

【原著論文】

インターネットの自由及び開放性の維持を目的とする
2010年のFCCの判断をめぐる議論について
-Verizon v. FCCにおけるアメリカ合衆国連邦控訴裁判所
判決を中心に- (1)

松宮 広和

情報法研究室

A Consideration on Controversies over FCC Open Internet Order 2010:

Verizon v. FCC, 740 F.3d 623 (D.C. Cir. 2014) (1).

Hirokazu MATSUMIYA

Information, Law and Technology

Abstract

On January 14, 2014, the United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit made a critical judgment on FCC's Open Internet Order 2010, which was promulgated to preserve the Internet as an open platform for innovation, investment, job creation, economic growth, competition, and free expression. In this Order, FCC adopts three basic rules: transparency, no blocking, and no unreasonable discrimination. The court found that the FCC was granted affirmative statutory authority to issue the Order under Section 706 of the Telecommunications Act of 1996, and its justification for imposing the Order was reasonable and supported by substantial evidence. The court sustained the disclosure rule. Nevertheless, the court vacated the anti-discrimination and anti-blocking rules, and remanded them to the Commission, because of the FCC's lack of showing that they did not impose per se common carrier obligations. On May 15, 2014, the FCC started a new broad rule-making process to protect and promote the open Internet, introducing a legal standard termed 'commercial reasonableness'. However, even in the new proposal, the influence of companies providing their platforms in the Application Layer is not considered well. Government authorities should make an additional framework that is necessary to preserve the vibrant and open architecture of the Internet, and thereby foster its future developments.

目次

はじめに

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
 2. FCCによる2010年の開放されたインターネット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 (以上、(1) 本巻77頁以下)
 3. 考察
- むすびにかえて (以上、(2・完) 本巻109頁以下)

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、FCC による 2010 年の開放されたインターネット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・サービスに対する規制のあり方の問題を中心に、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。

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様になった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。

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」)²⁶を公布した。その後、2002年3月15日、FCCは、「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、「既存のローカル通信事業者」(='incumbent

Local Exchange Carrier(s)/以下「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。

その後、2008年8月20日、FCCは、エンド・ユーザーの「ピア・ツー・ピア」(=peer-to-peer' or 'P to P'/以下「P2P」)トラフィック/通信量を遮断したケーブル事業者であるComcast Corporationに対して、当該行為の終了を命じたが⁵¹、2010年4月6日、コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、FCCが、その権能の制定法上の根拠を明らかにしていないことを理由として、当該命令を取り消した⁵²。

更に、その後、2009年に成立した民主党政権下のFCCは、ネットワークの中立性の維持を目的とする幾つかの政策の実現を試みた(詳細は、[3.1]を参照のこと)。そして、前記の判決を受ける形で規則制定を行って、2010年12月23日、FCCは、インターネットを、消費者の選択、表現の自由、ユーザーの制御、競争及び革新を行う自由、を可能とする、ある1つの開放されたネットワークとして維持するために行動した、と発表し、同日、当該命令(すなわち、所謂「開放されたインターネットの命令」又は「オープン・インターネット命令」(=FCC Open Internet Order 2010)⁵³)を公表した。

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、FCC による 2010 年の開放されたインターネットの命令においても必ずしも明らかではなく、やがて、当該問題は、FCC 及び裁判所で再び争われることとなった。

2. FCC による 2010 年の開放されたインターネット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

2010年12月23日、FCCは、(特に[3.2]以下で後述する)所謂「開放されたインターネットの命令」又は「オープン・インターネット命令」(=FCC Open Internet Order 2010)⁵⁴を公表した。当該命令によって、(1)「透明性」(=Transparency)⁵⁵、(2)「ブロッキング/遮断の禁止」(=No Blocking)⁵⁶、及び(3)「不合理な差別の禁止」(=No Unreasonable Discrimination)⁵⁷の規則が、採択され、また、これらの規則に補足的な「合理的なネットワーク運営」(=Reasonable Network Management)⁵⁸の原則も定められた。

2011年1月20日、Verizon Communications Inc.(以下「Verizon Communications社」)⁵⁹は、FCCが、その制定法上の権能を越えて行動したこと、当該命令が、「恣意的で気まぐれな」(=arbitrary and capricious)ものであること、及び当該命令が、違憲であること等を理由として、コロンビア特別区連邦控訴裁判所に提訴した⁶⁰。同様に、同年1月25日、米国で第5位の移動体(の)通信事業者であったMetroPCS Communications, Inc. (以下「MetroPCS Communications社」)⁶¹も、FCCによる本件命令の制定は、その権限を越えることを理由として、当該裁判所に提訴した⁶²。当該裁判所は、同年4月4日、本件命令が、未だに官報で公布されない時点では、原告が、これらの申立てを行うことは、時期尚早であること等を理由として、それらの訴えを却下した⁶³。

しかし、2011年9月23日の当該命令の公布を受けて、同年9月30日、Verizon Communications社は、当該命令の無効の確認を求めて、コロンビア特別区連邦控訴裁判所に再び提訴した。更に、当該命令の妥当性をめぐる複数の訴訟が、MetroPCS Communications社及び全米最大のメディア改革団体であるFree Press⁶⁴等によって、複数の巡回区で改めて提起された⁶⁵。そして、同年10月6日、それらの統合を目的とする抽選の結果、統合された訴訟⁶⁷がコロンビア特別区連邦控訴裁判所で審理されることが、決定された、と発表された。

2.2 判決

Verizon v. FCC, 740 F.3d 623; 2014 U.S. App. LEXIS 680; 59 Comm. Reg. (P & F) 975 (D.C. Cir. 2014).⁶⁸

当該命令の一部取消し及び当該事件の差戻し

判決年月日: 2014年1月14日

(a) 1996年電気通信法§ 706にもとづくオープン・インターネット命令を公布するFCCの積極的な制定法上の権能、及びその正当化について

FCCは、オープン・インターネット命令を公布する積極的な制定法上の権能の根拠を、数多くの条項を引用する⁶⁹。しかし、当該裁判所の分析は、1996年電気通信法§ 706⁷⁰に終始する。

Verizon Communications社は、同法同条の2つの項は、連邦議会の政策の声明に過ぎない、と主張する。更に、同社は、何れかの条項が、FCCに実質的な権能を与えるとしても、その付与の当該範囲は、当該命令の規則が行うやり方において、FCCによるブロードバンド・プロバイダーの規制を許すほど広範囲ではない、と主張する。

これらの問題を取り扱うに際して、我々は、良く知られている2段階の所謂「Chevron判決/理論」⁷¹を適用する。第1に、合衆国裁判所が、近時に明らかにした様に、Chevron判決/理論の服従は、FCCが、当該当局の管轄権の当該範囲を正確に概説/叙述すると言え得るある制定法の条項を解釈したとしても、保証される⁷²。第2に、我々は、FCCの(1996年電気通信法)§ 706の解釈が、ある制定法上の曖昧さのある合理的な解決を表すと判断する場合には、我々は、その解釈に従わなければならない⁷³。Chevronの審査は、実質的に「行政手続法」(=the Administrative Procedure Act/以下「APA」)によって要求されるものと重複し、それに従って、我々は、また、FCCの行為が、「恣意的で、気まぐれな、ある裁量の濫用、又はもしそうでなければ、法に一致しない」かを判断しなければならない⁷⁴。

(1) 1996年電気通信法§ 706 (a)について

1996年電気通信法§ 706 (a)は、「FCC及び電気通信サービスに対する規制上の管轄権を有する各州の委員会は、公共の利益、便益、及び必要と整合性を有するあるやり方で、プライス・キャップ規制、規制の差し控え、当該ローカル電気通信市場における競争を促進する手段、又はインフラストラクチャーの投資に対する障壁を除去する他の規制手段を利用することによって、ある合理的、かつ、適時ベースで、全てのアメリカ人(特に、初等及び中等学校並びに教室を含む)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。」、と規定する⁷⁵。

FCCは、同法§ 706 (a)が、その付随的な管轄権のその行使のための制定法上の根拠を提供する、と主張する。

FCCは、確かに、所謂 FCC Advanced Services Order において、「§ 706 (a)が、差し控えの権能又は他の規制手段を採用する権能のある独立した付与を構成しない」と広く明示的に宣言した⁷⁶。

Comcast 判決において、当該裁判所は、議論の余地は有るが、「§ 706 (a)が、FCC に規制上の権能を委任すると読め得る」と考えたが、FCC Advanced Services Order における、FCC による当該判断を理由として、FCC が、FCC Comcast BitTorrent Order を正当化する目的でこの条項に依存し得ない、と結論付けた⁷⁷。

しかし、FCC は、当該制限的な解釈によって永遠に拘束され続ける必要は無い⁷⁸。APA の合理的な判断形成の要求は、ある当局が、ある変更される解釈のための当該理由を認識し、かつ、説明することを通常要求する⁷⁹。しかし、ある当局が、「政策のある変更のための当該理由を適切に説明する」限りにおいて、ある制定法のその新たな解釈は、単にそれが新たなものであることを理由として、拒否され得ない⁸⁰。

オープン・インターネット命令において、FCC は、Advanced Services Order における § 706 (a)の解釈を明示的に拒否して⁸¹、当該制定法の文章、その立法史、及び FCC の権能の結果的範囲を分析して、より合理的に再解釈を行い、同法 § 706 (a)が、規制上の権能のある積極的な付与を構成するという当該考えを支持する、と結論付けた⁸²。

FCC が、オープン・インターネット命令に付け加えた様に、連邦議会は、FCC に幾つかの行為を引き受けることを命令することにおいて、§ 706 (a)が、「これらの行為を実行するために必要な FCC に制定法上の権能を必然的に付与した」、と合理的に考え得る⁸³。

§ 706 (a)に関する規制上の背景又は 1996 年電気通信法の可決の前若しくは後の何れかの当該立法史は、その様なある理解を排除しない。

§ 706 (a)によって、FCC に付与される権能の当該範囲は、際限がないものであってはならないが、FCC は、§ 706 (a)が生来的に有する少なくとも 2 つの限定的な原則を特定してきた⁸⁴。第 1 に、当該条項は、最も重要なことには、「有線及び無線による州際及び外国との通信」に対する FCC の「事物管轄権」(=subject matter jurisdiction)を制限/限定する条項を含む、連邦通信法の他の条項と関連して解釈されなければならない⁸⁵。したがって、§ 706(a)によって権能が付与される如何なる規制上の行為は、その様な通信に対する FCC の事物管轄権、すなわち、その重要性を、当該裁判所が、FCC の付随的な管轄権の当該射程を正確に概説するに際して認識してきたある制限/限定、の内部に陥らなければならない⁸⁶。第 2 に、如何なる規制も、「合理的、かつ、適時ベースで、全てのアメリカ人(特に、初等及び中等学校並びに教室を含む)に対する高度な電気通信性能の提供を促進する」というある特定の目的を獲得するため設計されなければならない⁸⁷。

したがって、§ 706 (a)は、FCC に、それが制定するこの特定の制定法上の目的を充足する(であろう)それらの規制のみを公布する権能を付与する。

(2) 1996 年電気通信法 § 706 (b)について

1996年電気通信法§ 706 (b)は、「FCCは、1996年2月8日から30箇月以内に、及びそれ以後毎年、全てのアメリカ人(特に、初等及び中等学校並びに教室を含む)に対する高度な電気通信性能の当該入手可能性に関するある「調査の告示」(=Notice of Inquiry/NOI)を開始しなければならない。そして、その開始以後180日以内に当該調査を完了しなければならない。当該調査において、FCCは、高度な電気通信性能が、全てのアメリカ人に対して合理的、かつ、適時に提供されているかを判断しなければならない。FCCの判断が、否定的である場合には、それは、インフラストラクチャーの投資に対する障壁を除去することによって、又は当該電気通信市場における競争を促進することによって、その様な性能の提供を加速する即時の行動を取らなければならない。」と規定する⁸⁸。

2010年7月、FCCは、その「第6次ブロードバンド提供報告書」(=the Sixth Broadband Deployment Report)⁸⁹において、当該時点での消費者の振る舞い及び期待を理由として、「ブロードバンド」⁹⁰の基準点を、従前の200KBps(を越える速度)から、その20倍の下り方向で4MBps、上り方向で1MBpsに引き上げた⁹¹。

この新たな基準点を適用して、FCCは、今日、「約8,000万のアメリカの成人が、家庭でブロードバンドに加入せず、そして、約1,400から2,400万のアメリカ人が、ブロードバンドへのアクセスを有していない。」と認定し⁹²、これらの数字及び当該「我々の社会に対するブロードバンドの常に成長し続ける重要性」を所与のものとして、FCCは、§ 706 (b)の当該意味において「ブロードバンドが、合理的、かつ、適時に提供されている」と認定することが出来ず⁹³、この結論が、§ 706 (b)が要求する即時の「FCCが、提供を加速する」義務の引き金を引く、と判断した⁹⁴。

その後、オープン・インターネット命令において、FCCは、§ 706 (b)が、FCCが、既にその裁量にあるその他の規制上の権能を使用することを制限しないが、しかし、それよりむしろFCCに当該制定法上の義務を充足するために必要な当該明示的な制定法上の権限を付与する、と結論付けた⁹⁵。

我々は、FCCが、§ 706 (b)を合理的に解釈してきた、と信じる。確かに、§ 706 (a)と同様に、§ 706 (b)の規定が、FCCに、その様なインフラストラクチャーの投資に対する障壁を除去し、そして、競争を促進する権能を与えたかは、不明確である。しかし、当該条項は、確かにそれと同じ事を達成するためにと解釈し得るし、そして、その様な不明確さを所与のものとして、我々は、当該条項が、その様に理解されなければならないというFCCの判断を拒絶するための理由を有しない⁹⁶。

更に、§ 706 (b)に関する規制上の背景又は1996年電気通信法の可決の前の若しくは後の何れかの当該立法史は、その様なある理解を排除しない。

我々は、連邦議会が、FCCが、当該当局が、過去に行ってきた様に、この産業を規制し、そして、§ 706 (b)によって、それに対して付与される如何なる権能の当該範囲が、FCCの事物管轄権の当該境界、及び如何なる規制も、ブロードバンドの提供の加速という当該特定の制定法上の目的に適応させられるという当該要求によって、限定される、すなわち、(当該権能の当該範囲が、)非常に広範で、我々が、連邦議会が、その様なある委任を意図し得た、と考えることを躊躇し得るものではない、と熟考した、と考えることは、非常に合理的である、と信じる。

(3) 1996年電気通信法§ 706 (a)及び706 (b)が、革新の「高潔なサイクル/循環」を維持し、かつ、容易なものとするという、当該特定の規則のための当該正当化の合理性、及び、それに対する実質的証拠による支持について

FCC が、繰り返して述べる理論は、オープン・インターネット命令が、「エッジ・プロバイダー」(=edge provider(s))⁹⁷の投資及び発展を保護し、かつ、促進し、そのことが、今度は、より多くの、かつ、より良いブロードバンド技術に対するエンド・ユーザーの需要を駆動させ、それが、今度は、ブロードバンドへの更なる投資に対するブロードバンド・プロバイダー間の競争を刺激する、という「高潔なサイクル/循環」(=virtuous cycle)をもたらす、というものである⁹⁸。

従って、FCC は、ブロードバンド・プロバイダーが、エッジ・プロバイダーに対してブロッキング/遮断する又は差別することを禁止することによって、当該規制は、「インフラストラクチャーの投資に対する障壁」を除去し、かつ、「競争」を促進することによって⁹⁹、「ある合理的、かつ、適時ベースで、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」¹⁰⁰、そして、「その様な性能の提供を加速する」¹⁰¹、と主張する¹⁰²。

FCC は、それが、ブロードバンド・プロバイダーの潜在的なエッジ・プロバイダーの通信量/トラフィックの途絶が、それ自体「インターネットの投資全体を窒息させる当該潜在性」を有し、そして、「電気通信市場における競争を制限し」得る、ある類の「障壁」である、と認識したことを、明らかにした¹⁰³。

Verizon Communications 社は、オープン・インターネット命令の規制は、FCC が主張するものとは異なっており、ブロードバンドの提供を有意義に促進しない、そして、それらが、確かにこの目的を前進させるとしても、それらが、その様に行う当該やり方も、また、何れかの制定法の条文によって付与される権能の当該範囲に陥るこの制定法上の目的から効用を減じられる、と主張する。

しかし、オープン・インターネット命令の規制が、ブロードバンドの提供を促進する(であろう)という FCC の予測は、我々の視点/考えにおいて、合理的であり、かつ、実質的証拠によって、支持される。また、Verizon Communications 社は、当該命令の要求が、当該「模範事例」(=paradigm case)を余りに越えて「脱線している」(=stray)ために、その解釈を、不合理、恣意的、又は気まぐれなものにし得るが故に、連邦議会が、FCC のその権能の理解を非合理的にすると熟考した蓋然性が高い、と結論付ける如何なる証拠も我々に与えてこなかった。

(b) コモン・キャリアをめぐる争点について

§ 706 が、如何にブロードバンド・プロバイダーがエッジ・プロバイダーを取り扱うかを規制することによって、ブロードバンドの提供を促進する権能を、FCC に付与するとしても、FCC は、連邦通信

法に含まれる如何なる特定の禁止に違反するあるやり方で、その権限を利用し得ない¹⁰⁴。我々は、もし、仮にFCCが、ブロードバンド・プロバイダーを、「コモン・キャリア」(='common carrier(s)')¹⁰⁵として規制しようとするならば、FCCは、連邦通信法に違反する(であろう)ことは、明らかである、と考える¹⁰⁶¹⁰⁷。

したがって、我々は、オープン・インターネット命令によって課される当該要求が、ブロードバンド・プロバイダーを、それらがコモン・キャリアの取扱いに服させているか、を判断しなければならない。我々は、Chevronの服従の審査の基準を適用する。

(1) コモン・キャリアの歴史及びその法的性質について

「コモン・キャリア」の歴史は、19世紀に、アメリカの裁判所が、概念的には、宿泊所の経営者、渡船業者、及び公衆に奉仕する他のものの当該伝統的な法的義務に由来する、ある一定の義務を、輸送及び通信の産業における会社に課し始めたことに開始する¹⁰⁸。その後、連邦議会は、最初に、1887年州際通商法、州際通信を「州際通商委員会」(='the Interstate Commerce Commission'/以下「ICC」)の規制管轄権に服させる1910年「マン-エルキンズ法」(='the Manns-Elkins Act')、及び1934年連邦通信法等において、これらの義務を法典化した¹⁰⁹。

National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCCにおいて、我々は、「プライベート・キャリア」(='private carrier(s)'),すなわち、「当該公衆に「非差別に」(='indiscriminately')奉仕する目的で自らを提供する当該コモン・ローの要求」としてのコモン・キャリアではない法主体、からコモン・キャリアを区別する当該基本的な特質を特定した¹¹⁰。我々は、更に、「その実務が、特定の事案において、如何なる「(契約の)条件」(='term(s)')で取引を行うか及び(取引を)行うか否かについての「個別の事情に合わせた」(='individualized')決定を行う場合には、あるキャリアは、あるコモン・キャリアではない(であろう)。」と説明する¹¹¹。

同様に、National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCCにおいて、我々は、「コモン・キャリアの地位のまず第1の「不可欠の条件/必須の条件」(='sine qua non')は、「準公的性質」(='quasi-public character')であり、それは、全ての人々に非差別に運送する当該事業から発生する、と結論付けた¹¹²。

このコモン・キャリアリッジについての考えを適用する当該「模範事例」として、FCC v. Midwest Video Corpが挙げられる¹¹³。

一方、近時に、Cellco Partnership v. FCC¹¹⁴において、我々は、「商業的に合理的な」(='commercially reasonable')(契約の)条件で、移動体電話会社に「データ・ローミング」(='data roaming')の合意を互いに提供することを強制するあるFCCの規制が、これらのプロバイダーを許容されることなく、コモン・キャリアとして規制したか、という当該類似の疑問に直面した¹¹⁵。

我々は、そこで、本件での我々の分析を導く、幾つかの基本原則を抽出した。まず、「あるキャリアが、サービスを、「非差別に」及び「一般的な(契約の)条件」(='general terms')で提供することを強いられている場合には、したがって、そのキャリアは、コモン・キャリアの地位に委ねられている。」¹¹⁶しかし、我々は、また、「ある所与の規制上の制度が、コモン・キャリア又はプライベート・キャリアの地位と整合性を有するかという疑問と、その制度が、コモン・キャリアの地位を与えるかという当該 *Midwest Video II* の疑問との間に、ある重要な区別が存在する。」ことを明らかにした¹¹⁷。

すなわち、「コモン・キャリアとは、全てか無かというものではなく、・・・ある所与の規制が、コモン・キャリアに適用され得るが、当該課される義務は、本来的にコモン・キャリアではない、というある灰色の区域が、存在し」¹¹⁸、我々は、この「本来的にコモン・キャリア及びプライベート・キャリアの間の空間」において、「ある規制が、コモン・キャリアの地位を与えるか否かという FCC の裁決が、服従を保証する。」(すなわち、当該領域で FCC の裁量が容認され得る)、と判断した¹¹⁹。

これらの原則を所与のものとして、我々は、データ・ローミングの規則が、如何なる本来的にコモン・キャリアの要求を課さない、何故なら、それが、「個別の事情に合わせた交渉」(='individualized bargaining')及び(契約の)条件における差別のための実質的な余地」を(明示的に)残したからである、と結論付けた¹²⁰。

しかし、FCC が、もし、仮に「商業的に合理的な」基準を、制限的なやり方で適用しようとする場合には、それを、当該伝統的なコモン・キャリアの「公正で、かつ、合理的な」(='just and reasonable')基準に必然的に引き上げ¹²¹、当該規則は、本来的にコモン・キャリアに値する当該義務を課し得る¹²²、と判断され得る。

(2) FCC によるコモン・キャリアの解釈及びその問題について

FCC は、オープン・インターネット命令が、コモン・キャリア義務を課さない理由として、「ここで争点となっている顧客は、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスに加入する当該エンド・ユーザーである」(すなわち、エッジ・プロバイダーに関して、ブロードバンド・プロバイダーは、「キャリア」(='carrier(s)')ではない)、と主張する¹²³。

そして、FCC は、エンド・ユーザーと如何なる(契約の)条件で取引するかを決定するにおいて、ブロードバンド・プロバイダーは、「個別の事情に合わせた判断」(='individualized decisions')を行い得る、と主張する¹²⁴。

しかし、ブロードバンド・プロバイダーは、エッジ・プロバイダーにあるサービスを与えており、疑いなくその「キャリア」として機能している。

当該問題は、オープン・インターネット命令なくして、ブロードバンド・プロバイダーは、エッジ・プロバイダーに関して、コモン・キャリアとして行動する(であろう)又は確かに行動してきたかではなく、むしろ、当該問題は、オープン・インターネット命令によって課される当該規則を所与のもの

として、ブロードバンド・プロバイダーが、今やコモン・キャリアとして行動する義務を課されるか、である¹²⁵。

我々は、オープン・インターネット命令の規則が、エッジ・プロバイダーの伝送に対するブロードバンド・プロバイダーの支配を、余りに制限してきたために、当該規制が、本来的にコモン・キャリアを構成するか、という当該残された唯一の問題を検討する。

(3) オープン・インターネット命令の3つの規則に対する検討について

(A) 「非差別」(='anti-discrimination')の規則について

ブロードバンド・プロバイダーが、全てのエッジ・プロバイダーに対して「不合理な差別」(='Unreasonable Discrimination')なく奉仕することを要求することにおいて、「非差別」(='anti-discrimination')の規則は、当該プロバイダーが、当該公衆に「非差別に」奉仕する目的で自らを提供することを要求する。

FCCが、その主張の根拠とする *United States v. Southwestern Cable Co.*¹²⁶の規制は、*Midwest Video II*とは異なって、当該公衆全体に、彼らの施設を非差別に開放することを要求しないが、オープン・インターネット命令の「非差別」の規則は、全ての状況において、全てのエッジ・プロバイダーに関して、当該強制されるキャリアッジの義務が、適用されることを理由として、その様に限定されていない。また、*Cellco*の場合とは異なって、FCCは、「不合理な差別の禁止」(='No Unreasonable Discrimination')の基準が、一般的にコモン・キャリアに適用される非差別の基準と如何に異なるかについて決して議論していない。

「合理的なネットワーク運営」(='Reasonable Network Management')の原則の定義¹²⁷が、許容する(A) ネットワークのセキュリティ/安全及び「インテグリティ/完全性」(='integrity')の確保及び(B) 当該ネットワーク上の輻輳の影響の減少又は緩和、という2つの行為の何れも、本来的にコモン・キャリアと衝突しない。

また、FCCは、「合理的なネットワーク運営」を許容し、そして、単に「不合理な」(='unreasonable')差別を禁止することにおいて、当該命令の「合理性」(='reasonableness')の基準が、当該典型的なコモン・キャリアの基準よりもより許容的であり得る、と結論付けるための如何なる根拠も提供してこなかった¹²⁸。

加えて、「商業的に合理的な」基準を記した*Cellco*において争点となったローミングの要求とは異なって、オープン・インターネット命令の「非差別」の当該言葉は、当該基本的なコモン・キャリア義務を確立する連邦通信法 § 202¹²⁹の当該言葉と、殆ど正確に良く似ている。

更に、16つの異なる要素及び「商業的に合理的な」というある包括的な語を書き出して、当該基準に「相当の柔軟性」(='considerable flexibility')を組み込む*Cellco*におけるデータ・ローミングの規則とは

異なって¹³⁰、オープン・インターネット命令は、その合理性の基準が、柔軟であり続けることを確かなものとする如何なる試みも行わない。

そうしないで、FCC は、(概して、)「不合理な差別の禁止」の規則の解釈を、「一件一件の/ケースバイケースの」(='case-by-case')の過程に委ねるが、特に、「優先のための支払い」(='Pay for Priority')については、当該規則を充足する蓋然性が低い、と判断する¹³¹。

FCC が、ブロードバンド・プロバイダーが、彼らのサービスの使用のためにエッジ・プロバイダーに課金することを禁止する。したがって、我々は、当該サービスを、それを求めるものに無料で販売することを強制する蓋然性が高い(であろう)場合には、個別の事情に合わせた交渉のための余地が、全く存在しない、と考える¹³²。

(B) 「ブロッキング/遮断の禁止」(='anti-blocking')の規則について

オープン・インターネット命令の「ブロッキング/遮断の禁止」(='anti-blocking')の規則は、全てのエッジ・プロバイダーに対して、彼らのコンテンツ、アプリケーション、及びサービスが、「効率的に使用可能」(='effectively usable')でなければならない、という、当該アクセスの最低限の水準が¹³³、無償で¹³⁴、提供されること、を要求する¹³⁵。

このことは、当該サービスの最低限の水準に関して、本来的にコモン・キャリア義務が課されている様に見受けられる¹³⁶。

しかしながら、口頭弁論で、FCC の弁護士は、「単にある要求されるサービスの基本的な水準を有することは、あなたが、異なる人々と異なる水準を交渉し得る場合には、コモン・キャリアッジではない」、と主張した¹³⁷。

この主張は、「ブロッキング/遮断の禁止」の規則の下で、ブロードバンド・プロバイダーが、如何なるエッジ・プロバイダーに対しても、(前述した意味での)当該規則を充足するために必要な当該最低限のサービスを、実際には提供する義務を有さない、という当該事実にもとづく。

ブロードバンド・プロバイダーが、供給する当該関連するサービスが、「ブロッキング/遮断の禁止」の規則を充足するために必要な当該特定の最低限の速度での彼らの加入者に対するアクセスではなく、彼らの加入者一般に対するアクセスであると考えられる場合には、したがって、これらの規則は、おそらく、エッジ・プロバイダーとのブロードバンド・プロバイダーの取決めが取り得る当該方式にあるより低い制限を確立する一方で、しかしながら、十分な「個別の事情に合わせた交渉及び(契約の)条件における差別のための余地」を残し、コモン・キャリアの取扱いに対する制定法上の禁止に違反し得ない¹³⁸。

しかし、当該考えの当該利点が、何であれ、FCC は、当該基礎を成す命令又は当該裁判所に提出された書面の何れにおいても、その様な考えを前進させない。

そうしないで、FCCは、「ブロッキング/遮断の禁止」の規則と「非差別」の規則との間を全く区別せず、両方の種類の規則を、我々が、説明してきた様に、明白に不十分な説明で正当化することを追求する。

我々は、FCCの行為を、当該当局自身が、決して依存しなかったある根拠に基づいて維持することは出来ない¹³⁹。また、我々は、FCCが、決して提供しなかったある制定法の語のある解釈に服従し得ない¹⁴⁰。

(C) 「開示」(='disclosure')の規則について

Verizon Communications社は、「開示」(='disclosure')の規則は、分離可能ではなく、当該「非差別」及び「ブロッキング/遮断の禁止」の規則が、倒れる場合には、当該開示の規則も、倒れなければならない、と主張する。

しかし、「ある規制の当該問題の部分が、分離可能であるかは、当該当局の当該意図、及び当該規制の当該残り(の部分)が、当該一撃を加えられた条項なくして賢明に機能し得るかに依存する。」¹⁴¹

口頭弁論において、FCCの弁護士は、当該規則は、分離して機能する、と説明している¹⁴²。我々は、FCCが、当該「開示」の規則を、我々が、現在取り消したその他の2つの規則なくして、採択した(であろう)こと、そして、それが、独立して機能すること、に同意する¹⁴³。

以上の理由のために、我々は、Verizon Communications社の、オープン・インターネット命令の「開示」の規則に対する異議申立てを拒絶するが、我々は、当該「非差別」及び「ブロッキング/遮断の禁止」の規則の両方を取り消す。我々は、この判決理由と整合性を有する更なる手続きのために、当該事件をFCCに差し戻す¹⁴⁴。

2.3 [小括]

以上の様に、FCCによるオープン・インターネット命令の公布で、ようやく連邦通信法第I編にもとづくFCCの付随的権能によって解決し得る様に見受けられた「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、再びその再検討を余儀なくされることとなった。本判決が示された2014年1月14日、FCCの全ての委員が、個別の声明を公表した¹⁴⁵。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、新たな中立性規制のあり方を中心に、改めて議論が提起されることとなった。

(未完)

[付記] 本稿は、研究題目「持続的な経済成長の促進を可能とする ICT 利活用のあり方に関する総合的研究」(基盤研究(C))(平成 24 年度-27 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。

また、本稿は、研究題目「モバイル・ブロードバンドの利活用を促進する情報通信政策のあり方に関する研究-周波数利用の更なる拡大及びエコシステム間の事業者間競争を促進する規制的枠組みの構築を中心に-(継続)」に対して支援された、平成 25 年度公益財団法人電気通信普及財団研究助成の成果の一部を含むものである。

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) (2013).

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) (2013)。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 (2013)。

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) (2013)。

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) (2013)。

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) (2013).

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) (2013).

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、当初、「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」であるとされていた。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. その後、2010年7月、FCCは、その「第6次ブロードバンド提供報告書」(=the Sixth Broadband Deployment Report)において、当該時点での消費者の振る舞い及び期待を理由として、「ブロードバンド」の基準点を、従前の200KBps(を越える速度)から、その20倍の下り方向で4MBps、上り方向で1MBpsに引き上げた。In the Matter of Inquiry Concerning the Deployment of Advanced Telecommunications Capability to All Americans in a Reasonable and Timely Fashion, and Possible Steps to Accelerate Such Deployment Pursuant to Section 706 of the Telecommunications Act of 1996, as Amended by the Broadband Data Improvement Act; A National Broadband Plan for Our Future, GN Docket No. 09-137, GN Docket No. 09-51, Sixth Broadband Deployment Report, 25 FCC Rcd 9556, 9563 ¶ 11, FCC 10-129 (rel. July 20, 2010), available at <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-129A1_Rcd.pdf> (visited July 21, 2014) (以下「Sixth Broadband Deployment Report」). 詳細は、[2.2] (a) (2)を参照のこと。

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-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。

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 at 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, ¶ 86 (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5MBps、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-1MBps、下り方向で最高約1.5-6MBps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, supra* note 36, ¶ 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.

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。

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) (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) (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の実用化にとま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。

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)の通信を可能とする、WiMAXと呼ばれるIEEE802.16-2004、及び6GHz以下の電磁波を使用して、最大21MBps(20MHz帯使用時)の通信を可能とする移動体向けのIEEE802.16eが、普及してきた。The WiMAX ForumのWWWサイト<<http://www.wimaxforum.org>> (visited May 15, 2012)等を参照。また、2009年3月、各国・地域の標準化団体間の国際的な標準化プロジェクトであるThe 3rd Generation Partnership Project(以下「3GPP」)によって、その仕様が策定された、概して、約700MHz-2.5GHz(最高約3.5GHz)の電磁波を使用する、第3世代携帯電話(3G)のデータ通信を高速化した規格であって、3.9G又は4Gとも呼ばれる「ロング・ターム・エボリューション」 (=Long Term Evolution/以下「LTE」)が、普及してきた。LTEは、理論値で、下り方向で最高100MBps以上、上り方向で最高50Mbps以上の高速通信を可能とする。また、3Gまでの通信方式とは異なって、音声を含む全ての通信が、パケット通信によ

って伝送される。3GPPのWWWサイト<<http://www.3gpp.org>> (visited May 15, 2012)等を参照。

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). 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」(='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) (以下「FCC Wireless Broadband Order」)。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 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) (以下「FCC Comcast BitTorrent Order」)。当該命令で、FCCは、特に全米インターネット政策を監督し、かつ、強制する責任をFCCに付与する連邦通信法§230(b)、並びに同法のその他の6つの条項(すなわち、同法§1、同法§4(i)、同法§201、同法§706、同法§256、同法§257、及び同法§601)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、と判断した。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。

⁵² Comcast Corp. v. FCC, 600 F.3d 642 (D.C. Cir. 2010) (以下「Comcast」). 本判決では、当該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、当該判決には記されていない。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・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-」群馬大学社会情報学部研究論集 第 18 巻 97 頁以下 (2011 年)等を参照のこと。

⁵³ In the Matter of Preserving the Open Internet; Broadband Industry Practices, GN Docket No. 09-191; WC Docket No. 07-52, Report and Order, 25 FCC Rcd 17905; 2010 FCC LEXIS 7455; 52 Comm. Reg. (P & F) 1, FCC 10-201 (rel. Dec. 23, 2010), available at <http://hraunfoss.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/FCC-10-201A1.pdf> (visited Dec. 27, 2010) (以下「FCC Open Internet Order 2010」). 例えば、拙稿「インターネットの開放性と情報サービス規制」川濱昇ほか(編)『競争法の理論と課題-独占禁止法・知的財産法の最前線』根岸哲先生古稀祝賀 539 頁以下 (有斐閣 2013 年)、及び拙稿「インターネットの自由及び開放性の維持を目的とする 2010 年の FCC の判断について (1)・(2・完)」群馬大学社会情報学部研究論集 第 19 巻 135 頁以下、161 頁以下 (2012 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。

⁵⁴ *Id.*

⁵⁵ 「ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスに従事するもの/人は、当該ネットワーク運営実務、性能、及びそのブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスの商業的/商業的な(契約の)条件に関する正確な情報を、消費者が、当該サービスの使用に関する「知識のある/情報を提供された」(=*informed*)選択を行い、かつ、コンテンツ、アプリケーション、サービス及び機器のプロバイダーが、インターネットの提供を、発展させ、市場に出し、及び維持すること、を可能とするために十分に、公然と/公衆に/公的に公開しなければならない。」*Id.* Appendix A § 8.3.

⁵⁶ 「固定(の)ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスに従事するあるもの/人は、そのものが当該事業に従事する限りにおいては、合理的なネットワーク運営に服して、適法な、コンテンツ、アプリケーション、サービス又は損害を与えない機器をブロッキング/遮断してはならない。

移動体(の)ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスに従事するあるもの/人は、そのものが当該事業に従事する限りにおいては、合理的なネットワーク運営に服して、消費者を、適法な WWW サイトからブロッキング/遮断してはならず、また、当該もの/人は、合理的なネットワーク運営に服して、当該プロバイダーの、音声又はビデオの電話サービスと競争するアプリケーションをブロッキング/遮断してはならない。」*Id.* Appendix A § 8.5.

⁵⁷ 「固定(の)ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスに従事するあるもの/人は、そのものが当該事業に従事する限りにおいては、ある消費者のブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスを経由する、適法なネットワーク・トラフィック/通信量の伝送において、不合理な差別を行ってはならない。合理的なネットワーク運営は、不合理な差別を構成してはならない。」 *Id.*

Appendix A § 8.7.

⁵⁸ 「あるネットワーク運営は、当該ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスの当該特定のネットワーク・アーキテクチャー及び技術を考慮して、それが、ある「正当な」(='legitimate')ネットワーク運営の目的の獲得に適切であり、かつ及び、(それ)に適応される場合には、合理的である。」

Id. Appendix A § 8.11 (d).

⁵⁹ Verizon Communications Inc. (以下「Verizon Communications 社」)は、デラウェア州法にもとづいて設立された、ニュー・ヨーク州 New York 市に本社を有する公開会社であった。同社は、持株会社として機能し、その子会社を通じて、多岐に渡るサービスを提供していた。それらは、マス・マーケット及び事業者顧客向けの、有線及び無線技術による、音声通話、データ通信及び運営のサービスを含む。同社は、2000年に形成された Vodafone Group Plc とのジョイント・ベンチャー/合併事業であり、Verizon Wireless として全米最大の無線通信事業の1つを営んでいる Cellco Partnership の所有権の55%を保有し、小売りの並びに企業及び政府(向けの)各種の無線サービスの提供を含むその経営に参画していた。Verizon Wireless は、全米で、800MHz 帯及び1.9GHz 帯を使用して、1997年から CDMA 方式で 2G サービスを、そして、2002年以降(拡張方式を含む)CDMA2000 方式で 2.5-3.5G サービスを、提供してきた。また、Verizon Wireless は、2010年12月5日、700MHz 帯を使用して、4G である LTE サービスを全米の38の主要な都市圏で開始し、そのカバレッジは、2011年末までに全米の190の市場における約2億人に達し、更に、2012年11月には全米の約2億5,000万人に達していた。Verizon Wireless は、2011年の時点で、収益ベースで全米第1位(33.8%)、接続数で全米第2位(約92,167,000)であった。その後、2014年2月21日、Verizon Communications 社は、Vodafone Group Plc が保有する45%の所有権の買収を完了した。同社の WWW サイト<<http://www.verizon.com>> (visited Jan. 31, 2011) 等を参照。

⁶⁰ Verizon v. FCC, No. 11-1014 (D.C. Cir. 2011).

⁶¹ MetroPCS Communications, Inc. (以下「MetroPCS Communications 社」)は、1994年に、Roger D. Linquist 及び Malcolm Lorang の両氏によって、General Wireless, Inc.として設立され、テキサス州 Richardson 市に本社を有する移動体通信事業者であった。同社は、全米的なカバレッジを有さない「地域プロバイダー」(='regional provider(s)')の1つであり、専ら月毎のプリペイドの移動体通信サービスを提供する。同社は、2011年の時点で、収益ベースで全米第5位(2.5%)、接続数で全米第6位(約9,347,000)の事業者であった。同社は、PCS(1.9 GHz)帯を使用して、(拡張方式を含む)CDMA2000 方式で 2.5-3.5G サービスを、提供してきた。また、同社は、2010年9月21日、AWS-1(1.7/2.1 GHz)帯を使用して、米国で最初の商業用 LTE サービスの提供を開始した。その後、2012年10月3日、同社は、T-Mobile USA, Inc.

と合併することを公表した。当該合併の申請は、2013年3月7日、「アメリカ合衆国司法省」(=「U.S. Department of Justice」以下「DOJ」)によって、同年3月12日、FCCによって、そして、同年3月20日、「合衆国外国投資委員会」(=「the Committee on Foreign Investment in the United States」以下「CFIUS」)によって、承認された。同年5月1日、当該合併は、完了された。同社のWWWサイト<<https://www.metropcs.com>> (visited May 1, 2013)等を参照。

⁶² MetroPCS Communications, Inc., et al. v. FCC, No. 11-1016 (D.C. Cir. 2011).

⁶³ Verizon v. FCC, No. 11-1014, 11-1016, 2011 U.S. App. LEXIS 6908 (D.C. Cir. 2011).

⁶⁴ 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>> (visited May 15, 2014)等を参照。

⁶⁵ 2011年9月28日、Free Press は、有線接続のために行うよりもより少ない保護を、移動体(の)無線インターネット・アクセスのために提供する、当該規則の条項の恣意的な性質に対して、第1巡回区連邦控訴裁判所において、異議申立てを行う(であろう/ことになる)、と発表した。Free Press, Free Press Files Suit to Challenge FCC's Open Internet Rules; Rules Arbitrarily Leave Wireless Internet Users Unprotected (rel. Sept. 28, 2011), available at

<<http://www.freepress.net/press-release/2011/9/28/free-press-files-suit-challenge-fccs-open-internet-rules>>

(visited Oct. 10, 2011). しかし、その後、Free Press は、当該申立てを取り下げた。

⁶⁶ 2013年5月、T-Mobile USA, Inc.と合併した MetroPCS Communications 社も、当該訴訟を取り下げた。

⁶⁷ Verizon v. FCC, No. 11-1355 (D.C. Cir. 2011).

⁶⁸ 当該判決の速報として、実積寿也「オープンインターネット命令に係る控訴審判決の影響」情報通信学会誌 110号 (Vol.32 No.1) 1頁以下 (2014年)等が、存在する。

⁶⁹ 後掲注(175)を参照のこと。

⁷⁰ 47 U.S.C. § 1302 (2013).

⁷¹ Chevron, *supra* note 34.

⁷² See City of Arlington v. FCC, 133 S. Ct. 1863, 1874, 185 L. Ed. 2d 941 (2013).

⁷³ See Chevron, 467 U.S. 837, 842-43.

⁷⁴ 5 U.S.C. § 706(2)(A); see National Ass'n of Regulatory Utility Commissioners v. Interstate Commerce Commission, 41 F.3d 721, 726-27, 309 U.S. App. D.C. 325 (D.C. Cir. 1994).

⁷⁵ 47 U.S.C. § 1302 (a) (2013).

⁷⁶ In the Matters of Deployment of Wireline Services Offering Advanced Telecommunications Capability; Petition of Bell Atlantic Corporation For Relief from Barriers to Deployment of Advanced Telecommunications Services; Petition of U S WEST Communications, Inc. For Relief from Barriers to Deployment of Advanced Telecommunications Services; Petition of Ameritech Corporation to Remove Barriers to Investment in Advanced Telecommunications Technology; Petition of the Alliance for Public Technology Requesting Issuance of Notice of Inquiry and Notice of Proposed Rulemaking to Implement Section 706 of the 1996 Telecommunications Act; Petition of the Association for Local Telecommunications Services (ALTS) for a Declaratory Ruling Establishing Conditions Necessary to Promote Deployment of Advanced Telecommunications Capability Under Section 706 of the Telecommunications Act of 1996; Southwestern Bell Telephone Company, Pacific Bell, and Nevada Bell Petition for Relief from Regulation Pursuant to Section 706 of the Telecommunications Act of 1996 and 47 U.S.C. § 160 for ADSL Infrastructure and Service, CC Docket No. 98-147; CC Docket No. 98-11; CC Docket No. 98-26; CC Docket No. 98-32; CCB/CPD No. 98-15; RM 9244; CC Docket No. 98-78; CC Docket No. 98-91, Memorandum Opinion and Order, and Notice of Proposed Rulemaking, 13 FCC Rcd 24012, 24044 ¶ 69, FCC 98-188 (rel. Aug. 7, 1998) (以下「FCC Advanced Services Order」).

⁷⁷ Comcast, 600 F.3d at 658 (quoting FCC Advanced Services Order, 13 FCC Rcd at 24047 ¶ 77).

⁷⁸ See Chevron, 467 U.S. 837, 863. 「ある当初の当局の解釈は、即座に石に刻まれる訳ではない。」

⁷⁹ See FCC v. Fox Television Stations, Inc., 556 U.S. 502, 515, 173 L. Ed. 2d 738, 129 S. Ct. 1800 (2009); Brand X_3, 545 U.S. 967, 981.

⁸⁰ Brand X_3, 545 U.S. at 981.

⁸¹ FCC Open Internet Order 2010, 25 FCC Rcd 17905, 17969 ¶ 119 n.370.

⁸² *Id.* at 17969-70 ¶¶ 119-121.

⁸³ *Id.* at 17969 ¶ 120.

⁸⁴ *Id.* at 17970 ¶ 121.

⁸⁵ 47 U.S.C. § 152 (a) (2013).

⁸⁶ American Library Ass'n v. FCC, 406 F.3d 689, 703-04 (D.C. Cir. 2005).

⁸⁷ 47 U.S.C. § 1302 (a) (2013).

⁸⁸ 47 U.S.C. § 1302 (b) (2013).

⁸⁹ Sixth Broadband Deployment Report, *supra* note 21.

⁹⁰ 1996年電気通信法で定義される「ブロードバンド」とは、「如何なる技術を使用する、利用者が、高品質の、音声、データ、画像及びビデオ映像の電気通信を、発信し、かつ、受信することを可能とする」速度で備え付けられるインターネット・サービスを意味する。47 U.S.C. § 1302 (d) (1) (2013).

⁹¹ Sixth Broadband Deployment Report, 25 FCC Rcd at 9563 ¶ 11.

⁹² *Id.* at 9574 ¶ 28.

⁹³ *Id.*

⁹⁴ *Id.* at 9558 ¶ 3 (quoting 47 U.S.C. § 1302(b)).

⁹⁵ *See* FCC Open Internet Order 2010, 25 FCC Rcd 17905, 17972 ¶ 123.

⁹⁶ *See* *Chevron*, 467 U.S. 837, 842-43.

⁹⁷ FCC は、本件命令で、以下の様に述べる。「我々の分析の目的のために、我々は、インターネット(での)活動の3つの類型を考察する。すなわち、(1) ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスを提供すること、(2) ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスを経由してアクセスされる又は(それに)接続される、コンテンツ、アプリケーション、サービス及び機器(すなわち、「エッジ・プロダクト」 (=‘edge product(s)’)又は「エッジ・サービス」 (=‘edge service(s)’))を提供すること、及び(3) 「エッジ・プロダクト」又は「エッジ・サービス」へのアクセスを可能とするブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスに加入すること。これらの活動は、相互に排他的なものではない。例えば、個人のブログ又は Facebook のページの様なコンテンツを作成し、そして、共有する個人は、エンド・ユーザーであり、かつ、エッジ・プロバイダーであり、そして、オンライン・ビデオ・コンテンツを提供するあるブロードバンド・プロバイダーの様に、ある1つの事業者が、ブロードバンド・インターネット・アクセス・サービスを提供し、かつ、あるエッジ・プロバイダーであり得る。」 FCC Open Internet Order 2010, 25 FCC Rcd 17905, 17915 ¶ 20.

⁹⁸ *See id.* at 17910-11, 17970 ¶¶ 14, 120.

⁹⁹ 47 U.S.C. § 1302 (a), (b) (2013).

¹⁰⁰ *Id.* § 1302 (a) (2013).

¹⁰¹ *Id.* § 1302 (b) (2013).

¹⁰² *See* FCC Open Internet Order 2010, 25 FCC Rcd 17905, 17968, 17972 ¶¶ 117, 123.

¹⁰³ *Id.* at 17970 ¶ 120.

¹⁰⁴ *See id.* at 17969 ¶ 119; *see also* *D. Ginsberg & Sons, Inc. v. Popkin*, 285 U.S. 204, 208, 52 S. Ct. 322, 76 L. Ed. 704 (1932).

¹⁰⁵ 前掲注(8)を参照のこと。

¹⁰⁶ 47 U.S.C. § 153 (51) (2013); *see also* FCC Wireless Broadband Order, 22 FCC Rcd 5901, 5919 ¶ 50.

¹⁰⁷ *See id.* at 5921 ¶ 56; 47 U.S.C. § 332 (c) (2) (2013).

¹⁰⁸ *See e.g.*, *Interstate Commerce Commission v. Baltimore & Ohio Railroad Co.*, 145 U.S. 263, 275, 12 S. Ct. 844, 36 L. Ed. 699 (1892).

¹⁰⁹ *See e.g.*, 1887 Interstate Commerce Act, ch. 104, 24 Stat. 379; the Manns-Elkins Act of 1910, ch. 309, 36 Stat. 539; the Communications Act of 1934, ch. 652, 48 Stat. 1064.

¹¹⁰ *National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 525 F.2d 630, 642, 173 U.S. App. D.C. 413 (D.C. Cir. 1976) (以下「NARUC I」).

¹¹¹ *Id.* at 641.

¹¹² *National Association of Regulatory Utility Commissioners v. FCC*, 533 F.2d 601, 608, 174 U.S. App. D.C. 374 (1976) (以下「NARUC II」).

¹¹³ *FCC v. Midwest Video Corp.*, 440 U.S. 689, 99 S. Ct. 1435, 59 L. Ed. 2d 692 (1979) (以下「Midwest Video II」).

¹¹⁴ *Cellco Partnership v. FCC*, 700 F.3d 534, 403 U.S. App. D.C. 105 (D.C. Cir. 2012) (以下「Cellco」).

¹¹⁵ 700 F.3d at 537.

¹¹⁶ *Id.* at 547.

¹¹⁷ *Id.*

¹¹⁸ *Id.*

¹¹⁹ *Id.*

¹²⁰ *Id.* at 548.

¹²¹ *See* 47 U.S.C. § 201(b) (2013).

¹²² *Cellco*, 700 F.3d 534, 548-49.

¹²³ *FCC Open Internet Order 2010*, 25 FCC Rcd 17905, 17950-51 ¶ 79 (quoting *NARUC I*, 525 F.2d 630, 641).

¹²⁴ *Id.* at 17951 ¶ 79.

¹²⁵ *See Midwest Video II*, 440 U.S. 689, 701-02.

¹²⁶ *United States v. Southwestern Cable Co.*, 392 U.S. 157, 20 L. Ed. 2d 1001, 88 S. Ct. 1994 (1968).

¹²⁷ *FCC Open Internet Order 2010*, 25 FCC Rcd 17905, 17952 ¶ 82.

¹²⁸ *See Cellco*, 700 F.3d 534, 548.

¹²⁹ 47 U.S.C. § 202 (2013).

¹³⁰ *Cellco*, 700 F.3d at 548.

¹³¹ *FCC Open Internet Order 2010*, 25 FCC Rcd 17905, 17947 ¶ 76.

¹³² *Cellco*, 700 F.3d at 548.

¹³³ *FCC Open Internet Order 2010*, 25 FCC Rcd at 17943 ¶ 66.

¹³⁴ *Id.* at 17943-44 ¶ 67.

¹³⁵ 本件判決では、オープン・インターネット命令における当該規則の定義には記される「損害を与えない機器」は、言及されていない。

¹³⁶ *See Midwest Video II*, 440 U.S. 689, 701 n.9.

¹³⁷ Oral Arg. Tr. 86.

¹³⁸ *Cellco*, 700 F.3d 534, 548.

¹³⁹ *Lacson v. Department of Homeland Security*, 726 F.3d 170, 177 (D.C. Cir. 2013); *see also United States v. Southerland*, 486 F.3d 1355, 1360, 376 U.S. App. D.C. 235 (D.C. Cir. 2007).

¹⁴⁰ *Shieldalloy Metallurgical Corp. v. Nuclear Regulatory Comm'n*, 624 F.3d 489, 495, 393 U.S. App. D.C. 157 (D.C. Cir. 2010).

¹⁴¹ *MD/DC/DE Broadcasters Ass'n v. FCC*, 236 F.3d 13, 22, 344 U.S. App. D.C. 322 (D.C. Cir. 2001).

¹⁴² Oral Arg. Tr. 81-82.

¹⁴³ *See Davis County Solid Waste Management v. EPA*, 108 F.3d 1454, 1457-59, 323 U.S. App. D.C. 425 (D.C. Cir. 1997).

¹⁴⁴ なお、Silberman 最先任裁判官は、以下の様に述べて、当該多数の意見に一部賛成し、一部反対意見を述べた。「私は、オープン・インターネット命令が、許容されることなく、ブロードバンド・プロバイダーをコモン・キャリアの取扱いに服させる、という当該多数の結論に、概して賛成するが、しかし、当該多数の結論が、§ 706 が、もし、そうでなければ、FCC にこれらの規則を公布する積極的な制定法上の権能を提供する、という当該多数の結論に反対する。私は、また、FCC の理由付けは、「行政手続法」(=Administrative Procedure Act/以下「APA」)に違反する、と考える。これらの違いは、重要である、何故なら、当該多数の判決理由は、コモン・キャリアの取扱いに対する当該禁止を迂回し得る可能な規制上の変更を示唆するからである。」その後、FCC は、Silberman 最先任裁判官が正に指摘する様なやり方で、新たな規則制定を試みた。その詳細は、[3.3]等を参照のこと。

¹⁴⁵ 2014年1月14日、FCCのTom Wheeler委員長は、当該判決を受けて、「コロンビア特別区連邦控訴裁判所は、「§ 706 (a)が、・・・(FCCに)ブロードバンド・インフラストラクチャーの当該提供を促進する手段を制定する積極的な権能を与える」、そして、したがって、「ブロードバンド・プロバイダーのインターネットの通信量/トラフィックの取扱いを支配する規則を公布し」得る、と正しく判断してきた。私は、我々のネットワークを、経済成長のためのエンジン、革新的なサービス及び製品のための「テスト・ベッド」(=test beds)、並びに合衆国憲法修正第1によって保護される全ての形態の言論のための経路として、維持することを誓約している。我々は、インターネットが依存するこれらのネットワークが、革新及び表現のためのある自由で、かつ、開放されたプラットフォームを提供し、そして、全てのアメリカ人の利益において作動することを確かなものとする目的で、上訴のためのもの/選択肢を含む、全ての入手可能な選択肢を考慮する(であろう)。」と述べる声明を公表して、当該判決に一定の評価を示した。FCC, *Statement by FCC Chairman Tom Wheeler Regarding DC Circuit Opinion on the FCC's Open Internet Rules*, 2014 FCC LEXIS 132 (rel. Jan. 14, 2014), available at <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-325106A1.pdf> (visited Jan. 16, 2014). 民主党支持者であるMignon L. Clyburn委員は、(FCCの政策における、消費者の保護、並びに競争、投資及び革新の重要性を指摘して、)次の段階で、Wheeler委員長と協働する意思を有する旨の声明を公表した。FCC, *Statement of Commissioner Mignon L. Clyburn on D.C. Circuit Open Internet Decision*, 2014 FCC LEXIS 101 (rel. Jan. 14, 2014), available at <https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-325124A1.pdf> (visited Jan. 16, 2014). 同様に、民主党支持者であるJessica Rosenworcel委員は、当該裁判所が、ブロードバ

ンド・インフラストラクチャーの当該提供を促進する FCC の権能を認識したことを歓迎する旨の声明を公表した。FCC, Statement of FCC Commissioner Jessica Rosenworcel on Today's Open Internet D.C.

Circuit Court Decision, 2014 FCC LEXIS 103 (rel. Jan. 14, 2014), *available at*

<https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-325130A1.pdf> (visited Jan. 16, 2014). それに対して、共和党支持者である Ajit Pai 委員は、「連邦議会が、行動しない限り、我々は、如何にブロードバンド・プロバイダーが、彼らのネットワークを作動させるかを細部に至るまで綿密に管理することから手を引き、そして、(その様に行う)如何なる更なる試みを差し控えるべきである。」、と述べる声明を公表した。FCC, Statement of Commissioner Ajit Pai on D.C. Circuit's Decision Striking Down Net

Neutrality Rules, 2014 FCC LEXIS 130 (rel. Jan. 14, 2014), *available at*

<https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-325111A1.pdf> (visited Jan. 16, 2014). 同様に、共和党支持者である Mike O'Rielly 委員も、FCC は、規制上の障害を除去する道を探すべきである、と主張した。FCC, Statement of Commissioner Mike O'Rielly on the D.C. Circuit's Decision Striking Down Net

Neutrality Rules, 2014 FCC LEXIS 113 (rel. Jan. 14, 2014), *available at*

<https://apps.fcc.gov/edocs_public/attachmatch/DOC-325120A1.pdf> (visited Jan. 16, 2014).

