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（二・完）：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. 2022, 71(5), p. 151-183
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87394
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（二・完）

――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、七一巻二号）
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（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

インターネット・プラットフォームという場にパブリック・フォーラム法理を適用できるかどうかという問題に対し、連邦最高裁と下級裁判所はまだ明確な立場を打ち出せていない。最近の一連の判決を見ると、連邦最高裁は、インターネット・プラットフォームにおいて、公的な財産である部分においてさえも、パブリック・フォーラム法理を拡大適用することに躊躇していると言える。

この立場を採用する代表的な判決としてよく挙げられるのは、二〇〇三年のＡＬＡ判決である。(1) 当該判決では、子どもインターネット保護法の合憲性が争われたのである。同法は、公共図書館がインターネット・アクセスに関連して連邦から助成を受けるためには、わいせつまたはポルノ画像を排除するソフトウェアをインストールし、未

成年が有害な素材にアクセスすることを防止する措置を採らなければならないと定めていた。この判決で問題になったのは、公共図書館におけるインターネットへのアクセスがパブリック・フォーラムを構成するかどうかであった。多数意見は、インターネット自体が近年に発展してきたものであるため、公共図書館におけるインターネットへのアクセスは伝統的パブリック・フォーラムを構成しないと判断した。また、公共図書館は、インターネット端末及びインターネットへのアクセスを設置するにあたり、その利用者に対して表現の場を提供するという積極的な意図をもっていないため、指定的パブリック・フォーラムも構成していないと言う。(2) 結局、連邦最高裁は、公共図書館の所有するコンピュータを介したインターネットへのアクセスについては、パブリック・フォーラムを構成しないと判断した上で、子どもインターネット保護法は合憲であると判示した。

下級裁判所においては、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できるかどうかが争われた判決が多数存在する。ただし、どちらかと言うと、インターネット・プラットフォームという場へのパブリック・フォーラム法理の適用に対し、否定的な立場を採用する下級裁判所の判決が多く見受けられる。例えば、一九九八年のBoren判決は、オクラホマ大学（University of Oklahoma）のインターネット・サービスがパブリック・フォーラムを構成しないと判示した。(3) その理由は、当該インターネット・サービスが学術研究を目的として設定されたものであり、一般国民に公開されたり、公共の通信手段として使用された証拠がないからである。(4) また、Sutliffe判決において、裁判所は、まずインターネットは最新の技術であり、市のホームページは長年わたって集会や市民同士の意見交換、公共問題の討議といった表現活動のために利用されてきたわけではないという理由で、市のホームページが伝統的パブリック・フォーラムではないと判示した。(5) その上で、裁判所は、市が当該ホームページを意図的に指定的なパブリック・フォーラムとして開放する証拠もないため、市のホームページが指定的

パブリック・フォーラムであるという主張を退けた。[6] さらに、Putnam Pit 判決は、政府の所有するウェブサイトが非パブリック・フォーラムであると判示した。[7] 当該判決において、裁判所は、Perry 判決と Cornelius 判決、及び Lee 判決でのケネディ裁判官の意見を参照し、場所の目的に関する政府の説明や場所の性質といった要素を考察した。その上で、争われた市のウェブサイトが、他のホームページへのハイパーテキストリンクを設定したが、一般国民の間のコミュニケーションや自由な意見交換を可能にするための場所ではないため、パブリック・フォーラムではないと判断した。[8]

しかし、最近になって下級裁判所の態度は変化し始めており、インターネット・プラットフォームがある条件を満たす場合はパブリック・フォーラムを構成すると判示する裁判例が多く見られるようになっている。例えば、二〇〇三年の Woods 判決は、大手の企業を対象にして議論するためのチャットルームを組織したウェブサイトが、パブリック・フォーラムを構成したと判示した。[9] また、二〇〇四年の Lavasoft 判決は、問題とされた Ad-aware というソフトウェアとそのチャットルームが情報を自由に交換できる公開の場所であるため、パブリック・フォーラムに当たると判断した。[10] それは、Ad-aware とそのチャットルームに一般国民が無料でアクセスし、そこで自分の意見を投稿したり、他人が投稿した情報を獲得したりすることができるからである。[11] つまり、当該判決は、パブリック・フォーラムに当たるかどうかの要件として、「一般国民が自由に情報交換できる公開の場所」を提示した。[12] このほか、二〇〇五年の Cargle 判決も、一般公衆が無料でアクセスし、投稿された情報や意見を閲覧し、他人とコミュニケーションすることのできるヤフー掲示板をパブリック・フォーラムであるとみなした。[13]

二　裁判例上の可能性の探求

二〇一六年以降、インターネット・プラットフォームからブロックされたことを問題視する訴訟の増加傾向が見られる。この中で、表現の自由に対するインターネット・プラットフォームの重要性が強調されるとともに、[14] 特に政府関係者が作成または管理するインターネット・プラットフォームにおいてパブリック・フォーラム法理を適用する可能性がある旨の判示を行う判決が多く見られるようになっている。

（1）Packingham v. North Carolina[15]

二〇一七年の Packingham 判決は、連邦最高裁が表現の自由とインターネット、特にＳＮＳとの関係に取り組んだ初期の事件の一つである。

当該判決の法廷意見を執筆したケネディ裁判官は、「以前は意見交換における最も重要な場所を特定することが難しかったが、今となってはその答えは明らかである。それはサイバースペースである――一般的には広大な民主的フォーラムであるインターネットであり、特にＳＮＳである」と述べた。[16] ケネディ裁判官によると、ＳＮＳは「比較的無制限かつ低コストでコミュニケーションすることを可能にする」ものであり、それを通じてユーザーが「憲法上保護された多種多様なトピックについて表現することができる」と言う。[17] また、ＳＮＳは「ユーザーの情報へのアクセス、他者とのコミュニケーション」、「今の出来事を知ること」や「現代の公共広場で話したり聞いたりすること」、「人間の思考と知識の広大な領域を探索すること」、そして「私的な主体の意見を見聞すること」が実現できるものである。[18] このような認識に立って、ケネディ裁判官は、ＳＮＳが現代社会において公道や公園のような典型的なパブリック・フォーラムに匹敵するほどの役割を担っているとした上で、そこへのアクセスを禁止することが表現の自由に対する容認できない妨害を構成すると主張した。[19]

（2）Davison v. Randall[20]

Randall 判決は、高裁以上の審級で初めてＳＮＳがパブリック・フォーラムに当たると判断された裁判例である。当該判決において、バージニア州東部地区連邦地裁は、Packingham 事件を引用し、政府関係者が Facebook ページを作成することで、通常「一般公衆による情報や意見の交換に用いられるデジタルスペースを開設した」と判示した[21]。この判示を踏まえ、同地裁は Randall の Facebook ページがパブリック・フォーラムを構成したと結論付けた[22]。控訴審において、第四巡回区連邦控訴裁判所は、まず Randall が Facebook ページを開設する際にそこへのアクセスに制限を設けておらず、一般公衆からのコメントを積極的に募集しているという事実を確認した。これに基づき、控訴裁判所は Facebook ページが「パブリック・フォーラムの特徴を持っている」と判断した。また、控訴裁判所は、「そもそもパブリック・フォーラムは完全な公有地にしか適用されないわけでない」と明言した[23]。その上で、「ユーザー自らが作成したコンテンツを所有している」という Facebook の利用規約を引用し、「政府またはその代表者が公的な立場で作成したアカウントは、政府の財産を構成する可能性がある」と判示した。Randall は当該 Facebook ページを管理し、そこでのコメントやフォロワーの排除に関して実質的な支配権を保有しているため、Facebook ページは政府言論に当たる可能性があった。これに対して、控訴裁判所は、本件の Facebook ページが「公開討論の場として使用する目的で作成」され、かつ一般的に国民に開かれ、そこで情報や意見を交換すること（例えば、コメントをつけることやページ上でディスカッションすること）ができるため、政府言論とは質を異にする対話の場として開かれたものであると判断した。それゆえ、当該ページがパブリック・フォーラムに当たると認定し、Facebook ページから Davison とそのコメントを排除する行為は観点差別に当たり、Davison の表現の自由を侵害すると判示した[24]。

（3）Knight First Amendment Institute v. Donald J. Trump[25]

Trump 判決は、ドナルド・J・トランプ（Donald J. Trump）前大統領の Twitter アカウント @realDonaldTrump がパブリック・フォーラムであるかどうかが争われた事件である。

当該事件に対して、ニューヨーク州南部地区連邦地裁は、大統領の Twitter アカウント全体ではなく、それをいくつかの部分に分けた上で、その中での「コメントスレッド」という部分に絞って、そのパブリック・フォーラム法理の適用可能性を検討した[26]。コメントスレッドは、Twitter の主な相互交流の機能（interactive function）を通じて構成されており、インタラクティブ・スペース（interactive space）とも呼ばれている[27]。このインタラクティブ・スペースにおいては、諸個人が大統領だけでなく、それ以外の大勢の人達の間でもコミュニケーションできるようになっている[28]。当該事件で争点とされたのは、大統領によるツイート自体ではなく、大統領の Twitter アカウントの相互交流の機能とインタラクティブ・スペース、及びそれにアクセスする狭く特定的な権利であった[29]。

同地裁は、まず、Conrad 判決を引用し、パブリック・フォーラムに当たるかどうかが、場所の所有権の所在ではなく、そこへのアクセスを実際的にコントロールする主体の性質と密接的にかかわっていると述べ、私的な主体によって所有されていても、公的な主体によってコントロールされている場所は、パブリック・フォーラムとみなすことができると判示した[30]。また、同地裁は、大統領の Twitter アカウントのインタラクティブ・スペースが物理性・地理性を欠いているにもかかわらず、パブリック・フォーラムと認定される可能性を否定することはできないと判示したのである[31]。これに加え、同地裁は、大統領の Twitter アカウントの中に潜在的にパブリック・フォーラムが存在しているかどうかを検討し、アカウントについての説明やその利用実態といった要素に着目して判断を加えている。大統領の Twitter アカウントの紹介文は「ドナルド・J・トランプ、第四五代アメリカ合衆国大統領、

ワシントンD・C・」であって、一般公衆がそこにアクセスすることも、それを通じてコミュニケーションすることもできるとする。[32] また、政府言論か否かについて、問題とされた場所が固有の選択性と希少性によって制約されているのか、場所での表現活動が政府の意思ではないとはっきり認識できるのか、政府が場所を実際的にコントロールすることができるのか、といった事情に基づいて判断すべきであると言う。これらの判断基準に基づき、同地裁は、大統領のTwitterアカウントのインタラクティブ・スペースが政府言論ではないと判断し、さらに、大統領のTwitterアカウントの下にあるインタラクティブ・スペースは、指定的パブリック・フォーラムに当たると判示した。[33]

第一審の判決の後、被告らは控訴した。これに対して第二巡回区控訴裁判所は、まず、大統領のTwitterアカウントが意図的に一般公衆に開放されており、公式のアカウントとして使用されているという事実を認めるとともに、自分のTwitterアカウントを個人的なものであるとする大統領の主張を退けた。[34] その上で、大統領のTwitterアカウントに対し、一般公衆が制限なくアクセスできるという開放性があるだけでなく、それが大統領の政策の発表、説明、擁護、及び政権の立法課題の推進といった公共の目的のために使用され、相互交流の機能も果たしているということを認めている。[35] 次いで、同裁判所は、大統領のTwitterアカウントを通じた表現活動が政府言論に当たるという政府の主張を退け、そのインタラクティブ・スペースがパブリック・フォーラムに当たると判示した。[36] その結果、第一審判決が支持されることになったのである。[37]

三　小括

Packingham判決において、ケネディ裁判官がSNSをはじめとするインターネット・プラットフォームの重要性を強調したことによって、インターネット・プラットフォームがパブリック・フォーラムとみなされるための強

力な支援が得られたと言ってもよい。しかし、その後の判決において、連邦最高裁がケネディ裁判官の主張を踏襲するのかどうかは、なお定かではない。

また、Randall 判決と Trump 判決は、連邦控訴裁判所のレベルで、政府関係者のＳＮＳアカウントに対してパブリック・フォーラム法理が適用できると判示したものであって、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まで拡張適用することを支持する判決であると認められることから、極めて注目されている。Randall 判決は、パブリック・フォーラム法理の適用が政府の所有・管理する場所に限定されていないということを明言しただけでなく、あるインターネット・プラットフォームがパブリック・フォーラムを構成するかどうかを判別する基準も提示した。つまり、この判決から読み取ることができるのは、インターネット・プラットフォームが公的に所有されていなくても、公開討論の場として使用する目的で開設されていること、一般的に国民に開かれていること、そしてあらゆる意見交換が認められること、といった三つの判断基準を満たす場合は、パブリック・フォーラムに当たるとみなしてよいということなのである。Trump 判決によると、インターネット・プラットフォームがパブリック・フォーラムを構成するかどうかは、アカウントの説明や設定といったその性質、及び一般公衆が制限なしにアクセスできるか、政府関係者によって実質的にコントロールされているかといった客観的・機能的な要素を考察した上で決定されるべきであるということになる。つまり、この両判決からは、場所の私有性だけに着目して、パブリック・フォーラム性を否定するのは、根拠として不十分であるとの帰結を導くことができる。しかし、この両判決、特に Trump 判決は、インターネット・プラットフォームあるいは政府関係者のＳＮＳアカウント全体ではなく、@Chair Phyllis J. Randall や @realDonaldTrump という特定のアカウントに限定された判断である。したがって、判決の結論は、今後、特例的な位置付けとされる可能性も否定できない。この意味

で、Randall 判決と Trump 判決は、確かに、パブリック・フォーラム法理を新たな場に適用するインジケーターとして注目し得るものの、過大評価されるべきではないと考えられる。

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

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できないかどうかという議論が、研究者の間で長年にわたって繰り返されてきた。その適用可能性をめぐり、各国の学界において、異なった見解が唱えられている。

大勢を占めているのは、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ことに消極的な学説であると思われる。この中で、インターネット・プラットフォームにパブリック・フォーラム法理を適用することの考察においては、それが私的なプラットフォーム事業者の財産権や契約の自由と衝突する可能性を念頭に置いた上で、否定的な立場を示した見解が珍しくない[38]。例えば、前述したとおり、インターネット・プラットフォームのほとんどが、私的な主体によって所有・管理されていることから、そこにパブリック・フォーラム法理を適用することは難しいと主張する見解がその代表例としてよく挙げられる[39]。また、プラットフォーム事業者とインターネット・プラットフォームの利用者との間には、利用規約に基づく商業的な関係があるため、そこにパブリック・フォーラム法理を適用することには支障があると主張する見解もある[40]。具体的に言うと、プラットフォーム事業者が利用規約に基づき利用者の表現活動を規律することができることから、インターネット・プラットフォームは、一般公衆に広く開放されているものとは言えないかもしれない。この意味で、インターネット・プラットフ

ォームは、パブリック・フォーラムと類似しているとは言えても、同一視することはできないと言われるのだろう。このほか、インターネット・プラットフォームは最新の技術であるため、長年わたって表現活動のために利用されてきた伝統性・歴史性のような、パブリック・フォーラムに認められる特別な地位を欠くという指摘もある。[41]

このような消極的な見解に対して、近年、異論が提示されている。例えば、インターネット・プラットフォームが表現の自由を促進している点に着目し、それをパブリック・フォーラムとして概念化すべきとする見解が、ここのところ数多く登場している。[42] Packingham 判決もこのような見解を採用する判例の一つであると思われる。また、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も、異論を呈し始めた。パブリック・フォーラム法理はインターネット・プラットフォームにも拡張適用できると主張する研究者らは、その主張の正当化根拠として、様々なモデルやメタファーを引き合いに出す。これらのモデルやメタファーは、インターネット・プラットフォームへのパブリック・フォーラム法理の適用に関して、解釈論上の可能性に途を開くものであり、十分な検討に値する。

二　解釈論上の可能性の探求

（1）機能的アプローチ

ロバート・C・ポスト（Robert C. Post）が提唱した機能的アプローチは、パブリック・フォーラム法理の正当化根拠として、解釈論上の可能性を提供するアプローチの一つと見られる。[43] ポストは、パブリック・フォーラム法理が、その場所における政府の権限の性質、つまり統治（government）と管理（management）という政府権限の区別に依存するものであると主張した。[44] ポストによると、パブリック・フォーラムにおいて表現規制を行う際、政府は一般市民の言論を規制するという統治権限を行使することになるため、その権限行使は厳格な制限を受ける

べきであると言う。[45] これに対し、非パブリック・フォーラムでの表現規制の場合は、政府が正当な組織目標に動機づけられた管理的な権限行使を行うに過ぎないため、その権限を行使する政府には敬譲が示されるべきであるとされる。[46] またポストは、管理権限と統治権限の区別が社会的慣行に基づき決定されるべきだと主張するが、[47] パブリック・フォーラムに共通し、かつ最も重要な特徴は「一般公衆が政府のコントロールする財産を利用する」という機能的な側面にあるとも指摘している。[48] つまり、政府がその場所を所有するかどうかがパブリック・フォーラムの認定を左右する決定的な要素になるわけではないと言うのである。[49] 機能的なアプローチは、場所の所有権の所在を問わず、その場所が表現の自由の行使に奉仕する機能に着目することで、場所のパブリック・フォーラム該当性を判断するものである。場の機能に着目したアプローチを採ることによって、パブリック・フォーラム法理の適用範囲が、新たな表現の場として設定された私的な場所にも拡大する契機を獲得できるものと期待される。

（2）ケネディ裁判官のアプローチ

一九九二年のLee判決において、ケネディ裁判官は同意意見でパブリック・フォーラム法理に対して、主に、伝統性・歴史性の要件と政府の意図要件という判断基準を批判した上で、[50] ある場所がパブリック・フォーラムとされるべきかどうかについて独自のアプローチを提唱した。[51] ケネディ裁判官は、「その歴史的な系譜または財産の性質の分類に関係なく」、「討議に適した、開かれた公共の空間と通路」がパブリック・フォーラムとみなすのにふさわしいと主張する。[52] ケネディ裁判官は、ある場所がパブリック・フォーラムとみなされるかどうかを判断する際の考慮要素を三つ列挙している。すなわち、（ア）公道や公園のような伝統的パブリック・フォーラムと客観的・機能的に近似していること、（イ）政府が公衆の広範なアクセスを許容ないし黙認してきたこと、（ウ）表現活動と場所の通常の利用を重大な仕方で阻害していないこと、の三つである。これらの要件が満たされている場合に、その

場所はパブリック・フォーラムと認定されるべきであると言う。[53] 三つ目の考慮要素によると、表現活動が政府の活動を重大な仕方で阻害するかどうかを判断する際、「理論上の両立不能性が想定」されても、「それを除去できる合理的な時間・場所・方法の規制」がある場合は、その場所をパブリック・フォーラムと認定することを妨げるべきではないとされる。[54] さらに、対象となった事件に特有の表現活動ではなく、全体または一般的な視点から当該場所の通常の使用と表現活動の整合性を検討すべきであると主張する。[55] さらにケネディ裁判官は、Lee 判決に続き、一九九六年の Denver Area 判決と二〇一七年の Packingham 判決において、当該アプローチを拡張し、その射程を公的な議論のための場所として機能しているパブリック・アクセス・チャンネルやインターネット・プラットフォームにまで及ぼした。[56] このようにケネディ裁判官は、Perry 判決により確立したパブリック・フォーラム法理の欠陥を指摘した上で、その法的構成を表現のためのアクセスの促進という点に絞って見直している。

ケネディ裁判官の見解は、連邦最高裁の多数派の固執する狭義の歴史性・伝統性、政府の主観的意図、及び財産権の帰属の束縛から完全に脱却するものとまでは言えないものの、[57]「柔軟かつ広範なパブリック・フォーラムの概念」であると言ってよいだろう。[58] ケネディ裁判官は、表現のための新しいフォーラムが社会や技術の発展とともに進化するという点を重視し、パブリック・フォーラム法理の適用範囲を過度に狭める現在の傾向に歯止めをかけ、当該法理の本来の目的の実現に奉仕しようとしたと思われる。この意味で、ケネディ裁判官が提唱したアプローチを基礎に据えたパブリック・フォーラム法理は、たとえインターネット・プラットフォームに直ちに適用されると言うことはできないとしても、少なくとも、従来とは異質な新たな表現の場が、パブリック・フォーラムとして保護されるべき必要性と可能性に対し、理論的な支えを提示するものとして注目すべきであると言える。

（3）法理のシンプル化

何十年も前から、法理のシンプル化を図ることが唱えられてきた。これはパブリック・フォーラムの判例がまだ複雑化していなかった時期の見解であるが、パブリック・フォーラム法理の基本的な原則を忠実に維持するとともに、特定の状況にも柔軟に対処できるため、今日でも評価に値する。その代表例の一つは、一九七二年のGrayned判決においてマーシャル裁判官が提示した基本的両立性テストである。[59] マーシャル裁判官の意見によると、「ある場所において表現活動への規制が許されるか否かは、当該表現活動が特定の場所の通常の用途と特定の時間において基本的に両立できるかどうかを吟味することを通じて決定されるべき」である。[60] 基本的両立性テストによると、表現活動を行うために認められる公有地へのアクセスの権利の有無は、コモン・ロー上の財産権や伝統性・歴史性によって判断されるのではなく、表現活動と当該場所の通常の用途の両立性を見据えた個別的衡量によって決定されると言う。つまり、ある場所のパブリック・フォーラム該当性は、財産の客観的・物理的な特質に基づく両立性の有無により、一元的に決定されるべきであると言うのである。しかし、基本的両立性テストの下では、場所の用途についての政府の当初の設定が、当該場所で展開されるその後のあらゆる表現活動の基準を決定するため、政府に有利に機能するおそれが強い。[61] この意味で、基本的両立性テストは、表現の自由の保護にとって必ずしもよい結果をもたらすものではないと言える。しかし、基本的両立性テストは、パブリック・フォーラム法理にシンプルな適用をもたらす点で、法理の一貫性を保持しやすく、またその活性化を促進しやすいと評価できるように思われる。

もう一つの代表例として、Farber-Nowakテストが挙げられる。ダニエル・A・ファーバー（Daniel A. Farber）とジョン・E.ノワック（John E. Nowak）は、表現規制に関する問題を三つの基本的な類型に分け、それぞれの類型において、表現の自由にとり脅威となる特定の性質をオープンかつシンプルに評価することによって、そ

の審査基準を決定すべきであるとする、いわゆるFarber-Nowakテストを提唱した[62]。Farber-Nowakテストによると、ある場所での表現規制を厳しく審査すべきかどうかを考察する際は、「一般公衆による表現の媒介となる場所へのアクセスが制限されることが、憲法により保護される表現の自由を阻害するかどうか」に着目すべきであるとされる[63]。すなわち、Farber-Nowakテストは、パブリック・フォーラム法理の本来の目的に立ち返り、表現の自由にとっての当該場所の重要性と、表現の自由に及ぼす表現規制の影響を測定すべきであると主張するのである。この意味で、Farber-Nowakテストは、表現の場所が三つの種類のパブリック・フォーラムのいずれかに分類されるかという形式的アプローチを放棄するとともに、政府による所有・管理・後援（出資）といった公共的な要素の有無や物理的・地理的な場所の制限をも超えるものになっている[64]。それゆえFarber-Nowakテストは、法理のシンプル化を図るアプローチの一つとして認められるだけでなく、インターネット・プラットフォームという新しい表現の場所にパブリック・フォーラムを拡張適用することに対しても、積極的な姿勢を示すことができるのである[65]。

（4）伊藤正己裁判官のパブリック・フォーラム法理

日本においては、伊藤裁判官が吉祥寺駅構内ビラ配布事件[66]と大分県屋外広告物条例事件[67]という二つの判決での補足意見を通じて展開した独自のパブリック・フォーラム論も、解釈論上の可能性を提示する。吉祥寺駅構内ビラ配布事件において、伊藤裁判官は「一般公衆が自由に出入りすることのできる場所においてビラを配布するという表現の自由の行使のための手段」という点に関し、憲法の視点から補足意見を述べている。伊藤裁判官は、まず「ある主張や意見を社会に伝達する自由を保障する場合に、その表現の場を確保することが重要な意味をもつている」と強調する。その上で、公道、公園、広場のような「一般公衆が自由に出入りできる場所」は、「それぞれその本来の利用目的を備えている」だけでなく、「表現のための場として役立つことが少なくない」ことから、パブリッ

ク・フォーラムと呼ぶことができると主張した。したがって、これらの場所が「表現の場所として用いられる時」は、「所有権や本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえない」が、「その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要がある」と言う。これらの場所での表現規制に対し、伊藤裁判官は、ある表現活動が「主張や意見の有効な伝達手段であることからくる表現の自由の保障においてそれがもつ価値」と当該表現活動を「規制することによって確保できる他の利益」（表現の自由と所有権、管理権）を具体的状況において比較較量し、「その許容性を判断すべき」であると述べている。比較較量を行う際は、表現活動を行う「場所の状況」、「規制の方法や態様」、「表現活動の態様」、「その意見の有効な伝達のための他の手段の存否」といった要素を全般的に考慮しなければならない。したがって、「私的な所有権、管理権に服する」場所であっても、上述のような「パブリック・フォーラムたる性質を帯有するときには」、「表現の自由の保障を無視することができない」。表現の自由と私的な所有権、管理権を比較較量して、表現行為を規制できるかを判断すべきであると言うのである。

伊藤裁判官のパブリック・フォーラム論においては、ある場所がパブリック・フォーラムたる性質を帯有すると言えるかどうかが、そこでの「表現活動を規制できるかどうか」を判断するための利益衡量に際して考慮される重要な要素になっている。ただし、問題となる場所がパブリック・フォーラムとみなされても、最終判断は、表現の自由の保障の価値とそれを規制することによって確保できる他の利益（他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険の回避）を併せて比較較量した上でなければ決まらない。伊藤裁判官は、その後の大分県屋外広告物条例事件の最高裁判決においても、同様の比較衡量アプローチとしてのパブリック・フォーラム法理を提唱している。

このように、伊藤裁判官型のパブリック・フォーラム法理は、カテゴリカルな類型論ではなく、一種の利益衡量論である。当該アプローチの下で、ある場所がパブリック・フォーラムに当たるか否かを判断する際の要素とされ

ているのは、あるいはパブリック・フォーラムたる性質を付与する重要な要素として着目されているのは、一般に人が自由に出入りできる場所かどうかの評価判断である。この意味で、伊藤裁判官型のパブリック・フォーラム法理で言うところのパブリック性とは、そこに政府が関わっているということではなく、一般公衆に公開されているということであると理解されている。したがって、伊藤裁判官型のパブリック・フォーラム法理の下では、私的な場所であっても、パブリック・フォーラム法理が適用される可能性は十分にあるし、そこに対する表現のためのアクセス権を認めることも、状況次第で可能であると言える。

三　小括

ここまでの叙述から、少なくとも以下の示唆が得られる。

まず、ある場所での表現規制が憲法上の審査を受けるべきかどうかを考察するに当たり、パブリック・フォーラム法理のルーツに立ち返り、その法理の基本的発想と根本目的を確認した上で、表現の自由をよりよく保障するための法的ツールを再構成することが重要だということである。第一章で述べたように、パブリック・フォーラム法理は、自分の意見を伝達するためのリソースを欠く表現者に対して表現のための場所を提示し、情報や意見を伝達するための場所にアクセスする権利を公権力による制限から保護することが期待されるものであった。ポストによると、パブリック・フォーラム法理の根底には思想の自由市場論があり、パブリック・フォーラムでの表現規制の厳しい審査は、当該場所が持つ「思想の自由市場の促進」という機能を保障するためにあると言う[68]。公道や公園のような場所がパブリック・フォーラムとみなされたのは、これらの場所が不特定多数の人々に対して継続的に開かれ、多種多様な思想や情報の自由な交換のための自由市場として機能してきたと評価されたからである。しかし、連邦最高裁の多数意見から導かれるパブリック・フォーラム法理は、その場所に対する財産権の所在、狭義の歴史

性・伝統性、政府の主観的な意図といった事情を重視し、そうした事情が認められる場所での表現規制を厳格に審査するという形式的アプローチに固執して、上記の基本的発想から大きく乖離している。その結果として、パブリック・フォーラム法理の適用をいくつかの時代遅れの典型的な表現の場所に限定するという隘路に陥っている。

また、連邦最高裁の多数意見から導かれるパブリック・フォーラム法理が採用した形式的な判断仕組みは、一面から見れば、明確性と一貫性を有すると言ってよいが、形式的なパブリック・フォーラムに当たるか否かの判断が先行するため、柔軟性を欠くだけでなく、表現の自由の積極的な保護という法理の本来の目的と必ずしも合致しない。[69] 法理の本来の目的との一貫性を維持すると同時に、社会や技術の進展に対応できる柔軟性も保持できるため、ある場所での表現規制を厳格に審査すべきかどうかについては、規制の実質論を中心とする、よりシンプルなアプローチを採用すべきではないかと思われる。つまり、ある場所が表現したい人とその表現を受け取る聴衆とを結びつける機能を有するのかどうか、表現規制がその場所の当該機能の発揮に対して脅威をもたらすのかどうか、十分に考察しておくべきである。

さらに、連邦最高裁の多数意見から導かれるパブリック・フォーラム法理の下、ある場所での表現規制が憲法上厳しく審査されるかどうかは、主として、狭義の伝統性・歴史性、政府の主観的な意図、財産権の帰属といった指標に依存するところが大きかった。これらの指標への依存は、法理の本来の目的と矛盾し、パブリック・フォーラム法理の適用をいくつかの時代遅れの典型的な表現の場所に限定する結果に陥っているおそれがある。かかる危惧を回避するための見解として、ケネディ裁判官のアプローチや伊藤裁判官の補足意見の方が示唆に富んでいる。両者の見解は、上記指標の束縛から脱却し、問題とされた場所そのものの機能的な性質に焦点を当てているからである。つまり、指標の束縛から脱却し、場所の公開性の程度や利用実態と、表現目的での場所へのアクセス規制が表

現の自由を損なう蓋然性や深刻度、その拒否の背後にある公権力の支配力の有無といった表現規制の及ぼす影響や性質を正面から取り込み、実質的に考察することが有用であると思われる。

第五章　パブリック・フォーラム法理の適用可能性？

これまでの考察からすれば、表現の自由と場所の関連性という点に着目する表現の自由の法理であるパブリック・フォーラム法理を、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として再考してみることにも十分な意義があると思われた。しかし現時点では、インターネット・プラットフォームにパブリック・フォーラム法理が適用できるかどうかについての定説はない。ただし、定説はないものの、どちらかと言うと、インターネットという場へのパブリック・フォーラム法理の適用に対し、否定的な立場を採用する判決と学説が多く見受けられる。大勢を占めているのは、このような消極的な立場である。

これに対して、インターネット・プラットフォームへのパブリック・フォーラム法理の適用に好意的な態度を示す裁判官も存在しているし、これを支持する学説も少なくない。先に検討した近時の裁判例及び解釈論上の探求から、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可能性を読み取ることも十分に可能である。しかし、その前提として、連邦最高裁の多数意見から導かれるパブリック・フォーラムの束縛から脱却し、パブリック・フォーラム法理の基本的発想に立ち返って、そのあり方を再検討し、再構成してみる必要があることがわかる。再構成の方向性としては、以下の三点を指摘することができる。

一　規制の実質論を中心とする判断の仕組みへ

パブリック・フォーラム法理の本来の目的との一貫性を保ちつつ、柔軟性を向上させ、表現の自由を促進するた

めには、パブリック・フォーラム法理の形式的な判断の仕組みを放棄し、規制の実質論をこそ第一に論じる、よりシンプルなアプローチを採用すべきではないかと思われる。つまり、ある場所での表現規制が憲法上、厳しく審査されるかどうかは、問題となった場所そのもの、そこでの表現活動、表現規制の性質及び実態に焦点を当て、問題を実質的に検討した上で決定されるべきである。具体的に言うと、まず問題となった場所が表現の自由の活性化に対して果たす役割、例えば、その場所が思想の自由市場としての機能を発揮するかどうかを考察すべきである。ある場所が思想の自由市場として表現の自由に対して重要な役割を果たす場合は、表現のための当該場所へのアクセスが、憲法上、手厚く保護されるべきであろう。当該場所へのアクセス規制が憲法上、厳しく審査されるべきかどうかは、当該規制が表現の自由に対してどのような影響を及ぼすのか、規制の背後にある公権力の介入の有無といった、表現規制に関する問題を考察した上で決定されるべきである。つまり、規制の実質論を中心とする、よりシンプルな判断の仕組みを採用すべきである。

二　機能的アプローチへの転換

ケネディ裁判官のアプローチや伊藤裁判官の補足意見、そしてドイツの最近の判例から見ると、機能的アプローチへの転換という方向性が伺える。つまり、狭義の伝統性・歴史性、政府の主観的な意図、財産権の帰属といった指標の束縛から脱却し、問題とされた場所そのものの機能的な性質に焦点を当てて、ある場所での表現規制が憲法上、厳しく審査されるかどうかを判断すべきであろう。

まず、ある場所が表現の自由に対して重要な機能を発揮するのかについて、以下の二つの要素に着目して考察すべきである。一つは、不特定多数の人々に対して継続的に開かれていて、一般公衆が自由かつ広範に出入りできる場所であるのか、という点である。もう一つは、その場所が一般公衆によって実際に思想や情報の自由な交換のた

めに使われているのか、という点である。この二つの要素の有無は、場所の従来的な利用実態や場所についての設定を検討して決定されるべきである。以上の二つの要件を同時に満たす場合は、当該場所が表現の自由に対して重要な機能を発揮するところだと評価すべきである。これは、パブリック・フォーラム法理に含まれるパブリックの性質を、共同体全体に関わること、平等かつ一般に開放・利用することと理解する考えに基づくものである。

また、表現の自由に対して重要な機能を発揮する場所へのアクセスを拒否することが、表現の自由の行使にどのような影響を及ぼすのかという点を考察する際は、当該規制が内容に基づく規制であるのか、あるいは時・場所・方法の内容中立的な規制であるのかに留意し、両者を区別して検討しなければならない。ここでは伊藤裁判官の補足意見も参考になる。それによると、（ア）規制の方法や態様、（イ）表現活動の態様、（ウ）その意見の有効な伝達のための他の手段の存否、といった諸要素を考慮すべきであるとされている。つまり、表現規制に関するこうした機能的・客観的考察を通じて、表現場所に対するアクセス規制が表現の自由を損なう蓋然性・深刻度を判断していくべきである。

もっとも、表現場所に対するアクセス規制がどの程度、表現の自由を損なっているのか、あるいは当該拒否の背後にある公権力がどの程度の支配力を及ぼしているのかについては、表現の自由を主張する側にとって、証明することが難しく、表現の自由の擁護にとっても不利な結果を導く可能性が高いと言える。むしろ公権力による表現規制に対しては、懐疑的な態度を維持する方が望ましいと思われるのであり、表現規制を行う公権力の側にアクセス規制の正当化を論証する責任を課すべきであろう。[70] 例えば、公権力に対しては、ある場所での表現活動を規制する前に、当該活動がその場所の通常の使用に対して、実際上、見過ごすことができないほどの大きな問題を引き起こしているといった事情を示す証拠の提出を求めるべきである。また、パブリック・フォーラムでの表現活動を規制

してもよいと考えられる場合であっても、公権力に対し、表現の自由への制限の度合いが小さい他の選択肢を拒否した理由を説明するよう要求すべきである。

機能的な判断基準を採用することは、社会や技術の変化に対する順応度を高め、法理の柔軟な対応に資するという効果が期待できる。変化の激しいデジタル・ネットワークの時代にあっては、こうした機能的アプローチの方に利点があると言ってよいだろう。

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

インターネット・プラットフォームには、プラットフォーム事業者とユーザーが私的な関係にあるということ、インターネット・アーキテクチャによって構造化されているということ、そこから生み出される機能上の多様性・複雑性に直面せざるを得ないといった特性がある。そのため、あるインターネット・プラットフォームがパブリック・フォーラムと位置づけられるべきかどうかの判断の際にも、また、パブリック・フォーラムとみなされた後のルール設定の際にも、これらの特性を考慮して問題に対処すべきであろう。

まず、第二章で述べたとおり、インターネット・プラットフォームには多様性・複雑性がある。それゆえ、すべてのインターネット・プラットフォームにおいてパブリック・フォーラム法理を適用するのではなく、その多様性・複雑性を踏まえ、個別的かつ選択的に適用すべきである。つまり、インターネット・プラットフォームそれ自体は、単純に公園や空港のターミナルに例えられるより、むしろパブリック・フォーラムと非パブリック・フォーラムの両方が同時に存在する、比較的広大で複雑な都市に例えられる方がより適切であろう。[71] 例えば、「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、表現活動を行うためのパブリック・フォーラムと認定する必要性が高いと言えるのではないか。また、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・プラットフォームも、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とから、パブリック・フォーラムに当たると判断されると言うべきだろう。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ＳＮＳにアクセスすることもできる。当該インターネット・プラットフォームが実際にパブリック・フォーラムとして機能している以上、これらのユーザーに対して、プラットフォーム事業者あるいはその背後にいる公権力は、アカウントをブロックしたり、ユーザーが掲載した情報を一方的に削除してはならないであろう。さらに、ニュースサイトや掲示板、あるいは特定のＳＮＳや YouTube のアカウントには、通常、その所有者・管理者自らが表現した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場を加えた対話性のあるインタラクティブな部分の両方が同時に含まれている。当該アカウントにアクセスし、そこにコメントをしたいユーザーが存在することが通常である限り、当該アカウントはパブリック・フォーラムとして機能していると見て差し支えない。Randall 判決と Trump 判決でも述べられていたように、一定の要件を満たす場合は、特定のＳＮＳアカウント、特にそのコメント部分は、パブリック・フォーラムとして認定されるべきであろう。そのアカウントの所有者・管理者は、特定のユーザーが当該アカウントをフォローしたり、コメントしたりすることを禁止してはならないのである。

また、表現活動が行われるインターネット・プラットフォームは、一見したところ開放的であるように感じられるが、実は様々な主体が関与し利害が錯綜している上、各種のルール及びインターネット・アーキテクチャによってコントロールされる世界と化している。それゆえ、私的な主体でもあるプラットフォーム事業者は、インターネ

ット・プラットフォームを所有するだけでなく、インターネット・アーキテクチャを通じてインターネット・プラットフォームを実質的にコントロールしている。これに対して、インターネット・プラットフォームのユーザーは、プラットフォームでアカウントを開設した場合であっても、そのアカウントを所有するわけではないし、独占的に支配するわけでもない。そのため、インターネット・プラットフォーム上での表現規制を、パブリック・フォーラム法理によって規律することは、一層困難となるのである。

このほか、何らかの形でプラットフォーム事業者に特定のインターネット・アーキテクチャを設計する義務を課し、あるいはインセンティブを付与することによって、表現活動を間接的に規制することも問題視されなければならない。こうした間接的規制の場合、表現活動が本当に規制されているのかどうか、あるいはどの程度規制されているのか、外から感知・判断されにくい場合が多い。(72) 公権力がインターネット・アーキテクチャの設計に積極的に関与し、そこから管理者を通じて表現活動に規制を及ぼすことは、表現活動の場の機能や性質を歪める可能性が高い。そうだとすると、ここでもパブリック・フォーラム法理に依拠して、場の規律を図ることが求められそうである。しかし、インターネット・アーキテクチャを介した規制構造の不透明性や認識困難性に鑑みると、当該インターネット・プラットフォームをパブリック・フォーラムと位置づけたとしても、そこでの表現の自由の行使は必ずしも手厚く保護されない可能性がある。むしろ、公権力主体と私的なインターネット・アーキテクチャの設計・管理との関わり合いの程度を考慮に入れ、パブリック・フォーラム法理の適用可能性と限界を同時に検討することの方が有用であろう。

おわりに　今後の課題

以上の三点を踏まえた再構成を施すことで、パブリック・フォーラム法理は、インターネット・プラットフォームの場に対しても適用可能になる。その限りで、インターネット・プラットフォームの所有・管理者であるプラットフォーム事業者を介した表現規制の問題も、パブリック・フォーラム法理の枠内で対処することが可能となると思われる。パブリック・フォーラム法理が、元々、表現目的をもってパブリック・フォーラムという場所にアクセスする権利を公権力による制限から守ろうとするものであるため、同法理のインターネット・プラットフォームへの適用によって実現すべきことは、表現の場としてのインターネット・プラットフォームへの公権力の介入の排除であると思われる。

しかし、インターネット・プラットフォームの所有・管理者であるプラットフォーム事業者のほとんどは、私的な主体である。これらの私的な主体がインターネット・アーキテクチャを設計・管理することによってインターネット・プラットフォーム上の表現活動を規律する場合は、当該私的な主体の行為をパブリック・フォーラム法理により規律することは困難であろう。一方、公権力がインターネット・プラットフォームを所有・管理し、その上での表現活動を規制する場面では、当該公権力の行為をパブリック・フォーラム法理により規律できる。また、公権力がインターネット・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に何らかの働きかけを行うことを通じて、インターネット・アーキテクチャの設計と利用規約、ポリシーの設定を操作し、インターネット・プラットフォームの表現の場としての機能を歪め、これによってインターネット・プラットフォームの上での表現活動を規制する場合も、公権力の介入を規律することが求められる。以上の考察に照らすと、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ことにより、プラットフォーム事業者を介した表現規制という、表現の場（インターネット・プラットフォーム）の操作を通じた表現規制の規律構造が明らかになる。

ただし、後者のプラットフォーム事業者を介した表現規制においては、インターネット・プラットフォームへのアクセス規制にかかる公権力の介入の有無や程度を感知・判断できない場合が多い。それは、公権力の介入は、法的・強制的措置以外にもインフォーマルな手法を通じて行われることが多いからである。加えて、プラットフォーム事業者を介した表現規制は、不可視性や認識困難性といった特徴を持つインターネット・アーキテクチャの操作等を通じて行われることが多い。したがって、インターネット・プラットフォームにおいてある表現者あるいは表現活動が規制される際に、当該表現規制がどの主体によって、どのような手法を通じて行われたのかといったことは、アナログ世界における公園での表現禁止といった場合とは違い、明確に認識される可能性が低い。このような状況に鑑みると、インターネット・プラットフォームをパブリック・フォーラムと位置づけるとしても、公権力の介入を認識・証明しにくいため、そこでの表現規制がパブリック・フォーラム法理により確実に規律されない可能性も否定できない。それゆえ、プラットフォーム事業者を介した表現規制に際して、公権力の介入の認識・証明の困難さという問題にどう対処すべきかという点が、重要な課題として残るのである。

これまでの考察からすれば、現時点において、インターネット・プラットフォームにパブリック・フォーラム法理が適用できるかどうかについての定説は、未だ連邦最高裁においても学界においても存在していない。また、上記の方向性に沿ってパブリック・フォーラム法理を再構成しても、なお解決すべき課題は多く残されている。例えば、あるインターネット・プラットフォームがパブリック・フォーラムに当たると認定された場合に、その実効性がどう担保されるのかという課題である。具体的に言うと、まずインターネット・プラットフォームのパブリッ

ク・フォーラム該当性判断は、裁判所の裁量に委ねた方が良いのか、立法府による明確な要件化の下に置くべきなのかという問題である。インターネット・プラットフォームが私的な性質を持っていることとの関係で、パブリック・フォーラムと認定されたことが、一方において表現の自由の保護に対してどこまで実効性を発揮できるのか、他方においてプラットフォーム事業者自らの利益とどう折り合いを付けるべきなのか、公権力の関与の排除要求と秩序の維持のための公権力による規制要求とのジレンマに対して、どのような調整がなされるべきなのか、といった重要な課題もある。また、インターネット・プラットフォームをパブリック・フォーラムと認定した場合、インターネット・プラットフォーム上におけるプライバシー侵害、ヘイトスピーチ、ハラスメント等の有害言論と関わって、それらと人格的権利をどのようにして調整すべきか、という課題もある。さらに、インターネット・プラットフォームがパブリック・フォーラムに当たるとすると、プラットフォーム事業者も、自らは支持しない他者の自由な表現を受け入れざるを得なくなる。それゆえ、パブリック・フォーラムでは他者の表現の自由に配慮するという要求とプラットフォーム事業者の自己の権利との衝突が避けられなくなる。[73] このほか、社会・技術の急速な進展に伴い、インターネット・プラットフォームのコミュニケーションモデルが根本的に変化してしまったとき、そこに対してパブリック・フォーラム法理を依然として適用することが、想像を超えた問題を生むというおそれも否定できない。ほかにも、パブリック・フォーラム法理の適用範囲が拡大されると、元々の法理が本来的に有していた基本的発想と新たに流れ込んできた異質な要素が、パブリック・フォーラム法理の枠内に取り込まれることになり、結果的に表現の自由の保障が弱体化するかもしれないとの懸念もある。[74] これらはいずれも、インターネット・プラットフォームとパブリック・フォーラム法理に関わる重要な課題である。

本稿は、プラットフォーム事業者を介した表現規制を適切に規律することを図り、インターネット・プラットフ

ォームにおける表現の自由の行使を手厚く保護するため、パブリック・フォーラム法理と名付けられた著名な表現の自由の法理をインターネット・プラットフォームに対して拡張適用する可能性を探求してきた。本稿は主にアメリカにおける判例と学説を検討対象としたが、ここで再構成したパブリック・フォーラム法理及びそれによるプラットフォーム事業者を介した表現規制の統制のアプローチは、アメリカだけでなく、日本や中国、ＥＵにおけるプラットフォーム事業者を介した表現規制の問題に対処する際に、比較憲法的な意味での示唆を与えるものになると考えている。国により違いがあるが、日本や中国においてもアメリカと同様に、プラットフォーム事業者を介した表現規制という問題が存在する。それゆえ本稿での検討は、日本及び中国においても少なからぬ意義があると言える。

（1）United States v. American Library Association, 539 U.S. 194 (2003).
（2）*Id.* at 204–06.
（3）Loving v. Boren, 956 F. Supp. 953 (W.D. Okla. 1997), *aff'd*, 133 F.3d 771 (10th Cir. 1998).
（4）*Loving*, 956 F. Supp. at 955.
（5）Sutliffe v. Epping School District, 584 F. 3d 314, 317, 333 (1st Cir. 2009).
（6）*Id.* at 333.
（7）Putnam Pit, Inc. v. City of Cookeville, 23 F. Supp. 2d 822 (M.D. Tenn. 1998), *aff'd*, 221 F.3d 834 (6th Cir. 2000).
（8）*Putnam Pit*, 221 F.3d at 836–44.
（9）MCSi, Inc. v. Woods, 290 F. Supp. 2d 1030, 1031–33 (N.D. Cal. 2003).
（10）New. Net, Inc. v. Lavasoft, 356 F. Supp. 2d 1090, 1092 (C.D. Cal. 2004).
（11）*Id.* at 1107.
（12）*Id.* at 1107 (citing Damon v. Ocean Hills Journalism Club, 85 Cal. App. 4th 468, 475, 102 Cal. Rptr. 2d 205 (2000)).

（13） Ampex Corp. v. Cargle, 128 Cal. App. 4th 1569, 1570, 27 Cal. Rptr. 3d 863 (2005).

（14） *See, e.g.*, Heffron v. Soc'y for Krishna Consciousness, 452 U.S. 640 (1981); Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997); Packingham v. North Carolina, 137 S. Ct. 1730 (2017).

（15） *Packingham*, 137 S. Ct. at 1730. Packingham 判決で問題とされたのは、ＳＮＳを利用して将来の潜在的な被害者に連絡することを防ぐために、性犯罪者として登録されている者が特定のＳＮＳを使用することを禁止するノースカロライナ州法第一四章第二〇二・五条である。

（16） *Id.* at 1735.

（17） *Id.* at 1736.

（18） *Id.* at 1736-37 (quoting Reno v. American Civil Liberties Union, 521 U.S. 844, 970 (1997)).

（19） *Packingham*, 137 S. Ct. at 1743.

（20） Davison v. Loudoun County Board of Supervisors, 267 F. Supp. 3d 702 (E.D. Virginia 2017), *aff'd*, 912 F.3d 666 (4th Cir. 2019). 当該判決で争われたのは、被告である Randall が郡の監査委員会委員長に就任するにあたり開設した @ChairPhyllis J. Randall という Facebook ページである。原告 Davison は、当該 Facebook ページに書き込んだ批判意見が削除され、彼のアカウントも当該 Facebook ページからブロックされたことから、Randall に対して訴えを提起し、批判意見の削除とブロック行為が自身の表現の自由を侵害したと主張した。

（21） *Davison*, 912 F.3d 666, at 716 (citing Packingham v. North Carolina, 137 S. Ct. 1730, 1735 (2017)).

（22） *Davison*, 912 F.3d at 718.

（23） Davison v. Randall, 912 F.3d 666 (4th Cir. 2019).

（24） *Id.* at 687-88.

（25） Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 302 F. Supp. 3d 541 (S.D.N.Y. 2018), *aff'd*, 928 F.3d 226 (2d. Cir. 2019). 原告らが、大統領の Twitter アカウントに大統領を批判したコメントを投稿したところ、そのアカウントへのアクセスがブロックされ、対話から閉め出されてしまった。原告らは、大統領の Twitter アカウントが指定的パブリック・フォーラムであり、被告らのブロック行為によって、パブリック・フォーラムへのアクセスという権利が侵害され

たと主張し、提訴に及んだ。

(26) Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 302 F. Supp. 3d 541, 566, 570–73 (S.D.N.Y. 2018).

(27) *Id.* at 550–51.

(28) *Id.* at 551.

(29) *Id.* at 566.

(30) *Id.* at 566 (citing Promotions, Ltd. v. Conrad, 420 U.S. 546, 555 (1975)).

(31) *Trump*, 302 F. Supp. 3d at 566.

(32) *Id.* at 567.

(33) *Id.* at 580.

(34) Knight First Amendment Inst. at Columbia Univ. v. Trump, 928 F.3d 226, 234–35 (2d. Cir. 2019).

(35) *Id.* at 235–36.

(36) *Id.* at 236–37.

(37) *Id.* at 240.

(38) 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）四一頁参照。

(39) *See, e.g.*, Dawn C. Nunziato, *The Death of the Public Forum in Cyberspace*, 20 BERKELEY TECH. L. J. 1115, 1116 (2005); Enrique Armijo, *Kill Switches, Forum Doctrine, and the First Amendment's Digital Future*, 32 CARDOZO ARTS & ENT. L. J. 411, 411 (2014); 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, 29 (2018).

(40) *See, e.g.*, Edward J. Naughton, *Is Cyberspace a Public Forum? Computer Bulletin Boards, Free Speech, and State Action*, 81 GEO. L. J. 409, 431 (1992).

(41) *See Id.* at 431.

(42) *See, e.g.*, Grefrath, *#Losing the Thread: Recognizing Assembly Rights in the New Public Forum*, 85 BROOK. L. REV. 217, 241–42 (2019); Naughton, *supra* note (40), at 431.

（43）ポストの機能的アプローチと同様に、Curtis Bergerも、パブリック・フォーラムに当たるか否かの判定は、機能的に行なわれるべきであると主張した。*See* Curtis J. Berger, Prune Yard *Revisited: Political Activity on Private Lands*, 66 N.Y.U. L. REV. 633, 656 (1991).

（44）*See* Robert C. Post. *Between Governance and Management: The History and Theory of the Public Forum*, 34 UCLA L. Rev. 1713, 1766 (1987).

（45）*Id.* at 1782.

（46）*Id.*

（47）*See* Robert C. Post, Constitutional Domains: Democracy, Community, Management 186–87 (1995).

（48）Post, *supra* note (44), at 1782.

（49）*Id.* at 1834.

（50）Int'l Soc'y for Krishna Consciousness v. Lee, 505 U.S. 672, 694–95 (1992) (Kennedy, J., concurring).

（51）*Id.* at 672.

（52）*Id.* at 697–98 (Kennedy, J., concurring).

（53）*Id.* at 698–700 (Kennedy, J., concurring).

（54）*Id.* at 699 (Kennedy, J., concurring).

（55）*Id.* at 700 (Kennedy, J., concurring).

（56）*Id.* at 727 (Kennedy, J., concurring); *Packingham*, 137 S. Ct. at 1730.

（57）*See* Steven G. Gey, *Reopening the Public Forum-From Sidewalks to Cyberspace*, 58 Ohio St. L. J. 1535, 1559 (1998).

（58）*Id.*

（59）「基本的両立性テスト」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）一七六頁、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」香川大学教育学部研究報告第Ⅰ部六四巻（一九八五）六二、六三頁、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）一八二頁等がある。

(60) Grayned v. Rockford, 408 U.S. 104, 116 (1972).

(61) *See* Gey, *supra* note (57), at 1561.

(62) *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, 1224–25 (1984). 表現の自由についての問題の基本的な類型として、Farber と Nowak は（ア）最も基本的な問題である特定の表現もしくは特定の種類の表現を完全に禁止すること、（イ）表現の時間・場所・方法に関する内容的に中立的な規制、（ウ）特定の表現者や特定の物理的な状況下にのみ適用され、表現の物理的・社会的環境に与える独特の影響を強調した複合的な規制または状況に応じた規制、という三つを提示した。

(63) *Id.* at 1223.

(64) *Id.* at 1266.

(65) Farber-Nowak テストと類似して、表現のためにある場所へのアクセスを拒否することが憲法上、厳しく審査されるべきかを判断する際に、その拒否が表現の自由へどのような影響をもたらすのかを考察すべきであると主張する研究者もいる。*See* Naughton, *supra* note (40), at 433.

(66) 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。

(67) 最三小判昭和六二年三月三日刑集四一巻二号一五頁。

(68) POST, *supra* note (47), at 257.

(69) 藤田浩「公けの施設の利用と表現の自由―アメリカにおける public forum の法理の検討」広島経済大学研究論集五巻四号（一九八三）二四頁以下参照。

(70) *See* Gey, *supra* note (57), at 1573–74.

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

(72) *See* Seth F. Kreimer, *Censorship by Proxy: The First Amendment, Internet Intermediaries, and the Problem of the Weakest Link*, 155 U. PA. L. 11, 27–28 (2006).

（73） *See* David J. Goldstone, *A Funny Thing Happened on the Way to the Cyber Forum: Public vs. Private in Cyber Space Speech*, 69 Colo. L. Rev. 1, 27 (1998).

（74） 中林暁生「パブリック・フォーラム論の限界?」山元一＝只野雅人＝蟻川恒正＝中林暁生編『憲法の普遍性と歴史性』（日本評論社・二〇一九）四八七–四九〇頁参照。