

|                  |   |
|------------------|---|
| Title            | 思想の自由市場の中の「フェイクニュース」  |
| Sub Title        | Fake news in the marketplace of idea  |
| Author           | 水谷, 瑛嗣郎(Mizutani, Eijirō)   |
| Publisher        | 慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所   |
| Publication year | 2019  |
| Jtitle           | メディア・コミュニケーション : 慶應義塾大学メディア・コミュニケーション研究所紀要 (Keio media and communications research). No.69 (2019. 3) ,p.55- 68  |
| JaLC DOI         |   |
| Abstract         |   |
| Notes            | 特集 : インターネット時代のメディア法の行方   |
| Genre            | Journal Article   |
| URL              | <a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1121824X-20190300-0055">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1121824X-20190300-0055</a> |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 思想の自由市場の中の 「フェイクニュース」

水谷瑛嗣郎



## ▶ 1 はじめに

最初に本稿の主目的は、昨今、巷を騒がせている「フェイクニュース」を憲法問題として考えるというものであるが、他方でそれに対する有効な対策案、特に直接規制を提示することではない。またフェイクニュースを憲法問題として考えるという主題をストレートにたどれば、①「フェイクニュース」のような虚偽情報の発信は、言論の自由により保護されるのか、②仮に保護されるとすれば、どのような規制が、どの程度まで憲法上許されるのかについて検討を行う構成になるであろう。しかしながら、本稿はそのような（特に②の部分）構成をとらない。というのも、そうした構成では、フェイクニュース「現象」を適切に捉えきることができないからである。筆者は、フェイクニュース「発信者」を憲法上（表現の自由）保護すべきか、それとも保護せずにどのような法規制を加えるべきかを議論するよりも、そもそもフェイクニュースという一連の「現象」がどのような問題を孕んでいるのかを、憲法学の、そしてメディア法の観点から見つめ直す必要があると考えている。このように本稿は、憲法適合的なフェイクニュース対策を論じていくための予備的考察と捉えていただければ幸いである。

## ▶ 2 フェイクニュース「現象」の二側面

### (1) 民主政治プロセスへの攻撃手段

すでに周知の事柄になって久しいが、2016年にオックスフォード英語辞書が、「ポスト真実 (post-truth)」という言葉が「今年という言葉」として選んだ。その定義は「客観的事実が、感情や個人的信念にアピールするよりも世論の形成に影響を与えないという環境に関連するもの、または環境を意味するもの」<sup>1</sup>であった。この概念はおよそ10年ほど前から存在していたが、イギリスのEU離脱国民投票と当時のアメリカ大統領選挙の文脈でその使用頻度が急上昇し、さらには「ポスト真実政治 (post-truth politics)」というフレーズで特定の名詞に関連付けられているという<sup>2</sup>。

こうした「ポスト真実」概念が広まるきっかけのひとつともなった2016年のアメリカ大統領選挙では数多くの「フェイクニュース」が出回った。ここでいう「フェイクニュース」は、コリンズ辞書に言う「ニュース報道を装って広められる、虚偽の、しばしばセンセーショナルな情報」<sup>3</sup>と考えてもらえば差し支えない。この定義は、世界で起きている

フェイクニュースという「現象」を理解し、的確に捉えるためには決して十分なものとは言えないかもしれないが、差し当たって本稿はこの意味で「フェイクニュース」という言葉を用いたい。

こうしたフェイクニュースが引き起こした現象としてよく取り上げられる出来事の一つが、いわゆる「ピザゲート事件」である。この事件では、アメリカのワシントン DC にあるとあるピザ店の地下が、実は有力政治家や献金者が出入りする児童買春の拠点であり、しかもそれに当時の大統領候補のひとりであったヒラリー・クリントンが関係しているという陰謀論が発端となった。傍から見れば冗談のようなこの「ニュース」は、もちろん憶測をもとにしたデマであった（そもそも陰謀論で拠点とされたピザ店には地下室はなかった）が、主として SNS を媒介にインターネット上を飛び交い、トランプ支持派とされた「オルタナ右翼」の間で定着していき、店の前には抗議集団が現れた<sup>4</sup>。2016 年 12 月、この陰謀論はついに現実の「事件」を引き起こした。噂を信じた男が、噂になっていたピザ店に銃をもって押し入り、発砲したのである<sup>5</sup>。

これ以外にも大統領選の前後において、さまざまな「フェイクニュース」が世に出回った。例えば我が国での有名どころでいえば、「ローマ法王がトランプ氏を支持した」であろうか。バズフィード・ニュースによれば、前記に加えて、「クリントン氏は IS に武器を売っている」、「クリントン氏が連邦政府機関で働く資格を剥奪された」、「FBI 長官はクリントン財団から数 100 万ドルを受け取っている」といった 4 つの偽記事が「偽記事で知られるサイト Ending the Fed」により配信されている。そして、「これらの 4 記事には、投票日までの 3 カ月間で、合わせておよそ 295 万件もの Facebook エンゲージメントがあった」とされる<sup>6</sup>。これらを含めた大量の偽記事が、選挙戦（特にトランプ大統領の当選という結果）にどれほどの影響を実際に与えたのかについてはより精査が待たれるところである。これらの偽記事の中にはトランプを否定するものもあったが、少なくとも「偽の選挙記事上位 20 件のうち、3 件を除くすべてが、明らかにトランプ氏を応援する、またはクリントン氏を批判する記事」であり、さらに驚異的なことに「選挙戦の最後の 3 カ月の前までは、主要メディアの選挙記事は、偽記事をやすやすと凌駕していた。その後、選挙が接戦になるに従い、偽記事は急上昇し、主要メディアの記事を上回った」とされている<sup>7</sup>。この種のフェイクニュース「現象」は、公共討議や選挙過程を含めた民主政治のプロセスにおいて、人々の行動や思考に「ゆがみ」を生じさせるものと捉えることができるだろう。

## (2) 報道機関に対する攻撃手段

他方で「フェイクニュース」という用語は上記とは異なるもう一つの側面を有する。そもそも我が国においてこの言葉が注目されるきっかけとなったのは、現合衆国大統領ドナルド・トランプの発言であろう。トランプ大統領は、大統領選時期から自分に批判的な既存メディアに対して「フェイクニュース」という言葉を使って攻撃を繰り返している。この点、平和博によれば、トランプが本格的に「フェイクニュース」という言葉を使い始めたのは 2017 年の 1 月に入ってからであり、「1 月中には……11 件、2 月には 18 日まででそれを上回る 15 件の "フェイクニュース" ツイートを連発している」。そして、「この半年を通して最も関心を集めたのは年明け 1 月 11 日の記者会見前後。CNN 記者を "フェイクニュース" と面罵した映像が、話題を呼んだことも要因となっている」とされる<sup>8</sup>。その標的は主として自身と敵対する主流メディア（CNN はその急先鋒）であり、トランプ大統領やその支持者によって、「フェイクニュース」という言葉は、自身らに対して批判的な主流メディアへの攻撃手段として都合よく用いられている側面が否めない<sup>9</sup>。昨今の EU におけるフェイクニュース対策の報告書「偽情報に対する多元的アプローチフェイ

ク・ニュース及びオンライン偽情報に関する独立高等グループ報告書」においても、「フェイク・ニュース」という用語が、特定の政治家やその支持者たちにとって不快だと感じる報道を退け、報道機関を攻撃するための武器として「私物化されて (appropriated)」いることが指摘されている。こうした点から同報告書は、「フェイクニュース」という言葉と「虚偽情報」を区別するところから始まっている<sup>10</sup>（ただし本稿では便宜上この二つを同義として扱っている）。

ただし、非常に悩ましいのは、この「フェイクニュース」攻撃が、的を射てしまう場合があることである。記憶に新しいところでいえば、トランプ大統領と上記のように対立を深めている CNN では、トランプ大統領のロシア問題についての報道のなかで大統領の側近が議会の調査を受けているとする記事を、内部調査の後に編集基準を満たしていなかったとして撤回し、これに伴いピューリッツァ賞受賞歴のある記者を含む3名の記者が辞職している<sup>11</sup>。後述する朝日新聞社の虚偽報道のように既存メディア側が「フェイクニュース」を報道することは日米問わず日常的にあり得ることであるが、こうした「フェイクニュース」攻撃は、為政者・国家権力側がインターネット・ツール（ツイッターなど）を用いてダイレクトに自らの支持者を含めた国民に訴えることで自らの正当性を調達し、それと同時に既存メディアの信頼性を失墜させ、より自らの基盤を盤石にするという点で非常に効果的であるといえる。こうした手法は、単に為政者が気に食わない個別のメディアを攻撃するという側面以上に、報道機関という社会における特殊なアクターの地位を低下させ、それらが担ってきた憲法上の機能、すなわち「番犬」機能と「解釈者・教育者」機能を損なわせることにもつながり、結果的には(1)でいう民主政治プロセスでの「ゆがみ」を強化してしまう側面も有する<sup>12</sup>。

またこの手法の注意点は、既存メディア攻撃の正当性を得た為政者・国家権力側が、より厳しいメディア規制（そこには法的規制も含まれる）に乗り出すきっかけとなりうることである。一田和樹の近著では、特にアジア地域において「フェイクニュース」という言葉を独裁者・政権側が巧みに利用し、言論統制につなげている側面が描かれている<sup>13</sup>。なお上記 CNN の一件に対してはその後、サンダース副報道官と記者との間で激しい舌戦が繰り広げられた<sup>14</sup>。他、近時では CNN 記者からホワイトハウスへの入館記者証を取り上げるという事態にまで至っている。CNN はこの件を連邦地裁に提訴し、連邦地裁判事が記者証の返還命令を出していた。その後、政権側は、記者証の取り上げ命令を撤回している<sup>15</sup>。詳しくは改めて別稿で取り扱いたいと思うが、この一件に対し、BBC のアナリストが「報道の自由の支持者にとって、この出来事は身も凍るような展開でしょう。大統領の『人民の敵』というレトリックを称賛する彼の支持者たちにとっては、これは歓迎すべき第一歩である」と評しているのが象徴的である<sup>16</sup>。

### ▶ 3 フェイクニュースは憲法上の「言論」か？

#### (1) 我が国におけるフェイクニュース規制

本稿は、アメリカにおけるフェイクニュース規制に関する議論を追っていくが、その前に我が国における既存のフェイクニュース規制についてもみておくことにする<sup>17</sup>。フェイクニュースの発信者に対する法的規制として、まっさきに思い浮かぶのは、刑法 230 条という刑事上の名誉毀損罪と民事上の名誉毀損だろう。この分野については、すでに憲法学においては非常に多くの先行業績による議論の蓄積がある<sup>18</sup>。刑法 230 条の 2 は、①「公共の利害に関する事実に係り」かつ②「その目的が専ら公益を図ることにあったと認める場合」には、③「事実の真否を判断し、真実であることの証明があったとき」は、「これを罰しない」としている。このうちフェイクニュースと関係するのは③の部分であるが、

この真実性の証明については、当該事実を真実であると誤信し、その誤信について確実な資料・証拠に照らし相当の理由がある場合には、名誉毀損罪は成立しないという判例法理が確立している（いわゆる「誤信相当性」の法理）<sup>19</sup>。

また同じく刑法の偽計業務妨害（または信用毀損）罪も虚偽情報に対する直接規制に該当する。刑法は233条で「虚偽の風説を流布し、又は偽計を用いて、人の信用を毀損し、又はその業務を妨害した者は、三年以下の懲役又は五十万円以下の罰金に処する」と定めている。ここでいう「虚偽の風説を流布」とは、「虚偽の事項を内容とする噂を、不特定または多数の者に知れわたるような態様において伝達する」<sup>20</sup>ことであり、この行為により「自然人、法人その他の団体が職業その他社会生活上の地位に基づいて継続して従事する事務（仕事）」<sup>21</sup>を妨害した場合に適用される。また同様の行為により、「人の経済面における社会の信頼を低下させるおそれのある状態を作り出す」<sup>22</sup>ような「人の信用を毀損」した場合は信用毀損罪に当たる。実際、熊本大震災の際に「ライオンが檻から逃げた」という嘘のツイートを呟いた男性が、同罪に問われている<sup>23</sup>。なお同男性はその後、起訴猶予処分となっている<sup>24</sup>。

他方で、近時の我が国において興味深い「フェイクニュース訴訟」とでもいうべき民事訴訟が提起されている<sup>25</sup>。本件は、朝日新聞社が虚偽の記事を掲載したことおよび同記事が誤報であると発覚したにもかかわらず、新聞倫理綱領に反し訂正を怠ったことにより、自らの「国民的人格権・名誉権」を侵害され、またこれに加えて「知る権利」を侵害されたとする原告らにより提起された、虚偽報道に関する不法行為訴訟である。本件で原告らは、「被告の一連の虚報により、……日本国及び日本国民の国際的評価は著しく低下し、原告らを含む日本国民の国民的人格権・名誉権は著しく毀損された」と主張した。しかしながら裁判所は、「本件各記事の掲載により、原告ら個人々々について社会から受ける客観的評価が低下するという道理はないのであり、またそのような事実を認めるに足る証拠もない」として原告の主張を退けている。さらに「原告らが国民的人格権・名誉権の根拠としていると思われる憲法13条」について、「その前段で個人の尊厳原理を定め、後段はこれを受けて幸福追求権として、人格的自律の存在として自己を主張し、そのような存在であり続ける上で重要な権利、自由を包括的に保障するものと解されるのであり、……個人々々に保障される人格権等を侵害すると解することには飛躍があり、上記のような報道をもって当該国家に属する国民の憲法13条で保障される人格権等を侵害するものと解することはできない」と判断している。そのうえで、国民の知る権利に対する侵害については「被告が報道機関であるという一事をもって、原告らとの個別の関係性を問うことなく、原告らを始めとする日本国民一般に対し、原告らの被告に対する真実を報道する作為を求める権利を認める法的根拠は見出し難く、被告が事実と反する報道をすることそれ自体により直ちに不法行為責任を負うと解することはできない」としつつ、興味深いことに次のように判示する。「被告が本件各記事を掲載した後これを訂正しなかったからといって、原告らが被告以外のマスメディアから情報を取得することを妨害したとはいえないから、原告らの情報収集の自由が害されたと認めることもできない」（強調執筆者）。いずれにせよ本判決は、基本的に民事訴訟の文脈において特定個人の名誉権を毀損するような場合でなければ、報道機関が「フェイクニュース」を掲載し、さらに新聞倫理綱領に反し訂正を怠ったとしても、その責任を法的に問うことは難しいということを示していたといえる<sup>26</sup>。

## (2) 虚偽の「事実」の言明の憲法上の位置づけ—アメリカの場合

さて、虚偽の言明に対する諸外国の法規制（特に刑罰などを用いた直接的な規制）の代表格としては、例えば、ホロコーストの否定があるだろう。いわゆる「アウシュビッツの

嘘」に対しては、ドイツなどで犯罪として法令により規制され、執行された事例もある<sup>27</sup>。こうしたホロコーストの否定を言論の自由により保障しないとするスタンスには、問題となっている言論が誤った「意見」ではなく、「事実」の歪曲であり、そうした部類のものは世論形成や思想の自由市場における真実発見に寄与しないという前提があるように思われる。例えば、「ヒラリー・クリントンはうそつきだ」とする言明と、「ヒラリー・クリントンが児童買春に手を染めている」とする言明があった場合、前者が真偽不明で、ヒラリーに対する一定の「評価」を含んだ「意見」である一方、ピザゲート事件で流布されたような後者は単に誤った「事実」の言明であり、論理的に区別できるようにも見えなくもない<sup>28</sup>。この点、Ari Ezra Waldmanは、そもそも思想の自由市場論に「事実」は含まれておらず、「アメリカの法的伝統において、思想の自由市場の最も重要な支持者であったホームズとブランドイス裁判官は、事実ではなく、アイデアとアドボカシーに……焦点を当てている」と指摘する<sup>29</sup>。

しかしながらその一方で、アメリカ憲法学においてはこうしたスタンスに懐疑的な向きもある。むしろ「虚偽の事実 (false statements of fact) の言明と『虚偽』の意見 ("false" statements of opinion) の言明とは、区別がつかない」ために、「政府が非論理的な、ひどい理由を付した、不寛容な、またはその国の有力な社会的および政治的エトスに反する意見の表明を抑制することができないのと同様に、政府はまた単に事実が不正確であることを理由に事実の言明を抑制することはできない」<sup>30</sup>。こうした立場をとるならば、アメリカにおいて前述のホロコーストの否定のようなものを法令により取り締まることは、かなりの困難を伴うと考えられる。

そもそも、このような虚偽の「事実」の言論もまた、言論の自由として憲法上の保護を受ける（それがどの程度かはさておき）とするスタンスは、近時の連邦最高裁判決の中である程度明確にされてきた。むしろ、（後述の Alvarez 判決でも取り上げられているが）かつて連邦最高裁は、虚偽の事実の言明については「思想市場の真実を求める機能を妨げるために、特に無価値である」<sup>31</sup>と指摘したことがあるし、また「憲法上の価値はない」<sup>32</sup>としたり、虚偽情報の拡散が「修正一条の資格証明にならない」<sup>33</sup>としたこともある。他方で、Erwin Chemerinskyが指摘するように、この点を考察するうえで重要となる二つの著名な判決がある<sup>34</sup>。ひとつが、アメリカの名誉毀損訴訟において、強力な言論保障を打ち立てた New York Times v. Sullivan 判決<sup>35</sup>である。この判決において、問題となった虚偽の言明を行った言論者が虚偽であることを知っていたか、あるいはそれが虚偽であるかどうかを意に介すことなく行っていたかを、名誉毀損を主張する原告の公職者側が立証責任を負うとした「現実の悪意」の法理<sup>36</sup>が打ち立てられたことはもはや周知の事柄であろう。この法理の背景には、修正第一条上、誤った言明が自由な討論に不可避であり、表現の自由には「息つくスペース」が必要であるという発想があった<sup>37</sup>。こうして連邦最高裁は、誤った事実の言明について、「きわめて故意に近いもの」<sup>38</sup>を除き、憲法上の保護を与える立場を（部分的にはあるが）取っているといえる。

これに加えて近時に下された判決が、United States v. Alvarez 判決である<sup>39</sup>。この事件は、2007年に本件被告人である Xavier Alvarezが、地元政府の評議会メンバーとして公の会合に出席した際に、自身が元海軍軍人であり、しかも議会名誉勲章 (Congressional Medal of Honor) を授与されたと詐称した（実際には彼はそもそも海軍に所属したことがなく、したがって受勲も虚偽であった）ことに端を発している。これが、軍の勲章を偽造したり、勲功を詐称することに刑事罰を科す武勲盗用法 (the Stolen Valor Act of 2005, 以下 SVA) に違反するとして起訴されたのである。被告人の Alvarez は、これに対し SVA の修正一条違反を主張した。

この事案の裁量上訴を受理した連邦最高裁は、審理の結果、6対3で、SVAを違憲と

判断した。ケネディ裁判官の筆による相対多数意見（本件では法廷意見を形成することができなかった）<sup>40</sup>は、まず本稿でも取り上げたいいくつかの先例に基づき、虚偽の事実の言明には価値がないために修正一条の保護は及ばないとした政府側の主張に対して、そこで挙げられている事例は、虚偽の言明に伴って違法な害悪が生じた場合に認められるようなものであったが、本件は虚偽の言明そのものに刑罰を課しており、事例が異なると指摘する。歴史的に言論の自由における内容規制は限られたいくつかの類型に該当する場合のみ許されるが、本件がこれに該当するという証拠はない。ここから、ケネディはSVAに対し厳格審査を適用し、名誉勲章の高潔さを保護するというSVAの目的については是認したものの、この重要な利益の達成にカウンタースピーチでは不十分とする政府側の懸念には十分な証拠が示されていないことを指摘する。その文脈で、ケネディは「虚偽の言論に対する治療薬は、真実の言論である」とし、これこそが「自由な社会における通常コースである」と位置付ける<sup>41</sup>。そして、極めて重要なことに、「我々の憲法理論」として、「真実にとっての最善のテストは、自らを市場の競争において価値あるものと認めさせるための思想の力である」としたAbrams v. United States判決におけるホームズ裁判官の反対意見<sup>42</sup>、いわゆる思想の自由市場論を引用する。そして、「言論および思想の自由は、国家の恩恵からではなく、個人の譲渡不可能な権利から生じる。そして、政府による言論の抑圧は、それ以上に、虚偽を社会にさらすことをより困難にしてしまう。社会は、開かれ、ダイナミックな、合理的な対話を行う権利及び市民としての義務を有している」（強調執筆者）<sup>43</sup>。「アメリカの人々は、軍の英雄たちが私たちの伝統において保持している特別な地位に対する高い敬意を表明するために、政府当局による訴追の助力を必要としない。真実を守る決意を追求する前に、政府の保護または介入を必要とするのは脆弱な社会のみである。真実は、その正しさを証明するために、手錠もバッチも必要としない。」<sup>44</sup>

また最後に手段審査の点で、SVAよりも、より制限的でない他の手段がないとは言えないとして、結果として本件SVAは修正一条に違反するものであるとしている。

本判決によって、「一般論として嘘をつく憲法上の権利が新設されたとするのは早計」である<sup>45</sup>ことは確かであるが、少なくとも連邦最高裁は、虚偽の言論を犯罪として取り締まるよりも、その他の方法、特にカウンタースピーチによって対応すべきと考えていることは明白であろう。そしてその文脈で、Abrams判決の思想の自由市場論を引用した点は象徴的であり、むしろ虚偽から真理を選び出すかどうかについて、政府ではなく「個々の市民の手に委ねられている」（強調執筆者）とみたものといえる<sup>46</sup>。

### (3) 政府規制の可能性

もちろん以上のようなアメリカにおいても、フェイクニュース（虚偽情報）の流布に対する法的規制が一切許されないと考えられているわけではない。Alvarez判決において違憲の結論に立った6名の裁判官も、いずれも目的審査の段階ではなく手段審査の段階で違憲の結論を導いている。ここから、SVAは受勲歴についての虚偽の言明を一律に禁止している点が問題視されたのであり、「つまるところ立法技術の問題にすぎない」とする指摘もあるところである<sup>47</sup>。

この点、同判決のブライヤー裁判官の結果同意意見（ケイガン裁判官が同調）<sup>48</sup>が挙げられるように、商標権の侵害については憲法上の問題を生じさせないと考えられているようである。同判決のアリトー裁判官による反対意見<sup>49</sup>は、ここから、本件で問題となったSVAの害悪を商標権侵害と同様のものと判断して、合憲の結論を導いているところである。このようにアメリカにおいても、あらゆる文脈およびあらゆる虚偽内容が一律に修正一条の保護を受けるわけでは決してないという点には注意が必要であろう。

またJames Weinsteinはエクソン・モービルが行ったとされる地球温暖化の要因やそ

の危険性についての虚偽情報キャンペーン<sup>50</sup>を取り上げ、次のように指摘する<sup>51</sup>。そうした虚偽情報のキャンペーンそのものに対する刑事訴追や法的制裁は、公共討議（public discourse）の文脈においては政府が真理と虚偽を正確に切り分けることができないため、修正一条上許されないが、他方で、証券取引委員会への提出書類や株主への報告書、コーポレート・アナウンスメントなどは、修正一条問題を引き起こさない<sup>52</sup>。なぜならば、これら典型的な詐欺事例への規制は、「いかなる修正一条上の価値も脅かさない」からである<sup>53</sup>。

他方で、興味深い主張をしているのが、Alexandra Andorferである。Andorferは、政府によるフェイクニュース規制に対する違憲審査基準としてセントラル・ハドソンテストを用いることを提案している<sup>54</sup>。セントラル・ハドソンテストは、コマーシャル・スピーチの領域における規制に対する違憲審査基準として確立してきたものであるが、①問題となった言論が、合法で、かつ消費者に誤解を与えるようなものではないか、②言論規制のために主張された政府の利益が相当程度重要（substantial）といえるか、③当該規制が政府の利益を直接推進するものといえるか、④当該規制が、政府の利益達成のために必要以上に広範でないかという四段階で構成される<sup>55</sup>。ただし同論者は、これらのテストをクリアするためのフェイクニュース規制にはいくつかの困難が残ることも認めている<sup>56</sup>。

## ▶ 4 「思想の自由市場」という設計構想

### (1) 「表現の自由を機能させる環境」としての思想の自由市場

Alvarez 判決を見る限り、政府によるフェイクニュース発信者に対する直接規制の前に立ちだかっているものの一つは、どうやら個人が相互にカウンタースピーチをフェアに行うことを原則とする「正常な」思想の自由市場論のようである。そもそも思想の自由市場論は、「ある種のシステムの思考」として、表現の自由という構想に混入している<sup>57</sup>。そして、アメリカのReno v. ACLU判決が、インターネットを「広大な民主的フォーラム」<sup>58</sup>と捉え、その「新しい思想の自由市場の劇的な拡大」<sup>59</sup>に期待を寄せたように、インターネットが我々の言論活動において所与のものとなった現代において、その情報流通過程に焦点を当てた「システムの思考」はかかせない。

この点、駒村圭吾の表現の自由優越論に関する次のような指摘は示唆に富む。すなわち、「表現の自由の優越的地位が論証されたとしても、そのような特別な価値が認められ、特別な保護が与えられる表現の自由が有効に機能する『場』の構築に関する議論（つまり、『成立条件』に関する議論）もまた、『原理論』の一貫として必要なのではないか」（強調執筆）<sup>60</sup>。思想の自由市場論は、かねてより多様な情報流通を促してきたが、この「表現の自由の客観的側面は、やがて『多様性の再生産』としてそれを政策的に追求することを正当化し、情報空間の設計構想としての役割を担うことになった」<sup>61</sup>。筆者は、こうした思想の自由市場論を「情報空間の設計構想」として捉える駒村の発想に基本的に同意するものであるが、それと同時に筆者なりに思想の自由市場を「表現の自由を機能させる環境」と呼び表そうと思う<sup>62</sup>。

笹原和俊は近著において「フェイクニュース」問題を「ニュースの内容や伝達の問題としてだけでなく、情報の生産者と消費者がデジタルテクノロジーによってさまざまな利害関係の中で複雑につながりあったネットワークの問題として捉えるべき」<sup>63</sup>と指摘する。つまり、フェイクニュースを「生態系」の観点から捉えなおすということであろう。この点、工藤郁子も「『フェイクニュース』そのものの真偽を問題とするのではなく、情報流通の方法など全体構造として問題を捉えた方が、より妥当」として、課題の再設定が必要との見解を示している<sup>64</sup>。このような問題設定が示される背景には、「フェイクニュース」

が個人によって拡散・受領される様式として、Facebook や Twitter といった、いわゆる SNS の力が非常に大きく作用していることがある<sup>65</sup>。これらツールが、インターネット上でのコミュニケーション・ツールとして、私たちの日々の言論活動に多大な好影響を与えたことは言うまでもない。ただその一方で、「現代においてニュースや情報は、テクノロジーに媒介された社会関係によって運ばれている」（強調ママ）<sup>66</sup>。こうしたツールの背後には、高度に「個別化」を促すアルゴリズムが潜んでおり、私たちは、そうしたアルゴリズムによって知らぬ間に「あなたのため」の情報をあらかじめ取捨選択して提示されているのである。これを「フィルターバブル」と評したイーライ・パリサーは、こうした環境下で生じる問題点の一つに「公開の論争がしにくくなる」ことを挙げている<sup>67</sup>。これを筆者なりに言い換えると、これまでは虚偽情報が流れたとしても、テレビや新聞といった「みんな」が触れる情報プラットフォームを通じて「思想の自由市場」にアクセスし、論争をし、決着をつけることができた。ところが現在、私たちがそうした情報にアクセスするための情報プラットフォームは、アルゴリズムにより高度に「個別化」されているため、以前のように公開の議論で決着をつけることが困難となっている<sup>68</sup>。

こうした視座からフェイクニュース問題を見直すならば、それは単に虚偽の言論を吹聴する加害者を直接規制により制すれば事足りるというような単純な問題ではないことも浮かび上がる。フェイクニュース「現象」とは、まさに「思想の自由市場の機能不全」とでもいうべき状況であり、その対策は、「表現の自由を機能させる環境」をいかに「整備」するかという問題と捉え得るのである。

この視点は、単にフェイク・ニュース対策という側面からだけではなく、我が国でいう「国民の知る権利」の側面からも非常に重要に思われる。というのも、本稿でも触れた朝日新聞社をめぐる不法行為訴訟は、国民の知る権利の侵害の論点に対し、「被告が本件各記事を掲載した後これを訂正しなかったからといって、原告らが被告以外のマスメディアから情報を取得することを妨害したとはいえないから、原告らの情報収集の自由が害されたと認めることもできない」（強調執筆者）と指摘しているが、それは「およそ各人が、自由に、さまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、……民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるもの」（強調執筆者 よど号ハイジャック記事抹消事件）<sup>69</sup>にするという「思想の自由市場」の正常稼働を当然の前提としている。しかしアルゴリズムにより多様な情報に触れることがかなわない現在の情報空間を前提にするなら、この点には再検討の余地がありそうである。

## (2) 思想の自由市場の機能不全と再設計

このように既存の思想の自由市場論について問題があったとすればそれはむしろ、そのシステムの「捉え方」にあったと考えられる。現代において「思想の自由市場」の大半を占める仮想領域は、アルゴリズムにより形成されている。ところが先の Alvarez 判決に垣間見える、連邦最高裁に通底していると考えられる思想の自由市場観は、上記のような「環境」の背景に潜むアルゴリズムの存在を考慮できていない。さらに言えば、同論は、情報を発信するために活動している諸アクターの「身元」に無頓着であり、そうした「環境」で情報を受領し、判断し、議論することになる「個人」にも楽観的である。これは別段、連邦最高裁に問題があったというよりも、インターネットというテクノロジーの出現が上記のような問題点を炙り出してしまった側面が大きい。

フェイクニュース現象で問題となっていることの一つとして、インターネット上の言論空間に、特に選挙過程の文脈で、外国勢力他が介入してきていることが挙げられよう。前述の一田は、ネット上でのフェイクニュースおよび世論操作を用いたロシアによるアメリ

カ大統領選への干渉について、「現代の戦争のツールのひとつ」であり、ハイブリッド戦兵器であるとまで評している<sup>70</sup>。さらに、ロシアがハッキングにより入手したメールを暴露するために用いた方法の一つが、ウィキリークスであったことも指摘される。このような点を考慮すると、特に本稿の2(1)の観点から、情報発信者の「身元」という視点は、私たちの民主主義過程において放置しえない問題とも捉えられる。しかし先に挙げたChemerinskyが、こうした「言論者の身元 (the identity of the speaker)」を主題化することの問題について指摘する<sup>71</sup>ように、そもそも、インターネットの「越境性」は、それが私たちの表現活動にもたらした最大のメリットでもあったはずである。至極当然のことであるが、トランプ大統領がいくら国境に“物理的な壁”を建設したところで、情報流通にまで「壁」を設け、情報鎖国を行うわけにはいかない。これは我が国にとって同様である<sup>72</sup>。つまりここでの問題は、外国を情報源として流入してきた情報と、国内を情報源とする情報とを、私たちが異なって扱うべきかということになる<sup>73</sup>が、より突き詰めていけば、「信頼できる情報源」を私たち「個人」が判別しうるかという問題に行き着く。ここでは結局のところ、信頼できる情報源に私たちがアクセスしやすくなるようなインターフェイス上の仕組みが必要となる。

また既存の思想の自由市場論についてはその「個人」中心的な側面の限界が指摘されている。Joseph Blocher<sup>74</sup>は、アメリカにおいて、特に主要な提唱者であるホームズ裁判官が唱えた思想の自由市場論が、「諸個人が互いの利益のために費用をかけずに競争する、アトム的な場としての市場 (the marketplace as an atomistic place) として説明」されてきたことを指摘する<sup>75</sup>。しかし、市場には「取引コスト」と呼ばれる良いアイデアや商品を探し出して、評価し、入手するためにかかる時間や費用が生じるのであり、これは、思想の自由市場においても同様であると指摘する。Blocherは、新制度経済学派の知恵を借り受け、思想の自由市場の中で、こうした「取引コスト」を削減させるべき活動・機能している「制度(体)」に着目し、その機能について再評価している<sup>76</sup>。現代におけるフェイクニュースの問題も、この文脈で捉えることが可能であるように思われる。そうすると、これまで思想の自由市場の中であまり着目されることのなかった「制度(体)」のひとつとしての「プレス」機能に着目し、それらに特別な憲法上の任務を負わせる仕組みも有効かもしれない。

### (3) 「フェイク・ニュースを治癒する魔法の弾丸 (magic bullet) は存在しない」<sup>77</sup>

このように表現の自由の成立要件たる「思想の自由市場 (=表現の自由を機能させる環境)」を上記のような諸点から再点検するならば、この問題に取り得る方向性もおのずと見えてくるであろう。つまり重要なのは、①信頼できる情報源にもっと人々の注目を集める方法と、②そうした信頼できる情報を生成することのできるアクター(制度(体))を手助けする方法を模索し、もって表現の自由を機能させる環境を整え、デザインすることである<sup>78</sup>。すなわち、必要なのは「デザイン」の手段としての種々の媒介者規制や、各種アクター(制度体)の再評価とそれらに対する各種助成なのではないか。

こうした観点からすると、前述したEUで展開されたフェイクニュース対策報告書は非常に興味深い。同報告書は、オンライン・プラットフォームを含めたすべてのステイクホルダーの役割と責任を反映したCode of Practicesを制定し、その遵守を求めており、それによって「表現の自由を可能にする環境 (an enabling environment for freedom of expression)」を促進・保護することを企図したものである<sup>79</sup>。

また我が国が今後取りうる方向性も二つほど見いだせよう。一つは、私たち「個人」が虚偽と真理を見分けることができるように、より他者や異見との間でコミュニケーションを重ねることができるようなアーキテクチャのデザインを推進することである。前者の点

でいえば、「スパム」という概念が重要と考える。フィン・ブラントンによれば「スパム」とは「人間の注目を搾取する」もの<sup>80</sup>であり、「仮想」の思想の自由市場で私たちに常に付きまとう存在である。「あなたのため」にフィルタリングされている現代の私たちの情報「環境」においては、私たちの耳目に他者の異見（これには事実に対する異なる見方も含む）を流入させるようなデモクラシー・フレンドリーなアーキテクチャを設計する必要がある<sup>81</sup>。

二つ目は、正確なニュース生成を行う「プレス（＝ジャーナリスト集団）」に対する助成である。教育や研究に対する助成のみならず、「プレス」に対する憲法上の特権を付与することも有効かもしれない。Lili Leviも、フェイクニュース対策として、（アメリカの判例法理上は認められていない）プレスへの憲法上の各種特権付与を主張している<sup>82</sup>。Leviは、主として情報源の秘匿（取材源秘匿特権）などを挙げているが、本稿の観点からは、むしろ政府機関への情報アクセス権、特にアメリカの場合はホワイトハウスのような政府施設への入館、記者会見への参加・質問権を憲法上の特権として形成する必要があると思われる。先のCNN記者の入館記者証の停止について、司法省のロイヤーが、「ジャーナリストはホワイトハウスに入館する修正一条上の権利を有していない」との主張をしていると報じられている<sup>83</sup>。こうしたジャーナリストの権利（＝特権）は、政府側による「フェイクニュース」攻撃（都合の悪い記者・メディアを排除しようとする措置も含めて）に対する強力な切り札となる可能性を秘めている。ただし、Levi自身も「このおそらく直観に反する実験が機能するためには、報道機関全体が専門的なジャーナリズムの規範を発展させ、それに従う必要がある<sup>84</sup>」と指摘し、同時にジャーナリズムの実践における各種改革を訴えていることには注意を要する。

もちろんこうした環境デザイン自体に一種の実験的側面がある以上、ここで挙げたもの以外にも「表現の自由を機能させる環境」の構築にとって有効な手段はあるであろう。またこうした環境構築のためには、各ステークホルダーの自主的な取り組みだけでは足りず、政府による関与も必要になろう<sup>85</sup>。必然的に、本稿の結論は「思想の自由市場」の中に、政府権力を不用意に呼び込むことにつながるかもしれない。そのためにも、憲法学・メディア法学の価値理念により、政府による環境構築をいかにしてコントロールするかが今後の要諦となるように思われる。

---

## ●付記

本稿は、日本学術振興会科学研究費助成金若手研究（B）「「プレスの法理」の更新—デジタル・メディア革命以後の民主政の規範的再生に向けて」（2017年度～2019年度）の研究成果の一部である。

---

## ●注

1. “Word of the Year 2016 is…” Oxford Dictionaries online (2016) at <https://en.oxforddictionaries.com/word-of-the-year/word-of-the-year-2016> (最終アクセス日 2019・2・11).
2. *Id.*
3. See, at <https://www.collinsdictionary.com/dictionary/english/fake-news> (最終アクセス日 2019・2・11).
4. *The saga of ‘Pizzagate’: The fake story that shows how conspiracy theories spread*, BBC NEWS (2 Dec. 2016) at <https://www.bbc.com/news/blogs-trending-38156985> (最終アクセス日 2019・2・11).
5. 清水憲司「偽ニュースが起こした米国「ピザゲート事件」の“狂気”」毎日新聞（2017年9月2日）at <https://mainichi.jp/premier/business/articles/20170901/biz/00m/010/027000c> (最終アクセス日 2019・2・11).
6. BuzzFeed Japan & Craig Silverman「米大統領選の終盤、Facebook上では偽ニュースが本物を逆転した BuzzFeed News の分析」BUZZFEED NEWS（2016年11月20日）at <https://www.buzzfeed.com/jp/bfjapan/fakenews-facebook> (最終アクセス日 2019・2・11).

7. *Id.*
8. 平和博「トランプ大統領はなぜ"フェイクニュース"を連呼するのか？」ハフィントンポスト（2017年2月20日）at [https://www.huffingtonpost.jp/kazuhiro-taira/trump-president-say-fake-news\\_b\\_14869628.html](https://www.huffingtonpost.jp/kazuhiro-taira/trump-president-say-fake-news_b_14869628.html)（最終アクセス日 2019・2・11）。
9. トランプ大統領における記者会見での対立と発言についてまとめた映像がある。参照、「トランプ氏対メディア『お前には質問させない』」BBC NEWS JAPAN（2017年6月28日）at <https://www.bbc.com/japanese/video-40427902>（最終アクセス日 2019・2・11）。
10. *See*, European Commission, *A multi-dimensional approach to disinformation - Report of the independent High level Group on fake news and online disinformation*, 7 Mar 2018, pp 10, at [http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc\\_id=50271](http://ec.europa.eu/newsroom/dae/document.cfm?doc_id=50271)（最終アクセス日 2019・2・11）。また同報告書については、拙稿「立法動向 欧州連合におけるフェイク・ニュース対策の現在」メディア法研究第1号（2018年）193頁以下を参照。
11. *See*, *Three CNN journalists resign after Trump aide article removed*, BBC NEWS (27 Jun. 2017) at <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-40414886>（最終アクセス日 2019・2・11）。
12. 報道機関の憲法上の機能については、拙稿「『プレス自由』条項の現在——ポストデジタル革命時代における『プレス識別』に関するS・ウェストの所説を参考に——」法学政治学論究（103号）165-198頁を参照。
13. 一田和樹『フェイクニュース 新しい戦略的戦争兵器』（角川新書、2018年）61頁および第四章を参照。
14. 参照、「扇動的なのはどっちだ——ホワイトハウス記者室で激しいやり取り」BBC NEWS JAPAN（2017年6月28日）at <https://www.bbc.com/japanese/video-40426667>（最終アクセス日 2019・2・11）。
15. *See*, *Jim Acosta row: White House restores CNN reporter's pass*, BBC NEWS (19 Nov. 2018) at <https://www.bbc.com/news/world-us-canada-46267281>（最終アクセス日 2019・2・11）。
16. *Id.*
17. なお我が国におけるフェイクニュースに対する法規制の現状については、板倉陽一郎「フェイクニュースへの法規制は劇薬か 根絶されるべき問題だが、立法議論の先行は現実的ではない」WEBRONZA（2017年10月4日）at <https://webronza.asahi.com/politics/articles/2017100100005.html>（最終アクセス日 2019・2・11）が大いに参考となる。
18. その代表格は、松井茂記『表現の自由と名誉毀損』（有斐閣、2013年）である。
19. 最大判昭和44年6月25日刑集23巻7号975頁（「夕刊和歌山時事」事件）。
20. 大谷實『刑法各論〔第3版〕』（成文堂、2007年）93頁。
21. 大谷・前掲20 91-92頁。
22. 大谷・前掲20 117頁。
23. 「熊本地震でライオン脱走とデマ投稿、『悪ふざけでやった』20歳男を逮捕 県警」産経新聞（2016年7月21日）at <https://www.sankei.com/west/news/160720/wst1607200109-n1.html>
24. 「ライオン脱走、フェイクツイッター男を起訴猶予 熊本地検『面白半分デマ、しかし反省もしている』」産経新聞（2017年3月22日）at <https://www.sankei.com/west/news/170322/wst1703220056-n1.html>（最終アクセス日 2019・2・11）。
25. 東京地判平成28年7月28日判例集未登載。本判決については、松井修視「判批」新・判例解説 Watch 憲法 No.120（2017年）を参照。
26. この判決の結論は筆者もおおむね妥当なものと考えているが、他方で本稿の結論で示すような報道機関の特権付与（我が国の判例法理においては、報道・取材の自由は国民の「知る権利」に「奉仕」という役割のパートナーとして憲法上付与されている）と併せて考えると、少なくともそうした特権的存在である報道機関が機能遂行を怠ったことを「国民の知る権利」への侵害として主題化した点にこの訴訟の意義があるとも評価できる。ただしその場合、その損害をより個別・具体的に示すことが不可欠にはなるであろうし、そもそも「国民の知る権利」とはいったい何を示しているのかをより明らかにする必要があるように思われる。なお、朝日新聞社の同事件に関する問題状況については、曾我部真裕「朝日新聞誤報問題と報道の自由」坂口・毛利・愛敬編著『なぜ表現の自由か——理論的視座と現況への問い』（法律文化社、2017年）206頁以下を参照。
27. 例えば日本でも直近に報道された例としては、「ナチスおばあちゃん」として有名なウルスラ・ハーバーベック（Ursula Haverbeck）がドイツ連邦最高裁から憎悪扇動罪により禁固2年6月を言い渡されている。ハーバーベックは憲法裁判所に控訴したが、憲法裁は彼女の言論の自由の主張を退けている。*See*, Caroline Green, *German court rejects 'Nazi grandma' appeal, as it rules Holocaust denial is not covered by free speech*, THE TEREGRAPH (4 Aug. 2018), at <https://www.telegraph.co.uk/news/2018/08/04/german-court-rejects-nazi-grandma-appeal-rules-holocaust-denial/>（最終アクセス日 2019・2・11）。
28. 例えば Annie C. Hundley は、ヒラリーが嘘つきであるというような主張は容易に証明できない意見であり、民主政社会に必要なため、制限できないし、すべきでないとする一方で、フェイクニュースの類は、議論の余地のない偽りの事実であるとして区別している。*See*, Annie C. Hundley, *Fake News and the First Amendment: How False Political Speech Kills the Marketplace of Ideas*, 92 Tul. L. Rev. 497, 502 (2017). なおドイツの「アウシュビッツの嘘」は、単なる虚偽の事実に対する否定的評価のみならず、戦後ドイツの歴史的な特殊性も関係している可能性があることには注意が必要かもしれない。
29. Ari Ezra Waldman, *The Marketplace of Fake News*, 20 U.Pa. J. Const. L. 845, 869 (2018).
30. Steven G. Gey, *The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths*, 36 Fla. St. U. L. Rev. 1, 21 (2008).
31. *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 52 (1988).
32. *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).
33. *Herbert v. Lando*, 441 U.S. 153, 171 (1979).

34. Erwin Chemerinsky, *Fake News and Weaponized Defamation and the First Amendment*, 47 Sw. L. Rev. 291, 292-293 (2018).
35. 376 U.S. 254 (1964).
36. 現実の悪意の法理については、樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2011年）354-355頁。
37. 376 U.S. at 270-272.
38. 樋口・前掲 36 354-355頁。
39. 567 U.S. 709 (2012). 本判決についての詳細は、東川浩二「United States v. Alvarez, 132 S. Ct. 2537 (2012)」アメリカ法（2013年9月）152-158頁、大林啓吾「第6章 表現の自由——修正1条絶対主義？」大林・溜箭『ロバートコートの立憲主義』（成文堂、2017年）204-205頁を参照。
40. *Id.* at 713.
41. *Id.* at 727.
42. *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).
43. 567 U.S. at 728.
44. 567 U.S. at 728-729.
45. 東川・前掲 39 158頁。
46. Gey, *supra* note 30, at 21.
47. 東川・前掲 39 157頁
48. 567 U.S. at 730.
49. 567 U.S. at 739.
50. この事件については、Inside Climate News 及び Los Angeles Times による調査報道が、2015年9月ごろから出ている。代表的な記事として、See, Neela Banerjee et al., *ExxonMobil: The Road Not Taken*, INSIDECLIMATE NEWS (Sept. 16, 2015), at <https://insideclimatenews.org/content/Exxon-The-Road-Not-Taken> (最終アクセス日 2019・2・11); Sara Jerving et al., *What ExxonMobil Knew About the Earth's Melting Arctic*, L.A. TIMES (Oct. 9, 2015), at <http://graphics.latimes.com/exxon-arctic/> (最終アクセス日 2019・2・11).
51. James Weinstein, *Climate Change Disinformation, Citizen Competence, and the First Amendment*, 89 U. Colo. L. Rev. 341 (2018).
52. *Id.* at 371.
53. *Id.* ただし、Weinstein は、「虚偽情報キャンペーンが、エクソン・モービル株式の購入に関し、投資家たちを誤解させた」と主張する場合には、「困難な修正一条上の問題が生じる」ともしている。See, *Id.* at 372.
54. See, Alexandra Andorfer, *Spreading like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation*, 69 Hastings L. J. 1409, 1425-1428 (2018).
55. See, *Central Hudson Gas & Electric v. Public Service Commission*, 447 U.S. 557 (1980). セントラル・ハドソンテストについては、樋口・前掲 36 365頁を参照。
56. Andorfer, *supra* note 54, at 1428.
57. 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』（日本評論社、2013年）253頁。なお、思想の自由市場論に関する近時の優れた論稿としては、金井光生「表現空間の設計構想（アメリカ）——思想の自由市場という思想の自由市場」駒村・鈴木編著『表現の自由 I 状況へ』（尚学社、2011年）71頁以下を参照。また我が国における虚偽の事実を含む言明と思想の自由市場の関係については、北方ジャーナル事件（最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁）の谷口裁判官補足意見も重要である。
58. 521 U.S. 844, 868-869 (1997).
59. *Id.* at 885.
60. 駒村圭吾「表現の自由の『価値』・『機能』・『成立条件』」新聞研究所年報 No.37 (1991年) 117頁。
61. より鮮明にこの点が現れているものとして、駒村圭吾「多様性の再生産と準拠枠構築——情報空間における『自由の論理』と『統治の論理』」駒村・鈴木編著『表現の自由 I 状況へ』（尚学社、2011年）36頁。
62. これは近時の EU におけるフェイクニュース対策の報告書（前掲注）の中から着想した概念でもある。
63. 笹原和俊『フェイクニュースを科学する 拡散するデマ、陰謀論、プロパガンダのしくみ』（化学同人、2018年）15頁。
64. 公開資料については以下を参照。工藤郁子「人工知能と報道倫理：『フェイクニュース』を中心として」第32回人工知能学会（2018年6月7日 於・城山ホテル鹿兒島） at <https://confit.atlas.jp/guide/event-img/jsai2018/3H2-OS-25b-03/public/pdf?type=in> (最終アクセス日 2019・2・11).
65. 笹原・前掲 63 19頁。
66. 津田大介・日々嘉高『「ポスト真実」の時代 「信じたいウソ」が「事実」に勝る世界をどう生き抜くか』（祥伝社、2017年）37頁。
67. イーライ・バリサー『フィルターバブル インターネットが隠していること』（早川書房、2016年）209頁。
68. 拙稿・前掲 10 198頁。
69. 最大判昭和58年6月22日民集第37巻5号793頁。
70. 一田・前掲 13 18頁。
71. Chemerinsky, *supra* note 34, at 295-296.
72. ただしこの点について一点付言するとするならば、欧米がフェイクニュースについてここまで“越境的”に悩ましい問題として取りざたされている一方で、我が国におけるこの観点の議論が鈍い理由の一つが、「言語」の観点ではないだろうか。この点、社会学などの精査を待ちたいが、かつて伊藤計劃が著書『虐殺器官』で「予言」した「言葉」が私たちの社会を崩壊させるビジョンで登場する「虐殺の文法」もまた、言語圏でコントロール可能という設定であったことが思い出される。その点でいえば、「日本語」という世界的にみて固有な

言語を用いて「ガラバゴス」的にインターネットを用いている我が国民は、本当の意味でまだフェイクニュースの脅威にさらされていないのではないか。

73. Chemerinsky, *supra* note 34, at 296.
74. See, Joseph Blocher, *Institutions in the Marketplace of Ideas*, 57 Duke L.J. 821 (2008).
75. *Id.* at 825. 同様に思想（アイデア）の自由市場における「制度」の役割に着目したものと、阪本昌成『表現権理論』（信山社、2011年）162-164頁を参照。
76. *Id.* at 853. 「例えば、情報源の秘匿を保護するジャーナリスティックな規範は、市場におけるアイデアの流通と品質を向上させることがある」
77. Clay Calvert; Austin Vining, *Filtering Fake News through a Lens of Supreme Court Observations and Adages*, 16 First Amend. L. Rev. 153, 176 (2017).
78. もちろんこうした言論「空間」の秩序形成あるいは設計への介入に対して否定的なスタンスもあり得る。こうした秩序形成・空間のデザインは、言論活動主体の行為可能性を縮減し、言論の自由が本来持ちうるポテンシャルを損なわせしめる可能性がある。この点、言論の自由のポテンシャルを評価したものとして、棟居快行「表現の自由の意味をめぐる省察」ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力とメディア法』（信山社、2015年）297頁以下を参照。なお筆者から一点強調しておきたいのは、現代の言論活動の主要なフィールドとなったインターネット上の仮想空間のデザインを担っているのが、政府でも個人でもなく、一部のグローバル私企業（いわゆるGAFA）のエンジニア集団であるという点である。私たちが常行う「自由」な言論活動を、こうした一部の私的アクターに“都合よく”（それは企業の私的営利活動なのであるから当然のことである）デザインされたフィールドで行わざるを得ない以上、そこに対抗理念を練りこみ、“公共的”な秩序形成を志向する必要がある。他方で、棟居の指摘する言論の自由のポテンシャルは、むしろ現代においては現実（リアル）空間に適合的なように思われる。私たちの言論活動の大半が仮想空間上で行われるようになったとしても、現実世界での、「身体」性をもった路上におけるデモや集会のような活動に価値はあるのか。今後、我々が言論の自由において考えていかなければならないのは、「コードによりデザインされる仮想上の思想の自由市場」と「現実の身体性をもった思想の自由市場」という二つのフィールドを、表現・報道の自由の観点からいかにして意義付けし、それぞれについてどのような理論形成を行っていくのかということになろう。この点については、筆者の今後の研究課題としたい。
79. European Commission, *supra* note 10, pp 6.
80. フィン・ブランドン『スパム（spam）：インターネットのダークサイド』（河出書房新社、2015年）を参照。
81. この点から次のような提案は実現可能性も含め、非常に興味深いところである。土田滉也「セレンディビティを考慮した推薦システムの提案」情報処理学会第79回全国大会講演論文集,2017（1）、473-474頁 at [https://ipsj.ixsq.nii.ac.jp/ej/?action=repository\\_uri&item\\_id=180728&file\\_id=1&file\\_no=1](https://ipsj.ixsq.nii.ac.jp/ej/?action=repository_uri&item_id=180728&file_id=1&file_no=1)（最終アクセス日2019・2・11）。
82. See, Lili Levi, *Real Fake News and Fake Fake News*, 16 First Amend. L. Rev. 232 (2017).
83. Andrew Harris & David Voreacos, *Trump Administration Says Reporters Don't Have a Right to Enter White House*, BLOOMBERG (15 Nov. 2018) at <https://www.bloomberg.com/news/articles/2018-11-14/trump-responds-to-cnn-by-defending-white-house-ban-of-acosta>（最終アクセス日2019・2・11）。
84. Levi, *supra* note 82, at 321.
85. この点、総務省におけるプラットフォームサービスに関する研究会（第5回）における主要論点（at [http://www.soumu.go.jp/main\\_content/000595435.pdf](http://www.soumu.go.jp/main_content/000595435.pdf)）として、第5章に「オンライン上のフェイクニュースや偽情報への対応」が挙げられている。またその中の「政府対応上の基本的方向性」として「ユーザーテラシー向上及びその支援方策、また、ファクトチェックを行う機関の役割やプラットフォーム事業者との連携などの自浄メカニズム等について検討を深めることが適当である。なお、その際、表現の自由に配慮し、EUにおける対策を始めとする諸外国の動きを念頭に置くとともに、今後とも通信と放送の融合・連携の更なる進展が予想されるところ、上記の放送分野における取組みも参考にしつつ、プラットフォームサービスを通じて流布されるフェイクニュース等に対して求められるプラットフォーム事業者の役割の在り方に留意して検討することが適当である。」（43-44頁）とされており、今後の動向が注目される。

## ●参考文献

- Alexandra Andorfer, *Spreading like Wildfire: Solutions for Abating the Fake News Problem on Social Media via Technology Controls and Government Regulation*, 69 Hastings L.J. 1409 (2018).
- Andrew Harris & David Voreacos, *Trump Administration Says Reporters Don't Have a Right to Enter White House*, BLOOMBERG (15 Nov. 2018)
- Annie C. Hundley, *Fake News and the First Amendment: How False Political Speech Kills the Marketplace of Ideas*, 92 Tul. L. Rev. 497 (2017)
- Ari Ezra Waldman, *The Marketplace of Fake News*, 20 U.Pa. J. Const. L. 845 (2018)
- Caroline Green, *German court rejects 'Nazi grandma' appeal, as it rules Holocaust denial is not covered by free speech*, THE TEREGRAPH (4 Aug. 2018)
- Clay Calvert; Austin Vining, *Filtering Fake News through a Lens of Supreme Court Observations and Adages*, 16 First Amend. L. Rev. 153 (2017)
- Erwin Chemerinsky, *Fake News and Weaponized Defamation and the First Amendment*, 47 Sw. L. Rev. 291 (2018)
- James Weinstein, *Climate Change Disinformation, Citizen Competence, and the First Amendment*, 89 U. Colo. L. Rev. 341

(2018)

- Jim Acosta row: *White House restores CNN reporter's pass*, BBC NEWS (19 Nov. 2018)
- Joseph Blocher, *Institutions in the Marketplace of Ideas*, 57 Duke L.J. 821 (2008)
- Lili Levi, *Real Fake News and Fake Fake News*, 16 First Amend. L. Rev. 232 (2017)
- Neela Banerjee et al., *ExxonMobil: The Road Not Taken*, INSIDECLIMATE NEWS (16 Sept. 2015)
- Sara Jerving et al., *What ExxonMobil Knew About the Earth's Melting Arctic*, L.A. TIMES (9 Oct. 2015)
- Steven G. Gey, *The First Amendment and the Dissemination of Socially Worthless Untruths*, 36 Fla. St. U. L. Rev. 1 (2008).
- The saga of 'Pizzagate': The fake story that shows how conspiracy theories spread*, BBC NEWS (2 Dec. 2016)
- Three CNN journalists resign after Trump aide article removed*, BBC NEWS (27 Jun. 2017)
- "Word of the Year 2016 is..." Oxford Dictionaries online (2016)
- イーライ・パリサー『フィルターバブル インターネットが隠していること』(早川書房, 2016年)
- 一田和樹『フェイクニュース 新しい戦略的戦争兵器』(角川新書, 2018年)
- 坂倉陽一郎「フェイクニュースへの法規制は劇薬か 根絶されるべき問題だが、立法議論の先行は現実的ではない」WEBRONZA (2017年10月4日)
- 大林啓吾「第6章 表現の自由——修正1条絶対主義？」大林・溜箭『ロバートコートの立憲主義』(成文堂, 2017年)
- 大谷實『刑法各論〔第3版〕』(成文堂, 2007年)
- 金井光生「表現空間の設計構想(アメリカ)——思想の自由市場という思想の自由市場」駒村・鈴木編著『表現の自由Ⅰ 状況へ』(尚学社, 2011年)
- 工藤郁子「人工知能と報道倫理:『フェイクニュース』を中心として」第32回人工知能学会(2018年6月7日)
- 駒村圭吾「多様性の再生産と準拠枠構築——情報空間における『自由の論理』と『統治の論理』」駒村・鈴木編著『表現の自由Ⅰ 状況へ』(尚学社, 2011年)
- 駒村圭吾「表現の自由の『価値』・『機能』・『成立条件』」新聞研究所年報 No.37 (1991年)
- 駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回——憲法的論証を求めて』(日本評論社, 2013年)
- 阪本昌成『表現権理論』(信山社, 2011年)
- 笹原和俊『フェイクニュースを科学する 拡散するデマ, 陰謀論, プロパガンダのしくみ』(化学同人, 2018年)
- 清水憲司「偽ニュースが起こした米国「ピザゲート事件」の“狂気”」毎日新聞(2017年9月2日)
- 曾我部真裕「朝日新聞誤報問題と報道の自由」阪口・毛利・愛敬編著『なぜ表現の自由か——理論的視座と現況への問い』(法律文化社, 2017年)
- 平和博「トランプ大統領はなぜ“フェイクニュース”を連呼するのか?」ハフィントンポスト(2017年2月20日)
- 津田大介・日々嘉高「「ポスト真実」の時代「信じたいウソ」が「事実」に勝る世界をどう生き抜くか」(祥伝社, 2017年)
- 土田滉也「セレンディピティを考慮した推薦システムの提案」情報処理学会第79回全国大会講演論文集, 2017(1), 473-474頁
- BuzzFeed Japan & Craig Silverman「米大統領選の終盤, Facebook上では偽ニュースが本物を逆転した BuzzFeed Newsの分析」Buzzfeed News (2016年11月20日)
- 東川浩二「United States v. Alvarez, 132 S. Ct. 2537 (2012)」アメリカ法(2013年9月)
- 樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂, 2011年)
- フィン・ブランドン『スパム [spam]: インターネットのダークサイド』(河出書房新社, 2015年)
- 松井修視「判批」新・判例解説 Watch 憲法 No.120 (2017年)
- 松井茂記『表現の自由と名誉毀損』(有斐閣, 2013年)
- 棟居快行「表現の自由の意味をめぐる省察」ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力とメディア法』(信山社, 2015年)
- 「ライオン脱走、フェイクツイッター男を起訴猶予 熊本地検『面白半分デマ、しかし反省もしている』」産経新聞(2017年3月22日)
- 「トランプ氏対メディア『お前には質問させない』」BBC NEWS JAPAN (2017年6月28日)
- 「熊本地震でライオン脱走とデマ投稿、『悪ふざけでやった』20歳男を逮捕 県警」産経新聞(2016年7月21日)
- 「扇動的なのはどっちだ——ホワイトハウス記者室で激しいやり取り」BBC NEWS JAPAN (2017年6月28日)
- 拙稿「『プレス』の自由」条項の現在——ポストデジタル革命時代における『プレス識別』に関するS・ウェストの所説を参考に——」法学政治学論究(103号)
- 拙稿「立法動向 欧州連合におけるフェイク・ニュース対策の現在」メディア法研究第1号(2018年)

水谷瑛嗣郎(帝京大学法学部助教)