし、ARCEPと同様に、CREは競争分野で限られた権限しか有していない。2000年2月10日付け法律第2000-108号は、CREが「最終消費者の利益並びに「電力及び天然ガス市場の円滑な機能に寄与する」と定めている。(法第28条)。</p> <p>法律第2000-108号も、高圧送電網事業者及び配電事業者が遵守すべき競争保護に関する様々な規定を定めている。例えば、全国的な高圧送電網事業者は、自社の開示が「法律に課す自由で誠実な競争又は無差別」の原則に反する場合、情報を漏洩してはならない。以下に引用した法第16条(高圧送電網事業者)の例を参照。CREも、差別、不法な内部相互補助及び競争のゆがみを回避するため、(フランス競争審議会と協力して)公益事業者に課した会計分離に関する規則の実施状況を監視している(法律2000-108号、第25条)。</p>

	電気通信事業法	競争法	参考：電力事業法
	<p>びブイグ・テレコム の 3 社が SMP を有する事業者として指定され、事前規制が適用されている。</p>	<p>及び支配的地位の濫用に加え、不当廉売についても措置を採ることができることとされた。</p> <p>2000 年 9 月 18 日のオールドナンスにより、1986 年オールドナンスは、商法典第 4 部（価格の自由及び競争）に編入された。</p> <p>2001 年 5 月 15 日、新たな経済規制に関する法律により、①制裁金額の引上げ及びリニエンスー制度の導入、②合併の事前届出の義務化等合併規制手続の改善などの改正が行われた。</p> <p>2004 年 3 月 25 日のオールドナンス第 2004-274 号により、企業結合審査について、規制対象となる当事者の売上額の基準を 1500 万ユーロから 5000 万ユーロに引上げ。</p> <p>2004 年 5 月の EU 競争法の近代化を受け、2004 年 11 月 4 日のオールドナンス第 2004-1173 号により、「確約手続（commitment procedure）」を導入（欧州委員会の「確約」と同種の手続。）。</p> <p>その後、2008 年 8 月 4 日に施行された経済現代化法（The Law on the modernisation of the economy）及び同年 11 月のオールドナンスにより、それまで競争評議会と経済・財政・産業省競争・消費者問題・不正行為防止総局（DGCCRF）が行っていたフランス競争法の執行を競争委員会（Autorité de la concurrence）に一元化することとなった。</p> <p>（注 1）オールドナンス（ordonnance）：政府が法律の領域に属する事項について国会の許可を得て行う行為（行政立法）であって、国会の承認後は法律としての価値を取得するもの。</p> <p>（注 2）デクレ（décret）：共和国大統領又は首相によって署名された、一般的又は個別的効力を有する執行的決定</p>	
規制の概	<p>郵便電子通信法典（Code des Postes et des Communications Électroniques）</p>	<p>規制の概要は以下のとおり</p> <p>（1）反競争的行為</p> <p>商法典第 4 部第 2 編は、反競争的行為（pratiques</p>	<p>最近の事例では、電力会社による支配的地位の濫用（2009.3.25）が挙げられる。</p>

	電気通信事業法	競争法	参考：電力事業法
要、法律の抜粋等	<p>最近の事例では、通信会社による支配的地位の濫用（2009.7.28）が挙げられる。この事件では、競争委員会は、マルティニク島などの島部における固定電話及びインターネットアクセス市場への浸透コストを引き上げることにより、競争事業者を弱体化させるなどして、支配的地位を濫用したとして、通信会社 France Telecom に対し 2760 万ユーロの制裁金を課した。</p>	<p>anticoncurrentielles) の規制について定めている。第 2 編で禁止される反競争的行為（反競争的協定、支配的地位の濫用、経済的従属状態の濫用、生産者等による不当廉売）については、競争委員会による排除措置、制裁金賦課の対象となる。また、反競争的協定、支配的地位の濫用又は経済的従属状態の濫用の企図、計画又は実行において、個人としての、かつ、決定的な役割を不法に果たした自然人は、4 年以下の禁錮及び 7 万 5000 ユーロ以下の罰金に処される可能性がある（第 L.420-6 条）。（競争委員会は、第 L.420-6 条の規定を適用すべきと思料する場合、検察官に事案を移送する（第 L.462-6 条）。）</p> <p><u>ア 反競争的協定（第 L.420-1 条）</u></p> <p>市場における競争の作用を歪曲し、制限し若しくは妨害することを目的とし、又はかかる効果を有する共同行為、協定、明示若しくは暗黙の合意又は提携は、禁止される。</p> <p>第 L.420-1 条は、禁止される協定等の例として、次の事項を内容とするものを挙げている。なお、本条は、水平的及び垂直的協定等のいずれにも適用される。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 他の企業による市場へのアクセス又は市場における自由な競争活動を制限すること ・ 価格を人為的に引き上げ又は引き下げることにより、市場の自由な活動による価格の決定を妨害すること ・ 生産、販路、投資又は技術進歩を制限又は統制すること ・ 市場又は供給源を分割すること <p><u>イ 支配的地位の濫用（第 L.420-2 条第 1 パラグラフ）</u></p> <p>国内市場又はその実質的部分に</p>	<p>競争委員会は 2005 年、競争事業者である Poweo に不利な情報を公表するなどして、小規模事業者への電力供給市場における支配的地位を濫用したとして、2009 年 3 月 25 日、第 3 セクターである Gaz and Electricité de Grenoble に対し 32 万ユーロの制裁金を課した。</p>

	電気通信事業法	競争法	参考：電力事業法
		<p>において支配的地位（position dominante）にある単独の企業又は企業グループが、その支配的地位を濫用すること（exploitation abusive）であって、それが、市場における競争の作用を歪曲し、制限し若しくは妨害することを目的とし、又はかかる効果を有する場合には、禁止される。</p> <p>「支配的地位」の定義は、EC条約 82 条に係る ECJ の判例に沿ったものとなっており、「ある企業が、競争者、顧客、そして究極的には消費者に対し、相当程度独自の行動を採ることを可能にすることにより、当該市場における有効競争の維持を阻害する能力を当該企業に与えるような経済力」を有している状態としている。</p> <p>なお、第 L.420-2 条は、支配的地位の濫用を構成し得る行為として、販売の拒絶、抱き合わせ販売、差別的販売条件、取引の相手方が不当な取引条件に従わないことのみを理由とする取引関係の破棄を例示している。</p> <p><u>ウ 経済的従属状態の濫用（第 L.420-2 条第 2 パラグラフ）</u></p> <p>単独の企業又は企業グループが、取引先事業者が置かれている経済的従属状態（état de dépendance économique）を濫用することであって、それが、競争の機能又は構造に影響を及ぼすおそれがある場合には、禁止される。</p> <p>「経済的従属状態」は、「支配的地位」とは異なり、企業間の相対的な力関係に着目した概念である。「経済的従属状態」の有無を判断する基準として、判例は、①当該企業に対する取引依存度、②市場における当該企業の重要性及びブランドの評価、③取引先企業にとっての代替的解決方法の有無、④取引先企業が戦略的に経済的従属状態に置かれることを選択したか、それともやむを得ざる選択の結果として経済的従属状態に置かれているか—を挙げている。</p> <p>なお、第 L.420-2 条は、経済的</p>	

	電気通信事業法	競争法	参考：電力事業法
		<p>従属状態の濫用を構成し得る行為として、販売の拒絶、抱き合わせ販売、差別的行為を例示している。</p> <p><u>エ 反競争的協定及び支配的地位等の濫用の効果及び適用除外</u> 反競争的協定並びに支配的地位の濫用及び経済的従属状態の濫用に関連するすべての契約、協定又は契約条項は、無効とされる（第 L.420-3 条）。 また、次の行為については第 L.420-1 条及び L.420-2 条は適用されない（第 L.420-4 条）。</p> <p>① 法律又は法律の施行のために定められた規則に基づく行為</p> <p>② 雇用の創出又は維持などの経済成長を確保する効果を有しており、当該行為から生ずる利益の一部が利用者に公平に留保され、かつ、関係企業が当該製品の実質的な部分について競争を排除し得るものではないことを、行為者が証明し得るような行為</p> <p><u>オ 生産者・加工者による不当廉売（第 L.420-5 条）</u> 生産、加工及び商品化の費用と比較して過度に低い消費者向け販売価格を提示し、又はそのような価格で販売することは、それが、</p> <p>① 他の企業若しくはその製品を市場から排除する目的を有する場合；</p> <p>② 他の企業若しくはその製品の市場へのアクセスを妨げる目的を有する場合；又は</p> <p>③ ①若しくは②のような効果を有する場合</p> <p>には、禁止される。</p> <p>第 L.420-5 条の適用範囲は、商品の生産、加工又は商品化を行う者による価格の提示・適用であり、商品を加工せずに再販売する小売業者の原価割れ販売については、第 L.442-2 号（後述（2）ア）が適用されることに</p>	

	電気通信事業法	競争法	参考：電力事業法
		なる。 本条の規定は、1996年の改正により旧1986年オールドナンスに導入されたが、これまで本条に基づき措置が採られた事例はない。	
リンク	郵便・電子通信法典： http://www.legifrance.gouv.fr/telecharger_pdf.do?cidTexte=LEGITEXT000006070987	商法： http://www.legifrance.gouv.fr/affich-Code.do?cidTexte=LEGITEXT000005634379&dateTexte=20091014	法律 2000-108 号： http://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=LEGITEXT000005629085&dateTexte=20091014

ドイツ

	電気通信法	競争法	参考：電力事業法
<p>規制の根拠法・執行機関、規制の概要</p>	<p>「平等な機会に基づく競争の確保、及び電気通信サービスやネットワークに接続する設備やサービスを含む、これらのサービスやネットワーク分野における持続可能な競争を指向した電気通信市場、並びに地理的エリアにおける競争を促進することが、連邦政府の義務である…」(2004年改正電気通信法(Telekommunikationsgesetz 2004- TKG、Telecommunications Act 2004)第2条(2)(2))。電気通信市場の監督権限は、連邦ネットワーク庁(Federal Network Agency)へ授与されている。しかし、競争法の適用は妨げない(電気通信法第2条(2)(3))。</p> <p>電気通信法第123条に基づき、BnetzA (Federal Network Agency for Electricity, Gas, Telecommunications, Posts and Railway, Bundesnetzagentur für Elektrizität, Gas, Telekommunikation, Post und Eisenbahnen、連邦ネットワーク庁)及び連邦カルテル庁は、以下の共同作業などで協力しなければならない場合がある(第10条)。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・電気通信市場の定義 ・市場の共同分析(第11条) ・周波数の割り当て(第62条(3)) ・競争制限禁止法に基づく電気通信会社に対する措置。 <p>電気通信法第123条も、両当局が知り得た事実や計画した決定などの情報をタイムリーに相互に提供し合うとともに、電気通信法及び競争制限禁止法の一貫した解釈に努めることを義務付けている⁹。</p> <p>現在、ドイツテレコムがSMPを有する事業者として指定</p>	<p>ドイツの独占禁止法は、競争制限禁止法(1957年7月27日公布、1958年1月1日施行)である。同法は、その後、1965年、1973年、1976年、1980年、1989年、1998年、2005年及び2007年に改正が行われている。</p> <p>執行機関 競争制限禁止法の施行機関は、連邦カルテル庁、州カルテル官庁及び連邦経済技術省(第一局)の三つである(連邦カルテル庁の組織については、別紙組織図参照)。また、経済力集中の状況を調査する機関として独占委員会がある。</p> <p>(1) 連邦カルテル庁 連邦カルテル庁は、連邦経済技術大臣の所轄に属するものの、独立の連邦上級官庁としてボン(1999年秋にベルリンから移転)に置かれている。</p> <p>連邦カルテル庁は、競争制限禁止法の違反事案のうち、競争制限の影響・効果が1州を超える事案を所管し、これ以外的事案は州カルテル官庁の所管となるが、企業結合規制(同大臣の許可権限がある。)、郵便サービス及びテレコムに対する同法の適用等については、連邦カルテル庁の専管事項である。同庁は、違反行為が存在するときは、自ら審査を行い、禁止処分を命じることができる。この禁止処分に不服がある者は、デュッセルドルフ高等裁判所(連邦カルテル庁のボンへの移転前は、ベルリン高等裁判所)に提訴することができる。</p> <p>連邦カルテル庁の決定は、決定部において審理</p>	<p>ドイツでは、1998年のドイツエネルギー法が施行された後自由化された。その後、EUの規則の国内法化を行う形で2005年エネルギー産業法が成立した。EU規則上は、Negotiated Network Access RegimeとRegulated Network Access Regimeとの選択制を採っており、ドイツはEU加盟国の中で唯一Negotiated Network Access Regimeを採用している。これは、産業側がネットワークアクセスについての細則を決定できることになり競争促進的でないと批判されている。</p> <p>○ ドイツにおけるエネルギー関連の法律等は、100以上存在する。</p> <p><2005年エネルギー産業法について> ○ 2005年エネルギー産業法(Energiewirtschaftsgesetz)¹²は、主に分離(Unbundling)、ネットワーク運営(Network operation)等についての規定を置いている。</p> <p>○ 「分離(Unbundling)」規定には、(1) 法的分離(Legal unbundling: ネットワーク運営者は、他の市場(すなわち生産市場及び供給市場)において活動を行っている支店と法的に独立していなければならない)、(2) 運営上の分離(Operational unbundling: ネットワーク運営者の経営は、他の支店から分離されなければならない。)、(3) 情報隔離(Information unbundling: 経済的にセンシティブな情報を共有してはならない。)、(4) 会計上の分離(Accounting unbundling: 会計処理を分離しなければならない。)</p> <p>○ ネットワーク運営者は、最終消費者によるネットワークへ</p>

	電気通信法	競争法	参考：電力事業法
	<p>されている。</p>	<p>長と審理官2名により行われる。決定部は、現在、11部あり、各決定部は審理長1名と審理官5名ないし7名から成り、さらに事務を補助する職員が6名ないし7名いる。審理長及び審理官は、裁判官又は高等行政官の資格を有する者とされている。職員数は約280名である。</p> <p>(2) 連邦経済技術省 連邦経済技術大臣は、企業結合の許可(第42条)の権限を有する。ただし、連邦カルテル庁が禁止した企業結合を連邦経済技術大臣が許可する場合には、当該案件に関して独占委員会の意見を求めなければならない(第42条第4項)。 連邦経済技術大臣は、競争制限禁止法の運用について、一般的な指示を連邦カルテル庁に対して行うことができ、この指示は官報に公告され、連邦カルテル庁の公表する年次報告にも記載される(第53条第1項第3文)。 同省での競争政策担当組織は、第一局B1(カルテル問題担当)及びB2(規制緩和担当)である。</p> <p>(3) 各州カルテル官庁(在各州) 州カルテル官庁は、連邦カルテル庁及び連邦経済技術大臣が所管しない事案について権限を有する(第48条第2項第2文)。州カルテル官庁は、連邦カルテル庁との間で、手続の開始及び調査の実施について相互に通知する義務を負い、管轄に従って相互に事案を移管することになっている(第49条第2項)。</p>	<p>の物理的な接続を確保するよう義務づけられており、これについて例外規定は存在するが、極めて限定的である。ネットワーク接続に係る契約条件等については、無差別原則等が適用される。</p> <p>○ 上記に加え、ネットワーク運営者は、第三者によるネットワークへのアクセスの許可も義務づけられることになる。この場合、一番問題となるのは、接続料の算出方法であり、エネルギー産業法上、費用に基づく方法(cost plus method)及びインセンティブに基づく方法(incentive based method)の二つの選択肢が存在する。現在、ドイツでは、インセンティブに基づく算出方法の導入が検討されている。</p> <p>ドイツのエネルギー市場は、2000年にドイツ連邦カルテル庁がエネルギー企業間の企業結合を許可した結果、4つの大企業によって支配される寡占市場となっている。</p> <p>ドイツには、エネルギー生産(generation)市場、ネットワーク(network)市場及び供給(supply)市場の3つがある。これは、EUの分離規則(Unbundling regulation)によって、例えばネットワーク市場における企業が消費者への供給業務を行うことが禁止されていることに起因する。</p> <p>○ 生産市場においては、全生産量の90%以上が4大企業によって生産されている。なお、ドイツでは、新法により、2023年までに原子力発電が禁止され、再利用可能電力が全体の20%以上を占めなければならないこととされた。</p> <p>○ ネットワーク市場は、送信ネットワーク(Transmission:発電所と配給ネットワークをつなぐもの)と配給ネットワーク(Distribution:送信ネットワークと消費者をつなぐもの)に分かれる。送信ネットワークについては、サンクコストが莫大で参入が不可能であり、地域によ</p>

	電気通信法	競争法	参考：電力事業法
		<p>規制の概要</p> <p>(1) カルテル 事業者間の協定，事業者団体の決議及び相互協調的行為は，競争の阻害，制限，若しくは歪曲を目的とする場合，又はそれをもたらす場合は禁止される。</p> <p>(2) 市場支配及び競争制限的行為</p> <p>ア 市場支配的地位の濫用</p> <p>(ア) 濫用の禁止 単独又は複数の事業者による市場支配的地位の濫用は禁止される（第 19 条第 1 項）。</p> <p>(イ) 「市場支配的」とは 単独の事業者が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として次のいずれかに該当する場合には「市場支配的」とであるとされる（第 19 条第 2 項）。</p> <p>① 競争者が存在しない場合又は実質的に競争に直面していない場合</p> <p>② 競争者との関係で，市場において優越的な地位を有している場合。この場合，特に，当該事業者の市場占拠率，当該事業者の資金力，当該事業者の購入市場又は販売市場へのアクセス，他の事業者との結びつき，他の事業者による市場への参入に対する法的又は事実上の障壁，本法の適用領域の内外に所在する事業者による現実の競争又は潜在的な競争，供給又は需要を他の商品又は役務に変更する能力，並びに取引の相手方を他の事業者に変更する可能性が考慮されるものとする。</p> <p>一定の種類の商品又は役務について，複数の事業者の間で実質的な競争が存在せず，かつ，それらが全体として前記の要件を満たす場合は，当該複数の事業者は市場支配的であるとされる。</p> <p>(ウ) 「市場支配的」の推定規定 単独の事業者が 3 分の 1 以上の市場占拠率を有している場合は，その事業者は市場支配的で</p>	<p>って 4 大企業が独占している状態にある。他方、配給ネットワークについては、各地方公共団体が電力供給の始まった 19 世紀終盤に配給ネットワークを創設し、その名残で 900 以上の配給会社が存在する。しかし、現在では、これら配給会社のほとんどが 4 大企業に買収されている。</p> <p>○ 供給市場においても、4 大企業の寡占状態となっている。</p>

	電気通信法	競争法	参考：電力事業法
		<p>あると推定される。</p> <p>また、複数事業者が次のいずれかに属する場合には、全体として市場支配的であると推定される（第 19 条第 3 項）。</p> <p>① 3 以下の事業者の合計の市場占拠率が 2 分の 1 に達する場合</p> <p>② 5 以下の事業者の合計の市場占拠率が 3 分の 2 に達する場合</p> <p>(エ) 濫用行為</p> <p>事業者が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、次のいずれかに該当する場合は、濫用行為とみなされる（第 19 条第 4 項）。</p> <p>① 正当な理由がないのに、他の事業者の競争の可能性を当該市場における競争にとって重大な方法で侵害する場合</p> <p>② 有効競争が存在すれば高度の蓋然性をもって形成されるであろう対価又はその他の取引条件と異なる価格又は取引条件を要求する場合</p> <p>③ その差異が正当化される場合を除いて、市場支配的事業者自身が同種の購入者からなる比較可能な市場において要求するよりも、不利な対価又はその他の取引条件を要求する場合</p> <p>④ 適切な対価により自己のネットワーク又は他の不可欠施設を他の事業者が利用することを拒否する場合であって、法的又は事実上の理由から共同利用が認められなければ、当該他の事業者が市場支配的事業者の競争者としてその前後の取引段階において活動できない場合。ただし、当該事業者が、共同利用が経営上の理由又は他の理由から不可能であるか又は期待できないことを証明する場合は、この限りでない。</p> <p>イ 差別禁止，不当な妨害の禁止¹⁰</p> <p>ウ ボイコットの禁止，他の競争制限的行為の禁止¹¹</p>	
法		【ドイツ競争制限禁止法 20 条	

	電気通信法	競争法	参考：電力事業法
律 の 抜 粹 、 規 制 事 例 等	Telekommunikationsgesetz 2004	<p>【第1項】 市場支配的事業者、第2条ないし第8条、第28条第1項及び第29条に規定する事業者の団体、並びに、第15条、第28条第2項、第29条第2項及び第30条第1項により価格拘束を行う事業者は、同種の事業者が通常参加することのできる取引において、<u>ある事業者を直接的又は間接的に不当に妨害し、又は、客観的に正当な理由がないのに同種の事業者を直接的又は間接的に差別的に取り扱ってはならない。</u></p> <p>【第2項】 第1項の規定は、中小規模の事業者が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、<u>取引先を他の事業者に変更する十分かつ合理的な可能性が存在しない程度に当該事業者及び事業者の団体に従属している場合にも適用される。</u>・ある需要者が一定の種類の商品又は役務の供給者から取引慣行上の値引き又はその他の優遇の他に、同種の需要者には付与されない特別の利益を得る場合には、当該供給者は当該需要者に対して第1文の意味で従属していると推定される。</p> <p>【第3項】 第1項にいう市場支配的事業者及び事業者の団体は、<u>その市場地位を利用して、客観的に正当な理由がないのに、取引に際して他の事業者に対し自己に有利な条件を設定するよう要請し、又は、させてはならない。</u> ・第1文の規定は、第2項第1文に規定する事業者及び事業者の団体に対して、それに従属する事業者との関係について、適用される。</p>	<p>欧州委は、06年5月からドイツのエネルギー市場へ調査に入ったところ、ドイツのエネルギー会社 RWE 社に対する審査を07年5月に開始。欧州委は、RWE 社がEC条約第102条に反してガス輸送ネットワークにおける支配的地位を濫用し、競争事業者のネットワーク接続を制限している可能性に懸念を表明した。特に、①他社に対するガス輸送サービスの供給拒絶可能性及び②ガス供給に係る下流の競争事業者の利益を減じる目的を持った行動（margin squeeze）を問題視。この欧州委の懸念への対応として、RWE 社は、ドイツ西域の全ての高圧ガス輸送ネットワークを他の独立事業者に売却することを提示した。欧州委は、08年12月から市場テストを行った後、「RWE」がガス輸送ネットワークを売却する確約を受諾し、ドイツガス市場を競争的に開放すると約束したことから、本件審査を終了させることとした。</p>
リ ン ク	ドイツ語原文： http://bundesrecht.juris.de/bundesrecht/tkg_2004/gesamt.pdf	競争法ドイツ語版 http://www.iuscomp.org/gla/statutes/TKG.htm	競争法ドイツ語版： http://www.iuscomp.org/gla/statutes/TKG.htm エネルギー経済法ドイツ語原文： http://www.gesetze-im-internet.de/enwg_2005/index.html

	電気通信法	競争法	参考：電力事業法

⁹ 欧州委と BNetzA の通信分野の政策調整に関しては、ドイツテレコム社の固定電話用初期及び終端料金を通知するよう要求した事例(が興味深い。このケースでは、欧州委は、BNetzA に対し、ドイツテレコム社の固定電話用初期及び終端料金(事業者間での通話接続に係る卸売料金)を通知するよう要求するレターを送付した。BNetzA は、料金適用の原則に関する一般情報を提供したのみで、EU 電気通信規則コンサルテーションに求められる欧州委及び他の 26 加盟国への規制料金レベルの通知を行っていなかった。08 年 12 月、欧州委はすでに BNetzA に対して、携帯電話の終端料金を通知するよう求めている。

<http://europa.eu/rapid/pressReleasesAction.do?reference=IP/09/489&format=PDF&aged=0&language=EN&guiLanguage=en>

¹⁰ 次の行為は禁止される。

① 市場支配的事業者並びに適用除外カルテル事業者の団体及び適用除外により価格拘束を行う事業者が、同種の事業者が通常参加することができる取引において、ある事業者を直接的又は間接的に不当に妨害し、又は客観的に正当な理由がないのに同種の事業者を直接的又は間接的に差別的に取り扱うこと(第 20 条第 1 項)。

この規定は、中小規模の事業者が一定の種類の商品又は役務の供給者又は需要者として、取引先を他の事業者に変更する十分かつ合理的な可能性が存在しない程度に当該事業者及び当該事業者の団体に従属している場合にも適用される(第 20 条第 2 項)。

② ①でいう市場支配的事業者並びに団体、及び中小事業者が取引先を他の事業者に変更する十分かつ合理的な可能性が存在しない程度に従属している事業者及び団体は、その市場地位を利用して、客観的に正当な理由がないのに、取引の際、他の事業者に対して自己に有利な条件を設定するようにさせ、又は要請してはならない(第 20 条第 3 項)。

③ 中小企業の競争者に優越する市場力を有する事業者が、それらの競争者を直接又は間接に不当に妨害するためにその市場力を行使すること。この不当な妨害は、特に、事業者が単に一時的でなく商品又は役務を、原価を下回る価格で販売するときに認められる。ただし、原価を下回る価格での販売が客観的に正当化される場合は、この限りでない(第 20 条第 4 項 1 文)。

④ 卸売兼小売事業者が競争関係にある中小小売事業者に対して不当に高い価格で商品を卸すこと(第 20 条第 4 項 2 文)(2012 年 12 月 31 日までの時限措置)。

⑤ 事業者団体への加入を不当に拒否すること(第 20 条第 6 項)。

⑥ エネルギー分野における市場支配的事業者が、消費者に対して実際原価を不当に上回る対価を要求すること(第 29 条)。

¹¹ ① 事業者及び事業者団体は、特定の事業者を不当に害する意図で、他の事業者又は事業者団体に供給拒絶又は購入拒絶をさせるようにしてはならない(第 21 条第 1 項)。

② 事業者及び事業者団体は、他の事業者に本法又は本法に基づいて連邦カルテル庁が行った処分により契約上の拘束の対象としてはならない行為をさせるために、他の事業者に対して不利益を与えると脅かし又は不利益を与えてはならず、利益を供与することを約束し又は利益を供してはならない(第 21 条第 2 項)。

③ 事業者又は事業者団体は、他の事業者に対して次に掲げる行為を強制してはならない(第 21 条第 3 項)。

i) 第 2 条ないし第 3 条又は第 28 条第 1 項に定める適用除外カルテルに参加すること

ii) 他の事業者と第 37 条に定める合併を行うこと

iii) 競争を制限する意図で、市場において斉一的に行動すること

④ 連邦カルテル庁による措置を申請したことを理由にして、その者に経済的不利益を課すことは禁止される(第 21 条第 4 項)。

¹² エネルギー産業法)によれば、一般公衆へサービスを提供している公益事業者が請求する価格に関する決定及び措置、並びに一般的及び公平なネットワーク・アクセスの問題は、連邦ネットワーク庁の所管である。この法律は、第 1 条(1)に同法の目的は「できるだけ安全、低廉、消費者にとって望ましい、環境に効率的で望ましい天然ガスや電力を公衆へ設備により提供する」ことであると定めている。第 1 条(2)では更に、この分野の規制の目標は、「電力・ガス供給に対し有効な競争と不正操作の排除を確保するとともに、エネルギー供給網の長期的な有効かつ信頼できる運用を確保することである」と定めている。

英国

	電気通信法	競争法	電力事業法
規制の根拠法・執行機関	<p>2003年改正英国通信法) Communications Act 2003) (以下、「法」という)により、通信放送庁 (Office of Communications) (以下、「OFCOM」という)に電子通信分野を監督する権限が授与されている。OFCOMの一般的な任務の中には、「適切な場合、競争を促進する」とともに(法第3条(1))、「該当する市場で競争を促進することが望ましい」(法第3条(4)(b))ことを考慮して、該当市場の消費者の利益を促進する」義務がある。…競争の促進は、OFCOMが監督すべき1つの要素にすぎない。…考慮すべきその他の要素には、例えば「英国全土で広範な電子通信サービスを利用できるようにする」(法第3条(2)(b))ことなどがある。</p> <p>法第369条(下記の条文参照)に従って、OFCOMは電子通信ネットワーク及びサービスの提供及びこれらの業務に関するサービス又は設備を提供又は利用できるようにするため、競争を確保する様々な具体的な機能及び業務を担当している。…更に、OFCOM及び公正取引局 (Office of Fair Trading) は、2002年企業法 (Enterprise Act 2002) 第四部に基づき共同施行権限 (すなわち、通信分野における市場調査の共同実施) を有している。</p>	<p>英国の主たる競争関係法は、次の2つである。</p> <p>① 1998年競争法：反競争的協定及び支配的地位の濫用の規制、公正取引庁の行政上の権限 (審査手続、制裁金命令等)、競争委員会の設置等</p> <p>② 2002年企業法：公正取引庁の設置の明定及び競争控訴審判所の新設、カルテル罪の新設 (個人への刑事罰の導入)、公正取引庁の刑事捜査権限、企業の役員資格剥奪命令等</p> <p>(注1) 1998年競争法が2000年3月に施行されたことに伴い、同日をもって、1976年再販売価格法、1976年制限的取引慣行法、1977年制限的取引慣行法、1976年制限的取引慣行裁判所法及び1980年競争法における反競争的行為に関する規定が廃止された。</p> <p>(注2) 上記の2つの法律のほか、1973年公正取引法 (合併 (新聞) の規制等) 及び1980年競争法 (物価委員会の廃止等) が存在するが、これらの法律の条文の多くは廃止されている。</p> <p>執行機関 1) 公正取引庁 (Office of Fair Trading; OFT) ア 1973年公正取引法においては、国務大臣が公正取引長官 (Director General of Fair Trading) を任命すること、及び公正取引長官は必要なスタッフを任命することができることのみが規定されており、公正取引庁の設置については何ら定めがなかった。すなわち、公正取引庁は制定法上の機関 (statutory body) ではなく、事実上存在している組織であった。しかし、2002年企業法 (以下「企業法」という。) の成立により、公正</p>	<p>ガス電力市場局 (Office of Gas and Electricity Markets) (以下、「Ofgem」という) は、英国の電力・ガス産業の規制機関及び競争当局である。2000年公益事業者法 (Utilities Act 2000) により、ガス電力市場委員会 (Gas and Electricity Markets Authority) (以下「GEMA」という) が設置され、Ofgemの日常業務を監督している。「Ofgem」と「GEMA」の用語は、しばしば代替的に使用される。</p> <p>Ofgemは戦略を決定し、政策の優先順位を定め、物価の管理や強制執行を含む一連の問題に関する決定を行う。Ofgemの権限は、1986年ガス法 (Gas Act 1986)、1989年電力法 (Electricity Act 1989)、2000年公益事業者法 (Utilities Act 2000)、1998年競争法 (Competition Act 1998)、及び2002年企業法 (Enterprise Act 2002) に定められている。Ofgemは、可能な場合に競争を促進し、必要とときだけ規制を適用すると述べている。</p> <p>電力法 (下記の抜粋参照) に基づき、発電及び電力供給における競争の促進は、大臣及び電力供給長官 (Director General of Electricity Supply) (以下、「長官 (Director)」) という。本法では現在GEMA/Ofgemの長官が所管している(電力法第3条)。2000年公益事業者法第13条には、発電、送電、配電又は電力供給に関する商業活動に関して同じような表現が含まれている(下記の抜粋参照)。</p> <p>更に、電力供給の効率的かつ調整された経済的システムを開発、維持すること、及び「電力供給及び発電における競争を促進する」ことは、各公共電力供給業者 (免許人) の義務である。(電力法第9条)。</p>

	電気通信法	競争法	電力事業法
		<p>取引庁の設置が初めて法令上明確に規定されることとなった。</p> <p>企業法上、公正取引庁は、国務大臣（事業・イノベーション・職業技能大臣。以下同じ。）により任命される議長（Chairman）及び4名以上のメンバーから構成される合議体（Board）である。合議体のメンバーの任期は5年を超えない範囲で同大臣が決定することとされており、再任は妨げられない。</p> <p>（2）競争委員会（Competition Commission）</p> <p>ア 競争委員会は、1999年4月、1998年競争法に基づき、従前、独占市場における濫用行為や合併、規制産業の効率性に係る調査等を行ってきた独占・合併委員会（Monopolies and Mergers Commission（MMC））が改組され、設立された合議制の独立行政委員会である。競争委員会は、委員長（Chairman）、副委員長（Deputy Chairman）、委員（Member）、事務局長等から構成される。委員長の任期は8年である。委員長は、委員の中から国務大臣により任命され、不適格又は不正行為による場合を除き罷免されない（現在の委員長は、Peter Freeman氏である）。競争委員会の事務局職員数は158名であり（2009年1月現在）、2007年の予算は約2000万ポンドである。</p> <p>イ 競争委員会は、競争を妨害・制限・歪曲する特色（feature）があると認められる市場、合併及び主要な規制産業における規制について、公正取引庁及び国務大臣からの付託を受けて調査し、報告書を作成する権限を有する（なお、自らのイニシアチブで調査を開始する権限は有していない。）。調査及び報告書の作成に当たっては、独立して権限を行使する。</p> <p>従前、競争委員会の権限は、公正取引庁又は国務大臣への報告書の提出等であったが、企業法により、調査の結果、競争上</p>	

	電気通信法	競争法	電力事業法
		<p>の問題が認められる場合、自ら問題解消措置を命じる権限が導入された。</p> <p>(3) 競争控訴審判所 (Competition Appeal Tribunal) 従前、公正取引庁の決定（違反行為の排除措置、制裁金の賦課）に対する異議申立てについては、競争委員会の内部に設置された控訴審判所において取り扱われていたが、企業法の成立に伴い、競争委員会から独立した機関として競争控訴審判所が新設された。審判は、審判長(Chairman)及び2名の陪席審判官により行われる。競争控訴審判所は、以下の事案を取り扱う。</p> <p>① 1998年競争法に基づく公正取引庁の決定の取消請求 ② 企業結合若しくは市場調査に係る公正取引庁又は競争委員会の措置決定の取消請求 ③ 1998年競争法第1章（反競争的協定）又は第2章（支配的地位の濫用）違反による損害賠償請求 ④ 競争法違反により損害を被った消費者の代理である消費者団体の損害賠償請求</p> <p>なお、競争控訴審判所の判断に不服がある場合、控訴院へ上訴できる。</p>	
規制の概要・法律の抜粋	<p>法第3条:</p> <p>「(1) OFCOMが業務を遂行する際の同庁の主要な任務は、</p> <p>(a) 通信問題に関する市民の利益をさらに促進する;</p> <p>(b) 関係市場における消費者の利益をさらに促進する[…]ことである。」</p> <p>「(2) 第(1)項に基づき、OFCOMが特に、以下の各号を含む同庁の任務の遂行において確保することを義務付けられている事項は、—</p>	<p>規制の概要</p> <p>1998年競争法では、英国内における取引に影響を与える反競争的協定（第1章）及び支配的地位の濫用（第2章）に対する規定が定められている。これらの規定は EC 条約第 101 条及び第 102 条の規定に倣ったものである。また、1973年公正取引法では、独占及び企業結合に関する規定が定められている。</p> <p>(1) 反競争的協定 ア 禁止</p> <p>1998年競争法では、反競争的協定について、EC 条約第 81 条の規定に準じ、従来の登録・付託制度を原則禁止に改めた。また、同法は、違法性の判断基準</p>	<p>電力法第3条:</p> <p>(1)、大臣及び長官はそれぞれ、自分が最善と思う方法で本部 (Part) により付与又は移管された以下の任務を行う義務がある。</p> <p>(a) 合理的な電力需要をすべて満たすこと;</p> <p>(b) 免許人が、事業免許で認可された業務の遂行に必要な資金を調達できるようにすること;</p> <p>(c) 条項を遵守すること。</p> <p>(2) 以下、発電及び電力供給の競争促進」</p> <p>電力法第9条: 免許人の一般的義務</p>

	電気通信法	競争法	電力事業法
	<p>[...]</p> <p>(b) 広範な電子通信サービスの英国全土にわたる提供;」</p> <p>「(4) OFCOMはこれら任務の遂行に当たり、状況において関係があると思われる以下の各号を尊重しなければならない。</p> <p>(a) 英国で放送する公共テレビの目的達成を促進することの望ましさ;</p> <p>(b) 当該市場において競争を促進することの望ましさ;</p> <p>(c) 自己規制の有効な形態の開発及び使用を促進することの望ましさ;</p> <p>(d) 当該市場における投資及び革新を奨励することの望ましさ;</p> <p>(e) 英国全土で高速データ伝送サービスの提供及び利用を奨励することの望ましさ;</p> <p>(f) 無線通信における電磁波の使用に関して、電磁波を使用したいすべての人の様々なニーズや利益;</p> <p>(g) 第(2)項(e)号及び(f)号に該当する標準テレビ及びラジオ業務における申請が、表現の自由の適切なレベルを最も保証する方法であるよう確保する必要性;</p> <p>(h) 特別な保護を必要とする状況にあると OFCOM が考える子供やその他の人たちの脆弱性;</p> <p>(i) 身体障害者、老人、低所得者の必要性;</p> <p>(j) 犯罪や混乱を防止することの望まし</p>	<p>を、従来の公共の利益の基準から、EC 条約第 81 条の規定と同様に、競争に与える影響に改め、国内で実施され又は実施が意図され、国内の取引に影響を与えるおそれがある若しくは国内の競争を阻害、制限若しくは歪曲する目的又は効果を持つ協定等を原則として禁止している (同法第 2 条第 1 項)。同法はとりわけ以下の行為を禁止している。</p> <p>① 直接的又は間接的に、購入価格、販売価格又はその他の取引条件を決定すること</p> <p>② 生産、市場、技術開発若しくは投資を制限又は支配すること</p> <p>③ 市場又は供給源を分割すること</p> <p>④ 同様の取引について差別的な条件を適用し、それによって取引相手を競争上不利な立場に置くこと</p> <p>⑤ 契約締結に際し、その性質上又は取引慣行上、当該契約とは関係のない付加的な義務を相手が受け入れることを条件とすること</p> <p>イ 適用免除</p> <p>上記の反競争的協定の規制は、企業結合、他の法律に基づき規制される行為、一定の専門職業 (弁護士、医師等) が定める行動規約等には適用されない (同法第 3 条第 1 項)。また、一定の要件を満たす場合には、一括適用免除(block exemption : 同法第 6 条) 又は個別適用免除(individual exemption : 同法第 4 条) が認められるほか、EU で適用免除になっている行為については原則的に適用免除(parallel exemption : 同法第 10 条) となる。</p> <p>一括適用免除又は個別適用免除が認められるのは、EC 条約第 81 条と同様に、当該協定が、① 生産若しくは流通の改善又は技術的若しくは経済的な進歩の促進に役立ち、かつ結果として生じた利益を消費者へ公平に分配し、② 事業者に対して、目的達成のために不可欠な制限のみを</p>	<p>務</p> <p>「(1) 電力供給の効率的かつ調整された経済的システムを開発、維持することは、公共電力供給業者の義務である。</p> <p>(2) 以下は、送電を認可した事業免許の免許人の義務である。</p> <p>(a) 効率的かつ調整された経済的な送電システムを開発し維持すること;</p> <p>(b) 各号を遵守すること。</p> <p>(3) 以下、発電及び電力供給の競争促進</p> <p>2000年公益事業法第13条(1)項: 「大臣及びガス電力市場委員会 (GEMA) (以下、本法において「委員会」という) が本部 (Part) に基づくそれぞれの任務の遂行における主要な目標は、適切な場合、発電、送電、配電、又は電力供給に従事する人たちの間で、又はこれらの業務に関する商業活動において、有効な競争を促進することにより、配電システムで運ばれた電力に関して消費者の利益を保護することである。」</p>

	電気通信法	競争法	電力事業法
	<p>さ;</p> <p>(k) 関係市場の消費者及び一般公衆の意見;</p> <p>(l) 英国の様々な地域の人たち、英国内の様々な人種のコミュニティ、田舎や都市で暮らす人たちの様々な利益。」</p> <p>法第369条-- 「OFCOMが競争任務を有する事項</p> <p>(1) 本章 (Chapter) において通信に関する事項への言及は、以下のいずれか1又は複数の号を指す。</p> <p>(a) 電子通信ネットワークの提供</p> <p>(b) 電子通信サービスの提供</p> <p>(c) 提供又は利用可能なサービス又は設備を以下により提供又は利用できるようにすること:</p> <p>(i) 電子通信ネットワーク又は電子通信サービスの(同一人物若しくは別の者)による提供、又は関連した;</p> <p>(ii) (同一人物若しくは別の者が提供する)ネットワーク又はサービスの使用を促進するため;</p> <p>(d) 前各項に定める事項を提供又は利用可能にするため使用する設備;</p> <p>(e) 放送及び関連する事項。</p> <p>2) 大臣は、本部に定める提供に関する活動の記述を修</p>	<p>課し、かつ対象商品の実質的部分の競争を排除する可能性を与えない場合に限られる (同法第9条)。</p> <p>(2) 支配的地位の濫用</p> <p>1998年競争法では、EC条約第82条の規定に準じ、支配的地位を有する単独又は複数の事業者による支配的地位の濫用行為が禁止される。濫用行為の例として次のような行為が挙げられている (同法第18条)。</p> <p>① 取引相手に対し直接的又は間接的に、不公正な購入価格、販売価格又はその他の取引条件を課すこと</p> <p>② 消費者利益を害するように、生産、市場又は技術開発を制限すること</p> <p>③ 同様の取引について差別的な条件を適用し、それによって取引相手を競争上不利な立場に置くこと</p> <p>④ 契約締結に際し、その性質上又は取引慣行上、当該契約とは関係のない付加的な義務を取引相手が受け入れることを条件とすること</p>	

	電気通信法	競争法	電力事業法
	<p>正することが適切と考える場合、命令により第(1)項を修正することができる—</p> <p>(a) 1998年競争法 (c.41)第一部に基づく OFCOM への任務の授与、又は OFCOM によるこれらの任務の遂行に関連する事項、又は</p> <p>(b) 2002年企業法 (c.40)第四部に基づく OFCOM への任務の授与、又は OFCOM によるこれらの任務の遂行に関連する事項」</p>		
リンク	<p>2003年通信法 (Communications Act 2003) (改定): http://www.statutelaw.gov.uk/content.aspx?activeTextDocId=817413</p>	<p>1998年競争法 (Competition Act 1998) (改定): http://www.opsi.gov.uk/acts/acts1998/ukpga_19980041_en_1</p> <p>2002年企業法 (Enterprise Act 2002) : http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2002/ukpga_20020040_en_1</p>	<p>1998年電力法 (Electricity Act 1998) : http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts1989/ukpga_19890029_en_2.htm</p> <p>2000年公益事業法 (Utilities Act 2000) : http://www.opsi.gov.uk/Acts/acts2000/ukpga_20000027_en_1</p>

米国

	電気通信法	競争法	電力事業法
規制の概要、特色	<p>米 国 電 気 通 信 法 (Telecommunications Act of 1996以下「1996年法」という)により改正された1934年通信法(Communications Act of 1934。以下「1934年法」という。) (以下ともに「法」という)には、通信市場の競争促進を規律する幾つかの条文が含まれている。連邦通信委員会(Federal Communications Commission)(以下、「FCC」又は「委員会」という)がこの法律の施行を所管している。</p> <p>FCCの権限¹³</p> <ul style="list-style-type: none"> ・連邦レベルで電気通信(州際・国際・無線通信)及び放送分野を規制・監督。 ・通信法に基づき通信分野の競争を促進。 ・通信事業者の合併審査。 <p>1996年法の前文には、同法は「競争を促進する」ことを意図していると述べている。更に、法(47 U.S.C. § 160)第10条は、これらの法律又は規則が不必要であるとFCCが判断した場合、規則又は法令の要求事項の適用を差し控える柔軟性をFCCに与えている。この決定を行うには、FCCはこれらの差し控えが「競争的な市場条件を促進するか否か」を熟慮しなければならない。法(47 U.S.C. § 257)第257条は、市場参入障壁を把握し、取り除くための審理を終了させることをFCCに義務付けている。</p> <p>この義務の遂行において、FCCは「メディアの声の多様性、活発な経済的競争、技術的な進歩、公衆の利</p>	<p>米国の独占禁止法(反トラスト法)は、単一の法律ではなく、いくつかの法律の総称である。反トラスト法は、主に以下の3つの法律及びこれらの修正法から構成されている。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・<u>シャーマン法</u>(1890年制定) ・<u>クレイトン法</u>(1914年制定) ・<u>連邦取引委員会法</u>(1914年制定) <p>なお、このほか、ほとんどの州が、独自の反トラスト法を制定している。</p> <p>1890年に制定されたシャーマン法(「違法な制限及び独占に対する取引及び通商の保護のための法律」。通称「Sherman Act」)は、米国反トラスト法の中で最も古く、かつ、基本となる法律である。この法律により、<u>カルテルなどの取引制限(restraint of trade)及び独占化行為(monopolization)</u>が禁止され、違反に対する刑事罰が規定されている。シャーマン法は、司法省(反トラスト局)が所管している。</p> <p>クレイトン法(「違法な制限及び独占に関する現行法の補完等のための法律」。通称「Clayton Act」)は、シャーマン法施行の経験から、シャーマン法のみでは競争維持の目的を達成するには十分ではないとして、1914年に制定された法律である。クレイトン法は、<u>価格差別、不当な排他条件付取引、企業結合など</u>についての規制を定めているところ、その立法目的は、シャーマン法違反となるような行為を未然に防止することにある。クレイトン法には違反行為に対する罰則は存在しない。同法は、司法省と連邦</p>	<p><u>連邦:</u> 電力会社の規制を規律する連邦法には、連邦電力法(Federal Power Act)及び1978年公益事業規制政策法(Public Utilities Regulatory Policy Act of 1978)など多数の法律がある。これらの法律は2005年エネルギー政策法(Energy Policy Act of 2005)により改正された。</p> <p>連邦電力法で制定された1つの国策は、卸売電力市場で競争を促進することである。連邦議会は、従来の電力会社と競争する新しい電力発電会社の市場参入を促進することにより、この目標を達成しようとしている。しかし、連邦エネルギーに関する法律は、積極的に「競争を促進する」ことを連邦エネルギー規制委員会(Federal Energy Regulatory Commission)(以下、「FERC」という)又はその他の機関に対し一般的に義務付ける規定を定めていない。</p> <p>1978年公益事業規制政策法も同様に、競争を一般に促進しているが、その目標を促進する措置を講じることをFERCに義務付けていない。代わりに、同法では、同法が(具体的にシャーマン法及びクレイトン法を参照して)電力事業者若しくはガス事業者に対し米国の独占禁止法を適用する可能性、又は不公正な競争方法若しくは反競争的な法律若しくは慣行を廃止する米国政府のいかなる権限にも悪影響を及ぼさないとだけ定めている。</p> <p><u>カリフォルニア州:</u> カリフォルニア州の電力会社に対する規制は、カリフォルニア公益事業委員会(California Public Utility Commission)(以下、「CPUC」という)が一</p>

電気通信法	競争法	電力事業法
<p>益、利便性及び必要性を有利にする本法の政策及び諸目的を促進する」ことに努めなければならない。</p> <p>1996年法の相互接続義務</p> <p>1996年法では、すべての地域電話会社（LEC）に再販、番号ポータビリティ等についての義務を課す等電気通信事業者に相互接続義務を課すこととした（251条）。</p> <p>特に、必要不可欠な施設を独占的に所有している既存地域電話会社（ILEC）のみを対象として、追加的義務として、「アンバンドルされたアクセス」等を規定した（251条. C. 3）。</p> <p>「アンバンドルされたアクセス」では、電気通信サービスの提供において、公正かつ合理的で非差別的な料金差別的な条件によって、あらゆる技術的に実行可能な地点で、アンバンドルベースで、ネットワーク構成要素への非差別的なアクセスを、要請するいかなる電気通信事業者に対しても提供する義務を、ILECに課すこととされた。</p> <p>アンバンドルされたアクセスの基準</p> <p>FCCがこの「アンバンドルされたアクセス」のために利用可能にしなければならないネットワークを決定するに当たり、最低限考慮しなければならない基準として以下の二点が規定された（251条. d. 2）。</p> <p>(A) 不可欠性</p> <p>性質上独占的なネットワークへのアクセスが不可欠（necessary）かどうか。</p> <p>(B) 競争阻害性</p> <p>当該ネットワークへのアクセスができないことが、電気通信事業者が求めているサービスを提供する</p>	<p>取引委員会（FTC）との共管である。</p> <p>連邦取引委員会法（「連邦取引委員会の創設並びにその根拠及び義務の定義等のための法律」。通称「Federal Trade Commission Act」又は「FTC Act」）は、クレイトン法と同様、シャーマン法のみでは競争維持の目的を達成するには十分ではないとして、1914年に制定され、また、同法を運用する独立行政委員会として連邦取引委員会（FTC）を設立する根拠法でもある。FTC法は、不公正な競争方法（unfair methods of competition）に加え、1938年の改正により、不公正又は欺瞞的な行為又は慣行（unfair or deceptive acts or practices）を違法とし、FTC法に消費者保護法としての側面を与えている。</p> <p>【規制権限】</p> <p>(1) 司法省反トラスト局（Antitrust Division, Department of Justice）ア 組織</p> <p>司法省反トラスト局（以下単に「反トラスト局」という。）には、現在、局長（Assistant Attorney General）の下に、刑事執行、民事執行、規制問題、経済分析及び国際執行を担当する5人の次長（Deputy Assistant Attorney General）が置かれている。</p> <p>反トラスト局長は、議会上院の承認を経て、大統領によって任命される。イ 権限等</p> <p>反トラスト局は、シャーマン法又はクレイトン法違反の行為が存在すると認めるときは、自ら審査し、連邦地裁に提訴できる。反トラスト局による訴訟には、①刑事訴訟、②衡平法上の訴訟（＝民事訴訟）（差止請求訴訟）、③損害賠償請求訴訟がある。</p> <p>① 刑事訴訟</p> <p>シャーマン法第1条及び第2条違反は刑事罰の対象となる。しかしながら、反トラスト局</p>	<p>般に行っているが、CPUCは同州の小売エネルギー市場だけを所管している。（送電及び卸発電がカリフォルニア州の境界を越える場合、米国憲法の通商条項に従って連邦政府の管轄になる。）</p> <p>2001年の冬及び春に、何か月にもわたり高い卸売料金を払い、はるかに安い凍結料金で電力を小売りした結果、カリフォルニア州の電力会社3社のうち2社が、支払い不能状態に陥り、顧客に供給する十分な電力を購入できなくなってしまった。その後、2001年カリフォルニア州法AB 1X(臨時議会)に従って、同州は電力会社に代わって卸売市場から電力の購入を開始し、最終的には電力卸売会社と将来20年間にわたり同州へ電力を供給する長期契約の交渉を行った。（参照 http://www.gao.gov/new.items/d02828.pdf）。</p> <p>これらの契約が満期になるまで、CPUCはAB 1Xに基づきカリフォルニア州の小売電力市場において自由競争や規制緩和を実施できない。</p> <p>AB 1Xの要求事項に基づき、CPUCは2001年9月に、消費者が自分の好きなエネルギー供給業者を選択できるプログラム（「直接アクセス（「direct access」と呼んでいる））に対しモラトリアム（一時的な停止）を設定し、カリフォルニア州の小売電力業界における小売競争と規制緩和を効果的に保留することにした。（CPUC決定01-09-060）。従って、カリフォルニア州の小売電力業界には、現在、競争を積極的に促進する州法がない。</p>

	電気通信法	競争法	電力事業法
	<p>ためにアクセスを求めている当該電気通信事業者のサービス提供能力が損なわれる (impair) かどうか。</p> <p><u>米国RBOCのLATA間通信参入に関する「競争チェックリスト」</u></p> <p>米国においては、1996年電気通信法において、従来禁止されていたベル系地域電話会社 (RBOC) による長距離通信 (LATA間通信) サービスへの参入が可能となった。</p> <p>ただし、LATA間通信のうち、自らの営業区域内の州から発信を行うサービスへの参入*については、地域通信市場におけるRBOCの市場支配力の濫用を防ぐ観点から、14項目からなる「競争チェックリスト」の要件に適合することが必要とされた。</p> <p>【参考】 RBOCに対する「競争チェックリスト」の概要 (47 U.S.C 271(c)(2)(B))</p> <p>① 公正・合理的・非差別的な料金・条件等の要件に適合する相互接続の提供 ② アンバンドルされたネットワーク構成要素への非差別的アクセスの提供 ③ 電柱・管路・導管及び公道使用権への合理的料金による非差別的アクセスの提供 ④ 市内交換その他のサービスからアンバンドルされた加入者回線伝送の提供 ⑤ 交換その他のサービスからアンバンドルされた市内中継線伝送の提供 ⑥ 中継線伝送、加入者回線伝送その他のサービスからアンバンドルされた市内交換の提供 ⑦ 緊急通報・番号案内・オペレータ通話の完了サービスに対する非差別的アク</p>	<p>は、運用上、シャーマン法第1条違反のうちハードコアカルテルに対してのみ刑事訴追を行っている。</p> <p>② 衡平法上の訴訟 (差止請求訴訟) 衡平法上の訴訟とは、違反行為を中止させ、将来の違反行為を防止するために違反行為者に対して一定の作為又は不作為を命ずる判決を請求する訴訟である。シャーマン法第4条 (15U.S.C. § 4) 及びクレイトン法第15条 (15U.S.C. § 25) は、米国の地方検事 (United States attorneys) の職責として、シャーマン法及びクレイトン法違反行為の防止及び差止めのために「衡平法上の手続を開始すること (institute proceedings in equity)」を定めている。</p> <p>③ 損害賠償請求訴訟 クレイトン法第4A条 (15U.S.C. § 15a) に基づき、米国が反トラスト法違反によって事業又は財産に損害を受けた場合、受けた損害の3倍の額及び訴訟費用の賠償を請求することができる。</p> <p>(2) 連邦取引委員会 (Federal Trade Commission ; FTC) ア 組織 FTCは、現在、委員長を含む5人の委員により構成され、その下に競争局、消費者保護局、経済局及び法律顧問室等の各室並びに8の地方事務所が置かれている。委員長及び委員は、上院の承認を経て、大統領が任命する。任期は7年であり、公務に関する不法行為等の場合以外にはその意に反して罷免されることはなく、職権行使の独立性が認められている。</p> <p>イ 権限等 FTCは、クレイトン法又はFTC法違反被疑行為が存在するときは、自ら審査を行い、審判手続を経て審決により、又は</p>	

電気通信法	競争法	電力事業法
<p>セスの提供</p> <p>⑧ 他の通信事業者の顧客の電話帳への番号掲載</p> <p>⑨ 他の通信事業者の顧客に対する電話番号割当てへの非差別的アクセスの提供（新たな電気通信番号制度導入後は、その遵守）</p> <p>⑩ 呼の経路設定・完了に必要なデータベース及び関連信号への非差別的アクセスの提供</p> <p>⑪ 通話転送等による暫定的な番号ポータビリティの提供（FCCによる番号ポータビリティ規則の発出後は、その遵守）</p> <p>⑫ 他の通信事業者が市内ダイアリング・パリティを実施可能とするために必要なサービス・情報に対する非差別的アクセスの提供</p> <p>⑬ 伝送料・着信料に関する妥当な相互補償の取決め</p> <p>⑭ 再販売のための卸料金での電気通信サービスの提供</p> <p>1996年法は更に、通信事業者（キャリア）がケーブル、電信回線、電話回線、又はシステムの購入、リース、建設又はその他の取得を通じて、競争を大幅に縮小又は取引を制限しないようにする権限をFCCに与えている（47 U.S.C. § 314）、また競争を促進する方法で無線周波数を管理することをFCCに義務づけている（47 U.S.C. § 332）。</p> <p>最後に、法は、ケーブル通信における競争の促進、及びケーブル・システムに対し不適切な経済的負担を負わせる unnecessary 規則をできるだけ減らすとともに、ビデオ番組の多様な情報源の配信において競争を促進することをFCCに義務付けている。（47 U.S.C. §§ 521、532 & 548）。</p>	<p>相手方が同意するときは審判手続を経ることなく同意命令により、排除措置を命じることができる。また、必要に応じ、違反行為の差止命令を求める訴訟を提起することができる。</p> <p>FTCは、違反事件を処理するとともに、FTC法第18条に基づいて産業単位の不正又は欺瞞的な取引慣行を防止するために取引規制規則(trade regulation rule)を制定することができる。例えば、訪問販売におけるクーリング・オフに関する規則(FTC Rule、Cooling-off Period for Door-to-Door Sales、16 C.F.R. Part 4 29)、テレマーケティング販売規則(FTC Rule、for Telemarketing Sales、16 C.F.R. Part 3 10.1-10.8)等のような消費者取引に関する数多くの規則を制定している。</p> <p>なお、FTCは、多種にわたる特定の消費者保護法令も執行している（例：信用機会平等法（the Equal Credit Opportunity Act）、貸付真実法（Truth-in-Lending Act）、公正信用報告法（Fair Credit Reporting Act）、タバコ表示広告法（Cigarette Labeling and Advertising Act））。これらの法律は、特別に定義された取引慣行を禁止し、違反行為をFTC法第5条第a項中における「不正又は欺瞞的な」行為又は慣行として扱うことを明記している。</p> <p>(3) 州司法長官による執行 州司法長官（States' Attorney General）は、それぞれの州の反トラスト法を執行し、州内における違反行為の摘発を行うほか、シャーマン法違反によって州民が被害を受けた場合には、クレイトン法第4C条（15U.S.C. § 15c）に基づき、州民に代わって3倍額損害賠償を請求することができる（父権訴訟（parens patriae actions））。</p>	

電気通信法	競争法	電力事業法
<p>【ネットワーク中立性】</p> <p>■FCCは2009年10月、ネットワーク中立性の規制を明確化するために、6つの原則をFCC規則に盛り込む提案をし、意見を求めた。</p> <p>ところが、このパブコメ手続きと並行して進められていた、ネットワーク中立性に関する訴訟（コムキャスト対FCC）において、FCCは2010年4月に敗訴し、ブロードバンド・サービスに対する規制権限を否定された¹⁴。</p> <p>FCCが提案した新しい規則（2009年10月22日採択・公表）</p> <p>ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスを提供する事業者は、合理的なネットワーク・マネジメントに従いつつ、以下の義務を負う：</p> <p>(1) ユーザーが選択する合法的なコンテンツの送受信を妨げてはならない。</p> <p>(2) ユーザーが選択する合法的なアプリケーション及びサービスの利用を妨げてはならない。</p> <p>(3) ユーザーが選択する合法的でネットワークに害を及ぼさない機器のワーク上での利用を妨げてはならない。</p> <p>(4) ユーザーが、ネットワーク事業者、アプリケーション事業者、サービス事業者、コンテンツ事業者間の競争を享受できる資格を奪ってはならない。</p> <p>(5) 合法的なコンテンツ、アプリケーション、サービスを非差別的な方法で取り扱わなければならない。</p> <p>(6) ネットワーク・マネジメント及びその他の慣行に関する情報を公開し、ユーザー及びコンテンツ、アプリケーション、サービス事業者が、本規則手続きに明記されている保護を享受</p>	<p>(4) 私人による損害賠償請求・差止請求</p> <p>クレイトン法第4条（15U.S.C. § 15）は、反トラスト法違反によって「その事業又は財産」に損害を被った者（any person：自然人のほか、法によって承認された企業や団体、州政府等も含む）は、実損額の3倍の賠償額及び弁護士費用を回復することができると定めている。判例は、「直接の購入者」にのみ、3倍額損害賠償請求訴訟の原告適格を認めている。また、損害賠償請求が認容されるためには、①事業又は財産への損害があること、②それが当該反トラスト法違反に起因することを立証することが必要であるが、これに加えて、判例では、③当該損害が「反トラスト上の損害（antitrust injury）」であることの立証が必要とされている。</p> <p>さらに、クレイトン法第16条（15U.S.C. § 26）は、私人・企業・団体が、シャーマン法やクレイトン法の違反によって損害を受けるおそれがあるときは、当該違反行為の差止めを請求することができると定めている（FTC法違反については認められていない。）。</p> <p>【「当然違法」と「合理の原則」】</p> <p>米国の裁判所は、反トラスト法違反の評価において、「当然違法」と「合理の原則」という違法評価の法理を発展させてきた。「当然違法」（per se illegal）の法理が適用される場合、行為要件が証拠上充足されれば、直ちに違法要件も充足するものとされる（当該行為の合理的要素（正当な理由の有無）はそもそも存在しないとみなされる。）。当然違法の法理が適用される行為以外に対しては、「合理の原則」（rule of reason）の法理が適用され、事案ごとに、違法要素と合理的要素との比較考量判断が行われる。</p> <p>シャーマン法第1条に該当する行為について、それぞれの法</p>	

	電気通信法	競争法	電力事業法
	<p>できるようにしなければならない。</p> <p>上記原則に違反した場合には、ケースバイケースで対処する。FCCは通信法503条(b)に従い、FCC規則の違反者に対して課徴金の支払いを命じる権限を有する。</p> <p>●FCCは2009年10月22日の規則制定提案を受けて、2010年12月21日、FCCはかねてより検討中のネットワーク中立性に関する規則を採択した。その内容は以下の通り。</p> <p>①固定およびモバイルブロードバンド事業者は、ユーザーやアプリ等の開発者に対し、サービス提供条件、サービスのパフォーマンス、ネットワーク管理慣習等について情報を開示すること。</p> <p>②固定ブロードバンド事業者は、合理的なネットワーク管理のために必要な場合を除き、合法的なコンテンツ、アプリケーション、サービス、ネットワークに害を与えない端末をブロックしてはならない。</p> <p>③固定ブロードバンド事業者は、合法的なインターネットトラフィックの伝送に関して不合理な差別を行ってはならない。但し、合理的なネットワーク管理は、不合理な差別にはあたらない。</p> <p>④モバイルブロードバンド事業者は、合理的なネットワーク管理のために必要な場合を除き、合法的なウェブサイトへのアクセスをブロックしてはならず、また、自社の音声および映像サービス等と競合するアプリケーションをブロックしてはならない。</p>	<p>理が適用される類型を整理すると、大要以下のとおりである。なお、最低再販売価格維持については、2007年6月28日、従来の「当然違法」ではなく「合理の原則」で判断すべきとする最高裁判決が出されている（リージン事件判決）。</p> <p>【合併の基本分析】 1992年水平的合併ガイドライン</p> <p>1992年水平的合併ガイドラインは、司法省反トラスト局及びFTCが、ある合併に対し異議を申し立てるか否かを判断する際の分析のプロセスとして、次の5つのテストを用いている。</p> <p>① 関連市場の画定・市場参加企業の同定・市場集中 当該合併が、適切に画定された関連市場における集中を著しく増加させ、集中度の高い市場をもたらすものか</p> <p>② 潜在的な反競争の効果 当該合併が、市場集中その他の市場を特徴づける要素に照らして、潜在的な反競争の効果に関する懸念を引き起こすものか</p> <p>③ 参入分析 反競争的效果を打ち消すほどの市場参入が、タイムリーに、蓋然性をもって、かつ十分に生じることとなるか</p> <p>④ 効率性 当該合併以外の方法によっては当事者が合理的に達成し得ないような効率性の改善があるか</p> <p>⑤ 破綻 当該合併を行わなければ当事者のいずれかが破綻し、その資産が市場から退出することとなるか。</p>	
法律の	1996年法の米連邦法典に収録されていない前文において、以下が定められている	(1) シャーマン法の実体規定 ア 第1条 (15U.S.C. § 1) :	連邦: 16 USC § 824t:

	電気通信法	競争法	電力事業法
抜粋 ※競争法の部分 はクレイトン法の概要	<p>る： 「米国の電気通信消費者のために低廉で高品質のサービスを確保するため、及び新しい電気通信技術の迅速な配備を促進するため、競争の促進及び規制緩和を行う。」</p> <p>47 U.S.C. § 160： (a) 「…… [サービス差別をなくするために若しくは消費者を保護するために施行する必要がなく、決定が公衆の利益になる]とFCCが判断した場合、電気通信事業者(キャリア)に対し本法の規定の適用を差し控えるものとする。」 (b) 判断に当たり……、FCCは……差し控えが電気通信サービスの提供者間の競争をどの程度増強するかなど、競争的な市場条件を促進するか否かを検討しなければならない。」</p> <p>第215条：サービス、設備等に関する取引 委員会は、公衆通信事業者が当該通信事業者に対する設備、資材、調査、サービス、資金、信用に関して行った取引、本法の適用を受ける有線若しくは無線通信に関して、当該通信事業者によってなされるサービス若しくはそのいずれかに影響を及ぼす取引またはそのいずれかの取引について調査し、これらの取引が公衆に対して適切なサービスを提供する当該通信事業者の能力を阻害し、もしくはそのおそれがあるかどうか、又はそのサービスの料金の不当なもしくは不合理な引き上げをもたらす、不合理な料金を維持する結果になるかどうかについて、議会に報告しなければならない。委員会は、上記の取引を十分に調査するため、上記の設備、資材、調査、サービス、資金、信用又は職</p>	<p>取引制限行為の禁止 シャーマン法第1条は、「各州間若しくは外国との取引又は通商を制限するすべての契約、トラストその他の形態による結合又は共謀 (every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations)」を禁止している。 禁止の対象となる行為には、競争者間のカルテル(水平的制限行為)のみならず、取引段階を異にする事業者間の行為(垂直的制限行為)も含まれる。また、本条の対象は、複数の事業者による共同行為であり、単独行為には適用されない。</p> <p>イ 第2条 (15U.S.C. § 2)： 独占化行為の禁止 シャーマン法第2条は、「各州間若しくは外国との取引若しくは通商のいかなる部分をも独占化し、独占化を企図し、又は独占化する目的をもって他の者と結合し又は共謀する (monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations)」ことを禁止している。 本条によって禁止される行為は、独占という状態 (monopoly) ではなく、独占を形成又は維持する行為 (monopolization) である。単独行為、共同行為のいずれも本条の適用対象となる。</p> <p>ウ シャーマン法第1条及び第2条違反に対する刑罰 シャーマン法第1条又は第2条に違反する行為は重罪 (felony) であり、違反行為者には、以下の刑罰が科されることになる (シャーマン法第1条及び第2条)。 ○法人の場合：1億ドル以下の</p>	<p>「(a)(1) 委員会は、公衆の利益、これらの市場の健全性 (インテグリティ)、公正な競争及び消費者の保護を尊重しながら、電気エネルギーの販売及び送電市場で州際通商における価格の透明性を促進することを命じられている。」</p> <p>16 U.S.C. § 2603： 「本法において、又は本法で行った改正において、(1) 電力事業若しくはガス事業に対する独占禁止法の適用可能性、……又は(2) 不公正な競争方法又は反競争的法令若しくは慣行に関して……法のその他の規定に基づく長官若しくは委員会の権限」……に影響を及ぼさない。</p> <p>カリフォルニア州： 水法典第80110 (Water Code, § 80110) (AB 1X, ch. 2, art. 1): 「委員会が決定する本項の実施日後において、この期間が経過した後に、公益事業法典 (Public Utilities Code) のDivision 1のPart 1, Chapter 2.3のArticle 6(第360条から開始)に基づき、他の供給業者からのサービス入手する小売の最終顧客の権利は、水資源部 (Department of Water Resources) が電力を供給しなくなるまで保留するものとする。」</p>

電気通信法	競争法	電力事業法
<p>員を供給する者の、現に存在し又は将来存在することとなる全ての文書、書類、会計帳簿等を閲覧し、検査し、調査する権利を有する。次の各号について、立法措置が必要であるかに関し明確な意見を報告しなければならない。</p> <p>(1) 当該取引の無効を宣言し、又は、取引の条項を委員会が公共の利益のために望ましいと認めるものに変更することを条件として、取引の実施を許可する権限の委員会に付与すること。</p> <p>(2) 設備、資材、調査、サービス等直接又は間接に供給する者が、上記の通信事業者を支配している者、支配されているもの又は同一の支配に服するものである場合に、当該取引を委員会の承認に係らせること。</p> <p>(3) 通信事業者の取引であって、当該通信事業者に対する設備、資材、調査、サービスの全部または一部を、委員会が公共の利益のために必要であるとして定める条件及び規則に従って、競争入札に付することを命ずる権限を委員会に付与すること。</p> <p>47 U.S.C. § 257:</p> <p>(a) 「……FCCは、電気通信サービスの提供及び所有において企業家及びその他の小企業に対し市場参入障壁を把握し取り除くため、審理手続きを完了させなければならない…。</p> <p>(b) 前 (a) 号の遂行に当たり、FCCは多様なメディアの声、活発な経済競争、技術的な進歩、及び公衆の利益、便宜及び必要性の促進に有利な本法の政策及び目的の促進に努めなければならない。」</p> <p>第310条 免許の保有及び移</p>	<p>罰金</p> <p>○自然人の場合：100万ドル以下の罰金若しくは10年以下の禁錮又はこれらの併科また、上記の罰金額は、①違反行為によって自らが得た利得の2倍の額、又は②違反行為によって他の者に与えた損害の2倍の額まで引き上げることができる(1984年量刑改善法。18U.S.C. § 3571(d))。</p> <p>(2) クレイトン法の実体規定</p> <p>ア 第2条 (15U.S.C. § 13) : 価格差別等の禁止</p> <p>クレイトン法第2条は、1936年ロビンソン・パットマン法 (Robinson-Patman Act) によって修正されており、通常、ロビンソン・パットマン法第2条によって修正されたクレイトン法第2条を「ロビンソン・パットマン法」と呼んでいる。具体的には以下の行為を禁止している。</p> <p>「同等同質の商品の異なる需要者間において価格の面で直接又は間接に差別すること (either directly or indirectly, to discriminate in price between different purchasers of commodities of like grade and quality)」が、当該差別の結果として、</p> <p>① 「商業のいずれかの部分において競争を実質的に減殺することになり、若しくは独占を形成するおそれがある (may be substantially to lessen competition or tend to create monopoly in any line of commerce)」場合、又は、</p> <p>② 「かかる差別の利益を与える者若しくはこれを知りつつ受ける者との競争、又はこれらのいずれかの者の顧客との競争を阻害し、破壊し、若しくは妨害するおそれがある (to injure, destroy or prevent compe-</p>	

電気通信法	競争法	電力事業法
<p>転についての制限</p> <p>(A) 本法に基づき必要とされる局の免許は、外国政府もしくはその代表者に付与し、又はこれらの者に保有させてはならない。</p> <p>(B) 放送局、公衆通信業務用無線局等は次の者に付与し又はこれらの者に保有させてはならない。</p> <p>①外国人又は外国人の代理人</p> <p>②外国政府の法律に基づいて設立された会社</p> <p>③資本金の5分の1を超える部分に相当する株式が、外国人もしくはその代理人、外国政府もしくはその代表者、もしくは外国の法律に基づき設立された会社によって株主名簿上所有される会社、又は議決権の5分の1を超える部分がこれらの者によって行使される会社</p> <p>④委員会がその免許を拒否し又は取り消すことが公共の利益にかなうと認定した場合には、資本金の4分の1を超える部分に相当する株式が外国人又は議決権の4分の1を超える部分がこれらの者によって行使される他の会社によって直接もしくは間接に支配される会社</p> <p>(C) 略</p> <p>(d) 委員会に申請し、かつ、公共の利益、便宜及び必要にかなうと委員会が認定した場合を除き、建設許可もしくは局の免許またはこれらに基づく権利を、任意にもしくは意に反して、直接もしくは間接に他の者に移転し、譲渡し、その他いかなる方法によっても処分をしてはならない。委員会は、この申請を処理するに当たって、上記の移転又は譲渡を受ける者以外の者に当該許可又は免許を移転、譲渡その他の処分のする方が公共の利益、便宜及び必要にかなうことになるかどうかを考慮しなければならない。</p>	<p>tition with any person who either grants or knowingly receives the benefit of such discrimination, or with customers of either of them)」 場合（本条第 a 項）。</p> <p>なお、腐敗しやすい商品で品質の低下が切迫している場合、季節商品で時季外れになっている場合（以上第 a 項）、競争者の低価格に誠実に（in good faith）対抗するために行う場合（第 b 項）等は、違法とはされない。また、本条は、第 a 項に定める価格差別のほか、実質のない仲介手数料の支払（第 c 項）、購入者に対する販売促進費の支払（第 d 項）及び購入者に対する役務・便益の提供（第 e 項）並びに差別価格の誘引・受領（第 f 項）について規制している。</p> <p>イ 第 3 条(15U.S.C. § 14) : 不当な排他条件付取引の禁止 クレイトン法第 3 条は、相手方が競争者と取引しないことを条件として当該相手方と取引することにより、競争が実質的に滅殺されることとなる場合、又は独占が形成されるおそれがある場合に、これを禁止している。</p> <p>ウ 第 7 条(15U.S.C. § 18) : 企業結合の規制 クレイトン法第 7 条は、競争制限となる株式所有、資産取得を禁止している。他の者の株式その他の持ち分 (stock or other share capital) 又は資産 (assets) を取得する場合、当該取得の結果、競争を実質的に滅殺することとなり、又は独占を形成するおそれがある場合には、当該取得は禁止される。</p> <p>なお、クレイトン法第 7A 条は、資産等の取得の両当事者に届出義務を課しており、当事者の規模及び取引の規模について、それぞれ届出義務が課される範囲を定めている (P22 参照)。</p>	

電気通信法	競争法	電力事業法
<p>第313条 反トラスト法の適用；特定の場合における免許及び許可の拒絶</p> <p>違法な取引制限及び独占、並びに取引制限のための結合、契約又は協定に関する合衆国のすべての法律は、通商に影響を与える無線装置及び機器の製造、販売取引、無線通信に適用する。上記の法律のいずれかの規定に基づき提起された民事もしくは刑事の訴訟その他の手続きにおいて、または連邦取引委員会その他の政府機関が法律によって処理する権限を与えられている事項に関する事実認定及び命令を強制しもしくは審査するために提起された手続きにおいて、免許人が上記の法律のいずれかの違反について、有責であると認定されたときは、裁判所は、当該法律が課す制裁に加えて、当該免許人の免許を取り消し、当該免許に基づくすべての権利を消滅させる判決等を行うことができる。</p> <p>47 U.S.C. § 332: (a) 「専用移動通信サービス(private mobile service)に使用できる周波数管理の措置を講じるに当たり、FCCはそれらの措置が…(3)競争を促進し、できるだけ多くのユーザーにサービスを提供できるか否か……を検討しなければならない」</p> <p>47 U.S.C. § 521: 「本章の目的は…(6)ケーブル通信の競争を促進し、ケーブル・システムに不適切な経済的負担を負わせる不必要な規制をできるだけ減らす……ことである。」</p>	<p>エ 第8条(15U.S.C. § 19)：競争関係にある会社の役員兼任の禁止</p> <p>クレイトン法第8条は、商業に従事するある2つの会社が、事業及び営業区域に関して互いに競争者であって、かつ、両社の資本金、積立金等の総計がそれぞれ2616万1000ドル超(2009年1月6日更新)である場合には、何人も、当該2つの会社の取締役(director)又は役員(officer)を兼任してはならないとしている。</p> <p>なお、一方の会社の競合売上高が261万6100ドル以下又は総売上高の2%未満である場合等は、違法とはされない。</p> <p>(3) FTC法の実体規定 ア 第5条(15U.S.C. § 45)第a項(1)前段：不公正な競争方法の禁止</p> <p>FTC法第5条第a項(1)前段は、通商における又は通商に影響を及ぼす不公正な競争方法を禁止している。不公正な競争方法(unfair methods of competition)は、非常に広範な概念であり、これによって、シャーマン法、クレイトン法等の違反となるすべての行為のみならず、そこから漏れるものも包括的に規制し得るとされている。ブラウン・シュール事件連邦最高裁判決(1966)では、「FTC法第5条の下において、FTCは取引制限をその『萌芽において』(in their incipency)規制する権限を与えられており、その際、規制の対象となる行為がクレイトン法第3条の要件(注：競争の実質的減殺のおそれ又は独占の形成のおそれ)を完全に充足している必要はない……」と判示されている(いわゆる「萌芽理論(incipiency doctrine)」)。</p> <p>しかしながら、1980年代以降、FTCは、シャーマン法に違反しない行為に対するFTC法第5条の適用には消極的になっている。</p>	

	電気通信法	競争法	電力事業法
		<p>イ 第5条(15U.S.C. § 45) 第a項(1)後段：不公正な又は欺瞞的な行為又は慣行の禁止</p> <p>FTC法第5条第a項(1)後段は、通商における又は通商に影響を及ぼす不公正又は欺瞞的な行為又は慣行を禁止している。FTC法の制定当初は、虚偽広告等についてはFTC法第5条前段（不公正な競争方法）に基づいて規制していたところ、ララダム事件連邦最高裁判決（1931）において不公正な競争方法は競争者への侵害が要件となる旨判示されたことを契機として、1938年のウィーラー・リー（Wheeler-Lee）改正法によってこの部分が追加された。</p>	
リンク	<p>1996年法により改正された1934年法のコピーは以下のサイトに掲載されている： http://www.fcc.gov/Reports/1934new.pdf</p>	<p><u>シャーマン法</u>：シャーマン法は米連邦法典のタイトル15（15 U.S.C. § § 1 - 7）に収録されており、以下のサイトに掲載されている： http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=BROWSE&TITLE=15USCC1&PDFS=YES.</p> <p><u>クレイトン法</u>：クレイトン法は、米連邦法典のタイトル15及び29の様々な部分：15 U.S.C. § § 12 - 27; 及び29 U.S.C. § § 52 - 53に収録されており、以下のサイトに掲載されている： http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=BROWSE&TITLE=15USCC1&PDFS=YES</p> <p>及び： http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=BROWSE&TITLE=29USCC5&PDFS=YES.</p>	<p><u>連邦</u>：様々な公益事業の規制及びエネルギー政策の法律文が、米連邦法典のタイトル16、特に第46章に収録されており、以下のサイトに掲載されている： http://frwebgate.access.gpo.gov/cgi-bin/usc.cgi?ACTION=BROWSE&TITLE=16USCC46&PDFS=YES</p> <p>2005年エネルギー政策法のコピーは、以下のサイトに掲載されている： http://www.doi.gov/iepa/EnergyPolicyActof2005.pdf</p> <p>また、FERCが様々な連邦法令のリストを以下のサイトに掲載している： http://www.ferc.gov/legal/fedsta.asp</p> <p><u>カリフォルニア</u>： AB 1X: http://www.leginfo.ca.gov/pub/01-02/bill/asm/ab_0001-0050/abx1_1_bill_20010201_chaptered.pdf CPUC決定01-09-060: http://docs.cpuc.ca.gov/published/final_decision/9812.htm</p>

¹³ 州内の電気通信については、州公益事業委員会 (Public Utilities Commission; PUC) の管轄である。また、産業政策として商務省電気通信情報庁 (National Telecommunications and Information Administration; NTIA) が、商務省の内部部局として 1978 年 7 月に設置され、①情報通信政策に関する大統領への助言・電気通信に関する技術開発と②周波数の有効利用・管理に関する提言・連邦政府利用の周波数管理 (ただし民間利用の周波数管理は FCC の管轄) を行っている。

¹⁴ 「急速に進化する通信技術に対応するために、議会が FCC に対し、広範かつ融通のきく管轄権を与えた」ことは事実である。また「インターネットがおそらく、現代の通信におけるもっとも重要なイノベーションである」ことも事実であろう。しかし、通信業界がもたらす「急速な技術変化による困難な規制の問題」があるといえども、「委任された権限の行使において広範な裁量を認められることと、法律が FCC に権限として付与していない規制活動に対して制約のない自由を認めることは同義ではない」。FCC が、コムキャストのインターネット・サービスに関して主張する付随的管轄権を、「法律上定められた責任」につなげて根拠を示すことができていないことから、請願を認め、FCC 命令を破棄する。See, *Comcast v. Federal Comms. Comm'n*, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010).

欧州におけるマージンスクイズ規制 — 米国判例との比較研究 —

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

本稿では、欧州におけるマージンスクイズ (margin squeeze)¹の規制を取り上げる。欧州のマージンスクイズを取り上げるのは、2009 年に出された米国連邦最高裁判決(US Supreme Court)におけるマージンスクイズの違法性判断が、欧州における判断基準と異なる点で注目されているからである。

この米国における連邦最高裁判決は、linkLine 事件²において下されたものである。同事件は、インターネット接続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「AT&T 社」という。)を提訴したものである。

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。被告がサービスを提供するためには、原告の通信網を利用することが必要であった。原告は、SBC 社がシャーマン法(Sherman Act)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。

カリフォルニア中部地区連邦地方裁判所は、取引拒絶の判例である Trinko 事件連邦最高裁判決³によりマージン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

¹ マージンスクイズとは、2つの垂直的な市場 (上流市場及び下流市場)において事業活動を行っている垂直統合事業者が、上流市場及び下流市場における商品あるいはサービスの価格・料金を、上流市場における顧客であり同時に下流市場における競争者である事業者が、下流市場において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と整理できる。マージンスクイズはプライススクイズ(price squeeze)とも呼ばれており、欧州では前者、米国では後者が一般的に利用されているようである。本稿ではマージンスクイズに統一して表記を行う。

² Pacific Bell Telephone Co. v. linkLine Communications Inc., 129 S.Ct. 1109(2009).

³ Verizon Communications Inc. v. Law Offices of Curtis V. Trinko, LLP, 540 U.S. 398(2004). 同事件の概略は以下のとおりである。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 (Operation Support System, 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 (Federal Communications Commission, FCC) 等による措置が下されていた。原告 (上诉人)である Trinko は AT&T 社の地域電話サービスの顧客であったが、被告の行為がシャーマン法 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。単なる独占力の保持は従来から違法ではなく、他社の有していないインフラを所有していたとしても、競争者との取引義務は原則としてない。ただ、例外として取引義務が生じる場合があり、それは Aspen Skiing 事件のような場合である。同事件は、それまで自発的に取り引きしていた商品の卸販売を拒絶し、また、短期的な利益を犠牲にして長期的に競争を制限したとして 2 条違反とされた事例である。これに対して本件では、Verizon 社が競争者と取り引きしたのは規制に基づく義務を負っていたからであり Aspen Skiing 事件とは異なるため、

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マージンスクイズの訴えは認められないことを理由とする、*motion to dismiss for failure to state a claim*（請求の原因の陳述懈怠による訴え却下の申立て）は認めなかったが、中間上訴の訴えを認めた。第9巡回区控訴裁判所は、訴答に基づく判決の申し立てにつき検討を行い、被告の申し立てを棄却した地裁の結論の妥当性は明らかであるとした。被告はこれを不服として、連邦最高裁に裁量上訴を求め、2008年6月23日同裁判所はこれを認めた。

連邦最高裁は、以下の理由により第9巡回区控訴裁判所の判決を破棄、差し戻した。最高裁は、被告が卸売段階で原告と取引する反トラスト法上の義務がない場合には、マージンスクイズをシャーマン法第2条違反として提訴することはできないとした。その理由は以下の通りである。①事業者は例外的な場合を除き、一般的に、価格や取引条件と同様に、取引相手を選択する自由がある。しかし、まれに、独占的事業者が、略奪的価格設定のように純粋に単独の行為により反トラスト法上の責任を負う場合がある。また、事業者が競争者に対する単独の取引拒絶が反トラスト法上の責任を引き起こすAspen事件⁴のような例外的な場合がある。本件では原告は略奪的価格設定を主張しておらず、地裁は反トラスト法上の取引義務は存在しないと判断している。原告は、事業者が競争者の利幅を搾取したという異なる類型の単独行為に対して提訴している。②卸売段階で取引義務がなく、小売段階で略奪的価格設定がない場合には、事業者は、両市場での価格を競争者の利幅を残すように設定する義務を負わない。AT&Tの卸売価格に対するいかなる主張も、Trinko判決をそのまま適用することにより妨げられる。Trinko事件では、市場において反トラスト法上の取引義務を有さない事業者は、競争者に対して有利な条件で取引する義務も有さないとしている。従って、原告が望む卸売価格で被告がサービスを提供することも義務づけられることはない。マージンスクイズのもう一つの構成要素は、被告の小売価格が「低すぎる」ということであるが、積極的な価格競争に水を差さないために、略奪的価格設定の訴えを認めることにつき裁判所は慎重に限定をかけてきた。本件では、AT&Tの行為がBrooke Group事件⁵の2要件の双方をみたしているとの主張は原告によりなされていない。被告の訴えを認める場合には、Brooke Group事件でも懸念された、潜在的な反トラスト法上の責任を逃れるために、事業者が小売価格を引き上げることあるいは積極的な価格競争を抑制するという害悪がもたらされることになる。③反トラスト法における明確な基準の重要性について繰り返し強調されているが、マージンスクイズの訴えが認められるとす

取引拒絶が違法となる場合には該当しない。

⁴ Aspen Skiing Co. v. Aspen Highlands Skiing Corp., 472 U.S. 585(1985).

⁵ Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp., 509 U.S. 209(1993). 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 (Robinson-Patman Act) 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、の2つの要件を満たすことが必要であるとしている。

れば、裁判所は規制当局のように卸売価格・小売価格双方を監視するという規制当局のような役割を負うこととなり、また独占的事業者にとってはセーフハーバー（Safe Harbor）が存在しないこととなる。

このように、下流市場における価格が不当廉売に当たるなど例外的な場合を除いてマージンスクイーズはシャーマン法第 2 条違反となる行為ではないと米国では判断されているが、これに対し、欧州連合（European Union, EU）においてはマージンスクイーズが違法とされている。本稿では、マージンスクイーズに関する近年の EU の事例として Deutsche Telekom 事件第一審裁判所判決⁶、Tefefonica 事件委員会決定及び TeliaSonera 事件 Mazak 法務官意見を概観する⁷。この 3 つの事件はいずれも電気通信分野、特に既存電気通信事業者による卸接続あるいは接続に必要なサービス提供料金とインターネットアクセス提供にかかる小売料金が問題となった事例である。この 3 件の事件の事実概要及び判断を概観した上で、これらを手がかりにマージンスクイーズにおける主要な論点についての EU の判断について、米国における判断も念頭に置いた上で検討を行いたい。

なお、TeliaSonera 事件は、他の 2 つの事件とは異なり先決的判決を国内裁判所が欧州司法裁判所に求めた事例であり、現在のところいまだ判決は下されておらず法務官意見が発表された段階である。法務官意見は裁判所を拘束せず、そのため必ずしも裁判所の見解を示すものとは言えないが、この意見は裁判所によって一定程度尊重されており⁸、欧州における 1 つの考え方を示すものとして他の判例とともに検討の対象とした。

2 マージンスクイーズに対する適用条項

(1) EU 条約第 102 条⁹

EU において、マージンスクイーズ適用されるのは、EU 条約第 102 条である。同条は、「共同市場又はその実質的部分においてに支配的地位にある 1 ないし 2 以上の事業者がその濫用を行うことは、加盟国間の取引に影響を及ぼす限りにおいて共同市場と両立しない

⁶ 第一審裁判所（Court of First Instance）は、2009 年 12 月 1 日に発効したリスボン条約第 19 条第 1 項により、一般裁判所（General Court）にその名称を変更したが、本稿においては第一審裁判所と表記することとする。

⁷ 本稿で紹介する事例以前のマージンスクイーズの事例として、Napier Brown-British Sugar 事件（OJ(1988)L284/41）、Industrie des Poudres Spheriqurs v. Commission 事件（4 CMLR 1020（2001））がある。Napier Brown-British Sugar 事件は、砂糖だいこんの市場及び派生商品の市場、砂糖の小売市場における支配的事業者である British Sugar 社が、他の小売り業者（Napier Brown 社）を市場から退出させるために原料加工費用以下に小売価格を引き下げた行為に対して 300 万ユーロの制裁金が科されたものであり、Industrie des Poudres Spheriqurs v. Commission 事件は、マージンスクイーズを委員会が認めなかった事例であり第一審裁判所がこの判断を支持している。

⁸ 岡村堯『ヨーロッパ競争法』三省堂（2007 年）101 頁。

⁹ 欧州競争法における市場支配的地位の濫用を規制する規定は、現在、2009 年 12 月 1 日に発効したリスボン条約による第 102 条となっているが、リスボン条約が発効する以前はアムステルダム条約により第 82 条とされており、アムステルダム条約発効以前は 86 条であった。本稿で取り上げる判例等における表現では第 82 条とされているが、文書のタイトル等における表記以外については本稿ではすべて第 102 条として表記することとする。

ものとして禁止される。」と規定し、その後4つの行為を同条に該当する行為として非限定的に以下のように例示されている。(a) 不当な購入価格又は販売価格あるいは他の不当な取引条件を直接的または間接的に課すこと (b) 生産、販売、あるいは技術的發展を制限し、消費者に対して不利益を与えること (c) 取引相手に対して同様の取引に対して異なる条件を課し、これによって当該取引相手を競争上不利な立場に置くこと (d) 契約締結の条件として、その契約の対象と性質上または取引慣行上関係のない付随的義務の受諾を相手方に対して課すこと。このうちマージンスクイズは同条(a)項に該当する行為であると考えられる。

第102条に該当するためには、市場支配的地位の存在と、その濫用が必要とされるが、いずれも法文上定義規定は設けられていない。「市場支配的地位」とは欧州司法裁判所の判例では、

「事業者が、競争者、顧客及び最終消費者から相当程度独立して行動することにより、関連市場における有効な競争の維持を妨げることを可能とするような、事業者によって行使される経済力についての地位」であるとされている¹⁰。

市場支配的地位の認定に当たって、その後の判決では、行為者の市場シェアが50%以上ある場合には支配的地位が推定され¹¹、市場シェアが20%以上50%未満の場合には状況により認定の可能性があるとされている。

市場支配的地位の「濫用」とは、欧州司法裁判所の判例において、「すでに弱体化した競争をさらに弱めるように市場構造に影響を与え、または、商品・サービスの競争における通常の競争条件とは異なる手段を通じて市場の現状の競争レベルを維持することを阻害し、あるいは競争の成長を阻害すること」であるとされている¹²。市場支配的地位の濫用行為には、不当廉売のように顧客あるいは競争者を搾取する行為(搾取的濫用)と、排他的濫用があり¹³、本稿で取り上げるマージンスクイズは主として排他的濫用と性格づけられる行為である。

(2)82条ガイダンスにおけるマージンスクイズの扱い

EU委員会は、2009年2月に濫用的排除行為(abusive exclusionary conduct)への82条の適用における委員会の執行優先順位に関するガイダンス(Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive

¹⁰ United Brands v. Commission, 1 CMLR 429(1978).

¹¹ AKZO v. Commission, 5 CMLR 215(1993).

¹² Hoffman-La Roche & Co. v. Commission, 3 CMLR 211(1979).

¹³ ただし、この区別は必ずしも明確になされるわけではなく、また行為によっては双方の性格を有するものもあるとされる。さらに論者によっては、第三の濫用行為の類型として、不当な高価格により並行輸入を阻害するなど単一市場の実現を妨げるような、単一市場阻害的濫用(single market abuse)が挙げられている。Rechar Whish, *Competition Law(6th Ed.)*, Oxford(2009), P199.

exclusionary conduct by dominant undertaking¹⁴) を発表している。この中で、マージンスクイズは供給拒絶と同じ部分で言及されており、基本的には同じ考え方に基づいて適用がなされると述べられている。ここでは、マージンスクイズを「市場支配的事業者が上流市場における商品に、下流市場における同様に効率的な事業者ですら長期的に利潤を得て取引することができないような価格を設定すること」であると定義している。そして、「下流市場における同様に効率的な事業者」の判断基準として、統合事業者の下流市場における部門の LRAIC (平均長期増分費用、Long Run Average Incremental Cost) を一般的に使用すると述べている¹⁵。

3 近年のマージンスクイズの事例

(1) ドイツテレコム事件欧州第一審裁判所判決¹⁶

ア 事実概要

既存地域電気通信事業者である Deutsche Telekom 社 (以下、「DT 社」とする) の卸売接続価格は、コストに基づき算出したものについて事前にドイツ電気通信当局 (RegTP) からの認可を得る必要があった。小売接続価格について、アナログ、ISDN に関してはプライスキャップがかかっており、これに対して ADSL には特に価格についての規制は行われていなかった。

1999 年、DT 社が自らのインターネットサービス提供価格と比して、競争者であるインターネットサービスプロバイダによるローカルループへの接続料金を低く設定していると、DT 社の競争事業者が委員会に申告を行い、委員会が調査を行った。

2003 年、委員会は DT 社が条約第 102 条 (当時第 82 条) に反し市場支配的地位の濫用を行ったと認定をした。まず、DT 社が地域通信網への接続の卸売市場及び小売市場 (ブロードバンド、ナローバンド) において市場支配的地位にあることを認定した。濫用的なマージンスクイズは「市場支配的な事業者が課す小売料金から卸売料金を減じた値がマイナスであるか、支配的事業者が川下市場において提供する小売サービスのコストを回収するのに十分でない場合に」生じるとした。その上で、1998 年から 2001 年までのマージンはマイナスであり、2002 年以降のマージンはプラスとなっているが、競争者であるプロバイダへの卸売り料金と自らの小売料金との差額は DT 社のコストをカバーできないとして、濫用的マージンスクイズを認定し、DT 社が、競争者に対する地域通信網への卸接続サービス料金と小売接続サービス料金を不当に課すことにより、その市場支配的地位を濫用したとして第 82 条(a)に違反するとした。

この委員会の決定に対し、DT 社が決定の取消を求めて第一審裁判所に提訴を行った。

¹⁴ OJ C 45, 24.2.2009, p. 7.

¹⁵ OJ C 45, 24.2.2009, Paragraph 80.

¹⁶ Deutsche Telekom v. Commission, [2008] ECR II-00477.

イ 判旨

第一審裁判所は、DT社の主張を退け欧州委員会の決定を支持している。本件での争点はいくつかあるが、同社の行為が第82条に違反するマージンスクイズであるとの認定についての争点は以下の通りである。

第一の争点は、PS回避のための手段の有無についてである。DT社は小売価格が規制価格でありDT社に裁量はなかったと主張したが、判決は、2001年末までDT社がプライスキャップよりも低く価格を設定したことを認定し、値上げは可能であったと述べている。また、2002年1月以降は、ADSL料金による調整は可能であったとしており、裁量がなかったという主張を退けている。

第二の争点はマージンスクイズの認定方法についてである。DT社は、違法なマージンスクイズであると言うためには、垂直統合事業者の小売価格が不当廉売（コスト割れ）であることが必要であると主張した。これに対して判決は、行為の不公正さは卸価格と小売価格の差額に関連するものであるとした上で、小売価格自体が不当性を持つものである必要はないとした。

第三の争点は、マージンスクイズを認定の前提となる計算についてであり、DT社は2001年における商品ごとのコスト算定に誤りがあると主張し、これに対し委員会は、DTの指摘する誤りを認めながらもそれは結論に影響しないと主張した。判決は、仮に委員会がDT社の指摘するミスなく計算したとしても、問題となっている期間にはマージンスクイズが認められるので、結論には影響がないとして、DT社の指摘する誤りを認めながらもマージンスクイズを違法と認めた委員会の判断を覆す根拠としては否定した。

第四の争点は、マージンスクイズが市場に与える影響についてである。DT社は、同社の価格設定行為がマージンスクイズであると仮にしたとしても、それが市場に悪影響を与えたとの立証をする必要があり、これを委員会はしていないと主張した。これに対して委員会は、マージンスクイズの存在が立証されれば濫用の立証には充分であると主張した。判決は、競争者が参入するためにはDT社の卸サービスは不可欠であり、卸・小売段階でマージンスクイズが行われれば下流市場の競争の成長を阻害するとし、DT社の主張を退けている。

現在、DT社は欧州司法裁判所に控訴している¹⁷。

(2)Telefonica 事件欧州委員会決定¹⁸（注記を19番につなぐ）

ア 事実概要

スペインにおいてブロードバンド接続の80%が2006年当時ADSLであった。既存電話

¹⁷ OJ C223/2008, 30/08/2008, p31.

¹⁸ Case C/38.784 Wanadoo Espana v. Telefonica, available at

http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38784/38784_311_10.pdf

事業会社である Telefonica 社は、スペインにおいて全国レベルで固定電話網を有する唯一の電気通信事業者であった。

スペインの事業法は地域及び全国レベルにおいて卸供給義務を課していた。当該義務は、競争及び消費者利益を促進するという観点から課されており、Telefonica 社及び競争者の投資インセンティブと長期的観点から見た下流市場における競争促進の必要性についての、公的機関による衡量の結果導入されたものである。価格についての規制は、全国卸売市場については価格規制がかけられておらず、地域卸売市場についてはプライスキャップがかけられていた。

イ 委員会決定要旨

委員会は、以下の理由により Telefonica 社の行為が 102 条に違反しているとして、1 億 5187 万 5000 ユーロの制裁金を科した。

(ア) 市場支配的地位

委員会は 3 つの商品市場を確定した。すなわち、小売ブロードバンド「全体」市場、及びブロードバンド接続の地域卸市場及び全国市場である。テレフォニカは卸売市場双方で支配的地位にあった。地域市場では独占であり、全国市場においても 80% の市場シェアを有していた。

(イ) 濫用行為

委員会は、Telefonica 社のマージンスクイズが濫用に当たるかについて以下のように認定した。2001 年から 2006 年までの間、全国卸売市場及び地域卸売市場における Telefonica 社の価格と、同社の小売価格との差は、同社と同等に効率的な事業者が小売ブロードバンド接続を提供するためのコストを下回っていると認定した。委員会は、判例法で確立されている手法に基づき、Telefonica 社の上流市場での料金を元に下流市場における同社部門がコスト割れにならずに販売できるかについて以下の 2 つの手法を用いて検討し、上記結論を出している。すなわち、Telefonica 社の毎年の利益を検討する period-by-period 法と、Telefonica 社が採用を主張した手法であり、当初はコスト割れでも 2001 年から 2006 年を通して見た場合にコストを上回っていることを要求する DCF 法である。

Telefonica 社は、取引拒絶の事例である Oscar Bronner 事件¹⁹を参照することを主張したが、委員会は、本件は事実関係、経済的、法的状況が同事件とは根本的に異なるとしている。本件では、スペインの規制法により卸売市場において取引義務が Telefonica 社に課されており、また、価格についても地域市場においては規制がかけられていた。

同社の濫用行為は、スペインの規制当局が 2006 年 12 月に卸売価格を引き下げさせたことにより終了している。同国の当局は、テレフォニカの 2 つの卸売市場におけるマージンスクイズについて言及していないが、同国の当局による検討は、Telefonica 社が 2001 年

¹⁹ Case C-7/97 [1998]ECRI-7791

10月に行った事業予測を元に算出しており、委員会が同社のヒストリカルコストを使用したのとは異なると委員会は述べている。

(ウ)濫用行為の効果

濫用行為の結果として、排除 (foreclosure) の蓋然性があると考えられているとしている。当該マージンスクイズは、Telefonica 社と同等に効率的な競争者に持続不可能な損失を与えることにより、Telefonica 社の競争者が関連市場に参入し、または Telefonica 社に対して競争圧力をかける能力を制限する。Telefonica の行為は、ADSL 事業者が投資を行いローカルループのアンバンドリングを利用することを正当化するような経済規模に達することを可能な限り遅らせることとなっている。

当該行為による消費者に対する影響についても、委員会は以下のように述べる。Telefonica 社の行為による競争の歪曲がなければ、ブロードバンドサービスの小売市場はより競争的になり、低価格、選択肢の増加及び技術革新という形でより大きな利益が消費者にもたらされていた。

また、Telefonica 社のマージンスクイズによる、小売市場における具体的な排除効果及び消費者に対する悪影響として、スペイン国内の小売価格は、EU15 カ国中最も高く (最も高い国のうちの 1 つ)、ブロードバンドの浸透率も EU15 カ国の平均以下となっていることを挙げている。そして、スペイン国内の当該高価格を説明できるような特有の需給状況があるわけではないため、Telefonica 社の行為が重大な消費者被害をもたらしていると結論づけている。

(3)Konkurrensverket v. TeliaSonera AB 事件 Mazak 法務官意見²⁰

ア 事実概要

1990 年代から 2000 年代にかけて、インターネットサービスのユーザーの多くはダイヤルアップから種々のブロードバンド接続に変更し、そのうち最も多かったのは固定電話網を通じた ADSL 接続とケーブルテレビのネットワークを通じた LAN 接続であった。

TeleSonera (旧 Telia AB) は、固定電話網についての旧独占事業者であって、スウェーデン国内で実質的にすべての家庭へ到達するメタル回線のネットワークアクセスを所有していた。同社は、ブロードバンド接続のほか、個々の家庭から最も近い地域通信交換機までのメタル回線接続を他の接続業者に提供していた (卸売市場)。この卸売市場での接続は、卸料金を支払って競争者が TeliaSonera のメタル回線のアクセスを得るという、EC 規則に基づいて提供されていた LLUB (ローカル・ループ・アンバンドリング) と呼ばれる接続と、TeliaSonera 社が競争者に対して ADSL 接続のための特定の投入商品を通じて固定電話網に接続するという方法の 2 種類が TeliaSonera 社により提供されていた。スウェーデ

²⁰ Case C-52/09 Konkurrensverket v. TeliaSonera AB, Opinion of the Advocate General, available at <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:62009C0052:EN:NOT>

ンでは、卸価格及び小売価格とも規制はなされていなかったが、TeliaSonera 社が提供する後者の取引に関し、スウェーデン競争当局は、TeliaSonera 社の投入商品の卸売価格と同社のエンドユーザーへの価格差を、自社の増分費用をカバーできないような形で同社が設定することによる違法なマージンスクイズを行い、2003 年以降は国内法のみならず EU 法にも違反していると主張し提訴した。

スウェーデンのストックホルム地方裁判所は以下の 10 の論点につき欧州司法審裁判所による先決的判決を求めた。①垂直統合支配的事業者により卸売市場において競争者への ADSL 投入物の販売に際し課される価格と当該独占的事業者がエンドユーザー市場において課す価格との差の程度がどのような条件を満たした場合に 102 条違反となるのか ②市場支配的事業者の小売価格のみが関連するのか、同市場における競争者の価格も関連するのか ③市場支配的事業者が卸売市場において供給義務を有さず自らの判断で供給を行っている場合に①の回答は異なるか ④濫用となるために①の行為の他に市場への反競争効果は必要か ⑤市場支配的事業者の支配力の強さにより①の答えは影響を受けるか ⑥卸売市場及び小売市場において行為者が市場支配的地位を有していることは、①の行為が濫用とされるために必要か ⑦濫用とされるために、市場支配的事業者により提供される商品が競争者にとり不可欠であることは必要か ⑧供給が新規参入者になされた場合には①の答えは異なるか ⑨濫用とされるために、市場支配的事業者がその行為のために被った損失を後に回復する見込みがあることを要するか ⑩高い投資を必要とする市場において技術革新が行われているかは①の回答に影響を与えるか

イ 法務官意見

法務官はまず、先決的判決の性格を一般論であると位置づけ、本件の事実関係に対して法適用を行うのは国内裁判所であると述べた上で、検討を行った。10 の論点がストックホルム地方裁判所から問われているが、この中で特に重要なのは①③⑦の 3 つの論点であるとして、これら論点を重点的に検討している。

まず、濫用とは、確立した判例により、市場の構造に影響を与えるような市場支配力にある事業者の行為に関する客観的な概念であり、事業者が存在すること自体の結果として競争の程度が弱まり、または、商品又は役務の通常の競争とは異なる方法により、市場における競争の程度の維持あるいは成長を妨げる効果を有するような場合、を意味すると述べた。さらに、市場支配的地位にあることそれ自体は非難されるべきものではなく、そのような地位を有する事業者は、自らの行為が共同市場における純粋な歪曲されない競争を阻害しないための特別の責任を負うということである。通常の場合において正当化されない行為は、市場支配的事業者により行われた場合には濫用とされる。このように一般論を述べた上で、Deutsche Telekom 事件における第一審裁判所の判断を参照し、濫用的マージンスクイズは、マージンがマイナスであるか、又は、マージンが当該支配的事業者自身

のコストよりも小さい場合に濫用的マージンスクイズが存在するとした。また、マージンスクイズが濫用であると判断されるためには、上流市場において市場支配的事業者に対し取引義務が課されているか、あるいは、商品が下流市場で競争をするにあたり不可欠であることが必要であるとも述べている。

4 検討

(1) マージンスクイズの位置づけ

EUにおいて、マージンスクイズは供給拒絶と同様の反競争効果を有する行為類型として考えられている。上記のように82条ガイドラインにおいて、マージンスクイズは供給拒絶の項の中で説明されており、その考慮事項については共通に述べられている。また、TeliaSonera事件においてもMazak法務官は、マージンスクイズにおける検討は、取引拒絶における検討と同様であると述べている²¹。

マージンスクイズを供給拒絶と基本的には同様に扱う点は、米国におけるLinkLine事件連邦最高裁判所判決と同様であり、また2010年に公表された日本の排除ガイドラインにおいてもマージンスクイズは取引拒絶の中で扱われており、この点についてのEUのとらえ方は共通であると考えられる。しかしながら、米国では、取引拒絶が違法となる、すなわち反トラスト法上の供給義務があるのは、Aspen Skiing事件で示されたような場合、すなわち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、短期的な利益を犠牲にして長期的に競争を制限した場合に限定されており、この点はEUの考え方とは異なっている。マージンスクイズが違法となり得るかについての結論に大きな違いが出たことは、マージンスクイズそのものの評価というよりは、むしろ取引拒絶に対する規制の違いに主として由来するのではないかと思われる。

また、82条ガイドラインは、すでに事業法により供給義務を課している場合や、上流市場における当該事業者の支配的地位が国家によって認められた独占や国家補助により達成された場合には特に、競争法により供給義務を課することが当該事業者にとって悪影響を与えることはないとして積極的にとらえている。これに対して、米国のLinkLine事件では、マージンスクイズの訴えが認められるとすれば、裁判所は規制当局のように卸売価格・小売価格双方を監視するという規制当局のような役割を負うこととなるとして反トラスト法による規制に慎重な姿勢を見せており、また、Trinko事件連邦最高裁判所判決では、問題となった取引が1996年通信法によって規制されていたことについて、反競争的な行為を規制するための措置がとられている場合には、さらに反トラスト法によって救済を認める利益は小さいと述べており、この点についての考え方はEUとは異なっている。

このほか、EUの判例においては、マージンスクイズの反競争効果は下記3でも述べる

²¹ Case C-52/09 Konkurrensverket v. TeliaSonera AB, Opinion of the Advocate General, Paragraph 16.

ように「卸価格と小売価格の差額に関連するもの」であるとしており、マージンスクイーズを一連の行為としてとらえている。この点、マージンスクイーズを一連の行為として扱うのではなく、上流市場における行為と下流市場における不当廉売という2つの行為にわたって判断を行った米国連邦最高裁判所の判断とは対照的であり、これも米国とEUの規制が異なるものとなっている1つの要因であろう。

(2) マージンスクイーズの判断基準

問題とされるマージンスクイーズが102条に該当する濫用的なものであると認定するにあたり、どのような基準で判断するかは重要な問題である。

濫用的マージンスクイーズの存在立証のための基準として、同等に効率的な事業者基準及び合理的に効率的な事業者基準の2つが挙げられる²²。前者の同等に効率的な事業者基準は、垂直統合事業者の下流部門が、上流部門が競争者に販売している価格を前提として利益を得ることができるかを基準として判断するものである。これに対して、合理的に効率的な事業者基準は、市場における合理的に効率的な事業者が、垂直統合事業者が上流市場における販売価格と下流市場における価格の差額を前提として、通常の利潤を得ることができるかどうかを基準として判断するものである。

1998年に発表された電気通信分野についての告示²³においては、マージンスクイーズが濫用であることを認定するための基準としては、同等に効率的な事業者基準及び合理的に効率的な事業者基準の双方が挙げられていた²⁴。

2008年の82条ガイダンスにおいては、マージンスクイーズを「市場支配的事業者が上流市場における商品に、下流市場における同様に効率的な事業者ですら長期的に利潤を得て取引することができないような価格を設定すること」と定義し、その基準として垂直統合事業者自身のコストから判断するとしていることから、同等に効率的な事業者基準をとることを示したものと考えられる。

判例では、*Deutsche Telekom* 事件においてこの点について検討されている。同判決では、先例で明確にはされてこなかったものの、*AKZO* 事件等を引用し、市場支配的事業者の価格行為が濫用的であるかについては、市場支配的事業者の状況、すなわち当該事業者自身の料金及びコストに基づいて判断されるとしている²⁵。このように同等に効率的な事業者基準が採用され、それが市場支配的事業者自身の料金・コストから判断されるべき理由として、その他の基準が法的安定性の観点から容認できないことを挙げている。それは、仮に他の事業者のコスト等に基づいて濫用的マージンスクイーズであるか否かが判断されると

²² Case C/38.784 *Wanadoo Espana vs. Telefonica*, Paragraph 311.

²³ Notice on the application of the competition rules to access agreements in the telecommunications sector, OJ 1998 C 265/2.

²⁴ *Id.* at Paragraph 119.

²⁵ *Deutsche Telekom v. Commission*, [2008] ECR II-00477, Paragraph 198.

すれば、垂直統合事業者はあらかじめ自らの行為の適法性について判断できなくなってしまふからである²⁶。

Telefonica 事件においても同様に効率的な事業者基準をとっており²⁷、また TeliaSonera 事件においても、法務官は同等に効率的な事業者基準をとったものとして Deutsche Telekom 事件を引用し、この基準が最も適切な基準であると述べている²⁸。その理由として、同基準が客観的テストであって非効率的な事業者を保護する結果とはならないことを挙げている。

このほか、マージンスクイズが濫用であると判断されるために、小売価格がコスト割れである必要があるか、すなわちつまり小売価格自体の不当性も必要とするかも議論されている。これについては、米国の LinkLine 事件では、マージンスクイズを上流市場の価格設定行為と下流市場の価格設定行為に分けた上で、下流市場の価格設定が不当廉売の基準、すなわち、価格がコスト割れであることと後にそのコストを回収する危険な蓋然性があることを満たすことが必要であると判断していることもあり、市場支配的事業者側から主張される論点となっている。これについては、Deutsche Telekom 事件第一審裁判所判決において（上記論点二）、原告である DT 社が、違法なマージンスクイズ認定のためには垂直統合事業者の小売価格が不当廉売（コスト割れ）であることが必要であると主張したが、これに対して判決は、行為の不公正さは卸価格と小売価格の差額に関連するものであるとした上で、小売価格自体が不当性を持つものである必要はないとしている。また、TeliaSonera 事件において Mazak 法務官は、上記論点⑨の垂直統合事業者による損失の埋め合わせの可能性について、不当廉売の場合には検討する必要があるかもしれないが、マージンスクイズの場合には卸売価格を高く設定し、同時に小売価格も高い場合もあるため、埋め合わせの可能性は必要ではないと述べている²⁹。このことから、小売価格が不当廉売の基準に満たすことを Mazak 法務官も必要と考えていないと思われる。

上記で見たように、マージンスクイズが濫用と判断されるための基準としては、同等に効率的な事業者基準及び合理的に効率的な事業者基準があり、1998 年告示が述べるようにこの 2 つはいずれも適切な基準としては認められているが、Deutsche Telekom 事件における第一審裁判所の判決では同等に効率的な事業者基準が最も適切であると明確に述べられており、その後の委員会による 82 条ガイダンスでも同等に効率的な事業者基準がマージンスクイズに対する基準として挙げられていることから、現在では EU では同基準が採用されていると一応考えていいと思われる。また、小売価格が不当廉売の基準に該当する価格であることは、必要とされていないと思われる。

²⁶ *Deutsche Telekom v. Commission*, [2008] ECR II-00477, Paragraph 202.

²⁷ Case C/38.784 *Wanadoo Espana vs. Telefonica*, Paragraph 311.

²⁸ Case C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera AB*, Opinion of the Advocate General, Paragraph 36.

²⁹ Case C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera AB*, Opinion of the Advocate General, Paragraph 53.

(3)市場への影響

EU では、マージンスクイズが市場支配力の「濫用」であることを認定するにあたり、上記2で検討したように同等に効率的な事業者基準がとられており、より具体的には、マージンがマイナスであるか、または、プラスである場合でも行為者である垂直統合事業者の下流市場における部門のLRAICを基準として、同コストを回収できる価格差があるかを検討している。

問題となるのは、そのような基準に該当する濫用的なマージンスクイズの存在が立証されたとして、102条の「濫用」に該当するために、市場の競争への影響を別途立証する必要があるか、である。

この点については、Deutsche Telekom 事件において争われている。委員会決定においては、市場支配的事業者が競争者排除のための価格決定を行い自らの地位を強化した場合に市場支配的地位の濫用が認められるとした欧州司法裁判所の判例³⁰を引用し、市場支配的地位の濫用の存在を立証するためにはマージンスクイズの存在を立証することで充分であるとしている。しかしながら、それだけではなく補助的に効果についても言及しており、競争者が競争的な価格でエンドユーザーを自らのネットワークに接続することができないという障壁が存在することを示す具体的事実として、競争者がナローバンド接続市場で4.4%、ブロードバンド接続市場で10%のシェアしか得ていないこと等を示している。委員会は第一審裁判所における裁判においても、マージンスクイズ立証で充分であるとの主張を行ったが、これに対して第一審裁判所は、効果について改めて立証することが必要であるかについては明確に述べていない。裁判所は単に、競争者が参入するためにはDT社の卸サービスは不可欠であり、卸・小売段階でマージンスクイズが行われれば下流市場の競争の成長を阻害するとして、当該マージンスクイズが「濫用」に該当すると判断している。

TeliaSonera 事件において法務官は、102条違反の濫用とするためには、市場支配的事業者の価格政策が「潜在的に」反競争効果を有することを立証する必要があると述べる。ただし、その反競争効果は、それまでの判例で確立されているように、実際の効果を示す必要はなく、当該行為が競争を制限する傾向がある、すなわち、当該行為がそのような効果をもたらし得ることを立証すれば充分であるとしている³¹。

Deutsche Telekom 事件において裁判所が「具体的に」あるいは「潜在的に」反競争効果を別途立証する必要性について明言しなかったこともあり、委員会は依然として濫用的なマージンスクイズの存在が立証されれば充分であるとの立場を維持しているように思われる³²。ただし、Deutsche Telekom 事件の後（第一審裁判所判決よりは以前）に判断が下

³⁰ AKZO v. Commission, C-62/86 (1991) ECR I-3559.

³¹ Case C-52/09 *Konkurrensverket v. TeliaSonera AB*, Opinion of the Advocate General, Paragraph 39.

³² Case C/38.784 *Wanadoo Espana vs. Telefonica*, Paragraph 38.

された **Telefonica** 事件においては、委員会は **Telefonica** 社によるマージンスクイズが、自らの下流部門のコストをカバーできない濫用的なものであるということを立証したのに加えて、市場への影響についても述べており、**Deutsche Telekom** 事件における議論も踏まえた上で、そのような認定も行っているものと思われる。

以上のように、濫用的なマージンスクイズの存在を立証する他に、解釈上市場の競争への効果を示す必要があるか、あるとしてどのような効果を示す必要があるかについては必ずしも判例法上明らかではないが、少なくとも運用上は何らかの反競争効果を示す方向で運用されているとは言えるであろう。

(4)コスト算定

マージンスクイズが濫用であると認定するためには、垂直統合事業者の上流部門による卸売価格と下流部門の小売価格の差額が、当該事業者の下流部門のコストをカバーするものであるかを検討すべきと考えられていることは上記で述べたとおりであるが、そのための垂直統合事業者のコストはどのように考えられているのであろうか。

委員会による 82 条ガイダンスにおいては、そのコストは一般的に **LRAIC** をとるとされている。1998 年の告示の段階では、不当廉売に該当するかの基準としての平均可変費用と増分費用について検討しているが、電気通信事業は固定費用が非常に大きく、一度設備を構築してしまえばその後の費用は非常に小さい。従って、不当廉売に関する判例である **AKZO** 事件において採用された基準のように平均可変費用以下を違法とするというのでは違法とされるケースはほとんどなくなってしまう、として同告示は、増分費用を使うとしていた。そして、どのような期間をとってコストを見るかについて同告示は「1年以上」の期間を示していた。

Deutsche Telekom 事件において委員会はコスト基準として **LRAIC** を採用していると考えられる。同決定は問題となったアナログ、**ISDN**、**ADSL** サービス提供及びそれぞれについての **DT** 社の顧客対応費によりコストが構成されるとしており³³、この委員会による判断を、第一審裁判所は支持している。ただし、委員会の算出を具体的に検証して支持をしたというわけではない。これについて、裁判所は **EC** 条約競争法の条項の要件が満たされているかの包括的な司法審査は行うが、委員会が行った複雑な経済分析の評価は必然的に限定されていると述べている。

Telefonica 事件委員会決定においても、上記アクセス告示を引用し、従来の委員会の運用に従って **LRAIC** を採用するとされている³⁴。この **LRAIC** を採用する理由として同決定は、もし下流市場における事業活動によりもたらされる利益が **LRAIC** を下回っているとすれば、**Telefonica** 社と少なくとも効率的で合理的かつ利潤最大化を目的とする事業者は、中期

³³ *Deutsche Telekom v. Commission*, [2008] ECR II-00477, Paragraph 155.

³⁴ *Case C/38.784 Wanadoo Espana vs. Telefonica*, Paragraph 318.

的にその下流市場におけるサービスを提供する経済的利益を持たないからであるとした。そして、LRAICによってコストを算出した上で、対象となる期間である2001年9月から2005年12月のうち1年ごとに、Telefonica社が利益を上げることができるか（period-by-period）を検討し、加えて、当該5年強の期間を通じての同社の利益を見る手法であり、市場変化の大きな市場において期間当初はコスト以下の販売価格であっても同期間を通じて利益がでていれば濫用的であるとは見なさないDCF法によっても検討を行った。このDCF法は、Telefonica社が採用を主張したものであったが、結果としていずれの手法によっても濫用が認められている。

(5)正当化事由

仮に、垂直統合市場支配的事業者により行われたマージンスクイズが上記基準により濫用に該当するとされた場合、何らかの正当化事由が認められる可能性はあるのだろうか。

82条ガイダンスにおいては、上記のようにマージンスクイズは供給拒絶の項目の中で扱われているが、取引拒絶全体について認められる可能性のある正当化事由としての「効率性」について言及されている³⁵。同ガイダンスは、市場支配的事業者が事業を発展させるための投資に対する適切なリターンを得、ひいては事業が失敗するリスクも考慮に入れた上で将来における投資を継続するインセンティブを生じさせるために、供給拒絶が必要であるという場合には当該主張を委員会は考慮するとしている。また、供給義務により、あるいは供給義務が課されることによって生じる市場状況の構造的変化により、市場支配的事業者自身の技術革新に悪影響がもたらされるとの主張も考慮するとしている。ただし、これらの主張を考慮する際は、他の行為にも共通して述べられている行為の必要性及び効率性の正当化事由が認められるための条件³⁶を充足する必要があるとして、一定の制限をかけている。特に、事業者自身の技術革新に悪影響がもたらされるとの主張については、支配的事業者にその立証が求められるとしている。

Deutsche Telekom 事件において DT 社はほとんど正当化事由を主張していない。これに対して、Telefonica 事件において Telefonica 社は3点について正当化事由を主張しているがいずれも認められていない。同社が主張した正当化事由の第一は、同社の価格政策は、成長途中の市場において将来の利益によってカバーされるものとして行ったというものである。これについて委員会は、Telefonica 社のビジネスプランから見ると、仮に同社が卸売市場において競争者に課している価格を前提とすると対象となった5年余の間に投資は

³⁵ OJ C 45, 24.2.2009, Paragraph 89.

³⁶ 行為の必要性及び効率性に基づく考慮について、これが認められるための以下の4つの条件をガイダンスは提示している。①効率性は当該行為の結果として達成されたか、あるいは達成される蓋然性があるか ②当該行為はその効率性達成のために不可欠（最も競争制限的でないもの）であるか ③行為によってもたらされる蓋然性のある効率性は、影響を受ける市場において競争及び消費者厚生にもたらされる悪影響を上回るものであるか ④当該行為が、すべてあるいは多くの現実のあるいは潜在的な競争の現実の供給源を排除することにより、有効競争を排除するものでないか。

回収できないとして同社の主張は認められないとしている。第二の正当化事由として、「meeting competition」、すなわち当該行為は市場における競争者に対抗するためのものであったとの主張がなされている。Meeting competition の正当化事由は、問題となっている行為がある市場における市場支配力を他の市場に拡大するような効果を持つ場合には認められず、当該行為が適切であり、不可欠であって、相当である場合にのみ認められるとしている。しかしながら、マージンスクイズの場合には、市場支配的事業者が小売価格を上げることなく卸価格を下げ、それによってなお利益を上げることができるという意味で、それが唯一の手段であることはないため、同正当化事由は認められないとしている。

第三の正当化事由として、効率性すなわち消費者にもメリットがある、ということが主張されている。しかし、委員会は、マージンスクイズのみがブロードバンドサービスの利用を拡大した証拠はなく、また、サプライサイドの効率性の達成が消費者に戻されるか、そのメリットが競争制限の効果を上回る効果を持つのか、の証拠もないとしてこれを認めていない。

以上のように、委員会の判断において濫用的なマージンスクイズについての正当化事由が認められたケースはない。中でも、Telefonica 事件において委員会は、meeting competition は本件のようなマージンスクイズの場合には認められないと明言している³⁷。ただし、同事件で主張された、電気通信事業分野のように成長途上の市場における行為であるという点については、それ自体が認められないとは委員会は述べておらず、同様の主張がすべて認められないかどうかについては明らかではない。また、効率性という正当化事由についても、支配的事業者による立証がなされていないことが認められない理由であり、当該正当化事由自体が認められないとは述べられておらず、82 条ガイダンスが言及するような条件が満たされれば認められる可能性はあると思われる。

5 おわりに

以上、米国の規制を念頭に置きながら、EU におけるマージンスクイズの事例を概観し、その論点について若干の検討を行った。供給拒絶と同様にその反競争効果がとらえられるマージンスクイズの事例は、近年すべて電気通信事業分野におけるものであるが、このような事業規制がかけられている取引についての積極的な規制は、EU における競争法によるマージンスクイズ規制の 1 つの特徴であると言っていいであろう。

マージンスクイズ規制における個別の論点に対する EU の立場については、これまでの事例及び委員会の第 82 条ガイダンスにより、ある程度明らかになってきたと言えるが、まだ規制事例も多いとは言えず欧州司法裁判所がある程度判断したと考えられる論点についても、他の事例でまた問題とされている。これらについては、今後事例が集積すること

³⁷ Case C/38.784 *Wanadoo Espana vs. Telefonica*, Paragraph 639.

によりさらに明確になっていくと思われる。

特に、TeliaSonera 事件では、マージンスクイズに対して条約第 102 条を適用する際に問題となる論点について網羅的に、先決的判決を求めている。現在はまだ Mazak 法務官の意見が提出されたのみであるが、同事件における裁判所の判断が出された場合には、EU におけるマージンスクイズ規制に対する態度・基準について大きな指針となると考えられる。引き続き検討を続けたいと考えている。

第3章 消費者保護・通信の秘密等に関する判例

英国におけるプライバシー権概念 — 生体情報のデータベース保存に関する エス・アンド・マーパー対連合王国事件 —

筑波大学大学院図書館情報メディア研究科准教授

石井 夏生利

1 はじめに

本件は、犯罪捜査目的で生体情報をデータベースに保存する行為とプライバシー侵害が問題となった事例である。2名の英国人(S及びマーパー)が犯罪の嫌疑を受け、警察によって指紋及び細胞の試料を取得されたが、その後Sは無罪判決を受け、マーパーは和解により訴訟を終了させた。しかし、警察当局は、全国DNAデータベースの中に、S及びマーパーの指紋、細胞試料、DNAプロフィールを保存し続けたため、両者は、国内の裁判所に訴えを提起した。英国国内の裁判所は、いずれも両者の請求を退けた。そこで、S及びマーパーは、欧州人権裁判所(European Court of Human Rights)に対して不服を申し立て、警察当局の保存行為は欧州人権条約(Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms)第8条(私生活及び家庭生活を尊重される権利)及び第14条(差別の禁止)に違反する等と主張した。同裁判所は、2008年12月4日、第8条違反を認める判決を下した¹。

海外情報通信判例研究会(現情報通信法学研究会)では、本来は情報通信をめぐる諸外国の判決等を取り上げるべきであるところ、今回は本判決を取り上げることにした。その理由は次のとおりである。

英国の判例法は、米国とは対照的に、長期間にわたってプライバシー権を承認してこなかったという歴史的経緯を有する。しかし、1998年人権法(Human Rights Act 1998)²の成立・施行は、英国の判例法に大きな影響を与えた。後述するとおり、同法は、附則1の第1部において、1950年の欧州人権条約が定める「私生活及び家族生活を尊重される権利」を含む人権規定を取り入れたことから、英国の裁判所も、それを契機に、キャンベル対MGN社事件(Campbell v. MGN Ltd.)³の貴族院(House of Lords)判決において、信頼違反(breach of confidence)の法理の解釈を通じて権利を承認するに至った。

¹ 本報告との関連では、拙稿『生体情報のデータベース保存とプライバシー～S and Marper v. United Kingdom 事件を中心に～』法とコンピュータ No.28(2010年)105頁の中で、欧州人権裁判所の判決を中心に扱っている。判決の速報は、井上悠輔「被疑者段階で採取された試料・DNA型データの保有継続をめぐるヨーロッパ人権裁判所「SおよびMarper対イギリス判決」—」医療・生命と倫理・社会第8巻(2009年)74～91頁参照。

² Human Rights Act, 1998, c. 42 (Eng.).

³ Campbell v. MGN Ltd., [2004] UKHL 22 (Eng.).

全体の解説は、ジョン・ミドルトン「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)37頁以下。

情報通信をめぐる法的問題の中で、プライバシー権は重要な位置付けにあり、本判決は、英国との関係でプライバシー権を考える上で極めて重要な判決である。

2 裁判所

(1) 高等法院女王座部(High Court of Justice, Queen's Bench Division)⁴

判決日：2002年3月22日

裁判官：リーブソン裁判官(Justice Leveson)、ローズ裁判官(Lord Justice Rose)

結論：請求棄却

(2) 控訴院民事部(Court of Appeal, Civil Division)⁵

判決日：2002年9月12日

裁判官：ウルフ首席裁判官(Lord Chief Justice Woolf)、ウォーラー裁判官(Lord Justice Waller)、セドリー裁判官(Lord Justice Sedley)

結論：2対1の多数で控訴棄却(セドリー裁判官が反対)

(3) 貴族院⁶

判決日：2004年7月22日

裁判官：ステイン卿(Lord Steyn)、ロジャー卿(Lord Rodger)、カーズウェル卿(Lord Carswell)、ヘール男爵夫人(Baroness Hale)、ブラウン卿(Lord Brown)

結論：上訴棄却(ヘール男爵夫人が理由付けに一部反対)

(4) 欧州人権裁判所⁷

判決日：2008年12月4日

裁判官：ジーン・ポール・コスタ総括裁判官(Jean-Paul Costa, President)ほか16名の裁判官。

結論：貴族院の判決を破棄し、全員一致で一部認容

3 事案の概要

内務省(Home Office)は、全国DNAデータベース(National DNA Database)を所管している。このデータベースは、犯行現場や拘禁中の人物から採取したDNA試料の情報を保管する世界最大規模のデータベースである。データベースは顕著な拡大傾向を示しており、2005年末で340万人であった登録者数は、2007年6月時点で約400万人、全人口の約5%を占めるに至っている。これについてはプライバシーとの関係が問題となるが、内務省

⁴ S & Marper v. Chief Constable of South Yorkshire, [2002] EWHC (QB) 478 (Eng.).

⁵ Marper v. Chief Constable of South Yorkshire, [2002] EWCA (Civ) 1275 (Eng.).

⁶ Regina v. Chief Constable of South Yorkshire Police, [2004] UKHL 39 (Eng.). 貴族院は、2005年憲法改革法(Constitutional Reform Act, 2005, c.4 (Eng.))に基づき、2009年10月1日より、連合王国最高裁判所(Supreme Court of the United Kingdom)へと改組された。

⁷ S. and Marper v. United Kingdom, 2008 Eur. Ct. H.R. 1581.

は、侵害行為により得られる利益と比較衡量すべきだという立場に立ち、2005年から2006年にかけて、殺人・過失致死罪や強姦罪を含む4万5,000件の犯罪行為が、DNAデータベースの記録と適合したこと等を述べている。一方、ジーン・ウォッチ(Gene Watch)⁸は、このデータベースに対し、犯罪捜査目的にとどまらず、犯罪予防の目的でも利用されており、目的外利用や不正利用の問題が深刻であると指摘している。

第1申立人であるSは、2001年1月19日、11歳の時に強盗未遂の罪で逮捕され、同年1月27日、指紋及びDNA試料を採取された。Sは、2001年6月14日に無罪判決を言い渡された。

第2申立人であるマイケル・レイモンド・マーパー(Michael Raymond Marper)は、2001年3月13日、配偶者に対する迷惑行為の罪で逮捕された。彼は指紋とDNA試料を採取された。公判前手続が開始される前に、夫婦間で和解が成立し、訴追を進めないことが決定された。同年6月11日、英国の検察庁(Crown Prosecution Service)は、申立人代理人に対し、手続停止の通知を送達し、6月14日、事件は正式に終結した。

申立人両者は、指紋及びDNA試料の破棄を求めたが、いずれの事件についても警察はその要請を拒否した。そこで、申立人らは、指紋及び試料を破棄しないという警察の決定に対して訴えを提起した。国内裁判所はいずれも両者の請求を棄却したため、申立人らは、欧州人権条約第34条⁹に基づき、欧州人権裁判所に対して、個人申立を行った。

4 関連規定等

(1) 1984年警察及び刑事証拠法

1984年警察及び刑事証拠法(Police and Criminal Evidence Act 1984, PACE)¹⁰は、警察当局における指紋及び細胞の強制的な採取を認める(指紋については第61条、細胞については第63条)一方で、第64条(3)項は、嫌疑の晴れた人物については、DNA試料及び指紋を破棄しなければならない旨を定めていた。しかし、2001年刑事司法及び警察法(Criminal Justice and Police Act 2001)¹¹第82条は、第64条を改正し、当該犯罪捜査の目的を達成した後も指紋及び細胞を保存することを認めた。同法は、2001年5月11日に施行されたが、S及びマーパーに対しては遡及的に適用された。本件で問題となったのは、PACEの改正規定である。

PACEの改正前の規定は、次のとおりである。

⁸ 遺伝子技術をめぐる諸問題に対して様々な問題提起を行う非営利団体である。

⁹ 同条は、「裁判所は、本条約又はその議定書に定められた権利について、一の締約国から侵害された被害者であると主張する、すべての個人、非政府組織又は個人の団体からの申立てを受理することができる。締約国は、この権利の実効的な行使を何ら妨げないことを約束する」と定める。

¹⁰ Police and Criminal Evidence Act, 1984, c.60 (Eng.).

¹¹ Criminal Justice and Police Act, 2001, c.16 (Eng.).

「第 64 条 指紋及び試料の破棄

(1) 次に掲げる場合、

(a) 犯罪捜査との関連で人から採取した指紋又は試料であり、かつ、

(b) 当該犯罪に関するその人物の嫌疑が晴れた場合、

それらは、以下の(3A)項に定める場合を除き、その手続の結論が出た後、実現可能な限り速やかに、破棄されなければならない。

(2) 次に掲げる場合、

(a) 当該捜査との関連で人から採取した指紋又は試料であり、かつ、

(b) その人物がその犯罪で起訴されないことが決定され、その人物が嫌疑を認めず、かつ、その人物が、警察官から注意処分を受けるという方法で扱われた場合

(3) 次に掲げる場合

(a) 指紋又は試料が、犯罪捜査との関連で人から採取され、かつ、

(b) 当該人物が、犯罪の嫌疑をかけられていない場合、

それらは、以下の(3A)項が定める場合を除き、採取された目的を達成後、直ちに破棄されなければならない。

(3A) 上記(1)(2)(3)項に基づき破棄を義務づけられた試料は、採取された人物が犯したものと同一犯罪を捜査する目的である場合、破棄する必要がない。ただし、次に掲げる場合、(本項とは別に)上記(1)(2)(3)項に基づき破棄させる権限を持つ人物の試料から生じた情報は、用いてはならない。

(a) その人物に対する証拠の中でかかる権限が付与された場合、又は、

(b) 何かしらの犯罪捜査を行う目的の場合」

その後、2001年法により、第64条が改正された。改正規定は、次のとおりである。

「第 64 条 指紋及び試料の破棄

(1A) 次に掲げる場合

(a) 指紋又は試料が、犯罪捜査との関連で人から採取され、かつ、

(b) 以下の(3)項がそれらの破棄を義務づけない場合、

指紋又は試料は、採取目的を達成した後も保存することが認められる。ただし、何人も、犯罪予防又は捜査に関連する目的、犯罪行為の取り調べ、又は公訴提起の目的以外に利用してはならない。

(3) 次に掲げる場合

(a) 指紋又は試料が、犯罪捜査との関連で人から採取され、かつ、

(b) 当該人物が犯罪の嫌疑をかけられていない場合、

それらは、本条における次の定めを除き、採取目的を達成したら直ちに破棄しなければならない。

(3AA) 試料及び指紋は、次に掲げる場合、(3)項に基づく破棄を義務づけられない。

- (a) それらが有罪判決を受けた人物に関する犯罪捜査の目的で採取され、かつ、
- (b) 試料、場合によっては指紋が、当該取調目的のために有罪判決を受けた人物から採取された場合」

改正前の第 64 条は、採取された指紋又は試料は、犯罪の嫌疑が晴れたら「実現可能な限り速やかに」破棄されなければならない旨を定めていたが、2001 年の改正により削除された。この削除が無期限保存の根拠となり、本件の問題が生じることとなった。

なお、第 64 条(1A)項に基づき保持された試料を二次利用することは、(b)号ただし書きに定める制限以外に、法律上の規制は存在しない。一方、スコットランドでは、DNA 試料及び指紋は、個人が無罪判決を受けた場合は、重大犯罪のための極めて例外的な場合を除き、破棄しなければならない旨を定めている¹²。

(2)欧州人権条約

欧州評議会(Council of Europe, CoE)は、1950 年の「人権及び基本的自由の保護のための条約」において、プライバシー保護への取組を示している。

この条約は、1948 年 12 月 10 日に国連総会で採択された世界人権宣言(Universal Declaration of Human Rights)を考慮に入れ、人権及び基本的自由の維持及び一層の実現を目指し、1950 年 11 月 4 日にローマで署名に付され、1953 年 9 月 3 日に発効した。

条約第 8 条は、「私生活及び家族生活を尊重される権利」として、次のように定めている。

- 「1 すべての者は、その私的な家庭生活、住居、及び通信を尊重してもらう権利を持つ。
- 2 法に従って行われ、かつ、国家の安全保障、公的安全又は国家の経済福祉の諸利益において、暴動又は犯罪の防止のため、健康若しくは道徳の保護のため、又は、他人の権利及び自由の保護のために、民主的社会に必要なものを除き、この権利の行使について公的機関の干渉があってはならない。」

第 14 条は、次のように定めている。

「本条で定めた権利及び自由の享受は、性別、人種、肌色、言語、宗教、政治又は他の意見、民族又は社会的出自、少数民族との関係、財産、出生又は他の身分などのいかなる理由に基づいても、差別されることなく保障されなければならない。」

これらの条項を含む権利及び自由に関する諸規定は、英国の 1998 年人権法の附則 1 の第 1 部で取り入れられた¹³。英国の判例法は、長年にわたってプライバシー権を認めてこなかったが、1998 年人権法によって、いわゆる伝統的プライバシー権については、立法的な解

¹² Criminal Procedure (Scotland) Act, 1995, c.46, § 18 (A).

¹³ 条約第 8 条及び第 14 条の邦訳は、田島裕『イギリス憲法典—1998 年人権法—』(信山社、2001 年)40 頁及び 42 頁を参考に、一部改訳した。

決が図られたということができる。

(3)1998年データ保護法

1998年データ保護法(Data Protection Act 1998)¹⁴は、個人データの取得、保有、利用又は提供を含む、個人に関する情報の取扱いを規制することを目的とした法律(An Act to make new provision for the regulation of the processing of information relating to individuals, including the obtaining, holding, use or disclosure of such information)である。1998年7月16日に女王の裁可を受けて成立し、2000年3月1日に完全施行された。

この法律は、「データ管理者」(data controller)を対象に、データ保護原則の遵守、及び、個人データの取扱いに関する事項について、情報コミッショナー(Information Commissioner)への通知を義務づけ、データ主体(data subject)にはアクセス権を付与している。

「個人データ」とは、「(a)当該データから、又は(b)データ管理者が保有し、若しくは保有することになる可能性の高い当該データその他の情報から、識別できる生存する個人に関するデータであって、かつ、当該個人に関する意見の表明及び当該個人についてデータ管理者その他の者の意図の表示を含む」と定められている(第1条(1)項)。

また、同法の定める「センシティブな個人データ」の中には、「データ主体の人種又は民族的出自」、「当該人物が犯罪を犯し又は犯したと申し立てられていること」、「当該人物が犯した若しくは犯したと申し立てられている犯罪に対する訴訟手続、そのような訴訟手続による処分、又はそのような訴訟手続において裁判所が下した刑の宣告」等が含まれている(第2条(2)項)。

附則1の第1部は、8つのデータ保護原則を定めている。なかでも、本件と関わりを持つのは、第1原則及び第5原則である。

「1 個人データは、公正かつ適法に取り扱われなければならない、特に、(a)少なくとも附則2に掲げる条件の1つが満たされ、かつ、(b)センシティブな個人データについては、少なくとも附則3に掲げる条件の1つもまた満たされなければ、取り扱ってはならない」

附則2は、個人データの取扱いに関する条件を定めており、当該取扱いが、データ主体の同意を得て行われる場合、司法運営目的である場合、ある者によって、公共の利害において行使される公的性格を持つ権能を行使することを目的とする場合などに認められている(附則2第1条、第5条(a)項、(d)項)。

附則3は、センシティブな個人データに関する詳細な条件を定めており、当該取扱いが、データ主体の明示的な同意を得て行われる場合、法的手続のために、又はこれと関連して必要である場合、司法運営目的である場合、データ主体の権利及び自由のために、適切な

¹⁴ Data Protection Act 1998, c. 29 (Eng.).

安全保護を伴って実施される場合などに認められる(附則 3 第 1 条、第 6 条(a)項、第 7 条(a)項、第 4 条(b)項)。

一方、第 29 条は、「犯罪及び課税」と題し、犯罪の予防又は捜査、犯罪者の逮捕又は訴追等を目的とする場合は、第 1 データ保護原則から適用除外される旨を定めている。ただし、同原則が附則 2 及び 3 の条件の遵守を要求する範囲はこの限りではない。

データ保護第 5 原則は、「何らかの目的又は諸目的のために取り扱われる個人データは、その目的又は諸目的のために必要な期間よりも長く保有してはならない」と定めている。

情報コミッショナーは、政府から独立した監督機関であり、データ管理者による善良な実務の遂行を促進し、執行命令等を発する権限を有する(第 40 条、第 51 条)。執行通知を遵守しない行為や、データ管理者の同意なくして不法に個人データを取得・提供等する行為は処罰対象となる(第 47 条、第 55 条、第 60 条)。

第 13 条は、データ管理者がデータ保護法に違反したことにより損害を被った者に対する損害賠償請求権を付与している。

(4)2006 年全国警察コンピュータにおける微細な記録の保存指針(Retention Guidelines for Nominal Records on the Police National Computer 2006)¹⁵

この指針は、イングランド・ウェールズ・北アイルランド警察署長協会(Association of Chief Police Officers of England, Wales and Northern Island)が公表したものである。

全国警察コンピュータ(Police National Computer, PNC)には、有罪判決を受けた者、軽微な犯罪に科せられる罰則通知(Penalty Notice Disorder)を受けた者、無罪の者、記録可能犯罪(recordable offence)¹⁶によって逮捕されたが起訴されなかった者(CJ arrestee)について、犯罪行為の詳細とともに、関連する個人データが保存されている。記録は、当該人物が 100 歳になるまで保存される。

指針は、PNC に保存されたデータの削除ではなく、そのデータに対する警察以外の者のアクセスを「取下げ」(stepping down)手順を用いることによって制限することを定めている。例えば、犯罪行為で有罪となったことのない人物に関する情報へのアクセスは、警察の捜査のみに用いられることを理由に、自動的に取下げの扱いを受ける。有罪となった人物に関する情報へのアクセスは、5 年から 35 年の有効期限が定められており、期限を経過した後も、同様の扱いとなる。5 年から 35 年の範囲は、被疑者の年齢、最終結果、科せられた刑罰、犯罪の種類によって決定される。有罪判決を受けた一定の人物については、常に開示される。

全国警察コンピュータの警察署長らは、「データ管理者」に該当する。彼らは、例外的条

¹⁵ 指針の本文は、イングランド・ウェールズ・北アイルランド警察署長協会のウェブ・サイト内の”Retention Guidelines for Nominal Records on the Police National Computer 2006”のページ (<http://www.acpo.police.uk/asp/policies/Data/Retention%20of%20Records06.pdf>)参照。

¹⁶ Police and Criminal Evidence Act, 1984, c.60, § 118(1) (Eng.).

件のもとで、PNC 上の記録を破棄する権限を有している。かかる「例外事例」は付録 2 に述べられており、元々の逮捕又は試料採取が違法である場合や、犯罪行為の不存在に疑いの余地がない場合などが挙げられている。例外事例であるか否かを判断する際に、警察署長は、DNA 及び指紋保存プロジェクト(DNA and Fingerprint Retention Project)からの助言を得ることが求められる。

(5) バイオメトリクスに関するナフィールド評議会の報告書¹⁷

バイオメトリクスに関するナフィールド評議会(Nuffield Council on Bioethics)は、独立した専門者会合であり、医者、法律家、哲学者、科学者及び神学者で構成され、1991 年にナフィールド財団によって設立された。同評議会は、2007 年 9 月 18 日、「生命情報の科学的利用：倫理上の諸問題」(The forensic use of bioinformation: ethical issues)という報告書を公表し、概ね次の点を指摘した。

指紋、DNA プロフィール及び生体試料を保存することは、採取行為よりも異論が多い。生体試料を保存することは、それらが明らかにし得る情報レベルとの関係で、デジタル化された DNA プロフィールや指紋を保存することよりも大きな倫理的懸念をもたらす。とりわけ、記録可能犯罪で逮捕された者全員から採取した指紋、試料及び DNA プロフィールについて、その者が後に起訴されたり有罪判決を受けたりしたか否かにかかわらず、無制限に保有するという現在の実務を正当化するだけの、説得力のある経験的証拠に欠けている。指紋、DNA プロフィール及び生体試料は、記録可能犯罪によって有罪となった者についてのみ、無制限の保存を認めるべきである。

国連の 1989 年児童の権利に関する条約(Convention on the Rights of the Child)に照らし、未成年者の生体情報の永久保存の方針は、とりわけ懸念される。

DNA データの利用が拡大し、近親者の調査(familial searching)、人種の推測、捜査以外の調査に用いられることにも懸念が存在する。近親者の調査は、犯行現場から得られた DNA プロフィールと全国データベース内に保存されたプロフィールを比較し、照合への「近接性」の観点から優先順位を決めることである。これは、犯罪者との遺伝的血縁関係の可能性を示すことができる。近親者の調査は、以前は知られておらず又は隠されていた遺伝的関連性の可能性を明らかにすることにつながる。近親者を調査する際の DNA データベースの利用は、とりわけ機微性が高い。

また、生体試料から一定の人種を推測し、人種差別論者をして犯罪傾向の見方を強める可能性がある。

¹⁷ 指針の本文は、バイオメトリクスに関するナフィールド評議会のウェブ・サイト内の”The forensic use of bioinformation: ethical issues”のページ ([http://www.nuffieldbioethics.org/fileLibrary/pdf/The_forensic_use_of_bioinformation_-_ethical_iss ues.pdf](http://www.nuffieldbioethics.org/fileLibrary/pdf/The_forensic_use_of_bioinformation_-_ethical_issues.pdf))参照。

その他、欧州人権裁判所は、欧州評議会(Council of Europe)の「個人データの自動処理に係る個人の保護のための条約」(Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data)、「個人データの取扱いに係る個人の保護及び当該データの自由な移動に関する 1995 年 10 月 24 日の欧州議会及び理事会の 95/46/EC 指令」(Directive 95/46/EC of the European Parliament and of the Council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data)、各加盟国の立法、他の法域における判例法などを取り上げた。

5 争点

本件で争われたのは次の 4 点である。

- (1) PACE 第 64 条は、欧州人権条約第 8 条(1)項に違反するか否か。
- (2) (1)において違反する場合、同条約第 8 条(2)項により正当化されるか否か。
- (3) 指紋、DNA 試料、DNA プロフィールの保存は、同条約第 14 条に違反するか否か。
- (4) 警察署長は裁量権を違法に行使しているか否か。

6 国内裁判所の判決¹⁸

(1) 高等法院女王座部

高等法院女王座部は、2002 年 3 月 22 日、原告らの訴えを退けた。

リーブソン裁判官は、第 8 条違反の主張に対し、概ね次のような判断を下した。

指紋及び試料の「採取」は第 8 条(1)項の侵害を構成するが、「保存」については明らかではない。

「人が指紋又は DNA 試料により特定され得るのは、専門家若しくは高度な装置の利用、又はその両者によるものであって、いずれの場合でも、保存データと比較する何かしらの試料を有することが不可欠である。さらに、この類型の情報を警察が保存する記録内に蓄積するという文脈において、蓄積された素材は、それが帰属する人物の身体組織、特徴又は生活を表さない。」(パラグラフ 19)

仮に保存が第 8 条(1)項の侵害を構成するとしても、第 8 条(2)項により正当化される。

客観的基準に照らして、侵害は比較的軽微である。また、性犯罪及び暴力犯罪が発生しているという極めて現実的な社会的関心が存在すると仮定した場合、かかる犯罪行為と戦う切迫した必要性があることに疑いはない。

当該状況において、この法律は均衡を保っているという明白な結論に達した。殺人、強姦及び強盗は、テロほどには本質的な重大性を持たないとしても、それらが頻繁に起こる

¹⁸ 判決本文の要約部分には引用符をつけず、直接邦訳した箇所には「」を付した。

ことは否定し得ず、差し迫った社会的問題を構成する。

(2)控訴院

控訴院は、2002年9月12日、2対1の多数で、高等法院の判断を支持した。

ウルフ首席裁判官は、指紋及び試料の保存行為は第8条(1)項を侵害すると判断する一方で、第8条(2)項についてはリーブソン裁判官の意見に賛同し、警察の保存行為は正当化されると結論づけた。

また、控訴院の段階では、リバティが訴訟参加を行い、文書で意見を述べている。リバティの正式名称は、市民的自由のための全国協議会(National Council for Civil Liberties)といい、1934年に設立された組織である。超党派、非党派の会員で構成される。この組織は、キャンペーン、テストケース訴訟、議会のロビー活動、政策分析、助言と情報を無料で提供することなどを通じて、市民的自由及び人権に関する指導的な活動を行っている。

本訴訟におけるリバティの主張の要点は、DNA試料からは、犯罪に関与した人物を特定するために必要な範囲を超えて、試料提供者に関するはるかに多くの情報が明らかになるということであった。これに対し、補足意見を述べたウォーラー裁判官は、リバティの指摘した危険は大きいものではなく、犯罪を訴追し予防するという目的を達成する利益が優先すると述べている。

反対意見を述べたセドリー裁判官は、警察署長において、慎重に検討を行い、当該人物を嫌疑から解放することに納得した場合は、全ての事件において、通常保存しているデータを破棄すべきであると述べた。同裁判官は、あわせて、DNA試料からは、以前可能であった範囲を超えた情報を取り出すことができる旨にも言及している。

(3)貴族院

貴族院も、2004年7月22日、控訴院の判断を支持して申立人らの上訴を退けた。

多数意見を述べたSTEIN卿は、概ね次のような法廷意見を述べた。

① 欧州人権条約第8条(1)項に違反するか否か

試料が破棄されたがために逮捕に至らなかった事例、被疑者から採取する指紋や試料の価値、破棄されていたはずの試料が残っていたがために逮捕に至った事例、DNAプロフィールによって照合された重大犯罪に関する統計などから、指紋、DNA試料及びそのプロフィールを保存することは、第8条(1)項の定める私生活を尊重される権利を侵害しない。リバティの主張については、将来にわたって保存試料が誤用されるか否かという問題と、現時点で、犯罪の捜査起訴のために試料を用いることとは関連性がなく、必要性が生じた際に改めて司法判断を下すことが可能である。

② 欧州人権条約第8条(2)項の要件を満たすか

私生活への侵害が存在すると仮定した場合、犯罪を予防し他者が犯罪被害に遭わない権

利を守る目的は、第8条(2)項の定める「法に従って」という要件を満たす。

次に、侵害行為と目的の均衡性について、申立人らが自らのDNAプロフィールの保有によって影響を受けるのは、将来発生した犯罪の場面で適合したときのみである。侵害行為と目的の均衡を図るための5つの要素が確立されている。

- ・指紋及び試料は、犯罪捜査及び起訴という限定された目的のためだけに保存される。
- ・指紋及び試料は、犯罪現場から得られた指紋又は試料との比較を行う場合以外には利用しない。
- ・指紋は公表されない。
- ・素人目には、残された試料からは個人が識別されない。
- ・保存によるデータベース拡大という結果と比較すれば、重大犯罪と戦う利益の方がはるかに大きい。

③ 欧州人権条約第14条に違反するか否か

仮に指紋や試料の取得が第8条の保護範囲内であると仮定しても、異なる取扱いは、14条の定める「地位」(status)に基づくものではない。すなわち、犯罪捜査のために指紋や試料の提出を義務づけられた者とそうでない者との間に存在する取扱いの違いは、適法に採取したという過去の事実には反映されたものであり、個人的特徴とは無関係である。当局は既に当該人物の指紋及び試料を適法に採取した。以上のことなどに基づき、第14条には違反しない。

④ 反対意見

ヘール男爵夫人は、結論には賛成したものの、DNA試料等の保存が条約第8条(1)項の権利を侵害しないという判断に反対した。夫人は、カナダのプライバシー・コミッショナーが1995年に公表した遺伝子検査とプライバシーに関する報告書(Genetic Testing and Privacy)¹⁹を引用しつつ、DNA試料とプロフィールの違いに着目し、遺伝子情報の機微性を指摘した。また、夫人は、情報プライバシーにも言及している。

「私は、指紋の採取と試料の採取について、それらの試料から得られる情報、試料と情報の保存、及び、試料又は情報のある特定の目的で利用することに鑑み、両者を区別する必要性に同意する。両者のそれぞれを正当化することは、相当異なり得る。しかし、それらの全ては、私の見解では、私生活を尊重されるという個人の権利について、政府による侵害を構成する。これは、いわゆる情報プライバシーと呼ばれる一側面である。」(パラグラフ68)

また、プライバシーの概念については、カナダのR対ダイメント事件(R v. Dyment)²⁰におけるフォレスト裁判官(Forest J.)の言葉を引用し、「プライバシーの観念は、個人に関する

¹⁹ 報告書の本文は、カナダのプライバシー・コミッショナーのウェブ・サイト内の“Genetic Testing and Privacy”のページ(http://www.priv.gc.ca/information/02_05_11_e.pdf)参照。

²⁰ R v. Dyment, [1988] 2 S.C.R. 417 (Can.).

る全ての情報は、自分自身の基本的な流儀に属し、その人物が適切と認める方法で伝え又は保持するという仮説に由来する」と述べている。

7 欧州人権裁判所の判決

(1)主文

欧州人権裁判所は、2008年12月4日、貴族院の判断を覆し、全員一致で、次の判決を言い渡した。

- ・条約第8条違反が存在する。
- ・条約第14条に基づく主張を区別して検討する必要はない。
- ・申立人らが主張した非金銭的賠償を満足させるためには、違反を認定すること自体で十分である
- ・被申立人である国は、申立人らに対し、3ヶ月以内に42,000ユーロを、解決の日のレートに換算してポンドで支払うこと。2,613.07ユーロは既に法律扶助として支払い済みである。
- ・上記3ヶ月の満了時から支払完了までの未払い期間において、欧州中央銀行の単利による最低金利と同じ割合の金額に3パーセントの遅延利息を加算した額を支払うこと。
- ・その余の請求を棄却。

(2)判決理由：条約第8条(1)項違反

欧州人権裁判所は、それぞれの論点について、次のような判断を下した。

①一般原則

「私生活」は、広汎な文言であり、網羅的定義として認めることはできない。それは、身体的かつ心理的な個人の尊厳を対象としており、その結果、同文言は、人の身体的かつ社会的な識別性に関する複数の側面を包含する。

「個人の私生活に関するデータを単純に保存することは、第8条の意味するところの侵害に該当する。その後の保存情報の利用は、その判断に対する影響を与えない。しかし、当局が保存する個人情報、上記の私生活の側面を含むか否かを決定する際に、裁判所は、問題となっている情報が記録され保存される特定の状況、記録の性質、それらの記録が利用され処理される方法、及び、得られる結果を十分に考慮しなければならない。」(パラグラフ67)

②本件に対する諸原則の適用

指紋、DNAプロフィール及び細胞試料は、データ保護条約の意味するところの個人データに該当する。私生活を尊重される権利の侵害に関する問題を、細胞試料及びDNAプロフィールの保存、指紋の保存に分けて検討するのが適切である。

(i) 細胞試料及びDNAプロフィール

「裁判所は、当局が保存する私的情報が将来的に利用される可能性についての個人の懸念は、適法であり、侵害が存在するか否かという問題を決定づけることに関連すると判断する。実際、遺伝子及び情報技術の分野における急速な発展を考慮すると、裁判所は、私生活の利益が遺伝情報と深く結びつき、今日では正確には予測できない斬新な方法や態様において、かかる情報に悪影響を与える可能性を無視できない。」(パラグラフ 71)

「細胞試料が極めて高い個人的性質を持つことに加え、裁判所は、それらが健康情報を伴うより多くの機微情報を含むことに着目している。さらに、試料は、個人とその親戚の両者に大きく関わる固有の遺伝暗号を含んでいる。この観点から、裁判所は、ヘール男爵夫人の見解に賛同する。」(パラグラフ 72)

「プロフィールに含まれる情報が客観的で動かぬものである一方で、自動的手段を通じた処理により、当局は、中立的な個人識別を超えることが可能となる。この点において裁判所が注目するのは、政府が DNA プロフィールを用いて、個人間の遺伝関係の可能性を特定する目的で、近親者の調査のために検査を行い得ること、実際にいくつかの事件では用いられたことを認めている点である。彼らは、かかる検査が極めて機微性の高い性質を伴うこと、また、この点で極めて厳格な規制を要することも認めている。裁判所の見解では、DNA プロフィールの能力は、個人間の遺伝関係を特定する手段を提供し、それ自身により、当該保存は当該個人の私生活に対する権利を侵害すると結論づけることができる。」(パラグラフ 75)

「政府は、DNA プロフィールの処理により、当局は提供者の人種的出身の傾向を推測することができ、かかる技術は警察捜査に使われていることを争っていない。DNA プロフィールの可能性は、人種的出身を推測させ、その保存は、さらに機微性が高く、私生活に対する権利に影響を与えやすい。」(パラグラフ 76)

以上述べたとおり、裁判所は、細胞試料及び DNA プロフィールの保存は、条約第 8 条 1 項の定めるところの、申立人らの私生活を尊重される権利を侵害すると結論づける。

(ii) 指紋

指紋は、細胞試料や DNA プロフィールと比べれば、含まれる情報は少ない。マクベイ対連合王国事件(*McVeigh v. United Kingdom*)²¹において、欧州人権委員会は、捜査手段の一環として指紋を採取し保存することの問題を検討したが、指紋の保存のみが私生活の侵害を構成するか否かについては問題を残した。キヌーネン対フィンランド事件(*Kinnunen v. Finland*)²²において、委員会は、申立人の逮捕に伴い保存された指紋及び肖像は私生活の侵害を構成しないと判断したが、申立人の要請から 9 年後にデータは破棄された。これらの判断及び本件で提起された問題を考慮し、本件を検討する。手始めに、申立人らの指紋記録は個人データを構成することに着目する。それには、個人の写真や声紋と同じ態様で、

²¹ *McVeigh v. United Kingdom* [1981] 25 Eur. Comm'n H.R. Dec. & Rep. 15.

²² *Kinnunen v. Finland* [1996] Eur. Ct. H.R. 104.

一定の外部的徴表が含まれている。

フリードル対オーストリア事件(Friedl v. Austria)²³において、人権委員会は、公衆のデモの際に撮影した匿名写真の保存は私生活の侵害にならないと判断した。P.G 及び J.H 対連合王国事件(P.G. & J.H v. United Kingdom)²⁴において、人権裁判所は、人の声をさらに分析するために永久的な態様で記録することは、他の個人データと連結させた場合に、当該人物を特定することとなる結果、かかる記録化は、私生活を尊重される権利を侵害すると判断した。

写真と声紋に関して条約機関が採用した一般的なアプローチは、指紋についても同様に考えるべきである。指紋は、中立的・客観的かつ反論の余地のない要素で構成され、写真と異なり、素人目には理解できず、比較対象の指紋がない限りは認識できない。しかし、この点は、指紋が客観的に個人に関する固有の情報を含み、広汎な状況の中で当該人物を正確に識別することができるという事実を変更しない。したがって、それらは、当該人物の私生活に影響を及ぼし、この情報を当該個人の同意なくして保存することは、中立的又は重要でないとは考えられない。

当局が指紋を保存することは、私生活への重要な懸念をもたらす。

「本件において、裁判所は、さらに、申立人らの指紋は最初に刑事手続において採取され、次に、永久的に保有する目的で全国的なデータベースに記録され、犯罪者特定の目的で自動的手段により日常的に処理されることに、さらに着目する。細胞試料及び DNA プロフィールは、それらが含む情報を理由に、指紋の保存と比較して、私生活に対してより重要な影響を与えることが一般に承認されている。しかし、裁判所は、正当化の問題を決定づける際に、ヘール男爵夫人のように、一方には指紋の採取、利用、及び保存が、他方には試料及びプロフィールの採取、利用、及び保存が存在し、それらの間に区別を設けることが必要となり得るが、指紋の保存は私生活を尊重される権利への侵害を構成すると考える。」
(パラグラフ 86)

(3) 判決理由：第 8 条(2)項に基づく侵害の正当化

第 8 条(2)項は、(1)項の例外を定めている。そこで、本件保存行為が、「法に従って」行われているか、「適法な目的に合致」しているか、「民主的社会に必要」と言えるか否かが問題となる。裁判所の判断は以下のとおりである。

① 「法に従って」行われているか否か

法は、適切に理解し予見できなければならず、個人が自らの行動を規制できるように十分な正確さをもって形成されなければならない。

裁判所は、政府による申立人らの指紋及び DNA 記録の保存が国内法の規定に明確に基づ

²³ Friedl v. Austria [1995] 21 Eur. H.R. Rep. 83.

²⁴ P.G. & J.H v. United Kingdom [2001] Eur. Ct. H.R. 550.

いていることを認める。

個人情報の保存と利用に伴う条件及び取決めについて、第 64 条は極めて不正確である。同条によれば、保存された試料及び指紋は、犯罪予防又は捜査に関連する目的、違反行為の取り調べ又は公訴提起の目的以外には使ってはならない旨を定める。

裁判所は、これらの目的に対して、さらなる解釈を必要とする一方で、本件では、「民主的社会に必要」か否かというより、より広汎な問題と密接に関連していることに着目した。

② 立法目的

指紋及び DNA 情報を保存することは、犯罪の捜査とその予防という適法な目的を追求するものである。かかる情報の最初の採取目的は、特定の人物を、その人物が犯したと疑われる特定の犯罪と結びつけることである。その保存目的は、将来の違反行為を特定する際にそれを支援するという、より広汎なものである。

③ 民主的社会における必要性

(i) 一般原則

侵害行為は、「切迫した社会的必要性」に応えるものであり、とりわけ、追求された立法目的に均衡し、国家機関が正当化のために掲げる立法目的と「関連性があり十分である」場合には、立法目的に対して「民主的社会的に必要」であると考えられる。

国家機関が有利に「評価される余地」を残さなければならない。この評価の範囲は、当該条約上の権利の性質、当該個人にとっての重要性、侵害の性質、侵害行為により追求される目的を含む、多くの要素に依拠する²⁵。

条約第 8 条が保障するように、個人データの保護は、私生活及び家族生活を尊重される権利を個人が享受することに対する基本的重要性を持つ。国内法は、本条の保障に適合しないであろう個人データの当該利用を防止するために、適切な安全保護策を与えなければならない。国内法は、とりわけ次のことを保障すべきである。当該データが保存目的について関連しており、過度ではないこと、データ主体を識別できる態様で、保存目的のために求められるよりも長く保存されてはならないこと、保存された個人データは誤用及び濫用から効率的に保存されること。上記の考慮は、より機微なデータに関する特別な種類のデータの保護についてはとりわけ有効である。DNA 情報については特に、人の遺伝情報の構造を含み、その人物及び家族の両方にとって極めて重要性を持つ。

指紋と DNA 情報を含む個人データを保護することにおける、データ主体の利益及び社会の利益は、全体として、犯罪予防における適法な利益に優先される。しかし、この情報が有する本質的に機微性の高い性質は、裁判所に対し、その保存を許可する国の措置や、当該個人の同意なくして当局が用いることへの慎重な審査を要する。

²⁵ 「評価の余地」理論については、江島晶子「表現の自由と道徳の保護(わいせつ物出版法による刑事訴追：押収)ーハンディサイド判決ー」戸波江二ほか編『ヨーロッパ人権裁判所の判例』(信山社、2008年)144頁以下ほか。

(ii) 本件への原則の適用

犯罪と戦い、とりわけ、今日の欧州社会が直面する課題の 1 つである組織犯罪やテロと戦うことは、その大部分が、捜査及び個人識別に関する現代の科学技術の利用に依拠している。加盟国は、無罪又は有罪を決定づける際に DNA 情報を利用することについて、急速かつめざましい進歩を遂げている。

しかし、裁判所が考慮すべき唯一の問題は、ある刑事犯罪の嫌疑をかけられたものの有罪とならなかった申立人らについて、その指紋及び DNA データを保存することが、条約第 8 条(2)項に基づいて正当化されるか否かである。

裁判所は、この問題を、関連する欧州評議会の文書、他の締約国の法及び実務との関連で検討する。データ保護の中心原則は、収集目的との関連でデータを保護すべきであることと、保存期間を制限することである。

細胞試料に関しては、ほとんどの締約国が、刑事手続において、最下限の重要犯罪の嫌疑をかけられた個人から採取することのみを認めている。これらの試料から生じる DNA データベース、試料及び DNA プロフィールを利用する締約国の多くは、無罪判決又は釈放の後、直ちに又は特定の制限期間の間に、除去又は破棄することが求められる。

スコットランドは、暴力又は性犯罪で逮捕された成人の場合のみにおいて、無罪の人物に関する DNA の保存を認める。保存期間は 3 年間のみであり、DNA 試料及びデータの保存期間の延長は、州長官の同意に基づき 2 年間認められる。

イングランド、ウェールズ、北アイルランドは、欧州評議会内において、指紋及び DNA 試料について、嫌疑をかけられた者の年齢や記録可能犯罪の内容を問わず、あらゆる人について、無限定保存を認める唯一の法域である。

裁判所は、次の事実を無視することができない。DNA データベースが包括的に拡大することによって発展してきたにもかかわらず、他の締約国は、当該データの保存及び利用に対して、私生活を尊重される対立利益を守るために、適切な均衡をはかる目的で制限をかけることを選択してきた。裁判所は、刑事裁判制度における現代の科学技術の利用が、いかなる代償を払っても認められ、また、重要な私生活上の利益に対して、かかる技術を広範囲に利用する潜在的な利益に対する慎重な均衡が図られない場合、条約第 8 条が与える保護は、受け入れがたいほど低下させられるという意見である。裁判所は、新しい技術を発展させることにおける先駆的役割を主張する全ての国は、この点における正しい均衡を図るための特別な責任を負うと考える。

問題は、かかる保存が対立する公の利益及び私的利益との間で釣り合いが取れており、適切な均衡が図られているかである。

「この点において、裁判所は、イングランド及びウェールズの保存権限が網羅的かつ見境のない性格を持つことに強い印象を受ける。素材は、個人が元々嫌疑をかけられた犯罪行為の性質又は重大性、嫌疑をかけられた被疑者の年齢にかかわらず、保存することがで

きる。指紋及び試料は、記録対象の犯罪との関連で逮捕された全ての年齢の人から採取及び保存することができる。また、それらの中には軽微な犯罪や拘禁対象外の犯罪も含まれる。保存には期間の制限が存在しない。その人物が嫌疑をかけられた犯罪の性質又は重大性にかかわらず、素材は無期限で保存される。さらに、釈放された個人がデータを国家データベースから取り除かれ、又は試料を破棄される可能性は、極めて限定されている。とりわけ、犯罪の重大性、過去の逮捕、その人物に対する嫌疑の強さ及びその他特別な状況等の要素を含む、明確な基準に従い、保存を正当化することに関して独立した審査を行う規定が存在しない。」(パラグラフ 119)

裁判所は、3種類の個人データに対する侵害のレベルが異なることを承認している。細胞試料の保存は、そこに含まれる豊富な遺伝情報及び健康情報を考慮すると、とりわけ侵害的である。しかし、かかる無差別かつ無制限の保存制度は、これらの違いにかかわらず、慎重な審査を必要とする。

公的機関による個人データの保存と蓄積は、当該個人の私生活の利益に対して直接的な影響を与えるとみなされるべきである。それは、その後そのデータを利用するか否かとは関連しない。

特に懸念されることは、不名誉の烙印を押される危険である。それは、申立人らの立場に立つ人々は、有罪認定を受けず、無罪の推定を受ける権利を有しているにもかかわらず、有罪認定を受けた人と同じ方法で扱われるという事実から生じている。

さらに、無罪の人々のデータを保存することは、第 1 申立人のような未成年者にとっては、とりわけ侵害的である。裁判所は、当局が、刑事犯罪から解放された後に私的データを当局が保存することから生じ得る損害から少年を保護することに対して特別な注意を払うべきであると考え。裁判所は、DNA 資料の無制限の保存が若年者に与える影響について、ナフィールド評議会と意見を共通にする。また、適用された政策が、データベース内で、犯罪で有罪にされなかった若年者及び少数民族を過剰に表示することにつながるという委員会の懸念にも着目する。

結論として、本件保存行為は、対立する公的及び私的な利益との均衡を保っていない。したがって、当該保存は、申立人らの私生活を尊重される権利を不当に侵害し、民主的会社において必要とはみなされない。

したがって、本件では条約第 8 条の違反が存在する。

(4)判決理由：第 14 条違反

第 8 条で述べた理由に基づき、第 14 条にも違反する。第 14 条の主張と区別する必要はない。

(5)第 41 条に基づく救済

欧州人権裁判所は、条約第 41 条に基づき、国内措置が条約又はその議定書に合致するか否かを認定し、違反を認定した場合に被害を受けた当事者への救済を定めている。

申立人らは、非金銭的損害賠償として、総額各 5,000 ポンド²⁶、及び、弁護士費用を含む訴訟費用として、52,066.255 ポンド²⁷の支払いを求めた。これに対し、違反を認定することにより、政府に対して将来の対策を保証することとなるため、裁判所は、この点をもって救済として十分であると判断し、申立人らの請求を退けた。

訴訟費用について、裁判所は、本件法律関係の複雑さや複数弁護士の必要性等を考慮に入れ、総額 42,000 ユーロ²⁸の支払いを命じた。

その他、3 パーセントの延滞利息の支払いを命じた。

8 検討

(1) 本判決の意義

以上のとおり、欧州人権裁判所は、英国の国内裁判所の判断を覆し、無期限のデータの保存が、目的を達成するために最低限の手段ではない旨を明らかにしたことから、英国国内では相当な注目を集めた。

欧州人権裁判所は、欧州人権条約第 41 条に基づき、国内措置の条約適合性を判断する権限を有するが、判決は国内措置を無効又は取り消すものではない。判決の拘束力は当該事件における当事国に限定されるものであり、対世的な効力を持つわけではなく、先例拘束性も認められない。また、本判決では、金銭賠償は認められず、違法性の認定を行うにとどまっている²⁹。しかし、同条約第 46 条に基づき、締約国は、自国が当事者である全ての事件において、裁判所の終局判決に従うことを約束しており、条約違反を認定された国内措置は、人権条約を維持することはできず、結果、人権裁判所の判決は、当該事件を超えた大きな影響力を有している³⁰。

また、欧州人権裁判所が一部引き合いに出した、ヘール男爵夫人が情報プライバシーに言及した点は、伝統的に判例法上のプライバシー権すら認めてこなかった英国の発想に変化をもたらす萌芽であると捉えることができる。

英国では、本判決を受け、2010 年犯罪及び安全法(Crime and Security Act 2010)³¹が成立し、同法第 14 条によって PACE の第 64 条が改正された。その中に、有罪認定に至らなかった人物についての DNA プロフィールの破棄に関して、次のような定めが新たに設けら

²⁶ 約 65 万円(1 ポンドを約 130 円として換算)。

²⁷ 約 676 万円。

²⁸ 約 462 万円(1 ユーロを約 110 円として換算)。法律扶助として、欧州評議会より 2,613.07 ポンドが支払われた。

²⁹ 日本では行政事件訴訟法第 31 条の事情判決に相当するものといえる。

³⁰ 渡部茂己編『国際人権法』(国際書院、2009 年)65 頁以下、75 頁。

³¹ Crime and Security Act, 2010, c.17 (Eng.).

れている³²。

・18歳以上—犯罪で有罪判決を受けた場合、指紋、足跡及びDNAプロフィールは無期限に保存される(差し替え後の第64条(2)項を参照)。

・18歳以上—前科がないか、又は、1件のみ適用除外となる有罪判決を受けたことがあり、かつ、犯罪で逮捕されたものの有罪判決を受けなかった場合、指紋、足跡及びDNAプロフィールは6年間保存される(新規定である第64ZD条参照)。

・18歳未満—前科がないか、又は、1件のみ適用除外となる有罪判決を受けたことがあり、重大犯罪(qualifying offence)³³以外の記録可能犯罪で逮捕又は起訴されたものの有罪判決を受けなかった場合、指紋、足跡及びDNAプロフィールは3年間保存される(新規定である第64ZE条参照)。

・18歳未満—前科がなく、重大犯罪以外の記録可能犯罪で1度だけ有罪判決を受けた場合、指紋、足跡及びDNAプロフィールは5年間保存される(新規定である第64ZH条参照)。

・16歳及び17歳—前科がないか、又は、1件のみ適用除外となる有罪判決を受けたことがあり、重大犯罪で逮捕又は起訴されたものの有罪判決を受けなかった場合、指紋、足跡及びDNAプロフィールは6年間保存される(新規定である第64ZG条参照)。

・16歳未満—前科がないか、又は、1件のみ適用除外となる有罪判決を受けたことがあり、重大犯罪で逮捕又は起訴されたものの有罪判決を受けなかった場合、指紋、足跡及びDNAプロフィールは3年間保存される(新規定である第64ZF条参照)。

・コントロール・オーダー(control order)³⁴の対象者—前科がないか、又は、1件のみ適用除外となる有罪認定を受けたことがある場合、コントロール・オーダーが効力を停止した後、指紋、足跡及びDNAプロフィールは2年間保存される(新規定である第64ZC条参照)

・すべてのDNA試料—プロフィールがデータベースに登載されるまで保存される。ただし、6ヶ月を超えることはできない(新規定である第64ZA条参照)。

これらの基準を決定する背景には、当該人物の年齢、問題となった犯罪の重大性、有罪判決を受けたか否か、前科の有無という複数要素が存在する。

ただし、いずれの場合でも破棄が義務付けられる期間の満了時までには、当該人物が新たに逮捕又は起訴された場合は、逮捕又は起訴の日から起算して3年、5年ないしは6年の保存期間延長が認められる。

上記改正については、保存期限を設けたことに注目が集まったものの、有罪判決を受けなかった者も含めてDNAプロフィールを保存し続ける行為への批判もなされている。

³² 2010年犯罪及び安全法第14条に関する注釈は、公共部門情報局(Office of Public Sector Information)のウェブ・サイト内の”Explanatory Notes Crime and Security Act 2010 2010”のページ(http://www.opsi.gov.uk/acts/acts2010/en/ukpgaen_20100017_en_1#cpb4-l1g14_IDAQJNCC)参照。

³³ Police and Criminal Evidence Act, 1984, c.60, § 65A (Eng.).

³⁴ コントロール・オーダーは2005年テロ対策法(Prevention of Terrorism Act 2005, c.2, (Eng.))で導入された制度である。大臣が命令に署名すれば、テロ被疑者は細かく監視され、被疑者が英国国民の場合も含めて、移動を制限される。

(2) 日本への示唆

英国は、従来から監視大国として有名である。テロや犯罪対策目的による監視カメラの設置は1990年代から急増し、現在では400万台を超えている。2005年7月7日のロンドン地下鉄爆破テロ事件、2006年8月9日のロンドン旅客機爆破テロ未遂事件などから、英国はセキュリティ対策をいっそう重視しているものと考えられる。他方で、2010年5月に成立した保守党・自由民主党の連立政権は、100日以内にIDカード制を廃止することを公表し³⁵、また、1998年データ保護法に基づく監督機関である情報コミッショナーの指導により、警察がナンバープレートの自動識別データの保存期限を短縮して重大犯罪やテロリズムの場合に限ってアクセスを認めるという方針に変更するなど³⁶、監視国家のイメージを払拭して国民のプライバシーに配慮した政策を取る傾向も見られる。

これに対し、日本では、国外テロの被害に遭遇したことがなく、セキュリティ対策が不十分であるとの批判が存在する一方で、DNAや指掌紋のデータベース化が、明確な法的根拠を持たないままに行われている。

日本には、「指掌紋データベース」及び「DNA型データベース」が存在する。DNAについては、1989年から犯罪捜査におけるDNA型鑑定が導入され、2004年12月17日からは、遺留資料DNA型情報検索システムの運用が開始された。

刑事手続上、被疑者から試料を採取する方法としては、任意提出を受けてこれを領置・検査する方法と、鑑定処分許可状又は身体検査令状の発付を受けて行う方法がある。しかし、刑事訴訟法上は、データベースに関する規定は存在せず、国家公安委員会規則が根拠となっている。

「DNA型記録取扱規則」(平成17年8月26日国家公安委員会規則第15号)は、遺留資料及被疑者資料のDNA型記録をデータベース化するための規則である。同規則は、抹消に関して、次のような定めを置いている。

〔抹消〕

第7条 犯罪鑑識官は、その保管する被疑者DNA型記録が次の各号のいずれかに該当すると認めるときは、当該被疑者DNA型記録を抹消しなければならない。

- 一 被疑者DNA型記録に係る者が死亡したとき。
 - 二 前号に掲げるもののほか、被疑者DNA型記録を保管する必要がなくなったとき。
- 2 犯罪鑑識官は、その保管する遺留DNA型記録が次の各号のいずれかに該当すると認

³⁵ 詳しくは、2010年5月27日付BBCニュース「Identity cards scheme will be axed 'within 100 days!」(http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/politics/8707355.stm)参照。

³⁶ 情報コミッショナーのウェブ・サイト内の「Information Commissioner's Annual Report 2009/10」のページ(http://www.ico.gov.uk/upload/documents/library/corporate/detailed_specialist_guides/annual_report_2010.pdf)24頁参照。

めるときは、当該遺留 DNA 型記録を抹消しなければならない。

一 遺留 DNA 型記録に係る事件について確定判決を経たとき。

二 前号に掲げるもののほか、遺留 DNA 型記録を保管する必要がなくなったとき。

3 犯罪鑑識官は、前条第一項の規定による変死者等 DNA 型記録に係る対照をしたときは、当該変死者等 DNA 型記録を抹消しなければならない。」

指掌紋データベースに関しては、指掌紋取扱規則が存在しており、第 5 条第 3 項も、抹消について同様の定めを置いている。

同規則によると、保存期間の定めは置かれておらず、嫌疑をかけられた人物が、不起訴や無罪になっても、捜査上必要であれば、被疑者 DNA 型記録が抹消されない場合もあり得る。捜査機関の裁量により、ケースバイケースの判断がなされるというのが実情のようである。

なお、個人情報保護法との関連では、「行政機関の保有する個人情報保護に関する法律」第 10 条第 2 項第 2 号の定める「犯罪の捜査、租税に関する法律の規定に基づく犯則事件の調査又は公訴の提起若しくは維持のために作成し、又は取得する個人情報ファイル」に基づき、既決・未決の事件を含めて総務大臣への通知の対象外となるか否かが問題となる。そもそも、第 10 条第 1 項が総務大臣に対する個人情報ファイルの保有等に関する事前通知を義務づけているのは、法運用の統一性、法適合性を確保するための調製を行うという観点に基づくが、国の安全等に係るもの等極めて秘匿性の高いものや短期間に消去されるもの等改めて通知する必要性が乏しいものについては、2 項においてその適用が除外されている。

そして、本件に関わる第 10 条 2 項二号の趣旨は、犯罪の捜査、公訴の提起等の刑事司法手続に係る職務を適正に執行するために、関連する情報の秘匿性が必要であり、本来的に事前通知になじまないことにあり、また、「犯罪の捜査」とは、捜査機関が犯罪があると思料するときに、公訴の提起などのために犯人及び証拠を発見・収集・保全することをいうと解釈されている³⁷。これらの趣旨に鑑みれば、既決・未決の事件を含め、DNA 型記録及び指掌紋記録は総務大臣への通知の対象外と理解するのが適切である。

一方、いずれの記録についても、第 6 条の定める安全確保措置を講じなければならず、それには、利用目的の達成に必要最小限の範囲の保存期間を設定し、保存期間経過後は適切かつ速やかに破棄することも含まれると解される。この関連で、総務省行政管理局長が各府省等官房長等あてに発した「行政機関の保有する個人情報の適切な管理のための措置に関する指針について(通知)」(2004 年 9 月 14 日)は、「第 5 保有個人情報の取扱い」の「7(廃棄等)」において、「職員は、保有個人情報又は保有個人情報が記録されている媒体(端末及びサーバに内蔵されているものを含む。)が不要となった場合には、保護管理者の指示に従

³⁷ 行政情報システム研究所『行政機関個人情報保護法の解説』(ぎょうせい、2005 年)48 頁、53～54 頁。

い、当該保有個人情報の復元又は判読が不可能な方法により当該情報の消去又は当該媒体の廃棄を行う」と定めているが、不要か否かは保護管理者や職員の判断に委ねられており、行政機関の取り扱う保有個人情報には保存期間のルールが存在しないのが現状となっている。

日本弁護士連合会は、「DNA型記録取扱規則」に対し、2007年12月21日、プライバシーの観点から、「警察庁DNA型データベース・システムに関する意見書」を公表した。同意見は、無罪・控訴棄却・免訴の裁判が確定した場合、嫌疑なし・嫌疑不十分により不起訴となった場合、違法収集証拠と認定された場合、登録対象者の保管期間内の死亡の場合には、抹消を義務付けるべきと主張している。あわせて、誤ってデータベースに登録されている者について、その抹消等を求める権利があることを明らかにすべきと主張している。

2008年の警察白書によると、2007年12月末時点の登録件数は、被疑者DNA型記録が約16,000件、遺留DNA型記録が約9,600件であり、それにより被疑者が確認された事件は、前者が約2,300事件、後者が約1,700人であった。2009年の警察白書では、2008年12月末時点でDNA型データベースにより被疑者が確認された件数は、前者が約4,600事件、後者が約3,400人となっている。

これらは、英国と比較すれば極めて小規模ではある。しかし、法律上の根拠を用いて運用されている英国に対して、日本では、機微性の極めて高い情報の取扱いが、法的根拠を曖昧にしたままに運用されており、英国よりも緩やかな取扱いが不可能ではない。かかる状況の中、警察庁は、2010年度に、科学警察研究所に「DNAセンター(仮称)」を設置し、各警察署からの鑑定依頼を直接受け付けることによって、これまでは鑑定できなかった事件の鑑定を可能にし、被疑者のDNA型データベースの拡充を予定しているとのことである³⁸。

犯罪捜査を目的としたDNA型及び指掌紋データベースの充実は、犯人逮捕を迅速に行い、あわせて誤認逮捕を防ぐために必要である。しかし、取り扱う情報が高い機微性を帯びていることから、その運用いかんでは個人のプライバシーをいたずらに侵害する危険性も存在する。そこで、日本においても、本稿で取り上げた海外の状況を踏まえつつ、今後の情報政策として、警察のデータベースに保存された情報の破棄をいかなる形で定めるか、また、保存に限らず、対象者、採取、登録、保管、利用の要件及び手続、監督機関の要否、運用の透明性等のあり方をどのように実現するかについての検討が求められる。

³⁸ 千葉日報「ちばとび」のウェブ・サイト内の2009年12月31日付記事「DNAセンター新設へ」のページ(http://www.chibanippo.co.jp/news/chiba/society_kiji.php?i=nesp1262223997)参照。

青少年有害情報規制に関する米国の判例

情報通信総合研究所

小向 太郎

1 はじめに

我が国では、インターネット上での違法・有害情報について、どのような対策を行うべきかが議論されている。違法・有害情報とひとくくりに呼ばれているが、情報の発信が法的に問題となる違法情報と、直接の法的制限を受けない情報は、本来性格の異なるものである。

違法情報のうち、直接の被害者がある情報については、犯罪として処罰の対象になる場合と、不法行為責任に基づく損害賠償及び差止請求等の対象となる場合がある。違法とされる情報で被害者がないものは、不法行為責任を追及する者が存在しないため、犯罪としての処罰だけが問題となる。こういった犯罪は「被害者のない犯罪」と呼ばれる。違法情報については、現在の法律における実体的な規定が適正であるかということと、法の執行が適正に行いうるかということが問題となる。

インターネット上で行われる多彩な情報発信の中には、法律で一般的に禁止すべきとまではいえないが、社会的に問題とされるコンテンツも多数含まれている。このような情報にどのように対処すべきなのかということが、「有害情報」に関する問題である。ところで、有害な情報についても、直接の被害者がいる場合といない場合が想定できる。情報による直接の被害とは、例えば当該情報に接することを希望しないのに接することを余儀なくされることである。そのような場合には、希望しない者がその情報に接しなくてすむようにする方法をどのように確保していくかが問題となる。これに対して、自らが情報に接したいかどうかにかかわらず、公序良俗や青少年保護のために望ましくないという観点から対策が求められる場合がある。これは、直接の被害者がいない有害な情報とでも呼ぶべきものであろう。

そして、従来、違法・有害情報の問題として議論されてきたのは、①違法情報に対する取締りの強化と、②被害者のない有害情報についての違法化やゾーニング規制の要否、が中心であったとあって良い。

本稿では、米国の裁判例においてインターネット上における有害情報規制に関する裁判例を概観し、我が国における「違法・有害情報」に関する議論との関係を検討する。

(図表 1) 違法・有害情報の種類

	違法	有害
被害者有	不法行為・犯罪 →法的救済・取締り	不快感 →忌避手段提供
被害者無	被害者なき犯罪 →取締り	公序良俗・青少年保護 →限定的違法化・ゾーニング規制

2 米国における有害情報規制と表現の自由

米国では、既に 1996 年に成立した通信品位法 (Communications Decency Act of 1996)¹において、青少年に有害な情報に対する規制が盛り込まれ、表現の自由との関係で議論が行われている。通信品位法は、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 歳未満の未成年者が受信することを知りながら送信することを禁じていた²。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、アメリカ自由人権協会 (ACLU) 等によって、リノ (Reno) 司法長官に対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るべきである」として違憲の判決を下している³。

通信品位法は、表現内容の刑事規制立法としては限定性に欠ける要件を規定した法律を拙速に成立させたために、違憲判断がなされやすかったとの指摘もある⁴。確かに要件の不明確さは最大の争点ではあるが、インターネットという新しいメディアを評価して、放送や

¹ 18 U.S.C. § § 1462,1465,2422 (2006).

² 47 U.S.C. § 223 (わいせつな又は加害的な州際国際通信)

「(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、又はこれを併科する。

(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」。

³ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844 (1997).

⁴ 永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』(信山社、2003 年) 82-83 頁。この事件については、数多くの評釈が書かれているが、特にメディアとしての特性に着目したものとして、長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店、1999 年) 205 頁以下、山口いつ子「サイバースペースにおける表現の自由・再論」

出版といった既存メディアとの比較しつつ、表現規制の合憲性判断を行ったという点も重要である。

この判決においては、次のような判断が示されている。

(図表 2) 通信品位法違憲判決において示された判断

論点	判旨
インターネットのメディアとしての特性	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。放送に対して行われているような、メディアに特有の規制を行う対象としてふさわしくない。
対象となる表現の範囲	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 CDA 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委縮させる。広範な表現内容規制であるにも関わらず、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。
青少年保護と成人に対する制約	青少年保護という利益は、成人に向けられた表現を不必要に広範に制約することを正当化しない。受信者に未成年が含まれることが認識されている場合に常にその伝送を禁止しても成人間の通信を妨げることにならないという主張は誤りである。

その後 1997 年に、対象を商業目的に限り未成年者に対する有害な情報発信を規制する児童オンライン保護法 (Child Online Protection Act of 1998)⁵が制定されたが、これも合憲性が裁判で争われている⁶。また、2000 年には連邦政府の補助金を受ける公立図書館に対してフィルタリング・ソフトのインストールを義務付ける児童インターネット保護法 (Children's Internet Protection Act of 2000)⁷が制定されているが、これに対しては合憲性を認める判断がなされている⁸。これらの判決においても、インターネットを特別のメディアとして規制することについては、現在のところ望ましくないという考え方が維持され

東京大学社会情報研究所紀要 53 号 (1997 年) 33 頁以下を参照。

⁵ 47 U.S.C. § 230-231 (2006).

⁶ American Civil Liberties Union v. Mukasey, 534 F.3d 181 (3d Cir. 2008).

⁷ 20 U.S.C. § 9134 (2006); 47 U.S.C. § 254 (2006).

⁸ United States v. American Library Association, Inc., 539 U.S. 194, 2003 U.S. LEXIS 4799 (2003).

ている。

3 有害情報に関する過去の類例

米国において青少年に有害な情報を制限する法律や条例が、憲法上の表現の自由を制約するとして争いになった事例としては、(図表 3) にあげるようなものがある。

未成年の健全育成を図るために青少年が情報に触れることを制限するという規制目的の正当性は広く認められており、有害図書 (*Ginsberg v. New York*) や成人映画館 (*Renton v. Playtime Theatres*) に対するゾーニング規制について、合憲とする判断がなされている。また、放送については、「まだ幼くて読み書きができない子供にとっても容易にアクセスしうるものであり、放送の途中で聞くのを止める聴取者がいるのと同様に、途中から聞き始める聴取者もいるのであって、放送局による事前の告知が行われていることによって、保護されていることにはならない」というメディアとしての特殊な性格から、特有の規制を課すことが許されるという判断が支持されている (*FCC v. Pacifica Found.*)。

(図表 3) 青少年有害情報規制に関する裁判例

	事案	概要	判旨等
1	Ginsberg v. New York, 390 U.S. 629 (1968).	17歳未満の者に対する未成年に有害な書籍等の販売を禁止したニューヨーク州刑法の条項が、未成年者の表現の自由を侵害しているとして争われた事例	青少年の保護と健全育成を図るといふ国家の利益は認められる。本法で規制される表現が青少年の健全な育成に影響するという因果関係が証明されないとしても、否定する科学的な証明もない。成人にとってはわいせつとはいえない表現であっても、青少年がこれに触れないようにしようとすることは合理的であり、青少年への販売を禁止する当該立法は合憲である。
2	Renton v. Playtime Theatres, 475 U.S. 41 (1986).	住宅地域から 1,00 フィート以内の地域における成人映画館の営業を禁止するレントン市のゾーニング条例と、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例	表現の、時、場所、方式を規制する内容中立規制は、重要な公共的利益に資するものであり、情報の伝達のための十分な他の選ぶうる経路が存在する場合には、受容される。当該条例は、生活環境の悪化等を考慮したものであり、合憲であると評価できる。
3	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例	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。
4	Sable Communications of California, Inc. v. FCC, 492 U.S. 115 (1989).	わいせつ又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例	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。

これに対して、通信を利用した情報提供サービスに対する規制の可否が争われたものとして「4. Sable Communications of California, Inc. v. FCC」がある。この事件は、1988年に通信法が改正され、わいせつ又は下品な州際国際電話メッセージを禁止する規定⁹が盛り込まれたことに対して、この規制が合衆国憲法修正第1条の保障する表現の自由を侵害するとして、電話による情報提供サービスを提供する Sable が規制の差止めを求めて提訴したものである。

連邦最高裁は、「わいせつに至らない単なる「下品な」性表現は憲法修正第1条の保護を受ける。国家にやむにやまれぬ利益が存在し、この利益を促進するため最も権利制限的でない手段が用いられるのであればこの表現も規制されうる。青少年の保護はやむにやまれぬほど重要な政府利益であって、この利益は成人にとってはわいせつと評価されない性表現からも青少年を保護する理由となる」として規制目的の正当性を認めつつ、「Pacifica 判決において合憲とされた規制は、そもそも下品な放送を全面的に禁止するものではないし、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」「当該規定は、青少年保護という目的に必要な不可欠とはいえないし、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」として、この規制の合憲性を否定している。電話を利用したインタラクティブな情報提供サービスについては、放送のようなメディア特性が認められないという考えを示したものである。

なお、前述のインターネットを主な対象とした規制に関する係争例も含めて、対象となっている規制は、青少年の健全な育成のために有害情報からの悪影響を防ぐことが、主な目的となっているとあってよい。

4 我が国の違法・有害情報に関する議論

我が国でも、青少年に対しては、その健全な育成のために有害な情報に接しないようにすべきだという考え方が、比較的広く受け入れられている。青少年を守るという目的で青少年保護育成条例を制定している地方自治体も多い。

青少年有害図書自動販売機による販売を制限した条例に対して表現の自由の不当な制約であるとして争われた事例として、岐阜県青少年保護条例事件がある¹⁰。この事件におい

⁹ 47 U.S.C. § 223 (わいせつな又は加害的な州際国際通信)

「(b)以下のいずれかの行為をそれと認識しながら行った者は、18 U.S.C.に基づく罰金若しくは2年以下の禁固に処し、又はこれを併科する。

(A)米国内において、自ら呼を発し又は通信を始めたかどうかに関わらず、電話により、商業目的でわいせつな又は下品な通信を(直接又は録音装置により)他人に対して行うこと

(B)自らの支配下にある電話設備が(A)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許容した者(当時の規定)」

¹⁰ 最判平成元年9月19日刑集43巻8号785頁。

て最高裁は、「本条例の定めるような有害図書が一般に思慮分別の未熟な青少年の性に関する価値観に悪い影響を及ぼし、性的な逸脱行為や残虐な行為を容認する風潮の助長につながるものであつて、青少年の健全な育成に有害であることは、既に社会共通の認識になっていると見てよい」として、その規制目的を正当であると認め、「有害図書の自動販売機への収納の禁止は、青少年に対する関係において、憲法二一条一項に違反しないことはもとより、成人に対する関係においても、有害図書の流通を幾分制約することにはなるものの、青少年の健全な育成を阻害する有害環境を浄化するための規制に伴う必要やむをえない制約であるから、憲法二一条一項に違反するものではない」としている。

違憲審査基準に関しては伊藤正己裁判官による補足意見があり、「ある表現が受け手として青少年にむけられる場合には、成人に対する表現の規制の場合のように、その制約の憲法適合性について厳格な基準が適用されないものと解するのが相当である」として、「青少年保護のための有害図書の規制が合憲であるためには、青少年非行などの害悪を生ずるといふ蓋然性のあることをもつて足りると解してよいと思われる」という考えが示されている。

成人に対する我が国の憲法第 21 条第 1 項は、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する」として、表現の自由を保障している。そして、「表現の自由を中心とする精神的自由を規制する立法の合憲性は、経済的自由を規制する立法よりも、特に厳しい基準によって審査されなければならない」という二重の基準の理論が広く支持されてきた。これは、民主制は精神的自由が保障されなければ機能しない制度であり、この自由の制約については立法府の判断を司法が厳格に審査すべきであるという考えに基づいている¹¹。

表現の自由制約立法のうち、表現内容に着目した内容規制については、規制を行う側が表現内容の当否を判断することになるために危険性が高いと考えられており、最も厳格な審査基準を適用することが求められると考えられている¹²。

これに対して表現内容にかかわらず客観的な基準で制約を加える内容中立規制については、中間的審査基準で判断すればよいと考えられており、我が国の判例は、時・場所・手段については、いわゆる「合理的関連性の基準」を採用している¹³。

青少年有害図書の販売を規制する法律は、青少年に有害かどうかという内容に着目した規制である。しかし、制度の目的としては、間接的に生じる弊害（環境の悪化や犯罪の発生等）を抑止するために、青少年の目の触れる時・場所・方法でそのようなものを販売する

¹¹ 芦部信喜『憲法』（岩波書店、第 4 版、2007）181-184 頁。

¹² 「①「真にやむを得ない（compelling）」政府の規制目的の存在、および②規制が当該目的の必要最小限度の達成手段として厳密に設計されている（narrowly tailored）ことを、政府の側が立証することが要求される」長谷部恭男『憲法』（新世社、第 4 版、2008 年）207 頁。

¹³ 「公共の福祉のため必要あるときは、その時、所、方法等につき合理的に制限できるものである（最大判昭和 25・9・30 刑集 4 巻 9 号）。

ことを制限することに重きを置いているのであり、特定の表現を抑圧する目的ではないということから、内容中立規制と同様の中間的審査基準によって判断すべきだという考え方があり¹⁴。岐阜県青少年育成条例事件の判決は、厳格な審査基準によって合憲性を判断しているとは言い難く、このような立場を前提としているものと考えられる。ただし、中間的な審査基準を採用したとしても、成人に向けた表現の自由の制約をあまりに軽視しているのではないかという批判はある。また、そもそも「間接的・付随的規制」であるから審査基準を緩やかにするという考え方はあらゆる内容規制に拡散する危険があり、判例がとっているよりも厳格とされる LRA の基準によるべきであるという見解や¹⁵、性的表現に限定する等の歯止めが必要であるという見解¹⁶もある。

我が国の青少年有害情報に関する最近の議論として、特に青少年の利用頻度が高く保護者等の目が届きにくいという点で、携帯サイトにおける有害情報が注目を集めている。青少年が有害な携帯サイトにアクセスしないですむ手段を確保することが望ましいという観点から、総務大臣が 2007 年 12 月以降数回にわたって、携帯電話事業者に対してフィルタリングサービスの導入・高度化を要請しており、これを受けて携帯電話事業者がフィルタリング機能を導入している。各社が独自の基準でフィルタリングの設定を行うのではなく、ある程度客観的な審査がなされることが望ましいという意見を踏まえ、モバイルコンテンツ審査・運用監視機構（EMA）とインターネット・コンテンツ審査監視機構（I-ROI）が第三者機関として設立されている。

更に、法律を制定して有害情報から青少年を保護するべきであるという議論を受けて、2008 年 6 月 11 日に、「青少年が安全に安心してインターネットを利用できるようにする環境の整備等に関する法律」（青少年インターネット環境整備法）が成立している。法律の成立に際しては、事業者等の義務を強化して法律の実効を高めるべきであるという意見と、表現の自由の観点からも事業者の自主的な取組を尊重すべきであるとする意見が激しく対立していた。

青少年インターネット環境整備法では、青少年に有害な情報を、犯罪や自殺につながる情報、著しく性欲を興奮させ又は刺激する情報、著しく残虐な内容の情報等であると例示し、こうした情報に青少年が接しなくてすむように事業者の自主的な取組を促す内容となっている。しかし、その後も青少年がネットの利用を契機として犯罪等に巻き込まれることなどを問題視する声は根強く、東京都をはじめとする地方自治体で条例による規制強化が検討され、条例改正等も行われている。

冒頭に述べたように、そもそも青少年有害情報の議論は、その情報自体を違法とすることまでは社会的に望ましくないが、青少年が悪影響を受ける可能性があるという情報に関する

¹⁴ このような考え方は「間接的・付随的規制」と呼ばれる。

¹⁵ 前掲注 11・芦部 184 頁。

¹⁶ 長谷部恭男『憲法入門』（羽鳥書店、2010）28-29 頁。

る問題であった。しかし、現在ではむしろ、性的な対象とされた青少年を直接傷つける児童ポルノと、青少年をターゲットとする犯罪者からのアプローチが、議論の焦点になっている。前者は、情報の発信自体が犯罪を構成するものであり、被害の深刻化が懸念されるのであれば、本来は取締りの強化によって対処すべきものである。後者も、従来考えられていたような青少年が情報から悪影響を受けるという問題ではなく、むしろ成人の犯罪者による犯罪予備行為に対してどのような対策をするべきかという問題である。従来の青少年有害図書規制とは、問題の性格が変わってきている事にも注意が必要である。

犯罪目的で青少年にインターネット等を使ってアプローチする犯罪者の問題については、諸外国でも問題となっている。米国では、誘引行為そのものが犯罪行為として規定されており¹⁷、おとり捜査による取締りも行われていることから、むしろ具体的な捜査方法の可否が問題となっている¹⁸。欧州諸国においても捜査機関による青少年を対象とした性犯罪者等に対する取締りの強化が行われているが、例えば SNS 事業者の自主規制に期待する議論もされている¹⁹。いずれにしても、コミュニティサイトの社会における意義を認めた上で、そのサイトを利用する犯罪者をどのように排除していくかという問題意識が明確である。コミュニティサイトは、その性格上、例えば青少年を犯罪に巻き込むための情報を完全には排除できない。そのような前提にたって、どのような環境整備を行っていくべきかを議論していく必要がある。

¹⁷ 18 U.S.C.S § 2422(b).

¹⁸ United States v. Helder, 452 F.3d 751 (8th Cir. Ct. App. 2006).

¹⁹ Opinion of the European Economic and Social Committee on the ‘impact of social networking sites on citizens/consumers. (2010/C 128/12).

米国における違法・有害情報と青少年保護 — 米国自由人権協会対ミュケイジー事件 (American Civil Liberties Union v. Mukasey) —

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

米国自由人権協会対ミュケイジー事件 (American Civil Liberties Union v. Mukasey, 534 F.3d 181 (2008)) は、違法・有害情報から 17 歳未満の未成年者¹を保護する児童オンライン保護法 (Child Online Protection Act of 1998 (COPA), Pub. L. No. 105-277, 112 Stat. 2681 (1998) (codified at 47 U.S.C. § 231 (Supp. V 1999))) が、表現の自由を保障する合衆国憲法修正第 1 条に違反していることなどを理由に、同法の施行の差止めを認めた第三巡回区連邦控訴裁判所判決である。児童オンライン保護法は、2009 年 1 月 21 日に連邦最高裁が司法省 (連邦政府) の裁量上訴請求を棄却したため²、無効が確定した。

本件は、連邦議会が青少年保護を目的とする違法・有害情報の規制の在り方を変えるきっかけとなった事件である。

本稿では、2010 年 4 月 23 日の本研究会における筆者の発表をもとに、米国における違法・有害情報と青少年保護の問題における最近の動向につき、州政府の取組及び実務上の対応も交えながら検討する。

2 事実の概要

(1) 児童オンライン保護法

児童オンライン保護法は、違法・有害情報から青少年を保護する初の連邦規制である 1996 年通信品位法 (Communications Decency Act of 1996 (CDA), Pub. L. No. 104-104, 501, 110 Stat. 133 (1996) (codified as amended at 47 U.S.C. § 223 (1998))) が修正第 1 条と

¹ 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 日とされている。しかし、現在、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)。

児童オンライン保護法が、未成年者を 17 歳未満の者と定義しているため、本稿では、未成年者一般を「青少年」と表記する。

² Mukasey v. American Civil Liberties Union, 129 S.Ct. 1032 (2009) .

の関係で違憲とされたリノ対米国自由人権協会事件判決³を受けて、1998年10月21日に成立した。

児童オンライン保護法は、上記違憲判決を踏まえ、1996年通信品位法よりも適用範囲を狭くし、①規制対象となる性表現、②規制対象となり得る情報提供活動、③刑事訴追に対する防御としての積極的抗弁(affirmative defense) (下記参照)となり得る措置を変えた。

まず、規制対象となる性表現については、1996年通信品位法が「下品な」、「明らかに不快な」表現としているのに対し、児童オンライン保護法は「未成年者に有害な」(harmful to minors) 表現としている。

次に、規制対象となり得る情報提供活動については、1996年通信品位法が双方コンピュータ・サービスを利用したいかなる場合も規制対象としているのに対し、児童オンライン保護法はインターネットのサービスの一つであるワールド・ワイド・ウェブ(World Wide Web (WWW))を利用する場合に限定している。

さらに、積極的抗弁となり得る措置については、1996年通信品位法が合理的、効果的かつ適切な措置でなければならないとしているのに対し、児童オンライン保護法は効果的な措置であることを要求していない。

本件で合憲性が争われた児童オンライン保護法の主な規定は、下記のとおりである。

ア 禁止行為

児童オンライン保護法は、知りながら「商業目的」(commercial purpose)でウェブ上に「未成年者に有害な表現」(material that is harmful to minors⁴)を掲載した者に対し、民事罰及び刑事罰(6か月までの拘禁刑を含む)を科すことを定めている(第231条(a)(1))。故意の違反には、より重い罰金が科せられる(同条(a)(2))。

イ 定義

「未成年者」(minor)とは、17歳未満の者のことをいう(第231条(e)(7))。

「未成年者に有害な表現」とは、わいせつな(obscene)表現又は以下の性質を有する通信、画像、(コンピュータによる)画像ファイル、評論、記録、録音、著述又はその他の物のことをいう(第231条(e)(6))。

① 平均人が、その時代の地域的基準に照らしてその表現を全体として、かつ未成年者の観点から見た場合に、好色的興味に訴える又は劣情にこびることを企図していると判断できるもの。

② 現実の又は擬似的な正常又は異常の性的行為、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

³ Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844, 117 S. Ct. 2329 (1997).

⁴ 本稿では、有害情報一般を「有害情報」又は「有害な情報」と表記する。

もの。

③ 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もの。

「商業目的」による通信は、上記のような通信を行う「事業に従事する」(engaged in the business)者がなす通信のみのことをいう（第 231 条(e) (2) (A)）。

ウ 積極的抗弁(affirmative defense)

児童オンライン保護法は、以下のとおりに未成年者に有害な表現へのアクセスを防止する対策を講じている場合には積極的抗弁を認めている（第 231 条(c) (1)）。

① 利用者に対し、クレジットカード、デビット口座、成人アクセス・コード(adult access code)の提供を義務付けている場合。

② 利用者に対し、成人個人識別番号(adult personal identification number⁵)の提供を義務付けている場合。

③ 利用可能な技術の下、その他の合理的な手段を講じている場合。

(2) 訴訟の経緯

児童オンライン保護法は、1998 年 11 月 29 日に施行される予定であった。ところが、米国自由人権協会やインターネット関連団体などからなる原告団が、リノ(Reno)司法長官(司法省)を相手取り、児童オンライン保護法が修正第 1 条に違反しているなどとして、同法の執行の差止めを求める訴えをペンシルバニア州東部地区連邦地方裁判所に提起した。

児童オンライン保護法違憲訴訟は、長期に及び、その間、被告の司法長官は 4 人交代し、第 3 巡回区連邦控訴裁判所での審理は、本件を入れて 3 回、連邦最高裁での審理は 2 回に及んだ。以下、整理しておく⁶。

ア 米国自由人権協会対リノ事件（ペンシルバニア州東部地区連邦地方裁判所 1999 年 2 月 1 日判決）⁷

ペンシルバニア州東部地区連邦地方裁判所は、原告らが主張するフィルタリング技術の方が、児童オンライン保護法による法的規制よりも制限が少ない手段であるとして、同法の合憲性が確定するまで施行を差し止める判決を下した。

⁵ 利用者が成人であることを何らかの方法で確認した上で発行されるID番号。

⁶ 本件の訴訟の経緯をまとめたものとして、Elizabeth Blanks Hidman, *Protecting Childhood: Rights, Social Goals and the First Amendment in the Context of the Child Online Protection Act*, 15 COMM. L. & POLY 1, 11-19, Winter, 2010がある。永井善之『サイバー・ポルノの刑事規制』（信山社、2008年）83頁以下とあわせて参照されたい。

⁷ American Civil Liberties Union v. Reno, 31 F.Supp. 2d 473 (E.D. Pa. 1999).

イ 米国自由人権協会対リノ事件（第3巡回区連邦控訴裁判所 2000年6月22日判決）⁸

第3巡回区連邦控訴裁判所は、児童オンライン保護法第231条(e)(6)(A)の現代の地域的基準(contemporary community standard)は、余りにも広範な規定であり、拡張解釈につながりかねないとして、連邦地裁判決を維持し、同法を違憲とした。

ウ アシュクロフト対米国自由人権協会事件（連邦最高裁判所 2002年5月13日判決）⁹

連邦最高裁は、控訴裁判所が児童オンライン保護法を違憲とした理由は不適切（地域的基準に依拠していることのみで児童オンライン保護法が修正第1条に違反していると言えない）であるとして、控訴審判決を破棄し、審理を差し戻した。連邦最高裁は、児童オンライン保護法の合憲性については明言せず、同法施行に対する差止命令は正当であると判示した。

エ 米国自由人権協会対アシュクロフト事件（第3巡回区連邦控訴裁判所 2003年3月6日判決）¹⁰

第3巡回区連邦控訴裁判所は、児童オンライン保護法は、①未成年者を有害な表現から保護するという、政府のやむにやまれぬ利益(compelling interest)を追及するために精密に調整されていない、②当該利益を達成するために、利用可能な、より制限の少ない手段となっていない、及び③実質的に広範(substantially overbroad)な規制であるとして、連邦地裁判決を維持し、同法を違憲とした。

オ アシュクロフト対米国自由人権協会（連邦最高裁判所 2004年6月29日判決）¹¹

連邦最高裁は、連邦控訴裁判所の差戻審判決を維持し、児童オンライン保護法には違憲の疑いがあるとした。

連邦最高裁は、児童オンライン保護法の合憲性を審理するために、①現在の技術発展の状況や法的環境(legal landscape)を考慮して審理すること、②フィルタリング技術の方が、児童オンライン保護法の施行又は同法より制限の少ない他の手段よりも効果的か否かを判断することを指示し、事件を連邦地裁に差し戻した。

カ 米国自由人権協会対ゴンザレス事件（ペンシルバニア州東部地区連邦地方裁判

⁸ American Civil Liberties Union v. Reno, 217 F.3d 162 (3d Cir. 2000).

⁹ Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 535 U.S. 564, 122 S.Ct. 1700 (2002).

¹⁰ American Civil Liberties Union v. Ashcroft, 322 F.3d 240 (3d Cir. 2003).

¹¹ Ashcroft v. American Civil Liberties Union, 542 U.S. 656, 124 S.Ct. 2783 (2004).

所 2007 年 3 月 22 日判決)¹²

連邦地裁は、児童オンライン保護法は、①政府のやむにやまれぬ利益を追求するために精密に調整されていない、②被告は、かかる利益を達成するために、児童オンライン保護法がより制限の少なくかつ最も効果的な手段であることを立証する責任を満たしていない、③児童オンライン保護法は、許容し難いほど曖昧かつ広範であるとして、同法は文面上、原告らの修正第 1 条（表現の自由）及び修正第 5 条（法の適正な過程の保障）に基づく権利を侵害しているとし、児童オンライン保護法の施行を恒久的に凍結した。

連邦政府は、この判決を不服として、第 3 巡回区連邦控訴裁判所に上訴した。

3 判旨

第 3 巡回区連邦控訴裁判所は、児童オンライン保護法が、内容規制の合憲性を判断する厳格審査基準を満たしていない上に、同法が許容できないほど曖昧かつ過度に広範な規制であるため、修正第 1 条に違反するなどとして、連邦地裁判決を維持した¹³。

(1) 厳格審査の適用

児童オンライン保護法は、憲法上保護されている言論に対する内容規制であるため、無効であることが推定され、政府は同法の合憲性を立証する責任を負う。そこで、児童オンライン保護法に厳格審査基準（①政府のやむにやまれぬ利益に仕えていること、②当該利益を達成するために精密に調整されていること、③当該利益を達成するために最も制限の少ない手段を用いていること）が適用された。厳格審査基準のうち、政府が満たしたのは、上記①のみである。

ア 精密に調整されていること

児童オンライン保護法は、政府の利益を達成するために精密に調整されていない。同法は、ウェブ上で情報を提供する者が未成年者に有害な表現を提供した場合に処罰するだけでなく、成人の利用者に対し、憲法上保護されている表現を提供していることについても処罰する形となっている。

さらに、児童オンライン保護法の「その表現を全体として見た場合」、「未成年者」、「商業目的」の文言や積極的抗弁などの規定は、精密に調整されていない。

まず、「その表現素材を全体として見た場合」は、問題となる表現が掲載されているウェブ

¹² American Civil Liberties Union v. Gonzales, 478 F. Supp. 2d 775 (E.D. Pa. 2007).

¹³ 本件の解説として以下の文献がある。Nicola Carah, ed., Anna Lamut, *ACLU v. Mukasey: Third Circuit Holds Online Protection Act Unconstitutional*, JOLT Digest (HARV. J.L. & TECH.) (Aug. 3, 2008), <http://jolt.law.harvard.edu/digest/internet/aclu-v-mukasey>. Electronic Privacy Information Center, *ACLU v. Mukasey: The Legal Challenge to the Child Online Protection Act*, http://epic.org/free_speech/copa/ (last updated Feb. 3, 2009).

ブサイト全体ではなく、それが掲載されているウェブページ全体でとらえることも可能である。このことが、成人が憲法上保障されている表現行為に過度な負担をかけてしまう。

次に、「未成年者」は、17歳未満の者と定義されているが、ウェブ上で情報を提供する者は、自分の表現が、未成年者とされる年齢の範囲におけるどの年齢層との関係で有害なのか正確に判断することができない。

第三に、「商業目的」については、連邦議会が主張する通常の業務の範囲内において未成年者に有害な表現をウェブ上で提供する場合にとどまらず、事業の主要部分でなくても「未成年者に有害な」表現を掲載している場合、あるいは、非商業サイトで広告スペースを第三者に提供して利益を得ている場合なども含まれてしまうおそれがある。また、通常の業務の範囲内といっても、未成年者に有害な表現の分量やそれがウェブサイトにも占める割合が明確でなく、そのような表現がわずかでもウェブサイトに掲載されていれば、児童オンライン保護法に基づいて訴追されるおそれがある。

最後に、積極的抗弁が、ウェブサイトの利用者全員の年齢認証を義務づけているため、利用者は、匿名で気軽にウェブサイトを開覧することができない上に、ウェブ上で情報を提供している者は、年齢認証システムを整備する負担を強いられてしまう。これでは、成人に憲法上保障された表現に対する委縮効果をもたらしかねない。

イ より制限の少ない手段

未成年者に有害な表現へのアクセスを制限するのに、児童オンライン保護法よりもフィルタリングの方が柔軟な対応が可能である。保護者は、自分の価値観及び児童の年齢や成熟度に合わせてフィルタリングをきめ細かくカスタマイズ（調整）することができる。反対に、児童オンライン保護法は、未成年者に有害な表現を一律に規制してしまうことから、フィルタリングのような柔軟な対応はできない。もちろん、フィルタリングは、未成年者に有害な表現へのアクセスを完璧に制限できる技術ではない。しかし、フィルタリングの適切な使用は、有害な表現から未成年者を効果的に保護することを可能にする。

また、フィルタリングは、児童オンライン保護法の適用から除外されている米国外の有害サイトを効果的に制限することができる。

さらに、連邦議会は、フィルタリングを普及させるプログラムを推進し、児童オンライン保護法による規制よりも効果的に未成年者を有害な表現から保護することが可能である。

(2) 曖昧性

裁判所は、児童オンライン保護法の「知りながら」、「故意に」、「商業目的の通信」、「未成年者」、及び「全体として」の文言が曖昧であると判断した。

まず、「知りながら」、「故意に」の定義がなされていない。

第二に、「商業目的の通信」は、連邦議会が適用対象とするポルノ事業者 (commercial

pornographer)以外のウェブ上でコンテンツを提供している者にも及びかねない。そのため、ウェブ上で情報を提供している者は、児童オンライン保護法に基づく訴追を恐れ、表現活動が委縮されるおそれがある。

第三に、「未成年者」が17歳未満の者と定義されているために、ウェブ上でコンテンツを提供している者は、ウェブサイトに掲載する内容を決める際に、未成年者のどの年齢層に設定すべきか判断できない。例えば、16歳の未成年者にとって有益なものであっても、それが3歳児にとって有益なものとは限らない。

最後に、「全体として」の文言が、ウェブ上でどのように適用されるか不明である。

(3) 過度の広範性

裁判所は、「未成年者」、「商業目的」、「事業に従事」の文言が、児童オンライン保護法が規制対象とする表現の範囲を大きく拡大し、成人が憲法上の権利として認められている大量の表現を抑圧しており、過度に広範な規制であるとした。

4 検討

米国では、修正第1条の下で表現の自由が保障されているが、わいせつな表現 (obscenity) 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して規制されてきた。

他方、わいせつ性を有するとまでは認められない性表現 (児童ポルノに該当するものを除く。以下同じ。) については、修正第1条の下で保護される表現形態に当たるものの、青少年保護の観点から規制することが容認されている。わいせつ性を有するとまでは認められない性表現は、単に「下品」 (indecent) な表現とされるものから「未成年者に有害」 (harmful to minors) な表現まで、性表現の程度によって法規制の可否や内容も異なり得る。

米国では、インターネット上の違法・有害情報の中で特に問題とされているのが、一般に「サイバー・ポルノ」 (cyber-porn) といわれるポルノ画像である。サイバー・ポルノの多くは、未成年者に有害な表現に当たるものである。

児童オンライン保護法や、その前身である1996年通信品位法は、裁判所が政府の立法目的の正当性を認めながらも、その規制方法が修正第1条に違反すると判断された。政府は、サイバー・ポルノを直接規制することを事実上断念したが¹⁴、他の規制を有機的に組み合わせた運用を通じて、成人の修正第1条に基づく権利を尊重しつつ、効果的に青少年を保護する方法を模索し続けている。

以下では、連邦政府と州政府の最近の取組を整理し、事業者側の対応例について解説する。

¹⁴ 連邦政府と州政府の最近の動向に関する解説として、Jeffrey D. Neuberger, *New Media, Technology and the Law: A Summary of Key Legal Developments Affecting Technology and Emerging Business Models*, 996 PLI/PAT 33 (Feb. – Apr. 2010)がある。

(1) 連邦政府の取組

連邦政府は、①フィルタリング・ソフトウェアの普及の推進、②児童ポルノ取締の厳格化、③児童（13歳未満）のプライバシー保護の強化などを通じて、違法・有害情報から青少年を保護しようと努めている。

ア フィルタリング・ソフトウェアの普及の推進

連邦政府は、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・ソフトウェアの導入を義務付ける児童インターネット保護法¹⁵を制定し、フィルタリングの普及を推進しようとした。

児童インターネット保護法の合憲性が争われた合衆国対米国図書館協会事件¹⁶では、連邦最高裁が、同法が①図書館利用者の修正第1条の権利を侵害しておらず、②連邦議会が支出権限を強化するに当たって図書館に違憲な条件を課すものではないとして同法の合憲性を認めた。

合衆国対米国図書館協会事件は、フィルタリング・ソフトウェアのとらえ方が本件と異なる¹⁷。同事件では、フィルタリング・ソフトウェアが合憲であるためには、フィルタリング・ソフトウェアが①修正第1条の下で保護されない表現及び未成年者に有害な情報を遮断できるもので、なおかつ②必要に応じて容易に無効化できるものでなければならないとされた。これに対し、本件では、フィルタリング・ソフトを、有害な情報から未成年者を保護する法的規制に代わる「より制限的でない」手段として、より肯定的にとらえている。

しかし、2008年7月にサウス・ダコタ州で実施された児童インターネット保護法の運用状況に関する調査¹⁸では、同法の実効性を疑問視する報告がなされた。サウス・ダコタ州内の公共図書館（児童インターネット保護法に基づきフィルタリング・ソフトウェアを導入しているもの）を利用している成人が、館内に設置された端末に搭載されたフィルタリング・ソフトウェアによって自分の修正第1条に基づく権利が侵害されたとの苦情は報告されなかった。しかし、調査が実施された2008年当時、州内の公共図書館の多くは、館内のインターネット利用環境を整備し、利用者にワイヤレス接続サービスを提供するようにな

¹⁵ Children's Internet Protection Act (CIPA), Pub. L. No. 106-554, 114 Stat. 2763, 2763A-340 (2000) (codified at 20 U.S.C. § 9134 (2000)).

¹⁶ United States v. American Library Association, 539 U.S. 194 (2003). 拙稿「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 —」 (総務省情報通信政策研究所『海外情報通信判例研究会報告書 (第一集)』2010年) 123-136頁所収。

¹⁷ 国立国会図書館「米国の図書館事情 2007」 (『国立国会図書館 調査研究レポート』No. 40, 2008年10月) 25-29頁。

¹⁸ Candice J. Spurlin and Patrick M Garry, *Does Filtering Stop the Flow of Valuable Information?: A Case Study of the Children's Internet Protection Act (CIPA) in South Dakota*, 54 S.D.L. REV. 28 (2009).

っており、利用者は、自分が持ち込んだパソコン（フィルタリング・ソフトウェアを搭載するかしないかは本人の自由）を使ってインターネットにワイヤレス接続できるため、児童インターネット保護法が規制対象とする表現を館内で容易に閲覧することが可能だったのである。

イ 児童ポルノ取締の厳格化

連邦政府は、児童ポルノを厳しく規制しており、現在まで下記を含む数多くの法律が制定された。

① 1996年児童ポルノ防止法¹⁹

1996年児童ポルノ防止法は、従来規制が認められてきた（実在する児童を描写する）児童ポルノの規制範囲に、実在する児童を実際に描写しない、「バーチャルな」（擬似的）児童ポルノを追加した。

アシュクロフト対自由言論同盟事件²⁰では、実在する児童を使用しない「バーチャルな」児童ポルノを規制することは、作品の制作手段ではなく、内容そのものを規制して、憲法上保護された表現を抑圧していることから、1996年児童ポルノ防止法を違憲とした。

② 児童の保護及びわいせつ物禁止執行法²¹

同法の第2257条は、児童ポルノを防止するために、「実際の性的にあからさまな行為」(actual sexually explicit conduct)を描写する映像を制作する者及びこれらの映像を管理する者に対し、出演者やモデルの年齢及び身元に関する記録を保管することを義務づけている。

コネクション・ディストリビューティング対ホルダー事件²²では、児童の保護及びわいせつ物禁止執行法が、表現内容そのものを規制していない上に、連邦政府が児童ポルノを防止するための正当な手段であることから、修正第1条に違反しないとされた。

ウ 児童（13歳未満）のプライバシー保護の強化

13歳未満の児童は、特に保護が必要とされる年齢層であることから、児童ポルノや違法・有害情報などによる被害を防止する手段として、13歳未満の児童のプライバシー保護を目

¹⁹ Child Pornography Protection Act of 1996 (CPPA), Pub. L. No. 104-208, 110 Stat. 3009-26 (codified as amended at 18 U.S.C. § 2256 (1994)).

²⁰ Ashcroft v. Free Speech Coalition, 122 S. Ct. 1389 (2002).

²¹ Child Protection and Obscenity Enforcement Act of 1998, Pub. L. No. 100-690, 102 Stat. 4181 (codified as amended at 18 U.S.C. § 2251A-2252 (1988)).

²² Connection Distributing Co. v. Holder, 557 F.3d 321 (6th Cir. 2009). David L. Hudson Jr., *Full 6th Circuit: Child-porn law is constitutional* (Feb. 27, 2009) <http://www.firstamendmentcenter.org/analysis.aspx?id=213034&printer-friendly=y>.

的とする児童オンラインプライバシー保護法²³が制定された。

児童オンラインプライバシー保護法は、13歳未満の児童を対象とする商業サイトの運営者等に対し、児童の個人情報を収集する際には保護者の同意を得なければならないなど、児童の個人情報の取扱いについて詳細に定めている。

(2) 州政府の取組

州政府も違法・有害情報から青少年を保護する立法措置を講じている。連邦政府と異なり、州政府は、修正第1条に加えて州際通商条項との関係にも配慮しなければならないため、州法の規制範囲は慎重に設定される。

ここでは、①州内の学校や図書館に対するフィルタリング・ソフトウェアの普及の推進、②児童保護レジストリ制度の導入、③サイバー・ポルノ規制を取り上げる。

ア 学校や図書館に対するフィルタリング・ソフトウェアの普及の推進

ほとんどの州は、州内の学校及び図書館に対し、利用者端末にフィルタリング・ソフトウェアの導入に関する州法を独自に定めている²⁴。

イ 児童保護レジストリ制度の導入

ユタ州とミシガン州は、未成年者を違法・有害な情報から保護することを目的に、保護者が未成年者の連絡先を州政府が運営するレジストリに登録し、サイバー・ポルノ等を提供する事業者からの広告等の送信を拒否できる児童保護レジストリ (child protection registry) 制度を設けている。なお、児童保護レジストリ制度は、郵便等には及ばない²⁵。

ユタ州児童保護レジストリ法²⁶は、18歳未満の未成年者が法律で購入を禁止されているもの (たばこ、酒等) 又は未成年者に有害な情報 (ポルノ等) を含む通信 (広告等) を、州政府の児童保護レジストリに登録された未成年者の連絡先 (メールアドレス、携帯電話番号、ファックス番号等。登録は無料。) に送信することを禁止している。

自由言論同盟対シャートルレフ事件²⁷では、ユタ州児童保護レジストリ法の合憲性が争わ

²³ Child Online Privacy Protection Act of 1998 (COPPA), Pub. L. No. 105-277, 112 Stat. 2681-728. (Oct. 21, 1998) (codified at 15 U.S.C. § § 6501-6506 (2000)).

²⁴ 州法の一覧については次のサイトを参照されたい。National Conference of State Legislatures, *Children and the Internet: Laws Relating to Filtering, Blocking and Usage Policies in Schools and Libraries*, <http://www.ncsl.org/issuesresearch/telecommunicationsinformationtechnology/stateinternetfilteringlaws/tabid/13491/default.aspx> (last updated Dec. 28, 2009).

²⁵ Samuel D. Castor, *Internet Child Protection Registry Acts: Protecting Children, Parents and ... Pornographers? Allowing States to Balance the First Amendment with Parents' Rights to Privacy and Sovereignty in the Home*, 59 CATH. U.L. REV. 231 (2009).

²⁶ Utah Child Protection Registry Act, Utah Code Ann. § 13-39-202 (2002 & Supp. 2008).

²⁷ Free Speech Coalition v. Shurtleff, 2007 WL 922247, at *1 (D. Utah, Mar. 23, 2007).

れた。裁判所は、ユタ州児童保護レジストリ法が、未成年者に有害な電子メール等を受信させたくないとする保護者の意向を支援するにとどまっているため、修正第 1 条に違反していないとした。

ミシガン州児童保護レジストリ法²⁸は、たばこ、酒、ポルノ、賭博、違法薬物等に関するメッセージを州のレジストリに登録した 18 歳未満の未成年者に送信することを禁止している。

ウ サイバー・ポルノ規制

サイバー・ポルノについては、規制範囲を非常に狭くして規制する州がある。オハイオ州は、未成年者に直接宛てられた通信（誰でもアクセスできるウェブサイトやチャット・ルームは対象外）において、未成年者に有害な情報を送信することを禁止している²⁹。

米国書店財団対ストリックランド事件³⁰では、オハイオ州法の適用範囲が未成年者に直接宛てられた通信に限定されているため、修正第 1 条にも州際通商条項にも違反していないとされた。

(3) 事業者側の取組 — 動画配信サイトの事例

以上のとおり、違法・有害情報から青少年保護を目的とする連邦と州の法規制は多種多様であり、コンテンツを提供する側が対応に苦慮する場合も少なくない。特に全米規模で動画配信ビジネスを行う企業にとっては、利用者の利便性を追求しながら、これらの規制に迅速かつ効果的に対応することが一段と厳しく求められる。ここでは、米国の大手映画会社（ワーナー・ブラザーズ (Warner Bros.) 及びメトロ・ゴールドウィン・メイヤー (Metro-Goldwyn-Mayer (MGM))³¹ の事例を取り上げる。

ワーナー・ブラザーズと MGM は、映画やテレビ番組の動画配信及び DVD や関連グッズの販売を行う動画配信サイトを運営している。いずれのサイトも米国外からのサービスの利用を制限しており³²、ポルノ作品は扱っていない。両社とも、利用規約 (Terms of Use)

²⁸ Michigan Children's Protection Registry Act, Mich. Comp. Laws Ann. § 752.1061 (2) (West Supp. 2009).

²⁹ Ohio Revised Code § 2907.31 (D) (1).

³⁰ American Booksellers Foundation v. Strickland, 601 F.3d 622 (6th Cir. 2010). The Associated Press, *6th Circuit: Ohio anti-porn law is constitutional* (Apr. 16, 2010) <http://www.firstamendmentcenter.org/news.aspx?id=22845>.

³¹ Warner Bros.: <http://www.warnerbros.com/#/page=movies/>

Metro-Goldwyn-Mayer: <http://www.mgm.com/browse/movies/> (last visited Nov. 28, 2010). 上記 URL は、いずれも米国内用のサイトである。MGM は、2010 年 11 月 3 日に連邦破産法第 11 条（日本の民事再生法に相当）の適用をニューヨーク州南部地区連邦地方裁判所に申請したが、上記サイトの運営は続いている。ロイター「米 MGM が破産申請、債権者アイコン氏も再建案検討」（2010 年 11 月 4 日）、<http://jp.reuters.com/article/topNews/idJPJAPAN-17988220101104>

³² 米国外からの利用を制限しているのは、作品のライセンスの関係上と思われる。したがって、日本から動画の配信等のサービスを受けることができないようになっており、閲覧できる箇所も限られている。

及びプライバシー・ポリシー(Privacy Policy)を通じた自主規制により、利用者の利便性を確保しながら、各種の法規制に柔軟に対応して違法・有害情報から青少年を保護することに努めている。

ア 作品情報の提供

ワーナー・ブラザーズと MGM は、それぞれの動画配信サイトで提供する作品の短時間のサンプル画像や作品に関する説明を掲載し、利用者に作品情報を提供している。希望者には作品情報のメールサービスも用意している。

MGM は、映画作品の情報に、劇場公開時のレーティング³³を加え、利用者が自分の視聴したい作品に含まれる暴力行為や性表現の程度を容易に判断できるようにしている。レーティングは外部団体のものをそのまま使用し、レーティングされていない映画作品にはその旨記載されている。MGM は、独自の基準によるレーティングを行っていない。なお、MGM が外部団体のレーティングを動画配信サイトで使用する際の条件等については不明である。

両社の作品情報サービスにより、成人の利用者は、視聴したい映画等を容易自由に決めることができ、未成年の利用者への配慮のために不便な思いをすることはない。また、未成年者の利用者の保護者は、上記作品情報を直接参考にし、あるいは作品情報に含まれる文言を基にフィルタリングをかけて、未成年者に有害な情報が含まれる作品を容易に遮断することができる。

イ 年齢確認

利用者の年齢確認は、利用者がサイト内の各種サービスを受ける際に行う利用者登録手続きと、動画配信や DVD 等を購入するためのクレジットカード決済の際に行われる。

ワーナー・ブラザーズの場合、利用者が作品情報等のメール配信サービスを希望する場合、利用者の生年月日とメールアドレスの両方の記入を要求している。これにより、利用者の年齢層にふさわしい情報を提供してマーケティング効果を高めるのと同時に、未成年の利用者にとって有害な情報が配信されるのを防止することが可能である。

³³ 映画に含まれる性表現や暴力などの露出度に応じて、鑑賞に適した年齢層を指定する枠。保護者は、レーティングを参考に映画を子どもに鑑賞させてもよいかどうかを判断する。米国では、米国映画協会(Motion Picture Association of America, MPAA)などが自主規制コードを定めている。レーティングを受けるかどうかは任意である。しかし、多くの映画館は、レーティングがなされていない映画の上映には消極的である。

米国映画協会の現行レーティングは、①あらゆる年齢層が鑑賞できる「G (General Audiences)」、②児童に鑑賞させる前に保護者が内容を検討した方がよいとする「PG (Parental Guidance Suggested)」、③13歳未満の児童の鑑賞には保護者の助言や指導を要する「PG-13 (Parents Strongly Cautioned)」、④17歳以下の鑑賞には保護者の同伴を要する「R (Restricted)」、⑤17歳以下の鑑賞を禁止する「NC-17 (No One 17 and Under Admitted)」がある。Motion Picture Association of America, <http://www.mpa.org/> (last visited Nov. 28, 2010).

両社とも、未成年の利用者が、成人になりすましてクレジットカードを不正使用したり、メール配信サービス等の提供を受けたりする場合の対処については、利用規約で定めている。

利用規約では、利用者登録に虚偽の情報を記載したり、利用者が他の利用者又は第三者になりすましたりすること（未成年の利用者が成人になりすますことも含まれる）を禁止している。さらに、サイトを悪用して違法・有害情報を他の利用者へ送信することなども禁止している。これらの禁止行為が発覚するとサービスの提供は停止される。

ウ 13歳未満の児童への特別措置

13歳未満の児童の利用者については、ワーナー・ブラザースとMGMは、利用規約に加え、顧客情報管理を規定するプライバシーポリシーによる対応を行っている。

MGMのプライバシーポリシーでは、13歳未満の児童に関する情報を、児童オンラインプライバシー保護法（前述）に基づいて一段と厳重に管理している。

ワーナー・ブラザースのプライバシーポリシーは、児童オンラインプライバシー保護法について明記していないものの、同法に沿って13歳未満の児童の個人情報の管理を徹底しているようである。

5 おわりに

連邦政府は、児童オンライン保護法で見られたような、成人の表現行為を委縮させるおそれのある、情報発信者に対する広範な法的規制から離れ、受信者側での情報の選択に基づく自主的な規制（フィルタリング技術の活用や保護者への教育など）を支援する体制を整備していく方向へと進んでいる。他方、児童ポルノなど、受信者側の対応だけでは明らかに不十分な問題については、法的規制による対応を続けている。そして、特に保護の必要な13歳未満の児童については、プライバシー保護を徹底する個別法を定めて、児童ポルノや違法・有害情報などによる防止を更に徹底させるようにしている。

州政府は、州際通商条項と修正第1条との関係に配慮しながら、違法・有害情報から青少年を保護する対策を独自に講じている。多くの州は、州内の学校や図書館の利用者端末にフィルタリング・ソフトの導入を促進するための州法を定めている。ユタ州とミシガン州の児童保護レジストリ制度は、未成年者の人口が限られているからこそ可能なものであるといえよう。サイバー・ポルノについては、オハイオ州法が規制範囲を厳しく絞り込むことによって裁判所による違憲判断を回避している。オハイオ州のサイバー・ポルノ規制は、サイバー・ポルノを未成年者に直接送信することを禁止しており、児童オンライン保護法のような表現内容規制ではない。

動画配信サービス等を行っている大手映画会社などは、適用を受ける連邦規制や州規制に注意しながら、利用者との間に締結する利用規約を活用し、利用者の年齢確認や、利用者

が作品内容を容易に判断できるような手段（外部団体によるレーティングを表示するなど）を講じるなどして、自主規制に基づく対応を行っている。そして、特に保護の必要な13歳未満の児童の利用者については、利用規約に加えて、顧客情報の管理を定めるプライバシーポリシーを定め、児童オンラインプライバシー保護法に基づく顧客管理を徹底している。

しかし、このような事業者側の自主規制による対応は、悪徳事業者や、違法・有害情報を無料提供している個人又は団体には期待できない。このような悪徳事業者や個人又は団体が提供する違法・有害情報から青少年を保護していくことは、依然として困難である。

現在のところ、米国内における違法・有害情報から青少年保護は、連邦政府と州政府が、成人の表現行為の委縮を回避しつつ、児童ポルノ規制の充実、フィルタリング・ソフトウェアの普及の推進、利用者の啓蒙などの複数の対応を有機的に組み合わせて行っている。今後の動向が注目される。

米国における通信技術の発達とそこから発生する個人情報漏洩問題

— 大学における個人情報をめぐる判例を中心に —

立正大学法学部准教授

位田 央

1 はじめに

本稿は、通信政策に係る判例を検討するという観点から、米国連邦行政法における 1974 年プライバシー法(Privacy Act of 1974) 関連の判例を取り上げる。

昨今のインターネットなどの通信技術の発達により、個人情報の漏洩が極めて容易に、大量に生起するようになっている。2 でより詳しく述べるが、米国連邦行政法における個人情報の漏洩に対する裁判所の判断について考察することは、今後の我が国の個人情報保護制度に資すると考えられる。また、3 では、インターネットが普及し、容易に政府の情報源に触れることができるようになったことから生じる問題について検討する。

ところで、米国では個人情報保護に関する一般法として 1974 年プライバシー法¹があるが、それ以外にも個別法によって個人情報保護が実施されている。ただ、そのすべてを概観するのではなく、本論稿では 1974 年プライバシー法関連の判例に限定し、個人情報の漏洩を扱った判例に焦点を当てて考察する。

2 コンピュータ技術の発達と個人情報保護法制度における行政の役割の変容

(1) プライバシー保護法制度の充実の必要性と 1974 年プライバシー法の限界

近年、コンピュータの発達、普及により、行政及び民間団体が大量の個人情報を収集、蓄積、加工し、及び伝達することが可能になったことにより、個人情報の漏洩事件等が発生しやすくなった。個人情報が大量に流通し、商品としての価値を有する状況になったことに伴って、個人情報保護の分野における行政の役割も変容せざるを得ない。米国では 1960 年代から、個人情報の保護が行政によって実現されるべきであると考えられるようになった²。その後、ウォーターゲート事件(1974 年)に際して、連邦政府が個人情報を調査し、これを政治的に利用しようとしたことが明らかになったことから、個人情報保護制度の整

¹ プライバシー法は 1974 年に情報自由化法(Freedom Information Act; FOIA)の修正条項として成立した。第一に、プライバシー権を合衆国憲法が保障する基本的人権として認めること、第二に、行政機関によるプライバシー侵害に対して個別に防御策を提示することを目的としている。その主たる内容は、第一に、当該個人が書面で請求し、又は書面で事前に同意したときを除き、行政機関は個人情報を開示できない。第二に、個人が自己に関する記録、情報にアクセスする権利を認める。第三に、自己に関する記録が誤っている場合には、個人はその訂正を要求できる。第四に、行政機関は、法律及び大統領命令が要請する目的を達成するために必要とされる個人情報のみを記録に残すことができる。第五に、行政機関は個人から情報を収集する際には、利用目的、提供を求める法的根拠等を示さなければならない。第六に、記録の訂正を求める請求が拒否された場合には、当該個人は行政機関を被告として連邦裁判所に出訴することができる。第七に、開示が禁止されている個人情報を故意に他人に提供した職員や、虚偽を用いて他人の個人情報を請求又は取得した者は罰金を科せられる。5 U.S.C.S.552 a(e).

² AMAN, ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS 2d ed. (2006), at 990-991.

備の必要性が強く認識されるようになった。これを受けて、1974年にプライバシー法が成立した。

その成立以来1990年代まで、プライバシー法そのものがかわる訴訟はほとんどなかった。これは個人情報をめぐる争いがなかったというわけではなく、そのほとんどが自己情報の本人開示を認めるか否かという形を取って現れることが多いので、プライバシー法に関する訴訟は基本的にはFOIA訴訟の個人情報開示³を認めるか否かという形式を取って現れることが多かったためである。そこでは、裁判所は、まずFOIAの個人情報に関する非開示事由に該当するかどうかを確認し、同事由に該当しない場合には、基本的にはプライバシー法の問題に立ち入らずに、自己情報の開示を命じることで解決を図ってきた⁴。

(2) 情報漏洩による損害金額の算定の問題

2000年代に入ってから、インターネットの普及に伴い、「個人情報窃盗」(ID Theft)⁵が急増したことに對して、行政が何らかの対応をとることが必要とされ、行政刑罰、民事上の損害賠償の仕組みの整備が求められるようになった。

連邦最高裁は *Buck Doe v. Chao, Secretary of Labor*⁶において、1974年プライバシー法の規定⁷に基づいて、第一に、単に法令違反であるということだけを証明することで、故意の違反によって悪影響を受ける者はだれでも最低1000ドルの賠償金をもらえるのか、第二に、原告は実損害額を証明する必要はないのかという問題を扱った。

本件の事実の概要は、以下のとおりである。原告が労働省に対して黒肺塵症の給付金を申請した際、同省は1974年プライバシー法で規定されている⁸限界を超えて、原告の社会保障番号を開示した。そこで、原告は1974年プライバシー法違反を主張して、被告合衆国

³ 5 U.S.C.S.552 b (c) (6) ; 当該情報の開示が明らかに個人のプライバシーを正当性なく侵害する場合に個人に関する情報を開示すること。

※FOIAは原則開示制を採用し、非開示事由が限定列挙されている。限定列挙されている事由のうちの6番目の事由が「個人情報」に該当する。

⁴ 例えば、*Department of Defense, et al. v. FLRA et al*, 510 U.S. 487(1994)において、FOIAの非開示事由が1974年Privacy Actよりも優先されるとしている。同事件の事実の概要は以下の通りである。労働組合が国防総省等に勤める公務員の住所を開示するよう求め、これを受けてFLRA(労働関係局)がFOIAに基づいてこれを開示するよう国防総省等に命じる決定を行った。これに対し、国防総省等は1974年Privacy Act違反を主張して同局を訴えた事例である。最高裁は、当該情報はFOIAの個人情報に関する非開示事由に該当するので、労働組合に公務員の住所を開示するよう連邦行政機関に命じるFLRAの決定を実施する控訴審判決を破棄し、差し戻した。

⁵ 米国では、主として他人の氏名と社会保障番号、生年月日を盗み出し、これらを用いてクレジットカードを作成したり、ローン組んだりする「個人情報窃盗」の被害額は、2000年代には毎年500億ドルを超えられている。中川かおり「米国における個人情報保護の動向 ―個人情報窃盗対策を中心に―」外国の立法231(2007年2月)参照。

⁶ 540 U.S. 614 (2004).

⁷ 5 U.S.C. § . 552a(g)(4)(A) ; 本条の(1)(C)や(D)に規定されている訴訟で、行政機関が故意により行動したと裁判所が判断する場合、合衆国は以下の金額の総額に値する損害賠償責任を有する。(A)損害額が1,000ドル以下である場合を除き、個人が被った実損害額；(B)裁判所によって合理的な弁護士費用と認められた訴訟費用。(g)は民事上の救済を規定している。

⁸ 5 U.S.C. § .552a.

労働長官を訴えた。連邦地方裁判所は原告の主張を認め、1974年プライバシー法の規定⁹の下で、法定損害として1,000ドルの支払を命じる、正式事実審理を経ないでなされる判決(summary judgment)を出した。第4巡回区控訴裁判所は、原告が損害に関する立証可能な事実を提示することができなかったという事実認定を行い、下級審判決を破棄した。原告が上告した。

連邦最高裁は、以下のように判示した。第一に、1974年プライバシー法の規定¹⁰は、単に故意の法律違反によって何らかの悪影響があったというだけを証明すればよいのではなく、実損害を被った請求者に対してのみ損害賠償を認めている。第二に、原告は実損害が幾らになるのかについての証明を行っていない。以上の理由から、原告の主張を退けた。

この事件から、「個人情報窃盗」の事案で最も大きな問題は、個人情報の漏洩に伴う被害金額は極めて算定しにくく、原告(被害者)の立証が難しいという点だということが明らかになっている。さらに、被害金額が算定された場合でも一個人あたりの被害金額は極めて低いという問題がある。現行の1974年プライバシー法ではこの問題について解決することが非常に困難であるため、原告側の挙証責任を緩和すべきかどうか、被害金額をあらかじめ予測して設定しておくべきかどうか等、法システムを整備し、対応する必要が出てきたと言える。

3 M. Angela Lengerich, et al. v. Columbia College and United States Department of Education¹¹ — 「政府の管理下にある企業」とは何か? —

ここでは大学生が連邦奨学金申請を、自分が在学している私立大学を通じて行い、その際、扶養者の所得証明をめぐる混乱から、当該学生の支払能力に関する不利な情報が信用機関に流れたことをめぐる事例を取り上げる。

(1) 事実の概要と訴訟の流れ

ア 事実の概要

当時、デヴィン・A・エーレンフリート(Devin A. Ehrenfried、以下デヴィンと言う。)はシカゴにあるコロンビア大学の学生だった。2004年と2005年に、デヴィンはコロンビア大学での教育を受けるため、連邦奨学金に申し込み、これを受給していた。連邦奨学金受給手続の際に、デヴィンは奨学金の受給申請の際に必要なとされる連邦奨学金無償申請書(Free Application for Federal Student Aid 以下、FAFSAと言う。)¹²を提出したが、デ

⁹ 5 U.S.C. §. 552a(g)(4).

¹⁰ 5 U.S.C. §. 552a(g)(4)(A).

¹¹ United States District Court for The Northern District of Illinois, Eastern Division, June 22, 2009, Decided.

¹² FAFSAには以下の事項と添付書類が必要とされている。①社会保障番号、②(もし取得していれば)運転免許証の写し、③前年度の所得証明、④自分の連邦所得税納税申告書、⑤親の連邦所得税納税申告書、⑥前年度の非課税収入記録、⑦直近の預金証明、⑧自分の直近のビジネス、投資売渡抵当の状況、会社の

ヴィンは主に父親が扶養していたため、父親の所得証明を添付して提出した。ところが申請中にデヴィンの父親が死去したため、デヴィンは自分の母親を扶養者に切り替えた。

母親はデヴィンの書類を完成させるためにどのような情報が必要かについて、連邦教育省に助言を求めた。連邦教育省は、その際、母親に父親の財政状況を証明すればよいと助言されたため、デヴィンはその助言に基づいて父親の財政状況についてのみ報告書を添付し、申請を行った。2006年7月、デヴィンは2006年から2007年の学費をほぼすべてカバーすることができる奨学金が給付される旨の知らせをコロンビア大学から受け取った。同じ月に、同大学がデヴィンのFAFSAの調査を開始し、デヴィンに連邦資金を奨学金として彼女の学費に当てるとこたえた。

しかし、数か月後の2006年11月、同大学はデヴィンに、母親の財政状況に関する書類が添付されていないため、春期学期のための履修登録を許可しないと通知した。そのため、2006年12月8日、デヴィンは母親の簡略版の財政状況報告を添付して、同大学に新しいFAFSAを提出した。2006年12月12日、同大学はデヴィンの母親の簡略版の財政状況報告を受け取ることはできないと述べた。デヴィンの母親は期日の2007年1月12日までにこの修正に応じた。しかし、同日、同大学はデヴィンが以前に受けていた奨学金を教育省に返却するとデヴィンに説明した。結局、デヴィンは2006～2007年度において連邦の財政的援助を受けられなかった。

連邦の援助がなかったにもかかわらず、同大学はデヴィンの履修登録を認め、彼女の受講を授業料未払いとして扱い、デヴィンに関する未払報告書を信用関連情報収集機関に送り、その結果、彼女の信用に傷が付いた。その後、大学がデヴィンをブラックリストに載せたために、大学の財政援助室はデヴィンが連邦の資金援助を受けるために書類を出すことを拒否し、デヴィンは完全に必要な単位を取得したにもかかわらず、大学は2006～2007年度の授業料が未納であることを理由に、デヴィンの学士の学位を認めるのを拒否した。

イ 訴訟の流れ

デヴィンとその母親はデヴィンの経済状態に関する誤った情報を漏洩したとして、まず、2007年3月22日、コロンビア大学、同大学長、同大学キャンパス担当副学長、同大学指導主事、同大学財政支援室室長、同大学財政支援室主事、及びデヴィンの奨学金手続を担当した財政支援室の職員を被告として、1974年プライバシー法違反を理由に訴訟を提起した¹³。

記録、株、債権、その他の投資記録、⑨自分の外国人登録、若しくは永住者カード。See, <http://www.fafsa.ed.gov/before003.htm>

¹³ 本件において適用される1974年Privacy Actの規定では、第一に5 U.S.C.S. 552a(e)(1)では、行政機関はその目的達成のために妥当であり、かつ必要な個人情報のみを記録に残すよう義務付けられる。第二に5 U.S.C.S. 552a(e)(3)では、当該情報を求めた行政機関の権限、情報がどのように用いられるのか、当該情報の通常の使用法、及び当該情報を提供しないことを選んだ場合の影響についての情報を求められた人に知らせるように、行政機関は義務付けられる。第三に5 U.S.C.S. 552a(e)(5)では、行政機関の必要

2007年4月6日、同事件を担当した Filip 裁判官は、コロンビア大学が私立大学であることから1974年プライバシー法の対象としにくいとの見解を示し、「原告はコロンビア大学とその職員のだれもがプライバシー保護法の目的に関する『agency¹⁴（行政機関）』であると原告は申し立てていないので、原告は追加的な申し立てによって修正しない限り、被告に対し非常に不適切な申し立てを行っている」と述べて、原告に15日間の猶予を与え、本件を不適切な申し立てとして却下しなくても良い理由と被告の変更を行うように原告に指示した。

その後、原告側による数回の申し立ての変更を経て、原告は2008年11月7日に修正した訴状を提出した。原告側は連邦教育省を被告として付け加え、コロンビア大学は同省の行政機関であると主張した。2008年11月17日、コロンビア大学側は修正された訴状の却下を求めて申し立てを行い、再度、大学は連邦政府の行政機関ではなく、したがって1974年プライバシー法の下での法的責任を負わないと主張した。

本件の最大の争点は、私立大学であるコロンビア大学は連邦奨学金制度の受付業務という役割を遂行している場合に、連邦教育省の agency となって、1974年 Privacy Act の下での法的責任を負うことになるのかである。

ウ 判旨

請求棄却。

「連邦行政機関のみが1974年プライバシー法の下での法的な責任を負わせられる可能性があるということに争いはない。」従って、問題は、「私立大学は連邦の学生奨学金プログラムに参加することで、連邦行政機関に該当するようになるかどうかである」。1974年プライバシー法によると、私立大学は「政府の管理下におかれている企業 (Government controlled corporation)」¹⁵に該当する場合に、連邦行政機関となる。しかし、法律、及びこれまでの判例からは、「『政府の管理下におかれている企業』が意味することは何かについての明確な説明は全くない」。そこで、「単に連邦政府の認めた目的に従わせることを保障するために必要な規制権限を行使しているというだけでなく、当該私企業の活動についての連邦による実質的な監視枠組みを証明する必要がある」。

原告は、「教育省は大学を連邦の助成と教育ローンのプログラムの管理者として計画しており、そこから大学をその職員は教育省の『事実上の出先機関であるか、若しくは別の自己』になっている」と主張している。「しかし、この主張は言いすぎである。」「大学は政府

とされる意思決定において個人が公平に扱われるために、行政機関は正確で完全な個人の記録のすべてを保持することが義務付けられる。これらの規定に違反していた場合には、当該行政機関は損害賠償責任を負うことになる。

¹⁴ 法執行関係省庁、軍関係省庁、政府系企業、政府の管理下におかれている企業、又はそれ以外の（大統領府を含む）政府の執行部の組織、又は独立規制行政機関が対象とされている。5 U.S.C.S.552 a(f).

¹⁵ 5 U.S.C.S.552(f).

の監視も監督も命令も全く受けずに運営されている。実際、コロンビア大学が完全に私企業であるということに争いはない。同大学は連邦の設立許可や連邦法に従って運営されているわけではない。毎年度会計検査を受けたり、財政上の監督を受けているわけではない。その経営陣である理事会やその他の職員は大統領やそれ以外の連邦公務員によって任命されているわけではない。その職員は連邦公務員ではない。同大学と連邦政府との関係は限定的であり、大学は規則制定権限を有しているわけではない。同大学と連邦政府の間に何らかの強力な関係がないにもかかわらず、同大学は何らかの連邦『機関』であるという主張はかなり弱い」。

「当該大学が教育省の責務を果たしているとか、教育省の機関やその独立した腕として教育省によって何らかの拘束がなされていると言えるかどうかは非常に疑問がある」。

また、連邦教育省の責任について、「1965年高等教育法(Higher Education Act of 1965、以下HEA)に基づく連邦奨学金制度に参加している学校は7,000校以上」であり、「HEA487条(a)(1)¹⁶によると、教育長官や学生から受け取った資金の適切かつ能率的な管理を保障するための、管理上と会計上の手続と記録を確立し、維持することが連邦奨学金制度に参加している学校側には求められる。そして、HEAの下では、連邦奨学金制度に関する能率的な管理手続を保障する責務は、連邦教育省にあるのではなく、同制度に参加する学校の責務である」とし、「コロンビア大学を連邦教育省の行政機関と見ることは、潜在的に、数千の教育機関を1974年プライバシー法の要件である政府の『行政機関』に変えてしまうことになる。

(2) 解説

ア 「政府の管理下におかれている企業」に関する過去の事例との比較

1974年プライバシー法では、その適用対象を連邦のagency(行政機関)とし、これを「法執行関係省庁、軍関係省庁、政府系企業、政府の管理下におかれている企業、又はそれ以外の(大統領府を含む)政府の執行部の組織、又は独立規制行政機関」¹⁷と規定している。この内、「政府の管理下におかれている企業」とはどのような機関であるのかが問題になる。特に近年では、政府から何らかの資金援助を受けている私企業である私立大学が多いが、このような資金援助を受けている私立大学が「政府の管理下におかれている企業」と言えるのかが争われている。

この「政府の管理下におかれている企業」とはどのような機関であるのかという争点に関し、連邦最高裁は *Forsham v. Harris*¹⁸ 事件において、「ある企業が FOIA の要件¹⁹におい

¹⁶ 20 U.S.C.S.1094(a)(3).

¹⁷ 5 U.S.C.S.552(f).

¹⁸ *Forsham v. Harris*(445 U.S. 169, 1980). 同事件は、連邦政府から補助金を得て、糖尿病の治療について調査し、その結果を発表していた私立団体に対して、連邦補助金を得ているから「政府の管理下におかれている企業」であるので、その調査の生データを FOIA に基づき公表するように原告が求めた事例である。

て『連邦政府の行政機関』と特徴付けられるためには、当該企業の活動を連邦政府が実質的に監視していることを示すことが必要である。そのため、連邦の支出する資金を受け取っているということだけでは、広範囲にわたる詳細で実質的な日常的監視がないので、それだけでは企業の活動を政府の活動に変えることはない」と指摘し、単に連邦資金を受け取っているだけではなく、連邦政府機関による実質的な監視が恒常的に行われていることを、「政府の管理下におかれている企業」の要件とした。

また、下級審の判断であるが、*Burch v. Pioneer Credit Recovery, Inc.*²⁰ 事件において、原告 Burch は「(被告が) 複数の連邦行政機関と契約を結んでいるという理由から、被告は『政府の管理下にある』と主張していた。しかし、第 2 巡回区控訴裁判所は、この原告の主張は「連邦政府による監視や監督、あるいは被告が『行政機関』であると考えられると信ずべき連邦政府との結びつきがあると言えるほど十分なものとは言えない」と指摘し、単に連邦行政機関と何らかの契約を結んでいるだけでは「政府の管理下におかれている企業」とはならないと判断している。

同様に、*Dong v. Smithsonian Institution*²¹ 事件では、原告はプライバシー法に基づいてスミソニアン協会を相手にこの訴訟を提起したが、ワシントン特別区巡回控訴裁判所は「日常的な意味での『政府による管理下』には同協会はなく、『企業』でもなく、むしろ 1846 年に議会によって名付けられていた遺贈信託財団である」と指摘し、スミソニアン協会は「政府の管理下におかれている企業」ではないと判断している。

以上の 3 判例は、「政府の管理下におかれている企業」とは、単に連邦政府から何らかの補助金を得ていたり、契約を結んでいるだけではなく、連邦政府による実質的で恒常的な監視が必要であると指摘している。

本件では、連邦教育省から奨学金として用いるための資金が被告であるコロンビア大学に出ている。これは上述の連邦政府から補助金を受けている企業に該当するが、従来の判例によれば、これだけでは 1974 年 Privacy Act の適用があるとは言えない。

しかし、従来の判例と異なる点が本件にはある。

第一に、連邦奨学金についてはすべて大学が窓口になっているだけでなく、大学が連邦教育省に代わって一定の補助金を受ける資格の有無についての審査も行っている点を指摘

¹⁹ FOIA と 1974 年 Privacy Act では、その対象の規定が同じであり、どちらにも「政府の管理下におかれている企業」が挙げられているので、この要件については *Forsham v. Harri* が最高裁判例となる。

²⁰ *Burch v. Pioneer Credit Recovery, Inc.* (551 F. 3d 122, 2008). 本件の被告は、内国際入庁、連邦教育省、連邦財務省という三つの行政機関を含む多くの公共機関若しくは私企業の依頼人を抱える、第三者債権回収機関である。原告は職場においてある原告の所持品について被告が無断で写真を撮るなどのプライバシー侵害があったとして、1974 年 Privacy Act に基づいて損害賠償請求を行った。

²¹ *Dong v. Smithsonian Institution* (125 F. 3d 877, 1997). 原告は被告であるスミソニアン協会の博物館に勤めていたが、上司に無断でニューヨークの美術館に勤務時間内に出かけていた。この行為について、原告の上司が原告に直接事情を聞かずに、その同僚らに聞き取り調査をただけで原告を解雇した。Privacy Act は連邦行政機関が個人について悪影響をもたらす情報を収集する際には、「可能な限り最大限の範囲で」直接当該個人から情報を得なければならないことになっているため、これを理由に原告は被告に対し損害賠償請求を行った。

できる。この場合、単に大学は連邦教育省から奨学金用の補助金を受け取っているのではなく、連邦教育省に代わって補助金の受付、その資格審査まで行っているのである。たしかに、大学の連邦補助金業務について連邦教育省が恒常的に監督するシステムがあるわけではないが、連邦教育省による学生向け奨学金は書式等が次に述べるように統一され、連邦教育省が設定している一定のガイドラインに基づいて大学で審査されるものであり、単に奨学金用の補助金を連邦から受け取って、各大学が独自に奨学金を運用しているのではない。

第二に、この運用上の問題であるが、連邦教育省のホームページ上に FAFSA について書式等の説明が掲載されており、また、FAFSA に添付する書類等についても記載されている点²²を指摘できる。このように、連邦教育省による学生向け奨学金の書式は連邦教育省によって統一されており、ホームページでも周知されている。学生は、この書式に基づいて各大学に書類申請を行うことになっている。

インターネットの普及により、一般国民は連邦政府が提供する情報を容易に入手できるようになった。また、このホームページ上で FAFSA について助言が欲しい場合の連邦教育省に対する問い合わせ先（電話番号等）が明示されており²³、これを利用すれば容易に連邦教育省職員の助言を国民は得ることができる。つまりインターネットの普及により、奨学金関連業務が私立大学それ自体の業務なのか、それとも連邦教育省の業務なのか区別がつきにくくなってしまっているという現状がある。

以上の点を考慮すると、先の 3 判例とはやはり異なり、本件は「奨学金」を扱っている場合には私立大学も「政府の管理下におかれている企業」と考えるべきである。

イ 連邦教育省の違法な行政指導を理由とする損害賠償の可能性について

本件においては、そもそもことの発端は、デヴィンの母親が連邦教育省に FAFSA に必要な添付書類について、特に扶養者の所得証明に関して問い合わせた際に、連邦教育省の職員が誤った助言をしたことにあり、それが今回の事件を引き起こしたと言える。

裁判所が認定した事実によると、「母親はデヴィンの書類を完成させるためにどのような情報が必要かについて、連邦教育省にアドバイスを求めた。申立てによると、連邦教育省の職員はその際、母親に、デヴィンは 2006 年から 2007 年度の学期間中に、その前年度の父親の財政状況を提出しているならば、彼女は父親からの財政的援助のみに頼っていたことになると指摘した。」つまり、連邦教育省職員が父親の所得証明の提出で良いと指導した結果が本件の問題の原因だった。

この点から、本件を 1974 年プライバシー法の問題として扱うのではなく、「連邦教育省の職員による違法な行政指導により、学位が取れなかったことによる損害賠償請求」訴訟

²² <http://www.fafsa.ed.gov/>

²³ *Id.*

を提起することも可能ではないかと考えられる²⁴。

この点につき、前述の HEA487 条(a)(1)によると、連邦奨学金制度に関する能率的な管理手続を保障する責務は、連邦教育省にあるのではなく、同制度に参加する学校の責務であると明確に規定があるので、原告はこの訴訟を提起しなかったと考えられる。しかし、この規定と整合性を取るのであれば、連邦教育省が FAFSA に関する質問を受け付けず、すべて各大学で処理させる方法を採用すべきである。前述のように、連邦教育省のホームページには本件で問題になった連邦奨学金制度に関するチェックシートや FAFSA をダウンロードできるようになっているだけでなく、質問の受付も行っている²⁵。このホームページの状態を見れば、通常、連邦奨学金制度は連邦教育省が管理運営しているものと受け取られる。

本件は、インターネットを通じて官庁側が常時情報を提供することで、国民は利便性を向上させることができる反面、制度設計如何によっては逆に国民が多大な損害をこうむりかねないという点を示していると言える。

²⁴ 質問を受け付け、それに答えたということは、日本でいうところの指導的行政指導に該当する。日本の多数説、判例では、違法な行政指導を受けた場合には、国家賠償法 1 条に基づく損害賠償請求が生じるとされる。主要な判例として、武蔵野市教育施設負担金損害賠償事件最高裁平成 5 年 2 月 28 日（判例時報 1506 号 106 頁以下、判例タイムズ 861 号 183 頁以下参照）がある。

²⁵ <http://www.fafsa.ed.gov/>

UMG レコーディング社 対 ヴィオ・ネットワークス社事件：蔵置プロバイダが DMCA においてセーフハーバ免責を享受する前提としての、著作権侵害投稿ファイルを発見等する条件・負担の射程に関する代表事例

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

本稿は、サイバー法学における、いわゆる「仲介者責任」(intermediary liability)を扱う。仲介者責任の論点とは、例えば後述する「蔵置プロバイダ」の利用者が著作権侵害コンテンツをプロバイダのサイトにアップロードした場合に、その蔵置プロバイダが、利用者による侵害行為の仲介者として民事責任等を負うべきか否かに関する論点である。

本稿の論点の範囲を更に絞って説明すれば、それは米国における著作権法の改正法である「1998年デジタルミレニウム著作権法」(Digital Millennium Copyright Act of 1998)(以下「^{ディー・エム・シー・エイ}DMCA」という。)の中の「Title II」の部分、すなわち 17 U.S.C. §512 が規定する「オンライン著作権侵害責任制限法」(Online Copyright Infringement Liability Limitation Act — OCILLA という。)の裁判所による解釈を扱う。この Title II of the DMCA、すなわち第 512 条は、いわゆる safe harbor provisions(セーフハーバ条項)として、これを遵守するプロバイダには著作権法上の免責を付与する旨を規定する——なお DMCA は四種類のプロバイダに関してセーフハーバ条項を規定するけれども¹、本稿の対象はいわゆる「蔵置プロバイダ」(利用者のコンテンツをその指示にしたがって蔵置するプロバイダ)である²。

しかし、蔵置プロバイダがこの免責を享受するためには、その前提として、幾つかの条件を蔵置プロバイダが満たしていなければならない仕組みになっている。本稿が紹介する事例にかかわるその規定の詳細部分は、後述 6 の「(1) DMCA 条文 (statutes)」の項に譲るが、満たさねばならない諸条件の中で日本でも有名なものとしては、いわゆる「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続がある。すなわち著作権利権側が、具体的に侵害ファイルを特定できる情報等を³、蔵置プロバイダに通知した場合、蔵置プロバイダがそのファイ

¹ いわゆる(a)「導管(土管?)プロバイダ」、(b)「システム・キャッシュ」、(c)「蔵置プロバイダ」、及び(d)「検索エンジン」の四種類である。17 U.S.C. §512(a), (b), (c), & (d).

² 主に *id.* §512(c)に規定されている。

³ ノーティスに含めねばならない事項については、*id.* §512(c)(3)(A)(i)-(vi)を参照。特に裁判例において、重要な情報としてそれを含め損ねると蔵置プロバイダ側に侵害資料排除の負担が課されないと解釈されがちな情報としては、対象侵害・被侵害資料を特定する情報((A)(ii)&(iii))、違法であると誠実に信じている旨の声明((A)(v))、及び、ノーティス記載情報が正確である旨の声明と偽証罪を担保とすつ著作権利権者の

ルを即座に排除(i.e., 削除しあるいはアクセスを無効に)する一連の手続をとれば、蔵置プロバイダが免責を享受できるとする規定である⁴。この「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続は非常に有名であるけれども、免責を享受するために蔵置プロバイダが満たさねばならない前提諸条件はこれだけに限られない。

まずは、免責のためのいわゆる「入り口的条件」(threshold conditions)として、反復的な侵害利用者を「適切な状況においては」(in appropriate circumstances)解除する方針を採用・周知し、かつ「理にかなって」(reasonably)実施していなければならない⁵。この入り口的条件を満たすことに加えて、蔵置プロバイダが免責を享受する条件として重要なのは、侵害に関する「知」の要素である。すなわち、前述のとおり「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続の場合には、ノーティスにより侵害を「知」られたコンテンツを排除せねばならないことに加えて、ノーティス無しでも具体的な侵害を知るような場合——これを **actual knowledge**(実際の認識)という。——には、自発的に排除をしなければ免責を享受できない⁶。もし具体的に侵害を認識していなくても、「侵害活動が明白な事実あるいは状況を知」っていた場合——これを **apparent knowledge**(明白な認識)や **constructive knowledge**(擬制認識)又は“**red flag**” test(『侵害の合図』の基準)という。——には、やはり自発的に排除しなければ免責を享受できない⁷。さらには、判例法(common law)上のいわゆる「代位責任」(vicarious liability)の法理に似て、「侵害活動を管理する権利と能力を有する場合に、侵害活動に直接帰するような財政的便益を得てはならない」という条件も課される⁸。もっとも、プロバイダ側から積極的に侵害事例を探し出す作為の負担——いわ

代理権限を有する旨の宣誓((A)(vi))、である。

⁴ *Id.* §512(c)(1)(C).

⁵ *Id.* §512(i)(1)(A). この threshold conditions 等の邦語による説明については、例えば、拙稿「インターネット法判例紹介(144回): *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*—DMCA セーフハーバ条件の『“red flag” test』を解釈したもう一つの代表事例—『国際商事法務』38巻5号,722頁,722頁(2010年5月)参照。なお、threshold conditions としては、もう一つ、以下のような規定がある。「accommodates and does not interfere with standard technical measures」17 U.S.C. §512(i)(1)(B)。しかしこの標準的技術対策は、§512(i)(2)(A)によって「technical measures that...have been developed pursuant to a broad consensus of copyright owners and service providers in an open, fair, voluntary, multi-industry standards process」(強調付加)と定義され、このコンセンサスは未だ達成されていないといわれている。Jonathan J. Darrow & Gerald R. Ferrera, *Social Networking Web Sites and the DMCA: A Safe-Harbor from Copyright Infringement Liability or the Perfect Storm?*, 6 NW. J. TECH. & INTELL. PROP. 1, 39 & nn. 122, 124 (2007)参照。更に、Michael S. Sawyer, Note, *Filters, Fair Use & Feedback: User-Generated Content Principles and the DMCA*, 24 BERKELEY TECH. L. J. 363, 371, 375-76 (2009)も参照(standard technical measures を明確に解釈した判例がほとんど存在しないと指摘)。なお、内閣府知的財産戦略本部コンテンツ強化専門調査会インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ「インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について(報告)」15頁(平成22年5月18日)available at http://www.kantei.go.jp/jp/singi/titeki2/tyousakai/contents_kyouka/siryou/20100601wg_houkoku.pdf (last visited Aug. 30, 2010) (「標準的な技術手段は、関係者の合意を前提としているが、...コンセンサスが得られる標準的な技術手段は存在しなかったため、実質化されることなく現在まで至っていないとの指摘がある」と記載されている)も参照。

⁶ 17 U.S.C. §512(c)(1)(A)(i)&(iii).

⁷ *Id.* §512(c)(1)(A)(ii)&(iii).

⁸ *Id.* §512(c)(1)(B).

ゆる一般監視義務⁹と呼ばれる負担——は課されていない¹⁰

それにしても以上のように、免責の前提としての諸条件が多く蔵置プロバイダに課されている理由は、著作権利権者側にとって有利な一定の作為・不作為をプロバイダが執行することと引換えに、一定の免責を享受するに至ったという、著作権利権者業界側とプロバイダ業界側との、(さらには利用者側との)間の、いわば「三方一両損」的な立法上の政治的妥協が存在すると推察される。

ところで以上の「セーフハーバ条項」は、これまで、サイバースペースの発展に一定の寄与をしたといわれるけれども、制定時には存在しなかった近年の、例えば動画投稿サイトや MySpace や Flickr 等に代表される、ユーザー作成コンテンツ (User-Generated Contents, UGC) の出現・繁栄や、いわゆる「Web.2.0」時代の到来とともに、利用者による著作権侵害事例も増加し、プロバイダによる侵害防止策の更なる実施・強化を求める声、著作権利権者側から大きく叫ばれるようになってきている¹¹。

ところでインターネット上の著作権侵害対策に関する近年のアメリカ著作権業界の政策は、ファイル交換の慣行の台頭とともに、まずは Napster¹² や Grokster¹³ 等の仲介業者を訴訟で違法化していく手段をとっていた¹⁴。その後、2003 年ごろから、個別の利用者を大量に提訴する戦略をとった。しかしこの戦略は[おそらくかえって悪評を生んだこと等を理由に]2008 年後半には終えんを告げた。そして近年とられるに至った戦略は、プロバイダに協力を求めて graduated response program を実行しようとするものである。その一つがいわゆる「スリー・ストライク」制¹⁵のプロバイダによる採用を推し進める政策である。

——もっとも米国国内での反発が強く予想されたために、スリー・ストライク制の推進は

⁹ 「義務」という文言の使用は理論的には不適切であり、本当は「(停止)条件」である点については、後掲脚注 28 参照。

¹⁰ 17 U.S.C. §512 (m)(1)。

¹¹ Steven Seidenberg, *Copyright in the Age of YouTube: As User-Generated Sites Flourish, Copyright Law Struggles to Keep Up*, A.B.A.J., Vol. 95, Feb. 2009, at 46, 48 を参照。

¹² 例えば、拙稿「インターネット法判例紹介(34回): *A & M Records v. Napster* 事件—ナップスターへの暫定的差止命令が支持(一部修正)された事例—」『国際商事法務』29 巻 3 号, 374~75 頁(2001 年 3 月)を参照。

¹³ 例えば、拙稿「インターネット法判例紹介(76回): *MGM Studio v. Grokster*—グヌーテラ等の分散型 P2P ソフト頒布者には寄与・代位責任が及ばないとされた事例—」『国際商事法務』32 巻 9 号, 1266~67 頁(2004 年 9 月); 拙稿「インターネット法判例紹介(86回): *MGM Grokster*—セントラル・サーバを用いない P2P ファイル交換ソフト頒布者であっても、著作権違反行為を導いていた場合には有責であると連邦最高裁が判断—」同 33 巻 7 号, 1006~07 頁(2005 年 7 月); 拙稿「インターネット法判例紹介(87回): *MGM Grokster* (同意意見)—P2P ファイル交換ソフト頒布者の責任に関する同意意見—」同 33 巻 8 号, 1156~57 頁(2005 年 8 月); 拙稿「インターネット法判例紹介(104回): *MGM v. Grokster* (差戻審)—「誘引原則 (inducement doctrine) の適用を認定した事例—」同 35 巻 1 号, 130~31 頁(2007 年 1 月)を参照。

¹⁴ 本文中のこの段落の記述の出典としては、Steven Seidenberg, *The Record Business Blues: The Recording Industry Seeks to Regain Its Groove with a New Approach to File-Sharing*, A.B.A.J., Vol. 96, June 2010, at 54, 56-59 (特にファイル・シェアリングを通じた楽曲の著作権侵害に対する著作権利権者団体の動きを記述)を参照。

¹⁵ 「three strikes」とは、著作権に反復して違反する利用者に対し、二回までは警告を与えて、三回目には利用契約を解除する制度・方針等のことをいう。Id. at 57.

専ら米国以外の国々で法制化する働き掛けを強めていたといわれている。しかし国外でもやはり、例えば、個人情報保護や基本的人権(通信の権利)の侵害の懸念等、反発が出ている——。あるいは違法なファイル交換の利用者に対して、プロバイダ経由で警告書を伝達してもらう活動も著作権団体は進めている。

以上の米国著作権業界による政策の影響は、確実に日本にも及んでいる。例えば個々具体的な著作権侵害を発見する負担や、反復侵害利用者対策への協力、さらには警告書をプロバイダが侵害利用者あてに伝達する旨の協力を、プロバイダ側に要請する政治的な働き掛けが日本でも顕著に見られる。すなわち、2010年2月から筆者が構成員を務めてきた内閣官房・知的財産戦略本部「インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策に関するワーキンググループ」においても、今、振り返って考えてみれば上述の動き(i.e., graduated response program 等)と同じ事柄が具体的に要求されて、報告書に盛り込まれるに至っている¹⁶。米国の著作権利権者が、国際条約交渉等を通じて、国内法では実施できない事項を実現させようとしていると示唆する論者もいること¹⁷を考慮すれば、日米における整合的な動向は興味深い。

ところで、米国において、利用者による著作権侵害を発見する負担をプロバイダ側に転嫁しようとする政治的試みは、国際条約交渉段階においてのみ見られる現象ではない。DMCA という実定法・制定法の解釈をめぐるでも、免責の前提条件として、著作権侵害を発見・防止する負担ができるだけ多くプロバイダ側に課されていると読むべきと主張される事件が近年、目に付くようになってきたのである。すなわち、著作権利権者が「ノーティス・アンド・テイクダウン」手続にたとえ厳格に従っていなくても、免責享受の前提として蔵置プロバイダ側は、著作権侵害を積極的・具体的に発見・防止する負担が一般的に課されていると、DMCA の条文を拡大解釈する試み(原告側の主張)が顕著である。そこで争点になるのが、蔵置プロバイダによる免責享受の前提条件として、利用者による著作権侵害ファイルを蔵置プロバイダはどこまで発見・防止しなければならないのかという「射程」である。

例えば、前述のとおり、蔵置プロバイダが侵害を「実際に認識」(actual knowledge) していた場合にはノーティスを受けずとも自発的に排除する負担が蔵置プロバイダにはDMCA 文言上課されているけれども、「認識していた場合」とはいかなる場合を意味するのか。そもそも投稿サイトでは侵害が多いという「一般的認識」を有していただだけでも「認識していた場合」に該当して具体的な侵害を発見・防止せねばならなくなるのか。又は、

¹⁶ 一般に、「インターネット上の著作権侵害コンテンツ対策について(報告)」 *supra* note 5 (ACTA—模倣品・海賊版拡散防止条約—交渉への日本の対応の一環として、ネット上の著作権侵害対策にプロバイダからの更なる協力を求める内容となっている); Seidenberg, *The Record Business Blues*, *supra* note 14, at 57-59 を参照。

¹⁷ Seidenberg, *The Record Business Blues*, *supra* note 14, at 57-59 (米国国内におけるプロバイダへの働き掛けや ACTA の交渉内容を秘密裏に行うことで、国内の反発をかわしつつ、国際的な権利強化を図っていると示唆)を参照。

やはり前述のとおり、侵害活動が明らかな事実あるいは状況を知っていた場合には、「認識していた」と擬制される文言が、“red flag” test(『侵害の合図』基準)として DMCA に規定されているけれども、「侵害活動が明らかな事実を知っていた場合」とはどのような場合をいうのか。以上のような争点について、著作権者側は、プロバイダによる侵害発見・防止の負担をなるべく多く・広く課す解釈を主張する傾向が、近年の事例では顕著になってきているのである。

以上の争点に関する幾つかの事例を筆者は最近、『国際商事法務』誌上に十数年の間、百数十回にわたって毎月執筆している「インターネット法判例紹介」を通じて発表してきた。そして興味深いことに、裁判例はほぼ一貫して、侵害発見の負担が専ら著作権者側に課されているのであって、これをプロバイダ側に転嫁することを DMCA は許してはいないと解釈していることを発見するに至った。この裁判例の傾向を、日本の読者にも理解していただく一助として、今回は、筆者による未発表事例である UMG レコーディング社 対 ヴィオ・ネットワークス社(*UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc.*)事件の概要を、特に当報告書用書き下ろすことにした。

本稿を読めば、米国においてさえも、プロバイダには具体的な侵害ファイルを発見する負担が転嫁されていない司法解釈の現状が理解されるであろう。

2 UMG 事件名

本件の事件名は、以下のとおりである。

UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc., 665 F.Supp.2d 1099 (C.D. Cal. 2009).

上の出典表示が表すように、担当裁判所は、連邦地方裁判所カリフォルニア中央地区である。

3 UMG 事件の事実 (facts)

一方の原告 Universal Music Group (UMG)(以下「 π 」という。)は、複数の著作物を管理している¹⁸。他方の被告 Veoh Networks, Inc. (以下「 \triangle 」という。)は、利用者が動画を共有できるサイトを運営している会社である¹⁹。

\triangle は、利用者にタダで役務を提供しており、利用者が増加した段階で広告宣伝の利益を得ようとしていた²⁰。 \triangle の利用規約(terms of use)は、利用者による著作権侵害コンテンツのアップロードを禁じ、違反コンテンツを排除する権利や、反復侵害者を解除する権利を

¹⁸ *UMG Recordings, Inc. v. Veoh Networks Inc.*, 665 F.Supp.2d 1099, 1100 (C.D. Cal. 2009).

¹⁹ *Id.*

²⁰ *Id.* at 1102.

留保する旨が記載されていたばかりか、△のサイトには利用者向けの侵害禁止等の警告が表示されるようになっていて、著作権侵害のノーティスを受け付ける方法も記載されていた²¹。実際、△は何千という反復侵害者を解除している²²。△が利用者コンテンツを事前に審査することはなかったけれども、ノーティス・アンド・テイクダウン手続に従ったノーティスを受けた場合には、即日又は翌日までには排除していた²³。△は以前から自動的に侵害コンテンツを防止するシステムの導入に積極的で、指紋 (fingerprint) 技術を用いたオーディブルマジック (Audible Magic) と呼ばれるフィルタリング技術も後に導入したけれども、すべての侵害コンテンツを防止できるほどの精度は欠いていた²⁴。

πは△に対し訴えを提起し、著作権の直接侵害 (direct infringement)、寄与侵害 (contributory infringement)、代位侵害 (vicarious infringement)、及び侵害の誘引 (inducement of infringement)²⁵を主張した²⁶。△は、DMCA の第 512 条(c) [蔵置プロバイダに関するセーフハーバ条項の免責] を理由に、被告勝訴のサマリー・ジャッジメント (summary judgment) を申し立てた²⁷。

4 UMG 事件の争点 (issues)

利用者の投稿コンテンツに依拠する△のような役務において、著作権侵害を取り締まる義務 [i.e., 負担] の射程が DMCA 上どこまで及ぶのか²⁸。具体的な争点は、△が免責を享受するための前提条件である以下を△は満たしたか否か： (1) 侵害物を実際に認識した (actual knowledge) とし、あるいは侵害活動が明らかな事実を知っていた (awareness of facts from which infringing activity was apparent) とし、即座に排除したか、(2) 直接財政的便益を得ている侵害活動を管理する権利と能力を有していなかったか、及び (3) 反復侵害者を解除する方針を採用し、かつ理にかなって実施したか²⁹。

²¹ *Id.*

²² *Id.* at 1103.

²³ *Id.* at 1102.

²⁴ *Id.* at 1103.

²⁵ 「誘引原則」 (inducement doctrine) については、例えば、拙稿「*MGM v. Grokster* (差戻審)」 *supra* note 13 を参照。

²⁶ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1100.

²⁷ *Id.* at 1101.

²⁸ *Id.* なお原文は、「degree on the extent to which the DMCA obligates internet-based services like Veoh...」 (emphasis added) となっていて、当原稿の本文中ではこれに従い「義務の射程」 (強調付加) としておいた。しかし、理論的には、「義務」というよりもむしろ「前提(停止)条件」 (conditions precedent) [を満たす負担] と理解すべきと思われる。なぜならば、この条件は、あくまでもセーフハーバ免責を得るための前提条件であって、仮にプロバイダが免責を得たくなければ、条件を満たす「義務」を負わないからである——つまり放棄することが可能な事項である——。すなわち、仮に△がその条件を満たさなくても、即有責となる訳ではないと思われ、その際には、別途、主に判例法を適用して、果たして△の不作为が有責にあたるか無責かが判断されることになると思われる。なお、義務と条件の理論的な相違については、例えば、拙著『体系アメリカ契約法—英文契約の理論と法務』 §12-02, at 446~77 頁 (中央大学出版部 2009 年) を参照。

²⁹ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1105-06.

5 UMG 事件の結論 (conclusion)

前掲の具体的争点となっていた諸条件(1)~(3)のすべてを△は満たしており、△勝訴のサマリー・ジャッジメントの申立を認容する³⁰。

6 UMG 事件における主な適用法 (rules applied)

本件の法廷意見(court opinion)の中で引用された法源(authorities)の中でも、主要と思われるものを、以下掲げておく。

(1) DMCA 条文 (statutes)

本件に関連する DMCA 条文として直接引用されている部分は、主に以下のとおりである³¹。なお下線は本件裁判所が付加したものであり、△が遵守していないと主張されている部分を表している³²。

[以下、蔵置プロバイダに関する第 512 条(c)からの引用部分。その要旨は前述のとおりである]

(1) In general. - A service provider shall not be liable for monetary relief, or, except as provided in subsection (j), for injunctive or other equitable relief, for infringement of copyright by reason of the storage at the direction of a user of material that resides on a system or network controlled or operated by or for the service provider, if the service provider -

(A)

(i) does not have actual knowledge that the material or an activity using the material on the system or network is infringing;

(ii) in the absence of such actual knowledge, is not aware of facts or circumstances from which infringing activity is apparent; or

(iii) upon obtaining such knowledge or awareness, acts expeditiously to remove, or disable access to, the material;

(B) does not receive a financial benefit directly attributable to the infringing activity,

³⁰ *Id.* at 1118 を参照。

³¹ *Id.* at 1106.

³² *Id.*

in a case in which the service provider has the right and ability to control such activity; and

(C) upon notification of claimed infringement as described in paragraph (3), responds expeditiously to remove, or disable access to, the material that is claimed to be infringing or to be the subject of infringing activity.

(2) Designated agent. - The limitations on liability established in this subsection apply to a service provider only if the service provider has designated an agent to receive notifications of claimed infringement described in paragraph (3), by making available through its service, including on its website in a location accessible to the public, and by providing to the Copyright Office, substantially the following [contact] information:

* * * [中略]

(3) Elements of notification. -

(A) To be effective under this subsection, a notification of claimed infringement must be a written communication provided to the designated agent of a service provider that includes substantially the following ... [describes requirements]

[以下、略]

17 U.S.C. §512(c) (emphasis added).

[以下、プロバイダが免責を享受するための入りの条件の一つである第 512 条(i)からの引用部分]

(A) has adopted and reasonably implemented, and informs subscribers and account holders of the service provider's system or network of, a policy that provides for the termination in appropriate circumstances of subscribers and account holders of the service provider's system or network who are repeat infringers; and

(B) accommodates and does not interfere with standard technical measures.

17 U.S.C. §512(i)(1) (emphasis added).

(2) 立法議事録 (legislative history)

本件は制定法の解釈をめぐる紛争ゆえに、立法者意思が重視され、法案審議時の上院・下院の関連委員会における議事録が多く引用されている。以下、重要と思われるものだけ挙げておく。

- H.R. Rep. 105-551 (II), at 53, 57 (July 22, 1998) (プロバイダは監視の負担を課されず、積極的に侵害活動を探知する負担も課されない)³³ .
- S. Rep. 105-190, at 1-2, 8, 19 (May 11, 1998) (DMCA の法目的は、デジタル時代の電子商取引、コミュニケーション、リサーチ、発展、及び教育を促進させること、及び、電子商取引の継続的発展とインターネットの成長を促すように、コンテンツ所有者、オンラインとその他の役務プロバイダ、及び情報利用者の間の利益のバランスを図ることであると指摘。さらに、プロバイダの責任を制限することにより、インターネットの効率性が継続することと、インターネット上の役務の多様性と質が継続して発展することとを、DMCA が確かなものにする³⁴ (「当委員会は、[代位責任等の]判例法理の完全な明確化に乗り出すよりも、現在の[判例]法をその発展する姿のままにすることを決め、むしろ、プロバイダに共通する一定の諸活動について複数のセーフハーバを創作することに決めた。セーフハーバに該当するプロバイダは責任制限の便益を享受するのである。」(下線は本件裁判所が付加))³⁵

(3) 裁判例 (case law)

主に以下の裁判例が、根拠・出典として記載されている。

- *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.*, 586 F.Supp.2d 1132 (N.D.Cal. 2008) (Veoh のサイト内の侵害をすべて規制 (police) するほどの負担を DMCA は Veoh に課していないし、Veoh は DMCA を遵守する strong policy を保持・実施していたと認定し、セーフハーバ条項の免責を享受するための条件を満たした旨の立証責任を Veoh が果たしたと結論付けている)³⁶ なお、本件の概要は筆者が既に『国際商事法務』誌において紹介しているので、そちらも参照してほしい³⁷。

³³ *Id.* at 1108.

³⁴ *Id.* at 1111.

³⁵ *Id.* at 1115.

³⁶ *Id.* at 1104.

³⁷ 拙稿「インターネット法判例紹介(146回) : *Io Group, Inc. v. Veoh Networks, Inc.* —DMCA セーフハーバ条件の『“red flag” test』を解釈した更なる代表事例—」『国際商事法務』38巻7号, 1006~07頁 (2010年7月)。

- *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*, 488 F.3d 11102 (9th Cir. 2007) (侵害を具体的に特定する負担を DMCA は専ら著作権者側に課している等と指摘し、例えば真に侵害しているか否かが調べなければ判明しないような状況では red flag とはいえないと判断)³⁸ (反復侵害者に対し DMCA はプロバイダが多様な手続をとることを許容していて、「適切な状況において」反復又は露骨に著作権を侵害する利用者を解除すれば手続の執行は理にかなっていると指摘)³⁹ (利用者の侵害を誠実に信じる声明の記載を欠いた瑕疵あるノーティスをプロバイダが受けても、プロバイダが利用者を解除しなければならない根拠とはならないと指摘)⁴⁰ なお、本件の概要も、筆者が既に『国際商事法務』誌において紹介しているので、そちらも参照してほしい。⁴¹
- *Corbis Corp. v. Amazon.com, Inc.*, 351 F.Supp.2d 1090 (W.D. Wash. 2004) (red flag とは、理にかなった人が事実からいかに推認できるかを問うているのではなく、明白な事実にもかかわらず侵害を放置しているような場合に限定されると指摘。)⁴² (侵害資料を選択採用する意図がなく、かつ、掲載前にプレビューしたり、商品記述を編集したり、売値を示唆したり、その他の販売行為に関与しなかったときには、利用者を解除できただけでは、プロバイダが侵害活動を「管理する権利と能力」を有していないと指摘。)⁴³ (利用者を規制する積極的な義務[i.e.,条件を満たす負担]がそもそもプロバイダに課されていないのだから、適切な侵害[対策]方針の懈怠とされるためには、利用者による故意で営利目的の、露骨で反復した侵害を実際に知らしめる十分な証拠にもかかわらずプロバイダがその利用者を解除し損なった事態を示さなければならない。)⁴⁴ (たとえ著作権者が利用者の侵害を誠実に信じる旨の声明をノーティスに記載していても、その信じていることが誤りかもしれないから、そのような声明だけでは利用者による露骨な侵害の証拠とはならず、したがって利用者を解除しなければならない根拠にもならない。)⁴⁵ (キーワードとなる「反復侵害者」が条文において定義されていないのは、排除方針とその執行義務[i.e.,条件の負担]を緩やかに定義する[立法者の]意思を示していると指摘)⁴⁶ . なお、本件の概要も、筆者が既に『国際商事

³⁸ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1108.

³⁹ *Id.* at 1117.

⁴⁰ *Id.*

⁴¹ 拙稿「インターネット法判例紹介(143回) : *Perfect 10, Inc. v. CCBill LLC*—DMCA セーフハーバ条件の「red flag test」を解釈した代表事例—」『国際商事法務』38巻4号, 562~63頁(2010年4月).

⁴² *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1108.

⁴³ *Id.* at 1114-15.

⁴⁴ *Id.* at 1117.

⁴⁵ *Id.*

⁴⁶ *Id.* at 1118.

法務』誌において紹介しているので、そちらも参照してほしい⁴⁷。

- *Hendrickson v. eBay, Inc.*, 165 F.Supp.2d 1082 (C.D.Cal. 2001) (直接財政的便益を得ている侵害活動を「管理する権利と能力」を有していたか否かに関し、DMCA が正に要求した行為に関与したことをもってプロバイダが免責を失うような解釈を議会が意図したはずはないと指摘)⁴⁸ (侵害物を排除したり、自主的に監視していても、それゆえにかえって「管理する権利と能力」を有すると解釈されて免責を失うことはないと分析)⁴⁹。なお、本件の概要も、筆者が既に『国際商事法務』誌において紹介しているので、そちらも参照してほしい⁵⁰。
- *Ellison v. Robertson*, 189 F.Supp.2d 1051 (C.D.Cal. 2002), *aff'd in part and rev'd in part on different grounds*, 357 F.3d 1072, 1079 n.10 (9th Cir. 2004) (プロバイダが侵害活動を「管理する権利と能力」を有していたといえる前には、侵害物を削除しアクセスをブロックする単なる能力を超えることを DMCA は要求していると指摘)⁵¹。
- *Perfect 10, Inc. v. Cybernet Venture, Inc.*, 213 F.Supp.2d 1146 (C.D.Cal. 2002) (「管理する権利と能力」には、利用者を排除できる能力を超えた「何か」—something more—が必要であり、Cybernet 社はその「何か」に該当する行為として、サイトを事前にプリスクリーニングし、サイトに広範囲なアドヴァイスを与え、その他様々な管理を施していた等と指摘)⁵²。

(4) その他、二次的法源 (secondary authorities)

裁判所を拘束する法ではないけれども、任意に裁判所が権威として参照できる資料として、主に以下(有名な著作権法の基本書—treatise—)を根拠・出典表記している。

- DAVID NIMMER, NIMMER ON COPYRIGHT (2009) (例えば、knowledge 条件に関し、そもそもセーフハーバ条項の免責は affirmative defense⁵³なので、不知に関する立証

⁴⁷ 拙稿「*Corbis*」 *supra* note 5.

⁴⁸ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1113.

⁴⁹ *Id.*

⁵⁰ 拙稿「インターネット法判例紹介(148回): *Hendrickson v. eBay Inc.* —利用者の著作権侵害に関するオークション・サイトのセーフハーバ免責が初めて連邦裁判所で争われた事例—」『国際商事法務』38巻9号,1306~07頁(2010年9月)。

⁵¹ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1114.

⁵² *Id.*

⁵³ 「affirmative defense」とは、被告側が主張・立証責任を負う抗弁事由を意味する。例えば、拙著『アメリカ不法行為法—主要概念と学際法理』124-25頁(中央大学出版部2006年)を参照。

負担をまずは被告に課すものの、証言等でこれを満たせば、次は、反証責任が原告に転嫁されて、原告としては被告の knowledge の存在という難しい立証を負担させられることになる」と指摘。なお、ノーティス・アンド・テイクダウン手続を遵守したノーティスを原告が怠った場合には、被告の actual knowledge あるいは red flag を立証するという難しい負担を果たさない限り原告に勝ち目は無く、瑕疵あるノーティスを原告が送付した場合にもそのノーティスとは独立した証拠で被告の actual knowledge あるいは red flag を立証しない限り勝ち目がない等と指摘)⁵⁴。

7 UMG 事件の判決理由 (rational)

以下、争点ごとに分けて判決理由を紹介する。

(1) 実際の認識、又は明らかな事実を知っていたこと

ア 侵害物を実際に認識していたか — actual knowledge について

侵害の事実を実際に認識していた場合には、免責を享受する前提条件として、即座に排除しなければならないとする争点に関し、 π は、以下のように、 Δ が侵害の事実を実際に認識していたにもかかわらず、即座の排除を怠ったと主張している。すなわち、著作権の保護の対象たる楽曲を蔵置したのだから Δ は侵害の actual knowledge を有していた、と π は主張する。しかし、そもそもインターネット上のほとんどのコンテンツが著作権の保護の対象であることを考えれば、仮に著作物を蔵置しているという一般的な知識ゆえに actual knowledge の認定を許してしまえば、蔵置プロバイダのセーフハーバ条項の免責が無意味になってしまうし、ノーティスをしなくてもプロバイダが免責されないことになるからノーティス・アンド・テイクダウン手続も無意味になるし、真の actual knowledge の規定も constructive knowledge の規定も無意味になってしまう⁵⁵。そもそも著作権の保護の対象たる楽曲を蔵置しても、それが必ずしも侵害物である訳ではなく、したがってそれだけで侵害の actual knowledge が構成される訳でもない⁵⁶。

さらに π は、侵害物名（楽曲名）を特定せずに、侵害されたアーティスト名だけ記載したノーティスを送付していたことから、 Δ がそのアーティスト名を手掛かりとして侵害物の actual knowledge を得るべきだったと主張する。その根拠として π は、ノーティスの内容として、場合によっては a *representative list of such works* (強調は本件裁判所が付加)さえ記載すればよいという規定⁵⁷に依拠している。しかし、規定が要求している記載内容は「著作物」(works)の代表的リストであって、アーティストの名前を記載すればよいとは規定して

⁵⁴ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1107.

⁵⁵ *Id.* at 1107-08.

⁵⁶ *Id.* at 1108.

⁵⁷ 17 U.S.C. §512(c)(3)(A)(ii) (“a valid notice must include “[i]dentification of the copyrighted work claimed to have been infringed, or, if multiple copyrighted works at a single online site are covered by a single notification, a *representative list* of such works at that site.”(emphasis added)).

いない⁵⁸。更に問題なのは、ノーティスの内容には侵害物を発見するに足る十分な情報も盛り込まねばならないとする規定部分⁵⁹を、 π が指摘し損なっていることである⁶⁰。侵害物を探索する負担を Δ に課せば、侵害物特定の負担が専ら著作権者に課されるとした *CCBill* 事件の示した原則に反してしまう⁶¹。さらに第 512 条(c)(3)(B)も、実質的に瑕疵あるノーティスはプロバイダの actual knowledge / apparent knowledge の認定の際に考慮してはならないと明確に規定⁶²している。

イ 侵害活動が明らかな事実を知っていたか —— apparent/constructive knowledge 又は“red flag” test について

侵害の事実を実際に認識していない場合でも、侵害が明らかな事実を知っていた場合には、やはり免責を享受する前提条件として、即座に排除をしなければならないとする争点（いわゆる apparent knowledge や constructive knowledge あるいは“red flag” test）に関し、 π は、 Δ が侵害の明らかな事実を知っていたにもかかわらず 即座の排除を怠ったと主張している。しかし例えば *illegal.net* のように侵害を示唆する表題がサイトに付されていてさえも、その程度では red flag とは解釈されないと *CCBill* 事件が apparent の範囲を非常に狭く解釈している点は、侵害を発見・特定する負担を専ら著作権者側に課しているもう一つの証左である⁶³。

ところが π は、 Δ のシステム上で広く侵害が生じていることが公知であるから、免責を Δ が享受できないと主張する。しかし「侵害に関する一般的な知識」(general awareness of infringement)程度だけで免責を享受できないとする先例は存在しない⁶⁴。仮に一般的な知識だけで red flag が成立すると解釈すれば、そもそもインターネットの発展のためにプロバイダに免責を付与した DMCA の法目的——前掲 S. Rep. 105-190 に示されている——に反してしまう。

π はさらに、自動的に侵害コンテンツを防止する fingerprint 技術を用いた Audible Magic の導入を Δ が意図的に遅らせることにより、侵害の knowledge の取得を Δ が[わざと]避けたと主張する。しかし、DMCA 上プロバイダがフィルタリング技術を導入する義務[i.e.,

⁵⁸ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1110.

⁵⁹ 17 U.S.C. §512(c)(3)(A)(iii).

⁶⁰ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1110.

⁶¹ *Id.*

⁶² 17 U.S.C. §512(c)(3)(B) (“[notices that fail to comply substantially with 512 (c)(3)(A) shall not be considered ... in determining whether a service provider has actual knowledge or is aware of fact or circumstances from which infringing activity is apparent.”).

⁶³ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1111.

⁶⁴ *Id.* なお原文の脚注 17 では、 π が *A&M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 114 F.Supp.2d 896 (N.D.Cal. 2000), *rev'd in part and aff'd in part by* 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001)を引用しているけれども、同裁判例は侵害の一般的な認識が constructive knowledge を構成するとは述べていないし示唆さえしていない、と本件裁判所は断定している。加えて本件裁判所は、「Napster」においては侵害コンテンツの割合が 77%にも上っていたのに対し、本件においては僅か 5~10%にすぎないと指摘して、両事件の事実の相違も強調している。 *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1111 n.17.

条件の負担]は全く課されておらず⁶⁵、ましてや著作権者が好む特定の技術を導入する義務もないし、さらには著作権者が望む時間軸にそって導入する義務もないのである。さらに本件では、 π が好む Audible Magic を導入する前から Δ は自主的に別の技術も導入していたから、 Δ が侵害コンテンツを回避・制限しようとした good faith efforts は〔証拠により〕示されている。

(2) 直接財政的便益を得ている侵害活動を管理する権利と能力を有していなかったか

プロバイダが侵害活動を管理する権利と能力を有していたときに、侵害活動に直接帰する財政的便益を得ていない場合にのみ、免責を享受できる、と条文——第 512 条(c)——は規定している。当裁判所は、本件の Δ が「管理する権利と能力」を有していなかった、と以下のように認定する。

まず、プロバイダが単に[利用者のコンテンツを]排除する能力を有してただけでは、[侵害活動を]「管理する権利と能力」を有していた[ので免責を享受できない]と認定されるには不十分である⁶⁶。そのように解釈しなければ、以下のように他の条文との齟齬が生じてプロバイダは板ばさみになってしまう。すなわち、蔵置プロバイダに関する第 512 条(c)は、「プロバイダにより管理又は操作されるシステムあるいはネットワークにある資料の利用者の指示による蔵置を理由に著作権の侵害」(強調は本件裁判所による付加)が問題となる場合に、免責が適用されると規定している。さらにノーティスを受けた場合にもプロバイダは、即座に、削除やアクセスを無効にする作為を要求される。つまり排除する能力は、そもそも免責を享受するために不可欠な機能とされているのである。それにもかかわらず、その免責に不可欠な機能を有しているがゆえに〔侵害活動を〕「管理する権利と能力」を有して免責を享受できないと解釈されれば、矛盾が生じる⁶⁷。eBay 事件が指摘するように、DMCA が正に要求した行為に関与したことをもってプロバイダが免責を失うような解釈を議会が意図したはずはないのである⁶⁸。

Δ がフィルタリング・ソフトの実施を「管理する権利と能力」を有していたことも、また、 Δ が利用者のアクセスを管理でき得たことも、それ等ゆえに Δ が免責を享受できなくなる訳ではない⁶⁹。なぜならば、フィルタリングの利用可能性や、侵害者を検索して排除する能力があるゆえに、もし免責を享受できないと解釈すれば、結局は、それ等を実施する

⁶⁵ *UMG*, 665 F.Supp.2d at 1111. 原文は「UMG has not established that the DMCA imposes an obligation on a service provider to implement filtering technology at all, ...」(強調付加)と述べているけれども、理論的には「obligation」ではなく「condition」である旨は、筆者が前掲した通りである。*Supra* note 28 を参照。なお、DMCA の条文上は、標準的技術対策(a standard technical measure)導入の規定が存在しているけれども、その導入の前提として求められるコンセンサスが不成立ゆえに、実効性を有していない点についても、筆者が前掲した通りである。*Supra* note 5 を参照。

⁶⁶ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1112.

⁶⁷ *Id.* at 1112-13.

⁶⁸ *Id.* at 1113.

⁶⁹ *Id.*

ことが免責の条件と成ってしまう。しかし第 512 条(m)は、明確に、プロバイダによる監視や、侵害活動を示す事実の積極的な探知を、免責の条件にしてはならないと規定しているのである⁷⁰。

eBay 事件も同様に、過去に侵害物を排除していても、さらには自主的に明白な侵害を監視していても、[侵害活動を]「管理する権利と能力」を有していたと解釈されてはならないと判断し、その理由として、*eBay* のような企業がインターネット上の海賊行為と戦う自主的な努力に関与していたときに彼等に懲罰を課すような結論を議会は下さないはずであると指摘している。⁷¹

Ellison 事件も *eBay* 事件を洗練させて、「管理する権利と能力」の認定には、侵害物の単なる削除やアクセスのブロック能力を超える何かを要求すると述べている。⁷² *Cybernet* 事件も、排除する能力を超えた「何か」が必要と述べて、例えば[利用者の]サイトを事前にプリスクリーニングしたり、[利用者の]サイトに広範囲なアドヴァイスを与えたり、その他様々な管理を施していた等の行為が必要であるとしているが、本件ではいずれの要素も満たされていない。*Corbis* 事件も同旨である⁷³。

π は、判例法上の「代位責任」(vicarious liability)における管理要素に基づいて、DMCA の「管理する権利と能力」を解釈すべきと主張する⁷⁴。特に *Napster* 事件⁷⁵が示した二つの法原則である以下を本件にあてはめるよう π は主張する。すなわち、(1) いかなる理由であれ特定の環境への侵害者によるアクセスをブロックする能力は監督する権利と能力の証拠である、及び、(2) 代位責任を免れるためには、留保した管理権を最大限度執行しなければならない、とする二つの法原則である。しかし、DMCA 上の「管理」が何を意味するのかは[代位責任の判例法とは別に]、独立して制定法上の解釈が必要なことは言うまでもない⁷⁶。そして、*Napster* 事件の原則(1)である、アクセスをブロックする能力は、既に DMCA が免責の前提条件として第 512 条(i)(1)(A) ⁷⁷で要求しているから、更にこれを当裁判所が仮に本件に適用すれば、今度は「管理する能力と権能」の文言が冗長(redundant)になってしまう。さらに、*Napster* 事件の原則(2)を仮に当裁判所が本件に適用すれば、それは、監視や侵害活動の積極的な探知を免責の前提条件にしてはならないとする第 512 条(m)に反することに

⁷⁰ *Id.*

⁷¹ *Id.* 原文の脚注 19 は議会議事録を次のように引用している。「[t]his Legislation is not intended to discourage the service provider from monitoring its service for infringing material. Courts should not conclude that the service provider loses eligibility for limitations on liability under section 512 solely because it engaged in a monitoring program.」 H.Conf. Report 105-796 at 73, *reprinted in UMG*, 665 F.Supp.2d at 1113 n.19.

⁷² *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1114.

⁷³ *Id.* at 1114-15.

⁷⁴ *Id.* at 1115.

⁷⁵ *A & M Records, Inc. v. Napster, Inc.*, 239 F.3d 1004 (9th Cir. 2001). なお本件の邦語による紹介も、例えば、拙稿「*A & M Records v. Napster* 事件」*supra* note 12 を参照。

⁷⁶ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1115.

⁷⁷ §512(i)(1)(A)は、免責の前提としてプロバイダが反復侵害者解除方針の採用、周知、及び執行を求める条項である。

なる⁷⁸。上院の議事録——前掲 S.Rep 105-190, at 19——も、判例法上の基準から離れて「管理する権利と能力」を解釈する意図を明示している⁷⁹。

(3) 反復侵害者を解除する方針を採用し、かつ理にかなって実施したか

反復侵害者の解除を免責の前提条件とする争点に関して、自動的に侵害コンテンツを防止する fingerprint 技術を用いた Audible Magic でブロックされた利用者を、△が自動的に契約解除しなかったから、△は免責を享受できない、とπは主張する。しかし、Audible Magic は侵害発見の一助にはなるものの、これを盲信して排除[ましてや契約解除]が許されるほどの十分な信頼性は有していない⁸⁰。

ところで、ノーティス・アンド・テイクダウン手続上、ノーティスに含めねばならない要記載諸事項の中には、利用者の侵害を誠実に信じる旨の声明を記載すること等が含まれている。この記載を欠いたノーティスをプロバイダが受けても、たとえそこには具体的な侵害情報が含まれていてさえも、そのような瑕疵あるノーティスでは、プロバイダが利用者を契約解除しなければならない根拠とは成らない。これは *CCBill* 事件の判断である⁸¹。さらに *Corbis* 事件では、たとえ著作権者が利用者の侵害を誠実に信じる旨の声明を記載していても、その信じていることが誤りかもしれないから、利用者を契約解除する根拠としての利用者による露骨な侵害の証拠とはならない、とまで指摘されている⁸²。*CCBill* 事件によれば、違反を信じる声明を欠くノーティスでは契約解除するに不十分だとされるから、ましてや Audible Magic によるブロックだけでは、利用者の契約解除の根拠としては不十分なはずである⁸³。このフィルタリング技術の仕組みでは、利用者のビデオと、Audible Magic 社のデータベースとを比較してブロックするけれども、そもそも Audible Magic 社側のデータベースの正しさを△は認証できない⁸⁴。もしできるとしても、その負担を△に課すことは適切ではな[く、そのような不確かな情報を基に利用者を排除・解除することが免責の前提条件と解釈されるべきではな]い⁸⁵。

最初のノーティス内にたとえ利用者による複数の侵害が記載されていても、△はそこで契約を解除せず、二回目のノーティス受領後に解除していたことについて、πは異議を唱えている。⁸⁶ しかし、△によるその慣行が理にかなって適切ではないことを示す条文も、立法議事録も、さらには判例法もπは示していない。*Corbis* 事件が指摘するように、条文においてキーワードとなる「反復侵害者」は定義されておらず、これは、排除方針とその

⁷⁸ *UMG Recordings*, 665 F.Supp.2d at 1115.

⁷⁹ *Id.*

⁸⁰ *Id.* at 1116.

⁸¹ *Id.* at 1117.

⁸² *Id.*

⁸³ *Id.* at 1117-18.

⁸⁴ *Id.* at 1118.

⁸⁵ *Id.*

⁸⁶ *Id.*

執行義務[i.e.,条件の負担]を緩やかに定義する[立法者の]意思を示しているのである⁸⁷。

8 おわりに

以上、紹介してきたように本件はこれまでの先例を引用しながら、比較的詳細に、プロバイダ側の負担を狭く解釈する裁判例の立場の踏襲を明らかにしている点において、参考になる。なお本件は、この原稿の脱稿時からさかのぼること約一年前(2009年9月)に下されたにすぎないという、比較的新しい事例である。

しかし本件の後、更に新しく、かつ世間の注目を浴びていた「ヴァイアコム対ユーチューブ/グーグル」事件のサマリー・ジャッジメントがつい数か月前の2010年6月に公表され、ここでもやはりプロバイダ側の負担を非常に狭く解釈する立場が引き続き踏襲されたことを、ここに付言しておきたい。なお同事件の邦語による紹介は、拙稿「インターネット法判例紹介(147回): *Viacom Int'l Inc. v. YouTube* — 『“red flag” test』が引き続き狭く解釈された最新有名巨額賠償請求事件—」、『国際商事法務』38巻8号、1164～65頁(2010年8月)をご覧ください。

【本稿は、2010年9月に脱稿したものである。】

⁸⁷ *Id.*

第4章 放送に関する判例

英国のテレビ・ラジオ番組の視聴者・聴取者コンテストにおける不正行為と オフコム・コンテンツ制裁委員会

一橋大学法科大学院教授

ジョン・ミドルトン

1 はじめに

英国のオフコム(通信放送庁・Office of Communications, Ofcom)は、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関する権限を持っている。

本研究報告書(第一集)では、電波メディアに関するメディア・アカウントビリティ制度の代表的なモデルとして世界的に注目を集めてきているオフコムの機能、救済方法、実績、評価などについて考察した。その続編である本稿では、オフコムの活動の有名な実例として、そのコンテンツ制裁委員会(Content Sanctions Committee)が、2007年6月26日から2009年10月2日までの間に、テレビ・ラジオ番組の視聴者・聴取者コンテストにおける不正行為に対して下した19件の裁定の概要を簡単に紹介することにする。

2 視聴者・聴取者コンテストにおける不正行為に関する19件の裁定の概要

(1) 序

2008年5月8日に、コンテンツ制裁委員会は、2003年1月14日から2007年10月24日までの間に放送されたいくつかのテレビ番組の視聴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)¹などの双方向サービスを利用して抽選方法・結果を偽った民間放送事業者に対し、合計567万5,000ポンド(1ポンドを130円とすると、7億3,775万円)の課徴金(fines)を課した。その際、同委員会は、当該事業者が既に自ら調査を開始し、視聴者への補償金及びチャリティーへの寄附として780万ポンド(10億1,400万円)を支払うと約束していることを考慮に入れて安く算定したと

¹ これは、日本のダイヤルQ²に当たるサービスである。

ちなみに、ブリティッシュ・テレコム(British Telecom, BT)の固定電話からのプレミアム・レート電話サービスは、1回当たり又は1分当たり0.10~1.50ポンド(13~195円)かかる。それ以外のネットワークからの発信は、それより高い料金がかかることがよくある。

いう²。

国民があきれるほど、オフコムは、近年次々とそのようなねつ造・詐欺事件を暴露し、BBC 及び民間放送事業者に対して課徴金を課している。これらの事件が、本稿の対象である。

(2)各事件の申立て理由

本稿で取り上げる 19 件の裁定は、下記の⑨及び⑩を除き、いずれも当時の「オフコム放送綱領」(Ofcom Broadcasting Code) 第 2.11 条 (Rule 2.11) 違反に関するものである。同条は、当時、次のように規定していた。

「コンテストは公正に行われ、賞品は正確に説明され、ルールは明確であり、かつ、適切に知らせられるべきである。」

(“Competitions should be conducted fairly, prizes should be described accurately and rules should be clear and appropriately made known.”)

下記の⑨及び⑩は、視聴者・聴取者コンテストにおける不正行為(すなわち、第 2.11 条違反)ではなく、当該番組の中で視聴者による投票が行われた際、放送事業者が第 2.2 条に違反して、真実について視聴者に誤解を与えたとして申し立てられたものである。また、⑧は、第 2.2 条及び第 2.11 条の双方の違反に関するものであった。

第 2.2 条は、当初から次のように規定している。

「事実に基づく番組又は事実に基づく事項若しくはその描写は、実質的にその視聴者に誤解を与えてはならない。」

(“Factual programmes or items or portrayals of factual matters must not materially mislead the audience.”)

(3)各事件の制裁

この 19 件の裁定においては、コンテンツ制裁委員会は、BBC に対して合計 47 万 5,000 ポンド (6,175 万円)、また民間放送事業者やチャンネル・フォー(Channel Four)に対して合計 955 万 5,000 ポンド (12 億 4,215 万円)の課徴金を課した。さらに、12 件については、当該裁定の 1~3 回の放送が命じられた。

ちなみに、BBC に対して課徴金を課すことについては、同委員会は、それにより受信許可料(licence fee)を納める国民へのサービスが低下されることを意識して、民間放送事業者に対して課される課徴金に比べて低く定めているとのことである³。しかし、BBC をはじめ、すべての放送事業者が納める課徴金が国庫に入ることにより、間接的に国民(納税者)へ還付されることも事実である⁴。また、BBC に対して課される課徴金額は、実際に 2003 年

² Ofcom Annual Report 2008/9, 10-11, 20 and 50.

³ *Id.*, 11.

⁴ *Id.*

通信放送法(Communications Act 2003)第 198 条第 5 項及び BBC 協定書(BBC Agreement) 第 94 条の規定により、申立て 1 件当たり 25 万ポンド(3,250 万円)以下に制限されている。

この 19 件の裁定は、いずれも 21~32 頁にわたる長文であり、オフコムウェブサイト⁵からダウンロードできる。その対象となった番組は、それぞれ 2001 年 11 月 26 日から 2007 年 10 月 24 日までの間に放送されたものの、事件によっては放送から数年後に、その事情の調査が行われ、裁定が下されることになった。各事件の要旨は、次のとおりである。

(4)各事件の要旨

① 2007 年 6 月 26 日裁定 ファイヴに対して、30 万ポンド (3,900 万円) の課徴金及び放送命令 (裁定の 2 回の放送)

「ファイヴの難問」(Brainteaser on Five)、「メモリ・バンク」(Memory Bank) (ファイヴ、2003 年以降・特に 2007 年 1 月 25 日~2007 年 3 月 6 日の放送)

制作者は、「ファイヴの難問」というクイズ番組において、5 回にわたり当選者をねつ造することによって視聴者をだました。さらに、同番組及び「メモリ・バンク」という別の番組において、11 回も同様の不正コンテストを行った。

② 2007 年 7 月 9 日裁定 BBC に対して、5 万ポンド (650 万円) の課徴金

「ブルー・ピーター」(Blue Peter) (BBC1・CBBC、2006 年 11 月 27 日放送)

制作者は、BBC の子ども向け番組の生放送において、スタジオ訪問中の少年に、プレミアム・レート電話サービスによる視聴者コンテストの当選者を演じさせた。このねつ造・やらせに対する制裁は、4 万 5,000 ポンド (585 万円) の課徴金であった。

さらに、BBC は、コンテストが既に終了しているという警告なしで、同日、同番組を別のチャンネルで再放送した。これに対する制裁は、5,000 ポンド (65 万円) の課徴金であった。

③ 2007 年 9 月 26 日裁定 GMTV 社に対して、200 万ポンド (2 億 6,000 万円) の課徴金及び放送命令 (裁定の 3 回の放送)

「GMTV」 (チャンネル・スリー、2003 年 8 月~2007 年 2 月放送)

制作者は、プレミアム・レート電話サービスによる、トーク番組の視聴者コンテストにおいて、コンテストの途中ですべての決勝戦出場者を決定したり、電話発信者が平等にコンテストに参加できない不正選抜方法を用いたりした。

④~⑤ 2007 年 12 月 20 日裁定 (2 件) チャンネル・フォーに対して、合計 150 万ポンド(1 億 9,500 万円)の課徴金及び放送命令 (裁定の 3 回の放送)

⁵ その URL は、www.ofcom.org.uk となっている。

④ 「リチャード・アンド・ジュディー」(Richard & Judy)の「あなたは言う、私たちは払う」(You Say We Pay) (チャンネル・フォー、2001年11月26日～2007年2月15日放送)

⑤ 「ディール・オア・ノー・ディール」(Deal or No Deal) (チャンネル・フォー、2006年8月28日～2007年5月13日放送)

制作者は、プレミアム・レート電話サービスによる、トーク番組の視聴者ゲームにおいて、ゲームの途中ですべての決勝戦出場者を決定したり、電話発信者が平等にコンテストに参加できない不正選抜方法を用いたりした。これに対する制裁は、100万ポンド(1億3,000万円)の課徴金及び放送命令(裁定の3回の放送)であった。

さらに、制作者は、別の番組のゲームにおいて同じ選抜方法を用いた。これに対する制裁は、50万ポンド(6,500万円)の課徴金及び放送命令(裁定の3回の放送)であった。

⑥ 2008年5月8日裁定 LWTホールディングズ社に対して、300万ポンド
(3億9,000万円)の課徴金及び放送命令(裁定の2回の放送)

「アントとデックのサタデー・ナイト・テークアウェイ」(Ant & Dec's Saturday Night Takeaway) (ITV1、2003年1月14日～2006年10月21日放送)

制作者がコンテスト応募者の健康状態や場所を考慮に入れたため、その抽選方法は、無作為ではなかった。さらに、制作者は、視聴者に知らせないで、決勝戦出場者や当選者を事前に決定したり、途中でコンテストを終了させたりした。

⑦ 2008年5月8日裁定 LWTホールディングズ社に対して、120万ポンド
(1億5,600万円)の課徴金及び放送命令(裁定の2回の放送)

「アントとデックのゲームショー・マラソン」(Ant & Dec's Gameshow Marathon) (ITV1、2005年9月17日～10月29日放送)

制作者がコンテスト応募者の性格(電話での口調)や場所を考慮に入れたため、その抽選方法は、無作為ではなかった。また、SMS(携帯電話のショート・メッセージ・サービス)による応募が実際にカウントされたか否かは不明であった。

⑧ 2008年5月8日裁定 第2.2条及び第2.11条の違反があったとして、ITV2社に対して、27万5,000ポンド(3,575万円)の課徴金

「プレイデート」(Playdate)、「プレイアロング」(Playalong)、「ザ・ミント」(The Mint)、「メイク・ユア・プレイ」(Make Your Play)、「グリッターボール」(Glitterball) (ITV2+1、2006年12月12日～2007年10月24日放送)

民間放送事業者は、4つのクイズ番組の28回の再放送の際、その双方向コンテストが既に終了していること、及び、双方向デート番組(interactive dating programme)の3回の再

放送の際、当番組が生放送ではなく、したがってその機能が働かないことを視聴者に対して知らせなかった。

⑨ 2008年5月8日裁定 第2.2条違反があったとして、グラナダ・テレビジョン社に対して、120万ポンド（1億5,600万円）の課徴金及び放送命令（裁定の2回の放送）
「ソープスター・スーパースター」(Soapstar Superstar) (ITV1、2007年1月5日～13日放送)

制作者は、2007年1月5日に、警告なしで視聴者による投票を途中で終了させ、推定8回も視聴者の投票による選曲(song choice votes)を無視した。

⑩～⑰ 2008年7月30日裁定（8件） BBCに対して、合計40万ポンド（5,200万円）の課徴金及び放送命令（3件の裁定の2回ずつの放送）⁶

⑩ 「コミック・リリーフ」(Comic Relief) (BBC1、2007年3月17日放送) 4万5,000ポンド（585万円）の課徴金

⑪ 「スポーツ・リリーフ」(Sport Relief) (BBC1、2006年7月15日放送) 4万5,000ポンド（585万円）の課徴金

⑫ 「困っている子供たち」(Children in Need) (BBC1 スコットランド、2005年11月18日放送) 3万5,000ポンド（455万円）の課徴金

⑬ 「TMi」 (BBC2・CBBC、2006年9月16日放送) 5万ポンド（650万円）の課徴金及び放送命令（裁定の2回の放送）

⑭ 「ザ・リズ・カーショー・ショー」(The Liz Kershaw Show) (BBC6 ミュージック、2005年7月25日～2007年1月6日放送) 11万5,000ポンド（1,495万円）の課徴金及び放送命令（裁定の2回の放送）

⑮ 「ザ・ジョー・ワイリー・ショー」(The Jo Whiley Show) (BBC ラジオ1、2006年4月20日・2006年5月12日放送) 7万5,000ポンド（975万円）の課徴金及び放送命令（裁定の2回の放送）

⑯ 「ラッセル・ブランド」(Russell Brand) (BBC6 ミュージック、2006年4月9日放送) 1万7,500ポンド（227万5,000円）の課徴金

⑰ 「ザ・クレア・マクドネル・ショー」(The Clare McDonnell Show) (BBC6 ミュージック、2006年9月以降の放送) 1万7,500ポンド（227万5,000円）の課徴金

これらは、BBC がコンテスト当選者をねつ造したり、意図的にコンテストを不正に行ったりすることによって視聴者・聴取者をだました「非常に深刻な事件」とされている。制

⁶ *Broadcast Bulletin Issue No. 115* (11 August 2008).

作者は、視聴者・聴取者が当選する可能性が全くないことが分かった場合にも積極的に参加させた。例えば、既に完全に、又は一部収録されているラジオ番組の「生放送」において、聴取者が実際に参加できない偽りのコンテストが行われた。しかし、BBC 関係者は、（民間放送事業者の場合と違って）これによって利益（プレミアム・レート電話サービスからの収入）を得たわけではない。

これらの違反については、コンテンツ制裁委員会は、BBC にとって新記録に当たる合計 40 万ポンド（5,200 万円）の課徴金を課すことにした。

⑱ 2008 年 12 月 18 日裁定 BBC に対して、2 万 5,000 ポンド（325 万円）の課徴金及び放送命令（裁定の 1 回の放送）

「トニー・ブラックバーン」(Tony Blackburn) (BBC London 94.9FM、2005 年 12 月～2006 年 12 月放送)

BBC は、事前に収録されたラジオ番組の「生放送」において 5 回にわたり偽りのコンテストを行った。

⑲ 2009 年 10 月 2 日裁定 第 2.2 条違反があったとして、チャンネル TV 社に対して、8 万ポンド（1,040 万円）の課徴金及び放送命令（裁定の 1 回の放送）

「ブリティッシュ・コメディ賞 2004」(British Comedy Awards 2004) (ITV1、2004 年 12 月 22 日放送)

「ブリティッシュ・コメディ賞 2005」(British Comedy Awards 2005) (ITV1、2005 年 12 月 14 日放送)

制作者は、2 年連続で視聴者によるピープルズ・チョイス賞(People's Choice Award)のための投票を、視聴者（投票者）に知らせないで途中で終了させた。これに対する制裁は、4 万 5,000 ポンド（585 万円）の課徴金及び放送命令（裁定の 1 回の放送）であった。

さらに、2005 年に、その制作者は、同賞の投票結果を無視して別の者に対して賞を与えた。これに対する制裁は、3 万 5,000 ポンド（455 万円）の課徴金及び放送命令（裁定の 1 回の放送）であった。

3 最近の動き—「オフコム放送綱領」の改正

「オフコム放送綱領」は、2009 年 12 月 19 日及び 2010 年 9 月 1 日に大幅に改正され、その結果、「被害と不快」(Harm and offence)に関する第 2 章の規定は以前より詳細なものになっている。その中で「放送におけるコンテストと投票」(Broadcast Competitions and Voting)に関する第 2.13 条～第 2.16 条は、現在、次のように規定している⁷。

⁷ その原文は、次のとおりである。

“2.13 Broadcast competitions and voting must be conducted fairly.

「第 2.13 条 放送におけるコンテスト及び投票は、公正に行われなければならない。

第 2.14 条 放送事業者は、視聴者・聴取者が、放送におけるコンテスト又は投票について実質的に誤解を招かされないことを確保しなければならない。

第 2.15 条 放送事業者は、放送におけるコンテスト又は投票のために規則を策定しなければならない。これらは、明確であり、適切に知らせられなければならない。特に、視聴者・聴取者が参加するか否か決めるに当たってその判断に影響を及ぼすような重要な条件は、参加への勧誘が放送される際に明示されなければならない。

第 2.16 条 放送におけるコンテストの賞品は、正確に説明されなければならない。

(子どものための適切な商品の提供に関する「第 1 章・未成年の保護」の中の第 1.30 条の規定も参照。)

注 プレミアム・レート電話サービス(PRS)の使用を伴う、放送におけるコンテスト及び投票については、放送事業者は、第 10.9 条～第 10.12 条をも参照すべきである。

「放送におけるコンテスト」の定義

視聴者・聴取者が賞品を得る機会を得るためにあらゆる方法により参加するよう勧誘される、番組の中で紹介されるコンテスト又は無償くじ引き。

「投票」の定義

視聴者・聴取者があらゆる方法によりコンテストの結果を決めるか、又はそれに影響を及ぼすために投票するよう勧誘される番組の一部。」

ちなみに、第 2.16 条の「注」で言及されている第 10.9 条～第 10.12 条は、「第 10 章・商品への言及、その他」(Section 10: Commercial References and Other Matters)の中で「プレミアム・レート番号」の使用について規定している部分である。これらは、このような事件の対策として、2010 年 9 月 1 日に大幅に改正された。

このほかに、オフコムは、「行動綱領」の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

“2.14 Broadcasters must ensure that viewers and listeners are not materially misled about any broadcast competition or voting.

“2.15 Broadcasters must draw up rules for a broadcast competition or vote. These must be clear and appropriately made known. In particular, significant conditions that may affect a viewer’s or listener’s decision to participate must be stated at the time an invitation to participate is broadcast.

“2.16 Broadcast competition prizes must be described accurately.

“(See also Rule 1.30 in Section One: Protecting the Under-Eighteens, which concerns the provision of appropriate prizes for children.)

“Note:

“For broadcast competitions and voting that involve the use of premium rate services (PRS), broadcasters should also refer to Rules 10.9 to 10.12.

“Meaning of ‘broadcast competition’:

“A competition or free prize draw featured in a programme in which viewers or listeners are invited to enter by any means for the opportunity to win a prize.

“Meaning of ‘voting’:

“Features in a programme in which viewers or listeners are invited to register a vote by any means to decide or influence, at any stage, the outcome of a contest.”

拘束するものではない。2009年12月16日に公表された「ガイダンス注釈—第2章」の中の第2.13条～第2.16条関連の説明は、8頁に及ぶものである⁸。

4 おわりに

日本においては、このような放送事業者によるプレミアム・レート電話サービスの濫用はほとんどないようであるが、2000年代の英国の深刻な状況は、社会問題として興味深く、また、当然のこととしてBBCのような公共放送事業者に対しても巨額の課徴金を課しているOfcomの厳格な態度は、印象的かつ教訓的である。その厳格な態度のために、消費者としての視聴者・聴取者兼電話サービス利用者の利害が適切に守られていると、私は確信している。

本稿では、この19件の事件について簡単に紹介したにすぎないけれども、日本ではあまり知られていないテーマとして、今後日本の研究者の参考やヒントになれば、幸いである。

参考文献

Ofcom Annual Report 2007/8, 20-21

Ofcom Annual Report 2008/9, 10-11, 20 and 50

Ofcom Annual Report 2009/10, 42-43

⁸ *Ofcom Guidance Notes – Section 2: Harm and Offence* (Issue Nine, 16 December 2009), 6-13.

米国におけるケーブル所有規制と合衆国憲法修正第 1 条

明治大学法学部准教授

佐々木秀智

1 はじめに

米国の電子メディア市場においてケーブル (cable television) の占める割合は、極めて高い。したがって、米国の電子メディア法制を研究するに当たっては、ケーブルの存在を無視することはできない。

また、米国において言論・プレスを保障する合衆国憲法修正第 1 条に関する理論を前提として、1934 年通信法 (Communications Act of 1934) においてメディア別の理論が構築され、同法に基づいて連邦通信委員会 (Federal Communications Commission, FCC) が電子メディア規制を実施してきた。我が国におけるこれまでの米国のメディアの言論の自由に関する研究においては、専ら (地上波) 放送 (broadcasting) のみに焦点が当てられてきた¹。米国においては、本稿で検討するように、放送とは別に、「ケーブル」独自の法理論が構築されてきており、放送ではなく、ケーブルに関する法理論が、電子メディア規制の議論の中心となっている。このことは、後述のように米国の電子メディア市場におけるケーブルのシェアを考慮すれば、当然のことといえる。したがって、米国の電子メディア規制と言論の自由の問題について考える場合には、メディアによって自由の享有の在り方が異なることを十分に意識し、放送のみをもって、この問題を検討することは避けなければならない、ケーブルの検討も必要不可欠である。

さらに電子メディア規制と言論の自由を検討する場合には、問題となっているメディアの言論の自由を明確にし、それに基づいて問題となっている規制の合憲性判断基準を構築し、具体化する必要がある。従来我が国の議論においては、米国の判断基準を基本的に継受しつつも、抽象論での検討に終始し、結局、具体性、実効性のあるものとなっているとは言い難い。ここで重要なのは、その基準が、どのようなメディアに適用され、またそれぞれの個別の基準の適用において、いかなる要素が考慮されているのかを詳細に検討することである。このような議論状況から、特に電子メディア規制において一般的に用いられる、所有規制等の経済法的手法を用いた規制に関する言論の自由の観点からの検討は、十分にはなされてこなかった。

そこで本稿は、ケーブルにおいて実施されてきた所有規制について、ケーブルの修正第 1

¹ 合衆国憲法修正第 1 条の保障が及ぶ電子メディアとしては、放送、ケーブルの他に、衛星放送 (Direct Broadcasting Satellite, DBS)、通信事業者による映像配信サービス (Open Video Service) があり、それぞれに独自の言論の自由理論が構築されている。このこと及び我が国での議論状況については、拙稿「アメリカにおける電子メディア規制と言論の自由論」情報通信学会誌 94 号 (2010 年) 34 頁以下参照。

条上の位置づけを明らかにした上で、個別の所有規制が修正第 1 条との関係で、どのように議論されているのかを検討する²。

2 ケーブル法規制の基本枠組みの構築と合衆国憲法修正第 1 条

(1) 1984 年ケーブル通信政策法

連邦議会は、従来 1934 年通信法 (Communications Act of 1934 以下「1934 年通信法」という) でもって構築されてきた電子メディア法制において、FCC が独自にケーブル規制を行ってきたことに対して、ケーブルに関する規制権限を明確化するために、1984 年ケーブル通信政策法 (Cable Communications Policy Act of 1984) (以下「1984 年ケーブル法」という) を制定した³。

まず、同法は、「ケーブル・サービス」 (cable service) を「(A)加入者への(i)映像番組、又は(ii)その他の番組サービスの一方向的伝送、及び(B) (可能であれば) そのような映像番組又はその他の番組の選択が要求される加入者との相互作用」と定義している (47 U.S.C. § 602(5))。また、「ケーブル・システム」 (cable system) を「一連の閉鎖的伝送路及び集合信号の発信、受信によって構成される施設及び映像番組を含む、コミュニティ内の多数の加入者を対象とするケーブル・サービスの提供を目的とするコントロール設備」と定義している (47 U.S.C. § 602(6))⁴。一方「ケーブル事業者」 (cable operator) については、「(A) ケーブル・システムを通じてケーブル・サービスを提供する、又は当該ケーブル・システムに直接、若しくは 1 つあるいはそれ以上の系列にある者を通じて特別な利益を有している、又は (B) 当該ケーブル・システムの管理及び運営に対して、何らかの協定でもって、コントロールを及ぼす、若しくは責任を有しているすべての個人又はその集団」と定義している (47 U.S.C. § 602(3))。

そして同法は、「ケーブル・システムは、いかなるケーブル・サービスを提供する場合にも、通信事業者 (common carrier) 又は公共事業の規制の対象とされない」と規定し、原則として、差別的取扱い禁止義務を根拠に編集権が否定されていることから修正第 1 条の保障の対象とならないとされる通信事業者とは異なった位置づけを行うとの立場を明確にしている (47 U.S.C. § 541 (c))。しかし、後述の賃貸アクセスに関する規定等ケーブル事業者が通信事業者と同様の義務を履行するよう求める規定も設けられた。

次に、同法第 2 条は、その政策目的として、①全国的なケーブル政策の確立、②ケーブル産業の育成及び助成を行い、ケーブル・システムがコミュニティの需要及び利益を充足

² この問題に関する米国の議論状況については、さしあたり以下の文献を参照。Howard A. Shelanski, *Antitrust Law as Mass Media Regulation: Can Merger Standards Protect the Public Interest?* 94 CAL. L. REV. 371(2006); Maurice E. Stucke and Allen P. Grunes, *Toward a Better Competition Policy for the Media: The Challenge of Developing Antitrust Policies that Support the Media Sector's Unique Role in Our Democracy*, 42 CONN. L. REV. 101(2009).

³ Cable Communications Policy Act of 1984, Pub. L. No. 98-549, 98 Stat. 2780 (1984).

⁴ ただし、その例外として、地上波放送の再送信のみを行うもの、通信事業者の設備等が規定された。

するよう保障するフランチャイズ手続の確立、③ケーブルに関する連邦、州、地方団体各々の権限の範囲の確定、④ケーブルが公衆に対して可能な限り広範にわたる多様なサービスを提供するよう保障すること、⑤法の規定する基準に適合するケーブル事業者を更新の際の不当な拒否（*unfair denials*）から保護するフランチャイズ更新のための整然とした手続の確立、⑥競争を促進し、不必要なケーブル規制を最小限にすることの6点をあげている。

(2) ケーブル事業者と合衆国憲法修正第1条

ケーブル規制の合憲性が連邦最高裁レベルで初めて問題となったのは、（1984年ケーブル法制定以前に実施されていた）賃貸アクセス規則の合憲性が問題となった1979年の *FCC v. Midwest Video Co.* である⁵。同規則は、ケーブル事業者の一定のチャンネルを通信事業者として取り扱うよう規定していた。連邦最高裁は、ケーブル・システムに対してこのような規制を実施することに関する FCC の明確な権限を示す 1934年通信法の規定が存在しないと認定し、逆に FCC が放送事業者を通信事業者として規制することを禁止する 1934年通信法の明確な規定が存在すると述べて、FCC が権限を逸脱していると判示している⁶。その際に連邦最高裁は、「ケーブル事業者は、放送事業者が有している自らの番組が取り扱う内容に関する著しく広範な編集上の裁量を共有している」と述べて⁷、ケーブル事業者が少なくとも放送事業者が有している修正第1条上の利益、ここでは特に編集権を有していると認めている。

ケーブル規制に関する修正第1条上の検討をより明確に行ったのが、1986年の *City of Los Angeles v. Preferred Communications Inc.* であった⁸。本件では、*Preferred Communications* 社がロサンゼルス市においてケーブル事業のために行った設備建設の申請を、排他的フランチャイズ規則に基づいて既に市内で事業を行っている他の事業者の存在を理由として、市が拒否したことが修正第1条に違反するかが争点となった。

本件判決において、連邦最高裁は、ケーブルの業務は、新聞及び雑誌のように、ニュース、情報及び娯楽の混成物を加入者に提供するものであり、新聞と同様にケーブル会社も自らの独創的な内容のものを提供しつつ、それと同時に自らの有効なスペースの一部を他のメディアの再送信のために使用しているとして、これらの活動は、明らかに修正第1条の利益に関係するとしている⁹。その上で、連邦最高裁は、次のようにケーブル事業者の修正第1条上の保護の必要性を承認している¹⁰。

「ケーブルは、伝統的な新聞社及び出版事業者、演説家、パンフレットを書く者等が行ってきたような言論及び思想の伝達という側面を共有する。被上告人が申請した活動は、

⁵ *FCC v. Midwest Video Co.*, 440 U.S. 689(1979).

⁶ *Id.* at 708.

⁷ *Id.* at 707.

⁸ *City of Los Angeles v. Preferred Communications Inc.*, 476 U.S. 488(1986).

⁹ *Id.* at 494.

¹⁰ *Id.* at 495.

……無線地上波放送事業者の言論の側面からの主張は有効な周波数の稀少性に基づく政府の規制に屈服するが、修正第 1 条の領域内であると当裁判所が認定したところの地上波放送の活動に関係している修正第 1 条の利益に関係するものである。」

このことにより、ケーブルが放送のような稀少性といった特性を有しないにもかかわらず、ケーブルの修正第 1 条上の権利に対して、公共の利益を目的とした政府規制が正当化されることになった。さらに連邦最高裁が、「……言論と行動が 1 つの活動に結合する場合、修正第 1 条の利益は、競合する社会的利益との利益衡量がなされなければならない」と判示しており、ケーブル規制の合憲性が問題となった場合、利益衡量テストが採用されることとなった¹¹。

(3) ケーブル規制根拠としての自然独占論構築の試み

以上のように、放送に用いられる電波の有限稀少性論をそのままケーブルに対しても適用することには、多くの批判がなされた。ここでは、ケーブルが多数のチャンネルを提供可能なことから、稀少性は存在しないのではないかと、少なくとも放送と同一視できるようなものはないとの指摘が多くなされた¹²。そこでケーブル規制を正当化するために、地上波放送の「稀少性」論に代わり得る根拠として「自然独占」(natural monopoly) 論が提示された¹³。

この自然独占とは、連邦控訴裁レベルでは、経済学上、免許・特許等の制度的理由又は法的保護によって独占(単一企業による市場支配)に至るものではなく、自然発生的に市場が独占的になることと定義されている¹⁴。特にケーブルにおいては、市場競争のプロセスを通じて、又は政府の独占的フランチャイズ付与に基づいて構築された自然独占によって、加入者が受信するケーブル・チャンネルをコントロールできる者が登場する状況が生じる危険性が指摘されていた。このような自然独占状態においては、価格及びサービスの質に不利益な影響を与える独占的市場支配力から消費者を保護するために、一般的に政府規制が必要であると考えられている¹⁵。

自然独占理論について修正第 1 条の観点からも検討がなされたが、問題点が多く指摘された¹⁶。特にフランチャイズ付与の権限を地方自治体に与えることの当否について、このよ

¹¹ *Id.*

¹² Mark S. Fowler & Daniel L. Brenner, *A Marketplace Approach to Broadcast Regulation*, 60 TEXAS L. REV. 207 (1982).

¹³ もっとも、この自然独占論は、後述のように様々な問題点が指摘され、現在の米国における修正第 1 条上の議論においては、一般的な支持を得られていない状況である。しかしながら、我が国の他の分野(経済学等)において、自然独占論を前提とした議論が展開されていることが少なくないので、本稿では若干詳しく検討した。

¹⁴ *Omega Satellite Products Co. v. City of Indianapolis*, 694 F.2d 119, 126-27 (7th Cir. 1982).

¹⁵ ケーブルにおける自然独占に関しては、以下の文献を参照のこと。 Laurence H. Winer, *The Signal Cable Sends — Part I: Why Can't Cable be More Like Broadcasting*, 46 MD L. REV. 212, 247(1987).

¹⁶ *Id.* at 214.

うな権限が認められた場合、実際の又は潜在的な競争勢力の進出を法的に妨げるのみならず、思想の自由市場において、その地域の最良のケーブル事業者であるか否かに関して、国民から不断の判定を受ける機会を制限してしまうと指摘されていた。

連邦控訴裁判例では、自然独占論に肯定的なものと、消極的なものの双方がある。自然独占論を肯定するものとして、例えば、1981年の *Community Communications Co. v. City of Boulder* において第10巡回区連邦控訴裁は、ケーブルの自然独占的性格のうちケーブル設備の設置及び運営が公共の施設及び道路に負担を課すことを踏まえて、「……ケーブル産業は常に多くの点で規制に服してきた。政府のコントロールからのほぼ絶対的な自由は存在しない。最も重要なことは、ケーブル会社が当該事業を行うために公有地に著しく衝突することである。すなわち事業者は、無免許では情報の発信としてのケーブル放送事業に従事することができない」として、自然独占を根拠としてケーブル規制を正当化している¹⁷。ただ、ここで注意しなければならない点は、本件判決において同連邦控訴裁が、自然独占論を規制根拠として採用しつつも、「自然独占がケーブル事業者に対する何らかの規制を憲法上許容されるものとして正当化すると結論は、無線放送に対する規制に関するすべての原則がケーブルにも必然的に適用されるものであるということの意味しない」として、自然独占と電波の有限稀少性を区別した上で、「政府による規制を許容する一般の根拠は同一であるけれども、規制命令が作成される段階において基づくべき基準は異なったものとなる。……思想を伝達する各々の方法は、それだけで法であり、法は様々な本質、価値、濫用及び危険について映し出さなければならない」と、自然独占論に基づいたケーブル独自の規制の必要性を認めている¹⁸。

一方、自然独占論の採用に消極的なものとして、前述の *Preferred Communications Inc., v. City of Los Angeles* 連邦最高裁判決の原審である第9巡回区連邦控訴裁判決は、*Community Communications Co.* 判決について、「ただケーブルによる公共物の破壊を根拠としてケーブルを免許制にする必要性が生じたことから、市が競売手続によって設定しようとした独占をも正当化できることを示唆している」と否定的に評価した上で、「市の競売手続が、ケーブルによって公共物に課された負担に対する許容される政府回答となりうるか否かにつき、更に詳細な調査に着手する必要がある」として自然独占論について慎重に検討すべきとして、消極的な立場を明らかにしている。もっとも同連邦控訴裁も、ここで自然独占論を採用しないまでも、何らかのケーブル規制の必要性を認めており、「ケーブルが放送メディアと同様の物理的稀少性又は経済的稀少性によって特徴づけられないとの判断は、ケーブル事業に関するすべての規制が無効であるということの意味しない。修正第1条は、言論に関係のない側面に関する政府の規制まで禁止してはいない」と指摘

¹⁷ *Community Communications Co. v. City of Boulder*, 660 F.2d 1370, 1379-80 (7th Cir. 1981).

¹⁸ *Id.* at 1380.

している¹⁹。

以上から、自然独占論は、経済的観点からの理論づけであって、修正第 1 条上の観点からの十分な分析がなされていなかったとすることができる。特に自然独占論は、放送の規制根拠である電波の有限稀少性を拡大し、技術的・経済的な「稀少性」を前提とした議論であるといえる。そして特に政府による介入の余地、とりわけ発言そのものの拒否の可能性を大きく認める危険性があること等から、自然独占論でもってケーブル事業者の言論の自由の制約を根拠づけることは極めて困難であると判断されたといえる。そこで憲法の観点から、ケーブル事業において事業者が実際に保有・行使し得るコントロール力、言論の自由等の憲法上の価値への影響を分析した上で、新たな理論の構築が必要とされたのであった。

(4) ケーブル事業者のボトルネック的コントロール論

この自然独占論によるケーブル規制の合憲性を根拠づける試みに代わる理論が、ケーブル事業者のボトルネック的コントロール (bottleneck control) 論である。

この理論は、ケーブルでのテレビ放送番組の再送信義務づけ規則の合憲性が争点となった、1994 年の *Turner Broadcasting System v. FCC* において連邦最高裁が初めて採用したものである²⁰。

本件判決において連邦最高裁は、まず「実際、ファイバーオプティクス及びデジタル圧縮技術の急速な進歩が進めば、ケーブル・メディアを利用したい発言者数に関する実際上の制限は、すぐになくなるであろう。また、同一チャンネルの共有を希望する 2 人のケーブル上の発言者間の物理的干渉の危険性も解消するであろう」と指摘して、ケーブルに電波の有限稀少性が存在しないとして、放送とは区別すべきであるとしている²¹。

しかし、連邦最高裁は「ケーブル伝送に固有な物理的特性が、ケーブル上の言論に関する規制の合憲性を判断する際に、無視されるべきであるとまではいえない」と述べて、ケーブル固有の規制の必要性を認めている²²。そして連邦最高裁は、「一般的に適用される法の執行の場合には、修正第 1 条の下での強められた審査の対象となり、又はならないかもしれないが、『州による濫用の具体的な危険をじゃっ起』するような特別な取扱いのために、プレス又はその中の特定の部分を選び出す法律は、常に、少なくともある程度強められた修正第 1 条の審査の対象となる」としている²³。

その上で連邦最高裁は、ケーブル事業者が類似メディアへのアクセスに関して強大なコ

¹⁹ 754 F.2d. 1396(9th Cir. 1984). なお自然独占論について連邦最高裁は、明確に言及しなかった。

²⁰ *Turner Broadcasting System v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994). 米国における再送信義務に関して、拙稿「アメリカにおけるケーブルテレビ規制と言論の自由」法律論叢第 78 巻 4・5 号 (2006 年) 81 頁以下参照。

²¹ 512 U.S. at 639.

²² *Id.* at 639-40.

²³ *Id.* at 641.

ントロールを行使できる点に着目し、「個人がケーブルに加入する際に、テレビ装置とケーブルネットワークの物理的関連性が、加入者宅に送られるテレビ番組のほとんど（すべてとは限らない）に関して、ケーブル事業者によるボトルネック的、又はゲートキーパー的コントロールを生じさせる」と述べ、それゆえに「単にケーブル上の言論における本質的経路の部分をケーブル事業者が所有しているということで、ケーブル事業者は、自らが排除した番組に対する自らの加入者のアクセスを妨げることができる」と指摘している。そして連邦最高裁は、「政府が言論の自由を侵害してはならないとの修正第1条の命令は、コミュニケーションの必要不可欠な経路の物理的コントロールを通じて、情報及び思想の自由な流れを私的利益が制約しないよう対策を講じることを無効とはしない」として、ボトルネック的コントロールを根拠として、ケーブル規制が正当化されると結論づけている。

このボトルネック的コントロール論は、自然独占論がケーブルの経済的側面に着目したのみであるのとは異なり、ケーブル事業の憲法的側面も考慮したものということができる。ここで、ケーブルの物理的側面を前提としたものであるのは当然であるが、それに、ケーブルが特定の見解を排除する力を有するようになり、私的検閲を行う危険性が生じるといふ憲法的側面を加えることによって、修正第1条上の規制根拠として採用するのが可能となったといえる。

3 1992年ケーブル消費者保護及び競争法によるケーブル所有規制の実施

(1) 規制緩和の失敗と法的規制の必要性の認識

1984年ケーブル法制定以降、ケーブルが全米的に急速に普及し、また規制緩和を前提とした政策によって、全米的なケーブルが形成される一方、市場の寡占化が進行した。これに対応するために、1992年ケーブル消費者保護及び競争法（Cable Consumer Protection and Competition Act of 1992）²⁴（以下「1992年ケーブル法」という。）が制定された。同法において連邦議会は、規制緩和政策によって生じた問題として、まず消費者保護の観点から、「1984年ケーブル法にのっとり、ケーブル・サービス料金は、1986年12月29日以降全フランチャイズのほぼ97%において規制緩和が行われた。料金の規制緩和により、最低料金の基本ケーブル・サービスの毎月の料金は40%、又はケーブル加入者の29%で上昇した。平均基本チャンネル数は24から30へと増加したが、同期間に毎月の平均料金は、29%も上昇した。毎月の平均ケーブル料金は、料金の規制緩和以降、消費者価格表の3倍も上昇した」と指摘している（同法第2条（1））。

さらに連邦議会は、ケーブル事業の特性として、「地域フランチャイズ条件及びある特定の地域にサービスを提供するためにケーブル・システムを建設する際の異常に高額なコス

²⁴ Cable Consumer Protection and Competition Act of 1992, Pub. L. No. 102-385, 106 Stat. 1460.

ト等といった様々な事情から、ほとんどのケーブル加入者は、競合するケーブル・システムを選択する機会を有していない。他の多チャンネル映像番組伝送者が存在せず、ケーブル・システムは地域における競争というものに直面することはない」と指摘して、その結果として消費者及び映像番組制作者と比較して、ケーブル事業者に不当な市場支配力が発生するとの見解を明らかにしている（同法第 2 条 (2)）。一方「過去 10 年間に比べて、ケーブル・システムの勢力は、著しく増加した。テレビ保有世帯の 60%に相当する 5600 万世帯がケーブルに加入し、この割合は、ほぼ確実に増加している」との電子メディア市場の状況を踏まえて、このような成長の結果としてケーブル産業が全米の支配的メディアとなったとの認識を示している（同条 (3)）。そのことによって生じる問題として、「ケーブル産業は、高度に集中化したものとなった。このような集中の潜在的効果として、新規番組制作者の参入への障壁、又は消費者に提供されるメディアの数の減少が挙げられる」との問題点をあげている（同条 (4)）。

そして同法は、特にケーブル市場における垂直統合の問題について、支配的ケーブル事業者が生じるインセンティブによる具体的な弊害について、次のように指摘している。

「(5) ケーブル産業は、垂直的に統合 (vertically integrated) されたものとなった。すなわち、ケーブル事業者及びケーブル番組制作者は、しばしば共同所有 (common ownership) 関係にある。その結果、ケーブル事業者は、自らと契約を締結している番組制作者を好むインセンティブ及び能力を有している。このことは、ケーブルと契約を締結していない番組制作者によるケーブル・システムにおける番組送信の保障を困難なものとする。垂直的統合番組提供者はまた、ケーブルと契約を締結していない番組制作者及び他の通信技術を使用する番組伝送者よりも自らと契約を締結している番組制作者を好むインセンティブ及び能力を有している。」

さらに一方で、連邦議会は、ケーブル規制に際して、放送産業の保護を考慮している。連邦議会は、まず放送に関する事実認識として、「放送番組は、十分に情報を提供された選挙民にとって最も必要な地域のニュース及び公的事項に関する番組並びにその他の地域放送サービスの重要なソースとしてあり続けている」と指摘して、放送の社会的役割（公共性）を認めている。そこでは、ケーブルとは異なり、放送の受信そのものは無料であること、特にケーブルに加入できない低所得者層にとって放送が重要な情報源であることが重視されている。このことについて連邦議会は、次のように指摘した上で、このことがケーブル規制に関する政府利益となるとしている。

「(12) 放送テレビ番組は、局の広告放送から生じた収入によって維持されている。このような番組は、テレビ受像機を保有して、放送信号を受信するためのケーブルでの伝送を求めない者に対しては無料である。特に番組を受信する他の方法をとることのできない視聴者に対しての、このようなテレビ番組の視聴可能性の維持・促進において実質的な政府の利益が存在する。」

そして、このケーブル規制の政府利益について連邦議会は、具体的な分析を行っている。そこでは、まず「ケーブルが成長した結果、テレビ放送からケーブル・サービスへと市場占有率の注目すべき変化が生じた」とし、「ケーブル・システム及びテレビ放送局は、テレビ広告収入に関して更に競争している。ケーブルに加入する世帯の割合が増加することにより、それに比例して、より多くの広告収入が放送からケーブル・システムに再配分されるであろう」とメディア市場の収益構造の変化を指摘している（同条（13）、（14））。その結果として、次のようにケーブル事業者の地上波放送事業者に対する優位性が生じ、放送事業に対する悪影響が生じることを懸念している。

「(15) 地域テレビ放送事業者の信号を送信するケーブル・システムは、その放送の視聴率を増加させ、それによって、そうでなければケーブル・システム事業者のものとなったであろう付加的広告収入を引き付けさせることによって放送事業者を支援している。その結果、放送信号の再伝送を打ち切り、新規の信号の送信を拒否し、又は放送信号をあまり人気のないチャンネル番号に移すといったケーブル・システムのインセンティブが存在する。」

これと同時に連邦議会は、「ケーブル・システムが地域の放送信号を送信しなければならないという義務が存在しないのに加えて、ケーブル・システムが地域の放送信号を削除、移替え、又は送信しないようにするという経済的インセンティブが存在することによって、無料の地域放送テレビの経済的生存能力及び質の高い地域番組を制作する能力が深刻な危険にさらされる」と指摘して、それぞれの事業者の法的義務の相違、すなわち、相対的にケーブル事業者の法的義務が緩和されていることが、ケーブルの優位性を助長させているとの認識を示している（同条（16））。そして、この優位性が原因で敗北した放送事業者が撤退することによって、低所得者の情報源がなくなることが危ぐされている。

(2) ケーブル所有規制の実施

以上の事実認識を前提として 1992 年ケーブル法第 11 条（c）第 1 項は、次のように、FCC に対してケーブル事業者に関する規制を行うよう義務づけている（47 U.S.C. § 533 (f)(1)）。

「(1) 実効的な競争を促進するために FCC は、1992 年 10 月 5 日から 1 年以内に、次の各号に掲げる手続を行わなければならない。

(A) 当該個人の所有するケーブル・システムによって提供することが認められた、若しくは当該個人が金銭的利益（attributable interest）を有するケーブルの加入者数に関する合理的な制限を設ける規則又は規制を実施すること。

(B) ケーブル事業者が金銭的利益を有する映像番組制作者によって占有されるケーブル・システム上のチャンネル数に関する合理的な制限を設ける規則又は規制を実施すること。

(C) 多チャンネル映像番組配信事業者 (multichannel video program distributor, MVPD) が、映像番組の制作又は著作に従事する範囲に制限を課すことの必要性及び適切性に関して検討すること。」

その上で、これらの規則・規制を制定する際の検討項目として、同法第 11 条 (c) 第 2 項は、他の公共の利益目的とともに、①いかなるケーブル事業者又はケーブル事業者グループも、個々の事業者の規模又は十分な規模の事業者グループによる共同行為のいずれかの理由により、映像番組制作者から消費者への映像番組の流通を不当に阻害することがないよう担保すること、②映像番組制作者と系列関係にあるケーブル事業者が自らのケーブル・システム上での送信を決定する際に、当該番組制作者を有利に取り扱わず、又は当該番組制作者の映像番組の他の映像送信事業者への流通を不当に制限しないことを担保すること、③市場構造、所有パターン及び地域フランチャイズ、ケーブル・システムと映像番組制作者の共同所有、様々なタイプの非衡平な支配利益の本質及び市場支配力を含む他のケーブルをめぐる諸関係を特に考慮すること、④所有又は支配の増加を通じて得られる効率性及び便益を考慮すること、⑤当該規則及び規制を通信市場のダイナミックな性質を反映したものとする、⑥ケーブル事業者がこれまでサービスを提供していなかったへき地地域へのサービス提供を禁止する制限を課さないこと、⑦多様かつ高品質の映像番組の開発の障害となる制限を課さないこと、との 7 つを規定した(47 U.S.C. § 533 (f)(2))。

同条第 1 項(A)号は、ケーブル産業の水平統合を規律するために加入者数規制 (subscriber limits) を課し、また (B) 号は、垂直統合を規律するためにチャンネル占有 (channel occupancy) を規制することを目的としているものである。これらにつき連邦議会は、それぞれ以下の事実認識を示している²⁵。

まず、加入者数規制に関しては、情報の発信を支配することができるごく少数の者へのメディアの集中によって、「メディアのゲートキーパーが (1) 自らの偏見に従っての情報偏向、又は (2) あまり売れないことを理由として正統的でない、又は不人気の言論へのアウトレットの不提供のいずれか、若しくは両方を行うかもしれない」との懸念を示している。さらにまた水平的集中が反競争的行為の基礎となり得る点にも懸念を示し、「例えば、1 人の商品の買い手によって左右されている買手独占の市場は、売り手に対して競争による便益を何ら与えない」と指摘している。

次に、チャンネル占有規制に関しては、「ケーブル産業における垂直統合は、自らの系列番組制作サービスを優遇するインセンティブ及び能力を有する」ことを前提として、ケーブル事業者は、その系列番組制作者に対して、他の番組制作者よりも好ましいチャンネル位置を割当可能なこと等を指摘している。その上で同規制の趣旨として、「当該規定は、公衆に提供されるボイスの多様性を増加させることを目的とするものである。複数ケーブ

²⁵ H.R. CONF. REP. NO. 102-862, 81-82 (1992), *reprinted in* 1992 U.S.C.C.A.N. 1133, 1263-64 .

ル・システム事業者（multiple cable systems operator, MSO）の幾つかは、多くの番組制作サービスを所有している。これらがケーブル・システム上の大部分のチャンネルを占めるということは、不合理なことである」と述べている。

これらの規定に基づいて FCC は、それぞれ規則を制定した。まず、加入者数規制に関しては、「いかなるケーブル事業者も、自ら所有する又は金銭的利益を有する多チャンネル番組配信者を通じて、全米のすべての多チャンネル映像番組加入者の 30%を超えてサービスを提供してはならない」と規定された（47 C.F.R. § 76.503(a)）²⁶。また、チャンネル占有規制に関しては、「(a) 本条で規定されている場合を除き、いかなるケーブル事業者も自らの利用可能なチャンネルの 40%を超えて、ケーブル事業者が所有する、又はケーブル事業者が金銭的利益を有する全米映像番組制作サービスの送信のためにそのチャンネルを用いてはならない」、「(b) 前項で規定するチャンネル占有規制は、75 チャンネルを上限として、チャンネル容量にのみ適用されなければならない」と規定された（47 C.F.R. § 76.504）²⁷。

その際 FCC は、加入者数規制に関して、「市場の 60%をカバーする 2つの事業者が、個々に又は共同で番組ネットワークへの送信を拒否したとしても、ネットワークが市場の残り 40%にアクセスを有し、財務的存続可能性の合理的機会を与えられる」とし、この 40%の「開放された領域」（open field）は、自らの事業を継続できるためには番組制作者が加入者市場の 20%へのアクセスが必要であり、このアクセス状況を前提とすれば、そこの加入者に達しうる機会が 50%であるとの事実認定に基づいている²⁸。

4 ケーブル所有規制と連邦憲法修正第 1 条

これらのケーブル所有規制に関する連邦議会、FCC の動きに対して幾つかの訴訟が提起された。その中で 2000 年の *Time Warner Entertainment Co., L.P., v. United States* に関する連邦控訴裁判決（以下「第 1 次 TW 社判決」という。）²⁹において同法の合憲性が支持され、2002 年の *Time Warner Entertainment Co., L.P., v. FCC* に関する連邦控訴裁判決（以下「第 2 次 TW 社判決」という。）³⁰においては、同法に基づいて制定された FCC 規則が十分な証拠収集・分析がなされていないと判示されている^{31,32}。

²⁶ ただ、既存のケーブル・フランチャイズによってサービスを提供しないケーブル事業者は、当該規制の適用除外となる（47 C.F.R. § 76.503(b)）。

²⁷ なお、マイノリティが支配する番組制作サービスに関する例外規定がある。また、当初 35%が上限とされていたが、現在は 40%である。

²⁸ Implementation of Section 11(c) of the Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992, 14 FCC Rcd 1909, 1919 (1999).

²⁹ *Time Warner Entertainment Co., L.P., v. United States*, 211 F.3d 1313(D.C.Cir. 2000), *cert denied* 531 U.S. 1183 (2001).

³⁰ *Time Warner Entertainment Co., L.P., v. FCC*, 240 F.3d 1126(D.C.Cir. 2000).

³¹ なお、米国の連邦政府に対する行政訴訟において、ある行政法規そのものの合憲性が争点となる場合、連邦地裁による「初審的」（de novo）審査がなされるが、行政機関の規則制定・裁決の合憲性が問題となる場合は、連邦控訴裁による審査となる。

(1) 第1次TW社判決

第1次TW社判決では、1992年ケーブル法第11条(c)第1項そのものがケーブル事業者の言論の自由を侵害するか否かが問題となった。そこでは、各規制の合憲性判断基準の定立、適用の作業が行われたので、それぞれについて検討する。

ア ケーブル加入者数規制

まず、本件判決においてコロンビア地区連邦控訴裁は、*Turner*判決で定立された判断基準に依拠しつつ、加入者数規制を規定する際に連邦議会が、ケーブル事業者が他のケーブル番組提供者を排除するためにボトルネック的コントロール力を有していることを懸念していたことをあげ、特に「再送信義務と同様に、その懸念は、ケーブル事業者が何を発言するかではなく、事業者が多数の公衆に提供される主要メディアにおいて他者を全く発言させないのではないかというものであった」として、ケーブル事業者による言論の自由の制約の危険性を指摘している。次に同連邦控訴裁は、「再送信義務及び加入者規制はともに、番組提供において消費者のために、一定程度の競争を維持する」として、具体的には、「加入者数規制がケーブル事業者とその系列番組制作者との間、他方で系列関係にないケーブル番組提供業者との間での競争を維持する一方で、再送信義務は、地上波放送事業者とケーブル事業者間の競争を維持する」と指摘している。その上で、同連邦控訴裁は、「ケーブル番組における多様性及び競争を尊重することによって、連邦議会は、必然的に、他の者よりも1人の発言者、1つのタイプの言論を尊重することまでは行わない」して、ケーブル加入者数規制が言論内容中立規制であるとしている³³。

また、同連邦控訴裁は、「実際、ケーブル・メディアに関して再送信義務を課すことを正当化するのと同じの特有な性格が、加入者数規制を正当化するために政府によって提示されており、それは、すなわち、『ケーブル事業者によって行使されるボトルネック的独占力』である」と指摘して、*Turner*判決においてボトルネック的コントロール力が、テレビ放送局の存続を危うくするとされたことから、この力がケーブル番組提供における多様性及び競争に論証可能な脅威を与えると結論づけている³⁴。

³² これらの判決以前にも、同法第11条の合憲性が問題となった、*Daniels Cablevision, Inc. v. United States*においてコロンビア地区連邦地裁は、チャンネル占有規制は修正第1条に違反するものではないが、ケーブル加入者数規制は修正第1条に違反していると判示している(835 F. Supp. 1 (D.D.C. 1993)。)。そして、コロンビア地区連邦控訴裁は、TW社の訴えも併合したが、FCCが規則の再検討手続を開始したため、訴訟を一時停止していた(*Time Warner Entertainment Co., L.P., v. FCC*, 93 F.3d 957(D.C.Cir. 1996)。)。

³³ 211 F.3d at 1317-18.

³⁴ *Id.* at 1318.

以上を踏まえて同連邦控訴裁は、言論内容中立規制に関する *O'Brien* 判決基準³⁵を採用し、ケーブル加入者数規制に関する規定が、①自由な言論の抑圧と無関係の重要な政府利益を促進するか否か、②当該利益を促進するために必要以上に重大な負担を言論に課しているか否かの2つの基準を提示して審査を行った。

まず、①について同連邦控訴裁は、1992年ケーブル法の基となった上院報告書が所有の集中が劇的に増加してきたと指摘していること、特に1990年までに5大ケーブル事業者が全国のケーブル加入者の半分近くにサービスを提供しており、この集中の進行によって、大手MSOがケーブル上でどの番組サービスが提供されるのかを判断する市場支配力を有している、との公聴会での証言を重視している。さらに同連邦控訴裁は、連邦議会が認定したケーブル産業における集中の潜在的効果が、新規番組制作者の参入障壁及び消費者が入手できるメディア・ボイス数の減少であること、多様な技術を用いたメディアによって提供される見解の多様性を促進することに関する実質的な政府利益及び修正第1条上の利益が存在することを踏まえて、連邦議会が実質的な証拠に基づき、ケーブル事業者の集中がケーブル産業の多様性及び競争に脅威を与えるとの合理的な結論を得ているとして、同規制が同基準を満たしていると結論づけている³⁶。

次に、②については、第1に実際に多様性の促進がなされているか否か、第2にこの種の規制は、反トラスト法で十分であり、別個の規定を設けるのは過剰な規制ではないかの2点が争点となった³⁷。同連邦控訴裁は、まず第1の点につき、ケーブル産業において集中が劇的に増大したと判断する際に連邦議会が、この集中が公衆に提供される情報の多様性に脅威を与え、新規ケーブル番組制作者の参入障壁となりうると合理的に結論づけていると認定している。また、第2の点については、「加入者数規制規定が既に他の法律によって明確に規定されている行為に焦点を当てていることは、致命的な欠陥ではない」として、同規制の必要性を認め、「構造的規制として加入者数規制規定は、法に予防的措置を追加し、特定の反競争的行為事例に対する個々の救済手続の負担を回避する」と判示している³⁸。

以上を踏まえて同連邦控訴裁は、同規制の合憲性を支持している。

イ チャンネル占有規制

次に、チャンネル占有規制について同連邦控訴裁は、「新聞発行者は、自らの契約者宅から競合する出版物を締め出す能力を有していない。ケーブル事業者のボトルネック的独占は、当該メディア内の競争への物理的及び経済的障壁である」として、チャンネル占有規制を行う憲法上の根拠を示した上で、同規制が、ケーブル事業者の言論又はチャンネルを

³⁵ *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

³⁶ *Id.* at 1319-20.

³⁷ *Id.* at 1320.

³⁸ *Id.* なお、この問題は、チャンネル占有規制においても争点となったが、連邦控訴裁は、同様の根拠をもって否定している。*Id.* at 1322-23.

確保するために系列下でない系列番組制作者の言論のいずれも問題とせず、この種の問題に対処しており、さらに「立法時の懸念は、特定の情報源の言論に関してではなく、単にケーブル産業における多様性及び競争の促進に関するものであった。すなわち、チャンネル占有規制は、言論の内容ではなく、その情報源に基づくものである」と指摘している³⁹。

そして、*O'Brien* 判決基準による審査において、TW 社がケーブル事業者側に系列下の番組制作者へのインセンティブが存在せず、連邦議会が実質的な証拠を提示せずに同規定を制定しており、違憲であると主張した。これに対して同連邦控訴裁は、1992 年ケーブル法第 2 条第 5 項を引用しつつ、また同法の基礎となった上院報告書で示されている連邦議会によるこれらの判断の基となった証拠について検討した上で、「もちろん TW 社は、ケーブル事業者が消費者に対して魅力的な番組のパッケージを提供するインセンティブを有している点において正しいが、しかし、同社は、ケーブル事業者がまた自らの系列下の番組制作者を優遇するインセンティブを有していることを否定していない。すなわち、2 つの力が衝突する場合、合理的な収益最大化者としての事業者は、消費者の利益を譲歩させる」と認定している⁴⁰。その上で同連邦控訴裁は、連邦議会の懸念は、客観的証拠及び必要最低限の経済上の常識に十分基礎づけられたものであると結論づけ、チャンネル占有規制の合憲性を支持している。

(2) 第 2 次 TW 社判決

第 1 次 TW 社判決を受けて FCC は、前述の規則を制定したが、その合憲性が争点になったのが、第 2 次 TW 社判決である。

ア 合憲性判断基準

まず、コロンビア地区連邦控訴裁は、第 1 次 TW 社判決と同様に、*Turner* 判決基準を採用している。その上で同連邦控訴裁は、「水平及び垂直規制を根拠づけるものとして主張されている利益は、当裁判所が第 1 次 TW 社判決において制定法上の枠組みを十分に根拠づけるものとした、『思想及び言論における多様性の促進』……という利益と同一で相互関連する利益である」として、実質的な政府利益の存在を認定している。また、第 1 次判決で連邦議会が実質的な証拠に依拠して、ケーブル事業者の集中がケーブル産業における多様性及び競争に脅威を与えると合理的な結論に達したと判示されていたことを踏まえて、同連邦控訴裁は、当該規制が必要以上に言論に対して重大な負担を課すものではないということが正当化されなければならない、と指摘している⁴¹。そして、この正当化づけの中で FCC は、発生し得る危害が単なる憶測的なものではなく、現実的なものであることを論証

³⁹ *Id.* at 1321.

⁴⁰ *Id.* at 1322.

⁴¹ 240 F.3d at 1129.

する際に、単なる制定法上の権限だけではなく、当該規制を有効なものとする記録を提示しなければならないとの立場を明らかにしている。これらの基準に基づいて FCC が制定した規則そのものに関する合憲性が審査されることになった。

イ 加入者制限規制

ここで FCC は、1992 年ケーブル法第 11 条(c)第 1 項に基づいて、共同行為 (clustering)、集約化のメリット、規模の経済を認めつつ、特定のケーブル事業者が映像番組制作者から消費者への映像番組の流通を不当に妨害する危険性を指摘している。

それに対して同連邦控訴裁は、共同行為の問題につき、*Turner* 判決を踏まえて、単なる憶測ではなく、そのような共同行為が実際に行われた又は行われる可能性が高いという実質的証拠の存在を FCC が立証しなければならないとし、FCC がその立証を行っていないと認定している⁴²。

そして、このような所有規制に関する規定の目的につき、FCC が市場支配力を有する企業のみを対象とする規制を構築するよう命じられていないとした上で、「この規定は、委員会の理性的な手続を要求し、集中によって生じた危害を測定し、加入者規制を設定する際に、ケーブル産業における市場支配力の決定的なものを調査し、市場支配力と規制設定の関係について明確にするよう命じている」との解釈を採用し、FCC が DBS の普及による潜在的競争の問題を考慮していないと指摘している。また、同連邦控訴裁は、「通常、会社が市場支配力を行使する能力は、その市場シェアのみならず、それぞれ競争が十分機能するか否かによって決定される需要と供給の柔軟性に依拠するものである」との見解に基づいて、MVPD が新規番組の提供を拒否した場合、他の代替し得る MVPD にアクセスを有する顧客は、それに乗り換えることができるにもかかわらず、それを否定する根拠を FCC が提示していないと認定している⁴³。

以上と同時に同連邦控訴裁は、「多様性の促進及び公正な競争との『相互に関連する』諸利益は、1992 年ケーブル法の様々な規定にちりばめられている」としつつも、「本条において作用する利益の複層性にもかかわらず、同法の構造から、所有規制を正当化する際の連邦議会の主要な関心は、『公正な』競争であることは明白である。結局のところ、同法は、これらの規制が『競争を促進させるために』制定されなければならないことを明記している」として、ケーブル所有規制が主に競争の維持を目的とするものであるとの解釈を行っている。その上で同連邦控訴裁は、「1992 年ケーブル法の他の規定の 2 つのみにおいて、連邦議会は重要な目的を明記している。当該目的の宣明は、多様性の利益のためにのみ規制する権限を明確に制限する解釈を裏付ける」として、ケーブル所有規制が多様性の確保

⁴² *Id.* at 1132.

⁴³ *Id.* at 1134.

のみを目的としていると理解することには限度があると指摘している⁴⁴。

ウ チャンネル占有規制

次に、チャンネル占有規制に関して同連邦控訴裁は、*O'Brien* 判決基準を採用した上で、「50%では高すぎ、30%では低すぎるという基準は何か？ 現在のメディア状況によって生じた危険性の深刻さはどのくらいなのか？ これらの疑問は、委員会の議論においては回答されていない」と指摘して、FCC が同規制の合憲性を根拠づける実証的なデータについて十分な検討を行っていないと批判している⁴⁵。

この批判の中で特に同連邦控訴裁は、FCC が規則制定過程において垂直所有がケーブル番組サービスの質を向上させ、量を増大させていると認定しているにもかかわらず、40%規制を維持させていることを問題視し、規則制定過程で提示された同規制による便益、損失と規制数値を関連付ける作業を行っていないと指摘している。その上で同連邦控訴裁は、「多様性の追求について考えれば、刷新的な独立系番組制作者が系列、非系列いずれの番組制作会社に販売する方がより収益を得られると判断するかに関する調査が行われているものとするのがもっともであろうが、そのような調査は存在しない」として、FCC に詳細な調査を行うよう命じている⁴⁶。

(3) Comcast Corp v. FCC 判決

ア FCCによる開かれた領域基準の再検討

第2次 TW 社判決を受けて FCC は、加入者数規制に関する再検討作業を開始し、とりわけ同規制を正当化するデータの収集・分析を行い、FCC は、開かれた領域基準を再構築した⁴⁷。これは、「番組制作ネットワークが、大手ケーブル事業者によって送信を拒否された場合、首尾よく市場に参入するのに十分な規模の代替映像番組配信事業者にアクセスできるか否か」でもって判断するというものであった。

同基準以外にも、問題となるケーブル事業者が番組購入において支払う金額を制限できるほど、また番組の加入者への流通を阻害するほど十分な市場力を有しているかを考慮する買い手独占 (monopsony) 理論、番組制作者が活動を減じさせ、それによって番組の質及び多様性が制限されるポイントを決定するために番組ネットワークとケーブル事業者間の交渉を分析する交渉 (bargaining) 理論が検討された。しかし、番組市場に単一の市場価格が存在しないことから、買い手独占理論はケーブル市場に適用できないこと、交渉理論から具体的な規制数値を導き出せるほど十分なデータが存在しないことが、採用されな

⁴⁴ *Id.* at 1136.

⁴⁵ *Id.* at 1137.

⁴⁶ *Id.* at 1138.

⁴⁷ Cable Horizontal and Vertical Ownership Limits, Fourth Report & Order and Further Notice of Proposed Rulemaking, 23 FCC Rcd. 2134(2008).

い理由として提示されている。

そして開かれた領域基準の具体的検討要素として、①最小存続可能規模(minimum viable scale)、②総加入者数、③市場普及率があげられている⁴⁸。①について FCC は、1984 年から 2001 年の間のケーブル事業者の事業継続性に関するデータを用いて、70%の事業者が 5 年間事業継続するためにケーブル事業者が到達すべき視聴者数に関する調査に基づいて、最小存続可能規模となる加入者数を 19,030,000 人とした。②について FCC は、すべてのケーブル加入者数及び DBS の顧客数を計算し、約 96,000,000 人としている。③について FCC は、平均的なネットワークの普及率は約 27%としている。その上で FCC は、70%の開かれた領域が必要であるとして、ケーブル事業者が全加入者数の 30%を超えてサービスを提供することはできないと結論づけている。

以上に加えて FCC は、第 1 次 TW 社判決で指摘された DBS との競争の考慮について、それが開かれた領域の分析に必要なものであるが、どのように考慮すべきについて難しい点があるため、考慮しないと結論づけた。この結論の根拠として FCC は、①受信方法を変更するコストがかかること、②ケーブル事業者が電話やネット接続サービスを提供しているが、DBS ではそれらが利用できないこと、③映像番組は製品であり、その品質は消費されるまで確信をもって知ることができないこと、④DBS からの競争上の圧力は、大手のケーブル事業者と関係を有しておらず、資金難から発信することができない番組制作ネットワークに何らの支援も提供しないことの 4 点をあげている⁴⁹。

イ 加入者数規制の妥当性

FCC が加入者数規制を維持する決定を行ったことを不服としたケーブル事業者らが訴訟を提起したのが、*Comcast Corp v. FCC*に関するコロンビア地区連邦控訴裁判決である⁵⁰。本件においてコロンビア地区連邦控訴裁は、30%との加入者数規制の妥当性について審査し、加入者数規制を破棄している。その際連邦控訴裁は、開かれた領域基準において DBS が除外されたことの当否について特に検討している。

この中で、まず加入者の 30%を超えてサービスを提供するケーブル事業者がボトルネック的コントロールを行使できるか否かの判断に関して同連邦控訴裁は、第 2 次 TW 社判決に基づいて、まずケーブル事業者は、DBS 事業者及び光ファイバーサービスの提供を拡大させている通信事業者等の非ケーブル事業者との競争に主に直面していること、具体的には、DBS 会社は、単独で全加入者の約 33%にサービスを提供していることを踏まえて、特に DBS の重要性が高まっていると認定している。その上で同連邦控訴裁は、第 2 次 TW 社判決において、FCC に対して DBS がケーブル事業者の市場力に与える影響について考慮し

⁴⁸ *Id.* at 2164-67.

⁴⁹ *Id.* at 2168-69.

⁵⁰ *Comcast Corp v. FCC*, 579 F.3d 1(D.C. Cir 2009)

なければならないと判示したにもかかわらず、DBS を除外することが極めて問題の多いものであると指摘している。

次に、同連邦控訴裁は、FCC の開かれた領域モデルの 3 要素を検討している⁵¹。そこでは、総加入者数のみが DBS 事業者及び光ファイバーサービス事業者との競争について十分に考慮していると指摘されている。しかし同連邦控訴裁は、「最小存続可能規模の測定は、1984 年から 2001 年のデータに基づいており、その結果、規則制定後 6 年間の DBS 会社の市場シェアの拡大（18%→33%）及び光ファイバー会社の成長による影響を考慮していない」と指摘して、FCC が普及率の算定において DBS の普及に関するデータを無視しており、ケーブル以外の電子メディアに関する十分な市場調査等の検討を行っていないと批判している。

そして同連邦控訴裁は、FCC が提示した DBS を除外する前述の 4 つの根拠それぞれについて検討している⁵²。第 1 の根拠について同連邦控訴裁は、移行に関するコストが確実に一定数のケーブル顧客が衛星サービスに変更することをちゅうちょさせるとして FCC の立場を肯定しつつも、Comcast が提出した証拠から、すべての DBS 加入者のほぼ 50% が以前ケーブルに加入していたとして、移行に関するコストが衛星サービスへの移行の障害とならないと指摘している。第 2 の根拠について同連邦控訴裁は、ネット接続サービス等を利用する顧客が、番組へのボトルネック的力をケーブル事業者に与えるに十分な数が存在していることに関する証拠を提示していないと指摘している。更に DirecTV、Dish Network 等の DBS 事業者が通信事業者と提携して DBS と電話サービスのバンドルを提供していることから、この根拠が薄弱なものとなるとしている。第 3 の根拠について同連邦控訴裁は、「新しい映像番組は、他のテレビ局及びメディアで宣伝され、インターネット上で試視聴できることから、消費者に対して競合するサービスの質に関する情報提供がなされているというのが一般的な認識であるといえる」として、第 3 の根拠のような仮説を根拠づける記録が存在しないと指摘している。最後に第 4 の根拠については、DBS 事業者が既に市場の 30% を超えてサービスを提供していることを想起すれば、全く確信の得られないものであると指摘されている。

以上を前提として同連邦控訴裁は、「FCC は、ケーブル事業者が総ケーブル加入者の 30% を超えてサービスを提供することを認めることが、番組における競争又は多様性のいずれかを減じさせる脅威となるということを論証できなかった」と結論づけている⁵³。その際同連邦控訴裁は、①FCC が提示した記録は、映像事業者の間で既に行われた競争に関する証拠のみであり、他方で衛星及び光ファイバーでの映像番組事業者が、1992 年ケーブル法制定以降、特に近時、市場に参入し、シェアを拡大させてきていること、②これと同時

⁵¹ *Id.* at 7.

⁵² *Id.*

⁵³ *Id.* at 8.

期に、ケーブルネットワーク数と加入者に提供される番組の双方が劇的に増加してきていることの2つを根拠として提示している。

そして同連邦控訴裁は、今日の市場及び1992年以降生じた変化を考慮しつつ、FCCは、ケーブル事業者に30%の加入者規制という形での特別な義務を課すための十分な根拠を明確にしていないと判示している⁵⁴。

5 おわりに

以上の米国におけるケーブル所有規制が修正第1条上どのように議論されてきたかを分析することによって、以下の点を指摘することができる。

第1に、電子メディアそれぞれの修正第1条上の位置づけ、規制根拠（目的）に関する詳細な検討が行われている。本稿において明らかにしたように自然独占論が憲法上のものとしては一般的な支持を得られておらず、現在ではケーブル事業者のボトルネック的コントロール論が一般的な支持を得ている。このことは、ケーブルがメディア市場で有している具体的な影響力等の分析を基に理論が構築され、思想の自由市場等への悪影響に対応が試みられているといえる。

第2に、電子メディアの位置づけに関する議論を踏まえた実際のケーブル所有規制においては、電子メディア市場の全体像が把握され、詳細かつ実証的なデータに基づいて分析がなされ、市場の問題点が洗い出された上で、規制枠組みの構築が試みられている。そこで構築された枠組みの妥当性についても、本稿で検討した様々な連邦控訴裁判例にあるように、絶えず分析がなされ、その妥当性が詳細に審査されている。

第3に、ケーブル所有規制に関して経済学・経済法的観点からだけでなく、憲法論からの検討がなされ、それぞれの規制の規制根拠（目的）、方法の実証的かつ客観的な分析がなされている。ケーブル所有規制は、言論内容中立規制とされて *O'Brien* 判決基準が適用されている。そこではまず規制根拠（目的）が具体的に検討され、情報の多様性の確保、公正競争の維持が主要な目的として提示されている。その上で加入者数規制、チャンネル占有規制といった個々の所有規制がケーブル事業者の言論の自由を必要以上に制約していないかが、詳細に検討されている。特にここで重要なのは、その規制が規制根拠（目的）とどのような関係にあるのか、またその規制を実施することによって、どのような規制根拠（目的）が、具体的にどのように促進・達成されるのかが検討されている点である。

以上の米国における議論は、電子メディア市場の相違等から、我が国にも直接導入されるべきということとはできないが、ケーブル所有規制が検討される場合、電子メディア市場構造を分析した上での、憲法論からの個別具体的な規制の在り方の構築にむけた議論がな

⁵⁴ *Id.*

される必要がある。特に、第 3 の点において我が国の議論では、基本理念を提示しても、ではそれをどのように実現すべきなのか、またその規制を実施することによって、ケーブル事業者にどのような影響が生じるのかが、客観的・実証的な根拠に基づいて議論されることはほとんどない。とりわけ、ケーブル事業者の言論の自由に不当な負担をかけないためには、このような規制の在り方に関する議論の客観性・実証性の確保という点が重視されなければならない。

ドイツにおける民間ラジオ放送局開設免許申請者の放送の自由 — 連邦憲法裁判所 1998 年 2 月 20 日決定 (BVerfGE 97, 298 - Extra-radio) —

愛知県立大学外国語学部准教授
杉原 周治

1 はじめに

我が国では、割当て可能な周波数が限られていること等を前提として、長らく、放送局開設免許の申請に際して申請の一本化調整の指導がなされていた。この申請一本化のために、これまで、放送行政による免許拒否に対する訴えの提起がなされることも、行政庁の公益判断の違法性に対する審査が裁判所に要求されることも、未然に防止されてきた¹。それに伴い、放送事業者や放送免許申請者にどのような権利が保障されているのかといった議論がなされる必然性は、実務上は低かったといえる。しかしながら 1990 年代半ば以降の放送法構造の変容によって申請一本化の行政指導が控えられ、競争の促進の要請が示されている現在の状況下においては、免許申請に際して放送免許申請者がどのような権利を主張し得るのかという、申請者の権利の内実の問題が改めて議論されるべきであると思われる。

本稿は、この問題を解決する手掛かりとして、ドイツ連邦憲法裁判所の 1998 年 2 月 20 日決定 (BVerfGE 97, 298 - Extra-radio) を取り上げ、分析・検討することとしたい。同決定においては、複数のラジオ放送局が使用していた周波数を統一するというバイエルン州メディアセンターの決定に対して異議を申し立てたラジオ放送局がその免許を取り消された事件にかかわる憲法異議が問題となった。これに対して連邦憲法裁判所は、結論として、同ラジオ放送局の放送の自由侵害を認めたのである。同決定の論点は多岐に渡るが、以下ではそのうち、(1) 放送の自由の内実とその保護領域、(2) 放送の自由の担い手、(3) 放送の自由と職業の自由の基本権競合、という問題に焦点を当てて、同決定を検討することとしたい。

2 連邦憲法裁判所 1998 年 2 月 20 日決定 (BVerfGE 97, 298)

本決定をめぐる個別の論点を検討する前に、以下ではまず、本決定の事実と判旨につき概観しておくことにする。

¹ 稲葉一将『放送行政の法構造と課題』210 頁 (日本評論社、2004)、鈴木秀美／山田健太／砂川浩慶編『放送法を読みとく』126 頁 [稲葉一将執筆] (商事法務、2009)、米丸恒治「放送局の一本化調整のための行政指導——メトロポリタンテレビ一本化事件」『別冊ジュリスト メディア判例百選』211 頁 (2005) 等を参照。

(1) 事実の概要

extra radio という名のラジオ局である憲法異議申立人Xは、1987年から、バイエルン州メディアセンター (BLM) の許可の下で締結した、当時の北東バイエルン・ケーブル協会 (現在の北東バイエルン・メディア事業協会) との放送番組提供者協定 (Programmanbietervertrag) に基づき、ローカルの超短波 (UKW-Frequenz) によるラジオ番組を、毎日 10 時～11 時、13 時～14 時、19 時～21 時に放送していた。その他の時間帯は、Radio Euroherz というラジオ局が放送を行っていた。その後、州メディアセンターは、いわゆる周波数の分割 (Frequenzsplitting) を終了させ、同周波数を一つの統一番組にゆだねることを企図した。そのために州メディアセンターは、Xと Radio Euroherz 社の協同交渉 (Kooperationsverhandlung) を設けたが、Xが、それによって協同会社における少数派となり、自己の番組放送を実現することが不可能になることを危うしたために、同交渉は失敗に終わった。州メディアセンターは、結局 1992 年に、当該周波数を Radio Euroherz 社にのみ与えてしまった。もっともその際、州メディアセンターは、もしX側に、共同スタジオにおいて作成され、また共通のスポンサーから資金調達がなされた、Radio Euroherz との共同番組のひとつを送信する準備があるのであれば、Xに対して放送番組提供者協定の承認を約束すると述べた。さらに全体としてのXの放送番組割当て分は 20%とされた。しかしながらこれらの交渉も失敗に終わると、州メディアセンターは、番組の継続を求めるXの申請を拒否した。

この決定に対してXは、行政裁判所に番組継続の仮命令の発給を申請したが、同裁判所はこれを拒否し、さらにバイエルン州憲法裁判所もこれを認めなかったため、Xは、バイエルン州憲法裁判所の当該決定によって自己の基本法第3条第1項、第5条第1項第2文、第12条第1項、第19条第4項等の基本権が侵害されたとして、連邦憲法裁判所に憲法異議を申し立てた。

(2) 判旨

これに対して連邦憲法裁判所は、本決定において、下級裁判所の当該決定はXの放送の自由の基本権を侵害していると述べて、結論として本件憲法異議には理由があるとした。

ア 放送の自由の基本権の担い手

連邦憲法裁判所は、まず、放送の自由の内実につき、「放送の自由は、その核心において、番組の自由 (Programmfreiheit) である。同基本権は、放送が、どのように自己のジャーナリスティックな責務を遂行するのかを、外的な影響から自由に決定し得るよう保障している (vgl. BVerfGE 59, 231 (258); 87, 181 (201); 90, 60 (87))」 (S. 310) と述べた後、基本権享有主体の問題につき、一般論として以下のように述べる。

「それゆえ同基本権は、公法上の法形式であるか私法上の法形式であるか、つまり商業的な活動であるか公益的な活動であるかを問わず、いずれにしても放送番組を放映するすべての自然人及び法人に保障されるのである (vgl. BVerfGE 95, 220 (234))。

伝統的に放送番組として理解されるものは、一定時間を要する、計画的で構造的な連続した番組である。そのような番組の事業者 (Veranstalter) として理解されるのは、自己の〔番組〕構造を確定し、連続番組を計画し、放送番組を編成し、そして統一的な名称をもって〔番組を〕視聴者に提供する者である。全放送番組に係るこのような活動によって、番組事業者は、個別の放送番組又は番組の一部の単なる配給業者 (Zulieferer) とは区別されるのである。これに対して、放送番組の事業者が自ら番組を放映し、又は個々の番組を自ら制作することは、〔放送事業者の要件として〕必ずしも必要ではない」(S. 310)。

イ バイエルン州の民間放送番組提供者と放送の自由

さらに、連邦憲法裁判所は、州憲法上、公共放送事業者のみを認めているバイエルン州²においても、民間放送番組提供者が放送の自由の基本権享有主体となり得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。

「これらの諸原則によれば、バイエルン州メディア法にいう放送番組提供者は、放送の自由の基本権の担い手である。

バイエルン州メディア法は、ドイツのその他の州のそれと以下の点で異なっている。すなわち、バイエルン州憲法第 111a 条に基づき、バイエルン州における放送は、公法上の担い手によってのみ運営される。とはいえバイエルン州の放送法立法者は、ここから、民間企業が放送への参加を完全に禁じられるという結論には達しなかった。民間企業は、放送番組を提供し、さらに自己の名前でそれを聴衆に届けることが可能である。しかしながら、この民間企業は、法的には事業者とはみなされない。番組事業は、放送が州の放送事業を前提としていない限りにおいて、むしろ、バイエルン州における放送の公法上の担い手としての州メディアセンターにゆだねられている。

しかしながら、民間の〔放送番組〕提供者は、実際には〔州内では〕唯一の番組プロデューサーである。州メディアセンターも事業協会も、独自の番組を制作しているわけではない。さらに両者は、〔実際には〕民間の放送番組の編成 (zusammenstellen) も行

² バイエルン州における放送制度につき、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 (Teilnehmerentgeltssystem) と放送の自由」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)、同「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」総務省情報通信政策研究所編『海外情報通信判例研究会 報告書 (第一集)』185 頁以下 (2010) を参照。

っていない。州全域に及ぶラジオ番組を除けば、民間の番組提供者は、個々の番組だけでなく、法律に適合する範囲で、通常すべての番組を供給している (MEG 25 条、BayMG 26 条)。……さらに、放送番組は、州メディアセンターの依頼や命令に基づいて制作されているわけでもない。むしろ番組提供者は、法律の基準の枠内で、形成の自由を有している。州メディアセンターの責務は、民間企業に放送番組提供の許可を与えることに限定されている。これに対して、既に放映済みの番組は州メディアセンターの許可には服さず、またそれは、放映前に州メディアセンターに知られることはない。同様に州メディアセンターは、放送番組の担い手として外部に現れることもない。許可された番組は、民間の番組提供者の名の下で放映されるのである」 (S. 311)。

ウ バイエرن州における免許申請者と放送の自由

最後に、連邦憲法裁判所は、バイエルン州における放送免許申請者も放送の自由の基本権の担い手となり得るか否かの問題につき、以下のように述べてこれを肯定する。

「バイエルン州メディア法にいう免許 (Lizenz) を求める申請者 (Bewerber) も、基本法第 5 条第 1 項第 2 文にいう放送の自由の保護を主張し得る」。

「…… [放送の自由の] 基本権保護の射程は、本質的に、基本権の保護法益を脅かす危険に依拠する (vgl. BVerfGE 95, 220 (234))。 [放送の自由の] 基本権保障の核心を成す番組の自由への影響力の行使 (Einflußnahme) という危険は、免許申請者の選考に際して特に大きい。申請者の数が伝送容量 (Sendekapazität) を超える場合には、提供された番組に対する評価が選考決定を左右したり、申請者が許可の可能性を高めることを期待して事前に [番組] 内容の調整を行うことは、必ずしも起こり得ないことではない。このことは、第 1 回の選考だけでなく、放送期限の経過後の免許の更新にも妥当する。 [免許更新] の場合、影響力の行使の危険はより一層強まるであろう。なぜなら、 [免許更新の] 決定は過去に放映された番組に対する評価に左右され、したがって番組の自由が侵害され得るからである。

それゆえ、連邦憲法裁判所は、まさに申請者の選考と伝送容量の割当てにつき、放送の自由のために特に厳格な法律上の予防措置を要求したのである (vgl. BVerfGE 57, 295 (327); 73, 118 (182 ff.); 83, 238 (322 ff.))。とはいえ上述の [連邦憲法裁判所の] 諸決定において、これらの要求は、放送法立法者の客観法的義務として発展した……。さらに、この立法者の客観法的義務は、立法者が適法に構築した放送秩序の枠内における、放送事業者の基本権上の地位の保障にも寄与している。つまり、当事者が [立法者の] 義務違反を主張する可能性を有していない場合には、その保障の目的は害されるのである (vgl. BVerfGE 95, 220 (234))。それゆえ、既に許可を得ている放送事業者が、彼に認められた法的地位に関して、放送の自由の保護を主張し得るのであれば (vgl. BVerfGE

95, 220 (234))、免許申請者も、申請者という立場〔にある者の〕放送の自由を確保する憲法上要請される選考規定及び許可規定に関して、〔放送の自由の〕基本権を主張できるようにしなければならない。

確かに、同規定に対するすべての侵害が同時に基本権侵害となるわけではない。たとえば、国家の側からの番組への影響力に対して放送の自由を効果的に確保する法律によるアクセス規定 (Zugangsregelung) が基本法第 5 条第 1 項第 2 文から要請されているとしても、立法者がその目的の達成のためにどの方法を取るべきなのかを、個別の事例において放送の自由の基本権が確定するわけではない。放送の自由の基本権は、客観法的にも主観法的にも、基本権確保のために機能するものであるため、いずれにしても申請者には、〔法律の〕解釈及び適用に際しては、放送の自由の基本権の担い手としての自己の地位が十分に配慮されるよう請求する権利が与えられている。それによって申請者は、〔立法者の〕恣意の禁止を介して与えられる法的地位を超えるような、放送に特有の法的地位を与えられる。個々の事例でそれがどの程度にまで及ぶのかについては、本件で明らかにする必要はない。

このような基本権配慮請求権 (Grundrechtsbeachtungsanspruch) は、州メディアセンターに対してバイエルン州における放送免許を求める申請者にも与えられる。州メディアセンターが国家から自由で多元的な構造を有するにもかかわらず、同センターは、公権力の一部として申請者と対立し、その限りで基本権〔保護〕を義務づけられる。州メディアセンターが、場合によっては民間放送番組の法的な担い手として自らこの基本権の保護を享受するとしても、このことは放送の自由の基本権とは対立しない。この問題の完結的な解明は、本件は要求していない。なぜなら、たとえ州メディアセンターに、民間の放送番組提供者との関係にあって、放送の自由の保護を与えられるとしても、同センターは、基本権保護を番組提供者の側に立って配慮することを免れるわけではないからである。その限りにおいて、このことはまさに、一つの又は同一の基本権から派生する、複数の基本権の担い手が有する諸権利 (Berechtigungen) の調整が必要な場合にも、妥当する」 (S. 312 ff.)。

以上のように述べて、連邦憲法裁判所は、X は放送の自由の基本権の担い手であるにもかかわらず本件下級裁判所はこの原則を正当に評価しておらず、したがって憲法異議申立人の放送の自由の基本権を侵害している、と判示した。

エ 職業の自由

さらに、同裁判所は、基本法第 12 条第 1 項にいう職業の自由の基本権の適用については以下のように述べている。いわく――、

「憲法異議申立人は放送の自由を主張し得るのであるから、(バイエルン州憲法裁判所はこれも同様に否定したが) それとならんで職業の自由の保護をも享受するか否かは、もはや問題とはならない。[たとえ憲法異議申立人が職業の自由を主張したとしても] 基本法第12条第1項は、基本法第5条第1項第2文よりも高い保護を保障し得ない」(S. 316)。

3 主観的権利としての放送の自由とその保護領域

連邦憲法裁判所は、本決定において、放送免許申請者の主観的権利としての放送の自由を認めている。ただし、放送の自由の理解については、連邦憲法裁判所において従来その客観法的側面を中心に議論がなされてきた。

(1) 放送の自由の法的性質

基本法第5条第1項第2文は、「放送 (Rundfunk) による報道の自由は……保障される」と規定して、「放送の自由」の基本権を保障している。ここでいう「放送」の概念には、ラジオだけでなくテレビも含まれる³。この放送の自由の基本権は、「その大部分を、連邦憲法裁判所によって形成されてきた⁴」と言われるが、同裁判所の決定の中でも、現在の連邦憲法裁判所における放送の自由の基本権解釈を根本的に基礎づけたのは、1981年6月16日の第3次放送判決 (BVerfGE 57, 295)⁵ である⁶。

ア 第3次放送判決

第3次放送判決は、放送の自由につき以下のように述べる。

「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。この自由な意見形成は、一方で意見を表明し頒布する自由を前提としており、他方で、表明された意見を知り、情報を受け取る自由を前提としている。基本法第5条第1項は、意見表明の自由、意見頒布の自由、情報の自由を人権 (Menschenrecht) として保障することによって、同時に上述のプロセスも憲法上保障することに努めているのである。その限りで基本法第5条第1項は、主観的権利を根拠づけている。[さらに] 同条項は、これと関連して、意見の自由を、全法秩序の客観的原理として規律している。その際、主観法的要素と客観法的要素は、互いに条件づけあい、また支えあっている。……」

³ ドイツにおける「Rundfunk」の概念をめぐる議論につき、塩野宏『放送法制の課題』3頁以下(有斐閣・1989)を参照。

⁴ Vgl. I. v. Münch, Staatsrecht II, 5. Aufl. 2002, Rdnr. 383.

⁵ 第3次放送判決 (BVerfGE 57, 295) の判例評釈として、石村善治『言論法研究 IV (ドイツ言論法研究)』236頁以下(信山社、1993)、鈴木秀美「放送の自由と民間放送の参入—第3次放送判決 (FRAG 判決)」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 (第2版)』172頁以下(信山社、2003)を参照。

⁶ Vgl. H. Gersdorf, Grundzüge des Rundfunkrechts, 2003, Rdnr. 62.

放送は、このような憲法上保護される、自由な意見形成のプロセスの『メディア』(Medium)であり『ファクター』(Faktor)である(BVerfGE 12, 205 (260))。それによれば放送の自由は、第一次的に、その主観法的かつ客観法的要素において意見形成の自由に『奉仕する』自由(dienende Freiheit)である。すなわち放送の自由は、現代のマスコミュニケーションの諸事情の下であって、この〔意見形成の〕自由のために必要な補完ないし補強を行う。放送の自由は、放送による自由で包括的な意見形成を保障する責務(Aufgabe)に奉仕する。

この責務は、放送の自由の独自性と意義を特徴づける。

すなわち、放送による個人的意見及び公的意見の自由な形成は、第一次的に、国家の支配及び影響に対する放送の自由を要請している。その限りで放送の自由は、古典的自由権と同様に、防御的な意味を有する。しかしながらこれではまだ、それによって保障されるべきものが確保されているとはいえない。なぜなら、単なる国家からの自由(Staatsfreiheit)は、放送による自由で包括的な意見形成が可能となることを、いまだ意味していないからである。つまりこの〔放送の自由の〕責務は、単なる消極的な〔内容〕形成によっては対処され得ないのである。むしろそのために必要なことは、現存する意見の多様性(Vielfalt)が放送において可能な限り広範かつ完全に反映され、そしてこれによって包括的な情報が提供されることを確保するような、積極的規律(positive Ordnung)である」(S. 319 f.)。

このように連邦憲法裁判所は、放送の自由の基本権に二つの特殊性を認めている。ひとつは、「奉仕する自由」(dienende Freiheit)であり、もうひとつは「内容形成の留保」(Ausgestaltungsvorbehalt)である。これらを更に敷衍すれば、以下のようになる。

イ 奉仕する自由としての放送の自由(機能的根本権)

連邦憲法裁判所によれば、放送の自由は、古典的な「個人の根本権」(Individualgrundrecht)ではなく、「奉仕する自由」(dienende Freiheit)であるとされる。このような根本権は、「機能的根本権」(Funktionsgrundrecht)とも言われる⁷。その趣旨は、連邦憲法裁判所の1991年2月5日の第6次放送判決(BVerfGE 83, 238)⁸によれば、「放送の自由は、その担い手に対して、それを任意に使用する権限を与えてはいない」ということであり、さらに「放送の自由は、奉仕する自由として、第一次的に放送事業者のために保障されているというわけではなく、むしろ個人的意見及び公的意見の自由な形成のために保障されている」(S. 315)という。1992年10月6日の第7次放送判決(BVerfGE

⁷ Vgl. Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Rdnr. 68.

⁸ 第6次放送判決(BVerfGE 83, 238)の判例評釈として、鈴木秀美「ノルトライン・ヴェストファーレン州放送制度の合憲性——第6次放送判決」・前掲注(5)『ドイツの憲法判例II(第2版)』139頁以下を参照。

87, 181)⁹ も、「基本法の他の自由権とは異なり、放送の自由は、その担い手に対して、彼の人格発展又は利益の追求といった目的のために認められた基本権ではない。放送の自由は、むしろ、奉仕する自由である。それは、個人的意見及び公的意見の自由な形成に奉仕するものである (vgl. BVerfGE 57, 295 (319), st. Rspr.)」 (S. 197) と述べている。つまり放送の自由は、個人の人格発展のためにあるのではなく、個人及び公の自由なコミュニケーションを保障するために存する、という。

ウ 内容形成の留保

連邦憲法裁判所によれば、放送の自由は、この「奉仕的機能」だけにとどまらずに、「内容形成の留保」をも有しているという。つまり立法者は、放送の自由の独自性から、放送における意見の多様性が可能な限り広く反映されるように配慮しなければならず、そのための「積極的な規律」を義務付けられるのである。「内容形成」 (Ausgestaltung) とは、一般に、「基本権が保障すべき生活関係及び生活領域を法的に作り出すことをいう」のであり、それは「第一次的に立法の債務であると」とされる¹⁰。

エ 主観的権利としての放送の自由

ただし学説によれば、以上のような「奉仕する自由」又は「内容形成の留保」によって放送の自由の主観的権利が不要となるわけではなく、むしろこの主観的権利は、放送の自由の客観法的保障のために必要なものである、と言われる。なぜなら「この主観的権利によって、放送の自由の担い手は、放送の自由を内容形成した法律が、又は単純法の解釈と適用が、客観法的規律目的に奉仕するものであるかどうかにつき、裁判所に審査を求めることが可能となる¹¹」からであるという。

こうした学説を受け連邦憲法裁判所も、本決定 (BVerfGE 97, 298) において、前述のように、放送の自由は「客観法的にも主観法的にも、基本権確保のために機能するものであるため、いずれにしても申請者には、〔法律の〕解釈及び適用に際しては、放送の自由の基本権の担い手としての自己の地位が十分に配慮されるよう請求する権利が与えられている」 (S. 314) と述べたのである。

このように連邦憲法裁判所の判例は、放送の自由を、「その主観法的かつ客観法的要素において」、意見形成の自由に「奉仕する自由」であるととらえている。つまり同裁判所は、

⁹ 第7次放送判決 (BVerfGE 87, 181) の判例評釈として、高橋洋「公共放送に対するコマーシャル禁止の合憲性—ヘッセンドライ決定 (第7次放送判決)」・前掲注 (5)『ドイツの憲法判例 II (第2版)』145頁以下を参照。

¹⁰ Vgl. K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, Rdnr. 306. 基本権の「内容形成」の概念と類型につき、詳しくは、小山剛『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現』111頁以下 (尚学社・2004)、同「基本権の内容形成—概念と類型」樋口陽一・上村貞美・戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻』153頁以下 (信山社、2003) を参照。

¹¹ Vgl. Gersdorf, a. a. O. (Anm. 6), Rdnr. 68.

放送の自由の主観法的要素と客観法的要素を分離することなく、「互いに支えあう」ものと理解しているのである¹²。

(2)放送の自由の保護領域

次に問題となるのが、こうした法的性質を有する放送の自由の基本権が、いったい何を保障し得るのかである。

連邦憲法裁判所の確立した判例によれば、放送の自由の保護領域は、放送による「報道の自由」、具体的には、「情報の入手からニュース及び意見の伝達にまで及ぶ」とされる¹³。例えば同裁判所の1987年10月1日決定(BVerfGE 77, 65)は、「放送は、既に基本法第5条第1項に含まれる、自由な意見表明とその頒布の保障を享受するだけでなく、その制度的独自性においても、すなわち情報の入手から、ニュース及び意見の頒布においても保障を受ける。……憲法上保障された放送の自由には、情報の入手(Informationsbeschaffung)の保護が含まれる」(S. 74)と述べ、放送の自由の「客観法的意義」から、情報の入手等の自由の保障を導き出している¹⁴。

連邦憲法裁判所の1994年7月14日決定(BVerfGE 91, 125)¹⁵によれば、このような放送の自由の基本権が保障する放送による報道の自由は、さらに、「ある事件を、聴衆者及び視聴者に対して、視聴覚的に、完全若しくは部分的に、生放送で若しくは時間をずらして放映する可能性」(S. 134)を保障する。加えて、「放送が、放送というメディアの固有の可能性を利用しようとする場合には、撮影機材や中継機材の使用に頼らざるを得ない」(S. 134)が、放送の自由はこうした機材の使用も保障しているとされる¹⁶。また、同裁判所の2001年1月24日判決(BVerfGE 103, 44)¹⁷は、「メディアが、だれにでも開かれている情報源へのアクセスへ参加する限りにおいて、同アクセスは、基本法5条1項1文にいう情報の自由によって保障される」が、「これに対して、放送によって情報を頒布することを目的として、放送に固有の撮影機材及び中継機材を使用することは、その限りにおいて特別な、基本法第5条第1項第1文にいう放送の自由によって保障される」と述べて、撮影等

¹² もっとも判例は、放送の自由の客観法的要素を強調する傾向にあるという。この点につき、鈴木秀美『放送の自由』88頁(信山社、2000)を参照。また、Vgl. J. Ipsen, Staatsrecht II, 12, Aufl. 2009, Rdnr. 455.

¹³ Vgl. BVerfGE 77, 65 (74); 91, 125 (135); 103, 44 (59); 107, 299 (329); 119, 309 (318).

¹⁴ 同趣旨として、Vgl. BVerfGE 107, 299 (329).

¹⁵ 同決定の判例評釈として、宮地基「法廷におけるテレビ撮影と放送の自由」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II(第2版)』150頁以下(信山社、2006)を参照。

¹⁶ 同趣旨として、Vgl. BVerfGE 103, 44 (59).

¹⁷ 連邦憲法裁判所の2001年1月24日判決(BVerfGE 103, 44)につき、詳しくは、鈴木秀美「法廷テレビカメラ取材禁止の合憲性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例III』177頁以下(信山社、2008)、同・「法廷テレビカメラ取材と裁判の公開——ドイツ連邦憲法裁判所2001年1月24日判決を中心に」村上武則・高橋明男・松本和彦編『高田敏先生古稀記念論集 法治国家の展開と現代的構成』233頁以下(法律文化社、2007)を参照。

による情報入手の手段も放送の自由の保護領域に含まれるとしている¹⁸。

さらに連邦憲法裁判所によれば、放送の自由の基本権は、第一次的に「番組の自由」(Programmfreiheit) または「放送番組の自律」(Programmautonomie) であるとされる。すなわち同裁判所の1982年1月13日決定(BVerfGE 59, 231-Freie Rundfunkmitarbeiter)によれば、「放送の自由は、その第一次的な本質的意味において、放送番組の選択・内容・制作に対する国家の影響力及び外部からのあらゆる影響力の行使を禁止するという意味での、番組の自由である」(S. 258) とされ、他者からの影響を受けることなく、放送番組の選択・内容・制作について決定を行うことを保護しているとされる。敷衍すれば、この「放送番組事業の自由¹⁹」(Programmgestaltungsfreiheit) は、「非ジャーナリティックな目的のための放送のいかなる利用も認めない」ということを保障しているのであり、それゆえ「放送番組は、国家のコントロールから自由であるのみならず、私人の利用からも自由に、放映されなければならない」とされる²⁰。

本判決も、以上のような先例を踏襲して、「放送の自由は、その核心において、番組の自由(Programmfreiheit) である。同基本権は、放送が、どのように自己のジャーナリスティックな責務を遂行するのかを、外的な影響から自由に決定し得るよう保障している(vgl. BVerfGE 59, 231 (258); 87, 181 (201); 90, 60 (87))」(S. 310) と述べたのである。

4 放送の自由の基本権の担い手

放送の自由の担い手の問題については、これまで判例・学説において様々な議論がなされてきたが、以下では、それらのうち、公共放送事業者と民間放送事業者の放送の自由の問題に対する連邦憲法裁判所の立場を検討しておくことにする²¹。

(1) 公共放送事業者

まず公共放送の事業者が放送の自由の基本権の担い手となることにつき、判例・学説は、伝統的にこれを認めてきた²²。すなわち連邦憲法裁判所は、1967年5月29日の「売上税法(付加価値税)²³」(Umsatzsteuergesetz-Mehrwertsteuer-vom 29. Mai 1967 (UStG 1967))

¹⁸ さらに、Vgl. BVerfGE 119, 309 (318 f.).

¹⁹ Vgl. H. Sodan/J. Ziekow, Grundkurs Öffentliches Recht, 2. Aufl. 2007, § 32, Rdnr. 20.

²⁰ Vgl. BVerfGE 87, 181 (201); 90, 60 (87); 95, 220 (234).

²¹ その他、判例においてラジオ聴取契約者(Rundfunkteilnehmer)が放送の自由の基本権の担い手となりうるか否かが問題となった事例があるが、連邦憲法裁判所の1988年12月19日部会決定はこれを否定している(BVerfG MJW 1990, 311 (310))。

²² Vgl. B. Pieroth/B. Schlink, Grundrechte, Staatsrecht II, 26. Aufl. 2010, Rdnr. 620.

²³ 1967年5月29日の「売上税法(付加価値税)」制定の経緯とその内実につき、小松芳明「時事解説・西ドイツの付加価値税」産業経理28巻9号93頁以下(1968)、中村英雄「西ドイツの付加価値税」成城大学経済研究28号175頁以下(1969)、村井正「ドイツの付加価値税法(その一〜七)」財経詳報904号18頁以下(1971)〜同932号20頁以下(1972)、等を参照。

による課税に対してヘッセン州政府が抽象的規範統制を、バイエルン放送協会を始めとする公共放送協会 8 局が憲法異議を申し立てた事例につき、1971 年 7 月 27 日の第 2 次放送判決 (BVerfGE 31, 314)²⁴ において、「基本法第 19 条第 3 項によれば、基本権は、その本質上国内法人に適用可能な限りにおいて、これにも妥当する。しかしながら、公法上の法人に対しては、それが公的責務を行使する限りにおいて、原則として適用されない。…… [もつとも] 公法上の当該法人が、例外的に、基本権によって保護される生活領域に直接的に組み込まれる場合には、以上の [原則] は妥当しない (BVerfGE 21, 362 (373))。このことから、連邦憲法裁判所は、基本法第 5 条第 3 項第 1 文にいう基本権に対する大学や学部の基本権能力 (Grundrechtsfähigkeit) を認めてきたのである。このことは、公共放送局にも妥当する」 (S. 322) と述べ、公共放送協会に放送の自由の基本権の享有主体性を認めたと²⁵。

(2)民間放送事業者

次に民間の放送事業者が放送の自由の基本権を享受し得るか否かにつき、学説はその立場を二分してきた²⁶。さらに連邦憲法裁判所も、例えば 1981 年 6 月 16 日の第 3 次放送判決 (BVerfGE 57, 295) において、「民間の放送番組事業を求める基本権の請求権の [可否の] 問題……に関する決定をも行う必要はない」 (S. 318) と述べて、この問題をながらく未解決にしてきた。しかしながら同裁判所は、1997 年 2 月 26 日決定 (BVerfGE 95, 220-Aufzeichnungspflicht)²⁷ において、公共放送局だけでなく、民間放送局も放送の自由の基本権の担い手となり得ることを明示した。

同事件で、バーデンビュルテンベルク州内務省が、ドルトムントで開催予定のクルド人による禁止されたデモに対して警察を出動させる旨の報告を 1996 年 3 月 18 日に行った際、フライブルクで非営利的なローカルラジオ放送局『ラジオ・ドライエックランド²⁸』 (Radio Dreyeckland - RDL) を営んでいた憲法異議申立人 X が、同年 3 月 11 日と 12 日の自己の番組 („Tagesinfo“) の中でこのデモへの参加を呼びかけたとの表明を行った。そこで、バーデン・ビュルテンベルク州コミュニケーション委員会 (Landesanstalt für Kommunikation Baden-Württemberg (LfK)) は、X に対して、放送を録音したテープを提出するよう求めたが、X は当該デモへの参加を駆り立てる放送は行っていないとしてテープの提出を拒否した。これに対して同委員会は、X のテープの提出拒否は州メディア法に違反するとして 3000 マルクの強制賦課金 (Zwangsgeld) を課す旨を告げ、下級裁判所もこの決定を支持し

²⁴ 第二次放送判決 (BVerfGE 31, 314) につき、詳しくは、石村・前掲注 (5) 『言論法研究 IV』 218 頁以下、塩野・前掲注 (3) 『放送法制の課題』 93 頁以下、鈴木・前掲注 (12) 『放送の自由』 64 頁等を参照。

²⁵ さらに、Vgl. BVerfGE 59, 231 (254); 74, 297 (317 f.).

²⁶ Vgl. Pieroth/Schlink, a. a. O. (Anm. 22), Rdnr. 621; F. Hufen, Staatsrecht II, 2. Aufl. 2009, § 83 Rdnr. 14.

²⁷ 同決定につき、鈴木・前掲注 (12) 『放送の自由』 296 頁を参照。

²⁸ 同ラジオ局につき、詳しくは、同局のホームページ (<http://www.rdl.de/>) を参照。

たため、Xは自己の放送の自由の基本権等が侵害されたとして憲法異議を申し立てた。

連邦憲法裁判所は、本決定において、結論としては本件下級裁判所の決定は放送の自由の基本権を侵害していないとしてXの憲法異議を認めなかったが、放送の自由の基本権は「公法上の法形式であるか私法上の法形式であるか、つまり営利的な活動であると非営利的な活動であるかを問わず、放送番組を放映するすべての者に与えられる」(S. 234)と述べて、民間ラジオ放送局であるXも放送の自由の基本権を享受し得ることを明示したのである。

同決定の以上の趣旨は、前述のように1998年2月20日決定にも踏襲された。さらに同裁判所は、本決定において、州憲法によって公共放送事業者のみを認めているバイエルン州においてさえも、民間放送番組事業者だけでなく、放送免許申請者も放送の自由の基本権を主張し得ると解したのである。

5 放送の自由と職業の自由の競合

連邦憲法裁判所は、本決定において、確かに本件においては職業の自由が放送の自由よりも「高い保護」を保障しているわけではないとして職業の自由を基準に審査することはしなかった。しかしながら同裁判所は、放送の自由とならんで職業の自由が適用される可能性を否定していない。なぜなら同裁判所は、前述のように、「憲法異議申立人は放送の自由を主張し得るのであるから、(バイエルン州憲法裁判所はこれも同様に否定したが)それとならんで職業の自由の保護をも享受するか否かは、もはや問題とはならない」と述べたにすぎないからである。放送の自由と職業の自由の基本権は、どのような関係にあると考えられているのであろうか。

(1)連邦憲法裁判所の立場

放送の自由と職業の自由の基本権競合が生じる事例として、第一次的に、本決定の直前に下された連邦憲法裁判所の1998年2月17日判決を挙げるができる。

ア 1998年2月17日判決 (BVerfGE 97, 228 - Kurzberichterstattung)²⁹

『西部ドイツ放送ケルン』に関する法律 (Gesetz über den „Westdeutschen Rundfunk Köln“-WDR-G) の第3a条と、ノルトライン・ヴェストファーレン州放送法 (Rundfunkgesetz für das Land Nordrhein-Westfalen - LRG) の第3a条は、同1項1文において、「公にアクセスでき一般的な情報利益となる興業 (Veranstaltung) や事件に関して、

²⁹ 本判決につき、詳しくは、鈴木秀美「放送法による独占放送権の制限—短時間ニュース報道権事件」・前掲注(17)『ドイツの憲法判例III』171頁以下、同・前掲注(12)『放送の自由』135頁以下、村上武則・アンドレアス・シェラー「短時間ニュース報道の権利と1998年2月の連邦憲法裁判所判決」阪大法学48巻3号1頁以下(1998)を参照。

テレビで無償で短時間報道をする権利は、ヨーロッパ内で許可を得ているすべての放送事業者に対して、自己の放送目的のために、与えられる」と規定し、テレビにおいて無償で短時間ニュースを報道する権利を導入した。これに対して連邦政府は、短時間ニュース報道権は、イベント主催者や権利所有者、関係者等の基本法第 14 条第 1 項、第 12 条第 1 項、第 13 条、第 2 条第 1 項等の基本権、及び放送事業者とその他の権利利用者の基本法第 5 条第 1 項第 2 文の基本権を侵害し無効であると主張して、抽象的規範統制を申し立てた。本件に対しては、一方で、民間放送・通信連盟 (VPRT)、ドイツ・サッカー協会 (DFB)、ドイツ・スポーツ協会 (DSB) が、原則として連邦政府の判断を支持する立場表明を行い、当該規定は民間放送事業者の放送の自由の基本権を不当に制約するものであると主張した。他方で、ノルトライン・ヴェストファーレン州政府、同州議会、その他の州政府、ドイツ公共放送協会連盟 (ARD)、第 2 ドイツテレビ (ZDF) は、当該規定の合憲性を支持する立場表明を行った (S. 243 ff.)。

連邦憲法裁判所は、本判決において、短時間報道権を定めた本件規定の合憲性を、①職業の自由 (基本法第 12 条第 1 項)、②一般的行為自由 (同第 2 条第 1 項)、③所有権の保障 (同第 14 条第 1 項)、④住居の不可侵 (同第 13 条第 1 項)、⑤放送の自由 (同第 5 条第 1 項第 2 文)、⑥一般的人格権 (同第 1 条第 1 項と結びついた同第 2 条第 1 項) といった多くの基本権を基準として審査した。そして結論としては、本件規定は、「基本法に適合する」が、「職業上なされる興行 (Veranstaltung) に際して短時間報道権を無償で〔認めて〕内容形成している限りにおいて、基本法第 12 条第 1 項に違反する。立法者は、手数料に関する規律を定めて、短時間報道権が原則としてすべての放送事業者にアクセスできるよう確保しなければならない」と判示したが、同裁判所は、職業の自由及び放送の自由を基準とする審査につき、以下のように述べている。

(a) 職業の自由

同裁判所は、まず、興業主催者や興業を放映する民間放送事業者等の職業の自由の基本権につき、以下のように述べる。

「〔無償の短時間報道を認める〕当該規定の対象となる〔興業等の〕活動は、原則として、職業の自由の保護を受ける。基本法第 12 条第 1 項で保障される職業の自由は、継続を目的とし、生活基盤の形成と保持に寄与するすべての活動を含む (vgl. BVerfGE 7, 377 (379); 54, 301 (313))。それによれば、職業は、個人の『才能』 (Berufung) に基づいて選ばれ受け入れられた活動だけでなく、収益のためになされた職業活動のうち、一回限りの収益行為で完結するものを除く、すべての活動をいう。このような広い、人的に限定しない職業概念においては、職業の自由の基本権は、基本法第 19 条第 3 項に基づき、私法上の法人にも適用される (vgl. BVerfGE 50, 290 (363))」。

「当該規定に関連する〔興業等の〕活動は、確かにすべてというわけではないが、職業上多様に行使される。短時間報道権の対象が周知の行事の場合には、〔その行事は〕職業的に実行されるのが通常であろう。そのような行事は、大抵、収益を目的として繰り返し開催される。事件や興業を放映する民間の放送事業者も、基本法 12 条 1 項の意味での職業活動を行っている」。

「〔職業の自由の基本権の〕実際の射程にかんがみれば、基本法 12 条 1 項の基本権上の保護は、職業のすべての観点に及ぶ。生活を保障するという職業の機能ゆえ (vgl. BVerfGE 81, 242 (254))、同基本権は、とりわけ職業的にもたらされる給付の経済的利用に及ぶ。とりわけ WDR-G/LRG 第 3a 条にいう興業に際しては、スポンサーの獲得やテレビ放映権の売却も、同基本権〔の保護領域に〕属する。大きなスポーツイベントに際しては、放映権の譲渡は、今日では主要な収入源にさえなり、それゆえ職業的利益の中心となっている」 (S. 252 f.)。

連邦憲法裁判所は、以上のように述べて、本件規定にいう興業の主催者及び同興業を放映する民間放送事業者は、職業の自由の基本権を享受するとした。その限りにおいて、本件規定は職業の自由の基本権に介入していることになるが、同規定は「無償であることを除けば、憲法適合的解釈により、比例性の原則にも適合している」 (S. 258) として、結論として当該介入は正当化されると判示した。

(b) 放送の自由

同裁判所は、さらに、本件規定が興業を放映する民間放送事業者の放送の自由を侵害しているか否かを審査し、以下のように述べる。

「基本法第 5 条第 1 項第 2 文にいう放送の自由は、〔本規定により〕いずれにしても侵害されていない。「放送の自由は、法律による内容形成を必要とする (vgl. BVerfGE 57, 295 (329); 90, 60 (88))。その際立法者は、一方で、放送が、例えば政治的又は経済的性質を有する、ジャーナリズム以外の目的のためのあらゆる利用からの影響を受けずに、自己の機能を達成できるように配慮しなければならない。これには、とりわけ支配的な意見の力の阻止も含まれる (vgl. BVerfGE 95, 163 (172); stRspr)。他方で立法者は、放送が憲法上の前提とされている自己の責務を、意見形成のために行使することを保障しなければならない。社会的に重要なテーマがありのままに伝達されることが、それに含まれる (vgl. BVerfGE 57, 295 (320); stRspr)」。

「個別事例における放送の自由の内容形成に際して、立法者は、広範な自由を享受する。基本法は、立法者に対して、放送秩序のモデル又は目的達成の手段につき、何の指図も行っていない。憲法上は、自由で包括的な放送の保障と、誤った方向への発展の回避の

みが問題となる (vgl. BVerfGE 57, 295 (321 f.); 83, 238 (296))。放送の自由を内容形成する法律は、同法律が放送の自由の目的の支援にとってふさわしいものであり、かつ基本法第 5 条第 1 項第 2 文が保障する利益を適切に考慮している場合には、憲法上異議を唱えられるべきではない。

本規定 (§ 3a WDR-G/LRG) にいう「短時間報道権は、放送の自由を、憲法適合的な方法で内容形成している」。「短時間報道権は、基本法第 5 条第 1 項第 2 文の目的の発展に寄与するものである。短時間報道権は、情報を含んだ番組を提供する放送事業者に対して、彼らが必要な情報を民法上の協定を根拠に入手できないことがないようにし、さらに彼らが、放送というメディアに適合した方法で情報を利用できるようにすることを保障している。それによって短時間報道権は、放送視聴者に全国的な情報を保障するだけでなく、放送伝達の多様性を保障し、その限りで支配的な意見の力の発生を阻止するのである」 (S. 266 ff.)。

以上のように、連邦憲法裁判所は、短時間報道権を定めた本件規定の合憲性について、職業の自由と並んで、放送の自由を基準として審査したのである。ここからは、民間放送業者がある興業を放送する場合には、同民間放送局の活動は、職業の自由と放送の自由の両基本権の保護領域に含まれうると解することができよう。

イ 放送免許申請における基本権競合

これに対して、放送免許を申請する行為も、放送の自由と職業の自由の両基本権の保護領域に含まれると解することができるであろうか。

前述のように、連邦憲法裁判所は 1988 年 2 月 20 日決定において、放送免許申請に際して、職業の自由が放送の自由と並んで適用される可能性を否定しておらず、それゆえ本件のように放送番組事業者が放送免許を申請する場合には、同事業者行為は放送の自由だけでなく職業の自由の保護領域にも一応は含まれるとみなした、と解することはできよう³⁰。学説の中にも、民間の放送番組事業者は、たとえ州憲法によって民間放送事業の参入が排除されている場合でも、放送免許の申請に際しては、職業の自由をも主張しうると解するものが見られる³¹。

したがって、連邦憲法裁判所の以上の二つの判決からは、例えば民間放送事業者がある興業を放送する場合や放送免許の申請をする場合には、放送の自由と職業の自由の両基本権の保護領域が同時に関連し得ると解することが可能であろう³²。つまりこのようなケースでは、両基本権の真正な競合が生じ得るのである。もっとも学説の中には、「放送の自由と

³⁰ Vgl. K. Stern, in: Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/1, 1994, S. 1746.

³¹ Vgl. H. Bethge, in: M. Sachs, Grundgesetz. Kommentar, 5. Aufl. 2009, Art. 5 Rdnr. 112; W. Schmitt Glaeser, Kabelkommunikation und Verfassung, 1979, S. 167 ff.

³² Vgl. R. Heß, Grundrechtskonkurrenzen, 2000, S. 235.

事業の自由（Unternehmensfreiheit）とは、民間放送局の活動に対する〔国家の〕介入に際して、区別されなければならない³³」とか、「放送の自由についてはその制度的な側面が中心となるため、そもそも放送に関して、基本法第12条と第5条第1項第2文の両基本権の同時の適用が考慮されることはない³⁴」として両者の保護領域を画定する立場も見られる。しかしながら学説の多くは、職業の自由の保護領域を広く捉え、同保護領域には放送事業の運営や企業（放送局）の自由な設立を保障する「企業家の自由」（Unternehmerfreiheit）をも含むと解しているため³⁵、両基本権の保護領域は重なり合う部分があり、それゆえ両基本権の間に真正な競合が生じ得ることを認めている。したがって次に、両基本権の競合をどのように解決すべきかが問題となる。

この点、連邦憲法裁判所は、上述の二つの判決の中で必ずしも放送の自由と職業の自由の関係を明確にしているわけではないが、学説の中には、同裁判所は両基本権は観念的競合の関係にあり、したがって両基本権を同時に適用したと解するものもある³⁶。これに対して学説の立場は、以下のように、放送の自由と職業の自由の基本権は特別関係にあるとする立場と、両基本権は観念的に競合すると解する立場とに二分している。

②放送の自由と職業の自由の特別関係を支持する立場

学説には、放送の自由と職業の自由は規範論理的特別関係にあり、放送の自由は「放送制度に関する特別な憲法規定として³⁷」、職業の自由を排除して適用されると説くものが多くみられる³⁸。

³³ Vgl. P. Badura, Gewährleistung der Freiheit des Rundfunks, „Funktion“ des Rundfunks und „öffentliche Aufgabe“ der Rundfunkveranstalter, in: D. Merten/R. Schmidt/R. Stettner (Hrsg.), Festschrift für Franz Knöplke zum 70. Geburtstag, 1996, S. 8 (FN 22).

³⁴ Vgl. H. Grund, Das Monopol der öffentlichen Hand im Rundfunk- und Fernsehwesen, DVBl. 1969, 481 (484 FN 72).

³⁵ Vgl. G. Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 136; W. Weber, in: R. Schnur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, 1972, S. 467 ff. (483); W. Schmitt Glaeser/Chr. Degenhart, Koordinationspflicht der Länder im Rundfunkwesen, AfP 1986, 173 (177 f.); G. Herrmann/M. Lausen, Rundfunkrecht, 2. Aufl. 2004, §5 Rdnr. 81; F. Fechner, Medienrecht, 11. Aufl. 2010, 3. Kapitel Rdnr. 145; H. Bethge, Die Freiheit des privaten Rundfunks, DÖV 2002, 673 (675).

³⁶ Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 32), S. 235.

³⁷ Vgl. W. Mallmann, in: G. Zehner (Hrsg.), Der Fernsehstreit vor dem Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 1964, S. 264 f.

³⁸ Vgl. E. Fleischmann, Die freien Berufe im Rechtsstaat, 1970, S. 172 f.; Chr. Starck, Zur notwendigen Neuordnung des Rundfunks, NJW 1980, 1359 (1361 FN 29); ders., in: H. v. Mangoldt/F. Klein/Chr. Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. I, 5. Aufl. 2005, Art. 5 Abs. 1, 2 Rdnr. 285; D. Merten, Verfassungsgerichtlicher Rechtsschutz wegen verweigerter Mediengesetzgebung, AfP 1985, 169 (174); G. Manssen, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz, Art. 12 Abs. 1 Rdnr. 278; Chr. Degenhart, in: R. Dolzer/K. Vogel (Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, 1991, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rdnr. 760; W. Hoffmann-Riem, § 6 Öffentliches Wirtschaftsrecht der Kommunikation und der Medien, in: R. Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Besonderer Teil/1, 1995, S. 585; Hufen, a. a. O. (Anm. 26), Staatsrecht II, § 35 Rdnr. 14; Stern, a. a. O. (Anm. 30), Staatsrecht IV/1, S. 1614 f., 1756.

また、パホフは、信仰・良心の自由、信教の自由（基本法4条1項、2項）、芸術の自由、学問の自由、教授の自由（同5条3項）は、職業の自由に対する特別法であり、これを排除して単独で適用されると述

この点につき例えば、デーゲンハルトによれば、「基本法第 12 条にいう職業の自由を放送の領域において効力を持たせることは、公共放送の放送独占が認められている場合には独自の職業観念 (Berufsbild) としての『放送事業者』の職業というものは存在し得ないということによって頓挫するものではない……。実際に放送は、私経済的に運営され得るし、また大半の州においては、形成された二元的秩序の枠内で、私経済的にも運営されている。それゆえ基本権構成要件上、基本法第 12 条にいう職業の自由が〔放送事業に〕関連している。それにもかかわらず、放送法が固有に〔放送〕制度を要請することが、基本法第 12 条の援用によって消滅するわけではない。その結果、放送の許可を求める〔事業者の〕請求権は、放送法上も存在せず、また基本法第 5 条からも直接主張し得ないだけでなく、基本法第 12 条からも導き出すことはできないのである。「したがって、基本法第 12 条は、確かに放送の事業に対して構成要件上は適用可能であるが、基本法第 5 条第 1 項第 2 文の特別な要請によって隠れてしまうのである³⁹⁾」と述べ、職業の自由は放送の自由によってその適用を排除されるとしている。

もっとも学説の中には、「基本法第 12 条第 1 項は、職業上の権利の領域のための特別法である。すなわちこのことは、他の基本権との関係においては、原則として優位にあることを意味する」として、職業の自由は放送の自由に対する特別法であると説くものも見られる⁴⁰⁾。

(3)放送の自由と職業の自由の観念的競合を支持する立場

両基本権の観念的競合を支持する学説も、従来多く見られた⁴¹⁾。例えばレルヘ (Peter

べており、この理論は放送の自由にも妥当すると解していると思われる。Vgl. O. Bachof, in: K. A. Bettermann/H. C. Nipperdey/U. Scheuner (Hrsg.), Die Grundrechte, Bd. III/1, 2. Aufl. 1972, Freiheit des Berufs, S. 155 ff. (170).

³⁹⁾ Vgl. Degenhart, a. a. O. (Anm. 38), in: Bonner Kommentar, Art. 5 Abs. 1 u. 2 Rdnr. 760.

⁴⁰⁾ Vgl. D. Hömig, in: Hömig (Hrsg.), Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 9. Aufl. 2010, Art. 12 Rdnr. 3.

⁴¹⁾ Vgl. K. Stern/H. Bethge, Öffentlich-rechtlicher und privatrechtlicher Rundfunk, 1971, S. 104; W. Weber, in: R. Schnur (Hrsg.), Festschrift für Ernst Forsthoff zum 70. Geburtstag, 1972, S. 467 ff. (474); R. Scholz, in: T. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, 2006, Art. 12 Rdnr. 161; ders., Private Rundfunkfreiheit und öffentlicher Rundfunkvorbehalt, JuS 1974, 299 (304); G. Herrmann, Fernsehen und Hörfunk in der Verfassung der Bundesrepublik Deutschland, 1975, S. 13 ff.; H. H. Klein, Die Rundfunkfreiheit, 1978, S. 42 ff.; W. Schmitt Glaeser, Kabelkommunikation und Verfassung, 1979, S. 168 f.; Herrmann/Lausen, a. a. O. (Anm. 35), Rundfunkrecht, § 5 Rdnr. 87; S. Detterbeck, Zur Grundrechtsproblematik staatlicher selektiver Pressesubventionen, ZUM 1990, 371 (375); A. Dittmann, Die allzu kecke KEK?, in: Festschrift für Karl Peter Mailänder zum 70. Geburtstag am 23. Oktober 2006, 2006, S. 469 ff. (476); Bethge, a. a. O. (Anm. 31), in: Sachs, Grundgesetz, Art. 5 Rdnr. 89a, 112; ders., Die verfassungsrechtliche Problematik der Zulassung von Rundfunkveranstaltern des Privatrechts, 1981, S. 95 ff.; ders., Die Freiheit des privaten Rundfunks, DÖV 2002, 673 (675 ff.); H. Schulze-Fielitz, in: H. Dreier (Hrsg.), Grundgesetz - Kommentar, Bd. I, 2. Aufl. 2004, Art. 5 I, II Rdnr. 318; J. Wieland, in: Dreier, Grundgesetz, Art. 12 Rdnr. 177; M. Gubelt, in: I. v. Münch/P. Kunig, Grundgesetz-Kommentar, 5. Aufl. 2000, Art. 12 Rdnr. 95; A. Bleckmann, Staatsrecht II, 4. Aufl. 1997, § 33 Die Berufsfreiheit (Art. 12), Rdnr. 60; Dietlein, in: Stern, Staatsrecht IV/1, S. 1929; R. Wendt, in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Art. 5 Rdnr. 115; Heß, a. a. O. (Anm. 32), S. 235 ff.; T. Mann, in: Sachs, Grundgesetz, Art. 12 Rdnr. 199; P. J. Tettinger/T. Mann, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl. 2007, Art. 12

Lerche) は、既に 1970 年の論文の中で以下のように述べていた。いわく、「度々主張されている、基本法第 12 条は同第 5 条によって排除されるという見解は、〔以下の〕理由から排斥される。すなわち……これらの両基本権は並列接続 (Parallelschaltung) の関係にあるのである。民間の利害関係人が同時に基本法第 5 条を援用し得ることによって……同関係人が (場合によっては) 基本法第 12 条にいう権利を同時に強調するという権限を失うことにはならない。ひとつの又は同一の実際の活動が二つの基本権の構成要件に法的に包括されるという事実それ自体が、一方の又は他方の基本権の縮小や排除をもたらすわけではない。ただし、一方の基本権がまさに一般法であり、他方の基本権が特別法である場合は、〔この原則は〕妥当しない。しかしながら、〔基本法第 12 条と同第 5 条の間にあっては〕このことは主張し得ない⁴²⁾。さらに、ショルツ (Rupert Scholz) も、「両基本権は、共通の (並列して接続する) 自由保障のために、相互に結びついている。……〔確かに〕基本法第 5 条第 1 項第 2 文の観点からは、とりわけ国家の〔放送〕制度構築の留保が効力を発する。〔これに対して〕基本法第 12 条第 1 項の観点からは、とりわけ職業の自由と放送法にいう行政の独占 (Verwaltungsmonopol) の関係が重要となる。しかしながら内面的には、両者の問題は結びついている。なぜなら放送の独占は、まさにその職業制約的な効果という面において、放送法上の制度留保の正当性を必要とするからである。『放送事業者』という職業も、この留保から逃れることはできない。なぜなら営利的な民間放送も、多元的な放送秩序という原則に拘束されるからである⁴³⁾」と述べている。

その他の学説も、両基本権が観念的に競合する根拠として、例えば、①両基本権の観念的競合は、「個々の基本権規範が、個々の人間や構成要件を、独占的ないし包括的に把握するのではなく、むしろ相互に部分的に重なり合う適用領域を含んだ類型化された領域を把握しているという事実から明らかであり、また正当化される⁴⁴⁾」、②放送の自由の基本権は、職業の自由の基本権のすべての観点及び保護領域を把握しているわけではない⁴⁵⁾、③両基本権が観念的に競合することによって基本権の防御的機能が強化される⁴⁶⁾、④両基本権の保障の対象は、完全に異なる方向に向けられている⁴⁷⁾、すなわち放送の自由 (メディアの自由) は、「ニュースや意見に対する特定の頒布手段の機能的保障を〔保護の〕対象として」おり、そこでは「自由な意見形成、つまり民主的な憲法秩序の礎石としての意見の多様性の保障が中心となる」のであって、「その目的設定上、経済的利益の保障に寄与するものではない」

Rdnr. 167; R. Breuer, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. VI, § 147 Freiheit des Berufs, Rdnr. 99; M. Nolte, in: Stern/Becker, Grundrechte-Kommentar, 2010, Art. 12 Rdnr. 106.

⁴²⁾ Vgl. P. Lerche, Rundfunkmonopol, 1970, S. 76.

⁴³⁾ Vgl. Scholz, a. a. O. (Anm. 41), JuS 1974, 299 (304).

⁴⁴⁾ Vgl. Herrmann/Lausen, a. a. O. (Anm. 35), Rundfunkrecht, § 5 Rdnr. 87.

⁴⁵⁾ Vgl. J. Rodewald, Durchsetzung von Programmverbindungen und Programmgrundsätzen gegenüber Privatrundfunkveranstaltern, 1996, S. 43.

⁴⁶⁾ Vgl. Dittmann, a. a. O. (Anm. 41), in: FS-Mailänder, S. 476.

⁴⁷⁾ Vgl. Heß, a. a. O. (Anm. 32), S. 236 f.

などを挙げている。

もっともこの立場に立つ学説の中にも、両基本権は常に適用されるというわけではなく、国家の措置の「目的設定が、ひとつの〔基本権の〕保護領域にのみ、又はその措置のほぼすべてが〔同基本権の〕保護領域に向けられている場合には、当該介入の許容性は、関連する基本権のみに従って判断される」と解するものもある⁴⁸。すなわち、両基本権の保護領域が関連する場合であっても、国家の基本権への介入強度があまりに弱ければ、当該基本権を基準として審査する必要はないとするのである。

6 むすびに代えて

以上の検討から、放送免許申請をめぐるドイツの判例・学説の議論を要約すれば以下のようなになる。連邦憲法裁判所は、まず、(1) 先例に従って、放送の自由に主観的権利としての内容を認めた上で、放送の自由は「その核心において、番組の自由」であるにとらえた。それによれば、放送の自由の基本権には、放送番組を計画・編成・提供するあらゆる行為が含まれとされる。(2) そして同裁判所によれば、公共放送事業者だけでなく、民間放送番組提供者も、この放送の自由の担い手となり得るという。このことは、州憲法によって公共放送事業者のみが認められている状況下においても妥当するという。さらに同裁判所によれば、放送免許申請者も、放送の自由の保護を主張し得るとする。したがって放送免許の申請手続に際しては、申請者の放送の自由が配慮されなければならないとされる。

(3) このような放送免許申請者が、放送の自由とならんで職業の自由の基本権をも主張し得るか否かという問題については、同裁判所の判例からは明らかではないが、学説には、両基本権の関係につき、(a) 放送の自由は職業の自由の特別法であるとする立場、(b) それとは逆に、職業の自由が放送の自由の特別法であるとする立場、(c) 両基本権は観念的に競合すると解する立場が見られる。このように、ドイツの判例・学説においては、放送免許申請の手続に際しては、第一次的に申請者の放送の自由ないしは職業の自由に配慮した議論がなされるのである。

こうしたドイツにおける議論の展開に対して、我が国の放送法の構造には、行政と放送事業者との間に「法化した対立の構造」が存在せず⁴⁹、放送事業者にどのような権利が保障されるべきかという議論は、少なくとも実務では展開されてこなかった。こうした構造の典型は、かつて旧郵政省時代に常態化していた、放送免許申請に際しての一本化調整の指導であるとされる。前述のように、この申請一本化の指導により、放送行政による免許拒否に対する訴えの提起がなされることも、行政庁の公益判断の違法性に対する審査が裁判

⁴⁸ Vgl. Gubelt, a. a. O. (Anm. 41), in: v. Münch/Kunig, Grundgesetz, Art. 12 Rdnr. 95.

⁴⁹ さしあたり、稲葉・前掲注(1)『放送行政の法構造と課題』209頁以下、鈴木他編・前掲注(1)『放送法を読みとく』126頁以下〔稲葉一将執筆〕を参照。

所に要求されることも、未然に防止されてきた。

実際にも、放送免許の付与に関する裁判例は以下の 3 つが存在していた程度である。それは、郵政大臣による免許申請の拒否に対する競願関係に立つ者からの異議申立てに関する最高裁昭和 43 年 12 月 24 日第三小法廷判決（民集 22 卷 13 号 3245 頁）、一本化調整の不調による免許申請の拒否処分に対する異議申立てに関する東京高裁平成 10 年 5 月 28 日判決（判時 1666 号 38 頁）、有線テレビジョン放送施設の設置許可申請の不許可処分に対する異議申立てに関する東京高裁平成 11 年 1 月 25 日判決（判時 1700 号 17 頁）、である。そしてこれらの判例のいずれにおいても、免許申請者の憲法上の権利といった観点から議論がなされることはなかった。

確かに一本化調整そのものは、1993 年に成立した行政手続法の施行後に旧郵政省によっても自制されるようになり、さらに「規制改革・民間開放推進 3 か年計画」（2006 年 3 月 31 日閣議決定）において地上波放送における競争の促進が示された⁵⁰。しかしながら、一本化調整の行政指導が抑制されたとはいえ、放送事業者ないし免許申請者の憲法上の権利の問題が解決したわけではない。免許手続の実務においては、本稿で取り上げたドイツ連邦憲法裁判所の判例及び学説の議論が示したように、放送の自由ないし職業の自由といった免許申請者の基本権という観点からも、その構造的問題が問われるべきであろう。

⁵⁰ 鈴木他編・前掲注（1）『放送法を読みとく』126 頁〔稲葉一将執筆〕を参照。

フランスにおける思想・意見の多元性原理に関する憲法判例の展開

京都大学大学院法学研究科准教授

曾我部 真裕

1 はじめに

本稿では、フランスにおける思想・意見の多元性原理に関する憲法判例¹及び同原理の法制度上の具体化の在り様を、放送制度を中心に概観することとする。本研究会の趣旨からすれば、個別の判決を詳細に分析する方が適切であるとも思われるが、米国法やドイツ法とは異なり、この分野に係るフランス法については日本ではあまりなじみがないという事情を考慮し、今回は個別の判例分析というよりも全体的な状況の概観に重点を置くことにしたい。

本稿に關係するフランス憲法や放送制度についての前提的な情報についてあらかじめ述べておくのが適當であろうが、煩雜さを避けるため、別枠で要点のみ示すこととし、本文では直接憲法判例の展開の概観に入ることにしたい。

(1) 表現の自由の憲法的保障

・フランス人権宣言（1789年）第11条

「思想と意見の自由な伝達は、人の最も貴重な権利の一つである。ゆえに、すべての市民は、自由に語り、書き、出版することができる。ただし、法律の定める場合には、この自由の濫用に責任を負わねばならない。」

←ただし、フランス人権宣言は実際には長く理念的宣言にとどまり、法的効力は認められてこなかった。また、フランスでは法律は「一般意思の表明」とされ、裁判所による合憲性審査制度に対しては否定的な見解が支配的であった。

・第五共和制憲法（1958年）により設置された憲法院（Conseil constitutionnel）による合憲性審査。

憲法院は1971年7月16日の判決により、基本的人権保障のために法律の合憲性の審査を行う立場を明確にした。フランス人権宣言も憲法的な効力があるとして、同宣言に基づく審査も行使。

ただし、憲法院による合憲性審査の方式は独特で、法案可決から大統領による署名の間に限り審査可能（つまり、事後的な審査は認められない（ただし、2008年の憲法改正により、事後的な審査が可能になった））。

¹ なお、憲法院判決はすべて同院のウェブサイト

(<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/page-d-accueil.1.html>) から入手できるため、本稿では煩雜をさける趣旨もあり、判決の出典を省略して事件番号のみ記している。

(2) フランス放送法略史

- ・1922年 エッフェル塔から商業ラジオ局が定時放送を開始。
- ・1964年 「1964年放送法」制定、RTFをフランス放送協会（ORTF）に改組。
- ・1972年 「1972年放送法」制定、ORTFを改組。
- ・1974年 「1974年放送法」制定、ORTFを7分割。
- ・1982年 左派ミッテラン政権下、「1982年放送法」制定。独立規制機関（HACA）を初めて設置。
- ・1986年 右派シラク政府の下、「1986年放送法」制定（多数の改正を経つつ、現行法）。独立規制機関はHACAからCNCLへ。
- ・1987年 公共放送第1チャンネルTF1の民営化。
- ・1989年 左派政権下、「1986年放送法」の大幅改正、独立規制機関がCNCLから視聴覚高等評議会（Conseil supérieur de l'audiovisuel（CSA））へ改組。
- ・2005年 地上デジタル放送の本放送開始（アナログ放送終了は2011年予定）。
- ・放送制度は、80年代までは左右の政治勢力の争いの中で揺れ動いたが、その後比較的安定し定着。

2 憲法判例にみる憲法原理としての多元性の確立

(1) 前史

フランスにおいて法的原理としての思想・情報の多元性が語られ始めたのはそれほど古いことではない。実際、ヨーロッパ諸国の通例にもれず、放送制度は長らく国営放送の一元的システムであり²、いわゆる外部的多元性を語る状況にはなかった。他方、活字メディアについてはこれも他国と同様、集中化傾向に対する懸念は表明されていたし、後述のように今日、活字メディアの多元性を確保するための重要な措置と位置付けられている国庫助成制度も古くから存在していたが、多元性という概念によりもろもろの制度を横断的に説明することはあまりなかったように思われる（ただし、1979年のいわゆるヴデル報告書³はこうしたアプローチをとった）。

もちろん、放送の国家独占制のもとにおいても、多元性原理が今日配慮しているような諸要請に対する配慮がなかったわけではない。実際、国営放送は主要な思想潮流の表現を確保することとされていた⁴し、また、1974年以降、国営テレビ放送は3つのチャンネルがそれぞれ独立の会社に分割されことといわゆる外部的多元性に対する配慮が示された。

² 大石泰彦『フランスのマス・メディア法』（現代人文社、1999年）第3章、高山直也「フランスのテレビ放送と多元主義の原則」外国の立法236号（2008年）174頁以下など参照。

³ Conseil économique et social, La gestion des entreprises de presse, *Journal officiel de la République française, Avis et rapports du Conseil économique et social*, 1979, n° 21. p. 1 et s.

⁴ 高山・前掲注（2）174-5頁

また、放送内容についても、公役務の中立性及び平等の原理が多様な思想・情報の表出に寄与するはずであった。さらに、後に取り上げる放送へのアクセス権や反論権も既に存在した。

しかしながら、これらの制度を多元性という概念で横断的に説明するようになるのは、1980年代以降の立法及び憲法判例の展開を待たなければならない。

(2) 憲法院判例による多元性原理の憲法化

ア 1981年10月31日判決

多元性原理に初めて言及した憲法院判決は、1981年10月31日判決⁵ (n° 81-129 DC) である⁶。この判決において審査対象となった法律は、放送の国家独占の例外として、非営利団体に許可制の下にラジオ放送を認めるものであった。1970年代末以降、放送の国家独占を無視してラジオ放送を行ういわゆる「自由ラジオ」が叢生し、混乱が生じていた⁷が、1981年、その合法化を主張するミッテラン政権の誕生により、国家の放送独占の例外に関する1981年11月9日法⁸が制定され、上記判決はその合憲性を認めたものである。もっとも、この判決自体は、同法に多元性への言及があったことからこの概念に触れたに過ぎず、多元性原理に何らかの憲法的地位を認めるものではなかった。

この1981年法は過渡的な措置として制定されたものであるが、同法制定と並行して次に述べる1982年法制定のための検討委員会（モワノ委員会）が開催されていた。そこでの方針は、①多元性の尊重のためのコミュニケーション権の保障、②公共放送機関の政治権力並びに経済的権力からの完全な自律の保障、③地方分権化の推進、④市民の教養・教

⁵ 2008年憲法改正以前のフランスの違憲審査の仕組みにおいては、両議院での法案可決から大統領による審署までの間に憲法院への提訴がある場合に違憲審査が行われ、合憲判決が出れば大統領がそのまま審署するが、(一部)違憲判決の場合には違憲とされた部分を除いて審署することになる。いずれにしても、法律名の一部となる日付は、大統領が親書した段階でのものであるから、判決年月日は法律名の年月日より前になる(同日の場合もある)。

⁶ なお、同判決以前に、本文で紹介している自由ラジオに対する罰則を設ける法改正の合憲性が憲法院で争われたことがある(1978年7月27日判決(n° 78-96 DC))が、憲法院による違憲審査は審書前の法律に限られるという制度的な制約から、実体的審査が行われなかった。この判決も含め、70年代までの放送に関する憲法院判決については、参照、野村敬造「フランスの放送役務と憲法評議院」金沢法学23巻1・2号(1981年)1頁以下。

⁷ フランスでは放送の国家独占時代にあっても、国内で制作した番組を周辺国(ルクセンブルク、モナコ、アンドラなど)からフランスに向けて送信する放送局(「周辺局」と呼ばれた)が幾つか存在し、国家独占は事実上破られていたが、「自由ラジオ」は1970年代後半に叢生した、国内で放送を行う海賊ラジオ局の総称であり、国家独占を定める国内法との抵触が正面から問題となった(訴追事例もある)。野党であった社会党はこの動きを支持し、ミッテランは自ら自由ラジオ局を開局させている(以上については、例えば大石・前掲注(1)62-63頁を参照)。ミッテラン政権成立後は、自由ラジオ局設立の動きは更に加速し混乱状態が生じたため、本格的に放送の国家独占を否定し、視聴覚コミュニケーションの自由を認める本文後述の1982年法に先立って、国家独占の「例外」を認める1981年法が過渡的な措置として制定されたのである。

⁸ 1981年法の制定経緯及び内容については、参照、井上禎男「フランスにおける『コミュニケーションの自由』(一)」九大法学82号207-212頁、D. Rousseau, Le statut de la radio-télévision : maintien du monopole ou régime de liberté?, *AJDA*, 1981, p. 59.

育・知識の向上の助長、⑤視聴覚によるフランス文化とフランス語の海外普及の5つであり、多元性原理への言及が第一に挙げられているのが注目される。

イ 1982年7月27日判決

憲法原理としての多元性原理にとって重要なのは、翌1982年7月27日判決(n° 82-141 DC)であるが、まずは審査の対象となった視聴覚コミュニケーションの自由に関する1982年7月29日法⁹について概観する。この法律は、何よりもまずフランス史上初めて放送を含む視聴覚コミュニケーションの自由を宣言したことで著名である。その趣旨は、同法第1条及び第2条に表れている¹⁰。

第1条 視聴覚コミュニケーションは自由である。

この法律において視聴覚コミュニケーションとは、あらゆる性質の音、映像、記録、データ、又はメッセージを、電波又はケーブルを手段として公衆の用に供することをいう。

第2条 市民は、自由で多元的な視聴覚コミュニケーションの権利を有する。

すなわち、1982年法は視聴覚コミュニケーションの自由を宣言することによって放送の国家独占を廃止するとともに、市民に対して自由で多元的な視聴覚コミュニケーションの権利を付与するとして、多元性原理が明記されている。もっとも、国家独占が廃止されたと言っても、視聴覚コミュニケーションはなお公役務とされており、民間放送局の開設は公役務の特許という形式で行われることが想定されていた¹¹。なお、上記の定義からも明らかのように、「視聴覚コミュニケーション」とは、日本の従来の「放送」の概念よりも広いもので、むしろ、2010年に改正された放送法の採用する放送概念（公衆によって直接受信されることを目的とする電気通信の送信（同法第2条第1号）に近い（ただし、本稿では誤解のない限り便宜上「視聴覚コミュニケーション」と「放送」を互換的に使う）。

さて、1982年法は、第2条以外でも多元性原理に言及している。すなわち、第5条ではテレビ・ラジオに関する公役務の任務の1つとして、「報道の公正、独立、多元性の確保」を挙げるほか、公役務の任務全般について「文化、信仰、思想と意見の諸潮流における多元性と平等性の原理を尊重しつつ遂行する」ものとされている。

また、1982年法は、フランス放送史上初めて放送に関する独立規制機関を設立したこと

⁹ 同法については、例えば、大谷堅志郎「左翼政権下のフランス放送改革」NHK放送文化研究年報28号(1983年)29頁以下、J. Chevallier, *Le statut de la communication audiovisuelle*, *AJDA*, 1982, p. 555 et s.等を参照。

¹⁰ 1982年法の条文の日本語訳については、井上禎男「視聴覚コミュニケーションに関する1982年7月29日の法律」九大法学79号(1999年)249頁以下によった（ただし、一部変更した）。

¹¹ 実際に民間テレビ局が放送を開始したのは1984年11月からであるが、このチャンネル（カナル・プリュス）は有料放送であった。

でも重要であるが（前出の年表参照）、その任務の1つとして「番組における多元性と均衡の尊重」の確保があげられている（第14条I）。この初代の規制機関は、視聴覚コミュニケーション高等機関（HACA）と称され、9名の構成員は憲法院構成員と同様の方式で任命され（任期も9年）、したがって少なくとも憲法院と同様の独立性を有することが制度上意図されていたとすることができる。しかしながら、HACAは十分な法的権限を付与されていなかったこと（例えば、免許権限についても、地上波テレビ局の免許付与はHACAではなく政府の権限とされていた）、また、政治的にも内部対立などで十分な威信を獲得することができなかったことなどにより、1986年の総選挙で交代した議会多数派により制定された新法とともにその短い歴史を閉じることになる。

さて、このような1982年法について、野党となった右派は憲法院への提訴を行ったが、これにこたえたのが1982年7月27日判決である。この判決は多元性原理についてだけでなく、放送の自由一般にとっても最初の判決であって重要である。

本件の提訴者は民放開設について公役務の特許という重い仕組みをとったことがフランス人権宣言第11条（前掲の枠内で述べた通り、現行憲法規範の一部をなす）が保障する表現の自由の侵害であるという主張を行ったが、これについて憲法院は大要以下のように述べた。

技術及びその掌握の現状において、フランス人権宣言第11条に由来するコミュニケーションの自由の行使と、視聴覚コミュニケーションの諸手段に固有の技術的制約、並びに公の秩序、他者の自由の尊重及びこれらの手段がその多大な影響力により侵害する可能性のある社会文化的な表現の諸潮流の多元的性格の維持といった憲法的効力を持つ目的との調整を行うのは立法者の任務である。

すなわち、憲法院は、まず、視聴覚コミュニケーションの自由はフランス人権宣言第11条により保障されることを明確にし、他方で、この自由は視聴覚コミュニケーション固有の技術的制約（周波数の希少性）や、憲法的効力を持つ諸目的により制約されると述べた。そして、この憲法的効力を持つ諸目的として、公の秩序の維持や他者の自由の尊重と並び、「社会文化的な表現の諸潮流の多元的性格の維持」を列挙した。ここでは放送規制の根拠として日本でもなじみのある技術的制約（周波数の希少性）と社会的影響力が登場しているが、後者は多元性の維持との関係で語られていることが興味深い。そして同様に興味深いことは、上述の通り1982年法そのものには報道（当然政治報道も含む）における多元性にも言及があるにもかかわらず、判決では多元性原理が社会文化的な表現とのかかわりで把握されている点であるが、これは後の判決で若干の変化がみられる点でもある。

また、憲法的効力を持つ諸目的という概念は日本法には見当たらないが、フランス憲法においても当時新奇な概念であるとされていた。これが単に自由の制約を正当化する対抗

原理にとどまらないことは、憲法判例の蓄積により後に明らかとなっていく。

さらに、この判決では、視聴覚コミュニケーションの自由と対抗原理との調整は立法者の任務であるとして、立法裁量を認める立場がとられているように見える。実際、上記のような判示をした後には憲法院は本件法律の個々の規定について個別具体的な合憲性審査をしないまま合憲の結論に至っていることは、こうした立法裁量の広さを示唆するものともいえる。

ウ 1984年10月10・11日判決

思想・意見の多元性原理に関して、この1982年判決に続く憲法院判決は、1984年10月10・11日判決（n° 84-181 DC）である¹²。この判決は、放送ではなく新聞の集中排除規制の合憲性に関する1984年10月23日法に関するものであり¹³、同法は「集中化を制限し、プレス企業の財務透明性と多元性を確保するための法律」という名称である。判決をみる前に、まずは同法制定の背景と内容に触れておこう。同法制定の背景には、ロベール・エルサンが率いる企業グループによる活字メディアの勢力拡大があった。すなわち、エルサンは1950年代から活字メディア事業に乗り出し、地方紙を中心に買収を進めていたが、70年代後半にはフィガロやフランス・ソワールといった大手全国紙をも買収するなどして、80年代の初めには全国紙シェアの40%、地方紙の14%を支配するに至っていた。そして、エルサンは政治的には右派に近かったため（エルサン自身、右派の下院議員であった時期もある）、右派政権下ではこうした状況は問題視されなかったところ、社会党政権下では立法による規制が現実化したのであった。こうした経緯から、1984年法の適用対象は、事実上エルサン・グループに限られていたため、同法の制定過程においては殊の外左右の対立が際立つこととなった。

次に同法の内容であるが、同一主体は、①合計すると日刊全国紙の発行総部数の15%のシェアを持つことになる複数の日刊全国紙、②合計すると日刊地方紙の発行総部数の15%のシェアを持つことになる複数の日刊地方紙、③合計すると日刊全国紙の10%のシェアを持つことになる複数の日刊全国紙と合計すると日刊地方紙の発行総部数の10%のシェアを持つことになる複数の日刊地方紙を所有・支配することができないとする規制を行っている。そして、その監視のために独立行政委員会を設立し、違反に対しては新聞助成¹⁴資格の剥奪を含む制裁を規定している。

¹² 同判決については、矢口俊昭「表現の自由—新聞法判決」フランス憲法判例研究会（編）『フランスの憲法判例』（信山社、2002年）153頁以下参照。

¹³ 同法については、大石・前掲注（2）43-45頁のほか、加藤典洋「出版事業適正化法」外国の立法25巻7号（1986年）126頁以下（同法の条文が翻訳されている）、J.-C. Masclet, *La loi sur les entreprises de presse*, *AJDA*, 1984, p. 644 et s.などを参照。

¹⁴ フランスでは大規模な活字メディアへの国庫助成が行われており、助成資格の剥奪はかなり重大な帰結をもたらすと考えられた。国庫助成については、拙稿「フランスに見える国庫助成の考え方」新聞研究657号（2006年）22頁以下を参照。

同法は野党である右派の激しい抵抗を押し切って成立したが、右派は表現の自由や営業の自由の侵害であるとして憲法院に提訴した。1984年10月10・11日判決は、多元性と表現の受け手の権利との関係について大要次のような重要な判示を行った。

政治・総合報道日刊紙の多元性はそれ自体憲法的効力を持つ目的である。実際、フランス人権宣言第11条で保障されるコミュニケーションの自由の本質的な名あて人は表現の送り手ではなく受け手であり、そして、この自由は受け手が私的な利益や公権力が自身の判断にとって代わることなく、また、市場の標的となることもなく選択を行うことができなければ実効的にはならないであろう。

そして、この観点から、全国、地方、県及び地域レベルの活字メディアの多元性の追求、維持及び発展のための法規定は憲法に適合すると判断した。

そして、上記のようなシェア上限規制の合憲性については、第一に、シェア上限規制が対象としうるのは、買収・合併によるシェア上限超過の場合であって、部数の自然伸張による場合には適用されないという限定解釈を行った。エルサン・グループとの関係でより重要な第2の点は、法規制は原則としてそ及することはできないから、同法公布時にシェア上限を超過していてもこれを問題とすることはできないとして、その規制を定めていた規定を違憲としたことである。これにより、エルサン・グループは当面、同法の影響を実質的には受けないこととなった。

政治的にいえば、憲法院はエルサン・グループ解体を避けつつも、活字メディアの多元性に関する憲法法理を確立することにし、また、買収によるこれ以上の同グループ拡大に歯止めをかけることによって、政治的なバランスをとったといえることができる。しかし、ここでは政治的な面はおき、判決の憲法法理を検討してみたい。

この判決が画期的とされた点は、フランス人権宣言第11条の大胆な読替えを行ったことにある¹⁵。すなわち、同条は従来、専ら表現の送り手の自由を定めた規定であると理解されていたところ、憲法院は、同条は本質的には表現の受け手の権利を定めるものであると判断したのである。これは日本流にいえば、「知る権利」を中心とする表現の自由の読み替えであるといえる。そして、この「知る権利」を基礎として、活字メディアの多元性が憲法的効力を持つ目的として位置付けられた。さらに、上記のところでは引用していないが、憲法院は、活字メディア企業の透明性（だれが当該企業の支配者であるのかという点についての透明性）について、読者の選択の自由を実質化するものと位置付けている。この点は、フランスにおいては公権力によるプロパガンダへの警戒だけではなく、社会的権力による情報操作に対しても同様の警戒が寄せられていることとも関連すると思われる

¹⁵ J. Chevallier, *Constitution et communication*, D, 1991, Chr, p. 247 et s. (p. 252) .

(本判決の上記概要部分にも「私的な利益」と「公権力」が並置されている)。

そして、本件で問題となった多元性は、いわゆる外部的多元性、すなわち新聞タイトルの多元性である。他国と同様フランスでも、放送においては外部的多元性と内部的多元性(コンテンツの多様性)の双方が問題となるどころ、活字メディアにおいては内部的多元性確保を目的とした規制は考えられておらず¹⁶、活字メディアにおける多元性は外部的多元性を意味する。

最後に、このように多元性原理が憲法的効力を持つ目的と位置付けられたわけであり、また、多元性原理を具体化する方法については立法者の裁量が認められると思われる。しかし、その対抗原理たる営業の自由やメディア側の表現の自由との関係では、多元性を確保するための立法者の裁量が制約されることになる。この点は、現状の集中状態をそ及的に規制しようとした規定が違憲とされたことや、将来においても、発行部数の自然伸張による集中を規制することはできないとされたことに表れている。

エ 1986年7月29日判決

1984年判決に続き、1986年7月29日判決(n° 86-210 DC)も新聞についてのものがあるが、1984年判決に引き続き、活字メディアの集中排除規制と多元性原理との関係について重要な判断を行っている。事実的経緯を述べれば、本判決の対象となった1986年8月1日法は、前項で扱った1984年法を巡る政治的対立の延長上にあるものであった。

すなわち、前述のように、1984年判決は、結果的にエルサン・グループの現状を維持することを容認したものの、他方で、以後の合併・買収による同グループの拡大に歯止めをかけるものであったが、しかし、実際には、同グループはその後もリヨンの有力地方紙を買収するなどして拡大を続けていた。

その後、1986年の下院選挙における右派の勝利により、左派ミッテラン大統領のもとで右派のシラク首相が任命されていわゆるコアビタシオンが成立し、内政は右派が主導するところとなった。こうした政治状況の変化を背景に成立したのが1986年8月1日法であり、新聞の集中排除規制を大幅に緩和することを目的とする。具体的には、新聞の所有・支配の上限を全国紙・地方紙の区別を設けずに販売総部数の30%に緩和し、1984年法のもとで設立された独立規制機関を廃止することなどがその内容であった。

同法については、左派から憲法院への提訴が行われ、1986年7月29日に判決が行われた。同判決の多元性に対する一般論は1984年判決と同様であり目新しさはないが、注目すべき点は同法の集中排除規制を憲法違反であると判断したことである。その理由は、同法は確かに緩和したとはいえ集中排除規制を維持しているが、集中排除規制の対象となる

¹⁶ ただし、新聞・雑誌の記事中で言及された者が有する反論権は、結果として内部的多元性に寄与する機能を果たしているともいえるが、反論権はあくまでも人格権保護のための制度であり、多元性への寄与は結果として果たす機能に過ぎないとみるべきである(参照、拙稿「プレスと反論権法の展開(六)」法学論叢 157 巻 6 号(2005年)1頁以下(21-22頁)。

のは直接支配の場合に限られ、支配下にある別会社による合併・買収の場合には集中排除規制の対象とならない点で、「憲法的効力を持つ原理¹⁷から法律による保護を奪っている」と判断されたことである。

この判決の重要な点は、多元性という「憲法的効力を持つ原理（目的）」の法的な効力を明らかにした点である。すなわち、多元性原理は、立法者が正当に追求することのできる目的（日本（米国）流に言えば、「正当な政府利益」）であるにとどまらず、立法者が具体化することを義務付けられている憲法的要請であることが明らかにされたといえる。換言すると、多元性原理が正当な政府利益であるにとどまるとすれば、立法者はそれを法制化するもしないも立法政策ないし立法裁量の枠内の問題にすぎず、憲法違反の問題は生じないところ、本判決において多元性という「憲法的効力を持つ原理から法律による保護を奪っている」として違憲判決が出されたことは、立法者は多元性原理に対して「法律による保護」を与えることが要請されていること、すなわち多元性原理が憲法上立法者を義務付ける効果を有することを意味するものと考えられる。もちろん、先に述べたように、多元性原理を具体化するに当たっては立法裁量が認められると考えられるが、本件においては、形式上別の自然人・法人を利用した買収・合併については何らの制限がなく、事実上集中排除規制が機能しないことを考慮して違憲という結論に至ったものと考えられる。

なお、本判決で違憲とされた部分については、1986年11月27日法により86年8月1日法が改正されて手当がなされ、この改正後の86年8月1日法が基本的には新聞の集中排除規制に関する現行法となっている。

オ 1986年9月18日判決

1986年総選挙における右派の勝利は、新聞の集中排除規制についてのみならず、放送についても大改革をもたらした。すなわち、1986年に内政の主導権を握った右派シラク内閣は、放送の一層の規制緩和と民営化等を目的として1982年法を廃止し、1986年9月30日法を成立させた¹⁸。具体的には、この法律の重要な点は、最大の視聴率シェアを持つ国营第1チャンネルTF1の民営化を規定したことや、民放について公役務の特許という形式ではなく許可制を導入したこと、従来のHACAに代わり、より権限の強化された放送規制機関（CNCL）を設置したことなどである。この法律は、その後数多くの改正を受けながらも、フランスの放送制度の基本的事項を定める現行法となっている。

この法律についても、左右の激しい政治的対立の中で制定された関係で、左派からの憲法院提訴があった。提訴者は、多元性原理に関しては、1986年法の集中排除に係る規定が不十分であることや、TF1の民営化により多元性がおびやかされると主張していた。この

¹⁷ 従来の憲法院判決では、「憲法的効力を持つ目的」という表現であったが、本判決では「憲法的効力を持つ原理」という表現が用いられた。

¹⁸ 同法については、大谷堅志郎「フランスの政治と放送」放送研究と調査1986年12月号2頁以下、J. Chevallier, *Le nouveau statut de la liberté de communication*, *AJDA*, 1987, p. 59 et s.等を参照。

点について憲法院 1986 年 9 月 18 日 (n° 86-217 DC) は、まず、大要次のような一般的な判示を行った。

社会・文化的な表現の諸潮流の多元性はそれ自体憲法的効力を持つ目的である。この多元性の尊重は民主主義の条件の 1 つである。実際、フランス人権宣言第 11 条で保障されるコミュニケーションの自由は、公衆が公共部門のみならず民間部門においても、報道の誠実さの要請の尊重のもとに、多様な傾向の表現を保障する諸番組を視聴できるのでなければ実効的ではないだろう。結局、実現すべき目的は、人権宣言第 11 条の自由の本質的な名あて人である視聴者が、私的な利益や公権力が自身の判断にとって代わることなく、また、市場の標的となることもなく選択を行うことができなければ実効的にはならないであろう。

憲法院はこのような観点から、1986 年法が、テレコミュニケーションの自由¹⁹が多元性の要請により制約され得る旨定めていることや、独立規制機関が意見の多様性を促進する任務を帯びていることは合憲であるとし、多元性原理を具体化するための同法の諸規定も同様に合憲であるとした。

この判決の以上のような判示は、放送に関する 1982 年判決、及び新聞に関する 1984 年判決の判示を踏まえつつも、それを前進させる判断を行ったものということができる。

若干の指摘をしておく、多元性原理が憲法的効力を持つ目的であるという点は 1982 年判決以来のものであるが、その背景には表現の受け手を中心とすべく再構成された表現の自由（フランス人権宣言第 11 条）があることは 1984 年判決での判断であり、本判決はこれを踏襲するものである。

他方で、多元性の尊重が民主主義の条件の 1 つであるという判示は上記諸判決には見当たらず、本判決で初めて言及されたものである。また、多様な傾向の表現を保障する諸番組という表現により、放送の場合には内部的多元性も問題となることが示されている。さらに、前述のように、1982 年判決では社会文化的な表現の諸潮流の多元的性格が語られていたのに対し、本判決では同様の表現がみられるものの、同時に民主主義や報道という表現への言及もみられ、ややニュアンスを異にしているということができないではない。

いずれにしても、本判決をもって多元性原理に関する憲法判例の展開は 1 つの到達点を迎えたと言ってよいと思われる。

カ その後の展開

先ほど述べたように、本判決の審査対象となった 1986 年 9 月 30 日法はその後幾つかの

¹⁹ テレコミュニケーションは、視聴覚コミュニケーションの上位概念であり、視聴覚コミュニケーションに加え、私信としての性格を有する電気通信を含む概念である。

大改正を経ることになるものの、現行法としての地位を保っている。同法改正のうちでとりわけ重要なのは、1989年1月17日法による1986年法の改正である。この改正は、従来の独立規制機関 CNCL を廃止し、新たに CSA を設置することが眼目であるが、政治的には非常に重要である。というのは、既に述べてきたところからもうかがえるように、フランスの放送法制は左右の政治対立に翻ろうされてきた歴史をもち、政権交代のたびにそれまでの法律を廃止して新法を制定することが繰り返されてきた。しかし、1988年のミッテラン再選と国民議会選挙での左派の勝利によるコアビタシオン解消の後、左派政権は右派政権の主導により制定された1986年法を廃止することなく、同法の一部改正により自らの意向を反映させようとしたわけである。確かに、こうした行動について、依然として放送法制が政権交代に左右され、不安定であると評することも可能ではあるが、その「ブレ」の幅は縮小したということもできるだろう。そして、左派政権の主導になる1989年法により設置された CSA は、その後も右派政権への政権交代によっても廃止されず、今日までに20年以上の歴史を経て、独立放送規制機関として信頼を得るに至っている²⁰。もちろん、放送制度自体はその技術革新の速度の速さなどから常に法改正が必要とされる運命にあり、フランス法も同様であるが、それはどの国についてもみられる現象であり、上記のようなフランス独特の事情は、今日では影をひそめるに至っていると言ってよい。

ところで、上述のように1986年法には多くの改正が加えられたが、改正法の中には憲法院に提訴されたものもあり、いま述べた1989年法についても憲法院判決が出されている(1989年1月17日判決(n° 88-248 DC))²¹。こうした判決の中には多元性原理にかかわる論点を扱ったものもあるが、到達点とみられる1986年9月18日判決から新たな展開を示しているとみられるものは特にないようである。例えば、2000年7月27日判決(n° 2000-433 DC)²²では、1986年判決と同一の一般論が繰り返されている。また、2004年7月1日判決(n° 2004-497 DC)では、集中排除規制との関係での多元性原理違反が主張されたが、憲法院は1986年判決と同様の一般論のもとにその主張を退けている。ただし、「社会文化的な表現の諸潮流の多元性」という従来の定式から、「思想及び意見の諸潮流の多元性」というより一般的な表現が用いられた点は注意をひくところである。

なお、2008年7月には大規模な憲法改正が行われ²³、「法律は、諸意見の多元的(…)表明を保障する」(第4条第3項)、「法律は、(…)メディアの自由、多元性及び独立性に関する準則を定めるものとする」(第34条第1項)という規定が設けられたが、少

²⁰ CSAの現在の放送規制の具体的諸相については、新田哲郎「フランス CSA(視聴覚高等評議会)」放送研究と調査60巻10号(2010年)76頁以下を参照。

²¹ 同判決については、大石泰彦「放送の自由と独立行政機関」フランス憲法判例研究会(編)・前掲書159頁以下を参照。

²² 同判決については、清田雄治「コミュニケーション(インターネット)の自由」フランス憲法判例研究会(編)・前掲書171頁以下を参照。

²³ この憲法改正については、拙稿「フランスの2008年憲法改正の経緯」法学教室338号(2008年)6頁、同「(立法紹介)2008年7月の憲法改正」日仏法学25号(2009年)181頁など参照。

なくともメディアの多元性に関しては以上のような憲法院判例の到達点を確認したものであるとされ、その意味で象徴的な意味にとどまる。

キ 小括

以上の諸判決により、多元性原理は読者・視聴者の憲法上の権利（日本流に言えば「知る権利」）及び民主主義と結び付いた憲法的効力を持つ目的（原理）であって、活字メディアについても視聴覚コミュニケーションについても妥当し、メディアに対する規制を正当化する原理であること、また、規制を正当化するだけでなく、多元性を確保するために立法者に義務付けを行う原理であることが明らかになった。他方、憲法院は多元性原理の内容について多くを語っておらず、同原理の具体化に当たっての立法者の裁量は大きい。実際、憲法院は多元性実現の手段であるというメディア企業の財務の透明性原理と法律との適合性審査に当たって「明白な過誤」の有無を審査しており（前掲 1986 年 7 月 29 日判決）、広範な立法裁量を認めているものとみられる。

さて、以上に素描したような多元性の憲法原理の発展により、多くの論者は多元性をメディア法の基本原理の一つとして位置付けるようになった。視聴覚コミュニケーションにおける多元性について浩瀚な博士論文を著したフィリー・マルカンジェロ＝レオは、「多元性は、同一の目的に促された別々の準則を総合することによって〔メディア法に含まれる多様な準則の〕このような見かけ上の混乱を、治癒する目的を有するところの公法上の制度であると見ることができる」²⁴とし、多元性を視聴覚コミュニケーション法を基礎づけ総合する原理であるとしている。また、人権論やメディア法の教科書類においても、表現の自由と多元性をメディア法の基本原理として整理するものがある²⁵。

実際、従来それぞれの文脈で発展してきた、次章で述べるような様々な制度が、思想・情報の多元性の確保を目的とするものとして統一的に説明することができる。

また、このような法体系上の意義だけではなく、先に述べたように多元性原理は憲法原理として立法者を拘束するものであり、送り手の表現の自由の制約原理となる（この点は 1986 年 9 月 30 日法第 1 条第 2 項にも明確にされている）ものである。それは表現の受け手の「知る権利」と表裏をなすものであるが、主観的権利ではなくいわば憲法的な公序²⁶ないし自由の客観的側面²⁷としてとらえられており、同じくプレスの自由の客観的側面が語られるドイツでの議論と発想を共通にするものといえる。

²⁴ P. Marcangelo-Leos, *Pluralisme et audiovisuel*, LGDJ, 2004, p. 121

²⁵ E. Derieux et A. Granchet, *Droit des médias*, 5e éd., LGDJ, 2008, p. 31 et s.; J. Morange, *Manuel des droits de l'homme et libertés publiques*, PUF, 2007, p. 210-1; S. Regourd, *Droit de la communication audiovisuelle*, PUF, 2001, p. 181 et s.

²⁶ Cf. P. Wachsmann, Participation, communication, pluralisme, *AJDA*, 1998, p. 165 (村田尚紀 (訳) 「参加、コミュニケーション、多元主義」関西大学法学論集 50 巻 4 号 (2000) 190 頁以下), pp. 166-7

²⁷ Marcangelo-Leos, *op. cit*(note 24), p. 209.

3 多元性原理の具体的諸相——放送法制を中心に

(1) 概観

本稿の最後に、多元性原理の具体化を憲法上義務付けられた立法者が、どのようにその立法裁量を行使したのか、多元性原理の具体化のための具体的な仕組みをみることにする。フランスのメディア法において特徴的なのは、放送法分野において放送内容にまで立ち入って多元性確保のための制度が存在する点にあるので、本稿ではこの点を中心に述べることにする。しかし、その前に活字メディアや放送に関する多元性原理具体化の諸相について概観してみよう。

まず、活字メディアについては、メディア企業の集中排除規制と国庫助成制度²⁸が主なものであり、いわゆる外部的多元性を確保する制度が中心である。もっとも、比較法的に見てもかなり広く認められた反論権の制度も、多元性に資する機能を果たしている²⁹が、これは内部的多元性にかかわるといえよう。

他方、放送に関しては、免許制、集中排除規制、非営利団体の運営するラジオ局への助成といった外部的多元性にかかわる制度に加え、活字メディアに比して内部的多元性にかかわる制度が数多く設けられている。これは特に政治報道にかかわる番組について顕著であり（これは憲法院判例において民主政とのかかわりで多元性が語られていることとも符合する）、選挙運動期間以外の時期におけるいわゆる三者対等ルールや、選挙運動期間中における候補者間の公平なあるいは平等な取扱いの要請といった番組制作あるいは編成にかかわる準則のほか、政党やその他の社会的諸勢力に認められた放送へのアクセス権などがある。政治報道のみにかかわらないものとしては、反論権³⁰のほか、国内製あるいはヨーロッパ製番組にかかわるクォータ制やフランス語歌曲にかかわるクォータ制、国内製番組に対する助成プログラムなどのいわゆる「文化的例外（*exception culturelle*）」にかかわるものもある。

本稿では上記のうち、選挙運動期間以外に適用される三者対等ルール及び放送へのアクセス権の2点に絞って検討することにした。

(2) 三者対等ルール

1986年9月30日法第13条第2項は、CSAに対し、毎月、政治家の発言時間の集計を両院の議長及び国会に議席を有する政党の責任者に報告すべきことを定める。これを受けてCSAは、多元性確保の任務の具体化として、政府、与党及び野党のそれぞれに属する政治家の発言時間をそれぞれ等しくするよう放送局に求めている。これがいわゆる三者対等ルール（*règle des trois tiers*）であり、その目的は政治的表現の多元性を尊重し、一定

²⁸ 拙稿・前掲注（14）参照。

²⁹ 拙稿・前掲注（16）参照。

³⁰ 拙稿「視聴覚メディアの自由と反論権法の展開」初宿正典ほか（編）『国民主権と法の支配 佐藤幸治先生古稀記念論文集（下巻）』（成文堂、2008年）318頁以下参照。

の均衡を確保することにある。大統領の発言時間は考慮されないが、これは大統領は国民全体の名において発言するものとみなされていることによる³¹が、少なくとも第五共和制憲法下では、そのフィクション性は明らかである³²。

さて、この三者対等ルールは、国営放送独占時代の1969年11月12日の内部指針で明文化された。当時の国営放送（ORTF）は政府からの独立性の点で深刻な問題を抱えており、野党にも発言の場を与えるこの三者対等ルールは一つの前進であった³³。その後、民放が導入され、独立規制機関が設立されるなど放送制度の枠組みが大きく変わった後もこのルールは受け継がれ、一般的な多元性監視の任務の規定（1986年法第13条第1項）の具体化として、独立規制機関によってその遵守が監督されている。このルールは公共放送のみならず、民放（多チャンネル化により参入した新規事業者による政治関係のチャンネルも含む）にも適用される。さらに特筆すべきは、CSAは独自のシステムを構築して、地上波全国放送に関しては自ら番組をモニターして発言時間を計測していることである（他方、ケーブルテレビ等のチャンネルやローカル・テレビ放送、ラジオ放送に関しては事業者からの申告に基づく監督を実施している）。

そして、このルールはもちろん厳格な遵守が強制されるものではなく、その意味ではルール（準則）というよりは内部的多元性確保の度合いを測る指標であり、これに基づいて実際に制裁手続が開始されるのはまれであるが、皆無ではない³⁴。

先に述べたように、このルールは1960年代から存在し続けているものであるが、これに対する批判も絶えることはなかった³⁵。批判点は多岐にわたるが、①国会に議席を持たない政党に属する人物や、労働組合等の社会的勢力、さらには学者等の存在が考慮されていないこと、②政府は与党の支持を受けて存在しているのであり、政府と与党を別個のカテゴリーとするのは政府・与党を利することになること、③大統領の発言時間が考慮されないこと、④二大政党制（あるいは二大ブロック制）を前提としており、与党とも野党とも分類し難い政党の取扱いが困難になること、⑤発言時間を計測するだけでは不十分で、発言が行われた番組の視聴率や、取り上げられ方も考慮すべきであること、⑥ルールの機械的な適用は、時宜に応じた番組内容を定める放送局の自由を侵害すること、などがあげられる。しかし、これに代わる客観的な指標について合意を調達することの困難から、こ

³¹ B. Cousin et B. Delcros, *Le droit de la communication*, t.1, Éditions du Moniteur, 1990, p. 189

³² G. Fromentin, *Le pluralisme est-il soluble dans les trois tiers?*, *Angle droit*, 1994, n° 35, p. 4

³³ Marcangelo-Leos, *op. cit*(note 24), p. 351

³⁴ 唯一の例とされるのは1994年のものであり、CSAは、TF1、フランス2及びフランス3に対し、1993年下半期に続けて翌年の第1四半期についても、野党政治家の発言時間が3分の1に満たないとして警告を行った。その後、第2四半期末に至っても、均衡が回復されていないとしてこの3社に対して制裁手続を開始する決定を行った。その結果、3社は均衡の回復に努力することを約束し、年末には発言時間の均衡は三者対等ルールを満たすに至ったため、制裁手続は中止された（以上、Conseil supérieur de l'audiovisuel, *Rapport annuel d'activité du CSA*, 1994, pp. 225-6; Regourd, *op. cit*(note 25), p. 216)。

³⁵ Regourd, *op. cit*(note 25), p. 215; E. Mauboussin, *Obligations générales de programmes des radios et des télévision*, *JurisClasseur Communication*, fasc. 4120., n° 93; Fromentin, *op. cit*(note 32), pp. 3-4 など

の三者対等ルールが長らく維持されてきたものである。

もっとも、この間にも三者対等ルールの大枠を変更しない範囲で改良が行われてきたが、2000年にはCSAはついに三者対等ルールを改正し、「4部からなる参照原則 (*principe de référence de quatre parts*)」³⁶、「相対的均衡ルール」³⁷などと呼ばれる新ルールを採用した(ただし、CSAは引き続き三者対等ルールという通称を使用している)。これは、原則としてすべてのテレビ及びラジオ放送事業者に対し、政府構成員、国会内与党に属する人物及び国会内野党に属する人物の発言時間の均衡を尊重すること、国会に代表されていない政党に属する人物に公正な発言時間を確保するよう留意すること、時事に応じた正当な例外を除き、国会内野党に属する人物の発言時間は、政府構成員の発言時間及び国会内与党に属する人物の発言時間の合計の2分の1を下回らないこと、を求めるものである³⁸。そしてCSAは、「しかしながら、厳格に数量化された基準に基づく発言時間の分配は必要ない」としており、「相対的」均衡ルールと称されるゆえんである(もっとも、従来もそうだったことは前述の通りである)。

もっとも、この新しい均衡ルールも三者対等ルールと同様、大統領の発言時間を考慮に入れていない。これは国家元首たる大統領は党派を超えた国民全体の立場から発言するというフランス政治の伝統に基づく前提によるものであるが、儀礼的な地位を有するにとどまった第四共和制以前の大統領とは異なり、第五共和制下の大統領は党派的立場から積極的に政治に関与してきている。とりわけ、2007年に就任したニコラ・サルコジ大統領は、そのメディア戦略の積極性で際立っている。ここに至り、フランソワ・オランド社会党党首らはCSAに対して大統領及びそのスタッフの発言時間を考慮するようルール改正を求め、これをCSAが拒否する(2007年10月3日決定)と、最高行政裁判所であるコンセイユ・デタに対しこの拒否決定の取消しを求めて出訴した。コンセイユ・デタは、2009年4月8日判決³⁹においてオランドらの訴えを認め、CSAの決定を取り消した。同判決は、大統領の発言を国家元首としての職務に伴うものとそれ以外の国内の政治的議論に関与するものとを区別し、後者については均衡ルールにおいて大統領の発言時間を考慮すべきであるとした。

この判決を受けてCSAは同年7月21日、9月1日から適用される新しいルールを決定した。こうして、政治的多元性原理に関して適用される現在のルールは下記のようなものである。

- ① 大統領の発言時間に関しては、上記コンセイユ・デタ判決の区別を採用し、同判決にいう後者の発言を計測する。

³⁶ Mauboussin, *op. cit.*(note 35), n° 91

³⁷ K. Favro, *Téléspectateur et message audiovisuel*, LGDJ, 2001, p. 380

³⁸ 以上、Conseil supérieur de l'audiovisuel, *Rapport annuel d'activité du CSA*, 2007, p. 4-5.

³⁹ CE, le 8 avril 2009, *JCP*, act., n° 223 note par E. Derieux

② 国会内野党に属する政治家の発言は、①により計測対象となる大統領の発言時間、国会内与党政治家の発言時間及び大統領スタッフの発言時間の合計の2分の1を下回らないこと。

③ 放送事業者は、国会内与党の政治家に対して、その国内政治に果たす役割に見合った発言時間を与えること。

④ 与野党いずれにも属しない国会内政党の政治家及び国会に議席を持たない政党の政治家に対しては、放送事業者は、その代表性、とりわけ議席数や選挙結果を考慮して公正な発言時間を与えること。

⑤ ローカル番組については、地方政治における均衡を考慮して地方政治ニュースの取扱いにおいて多元性を確保すること。

⑥ 傾向ラジオ (radio d'opinion)⁴⁰は、政治的多元性原理の適用除外とする。

⑦ CSA は、発言時間の集計を毎月行い、両院議長や政党責任者に通知する。また、CSA はニュース番組については四半期ごと、それ以外については半期ごとに政治的多元性原理の遵守について評価を行う。

このような三者対等ルールや均衡ルールに関しては、発言時間という形式的・定量的な基準を中心に放送における政治的多元性の統制を放送規制機関が行おうとする試みであり、放送事業者の編集の自由への介入を最小限にとどめつつ、所期の目的を近似値的に達成しようとするものであるということが出来る。この統制は実効的なものであり、制裁手続が開始された例があることは前述の通りである。しかし、同時に、このルールの下では、大統領・政府・与党及び野党の関係が主として念頭に置かれており、政治的多元性という政治概念がわい小化されている感は否めない⁴¹。もっとも、上述のようにこの点は少しずつ改善されており、市民社会における諸アクターの発言も考慮されるようにはなっている。

(3) 放送へのアクセス権

フランスの放送法制に特徴的な内部的多元性確保のための仕組みとしては、もう1つ、各種団体の放送へのアクセス権 (droit d'accès à l'antenne) があげられる。三者対等ルールや均衡ルールが原則としてすべての放送事業者に適用されるのに対し、アクセス権は公共放送のみにかかわるものである。アクセス権が認められる団体としては、政党、労働組合や職業団体及び宗教団体があるが、アクセス権が認められるに至った経緯やアクセス権の方式はそれぞれ異なるので、この点につき簡単に見ておこう。

⁴⁰ フランスではラジオ局が多数存在することから、CSA はラジオについては特定の見解に依拠するラジオ放送を認めてきた。この場合、多元性は当該放送内部ではなく、当該地域に存在する放送局全体によって確保されればよいとされてきた (Mauboussin, *op. cit*(note 35), n° 82)。

⁴¹ P. Mbongo, Le temps de parole présidentiel, Une querelle de Ramus?, *Légipresse*, 2009, n° 261, I, p.60

まず、政党のアクセス権は、国営放送独占時代の1974年8月7日法によって初めて認められ（第1条第2項、第10条）、現行の1986年法では第55条第2項に根拠を有する。それによれば、両院のいずれかにおいて会派によって代表されている政治団体に、CSAの定める方法により一定の放送時間が割り当てられることとされている。したがって、国会に議席を持たない政党はもちろん、議席があっても会派の要件を満たさない政党は、このアクセス権が認められないことになる。フランスの選挙制度が多数代表的なものであること（小選挙区2回投票制）をも考慮すると、この要件は実際にはかなり厳しいものである⁴²。

次に、労働組合・職業団体のアクセス権については、上述の1974年法で初めて認められ、現行の根拠規定は、政党のアクセス権と同じ1986年法第55条第2項であるが、これによれば、アクセス権が認められるのは「全国規模の代表的な労働組合及び職業団体」であり、政党の場合と同様、CSAの定める方法により一定の放送時間が割り当てられる⁴³。政党の場合とは異なり、労働組合・職業団体のアクセス権については、各団体の放送時間は同じである。

最後に、宗教団体のアクセス権についてであるが、カトリック教会のミサのラジオ中継は既に1948年から行われ、1954年以降は日曜朝のミサの様子が毎週テレビ放送されるなど、歴史は古いが、それだけに法的な枠組みの整備よりも放送実績が先行した。1970年代になってようやく、法的枠組みが整理され始め、現行1986年法第56条においては、「フランスで実践されている主たる宗教」に限ってアクセス権を付与することとされた。したがって、具体的にどの宗教団体がアクセス権を有するかは法律には規定がないのであるが、憲法第1条の政教分離（*Laïcité*）原理との関係⁴⁴もあり、教義に立ち入る基準を用いることはできず、信者数を基準として判断される（放送の時間帯、放送時間数もこれを基準に配分される）。当初はカトリック教会に限られていたが、順次、プロテスタント、ユダヤ教、東方正教、イスラム教、仏教に資格が認められている。

こうしたアクセス権については、それを享受する団体を定める基準が、政党を除けば法律上不明確である点を指摘することができる。もちろん、団体の思想傾向による差別が許されないことはもちろんであるが、「全国規模の代表的な労働組合及び職業団体」「フランスで実践されている主たる宗教」という不明確な基準は、放送規制機関の判断の余地を認めるものであるが、コンセイユ・デタはかなり立ち入って統制を及ぼしている⁴⁵。

⁴² 例えば、極右政党・国民戦線（FN）は、無視できない社会的な勢力を有するが、国会に議席を持たないためにアクセス権を有していない。なお、2009年については、6つの政党にテレビについて合計5時間42分、ラジオについて合計1時間30分の放送時間が認められているが、各政党の放送時間はその勢力に応じて異なる。

⁴³ 2009年については、労働組合、経営者団体、農業団体、自営業者の団体など合計11団体に、テレビについては合計8時間14分、ラジオについては合計2時間10分の放送時間が認められている。

⁴⁴ cf. Ch. Debbasch et al, *Droit de la communication*, Dalloz, 2002, pp. 272-3.

⁴⁵ CE, 19 janvier 1990, UNAPEL c/ CNCL, *RRJ*, 1991, n° 3, p. 881, note par A. Boyer

こうした基準の不明確性のほか、三者対等ルール及びその後の均衡ルールとも共通する問題点であるが、そもそも「両院のいずれかにおいて会派によって代表されている政治団体」や「全国規模の代表的な労働組合及び職業団体」、「フランスで実践されている主たる宗教」にアクセス権を限定することの問題性を指摘しなければならない。もちろん、放送時間は有限であり、また、これらの団体によるアクセス番組の制作費用は政府により定められた業務明細書の規定する限度内で公共放送が負担することからすれば、一種の「代表性原理」⁴⁶、あるいは「多元性の制度的な見方」⁴⁷により、アクセス権付与の範囲を限定する必要があることは理解できる。また、アクセス権の法制化により、確かに、通常の番組編成においては紹介されにくい団体の見解が放送される機会が一定程度確保される効果を有することは否定できない。例えば、政党でいえば二大政党である UMP や社会党の間にあって埋没しがちな小政党の見解や、宗教団体でいえば不寛容の対象になりがちなユダヤ教やイスラム教の立場に一般視聴者（大多数がカトリック信者である）が触れる機会が設けられる意義は少なくない。

しかし、これらのいわばエスタブリッシュメントとしての少数派の外側には、いまだ十分市民権を得ていないもろもろの見解やそれを担う団体が存在することにも注意しなければならない。また、フランス特殊の事情であるが、普遍的市民概念のもと、民族的集団の承認に敵対的な法制度がとられていること⁴⁸は、放送法制においても例外ではない。これを無視して、少数派とはいえ既存の団体に対してのみこのような特権を付与することは、さらなる少数派に対する彼らの地位をますます強化する効果を有することもまた明らかである⁴⁹。こうした特権は既得権化して社会の現状を固定化する方向に機能するおそれもある。したがって、これらの面を考慮すると、こうした仕組みが思想・情報の多元的な表明という究極的な目的を達成するゆえんであるか否かは疑問もある⁵⁰。

しかし、だからと言ってこの種の仕組みは有害無益と切り捨てることもまた難しい。実際、この種の仕組みが存在しない方が、エスタブリッシュメントたる少数派や、さらには十分市民権を得ていない非エスタブリッシュメントたる少数派の見解が放送において表明される機会がより多いということもできないからである。

⁴⁶ Marcangelo-Leos, *op. cit*(note 24), p. 384

⁴⁷ Favro, *op. cit*(note 37), p. 381

⁴⁸ このことは、最近再び、イスラム女性のスカーフ着用規制（かつては公立学校における着用禁止の是非が問題となったが、今回は全身を覆う「ブルカ」の日常生活における着用規制の是非）が政治問題化していることにも表れている（法案提出までの事実経過及び理論的問題の簡にして要を得た概観として参照、三浦信孝「仏にブルカ禁止の動き／偉大さ失った共和国」朝日新聞 2010年6月10日夕刊）。なお、ブルカ着用規制は、憲法院の合憲判決（2010年10月7日判決（n° 2010-613 DC）を経て、公共空間における容貌秘匿の禁止に関する 2010年10月11日法律 2010-1192号として実現した。

⁴⁹ 放送法全体を見渡して政治的少数派に不利なことを指摘するものとして、参照、G. Sainteny, *Le cens médiatique: L'accès des petites forces politiques à l'audiovisuel*, *Légipresse*, 1995, n° 120, II, p. 25.

⁵⁰ Marcangelo-Leos, *op. cit*(note 24), p. 385

4 おわりに

以上、本稿ではフランスにおける思想・情報の多元性原理に関する憲法判例の展開及びその具体的諸相を放送法上の2つの制度を例に見てきた。思想・意見の多元性が公衆の知る権利を確保するためにも重要であることは日本憲法学上も認められているから、日仏の相違は主として、それを法制度上どのようにして具体化するかという点にあるといえよう。この点、フランスの場合、とりわけ放送法においては、本稿で見た2つの制度を始めとして、放送事業者の自由をこの原理の名の下に制約し、放送監督機関による統制に服させる点で、自主規制を原則とする日本の法制と極めて対照的である。こうしたフランスのアプローチが当の多元性原理との関係でアンヴィヴァレントな関係にあることは先に見たとおりであり、さらに、日本の憲法論の現状や放送制度の伝統からして、フランス的アプローチを日本に導入する余地は基本的にないとはいえ、日本の法制が唯一のアプローチではない点を浮き彫りにする点で、フランス法の展開は興味深いところである。

「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 筑波大学大学院図書館情報メディア研究科准教授

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

おおくほ なおき
大久保 直樹 学習院大学法学部教授

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准教授

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

ふくだ まさき
福田 雅樹 早稲田大学大学院国際情報通信研究科准教授

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

※肩書は平成 23 年 3 月現在のもの

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 の活動 (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）
- ・ 情報通信技術の標準化過程における特許権行使の濫用（林秀弥構成員）

第10回 平成22年4月23日

- ・ 米国における違法・有害情報と青少年保護
— アメリカ自由人権協会対ミュケイジー事件
(American Civil Liberties Union v. Mukasey, 534 F.3d 181 (3d Cir. 2008))
(井部千夫美構成員)
- ・ 民間ラジオ放送局開設免許申請者の放送の自由
— 連邦憲法裁判所1998年2月20日決定 (BVerfGE 97, 298) — (杉原周治構成員)

第11回 平成22年6月21日

- ・ 利用者視点を踏まえたICTサービスに係る諸問題に関する研究会第二次提言（総務省発表）
- ・ 著作権侵害に関する仲介者ISPの責任：米国DMCA裁判例を中心に（平野晋構成員）
- ・ 英国のオフコム（通信放送庁）の活動とテレビ・ラジオ番組の視聴者・聴取者コンテストにおける不正行為に対するオフコム・コンテンツ制裁委員会の制裁（ジョン・ミドルトン構成員）

※海外情報通信判例研究会は、第11回をもって終了し、平成22年11月からは情報通信法学研究会に移行している。

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

