



HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	言論規制：従来型と最新型(1)
Author(s)	Balkin, Jack M.; 石新, 智樹//訳; 樫尾, 洵//訳
Citation	知的財産法政策学研究, 48, 131-156
Issue Date	2016-09
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/63185
Type	departmental bulletin paper
File Information	48_05.pdf



言論規制—従来型と最新型(1)

Jack M. BALKIN*

石新 智規・榎尾 洵(訳)

*New York Times Co. v. Sullivan*¹及び*New York Times Co. v. United States*² (*Pentagon Papers* 判決) は、20世紀中頃に、修正第1条に関する判例が大きく開花したことを示す事例として有名である。哲学者Alexander Meiklejohnは、*Sullivan* 判決を「通りで踊る機会」³と表した。*Sullivan* 判決は、「修正第1条の中心的な意味」は、悪意を伴わず行われた公務員に対する批判を、国家が刑法を通じて直接的に、又は名誉毀損に対する損害賠償を通じて間接的に罰することはできないことであると認識した⁴。*Pentagon Papers* 判決は、事前抑制に対する修正第1条の中心的な原則を再確認した⁵。Stewart最高裁判事の補足意見は、センシティブな(機微)情報の公開が直接的で切迫した回復し難い損害を自国又はその国民に確実にもたらす場合でない限り、政府はその公開を抑圧できない旨を付け加えた⁶。こ

* Knight Professor of Constitutional Law and the First Amendment, Yale Law School. Derek Bambauer, Yochai Benkler, Martin Lederman, Sanford Levinson, Dawn Nunziato, Robert Post, David Pozen, and David Schulz 各氏からドラフトに対しコメントをいただいたことについて感謝する。

¹ 376 U.S. 254 (1964).

² 403 U.S. 713 (1971) (全員一致).

³ Harry Kalvin, Jr., *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment,"* 1964 SUP. CT. REV. 191, 221 n.125 (内部の引用符を省略した)(Meiklejohnを引用している).

⁴ *Sullivan*, 376 U.S. at 273.

⁵ *Pentagon Papers*, 403 U.S. at 714.

⁶ *Id.* at 730 (Stewart判事の補足意見); see also *id.* at 726-27 (Brennan判事補足意見)

れら 2 つの判決は、共に民主主義社会における報道の決定的な役割を褒め称え、公の場での意見の流通は民主主義的な正当性にとって決定的に重要であるとの原則を支持した⁷。半世紀後、これら 2 つの判決の影響は、表現の自由の態様と技術の重要な変化、すなわち表現の自由のインフラストラクチャーの革新により弱められた。多くの場合民間事業者の手に担われているそのインフラストラクチャーは、デジタル時代における表現の自由の主戦場である。

政府の行為も過去50年の間に変化した。確かに、政府はいまだ言論を罰金、刑事罰、及び差止めにより規制している。政府はなお、アナログ時代から続く監視を行っている。しかし、新しい技術は言論に対するコントロールと監視それぞれの伝統的なやり方を補っている。言論それ自体のように、言論の規制と監視もインフラストラクチャーを必要とする。言論の規制と監視は、ますます技術的に課され、表現の自由のインフラストラクチャーをコントロールする民間事業者と政府の協力に関わるようになっていく。

こうして、21世紀初めの重要な特徴は、表現の自由のインフラストラクチャーが言論規制及び公的又は私的監視のインフラストラクチャーとますます結び付いていっている点にある。人々が相互に意思疎通するために頼る技術、関係機関及びその態様は、政府が言論規制及び監視のために採用する技術、関係機関及びその態様と同じである。

New York Times Co. v. Sullivan における上告人のような20世紀中頃の新聞社を考えて欲しい。読者に辿り着くため、*Times* 社は技術と機関というインフラストラクチャーに頼った。すなわち、印刷会社、労働組合、配送車、新聞販売店、そして広告主である。これらの *Time* 社の事業の特徴は、車

(従来の制限は、最も極端な状況に関わる「極めて限られた事案」においてのみ許されており (*id.* at 726)、「出版が既に海上にある輸送の安全を損なうのと同じ状況を直接かつ即時に招くことが避けられないという政府の主張とその証明のみが、暫定制限命令の発令を支え得る旨補足している」 *Id.* at 726-27)。

⁷ Brennan 判事が述べるとおり、表現の自由及び出版の自由の憲法上の保障は、「公的事項の議論は制限されず、妥協なく行われ、そして広く開かれているべきであるという原則を国家が強く確約すること」を前提としている。*Sullivan*, 376 U.S. at 270.

両規制、労働法など政府により色々な方法で規制され得るものであった。しかし、ほとんどの場合、政府が言論をコントロールし監視する能力は、*Times* 社がその読者と意思疎通するために使用していた技術とその利用態様そのものには組み込まれてはいなかった。政府は黙ったまま、費用をかけることなく *Times* 社の印刷機をコントロールし、特定の記事がその紙面に現れるのを妨げる遠隔スイッチを持っていなかった。政府は、潜在的に政府の転覆又は権利侵害に繋がるおそれのある内容を知ることができるよう、*Times* 社の印刷機を操作していた労働組合のメンバーに対し、隠しマイクとカメラを着用することを要求しなかった。そうであるからこそ、政府は *Pentagon Papers* 事件において差止めを求める必要があったのである。もちろん政府は公道をコントロールしていた。おそらく政府は *Times* 社の配送車を探し、止めるためにニューヨークの街中に車止めを作ることができたが、これは非常に目立ち、戦略的に難しく、正当性の観点からのコストが高かった。

デジタル時代は異なる。政府は人々が意思疎通するために使うデジタルインフラストラクチャーの多くの様々な側面をコントロール又は監視の標的とすることができる。その標的は、通信事業者、ウェブホスティングサービス業者、ドメインネーム登録機関、サーチエンジン、ソーシャルメディアプラットフォーム、決済システム、及び広告主である。デジタル時代に情報の創出と発信を民主化し、分散化した力そのものが、同じインフラストラクチャーを使う、言論規制・監視の新しい技術・道具になった。これらの規制と監視の道具は、しばしば自動的にかつ背後に隠れて働く。これらは、政府の規制目的を達成するためにインフラストラクチャーの私的所有者の協力や強制を利用することができる。その分かりにくさと民間人の利用の故に、たとえ政府のポリシーが表現を妨げ、制限し、監視するものだとしても、政府はその正当性を保つことができる。デジタル時代の言論・報道・結社の自由に関し重要なのは、この点である。

伝統的な、すなわち、「古典的な」言論規制手法は、個人の表現者及び出版者を規制するため一般的に刑事罰、損害賠償そして差止めを採用してきた。*Sullivan* 事件及び *Pentagon Papers* 事件の画期的判決は伝統的な言論規制に対応するものであった。すなわち、どちらの事件においても、国家は彼らの言論をコントロールし、規律するために表現者に向けて刑事罰と

差止命令を用いた。これらの手法は21世紀においてもなくなっているわけではない。しかし、これらに言論規制の「新たな」手法が加わった。「新たな」手法はサーチエンジン・決済システム・広告のようなデジタルネットワークとそれに付随するサービスのコントロールを通して言論を規制する。出版者及び表現者に直接着目する代わりに、新たな手法は、デジタルインフラストラクチャーの保有者に向けられている⁸。これらの新たな手法は3つの特徴を有しており、その3つがしばしば共に働く。これらの特徴はいずれも全く新しいものではない⁹。いずれの特徴も、それに対応するもの又はその前例がデジタル世界になる前からあるが、新しい技術環境における需要に適応するために再形成されている。

最初の特徴は付随的検閲であり、これは国家が話者Bを規制するために話者Aを規制するものである。デジタル時代は多くの人々が国を横断し、世界中で広く意思疎通することを可能とする。非常に多くの表現者がおり、彼らは多くの場合匿名であり、選び出すのが困難であり、いずれにせよ政府の効果的なコントロールを超えているので、国家はインターネット仲介者及び他のデジタルインフラストラクチャーの所有者を標的とし、責任をもって脅し、他の当事者による言論を妨げ、制限し、又は検閲するよう彼らを誘導する。

第2に、また（第1と）関連して、官民の協力と協働が新たな言論規制の特徴である。政府は、言論の自由のインフラストラクチャーを持たない限り、その表現規制と監視を手助けするように、すなわち政府が監視し、規制し、又は閉鎖しようとする表現者とその場所を特定することを助けるように、民間所有者に言論規制と監視を強制するか又は協働させる必要が

⁸ Derek Bambauer 教授は、公然性に欠けているため正当ではないと考える「ソフト・センサリング」の発生形態と彼が呼ぶものの例としていくつかの新しい規制手法を説明している。Derek E. Bambauer, *Orwell's Anncitair*, 79 U. CHI. L. REV. 863, 867-68 (2012). 第4章で述べたとおり、新たな規制手法は、しばしば阻止よりも予防を強調し、目立たないこと、更には不可視性を求める。

⁹ See Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 1-3 (2004)（「技術上の変化の憲法解釈に対する影響を理解するためには、新しさに着目するのではなく、顕著なことに着目するべきであると論じている」 *id.* at 2）。

ある。すなわち、政府は、この限りにおいて、政府の監視及びコントロールの努力を援助したことについての法的免責などのアメとムチを使い分けることができる。民間のインフラストラクチャーの所有者は、政府の直接の脅威がなくとも法的な不確実性を減らし、シンプルな事業環境を確保するため、協力的になるインセンティブをしばしば持つ。

第3に、政府はデジタル事前規制という新しい型を創り出した。多くの新たな言論規制手法は、仮に伝統的な許諾スキーム又は裁判上の差止めと無関係だったとしても、事前規制と似た効果を有する。加えて、事前規制は、国家的監視国(National Surveillance State)において拡大する政府の監視活動にとって特に重要である。第3章で説明するとおり、民間のインフラストラクチャーの所有者に向けられた事前規制は、アメリカ合衆国のどこにでも見られるものとなっている。報道禁止命令(gag orders)はデジタル監視における全く日常化かつ官僚組織化された要素となり、特段目に留まらないくらい当たり前のものになっている。

この論文を通じて、私は、「検閲」ではなく「言論規制」との表現を用いる。これに対する大きな例外は、学術的用語である「付随的検閲」を議論する部分である。私が「言論規制」との用語を好んで用いるのは、3つの理由からである。第1に、人々は通常「検閲」をおそらく許されないものとするが、言論規制の全てが正当化されない訳ではない¹⁰。今日における市民の自由への重要な問いかけは、本論文にて示される新たな手法のうち、どれが検閲と理解されるべきかということである¹¹。New York Times Co. v. Sullivan 判決前においては、伝統的な名誉毀損のコモンローは、通常、検閲とは認識されていなかった。Sullivan 事件でのHerbert Wechslerの聡明な議論は、長い歴史を持つコモンローによるルールを適用することが、検閲の枠組を規定した事例と類似した効果を持つことを示していた¹²。上記

¹⁰ 後段で述べられているとおり、付随的検閲が全て正当化されない訳ではない。See *infra* p. 2310.

¹¹ Cf. Bambauer, *supra* note 8, at 873 (全ての検閲が正当性を欠くものではないため、「政府が情報をコントロールするために用いる方法のみを問題とし、当該方法の正当性の分析を別の段階に委ねる」という「検閲」の技術的定義を提供している)。

¹² See *Sullivan*, 376 U.S. 254 (No. 39) における上告人の申立書30頁から31頁、44頁か

のとおり、私は、政府による許諾を必要とするか又は裁判所による差止めを用いるかにかかわらず、多くの新たな規制手法が事前規制のように働くことを論じる。

第2に、私が「言論規制」との用語を用いる場合、それは、主に国家規制、民間と提携し若しくは協力する国家の活動、又は国家の目標を達するためにインフラストラクチャーの民間によるコントロールを利用する国家の規制に関わるものである。「検閲」の実務は、対照的に、国家と繋がりを持つことを何ら必要としない。それらは文化的又は規律的であるかもしれない、またそれは市民社会のあらゆるところにある¹³。実際に、これらの実務があらゆるところで見られれば見られる程、これらを規範的に不適切だと扱う人々は少なくなる。

第3に、言論規制の中には、それがたとえ違法であったとしても、広く「検閲」とは認識されないものがあるから、「検閲」という用語では対象を十分にカバーできない。例えば、デジタル監視は新たな手法の要素である。監視行為は間接的に言論及び結社を規制するかもしれない、またそれらは別の形態の言論規制を促し、そのような規制に繋がるかもしれない。実際、今日の言論規制の中には、広範囲に広がったデジタル監視がなければ、非常に難しいものもある。しかし、(デジタル)監視の実務が表現活動に深刻な効果を持つとしても、人々はなおそれらを直接的検閲から区別するだろう。

この論文は、以下、次のような構成である。第1章は実際の表現及び出版の自由が依拠する表現の自由のインフラストラクチャーという中心的発想について展開する。このインフラストラクチャーは、新たな言論規制が焦点を当てるものである。その後、第2章は様々な新しい規制の手法を伝統的ないし古典的な言論規制の手法と比較しながら説明する。特に、この章は、事前規制に関する伝統的な問題がどの程度新たな規制の戦略に再び見られるかを説明する。また、この章は、政府の影響という「ソフトパ

ら51頁(アラバマ州における名誉毀損法をSedition Act of 1798及び明白かつ現在の危険基準が適用される司法上の名誉毀損事例と比較している)。

¹³ See generally CENSORSHIP AND SILENCING (Robert C. Post ed., 1998) (表現規制とな様々な文化的な行為について記述している)。

ワー」が時として、どのように民間のインフラストラクチャーの所有者に対する直接規制に代替し得るかについても説明する。

第3章は、こうした検討に基づき、新しい言論規制の分かりやすい例として、すなわち国家安全保障文書(NSLs)を伴って毎年何十万も出される出版禁止命令(gag orders)を取り上げる。この運用実務は急成長する国家的監視国の副作用である。政府は効果的な監視に取り組むために民間のインフラストラクチャーの所有者の援助を必要とし、またその援助の程度及び特質を秘密に保つことを望む。結果として、政府は、習慣化され、官僚制度のような強制された事前規制の制度を作り上げたが、その制度の大部分は伝統的な修正第1条の法理からは大きく外れるものである。

第4章は、新しい言論規制が、抑止ではなく予防を強調すること、また萎縮効果よりも目立たないこと(又は不可視性)を強調することを指摘し、結論に至る。国家も民間のインフラストラクチャーの所有者も、フィルタリング・ブロッキング・監視が一般大衆にはほとんど見えないことを望む。その結果、その行為は、ごく日常的な当たり前のことで、目立たず、権利を侵害するものではないように見える。秘匿することはこの目的に役立つ一方、公開することはこれを損なう。伝統的な言論の自由の法理は、しばしば無辜の当事者に対する萎縮効果を懸念する。しかし、国家的監視国では、政府は単にほとんどの人々が何も意識しないようにさせたいのかもしれない。

I. 表現の自由のインフラストラクチャー

表現及び出版の自由は、国家による直接禁止からの自由以上のものを必要とする。実際には、表現及び出版の自由は、表現の自由のインフラストラクチャーを必要とする¹⁴。

¹⁴ Jack M. Balkin, *The Future of Free Expression in a Digital Age*, 36 PEPP. L. REV. 427, 432 (2009) (「言論の自由のシステムは、国家による検閲が存在しないということのみならず、表現の自由のインフラストラクチャーにも依拠する。表現の自由のインフラストラクチャーは、常に存在する知識・創作・普及のためのメディアと機関を含むものである」(脚注省略)); Balkin, *supra* note 9, at 52-54; see also Yochai Benkler,

表現の自由のインフラストラクチャーとは何か。映画産業を例にする。映画産業は、映画プロジェクター、映画館、DVDプレイヤー及び現代的な映画配給システムへの公衆のアクセスがなければ大いに阻害されるであろう。より一般的に、私たちは映画産業を産業と呼ぶ。映画産業には、映画の創作・構想・制作・配給のための技術、芸術家、職人、機関、事業組織、契約、慣習、慣例が含まれる。逆に言うと、これらの要素はより大きな補助機関により囲まれている。同様に、*Sullivan* 判決や *Pentagon Papers* 判決で取り上げられた20世紀中頃の *New York Times* は単なるインク付きの紙の束ではなかった。それは、編集者・レポーター・ニュースルーム・内局・電信サービス・印刷機・労働組合・輸送車・購読サービスの集会的産物であった。そしてまた、それは「印刷に適する全てのニュース」を生み出すために、事業・契約・慣習・慣例というより大きな組み合わせに依拠していた¹⁵。

より大きな視点からも、*Sullivan* 判決及び *Pentagon Papers* 判決において褒め称えられた表現の自由の民主的モデルと民主主義を正当化する知識及び意見の公領域は、電話会社・公共図書館・書店・学校・大学・郵便局・郵送料に対する補助金・ブロードバンドサービスなど様々な機関に依拠していることを私たちは理解することができる。一たび焦点を、表現行為時から表現を支え可能とする技術的・経済的・社会的インフラストラクチャーに移すと、インフラストラクチャーが言論及び出版の自由にとっていかに重要であるかを理解することができる¹⁶。

Property, Commons, and the First Amendment: Towards a Core Common Infrastructure 3 (White Paper for the First Amendment Program, Brennan Ctr. for Justice at NYU Law Sch., 2001), archived at <http://perma.cc/5DDR-WU5M>.

¹⁵ W. Joseph Campbell, *Story of the Most Famous Seven Words in US Journalism*, BBC NEWS (Feb. 10, 2012), <http://www.bbc.co.uk/news/world-us-canada-16918787>, archived at <http://perma.cc/G6B7-DW3A> (内部の引用表記は省略) (*New York Times* の有名なモットーの歴史について詳しく述べる)。

¹⁶ 援助機関・技術を構成するものとしてインフラストラクチャーを理解することは、インフラストラクチャーの純粋な経済的理論と重なるが、必ずしも同一ではないことは強調されるべきである。See generally BRETT M. FRISCHMANN, *INFRASTRUCTURE* (2012).

インフラストラクチャーの役割は修正第1条の文言それ自体から明白である。修正第1条は「言論」だけでなく、「信教の自由」、「出版」、「請願」及び「集会」を保護している¹⁷。「出版」との文言は、コンテンツを創作し配布する機関とその技術という2つの重要な意味を持つ。制定時に、修正第1条は当時の重要なマスコミュニケーション技術—印刷物を用いる自由¹⁸に言及した。「出版」の現代的意味は、ジャーナリズムの技術を指すのかそれともあり方を指すのかを議論する人もいるかもしれない¹⁹。しかし、その2つは確実に深く繋がっている。技術はコンテンツの創作及び組織的なモデルを可能とする一方、コンテンツ創作は技術が示唆する可能性及び機関による援助に依拠する。私たちが現在「ジャーナリズム」と呼ぶものにおける変化は、技術の変化とマスコミュニケーションの経済にお

¹⁷ アメリカ合衆国憲法修正第1条。

¹⁸ See Eugene Volokh, *Freedom for the Press as an Industry, or for the Press as a Technology? From the Framing to Today*, 160 U. PA. L. REV. 459, 462-63 (2012) (「出版」の自由の制定は、ジャーナリズム機関ではなく出版を利用でき又は出版することができる全ての人に対して言及されていると論じる); see also David A. Anderson, *Freedom of the Press*, 80 TEX. L. REV. 429, 446-47 (2002) (「修正第1条の制定者の世代にとって、『出版』は『印刷機』を意味した。それは、報道機関よりも印刷とその技術が生み出したコミュニケーションの機会を指した。」 *Id.* at 446); *Id.* at 446 n.90 (「同時代のどの資料も、出版の自由が印刷機の利用を通じて意見を表明することを意味していることを示している。」); Edward Lee, *Freedom of the Press 2.0*, 42 GA. L. REV. 309, 315-16, 339-56 (2008) (「出版」とは印刷機を指し、「出版の自由」は「言論技術」を保護することを意図していたと論ずる。 *id.* at 345). But see Patrick J. Charles & Kevin Francis O'Neill, *Saving the Press Clause from Ruin: The Customary Origins of a "Free Press" as Interface to the Present and Future*, 2012 UTAH L. REV. 1691, 1769-70 (技術に対して過度に焦点を当てることを批判し、政府の動きを調査・報道し、それによってニュースとして価値のある出来事や政府の情報へアクセスするために不可欠なものと憲法制定者が出版を考えていたことを強調する)。

¹⁹ See, e.g., Potter Stewart, "Or of the Press," 26 HASTINGS L.J. 631, 633-34 (1975) (「出版ビジネス」 *id.* at 633 は憲法上特別な保護を享受すると論ずる); Sonja R. West, *Awakening the Press Clause*, 58 UCLA L. REV. 1025, 1031 (2011) (出版条項は、狭く定義された出版機関に特別な憲法上の地位を与え、「主に取材活動に関しジャーナリストに追加的に特有の保護を与えるものである」)。

ける変化によりしばしば形作られる²⁰。

同様に、「請願」の権利は必然的に機関、技術、そして行為に関連する。「集会」は場所に集合すること以上を意味する。それは集会の場所と結社の方法へのアクセスを必要とする（今日では、これらの集会と結社の方法に集会のためのソーシャルメディアが含まれるかもしれない）。20世紀の法理では補助的な権利と認識されていた集会の自由は、一種のインフラストラクチャーとして他の自由を支えるのみならず、その自由自体がインフラストラクチャーに依拠する²¹。言論の自由のように、信教の自由もまたインフラストラクチャーに依拠する²²。Meiklejohnが標榜する路上でダンスすることですら、ダンスするための公道というインフラストラクチャーを必要とする。

インフラストラクチャーに依拠する自由は、それを支えるインフラストラクチャーを攻撃し又はコントロールすることにより、攻撃ないしコントロールされ得る。これらの自由は、政府がそのインフラストラクチャー又はその制限を規制や監視のテコとして利用した場合に脆いものとなる。実際、修正第1条の多くの事例は、表現の自由のインフラストラクチャーへの攻撃に関連しているか、又はインフラストラクチャーの脆弱性や制限を言論のコントロールに利用することを試みたものである。例えば *Hague v. CIO* 事件²³では、政府は抗議する労働者の公道や公園へのアクセスを否定することにより集会を阻止しようとした。*Schnieder v. State* 事件²⁴では、ニ

²⁰ See generally YOCHAI BENKLER, *THE WEALTH OF NETWORKS* (2006).

²¹ See, e.g., *NAACP v. Alabama*, 357 U.S. 449, 460 (1958)（「信条及びアイディアを進歩させるために集会を行う自由は、言論の自由を含む修正第14条のデュープロセス条項により保障された自由と不可分であることは議論を待たない。」）。

²² See Richard W. Garnett, *Do Churches Matter? Towards an Institutional Understanding of the Religion Clauses*, 53 VILL. L. REV. 273, 274 (2008); Richard W. Garnett, *The Political (and Other) Safeguards of Religious Freedom*, 32 CARDOZO L. REV. 1815, 1824-25 (2011); Jack M. Balkin, *The Infrastructure of Religious Freedom*, BALKINIZATION (May 5, 2007, 3:15 PM), <http://balkin.blogspot.com/2007/05/infrastructure-of-religious-freedom.html>, archived at <http://perma.cc/5EDD-9Q4L>.

²³ 307 U.S. 496 (1939).

²⁴ 308 U.S. 147 (1939).

ユージャージ州は広告の配布を禁止しようとした。*Grosjean v. American Press Co.* 事件²⁵では、ルイジアナ州は新聞に課税しようとした。

デジタル時代において重要なことは、表現の自由のインフラストラクチャーにおける革命である。インフラストラクチャーには、ドメインネームシステム (DNS)、インターネットプロトコル、情報の保存及び送信の技術標準、インターネット基幹 (バックボーン)、ブロードバンドネットワーク、ブロードバンド事業者、ウェブホスティング会社、書類を保存・作成・表示・送信するためのクラウドサービスが含まれる。幅広い種類のコンテンツの創作・出版・送信・共有のためのプラットフォーム及びソーシャルメディアも含まれる。多目的の情報通信及びコミュニケーションデバイスとなったコンピュータ、タブレット、特にスマートフォン等のハードウェアプラットフォームも含まれる。オープン (Linux と Apache や Android といったその変形物等)・クローズド (電話とタブレットのための Apple の iOS 等) どちらのシステムも含む、全てのタイプのソフトウェアアプリケーションも含まれる。分散化されネットワーク化されたカメラ、顔認証システム、センサー付システム及び情報収集デバイスも含まれる。更に、それはデジタルコミュニケーションを手助けする幅広い補助サービス、すなわち、(1) サーチエンジン (これがなければ、ほとんどの情報が失われるであろう)、(2) デジタルの発言者との取引を促進する Paypal・Master Card・Visa といった決済会社並びに (3) インターネットの無料プラットフォーム、コンテンツ及びアプリケーションの創作を支え、助成する広告主などを含んでいる。

デジタル時代について広く知られた顕著な特徴は情報創作の民主化であり、ひいては自分について語り、表現する機会の民主化である。しばしばインターネットに関連して言われる「仲介者機能の排除」は、メディアゲートキーパーがいなくなることを意味せず、むしろ、別のインフラストラクチャーへの交代を意味する。この民主化はメディア会社の変質によってよく象徴される。20世紀の中頃、最も強力なメディア会社は、コンテンツを制作・編集・配布する出版者であった。映画会社・出版社・新聞社・放送事業社である。公共圏は、おおむねこれらの出版社により生み出され

²⁵ 297 U.S. 233 (1936).

たコンテンツの聴衆により組織されていた。

2010年代に最も強力なメディア会社はGoogleやFacebookのようなプラットフォームである。これらのプラットフォームは、プラットフォーム保有者が創作したものを主に発行するために設計されたものではない。むしろ、これらは、エンドユーザーが発行し (Blogger, Thumblr, Twitter)、Eメール及び私的なメッセージを送信し (Gmail, Yahoo! Mail)、コンテンツをアップロードし (YouTube, Pinterest)、コンテンツを共有する (Facebook) 機会を与えるものである。また、エンドユーザーが他の者によって創作されたコンテンツを見付けることを容易にする (Google, Bing)。多数の聴衆はなお存在するが、現在、彼らの多くはコンテンツをシェアし変化させるエンドユーザーでもある。多くの場合、彼らはコンテンツの主體的な創作者である。出版者からプラットフォームへの変化は、表現の自由のインフラストラクチャーの革命の結果でもあり、原因でもある。

出版者からプラットフォームへのシフトは、言論規制を複雑なものとする。国家がコントロールしたいコンテンツを流布している個人は匿名又はペンネームであるかもしれない、また領域に制約を受ける政府の手の届く範囲を超えて所在しているかもしれない。それゆえ、国家が、ますますデジタルインフラストラクチャーを標的とするのは、多くの人々がそれを通じて会話しているからというだけではなく、コントロールのための最も簡単な方法であるためである。

言論を民主化するというデジタルインフラストラクチャーの特徴の多くはまた、デジタルインフラストラクチャーを言論規制と監視のための最も強力で魅力的な標的ともしている。デジタルインフラストラクチャーは、より古いメディアゲートキーパー (メディアを司る門番) から表現者を解放するが、それは、国家にも民間の当事者にもコントロールと監視の新たな機会を提供する新しいメディアの創造を通じて行われる。

当然ながら、私人も国家も、よりコントロールと監視を促進するようにインフラストラクチャーを形作ろうとする。この過程を通じて、民主化された言論のデジタルインフラストラクチャーは監視と言論規制のインフラストラクチャーにもなる。2つの具体例を挙げる。(1) エンドユーザーと事業者が共により多くの情報、Eメール・書類・写真・個人情報を私的に所有されたサーバーの巨大なネットワークに保存することが推奨され

るクラウドコンピューティングへの移行と、(2) 多くの人々がスマートフォンをパーソナルコンピュータとして選択することが一般的になったことに最もよく象徴される、デジタルサービスの提供者に対する伝統的な電話サービスの解消である。

これらのトレンドによって、コンテンツをブロックし、削除を強制し、コンテンツを検索し、分析するために、政府がインターネット基幹（バックボーン）、ブロードバンド提供者、通信事業者、Google・Yahoo・Facebookのようなプラットフォーム保有者、Amazonのようなウェブホスティングサービス、GoDaddy・Network Solutionのようなレジストラー、Visa・Mastercard・Paypalのような支払システム保有者など少数の巨大企業に対し注意を向けることを容易にした。

表現の自由のインフラストラクチャーはおおむね私人の手中にあるため、自発的であろうがなかろうが、私人を政府のコントロールと監視の努力に巻き込むことが政府にとって重要となる。監視と言論規制のインフラストラクチャーは、新しい形の公的ないし私的な協力又は協働を必要とする。政府によるインフラストラクチャーのコントロールと監視を増やすことを積極的に求める組織もあれば、政府が責任をちらつかせて脅し又は免責を約束した場合に、やむを得ず活動へ参加する組織もある。

長い間のトレンドは、言論のインフラストラクチャーと言論規制ないし監視のインフラストラクチャーの融合である。インターネット時代の初めに、John Gilmoreは「インターネットは検閲を害悪であると解釈し、それを回避する」と論じた²⁶。2014年までに、インターネットは言論規制と監視を設計の必須要素とし、それらをそのシステムに組み込んだと言うことができる。同様に、21世紀初めのサイバーアクティビストの時の声は、

²⁶ Philip Elmer-DeWitt & David S. Jackson, *First Nation in Cyberspace*, TIME, Dec. 6, 1993, at 62 (John Gilmoreを引用する)。この有名な引用には多くのバージョンがある。See, e.g., John Perry Barlow, *Censorship 2000*, ON THE INTERNET, <http://www.isoc.org/oti/articles/1000/barlow.html> (last visited May 10, 2014), archived at <http://perma.cc/SHA2-CLR4> (the Second Conference on Computers, Privacy, and FreedomでのJohn Gilmoreの批評を「インターネットは検閲をまるで誤作動のように扱い、それを回避する」と引用する)。

Stewart Brand の「情報は自由であることを欲している」との格言であった²⁷。現在、情報は収集・照合・分析され、監視とコントロールに利用されることも欲していることを私たちは理解している²⁸。

Ⅱ. 古典的な言論規制と新たな言論規制

表現の自由のインフラストラクチャーの変化は、新しい類型の言論規制をもたらしている。便宜上、古典的な言論規制と新たな言論規制とに区別することができる。

古典的な言論規制は通常 (1) 人々 (2) 場所及び (3) 前デジタル時代の大量配布の技術を対象としている。国家は人々を逮捕・拘束し、又は追放する。国家は、集会や抗議運動のための公共の場所へのアクセスをコントロールする。また、国家は、印刷機・放送設備・映写機・ビデオテープ・ちらし・書籍など出版及び伝送のための能力と技術を独占し、規制し、差し押さえ、又は破壊する。

21世紀は、「新たな」言論規制、すなわちデジタルネットワークのコントロールを通して言論を規制する技術が特徴的である。それらは、インターネット上の言論にとって重要な仲介者と援助機関にしばしば向けられる。新たな言論規制の対象は、インターネットサービスプロバイダ、ブロードバンドプロバイダからドメインネーム登録機関、ホスティングサービス、

²⁷ *Information Wants to Be Free*, WIKIPEDIA, http://en.wikipedia.org/wiki/Information_wants_to_be_free (last visited May 10, 2014), *archived at* <http://perma.cc/N6LY-TSXN>.

²⁸ Gilmore 及び Brand に象徴される楽観主義は一般的なものではなかった。Lawrence Lessig 教授、James Boyle 教授などは、特に、これらの問題を早くから理解していた。See LAWRENCE LESSIG, *CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE* (1999) (インターネットは規制及びコントロールの方法として使われ得ると論じる); James Boyle, *Foucault in Cyberspace: Surveillance, Sovereignty, and Hardwired Censors*, 66 U. CIN. L. REV. 177 (1997) (国家はインターネットをコントロールするために私人が持つ強制力と国家にバックアップされたテクノロジーを使うことができると論ずる); see also JACK GOLDSMITH & TIM WU, *WHO CONTROLS THE INTERNET?* (2006) (国家は、様々なインターネットの仲介者に圧力を掛けるなど、インターネットコンテンツを規制するためにいくつもの方法を持っていると論ずる)。

サーチエンジン、広告主及びクレジットカード会社まで様々である。新たな言論規制は、しばしば事後罰よりも事前規制を強調し、官民の協力という複雑な形態をとる。新たな規制はアメとムチを使い分け、私人及び国家によるデジタル監視の新たな手法と深く関連している。新たなデジタルネットワーク及び仲介者の規制は、デジタル世界においても無くなっていない伝統的な手法の上に追加されるものである。実際、コントロールと監視の手法は、相互に支え合い、補い合っている。例えば、ウィキリークスによる機密書類の暴露に対して、政府は、漏えい者と見られる Bradley (今の Chelsea) Manning 兵士を軍事法廷が開かれるずっと以前から独房に入れ、Manning を様々な形の残酷な取扱いの対象とした²⁹。アメリカの新たな類型の監視行為の秘密を漏えいした³⁰ Edward Snowden の搜索は、拘束とコントロールにおいて古典的な行為であることを特色としていた。アメリカ当局がいくつかの南米諸国に Snowden を滞在させ又は安全に通過させないよう警告した後、ヨーロッパにおけるアメリカの友好国は Snowden を捕まえようとして、ボリビア大統領の飛行機を着陸させた³¹。英国では、政府がガーディアン紙に対し、機密資料を含むハードディスクドライブを破壊

²⁹ See Ed Pilkington, *Bradley Manning's Treatment Was Cruel and Inhuman*, *UN Torture Chief Rules*, THE GUARDIAN (Mar. 12, 2012, 9:41 AM), <http://www.theguardian.com/world/2012/mar/12/bradley-manning-cruel-inhuman-treatment-un>, archived at <http://perma.cc/5VZS-J6XY>.

³⁰ See generally Edward Snowden: *Timeline*, BBC NEWS (Aug. 20, 2013, 3:21 PM), <http://www.bbc.com/news/world-us-canada-23768248>, archived at <http://perma.cc/5LBT-9GQH>; Bob Orr, *The Hunt for Edward Snowden*, CBS NEWS (June 25, 2013 11:00 AM), <http://www.cbsnews.com/news/the-hunt-for-edward-snowden/>, archived at <http://perma.cc/U6ZN-LVCU>.

³¹ Peter Baker & Ellen Barry, *Snowden, in Russia, Seeks Asylum in Ecuador*, N.Y. TIMES, June 23, 2013, <http://www.nytimes.com/2013/06/24/world/asia/nsa-leaker-leaves-hong-kong-local-officials-say.html>, archived at <http://perma.cc/HJ6F-BV5D>; Catherine E. Shoi-chet, *Bolivia: Presidential Plane Forced to Land After False Rumors of Snowden Onboard*, CNN (July 3, 2013, 8:26 AM), <http://www.cnn.com/2013/07/02/world/americas/bolivia-presidential-plane/index.html>, archived at <http://perma.cc/9LQP-9QKG>.

すること³²、すなわち21世紀における焚書を要求した。多くの国家安全保障局（NSA）による秘密監視を暴いたジャーナリスト Glenn Greenwald のパートナー、David Miranda は、運び屋と疑われてヒースロー空港で英国の保安官により 9 時間拘束された³³。アメリカの国家安全保障局にあたる英国の政府通信本部（Government Communications Headquarters, GCHQ）は、Greenwald 及び彼の助手たちが、デジタルネットワークは機密資料を配布するための安全コミュニケーションとはもはや言えないと認識し、デジタル監視を潜り抜けるために運搬郵送という伝統的な配布方法に切り替えていると想定していたのかもしれない。この運用は、逮捕及び勾留という同じく「古典的な」方法を通じて（情報を）拡散する他の手法を遮断する GCHQ の試みに繋がった³⁴。

以下、新たな言論規制のいくつかの重要な特徴について述べる。

A. 直接規制から付随的検閲へ

1. 古典的な規制：表現者、場所、及び伝統的（前デジタル）出版技術

³² Julian Borger, *NSA Files: Why the Guardian in London Destroyed Hard Drives of Leaked Files*, THE GUARDIAN (Aug. 20, 2013, 1:23 PM), <http://www.theguardian.com/world/2013/aug/20/nsa-snowden-files-drives-destroyed-london>, archived at <http://perma.cc/DRE5-8RMK>.

³³ Steven Erlanger, *Britons Question Whether Detention of Reporter's Partner Was Terror-Related*, N.Y. TIMES, Aug. 19, 2013, <http://www.nytimes.com/2013/08/20/world/europe/britain-detains-the-partner-of-glen-greenwald.html>, archived at <http://perma.cc/B5Q2-3X5L>; Mark Hosenball, *British Accuse David Miranda, Glenn Greenwald's Partner, of 'Terrorism'*, HUFFINGTON POST (Nov. 2, 2013, 6:42 AM), http://www.huffingtonpost.com/2013/11/02/david-miranda-terrorism-glenn-greenwald-british_n_4199838.html, archived at <http://perma.cc/F98Y-C6V5>.

³⁴ 政府は、特段の事情がなければ修正第14条で禁止される電子監視を行うためにコンピュータ・携帯電話・その他の電子機器類の国境検査をすることもできる。See *United States v. Ramsey*, 431 U.S. 606, 621 (1977)（国境における搜索は、「修正第14条の令状を得なければならない」という一般原則の例外と歴史的に認識されていると指摘する）；cf. *United States v. Cotterman*, 709 F.3d 952, 968 (9th Cir. 2013)（国境における搜索の例外を認めるが、(被告の) コンピュータの完全な「フォレンジック検査」を行うには、合理的疑いの存在が必要であると初めて判示した）。

の規制—伝統的な規制は表現者とデジタル化以前の組織化及びコミュニケーションのやり方と技術を標的とする。その標的は、公共の場所・郵便局・印刷機・映画・通信技術・電話技術・ラジオ・テレビ放送を含む。国家は放送技術に独占的支配を及ぼすことができ、又はこれらの技術を用いることのできる者を制限するため、許可制を用いることができる。

直接のコントロールがなくとも、国家は出版者、放送局及びジャーナリストに間接的に影響を与えることができる。政治的エリートと放送設備や出版設備のオーナーとの家族的・社会的・経済的繋がりやネットワークは、政治家と官僚が報道を形作り、議題を設定する一種の「ソフトパワー」を促進することができる³⁵。政治家と政府高官は、出版者・放送事業者・ジャーナリストに協働することを求めることができ、他方、出版者・放送事業者・ジャーナリストの方でも、政治家らへのアクセスを維持し、そのご機嫌をとることを切望するかもしれない。

2. 新たな規制：デジタルの仲介者とプラットフォームに対する付随的検閲とコントロール—デジタル時代には、デジタルプラットフォームと仲介者がテレビ、ケーブル及びラジオ放送に加わる。このことにより潜在的な表現者の数が飛躍的に増加する。多くの表現者を取り込むことはどんどん難しくなり、報道をコントロールし、議題を設定するためにソフトパワーを用いることは困難となった³⁶。加えて、表現者の多くは匿名、ペンネーム、又は領土で画される政府の力の及ぶ範囲を超えた海外に存在する。それゆえ、国家は他の方法に目を向ける必要がある。表現者を標的にするのに代えて又はそれに加えて、国家は仲介者と補助サービスのオーナーを標的とすることができる。

³⁵ See, e.g., CHERIAN GEORGE, FREEDOM FROM THE PRESS (2012) (シンガポール政府がどのように私的に保有されているメディアを許可制や経済的・家族的繋がりを通じてコントロールしたかを述べる)。

³⁶ Cf. BENKLER, *supra* note 20, at 247 (「ネットワーク化された公共圏は、公的議論の焦点を作るための広い入り口、参加型フィルタリング、比較的腐敗しにくいプラットフォームをもたらしたと論ずる」)。デジタルインフラストラクチャーの所有者に影響を及ぼすためのソフトパワーの利用については section II.C.2.c, *infra* pp. 2327-29 に説明される。

これらの規制手法は不恰好なものから巧妙なものまで様々である。他の方法が利用できない場合、国家はインターネットサービスプロバイダとブロードバンドプロバイダの遮断を試みることができる³⁷。国家は、活動家又は抗議者の間のコミュニケーションを妨げるために、電話線や電信線を遮断する古典的なテクニックに代えて、携帯電話へのアクセスを一時的に混雑させ又はブロックすることができる³⁸。しかし、公然かつ過剰な権力の明示は国家の正当性を失わせる可能性がある。コントロールと監視が、過剰な権力の単発的又は断続的な行使ではなく、通常の状態と区別不可能であるかのように見えるように、その背後又は陰でデジタルネットワークをコントロールすることの方がはるかに良い。

国家は、これらの目標を達成するために、インターネットという仲介者を保有するか、私的に保有された仲介者にコントロールを及ぼすことができる。後者は、デジタル時代の言論規制として特徴的な手法である付随的検閲に直接繋がる。

付随的検閲が生じるのは、国家が私人Aに他の私人Bの言論について責任を持たせ、AがBの言論をブロックないし検閲するなどアクセスをコン

³⁷ See, e.g., James Glanz & John Markoff, *Egypt Leaders Found “Off” Switch for Internet*, N.Y. TIMES, Feb. 15, 2011, <http://www.nytimes.com/2011/02/16/technology/16internet.html>, archived at <http://perma.cc/Y2W3-D9VQ> (アラブの春の抗議中にエジプトがどのようにインターネットアクセスを一時的に遮断したかを論ずる); *Reaching for the Kill Switch*, THE ECONOMIST (Feb. 10, 2011), <http://www.economist.com/node/18112043>, archived at <http://perma.cc/E9CW-G8RH> (ミャンマーとネパールにおけるインターネットの遮断を指摘する)。

³⁸ See, e.g., Robert Barnes, *Public Safety, Technology and the First Amendment Collide in San Francisco’s Subway*, WASH. POST (Aug. 28, 2011), http://www.washingtonpost.com/politics/public-safety-technology-and-the-first-amendment-collide-in-san-franciscos-subway/2011/08/26/gIQAfTibIJ_story.html, archived at <http://perma.cc/L7GJ-F5S8> (BARTの運行を妨げ得る計画された「フラッシュモブ」による抗議を阻止するため、携帯電話サービスを遮断したBay Area Rapid Transit (BART)の決定を説明する); see also W. Danny Green, Comment, *The First Amendment and Cell Phones: Governmental Control over Cell Phone Use on Publicly Owned Lands*, 44 ARIZ. ST. L.J. 1355, 1358 (2012) (BARTによる当該遮断は修正第1条に違反すると論ずる)。

トロールする能力を持つ場合である³⁹。これは、AにBの言論をブロックさせ又はBへのインフラストラクチャーとしての援助を中止させることに繋がる⁴⁰。実際、A自身の言論は関連していないので、Aは慎重になりすぎなくらい慎重になり、何らかの責任の発生を避けるために完全に保護される言論すら制限するインセンティブを持っている⁴¹。

この点において、付随的検閲は事前抑制システムと過度の広汎性の双方に類似性を持っている。Aは、Bの言論の合法性について事前の司法的判断なく行動し、BはインフラストラクチャーとしてのAのサービスの拒否又は中止という決定に関し事前通知を受けない可能性がある⁴²。国家はAが過度に検閲するインセンティブを作り上げる。AとBのインセンティブは一致していないため、Aの行動は、手厚く保護されるべき表現を、保護されない表現と共にブロック又は制限するものとなる可能性が高い⁴³。

³⁹ J.M. Balkin, Essay, *Free Speech and Hostile Environments*, 99 COLUM. L. REV. 2295, 2298 (1999); see also Christina Mulligan, *Technological Intermediaries and Freedom of the Press*, 66 SMU L. REV. 157, 160 (2013) (付随的検閲は出版者の自由を脅かすと論ずる)。Michael Meyerson が同用語を作り出した。See Michael I. Meyerson, *Authors, Editors, and Uncommon Carriers: Identifying the “Speaker” Within the New Media*, 71 NOTRE DAME L. REV. 79, 118 (1995) (付随的検閲を「私人によりその他の者のコミュニケーションを止めさせること」と定義する); see also Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 U. PA. L. REV. 11, 11, 16 (2006) (「代理検閲」及び「代理による検閲」との用語を作り出している)。

⁴⁰ 政府は、付随的検閲の非公式の方法として働くその「ソフトパワー」の影響を通じて同様の効果を達成することができる。See *infra* section II.C.2.c, pp. 2327-29.

⁴¹ 仮に検閲が私人によるものであったとしても、「政府が私人が相互に検閲するインセンティブを作り上げたのであるから」、そこには国家行為(State Action)が存在する。Balkin, *supra* note 39, at 2299.

⁴² Cf. Mulligan, *supra* note 39, at 165 (表現者が仲介者によってブロックされるかどうかについて発言する権利がないため、付随的検閲を事前抑制と比較している)。

⁴³ See Balkin, *supra* note 39, at 2303 (付随的検閲の場合、言論は、その保護されるべき地位にもかかわらずブロックされると述べる); Felix T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, 87 NOTRE DAME L. REV. 293, 296 (2011) (「例えば、名誉毀損の表現内容を伝送していたということで掲示板運営者に対し名誉毀損

付随的検閲は新しい現象ではないが⁴⁴、デジタル時代においては特に重要になっている。多くの言論がインターネットプロバイダとブロードバンドプロバイダのような私的に所有された回路を通して伝わり、私的に所有されたホスティングサービス及びプラットフォームに現れ、ドメインネームシステム（1つの場所を他の場所にリンクする能力を含む）の効率的な運営に基礎を置き、発見されるためにサーチエンジンやソーシャルメディアのような付随的サービスに依拠し、多数の個人からの寄付を通じて事業の資金を得るためにオンライン決済システムに頼っているのがその理由である。表現の自由のデジタルインフラストラクチャーのほとんど全ての側面が付随的検閲の潜在的な標的になり得る。

付随的検閲は常に問題があるという訳ではない。修正第1条に関してAとBを同一事業体又は表現者と扱うことが合理的である場合は、表現の自由を脅かすことはほとんどない⁴⁵。付随的検閲は、出版者の代行責任の程度が大きいケースであれば、憲法上の問題はほぼない⁴⁶。だからこそ、例えば、新聞社がそのレポーター、コラムニスト及び広告主の言論につき責任を問われたり、本の出版社が彼らが出版した著者の作品につき責任を問われることは、通常は憲法上問題がないのである⁴⁷。

しかし、AとBが関係がない当事者であり、かつデジタル世界におけるBが個々に監督し又は編集することが難しくなるほど膨大な量の新しいコンテンツを生み出している場合、Aに対してBの言論の責任を問うこと

責任を課すことは、その運営者をして、真実、単なる意見、その他権利侵害性のない表現を含め、潜在的に名誉毀損的な様々なコンテンツをブロックさせることになるだろう。』)。

⁴⁴ See Balkin, *supra* note 39, at 2302 (「最も明白な具体例は、検閲される表現者と同一事業体に属さず、編集による支配の権利を持たず、そのチャンネルを通じて流れるコンテンツの性質に関する情報を持たない配布者、輸送会社、その他伝達役を務める者に裁判所と議会が有害な言論に関する責任を課す場合に生じる。」); Meyerson, *supra* note 39, at 116-17 (慈善勧誘者及び配布者に対する政府による圧力の具体例を挙げる)。

⁴⁵ Balkin, *supra* note 39, at 2300-02.

⁴⁶ *Id.* at 2301.

⁴⁷ *Id.* at 2301-02.

は、言論の過度なブロックと不当な干渉に繋がる可能性が高い⁴⁸。デジタル時代では、ほとんどのデジタルインフラストラクチャーは表現者以外の者に所有されており、インフラストラクチャーの所有者と表現者の間の関係は、著者と本の出版者の関係とは大きく異なる。それゆえ、問題のある付随的検閲は至る所に見られる。

しかし、匿名の表現者を簡単に見付けることができず、有害な又は違法な言論が伝播しないようにしたい政府の立場から見れば、表現の自由の立場から問題と見られることが良いという場合もある。政府は通常海外の仲介者や表現者をコントロールできないため、付随的検閲は、海外からのコンテンツのフィルタリングやブロックを進めたい国家にとっては特に重要となり得る。

仲介者責任は言論規制における公私の協力を推し進めるための戦略でもある⁴⁹。例えば、国家は、仲介者に対し疑わしいコンテンツに目印を付けて削除させ、効果的なフィルタリング技術（国家がその後利用できるもの）を開発し又はそれに投資し、アカウントを閉鎖し、ユーザーの私的な情報を提供させたいと思うかもしれない。これらの作業は多くのリソースを必要とし、政府は自身では簡単にできない可能性がある。従属することにより免責されるという約束を伴った仲介者責任のリスクは、私的インフラストラクチャーの所有者を国家と共に又は国家のために働くように説得するのに役立つ。付随的検閲の問題は、*New York Times Co. v. Sullivan* 判決のような重要な決定をデジタル時代においてますます不十分なものとしている。伝統的な修正第1条に関する大部分の判例法と同様に、*Sullivan* 判決は表現者及び伝統的な出版者に対する直接的な訴訟又は訴追を限定することにより言論を保護しようとした。しかし、今日では、政府も私人も、仲介者を最も魅力的な規制の標的と見る可能性がより高まっている⁵⁰。

あまり知られていない *Sullivan* 事件の特徴は、それが仲介者責任に関する事例でもある点であるが、連邦最高裁は1964年にはその問題点に焦点を

⁴⁸ *Id.* at 2302.

⁴⁹ *See infra* section II.C, pp. 2324-29.

⁵⁰ *See Kreimer, supra* note 39, at 14 (「インターネットのコントロールを求める国家は、表現者も聴衆も標的とし、戦略を模索し始めた。」)。

当てなかった⁵¹。*New York Times*は同社が実際に書いていないもの、すなわち広告に関して訴えられた⁵²。しかし、出版者の責任に関するコモンローのルールの下では、*Times*社は自らが出版した名誉毀損的コンテンツに責任を負う⁵³。*Sullivan*事件における最高裁判決は、コモンローのこの特徴を問うたり、それを言論の自由にとっての問題と見ることすらしなかった⁵⁴。実際、*Sullivan*事件及びその後の裁判例は、出版者責任のコモンローのルール及び代理責任が名誉毀損訴訟に適用されることを前提としている⁵⁵。

これらの前提はデジタル時代にはうまく当てはまらない。通信事業者は、自身が生み出していない（そして責任を持って編集できない）大量のコンテンツを送信し、かつ蓄えるであろうことを1990年代に素早く認識した。*New York Time Co. v. Sullivan* 判決を超える何かが必要であろう⁵⁶。

⁵¹ See Rebecca Tushnet, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, 76 GEO. WASH. L. REV. 986, 1005 (2008) (「*Sullivan* 事件は、最低限のスクリーニングを経て他の事業体の名誉毀損と思われる広告を掲載した仲介者としての*Times*社に関する事案であった。」)。

⁵² *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 256 (1964).

⁵³ *Id.* at 262 (陪審員説明書 (jury instructions) を引用); see RESTATEMENT (SECOND) OF TORTS § 578 (1977) (「第三者によって発行された名誉毀損を単に配布したり送信したりしただけの者を除き、名誉毀損的内容を繰り返し又はその他再発行した者は、最初に出版したのと同様の責任を課される。」)。

⁵⁴ See *Sullivan*, 376 U.S. at 286-88 (出版者としての*Times*社が要件とされる悪意を持っていたかについて論ずるが、出版者が自身が作成し又は編集していない声明について責任を負うかについては論じていない)。

⁵⁵ See *Cantrell v. Forest City Publ'g Co.*, 419 U.S. 245, 253-54 (1974) (従業員スタッフによって書かれた虚偽につき悪意であったことに対して代行責任を出版社に課すことを認めた陪審員による訴追を認可する)。

⁵⁶ Tushnet, *supra* note 51, at 1007 (通信品位法 (Communications Decency Act) の制定は、インターネットにより可能となった巨大な量のユーザーにより生み出されたコンテンツを前提とすると、インターネットサービスプロバイダは*Sullivan* 判決タイプの基準のリスクを受け入れないという考えに基づいている)。問題は、相反する2つの下級審判決により提起された。*Cubby, Inc. v. CompuServe Inc.*, 776 F. Supp. 135, 138-42 (S.D.N.Y. 1991) (CompuServeは単なるオンラインフォーラムのコンテンツのコモンロー上の配布者であり、そのコンテンツを監督したり編集することは期待で

連邦最高裁が付随的検閲を修正第1条の問題として認識する一歩手前まできたのが、1959年の*Smith v. California*である⁵⁷。*Smith*判決は、後に裁判所によって有害書籍であると判断された書籍を置いたことについて、仮に書店のオーナーが本の内容を知らなかったとしても刑事責任があるとする法律を無効とした⁵⁸。

*Smith*判決を拡大（解釈）しようと試みるのに代えて、通信事業者は立法で仲介者の免責を得た⁵⁹。合衆国は現在、仲介者に対し関連するコンテンツの内容に応じていくつか異なるレベルの保護を提供する⁶⁰。例えば、

きなかったと判示する)と *Stratton Oakmont, Inc. v. Prodigy Servs. Co.*, 1995 WL 323710, at *4 (N.Y. Sup. Ct. May 24, 1995) (Prodigyは掲示板を穏当な内容にすると表明し、コンテンツを選別するためにソフトウェアを導入していたため、出版者に該当すると判示する)を比較せよ。修正第1条を専門とする弁護士Floyd Abramsは、*CompuServe*判決の配布者責任の採用ですら通信事業者を保護するのに十分でない^{と論じた}。See Floyd Abrams, *First Amendment Postcards from the Edge of Cyberspace*, 11 ST. JOHN'S J. LEGAL COMMENT. 693, 704 (1996) (*CompuServe*判決の「知るべき理由がある」基準よりもはるかに保護的な基準が必要である。…それは現在コモンロー上存在しない) (強調点は省略)。

⁵⁷ 361 U.S. 147 (1959).

⁵⁸ 裁判所は以下のように説明した。

もし書店が内容を知ることなしに刑事責任を問われるのであれば、その書店は、販売する書籍を自ら検査したものに限定するであろう。こうして国家は、有害書籍だけではなく、憲法上保護された書籍の流通にも制限を課することになる。国家により強制された書店の自己検閲は、全ての公衆に影響する検閲となるであろう。そしてそれは、私的に管理されているとは言え、無害とは言えない。

Id. at 153-54. 裁判所が「自己検閲」と呼ぶものは、実際は書店を使った政府による付随的検閲である。それは書店と著者が異なる動機を持つが故に可能となる。Balkin, *supra* note 39, at 2302 & n.25 (Meyersonを引用, *supra* note 39, at 118 n.259).

次に、*Smith*判決は、配布者が配布したものの名誉毀損的内容に気付いていない場合、配布者に責任を問わないコモンローの配布者責任に類似していた。See *CompuServe*, 776 F. Supp. at 141-42.

⁵⁹ Tushnet, *supra* note 51, at 1007-08 & nn.94-95 (通信業界は“Super Sullivan” (Sullivan判決を越えるもの) *id.* at 1008 n.95 を求めるのに代えて、立法的解決を求めたと論ずる。 *id.* at 1007 n.94).

⁶⁰ See *id.* at 1004-05 (名誉毀損、詐欺、Digital Millennium Copyright Act (DMCA) の下

1996年通信法（Telecommunications Act of 1996）230条⁶¹は、双方向サービスのユーザー又はプロバイダは有害なコンテンツに関し責任を問わない旨を定めているが、それは、知的財産侵害に基づく責任には適用されない⁶²。1998年デジタルミレニアム著作権法（Digital Millennium Copyright Act (DMCA)）512条⁶³は、インターネットサービスプロバイダ、基幹オペレーター、及びそれに類する経由オペレーターに対して、権利侵害のおそれのあるコンテンツが、その認識なくそれらを通して送られた場合のセーフハーバールールを提供する⁶⁴。それはまた、他の人々のコンテンツを含む仲介者（YouTubeのような）に対する精巧なノーティスアンドテイクダウン手続を設けている⁶⁵。

230条免責、及びそれ未満の水準である512条のセーフハーバールールは、デジタル時代のアメリカ合衆国における表現の自由の最も重要な保護の1つである。壊滅的な責任を負担するおそれなく様々な通信システム、サーチエンジン、プラットフォーム及びクラウドサービスの発展を可能としたのは、これらの法制度である⁶⁶。初期のGoogleやFacebookは、もしこれらのサービスの中に現れる数え切れないリンク、ブログ、投稿、コメント及びアップデートの出版者と扱われていたら、いくつもの名誉毀損訴訟を生き残っていなかったであろう。しかし、230条の免責も512条のセーフハーバールールも、最高裁判決ではなく立法行為により生じたものである。そ

の著作権侵害、その他の知的財産侵害、並びにわいせつ物及び児童ポルノに関する刑事の共犯責任を含む不法行為に関する州法上の異なる仲介者責任制度を議論する）。

⁶¹ 47 U.S.C. § 230 (2006).

⁶² *Id.* § 230(c)(1)（「双方向コンピュータサービスのプロバイダ又はユーザーは、他の情報コンテンツ提供者により提供された情報の出版者又は表現者と扱われない。」）。

⁶³ 17 U.S.C. § 512 (2012).

⁶⁴ *See id.* § 512(a)（「一時的なデジタルネットワーク通信」に免責を与えている）；*id.* § 512(b)（一時キャッシュの作成に免責を与えている）。

⁶⁵ *See id.* § 512(g)（サービスプロバイダへのノーティスアンドテイクダウン手続を説明する）。

⁶⁶ *See Balkin, The Future of Free Expression in a Digital Age, supra* note 14, at 436-38（仲介者責任のイノベーションへの影響を述べる）。

して全ての国が言論保護に資する仲介者責任のルールを持っている訳ではない⁶⁷。

しかし、仲介者免責とセーフハーバーのシステムが保護しないものが、仲介者責任の仕組、それゆえ潜在的な付随的検閲の仕組を構成する。DMCAの512条(G)はコンテンツを保有する者がノーティスアンドテイクダウンの枠組に同意する場合だけセーフハーバーを提供する。もし私人が、自らの著作権を侵害するコンテンツを仲介者が保有していると主張した場合、当該仲介者は、迅速にそれを削除しない限り責任のリスクを負うことになる⁶⁸。したがって、仲介者はなおフェアユース及び修正第1条により保護されるコンテンツを取り下げる動機を持つ⁶⁹。個人は、もしカウンターノーティスを提出し、名乗り出て、管轄及び訴状送達に同意すれば、そのコンテンツを回復することができるが、そうする者はほとんどいない⁷⁰。結果的に、ノーティスアンドテイクダウンルールは、匿名で表現したい者、法律上の代理人を選任する金銭的余裕のない者、海外に住みアメリカの裁判所における訴訟に巻き込まれることを望まない者の言論を制限する。更

⁶⁷ See, e.g., Noah C.N. Hampson, Comment, *The Internet Is Not a Lawless Prairie: Data Protection and Privacy in Italy*, 34 B.C. INT'L & COMP. L. REV. 477 (2011) (クラスメイトにいじめられていたことを明らかにされた美術系の学生のプライバシー権を侵害したYouTubeビデオについてGoogleの3名の幹部に対するイタリアの訴追について述べる); Miquel Peguera, *The DMCA Safe Harbors and Their European Counterparts: A Comparative Analysis of Some Common Problems*, 32 COLUM. J.L. & ARTS 481 (2009) (アメリカのDMCAセーフハーバールールと電子商取引に関する欧州評議会指令の違いを述べる)。

⁶⁸ See 17 U.S.C. § 512(g) (ノーティスアンドテイクダウン手続について述べる)。

⁶⁹ See, e.g., Mulligan, *supra* note 39, at 181-84 (「ノーティスアンドテイクダウン制度は…実際に著作権侵害訴訟を提起する時点で言論の保護を取り除いてしまう。」*Id.* at 181); Tushnet, *supra* note 51, at 1003 (「DMCA通知要件は最低限でありインターネットサービスプロバイダは捜査する動機を持たないので、ノーティスアンドテイクダウンの過程は著作権侵害の抑圧だけでなく、重要な言論の抑圧にも用いることができる。」)。

⁷⁰ See Tushnet, *supra* note 51, at 1003 (「通知を受け取ったほとんどのユーザーは、たとえ有効な防御方法を持っていたとしても反対通知をしない。」)。

に、コンテンツ産業は、DMCAの512条⁷¹の解釈を通じ、そしてまた、セーフハーバールールをほぼ無意味なものにする新法を通じて、仲介者責任をより大きなものとするよう繰り返し働きかけている⁷²。

⁷¹ See, e.g., *Viacom Int'l Inc. v. YouTube, Inc.*, 718 F. Supp. 2d 514 (S.D.N.Y. 2010) (DMCA セーフハーバールール of the 適用を受けるための侵害の認識の程度を争っている), *aff'd in part, vacated in part, rev'd in part and remanded*, 676 F.3d 19 (2d Cir, 2012).

⁷² See *infra* section II.B.2.c, pp. 2320-22 (Combating Online Infringement, Counterfeits Act, the Stop Online Piracy Act 及び the PROTECT IP Act of 2011 について論ずる). 更に、230条は、オンラインサービスプロバイダがコンテンツをブロック及びフィルタリングした場合は免責し、その結果、政府と協力することを容易にするという更なる捻りを伴う。See 47 U.S.C. § 230(c)(2) (2006).