



情報社会における公私の共同規制についての基礎的考察

背景、構造要件、リスク、政府関与

執筆者

KDDI総研 特別研究員 生貝直人 (naoto@ikegai.jp)

🕒 記事のポイント

筆者はこれまで複数の論考において、情報通信の発展に対応した制度を整備するにあたり「自主規制」が重要な地位を占めることを記述してきた。本稿では、自主規制という政策手段、そしてそれに対する一定の公的関与を伴う「共同規制（co-regulation）」という概念そのものに焦点を当て、それが必要とされる背景、機能するための構造要件、リスク、自主規制に対する政府関与のあり方、そして我が国の今後の法政策に対する含意を論じていく。

サマリー

情報社会において生じる各種の制度的課題は、その制度がいかなるものであるべきかという問題と同時に、その制度を「誰が」構築し、維持していくべきなのかという問題を提起している。政府による規制と民間による私的な規制の比較優位を巡る課題は、これまでも米国を中心として長く論じられてきたが、その解答はいずれか一方の優位性を高めるというよりも、両者の新しい相補関係のあり方を巡るものであると理解すべきである。近年インターネット分野の規制政策において広く用いられ始めている共同規制を巡る実践と分析は、その適切な相補関係のあり方を模索するための作業であると言える。

主な登場者 欧州委員会 英国政府 米国政府 日本国政府 業界団体

キーワード 政府規制 自主規制 共同規制

地域 EU 英国 米国 日本

Title	Some Foundational Thoughts on Internet Co-regulation: Background, Structural Condition, Risk, and Role of Government.
Author	IKEGAI, Naoto (Research Fellow)
Abstract	<p>Increasingly, legal issues in the information society are focusing on the question of "who" should create the rules for the Internet, rather than "what" rules should be made. The answer to such a question lies not in either government or market acting independently; instead, what is required is collaboration between the government and market. This article builds upon a number of previous works related to the growing importance of "co-regulation" for the Internet. Co-regulation combines both self-regulation and government regulation, and is best understood as a mixed approach to rulemaking for the various legal issues in the information society, such as copyright and privacy.</p> <p>Recent practices and discourses of co-regulation in the EU and the other countries can be understood as a process of building a new public-private partnership in the field of Internet regulation. This article aims to foster a deeper understanding of the concept of "co-regulation," and includes a discussion of its background, structural condition, risk, and the role of the government. Finally, some implication for future ICT policy making in Japan are presented.</p>
Keyword	Internet governance, government regulation, self-regulation, co-regulation

1 政府規制、自主規制、共同規制

1 - 1 情報社会における自主規制の拡大

グローバル化と情報社会の進展を主な要因として、社会・経済におけるガバナンス主体としての伝統的な国家や政府の限界が指摘されはじめて久しい。そうした中で、より実効的かつ効率的なガバナンスを実現するために、積極的に民間のイニシアティブを活用しようとする「自主規制 (self-regulation)」、さらには自主規制に対する様々な形での政府の関与を前提とした「公的権力の影の下での自主規制¹」や、民間の取組を注視した上で必要に応じた段階的対応を行う「応答的規制 (responsive regulation)²」という政策手法が広く用いられるようになりつつある。

情報社会においては、純粋なサイバー空間であれそれ、情報社会により変質する現実空間であれ、それを統治するために「いかなる」法や制度を構築するかという問題と同時に、「誰が」それを行うべきかという、主体性の問題に対しても根源的な再考が求められてきた。インターネット上における自主規制の重要性に関する議論は、John Perry Barlowの「サイバースペース独立宣言」³を端緒とする、米国を中心としたいわゆるサイバー法論争にその原点を見ることができる。Barlowの主張を受けたJohnson とPostは、伝統的な法の執行においては地理的な区分 (jurisdiction) が不可欠であり、どのような地理的区分にも属さないサイバースペースに従来の法を適用することは明確に困難であり望ましくもないとして、インターネット上の秩序形成は、分散的かつ自主規制的な (decentralized and self-regulatory) 方法によって行われるべきであると論じた⁴。特に米国では彼らが指摘するようなインターネット上での政府規制の拡大に対する抑制論は根強く、米国政府のインターネット規制の大綱を示した1997年のFramework for Global Electronic Commerce⁵においても、



¹ Abraham Newman and David Bach [2004] *Self-Regulatory Trajectories in the Shadow of Public Power: Resolving Digital Dilemmas in Europe and the United States, Governance, Volume 17 Issue 3, pp.387-*.

² Ian Ayres and John Braithwaite [1992] *Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate*, Oxford University Press.

³ John Perry Barlow [1996] *A Declaration of the Independence of Cyberspace* <https://projects.eff.org/~barlow/Declaration-Final.html>

⁴ David R. Johnson and David G. Post [1996] *Law and Borders - The Rise of Law in Cyberspace, Stanford Law Review, Vol. 48, pp.1367-, p.1379.*

⁵ <http://clinton4.nara.gov/WH/New/Commerce/read.html>

業界団体を中心とした自主規制を重視することが示され、実際にその後、プライバシー保護や青少年保護等をはじめとする多くの問題領域において自主規制を前提とした対応が進められてきた。

その一方で、Netanel⁶やGoldsmith⁷らをはじめとする論者は、自主規制の持つ多くのリスクや欠点、特にその民主的正統性の欠如やエンフォースメントの不足に着目し、自主規制の限界を指摘してきた。この論争の最終的な結論が得られることは今後も無いであろうが、GeistがCyberlaw 2.0と称するように、インターネットの社会・経済的重要性の拡大に伴うより確固たる秩序への要請の高まり、そして情報技術によって失われたインターネット上の地理的区分が、ゾーニングやブロッキング技術等のまさに情報技術の進歩によって再生されていく中で、各国の制定する政府規制の比重が高まりつつあることは事実である⁸。加えてLessigの指摘するように、「アーキテクチャ」による規制が大きな力を持つサイバースペースにおいては、私的な規制の効力を十分に認識しつつも、それに対していかなる公的規律を及ぼすかという、公と私の重層的構造に対するガバナンスのあり方も重要な論点として指摘されている⁹。

1 - 2 自主規制から共同規制へ

政府が行う規制が万能ではないことと同じように、民間によって行われる自主規制も当然万能ではない。インターネットが一般化する遥か以前から、公的な規制と私的な規制は、領域や場面ごとにおける棲み分けと密接な相互補完関係の中で、現実の社会秩序を実現してきたと言うべきだろう。情報社会の拡大が引き起こしているのは、おそらくそのいずれか一方の重要性を強化するというではない。現在自主規制に関して各国で行われている政策の実践や社会科学者の議論は、その両者の新たな相補関係のあり方を模索する営為だと理解されるべきである。

このような公私の相補関係に基づくガバナンス手法の進展に関して象徴的な概念が、近年EUを中心として体系化が進められつつある「共同規制 (co-regulation)」という政策手法である。EUにおいても米国同様、インターネットの草創期においては



⁶ Neil W. Netanel [2000] Cyberspace Self-Governance: A Skeptical View from Democratic Theory, *California Law Review*, Vol.88, pp.395-.

⁷ Jack Goldsmith [1998] Against Cyberanarchy, *University of Chicago Law Review*, Vol.65, pp.1199-.

⁸ Michael Geist [2003] Cyberlaw 2.0, *Boston College Law Review*, Vol.44, pp.323-.

⁹ Lawrence Lessig [1999] *Code and Other Laws of Cyberspace*, Basic Books.

多くの分野で自主規制を用いたガバナンスを進める意思を示していた¹⁰一方で、明確な成文法を前提とする大陸系の法体系の伝統にある加盟国が大半であること、そして加盟国内での制度的調和を図る必要性などを背景として、EUの各種指令を通じた政府規制の比重が徐々に拡大してきた。しかし本稿で述べたような要因によりEUとしても自主規制の重要性を看過することはできず、当該問題が重要な人権問題に関わらないことなどを前提として、自主規制や共同規制を通じたEU指令の国内法化を認めることを示したのである^{11,12}。特に英国では、情報通信分野の独立規制機関であるOfcom (Office of Communications) を中心として自主規制・共同規制手法のフレームワークの確立が進められつつあり¹³、インターネット上のコンテンツ規制¹⁴やプライバシー保護¹⁵をはじめとする多くの分野において政府機関と民間の業界団体との協力によるガバナンス体制の構築が行われている。



¹⁰ 典型的には1994年のEurope and the Global Information Society (Bangemann Report)等を参照。 <http://www.epractice.eu/en/library/281360>

¹¹ European Parliament, Council, and Commission [2003] Interinstitutional Agreement on Better Law-Making, 2003/C 321/01.

¹² もっともEUにおいて自主規制や共同規制の概念が重視され始めた背景には、「民主主義の赤字」という言葉に象徴されるEUの集権制に対する批判を避けるため、指令の国内法化にあたって加盟国政府および産業界をはじめとするステイクホルダーの自律性を尊重しようとするいわばコーポラティズム的な側面が存在しており、その根幹において米国のようないわばリバタリアン的な自主規制の重視とは一定の差異があることには留意する必要がある。この点につき以下を参照。Linda Senden [2005] Soft Law, Self-Regulation and Co-Regulation in European Law: Where Do They Meet?, *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 9.1.

¹³ 最新のガイドラインとしては以下を参照。Ofcom [2008] Identifying appropriate regulatory solutions: principles for analysing self- and co-regulation <http://www.ofcom.org.uk/consult/condocs/coregulation/statement/statement.pdf>

¹⁴ 生貝直人[2010a]「モバイルコンテンツの青少年有害情報対策における代替的規制 英米の比較分析を通じて」国際公共経済研究21号、pp.92-102.

¹⁵ 生貝直人[2011a]「オンライン・プライバシーと自主規制 欧米における行動ターゲット広告への対応」情報通信学会誌96号、pp.105-113

アプローチ	概要
規制無し	市場自身が求められる成果を出すことができている。市民と消費者は財やサービスの利点を完全に享受することができるようエンパワーされており、危険や害悪に晒されることがない。
自主規制	政府や規制機関による正式な監督無しに、産業界が集合的に市民・消費者問題およびその他の規制方針に対応する解決策を管理している。合意されたルールに関する事前の明確な法的補強措置（backstops）は存在しない（当該分野の業者に対する一般的な義務規定は適用され得る）。
共同規制	自主規制と法的規制の両方により構成されるスキームであり、公的機関と業界団体が、特定の問題に対する解決策を共同で管理している。責任分担の方法は多様だが、典型的には政府や規制機関は求められた目的を達成するために必要な補強力を保持している。
直接規制	関係者が従うべき目的とルール（プロセスや企業に対する特定の要求を含む）が法律や政府、規制者によって定義されており、公的機関によるエンフォースメントが担保されている。

表1 Ofcomの規定する規制類型（出典：前掲Ofcom [2008] p.7を元に作成）

本稿では基本的に上記のOfcomの整理を念頭に置いて議論を進めることとなるが、ここで強調する必要があるのは、これらの規制手法の間に明確な境界は存在せず、特に自主規制と共同規制の区分は、自主規制に対する政府関与や明確性の強弱という連続的な平面上に存在していることである。共同規制の定義についてはEUにおいても未だ画一的な定義は存在しないようであるが、本稿では「特定の政策目的を達成するにあたり、そのためのルール策定やエンフォースメントの一部を、政府以外の主体に対して明示的・黙示的にアウトソースする政策手段」と仮に定義した上で、以下では情報社会においてなぜ自主規制が重要視されており（2章）そこにはいかなる機能要件やリスクが存在しており（3章・4章）そしてそれに対応するためにいかなる公的関与の手法が考えられるか（5章）を示した後、最後に我が国の今後の法政策に対する一定の含意を提示（6章）していくこととする。

2 情報社会において自主規制が必要とされる背景

共同規制を論じるための前提として、まず情報社会の進展はなぜ、市場の自律性を活用した自主規制によるガバナンスの必要性を高めているのかという問題について検討したい。ここで挙げる要因は、情報社会という言葉が一般化する以前から大小なりとも存在した、あるいは現れつつあった現象ではあるものの、インターネットの普及とその社会・経済的インフラとしての重要性の拡大は、それぞれの要因をより急速に先鋭化させつつある。そしてこれらの要因が、いずれか単独で自主規制を選択する要因として機能するというよりは、インターネットに関わる規制問題の

多くにこれらの要素が複数（あるいは全て）関連しており、その複合的な作用が各問題領域における自主規制の必要性を高めているのである。

2 - 1 グローバル化に伴う一国政府の規制能力の限界

伝統的な政府規制は地理的な国境と法的管轄を前提にしており、国境の存在しないインターネット上においては従来の政府の役割は必然的に減じざるを得ない。そしてもしその国境が技術的に再生され始めているとしても、インターネット上での行為がひとつの法的管轄の中にとどまることはおよそ例外的である。各国における法制度を適切に適用するための越境的な法執行の協力関係の構築、あるいは国際的な管轄法の整理等が進められてきたものの、それらの取り組みはインターネット上で行われる全ての問題について適切な解答を用意できているとは未だ言えない状況にある。

特にインターネットの技術的要素においては、世界中で統一の標準を迅速かつ柔軟に開発・策定することが必要な側面が多いため、国家的利害関係の影響を受けにくいIETF (Internet Engineering Task Force) やICANN (Internet Corporation for Assigned Names and Numbers) といった国際的なNGOによる標準策定が進められてきた経緯がある。このようないわゆる自己統治 (self-governance) の原則はこれまで大小の修正を受けてはきたものの¹⁶、インターネット上の秩序形成において重要な役割を果たし続けている。

2 - 2 技術進歩の速度や社会の複雑化に伴う官民の情報非対称性の逆転

情報社会において行われる活動やビジネスは未だ成熟にはほど遠く、むしろその変化の速度は日増しに高まっており、それを正確に理解するために必要な専門的知識の量も拡大を続けている。従来の政府政策は、いわゆるハーベイロードの前提 (Harvey Road presumption, J. M. Keynes) すなわち民間の主体よりも政府の方が規制に必要な知識を広範に有しているということが前提とされてきたが、情報技術の急速な進展と、それに伴う社会構造の変化、そしてその複雑化・専門化は、その前提を大きく逆転させつつある¹⁷。特にインターネット関連のビジネスのように



¹⁶ ICANNについては、米国商務省の影響を強く受ける立場に置かれていたことが、インターネットガバナンスに関わる国際問題として議論されてきた。この問題の詳細については、たとえば以下を参照。John Mathiason [2008] *Internet Governance - The New Frontier of Global Institutions*, Routledge, p.70~.

¹⁷ 岡部光明[2006]「第1章 伝統的「政策」から社会プログラムへ」大江守之他編『総合政策学 問題発見・解決の方法と実践』慶應義塾大学出版会 pp.3-40.を参照。

技術面・ビジネス面での変化が著しく、さらに国際的な競争が激しい分野においては、過度の規制はイノベーションを阻害し情報社会の健全な発展を害するのみならず、利用者の利便性を害することにもなりかねない。適切な規制は、その規制対象についての知識を十分に有する主体にしか行い得ない。情報の非対称性の逆転は、第三者である政府から、当事者である民へと規制主体を移行する強い要因として作用する¹⁸。

2 - 3 流動的領域の拡大

一見目新しく見えるインターネット上の諸活動を規制するにあたって、そのためだけに「サイバー法」という新たな法体系を作り出す必要はなく、これまで形成されてきた法の原理原則を延長し、修正しつつ適用することはできるかもしれない¹⁹。しかし情報技術の急速な発展、そしてイノベーションは、従来の原理原則が必ずしも当てはまらない領域を常に生み出し続ける。例えば、インターネット上で利用者の行動履歴を把握するために用いられるクッキー（cookie）は必ずしも従来の意味での個人の識別を行わないが、個人情報と同様の保護を受けるべきだろうか、あるいは一定程度弱い保護という新たな保護領域を法的に創設すべきだろうか。P2Pソフトウェアを利用して著作権侵害を繰り返したユーザーは、著作権侵害の責を負うのみならずインターネット接続のスピードを低下されるべきだろうか、さらにはインターネット接続そのものを遮断されるべきだろうか。このような問題に対して法律家や議会が熟慮の末に規制のあり方に対する一定の結論を出し得たとしても、その結論のあり様は、情報の匿名化やセキュリティの技術、あるいはインターネット接続が持つ社会的な意味といった、常に変化し続ける前提条件に依存するものであり、法律によって固定することは必ずしも適切ではない。そしてその結論は、国により、あるいは産業分野の性格の差異により一国内の中でも異なった様相を持ち得、その境界すらも必ずしも固定的なものではない。

そのような流動的領域において、自主規制は2つの利点を持つ。第一に、自主規制によって形成されるルールは、議会でのプロセスを経て制定される法律よりも時間的・コスト的な側面において制定が容易な場合が多く、さらにその修正や撤廃等も柔軟に行い得る。第二に、自主規制はそれぞれの産業分野ごとに形成することが可



¹⁸ 以下では規制主体の政府から民間への移行の第一の要素として情報の非対称性の問題を挙げ、他に規制権限の正統性、指摘主体の遵守動機の向上の2点を指摘しているが、規制主体の以降は原理的には情報の非対称性の問題のみによっても生じうるとしている。 Fabrizio Cafaggi [2006] Rethinking Private Regulation in the European Regulatory Space, *EUI Law Working Papers*, No.2006/13, p.5.

¹⁹ Frank H. Easterbrook [1996] Cyberspace and the Law of the Horse, *University of Chicago Legal Forum*, 207.

能であるため、分野に応じた多様なルール形成に対応しやすい。

2 - 4 コードによる規制の拡大

「コードは法である (Code is Law)²⁰」という言葉に象徴されるように、サイバースペースにおいて人々の行動を規制する手段としては、法や規範といった伝統的な要素よりも、そこで人々が何をすることができ、することができないかということを決め付けるコード、すなわちプログラムによって作り出されたアーキテクチャが、より強力かつ効率的な役割を果たし得る。そしてそのようなコードの所有権と決定権は、多くの場合において政府にはなく、システムやサービスを運営・提供する事業者（あるいは個人のプログラマー）の側にあるという意味において、アーキテクチャによる規制は第一義的には民間の行う自主規制としての性質を持つのである。アーキテクチャの設計如何によって、インターネット上での違法行為や望ましくない行為、あるいはコンテンツといったものは多くもなり、少なくもなる。さらにインターネット上のサービスにおける振る舞いの規制は、そのサービス運営者によって決定されるサービスの利用規約 (Terms of ServicesあるいはEnd User License Agreement) によっても行われ得る²¹。コードや利用規約の設計において社会的要請をいかに埋め込むかということは、第一義的には事業者による自主規制そのものとなる。そして事業者が決定するそれらのコードに対して、いかなる統制を及ぼすことができるか、あるいはそれはどのようになされるべきかということが、情報社会における政府にとっての大きな課題となっているのである。

2 - 5 表現の自由に対する配慮

最後に、表現の自由に対する配慮である。民主主義社会において不可欠の権利である表現の自由は、ごく限られた状況を例外として、原則として政府による介入や規制を受けるべきではない。特に著作権侵害や誹謗中傷といった違法行為と異なり、青少年の健全な成長に悪影響を及ぼすなどの理由で一定の規制対象とされることがあるいわゆる有害情報は、その定義の不確定さなどを理由として、直接的な規制が行われることは望ましくないばかりか実質的に困難である。アナログ環境においても、表現に対する規制が極力控えられるべきことは十分に認識されており、特に放送や新聞、雑誌、ゲームといったメディアに対する規制は業界自身によって形成される自主規制団体によって担われてきた部分が大きい。



²⁰ 前掲Lessig [1999]を参照。

²¹ Viktor Mayer-Schoenberger [2009] Virtual Heisenberg, *Washington & Lee Law Review*, Vol.66, pp.1245-.

しかし情報社会においては、規制対象として問題となるおよそあらゆる行為は、なんらかの形で表現行為と結びついているのが現実である。従来から表現の自由との調整の困難さが指摘されてきた著作権やプライバシーの問題に加え、インターネット上の表現行為を媒介するプロバイダの責任、あるいはインフラやプラットフォームの中立性といった法制度のあり方も、直接的・間接的に表現の自由に対する侵害となり得る。表現の自由に対する配慮のあり方として自主規制は必ずしも唯一かつ最善の手段ではないが、政策担当者の立場からすれば、その公法的制約を理由として自主規制という政策手段を「選択せざるを得ない」という側面も確かに存在するのである。

3 自主規制が機能するための要件

情報社会は、多くの側面においてアナログ環境とは大きく異なる側面を持ち、それが自主規制という政策手段をより有効に機能させ得る場合もあれば、逆に自主規制を困難とさせ得る場合もある。ここでは情報社会において生じ得る問題のいかなる分野に自主規制を適用するべきであるかを検討するための材料として、特に情報社会の構造的な側面に焦点を当て、自主規制が有効に機能するための要件を検討していく。

3 - 1 産業構造の寡占性

本稿で言う自主規制を産業の集合的行動の「正の」側面であるとすれば、競争政策の領域において問題となるカルテルや談合といった反競争的行為は、産業の集合的行動のいわば「負の」側面であると言える。その規範的な善し悪しの違いこそあれ、産業が自発的にルールを形成し、その実効性を維持しようとするという意味においては、両者のメカニズムは共通の部分が多く持つ。

産業組織論におけるカルテルに関する一連の研究が示す通り²²、カルテルの形成と維持の可能性は主に、その市場にどれほど多くのプレイヤーが参加しているか、そして参入・退出がどれほど容易であるかという2つのパラメータに依存する。市場に参加するプレイヤーの多い産業構造は、(1)カルテル内容の合意形成の困難さ、(2)逸脱者の発見とそれに対する報復措置の困難さ等の要因により、カルテルの形成と実効性確保の両面を困難とする。また頻繁な参入・退出による流動性の高さは、(1)新たに参入してきたプレイヤーがカルテルに従うとは限らず常に逸脱者が発生する



²² 産業組織論におけるカルテル分析の枠組については、例えば以下のp.3以降を参照。
Jeffrey M. Perloff [2006] Cartel, *Journal of Industrial Organization Education*, Volume 1, Issue 1, Article 6.

危機に晒されること、(2)退出可能性の存在は繰り返しゲームによる自己拘束の可能性（フォーク定理）を弱めることなどの要因により、カルテルの継続性を困難とする。

この観点からすれば、自主規制は、その産業でサービスを提供するプレイヤーの数が少なく（寡占的）かつ参入・退出の頻度が少ない（高い参入・退出障壁）ほど、形成・維持されやすいこととなる。逆にそれらの条件が揃わない競争的な産業分野においては、直接規制による問題解決を試みるか、あるいは自主規制を維持するための何らかの補強措置が必要となるのである。

3 - 2 ボトルネック性の存在

インターネット関連に限らず、一部の産業には強いボトルネック性が存在する場合がある。ここでいうボトルネック性とは、必ずしも周波数のような資源の希少性を原因とするものに限らず、「ある比較的少数のプレイヤー群（レイヤー）の提供するサービスやインフラを経由しなければ、その分野において商品やサービスを提供することが不可能あるいはきわめて困難である」産業の性質を指す。ボトルネック性を有する典型的な分野としては、携帯電話におけるモバイルコンテンツビジネスの分野を挙げることができる。コンテンツの提供自体は比較的少ない資本や設備投資によって参入可能であるためプレイヤーも多く存在するが、それを利用者に届けるためには、通常きわめて参入費用が高く、寡占性の高い携帯電話事業者のプラットフォームを介する必要がある。いかに多くのコンテンツホルダーが市場に存在していようとも、ボトルネックとしての役割を持つ携帯電話事業者がフィルタリング技術の導入等の自主規制を行い、ゲートキーパー（門番）として機能を果たすことにより²³、当該産業全体における自主規制は有効に機能し得るのである。

ただしボトルネックが存在していたとしても、そのボトルネックプレイヤーそのものの流動性という側面にも配慮する必要がある。携帯電話事業者のように固定性の高いボトルネックとは異なり、例えばインターネット上の動画共有サイトやSNSのように、短期的には寡占性が高く若干のボトルネック性が存在していたとしても、技術革新や市場の変化が激しいことにより、中期的には頻繁な参入・退出が生じる分野も存在し得る。先述のようにこのような参入障壁の低さは、自主的なルール策定とその維持を一定程度困難とする。



²³ Jonathan Zittrain [2006] A History of Online Gatekeeping, *Harvard Journal of Law and Technology*, Vol. 19, No. 2, pp.253.

3 - 3 サービスの均質性

インターネット上で提供されるサービスには、オークションや動画共有サービスなどのように比較的それぞれの分野におけるサービス内容の均質性が高い分野もあるが、SNSなどのように事業者ごとにサービス内容が大きく異なる分野も存在する。そのような分野において一律の自主規制ルールを設けようとするのは、具体的な内容を欠いた抽象的な最大公約数的内容になりかねず、実効性を欠いたものになる恐れがある。これは業界団体レベルでの自主規制の実行を困難とするのみならず、同じ理由で政府による直接規制を困難とする要因にもなり得ることから、自主規制が困難であるからといって直ちに直接規制が望ましいという結論を引き出すこともできない。

そのような状況において考え得る方法は、業界団体レベルで、あるいは政府によるガイドラインという形で一定程度抽象的な原則を定め、それに基づき各事業者がより詳細な自主規制ルールを形成することである。例えばSNSであれば、その具体的なサービス内容はそれぞれの事業者ごとに大きく異なるが、問題が生じる一定の共通要素、たとえば未成年の利用を青年と同じレベルで認めるかどうか、認めるのであればフィルタリング機能の導入や親権者による監視を可能とするのか、いわゆるミニメールのような非公開コミュニケーション機能の利用を可能とするのか、有害情報に対する利用者から管理者への通報機能を実装するのかなどを抽出することはできよう。各事業者はその原則と最低基準に従いつつ、自身のサービス上においていかなる自主規制を行うかを決定することが考えられる²⁴。

3 - 4 関係者の利害の一致

自主規制によるルール制定が行われるためには、その主体となる業界団体内部を含め、多様なステイクホルダーの間でのコンセンサスの策定が必要になる。問題の抑止や解決がそれぞれのステイクホルダーのインセンティブに整合していた場合は問題ないが、そのような状況はむしろ例外的であろう。たとえば著作権の問題に関して、より強い保護を求める権利者の側と、より自由な利用を求める利用者の間でのコンセンサスを形成することは容易ではない。米国におけるフェアユース規定の運用においては、必ずしも訴訟による解決に頼ることなく、権利者と利用者の間での自主的協定によってルールを策定しようとする取り組みが早くは1930年代から行われていたが、たとえば教育利用という側面のみ限定しても、その合意形成は



²⁴ この点につき、欧州および米国におけるSNS分野の自主規制の多層性を論じた以下を参照。生貝直人[2010b]「SNSの法的問題と欧米における自主規制による対応」KDDI総研R&A 2010年8月号 <http://www.kddi-ri.jp/pdf/KDDI-RA-201008-01-PRT.pdf>

容易ではないことが明らかになっている²⁵。

3 - 5 失敗によって生じ得る損害の大きさ・可逆性

自主規制は柔軟性をはじめとする多くの利点を持つが、後述するように多くのリスクを伴う自主規制は、特にそのエンフォースメントの側面において、政府規制と比較して相対的に弱い性質を持たざるを得ない。自主規制が「失敗」した場合には、何かしらの形での損害、典型的には消費者の権利利益の侵害という結果をもたらす。自主規制の失敗に際しては多くの場合政府等による介入や新規立法、あるいは訴訟等による損害の回復が予定されているが、生じた損害がそのような事後的対応によって回復可能であるかという点が問題になる²⁶。生じ得る損害が軽微であったり、あるいは金銭的保障等によって回復可能であればそのような事後的対応に裏打ちされた自主規制による対応は許容され得るが、その損害がきわめて大きい、人の身体・生命などが関わる不可逆的な問題においては、確実な問題抑止を優先するという観点から、自主規制の選択肢は実質的に採り得ないこととなる。

3 - 6 自主規制を行う / 従うインセンティブの存在

自主規制を行うこと自体は、産業界や企業にとっては追加的なコストを支払うことを意味するため、積極的なインセンティブが必ずしも存在するわけではない。自主規制を行うためのインセンティブは大きく以下の2つに分けられよう。

第一に、自主規制を行うこと自体が業界全体、あるいは個別企業にとって何らかの利益に結びつくことである。世界中で広く行われているいわゆるプライバシーマーク制度、すなわち業界団体によって策定される一定の基準を満たした企業が個人情報情報を適切に保護している証としてのマークを提示できるという形での自主規制は、それぞれの顧客や他の企業からの信頼を得ることを目的とするという意味においてその企業にとって競争上の利点を持つことになる。さらに当該問題によって生じた（あるいは生じ得る）リスクが企業に対する市場からの悪評価や消費者の不買運動等につながる場合にも、同様のインセンティブが生じると考えられる。



²⁵ 1976年著作権法によってフェアユース規定が明文化する以前、判例法としてのみフェアユースが存在していた1930年代から近時に至るまでのガイドライン策定の取り組みを追ったものとして以下を参照。Kenneth D. Crews [2001] *The Law of Fair Use and the Illusion of Fair-Use Guidelines*, *Ohio State Law Journal*, Vol.62, pp.599.

²⁶ 損害の不可逆性が制度設計に与える影響について論じたものとして、以下を参照。Cass R. Sunstein [2008] *Irreversibility*, *Harvard Public Law Working Paper*, No.08-25.

第二に、政府によって作られるインセンティブであり、これはさらに2つに分類することができる。ひとつは政府によって立法された法制度が、意図的に予定された形で、あるいは意図せぬ形で自主規制を行う可能性を残している場合である。例えば各国のプロバイダ責任法制は、サービス上で行われた違法な行為やコンテンツに対してプロバイダが免責を受けるための要件を規定しているものの、その具体的な手続き（ノーティス・アンド・テイクダウンや誤って削除されたコンテンツの復元等）について詳細には定められてはいない。そのような場合において、プロバイダの側は確実な免責を受けるために、政府あるいは権利者等との協議により、具体的な手続きや要件を定めた自主規制ルールを形成する動機が生じることになる²⁷。

もうひとつは、自主規制が適切に行われなかった場合には政府規制が行われると十分予期され得る状態、いわゆる規制の影（shadow of regulation、あるいはshadow of hierarchy）の存在である。政府規制はそのリスクが大きい場合には従来行われていたビジネスそのものを禁止する、あるいは禁止はされないとしてもそれにかかるコストを増大させるなどの理由で、企業側にとっての不利益を生じ得ることから、それを避けるために自主規制を行う動機が生じる。その規制の影は、政府によって公式あるいは非公式の形で産業界に対して伝達される場合もあるし、あるいは消費者の反応や社会的状況から企業自身が能動的に自主規制の必要性を認識する場合もある。

4 自主規制のリスク

前節で述べた要件の多くを満たした場合においては、当該分野において自主規制による対応は比較的行い易いことになる。しかしそのような場合においても、自主規制は民主的な制定プロセスと公的権力によるエンフォースメントによって裏打ちされた政府規制とは異なるリスクを持ち得る。そしてこれらの自主規制のリスクやその実現にかかるコストが過度に大きく、かつ前述した背景により政府規制による手法が採り得ない場合においては、自主規制に対する公的介入が比較的強い、共同規制によるガバナンスが選択されるのである。

4 - 1 形成の失敗

第一に、自主規制の形成そのものが可能かという点である。前述の通り、自主規



²⁷ 諸外国のプロバイダ責任制限法制と自主規制ルールの関係性を論じたものとして、以下を参照。生貝直人[2011b]「プロバイダ責任制限法制と自主規制の重層性 欧米の制度枠組と現代的課題を中心に」情報通信政策レビュー第2号、pp.1-29。
http://www.soumu.go.jp/iicp/chousakenkyu/data/research/icp_review/02/ikegai2011.pdf

制ルールが形成されるためには、その集合的意思決定を行う一定のまとまりを持った団体の存在と、その団体内部を含めたステイクホルダーのコンセンサスを得る必要があるが、そもそも自主規制のような集団的な意思決定を行い得る場が存在しない等の要因により、自主規制ルールの形成自体が不可能である場合がある。さらにルール形成のための交渉は、多様な利害を持つ関係者の数が多くなれば多くなるほど意思決定が困難となることから、多様なステイクホルダーによるオープンな交渉が常に望ましいわけではなく、一定の責任と権限を持つ主体が最終的な結論を提示することによってしか、自主規制は機能し得ない場合も存在する²⁸。

4 - 2 内容の公正性（含カルテル性）

次に、制定された自主規制ルールが公正であるかという点である。ここではまず、当為の政策目的と比して弱すぎる（あるいは事業者側の利益に偏りすぎている）ものではないかという点が問題となるが、逆にそれが本来の政策目的が意図しなかったような過度な規制を含むものではないかという点にも留意する必要がある。特に業界団体による自主規制ルールは既存の事業者を中心として策定されざるを得ない側面を持つことから、新規参入事業者に対して不利なルールを押し付けるといったような競争阻害的なカルテル性を持つ場合がある。さらに表現行為に関わる自主規制である場合には、規制される必要のない表現までが規制の対象となる、いわゆる私的検閲（private censorship）を避ける必要性も生じる。

4 - 3 実効性（エンフォースメント）

自主規制ルールに対する違反が生じた場合には何らかの罰則措置が行われる必要があるが、業界団体等がそのエンフォースメントの役割を担う場合には、そのエンフォースメントの不足によるルールの有名無実化が生じる可能性がある。特に流動性の高い産業分野において、業界団体が存在していたとしてもその加盟率が低いなどの場合においては、自主的なエンフォースメントという選択肢自体が採り得ない場合がある。さらに自主規制ルールの逸脱が生じていた際にそれが必ずしも公的機関を含む外部に知られない可能性があるため、関係者や消費者からの異議申立や通報の経路を担保する必要がある。



²⁸ 以下では、オーストラリアにおいてモバイルコンテンツの自主規制ルールを策定するために政府・産業界・消費者団体の間で長く続けてきた交渉が失敗した要因として、結論を得るための政府機関のリーダーシップと権限が不足していたと指摘している。Gerald Goggin [2009] *Regulating mobile content: convergences and citizenship*, *International Journal of Communications Law and Policy*, Issue 12, pp.140-.

4 - 4 国際的な非整合の可能性

自主規制のルール形成は、多くの場合一国内の業界団体を中心とするステイクホルダー間の交渉によって行われる。そしてその実行形態そのものも様々なステイクホルダー間の協力関係によって形成されるものであり、各国ごとに実質的にも形式（プロセス）的にも大きく異なる自主規制ルールが形成される可能性がある。特に自主規制においては広範なコンセンサスが生じていない流動的な課題を取り扱わなければならないケースが多いこともあり、そうした場合には各国ごとの規制のあり方は大きく異なり得る。越境的なサービスが常態に行われるインターネット上において、このような自主規制の齟齬は国際的なサービス運営を困難にする可能性がある。さらに、自主規制に限らず判例法に多くを頼る英米型の法体系やいわゆる事後規制全般について指摘される通り²⁹、成文化された明確なルールを持たない制度枠組みは、それが国内的に問題なく機能したとしても、海外から見た際の不透明性や理解の困難性を生じる恐れもある。

4 - 5 公法的制約の潜脱

政策手段として自主規制を用いることは、本来政府機関が行うべき規制行為を、民間の主体に対してアウトソーシングすることを意味する。そして政府機関が規制を行う場合においては、その民主的な制定プロセス、そして憲法に定められた表現の自由や公正手続の保障をはじめとする公法的な制約を受けることになるが、民間の主体が規制を行う場合にはそのような制約を受けない。そのため本来公的権力が行うことができない規制を、民間の自主規制を活用することで行おうとする、いわゆる憲法の潜脱という事態を生じる恐れがある。

5 自主規制に対する公的関与のあり方

以上のように、情報社会においては自主規制による秩序形成に多くを委ねることが望ましい、あるいは委ねざるを得ない要因が多く存在する一方で、それが成功裏に機能するためには一定の構造的要件を必要とすることに加えて、自主規制の性質に由来する多くのリスクも存在する。自主規制の不可能性やリスクといった負の要素を、公的主体の一定の関与や介入により補完することが、公私の共同規制の根幹になる。公的主体による自主規制への介入には多くの方法論が存在し得るが、ここではその代表的な手法について論じていく。



²⁹ 例えばフェアユースをひとつの題材として、英米法と大陸法の比較の観点からこの論点を論じたものとして以下を参照。大屋雄裕[2010]「透明化と事前統制/事後評価」(特集：日本法の基層--分野横断的考察と分析)ジュリストNo.1394、pp.37-42.

5 - 1 形成段階での介入

まず、自主規制ルールの形成段階での関与である。業界団体を通じた自主規制を想定したとき、その役割を担うべき適切な業界団体が存在していない場合においては、政府の後押しにより自主規制団体を新たに設立する、あるいは既存の業界団体をより強固なものとするために人的・財政的な支援を行うことが考え得る。

さらに、特に当該分野において達成すべき政策目標が一定程度明確に定まっている場合においては、その内容を政府機関の側が一般的な原則、あるいは最低基準として提示し、民間による自主規制ルールの指針とする方法が採られる場合がある。そうでない場合においても、そのルールの公正性の担保や幅広いステイクホルダーの意見を反映させることを目的として、ルール形成段階における政府関係者の関与や、公開討議等を通じた一般市民や消費者団体等の意見申立・参加経路を設けるよう要請することも考えられる。

5 - 2 実効性の確保

自主規制ルールの実効性を確保するために、政府によるエンフォースメントの強化を行う形での介入の可能性も存在する。まず、ルール形成の部分については民間の業界団体等にアウトソーシングを行いつつも、そのエンフォースメントや罰則の権限を政府機関が留保するという方法も考えられる。実際に米国のオンライン・プライバシーにおいては、業界でのルール形成や個別企業における具体的な対応は、業界団体の自主規制や個別のプライバシー・ポリシーに任せつつも、そのプライバシー・ポリシーが実際に守られなかった場合には、規制機関であるFTCが不公正・欺瞞的な取引を禁じたFTC法5条に基づく民事訴訟を提起することを可能としており、実際にこれまで数十件の訴訟が提起されている。また、より間接的な形ではあるが、自主規制がうまく機能しなかった場合には直接的な政府規制が行われるという「規制の影」を一定程度明確に示すことにより、自主規制ルールの順守のインセンティブを提供するということも考えられる。

5 - 3 透明性の確保

自主規制ルールの形成、および実効性確保の両面に関連する問題ではあるが、自主規制プロセス全体における透明性を確保することにおいても公的主体は重要な役割を果たし得る。先述のように形成段階での公開討議等を実施する他、定期的な報告書の提出や政府機関・第三者等による監査を義務付けることにより、自主規制ルールの適切な運用を担保することは有用な手段であろう。

加えて、自主規制ルールを運用する業界団体の組織ガバナンスそのものに対する介入という手段も考えられる。この場合特に念頭に置かれる必要があるのは、ルールの策定や罰則適用を担う部分の、業界の利害からの独立性の確保である。さらにその自主規制が表現分野に関わるものであった場合、表現の自由の観点から公的権

力からの独立性を確保する必要性も生じる。英国のモバイルコンテンツ規制におけるIMCB (Independent Mobile Classification Body) のように政府と民間が共同で独立の第三者機関を設立・運営する他³⁰、一般的な業界団体が自主規制ルールの運用を行うとしても、策定や罰則適用を行う部門を独立の委員会 (independent board) として設置することを求め、公正性を確保するなどの方法が考え得る³¹。

5 - 4 国際的整合性の確保

自主規制は政府規制と比して、その国際的非整合や、海外から見た場合の不透明性を生じる可能性があるため、円滑な国際的活動を実現するためにも一定の整合性を確保する必要がある。そのための手段としては国際条約等を通じた最低基準の整合化等が考えられるが、国際条約は多くの場合国内法よりも修正や撤廃が困難であることから、自主規制の利点である柔軟性を害する可能性もある。そこで考えられるのは、各国政府間や業界団体同士でのベストプラクティスや一般的・抽象的な原則の共有を通じて、緩やかな国際的連携を図ることである³²。

さらに公的主体の関与という意味では、各国政府のみならず各種の国際機関が果たし得る役割も大きい。近年の事例としては、越境的なプライバシー保護の領域においてAPEC (Asia Pacific Economic Cooperation) やOECD (Organization for Economic Cooperation and Development) が進めている取り組みが示唆深い。APEC が2009年に開始したAPEC Data Privacy Pathfinder Projects³³ は、CBPR



³⁰ 英国および米国におけるモバイルコンテンツ分野の自主規制・共同規制の詳細につき、前掲生貝[2010a]を参照。

³¹ 英国ではAVMS指令の国内法化にあたり、OfcomはVOD分野の自主規制機関としてATVOD (The Association for Television on Demand) を指名し、その要件としてルールの策定や実行を担う部門として弁護士や消費者団体の代表等から構成される独立の委員会を設置することを求めた。その他にもVODに付随する広告規制を担うASA (Advertising Standards Authority) は、加盟企業にからの徴収金によって運営されるが、どの企業が主にASAの運営を支えているかの情報を遮断するため、協賛金を受け付ける部門を別会社として設置している。詳細については以下を参照。生貝直人[2011c]「EU視聴覚メディアサービス指令の英国における共同規制を通じた国内法化」情報ネットワーク・ローレビューVol.10, pp.1-18.

³² 例えば、世界各国の広告事業者団体の国際的ネットワークであるWFA (World Federation of Advertisers) が定めたオンライン広告分野のプライバシー保護自主規制原則等を参照。Global Principles for online behavioral advertising
<http://www.wfanet.org/globalnews.cfm?id=251>

³³ http://aimp.apec.org/Documents/2009/ECSG/SEM1/09_ecsg_sem1_027.doc APEC

(Cross-Border Privacy Rules) という越境的なプライバシー保護のための一定の基準を定め、CBPRを遵守する企業に対するプライバシーマークの付与や、継続的な審査の体制などを定めるなど、国際的な自主規制ルールの調和への支援を進めている。さらにOECDでは、インターネット上のプライバシー保護自主規制においてはサイト上に提示されるプライバシー・ポリシーが重要な役割を果たしていることに鑑み、必要事項をフォームに記入するのみでOECDプライバシー8原則に準拠したプライバシー・ポリシーを簡便に生成するPrivacy Statement Generatorの提供を行っている。このような一国のみに閉じないグローバルな共同規制をいかに実現していくかは、今後情報の越境的流通が一層拡大していく中で大きな課題となるであろう。

6 我が国の今後の法政策に対する含意

最後に、わが国において政策手段としての自主規制を適切に設計し、運用していくためのいくつかの含意を論じる。

6 - 1 共同規制のフレームワークの策定

第一に、政策手段として共同規制を用いる際の全体的な参照枠組みを策定することである。既に我が国においても、インターネット上の有害情報に対する青少年の保護や行動ターゲティング広告などの新たな情報技術におけるプライバシー保護、ISPやCGMサービスといったプロバイダ（媒介者）の責任制限の分野等をはじめとして、自主規制を用いた問題の抑止・解決のための取り組みが進められているものの、必ずしも自主規制という概念を熟慮した上での施策が進められているとは言い難い。

そのような状況において、冒頭で触れた近年EUを中心に新たな規制手法として関心を集める共同規制の概念とそのフレームワークは、多くの点で示唆を持つ。特に表1で示したように政府機関の取り得る対応とその指針を一定程度明確に示すことは、事業者や消費者にとっての予見可能性を高め、自主的な取組の適正性を確保することにも資するだろう。我が国においても、本稿で論じてきた自主規制の機能要件やリスク等を鑑み、いかなる状況において自主規制を通じた政策目標の達成が行われるべきであり、そしてそれに対する政府の関与はいかなるものであるかという包括的なフレームワークを構築し、洗練させ続けていくことが必要であると考えられる。

6 - 2 自主規制に関する研究の進展

規制政策全般における自主規制の重要性拡大を背景として、我が国においても未だ数は多くないながらも法学分野を中心として徐々に関連の研究の蓄積が行われ始めているが³⁴、情報社会との関連を論じたものは未だ皆無に等しい。特に自主規制に関する研究は、立法・行政・司法という閉じたサイクルで完結する制定法とは多くの異なる側面を持つことから、制定された法の解釈や適用を主たる対象とする法学のみにとどまるものではなく、必然的に学際的なアプローチを求められる。たとえば人はなぜ一定の規則に従い、結果として何らかの秩序が生じるのかという人間行動のより根源的な側面を理解するためには、経済学（ゲーム理論）³⁵や社会心理学の知見を用いざるを得ない。さらに理論的な側面に加え、実際にそのルールがどのように生み出され、機能しているのかという点を理解するためには、社会学や経営学、文化人類学等におけるフィールドワークの手法を駆使する必要も生じよう。このような多様な社会科学の間での複合的なアプローチによってのみ、自主規制に対する包括的な理解と、それに基づく現実的な制度設計の営為は可能となる。

6 - 3 国際的なベストプラクティスの共有

今後自主規制の方法論に関する知見の蓄積が進んだとしても、日々刻々と生じる新しい問題について既存の知見が適用可能であるとは必ずしも言えず、それがゆえに自主規制の実践に関わる国際的なベストプラクティスの共有の重要性が高まることになる。我が国としては米国やEU等との知識・認識共有を進めることは急務である一方、今後情報社会におけるあらゆる側面においてアジアをはじめとする途上国との協力関係が増大していく中で、それらの国々との制度的調和をどのように進めていくのかを考慮しなければならない。特に途上国においては、情報社会において生じる様々な課題に対応する十分なレベルでの法制度を有していないことも考えられることから、越境的なエンフォースメントの協力やサービス運営を円滑に進めて



³⁴ 代表的なものとして、東京大学法学政治学研究科COE「国家と市場の相互関係におけるソフトロー」による『ソフトロー研究叢書』1~5巻（有斐閣、2008年～）公法学の分野では原田大樹[2007]『自主規制の公法学的研究』（有斐閣）等を挙げることができる。

³⁵ 関連する近年の代表的な研究としては、例えばミクロ経済学の観点から私的な秩序がいかによりエンフォースメントを確保するかを包括的に論じたAvinash K. Dixit [2007] *Lawlessness and Economics: Alternative Modes of Governance*, Princeton University Pressや、中世のマグリブ商人の遠隔地取引を題材として公的な制度が十分でなくとも長期的な取引関係が可能となったメカニズムを論じたAvner Greif [2006] *Institutions and the Path to the Modern Economy: Lessons from Medieval trade*, Cambridge University Press等を挙げることができる。

いくためにも、そのような国々においても公的規制と私的規制の適切な組み合わせによる規制枠組みの構築を実現可能とする支援を行う必要がある。日本国内における自主規制のフレームワークの構築とそれに基づく政策的実践の蓄積と平行して、その国際的な浸透と調和を進めていくために、自主規制に関わる産官学の多様な関係者レベルでの、国際的な協力関係を築いていくことが求められるのである。

【執筆者プロフィール】

氏名：生貝直人（いけがいなおと）

専門分野：日米欧の情報政策、インターネット分野の自主規制・共同規制

経歴：1982年埼玉県川口市生まれ。2005年慶應義塾大学総合政策学部卒業、2007年東京大学大学院学際情報学府修士課程修了、同博士課程在籍中。慶應義塾大学SFC研究所上席所員(訪問)、特定非営利活動法人クリエイティブ・コモンズ・ジャパン理事、東京藝術大学総合芸術アーカイブセンター特別研究員等を兼任。

ウェブサイト：<http://ikegai.jp/>