

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・再論

——ケーブル事業者である Comcast Corporation による差別的な
ネットワーク運営実務の終了を命じた FCC の命令を取り消した
アメリカ合衆国連邦控訴裁判所の判決を中心に——

松 宮 広 和

情報法研究室

A Consideration on Recent Controversies over
Regulations on Information Service in the United States :
Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010).

Hirokazu MATSUMIYA

Information, Law and Technology

群馬大学社会情報学部研究論集
第18巻 97～129頁 別刷
2011年 3月31日

reprinted from

JOURNAL OF SOCIAL AND INFORMATION STUDIES

No. 18 pp. 97—129

Faculty of Social and Information Studies

Gunma University

Maebashi, Japan

March 31, 2011

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・再論

——ケーブル事業者である Comcast Corporation による差別的な
ネットワーク運営実務の終了を命じた FCC の命令を取り消した
アメリカ合衆国連邦控訴裁判所の判決を中心に——

松 宮 広 和

情報法研究室

A Consideration on Recent Controversies over
Regulations on Information Service in the United States :
Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010).

Hirokazu MATSUMIYA

Information, Law and Technology

Abstract

On August 20, 2008, FCC made a 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, on April 6, 2010, United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit vacated the order, on the ground that FCC had failed to tie its assertion of ancillary authority over Comcast's Internet service to any 'statutorily mandated responsibility'. FCC has tried to reclassify broadband Internet access service as telecommunications service, which has proved to be quite difficult.

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、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 による差別的なネットワーク運営実務の終了を命じた FCC の命令を取り消したアメリカ合衆国連邦控訴裁判所の判決、及びそれが提起したブロードバンド・サービスの規制の再分類の問題を中心に、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

「インターネット」(=‘the Internet’)は、各々が独立した数多くのネットワークの緩やかな集合体であり²、米国の連邦通信法では、「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’)³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⁴。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」)⁵で接続する形で成立した⁶。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⁷。また、個々のネットワークは、主に「コモン・キャリア」(=‘common carrier’)⁸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てきた。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^{9,10}。

ネットワーク間の相互接続に際して支払われる「ピアリング・フィー」(=‘peering fee’)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、当事者間で決定される¹¹。このことは、その他の契約条件についても同様である。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’)¹²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開放性に関する問題について—伝送路に対する支配のあり方を中心に—

インターネットの開放的な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)’) ¹³ の到来によって、もたらされた。

「1996年電気通信法」(=‘the Telecommunications Act of 1996’) ¹⁴ では、「電気通信」(=‘telecommunications’) ¹⁵、「電気通信サービス」(=‘telecommunications service’) ¹⁶、「情報サービス」(=‘information service’) ¹⁷ 及び「ケーブル・サービス」(=‘cable service’) ¹⁸ 等が、定義された。しかし、同法では、「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)」)、ISPサービス及びケーブル・モデム・サービス等は、明示的に定義されなかった。1998年に、「連邦通信委員会」(=‘the Federal Communications Commission’/以下「FCC」)は、所謂「スティーヴンス報告書」(=‘Stevens Report’) ¹⁹ を公表し、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したが ²⁰、「伝送」の構成要素を含むサービスの法的性質には言及しなかった。

1990年代末期、「ブロードバンド・サービス」(=‘broadband service’) ²¹ 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ようになった ²²。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、所謂「Portland事件」 ²³ 等によって、司法の場でも争われた。2000年6月22日、AT&T v. City of Portlandの控訴審判決 ²⁴ 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、それは、ケーブル・サービスとしては性質決定されず、情報サービス及び電気通信サービスの要素を含む、と判示した ²⁵。

2002年3月15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」)²⁶を公布し、その後、「宣言的判断」(='Declaratory Ruling')²⁷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」)²⁸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²⁹における認定を採用して³⁰、ケーブル事業者は、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³¹。そして、FCCは、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る(すなわち、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³²。

FCCによる当該宣言的判断の再考を求める申立てが、新たな訴訟をもたらした。2005年6月27日、合衆国最高裁判所は、National Cable & Telecommunications Assn v. Brand X Internet Services³³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.³⁴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」(='stare decisis')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、原審判決の破棄・差戻しを命じた³⁵。その結果、ケーブル・モデム・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、最終的に確定した。

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自由放任政策を推進してきた。2005年9月23日、FCCは、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規則³⁶を公表した。その結果、ケーブル・モデム・サービス、「デジタル加入者回線」(='Digital Subscriber Line'/DSL/以下「xDSL」)³⁷サービス、及び「ファイバー・トゥー・ザ・ホーム」(='Fiber To The Home'/以下「FTTH」)サービス等は、全て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³⁸。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³⁹。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⁴⁰。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')⁴¹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')⁴²⁴³ という考えが主張され、激しい議論を提起することとなった。2005年9月23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、所謂「インターネット政策声明」(='the Internet Policy Statement')⁴⁴ 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⁴⁵、同年4月16日、当該調査の告示⁴⁶を公布した。

しかし、共和党政権下のFCCは、規制緩和政策を維持した。2006年に、「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')⁴⁷ が、そして、2007年に、「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')⁴⁸ 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⁴⁹⁵⁰。

1.3 問題の所在

問題は、事実上全てのブロードバンド・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及び合衆国最高裁判所によって、最終的に判断されたことである。しかし、当該サービスのプロバイダーに、FCCが、如何なる法的根拠のもとでその権限を行使し得るかは、必ずしも明らかではなく、やがて、当該問題は、FCC及び裁判所で実際に争われることとなった。

2. ケーブル事業者である Comcast Corporation による差別的なネットワーク運営実務の終了を命じた FCC の命令を取り消したアメリカ合衆国連邦控訴裁判所の判決について

2.1 事実の概要

Free Press⁵¹ は、全米最大のメディア改革団体である。Public Knowledge⁵² 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」)⁵³ 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、「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」)⁵⁴ 音声通話サービス、ブロードバンドのISPサービスに加えて、WWWサイトを經由する(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。

BitTorrent⁵⁵ は、BitTorrent, Inc.⁵⁶ が提供する、オープン・ソースの(サーバーを必要としない)純粹型の「ピア・ツー・ピア」(='peer-to-peer' or 'P to P'/以下「P2P」)⁵⁷ 型のネットワーク・プロトコルである。

2007年、Comcast 社の顧客は、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。当初、同社は、当該問題に対する関与を否定したが、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 Press⁵⁸ 及び Electronic Frontier Foundation⁵⁹ のテストが示されると、加入者の P2P トラフィック/通信量に干渉したことを認めた⁶⁰。Comcast 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限定的に干渉した、と主張していたが⁶¹、その後、更に多くの証拠に直面して、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⁶²、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)没収/剥奪/没収を要求した⁶³。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⁶⁴。

FCC は、2008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⁶⁵、同年8月20日、同社による差別的なネットワーク運営実務の終了等を命じる本件命令⁶⁶を公表した。それに対して、同年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。

2.2 判決

Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642; 2010 U.S. App. LEXIS 7039; 49 Comm. Reg. (P & F) 1226 (D.C. Cir. 2010).

Comcast 社による再考の申立ての付与、及び当該命令の取消し

判決年月日：2010年4月6日

(a) FCC の付随的権能について

連邦通信法§ 4 (i) は、「FCC は、その機能の執行において必要であり得る、本章と矛盾しない、如何なる及び全ての行為を行い、その様な/当該規則及び規制を制定し、かつ/そして、その様な/当該命令を公布し得る。」⁶⁷ と規定する。

裁判所は、同法同条にもとづく FCC の権能を、「付随的権能」(='ancillary authority')と呼び、それは、以下の3つの合衆国最高裁判所判決、すなわち、United States v. Southwestern Cable Co. (以下「Southwestern Cable」)⁶⁸、United States v. Midwest Video Corp. (以下「Midwest Video I」)⁶⁹、及び FCC v. Midwest Video Corp. (以下「Midwest Video II」)⁷⁰ に由来する。

これらの判決は、現在のインターネットと同様に、連邦通信法が、FCC に対して、ケーブル・システムを規制する如何なる明示的な権能も付与していなかった時期に、それに対する FCC の管轄権を取り扱う過程で示された⁷¹。

我々は、近時に、American Library Ass'n v. FCC⁷² において、これら 3 つの事件の判示（事項）を、所謂「American Library のテスト」に純化した。そこにおいて、FCC は、以下の 2 つの条件が充足される場合にのみ、その付随的権能を行使し得る。すなわち、(1) (連邦) 通信法の第 I 編のもとで付与される FCC の一般的な管轄権が、規制される課題/問題をカバーしていること、及び (2) 当該規制が、制定法によって命じられる FCC の責任の効果的な履行に、合理的に付随的であること、である⁷³。

Comcast 社は、同社のインターネット・サービスが、連邦通信法第 I 編の意味における「州際及び外国との有線による通信」⁷⁴ として性質決定されることを理由として、本件での FCC の行為が、第 1 の要件を充足することを認める。したがって、FCC の行為が、American Library のテストの第 2 の要件を充足するか否かが、本件での中心的争点となる。

(b) FCC の付随的権能を本法廷で争うことの妥当性について

第 1 に、Comcast 社が、当該会社のネットワーク運営実務に対する FCC の管轄権に異議申立てを行うことは、法的に禁反言で阻まれるべきである、という FCC の主張について。

Free Press 等によって、FCC において Comcast 社に対する不服申立ての正式手続きが行われていた時期に、Comcast 社の顧客の 1 人が、本件行為に関連して、カリフォルニア州の連邦地方裁判所に、同社に対する民事訴訟を提起した。同社は、「第一次的管轄(権)の原理」(= 'primary jurisdiction doctrine') を行使して、FCC の判断が示されるまで、当該訴訟の停止を要求し、それが付与された後に、同社は、勝訴した。

FCC は、これによって、Comcast 社が、FCC の付随的権能について American Library のテストの 2 つの要件が充足されることを認めた、と主張して、同社が、当該会社のネットワーク運営実務に対する FCC の管轄権に異議申立てを行うことは、法的に禁反言で阻まれるべきである、と主張する。しかし、本法廷は、当該テストの第 2 の要件は、依然として我々が回答する状態に留まっている、と判断する⁷⁵。

第 2 に、National Cable & Telecommunications Assn v. Brand X Internet Services において、合衆国最高裁判所は、FCC が、情報サービスのプロバイダーのネットワーク運営実務を規制する権能を有することを明確にした、という FCC の主張について。

FCC は、Comcast 社の異議申立てが係属し得るとしても、近時の合衆国最高裁判所判決である National Cable & Telecommunications Assn v. Brand X Internet Services⁷⁶ が、FCC が当該命令を公布する権能を有することを明確にしたことを理由として、本法廷で通常の FCC の付随的権能の分析を詳しく検討する必要はない、と主張する。

当該事件で、当該裁判所は、2002年の Declaratory Ruling を再考し、ケーブル・インターネット・サービスが、電気通信の構成要素を含むことを認識した上で、それが、ある情報サービスの提供に機能的に統合されているという FCC の決定に従った⁷⁷。その際に、当該裁判所は、「FCC は、連邦通信法の第 I 編の付随的管轄権のもとで、ケーブル・インターネット・サービスのプロバイダーに、特別の規制上の義務を、依然として自由に賦課する状態に留まっている」と述べた⁷⁸。特に、当該裁判所は、FCC が、電気通信サービスを規制する連邦通信法の第 II 編ではなく、同法第 I 編の付随的管轄権にしたがって、「ケーブル会社に、独立系の ISP(s) が、彼らの施設にアクセスする許可を与えることを要求する」ことをおそらく求め得ることを示唆した⁷⁹。FCC は、このことが、「FCC が、同法の第 I 編の付随的管轄権のもとで情報サービスのプロバイダーに対する権能を有する」ことを意味する、と考える⁸⁰。

しかし、FCC は、合衆国最高裁判所の言葉を余りに拡大解釈している。当該裁判所は、FCC の付随的権能を最初に承認した Southwestern Cable において、将来の事件のために、特定の規制が、当該権限の中に陥るかという疑問を明示的に留保し、また、「CATV を規制する FCC の権能の限界を詳細に決定する」ことを却けた⁸¹。更に、我々は、Southwestern Cable において、当該裁判所が、「もし、それが存在するとしても、CATV を規制する如何なるその他の状況のもとでの又はその他の目的のための FCC の権能」に言及することを却けた。」ことを指摘した⁸²。我々は、同様に、Midwest Video I において、(判決の) 相対多数意見が、「Southwestern Cable の (判決の) 理由付けに明示的に依存した (こと)、そして、放送に対する FCC の権能と当該裁判所における当該特定の規制との間の、要求される「付随性」 (= ‘ancillariness’) を確立することに相当な注意を捧げた (こと)」を特記し⁸³、何れの事件でも、「[ケーブル] 全体に対する如何なる包括的な権能も承認しなかった」⁸⁴、と結論付けた。当該解釈は、Midwest Video II においても、維持された⁸⁵。

したがって、FCC は、その付随的権能の行使を、「一件一件/ケースバイケース・ベースで」 (= ‘case-by-case basis’) 正当化しなければならず、FCC が、ケーブル・インターネット・サービスのプロバイダーに、彼らのサービスの構成要素をアンバンドルすることを要求する付随的権能を有し得るとする Brand X の承認を単に引用することによって、当該プロバイダーのネットワーク運営実務を規制することを正当化することは出来ない。

(c) FCC が、その付随的権能の根拠であると主張する連邦通信法の条項の解釈の妥当性について

概して、FCC が、その付随的権能の根拠であると主張する連邦通信法の条項は、以下の 2 つに分類することが可能である⁸⁶。

第 1 に、当該当事者が、連邦議会の政策のみを記したと同意するものについて。FCC は、インターネットの継続的発展及びそのための活力ある競争的な自由市場の維持等を目的とする同法 §230 (b)⁸⁷、並びに同法の目的を記して、その執行及び強制を要求する同法 § 1⁸⁸ を挙げる。FCC は、当該 2 つの条項は、それ自体は如何なる規制上の権能も委任しない「政策の声明」であるが、同法の全ての

条項と同様に、付随的権能の行使に深く結び付き得る「制定法によって命じられる責任」(= 'statutorily mandated responsibility') を記す、と主張する。連邦議会の政策が、それ自体で、当該責任を創出するという FCC の議論は、Southwestern Cable、Midwest Video I、Midwest Video II、及び NARUC II と明確に矛盾する。FCC は、規制上の権能を明示的に付与する連邦通信法の条項への参照を示さねばならない。何故なら、もし、仮に前記の様な考えが受け入れられたならば、「FCC の [付随的] 管轄権は・・・限界の無いものとなる」⁸⁹ からである。

第 2 に、少なくとも論議の余地はあるが、FCC に対して規制上の権能を委任するものについて。FCC は、当該命令が、連邦通信法の幾つかの条項、すなわち、全てのアメリカ人に対する高度な電気通信性能の迅速、かつ、適時の提供の促進の実現を定める同法§706⁹⁰、相互接続性確保のための調整を定める同法§256⁹¹、市場参入障壁の除去に関する手続きを定める同法§257⁹²、コモン・キャリアのサービス及び料金について定める同法§201⁹³、並びにケーブル・サービスの料金規制を定める同法§623⁹⁴ のもとで、FCC に付随的権能を付与する、と主張する。しかし、その様に解釈することは、出来ない。

連邦議会が、インターネットを含む急速に発展する通信に追随し得る目的で、FCC に、広範な、かつ、適合可能な管轄権を付与したことは事実である。しかし、FCC に委任される権限の行使における幅広い自由は、無制限の自由と同等のものではない。FCC が、Comcast 社のインターネット・サービスに対する付随的権能の主張を、如何なる「制定法によって命じられる責任」にも結びつけることが出来なかったことを理由として、我々は、再考の申立てを付与し、そして、当該命令を取り消す。

2.3 [小括]

以上の様に、FCC による本件命令の公布で、少なくとも、「トラフィック/通信量の遮断又は意図的な遅延」に対しては、連邦通信法第 I 編にもとづいて規則し得ることが確定した様に見受けられた「ネットワークの中立性」をめぐる議論は、少なくとも、当該命令において FCC が採用した考えにもとづいては情報サービスを規制することが不可能である、と判断する本判決によって、その再検討を余儀なくされることとなった。また、本判決の考えは、米国の情報通信政策に多大な影響を与えるため、特に、ブロードバンド・サービスの規制上の再分類の問題を中心に、改めて激しい議論が提起されることとなった。

3. 考察

3.1 近時の米国におけるブロードバンド政策について—2009年に成立した民主党政権下の FCC によるものを中心に—

2009年1月に就任した民主党の Barack H. Obama, Jr. 大統領は、就任以前から情報通信政策を、米国の経済再生を目的とする最重要課題の1つに位置付けていた⁹⁵⁹⁶。そして、2008年に顕在化した世

界的な経済危機への対応も1つの目的として、政権主導型の具体的、かつ、積極的な情報通信政策の遂行を試みた。

「2009年9月30日に終了する会計年度のための、職の維持及び創出、インフラストラクチャー投資、エネルギー効率及び科学、失業者への補助、並びに州及びローカルの歳出の安定化のための補足的な歳出配分承認、及びその他を目的とする法律」(=‘An Act Making supplemental appropriations for job preservation and creation, infrastructure investment, energy efficiency and science, assistance to the unemployed, and State and local fiscal stabilization, for the fiscal year ending September 30, 2009, and for other purposes’)⁹⁷ (一般に「景気対策法」以下、同じ)は、2009年2月13日、連邦議会を通過し、同月17日、Obama大統領の署名によって成立した。経済危機に対する直接的な対応である同法は、3つの即時の目的を有する。すなわち、(1) 新たな職を創出し、かつ、既存の職を救済すること、(2) 経済活動に拍車をかけ、かつ、長期の成長に投資すること、並びに(3) 政府の歳出における前例のない水準の会計責任及び透明性を育成すること、である⁹⁸。

景気対策法が実現する政策の中心は、働く家庭及び事業者のための2,880億合衆国ドルのタックス・カット、並びに、教育及び健康介護等のための連邦の資金の2,240億合衆国ドルの増大である。一方、ハイテク産業振興を目的とする予算も割り当てられた。同法の第VI編は、「ブロードバンド技術機会プログラム」(=‘Broadband Technology Opportunities Program’/以下「BTOP」)と題され、同法§6001のもとで、ブロードバンド⁹⁹ 振興の目的で¹⁰⁰、72億合衆国ドルの予算が配分された¹⁰¹。

これらは、「農務省」(=‘the Department of Agriculture’)の「周辺地域公益事業サービス」(=‘Rural Utilities Service’/以下「RUS」)が、管轄権を有する「ブロードバンド主導プログラム」(=‘the Broadband Initiatives Program’/以下「BIP」)¹⁰² と、「商務省」(=‘the Department of Commerce’)の「連邦(商務省)電気通信情報庁」(=‘National Telecommunications and Information Administration’/以下「NTIA」)¹⁰³ が、管轄権を有するBTOP¹⁰⁴ の2つのプログラムとして実行され¹⁰⁵、また、全体的な計画の策定は、FCCに委ねられることとなった。

景気対策法§6001(k)は、FCCに、「全米ブロードバンド計画」(=‘National Broadband Plan’/以下「NBP 2010」)の策定を要求する。2009年4月8日、FCCは、Copps委員長代行のもとで¹⁰⁶、「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」¹⁰⁷ を、公表した。2010年3月16日、FCCは、連邦議会にNBP 2010を提出したと発表し¹⁰⁸、それを公表した¹⁰⁹。そこでは、ブロードバンドが、電力の様に、経済成長、職の創出、地球的な競争性、及びより良い生活のあり方の基礎となる「ジェネラル・パーパス・テクノロジー/汎用目的技術」(=‘general purpose technology’)として位置付けられ、全てのアメリカ人に対して「ブロードバンド性能に対するアクセス」を確保することが目標とされる。NBP 2010では、民間部門の投資及び革新によって、「ブロードバンド・エコシステム」(=‘broadband ecosystem’)が、急速に発展してきたという認識にもとづいて、(ネットワーク、機器、コンテンツ及びアプリケーションを含む)それ全体の健全性の確保を目的として、FCC、行政機関、連邦議会、並びに州及び地方政府に、(1) 競争政策の確立¹¹⁰、(2) 政府が所有する及び政府に影

響される資産の効率的な配分及び使用の確保¹¹¹、(3) ブロードバンドの普遍的な入手可能性及び採用のための誘因の創出¹¹²、並びに (4) 政策の更新、標準の制定及び国家の優先事項のための最大の利用に対する誘因の提携¹¹³ という 4 つの方法における勧告が行われた。また、概して、2015年から2020年を基準とする長期目標が策定された¹¹⁴。そして、FCC を含む政府機関によって、その実現に向けての作業が進められた。

これらの幾つかは、ある通信サービスの法的性質の決定及び/又は価格決定のあり方と密接に関係する。例えば、NBP 2010では、「ユニバーサル・サービス基金」(=‘Universal Service Fund’/以下「USF」)を維持する目的で、USF への貢献のベース/基礎(となるもの)を、例えば、ブロードバンドに拡大することが勧告された¹¹⁵。また、固定及び無線のブロードバンド・サービスにおける競争を確かなものとするのを助ける目的で、特に卸売の競争規則の包括的な再考が勧告された¹¹⁶。その背景には、特に、ネットワークの中流及び末端部分における寡占化が進行してきた一方で、(例えば、それらを経由して提供されるサービスが情報サービスとして性質決定される場合等の)既存の規制上の枠組みが、必ずしも十分には機能し得ない状況が存在する¹¹⁷¹¹⁸。これらの問題は、例えば、ブロードバンドを電気通信サービスとして規制することで解決され得る。

一方、FCC は、より直接的に「ネットワークの中立性」の維持と関係する幾つかの政策を実施してきた。まず、BIP 及び BTOP では、ネットワークの末端部分である「ラスト・マイル/最後の 1 マイル」(=‘Last Mile’)及びそこに至る「ミドル・マイル」(=‘Middle Mile’)に対する連邦政府の支援を受けるに際して、非差別及び相互接続等の義務が課された¹¹⁹。また、FCC は、(移動体通信事業を含む)幾つかの有力な事業者の事業活動に対する個別の調査を行った¹²⁰。更に、2009年10月22日、FCC は、「開放されたインターネット・ブロードバンド産業実務の維持に関する規則制定提案の告示」¹²¹を行い、2005年のインターネット政策声明に代替する、新たな 6 原則を提案した。

Obama 大統領は、連邦議会上院議員時代から、「ネットワークの中立性」の考えの支持者であった¹²²。2009年 6 月29日に FCC の委員長に着任した、Julius Genachowski 氏も、Obama 大統領とその考えを共有していた。そのため、以上の一連の政策は、電気通信サービスの一部に対する規制強化、連邦通信法第 II 編のもとで、ブロードバンドにコモン・キャリア規制¹²³が課されること¹²⁴、更に、移動体通信事業者も含めて、「ネットワークの中立性」の維持を目的とする規制が課されること¹²⁵、に対する事業者の強い警戒を喚起することとなった。一方、中立性の原則の支持者は、ブロードバンドに同法同編にもとづく規制を課すことを主張した。

3.2 本判決における法解釈及びそれが米国の情報サービス規制に与え得る影響について

2010年 4 月 8 日、本判決を受けて、FCC は、景気対策法及び NBP 2010にも記された政策を今後も推進する意思を表明し、そして、本件裁判所が、開放されたインターネットを維持する重要性に決して反対せず、また、当該目的の獲得のための別の方法への扉を閉ざさなかった、との考えを発表した¹²⁶。Genachowski 委員長を除く、4 人の委員も、個別の声明を発表した。特に、民主党支持者の

Copps 委員は、ブロードバンドを、連邦通信法第 II 編のもとで電気通信として規制するべきである、との考えを示した¹²⁷。一方、共和党支持者の McDowell 委員は、当該考えに反対した¹²⁸。また、Comcast 社は、当該判決を歓迎する一方で、FCC との協力を継続する意思を表明した¹²⁹。

本判決で否定された考えにもとづいても、(例えば、BIP 及び BTOP の様な) 連邦通信法§706のもとでのブロードバンドに対する積極的な支援は可能であろうし、それが、法的問題を実際に発生させる可能性は低いものと思われる。しかし、FCC が、少なくとも既存の規制上の枠組みのもとでは、情報サービスを規制する十分な根拠を有さないという結論が最終的に導かれる場合には、本件で争点となった「トラフィック/通信量の遮断又は意図的な遅延」等には対応出来ず、また、ユニバーサル・サービス等を目的とする既存の政策を遂行することも困難な状況が、発生し得る¹³⁰。また、情報サービスに対する規制のあり方は、合衆国憲法修正第 1 で保証される表現の表現とも密接に関連する問題を提起し得る¹³¹。

本件は、一度規制が緩和された情報サービスに対する再規制の困難さを改めて明らかにした(すなわち、FCC が、訴訟が提起される危険性をともなう規則制定、更に、立法的解決に依存する必要性が高い)ものということが可能である、と思われる。

3.3 本判決以後の米国における「ネットワークの中立性」をめぐる議論の動向について—ブロードバンド・サービスの規制上の再分類の問題を中心に—

概して、本判決以後の米国における「ネットワークの中立性」をめぐる議論の方向性は、本稿執筆の時点では未確定であるが、その主要な動向は、以下のとおりである。

第 1 に、FCC の動向について。2010年5月7日、FCC の Genachowski 委員長は、「第 3 の道：アメリカにおけるインターネット政策の未来」(=‘The Third Way: The Future of Internet Policy in America’)¹³² と題されるそのビデオ・アドレスで「第 3 の道」(=‘The Third Way’)を新たに提案し、同年6月17日、当該考え等を提案する「ブロードバンド・インターネット・サービスのための枠組みに関する調査の告示」¹³³ を公表した。そこでは、当該サービスの分類のアプローチとして、(1) 連邦通信法第 I 編の付随的権能に依存して情報サービスとして継続して規制する(かつ、同法同編から追加的な権能を発展させる)、(2) 同法第 II 編の条項を全て適用して電気通信サービスとして規制する、という既存の考えに加えて、(3) 同法第 II 編のもとで電気通信サービスとして分類した上で規制を差し控える¹³⁴、という考えが提案された。

当該過程は、NBP 2010の重要な勧告、すなわち、開放されたインターネットの維持、USF 改革及び消費者保護等を導入するための、確固とした、かつ、狭く仕立て上げられた法的基礎を確かなものとする目的で開始された¹³⁵。当該提案は、同法第 II 編の全面適用に対する事業者の反対を緩和することを目的とするが、後述する様に、広く反対されることとなった。なお、FCC は、当該過程に先行して、別途 USF 改革を開始していた¹³⁶。

一方、FCC は、2010年6月末から、AT&T Inc.、Verizon Communications Inc. (以下「Verizon

Communications 社])、Skype Limited 及び Google Inc. (以下「Google 社」) を含む有力な事業者、「全米ケーブル電気通信協会」(='National Cable & Telecommunications Association'/NCTA)、並びに、主に非ネットワーク系の IT 事業者の支持を得てネットワークの中立性を支持する連合である Open Internet Coalition 等と非公開の会合を開催し、「調停者」として、ネットワークの中立性の原則に関する合意形成を目指したが、後述する経緯で、約 6 週間後の同年 8 月 3 日に当該試みを断念した、と報じられた¹³⁷。

第 2 に、連邦議会の動向について。本判決後の 2010 年 5 月 5 日、連邦議会下院のエネギー及び商務委員会の議長である Henry A. Waxman 氏、並びに連邦議会上院の商務、科学及び運輸委員会の議長である John D. Rockefeller, IV 氏は、Genachowski 委員長に対して手紙¹³⁸を送り、中立性の原則の維持を目的とする政策を支持しつつ、慎重な対応を求めた。また、同年 5 月 24 日、74 名の民主党下院議員は、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスを電気通信サービスとして再分類する提案の不確かさが、職を危険に陥れ、そして、必要とされる投資を今後何年も妨げるであろうことを理由として、当該再分類が、連邦議会からの追加的な指示なくして行われるべきではない、という考えを述べる手紙を、同委員長に対して送った、と報じられた¹³⁹。同様に、同日、37 名の共和党上院議員が、彼に「第 3 の道」を公然と非難する手紙を送った、と報じられた¹⁴⁰。

本判決は、中立性の議論の場の中心を、連邦議会に移すことが予測されていた。しかし、本稿執筆の時点において、そこでは慎重論が主流である様に見受けられる。当該状況は、中立性維持を主張する民主党対規制緩和を主張する共和党という従来 of 構図では必ずしも十分に理解することが出来ない。その理由として、FCC による「第 3 の道」という規則制定のあり方に対する疑問が存在する (すなわち、当該問題は、最終的には連邦議会による法改正で解決されるべきであるという考えが存在する) のと同時に、世界的な経済危機を経て、2010 年 11 月の連邦議会の中間選挙を控える状況のもとで、情報通信産業における投資が社会経済に与え得る影響が、より強く認識されてきたこと等が、指摘され得る。

第 3 に、事業者の動向について。2010 年 6 月 9 日、コモン・キャリア、ケーブル事業者、非ネットワーク系の IT 事業者、及びネットワーク機器の製造業者等を含む有力な事業者によって、如何にして、開放されたインターネットを維持し、かつ、促進しつつ、ブロードバンド・ネットワークを管理するかについての最善の考えを前進させる目的で、(任意の) 技術専門家の集団である「ブロードバンド・インターネット技術諮問グループ」(='Broadband Internet Technical Advisory Group'/BITAG or TAG) が、結成された、と報じられた¹⁴¹。

2010 年 8 月 5 日、Verizon Communications 社と Google 社とは、「ネットワークの中立性」についての合意を形成し、それを近日中に公表する予定である、と報じられ¹⁴²、それは、結果として、前述した FCC による非公開の会合を終了させた。その後、同年 8 月 9 日、Verizon Communications 社と Google 社とは、「ネットワークの中立性」について過去 1 年議論してきたことを明らかにして、「開放されたインターネットのための共同の政策提案」¹⁴³ を公表した。当該提案で、両者は、2005 年のイン

ターネット政策声明の4原則に加えて、非差別的取扱い及び消費者に対する情報開示を強制可能なものとするを提案する。更に、彼らは、FCCによって利用可能な強制的仕組みを創設すること、一定の条件のもとで、追加的な差別化されたオンライン・サービスの提供を事業者に容認すること、無線ブロードバンド市場には、情報開示のみを要求すること¹⁴⁴、及び、全てのアメリカ人に対するブロードバンドの提供のために、両者が、USF改革に協力すること、を提案する。そして、彼らは、この政策的枠組みが、ブロードバンドのプロバイダーに、彼らのネットワークを運営し、かつ、新たな類のオンライン・サービスを提供する柔軟性を許す一方で、消費者に適切に力を与え、FCCに、ブロードバンドの新たな世界のための注意深く仕立てられた役割を付与する、ことを信じる、という考えを述べて、広く連邦議会、FCC及び全ての利害関係人に対して、協力を呼びかける。なお、両者の提案行為に対して、Copps委員は、反対する見解を表明した¹⁴⁵。

以上をまとめると、以下の様に述べて差し支えないものと思われる。すなわち、民主党政権下のFCCは、Obama政権への支持率が低下し、かつ、連邦議会の中間選挙を控える状況のもとで、与党である民主党の議員からも必ずしも十分な支持が得られていない。その様な状況のもとで、情報通信政策に関する公約の実現は、遅滞し、妥協を強いられている。確かに、共和党政権下で採用された一連の政策が、それらの原因となっていることは否定出来ないが、少なくとも現状では、結果として、準司法機関としての役割に加えて、(コモン・キャリアであるAT&T Corporation系の「地域Bell電話会社」(='Regional Bell Operating Company(-ies)/RBOC(s)と「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)/IXC(s)を当事者とする近時の一連の大型通信合併¹⁴⁶では活用された)準行政機関としての役割等も十分には遂行出来ていない。その一方で、幾つかの事業者によって、それらの間の任意の合意にもとづく競争上の枠組みの構築も模索されてきた。連邦議会で包括的な通信法改正が議論されるのは、早くても2011年以降となるものと思われる。

また、規制のあり方に対する検討についても、疑問が提起され得る。FCCの現在の一連の政策には、有線通信を中心に発展してきた「電気通信サービス」規制に対する考え方が、色濃く反映されている。確かに、物理的ネットワークを含むリンク層に対する規制の導入は必要であると思われるが、より上位の層、特にそれと同様に現在その重要性を増大しつつあるアプリケーション層における事業者の影響力については、必ずしも十分には考察されていない¹⁴⁷。将来的には、特にアプリケーション層に対するより精緻な考察をとまなう形で、レイヤー型規制の導入が必要とされるものと思われる¹⁴⁸(その一部は、既存の通信規制の枠組みを越える可能性も存在し得るものと思われる)。

むすびにかえて

米国では、インフラストラクチャーの整備のあり方が、現在に至る激しい政策的議論を提起してきた一方で、日本では、その整備は進んだ。また、ブロードバンド・サービスの規制上の分類の問題も、

特に顕在化してこなかった。しかし、ブロードバンドの普及率の向上及びネットワーク利用の更なる発展は今後も必要である。NBP 2010の立案に際しては、2001年1月22日、IT 戦略本部によって策定された「e-Japan 戦略」が参考にされたと言われている。しかし、IT 技術の活用、及びその社会経済に対する貢献のあり方において、米国は、過去約15年間比類無い成功を取めてきた。特に、同国でのインターネットのアプリケーション層における発展及びその社会的影響等は、数多くの有益な示唆を提供する。その様なより広い考察において、米国の情報通信産業及びそれに関連する領域における競争政策及び規制政策のあり方をめぐる議論は、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 平成22年9月9日 }
{ 修正原稿提出 平成22年11月15日 }

- 1 例えば、拙稿「インターネット接続のブ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 Lee W. McKnight & Joseph P. Bailey, *Internet Economics* 122 (1997).
- 3 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」に分括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。
- 4 47 U.S.C. § 230 (f) (1) (2010).
- 5 「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。このよう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).
- 6 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。
- 7 Comer, *supra* note 3, at 110等を参照。
- 8 「コモン・キャリア」は、「本法に服さないとき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) (2010). 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 (2010).
- 9 Graham J. H. Smith (ed.), *Internet Law and Regulation* 4 (2d ed. 1997).
- 10 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。
- 11 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。
- 12 一定の時間に伝送可能な情報の量のこと。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。
- 13 「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。
- 14 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)).
- 15 「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まなわないものを意味する。」と、定義される。47 U.S.C. §153 (43) (2010).
- 16 「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) (2010).
- 17 「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) (2010).
- 18 「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さ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) (2010).
- 19 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」).
- 20 Stevens Report, 13 FCC Rcd at 11536, ¶73.
- 21 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 telecommunication 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). 200 KBps 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よう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.*
- 22 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。
- 23 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ー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ー」公正取引620号 87頁以下(2002年)等を参照のこと。
- 24 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」)。
- 25 Portland-2, 216 F.3d at 877-78.
- 26 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」)。
- 27 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」)。
- 28 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(37)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.
- 29 See *supra* note 19.
- 30 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 11501, 11516-17, ¶ 33.
- 31 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.
- 32 Declaratory Ruling, 17 FCC Rcd at 4802, ¶ 7.
- 33 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。
- 34 *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」).
- 35 *Brand X-3*, 125 S. Ct. at 2712; 2005 U.S. LEXIS 5018, at *64.
- 36 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, ¶186 (rel. Sept. 23, 2005) (以下「FCC Wireline Order」).
- 37 xDSLとは、既存の「公衆電話交換網」(='Public Switched Telephone Network'/以下「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 13, at 195等を参照。
- 38 FCC Wireline Order, 20 FCC Rcd at 14909, ¶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.* at 14900-03, ¶¶89-95.
- 39 当該問題の詳細については、拙稿・前掲注(33) [3, 1] 等を参照のこと。
- 40 例えば、FCCのMartin委員長は、Brand X-3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).
- 41 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 5, at 427等を参照。
- 42 「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。

- 43 「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。
- 44 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作動させ、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.
- 45 FCC, FCC Launches Inquiry into Broadband Market Practices, 2007 FCC LEXIS 2305 (rel. Mar. 22, 2007), available at <<http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/DOC-271687A1.pdf>> (visited Mar. 31, 2007).
- 46 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.
- 47 「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經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。

- 48 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。
- 49 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.* ¶1.
- 50 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のもとでの「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のもとでの「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.
- 51 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。
- 52 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。
- 53 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

- 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。
- 54 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。
- 55 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。
- 56 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。
- 57 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。
- 58 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。
- 59 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。
- 60 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).
- 61 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).
- 62 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>〉

- org/pdf/fp-pk-comcast-complaint.pdf> (visited Mar. 31, 2008).
- 63 *Id.* at 24-35.
- 64 *Id.* at 19.
- 65 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」).
- 66 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」). 例えば、拙稿「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—」群馬大学社会情報学部研究論集 第17巻 71頁以下 (2010年) 等を参照のこと。
- 67 47 U.S.C. § 154 (i) (2010).
- 68 *United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157, 88 S. Ct. 1994, 20 L. Ed. 2d 1001 (1968) (以下「Southwestern Cable」).
- 69 *United States v. Midwest Video Corp.*, 406 U.S. 649, 92 S. Ct. 1860, 32 L. Ed. 2d 390 (1972) (以下「Midwest Video I」).
- 70 *FCC v. Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689, 99 S. Ct. 1435, 59 L. Ed. 2d 692 (1979) (以下「Midwest Video II」).
- 71 ケーブル・サービスに対する FCC の管轄権を付与する第 VI 編は、1984年まで、連邦通信法に追加されなかった。See Cable Communications Policy Act of 1984, Pub. L. No.98-549, 98 Stat. 2779 (1984).
- 72 *American Library Ass'n v. FCC*, 406 F.3d 689 (D.C. Cir. 2005).
- 73 406 F.3d at 691-92; *see also* FCC Comcast BitTorrent Order, 23 FCC Rcd 13028, 13035, ¶15 n.64.
- 74 47 U.S.C. § 152 (a) (2010).
- 75 合衆国最高裁判所は、「ある当事者が、ある法的手続きにおいて、ある特定の位置/立場を取って、・・・その位置/立場を維持することに成功し、・・・[そして、その後、] 単に彼の利益が変化したこと事を理由として、反対の立場を取る場合に」(*New Hampshire v. Maine*, 532 U.S. 742, 749 (2001)) 法的禁反言を、発動し得る、と主張する。また、法的禁反言が、適用されるためには、「ある当事者のその後の位置/立場が、そのより早い位置/立場と「明確に矛盾」しなければならない」(532 U.S. at 750 (quoting *United States v. Hook*, 195 F.3d 299, 306 (7th Cir. 1999))、と述べる。また、権威を有する研究者たちは、「矛盾についての疑いは、如何なる法的に無資格にする矛盾も存在せず、それ故、第 2 の問題が、その (請求の) 実態/(訴訟の) 実体的事項にもとづいて解決され得る、と仮定することによって、しばしば、解決されるべきである。」と考える。18B Charles Alan Wright, Arthur R. Miller & Edward H. Cooper, *Federal Practice and Procedure* §4477, at 594 (2d ed. 2002).
- 76 前掲注(33)を参照のこと。
- 77 *Brand X-3*, 545 U.S. 967, 991.
- 78 *Id.* at 996.
- 79 *Id.* at 1002.

- 80 Resp't's Br. 20.
- 81 Southwestern Cable, 392 U.S. 157, 178.
- 82 National Ass'n of Regulatory Utility Commissioners v. FCC, 533 F.2d 601, 612-13, 174 U.S. App. D.C. 374 (D.C. Cir. 1976) (以下「NARUC II」). (Southwestern Cable, 392 U.S. at 178を引用。)
- 83 *Id.* at 613.
- 84 *Id.* at 612.
- 85 Midwest Video II, 440 U.S. 689, 708-09.
- 86 本判決では、後述する様に、本件命令には記されていない連邦通信法§623も考察の対象となった。その一方で、ケーブル通信の発展等を目的とする同法§601は、当該判決では言及されていない。
- 87 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発展を促進すること；
- (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発展を助長すること；
- (4) 両親に、彼らの子供たちの「良風を傷つける/不快な」(='objectionable')又は「不適切な」(='inappropriate') オンラインの MATERIAL/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')技術の発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；並びに
- (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) (2010).
- 88 「有線及び無線による通信における州際及び外国との通商を規制する目的で、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、及び世界中の、有線及び無線の通信サービスを・・・合理的な料金で・・・入手可能とする目的で、「連邦通信委員会」・・・として知られる(ことになる)委員会が創設される。」47 U.S.C. §151 (2010).
- 89 Midwest Video II, 440 U.S. 689, 706.
- 90 47 U.S.C. §157 nt. (2010).
- 91 47 U.S.C. §256 (2010).
- 92 47 U.S.C. §257 (2010).
- 93 47 U.S.C. §201 (2010).
- 94 47 U.S.C. §543 (2010).
- 95 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 H. 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).
- 96 情報通信の領域における彼の公約は、ブロードバンドの普及・促進、ネットワークの中立性の維持、プライバシー保護の強化、両親による監督、メディア所有規制/視点の多様性の確保、民主主義の透明性の確保、情報化推進を目

的とする連邦政府における職の創設、及び電子カルテ化の推進等に及ぶ。

- 97 H. R. 1, 111th Cong., 1 st Sess. (2010). その簡略化された表題は、「2009年アメリカの回復及び再投資法」(=‘the American Recovery and Reinvestment Act of 2009’)である。
- 98 連邦政府の WWW サイト <http://www.recovery.gov/About/Pages/The_Act.aspx> (visited May 8, 2010) 等を参照。
- 99 同法のプログラムでは、「ブロードバンド」は、下り方向で少なくとも768KBps、かつ、上り方向で少なくとも200 KBps の広告される速度をとまなう2方向のデータ伝送を、エンド・ユーザーに対して提供するもの、又は、(後述する)当該プログラムの「ミドル・マイル」(=‘Middle Mile’)の計画においては、エンド・ユーザーに対するブロードバンド・サービスの提供をサポートするために十分な性能を提供するもの、を意味する、と定義される。Broadband Initiatives Program ; Broadband Technology Opportunities Program, 74 Fed. Reg. 33,104, 33,108 (2009).
- 100 景気対策法§6001 (b) は、以下の様に規定する。
- §6001. ブロードバンド技術機会プログラム
- (b) 当該プログラムの目的は、以下の通りである—
- (1) 合衆国のブロードバンド・サービスが「提供されていない地域」(=‘unserved area(s)’)に居住する顧客に対するブロードバンド・サービスに対するアクセスの提供；
 - (2) 合衆国のブロードバンド・サービスが「十分には提供されていない地域」(=‘underserved area(s)’)に居住する顧客に対するブロードバンド・サービスに対する向上されたアクセスの提供；
 - (3) 以下に対する、ブロードバンドの、教育、認識、訓練、アクセス、設備及びサポートの提供—
 - (A) 学校、図書館、医療及び健康介護の提供者、コミュニティ・カレッジ及びその他の高等教育機関、並びにその他のコミュニティ支援組織及びこれらの組織による又はこれらの組織を通じての、ブロードバンド・サービスのより多くの利用を容易なものとする法主体；
 - (B) 低所得の、失業中の、高齢の、及び、もし、そうでなければ、他の弱い人々によるブロードバンド・サービスのより多くの利用を容易なものとすることを目的とする、到達、アクセス、設備、及びサポートのサービスを提供する組織及び行政機関；及び
 - (C) 州に指定される経済的地帯、商務省によって指定される経済開発地域、「住宅・都市開発省」(=‘the Department of Housing and Urban Development’)によって指定される、「再開発コミュニティ」(=‘Renewal Community’)若しくは「エンパワメント・ゾーン」(=‘Empowerment Zone’)、又は農務省によって指定される「企業コミュニティ」(=‘Enterprise Community’)の中に位置する職の創出の戦略的な施設；
 - (4) 公共の安全の/のための行政機関によるブロードバンド・サービスに対するアクセス及び使用の改善；並びに
 - (5) ブロードバンドに対する需要/要求、経済発展、及び職の創出の奨励。
- 101 これ以外に、エネルギー効率、健康、電力、公共住宅、交通、及び教育等のブロードバンドに関連する領域に1,400億合衆国ドルが支出される。
- 102 「ブロードバンド主導プログラム」(=‘the Broadband Initiatives Program’/以下「BIP」)は、米国の「周辺地域」(=‘rural area’)中のブロードバンド・サービスのアクセス及び品質の急速な拡大という挑戦を取り扱うことを助ける目的で、ローン/貸付、補助金、及びローン/貸付と補助金の結合を与える。景気対策法は、それに対して、25億合衆国ドルを割り当てた。ここでの「周辺地域」とは、アメリカ合衆国国勢調査局の最新の西暦2000年の国勢調査で、(1) 20,000より多い住人の人口を有する、ある1つの市、町、若しくは設立された区域、又は(2) 50,000より多い住人の人口を有する、ある1つの市又は町に隣接し、かつ、地続きの「市街化区域」(=‘urbanized area’)、の中に存在しないことが、確認された、如何なる地域を意味する。なお、ある1つの「市街化区域」とは、前記国勢調査で定義される「人口密集区域」(=‘densely populated territory’)を意味し、それは、「50,000又はそれ以上の人口を有

する地域から継続して構成される区域」と定義される。BIP の支援対象の75%以上は、「周辺地域」でなければならないとされた。Broadband Initiatives Program ; Broadband Technology Opportunities Program, 74 Fed. Reg. 33,104, 33,106 (2009) 等を参照。なお、RUS の長官には、民主党支持者の前 FCC 委員の Jonathan Adelstein 女史が、任命された。

- 103 「連邦（商務省）電気通信情報庁」（＝‘National Telecommunications and Information Administration’/以下「NTIA」）は、電気通信及び情報に関する政策についての（1）大統領への助言をその最も主たる業務とするが、その他にも（2）FCC 及び連邦議会への提言・勧告、及び（3）連邦政府の電波利用の管理等も行う。同庁の HP<<http://www.ntia.doc.gov>> (visited May 15, 2010) 等を参照。
- 104 「ブロードバンド技術機会プログラム」（＝‘Broadband Technology Opportunities Program’/以下「BTOP」）は、景気対策法§6001 (b) に記される目的を実現する目的で、（1）ブロードバンドのインフラストラクチャーの提供、（2）社会的弱者によるブロードバンド利用を可能とする公共コンピュータ・センターの強化及び拡張、（3）社会的弱者に対する教育等によるブロードバンド・サービスの持続可能な採用、並びに（4）ブロードバンド・サービスの能力/性能及び入手可能性についての全米に渡るある 1 つの公的地図の開発及び維持、を行う。景気対策法は、それに対して、47億合衆国ドルを割り当てた。Broadband Initiatives Program ; Broadband Technology Opportunities Program, 74 Fed. Reg. 33,104, 33,106-33,108 (2009) 等を参照。
- 105 BIP 及び BTOP では、物理的ネットワークの新設及び改善を重視して、その末端部分の新設及び改善を目的とする「ラスト・マイル」（＝‘Last Mile’）、並びにそこに至る部分の新設及び改善を目的とする「ミドル・マイル」（＝‘Middle Mile’）の計画が、策定された。その際に、ブロードバンド・サービスが「提供されていない」（＝‘unserved’）区域と「十分には提供されていない」（＝‘underserved’）区域とで、異なる対応が取られた。前者は、少なくとも90%の世帯が、当該プログラムで定義される最低限の速度の、施設ベースの、固定又は移動体の、地上ブロードバンド・サービスを欠いている地域に適用され得る。また、後者は、ラスト・マイルでは、（1）50%に過ぎない世帯が、当該プログラムで定義される最低限の速度の、施設ベースの、地上ブロードバンド・サービスに対するアクセスを有する、（2）如何なる固定又は移動体のブロードバンド・サービス・プロバイダーも、下り方向で少なくとも 3 MBps の伝送速度を宣伝していない、又は（3）ブロードバンドの加入率が、世帯の40%以下である、という要件の少なくとも 1 つに該当する場合に、ミドル・マイルでは、ある相互接続が、ラスト・マイルのために「十分には提供されていない」又は「提供されていない」として性質決定される区域で着信する場合に、各々当該区域として認定され得る。74 Fed. Reg. 33,104, 33,109 (2009)。
- 106 民主党政権への移行後、FCC は、当初、新たに就任した Copps 委員長代行を含む 3 人の委員による運営が行われていた。
- 107 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。
- 108 FCC, FCC Sends National Broadband Plan To Congress; Plan Details Actions for Connecting Consumers, Economy with 21st Century Networks, 2010 FCC LEXIS 1643 (rel. Mar. 16, 2010), *available at* <<http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/DOC-296880A1.pdf>> (visited Mar. 17, 2010) (以下「FCC NBP 2010, News」)。

- 109 FCC, Connecting America : The National Broadband Plan (rel. Mar. 16, 2010), *available at* <<http://download.broadband.gov/plan/national-broadband-plan.pdf>> (visited Mar. 17, 2010) (以下「FCC NBP 2010」).
- 110 当該事項と関連する、(1) ブロードバンドの価格決定及び競争に関する市場毎の詳細な情報の、収集、分析、評価及び公表、(2) ブロードバンド・サービス・プロバイダーに対する開示要求の発展、(3) 卸売の競争の規則の包括的な再考の着手、(4) 「ライセンスを必要としない」(=‘unlicensed’) 使用のための(電磁波の)スペクトルの開放及び追加的割当て、(5) 無線を伝送するスペクトルのための規則の更新、(6) データ・ローミングのための行動の促進、(7) (1996年電気通信法の§629 「ナビゲーション機器の競争的入手可能性」(=‘Competitive Availability of Navigation Devices’) と整合性を有する) 競争的、かつ、革新的なビデオ・セット・トップ・ボックス市場を保証する規則の改正、(8) 州及びローカルの法主体がそれらのコミュニティでブロードバンドを提供する許可を与える連邦議会の指示の明確化、並びに(9) アプリケーションにおける革新及び競争の継続を可能とし、かつ、消費者のプライバシーを確保する、ユーザーと彼らのオンライン(上)のプロフィールとの関係の明確化、等に関する勧告がなされた。
- 111 当該事項と関連する、(1) 電磁波のスペクトルの有効利用及び割当てのあり方、並びに(2) インフラストラクチャー利用の確保及び最適化等、に関する勧告がなされた。前者については、特に、10年以内に500MHzの(それ以前に、5年以内に300MHzの)スペクトルが、ブロードバンドのために新たに入手可能とされること、スペクトルの再目的化のための誘因及び仕組みを確保すること、スペクトルの割当て、譲渡及び使用の更なる透明性を確保すること、並びに、スペクトルへのアクセスの革新的なモデルのための機会を拡張すること、等が勧告された。後者については、電柱へのアクセスのためのより低廉、かつ、統一的な賃貸借料金(率)を確立すること、費用及び時間の節約のために通行地役権の管理を進展させること、効率的な新たなインフラストラクチャーの建設を容易にすること、並びに、国防省の軍事施設を選択する目的で超高速のブロードバンドの接続性を提供すること、等が勧告された。
- 112 当該事項と関連する、(1) ブロードバンド・ネットワーク・サービスへの普遍的なアクセスの確保、及び(2) 低所得のアメリカ人への支払可能性の確保を目的とする仕組みの創出、(3) 低所得のアメリカ人へ提供される補助金が、ブロードバンドに使用されることの許可を与えることによる、資格を有する電話の加入者が位置する州に依存して、10合衆国ドル/月を上限とし得る、主たる居住地における基本的な月極のサービスの割引を提供する「ライフライン・アシスタンス」(=‘Lifeline Assistance’), 並びに、主たる居住地における、伝統的な、有線の電話のための初期導入料金、又は、無線電話の稼働のための料金、の1/2(30合衆国ドルを上限とする)の支払い、及び繰延の予定にもとづいて負う残額の利子無しでの支払い、等を可能とする「リンク・アップ・アメリカ」(=‘Link-Up America’) というプログラムの拡張、並びに、(4) 全てのアメリカ人が「デジタル・リテラシーを有する」(=‘digitally literate’) 様になる機会を有することの確保、等、に関する勧告がなされた。(1) については、以下を含む事項が勧告された。「コネクト・アメリカ基金」(=‘Connect America Fund’/以下「CAF」) を設立し、下り方向で少なくとも4 Mbpsの実効速度の支払可能なブロードバンド及び音声のサービスの提供の支援を目的として、次の10年間で155億合衆国ドルを、既存の連邦の「ユニバーサル・サービス基金」(=‘Universal Service Fund’/以下「USF」) から移すこと。如何なる州も(将来の4Gの提供の基礎となり得る)3Gの無線の適用範囲のための全米の平均(値)から顕著に遅れをとることがないことを確かなものとする目的で、当該目的の財源を提供する「モビリティ基金」(=‘Mobility Fund’/以下「MF」) を創設すること。USFを維持する目的で、主に音声サービスの支援を目的に設計された高コスト地域を対象とするUSFのプログラムを、次の10年間をかけてCAFによって代替すること。キャリア間の相互接続料金の支払い(の仕組み)を改革すること。新たなCAF及びMFを「税効率的な」(=‘tax-efficient’) やり方で設計すること。そして、USFへの貢献のベース/基礎(となるもの)を、例えば、ブロードバンドに拡大すること。(3) については、無償又は低費用のサービスを提供する条件で電磁波のスペクトルのブロックをライセンスすることを考慮すること、等が勧告された。(4) については、当該事項を目的とする「全米デジタル・リテラシー・コープ」(=‘National Digital Literacy Corps’) の開始、等が勧告された。

- 113 ブロードバンドの活用との関連で、特に、(1) 健康介護、(2) (特に公) 教育、(3) エネルギー及び環境、(4) 経済的機会、(5) 政府の遂行及び市民参加、並びに (6) 公共の安全及び自国の安全保障、等に関する勧告がなされた。
- 114 2020年までに実現すべき長期目標として、以下の6項目が勧告された。(1) 少なくとも1億のアメリカの世帯が、実効値で少なくとも、下り方向で100Mbps、上り方向で50Mbpsの支払可能なアクセスを有するべきである。(2) アメリカが、如何なる国の最速及び最も拡張的な無線ネットワークによって、移動体(通信)の革新において主導するべきである。(3) 全てのアメリカ人が、活力あるブロードバンド・サービスに対するアクセス、及び彼らがそれを選択する場合には加入する手段及び技能を有するべきである。(4) 全てのアメリカのコミュニティが、錨/要となる施設に対して、少なくとも1Gbpsのブロードバンド・サービスに対する支払可能なアクセスを有するべきである。(5) アメリカの人々の安全を確かなものとする目的で、全ての「第1対応者」(=‘first responder’)が、全米の、無線の、相互運用性を有する、ブロードバンドの公共の安全ネットワークに対するアクセスを有するべきである。そして、(6) アメリカが、クリーン・エネルギー経済において主導することを確かなものとする目的で、全てのアメリカ人が、彼らの実時間のエネルギー消費を追跡及び管理する目的で、ブロードバンドを使用し得るべきである。
- 115 FCC NBP 2010, *supra* note 109, at 148-49.
- 116 *Id.* at 47-48.
- 117 まず、法的性質の決定に関連して。例えば、現行の連邦のUSFの財源は、事業者が、州際及び国際の、電気通信サービス及び相互接続されるVoIPサービスを利用するエンド・ユーザーから得た収入に由来する。しかし、電気通信サービスからの収入は、過去10年間で殆ど増大していない。一方、事業者は、同一の施設又は設備を経由する音声及びブロードバンドのサービスの複合の提供を増大しつつあり、それを「情報サービス」として性質決定することによって、USFへの貢献を減少させることが可能となる。そのため、現行の貢献のベース/基礎(となるもの)を、例えば、ブロードバンドに拡大するべきであるという考えも提案されている。
- 次に、価格決定に関連して。例えば、USF改革と協力して、CAFから支援を受けることとなる「ミドル・マイル」の費用及び価格設定の審査が勧告された。何故なら、それらが余りに高額な地域では、私的部門によるブロードバンド・サービスの提供が期待し得ない場合が存在するからである。また、ISP(s)が、自らのネットワークの多くの部分を調達する卸売の競争規則の包括的な再考が勧告された。何故なら、よく機能する卸売市場は、小売市場の育成を助け、その影響は、個人のみならず、小規模の事業者、移動体通信及び企業の顧客に及ぶからである。ここでは、類似のネットワーク機能が、(例えば、金属回線又は光ファイバー等の)使用される技術にもとづいて、異なる規制に服すること等が指摘された。*Id.* at 148-49.
- 118 なお、FCCは、NBP 2010の公表以前から、これらの勧告に関連する作業を開始していた。*See e.g.* FCC, Comment Sought on Impact of Middle and Second Mile Access on Broadband Availability and Deployment; NBP Public Notice #11, GN Docket Nos.09-47, 09-51, 09-137, Pleading Cycle Established, 24 FCC Rcd 12470, DA 09-2186 (rel. Oct. 8, 2009), *available at* <<http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/DA-09-2186A1.pdf>> (visited Dec. 6, 2009).
- 119 より具体的には、(1) インターネット政策声明の遵守、(2) 合法的なインターネットのアプリケーション及びコンテンツに対する非差別、(3) 如何なるネットワーク運営実務及びその変更の自らのWWWサイト上での表示、(4) 公共インターネットへの直接的又は間接的な接続、並びに (5) 相互接続の提供、が義務付けられた。Broadband Initiatives Program; Broadband Technology Opportunities Program, 74 Fed. Reg. 33,104, 33,110-33,111 (2009). これらの義務を定める文言の幾つかは、連邦通信法第II編に由来する。なお、(2)での非差別の義務は、源、目的地、又は所有にもとづくパケットの差別的取扱いの禁止のみに限定される、AT&T Inc. と BellSouth Corporation との合併に際して課された条件よりも、より一般的である一方で、その適用は、公共インターネットを経由する部分に限定され、それ以外の部分については、アプリケーション及びコンテンツの提供に際して、事業者のネットワーク管理に関する幅広い裁量が容認された。また、1994年に制定された「法の執行を目的とする通信支援法」(=‘the

Communications Assistance for Law Enforcement Act/以下「CALEA」)を含む制定法が適用され得ることとされた。

なお、物理的ネットワークにおいて、競争が存在し、必要な場合には迂回が可能な中流部分と、殆どの地域において電話会社及びケーブル事業者による複占が存在する末端部分とを分離して規制し、後者のみに(インターネット接続を目的とする)開放義務を課す考えを提案するものとして、Eli M. Noam, A Third Way for Net Neutrality, *Financial Times*, Aug. 29, 2006, available at <http://us.ft.com/ftgateway/superpage.ft?news_id=fto082920061243465496> (visited May 19, 2010) が存在する。BIP 及び BTOP で採用された非差別及び相互接続等の規制のあり方は、Noam 教授の考えに一定の範囲で類似性を有する考えにもとづくものであると考えられる。

- 120 例えば、2009年7月31日、FCC は、Google Inc. (以下「Google 社」)が開発した VoIP サービスを実現するアプリケーションである Google Voice が、Apple Inc. (以下「Apple 社」)が運営する、同社が製造・販売する携帯電話及び携帯用電子機器のためのアプリケーションのオンライン販売店である App Store での販売を却下されたことについて、後者に質問状を送付したと報じられた。Erica Ogg, Report: FCC inquires into Apple, AT&T rejection of Google Voice app, *CNETNEWS.com*, at <<http://news.cnet.com/8301-13579-3-10301259-37.html>> (July 31, 2009) (visited Aug. 3, 2009). その後、Apple社は、当該質問に対する回答を公開した。Apple Inc., Apple Answersthe FCC's Questions (Aug. 21, 2009), available at <<http://www.apple.com/hotnews/apple-answers-fcc-questions/>> (visited Dec. 3, 2010).
- 121 当該調査の告示では、既存のインターネット政策声明に記される4原則に加えて、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービス・プロバイダーのネットワーク運営実務における(5)非差別、及び(6)実務に関する情報の開示が、法文化され、そして、当該6原則が、移動体無線ブロードバンドを含む全てのプラットフォームに適用されることが、提案された。また、「管理/操作される」(='managed')又は「特殊化される」(='specialized')サービスの範疇の定義のあり方等についても質問がなされた。In the Matter of Preserving the Open Internet Broadband Industry Practices, GN Docket No.09-191; WC Docket No.07-52, Notice of Proposed Rulemaking, 24 FCC Rcd 13064, FCC 09-93 (rel. Oct. 22, 2009), available at <<http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/FCC-09-93A1.pdf>> (visited Oct. 31, 2009) (以下「Open Internet NPRM」).
- 122 2006年5月19日、ノース・ダコタ州選出の民主党上院議員 Byron L. Dorgan 氏及びメイン州選出の共和党上院議員の Olympia J. Snowe 女史等が、S. 2917 (IS)「ネットワークの中立性の確保を目的として1934年通信法を改正する法案」(='A BILL To amend the Communications Act of 1934 to ensure net neutrality')を提出した際には、当時の Obama 上院議員は、共同提案者の1人であった。同法案は、インターネット政策声明に記される4原則の法文化、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)追加的要求の禁止、更に、当該法案の条文の違反行為者に対する損害賠償の支払い及び強制の実現等を目的とする、非常に強い規制を含む。しかし、同年6月28日、上院の商務、科学及び運輸委員会において、Snowe 上院議員等によって行われた、ネットワークの中立性を目的とする規則を、別途提案された S. 2686 (IS)「ブロードバンドのネットワーク及びサービスの提供を促進する法案」(='A BILL To promote the deployment of broadband networks and services')の第IX編に追加する提案は、11対11の投票で否決され、同日、S. 2686は、15対7の投票で当該委員会を通過して、新たに H.R. 5252 (RS) という番号が付与された。例えば、注(42)に記載した2本の拙稿等を参照のこと。
- 123 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。
- 124 ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスに対して、連邦通信法第II編にもとづく規制を課すべきであるという考えの代表的なものとして、Kevin D. Werbach, Off the Hook, 95 *Cornell L. Rev.* 535 (2009) 等が存在する。Werbach 助教授は、普遍的なプラットフォームであるインターネットのために不可欠な要求は、開放された

相互接続であり、それが、革新をもたらす、と主張する。その一方で、電気通信及び各種のメディアがインターネットへ収束し、情報サービスとして規制される領域が拡大してきた現在の状況において、「伝送路」(=‘pipe’)の保有者が、ネットワーク上での活動を破壊し、又は歪曲し得ることを憂慮する。そして、今日、電気通信における競争及び革新を促進することが、インターネット上での競争及び革新を促進することと等しいことを根拠として、FCCは、インターネットを規制するその権能を、連邦通信法の第II編のもとで相互接続を監督するその義務の中に位置付けるべきである、と主張する。*Id.* at 598.

- 125 特に、ブロードバンド・サービスをともなう移動体無線通信サービスに対する規制のあり方を考察する著作の代表的なものとして、Tim Wu, *Wireless Carterfone*, 1 *International Journal of Communication* 389 (2007) が、存在する。Wu教授は、合衆国における移動体通信事業者が、製品の設計、並びに、機器及びアプリケーションの市場における革新を、積極的に/攻撃的に支配しており、消費者に不利益をもたらしている、と認定し、特に、(1)「ネットワークへの(機器の)取り付け」(=‘Network Attachments’)、(2)「製品の設計及び特質の不自由化」(=‘Product Design and Feature Crippling’)、(3)「差別的なブロードバンド・サービス」(=‘Discriminatory Broadband Services’)、並びに(4)「アプリケーション(の開発)の失速」(=‘Application Stall’)という4つの領域で、注意を喚起する。そして、彼は、以下の4つの主要な推奨を行う。すなわち、(1)有線通信では採用されてきた、如何なる消費者も、自らの電話回線に如何なる安全な機器を取り付けることを可能とする「カーターフォン・ルール」(=‘Carterfone Rules’)と同一の「無線カーターフォン」(=‘Wireless Carterfone’)ルールを採用し、無線の世界における機器の革新を自由にし、新たなアプリケーションの開発を刺激し、そして、最良の電話を可能とする機器の設計者を自由にすることを可能とすること。それは、「ロッキング」(=‘locking’)の禁止を含む。(2)有線通信事業者が、現在服している「基本的なネットワークの中立性のルール」(=‘Basic Network Neutrality Rules’)に、無線事業者も服すべきであること。特に、インターネット・コンテンツのプロッキング/遮断の一般的な禁止を行うこと。(3)消費者への「開示」(=‘Disclosure’)を行うこと。無線事業者は、(サービスの)カバーを欠いている区域及び料金プランの開示に加えて、完全に、顕著に、かつ、平易な英語で、機器に対して置かれる如何なる制限、帯域利用に対する如何なる制限、又は機器がある1つのネットワークにロックされているか、を開示するべきであること。そして、(4)「アプリケーション・プラットフォーム」(=‘Application Platforms’)を標準化すること。当該産業は、その「壁に囲まれた庭」(=‘walled garden’)というアプローチを再評価し、そして、開発者のための、明確な、かつ、統一された標準を創出する目的で共に働くべきであること。更に、Wu教授は、無線市場の「幼年期」(=‘infancy’)が過ぎ去りつつある状況のもとで、産業の実務のより重要な公共の精査の適切さ及び重要性を指摘する。*Id.* at 425.

また、実務においても、近時には、Google社等の「ロビイ活動」(=‘lobbying’)の結果、米国では700MHz帯の再編に際して、その約1/3の22MHzの帯域については、当該周波数を使用して構築される移動体ネットワークで使用される端末の仕様やアプリケーションに関して、如何なる拘束も課してはならないことが条件付けられた。In the Matter of Service Rules for the 698-746, 747-762 and 777-792 MHz Bands; Revision of the Commission’s Rules to Ensure Compatibility with Enhanced 911 Emergency Calling Systems; Section 68.4 (a) of the Commission’s Rules Governing Hearing Aid-Compatible Telephones; Biennial Regulatory Review - Amendment of Parts 1, 22, 24, 27, and 90 to Streamline and Harmonize Various Rules Affecting Wireless Radio Services; Former Nextel Communications, Inc. Upper 700MHz Guard Band Licenses and Revisions to Part 27 of the Commission’s Rules; Implementing a Nationwide, Broadband, Interoperable Public Safety Network in the 700 MHz Band; Development of Operational, Technical and Spectrum Requirements for Meeting Federal, State and Local Public Safety Communications Requirements Through the Year 2010, WT Docket No.06-150; CC Docket No.94-102; WT Docket No.01-309; WT Docket No.03-264; WT Docket No.06-169; PS Docket No. 06-229; WT Docket No.96-86; WT Docket No.07-166, Declaratory Ruling on Reporting Requirement under Commission’s Part 1 Anti-Collusion Rule, Second Report and Order, 22 FCC Rcd 15289, FCC 07-132 (rel. Aug.

- 10, 2007), *available at* <<http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/FCC-07-132A1.pdf>> (visited Aug. 31, 2007).
- 126 「FCC は、ある 1 つの開放されたインターネット、及び全てのアメリカ人にブロードバンドの莫大な利益をもたらすであろう政策を促進することに確固として誓約している。それは、これらの政策、それらの全てが、消費者を、保護し、(それに) 能力を与える一方で、革新及び投資を育成する目的で設計されるであろう、を、ある 1 つの確固たる法的基盤にもとづけるであろう。本日の裁判所の判断は、ある 1 つの開放されたインターネットを維持する FCC の当該従前のアプローチを無効にした。しかし、当該裁判所は、ある 1 つの自由で開放されたインターネットを維持する重要性に決して反対しなかったし、また、それは、この重要な目的の獲得のための別の方法への扉を閉ざさなかった。」 FCC, FCC Statement on Comcast v. FCC Decision, 2010 FCC LEXIS 2103 (rel. Apr. 6, 2010), *available at* <<http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/DOC-297355A1.pdf>> (visited Apr. 8, 2010).
- 127 以下は、Coppes 委員の声明の要約である。今日の判決は、FCC のみならず、全てのアメリカ人にとって、衝撃/一撃/打撃である。2002年から、私は、ブロードバンドの伝送の構成要素を、電気通信事業者に適用される制定法の枠組みの外に移動することの危険性を警告してきた。FCC が、当該判決に対処し得る方法は、それが何年も前に行うべきであったこと、すなわち、ブロードバンドを、それが実際にそうである様に、電気通信として取り扱うことである。我々は、このブロードバンドの分類の混乱を、この夏の最初の日までに取り除くべきである。FCC, Statement of Commissioner Michael J. Copps on the Comcast v. FCC Decision, 2010 FCC LEXIS 2129 (rel. Apr. 6, 2010), *available at* <<http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/DOC-297368A1.pdf>> (visited Apr. 8, 2010).
- 128 「私は、今日の判決が、連邦通信法第 I 編が、FCC に対して、ある 1 つの ISP(s) のネットワーク運営実務を規制する如何なる権能も提供しないことを明確にすることを嬉しく思う。私は、この判決が、市場における確実性を提供し、そして、同法第 II 編のもとでの独占された電話サービスとして、ブロードバンド・サービスを不必要に分類することへ導かないであろうことを希望する。」 FCC, Statement of Commissioner Robert M. McDowell on the Recent D. C. Circuit Court of Appeals Decision in the Comcast/Bittorrent Case, 2010 FCC LEXIS 2105 (rel. Apr. 6, 2010), *available at* <<http://hraunfoss.fcc.gov/edocs-public/attachmatch/DOC-297364A1.pdf>> (visited Apr. 8, 2010).
- 129 「Comcast 社は、FCC の既存の開放されたインターネットの原則にコミットし続け、我々は、如何に最善に、ブロードバンドの採用を増大し、かつ、開放された活力あるインターネットの維持するか、を判断する FCC と建設的に作業をし続ける (つもりである)。」 Comcast Corporation, Comcast Statement on U.S. Court of Appeals Decision on Comcast v. FCC (rel. Apr. 6, 2010), *available at* <<http://www.comcast.com/About/PressRelease/PressReleaseDetail.ashx?PRID=984>> (visited Apr. 8, 2010).
- 130 USF への貢献は、「相互接続される VoIP サービス」(=‘interconnected VoIP service’) にも要求される。それは、(1) 実時間の 2 方向の音声通信を可能とし、(2) 利用者の位置からブロードバンド接続を必要とし、(3) IP と互換性を有する「顧客の構内に設置される設備」(=‘Customer Premises Equipment(s)/CPE(s)’) を必要とし、そして、(4) 利用者が、一般的に、PSTN から通話を受信し、PSTN へ通話を着信することを可能とするサービス、を意味する、と定義されている。In the Matters of IP-Enabled Services E911 Requirements for IP-Enabled Service Providers, WC Docket Nos.04-36, 05-196, First Report and Order and Notice of Proposed Rulemaking, 20 FCC Rcd 10245, FCC 05-116, APPENDIX B §9.3 Definitions (rel. June 3, 2005). したがって、電話会社が保有する PSTN のほか、ケーブル事業者が保有するケーブル回線網を経由する IP 電話サービスも、当該定義に含まれる。
- また、FCC は、犯罪捜査への協力や緊急電話サービスの提供に関連しても、VoIP サービスの提供者に一定の義務を課している。詳細は、拙稿・前掲注(54)等を参照のこと。しかし、本件判決は、FCC がこれらの義務を課す権限についても、疑問を提起し得るものである。
- 131 「ネットワークの中立性」の問題を表現の自由との関連で論じた初期の著作の代表的なものとして、例えば、Barbara A. Cherry, Utilizing “Essentiality of Access” Analyses to Mitigate Risky, Costly and Untimely

- Government Interventions in Converging Telecommunications Technologies and Markets, 11 CommLaw Conspectus 251 (2003) 等が、存在する。FCC の Cherry 女史は、(その当時の議論の焦点であった) 伝送路に対するアクセスの問題は、「視点の多様性」(=‘viewpoint diversity’) と密接な関係があり、伝送路の保有者と競争関係にある事業者が、表現の自由によって保護される「スピーカー/話者」(=‘speaker(s)’) としての法的地位を有する場合には、政府が伝送路の保有者に対してオープン・アクセスを命じる可能性があるとして指摘する。Id. at 267-68. 更に、当該危険性は、物理的ネットワークを含むもののみならず、より上位の層、特に(情報サービス規制とより直接的に関係する) アプリケーション層における支配を有する事業者が存在する場合にも、顕在化し得る。
- 132 FCC, The Third Way : The Future of Internet Policy in America (posted May 6, 2010), *available at* <<http://www.youtube.com/watch?v=5aiRoZ63UtE>> (visited May 19, 2010).
- 133 In the Matter of Framework for Broadband Internet Service, GN Docket No.10-127, Notice of Inquiry, 25 FCC Rcd 7866, FCC 10-114 (rel. June 17, 2010), *available at* <<http://www.fcc.gov/Daily-Releases/Daily-Business/2010/db0617/FCC-10-114A1.pdf>> (visited June 20, 2010) (以下「BBF NOI」).
- 134 当該取扱いは、成功した「移動体サービスの規制上の取扱い」(47 U.S.C. §332) をモデルとする。当該条項は、その条文中に、同法同条が定める規制を差し控え得ることが明記されている。
- 135 当該調査は、インターネットのコンテンツ、他のアプリケーション又はサービスを含まない。また、無線ブロードバンド・インターネット・サービス、施設ベースでない ISP(s)、インターネット・バックボーン・サービス、コンテンツ配信サービス、及びその他の電気通信の構成要素を含む情報サービス、の取扱い、州及びローカルの規制のあり方、施行日、並びに関連する行方も、当該過程で言及された。
- 136 In the Matter of Connect America Fund A National Broadband Plan for Our Future High-Cost Universal Service Support, WC Docket No.10-90; GN Docket No.09-51; WC Docket No.05-337, Notice of Inquiry And Notice of Proposed Rulemaking, 25 FCC Rcd 6657, FCC 10-58 (rel. Apr. 21, 2010), *available at* <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-58A1.pdf> (visited Apr. 30, 2010). その目的の概要は、[3. 1] 並びに前掲注(112)及び(117)の記述等を参照のこと。
- 137 Cecilia Kang, FCC ends talks for deal on net neutrality, Washington Post, Aug. 6, 2010, *available at* <<http://www.washingtonpost.com/wp-dyn/content/article/2010/08/05/AR2010080502423.html?hpid=topnews>> (visited Aug. 12, 2010) 等を参照。なお、FCC の当該会合への参加者は、(当該時点で報道された) Verizon Communications Inc. (以下「Verizon Communications 社」) 及び Google 社の間で合意されたものよりも、より堅い/窮屈な Web トラフィック/通信量の管理のための境界/限界が議論された、と語った、と報じられた。Id.
- 138 彼らは、当該手紙の中で、今日の社会におけるブロードバンド・サービスの重要性を認識して、FCC が、短期的には、消費者を保護し、全米ブロードバンド計画を追求する目的で、全ての権能の行使することを希望し、そして、それは、その際には、規制の差し控えをとまなう緩やかな規制を条件として、規制の分類の変更を含むことを指摘した。また、彼らは、長期的には、法の改正によって、新たな電気通信政策のための枠組みを提供する必要があることを指摘した。更に、彼らは、FCC と連邦議会との協調の重要性を指摘した。Letter from Henry A. Waxman, Chairman, House Committee on Energy and Commerce, and John D. Rockefeller, IV, Chairman, Senate Committee on Commerce, Science, and Transportation, to Julius Genachowski, Chairman, FCC (May 5, 2010), *available at* <<http://docs.house.gov/energycommerce/05052010/Genachowski.FCC.2010.05.05.pdf>> (visited May 15, 2010).
- 139 Declan McCullagh, Congress rebukes FCC on Net neutrality rules, CNETNEWS.COM, *at* <http://news.cnet.com/8301-13578_3-20005834-38.html> (May 24, 2010) (visited June 8, 2010). 当該手紙は、ネットワークの中立性を支持する連合である The SaveThe Internet. com Coalition の WWW サイト <<http://www.savetheinternet.com/node/30594>> (visited June 10, 2010) 等で閲覧が可能である。
- 140 Gautham Nagesh, Republican senators not happy with FCC’s “Third Way”, The Hill, May 24, 2010, *available*

at <<http://thehill.com/blogs/hillicon-valley/technology/99553-republican-senators-not-happy-with-fccs-qthird-wayq>> (visited June 8, 2010).

- 141 当該集団の任務は、ブロードバンドのネットワーク運営実務、又は、インターネットを利用する、アプリケーション、コンテンツ及び機器に対する若しくはそれらからの影響を含む、ユーザーのインターネット体験に影響を与え得る関連する技術的問題、に対する合意を進展させる目的で、技術者及び他の類似の技術専門家を呼び集めることであるとされた。また、当該任務が、(1) 当該技術的問題に対する政策立案者の教育、(2) 関連する政策的紛争を最小化する努力において特定の技術的事項を取り扱う試み、並びに (3) 新たな考え及びネットワーク運営実務のための「共鳴板」(='sounding board')としての奉仕、を含み得ること、すなわち、政策的提言も含み得ることについても合意された。Initial Plans for Broadband Internet Technical Advisory Group Announced, PRNewswire-USNewswire, June 9, 2010, available at <<http://www.prnewswire.com/news-releases/initial-plans-for-broadband-internet-technical-advisory-group-announced-95950709.html>> (visited July 4, 2010).
- 142 Amy Schatz, Google, Verizon Try to Shape Net-Neutrality Law, WSJ. com, Aug. 5, 2010, available at <<http://online.wsj.com/article/SB10001424052748704741904575409681794467768.html>> (visited Aug. 12, 2010).
- 143 Google, Google Public Policy Blog, A joint policy proposal for an open Internet (posted Aug. 9, 2010), available at <<http://googlepublicpolicy.blogspot.com/2010/08/joint-policy-proposal-for-open-internet.html>> (visited Aug. 15, 2010). ここで提案される7原則は、以下の通り。(1) 有線のブロードバンドにおいて、インターネット政策声明に記される4原則が、FCCにおいて完全に強制可能となること。(2) 非差別的な実務が原則化され、強制され得ること(すなわち、「トラフィック/通信量の差別化」の禁止)。(3) 有線及び無線のブロードバンドについて、消費者に対する情報開示が原則化され、強制され得ること。(4) FCCによって利用可能な強制的仕組みが創設され、それが、「一件一件/ケースバイケース・ベースで」(='case-by-case basis')、開放性の政策を強制し得ること。(5) ブロードバンド・プロバイダーが、今日提供されるインターネット・アクセス及びビデオ・サービスとは異なる、追加的な差別化されたオンライン・サービスを提供することを容認すること。当該サービスが、伝統的なブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスとは区別可能でなければならず、そして、当該規則を迂回する様に設計されないことを確かなものとするセーフガードが設けられること。FCCは、また、これらのサービスの発展が、インターネット・アクセス・サービスの継続的発展に干渉しない様に、監視すること。(6) 無線ブロードバンド市場が、(一部には)より競争的であること、急速に変化しつつあること、及びその発生期にあることに鑑みて、それに対しては、情報開示のみが要求されるべきであること。「政府説明責任局」(='the Government Accountability Office')が、FCCに対して、無線ブロードバンド市場における発展、及び現行の政策が、消費者の保護に機能しているか否かについて、毎年報告する様に義務付けられること。そして、(7) 全てのアメリカ人が、インターネットに対するブロードバンドを有することが、国益に存すること、及び当該目的のために、両者が、USF改革に協力すること。*Id.*
- 144 インターネットの開放性の維持を目的とする規制の対象を移動体無線ブロードバンドに拡大するという考えそれ自体は、理念的には勿論肯定され得るが、周波数オークションが実施され、落札されたスペクトルが実際上の財産的価値を有する米国の状況において、当該スペクトルを使用して提供されるサービスについても規制の対象とすることに対する事業者の反対は、予測され得るものである。当該問題は、より広く周波数政策のあり方をめぐる議論とも関連する形で議論されるべきであると思われる。
- 145 「あるものは、この声明が、当該議論を前進させると主張するだろう。それが、その数多くの問題の1つである。ある1つの判断、すなわち、ブロードバンド電気通信に対するFCCの権能を再確認し、開放されるインターネットを現在及び未来において保証し、そして、巨大な会社の利益の前に、消費者の利益を置く、ある1つの判断を前進させる時である。」FCC, Statement of Commissioner Michael J. Copps on Verizon-Google Announcement, 2010 FCC LEXIS 4782 (rel. Aug. 9, 2010), available at <<http://www.fcc.gov/Daily-Releases/Daily-Business/2010/>>

db0809/DOC-300754A1.pdf) (visited Aug. 12, 2010).

- 146 例えば、拙稿「近時の米国における大型通信合併について」日本経済法学会年報 第31号 109頁以下（2010年）、及び当該拙稿に記した拙稿等を参照のこと。
- 147 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)、及び Barbara Van Schewick, *Internet Architecture and Innovation* (2010) 等が存在する。邦文の文献としては、例えば、拙稿・前掲注(1) [3.3] 等を参照のこと。
- 148 *See e.g.* Richard S. Whitt, *A Horizontal Leap Forward: Formulating a new communications public policy framework based on the network layers model*, 56 Fed. Comm. L.J. 587, 672 (2004).