The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	インターネット・プラットフォームにおけるパブリック・フォーラム法理の適用可能性に関する一考察（一）：プラットフォーム事業者を介した表現規制の憲法的統制に関する予備的考察
Author(s)	郭, 娜娜
Citation	阪大法学. 2021, 71(2), p. 81-113
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87357
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

インターネット・プラットフォームにおけるパブリック・フォーラム法理の適用可能性に関する一考察（一）

――プラットフォーム事業者を介した表現規制の憲法的統制に関する予備的考察――

郭　娜　娜

はじめに　表現の自由の「主戦場」の転換とプラットフォーム事業者を介した表現規制の活用
第一章　パブリック・フォーラムとインターネット・プラットフォーム
一　パブリック・フォーラム法理
二　インターネット・プラットフォームとは
三　インターネット・プラットフォームとパブリック・フォーラムの類似性
第二章　パブリック・フォーラム法理の適用の課題
一　二つの課題
二　公的所有・管理というパブリック性の要件について（以上、本号）
第三章　適用可能性をめぐるアメリカの裁判例の展開
一　近時の裁判例の動向
二　裁判例上の可能性の探求

三　小括
第四章　適用可能性をめぐる解釈論上の論争
一　適用可能性をめぐる最近の展開
二　解釈論上の可能性の探求
三　小括
第五章　パブリック・フォーラム法理の適用可能性？
一　規制の実質論を中心とする判断の仕組みへ
二　機能的アプローチへの転換
三　インターネット・プラットフォームの特性に基づく考察
おわりに　今後の課題

はじめに　表現の自由の「主戦場」の転換とプラットフォーム事業者を介した表現規制の活用

今日、インターネット、特に様々なインターネット・プラットフォーム(1)は、新聞・放送・テレビ等のマス・メディアに代わって、重要な表現の場として、ますます表現の自由の主戦場になっている。インターネット・プラットフォームを所有・管理するプラットフォーム事業者は、プラットフォーム上の表現活動を促進または制限する力をもっており、実際上、インターネット上に分散する個人の表現活動の媒介者として重要な役割を果たしている(2)。他方で、インターネットにおいては匿名性、越境性、分散性、技術依存性及び技術革新の速さといった特徴があるため、従来のように公権力が、金銭制裁、刑事罰、差止めを通じて表現を直接的に規制することは事実上困難になっている。こうした状況下にあって、インターネット上の表現活動における媒介者として重要な役割を果たしているプラットフォーム事業者という私的な主体を規制の担い手として利用する、新たな間接的な表現規制（以下「プラ

ットフォーム事業者を介した表現規制」という）が、公権力にとって最も効率的で魅力的なアプローチになっている。[3]

プラットフォーム事業者を介した表現規制は、インターネット上の違法・有害表現活動に対する効率的な規制を実現できると期待される一方、憲法・法律の規律、特に基本権に基づく審査を免れ易くする仕掛けを公権力に提供するため、表現の自由との間で緊張関係を生じさせる可能性が高い。プラットフォーム事業者を介した表現規制が表現の自由に突きつける新たな問題への対応策を探るため、アメリカをはじめとする各国において、現在に至るまで様々なアプローチが模索され続けている。しかし、プラットフォーム事業者を介した表現規制には特有の性質があるため、その憲法的統制においては、出版社や書店、マス・メディアといった私的な主体を介した従来型の間接的な表現規制に対処する中で形成された従来の法理[4]により対処できる側面もあるものの、これらの法理だけでは対処困難な側面もある。したがって、プラットフォーム事業者を介した表現規制に特有の性質に即して、その憲法的統制のアプローチを改めて検討する必要があると思われる。

プラットフォーム事業者を介した表現規制の成立の面から見ると、公権力がプラットフォーム事業者を規制の担い手として利用する最も重要な原因は、プラットフォーム事業者が、所有者・管理者としての財産権に基づき、利用規約の締結、ポリシーの制定やコード（code）・アルゴリズム（algorithm）（以下「インターネット・アーキテクチャ」という）の設計・管理によって、[5]インターネット・プラットフォームに対して強力な規制力を持つ「権力者」であるからである。言い換えると、インターネット・プラットフォームが表現の場所として、表現の自由の促進において極めて重要な役割を果たしているために、インターネット・プラットフォームという表現の場の操作を通じて、その上での表現活動を容易に制限できるようになっている。つまり、実質的な観点からは、プラットフ

ォーム事業者を介した表現規制は、インターネット・プラットフォームという表現の場を操作することを通じて実現するものであるとも言える。そのため、インターネット・プラットフォームという表現の場と表現の自由、または表現規制との関係に着目し、プラットフォーム事業者を介した表現規制の憲法的統制のアプローチを改めて検討してみる必要があると思われる。

表現の自由を保護するために形成された法理の中で、表現の自由と場所の関連性という点に着目して表現規制の憲法的統制のアプローチを試みるパブリック・フォーラム法理は、インターネット・プラットフォームという場の特性を活かした利用が望めるのではないかとの期待を抱かせてくれる。(6) また、インターネット・プラットフォームは、パブリック・フォーラムとある程度の機能上の類似性を有している。右で述べた理由から、プラットフォーム事業者を介した表現規制に対する憲法的統制のアプローチを考察するため、インターネット・プラットフォームにパブリック・フォーラム法理を適用する余地がないか、改めて検討してみる意義があると思われる。その可能性をめぐる議論が、アメリカをはじめとする各国においても活発になされるようになってきている。

以上のような問題意識の下、本稿は、インターネット・プラットフォームの文脈におけるパブリック・フォーラム法理の適用可能性について検討を加えようと試みるものである。そこで第一章において、パブリック・フォーラム法理を概観し、その法的構造や内実を考察する。その上で、インターネット・プラットフォームの機能等を考察し、インターネット・プラットフォームとパブリック・フォーラムの類似性を検討する。次に、第二章において、インターネット・プラットフォームに対しパブリック・フォーラム法理を適用する際の重要なポイントとして、パブリックに関する課題とフォーラムに関する課題を取り上げ、この二つの課題に対する、合衆国連邦最高裁判所（以下「連邦最高裁」という）をはじめとする各国の実務と学説の見解を考察する。第三章においては、インター

ネット・プラットフォームにおけるパブリック・フォーラム法理の適用可能性をめぐるアメリカを含めた各国の近年の判例の傾向を扱う。そして、第四章において、インターネット・プラットフォームの文脈におけるパブリック・フォーラムの適用可能性をめぐる解釈論上の論争、特にその中の、解釈論上の可能性に途を開く学説を取り上げて考察する。最後に、判例と学説から得られた知見を前提に、第五章において、インターネット・プラットフォームに対しパブリック・フォーラム法理を適用する可能性について、若干の検討を試みたい。本稿は、主にアメリカの判例と学説上の議論を素材にして考察を加えているものの、必要に応じて、当該検討に示唆をもたらすドイツや日本の判例、学説を扱っている。

第一章　パブリック・フォーラムとインターネット・プラットフォーム

一　パブリック・フォーラム法理

連邦最高裁の判例において展開されたパブリック・フォーラム法理は、表現活動のためにある場所にアクセスする権利が憲法上保障されるとする法理である。当該法理は、表現の自由と場所の関連性を憲法学の観点から解明する手法として、アメリカだけでなく、日本やドイツにおいても広く参照されてきた。

（1）連邦最高裁の展開するパブリック・フォーラム法理

今日のパブリック・フォーラム論の枠組みの基本形を確定したのは、一九八三年のPerry判決であった。[7] Perry判決において法廷意見を執筆したバイロン・R・ホワイト（Byron R. White）裁判官は、表現活動のために公的な場所にアクセスできるか、及び当該アクセスを制約する行為にどのような審査基準を適用すべきかは、その場所の性質によって決定されるべきであると主張した。その上で、問題となる場所の性質に依拠しつつ、当該場所を次の

三つのカテゴリーに分類し、それぞれのカテゴリーに対して異なる審査基準を適用するカテゴリー・アプローチを提示した。

三つのカテゴリーの一つ目は、伝統的パブリック・フォーラムである。伝統的パブリック・フォーラムとは、永きにわたる伝統や昔からの政府の命令によって集会や討議のために捧げられてきた公的な場所を言う。その例としては、公道、公園、歩道が挙げられる。伝統的パブリック・フォーラムの該当性判断基準について、Hague 判決は「記憶にないほど太古から」表現活動のために供されてきた伝統・歴史を有する場所での表現活動が、憲法上手厚く保護されるべきという方向性を示している。[8] これ以降、連邦最高裁は、基本的にこの伝統性基準に依拠してきた。[9] 伝統的パブリック・フォーラムにおいて、政府が表現活動を制限する場合は、その制限は厳格な審査に服することになる。具体的に言うと、（ア）「政府はすべての表現活動を絶対的に禁止することはできない」。（イ）「政府が内容に基づいて表現活動を排除する場合は、その排除はやむにやまれぬ利益に仕えるよう限定的に仕立てられ、かつそのような目的達成のために限定的になされなければならない」。[10]（ウ）「内容中立的な時・場所・方法の規制の場合は、重要な政府の目的に仕えるよう限定的に仕立てられ、かつ十分な代替的伝達手段が開設されている限りにおいて、規制が許される」。[11]

二つ目は、指定的パブリック・フォーラムである。指定的パブリック・フォーラムとは、表現活動の場所として公衆の利用に供するために政府が開設した公的な財産を言う。その例としては、公立の集会施設、市営劇場、公共図書館が挙げられる。政府は指定的パブリック・フォーラムを開設し維持する義務は負っていないが、それを開設あるいは維持する限り、そこで表現活動を制限する場合は、伝統的パブリック・フォーラムにおける場合と同様の対応を取らなければならない。[12] 指定的パブリック・フォーラムの該当性判断は、意図基準によって決定される。[13] す

なわち、ある場所が指定的パブリック・フォーラムと認定されるのは、当該場所を表現の場として開放するという政府の明確な意図がある場合に限られる。[14] また、Perry 判決の脚注で曖昧に定義されているように、政府がパブリック・フォーラムを創設する際は、それを特定の主体や主題に限定して設けることができる。[15] つまり、政府は限定的パブリック・フォーラムを創設することもできるのである。[16] 限定的パブリック・フォーラムでの表現規制に対しては、合理性と観点差別禁止が要求されるとともに、許容された表現者と同じ条件を満たす表現者を制限する場合は厳格な審査が要求されている。[17]

三つ目は、非パブリック・フォーラムである。非パブリック・フォーラムとは、伝統あるいは政府の意図のいずれの点から見ても、公共的なコミュニケーションのための場所とみなすことができない公的な財産を言う。非パブリック・フォーラムにおいては、表現規制に対し、合理性と観点差別禁止という緩やかな審査のみが要求される。[18] すなわち、非パブリック・フォーラムにおいて公権力が表現活動を規制しようとする場合は、時・場所・方法の規制を行うことが許されるほか、特定の観点を抑圧せず、かつ合理的とみなされる場合も、表現規制が許される。非パブリック・フォーラムでは、その所有者・管理者である公的な主体が、私有財産の所有者・管理者の場合と同様に、当該「財産を合法的に使用するために自分の管理の下に置く権利」と、その権利に基づき「表現活動を制限するかどうかを決定する裁量権」を有していると言える。[19]

Perry 判決で示されたパブリック・フォーラム法理は、「公有地ないし公的管理施設たる表現活動の場が、伝統あるいは政府の意図に基づき、表現活動のために開かれている場合に、公衆が表現活動を行うためにそこにアクセスする権利が憲法によって厚く保護されなければならない」という命題であると総括することができる。これ以降、連邦最高裁の多数派は、基本的に Perry 判決の上述の見解を踏襲してきた。このような連邦最高裁の多数派の見

解によると、パブリック・フォーラム法理は、対立する利益を慎重に考慮する代わりに、問題となる場所をその性質に応じて異なるカテゴリーに分類し、それぞれに異なる審査基準を適用するというカテゴリー・アプローチを採用している。つまり、パブリック・フォーラム法理は「二分論」を採用している。[20] ある場所における表現活動が憲法上手厚く保護されるべきか否かは、当該場所がパブリック・フォーラムであるか否かによって決定される。また、その判断基準として、パブリック・フォーラム法理は、政府が何らかの所有権その他の財産的利益を有する公共の場所で、かつ伝統的に表現活動に用いられる場所及び政府の意図に基づき表現活動に供される場所にしか適用できないと言われる。

(2) パブリック・フォーラム法理の内実

二〇世紀以降、巨大な独占的マス・メディアの発達とともに、表現の送り手と受け手の分断と固定化という状況が顕著になったと言われる。資金力、政治力、社会的地位において劣位にある一般公衆が表現の送り手となることは容易ではないし、既成の情報内容を受動的に受け入れざるをえないことも多い。しかしながら公衆の中には、マス・メディアを経由する代わりに、公道や公園、公立劇場といった場所を表現活動の場として活用し、自らの主張を公に発信しようとする者も存在した。何らかの空間があり、そこが表現活動のための場所として一般公衆に開放されているとき、表現のためにその場所にアクセスする権利が憲法によって厚く保障されるとすれば、表現活動を行うためのリソースを欠く一般公衆にとっても、表現の自由を享受する機会がこれまで以上に確保できるのではないか。パブリック・フォーラム法理が登場した背景には、表現のための場所の保障を通じた、表現の自由の実質化という問題意識があった。[21]

したがって、そもそもパブリック・フォーラム法理は、一般公衆の中でも特に少数者の意見を他者に伝達する通

路を確保し、表現者が、自ら表現する場所とその表現を受け取る聴衆の両方にアクセスする権利を保障することを重視していた[22]。表現活動が行われる場所の性質に着目し、これによって表現規制の審査基準を決定したため、地理的アプローチとも呼ばれている[23]。そのきっかけは、一般の人が頻繁に訪れる場所での表現を保障することで、資金力、政治力、社会的地位において劣位にある者や少数者の意見の伝達を後押ししようとするものであった[24]。したがって、パブリック・フォーラムの開設は、表現の自由の行使に立ちはだかる事実上の格差を解消・緩和するための、表現の自由に対する「政府の補助金」のようなものであった[25]。しかしそれは、パブリック・フォーラムの創設自体や、そこでの表現の聴衆への到達まで保障するものではなかった[26]。

パブリック・フォーラム法理は、元々、公権力による特定の場所での表現規制を制限するルールであり、活発かつ多様な公共的討論を促進するものである[27]。そうだとすると、政府は一般公衆が表現活動を行い、他人とコミュニケーションをし、政府関係者に対して自分の意見を伝達するための場を確保し、そこに配慮するべきであろう。つまり、裁判所において、ある表現規制が憲法上の厳格な審査を受けるべきかどうかを見極め、憲法的に分析するための便利な手法として、パブリック・フォーラム法理は、表現の自由の保護と表現の場所を関連させて扱ってきたのだと思われる[28]。

二　インターネット・プラットフォームとは

インターネット・プラットフォーム[29]とは何かについては、現時点でまだ明確な定義が確立していない。インターネット・プラットフォームを広義に捉えると、（ア）コンピュータ等の情報通信デバイスであるハードウェアから、（イ）ドメインネームシステム（DNS）等のインターネット接続のためのインフラストラクチャー、（ウ）ユーザーによるコンテンツの作成、掲載、伝達、獲得といった活動のための場所あるいはツールを提供するインターネ

ット・サービス、（エ）AppleのiOS等のソフトウェアアプリケーションまで、インターネット上の活動を支える、または関与するあらゆるプレイヤーが含まれることになる。[30] これらのインターネット・プラットフォームは、その仕組みや機能、実装の具体的な形態、規模、及びビジネスモデルが多種多様であるだけでなく、インターネット技術の革新によって急速に変化している。[31] そのため、インターネット・プラットフォームを厳密に定義すること自体がそもそも不可能という状況にある。[32] しかし、機能面から考察すると、インターネット・プラットフォームは、ある種の媒介あるいは仲介として捉えることができる。[33] したがって、インターネット・プラットフォームは、一般には、情報や商品・サービスの提供者と受領者を仲介または媒介し、情報や商品・サービスの流通の基盤・環境を提供する場であると狭く理解されることが多い。[34]

本稿は、パブリック・フォーラム法理をインターネット・プラットフォームに適用する可能性を検討するものである。また、パブリック・フォーラム法理の根底には、情報や意見の伝達を促進するため、表現活動の場にアクセスする権利を手厚く保障しようという発想がある。この基本的な発想を踏まえると、パブリック・フォーラム法理をインターネット・プラットフォームに適用する可能性を検討する場合も、プラットフォームの中の表現活動に用いられるものに限定して考察すべきであると思われる。つまり、本稿は検討対象として、主にプラットフォームの中の、ユーザーによるコンテンツの作成、掲載、伝達、獲得といった活動が行われる場所あるいはツールを提供するものを念頭におくものとする。

また、インターネット・プラットフォームは、プラットフォーム事業者によって詳細にデザインされ、さらにユーザーによって使用法が具体的に決定されるものである。それゆえ、表現活動の場所あるいはツールを提供するものに狭く限定しても、インターネット・プラットフォームの多様性・複雑性を考慮しないで、インターネット・

プラットフォームにパブリック・フォーラム法理の適用可能性を考察することは、明らかに妥当ではあるまい。[35]その代わりに、インターネット・プラットフォームという広大で複雑な場を、表現の自由との関連性が高くて比較的小さい単位に分解した上で、そこにおけるパブリック・フォーラム法理の適用可能性を考察する方がより適切であろう。[36]つまり、インターネット・プラットフォーム間の相違とインターネット・プラットフォーム内の相違がもたらすバリエーションに注意を払いつつ、特定の種類のインターネット・プラットフォームやインターネット・プラットフォームの特定の部分、あるいはインターネット・プラットフォーム上の個々のアカウントに焦点を当てて、選択的に考察すべきである。

例えば、Facebook や Twitter のようなＳＮＳや公共のチャットルーム、YouTube 等のビデオ共有サイトのようなインターネット・プラットフォームは、一般公衆によるアクセスや表現のための利用に完全に開放されている。これらのインターネット・プラットフォームでは、ユーザーが情報や意見を掲載・交換するためのアカウントを開設し、表現活動を行うためインターネット・プラットフォームにアクセスすることもできる。そのため、これらのインターネット・プラットフォームは、その上でアカウントを開設し、表現活動を行うために当該プラットフォームにアクセスするユーザーにとって、表現の場所になる。また、「ニューヨークタイムズ」や「Yahoo ニュース」といったニュースサイトのようなインターネット・プラットフォームは、各種情報の掲載のために設定されたものであるが、同時にその場所に情報を掲載する者[37]に対して、広く一般に表現の場所を提供するものであるため、表現の場であると言えるのではないか。そのため、本稿は、まず、ＳＮＳやコンテンツ共有サイトのようなインターネット・プラットフォームと、ニュースサイトのようなインターネット・プラットフォームを検討対象とする。

また、インターネット・プラットフォームの多くが、その所有者・管理者自らが表現するための単純な情報の掲

載部分と、他のユーザーのコメントのために提供される、対話性のあるインタラクティブな部分の双方を同時に含んでいる。この場合、当該インタラクティブな部分、例えば、ニュースサイトのコメント欄、ＳＮＳやYouTubeのアカウントでのコメント欄は、そこにアクセスし、コメントをしたいユーザーにとって、表現の場所として役立っているとも言える。もっとも、ニュースサイトのコメント欄はプラットフォーム事業者によって管理されるが、ＳＮＳやYouTubeのアカウントでのコメント欄はアカウントを開設するユーザーによって管理されている。ニュースサイトの場合、当該コメント欄は、表現活動を行うためにアクセスするユーザーにとって、表現の場になる。ＳＮＳやYouTubeの場合、コメント欄のついたアカウントを開設するユーザーは、プラットフォーム事業者の設計したインターネット・アーキテクチャと利用規約・ポリシーに従って表現活動を行うと同時に、そのアカウント中のコメントや他のユーザーによる当該アカウントのフォローに対してコントロールする力を持っている。[38] そのため、これらのアカウントが異なる主体によって開設された場合、例えば、（ア）公権力により公的な立場で開設された場合と、（イ）数多くのフォロワーと大きな影響力を持つ私的なインフルエンサーにより開設され、対話性のあるインタラクティブな部分を維持する場合、そして、（ウ）上記の主体以外の私的な主体により開設される場合とで、プラットフォームの性質も変わる。そのため、インターネット・プラットフォームの多様性と複雑性を踏まえ、パブリック・フォーラム法理の適用可能性を個別的かつ具体的に考察すべきであろう。

三　インターネット・プラットフォームとパブリック・フォーラムの類似性[39]

インターネット・プラットフォーム上の表現規制の問題をパブリック・フォーラム法理の適用という観点から考察するという発想は、決して突飛な考えではない。その第一の理由は、インターネット・プラットフォームとパブリック・フォーラムの機能上の類似性にある。ここでも、内外の研究に照らして、インターネット・プラットフ

ォームとパブリック・フォーラムとの類似性を整理しておく。

インターネット・プラットフォームは、表現活動のための場所として、現代人にとってもはや欠くことのできない存在になっている。このことは、いくつかのデータからも容易にわかる。ＳＮＳの一つであるFacebookは、二〇一九年九月末の時点で、全世界における月間二四億五〇〇〇万人のアクティブ利用者にとって、リアルタイムでの情報収集の場として機能し、かつ著名人・有名人、友人とのリアルな交流の場として活発に利用されている。[40] また、ビデオ共有のためのインターネット・プラットフォームであるYouTubeにアクセスするユーザーは、一か月あたり数十億存在していると言われる。[41] ピュー研究センター（Pew Research Center）のレポートによると、二〇一九年四月十日の時点で、アメリカの成人の六九％が少なくとも一つのＳＮＳサイトを使用し、[42] 圧倒的多数のアメリカ人（八九％）が少なくとも一部のニュースをオンラインで入手していると言う。[43] このほかにも、アメリカでは、大統領をはじめとするほぼすべての政府関係者が、ＳＮＳ等のインターネット・プラットフォームのアカウントを保有している。[44] アメリカの例からわかるように、利用者の数と利用の範囲から、現代社会におけるインターネット・プラットフォームの重要性、特に情報の伝達やコミュニケーションにおける現代的重要性がうかがえる。

インターネット・プラットフォームでは、登録したユーザーのすべてが、安価で簡単に情報を発信したり、写真やビデオを投稿したり、他人に自分のコンテンツを見せたり、それに応答したりすることができる。[45] 言い換えると、様々なインターネット・プラットフォームを通じて、人々はオフラインの世界の時間的・空間的な様々な限界を超え、情報の発信、共有、コメント及び議論ができるようになっている。[46] ＳＮＳの代表例であるTwitterが宣言したように、その使命、あるいはその価値観は「世界でいま起きていること、人々が話していることをリアルタイムで映し」、「ユーザーが公的に発信する場を提供しつつ、発信内容への干渉は最低限に」することにある。[47] インターネ

ット・プラットフォームにはユビキタス、参加のハードルの低さ、オープン性といったメリットがあるため、人々は不安を抱えながらも、それを使い続けているのである。これに加え、人々がインターネット・プラットフォームを利用し、公的問題を討議したり、公権力当局と直接意見を交換したりすることもますます増えている[48]。言い換えると、公権力当局は、市庁舎のようなアナログ世界のフォーラムに代わって、あるいはそれに加えて、インターネット・プラットフォームを利用し、一般公衆や有権者と簡単に、かつ広範囲に情報を共有し、コミュニケーションすることができるようになっている。

このように、インターネット・プラットフォームは、表現の機会を「一部のエリートから諸個人へ」と広く開放し、マス・メディア時代においてはコミュニケーションし難かった相手との間（ひいては公権力との間）でも、双方向的なコミュニケーションを可能にしており、ある意味で「情報の送り手と受け手の分化」を解消したとすら言うことができる[49]。インターネット・プラットフォームは「表現領域を拡大する舞台として脚光を浴び」ており、このことをもって「言論の自由市場」が具現化されたと言われることもある[50]。

総じて、インターネット・プラットフォームは、公道や公園以上に極めて低コストで効果的に表現するための強力な手段を提供し、公道や公園よりもはるかに広い範囲で人々とコミュニケーションすることも可能にし、一般公衆、とりわけ発言力の弱い者の表現の機会を保障していると言ってよい[51]。また、インターネット・プラットフォームは、表現活動に用いられることがその主要な機能とされること、表現活動に頻繁に用いられてもその主要な機能が低下しないこと、そして表現活動に用いられるのはその主要な機能を実現するための手段であることがほとんどである[52]。典型的なパブリック・フォーラムである公道と公園が、表現のためだけに開放されたものとは言えないのに対して、インターネット・プラットフォームは、むしろ表現を目的として存在するものと言うこともできる[53]。こ

れに加え、一つの公園または公道において同時に行われる表現活動の数は明らかに限定されるだけでなく、聴衆が不本意に遭遇するおそれもあるのに対して、インターネット・プラットフォームの場合は、キャパシティの有限性や不本意の聴衆のような表現規制の正当化理由が意味をなさないと考えることもできるだろう。[54] そう考えると、インターネット・プラットフォームは、典型的なパブリック・フォーラムである公道や公園と同程度に、場合によってはそれ以上に、表現の自由の行使に資すると言っても過言ではない。特に、二〇二一年現在、新型コロナウイルス（COVID-19）のパンデミックに対応するため、物理的な公的な場所が広範囲に閉鎖されたことを考えると、インターネット・プラットフォームの表現の場としての役割は、より一層の重要性を持つこととなる。[55]

上記の考察からすれば、公道や公園といった典型的パブリック・フォーラムが、従来と比較すると、相対的に重要性を失いつつあるのに対して、インターネット・プラットフォームは新しい表現の場所として、ますます脚光を浴びている。インターネット・プラットフォームがパブリック・フォーラムと機能上の類似性を有していることを併せ考えると、公道、公園のような典型的なパブリック・フォーラムに代わって、インターネット・プラットフォームこそが、今日では真のパブリック・フォーラムとみなすべきであるとされるのも、理由のないことではない。[56] このように、インターネット・プラットフォームとパブリック・フォーラムの機能上の類似性から推論して、あるインターネット・プラットフォームが議論や討論のために意図的に設計され開放されている場合は、そこをパブリック・フォーラムとして特徴づけることに、一定の合理性があると思われる。

また、パブリック・フォーラム法理の発展過程に鑑み、同法理は柔軟かつ拡張可能な法的概念であったという点も見逃せない。[57] パブリック・フォーラム法理が創設された当初は、伝統的パブリック・フォーラムという一つのカテゴリーしかなかったが、その後の一連の判決により、指定的パブリック・フォーラムや限定的パブリック・フ

ォーラムといったカテゴリーが考案され、その範囲が拡張されていったという経緯がある。その意味で、パブリック・フォーラム法理の射程を拡大し、同法理をインターネット・プラットフォームという新たな表現の場に拡張適用することも、十分検討に値すると思われる。

第二章　パブリック・フォーラム法理の適用の課題

一　二つの課題

古い判例によれば、ある場所がパブリック・フォーラムとみなされるためには、その場所が政府によって所有・管理・後援（出資）されていて、かつ、土地や建物のような物理的・地理的要素を持っていなければならない。すなわち、パブリック・フォーラム法理の適用に当たっては、場所の公物性及び物理性・地理性という二つの要件が満たされなければならないと考えられている。しかし、インターネット・プラットフォームの所有者・管理者（あるいは開設者）のほとんどが公的機関でなく、むしろ私人によって占められているのが実情である。また、インターネット・プラットフォームには物理的・地理的な要素がなく、物理的・地理的空間とみなせないことも明白である。[58] そのため、公物性と物理性・地理性という基本的な性質が欠けているにもかかわらず、インターネット・プラットフォームをパブリック・フォーラムとして扱うことに支障はないのかという問題は、憲法学上も容易に解答することのできない難しいものである。[59] それゆえ、パブリック・フォーラム法理のインターネット・プラットフォームへの適用可能性の検討に際しては、以下の二つの課題に取り組む必要がある。一つは、私人が所有または管理する場所としてのインターネット・プラットフォームに、果たしてパブリック性が存在するのかという、パブリック性の要件に関わる課題である。もう一つは、非物理的・非地理的場所であるインターネット・プラットフォー

ムをフォーラムとして認めることができるのかという、フォーラム性の要件に関わる課題である。

後者の物理的・地理的場所というフォーラム性の要件について、パブリック・フォーラム法理を物理的・地理的な場所以外の領域にも適用できるという見解は、連邦最高裁においても学界においても多数を占めるようになっていると言える。Perry 判決以降の、Rosenberger 判決や、Cornelius 判決等の一連の判決が示したように、表現活動のための物理的・地理的な場所にかかる法理として展開されてきたパブリック・フォーラム法理が、その展開の過程で、物理的・地理的な場所とは言えないような場所にも及びつつあるということが、連邦最高裁の多数派により、既に承認されていたのである。[60] このほか、下級裁判所の判決においても、物理的な場所以外の表現場所であっても、パブリック・フォーラムとみなす可能性があると判示したものが散見される。[61] つまり、判例の展開から見ると、パブリック・フォーラムの認定において、場所の物理性・地理性は必ずしも必要とされていないのである。

これに対し、前者の私的な場所でパブリック・フォーラム法理を適用することを承認する判例は、少なくともアメリカでは極めて例外的であると言える。学説においても、消極的な見解がほとんどであると言ってよい。しかし、パブリック・フォーラム法理を公的な場所を超える範囲にまで適用することについては、少なくない数の判例と学説がこれを支持している。そこで、以下、公的所有・管理というパブリック性の要件について、判例上の見解と学説上の論争について考察していく。

二　公的所有・管理というパブリック性の要件について

（1）判例上の見解

私有化・民営化が急速に進展しようと、そこがアナログ世界であろうとデジタル世界であろうと、連邦最高裁の多数意見は、パブリック・フォーラム法理を私的な場所に適用拡大することに対して、極めて消極的な立場を採っ

ている。[62] 例えば、Lee 判決において、連邦最高裁は、一般公衆にとってアクセス可能な空港ターミナルは私的な場所なのであって、パブリック・フォーラムではないという判断を下している。[63] とはいえ、子細に観察すると、実際は、この問題に対して、連邦最高裁も決して一枚岩ではないということが分かる。例えば、企業が所有する会社町、パブリック・アクセス・チャンネル、ショッピングセンター、あるいは劇場が問題になった一連の判例において、連邦最高裁がパブリック・フォーラム法理を私的な場所にまで拡張して適用する可能性を示唆したことがある。

まず、パブリック・フォーラム法理の淵源とみられる Hague 判決がその一例であると思われる。Hague 判決でのジョン・G・ロバーツ（John G. Roberts）裁判官の相対多数意見によると、その「権限の所在がどこであれ」、公道や公園は「記憶にないほど昔から人々が利用するために託され」てきたという伝統・歴史があるため、表現活動を目的としてこれらの場所を使用することは「市民の特権、免除、権利、自由の一部」になるとされる。[64] ロバーツ裁判官の意見を見ると、パブリック・フォーラム法理を公的な財産に限定して適用する意図は、元々存在していなかったと言ってよいのではないだろうか。[65] ロバーツ裁判官は、表現の場所が公的所有か、私的所有かという問いを立てておらず、所有権の所在がパブリック・フォーラムの認定を左右するものとは考えていなかったと思われる。

次に、公と私の形式的な区別を拒否し、場所の公開性、公的な場所との機能上の類似性、表現目的との適合性といった諸特性に着目し、私的な場所での表現規制を国家行為として扱う判例がいくつか見られる。例えば、一九四六年の Marsh 判決において、連邦最高裁は、会社町が自治体と機能の上で同等であるとした上で、会社町の所有する道路をパブリック・フォーラムと認定し、そこでの表現規制は厳しい審査を受けるべきであると判示した。[66] 当該判決において、表現規制とパブリック・フォーラムの認定に関する公と私の形式的な区別の代わりに、連邦最高裁は、公権力と実質的に同等の権力を行使することを通じて会社町が表現活動を規制したと言えるのかをめぐり、

慎重な審査を行った。[67] ヒューゴ・L・ブラック（Hugo L. Black）裁判官は「所有権が絶対的な支配権を意味するわけではない」と指摘した上で、「所有権者は自分の利益のために自分の財産を一般公衆に表現のために開放すればするほど、その財産上の権利が憲法上の制限を受けるようになっている」と主張した。[68] 最後に、連邦最高裁は「私的な場所の所有者であっても、その所有者が自治体の機能と義務をすべて引き受けたのなら、自治体と実質的に同等なものとして取り扱われるべきである」と結論した。[69] この結論は、会社町という極めて特異な状況の中での限られた範囲内にとどまるとしても、所有権の所在をもってパブリック・フォーラム法理の適用の可否を判別する決め手にすることはできないと宣言したという意味がある。その後、一九六八年のLogan Valley判決において、連邦最高裁は、問題とされたショッピングセンターが、一般公衆に開放されていることをもって、Marsh判決の会社町と機能的に同等なものとみなした。[70] サーグッド・マーシャル（Thurgood Marshall）裁判官によると、私的な場所であっても、一般公衆の表現を排除する権限がショッピングセンターの所有者に委ねられるべきではないし、当該私的な場所が一般公衆に開放され、かつ表現の自由の行使がその場所の通常の使用を妨げない限り、そこでの表現活動を規制することはできないとされている。[71] しかし、これらの判決の採用した判断アプローチは、すぐにTanner判決をはじめとする後続の判決によって覆された。[72]

このほか、連邦最高裁の判例の中には、私的な主体の所有する場所が公権力によってコントロールされていて、かつ公衆に開放されている場合に、その場所をパブリック・フォーラムと認定することができると判示したものがある。例えば、一九九六年のDenver Area判決において、アンソニー・M・ケネディ（Anthony M. Kennedy）裁判官は、当該事件で問題とされたパブリック・アクセス・チャンネルが、ケーブルテレビ会社という私的な主体によって所有されているにもかかわらず、パブリック・フォーラムとみなされるべきであると主張した。[73] しかし、

ケネディ裁判官も認めているように、パブリック・アクセス・チャンネルがパブリック・フォーラムと認定される理由は、地方政府との間で、当該私有財産に関して「公共の言論活動のために使用することをフランチャイズ契約により取り決めた」からであった。[74] また、一九七五年のConrad判決においても、「表現活動のために設計されかつ表現活動に専用されている」私有劇場が、チャタヌーガ市によって長期的に貸し出されているため、指定的パブリック・フォーラムに当たると認定されている。[75]

最後に、一定の要件を満たす場合は、私的な場所の所有者・管理者の権利も最小化されると判示した判例がある。例えば、一九八〇年のPrune Yard Shopping Center判決において、連邦最高裁は、私的な主体が所有・管理する場所であるショッピングセンターも、一定の要件をすべて満たす場合は、そこが他人の表現活動のために使用されたとしても、その所有者・管理者自らの表現の自由を侵害するものではないと判示した。[76] その要件として、連邦最高裁は、（ア）所有者自らの選択により公開されていること、（イ）表現の内容・メッセージの表明・伝達が強制されるものでも、または政府がその選別を行うものでもないこと、（ウ）所有者・管理者の見解と同一視されないようにするための対策が容易であること、（エ）所有者・管理者は場所内で行われた表現を公に批判する完全な自由を有すること、という四つの要件を提示した。[77] つまり、当該判決によると、上記の四つの要件を満たす場合は、私的な主体が所有・管理する場所であっても、パブリック・フォーラムとされる可能性がないわけではないのである。[78]

他方で、アメリカと異なり、ドイツにおいては、パブリック・フォーラム法理そのものが存在しない。しかし、「パブリック」（öffentlich）という概念が「政府による介入なしに自由に表現できる場所」を指すことがあり、これがパブリック・フォーラム法理と同じ機能を果たす場面があると言われている。[79] それゆえ、ドイツ連邦憲法裁判所による「パブリック」概念を巡る解釈について、アメリカの判例法理であるパブリック・フォーラム法理のパブ

リック要件を参照して解釈する余地もあるとされている。[80] 例えば、二〇一一年のFraport判決は、民営化とデジタル化が急速に進展する状況下にあって、ドイツ連邦憲法裁判所が「パブリック」概念を拡充する一つの可能性を提示している。[81] 当該判決において、ドイツ連邦憲法裁判所は、ある場所が一般公衆に開かれていて、立ち入ることができるかどうか、または当該場所が「開かれたフォーラム」であるかどうかに基づき、「パブリック」とされるかどうかを判断するというアプローチを採用した。[82] 当該アプローチによると、表現の場所としての伝統性・歴史性がなく、あるいは表現目的で開放する政府の意図がないにもかかわらず、当該場所の所有者・管理者が一旦その場所を一般大衆に開放すると、そこでの表現活動は手厚く保護されるべきであるとされる。また、その場所が私有財産であるか公有財産であるかに関係なく、公共的な議論の提供を引き継いだ場合、もしくは国家に割り当てられた機能の一部を引き受ける場合は、「パブリック」な空間として認められるべきであると言うのである。[83] このように、「パブリック」概念は、公共所有による定義から、表現の場所として使用されているという事実、つまりその社会的機能による定義へとシフトしてきていると言ってよい。「パブリック」概念に関する上記のような機能的なアプローチが、パブリック・フォーラム法理を私的な表現場所に拡張適用するという新たな可能性を開くのである。

このほか、日本において、私人が所有・管理する場所での表現活動の規制の合憲性が争われた事件としては、吉祥寺駅構内ビラ配布事件[84]やプリンスホテル日教組会場使用拒否事件[85]がその代表例としてよく挙げられている。プリンスホテル日教組会場使用拒否事件は、下級審判決ではあるものの、パブリック・フォーラムの理論を私人が所有する場所にまで拡張して適用できるかを問う事例の代表である。それは、私的な施設での表現活動に対して、公的な施設での表現活動の場合とほぼ同水準の保護を与えようとするものであり、注目に値する。[86] 当該判決において、東京高裁は、公道・公園及び市民会館といった典型的なパブリック・フォーラムと「性質を異にする民間企業のホ

テルという『プライベート・フォーラム』においてなされる表現活動」にも、同じく強い法的保護が与えられると判示した。[87] 当該判決と後ほど詳述する吉祥寺駅構内ビラ配布事件での伊藤正己裁判官の補足意見を見る限り、ある場所での表現活動に対して与えられる保障の程度は、当該場所が「一般に人が自由に出入りできる」ところかどうかを決め手に判断されているのであって、そこが公有地か私有地かという財産権の所在を重視した判断とはなっていないと主張する見解もある。[88]

（2）学説上の論争

近年、公的な施設の私有化や民営化の進展に呼応するかのように、私的な主体が所有・管理する場所をパブリック・フォーラムとみなすことができるか、あるいは私的な主体が所有・管理する場所での表現活動を憲法上手厚く保障することができるかどうかをめぐり、各国の学界において、異なった見解が唱えられている。これらの異なる見解は、概して二つの対立する立場に分けることができる。

まず、憲法の根底にある公私の区別及び国家からの自由としての表現の自由という基本観点を根拠に、私的な場所での表現活動に対して憲法上の手厚い保護を与えることに消極的な見解である。どちらかと言うと、大勢を占めているのは、この見解である。例えば、ドーン・C・ヌンジアート（Dawn C. Nunziato）は「表現が行われる場所が圧倒的に私有化されている以上」、その場所において「パブリック・フォーラムと認められる場所は基本的に存在しない」と指摘した。[89] また、日本においても、成原慧が、私的に所有・管理される場所をパブリック・フォーラムとみなし、そこで行われる表現活動に強い権利保護を与えた場合、その表現の自由が、場所の所有・管理者の財産権及び表現の自由と衝突するといった、公的な場所の場合に見られることのない問題が生じると述べている。[90]

このような消極的な見解に対して、一九九〇年代以降、各国の研究者がパブリック・フォーラム法理の内実を再

検討し、当該法理の何が私的な場所に適用できないとされているのかについて、異論を呈し始めた。例えば、リリッサ・B・リドスキー（Lyrissa B. Lidsky）は、政府による所有という財産権の所在がパブリック・フォーラムとみなされるための必要条件になるわけではないし、公的な所有や公権力による独占的な支配がないことが、パブリック・フォーラムとしての資格を排除するものではないと主張している。[91] また、スティーブン・G・ゲイ（Steven G. Gey）は、パブリック・フォーラム法理の適用を公的な場所に限定すべきではないという見解を示した。[92] さらに、アメリー・ピア・ヘルト（Amélie Pia Heldt）は「私的な場所においてパブリック・フォーラム法理を適用できないということは、表現の自由を一層制限する可能性がある」と指摘した。[93] 私的な場所にもパブリック・フォーラム法理は適用されるべきであると主張される根拠として、比較的よく挙げられるのは、パブリックの語義の理解と場所の公共性についてである。

まず、パブリックという言葉の語義を遡ることを通して、パブリック・フォーラム法理の中のパブリック性の判断基準を改めて定義しようとする試みは、アメリカと日本の双方に見られる。オックスフォード英語辞典によると、パブリックという言葉は、「コミュニティのメンバー全体、あるいは法律上または適切な資格を有するメンバー全体に対して公開または利用可能」であることを意味しているとされる。[94] しかし、パブリックの語義は極めて曖昧で多義的であり、文脈によって異なる意味と規範的効果を持っていることは疑いない。斎藤純一が指摘したように、パブリックという言葉は、主に（ア）「国家に関係する公的なもの」（official）、（イ）「すべての人々に関係する共通のもの」（common）、及び（ウ）「誰に対しても開かれているもの」（open）といった三つの意味で用いられている。[95] 元々、パブリックという言葉は、古代ギリシャのアゴラまたは植民地時代のタウンホール・ミーティングのイメージを有しており、公共事務についての市民の討議や参加を求める民主的な理想と密接に関わっているとされる。[96]

しかし、その後の推移もあって、パブリックという言葉は、政府、公官庁に関わること、または公的な所有と同一視されるようになる。[97] パブリック・フォーラム法理がパブリック・フォーラムとして位置づけられるべき空間を政府が所有・管理する場所に限定しようとしたときも、そのような発想に立っていたと言える。

近年、パブリックの概念を国家という意味から切り離しつつ、公共という意味または公開という意味で用いる傾向がうかがわれるようになっている。しかもそれは日本社会だけでなく、他の多くの国においても顕著になっている。[98] 例えば、紙谷雅子は、パブリックの語義から、その中核的な要素として、「一種の政治的国法的意味合い＝公」ではなく「共同体のメンバー全体のため」という意味を抽出した。[99] そのニュアンスからすれば、パブリック概念は、共同体と関わって「共同体の構成員全員に開放される」もの、すなわち一般公衆がアクセスしたり、利用したりするものと理解されるべきであろう。[100] このようなパブリック概念の定義は、共同体全体や、平等かつ一般的な開放・利用といった基本的要素を提示している点で、示唆に富むと言える。つまり、パブリック・フォーラム法理におけるパブリック性の有無は、人々がアイデアや考えを交換するために集まり、公共的な議論に参加するかどうかによって決定されるべきなのである。[101] こうした理解の下では、パブリック概念も柔軟性に富んだものになる。インターネット・プラットフォームという一般公衆が実際にアクセスしたり話したりする新しい表現の場所もまた、柔軟なパブリック概念の下で、パブリック・フォーラム法理が適用可能な空間とみなすことができるであろう。

他方、公的な機能・役割という視角からアプローチする見解もある。この見解によると、私人が所有・管理する場所は、「実際に公的な使用に供され」ている、あるいは「公的性質」を帯びている場合に、「準公共的場所」とされ、公的な場所と同じ基準を準用されるべきであると言う。[102] 例えば、ステイト・アクション法理によると、私的な主体が「国のもつ公的機能を肩代わり」している場合、あるいは「公権力が私人の行為に密接に関与」している場

合に、「国家行為者として扱われ、憲法による厳格な審査を受けるべき」であるとされる。[103] しかし、Marsh 判決のように、ステイト・アクションを広く解釈し、表現活動のために使用された私的な財産である会社町にパブリック・フォーラム法理を適用することは、極めて例外的な扱いであると言ってよい。また、「一般公衆の自由な往来が許され」、または「財産の通常の使用形態として表現活動の場として利用され」ることが予定されている場合に、当該私的な場所をパブリック・フォーラムとみなし、そこでの「表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要がある」とする伊藤裁判官の見解も、このアプローチを採用している。[104] ステイト・アクション法理であれ、伊藤裁判官の見解であれ、このアプローチは、場所の所有権・管理権の帰属の如何を問わず、その場所と公的な場所との機能的同一性ないし類似性、あるいは不特定多数の人々が集まるといった外形等を判断基準としているのである。このような理解に従って、ある場所が公共性を帯びており、または公的な役割を果たしている場合は、そこを公的な場所と同等なものとみなし、その場所での表現規制に対して、パブリック・フォーラム法理を適用し、その法理の下で表現規制が規律されるべきであろう。[105]

（1） インターネット・プラットフォームのイメージについては、本稿第一章の二を参照されたい。なお、デジタル・プラットフォームの語も同義で用いられることが多いが、本稿ではインターネット・プラットフォームの語に統一する。

（2） *See* Felix T. Wu, *Collateral Censorship and the Limits of Intermediary Immunity*, 87 NOTRE DAME L. REV. 293, 314 (2011).

（3） *See* Jonathan L. Zittrain, *A History of Online Gatekeeping*, 19 HARV. J. L. & TECH. 253, 255-56 (2006).

（4） 出版社や書店、マス・メディアといった私的な主体を介した従来型の間接的な表現規制に対処する中で、アメリカにおいては、（ア）間接的な規制手法が表現の自由に及ぼす付随的検閲（collateral censorship）の効果への十分な配慮、（イ）表現活動の媒介者に対するセーフハーバーの提供、（ウ）手続の問題の改善を通した対応の試み、（エ）憲法の私人

間効力の問題や法人の人権の問題としての議論、といった多くの試みがされてきた。

(5) David Kaye は、これらの利用規約、ポリシー及びインターネット・アーキテクチャを「プラットフォーム法」という言葉を用いて総括している。David Kaye, *Report of the Special Rapporteur on the Promotion and Protection of the Right to Freedom of Opinion and Expression*, U.N. Doc. A/HRC/29/32 at ¶ 18 (May. 22, 2015), https://www.ohchr.org/EN/HRbodies/HRC/RegularSessions/Session29/Documents/A.HRC.29.32_AEV.doc. プラットフォーム法についての研究として、*See also* Orly Lobel, *The Law of the Platform*, 101 MINN. L. REV. 87, 93-94 (2016); Molly K. Land, *The Problem of Platform Law: Pluralistic Legal Ordering and Social Media*, *in* THE OXFORD HANDBOOK OF GLOBAL LEGAL PLURALISM 1, 4-10 (Paul Schiff Berman ed., 2020).

(6) 確かに、インターネットにおける政府などとの公的な関係性は、伝統的に「通信の秘密」の観点から主として語られてきた経緯がある。しかし、本稿は、インターネット・プラットフォームでの個人間の通信活動ではなく、不特定多数への表現活動に絞って考察するものであることから、「通信の秘密」については検討しない。

(7) Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. 37 (1983).

(8) Hague v. CIO, 307 U.S. 496, 515 (1939).

(9) *See, e.g.*, Int'l Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672, 680 (1992); United States v. Kokinda, 497 U.S. 720, 727 (1990); Ark. Educ. Television Comm'n v. Forbes, 523 U.S. 666, 677 (1998).

(10) *Perry*, 460 U.S. at 45; Widmar v. Vincent, 454 U.S. 263 (1981).

(11) *Perry*, 460 U.S. at 45; Grayned v. Rockford, 408 U.S. 104, 116 (1972).

(12) *Perry*, 460 U.S. at 46.

(13) 「意図基準」という概念を用いて判例を整理するものとして、横大道聡「公的言論助成・パブリックフォーラム・観点差別――連邦最高裁判決の検討を中心に」法学政治学論究六五号（二〇〇五）一七四頁、松田浩「『パブリック』『フォーラム』――ケネディー裁判官の2つの闘争」長谷部恭男編『講座・人権論の再定位3・人権の射程』（法律文化社・二〇一二）一八五頁等がある。

(14) Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund, 473 U.S. 788, 802-03 (1985). 当該判決において、裁判所は

問題とされた財産が「表現活動のためにデザインされ、表現活動に用いられていたかどうか」を考察していた。

(15) *Perry*, 460 U.S. at 46 n.7.

(16) 限定的パブリック・フォーラムという言葉が初めて登場したのは、Heffron v. Int'l Soc'y for Krishna Consciousness, Inc., 452 U.S. 640 (1981) である。また、*Widmar*, 454 U.S. at 263 において、連邦最高裁は、限定的パブリック・フォーラムの概念に言及した。

(17) *Perry*, 460 U.S. at 46; Christian Legal Society v. Martinez, 561 U.S. 661 (2010).

(18) *Perry*, 460 U.S. at 46; Greer v. Spock 424 U.S. 828, 837 (1976).

(19) Lyrissa B. Lidsky, *Public Forum 2.0*, 91 B. U. L. Rev. 1975, 1989 (2011).

(20) Dawn C. Nunziato, *The Death of the Public Forum in Cyberspace*, 20 Berkeley Tech. L. J. 1115, 1116 (2005).

(21) *See* Edward J. Naughton, *Is Cyberspace a Public Forum? Computer Bulletin Boards, Free Speech, and State Action*, 81 Geo. L. J. 409, 431 (1992). 邦語文献として、紙谷雅子「パブリック・フォーラム――21世紀と『パブリック・フォーラム』の法理」山本龍彦＝大林啓吾編『違憲審査基準―アメリカ憲法判例の現在』（弘文堂・二〇一八）一四〇、一四一頁参照。

(22) *See* Thomas I. Emerson, *The Affirmative Side of the First Amendment*, 14 Ga. L. Rev. 795, 808 (1981). 邦語文献として、紙谷雅子「パブリック・フォーラム」公法研究五〇号（一九八八）一〇六頁、平地秀哉「『公共空間』と憲法理論」法学セミナー七四二号（二〇一六）三九頁参照。

(23) *See* Daniel A. Farber & John E. Nowak, *The Misleading Nature of Public Forum Analysis-Content and Context in First Amendment Adjudication*, 70 Va. L. Rev. 1219, 1220 (1984).

(24) *See* Rebecca Tushnet, *Domain and Forum-Public Space, Public Freedom*, 30 Colum. J. L. & Arts 597, 600 (2007).

(25) Daniel A. Farber, *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 Harv. L. Rev. 554, 555 (1991). Daniel A. Farber は「公共選択論」に基づき、パブリック・フォーラムの特別な位置づけの解釈または強化を試み、パブリック・フォーラムが「表現者に特定の政府財産を無料で利用させる」ことで表現者に補助金を与えるものとした上で、パブリック・フォーラム法理を政府の補助金の差別的な提供を防ぐためのものであるとした。

(26) *See* Tushnet, *supra* note (24), at 609.

(27) *See* Micah Telegen, *You Can't Say That!: Public Forum Doctrine and Viewpoint Discrimination in the Social Media Era*, 52 U. MICH. J. L. REFORM 235, 238 (2018).

(28) *See* Steven G. Gey, *Reopening the Public Forum-From Sidewalks to Cyberspace*, 58 OHIO ST. L.J. 1535, 1575 (1998).

(29) 「プラットフォーム」(platform) という言葉は、元々「地面より一段高くなった演壇や舞台、駅といった建築物」という意味で用いられるが、現在では、文脈によって異なる意味を持つ極めて曖昧で多義的な言葉になっている。オックスフォード英語辞典によると、プラットフォームという言葉には、一五の異なる意味がある。これらの意味は、四つのカテゴリーに大別することができる。すなわち、主に、(ア) コンピュータ利用の基盤となるソフトまたはハードの環境、または (イ) 意見発表と聴取の機会と場所、そして (ウ) 比喩的な行動のための基盤とよりどころ、(エ) 地面より一段高くなった演壇や、舞台、駅といった建築物といった意味である。THE OXFORD ENGLISH DICTIONARY (2d ed. 1989) vol. XI, 1001-1004.「プラットフォーム」という言葉は、中立的かつ平等にその上での活動を支えるという意味を内包しており、人々に情報や商品・サービスの流通の機会あるいは場所を提供しているインターネット・サービスを説明するために使用されている。Tarleton Gillespie, *The Politics of Platforms*, 12 NEW MEDIA & SOCY, 347, 348–49 (2010).

(30) *See* Jack M. Balkin, *Old-School/New-School Speech Regulation*, 127 HARV. L. REV. 2296, 2303–04 (2014).

(31) *See* OECD, *An Introduction to Online Platforms and Their Role in the Digital Transformation*, OECD PUBLISHING (May. 13, 2019), https://doi.org/10.1787/53e5f593-en.

(32) プラットフォームの「概念を厳密に定義することをあえて避け、その機能の実装の具体的な形態如何にかかわらず」、総務省の行政文書でのプラットフォームの「定義のいずれかに該当するものであることをもって足りる」と説かれることもある。曽我部真裕ほか『情報法概説〔第二版〕』(弘文堂・二〇一九) 八八頁。

(33) しかし、「プラットフォームの中核的機能を取り出すこと自体、実は難問である」。曽我部ほか・前掲注 (32) 八七頁。ここでのプラットフォームは、「表現活動のプラットフォームとして用いられる場合以外、技術のプラットフォームと機会のプラットフォーム」として用いられることもある。*See, e.g.*, Gillespie, *supra* note (29), at 347–48.

(34) 総務省,「プラットフォームサービスに関する研究会 中間報告書」https://www.soumu.go.jp/main_content/0006131

97.pdf,（2020. 11. 30）四頁、七頁の参考一、総務省,「プラットフォームサービスに関する研究会 最終報告書」, https://www.soumu.go.jp/main_content/000668595.pdf,（2020. 11. 30）三頁参照。*See also* Amélie Pia Heldt, *Merging the "Social" and the "Public": How Social Media Platforms Could be a New Public Forum*, 46 Mitchell Hamline L. Rev. 997, 1000 (2020); Tarleton Gillespie, *Governance Of and By Platforms*, *in* Sage Handbook of Social Media 254, 254-78（Jean Burgess, Thomas Poell & Alice Marwick eds., 2017). 邦語文献として、森亮二「プラットフォームの法的責任と法規制の全体像」ジュリスト一五四五号（二〇二〇）一四頁、成原慧「プラットフォームはなぜ情報法の問題になるのか」法学セミナー七八三号（二〇二〇）五四頁参照。

（35） *See* Conrod R. Johan, *Linking Public Websites to the Public Forum*, 87 Va L. Rev. 1007, 1031 (2001).

（36） *See* David Goldstone, *The Public Forum Doctrine in the Age of the Information Superhighway*, 46 Hastings L. J. 335, 383 (1995).

（37） 例えば、「ニューヨークタイムズ」のような伝統的メディアのオンライン版として成立している場合、そのプラットフォーム事業者自身である。他の新聞・通信社・個人が作成するコンテンツが掲載される「Yahoo ニュース」のようなものの場合、当該プラットフォームにコンテンツを提供する事業者と個人である。

（38） *See* Wu, *supra* note (2), at 322.

（39） 日本において、インターネット・プラットフォームとパブリック・フォーラムとの関係、特にその類似性を考察するものとして、水谷瑛嗣郎「ネットワークにつながる自由とプレスの自由の『共存』」慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要六八号（二〇一八）三四頁、三五頁、平地秀哉「サイバースペース・公共圏・表現の自由（二・完）」國學院法學四五巻二号（二〇〇七）六―四二頁、成原慧「多元化・重層化する表現規制とその規律――表現の自由・アーキテクチャ・パブリックフォーラム」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』（敬文堂・二〇一三）一八一頁以下がある。

（40） *See Facebook Q3 2019 Earnings*, Facebook Investor Relations (Oct. 30, 2019), https://investor.fb.com/investor-events/event-details/2019/Facebook-Q3-2019-Earnings/default.aspx.

（41） *See Monetization Systems or 'the Ads Algorithm' Explained*, YouTube Help, https://support.google.com/youtube/

answer/9269689?hl=ja (last visited Apr. 30, 2021).

(42) *See* Andrew Perrin & Monica Anderson, *Share of U.S. Adults Using Social Media, Including Facebook, Is Mostly Unchanged Since 2018*, PEW RESEARCH CENTER (Apr. 10, 2019), https://www.pewresearch.org/fact-tank/2019/04/10/share-of-u-s-adults-using-social-media-including-facebook-is-mostly-unchanged-since-2018/.

(43) *See For Local News, Americans Embrace Digital but Still Want Strong Community Connection*, PEW RESEARCH CENTER (Mar. 26, 2019), https://www.journalism.org/2019/03/26/for-local-news-americans-embrace-digital-but-still-want-strong-community-connection/.

(44) *See* Maeve Duggan & Aaron Smith, *The Political Environment on Social Media*, PEW RESEARCH CENTER (Oct. 25, 2016), https://www.pewresearch.org/internet/2016/10/25/the-political-environment-on-social-media/. 当該報告によると、一万以上の連邦政府機関とサブ機関、すべての上院議員（一〇〇）とほぼすべての国会議員（四三五）、及び数千の州や地方機関とその職員が複数のインターネット・プラットフォームのアカウントを保有しており、一般公衆や有権者とコミュニケーションをしている。

(45) *See* Zizi Papacharissi, *The Virtual Sphere-The Internet as a Public Sphere*, 4 NEW MEDIA & SOCIETY 9, 14 (2002).

(46) *See* Enrique Armijo, *Kill Switches, Forum Doctrine, and the First Amendment's Digital Future*, 32 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 411, 414 (2014).

(47) *About*, TWITTER, https://about.twitter.com/ja.html (last visited Apr. 30, 2021).

(48) 政府関係者によるインターネット・プラットフォームの利用について述べたものとして、*See* Liz Grefrath, *#Losing the Thread: Recognizing Assembly Rights in the New Public Forum*, 85 BROOK. L. REV. 217, 225 (2019); Samantha Briggs, Note, *The Freedom of Tweets: The Intersection of Government Use of Social Media and Public Forum Doctrine*, 52 COLUM. J.L. & SOC. PROBS. 1 (2018).

(49) Lidsky, *supra* note (19), at 2009–12.

(50) 市川芳治「インターネット上の情報流通と法的規制」法学セミナー 七〇七号（二〇一三）二頁。

(51) *See* Nunziato, *supra* note (20), at 1118.

(52) *See* Johan, *supra* note (35), at 1030 n.122.
(53) *See* Naughton, *supra* note (21), at 430–31.
(54) *See* Johan, *supra* note (35), at 1009, 1034.
(55) *See* Rebecca J. Hamilton, *Governing the Global Public Square*, HARV. INT'L L. J. 1, 70, 79–80 (forthcoming 2021).
(56) *See* Naughton, *supra* note (21), at 431.
(57) *See* Briggs, *supra* note (48), at 20.
(58) *See, e.g., Twitter, Inc.: Ownership Summary*, NASDAQ, https://www.nasdaq.com/symbol/ twtr/institutional-holdings (last visited Apr. 30, 2021); *Facebook, Inc. Ownership Summary*, NASDAQ, https://www.nasdaq.com/symbol/fb/ownership-summary (last visited Apr. 30, 2021).
(59) *See* Briggs, *supra* note (48), at 29.
(60) Rosenberger v. Rector and Visitors of the University of Virginia, 515 U.S. 819 (1995); *Cornelius*, 473 U.S. at 788.
(61) *See, e.g.*, ComputerXpress, Inc. v. Jackson, 93 Cal. App. 4th 993, 113 Cal. Rptr. 2d 625 (2001); Damon v. Ocean Hills Journalism Club, 85 Cal. App. 4th 468, 102 Cal. Rptr. 2d 205 (2000).
(62) *See, e.g.*, Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U.S. 551 (1972); Lehman v. City of Shaker Heights, 418 U.S. 298 (1974); Hudgens v. NLRB, 424 U.S. 507 (1976); *Lee*, 505 U.S. at 672.
(63) *Lee*, 505 U.S. at 672.
(64) *Hague*, 307 U.S. at 515–16.
(65) 平地・前掲注（39）二〇頁参照。
(66) Marsh v. Alabama, 326 U.S. 501 (1946).
(67) *Id.* at 506.
(68) *Id.* at 506–09.
(69) *Id.* at 509.
(70) Amalgamated Food Employees Union Local 590 v. Logan Valley Plaza, Inc., 391 U.S. 308 (1968).

(71) *Id.* at 320–21.
(72) *See, e.g., Tanner*, 407 U.S. at 551.
(73) Denver Area Educational Telecommunications Consortium v. FCC, 518 U.S. 727, 774 (1996) (Kennedy, J., concurring).
(74) *Id.* at 792–94.
(75) Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546, 555 (1975).
(76) Prune Yard Shopping Center v. Robins, 447 U.S. 74 (1980).
(77) *Id.* at 85–88.
(78) 紙谷・前掲注（21）一四六頁参照。
(79) Heldt, *supra* note (34), at 1023.
(80) *Id.* at 1022–23.
(81) BVerfGE 128, 226. Urteil v. 22. 2. 2011. 当該判決を紹介したものとして、石村修「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制――フラポート判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 Ⅳ』（信山社・二〇一八）一七二頁以下参照。
(82) 石村・前掲注（81）一七三頁。
(83) *See* Heldt, *supra* note (34), at 1028.
(84) 最三小判昭和五九年一二月一八日刑集三八巻一二号三〇二六頁。
(85) 東京高判平成二二年一一月二五日判時二一〇七号一一六頁。
(86) 藤井正希「表現の自由をめぐる憲法理論：パブリック・フォーラム論と敵意ある聴衆の理論を中心にして」清和研究論集二三号（二〇一七）四六頁参照。
(87) 東京高判平成二二年一一月二五日判時二一〇七号一一六頁。
(88) 中川律「駅前の表現の自由」法学セミナー七四二号（二〇一六）四六頁。
(89) Nunziato, *supra* note (20), at 1116.
(90) 成原・前掲注（39）一九〇頁参照。

(91) *See* Lidsky, *supra* note (19), at 1996.
(92) *See* Gey, *supra* note (28), at 1576.
(93) Heldt, *supra* note (34), at 1011.
(94) The Oxford English Dictionary (2d ed. 1989) vol. XII, 778–781. その原文は、"Open or available to all members of a community, or all who are legally or properly qualified" である。
(95) 斎藤純一『公共性』（岩波書店・二〇一〇）viii－x頁。
(96) *See* Papacharissi, *supra* note (45), at 10.
(97) *See* Heldt, *supra* note (34), at 1024.
(98) 吉田純「サイバースペースと公共性――情報公共圏の展望」伊藤守ほか編『情報秩序の構築』（早稲田大学出版部・二〇〇四）一八八頁参照。
(99) 紙谷雅子「パブリック・フォーラムの落日」樋口陽一＝高橋和之編『芦部信喜先生古稀祝賀　現代立憲主義の展開上』（有斐閣・一九九三）六六〇頁以下。
(100) John Dewey, The Public and Its Problems 37–38, 123–26 (1927).
(101) *See* Heldt, *supra* note (34), at 1024.
(102) 木下毅「駅前ビラとパブリック・フォーラム」ジュリスト八三二号（一九八五）七四頁。
(103) *Marsh*, 326 U.S. at 501; Jackson v. Metropolitan Edison Co., 419 U.S. 345 (1974).
(104) 最三小判昭和五九年一二月一八日刑集三八巻一二号二〇二六頁。
(105) 紙谷・前掲注（21）一四〇、一四一頁参照。