

アメリカにおける放送行政の変容と公正原則に基づく 規制撤廃の法構造（一）

稲葉 一将

はじめに

第一章 放送行政の変容とその条件

第一節 放送行政における規制の緩和および撤廃

第二節 放送行政の変容の論理構造とその条件（以上本号）

第二章 公正原則に基づく規制の撤廃の民主的正当性

第一節 規制撤廃と執行権による介入

第二節 規制撤廃と司法審査

第三章 権利利益保障の構造変容

第一節 規制撤廃と規制権限の強化

第二節 受信者の権利利益の一般的抽象的公益への回帰

おわりに

はじめに

わが国においては、放送のデジタル化による放送の高画質化、多チャンネル化および高機能化等が実現されつつある。とくにチャンネル数の増加および通信設備との接続の結果可能となる情報の双方向化によって、従来の国民と放送局との間における受信と送信の関係は、変化しうる可能性を有している。法的には、かねてより放送へのアクセス法制の是非が問われてきたことは周知の通りであるが、かかる技術の進歩によるそこへのなんらかの影響が予想される⁽²⁾。今後、一層の技術の進歩によって放送へのアクセス法制の存在の根拠およびその在り方が再考される余地が存するが、であるからこそ、かねてより展開されてきた規制の成立する条件、仕組みおよび法的問題の所在ならびにこれのコントロール法理を明らかにしておかなければならない。

右の問題関心に基づき、前稿においては、アメリカにおける連邦無線委員会による放送免許の申請に対する内容審査およびその発展形態としてのアクセス法制である公正原則に基づく規制の存在する根拠や仕組み等の検討を行った⁽⁴⁾。詳細は略するが、ここでは、受信者による連邦通信委員会(FCC)への公正原則違反に関わる一種の苦情の申出、FCCによる放送内容の審査、審査結果に基づく決定とその理由の説明義務ならびに決定の専断または恣意性の有無をめぐる司法審査がなされていた。したがって、受信者は、手続的アクセス権を保障されていたのであった。しかしながら、同規制に基づき、放送事業者の番組編成へのFCCによる不当な介入がないではなかった。すなわち、事業者による公共的争点の提供および諸見解の多様性の確保が多義的な概念であったがために、FCCによるとりわけ放送免許の審査という手段を通じた放送内容への恣意的な介入が可能であって、これに対しては、一

九七〇年代までの学説および判例によって、そのコントロールの試みが主張されていた。

すなわち、第一に、FCCの活動形式の選択における裁量のコントロールである。ある行政活動をなす場合に裁決または規則制定によるかは一般的には行政機関の活動形式の選択の裁量に委ねられている。⁽⁶⁾しかし、放送事業者の言論の自由を保障するためには、手続的には意見提出の機会を保障しなければならず、また、受信者は、具体的権利利益を保障される者として、つまり、放送サービスの単なる享受者ではなく能動的に規制過程に参加する者として、放送内容の審査事項の設定に対する関与が可能でなければならぬ。かかる要請に基づき、放送内容の審査事項は規則において定められるべきことが主張されていた。第二に、同原則の恣意的な適用をコントロールするための司法審査の拡大であって、同原則違反の有無に関する決定理由の説明がFCCに対して義務づけられたことである。これらの法理が展開したのは、資本の規模および組織が一層巨大化する放送メディアに対して、FCCが免許申請者の技術的・財政的事項のみならずその放送内容に対しても規制権限を拡大するためには、周波数の希少性とは異なる、受信者の権利利益の保障が必要であったという要因に基づいていたといえる。すなわち、受信者の手続的権利の保障と権限委任の禁止法理ではなく専断または恣意性の司法審査がなされたのは、私企業が放送事業を行いつつ、これに対してFCCが放送内容にも及ぶ規制権限を行使することによって、民主的統治における放送の公共的役割を確保するというアメリカに特殊な放送規制の形態が存在するための、構造的要因に基づくものであったと理解することができる。⁽⁷⁾

しかしながら、同規制は八七年に撤廃されることとなった。その結果、番組編成へのFCCの不当な介入の余地が減少する可能性を有するとはいえ、受信者の規制過程への参加を可能とした同規制の不存在によって、受信者の手続的アクセス権の保障が困難となる可能性もまた否定することができない。したがって、同規制にはその病理に

もかかわらず公共性が存在していたのであって、それを軽視または無視することの問題性が問われなければならない。^{い。}

そこで、本稿では、以下のとおり考察を進める。第一に、同規制の撤廃は、七〇年代後半以降の放送行政の変容過程において位置づけられ、理解されなければならない。そこで同規制以外の規制の緩和および撤廃を含む放送行政の変容の論理構造とその形成を可能とした条件を分析する。アメリカにおいては、同規制の撤廃に対する評価は一樣ではないが、外国研究をするにあたっては、いかなる評価をするにせよ、その構造を客観的に分析することが求められるように思われる。⁸⁾第二に、同規制の撤廃がいかに行われ、それが民主的正当性を有していたのか否かを検討する。すなわち、FCCは、政治的中立が求められているものの、大統領による委員の政治的任命がなされるとともに、連邦議会に対して組織・作用の法律上の責任を有していることの矛盾および規制撤廃の適否の判断に関わる司法審査理論の構造を明らかにし、問題の所在を探る。第三に、同規制の撤廃によって、かつて放送事業者および受信者の保障されていた権利利益の内容がいかなる影響を受けることとなったのかを分析する。規制の撤廃がなされたとはいえ、放送（内容）の公共性が否定されない限り、事業者と受信者との間における番組の供給と需要という、この限りにおいて市場を通じた放送内容の公共性の実現が求められるとしても、なお、同規制以外の規制の強化がなされる可能性が存在するのであって、規制の撤廃によって、ただちに事業者の自由が回復するの否かおよび受信者が番組に関与するための非規制的代替手段の存否を明らかにしておく必要がある。

右に述べたように、規制の撤廃によって、放送（内容）の公共性の概念の是非、是とした場合のそれを実現するための社会および市場の構造の如何およびFCCによる同規制以外の規制権限の行使の適否が問われる。本稿は、考察の対象をアメリカ放送行政に限定してはいるが、一般に私的自治の領域であって政府介入が禁止されるものと

考えられてきた言論の自由に関わる放送をめぐる、私的自治と営利追求に基づく番組の供給および欲求に基づく需要という意味での市場との相剋、といういわば社会における公共性の有無および行政の役割の変化を通じて、ひいては行政法の成立の論理を整理するための基礎的作業と位置づけようとするものである。⁽⁹⁾

註

(1) もっともアクセス法制の分析は、これまでは憲法学の観点からなされたものが多く、行政法的観点からのものとしては、塩野宏『放送法制の課題』(有斐閣、一九八九年)二一九―二二五頁で若干言及されてきたにすぎない。ところで、放送へのアクセスの定義は、必ずしも一様ではないことにつき、古典的ではあるが伊藤正三「放送へのアクセスと現行法制」『放送制度―その現状と展望―』(日本放送出版協会、一九七六年)七六頁以下を参照。本稿では、放送を通じた公共的な争点の提供と見解の多様性を実現するための、受信者による放送番組についてのあれこれの意見の申出を想定している。

(2) 通信設備との接続の結果、放送メディアが「情報ネットワーク社会における討議と民主主義」の直接的手段となる可能性も存する。近年、社会学においてはかかる主張が有力になされているようである。簡潔な紹介として、吉田純「インターネット空間の社会学」(世界思想社、二〇〇〇年)一二二頁以下。しかし、技術の進歩により情報量が増大するにしたがい、情報内容の適否を判断する国民の能力が試されることとなる。このような認識をしていたものとして、当時の郵政省通信政策局調査官であった吉崎正弘「マルチメディア社会と法制度」(ダイヤモンド社、一九九七年)二〇三頁を参照。同氏が「情報福祉行政」(二〇八頁)の名の下にいわゆる情報格差の是正のための法制度が求められると指摘している点は、その適否はともかく興味深い。

また、多チャンネル化による情報量の増大が国民生活にとってただちに望ましいといえるのか否かは、法的考察の前提と

して検討されなければならないと思われる。法的見地に基づくものではないものの、その負の側面に言及したものに、邦訳書として、ビル・マッキベン（高橋早苗訳）『情報喪失の時代』（河出書房新社、一九九四年）、ピエール・ブルデュー（櫻本陽一訳）『メディア批判』（藤原書店、二〇〇〇年）などがある。

(3) また、技術の進歩によって、番組の制作・流通・放送のいずれの段階でいかなる規制がなされるのかが、問われることとなるらう。

(4) 拙稿「アメリカにおける放送行政の生成と放送内容の審査（一）（二・完）」名古屋大学法政論集一七九号一四一頁、一八〇号二一頁以下、「アメリカにおける放送行政の展開と公正原則に基づく規制の法構造（一）（二・完）」名古屋大学法政論集一八四号一七三頁、一八五号二五九頁以下を参照。

(5) したがって、名誉毀損（defamation）に対する場合と異なり、放送へのアクセス権を民事的な実体的権利として位置づけることは困難といえる。なお、名誉毀損に対しては、民事的権利行使として損害賠償が存在し、および FCC 規則たる個人攻撃規則に基づき反論放送の請求が可能である。なお、アメリカとは発想を異にするが、ドイツでは出版物に対する反論権立法が州において制定されている点につき、鈴木秀美『放送の自由』（信山社、二〇〇〇年）を参照。

(6) See e.g., RICHARD J. PIERCE, JR. ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS 279-83 (3d ed. 1999). アメリカでは、四〇年代においてすでに、通信法の一般的根拠規定（いわゆる公共の利益基準）による規則制定権限が容認されており、これ以降、裁判よりも規則制定がより積極的に活用されるにいたったのである。National Broadcasting Co. v. U.S., 319 U.S. 190 (1943). 行政活動形式の選択の裁量に関する法的問題の所在については、外間寛「アメリカにおける行政立法の新展開」公法研究三八号六八頁以下を参照。もつとも、規則制定権限の拡大は、裁決手続の過度の司法化の弊害が指摘され、有効かつ能率的な行政運営が要請された、かかる要因に基づくとはいえず、その手続的権利保障が軽減されたという問題性もまた看過されてはならないであろう。この点については、紙野健二「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」名古屋大学法政論集八〇号一六六頁以下を参

照。

(7) 詳しくは、拙稿前掲註(4)論文を参照。

(8) 内川秀美「アメリカの放送公正原則廃止考」天野勝文ほか編『岐路に立つ日本のジャーナリズム』(日本評論社、一九九六年)一七頁は、わが国においては同規制の撤廃の「事実だけが独り歩きして」いる状況を適切に指摘している。

(9) 規制がなされるまでもなく、放送がその公共的役割を発揮しうる可能性については、賛否両論が存在するであろうが、法的には、その可能性と規制の撤廃による私的自由の回復との関係の如何が問われよう。行政法学に限定されてはいないものの、社会的正義の追求という視角に基づき、政府がなんらの介入もしない私的自治 (private order。なお、アメリカにおける私的自治にあたる語としては、ほかに autonomy がそれに該当するのではないかと思われるが、詳細な検討を要する。) の存否の認識によって公法の存在の根拠が異なることを指摘するものとして、CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE 124-25 (1997)。なお、筆者は、同書の紹介をしたことがある (名古屋大学法政論集一八〇号四七三頁以下)。また、国民による熟慮と討議 (deliberation) に基づく市民社会 (civil society) の復興を展開したものとして、PETER LEVINE, THE NEW PROGRESSIVE ERA: TOWARD A FAIR AND DELIBERATIVE DEMOCRACY (2000)。

このように、アメリカにおいては、公共性を実現するための社会における一種の構造変革の必要が主張されており、かかる主張が有力となりつつあること自体の分析が求められるものの、本稿では検討することができない。しかし、いわば私的自治の成立の有無およびその成熟度によって行政法の成立する条件が異なるのであって、行政の組織および作用を考察対象とするのみならず、私的自治の存否の如何を探索することも必要ではないかと思われる。アメリカとは憲法構造も思考も異なるものの、規制緩和や民営化の現象が先進資本主義国に共通の現象といつてよいのであって、わが国においても、「民営化した後にどのように公共性が確保されるかという観点」に基づく「公共性論の整序」(紙野健二「民営化」法時七〇巻三号五五頁。)の必要性が提起されている所以であろう。なお、以上の現代的現象を比較研究として考察するにあたって有益な視点と思われる

ものに、「『私的自治』の支配と『行政法』との関係」の有無の解明がわが国の行政法学の課題であると指摘した、下山瑛二「比較行政法論―行政法学の現状分析」(勁草書房、一九九一年)一〇一頁を参照。

第一章 放送行政の変容とその条件

アメリカにおいては、公正原則に基づく規制の撤廃を肯定的に評価するものが相対的に多いが、その撤廃のアメリカにおける社会的・時代的条件は、必ずしも明らかにされてきたわけではない。このため、撤廃の事実のみが先行するかのごとき状況が生じたといえる。⁽²⁾ また、その分析の結果の如何によっては、同規制の撤廃が八〇年代後半という時代にのみ適合し、今日においては異なった評価がなされるのであって、その適合性が冷静に認識されなければならぬ。⁽³⁾

第一節 放送行政における規制の緩和および撤廃

ところで、アメリカにおいては、二〇年代半ばに放送に対する連邦規制が成立した。⁽⁴⁾ すなわち、正常にラジオ番組が放送されるように免許制度が導入され、それとは別に、放送の公共的役割の実現のために放送内容の審査がなされたのであった。⁽⁵⁾ FCCは、連邦議会により権限を付与されているのみであって、自由主義の伝統を有し、かつ、行政権の憲法上の根拠が欠如しているアメリカにおいて、かかる規制が展開されたのは、当初は、総合番組編成が

可能な放送事業者の事業上の利益の確保のためではあったものの、受信者の利益を明確化し、法的権利として構成する必要があったからである。⁽⁶⁾このような展開に対してなされた七〇年代の半ば以降のFCCによる規制の緩和は、数十年にわたり展開されてきた放送規制体系を大きく変容させる可能性を有するものであったが、まずは、その内容を、番組編成の規制、構造規制および公正原則に基づく規制に即して整理することとする。

(一) 番組編成規制の撤廃

番組編成 (program format)⁽⁷⁾とは、放送局の全番組のなかでの娯楽番組、教育番組および各種の専門番組などの割合を指す概念である。各局が容易に高視聴率を獲得することのできる番組を放送することによって、視聴率は相対的に高くはないものの公共的に重要な争点を放送する番組が減少し、そうなる民主主義を促進するための放送メディアの役割は失われかねない。

(1) 番組編成規制の展開

右に述べたような意味での番組のいわば劣化を危惧し、公共的に重要な争点を含む番組が放送されるようにするため、FCCは、規則を制定し、放送事業者に対して、以下の行為を義務づけていた。すなわち、第一に、一定割合の非娯楽番組 (non-entertainment program)⁽⁸⁾の放送、第二に、地域の諸問題および需要の調査 (enumerating of community problems and needs)⁽⁹⁾、第三に、広告時間の制限⁽¹⁰⁾、第四に、全放送番組の目録作成および公表⁽¹¹⁾である。これらが履行されているか否かが、免許申請 (とくに免許の更新) におけるFCCの審査対象とされていた。このように、FCCは、免許申請に対する審査の内部基準を定めることを通じて、番組内容を規制していたのであって、ここでは狭義の番組編成規制と述べておきたい。⁽¹²⁾

ところで、通信法第三一〇条第 (d) 項においては、放送局を譲渡および売却するためにはFCCの免許を要す

ると規定されている。⁽¹³⁾ 基本的な放送媒体が地上派テレビに移行した後、ラジオ放送はより専門分化することによってその生き残りを図ったが、このような専門的ラジオ放送局は、経営基盤が脆弱である場合が多く、いわゆるネットワークが地方独立局の買収等を通じて全国的放送網を展開することが可能であった。その結果、番組編成の変更が頻繁になされたため、これにより不利益を蒙る受信者を保護する必要があるが生じたのであった。⁽¹⁴⁾ そこで、FCCは、主には見解の多様性を確保するため、以下のとおり、放送局の譲渡等の免許申請に対して、番組編成の変更の有無およびその適否を審査してきた。すなわち、第一に、現存する番組の確認、第二に、番組編成の変更による現存番組の代替可能性、第三に、代替可能性が否定される場合においては、番組編成の変更による公益の増進の有無がそれである。⁽¹⁵⁾

(2) 番組編成の変更に対する規制の撤廃と司法審査

①七六年の政策表明

しかしながら、以上のような番組編成の規制の展開に対して、FCCは、七六年に、ラジオの番組編成の変更にあたっての公益適合性を審査しない旨の一種の政策表明 (policy statement) を行った。⁽¹⁶⁾ その理由としては、第一に、番組編成の多様性によって必然的に受信者の選好が満たされる保障はなく、規制を通じた多様性の増進の試みは、消費者の福利 (consumer welfare) を減少させる可能性を有する、第二に、番組編成の変更による公益の増進の有無の審査においては、聴聞が義務づけられ、かつ、訴訟が提起される場合が存在するため、FCCおよび参加人に対して多大なるコストが課せられ、さらにその決定が遅延する、⁽¹⁷⁾ 第三に、放送事業者は、そのための出費を余儀なくされるため、かかるリスクを回避しようとする結果、斬新な番組の提供を回避するようになる、⁽¹⁸⁾ と。⁽¹⁹⁾

②WNCN判決

これに対して、複数の受信者団体によって右政策表明に対する司法審査が求められたのが、WNCN Listeners Guild 事件であった。⁽²⁰⁾ 本件では、通信法第三一〇条第(d)項によって、放送局の譲渡等の公益適合性がFCCによって審査されていたのが先例であって、番組編成の審査権限の不行使が専断または恣意的な先例の変更にあたる主張された。⁽²¹⁾

それに対して連邦控訴裁判所は、放送免許の付与における公益適合性の判断基準として、番組編成の変更の有無およびその適否を審査するか否かについて、行政と司法の共存関係 (partnership) の在り方が問題の所在であると述べ、次のように判示した。第一に、放送局の売却等によって変更される番組が経済的に実行不可能 (unfeasible) であることおよび新たな番組の適切性が証明された場合には、当該番組の変更は公共の利益に反しない。第二に、さもなければ、FCCは、見解の多様性の喪失の有無についての事実審型聴聞を主催しなければならない。⁽²²⁾ と。したがって、ここでは、FCCは、放送局の譲渡申請に対する番組編成を審査しなければならない。しかし、本件の上訴審たる連邦最高裁においては、FCCによって規制の方針転換の「合理的な説明」がなされたとの事実認定に基づき、連邦控訴裁判所の判決が破棄されたのであった。⁽²³⁾ すなわち、第一に、見解の多様性の実現方法として何が公益適合的かは、純粹の事実問題以外の判断を要するため、連邦議会により裁量権の行使を付与され、かつ、専門性を有するFCCの方が裁判所よりもより適している。⁽²⁴⁾ 第二に、市場に依拠して見解の多様性を実現することが最善の方法であることの完全な立証は、これを要せず、合理的な説明 (rational explanations) がなされた場合には、当該決定は違法ではない。⁽²⁵⁾ と。このように、最高裁の判示においては、控訴裁判所とは異なり、放送局の売却等による番組編成の変更の適否が経済性および適切性の観点から審査されることはなく、FCCの専門性を理由に、見解の多様性を確保するための規制政策の是非の如何には、特に言及がなされることはなかったのである。⁽²⁶⁾

(3) 地上波放送にかかる番組編成規制の撤廃

本件は、単に番組編成の変更に対する規制の適否にとどまらず、FCCの規制緩和路線の是非そのものが受信者団体によって争われた事件であったといえる。なぜなら、本件最高裁判決によって放送規制の緩和が決定的となり、八〇年代に入ると、基本的な放送媒体であるテレビ放送の規制緩和に着手がなされ、これが一層推進されたからである。

すなわち、八一年には、ラジオ放送に関する、第一に、番組編成における非娯楽番組の一定割合の放送義務、第二に、地域の需要の調査義務、第三に、広告時間、第四に、全番組目録の作成義務、に関する規制の撤廃がなされた。²⁷⁾この決定の専断または恣意性の如何が問われた事件において、連邦控訴裁判所は、全番組目録の作成義務を課した規制の撤廃以外は、専断的または恣意的ではないと述べ、請求を一部認容一部棄却した。²⁸⁾それによると、通信法における一般根拠規定に基づく規則が制定されたことによって、放送事業者は非娯楽番組の放送が義務づけられてはいるものの、これによってその言論の自由が侵害されることはない。したがって、事業者は「本質的には国民への応答責任 (accountability) を有しているが、放送媒体の政府規制ではなく私的コントロールが望まれるのである」として、この責任とコントロールの必要性の衡量」がFCCに対しては求められる。そこで、全ての番組目録の作成と公表は、「新たな規制構造」においても必要である、と。²⁹⁾このように、本件では、受信者に対する責任や言論の自由を保障される正当性の条件として、情報の提供が必要とされている。³⁰⁾さらに八四年には、右と同様に、テレビ放送に関する第一ないし第四の点にかかる規制撤廃がなされたのである。³¹⁾このように、WNCN判決によって規制緩和への途が開かれ、結果的に、地上波放送の番組編成に関する既存の規制はほぼ撤廃された。

(二) 構造規制の緩和

(1) 規制の目的および手段

構造規制 (structural regulation) とは、一般に見解の多様性を実現するために、一の者により支配 (dominance) される放送局数およびその種類に制限を課すものである。³³⁾ また、放送事業者の行動 (behavior) をコントロールするために「競争」という方法を用いた規制と説明されることもある。³⁴⁾ したがって、構造規制とは、放送における見解の多様性の実現を究極の目的として、放送市場における競争状態を確保するための規制といえよう。³⁴⁾

右の規制は、ネットワーク契約 (affiliation) の規制および放送局所有の規制に区分される。第一に、ネットワーク契約の規制とは、番組制作者とネットワークのキー局との間における番組の売買契約の期間および条件を制限するものである。³⁵⁾ したがって、この規制は、放送における見解の多様性の確保を究極的な目的とするものの、シンジケーターと呼ばれる番組制作者の番組の所有権や販売権等を保護する役割も有しており、いわゆるソフト・ハードの分離の生成段階にあった八〇年代においては、番組流通の適切性を確保する法制度でもあったといえる。³⁶⁾

第二に、放送局所有の規制は、さらに複数局所有制限 (multiple ownership restrictions) と相互所有制限 (cross ownership restrictions) とに区分することができる。それぞれ、一の放送事業者がアメリカ全国で所有する放送局数の制限および地上波放送と新聞、地上波放送とCATVなどの異種のメディア所有の制限を指す。³⁷⁾

(2) 構造規制の緩和の論理

しかしながら、八〇年代に入り、情報通信技術の進歩にとまぬい、とりわけCATVを通じた独立局の番組がより頻繁に受信されるようになった結果、三大ネットワークの放送市場において占める割合が減少した。そのため、構造規制の必要性に疑問の余地が生じたこととなった。³⁸⁾ かねてより、FCCは、事業展開を容易にするために、いづれの規制についても適用除外を規則で設け、実際には規制を緩和する運用を行ってきたが、八〇年代以降におい

ては、規則の修正にまで着手がなされたのであった。⁴⁰⁾

にもかかわらず、構造規制の緩和は、規制方法を異にする内容規制と比較すると、これと見解の多様性の実現という点では共通の目的を有するものの、この時代においてはさほど進展したとはいえず、その本格的な展開は九〇年代以降を待たなければならぬ。八〇年代においては、なお見解の多様性を実現するために事業者間の競争状態を規制により創出し、市場独占を排除しなければならなかったことの証左といえよう。

(三) 公正原則に基づく規制の撤廃

(1) 放送の公正実現に関する内容規制

最後に放送規制の緩和の対象となったのが、放送内容の公正の実現に関する内容規制 (content regulation) であった。⁴¹⁾ この規制に対しては、かねてより学説・判例により放送事業者の言論の自由に対する侵害の危険性の存在が主張されており、かつ、構造規制の緩和におけると同様に技術の進歩による多メディア・多チャンネル化を根拠として規制緩和が主張されることとなった。⁴²⁾ とりわけ、公正原則に基づく規制は、その中心に位置づけられていたため、規制の撤廃が一層求められたのであった。⁴³⁾

(2) 公正原則に基づく規制の撤廃

同規制の撤廃は、FCCの見解が述べられた八五年報告書の公示、同規制の適否が争われた司法審査および連邦議会と大統領の対立の過程を経ており、事実関係がやや複雑であるため、時系列にそってその過程を概観しておく。

① FCCによる規制緩和および撤廃の試み

八〇年代に入り、情報通信技術が進歩するにしたがい、新たな情報伝達媒体への同原則の適用の是非が問われる

こととなった。すなわち、FCCは、八三年に、当時の新技術であった一種の文字放送であるテレテキストを同原則の適用対象外とする報告書を公示した。⁴⁴⁾さらに、八五年には、適用範囲の如何にとどまらず、同規制の本格的な見直しが試みられた。同年におけるFCCの報告書である「一般的公正原則によって課される放送事業者の義務⁴⁵⁾」において、放送局数の増加、放送番組への権力的介入、事業者の経済的コストおよびFCCの財政的負担を理由に、同規制は撤廃されるべき旨の提言がなされたのである。しかしながら本報告書では、撤廃の是非を判断するのは連邦議会の任務であり、なんらかの議決がなされるまでは同原則を適用すると述べられていた。FCCが、自らの権限で同規制の存廃を決定することなく、連邦議会に一種の謙抑的な姿勢を示したことにより、同規制の撤廃の是非は、後述するような政治的な対立にまで発展することとなった。

② 積極的司法審査

右のようにFCCは、同規制の撤廃に関してなお躊躇し、連邦議会への謙抑の意を表明していたが、これに対してなんらかの決定をなすように追及したのは、連邦裁判所であった。すなわち、同規制が違憲であることの宣言的判決が求められた *Meredith* 事件において連邦控訴裁判所は、八七年二月に、FCCに対し、規制を撤廃するか、さもなければ同規制の合憲性を立証するよう命じたのである。⁴⁶⁾

③ 連邦議会と大統領の対立

それに対して、同年六月に連邦議会は、FCCに同規制をなすための権限を明確に委任した、放送における公正法 (*Fairness in Broadcasting Act*) 案を通過させたが、同月にレーガン大統領により拒否権の発動がなされ、連邦議会での再可決もままならず同法案は廃案となった。⁴⁷⁾

④ 規制撤廃と消極的司法審査

右の政治機関の対立とその收拾の動向を待ち、FCCはMeredith判決にしたがい、同年八月に同規制の撤廃を決定した。⁴⁴⁸ その無効の確認が求められたSBC事件において、連邦控訴裁判所は、同決定に謙抑的姿勢を示して訴えを棄却したのであった。⁴⁴⁹

以上述べたとおり、連邦議会と大統領は、公正原則に基づく規制を撤廃するか否かをめぐり対立していたが、連邦裁判所のこの点に関わる態度は、このような単純な対立とも異なるものであった。同規制の撤廃の構造において、連邦議会と大統領との間に対立の関係が成立していたことは容易に理解することができるが、連邦裁判所のそこにおける位置づけについては後にやや詳しく分析する。

第二節 放送行政の変容の論理構造とその条件

(一) 放送行政の変容の論理構造

さて、右のような放送規制の緩和および撤廃は、いかなる論理構造を有していたのであろうか。

(1) 消費財としての放送とその公共的役割

ところで、二〇年代における放送行政の生成段階においては、周波数の希少性とは別に放送の公共的価値が認識され、この認識に基づき放送内容の公共性が求められることとなった。⁵⁴ 公正原則に基づく規制は、かかる役割の認識の下に受信者の手続的権利を保障するために展開したが、八一年に任命されたFCC委員長のFowlerは、規制緩和を促進するためにこの役割の再検討を開始した。すなわち、「テレビジョンは、絵のついたトースターにすぎな

い」という放送に対する彼の認識においては、Sunsteinが適切に指摘するとおり、放送の有する公共的価値は否定され、他の消費財と同様に扱われることとなる。⁵³⁾ すなわち、そこにおいては、放送番組の供給と需要によって放送の内容が決定されるのであって、かかる意味での市場への依拠と消費の概念が存在していたといえよう。したがって、規制により実現が試みられてきた放送内容の公共性は、市場における消費行動の結果、政府介入がなされることなく自律的に維持されるか、またはその放棄がなされる場合であっても、それこそが事業者と受信者との間における自由な決定であって尊重されるべきこととなるのではなからうか。であるとすると、ここでは、思想市場 (marketplace of ideas) という憲法的価値の保障のための自律の概念と番組の需要と供給という市場 (commercial market) における消費の概念との峻別が、果たしてなされていたであろうか。これを肯定することは困難であろう。⁵⁴⁾

(2) 番組基準の市場における代替

前述のとおり、公正原則に基づく規制の撤廃によって、同原則の内容である公共的争点の提供および多様性は、その理念の当否も含めて、事業者と受信者との間における番組の供給と需要を通じて達成されるべきこととなった。すなわち、単純化すると、⁵⁵⁾ FCCによる番組編成に関する基準設定がなされることはなくなり、その必要性および具体的内容は市場において判断され、決定されることとなる。ここでは、判断と決定の場としての市場が最低機能しなければならぬため、構造規制は保持されなければならないのである。しかし、独占を制限し、市場が機能することを仮定した場合であっても、右において述べたのと同様の論拠に基づき、自律と消費の概念との矛盾が存在する余地を否定することはできない。⁵⁶⁾

(二) 放送行政の変容の条件

それでは、右のような放送行政の変容の論理構造の形成は、いかなる条件の下で可能となったのであろうか。

(1) 八〇年代における連邦行政規制の緩和との共通性

もつとも、改めて指摘するまでもなく、かねてより七〇年代半ば以降のアメリカにおける連邦規制の緩和を規定する諸条件の存在が指摘されてきたことは周知のとおりである。すなわち、「偉大な社会」構想の失敗と経済危機の進行、アメリカ型統治システムとしての利益集団民主主義からの転換および社会的保守化がそれである。⁵⁵⁾ 放送行政の変容が可能となった条件としては、第一に、受信者が公正原則違反を主張してFCCの決定の専断または恣意性の有無を訴えて争った結果、放送事業者およびFCCは、その対応に出費を余儀なくされたのが、同原則の撤廃の一つの根拠であった。⁵⁶⁾ その評価はともかく、情報通信産業としての放送事業の国際的競争力の回復がアメリカ経済の課題であったといえよう。第二に、現代社会において第四の権力とさえ称されることのあるマスメディアに関わる様々な利害が存在し、伝統的な規制機関であるFCCとそれら諸利害との結合は、かねてより指摘されてきたことは繰り返すまでもない。⁵⁸⁾ 第三に、社会的保守化とは、ここでは、犯罪の多発、人種差別、貧困の定着と拡大等が存在し、ニューディール政策以降の社会政策のいわば総決算を主張する、「国家と社会の関わりに関するイデオロギーの社会的規模での保守化」⁵⁹⁾を指す。このようなイデオロギーは、放送規制においては、より具体的かつ先鋭的な表現となって現れざるを得ず、後述するようにアメリカの古き良き伝統としての自由または私的自治への回帰という特殊性として理解することができると思われる。

(2) 放送行政の変容に特殊な条件

しかしながら、以上のような八〇年代の連邦規制の緩和との共通性のみならず、以下のような放送行政の変容に特殊な条件の存在することが看過されてはならない。⁶¹⁾

① 技術の進歩

第一に、技術の進歩 (innovation) による多メディア・多チャンネル化の展開である。通信法の規定に基づき、公共の利益の実現が求められつつ、番組編成規制および公正原則に基づく規制が不要であって、番組の需給の場としての市場において規制の内容が代替されるべきという主張をなすためには、技術の進歩の結果、見解の多様性が市場に存在しなければならぬ。すなわち、FCCによる構造規制の緩和および内容規制の撤廃を通じて技術の進歩が促進され、とくに番組数の増加によって見解の多様性が実現され、受信者による選択肢が増加する。したがって、規制による放送事業者の言論の自由を侵害することなく、規制目的を達成することが可能となるのであって、政府は規制をなすのではなく技術をより一層進歩させるためのあれこれの支援をすべきである、と。⁶²⁾

② 私的自治への回帰

第二に、Fowlerの主張においては、放送事業者と個人とを区別することなく、人権体系における言論の自由の優越性に基づき、市場において規制目的が実現されるとの一種の確信が存在していた。すなわち、「われわれの社会では、二百年あまりの間、ほとんどの財やサービスの供給は自由市場に依拠してなされてきたが、放送についてはこれとは事情が異なっていた。．．．しかし、放送活動は事業 (business) であって、．．．放送規制への市場アプローチは、歴史的に国民による受託者として認識されてきたのに代えて、市場における競争者としての放送事業者に着目することから開始される。」⁶³⁾と。ここでは、技術の進歩による放送市場の変化ではなく、かつて存在したと述べられている政府規制の存在しない社会が市場として把握されているかのごときである。工業化の進展によって地域社会が崩壊する以前においては自律的なタウン自治が存在していたことは歴史学の有力説のようであるが、⁶⁴⁾ここでは、言論表現とは区別される「事業」の概念とともに、かつて存在したとされるアメリカ民主主義の伝統としての一種の私的自治への回帰が主張されたものと思われる。

以上の分析の結果、放送事業者の言論の自由を侵害する危険性を有していた公正原則に基づく規制を撤廃する契機は、八〇年代においては十分に存在していたといえよう。そのいわば時代適合性は、相対的にはあるが、連邦規制のなかでも放送行政領域においては、より明確ではあったのである。

(三) 放送行政の変容の正当性

(1) 技術の進歩と規制の撤廃の論理との相互関係性

しかしながら、技術の進歩による多メディア・多チャンネル化が可能となり、情報量の増加によって見解の多様性の実現されるというFCCの主張が正当性を有するか否かについては、次のような疑問の余地が存在する。すなわち、第一に、周波数の希少性は放送免許制度の成立の根拠ではあったものの、内容規制が生成するためにはこれとは異なる構造的要因が存在したと解されるべきであった。⁶⁵これを敷衍すると、そもそも周波数の希少性は、公正原則に基づく規制の根拠ではなかったと考えられる余地が存在するのであって、技術の進歩によって周波数の希少性が消滅したとしても、これのみによって同規制の根拠が失われるわけではない。であるとすると、FCCの主張には論理の飛躍があるといえよう。第二に、同規制が受信者の番組への関与を保障していたことにその存在の根拠が見出されるとすると、そのような関与を可能にする放送技術が登場し、普及することが同規制の撤廃の条件であることになる。⁶⁶しかし、少なくとも八〇年代後半の当時においては、番組の送信と受信の双方向性を可能とする情報通信施設は、十分には普及していなかったというべきであろう。⁶⁷

(2) 社会構造の特殊性と規制の権力性のコントロール

放送(内容)の公共性を実現する方法が規制のみによるのではないことは当然であり、かつ、本来的には言論の自由には政府介入が禁止されるべきであって、公正原則に基づきなされたFCCによる放送内容の審査の有す

る権力性は否定できない。したがって、同規制の撤廃と私的自治への信頼というFCCの主張は、この限りでは正当性を有する。それにもかかわらず、アメリカにおいてさえ、同規制の撤廃に対する評価が一樣ではないのは、規制なしに、果たしてその実現が可能であるのか否かについての共通認識が得られなかったからであると思われる。⁶⁶⁾ すなわち、アメリカにおいては相対的に言論の自由の伝統が強固なものとして存在したが、⁶⁹⁾ かかる社会構造の特殊性の有無が再検討されるにいたったと理解することができる。番組の需給としてではなく、市民 (citizen) による熟慮と討議 (deliberation) を促進するものとしての放送の可否が問われていることの意味は、そのようなアメリカに特殊な社会構造的要因に基づいて理解されなければならないのである。⁶⁸⁾

したがって、同規制は、事業者の言論の自由に対する規制ではあるが、単なる規制撤廃が私的自治の回復を意味するとは一概にはいえない。しかしながら、果たして、放送内容の審査というFCCによる規制の権力性をコントロールしつつ、かつて同規制が果たしていた役割を発揮させるための新たな立法論および解釈論の可否ならびにその在り方が問われることとなったといえよう。

註

- (1) See e.g., Patricia Aufderheide, *After the Fairness Doctrine: Controversial Broadcast Programming and the Public Interest*, 40 J. COMM. 47 (1990); Mario M. Cuomo, *The Unfairness of the Fairness Doctrine*, 25 U. WEST L. A. L. REV. 41 (1994); Adrian Cronauer, *The Fairness Doctrine: A Solution in Search of a Problem*, 47 FED. COMM. L. J. 51 (1995).
- (2) わが国におけるかかる状況を指摘するものとして、内川芳美「アメリカの放送公正原則廃止考」天野勝文ほか編『岐路に立つ日本のジャーナリズム』(日本評論社、一九九六年)一七頁。

- (3) なお、八〇年代のアメリカにおける、連邦規制の緩和および撤廃の「時代適合性」の分析視角に関しては、紙野健二「レーガン行政改革の法構造―連邦規制の緩和をめぐる―」法の科学一八号四八頁以下を参照。
- (4) アメリカでは当初は、無線通信施設の設置条件について規制がなされていたが、一九一二年無線法において無線施設の開設の届出制が採用された。同法においては、通信とは区別される放送も適用対象ではあったものの、放送規制行政の生成として理解することができるのは、放送免許制度が定められた二七年法制定以降ではないかと思われる。この点につき、拙稿「アメリカにおける放送行政の生成と放送内容の審査(二・完)」名古屋大学法政論集一八〇号二二頁以下。
- (5) もっとも、かかる公共性を行政が実現していたことの論理必然性が存在していたわけではないと指摘するものとして、古典的ではあるが、Ronald Coase, *Federal Communications Commission*, 2, J. L. & ECON. 1 (1959). わが国では、長谷部教授の指摘を参照。近年のものとして、長谷部恭男「通信と放送」ジュリスト一一九二号一〇六頁以下がある。しかしながら、純理論的にはそのとおりであるとしても、現実にはそうはならなかったのであって、公共性の実現が社会においてなされず、行政が成立していたことの評価が求められるのではないかと思われる。
- (6) 逆に、FCCが放送内容に規制権限を行使するためには、受信者の権利保障をその目的として掲げる必要があったともいえる。公共選択論的視角としては、CHARLES R. SHIPAN, *DESIGNING JUDICIAL REVIEW: INTEREST GROUPS, CONGRESS, AND COMMUNICATIONS POLICY* (1997). しかしながら、とりわけ参加手続の保障を通じて受信者の法的地位が具体化・明確化されたことの正当性が看過されてはなるまい。
- (7) 後述するように、免許の付与において技術的な条件以外の、番組の「公共の利益」への適格性 (eligibility) の審査がなされた。See SYDNEY A. SHAPIRO & JOSEPH P. TOMAIN, *REGULATORY LAW AND POLICY: CASES AND MATERIALS* 518 (2d ed. 1998).
- (8) もともとは、免許更新の内部基準として非娯楽番組の割合が定められていたが、七三年に公示された指針 (guideline) によると、番組編成の十パーセント以上の非娯楽番組の放送が義務づけられた。さらに、七六年には、これに加えて五パーセント

以上の地方番組ならびにニュースおよび公共的事項に関する情報提供番組が義務づけられた。以上の経緯については、*The Revision of Programming and Commercialization Policies, Ascertainment Requirements, and Program Log Requirements for Commercial Television Stations*, 98 F.C.C. 2d 1076, 1078 (1984).

(9) *See id.* at 1097. 放送事業者に対しては、免許の申請において、本文で述べたような需要等を確認 (ascertainment) する手続が課せられていた。地方番組や公共的事項に関する番組を放送する場合には、それに先立ち情報収集をすることが事業者には義務づけられていたのである。

(10) *See id.* at 1101-02.

(11) *See Program Logs*, 44 F.C.C. 2d 845 (1974). 事業者は番組目録を二年間保管する義務を有し、これに対して受信者は、番組目録の検索を放送事業者に求めることが可能であった。FCCは、免許申請時にこれらの情報を取得していたが、手続の簡略化 (streamlined and simplified procedure) のため、かかる情報の管理を撤廃した。このような行政情報の減少によって、放送事業者の情報提供の義務付けが強化される可能性が存するが、規制緩和と事業者の情報提供義務の強化の検討は、本稿では略する。

(12) ところで、このような規制の根拠は、裁決でも規則制定でもない単なる報告書の公示にすぎないにもかかわらず、事前の告知と意見書の提出が運用においてなされていたようである。このようなAPAに基づく規則制定類似の手続が行われていたこともあって、放送事業者にとっては、報告書の公示は、実質的には規則と同様の規制効果を有していたと解される。これもまた、一種の規則制定権限の拡大化現象として把握することが可能である。なお、この現象の構造分析として、紙野健二「アメリカにおける規則制定の法的コントロール」名古屋大学法政論集八〇号一六六頁以下、とくに一九〇頁を参照。

ところで、わが国では、「規制の設定又は改廃に係る意見提出手続」(平成一年三月三日閣議決定)が導入されたものの、行政立法手続が行政手続法で規定されていない点が、アメリカとは異なる。さらに、行政手続法によって、審査基準の設定と公表は義務づけられているが、審査基準制定手続についての規定が存在しない。しかし、わが国の放送行政の領域では、実

質的な審査基準といえる認定方針の設定が電波管理審議会に諮問された例が存在するようである。かかる手続的コントロールの必要性を指摘するものとして、塩野宏「審査基準について——一つの事例研究」佐藤幸治・清水敬次編『憲法裁判と行政訴訟』(有斐閣、一九九九年)四二二—四二四頁。

(13) 現在でもこの規定は存在する。47 U.S.C. § 310 (d)(1991)。放送局の売買契約は本来であれば自由であろうが、その果たす公共的役割ゆえに、私法上の法効果の発生に行政が関与する仕組みが採用されたものと解される。

(14) 専門分化した放送局が経営難に陥り、局を廃止せざるを得ない状況は、近年でも生じており、それに代替することの可能な放送事業者が存在するか否かが問われる。わが国においても、CS放送の委託放送事業者が事業を廃止したり、顧客管理会社が一社に統廃合されたことは周知の通りであろう。その場合における行政的関与の適否とその方法が課題かと思われる。なお、郵政省「JCSAT—4号機を利用した委託放送業務の認定に係る認定方針」(二〇〇〇年五月一九日)を参照。かかる認定方針が実質的には審査基準に代替しているのであれば、その民主的正当性の如何が問われなければならない。

(15) かかる審査は、判例法理に基づくFCCの義務であった。See Citizens Committee to Save WEFM v. FCC, 506 F. 2d 246, 262-65 (D.C. Cir. 1974)。

(16) Changes in the Entertainment Formats of Broadcast Stations, 60 F.C.C. 2d 858 (1976)。番組編成の規制緩和をわが国に紹介したものととして、中村皓一「アメリカにおける放送規制緩和の展開」NHK放送文化調査研究年報三〇号五五頁以下を参照。

なお、政策表明とは、一般的には「規則制定及び裁決のいずれの結果でもなく、したがって規則及び先例にもあたらない。それは国民に対する単なる政策の告知にすぎない」と定義されている。Pacific Gas & Electric Co. v. FPC, 506 F. 2d 33 (D.C. Cir. 1974); Telecommunications Research and Action v. FCC, 800 F. 2d 1181 (D.C. Cir. 1986)。法的拘束力を有しないと解されているため、行政手続法の規則制定手続は適用されない。5 U.S.C. § 553 (b)(A)(1991)。しかし、個別具体的な状況に応じて政策表明が法的拘束力を有する場合も存在することについては、註の(12)および(20)を見よ。また、公正原則は、政策表明の蓄積を通じて法

源となり、その形式としては一種のコモンローとみなされてきた。See Louis. L. Jaffe, *The Editorial Responsibility of the Broadcaster: Reflections on Fairness and Access*, 85 HARV. L. REV. 768, 772 (1972).

(17) すなわち、現実には受信者の嗜好は刻々と変化する可能性を有しているために、政府規制ではこれに対応することが困難である。むしろ、市場の有する柔軟性によってその嗜好が反映されるのである。と。Id. at 864.

(18) すなわち、行政法審判官は、聴聞前の準備に時間を要し、ワシントン D.C.にて九回に分けて行われる聴聞を経た後に第一次決定をなすためには、約二八〇時間を要すると。Id. at 865.

(19) その結果、事業者の言論の自由を侵害する可能性を否定することができず、かつ、消費者の福利を減少させる。Id.

(20) ところで、行政手続法の司法審査に関する規定 (5 U.S.C. § 704.) によって、「最終的」な行政活動が司法審査の対象と定められているため、政策表明という活動形式を訴訟の対象とすることの適否が問われる。最終性の有無は個別具体的に判断せざるを得ず、本件では、これが肯定されたのである。政策表明の最終性を否定した例として、*Pacific Gas & Electric Co. v. FCC*, 506 F. 2d 33 (D.C.Cir. 1974). ただし、その場合には、当該政策表明は法的拘束力を有しないこととなり、原告の求めた請求を實質的には満たす機能を有することとなる。なお詳しくは、RICHARD J. PIERCE, JR. ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS* 203-04 (3d ed. 1999).

(21) 前述した *WFHM* 判決において、FCC は、番組の変更が公共の利益に適合的か否かを審査する義務を有すると判示されていた。本件で争われた政策表明は、この法理と対立するのであって、先例からの変更に対するいわゆるハードルック法理の適用が求められたのであった。この法理の放送行政における先例として、*Greater Boston Television Corp. v. FCC*, 444 F. 2d 841 (D.C.Cir. 1970), *cert. denied*, 403 U.S. 923 (1971). なお、アメリカにおける規制権限不行使と司法審査の法理の分析をしたものとして、蔡茂寅「行政の規制権限不行使と司法審査(一)」「(三)完」名古屋大学法政論集一四〇号六九頁、一四三号二六一頁、一四四号五三九頁以下がある。

- (22) WNCN Listeners Guild v. FCC, 610 F. 2d 838, 842-43 (D.C.Cir. 1979).
- (23) FCC v. WNCN Listeners Guild, 450 U.S. 582 (1981).
- (24) *Id.* at 594.
- (25) *Id.*
- (26) なお、免許更新手続の簡素化を目的とした規則が通信法に反するか否かが争われた次の事件においても、同様であった。See *Black Citizens for a Fair Media v. FCC*, 719 F. 2d 407 (D.C.Cir. 1983). すなわち、①放送内容の審査は、通信法によって求められているのではなく、あくまでも FCC の裁量によりなされているにすぎない。②規制の変更は、したがって裁量の範囲内である。③ただし、規制の変更であるからその理由の説明は求められる。④決定に政策的判断を要する場合には、司法的謙抑はより一層求められる、と。See *id.* at 417-18. 後述するように、公正原則に基づく規制の撤廃の司法審査においても、同様の合理的審査または謙抑的審査理論がみられるため、かかる理論の検討は、本稿第二章で行う。
- (27) *Deregulation of Radio*, 84 F.C.C. 2d 968 (1981). しかし、本報告書も含め、放送事業者が公共の利益に適合的な番組を放送する責任を有していること自体は認められていた。したがって、たとえば、番組目録の公表義務についてはこれを維持しつつ、年間単位で、かつ、五ないし十の争点毎に番組目録を作成すれば足りるとされるのである。See *id.* at 1008-11.
- (28) *Office of Comm. of the United Church of Christ v. FCC*, 707 F. 2d 1413 (D.C.Cir. 1983).
- (29) *Id.* at 1432, 1439.
- (30) 本稿では考察対象としないものの、近年(二〇〇〇年前後)における、放送事業者の受信者に対する応答責任(accountability)に基づき、事業者による情報の提供と受信者の関与・参加とをその正当性の条件とする新たな規制モデルが試みられている。
- See *In the Matter of Standardized and Enhanced Disclosure Requirements for Television Broadcast Licensee Public Interest Obligations*, MM Docket No.00-168, (Proposed Oct. 5, 2000). コミュニティは、規制の変容期における本件判決に、それと類似する発想の存在してい

た」ことが注目される。

- (31) The Revision of Programming and Commercialization Policies, Ascertainment Requirements, and Program Log Requirements for Commercial Television Stations, 98 F.C.C. 2d at 1076. また番組目録の作成義務を課した規制の撤廃を認めた判決として、Action for Children's Television v. FCC, 821 F. 2d 741 (D.C.Cir. 1987). なお、本報告書においては、受信者は、通信法第三〇九条第 (d) 項に基づき、放送免許の申請の適否に関する意見を FCC に対して述べることができ、放送の公共的役割の確保が可能であると認識されていた (at 1093-95)。いわば市場において公共性を実現するための手段として本条項が位置づけられていたといえる。しかし、とりわけ免許更新の拒否の場合において、規制撤廃によって事業者の義務が軽減されたため、拒否事由の主張は、以前よりも困難となったのではないかと思われる。
- (32) 支配の意義も含め、次のものを参照。HARVEY L. ZUCKMAN ET AL. MODERN COMMUNICATIONS LAW 1196 (2000).
- (33) THOMAS G. KRATTENMAKER, TELECOMMUNICATIONS LAW AND POLICY 267-68 (2d ed. 1998).
- (34) したがって、見解の多様性を実現するにあたって、構造規制を重視する場合には、FCC の活動よりも、むしろ司法省による独禁法の適用の強化が求められる傾向がある。See Harry M. Shooshan III, *A Modest Proposal for Restructuring the Federal Communications Commission*, 50 FED. COMM. L. J. 87 (1997).
- (35) See e.g., 47 C.F.R. § 73.658 (1997). その理念については、FCC がネットワーク契約の規制権限を有しているのか否かが争われ、これが認められた次の判決を参照。NBC, Inc. v. United States, 319 U.S. 190 (1943). 本件でも明らかのように、アメリカにおいてかかる規制が展開されたのは、三大ネットワークが放送市場の大部分を占めてきた、この特殊性に根拠を有するといえる。
- (36) アメリカにおいては三大ネットワーク以外の独立局がなお有力であって、わが国とは社会的背景を大きく異にするものの、番組の制作・流通の規制の是非は、わが国においても検討課題のひとつである。問題の所在を述べたものとして、多賀谷一照「放送ネットワークと番組流通」多賀谷一照・岡崎俊一『マルチメディアと情報通信法制—通信と放送の融合—』(第一法規、

一九九八年)二二九頁以下を参照。

(37) 複数局所有制限における「所有」の意義も含め、以下のものを参照。ZUCKMAN ET AL *supra* note 32, at 1198-99. また、相互所有制限には様々な規制が存在したが、本稿では詳論は避けることとする。See *id.* at 1201-09.

(38) 当時における、三大ネットワークのシェアの低下の原因を簡潔に紹介したものととして、山口秀夫「米テレビ三大ネットワーク最近の動向」放送研究と調査一九八七年八月号一二頁以下を参照。

(39) 新聞と放送の所有を相互所有制限の適用除外とする規則が適法と判示されたものとして、Health & Medicine Policy Research v. FCC, 807 F. 2d 1038 (D.C. Cir. 1986).

(40) 一例を挙げると、八五年には、一の放送事業者の所有することの可能な放送局数が七から十二へと緩和された。その他の概略も含め、ZUCKMAN ET AL, *supra* note 32, at 1200 n.21.

(41) See e.g., MARK A. FRANKLIN & DAVID A. ANDERSON, MASS MEDIA LAW 660 (5th ed. 1995). もっとも、放送内容に関する規制の概念は、必ずしも統一されているわけではなからず、国民からの信託を得たものとしての責任 (the licensee as public trustee) と理解するもの (KRATTENMAKER, *supra* note 33, at 147) や公正の実現のための規制 (fairness regulation) と位置づけるもの (DONALD E. LIVELY, MODERN COMMUNICATIONS LAW 341 (1991).) などが存在するが、それらが内容規制に限定される理由はなお明瞭ではないように思われる。

(42) 八〇年代における内容規制の変容に関する記述としては、GLEN O. ROBINSON ET AL, THE ADMINISTRATIVE PROCESS 385-455 (3d ed. 1986).

(43) なお、個人攻撃規則および政治的社説規則を撤廃すべく、FCCによる調査がなされたものの、結局撤廃されなかった。See Repeal or Modification of Personal Attack and Political Editorial Rules, 48 Fed. Reg. 28,295 (1983). これらの規則が八〇年代において撤廃されなかったのは、ひとつには、これらがあくまでも同規制より派生した規則として理解されていたためではないかと思

われる。近年、再びこれらの規則の撤廃が試みられているが、本稿では詳論はしない。経緯の簡潔な邦語紹介として、向後英紀「注目される FCC の放送反論権裁定」放送研究と調査一九九八年二月号六二頁がある。

(44) Authorization of Teletext Transmission by TV Station, 46 Fed. Reg. 60,851 (proposed Nov. 27, 1983). つまり、文字放送が通信法上の「放送」に該当するの否かおよびこれを肯定するとしても、同原則の適用の是非が検討され、いずれも否定された。なお、FCC 報告書の邦語紹介として、中村皓一「アメリカにおける文字放送の法的地位―連邦高裁の判決を中心に―」NHK放送研究と調査一九八七年一〇月号一八頁以下を参照。

(45) General Fairness Doctrine Obligations of Broadcasting Licensees, 50 Fed. Reg. 35,418 (1985).

(46) Meredith Corp. v. FCC, 809 F. 2d 863 (D.C. Cir. 1987).

(47) H.R. 1934, 100th Cong., 1st Sess. (1987); S.742, 100th Cong., 1st Sess. (1987). 上院における法案の拒否に対する質疑応答については、133 CONG. REC. 16,989 (1987). 拒否の理由が、多チャンネル・多メディア化という意味での技術の進歩であるのに対し、これに疑問を提起していた Hornings の見解においては、放送免許の付与を通じて放送事業を行う者の「権利」が認められているものの、受信者の参加の手段は十分とはいえないため、かかる参加を保障する手段として同規制が位置づけられていた。Id. at 16,991-93. 多チャンネル化と参加の保障の必要性の有無とは、一応別次元であるとする、それぞれの主張はそもそもかみあっていないようにも思われる。

(48) Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH, 52 Fed. Reg. 31,768 (1987).

(49) Syracuse Peace Council v. FCC, 867 F. 2d 654 (D. C. Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 1019 (1990). なお、同規制撤廃に至る当時の状況の簡潔な邦語紹介として、藤田博司「廃止決定した米国放送界の『公平の原則』」新聞研究四三五号七三頁以下を参照。

(50) 拙稿「アメリカにおける放送行政の生成と放送内容の審査(一)」名古屋大学法政論集一七九号一七〇頁―一七三頁。
 (51) Sunstein は「Fowler の」のような発想が、市場モデルに基づく合衆国憲法修正第一条解釈の典型であって、ここにおいては、

政府の役割が財産権および契約の自由の保障と独占の規制に限定される、と指摘している。前述したように、八〇年代の放送行政の変容においても構造規制が維持されていたことの、ひとつの分析視角ともいえよう。CASS R. SUNSTEIN, *FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE* 169 (1997). また、Fowlerの用いたpublicの語の、かつての委員とのイデオロギーの相違を指摘したものに、DONALD J. JUNG, *THE FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION: THE BROADCAST INDUSTRY, AND THE FAIRNESS DOCTRINE* 1981-1987 38 (1996).

(52) なお、Sunsteinは、一八世紀におけるアメリカ社会の伝統であった政治的主権行使としての自律の概念と二〇世紀の市場における消費者主権の概念の混同を適切に指摘している。SUNSTEIN, *id.* at 170. See also R. Randall Rainey, *The Public's Interest in Public Affairs Discourse, Democratic Governance, and Fairness in Broadcasting: A Critical Review of the Public Interest Duties of the Electronic Media*, 82 GEO. L. J. 269, 273-74 (1993).

(53) 放送免許の付与における内容審査は明文では禁止されていないため、FCCが公正原則類似の基準を免許基準とし、放送内容を審査することは可能であることを念頭に置いている。

(54) なお、経済的見地に基づき、理解に時間のかかる情報の限界効用は離散的であって、情報量が増加したとしても、受信者による受信継続のためには「知的好奇心や感情に訴えかける情報」を放送した方が需要が増大する、との仮説を提起するもの、内山隆「放送需要についての経済学的解釈」公益事業研究五一巻一号六一頁以下がある。他分野であるため、その適否については判断することができないが、経済学からもかかる主張がなされていることが注目される。

(55) 紙野前掲註(3)論文四八頁以下を参照。なお、当時の時代状況を知ることができる邦訳書として、ジミー・カーター(持田直武ほか訳)『カーター回顧録』(日本放送出版協会、一九八二年)、藤本一美編『アメリカ政治の新方向—レーガンの時代』(勁草書房、一九九〇年)および五十嵐武士『政策革新の政治学—レーガン政権下のアメリカ政治』(東京大学出版会、一九九二年)を、アメリカ的統治システムの病理を指摘したものととして、ウィリアム・グレイダー(中島健訳)『アメリカ民主主義の

裏切り」(青土社、一九九四年)を挙げるにとどめておく。

(56) たしかに、FCCに対する公正原則違反の申出件数は極めて多く、年間約数万件であった。See STEVEN J. SIMMONS, *THE FAIRNESS DOCTRINE AND THE MEDIA* 212 (1978).

(57) 前稿では、この点を規制撤廃の根拠の一種の転嫁と指摘した。拙稿「アメリカにおける放送行政の展開と公正原則に基づく規制の法構造(二・完)」名古屋大学法政論集一八五号二八六—二八八頁。

(58) 古典的な説明として、GEORGE J. STIGLER, *THE CITIZEN AND THE STATE: ESSAYS ON REGULATION* (1975). 三四年の通信法制定時における諸利害の対立の存在によって、その法的仕組みが一定の変容をしたことについては、以下の文献が詳細な分析を行っている。SHIPAN, *supra* note 6. なお、近時の公共選択論的分析枠組みを用いて、権限委任禁止の法理の再検討と行政裁量の存在する意義を肯定的に評価したものと、JERRY L. MASHAW, GREED, CHAOS, & GOVERNANCE: USING PUBLIC CHOICE TO IMPROVE PUBLIC LAW 148-56 (1997). アメリカでは多様な利益集団間の利害の調整の場としての行政という把握の仕方がなされてきたが、この把握の仕方に対する批判がなされており、行政に対する新たな認識の必要が、かかる近時の研究動向の一つの要因と思われる。本稿は、アメリカ放送行政における、単なる私益とは明確に区別される公共性(public-regarding, *Id.* at 66-68.)の構造分析を行うおととするのである。

(59) 紙野前掲註(3)論文五〇頁。

(60) 註(63)のFowlerとBrennerの主張においては、放送規制を、二百年前に遡り根本的に見直す市場アプローチが構想されており、これは、かかる伝統への回帰と規制の緩和および撤廃とが結合したものであると、差し支えないであろう。

(61) JUNG *supra* note 51, at 86-87. においては、放送内容に関わる政府規制の適否を検討するにあたっての重要な概念として、自由、希少性、萎縮効果ならびにアクセスおよび多様性が挙げられている。すなわち、これらの概念をどのように認識するかによって、合衆国憲法修正第一条解釈が変化するのであると、筆者によると、希少性は技術の進歩として、またその他は政府規制と

自由の伝統、思想市場と財の交換としての市場の相関関係の有無、いわば私的自治の成熟性として、これら概念を整理することができないのではないかと思われる。これらは、その当否はさておくとしても、当時における規制の撤廃のキーワードであったといえる。

(62) 受信行動は刻々と変化する可能性を有しているため、FCCの規制がなされるよりも市場に委ねられる方がより適切であると述べられていたものとして、*The Revision of Programming and Commercialization Policies, Ascertainment Requirements, and Program Log Requirements for Commercial Television Stations*, 98 F.C.C. 2d at 1114.

(63) Mark S. Fowler & Daniel L. Brenner, *A Marketplace Approach to Broadcast Regulation*, 60 TEX. L. REV. 207, 210 (1982).

(64) このようなアメリカの研究動向をわが国に紹介したものとして、さしあたり、金井光太郎「アメリカにおける公共性・革命・国家」(木鐸社、一九九五年)を挙げておく。

(65) 拙稿前掲註(6)論文二六九—二七二頁。

(66) なお、註(47)を見よ。

(67) かかる認識は、九二年にゴアが情報スーパーハイウェイ (Informational Superhighway) 構想を提起し、その後、いわゆるブロードバンド・ネットワークの構築が政策的課題とされた事実に基づいてくる。The Informational Infrastructure: Agenda for Action, 58 Fed. Reg. 49,025 (1993)。いわゆる放送・通信が融合した双方向 (interactive) サービスの実現の試みは、九〇年代以降の現象として把握するのが適切であらう。See Charles M. Oliver, *The Informational Superhighway: Trolls at the Tollgate*, 50 FED. COMM. L. J. 53 (1997)。

(68) Barron は、FCCによる規制撤廃の決定の適否を受信者団体が司法審査を通じて争ったのであって、同規制の是非の論争は、政府対放送事業者ではなく、国民と放送事業者との間において展開して来た主張である。Jerome A. Barron, *What Does the Fairness Doctrine Controversy Really Mean?*, 12 HASTINGS COMM. & ENT. L. J. 205 (1989)。また、Farber は、公共選択の視点に基づき、公共

的争点に関する番組の放送は公共財であって、誰もその生産について責任を有していないため、実体的規制が必要となると述べた⁶⁸。 Daniel A. Farber, *Free Speech Without Romance: Public Choice and the First Amendment*, 105 HARV. L. REV. 554, 558-62 (1991).

⁶⁹ なお、憲法学からの考察ではあるが、表現の自由が絶対的な国家からの自由として把握されてきた仕方が、アメリカに特殊であることについては、阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』——合衆国における表現の自由法理の動揺の含意」『二〇世紀システム 五 国家の多様性と市場』(東京大学出版会、一九九八年) 一三頁以下を参照。

⁷⁰ SUNSTEIN, *supra* note 51, at 44-45.