

フリースピーチ

Anupam CHANDER* and Uyên P. LÊ**

石新 智規・井上 乾介(訳)

概要：市民参加がオンラインで媒介されるようになると、サイバースペースを規制する法が言論を規制する法となる。しかし、言論の自由に関する文献や言論の自由の研究者たちはサイバー法が今日における言論の自由の権利行使の基礎的なメカニズム——オンラインでのコミュニケーション——をどのように規制するのか、という点にほとんど注意を払ってこなかった。反対に、多くの人が、インターネットが自由な言論を可能にするという見方をしてきたが、修正第1条がサイバースペースの法の形成に果たしてきた役割を研究者は正当に評価することができていない。言論の自由への規範的なコミットメントが歴史上最も影響力の強いプラットフォームの発展にあたっての法律的な障害を取り除くことに貢献してきた。法によって、言論はフリー（自由／無料）となった——言論におけるようにフリー（自由）に、そして、ビールにおけるようにフリー（無料）に。これが、修正第1条／サイバー法の次のような弁証法である。：修正第1条はサイバー法を形作り、翻って、サイバー法は言論の自由を形作った。しかし、言論の自由の現状は、大規模な電子的監視、これまでより強力な知的財産保護条項を含んだ大型の貿易協定、そして著作権

* Professor of Law, University of California, Davis; B.A., Harvard University; J.D., Yale Law School.

** Free Speech and Technology Fellow, University of California, Davis; B.A., Yale University; J.D., University of California, Davis.

Vik Amar, Ashutosh Bhagwat, Ken Bamberger, Alan Brownstein, Michael Froomkin, Jerry Kang, Carlton Larson, Vincent Polley, Saikrishna Prakash, Derek Slater, Madhavi Sunder, William Wang, Berkeley law faculty workshop, Zachary Sandersonそして *Iowa Law Review* の他の編者の、とても有益なコメントに感謝する。我々はTwitterのジェネラル・カウンセラーであった Alex Macgillivray の鋭い意見に感謝するとともに、Google に対し、この研究をグーグル・リサーチ・アワードでサポートしてくれたことを感謝する。本稿の意見は私たち自身のものであり、その責任は私たちのみにある。

法の中に刑事罰が置かれることによって脅かされ、脆弱なものとなっている。これらの問題に我々がどのようにアプローチするかによって、政府による検閲、第三者の私人による検閲、そして自己検閲と監視 (sousveillance) の範囲が決まることになるだろう。言論の自由の未来は、今岐路に立たされている。

- I. はじめに
- II. 言論を自由にする
 - A. 法的責任と言論
 - B. 著作権と検閲
 - C. プライバシーと情報公開
 - D. サイバー法における言論の自由の構造
- III. フリースピーチを保つ
 - A. SOPA の逆襲
 - B. 刑事制裁の領域 : Megaupload と Rojdirecta
 - C. 検閲の国際連合
 - D. ヨーロッパの忘却薬
 - E. Web 3.0 と INTERNET OF THINGS (あらゆるモノのインターネット化)
 - F. 監視
- IV. 結論

I. はじめに

「全ての自由人は公衆の前に自己が望むことを主張する当然の権利を有する。」

*James Iredell 判事 (1799年当時)*¹

¹ Case of Fries, 9 F. Cas. 826, 839 (C.C.D. Pa. 1799) (No. 5126) (4 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES *151 からの引用).

「私たちは言論の自由党の中の言論の自由派である。」

Twitter 社のジェネラル・カウンセル *Alex Macgillivray*²

50年前、連邦最高裁は不法行為法が修正第1条の規制を受けることを初めて判示した。³ *New York Times Co. v. Sullivan* 判決の最も重要な点は、州によって付与された私人の請求が言論の自由を制限し得る、ということである。⁴ しかし、現代の修正第1条の先駆けとなったこの事件⁵で保護された

² Emma Barnett, *Twitter Chief: We Will Protect Our Users from Government*, TELEGRAPH (Oct. 18, 2011, 10:23 AM), <http://www.telegraph.co.uk/technology/twitter/8833526/Twitter-chief-We-will-protect-our-users-from-Government.html>.

³ ROBERT M. O'NEIL, THE FIRST AMENDMENT AND CIVIL LIABILITY 13 (2001) (*Sullivan* 事件判決が「初めて民事的制裁を修正第1条の保護の下に(置いた)」とする); Daniel J. Solove & Neil M. Richards, *Rethinking Free Speech and Civil Liability*, 109 COLUM. L. REV. 1650, 1656 (2009) (「アメリカの歴史の大半において、私法上の請求は、それが不法行為によるものであるか、契約上の権利や財産法上の権利を行使するものであるかを問わず、修正第1条が関係することはなかった。」); L. Lin Wood & Corey Fleming Hirokawa, *Shot by the Messenger: Rethinking Media Liability for Violence Induced by Extremely Violent Publications and Broadcasts*, 27 N. KY. L. REV. 47, 49 (2000) (「*New York Times [Co.] v. Sullivan* 事件以前には、修正第1条は、過失のある出版行為に対して私法上の損害賠償を行うことを認める州の不法行為法を禁止ないし制限するものとは考えられてこなかった。」(脚注省略)).

⁴ *Sullivan* 事件判決は、公人に対する名誉毀損において害意を要件としたことで知られているが、同判決のより根本的な革新性は、私法を修正第1条の言論の自由及び出版の自由の条項の規律の下に置いたことである。N.Y. Times Co. v. Sullivan, 376 U.S. 254, 291-92 (1964). そのようなアプローチはあまりにも斬新なものであったため、アラバマ州最高裁は訴訟のより早い段階にわずかに二行の判決で *New York Times* の憲法上の主張を退けることができたはずである——1点目は修正第1条が州の名誉毀損法に適用されないという理由、そして2点目は私法上の不法行為請求には州の行為が存在しないという理由である。N.Y. Times Co. v. Sullivan, 144 So. 2d 25, 40 (Ala. 1962) 参照。

⁵ *Sullivan* 事件判決は(主に他の理由から)広く称賛されている。Harry Kalven, Jr., *The New York Times Case: A Note on "The Central Meaning of the First Amendment,"* 1964 SUP. CT. REV. 191, 208-10 (同判決が修正第1条の「中心的な意義」を定義したと説明している); *id.* at 221 n.125 (*Sullivan* 判決に対する Alexander Meiklejohn の「外に出

言論に1960年当時で4,800ドルの費用を要した。⁶ コミッショナーのL.B. Sullivanは裁判所での弁論において、「言論の自由と出版の自由を享受する平等」を推進しているというタイムズ社の主張を皮肉った。⁷ Brennan判事は法廷意見において、本件において問題となっているような「論説広告」は、「出版するための設備を持たない人々が、出版社の一員ではないにもかかわらず言論の自由を行使することを可能とする」と述べるにとどまった。⁸ しかし、Sullivan事件は、修正第1条の審査対象を、国家による直接の言論規制から私法に転じることによって、インターネットによって力を得た言論が、実際にその言葉の2つの意味でフリー（自由／無料）となる時代の招来を手助けした。すなわち、言論におけるフリー（自由）、ビールにおけるフリー（無料）に。⁹

て踊り出すべき出来事である。」との声明を引用している); *see also* LEE C. BOLLINGER, UNINHIBITED, ROBUST, AND WIDE-OPEN: A FREE PRESS FOR A NEW CENTURY 14 (2010) (Sullivan判決を「修正第1条に関する、20世紀あるいは歴史上最も重要な判決の1つ」と呼ぶ); Floyd Abrams, *In Memoriam: William J. Brennan, Jr.*, 111 HARV. L. REV. 18, 21 (1997) (Sullivan判決が「わが国の歴史上典型的な修正第1条の判決である」と指摘する); Richard A. Epstein, *Was New York Times v. Sullivan Wrong?*, 53 U. CHI. L. REV. 782, 782 (1986) (Sullivan判決を「画期的な判決」と呼ぶ) 各参照。

⁶ Sullivan, 376 U.S. at 260 (全面広告費用が4,800ドルになることを指摘する)。今日、同様の広告費用は6万7,000ドルから24万1,000ドルになる。N.Y. TIMES, 2014 BUSINESS ADVERTISING RATES 4 (2014), available at http://nytmediakit.com/uploads/rates/14-0208_2014_Business_RateC_AW5.pdf; Jen Chung, *Full-Page NY Times Ad with A.O. Scott's Tweet Cost \$70,000*, GOTHAMIST (Jan. 6, 2014, 5:30 PM), http://gothamist.com/2014/01/06/full-page_ny_times_ad_with_ao_scott.php も参照。

⁷ Brief for Respondent at 31, Sullivan, 376 U.S. 254 (No. 39), 1963 WL 105892, at *31. 「Timesは修正第1条が保護しようとする利益を享受するにあたり平等を確保するための重要な手段」に対するものとはかけ離れた、通常の商業的の広告と同じレート約5,000ドルを請求した。Id.

⁸ Sullivan, 376 U.S. at 266.

⁹ これはRichard Stallmanのオープンソース・ソフトウェアに関する有名な格言——言論のようにフリー（自由）であって、ビールのようにフリー（無料）ではない——を逆転させるものである。Jonathan Zittrain, *Normative Principles for Evaluating*

World Wide Web の出現以来、研究者たちは、その修正第 1 条との関係を理解しようと試みてきた。Eugene Volokh は、インターネットが発言者を多様化し、言論の自由への参加を増やして、過去に見られた富裕層へ有利に働く言論の自由の偏向を弱めた、と述べた。¹⁰ Lawrence Lessig は、インターネットの構造は「我々自身が法律上有している修正第 1 条よりも過激なコード (code) による修正第 1 条」をもたらした、と主張した。¹¹ James Boyle と Yochai Benkler は、知的財産法による保護は、言論の自由を財産法の領域に閉じ込めていると警告した。¹² Cass Sunstein は、ユーザーが自分と対立する視点から身を守るためにこの新しい媒体を利用するようになることを憂慮した。¹³ Michael Froomkin は、インターネット構造に利用される標準化策定プロセスは Jürgen Habermas の議論の理想に近づくものであることを示した。¹⁴ Seth Kreimer は、媒介者責任は、媒介者が幅広く言論を検閲するように仕向けることになるだろうと主張した。¹⁵ Rebecca Tushnet は、

Free and Proprietary Software, 71 U. CHI. L. REV. 265, 271 (2004) (Stallman の「フリーソフトウェア」の描写を検討する)。

¹⁰ Eugene Volokh, *Cheap Speech and What It Will Do*, 104 YALE L.J. 1805, 1826–28 (1995). この主張は、公平性の理論をこの新しい領域に適用することに対する反論に用いられるだろう。

¹¹ LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE 167 (1999); see also Lawrence Lessig & Paul Resnick, *Zoning Speech on the Internet: A Legal and Technical Model*, 98 MICH. L. REV. 395, 395–96 (1999).

¹² JAMES BOYLE, SHAMANS, SOFTWARE, AND SPLEENS: LAW AND THE CONSTRUCTION OF THE INFORMATION SOCIETY 183 (1996); Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N.Y.U. L. REV. 354, 446 (1999).

¹³ CASS SUNSTEIN, REPUBLIC.COM 192–94 (2001). But see Anupam Chander, *Whose Republic?*, 69 U. CHI. L. REV. 1479, 1481 (2002) (SUNSTEIN 前掲を論評する) (サイバースペースは世界中の疎外された人々の声を増幅させ、個人が国籍ではなく興味に応じて交流することを可能にすると反論する)。

¹⁴ A. Michael Froomkin, *Habermas@Discourse.net: Toward a Critical Theory of Cyberspace*, 116 HARV. L. REV. 749, 841, 844 (2003).

¹⁵ Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 U. PA. L. REV. 11, 30–31 (2006).

オンラインの媒介者は、彼らの営業上の利益に親和性のある言論を優遇するだろうと示唆した。¹⁶ Christopher Yooは、消費者がしばしば媒介者に言論のフィルターを肩代わりさせていることを指摘した。¹⁷ Edward LeeはSony事件のセーフ・ハーバー条項の根底には修正第1条があると論じた。¹⁸ 最も直近に議論に参入したJane Bambauerは、データそのものが言論であるとし¹⁹、他方、Jack Balkinは、政府と民間が一体となった「副次的な検閲」の増加に警鐘をならした。²⁰

しかし、これらの多数の論評にもかかわらず、研究者たちはカギとなる視点をほとんど無視してきた。：それは、修正第1条が、私たちが今日知る形でのインターネットの出現を可能とした法的环境を整えることに不可欠な役割を果たしてきており、その過程において1789年の誓約を実現に近付けたことである。²¹ サイバー法は今日の言論の自由に関する法である。しかし、言論の自由に関するケースブックや文献は²²、サイバー法が、今

¹⁶ Rebecca Tushnet, *Power Without Responsibility: Intermediaries and the First Amendment*, 76 GEO. WASH. L. REV. 986, 1015–16 (2008).

¹⁷ CHRISTOPHER S. YOO, *THE DYNAMIC INTERNET: HOW TECHNOLOGY, USERS, AND BUSINESSES ARE TRANSFORMING THE NETWORK* 120–21 (2012).

¹⁸ Edward Lee, *Freedom of the Press 2.0*, 42 GA. L. REV. 309, 316–17 (2008).

¹⁹ Jane Bambauer, *Is Data Speech?*, 66 STAN. L. REV. 57, 60–61 (2014).

²⁰ Jack M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 HARV. L. REV. 2296, 2309 (2014).

²¹ 近時の2つの論稿が類似の分野を開拓しつつあるが、主張と方法論で大きな隔たりがある。Andrew Tuttは「媒介者は——多くは気付かれることなく、しかし多大な影響を持って——個人がどの情報を受け取るか、どのように受け取るか、そして誰とその情報を共有するかをコントロールしている」と主張する。Andrew Tutt, *The New Speech*, 41 HASTINGS CONST. L.Q. 235, 237 (2014). Tuttの議論を評価するが、私たちは媒介者がいかに言論をこれまで考えられなかった形で自由にしたかに焦点をあてている。Jacqueline Liptonはインターネット媒介者の重要性を主張するが彼女の焦点は言論の自由や修正第1条と媒介者との関係性にはあてられていない。See generally Jacqueline D. Lipton, *Law of the Intermediated Information Exchange*, 64 FLA. L. REV. 1337 (2012).

²² See generally VINCENT BLASI, *IDEAS OF THE FIRST AMENDMENT* 625–32 (2d ed. 2012) (インターネット媒介者に関する法学雑誌の2本の論稿の抜粋を掲載している);

日において言論の自由を行使する原則的な仕組み——オンライン・コミュニケーションをどのように形作ってきたかについてほとんど注意を払っていない。²³ 修正第1条は、インターネットの媒介者を検閲の義務から守る一方で、インターネット企業に対してより厳しいプライバシー保護の義務を負わせようとする試みを同時に拒絶してきた。²⁴ 修正第1条は、こうして、大量の言論を公衆に提供することを可能にしつつ、その言論による責任を負うことなく、個人のプロファイリングに基づく広告収入を得るといふ新しいメディアのビジネスモデルを作り出した。個人は、全国的な広告のための多額の予算や編集者の許可がなくとも、YouTube、Twitter、ブログ、コメント、Facebook、そしてGoogleを通じて国全体に語りかけることが初めて可能となった。これが、修正第1条／サイバー法の次のような弁証法である。：修正第1条はサイバー法を構成し、翻ってサイバー法は言論の自由を構成した。

STEVEN H. SHIFFRIN & JESSE H. CHOPER, *THE FIRST AMENDMENT: CASES—COMMENTS—QUESTIONS* 457–59 (5th ed. 2011) (不適切な言論とインターネットについて3パラグラフを割いている); GEOFFREY R. STONE ET AL., *THE FIRST AMENDMENT* 184–85, 238–39, 274–79, 400, 418–22, 641–44 (4th ed. 2012) (インターネットにおけるプライバシーと不適切な言論の判例、書籍、論文の抜粋を掲載している); KATHLEEN M. SULLIVAN & NOAH FELDMAN, *FIRST AMENDMENT LAW* 181–90 (5th ed. 2013) (3つの判例の抜粋を掲載している); WILLIAM W. VAN ALSTYNE & KURT T. LASH, *THE AMERICAN FIRST AMENDMENT IN THE TWENTY-FIRST CENTURY: CASES AND MATERIALS* 1010–19 (5th ed. 2014) (インターネットサービスプロバイダの免責に関する1つの裁判例の抜粋及び若干の議論を掲載している); EUGENE VOLOKH, *THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES: PROBLEMS, CASES AND POLICY ARGUMENTS* 121–23, 126–27 (5th ed. 2014) (インターネットサービスプロバイダの免責を論じる)。

²³ ある詳細な研究は、インターネットが市民参加にとって今日、ますます重要なツールとなっていると結論付けている。See AARON SMITH, PEW RESEARCH INTERNET PROJECT, *CIVIC ENGAGEMENT IN THE DIGITAL AGE* (2013), available at <http://www.pewinternet.org/2013/04/25/civic-engagement-in-the-digital-age/>.

²⁴ See *infra* Part II.C.

修正第1条は、半永久的に延長される著作権保護期間を制約することには失敗したが²⁵、私たちは、言論の自由に関する懸念が、デジタルミレニアム著作権法（「DMCA」）から反SOPA法キャンペーンに至るまでのさまざまな点で過剰な著作権保護を阻止したことを示す。私たちの分析は、ある1つの難問を解明するのに役に立つ。：これらの議論において、なぜ連邦議会は、ハリウッドやニューヨークの裕福で影響力の強いメディア企業よりシリコン・バレーの新興企業に味方したのか？

映画会社、テレビ放送局、新聞社は修正第1条の懸念を典型的に示すものではなかったのか？旧来のメディアは、連邦議会内において、シリコン・バレー（の企業）よりもはるかに力を持っていたのではなかったのか？その答えは、新しいメディアと旧来のメディアとの違いにある。新しいメディアは旧来のメディアがおよそ成し得なかった方法で言論を自由にした。もはや誰もテレビのチャンネルや新聞の紙面を支配する少数の限られた編集者の許可を得る必要がなくなった。旧来のメディアは限られたわずかの者が発言することを手助けするのみであった。新しいメディアはそれ以外の私たちに発言する権利を与えた。²⁶ マス・メディアは、一方向のコミュニケーションから双方向のコミュニケーションに、トップダウンからボトムアップに変貌した。

ある者はなお懐疑的になるだろう。：個人が媒介者を必要とせずに世界中から閲覧することのできるウェブページを掲載することを可能としているのはインターネット自体ではないのか？²⁷と。しかし、これまでの20年にわたるウェブの経験は私たちに次のことを教えてくれる。：孤立したブログで叫んだとしても他の誰にも聞こえていないかもしれない。個人が、

²⁵ *Golan v. Holder*, 132 S. Ct. 873, 889–91 (2012); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 218–21 (2003).

²⁶ 私たちはもちろん全ての人がインターネットへのアクセスを有しているわけではないことを理解している。See *infra* text accompanying note 124.

²⁷ Derek E. Bambauer, Response, *Middlemen*, 64 FLA. L. REV. F. 64 (2012); Debora Halbert, *Two Faces of Disintermediation: Corporate Control or Accidental Anarchy*, 2006 MICH. ST. L. REV. 83; Lipton, *supra* note 21; Guy Pessach, *Deconstructing Disintermediation: A Skeptical Copyright Perspective*, 31 CARDOZO ARTS & ENT. L.J. 833 (2013)を主に参照。

検索エンジン、ソーシャルネットワーク、そして個人が発行する雑誌を通じて、友人や家族、そして赤の他人と情報を共有するためにはインターネットの媒介者が必要不可欠であることが分かる。²⁸これを、「孤立したブログ」対「ネットワーク化されたユーザー」現象と呼びましょう。Google、Facebook、Twitter、そしてInstagram、Pinterestは言うまでもなく、その他のいまだ生まれていないサービスは、140文字や6秒間のビデオという形態でさえ、他人と会話することを手助けしている。

歴史的に見れば過激であり、1964年時点では想像すらつかない、自由な言論の現状は、がけっぶちに立たされている。インターネットは、自由な表現のための媒体ではなく、幅広く検閲され、さらに広く監視され、あらゆるつぶやきが第三者による検閲、さらにより有害な自己検閲の媒体となるかもしれない。新しい手段によって、私たちは市民から被支配の対象にされる危険に晒されている。言論の自由に対する今日の脅威は、オンラインにおいて頻繁に生じている。Stop Online Piracy Act (「SOPA」) に抗議している何百万人もの人々は、同法案が「インターネットを検閲する」ものだと主張する。²⁹ドメイン名やコンピュータ・サーバーの差押を通じた著作権法上の刑事罰規定の執行は、「事前抑制」への防御策としての修正第1条と関わるものである。アメリカ合衆国は、中国、イラン、ロシアの検閲を恐れ、インターネットのガバナンスを国際的な議論の場にゆだねる試みに強く反対する。³⁰同時に、太平洋と大西洋をまたいだ自由貿易圏を約束

²⁸ Flipboard, Issuu, MagCloudなどのサービスは個人的な雑誌を発行することを可能にする。See FLIPBOARD, <http://flipboard.com> (最終確認日2014年10月25日); ISSUU, <http://issuu.com> (最終確認日2014年10月25日); MAGCLOUD, <http://www.magcloud.com> (最終確認日2014年10月25日)。

²⁹ Dara Kerr, *Millions Sign Google's Anti-SOPA Petition*, CNET (Jan. 18, 2012, 7:17 PM), <http://www.cnet.com/news/millions-sign-googles-anti-sopa-petition/> (Googleの「自由ではなく、海賊行為を根絶せよ」との請願を引用)。

³⁰ H.R. 1580, 113th Cong. § 1(1) (2013年4月16日に提出) (「インターネットが世界経済に占める重要性を考えると、インターネットが安定している…ことは不可欠である。」); WORLD CONFERENCE ON INT'L TELECOMMS., DOCUMENT #-E, UNITED STATES OF AMERICA: PROPOSALS FOR THE WORK OF THE CONFERENCE (2012), *available at* <http://www.state.gov/documents/organization/196244.pdf>.

する「21世紀」の貿易協定は、言論の自由に対して隠れた影響を持っている。³¹ 一般市民に対する大規模な電子的監視は、友人間での言論さえ委縮させる。私たちは次のような、ある種の二律背反を見て取ることができる。：言論はデジタル化によって広範囲な監視を受けるようになり、デジタル化がまさに実現した自由を破壊することになる。

私たちの論考は修正第1条そのものに光をあてるものである。思想の市場は、現実の市場に依存していることが明らかとなる。修正第1条の研究者が商取引について述べる場合、主に商業的言論に焦点をあてる。彼らがインターネットについて述べるときは、わいせつな言論の規制に焦点をあてる。私たちの論考においては、修正第1条は産業政策として姿を見せる。情報化時代においては、言論の自由は経済のエンジンの潤滑油となる。アメリカのサイバー法制の基礎にある言論の自由を明らかにすることにより、私たちは、次のシリコン・バレーを育成することに熱心な世界中の他の国々に対して、言論の自由を受容するよう推奨したいと思う。自国でシリコン・バレーを育成しようとしているブラジル、インド、ロシアなど各国の政府は、言論の自由がインターネット産業の育成に果たしている重大な役割を認識する必要がある。この論文は、ウェブ産業への脅威を言論の自由そのものへの脅威として捉えなおすものである。見えにくい言論の自由と出版の自由との違いは、出版を言論の技術の一種と理解することによって解消される。³² 私たちがGoogle、Twitter、Facebookによって互いに会

³¹ Ian F. Fergusson et al., Cong. Research Serv., R42694, *The Trans-Pacific Partnership (TPP): Negotiations and Issues For Congress 2* (2013).

³² 現代における出版の自由の意義については、see generally Lee, *supra* note 18 (著作権法と出版の自由について歴史的な見地から詳述している); Christina Mulligan, *Technological Intermediaries and Freedom of the Press*, 66 SMU L. REV. 157 (2013) (インターネットとオンラインサービスプロバイダはより保護されるべきと主張する); Eugene Volokh, *Freedom for the Press as an Industry, or for the Press as a Technology? From the Framing to Today*, 160 U. PA. L. REV. 459 (2012) (連邦最高裁と下級審が出版の自由をどのように考えているかを分析している); Sonja R. West, *Awakening the Press Clause*, 58 UCLA L. REV. 1025 (2011) (「出版」の意義をより狭く解釈すべきであると主張する)。

話している時代においては、それらに対する脅威は私たち全員への脅威となる。

修正第1条の研究者の中に、私たちの主張が修正第1条を用いて多くの消費者保護規制を撤廃する新たな *Lochner* 主義の到来をもたらすと危惧する者がいるかもしれない。³³ Robert Postが主張するように「もし私たちが一般用語で『コミュニケーション』と呼んでいるものに関するあらゆる州の規制が修正第1条の基準に基づいて憲法上の審査を受けるとすれば、全くありふれた規制のかなりの部分が憲法に適合するように変容させられることになるだろう。」³⁴ 2011年、連邦最高裁判所はバーモント州のプライバシー規制を修正第1条に基づいて違憲と判断した際に *Lochner* 判決に依拠した。³⁵ 私たちの主張は、一見、修正第1条の無限定の拡大を支持しているように見えるかもしれないが、私たちは、サイバー法において問題となる中核的な表現上の利益を認識することが、根拠のない拡大に歯止めをかける重要な論拠を提供すると考えている。言論の自由は、自由に脱獄することを認めるカード、すなわち規制を撃退するお守りであってはならない。修正第1条が修正条項の中で最初のものであったとしても³⁶、そのことが他の憲法的価値を減殺するものではない。言論の自由は民主的な国家

³³ See, e.g., Vikram David Amar & Alan Brownstein, *The Voracious First Amendment: Alvarez and Knox in the Context of 2012 and Beyond*, 46 LOY. L.A. L. REV. 491, 535–40 (2013) (言論の自由条項における連邦最高裁の一貫性のなさを浮き彫りにしている); Robert Post, *Participatory Democracy and Free Speech*, 97 VA. L. REV. 477, 488 (2011) (修正第1条を自主性に基礎を置いて理論化することが *Lochner* 主義をもたらすリスクがあることを指摘する)。

³⁴ Post, *supra* note 33, at 477.

³⁵ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2665 (2011) (「バーモント州の法律は言論の自由に影響があるだけでなく、特定の内容に向けられ、特定の発言者を標的とする。合衆国憲法は『ハーバート・スペンサーの社会静学を定めるものではない。』憲法が定めているのは修正第1条である。」 (*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45, 75 (1905) を引用 (Holmes 判事反対意見))。

³⁶ See generally Akhil Reed Amar, *The First Amendment's Firstness*, 47 U.C. DAVIS L. REV. 1015 (2014).

において唯一の価値とは到底なり得ない。³⁷ Martha Nussbaumは人類が反映するために必要な権能 (capabilities) を幅広く列挙しているが、言論の自由はそのうちの1つに過ぎない。³⁸

私たちの論文は以下のような構成となる。第2部において、私たちは、修正第1条がインターネットを検閲しようとする初期の試みをはねのけ、ユーザーの言論やマーケティング業者のデータ収集に伴う法的責任を限定するなど、修正第1条がアメリカのサイバー法を言論の自由の原動力とする手助けをしたことを示す。私たちの論考は、インターネットにおける端役として言論の自由を扱い、検閲レジームを課そうとする散発的な試みを規律するだけにとどまるものではなく、言論の自由をウェブにおける法的枠組の中心に据えるものである。第3部では、歴史上最も強力な言論の自由のプラットフォームに対する現代の脅威に目を向ける。私たちは SOPA 法の中核的な欠陥は言論の自由への脅威であったことを示し、さらに、言論の自由に対するこの脅威が他のより見えにくい枠組 (regimes) —— 刑事罰による (著作権侵害) 規制から環太平洋パートナーシップ、インターネットを国連の管理の下に移そうとする試み—— に移っていることを示す。私たちは、この分析を、欧州連合が提案する「忘れられる権利」にあてはめ、それが言論の自由の中核的な原理——「記憶する権利」と緊張関係に立つことを明らかにする。言論の自由への最大の脅威は、(Web 3.0の新しい技術やあるゆるモノのインターネット化によって促進させられるかもしれない) 広範囲の電子的監視に続く自己検閲によって生じる。

³⁷ Anupam Chander, *The New, New Property*, 81 TEX. L. REV. 715, 796 (2003) (サイバー法の研究者は平等と配分的正義の価値を軽視してきたと主張する) 参照。

³⁸ Martha C. Nussbaum, *Capabilities as Fundamental Entitlements: Sen and Social Justice*, 9 FEMINIST ECON. 33, 42 (2003) (言論をより広い意味での能力である「自己の環境に対するコントロール」の1つと形容する)。憲法解釈に対する権力的なアプローチについては、see generally Martha C. Nussbaum, *Foreword: Constitutions and Capabilities: "Perception" Against Lofty Formalism*, 121 HARV. L. REV. 4 (2007)。

II. 言論を自由にする

1995年の夏、連邦議会上院にある James Exon 上院議員の机を思い描いてほしい。上院議員たちが机の周りに集まり、インターネットからダウンロードされたポルノ画像が入っている青いフォルダを熟読していた。³⁹ Exon 議員はインターネットで入手できる不適切な画像を世に示そうとしていた。⁴⁰ 「ブルーブック」⁴¹として知られるようになったフォルダは、インターネットと修正第 1 条に関する初めての連邦最高裁事案となり、また、思いがけず、今日私たちが知るサイバースペースの隆盛を支える最も重要な法律を生んだ。通信品位法 (Communication Decency Act, “CDA”) をめぐ

³⁹ 141 CONG. REC. S8330 (daily ed. June 14, 1995) (James Exon 上院議員の発言); *id.* (「私は青い冊子の中身を見ているネブラスカ州選出の上院議員たちの肩越しにのぞいてみた。私はそれを 1 ページ見たが、そのわいせつなもの残りを見ようとは思わなかった。」(Patrick Leahy 上院議員の発言))。

⁴⁰ *E.g., id.* at S8339–40; *id.* at S8332 (Daniel Coats 上院議員の発言) 参照; 141 CONG. REC. S8089 (daily ed. June 9, 1995) (James Exon 上院議員の発言)。インターネットがポルノ画像であふれているという主張はタイム誌の巻頭記事の基になった調査研究に基づいている。Marty Rimm, *Marketing Pornography on the Information Superhighway: A Survey of 917,410 Images, Descriptions, Short Stories, and Animations Downloaded 8.5 Million Times by Consumers in over 2000 Cities in Forty Countries, Provinces, and Territories*, 83 GEO. L.J. 1849, 1867 (1995) (Usenet 上に掲載された画像の 83.5% がポルノであると結論付ける); *see generally* Philip Elmer-DeWitt, *On a Screen Near You: Cyberporn*, TIME, July 3, 1995, at 38, available at <http://content.time.com/time/magazine/article/0,9171,134361,00.html>。当該調査研究の方法論は広く批判された。Donna L. Hoffman & Thomas P. Novak, *A Detailed Analysis of the Conceptual, Logical, and Methodological Flaws in the Article: “Marketing Pornography on the Information Superhighway,”* MASS. INST. TECH. (July 2, 1995), <http://mit.edu/activities/safe/writings/pornography/cmu-study/critique-by-hoffman>; David G. Post, *A Preliminary Discussion of Methodological Peculiarities in the Rimm Study of Pornography on the “Information Superhighway,”* MASS. INST. TECH. (June 28, 1995), <http://www.mit.edu/activities/safe/writings/pornography/cmu-study/critique-by-post>; Brian Reid, *Critique of the Rimm Study*, MASS. INST. TECH. (July 5, 1995, 8:30 PM), <http://xenia.media.mit.edu/~rhodes/Cyberporn/reid.on.rimm.html>。

⁴¹ Elmer-DeWitt, *supra* note 40.

る議論は、インターネットをめぐる最初の大論争として歴史に名を残すにとどまらず、さらにはインターネット・ブラックアウトによる抗議表明さえ生み、20年後のより広範な SOPA 法への抗議の前兆となった。⁴² それ以降、インターネットをめぐる議論は、その後数十年にわたって、しばしば言論の自由をめぐる行われた。

どのような言論の自由理論から見ても、インターネットはそれまで不可能であった形で言論の自由を行使することを手助けした。⁴³ 民主的自己統治、思想の市場、人間の尊厳と自己実現という言論の自由に関する伝統的な3つの理論を考えてみよう。「民主的自己統治」の理論は、社会の統治過程への参加を実現する言論の自由の役割を強調する。⁴⁴ インターネットは参加への障害を減らすだけでなく、政治運動と政治的議論のテンポ(pace)を速める——請願や抗議は数回のキータッチで可能である。「思想の市場」理論は、政治的参加の代わりに、アイデアが互いに競争する開かれた議論の場を確保することにより真実を探究し、人類の啓もうを促進

⁴² 1995年12月12日、2万人を越す「ネチズン」が、電話、ファックス、電子メールで、議員たちに対し通信品位法(CDA)に反対するように働きかけた。これは、当時最大規模のインターネット抗議活動であった。*The National Day of Protest Against Internet Censorship Legislation Is Huge Success!*, CTR. FOR DEMOCRACY & TECH., http://web.archive.org/web/19970613212231/http://www.cdt.org/net_protest.html (最終確認日2014年10月26日)。論争の詳細については、see generally MIKE GODWIN, *CYBER RIGHTS: DEFENDING FREE SPEECH IN THE DIGITAL AGE* (1998) (1990年代後半におけるインターネットを規制しようとする立法上の駆け引きを論じる)。

⁴³ インターネット規制に対する修正第1条の問題を取り上げた最初の連邦裁判所による判決において Stewart Dalzell 判事は、インターネットを「出版物や芝生の広場や郵便よりもはるかに言論を促進する媒体である」とし、「インターネットは世界規模の終わりのない会話のようなものであると言えるであろう」と結論付けた。 *ACLU v. Reno*, 929 F. Supp. 824, 882–83 (E.D. Pa. 1996)。

⁴⁴ ALEXANDER MEIKLEJOHN, *POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE* 75 (1960) (修正第1条の目的は「政治組織の全ての構成員が自己統治社会において市民が直面する問題を最大限理解できるようにする」ことにありと宣言する)。

するための不可欠な装置として言論の自由に焦点をあてる。⁴⁵ インターネットにおいては、(思想の)市場理論の支持者たちが想像した形で、しかし以前からは想像もつかないような激しさと(市場への)参加率で、真実と虚偽とが支配権をめぐる争う。Wikipediaに例示されるように、インターネットは、熱心な個人の中央集権化されていないネットワークが「真実」をめぐる共同で作業を行い、議論を戦わせることを可能とする。言論の自由の「人間の尊厳と自己実現」理論は、言論の自由が人間の尊厳と自己自律のために必要であると断言する。⁴⁶ インターネットは、一般市民がこれまで知らなかった広い範囲で自己実現を可能にする。

A. 法的責任と言論

おそらくは「ブルーブック」の記憶を念頭に置きながら、連邦議会は1996年に通信品位法 (CDA) を圧倒的多数で可決した。⁴⁷ 後に連邦法223条とな

⁴⁵ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes 判事反対意見) (「望み得る最高の善は思想の自由取引によって達成される——真実にとって最善のテストはある考えが市場における競争で勝ちぬくことである…」); JOHN STUART MILL, *ON LIBERTY* 40 (Boston: Ticknor & Fields 2d ed. 1863) (1859) (「私たちの意見に対立し、反証する完全な自由こそが、その意見が行動の基礎とするに足る真実性を備えていると考えるための前提条件であり、これ以外に、人間の能力を持った者が自己の意見が正しいとの確信を持つ方法はない。」); JOHN MILTON, *AREOPAGITICA* 58 (Cambridge Univ. Press 1918) (1644) (「理論の風が地上で自由に吹いているが、真実は野原にこそあり、私たちは、“真実”の強さを疑うことを認めたり、禁じたりすることで誤りを犯す。“真実”と誤りを競わせよ。彼女と虚偽を相争わせよ、自由で開かれた状況でぶつかり合って、真実が不利になることなどだろうか?」).

⁴⁶ David A.J. Richards, *Free Speech and Obscenity Law: Toward a Moral Theory of the First Amendment*, 123 U. PA. L. REV. 45, 62 (1974) (「自由な表現の重要性は、言論や著作、絵画など象徴的なシステムを創出し、表現する人間の中心的な能力にかかっている。表現の自由の価値は、それを欠けば精神生活が貧しく奴隷的なものとなる主体的な自己決定から派生する自身の尊厳との深い結び付きにある。」); see also Thomas Scanlon, *A Theory of Freedom of Expression*, 1 PHIL. & PUB. AFF. 204, 213–18 (1972) (個人と国家の自律について論じる).

⁴⁷ Communications Decency Act of 1996, Pub. L. No. 104-104, tit. V, § 502, 110 Stat. 133 (codified as amended at 47 U.S.C. §§ 223, 230 (2012)).

る同法の中核的な条項は、未成年者に向けた「品位を欠く」(indecent)通信の発信・受信についての責任を媒介者に負わせた。⁴⁸ 同法案に批判的であったJerrold Nadler下院議員は、それを「サイバースペースにおける焚書」と呼んだ。⁴⁹ ほぼ忘れ去られた出来事ではあるが、Yahoo!や他のインターネットサービスは「自由な言論、教育そして政治的な議論の有効な手段としてのインターネットの存在そのもの」に対する脅威を非難するために、黒い背景に白文字を用いてそれぞれのウェブサイトを暗転させた。⁵⁰ インターネットサービス業者に対し、子供が「品位を欠く」コンテンツにアクセスできないようにすることを要求することによって、通信品位法(CDA)は、事業者に対し、(1)特にユーザーコンテンツであふれている自社のサイトから「品位を欠く」言論を特定し、削除するという不可能なタスクを強い、(2)年齢確認を要求するものだった。PinterestやGoogleが彼らのサービスの品位を確保するために警察活動をしなければならず、それに失敗した場合には罰金及び／又は最大2年の懲役刑を受けることを想像してほしい。⁵¹

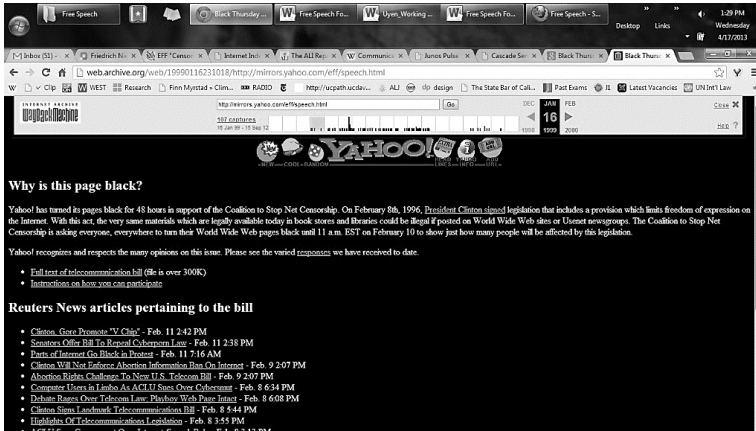
⁴⁸ 47 U.S.C. § 223(a)(1)(B), (d) (1996), *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997) によって無効とされた。

⁴⁹ Peter H. Lewis, *Protest, Cyberspace-Style, for New Law*, N.Y. TIMES (Feb. 8, 1996), <http://www.nytimes.com/1996/02/08/us/protest-cyberspace-style-for-new-law.html>.

⁵⁰ *Join Hundreds of Thousands of Other Internet Users in * 48 Hours of Protest * After President Clinton Signs the Bill That Will Censor the Internet*, CTR. FOR DEMOCRACY & TECH., http://web.archive.org/web/20080117200241/http://www.cdt.org/speech/cda/960203_48hrs_alert.html (最終確認日2014年10月26日); Meeks Mixed Media, *The Day the Internet Went Dark—The Fight Against the Communications Decency Act*, YOUTUBE (Nov. 17, 2011), <http://www.youtube.com/watch?v=iArH2pS2-bM>. NetscapeとPatrick Leahy上院議員も約1,500の他のサイトとともにホームページを暗転させた。Dan Mitchell, *Remembering the Great Web Blackout*, WIRED (Feb. 8, 1997), <http://archive.wired.com/politics/law/news/1997/02/1947>. 「1,000もの暗黒の点」、「暗黒の火曜日」、「大いなるウェブの暗転」などさまざまな名前を持つ暗転キャンペーンはVoters Telecommunications WatchとElectronic Frontier Foundationによって主導された。Lewis, *supra* note 49; Mitchell, *supra*.

⁵¹ 47 U.S.C. § 223(a)(2), (d)(2).

図1. 1996年2月のインターネットブラックアウト(暗転)抗議時のYahooのウェブページ



しかし、連邦法230条を改正する通信品位法の別の条項が、インターネット企業の僥倖となるだろう。⁵² その条項は下院で起草され、420対4の圧倒的多数で可決された。⁵³ それは両院協議会において、いさかか不自然な形で223条に接合された。230条は、インターネットを「政治的議論の真の多様性を生み、文化の発展の特別な機会を提供し、知的活動のための多くの道を開く場」と明確に認識していた。⁵⁴ 同条項は、ユーザーの行為につ

⁵² Center for Democracy and TechnologyのJerry Bermanは、インターネットは、上院での品位を欠くコンテンツを規制する条項に関する戦闘(局地戦)には敗れたかもしれないが、以下に論じるCox-Wydenの修正によって戦争には「勝つかもかもしれない」との認識を示した。John Schwartz, *House Vote Bars Internet Censorship: Amendment to Communications Bill Seems in Conflict with Senate*, WASH. POST, Aug. 5, 1995, at A11.

⁵³ 通信品位法(CDA)の品位を欠くコンテンツを規制する条項はJames Exon上院議員とDaniel Coats上院議員によって提案された。他方、下院の通信改革法案は検閲の要件を全く欠いていた。230条に結実した修正は、Christopher Cox下院議員とRonald Wyden下院議員によって提案された。Schwartz, *supra* note 52; see also Internet Freedom and Family Empowerment Act, H.R. 1978, 104th Cong. § 2 (1995) (制定); THE COMMUNICATIONS ACT: A LEGISLATIVE HISTORY OF THE MAJOR AMENDMENTS, 1934-1996, at 141-46 (Max D. Paglin ed., 1999).

⁵⁴ H.R. 1978 § 2.

いてインターネット上の媒介者を免責した。Zoe Lofgren 下院議員は、下院の議場において、230条に組み込まれた言論の自由を支持した。⁵⁵ 同議員は、230条が「修正第1条とネット上のオープンシステムを維持する」と信じた。

連邦議会は、言論を制約しつつ解放するという形で自らの中に対立を抱える法案を可決し、今度は裁判所にバトンを渡すことになった。裁判所は、223条の言論の制約を拒絶し、他方で230条の言論の自由を強化するという大胆な反応を見せた。

連邦最高裁は、インターネットに関する初めての判決において、この新しい通信媒体における言論の自由を明示的に守るために、通信品位法 (CDA) の年齢確認条項を違憲とした。*Reno v. ACLU* 事件において、連邦最高裁は、あるコミュニティによって品位を欠くと判断されるコンテンツに対する子供のアクセスを制限する中核的な条項を違憲とした。⁵⁶ 仮に通信品位法 (CDA) の品位を欠くコンテンツを制限する条項が生きながらえていたら、多くのウェブサイトは、あるコミュニティが「品位を欠く」と判断する可能性のある投稿から生じる責任を恐れ、個人が自由に投稿することを認めることに消極的となったかもしれない。クレジットカード会社は認証に課金するため、クレジットカードを利用した年齢確認を用いるウェブサイトが手数料を要求することになったかもしれない。⁵⁷ 通信品位法 (CDA) は、自由な (無料の) インターネットの終わりを意味したかもしれない。さらに、これらのサイトにはクレジットカードを持っている成人しかアクセスすることができなくなることになっていただろう。さらに通信品位法 (CDA) のために、「品位を欠く」内容を監視することができないソーシャルメディアのウェブサイトは、青少年のアクセスを拒まなければならないことになっただろう。

連邦最高裁はサイバースペースにおける言論の自由の可能性を支持した。*Stevens* 判事は、法廷意見の冒頭で、インターネットが「世界的規模での人的通信のためのユニークで全く新しい媒体である」とはっきりと述べ

⁵⁵ 141 CONG. REC. H8471 (daily ed. Aug. 4, 1995) (Zoe Lofgren 下院議員の発言)。

⁵⁶ *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 875–79 (1997).

⁵⁷ *Id.* at 856.

た。⁵⁸ 法廷意見は、連邦最高裁がこの新しい媒体についてラジオやテレビなどの放送媒体とは異なる扱いをすることを宣言した。すなわち、「通信品位法 (CDA) の発効以前も以後もインターネットの民主的なフォーラムが放送産業に対するものと同様の政府による監視と規制に服することはない」と。⁵⁹ 連邦最高裁は、インターネットが「たとえばワグナーの音楽からバルカン半島の政治情勢、エイズ予防からシカゴ・ブルズまでの広いトピックについての情報や意見の交換を促進する」場 (媒体) を提供していることを指摘し、民主的 (情報の) 交換をもたらすインターネットの価値を強調した。⁶⁰

連邦最高裁が通信品位法 (CDA) の言論の自由に反する側面を排除したことに加え、下級裁判所は、修正第 1 条に示唆を受けて、230 条を拡大解釈した。最も重要なのは、裁判所がインターネットの媒介者について、(表現の) 発行者及び流通者としての責任もいずれも否定したことである。*Zeran v. American Online, Inc.* 事件において、第 4 巡回区控訴審裁判所は、230 条が発行者の責任を明示的に否定したことは、流通者の責任を同様に否定することを黙示的に意味すると判断した。⁶¹ 裁判所は、サービス・プロバイダは、あるユーザーが不快に感じる情報を残したままにしておくことから生じ得る責任を恐れ、これを削除することになるため、流通者責任は言論の自由を委縮させると説明した。： サービス・プロバイダは、情報の削除でなく、情報の発行についてのみ責任を負うため、通知があった場合には、内容が名誉毀損であるかを問わず、ただちにメッセージを削除す

⁵⁸ *Id.* at 850 (quoting *ACLU v. Reno*, 929 F. Supp. 824, 844 (E.D. Pa. 1996), *aff'd*, 521 U.S. 844 (1997)) (内部の引用表記は削除)。

⁵⁹ *Id.* at 868–69.

⁶⁰ *Id.* at 851. Patrick Leahy 上院議員は判決を歓迎した：「連邦最高裁は、オンラインの場でも修正第 1 条の権利を失わないことを明確にした。この判決は、インターネットの歴史にとって記念碑的な出来事であり、未来における成長の確固たる基礎となる。オンライン・コミュニケーションに対する修正第 1 条の保護を変容させていたら、この新しいコミュニケーションの方法に対し大きな損害を与えていただろう。」143 CONG. REC. S6491 (daily ed. June 26, 1997) (Patrick Leahy 上院議員の発言)。

⁶¹ *Zeran v. Am. Online, Inc.*, 129 F.3d 327, 328 (4th Cir. 1997).

るインセンティブを自然に持つだろう。⁶² 第4巡回区控訴審裁判所は、230条のより高次元の目的を抽出し、連邦議会の意図は、「インターネットにおける制約のない言論の促進にある」とした。⁶³ J. Harvie Wilkinson III 主任裁判官は、法廷意見において以下のように説明した。:

連邦議会は、新しく成長しているインターネット・メディアにおける言論の自由に対して不法行為に基づく訴訟が与える脅威を認識していた。サービス・プロバイダに対し、他人の通信について不法行為責任を負わせることは、連邦議会にとって、単に別の形で介入する政府規制を意味するものだった。インターネット通信の健全さを維持し、それによってメディアに対する政府の介入を最小限に抑えることは、230条が制定された1つの理由である。⁶⁴

これから先10年以上、230条は、訴えに対する最初のそして、しばしば最後の防衛線と、インターネット企業にとって命綱となるだろう。⁶⁵

230条は全ての言論を網羅的に免責する規定ではなかった——むしろそれは、媒介者である限りにおいて媒介者を保護するものであった。媒介者は、自らの言論については依然として責任を問われ得るものとされた。通信品位法 (CDA) は、あるサービスが通信品位法 (CDA) の定義上発言者でなく、当該サービスが不快な内容を「作成」せず、他人の言論の真の媒介

⁶² *Id.* at 333.

⁶³ *Id.* at 334.

⁶⁴ *Id.* at 330. そのような230条の拡大解釈は州裁判所においても継続的に見られるだろう。カリフォルニア州最高裁は、「通知に基づくサービス・プロバイダの法的責任を認めることは、オンラインの投稿が気に入らなかった場合にいつでも不服を申し立て、インターネットの言論の自由に相当の負担をかけることを認める」ため、230条は言論を委縮効果から守るものであることを強調し、「オンライン上の表現の自由を保護するもの」であると述べた。Barrett v. Rosenthal, 146 P.3d 510, 525, 529 (Cal. 2006).

⁶⁵ See Anupam Chander, *How Law Made Silicon Valley*, 63 EMORY L.J. 639, 653 n.58 (2014) (連邦法上及び州法上の請求に対して230条の抗弁を用いてインターネット企業が勝訴した判決を数多く収集している).

者にとどまる場合にのみ免責するものであった。⁶⁶ 被告となったインターネット企業は、自らが発言者となった場合に通信品位法 (CDA) の抗弁は、認められないことを認識した。⁶⁷ このように、230条は、他人の言論の運び手を務める媒介者の特別な役割を認めている。

B. 著作権と検閲

著作権は、しばしば、修正第1条の範疇の外にあり、その制約を受けないとみられてきた。確かに、修正第1条に基づいて著作権を制限しようとするパブリックドメインの支持者による試みは、裁判所によって拒絶されてきた。⁶⁸ しかし、私たちが以下に示すように、修正第1条に関する懸念が、DMCAがインターネット媒介者に与えた法律上の保護を後押しした。

しかし、DMCAが最初に提案されたとき、言論の自由の支持者たちは警鐘を鳴らした。彼らは、通信品位法 (CDA) において、品位を欠く言論に対する措置を定めた条項に焦点をあてたように、今度はDMCA第1章の迂回手段回避の制限条項に焦点をあてた。アクセスや複製防止手段を回避する装置を刑事罰の対象とすることは、批評を促進するコピー・アンド・ペ

⁶⁶ 47 U.S.C. § 230(c)(1) (2012) (「プロバイダ又は双方向のコンピュータ・サービスの利用者は、他の情報コンテンツの提供者によって提供された情報の発行者又は発言者とみなされないものとする。」); *id.* § 230(f)(3) (「『情報コンテンツ提供者』とは、インターネットその他の双方向のコンピュータ・サービスによって提供される情報の作成、開発について全部又は一部責任を持つ個人又は団体を指す。」)。

⁶⁷ *See, e.g., Fair Hous. Council of San Fernando Valley v. Roommates.com, LLC*, 521 F.3d 1157, 1164–65 (9th Cir. 2008) (en banc).

⁶⁸ *See Golan v. Holder*, 132 S. Ct. 873, 878 (2012) (修正第1条は「パブリック・ドメインを作品が決して脱出することができない領域とするものではない」と判示する); *Eldred v. Ashcroft*, 537 U.S. 186, 194 (2003) (「著作権保護期間の延長は『伝統的な著作権保護の外延を改変するものではなく、したがって修正第1条に基づく審査は不要である』と判示する); *Harper & Row, Publishers, Inc. v. Nation Enters.*, 471 U.S. 539, 560 (1985) (修正第1条の観点からの保護が、「著作権法上保護される表現と保護されない事実やアイデアの区別において」考慮されていると判示する)。

ーストを不可能にし、他人の作品への論評を委縮させることを危惧した⁶⁹。DMCAに関する議論は、著作権産業に対する法律上の保護に焦点が当てられており、同産業をおびやかす可能性のある者に対する免責には焦点はあてられていなかった。

しかし、その当時においても、DMCAの支持者たちは第2章が自由な言論の条件を整える手助けをすることを理解していた。最も重要なことは、連邦議会が、第2章において、言論の新しい産業——個人が自分自身を表現することを可能にするインターネット・サービス・プロバイダ——を認識していたことである。下院の報告書は、同法第2章は、現在まで当該分野において最も熟慮された指導的判例である *Religious Technology Center v. Netcom On-line Communications Services, Inc.* における判決の結論を明文化したものであると説明した。⁷⁰ その事件において、カリフォルニア州北部地区連邦地方裁判所の Ronald Whyte 判事は、明示的に修正第1条の懸念を用いて著作権侵害のために利用されたウェブ・サービスを保護した。この事件は、過剰な著作権保護が言論の自由に対して与える危険を例証するものである。サイエントロジー教団の創始者である L. Ron Hubbard の著作物の著作権者が、「サイエントロジーの元司教で、現在教団に対して厳しい批判をする者」が Hubbard の著作物の一部を掲載した Usenet の掲示板の運営者を訴えた。⁷¹ Whyte 判事は、「もし Usenet サーバーに自らのシステムを

⁶⁹ See JESSICA LITMAN, DIGITAL COPYRIGHT 169–70 (2001); Benkler, *supra* note 12, at 415–16; Glynn S. Lunney, Jr., *The Death of Copyright: Digital Technology, Private Copying, and the Digital Millennium Copyright Act*, 87 VA. L. REV. 813, 833–35 (2001); Pamela Samuelson, *Intellectual Property and the Digital Economy: Why the Anti-Circumvention Regulations Need to Be Revised*, 14 BERKELEY TECH. L.J. 519, 535–37 (1999); Fred von Lohmann, *Measuring the Digital Millennium Copyright Act Against the Darknet: Implications for the Regulation of Technological Protection Measures*, 24 LOY. L.A. ENT. L. REV. 635, 646–48 (2004)。私たちは、彼らを非難したり、彼らの懸念が理由がないものであると指摘するものではない。；本論文執筆者のこのテーマに関する論考については、see Anupam Chander, *Exporting DMCA Lockouts*, 54 CLEV. ST. L. REV. 205, 208–10 (2006)。

⁷⁰ H.R. REP. NO. 105-551, pt. 1, at 11 (1998)。

⁷¹ *Religious Tech. Ctr. v. Netcom On-Line Commc'n Servs., Inc.*, 907 F. Supp. 1361, 1365–66 (N.D. Cal. 1995)。

行き来する全てのメッセージを選別する責任があるとしたら、これまでに作られた中で最も優れた自由な言論のための公的な論争の場とも言われるものに深刻な委縮効果をもたらす可能性がある」と述べた。⁷² Whyte判事は、事件において被告となったインターネット・サービスは「ユーザーの言論に不可欠な役割を担っている」と説明した。⁷³ 同判事は、著作権法上の責任が、言論の自由に対する潜在的な「事前抑制」となると評価した。⁷⁴

第2章となる法案を提案するにあたり、⁷⁵ John Ashcroft 上院議員は、著作権侵害の免責条項は言論の自由に資するものであると明言した。彼は、オンライン・サービス・プロバイダと「教育・娯楽・調査研究目的でインターネットやデジタルフォーマットの情報を利用する者」を念頭に、オンライン・サービス・プロバイダとユーザー双方の「発言し、習得する機会は

⁷² *Id.* at 1377–78.

⁷³ *Id.* at 1383.

⁷⁴ *Id.*

⁷⁵ 1997年7月29日、上院H.R. 2281及び下院S. 1121として提案されたDMCAの原案は著作権侵害の責任制限を欠いていた。See WIPO Copyright and Performances and Phonograms Treaty Implementation Act of 1997, S. 1121, 105th Cong. (1997); WIPO Copyright Treaties Implementation Act, H.R. 2281, 105th Cong. (1997年7月29日、Howard Coble 下院議員によって提案された)。John Ashcroft 上院議員は、オンラインサービスプロバイダの著作権侵害責任を制限する512条を新たに挿入することで連邦法17章を改正する別の法案S. 1146を1997年9月3日に提出した。See Digital Copyright Clarification and Technology Education Act of 1997, S. 1146, 105th Cong. § 102(a) (1997)。Howard Coble 下院議員は、1997年7月17日、下院版の法案H.R. 2180を提案した。See On-Line Copyright Liability Limitation Act, H.R. 2180, 105th Cong. (1997)。上院と下院の法案の相違点を解消するため、Coble 下院議員は、H.R. 2281 (これも同議員による提案) に組み込まれたH.R. 3209を提案し、同法案は第2章の一部となった。See On-Line Copyright Infringement Liability Limitation Act, H.R. 3209, 105th Cong. (1998)。See also Michelle A. Ravn, *Navigating Terra Incognita: Why the Digital Millennium Copyright Act was Needed to Chart the Course of Online Service Provider Liability for Copyright Infringement*, 60 OHIO ST. L.J. 755, 778–83 (1999)。立法経緯の詳細については、see S. REP. NO. 105-190, at 2–8 (1998)。

保護されなければならない」と主張した。⁷⁶ 第2章を起草するにあたって、連邦議会は、コモン・ロー上の責任ルールで十分であると考える著作権業界の意見を受け付けなかった。

下院が両院協議会の報告書を採択する際にBarney Frank下院議員は、議会による立法がオンラインの言論の自由に対して与える影響について述べた。「我々は、世界中で最も自由な言論の自由を享受している。…しかし私たちは電子的に送受信される言論は憲法上同等の保護に値しないとす一連の新たな立法を行っている。私たちはこのような流れを逆転させなければならない、さもないと私たち自身の自由を崩壊させてしまう。」⁷⁷ Frank下院議員は、第2章がインターネット媒介者が検閲者として行動しないことを保証するものであると信じていた。「私たちは、司法小委員会において、知的財産を保護しつつ、オンライン・サービス・プロバイダに検閲を行う過剰なインセンティブを与えないような方法を見付けることに特に努力を払った。」⁷⁸

DMCA第2章が言論の自由にとって有する重要性は、強調され過ぎることではない。第2章以前には著作権侵害責任の刃がインターネットの頭上にぶら下がっていた。*Playboy Enterprises Inc. v. Frena*⁷⁹事件と*MAI Systems*

⁷⁶ *The Copyright Infringement Liability of Online and Internet Service Providers: Hearing Before the Comm. on the Judiciary*, 105th Cong. 42 (1997) (John Ashcroft 上院議員の発言)。

インターネット上の著作権保護について取り組む試みは、電子商取引の拡大によって恩恵を受ける全ての者を保護するものでなければならない。

コンテンツ産業界は重視されなければならない——そして私はその保護の必要性を十分に理解している——しかし、オンライン・サービス・プロバイダやインターネット、デジタルフォーマットのデータを教育、娯楽、調査研究その他のために利用する者も同様に重視されなければならない。発言し、習得する彼らの機会は保護されなければならない。

Id.

⁷⁷ 144 CONG. REC. H10,618 (daily ed. Oct. 12, 1998) (Barney Frank 下院議員の発言)。

⁷⁸ *Id.*

⁷⁹ *Playboy Enters., Inc. v. Frena*, 839 F. Supp. 1552, 1559 (M.D. Fla. 1993)。

Corp. v. Peak Computer, Inc. 事件⁸⁰において、連邦裁判所は、インターネット・サービス・プロバイダは、通常のインターネット活動において生じる一時的な複製についてさえ、彼らのサービスを通じて生じる著作権侵害の責任を認めた。もし、ウェブ・サービスのプロバイダがこのような責任を負わされていたら、インターネットは閉鎖されていただろう。著作権と検閲との直接的な関係はSOPA法においてより一層明らかとなるだろう。⁸¹ DMCAの言論の自由における解放的な効果は、仮説を通じて理解することができる。：もし、プロバイダがユーザーの著作権侵害に責任を負うとしたら、私たちはGoogleやFacebookの出現を想像することができるだろうか？

C. プライバシーと情報公開

1995年、欧州連合 (EU) は新たに壮大なプライバシー保護法制であるデータ保護指令を採択した。⁸² 1998年、政府のガイドラインに基づいて個人情報取扱事業者を監督するため日本は包括的な情報官庁である個人情報保護監督機関を設置し、2001年及び2003年には、個人情報に適用される幅広い立法が行われた。⁸³ 2001年、韓国は消費者のプライバシーを保護する法律を制定した。⁸⁴ しかし、アメリカ連邦議会は、驚くほど謙抑的であり、

⁸⁰ *MAI Sys. Corp. v. Peak Computer, Inc.*, 991 F.2d 511, 518–19 (9th Cir. 1993).

⁸¹ *See infra* Part III.A.

⁸² Council Directive 95/46, 1995 O.J. (L 281) (EC).

⁸³ 個人情報の保護に関する法律 (暫定版) [Act on the Protection of Personal Information], Act. No. 57 of 2003 (法令翻訳データ集 [翻訳DB]) (日本), <http://www.cas.go.jp/jp/seisaku/hourei/data/APPI.pdf>; 特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律 [Act on the Limitation of Liability for Damages of Specified Telecommunications Service Providers and the Right to Demand Disclosure of Identification Information of the Senders], Act No. 137 of 2001, art. 4 (法令翻訳データ集 [翻訳DB]) 02 (日本), <http://www.japaneselawtranslation.go.jp/law/detail/?id=2088&vm=04&re=>.

⁸⁴ Act on Promotion of Information and Communications Network Utilization and Data Protection, Act No. 7812, July 1, 2001 (S. Kor.), *translated in* <http://www.worldlii.org/int/other/PrivLRes/2005/2.html>.

13歳未満の児童のプライバシーを保護する法律を導入するにとどまっている。⁸⁵ 包括的なプライバシー法案が何本も提案されたが、1つとして可決成立することはなかった。⁸⁶ なぜだろうか？

確かに、アメリカが1990年代を通じてインターネットの自主的な規制を好んだことに、アメリカがビジネス寄りの態度をとっていたことが極めて大きな役割を果たしていた。知的財産と違い、プライバシーはシリコン・バレーの利益と明らかに対立する利益を有する産業を持たなかったため、産業界は広範なプライバシー法制におおむね一致して反対した。しかし、産業優先だけが唯一の関心だったわけではない。アメリカが自主的な規制による方法を選んだのは、憲法上の理由からであった。：民間団体の自主的な規制を認めることによって、彼らの修正第1条に基づく権利を認識できる形で侵害する可能性のある政府規制や規制遵守義務がなくなるだろう。実際に、我々が以下に示すように、修正第1条は、他の先進国において導入されたような広範なプライバシー法規制にとって相当な障害とな

⁸⁵ 15 U.S.C. §§ 6501–6506 (2012).

⁸⁶ 第105回連邦議会 (1997–1999) では the Data Privacy Act of 1997, the Communications Privacy and Consumer Empowerment Act, the Federal Internet Privacy Protection Act of 1997, and the Consumer Internet Privacy Protection Act of 1997 を含むオンライン・プライバシーに関する9つの法案が提出された。H.R. 2368, 105th Cong. (1997); H.R. 1964, 105th Cong. (1997); H.R. 1367, 105th Cong. (1997); H.R. 98, 105th Cong. (1997). 同様の試みが第106回連邦議会 (1999–2001) で続いた。16本の法案が上下両院8本ずつ提案された。これらは以下の法案が含まれていた。the Internet Integrity and Critical Infrastructure Protection Act of 2000, the Privacy Commission Act, the Online Privacy Protection Act of 1999, the Electronic Privacy Bill of Rights Act of 1999 と the Internet Growth and Development Act of 1999. S. 2448, 106th Cong. (2000)である。; H.R. 4049, 106th Cong (2000); S. 809, 106th Cong. (1999); H.R. 3321, 106th Cong. (1999); H.R. 1685, 106th Cong. (1999). プライバシー保護論者たちは第107連邦議会 (2001–2003) に期待を寄せていた。最初の数週間のうちにオンライン・プライバシーに焦点をあてた数本の法案が提案された。Consumer Online Privacy and Disclosure Act, the Consumer Internet Privacy Enhancement Act, the Social Security On-line Privacy Protection Act, and the Online Privacy Protection Act of 2001. H.R. 347, 107th Cong. (2001); H.R. 237, 107th Cong. (2001); H.R. 91, 107th Cong. (2001); H.R. 89, 107th Cong. (2001).

った。⁸⁷ 私たちはプライバシーを保護する法律がそれ自体違憲であると主張するつもりはなく、そうした法律が、言論の自由を侵害する恐れがあるため、連邦議会がその制定に消極的であると指摘するものである。

インターネット以前から、修正第1条は、コモン・ロー上のプライバシー侵害の不法行為主張を抑制してきた。⁸⁸ William Prosserのプライバシー

⁸⁷ Eugene Volokhは修正第1条のプライバシー法に対する制約は、私たちが認識しているものをはるかに超えていることを指摘する。:「現在の法理の下では、個人情報公開する言論を制約することは、契約上の義務として課されている場合に限り合憲である…。」Eugene Volokh, *Freedom of Speech and Information Privacy: The Troubling Implications of a Right to Stop People from Speaking About You*, 52 STAN. L. REV. 1049, 1122 (2000). 別の見解については、see generally Robert C. Post, *The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation, and Hustler Magazine v. Falwell*, 103 HARV. L. REV. 601 (1990); Paul M. Schwartz, *Free Speech vs. Information Privacy: Eugene Volokh's First Amendment Jurisprudence*, 52 STAN. L. REV. 1559 (2000); Daniel J. Solove, *The Virtues of Knowing Less: Justifying Privacy Protections Against Disclosure*, 53 DUKE L.J. 967 (2003) 参照。

⁸⁸ See, e.g., 1 RODNEY A. SMOLLA, LAW OF DEFAMATION § 4:65 n.3 (2d ed. 2012) (「私的な事柄の公開による不法行為は、修正第1条の観点から多くの問題を生じ…今後存在し続けるかは純粋に疑問である。」); Thomas I. Emerson, *The Right of Privacy and Freedom of the Press*, 14 HARV. C.R.-C.L. L. REV. 329, 333 (1979) (Prosserの不法行為類型の2つ、すなわち恥ずべき私的な事柄の公開による不法行為と誤った事実に基づく不法行為は「深刻な修正第1条の問題を生じる」と指摘する); Paul Gewirtz, *Privacy and Speech*, 2001 SUP. CT. REV. 139, 176 (「連邦議会が報道とプライバシーの対立を判断したケースのほぼ全てにおいてプライバシーの主張が退けられている」と指摘するが「連邦最高裁は言論／プライバシーの均衡がプライバシーにあまりに不利に傾く不均衡を許している」と論じる); Neil M. Richards, *The Limits of Tort Privacy*, 9 J. ON TELECOMM. & HIGH TECH. L. 357, 361 (2011) (「修正第1条は、ごく限られたケースを除き、事実の公表に対するプライバシーに優先する。」); Diane L. Zimmerman, *Requiem for a Heavyweight: A Farewell to Warren and Brandeis's Privacy Tort*, 68 CORNELL L. REV. 291, 293 (1983) (「修正第1条の下で真実を含む言論が不法行為を構成すると取り扱うことの内在的な困難さ」を指摘する); see also Fla. Star v. B.J.F., 491 U.S. 524, 530 (1989) (「修正第1条が自由な報道に与える権利を一方に置き、これと、真実を含む情報の公開に対する個人のプライバシーに対してさまざまな成文法やコモン・ロー上の法理が与える保護との緊張関係」を見る); Cox Broad. Corp. v. Cohn, 420

侵害の不法行為法は、言論の自由への影響を懸念する裁判所によってその拡大が抑制されてきた。⁸⁹ 自身の著作がプライバシー侵害の不法行為法を形成するのに貢献した Louis Brandeis でさえ、初期のプライバシーを強く保護する立場から後退し、Oliver Wendell Holmes 判事の「アイディアの自由な取引」が「我々が嫌悪し、死の危険を伴うと思われる意見」に対する懸念を上回るとの見解に賛同するようになった。⁹⁰ 連邦議会がコンピュータ・データベースの発達に呼応して連邦政府に対して情報を非公開とするように要求したのに比べて、⁹¹ たとえば外部の信用情報や健康情報など民

U.S. 469, 496 (1975) (「政治機構はプライバシーの利益と公衆の知る権利及び報道の自由とを考量しなければならない。」。 *But cf.* Melville B. Nimmer, *The Right to Speak from Times to Time: First Amendment Theory Applied to Libel and Misapplied to Privacy*, 56 CALIF. L. REV. 935, 957 (1968) (「言論や他の表現に関わらないので、意見の押し付けは修正第 1 条の問題を生じない」とする)。

⁸⁹ See, e.g., *Hall v. Post*, 372 S.E.2d 711, 714 (N.C. 1988) (「真実であるが『私的』である事柄の公表によるプライバシー侵害の主張は法律上認められない」と判示した); *Renwick v. News & Observer Publ'g Co.*, 312 S.E.2d 405, 412 (N.C. 1984), *cert. denied*, 469 U.S. 858 (1984) (「修正第 1 条と (プライバシー侵害) の主張の間の緊張関係を増幅する」ため、事実誤認に基づくプライバシー侵害の請求を認めなかった)。その懸念は、最近の事件にも引き継がれている。*Taus v. Loftus*, 151 P.3d 1185, 1204 (Cal. 2007) (「取材と出版は、明白に (被告) の言論の自由の行使である」という理由で、私的な事柄の公開を (プライバシー侵害として) 認めなかった (原文に改変) (内部の引用表記は削除)); *Denver Publ'g. Co. v. Bueno*, 54 P.3d 893, 894 (Colo. 2002) (「修正第 1 条に基づく自由に対する委縮効果の亡霊を呼び覚ますため」、事実誤認によるプライバシー侵害の不法行為を認めなかった。); *Jews for Jesus, Inc. v. Rapp*, 997 So. 2d 1098, 1100 (Fla. 2008) (「修正第 1 条に付随する保護」を欠いているため事実誤認によるプライバシー侵害の不法行為を認めなかった); *Lake v. Wal-Mart Stores, Inc.*, 582 N.W.2d 231, 235 (Minn. 1998) (「事実誤認に基づくプライバシー侵害の請求は名誉毀損に基づく請求と類似し、名誉毀損より広範である点において、不法行為に基づく請求と修正第 1 条との緊張関係は増大している」); *Cain v. Hearst Corp.*, 878 S.W.2d 577, 579 (Tex. 1994) (事実誤認によるプライバシー侵害の請求を認めなかった)。

⁹⁰ *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes 判事反対意見)。

⁹¹ Privacy Act of 1974, Pub. L. No. 93-579, 88 Stat. 1896 (1974) (改正により 5 U.S.C. § 552a として条文化された (2012))。

間の団体によって生成されたデータベースに対する同様の規制を行うことには消極的であった。民間団体に対するプライバシー規制を加えようとする試みは修正第1条に違反するという懸念に直面した。⁹² しかし、それは言論の自由それ自体がプライバシー保護法制を拒絶するという意味ではない。むしろ、言論の自由への懸念は、企業を規制する懸念と相まって、その分野における議会の動きを制約した。James Whitmanが書いているように、「表現の自由は、大陸法系のプライバシーにとってアメリカにおける最も恐るべき敵となっている。」⁹³ Fred Cateは、2001年、通商、貿易及び消費者保護に関する下院小委員会に書簡を送り、プライバシーに対してヨーロッパ流のアプローチをとることに對して警鐘を鳴らし、「当然のことながら、ヨーロッパは、『修正第1条』も情報の流通に対する憲法上の保護の歴史も持っていない」と指摘した。⁹⁴

インターネット・サービス・プロバイダに広範なプライバシー保護を与えることへの躊躇は、1999年、第10巡回区控訴審裁判所が電気通信事業者に対する消費者プライバシー保護規制を違憲と判断したことが確認されるだけであろう。U.S. West, Inc. v. FCC事件において、控訴審裁判所は、電話会社がある特定の範囲を超えて個人情報を利用する場合に顧客の同意

⁹² Bruce E.H. Johnson & Anuj C. Desai, *Consumer Privacy and the First Amendment*, in COMMUNICATIONS LAW 513, 522 (Practising Law Inst. ed., 2000) (「(提案された連邦プライバシー法は個人に対して、自分自身の個人情報をコントロールするほとんど制約のない権利 (すなわち他人が自分についてどのようなことを言うかをコントロールする権利) を与えるため、これらの法案は修正第1条の問題を生じる可能性が高いだろう…」)。

⁹³ James Q. Whitman, *The Two Western Cultures of Privacy: Dignity Versus Liberty*, 113 YALE L.J. 1151, 1209 (2004). Whitmanはアメリカにおける態度を以下のように述べた: 「そして、規制を提案する際、Pamela Samuelsonが指摘するように、『ヨーロッパで採用されている厳格で包括的な規制枠組』よりも典型的にアメリカ的なやり方で、『市場原理に基づき個人データ保護を解決する方法』を好む。」。Id. at 1193 (Pamela Samuelson, *Privacy as Intellectual Property?*, 52 STAN. L. REV. 1125, 1127–28 (2000) を引用)。

⁹⁴ *Privacy in the Commercial World: Hearing Before the Subcomm. on Commerce, Trade & Consumer Prot. of the H. Comm. on Energy & Commerce*, 107th Cong. 105 (2001) (Fred H. Cate, Professor of Law, Indiana University Maurer School of Law の発言)。

を義務付けることは、会社が有する修正第1条の権利を侵害すると判断した。⁹⁵ 1996年電気通信法の「消費者情報のプライバシー」という条項に基づいて、連邦通信委員会（「FCC」）は、電気通信事業者が特定の範囲を越えて情報を利用する前にオプト・インの形での同意を得ることを義務付けようとした。⁹⁶ 第10巡回区控訴審裁判所は当該規制を無効と判断する際、プライバシー保護が違憲審査基準を通過（パス）するためには、政府は、手段を限定的なものとしなければならないとした。⁹⁷ 裁判所は、FCCが目的を達成するためにはオプト・アウトの方法によることを検討できたはずであると判断した。そして、それは、ヨーロッパで推進されているオプト・イン要件に対し明確に反対する意思を示すものであった。

U.S. West 事件におけるインターネット企業の規制が示唆するものは、比較的直接的なものであった。最も根本的なところでは、裁判所は、消費者情報の利用を規制するプライバシー法規制が——それが営利団体による利用であったとしても——修正第1条の審査に服することを明確にしたことである。*U.S. West* 事件において、裁判所は、プライバシー保護法制は、「(憲法上) 保護される商業的言論を制限するため、修正第1条と関係する」とした。⁹⁸ 2001年の *Bartnicki v. Vopper* 連邦最高裁判決において、最高裁は「情報公開に対する単純な禁止は、純粋な言論の制限として位置付けることができる」ことを再度支持した。⁹⁹ 連邦最高裁は、次のように繰り返した。¹⁰⁰ 「情報を公開ないし発行する行為は…言論を構成する。」

顧客情報（の利用）を規制する試みは、修正第1条に基づく審査を招来することは明白である。*U.S. West* 事件において第10巡回区控訴審裁判所が述べたように、「(本件で問題となっている) 立法上の枠組 (Scheme) の本質

⁹⁵ *U.S. W., Inc. v. FCC*, 182 F.3d 1224, 1228 (10th Cir. 1999).

⁹⁶ *Id.* at 1228–30.

⁹⁷ *Id.* at 1238–39（「FCCが、オプト・アウトという明白で、かつ、より制限的でない選択肢を適切に検討しなかったことは、顧客による同意に関する消費者プライバシー規制が厳密に調整されたものでないことを示す。」）。

⁹⁸ *Id.* at 1233.

⁹⁹ *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514, 526 (2001).

¹⁰⁰ *Id.* at 527（内部の引用記号は省略）。

は、電気通信事業者が(顧客情報の)利用又は公開あるいはアクセスの許可を(法律上は)特に認められていない方法で行う場合に顧客の許可を得ることを要求するものである。」¹⁰¹ 法律が標的としたのは、顧客のサービスの利用に関する次のような特定の情報である。: すなわち「電気通信キャリアの顧客が利用契約を結んだ電気通信サービスの利用の総量、技術的コンフィギュレーション、形式、あて先及び使用量に関する情報で、キャリア・顧客間の関係にのみ基づいてキャリアに提供されるもの」¹⁰²だった。裁判所が述べたように、これには、「顧客がいつ、どこで、誰に電話をかけているか」という情報が含まれていた。¹⁰³ ウェブに置き換えた場合には、そのような情報は、個人が訪れたウェブサイト、連絡をとった相手、そしてどこにいたかを含むことになるだろう——まさにオンライン・マーケティングにとって極めて魅力的なデータである。

また、修正第1条の懸念のために、強いプライバシー保護州法は受け入れられなかった。¹⁰⁴ たとえば、2011年、カリフォルニア州は、ソーシャルネットワークの初期設定を情報共有しない設定とし、ユーザーが自身の個人情報をソーシャルネットワークから削除することを認める法律の導入を検討した。法案は、個人の請求又は本人が未成年である場合には両親の

¹⁰¹ *U.S. W, Inc.*, 182 F.3d at 1229.

¹⁰² *Id.* at 1228 n.1.

¹⁰³ *Id.*

¹⁰⁴ S.B. 501, 2013–2014 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2013) (2013年2月21日提出) (SNSサイトに対し、登録ユーザーの申出あるいはユーザーが未成年である場合には両親の申出によりオンライン上でアクセスできる個人情報を削除することを義務付ける); S.B. 242, 2011–2012 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2011) (SNSサイトに対し、未成年者と判別された登録ユーザーの住所や電話番号を表示することを禁じる); S.B. 1361, 2009–2010 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2010) (SNSサイトに対し、未成年者として登録されたユーザーの住所や電話番号を公衆又は登録ユーザーに対し公開することを禁止している); Assemb. B. 632, 2009–2010 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2009) (SNSサイトに対し、画像が同意なく、あるいはサイトのプライバシー・ポリシーに反して第三者により複製される可能性があることをユーザーに告知することを義務付ける); Assemb. Con. Res. 106, 2007–2008 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2008) (インターネット上の媒介者に対し、オンラインで行われる犯罪活動を抑止するために Internet Safety Technical Task Force 及び法執行機関と協力するよう求める)。

請求があった場合にソーシャルネットワークに対し「個人を特定できる情報」の削除を義務付けるものであった。¹⁰⁵ シリコン・バレーの支持者たちは、カリフォルニア州が提案した法案は、「ソーシャルネットワークプライバシー法」の法案通りであれば、カリフォルニア州議会上院で働く人間は、ソーシャルネットワークに対し、上院に対する言及を削除するように要求することができると指摘し、同法は言論の自由に対する脅威となると主張した。¹⁰⁶

しかし、このような産業界の批判でさえ、当該法案によって言論の自由に対してどの程度の脅威がもたらされるかを十分には把握してはいなかった。実質上、当該法案は、「忘れられる権利」のミニチュア版を成文化することになったであろう。¹⁰⁷ 同法案は、ユーザーに対してソーシャルメディアサイトから自分の名前を削除する権利を与えた。¹⁰⁸ 当該法案によりユーザーは、彼らの名前を削除するだけで、他人からの悪口を止めることができた。ネガティブな言論は、仮に真実であるとしても、数度のキータッチで削除することができる。違反ごとに科される1万ドルの罰金に、保護者によって登録されたユーザーであることを認証する厄介な義務が加わって、特に未成年者が関係する場面においては、企業が自発的に情報を削除することを確実なものとした。

¹⁰⁵ カリフォルニア州民法60(c)(1)となるはずであった条文は以下の通りである。：「ソーシャルネットワーキングのインターネット・ウェブサイトは、ユーザーの申出により遅滞なく個人を特定する情報を削除する。」 S.B. 242 § 1.

¹⁰⁶ Silicon Valley Leadership Grp. et al. から Ellen Corbett 上院議員への手紙 (2011年5月16日), available at <http://www.scribd.com/doc/55576694/SB242CoalitionFloorOppose>. その結果、後の修正案は「勤務先」を削除要求対象項目から外した。Compare S.B. 242 § 1 (2011年5月25日、上院による修正), with S.B. 242 § 1 (2011年5月2日、上院による修正).

¹⁰⁷ 「忘れられる権利」の詳細については、see *infra* Part III.D.

¹⁰⁸ 後の修正案は、「個人を特定する情報」の定義条項から氏名を除外することで、ソーシャル・メディアから自己の氏名を削除する権利を取り除いた。Compare S.B. 242 § 1 (2011年5月2日、上院による修正), with S.B. 242 § 1 (2011年2月9日提出).

Kennedy 判事は、2011年の法廷意見において「情報は力である」とはっきりと述べた。¹⁰⁹ *Sorrell v. IMS Health* 事件において、連邦最高裁は、情報媒介者に対するプライバシー規制に課される修正第1条の制限の厳格さを劇的に示した。¹¹⁰ 連邦最高裁は、薬局が医師の同意なしに処方箋データをマーケティング目的で第三者に開示することを禁じるバーモント州のプライバシー法を違憲とした。¹¹¹ 連邦最高裁は、マーケティングは保護される表現目的であると論じ、前記法律が(憲法上)保護される表現に対する内容規制であるとした。¹¹² 連邦最高裁は、自由な情報流通の利点を賞揚した。¹¹³ Kennedy 判事は、「結局、事実こそが、人類の知識を前進させ、人間社会における行動に不可欠な言論の原点である」と述べた。¹¹⁴ この広告には、痛み止めの処方箋の実務に関する事項も含まれていた。消費者プライバシー保護法制が、個人に関する日常的なありふれた事実の収集、保有、そして利用を抑制するという理由で、連邦最高裁が事実を保護対象に包含したことは、消費者プライバシー法が、(今後)修正第1条に基づく強力な挑戦を受けることを示唆するものである。

Sorrell 事件判決は「プライバシーの死」を意味するのか?¹¹⁵ そうではない。しかし、プライバシー保護法制に重大な限界があることは示唆している。たとえば、ソーシャルネットワークのみを標的とするプライバシー保護法制は、特定のカテゴリの発言者を不利に扱うことになるだろうか? ユーザーの個人情報を利用又は共有する前に明示的な同意を求める法律は、オプト・アウトメカニズムを利用することが可能であった場合に

¹⁰⁹ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2671 (2011) (バーモントの医師の発言を引用する)。

¹¹⁰ *See id.* at 2659.

¹¹¹ *Id.*

¹¹² *Id.* at 2672.

¹¹³ *Id.* at 2671–72.

¹¹⁴ *Id.* at 2667.

¹¹⁵ *See Ashutosh Bhagwat, Sorrell v. IMS Health: Details, Detailing, and the Death of Privacy*, 36 VT. L. REV. 855, 856 (2012) (個人情報の開示を求める将来の規制に対して多大な…影響を与えるであろう「多くのヒントが多数意見には含まれている」ことを指摘する)。

は、手段が十分に限定されていないということになるのだろうか？ Kennedy 判事が書いている通り「個人情報を発見し、公開する能力は…個人のプライバシー及びそれが確保しようとする個人の尊厳に対して、未解決の重要な問題を提起している。」¹¹⁶

D. サイバー法における言論の自由の構造

議会と裁判所は、時折思い出したかのように、インターネット上の媒介者に対する広範な責任が一般人の言論（の自由）を侵害することを認識していた。その際、*New York Times Co. v. Sullivan* 判決の論理を情報化時代に持ち込んでいた。*Sullivan* 判決は、2014年に50周年を迎えた。*Sullivan* 判決は、言論の自由が出版の自由に依拠することを理解していた。同事件で、「責任ルール」は、「言論と出版の自由を制約するものである。」¹¹⁷と判断された。それ以前において修正第1条が政府の直接規制に焦点をあてていただろう事案において、*Sullivan* 判決は、言論に制裁を与える権利を私人に与えることで間接的に言論が制限され得るということを認めた。言論の媒介機関を対象とする法は一般人の言論に関わるものであった。それが単に私人間の訴えに過ぎない事案であったとしても、これはあてはまるであろう。連邦最高裁は、私人による請求が原因となり、新聞社が将来そのような議論を巻き起こすテーマを扱わなくなると考えた。¹¹⁸ *Sullivan* 事件では、市民が*New York Times*に広告を掲載してアラバマ州当局を批判した際、州当局はその広告を掲載した資金力のある新聞社を提訴した。新聞社に対して名誉毀損の責任を認めることは広告を掲載した個人の言論を損なうことになることを連邦最高裁は理解した。連邦最高裁は、次のように述べ、広告それ自体が、新聞社ではなく個人の直接的言論形態であり、そうした広告から生じる責任を負わせれば、広告で表現されることについて新聞社が厳しく制約を加えるようになるとの認識を示した。:

¹¹⁶ *Sorrell*, 131 S. Ct. at 2672.

¹¹⁷ *N.Y. Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 268, 292 (1964).

¹¹⁸ *Id.* at 279 (「公務員の行為を批判する者にその主張が真実であることを保証——事実上無制限の名誉毀損に基づく損害賠償の制裁の下で保証——させることは、実質的に『自己検閲』を招来することになる。」).

それ以外の結論は、新聞社がこの種の「新聞広告」の掲載を控え、その結果、自身では発行手段を有しない者——新聞社のメンバーではないが言論の自由を行使したいと思っている者——による情報やアイディアの流布にとって重要な場所を閉鎖させてしまうことになるだろう。¹¹⁹

連邦最高裁はその危険を「自己検閲」と表現したが、実際に問題なのは、*New York Times*が自己検閲とすることだけでなく、論争的となっているテーマに関する広告を拒否することによって将来の第三者（の表現）を検閲することであった。

私法上の責任の枠組は一方方向のものである。：責任が生じるのは、言論の媒介者が言論を発表する場合であって、言論を検閲した場合ではない。その結果、ほんのわずかな不確かさでも検閲をすることになる。このように、私法は、検閲に向かう1つの歯止めとして機能する可能性がある。これが、言論を幅広く抑制する動機付けとなり、そして、それ故に注意深く検証されなければならない。¹²⁰ こうした事案における憲法上の利益は非常に重要なものである。なぜなら、このような規制は、「価値の低い」言論を標的にするだけではなく（むしろ価値の高い言論にも低い言論にも及んでくるものである）、媒介者の言論を伝達する能力がまさに問題の中心となる可能性があるためである。たとえ規制それ自体が内容中立のように見えても、責任を生じる枠組の効果は、議論を生むような言論、すなわち責任を生じるかもしれない境界線にある言論を回避するものとなるだろう。¹²¹ 監視又は遮断である。

¹¹⁹ *Id.* at 266.

¹²⁰ See Ashutosh Bhagwat, *The Test That Ate Everything: Intermediate Scrutiny in First Amendment Jurisprudence*, 2007 U. ILL. L. REV. 783, 801 (法律が「ある重大な／実質的な／重要な政府利益に資するもので、その目的の達成に合理的に必要なものであること」を要求する中間審査を説明している（強調は省略）)。

¹²¹ Marjorie Heins, *Viewpoint Discrimination*, 24 HASTINGS CONST. L.Q. 99, 122 (1996) (「論争を巻き起こすような言論、混乱を生む言論、現状の条件に不満を生む言論又

Sullivan 判決は、私人間で対価が支払われ、広告として掲載された言論さえも憲法上保護される、すなわち——言論が営利性を有しているというだけで修正第 1 条の保護が及ばないということにはならないと判断した。さらに、本件では実際には真実でない表現 (*New York Times* 自身が認めていた) に関するものであった。そうであっても、*Times* は責任を問われなかった。仮に責任を問えば、相当程度言論を委縮させるだろう。

インターネットにより、我々は、*New York Times* 判決による厳格な名誉毀損判断からの解放よりもずっと先の言論の自由の明るい未来に期待することになる。*Times* に掲載された広告は 1960 年に 4,800 ドルかかったものであり、ほとんどの一般人が利用できるものではなかった (一般世帯の平均年収は当時 5,600 ドルであった) ことを思い出してもらいたい。¹²² インターネットにより、広告を出すために現在必要とされる何十万ドルもの資金がなくても、一般公衆は国中に向かって語りかけることができる。¹²³ Facebook や Twitter に加わるために必要なことは、コンピュータへのアクセスと電子メールアドレスのみである (後者は無料である)。¹²⁴ 理屈の上では、World Wide Web は、接続されたコンピュータ上で見ることができるウェブページを一般の人が共有ができるように設計されているので、そのためにシリコン・バレーの媒介業者を介する必要はない。しかし、経験に基づき、我々は、ソーシャルネットワークが、より多くの聴衆に情報を届けるために極めて重要であることを知っている。Facebook、Twitter そして

は人々を怒らせるような言論、そうした言論こそが最も憲法上の保護が必要とされる言論である。」(Texas v. Johnson, 491 U.S. 397, 408–09 (1989) を引用)。

¹²² BUREAU OF THE CENSUS, U.S. DEP'T OF COMMERCE, SERIES P-60, NO. 36, CURRENT POPULATION REPORTS: CONSUMER INCOME 1 (1961), available at <http://www2.census.gov/prod2/popscan/p60-036.pdf>.

¹²³ *New York Times* は現在、ページ全体の広告について最大約 241,000 ドルを課している。See *supra* note 6.

¹²⁴ 全てとまではいかないが、米国におけるインターネットアクセスは増加し、経済状態、年齢層を問わずかなり広がっている。アメリカの家庭の 74.8% が自宅でインターネットアクセスを有している。U.S. CENSUS BUREAU, U.S. DEP'T OF COMMERCE, MEASURING AMERICA: COMPUTER & INTERNET TRENDS IN AMERICA 1 (2014), available at http://www.census.gov/hhes/computer/files/2012/Computer_Use_Infographic_FINAL.pdf.

Googleによって、利用者は、他人に「フォロー」することができ、全ての「フレンド」のポストを読みやすく一枚にまとめることや一日24時間の仮想サロンを持つことを可能にしている。利用者の言論について責任を認めれば、これらのサービスが文字通り内容を検閲することや、そうした検閲が実際上不可能な場合にはサービスを閉鎖するということになるだろう。結局、議論を巻き起こすような言論によって生じるわずかの収益では、予想される訴訟や判決のための費用を正当化することができないだろう。

言論の自由に関するアメリカの誓約(commitment)もまた、幅広いプライバシーの保護を定めようとする試みを阻止している。U.S. *West* 事件と *Sorrell* 事件は、修正第1条が、媒介者に課されるプライバシー保護等に対する重要なチェック機能を果たしていることを例証した。私人間の裁判における、プライバシーに関連する盗聴の主張は言論に関連し、それ故、修正第1条の基準を充足しなければならないと *Bartnicki* 事件における連邦最高裁の判決は判断した。この判決は再び *Sullivan* 判決の論理に依拠した。

言論に関して、インターネット上の媒介者は、著作権の利害関係者・利用者のプライバシー・言論をコントロールし、人々の発言を知りたいという政府の願望によって加速される世界中の戦いの真ただ中に引き込まれることになる。言論をコントロールすることを切望する政府にとって、インターネット上の媒介者は、そうしたコントロールのために最も影響を与えやすく、かつ、効果的なポイントなのである。我々は、次に、最も重要な現代サイバー法上の争点の一部を取り上げ、その全ての根底に、言論の自由の領域をめぐる争いがあるということを明らかにする。

Ⅲ. フリースピーチを保つ

今日の言論に関する法は、現在の主要なサイバー法の論争を通じて形成されている。サイバー法における言論の自由の構造を認識することは、今日の主要なサイバー法の論争が、未来における言論の自由の可能性を形作ることを我々が理解する手助けになる。

我々は、ここで次のようなインターネット上の論争を検討する。：公私にわたる著作権の権利行使を強化することになったであろう SOPA 法案；現在提案されている環太平洋経済協力協定の知的財産条項；著作権侵害に

関連するドメインネームの合衆国政府による差押；国際通信連合 (ITU) を通じてインターネットに対する国連のコントロールを強化する努力；EU で提案されている「忘れられる権利」；Web 3.0と Internet of Things（あらゆるモノのインターネット化）という新しい技術；そして最後に、電子的記録のあらゆる場所での米国政府による監視である。

A. SOPAの逆襲

2014年1月18日は、SOPA 消滅の2年目の記念日であるが、——1995年における「1,000の暗闇」の抵抗と同様——、今では、デジタル時代の忘れられたフロピーデスクのように見える。しかし、SOPAにより生まれた脅威は残っている。そうした脅威は、議会という公共の場を離れ、国際外交の舞台というより秘密の世界に移っている。2つの大きな貿易協定、環太平洋経済協力協定（「TPP」）と環大西洋貿易投資協力協定（「TTIP」）は、米国をその中心としてアジアから太平洋そして大西洋にわたる自由貿易を確立しようとするものである。TPPとTTIPにおいて何が重要であるかを理解するため、我々は最初にSOPAを再度概観しなければならない。

SOPAは米国の著作権者と商標権者を世界的な監視者とすることを求めるものであった。¹²⁵ 2011年10月26日に下院に提出されたSOPAは、著作権の利害関係者に代わり、インターネットを閉ざす公私の権限を強化しようとしたものであった。¹²⁶ 11月、反対者は「アメリカ検閲の日」と宣言した。¹²⁷

¹²⁵ See Stop Online Piracy Act, H.R. 3261, 112th Cong. §§ 102(c)(2), 103(b), (d)(2) (2011). 同内容の法案が、Preventing Real Online Threats to Economic Creativity and Theft of Intellectual Property Act of 2011 (“PIPA”)として上院に提出された。S. 968, 112th Cong. (2011).

¹²⁶ 上院版の法案であるPIPAは、言論に対して類似の悪影響を与えていたであろう。See Letter from John R. Allison et al., Professor, McCombs Sch. of Bus., Univ. of Tex. at Austin, to U.S. Cong. (July 5, 2011), available at <http://www.wyden.senate.gov/download/?id=82557539-159c-4237-b6a0-27d0d43b7797&download=1>（著者の一人であるAnupam Chanderはこのレターの署名者である）。

¹²⁷ See, e.g., Parker Higgins, *American Censorship Day Is This Wednesday—And You Can Join In!*, ELEC. FRONTIER FOUND. (Nov. 10, 2011), <http://www.eff.org/deeplinks/2011/11/american-censorship-day-wednesday-and-you-can-join>.

その後、2012年1月18日、Googleその他のサイトは、そのロゴに黒い斜線を塗り、視覚的にアナログ時代の検閲を思い起こさせる一方、Wikipediaなどその他のサイトは、そのサイトを一齐にダウンさせた。¹²⁸ 言論に対するはっきりとした脅威が最も劇的なタイミングで明らかにされた。

賛成する者は、米国著作権の侵害を促進する海外のウェブサイトと戦うために法案を必要なものと捉えた。SOPAは（成立していたら）、著作権者及び米国司法省が、著作権侵害を助長していると申し立てられた外国のウェブサイトに対して裁判所の命令を求めることを許すものだった。¹²⁹ しかし、SOPAは、裁判所を通じて海外の不正サイトを抑え込む以上に踏み込んでいただろう。同法案は、「米国に向けられたサイト」として、米国内のサイト、外国の要素のないサイトさえも含むように定義していた。¹³⁰ そうしたサイトは、そのオーナーが、侵害を「実行するために米国に向けられたサイトの使用の蓋然性が高まらぬよう意図的な措置を講じていたとしても」、「米国財産の盗用に供された」サイトであると宣言された。¹³¹ ユーザーが作成したコンテンツ（UGC）を含むほとんどのサイトが著作権侵害物を含んでいることを考慮すると、普通のサイトでさえ不正サイトであると宣言される可能性がある。法案は、二次的なボイコットを課すものであった。¹³² 知的財産権者は、会社に対して、検索結果から「不正」サイトを削除すること又は支払・広告サービスを停止することを求めることができ

¹²⁸ David Drummond, *Don't Censor the Web*, GOOGLE OFFICIAL BLOG (Jan. 17, 2012), <http://googleblog.blogspot.com/2012/01/dont-censor-web.html>.

¹²⁹ H.R. 3261 § 102(b), (c)(2).

¹³⁰ *Id.* § 101(23) (『米国に向けられた』という文言は、インターネット上のサイト又はその一部が米国の住民に向けられたビジネスのために利用されていることを意味する)。

¹³¹ *Id.* § 103(a)(1), (a)(1)(B)(ii)(I).

¹³² 二次的なボイコットは、それ自体、修正第1条の問題を生じる。Barbara J. Anderson, Comment, *Secondary Boycotts and the First Amendment*, 51 U. CHI. L. REV. 811, 817, 819–22 (1984), ただし、連邦最高裁は、テロリズムへの物質的支援に対する修正第1条に基づく異議を認めなかった。Holder v. Humanitarian Law Project, 561 U.S. 1, 8 (2010); David Cole, *The First Amendment's Borders: The Place of Holder v. Humanitarian Law Project in First Amendment Doctrine*, 6 HARV. L. & POL'Y REV. 147, 152 (2012).

た¹³³。SOPAもまた、より目立たないように、免責を約束することで、ウェブサイト及びインターネットプロバイダに対し、裁判所の命令を待たず、「米国財産の盗用に供されている」と判断される可能性のあるサイトを自発的に除去するように促した。¹³⁴

この法案が言論に対して持つ意味は驚異的なものである。ユーザーにより提供されたコンテンツを保有するウェブサイトは、ユーザーがオンラインで共有する形で侵害物を日常的に掲載するという理由で、いずれも著作権侵害を助長するものと評価され得ることになる。ソーシャルサイトは危機に瀕した。法案は、知的財産権の権利者に対し、盗用に「供される」ウェブサイトに対する財務支援と広告支援を阻む権利を付与した。そうした権限は、媒介者——主たる侵害を立証する当事者手続すらなく広告を出す権利を否定される——及び標的とされたサイト——ビジネスに不可欠な資金集めと広告を否定される——の双方の言論を侵害するものである。さらに重要なことは、そうしたリスクに直面し、ユーザーのためのプラットフォームが消滅する可能性があるため、多数のユーザーの言論が危機に瀕することとなったことである。さらに、知的財産権の権利者の権利が、裁判所による侵害判断すらなく、インターネットの媒介者、標的とされたウェブサイトだけでなく、個々のユーザーの言論をも覆すものであった。Laurence Tribeは、事前抑制を生み出すものとして法案を非難した。¹³⁵ しかし、さらに有害なのは、同法が成立すれば、知的財産権の権利者が何ら意

¹³³ H.R. 3261 § 103(b)(1)-(4) (権利侵害をしていると知的財産権者が主張するウェブサイトに対して支払手段サービスや広告サービスを停止すること要求している)。

¹³⁴ *Id.* § 104, 104(1) (「インターネットサイトが権利侵害をしている外国のサイト又は、米国財産の盗用に向けられたサイトであると合理的に信じ、自発的に当該サイトへのアクセスをブロックし又は、当該サイトと財務上の関係を終了させることで…生じた損害について、サービスプロバイダ・支払ネットワークプロバイダ・インターネット広告サービス・広告主・インターネット検索事業者・ドメインネームレジストリー・ドメインネームレジストラーは何者に対しても責任を負わないものとする…」)。

¹³⁵ Laurence H. Tribe, The “Stop Online Piracy Act” (SOPA) Violates the First Amendment 7-11 (Dec. 6, 2011) (未出版原稿), available at <http://www.scribd.com/doc/75153093/Laurence-Legis-Memo-on-SOPA-12-6-11-1>.

思表示すらしていないにもかかわらず、言論を抑制することである。盗用に「供される」サイトと取引をすることを自発的に拒絶することで得られる免責へのインセンティブのために、多くのサービスは、知的財産権の権利者が好まないと思われるサイトをブラックリスト化することになる。個々のユーザーについて私的な会社に対して責任を負わせることによって、SOPAは、Rebecca MacKinnonが述べている通り、「会社の『自主規律』という中国のシステムを真似るものであろう。」¹³⁶

SOPAが施行されていたら、インターネットのある領域は、結果として暗闇に覆われ——ドメインネームと広告収入を否定され——、検索からも排除されることになったろう。標的は、単にその内容が知的財産権を侵害する「不正」サイトだけでなく、その一部に権利侵害品（たとえば、ミッキーマウスクラブパーティー用の手製の帽子）を含む、何百万もの手製品を販売するEtsyのようなサイトも含まれる。¹³⁷ この点で、SOPAは、GoogleやFacebookといった基礎的なサービスすら含む、ユーザーの創作コンテンツを含む全てのサイトを危機に陥れるものである。これは、空想上の仮定ではない。2012年1月、FoxのRobert Murdochは、Twitterを利用して、Googleを「侵害者 (Piracy) のリーダー」と非難した。¹³⁸ ある著名な広告会社は、Internet Archive、VimeoそしてSoundCloudを盗用サイトリストの中にも含め

¹³⁶ Rebecca MacKinnon, Op-Ed., *Stop the Great Firewall of America*, N.Y. TIMES (Nov. 15, 2011), <http://www.nytimes.com/2011/11/16/opinion/firewall-law-could-infringe-on-free-speech.html>.

¹³⁷ See Search Results for “Mickey Mouse Club Party Hats,” ETSY, <http://www.etsy.com/search/handmade?q=mickey+mouse+club+party+hats>. 我々はそうしたアイテムが実際に著作権又は商標権を侵害することではなく、侵害していると判断される可能性があることを示唆している。

¹³⁸ Murdochは、「侵害者 (Piracy) のリーダーは、映画を無料で流し、その周辺で (広告を) 売る Googleだ」とツイートした。David Carr, *A Glimpse of Murdoch Unbound*, N.Y. TIMES (Jan. 29, 2012), <http://www.nytimes.com/2012/01/30/business/media/twitter-gives-glimpse-into-rupert-murdochs-mind.html>.

た。¹³⁹ Twitterの当時の法務カウンセラーであったAlex Macgillivrayは、架空の教師Abeを通じて、普通の個人の言論に対する影響を示した。:

Abeは、ある朝起きてみると彼の子供の写真にアクセスすることができない。彼も、その教え子も、彼の講義にアクセスすることができない。オンライン上でなされた賢明な多くの議論も同様に消えてなくなり、ブログ上でそれについて不満を述べることもできない。¹⁴⁰

SOPAを成立させないよう議会を説得するための請願におよそ700万の人々が署名をした。¹⁴¹ 言論の媒介者によって醸成された覚醒によって初めて可能となったこの言論活動が¹⁴²、言論そのものを守った。

少なくとも暫定的には。もし、国内法を通じて媒介者に対して監視が課

¹³⁹ Mike Masnick, *Universal Music Goes to War Against Popular Hip Hop Sites & Blogs*, TECHDIRT (June 20, 2011, 11:22 AM), <http://www.techdirt.com/articles/20110620/01370314750/universal-music-goes-to-war-against-popular-hip-hop-sites-blogs.shtml>.

¹⁴⁰ Alex Macgillivray, *Overbroad Censorship & Users*, BRICOLEUR (Dec. 11, 2011), <http://www.bricoleur.org/2011/12/overbroad-censorship-users.html>.

¹⁴¹ David A. Fahrenthold, *SOPA Protests Shut Down Web Sites*, WASH. POST (Jan. 18, 2012), http://www.washingtonpost.com/politics/2012/01/17/gIQA4WY16P_story.html; *SOPA Petition Gets Millions of Signatures as Internet Piracy Legislation Protests Continue*, WASH. POST (Jan. 20, 2012), http://articles.washingtonpost.com/2012-01-19/business/35440878_1_protest-against-anti-piracy-sopa-and-pipa-internet-piracy.

¹⁴² *Petition to Google: Please Put Information About SOPA on Your Main Page, the Homepage of Millions upon Millions of Americans, to Inform the Average Web User About What May Happen to Their Internet on December 21*, OCCUPY WALL ST. (Dec. 17, 2011), <http://www.occupythegame.com/2011/12/17/petition-to-google-please-put-information-about-sopa-on-your-main-page-the-homepage-of-millions-upon-millions-of-americans-to-inform-the-average-web-user-about-what-may-happen-to-their-internet-on>. Wikipediaの24時間ブラックアウトの間、そのSOPAとPIPAのページ(今でもアクセス可能)は、1億6,200万回閲覧され、当局への連絡先について800万回以上検索された。Wikipedia: *SOPA Initiative/Learn More*, WIKIPEDIA, https://en.wikipedia.org/wiki/Wikipedia:SOPA_initiative/Learn_more (最終確認日2014年10月26日)。

されないとしても、ひょっとすると国際的な協定が同様の細工を可能にする可能性がある。¹⁴³ 米国に主導され、両海洋の国々が、「画期的な21世紀の貿易協定」と称賛されている交渉を行っている。¹⁴⁴ *New York Times* ではなく、WikiLeaks によって最近リークされたバージョンで、TPP は、言論の自由を促進するデータの自由流通という重要な義務を含んではいないが、加盟国に対してインターネットサービス事業者に対する厳格な間接侵害責任を採用することを求める知的財産条項を含んでいる。¹⁴⁵ ここでは、後者の知的財産条項に焦点を合わせる。¹⁴⁶

リークされたドラフトの知的財産条項を検証すると、SOPA と同様の野望があることが明らかになる。¹⁴⁷ このリークされた TPP の提案は、加盟国が、「サービスプロバイダに対して、許諾のない著作物の保存や送信を阻

¹⁴³ これを「レジーム (枠組) のシフト」と呼ぶ者もいる。See Laurence R. Helfer, *Regime Shifting: The TRIPs Agreement and New Dynamics of International Intellectual Property Lawmaking*, 29 YALE J. INT'L L. 1, 6-7 (2004).

¹⁴⁴ *Enhancing Trade and Investment, Supporting Jobs, Economic Growth and Development: Outlines of the Trans-Pacific Partnership Agreement*, OFFICE OF THE U.S. TRADE REPRESENTATIVE, <http://www.ustr.gov/about-us/press-office/fact-sheets/2011/november/outlines-trans-pacific-partnership-agreement> (最終確認日2014年10月26日)。現在の TPP 交渉国は、オーストラリア、ブルネイ、カナダ、チリ、日本、マレーシア、メキシコ、ニュージーランド、ペルー、シンガポール、ベトナム、米国である。*Trans-Pacific Partnership (TPP)*, OFFICE OF THE U.S. TRADE REPRESENTATIVE, <http://www.ustr.gov/tp> (最終確認日2014年10月26日)。

¹⁴⁵ WIKILEAKS, SECRET TPP TREATY: ADVANCED INTELLECTUAL PROPERTY CHAPTER FOR ALL 12 NATIONS WITH NEGOTIATING POSITIONS (2013) [以下、TPP 知財提案2013という], available at <https://wikileaks.org/tp/static/pdf/Wikileaks-secret-TPP-treaty-IP-chapter.pdf>. 米国自身の TPP に対する知財提案は2011年2月10日にリークされた。KNOWLEDGE ECOLOGY INT'L, TRANS-PACIFIC PARTNERSHIP INTELLECTUAL PROPERTY RIGHTS CHAPTER (2011) [以下、米国 TPP 知財提案という], available at <http://keionline.org/sites/default/files/tp-10feb2011-us-text-ipr-chapter.pdf>.

¹⁴⁶ 米国 TPP 知財提案の包括的分析については、see generally Sean M. Flynn et al., *The U.S. Proposal for an Intellectual Property Chapter in the Trans-Pacific Partnership Agreement*, 28 AM. U. INT'L L. REV. 105 (2012).

¹⁴⁷ See generally TPP 知財提案 2013, *supra* note 145.

止するために著作権者と協力する法律上のインセンティブ」を与えることを要求する。¹⁴⁸ ここでの焦点は回避 (deterrence) にあてられる——ある (侵害) 事実の後に生じる Notice and Takedown (通知と削除) ではない。我々は、どのように、サービスプロバイダに対し侵害を抑止する法的インセンティブを与えることができるだろうか。そうした抑止レジームに対する「法的インセンティブ」を理想的に設けたのが——その104章において、「盗用に供されるサイトに対する自発的な措置を講じることによる免責」を定める SOPA である。¹⁴⁹ 媒介者に対して侵害事実を通知する著作権者に依拠するのではなく、媒介者自体がサイトを監視し、ある者が侵害だと主張する可能性のあるコンテンツを削除する。フェアユースは、素材を維持するのではなく削除することのみに、すなわち、コンテンツを発表するのではなく監視することに法的なインセンティブを有する言論の媒介者の思うがままとなる。

この条項における米国の目標は、適正な通知の後に侵害品を削除する適正な対応を行う媒介者にセーフハーバーを与える DMCA の第 2 章を輸出することだけではない。実際に TPP は、このことを明らかにしている。:回避 (deterrence) することに対する「法的インセンティブ」は、DMCA 第 2 章類似のセーフハーバーに追加されるものである。¹⁵⁰ プロバイダに対して潜在的な侵害活動を防ぐよう促す法的枠組を作り出すことにより、提案されている TPP の知的財産条項は、インターネットプロバイダをインターネット検閲者に変容させる危険性を有するものである。

こうして、SOPA からの脅威は生き残り、世界を巻き込むものとなり、残念なことに公衆の関わりを避けるものとなっている。個々の言論のまとまった力が証明された SOPA における議論とは異なり、TPP に向けられた交渉は、ごくわずかの選ばれた者による言論のためにのみ留保されている。大西洋の協定に関して言えば、TTIP が言論に対して同様の危険を

¹⁴⁸ *Id.* at 86. これを米国 TPP 知財提案 *supra* note 145, at 32 (加盟国に対して「著作権侵害」を防止するために著作権者と協力する法的なインセンティブをサービスプロバイダに対して提供することを求める」と比較せよ。

¹⁴⁹ H.R. 3261, 112th Cong. § 104 (2011).

¹⁵⁰ TPP 知財提案 2013, *supra* note 145, at 86.

有するものかどうかを知るためには、WikiLeaksにより次の公表を待たねばならないだろう。

B. 刑事制裁の領域 : *Megaupload* と *Roadirecta*

SOPAの失敗を決定付けた大規模な抵抗の後、世界中の政府機関はクラウドサービスである *Megaupload* を急襲した。¹⁵¹ 香港では、百人の警官が豪華なホテルスイート、自宅、事務所に入り、コンピュータサーバーと何百万ドルもの現金を差し押えた。¹⁵² 米国では、政府機関は *Megaupload* サービスに関連する10のドメインネームの利用を差し止めた。¹⁵³ その一方で、ニュージーランドの警察は、ヘリコプターで *Megaupload* の大胆不敵な設立者 *Kim Dotcom* の自宅へ向かい、パニックに覆われた部屋の中に侵入した。¹⁵⁴ 2012年1月20日、*Megaupload* のストレージロッカーにコンテンツを入れていたユーザーや、そうしたコンテンツにアクセスしようとしたユーザーは、FBIの反著作権侵害警告 (anti-piracy warning) を受け取った。

¹⁵¹ Press Release, Office of Pub. Affairs, U.S. Dep't of Justice, Justice Department Charges Leaders of *Megaupload* with Widespread Online Copyright Infringement (Jan. 19, 2012), available at <http://www.justice.gov/opa/pr/2012/January/12-crm-074.html>.

¹⁵² *HK Customs-US Authorities Co-operation Smashes a Transnational Piracy Syndicate with over HK\$300 Million Worth of Crime Proceeds Restrained*, NEWS.GOV.HK (Jan. 20, 2012, 11:32 PM), <http://www.info.gov.hk/gia/general/201201/20/P201201200626.htm>; *HK Seizes \$330 M in Megaupload Raids*, RADIO TELEVISION HONG KONG (Jan. 21, 2012), <http://www.rthk.org.hk/rthk/news/englishnews/news.htm?all&20120121&56&813245>.

¹⁵³ そのネームは全て「.coms.」である。See Application for a Warrant to Seize Property Subject to Forfeiture at 2, *United States v. Dotcom*, No. 1:12-cr-3, 2012 WL 4788433 (E.D. Va. filed Nov. 15, 2012), ECF No. 145-1, available at http://www.fff.org/files/filenode/145.1_search_warrant_partially_unsealed_11.15.12.pdf.

¹⁵⁴ Charles Graeber, *Inside the Mansion—and Mind—of Kim Dotcom, the Most Wanted Man on the Net*, WIRED (Oct. 18, 2012, 6:30 AM), <http://www.wired.com/2012/10/ff-kim-dotcom/all>. 逮捕に伴って差し押えられた高級車には、“Hacker” “V” “CEO” “Mafia” “Stoned” や“Police”というプレートが付されていた。Robin Wauters, *Downfall: Photos of MegaUpload Founder's Valuable Cars Getting Seized*, TECHCRUNCH (Jan 20, 2012), <http://techcrunch.com/2012/01/20/downfall-photos-of-megaupload-founders-valuable-cars-getting-seized/>.



図 2. 2012年1月、FBIにより Megaupload のウェブサイトに掲載された反著作権侵害警告 (anti-piracy warning)

その1年前、米国政府は、スペインの会社である Puerto 80によって運営されていた Rojadirecta.com と Rojadirecta.org というドメインネームを差し押えた。当局は、当該サイトが世界中のスポーツイベントの（その多くが）無許諾ビデオに対するリンクを集めることで著作権侵害を助長するものと告発した。そうした差押はウェブサイトのオーナーに事前に告知することなく、また、当事者に対する聴聞手続をとることもなく行われた。¹⁵⁵

両事案において、ドメインネームを差し押えるため、米国政府は、ドメインネームが「刑事罰を科される著作権侵害を行い、そして助長するために用いられている」との主張に起因する民事上の差押・廃棄手続に依拠した。¹⁵⁶ 差押の根拠となる法は、Megaupload 又は Rojadirecta 自体が犯罪を犯

¹⁵⁵ See Opening Brief and Special Appendix for Petitioner-Appellant Puerto 80 Projects, S.L.U. at 26, Puerto 80 Projects, S.L.U. v. United States, No. 11-3390-cv, 2011 WL 4440567 at *17 (2d Cir. filed Sept. 16, 2011), ECF No. 38.

¹⁵⁶ Brief for the United States of America at 12–13, Puerto 80 Projects, 2011 WL 5833572, at *2, *5 (2d Cir. filed Sept. 15, 2011), ECF No. 70, available at <http://www.eff.org/>

していることは要求せず、ドメインネームが著作権侵害「を行い、促進するために何らかの態様で又はその一部が利用されているか、又は利用することを意図している」ことのみを必要としている。¹⁵⁷ Megaupload と Rojadirecta の差押は、米国政府が .com、.net、.cc、.tv といったトップレベルドメインを運営するヴァージニアの会社 VeriSign と .org ドメインを運営するヴァージニアの会社 Public Interest Directory を主に標的としてドメインを差し押えた際の措置をモデルとして従ったものである。¹⁵⁸ ¹⁵⁹ Megaupload とこれらの例は、米国が SOPA において提案されていた権限、すなわち、事前の事実審理手続を経ずに、侵害を助長していると告発された海外のウェブサイトを少なくともシャットダウンさせる権限をすでに有していたことを示した。¹⁶⁰

差押は言論を害するものであり、永久に言論を破壊してしまう例もあった。たとえば、Rojadirecta はビデオストリームに対するリンクを置いていただけでなく、スポーツについて話し合うための場（フォーラム）を提供

files/filenode/Puerto80.Govt_Brief_.pdf; see also 17 U.S.C. § 506(a)(1)(A), (C) (2012); 18 U.S.C. §§ 2, 981(b), 2319(b), (d)(2), 2323 (2012); Indictment at 2, 9–10, *Dotcom*, 2012 WL 4788433 (E.D. Va. filed Jan 5, 2012), ECF No. 1, available at http://www.washingtonpost.com/wp-srv/business/documents/megaupload_indictment.pdf.

¹⁵⁷ 18 U.S.C. § 2323(a)(1)(B).

¹⁵⁸ Megaupload の差押の前に、「Operation in Our Sites」という政府のインターネット反著作権プログラムにより350のドメインネームの利用が停止させられていた。*Operation in Our Sites Protects American Online Shoppers, Cracks Down on Counterfeiters*, U.S. IMMIGRATION & CUSTOMS ENFORCEMENT (Nov. 28, 2011), <http://www.ice.gov/news/releases/1111/111128washingtondc.htm>.

¹⁵⁹ See David Kravets, *Uncle Sam: If It Ends in .Com, It's .Seizable*, WIRED (Mar. 6, 2012, 6:30 AM), <http://www.wired.com/threatlevel/2012/03/feds-seize-foreign-sites/>（「米国政府は... .com, .net and .org のドメインネームを差し押えることができる。なぜなら、それらの管理する義務を有している会社が米国を拠点にしているからである...」（米国入国管理と税関の執行スポークスマン Nicole Navas の言葉を言い換えている）。

¹⁶⁰ 民事上の廃棄は、言論の自由のコンテキストを離れても問題である。See Sarah Stillman, *Taken*, NEW YORKER (Aug. 12, 2013), <http://www.newyorker.com/magazine/2013/08/12/taken>（自動車と現金の差押によって減少している予算を支えるために警察が民事上の廃棄手続を利用していることを説明している）。

していた。当該差押は、その結果、86万5,000の登録ユーザーのディスカッションフォーラムへのアクセスを拒絶した。Rojadirectaがアクセス量でトップ100の中で最も多いウェブサイトであることを考えると、情報に対する多くのユーザーのアクセスを妨害するものとなった。¹⁶¹ 他方で、差押は、Megauploadの事例では実際に言論を破壊するものであった。Megauploadの586万の登録ユーザーは、¹⁶² Megauploadのクラウド上にある文書、写真、ビデオ、録音物——40ペタバイトという驚くほどの量のコンテンツにもはやアクセスすることができなくなった。¹⁶³ また、替え歌・文書・かわいい猫のビデオなどその内容を問わず、登録ユーザーによってアップされたコンテンツにアクセスないしダウンロードすることを希望する者も、そうすることができなかった。確かに、相当の割合のコンテンツは著作権を侵害するものであったが、差押は、侵害コンテンツと非侵害コ

¹⁶¹ Opening Brief and Special Appendix for Petitioner-Appellant Puerto 80 Projects, S.L.U., *supra* note 155, at 14–15.

¹⁶² 米国政府によると、Megauploadは6,660万人の登録ユーザーを有し、そのうち586万人がこれまでにファイルをアップロードしたことがある。Introduction and Summary of Evidence at 15, *United States v. Dotcom*, No. 1:12-cr-3, 2012 WL 4788433 (E.D. Va. Nov. 22, 2013), *available at* http://www.justice.gov/usao/vae/victimwitness/mega_files/Mega%20Evidence.pdf. これと、Megauploadの発表による1億8,000万の登録ユーザーの数を比較せよ。Id. at 2.

¹⁶³ Cyrus Farivar, *Kim Dotcom Says Dutch Firm Deleted “At Least 40 Petabytes” of Megaupload Data*, ARS TECHNICA (June 26, 2013, 6:36 PM), <http://arstechnica.com/tech-policy/2013/06/kim-dotcom-says-dutch-firm-deleted-at-least-40-petabytes-of-megaupload-data/>. ユーザーは、第三者であるMegauploadのホスティングサービス事業者であるCarpathia HostingとElectronic Frontier Foundationの共同プロジェクト、MegaRetrievalを通じてデータ回復を試みることができた。Press Release, Carpathia Hosting, Inc., Carpathia Hosting to Assist Electronic Frontier Foundation: Website to Help Connect End-Users with EFF to Assess Options (Jan. 31, 2012), *available at* http://www.megaretrieval.com/files/Carpathia_PressRelease_Jan3112.pdf. 地裁の裁判官は、差押データの保全を命令したが、これだけ巨大なデータを維持するためのホスティングサービス費用を払うための便宜は全く払わなかった。See Greg Sandoval, *Judge Wants MegaUpload User Data Preserved for Now*, CNET (Apr. 13, 2012, 8:36 AM), http://news.cnet.com/8301-1023_3-57413693-93/judge-wants-megaupload-user-data-preserved-for-now/.

ンテンツ双方に対するアクセスを無差別に禁じた。司法省は、ユーザーが差し押えられた財産に対する利益を証明することができる場合（それには「専門家の証言が必要となる可能性も含め、無数の証言を必要とする可能性がある」）、ユーザーがデータを回復することを認めた。¹⁶⁴ Megauploadのクラウド上にファイルを保存している586万のユーザーを考えると、合法的な請求とそうでない請求とを区別する作業はうんざりする作業になるように思われた。ドメインネームと銀行口座へのアクセスを拒否されて、Megauploadは、裁判所で訴訟を継続しながら、当該データ（報道によれば、一日少なくとも9,000ドルの費用）を保持し続けるホスティングサービスのための資金調達をすることができなくなった。¹⁶⁵ 本論文を執筆している時点でユーザーはその失ったファイルを回復しておらず、そして多くの者は決してそれを回復することはないだろう。「インターネットの歴史における最も大規模なデータ消失」と非難されながら、Megauploadの630のデータサーバーが、そのサービスプロバイダの1つによって消去された。¹⁶⁶ データの19ペタバイト、議会図書館の蔵書の1,945倍にあたる量を破壊された。¹⁶⁷ 25ペタバイトを含む1,103の別のサーバーの運命は、いまだに不透明である。

プエルト80は、ドメインネームの差押は憲法に違反する「言論に対する

¹⁶⁴ Brief of the United States Regarding the Breadth and Format of a Hearing to Determine the Applicability of Federal Rule of Criminal Procedure 41(g) at 1, 6, *Dotcom*, 2012 WL 4788433 (E.D. Va. filed Oct. 30, 2012), ECF No. 136, available at http://www.wired.com/images_blogs/threatlevel/2012/10/fedsbrief.pdf.

¹⁶⁵ Timothy B. Lee, *ISP: Storing 25 Petabytes of Megaupload Data Costs Us \$9,000 a Day*, ARS TECHNICA (Mar. 22, 2012, 1:45 PM), <http://arstechnica.com/tech-policy/2012/03/isp-storing-25-petabytes-of-megaupload-data-costs-us-9000-a-day/>.

¹⁶⁶ Nathan Olivarez-Giles, *Kim Dotcom Tweets Outrage After LeaseWeb Deletes All Megaupload Data*, VERGE (June 19, 2013, 3:13 PM), <http://www.theverge.com/2013/6/19/4445660/leaseweb-megaupload-kim-dotcom-dispute-twitter>.

¹⁶⁷ SAS INST. INC., *BIG DATA MEETS BIG DATA ANALYTICS 1* (2012), available at http://www.sas.com/resources/whitepaper/wp_46345.pdf (「[10] テラバイトあれば、米国議会図書館の所蔵を全て保存することができるだろう」).

事前抑制」¹⁶⁸ であると主張した。連邦地裁は、ドメインネームを回復させようとする Puerto 80の努力を拒絶し、その実体審理を停止した。¹⁶⁹ 連邦地裁判事 Paul Crotty は、「ある議論がその場所で行われるかもしれないが、現在、同様の議論に参加するために訪問者が別のウェブサイトへ行かなければならないという事実は、議会が緩和しようとした実質的な損害とはつきりとは言えない」と述べた。¹⁷⁰ Puerto 80は、そのサービスを他のドメイン（たとえば .es・.me・.in）へ移転することができ、そして実際にしたが、それは、ユーザーアクセスを妨害し、その過程でユーザーを失った可能性が高い。¹⁷¹ Puerto 80は、実際に、ユーザーに対して、「我々の新しいアドレスを広めて！」と嘆願した。¹⁷² 第2巡回区控訴審裁判所において、政府は、Rojadirectaのチャット（おしゃべり）フォーラム（場所）におけるユーザーの言論の自由の権利を認めたが、それは他の場所でも行使し得るものと主張した。¹⁷³ 政府は、アダルト書店の閉鎖によって言論に対して課される付随的な負担を支持した最高裁判決に依拠した。¹⁷⁴ しかし、書店の裁判例は、事前抑制に関与するものではなく、紛争手続において違法な売春を行っていたと判断されたもので、適切な裁判例ではなかった。Rojadirectaのケースは、竜頭蛇尾に終わった。差押から18か月後、米国政府は、何の説

¹⁶⁸ Opening Brief and Special Appendix for Petitioner-Appellant Puerto 80 Projects, S.L.U., *supra* note 155, at 22.

¹⁶⁹ *Id.* at 18.

¹⁷⁰ Order at 4, Puerto 80 Projects, S.L.U. v. United States, No. 11-cv-04139-PAC (S.D.N.Y. filed Aug. 4, 2011), ECF No. 15, *available at* <http://www.scribd.com/fullscreen/61674939>.

¹⁷¹ See MGEF, *Update: Rojadirecta.org Is Now Rojadirecta.es*, TUMBLR (Feb. 1, 2011, 3:15 PM), <http://megustaelfutbol.tumblr.com/post/3053958553/update-rojadirecta-org-is-now-rojadirecta-es>. Megauploadは、対照的に、そのメモリーも差し押えられたため、他のドメインネームへ移転することができなかった。

¹⁷² *Id.*

¹⁷³ Brief for the United States of America, *supra* note 156, at 32.

¹⁷⁴ *Id.* at 25–27, 29–30, 32; *see* *Arcara v. Cloud Books, Inc.*, 478 U.S. 697, 702 (1986).

明もなくドメインネームを返還し、事案を取り下げた。¹⁷⁵

ドメインネームの差押は、「コミュニケーションが生じる前に発せられる、当該コミュニケーションを禁じる行政上又は司法上の命令」という、事前抑制の古典的な事実パターンに合致するものと思われた。¹⁷⁶ そうした命令は、言論が違法であるとの「事前の司法上の判断なく」なされる場合、特に憲法違反の疑いが強い。¹⁷⁷

ドメインネームの差押は過去の言論に対する処罰としてだけでなく、将来の言論に対する事前抑制としても機能するものである。ドメインネームの差押は、特に何千、さらに何百万ものユーザーが情報共有の場へアクセスすることを妨害する場合、特に問題を生じる。こうした文脈におけるドメインネームの差押は、ほとんど必然的に言論の自由を侵害し、言論を確実に破壊するという現実の結果を伴う。ある問題に対する下手なアプローチは、それが実際の侵害に的を絞って限定的に形作られていない。修正第1条は、ドメインネームの差押よりもっと繊細なツール¹⁷⁸の利用を要求するはずである。

アメリカ合衆国は、ドメインネームという領域の最も重要な部分に対する事実上のコントロールを事実上の言論許諾システムへと変容させることはできない。ドットコム (.com) 又はドットオルグ (.org) 上にコンテンツを置いた者は、そのサイトが米国政府に対して権利侵害を行っているという理由で消されている事態に起きて気付くことがあるかもしれない

¹⁷⁵ Mike Masnick, *Oops: After Seizing & Censoring Rojadirecta for 18 Months, Feds Give Up & Drop Case*, TECHDIRT (Aug. 29, 2012, 12:45 PM), <http://www.techdirt.com/articles/20120829/12370820209/oops-after-seizing-censoring-rojadirecta-18-months-feds-give-up-drop-case.shtml>.

¹⁷⁶ *Alexander v. United States*, 509 U.S. 544, 550 (1993) (強調を削除) (内部の引用表記を削除) (MELVILLE B. NIMMER, NIMMER ON FREEDOM OF SPEECH: A TREATISE ON THE THEORY OF THE FIRST AMENDMENT § 4.03 (1984) を引用する)。

¹⁷⁷ *Id.* at 551; *see also* *N.Y. Times Co. v. United States*, 403 U.S. 713, 714 (1971) (法律上の聴聞を経ずに国家の安全に関する情報を監視する努力を憲法に違反する事前抑制であると判断した)。

¹⁷⁸ *See* *Speiser v. Randall*, 357 U.S. 513, 525 (1958) (合法的な言論と違法な言論を分離するためには「繊細な道具 (sensitive tools)」を必要とすると指摘する)。

と心配しなければならないということがあつてはならない。しかし、TPPを通じて、米国は、この事実上の言論許諾システムをグローバル化しようとしている。監視についてインセンティブを与える SOPA 類似の規定に加え、米国提案も公式の TPP の提案も、前述の極めて著名なドメインネームの差押事例において主な法的根拠とされた民事上の没収に、刑法上の著作権侵害¹⁷⁹⁾に対する教唆・幫助責任を追加するものである。¹⁸⁰⁾ 1909年米国著作権法で導入されたが、¹⁸¹⁾ 著作権侵害の教唆・幫助責任は、1976年著作権法では実際に削除された。¹⁸²⁾ にもかかわらず、米国は、刑法上の著作権直接侵害法理及び直接侵害の教唆・幫助法理の双方に基づき Megaupload の責任を問ひ、その際、一般的な教唆・幫助の法律とその前提となる刑法上の著作権侵害責任とを合わせて用いた。¹⁸³⁾ この事案では、教唆・幫助責任について未解決のままである。

根本的な懸念は、著作権侵害に対する教唆・幫助の刑事責任が拡大することにより、言論の媒介者が、そのユーザーの言論に対する刑事責任を回避するため、幅広く言論を監視するよう後押しすることである。そうした著作権侵害の教唆・幫助に対する刑事責任の脅威は、DMCA 第 II 章のセーフハーバーを無意味なものとする可能性がある。なぜなら、企業は、さらに教唆者又は幫助者として責任を問われる可能性があるからである。¹⁸⁴⁾ 監

¹⁷⁹⁾ 米国 TPP 知財提案, *supra* note 145, at 30 (「加盟国は、教唆・幫助について刑事責任を法律に定めるものとする。」); *see also* TPP 知財提案2013, *supra* note 145, at 79 (「加盟国は教唆・幫助について刑事責任を法律に定めるものとする。」)。

¹⁸⁰⁾ TPP 知財提案2013 (「司法機関が、著作権侵害物を制作するために利用されたコンテンツの廃棄又は破壊を命令する権限を有するものとする。 . . .」)。

¹⁸¹⁾ Copyright Act of 1909 § 28, Pub. L. No. 60-349, 35 Stat. 1075, 1082 (1976年に廃止) (「故意に当該侵害を教唆又は幫助した者は、軽罪 (misdemeanor) とみなす。 . . .」)。

¹⁸²⁾ *See* Mary Jane Saunders, *Criminal Copyright Infringement and the Copyright Felony Act*, 71 DENV. U. L. REV. 671, 674 (1994); *see also* Irina D. Manta, *The Puzzle of Criminal Sanctions for Intellectual Property Infringement*, 24 HARV. J.L. & TECH. 469, 481 (2011)。

¹⁸³⁾ 17 U.S.C. § 506 (2012) (著作権の直接侵害); 18 U.S.C. § 2319 (著作権の直接侵害); 起訴 (Indictment), *supra* note 156, at 62 (18 U.S.C. § 2を引用) (教唆と幫助)。

¹⁸⁴⁾ DMCA 第 2 章は、セーフハーバーで保護される者に対する金銭上又は衡平法上の救済を禁止している。17 U.S.C. § 512。

視義務に動機付けをすること、刑事責任を追加すること、そしてDMCAのセーフハーバーによる保護を弱めてしまうことは、結果的に、「オンラインサービスプロバイダに対し、監視への過度の動機付けを与えない」¹⁸⁵というDMCAの目的を否定するものである。

C. 検閲の国際連合

政府が言論を検閲すると、それは、しばしば他の政府や民間組織によって批判されてきた。¹⁸⁶ もし政府が、インターネットの検閲を正当化する国際条約を引用することができたらどうだろうか？ 2012年のドバイでの国際連合ITU会議の前に、中国、ロシアそしてサウジアラビアは、まさにそれを提案した。¹⁸⁷ これらの国は、インターネットへのアクセスが「内政干渉や国家又は公共の安全に対する危機、非常にセンシティブな情報の漏えいの可能性がある」場合¹⁸⁸、各国がインターネットへのアクセスを制限することを国際法上合法とすることを求めた。

¹⁸⁵ 144 CONG. REC. H10,618 (daily ed. Oct. 12, 1998) (Barney Frank 議員の発言)。

¹⁸⁶ See generally FREEDOM HOUSE, FREEDOM ON THE NET 2012: A GLOBAL ASSESSMENT OF INTERNET AND DIGITAL MEDIA (Sanja Kelly et al. eds., 2012), available at http://www.freedomhouse.org/sites/default/files/resources/FOTN%202012%20-%20Full%20Report_0.pdf; Hillary Rodham Clinton, U.S. Sec'y of State, Remarks on Internet Freedom (Jan. 21, 2010) (transcript available at www.state.gov/secretary/20092013clinton/rm/2010/01/135519.htm); Press Release, Human Rights First, Key Questions Remain After Syria's Internet Goes Black (Nov. 29, 2012), available at <http://www.humanrightsfirst.org/press-release/key-questions-remain-after-syria%E2%80%99s-internet-goes-black>; *News Media and Internet Totally Censored in Kashmir*, REPORTERS WITHOUT BORDERS (Feb. 13, 2013), <http://en.rsf.org/india-news-media-and-internet-totally-13-02-2013,44066.html>.

¹⁸⁷ この提案は、ロシア、アラブ首長国連邦、中国、サウジアラビア、アルジェリア、スーダン、エジプトによるものである。WORLD CONFERENCE ON INT'L TELECOMMS., DOCUMENT DT-X, PROPOSALS FOR THE WORK OF THE CONFERENCE 1 (2012), available at <http://files.wcitleaks.org/public/Merged%20UAE%20081212.pdf>.

¹⁸⁸ COUNCIL WORKING GRP. TO PREPARE FOR THE 2012 WORLD CONFERENCE ON INT'L TELECOMMS., DOCUMENT CWG-WCIT12/DT-62 REV.2-E, DRAFT COMPILATION OF PROPOSALS WITH OPTIONS FOR REVISIONS TO THE ITRS 180 (2012), available at <http://files.wcitleaks.org/public/T09-CWG.WCIT12-120620-TD-PLN-0062R2.pdf>. これ

言うまでもなく、国家の安全は、望ましくないと考える情報を検閲しようとする政府がしばしば持ち出すものである。この規定は、政府がインターネットを閉鎖することを認める最後のスイッチになると共に、政府が特定の情報を禁じるという、よりの絞った検閲の双方を認めるものとなっていたであろう。そうした制限を通信レベル（ITUの領域）で求めることにより、ロシアその他の国は、検閲をインターネットの仕組みの中に持ち込み、国際的な承認を得ようと試みた。また、監視態勢を持ち込もうとした。ロシアは、各国が、「安全を保持し、不正と対峙するために、必要に応じて、1つのルートの実際の経路を知る権利を有する」¹⁸⁹ことを提案し、さらに「当局が適法に当該申込者を間違いなく特定すること」を求めた。¹⁹⁰

こうした規定が持つ言論の自由に対する影響を懸念し、最終的にITUは、国際通信規則（International Telecommunications Regulations）¹⁹¹に対する変更

らの国は、次のような条約上の文言を提案した。：「加盟国は、無制限の国際通信サービスへのアクセスと国際通信の無制限の利用を保証する。ただし、当該国際通信が内政干渉や他国の主権・国家の安全・領土・公共の安全を侵す目的、又は、センシティブな情報の漏えいの目的で用いられる場合は、この限りではない。」*Id.* at 180-81.
¹⁸⁹ *Id.* at 89. ロシアは修正文言を提案した。：「加盟国/運用機関はトラフィックに用いられている国際的なルートを知る権利を有するものとする。」*Id.* アラブ諸国も同様の提案をした。：「加盟国はどのように当該トラフィックが行われているかを知る権利を有する。」*Id.* at 87. ロシアはさらに追加の文言を提案した。：「加盟国は、国際通信サービスを提供する際、運用機関は申込者を適正に把握することとし、国際通信ネットワークにおいて同一性確認に必要な情報の適切な処理、転送及び保護を保証するものとする。」*Id.* at 181.

¹⁹⁰ *Id.* at 181.

¹⁹¹ See, e.g., ACCESS, FREEDOM OF EXPRESSION ONLINE AND REVISING THE INTERNATIONAL TELECOMMUNICATION REGULATIONS 1 (2012), available at <https://www.accessnow.org/page/-/docs/FreedomofExpressionOnlineandRevisingtheITRs.pdf>; CTR. FOR DEMOCRACY & TECH., SECURITY PROPOSALS TO THE ITU COULD CREATE MORE PROBLEMS, NOT SOLUTIONS 2, 4-8 (2012), available at https://www.cdt.org/files/pdfs/Cybersecurity_ITU_WCIT_Proposals.pdf（「このペーパーは、[国際通信規則]の変更案に焦点をあてており、．．．これらの提案がインターネット利用者のプライバシーと表現の自由をいかに侵害するものであるかを説明する。」）； Guy Berger, Dir. for Freedom of Expression & Media Dev., UNESCO, Speech at the Budapest Conference on Cyberspace 3 (Oct. 4-5,

を少なくとも現在のところ¹⁹² 拒否している。ITUは、加盟国に対して、「国際通信ネットワークの安全と安定性を確かなものとする努力」を強く要求した。そして、そうした努力は、安全を理由とする検閲の懸念を潜在的に生むものである——より直接的な検閲や監視態勢の提案と同じような力ではないが。¹⁹³

政府は、インターネット上の情報に対してより強いコントロールを及ぼすために、国際連合の支援を必要とはしないかもしれない。世界中の国々が、市民に関するデータが国境を越えて出ていかないように求め、その過程で市民を監視する能力を強化している。¹⁹⁴ ベトナム法72は、現在、ベトナム国民のユーザーの全ての情報の写しを要求する。¹⁹⁵ ドイツは、ヨー

2012), available at http://www.unesco.org/new/fileadmin/MULTIMEDIA/HQ/CI/CI/pdf/news/speech_berger_budapest.pdf (「センシティブ」という用語は、「コンテンツをコントロールするための、問題のある新たな理由付けを提供するものである」と述べる)。

¹⁹² ITUの規則だけでなく憲章の変更が2014年のITU全体セッションにおける議題となっている。Correspondence Group on the Elaboration of a Working Definition of the Term “ICT,” INT’L TELECOMM. UNION, http://www.itu.int/ITU-D/study_groups/SGP_2010-2014/groups/definition/ (最終確認日2014年10月26日)。

¹⁹³ INT’L TELECOMM. UNION, FINAL ACTS: WORLD CONFERENCE ON INTERNATIONAL TELECOMMUNICATIONS (DUBAI, 2012), art. 5A, § 41B (2012), available at <http://www.itu.int/en/wcit-12/Documents/final-acts-wcit-12.pdf>. その他の改訂は、潜在的に、将来のITUのガバナンスをインターネット関係の問題にまで広げるものである。投票権のある144人の代表のうち、55人は改訂規則に署名せず、その結果、元の国際通信規則にのみ拘束される。Signatories of the Final Acts: 89, INT’L TELECOMM. UNION, <http://www.itu.int/osg/wcit-12/highlights/signatories.html> (最終確認日2014年10月26日)。

¹⁹⁴ Anupam Chander & Uyên P. Lê, *Breaking the Web: Data Localization vs. the Global Internet*, 64 EMORY L.J. (forthcoming 2015) (manuscript at 3) (UC Davis Legal Studies Research, Paper No. 378, 2014), available at http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2407858.

¹⁹⁵ *Nghi Dinh Quan Ly, Cung Cap Su Dung Dich Vu Internet Va Thong Tin Tren Mang* [インターネットサービスとオンライン情報の管理・提供・利用に関する法律], No. 72/2013/ND-CP, art. 22 (July 15, 2013) (ベトナム), 翻訳は、http://www.moit.gov.vn/Images/FileVanBan/_ND72-2013-CPEng.pdf.

ロッパ内に情報を保持するための類似のインターネット構造を提案した。¹⁹⁶ ブラジルは、情報が国外に流出することを行政府が禁止することを認める Marco 民事規定を検討した（そして最終的には導入しなかった）。¹⁹⁷

D. ヨーロッパの忘却薬

デジタル化された表現と相互作用の登場に加え、コンピュータシステムの大記憶容量により、多くの者が、データベースから個人情報削除することを義務付ける法律上の手段 (tool) を提案するに至っている。¹⁹⁸ 欧州委員会は、ヨーロッパ領域内でそのような権利を提唱し、「忘れられる権利」を「個人データがもはや正当な目的のために必要でなくなったら、当該情報を削除してもらおう個人の権利」¹⁹⁹と定義付けている。提案されているデ

¹⁹⁶ Louisa Schaeferによるドイツテレコムの子会社Phyllipp Blankに対するインタビュー（2013年10月18日）、available at <http://www.dw.de/deutsche-telekom-internet-data-made-in-germany-should-stay-in-germany/a-17165891>.

¹⁹⁷ Substitutivo ao Projeto de Lei No. 2.126, art. 12, de 12 de fevereiro de 2014 (Braz.), available at <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=606238> (follow “Inteiro teor” hyperlink), 翻訳は、http://www.ip-watch.org/weblog/wp-content/uploads/2013/11/MC_Eng_CR_Nov_13_2013.docx と Lei No. 12.965, de 23 de abril de 2014, DIÁRIO OFICIAL DA UNIÃO [D.O.U.] de 24.4.2014 (Braz.)を比較せよ。

¹⁹⁸ See Viviane Reding, Vice-President, European Union Justice Comm’r, European Comm’n, The EU Data Protection Reform 2012: Making Europe the Standard Setter for Modern Data Protection Rules in the Digital Age 5–6 (Jan. 22, 2012) (transcript available at http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-12-26_en.pdf).

¹⁹⁹ *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A Comprehensive Approach on Personal Data Protection in the European Union*, at 8, COM (2010) 609 final (Nov. 4, 2010), available at http://ec.europa.eu/justice/news/consulting_public/0006/com_2010_609_en.pdf. 2012年提案の17条は、指令95/46/EC 12条(b)に規定されている「消去を求める権利を検証し、明確にしようとするもので、忘れられる権利の条件を提供するものである。」*Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on the Protection of Individuals with Regard to the Processing of Personal Data and on the Free Movement of Such Data (General Data Protection Regulation)*, at 9, COM (2012) 11 final (Jan. 25, 2012), available at <http://ec.europa.eu/justice/data-protect>

ータ保護規則は、貴方に対し、貴方が話したことを他のコンピュータから削除する権利を与えるだけでなく、他の人が貴方について話したことについて削除する権利を与える。²⁰⁰ 表現に関する懸念を緩和するため、規則案は、言論の自由・公衆の衛生・研究・ジャーナリズム・芸術活動のための例外を定めている。²⁰¹ これらの例外が言論の自由に対する懸念を規則から取り除いているように思われるかもしれないが、(そうではないことは) JillにシェアされたFacebook上の以前の暴言を消そうとするJackの努力を想像してみれば十分理解される。Facebookは、人が忘れられたいと希望する典型的な言動としてJillのページからこの書き込みを削除すべきだろうか? 又は、Jillの共有は「表現の自由」であると宣言すべきであろうか? そうした懸念に直面して、Facebookの従業員は単に「削除」するだけではないかと思われる。どちらがJack又はJillの状況を悪化させるかを知るのは難しいが、従業員は次のことを念頭に置いているだろう。: *忘れられる権利の不遵守に対する責任は削除しない場合にのみ生じるもので、即座に削除することによって生じるものではない。芸術や自由な言論を軽率に削除することは何ら制裁を生むものではない。そして、削除しないことに対*

[tion/document/review2012/com_2012_11_en.pdf](#) [以下、データ規則案という]。17条は次のように述べる。:

データの主体は、情報管理者に対して、当該主体に係る個人情報の消去と当該データのさらなる頒布の禁止を求める権利を有するものとする。...

... 管理者が個人データを公表した場合、当該管理者は、その公表に責任のあるデータに関して、当該データを処理する第三者に対し当該個人データへのリンク又は同データの複製物の消去を求めていることを通知するため、技術的手段を含むあらゆる合理的な措置を講じるものとする。情報管理者が個人データの第三者による発行を許諾している場合、その著作物の発行に対して、情報管理者が責任を負うものとする。

Id. at 51.

²⁰⁰ データ規則案, *supra* note 199, at 51.

²⁰¹ *Id.* at 94-95. 17条は、「データの主体に対して、彼らに関連する個人データ情報管理者に消去させる」ことを認める、「忘れられる権利と消去する権利」を認めるものであろう。 *Id.* at 51.

する責任は脅威的なものである。: Facebookの世界の歳入の2パーセント²⁰²、すなわち2012年の実績に基づく1億ドルを超える額を上限とする罰金である。²⁰³

忘れられる権利は、Facebook、Google、RedditそしてTwitterに対して、ある特定の表現が芸術的又は報道上の価値を有しているか、若しくは表現の自由を構成するかの評価に責任を負わせ、検閲者に変容させた。忘れられる権利により、彼らは、芸術の管理人 (art curators) であり文学価値を確定する主人 (masters) である²⁰⁴。それは、Web 2.0の企業家に対して、²⁰⁵ プラットフォームを通じて個人データがどのように共有されるのかを確認することを義務付けるなど、その個人データを追跡する仕組みを義務付けるなど、重い負担を課すものである。この監視義務は、データ管理者がたとえば、「第三者に個人データの公表を許諾する」などすることで²⁰⁶、「個人データを公開する場合」にデータ管理者が責任を負うという要件から生じている。許諾には「共有」(share) ボタンを提供することが含まれるので、インターネットの媒介者は、ここでの負担をどうしようもなく重いものであると考えるかもしれない。提案されているデータ保護規則は昨年未

²⁰² See *id.* at 93-94.

²⁰³ See FACEBOOK, INC., FACEBOOK ANNUAL REPORT 2012, at 71 (2012), available at http://materials.proxyvote.com/Approved/30303M/20130409/AR_166822/ (年の歳入は50億8,900万ドルと公表されている)。

²⁰⁴ Jeffrey Rosen, *The Right to Be Forgotten*, 64 STAN. L. REV. ONLINE 88, 90-92 (2012), available at <http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/online/topics/64-SLRO-88.pdf>.

²⁰⁵ See *infra* note 220 and accompanying text.

²⁰⁶ データ規則案, *supra* note 199, at 51.

パラグラフ1で言及される管理者が個人データを公表した場合、当該管理者は、その公表に責任のあるデータに関して、当該データを処理する第三者に対し当該個人データへのリンク又は同データの複製物の消去を求めていることを通知するため、技術的手段を含む、あらゆる合理的な措置を講じるものとする。情報管理者が個人データの第三者による発行を許諾している場合、その著作物の発行に対して、情報管理者が責任を負うものとする。

Id. (強調は追加)。

のヨーロッパ議会における市民の自由・正義・自治に関する委員会によって圧倒的に支持され、現在欧州評議会で検討されている。²⁰⁷

欧州司法裁判所は、*Google Spain v. AEPD and Mario Costeja González* 事件でこの問題を検討した。このケースでは、データの主体が、第三者によってオンライン上に公開され、Googleによってインデックスを付けられた当該データ主体に関する過去の罪を示すような情報をGoogleが表示したことを理由にGoogleを提訴した。口頭弁論が開かれた際、欧州司法裁判所の法務官 Niilo Jääskinen は、裁判所²⁰⁸に対して、1995年指令²⁰⁹は市民に対し忘れられる権利を当然のものとしては付与していないと伝えた。しかし、ヨーロッパ連合憲章第7条から忘れられる権利を導き出せるかと問われた際、Jääskinen は次のように発言した。:

インターネット上に公表された情報を検索エンジンによって検索する権利は、基本権を行使する最も重要な方法の1つである。... インターネット利用者の情報に対する権利は、ある個人に関する情報に関する当該ユーザーの検索が真実を反映した内容を提供しない場合には制限される(譲歩させられる)ことになるだろう。...²¹⁰

同時に、Jääskinen は、「検索エンジンサービス提供事業者は、検索エンジンに依拠してインターネット情報のロケーションツールを提供する際、そ

²⁰⁷ Press Release, European Comm'n, LIBE Committee Vote Backs New EU Data Protection Rules (Oct. 22, 2013), available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-13-923_en.pdf. この会議で、「LIBEの投票はRapporteursに対して... 欧州評議会と交渉することを義務付けた。」*Id.* 「法律となるためには、法案が、」欧州議会 (LIBE 決定)、欧州評議会、欧州理事会「によって承認されなければならない。」Press Release, European Comm'n, Data Protection Day 2014: Full Speed on EU Data Protection Reform (Jan. 27, 2014), available at http://europa.eu/rapid/press-release_MEMO-14-60_en.pdf.

²⁰⁸ Opinion of Advocate General Jääskinen ¶ 6, Case C-131/12, *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos*, 2014 EUR-Lex 62012CC0131 (June 25, 2013).

²⁰⁹ See *supra* note 82 and accompanying text.

²¹⁰ Opinion of Advocate General Jääskinen, *supra* note 207, ¶ 131.

の表現の自由を適法に行使している」²¹¹と認識していた。*Sullivan*判決の理由付けを繰り返した上、*Jääskinen*は、「規律のない『通知と削除手続 (notice and take down procedure)』」は、(ウェブサイト上に)公表された著作物の私的当事者による監視へと結び付くであろう。²¹²

欧州司法裁判所は、2014年5月13日、インターネット検索エンジンは個人名の検索結果の削除請求を検討する義務を有し、「当該個人の名前に基づく検索により表示される結果のリストから、当該個人に関連する情報を含む第三者により発行されているウェブページへのリンクを除去しなければならない」²¹³と判示した。この判断は、EU憲章7条及び8条に基づき、「根拠が不十分、関係がない... 又は過激過ぎる」と思われるデータについて、忘れられる権利を確立するものである。²¹⁴ また、この判断は、私的情報と「インターネット利用者の正当な利益にしっかりと結び付いた情報」を区別するものである。²¹⁵ それ以上の指針はなく、検索エンジンは、どの情報の公共性が不十分か、公共性との関連性がないかを、そしてどの

²¹¹ *Id.* ¶ 132.

²¹² *Id.* ¶ 134 (引用省略).

²¹³ Case C-131/12, *Google Spain SL v. Agencia Española de Protección de Datos*, 2014 EUR-Lex 62012CJ0131 ¶ 88 (2014).

²¹⁴ *Id.* ¶ 93; *id.* ¶ 69 (7条と8条の要件は、その他のいくつかの条項と指令95/46を通じて履践されると指摘する).

²¹⁵ *Id.* ¶ 81.

しかし、問題となる情報によっては、検索結果リストからのリンクの除去は、当該情報にアクセスすることに関心を有する利用者の正当な利益に影響を与え得るので、本件手続上で問題となっている状況においては、特に、そうした利用者の利益とEU憲章7条及び8条に基づくデータの主体の基本権との間において公平なバランスが追求されなければならない。これらの条文中で保護されるデータ主体の権利がインターネット利用者の利益を上回るの是一般論として事実だが、一定の事案において、そのバランスは、問題となっている情報の性質、その情報がその主体の私的生活においてどの程度センシティブなものか、その情報を持つことに対する公衆の利益(この利益はデータの主体の公共生活における役割によって変わるものかもしれない)に依拠して定まるだろう。

Id.

利益が優先するかを自主的に判断することを義務付けられる。この判断を遵守するため、Googleは、EU市民に対してデータ削除要求の申立権限を与えた。²¹⁶ 24時間のうちに、Googleは少なくとも12,000人の個人から忘れられる権利の申立てを受領した。²¹⁷ 検索エンジンは、ある個人に関する第三者の社会的・政治的な意見に干渉することができるだけでなく、何十億ものインターネット利用者の知識や言論へのアクセスを大幅に制約することができる。個人が削除請求することができる一方、インターネット利用者と第三者の発言者は、書かれたものや発行されたものへのリンクを再現するよう求める手段がない。欧州司法裁判所のアプローチは、言論の自由に対する検索サービスの重要性について適切な考慮がなされていない。図書館で、情報は、この広大な、全く整理されていないスタックの中に見付けられるかもしれないが、その情報を見付けるためのインデックスを提供することができないと貴方に言われたときの言論の自由への負荷を想像されたい。

忘れられる権利は、その対象を子供に限定して、カリフォルニアで提案された。²¹⁸ しかし、最終的に成立した法案、デジタル世界における年少者のためのプライバシー法は、第三者ではなく、子供自身の手で掲載された情報を削除することを認めるに過ぎない、かなり限定的なものである。²¹⁹ これは、ほとんどのサービスがすでに利用者に提供している権利である。

²¹⁶ *Search Removal Request Under Data Protection Law in Europe*, GOOGLE, https://support.google.com/legal/contact/lr_eudpa?product=websearch (最終確認日2014年10月26日)。

²¹⁷ Charles Arthur & Samuel Gibbs, *Google Allows Europeans to Ask for Links to Be Removed*, GUARDIAN (May 30, 2014, 2:32 PM), <http://www.theguardian.com/technology/2014/may/30/privacy-activists-welcoming-google-allowing-links-to-be-removed>.

²¹⁸ S.B. 568, 2013–2014 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2013) (2013年2月22日提出)。

²¹⁹ CAL. BUS. & PROF. CODE § 22581(a)(1) (West 2014).

未成年者向けのインターネット・ウェブサイト、オンライン・サービス又は携帯アプリケーションの運営者若しくは未成年者が利用していることを認識しているインターネット・ウェブサイト、オンライン・サービス又は携帯アプリケーションの運営者は、以下の全ての措置を講じるものとする。

(1) 運営者のインターネット・ウェブサイト (その他、オンライン・サー

E. WEB 3.0とINTERNET OF THINGS（あらゆるモノのインターネット化）

言論の自由はWeb 2.0に命を吹き込み、それは、Web 3.0にとっても欠かせないものであろう。Web 2.0は、Facebookの使命を示す言葉「人々に共有する力を与え、世界をより開かれた、結び付いたものにする」²²⁰で捉えることが可能であるが、Web 3.0が作ろうとする世界は、我々が利用する装置がある意味、意識的な方法でデータを共有、処理、そして理解する世界である。²²¹ World Wide Webの発明者Tim Berners-Leeによって「意味論のWeb」と概念化されたように、Web 3.0は、ますます成長する情報オントロジーを持つ知的ネットワークからなり、それによってデジタル化された情報をコンピュータがより「理解する」。²²² このメタデータを利用して、Webアプリケーション、スマートフォン、そして、おそらくはありふれたトースターすら、ウェブ上で作り出される大量のデータを解析し解釈することができるだろう。オントロジーは、情報が関連付けられる様式又は（コンピュータでアクセス可能な）意味の範囲を定義するのに役立つ。これらのオントロジーは言論を可能にするだけでなく、それに条件を付することもあるだろう。それは、コンピュータとその背後の人々が、デジタル化されたエフェメラ（一時的に保存されている情報）を通じて世界を理解する手助けをする意図を有している。しかし、情報の表明は、受け入れること

ビス又は携帯アプリケーション）上で利用者として登録されている未成年者は、ユーザーによってインターネット・ウェブサイト、オンライン・サービス又は携帯アプリケーションに掲載されたコンテンツ又は情報を削除する、若しくは（当該運営者がそういう形を望むのであれば）それらのコンテンツの削除依頼をして削除を実現することができる。

Id.

²²⁰ *About*, FACEBOOK, <https://www.facebook.com/facebook/info>（最終確認日2014年10月26日）。

²²¹ Tim Berners-Lee et al., *The Semantic Web: A New Form of Web Content That Is Meaningful to Computers Will Unleash a Revolution of New Possibilities*, SCI. AM. (May 17, 2001), <http://www.cs.umd.edu/~golbeck/LBSC690/SemanticWeb.html>（webで結合される装置とウェブアプリケーションが、データを解釈し、もともと利用者によって操作されていた業務や取引を完了する世界を検討している）。

²²² *Id.*

が可能な情報を限定することも可能にする——それは言論の可能性を増すのと同様に言論を制限することが可能なのである。²²³

Web 3.0は、コンピュータに媒介された情報又は言論の、これまで決してできなかった程度での共有を意味する。これを言論として特徴付ける我々の見解に対し予想される異論を検討しておきたい。もちろん、コンピュータは、修正第1条の適用上、「人」(persons)ではないが、その所有者は「人」である。オントロジーを開発する者又はコンピュータをプログラムする者は、語っているのである。我々の言論は、もし我々がワードプロセッサやウェブサーバーを通じて指示を与えるコンピュータによって処理されていても、それは、いまだ我々自身のものである。すでに検討した通り、*Sorrell*事件で、連邦最高裁は、「情報は言論である」²²⁴と広く宣言した。情報についての情報(メタデータ又は、メタデータの形態と内容を定義するさらに高次元のオントロジー)もまた言論である。それがたとえ人々の用に供されるコンピュータによって利用されるものであったとしても。²²⁵ 第2巡回区控訴審裁判所の主任裁判官 Jon Newmanの「情報を運ぶコンピュータコードは、修正第1条の意味における『言論』である」との判断は、ここにおいても同様に真理である。²²⁶ 我々が情報の表明と結合のためのフレームワークを推進する際、我々は、特に、政府に都合がよく

²²³ Julien Mailland, *The Semantic Web and Information Flow: A Legal Framework*, 11 N.C. J.L. & TECH. 269, 290, 296 (2010) (セマンティックウェブは、情報のコントロールを強化するためのツールとして利用できることを指摘している)。

²²⁴ *Sorrell v. IMS Health Inc.*, 131 S. Ct. 2653, 2667 (2011).

²²⁵ Andrew Tuttは、*Brown v. Entertainment Merchants Ass'n*, 131 S. Ct. 2729 (2011)が、ビデオゲームを保護される言論と位置付け、修正第1条の目的に照らし、言論を「古い言論」に体裁や方式の点で類似するものに制限していることを示唆する。Andrew Tutt, Note, *Software Speech*, 65 STAN. L. REV. ONLINE 73, 75 (2012), available at <http://www.stanfordlawreview.org/sites/default/files/online/articles/Tutt-65-SLRO-73.pdf>. 連邦最高裁はデジタル媒体での言論に関して一般的なテストを作り出さなかったが、ビデオゲームは、——映画同様——言論を構成するという分かりやすい結論を採用した。

²²⁶ *Universal City Studios, Inc. v. Corley*, 273 F.3d 429, 449–50 (2d Cir. 2001).

なるように不当に言論を制限しないオントロジーとなるように注意をしなければならない。

おそらくより深刻な懸念は、Web 3.0が政府による監視を助け、自動化された手段を利用して言論の内容をより正確に評価することを政府に許す可能性である。監視は、「Internet of Things」(あらゆるモノのインターネット化)として知られるようになったものの急速な普及——インターネットに接続するセンサーを備えたモノの勃興²²⁷によって、今まで以上にいろいろなところで見られるようになるだろう。Ciscoは、2020年までにそうした装置が500億に及び、²²⁸ インターネット上で相互に、そして他のソフトウェアエージェントと結合し、コミュニケーションを行うことになると推測している。²²⁹

²²⁷ 国際通信連合 (The International Telecommunication Union) は、Internet of Thingsを「既存のそして進化しつつある相互作用する情報・通信技術によって (物理的かつパーチャルな) ものを相互に結合させ、進んだサービスを可能にする情報化社会のグローバルインフラストラクチャー」と定義する。 *New ITU Standards Define the Internet of Things and Provide the Blueprints for Its Development*, INT'L TELECOMM. UNION (July 4, 2012, 11:00 AM), <http://www.itu.int/ITU-T/newslog/New+ITU+Standards+Define+The+Internet+Of+Things+And+Provide+The+Blueprints+For+Its+Development.aspx>.

²²⁸ DAVE EVANS, CISCO INTERNET BUS. SOLUTIONS GRP., THE INTERNET OF THINGS: HOW THE NEXT EVOLUTION OF THE INTERNET IS CHANGING EVERYTHING 3 (2011), *available at* http://www.cisco.com/web/about/ac79/docs/innov/IoT_IBSG_0411FINAL.pdf.

²²⁹ これらの装置は個人情報又は非個人情報を送信するもので、IPv6のアドレススキームを採用することでサポートされることになるだろう。これらの装置で作られ、アクセスされるデータストリームは、他のコンピュータで処理することを認めるオントロジーを採用している。入手可能なアドレス桁数を拡大することにより、IPv6は全ての対象にパーマメントかつユニークなIPアドレスを付与する可能性を提供する。現在、各インターネット上での利用が可能な装置はいずれもユニークで決めうちされたMachine Access Control (“MAC”)番号を持つが、当該アドレスは、個々のルータを超えて共有されるものではない——ただし、当該装置が接続するローカルワイヤレスネットワークルータには共有される。 *See* Matt Brian, *Smart Trash Can Knows How Fast You Walk and Which Smartphone You Use*, THE VERGE (Aug. 9, 2013, 8:09 AM), <http://www.theverge.com/2013/8/9/4604980/smart-uk-trash-cans-smartphone->

あらゆるモノのインターネット化 (Internet of Things) によって提示される言論への懸念は、人々が、その環境と自らの利用する装置が自分自身について軽率に語ってしまうものであることを知り、自分自身を監視することである。Jerry Kang と Dana Cuff は、「もし、貴方が同性愛者であることを隠しており、(同性愛の) RFID [無線自動識別] リーダーが自身の体の中に埋め込まれていると知っていたら、書店の同性愛者研究のセクションを通ることがどの程度できると思うか」と問う。²³⁰ この懸念は、根底にある技術を注意深く設計し、採用することによって緩和することができる。²³¹ 次章で我々は、監視の重大な問題点を検討する。

F. 監視

「探索的な眼差し、その眼差しは、それが向けられた個人が自分自身とその監督者となるところまで内在化させることでなくなる。こうして、個々の人は自分に対して自己監視をするようになる。すばらしい手口である。：力は、いずれ最小限のコストとなるように、継続的に行使される。」

*Michel Foucault, Power/Knowledge*²³²

Glenn Greenwald は、近時明らかになった米国による広範な電子的監視を受けて、「監視は... 調和を生む」と述べた。²³³ 同様に、「監視は、自己

speed-proximity-wifi; Siraj Dato, *This Recycling Bin Is Following You*, QUARTZ (Aug. 12, 2013), <http://qz.com/112873/this-recycling-bin-is-following-you/>.

²³⁰ Jerry Kang & Dana Cuff, *Pervasive Computing: Embedding the Public Sphere*, 62 WASH. & LEE L. REV. 93, 127 (2005).

²³¹ See LAURA DENARDIS, *PROTOCOL POLITICS: THE GLOBALIZATION OF INTERNET GOVERNANCE* 74–75 (2009).

²³² Michel Foucault, *The Eye of Power*, in *POWER/KNOWLEDGE: SELECTED INTERVIEWS AND OTHER WRITINGS 1972–1977*, at 146, 155 (Colin Gordon ed., Colin Gordon et al. trans., 1980).

²³³ Natasha Lennard, “*Surveillance Breeds Conformity*”: *Salon’s Glenn Greenwald Interview*, SALON (Jan. 3, 2014, 7:45 PM), http://www.salon.com/2014/01/03/the_salon_glenn_greenwald_interview_surveillance_breeds_conformity/. For reports on this surveillance, see,

検閲につながる」と、Jerry Kangはインターネット時代の初期の段階で警告していた。²³⁴ それよりずっと以前に、ミシガン州知事となる Jennifer Granholmは、通りにおける監視が、声を出して歌う、通りで数ステップダンスをする、衝動的に友達にハグをする愉快的な通行人のそうした気持ちを抑圧するかもしれないことを懸念した。²³⁵ Meiklejohnの「通りでのダンス」は、Sullivan²³⁶事件後、コートに身を隠しA地点からB地点へとまっすぐに進むようになるかもしれない。Daniel Soloveもまた「監視は自己検閲と自己抑制につながる。自己抑制の効果ゆえに、監視は社会統制の道具である。」と指摘する。²³⁷ 1981年、Vincent Blasiは、言論に対して自己検閲が持つ意味合いを次のように表現した。:「ある規制の仕組みのために、人々がその仕組みの困難に巻き込まれるよりも保護される表現を控えるようになることは、話者、聞き手、そして社会の全てにとって不幸なことである。」²³⁸

for example, Barton Gellman, *NSA Broke Privacy Rules Thousands of Times per Year; Audit Finds*, WASH. POST (Aug. 15, 2013), http://www.washingtonpost.com/world/national-security/nsa-broke-privacy-rules-thousands-of-times-per-year-audit-finds/2013/08/15/3310e554-05ca-11e3-a07f-49dde7417125_story.html; Barton Gellman & Laura Poitras, *U.S., British Intelligence Mining Data from Nine U.S. Internet Companies in Broad Secret Program*, WASH. POST (June 7, 2013), http://www.washingtonpost.com/investigations/us-intelligence-mining-data-from-nine-us-internet-companies-in-broad-secret-program/2013/06/06/3a0c0da8-cebf-11e2-8845-d970ccb04497_story.html; Glenn Greenwald, *XKeyscore: NSA Tool Collects 'Nearly Everything a User Does on the Internet'*, GUARDIAN (July 31, 2013, 8:56 AM), <http://www.theguardian.com/world/2013/jul/31/nsa-top-secret-program-online-data>.

²³⁴ Jerry Kang, *Information Privacy in Cyberspace Transactions*, 50 STAN. L. REV. 1193, 1260 (1998); cf. DAVID LYON, *THE ELECTRONIC EYE: THE RISE OF SURVEILLANCE SOCIETY* 26 (1994) (「近代社会では、社会規範に合致する人々を作り出す目的で、人々はますます監視され、その活動が文書に記録され、分類される。」)。

²³⁵ Jennifer Mulhern Granholm, *Video Surveillance on Public Streets: The Constitutionality of Invisible Citizen Searches*, 64 U. DET. L. REV. 687, 708 (1987).

²³⁶ See Kalven, *supra* note 5, at 221 n.125.

²³⁷ Daniel J. Solove, *A Taxonomy of Privacy*, 154 U. PA. L. REV. 477, 493 (2006) (脚注省略)。

²³⁸ Vincent Blasi, *Toward a Theory of Prior Restraint: The Central Linkage*, 66 MINN. L. REV. 11, 24 (1981).

多方面に広がる監視は言論の自由に致命的なリスクを生む。監視の研究者は、監視が最も有効に機能するのは、それが、そのように各個人を規律することさえ必要とせず、監視者の嗜好に合わせるように自ら内面化されるときであるという Michel Foucault 見解を援用する。²³⁹ Foucault は、全く何もしないで規制することができる円形刑務所 (Panopticon) の物理的な仕組みを説明した。Foucault は次のように指摘した。:

円形刑務所の天才的な知恵は、監視それ自体が訓練となっていることである。: 「見られる状態に置かれ、それを知っている者は、力を制御することに責任を負う。; 彼は自分自身に対する制約を自発的に行う。; 彼はその力関係を自分自身に刻みこみ、同時にその二役をこなす。; 彼は自分自身に服従することになる。」²⁴⁰

しかし、委縮効果が拡散するため、公共の監視に対して修正第 1 条の主張をするのは難しいかもしれない。²⁴¹ 1967年、市民権活動家は、米軍による公共活動の包括的な監視行為に対して、それが言論を「委縮させる」として異議を申し立てた。²⁴² *Laird v. Tatum* 事件で、連邦最高裁は、損害があまりに「推測」に過ぎているため、原告適格を欠くと判断した。²⁴³ 反対意見において、William O. Douglas 最高裁判事は、米軍の行為をロシア政府の行為と比較した。:

²³⁹ David Gray & Danielle Citron, *The Right to Quantitative Privacy*, 98 MINN. L. REV. 62, 76–77 (2013).

²⁴⁰ Anupam Chander, *Googling Freedom*, 99 CALIF. L. REV. 1, 10 (2011) (MICHEL FOUCAULT, DISCIPLINE AND PUNISH: THE BIRTH OF THE PRISON 202–03 (Alan Sheridan trans., Vintage Books 2d ed. 1995) (1977) を引用する).

²⁴¹ See generally Scott Michelman, *Who Can Sue over Government Surveillance?*, 57 UCLA L. REV. 71 (2009) (不明確な訴訟適格の司法判断は監視事案が実体審理に付されることを妨害していると主張する).

²⁴² See *Laird v. Tatum*, 408 U.S. 1, 10 (1972).

²⁴³ *Id.* at 13.

諜報機関の役人が、図書館で反体制の者を監視し、ぎりぎりまで接近しつつ気付かれないように並んで歩き、彼のクラブに潜入するとき、自由の声として世界中でかつて称賛の声が聞かれたアメリカは、もはやJeffersonやMadisonが意図したイメージではなく、むしろロシアのイメージで捉えられることになる．．．²⁴⁴

Douglas判事は、ソビエトの反体制者で全体主義の研究者であるAlexander Solzhenitsynの、監視が家族の周囲に作り出し、彼らが接触する全ての者を報復の危険に晒すことになる「汚染された禁止領域」を指摘する手紙も引用した。²⁴⁵ 裁判所は、大部分、Laird判決の流れの中にあり、最も近時の連邦地裁の事案は、ニューヨーク市警によるモスクの監視に対する請求が棄却されたものである。²⁴⁶ *Hassan v. City of New York*事件において、連邦地裁判事は、損害はメディアにより監視の事実を知った場合に限り生じ、監視が秘匿されたままであったら生じなかったと考えた。²⁴⁷ しかし、その動きが実際に監視されていると個々人が考えるようになれば、すでに委縮効果が生じている。そうした監視による現実の損害を前提として、Neil Richardsは、「対象者の知的活動（読書、思考そしてコミュニケーション）に影響する政府による監視に対する合理的な恐怖は、訴訟適格原則の下で（要求される）損害の事実を証明するに十分な損害であると認識されるべき」と主張する。²⁴⁸

多くの読者は、デジタル媒体によって可能となった、政府によるあらゆる場所での監視への批判に同意されることだろう。しかし、読者は、さらに別の形態で監視が行われることを指摘するかもしれない。企業による監視又は企業の「データ監視」は、デジタルに囲まれた生活の中でありふれ

²⁴⁴ *Id.* at 28–29 (Douglas 判事反対意見).

²⁴⁵ *Id.* at 37.

²⁴⁶ *Hassan v. City of New York*, No. 2:12-3401(WJM), 2014 WL 654604, at *1 (D.N.J. Feb. 20, 2014); *see also* Neil M. Richards, *The Dangers of Surveillance*, 126 HARV. L. REV. 1934, 1943 (2013)（「近時の監視に関する事案はLaird Courtの判断に従うものが増えている」と指摘する）.

²⁴⁷ *Hassan*, 2014 WL 654604, at *4.

²⁴⁸ Richards, *supra* note 245, at 1964.

た特徴になっており、実際、すでに我々が示唆した通り、Webによって可能になった言論の自由にとってキーとなるものである。企業は個人のデータをできるだけ多く蓄積し、マーケティング目的でそのデータを解析する。そうしたデータは、利用者の個人的嗜好に向けて広告を形作るのに役立つが、利用者の習慣についてより増大した知識によって可能となる消費者の操作が起り得る可能性を多くの者が懸念している。²⁴⁹

Big Brotherが凝視していることを恐れ、個人は、(自己規制をして) 振る舞うようになる。²⁵⁰ 自己検閲は、独裁国家においてそうであるように、規範となるだろう。

IV. 結論

#Inauguration (就任式)、#BostonMarathon (ボストンマラソン)、#StandWithWendy (Wendy支持)、#DOMA (The Defense of Marriage Act: 結婚防衛法)、#Prop8 (修正案8)、#MalalaDay (マラルアの日)、#MarchOnWashington (ワシントン大行進)、#GovernmentShutdown (政府機能の停止)、#IranTalks (イランの話)、#RIPMandela (マンデラよ、安らかに眠れ)。これらは2013年に国中で注目を集めた論点で、Twitter²⁵¹上の我々のやりとりの中に現れたものである。時代精神は、おそらく、*New York Times*やCBSよりもTwitter上に現れているのだろう。Nelson Mandelaが亡くなったとき、多くの人が通りへ出たが、さらにそれ以上の人々がソーシャルメディアに向かった。Twitter上で、彼らのメッセージは、フォロワーのニュースフィード上に現

²⁴⁹ See generally Ryan Calo, *Digital Market Manipulation*, 82 GEO. WASH. L. REV. 995 (2014); Tanzina Vega, *New Ways Marketers Are Manipulating Data to Influence You*, N.Y. TIMES (June 19, 2013, 9:49 PM), http://bits.blogs.nytimes.com/2013/06/19/new-ways-marketers-are-manipulating-data-to-influence-you/?_php=true&_type=blogs&_php=true&_type=blogs&_r=1.

²⁵⁰ Cf. Katherine J. Strandburg, *Freedom of Association in a Networked World: First Amendment Regulation of Relational Surveillance*, 49 B.C. L. REV. 741, 758 (2008) (政府による監視が連携を委縮させる可能性を示唆する)。

²⁵¹ #2013, TWITTER, <https://2013.twitter.com/#category-2013> (最終確認日2014年10月26日)。

れ、また、Mandelaについての会話をハッシュタグを通じて探す者に提示される結果の中に現れる。ハッシュタグは、言論の民主化のために機能しており、誰もがその考えを世界中に伝えることを可能にしている。その結果、ハッシュタグは、ある時点での諸問題について底上げ的な論評を促進する。しかし、Twitterはハッシュタグを生み出さなかった。その代わり、散らばる個人の考えを結び付ける必要性を発見したのは、利用者コミュニティであった。²⁵² しかし、ハッシュタグは異常な力を与えた——ハッシュタグは、普通の人々に対して、その選ぶ話題が何であれ、世界と関わる力を与えることを手助けした。そして、ハッシュタグは、個人に対し、ある特定の課題について同胞である（他の）人が言いたいと思ったことを聞く能力を与えた。まさに終わろうとしている年を振り返り、Twitter自身が「今年最もリツイートされたツイートが喪失、愛そして称賛を合わせてやってくる世界を示すものである」と述べた。²⁵³ 誰も会話から他の人を削除する権限を持っていない。誰も他の人の言論からハッシュタグを外すということとはできない。ハッシュタグは自由かつ誰に対しても開放されており、商標でも著作物でもない。Mitt Romneyの支持者がハッシュタグ#AreYouBetterOffを作ったとき、Barack Obamaの支持者がその会話に参加し、3対1の割合でRomneyの支持者の数を上回った。²⁵⁴ Twitterのサービスは利用者に対して他人をブロックする権限を付与しているが、これは、自分

²⁵² 2007年、1つのツイートでハッシュタグの利用が提案された（当時は単に「パウンド」という語句が用いられた）：「グループ（での議論）のために#（パウンド）を使うのはどうかな？ #barcamp [メッセージ]のように。」Liz Gannes, *The Short and Illustrious History of Twitter #Hashtags*, GIGAOM (Apr. 30, 2010, 4:44 PM), <http://gigaom.com/2010/04/30/the-short-and-illustrious-history-of-twitter-hashtags>.

²⁵³ *Golden Tweets*, TWITTER, <https://2013.twitter.com/#month-golden-tweets>（最終確認日2014年10月26日）。

²⁵⁴ Agence France-Presse, *Election 2012 Fought with Tweets, Hashtags, Facebook Updates and Emails in a Battle for Digital Supremacy*, RAW STORY (Oct. 14, 2012, 9:13 AM), <http://www.rawstory.com/rs/2012/10/14/election-2012-fought-with-tweets-hashtags-facebook-updates-and-emails-in-a-battle-for-digital-supremacy>.

自身のニュースフィードからブロックするに過ぎず、一般公衆からブロックしてしまうものではない。²⁵⁵

2013年のある日、誤った噂がTwitter上で流布され、株式市場に2,000億ドルの損失が生じた。²⁵⁶ Associated PressのTwitterアカウントを乗っ取った何者かが大統領の負傷という誤った情報を伝え、市場を停止させてしまった。²⁵⁷ 損害賠償訴訟があれば、それはTwitterの死を意味することになったろう。しかし、訴訟は起こらなかった。法律上意味がないことがはっきりしているからである。利用者の言論を促進することについて責任を免除する法がなければ、Facebook、Google、Reddit、TumblrそしてYelpの利用者によるひどい行為のために、ソーシャルメディアは消滅することになったかもしれない。

インターネット上では、言論とテクノロジー、ビジネスが複雑にからみ合っている。自由な言論とその制限が、現在、MIT *Technology Review*上で議論されている。²⁵⁸ インターネットの原則をなす中核部分は言論と自由の周辺を循環する。有名な格言「情報は自由でいたがる (Information wants to be free)」²⁵⁹や「ネットは検閲を損失と捉え、それを迂回する」²⁶⁰を考えてみ

²⁵⁵ See *Blocking Users on Twitter*, TWITTER, <https://support.twitter.com/articles/117063-blocking-users-on-twitter> (最終確認日2014年10月26日) (ブロックされた利用者は、ブロックした者が公表したツイートをいまだ見ることができることを説明している)。Twitter自身が利用者をサービスから排除することができるが、その権限を大部分スパムアカウントについて用いているようである。Erick Schonfeld, *Twitter Cracks Down on Spam Accounts, People Lose Followers*, TECHCRUNCH (July 24, 2009), <http://techcrunch.com/2009/07/24/twitter-cracks-down-on-spam-accounts-people-lose-followers>.

²⁵⁶ Tom Lauricella et al., *Twitter Hoax Sparks Swift Stock Swoon*, WALL ST. J. (Apr. 23, 2013, 7:33 PM), <http://online.wsj.com/article/SB10001424127887323735604578441201605193488.html>.

²⁵⁷ *Id.*

²⁵⁸ Jason Pontin, *Free Speech in the Era of Its Technological Amplification: A Letter to John Stuart Mill About the Limits of What May Be Shown or Said on the Web*, MIT TECH. REV. (Feb. 20, 2013), <http://www.technologyreview.com/featuredstory/511276/free-speech-in-the-era-of-its-technological-amplification/>.

²⁵⁹ このフレーズはStewart Brandによるものである。See Jennifer Lai, *Information Wants to Be Free . . . and Expensive*, FORTUNE (July 20, 2009, 2:00 PM), <http://fortune.com/2009/07/20/information-wants-to-be-free-and-expensive>.

ていただきたい。インターネットの最もよく知られたジョーク——「インターネット上では、誰も貴方が犬であることを知り得ない」²⁶¹——ですら、インターネットが言論を自由にする方法に依拠している。

シリコン・バレーの最も近時の隆盛は、1789年における意思決定と2世紀後にそれを蘇らせた努力によるものと言える。James Madisonがアメリカ合衆国憲法修正第1条となった内容を最初に提案したとき、²⁶² 彼は、Facebook、Flickr、Google、Pinterest、Twitterの世界をほとんど想像することができなかつたはずである。しかし、米国憲法における言論の自由の保障は、これらの会社が2000年の始まりに先導役となる手助けをした。逆に言えば、言論の自由の保障それ自体が生まれ変わり、米国及び世界中の一般の人々に対して、互いに語り合う能力を与えた。

しかし、我々に自由な言論を与える同じテクノロジーが、Stasiによってさえ想像されないくらいに監視を普及させることに役立っている。²⁶³ 21世紀の言論の自由に関する法は、インターネットプロトコルと媒介者(intermediaries)がどのように言論を規制又は自由にするかを注視するものでなければならない。我々は、後年になって、言論の自由の黄金時代を喪失したことを嘆くことのないよう、これまで以上に注意深くなければならない。

²⁶⁰ このフレーズは、インターネットの開拓者である John Gilmoreによって最初に用いられた。See Philip Elmer-Dewitt, *First Nation in Cyberspace*, TIME, Dec. 6, 1993, at 62, 64.

²⁶¹ Peter Steiner, *On the Internet, Nobody Knows You're a Dog*, NEW YORKER, http://www.condenaststore.com/-sp/On-the-Internet-nobody-knows-you-re-a-dog-New-Yorker-Cartoon-Prints_i8562841_.htm (最終確認日2014年10月26日)。

²⁶² See Don R. Pember, *The Burgeoning Scope of "Access Privacy" and the Portent for a Free Press*, 64 IOWA L. REV. 1155, 1167 (1979); James Madison, FIRST AMENDMENT CTR., <http://www.firstamendmentcenter.org/hall-of-fame/james-madison> (最終確認日2014年10月26日)。

²⁶³ 「Stasi」とは「東ドイツの秘密警察」である。See Julia Angwin, *You Know Who Else Collected Metadata? The Stasi.*, PROPUBLICA (Feb. 11, 2014, 4:02 PM), <http://www.propublica.org/article/how-the-stasi-spied-on-social-networks>.

[訳者付記]

本稿は、Anupam Chander & Uyên P. Lê, *Free Speech*, 100 *Iowa L. Rev.* 501 (2015) の全文翻訳である。

翻訳許可を下さるとともに、翻訳作業にご協力いただいた Chander 教授及び Lê 氏に感謝いたします。

また、翻訳発表の機会を頂いた田村善之教授と校正作業をはじめとする翻訳の過程において常にご配慮いただき、大変お世話になった高橋直子特任助手（北海道大学大学院法学研究科）に改めて御礼申し上げます。