

近時のアメリカ合衆国における
情報サービス規制をめぐる議論について
—— ケーブル事業者である Comcast Corporation による
エンド・ユーザーの P2P トラフィック/通信量の遮断が
提起する問題に対する FCC の判断を中心に ——

松 宮 広 和

情報法研究室

A Consideration on Recent Controversies over Regulations
on Information Service in the United States :
FCC Decision on Comcast's Blocking of P2P Traffic

Hirokazu MATSUMIYA

Information, Law and Technology

Abstract

On August 20, 2008, FCC made a landmark decision to order Comcast Corporation to end its prior discriminatory network management practices, and affirmed its authority to protect the Internet under Title I of the Communications Act of 1934. In this order, FCC states that it has discretion to choose between adjudication and rulemaking, and can exercise its ancillary jurisdiction over a broadband Internet access service provider's unreasonable network management practices, even though it is not a common carrier under Title II of the Act. However, the issue of what constitutes reasonable network management remains to be solved. Government authorities should make the additional framework that is necessary to preserve the vibrant and open architecture of the Internet, and foster its progress in the future.

はじめに

アメリカ合衆国のブロードバンド政策¹においては、近時の合衆国最高裁判所判決及び FCC による規制緩和によって、ケーブル・モデム・サービスを含むブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスが、連邦通信法第 I 編のもとで、より緩やかな規制にもとづく情報サービスとして規制されることが確定した。しかし、「ネットワークの中立性」をめぐる議論の活発化とともに、FCC が、情報サービスのプロバイダーに対して、如何なる法的根拠のもとで、如何なる範囲で規制権限を行使し得るかという問題が、顕在化してきた。本稿は、ケーブル事業者である Comcast Corporation によるエンド・ユーザーの P2P トラフィック/通信量の遮断が提起する問題に対して示された FCC の判断を中心に、当該問題に対して検討を行うことをその目的とする。

1. インターネットの基本構造及びブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスの普及がもたらした問題について

1.1 インターネット及びそれが維持してきた技術的・制度的な基本構造について

米国の連邦通信法において、「インターネット」(=‘the Internet’)とは、「連邦及び連邦以外の双方の、相互運用性を有する「パケット交換」(=‘packet switching’)²を使用するデータ・ネットワークから構成される国際的なコンピュータ・ネットワークを意味する」と、定義される³。インターネットは、各々が独立した数多くの通信網の緩やかな集合体であり⁴、その一般への普及以前から利用が開始された「商用オンライン・サービス」(=‘commercial online service(s)’) ⁵とは異なって、それを集中的に統括する組織又は機構は存在しない⁶。

インターネットは、技術的には、独立したネットワークを共通の「インターネット・プロトコル」(=‘Internet Protocol’/以下「IP」)⁷で接続する形で成立した⁸。そのため、各々のネットワークに接続される機器及びそこで使用されるアプリケーション等の技術的な仕様の決定は、それらのネットワークの管理者に委ねられた⁹。また、その民間への普及の初期の段階において、その「基幹幹線網/バックボーン」(=‘backbone’)は連邦政府によって提供されたが、個々のネットワークは、「コモン・キャリア」(=‘common carrier’)¹⁰である既存の電話会社が提供する専用線の購入という形で構成された。それらのネットワーク間の相互接続は、原則として、「概念的に隣接する通信網の同意にのみもとづく」ものであり、それを規律する法的又は制度的な枠組みは、本稿執筆の時点に至るまで、基本的には存在しない^{11 12 13}。

ネットワーク間の相互接続に際しては、相互接続料金に相当する「ピアリング・フィー」(=‘peering fee’)の支払いが行われる。ピアリング・フィーの額は、「トラフィック/通信量」(=‘traffic’)、それらの方向、及びそれらの時間帯における推移等についての考慮がなされた上で決定される¹⁴。このことは、その他の契約条件についても同様である。パケット交換型の通信では、その実現の正否及び/又は

実際に伝送されるトラフィック/通信量は、それが完了するまでは確定しない。そのため、ピアリング・フィーは、一般的には「定額制」(='flat rate')で支払われる。また、パケット交換型の通信では、ほとんどの場合に「帯域」(='bandwidth')¹⁵が共有される。そのため、インターネット通信では、事業者は、サービスの提供に際して最善努力義務のみを負うとする「ベスト・エフォート」(='best effort(s)')型の事業形態が一般的である。これらの実務は、インターネットを経由する通信料金の大幅な低廉化を実現した。

この様にして、従来型の「公衆電話交換網」(='Public Switched Telephone Network'/以下「PSTN」)とは全く異なる技術的・制度的枠組みを有するネットワークが、PSTNとは別個に形成されてきた。このことは、とりわけ、あるものが、インターネットに接続された、ある特定のネットワークと接続することによって、世界中の通信基盤を利用することを可能としてきた。技術的・制度的に開放性を有するインターネットの基本構造は、そこにおける革新的競争及び消費者の利益の増大に大きく寄与してきた。

1.2 ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスの普及がもたらしたインターネットの接続性に関する問題、特に「ネットワークの中立性」に至る議論の推移について—伝送路に対する支配のあり方を中心に—

前述の様な経緯を経て形成されてきたインターネットの基本構造に改変がもたらされ得るという危険性は、ネットワークの末端部分の「伝送路」(='pipeline')を保有する事業者によって提供される、「伝送」(='transmission')の構成要素を有する「ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス」(='broadband Internet access service(s)') (より具体的には、ケーブル事業者によって提供される「ケーブル・モデム・サービス」(='cable modem service(s)')¹⁶の到来によって、もたらされた。これらのサービスの法的性質は、特に「インターネット・サービス・プロバイダー」(='Internet Service Provider(s)'/以下「ISP(s)」)が提供するISPサービス市場における競争環境に重大な影響を与えるため、法的な争いが長く続いた。

1996年に、連邦議会は、「1996年電気通信法」(='the Telecommunications Act of 1996')¹⁷を制定し、「電気通信」(='telecommunications')¹⁸、「電気通信サービス」(='telecommunications service')¹⁹及び「情報サービス」(='information service')²⁰の定義を定めた。しかし、同法は、ISP(s)、ISPサービス及びケーブル・モデム・サービス等については、明示的な定義を定めなかった。1998年に、「連邦通信委員会」(='the Federal Communications Commission'/以下「FCC」)は、将来の「ユニバーサル・サービス」(='universal service')に対して考察を行った所謂「スティーヴンス報告書」(='Stevens Report')²¹を公表した。当該報告書において、FCCは、ISPサービスを電気通信サービスとしてではなく、情報サービスとして分類することは適切である、と判断したが²²、ケーブル・モデム・サービスに代表される、インターネットへの物理的な接続及びデータの「伝送」という構成要素を含むサービスの法的性質については言及しなかった。

1990年代末期、「ブロードバンド・サービス」(='broadband service')²³への要求が高まる中で、ケーブル・モデム・サービスの普及が進展した。同時に、ケーブル回線網が有する広帯域性がケーブル事業者に付与する強い競争力によって、非関連ISP(s)が、ISPサービス市場から駆逐され得るとの懸念が指摘される様になった²⁴。そして、ケーブル事業者による競争者に対するケーブル施設の開放、すなわち、「オープン・アクセス」(='open access')を求める声が高まった。当該問題は、1990年代末以降に発生した「複数の地域において事業を運営するケーブル事業者(一般に「統括管理会社」)(='Multiple System Operator(s)'/以下「MSO(s)」)に対する一連の大規模な買収に際して顕在化し、特に米国最大の「インター・エクスチェンジ・キャリア/長距離通信事業者」(='Inter Exchange Carrier(s)' or 'Interexchange Carrier(s)'/以下「IXC(s)」)であったAT&T Corporation(以下「(旧)AT&T社」)による、当時同国における第2位のMSO(s)であったTele-Communications, Inc.(以下「TCI社」)に対する買収を契機として発生した所謂「Portland事件」²⁵等によって、司法の場でも争われた。当該法的紛争の結果は、ケーブル・モデム・サービスの法的性質に大きく依存する。当該サービスが、「ケーブル・サービス」(='cable service')²⁶としての法的性質を有するならば、連邦通信法第VI編のもとで、地方当局の広範な監督権限に服することとなる。それが、電気通信サービスとしての法的性質を有するならば、同法第II編のもとで、FCCによる厳格なコモン・キャリア規制に服することとなる(すなわち、オープン・アクセスが命じられ得る)²⁷。それが、情報サービスであるならば、同法I編のもとで、専らFCCの監督権限に従い、より緩やかな規制に服することとなる。1999年6月4日、AT&T v. City of Portlandの原審判決²⁸が下され、当該買収を承認する条件としてオープン・アクセスを命じた地方当局の監督権限が認められた²⁹。(旧)AT&T社及びTCI社は、第9巡回区連邦控訴裁判所に上訴した。2000年6月22日、控訴審判決において、当該裁判所は、ケーブル・モデム・サービスの双方向性を根拠として、当該サービスは、ケーブル・サービスとしては性質決定されない、それは、情報サービスと電気通信サービスの要素を含んでいる、と判示して、地方当局の監督権限を否定した³¹。その後、第4巡回区においても、ケーブル・モデム・サービスが電気通信サービスの構成要素を含むことを理由として、地方当局による規制を排除する旨の判決が示された³²。

2000年9月28日、FCCは、ケーブル及びその他の施設を経由するインターネットへのアクセスに関する「調査の告示」(='Notice of Inquiry'/以下「Cable NOI」)³³を公布し、その後、2002年3月15日、「宣言的判断」(='Declaratory Ruling')³⁴を、その一部を構成する「規則制定提案の告示」(='Notice of Proposed Rulemaking'/以下、当該部分を特に「Cable NPRM」)³⁵とともに公布した。当該判断に際して、FCCは、スティーヴンス報告書³⁶における認定を採用して³⁷、ケーブル事業者(及び/又はその関連ISP(s))は、施設を保有しないISP(s)と同様に、ケーブル・モデム・サービスをエンド・ユーザーに提供するために電気通信を使用しているに過ぎず、電気通信サービスは提供していない、と判断した³⁸。そして、FCCは、その当時提供されていたケーブル・モデム・サービスを、ケーブル・サービスとしてではなく、州際情報サービスとして分類することは適切であり、分離して提供される電気通信サービスは存在しない、と結論付けた³⁹。

FCCによる宣言的判断によって、ケーブル・モデム・サービスは、連邦控訴裁判所の判断が示された第4巡回区及び第9巡回区では、情報サービス及び電気通信サービスの要素を含む混合的なサービスとして、それ以外の巡回区においては、統合された情報サービスとして、法的性質が決定されることとなった。FCCによる宣言的判断の再考を求めて、全米で7つの異なる申立てがなされた。これらは、Brand X Internet LLC⁴⁰による申立てとの併合を目的として、第9巡回区連邦控訴裁判所に移送された。2003年10月6日、第9巡回区連邦控訴裁判所は、原審である Brand X Internet Servs. v. FCC⁴¹において、「先例拘束性の原理」(='stare decisis')に従って、Portland 事件控訴審判決⁴²における判断を採用し、ケーブル事業者が、インターネット伝送を提供する範囲においては、電気通信サービスを提供している、と判断して、FCCの宣言的判断の一部肯定、一部破棄及び更なる手続きを行う目的での差戻しを命じた。その後、Brand X_1の当事者の一部を含むものによって、再弁論を求める申立てがなされたが、当該請求は棄却された⁴³。

原審判決である Brand X_1が効力を保持しているならば、FCCは、ケーブル・モデム・サービス(更には、その他のブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス)を、連邦通信法第II編のもとで電気通信サービスとして規制することを要求されることとなる。その様な規制のあり方は、FCCの宣言的判断と整合性を有さない。連邦政府は、当該問題の重要性を認識し、2004年8月27日、「裁量上訴受理令状」(='certiorari')を求める申立てを行った⁴⁴。また、当該判決と利害関係にある事業者等も、同年8月30日、裁量上訴受理令状を求める申立てを行った⁴⁶。これらの申立てに対して、同年12月3日、合衆国最高裁判所は、それらを受理する旨の決定を行った⁴⁷。2005年6月27日、合衆国最高裁判所は、上告審である National Cable & Telecommunications Assn v. Brand X Internet Services⁴⁸において、第9巡回区連邦控訴裁判所は、合衆国最高裁判所が Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc.⁴⁹で確立した所謂「Chevron 判決/理論」の枠組みを適用するべきであって、先例拘束性の原理にもとづいて、それとは反対の結論を導く Portland_2において採用した解釈に従うべきではなかった、と判断し、原審判決を破棄し、判決理由と整合性を有する形での更なる手続きを求めての差戻しを命じた⁵⁰。その結果、所謂「Portland 事件」以来長く争われてきた、ケーブル・モデム・サービスの法的性質をめぐる争いに最終的な判断が示され、当該サービスが、統合された情報サービスとして規制されることが確定した。

一方、2001年に成立した共和党政権下の FCC は、最小限の規制によって、競争市場のもとでブロードバンド・サービスに対するより多くの投資と革新を助長するという政策を推進してきた。

2003年、FCCは、「アンバンドルされたネットワーク構成要素」(='Unbundled Network Element(s)'/以下「UNE(s)」)⁵¹の提供義務の再考を行った所謂「3年毎の再考」(='Triennial Review'/以下、同じ)⁵²において、競争者が「デジタル加入者回線」(='Digital Subscriber Line'/DSL/以下「xDSL」)⁵³サービスを提供する際に必要となる金属製の「ループ/ローカル通信回線」(='loop(s)')の高周波数部分の提供を義務付ける回線共用義務を3年の移行期間の後に撤廃すること⁵⁴、及び家庭内向けの光ファイバーに関するアンバンドル義務の大半を廃止すること⁵⁵、を決定した⁵⁶。この結果、家庭内向け

の光ファイバーを使用する「ファイバー・トゥー・ザ・ホーム」(=‘Fiber To The Home’/以下「FTTH」)サービスの提供に際して、iLEC(s)は、ケーブル事業者がケーブル・モデム・サービスを提供する場合と同様に、基本的に自らの施設又は設備を専用することが可能となった⁵⁷。

2005年8月5日、FCCは、iLEC(s)やケーブル事業者を含む有線のブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスの施設ベースの提供者に対して、当該サービスの一部である「伝送」の構成要素を、スタンド-アローンのコモン・キャリア・ベースで提供する義務を廃止することを発表し⁵⁸、同年9月23日、当該規則⁵⁹を公表した。その結果、xDSLサービスを含めて、これらのサービスは、基本的には情報サービスとして分類されることとなった⁶⁰。このことは、iLEC(s)とケーブル事業者との間に存在した競争環境の格差を解消した⁶¹。また、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスを可能とする伝送路の建設への誘因を提供する一助となった⁶²。しかし、その一方で、当該サービスの提供者は、厳格なコモン・キャリア規制に服することなく、ISPサービスの提供に際して、ネットワークの末端部分の伝送路に対して排他的な支配を有することが可能となった。

そのため、特にネットワークの利用者の視点から、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスが、統合された情報サービスであることを前提としつつも、「エンド・トゥー・エンド」(=‘end to end’)⁶³の考えにもとづいて構築されたインターネットが、その誕生から現在に至るまで保持してきた、技術的・制度的に開放性を有する中立的な基本構造を維持することによって、それが実現してきた革新的競争及び消費者の利益を保護するべきであるという「ネットワークの中立性」(=‘network neutrality’)⁶⁴⁶⁵という考えが主張され、近時の米国における激しい議論を提起することとなった。その様な動向を受けて、2005年8月5日、FCCは、公共インターネットの開放され相互接続される性質を維持し促進するための4原則を示す政策声明を採択したと発表し⁶⁶、同年9月23日、当該政策声明(すなわち、一般に「インターネット政策声明」(=‘the Internet Policy Statement’))⁶⁷を公布した。その後、FCCは、2007年3月22日、ブロードバンド産業の実務に関する調査を開始すると発表し⁶⁸、同年4月16日、当該調査の告示⁶⁹を公布した。

しかし、共和党政権下のFCCは、一貫して規制緩和政策を継続し、2006年には、「電力線を経由するブロードバンドが可能とするインターネット・アクセス・サービス」(=‘Broadband over Power Line (BPL)-enabled Internet access service’)⁷⁰が、そして、2007年には、「無線ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス」(=‘wireless broadband Internet access service’)⁷¹が、基本的には情報サービスとして規制されることとなった⁷²⁷³。

1.3 問題の所在

問題は、伝送路の提供を伴うものを含めて、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスが、統合された情報サービスであると、FCC及び合衆国裁判所によって、最終的に判断されたことである。しかし、ケーブル事業者を含む、コモン・キャリアではない、当該サービスのプロバイダーに対して、FCCが、如何なる法的根拠のもとで規制権限を行使し得るかという問題は、必ずしも明ら

かではなかった。

2. ケーブル事業者である Comcast Corporation によるエンド・ユーザーの P2P トラフィック/通信量の遮断が提起する問題に対して示された FCC の判断について

2.1 事実の概要

Free Press⁷⁴ は、全米最大のメディア改革団体である。Public Knowledge⁷⁵ は、デジタル文化における市民の権利の保護を目的とする公益団体である。

Comcast Corporation (以下「Comcast 社」)⁷⁶ は、全米最大のケーブル事業者であり、近時には、自らが保有するケーブル回線網を経由して、従来型の (すなわち、ほぼ 1 方向の) 「ケーブル・サービス」 (= 'cable service')⁷⁷、「ヴォイス・オーバー・インターネット・プロトコル」 (= 'Voice over Internet Protocol'/以下「VoIP」)⁷⁸ 音声通話サービス、ISP サービスに加えて、WWW サイトを経由する (一定の範囲で双方向性を有する) 「ビデオ・オン・デマンド」 (= 'Video on Demand'/以下「VOD」) サービス等を提供してきた。

インターネット通信の基幹部分は、「伝送制御プロトコル」 (= 'Transmission Control Protocol'/以下「TCP」)⁷⁹ 及び IP に依存する⁸⁰。あるアプリケーションの適切な動作には、コネクション/接続が、継続的で、かつ、信頼性を有することが要求される。TCP コネクション/接続でリンクされるコンピュータは、当該コネクション/接続を経由して、あるユーザーからその他のユーザーに送られるパケットが、少なくともそれを受け取るコンピュータの視点において、「連続して、かつ、エラー無く到達する」ことを確認する目的で、このコネクション/接続を監視する。何れかのコンピュータが、「当該ネットワークの中で何か深刻に悪いことが発生した」ことを探知する場合には、それは、その他のものに、「リセット・パケット」 (= 'reset packet(s)') 又は「RST パケット」 (= 'RST packet(s)') を送出し、当該現在のコネクション/接続が、終了され、そして、「信頼性を有する通信が継続可能な場合には」新たな接続が確立されるべきである、ことを伝える。そのため、一般的に、通常のネットワーク・ソフトウェアが、RST パケットを受信する場合、その反応として、当該コネクション/接続のその側を終了/閉鎖することをもたらす。

近時のインターネット通信において、エンド・ユーザー間の「ピア-ツー-ピア」 (= 'peer-to-peer' or 'P to P'/以下「P2P」)⁸¹ アプリケーションは、急速に普及してきた⁸²。BitTorrent⁸³ は、BitTorrent, Inc.⁸⁴ が提供する、オープン・ソースの (サーバーを必要としない) 純粋型の P2P 型のネットワーク・プロトコルである。今日、それは、個人による使用のみならず、例えば、Vuze, Inc. (以下「Vuze 社」)⁸⁵ の様な、新たなオンラインのコンテンツ配信者による、ネットワークを経由するコンテンツ配信サービスの提供にも、使用されている。その様なサービスは、伝統的なケーブル事業者によって提供されてきた VOD サービスに対する潜在的な競争上の脅威となり得る。

本件は、Comcast 社の顧客が、BitTorrent 及び類似の P2P アプリケーションを使用する際に、そ

の接続に発生する問題を認識したことを契機に発生した。当該問題の報道が最初になされた際に、同社は、顧客の問題に対する如何なる責任も認めなかった⁸⁶。しかし、同社が、P2P アプリケーションを使用して、オンラインでファイルを共有する、消費者の意図に選択的に干渉していると指摘する、the Associated Press⁸⁷ 及び Electronic Frontier Foundation⁸⁸ のテストの後に⁸⁹、同社は、その話を変更して、確かに、同社が、加入者の P2P トラフィック/通信量を、干渉の目的で狙い、RST パケットを送出したことを認めた⁹⁰。

Comcast 社は、当初、同社は、ネットワークの「輻輳」(='congestion')のピーク時及びネットワークのトラフィック/通信量が重い期間の間のみ、確かに、その様に行った、と主張した⁹¹。その後、当該干渉がそのやり方に限定されていないことを示唆する、更に多くの証拠に直面して、Comcast 社は、その立場を再び変えて、ある特定の時点のネットワーク全体の輻輳の程度に関わらず、また、1 日の中の時間に関わらず、P2P トラフィック/通信量に干渉していることを認めた。

2007年11月1日、Free Press は、FCC に、Comcast 社に対する不服申立ての正式手続きを行い⁹²、FCC に、同社による当該行為の差止めを求める、(1)暫定的差止命令、(2) 本案的差止命令/終局的差止命令、及び同社に対する (3) 最大の (財産の) 没取/剥奪/没収を要求した⁹³。また、それは、FCC に、ある ISP(s) が、標的とするインターネット・アプリケーションの品質を意図的に遮断する場合には、インターネット政策声明に違反すると宣言する「宣言的判断を求める申立て」(='petition for a declaratory ruling') を要求した⁹⁴。同年11月14日、Vuze 社は、別個に、FCC が、「ネットワーク・オペレーターが、特定の、インターネットの、アプリケーション、コンテンツ又は技術を差別する実務に従事することを禁止する合理的な規則を採択すること」を求める規則制定を求める申立ての正式手続きを行った⁹⁵。その後、20,000以上の市民が、Comcast 社による P2P アプリケーションの「ブロッキング/遮断」(='blocking')を非難し、FCC に、当該有害な実務を、急いで終了させる即時の行動を取ることを要求した⁹⁶。

2.2 FCC による判断

2008年1月8日、当時 FCC の委員長であった Kevin J. Martin 氏は、Comcast 社による BitTorrent 等の P2P トラフィック/通信量への干渉の問題に対する調査を開始する、と発表した⁹⁷。同年1月11日、FCC の「強制部」(='Enforcement Bureau')は、Comcast 社に質問状を送付し⁹⁸、同社は、それに対して返信した⁹⁹。同年1月14日、FCC の「有線競争部」(='Wireline Competition Bureau')は、Free Press 及び Vuze 社の申立てに対する意見/コメントを求め¹⁰⁰、FCC は、反応として、6,500以上の意見/コメントを受け取った。加えて、FCC は、当該不服申立て及びこれらの申立てに対する公聴会を、同年2月25日、マサチューセッツ州 Cambridge 市の Harvard University、及び同年4月17日、カリフォルニア州 Palo Alto 市の Stanford University において、開催した。

その後、FCC は、同年8月1日、Comcast 社に対して、差別的なネットワーク運営実務を終了させることを命じると発表し¹⁰¹、同年8月20日、当該命令を公表した¹⁰²。

判断：FCC は、以下を命じる¹⁰³。

- ・1934年通信法§§ 1、2 (a)、4 (i)、4 (j)、201(b)、230(b)、256、257、303(r)、403、及び601¹⁰⁴ にもとづいて、2007年11月1日に正式な手続きがなされた、Free Press による Comcast 社に対する不服申立ては、ここに記される範囲において付与され、もしそうでなければ否定される。

- ・前述した1934年通信法の規定及び当該委員会規則47 C.F.R.§1.2¹⁰⁵ に従って、2007年11月1日に正式な手続きがなされた、Free Press による宣言的判断を求める申立ては、ここに記される範囲において付与され、もしそうでなければ否定される。

- ・前述した1934年通信法の規定に従って、Comcast 社は、この「メモランダム・オピニオン・アンド・オーダー/覚書意見及び命令」(=‘Memorandum Opinion and Order’) の¶54に記された段階を取らねば/進まねばならない。

- ・更に、この「メモランダム・オピニオン・アンド・オーダー/覚書意見及び命令」は、公表とともに有効となる。

判断年月日：2008年8月20日

(a) 連邦の政策を強制する FCC の権能について

FCC は、インターネット政策声明¹⁰⁶ において、「連邦議会が、改正された1934年通信法§230(b)¹⁰⁷ で確立した、「全米インターネット政策」(=‘the national Internet policy’) を監督し、かつ、強制する、その責任を有する。その真髄は、「ブロードバンドの提供を促進し、公共インターネットの開放され相互接続される性質を維持し促進する」¹⁰⁸ ことであり、FCC は、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス・プロバイダーに、「合理的なネットワーク運営」(=‘reasonable network management’) の実務に服して、「消費者が、法執行の必要に服して、自ら選択するアプリケーションを起動させ、サービスを利用する権利を有すること」、及び「自ら選択する合法的なインターネット上のコンテンツにアクセスする(権利を有すること)」を、指示した¹⁰⁹。FCC は、その「電気通信市場がブロードバンド時代に入るに際して、インターネットの活力ある開放された特徴を維持し促進する義務」の理解を言明し¹¹⁰、インターネット政策声明を「進行中の政策立案活動」に規定することを誓約した¹¹¹。また、FCC は、当該声明を採択した同日に、「有線ブロードバンド命令」(=‘FCC Wireline Order’)¹¹² を採択し、特に、FCC は、「インターネット・アクセス又は「IP が可能とする」(=‘IP-enabled’) サービス(の提供)を目的とする電気通信のプロバイダーが、これらの原則に違反している証拠を見らば、我々は、その行為を取り扱う行動を取ることを(決して)躊躇しない。」と警告した¹¹³。

FCC は、ブロードバンド・サービスのプロバイダーに対する制定法上の権能を有する。Brand X₃ において、合衆国最高裁判所は、「FCC は、州際及び外国との通信を規制する、連邦通信法第 I 編の「付随的な管轄権」(=‘ancillary jurisdiction’)のもとで、情報サービスのプロバイダーに対して、追加的な規制義務を賦課する管轄権を有する」¹¹⁴、及び「FCC は、施設ベースの ISP(s) に対して、第 I 編

の付随的な管轄権のもとで、特別な規制上の義務を賦課する自由を有し続ける。」¹¹⁵、と述べた。

本件で問題とされる P2P の TCP コネクション/接続は、「有線による通信」(='communication by wire')¹¹⁶ であり、本件の係争物は、連邦通信法第 I 編の一般的な管轄権の中に存在する。付随的な管轄権の行使には、FCC の責任の効率的な遂行に合理的に付随的な「何か」(='something')が必要であるが、それらは、同法の以下の規定に記される。まず、本法§230(b) は、全米インターネット政策の実現を FCC に要求し、同法§ 1¹¹⁷ は、本法の条項を執行及び強制を要求する。そして、同法§ 4 (i)¹¹⁸ は、FCC に、その機能の執行において必要であり得る…(中略)…命令を公布する権限を付与する。また、それは、以下の 6 つの条項のもとで、我々の権能に合理的に付随的である。第 1 に、同法§ 1 は、FCC に、「可能な限りにおいて、合衆国の全ての人々に対して、迅速で、効率的で、全米的な有線及び無線の通信サービスを、適切な施設と、合理的な料金で、入手可能とする」ことを指示する。第 2 に、本法§201¹¹⁹ は、「[コモン・キャリア] サービスのための及びそれに関連する、全ての、料金、実務、分類、及び規制は、公正で、かつ、合理的なものでなければならず、そして、如何なる、不公正な又は非合理的な、料金、実務、分類、又は規制は、ここにおいて、不適法であると宣言される。」と、規定する¹²⁰。第 3 に、同法§706¹²¹ は、「連邦議会は、合理的かつ適時に、全てのアメリカ人に対する高度な電気通信性能の提供を促進しなければならない」と規定し、それを実現する責任を、FCC に課す。第 4 に、同法§256¹²² は、「最大の/最も幅広い数の、通信製品及びサービスのユーザー及びベンダー/販売者による、電気通信サービスの提供に使用される、公衆電気通信ネットワークに対する非差別的なアクセシビリティ/アクセス可能性/接近可能性の促進」、及び「ユーザー及び情報プロバイダーが、継ぎ目なく、かつ、透明に、電気通信ネットワークの間で及びそれ中に、情報を送信及び受信する能力を保証する/確かなものとする」ことを目的とする¹²³。第 5 に、同法§257¹²⁴ は、「メディアの声の多様性、活力ある経済的競争、技術の前進/発展、及び当該公共の、政策、便益、及び必要を支持するこの[通信]法の政策及び目的を促進すること」¹²⁵ を目的に、FCC に義務を賦課する。また、標準プロトコル及び実務からの相違/不一致をもたらす同社の行為は、インターネット全体に害を与え得るため、当該行為への対処は、同法同条の目的を前進させ得る。第 6 に、この様な付随的権能の行使は、ケーブル通信が、「公衆に対して、情報の源及びサービスの可能な限り最も幅広い多様性を提供し、かつ、提供することを促すことを確かなものとする」¹²⁶ 目的で同法§ 601に記された当該政策を前進させる¹²⁷。

§230(b) (2) に記される政策が、インターネットに対する完全な非規制を意図し、FCC の法的権能否定する連邦議会の明確な意図を示すものであると解釈出来ない。当該政策が、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス・プロバイダーに対する政府の如何なる監督も禁止する、と合理的に読むことは出来ない¹²⁸。また、FCC は、インターネット及び前記サービス市場に影響を与え得る如何なる政府の行為も完全に禁止し得る形での同法同条の解釈を、拒否してきた¹²⁹。

Comcast 社は、Free Press の不服申立てを裁決する FCC の管轄権に関する議論を放棄している。2 年前、Comcast 社、Adelphia Communications Corporation (以下「Adelphia Communications 社」)、及び Time Warner Cable Inc. (以下「Time Warner Cable 社」) を含む合併手続きにおいて、

FCC は、当該取引が、「Time Warner Cable 社又は Comcast 社によってなされる、反競争的行為又はインターネットのコンテンツ又はアプリケーションに対する加入者のアクセスに対する干渉をもたらす蓋然性が高い」という Free Press の主張を審査し¹³⁰、「将来において、如何なる会社が、意図的にインターネット・コンテンツを阻止している又は（その）品質を低下させている証拠が発生する場合には、影響を受ける当事者は、FCC に不服申立ての正式手続きを行い得る」¹³¹と規定し、そして、FCC のインターネット政策声明が、「それに対して Comcast 社 [及び] Time Warner (Cable 社) の行為が評価される原則を含む」と特筆した¹³²。しかし、Comcast 社は、FCC の管轄権を再考する申立てを行わなかったし、また、司法審査も追求せず、当該取引を、承認される様に完了した。その結果、同社は、前記の合併事件で議論された類型の不服申立てである、現在の Free Press による不服申立てを裁定する FCC の能力への異議申立てを禁止される¹³³。

(b) 当該議論に対する FCC のアプローチについて

連邦議会は、FCC に、「事務の適切、かつ、迅速な処理及び正義の目的に対して最も良く貢献する様なやり方で、その手続きを行う」¹³⁴ 権能を付与してきた。また、合衆国最高裁判所は、一般規則の不存在、「従うべき明確なルール/準則/ハード・アンド・ファースト・ルール」(='hard and fast rule') の確立を正当化するために必要な経験の不足、又は高度な専門性及び多様性の存在によってある一般規則の内部での把握が不可能であること、という場合には、行政機関による、制定法上の基準の「一件一件の」(='case-by-case') 発展の余地を確固として認めてきたし、その際に、一般的な規則制定又はアド・ホックな裁定の選択は、まず、第 1 に、専門知識を有する当該行政機関の裁量に存在する、と判断してきた¹³⁵。この広範な権能を所与のものとして、FCC は、新たな連邦の政策を明確に述べ、強制する目的で、しばしば、規則制定ではなく、むしろ、裁定に依拠してきた¹³⁶。

FCC は、準立法的な規則の公布で本件が解決されるべきである、と認識するが¹³⁷、裁定手続きを選択する。その理由は、以下のとおり。第 1 に、インターネット及びトラフィック/通信量の運営の問題は、新たなものであり、FCC は、注意深く前進する必要がある。FCC は、この時点で「予防のための法理」(='prophylactic rule(s)')¹³⁸ を採用しない。第 2 に、インターネット・アクセス・ネットワークは、複雑で、かつ、多様である。FCC は、包括的な規則制定が良いかを確信出来ない。また、Comcast 社を含むプロバイダーが、秘密主義的であることも、当該作業を困難なものとする。第 3 に、一件一件の/ケースバイケースの採決のアプローチは、連邦議会の指示及び FCC の先例と一致する。連邦の政策は、インターネット及びその他の双方向コンピュータ・サービスのための「活力ある競争的な自由市場」の維持を代弁し、そして、FCC も、「ブロードバンド・サービスは、競争的な市場における投資及び革新を促進する、最小限の規制環境に存在するべきである。」¹³⁹、と認識してきた。

合衆国最高裁判所も認める様に、行政機関の裁定への依存は、裁量の濫用に達し得る¹⁴⁰。Comcast 社は、本件で、Pfaff v. U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev.¹⁴¹ を引用して、我々の裁定への依存が、当該濫用に達するかを評価する 4 つの基準を記した¹⁴²。しかし、それらの全てが、当該事件に適用さ

れない。

FCC の調査の告示¹⁴³ は、当該裁定手続きを不適切なものとしな。FCC は、前述の理由で、当該状況での規則制定の採用を躊躇する。

また、FCC の付随的な権能は、規則制定及び裁定に及ぶ。ある問題を判断する FCC の管轄権の有無の問題と、FCC の当該問題の取り扱い方の選択の問題とは、全く別である。また、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、裁定手続き、及び以前の規制の欠如における、FCC の付随的な権能の行使を肯定してきた¹⁴⁴。

更に、27年間の情報サービスを非規制とする政策の存在は、本件での裁定を否定しない。前記の様に、FCC は、インターネット政策声明の当該原則に違反するものに警告した。加えて、ブロードバンド産業の実務に関する調査の告示¹⁴⁵ で、それは、「FCC は、(連邦)通信法の第 I 編のもとで、それが、インターネット政策声明において公示したネットワークの中立性の原則を採用し、かつ、強制する能力を有する。」と述べた¹⁴⁶。そして、FCC は、ケーブル・モデム・サービスのプロバイダーに対する完全な範囲の制定法上の権能を行使する意思を、繰り返し明言してきた。例えば、有線ブロードバンド命令において、FCC は、それが、当該サービスのプロバイダーに管轄権を有すると認定し、「我々は、この動的に変化しつつあるブロードバンド時代において、消費者保護並びにネットワークの安全/セキュリティ及び信頼性を確かなものとする目的で必要な、如何なる「非経済的/経済以外の」(=‘non-economic’)規制上の義務を採用することを決して躊躇しない。」¹⁴⁷と声明した。Brand X 事件で合衆国最高裁判所に維持された2002年の Declaratory Ruling において、FCC は、同法§230(b)を含む、ケーブル・モデム・サービスに対する付随的管轄権を行使するための、幅広い制定法上の根拠に対する意見/コメントを追求し¹⁴⁸、また、当該プロバイダーによる、加入者のアクセスのブロッキング/遮断又は「害すること/インペアリング」(=‘impairing’)は、FCC の「介入」(=‘intervention’)のための可能な「引き金/トリガー」(=‘trigger(s)’)である、と声明した¹⁴⁹。更に、2005年に強制部が、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスのプロバイダーである、Madison River と同意審決を行い、そのユーザーの VoIP を使用する能力をブロッキング/遮断する、当該実務を終わらせた¹⁵⁰。これらを含む FCC の公告は、裁定手続きが、その従前の政策と整合性を有さないという Comcast 社の留保付答弁を内容のないものとする¹⁵¹。

最後に、FCC は、将来の状況がその様な段階を正当化する場合に備えて、当該領域で規則制定の可能性を排除しない。FCC は、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス・プロバイダーの実務の監督を継続する(つもりである)、そして、開放され、アクセス可能なインターネットの継続的存在を確かなものとするために必要な如何なる行動を取る用意がある。

(c) 当該紛争の解決

- ・ ネットワーク運営実務が差別的であるかの判断—

当該証拠は、Comcast 社のネットワーク運営実務による、侵襲的、かつ、広範な範囲で実施された¹⁵²、

アプリケーション及びプロトコルの間での差別¹⁵³を明確に示す。当該干渉の対象は、映画の予告編、ビデオ・ゲーム、コンピュータ・ソフトウェア及び音楽ビデオ等のダウンロードに及ぶ。P2P プロトコルに対する Comcast 社の干渉は、連邦通信法§230(b)(1) が規定する「インターネット…(中略)…の継続的發展を促進する」連邦の政策に違反する様に見受けられる。何故なら、当該干渉は、インターネット政策声明に記される消費者の前記の能力を制限するからである。したがって、Free Press は、Comcast 社の実務が、インターネットのコンテンツ及びアプリケーションを確かに阻害するという、「一応有利な事件」(='prima facie case') を形成してきた。

・ネットワーク運営実務の合理性の判断一

Comcast 社は、そのネットワーク運営実務が、合理的なものであることを示さなければならない。同社は、そのネットワーク運営が、差別的であるとしても、合理的である、と主張する。しかし、当該領域の専門家は、概して、同社の主張に強く反対する¹⁵⁴¹⁵⁵。更に、同社の実務は、ある特定のアプリケーションの使用を選択的にブロック/遮断した。したがって、FCC は、その様な異種の取り扱い、反競争的な濫用の顕著な危険を提起する、と信じる。

同社の手段が、ネットワークの輻輳を緩和する利益において、注意深く適応されているかの判断において、それは、明確に否定される。最初の問題として、同社の実務は、少なくとも3つの理由によって、過度に包括的である。第1に、それは、僅かな帯域しか使用しない顧客にも、単に彼らが同社に「嫌悪される」(='disfavored') アプリケーションを使用することを理由に、影響を与えた。第2に、同社の現在の P2P 運営は、その時間のネットワーク全体の輻輳の水準、及び1日の時間(帯)にかかわらず、発動される。第3に、その設備は、輻輳している機器/ノードを有する地域のみを標的にしていない様に見受けられる。

加えて、Comcast 社は、差別を行うことなく、トラフィック/通信量を運営する目的で使用し得た、幾つかの選択肢を有する¹⁵⁶。

Comcast 社及びその他の識者は、ネットワーク運営実務における帯域管理の必要性及び(運営の)柔軟性の必要性を強調する。FCC は、それに反対しない。それ故に、FCC は、ここでプロバイダーのネットワーク運営実務を細部に至るまで綿密に管理する、柔軟性を欠く枠組みを採用しない。

また、FCC は、消費者が、「自ら選択する合法的なインターネット上のコンテンツにアクセスする権利を有する」¹⁵⁷ が故に、プロバイダーが、連邦の政策に合致して、児童ポルノに代表される非合法的なコンテンツ又は著作権に違反する伝送をブロック/遮断し得ること、を特筆する¹⁵⁸。

しかし、FCC は、プロバイダーが、アプリケーション又はコンテンツに中立的でない実務を利用することを選択する範囲において、インターネットの開放された性質に対する危険(性)は、特に深刻であり、そして、ネットワーク運営実務が反競争的目的を更に進める危険(性)は、強い、と考える。

以上の全ての理由によって、FCC は、Comcast 社の実務が、合理的なネットワーク運営実務を構成しない、と判断する。

・情報の開示一

Comcast 社のネットワーク運営実務のその消費者への開示の懈怠の問題が、存在する。FCC は、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスのプロバイダーのネットワーク運営実務のための、一般的な開示の要求を採用してこなかったし、今日それを採用しない。しかし、差別的なネットワーク運営が恒常化する反競争的損害は、当該実務の消費者への開示の失敗で、明らかに悪化される。

あるアプリケーションのみを使用する際に困難を経験する数多くの消費者は、それが所属するブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス・プロバイダーを非難せず、しかし、当該アプリケーション自体を非難し、そのことによって、当該市場において、当該アプリケーションに対して、更に不利益を与える。

FCC は、通常の知性の顧客が合理的に理解するやり方でのネットワーク運営実務の開示は、消費者が、競争するプロバイダーの実務を比較し、対照することを可能として¹⁵⁹、「インターネット及びその他の双方向コンピュータ・サービスにとって…(中略)…活力ある競争的な自由市場」¹⁶⁰を促進するであろう、と考える。

Comcast 社は、そのネットワーク運営実務を常にその顧客に開示してきた、と主張する。しかし、同社の「利用（契約の）条件」（＝‘Terms of Use’）に記される、同社のサービスが、「速度並びに上り方向及び下り方向のレート制限」に服し得る、という漠然とした記述は、平均的な顧客に全く実際上の有用性を有さない。更に、最も知識のある顧客ですら、この様な（契約の）条件から、同社の P2P プロトコルに対する干渉を推論することは出来なかったであろう。

もし、仮に Comcast 社が、そのネットワーク運営実務が合理的であると信じていたならば、同社は、この様なやり方で行動しなかったであろうに。何か合理的であるかの「品質証明」（＝‘hallmark’）は、あるプロバイダーが、その顧客に対して、それが何を行っているかを喜んで開示するかである。Comcast 社が、将来に容量の制限を採用することを希望する範囲において、同社は、それらを顧客に対して開示するべきである。

・救済一

FCC のここでの最優先の目的は、Comcast 社の非合理的なネットワーク運営実務の終了であり、そして、その救済は、同社の行為は中止しなければならない、という誤りようのないメッセージ/伝言を送ることである。

FCC は、同社が、当該手続きにおいて、今年末までに、前記の実務を終了し、そして、「プロトコルに不可知な/プロトコル-アグノスチックな」（＝‘protocol-agnostic’）ネットワーク運営実務を開始することを誓約してきたことを特筆する¹⁶¹。FCC は、また、合理的な移行期間の必要性を認識する。

特に、FCC が、Comcast 社のその誓約の遵守を監視することを可能とする目的で、当該命令の公表から30日以内に、同社に、以下を行うことを命じる。

- (1) 従前の差別的なネットワーク運営の実務の詳細を、FCC に開示すること

(2) 如何にして、同社が、これらの差別的な運営の実務を、本年末までに終了するつもりであるかを描写する遵守計画を、FCC に提出すること¹⁶²、及び

(3) FCC 及び公衆に対して、現在の実務に置換する、ネットワーク運営の実務を開示すること

FCC は、Free Press 及びその他の公衆が、Comcast 社を注視し続けることを請うのと同時に、同社から提供される情報及び公衆から提出される情報で、同社のネットワーク運営実務を綿密に監視する。

FCC は、当該手続きを終了せず、当該問題に対する管轄権を保持する。FCC は、Comcast 社に対する如何なる（財産の）没取/剥奪/没収も命じない。

2.3 [小括]

以上の様に、情報サービスである、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスに対する FCC の管轄権の行使のあり方が、事実上確立した。その後、2008年9月4日、Comcast 社は、FCC に対する訴訟を、コロンビア特別区連邦控訴裁判所に提起した、と報じられた¹⁶³。

3. 考察

3.1 FCC による当該判断によって事実上構築された競争上の枠組みについて一特に連邦通信法第 I 編にもとづく FCC による情報サービス規制のあり方を中心に一

FCC による当該判断によって、特に連邦通信法第 I 編にもとづく FCC による情報サービス規制のあり方について、事実上、競争上の枠組みが構築されたことは、極めて重要な意義を有する。

まず、[2.2](a) の冒頭で記した様に、FCC は、特に全米インターネット政策¹⁶⁴を監督し、かつ、強制する責任を FCC に付与する連邦通信法§230(b) 及び同法のその他の6つの条項にもとづく付随的な権能によって、インターネット政策声明¹⁶⁵に記された原則及びその他の規則制定等において記された考えを、(たとえ、当該政策声明それ自体は強制可能な規則ではないとしても)強制し得る、という考えが、事実上成立した¹⁶⁶。そして、当該権能にもとづいて、ケーブル事業者を含む事実上全ての ISP(s) に対して、監督権限を行使し得るとの結論が導かれた。

次に、FCC は、連邦議会によって、連邦通信法§154(j)のもとで、「事務の適切、かつ、迅速な処理及び正義の目的に対して最も良く貢献する様なやり方で、その手続きを行う」権能を付与され、そして、Chenery II¹⁶⁷において、合衆国最高裁判所が示した、ある一定の条件(すなわち、一般規則の不存在、「従うべき明確なルール/準則/ハード・アンド・ファースト・ルール」の確立を正当化するために必要な経験の不足、又は高度な専門性及び多様性の存在によってある一般規則の内部での把握が不可能であること)が充足される場合には、制定法上の基準の裁定手続きによる発展の余地が、確固として認められ、専門知識を有する行政機関である FCC は、その裁量において、規則制定又は裁定を選

択し得る、という考えが確認された。

FCC は、本件でケーブル事業者である Comcast 社によるエンド・ユーザーの P2P トラフィック/通信量の遮断が提起する問題を取り扱うに際して、裁定手続きを選択し、あるプロバイダーの行為が「差別的ではあるが、合理的である」場合を容認した上で、当該行為の合理性を判断する際の「合理的なネットワーク運営であるという不服申立てに対する評価の枠組み」¹⁶⁸を採用した。すなわち、(1) 当該ネットワーク運営実務が、合法的な活動と非合法的な活動との間で区別をする意図があるか、(2) 当該ネットワーク・サービス・プロバイダーが、そのネットワーク運営実務を、適切に開示しているか、そして、(3) 合法的なコンテンツが、恣意的に品質を低下されている又は遮断されており、当該（プロバイダー側の）防御が、「ネットワーク運営」である場合には、当該ブロードバンド・オペレーターは、そのネットワーク運営実務が合理的であることを示さなければならない、という考えである。

そして、FCC は、本件で、以下の4つを根拠として、Comcast 社の行為が、非合理的である、と判断した。すなわち、同社の主張に反して、(1) 同社が、単に彼らが嫌悪されるアプリケーションを使用していたことを根拠として、殆ど帯域を消費していなかった顧客も、遮断したこと、(2) 同社が、顧客が嫌悪されるアプリケーションを使用していない限り、ネットワークの輻輳のピーク時の間でも、非常な量の帯域を使用していた顧客に影響を与えなかったこと、(3) 同社が、ネットワークの輻輳が存在しなかったときでも、嫌悪されるアプリケーションを使用していた顧客を、遮断したこと、及び(4) 当該行為は、それが、ネットワークの輻輳が発生した、と同社が主張するよりも遙かに広い地域に拡張したこと、である。

FCC の当該判断によって、少なくとも一定の条件のもとで、伝送路の種類又はプロバイダーの法的地位に関わらず、事実上全てのブロードバンド・オペレーターの行為を監督する競争上の枠組みが、事実上成立した、と理解することが可能であるものと思われる¹⁶⁹。

概して、情報サービスであるブロードバンド・サービスに対する FCC の管轄権のあり方に対して、以下の2つの考えが存在する。1つは、James B. Speta 准教授に代表される、連邦通信法第 I 編のもとの付随的管轄権を消極的に解釈し、制定法にもとづく新たな規制的枠組みの構築を主張する考えであり¹⁷⁰、もう1つは、Philip Weiser 教授に代表される、当該管轄権を拡張的に解釈する考えである¹⁷¹。概して、本件での FCC の判断は、後者の考えに強く影響を受けたものであると解釈することが可能であるものと思われる。

3.2 FCC による当該判断に対する評価について—FCC 委員の個別声明を中心に—

FCC の当該命令は、賛成対反対が3対2で可決された。当該命令に対する評価は、各委員で異なり、全ての委員が個別声明を発表した。特に本件では、規制緩和を推進してきた共和党支持者である Martin 委員長、Deborah Taylor Tate 委員及び Robert M. McDowell 委員と、それに反対する民主党支持者である Michael J. Copps 委員及び Jonathan S. Adelstein 委員との間に、従来から存在してきた考えの相違のみならず、共和党支持者の間でも、意見が異なる。そして、Tate 及び McDowell の

両委員が、反対意見を発表した。

まず、Martin 委員長は、その個別声明¹⁷²において、当該命令によって、FCC が、「全ての消費者が、インターネットへの拘束されないアクセスを有することを確かなものとする、もう 1 つの重要なステップ/段階を取った。」と評価する。そして、当該命令は、FCC が、ブロードバンド・サービスの提供に必要なネットワークに対する投資を維持と、活力ある開放されるインターネットの性質の維持・促進との間のバランス/均衡を獲得すること、を可能とするものである、と評価する。

彼は、特に情報開示を重視する。特に、Comcast 社のネットワーク運営実務の開示の欠如が、顧客の損害を悪化させたことを特筆する。本件の様な事案では、同社の行為によって、消費者が、同社ではなく、当該アプリケーションを非難し、そのことが、当該市場で当該アプリケーションに更に不利益を与えることを特筆する。

彼は、今日の FCC の行動は、インターネットに対する規制に関するものではないこと、彼が、一貫して、ネットワークの中立性に関する立法又は規則制定に反対してきたこと、を述べる。特に、FCC が、価格設定、アンバンドリング、又はその他の経済的規制を取り扱わないこと、プロバイダーが、彼らのネットワーク運営に関する自由を有すること、を特筆する。その根拠として、FCC が、当該問題を解決する既存のツールを有すること¹⁷³、新たな規制が、技術革新を窒息させるという意図しない結果を有し得ること、を指摘する。そして、本件で採用された個別具体的な事件に対する注意深いアプローチを肯定する一方で、Comcast 社による命じられた行為の懈怠が、新たな立法又は規則の必要性を肯定する結論導き得る、と警告する。

更に、彼は、本件で罰金が賦課されなかったことを特筆する。一方、本件における FCC の裁定は、(1) 複数の消費者団体と Comcast 社との間の紛争解決の必要性、(2) FCC の重要な先例を確立する意義、(3) 同社の「コミットメント」(='commitment') を法的な強制で裏付ける意味、及び (4) 同社に未回答の質問に回答させる重要性、を根拠として、必要であった、との考えを示す。一方、少数の委員が要求する審査は、[2.1]で前述した FCC の一連の行為で充足されたが故に、不必要であるとの見解を示す。

次に、Capps 委員は、その個別声明¹⁷⁴において、当該命令が、「FCC にとって画期的な判断である、すなわち、インターネットの保証された開放性への道へ前進する意味深い（大股の）一歩である。」と高く評価する。

彼は、2003年から「ネットワークの中立性」の問題を認識し、インターネット政策声明の導入に努めたことを特筆する¹⁷⁵。彼は、FCC による権能の行使は、裁定でも規則制定でも取り扱うことが可能である、と考える。

プロバイダーの行為の判断の基準について、彼は、「私は、「合理的なネットワーク運営のみ」という明確な政策にもとづく、FCC に持ち込まれたある特定の事件における当該事実の「一件一件の」分析を信じているし、長く代弁してきた。」と述べて、今日の命令が、この道筋を辿るものである、と評価する。そして、「我々の判断に記される当該基準は、その様な実務が、確かに、合理的であり、かつ、

必要である場合が存在し得ることを認識する一方で、ある差別的なネットワーク運営実務が、合理的であることを示すための高い基準点を確立する、注意深いバランス/均衡である。』、と述べる。

また、彼は、本件で、インターネットの未来についての重要な判断が、衆目のもとで行われたことを高く評価する。

一方、彼は、「何が適切なインターネットのネットワーク運営であるか」という問題が未解決であることを認める。そして、インターネット政策声明に、第5の原則である「非差別」を明示的に組み込むこと、及び当該原則が、有線及び無線のネットワークに適用されるべきであること、を主張する。

第3に、Adelstein委員は、その個別声明¹⁷⁶において、「今日、私は、我々が、連邦法及びインターネット政策声明の背景に存在する原則を強制する記念碑的な判断によって、この決定的な段階を築いたことを、嬉しく思う。私は、今日の判断が、消費者がインターネット上の自由を享受し続けることを、彼らに再確認させるであろう、と確信する。」と、述べて、当該判断を高く評価する。

彼女は、特にインターネットが実現し得る民主主義の観点から、当該命令を、画期的なものであると、高く評価する。また、彼女は、FCCが、インターネット政策声明の特定の条項を解釈し、エンド・ユーザーを保護する旨の従前の発言に従って行動したことの意義を強調する。更に、彼女は、インターネット産業の標準化団体の重要性、及び施設ベースのプロバイダーが、アプリケーション・プロバイダーと共同して従事することが望ましいこと、を特筆する。

また、彼女は、FCCの権能の行使のあり方については、裁定でも規則制定でも取り扱うことが可能である、との考えを示す。そして、当該判断が、FCCに提起された当該事実に確固としてもとづく、狭いものである、と認識する一方で、FCCが、かつて例のない集中的な事実認定を行ったこと、を評価する。

彼女は、近時のFCCの実務で、規則制定が採用されてきたことを特筆する。そして、彼女の明確な志向は、当該問題を規則の採択で取り扱うことであり、確かに、彼女は、FCCが、ネットワーク上の差別についての懸念を取り扱う規則を採用することを、強く主張してきたことを認める一方で、当該事件を裁定で解決するFCCの判断は、確固として法的根拠にもとづくものであり、そのことは、その他の連邦の行政機関と同様に、しばしば重要な政策を裁定手続きにおいて公布してきた、FCCの長い歴史とも整合性を有するものである、と評価する。

最後に、彼女は、本件で裁定が採用されたことを支持する一方で、将来において、当該領域で規則を採択するFCCの能力を維持する形で当該判断が示されたことに謝意を示し、そのことが、彼女の当該事項に対する支持に不可欠であること、を特筆する。

第4に、Tate委員は、その個別声明¹⁷⁷において、「私は、この手続きを、「一件一件の」分析を使用する、提起された特定の状況の範囲における、ある特定の不服申立てに関する、通常の強制(のため)の再考であると見る、すなわち、「記念碑的判断」(=‘monumental decision’)ではない。』、と述べる。すなわち、その見解は、Copps及びAdelsteinの両委員のものとは、全く異なる。

彼女は、民間部門の活動への信頼及び技術革新の可能性の保護を根拠として、政府によるインター

ネットへの介入を消極的に考え、McDowell 委員の手続的及び実質的法的議論に賛同する。彼女は、インターネット政策声明のもとで、FCC が、従前の様に規則を制定し、強制する「ワールド・ワイド・ウェブの強制者」(='world wide web enforcer') としてはなく、全てのユーザーに利益をもたらす目的で、ブロードバンド・インターネット産業の多岐に渡る部門の合意を容易にする、調停者又は仲裁者としての役割を果たすべきである、と強調する。そして、本件で、FCC が、Comcast 社と BitTorrent 社との議論の解決を助け、更に、前者とより多くの事業者及び団体との協調を実現したこと、を特筆する。

また、彼女は、開示の重要性を強調し、それは、追加的な政府行為の必要性を軽減させる、と考える。

彼女は、特に児童ポルノの蔓延及び創造的なコンテンツの許諾を得ていない非合法のダウンロードへの対策の必要性を強調し、そして、プロバイダーのネットワーク運営に対する FCC による権限の行使を可能とする本件命令が、これらの問題に対して潜在的に与え得る反作用を懸念する。

また、彼女は、効率的なネットワーク運営実務は、非招請電子メール及びコンピュータ・ウイルス等からの消費者保護に重要な役割を果たす、と特筆する。

最後に、彼女は、「もし、仮に我々が、我々の、概して規制緩和(を行う)道筋を(歩み)続けていたならば、我々は、この問題において採用された、より介入主義者のアプローチを採用しなかったであろうに。それは、既に進行中の産業に広がる行動と同様に、近い将来に当該不服申立てにおける主張を取り扱う同社によって取られる特定の改善の段階を所与のものとして、不必要である。」、と述べて、当該命令に対する反対意見を述べる。

第5に、McDowell 委員は、その個別声明¹⁷⁸において、概して、その結論で、Tate 委員に賛成し、そして、以下の手続的及び実質的法的議論を述べる。

手続的問題として、まず、彼は、本件命令は、「正式な不服申立て」(='formal complaint')にもとづくが、それは、本来コモン・キャリアにのみ適用が義務付けられること、を指摘する。次に、彼は、管轄権の問題に関して、概して、FCC は、これらの領域に管轄権を有するが、強制する規則を有さない、と主張する。彼は、その根拠として、インターネット政策声明は、強制可能な規則ではなく、むしろ、一般的な政策の指針であること¹⁷⁹、を指摘する。また、彼は、FCC が、ブロードバンド産業の実務に関する調査の告示を行っており、通常は、その後、規則制定の作業において、調査の告示から規則制定提案の告示に移行するが、本件では、裁定で規則制定を行ったこと、を指摘する。更に、彼は、本件の問題を付随的権能に従って裁定する能力への考えも不完全である、と指摘する。その理由として、彼は、まず、「当該命令の分析のもとで、FCC は、それが、その行為をインターネット又はブロードバンドの提供を促進するという文言のもとで、その行為を枠組みに入れる限りにおいて、明らかに何でも行い得る。」、と述べる。また、過去の事件¹⁸⁰では、FCC に明示的に権能を付与する制定法の条項が存在したが、本件では、当該命令で特定される同法の如何なる条項も、規則の欠如により、FCC に権能を付与しない、と述べる。そして、もし、仮に連邦議会が、インターネットのネットワー

ク運営への規制を FCC に求めていたのであれば、当該法にその様に明示的に示したであろうし、その後、連邦議会に当該目的のための法案が提出されることもなかったはずであろうに、と指摘する。彼は、Adelphia Communications 社に対する合併事件を裁定する FCC の権能も、同様の理由で存在しない、と述べる。更に、彼は、本件命令の根拠とされた Chenery II は、反作用を有する裁定の回避を忠告すること¹⁸¹、本件命令が依存する2005年の Madison River Order の事実は、本件のそれとは顕著に異なること¹⁸²、を指摘する。そして、彼は、FCC が、先例に反して、「厳格な審査」(='strict scrutiny') 類型の基準を、私人の活動に採用したことに對して、疑問を提起する。

次の段階として、彼は、証拠の問題に関して、FCC が、Comcast 社の行為を把握していないこと、多数派が、動機について取り扱わないこと、を指摘する。

更に、彼は、公共の利益を考察する。彼は、もし、仮に当該事件が、手続的及び法的に不適當でないとしても、本件命令は、公共の利益に存しない、と主張する。その理由として、彼は、当該命令が、實際上、全てのネットワーク・オペレーターに対して、インターネット上の全てのトラフィック/通信量の平等な取扱いを要求し、渋滞を発生させるであろうこと等を挙げる。

最後に、彼は、「その結果、今日、インターネットの歴史で初めて、我々は、インターネットのコミュニティ及び消費者にとっても長くとても良く奉仕した協力の時代に『さようなら』と言い、そして、我々は、不必要な規制及びその意図しない結果の全てに『今日は』と言うのだ。」、と非難して、その声明を締め括る。

概して、当該命令は、Martin 委員長の考えを強く反映するものであって¹⁸³、更に、その他の委員の考え(例えば、Adelstein 委員が主張する将来的な規則制定の可能性の確保、又は Tate 委員が主張する児童ポルノ規制の必要性等)を取り込む形で構成されたものである、と理解することが可能である。しかし、活力ある開放されるインターネットの性質を維持・促進する政策、及び Comcast 社の従前の行為に対する対処の必要性に対する認識は共有するものの、具体的な政策のあり方に対する見解は、各々の委員で大きく異なる。なお、Martin 委員長の声明にも記される様に、本件で、近時の米国で発生した一連の大型通信合併に対する審査でも採用されたコミットメントを活用する形で、FCC が規制権限を行使したことも、注目に値する¹⁸⁴。

3.3 本件が「ネットワークの中立性」をめぐる議論に対して有する意義について

「ネットワークの中立性」とは、特にネットワークの利用者の視点から、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスが、統合された情報サービスであることを前提としつつも、エンド・トゥー・エンドの考えにもとづいて構築されたインターネットが、その誕生から現在に至るまで保持してきた、技術的・制度的に開放性を有する中立的な基本構造を維持することによって、それが実現してきた革新的競争及び消費者の利益を保護するべきである、という考え¹⁸⁵である。

FCC による本件命令は、特に「ネットワークの中立性」をめぐる議論に関連して、ケーブル事業者を含む、コモン・キャリアではない、情報サービスのプロバイダーに対して、FCC が、如何なる法的

根拠のもとで規制権限を行使し得るかという問題について、その判断が示された点に、非常に重要な意義を有する。

当該議論は、特に、2005年8月5日のFCC Wireline Order¹⁸⁶の公表以後に、活性化した。しかし、それは、過去約1-2年間は、第109連邦議会において、連邦議会の上院及び下院の各々で連邦通信法の改正を目的とする統合された法案が提出された時期と比較して¹⁸⁷、一定の沈静化を示してきた。その理由として、まず、特に、2008年以降に顕在化した米国での金融危機の発生によって、情報通信政策の優先度が相対的に低下したこと、同年が合衆国大統領の選挙が行われる年であったこと、等が挙げられる。

この時期の連邦政府による実際の政策としては、以下の様なものが挙げられる。まず、[1,2]で前述した様に、FCCは、2007年4月16日、ブロードバンド産業の実務に関する調査の告示¹⁸⁸を公布した。同様に、同年6月27日、「連邦取引委員会」(='the Federal Trade Commission'/以下「FTC」)は、その「インターネット・アクセス・タスク・フォース/インターネット・アクセス特別専門委員会」(='the Internet Access Task Force'/以下「IATF」)によって作成された、特に「ネットワークの中立性」に関連する問題点に対する議論を目的とする、ブロードバンドの接続性及び競争政策に関する報告書「ブロードバンド接続性競争政策」(='Broadband Connectivity Competition Policy'/以下「FTC BCCP」)¹⁸⁹を公表した。一方、2005年から2006年にかけて米国で発生した3つの大型通信合併に対する合併審査において、「ネットワークの中立性」の維持を目的とする幾つかの救済措置(すなわち、「インターネット政策声明」と調和するやり方での業務遂行、及び「トラフィック/通信量の差別化」の禁止義務)が、採用された¹⁹⁰。

また、学説においては、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスが、FCC及び合衆国最高裁判所によって、統合された情報サービスである、と最終的に判断されたことを受けて、後述する様に、特に「競争者に対する差別禁止」に関連する限定された範囲においてはああるが、賛成論者と反対論者との間で、一定の「歩み寄り」とも表現し得る現象が、見られるようになってきた¹⁹¹。

結果として、共和党政権下のFCCが採用してきた、一般的な規則制定を採用しない規制緩和政策が、制度的には維持される一方で、全米の殆どの地域のブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス市場において、iLEC(s)とケーブル事業者による複占が存在するという状況のもとで、複占の当事者の1つであり、最も主要な電気通信事業者の1つでもある「地域Bell電話会社」(='Regional Bell Operating Company(-ies)'/以下「RBOC(s)」)の殆どに対しては、ネットワークの中立性を一定の範囲で維持することを目的とする法的義務が賦課されるという状況が発生した。

「ネットワークの中立性」の考えにもとづく規制が影響を及ぼし得る潜在的領域は、広いが、本稿執筆の時点までに政策担当者が考察の対象としてきた、(潜在的なものも含む)事業者による具体的行為として、特に、(1) トラフィック/通信量の遮断又は意図的な遅延、(2) トラフィック/通信量の差別化、及び(3) トラフィック/通信量の高速化に必要な費用の(特に非ネットワーク系のIT事業者に対する)追加的要求が、挙げられる。これらの中で、最も激しい議論を提起してきた(すなわち、実際

の政策のための合意形成が最も困難な)「トラフィック/通信量の高速化に必要な費用の(特に非ネットワーク系のIT事業者に対する)追加的要求」については、議論の進展が見受けられないものの、それ以外の2つについては、事業者間における規制の非対称性等の問題を発生させたものの、一定の範囲で、個別具体的に実際の政策に反映されてきた¹⁹²。この様に、「ネットワークの中立性」の考えに対する賛成論者及び反対論者の双方が、(双方の本来の考えでは不十分ではあるものの)一定の範囲で受容可能な状況が形成されてきたことも、近時における当該議論の沈静化をもたらしてきた原因の1つであった、と理解することも可能であると思われる。

その様な状況のもとで発生した本件、及びそれに対するFCCによる当該命令は、概して、「ネットワークの中立性」をめぐる議論に対して、以下の様な意義を有すると理解することが可能である。

まず、何よりも、本件で問題とされたComcast社の行為、それは、「トラフィック/通信量の遮断又は意図的な遅延」の最も悪質な類である、が、所謂「Madison River事件」¹⁹³を、その地理的及び時間的範囲において遙かに上回る規模で、かつ、従来から「ネットワークの中立性」の考えの賛成論者によって、その危険性が指摘されてきたケーブル事業者によって、行われたことである¹⁹⁴。それは、それ自体で、実際の事件及びその様な行為に対する誘因の希少性を根拠に、「ネットワークの中立性」の維持を目的とする規制の導入に否定的であった反対論者の論拠を大きく失わせるものである¹⁹⁵。

次に、物理的ネットワークの保有者によるアプリケーション・プロバイダーに対する差別について、実際の事件において、特にFCCの委員の間で「ネットワークの中立性」の考えに対する賛成論者と反対論者との間で、一定の範囲で合意が形成されたことである。[3.2]で記した各委員の声明からも理解出来る様に、本件命令は、両者間の合意形成が可能な領域についてのみ、FCCの内外で激しい議論を提起するであろう一般的な規則制定を回避して、(少なくとも形式上は個別の事件に限定される)裁定手続きで問題を解決したものであると解釈することが可能である。しかし、学説においても、ボトルネックとなり得る物理的ネットワークの保有者が、「梃子入れ」(='leverage')の誘因を有する場合として、(潜在的な競争者としてのものを含む)アプリケーション・プロバイダーの排除がネットワーク市場における独占力に貢献する場合は、識者によって従来から想定され¹⁹⁶¹⁹⁷、当該行為に対しては、賛成論者及び反対論者の両方から、差別禁止の主張を容認する考えが示されてきた¹⁹⁸¹⁹⁹。

また、当該事件が顕在化した時期の前後から、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス・プロバイダーによって、従前の定額制からエンド・ユーザーによる帯域の消費量を基準とする形で、料金設定が改訂されてきたことも特筆に値する²⁰⁰。中立性規制導入の賛成論者は、従来からエンド・ユーザーに対する帯域の消費量を基準とする課金(及び帯域の絶対的拡大)によって、反対論者の懸念は全て解決され得る、と主張してきた²⁰¹。また、反対論者の一部も、一定の条件のもとで当該考えを認める²⁰²。エンド・ユーザーによる帯域の消費状況に関する近時の調査は、極少数のものによって帯域の相当部分が消費されていることを示す²⁰³²⁰⁴。このことは、帯域の消費量を基準とする価格設定が、従来想定されていたものと比較して容易であり得ること、すなわち、反対論者が示してきた条件が、実際に存在する可能性を示唆するものである。

更に、「ネットワークの中立性」の考えの反対論者の従来からの主張とは異なって、物理的ネットワークの独占が、必ずしも当該ネットワークの保有者によるアプリケーション市場での技術革新を促進するとは限らない（すなわち、独占が可能な状況では、当該ネットワークの保有者が、専ら既存のサービスの提供による利益の獲得を追求し、新たな技術革新を追求しない誘因が、存在し得る）ことの具体的な例が提起されたとも解釈され得ることである²⁰⁵。このことは、実際の事件及びその様な行為に対する誘因の希少性と同様に、中立性規制の導入に否定的であった反対論者の論拠を大きく損なわせ、規制の必要性の論拠の1つとなり得る。

加えて、情報開示の必要性が、改めて認識されたことも重要である。開示の程度、及び情報開示のみで十分であるか、又はそれ以上の規制を導入する必要があるかについては、議論の余地が存在する²⁰⁶。なお、情報開示に関連して、連邦政府による権限の行使のあり方をめぐって、FTCとFCCとの間の調整も、議論されるべき課題として残されている²⁰⁷。

確かに、中立性規制の反対論者がその根拠として主張する、物理的ネットワークの建設及び更新に必要な投資の誘因の確保、並びに垂直的統合がもたらし得る効用等については、更なる検討が必要であるものと思われる²⁰⁸。しかし、概して、以上で記した様に、本件は、中立性規制の賛成論者の主張に有力な支持を提供するものである様に思われる。

しかし、残された課題も数多く存在する。本件命令から直接的に導き出される結論は、伝送路の種類及びそれに対する従前の規制のあり方に関わらず、情報サービスとして規制されるブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスの、事実上全てのプロバイダーによる「トラフィック/通信量の遮断又は意図的な遅延」に対して、FCCが、一定の条件のもとで、その権限を行使し得ることに限定される²⁰⁹。今後は、FCCによる本件命令から導き出される「何が合理的なネットワーク運営か」という問題を明らかにすることから開始する、物理的ネットワークの保有者によるその他の行為に対する規制のあり方についての、より精密な議論が必要とされるものと思われる。

むすびにかえて

2009年1月に就任した民主党のBarack H. Obama, Jr.大統領は、就任以前からブロードバンド政策を、連邦の政策における最重要課題の1つに位置付けてきた²¹⁰。FCCも、新たに就任したCopp委員長代行のもとで、同年4月8日、「我々の未来のための全米ブロードバンド計画に関する調査の告示」²¹¹を、公表した。米国では「ネットワークの中立性」をめぐる問題は、再び重要な政策上の議論の焦点となりつつある。

所謂「クラウド・コンピューティング」(=‘cloud computing’)²¹²等の進展とともに、ユーザーに対する情報サービスの提供に極めて密接に関連するアプリケーション層における影響力、及びそれに対する規制のあり方をめぐる議論は、更にその重要度を増大しつつある²¹³。その様な考察において、近時の米国における情報サービス規制をめぐる議論は、我が国でも一定の意義を有するものと思われる。

[付記] 本稿は、研究題目「次世代ネットワークと通信・放送の融合法制に関する研究」(若手研究(B)平成21-23年度) に対して交付された、科学研究費補助金の成果の一部を含むものである。

(原稿提出日 平成21年9月16日)
(修正原稿提出日 平成21年11月18日)

-
- 1 例えば、拙稿「インターネット接続のプロードバンド化が電気通信事業に与える影響について」六甲台論集(法学政治学篇)48巻3号1頁以下(2002年)等を参照のこと。
 - 2 コンピュータ通信網において使用される技術であって、コンピュータに、メッセージの送信以前に、それを小さな「パケット」に括弧することを要求するものこと。ほとんどのコンピュータ通信網と同様に、インターネットもパケット交換を使用する。Douglas E. Comer, *The Internet Book* 336 (3d ed. 2000) 等を参照。
 - 3 47 U.S.C. §230 (f) (1) (2008).
 - 4 Lee W. McKnight & Joseph P. Bailey, *Internet Economics* 122 (1997).
 - 5 「双方向コンピュータ・サービス」は、「双方向コンピュータ・サービスの語は、如何なるものであれ、複数の利用者に対してコンピュータ・アクセスを提供し又は可能とする、情報サービス、情報システム又はアクセス・ソフトウェア提供者を意味し、特に、インターネットへのアクセスを提供するサービス若しくはシステム、又は図書館若しくは教育機関が運営するその様なシステム若しくはこれらが提供するその様なサービスを含む」と定義されている。47 U.S.C. §230 (f) (2) (2008).
 - 6 McKnight & Bailey, *supra* note 4, at 30.
 - 7 「伝送制御プロトコル」(='Transmission Control Protocol'/以下「TCP」)及び「インターネット・プロトコル」(='Internet Protocol'/以下「IP」)から構成される「TCP/IPプロトコル・スタック」(='TCP/IP Protocol stack')の「ネットワーク・レイヤー・プロトコル」(='network-layer protocol')であって、コネクションレス又はパケット(交換による)接続サービスを提供するものこと。IPによるパケットは、「ベスト・エフォート」型を基本として伝搬される。あるパケットが成功裏に伝送されなかった場合には、当該パケットは破棄される。この様な事態が生じた場合には、当該プロトコル・スタックの「インターネット・メッセージ制御プロトコル」(='Internet Message Control Protocol'/IMCP)が、送信者に対して、当該パケットが破棄されたことを通知し、その後、当該部分についての再送信が行われる。IPは、「送信」(='addressing')、「サービスの類型」(='type-of-service')、「仕様」(='specification')、(メッセージからパケットへの)「細分化」(='fragmentation')、(パケットからメッセージへの)「再構成」(='reassembly')、及び「セキュリティ」(='security')に関する特徴を提供する。Jade Clayton, *McGraw-Hill Illustrated Telecom Dictionary* 319 (2d ed. 2000).
 - 8 インターネットの歴史の詳細は、紙面の都合で省略する。例えば、拙稿・前掲注(1)[1.1]等を参照のこと。
 - 9 Comer, *supra* note 2, at 110等を参照。
 - 10 「コモン・キャリア」は、「本法に服さないとされている場合を除き、如何なるものであれ、報酬を目的とする(='for hire')コモン・キャリアとして、有線又は無線の州際通信若しくは外国との通信、又は、州際若しくは外国とのエネルギーの無線伝送に従事するものを意味する。但し、無線放送に従事するものは、そのものが当該事業に従事する限りにおいては、コモン・キャリアであると看做されない。」と、定義される。47 U.S.C. §153 (10) (2008)。また、「連邦行政命令集」(='Code of Federal Regulations')では、「通信コモン・キャリア-如何なるものであれ、公衆に対して報酬を目的として通信サービスを提供するもの」と定義されている。47 C.F.R. §21.2 (2008)。
 - 11 Graham J. H. Smith (ed.), *Internet Law and Regulation* 4 (2d ed. 1997).
 - 12 インターネット通信の制度的な特徴の詳細は、紙面の都合で省略する。例えば、拙稿・前掲注(1)[1.2]等を参照のこと。
 - 13 当事者間の個別の合意にもとづかず、各地に設置された「相互接続点」(='Inter Exchange(s)'/IX(s))で、ネットワーク間の相互接続が行われる場合も存在する。

- 14 一般的に、ピアリング・フィーは、より通信回線の容量が大きく、より遠距離との通信を実現することが可能なネットワークへ、すなわち、インターネットの上流部分への接続を可能とする事業者へ支払いが行われる。但し、当事者間の合意にもとづく相互接続は、常に有償であるとは限らず、無償で行われる場合も存在する。有償のピアリングを、特に「トランジット」(='transit')と呼ぶ場合も存在する。
- 15 一定の時間に伝送可能な情報の量の事。詳細については、例えば、拙稿・前掲注(1) [2.1.1] ¶1等を参照のこと。
- 16 「ケーブル・モデム・サービス」(='cable modem service(s)')とは、ケーブル事業者によって保有される伝送路であるケーブル回線網を経由して提供される「インターネット・サービス」(='Internet service(s)')を意味する。米国におけるケーブル・モデム・サービスの標準化は、Cable Television Laboratories, Inc.によって行われている。ケーブル・モデムの標準である「ケーブル回線を経由してのデータ伝送のインターフェースに関する仕様」(='Data-Over-Cable System Interface Specification'/DOCSIS)によれば、一般的なケーブル・モデムを使用して、上り方向で320KBps-10MBps、下り方向で27MBpsのデータ伝送が可能であるとされている。George Abe & Alicia Buckley, Residential Broadband, Second Edition 150-51 Table 3-4 (2d ed. 2000)等を参照。
- 17 The Telecommunications Act of 1996, Pub. L. No.104-104; 110 Stat. 56 (1996) (codified as amended at 47 U.S.C. §§151-714 (1996)).
- 18 「電気通信」は、「利用者によって特定される2地点間又は多地点間の、利用者の選択による情報の伝送であって、送受信される情報の形態又は内容に変更をともしないものを意味する。」と、定義される。47 U.S.C. §153 (43) (2008).
- 19 「電気通信サービス」は、「利用される施設にかかわらず、直接公衆に、又は直接公衆に効率的に利用可能とする類の利用者に対して、料金を賦課して電気通信を提供することを意味する。」と、定義される。47 U.S.C. § 153 (46) (2008).
- 20 「情報サービス」は、「電気通信を経由して、情報を、生成し、取得し、蓄積し、変換し、処理し、検索し、利用し又は利用可能とする能力を提供することを意味し、かつ、電子出版を含む。但し、電気通信システムの管理、制御若しくは運用又は電気通信サービスの管理に、この様な能力を使用することを含まない。」と、定義される。47 U.S.C. §153 (20) (2008).
- 21 In the Matter of Federal-State Joint Board on Universal Service, CC Docket No.96-45, Report to Congress, 13 FCC Rcd 11501, FCC 98-67 (rel. Apr. 10, 1998) (以下「Stevens Report」)。
- 22 Stevens Report, 13 FCC Rcd at 11536, ¶73.
- 23 FCCによる定義では、「インターネット・サービス・プロバイダー」(='Internet Service Provider(s)'/以下「ISP(s)」)から消費者に至る、すなわち、「下り方向」(='downstream')、及び消費者からISP(s)に至る、すなわち、「上り方向」(='upstream')の双方において、200KBps以上の帯域を有する「高度な電気通信性能」(='advanced telecommunications capability(-ies)')が「ブロードバンド」であるとされている。In the Matter of Inquiry Concerning the Deployment of Advanced Telecommunications Capability to All Americans in a Reasonable and Timely Fashion, CC Docket No.98-146, Report, 14 FCC Rcd 2398, 2406, FCC 99-5 (rel. Feb. 2, 1999). 200KBpsという値は、従来型のアナログ・モデムでは最も高速な56KBps モデムの約4倍の帯域値に相当する。なお、当該値をブロードバンドの基準とする根拠は、当該帯域を確保することによって、インターネット上の「ワールド・ワイド・ウェブ」(='World Wide Web'/以下「WWW」)頁を、あたかも書籍の頁を開くかの様に閲覧することが可能であり、また、「フル・モーション・ビデオ」(='full motion video')の伝送も可能となることを根拠としている。Id.
- 24 当時のケーブル・モデム・サービスは、従来型の28.8KBps モデムと通常の電話の加入者回線を使用してダイヤル・アップ接続を行う場合の約100倍の情報伝送が可能であるとされていた。
- 25 所謂「Portland事件」については、拙稿・前掲注(1) [3.2] 及び拙稿「アメリカ合衆国地方政府によるAT&T社のケーブル回線の非AT&T社系インターネット・サービス・プロバイダーに対する接続義務付けの合法性—ブロードバンド通信回線網へのオープン・アクセス問題を中心に—」公正取引620号 87頁以下(2002年)等を参照のこと。
- 26 「ケーブル・サービス」は、「(A) 加入者に対する、(i) ビデオ・プログラム又は(ii) その他のプログラム・サービスの1方向の伝送、及び(B) ビデオ・プログラム又はその他のプログラム・サービスの選択又は利用に必要とき

- れる加入者の相互作用が存在する場合には、その様な相互作用、を意味する。」と、定義される。47 U.S.C. §522 (6) (2008).
- 27 連邦通信法及び FCC の規則によって「電気通信サービス」の提供者であるコモン・キャリアに対して賦課される義務は、ユニバーサル・サービス制度への貢献、それを目的とする長距離通信における「アクセス・チャージ」(=‘access charge’) の支払い、及び州内通信における約款による料金表の作成、等を含む。
- 28 AT&T Corp. v. City of Portland, 43 F. Supp. 2d 1146 ; 1999 U.S. Dist. LEXIS 8223 ; 16 Comm. Reg. (P & F) 138 (D. Or. 1999) (以下「Portland_1」).
- 29 Portland_1, 43 F. Supp. 2d at 1156.
- 30 AT&T v. City of Portland, 216 F.3d 871 ; 2000 U.S. App. LEXIS 14383 ; 2000 Cal.Daily Op. Service 4991 ; 2000 Daily Journal DAR 6675 (9th Cir. 2000) (以下「Portland_2」).
- 31 Portland_2, 216 F.3d at 877-78.
- 32 MediaOne Group, Inc. v. County of Henrico, 257 F.3d 356, 365 ; 2001 U.S. App. LEXIS 15540, at *23 (4th Cir. 2001).
- 33 In the Matter of Inquiry Concerning High-Speed Access to the Internet Over Cable and Other Facilities, GN Docket No.00-185, Notice of Inquiry, 15 FCC Rcd 19287, FCC 00-355 (rel. Sept. 28, 2000) (以下「Cable NOI」).
- 34 In the Matter of Inquiry Concerning High-Speed Access to the Internet Over Cable and Other Facilities, GN Docket No.00-185, Declaratory Ruling and Notice of Proposed Rulemaking, 17 FCC Rcd 4798, FCC 02-77 (rel. Mar. 15, 2002) (以下「Declaratory Ruling」).
- 35 Cable NPRM において、FCC は、特に以下に関するコメントを要求した。すなわち、(1) FCC による xDSL サービス (後掲注 (53) を参照のこと) に関する並行的規則制定に当該規制上の分類が与える影響、(2) 管轄権の行使に関する憲法上の制限の存否も含めて、ケーブル・モデム・サービスを規制する FCC の管轄権の射程、(3) 競争関係にある ISP(s) に対してアクセスを提供する必要性が存在するならば、その必要性、(4) ブロードバンド・サービス市場及びその継続的提供に対して当該規制上の分類が与える影響、(5) ケーブル・モデム・サービス規制における州及び地方当局の役割、及び (6) FCC による当該分類の決定と、電柱添架、ユニバーサル・サービス及び加入者保護に関する政策に関連する制定法上の又は規制的な条項との関係。Declaratory Ruling, 17 FCC Rcd at 4839-41, ¶¶ 72-74.
- 36 See *supra* note 21.
- 37 Declaratory Ruling, 17 FCC Rcd at 4800, ¶1 n.2. FCC は、インターネット・アクセス・サービス (すなわち、ISP サービス) を「プロトコル変換及び蓄積されたデータとの相互作用といった、コンピュータ処理アプリケーションによる情報のフォーマットを改変する」ものであると認定し、電気通信サービスから除外した。Stevens Report, 13 FCC Rcd at 11516-17, ¶33.
- 38 Declaratory Ruling, 17 FCC Rcd at 4823-24, ¶41 n.162. FCC は、ある法主体が、加入者に対して、「(情報サービス) の定義に含まれる」 「電気通信を経由して、情報を、生成し、取得し、蓄積し、変換し、処理し、検索し、利用し又は利用可能とする能力」を提供する場合には、それは、(加入者に対して) 「電気通信」を提供していない、すなわち、それは、(自ら) 「電気通信」を利用している、と判断してきた。Stevens Report, 13 FCC Rcd at 11521, ¶41.
- 39 Declaratory Ruling, 17 FCC Rcd at 4802, ¶7.
- 40 Brand X Internet LLC (以下「Brand X 社」) は、xDSL サービス (後掲注 (53) を参照のこと) に代表される高速のインターネット・サービス、コロケーション及び T1回線を使用するネットワークの構築等の提供に必要な通信施設又は設備を、主にローカル電話会社からの専用線の購入等によって調達してきた。しかし、FCC の宣言的判断は、Brand X 社が、ケーブル事業者が保有する施設を使用して、その様な事業を営むことを妨げる結果をもたらす。そのため、同社は、原審では原告として訴訟を提起し、後述する上告審では被上訴人となった。
- 41 Brand X Internet Services v. FCC, 345 F.3d 1120 ; 2003 U.S. App. LEXIS 20306 ; 2003 Cal. Daily Op. Service 8915 (9th Cir. 2003) (以下「Brand X_1」)。当該判決については、拙稿「近時のアメリカ合衆国におけるケーブル・モデムを経由するブロードバンド・インターネット・サービスに対する規制をめぐる議論について—Brand X Internet Services v. FCC が再提起する問題を中心に—」群馬大学社会情報学部研究論集 第12巻 89頁以下 (2005年) 等を参照のこと。

- 42 Portland_2, *supra* note 30.
- 43 Brand X Internet Servs. v. FCC, 2004 U.S. App. LEXIS 8023, at *3 (9th Cir. 2004) (以下「Brand X_2」).
- 44 Pet. for Cert. of Federal Communications Commission et al. in No.04-281 (filed Aug. 27, 2004).
- 45 2004年8月、FCCは、当該判決を不服として、合衆国最高裁判所に上告した。同年8月30日、当時FCCの委員長であったMichael K. Powell氏は、「訟務長官局」(='Office of the Solicitor General')が、当該訴訟に参加することを歓迎する声明を発表している。FCC, Statement of the FCC Chairman on the Government's Appeal of the 9th Circuit's Cable Modem Ruling (rel. Aug. 30, 2004).
- 46 Pet. for Cert. of National Cable & Telecomm. Assn. et al. in No.04-277 (filed Aug. 30, 2004).
- 47 当該裁量上訴受理令状の付与決定については、合衆国最高裁判所のWWWサイト<<http://www.supremecourt.us.gov/qp/04-00277qp.pdf>> (visited Feb. 14, 2005) からもPDF形式で閲覧及び入手が可能である。
- 48 National Cable & Telecommunications Assn v. Brand X Internet Services, 545 U.S. 967, 125 S. Ct. 2688 ; 2005 U.S. LEXIS 5018 (2005) (以下「Brand X_3」). 当該判決については、拙稿「近時のアメリカ合衆国におけるケーブル・モデムを経由するブロードバンド・インターネット・サービスに対する規制をめぐる議論について・再論-National Cable & Telecommunications Assn v. Brand X Internet Servicesにおける合衆国最高裁判所判決を中心に」群馬大学社会情報学部研究論集 第13巻 125頁以下 (2006年) 等を参照のこと。
- 49 Chevron U.S.A., Inc. v. Natural Resources Defense Council, Inc., 467 U.S. 837 ; 81 L. Ed. 2d 694 ; 104 S. Ct. 2778 (1984) (以下「Chevron」).
- 50 Brand X_3, 125 S. Ct. at 2712 ; 2005 U.S. LEXIS 5018, at *64.
- 51 現在UNE(s)とされているものは、以下の7つ。(1) ループ/ローカル通信回線、(2) サブルーブ/ローカル通信回線の下位部分、(3) 網インターフェイス装置、(4) タンデム交換機能を含む市内回線交換機機能(但し、マスマーケットの顧客のための交換機能を除く)、(5) 局間伝送設備、(6) 信号及び通話関連データベース及び(7) 運用サポート・システム。
- 52 In the Matter of Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers ; Implementation of the Local Competition Provisions of the Telecommunications Act of 1996 ; Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability, CC Docket Nos. 01-338 ; 96-98 ; 98-147, Report and Order and Order on Remand and Further Notice of Proposed Rulemaking, 18 FCC Rcd 16978, FCC 03-36 (rel. Aug. 21, 2003) (以下「Triennial Review」).
- 53 xDSLとは、既存のPSTN、特にその末端部分の加入者回線網において、既存の回線交換型の音声電話には使用されない高周波数部分を使用して、高速の情報伝送を可能とする一連の技術を意味する。xDSLには幾つかの種類が存在するが、現在「非対称デジタル加入者回線」(='Asymmetrical Digital Subscriber Line'/以下「ADSL」)が最も普及している。ADSLは、その標準によっても異なるが、理論値で、上り方向で最高5 MBps、下り方向で最高47MBpsの帯域を確保するものも存在する。しかし、金属製の加入者回線網では、高周波数の信号は急速に減衰するため、その実効値は理論値を大幅に下回る。米国では、上り方向で最高約512KBps-1 MBps、下り方向で最高約1.5-6 MBpsの帯域を確保するサービスが最も一般的に提供されている。Abe & Buckley, *supra* note 16, at 195等を参照。
- 54 Triennial Review, *supra* note 52, ¶¶ 255-269.
- 55 *Id.* ¶¶ 273-284.
- 56 その後、Triennial Reviewにおいて、FCCが、UNE(s)の(競争)「阻害性」(='impairment')について判断する権能を各州の委員会に委ねたことを中心に、その適法性をめぐって訴訟が提起され、その一部が無効であると判示された。United States Telecom Ass'n v. FCC, 359 F.3d 554, 594 (D.C. Cir. 2004). その結果、FCCへの差戻しの後に、改めて規則が公布された。In the Matter of Unbundled Access to Network Elements Review of the Section 251 Unbundling Obligations of Incumbent Local Exchange Carriers, WC Docket No.04-313 ; CC Docket No. 01-338, Order on Remand, 20 FCC Rcd 2533, FCC 04-290 (rel. Feb. 4, 2005).
- 57 但し、iLEC(s)が、光ファイバー敷設にともなって金属製の加入者回線を撤去する場合には、音声電話サービスを提供する目的で64KBpsの帯域を競争者に対して提供することが義務付けられた。Triennial Review, *supra* note 52, ¶ 277.
- 58 FCC, FCC Eliminates Mandated Sharing Requirement on Incumbents' Wireline Broadband Internet Access

Services (rel. Aug. 5, 2005), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-260435A1.pdf> (visited Aug. 8, 2005).

- 59 In the Matters of Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities; Universal Service Obligations of Broadband Providers; Review of Regulatory Requirements for Incumbent LEC Broadband Telecommunications Services; Computer III Further Remand Proceedings: Bell Operating Company Provision of Enhanced Services; 1998 Biennial Regulatory Review—Review of Computer III and ONA Safeguards and Requirements; Conditional Petition of the Verizon Telephone Companies for Forbearance Under 47 U.S.C. §160 (c) with Regard to Broadband Services Provided Via Fiber to the Premises; Petition of the Verizon Telephone Companies for Declaratory Ruling or, Alternatively, for Interim Waiver with Regard to Broadband Services Provided Via Fiber to the Premises; Consumer Protection in the Broadband Era, CC Docket No.02-33; CC Docket No.01-337; CC Docket Nos. 95-20, 98-10; WC Docket No. 04-242; WC Docket No.05-271, Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, 20 FCC Rcd 14853; 2005 FCC LEXIS 5257; 36 Comm. Reg. (P & F) 944, FCC 05-150, ¶86 (rel. Sept. 23, 2005) (以下「FCC Wireline Order」).
- 60 *Id.* ¶102. 但し、iLEC(s) が選択する場合には、コモン・キャリア・ベースでのサービスの提供の継続も認められた。*Id.* ¶¶89-95.
- 61 当該問題の詳細については、拙稿・掲注(48)[3.1]等を参照のこと。
- 62 例えば、FCCのMartin委員長は、Brand X³が下された2005年6月27日、「この判決は、非常に必要とされている規制の明白性及び全てのプロバイダーに対して適用され得るブロードバンドのための枠組みを提供する。我々は、今や、全てのアメリカ人に対するブロードバンド・サービスの提供に拍車をかける規制を仕上げる目的で、迅速に前進することが可能である。」と述べて、合衆国最高裁判所が、FCCの判断を維持したことを歓迎した。FCC, Chairman Kevin J. Martin's Announcement Regarding the Supreme Court's Decision in Brand X (June 27, 2005), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-259616A1.pdf> (visited July 1, 2005).
- 63 通信の端点に知識を集中させ、2つの端点の間にあるネットワークを可能な限り簡単に構成するという考え。Clayton, *supra* note 7, at 427等を参照。
- 64 「ネットワークの中立性」をめぐる議論の詳細については、拙稿「近時のアメリカ合衆国における「ネットワークの中立性」をめぐる議論について」群馬大学社会情報学部研究論集 第14巻 175頁以下(2007年)、及び拙稿「アメリカ合衆国の第109連邦議会に提出された「ネットワークの中立性」についての政策に関する主要な法案について」群馬大学社会情報学部研究論集 第14巻 359頁以下(2007年)等を参照のこと。本稿は、これらの拙稿のアップデートとしての性質も有する。
- 65 「ネットワークの中立性」という語の一般への普及に対しては、Columbia UniversityのTim Wu教授が貢献したとも言われている。
- 66 FCC, FCC Adopts Policy Statement; New Principles Preserve and Promote the Open and Interconnected Nature of Public Internet (rel. Aug. 5, 2005), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-260435A1.pdf> (visited Aug. 8, 2005).
- 67 In the Matters of Appropriate Framework for Broadband Access to the Internet over Wireline Facilities; Review of Regulatory Requirements for Incumbent LEC Broadband Telecommunications Services; Computer III Further Remand Proceedings: Bell Operating Company Provision of Enhanced Services; 1998 Biennial Regulatory Review—Review of Computer III and ONA Safeguards and Requirements; Inquiry Concerning High-Speed Access to the Internet Over Cable and Other Facilities; Internet Over Cable Declaratory Ruling; Appropriate Regulatory Treatment for Broadband Access to the Internet Over Cable Facilities, CC Docket No. 02-33; CC Docket No.01-337; CC Docket Nos. 95-20, 98-10; GN Docket No.00-185; CS Docket No.02-52, Policy Statement, 20 FCC Rcd 14986; 2005 FCC LEXIS 5258; 36 Comm. Reg. (P & F) 1037, FCC 05-151 (rel. Sept. 23, 2005) (visited Sept. 25, 2005) (以下「Internet Policy Statement」). 当該声明では、(1)ブロードバンドの提供を促進し、公共インターネットの開放され相互接続される性質を維持し促進する目的で、消費者は、自ら選択する合法的なインターネット上のコンテンツにアクセスする権利を有すること、(2)ブロードバンドの提供を促進

- し、公共インターネットの開放され相互接続される性質を維持し促進する目的で、消費者は、法執行の必要に服して、自ら選択するアプリケーションを起動させ、サービスを利用する権利を有すること、(3) ブロードバンドの提供を促進し、公共インターネットの開放され相互接続される性質を維持し促進する目的で、消費者は、自ら選択する、ネットワークに損害を与えない適法の機器を接続する権利を有すること、及び(4) ブロードバンドの提供を促進し、公共インターネットの開放され相互接続される性質を維持し促進する目的で、消費者は、ネットワーク・プロバイダー、アプリケーション・プロバイダー及びサービス・プロバイダー、並びにコンテンツ・プロバイダー間の競争を享受する権利を有すること、という4原則が示された。*Id.* ¶4.
- 68 FCC, FCC Launches Inquiry into Broadband Market Practices (rel. Mar. 22, 2007), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-271687A1.pdf> (visited Mar. 31, 2007).
- 69 In the Matter of Broadband Industry Practices, WC Docket No.07-52, Notice of Inquiry, 22 FCC Rcd 7894, FCC 07-31 (rel. Apr. 16, 2007), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-07-31A1.pdf> (visited Apr. 20, 2007) (以下「Broadband Industry Practices Notice」). 当該調査の告示は、ブロードバンド市場の参加者の振る舞いに対する情報を追求し、それらは、以下を含む。(1) 如何にして、ブロードバンド・プロバイダーが、インターネット・トラフィック/通信量を彼らのネットワーク上で今日運営しているか、(2) プロバイダーは、サービスの異なる速度又は容量に対して異なる価格を課金しているか、(3) 我々の政策は、エンド・ユーザーにコンテンツに対するアクセスのために課金するコンテンツ・プロバイダーと課金しないコンテンツ・プロバイダーとの間で相違を示すべきか、及び(4) 如何にして、消費者は、これらの実務によって影響を受けるか。*Id.* ¶¶ 8-11.
- 70 「電力線を使用する電気通信技術」(=‘Power Line Telecommunications Technology’/以下「PLT」)、又は「電力線通信」(=‘Power Line Communication’/PLC)等と呼ばれる。PLTの研究の開始は非常に古くAT&T Corporation (以下「(旧) AT&T社」)は早くも1923年にはその研究を開始している。PLTの実用化にともなう最大の技術的な困難は、交流の電気が流れる電力線を経由してデータ伝送を行うことに起因する。PLTの実用化は、1950年代に100-900Hzの周波数を使用するRipple Controlに始まった。当該技術が可能とする通信は1方向のものであり、主として、街灯の制御管理、電力量の計量及び送電の制御等に使用された。その後も、1980年代の後半に至るまで、交流の電力線を使用してのデータ伝送は、前述の目的で行われる非常に低速な(すなわち、ナローバンドのもの)を除いては不可能であった。しかし、1990年代末以降、偏在性を有する電力線を利用するブロードバンド・サービスへの関心の向上に伴う技術革新によって、今日の欧米では、数Mbps-数百Mbpsの帯域を確保することが可能なサービスも提供されている。Regis J. Bates, *Broadband Telecommunications Handbook* 248-61 (2000)等を参照。
- 71 ブロードバンド・サービスを実現する無線通信技術は、多岐に渡る。紙面の都合上、その詳細については、拙稿・前掲注(1) [2.2] (d)等を参照のこと。近時では、特に、約2-11GHzの電磁波を使用して、最大50kmの範囲で1基地局当たり最大280MBps (各基地局の1セクター当たり最大70MBps)の帯域を確保することを可能とする、WiMAXと呼ばれるIEEE 802.16aが、注目されてきた。
- 72 In the Matter of United Power Line Council’s Petition for Declaratory Ruling Regarding the Classification of Broadband over Power Line Internet Access Service as an Information Service, WC Docket No.06-10, WC Docket No.06-10, Memorandum Opinion and Order, 21 FCC Rcd 13281, FCC 06-165 (rel. Nov. 7, 2006), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-06-165A1.pdf> (visited Mar. 1, 2007). 当該命令において、FCCは、(1) 「電力線を経由するブロードバンドが可能とするインターネット・アクセス・サービス」(=‘Broadband over Power Line (BPL)-enabled Internet access service’)を、1934年連邦通信法のもとでの情報サービスに分類し、追加的に、(2) 当該サービスに内在する伝送の要素は、「電気通信」であるが、機能的に統合される、完成した電力線を経由するブロードバンドが可能とするインターネット・アクセス・サービスの提供の一部であるところの、この電気通信の伝送の要素の提供は、「電気通信サービス」ではないと認定し、更に、(3) 連邦通信法又は関連する先例の何れも、ブロードバンドの伝送が、あるISP(s)に、当該ISP(s)自身の、電力線を経由するブロードバンドが可能とするインターネット・アクセス・サービスの提供のための卸売りの「投入量」(=‘input’)として提供される場合には、「電気通信サービス」であることを強制しないが、当該電力線を経由するブロードバンドの提供者は、それをその様に提供することを選択し得る、と認定した。*Id.* ¶11.

- 73 In the Matter of Appropriate Regulatory Treatment for Broadband Access to the Internet Over Wireless Networks, WT Docket No.07-53, Declaratory Ruling, 22 FCC Rcd 5901, FCC 07-30 (rel. Mar. 23, 2007), available at <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-07-30A1.pdf> (visited Mar. 31, 2007). 当該宣言的判断において、FCC は、(1) 「無線ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス」は、情報サービスであること、(2) 当該サービスに内在する伝送の要素は、「電気通信」であるが、電気通信の伝送の提供は、機能的に統合されるインターネット・アクセス・サービスの一部であり、連邦通信法§ 3 (47 U.S.C. §153 (46)) のもとの「電気通信サービス」ではないこと、及び (3) 移動体無線ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスは、同法§332のもとの「商業用移動体サービス」(='commercial mobile service') ではないこと、を認定した。Id. ¶1.
- 74 Free Press は、メディアの改革を目的として活動する、全米の、無党派、非営利の組織であり、2002年、メディア学者である Robert W. McChesney 氏、ジャーナリストである John Nichols 氏及び Josh Silver 氏によって立ち上げられた。今日、それは、約50万人の活動家を有する全米最大のメディア改革団体であり、教育、組織及び代弁を通じて、多様で独立したメディア所有、強い公共メディア、品質の高い報道、及び通信へのユニバーサル・アクセスを促進する目的で活動している。当該団体の WWW サイト<http://www.freepress.net/about_us> (visited Aug. 30, 2008) 等を参照。
- 75 Public Knowledge は、コロンビア特別区に拠点を置く、デジタル文化における市民の権利の保護を目的とする公益団体である。その最優先(事項)は、(技術)革新及び消費者の権利を促進する一方で、(技術)革新を遅延させ、「公有」(='public domain') を縮減させる、又はそれらの使用を防止する法案が可決されることを防ぐことであるとされる。当該団体の WWW サイト<<http://www.publicknowledge.org/about>> (visited Aug. 30, 2008) 等を参照。
- 76 Comcast Corporation (以下「Comcast 社」) は、1963年にミズーリ州 Tupelo で、Ralph J. Roberts 氏を含む3人によって設立され、1969年に法人化されたケーブル事業者である。同社は、最も初期から存在した「複数の地域において事業を運営するケーブル事業者(一般に「統括管理会社」)(='Multiple System Operator(s)'/以下「MSO(s)」)である。特に(旧)AT&T社による TCI Corporation の買収によって成立した AT&T Broadband LLC を2002年に買収して、全米最大のケーブル事業者となった。2007年9月末日の時点において、同社は、全米の39箇州とコロンビア特別区において、約2,420万のケーブル・サービス及び約1,290万の ISP サービス等を含む、4,000万を超える家庭に対する多岐に渡る通信サービスを提供していた。また、Comcast.net (www.comcast.net) 及び Fancast (www.fancast.com) 等を含む「ビデオ・オン・デマンド」(='Video on Demand'/以下「VOD」) サービスも提供していた。同社の WWW サイト<<http://www.comcast.com>> (visited Aug. 20, 2008) 等を参照。
- 77 前掲注(26)を参照のこと。
- 78 FCC は、規制上の意味における「VoIP」を公式には定義していないが、概して、「如何なるものであれ、実時間の、多方向の音声機能を提供する IP が可能とするサービスであって、伝統的な電話に類似のサービスを含むが、それに限定されないサービスを含むもの」を意味する語として使用する。In the Matter of IP-Enabled Services, WC Docket No.04-36, Notice of Proposed Rulemaking, 19 FCC Rcd 4863, 4866, ¶3 n.7, FCC 04-28 (rel. Mar. 10, 2004). 米国における IP 電話及び VoIP 規制については、拙稿「近時のアメリカ合衆国における IP 電話規制について」群馬大学社会情報学部研究論集 第13巻 93頁以下(2006年)等を参照のこと。
- 79 「伝送制御プロトコル」(='Transmission Control Protocol'/以下「TCP」)及び IP から構成される「TCP/IP プロトコル・スタック」(='TCP/IP Protocol stack')の一部であって、上位の「アプリケーション層」(='application layer(s)')に従う特定の連続動作によって、エラー、データの消失、及びデータの(予期しない)複製が生じることなく、データが伝搬されることを保証するものこと。TCP はコネクション型のプロトコルであって、番号(アドレス)がダイヤルされ、接続が行われる点において音声電話会話と類似である。TCP 層は、データを細かい「セグメント/部分」(='segment(s)')に分割し、各々に対して「ヘッダ」(='header')及び一連の番号を付与する。TCP セグメントは IP ヘッダに付与され、下位の層との接続を切断し、「リモート・ホスト」(='remote host')をコネクションレスにする。TCP セグメント及び IP ヘッダは、「IP データグラム」(='IP datagram')と呼ばれる。TCP/IP の全ての部分(例えば、IMCP、TCP、及び IP)は、ファイル又はメッセージのネットワークを通じての伝搬を全うするために必要となる。Clayton, *supra* note 7 at 569.
- 80 RFC 793/Internet Standard STD 7.

- 81 概して、複数の機器の間で通信を行う際のアーキテクチャの1つであって、「対等者」(すなわち、「ピア」(=peer(s)))の間で通信を行うことを特徴とする通信のあり方を意味する語として、使用されている様に思われる。
- 82 例えば、FCCのMcDowell委員は、その声明(see *infra* note 178)の中で、「事実、全てのインターネットの消費者の(上位)5%のみが、P2Pにより帯域の90%を使用している。世界のインターネットのトラフィック/通信量の75%が、P2Pであると概算するものも存在する。」と、述べる。See *infra* note 178, ¶21.
- 83 BitTorrentは、その開発者であり、当該アプリケーションの販売元であるBitTorrent, Inc.の共同設立者であるBram Cohen氏によって開発された、(サーバーを必要としない)純粋型のP2P型のファイル共有ソフトウェアである。あるユーザーのコンピュータ/機器と1つのサーバーとの間に単一のTCP接続を確立することを典型的に要求する(すなわち、「クライアント-サーバー型」)の伝統的なファイル共有の手段とは異なって、BitTorrentは、分散化された配信モデルを採用する。すなわち、「スウォーム/群れ」(='swarm')と呼ばれるBitTorrentが使用されるコンピュータの集合体内の各々のコンピュータ/機器は、当該スウォーム/群れ内の、その他のコンピュータ/機器からコンテンツをダウンロードすることが可能であり、そして、逆に、各々のコンピュータ/機器は、また、これらの同一のピアが、コンテンツをダウンロードすることを可能とする。BitTorrentは、特に「ファイルの一部をその他のものから受領するためには、自らも当該ファイルの一部の引渡しを行わなければならない」というルールを導入し、このことは、限定された帯域しか利用出来ないユーザーでも、ファイルの伝送に貢献することを可能とした。同社のWWWサイト<<http://www.bittorrent.com>> (visited Aug. 20, 2008)等を参照。
- 84 BitTorrent社は、Bram Cohen氏が共同で設立したBitTorrentの開発・提供を行う事業者である。同社のWWWサイト<<http://www.bittorrent.com>> (visited Aug. 20, 2008)等を参照。
- 85 Vuze, Inc. (以下「Vuze社」)は、BitTorrentを使用して、合法的にビデオ・プログラムを送信する事業者の1つである。同社のWWWサイト<<http://www.vuze.com/corp/About.html>> (visited Aug. 20, 2008)。
- 86 Marguerite Reardon, Comcast Denies Monkeying with BitTorrent Traffic, CNETNEWS.com News Blog, at <http://news.cnet.com/8301-10784_3-9763901-7.html> (Aug. 21, 2007) (visited Aug. 30, 2008)。
- 87 the Associated Pressは、1846年に設立された、米国の放送局及び新聞社の協同組合である。当該組合は、全米で活動を展開する唯一の通信社であり、全世界の97箇国に支局を有する。当該組合のWWWサイト<<http://www.ap.org/pages/about/about.html>> (visited Aug. 20, 2008)等を参照。
- 88 Electronic Frontier Foundationは、1990年に設立された、今日のデジタル社会における言論の自由の保護等を目的とする非営利組織である。当該団体のWWWサイト<<http://www.eff.org>> (visited Aug. 20, 2008)等を参照。
- 89 See e.g. Peter Svensson, Comcast Blocks Some Internet Traffic, AP Testing Shows, Associated Press, Oct. 19, 2007, available at <http://ap.google.com/article/ALeqM5gxRiQSVfgK4sLbVRE_X4MOIM9q0AD8SCASPG0> (visited Oct. 22, 2007)。
- 90 Letter from Kathryn A. Zachem, Vice President of Regulatory Affairs, Comcast Corporation, to Marlene H. Dortch, Secretary, FCC, at 5 (July 10, 2008) (Comcast Technical Ex Parte)。
- 91 Comcast Comments at 31; Letter from Mary McManus, Senior Director of FCC and Regulatory Policy, Comcast Corporation, to Kris A. Monteith, Chief, Enforcement Bureau, File No.EB-08-IH-1518, at 5 (Jan. 25, 2008) (Comcast Response Letter)。
- 92 Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications, File No.EB-08-IH-1518 (Nov. 1, 2007), available at <http://www.publicknowledge.org/pdf/fp_pk_comcast_complaint.pdf> (visited Mar. 31, 2008) (以下「Free Press Complaint」)。
- 93 *Id.* at 24-35.
- 94 *Id.* at 19.
- 95 In the Matters of Broadband Industry Practices, WC Docket No.07-52, Petition to Establish Rules Governing Network Management Practices by Broadband Network Operators of Vuze, Inc. (Nov. 14, 2007) (以下「Vuze Petition」)。
- 96 Requests from Numerous Parties, File No. EB-08-IH-1518. 2007年11月1日から2008年1月14日の間に、FCCの電子メール・アドレス<fccinfo@fcc.gov>に22,284の電子メールが送信された。

- 97 2008年1月8日、FCCのMartin委員長は、ネヴァダ州Las Vegas市で開催された「コンシューマー・エレクトロニクス・ショー」(=‘Consumer Electronics Show’/CES)において、基調演説を行った。その中で、彼は、Comcast社によるBitTorrent等のP2Pトラフィック/通信量への干渉の問題に関連して、「FCCは、これらの潜在的なゲートキーパー/門番を止めて、そして、情報の自由な流れを検閲する会社に罰金を課さなければならない。」、また、「彼らが合理的なネットワーク運営実務を有している場合には、彼らは、それらを開示し、公開するべきである。」と声明した、と報じられた。Anne Broache, FCC: We’ll investigate Comcast-BitTorrent flap, CNETNEWS.com, at <http://news.cnet.com/8301-10784_3-9845889-7.html?tag=txt> (Jan. 8, 2008) (visited Jan. 31, 2008).
- 98 Letter from Kris A. Monteith, Chief, Enforcement Bureau, to Mary McManus, Senior Director of FCC and Regulatory Policy, Comcast Corporation, File No.EB-08-IH-1518 (Jan. 11, 2008).
- 99 See Comcast Response Letter, *supra* note 91.
- 100 In the Matter of Broadband Industry Practices, WC Docket No.07-52, Comment Sought on Petition for Declaratory Ruling Regarding Internet Management Policies, Public Notice, 23 FCC Rcd 340, DA 08-91 (rel. Jan. 14, 2008); Broadband Industry Practices, WC Docket No.07-52, Comment Sought on Petition for Rulemaking to Establish Rules Governing Network Management Practices by Broadband Network Operators, 23 FCC Rcd 343, DA 08-92 (rel. Jan. 14, 2008).
- 101 FCC, Commission Orders Comcast to End Discriminatory Network Management Practices; FCC Affirms Its authority to Protect Vibrant and Open Internet, 2008 FCC LEXIS 5790 (rel. Aug. 1, 2008), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-284286A1.pdf> (visited Aug. 3, 2008) (以下「FCC Comcast BitTorrent Order, News」).
- 102 In the Matters of Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications; Broadband Industry Practices Petition of Free Press et al. for Declaratory Ruling that Degrading an Internet Application Violates the FCC’s Internet Policy Statement and Does Not Meet an Exception for “Reasonable Network Management”, File No.EB-08-IH-1518; WC Docket No.07-52, Memorandum Opinion and Order, 23 FCC Rcd 13028; 2008 FCC LEXIS 5898; 45 Comm. Reg. (P & F) 1159, FCC 08-183 (rel. Aug. 20, 2008), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A1.pdf> (visited Aug. 21, 2008) (以下「FCC Comcast BitTorrent Order」).
- 103 すなわち、Free Pressが申し立てた、暫定的差止命令及び宣言的判断のみが(一部)容認され、本案的差止命令/終局的差止命令、及びComcast社に対する(財産の)没収/剥奪/没収は、全て退けられた。
- 104 47 U.S.C. §§151, 152(a), 154(i), 154(j), 201(b), 230(b), 256, 257, 303(r), 403, 521, and 47 U.S.C. §157 nt. (2008).
- 105 47 C.F.R. §1.2 (2008).
- 106 See *supra* note 67.
- 107 連邦通信法§ 230 (b) は、以下の様に規定する。
 § 230 私的なブロッキング/遮断及び不快な内容のスクリーニングのための保護
 (b) 政策 これは、合衆国の政策である—
 (1) インターネット及びその他の双方向コンピュータ・サービス並びにその他の双方向メディアの継続的發展を促進すること；
 (2) インターネット及びその他の双方向コンピュータ・サービスにとって現在存在する、連邦の又は州の規制によって拘束されない、活力ある競争的な自由市場を維持すること；
 (3) 如何なる情報が、インターネット及びその他の双方向コンピュータ・サービスを使用する、個人、家族及び学校によって受信されるかに関するユーザーのコントロール/制御を最大化する技術の發展を助長すること；
 (4) 両親に、彼らの子供達の「良風を傷つける/不快な」(=‘objectionable’)又は「不適切な」(=‘inappropriate’)オンラインのマテリアル/素材に対するアクセスを制限する能力を与える、「ブロッキング/遮断」(=‘blocking’)及び「フィルタリング/選別」(=‘filtering’)技術の發展及び使用に対する「反誘因/誘因を阻害するもの」(=‘disincentive(s)’)を除去すること；及び
 (5) 猥褻(性)におけるトラフィッキング、ストーキング、及びコンピュータを手段とするハラスメントを、「(犯

罪/違法行為を) 抑止する」(=‘deter’) 又は「処罰する」(=‘punish’) 連邦の刑事法の活力ある強制を確かなものとする。47 U.S.C. §230 (b) (2008).

108 Internet Policy Statement, *supra* note 67, 20 FCC Rcd 14986, 14987, ¶4.

109 *Id.*

110 *Id.* at 14988, ¶5.

111 *Id.*

112 FCC Wireline Order, *supra* note 59, 20 FCC Rcd 14853.

113 FCC Wireline Order, 20 FCC Rcd at 14907, ¶96.

114 Brand X_3, 545 U.S. 967, 976; 125 S. Ct. 2688, 2696; 2005 U.S. LEXIS 5018, at *17.

115 Brand X_3, 545 U.S. at 996; 125 S. Ct. at 2708; 2005 U.S. LEXIS 5018, at *54.

116 47 U.S.C. §152 (a) (2008).

117 47 U.S.C. §151 (2008).

118 47 U.S.C. §154 (i) (2008).

119 47 U.S.C. §201 (2008).

120 FCC は、P2P アプリケーションを使用する Comcast 社の顧客のコンピュータが接続する相手は、コモン・キャリアのネットワークに接続された機器である可能性が存在し、同社の行為は、トラフィック/通信量を運送する費用と負担を、同社からコモン・キャリアに移動し得るものであり、したがって、同法同条の管轄権を巻き込む、と認定する。

121 47 U.S.C. §157 nt. (2008).

122 47 U.S.C. §256 (2008).

123 FCC は、Comcast 社のケーブル回線網は、公衆電気通信ネットワークではないと仮定しても、それは、その様なネットワークと相互接続しており、また、同法同条は、FCC が、当該ネットワークの相互接続性の標準の発展/開発に参加する権限を付与するが故に、当該行為への対処は、同法同条の目的を前進させ得る、と認定する。

124 47 U.S.C. §257 (2008).

125 47 U.S.C. §257 (b) (2008).

126 47 U.S.C. §521 (4) (2008).

127 この場合、FCC は、この指示は、連邦通信法§602に定義される「ケーブル・サービス」に限定されず、ISP サービス等を含む「ケーブル通信」(=‘cable communications’) に対して、より広く適用される、と解釈する。

128 FCC は、その根拠として、歴史的に、この語が制定された時点で、インターネット等のための市場が、実質的にダイヤル・アップ・インターネット・アクセス・サービスから構成され、電話ネットワークを経由して提供されていたこと、及び、その当時、施設ベースのキャリアは、彼らの強化サービスの提供に関して、コンピュータ裁定の決定に従って、規制に服していたこと、等を挙げる。

129 例えば、VoIP E911 Order において、FCC は、§230 (b) (2) が、相互接続される VoIP プロバイダーに対して、911/緊急電話サービスを彼らのエンド・ユーザーに提供することを要求する障害ではない、と認定している。VoIP E911 Order, 20 FCC Rcd 10245, 10262. 詳細については、例えば、拙稿・前掲注 (78) [3,5] 等を参照のこと。

130 In the Matters of Applications for Consent to the Assignment and/or Transfer of Control of Licenses, Adelphia Communications Corporation, (and Subsidiaries, Debtors-In-Possession), Assignors, to Time Warner Cable Inc. (Subsidiaries), Assignees, Adelphia Communications Corporation, (and Subsidiaries, Debtors-In-Possession), Assignors and Transferors, to Comcast Corporation (Subsidiaries), Assignees and Transferees, Comcast Corporation, Transferor, to Time Warner Inc., Transferee, Time Warner Inc., Transferor, to Comcast Corporation, Transferee, MB Docket No. 05-192, Memorandum Opinion and Order, 21 FCC Rcd 8203, 8298, ¶220, FCC 06-105 (2006) (以下「Adelphia/Time Warner/Comcast Order」).

131 *Id.* at 8298, ¶220.

132 *Id.* at 8299, ¶223.

133 Cf. 47 C.F.R. §1.110 (2008).

134 47 U.S.C. §154 (j) (2008).

- 135 合衆国最高裁判所は、「行政機関が、関連するある一般規則の不存在にもかかわらず、解決されなければならない問題を、合理的に予測し得ないある事件において、問題が発生し得る。又は、当該行政機関が、その「仮の/一時的な」(='tentative') 判決を、ある「従うべき明確なルール/準則/ハード・アンド・ファースト・ルール」(='hard and fast rule') に固定することを正当化するために、ある特定の問題に十分な経験を有してき得なかった。又は、当該問題が、その性質において、余りにも専門化され、かつ、多様であるために、ある一般規則の境界の内部で把握することが不可能であり得る。それらの状況において、当該行政機関は、行政過程が効率的である場合には、「事案毎に/ケース・トゥー・ケース・ベースで」(='case-to-case basis') 当該問題を取り扱う権限を保有し続けなければならない。したがって、制定法上の基準の「一件一件の」(='case-by-case') 発展の余地は、まさに確固として存在する。そして、一般規則による、又は、個々の、(すなわち、) アド・ホックによる、手続きの間で行われる当該選択は、まず、第1に、(専門)知識を有する当該行政機関の裁量に存在する。」と述べる。SEC v. Chenery Corp., 332 U.S. 194, 202-03 (1947), (citing Columbia Broadcasting Sys., Inc. v. United States, 316 U.S. 407, 421 (1942)) (以下「Chenery II」)。
- 136 その具体的な例として、FCC は、Carterfone 原則を裁定によって採用したこと等を挙げる。See e.g. In the Matters of Use of the Carterfone Device in Message Toll Telephone Service ; Thomas F. Carter and Carter Electronics Corp., Dallas, Tex. (Complainants), v. American Telephone and Telegraph Co., Associated Bell System Companies, Southwestern Bell Telephone Co., and General Telephone Co. of the Southwest (Defendants), Docket Nos. 16942, 17073, Decision, 13 FCC 2d 420, FCC 68-661 (Adopted June 26, 1968) (以下「Carterfone Order」)。
- 137 Chenery II, 332 U.S. at 202.
- 138 何かを予防するために公式化される (法理のこと)。Black's Law Dictionary 1338 (9th ed. 2009) 等を参照。
- 139 Declaratory Ruling, *supra* note 34, 17 FCC Rcd at 4802, ¶5.
- 140 NLRB v. Bell Aerospace Co. Div. of Textron Inc., 416 U.S. 267, 294 (1974).
- 141 Pfaff v. U.S. Dep't of Hous. & Urban Dev., 88 F.3d 739, 748 (9th Cir. 1996).
- 142 すなわち、裁判所は、「裁定によって採用される、新たな基準が、当該行政機関のそれ以前の法の解釈から根本的に逸脱する場合には、公衆が、実質的に、かつ、善意で以前の解釈に依拠してきた場合には、罰金又は損害賠償が含まれる場合には、そして、新たな基準が、範囲において、非常に幅広く、かつ、一般的であり、そして、適用において予想される場合には、そのような状況が、それ自体で存在し得る。」と説明してきた。Comcast Ex Parte at 13 (quoting 88 F.3d at 748).
- 143 See *supra* note 69.
- 144 See CBS, Inc. v. FCC, 629 F.2d 1, 26-27 (1980), *aff'd*, 453 U.S. 367 (1981) ; Complaint of Carter-Mondale Presidential Committee, Inc. against The ABC, CBS and NBC Television Networks, Memorandum Opinion and Order, 74 FCC 2d 631, ¶25 n.9 (1979) ; see also New York State Comm'n on Cable Television v. FCC, 749 F.2d 804, 815 (D.C.Cir. 1984) ; Negrete-Rodriguez v. Mukasey, 518 F.3d 497, 504 (7th Cir. 2008).
- 145 See *supra* note 69.
- 146 Broadband Industry Practice Notice, *supra* note 69, 22 FCC Rcd 7894, 7896, ¶4.
- 147 FCC Wireline Order, 20 FCC Rcd 14853, 14915, ¶111.
- 148 Declaratory Ruling, 17 FCC Rcd 4798, 4842, ¶79.
- 149 *Id.* at 4846, ¶92.
- 150 Madison River Communications, LLC and Affiliated Companies, File No. EB-05-IH-0110, Order, 20 FCC Rcd 4295 (EB 2005) (以下「Madison River Order」)。当該事件については、後掲注 (193) 等を参照のこと。
- 151 See, e.g., Internet Policy Statement, 20 FCC Rcd 14986, 14988, ¶¶2, 4.
- 152 例えば、Max Planck Institute は、Comcast 社が、1日の時間に依存するが、P2Pのアップロード側のTCP接続の20-80%を終了させた、と認定する。Max Planck Institute による当該調査及びそれに補足的な調査は、以下のWWWサイトからPDF形式で入手が可能である。Marcel Dischinger, Alan Mislove, Andreas Haeberlen & Krishna P. Gummadi, Detecting BitTorrent Blocking, *available at* <http://broadband.mpi-sws.org/transparency/results/08_imc_blocking.pdf> (visited Sept. 9, 2008).

- 153 RST パケットを TCP コネクション/接続の両側に送信する Comcast 社の実務を、巧妙なコンピュータ・ハッカーが、ネットワークを経由して、通信を、傍受し、かつ、支配する、「中間者攻撃/マン・イン・ザ・ミドル攻撃」(= 'man in the middle attack') における異形の 1 つとして性質決定する見解が存在する。Peha Comments at 5 (Apr. 7, 2008) ; Peha Comments at 4 (Apr. 4, 2008).
- 154 例えば、Stanford University の Lawrence Lessig 教授等は、「エンド・トゥー・エンド」又は「ネットワークの中立性」は、「ネットワーク又はプラットフォームの所有者による最小限の干渉により、…アプリケーション及びコンテンツの間で…完全競争と同等のもの」を創出してきた、と証言する。Testimony of Lawrence Lessig, C. Wendell and Edith M. Carlsmith Professor of Law, Stanford Law School, Senate Committee on Commerce, Science and Transportation Hearing on "The Future of the Internet," at 2 (Apr. 22, 2008), *available at* <http://commerce.senate.gov/public/_files/LessigTestimony.pdf> (visited Sept. 9, 2008).そして、Massachusetts Institute of Technology の David Reed 准教授は、「著しく、Comcast 社の実務は、これらの標準を阻害する。」、と証言する。Testimony of David Reed, Adj. Professor, Massachusetts Institute of Technology, Broadband Network Management Practices En Banc Public Hearing, at 3 (Feb. 25, 2008) (citing Sally Floyd, Inappropriate TCP Resets Considered Harmful, Internet RFC 3360 (Aug. 2002), *available at* <<http://www.ietf.org/rfc/rfc3360.txt?number=3360>> (visited Sept. 9, 2008)).
- 155 例えば、Columbia Law School の Tim Wu 教授は、「Comcast 社の方法は、」合法的ネットワーク運営と「同一の部類にすら存在せず」、そして、Comcast 社は、「運営というよりは、むしろ、検閲及び「フィルタリング/選別」 (= 'filtering') の 1 類型を行っている」、と述べた。Testimony of Tim Wu, Professor of Law, Columbia University, First Public En Banc Hearing on Broadband Network Management Practices, at 2 (Feb. 25, 2008). また、Stanford Law School の Barbara van Schewick 助教授は、Comcast 社の実務を、非合理的であるばかりではなく、「アプリケーション・レベルの革新及びユーザーの選択に最も有害」である、と呼ぶ。Testimony of Barbara van Schewick, Assistant Professor of Law, Stanford Law School, Second Public En Banc Hearing on Broadband Network Management Practices, at 3 (Apr. 17, 2008), *available at* <[http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/publications_pdf/16_testimony%20panelist%20Barbara%20van%20Schewick%20\(oral\).pdf](http://www.law.stanford.edu/display/images/dynamic/publications_pdf/16_testimony%20panelist%20Barbara%20van%20Schewick%20(oral).pdf)> (visited Sept. 9, 2008). 当該証言において、van Schewick 助教授は、以下の様に述べる。(1) FCC は、ブロードバンド・プロバイダーに対して、彼らのネットワーク運営実務を開示することを要求するべきである。(2) 開示の現時の水準では、十分ではない。(3) 開示のみでは、十分ではない。(4) FCC は、合理的なネットワーク運営実務のための幾つかの基礎的な規則を制定する必要がある。特に、それは、ブロードバンド・ネットワーク上での帯域の消費を管理する目的で、1 つの特定のアプリケーション又はクラスのアプリケーションを選び出すことを禁止するべきである。*Id.* at 1.
- 156 FCC は、具体的な例として、(1) 平均的なユーザーの容量に上限を設定し、最も攻撃的なユーザーに超過料金を課すこと、(2) 如何に頻繁であるかに関わらず、P2P 技術に依存するユーザーにではなく、高い容量を使用するユーザーの接続速度を減速すること、及び (3) アプリケーション・ベンダーとともに作業を行うこと、を挙げる。
- 157 Internet Policy Statement, 20 FCC Rcd 14986, 14988, ¶4.
- 158 例えば、「二次的賠償責任」 (= 'secondary liability') 訴訟は、著作権法の違反を防止するための「行き詰まり」 (= 'dead-end') である、と主張する。Bryan H. Choi, The Grokster Dead End, 19 Harv. J.L. & Tech. 393, 410-11 (2006).
- 159 「開示された情報は、消費者が、知識のある判断を行い、そして、彼らが、彼らの振る舞いを適合させること、を可能とするために十分な詳細を提供しなければならない。」FCC Comcast BitTorrent Order, *supra* note 102, 23 FCC Rcd 13028, 13059, ¶52 n. 240 (citing van Schewick Testimony at 3).
- 160 47 U.S.C. §230 (b) (2) (2008).
- 161 See Letter from Kathryn A. Zachem, Vice President of Regulatory Affairs, Comcast Corporation, to Marlene H. Dortch, Secretary, FCC, at 2 (July 10, 2008) ; Letter from David L. Cohen, Executive Vice President, Comcast Corporation, to Kevin J. Martin, Chairman, FCC, at 2 (Mar. 28, 2008).
- 162 具体的には、以下の事項に対する回答が要求された。すなわち、(1) 帯域制限の将来的な存否、(2) 存在する場合のその形態、(3) 当該制限の賦課の基準 (時間毎か又は月毎か)、(4) 消費者が当該制限が (直近に) 賦課され得る

- かを知る手段、及び (5) 消費者が、当該制限を超える場合に取られる措置 (トラフィック/通信量に対する速度の低下、その終了、又はサービス停止)。
- 163 Steven Musil, Comcast appeals FCC traffic-blocking ruling, CNETNEWS.com, at <http://news.cnet.com/8301-13578_3-10033376-38.html?tag=mncol> (Sept. 4, 2008) (visited Sept. 9, 2008).
- 164 前掲注 (107) を参照のこと。
- 165 前掲注 (67) を参照のこと。
- 166 但し、[3.2] で後述する様に、反対意見を述べる 2 委員は、当該考えに反対する。
- 167 See *supra* note 135.
- 168 これは、基本的に、[3.2] で後述する Martin 委員長の考えにもとづくものである。後掲注 (183) も参照のこと。
- 169 FCC が、それに当該権限を付与すると解釈する、[2.2] (a) で記した連邦通信法の 7 箇条の中の、同法 §601 は、その文言上「ケーブル通信」に限定される。しかし、それ以外の条項は、PLT 及び無線技術を使用するブロードバンド・サービスのプロバイダーにも適用され得るが故に、その様に解釈することが相当である様に思われる。
- 170 例えば、Northwestern University の James B. Speta 准教授は、インターネットに関連する新たなサービス又はインフラストラクチャーは、伝統的な、電気通信、放送及びケーブルのサービスに付随的ではあり得ないが故に、FCC による連邦通信法第 I 編のもとでの付随的管轄権の行使を否定的に解釈し、その代わりに、FCC が、インターネット市場において限定的に強制し得る、新たな限定的な制定法上の相互接続ルールを提案する。James B. Speta, FCC Authority to Regulate the Internet: Creating it and limiting it, 35 Loy. U. Chi. L.J. 15, 22-30 (2003).
- 171 インターネットの動的な市場環境に鑑みて、如何にして、FCC が、連邦通信法第 I 編にもとづく付随的管轄権によって、不服申立て手続きによって差別的なアクセスを審査する規制制度を発展させるかを説明し、そして、それが、実際に発生する競争政策の関心に焦点を当て得る、コモン・ロー、すなわち、「反トラスト類似の」(=‘antitrust-like’) 規制の枠組みを発展させ得ることを予見する著作として、Philip Weiser, Toward A Next Generation Regulatory Strategy, 35 Loy. L. Rev. 41, 84-85 (2003) が存在する。
- 172 FCC, Statement of Chairman Kevin J. Martin, Re: Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications; Broadband Industry Practices, File No. EB-08-IH-1518, WC Docket No. 07-52 (rel. Aug. 20, 2008), available at <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A2.pdf> (visited Aug. 21, 2008).
- 173 Martin 氏は、2006年3月21日、TelecomNext 2006における基調演説で「FCC には、当該問題 (すなわち、トラフィック/通信量の遮断又は意図的な遅延) に対応する権限があり、それは、過去に行使されている。」と述べた、と報じられた。また、伝送路の保有者が、トラフィック/通信量の差別化、を行う権利を有すると述べた、とも報じられた。Marguerite Reardon, AT&T chief, FCC chair clarify on Net neutrality; Whitacre says he has no plans to degrade service; FCC’s Martin says companies should be allowed to recoup costs, CNETNEWS.com, at <http://news.cnet.com/2100-1034_3-6052239.html> (Mar. 21, 2006) (visited June 10, 2006).
- 174 FCC, Statement of Commissioner Michael J. Copps, Re: Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications, File No. EB-08-IH-1518; Broadband Industry Practices, Petition of Free Press et al. for Declaratory Ruling that Degrading an Internet Application Violates the FCC’s Internet Policy Statement and Does Not Meet an Exception for “Reasonable Network Management,” WC Docket No. 07-52 (rel. Aug. 20, 2008), available at <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A3.pdf> (visited Aug. 21, 2008).
- 175 2003年10月9日、FCC の Copps 委員は、「現在まで、インターネットのボトルネックを支配する大会社は、その力にもとづいて最大限に投資することが出来なかった。しかし、今や、我々は、ボトルネックの支配を有するものが、彼らと、商業的關係を有さない、同一の支配 [優越] 關係を共有しない、又は全く理由がなくともアクセスの提供を望まない、利用者及びコンテンツ・プロバイダーの双方を、差別し得るというシナリオに直面する。過去のそれ程遠くない影から、産業の統合及び限定/制限されたアクセスに賛成する古い姿勢も、また、自らを再確立することを追求している。」と述べて、伝送路の保有者に対する規制緩和が、インターネットの基本構造を脅かす危険性をもたらし得ることを警告する所見を示した。Michael J. Copps, The Beginning of The End of The Internet? Discrimination, Closed Networks and the Future of Cyberspace (Oct. 9, 2003), available at <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A3.pdf> (visited Aug. 21, 2008).

- fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-239800A1.pdf> (visited Nov. 3, 2003).
- 176 FCC, Statement of Commissioner Jonathan S. Adelstein, Re: Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications, Broadband Industry Practices; Petition of Free Press et al. for Declaratory Ruling that Degrading an Internet Application Violates the FCC's Internet Policy Statement and Does Not Meet an Exception for "Reasonable Network Management", Memorandum Opinion and Order, File No. EB-08-IH-1518, WC Docket No.07-52 (rel. Aug. 20, 2008), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A4.pdf> (visited Aug. 21, 2008).
- 177 FCC, Statement of Commissioner Deborah Taylor Tate, Re: Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications; Broadband Industry Practices, Memorandum Opinion and Order (WC Docket No.07-52) (rel. Aug. 20, 2008), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A5.pdf> (visited Aug. 21, 2008).
- 178 FCC, Dissenting Statement of Commissioner Robert M. McDowell, RE: Formal Complaint of Free Press and Public Knowledge Against Comcast Corporation for Secretly Degrading Peer-to-Peer Applications; Broadband Industry Practices, Petition of Free Press et al. for Declaratory Ruling that Degrading an Internet Application Violates the FCC's Internet Policy Statement and Does Not Meet an Exception for "Reasonable Network Management," File No.EB-08-IH-1518, WC Docket No.07-52 (rel. Aug. 20, 2008), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A6.pdf> (visited Aug. 21, 2008).
- 179 McDowell 委員は、その根拠として、例えば、2005年の FCC Wireline Order (*see supra* note 59) の公表に際して、少なくとも FCC の 2 委員が、この事実に同意したこと、等を挙げる。
- 180 *See e.g.* New York State Comm'n on Cable Television v. FCC, 749 F.2d 804, 808 (D.C. Cir. 1984).
- 181 Chenery II, 332 U.S. 194, 203.
- 182 McDowell 委員は、その根拠として、Madison River Order では、(1) 当事者が、示談したこと、(2) ネットワークの輻輳及び運営に関する議論が、行われていないこと、並びに(3) FCC が、連邦通信法第 II 編の管轄権に明示的に依存したこと、を挙げる。
- 183 例えば、情報開示の重要性及びそれが事業者間の競争に与える影響に関する考え等に、Martin 委員長長の考えが反映されている。また、[3.1]でも記した「合理的なネットワーク運営であるという不服申立てに対する評価の枠組み」は、基本的に、2008年4月22日に、連邦議会上院の商業、科学及び運輸小委員会で公表された Martin 委員長長の声明の延長線上に存在するものである。FCC, Written Statement of The Honorable Kevin J. Martin, Chairman Federal Communications Commission before the United States Senate Committee on Commerce, Science and Transportation (Apr. 22, 2008), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-08-183A2.pdf> (visited Aug. 21, 2008).
- 184 近時の米国で発生した3つの大型通信合併に対する合併審査では、コミットメントを活用する形での FCC による規制権限の行使が行われた。その効用については、紙面の都合上、拙稿「近時のアメリカ合衆国における電気通信事業者間の大型合併をめぐる議論について—SBC Inc. と AT&T Corporation との合併及び Verizon Communications Inc. と MCI, Inc. との合併を中心に—」群馬大学社会情報学部研究論集 第15巻 71頁以下(2008年)、拙稿「近時のアメリカ合衆国における電気通信事業者間の大型合併をめぐる議論について・再論—AT&T Inc. と BellSouth Corporation との合併を中心に—」群馬大学社会情報学部研究論集 第15巻 109頁以下(2008年)、及び、拙稿「AT&T Inc. と BellSouth Corporation との合併に際して誓約されたコミットメントについて」群馬大学社会情報学部研究論集 第15巻 343頁以下(2008年)等を参照のこと。
- 185 「ネットワークの中立性」をめぐる議論の詳細は、紙面の都合で省略する。例えば、注(64)に掲げた2本の拙稿等を参照のこと。その他の邦文の文献として、政策担当者の執筆による、谷脇康彦『インターネットは誰のものか 崩れ始めたネット世界の秩序』(日経 BP 社 2007年)、及び従前の議論をまとめたものである、武田邦宣・尾形将行「『ネットワーク中立性』の研究」阪大法学 57巻 55頁以下(2008年)等が、存在する。
- 186 FCC Wireline Order, *supra* note 59.
- 187 第109連邦議会における「ネットワークの中立性」をめぐる議論の詳細は、例えば、注(64)に掲げた2本の拙稿

等を参照のこと。

- 188 Broadband Industry Practices Notice, *supra* note 69.
- 189 FTC, Broadband Connectivity Competition Policy (June 2007), *available at* <www.ftc.gov/reports/broadband/v070000report.pdf> (visited July 14, 2007) (以下「FTC BCCP」).
- 190 より具体的には、先行する SBC Inc. と AT&T Corporation との合併及び Verizon Communications Inc. と MCI, Inc. との合併に際しては、FCC による同意命令において、幾つかの任意のコミットメントが採用されて、当該合併の申請者が、2年間、2005年9月に公布された FCC の「インターネット政策声明」と調和するやり方で業務を遂行することが、当該合併承認に際しての条件とされた。更に、後続する AT&T Inc. (以下「AT&T社」と) BellSouth Corporation との合併に際しては、当該合併の完了日から2年間、前記と同様の義務に加えて、「トラフィック/通信量の差別化」を禁止する義務が、当該合併の申請者である AT&T/BellSouth によって誓約されるコミットメントという形で賦課された。詳細については、注 (184) に掲げた3本の拙稿等を参照のこと。
- 191 例えば、後掲注 (198) 及び (199) 等を参照のこと。
- 192 すなわち、一連の大型通信合併に対する救済措置の結果、それらの当事者とならなかった Qwest Communications International, Inc. を含むその他の iLEC(s) 及びケーブル事業者は、「トラフィック/通信量の遮断又は意図的な遅延」のみが規制の対象とされる(「インターネット政策声明との調和するやり方での業務の遂行」は、法的義務としては賦課されない)。当該合併後の Verizon Communications Inc. は、それに加えて、「インターネット政策声明との調和するやり方での業務の遂行」が、法的義務として賦課された。更に、当該合併後の AT&T 社は、それらに加えて、2年間、「トラフィック/通信量の差別化」を禁止する義務が賦課された。
- 193 本件が発生するまでに発生した「ネットワークの中立性」についての最も主要な事件の1つであり、FCC が規制権限を行使した唯一の事件として、所謂「Madison River 事件」が存在する。当該事件において、電話サービス市場において競争関係にある VoIP 事業者のサービスを遮断した、ローカル電話会社である Madison River Communications, LLC 及びその関連会社(以下ともに「Madison River」)と FCC の間に前記の行為の禁止及び「合衆国財務省」(='the United States Treasury') に対する15,000合衆国ドルの任意の支払いを含む同意命令が締結され、それを前提として、審査の中止が命じられた。In the Matter of Madison River Communications, LLC and affiliated companies, File No. EB-05-IH-0110 ; Acct. No. 200532080126 ; FRN : 0004334082, Order, 20 FCC Rcd 4295, DA 05-543, ¶¶ 4-5 (rel. Mar. 3, 2005), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-05-543A1.pdf> (visited Aug. 1, 2005). 同意命令については、In the Matter of Madison River Communications, LLC and affiliated companies, File No. EB-05-IH-0110 ; Acct. No. ____ ; FRN : 0004334082, Consent Decree, 20 FCC Rcd 4295, DA 05-543, ¶¶ 4-20 (rel. Mar. 3, 2005), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DA-05-543A2.pdf> (visited Aug. 1, 2005) を参照のこと。
- 194 当該危険性を最も初期に指摘した古典的価値を有する著作の1つとして、Lawrence Lessig, *The Future of Ideas: the fate of the commons in a connected world* (2001) が存在する。特に、同書の Ch.10の153-76は、本件で実際に顕在化したケーブル事業者による競争者に対する差別及びその誘因を、極めて正確に予見するものである。Lawrence Lessig 教授は、当該議論の初期からオープン・アクセスを支持する。Mark A. Lemley & Lawrence Lessig, *The End of End-To-End: Preserving the architecture of the Internet in the broadband era*, 48 UCLA L. Rev. 925, 971-72 (2001). また、Lessig 教授は、「ネットワークの中立性」については、「[ネットワークの中立性]の政策の仕組みも、単純ではない。中立的なネットワークは、インスタント・メッセージング及び VoIP と同様に非招請電子メール及び(コンピュータ・)ウイルスを発生させてきた。ネットワークは、更なる差別化を求めるが、しかし、何処で、そして、どの様に、中立性と整合性と有するかは、特定が困難である。より重要なことは、当該中立性を特定することを目指す如何なる規則も、市場操作における継続的な介入を回避する必要がある。当該規則は、事前的である必要があり、それ故、事後的強制が実現可能である。」と、述べる。Lawrence Lessig, *Reply: Re-Marking the Progress in Frischmann*, 89 Minn. L. Rev. 1031, 1042 (2005).
- 195 「ネットワークの中立性」の維持を目的とする規制の導入に対する反対論者は、実際の事件の稀少性をその根拠の1つとして指摘する。しかし、実際には、所謂「Madison River 事件」以外にも、カナダで第2位の電話会社であり、最大の ISP であった Telus Corporation が、労働争議の激化に際して、その組合加入者による労働組合が運営する WWW サイトへのアクセスを、2005年7月に一時的に遮断した、と報じられた事件、及びメキシコで支配的な電話会

- 社であった Teléfonos de México (一般に「Telmex」) のブロードバンド・サービスの顧客が、第三者の VoIP サービスを利用する際に当該サービスの品質が低下したと主張し、また、ある者は、Telmex が、VoIP サービスの競争において、不公正な競争方法を行っていると主張する、と2005年12月に報じられた事件、等が存在する。
- 196 University of California at Berkeley の Joseph Farrell 教授及び University of Colorado の Philip J. Weiser 准教授は、垂直的統合の競争的効果の分析に「補完的効率性の内部化」(=‘Internalizing Complementary Efficiencies’/以下「ICE」) が役立つ場合が存在することを認める。Philip J. Weiser & Joseph Farrell, *Modularity, Vertical Integration and Open Access Policies: Towards A Convergence of Antitrust and Regulation in The Internet Age*, 17 Harv. J. L. & Tech. 85, 105-19 (2003). 彼らは、FCC が、ICE を考慮する情報プラットフォーム規制を採用し、反トラスト及び規制政策の収束を容易にする機会を有する、と指摘する。Id. at 134.
- 197 本件で、FCC は、Comcast 社の動機を認定しなかった。しかし、その報道発表は、潜在的競争者を排除する意思の存在を示唆する。FCC Comcast BitTorrent Order, News, *supra* note 101, ¶ 4.
- 198 Tim Wu 教授は、「ブロードバンドの差別」(=‘bradband discrimination’) の禁止による、ネットワークの中立性の原則の確保を主張する。彼は、基本的に行為規制を重視するが、ネットワーク事業者による、アプリケーション及びコンテンツ市場における差別の禁止については、当該事業者に対する垂直的統合の誘因の存在を認めて、事前規制を肯定する。Tim Wu, *The Broadband Debate: A user’s guide*, 3 J. Telecom. & High Tech. L. 69, 88-90 (2004). [3.2] で記した Copps 及び Adelstein の両委員の見解は、概して、Wu 教授の非差別的考えにもとづくものである様に思われる。
- 199 University of Pennsylvania の Christopher S. Yoo 教授は、最も主要な反対論者の1人とされているが、垂直的統合を有する企業に対するアプリケーション及びコンテンツ市場での差別禁止に対しては、一定の範囲で理解を示す。但し、Yoo 教授は、「ネットワークの中立性」の考えの支持者の主張は、インターネットの揺籃期における(中小規模の事業者から構成される)細分化された市場を前提とするものである、と考える。Christopher S. Yoo, *Network Neutrality and the Economics of Congestion*, 94 GEO. L.J. 1847, 1885-87 (2006).
- 200 例えば、本件命令公表後の2008年8月28日、Comcast 社は、同社が提供するサービスに250GB/月の帯域制限を課すことを発表した。Comcast Corporation, *Announcement regarding an amendment to our acceptable use policy*, Comcast.net/Network management policy, (Aug. 28, 2008), *available at* <<http://www.comcast.net/terms/network/amendment>> (visited Oct. 10, 2008). Comcast 社に依れば、当該発表の時点で、同社の家庭内の顧客の月毎のデータの使用の中間値は、約2-3 GBであり、月毎250GBの帯域の使用は、5,000万の電子メール(0.05KB/通)の送信、62,500の歌(4 MB/曲)のダウンロード、125の「標準画質」(=‘standard-definition’)映画(2 GB/映画)のダウンロード、又は25,000の「高解像度の」(=‘hi-resolution’)デジタル写真(10MB/写真)のアップロードの何れかに相当する(すなわち、同社の一般的な顧客が消費するデータの物理量を多く超える)、とされる。また、同年6月15日、Time Warner Cable Inc. は、同月の早い時期にテキサス州 Beaumont で、「インターネットの計測」(=‘Internet metering’)の実証実験を開始する、と報じられた。当該実験では、新規の顧客は、5 GB、20GB又は40GBの上限を伴う30-50合衆国ドルの価格帯の料金案から購入を行い、その上限を超える場合には、\$ 1/GBの追加料金を支払うこととされた。また、上限がより高い料金案は、より高速のサービスをともなうこととされた。また、AT&T社も、大量の(データの)使用に対する制限は不可避であり、データ量にもとづく価格設定を考察している、と述べた、と報じられた。Brian Stelter, *To Curb Traffic on the Internet, Access Providers Consider Charging by the Gigabyte*, New York Times, June 15, 2008, *available at* <<http://www.nytimes.com/2008/06/15/technology/15cable.html>> (visited Nov. 3, 2008).
- 201 Wu 准教授及び Lessig 教授は、FCC が、ブロードバンド施設のための市場における、投資及びプラットフォーム間競争は、成功裏に促進してきたものの、ブロードバンド・アプリケーションにおける投資の安全、又は公正な競争条件に殆ど注意を払ってこなかった、と指摘する。Letter from Tim Wu, Associate Professor Professor of Law, University of Virginia School of Law, and Lawrence Lessig, Stanford Law School, to Marlene H. Dortch, Secretary, FCC, Re: Ex Parte Submission in CS Docket No.02-52, at 1-2 (filed Aug. 22, 2003), *available at* <http://www.freepress.net/files/wu_lessig_fcc.pdf> (visited Nov. 11, 2005). そして、当該目的の実現に対する「ネットワークの中立性」の考え(及びエンド・ユーザーに対する帯域の消費量を基準とする課金)の有用性を示し、当該考えにもとづく規制的枠組みを提案する。Id. at 12-15.

- 202 Yoo 教授は、帯域利用量に応じた従量制の採用によって問題の解決が可能であることを認める。See *supra* note 199, at 1852-53. しかし、彼は、取引費用の大きさにもとづく価格設定の困難さを理由として、アプリケーション及びコンテンツにもとづくパケットの管理を主張する。Id. at 1879-83. なお、[3, 2] で前述した様に、McDowell 委員は、その反対意見で、本件での証拠の問題に関して、FCC が、Comcast 社の行為を把握していないこと、多数派が、(同社が BitTorrent という特定のアプリケーションのみを標的としたこと)の動機について取り扱わないこと、を指摘する。同社の当該行為は、前記の論説にも示される Yoo 教授の見解を自らの行為を理論的に正当化し得るものであると(自らにとって好ましいやり方で)解釈した上で行われた可能性も存在し得るものと思われる。
- 203 前掲・注(82)等を参照のこと。少数者による帯域の集中的利用という状況は、少なくとも理論上は、帯域利用量に応じた従量制(又は帯域の消費量を基準とする価格設定)を採用する際の取引費用を著しく低減させるはずであるし、逆に、実際において、そのことが、ケーブル事業者による近時の ISP サービスの価格設定の再考をもたらしてきた、と理解することが可能である様に思われる。
- 204 ネットワーク上の帯域の少数者による集中的利用という状況は、我が国でも見られる。例えば、2005年2月及び2009年5月の時点で、インターネットに接続されるあるネットワーク上に設置される、光ファイバー及びxDSLの両方を収容するルーターにおいて、P2Pアプリケーションを積極的に利用する所謂「ヘビー・ユーザー」の使用する帯域の最頻値は、共に約2GB/日であり、上位10%のユーザーが、帯域全体の、ダウンロード側の80%及びアップロード側の95%を消費し、更に、上位1%のユーザーが、帯域全体の、ダウンロード側の30%及びアップロード側の40%を消費する、という調査結果も報告されている。株式会社インターネットイニシアティブ「Internet Infrastructure Review vol. 4 August 2009」18-23頁(2009年)。
- 205 BitTorrent 社の社長兼共同設立者である Ashwin Navin 氏は、Comcast 社との和解に際して、「同社のネットワークは、5-10年を優に超える古い設計にもとづいて構築されているが、メディアの配信を念頭に再設計され得る。」と述べたと報じられた。Andy Patrizio, Comcast, BitTorrent Pass The Digital Peace Pipe, Agreement is about throttling of BitTorrent transfers as Comcast pumps up the speed, internetnews.com, at <<http://www.internetnews.com/webcontent/article.php/3737131/Comcast+BitTorrent+Pass+The+Digital+Peace+Pipe.htm>> (Mar. 27, 2008) (visited Aug. 30, 2008). このことは、ネットワークとアプリケーションとの垂直的統合を活用する技術革新によって競争者に対抗するのではなく、むしろ、競争者を単にネットワーク上で差別又は排除することによって、既存のサービスからの利益を確保する誘因が、Comcast 社に存在したことを示唆し得るものである。
- 206 See e.g. *supra* note 155. van Schewick 教授とは異なって、基本的には規制緩和論者である Martin 委員長の様に、情報開示による消費者の知見の拡大が、事業者による反競争的行為に対する抑止的效果を有すると考える識者も存在する(逆に、彼は、ネットワークの中立性に関する規則を含む、連邦政府によるそれ以上の介入には否定的である)。しかし、筆者は、情報開示に過度に期待することには、慎重であるべきであると思われる。全米の殆どの地域のブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス市場で複占が存在し、消費者の選択肢が限定される状況のもとでは、本件の様な極端な事案を例外として、単なる情報開示が、ある行為(例えば、「トラフィック/通信量の差別化」をとまなうサービスの提供)の主体に、当該行為の改善を強いる結果をもたらすことは、むしろ稀である様に思われる。
- 207 従来、連邦取引委員会法§ 5に記されるコモン・キャリアに対する適用除外の規定の存在によって、FTC は、通信事業における管轄権の行使に積極的ではなかった。しかし、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスが、統合された情報サービスであると、FCC 及び合衆国裁判所によって、最終的に判断されたことは、FTC の権限が、当該サービスに及び得るとの解釈への余地を提供した。このことは、FTC と FCC との間の調整の問題を顕在化させ得る。しかし、近時の米国で発生した一連の大型通信合併に対する審査でも示された様に、基本的には、通信の領域における専門的知識及び広範な規制権限を有する連邦の監督当局である FCC が、主導的に権限を行使していくことが望ましいものと思われる。
- 208 例えば、ネットワークの中立性にもとづく規制の反対論者である、オランダ王国の Tilburg University の J. Gregory Sidak 教授は、インターネット・アクセスの規制緩和が、ネットワーク内部の技術革新の触媒となり、投資、ブロードバンドの普及率、ブロードバンドの価格設定及びブロードバンドの改善を導く、と主張する。J. Gregory Sidak, A Consumer-Welfare to Network Neutrality Regulation of the Internet, 2 J. of Competition L. & Econ. 349, 393-410 (2006).

- 209 しかし、以上で考察した事実は、「トラフィック/通信量の差別化」及び「トラフィック/通信量の高速化に必要な費用の（特に非ネットワーク系の IT 事業者に対する）追加的要求」について、追加的な規制の必要性を示唆するものである様に思われる。
- 210 Obama 大統領（候補）は、世界におけるアメリカの競争力の強化に繋がることを理由として、情報スーパーハイウェイの更新の必要性を説く。Barack Hussein Obama, Jr., Remarks of President-elect Barack Obama Radio Address on the Economy (Dec. 6, 2008), *available at* <http://change.gov/newsroom/entry/the_key_parts_of_the_jobs_plan> (visited Jan. 10, 2009).
- 211 FCC, In the Matter of A National Broadband Plan for Our Future, GN Docket No.09-51, Notice of Inquiry, 24 FCC Rcd 4342, FCC 09-31 (rel. Apr. 8, 2009), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-09-31A1.pdf> (visited Apr. 15, 2009). そこにおいて、(1) 全てのアメリカ人に対するブロードバンド・アクセスを確保するための、最も効率的及び十分なやり方、(2) ブロードバンド・インフラストラクチャー及びサービスの、支払可能性及び最大の利用を獲得するための戦略、(3) 関連する交付プログラムの進展を含む、ブロードバンドの普及の状態の評価、並びに (4) 如何にして、消費者の福祉、市民参加、公共の安全及び自国の安全保障、地域社会の発展、健康介護の配達、エネルギーの自立及び効率、教育、労働者訓練、民間部門の投資、起業家の活動、職の創出、及び経済成長、並びにその他の全米的な目的、を向上させる目的で、ブロードバンドを使用するか、を含む事項に対する意見が追求された。
- 212 2006年8月9日、Google, Inc. の CEO である Eric E. Schmidt 博士が、カリフォルニア州 San Jose 市で開催された「検索エンジン戦略会議」(=‘Search Engine Strategies Conference’) で最初に発言したとされる考え。概して、データ・サービス及びアーキテクチャーが、サーバー上にあるべきであるという前提から開始し、ユーザーは、それらをネットワークに接続して利用し、それに対するサービスの対価を支払う形態を意味する語として使用されている様に思われる。Google, Inc., Conversation with Eric Schmidt hosted by Danny Sullivan, Search Engine Strategies Conference (Aug. 9, 2006), *available at* <<http://www.google.com/press/podium/ses2006.html>> (visited Mar. 15, 2008).
- 213 当該問題に関して記す著作の代表的なものとして、Jonathan Zittrain, *The Future of the Internet - And how to stop it* (2008) 等が存在する。