

ジョン・ロックでネット上の コンテンツ規制を考える

Taking Internet Content Regulation by John Locke's Theory Seriously

岡田安功

Yasunori OKADA *

論文概要：ジョン・ロックの「政治的統治論」は近代社会の基本的仕組みと根拠を論じた著作で、日本国憲法にも大きな影響を与えている。本稿は、現代の情報問題の原因が近代社会の基本的仕組みにあるという観点から、ネット上のコンテンツ規制の論点のいくつかをジョン・ロックの理論で考察して、ジョン・ロックの理論の可能性と限界を明らかにしている。本稿が扱う論点は国境の存在、情報の所有、情報の規制である。ジョン・ロックは国境を土地に対する所有権を確立するためのものと考えており、情報が国境を越える問題に対応できない。情報の所有に関する問題は、ジョン・ロックの所有権の対象概念と労働の概念を修正して拡張することにより、ある程度の理論的対応が可能だが、限界があった。情報の規制の問題は、ジョン・ロックの立法権概念が現代社会で妥当であるにもかかわらず、インターネット・サービス・プロバイダの問題に対応できないことが明らかになった。

キーワード：インターネット、ジョン・ロック、プロパティ、コンテンツ規制、プロバイダ

Abstract: John Locke's "Two Treatises of Government" discusses the basic structure and the justification of modern society, and so has a big impact on the Japanese Constitution. From the viewpoint that the basic structure of modern society causes the troubles on the internet, this paper applies John Locke's theory to some issues of internet content regulation, so that the possibility and limit of John Locke's theory becomes clear. We discuss the existence of a border, ownership of information, and regulations of information. John Locke considered that a border existed to establish a right of property to the land. Therefore John Locke's theory can not handle transborder flows of information. To consider the issue of ownership on information, I modified his concepts of property and labour. But this modified theory can not necessarily handle this issue adequately. And his concept of Legislative Power does not justify Internet service providers.

Key Words: Internet, John Locke, Property, Content Regulation, Internet Service Providers

1 はじめに

本稿ではジョン・ロック (John Locke 1632-1704) の『統治二論』("Two Treatises of Government") の後半「政治的統治 (Civil-Government) の真の起源、範囲、目的に関するエッセイ」(以下、「政治的統治論」) を手がかりにネット上の情報流通に対する規制の問題を考える¹⁾。ジョン・ロックは1632年に生まれて1704年に

亡くなった。ジョン・ロックの『統治二論』が刊行されたのは1690年である。インターネットが普及する300年も前に出版された書物を使ってインターネットの問題を考える理由を簡単に述べておきたい。いうまでもなく、ジョン・ロックの時代にインターネットは存在しなかった。「政治的統治論」が著作物の保護や知的財産の保護を論じている訳でもない。「政治的統治論」を手がかりにネット上のコンテンツ規制を考える意味があるのか。こんな疑問が読者に

* Professor, Faculty of Informatics, Shizuoka University

浮かぶに違いない⁽²⁾。しかし、日本国憲法の基礎にはジョン・ロックの「政治的統治論」がある。日本国憲法は権力分立を採用し、前文で自然法思想を述べている。制憲直後に、日本国憲法が規定する人権について、美濃部達吉が「天賦の権利」と説明し⁽³⁾、佐々木惣一が自然権を法的権利にしたと説明している⁽⁴⁾が、これはジョン・ロックの「政治的統治論」と同じ思想である⁽⁵⁾。そうであれば、インターネットのような現代の問題をジョン・ロックの「政治的統治論」で考えることには十分な意味がある。インターネットに代表される情報問題をジョン・ロックで考えれば、日本国憲法が内包する問題点が見えるはずである。ネット上のコンテンツについては憲法、刑法、著作権法の観点からおもに研究されてきた⁽⁶⁾。これらの法律の背後にある近代社会の仕組みから考える研究も、この問題の根本的な解決のためには必要であろう。私はジョン・ロックの「政治的統治論」に近代社会の基本的な仕組みが描かれていると、考えている。情報問題には既存の規範では解決しがたいものがあるため、根拠が曖昧なまま解決が提言される傾向がある。ジョン・ロックで考えれば、情報問題を解決する共通の根拠を築き上げることが可能になり、思いつきで解決策を提言する必要もなくなるであろう。

私はジョン・ロックが「政治的統治論」でネット上のコンテンツを論じなかったことに積極的な意味を見いだしたい。インターネットの普及とともにネット上のコンテンツが大きな社会問題になり解決を求められて来たが、有効な法的対応は実現せず、新たな問題が次から次へと生じている。この原因が私たちの生きる社会構造にあると考えるのは私だけではないだろう。原因が現代の社会構造にあるなら、現代の社会構造からネット上のコンテンツ規制の問題を考えることが不可欠である。そこで注目したのがジョン・ロックである。ジョン・ロックの「政治的統治論」は近代社会の基本構造を描き出した古典中の古典である。現代国家の基本構造は

まだ「政治的統治論」の構想の中にあるといっても過言ではない。

「政治的統治論」は現代国家の存立根拠を描いている。国家や社会の在り方を考える上で、これを避けて通ることはできない。しかし、現代国家がジョン・ロックの想定しなかった問題に直面していることも事実である。本稿ではまず代表的な情報問題の現状を紹介したあと、「政治的統治論」の主張を使ってその問題点を考える。すると、「政治的統治論」の主張で解決できる問題と解決できない問題が見えるはずである。問題が解決できない理由は「政治的統治論」の論理構造にあると、私は考える。ジョン・ロックが「政治的統治論」で展開した論理は同時に展開されなかった論理も表現しているはずである。ジョン・ロックが「政治的統治論」で展開しなかった論理を「政治的統治論」から導くことにより、情報問題を考える手がかりにしたい。このような読み方にはおそらく賛否があり、慎重に読まなければ私が批判する恣意的な議論になる。しかし、このような読み方が成功すれば、「政治的統治論」の意義も限界も明らかになり、「政治的統治論」を換骨奪胎した新しい論理が生まれる可能性がある。これは即ち、情報問題を生み出した近代社会の構造的な問題を明らかにして、同時にこれを克服する方途を見つけるということでもある。

本稿はジョン・ロックを研究することを目的とするものではなく、ネット上のコンテンツ問題を解決する法理を模索しようとするものである。また、問題を考える手がかりとして「政治的統治論」を選んだが、これはジョン・ロックを神格化しようとするものではない。情報問題を生み解決を困難にした原因が近代社会の構造にある以上、現代の国家体制に一番大きな影響を与えた古典に戻って考えることは問題解決に不可欠である。情報問題を解決する根拠もそこにあるはずである。

本稿はネット上のコンテンツ規制について、国境の存在理由（なぜ国境が存在するのか）、

情報に対する権利の帰属（情報は誰のものか）、自主規制（情報を規制できる根拠は何か）を議論する。論点は外にもあるが、この三つは代表的な論点であり近代国家の仕組みと大きく関わっている。

2 なぜ国境が存在するのか？ ～なぜ国家が存在するのか？～

2-1 問題状況

インターネットは国境を越えた情報の流通を促進した。近代社会はそれまでの社会と異なり、中央集権国家がかなり厳格な国境を確立し、物流も人の交流も国境による制限を受けてきた。近代以降、人々は国境を当然のように受け入れて来たが、インターネットを利用した情報流通は国境の存在理由に再考を迫り、その再定義が必要になっている。現在、国境のない国家は存在しないが、国境の役割が問われている。

この章ではネット規制に関連する国家と国境の問題を考察する。素材として、わいせつな画像をインターネットにアップロードする問題をとりあげて検討する。まず三つの事例を紹介して国境に起因する問題点を指摘しよう。

(1) 日本人が日本国内のプロバイダへわいせつな画像をアップした場合

日本人が日本国内のプロバイダのサーバへわいせつな画像をアップすると、刑法 175 条に規定するわいせつ物公然陳列罪が成立するだろうか。最高裁判例では、「ハードディスクに記憶、蔵置された画像データを不特定多数の者が認識できる状態に置いた」ら、わいせつ物を公然と陳列したことになる⁽⁷⁾。したがって、プロバイダのハードディスクにわいせつな画像がアップされると、画像が誰かにアクセスされなくても、わいせつ物公然陳列罪が成立する。つまり、わいせつ物を不特定多数の者が閲覧する危険性が生じたら、誰もまだ閲覧していなくても、その時点でわいせつ物公然陳列罪が成立する。最高

裁は明示していないが、学説の多くや有力な下級審裁判例はこのハードディスクそのものをわいせつ物と理解している⁽⁸⁾。この事例は、わいせつな画像をプロバイダにアップした場所もプロバイダの所在地も日本国内で、日本国内でこの画像を閲覧することが可能であれば、日本の刑法が適用されるのは自明である。

ところで、この事例の場合、この画像が外国でも閲覧可能であれば、外国の刑法はこの画像をアップした者に適用されるだろうか。ジョン・ロックの主張では「法律が国の臣民に施行されるのは立法権によってであるが、立法権は外国人に対して権限をもたない」（第 2 章 9 節）。この主張は国際社会において国家の主権を承認する前提となる主張であるが、現在の国際社会は国家主権を原則とする一方で、国家相互の共存と協力を目指している⁽⁹⁾。国際社会では、外国人の犯罪に対する処罰を各国が独自に決める場合がある。例えば、わいせつ物公然陳列罪を規定する刑法 175 条について、日本の刑法は外国人が日本国外で行った刑法 175 条に該当する行為を刑法 2 条と 3 条の 2 によって刑法の適用から外している。ただ、この章との関係で興味深いのは、強制わいせつ、強姦、準強制わいせつ及び準強姦、集団強姦等、未遂罪、強制わいせつ等致死傷等、これらの性犯罪を日本国外で日本人に対して行った日本人以外の者に刑法を適用すると、刑法 3 条の 2 が規定していることである。これらの犯罪に比べてわいせつ物公然陳列罪は被害が小さいと議会在が判断しているのである。日本のような刑法をもっている外国なら日本国内でわいせつ物を公然と陳列した日本人を処罰することはないだろう。実際に、世界共通のメディアであるインターネット上の行為が国によって異なる刑法上の評価を受けるのは罪刑法定主義にとって好ましくない。外国の法制度をすべて理解することが誰にとっても困難であることを考えると、外国で行われたインターネット上の行為を犯罪にする場合には慎重な配慮が必要である。しかし、インターネット

上に国内で発信されるわいせつな画像と国外で発信されるわいせつな画像の数は、おそらく後者の方がどの国でも多いであろう。つまり、わいせつ物公然陳列罪は危険性の段階で取り締まるべき犯罪であるにも拘らず、実際には国内で閲覧可能な大部分のわいせつな画像が刑法上の規制対象から外れている。わいせつな画像が簡単に国境を越えることができなければ、こんな矛盾は生まれなかったはずである。

(2) 日本人が日本国内から外国のプロバイダへわいせつな画像をアップした場合

刑法3条と3条の2は日本国外で日本人が行った刑法175条に該当する行為（＝わいせつ物公然陳列罪）をすべて刑法の対象外にしている。では、日本人がわいせつな画像を日本国内から外国、例えばアメリカのプロバイダのサーバへアップしたら、先の事例と同じように日本の刑法が適用されるだろうか。いわゆるFLMASK事件¹⁰⁾で、大阪地裁は次のように述べてこれを肯定している。「我が国の刑法の場所的適用範囲については、犯罪構成要件の実行行為の一部が日本国内で行われ、あるいは犯罪構成要件の一部である結果が日本国内で発生した場合には、我が国の刑法典を適用しうる」¹¹⁾。学説の多くもこの立場をとっているようである¹²⁾。日本の刑法でわいせつ物公然陳列罪が成立するためには日本国内でこの犯罪が行われる必要があるが、この点について判決は「実行行為の一部が日本国内」で行われたことを要件にしている¹³⁾。この事件では、画像をアップした行為は日本国内だが、画像がアップされたサーバはアメリカにあるので、実行行為の一部が日本国内だということになる。この要件はわいせつ画像がアメリカにあることを考慮して、この事件に刑法を適用するために、従来の実行行為の概念を再定義したと考えられる。しかし、立法時に、日本にいながら瞬時にアメリカで画像を陳列する行為を刑法が想定していたとは思えない。大阪地裁が実行行為の概念を再定義したのは罪刑法定主義¹⁴⁾よりも処罰する実務上の必要性を優

先させたからだと考えられる。(2)の事例に刑法を適用するためには、刑法の改正が必要ではないだろうか。画像がインターネット経由で国境を越えなければ、このような問題は生じない。

(3) 外国に在住する日本人が外国のプロバイダへわいせつな画像をアップした場合

(2)の事例に刑法を適用させる裁判所の論理は(3)の事例にどのような結論を導くだろうか。FLMASK事件の場合、わいせつ画像を見せる会員制のサイトが事件になったのだが、わいせつ画像は日本国内の主催者からアメリカのプロバイダのサーバへアップされ、これを閲覧できるのは日本国内の会員だけだった。この事件の判決が実行行為の概念を再定義した問題を(2)で議論したが、ここではこの判決が刑法を適用する要件として犯罪の結果が発生する場所を日本に限定していることを最初に指摘しておこう。

(3)の事例として、アメリカに在住する日本人がアメリカのプロバイダのサーバへわいせつな画像をアップする行為が考えられる。この場合、実行行為のすべてがアメリカで行われている。アップされたわいせつな画像が日本から閲覧可能であれば、「犯罪構成要件の一部である結果が日本国内で発生した場合」に該当する。先のFLMASK事件判決では、犯罪の実行行為と犯罪の結果のどちらかが日本国内で生じれば、刑法が適用される。したがって、(3)の事例の場合、わいせつな画像が日本から閲覧可能であれば刑法が適用され、日本から閲覧できなければ刑法が適用されない¹⁵⁾。さて、この事例で、日本からわいせつな画像が閲覧可能な場合、アメリカ在住の日本人に刑法を適用することは法制度の在り方として正義にかなうといえるだろうか。次の事例と比べてみよう。日本人が日本人を対象にアメリカでわいせつな画像をインターネットではなく現実の空間に陳列しても日本の刑法は適用されない。また、アメリカ在住の日本人が日本のプロバイダのサーバへわいせつな画像をアップして日本からは閲覧できないように設定した場合、FLMASK事件判決の法理では刑

法が適用される。これらの事例を比べると、刑法の適用について不合理な差別があるように思われる。このような矛盾が生じる原因が国境にあることは明らかであろう⁶⁶。

2-2 国境に関するジョン・ロックの見解

ここで、国境に関するジョン・ロックの見解を「政治的統治論」から紹介しよう。彼はこんなことを言っている。「このようにして労働は、最初に、人が喜んで労働している所ではどこでも、共有物に所有権を発生させた。しかし、それより遥かに多くの共有物が、長い間、共有物のままであり、今日でも人類が利用する以上に共有物が存在する。人間は、当初、世界のどこでも、自然が自ら人間の必要に対して提供するもので満足していた。その後、人口と家畜が増加して貨幣が使用されるようになった世界のそこかしこで、土地が稀少になり、その結果、土地に価値が生じたのであるが、若干のコミュニティは紛れもない領土について境界を設けた。そして、コミュニティ内の法によって、その社会に属する私人の財産 (Properties) を規制した。……若干の国々とイギリスの間で結ばれた同盟は、他の国が所有する土地に対する主張と権利をすべて明示的又は黙示的に否認して、もともと他の国に対してもっていた自然権である共有権 (natural common Right) を共通の同意に基づいて放棄した。その結果、同盟は、明文化された合意によって、それぞれの国の中に、地球の様々な地域や区画に、私有財産 (Property) を確定した。」(第5章45節)

2-3 国境に関するジョン・ロックの見解とコンテンツ規制

ジョン・ロックは神が人類に与えた共有物に人間が労働を加えることによって共有物が私有財産になると主張する。この主張に基づき、上記の引用は領土に境界を設けて、即ち、国境を設けて私有財産が確定されたことを主張してい

る。土地に対する私的所有権を確定させることが国境の目的なのか機能なのか、ジョン・ロックがどのように考えていたのかははっきりしないが、国境の存在が互いの国の私有財産を確定するとジョン・ロックが考えたことは確かである。ここには、相手国の土地がその国の国民の私有財産か自国の国民との共有財産かという紛争を、国境が解決するという思想が含まれている。この場合、最も頭頭に置かれているのは土地に対する所有権である。ジョン・ロックがネット上のコンテンツを規制するために国境を考えていなかったことは当然すぎるとしても、国境をネット上のコンテンツを規制する根拠とする論理がジョン・ロックの議論のなかに隠れていないだろうか。土地はネット上のコンテンツと異なり有体物である。しかも、土地は不動産であるため国境を越えて移動することがない。土地を無体物に置き換えてジョン・ロックの議論の射程を拡張しても、国内の財産権を確定させるという国境の機能に何かプラス a を考えることができるだろうか。現代においても国境の存在理由は探求されているが、ネット上のコンテンツ問題を適正に解決する要素として国境の役割が議論されることはない⁶⁷。国境を使ってネット上のコンテンツ問題を解決する余地はないように思われる。ネット上のコンテンツ規制の矛盾が国境の存在によって発生するのに国境がこの問題を解決するためのものでないなら、国境の影響を受けない別の論理でこの問題に取り組む必要がある。それは世界共通のルールによってしか実現できないであろう。ジョン・ロックは国境を設けて国の法律が国境の内側にしか適用されない世界を想定した。この想定の下では、世界共通のルールなどあるはずがない。しかし、国境線を他の国との同盟によって引く場合があるというジョン・ロックの想定には、国と国が約束をしてルールを作るという前提がある。国境を維持したままコンテンツ規制の同盟を拡大することがジョン・ロックの想定内の解決策である。これは実際には無策に等しいので

あるが、国境のない世界は同盟が最大限に拡大した世界であるため、これしか選択肢が残されていない。

本章が指摘した問題は国境という近代社会の基本的な仕組みが招いた問題であり、この問題を解決するためには国境をなくす必要があるが、これは不可能とってよい。不可能ということ为前提として、我々はこの問題に向かう必要がある。

3 情報は誰のものか

3-1 問題状況

ネット上に多くの著作物があふれている。しかも、他人の著作物を無断でアップする者が後を絶たない。現在、最大の課題のひとつは動画投稿サイトであろう。サイトによっては、放映済みのテレビ番組や映画をそのまま発信している。投稿と閲覧が無料で、広告収入で運営している動画サイトが多いようだ。なかには無料で投稿させた動画を有料で閲覧させ、広告収入も得ている動画サイトがある。いずれにせよ、これらのサイトは著作権侵害の場を無料で提供して、違法にアップされたコンテンツを利用して収益を得ていることになる。

他人の著作物を無断でインターネットにアップする行為は公衆送信権の侵害であり、その途上で複製権の侵害と送信可能化権の侵害が行われている。著作権侵害は基本的には民事責任を伴うが、被害者が告訴すると刑事責任が発生する可能性がある。コンテンツの違法なアップは各国で解決すべき課題とされているようだが、日本は著作権法を改正して、違法にアップされたコンテンツと知りながらダウンロードする行為を複製権を侵害する違法行為（30条1項3号違反）⁹⁸とし、2010年1月1日から施行した。ただし、かかる行為には民事責任のみが発生し、刑事責任は発生しないこととされた。他人の著作物を無断でネットにアップする行為を違法にしてもアップが絶えないので、ダウンロー

ドする行為を違法にして、著作物の無断利用をなくするという狙いがこの改正に込められているが、効果に疑問符がつく。

根本的な解決は動画投稿サイトの規制であるが、現状は野放しである。ファイル交換ソフトWinnyの開発者は著作物の公衆送信を補助したとして有罪になったし⁹⁹、ファイルログというファイル交換ソフトを使って会員に音楽ファイルを交換させる行為は著作権侵害になった⁹⁹。これらはいずれもP2Pソフトを使ったファイル交換で、それぞれのソフトで形成したネットワーク内でファイル交換を実現している。これに対して、現在問題になっている動画投稿サイトは主催者が主に広告収入に依存するため、ネットワークを閉じて利用するということがない。しかも、パソコンを購入すれば最初から添付されているブラウザで誰でも動画を閲覧できる。こちらの方が著作物の無断利用の規模が大きいことは論証の必要さえないだろう。しかし、有力なサイトが消える訳でもないし、インターネットの閲覧ソフトを開発した会社やNPOが民事責任や刑事責任を追求される訳でもない。

著作物のネット上での違法利用に対する現在の法運用は、雑魚に厳しく大魚に甘いのが現実である。著作権法を前提とすれば、このような法運用は不公平であるが、この不公平さにはそうなるべき社会構造上の原因があるのではないだろうか。

ネット上の著作物に対する著作権法の規定は厳しくなる一方だが、ネット上には違法にアップされた著作物が十分すぎるほど存在する。違法にアップする人たちの多くは著作権の存在を知っているようだが、著作権の考え方を十分に理解できないようだ。スーパーで数百円の商品を万引きしても窃盗罪の対象になるが、実際に万引きする人たちには犯罪を犯したという自覚がない。盗んだ金額が小さいことも一因であろう。コンピュータで簡単に複製できるものを無断で複製しても罪悪感は小さいかもしれない。複製してでき上がったものを自分一人で利用す

るのではなく、無断で他人の利用に供する行為にはなおさら罪悪感が湧かないかもしれない。著作権の理解を妨げる最大の要因は、有体物に対する権利感覚で著作物のような無体物を扱うことにある。私たちは幼い頃から財産の大切さを学習するが、学習の対象はたいいて有体物である。形のない物を想像することは大人にも難しい。無体物に関する倫理を育てることは容易ではない。近代私法を中心とする民法は物といえは有体物で、物に相当する無体物を財産として規定していない。情報という無体物を財産にするためには保護する対象となる情報を個別に特定して保護法を制定する必要がある。

3-2 私有財産の成立と限界に関する ジョン・ロックの見解

3-2-1 私有財産が成立する根拠

情報を財産とすることの困難さはジョン・ロックの私有財産論に見ることができる。ジョン・ロックは「政治的統治論」の中で私有財産が成立する根拠について原理的な考察を行っている。「政治的統治論」は私有財産に関する制度の在り方を論じるのではなく、私有財産という制度が始まった根拠を論じている。その際、彼の考察の中心は土地に対する所有権である²¹⁾。

「政治的統治論」によると、自然状態 (State of Nature) では、「神が世界を人類に共有物として与えている」(第5章26節)。そして、「地球とそこにあるすべての物は人類に対して生存の維持と満足のために与えられている」(第5章26節)。このように万物は人類の共有財産であるが、「地球とその内部のすべての創造物が全人類の共有財産であるにも拘らず、すべての人間は自分自身の身体 (Person) に所有権 (a Property) をもっている²²⁾。これに対しては本人を除いて他の誰も権利をもたない」(第5章27節)。ジョン・ロックは、人間にとって身体が自然状態における唯一の私有財産であることを根拠に、有体物への労働の投下が私有財産を発

生させることを次のように説く。

「彼の肉体 (Body) の労働 (Labour) と手 (Hands) の働き (Work) はまさに彼自身のものである、といえるだろう。」(第5章27節)

肉体の労働と手の働きはジョン・ロックにとって人類の共有物を私有財産に変える根拠である。この点を彼は続けて次のように展開する。

「自然が与えた状態から彼が抜き取った物は自然がその状態の中に放置した物であり、それが何であっても彼は自分の労働をそれに混ぜ、自分自身である何か (something) をそれに結合させることによって、それを自分の私有財産にした。それは自然によって共有状態に置かれていたのであるが、共有状態から彼が抜き取ったので、それは彼の労働によって労働に付随した何か (something) を含んでおり、この何か (something) が他の人々の共有権を排除する。」(第5章27節)

ジョン・ロックはこの「何か (something)」を具体的に論じていないが、私的所有を考える上で「何か (something)」を解明することはきわめて重要であろう。情報の所有の根拠を考える場合は特に重要である。また、ジョン・ロックは労働が共有物を私有財産 (Property) に転化するという思想をもっていた。この共有物は有体物であった。本稿では Property を所有権と訳したり私有財産と訳したりしているが、ジョン・ロックは「生命 (Lives)、自由 (Liberties)、資産 (Estates)」(第9章123節)の一般名称 (general Name) として Property を使っている。現代人は私有財産を生命や自由とは異なる範疇に属すると理解しているようだが、情報を財産としてとらえるためには生命や自由も財産だというジョン・ロックの思想が重要である。

3-2-2 私的所有の限界

ジョン・ロックは私的所有に限界があることを二つの観点から指摘している²³⁾。彼は前節の最後に訳出した私有財産権の根拠に関する主張に続けて、こんなことを主張している。

「というのは、この労働はこの労働を行った者の私有財産であることに疑問の余地がないので、少なくとも、十分でなおかつ良い物が他の人々の共有に残されている場合は、彼以外の誰もひとたび労働に結合された物への権利をもたないのである。」(第5章27節)

十分でなおかつ良い物が他の人々の共有に残されていなければ共有物を私有財産にできない。これが一つ目の限界である。

二つ目の限界について、ジョン・ロックは採集した果実を独占することができないとして、次のように主張する。

「それが腐る前に生活の便益にかなう限度で誰でも利用することができる。その限度で人は自分の労働によってそこに所有権(a Property)を設定することができる。これを越える物は何でも彼の物ではなく他人の物である。人間に腐らせたり破壊させたりするために神が作った物はなかった。」(第5章31節)

腐らせない範囲で人間は果実を私有財産にできる。これが二つ目の限界である。ただし、これには例外があり、腐るほどの果実を労働で手に入れても貨幣と交換すれば、それは許される。(第5章46節&47節)

3-3 ジョン・ロックの財産権理論と無体物

次に、無体物の私有財産化にジョン・ロックの理論が使えるかを考えてみよう。インターネットに違法アップされるコンテンツの多くは著作物である。著作物は人間の精神活動が表現されたものである²⁴⁾。著作権法は人間の精神活動一般を「思想又は感情」という言葉で規定し、「思想又は感情」は保護されないが、創作的に「表現したもの」が著作物として保護される。著作活動にも肉体や手は必要であるが、著作活動は精神活動であり、これは肉体労働ではなく精神労働である。精神労働である精神活動が著作活動を可能にする。では、肉体の労働や手の働きがなくても作られる著作物は、ジョン・

ロックの論理では私有財産にならないのだろうか。ジョン・ロックの理論を拡張して、労働の手段を肉体や手に限定しないで、精神活動という労働を認めるなら、著作物が私有財産になる可能性が生まれる。この場合問題になるのは、労働の対象である。「政治的統治論」で労働が投下されるものは神が全人類に与えた共有物である。労働の対象について、神から与えられたものという要件と、共有物という要件を満たす必要がある。神から与えられたものという要件は、今日ではどの社会においても、共通の承認を得にくい。これは物が人類の共有になる根拠である。したがって、人類の共有が承認される物であれば、神が与えた物でなくても、労働によって私有財産に転化する可能性がある。物が有体物ではなく無体物でも構わないなら、この可能性は更に高まる。この拡張されたジョン・ロックの理論で推論すると、無体物である思想又は感情に精神活動という労働を加えて著作物を作ると、この思想又は感情が人類の共有物であれば、でき上がった著作物は精神活動を行った人の私有財産になる。この推論は著作権法の論理と符合する。著作権法は思想又は感情を保護しないので、これは人類の共有物である。そして、著作物が精神活動の所産であることは判例と学説で確立している^{25) 26)}。

3-4 ジョン・ロックの財産権理論と著作物の無断アップ

では、他人の著作物を無断でネットにアップする行為はジョン・ロックの財産権理論ではどのように評価できるだろうか。著作物のアップにはアップという労働が加わっているが、この著作物は共有物ではない。もし、このアップが許されるとすれば、私的所有の限界がある場合に限られる。しかし、著作物が腐敗することはないし、著作物の材料になった思想や感情が不足するということはある得ない。したがって、ジョン・ロックの理論を拡張して情報が労働の対象になると考えても、著作物のネットへの無

断アップは許されないことになる。

しかし、有体物と無体物の性質の違いに着目して保護の在り方に違いを設けると、他人の著作物の無断アップを直ちに違法とはいえなくなる。このような論理がジョン・ロックの論理から導けるかについては意見が分かれると思われるが、所有権に保護期間がないのに知的財産権に保護期間があるのは、この違いに着目するからである。著作物の保護が有体物の保護とは異なることを承認するなら、ネットに無断アップされた著作物に対する動画投稿サイトの主催者の責任の現状や著作権者の態度と、この現状や態度により実質的に形成されているネット上の著作権の実態が説明可能になる。「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」はいわゆるプロバイダだけではなく、サーバの管理・運営者の責任を定めていて、動画投稿サイトの運営者にも適用される。この法律はネットへの無断アップを禁止するのではなく、アップが違法であることを前提にして、違法にアップされたコンテンツがネット上に存在することを事実上容認している。違法アップに完全に対応することは不可能という事実認識に基づいて、このような規制が行われているのだが、是正される違法アップより野放しにされる違法アップの方が多いのであれば、違法アップを合法にして、別の規制を設けた方が法制度の在り方としては望ましい。萎縮効果を狙って見せしめ的に一部の人間だけを摘発せざるをえない法制度は制度として望ましくない。次章で議論するようにジョン・ロックは人民から権力を委託された立法権の確立を主張している。彼が違法状態を実質的に容認する法制度を認めていたとは私には思えない²⁷⁾。

3-5 ジョン・ロックと"違法に"アップされたコンテンツのダウンロード

ネットに"違法に"アップされたコンテンツをダウンロードして閲覧するだけなら、他人の

著作物の私的使用に該当するので最近まで合法だった。ジョン・ロックの議論は人類の共有財産が私有財産に転化する根拠に関するものなので、この根拠は他人の著作物を無断で利用する行為を判断する基準にはなりにくい。しかし、私有財産として情報が存在することを前提にすると、ジョン・ロックの前提とはかなり異なるが、考察の道が開ける。刑法 254 条は占有離脱物横領罪を規定している。もちろん、これは有体物に対する財産罪である。罪刑法定主義により刑法を類推解釈して情報を占有離脱物横領罪の対象にできないだけでなく、情報に対する占有離脱物横領罪を新たに法定することも不可能である。情報に対する占有はありえないからである。インターネットで違法にアップされた動画等の情報は、もしこれが有体物であれば占有離脱物に相当する。したがって、違法にアップされたコンテンツをダウンロードする行為は、権原のある者が占有できない財産を他人が手に入れる点で、占有離脱物横領に類似した行為である。占有離脱物横領罪は私有財産を保護法益にしているのでジョン・ロックの理論によっても当然肯定されるが、違法にアップされたコンテンツは有体物ではないので、無体物である情報を私有財産とすることによって、ダウンロードする行為が財産権の侵害になるかどうかを判断する道が開ける。有体物のダウンロードはありえないのであるが、情報をダウンロードすることは可能である。ここで、占有権が有体物に対する権原を排他的に行使するための手段であることを思い起こそう。そして、無体物である情報に対する権原を排他的に行使する基本的な手段が複製権であることを確認しよう。そうであれば、ジョン・ロックの理論を拡張することによって、情報の無断複製を規制して私有財産を保護することが肯定されることになる。著作権法 30 条 1 項 3 号は複製権の侵害としてこれに対応したが、この立法は基本的には拡張されたジョン・ロックの理論が許容する範囲内にある。ただ、この規定の解釈としてダウンロード

して閲覧するだけで違法とすることはジョン・ロックの理論の範囲外である。ダウンロードしたものが恒久的に複製として閲覧者の手元に残らなければ、ジョン・ロックの理論によっては私有財産に対する侵害とはならないであろう。

4 情報を規制できる根拠は何か

4-1 問題状況

ネット上に有害なコンテンツがあふれていることは国民の共通の認識になっている。ただ、有害なコンテンツといっても明確な定義がある訳ではなく、有害なコンテンツと有害でないコンテンツの区別がかなり難しいケースが存在することは想像に難くない。性表現、名誉毀損、プライバシー侵害、著作権侵害等が代表的な有害情報の類型であるが、有害という概念は表現を規制するには曖昧すぎる。有害なコンテンツのうち違法なコンテンツは法律によって規制できるが、違法ではないが有害なコンテンツは法律による規制が不可能である。このようなコンテンツは表現の自由（憲法 21 条）によって保障されている。そこで、これらを規制するためには、法律によらない規制、すなわち国家権力の行使ではない規制が必要になり、現実にはプロバイダによる自主規制が実施されてきた。法規制と自主規制の違いは規制の主体と規制の効果にある。自主規制は、国家権力を行使できないので、法規制と異なり規制に従わない者に制裁等の強制力を行使できない。2000（平成 12）年 12 月、郵政省（現在の総務省）は「インターネット上の情報流通の適正確保に関する研究会 - 報告書 -」（座長：堀部政男）を発表した。この報告書は、有害情報の規制をサービス・プロバイダに行わせる必要があることと、そのためにはサービス・プロバイダの責任を限定して明確にする必要があること、を指摘していた。この報告書に基づいて翌年制定され、2002（平成 14）年 5 月 27 日から施行されたのが「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」である。この法律はプロバイダが違法なコンテンツや違法ではないが有害なコンテンツを規制しやすくしたが、プロバイダが有害性の判断について困難を感じる場面をなくすことはできなかった。その後もインターネットの利用増加と技術的發展が続き、通信と放送の融合が法制度において無視しえない状況が生まれた。2007（平成 19）年 12 月 6 日、総務省は「通信・放送の総合的な法体系に関する研究会報告書」（座長：堀部政男）を発表した。この報告書は通信と放送を融合して情報通信法という包括的な法律の制定をめざしている。この報告書は有害情報の具体例として公序良俗に反する情報や青少年に有害な情報を挙げた上で、有害情報対策として「民間事業者による有害か否かの具体的判断を支援するための第三者機関を制度化すること」を検討すべきだとしている。

ところで、違法でもない情報を自主規制と称して規制できるのだろうか。自主規制には強制力がないが、自主規制には国の規制を代替する側面がある。自主規制を行う民間事業者を支援する第三者機関を制度化したら、自主規制に国が干渉したことになる、自主規制とはいえなくなる怖れがある。経済取引に関連する自主規制は自由に対する弊害が比較的少ないが、表現の自由に対する自主規制は人間の精神活動を抑制する可能性が高いので慎重に行う必要がある²⁸。

4-2 人の行為を規制する根拠に関する ジョン・ロックの見解

人の行為を規制できるとすれば、その根拠はどこにあるのだろうか。ジョン・ロックは国家が成立する前の状態を自然状態（State of Nature）と呼んでいる。ジョン・ロックにとって、世界は神が与えた物であり、自然状態において世界は人類の共有物である（第 5 章 26 節）。自然状態では自然法（Law of Nature）が支配し（第 2 章 6 節）、人は「完全に自由な状態」（第 2 章 7 節）にあり、「自然法の執行は各人の手に委

ねられている」(第2章7節)。したがって、「自然状態において、人は権力によって互いに他人を支配するようになる」(第2章8節)。自然法は「全人類の平和と生存(Preservation)」を意図したものである(第2章7節)が、他人の生命、自由、財産等を奪おうとする者が現れると、その者と相手は戦争状態(State of War)(第3章17節)に陥る。こうなると、「人間相互を裁く権限(Authority)をもつ共通の上級者(Superior)が地上にいない」(第3章19節)自然状態では戦争状態を止めることが困難になる。この問題を解決するために、ジョン・ロックは「人々が自然状態でもっていた平等、自由、執行権を放棄して、社会の手に委ねる」(第9章131節)ことを説く。このようにして組織されたのが立法権で、立法権は「人民が委任した権力」であるため、「立法府は法律を作る権力を他の者に移譲することができない」(第11章141節)。

これが立法権の確立に関するジョン・ロックの見解の要約で、執行権から立法権を独立させることにより、彼は権力分立という思想を確立した。立法権は自然状態における人民の執行権を委任されたからこそ、立法府が作った法律は「法律としての強制力と拘束力をもつ」(第11章134節)。

では、なぜ人民は自然状態において執行権をもつのだろうか。この点についてジョン・ロックの説明はあまり明確でないような気がするが、あえていえば、人類は生まれながらに「生存権(right to their Preservation)」をもっているという思想と、「すべての人間は自分自身の身体(Person)に所有権(a Property)をもっている」(第5章27節)という自己所有権の思想がおそらく自然状態における執行権の根拠であろう。したがって、自然状態において人は自然法によって自己所有権を保障され、それゆえ人が労働を加えた物は人の生存を維持するために彼／彼女の所有物になり、人が権力を信託した立法権は自己保存の手段としての私有財産を保障することがその目的となる(第13章149節)。

私はこのようなジョン・ロックの思想が今日の立法権についても基本的に該当すると考える。

4-3 人の行為を規制する主体とジョン・ロック

人の行為を規制する主体としてジョン・ロックが構想したのは議会であった。議会のみが法律を作り、人民が権力を信託したのは議会だけであった。今日、インターネット上の有害情報の規制は法的規制だけでは不十分で、違法ではないが有害な情報の取り締まりが社会的な合意を得ており、インターネット・サービス・プロバイダ(以下、ISP)は会員との契約約款に有害情報の規制を盛り込んで対応している。これがいわゆる自主規制である。自主規制では憲法21条が保障する表現の自由の行使をISPの会員契約約款で抑制することが可能になり、インターネットを利用したいユーザーがこのような会員契約約款のないISPを見つけることは極めて難しい。しかし、ジョン・ロックの場合、人の自由を規制できるのは立法権だけであり、議会は人民の委任の範囲内でのみ法律を作ることが可能である。ISPのような議会以外の機関が、憲法の保障する行為を規制することは、ジョン・ロックの議論からは全く出てこない。ジョン・ロックは国民と国家の間に存在する中間団体が何らかの権力行使をすることを想定していない。ISPは会員契約約款について会員の同意を取っているが、インターネットを利用したい者に会員契約約款の内容を交渉する余地はなく、自主規制がないISPを選択することはほとんど不可能なので、この同意がジョン・ロックの想定した意味における権力の委任に該当するとは考えられない。また、ジョン・ロックの理論を拡張して中間団体による権力行使を承認して、国民が議会に委任した権力を議会がISPに再委任したという理屈が立てば、会員契約約款によるインターネットのコンテンツ規制がジョン・ロックの容認する射程に入りそうに見えるが、

法律に違反しないコンテンツの規制を委任するという矛盾から逃れることができない。ISPはジョン・ロックの理論の完全な射程外にあるといえるだろう。国がISPのコンテンツ規制を支援する規定を法律で定めるなら、これは更にジョン・ロックの射程から遠ざかることになる。

5 おわりに

本稿ではジョン・ロックの「政治的統治論」を手掛りにインターネット上のコンテンツ規制の問題を、国境、情報の所有、規制の主体という観点から考察した。いずれもジョン・ロックの論理から有効な回答が直ちに出るような問題ではなかったが、ジョン・ロックの論理を修正して拡張することにより、これらの問題について考察した。国境の問題はジョン・ロックの理論では全く説明がつかなかった。情報の所有と規制の主体の問題はジョン・ロックの理論を拡張することにより、ある程度理論的な対応が可能だったが限界もあった。ネット上のコンテンツについて、本稿は主要な論点を選択したつもりだが、論点は本稿で検討したものだけではなく、本稿自体にも紙数と時間の制限で論じ残した論点があった。限られた論点ではあったが、「政治的統治論」に書かれたジョン・ロックの思想の可能性と、ジョン・ロックで現代のネット上のコンテンツ問題を考えたらどのように見えるかを描き出した。この試みが十分に成功している訳ではないが、このような試みはこれからもなされるべきだと思われる。

直感的にはあるが、私はネット上のコンテンツ問題を近代社会の構造的な問題だと考えてきた。この問題が社会問題になった頃から、現行法では満足に解決できない問題について新しい法理はないものかと考えてきた。私はいつも将来を見据えて考えていたつもりだが、本気が足りないのかいいアイデアが浮かばず、この問題について論文を書いたことはなかった。そこで自戒を込めて近代社会の基本構造を探りなが

らネット上のコンテンツ問題を考えたのが本稿である。実証できない直感であるが、私なりの状況証拠から見て、情報問題は近代社会が生み出した構造的な欠陥である。近代の次に来る社会は情報問題を克服した社会なので、情報というパラダイムはなく、情報社会ではない。情報社会は近代社会の最後の姿である。したがって、ジョン・ロックを手掛りに近代社会の基本構造がどのような思想に基づいているかを確かめながら情報社会の問題を考えることは、次の時代の社会構造を支える思想の創造に関与することになる。ジョン・ロックで考える作業は未来を創造するのである。

注

- (1) 本稿でジョン・ロックの見解を訳出して引用する場合は、JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT (Peter Laslett ed., Cambridge Univ. Press 1988)(1690)を用いた。ただし、引用においてはページ数を記載せず、章と節を示した。その際、鶴飼信成訳『市民政府論』(岩波書店、1968年)、伊藤宏之訳『全訳 統治論』(柏書房、1997年)、加藤 節 訳『統治二論』(岩波書店、2007年)、宮川 透 訳『統治論』(中央公論新社、2007年)を参照した。
- (2) 私と問題意識が若干異なるが、ジョン・ロックを使って現代の著作権がアメリカで論じられることがある。小泉直樹『アメリカ著作権制度 - 原理と政策 -』28-37頁(弘文堂、1996年)はそれを紹介している。山根崇邦「知的財産権の正当化根拠論の現代的意義(1)(2)(3)」知的財産法政策学研究 28 巻 195-223 頁、30 巻 163-200 頁、31 巻 125-145 頁 (2010 年) はジョン・ロックに関する内外の研究を引用しながら知的財産権の正当化根拠を詳細に検討している。この論文は、「情報は誰のものか」を論じる際、本稿が投稿の字数制限のために省いた論点についてもその是非を論じている。
- (3) 美濃部達吉『日本國憲法原論』127 頁 (有

- 斐閣、1948年)。
- (4) 佐々木惣一「基本的人権享有能力と個々の基本的人権」佐々木惣一、他著『憲法と新法律の研究』5頁(同友社、1948年)、佐々木惣一『日本國憲法論』387頁以下(有斐閣、1950年)。
- (5) 美濃部や佐々木より二世代之下の橋本公巨も、現代憲法が保障する自由の起源を近代自然法思想の自然権に求めて、ジョン・ロックの思想を紹介している。橋本公巨『日本國憲法〔改訂版〕』215頁(有斐閣、1988年)。
- (6) 本文中に引用しなかった先行業績として、例えば、佐久間修『最先端法領域の刑事規制』322頁以下(現代法律出版、2003年)。
- (7) 最高裁判所第三小法廷決定2001(平成13)年7月16日。本稿が引用する判決文はLEX/DBインターネットTKC法律情報データベースで検索可能なので、紙媒体の判例集の検索情報は引用しないし、事件番号も引用しない。
- (8) 例えば、東京地方裁判所判決1996(平成8)年4月22日。ただし、岡山地方裁判所判決1997(平成9)年12月15日は「情報としてのわいせつ画像データ」をわいせつ物とする。私はこれを正当な解釈だと考えるが、裁判例でも学説でも少数派である。大野真義『刑法の機能と限界』219頁(世界思想社、2002年)のように、わいせつ画像データを法的に規制するには立法措置が必要だという指摘がある。
- (9) 山本草二『国際法【新版】』207頁(有斐閣、1995年)。
- (10) FLMASKに関するいわゆる岡山FLMASK事件判決、岡山地裁判判決1997(平成9)年12月15日と区別するために、あまちゅあふおとぎやらりー事件と呼ばれることもある。
- (11) 大阪地方裁判所1999(平成11)年3月19日判決。
- (12) 斎藤信二『刑法各論〔第三版〕』275頁(有斐閣、2009年)。
- (13) この原稿の読者には刑法の素養がない社会

- 情報学の研究者が多数おられると思われる。「犯罪構成要件」は重要な概念であるが説明の余裕がないので、気になる方は一般の市民向けに書かれた山口厚『刑法入門』58頁以下(岩波書店、2008年)をお読みください。専門書として、斎藤信二『刑法総論〔第六版〕』61頁以下(有斐閣、2008年)。
- (14) 「罪刑法定主義」について、山口厚『刑法入門』58頁以下(岩波書店、2008年)、斎藤信二『刑法総論〔第六版〕』28頁以下(有斐閣、2008年)を参照。
- (15) 同旨、山中敬一「インターネットとわいせつ罪」高橋和之・松井茂記・鈴木秀美編『インターネットと法〔第4版〕』112頁(有斐閣、2010年)。
- (16) 外国人が国外から日本のプロバイダのサーバへわいせつな画像をアップした場合の国境に起因する問題点については紙幅の都合上割愛する。
- (17) 長谷部恭男が国境に関する従来の議論を手際よくまとめている。長谷部恭男「国境はなぜ、そして、いかに引かれるべきか?」『憲法の境界』29頁以下(羽鳥書店、2009年)。長谷部恭男『憲法とは何か』169頁以下(岩波書店、2006年)。
- (18) 30条1項3号は「著作権を侵害する自動公衆送信……を受信して行うデジタル方式の録音又は録画を、その事実を知りながら行う場合」と規定しており、音楽や動画、画像等をパソコンに保存しなければこの規定に該当しない印象を与えるが、文化庁はこれをダウンロードの禁止としてこの規定を広報している。つまり、この改正の立法意思はweb上の電子データがRAMディスクに一時的に固定されることを複製と看做しているのである。一時的固定が有形的複製に該当するかについて若干の論争があったが、立法上の解決が図られたことになる。したがって、2条1項13号と14号の「固定」に一時的固定が含まれることが明確になった。また、15号は「複

- 製」を有形的再製としているが、一時的固定が有形的再製に該当することも明確になった。
- (19) 京都地方裁判所判決 2006（平成 18）年 12 月 13 日。
- (20) 東京地方裁判所中間判決 2003（平成 15）年 1 月 29 日（平 14 年）。
- (21) ジョン・ロックは「政治的統治論」の中では著作権について論じていないが、出版の自由を擁護するための文書を残している。ただし、彼には著作権に対する意識がなく、出版社の出版の自由のみを論じている。マーク・ゴルデイ編、山口園子／吉村伸夫訳『ロック政治論集』298 頁以下（法政大学出版局、2007 年）参照。
- (22) ジョン・ロックは *property* を財産という意味で用いたり、所有権という意味で用いたりしている。この点につき、加藤 節 訳『統治二論』55 頁（岩波書店、2007 年）にある訳者注 (2) を参照。See, A. JOHN SIMMONS, *THE LOCKEAN THEORY OF RIGHTS* 226 (1992).
- (23) 森村 進『財産権の理論』137 頁以下（弘文堂、1995 年）が詳細に分析している。
- (24) 著作権法 2 条 1 項 1 号の著作物の定義について、いわゆるパックマン事件判決（東京地方裁判所判決 1984（昭和 59）年 9 月 28 日）は、「思想又は感情」が人間の「精神活動全般」を指し、「文芸、学術、美術又は音楽」が「知的、文化的精神活動の所産全般」を指すと判示している。
- (25) 中山信弘『著作権法』66 頁（有斐閣、2007 年）。
- (26) 本稿ではその内容を特に検討しないが、ジョン・ロックの財産理論と著作権の関係を詳細に検討する先行研究として、森村 進『ロック所有論の再生』241 頁以下（有斐閣、1997 年）。
- (27) 放置できない程度に違反が出て、しかも違反を有効に防止できないような規制は、規制方法の選択に問題がある。この場合、規制によって守ろうとする利益を別の方法で守る方途を考えるべきである。ネットへコンテンツを無断アップされる問題に対しては、無断アップを容認して、作者の経済的利益を確保するビジネスモデルを開発して対応すべきである。そのためには、法制度の整備だけではなく、新しい技術の開発も必要であろう。
- (28) 自主規制の多くは経済活動に関連したものである。長尾治助『自主規制と法』（日本評論社、1993 年）参照。