



Title	検索事業者の表現の自由に関する一考察（二・完）： 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, 72(1), p. 249-273
Version Type	VoR
URL	<a href="https://doi.org/10.18910/88273">https://doi.org/10.18910/88273</a>
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・完）

——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、第七一巻六号）

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（以上、本号）

### 第二章 連邦地方裁判所の判決の紹介と検討

これまで、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学説の議論状況を考察した。次に本章では、裁判所の立場について分析を試みたい。ここでは連邦地方裁判所の判決について検討する。参照に値するものとして、*Search King 判決*、*Langdon 判決*、*Zhang 判決*の三つが挙げられる<sup>11)</sup>。

## 第一節 連邦地方裁判所の三つの判決の紹介と検討

## (一) Search King, Inc. v. Google Tech., Inc. 判決

## 1. 事実の概要

本件は、検索結果の上位に表示されるウェブサイトに自らの広告を掲載したい者と当該ウェブサイトの所有者とを仲介する斡旋事業を営む Search King 社について、Google が設計するアルゴリズムによって導出されるページランクの順位が低下したことに端を発する。ページランクの優劣は検索結果の順位の上位下位と必ずしも連動するわけではないが、密接に関わっているものであるとされる。ページランクの順位が低下した結果、Search King 社のウェブサイトに検索結果の下位に表示されるようになったため、ウェブサイトへのアクセス数が減少し、Search King 社のビジネス機会に対する不利益が生じた。

そこで、Search King 社は、Google は Search King 社に割り当てられていたページランクを意図的にかつ悪意を持って低下させた、Search King 社の広告斡旋事業が Google の事業と競合していることが判明した後にページランクの順位が下げられた等として契約関係における不法行為を主張し、差止めによる救済、補償的損害賠償および懲罰的損害賠償を求めるべく裁判所へ提訴した。これに対して Google は、ページランクは保護された表現であるため、ページランクの順位の低下に起因する不法行為責任から免責されると主張した。両当事者の主張は、Jefferson County 判決<sup>(17)</sup>に基づいて行われている。同判決では、原告の学校区が発行した借款債について被告が否定的な記事を掲載したことに対して、借款債に対する評価が著しく誤っていること、契約や取引関係を意図的に妨害していること、有害な虚偽の公表に該当すること等を理由に被告の行為の違法性が争われた。同判決において第十巡回区連邦控訴裁判所は、公共の関心事に関する意見表明で明らかに虚偽の事実を含んでいないものは憲法上完全に保

障されるとする連邦最高裁の先例<sup>(13)</sup>に依拠した上で、表現の自由の保護は、学区の借款債に対する否定的な評価にも及ぶとした。さらに、同裁判所は被告が意図的に悪意を持って行動したとする原告の訴えを斥け、話し手や書き手が憎悪や悪意に基づいている場合であっても、その表現は修正第一条によって保障されることを認めた。これらの前提に基づいて、Search King 社は、ページランクは特許を取得した再現可能なものである等として、ページランクは客観的であり真偽を証明することが可能であるため、本件と Jefferson County 判決は区別されると論ずる。これに対して Google は、ページランクは主観的なものであるため、Jefferson County 判決と異なることはない主張した。

## 2. 判旨

オクラホマ西部地区連邦地方裁判所はまず、オクラホマ州法の下で契約関係における不法行為を争う訴訟は、①被告が原告の事業あるいは契約関係を妨害したこと、②妨害が悪意に満ちた不正なものであって正当化されず、免責されず、許されないものであること、③妨害の直接の結果として原告が損害を被ったことを原告が証明しなければならぬとした上で、両当事者によれば、本件は第二の要素次第であることを確認する。

次に、同裁判所は、本件において Jefferson County 判決が先例として妥当するか否かについて検討する。裁判所はこう言う。「特許を取得済みのプロセスは再現可能でなければならぬため、そのようなプロセスからの意図的な逸脱は、意図的な操作がなかった場合に結果が異なっていたであろう範囲で、証明可能な虚偽の結果が生じるのは当然のことである<sup>(14)</sup>」。それゆえ、「ページランクを決定するためのアルゴリズムを適用するプロセスは、本質的には客観的なものである<sup>(15)</sup>」。「しかし対照的に、ページランクの結果、つまり、特定のウェブサイトの相対的な重要

性についての数値は、基本的には主観的なものである。と言うのも、検索エンジンに使われているアルゴリズムは検索エンジンごとに異なっており、同アルゴリズムはウェブサイトが検索クエリに対応するかどうかを判断するための考慮要素やそれらの重要性に照らして、ウェブサイトの相対的な重要性に関して異なる表示を行っているからである<sup>(19)</sup>。以上を踏まえると、本件は Jefferson County 判決と類似したものである<sup>(20)</sup>。

その上で同裁判所は、ページランクは公共の関心事に関連していること、ページランクは検索クエリ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って明らかに誤った内容を含んでいないこと、特定のウェブサイトに割り当てられた相対的な重要性が虚偽であることを証明するための他の手だてが考えられないことを理由に、Google のページランクは完全な憲法上の保障を受ける資格があるとした<sup>(21)</sup>。そして、Jefferson County 判決に基づけば、憲法によって保障された表現が憎悪や悪意によって動機づけられていたとしても、契約関係における不法行為は成立しないと結論づけられた<sup>(22)</sup>。

### 3. 検討

本件で問われたことは、検索事業者が導出するページランクは、客観的で真偽の証明が可能なものと言えるかあるいは主観的な表現であると言えるかというものであった。この点、裁判所は、ページランクを決定するためのプロセスは客観的で真偽の証明が可能なものであるとする一方で、検索事業者ごとにページランクを決定するためのアルゴリズムが異なっていることから、客観的な適用プロセスを経た後のページランクの結果は、検索事業者による主観的な表現であって真偽の証明が可能なものではないと結論づけた。これは、具体的に説明すれば、次のようになるだろう。たとえば、ある検索事業者は、ページランクを決定するために A、B、C の要素を考慮するとする。

この場合、A、B、Cの要素を考慮するというプロセス、すなわち、すべての要素を考慮したのか又はいくつかの要素だけを考慮したのかといったことは客観的に把握可能で再現可能なものである。それゆえに、すべてのウェブページに関して、A、B、Cの要素を考慮しなければならず、特定のウェブページのページランクを評価する際にはAのみ、他のウェブページのページランクを評価する際にはB、Cのみといったことは許されないこととなる。これに対して、A、B、C、Dの要素を考慮するようにアルゴリズムを設計し直したりB、C、Dの要素を考慮するようにアルゴリズムを設計し直したりすることで、導出されるページランクの値が変化することとなるが、どの要素を考慮するのかに関する判断やそれにより生じる結果は、主観的なものであつて検索事業者の表現として保護されるということになる。

本判決のこの理解は、検索結果の表示順位を決定するという場面にも同様にあてはまるものであると考えられる。すなわち、本判決に従えば、検索結果の表示順位を決定する際にどの考慮要素を組み入れるのかに関する決定、それにより生じた検索結果の表示順位は検索事業者による表現であると言えるだろう。

（一） Langdon v. Google, Inc. 判決<sup>(12)</sup>

1. 事実の概要

本件は、Google<sup>(12)</sup>が特定のキーワードで検索が行われた場合に原告のウェブサイトが検索結果に表示されないようにしたこと等が、修正第一条等によって保障される原告の権利を侵害していないかどうかについて争われた事案である。原告は、www.NCJusticeFraud.com および www.ChinalsEvil.com の二つのウェブサイトを所有しており、NCJusticeFraudにおいてノースカロライナ州司法長官である Roy Cooper を含むノースカロライナ州政府役人お

よび従業員によって行われた詐欺行為を暴露し、China's Evilにおいて中国政府によって行われた残虐行為について言及した。これに対して Google は、原告の保有するウェブサイトへの広告の掲載を拒否したほか、[Roy Cooper] や [Attorney Roy Cooper] で検索された場合について、その検索結果から原告のウェブサイトを削除した。そこで原告は、原告のウェブサイトの広告を検索結果の目立つ場所に掲載すること等を求めて裁判所へ提訴した。

## 2. 判旨

デラウェア地区連邦地方裁判所はまず、修正第一条は何人にも表現の自由を保障しており、これは「何を言うか、何を言わないか」に関する決定を必然的に含むことを確認する<sup>(12)</sup>。その上で、社説に対する反論文の掲載を新聞社に強制することが修正第一条によって保障される新聞社の編集権を侵害するのと同様に、検索結果の一部に特定のウェブサイトの広告を掲載することを強要することも Google の修正第一条の権利を侵害することとなるとの見解が示された<sup>(13)</sup>。

## 3. 検討

本判決では検索結果の提供が検索事業者の表現行為であるかどうかは直接には示されていない。しかし、本判決の意義は、Torillo 判決が踏襲されていることにある。裁判所のこの判決の背景には、検索結果として提供するものは検索事業者による表現であり、掲載する内容について強要することは内容規制に当たるとの理解があるのだろう。これは完全保障説と親和的である。

(11) Zhang v. Baidu.com, Inc. 判決<sup>(12)</sup>

1. 事実の概要

本件の被告である百度 (Baidu) は、Baidu.com 呼ばれる中国語の検索エンジンを運営している。二〇一〇年の時点で、百度は世界で第三位、中国で最大手の検索事業者であるとされている。本件の原告は、執筆、出版、民主主義に関連するイベントの報道を通じて中国の民主主義を促進する者を自称するニューヨークの住民団体である。本件は、原告がインターネット上に中国の民主化運動やジャスミン革命等に関連する記事やビデオ等を公開したところ、Google や Microsoft の Bing の検索結果には同記事やビデオなどが表示される一方、百度の検索結果にはそれらが表示されなかったことを契機とする。原告は、百度が原告の記事やビデオ等を意図的にブロックしているとして、百度や中国政府を相手取って一六〇〇万ドルの損害賠償および弁護士費用を求めて提訴した。

2. 判旨

ニューヨーク南部地区連邦地方裁判所はまず、本件において適用される先例法理の確認から始める。そこでは、Tornillo 判決や Hurley 判決に言及しつつ、公共の関心事について「何を言うか、何を言わないか」に関する編集上の判断に政府が介入してはならず、この法理は報道機関だけで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適用されること、表現の自由の保護は発話者が一貫した正確なメッセージを述べているかどうか、発話者がオリジナルの内容を作成したかどうかにかかわらず適用されることが述べられている。さらに、政府の意図が崇高なものであったとしても（たとえば、報道機関としての責任を促すこと、誤解を招いたり他者を傷つけたりする表現を抑止すること）、それは表現の自由に対する制約を正当化するものではないことが指摘されている<sup>(13)</sup>。



その上で同裁判所は、検索結果と表現の自由の関係性について検討する。まず、「検索エンジンの主な目的は、インターネット上の膨大なデータから関連する情報を収集し、検索を行う者にとつて最も有益な方法でそれらを整理すること」<sup>(126)</sup>であつて、その際、検索エンジンはどの情報をどこに表示するかについて必然的に編集上の判断を下すと指摘する。これは、どの記事を紙面のどこに掲載するかという新聞社の判断やどの観光名所をどのように紹介するかというガイドブックの作成者の判断等と同様である。次に、同裁判所は、連邦最高裁の先例法理に依拠すれば、「多くの場合検索エンジンが意見ではなく事実を収集して伝達していることは修正第一条による保護を否定するものではない」<sup>(127)</sup>と述べる。そして、検索結果を提供するためのアルゴリズムは人間が作成したものであつて、利用者が検索クエリにふさわしいと感じる可能性が最も高い検索結果はどれかについての検索事業者のエンジニアの判断が取り込まれているため、検索結果がアルゴリズムに基づいて提供されていることもまた検索結果の修正第一条による保護を否定するものではないとした。このような理解を基に、裁判所は、検索エンジンが他人の作成した内容を選択して配置し、ある内容が最初に表示されたり他の内容が最後に表示されたりすることとなる重要な順序付けを行う場合、検索エンジンは完全に保護された修正第一条の表現を行っていると結論づけた。<sup>(128)</sup>

さらに同裁判所は、本件において Turner 判決を先例として適用し得ないことについても言及する。まず同裁判所は、Turner 判決において中間審査基準が適用されたことについて、ケーブルテレビが他者の表現の単なる導管であつたこと、ケーブルテレビには他者の表現を封殺するための物理的な力が備わつていたこと、マスト・キャリー規定が内容中立規制であつたことが要因であるとの理解を示す。その上で、原告は百度が編集活動を行つてゐることを前提としており、そもそも百度が情報の導管であることを主張していないこと、第一に百度は民主主義に賛同する投稿がインターネット上に現れることを防ぐことはできず検索エンジンの利用者が当該投稿に触れること

を手助けするかどうかを決定できるにすぎないこと、第二に百度に満足できない者はGoogle等その他の検索エンジンを利用することでインターネット上の情報にアクセスできることから、検索事業者は他者の表現を封殺するだけの力を有していないこと、百度が何を選択し何を選択しなかったかを理由とする制約は内容規制に当たることから、本件ではTurner判決は適用できないと指摘した。<sup>(120)</sup>

### 3. 検討

本件では、検索結果の提供に際した検索事業者の活動は新聞社による編集活動と類似したものであるとするLangdon判決と軌を一にした上で、検索結果の提供は検索事業者の表現であるとの判断が示された。その理由はこうである。まず、検索エンジンはインターネット上で利用可能なすべてのウェブサイトをインデックスし、表示しているわけではなく、選択的にウェブページを収集している。そして、その情報をどこに表示するかを決定する際に、検索エンジンは複雑なアルゴリズムを使用する。アルゴリズムの中にどの要素を組み込み、各要素をどの程度重要視するかといった選択には、検索事業者のエンジニアの編集上の判断が含まれており、それらは検索事業者の表現とみなされる。<sup>(121)</sup>

加えて、Zhang判決では、Turner判決の適用を否定しTomillo判決を先例として位置づけることで、検索事業者の表現の自由に対して原則的に制約を加えてはならず、ケーブルテレビのような特別な制約に服さないことが示された。

## 第二節 まとめ

連邦地方裁判所の諸判決においては、検索結果の提供は検索事業者の表現活動であるとする立場が支配的である。しかし、その理由付けは必ずしも一様ではない。それらは、検索結果の提供を検索エンジンの意見とみるアプローチとマス・メディアの編集行為と同等のものであるとみるアプローチに分けることができる。<sup>(13)</sup> 第一に、検索結果の提供を検索エンジンによる意見であるとみなしたのが Search King 判決である。本判決では、検索エンジンごとに異なる結果が導出されることを理由として、特定のウェブサイトの相対的な重要性についての結果であるページランクは検索エンジンによる意見であるとの判決が下されたが、前述のように、この法理は検索結果の提供の文脈でも妥当する。第二に、検索結果の提供をマス・メディアの編集行為と同等のもものとみなしたのが Zhang 判決である。本判決では、どの情報をどこに含めるのかに関する検索エンジンの編集上の判断は、新聞社等の編集行為と同様の性質をもつとの理解が示された。Langdon 判決も同様に、検索事業者の表現活動を新聞社のそれと類推のものとみる点では、Zhang 判決と共通するものである。

加えて、連邦地方裁判所の諸判決は、検索事業者の表現の自由は憲法上完全に保障されたものとして制約は原則として許されないとする立場をとる。とりわけ、Langdon 判決と Zhang 判決では Tomillo 判決が先例として妥当するとの見解が示されている。

## 第三章 得られた結果と若干の考察

ここまで考察してきたアメリカの判例学説の議論状況のうち、日本法に示唆を与え得ると思われるものについて、検索結果の提供は検索事業者による表現か否か、および検索事業者に保障された表現の自由の限界はどこにあるの

かといった視角から整理したい。

## 第一節 検索結果の提供は検索事業者による表現か否かについて

### （一）得られた結果

アメリカ法では、検索エンジンという「機械」そのものが検索結果の提供を行う表現主体として憲法上の保護の対象となるわけではないとの共通理解の下で、検索結果の提供には検索事業者のエンジニア（アルゴリズム作成者）の判断が含まれていることから、前述した、WCO教授にいう「人間」要件を満たし得ると考えられている。

その上で、「検索事業者による検索結果の提供」という概念を分析するために、（各論攷や判例の中で必ずしも明示的に区別されているわけではないが）準備プロセスの結果として表示されるウェブサイトの内容と検索事業者の間にはどのような関係性があるのかという次元と、検索エンジンはウェブサイトへのアクセス数の多寡や情報源の信頼度等の客観的な考慮要素を軸として、どの情報をどこに表示するのかに関する準備プロセスを通じて検索結果の表示順位を決定しているという次元が区別されている場合と、両者が一体的に捉えられている場合とが把握できる。<sup>(13)</sup>

そして、第一の次元について言えば、まず、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する立場からは、検索エンジンはインターネット上の膨大な情報を収集し、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検索を行う者にとつて最も有益な方法でそれらを整理して提供するが、このような情報の提供を促えて検索事業者は表現活動を行っている」と主張される。これに対して、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ないとする立場からは、何らかの情報を提供しているからといって直ちに表現の自

由によって保障されるわけではないと論じられる。詳述すれば、①検索結果の提供は、検索事業者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の情報発見を援助する機能を果たしていることによって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こと、②新聞社は、通信社から購入した記事を紙面に掲載するという点で他者の表現を媒介している場合であったとしても、その記事の内容に目を通した上で、記事の内容に賛同し、あるいは大抵の場合積極的には反対していないと考えられるのに対して、検索エンジンは伝達する膨大な情報を逐一チェックし支持しているわけではなく、言わば機械的に右から左へと情報を伝達しているにすぎないという面が大きいため、検索結果の内容と検索エンジンが関連づけられるものではないこと等に鑑みれば、検索事業者による検索結果の提供は表現活動とみなされることはない。

次に、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する立場からは、情報を収集し整理するという編集行為それ自体が表現の自由によって保障されると指摘される。これに対して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ないとする立場からは、検索事業者は表現を収集しているものの、階層的に整理された全体として意味のある統合物を作成しているわけではないため、検索事業者による編集活動は表現の自由によって保障されることはない主張される。

第二の次元に関しても同様に、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ないとする立場によれば、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の情報発見を援助する機能を果たしていることによって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ことから、同プロセスは検索エンジンの表現活動として保障されることはない、とされる。

しかし、これは、検索エンジンが一般的な評価基準に従ってウェブサイトの内容を表示する場合に限った考え方

である。すなわち、検索エンジンが一般的な評価基準を逸脱し、自社の商品の利用・販売を促進することを狙いとして意図的に上位に表示される検索結果は検索事業者による表現であるとみなされる可能性が高いと指摘されることも明らかとなった。

以上の分析から明らかとなったことは、検索事業者による検索結果の提供と表現の自由を検討するに際しては、まず、「準備プロセス」と「検索結果に表示されるウェブサイトの内容」を区別することが有益である、ということである。その上で、これらの各項目の中で、検索事業者が検索結果の提供という形で行う情報提供が表現とみなされるか否か、検索結果は検索事業者による編集の産物と言えるか否かが議論されることとなる。以下では、検索エンジンが一般的な評価基準に従って活動する場合に絞って、日本法を評価したい。

## （二）若干の考察

それでは、これまで分析したアメリカ法の議論状況がわが国の議論にどのような影響を与えるのか。「はじめに第二節」で言及した日本の Google 検索結果削除請求事件において、最高裁は、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」と判示した。この判示は、検索事業者による検索結果の提供のある面は表現行為であり、ある面は表現行為ではないとの理解が現れたものであるう。したがって、わが国において、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結論づけることは適切ではない。

次に、なぜ「側面を有する」という婉曲な表現が用いられたのかが問題となる。その理由の一つは、検索結果の提供は機械によって自動的に行われるという要素が強いものの、提供される検索結果は検索エンジンの技術者の方針が組み込まれたものであるということであった。「現在、一般的に用いられているロボット型検索エンジンは、

①インターネット上のウェブサイトに掲載されている無数の情報を網羅的に収集してその複製（キャッシュ）を保存し、②この複製を基にした検索条件ごとの索引（インデックス）を作成するなどして情報を整理し、③利用者から示された一定の検索条件に対応するURL等情報を上記索引に基づいて検索結果として提供するという三段階の情報処理を経るという仕組みであることから、「このような検索エンジンの情報処理手順は、検索結果の提供に関する検索事業者の方針に沿った結果を得ることができるよう設計作成されたものであることに鑑みると、検索事業者自身の表現行為という側面があることを否定し難い」とされる。<sup>(13)</sup> 敷衍すれば、「検索事業者による検索結果の提供は、インターネット利用者に対して情報を提供する点で『表現』と捉えうる一方で、アルゴリズムに従って人の個別的な意思行為を介在せずになされる点で、典型的な表現行為ではないということができ」、本決定ではそういう趣旨が上記の表現で示された。<sup>(14)</sup>

他方、本決定の争点の一つが検索事業者がプライバシー侵害の責任を負うかどうかにあったことから、わが国の学説においては、検索事業者による検索結果の提供が表現行為という「側面を有する」と言い回しが採られたのはなぜか、すなわち、検索事業者による表現活動と典型的な表現活動とを区別する分水嶺はどこにあるのかという点に関して積極的に論じられてこなかったように思われる。たとえば、Google 検索結果削除請求事件において原告人の代理人弁護士を務めた神田知宏は「検索サイトは自らの表現行為として検索結果というコンテンツを表示している」と指摘する。<sup>(15)</sup> これに対してGoogle 側の代理人弁護士を務めた古田啓昌らは、最高裁は「検索事業者の表示行為は『表現行為という側面を有する』と判示したが、これは判断基準として比較衡量を採用する前提として、『表現の自由』を検索事業者側の対抗利益として捉えるためである」と理解した上で、「最高裁があえて『側面を有する』という婉曲的な表現を用いていること」や、「元サイトの表現者等による伝統的な『表現行為』の場合

とは異なる判断基準を採用した」点などに鑑みると、「最高裁は、グーグル・インクが元サイトの表現者等と同様の伝統的な『表現行為』を行っているわけではなく、その実質は『媒介者』であることを前提とした判断をしたものと理解することができる」と論じている。<sup>(136)</sup> 伝統的な表現行為を行っていないとの言い回しはやや含みがあるものの、古田らの見解は神田のそれとは対極的なものであると考えることができるだろう。そして、古田らと同様に、岡根好彦はアメリカの議論状況を分析した上で、「検索エンジンの機械的な結果表示を表現の自由の保障対象として解することは困難であるとの結果が得られた」としている。<sup>(137)</sup> また、Google 検索結果削除請求事件より前の論致ではあるが、宇賀克也は①検索結果のタイトルやスニペット・サムネイル自身が名誉を毀損したりプライバシーを侵害したりする場合、②リンク先のウェブページに名誉毀損やプライバシー侵害となる情報が含まれている場合に区別して検討すべきであると指摘した上で、前者に関しては「スニペットやサムネイルのアーキテクチャを作成したのは検索サービス事業者であること等を踏まえると、検索サービス事業者を単なる情報の媒介者とみることには疑問が残る」とし、後者に関しては「検索結果のリンク先の情報について、検索サービス事業者自身の表現とみることは困難であり、情報の媒介者として位置づけるべきと思われる」と述べた。<sup>(138)</sup> 各見解は、「検索結果の提供は検索事業者による表現行為か否か」という命題に対する答えである。

以上をまとめると、検索事業者による検索結果の提供は表現行為という「側面を有する」という命題の意義に関して、わが国の学説上では、「検索結果の提供には検索事業者のエンジニアの意思が含まれていると考え得る一方で、多分に機械的な側面があることから、典型的な表現行為とは一線を画したものである」と論じられてきた、と整理できる。

これに對して、本論文における分析で明らかとなったことは、検索事業者による検索結果の提供と典型的な表現



行為との差異はそれに尽きるものではない、ということである。もちろん詳細についていまだ不明瞭な点は多いが、検索事業者による検索結果の提供と典型的な表現行為との差異について、アメリカ法の分析に基づけば新たに次のように理解することができそうである。説明のためには、新聞社の表現活動と検索事業者の表現活動を比較することが有益である。まず、新聞社は何面にスポーツ記事を、何面に政治の記事を、何面に時事ネタを掲載するのか、そしてどの程度の紙幅を割くのかという決定（準備プロセス）を行う。そして、ジャーナリズムの慣習を踏まえると、新聞社は記事の内容を支持しているか又は積極的に反対していないと理解されることから、（通信社から記事を購入していたとしても）紙面に掲載される記事の内容は新聞社による表現であるとみなされる。実際には、記事の重要性や内容を加味して掲載する場所やスペースの決定が行われていると考えられることから、「準備プロセス」という次元と「紙面に掲載される記事の内容が新聞社自身の表現である」という次元は不可分の一体のものと理解する余地もあるだろう。しかし、いずれにせよ、新聞社の表現活動には「準備プロセス」の次元と「紙面に掲載される記事の内容が新聞社自身の表現である」という次元の両者を兼ね備えていることから典型的な表現行為とみなすことができる。これに対して、検索事業者の表現活動は「準備プロセス」の次元は存在しているが「検索結果に表示されるウェブサイトの内容は検索事業者自身のもつとみなされる表現である」という次元が存在していない。検索事業者には、エンジニアの意思に従ってどの要素をどのような比重で考慮するのかを決定するという「準備プロセス」の次元は存在するものの、その結果表示されるウェブサイトの内容については、一般に検索事業者はこれを支持し賛同していると認識することは困難であるし、階層的に整理された全体として意味のある統合物を作成しているとも考えることも困難である。

結局、検索事業者による検索結果の提供には片方の次元しか存在していないため、新聞社のような典型的な表現

活動と呼ぶことはできない、ということである。

## 第二節 表現の自由の限界について

### （一）得られた結果

アメリカ法の下では、*Turnillo* 判決を踏襲することで検索事業者による検索結果の提供に対する制約は原則として認められないとする立場と、*Turner* 判決を踏襲することで検索事業者による検索結果の提供に対する制約は比較的広範に認められるとする立場が対立しあうことが明らかとなった。そして、両立場が結論を異にする理由は、検索エンジンの表現活動に対する規制が①内容規制であるか内容中立規制であるか、②検索事業者を他者の表現のための導管とみなし得るか否か、③検索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、という観点にあることが示された。この点、検索結果は検索エンジンの表現であり、検索事業者は他者の表現のための導管ではないと考える立場を採ると、検索エンジンに対する規制は内容規制であるとの結論となることから、検索結果の提供に対する制約は原則として認められないこととなる。これに対して、検索結果は検索エンジンの表現ではなく、検索事業者は他者の表現のための導管であると考えれば、検索エンジンに対する規制は内容中立規制である場合が多いことから、検索結果の提供に対する制約は比較的広範に認められることとなる。

さらに、第三の要件に関して、検索事業者がインターネット上の情報流通を独占的に支配するようなボトルネック又はゲートキーパーであると評価できる場合には、このような評価は比較的広範な規制が認められる方向に働くこととなる。これに対して、複数の企業が検索エンジンを提供していること等を踏まえ、検索事業者はインターネット

ット上の情報流通に対するボトルネック又はゲートキーパーではないと評価できる場合には、検索事業者に対する規制は原則として認められないこととなる。

以上を踏まえ、ここでも同様に、検索エンジンが一般的な評価基準に従って活動する場合に絞って、日本法を評価したい。

## (二) 若干の考察

検索事業者による表現活動の限界に関して、参照に値するわが国の学説として、第一に、表現活動には、「特定の目的を実現することを意図して行われるという意味で、広義の『機能』としての側面がある」と理解し、「表現が伝達される受け手によるメッセージの理解と評価を前提とした『伝達効果』」と「受け手によるメッセージの理解と評価を必ずしも経ることなく実現されうる狭義の『機能』」とに区別することが可能であるとした上で、「プログラムの〔筆者註…狭義の〕機能に着目した規制は、原則として、内容中立規制として審査されるべき」であるとしつつ、その規制が「実質的にプログラムが受け手に与える伝達効果の抑制を狙いとした規制と見なせる場合や、第三者の表現を内容に基づいて規制することを狙いとした規制と見なせる場合」には、表現内容規制として嚴格審査に服する余地があると説くものがある。<sup>(139)</sup>第二に、プラットフォーム事業者による表現管理と利用者の表現の自由に関する法益との緊張関係を考慮すれば、「言論選別型管理における自由に関しては、利用者の表現の自由等との権衡上、一般的な表現の自由に比べてその保護の程度が弱まる可能性が高い（自由の行使可能範囲が縮減される度合いがやや大きい）ものの、少なくとも情報配置検索型管理における自由に関しては、利用者の表現の自由等の行使に対する重大な支障とならない範囲内で、比較的広範に保障され得る」と論じるものがある。<sup>(140)</sup>前者は、著作

権を保護するための技術（著作物へのアクセスを制限するアクセス・コントロールや複製など著作権により保護された著作物の利用行為を制限するコピー・コントロールなど）を回避するソフトウェア（プログラム）を自らのウェブサイトに掲載することと表現の自由の関係という文脈の中で論じられたもので、後者は、検索事業者とSNS事業者を一体として検討したものである。しかし、コードにより書かれたコンピューター・プログラムが問題となまっていること、検索事業者とSNS事業者は、本来的に異なっているものであるが類似した性質も備えていることから、これらの学説は検索事業者による検索結果の提供という文脈に対しても有益な示唆を与えてくれるものである。そして、これらの見解を包摂すれば、わが国の学説では、検索事業者による表現活動の限界を検討するにあたっては、「言論選別型管理か」又は「情報配置検索型管理か」、「内容規制に当たるか」又は「内容中立規制に当たるか」といった観点からの考察が求められてきたということとなる。この点、「はじめに」で述べたように、本論文が念頭に置く場面は検索事業者が恣意的に情報をコントロールする場合（検索結果を削除する場合）であることから、右に言う「言論選別型管理」について考察したい。

第一に、準備プロセスについて言えば、たとえば、検索順位を決定する際に「これこれの内容を考慮してはならない」とか「これこれの内容を考慮しなければならない」といった規制は内容規制として厳格な審査に服することになる。これに対して、検索事業者が決定した考慮要素を等しく適用するように求める規制は内容中立規制として規制が認められる可能性が高い。

第二に、検索エンジンが意図的に特定のウェブサイトに関する検索結果を削除したり順位を下げたりする能力を制限する場合、たとえば政治的表現などの特定の内容に限りて規制を行う場合は内容規制であると考えられる。他方で、ウェブサイトの内容に基づかない規制は、内容中立規制である上、検索エンジンの利用者にウェブサイトの

内容を賛同していると誤認される危険性が低い。したがって、このような規制は比較的広範に認められる余地があるろう。

これに加えて、本論文における分析で明らかとなったことは、検索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」を有するか否かといった視角からの考察も求められるということである。しかしながら、この要件に関して言えば、さらに検討すべき課題が多い。

### おわりに——残された課題

最後に本論文では触れることのできなかった課題に言及したい。検索エンジンは、多様な情報を発信・受領することを可能とし、利用者の表現活動を促進するという点で「公共性」を有していることには疑いがない。そして、アメリカ法上の議論状況を紐解けば、検索エンジンに対する外在的な法規制が許されるか否かは、検索事業者が「公共性」に対して与える弊害を市場内在的に解消できるかどうかが一つの鍵であった。この点、わが国では、検索事業者「」による経済的支配力・政治的支配力の集中やそれが生み出す弊害は、現状においては市場内在的に自然に解消し得ると想定することはもはや現実的ではない<sup>(14)</sup>。いとの指摘がなされている。そうであれば、「公共性」ゆえの規制が検索事業者に対して行われることとなり得るが、その際、検索事業者もマス・メディアも、多種多様な情報を提供しているという点で「国民の知る権利」に奉仕する存在であって、思想の自由市場における有力なプレイヤーであるという共通点を持つことから、既存のマス・メディアとの共存が説かれている<sup>(15)</sup>。この点、検索事業者とマス・メディアは、その性質上、異なる面も多々存在することは指摘しておかなければならない。

第一に、両者は表現活動を通じて「国民の知る権利」に奉仕しているものの、その根本において異質なものであ

る。マス・メディアは、マス・メディア自身によって周到に取材を行った上での正確性の担保された情報を公共的な価値に基づいて序列化し、広く国民が共有するにふさわしい「基本的情報」を提供している。そして、このような序列化を通じて、マス・メディアは通説的な見解と周辺の見解とを区別する機能を果たしている<sup>(14)</sup>。また、マス・メディアによって提供される情報は「プロフェッショナル性と職業倫理に基づいて行われてきた」。それらは、「報道機関内部における各部門のプロフェッショナル達が集った編集会議の手厳しい批判を潜り抜けたものである」<sup>(14)</sup>。それゆえに、マス・メディアから発信される情報を受領する受け手は、受動的な姿勢であったとしても、ある程度信頼のおける情報に触れることができる。これに対して検索エンジンは、ウェブサイトの内容を公共的な価値によって序列化しているわけではなく、どれが中心的な見解でどれがそうではないのかを区別しているわけではない<sup>(15)</sup>。それゆえに、フェイクニュース等の有害情報に騙されることなく検索エンジンの利用者が望む情報へアクセスするためには、一定の知識や能力を備え、主体的に情報に接しなければならぬ<sup>(16)</sup>。これらは、両者の優劣を含意するものではないが、これらの違いを憲法上どのように評価すべきかということとは、重要な課題である。第二に、典型的な表現活動を通じて「国民の知る権利」に奉仕するマス・メディアと、言わば「場貸し」を通じて「国民の知る権利」に奉仕する検索エンジンの差異<sup>(17)</sup>を考慮に入れる必要がある。第三に、検索事業者による思想の自由市場の「独占」をどのように評価するのか、という問題点が残されている。従来論じられてきたようなマス・メディアによる思想の自由市場の独占は、そもそも新たな表現が市場の中に流入してこないことを問題視する文脈の中で述べられてきたものであった。これに対して、検索事業者の文脈では、新たな表現が市場の中に入っていないわけではない。それゆえに、検索事業者の文脈で懸念され得る「独占」とは、市場の中に存在する情報に対してアクセスすることが事実上不可能となる場合、とすることができる<sup>(18)</sup>。情報の流入自体が阻害されているケースと情報へのア

クセスが阻害されているケースの差異をどのように考慮すべきかという点は、残された課題とするほかない。

〔付記〕本論文は、第五回「JILIS 情報法×憲法研究会」(二〇二二年五月二三日、オンライン開催)における報告内容を発展させたものです。同研究会では、多くの先生方より貴重なご指摘を賜りました。厚く御礼申し上げます。

(Ⅲ) 本文で紹介する三つの事件のほか、検索事業者の表現の自由について言及した裁判例は二つ存在する。すなわち、E-Ventures Worldwide, LLC v. Google, Inc. 判決 (188 F. Supp. 3d 1265 (M.D. Fla. 2016)) および Dreamstime.com, LLC v. Google, LLC 判決 (No. C 18-01910 WHA, 2019 WL 2372280 (N.D. Cal. June 5, 2019)) である。

① E-Ventures Worldwide, LLC v. Google, Inc. 判決

本件の原告である e-ventures は、特定の産業の商品やサービスをレビューするオンライン出版・調査会社である。そして e-ventures の収益の大部分は SEO 事業 (search engine optimization: 検索エンジン最適化) に由来するものである。一般に、ウェブサイトの作成者は Adwords と呼ばれる費用を Google に支払うことで、自身のウェブサイトを上位に表示させることができる。Adwords は Google の貴重な収入源となっている。これに対して、SEO 事業とは Adwords を支払うことなしにウェブサイトを上位に表示させるために、ウェブサイトの構成などの調整を援助する事業である。これにより、ウェブサイトが検索結果の上位に表示されるようになるため、ウェブサイトへのアクセス数が増加するだけでなく、ウェブサイトの作成者は自身のウェブサイトの広告スペースを高価格で販売することが可能となる。他方で、Google にとつては、Adwords による収入が減少するという不利益が生じることとなる。このような事情を背景の一つとして、Google はガイドラインへの抵触を理由に、のべ三六五個もの e-ventures のウェブサイトを検索結果から削除した。これにより、e-ventures は回復不能な損害を受け、ビジネスに大きな影響を受けたことから、不正競争などを理由に提訴した。

フロリダ中部地区連邦地方裁判所はまず、修正第一条の保障する表現の自由は何を言うか何を言わないかの決定を含んでいること、修正第一条の保護は個人のみならず企業その他の団体にも適用されることを確認する。その上で、「当裁判所は、検索エンジンのアウトプットである検索結果は修正第一条によって保障されるとの主張を裏付けるために Google

が引用した事例〔筆者註：Zhang 判決、Search King 判決〕にはほとんど異論はない」と述べる。しかしながら本件においては、Google がガイドラインに適切に依拠したかどうかが争点となっており、Google の表現が真実か虚偽かを証明することができるところから、裁判所は修正第一条は原告の主張を禁止するものではないとした。

② Dreamstime.com, LLC v. Google, LLC 判決

本件の原告である Dreamstime は、何年もの間、あらゆる検索エンジンの検索結果の上位に表示されていた。しかしながら、二〇一五年頃を境に、Google の検索エンジンによって提供される検索結果の順位が著しく低下した。この下落は、Google が Dreamstime の主要な競合他社とライセンス契約を結んだことと重なるものである。一方で、Dreamstime の競合他社は、Google の検索結果の上位に表示されていた。これを受けて Dreamstime は、Google での広告を増やそうとしたものの、Google はそれを拒否した。一方で、競合他社が全く同じ広告を出すことは認められていた。また、Google への広告を通知や説明なしにキャンセルされたり、根拠なくポリシー違反と認定されアカウントが停止されたり、モバイルアプリが Google のアプリストアから削除されたりした。そこで、Dreamstime はシャーマン法に基づく違法な独占などを理由に提訴を行った。

カリフォルニア北部地区連邦地方裁判所は、「一般に修正第一条が検索エンジンを保護していたとしても、Google の主張は失敗に終わる」とする。新聞社に他人の権利や自由を侵害する特別な特権が与えられていないのと同様に、検索結果を不当かつ違法に操作し、追加キャンペーンのために不要な金額の消費を強制される場合にまで検索結果が修正第一条で保障されることはないと述べた。

(112) Jefferson County Sch. Dist. No. R-1 v. Moody's Investor's Servs., 175 F.3d 848 (10th Cir. 1999).

(113) Milkovich v. Lorain Journal Co., 497 U.S. 1 (1990).

(114) Search King, 2003 U.S. Dist. LEXIS 27193 at 10.

(115) *Id.*

(116) *Id.*

(117) *See id.* at 9-11.

(118) *See id.* at 11-12.



- (119) See *Id.* at 13.
- (120) *Langdon v. Google, Inc.*, 474 F. Supp. 2d 622 (D. Del. 2007).
- (121) 本件の被告は Google, Yahoo!, Microsoft や others が、原告の申立てのほとんどが Google に向けられている。
- (122) See *Langdon*, 474 F. Supp. 2d at 629-30 (quoting *Riley v. National Federation of the Blind of North Carolina, Inc.*, 487 U.S. 781, 796-97 (1987)).
- (123) See *Langdon*, 474 F. Supp. 2d at 630 (referring to *Tornillo*, 418 U.S. at 256).
- (124) *Zhang v. Baidu.com, Inc.*, 10 F. Supp. 3d 433 (S.D.N.Y. 2014).
- (125) See *id.* at 437-38.
- (126) *Id.* at 438.
- (127) *Id.*
- (128) See *id.* at 438-39.
- (129) See *id.* at 439-41.
- (130) See Goldman, *supra* note 45, 190-91.
- (131) 岡根好彦「検索エンジンの検索結果と表現の自由——アメリカ合衆国の議論を参考に——」情報メディア研究一九巻一号(二〇二〇年)六九—七二頁参照。
- (132) 岡根・前掲註(131)七五頁参照。
- (133) 高原知明「判批」ジュリー五〇七号(二〇一七年)二一〇—二二頁。
- (134) 曾我部真裕「表現の自由(4)——インターネットがもたらした変容」法教四九二号(二〇二一年)五二頁、同「『インターネット上の情報流通の基盤』としての検索サービス」論ジュリー二五号(二〇一八年)四七—四八頁。
- (135) 神田知宏「検索結果削除請求の実務と課題——最高裁平成二九年一月三十一日決定を踏まえて——」判時二三二八号(二〇一七年)一九頁。
- (136) 古田啓昌ほか「投稿記事削除仮処分令申立事件——最高裁平成二九年一月三十一日決定に対する評価と今後の課題」判時二三二八号(二〇一七年)一四—一五頁。

- (137) 岡根・前掲註(131) 七六頁。
- (138) 宇賀克也『忘れられる権利』について——検索サービス事業者の削除義務に焦点を当てて——論ジュリ一八号（二〇一六年）三一—三三頁。
- (139) 成原慧『表現の自由とアーキテクチャ——情報社会における自由と規制の再構成』（勁草書房、二〇一六年）二八〇—二八一頁参照。
- (140) 海野敦史「プラットフォーム事業者による流通情報の管理を通じた表現の自由の保障のあり方——米国法上の議論を手がかりとして——」情報通信学会誌三七卷四号（二〇二〇年）七〇—七一頁参照。
- (141) 木下昌彦「デジタル・メディア・プラットフォームの憲法理論」情報法制研究九号（二〇二一年）二四頁。
- (142) 水谷瑛嗣郎「報道機関とプラットフォームの調和——デジタル空間と日本の民主制」新聞研究八三四号（二〇二一年）二〇頁以下。
- (143) 曾我部真裕教授（京都大学）のご教示による。なお、これらの内容はすべて筆者の責に帰すべきものである（以下、同じ）。また、長谷部恭男『テレビの憲法理論』（弘文堂、一九九二年）九四頁参照。
- (144) 水谷瑛嗣郎「『国民の知る権利』の複線——ビッグデータ・AI時代に表面化する二つの『知る権利』——」情報法制研究六号（二〇一九年）六三頁。
- (145) 曾我部真裕教授のご教示による。
- (146) 寺田麻佑上級准教授（国際基督教大学）のご教示による。
- (147) 松本和彦教授（大阪大学）のご教示による。
- (148) 曾我部真裕教授のご教示による。