



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

SNSとパブリック・フォーラム論 ——パブリック・フォーラム論の機能条件

一橋大学法学部 / Firenze大学法学部

土井翼



1. はじめに

2. PF論のSNSへの適用をめぐる議論

2.1. PF論の概要

2.2. PF論のSNSへの適用

3. PF論のSNSへの適用という仮象問題

4. おわりに





1. はじめに

2. PF論のSNSへの適用をめぐる議論

2.1. PF論の概要

2.2. PF論のSNSへの適用

3. PF論のSNSへの適用という仮象問題

4. おわりに



土井翼（どい・つばさ）

関心分野：公法学、特に行政法総論

現職：一橋大学大学院法学研究科・准教授
Firenze大学法学部・客員研究員

これまでの研究

統治団体の存立基盤としての公共空間とその概念構成

『名宛人なき行政行為の法的構造』（有斐閣、2021）

誰でも使用できるが誰のものでもない公共空間

「公共用物上の不法占拠者の排除」東大LR9巻（2014）

「自由使用の非権利性という神話」一橋法学21巻2号（2022）

→私人は（いつ）権利として公共空間を利用しうるか？

「現代のパブリック・スクエア」

公共空間としてのSNS

インターネット利用者の8割超がSNSを利用

SNS利用目的はコミュニケーション、情報収集など

参照：[総務省「令和3年通信利用動向調査の結果」](#)

→SNS利用の阻害は社会生活に対する脅威たりうる

SNSは現代のパブリック・スクエア

登録性犯罪者にSNSへのアクセスを禁ずる州法の合憲性

→連邦最高裁：表現の自由を侵害するが故に違憲

参照：*Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730 (2017)

SNSへのパブリック・フォーラム論の適用

パブリック・フォーラム論

目的：表現の自由の保障、増進

効果：特定の空間へのアクセスを私人に権利として保障

SNSへのパブリック・フォーラム論の適用

目的：SNSにおける表現の自由の保障、増進

効果：SNSそれ自体、特定のアカウントへのアクセスの保障

e.g., Trumpアメリカ合衆国前大統領によるブロックの違法性を争う訴訟

参照： *Knight First Amendment Institute v. Trump*, 928 F.3d 226 (2019)

本報告の主張

パブリック・フォーラム論をSNSに適用すべきではない

- ・ 重要なのは、SNSへのアクセスが権利として保障されるか否か
 - * PF論は典型的に保障を認める点に解釈論的意義がある
- ・ 表現の自由の反対利益が多様または重要な場合にPF論は機能しない
- ・ SNSにおける表現の自由の反対利益は多様かつ重要
- ・ そうすると、SNSはPFかという問題を解いても無意味
 - Cf. 本報告の関心対象はあくまでも日本法の解釈論

SNSへのアクセス保護は独自の問題として考察すれば足りる

- ・ 問題局面ごとに関係利益や利用しうる手続を検討する
- ・ ただし、具体的内容については本報告では扱えない

1. はじめに

2. PF論のSNSへの適用をめぐる議論

2.1. PF論の概要

2.2. PF論のSNSへの適用

3. PF論のSNSへの適用という仮象問題

4. おわりに

2. PF論のSNSへの適用をめぐる議論

2.1. PF論の概要

2.1.1. 表現の自由

2.1.3. 財産

2.1.2. フォーラム性

2.1.4. 管理権者

2.2. PF論のSNSへの適用

2.2.1. 帰結主義的正当化

2.2.3. 非物理的空間

2.2.2. フォーラム性

2.2.4. 私人による管理

パブリック・フォーラム論

ある私人が

- ① **表現活動**のために
- ② 一定の**フォーラム性**を備えた
- ③ **財産**を利用することを
- ④ 当該財産の**管理権者**に受忍させることで、
 - ① **表現の自由**という憲法的価値のより高次の実現を図る

ための議論

2.1.1. 表現の自由

問題の所在：表現の自由の保障をいかに実効化するか

連邦最高裁判例：他人の財産を利用した表現活動を認める

- ・ 前提①：多くの表現活動は他人に伝達されなければ意味がない
- ・ 前提②：通常人は効率的な公衆への表現伝達手段をもたない（もたなかった）
- ・ 対応策：他人の土地に「第1修正上の地役権」の設定を認める

参照：Harry Kalven, Jr., *The Concept of the Public Forum*, 1965 Sup. Ct. Rev. 1,13 (1965).

2.1.2. フォーラム性

問題の所在：いかなる性質の財がPF論の適用対象となるのか

連邦最高裁判例：財を3類型に区別する

- 伝統的PF：伝統により集会等に捧げられてきた場所
 - * 内容規制：やむにやまれぬ利益＋目的に厳格に適合した手段
 - * 内容中立規制：重要な政府利益＋十分な代替チャネルの確保
- 指定的（限定的）PF：政府が（特定の）表現活動のために公衆に開放した場所
 - * 効果は伝統的PFと同一
 - * 政府にこうしたフォーラムを設置・維持する義務は課されない
- 非PF：上記の伝統も指定も存在しない場所
 - * 観点規制は禁止されるが、それ以外は合理性の審査で足りる

参照：Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association et al., 460 U.S. 37 (1983)

2.1.3. 財産——無体物のPF対象性

問題の所在：無体物もPF論の適用対象となるのか

- ・当初のPF論は物理的な公共空間（道路、公園など）を対象としていた

連邦最高裁判例：無体物もパブリック・フォーラムたりうる

- ・表現活動の手段へのアクセスの可否を判断するのがPF論
 - * 学校間郵便網の利用資格：*Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association et al.*, 460 U.S. 37 (1983)
 - * 募金活動への参加資格：*Cornelius v. NAACP Legal Defense and Educational Fund*, 473 U.S. 788 (1985)
- ・違憲の条件の法理の適用範囲収縮に対応して、PF論が拡張したとの理解も
 - * 参照：横大道聡『現代国家における表現の自由』（2013）149-150頁

2.1.4. 管理権者——問題の所在

問題の所在：私有財産もPF論の適用対象となるのか

- ・特に財産の所有者が私人の場合に問題となる
 - ∴財産権も憲法の権利であり、表現の自由に当然に劣後するとはいえない

連邦最高裁判例：私有財産もパブリック・フォーラムたりうる

- ・会社町（company town）、ショッピング・センターでの表現活動
- ・1972年以降の連邦最高裁はかなり限定的にしかこれを認めない態度
 - * 肯定例：*Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946); *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*, 391 U.S. 308 (1968); *Pruneyard Shopping Center v. Robins*, 474 U.S. 74, (1980)
 - * 否定例：*Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972); *Hudgens v. NLRB*, 425 U.S. 507 (1976)

2.1.4. 管理権者——考慮要素

財産の機能：私有財産がPFと機能的に等価か否か

- ・特に重視されるのが公衆への公開性 (*Marsh; Logan Valley; Pruneyard*)

公的主体との関連性：管理者が公的主体と緊密な関係をもつか

- ・警察権限などの公的権限の授権 (*Marsh; Lloyd, Marshall, dissenting*)
- ・公的主体による誘致・優遇 (*Lloyd, Marshall, dissenting*)

表現活動とのつながり：私有財産で表現させるべき理由があるか

- ・その私有地で表現を行うことに意味がある (*Logan Valley*)
- ・公有地でも同一の表現をなしうる (*Lloyd*)

2. PF論のSNSへの適用をめぐる議論

2.1. PF論の概要

2.1.1. 表現の自由

2.1.3. 財産

2.1.2. フォーラム性

2.1.4. 管理権者

2.2. PF論のSNSへの適用

2.2.1. 帰結主義的正当化

2.2.3. 非物理的空間

2.2.2. フォーラム性

2.2.4. 私人による管理

パブリック・フォーラム論のSNSへの適用

日本語文献では肯定も否定もしないものが大部分

- ・水谷瑛嗣郎「大統領のSNSアカウントはパブリック・フォーラムか」慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要70号（2020年）38頁
- ・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490号（2020年）64頁
- ・興津征雄「ソーシャル・メディア・プラットフォームと公私の区分（下）」法時93巻12号（2021年）109頁

例外的に適用に積極的とみられる文献

- ・郭娜娜「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（2・完）」阪大法学71巻5号（2022年）175頁

2.2.1. 帰結主義的正当化

適用を正当化する事情

- 主体間の交流の促進：自由なアクセスによりコミュニケーションが促進される
 - * SNSのみならずニュースサイトのコメント欄についても説かれる
- 表現活動の促進：自由なアクセスにより表現活動が促進される
 - * インターネットは表現手段としてきわめて重要
 - * インターネットに匹敵する有効な表現手段は現状では存在しない

2.2.1. 帰結主義的正当化

適用を躊躇させる事情

- ・ **アーキテクチャ**：SNS上の表現規制は認識困難であり、PF論を適用しても無意味
 - * PF論が目指す効果がPF論の適用によっては達成されえないとの趣旨？
 - * 要するに、PF論を適用しても厚生が改善されないということか

2.2.2. フォーラム性

適用を正当化する事情

- ・ 公開性：SNSは一般公衆によるアクセスや利用に完全に開放されている
 - * TwitterやYouTubeは基本的に誰でも利用できる
 - * 個々の公開アカウントへのアクセスも基本的には同様

2.2.2. フォーラム性

適用を躊躇させる事情

- ・ 公開性：SNSの公開性には疑義がある
 - * PF論が適用されうる私有財産の典型はショッピング・センター
 - * ショッピング・センターと同様にSNSが公開されているのかには疑義

SMPへのアクセスは一般公衆に開放されているが、ショッピング・センターが物理的に開放されているのと完全に同じ態様とはいえないだろう。むしろスポーツの競技場や遊園地など、入場券さえ買えば誰でも入場できるが、出入り自由というわけではない施設のほうが、SMPにより似ている.....。

興津征雄「ソーシャル・メディア・プラットフォームと公私の区分（下）」
法時93巻12号（2021年）109頁

- ・ 伝統等の不在：インターネットには伝統も政府による指定もない
 - * PFとの機能的等価性を認めてよいかにも異論がありうる

2.2.3. 非物理的空間

適用を正当化する事情

- ・判例法の態度：連邦最高裁は観念的フォーラムへの適用を肯定してきた
 - * インターネットへのPF論適用に好意的な判例も存在
 - * *Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730 (2017)

2.2.3. 非物理的空間

適用を躊躇させる事情

- ・ **アーキテクチャ**：事業者により行為可能性の限界が設定される

オンライン・プラットフォームのアーキテクチャは確かに私たちに「自由」を与える反面、その領域内では最初からユーザーの行為可能性の限界を「設定」してしまう。こうした領域に、物理的空間から発想が始まった「パブリック・フォーラム」論を適用することの是非は慎重に考える必要があるように思われる。

水谷瑛嗣郎「大統領のSNSアカウントはパブリック・フォーラムか」
慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要70号（2020年）38頁

- ・ **不可視性**：適切な規律がなされたかを感覚的に確認できない

* しばしば規制がされたかすらわからない

2.2.4. 私人による管理

適用を正当化する事情

- ・判例法の態度：連邦最高裁は私有財産への適用を肯定してきた
- ・公的主体による管理：SNSの特定のアカウントについては公的管理を認定できる

* *Knight First Amendment Institute v. Trump*, 928 F.3d 226 (2019)

2.2.4. 私人による管理

適用を躊躇させる事情

- ・ 判例法の態度：連邦最高裁は私有財産への適用に消極的である
- ・ 財産権との抵触：他人の表現のために財産の利用を受忍させられるのは不当
 - * 利用規約を設定している意味が失われかねない
- ・ 公的主体による管理の質：事業者の掌の上で管理しているにすぎない
 - * アーキテクチャの許容する範囲内でしか管理はできない
 - * ユーザーはアカウントの所有者でも独占的支配者でもない

1. はじめに

2. PF論のSNSへの適用をめぐる議論

2.1. PF論の概要

2.2. PF論のSNSへの適用

3. PF論のSNSへの適用という仮象問題

4. おわりに

結論：「PFのSNSへの適用の可否」は仮象問題

SNS上の表現にまつわる活動の統制論議に資さない

- PF論は利益衡量を枠付けるための議論枠組みである
- PF論が前提とする利益状況とSNS上の表現をめぐる利益状況とは異なる

SNS上の表現にまつわる活動の統制を歪ませうる

- 異なる利益状況を念頭におく議論枠組みの適用により、利益衡量が歪みうる

結論：「PFのSNSへの適用の可否」は仮象問題

学説上もほぼ同旨の見解が存在

ある人の私有財産の上で他人の表現活動を保護すべきか否かを決定するには、財産権と表現の自由という相対立する二つの権利・自由の衡量が必要であり、規範的・政策的判断を伴う。一般公衆に開放されたショッピング・センターがパブリック・フォーラムに当たるという命題は、衡量の結論の表明にすぎず、対象が違えば衡量のやり直しが必要であろう。SMPにパブリック・フォーラム論を適用するには、単に一般公衆に開放されているかという事実のみならず、当該空間をパブリック・フォーラムとすることが何を意味するかを踏まえて考察しなければならない。

興津征雄「ソーシャル・メディア・プラットフォームと公私の区分（下）」
法時93巻12号（2021年）109頁

ここまで行くなれば、もう一歩進み、「PFか否か」という問題自体から離れてよいのでは？

論証の方針

① PF論の構造の把握・再構成

- ・表現の自由の反対利益の種類限定性
 - ・表現の自由の反対利益の類型的な低価値性
- ←この2つがPF論の機能条件

② PF論の機能条件がSNSについて満たされないこと

- ・反対利益の多様性と重要性
- ・アーキテクチャによる表現環境それ自体の操作可能性

問題の所在

PF論は利益衡量の枠組みとして大雑把すぎる

憲法上の保護は発話者の物理的位置のラベルではなく、事案における第1修正の価値と政府利益に依存するものでなければならない。もちろん、政府利益はしばしば場所の性質と結びついている。たとえば、公の歩道は一般的に政府利益がどちらかといえば弱い場所である。

〔……〕このかぎりでは、PF論は有用な発見的装置、利益衡量を喚起する短絡的方法である。しかし、この発見的装置が唯一の分析方法となれば、混乱と誤りしかもたらさない

Daniel A. Farber & John E. Nowak, *The Misleading Nature of Public Forum Analysis*,
70 VA. L.R. 1219, 1234-1235 (1984).

それにもかかわらずPF論は「葛のように」繁茂している

機能条件を同定して、その範囲に適用を限定すれば有用な道具になりうるのでは

仮説と検証方法

PF論の機能条件に関する仮説

ある事案においてPF論が機能するとすれば、当該事案における表現の自由の反対利益は限定的であり、かつ、そうした反対利益の価値は表現の自由に比して典型的に小さい

仮説の検証方法

ある事案において表現の自由の反対利益が限定的ではない、または、そうした反対利益の価値が表現の自由に比して典型的に小さいとはいえない場合には、PF論は機能しない、といえるかを連邦最高裁判例を題材に検証

- * 機能しない：PF論で利益衡量が枠付けられていない状態
e.g., 1つの事案におけるPF性の認定につき3つ以上の見解が対立（枠付け失敗）
論証過程においてPF論への言及が実質的意味をもたない（名実の不一致）

PF論の機能条件①

反対利益の非典型性、表現活動との距離

- ・ 典型的な伝統的PFや指定的PFにおける反対利益は限定的で表現行為との結びつきが強い
 - * e.g., 公道におけるデモ：秩序維持、清掃、自由使用
- ・ 反対利益が典型的想定と異質、表現活動との距離が遠い場合にはPF論の適用は不安定化
 - * e.g., 各家庭の郵便受けへのパンフレット投函：郵便事業の経営安定
 - 郵便受けはPFではなく合憲
 - PFか否かという問題設定が無意味
 - PFであるが合憲
 - PFでないが違憲

参照：United States Postal Service v. Council of Greenburgh Civic Assns., 453 U.S. 114 (1981)

PF論の機能条件②

反対利益の重要性

- 典型的な伝統的PFや指定的PFにおける反対利益は表現の自由に比して重要性が低い
 - * e.g., 公道におけるデモ：秩序維持、清掃、自由使用
 - 反対利益が典型的想定に比して重要な場合にはPF論の適用は不安定化
 - * e.g., 空港ターミナルにおける寄附勧誘行為：魅力的サービス、空の旅の円滑化
 - 空港ターミナルは非PFであり合憲
 - 空港ターミナルはPFであり合憲
 - 空港ターミナルはPFであり違憲
- 参照：Lee v. International Soc'y for Krishna Consciousness, 505 U.S. 672 (1992)
- * e.g., 広場、公園、図書館へのメッセージ性のある物体の設置
 - 庁舎前広場は伝統的PFでありKKKの十字架を設置させるべし
 - 公園は物体の半永続的設置に対してはPFではないので石碑の設置は不可
 - 図書館外壁へのメッセージタイル設置？

PF論のSNSへの適用という仮象問題①

事業者対ユーザー

- **想定事例**：アカウントの凍結解除
- **反対利益**
 - * SNS事業者の利益（財産権、契約の自由、表現の自由.....）
 - * 他のユーザーの利益（著作権、スパム投稿に閲覧を害されない利益.....）
 - * 公益（ヘイトスピーチ防止、社会秩序の平穏.....）
- **あてはめ**
 - * これらの利益は明らかに多様
 - * これらの利益が被凍結ユーザーの表現の自由に明らかに劣後するとはいいがたい
→さしあたりは個別に利益衡量をせざるをえないのでは

PF論のSNSへの適用という仮象問題②

公的ユーザー対私的ユーザー

- **想定事例**：ブロック解除
- **反対利益**
 - * 公的ユーザーの利益（自己イメージ、有権者との直接の接触、ページ汚染回避.....）
 - * 公益？（ブロックを禁止するとアカウント自体が閉鎖されかねない）
- **被ブロック主体の利益**
 - * 単なる表現の自由なのか？
 - * 「ネットワーク請願権」（水谷・前掲36頁）
- **あてはめ**
 - * これらの利益は明らかに多様
 - * これらの利益が被ブロックユーザーの表現の自由に明らかに劣後するとはいいがたい
→さしあたりは個別に利益衡量をせざるをえないのでは

PF論のSNSへの適用という仮象問題③

まとめ

- ・ いずれの事案についても、PF論を適用すべきではない
 - ∵ PF論が利益衡量を枠付ける議論として機能しない
 - = 法的判断を安定化の道具たるPF論がその役割を果たさない
- ・ なすべき作業は規範的・政策的判断を伴う衡量に尽きる
 - その作業にPF論の適用という名称を付し、SNSがPFかという問題設定をする意味はない

1. はじめに

2. PF論のSNSへの適用をめぐる議論

2.1. PF論の概要

2.2. PF論のSNSへの適用

3. PF論のSNSへの適用という仮象問題

4. おわりに

新たな設問：表現の自由論の物理的基盤

PF論が所定の効果を発生させる状況

- ・ 道路や公園におけるデモ事案
- ・ SNS上のアカウント凍結解除やブロック解除
 - * e.g., 表示頻度の操作、シャドーバンにより所定の効果発生が妨げられうる
- ・ そもそもPF論は物理的な表現空間を前提としていた？

表現の自由論の物理的基盤？

- ・ 表現の自由の優越的地位を語る前提は、表現媒体の物理的・時間的稀少性？
- ・ SNSにおける殺到型・炎上型不法行為

本報告の主張（再掲）

パブリック・フォーラム論をSNSに適用すべきではない

- ・ 重要なのは、SNSへのアクセスが権利として保障されるか否か
 - * PF論は典型的に保障を認める点に解釈論的意義がある
- ・ 表現の自由の反対利益が多様または重要な場合にPF論は機能しない
- ・ SNSにおける表現の自由の反対利益は多様かつ重要
- ・ そうすると、SNSはPFかという問題を解いても無意味
 - Cf. 本報告の関心対象はあくまでも日本法の解釈論

SNSへのアクセス保護は独自の問題として考察すれば足りる

- ・ 問題局面ごとに関係利益や利用しうる手続を検討する
- ・ ただし、具体的内容については本報告では扱えない