



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	サイバースペースと表現の自由（二）：表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に
Author(s)	小倉，一志
Citation	北大法学論集，55(2)，85-131
Issue Date	2004-07-20
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/36652
Type	departmental bulletin paper
File Information	55-2_p85-131.pdf



サイバースペースと表現の自由（二）

——表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に——

小倉 一 志

目 次

はじめに

第一章 リアルスペース上の表現諸理論の形成

第一節 アダルトコンテンツ

第二節 名誉毀損的表現

（以上、五五卷一号）

- 一 一次的責任（直接責任）
- 二 二次的責任（間接責任）
- 第三節 差別的表現
- 第四節 小括
- 第二章 サイバースペース原理論
- 第一節 第一世代
- 第二節 第二世代
- 一 ローレンス・レシッグの「コード（悲観）論」
- 二 「コード（悲観）論」への反論
- 第三節 小括
- 第三章 サイバースペースに対する表現内容規制
- 第四章 表現内容規制論の再検討
- 結語

（以上、本号）

第一章 リアルスペース上の表現諸理論の形成

第二節 名誉毀損的表現

名誉毀損的表現では、表現者自身が責任を問われるケースと表現媒体を管理ないし所有する者に責任を問うケースの

二つに分けて考えることにする。リアルスペースにおいては、サイバースペースとは異なり、情報の発信者とメディアの管理者(所有者)の未分離、すなわち、情報の「うつわ」と「中身」の責任主体が同一である傾向を見せる関係上、一次的責任(直接責任)を中心に判例・学説の展開がみられる。しかしながら、リアルスペースにおける二次的責任(間接責任)の議論も軽視できない。なぜなら、この点における議論が、サイバースペースにおける二次的責任(間接責任)を考える際に、そのまま引き合いに出され、(少なくとも当初の)判例において、ストレートに適用されているからである。

一 一次的責任(直接責任)

元来、名誉毀損(defamation)⁽¹⁾はコモンロー上のルールとして、①文書誹毀(libel)と口頭誹毀(slander)に区別されるが、いずれも誹毀的な表現によって人の社会的評判をおとしめることで成立した。ここでは、②当該表現は虚偽であることが推定され、③原告は被告の「悪意(malice)」を立証することによって懲罰的損害賠償(punitive damage)⁽²⁾を得ることができた。これに対して、④被告には絶対的な(悪意の場合にも通用する)抗弁としての「真実(truth)」⁽⁴⁾の立証のほか、種々の特権⁽³⁾が免責事由として(判例上)認められており、⑤これらの立証責任は被告に課されていた。

この時期における憲法と名誉毀損との関係については、わけつな(obscene)表現などと同様に「権利の濫用」によるものであり、また、そのような表現は有害性のゆえに「保護されない言論」の領域に属するものであることから、コモンローあるいはそれを具体化した州法の純粹な解釈問題として解決すれば事足りるとされていた。このような理解は、コモンローが州法への規制へと移り、かなりの時間が経過した一九六〇年代まで維持されたが、New York Times v.

Sullivan⁽⁵⁾が一大転機となり、この伝統的な法理に大幅な修正が行なわれた(名誉毀損法の憲法化 (constitutionalization))⁽⁶⁾。

事件の発端は、一九六〇年三月二九日付けのニューヨークタイムズに掲載された、「マーティン・ルーサー・キング及び南部における自由のための闘争を支援する委員会」名の(一頁)全面広告であった。ここで、同委員会は、アラバマ州の州都モントゴメリー(Montgomery)において、キング牧師率いる「南部での自由の戦い」が、どれだけ不法な警察規制を受けているのかを全国民に知らしめるために、広告を打ったのである。しかしながら、その警察規制の記述が、若干、事実と異なるものであったために、市委員(city commissioner)で、主として警察部門を担当していた人物から、ニューヨークタイムズと本件広告の責任者である四人の黒人牧師を被告として、名誉毀損訴訟が提起された⁽⁸⁾。これに対して、連邦最高裁判決は、民主政に不可欠な表現の自由を確保するためには、名誉毀損法のあり方を憲法論から再構成し直す必要があるとの認識に立った上で、「公共的な争点をめぐる討論は、抑制されることなく、活発に、そして、広く開かれていくべきである原則」⁽⁹⁾および「討論にあたつては、激烈で、辛らつな、そして、時には政府及び公務員に対する不愉快なほど鋭い攻撃も、当然に許容される原則」⁽¹⁰⁾を打ち出す。そして、これらの原則をふまえて、公務員(public official)の「公務に関する行為に係り、名誉毀損にわたる虚偽のゆえに損害賠償を認めるのは、当該記事の言明が『現実の悪意(actual malice)』⁽¹²⁾によってなされた場合に限らねばならないということが、憲法保障が要求する合衆国法上のルールである」とする、「現実の悪意」の法理を打ち立てた。ここでいう「現実の悪意」とは、虚偽であることを知っていて、もしくは、それが虚偽であるかそうでないかを全く考慮せずに、あえて表現を行った(無謀な無視=reckless disregard)場合を指し、⁽¹⁴⁾立証責任については、原告である公務員(市委員)に転換されている⁽¹⁵⁾。この判決により、アメリカのメディアは、「市民の権利に関する運動だけではなく、公務員の勤務行動にかかわる批判を、たとえ多少の事実の間違いがあつたとしても、わざと虚偽の記述をしたのでないかぎり、名誉毀損に関する莫大な損害賠償

の支払いを心配することなく、自由に批判的な言論を公表できるようになった⁽¹⁷⁾のである。

New York Times 判決以降においては、「現実の悪意」の法理の明確化とその射程の拡大が行われた。①Garrison v. Louisiana⁽¹⁸⁾は、「現実の悪意」の意味を「蓋然的な誤謬についての高度の認識」と解したうえで、同法理の適用を州刑事毀損法にも拡大する。②Rosenblut v. Baer⁽¹⁹⁾では、「公務員」の定義が問題となり、ブレナン (William J. Brennan, Jr.) 裁判官は、「少なくとも政府の行為について実質的な責任あるいはそれに対するコントロールの権限を持っている、あるいは、公衆にとっては持つているように思われる階層に属する者」と定義したうえで、同法理を適用した。③Curtis Publishing v. Butts⁽²¹⁾では、ジョージア大学 (University of Georgia) のフットボールのヘッドコーチが、A.P. v. Walker⁽²²⁾では、事件当時は政治活動家であったが、元は合衆国陸軍幹部であった者が、それぞれ「公的人物 (public figure)」にあたるとされ、公務員以外にも拡大して適用された。④Monitor Patriot v. Roy⁽²³⁾および Ocla Star-Banner v. Dannon⁽²⁵⁾では、公職の候補者にも同法理が適用され、ついには、⑤Rosenbloom v. Metromedia⁽²⁶⁾の相対的多数意見において、逮捕・捜索を受けて「公的関心事 (matters of public concern)」の中に入った (私人 (private individual) である) 出版業者の被疑者にも適用されるに至った (ラジオ放送で誇張して報道されたため)。「公の利益 (public interests)」ないし「公共の利害に関する事実 (subject of public or general interest)」が存在する場合には、「公務員」でも「公的人物」でもない「私人」であっても、「現実の悪意」の法理が適用可能であるとしたのである。⁽²⁷⁾これらの一連の判決は、民主政における言論の自由の重要性を強調し、憲法原理としての「現実の悪意」の法理の射程を拡大してきたといえるが、その後、Gertz v. Robert Welch⁽²⁸⁾により、適用に関して新しいルールが作られる。

Gertz 判決は、公務員でも公的人物でもない、全くの私人の名誉毀損訴訟に対して、「現実の悪意」の法理の適用を否定した点で重要な判決といえる。⁽²⁹⁾事案の概要は、一九六八年に警察官がある青年を射殺した事件が発生し、その遺族の

依頼に基づいて、損害賠償請求訴訟を担当していた弁護士について、当時、自治体警察の不信を警告し、国家警察制度の確立を主張していたアメリカンオピニオン (American Opinion) の特集記事が、「警察の記録によれば、アイルランド出身のコプト人の左派に属する人物であり、暴力革命を標榜する『産業民主主義マルキスト同盟 (Marxist League for Industrial Democracy)』の役員であつて、『共産主義前衛者 (Communist-frontier)』であり、共産主義者組織にリストアップされている『全米法律家組合 (The National Lawyers Guild)』の役員でもある」と事実と異なる記載をしたために、その弁護士が名誉毀損訴訟を起こしたものであるが、この判決により、New York Times 判決以降、拡大の一端を辿ってきた、「現実の悪意」の法理の適用範囲に歯止めがかけられることになった。⁽³⁰⁾ この判決のロジックは、重要ではある。New York Times 判決で示された「息をつく余地 (breathing space)」の確保という第一修正の要請は、重要ではあるが絶対的なものではない。第一修正が保障する言論の自由と同様に、名誉保護も人間の本質的な尊厳を基本原理とする憲法の要請(第九修正、第一〇修正)だからである。従つて、「⁽³¹⁾公人」を対象とする New York Times 判決のルールとは異なる、別のルールが必要になる。「公人」の場合は、公職を求め、その地位に就いたがゆえに、あるいは、自ら進んで有名になったがゆえに、自ら虚偽を含む批判的言論の中に身をさらす危険を負担しており、更に、⁽³²⁾(反論のために)メディアにアクセスする能力も大きい存在であることから、言論には言論で対抗する原則が妥当する。これに対して、「私人」は、言論による攻撃に対して脆弱な存在であるため、彼らの名誉を保護する必要性が高い。このため、州が名誉毀損法を制定する場合、「私人」に対する名誉毀損に関しては嚴格責任によらない限り(何らの過誤 (fault) もなしに責任を課すものでない限り)多くの州は「過失 (negligence)」を基準として採用している⁽³³⁾、被告の責任について適当な基準を定めることが可能であると判断した。

以上により、Gertz 判決は「公人・私人」二分論を採用し、「公人」の場合は New York Times 判決が示したように、「現

実の悪意」の法理が適用され、それが一般的損害賠償および懲罰的損害賠償を認める際の要件となるが、「私人」である場合に、一般的損害賠償を求めるには「過失」の立証で十分であるが、懲罰的損害賠償を求めるには「現実の悪意」の立証が必要であることになったのである。⁽³⁴⁾ これ以降の判決において、「私人」が問題となる領域においては、Gertz判決が先例となっていく。ただし、Gertz判決が否定したはずの (Rosenbloom v. Metromedia が示した) 「公の利益」⁽³⁵⁾ ないし「公共の利害に関する事実」の存在を考慮要素とするアプローチを、後の Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders が、「私人・私人」二分論にミックスする形で援用している。「私人」＋「公的関心事」ではない事案であれば、懲罰的損害賠償も可能となる。つまり、「公的関心事」でなければ、「私人」の場合、「過失」を立証すれば、一般的損害賠償と懲罰的損害賠償の両方が認められる形へと緩められたのである。この判断手法は、名誉毀損訴訟の原告が公的関心事を報じたメディアの被告に対して損害賠償を請求するには、当該報道が虚偽であることを立証しなければならないとした、*Philadelphia Newspapers v. Hepps* ⁽³⁶⁾ にも引き継がれていく。⁽³⁷⁾

二 二次的責任 (間接責任)

リアルスペースで問題となるのは、表現者自身が対象となる一次的責任である場合が大半を占めるが、表現が媒体を通じて伝達され、かつ、その媒体の管理・所有主体と表現者自身とが乖離している場合には、二次的責任もまた問題となる。この点について、あまり日本では議論されてきていないように思われるが、アメリカでは早い段階から判例の集積が行われており、これにより三つのカテゴリーが形成されている。⁽³⁸⁾

①書籍、雑誌、新聞等のパブリッシャー (publisher＝発行者) は、内容につき、表現者と同様の責任を負う。この場

合、名誉毀損的表現が表現者のみによつて行なわれたとしても、パブリッシャー（発行者）がその表現物を出版すれば、自ら名誉毀損的表現を行った場合と同様の責任を負うと判断される。なぜならば、パブリッシャー（発行者）は、編集の過程を通じて、内容をコントロールすることができるところである。⁽⁴⁰⁾

②書店、図書館、ニューススタンドといった第三者の発行物を頒布するディストリビューター（distributor＝配布者）は、名誉毀損的表現の存在を「知っていた（knew）」か、もしくは「知り得べきであつた（had reason to know）」場合のみ責任を負う。⁽⁴¹⁾ なぜならば、ディストリビューター（配布者）に厳しい責任を課すと、国民の表現物へのアクセスが著しく害されることになるからである。⁽⁴²⁾ なお、ここでのディストリビューター（配布者）には、自己が扱う出版物の中に名誉毀損的表現があることを、常に調査する義務はないとされる。

③電話に代表されるコモンキャリア（common carrier）は、ユーザが仮に他人の名誉を毀損することがあつても、ユーザの行為について責任を負わない。これは、コモンキャリアが原則として、全てのユーザに対してサービスを提供しなければならぬ義務を負っている点に加えて、コモンキャリアに法的責任を追及した場合、その反射的效果として、コモンキャリアが通信内容に介入して、通信システム自体の信頼性・安定性を阻害することを防ぐ点に根拠が求められる。⁽⁴³⁾ なお、このコモンキャリアのカテゴリーが確立したのは、それほど昔のことではなく、ディストリビューター（配布者）のように捉えて、少なくとも明らかに名誉毀損的表現を含む内容を伝達した場合には、責任を負せた時期もあつたようであるが、現在では、この三つのカテゴリーが形成されている。⁽⁴⁴⁾

サイバースペース上の事例に対する具体的な適用については、第三章で扱うことにするが、サイバースペース上のケースでは、一次的責任（直接責任）については、リアルスペース上で形成されてきた既存の法理を適用し、二次的責任（間接責任）については、（最初の段階では）三つのカテゴリーの中でも、特に、パブリッシャー（発行者）もしくはディ

ストリビューター（配布者）になぞらえて、情報媒介者であるプロバイダの責任を判断していたのである。

第三節 差別的表現

差別的表現（ヘイトスピーチ⁽⁴⁶⁾）では、人種、皮膚の色などに基づき、「他人に対し、怒り、恐怖、憤慨を引き起こすこと」を知ったうえで、十字架焼却、スワステイカなどのシンボルを掲げることを禁止する、セイント・ポールの条例が違憲とされたケース⁽⁴⁷⁾、および、ネオナチであるアメリカ国家社会主義党（米ナチ党）によるデモ行進の規制が問題となったケースを扱う⁽⁴⁸⁾。

前者のケースは、白人居住区に住むアフリカ系移民である黒人の家の庭先に、被告人らが「燃える十字架（burning cross）」を仕掛けたことに端を発する。彼らは、「人種、皮膚の色、信条、宗教、性別に基づき、他人に対し、怒り、恐怖、憤慨を引き起こすことを知りながら、もしくは、知り得べき相当の理由を持って、燃える十字架もしくはナチのスワステイカを含むがそれに限られないシンボル、物体、名称、描写、落書きを公有財産もしくは私有財産に掲げた者」を処罰すると規定した、「セイント・ポール市偏見を動機とする犯罪条例（St. Paul Bias-Motivated Crime Ordinance）」に違反するとして、起訴された。州最高裁では、同条例の規制の対象は、*Chaplinsky v. New Hampshire*⁽⁴⁹⁾により第一修正の適用外であるとされたファイティングワーズ（fighting words）⁽⁵⁰⁾「けんか言葉」に限定されているとの判断から、「実質的に過度広汎であり（substantially overbroad）（憲法上）許されない表現内容規制である」とする被告人の主張を容れなかった⁽⁵¹⁾。

この州最高裁の判決に対して、サーシオレイライ（certiorari）⁽⁵²⁾が認められ、連邦最高裁により審理が行われた。スカ

リア (Antonin Scalia) 裁判官による多数意見は、州最高裁も認定しているように、本件条例が、従来から第一修正の保障の対象外とされてきたファイティングワーズを専ら規制対象とするものであるとしても、「人種、皮膚の色、信条、宗教、性別」といった観点 (viewpoint) ないし主題 (subject) に基づく規制を課していることから、規制目的にてらして内容中立的な他に選びうる手段が残されているがゆえに違憲であり、文面上無効であると判断した。これに対し、ホワイト (Byron R. White) 裁判官による同意意見 (ブラックメン (Harry A. Blackmun)、オコナー (Sandra Day O'Connor)、ステーパーンス (John Paul Stevens) (一部を除く) の三裁判官が同意) は、従来の連邦最高裁判決が示してきたように、ファイティングワーズに対する表現規制は第一修正の問題を引き起こさないが、本件条例の場合は、州最高裁の判断とは異なり、その射程がファイティングワーズに限定されているとは考えられないので、本件条例の過度広汎性が問題となる、という構成をとっている。

後者のケースは、ネオナチであるアメリカ国家社会主義党 (米ナチ党) が、シカゴ郊外のスコキ村 (ここには、ユダヤ系市民が多く、また、ホロコーストの生き残りも数多くいたといわれる) において、かつての独ナチ党と同様の制服を着て、スワステイカを掲げ、かつ、その腕章をつけて村内をデモ行進する計画を立てたために、スコキ村からデモの差止めを求める訴訟が提起され、これに対して、スコキ村が、にわか仕込みで制定した、(i) 村内での (五〇人以上の) デモ行進を許可制とし、そのデモ行進を担保するための保証金の納付を定め、⁽⁵⁵⁾ (ii) 「人種、出身国もしくは宗教を理由として、他人と敵対して増悪をかき立てる」類いの文書等の街頭での配布の禁止、⁽⁵⁶⁾ (iii) ミリタリー・スタイルでのデモ行進の禁止⁽⁵⁷⁾を目的とした、三つの村条例の違憲性を争う訴訟が米ナチ党から提起された。デモ行進の差止訴訟 (Village of Skokie v. National Socialist Party of America) に対しては、郡巡回裁判所において、デモ行進の際の、①米ナチ党の制服の着用の禁止、②スワステイカの表示の禁止、を認めたが、州控訴裁判所では、②の禁止に限定され、⁽⁵⁹⁾ 州最高裁

では、②の部分についても認めなかった。⁽⁶⁰⁾ 村条例の違憲訴訟 (Collin v. Smith) については、特に、(ii)を定めた条例が争点となり、連邦地裁においては、「思想の自由市場」論を積極的に展開することによって違憲性を導き、⁽⁶¹⁾ 連邦控訴裁判所では、「不快な言論を政府が規制しうるのは、聞き手が捕らわれの聴衆 (captive audience) である場合に限られる」との、従来から連邦最高裁判例が用いていた立場を示すことによって、すなわち、本件で問題となった表現物には、エロティックな内容 (erotic content) を含むものではない以上、「他人と敵対して増悪をかき立てる」ような文書の配布の規制は第一修正により禁じられているとして、本件条例を違憲とした。⁽⁶³⁾ また、連邦最高裁へのサーシオレイライは否定されている。⁽⁶⁴⁾⁽⁶⁵⁾

なお、ヘイトスピーチとともに、人種差別規制立法たる性質を持つ、ヘイトクライム (人種差別のような偏見に基づく犯罪行為に對して、刑を加重するもの) が、第一修正に反するかどうかが争われた、*Wisconsin v. Mitchell* ⁽⁶⁶⁾ において、連邦最高裁は、ヘイトクライムを規定する州刑法は第一修正に向けられた行為とはいえないので合憲と判断している。

第四節 小括

以上、サイバースペース上の表現内容規制を検討するにあたって、その前提となるリアルスペース上の表現内容規制が、裁判において、どのように処理されてきたのかを見てきた。サイバースペース上で、特に問題となっている表現としては、わいせつな表現を中心とするアダルトコンテンツ、名誉毀損的表現、差別的表現の三つをあげることができるが、これらは、いずれも、「二段階アプローチ」ないし「三元論」が認めてきた二つの極のうち、憲法上保障が及ばない「段階」ないし「次元」であるか、そうではなくとも、その周囲に存在するものと位置づけられてきたものである。

そのためもあって、例えば、わいせつな表現について、奥平康弘教授が「ある意味ではあまり快くもなく、若干喜劇的な要素もある主題でもある」と評されていたことからわかるように、表現の自由論の表舞台で堂々と論じられるテーマではなかったし、名誉毀損の表現にあつては、「名誉毀損法制における憲法論の不在⁽⁶⁷⁾」が問題視され、「不在」状態からの「脱出」が議論されていたのである。

これら三つの表現形態（カテゴリー）は、リアルスペース上であつても、サイバースペース上であつても、これまでに以上に議論が必要な領域となるであろうが、サイバースペース上の表現内容規制をその主題とする本稿においては、これらの表現がもたらす、サイバースペースにおけるアーキテクチャへの影響評価も考慮に入れて検討する必要があるのである。（私はそうは思わないが）仮に、リアルスペース上のアダルトコンテンツのような表現が「瑣末な」問題であつたとしても、このような規制が（少なくとも現在の）中心的問題となつており、また、その解決方策いかにサイバースペースの将来のアーキテクチャを大きく左右する可能性が高いことを考えると、詳細な議論を回避したまま表現内容規制を容認することはできないはずだからである。

次章以降において、サイバースペース上の問題を扱うが、具体的なサイバースペース上の表現内容規制の検討に先立つて、サイバースペース原理論を検討することから始めたい。ここにおいて、従来のリアルスペースにおける表現の自由論が、サイバースペースにおけるそれとは異なる形で適用されるものであることが明らかとなるだろう。

（１）「名誉毀損を犯罪として訴追する例は、英国においても、アメリカ合衆国においても、比較的、稀れである」。その理由としては、「(1)沿革的に、初期から、名誉毀損は民事上の不法行為としてのみ取扱われており、民事的救済を与えることに

主たる目的が存し、治安の維持は目的ではないと考えられていたこと、(2)治安の維持のために、名誉毀損を犯罪として処罰するのは、限られた事例だけであったことなどが考えられる。」そのため、アメリカ合衆国模範刑法典 (Model Penal Code) においても、一般的に名誉毀損を犯罪とは規定しておらず (ただし、州刑法により規制を行っている所は存在する)、例外的に、ファイティングワーズ (fighting words) のように治安を乱す名誉毀損や集団に対する名誉毀損 (group libel) を犯罪として処罰すれば足りると解されている (塚本重頼『英米法における名誉毀損の研究』(中央大学出版部・一九八八年) 四三四―四三五頁、更に、松井茂記「名誉毀損と表現の自由(一)―憲法的名誉毀損法の展開に向けて」民商八七巻四号五三一―五五、六〇―六一頁、清水英夫『言論の自由はガラスの城か』(三省堂・一九九九年) 一二七―一二八頁、清水英夫「刑事名誉毀損と表現の自由―ある名誉毀損事件における意見陳述」『法と情報 石村善治先生古稀記念論集』(信山社・一九九七年) 二〇七―二〇八頁)。

(2) 「主に不法行為訴訟において、加害行為の悪性が高い場合に、加害者に対する懲罰および一般的抑止効果を目的として、通常の compensatory damages (填補損害賠償) のほかに認められる損害賠償。」「悪意、害意によりまたは重大な危険をまったく無視した場合のように、非難性が大きいことが要件である。」田中英夫編『英米法辞典』(東京大学出版会・一九九一年) 六八五頁。

(3) 特権 (privilege) のうち、特に重要なものは、「公正な評論」の特権と「公正な報道」の特権であった。前者は、公正な評論 (fair comment) である限りにおいて名誉毀損責任を否定するものであり (ただし、この特権は、事実が真実である場合に限られ、さらに、評論が公正である場合に限り認められるものにすぎなかった)、後者は、訴訟手続などの報道において名誉毀損的表現を公正に報道している限りにおいて、名誉毀損を繰り返す者は等しく名誉毀損責任を負うというコモンローにおける例外を認めるものであった (松井茂記「名誉毀損と表現の自由」山田卓生編集代表『新・現代損害賠償法講座2―権利侵害と被侵害利益』(日本評論社・一九九八年) 九六頁)。この二つは限定的特権とされ、濫用に渡らない限りで認められるものであったが、これに対して、立法者の院内での発言や、訴訟手続上、訴訟関係者に認められる特権は、絶対的に免責されるものと解されていた (松井茂記「New York Times 判決の法理の再検討」民商一一五巻二四頁)。特権事項につき、望月礼二郎『英米法〔新版〕』(青林書院・一九九七年) 二四五―二四八頁参照。

(4) 清水公一「アメリカ合衆国における憲法法理としての名誉毀損法―『現実の悪意 (actual malice)』の法理の新展開―」法

学政治学論究二号二三頁。

- (5) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964). 上記の注のほか、久保田きぬ子「[最近の判例] Libelと言論の自由」アメリカ法(一九六五)一三九—一四一頁、堀部政男「名誉毀損と言論の自由」英米判例百選〔第三版〕五〇—五一頁、松井茂記「名誉毀損と表現の自由(二)―憲法的名誉毀損法の展開に向けて―」民商八七巻五号二六頁以下、清水公一「アメリカにおける表現の自由と名誉権の調整―学説の新動向―」法学政治学論究一〇号一七七頁以下、駒村圭吾『ジャーナリズムの法理―表現の自由の公共的使用―』(嵯峨野書院・二〇〇一年)二〇〇—二〇二頁、喜田村洋一「報道被害者と報道の自由」(白水社・一九九九年)二八—四八頁参照。

- (6) 奥平康弘教授は、『*New York Times* 判決が名誉毀損法制に与えたインパクトが大きいことは事実であるが、それ以上に、「しゃべったり、書いたりしたことが、ただそれだけのことで社会秩序を乱したことに当たり、犯罪あるいは不法行為を構成する」という伝統的な“sedition”コンセプトを否定し去った」ことの方がより重要であると指摘される(奥平康弘「表現の自由」を求めて―アメリカにおける権利獲得の軌跡―」(岩波書店・一九九九年)二五六—二五七頁)。

- (7) *New York Times*, 376 U.S. at 257-259. 以下では、広告の全一〇パラグラフのうち、第三パラグラフ及び第六パラグラフにおける記述の正確さが問題となった点は、全部で七ヶ所ほどあるが、特に問題とされたのは、警察が学校のキャンパスを包囲したと広告には書かれているが、実際にはキャンパス近くに集結しただけであること、また、キング牧師は七回逮捕されたとなっていたが、実際には四回にすぎなかったこと等である。

- (8) 州最高裁の判断は、『*New York Times v. Sullivan*, 273 Ala. 656 (1962)』において示されている。ニューヨークタイムズは、何等の拘束も受けずに思想の交換を行うことは、憲法上保障された権利であり、したがって、ある表現が名誉毀損にあたるかどうかの判断も言論の自由を保障した第一修正から検討されなければならない、と主張したが、州最高裁はこの立場を否定し、伝統的法理を適用することで名誉毀損の成立を認め、五〇万ドルの賠償を命じた。州裁判所における経過については、塚本・前掲書〔注一〕三〇〇—三〇二頁参照。

- (9) *New York Times*, 376 U.S. at 270.

- (10) *Id.*

- (11) これらとともに、ブレナン(William J. Brennan, Jr.)裁判官は、「誤った言説は自由な討論において不可避なものである。

言論の自由が確保されるために、息をつく余地 (breathing space) が不可欠であるとするならば、この種の言論も保護される必要がある」と述べて (376 U.S. at 271-272)、「自由な討論における誤謬の不可避免性を承認している。なお、ゴールドバーグ (Arthur J. Goldberg) 裁判官の補足意見 (ダグラス (William O. Douglas) 裁判官が同意) においても、「息をつく余地」の説示が出ている (Id. at 298)。

(12) 「現実の悪意」の法理については、第四章における検討も合わせて参照されたい。

(13) 奥平・前掲『表現の自由』を求めて」[注6]一三六—一三七頁。

(14) *New York Times*, 376 U.S. at 279-280.

(15) ブラック (Hugo L. Black) 裁判官とゴールドバーグ裁判官の補足意見 (ダグラス裁判官が同意) では、本件のような表現に対して、絶対的な免責が認められるべきであるとする (Id. at 293-305)。

(16) *New York Times* 判決に、伝統的なコモンスローの法理を適用すると、「公表された言葉がある人の名声や職業について評価を低め、犯罪の嫌疑をかけ、または公衆一般の侮蔑の対象とさせたならば、それだけで当然に名誉毀損は成立する。金銭的な損害の発生を立証することは要求されず、その言葉がすべて真実であるのではないかぎり、損害賠償責任が発生する。さらに、現実の悪意があれば、実際の損害額とは無関係に懲罰的損害賠償が認められ、真実と信じる相当な理由があったとしても、悪意を否定することにはならない」ことになる (紙谷雅子「パブリック・フィギュアと現実の悪意—公的な人物に対する名誉毀損—」法教二二六号一五頁)。

(17) 紙谷・上掲論文一六頁。

(18) *Louisiana v. Garrison*, 244 La. 787 (1963); *Garrison v. Louisiana*, 376 U.S. 947 (1964). また、州最高裁が説示した「現実の悪意」について *St. Amant v. Thompson*, 390 U.S. 727 (1968) は、*New York Times* 判決を引用しつつ、「被告が、実際、自らの公表の真実性について重大な疑問を抱いたという結論を許すのに十分な論拠がなければならぬ。このような疑問をもって公表することが、真実性または虚偽性に対する無謀な無視を示しまたは現実の悪意を実証することとなる」と判示した (堀部・前掲「名誉毀損と言論の自由」[注5]五一頁参照)。なお、事案は、政見放送中に、第三者が書いた現職者に対する名誉毀損の文書を朗読した候補者において、その文書に対する誤謬性の認識を欠いていたがゆえに、政見放送においても無謀な (reckless) ものではなかったとされたものである。

- (19) *Rosenblut v. Baer*, 383 U.S. 75 (1966).
- (20) *Id.* at 85.
- (21) *Curtis Publishing v. Butts*, 388 U.S. 130 (1967). 堀部政男「[最近の判例] 公人に対する libel と言論の自由」アメリカ法（一九六九）一六四頁以下、T・I・エマソン・木下毅『現代アメリカ憲法』（東京大学出版会・一九七八年）一八三頁参照。
- (22) *A.P. v. Walker*, 388 U.S. 130 (1967). 堀部・上掲論文六五頁以下、エマソン・木下毅・上掲書一八三頁参照。
- (23) また、プライバシー侵害が問題となった *Time v. Hill*, 385 U.S. 374 (1967) において、「本件は私人が偶然、事件にまきこまれたケースであり名誉毀損に基づく訴えではない。しかし、事実誤認の報道をされたという点では両者は密接な関係がある。それ故、本件においても *New York Times* 事件の標準が応用できる」とした（西川理恵子「民事上のプライバシーの権利の侵害」英米判例百選〔第三版〕五〇一五頁）。更に、堀部政男「プライバシーの権利と表現の自由」アメリカ連邦最高裁の最近の判決をめぐって―新研一九六七年八月号六三頁以下、奥平・前掲『表現の自由』〔注6〕二七五―二七七頁参照。
- (24) *Monitor Patriot v. Roy*, 401 U.S. 265 (1971).
- (25) *Ocla Star-Banner v. Dammron*, 401 U.S. 295 (1971).
- (26) *Rosenbloom v. Metromedia*, 403 U.S. 29 (1971). エマソン・木下毅・前掲書〔注21〕一八四頁参照。
- (27) ただし、*Rosenbloom v. Metromedia* における相対的多数意見が示した手法は、*Gertz* 判決により、明示的に否定されることになる。
- (28) *Gertz v. Robert Welch*, 418 U.S. 323 (1974). 堀部政男「[最近の判例] ニュース・メディアの表現の自由と私的個人の名誉の保護」アメリカ法（一九七六）一四一―一九頁、松井茂記「名誉毀損と表現の自由（二）―憲法的名誉毀損法の展開に向けて―」民商八七巻六号二七―三八頁、塚本・前掲書〔注1〕四二五頁以下、エマソン・木下毅・前掲書〔注21〕一八五―一八七頁、阪本昌成「情報公開と表現の自由」（成文堂・一九八三年）一四九頁以下（特に、一五六―一五八頁）、清水公一・前掲「アメリカ合衆国における憲法法理としての名誉毀損法」〔注4〕二三五―二三七頁、駒村・前掲書〔注5〕二〇二―二〇三頁、喜田村・前掲書〔注5〕一三七―一六二頁参照。
- (29) イリノイ北部地区連邦地裁（322 F. Supp. 997 (N.D. Ill. 1970)）、第七控訴裁判所（471 F.2d 801 (7th Cir. 1972)）は、いずれも、

「現実の悪意」の法理の適用を認めている。

- (30) *Gertz* 判決と同様の立場は、*Time v. Firestone*, 424 U.S. 448 (1976) にも見られるところ(堀部・前掲「名誉毀損と言論の自由」[注5]五一頁)。なお、*Gertz* 判決のケースは、「公務員」および「公的人物」には該当しないとしても、「公の利益」に関するものであった(エマソン・木下毅・前掲書[注21]一八五頁)。更に、紙谷雅子「[最近の判例]ニュース・メディアの表現の自由と私的個人の名誉の保護、公的人物の区別」アメリカ法(一九七八)一一〇一一四頁参照。

- (31) ここでは、「公人」を「公務員(ないし公職者)」と「公的人物」を包括する概念として用いている。この点につき、松井茂記教授は、「公職者」は「単なる公務員というにとどまらず一定の政治的権限をもつ要職にあるものであることが必要である」とされ、「公的人物」には、三つの類型があるとされる。「その第一は、そのすべての側面において『公的人物』と見られるような著名名人であり、『全面的公的人物』と呼ぶことができる。第二は、一定の公的論点にみずから自発的にその身を投じた限定的な『公的人物』であり、この場合には、その公的論点との関わりで限定的にのみ『公的人物』と認められる。『自発的限定的公的人物』である。そして第三は、一定の公的論点に、みずからの意思とかわりなくその身を投げ込まれた人物である。『非自発的限定的公的人物』である」(松井・前掲「名誉毀損と表現の自由」[注3]一〇〇頁)。連邦最高裁は、この「公人」の特徴として、みずからの責任で公衆の目の中にみずから置いたこと、マスメディアに反論のためアクセスしうることを、挙げているため、最近の判例は、とりわけ、「非自発的限定的公的人物」の範囲をかなり限定的に解釈する傾向にある(松井・前掲「*New York Times* 判決の法理の再検討」[注3]九頁、松井茂記「名誉毀損と表現の自由(四・完)―憲法的名誉毀損法の展開に向けて―」民商八八巻一号五二一六〇頁)。

- (32) *Gertz*, 418 U.S. at 345.

- (33) 清水公一・前掲「アメリカ合衆国における憲法法理としての名誉毀損法」[注4]一三三五一三三七頁。

- (34) 松井茂記「アメリカ憲法入門」[第5版](有斐閣・二〇〇四年)一七二一七四頁、松井・前掲「*New York Times* 判決の法理の再検討」[注6]六一〇頁、紙谷・前掲「パブリック・フィギュアと現実の悪意」[注16]一六頁。

- (35) *Dun & Bradstreet v. Greenmoss Builders*, 472 U.S. 749 (1985). 紙谷雅子「[最近の判例]私人に関わる私的関心事に関する名誉毀損となる虚偽の叙述は懲罰的損害賠償に現実の悪意の立証を必要とする公的関心事ではないとした事例」アメリカ法(一九八七)二四二一四一七頁、清水公一・前掲「アメリカ合衆国における憲法法理としての名誉毀損法」[注4]二

三九一二四二頁、北岡守「名譽毀損法と修正第一条―最近のアメリカ連邦最高裁の判例を中心として―」青法二九卷二号九五―九八頁参照。

(36) *Philadelphia Newspapers v. Hepps*, 475 U.S. 767 (1986). 紙谷雅子「〔最近の判例〕新聞が公的関心事について公表し、名譽を毀損したならば、私人たる原告は、被告の faults のみならず、叙述の虚偽性を立証しなければ、損害を回復できない」アメリカ法(一九八七―)二一七―二二頁、北岡・上掲論文九九―一〇二頁参照。

(37) その他、検討すべき判例として、公人によって提起された不法行為としての「故意による精神的苦痛の加害」に対しても「現実の悪意」の法理で判断を行った、*Hustler Magazine v. Falwell*, 485 U.S. 46 (1988) 等があるが、ここでは割愛する。

(38) わが国において、二次的責任(間接責任)の問題として、従来から論じられてきたのは、①出版社の責任、②配信サービスの抗弁、③広告媒体の責任、の三点のみである。①については、本文でも見るように、アメリカでも問題となったケースである(ただし、扱い方が異なる点に注意)。わが国では、例えば、モデル小説の事案について、書籍の流通システムやその内容を勘案して個別的に責任追及の対象を検討するしかない、との立場から、文庫本において「発行所」とされている出版社であっても、実際の販売業務を他社に代行させている場合には、不法行為責任を否定したケース(大阪地判平成七年二月一九日判タ九〇九号七四頁)がある(のぞみ総合法律事務所編『被害の実態とその対策実務 名譽毀損』(商事法務研究会・一九九八年)二〇頁)。また、出版社の責任を認めたケースとして、「宴のあと」事件(東京地判昭和三十九年九月二八日判時三八五号一二頁)がある。プライバシー侵害を理由としたケースであるが、ここでは、元々「中央公論」に掲載されていた小説をあえて「新潮社」が書籍化した点を捉えて、出版社である「新潮社」に対しても責任を認めている(五十嵐清・田宮裕「名譽とプライバシー」(有斐閣双書・一九六八年)一四四―一四九頁。更に、五十嵐清「プライバシーの権利」「宴のあと事件」マスコミ判例百選〔第二版〕一二二―一二三頁、松本昌悦「プライバシーと表現の自由」「宴のあと事件」憲法判例百選Ⅰ〔第四版〕一三八―一三九頁参照)。

次に、②については、最近まで、最高裁の判断は下されてこなかった。従来の下級審においては、成立阻却事由の相当性の部分でこの点を判断しており、「配信サービスの抗弁(wire service defense)」を肯定する判決(東京高判平成七年三月二九日判時一六〇八号一〇七頁、東京高判平成七年二月二五日判タ九二三号二一九頁等)と否定する判決(東京高判平成八年四月二六日判時一六〇八号一〇七頁、東京高判平成八年五月二〇日判タ九一八号一七八頁等)が相半ばしていたが、

平成一四年一月二九日の最高裁第三小法廷判決は、「新聞社が通信社から配信を受けて自己の発行する新聞紙に掲載した記事が上記のような報道分野のものであり、これが他人の名譽を毀損する内容を有するものである場合には、当該掲載記事が上記のような通信社から配信された記事に基づくものであるとの一事をもってしては、記事を掲載した新聞社が当該配信記事に摘示された事実と確実な資料、根拠があるものと受け止め、同事実を真実と信じたことに無理からぬものがある」とまではいえないのであつて、当該新聞社に同事実を真実と信ずるについて相当の理由があるとは認められない(裁時一三〇八号一頁)と判示した。また、平成一四年三月八日の最高裁第二小法廷判決(判時一七八五号三八頁以下)においても、結論においては、「配信サービスの抗弁」の成立を否定している(この判決には、梶谷玄裁判官反対意見等、注目すべき記述があるが、これらの点については省略する)。アメリカにおいては、「配信サービスの抗弁」として、(a)名誉毀損として問題となつた当該記事が、一般的に信頼されている情報収集機関から配信されたものであること、(b)右記事を掲載した被告メディアにおいて、当該記事の内容が虚偽であることを知らなかったこと、(c)配信された記事に実質的な修正変更を加えることなく、それをそのまま掲載したこと、(d)当該記事の内容がその文面だけで判断したときに正確であるかもしれないとの疑いを抱かせるようなものでないこと、などの要件を満たす場合には、当該記事の配信を受けてこれを掲載した新聞社等の報道機関は責任を負わない、とする法理が確立していると伝えられるが(この法理を示した代表例として、Brown v. Courier Herald Publishing, 700 F. Supp. 534 (S. D. Ga. 1988) が挙げられる。ただし、同法理が確立したのは、更に先の Layne v. Tribune, 108 Fla. 177 (1933) であるといわれている。Layne 判決につき、手塚裕之「確認義務化は自己検閲を導くー米国・名誉毀損訴訟における『抗弁』の位置づけ」新研五二七号四九一五〇頁参照)、わが国への「移植」については学説上も抵抗が強いようである(田島泰彦「配信記事掲載と名誉毀損」法時六九卷三十一〇七頁以下、紙谷雅子「名誉毀損と配信サービスの抗弁」法時六九卷七号九〇頁以下、五十嵐清「人格権法概説」(有斐閣・二〇〇三年)六〇一六二頁、浜田純一「通信社配信記事の掲載責任と報道の自由」東大社会情報研究所紀要五三号四頁以下、鈴木秀美「ロス疑惑」事件と報道の自由」法教二七〇号三〇頁以下、駒村・前掲書[注5]一八八一一九一頁、のぞみ総合法律事務所編・上掲書一四〇一四一頁、増森珠美「通信社の配信記事と掲載新聞社の責任」竹田稔・堀部政男編「新・裁判実務体系9 名誉・プライバシー保護関係訴訟法」(青林書院・二〇〇一年)四八頁以下、静岡県弁護士会編「情報化時代の名誉毀損・プライバシー侵害をめぐる法律と実務」(ぎょうせい・二〇〇〇年)三六一三九頁参照)。

最後の③についての議論はほとんど皆無である。この点について、のぞみ総合法律事務所編・上掲書二八一二九頁は、「広告の影響力の甚大さを考慮すると、一定の場合には責任追及を検討する必要がある（ただし、広告掲載者の側に責任を負わせても酷ではないという事情が存在する場合に限る）」とするが、更に検討が必要であらう。

(39) 内田晴康・横山経通編『インターネット法—ビジネス法務の指針—』（商事法務研究会・一九九七年）五九一六一頁。

(40) See *Schiavone Construction v. Time*, 735 F.2d 94 (3rd Cir. 1984); *Restatement (second) of Torts §578*. 再公表者の責任 (Liability of Republisher) について規定している五七八条は、「第三者によって公表された (publish) 名誉毀損を配布 (deliver) ないし伝達 (transmit) したにすぎない者を除いて、名誉毀損の内容を繰り返し返し、もしくは、別の方法で再公表した者は、そのオリジナルを公表した場合と同様の責任を負う」と規定する。そして、その表現対象が、「公務員」あるいは「公的人物」であるか、それとも「私人」であるかによって、扱いを異ならせている (*Restatement (second) of Torts §580A*)。

(41) See *Lewis v. Time*, 83 F.R.D. 455 (E. D. Cal. 1979); *Avril v. CBS "60 Minutes"*, 800 F. Supp. 928 (E. D. Wa. 1992); *Restatement (second) of Torts §581*. 第三者によって公表された名誉毀損の伝達について規定する五八一条は、(1)「サブセクション(2)で規定した場合を除き、第三者によって公表された名誉毀損の内容を配布ないし伝達したにすぎない者は、その内容の名誉毀損の性質を『知っている』か、もしくは、『知り得べき』場合にのみ責任を負う」。(2)ラジオもしくはテレビによって名誉毀損の内容を放送した者は、オリジナルのパブリッシャーと同様の責任を負う」と規定する。ここでは、通常のコミュニケーションの目的のために使われる設備ないし装置を他人に貸しただけのような場合には適用されない。同条(1)が適用される典型例は、新聞や雑誌を扱う、新聞雑誌販売業者 (news dealer) (*See Comment d*)、書店や図書館 (*See Comment e*) であり、名誉毀損的表現に対する認識については、合理的一般人 (reasonable man) を基準として判断される。次に、同条(2)において、ラジオやテレビにより伝達する者をオリジナルのパブリッシャーと同視したのは、ラジオやテレビが新聞等のプリントメディアと同様の性質を持つからである (*See Comment g*)。新聞社は、専属の記者等によって紙面を自前で作成するのと同時に、第三者によって作成される広告あるいは文章も同時に掲載している。この点が、他人の主張や番組を電波にのせる放送と類似しているとみなされたのである（ただし、法律によって放送が義務づけられているものを放送した場合には、絶対的免責が認められる (*Restatement (second) of Torts §592A*)

(42) 同様の理由から、刑事責任についても限定が行われている。Smith v. California, 361 U.S. 147 (1959) は、書店等を処罰する

際には、取り扱っている書籍等の内容がわいせつであるとの「認識」が必要であるとし、原審が判示した「無過失責任」による処罰は許されないとしている。

- (43) See *Anderson v. New York Telephone*, 35 N.Y. 2d 746 (N. Y. 1974); *Restatement (second) of Torts* §612 (2), 公表手段の提供 (Providing Means of Publication) を規定する六一二条は、「メッセージを伝達する義務を負っている公益事業は、(1) そのメッセージの送り手がメッセージを送る権限がないこと、または、(2) メッセージを伝達する職員が、送り手がそれを公表する権限をもっていないことを知っていたか、もしくは、知り得べきであった場合を除き、たとえ、そのメッセージが誤っており、また、名誉毀損的であると知つていても免責される」と規定する。(電信・電話に代表される) 公益事業を別異に扱うのは、(a) 公衆に対してメッセージを受け取り、また、伝達する義務を負っていること、(b) 明らかに名誉毀損的なメッセージの伝達を拒否できるとすると、公益事業が訴訟にさらされ、また、誤った判断を行った場合にも法的責任が生じること、(c) メッセージの迅速な伝達の必要性があること、等から導き出される。この規定は、かつての電信のケースをもとに作られたものであるが、電話の場合、(1)、(2) 両方とも問題になることはないので、事実上、伝達されるメッセージ全体に対して、完全な免責がなされることになる (See Comment g)。

- (44) コモンキャリアの「特権」につき、内田晴康・横山経通編・前掲書〔注39〕六一頁、吉田和夫「ネットワーク上の名誉毀損—プロバイダ、システムオペレーターの責任を中心に—」早稲田大学社会科学研究所五五号四—八頁、速水幹由「有害・違法な情報や行為とプロバイダの責任」インターネット弁護士協議会編『インターネット事件と犯罪をめぐる法律』(オーム社・二〇〇〇年) 六八—六九頁参照。

- (45) See Annotation, *Liability of Telegraph or Telephone Company for Transmitting or Permitting Transmission of Libelous or Slandorous Messages*, 91 A.L.R.3d 1015 (2002), 速水・上掲論文六八—六九頁。

- (46) わが国の状況についても見ておこう。この点に関して、もっとも積極的に発言を行っているのは、内野正幸教授である。内野教授は、差別的表現を、(イ) 少数者集団への侮辱そのものを内容とする表現、(ロ) 差別的扱いを扇動する表現、および(ハ) 差別的取扱いを助長する表現、の三つに分類されるが、實際上、(ロ) や(ハ) は、多くの場合、同時に(イ) にもあたるとして、(イ) を中心に検討される。ここで、内野教授は、差別的表現の規制を正当化する根拠として、少数者(マイノリティ) 集団に属する個々人の名誉感情を保護する必要性をあげ、「ことさらに侮辱する意図をもって行われる、きわめて悪質なもの」に

限り、規制が合憲になるとする（内野正幸『人権のオモテとウラー不利な立場の人々の視点』（明石書店・一九九二年）一九九一・二〇一頁、内野正幸『差別的表現』（有斐閣・一九九〇年）一六〇―一六一、一六八―一六九頁、また、浜田純一「インターネットによる差別的扇動」部落解放研究一二六号五六―五七頁も同旨）。これに対し、松井茂記教授は、差別的表現を少なくとも、①人種の少数者などに危害を加えることを煽動する表現、②人種の少数者などに対する差別を助長する表現、③人種の少数者などの名誉を毀損する表現、④人種の少数者などを侮辱する表現、に分けられるとし、①②にあつては、違法な行為の煽動であり、ブランドンバーグ・テスト（*Brandenburg v. Ohio*, 395 U.S. 444 (1969)）で示された、当該唱道が「差し迫った非合法な行動を煽動すること若しくは惹き起こすことに向けられたもので、かつ、非合法な行動を煽動若しくは惹き起こす蓋然性がある場合にのみ規制できる」とするもの）を満たすかぎりで規制が認められるとするが、③④にあつては、規制を憲法上正当化することはできないとされる（松井茂記「インターネット上の表現行為と表現の自由」高橋和之・松井茂記編『インターネットと法（第二版）』（有斐閣・二〇〇一年）三四頁）。両教授の定義は異なるものではあるが、内野教授の④に対応するものが、松井教授の④に該当することは明らかである。この点に関する、わが国の通説は、松井教授のように消極的理解を示すものであるといえる（内野教授にあつても、「消極説」の代表的主張として、松井教授の論文を引用している。内野正幸「差別的表現とインターネット」部落解放研究一二六号二〇―二二頁参照）。アメリカの学説状況については、内野・上掲『差別的表現』一〇―一六頁参照。

- (47) *R.A.V. v. City of St. Paul*, 505 U.S. 377 (1992). 市川正人「[最近の判例] hate speech（差別的表現）を処罰する市条例が合衆国憲法第一修正に違反して文面上無効であるとされた事例」アメリカ法（一九九三―二〇〇五）三二〇頁、紙谷雅子「増悪と敵意に満ちた言論の規制」憲法訴訟研究会・声部信喜編『アメリカ憲法判例』（有斐閣・一九九八年）六三―七〇頁、奥平・前掲『表現の自由』を求めて」[注6]三二―三七頁、生田真司「表現の自由と差別表現の規制」政経研究三二巻四号一三三―一三六頁、清水隆雄「差別表現を禁止する条例は違憲」ジュリ一〇〇八号八六頁参照。
- (48) ところで扱った判決以外のものについては、内野・前掲『差別的表現』[注46]七五―一〇〇頁が詳しい。
- (49) *In re Welfare of R.A.V.*, 464 N.W.2d 507 (Minn. 1991).
- (50) *Chaplinsky v. New Hampshire*, 315 U.S. 568 (1942).
- (51) *R.A.V.*, 464 N.W.2d at 510. また、州最高裁は、「公共の安全および秩序への偏見を動機とする（bias-motivated）脅威から」

コミュニティを守ることは、やむにやまれぬ政府利益を達成するために精密に調整された手段である」とも判示している(*Id.* at 511)。

- (52) *R.A.V.*, 505 U.S. at 380.
- (53) 501 U.S. 1204 (1991).
- (54) 「表現内容に対する規律という範疇のなかに、内容そのものだけではない観点からの特定化(＝差別化)をおこなうものを含むべしとする考えが、理論上有力に主張されていた。また、裁判実務上も、「この理が採用されていた。合衆国最高裁はまさにこの理を、いわばそっくりそのまま、*R.A.V.* 事件に適用して、セイント・ポール反差別条例を葬り去ったのである」(奥平・前掲『表現の自由』を求めて)[注6]三二〇頁)。
- (55) *Village Ordinance No. 77-5-N-994*.
- (56) *Village Ordinance No. 77-5-N-995*.
- (57) *Village Ordinance No. 77-5-N-996*.
- (58) 奥平・前掲『表現の自由』を求めて[注6]三二一―三二六頁、内野・前掲『差別的表現』[注46]八〇―八七頁参照。
- (59) *Village of Skokie v. National Socialist Party*, 366 N. E. 2d 347 (1977).
- (60) *Village of Skokie v. National Socialist Party*, 373 N. E. 2d 21 (Ill. App. Ct. 1978).
- (61) *Collin v. Smith*, 447 F. Supp 676 (N. D. Ill 1978).
- (62) *Cohen v. California*, 403 U.S. 15, 21 (1971).
- (63) *Collin v. Smith*, 578 F. 2d 1197 (7th Cir. 1978).
- (64) *Smith v. Collin*, 439 U.S. 916 (1978).
- (65) その他、差別的表現(ヘイトスピーチ)に係わる邦語文献として、奥平康弘「言論・表現の自由」成澤榮壽編『表現の自由と部落問題』(部落問題研究所・一九九三年)五四頁以下、奥平康弘『憲法の眼』(悠々社・一九九八年)一六九頁以下、長峯信彦「憎悪と差別的表現―第一修正法理の新奇な展開―」大須賀明編『社会国家の憲法理論』(敬文堂・一九九五年)四七七頁以下、長峯信彦「アメリカにおける人種差別的ヘイトスピーチ―調節主義の提案―」憲法理論研究会編『憲法理論叢書⑧ 憲法基礎理論の再検討』(敬文堂・二〇〇〇年)一二九頁以下、長峯信彦「人種差別的ヘイトスピーチ表

現の自由のディレンマー(1) 早法七二卷二号一七七頁以下、「座談会」『差別的表現』は法的に規制すべきか」法時六四卷九号一六頁以下、駒村圭吾「マス・メディアの自由と社会の秩序」榎原猛編『世界のマス・メディア法』（嵯峨野書院・一九九六年）五二一五四頁、駒村・前掲書「注5」二八二一八八頁、小谷順子「合衆国憲法修正一条と大学における表現の自由―RAV判決以降のヘイトスピーチの規制の問題に関する一考察」法学政治学論究四〇号二六三頁以下参照。

(66) *Wisconsin v. Mitchell*, 508 U.S. 476 (1993).

(67) 奥平康弘『表現の自由Ⅱ』（有斐閣・一九八三年）七六頁。

(68) 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店・一九九五年）一五六―一七五頁（奥平「日本における憲法の過小な役割配分について」高柳信一先生古稀記念論集『現代憲法の諸相』（専修大学出版局・一九九二年）所収二二九―二四八頁）。

第二章 サイバースペース原理論

サイバースペース原理論とは、地理的な国家や法域に区分されずに存在し、かつ、分散型の特質を持つサイバースペースに対して、トップダウン型の制定法をそのままストレートに適用できるのかどうか、もしでなければ、どのようなオルタナティブが考えられるのか、という点をめぐって、法適用の前段階として論じられてきた問題である。わが国における法律学の議論においては、完全に無視されてきているといっても良いと思われるが、アメリカでは、当初から議論されてきている論点である。ここでは、第一世代と第二世代という分け方をしたい。この用法は、後で出てくる、ローレンス・レッシング (Lawrence Lessig) が用いている分類法であるが、一言でいえば、第一世代はセルフガバナンス (self-governance) を支持する議論、第二世代はそれへの反発から生じた議論といえることができる。

第一節 第一世代

第一世代における代表格は、デビッド・ポスト (David Post) とデビッド・ジョンソン (David Johnson) であろう。彼らは、一九九六年のローレビユー⁽⁷¹⁾の中で、「電子的コミュニケーションが国境を越えて侵入するのを政府が止めさせたいと願っても、それはできない。更に、国境の外に起因して多くの異なる国家へ電子的にトラベルする活動から生じる域内の被害のおそれに基づいて、政府はネットを規制する権利を確実に主張することはできない」との認識に基づいた上で、「ネットの法的諸争点を解決するためにはサイバースペースの自律的構造こそがよりよく適して」おり、「サイバースペース内に責任ある法律制定機関が出現すれば、ネットを『無法』であると表現する主張に強く対抗することができ」と主張した⁽⁷²⁾。つまり、サイバースペースのトップダウンによる規制の困難さを根拠として、ボトムアップ型のルールを自発的に作るのがベストの解決方法であるとし、この場合、国家による介入は原則として許されないと主張したのである。彼らの立場は、一九九六年二月の通信品位法 (Communications Decency Act: CDA)⁽⁷³⁾成立に際して、ジョン・ペリー・バーロー (John Perry Barlow)⁽⁷⁴⁾が書いたとされる「サイバースペース独立宣言」⁽⁷⁵⁾において、「われわれは、自身自身の社会契約を作りつつある。この契約による統治は、あなた方の世界ではなく、われわれの世界の事情に則って行われる。われわれの世界は別世界なのだ」との一節が明確に示しているように、「ガバメント原理を一切否定し、情報ネットワークへの国家や企業の介入を強く否定した」ものであり、サイバースペースに対する国家の介入を忌み嫌う点で、サイバーリバタリアン達⁽⁷⁷⁾とも議論の根底にあるものは同じであるといえよう。なお、その後の論文で、ポストとジョンソンは、自らの主張をさらに具体化している。望ましいボトムアップ型の統治形態を「ネットフェデラリズム」と呼び、サイバースペースを形成する各システム・ネットワークがまず自治的な統治を行い、その上でそれらのシステム・

ネットワーク同士が一定の同意に至るという「連邦国家」的方式を（アレクサンダー・ハミルトン（Alexander Hamilton）との対比で）トマス・ジェファソン（Thomas Jefferson）の思想から導くが、この主張も、「サイバースペース独立宣言」と類似のスタンスに立っているといえるだろう。「サイバースペース独立宣言」の中に、「アメリカ合衆国政府よ、あなたは、今日、一つの法律、電気通信改革法を制定した。この法律は、あなた自身の憲法を否定するものであるばかりか、ジェファソン、ワシントン、ミル、マディソン、トックビル、ブランドイスらの夢に無礼を働くものでもある。彼らの夢は、今やわれわれの間で新たに生み出されなくてはならぬ」との一節が見て取れるからである。

その他、サイバーリバタリアンの一人であり、「インターネットの特性として、自動調節機能を備え、フィードバック・ループが組み込まれたオープンなコミュニケーションを想定⁽⁷⁹⁾」している、エスター・ダイソン（Ester Dyson）の主張もここで見ておこう。⁽⁸⁰⁾

ダイソンは、インターネットがもたらす最大の衝撃は力の分散であり集中排除であると見る。ここでは、（従来の国民全体といった）大きな組織から小さなグループに分解し（ネチズンの誕生）、その小さなグループの中で、自らが従わなければならないルールが作られる。この場合のルールは、多数決ないしコンセンサスによって作られるが、サイバースペース上では、このルールが気に入らない者は別のグループに加わり、移動することが可能である。⁽⁸¹⁾さらに、ネチズンが構成する「小さな」グループは、ただ単に分解しただけではなく、物理的に存在する国家の範囲を全く無視した形での連結が行われる。つまり、インターネットの出現により、「合法的な」（物理的な領土とそこに住む人々を所有、管理する）地上の政府に加えて、「正当な」（管理される側の合意と要望によって、デジタル社会を管理する）インターネット管理機構（ガバメント）が出現することになる。原則的に、地上の政府は、確定された領土内にある全てのものを管理しているのに対して、インターネット管理機構（ガバメント）は、地球上の、あらゆる場所にいるであろう人々の、

ある決まった活動領域のみを管理する。地上の政府は市民自体を管理するが、インターネット管理機構(ガバメント)は、その管理区域に自由に入出入りする人々を断続的な実在としてしか管理しない⁽⁸²⁾。地球上の政府が、その領土において当然のごとく権力を「独占」するのに対して、サイバースペースの管理機構(ガバメント)においては、複数の管理機構(ガバメント)が共存可能であり、「小さなグループ」の構成員たるネチズンに好ましくないと判断された管理機構(ガバメント)は、企業が顧客を失うのと同様にネチズンを失い、衰退に向かうだけである⁽⁸³⁾。ダイソンによると、このインターネット管理機構(ガバメント)は多層的な存在であり、第一層たる物理空間Ⅱ地上の政府のうえに、第二層たる「プロバイダ」、第三層たる「ドメインとコミュニティ」、さらに別の第三層として、エージェンシー(第三者機関⁽⁸⁴⁾)を想定しているが、ネチズンと最も深い関係にあるのは、第二層のプロバイダおよび第三層のコミュニティということになる。ここでは、ネチズン個人とプロバイダ間のユーザ契約、そして、ネチズン同士が作り上げる「ボトムアップ型」のルールによつて規律がなされることになる。地上の政府による「トップダウン型」の法規制は、インターネットの性質から見ても、理にかなったものとはいえず、許されるものとはいえないとする。

ダイソンは、ネチズン同士が作り上げる「ボトムアップ型」のルールによる規律を主張するものであるが、本稿においても大きな位置をしめる「コード(code)」についても、この立場から積極的なスタンスを取る。「ボトムアップ型」のルール作りを支持するダイソンからすれば、ネチズン自身がラベリングやタギングを行い、かつ、それをネチズンがフィルタリング、プロッキングするソフトを自発的に選択することは好ましいことなのである⁽⁸⁶⁾。ラベリング、タギング、あるいは、当該ソフトの自主的な選択も、広い意味での「ボトムアップ型のルール」と考えることができるからである⁽⁸⁷⁾。

第二節 第二世代

一 ローレンス・レシグの「コード（悲観）論」

第一世代におけるセルフガバナンス論に対抗する議論としては、例えば、フランク・イースターブルック (Frank Easterbrook) の「ウマのための法（体系）なんかないのだから、サイバースペースのための法（体系）もない」という言葉に代表されるような、一種の常識論で否定する議論や、ジョン・ロスチャイルド (John Rothchild)⁽⁸⁹⁾ やジャック・ゴールドスミス (Jack Goldsmith) の主張のようなものもあるが、ここでは、もっとも検討に値する議論として、レシグの主張をとりあげたい。⁽⁹⁰⁾

レシグは、「新たな法が（サイバースペースで）生まれて、その法に対して一定の礼讓が払われるという点は正当である。しかし、（セルフガバナンス論が主張するような）リアルスペースの法とサイバースペースの法との分離については支持されないし、支持されるべきではないと信じる」。なぜなら、「規制の妥当性は行為の影響力に基づくものであり」、「半分はリアルスペースにいるサイバー市民に対してサイバースペースが影響力を与えるならば、あるいは、サイバースペースがリアルスペースのみにいる第三者に影響を与えるならば、リアルスペース上の主権がサイバースペースを規制したいという主張は非常に強いものとなる」からであると述べて、セルフガバナンス論を否定的に解するが、⁽⁹²⁾レシグの主張はそれだけに止まらず、より一般化した理論を提示しているからである。

レシグは、サイバースペース上の表現に限らず、人間の行動一般に対する規制要素 (regulator) として、制定法を中心とする「法 (Law)」、「社会」規範 ((Social) Norm)⁽⁹³⁾、値段やコストが問題となる「市場 (Market)」、「アーキテクチャ (Architecture)」なごし「アーキテクチャ」を構成する「コード (Code)」の四つをあげており、特に「アーキテクチャ」を提示したところに、彼のオリジナリティがあるといえる。⁽⁹⁴⁾⁽⁹⁵⁾ 具体例を一つあげると、リアルスペース上での

喫煙行動を規制するには、課税率を「法」により引き上げること、公共機関内で喫煙をした者を罰する「法」を作ることと「法」による規制⁽⁹⁶⁾、更には、公報等による啓蒙活動（「社会」規範）による規制、たばこの値段をあげること（「市場」による規制）、たばこに含まれるニコチン量を非常に少量にすることによって喫煙者のニコチンによる常習性を低く抑えること（「アーキテクチャ」による規制）等、それぞれの規制要素を用いることによって、喫煙行動を制約することが可能であるとする⁽⁹⁷⁾。

ここで注意すべき点が二つある。まず一点目として、四つの規制要素の力学は、リアルスペースとサイバースペースでは、大きく異なることが指摘できる。サイバースペースにおいては「アーキテクチャ」、すなわち、主としてプログラマ達によって書かれた「コード」が、リアルスペースにおける「アーキテクチャ」よりもはるかに、規制要素として強く機能するのである。そして、二点目として、現在のサイバースペースは、表現を容易に行うことができ、また、表現者の匿名性も比較的良く守られていることは異論のないところであると思われるが、「コード」それ自体は価値中立的なものであり、レシッグが好ましいと考えている現在の状況は、たまたま現在の「コード」がそれを実現しているだけであることが指摘できる⁽⁹⁸⁾。つまり、レシッグの理解によれば、現在の「コード」が書き換えられると、表現の自由を謳歌している、現在の状態も急変してしまうことになる⁽⁹⁹⁾。

この「コード」の書き換えを行おうとするのは、企業と政府である⁽¹⁰⁰⁾。企業は取引の安全性確保の観点から、サイバースペースの匿名性を保つこと、他人になりすますこと、メッセージを盗み見たり、改ざんしたりすることが比較的容易である、現在の「コード」を好ましくないと考えている。更に、政府も、リアルスペースにおいて違法とされている行為が、サイバースペース上で容易に行われることを問題視していることから、企業と政府は、ユーザを認証し、データのやり取りをモニターし、アクセスをコントロール可能とするような、新しい「コード」への書き換えを待望している

といえよう。その結果、かつて、ジョージ・オーウェル (George Orwell) が『一九八四年』⁽¹⁰¹⁾の中で描いたような監視型社会がサイバースペース上に打ち立てられる可能性が高いと、レシグは警鐘を鳴らすのである。⁽¹⁰²⁾

二 「コード」(悲観)論への反論

「コード」を悲観的にとらえる、レシグの理解に対しては、次のような批判が可能であると思われる。第一に、レシグは企業や政府の「コード」を書き換えるに際しての動機の多様性、ないし、その動機の多様性から生じる力学の複雑さを無視しているといえよう。例えば、暗号化技術を例にとると、この暗号化技術は、オンライン上のメッセージを秘話化するために用いられるのと同時に、音楽データなどの著作物をコピープロテクトするためにも用いられている。レシグの理論からすれば、暗号化技術は新しい「コード」の出現によって、業界全体が著作物にプロテクトをかける方向に進み、その結果として、ユーザの自由な使用が不可能になってしまうと考えるわけであるが、⁽¹⁰³⁾現実はそうではない。新しい「コード」によって利益を得る企業もあるであろうが、既存の自由な使用を守る「コード」にこだわって、あるいは、新しい規制を生み出す「コード」を広い意味でクラックする技術⁽¹⁰⁴⁾を提供することで利益を得ようとする企業も実際には数多く存在するはずであり、⁽¹⁰⁵⁾「コード」の書き換えが可能であることから、すぐに規制を可能とする「コード」に書き換えられるということに繋がるものではないといえる。基本的に「コード」は、市場原理という「神の見えざる手」により決定され、ユーザの選好がその決定を左右するはずのものであり、わざわざ自分にとって不利な「コード」をユーザが選択する可能性は低いといえよう。また、企業だけではなく、政府についても同じことがいえると思われる。仮に、国家が独自に、あるいは複数の国家が協力して、新しい「コード」を選択することが可能であるとしても、

全ての国家が一樣に新しい「コード」を選択することはありえず、(経済的誘因が主たる引き金となっているかどうかは別としても) ネットヘブン (net haven) として機能する国家が現れることは必然であると思われる⁽¹⁰⁶⁾。

二番目の批判は、新しく「コード」が書き換えられた場合、その書き換えに抵抗することが不可能であるとしている点である。まず、企業による「コード」の書き換えについて、例えば、コピープロテクト技術を著作権法に明らかに反するような形で用いた場合には、損害賠償等により争うことができると考えられ、その点で司法審査が及ぶと考えられるが、ユーザの匿名性を侵害するような書き換えについては、直接効力説のような立場をとらない限り、解決に当たって、憲法をそのままストレートに適用することはできないと思われる。しかし、この点だけをとらえて、コントロールが不可能であるとはいえないはずである。特に、レシッグは、IAB (Internet Architecture Board) や IETF (Internet Engineering Task Force)、あることは、W3C (World Wide Web Consortium) 等の NPO⁽¹⁰⁷⁾ が果たしている役割を見落としているように思われる。⁽¹⁰⁸⁾ IAB は IETF の上部組織として、インターネットのアーキテクチャやプロトコルに関して責任を負う組織であり、IETF はインターネットのアーキテクチャやプロトコルの標準化を定めるにあたつて具体的作業を行う組織である。そして、W3C は、アメリカのマサチューセッツ工科大学計算機科学研究所 (MIT/LCS)、フランス国立情報処理自動化研究所 (INRIA)、慶応義塾大学 SFC 研究所の三者がホスト組織として共同運営する、WWW 技術の標準化と推進を目的とした技術研究開発組織である。サイバースペース上の標準化には、今あげた NPO の他にも、多くの組織が存在しており、サイバースペース技術の標準化やドメインの割当等、サイバースペースの存立の根本にかかわる部分については、政府自身が直接、関与する形にはなっていない。レシッグはこの点を見落としているのではないか。例えば、一時期、アメリカオンライン (AOL) とマイクロソフトとの間でメッセンジャーソフトの「コード」の公開を巡って争いとなったように、⁽¹⁰⁹⁾ インターネットのアーキテクチャやプロトコルについては、当該技術が一定期間、一定の

シェアを保った場合、今あげた組織に「コード」を寄託し、オープンコード (Open Code) 化するルールになっている。これは、インターネットの情報は常にオープンであり、全員がこれを享有できるというインターネット独自の文化から来ているといつて良いと思われるが、これらの原則は、インターネットが商用化された現在においても守られている。

この原則が守られる限り、重要な「コード」はオープンにされるということであるから、ここにおいてコントロールを行うことは十分可能である。アメリカにおいては、これらの「コード」の監視を行う組織が存在し、例えば、アメリカ自由人権協会 (American Civil Liberties Union; ACLU) のような、リアルスペース上の人権擁護団体も同様の監視作業に加わりつつある。また、これとは別に、プログラマの技術者倫理に訴えるという方法も (非常に弱い形ではあるが) コントロールの一つとして存在するように思われる。現在は、アメリカにおいても日本においても倫理綱領ないしガイドラインが作成されている。⁽¹⁰⁾そして、政府についてであるが、政府自身が「コード」を書き換えるということは、少なくとも先進国においては、その可能性がないと思われるので、ここで問題となるのは、主として、企業が書き換えた「コード」を「法」によって使用を強制する場合が問題となる。この場合は、訴訟によるコントロールが可能である。第三章で検討するように、一連の裁判においても、「立法目的を達成するために精密に調整されたものであるかどうか」の判断にあたつて、「コード」であるフィルタリングソフトの内容を判断しており、また、より直接的には *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library* ⁽¹¹⁾ において、公立図書館におけるフィルタリングソフトの使用を強制する規則の違憲性が争われる中で「コード」が吟味されているのである。

以上のように、レシッグの「コード (悲観) 論」には欠陥があり、この点については正しくないように思われるが、レシッグが議論の最初に提示した「四つの規制要素論」の正当性自体には影響はなく、個々の表現内容規制を考えるに

あつて、重要な分析手法を提示しているように思われる。四つの規制要素のうち、「市場」に関しては、サイバースペースへの接続にかかるコストが安くなつていくことから考えれば、サイバースペース上で問題となる可能性は非常に小さくなると考えられ⁽¹²⁾、また、「（社会）規範」については、サイバースペース上において、リアルスペース上よりも大きく働く可能性は（現在のところ）ないと考えられるので、実質的には「市場」と「（社会）規範」の二つを除く、「法」と「コード」の規制要素間の綱引きにおいて、規制手段およびそこにおける表現内容が決まることになるであろう。

この「規制要素間の綱引き」については、第三章の各該当部分において具体的に検討を行うが、議論を先取りして、結論部分のアウトラインを簡単に説明すると、以下ようになる。まず、アダルトコンテンツにおける「法」は、第三章でみる立法や第一修正を中心とする憲法および既存の刑法典であり、「（社会）規範」は業界団体が作成したガイドラインやいわゆるネチケット⁽¹³⁾と呼ばれるものがその代表例であるが、この領域では、「アーキテクチャ」を決定する、プロッキングソフトウェア、フィルタリングソフトウェアと呼ばれる、「問題のある」表現物を見られないようにする「コード」が、他の表現領域よりも強力に機能する可能性を有し、今後は、「コード」が表現内容をコントロールすることによつて、「法」の役割を軽減することになる。従来の伝統的なリアルスペース上の表現内容規制にあつては、「源泉規制」⁽¹⁴⁾「法」規制がその主たる役割を担っていたのに対して、サイバースペースにおいては、「蛇口規制」⁽¹⁵⁾「コード」規制との二本立てとなり、その結果として、「源泉規制」⁽¹⁶⁾「法」規制の役割が減少することになる。もちろん、現段階では、「コード」は性能的に不十分だという批判も少なくはないが、しかし、これらの「コード」は、現在進行形でソフトウェアに思われる。これに対して、名誉毀損と差別的表現（ヘイトスピーチ）の領域における「法」は、第一修正を中心とする憲法と一連の名誉毀損法制、ヘイトスピーチ規制立法であり、「（社会）規範」は先程と同じようにガイドラインやネ

チケットであるが、ここにおける「アーキテクチャ」を決定する「コード」は、第三章で見る *Stratton Oakmont v. Prodigy Service* ⁽¹¹⁵⁾ でも示されているように、問題となる単語を含む表現内容をフィルタリングする程度のことは現段階でも可能であるが、これらの表現を（人手によらず）「コード」のみでスクリーニングすることは、現在では無理というほかない。この領域において「四つの規制要素論」を用いると、基本的には、「法」が今まで通り機能することになるだろう。⁽¹¹⁶⁾

しかし、例えば、トロッター・ハーディ (Trotter Hardy) は、サイバースペース上で生じる法律問題のうち、伝統的な法を適用できる問題とサイバースペース特有の問題を区別し、後者にあっても、立法や司法による「トップダウン」型の規律は否定されないが、リアルスペース上よりも「ボトムアップ」型の規律がより可能であり、それを「コミュニケーション技術の迅速な発展のゆえに、適切な規律はもっとも分散的であり、柔軟性があり、かつもっとも非介入的なものがベストであるという前提で構築すべきである」と主張している点⁽¹¹⁷⁾を考えると、「法」を「トップダウン」型の規律、「(社会) 規範」を「ボトムアップ」型の規律と読み替えることによって、「(社会) 規範」の部分をもう少し広げて理解することが可能であるのかもしれない。このように、とらえることが可能であるならば、従来から見られた、ガイドラインやチケットだけではなく、近年、アメリカにおいて動き始めている、プロバイダ独自の、あるいは、業界内の自主的な紛争解決手段である、サイバー ADR ⁽¹¹⁸⁾ といったものも、ここに組み込むことが可能となろう。この場合、国内の裁判制度をもってしては解決しえないような諸問題をサイバー ADR が扱うことにより、「ボトムアップ」型規律の役割が大きくなることから、これに応じて、従来型の国内法たる「法」の役割が小さくなるとも考えられなくはない。

本章では、地理的な国家や法域に区分されずに存在し、かつ、分散型の特質を持つサイバースペースに対して、トップダウン型の制定法をそのままストレートに適用できるのかどうか、もし、できなければどのようなオルターナティブが考えられるのか、という点をめぐって、法適用の前段階として論じられてきた、サイバースペース原理論を見てきた。ここにおける第一世代の議論は、サイバーリバタリアン達の主張と相まって、実定法たる「法」ないし「トップダウン型」のルールを否定的に解するのに対して、第二世代における議論は、程度の差こそあれ、第一世代が示すような強度なアレルギーを「法」ないし「トップダウン型」ルールに示すことはしない。

第二世代における議論の中で、最も注目すべき議論を行っているのが、レシッグである。レシッグの主張は、第二世代において、サイバースペースとリアルスペースに差異を認めず、積極的に「法」規制を導入するスタンスをとる、イースターブルックのスタンスと第一世代のスタンスとの中間に位置づけられるものといえよう。特に、レシッグの議論の中でも、「コード論」ないし「四つの規制要素論」とでも称すべき議論は、「法」の観点からのみ行われてきた従来からの議論に、大きな反省をもたらすものであるように思われる。なぜなら、規制要素としての「コード」の役割が、今後、サイバースペースにおいて大きくなることが明らかであるからである。サイバースペースにおける表現内容規制を検討するにあたって、「法」の側からの検討が必要であることはいうまでもないが、「コード」の側からの検討もまた必要とされるのである。⁽¹¹⁹⁾⁽¹²⁰⁾

(69) 「日本においては、一九九八年の風営法の改正、不正アクセス法案などの立法動向や、刑法一七五条を適用した起訴と有罪判決、名誉毀損に基づく損害賠償判決など、既存法規の適用動向から判断する限り、『別世界』という主張はまったく考慮一瞥だにされていない」(紙谷雅子「法域」サイバーロー研究会編(指宿信編集代表)『サイバースペース法―新たな法

的空間の出現とその衝撃―(日本評論社・二〇〇〇年) 六九頁。

(70) LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 24 (1999).

(71) David Post & David Johnson, *Law and Borders: The Rise of Law in Cyberspace*, 48 STAN. L. REV. 1367 (1996). 平野晋・牧野和夫
『判例 国際インターネット法―サイバースペースにおける法律常識―』(プロスパー企画・一九九八年) 六七―六八頁、
サイバースペース法研究会『「サイバースペース法学」とインターネット「ハッカー」の倫理と「セルフ・ガヴァナンス」
の精神―(10)―』(際商二六巻八号八五七頁参照)。

(72) *Id.* at 1390-1391. 訳は、平野晋・牧野和夫・上掲書六八頁による。

(73) Pub L. No. 104-104, 110 Stat. 133 (codified at 47 U.S.C. §223(a)-(h) (supp. 1996)).

(74) 電子フロンティア財団 (Electric Frontier Foundation: EFF) 創設者の一人。政府はサイバースペースをコントロールする権
利を持たない、との基本的スタンスからEFFの活動を開始したが、その後、EFFの活動が、バーローの意に反して、「政府
に対するアクセスの過程で、政府がサイバースペースをコントロールする権利を持っていると認識し」だしたがために、
脱退した。EFF設立当時の状況および、バーローの基本的なスタンスについて、ジョン・ペリー・バーロウ「サイバース
ペースというのはこのブラネット、地球そのものだ」橋本典明『リアル・ハッカーズ』(アスキー出版局・一九九六年)一
八〇頁以下、サイバースペース法研究会『「サイバースペース法学」とインターネット「ハッカー」の倫理と「セルフ・
ガヴァナンス」の精神―(2)―』(際商二五巻一二号一二四―一二五頁、栗原幸夫十小倉利丸編『市民運動のためのインター
ネット―民衆的ネットワークの理論と活用法―』(社会評論社・一九九六年)二四頁以下〔小倉執筆〕参照)。

(75) John Perry Barlow, *A Declaration of the Independence of Cyberspace*, available at <http://www.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>
(last visited Feb 26, 2004). 邦訳として、公文俊平編『ネティズンの時代』(N-T-T出版・一九九六年)一二八―一二三頁、山
崎カヲル「資料 合州国品位法をめぐって」インパクション九八号(インパクト出版会・一九九六年)五二頁以下、
http://www.toyama-u.ac.jp/~oguranoanother_world/censor/cyb-ind.html (last visited Feb 26, 2004)がある。

(76) 木村忠正「ネット・ガバナンスとは何か」林紘一郎ほか監修『IT2001 なが問題か』(岩波書店・二〇〇一年)
五六―五七頁。

(77) 名和小太郎教授は、彼らを「インターネット原理主義者」と呼んでいる(名和小太郎『デジタル・ミレニアムの到来―

ネット社会における消費者』(丸善ライブラリー・一九九九年)七〇七頁)。

- (78) David R. Johnson & David G. Post, *And How Shall the Net Be Governed?: A Meditation on the relative Virtues of Decentralized, Emergent Law, in COORDINATING THE INTERNET* 62, 63 (Brian Kahin & James H. Keller eds., 1997). 平野晋・牧野和夫・前掲書「注71」六九七三頁、サイバースペース法研究会『「サイバースペース法学」とインターネット』「ハッカー」の倫理と「セルフ・ガヴァナンス」の精神⁽¹⁾」際商二六卷九号九五九一九六二頁参照。

- (79) 紙谷雅子「法域」[注69]六六頁。

- (80) ESTER DYSON, *RELEASE 2.1: A DESIGN FOR LIVING IN THE DIGITAL AGE* (1998). *RELEASE 2.0* の邦訳として、エスター・ダイソン (吉岡正晴訳)『未来地球からのメール RELEASE2.0——二一世紀のデジタル社会を生き抜く新常識』(集英社・一九九八年)がある。ダイソンは、かつての EFF の中心メンバーであり、会長も務めた人物である。

- (81) *Id.* at 10; ダイソン・上掲書二頁。そのため、「中央の権力者が作ったルール」＝法には抵抗を示すのである。

- (82) *Id.* at 127-128; ダイソン・同書一六七頁。

- (83) *Id.* at 128-130; ダイソン・同書一六八—一七〇頁。

- (84) この層は、第三層を横断するものとして想定されているが、現在は、まだ出現していない。この「別の第三層」を構成するものとして、ダイソンは、「決まった管轄区域に留まるのではなく、規制すべき個人や組織がサイバースペースのどこを放浪しようとフォローする、エージェンシーや他の管理機構(ガバメント)」との説明を行っている(*Id.* at 113; ダイソン・同書一七三頁)。

- (85) *Id.* at 129-132; ダイソン・同書一六九—一七五頁。

- (86) *Id.* at 210-212; ダイソン・同書二六七—二六八頁。

- (87) 「人々が自分たち自身(そして、その子供たち)が受信する情報の内容を管理できなくては意味がありません」(*Id.* at 40; ダイソン・同書五六頁)。なお、ダイソンは、PGS の方を積極的に評価しているようにも見て取れるが、必ずしも、市販のブロックングソフトウェアを消極に解しているわけではない。

- (88) Frank H. Easterbrook, *Cyberspace and the Law of the Horse*, 1996 U. CHI. L. FORUM 207 (1996), cited in Lawrence Lessig, *The Law of the Horse: What Cyberlaw Might Teach*, 113 HARV. L. REV. 501, n1 (1999).

- (89) See John Rothchild, *Protecting the Digital consumer: The Limits of Cyberspace Utopianism*, 74 IND. L. J. 893 (1999).
- (90) レシックの理論にかかわる邦語文献として、平野晋「電子商取引とサイバー法」(NTT出版・一九九九年)二五―二八頁、平野晋「サイバー憲法」<http://www.fps.chuo-u.ac.jp/~cyberian/cyberConstitution.html> (last visited Feb 26, 2004)、平野晋「サイバー法は可能か」林紘一郎ほか監修『IT2001 なが問題か』(岩波書店・二〇〇一年)八〇頁以下、松井茂記「インターネットと憲法」公法六四号五〇―五一頁(松井「インターネットの憲法学」(岩波書店・二〇〇二年)五九頁も同旨)、ローレンス・レッシング(山形浩生・柏木亮二訳)『CODE―インターネットの合法・違法・ブライバシー』(翔泳社・二〇〇一年)、ローレンス・レッシング(山形浩生訳)『コモンズ―インターネットの所有権強化は技術革新を殺す』(翔泳社・二〇〇二年)、ローレンス・レッシング(日高和明訳)「サイバースペースは法に何をもたらすか」サイバーロー研究会編(指宿信編集代表)『サイバースペース法―新たな法的空間の出現とその衝撃―』(日本評論社・二〇〇〇年)九頁以下、サイバースペース法研究会「『サイバースペース法学』とインターネット―ハッカー倫理とセルフ・ガヴァナンスの精神―」[9]」際商二六巻七号七―二頁以下がある。
- (91) 訳は、平野晋・牧野和夫・前掲書[注71]二八三頁による。
- (92) See Lessig, *The Law of the Horse*, *supra* note 88, at 505-506. なお、レシックは、ポストとジョンソンの主張を明示的に否定している (*Id.* at n13)。
- (93) 拙稿「サイバースペースと表現の自由(一)―表現内容規制をめぐるアメリカ憲法理論の検討を中心に―」北法五五巻一号七六頁[注35]参照。
- (94) また、「法」が、他の規制要素に対して「間接」的な影響を及ぼすこともあるとする。
- (95) 例えば、佐々木良一教授は、人が行動する際に意識する要素として、①法律、②エチケット、③倫理をあげる(佐々木良一「インターネットセキュリティ入門」(岩波新書・一九九九年)一五一頁以下)。この場合、法律①「法」であり、エチケットと倫理が「(社会)規範」となり、ここには、レシックがいうような、「アーキテクチャ」や「市場」は一切登場しない。佐々木教授のような理解は、情報科学者に限られたものではなく、法学者等においても共有された思考様式であったと思われる。
- (96) (大人は、もちろんであるが)未成年による喫煙を防ぐ有力な手段として、たばこの価格の引き上げの手法が諸外国では

用いられている。「たばこの値段が日本の二倍以上のイギリスやオーストラリアでは、子どもたちの防煙の成果をあげている」という(伊佐山芳郎『現代たばこ戦争』(岩波新書・一九九九年)五頁)。また、「WHO たばこ対策枠組条約案」には、たばこ税の増額による価格の引き上げがもりこまれている(同書二〇一―二二頁)。

(97) Lessig, *The Law of the Horse*, *supra* note 88, at 512-513. この点を指摘する邦語文献として、常本照樹「サイバースペースにおける表現の法的規制と私的コントロール」田村善之編『情報・秩序・ネットワーク』(北海道大学図書刊行会・一九九九年)二七九頁、平野・前掲『電子商取引とサイバー法』[注90]三三―三三頁がある。

(98) この点に関し、レッシングは、各通信手段が「表現」内容(Content)、「コード」(Code)、「物理的媒体」(Physical)の三つの「レイヤー」(Layer)から複合的に構成され、各レイヤーが「コントロールから」自由(Free)であるのか、それとも「コントロール済」(Controlled)であるのかを検討する中で、各通信手段の特質を導き出すとする、ヨハイ・ベンクラーの議論を用い(Yochai Benkler, *From Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation*, 52 FED. COMM. L.J. 561, 562-563 (2000))、インターネットは、ネットワークを可能にする通信回線やサーバ用のコンピュータが他人によって所有されていることから、「物理的媒体」は「コントロール済」であるが、「コード」は現状においては「自由」であり、ここから、著作権法等により(その一部が)「コントロール済」である「表現」内容においても「自由」の傾向が強く見いだされるとする(LAWRENCE LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS: THE FATE OF THE COMMONS IN A CONNECTED WORLD* 23-25 (2001))。このように、それぞれのレイヤーごとに特質を捉えているようにする手法は、わが国においても用いられ始めている。例えば、木村順吾教授は、「技術」を最下層に置き、その上に、「上部行動」(insupra-conduct)と「下部構造」(infra-structure)の二つのレイヤーがあるとの前提から議論を展開されている(木村順吾「通信政策法―ネットワーク社会の現状と課題―」(東洋経済新報社・一九九九年)一〇九頁)。

(99) 「コード」ないし「コード」の総体である「アーキテクチャ」が、サイバースペース上の自由やコントロールに大きな影響を与えるからこそ、これらが重要な問題となる。「コード」はサイバースペース上の一種の「法」であり、非常に重要なものの一つとしようことになる(LAWRENCE LESSIG, *CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE* 20-21 (1999); LESSIG, *THE FUTURE OF IDEAS*, at 35; レッシング・前掲「サイバースペースは法に何をもちたすか」[注90]一六―一七頁)。「その誕生時において、インターネットは個人に広汎な表現の自由とプライバシーを与えていた。なぜなら、そのオリジナルのデザインにおいて

インターネット上の行為がモニターされる、あるいはコントロールされることが困難であったからである。「しかし、(オ
 リジナルな) インターネット上の自由は」継続的なものではない。なぜなら、アーキテクチャが(元々)与えていたはず
 の表現の自由やプライバシーを「アーキテクチャにより取り除くことができるから」である。「コントロールの困難さは、
 性質上、不可変ではない。」「アーキテクチャが変更されることにより、コントロールの可能性もまた変化する」からであ
 る (LESSIG, THE FUTURE OF IDEAS, at 140)。

(100) *Id.* at 140.

(101) ジョージ・オーウェル (新庄哲夫訳) 『一九八四年』(ハヤカワ文庫・一九七二年)。また、東浩紀「デジタル化社会と日
 本の位置」月刊マックパワー一九九九年一〇月号二四八二五一頁、東浩紀『不遇視なものの世界』(朝日新聞社・二〇〇
 〇年)一七三頁以下も参考になる。

(102) サイバースペース上の規制ないし統治力学が、「法」ではなく、「コード」に重点が置かれるとのレシッグの見方からす
 ると、その力学に対抗するためには、①私人間効力論における直接効力説的な理解の「運用」(これにより、「コード」を
 書く者に第一修正等の「法」をストレートに適用し、「コード」を「法」の規制の下に置くことが可能となる)、②「コー
 ド」の「徹底した」オープンコード (Open Code) なし、オープンソース (Open Source) 化、という対抗措置が考えられ
 るという。しかし、アメリカにおいても直接効力説的立場を主張するのは困難であり、また、すべてのコードをオープン
 コード化することも現実的に困難であろう。特に、販売を目的とした商用ソフトウェアについては尚更である。なお、レ
 シッグは「オープンソース運動」に積極的にコミットしているが (E.g. Agenda: Is Open Source the Future of Software?,
<http://www.aei.org/events/020208/agenda.asp> (last visited Feb 12, 2002) ; リーナス・トーバルズ & デイビッド・ダイ
 ヤモンド (風見潤訳) 『それがよくには楽しかったからー全世界を巻き込んだリナックス革命の真実ー』(小学館プロダク
 ション・二〇〇一年) 三三三―三三三頁参照)、レシッグ自身も述べているように、企業、大学・研究機関による「コード」
 の寡占化が進むのであれば、これらの運動の目的も達成困難になるのかもしれない (See LESSIG, THE FUTURE OF IDEAS,
supra note 98, at 113-114)。

(103) この点をレシッグは「公正使用 (fair use)」の例を用いて説明している。「コード」の出現により、従来、リアルスペー
 ス上では認められてきたはずの「公正使用」が、サイバースペース上では利用不能となり、著作権者に極めて有利になる

形で、従来からの力学が変更されると主張する。この点に関するレシッグの観察は正当であるかもしれない。しかし、現在の「コード」が、レシッグの観察するように欠陥を持つものであるとしても、「コード」それ自体が欠陥を持つものであるとの証左とはならないであろう。なぜなら、著作権者と「公正使用」を用いようとする者との力学の調整を含んだ形での「コード」のデザインを行うことも今後は可能となるはずであって、(それができない)現在の「コード」は、あくまでも、現在の技術状況を反映しているにすぎないものだからである。レシッグが正当にも主張しているように、著作物に対する、「法」および「コード」による保護対象は同一でなければならぬ (*Id.* at 188)。「コード」が、ソフィステイケートされることにより、「コード」による保護対象を現在よりも狭めて、「法」の保護対象に合わせることも可能となろう。

(104) 一九九八年、連邦議会はデジタルミレニアム著作権法 (Digital Millennium Copyright Act: DMCA) を成立させることで、著作権を保護するために用いられた「コード」をクラックする目的の「コード」を規制対象とした (*Id.* at 187) が、ここでは、同法の適用対象以上の、更に広い意味で用いている。

(105) この他にも、例えば、アップルコンピュータの CEO であるスティーブ・ジョブズ (Steve Jobs) は、二〇〇二年三月、全米レコード芸術科学協会 (National Academy of Recording Arts and Sciences) から技術グラミー賞 (Technical Grammy Award) を受賞した際のインタビューにおいて、「音楽を法的に正しく入手したのなら、それを自分が所有するようなデバイスでも管理できる権利を持っているべきだ」と述べて、著作権保護を名目としたコピープロテクトへ動こうとするレコード業界の一部の動きを牽制した (Peter Cohen, *Jobs: Record companies should loosen their grip*, <http://maccentral.mca-world.com/news/0203/04.jobs.php> (last visited Feb 26, 2004))。このケースが示すような、レコード業界とコンピュータ業界のスタンスの違いも、「コード」による規制「力学」が一樣ではないことの証左となろう。

(106) 「データ・ボールド (データの金庫室) とデータ・ヘイヴン (データの避難港) とを比べてみよう。後者のほうが適用範囲が大きく、したがって優越している。とすれば、ネットワーク・コミュニティにおいては、国内でどんなに堅固なデータ・ボールドを作ったとしても、それは、データ・ヘイヴンにいる隣人によって、あるいはその振りをした隣人によって、崩されるリスクをもつことになる。これは実質的な規制はないということに等しい。現に、私たちはデータ・ボールドの構築に成功した例を小説の世界でしか見たことがない。その小説のタイトルを、たしか『一九八四年』といった」(名和小太郎『デジタル・ミレニアムの到来ーネット社会における消費者ー』(丸善ライブラリー・一九九九年) 八〇―八一頁)。

(107) これらを紹介・検討したものと、スコット・ブラドナー「インターネット・エンジニアリング・タスクフォース」クリス・ディボナほか『オープンソースソフトウェア』（オライリージャパン・一九九九年）九二頁以下、日本インターネット協会編『インターネット白書2000』（インプレス・二〇〇〇年）二四六頁以下、鈴木寛「市民は政策形成に参加できるか？」林紘一郎ほか監修『IT2001 なが問題か』（岩波書店・二〇〇一年）四一五―四一七頁、ダグラス・E・カマー（村井純監訳）『インターネット・ブック』（トッパン・一九九五年）七七一―七八頁等がある。

(108) インターネットのアーキテクチャやプロトコルの標準化の役割を、これらのNPOが担うとしても、その標準化は厳格なものではないことから、デファクト・スタンダード（de facto standard）なものが生じる可能性は確かに否定できない（Sharon Eisner Gillett & Mitchell Kapur, *The Self-Governing Internet: Coordination by Design, in COORDINATING THE INTERNET* 3, 20 (Brian Kahin & James H. Keller eds., 1997)）。また、「二〇世紀を通じて開発された大半のメディアは商用化を前提にして開発され、しかもそこに様々なかたちの『国家ないし国際組織による』規制、規格、政策が介在するのが常であった」が、これとは対照的に、開発者―運用人―知の創出主体―利用者という一体的な円環関係をもった開発スタイルをとるに至ったインターネットは、商用化とか外部規制といった『拘束』からはほとんど無縁のところだ、いわば、『制度化を嫌う制度で、誰のものでもあり、また、誰のものでもない』ものとして成立し、発展してきた。しかし、現状をみると、当初は無縁であったはずのビジネス力学に大きく規定される場面が出てきていることが指摘される（小林宏一「メディア変容の現在」山崎正和・西垣通編『文化としてのIT革命』（晶文社・二〇〇〇年）八七―九〇頁。また、名和小太郎「変わりゆく情報基盤―走る技術・追う制度―」（関西大学出版部・二〇〇〇年）一四六―一四七頁もインターネットへの市場原理の浸透が、旧来からの「インターネット標準化プロセス」の原則を弱めている、との指摘を行う）。しかし、私企業が作ったデファクト・スタンダードの存在可能性、あるいは、インターネットの商用化から、ストレートにレシッグのような主張を導くことはできないだろう。なぜなら、最終的な標準化の役割は依然として、NPOが握っているからである。

(109) アメリカオンラインとマイクロソフトの間で、インターネット・メッセンジャーソフトをめぐる争いがあった。この領域においては、AOLインスタントメッセンジャー（AIM）が従来からシェアを獲得してきたが（一九九九年当時、全米で約四〇〇万人のユーザが利用しており（ワイアード・ニュース・レポート「インターネット・メッセンジャー戦争、両陣営で同盟形成」<http://www.hotwired.co.jp/news/news/Technology/story/2825.html>（last visited Feb 26, 2004））、一日平均で約四億三

千万件以上のメッセージが送信されていた (John Gartner 「AOLがメッセージ戦争でアップルと提携」 <http://www.hotwired.co.jp/news/news/technology/story/2819.html> (last visited Feb 26, 2004))。後発のマイクロソフトは、AIMと交換性を持つ、MSN メッセンジャーを一九九九年七月に投入し (一九九九年当時のシェアは四五〇万人程度であった (「AOLがインスタント・メッセージ戦争でMSに勝利」 <http://www.hotwired.co.jp/news/news/3372.html> (last visited Feb 6, 2002)))。この領域におけるシェア争いが生じた。

これに対し、翌月、AOLは、(表面上は) セキュリティの問題を理由として、メッセージサーバー上の「コード」を書き換えることによって (Lindsey Arent 「AOLとMSのインスタント・メッセージ戦争続く」 <http://www.hotwired.co.jp/news/news/technology/story/2795.html> (last visited Feb 26, 2004))、MSN ユーザたちをAIM サービスから閉め出すばかりか、他のMSN ユーザたちとのリアルタイム・チャットまでも切断したが (Chris Oakes 「AOLがMSN ユーザーのチャットを切断」 <http://www.hotwired.co.jp/news/news/business/story/2859.html> (last visited Feb 26, 2004))、MSNは、新たなAIMの「コード」に対応したソフトウェアを出すことで対応してきた (Chris Oakes 「AOLがヤフー・MSとの交換メッセージ・サービスを封鎖」 <http://www.hotwired.co.jp/news/news/Technology/story/2785.html> (last visited Feb 26, 2004))。両者の「コードの書き換え」というイタチごっこはしばらく続き、マイクロソフトは、IETFに対し、オープンなメッセージング技術として、この技術を提出し (AOLに対しては「コード」を寄託するよう主張)、また、IETFにおける、すべてのメッセージングサービスを単一の仕様に標準化するような公開プロトコルを開発するための作業部会の設立にも関わった (その間、マイクロソフトはAOLに対し、メッセージングサービスの共通の規格作りに加わるよう説得を続けていた)。

当初、AOLは、このマイクロソフトの動きを静観していたが、「IM サービス市場を支配する独占企業」との批判に応じて、最近では、サン・マイクロシステムズやIBMのロータス部門とメッセージングサービスの交換テストに入っていることが報じられ (「IMの相互乗り入れで手を組むAOLとSun」 http://www.zdnet.co.jp/news/0110/25/e_im.html (last visited Feb 26, 2004))、 「AOL Lotus とIMサービスの交換テスト」 http://www.zdnet.co.jp/news/0108/15/b_0814_09.html (last visited Feb 26, 2004))、更に、アップルコンピュータは、AOLタイム・ワナーの協力により、AIM交換のソフトウェア「[Cha]」をレビューした (「アップル、AIM交換のインスタントメッセージング『[Cha]』を公開」 http://www.zdnet.co.jp/macwire/0205/07/n_ichat.html (last visited May 8, 2002))。これらのAOLの動きは、AOLが自社のIMネットワーク解放に向けての

第一歩とも評することができよう。

(110) アメリカの情報処理関係学会である ACM (Association for Computing Machinery) や IEEE (Institute of Electrical and Electronics Engineers) におけると、Code of Ethics (<http://www.acm.org/serving/ethics.html> (last visited Feb 26, 2004)) ; 邦訳と「ジョゼフ・M・キッサ」(大野正英・永安幸正監訳)『IT社会の情報倫理』(日本経済新聞社・二〇〇一年)二八―四〇頁、<http://www.ieee.org/about/whats/code.html> (last visited Feb 26, 2004)) が制定されている。わが国でも、ACM の Code of Ethics を下敷きとして、一九九六年に、情報処理学会が「情報処理学会倫理綱領」(<http://www.ipjs.or.jp/04toshio/ipjscode.html> (last visited Feb 26, 2004)) を制定した後、同様の倫理綱領が、電子情報通信学会 (<http://www.ieice.org/jpn/about/code.html> (last visited Feb 26, 2004)) においても制定されている。倫理綱領の内容および制定の経過については、実際に倫理綱領策定の中の役割を果たされた、名和小太郎教授の一連の著作(名和小太郎「情報倫理をめぐって」名和小太郎・大谷和子編『ITユーザの法律と倫理』(共立出版・二〇〇一年)一三六頁以下、名和・前掲『デジタル・ミレニアムの到来』[注106]一八一頁以下、名和・前掲『変わりゆく情報基盤』[注108]三四七頁以下、名和小太郎「情報処理技術者と倫理」赤木昭夫ほか編『いまの生活「電子社会誕生」』(晶文社・一九九八年)三二五頁以下)に譲るが、ここでは、二点のみ指摘しておく。一点目は、あくまでも倫理綱領とは、技術者が自己決定を行うにあたって参照するに値する手掛かりを提供するのみであり、何等の拘束力もないこと(これに対し、倫理綱領を拘束力あるものとして捉え、技術者の自己決定の幅を狭めるものとするものとして、佐々木・前掲書[注95]一六七―一六八頁がある)。二つ目に、倫理綱領の最後に、「本綱領は必ずしも会員個人が直面するすべての場面に適用できるとは限らず、研究領域における他の倫理規範との矛盾が生じることや、個々の場面においてどの条項に準拠すべきであるか不明確(具体的な行動に対して相互の条項が矛盾する場合を含む。)であることもあり得る。したがって、具体的な場面における準拠条項の選択や優先度等の判断は、会員個人の責任に委ねられるものとする。」との一文が置かれている点である。これにより、複数の理念が競合する場合、そのどちらの理念が優先するかの問いに対して、倫理綱領は、その判断を会員個人の責任に委ねると規定することにより、自らの立場を放棄したのである。以上の二点からもわかるように、倫理綱領は非常に弱い形でのコントロールしか及ぼすものではないといえるだろう。ただ、弱いコントロールしか及ばないことから、倫理綱領の無意味性を引き出せるかどうかについては議論の分れるところであろう。少なくとも、倫理綱領を積極的に評価する側は、そのようには解していない。

- (111) *Mainstream Loudoun v. Board of Trustees of the Loudoun County Library*, 2 F. Supp. 2d 783 (E. D. Va. 1998), 24 F. Supp. 2d 552 (E. D. Va. 1998). 拙稿「サイバースペースに対する表現内容規制立法とその違憲審査基準—アメリカにおけるアダルトコンテンツ規制を素材として—」北大法学研究科ジュニア・リサーチ・ジャーナル六号二二四頁、前田稔「フィルタソフトを用いた公立図書館による『わいせつ物』インターネット利用規制の合憲性—ルールデュエーション判決の評価—」筑波二九号一三一頁以下参照。
- (112) ここでの議論は、デジタルディバイドが問題とはならないことを前提としている(デジタルディバイドにつき、松井・前掲『インターネットの憲法学』[注90]三三—三三〇頁、拙稿・前掲『サイバースペースと表現の自由(一)』[注93]七二—七三頁[注20]参照)。
- (113) 「ネチケット」とは、ネットワークのなかのエチケットという意味である。具体的には『なにをなにするな』というネットワーク社会のルールを集約したものを指している。つまり、ネチケットはインターネット環境に見あった慣行を集約したものであるにすぎない」(名和・前掲『デジタル・ミレニアムの到来』[注106]一八八頁)。
- (114) 業界団体が作成したガイドライン等の具体例としては、「インターネット接続サービス等に係る事業者の対応に関するガイドライン」(平成一〇年二月、社団法人テレコムサービス協会、<http://www.teleso.or.jp/guide/guide01.html> (last visited Feb 26, 2004))、⁽¹⁾「電子ネットワーク運営における倫理綱領」(平成八年二月、電子ネットワーク協議会、<http://www.nmda.or.jp/enc/admin.html> (last visited Feb 26, 2004))、⁽²⁾「パソコン通信サービスを利用する方へのルール&マナー集」(平成八年二月、電子ネットワーク協議会、<http://www.nmda.or.jp/enc/rules.html> (last visited Feb 26, 2004))、⁽³⁾「インターネットを利用する子供のためのルールとマナー集」(平成一一年二月、電子ネットワーク協議会、<http://www.iqjapan.org/rule/rule4child/index.html> (last visited Feb 26, 2004))、⁽⁴⁾「インターネット自己防衛マニュアル」(平成一一年四月、社団法人テレコムサービス協会、<http://www.teleso.or.jp/html/990426.htm> (last visited Feb 26, 2004))があり、ネチケットを文書化したものとして、「Netiquette Guidelines」(RFC1855; FY128, available at <http://www.cgh.ed.jp/netiquette/rfc1855.txt> (last visited Feb 26, 2004))、日本語訳として、「ネチケットガイドライン」<http://www.cgh.ed.jp/netiquette/rfc1855j.html> (last visited Feb 26, 2004)、RFC1855を紹介した邦語文献として、武藤佳恭「エシックス—高度情報化社会のネチケット—」(共立出版・一九九六年)二二—六頁、「The Net: User Guidelines and Netiquette」, available at <http://www.fau.edu/irinaldi/netiquette.html> (Not Found)、日本語訳として、

「ザ・ネット：利用者の指針とエチケット」<http://www.cgh.ed.jp/netiquette/fau/index.htm> (last visited Feb 26, 2004)、「Etiquette for Information Providers」, available at <http://www.w3.org/Provider/Style/Etiquette> (last visited Feb 26, 2004)、「日本語訳として」ウェブ (Web) エチケット」<http://www.cgh.ed.jp/netiquette/webetqj.html> (last visited Feb 26, 2004) 等がある。これに対し、「電子ネットワーク運営における倫理綱領」等に反対するものとして、小倉利丸「サイバースペース独立戦争」インパクション九八号 (インパクト出版会・一九九六年) 五頁以下、山下幸夫「インターネット通信規制の問題点―法的観点から」インパクション九八号四四―四七頁、栗原幸夫＋小倉利丸編・前掲書〔注74〕二二五頁以下〔小倉執筆〕がある。

(115) *Stratton Oakmont v. Prodigy Service*, 1995 N.Y. Misc. LEXIS 229 (N.Y. Sup. Ct., 1995).

(116) 第一五六回国会・第三回憲法調査会 (平成一五年二月二六日) における常本照樹参考人がこの点を指摘する (http://www.sangin.go.jp/japanese/kenpou/keika_g/156_03g.htm (last visited Feb 26, 2004))。「問題のある表現行為の類型によってやはり考え方を少しずつ変えていく必要があるかという気もしております。例えば、インターネットあるいはコンピュータというもののアーキテクチャーを考えて、そのアーキテクチャーの変更でもって対応できるような問題、例えばいわゆる性表現にかかわるようなものであると、これは法でもって規制するよりは、アメリカでも考えられておりますようなタギング等を利用した一定のアーキテクチャーを利用したコントロールと。これは政府によるコントロールではなくて、そういうやり方というものもあり得る場合もあるのかなという感じはしております。ただ一方で、言わば画像とかそういうものではなくて純粋な言葉だけという、中傷とかあるいは名誉毀損とかそういうものになってきた場合には、アーキテクチャーの変更によってそのすべての問題が解決されるかという点、これはなかなか難しい問題というのはやはりあるんだらうという気はしております、これはやはり問題表現の類型ごとに細かく詰めて考えていくべき事柄であって、申し上げるまでもないことながら、一挙に問題があるから規制だ、あるいは全部自由であるべきだというようなことではなからうというふうに思っております。」

(117) I. Trotter Hardy, *The Proper Legal Regime for "Cyberspace"*, 55 U. PITT. L. REV. 993, 994-995 (1994). 平野晋・牧野和夫・前掲書〔注71〕六二―六六頁、サイバースペース法研究会『サイバースペース法学』とインターネット『ハッカー』の倫理と『セルフ・ガヴァナンス』の精神―(10)―際商二六巻八号八五―三八五頁参照。

(118) サイバーADRについては、カリム・ベンイエクレフ、ヴィンセント・ゴートレ (紙谷雅子訳)「サイバーADR―カナダ」

サイバーロー研究会編(指宿信編集代表)『サイバースペース法―新たな法的空間の出現とその衝撃―』(日本評論社・二〇〇〇年)二六三頁以下、ルウェリン・ジョセフ・ギボンズ(町村泰貴訳)「サイバーADRアメリカ」サイバーロー研究会編・上掲書二七二頁以下、町村泰貴「ネット紛争の裁判管轄と自主解決組織」岡村久道編『インターネット訴訟2000』(ソフトバンク・二〇〇〇年)三六四頁以下参照。

(119) 拙稿・前掲「サイバースペースに対する表現内容規制立法とその違憲審査基準」〔注出〕においても触れたように、既存のメディアが前提としてきた源泉規制に加えて、技術の進展により、蛇口規制を加味した形での理論構成を考える必要性が生じてきているように思われる。先の拙稿では、源泉規制Ⅱ法規制、蛇口規制Ⅱユーザコントロール(表現の自由という憲法上の価値と両立する形で(子どもにとって)不適切な表現から子どもを守るために採用された、プロッキングソフトウェアないしレイティングシステム)の意味で用いたが(同論文二二頁、二二七頁注二四)、本稿で紹介したレシッグの用法を用いれば、源泉規制Ⅱ「法」、蛇口規制Ⅱ「コード」(ないし「コード」の総体としての「アーキテクチャ」、ということになるだろう。従って、両稿における基本的な視座は不変である。ただ、従来の主張に、「(社会)規範」、「市場」といった補充的要素が加わったにすぎない。

(120) 判例・学説の状況については、博士論文提出時点(二〇〇二年九月三〇日)を一つの区切りとしている。それ以降の動向については、別稿にて、改めて検討したいと考えている。この点をご寛恕いただきたい。

* 本稿は、平成一三年度・一四年度文部科学省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)による研究成果に基づく、北海道大学審査博士(法学)学位論文(二〇〇二年二月二五日授与)に補筆したものである。なお、補筆にあたっては、平成一六年度文部科学省科学研究費補助金(若手研究B)による研究成果の一部を取り入れている。