



Title	検索事業者の表現の自由に関する一考察（一）：アメリカ法上の議論を手がかりとして
Author(s)	上本, 翔大
Citation	阪大法学. 2022, 71(6), p. 183-226
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/87410
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

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

The University of Osaka

検索事業者の表現の自由に関する一考察（二）

——アメリカ法上の議論を手がかりとして——

上 本 翔 大

はじめに——本論文の問題関心と検討課題

第一章 学説の紹介と検討（以上、本号）

第二章 連邦地方裁判所の判決の紹介と検討

第三章 得られた結果と若干の考察

おわりに——残された課題

はじめに——本論文の問題関心と検討課題

本論文は、検索事業者（本論文では「検索事業者」と「検索エンジン」という語を互換的に用いる）の表現の自由（より正確には「検索事業者による検索結果の提供と表現の自由」）に関するアメリカ法上の学説（第一章）および判例（第二章）を紹介し検討しようとするものである。これにより、同テーマに関するわが国の議論——「検索結果の提供は検索事業者自身による表現行為という側面を有する」という命題の意義、および検索事業者による表現活動の限界——を再検討するための視座を得ることが本論文の一次的な目的である。本論に入る前に、問題関

心を明示した上で、本論文が取り組む課題を提示しておきたい。

第一節 インターネットの発達と検索エンジン

インターネットは表現の自由に対して「革命」をもたらした。インターネットが普及する以前では、マス・メディア等の限られた主体のみが一方的な情報発信を行い、大多数の国民は専ら情報の受け手として機能してきた。これに対して、インターネットの普及に伴い、これまで単に情報の受け手に止まっていた大多数の国民も活発に情報発信を行えるようになった。また、マス・メディア等によって選別され編集された情報のみならず、高度に専門的な情報、趣味嗜好に関する情報、多様な価値観に根ざした意見や論評が流通するようになったため、国民の知る権利が実質的に充足されることとなった（しかし、職業人としての一定の倫理観・責任感を持たない国民が情報を発信することで、フェイクニュースや名誉毀損的表現なども流通するようになっていく）。これが日米を問わず憲法学の共通理解である⁽¹⁾。

このような「革命」を支えるアクターの一つが、検索エンジンである。検索エンジンは、膨大な情報の中から、すばやく、簡単に、的確に目的の情報を見つけだすことを可能にすることで、インターネットによる情報流通を前提とした現代の情報社会において情報の重要な媒介者として不可欠の存在となっている⁽²⁾。しかし他方で、検索エンジンは、情報を選別する媒介者として、表現の自由に対するボトルネックとしても機能する⁽³⁾。なぜなら、インターネット上のウェブサイトは検索エンジンによってインデックスされるか検索結果の上位に表示されるかといったことに大きな影響を受けるからである⁽⁴⁾。インターネット上で「存在する」ということは検索エンジンによってインデックスされることにほかならない⁽⁵⁾。実際、ウェブサイトの閲覧者数は、検索結果の順位と相関して減少するとされ

る。⁽⁶⁾ 検索結果の後ろの方に表示されるウェブサイトは、事実上全くインデックスされていないに等しい。したがって、検索事業者は、意図的に情報を下位に表示したり削除したりすることで、偏向的に情報をコントロールし得ると言える。そこで、「国家は検索事業者による情報規制を表現の自由を阻害するものとして統制しようと試みる」⁽⁷⁾。

第二節 本論文の検討課題と検討方法

しかしながら、Google 検索結果削除請求事件⁽⁸⁾によって、検索事業者による検索結果の提供には表現行為という側面があり、憲法二一条によって保障されることが明らかとなっている。それゆえに、検索結果の提供に対する規制は憲法の保障する表現の自由の問題を提起し、憲法上の限界が存在する（本論文では、特に検索事業者が検索結果を削除する場面を念頭に置いている）。また、そもそも、上記事件決定において最高裁が検索結果の提供を検索事業者自身による「表現行為」と言い切らずに「という側面」と語を繋いでいる点について、この判示部分をどう読み解くかが問題として残されている。⁽⁹⁾ このように、検索事業者による検索結果の提供に関してわが国の憲法上の議論は未成熟であるため、これらの点に関する議論が蓄積しているアメリカを比較の対象として設定し、日本法への有益な示唆が得られると予想される代表的な論者の論攷や代表的な判例を検討する。これらはアメリカの論攷や裁判例の中で先行研究として頻繁に言及されていたものであることから、ここでの分析は、アメリカの議論状況の大勢を反映するものであると考える。

ただし、本論文では、プラットフォーム事業者一般の表現活動を取り扱う論攷は分析の対象とはしない。検索事業者やSNS事業者等のプラットフォーム事業者の活動形態は、相互に類似した性質は見られるものの、そもそも一様ではなく、それらを一つの問題で論じることが困難である。⁽¹⁰⁾ また、わが国の判例上検索事業者以外のプラット

フォーム事業者の活動が表現の自由によって保障されるか否かも十分に明らかとはなっていない⁽¹⁾。そこで、本論文では、専ら検索事業者の表現活動を題材とする論攷に絞って分析の対象とした。なお、筆者の関心は憲法の解釈論に置かれているため、本論文では、検索事業者に関する政策論を取り扱う論攷は分析の対象とはしない。

最後に、本論文の位置づけについて述べておきたい。わが国においても、(検索事業者とSNS事業者を区別しているか否かは別として)プラットフォーム事業者と表現の自由に関するテーマを扱い、アメリカ法の議論を紹介する論攷は少なからず存在する。しかし、それらの多くは、プラットフォーム事業者の脅威に言及し立法政策の必要性を指摘するものであるとの印象を受ける。これに対して、具体的な立法政策を論じる前提として行われなければならぬはずのプラットフォーム事業者の表現の自由に関する検討に限って言えば、管見の限りでは、極めて少数である。その上、それらの論攷ではアメリカ法の推論構造は詳細に示されないまま、断片的な紹介にとどまっているように思われる。これに対して本論文は、従来論じられることの少なかった検索事業者による検索結果の提供と表現の自由に関して、アメリカ法の議論を仔細に分析しようとするものである。

第一章 学説の紹介と検討

本章では、検索事業者による検索結果の提供と表現の自由に関するアメリカの学説の議論状況を考察する。以下では、検索結果の提供は検索事業者による表現活動ではないとする立場(第一節)、マス・メディアの文脈で形成された法理の適用可能性について論じるもの(第二節)、検索結果の提供と営利的表現を結び付ける立場(第三節)に分けた上で学説の議論状況を概観する。

第一節 検索結果の提供は検索事業者による表現活動ではないとする立場

初めに、本節では、Tim Wu 教授や Oren Bracha 教授の論を取り上げて考察する。両者は、検索結果の提供は検索事業者による表現活動ではないとの見地に立つ代表的な論者として位置づけることができる。

（一）Tim Wu 教授の見解

Wu 教授は代表的な二〇一三年の論文⁽¹²⁾で、特に検索結果について、それは検索事業者による表現ではないと論じた。その主張の重要な論拠が「機能性の法理」である。Wu 教授によれば、機能性の法理とは、ある情報伝達が「キャリアー又は導管のカテゴリー」あるいは「情報伝達のための道具のカテゴリー」に分類される場合に修正第一条による保護が否定される、というものである。

Wu 教授は二〇一三年の論文において、自動化されたアルゴリズムを通じたコンピューターによる決断・情報の送受信（たとえば、飛行機の運行、道路ナビゲーション、書籍の推薦）を「アルゴリズムによるアウトプット」と呼ぶ。論者の中には、プログラムが聞き手に対して何らかのメッセージや意見を伝達しようとしている限りアルゴリズムによるアウトプットは修正第一条によって保障されるとの理解を示す者がいるが、Wu 教授はこの主張には「機能性」という観点が欠落していると批判する⁽¹⁴⁾。以下、Wu 教授の見解について二〇一三年の論文を詳しく紹介したい。

1. 修正第一条が問題となる場面

Wu 教授はまず、いかなる場合に修正第一条の問題として司法審査が行われるかという問いについて検討する。

W教授によれば、第一に、「人間」が修正第一条の権利を主張しなければならない。第二に、情報伝達のうち「表現」と呼べるものが修正第一条による保護を受ける。第三に、問題となっている情報伝達が修正第一条によって保障されていなかったとしても、政府の側の不正な検閲の「動機」が認定されると修正第一条の問題が生じる。第四に、法律によつて表現が「制約」されていなければならない。⁽¹⁵⁾

(1) 「人間」

W教授は、「人間」という要件につき、「人語を話す猫であるブラッキー」のケース⁽¹⁶⁾を例として引照する。本判決において裁判所は、ブラッキーは「人」とは考えられず、したがって、権利章典では保護されないとした。W教授は「コンピューターとブラッキーが類似していることは明らかである。[……] 両者は人間ではない」と論ずる。ブラッキーの事例では、人間以外が表現者となるケースにおいて、あらゆる権利が否定されることが示された。⁽¹⁹⁾そしてW教授は、この分析が正しい場合、「少なくとも現段階では、コンピューターは自身の表現の権利を享受しない可能性が高い」とする。⁽²⁰⁾

W教授はさらに、連邦最高裁がコンピューターの表現の自由を認めなかったとしても、アルゴリズムによるアウトプットはコンピューター・プログラムの作成者の表現であるとみなされる可能性があることについても言及する。しかしながら、W教授によれば、同プログラムが「その作者が自身の考えを世に発信するための媒体」⁽²¹⁾であったとしても、プログラムの作成者＝表現者という構図が必ずしも描かれるわけではない。なぜなら、テクノロジーは他者の表現を促進するための単なる道具にすぎないという場面が考えられるからである。W教授は「Twitterを例にとりながら説明する。たしかに、Twitter社は一つのツイートの文字数を一四〇文字までにするといった選択など多くの選択を行っているが、この選択は、Twitterの利用者の表現や情報伝達を促進することを目的と

したものである⁽²²⁾。「Twitterの利用が保護された表現であることを疑問視する者は誰一人としていないが、当該表現は主として利用者に帰属するものであって、ソフトウェアの作成者に帰属するものではない」⁽²³⁾。

(2) 「表現」

W教授は、「情報伝達」とは何らかの経路を通じて送り手から受け手へと情報が伝達されることであると説明した上で、情報伝達は遍在的なものであって避けられないものであるとする。たとえば、停車ランプ、怒った表情、光ファイバーケーブルを流れる光子であっても、それらは情報伝達の一部となる。そしてW教授は、「情報伝達」のうち修正第一条によって保障されるものが「表現」であると定義する。この点について筆者なりに整理を試みるならば、何らかの経路を通じて送り手から受け手へと情報が伝達されることという「広義の情報伝達」の中に修正第一条によって保障されることのない情報伝達である「狭義の情報伝達」と修正第一条によって保障される情報伝達である「表現」が含まれている、ということになるだろう。しかしW教授は、広義の情報伝達をすべて、憲法上保護された表現として取り扱うべきであると考えているわけではない⁽²⁴⁾。

(3) 「動機」

第三に、W教授は、たとえ伝達される情報が表現として保障されていなかったとしても、政府の側に検閲の動機が存在することが認められた場合には、当該規制は修正第一条の問題になると言う。たとえば、同じ「火をつけるという行為」に対する処罰であったとしても、火をつけるという行為そのものがもたらす弊害の抑止を目的としたものではなく、行為に付随して表明される意見の抑止を目的とした場合には、修正第一条の問題となる⁽²⁵⁾。

(4) 「制約」

最後にW教授は、法律によって表現が制約される場合に修正第一条の問題が生じると述べる。これに対して、

法律が表現を促進するケースでは、修正第一条の問題は生じない。⁽²⁶⁾

2. 修正第一条の機能性の法理

これまで述べてきたW教授の議論を整理すれば、修正第一条の問題として司法審査が行われるのは、「人間」の「表現」が「制約」される場合、あるいは、「人間」の「狭義の情報伝達」が検閲の「動機」によって「制約」される場合であると言える。以上を踏まえて、次にW教授は、疑わしい検閲の動機が存在しない場合に、アルゴリズムによるアウトプットが修正第一条によって保障されるか否かの検討に移る。この場合、「人間の表現が制約される場合」に修正第一条の問題となるため、ここでは、アルゴリズムによるアウトプットが表現に該当するか、狭義の情報伝達に該当するかが重要となる。この点、W教授によれば、「表現と〔筆者註：狭義の〕情報伝達を区分する境界線は機能性が指標となる」⁽²⁷⁾。殊に表現の自由の場合には、「キャリアー又は導管のカテゴリ」と「情報伝達のための道具のカテゴリ」が機能性の法理として作用すると指摘する。そして、これらの類型に該当する場合には、修正第一条による保護が否定される。

第一に、W教授は、情報への関与があまりに隔たっていたり機械的であったりするため当該情報は当人の表現であるとみなすことはできない場合に、「キャリアー又は導管のカテゴリ」に分類されるとする。この法理は、内容についての選択をすることなしに情報を取り扱い伝送する者、取り扱っている情報について何も知らない者、すなわち、情報の公開者とはみなされない者に適用される。その最たる例が、電話会社や宅配便である。第二に、W教授によれば、情報が道具として機能していると評価される場合、「情報伝達のための道具のカテゴリ」に分類され、当該情報の伝達は表現として保護されることはない。この分類の典型的な例が、地図や航空図である。⁽²⁸⁾

3. 修正第一条と検索エンジンによる検索結果

それでは、機能性の法理は、検索エンジンによる検索結果の提供という文脈でどのような帰結を生むのか。Wu教授は、検索結果を検索事業者の「意見」であるとする立場や検索事業者と新聞社の活動を同視する立場等に対して批判を加えることにより、自らの論を展開する。

第一に、連邦地方裁判所は Search King, Inc. v. Google Tech., Inc. 判決（後述）において、ページランクは検索キーワードに対応する特定のウェブサイトの重要性に関する「意見」であると判示した。⁽²⁹⁾そしてWu教授は、裁判所のこの判断は、同裁判所がGoogleの検索結果は保護された表現であると解釈したものと理解する。⁽³⁰⁾この点、Wu教授は、「たとえ、その情報伝達を『意見』と呼べる場合であつたとしても、あらゆる情報伝達を保護された表現であると判断することは、絶望的なほど広範にすぎる」と批判する。たとえば、車の警告音は盗難の危機にあるという車の意見を表明したものであり、オートマチック・トランスミッションはギアを切り替えるタイミングに関する車（あるいはメーカー）の意見を表明したものであると言えるかもしれないが、このような意見は「情報伝達のための道具のカテゴリー」に分類されるため、修正第一条によって保障されるものではない。⁽³²⁾

第二に、検索事業者と新聞社を同視する立場からは、新聞社がその日の最も重要な記事を選択し一面に掲載することと同様に、検索事業者は様々な基準に基づいて世界中のウェブページを順位づけている、と主張される。これに対してWu教授は、次のように反論する。新聞社は、情報の単なる機能的な伝送者とは異なり、最終的に紙面を構成する記事の全体を意図的に選択し配列しているため、修正第一条による保障を享受する。新聞社は記事を選択しこれに賛同し、多くの場合、記事の作成を依頼している。他方で、Googleは大量の情報に直面しそれらをインデックスする際に、順位づけるウェブサイトに賛同しているわけではない。したがって、「Googleの検索エンジン

を通じてアクセスが可能となる何百ものウェブサイトはGoogleによる表現の産物であると評価することはできない⁽³³⁾。Googleは利用者がウェブサイトを発見することを手助けはするが、それらのウェブサイトの後援者でもなければ公表者でもない⁽³⁴⁾。

Wu教授は、Googleの検索結果は「高度に発展した強力な目録に最も類似したものである⁽³⁵⁾」と主張する。検索エンジンの主な目的は、情報を見つけ出し答えを提供することであるが、いずれにせよ第一の目的は、膨大な量の情報の中から目当ての情報を利用者が見つけ出すことを援助するための道具として奉仕することである。Googleは利用者が望む情報を見つけだそうと努めているにすぎない⁽³⁶⁾。

このようにWu教授は、検索結果はウェブサイトを順位づけたものであつて意見と呼べるかもしれないが、機能性の法理に照らせば、検索結果は表現として修正第一条によって保障されるものではなく、狭義の情報伝達として修正第一条による保障が否定されるものであると理解する。つまり、検索結果の提供は検索事業者による表現ではないと論じている。Wu教授のこの理解の背景には、第一に、検索エンジンは検索結果として表示するウェブサイトの内容に賛同していないということがある。検索エンジンは伝達する情報について無自覚のうちに、機械的に情報を伝達しているにすぎないため、検索エンジンは「キャリアー又は導管のカテゴリー」に分類される。第二に、検索結果を提供する目的は、検索エンジンの考えを伝達することではなく、利用者が目当ての情報を見つけたことを支援することにある、とみなしている。地図がその利用者が目的地に到達するという作業を支援しているのと同様に、検索結果はその利用者が目当ての情報に到達するという作業を支援しているにすぎない。したがって、検索結果のこれらの性質を踏まえると、検索結果は「情報伝達のための道具のカテゴリー」に分類される。

もっとも、Wu教授は、「検索エンジンが機能的である」という事実は、検索エンジンが関連するケースにおいて

修正第一条が何の役割も果たさないことを意味しているわけではない⁽³⁷⁾と指摘する。なぜなら、検索エンジンによる検索結果の提供が「狭義の情報伝達」として修正第一条によって保障されていなかったとしても、政府の側の検閲の動機が認められた場合には、修正第一条の問題が生じるからである。ここでWu教授は、中国政府が行っているように、国家反逆罪や国家安全保障上の脅威とみなされる情報へリンクする検索結果を遮断する法律を例として挙げる。Wu教授によれば、このように検閲の動機に基づいた法規制が行われている場合、同法規制は修正第一条によって審査されることとなるが、これは主としてウェブページの作成者や利用者の視点から生じるものである⁽³⁸⁾。

4. まとめ

Wu教授の二〇一三年の論文は、機能性の法理の視角から検索結果は検索事業者の表現ではないと論じるものである。そして、アルゴリズムによるアウトプットを考察する際には「キャリアー又は導管のカテゴリー」あるいは「情報伝達のための道具のカテゴリー」に分類されるか否かが重要となる。この点、検索結果に関して言えば、検索エンジンは検索結果として提供するウェブサイトの内容を認識していないことに加えて、検索結果は検索事業者の考えを提供するものではなく利用者の情報発見を援助する機能を果たしていることから、検索事業者ないし検索結果は「キャリアー又は導管のカテゴリー」ないし「情報伝達のための道具のカテゴリー」に分類される。ただし、検索エンジンに対する規制が検閲の動機に基づいて行われる場合、主としてウェブサイトの作成者や検索エンジンの利用者の表現の自由を侵害するものとして修正第一条の問題となり得る。

(1) Bracha 教授の見解

Wu 教授と同様に、Bracha 教授も検索結果は検索事業者の表現ではないと理解する代表的な論者に位置づけることが⁴²。Bracha 教授は二〇一四年に単著論文を、二〇〇八年に共著論文を執筆した。³⁹ここでは、両論文を中心に Bracha 教授の見解を詳しく紹介し考察する。

Bracha 教授は、検索エンジンを情報の重要な媒介者として位置づけつつも、⁴⁰検索エンジンが検索結果を操作することによって「民主主義」、「経済効率」、「公正性」、「個人の自律性」の四つの問題点が生じるとする。まず、多様な情報流通が阻害され得るという点で民主主義⁴¹や経済効率に弊害が生じ、次に、ウェブサイトの作成者の間で不公平な扱いを受ける者が現れるという点で公正性⁴³に弊害が生じ、最後に、選択の多様性、周囲の状況に関する情報やその情報を評価する能力、選択を行う能力を狭めるという点で個人の自律性⁴⁴に弊害が生じると言う。

これらの諸問題に対して法的規制は不必要であると論じる者もいる。なぜなら、第一に、市場による規律が既に検索エンジンがその地位を悪用しないかどうかを監視しているし、それは法的干渉よりもずっと効果的だからである。したがって、利用者を失い、市場シェアを失うことを回避するためにも、検索エンジンは権限の濫用を差し控えるようになる。第二に、パーソナライズド検索が、検索エンジンが生じさせるバイアスに対する防護壁として機能するからである。⁴⁵

しかしながら、Bracha 教授は、検索エンジン事業の構造的特徴や、検索結果はその価値を評価することが難しい「信賴財」となる傾向があることに鑑みれば市場による規律は効果的でない上、⁴⁶利用者が検索事業者による検索結果の操作を理解しチェックする能力は限定的であるため、個人の検索履歴に応じたパーソナライズド検索はよりきめ細やかな操作を可能にし、検索結果の操作がもたらす危険性を増大させると指摘する。⁴⁷それゆえ Bracha 教授

によれば、法的規制に依らずして上述の諸問題を解消することは困難である。

1. 修正第一条は検索エンジンに対する規制の障壁となるか

もつとも、Bracha教授は、検索事業者に対する法的規制は修正第一条によって保障される表現の自由と衝突し得ることを自認する。そこで、Bracha教授は、そもそもこの場合に制約される表現とは何か、それは修正第一条によって保障されるのか否か、表現に対する制約は正当化されるのか否か、について検討を行う。その際、想定される表現は、情報提供者および検索エンジンの利用者の表現、検索エンジンの行う編集活動、検索結果のランキング、の三つである。

(1) 情報提供者および検索エンジンの利用者

第一の表現の契機は、「自らの声を聞いてもらうために検索エンジンに頼る情報提供者および情報を発見しアクセスするために検索エンジンを使用するエンド・ユーザーの表現の利益⁽⁴⁸⁾」である。

Bracha教授はまず、検索エンジンは情報を効果的に伝達するためのインターネット上のインフラとしてなくてはならない役割を果たしており、検索エンジンは情報提供者やその利用者にとって表現を促進するための必要不可欠な道具となると述べる。その上で、検索エンジンのこのような道具的役割に対する規制は、修正第一条の問題となり得ると指摘する。たとえば中国が行っているように、情報の拡散の防止を狙いとしてゲートキーパーである検索エンジンを規制対象とした場合には修正第一条の問題となる。Bracha教授のこの見解は、仮に検索事業者による検索結果の提供が表現の自由によって保護されていなかったとしても、検索エンジンに対する規制は間接的にウェブサイトの作成者や検索エンジンの利用者の表現の自由を制約することとなるため、そのことを理由に修

正第一条が問題となり得るとするものである。

続けて Bracha 教授は、検索エンジンに対する規制が正当化されるかどうかの分析に移る。この場合、表現規制が内容に基づくものであるか内容中立的なものであるかどうかによって審査基準が変わり、その結果も異なり得るとする。第一に、Bracha 教授は、ウェブサイトや検索エンジンの利用者に対する検閲の道具として検索エンジンを規制しようとする場合には、内容に基づく規制であると指摘する。それゆえに、規制が正当化されるか否かは厳格な基準によって審査されることとなる。たとえば、「未成年者にとつて有害」と思われる表現を検索結果から削除せよとの規制は内容規制である。これに対して Bracha 教授は、検索結果の操作を防止するための規制は、ウェブサイトや検索エンジンの利用者に関して内容中立規制である場合が多いとする。たとえば、検索エンジンが特定の企業に有利となるように検索結果を順位づける権限を制限する規制は、内容中立規制に当たるとする。そして、この種の規制は内容中立規制に適用される中間審査基準の下で審査され、合憲性が認められる可能性が高い。⁽⁴⁹⁾

(2) 検索エンジンの行う編集活動

第二の表現の契機は、New York Times やパレードの主催者と同様に、検索エンジンを内容の編集者として扱うものである。Bracha 教授は、確かに検索エンジンはウェブサイトの内容を選択し整理していることは疑いがないため、この限られた意味においては、検索結果は編集の産物と言えらる。しかし、Bracha 教授は続けて、以下の二つの理由から、検索エンジンは編集者として修正第一条の保護を受ける資格はないと主張する。

第一に、ニューヨーク・タイムズの従業員でない者が作成した記事や紙面に掲載された広告を、その読者がニューヨーク・タイムズの表現であるとみなすことができるのは、ジャーナリズムの慣習を踏まえたと、新聞社は同記事や広告の内容を支持しているか、少なくとも意味ある形で新聞社と関連付けていると考えることができるから

である。しかし、Bracha教授によれば、検索エンジンによってインデックスされたウェブサイトの内容と検索エンジンとを、その利用者は関連付けることはない。

第二に、Bracha教授は、表現の場合は、「視聴者が選択できる個別の単位として表現物を収集するだけのコンテンツ・アグリゲーター」⁽⁵⁰⁾と「表現物を収集し全体的な意味を持つ集合体へと結びつけるコンテンツ・コンパイラー」⁽⁵¹⁾とに区別できるとする。後者のケースでは、コンテンツ・コンパイラーがオリジナルの表現を発信していなかったとしても、編集能力を理由に我々は表現全体とコンテンツ・コンパイラーを関連付けることができる。コンテンツ・コンパイラーの例が、新聞社やパレードの主催者である。この点、Bracha教授は、検索エンジンはコンテンツ・アグリゲーターであると主張する。というのも、パレードや新聞とは異なり、検索エンジンによってインデックスされたウェブサイトは検索エンジンと関連のある統合された表現全体の質を欠いているからである。さらに、検索エンジンは検索結果に表示される内容を選択し階層的に整理している一方で、検索エンジンの利用者は検索結果に表示されるウェブサイトを全体的な意味を持つ統合された全体として認識することはない。⁽⁵²⁾

(3) 検索結果のランキング

第三の表現の契機は、検索結果のランキングである。Bracha教授によれば、同ランキングはどのウェブサイトが検索キーワードに関連するかということを具現化したものであるため、修正第一条によって保護される可能性を想定できないわけではない。この立場に基づけば、「この利用者にとってウェブサイトXが最も関連性が高く、ウェブサイトYがXの次に関連性が高い」⁽⁵³⁾といった表現を行っていると考えることができる。そして、この場合、Bracha教授によれば、検索結果のランキングに対する規制は内容を理由とした規制であって、より厳格な審査基準が妥当する。

しかしながら Bracha 教授は、検索結果のランキングの中に表現のような要素が含まれているとしても、それは何かを提案するというよりも検索エンジンの利用者とウェブサイトを繋ぐ活動としての性格が強いため、現在の表現の自由の法理の下では検索結果のランキングが修正第一条によって保障されるかどうかは非常に疑わしいとの理解を示す。たとえば、検索結果のランキングは、新聞社に保障される典型的な表現ではなく、航空図のような保障されない表現に近いくとする。さらに Bracha 教授は、表現の自由を支えるいくつかの原理と照らし合わせても、検索結果のランキングは修正第一条によって保障されないと述べる。第一に、検索結果のランキングは表現の自由の価値を実現する社会的相互作用の一形式ではない。第二に、検索事業者の業務遂行に付随するコミュニケーションを、個人の自律性や自己実現を促進する表現とみなすことはできない。第三に、表現の自由の民主的統治と公共圏の理論は、検索結果のランキングに具現化された限定的な形態の表現を含むことはない。なぜなら、この表現には、公共圏の促進、公共の議論への貢献、情報を得て活動する市民に対しての知識の結晶化といった本質的な価値が含まれないからである。第四に、真実の価値を持たず、検証可能な見解、議論、主張を直接に提供しているわけではないコミュニケーションの形態は、真理への到達 (truth seeking justifications) という価値で正当化することはできない。⁽⁵⁴⁾

2. まとめ

ここまで、検索結果は検索事業者の表現ではないとする立場として Bracha 教授の見解を整理した。Bracha 教授は、検索エンジンがゲートキーパーとしてインターネット上に流通する情報を管理したり遮断したりする権限を備えていることを危惧した上で、情報流通が遮断されることにより、民主主義、経済効率、公正性、個人の自律性

の観点に問題が生じると指摘する。にもかかわらず、これらの問題に対して、市場による規律やパーソナライズド検索といった方法は有効ではない。そこで、検索エンジンに対する一定の法的規制が必要となる。

Bracha 教授は、検索エンジンに保障され得る表現としては検索エンジンの行う編集活動あるいは検索結果のランキングが想定されるとする。第一の観点が検索エンジンと検索結果に表示されるウェブサイトの内容の関係性に関するもので、第二の観点が検索結果を提供するために行う、ウェブサイトの内容とは関係のない準備プロセスに関するものであると言い換えることができる。しかし、Bracha 教授は、両者は検索エンジンの表現としてみなされることはないと考ええる。

第一の観点について言えば、検索エンジンはウェブサイトの内容を支持しているわけでもなければ意味ある形で関連付けているわけでもないことに加えて、検索結果に表示されるウェブサイトの内容は検索エンジンと関連のある統合された表現全体の質を欠いていることから、検索エンジンはウェブサイトの内容に編集者として関与しているとは言えない。第二の観点について言えば、準備プロセスは検索エンジンの何らかの考えを提示するものではなく、検索エンジンの利用者とウェブサイトを繋ぐ活動としての機能が強い。航空図が航空機が飛行するために必要な情報を表示するという機能的な表現として修正第一条によって保障されないのと同様に、準備プロセスはその利用者が各人の目的を達成するために必要な情報を表示するという機能的な表現にすぎない。

もっとも、Bracha 教授も、検索結果が検索事業者の表現ではないとしても検索エンジンに対する規制は間接的に検索エンジンの利用者やウェブサイトの作成者の表現の自由を制約することになるため、修正第一条の問題が生じることとなるとの理解を示している。

(三) 小括

本節では、検索結果の提供は検索事業者による表現活動ではないとする立場として、Wu教授とBracha教授の見解を分析した。最後に、その概要を以下の二点にまとめた。

1. 検索結果の提供は検索事業者による表現活動ではない

検索結果を提供するための準備プロセスや検索結果として表示されるウェブサイトは、検索エンジンが何らかの意見を表明したものでもなければ、検索エンジンによる編集行為の産物でもない。その理由は、検索結果を提供するための準備プロセスは何らかの意味内容の伝達を目指したものではなく検索エンジンの利用者とウェブサイトを媒介することを主な目的としていること、検索エンジンは検索結果に表示するウェブサイトの内容に賛同し、これを支持しているわけではなく、言わば単なる導管の如く情報を右から左へと伝送しているにすぎないこと、が挙げられる。

2. 検索エンジンに対する規制は、検索エンジンの利用者やウェブサイトの作成者の表現の自由と衝突する

検索結果が検索事業者の表現ではなかったとしても、検索エンジンに対する規制は間接的に検索エンジンの利用者やウェブサイトの作成者の表現の自由を制約することとなるから、修正第一条が問題となり得る。そして、同規制は内容規制と内容中立規制に区別することができ、制約形式に応じた審査基準が適用される。

第二節 検索事業者とメディア特性論

前節において、検索事業者による検索結果の提供は修正第一条によって保障されることはないとする見解を整理した。次に、本節では、マス・メディアの表現の自由に関して論じられてきた法理（メディア特性論）が検索事業者の表現の自由につきどこまで適用可能かといった視角から分析を行っているものについて考察したい。まず、その前提として、メディア特性論に関する連邦最高裁判決の整理を行う。⁽⁵⁵⁾ 次いで、検索事業者の表現の自由は完全な保障を享受すると考える立場〔完全保障説〕（Eugene Volkh 教授と Donald M. Falk 教授の見解）、検索事業者の表現の自由は限定的な保障を受けるにすぎないと考える立場〔限定保障説〕（Bracha 教授の見解および Jennifer A. Chandler 教授）について分析を加える。なお、本論文における完全保障説とは検索事業者の表現の自由を広く認める（政府による規制の余地が狭い）という考え方を指し、限定保障説とは検索事業者の表現の自由を比較的狭く理解する（政府による規制の余地が比較的広い）考え方を指す。

また、前節で論じたように、Bracha 教授の基本的な立場は検索結果の提供は検索事業者による表現活動ではないとするものである。しかし、検索事業者の編集活動が表現の自由として保障された場合についても論じていることから、本節においても改めて取り上げたい。これらの作業を通じて、特に検索事業者による表現活動の限界の探求について取り組む。

（一）前提——メディア特性論に関する連邦最高裁判決の整理

連邦最高裁はこれまで、印刷メディア、放送メディアのいずれかにより、マス・メディアの表現の自由に対する規制の可否に関して、その判断基準を変化させてきた。

1. Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo⁽⁵⁶⁾判決

第一の事例が、新聞社に対する反論権を定めたフロリダ州法の合憲性が争われたTornillo判決である。フロリダ州法の第一〇四・三八条では、選挙の候補者は人格や公的な職務上の記録について新聞社から批判された場合に、新聞社に対して反論文の掲載を要求する権利が認められていた。これに対して巡回裁判所は、同条は修正第一条および修正第一四条に定めるプレス(57)の自由を侵害するために違憲である旨判示した。他方、被上告人(Tornillo)による直接上告を受けたフロリダ州最高裁は、同条は公衆に対する情報の自由な流通という広範な社会的利益を促進するものであり、プレスの自由を侵害するものではないと結論した。⁽⁵⁸⁾

連邦最高裁は九人全員一致で、本件フロリダ州法の規定は違憲であると結論付けた。法廷意見は次のように論じる。

第一に、本件フロリダ州法の規定は新聞の内容に基づいている。「アクセス権法の適用範囲内では、ニュースや論説を批判的に掲載したことを原因として新聞社に罰則が科せられることになれば、編集者は論争を避けることが得策であると考えられるようになるため、フロリダ州法の運用下では、政治や選挙に関する報道は鈍らになるか縮小するかであろう。政府がアクセス権を強制すれば、公共の議論は勢いを弱め、多様性に欠けるものとなることは避けられない」。⁽⁵⁹⁾

第二に、たとえ、新聞社が強制的なアクセス法を遵守するために追加の費用が発生せず、反論文を掲載することによってニュースや意見の掲載を断念することがなかったとしても、本件フロリダ州法の規定は編集者の機能を侵害するため表現の自由に反することとなる。[新聞は、ニュース、論説、広告のための単なる受動的な受け皿や導管ではない。紙面に掲載する記事の選択、紙面の大きさや内容の制限に関する決定、公共の問題や公務員に関する

る記事の扱いは、それらが公平であれ不公平であれ、編集者が管理し判断すべき事項である」⁽⁶⁰⁾。

2. Turner Broadcasting v. FCC 判決⁽⁶¹⁾

第二の事例が、ケーブルテレビ事業者に対して同一市場内の地上波放送の再送信を義務づけた「マスト・キャリア (must-carry) 規定」の合憲性が争点となったTurner判決である。ケーブルテレビ視聴者保護および競争法第四節および第五節では、契約者数や使用可能な総チャンネル数に応じて、ケーブルテレビと同一市場内にあるすべての「地域商業テレビ局」や同一市場内にある「地域公共放送テレビ局」の放送の再送信が義務づけられていた。同法が制定された背景には、ケーブル放送の物理的特性に加え、ケーブル産業への経済力の集中が進み、地上波放送が視聴者を獲得し、運営に必要な収入を得るための競争力が失われつつあることへの懸念があった。これに対して連邦地裁は、地域のテレビ放送を維持することは重要な政府利益であり、マスト・キャリア規定はこの利益のために十分に仕立てられているとして、同法が修正第一条に反することはないと結論した⁽⁶²⁾。そこで原告人 (Turner) は、Turner判決等に依拠しつつ、マスト・キャリア規定は編集上の裁量に干渉するもので望まない表現の伝送を強制するものであり、修正第一条に反するとして連邦最高裁へ上告した。

法廷意見はまず、マスト・キャリア規定は修正第一条によって保障されるケーブルテレビの番組作成者およびケーブルテレビ事業者の表現活動を制約していると述べた上でマスト・キャリア規定の合憲性を判断するための審査基準の検討に移る。そこではまず、ケーブルテレビ放送は周波数の限界といった地上波放送固有の問題を考慮する必要があるため、ケーブルテレビ放送に対する規制の合憲性を審査する上で、Red Lion判決やその他の地上波放送に関する判決で採用された緩やかな審査基準を用いることは適切ではないとする⁽⁶⁴⁾。

しかし他方で法廷意見は、ケーブルテレビ固有の規制根拠が存在することを指摘しつつ、厳格な審査が適用されるとする上告人の主張をも斥ける。第一に、本件は内容中立規制である。マスト・キャリー規定は、文言上、表現の内容に言及することなく負担を課し利益を供与する。マスト・キャリー規定はケーブルテレビ事業者の編集上の裁量に干渉しているものの、それは契約者数や使用可能な総チャンネル数に基づくものである⁽⁶⁵⁾。また、マスト・キャリー規定の立法目的は、特定の主題、見解、構成の番組を優遇することではなく、ケーブルテレビを持たない四〇%のアメリカ人のために無料の地上波放送へのアクセスを維持することであつた。この目的は、ケーブルテレビや地上波放送の番組内容とは無関係である⁽⁶⁶⁾。

第二に、本件では「Tormillo 判決と異なり、「マスト・キャリー規定は、再送信しなければならない地上波放送の番組内容に対応するために、ケーブルテレビ事業者自身のメッセージの変更を強いるものではない。地上波放送の信号のための導管として機能してきたというケーブルテレビの長い歴史を踏まえると、ケーブルシステム上に伝送される放送局は、ケーブルテレビ事業者によって賛同された考えやメッセージを伝達していると視聴者が感じる危険性はほとんどない」とした⁽⁶⁷⁾。

第三に法廷意見は、「Tormillo 判決との類似性を主張することは、新聞とケーブルテレビの間の重要な技術的な違いを無視している⁽⁶⁸⁾」として事案の区別を図る。新聞社は、他社の新聞が同一地域で購読を希望する者に配達されることを妨げることはできない。これに対してケーブルテレビは、契約時にテレビ装置とケーブル網とが物理的に接続されることから、テレビ放送に対するボトルネックもしくはゲートキーパー的なコントロールを生じさせる。ケーブルテレビ事業者は、ケーブル上の表現のための重要な経路を所有しているというだけで、自らが排除した番組に契約者がアクセスすることを制止することができる。他のメディアとは異なり、ケーブルテレビ事業者は、

スイッチを押すだけで競合する表現者の声を封じ込めることができる⁽⁶⁹⁾。「政府が表現の自由を妨げてはならない」という修正第一条の命令は、私的勢力がコミュニケーションの重要な経路を物理的にコントロールすることによって情報や考えの自由な流通を制約することのないよう対策を講じることを無効にするものではない⁽⁷⁰⁾。

以上より、法廷意見は、本件において適用される審査基準は「*Tornillo* 判決で用いられた厳格な基準ではなく、オブライエン・テスト（中間審査基準）⁽⁷¹⁾」が適用されるとした。

3. まとめ

以上、「*Tornillo* 判決」と「*Turner* 判決」を概観したが、「*Tornillo* 判決」では厳格な基準の下で新聞社に対する反論権規定の違憲性が確認され、「*Turner* 判決」では中間審査基準の下でケーブルテレビ事業者に対する「マス・キャリアー規定」の合憲性が認められた。

両判決の主な違いは、第一に、法律が内容規制であるか内容中立規制であるか、である。第二に、事業者による表現行為という性格が乏しく事業者が他者の表現のための導管とみなし得るか否か、である。新聞は、ニュース、論説、広告のための単なる受動的な受け皿や導管ではないと指摘されたのに対して、ケーブルテレビはその歴史に鑑みれば他者の表現のための導管としての性格が強いとの判断が示された。その結果、紙面に掲載される記事は新聞社が賛同したあるいは積極的には反対しない内容であると読者は認識する一方、ケーブルテレビで放送される番組は、ケーブルテレビ事業者が賛同した内容であると視聴者が感じる危険性はほとんどない。第三に、事業者が情報流通の「ボトルネック又はゲートキーパー的なコントロール」を有するか否か、である。ケーブルテレビの契約時にはテレビ装置とケーブル網とが物理的に接続されることから、ケーブルテレビはテレビ放送に対する「ボトル

ネット又はゲートキーパー的なコントロール」を有することになり、たとえば新聞は読者が競合する新聞にアクセスすることを妨げる力を持たないのに比べ、「ケーブル事業者は、関連するメディアへのアクセスに対して、はるかに大きなコントロールを行使しうる」点が新聞との重要な相違点となる。⁽⁷²⁾

(1) 完全保障説——Eugene Volokh 教授と Donald M. Falk 教授の見解

1. 概要

Volokh 教授らは、Google からの委託を受け、検索事業者による検索結果の提供は表現の自由によって保障されると論ずるための白書を二〇一二年に執筆した。⁽⁷³⁾ ここでは、検索事業者による編集上の判断は新聞社による編集上の判断と類似した性格を持つため、それは修正第一条によって完全に (fully) 保障されるべきであると論じている。

まず Volokh 教授らは、検索エンジンが表現者であることにつき次のように言及する。第一に、検索エンジンは時として、(Google Places に表示される場所についての情報等) 検索事業者が自ら作成又は編集した情報を伝達している、第二に、検索エンジンは検索結果の一部としてウェブサイトのタイトルや短い抜粋を表示しており、他者の表現に関するそれらの報告自体が憲法上保障される、第三に、検索エンジンは、検索事業者のエンジニアが作成したアルゴリズムに基づいて最も有益であると考える情報を検索結果に表示している。これらの点に鑑みれば、検索エンジンの編集上の判断は、他の編集上の判断——どの通信社の記事を掲載するか、その記事を紙面のどこに掲載するかに関する新聞社の判断、どの地域の観光名所・博物館・店・レストランを紹介するか、どの程度目立つように紹介するかに関するガイドブックの判断など——と極めて類似している。⁽⁷⁴⁾ そして、Volokh 教授らによれば、新聞社は編集者が記事を選択し配列しているのに対して検索エンジンは他者の表現へのリンクを選択し配列してい

るといふ違いこそあれ、どの情報が興味深く有益であるかに関するこれらの編集上の判断は修正第一条によって完全に保障される。⁽⁷⁵⁾

2. 修正第一条は検索結果を完全に保障する

Volokh 教授らは、検索エンジン（検索結果）に対する如上の考え方はより細かく八つの理由から連邦最高裁によっても支持されるであろうとする。

(1) 修正第一条はインターネット上の表現を完全に保障する

Volokh 教授らは、連邦通信品位法の規定の合憲性が争われた *Reno v. ACLU* ⁽⁷⁶⁾ 判決に依拠して論を展開する。同様の規制が放送については合憲とされたのに対して、同判決では、インターネットは稀少性や侵人性といった放送固有の規制根拠が妥当しないため、表現の自由の厳格な審査が適用されるとした上で違憲判決が下された。そして Volokh 教授らは、この判決を踏まえれば、伝統的な印刷メディアによるコミュニケーションと同様に、インターネット上で行われるコミュニケーションは修正第一条によって完全に保護されるとする。⁽⁷⁸⁾

(2) 修正第一条は自らの表現に何を含めて何を含めないかに関する編集上の選択を完全に保障する

Volokh 教授らは、表現の自由は自らの表現の中に何を含めて何を含めないかを選択する権利を必然的に含むとした *Tornillo* 判決を確認する。その上で、この権利は論理的には、第一面に何を掲載するか、ページの特定の場所は何を掲載するかについて表現者が選択する権利を含み、これは表現者による選択が他者にとって不公平である場合であっても同様に真であるとする。

さらに、Volokh 教授らは *Hurley* 判決⁽⁷⁹⁾に言及し、何を含めて何を含めないかに関する選択は、報道機関だけな

く一般企業や表現を職業としない普通の人々に対しても認められることを確認する。そして、New York Times や CNN と同様に検索事業者はメディア企業と見なされて然るべきであるとしつつも、いずれにせよ、修正第一条による保障はメディア企業であるか否かを問わずあらゆる表現者に開かれたものであると論ずる⁽⁸⁰⁾。

(3) 検索結果の表示にコンピューター化されたアルゴリズムを用いることは、修正第一条による保障を奪わない

Volkh 教授らがこのように論ずる根拠の第一が、検索結果を表示するためのアルゴリズムは人間が作成しているということである。アルゴリズムがウェブページの有用性をどのように予測すべきかについて決定するのは人間であって、人間によるこのような編集上の判断が検索エンジンによる表現の生成を担っている。第二に、Volkh 教授らは表現という修正第一条の価値は利用者にとつての表現の価値にも由来すると述べる。自動的なプロセスは、手作業による意思決定が可能とする以上に利用者にとつての表現の価値を増加させる。第三に、検索結果の表示に関する Google への異議は、検索結果を表示する際に Google の従業員が意識的な選択を行ったというものであり、まさにこの異議こそが検索結果の表示は機械的なものではないことを裏付けていると指摘する⁽⁸¹⁾。

(4) 修正第一条は非政治的な主題に関する事実や意見を完全に保障する

United States v. Stevens 判決では、人々が他者に伝える内容のほとんどが（重要な価値を欠くことはもちろんのこと）宗教的・政治的・科学的・教育的・報道的・歴史的・芸術的価値を欠いているが、そうであっても、これらの表現は政府による規制から防御されていることが示された⁽⁸²⁾。Volkh 教授らによると、同判決を前提にすれば、政治的・宗教的な議論と密接に係っていない表現であっても表現の自由によって保障されているため、高尚ではない事柄 (less elevated matter) に関連する検索結果であっても憲法上完全に保障される。Volkh 教授らはまた、「情報は表現である」とした Sorrell v. IMS Health, Inc. 判決を踏まえ⁽⁸³⁾、表現の自由は意見のみならず事実の収集

や伝達を保障していると主張する。したがって、検索結果が単なる事実であることを理由として修正第一条の完全な保障を享受しないとする見解は支持できない。⁽⁸⁴⁾

(5) 修正第一条は双方向メディア (interactive media) を完全に保障する

Volokh 教授らは、検索エンジンによるアウトプットは伝統的な印刷メディアと比較して多くの点で双方向的であるとの見解を示す。たとえば、検索キーワード、検索を行う場所、検索履歴などにより利用者は異なる検索結果を手にすることになる。この点、修正第一条は双方向メディアであると非双方向メディアであることを問わず保障する。実際、伝統的な本や新聞社と比較して双方向の検索エンジンによるアウトプットはパーソナライズされており、利用者にとって特に価値のあるものとなっている。⁽⁸⁵⁾

(6) 修正第一条は他者が作成した表現の集積を完全に保障する

Volokh 教授らは、検索エンジンが他者が作成したウェブサイトから短い抜粋を表示していることは修正第一条によって完全に保障されると主張する。この際、Volokh 教授らは再び Hurley 判決に言及する。同判決では、修正第一条による保護はコミュニケーションの中で取り上げた内容を表現者が独自に作成することを必要としないとされた。⁽⁸⁶⁾ そして Volokh 教授らは、同判決に鑑みれば、修正第一条は、オリジナルの表現を作成することを保障しているのと同様に、表現者の判断に基づいて他者の表現を含めるか含めないかに関する決定を保障しており、検索エンジンが他者のウェブサイトを選択して短い抜粋を表示することも憲法上完全に保障されると論じる。検索エンジンが他者の表現を選択して配置し、あるものを最初に、あるものを最後に表示するという重要な順位付けを行う場合、検索エンジンは完全に保障された表現を行っている。⁽⁸⁷⁾

(7) 機械的な表現に適用される規制はここでは適用できない

Volokh 教授らはまず、利用者の判断を経ずに機械的に作用する表現物は規制の対象となり得るとする。たとえば、ウェブページにウィルスが含まれている場合や雑誌のチラシに含まれている化学物質が一部の者に有害であった場合などである。さらに、これは、事実に反する航空チャートを提供したメーカーに対して損害賠償が求められた場合であっても同様であるとする。これに対して、Volokh 教授らは、商品やサービスに関する検索エンジンによる表現は、暇な時に読まれ、しばしば懐疑的に評価されるものであり、羅針盤のような物理的な「商品」ではないと論ずる。むしろ、検索エンジンによるアウトプットは「純粋な表現」であって、この表現に対する制限は表現の自由の問題を引き起こすと言う。⁽⁸⁸⁾

(8) Google はどの情報をどこに表示するかに関して決定するという権利を放棄していない

Google に対する批判の中には Google の表示する検索結果は判断を誤らせるものであるものが見られる。また、利用者は中立的なアルゴリズムに基づいた検索結果の提供を望んでいると批判されている。これに対して、Volokh 教授らは、そもそも Google は利用者に対してそのような保障を与えておらず、どの情報をどのように表示するかについての選択という表現者に認められた権利を放棄しているわけではないと述べる。修正第一条は表現がバイアスを生じさせるという理由でその表現者に責任を課すことを政府に認めているわけではない。

さらに、Volokh 教授らは、仮に利用者が Google の検索結果は信頼できない程に歪んだものであると考えるのであれば、Google は市場によって罰せられるであろうとする。なぜなら、Google の検索結果の有用性に疑問を抱けば利用者は容易に他の検索エンジンに乗り換えることが可能だからである。⁽⁸⁹⁾

3. まとめ

Volokh 教授らは、検索結果は利用者の検索キーワードに対して何が最も有益な情報であるかに関する検索事業者の意見が示されたものであると考えられることに加えて、検索事業者は他者の作成したウェブサイトへのリンクを選択し配列することによって、何が最も有益な情報であるかに関する編集活動を行っていると考える。これは、検索結果に表示されるウェブサイトの内容は編集行為を通じた検索エンジンの表現物であるとする見解として読み取ることができる。加えて、Volokh 教授らの論の特徴は、検索事業者による検索結果の提供に対する規制は *Torres v. W. J. & H. Co.* 判決の事案と類似したものであると考えることによって、検索事業者の表現の自由の完全な保障を導出することにある。Volokh 教授らの見解に従えば、この結論は以下の思考過程によって得られるものであろう。まず、検索結果に表示される内容は検索エンジンの表現物であることを踏まえれば、検索エンジンが表示した内容あるいは表示しなかった内容に基づいて検索エンジンに規制を加える場合には当該規制は内容規制に該当する。次に、新聞社と同様に検索エンジンも、他者の表現のための導管とみなすことはできない。そして、検索エンジンによって検索結果が歪められたと受け止められた場合には市場による規制が可能であることから、検索エンジンは情報流通に対する「ボトルネック又はゲートキーパー的なコントロール」を生じさせるわけではない。

(三) 限定保障説——Bracha 教授の見解および Jennifer A. Chandler 教授の見解

1. Bracha 教授の見解

これに対して Bracha 教授は、検索エンジンが検索結果を操作する能力を政府が規制する場合、合理的な規制が許されないわけではないとする。Bracha 教授は、まず、このような規制はウェブサイトの内容に基づかない内容

中立的な規制であるほか、検索エンジンの利用者は、検索エンジンがウェブサイトの内容に賛同していると考えたり、それらと関連があると考えたりすることはないと指摘する。加えて、ゲートキーパーという検索エンジンの地位に鑑みれば、「政府が表現の自由を妨げてはならない」という修正第一条の命令は、私的勢力がコミュニケーションの重要な経路を物理的にコントロールすることによって情報や考えの自由な流通を制約することのないよう対策を講じることが無効にするものではない」とした「Turner 判決の法理が適用可能であるとの見解を示している。他方で、Reno 判決は、インターネットと放送メディアを区別し、インターネットの文脈では、事業者が「コミュニケーションの重要な通り道」をコントロールしていないことから、政府による規制を広く許容することはできないと論じた⁽⁹⁰⁾。しかしながら、Bracha 教授は、「インターネット上でのコミュニケーションには極めて多様な環境を生み出す多様なテクノロジー・アーキテクチャーが関与しているという事実は、いかなる規範的分析であれ、アプリことの機能を中心として、あるいは文脈に基づいて行わなければならないことを示唆している⁽⁹¹⁾」と言う。この点、Bracha 教授によれば、インターネット上でのコミュニケーションのインフラの一部を担っている検索エンジンは、必然的に、「コミュニケーションの重要な通り道」に対するコントロールと関係がある。検索エンジンがコミュニケーションをコントロールするという問題と連邦最高裁が放送メディアの文脈で政府に対して規制の裁量を認める際に依拠した問題は、極めて類似している⁽⁹²⁾。

2. Jennifer A. Chandler 教授の見解

Chandler 教授も同様に、二〇〇七年の論文⁽⁹³⁾において、検索エンジンのバイアスに対する解決策を提示した上で、このような規制は検索エンジンの表現の自由を不当に制約するものではないと説く。

(1) 検索エンジンのバイアスに対する解決策

Chandler 教授は、「オンライン上で話し手が聞き手に到達する能力は、話し手のウェブサイトが検索エンジンのインデックスに含まれているか否か、検索結果の中でのウェブサイトの表示順によって大きな影響を受ける⁽⁹⁴⁾」と述べた上で、検索エンジンが生じさせるバイアスを四つ指摘する。それは、検索エンジンのインデックスからウェブサイトを削除すること、ウェブサイトの表示順位を下げることで、特定のウェブサイトからのキーワード広告（利用者が検索したキーワードに応じて、関連のある広告を表示するもの）を受け入れないこと、対価と引き換えに特定のウェブサイトのインデックスや表示順位を優遇すること、である。

そして、Chandler 教授は、これらの諸問題に対する解決策を提案する。第一に、検索エンジンは法律が規定した場合を除いてインデックスからウェブサイトを削除してはならず、ウェブサイトを削除したことおよびその理由を一般にアクセス可能なリストの中で公表しなければならない。第二に、検索エンジンはインデックスや検索結果の順位を判断する基準の性質を明らかにし、それらを厳密に遵守しなければならない。第三に、検索エンジンは、システムの悪用の疑いがある場合を除いて個々の検索結果を操作してはならない。そして、システムの悪用が明らかとなった場合には、違法行為の性質および原状回復に必要な手順に関する通知が、自動的に、違反を行ったウェブマスターに到達されなければならない。第四に、どの検索結果が対価に基づくもので、どの検索結果が対価に基づかないものであるのかを明確にしなければならない⁽⁹⁵⁾。

(2) 選択的媒介者の表現の自由

もっとも、Chandler 教授は、「このような規制の難点は、規制は選択的媒介者〔筆者註…受け手に到達するまでに間に情報を選択しフィルタリングする媒介者のこと。選択的媒介者の一つが検索エンジンである。〕の修正第一

条の権利を侵害するものであるという主張に対して脆弱であることである」と述べる⁽⁹⁶⁾。たとえば、当該規制は編集の自由に対する許されざる干渉であるという主張や、選択的媒介者に対して特定の表現を選択するように要求する規制は強制的な表現に該当するとの主張が考えられる。そして、Chandler 教授は、前述のような規制と選択的媒介者の表現の自由の関係について考察する⁽⁹⁷⁾。

Chandler 教授は、Turner 判決等の諸判決を踏まえつつ、こう論ずる。「ウェブサイトへのアクセスをブロックすることを禁止することや検索エンジンのインデックスにウェブサイトを含めることの拒否を禁止することは、一見したところ、選択的媒介者の選択の自由に対する干渉となる」⁽⁹⁸⁾。しかし、Turner 判決等の諸判決に従えば、ウェブサイトにへのアクセスをブロックすることの禁止や検索エンジンのインデックスにウェブサイトを含めることの拒否の禁止は、強制的な表現に当たるものではない。「なぜなら、この種の規制は内容中立的であり、選択的媒介者の発言の自由を縮減するものではなく、選択的媒介者はウェブサイトに賛同していると理解されることもなく（又は免責条項（disclaimers）を掲載することも可能である）、選択的媒介者は規制に対応したり規制を回避したりするために自らの発言の修正を余儀なくされることはないからである」⁽⁹⁹⁾。

（四）小括

第二節では、Tomillo 判決を援用することにより検索事業者の表現の自由に対する制約は原則として認められないとする Volokh 教授らの見解、Turner 判決を援用することにより検索事業者の表現の自由に対する制約は比較的広く許容されるとする Brachla 教授および Chandler 教授の見解を紹介した。

両立場の違いは、主に三つである。第一と第二は関連するものであり、それは、規制が内容規制であるか内容中

立規制であるか、検索事業者が他者の表現のための導管とみなし得るか否か、である。まず、Volkh教授らは、検索結果に表示されるウェブサイトの内容は検索エンジンの編集活動によるものであり、検索エンジンを他者の表現のための導管とみなすことはできないとする。そのため、検索結果に何を表示するかあるいは何を表示しないかに関する規制は内容規制であり厳格な審査に服することになる。これに対してBracha教授およびChandler教授は、検索エンジンの利用者は検索結果に表示されるウェブサイトの内容を検索事業者が賛同していると理解することとはなく、検索エンジンは他者の表現の導管として機能していると指摘する。そのため、（特定の内容のウェブサイトではなく）広く検索エンジンが検索結果を操作する能力を制限する規制は内容中立規制であると論じている。

第三の違いは、検索事業者が情報流通の「ボトルネックもしくはゲートキーパー的なコントロール」を有するか否か、である。この点、Volkh教授らは、利用者は他の検索エンジンを利用することも可能であるから検索事業者は情報流通の「ボトルネックもしくはゲートキーパー的なコントロール」を有しているわけではないと考えているのに対して、特にBracha教授は、先に見たように検索エンジンの利用者は他の検索エンジンに乗り換えることが困難であり、検索エンジンが「コミュニケーションの重要な通り道」をコントロールしていると指摘している。

第三節 検索結果の提供と営利的表現を結び付ける立場

第三に、Michael J. Ballanco教授の二〇一三年の論文⁽¹⁰⁾を紹介する。Ballanco教授は本論文において、これまでの研究につき、検索エンジンの表現は常に修正第一条による完全な保護の資格があると見る見解や、検索エンジンは全く表現していない又は低価値の表現を行っていることを理由に修正第一条の完全な保障は決して認められるべきではないとする見解が提唱されてきたと整理した上で、「これまでの研究の主眼は、検索エンジンのあらゆる表現

に適用される明確な境界線やカテゴリーカルなルールを構築することにあつた」(傍点筆者)と理解する。その上で、これまでの研究は、それぞれに望ましい特徴を備えているものの、検索結果の人為的配置の問題に対処可能な包括的な法理として独り立ちできるほどに十分なものではないと主張する。Ballanco教授によれば、検索結果の人為的配置とは、利用者に提供する検索結果の表示順を検索事業者がコントロールできることを前提に、検索アルゴリズムを修正することにより自社の商品やウェブサイトを上位に表示させることを指す。⁽¹⁰²⁾

(一) これまでの研究の問題点とBallanco教授の立場

第一に、Ballanco教授は、検索エンジンの表現は完全に保障されると理解する立場は、営利的表現という概念を無視しているものであるため、広範な議論にすぎると批判する。特に、第二節で考察したVokkh教授らの論に対して、「検索エンジンを検索事業者の代理人として考えたことは有用で適切であつて」⁽¹⁰³⁾、修正第一条に関する連邦最高裁の先例法理に照らせば、「法的にも正当なものである」⁽¹⁰⁴⁾と評価しつつも、「検索事業者の修正第一条の自由は、他のあらゆる表現者と同様に、営利的表現や導管の法理といった制限を受けることがある」⁽¹⁰⁵⁾と指摘する。Ballanco教授によれば、たとえば、検索事業者が自身のウェブサイトを人為的に検索結果の上位に表示した場合には、内容についてあまり知らない記事を報道する編集者というよりもむしろ商品の販売者に近い。また、検索結果の上位に表示される対価に基づく広告等を踏まえると、少なくとも何らかの状況では、検索事業者は営利を目的とした表現者であることが示唆されているとする。⁽¹⁰⁶⁾

第二に、Ballanco教授は、検索エンジンの検索結果に対して修正第一条の保護を認めない立場は、その背後にある真の表現者に目を向けていないものであると批判する。検索エンジンが検索結果を提供する背後には検索事業者

のプログラマーによる意思決定が存在している。また、検索結果は表現という性格よりも機能的であるという性格が強く、検索結果は利用者とウェブサイトを繋いでいるにすぎないとする見解は、もつともなことであるように思われると理解しつつも、より深く分析すればこの見解を維持することはできないと主張する。というのも、「もし検索エンジンが、検索結果が利用者にとってどの程度有用であるかということとは無関係に、利用者の検索キーワードに一致する言葉を含むあらゆるウェブサイトを検索結果として表示するだけであるとしたら、それは有益ではない」⁽¹⁰⁸⁾からである。「検索エンジンの果たしている機能は、利用者にとって有益になるように並べ替えを行うことである」⁽¹⁰⁹⁾。Ballanco教授によれば、検索エンジンは表示される検索結果の内容と関連性がないことを理由に検索エンジンは導管としての機能を果たしているとする考え方は、検索結果の人為的配置を考察することにより、揺らいでいくこととなる。なぜなら、検索事業者が自社の検索結果を優先的に表示する場合には、そこでの内容とより密接な関連性が生じるからである⁽¹¹⁰⁾。

以上を踏まえたBallanco教授の立場はこうである。「検索エンジンの表現の自由に関する法的分析は検索ランキングの微妙な差異を考慮し、それに応じたアプローチを行えるほどに動的なものでなければならぬ。検索エンジンが単なる意見を提供している場合、検索結果は完全に保障された表現の自由の意見として扱われるべきである。しかしながら、検索エンジンの隠された動機が商品やサービスの販売である場合には、検索エンジンは営利的表現の法理による限界に服するべきである」⁽¹¹¹⁾。

（二）まとめ

Ballanco教授の基本的な考え方は、検索事業者による検索結果の提供は修正第一条によって保護されるというも

のである。その根底には、検索エンジンはインターネット上の情報を無差別に検索結果として表示しているのではなく、検索結果を提供する際に利用者にとって有益な情報は何かという編集行為を行っている又は意見を提示しているとの理解が存在していると考えることができる。その上で Ballanco 教授は、すべての検索結果が修正第一条の完全な保障が認められるわけではないとの理解を示す。検索エンジンが営利的意図を持たずに検索結果を提供する場合には、同検索結果は修正第一条による完全な保障が認められる一方で、検索エンジンが営利的意図の下に検索結果を提供する場合には、同検索結果は営利的表現に与えられる限定的な保障を受ける。

- (一) たとえば、松井茂記『マス・メディア法入門〔第五版〕』（日本評論社、二〇一三年）三二〇―三二二頁、浦部法穂『憲法学教室〔第三版〕』（日本評論社、二〇一六年）二二七―二二九頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅰ基本権』（日本評論社、二〇一六年）二二七頁（六戸常寿執筆部分）、総務省「検索結果とプライバシーに関する有識者会議報告書」（二〇一五年）五頁（https://www.soumu.go.jp/main_content/000360560.pdf、最終閲覧二〇二一年九月三日）。See Jack M. Balkin, *Digital Speech and Democratic Culture: A Theory of Freedom of Expression for the Information Society*, 79 N.Y.U. L. REV. 1, 6-9 (2004) 参照。
- (二) 総務省・前掲註（一）七一―八頁参照。See Oren Bracha, *The Folklore of Informationalism: The Case of Search Engine Speech*, 82 FORDHAM L. REV. 1629, 1637 (2014) [「Bracha I」]。
- (三) See Jennifer A. Chandler, *A Right to Reach an Audience: An Approach to Intermediary Bias on the Internet*, 35 HOFSTRA L. REV. 1095, 1097 (2007).
- (四) See Oren Bracha & Frank Pasquale, *Federal Search Commission - Access, Fairness, and Accountability in the Law of Search*, 93 CORNELL L. REV. 1149, 1164 (2008) [「Bracha II」]。
- (五) Lucas D. Introna & Helen Nissenbaum, *Shaping the Web: Why the Politics of Search Engines Matters*, 16 THE INFORMATION SOCIETY 169, 171 (2000).
- (六) See Nico Brooks, *The Atlas Rank Report: How Search Engine Rank Impacts Traffic*, 1, 3 (2004) (<http://www>.

- iningest.org/ad2006/adminscl/app/marketingtecnologico/uploads/Estudos/atlas%20onepoint%20-%20how%20search%20engine%20rank%20impacts%20traffic.pdf, last visited 3 Oct. 2021).
- (7) 平地秀哉「デジタルプラットフォームの公共性と表現の自由」法教四九〇号（二〇二一年）六一頁。
- (8) 最決二〇一七年一月三十一日民集七一巻一号六三頁。
- (9) 中島美香「検索結果の削除請求と忘れられる権利——最決平二九・一・三二を契機とした学説の議論状況について——」東海法学五六号（二〇一九年）一三二頁参照。
- (10) これは決して突飛な発想ではない。日米においても同様の指摘が散見される。たとえば、岡田淳ほか編著『プラットフォームビジネスの法務』（商事法務、二〇二〇年）七〇―八六頁、九九頁―一二二頁、水谷瑛嗣郎「オンライン・プラットフォームの統治論を目指して——デジタル表現環境における『新たな統治者』の登場」判時二四八七号（二〇二一年）一一頁、Sofa Granatki, *Platforms, the First Amendment and Online Speech Regulating the Filters*, 39 PAGE L. REV. 111, 116 (2018)。
- (11) 検索事業者以外のプラットフォーム事業者が当事者となった事例として、Twitter社に対してツイートの削除が求められたものがある。第一審である東京地裁（東京地判二〇一九年一月一日判時二四六二号一七頁、本判決の評釈として水谷瑛嗣郎「判批」新判例解説 Watch [Web版] No. 172 参照）は、Twitter社は「利用者の投稿記事を網羅的に収集して投稿日時順に表示し、利用者が一定の情報を入力して検索をした場合には、前記情報と一致する投稿記事を投稿日時順に検索結果として提供している」にすぎないとして、Twitter社による検索結果の提供には「表現行為という側面は認められない」と判示した。また、控訴審である東京高裁（東京高判二〇二〇年六月二九日判時二四六二号一四頁、本判決の評釈として柴田堯史「判批」法セ七九一号（二〇二〇年）一一八頁参照）は、Twitter社の表現行為に関して何らの言及も行っていない。
- (12) Tim Wu, *Machine Speech*, 161 U. Pa. L. Rev. 1495 (2013).
- (13) このような見解を示す論者として Benjamin 教授がいる。Benjamin 教授は、修正第一条に関する訴訟においては、コミュニケーションが「厳密で、簡潔で明瞭なメッセージ」でなかったとしても何らかの考えが表明されていればよいと指摘する。それゆえに、認識可能な受け手に対して実質的なメッセージを発信する話し手と、発信可能かつ受信可能で実

際に発信されたメッセージが存在する場合には修正第一条によって保障されると述べる。Benjamin教授によれば、このような基準に照らせば、アルゴリズムによるアウトプットの多くは修正第一条によって保障され、殊に検索エンジンの場合、検索エンジンはウェブページの質、関連性、利用者にとっての有用性の観点から様々な判断を行っているため、検索エンジンによる検索結果の提供は修正第一条によって保障される (See Stuart Minor Benjamin, *Algorithms and Speech*, 161 U. Pa. L. Rev. 1445, 1461, 1463, 1469-70 (2013)).

- (14) See Wu, *supra* note 12, at 1496-97.
- (15) See *id.* at 1500.
- (16) Miles v. City Council, 710 F.2d 1542 (11th Cir. 1983).
- (17) *Id.* at 1544 n.5.
- (18) Wu, *supra* note 12, at 1501.
- (19) See *id.* at 1500-01.
- (20) *Id.* at 1503.
- (21) *Id.* at 1504.
- (22) See *id.* at 1504-06.
- (23) *Id.* at 1506.
- (24) See *id.* at 1506-08.
- (25) See *id.* at 1514-16.
- (26) See *id.* at 1516-17.
- (27) *Id.* at 1517.
- (28) See *id.* at 1520-22.
- (29) See Search King, Inc. v. Google Tech., Inc., CIV-02-1457-M, 2003 U.S. Dist. LEXIS 27193 (W.D. Okla. May 27, 2003), at 11-12.
- (30) ページランクとは、検索結果に表示されるウェブサイトの順番を決定するための様々な考慮要素の一つである。被リ

リンク数やその質などを基準に決定されたとされる。ただし、本来、ページリンクと検索結果は異なる概念である。

- (31) Wu, *supra* note 12, at 1527.
- (32) *Id.*
- (33) *Id.* at 1528.
- (34) *See id.* at 1526–28.
- (35) *Id.* at 1529–30.
- (36) *See id.* at 1529–30.
- (37) *Id.* at 1530.
- (38) *See id.* at 1530–31.
- (39) Bracha I, *supra* note 2, Bracha II, *supra* note 4.
- (40) *See* Bracha I, *supra* note 2, at 1637, Bracha II, *supra* note 4, at 1163–66.
- (41) Bracha II, *supra* note 4, at 1171–73.
- (42) *Id.* at 1173–75.
- (43) *Id.* at 1175–76.
- (44) *Id.* at 1177–78.
- (45) *See* Eric Goldman, *Search Engine Bias and the Demise of Search Engine Utopianism*, 8 YALE J.L. & TECH. 188, 196–99 (2006).
- (46) *See* Bracha II, *supra* note 4, at 1181–83.
- (47) *See id.* at 1186–88.
- (48) Bracha I, *supra* note 2, at 1640.
- (49) *See* Bracha II, *supra* note 4, at 1199, Bracha I, *supra* note 2, at 1640–44.
- (50) Bracha I, *supra* note 2, at 1650.
- (51) *Id.*

- (52) *See id.* at 1646-51.
- (53) *Id.* at 1652.
- (54) *See Bracha II, supra* note 4, at 1193-96.
- (55) メディア特性論に関する連邦最高裁判決について、岡根好彦「インターネット上の表現に対する規制——メディア特性論に関する連邦最高裁判決の検討を中心に——」阪南論集・社会科学編五三卷二号（二〇一八年）四三頁以下参照。
- (56) *Miami Herald Pub. Co. v. Tornillo*, 418 U.S. 241 (1974). 本判決の邦訳として、石田栄仁郎「プレス・メディアと『反論権』——マイアミ・ヘラルド対トーニロ事件——」比較法政七号（一九七五年）一一五頁以下参照。本判決の評釈として、たとえば、石田栄仁郎「『表現の自由』に関する現代的課題——プレスにおける『反論権』、『フェア・プレス』対『フリー・プレス』をめぐる米国の判例、学説を中心に——」近大法学二三卷二号（一九七五年）四六―五四頁参照。
- (57) *Tornillo v. Miami Herald Pub. Co.*, 38 Fla. Supp. 80 (1972).
- (58) *Tornillo v. Miami Herald Pub. Co.*, 287 So. 2d 78, 82 (1973).
- (59) *Tornillo*, 418 U.S. at 257.
- (60) *Id.* at 258.
- (61) *Turner Broadcasting v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994) [Turner I], *Turner Broadcasting v. FCC*, 520 U.S. 180 (1997) [Turner II]. Turner I 判決を紹介するものとして、たとえば、山口いつ子「一九九五―二」アメリカ法二八八頁以下、長谷部恭男「情報化と表現の自由——多チャンネル化とメディア法制」ジュリー一〇八九号（一九九六年）四九―五一頁、樋口範雄『アメリカ憲法（第二版）』（弘文堂、二〇二一年）四三四―四三五頁、佐々木秀智「アメリカにおけるケイブルテレビ規制と言論の自由——再送信義務づけ規則を中心として——」法律論叢七八卷四―五号（二〇〇六年）一一八―一二四頁、Turner II 判決を紹介するものとして、たとえば、山口いつ子「一九九八―二」アメリカ法二八六頁以下、樋口・同四三五頁、佐々木・同一二五―一三〇頁参照。
- (62) *Turner Broadcasting v. FCC*, 819 F. Supp. 32, 45-47 (1993).
- (63) *See Turner I*, 512 U.S. at 636-37.
- (64) *See id.* at 637-39.

Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969) では、地上波放送局に対する反論権規定の合憲性が争われた。連邦通信委員会が定めた「公平原則」と呼ばれる放送の基本原則に関する規定では、公的な問題について放送する際には対立する双方の見解を反映し、個人に対する攻撃を含む場合には反論権を確保することが義務づけられていた。最高裁は、放送は表現の自由によって保障されるメディアであることを認めつつも、放送は、放送を行うために必要な周波数には限界があり、混信を防止するためには周波数を特定の放送局に割り当てなければならないという特質を備えていることから、緩やかな審査基準を用いて反論権規定の合憲性を認めた。

また、Turner I 判決において、連邦議会は、地上波放送に関する連邦最高裁の法理は物理的制限ではなく地上波放送の市場を特徴づける「市場の機能不全」に基づくものであるとした上で、ケーブルテレビ放送の市場も同様の機能不全に陥っているため、Red Lion 判決と同様に緩やかな基準を適用すべきであると主張している。これに対して法廷意見は、同裁判所の地上波放送に関する法理は、放送固有の物理的特性に基づくものであって、市場の経済的特性に基づくものではない等として、連邦議会の主張を斥けた (See *Turner I*, 512 U.S. at 639-40)。

(65) See *id.* at 634-44.

(66) See *id.* at 646-47.

(67) *Id.* at 655.

(68) *Id.* at 656.

(69) See *id.* at 656-57.

(70) *Id.* at 657.

(71) オブライエン・テストを充足し規制の合憲性が認められるためには、①規制が重要なあるいは実質的な政府利益を促進するものであること、②その利益が表現の自由を抑圧することとは関係がないこと、③表現の自由に対する付随的な制約が規制の目的にとって必須の範囲を超えたものではないことが示されなければならない (United States v. O'Brien, 391 U.S. 367, 377 (1968))。

(72) 山口・前掲註 (61) 二九二頁参照。

(73) Eugene Volokh & Donald M. Falk, *Google: First Amendment Protection for Search Results*, 8 J.L. Econ. & Pol'y 883

(2012). なお、右の論文は白書の公開バージョン (published version of White Paper) である。以下では、右の論文に沿いながら Volokh 教授らの見解を整理するが、Volokh 教授は単著論文として *Freedom of Speech and Information Produced Using Computer Algorithms* (21 June, 2012) を執筆している ([http://volokh.com/2012/06/21/freedom of speech and information produced using computer algorithms/](http://volokh.com/2012/06/21/freedom-of-speech-and-information-produced-using-computer-algorithms/), last visited 26 Mar., 2021)。

(74) See Volokh & Donald M. Falk, *supra* note 73, at 884.

(75) See *id.* at 885.

(76) Reno v. ACLU, 521 U.S. 844 (1997). 本判決については、樋口範雄・前掲註(61)四三六頁、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第八版〕』(有斐閣、二〇一八年)三三四頁、岡根・前掲註(55)四八―五〇頁参照。また、本判決の邦訳として、伊藤博文「合衆国司法長官ジャネット・リノ他 対 アメリカ自由人権協会」豊橋創造大学短期大学部研究紀要一八号(二〇〇一年)一九一頁以下参照。

(77) FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978).

(78) See Volokh & Falk, *supra* note 73, at 887.

(79) Tornillo 判決の法理は、市民団体が主催するパレードに特定の主義主張を持った団体の参加を認めなかったことの適法性が争われた Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Boston 判決によって拡大されていく。そこでは、話し手が何を言うか何を言わないかを決定する自由は、「プレスに限定されるわけではなく、一般のビジネス企業によっても享受され、表現を職業とする者と同様に、何気ない表現 (unsophisticated expression) を行う普通の人々によっても享受される」この判断が示された (See Hurley v. Irish-American Gay, Lesbian & Bisexual Grp. of Boston, 515 U.S. 557, 573-74 (1995))。

(80) See Volokh & Falk, *supra* note 73, at 887-88.

(81) See *id.* at 888-89.

(82) United States v. Stevens, 559 U.S. 460, 479 (2010).

(83) Sorrell v. IMS Health, Inc., 564 U.S. 552, 570 (2011).

(84) See Volokh & Falk, *supra* note 73, at 889-90.

- (53) *See id.* at 890–91.
- (58) *Hurley*, 515 U.S. at 570.
- (52) *See Volokh & Falk, supra* note 73, at 891.
- (88) *See id.* at 892.
- (68) *See id.* at 893–94.
- (66) *Reno*, 521 U.S. at 870.
- (16) *Bracha I, supra* note 2, at 1191.
- (26) *See Bracha I, supra* note 2, at 1190–91.
- (36) *Chandler, supra* note 3.
- (54) *Id.* at 1108.
- (56) *See id.* at 1109–1118.
- (66) *Id.* at 1125.
- (57) *See id.* at 1125–26.
- (86) *Id.* at 1129.
- (66) *Id.*
- (101) Michael J. Ballanco, *Searching for the First Amendment: An Inquisitive Free Speech Approach to Search Engine Rankings*, 24 GEO. MASON U. C.R. L.J. 89 (2013).
- (101) *See id.* at 98–99.
- (201) *See id.* at 101–03.
- (103) *Id.* at 103.
- (104) *Id.*
- (201) *Id.* at 103–104.
- (101) *See id.* at 103–04, 106–07.

- (107) *Id.* at 105.
- (108) *Id.*
- (109) *See id.* at 104-05.
- (110) *Id.* at 111.