

情報権力分立

—自由と共創のためのデジタル統治構造の透明化・民主化—

Separation of Information Powers:

Transparentizing and Democratizing Digital Governance for Liberty and Co-creation

山口 いつ子*

Itsuko Yamaguchi

1. はじめに

先の見通しが見つからない新型コロナウイルス感染症（COVID-19）拡大に伴い、社会のデジタル化が一層加速し、グローバルな規模でデータ・プラットフォーム・アルゴリズム関連技術が駆動するデジタル統治の覇権争いが顕在化している。そうした中で、歴史で謳われる「第四権力」としてのプレスのないしはマスメディアが担う権力監視機能を、実効的に担保するためには、いかなる法の原理と制度デザインが求められるのだろうか。この問いかけの下で、本稿では、憲法上の基本原理の一つである「権力分立」と「抑制・均衡 (checks and balances)」の仕組みに着眼し、「自由」と「共創」を鍵概念として、以下の構成で考察を進める¹。

第一に、権力分立とは何かについて、関連する日欧米の古典的議論を辿り、その具体的な形として、主にアメリカ合衆国憲法の下での権力分立制を例にして、検討を加える。そこでは、自由と効率性のために、複数権力の異種混合を

包摂した「抑制・均衡」の仕組みが見出せるとともに、権力分立制の基底にある人間像を探り、神や天使とは対置される、弱さを抱える人間による民主主義的自己統治の限界を補おうとする智慧を読み取っていく（第2章）。

第二に、第四権力としてのプレスについて、歴史的淵源に遡りながら、国家統治機関の外に開かれた、広い意味での統治構造における抑制・均衡の仕組みの一部として位置づけられることを確認する。ただ、アメリカ合衆国憲法第1修正上のプレスの「優越的」地位のないしは特権をめぐる争点では、連邦最高裁は基本的に消極的な姿勢を崩していない等の近年の議論動向を概観する。その上で、特にアメリカでは、ニュース生態系が変化し、伝統的メディアが「衰微」して、ローカルニュースが提供されない「ニュース砂漠」地域が生じており、憲法的危機である等と指摘されている状況を描く（第3章）。

* 東京大学大学院情報学環・学際情報学府 教授

キーワード：権力分立、抑制・均衡、自由、共創、デジタル統治、透明性、民主主義、メディア、デジタルプラットフォーム、アルゴリズム

第三に、21世紀のデジタル環境では、インターネット上で多様なコンテンツが豊かに共創される傍らで、「監視資本主義」の論理が台頭しており、そこでは、20世紀の独占・集中化した言論市場での「送り手と受け手の分離」現象に通底する、情報の一方向性や権力の非対称性といった構造的課題が、時代を超え、形を変えて表出していることを見ていく。また、その解決策をめぐる議論では、アメリカでは廃止された放送規制上の「公正原則」に類似の規制措置をデジタルプラットフォーム事業者に課すべきとする意見もあり、「媒体別」に分岐化した現行の情報・メディアに関する法枠組みのアプローチが改めて問い直されている状況についても分析を行う（第4章）。

第四に、国境を越えるデジタル統治における権力の監視と抑制・均衡の新たな可能性と課題を示唆する事例として、国家経済安全保障分野でのプラットフォーム・モバイルアプリケーション

のティックトック及びウィーチャットに対する2020年8月のアメリカ大統領令に基づく取引禁止措置に関する合憲性訴訟、そして、2021年1月のアメリカ連邦議会議事堂襲撃に関する大統領アカウント無期限停止措置をめぐるフェイスブック社の監視委員会決定を取り上げ、特にそこでの自由と規制、透明性と責任の在り方について、検討を加えておく（第5章）。

第五に、以上の考察を踏まえた本稿の結論となる、将来への指針として、言論・表現・情報・知に関する自由や公開性・透明性とそれらの限界をめぐる、一連の法の原理と制度デザインに関する考察から引き出される示唆をまとめる。その上で、特に今後の日本のデジタル社会秩序形成の文脈では、情報権力分立——すなわち、統治権力における抑制・均衡を担う主体の一層の多様化・分散化・国際化等を通じた、統治構造そのものの透明化・民主化——が要請されることを、指摘しておくこととしたい（第6章）。

2. 権力分立の古典からの示唆—自由のための「抑制・均衡」のデザイン

2.1 権力分立とは

権力分立とは、憲法上の統治原理の一つであり、日本の憲法学の古典的議論によれば、権力分立論の要旨は、国家の各権力が「誰かの一手に集中し、あまりに強大になる」のを防ぎ、分離・独立しながら「互いに他を抑制し、均衡を保つ」ように、権力を分立することである²。その目的については、単に、「國家権力の理論的分類または制度的種別」の解説や「國家権力の組織・技術上の分離」の提唱に止まらず、「國家の権力から國民の自由を守るために考えられ

た原理」とされており、そこには、権力分立の原理と立憲主義・自由主義・民主主義等が密接に関連しつつも時に緊張を孕む諸課題が存在している³。

この原理の顕現化は、歴史を辿れば、フランスの1789年人権宣言（「人および市民の権利宣言」）の「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものでない」（第16条）⁴に遡ることができる。また、今日の日本国憲法でも、その基本体系と

なる人権と統治という二本柱の下で、立法権・行政権・司法権をそれぞれ国会・内閣・裁判所に帰属させる三権分立（第41条・第65条・第76条）の統治機構にも見出せる。

ただ、権力分立の一般的な説明のみでは、個々の事案で何を意味するかは、見えにくいところがある。また、見方によっては、効率性の観点や、経済活動の分野でのスケールメリットや「規模の経済」にいう規模拡大に伴うコスト逓減・

生産性逓増等の議論とは、相容れない印象もある。より具体的に、アメリカにおける権力分立の仕組みを例として見ておく。そこでの連邦制や大統領制等は、イギリスや日本のような議院内閣制の下での統治機構とは異なる部分も多いが、アメリカ合衆国憲法の下での権力分立と抑制・均衡の仕組みは、参照に値すると考えられる。

2.2 アメリカにおける権力分立制—自由と効率性のための異種混合のデザイン

まず、アメリカ合衆国憲法の制定意図の手掛かりとなるフェデラリスト文書において、J. マディソン執筆とされる51篇では、新たな連邦政府内部の各部門間の権力分立は、「自由の維持のために不可欠（essential to the preservation of liberty）」であるとされている⁵。そして、連邦制の下で二つの別個の政府がさらに別々の異なる部門に分割され相互に「統制」することを通じて、「人民の権利」に対する「二重の担保（security）」⁶となることが意図されている。その後、合衆国憲法が1788年に成立し、連邦政府と州との間の権限の分配は、合衆国憲法に列挙された権限のみを前者が有し、その残りは全て後者に属する形がとられている⁷。

また、三権分立については、合衆国憲法により付与される「全ての立法権」は合衆国の連邦議会に属し（第1条第1節）、「執行権」はアメリカ合衆国大統領に属し（第2条第1節）、「合衆国の司法権」は一つの最高裁判所及び連邦議会が随時制定し設立する下級裁判所に属する（第3条第1節）、という簡潔な規定が置かれている。すなわち、合衆国憲法上の権力分立制は、

連邦政府と州との間の「垂直的」な分立に加えて、連邦政府内で三権を「水平的」に三部門に配置した上で、例えば連邦議会による立法過程に大統領が拒否権を通じて関与する（第1条第7節第2項・第3項）ように、異なった機能特性を有する複数の権力が混じり合い部門間で競い合う余地を残す⁸という、複数権力の異種混合を包摂するデザインとなっている。

三権分立の要の一つとなる司法審査権ないしは違憲立法審査権は、周知のとおり、アメリカでは、合衆国憲法上の明文規定ではなく、判例法を根拠としている⁹。権力分立と抑制・均衡の制度趣旨については、1926年のマイヤーズ事件連邦最高裁判決のL. ブランダイス裁判官反対意見が、今日でも度々引用される。本件は、連邦議会上院の助言と同意により任命される合衆国執行職員である郵便局長の罷免に関する大統領権限が争われた事案であった。ここでブランダイスは、「人の支配ではない、法の支配（a government of laws and not of men）」の重要性を説いた上で、「権力分立のドクトリンは、効率性を促進するためではなく、恣意的権力の

行使を排除するために、1787年会議で採用され、その目的は、「軋轢（friction）を回避するためではなく、三部門間の政府権力の分配に付随する不可避的な軋轢という手段を通じて、人民を独裁制（autocracy）から救うため」であると指摘していた¹⁰。

つまりは、過度の権力集中の阻止を通じて「専

2.3 権力分立の基底となる人間像—民主主義的自己統治の限界を補う智慧

ここで興味深いのは、権力分立論の基底にある人間像である。天使ではない人間による民主主義的自己統治の課題を論じた、前掲のフェデラリスト文書の著名な一節が役に立つ。若干の意識をして、次に掲げておこう¹²。

「人間性（human nature）」を反映したあらゆるもののうち、最も偉大なものが「政府それ自体」でなければ、他に何があるだろうか。もし、人間が「天使（angels）」であれば、政府を必要とせず、また、もし天使が人間を統治するならば、政府に対する外部からの統制も政府内部での統制も必要ないであろう。人間が人間を治める政府を組織するには、大いなる困難がある。それは、政府をもって、まず、被統治者を統制させた上で、次に、政府自身を統制させなければならない、ということである。「人民（the people）」に依存するということは、たしかに、政府に対する第一義的な統制ではあるものの、そこでは「補助的な警戒（auxiliary precautions）」が必要となることは、経験が教えるところである。

この議論の基底にある人間像は、特に人権主

制（tyranny）」の防止を図ると同時に、全米の市場に関する権限は連邦議会に付与してその執行権を大統領ただ一人に任せること等を通じて「効率性」の促進をも図る¹¹というのが、アメリカ合衆国憲法における権力分立の制度趣旨であると言えよう。

体や主権者として語られる近代法的前提とされる、合理的な人間像とはかなり異なるが、むしろ権力分立論の特徴の一つと言える。すなわち、先に触れた古典的な権力分立論においても、「神様ならいざ知らず、人間はすべて、あやまちを侵す」ことはありうるのであって、「殊に、國家の権力というような強大な力を握ると、誰でもそれに魅せられて、権力を濫用するという性向」をもつことは、「人間性の宿命的弱點」であると指摘されていた¹³。また、モンテスキューによる『法の精神』（1748年）の言葉を借りれば、およそ権力を有する人間がそれを濫用しがちであることは、「万代不易の経験」¹⁴と指摘されていた。

さらに、先に掲げたマディソンの議論で示唆に富むのは、神や天使などの超越的存在と対置される、人間本来の弱さや可謬性をもつ人間像を基底に据えた上で、その備えとして、自己統治を担う個々人の「個人的動機（personal motives）」や「野心（ambition）」を、憲法上の手段や諸権利と結びつけながら、権力分立制に取り込もうとしていることである。前掲のフェデラリスト文書での天使に関する記述に続けて、マディソンは、最高次の政府権力の分配

論に限らず、それよりも下位の権力の分配論にも言及している。すなわち、公的・私的活動を含む人間の諸活動の「システム全体」での権力の分配において見出せる「不断の目的」とは、相互に「抑制 (check)」できるような方法で、複数の職務を分割して配置することであり、これによって、各個人の私的利益が公的権利のための「見張り (centinel)」となりうるのであって、このような「慎重さの発明」が州の主権の配分ではさほど必要でないとは言えないとされる¹⁵。

3. 「第四権力」としてのプレス—憲法上の自由と「ニュース砂漠」の危機

3.1 第四階級としての「自由なプレス」の歴史的淵源

こうしたアメリカにおける権力分立制の下で、「第四権力」としてのプレスは、国家統治機構の外に開かれた形での、広い意味での統治構造における「抑制・均衡」のデザインの一部として位置づけられると言える。なお、前掲のフランス人権宣言当時の近代憲法の下では、制約対象の権力は専ら国家として、権利保障は専ら「国家からの自由」の保障として、権力分立は専ら「国家」の諸権力間の分立として、捉えられることからすれば、公権力ではない私的ないしは社会的な権力の担い手としてのプレスは、あくまでも憲法の枠外での存在である¹⁶。その点を的確に理解した上で、「自由なプレスの出現」の歴史を描いたL. レヴィの著作では、アメリカ合衆国憲法第1修正起草時を振り返りつつ、自由なプレスとは、「第四階級としてのプレス」、またはアメリカの枠組みの下では「非公式または憲法外 (extraconstitutional) の第

つまりは、権力分立制は、人間活動全般に遍在する軋轢や緊張関係を包摂し、慎重な創意工夫を図る「抑制・均衡」のデザインを通じて、天使ではない人間による自己統治の限界を補おうとするものと言える。言い換えれば、神や天使などの超越的存在と対置される、人間本来の弱さや可謬性への備えとして、政府に対する統制を、統治のデザインに組み込んでおくという智慧が、権力分立の思想を支えているという理解が可能であろう。

四部門」であり、そこでは、「公的管理運営の誤りを摘発し、権力を分割させ、管理可能にして、説明責任を果たさせる、抑制と均衡の複雑なシステムの一部として機能する」ものとして記されている¹⁷。

プレスを第四権力として捉える見方の歴史的な淵源をいまいし辿ると、曖昧さは残るものの、言葉自体としては、イギリスでE. バークが語ったとする、T. カーライルによる著作の以下の一節がよく知られている¹⁸。

イギリス「議会には三つの階級があるけれども、これら全てよりも重要な第四階級 (*Fourth Estate*) が、向こうの記者席 (the Reporters' Gallery yonder) に座っていると、バーク (Burke) は語った。それは言葉のあやではなく、また、機知に富んだ言い回しでもない。それは文字どおりの事実であって、今日の

私たちにとってまさしく重大である」。

もしこの言葉が第四階級としてのプレスという用語法の最初の例であれば、それは、1787年——つまり、アメリカでは合衆国憲法第1修正起草の2年前——とされ、アメリカでこのメタファーが通用性をもった時には、聖職者・貴族・平民というイギリスでの階級はアメリカ化されて、「政府の執行・立法・司法の部門になった」とする説明もある¹⁹。

とはいえ、パークまたはカーライルがどこまで報道記者固有の役割に注目していたのかについて、先の一節の前後の文章を読み合わせると、概要、次のように論じられている²⁰。すな

3.2 プレスの「優越的」地位？—憲法上の自由をめぐる特権論の意義と限界

第四権力としてのプレスが、広い意味での権力分立における抑制・均衡の仕組みの一端として、権力濫用に対する監視機能をプレスが担うとなれば、その機能の担保として、プレス「優越的」な地位²²ないしはプレス固有の「特権」を憲法上で保障すべきか否かが問われる。しかしながら、アメリカ合衆国憲法第1修正にいう「言論またはプレス」の自由の解釈論では、言論の自由条項のみによっては付与されない何らかの権利がプレスの自由条項によって付与されるかという争点をめぐって、連邦最高裁は、基本的に、消極的な姿勢を崩していないことに、注意を要する。プレスに関する請求の大部分は、「言論」条項と表現の自由の一般原理に関する分析によって判断されているのである²³。

なかでも、プレスの特権が正面から争われた事案で、1972年のブランズバーグ事件連邦最

わち、イギリス議会での討論について、いまや誰もが印刷・出版を通じて全国に向けて語ることができ、それが「権力」となり「政府の一部門」として、立法や公権力の行為にも重要性をもつのであって、そこで必須とされるのは、階級や収入等ではなく、他者が耳を傾ける「舌(tongue)」をもつことであり、そうした舌をもつ人々によって統治されることで、「民主主義は実質的にそこに存在している」²¹、とカーライルは記している。要するに、報道記者という主体そのものよりもむしろ、当時の革新的技術であった「印刷術(Printing)」の発明が社会全体での知識の普及や民主主義的統治体制にもたらした影響に焦点が当てられていると言える。

大裁判決では、報道記者が大陪審で取材源を秘匿する第1修正上の特権は認められず、プレスの自由は「基本的な個人的権利(fundamental personal right)」として捉えられ、「最新の写真製版方式を活用する大規模な都市の出版社の権利であるのとまさしく同様に、カーボン紙や謄写版印刷を使う孤独なビラ配布者(lonely pamphleteer)の権利であるとする伝統的法理」が確認されていた²⁴。

他方で、プレスの特権の擁護論の例として、前掲のブランズバーグ事件判決で反対意見を執筆していたP. スチュワート裁判官は、1975年の論稿において、もし自由なプレスの保障が「表現の自由を意味するのに過ぎない」のであれば、それは「憲法上の余剰」となるであろうとして、次のように論じた²⁵。自由なプレスの条項は、「本質的に、憲法上の構造的(structural)

規定」であり、個別の自由や権利を保障した他の大部分の権利章典上の規定とは異なり、「制度 (institution)」にも保護を及ぼしたものである。合衆国憲法の起草者達は、連邦政府の三部門設置時にその内部に競争的システムを熟慮的に創設した。それと同様に、三つの公的部門に対する付加的な抑制として、「第四の制度」を政府の外に創設することが、「自由なプレス of 憲法的保障の第一義的な目的」である²⁶。また、憲法上の保障のそもそもの意義・根拠を問いかける原理論の分野でも、V. ブラuzzi は、初期のミクルジョンによる民主主義的な自己統治を重視する議論では十分に焦点が当てられていなかった、プレスの役割を重んじ、公権力の濫用に対する監視機能の価値 (checking value) を説いていた²⁷。

もちろん、プレス固有の第1修正上の特権を正面から認めないことは、プレスの役割の重要性を認めないことと同義ではない。民主主義的な自己統治における表現の自由の意義を重視する議論は、公職者の職務行為に関する名誉毀損をめぐる1964年のニューヨーク・タイムズ対サリバン事件判決に象徴されるように、第1修正上の保護のレベルを全体的に底上げしてきたと言える²⁸。そうした着眼点は、日本の1960年代以降の最高裁判例でも、報道機関の報道が「民主主義社会において、国民が国政に関与するにつき、重要な判断の資料を提供し、国民の「知る権利」に奉仕する」²⁹という役割を重視する姿勢に窺える。

3.3 ニュース生態系の変化—伝統的メディアの衰微とニュース砂漠をめぐる憲法的危機

そうしたメディアやニュースを取り巻く生態

その後も、プレスの特権に関する論点は、2010年のシティズンズ・ユナイテッド事件連邦最高裁判決の法廷意見でも、「制度的プレスが他の言論者の憲法的な特権以上のものを有するという主張を、当裁判所は絶えず拒んできた」³⁰という旨が再確認されるとともに、「インターネットの到来」に加えて「印刷・放送メディアの衰微 (decline)」に伴い、「メディアと、政治的・社会的争点に論評したいと望む他の人々との間の一線は、さらに一層曖昧になりつつある」³¹という状況認識が示されていた。

こうしたアメリカにおけるプレスの自由条項の憲法解釈論の傍ら、むしろ立法政策として、「シールド法 (shield law)」と呼ばれる制定法によってプレスに特別な保護を与えようとする動きは、連邦のレベルでは今日でもなお成立していないものの、州のレベルにおいては漸進が見られる³²。学説でも、前掲のシティズンズ・ユナイテッド事件判決を機に、プレスは制度かテクノロジーかといった議論が続くものの、特権を認める際のプレスの定義の困難性等について、従前の論点をめぐる複雑な対立状況は収束していない³³。むしろ注目されるのは、前掲のスチュワートがプレスの典型例として挙げていた、「日刊新聞及びその他の確立されたニュースメディアである、組織されたプレス」や「新聞、テレビジョンネットワーク、雑誌」等³⁴の現場の担い手の様相が、近年、急変していることである。

系ないしはエコシステムの変化について、M.

ミノーによれば、プレス産業が主に民間事業者によって担われてきたアメリカでは、今や「レガシーメディア」と呼ばれる新聞・ラジオ・テレビ等の伝統的ニュースメディアは、縮小傾向にあり、とりわけ、広告収入等の減少により、特にローカル新聞の人員削減や廃刊が相次ぎ、ローカルニュースが提供されない「ニュース砂漠 (news deserts)」地域が生じている。その一方で、大多数の人々は、デジタルプラットフォーム上で、人間による編集上の判断よりも計算機処理のアルゴリズム (計算方式) に依拠して、ユーザーの閲覧データに基づき選択されたニュースを受け取っているところ、そこでのビジネスはジャーナリズムではないのであって、ニュースの報道・創出よりも、むしろ消費者の注意を引きつけて広告収入を得ることに焦点が置かれている等³⁵とされる。

例えば、「ニュース砂漠」に関して、2020年までの15年間に、全米で4分の1以上の新聞——つまりは、約2,100紙——が消え、少なくとも1,800地域において2004年時点では存在したローカルニュース経路がなくなったという調査結果がある。この消失の大部分は経済的に苦戦している地域での週刊の刊行物であったものの、都市部の裕福な地域での日刊新聞の廃刊も散見され、ヘッジファンド等を通じた巨大資本によるメディアの系列化が進んでいるといった分析もある。そこからは、草の根の民主主義を下支えするはずのローカルニュースの「衰微」への危機意識が垣間見える³⁶。

また、メディア現場の担い手に関して、アメリカ合衆国労働省労働統計局の統計データによ

れば、情報産業分野では、新聞発行業の従業者数が2001年から2016年の間にほぼ半減したことは対照的に、インターネット掲載・ウェブ検索ポータル業の従業者数は2007年から2016年の間に顕著な増加が見られる。より詳しく辿ると、2001年1月から2016年9月の間に、新聞発行業の従業者数は、411,800から173,709に減少した。また、同時期の従業員数として、定期刊行物発行業では166,306から95,674に、書籍発行業では85,952から60,894と、減少傾向にある。同時期の放送業の従業者数については、ラジオ放送業では113,533から86,800と減少し、テレビ放送業では136,385から132,275と微減した。インターネット関係分野は統計上の分類が一部変更されているが、2007年1月から2016年9月までの間に、インターネット掲載・ウェブ検索ポータル業の従業者数は、66,634から206,396と著しく増加した³⁷。

もちろん、これらの数値自体から、新旧メディアの社会的影響力の推移を測定できるわけではない。それでも、なかには、「アメリカのジャーナリズムは、瀕死 (dying) である」と嘆き、その要因として、アメリカでは公共財の十分な供給という任務が自由市場に割り当てられていることを挙げ、持続可能で力強い「制度としてのプレス」が代表制政治の必須条件であるという憲法制定者の理解を前提とすれば、市場が主導するプレスの衰弱は「憲法的危機」であると唱える主張³⁸もある。こうした現状認識に基づく具体的な対応措置の検討は後述することにして、次に、デジタル環境の現状が抱える問題を見ていこう。

4. 21世紀のデジタル環境—監視資本主義が示す20世紀言論市場との差異と共通性

4.1 監視資本主義—デジタル環境の市場における情報の一方向性と権力の非対称性

20世紀の言論市場と21世紀の情報環境との対比を、その主な担い手という観点から素描すれば、20世紀の独占・集中化した言論市場では、マスメディアから膨大な情報が一方的に流され、一般的な受け手はただ受け取るほかないという「送り手と受け手の分離」現象が生じ、マスメディアが享受する自由の現実の帰結が批判され、その対抗手段としての知る権利・アクセス権・反論権が論じられてきたことは、基本的に、アメリカでも日本でも同様と言える³⁹。

21世紀のデジタル環境をめぐる変化を、そうした20世紀の言論市場との対比で捉えようとする際に、見逃せない分析として、「監視 (surveillance) 資本主義」における情報・知識・権力関係における一方向性ないしは非対称性をめぐる問題がある。すなわち、S.ズボフは、デジタルで「つながる (“connected”）」ことは、本来的に社会的・包摂的で知識の民主化に向かうという草創期の理想に反して、今や他者の商業的目的のための手段となっているとして、資本主義にいう労働よりも「人間の経験」に着眼し、次のように指摘している⁴⁰。監視資本主義は、人間の経験を、行動データに翻訳するための無料の原材料として「一方的 (unilaterally) 」に求め、行動「余剰」を生み、高度な機械知能を通じて「予測」商品化する。他者の経験から引き出される「知識」と、その知識から生じる「権力」における、「先例のない非対称性 (asymmetries) 」を通じて、監視資本主義は機能しており、私たちについてすべてを知ってい

るのに対して、これらの機能を私たちは知ることができないようにデザインされている。

要するに、ここで問題とされているのは、GAF A等と呼ばれるオンラインプラットフォーム事業者そのものやそこで援用されるデジタルテクノロジーそれ自体ではなく、こうしたユーザーの行動予測や広告収入を可能とする、デジタル環境固有の「市場」やそこでのビジネスの「論理 (logic) 」⁴¹である。そして、それらへの「抵抗」として、アメリカにおけるプライバシー・データ保護・独占禁止法等に基づく対応の限界を指摘し、欧州連合 (EU) の法の下での「忘れられる権利」や一般データ保護規則 (GDPR) に注目し、ひいては「民主主義の一新 (renewal) 」等が必要である旨が主張されている⁴²。

こうした資本主義論の包括的検討は本稿の目的ではないが、20世紀における言論市場で問題とされてきた、マスメディアからの一方的な情報の流れに対する受動的な一般の受け手との間の非対称な関係が、21世紀のデジタル環境でも、形を変えて顕現化しているという捉え方が可能であろう。ここで示唆されるのは、時代を超えて顕現化する情報の一方向性や権力の非対称性という根深い問題に向き合う上で、アメリカでの現行の対応よりも積極的な規制措置の必要性である。

なお、この点に関し、EUでは近年、デジタル単一市場やデジタル戦略等を掲げて、活発な政策展開の動きを見せており、例えば、デジタ

ルサービス法案 (DSA)、デジタル市場法案 (DMA)、データ統治法案、人工知能 (AI) 法案等の規則案が欧州委員会から次々と提案されている。なかでも、一定規模以上のデジタルサービス提供事業者のみに対して情報提供義務等を課する DSA 法案・DMA 法案の非対称規制手法⁴³、また、DSA 法案第 26 条の「リスク評価」

では、システミックリスクとして「表現及び情報の自由」や「選挙過程」にもかかわる広範な事項に関するリスクの特定・分析・評価が求められることなど、かなり踏み込んだ規制内容・手法も試みられており⁴⁴、今後の立法過程での審議の行方が注目されることである。

4.2 第1修正は「時代遅れ」か—情報・メディア・通信法制の三分岐化から四分岐化？

そうした対応措置については、アメリカの学説でもさまざまな議論がある。とりわけ、デジタルプラットフォーム事業者に対して、アメリカでは 1987 年に廃止された放送メディアに対する内容規制である「公正原則 (fairness doctrine)」に類似の措置を課すべきとの旨が、複数の論者から提案されてきていることに注目すべきであろう。

その近時の例として、「第1修正は時代遅れか (obsolete) ?」と問いかける T. ウーの論稿では、21 世紀の言論環境の課題として、フェイクニュースやプロパガンダの自動送信装置等を用いた、新たな形態の言論統制・検閲等が生じていることを挙げる⁴⁵。そして、かつて公正原則の下では、放送事業者に対し、重要な公共の関心事を積極的に取り上げ、かつその際には「公正」な方法で行うように求めるとともに、対立する見解に反論する機会を与えるよう放送事業者に求める権利を何人にも付与していたと述べる。その上で、ウー自身はソーシャルメディアやウェブ上の他の事業者に対する公正原則の導入には賛成しないものの、もし連邦議会が導入の結論を出せば、それが合衆国憲法第1修正の下で許されないとするのは信じがたいとの

旨を記している。その規制根拠となりうる事由として、近時の言論環境では、周波数ではなく「人間の注意 (attention)」が稀少となり、少数の大規模プラットフォームの支配性が高まり、前述のような、民主主義に負の作用をもたらす広範な証拠があること等を、ウーは挙げている⁴⁶。

また、前掲のニュースエコシステムの現状を論じたミノーは、プレスや民主主義の脆弱さにつながるリスクに対応すべく、連邦政府による「憲法上の義務 (obligation)」⁴⁷として新たな改革・規制措置が求められるとして、ウーの提案にも言及しつつ、複数の具体的な措置を提案している。すなわち、デジタルプラットフォームを含む関連事業者に対する、内容面での抑圧とはならない手法によるアルゴリズムを含む関連技術の開発促進、また、事業者自身のサービス利用約款に添う形での利用者への選択肢の提供といった、一定の義務を課する「新たな公正原則」のほか、ソーシャルメディアやインターネット上のサービス提供事業者に対する公益事業型の公正なアクセスや取扱い・利用者保護・透明性・説明責任等、独占禁止やクロスオーナーシップ関連、ソーシャルメディアのア

ルゴリズムに関する情報提供・透明性確保や監査体制整備等、が掲げられている⁴⁸。

これらの具体的な対応措置に関する議論を概観すると、アメリカ法・日本法に共通した基本的な大枠であるところの、従来の印刷メディア・放送メディア・コモンキャリアジ（通信）の媒体特性に応じて三つに分岐した形で、それぞれ規定内容を異にする、「媒体別（medium-specific）」に発展してきた20世紀の情報・メディア法の枠組み⁴⁹が、改めて問い直されている状況にあると言えよう。こうした三分岐化した法枠組みに関して、アメリカでは、インターネット上の表現活動に対して、すでに1997年のリノ対ACLU事件連邦最高裁判決により、合衆国憲法第1修正による最大限の保護——要する

に、免許制をはじめとする政府規制が課せられてきた放送メディアではなく、歴史に裏打ちされた政府介入からの自由を享受してきた印刷メディアと少なくとも同等の取扱い——が与えられるべきことが確認されている⁵⁰。その上に、検索エンジンやソーシャルメディアなどのいわゆるインターネット上のサービス提供者のコンテンツ責任については、連邦法である1996年通信品位法の免責規定（47 U.S.C. § 230 (c) (1)）に基づき極めて広範な免責が認められる裁判例が続いており、その限りでは、印刷メディア以上の法的保護を享受しているという意味において、すでに四分岐化が進展しているという理解も可能であろう⁵¹。

5. 国境を越える権力監視の可能性—プラットフォーム・アルゴリズムの責任と透明性

5.1 国家経済安全保障と少数者の言論の自由—ウィーチャット事件連邦地裁判決

政府介入からの自由や消極的自由を旨とする憲法上の表現の自由の保障が、21世紀のデジタル環境において「時代遅れ」とされる問題状況が生じる中でも、国家間の対立を含む対抗利益間の複雑な調整が求められる場面で、社会における少数者の利益に直接的に資する局面もあることは、留意が必要であろう。すなわち、国境を越えるビジネスの展開とともに、国家安全保障と民間企業の経済産業活動とが交差する場面が増加しており、そうしたいわゆる国家「経済」安全保障に関して注目される事案として、2020年8月6日に当時のD. トランプ大統領は、モバイルアプリケーションのティックトック

（TikTok）とウィーチャット（WeChat）に関して、「膨大な量の情報を利用者から自動的に捕捉し」ており、このデータ取得には「アメリカ人の個人的及び財産的情報に対する中国共産党からのアクセス」のおそれがある等とし、情報通信技術及びサービス提供網に関する「国家緊急事態」への追加的な対応措置が必要であるとして、2つの大統領令を発した⁵²。同大統領令に基づき、商務長官は、そこで禁止される「取引」の特定を行った。これに対し、同大統領令の合憲性等を問う訴訟が提起され、ウィーチャットに関する訴訟では2020年9月19日のカリフォルニア北部地区連邦地裁により合衆国

憲法第1修正上の理由で、また、ティックトックに関する訴訟では2020年9月27日のコロンビア特別区連邦地裁により同禁止措置は国際緊急経済権限法（International Economic Emergency Powers Act : IEEPA）に基づく政府権限を超える等の理由で、執行を暫定的に差し止める命令が下された⁵³。

とりわけ、ウィーチャットに関する事件について、連邦地裁は、本件取引禁止措置の発効が目前に迫る中で判断を求められつつも、その理由づけにおいて、この禁止措置は言論の「検閲」や「事前抑制」に等しいとして差止命令を求める申立人側の主張の検討にあたり、メッセージ送信や通話・送金等もできるモバイルアプリであるウィーチャットは、フェイスブック等の「西洋のソーシャルメディア」がブロックされる中国国内のネットワークにも届く上に、英語に熟達していない人々を含む、合衆国内の中国語・中国系コミュニティの多くの利用者にとっては事実上の唯一のコミュニケーション手段となっている等⁵⁴の本件での事情を丁寧に汲み取りながら、他のアプリへの乗り換えも可能等とする政府側の主張を退けている点が目を惹く。

その上で、同連邦地裁による理由づけでは、暫定的差止命令の発給をめぐる判断要素の検討において、政府が一般的に示した国家安全保障上の脅威は重大であり、技術ないしはモバイル技術の点では中国関連の国家安全保障上の脅威に関する証拠は「かなりある」としつつも、ウィーチャットに関する具体的な証拠は「あまり多くない (modest)」として、本件における規制は、他の明白な代替手段もないコミュニ

ケーション経路を「消す (eliminates)」ものであり、政府の重要な利益を促進するために必要以上の言論に負担を課している等と判断され、申立人が居住する4州に限定せずに全米を対象とした暫定的差止命令の発給を結論づけている⁵⁵。

つまりは、米中間の対立が絡む国家経済安全保障分野でも、合衆国第1修正上の言論の自由の保障が、デジタル環境における利用者のコミュニケーション経路の砦となり、大統領権限が司法の場で実効的に抑制された事例と言える。ちなみに、これらの訴訟で争われた前掲の二つの大統領令は、2021年6月9日にJ. バイデン大統領の命令により撤回されたものの、国家安全保障・外交政策・経済等への脅威に対応するためのデータ保護措置については引き続き検討されている状況にある⁵⁶。

このほかにも、アメリカでは、ここ数年間にわたって、国家のまさしく最高次の利益がかかる国家安全保障の分野において、多国籍でサービスを提供するデジタルプラットフォーム事業者が、特に国家による秘密裡の監視への協力を迫られる場面がある一方で、エンドユーザーの権利利益のための擁護者として立ち現れて、政府による秘密裡の監視に対して司法の場で抵抗する興味深い場面もあり、公的部門と民間部門を横断した、いわば新たな形での権力分立の「抑制・均衡」の展開も見出せる⁵⁷。

さらに、近年のアメリカでの裁判例の中には、下級審ではトランプ大統領在職時のツイッターのアカウント上の応答可能な双方向スペースは「パブリックフォーラム」の一種であり、特定のユーザーをブロックした措置は見解に基

づく差別であるとして違憲判断が示された事案もある。それに関して、2021年4月5日に連邦最高裁において裁量上訴が認められながらも、正面から判断が示されることなく、争訟性喪失 (moot) として原判決を取消し原審に差戻しとされた事案で、C. トーマス裁判官が同意意見でデジタルプラットフォーム事業とコモ

ンキャリア事業との類推に基づく議論を展開している例もある⁵⁸。つまりは、連邦最高裁においても、ソーシャルメディアないしはソーシャルネットワークワーキングサービス (SNS) が今日の言論表現活動において果たす役割・機能の評価をめぐっては、試行錯誤が続いていることが窺えよう⁵⁹。

5.2 連邦議会議事堂襲撃と大統領アカウント無期限利用停止

ーフェイスブック監視委員会決定にみるアルゴリズムの透明性と責任の在り方

デジタルプラットフォーム事業者が、アメリカの現職大統領の権力を直接的に抑制した上で、その事案への対応において、自らが制定したルールの下で、自らが設置した独立の「監視」機関を通じて、解決を図ろうとする最近の事例を取り上げておこう。それは、2021年1月6日のアメリカ連邦議会議事堂襲撃にかかわった人々を支持する内容を投稿していた当時のトランプ大統領のアカウントに対して、ソーシャルメディア各社から利用停止措置が講じられた例である。なかでも、フェイスブック社によるこの停止措置に関して、同社の独立の「監視委員会 (Oversight Board)」は、同社からの審議依頼を受けて、2021年5月5日に決定を下した⁶⁰。その決定では、前大統領のフェイスブックのページとインスタグラムのアカウントへの投稿を制限した同社の判断を支持したが、「期限の定めのない停止 (indefinite suspension)」という同社の規程に定めのない制裁措置を課したことは適切ではないとして、同社に対して本件を審理し相応の対応措置を講ずること等を求めた。

この監視委員会決定には論点が多々含まれる

が、本稿の観点から注目されるのは、同決定の理由づけから窺える、次の2点である。

第1点目は、プラットフォームの「デザイン」に関する意思決定過程の秘密性である。すなわち、同監視委員会へのフェイスブック社からの説明では、「選挙の完全性 (integrity) に対する信頼を傷つけるために」前大統領がフェイスブックや他のプラットフォームを繰り返し用いたことは、「プラットフォームの異常な濫用」にあたる等とされていた。そこで、アルゴリズム・基準・手続・技術的特徴を含む「プラットフォームのデザインに関する決定 (design decisions)」がトランプ氏の選挙後の投稿をどの程度まで増幅させたのか等について、より明確な説明を求めたところ、同社は回答を控えたことから、同社が講じた措置の必要性や相当性の評価に「困難」が生じたとされている⁶¹。

第2点目は、内容に関する「責任」の所在の不明確さである。これに関する同監視委員会決定の理由づけによれば、同社のコンテンツポリシー等への重大な違反に対して適用される必要かつ相当な制裁措置を制定して通知することは、同社の「役割」である。それにもかかわら

ず、「定めがなく基準に基づかない制裁措置を適用し、その後には本件の解決のために当委員会に諮問する」にあたり、同社は「責任を回避しようとしている」と、同監視委員会は断じている⁶²。

たしかに、フェイスブック社は政府機関ではなく一民間企業であることを考慮すれば、同監視委員会が、アメリカ合衆国憲法第1修正の基準はここで適用されないと明言した上で、第1修正に反映される表現の自由の原理が多くの点で同様または類似するとして、国連人権規約（ICCPR）第19条や、国連ビジネス人権指導原則（UNGPs）等の国際人権法上の諸規定にも

言及しながら、理由づけを行っていること⁶³は、ソーシャルメディア上の投稿が本来的に国境を越える性質をもつことを考慮すれば、妥当な判断と行うことができるであろう。ただ、第四権力という社会的影響力に相応する権力監視の役割を期待されてきた従来型のプレス、ないしは、そうしたプレスが自らの行動の拠り所として掲げてきた規範とはかなり様相を異にする、メディア企業というよりもむしろテクノロジー企業としての自由、そして責任や透明性の要請に応えるガバナンスの在り方が、問われていると言える。

6. 将来への指針—デジタル統治構造の民主化と開かれた知の共創デザイン

6.1 もう一つの「第四部門」からの示唆—「見張りを誰が見張るのか？」

ここで改めて、アメリカの権力分立制の歴史的展開を振り返ると、第四階級としてのプレスは国家機構の外に開かれた抑制・均衡の仕組みとして捉えられるのに対して、国家機構の内部での異種混合という点で、いま一つ、「第四」の政府部門として捉えられてきた存在がある。すなわち、連邦議会からの委任立法に基づき、特定分野における規則制定から紛争解決までの準立法・準司法手続に携わり、大統領からも一定の自律性をもつがゆえに、20世紀初旬には「頭のない（headless）、政府の『第四部門』」として批判されてきた、いわゆる「独立」行政委員会である⁶⁴。その背景には、合衆国憲法制定後、連邦政府の権限の漸次的拡大や、いわゆる行政国家（administrative state）化の現象がある。

この第四部門としての行政委員会ないしは行政機関の判断に対する司法審査の在り方を論じたS. プライヤー裁判官の2011年の論稿は、第四権力としてのプレスを考察する上でも示唆を与えるものである。すなわち、行政委員会等による政策形成や制定法解釈に関する決定をめぐる司法審査では、特に1984年のシェブロン事件連邦最高裁以降に、裁判所がどの程度までの「敬讓（deference）」が求められるかという、やや技巧的にも見える争点が注目されてきた。ただ、より広い観点から見れば、ここで裁判所には、政府の実務が機能するように部門間の関係を定義することにより、裁判所の判断が公衆から信頼されて受け入れられるような回答が求められており、フェデラリスト文書のマディソンの議論で言えば天使ではない人間による自己

統治をいかに統制し、関連する行政の判断が公正かつ合理的であることをいかに保障し、また、古代ローマにいう「見張りを誰が見張るのか (quis custodiet ipsos custodes?)」、ないしは「規制者を誰が規制するのか」等の基本的な問いかけに基づく考察が必要とされる⁶⁵、ということである。

その後、行政権力拡大に関しては、アメリカでは、民営化・外注化傾向が顕著となっている。すなわち、政府事業の遂行に民間事業者が広範に関与し、基準の設定・公表や第三者の行為規制にも携わり、より大きな裁量とより広い責任が民間の手に委ねられる傾向が、医療・福祉・公教育・刑務所運営等に見られ、さらに戦争での戦闘・警察活動でも、国家権力・商業的権力間での混合・集中をもたらしている状況がある。そこでは、政府の責任が外部委託され、情報公開法や行政手続法に基づく法的制約が回避されるといった問題が指摘される。こうした「ポスト行政国家」ないしは「民営化された統治 (privatized governance)」の実務の現実を踏ま

えた、権力分立の原理に基づく抑制・均衡のための憲法・行政法上の統制の仕組みを実効的に機能させる工夫が、改めて模索されている⁶⁶。

さらには、前掲のニュース生態系の変化に関する考察で触れた、人工知能 (AI) ないしは計算機処理のアルゴリズム (計算方式) に依拠した意思決定システムの社会実装化は、アメリカや欧州諸国では、公的部門でも急速に進んでいるところ、関連する裁判例の中には、法の適正手続・過程ないしは透明性原則の下での問題点を指摘する判断も出てきている⁶⁷。こうしたアルゴリズムに基づく意思決定は、アルゴリズムが営業秘密として保護され、その過程がブラックボックス化することへの批判がありつつも、おそらく効率性や経費削減といった実務事情もあり、今後も利用拡大が予測される。そうした場面での権力抑制・監視機能は、第四権力としてのプレスによる権力監視やその担保としての自由の在り方に関する議論よりも、一層広い視野での検討を要するものであろう。

6.2 自由・公開性・透明性—「共創」のための制度デザイン

その点に関連して、「透明性」という概念について、F. シャウアーの 2011 年の論稿では、言論・表現の自由や公開性等との関係も含めて、興味深い考察を提供している。すなわち、「透明性」が今日では頻繁に使用されるようになったと述べた上で、言論・表現の自由も、意思決定の制度デザインが「開かれていること (openness)」へのコミットメントの一端を担うものとして、例えば、裁判の公開、情報公開、情報提供義務、オープンソース等と共通するも

のであり、「知 (knowledge) を生み出す上での法の役割」というより広い射程のテーマにもつながるものであると、シャウアーは分析している。そして、自由との関係で言えば、透明性は、基本的に、「活動」や「権力」というよりも「属性 (attribute)」であり、積極的自由・権利よりは消極的自由・権利に当てはまり、また、透明性は意思決定の制度デザインのアプローチとしては、善い決定をしない過ちよりも悪しき決定をする過ちを重視して後者を避ける

ことを優先するという意味で「保守的」であると喝破する⁶⁸。

その上で、合衆国憲法第1修正の背後にある諸価値の促進にとっては、国家からの自由や消極的自由の議論とともに、知の促進のための「社会条件」や「公共政策」も併せて議論することの重要性を説いている⁶⁹。より具体的には、J.S. ミルの『自由論』で例示された、ローマカトリック教会での聖者の聖列加入の時に「悪魔の代弁者 (devil's advocate)」を特に任命して非難の言葉に傾聴させる制度を設けたように⁷⁰、知を促進し知的な独りよがり避けるために、受け入れられた思想をも挑戦しなければならないのであれば、その挑戦者を保護するのみならず、挑戦者が存在することを確保し、さらに挑戦者を生み出すところまでが必要であり、状況次第では、挑戦者が実際に存在して挑戦がなされることを確保するために積極的に制度を創設することも要請される⁷¹、と指摘されている。

こうしたシャウアーの考察を踏まえつつ、いまま少し展開するならば、前掲のフランス人権宣言において、人権保障に権力分立を組み合わせることこそが、憲法の存在自体を成り立たせる

必須の条件とされていたように、また、アメリカ合衆国憲法での「抑制・均衡」の仕組みとして、複数権力の異種混合を取って制度デザインに組み込んで、自由のみならず効率性をも確保しようとしていたように、権力の抑制・均衡を担う複数の担い手の存在を実効的に担保して、相互の抑制と同時に全体としての価値実現も積極的に目指すという、いわば「共創」の構造化への志向性が、権力分立の原理に含意されているという理解が可能であろう。この点に関し、フランス人権宣言当時の憲法論では、制約対象の権力は専ら国家として、また、権利保障は専ら「国家からの自由」の保障として、さらに、権力分立は専ら「国家」の諸権力間の分立として捉えられてきたことと対比すれば、第四権力としてのプレスによる権力監視機能の担保は、ある意味ではすぐれて現代的な、人権確保のための権力分立の新たな構想⁷²として捉えられる。その一層の具体化には、シャウアーのいう、より広い文脈における「挑戦者」、ないしはプレイヤーがいう「見張りに対する見張り」や「規制者に対する規制」のための、より積極的な制度デザインが必要となると言えよう。

6.3 結びにかえて—デジタル統治構造の透明化・民主化に向けて

そうした構想の展開のより具体的な形について、ここでは自由と並び立つ鍵概念として「共創」に着目しながら考えておこう。すなわち、情報化やデジタル化に伴う社会変革の下で次々と生じる課題の解決には、法の強制力に裏づけられた狭義での国家による統治や命令統制型の政府規制に加えて、国・地域の枠を越えて企業

や個人を含む社会権力の多様な担い手が共に携わり事実上の規範力を創出するルール形成⁷³についても、視野に入れておく必要がある。そして、国境を越えるデジタル統治における権力監視機能を担保する新たな仕組みが必要となっており、そのためには、伝統的なマスメディアを取り巻く現状を踏まえつつ、今日の情報・メ

ディア・テクノロジーに関するエコシステム全体を捉えた、より包括的な視座で課題解決を探る法と政策の構想が求められていると言っ
てよい。

とりわけ、情報ないしは社会の情報化の進化形とも言えるデジタル化は、有体物との対比で言えば、その無体・無形性ゆえに動態性、ひいては国際性を本来的に持つ。そのために、情報の流れの一方方向性や関係主体間の権力の非対称性をもたらし、社会構造に深く根差した権力関係に通底する不均衡性を、より鮮明にかつグローバルな規模で、顕現化させる傾向があると言える。そこでは、情報やメディアに関する既存の法制度上の諸原理の中でも、特に、公権力監視機能の担保として歴史で謳われる「第四権力」としてのプレス
の自由、そして、民主主義的自己統治に不可欠となる公開性、説明責任、公正性、透明性等の価値原理をより実効的に機能させる、制度設計上の新たな工夫が必要となる。

本稿の冒頭の問いかけに応答する形で言えば、デジタル化が進む社会における権力統制・

監視機能を実効的に担保するためには、希求される人権保障の礎となる基底的な価値原理としての「自由」、そして、国家権力のみならず私的秩序における権力の担い手も抑制・均衡と価値実現のダイナミズムに組み込んで「共創」を構造化させる制度デザインの双方が、不可分の組み合わせとして求められる。そうした情報とデジタル化に関する法・政策構想の具体化は他日を期すこととするが、以上の考察から明らかとなるのは、もしそうした権力抑制・監視の担い手がいなければ、その存在をも創り出す積極的な制度的措置も要請されうるとい
うのが、言論・表現・情報・知に関する自由や公開性・透明性とそれらの限界をめぐる一連の法の原理と制度デザインに関する考察から引き出される示唆であり、特に今後の日本のデジタル社会秩序形成の文脈では、情報権力分立——すなわち、統治権力における抑制・均衡を担う主体の一層の多様化・分散化・国際化等を通じた、統治構造そのものの透明化・民主化——が、要請されるということである。

註

¹ 本稿は、新型コロナウイルス感染症拡大により開催が延期された、日本公法学会総会の部会研究報告の草稿「権力統制主体としてのマスメディアの機能と課題——デジタル統治の権力監視機能の担保としての自由・公開性・透明性設計」の一部であり、さらに加筆した原稿を『公法研究』に掲載予定である。関係の先生方からの貴重なご助言に、心より御礼を申し上げたい。なお、本稿では、「統治権力」や「統治構造」について、私的秩序における権力の担い手も総合的に視野に入れて抑制・均衡のダイナミズムを取り上げていくことから、国家権力の三権に止まらず、いわゆる第四権力等を含めた広い意味で用いることとする。本稿は過去の拙稿を基礎にしている。とりわけ、*The Rise of "Global Information Law" : Centennial Perspectives on the Conceptualization of Japanese Information Law*, 100 *Journal of Information Studies* 47-63 (2021), *A Japanese Equivalent of the "Right to Be Forgotten" : Unveiling Judicial Proactiveness to Curb Algorithmic Determinism, in THE RIGHT TO BE FORGOTTEN: A COMPARATIVE STUDY OF THE EMERGENT RIGHT'S EVOLUTION AND APPLICATION IN EUROPE, THE AMERICAS, AND ASIA (IUS COMPARATUM - GLOBAL STUDIES IN COMPARATIVE LAW, vol. 40)*, at 291-310 (Franz Werro, ed., Springer 2020), 「表現の自由と著作権——AI時代の『ユーザーライツ』概念とそのチェック機能」

論究ジュリスト 25号 (2018年) 61-67頁、「国家安全保障におけるアルゴリズムによる監視——憲法上の言論の自由・プライバシーとプラットフォーム事業者の役割」憲法研究 3号 (2018年) 47-54頁、を参照。本稿で引用したウェブサイトへのアクセスは2021年9月21日現在である。本稿の一部に、科研費 17K03501 の助成を受けている。

- ² 清宮四郎『権力分立制の研究』(1950年、1999年復刻第1版・有斐閣) 1-2頁。権力分立については、優れた議論の蓄積がある。なかでも、本稿の考察の視点に関し、権力の諸形態のうちその典型である「公権力」を中心としつつ「準国家権力とも言われる社会的権力」をも視野に入れた諸課題について、芦部信喜他編『岩波講座 基本法学 6 権力』(1983年・岩波書店) 所収の芦部信喜「まえがき」v-vii頁・各論稿、また、権力分立と立憲主義等に関する諸課題につき、例えば、樋口陽一編『講座・憲法学第5巻 権力の分立 (1)』・『講座・憲法学第6巻 権力の分立 (2)』(1994年・1995年・岩波書店)、こうした諸課題に関する近年の概説として、例えば、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法 (第7版)』(2019年・岩波書店) 297-299頁によれば、日本国憲法は、国会を「国権の最高機関」とし、議院内閣制を採用しながらも、裁判所の「違憲審査権」を認めるという点では、歴史的に見れば、立法権優位の権力分立を考える「フランス型」よりも、三権を憲法の下で同格とみる「アメリカ型」に、どちらかと言えば近い考え方をとっており、その意味では、「権力分立」と並んで「国民主権」と「法の支配」の原理が「日本国憲法の統治機構を支えている」等とされる。なお、こうした一般的な類型論に関して、佐藤幸治『日本国憲法論 [第2版]』(2020年・成文堂) 83-87頁は、「イギリス型議会君主制 (議院内閣制)」は「緩やかな権力分立制の例」とされるのに対し、アメリカ合衆国憲法は「厳格な権力分立制の例」とされるが、「大統領の拒否権や司法裁判所の行政裁判権・違憲立法審査権など抑制・均衡への配慮にも強いものがある」等とされる。また、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 (第5版)』(2020年・有斐閣) 21-28頁は、近代立憲主義の基本原則として、①自由の保障、②法の支配、③権力分立、④人民主権、を挙げ、その歴史的展開を描いた上で、権力分立の原理 (広義) は、一般的には、立法・執行・司法の三権分立 (狭義) と、抑制・均衡の原理という、「二側面」を含む意味で用いられ、「法の支配を制度化するメカニズム」となった等と指摘する。抑制・均衡の仕組みに関しては、長谷部恭男『憲法 (第7版)』(2018年・新世社) 16-18頁・同『Interactive 憲法』(2006年・有斐閣) 63-68頁は、モンテスキューの議論に基づき、国家権力の集中を排除する消極的原理とは区別される「積極的な原理」と捉えて、例えば行政権の首長の立法拒否権等のように、立法を「阻止する権限」をもたせ、立法権に「いろいろな社会勢力を参与させる」ことの意義等を解説している。権力分立と法の支配等に関する比較憲法史的観点からの解説として、例えば、渡辺康行他『憲法 II 総論・統治』(2020年・日本評論社) 106-116頁〔宍戸常寿〕・宍戸常寿『憲法解釈論の応用と展開 (第2版)』(2014年・有斐閣) 208-212頁等を参照。
- ³ 清宮・前掲註 (2) 1-13頁、前掲註 (2) に掲げた文献を参照。また、後掲註 (13) を参照。
- ⁴ 高木八尺・末延三次・宮沢俊義編『人権宣言集』(1957年・岩波書店) 133頁〔山本桂一〕。
- ⁵ See ALEXANDER HAMILTON, JAMES MADISON & JOHN JAY, THE FEDERALIST (A Limited Edition: The Franklin Library, 1977), NO. 51 (James Madison, Feb. 6, 1788), at 372-378 [日本語訳として、齋藤敏『フェデラリスト』(1966年・理想社) 293-297頁]。
- ⁶ THE FEDERALIST NO. 51 *supra* note 5, at 376 (James Madison). マディソンによる権力分立論の近年の考察として、例えば、上村剛『権力分立論の誕生——ブリテン帝国の『法』の精神』受容』(2021年・岩波書店) 239-273頁を参照。
- ⁷ See, e.g., NOAH R. FELDMAN & KATHLEEN M. SULLIVAN, CONSTITUTIONAL LAW 75-76 (20th ed. 2019).
- ⁸ *Id.* at 297. アメリカ合衆国憲法の下での権力分立と連邦制について、また、「執行 (executive) 権」と「行政 (administrative) 権」との関係につき、例えば、松井茂記『アメリカ憲法入門 (第8版)』(2018年・有斐閣) 36-40頁・152-164頁を参照。加えて、樋口範雄『アメリカ憲法 (第2版)』(2021年・弘文堂) 80-83頁によれば、「世界で初めて三権分立 (権力分立) 制度を具体化した」アメリカ合衆国憲法では、執行権は、大統領に属し、「checks and balances (抑制と均衡) という言葉が象徴するように、他の2権と対等・独立であり、しかもそれらを場合によっては抑える権限も有する」。その意味で、「英語の語感としては、executive power とは、administration と比べて、より独立した強力な権限を意味する」。その上で、日本の議院内閣制等の現状と比較しつつ、アメリカでは「日本の制度以上の「権力分立」が行われており、その中で、大統領を頂点とする行政府は、他の2つの権力とまさに独立・対等の地位にある」と指摘されている。
- ⁹ See *Marbury v. Madison*, 1 Cranch (5 U.S.) 137, 2 L. Ed. 60 (1803); see also FELDMAN & SULLIVAN, *supra* note 7, at 1.
- ¹⁰ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52, 84-85 (1926) (Brandeis, J., dissenting). また、例えば、清宮・前掲註 (2) 3頁を参照。
- ¹¹ FELDMAN & SULLIVAN, *supra* note 7, at 297.
- ¹² THE FEDERALIST NO. 51 *supra* note 5, at 374 (James Madison).
- ¹³ 清宮・前掲註 (2) 3-4頁。ここでは、権力分立論の特性として、次の四つが挙げられている (同書 2-5頁)。第一は、「自由主義的」な政治組織原理であること、第二は、「積極的」に能率を増進させるためではなく「消極的」に権力の濫用または権力の恣意的

な行使を防止するための原理であること、第三は、本文に掲げたものである。第四の特性については、「政治的中立性または中和性」にあるとされ、第一の特性である本来の「自由主義的」な性格からすれば、権力分立の原理は、「どのような権力にも對抗するもの」であり、元来は「専断的な原理でも民主的な原理でもない」が、「民主主義に對する場合のほうが、握手の可能性が多い」とされている。

- ¹⁴ モンテスキュー（野田良之他訳）『法の精神（上）』（1989年・岩波書店）289頁（第2部11篇4章）[横田地弘]を参照。
- ¹⁵ THE FEDERALIST NO. 51 *supra* note 5, at 374 (James Madison) .
- ¹⁶ この点に関して、樋口「社会的権力と人権」『岩波講座 基本法学 6 権力』・前掲註（2）345-351頁、また、後掲註（72）を参照。
- ¹⁷ LEONARD W. LEVY, EMERGENCE OF A FREE PRESS (Revised and enlarged edition of LEGACY OF SUPPRESSION: Freedom of Speech and Press in Early American History) 273 (1985) .
- ¹⁸ THOMAS CARLYLE, ON HEROES, HERO-WORSHIP, & THE HEROIC IN HISTORY: SIX LECTURES: REPORTED, WITH EMENDATION AND ADDITIONS 265 (London: James Fraser, 1841) , at 265.
- ¹⁹ See, e.g., Erin C. Carroll, *Platforms and the Fall of the Fourth Estate: Looking Beyond the First Amendment to Protect Watchdog Journalism*, 79 Md. L. Rev. 529, 537-538 (2020) .
- ²⁰ See CARLYLE, *supra* note 18, at 261-266.
- ²¹ *Id.* at 266.
- ²² GEOFFREY R. STONE ET AL., CONSTITUTIONAL LAW 1400-1401 (8th ed. 2018) .
- ²³ FELDMAN & SULLIVAN, *supra* note 7, at 1513-1515; see also ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW 1635-1636 (6th ed. 2020) ; EUGENE VOLOKH, THE FIRST AMENDMENT AND RELATED STATUTES: PROBLEMS, CASES AND POLICY ARGUMENTS 96-97 (7th ed. 2020) ; T. BARTON CARTER ET AL., THE FIRST AMENDMENT AND THE FOURTH ESTATE: THE LAW OF MASS MEDIA 70-71 (13th ed. 2021) .
- ²⁴ *Branzburg v. Hayes*, 408 U.S. 665, 682-706 (1972) . ブランズバーク事件連邦最高裁判決の理由づけについては、さしあたり、拙著『情報法の構造—情報の自由・規制・保護』（2010年・東京大学出版会）193-197頁を参照。
- ²⁵ Potter Stewart, “*Or of the Press*” , 26 Hastings L.J. 631, 633-634 (1975) .
- ²⁶ *Id.* at 634.
- ²⁷ Vincent Blasi, *The Checking Value in First Amendment Theory*, 1977 Am. B. Found. Res. J. 521, 524-528, 554-567 (1977) ; see also ALEXANDER MEIKLEJOHN, FREE SPEECH AND ITS RELATION TO SELF-GOVERNMENT (1948) .
- ²⁸ 特にニューヨーク・タイムズ対サリバン事件判決（*New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964)）以降のアメリカ合衆国憲法第1修正に関する法理の展開について、また、そうした展開と民主主義的自己統治の価値を重視する表現の自由の原理論との関連について、さしあたり、拙著『情報法の構造』・前掲註（24）41-76頁・83-95頁を参照。
- ²⁹ 最大決昭和44年11月26日刑集23巻11号1490頁[博多駅事件]。本最高裁決定における「知る権利」の位置づけに関し、さしあたり、拙稿「取材フィルムの提出命令と取材の自由」長谷部恭男他編『憲法判例百選I〔第7版〕別冊ジュリスト245号（2019年）159頁以下を参照。また、その後のメディアに関する判例・学説等の展開につき、例えば、特集「メディアと憲法」論究ジュリスト25号（2018年）、長谷部恭男他編『メディア判例百選〔第2版〕別冊ジュリスト241号（2018年）、鈴木秀美責任編集・メディア法研究第1号（2018年）に所収の各論稿・判例解説等を参照。
- ³⁰ *Citizens United v. Fed. Election Comm'n*, 558 U.S. 310, 352 (2010) , *citing* *Austin v. Michigan Chamber of Com.*, 494 U.S. 652, 691 (1990) (Scalia, J., dissenting) .
- ³¹ *Citizens United*, 558 U.S. at 352. なお、特にソーシャルメディアないしはソーシャルネットワークワーキングサービス（SNS）の今日的な重要性に関する連邦最高裁の状況認識については、後掲註（59）も参照。
- ³² See, e.g., Gregory C. Lisby & Timothy Barouch, *Blasi, Vince. The Newsman's Privilege: An Empirical Study*, 70 Mich. L. Rev. 229 (1971) , 25 Comm. L. & Pol'y 354, 361 n.3 (2020) ; Christina Koningisor, *The De Facto Reporter's Privilege*, 127 Yale L.J. 1176, 1180-1186, 1198-1205 (2018) .
- ³³ See, e.g., Carroll, *supra* note 19, at 538-541; Eugene Volokh, *Freedom for the Press as an Industry, or for the Press as a Technology? From the Framing to Today*, 160 U. Pa. L. Rev. 459 (2012) ; Sonja R. West, *The “Press,” Then & Now*, 77 Ohio St. L.J. 49 (2016) .
- ³⁴ See Stewart, *supra* note 25, at 631, 636.
- ³⁵ Martha Minow, *The Changing Ecosystem of News and Challenges for Freedom of the Press*, 64 Loy. L. Rev. 499, 500-518 (2018).

- ³⁶ PENELOPE MUSE ABERNATHY, NEWS DESERTS AND GHOST NEWSPAPERS: WILL LOCAL NEWS SURVIVE? 9-21 (2020) .
- ³⁷ U.S. Bureau of Labor Statistics, *Newspaper publishers lose over half their employment from January 2001 to September 2016* (April 03, 2017) , <https://www.bls.gov/opub/ted/2017/newspaper-publishers-lose-over-half-their-employment-from-january-2001-to-september-2016.htm>.
- ³⁸ Luke Morgan, *The Broken Branch: Capitalism, the Constitution, and the Press*, 125 Penn St. L. Rev. 1, 1-17 (2020) .
- ³⁹ 例えば、芦部〔高橋補訂〕・前掲註(2) 180-197頁を参照。
- ⁴⁰ SHOSHANA ZUBOFF, THE AGE OF SURVEILLANCE CAPITALISM: THE FIGHT FOR A HUMAN FUTURE AT THE NEW FRONTIER OF POWER 7-11 (2019) [日本語訳として、野中香方子『監視資本主義—人類の未来を賭けた闘い』(2021年)].
- ⁴¹ *Id.* at 14-15.
- ⁴² *Id.* at 54-61, 480-488, 524.
- ⁴³ See, e.g., Andrej Savin, *The EU Digital Services Act: Toward A More Responsible Internet*, 24 J. Internet L. 1, 20-24 (2021) .
- ⁴⁴ See, e.g., Yamaguchi, *The Rise of "Global Information Law"* , *supra* note 1, at 53-55.
- ⁴⁵ Tim Wu, *Is the First Amendment Obsolete?*, in THE FREE SPEECH CENTURY 272-273, 289-291 (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2019) . なお、特にドナルド前大統領時代のフェイクニュースと表現の自由に関する課題について、松井茂記『表現の自由を守る価値はあるか』(2020年・有斐閣) 249-328頁を参照。
- ⁴⁶ *Id.* at 289-291. ちなみに、公正原則の解説として、例えば、内川芳美『マスメディア法政策史研究』(1989年・有斐閣) 423-460頁を参照。その425頁の脚注(1)では、アメリカの放送番組規制基準の一つである「公正」原則について、日本では「公平」原則と称されてきたものの、ここにいうフェアは「ある争点をめぐる諸見解をフェアに取り扱うこと」に主眼が置かれており、「量的な、例えば法定の公職候補者の場合に認められているようないわゆる平等時間 (equal time) の観念は含まれていない」ことから、公正原則といった方が「実質に忠実である」等と指摘されていた。
- ⁴⁷ Minow, *supra* note 35, at 538-544. ここでの脚注(253)において、こうしたニュースエコシステムに関する改革・規制措置のための「憲法上の義務」に関する議論と、より広い文脈での「行政国家」現象に伴う憲法上の要請に関する議論の間には、類似性があると、ミノーは指摘している。そうした後者の議論の例として、後掲註(66)の Gillian E. Metzger, *The Constitutional Duty to Supervise* 等が挙げられている。
- ⁴⁸ Minow, *supra* note 35, at 543-555.
- ⁴⁹ See LAURENCE H. TRIBE, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW § 12-25, at 1003-1010 (2d ed. 1988) .
- ⁵⁰ Reno v. ACLU, 521 U.S. 844, 868-870, 885 (1997) .
- ⁵¹ この点に関し、革新的なテクノロジーが牽引する、情報法・メディア法・サイバー法・インターネット法等と称される新たな法領域の動的な展開について、さしあたり、拙著「インターネットにおける表現の自由」松井茂記他編『インターネット法』所収(2015年・有斐閣) 25頁以下、拙著『情報法の構造』・前掲註(24) 152-171頁を参照。
- ⁵² Addressing the Threat Posed by TikTok, and Taking Additional Steps To Address the National Emergency With Respect to the Information and Communications Technology and Services Supply Chain (Exec. Order No. 13942, 85 Fed. Reg. 48637 (Aug. 6, 2020)) ; Addressing the Threat Posed by WeChat, and Taking Additional Steps To Address the National Emergency With Respect to the Information and Communications Technology and Services Supply Chain (Exec. Order No. 13943, 85 Fed. Reg. 48641 (Aug. 6, 2020)) .
- ⁵³ 複数の関連訴訟の中でも、WeChat に関して、U.S. WeChat Users All. v. Trump, 488 F. Supp. 3d 912 (N.D. Cal. 2020)、また、TikTok に関して、TikTok Inc. v. Trump, 490 F. Supp. 3d 73 (D.D.C. 2020) を参照。なお、国際緊急経済権限法(IEEPA)に関して、例えば、小野純子「米国における輸出管理の歴史—EAA から ECRA まで」村山雄三編著『米中の経済安全保障戦略—新興技術をめぐる新たな競争』(2021年・芙蓉書房出版) 50頁以下を参照。
- ⁵⁴ U.S. WeChat Users All., 488 F. Supp. 3d at 916-919, 925-928. See also Gabrielle Supak, *Political Posturing or A Move Towards "Net Nationalism?": The Legality of A Tiktok Ban and Why Foreign Tech Companies Should Be Paying Attention*, 22 N.C. J. L. & Tech. 527, 550 (2021) .
- ⁵⁵ U.S. WeChat Users All., 488 F. Supp. 3d at 928-930.
- ⁵⁶ See Protecting Americans' Sensitive Data From Foreign Adversaries (Exec. Order No. 14034, 86 Fed. Reg. 31423 (June 9, 2021)) .

- ⁵⁷ こうした展開につき、さしあたり、拙稿「国家安全保障におけるアルゴリズムによる監視」・前掲註(1) 47-54頁を参照。なお、L. ポリンジャーとG. ストーンは、近年の編著書において、国家安全保障分野での内部告発やプレスの自由をめぐる対抗利益間のバランスのとり方や、そこでの秘密性と公開性に関するリスクについて、検討を進めるにあたり、とりわけ、1971年のペンタゴン文書事件連邦最高裁判決(New York Times Co. v. United States, 403 U.S. 713 (1971))以降の主な状況変化の一つとして、「インターネットの導入と情報のデジタル化(digitalization of information)」を挙げている。加えて、インターネットは、ニューヨークタイムズやワシントンポストのような「伝統的なプレスのビジネスモデル」を弱体化させ、「あらゆる種類の「公表者」志望(would-be “publishers”)が生まれる堰を切った」、といった状況変化についても指摘されており、興味深い。Lee Bollinger & Geoffrey Stone, *Opening Statement to NATIONAL SECURITY, LEAKS AND FREEDOM OF THE PRESS: THE PENTAGON PAPERS FIFTY YEARS ON* xvii-xviii (Lee C. Bollinger & Geoffrey R. Stone eds., 2021) .
- ⁵⁸ *See Biden v. Knight First Amend. Inst. At Columbia U.*, 141 S. Ct. 1220, 1223-1227 (2021) (Thomas, J., concurring) .
- ⁵⁹ ちなみに、ソーシャルメディアの重要性について、2017年のパッキングム事件連邦最高裁判決は、ノースカロライナ州法の下で、登録された性犯罪者が、フェイスブックやツイッター等のソーシャル・ネットワーキング・ウェブサイトにアクセスすることを、一定の条件において「重罪(felony)」とした条項につき、合衆国憲法第1修正の下で違憲と判断するにあたり、前掲のリノ対ACLU事件判決を引用しながら、次のように記している。すなわち、「見解の交換のための(空間的な意味で)最も重要な場所(the most important places (in a spatial sense) for the exchange of views)」を特定することは、過去には、困難であったかもしれないが、今日では、「答えは明らかである」。それは、「サイバースペース——インターネット上の広大で民主的なフォーラム(vast democratic forums of the Internet)」(*Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844, 868 (1997))一般であり、なかでも、「ソーシャルメディア」である。そして、アメリカにおける成人の「10人のうち7人」は、インターネット上のソーシャル・ネットワーキング・サービスについて、少なくともその一つを利用している等と、連邦最高裁は述べていた。*See Packingham v. North Carolina*, 137 S. Ct. 1730, 1733-1735 (2017) .
- ⁶⁰ Facebook, Oversight Board, Case decision 2021-001-FB-FBR (May 5, 2021) . 本決定の全文は、インターネット上で入手可能であり、以下、そこでの項目に基づいて言及していくこととする。
- ⁶¹ *Case decision 2021-001-FB-FBR*, *supra* note 60, at “8.3 Compliance with Facebook’s human rights responsibilities: III. Necessity and proportionality” .
- ⁶² *Id.* at “9. Oversight Board decision” .
- ⁶³ *Id.* at “8.3 Compliance with Facebook’s human rights responsibilities” .
- ⁶⁴ *See, e.g.*, President’s Committee on Administrative Management, Report with Special Studies 31-32, 39-40 (1937) .
- ⁶⁵ Stephen Breyer, *The Executive Branch, Administrative Action, and Comparative Expertise*, 32 Cardozo L. Rev. 2189, 2189-2193, 2198-2201 (2011) ; *see also* *Chevron, U.S.A., Inc. v. Nat. Res. Def. Council, Inc.*, 467 U.S. 837 (1984) .
- ⁶⁶ *See, e.g.*, Gillian E. Metzger, *Privatization As Delegation*, 103 Colum. L. Rev. 1367, 1369-1371, 1434, 1453 (2003) ; Gillian E. Metzger, *The Constitutional Duty to Supervise*, 124 Yale L.J. 1836, 1849-1863 (2015) ; Jon D. Michaels, *An Enduring, Evolving Separation of Powers*, 115 Colum. L. Rev. 515, 517-524, 570-597 (2015) .
- ⁶⁷ *See, e.g.*, *State v. Loomis*, 881 N.W.2d 749, 761 (Wis. 2016) ; *Houston Fed’n of Teachers, Local 2415 v. Houston Indep. Sch. Dist.*, 251 F. Supp. 3d 1168, 1171, 1175-1180 (S.D. Tex. 2017) ; Dutch district court of the Hague decision on February 5, 2020 on legislation for the Dutch government’s use of the SyRI (System Risk Indication) algorithm system to detect various forms of fraud, including social benefit, allowance, and tax fraud: *Rechtbank Den Haag, SyRI legislation in breach of European Convention on Human Rights*, Feb. 5, 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:1878, C-09-550982-HA ZA 18-388 (English) ; *see also* Yamaguchi, *The Rise of “Global Information Law”* , *supra* note 1, at 54-55. ここで言及した、アルゴリズム関連情報の秘密性等の論点を含む裁判例の中でも、アメリカにおける公立学校の教員評価システムに基づく教員解雇に関する事案での、合衆国憲法第14修正上の手続的適正過程(procedural due process)の争点をめぐる連邦地裁の判断を参照。また、オランダにおける政府の社会保障・税等に関する詐欺検知システムに関する事案での、透明性・検証可能性等をめぐるハーグ地裁の判断を参照。さらに、日本において2021年5月に成立したデジタル社会形成基本法・デジタル庁設置法等のデジタル改革関連法にかかわる諸課題の考察として、例えば、特集「2021年個人情報保護法改正」ジュリスト1561号(2021年)・特集「行政手続のデジタル化と法の課題」ジュリスト1556号(2021年)掲載の諸論稿・座談会等を参照。
- ⁶⁸ Frederick Schauer, *Transparency in Three Dimensions*, 2011 U. Ill. L. Rev. 1339, 1340-1354 (2011) .
- ⁶⁹ *Id.* at 1355-1356.

- ⁷⁰ See JOHN S. MILL, ON LIBERTY 40 (2nd ed. 1859) [塩尻公明・木村健康訳『自由論』(岩波書店・1971年)46頁・244頁(訳註・第2章(2))].
- ⁷¹ Schauer, *supra* note 68, at 1355-1356. See also Frederick Schauer, *Positive Rights, Negative Rights, and the Right to Know*, in TROUBLING TRANSPARENCY: THE HISTORY AND FUTURE OF FREEDOM OF INFORMATION 34-39, 42-43 (David E. Pozen & Michael Schudson, eds., 2018).
- ⁷² この点に関し、なかでも、現代社会におけるマスメディアを含む巨大企業等のもつ影響力に着眼し、社会的権力として位置づけ、それによる人権侵害に対する抑制について論じる一方で、社会的権力の担い手に一定の役割を託して、権力分立の新たな構想を検討するものとして、樋口「社会的権力と人権」『岩波講座 基本法学 6 権力』・前掲註(2)345-351頁を参照。また、国家の枠内に限らず国家・社会全体における権力相互の抑制・均衡の在り方に関する検討を、メディアの文脈で展開し、ボリンジャーのマスメディアの部分規制論を手掛かりにして新たな放送秩序を構想しつつ、「表現の自由の構造化」を説くものとして、浜田純一「権力分立の変容と表現の自由」新聞学評論38号(1989年)2頁以下、さらに、部分規制論の展開について、浜田純一「メディアの法理」(1990年・日本評論社)ii-vii頁・145-162頁・225-233頁・同『情報法』(1993年・有斐閣)14-30頁・119-120頁・同「放送の自由と規制」論は越えられるか?」メディア法研究・前掲註(29)140-144等を参照。こうしたマスメディアの部分規制に関して、その前提として、新聞・放送間の資本的・人的分離の必要性を指摘するものとして、長谷部『憲法(第7版)』・前掲註(2)226頁・同『テレビの憲法理論』(1992年・弘文堂)93-103頁・145頁等を参照。プレス自由・特権と制度について、例えば、石川健治『自由と特権の距離(増補版)』(日本評論社・2007年)152-161頁・同「『基本的人権』の主観性と客観性」西原博史責任編集『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(岩波書店・2007年)15-22頁を参照。近年の放送の自由論及び制度論の展開について、例えば、鈴木秀美『放送の自由(増補第2版)』(2017年・信山社)、鈴木秀美・山田健太編著『放送制度概論』(2017年・商事法務)を参照。加えて、ボリンジャーによる言論の自由論(THE TOLERANT SOCIETY(1986)[日本語訳として、池端忠司『寛容な社会—アメリカ合衆国における言論の自由と過激派の言論』(2018年・春風社)])及びプレス自由論(IMAGES OF A FREE PRESS(1991))から示唆される、人間の両面価値性(ambivalence)に着眼した、微妙な制度形成要因、そして、アシンメトリーないし非対称の規律手法の可能性と課題について、拙著『情報法の構造』・前掲註(24)109-139頁も参照。
- ⁷³ See e.g., ANU BRADFORD, THE BRUSSELS EFFECT (2020); ELAINE FAHEY, THE GLOBAL REACH OF EU LAW (2017); MARISE CREMONA & JOANNE SCOTT, EU LAW BEYOND EU BORDERS: THE EXTRATERRITORIAL REACH OF EU LAW (2019); see also Yamaguchi, *The Rise of "Global Information Law"*, *supra* note 1.



山口 いつ子(やまぐち・いつこ)

[専門] 情報法・政策

[主たる著書・論文]

Itsuko Yamaguchi, *A Japanese Equivalent of the "Right to Be Forgotten": Unveiling Judicial Proactiveness to Curb Algorithmic Determinism*, in THE RIGHT TO BE FORGOTTEN: A COMPARATIVE STUDY OF THE EMERGENT RIGHT'S EVOLUTION AND APPLICATION IN EUROPE, THE AMERICAS, AND ASIA (IUS COMPARATUM - GLOBAL STUDIES IN COMPARATIVE LAW, vol. 40) 291-310 (Franz Werro ed., Springer 2020).

https://link.springer.com/chapter/10.1007/978-3-030-33512-0_15

山口いつ子「表現の自由と著作権——AI時代の『ユーザーライツ』概念とそのチェック機能」論究ジュリスト25号(2018年)61-67頁

山口いつ子「インターネットにおける表現の自由」(松井茂記・鈴木秀美・山口いつ子編『インターネット法』所収)有斐閣(2015年)25-52頁

[所属] 東京大学大学院情報学環・学際情報学府 教授

[所属学会] 日本公法学会、日米法学会、日本マス・コミュニケーション学会(2022年1月1日から「日本メディア学会」)、社会情報学会

Separation of Information Powers: Transparentizing and Democratizing Digital Governance for Liberty and Co-creation

Itsuko Yamaguchi*

Amid power struggles over global digital governance, driven by cutting-edge technologies and fueled by the surge of COVID-19, how can we safeguard a robust checking function against the abuse of power – a function typically carried out by the professional press or mass media as the Fourth Estate?

This article reviews the principle of separation of powers and institutional designs for checks and balances, mainly from the perspective of Japanese constitutional law. It also analyzes a number of problems in the current situation, such as the decline of traditional news media, the emergence of “news deserts” , and the rise of “surveillance capitalism” in digital markets.

It further demonstrates that there is a recurring structural problem of unilateral information flow and power asymmetry not only in the mass speech markets of the twentieth century but also in the emerging twenty-first century digital milieu increasingly dominated by global online platforms and black-box algorithms.

In conclusion, this article argues that a desideratum for a future digital governance in Japan should be “separation of information powers” to transparentize and democratize the governance structure itself, by achieving a high level of diversification, decentralization, and internationalization of those who take power and those who challenge them.

* Professor of Information Law and Policy, Interfaculty Initiative in Information Studies, Graduate School of Interdisciplinary Information Studies, The University of Tokyo

Key Words : Separation of Powers, Checks and Balances, Liberty, Co-creation, Digital Governance, Transparency, Democracy, Media, Digital Platforms, Algorithms