

# 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(二・完)

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(以上一八八号)

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(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

#### (一) 問題点の整理

公正原則に基づく規制の撤廃は、本来であれば政治的な中立性および独立性(以下では、政治的独立性と略す。)が要求される独立規制委員会であるFOCによって、政治的責任を有する機関から独立して、自主的に決定されたものではなかった。なぜなら、FOCは、八五年の報告書において公正原則に基づく規制の違憲性を述べたものの、連邦議会がこれを撤廃するのか否かの決定権を有しているとし、自らはその決定を回避したからである。これを受けて連邦議会は、放送における公正法案を通過させたが、レーガン大統領が法案に対する拒否権を発動し、同法案の再可決もままならなかった。

この動向の特徴的な点をここで整理すると、第一に、八五年に違憲と判断されたにもかかわらず、八七年に撤廃されるまでの約二年の間、FOCにより規制権限の行使がなされていた。第二に、独立規制委員会であるFOCは、その組織および権限行使の起源を連邦議会と参加の保障にもつが、大統領が法案の拒否という手段を通じてここに介入し、FOCがそれに従ったため、実質的には、大統領が同規制を撤廃したということができよう。このような経緯において公正原則に基づく規制が撤廃されたことに対して、最終的には、国民が同意をしたか否か、すなわち、これらの機関の組織および作用(権限の行使および不行使)の民主的正当性の如何と司法審査の在り方が問題の所在であると考えられる。以下では、このことをもう少し詳しく述べることとしよう。

(二) FCCの民主的正当性の危機

まず、右の第一の点について、このような現象を、アメリカにおける「現代行政国家の脆弱性」の顕在化として理解する Blochは、次のように指摘している。すなわち、FCCは、連邦議会によって、通信法の一般的根拠規定に基づく広範な法形成の権限 (lawmaking powers) を付与されているのであるから、連邦議会の判断を待つまでもなく、自らの責任において八五年に規制を撤廃すべきであった。しかし、この責任を追及する法理が十分には考察されてこなかった、と。

右のようなFCCの活動とこれに対するBlochの指摘によって浮き彫りにされたのは、それが独立規制委員会であるがゆえの組織および活動の民主的正当性の有無であるといえよう。彼が適切に指摘しているとおり、専門性や政治的独立性の必要に基づき、FCCは、連邦議会によって政策作成 (policy making) 機能を含む規制権限を委任されたのであって、FCCが、放送内容を審査することを違憲と評価しつつ最終的な判断を連邦議会に委ねたことは、権限委任の必要性を自ら否定するものといえるだろう。しかし、FCCが行う放送内容の審査にともなう権力性も否定することができず、かかる規制権限行使の民主的性格の如何が問われなければならないのである。

アメリカでは、このような独立規制委員会の民主的正当性の有無という問題自体は決して目新しいものではないが、前述したようにFCCが連邦議会から委任された政策作成権限の行使を謙抑し、これを議会に委ねたことの含意を理解しなければなるまい。すなわち、Blochのいうところの行政の「脆弱性」には、通信法の枠組みにおける権限委任の範囲の限界という側面と、同法においては一般的に権限の根拠が規定されているにすぎないため、FCCの政策作成権限の正当性の源は規則制定権限の拡大を通じた多様な利益の反映に求められてきたが、この過程が機能不全に陥った側面とが混在していると考えられる。なぜなら、FCCが八五年報告書において、同規制の存廃の判断

を下すことを回避したにもかかわらず、後にやや詳しく述べるように *Meredith* 判決によってそれを決定せざるを得なくなったのは、他の統治機構との対比において独自の存在理由を有するはずの FCC が、規制の存廃の決定を自らの応答責任において正当化することができなくなったことの証左といえるからである。

このように、公正原則違反の有無をめぐってなされていた放送内容の審査の撤廃によって、番組編集の自由が回復するか否かとはい別に、FCC の正当性をめぐるかかると危機状況が認識されてよい。

### (三) 法案拒否権の行使による執行権の介入

それに対して、前述した第二の点についていえば、放送における公正法案に対する拒否権の行使それ自体は、合衆国憲法に根拠を有する大統領の活動ではある。ここで、同法案に対する拒否の理由をみてみると、それは FCC が八五年報告書において述べていたのと同様の内容であり、したがって FCC とレーガン大統領は、公正原則に基づく規制の撤廃に関しては同様の見解を有していたと推測することができる。もともと、レーガンが放送規制政策の在り方について彼と同様の考え方を有する Fowler を FCC 委員長に任命した結果、このことは十分に予想される<sup>86</sup>ころではあった。

このようにして、委員長長の任命権および法案拒否権の行使を通じて、大統領による放送規制政策への間接的な介入がなされた。しかしながら、本来は民主的基盤を有する政治的機関であるにもかかわらず、ここで大統領の活動の民主的正当性の有無が問われなければならない。ここでは、次のような指摘が可能であろう。すなわち、第一に、法律の執行を目的とした大統領部 (executive branch) 下の行政機関ではない FCC に対するかかる介入は、執行権概念の実質的な拡大であって、古典的には連邦議会の領域にふみこむものといえる。個別具体的行政活動の機能が執行または政治のいづれかを考慮するとしても、FCC による公正原則に基づく規制の存廃の決定は、裁量の余地

が大きく、単なる法律の執行とはいいがたい。第二に、そのような執行権概念の拡大現象は、放送行政における権限行使の正当性の組織法的条件である政治的独立性を軽視するものである<sup>11)</sup>。

しかしながら、前述した理解が正しいとすれば、FCCの権限行使を正当化するためには放送規制政策に対する国民の同意が必要であるにもかかわらず、行政過程における多様な利益の反映方法は機能不全の状態にあった。このような状態において放送規制政策への大統領による介入がなされたことは、その評価はともかく、FCCの決定作成の正当性を回復する必要性とは適合的であったといえよう。この意味においてLeisnerらが、アメリカにおける行政の現代的特徴である権限委任禁止の法理の衰退とかつて経験したことのない行政裁量の生成を正当化するためには、執行権による行政過程のコントロールが不可避であると述べたのは、かかる状況を端的に表現したものである<sup>12)</sup>。したがって、FCCが公正原則に基づく規制を違憲と判断しつつ、その存廃の判断を政治的機関たる連邦議会に委ね、さらにここへの大統領による介入は、右に述べてきたようなアメリカにおける社会的政治的要因に基づくものとして、理解することができるのである。

## 第二節 規制撤廃と司法審査

右に述べたことからすると、公正原則に基づく規制の存廃に対する国民の意思をいかにして反映するかがまさに問題なのであって、かかる意味における民主的正当性の有無が司法審査において慎重に吟味される必要がある<sup>13)</sup>。

### (一) 判例の展開

まずは、同規制の撤廃に関連する判例の展開を概観することからそのような検討を開始するとしよう。

## (一) TRAC判決

## ①事実

八三年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には公正原則を適用しないとのFCCの決定に対し、市民団体がこれの取消しを求める訴訟を提起した。<sup>11)</sup>かねてより、通信法第三一五条によって、公職立候補者に対する意見表明の平等機会の保障が放送事業者に義務づけられていたが、五九年に事業者のこの責任を明確化する目的で法改正がなされ、同原則の内容と類似の文言が追加された。<sup>12)</sup>そして、同条の規定の趣旨が公正原則を許容するにすぎないのか、それを新たに要請するものであるのか否かをめぐり、原告と被告が双方の主張を行ったのである。<sup>13)</sup>

## ②判旨

連邦控訴裁判所は、Chardon判決を引用して審査範囲に関しては司法的謙抑 (judicial deference) の立場で臨むとし、いわゆる二段階審査の基準に依拠することを述べ、次のように判示した。<sup>14)</sup>第一に、五九年の通信法改正に際しての立法者意思においては、「一九五九年に規定された文言によって、公正原則が法的拘束力を有するものとはいえず、それが同法の一般的根拠規定たる公共の利益基準によって授權されている (authorize) というかねてよりの委員会の立場が認められたにすぎない」。<sup>15)</sup>第二に、そのように解すると、「なにが公共の利益かについての委員会の見解は、放送をとりまく状況の変化の有無に関わりなく変化する」のであって、テレテキストと伝統的放送媒体との峻別および文字放送技術の進歩の障害を根拠として、それには同原則を適用しないとのFCCの決定は、合理的である、と。

## ③論点

本件においては、公正原則がテレテキストには適用されないことの適否および通信法第三一五条条によって同原則が許容されているにすぎないのか、または新たに要請されることとなったのがここでの争点であった<sup>29</sup>。これに対して本件裁判所は、立法意思を分析し、同原則は通信法の一般的根拠規定にその根拠をもつのであって、その適用範囲の如何はFCCの裁量的判断に委ね、この適否に関しては謙抑的審査を行うと判示した。五九年の通信法改正時の立法者意思がなにかについて、果たして、本件判示において述べられていたように断言できるか否かはともかく、同原則が通信法の公共の利益基準に基づき、その運用がFCCに委任(mandate)されたことは認められたのである<sup>31</sup>。つまり、その適用対象メディアの範囲の決定にかかる裁量は別にしても、公正原則は通信法によって授權されているのであれば、FCCはそれを撤廃するためには、その継続的適用がいかなる理由において「公共の利益」に違反するのかを説明する通信法上の義務を有することとなる<sup>32</sup>。

(2) Meredit判決

① 事実

八四年に、FCCは、市民団体の申出に基づき、原発施設の推進広告の放送が公正原則に反すると認定し、WTVH局に対して、原発施設に反対する意見広告を放送するように命じた。それに対して同局によりなされた一種の異議申立て(motion for reconsideration)の審理の途中で、FCCは、前述した八五年報告書を公示し、同原則に基づく規制には違憲の疑義が存するが、その存廃は連邦議会の決定事項であって、なんらかの決定がなされるまでは規制権限の行使を継続すると述べた。その二ヶ月後に、異議申立てが棄却されたため、同局は、連邦控訴裁判所に当該決定の取消しの訴訟を提起した<sup>33</sup>。

② 判旨

連邦控訴裁判所は、次のとおり判示した。すなわち、第一に、本件での原発施設の推進の是非が論争的争点に該当し、多様な見解の提供義務が放送事業者に課されるのか否かのFCCの事実認定には「政治的判断が含まれており、・・・この点についての委員会の経験は、司法審査の範囲にとつて重要な要因である。したがって、ここでは謙抑的な基準を適用して、委員会の決定に対して疑問を投げかけることはしない」。第二に、FCCは、八五年報告書において公正原則に基づく規制が違憲であることを述べたにもかかわらず、その規制権限を継続的に行使しているが、「原告の憲法上保障された言論の自由を侵害するか否かを考慮する義務を果たさなければならない。委員会がこれを怠ることは、まさに専断的及び恣意的な行政活動の典型である」<sup>25</sup>。したがって、公正原則違反の認定は取消しを免れることができず、FCCは、同規制の合憲性を考慮しなければならないが、「当然のこととして、委員会は、公共の利益に反することを理由に、八五年報告書に照らして (in light of) 規制権限を行使しないと結論づける場合には、その合憲性の如何につき考慮する必要がない」と。

### ③論点

本件においては、原告の放送した番組が公正原則に違反したか否かに関するFCCの事実認定に対しては謙抑的基準が適用され、同原則に基づく規制の合憲性については、積極的審査がなされた。したがって、事実認定と法解釈の区別に応じた司法審査の範囲の区別がなされているようであり、ここにおいては、公正原則の適用に関するFCCの経験を根拠とする事実認定に対する司法的謙抑と放送事業者の言論の自由を侵害する場合における積極的審査の使い分けがみられるのである。<sup>27</sup> また、前述した判示部分における「八五年報告書に照らして」の判文を文字通り理解すれば、FCCがそこにおけると同様の理由に基づく決定を行う場合には、これに対して裁判所はその適否を吟味しないという趣旨かと思われる。しかしながら、TRAC判決において公正原則が通信法により授權されていると判



示され、その民主的性格が確認されたのであるから、その撤廃がいかなる理由によって正当化されるのかは、慎重に考慮されなければならないといえよう。

(3) SPC判決

① 事実

右の取消し判決の後、FCCはWTVH局に対する裁決において、公正原則に基づく規制がもはや公共の利益に資するものではなく、違憲であるため、この撤廃によって「公共の利益が最大化され、そこそが通信法によって委任されているのである」と述べた。それに対して市民団体であるSyracuse Peace Council (SPC) がこの裁決の取消しの訴えを連邦控訴裁判所に提起した。<sup>28)</sup>

② 判旨

連邦控訴裁判所は、以下のように述べて原告の請求を棄却した。すなわち、「規制権限の継続的な行使が公共の利益基準への適格性を欠き、違法であるという委員会の決定は、一種の政策的判断である」。<sup>29)</sup>つまり、公正かつ多様な番組放送の実現および促進という目的は望ましいとはいえず、FCCによる規制権限の濫用の契機も存在するのであるから、同規制の負の効果を上回る正の効果が存在するか否かが十分に考慮されなければならない。「このような状況において、当裁判所は、委員会の判断に対して多大なる謙抑をなすのである」<sup>31)</sup>と。すなわち、原告によって主張された同規制の受益的效果が考慮されていない、規制撤廃の代替案の不存在ならびに同原則の第一要件の撤廃の専断および恣意性の有無は、謙抑的審査の対象となる。単なる法執行とは異なる裁量的判断を要する場合において、かかる審査が行われる根拠としては、権限の行使か不行使かは問わず、連邦議会によって一般的な規制権限がFCCに委任されており、かつ、その専門性が挙げられるのである。<sup>32)</sup>

## ③論点

七〇年代まで展開していたいわゆるハードルック法理においては、行政機関が規制政策を変更する場合にはその理由を説明しなければならなかったが、本件では、FCCの決定に対する謙抑的審査によって同規制の撤廃が認容されたのであった。かかる司法審査理論に対しては、FCCが有するとされる「専門性 (expertise)」とは数十年に及ぶ規制政策を展開してきたことの「経験 (experience)」を指すにすぎず、であるとすれば専門性というほどの内実を有していないであろうことはともかく、次のような問題性を有している。第一に、謙抑の根拠としての権限委任への肯定的評価に対しては、一般的根拠規定の存在をもって、FCCに同規制の存廃の決定が委任されたといえるのか否かという問いかけが可能であろう。

第二に、従来の審査範囲の枠組みとの関係が必ずしも明確とはいえない。本判決の多数意見によると、同規制の合憲性という法解釈にとどまらず、放送メディア数の増大および放送内容の審査が有する番組編集の自由への萎縮効果などの事実認定がその審査範囲に含まれているが、結論においてFCCの専門性や政策的判断に言及がなされ、その決定が認容されている。<sup>35</sup> しかしながら、裁判所がFCCの事実認定にそのまま従うのであれば、それを審査範囲内とすることにさほどの意味はない。本件において述べられていたように、FCCと裁判所との間における適切な役割分担に配慮するのであれば、その事実認定部分は審査範囲外とする方が、その目的には合致すると思われる。<sup>36</sup>

## (二) 判例法理の構造

## (1) 判例の対立点

右に概観した三判決においては、公正原則が通信法によって要請されていないという共通点が存在したが、以下のような対立点もまた存在したといえることができる。第一に、これらの判決の、通信法およびかねてより展開した

判例法理から形成された法規範的構造に対する評価が異なる。なぜなら、TRAC判決においては、公正原則に基づく規制は、通信法の一般的根拠規定に基づき、FCCに対して委任されていたが、Meredith判決およびSPC判決においては、同規制の撤廃はFCCの政策的判断にすぎないからである。

第二に、Meredith判決においては、同規制の存廃が最終的にはFCCの政策的判断に委ねられるとはいえず、規制権限の行使の合憲性の説明を欠いたことが専断的および恣意的と判断されたが、SPC判決においては、同規制の撤廃の決定への司法的謙抑がなされた。この相違を両判決の非一貫性として理解すれば足りるのか否かが問われよう。単に一方における積極的審査と他方における消極的審査の側面のみを捉えて、これらが対立していたと理解することもできよう。しかしながら、そのように解すると、いずれの判決においてもFCCの事実認定および法解釈に対する謙抑が各裁判所の基本的姿勢であった事実を看過することとなる。そこで、これらの判決は以下で述べるように、ある一貫性を有していたと解すべきであって、そうすることによって、その判例法理の構造をより客観的に分析することが可能となると思われる。このことに留意しつつ、次に、判例法理の構造を分析してみよう。

## (2) 判例法理の構造

### ① FCCの規制権限の行使・不行使に関わる委任の包括的承認

TRAC判決によると、公正原則に基づく規制をなすFCCの権限は、通信法上の一般的根拠規定による委任を受けており、かかる規定自体およびこれに基づいてなされた規制権限の行使が、その要件規定の漠然性ゆえにただちに違憲・違法と判断されることはなかった。したがって、この意味において裁量の余地が存するFCCの一種の政策作成権限は、連邦議会の権限委任に基づく民主的起源を有するものとして、肯定的に評価されたといえよう。SPC判決において採用された謙抑的審査理論の根拠として、FCCの裁量的判断は連邦議会によって権限を委任された範囲

内であり、民主的正当性を有すると述べられていたことも、この構造の存在を証明するものといえる。

## ②放送事業者の言論の自由の保障―例外的な積極的審査

しかしながら、放送事業者の言論の自由を侵害するおそれのある場合には、積極的審査がなされていた。技術の進歩によって規制がその存在理由を失い、FCCによる放送内容の審査が放送事業者の言論の自由を侵害する場合には通信法の委任の範囲を越えることは、六九年の最高裁判決でも述べられていた。この場合に該当するか否かが問われたのがまさにMeridian事件であつて、この意味において本件判決は最高裁判決と矛盾しない。かつ、同規制が合衆国憲法修正第一条に違反するか否かに関するFCCの法解釈に対する積極的審査がなされたという点において、アメリカにおける古典的な審査範囲論にも適合的であつたといえよう。

第一および第二の点から明らかなように、ここにおいて述べてきた判例法理の構造としては、公正原則に基づく規制を撤廃する決定に対しては、放送事業者の言論の自由を侵害しないため、謙抑的司法審査がなされ、規制権限の行使に対する審査の場合においては、その理由等についての厳格な審査がなされたといえる。

## (三)判例法理の展開の要因とその正当性

### (1)判例法理の展開の要因

右のような判例法理の構造の整理を前提に、その要因として以下の点を指摘しておきたい。

第一に、三判決ともFCCの事実認定および法解釈に対して謙抑的姿勢で臨むことを述べており、Chevron判決を判文にて引用するか否かはともかく、同判決が与えた影響力を否定することができない<sup>49</sup>。すなわち、それまでの積極的審査においては、公正原則に基づく規制の撤廃にいたる過程の慎重な吟味がなされることとなるが、ここで一種の消極的司法審査は、その評価はともかく、同規制の撤廃という放送行政の変容に適合的な審査理論として

位置づけられる。したがって、本稿の検討する判例が同判決の枠組みに基本的には依存しているのであって、放送行政領域におけるその定着として把握することができよう。

しかしながら、第二に、右のようにChevron判決への単なる依存と解すると、Maradith判決において積極的司法審査がなされた要因が説明できない。FCCが放送内容を直接に審査し、かつ、放送事業者にとっては免許更新拒否などを通じた権力性の契機が存在しており、七〇年代においてすでに、この権力性のコントロールは狭隘な司法審査によっては達成不可能であるとの認識すらみられた<sup>41</sup>。歴史的経緯としては、受信者の権利利益の具体化を通じて、アメリカにおける放送行政は展開したが、放送事業者の言論の自由を保障するための政府介入の制限が求められるゆえんである。であるとすれば、このような放送行政に特殊な権利利益保障の必要性と、公正原則に基づく規制の合憲性に関する積極的司法審査との適合性は、容易に理解することができよう。

したがって、右の第一および第二の点は決して対立するものではないし、また規制権限の行使か不行使かによって裁判所が便宜的に司法審査の範囲を変えているとして、その非体系性を強調することも必ずしも適切とはいえず、むしろここでの判例法理は、一般的には放送行政における権利利益保障の憲法的価値序列に適合的なのである。<sup>42</sup>

## (2) 判例法理の正当性

しかしながら、公正原則に基づく規制の撤廃に関する判例法理においては、規制によって保障されてきた受信者の手続的アクセス権がいかなる影響を受けるのかに関する実体的および手続的な吟味が十分になされたとはいえない。すなわち、六九年の最高裁判決が変更されることなく判例のままであるため、そこにおいて述べられていたように、「最も重要であるのは、放送事業者の権利ではなく、受信者の権利<sup>43</sup>」である。とすれば、この判示部分とここでの判例法理との整合性が問われよう。

まず、第一に、手続的な違法・不当性の疑義について述べておく。Meredith判決およびSPC判決は、FCCが八五年報告書の作成過程において様々な意見の集約をしたうえで同規制の撤廃を結論づけたと述べ、これに対する吟味を謙抑した。しかしながら、行政手続法（APA）においては報告書の公示は、規則制定手続の適用除外であるし、通信法上もこの点に関する手続規定が存在しないために、意見の申出は法的には保障されていない。実際には報告書の公示の前段階において、多方面からの意見の収集がなされていたとはいえ、それは法的権利の保障ではなくFCCによる自主的な措置にすぎず、この過程に不備があったとしてもその違法性は問われないのである。広範な意見の集約およびこれの行政決定への反映によって手続的には同規制の撤廃が正当化されるのであれば、報告書の公示という行政活動形式は意見申出手続の保障が十分とはいいがたく、同様に、裁決も適切な行政活動形式とはいえない。この限りにおいて、FCCの活動形式の裁量の余地は認められるべきではなく、本件の場合には、規則改廃の手続が適格的であったといえよう。

第二に、実体的には、公正原則に基づく規制の撤廃によって、公共的な争点を含む番組が放送され、見解の多様性を実現され、ひいては六九年の最高裁判決において述べられていたように受信者の情報を受ける権利が保障されることとなるのか否かが問われる。前述したような判例の整理が正確であれば、そこでの判例法理の特徴として、放送事業者の言論の自由を保障する必要がある場合には積極的司法審査がなされ、さもなければ消極的司法審査がなされていたのであった。しかし、それによって六九年の最高裁判決において判示された権利利益保障の価値序列が変更されたのではないかとの疑義が生じてくる。

FCCによる放送内容の審査を許容することによって番組編集に不当な行政介入がなされる場合が存在し、結果的に保守的かつ画一的な番組が放送されることとなるのか否かは、もちろん単なる法律問題ではなく、経験を有する

FOIAの決定作成に対する司法審査の謙抑が全く合理性を有していないわけでは必ずしもない。であるとしても、裁判所がその決定作成過程における参加の有無、代替案の考慮などの有無を吟味することまで否定されるわけではな<sup>15</sup>かる。すでに述べたとおり、Blachが行政の「脆弱性」と表現したようなFOIAの民主的正當性の危機的状况においては、かかる厳格な精査が必要であろう。この意味において、受信者の権利利益を保障するための放送行政の発展とこれに適合的な司法審査の位置づけを明確に述べた六九年の最高裁判決は、その後一度も判例変更がなされていないにもかかわらず、黙示的に転換されたといっても過言ではないのである。<sup>16</sup>

註

(1) General Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees, 50 Fed. Reg. 35,419, 35,453 (1985).

(2) H.R. 1934, 100th Cong., 1st Sess. (1987); S. 742, 100th Cong., 1st Sess. (1987). 同法案は、通信法第三二五条を改正して、同条

第(a)項第(1)号に「放送事業者は、公共的に重要な争点に関する対立する諸見解に対して、合理的な機会を提供しなければならない。」との文言を追加するものであった。もつとも、この文言をみるかぎりでは、ここにおいては、放送事業者が遵守しなければならない原則が規定されたにとどまるのか、かつて展開していたように、受信者の意見の申出とこれに基づくFOIAによる当該放送内容の審査まで許容される趣旨であるのかが明確ではない。なお、アメリカにおいては、上院および下院を通過した全ての法案は、制定される前に大統領に送付され、大統領は、これを承認しない場合には拒否理由を付して、法案が先に提出された議院に差し戻すこととなっている。その場合には、両院の三分の二の多数が法律案の可決に合意すれば、法律となる。U.S. CONST. art. I, § 7, cl. 2.

(3) 本稿における民主的正當性の語は、公正原則に基づく規制の撤廃が国民の意思に合致しているか否かという意味で用いてい

るにすぎない。ところで、Legitimacyを正当性または正統性のいずれと訳出するかは、単なる訳語の問題にとどまらないかもしれないが、(3)では、国民が統治過程にいかに参加するか、および政府の活動に同意するか否かという二つの要素を念頭に置くにとどめ、これ以上深入りすることはしない。なお、アメリカにおける行政の民主的正当化(democratic legitimization)のためには、かの国における統治に関わる諸機関の多元性(plurality)を認識すべきとする見解がある。Cynthia R. Farina, *The Consent of the Governed: Against Simple Rules for a Complex World*, 72 CHL-KENT L. REV. 989 (1997)。かかる把握の仕方は、多元性を確保するための司法審査の必要性という彼の主張につながるものでもあり、興味深い指摘といえよう。

(4) Susan L. Bloch, *Orphaned Rule in the Administrative State: The Fairness Doctrine and Other Orphaned Progeny of Interactive Deregulation*, 76 GEO. L. J. 59, 135 (1987).

(5) *Id.* at 135-36. なお、公正原則を撤廃する手続を開始していないという意味での、FCCの権限不行使の違法の確認を求める訴訟が提起された。Radio Television News Directors Ass'n v. FCC, 809 F.2d 860 (D.C.Cir. 1987)。本件における報告書は審査対象たる行政機関の活動(agency action)ではないと判示されたが、かかる訴訟要件の問題を考慮しなければ、一応権限不行使についての司法審査がなされる可能性が存する。したがって、Blochは、司法審査以外の立法論も含めたコントロール法理の必要性を指摘していたと理解することができる。

(6) もっとも、このことは(3)に固有の要因ではなく、アメリカ行政法に共通の構造的要因であろう。単なる参加の確保だけでは、現実には利益集団と行政機関との間の癒着が生じるにすぎないという、いわゆる「理論(capture theory)の簡潔な説明」(3)の RICHARD J. PIERCE, JR. ET AL., *ADMINISTRATIVE LAW AND PROCESS* 16-19 (3d ed. 1999)。(3)の「アメリカにおいては、評価が一樣ではないが、官僚制への新たな正当性の付与の試みとして、市民的共和主義(civic republicanism)の主張が注目される。(3)では、諸説を整理したものと(3)の Note, *Civic Republican Administrative Theory: Bureaucrats as Deliberative Democrats*, 107 HARV. L. REV. 1401 (1994)を挙げるにふさわしい。



- (7) See 133 CONG. REC. 16,989 (1987).
- (8) 『経緯』(下) DONALD. J. JUNG, THE FEDERAL COMMUNICATIONS COMMISSION: THE BROADCAST INDUSTRY, AND THE FAIRNESS DOCTRINE 1981-1987 31-32 (1996).
- (9) 八〇年代においては、行政機関の決定作成に対する大統領による介入形態としては、独立規制委員会以外の行政機関を対象とした規制審査が展開したが、放送行政とは直接には関係を有しない。ただし、かかる介入がなされる構造的要因としては、共通するものがあるらし、そうであればそれが看過されてはならないと思われる。紙野健二「アメリカ大統領による規制過程への介入について」横越英一編『現代国家の諸相』(昭和堂、一九八五年)一六七頁以下、同「アメリカにおける総合調整の法的検討—大統領命令一二二九一号をめぐって(1)〜(3)完」法時五九卷三号六五頁、五号八三頁、七号六〇頁以下。なお、宇賀克也『アメリカ行政法「第二版」』(弘文堂、二〇〇〇年)一九四頁以下も参照。本稿との関連でいえば、独立規制委員会を含む法律執行過程に対する連邦議会と大統領とのコントロールの競合・同格(parity)概念を展開したStraussの主張が注目される。
- Peter L. Strauss, *The Place of Agencies in Government: Separation of Powers and the Fourth Branch*, 84 COLUM. L. REV. 573, 578-600 (1984); *Presidential Rulemaking*, 72 CHI.-KENT L. REV. 965, 981-83 (1997).
- (10) See Strauss, *id.* at 667-68.
- (11) アメリカにおいては、そのような組織法的条件が存在することによって、放送行政の生成と把握することができることにについては、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二二七—二二八頁。
- (12) Lawrence Lessig & Cass R. Sunstein, *The President and the Administration*, 94 COLUM. L. REV. 1, 119 (1994).
- (13) ところで、同規制の撤廃に関わる判決例は多くはないが、判例集に記されている訴訟参加人が多いことから明らかなように、各々の事件に様々な利害関係が集約されていたと解する余地がある。したがって、同規制の撤廃について放送事業者や市民間

体が決して無関心であったわけではないであろう。

- (14) Telecommunications Research & Action Center v. FCC, 801 F.2d 501 (D.C. Cir. 1986), *cert. denied*, 482 U.S. 919 (1987).
- (15) 47 U.S.C. § 315 (a) (1991), その文言とは以下のとおりである。平等機会の保障はニュースインタビュウ等の番組については及ばないが、かかる適用除外にもかかわらず、「放送事業者は、…公共の利益に資するように放送局を運営し、及び公共的に重要な諸争点に關し対立する諸見解に対して合理的な機会を保障する義務を免除されるものではない。」と。
- (16) See Telecommunications Research & Action Center v. FCC, 801 F.2d at 516-17.
- (17) Chevron USA, Inc. v. NRDC, 467 U.S. 837 (1984). 二段階審査とはきわめて単純化すれば、第一に、制定法の文言の意味するところについて連邦議会の意思が明瞭であるか否か、第二に、明瞭な意思が示されていない場合には、行政機関の制定法解釈が合理的か否かの司法審査を指す。なお、Chevron判決の是非を述べた多くの業績が存在するが、さしあたりSTEPHEN G. BREYER ET AL., ADMINISTRATIVE LAW AND REGULATORY POLICY 250-345 (4th ed. 1999), 本判決の邦語による評釈として、竹中勲「規則制定の司法審査の基準」判タ五六四号七三頁以下がある。また本判決以降の判例の展開を検討したものとして、紙野健二「アメリカにおける謙讓的司法審査理論の展開(1)(2)完」大阪経済法科大学法学論集二八号一七頁以下、二九号一三五頁以下を参照。
- (18) Telecommunications Research & Action Center v. FCC, 801 F.2d at 517.
- (19) *Id.* at 518.
- (20) FCCの各委員でさえ、公正原則が通信法に規定されたか否かに関して一致した見解を有していたわけではないことについて、<sup>45</sup> JUNG, *supra* note 8, at 97.
- (21) Telecommunications Research & Action Center v. FCC, 801 F.2d at 518.
- (22) なお、本判決の後の、本件裁判官全員の前での再審理 (rehearing en banc) においても、同条の改正は同原則の許容を意味すると判示された。See Telecommunications Research & Action Center v. FCC, 806 F.2d 1115, 1118-22 (D.C. Cir. 1986).

通信法第三一五条は、公職立候補者に対する放送施設の利用に関する平等な取り扱いを放送事業者に義務づけた規定であるため、同条に追加された文言を一般的公正原則の根拠規定と解釈することはやや強引に思われる。もっとも原告が、その民性的性格を強調したいがためにその法的根拠を同条に求めたのであるとすれば、その意図は理解することができよう。前述した「放送における公正法案」が両院において提案された背景にはこのような事情が存在していたといえよう。

<sup>23</sup> *Meredith Corp. v. FCC*, 809 F.2d 863 (D.C.Cir. 1987).

<sup>24</sup> *Id.* at 871.

<sup>25</sup> *Id.* at 874.

<sup>26</sup> *Id.*

<sup>27</sup> 思うに、そもそも規制権限の行使の可否を問うているにもかかわらず、公正原則違反の認定というその事実認定について裁判所が謙抑的審査を行ったところで、それにはさほどの意味はない。後述するように、この点についての本判決の審査枠組みをどのように理解するかによって同規制の撤廃に関わる判例法理の把握の仕方も変わってくると思われる。

<sup>28</sup> *Syracuse Peace Council v. Television Station WTVH*, 52 Fed. Reg. 31,768, 31,769 (1987). FCCはWTVH局に対してのみ公正原則に基づく規制が違憲であるのではなく、一般的に同規制が違憲であると述べた。利害関係が広範囲に及ぶことを考えれば、規則の改廃の手続によることが適切であろうが、FCCは、同局に対する裁決形式を選択したのである。後述するように、原告は告知の不存在が行政手続法(58 U.S.C. 553 (b))に反すると主張していたが、この主張は本件判決では採用されなかった。

<sup>29</sup> *Syracuse Peace Council v. FCC*, 867 F.2d 654 (D.C.Cir. 1989), *cert. denied*, 493 U.S. 1019 (1990).

<sup>30</sup> *Id.* at 660.

<sup>31</sup> *Id.*

<sup>32</sup> 公正原則の第一要件とは、「地域の利害に関わるきわめて重要な論争的争点を含む番組を提供する」ことを指す。 *General*

Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees, 50 Fed. Reg. at 35,418.

ところで本件においては、原告は「規制を撤廃する前に、その告知が必要であると主張した。しかし、本件の多数意見においては、すでに八五年に報告書を公示する以前に、その旨の告知とそれについての多方面からの意見の提出がなされたため、手続的違法性は存在しないと判示された。See Syracuse Peace Council v. FCC, 867 F.2d at 667.これに対しては、告知がなんのためになされるかといえば、これに対する有意の意見提出を可能とし、ひいてはFCCの政策作成を正当化するためであるから、多数意見の解釈は適切ではないとの見解が存在する。Note, *Laying the Fairness Doctrine to Rest: Was the Doctrine's Elimination Really Fair?*, 58 GEO. WASH. L. REV. 995, 1018 (1990).

<sup>33)</sup> ハードロック法理とは、アメリカにおいて六〇年代後半ないし七〇年代にかけて展開した行政裁量の統制手段であり、行政機関がその決定作成過程において関連事実を厳格に考慮・審査 (hard look) したか否かの司法審査を指す。放送行政領域における判決として、Office of Communication of United Church of Christ v. FCC, 359 F.2d 994 (D.C.Cir. 1966) ; Greater Boston Television Corp. v. FCC, 444 F.2d 841, 852 (D.C.Cir. 1970), cert. denied, 403 U.S. 923 (1971).<sup>34)</sup> FCCによる決定作成の理由および従来  
の規制政策からの変更の理由、利害関係人の参加の保障ならびに代替案の考慮の有無が審査される。

<sup>34)</sup> Sunsteinは、法律の文言の不明確さは法解釈権限の委任として理解されてはならないと主張する。Cass R. Sunstein, *Interpreting Statutes in the Regulatory State*, 103 HARV. L. REV. 405, 445 (1989). 本論文を検討したものに、本多滝夫「〈紹介〉サンスタイン『規制国家における制定法の解釈』愛知教育大学社会科学論集三〇号二二九頁以下がある。アメリカにおいては、政治的責任を有する統治機構が連邦議会だけではないにもかかわらず、彼は立法に対する肯定的評価を有しており、行政裁量の司法的コントロールの必要性を述べている。少なくともその民主的正当性の源が連邦議会による権限委任に存するのであるから、その意味において、Sunsteinの理解はFCCによる通信法の一般的根拠規定の解釈のひとつの在り方を示すものであろう。

<sup>35)</sup> FCCの事実認定を審査範囲内としている点では、少数意見と同じ立場ではあるが、その適否を吟味するか否かに関しては、

差異が存在するのである。Wald裁判官の少数意見については、註46をみよ。

(36) 謙抑的審査が行政機関の事実認定に限定されるべき」とを述べたものとして、Sunstein, *Law and Administration after Chevron*, 90 COLUM. L. REV. 2071, 2076 (1990).

(37) これらの判決において、積極的審査と消極的審査とが一貫性なく使い分けられたにすぎないと把握することも可能であろう。たとえば、Farinaは、Chevron判決によって示された謙抑的審査理論が不明確であるがために、その後の判例では対立する判決が出されるにいたったと述べている。Farina, *Statutory Interpretation and the Balance of Power in the Administrative State*, 89 COLUM. L. REV. 452, 460-61 n.42 (1989)。この審査枠組みが用いられたために、判決間の一貫性の欠如が生じたと解することは可能であろうし、そのような判例の非一貫性の存在を全く否定するものではない。しかし、Meredith判決およびSAC判決の間にはある一貫性が存在したと把握することも可能であり、一見するとそれは放送行政に適合的な審査の在り方とみることができるとの、筆者は、むしろその問題性を指摘するのである。

(38) いずれの判決も通信法の一般的根拠規定に基づくFCCの規制権限の積極的行使か不行使かによって、司法審査の範囲を変えていたと理解することができる。そのそれぞれによって保障される権利利益の主体の相違も認識されてよいであろう。

(39) 「この原則を執行するにあたり、最終的には番組の量を増大させ、及び質を向上させるのではなく、逆にそれらを低下させる効果が示された場合においては、これの合憲性の再考が求められる」と。Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC, 395 U.S. 367, 393 (1969).

(40) 本稿において検討した判決に即していえば、公正原則に基づく規制が通信法の「公共の利益」に適合的か否かのFCCの解釈が合理性を有するか否か、ということとなる。ここに謙抑的審査がなされることは、なにか公益かに関する吟味を裁判所が放棄することに他ならない。かかる規制撤廃の決定を裁判所が積極的に支持したか否かの評価は分かれようが、八〇年代のアメリカ行政法における規制緩和の推進に適合的であったことは否定できないと思われる。この点につき、紙野健二「アメリカに

おける規制緩和と司法審査の転換」室井力先生選暦記念論集『現代行政法の理論』（法律文化社、一九九一年）一六頁を参照。  
 (41) Handling of Public Issues under the Fairness Doctrine and the Public Interest Standards of the Communications Act, 58 F.C.C. 2d 691, 711 (1976).

(42) Sunsteinは、SPC判決を参照しつつ、「権限委任禁止の準則 (canon) によって、FCCは、合衆国憲法修正第一条の重大な違反となるであろう権限の行使を禁止される」と述べて、古典的な権限委任禁止の法理が「準則」として修正されつつ、維持されていると主張する。Sunstein, *Nondelegation Canons*, 67 U.CHI. L. REV. 315, 340-41 (2000). かつ引用した叙述からは、放送行政における憲法的価値序列の特殊性が反映されているように思われるが、彼は、かかる準則の展開がアメリカ行政法全般に共通の現象であると分析しており、その射程は明らかではない。このような準則が存在するとすれば、一見した限りにおいては、これが放送行政に適切な審査枠組みであることは否定できない。しかし、後述するように、公正原則に基づく規制の撤廃に限っていえば、ここでの判例法理は最高裁判決との整合性を欠いているといわざるをえない。

(43) Red Lion Broadcasting Co., Inc. v. FCC, 395 U.S. at 390.

(44) 前述した八五年報告書は、本来の趣旨からいえば、公正原則に基づく規制の是非に関するFCCの調査資料のひとつにすぎないが、FCCおよび裁判所は、これを權威あるかのように扱っていたと指摘するものとして、*Jung, supra note 8*, at 182. この結果、同規制は違憲判決が下されていないにもかかわらず、放送事業者および裁判所にとっては、それを攻撃する強力な道具が与えられた、と。

(45) 受信者の手続的権利を保障するための公正原則に基づく規制の是非をめぐり、それにかわる代替案として国民から諸提案がなされた。その具体的中身に立ち入っては是非を検討することはしないが、いわゆるパブリック・アクセス番組（受信者が自由に発言し、それを放送事業者が編集を加えずに放送する番組を指す。）の放送を一定時間事業者に義務づけるかわりに、FCCによる放送内容の審査を禁止するといった、検討に値する提案が存在したのも事実である。See *Inquiry into Section 73.1910 of the*

Commission's Rules and Regulations Concerning Alternatives to the General Fairness Doctrine Obligations of Broadcast Licensees, 2 F.C.C.R. 5272 (1989). それにもかかわらず、FCCは、基本的には八五年報告書で述べたのと同様の理由で、代替案を提案することなく単に規制を撤廃することとした。この過程の吟味もまた十分になされなかったのである。

<sup>46)</sup> SPC判決の多数意見においては、「公共の便宜、利益又は必要性」の文言が曖昧であるがゆえに、FCCの裁量的判断が尊重されている。しかしながら、前述した六九年の最高裁判決は、かかる文言を具体化する試みを行っていたし、連邦控訴裁判所はかつて次のように述べていた。「何が公共の利益であるかについての委員会の見解は変化するかもしれないが、委員会は、規制政策を変更する場合には、従前の政策及び基準が無視されたのではなく熟考の結果であることを示すために、合理的な分析をしなければならぬ」と。Greater Boston Television Corporation v. FCC, 444 F.2d at 852.なお、Wald裁判官は、SPC事件の少数意見において次のように述べている。Red Lion判決で述べられていたように、最も重要なのは受信者の権利であるから「放送事業者の番組編集の自由を制限することによって、国民 (the public) に提供される番組の量が減少し、及び質が低下することのもっともらしい理由を明らかにする必要がある」。Syracuse Peace Council v. FCC, 867 F.2d at 672.しかし、FCCは、公正原則の継続的適用によって「最終的には、いかに放送事業者が公共の利益に反するような番組を提供するようになるかの説明を、ならんら試みなかったのである」(Id. at 673.)と。FCCは、政治的責任を有する連邦議会や大統領とは異なる存在理由を有している機関であって、その責任の追及がなされてもよいのではないかと思われる。このような意味での機関の多元性を前提にすれば、公正原則に基づく規制の撤廃過程に対する謙抑的審査は、FCCのかかる決定の正当性の喪失を看過することにもなろう。

See *Farina, supra* note 3, at 1026-27.

### 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

アメリカにおける公正原則は、四九年には、免許更新の許否をめぐる裁決において示されたFCCの考慮要素のひとつであったが、免許更新の事例が蓄積されることによって一種の行政立法となり、結果的に法源として位置づけられた<sup>1)</sup>。六〇年代になると、受信者は、同原則違反の番組に関する苦情 (complaint) をFCCに申し出て、FCCは、当該放送番組を調査および審査する枠組みが形成された<sup>2)</sup>。したがって、公正原則に基づく規制は、第一に、FCCの報告書や規則に定められた公正原則という一種の番組基準、第二に、FCCによる同原則違反の有無に関する放送番組の内容審査、第三に、同原則違反の有無に関する苦情の申出と審査結果の説明義務という受信者とFCCとの間の法的関係性、を意味する。すなわち、規制の撤廃とはいっても、放送事業者が遵守しなければならぬ放送の基準、FCCによる放送内容の審査という規制活動および受信者とFCCとの間における法的な関係と、それぞれ法的には次元が異なるのである。そこで、この撤廃によってこれらがいかなる影響を受けるのかが問われる。

(一) FCCの活動形式の変容——苦情処理から放送免許更新時の内容審査へ

そのうち、第一および第二の点は、公正原則という番組基準に基づく放送内容の審査の撤廃として相互関係性を有するため、それを対象に本章における検討を開始するとしよう。

ところで、八五年報告書において述べられていたとおり、公正原則に基づく規制の撤廃のひとつの理由は、放送事業者の番組編集の自由に対するFCCによる不当な介入の可能性であった<sup>3)</sup>。たしかに、FCCによる放送内容の審査



をおそれ、放送事業者が、公正原則違反を主張する苦情申出がなされるような番組の放送を回避する可能性は否定できないであろう。しかしながら、放送事業者の番組編集の自由に対する萎縮効果とはいっても、第一に、FCCが放送内容を審査すること自体を指すのか、<sup>4)</sup>第二に、同原則違反の有無が放送免許の更新における審査事項であったため、放送免許の喪失という不利益を指すのか、<sup>5)</sup>このいずれかがなお整理されないままであるように思われる。

第一の点については、FCCが放送内容を審査すること自体が合衆国憲法修正第一条に反し、通信法による委任の範囲を逸脱するのであれば、連邦無線委員会が三〇年代に放送内容を審査していたにもかかわらず、それが合法と判示されていたのはなぜかが問われよう。第二の点については、免許の更新時ではなく、受信者からの公正原則違反の苦情申出に対して、一種の苦情処理としてFCCが放送内容を審査した結果に基づき同原則違反の認定をしており (case by case consideration)、この意味において放送免許の許否とは一応分離していた。またFCCによる放送内容の改善の勧告に対して放送事業者は、一種の異議申立てを行うことが可能であり、そこにおいては裁決手続がなされ、かつ、裁決に不服があれば司法審査の機会が保障されていたことをどのように評価するのが問われよう。

したがって、公正原則に基づく規制の放送事業者に与える萎縮効果とはいっても、これは少なくとも二つの次元において存在したといえるのであり、政府機関が行う放送内容の審査自体の権力性の契機か、またはかかる権限行使と放送免許の付与権限との結合か、それが具体的に何を指すのかによって、放送内容に対する規制の成立の可否は異なるといえる。前者であれば、前述したように三〇年代のアメリカにおいて、なぜそこに行政が成立したのかの精緻な分析が必要となろうし、後者であれば、公正原則に基づく規制の是非というよりは、放送事業者の同原則違反の経歴を放送免許更新時の考慮要素とすることを禁止する法理が求められることとなる。<sup>7)</sup>

このように、FCCが放送免許更新時において過去に放送された番組を審査することの是非は、古くから喚起され

てきたにもかかわらず、いまなお見解の一致をみていないが、ここでは次のことに留意しなければならない。すなわち、通信法の基本的な仕組みは今日においても同じであるため、 $\text{FCC}$ が放送免許の許否の基準として放送内容を審査することは、明瞭なかたちで禁止されているわけではない。つまり、同法第三〇七条においては、「公共の便宜、利益又は必要性」への適格性が放送免許の付与の要件と規定されており、 $\text{FCC}$ の裁量的考慮の余地が大きいいため、実際には、免許基準のひとつとして公正原則類似の内容が $\text{FCC}$ の考慮要素として存続する可能性は否定できない<sup>10</sup>。

かくして、公正原則に基づく規制の撤廃によって、 $\text{FCC}$ が行っていた苦情処理から放送免許更新時における内容審査へと活動形式が変容したといえることができる。

## (二) 放送免許の許否における $\text{FCC}$ の裁量的考慮要素の拡大

であるとすると、公正原則に基づく規制が撤廃されたとはいっても、 $\text{FCC}$ による放送内容への不当な介入がなされる可能性は否定できないのである。むしろ、規制の撤廃以前においては、かかる通信法上許容されている放送内容の審査権限の行使は、同原則の遵守の有無に限定してなされており、それは $\text{FCC}$ による審査対象番組および審査事項を明確化する試みであったといえなくもない。なぜなら、公正原則はたしかに一般的抽象的な内容とはいえず、免許更新の許否の基準が前述のとおり「公共の便宜、利益又は必要性」への適格性と定められているにすぎず、この概念と比較すれば同原則は公益概念の具体化ではあるからである<sup>11</sup>。したがって、放送内容を審査する $\text{FCC}$ の権限が許容されているかぎり、公正原則の不存在は、かかる権限を行使するか否かの裁量の余地を拡大させる側面も看過されてはならない<sup>12</sup>。そうすると、同規制の撤廃にもかかわらず、通信法においては $\text{FCC}$ による放送内容の審査は禁止されていないために、仕組みのうえで一般的な根拠規定の存在を理由にしたかかる権限行使が融通無碍になさ

れ、放送事業者の番組編集に対する不当な行政介入を招く危険性が認識されてよい。<sup>12)</sup>

## 第二節 受信者の権利利益の一般的抽象的公益への回帰

次に、前述した第三の点の分析に着手することとしよう。公正原則に基づく規制によって形成されていた法的関係、すなわち受信者による苦情を申し出る権利とFCCによる放送内容の審査の理由および結果の説明義務との相互関係性が存在したため、受信者は、放送への手続的アクセス権が保障されていた。そして、それがあって初めてFCCは放送内容の審査を行うことが可能であったため、受信者には、この規制権限の行使の是非についての一種の参加の機会が保障されていたといえることができる。<sup>13)</sup>

### (一) 受信者の権利利益の具体化の構造

このような権利が保障されるようになったのは、放送メディアが巨大化するにしたがい情報を受ける受動的立場に置かれた受信者が主体性を回復する必要性に基づいており、四〇年代の後半における「情報を受ける権利」概念の生成は、まさにこのような社会的状況の反映であった。<sup>14)</sup> しかも、かかる権利は私法的に実現可能な実体的権利として解することが必ずしも適切ではないという、司法的救済方法の限界も理解されてよい。<sup>15)</sup> したがって、六〇年代に、FCCによってかかる手続的権利の保障がなされ、規制過程への参加が拡大したことは、一見したかぎりにおいては肯定的に評価されるかもしれない。しかし、そのことは、自律的な社会を前提とした、言論の自由に対する政府介入の禁止というアメリカ社会の特殊性の変容を意味することでもあるであろう。であるとすれば、受信者が放送内容の公正性に関する意見を申し出る機会をFCCが保障しなければならぬことを単に肯定的に評価することはできな

いのである。<sup>16)</sup>

(二) 受信者による苦情申出の仕組みの撤廃の構造

それでは、公正原則に基づく規制が撤廃され、右のような苦情申出の仕組みが存在しなくなることは、何を意味するのであるか。

前述したとおり、同規制は通信法上規定されている「公共の利益」というまさに一般的抽象的公益の、受信者にとっての系統的権利保障としての具体化であった。すなわち、同規制によって受信者に放送に関する苦情を申し出る機会が保障され、FCCは、放送内容の審査を行い、その理由と結果を説明することが義務づけられていたのであった。しかしながら、同規制の撤廃によって、FCCは、前述したように免許更新時において公益適合性の一要素として受信者の利益を考慮することができるにすぎない。<sup>17)</sup> このようにFCCによる受信者の系統的権利の考慮の必要性が義務から裁量へと変容することによって、FCCと受信者との間の法的関係性は希薄化し、具体化した受信者の系統的権利は、再び一般的抽象的公益に解消されることとなったといえよう。

もっとも、FCCと受信者との間におけるこのような法的関係性の希薄化が、ただちに否定的評価につながるわけではない。けだし、受信者が苦情を申し出る権利が保障されているとはいえ、FCCが放送内容を審査し、それを改善すべく勧告 (advise) する規制の存在する社会がアメリカの憲法構造に適合的か否かは、絶えず検討されなければならないのである。同規制の撤廃が、放送内容の公正性<sup>18)</sup>に関わる限りにおいて、アメリカ社会の自律性の回復といった社会構造の変革のための構想としてなされたのであれば、その営為はむしろかの国における憲法構造に合致するかもしれない。

しかしながら、八五年報告書において、同規制の撤廃の理由のひとつとして放送事業者の訴訟費用等の負担およ

びFCCの決定の遅延が挙げられていたとおり、あれこれのコストの軽減という消極的な要因を否定することができない。<sup>20)</sup>これを、FCCが積極的に新たな社会形成の可能性を企図して同規制を撤廃したと把握するのであれば、それは必ずしもその性格を正確に理解したものとはいえないであろう。この意味において、単に規制を撤廃すれば自律的な社会が回復するわけではなく、その要因を客観的に理解すれば、免許の許否をめぐる裁量的判断の余地はそのままであるため、場合によっては逆に規制が強化され、番組編集に対するFCCによる不当な介入がなされる可能性すら存在するのである。また、名誉毀損とは異なり、放送内容の公正を司法を通じて実現することが適切ではないこともあわせ考えれば、やはり、一般的な要件を定めた放送免許制度の枠組みが変わらない限り、FCCの恣意的な権限行使をコントロールしつつ、受信者が放送の在り方に関与することを可能にする行政的仕組みが必要と思われる。

註

- (1) 公正原則が「一種のコモンローであると述べる見解を」として、Louis L. Jaffe, *The Editorial Responsibility of the Broadcaster: Reflections on Fairness and Access*, 85 HARV. L. REV. 768, 772 (1972).
- (2) 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(一)」名古屋大学法政論集一八四号一九四—九五頁を参照。
- (3) *General Fairness Doctrine Obligation of Broadcast Licensees*, 50 Fed. Reg. 35,418, 35,424 (1985).
- (4) *See id.* at 35,434. たしかに、「独立規制委員会とはいつつも、FCCは、実際には政権党と親和的であることが多い。ケネディ政権下において民主党が下部組織を設立し、右翼的放送事業者 (right-wing broadcasters) を牽制するために、FCCに対してその

放送番組の公正原則違反を申し出ていたこともあったようである。私的利益の実現のためにFCCによる放送内容の審査が用いられていた側面については、Thomas W. Hazlett, *Physical Scarcity, Rent Seeking, and the First Amendment*, 97 COLUM. L. REV. 905, 934 (1997).

(5) FCCは、六二年までは、公正原則違反事実の有無を免許更新時に審査していたが、六三年以降に、受信者によって違反事実の申出がなされる毎に審査可能な、いわゆる *case by case consideration* を行うようになった。その理由のひとつは、同原則違反事実の申出に対して放送事業者による時宜にかなった反論を可能とするためであった。Applicability of the Fairness Doctrine in the Handling of Controversial Issues of Public Importance, 29 Fed. Reg. 10,416 (1964).

(6) 問いに対して問いをもって答えるようであるが、アメリカの判例・学説において、この点に関する明確な回答は存在しないように思われる。筆者は、かねてより指摘されてきた二〇年代における無線局の激増による利用可能な周波数のいわば狭隘化に対しては、放送免許というハードの規制と放送内容の審査というソフトの規制との根拠が明確に分離されてはおらず、それがあくまでも前者にのみあてはまり、それと変わる規制根拠としては放送（内容）の公共性の観点が有用ではないかと述べたことがあるが、それでも問われるのは、それを行政が実現することの根拠であろう。なお厳密な社会学的論証を要するであろうが、私的自治の変容すなわち政府介入の禁止を原則としてきたアメリカ社会の特殊性が、メディアの巨大化によって変容したという見方ができると思われる。この点においてFISが、「FCCとCBSの権力 (power) は、言論を規制するか、または編集するのかの相違はあるが、公共的討論 (public debate) を禁止または制限する点では、なら変わりはない」ため、放送事業者の活動に対する国家介入が正当化されると述べていたことに対しては、その権力概念の誤りを指摘するのは容易であろうが、むしろアメリカ社会の自律性の動揺を喚起したのとして理解すべきであろう。Owen M. Fiss, *Why the State?*, 100 HARV. L. REV. 781, 787-88 (1987).

(7) アメリカにおいて、かねてよりかかる主張をするものとして、Kenneth C. Davis, *Administrative Powers of Supervising, Prosecuting,*

*Advising, Declaring, and Informally Adjudicating*, 63 HARV. L. REV. 193, 199-201 (1949).

(8) 通信法の仕組みの上では、禁止の規定が存在しないという点であって、内容審査が違法および違憲であると述べる見解も存在する。Helgi Walker, *Communications Media and the First Amendment: A View Point-Neutral FCC Is Not too Much to Ask for*, 53 FED. COMM. L.J. 5, 26 (2000). アメリカの学説によつて、この点に関する見解が一致しているわけではなく。

(9) この点を指摘するものとして、T. B. CARTER ET AL. MASS COMMUNICATION LAW 426 (4th ed. 1994). それによると、免許付与の要件として通信法第三〇七条において定められている「公共の便宜、利益又は必要性」の基準によって、放送事業者は、地域における公共的な諸争点を放送するよう要求されており、この義務の懈怠の有無が免許更新時にFCCによって審査される可能性がある。であるとすると、公正原則は撤廃されたものの放送事業者はかつてと同様の放送をなすよう義務づけられていると。

(10) たしかに公正原則の内容が一般的抽象的であったため、その違反の有無に関わるFCCの恣意的な判断の余地が存在していたが、その適用対象となる番組の範囲や適用の手続等がFCCの指針によつて定められていた。See e.g., *Applicability of the Fairness Doctrine in the Handling of Controversial Issues of Public Importance*, 29 Fed. Reg. at 10,416; *Broadcast Procedure Manual*, 39 Fed. Reg. 32,288 (1974). たゞし、これらは、規則制定手続によるものとなく定められていたため、APAの規律が及ばなかった。したがつて手続の適正化のためには、新たな立法的措置を講ずるか、または規則制定手続の回避の違法・不当性を法的に追及する法理が必要であったといえる。

(11) 放送免許の更新時における内容審査よりは、受信者からの申出に基づいてFCCが放送内容を審査する方が、内容審査の権限を行使するか否かのFCCの裁量の範囲は狭いといえよう。

(12) たゞし、免許更新時における番組審査を肯定的に評価するものとして、Robert D. Richards, *Resurrecting the Fairness Doctrine: The Quandary of Enforcement Continues*, 37 CLEV. ST. L. REV. 557, 583 (1989).

- (13) もっとも、参加とはいっても、FCCが権限を行使した後には受信者が消極的に意見を述べるというにとどまらず、この者によって公正原則違反に関わる苦情申出がなされてはじめて、FCCは当該番組の放送が同原則に反するか否かを調査および審査することが可能であった。この仕組みの特徴については、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二六〇—二六九頁を参照。
- (14) 前述したEISの見解は、このことを端的に示すものであろう。See *Fis. supra* note 6, at 787-88. しかしながら、FCCが放送へのコントロール権を拡大し、影響力を保持するためには、受信者の参加を認めざるをえなかった側面も看過されてはならないであろう。
- (15) 受信者が放送事業者に対して、放送内容の公正を要求する私法的に強制可能な実体法的請求権を有するとすれば、このことを突き詰めると放送事業者の番組編集の自由は著しく制約を受けることとなろう。このような特殊性が存在するがために、両当事者の権利利益の調整役としては行政が適切であったことについては、前稿において述べたことがある。拙稿「前掲註(13)論文二六—二六三頁。
- (16) なお、社会構造の相違があるものの、わが国においても、参加の保障の是非と社会の自律性との相関関係性を指摘したものである。遠藤博也「権力と参加」『基本法学 六 権力』（岩波書店、一九八三年）三三八—三四〇頁を参照。
- (17) 受信者は、通信法第三〇九条(d)項に基づき、免許更新の申請に対しては意見の申出 (petition to deny) をすることができるが、これはFCCによる放送免許の許可のひとつの考慮要素にすぎない。See 47 U.S.C. § 309 (d) (1991).
- (18) なお、公正 (justice) とは、多義的な概念ではあるが、ここではいうまでもなく放送事業者による公共的争点の提供と見解の多様性の確保とを指す概念として用いている。
- (19) General Fairness Doctrine Obligation of Broadcast Licensees, 50 Fed. Reg. at 35,435. 受信者による苦情申出が規制過程における一種の参加の手段であるという本稿の整理が正しければ、熟慮と討議を通じた規制過程の民主的正当化にとって、それが肯定的に



評価される余地がある。行政過程のかかる正当化を主張する見解として、Mark Seidenfeld, *A Civic Republicanism Justification for the Bureaucratic State*, 105 HARV. L. REV. 1512, 1570 (1992), けれど異なる。Weinbergは、アメリカ放送行政における過度のフオーマル化によってもたらされた弊害を指摘しつつ、FCC外部の者との交渉による決定作成の是非についても冷静な分析を行っている<sup>20)</sup>。See Jonathan Weinberg, *Broadcasting and the Administrative Process in Japan and the United States*, 39 BUFF. L. REV. 615, 732 (1991) なお、本論文の邦語紹介として、宇賀克也「論文紹介」アメリカ法法「一九九三」二二四三頁以下がある。

<sup>20)</sup> See e.g., Wilfrid C. Rumble, *The FCC's Reliance on Market Incentives to Provide Diverse Viewpoints on Issues of Public Importance Violates the First Amendment Right to Receive Critical Information*, 28 U. S. F. L. REV. 793, 835 (1994) なお、Wald裁判官が次のように述べていたのは、前述したような判例法理と対照的であり、興味深い。すなわち、「委員会は、利害関係人に対して、公正原則の第一要件の存廃を審議することの適切な告知を行わなかった。さらに、同原則を適用し続けることが最終的には有害であることの証拠がなんら示されなかった」。同規制の撤廃は、アメリカに「はびこる (running riot) 規制の緩和と撤廃」そのものであると。Syracuse Peace Council v. FCC, 867 F.2d 654, 672 (D.C.Cir. 1989), cert. denied, 493 U.S. 1019 (1990) 同のような見解の相違は、判例法理において示された司法審査の範囲の枠組みがイデオロギー性を有していることのひとつの証左ではなからうか。

<sup>21)</sup> この点に関わって、アメリカにおける代表的な見解として、Matthew L. Spitzer, *Radio Formats by Administrative Choice*, 47 U. CHI. L. REV. 647, 657-58 n. 69 (1980).

## おわりに

アメリカにおいて、放送を媒体とした公共的争点の提供と見解の多様性の確保としての放送内容の公正を実現するために、受信者による意見の申出に基づいてFCCが放送内容を審査していた、かかる規制は、八七年にFCCによって撤廃された。この決定が当時のアメリカ行政改革の時代適合的構造と共通性を有していたことはいうまでもないが、八〇年代における技術の進歩によって可能となった選択肢の拡大(多メディア・多チャンネル化)によって、市場 (commercial market) における消費者の福利 (consumer welfare) の概念と思想市場 (marketplace of ideas) における自律の概念とが整序されることなく展開したという放送行政に特殊の要因が存在した<sup>1)</sup>。

ところで、右の公正原則に基づく規制の是非をめぐる、行政法的には、規制の撤廃の公益適合性に関わるFCCの裁量に対する手続的、実体的なコントロールの可否が問題となった。しかしながら、これに対して連邦控訴裁判所は、事実問題および法律問題の区別をすることなく規制権限の行使に対する積極的審査とその不行使すなわち同規制の撤廃に対する謙抑的審査を行った。つまり、規制の撤廃の告知およびこれに対する意見提出の機会をいかなる方法によって保障するのはFCCの裁量的判断にすぎず、展開してきた規制が撤廃されることによつて、公益の概念およびその実現方法に変化が生じるとしても、その可否の精査はなされなかつたのである。かかる判例法理の構造は、放送事業者の言論の自由を保障するという限りにおいては放送行政における権利利益保障に資するものではあつたが、右の行政法的问题については十分な吟味がなされなかつたのである。このようなアメリカ放送行政における同規制の撤廃の要因については本稿のそれぞれの箇所述べたので、まとめにかえてその意義と問題の所在をあらためて確認しておきたい。

第一に、右の規制は撤廃されたとはいえ、放送免許の許否の考慮事項として、FCCが放送内容を審査することは禁止されているわけではない。したがって、放送事業者の番組編集に対する直接的関与は、通信法の仕組みの上では今後も存続する可能性を有している。しかも、公正原則の撤廃によって、放送内容の審査における基準が曖昧となり、逆に恣意的な審査がなされる可能性すら存するため、放送事業者の言論の自由がただちに回復するとはいえない<sup>2)</sup>。他方、同規制の撤廃によって、FCCが公正原則違反の有無をめぐり事件毎に番組を考慮する (case by case consideration) ことはなくなり、受信者が同原則違反の存在する毎にFCCに対して意見を述べる手続もまた消滅した。もつとも、受信者は、通信法第三〇九条第(d)項に基づき免許更新時において意見を申し出ることができるが、九六年の法改正によって、四年から八年に免許期間が延長されたこともあわせ考えると、参加の機会が十分に保障されるとはいいがたい。したがって、現行の放送免許制度においては、FCCの放送内容に関与する権限はいまなお存在するのであって、単なる規制撤廃ということではできず、権限行使のコントロールが必要であり、かつ、受信者の手続的権利をいかに保障するかが課題として残されている。

第二に、放送内容の公正を実現することの意義は肯定できるとしても、このことによつてただちにFCCの規制権限の行使が正当化されるわけでは必ずしもない。すなわち、自由主義の伝統の存在が述べられてきたアメリカにおいて、公正原則に基づく規制が四〇年に及び展開したのは、放送メディアの規模の巨大化によつて自律的社会が変容した結果であるとしても、FCCが放送内容を審査し、これに直接関与することがかの国の憲法構造に適合的か否かを即断することはできまい。しかしながら、本稿で述べてきたとおり、同規制の撤廃に関わる様々な要素から形成される構造においては、放送を媒体とした自律的な国民的討議を促進するために規制の撤廃が企図されたわけではなかった。かくして、単に公正原則に基づく規制を撤廃すれば、放送の自由が回復すると理解することは必ずし

も適切とはいえず、当該規制をそのまま復活させるか否かはともかく、さしあたってはなんらかの行政的関与が必要になるう。

右の第一および第二の点から、検討されるべき問題の所在につき若干述べておきたい。放送メディアをめぐる受信の形態が技術の進歩により変容し、かつ、公共心をもった個人が放送内容の公正を実現させるために行動するような社会であればともかく、さもないればチャンネル数がいくら増えようとも放送事業者が番組を提供し、受信者がそれを選択するにとどまるであろう。そこで、アメリカにおいては、公正原則に基づく規制の目的を実現することができ、かつ、番組編集に対する不当な介入や過度の管理を抑制する規制の在り方が追求されている。すなわち、放送事業者と受信者が、自律的に放送内容の公正を実現するために協力し、放送の公共的役割を發揮させ、ひいては民主主義を活性化するためには、そこに規制の存在する余地が認められ、かの国においてはそれがいかなる規制かが論じられているのである。

ここからも明らかなように、放送内容の公正を実現するために放送行政が成立したのは、周波数の希少性が直接的な要因ではなく、放送メディアの規模の巨大化に対して、受信者が消極的な番組選択者として位置づけられてきたためであつて、かかる社会構造がその要因であるといえよう。これが変わらない限り、何を行政と称するのかおよび具体的な規制の在り方はともかく、その存在理由が見出されるのである。とすれば、その規制権限の行使にもなう権力性のコントロール法理の考察とともに、社会の病理的構造を克服するための、新たな技術を利用した法的仕組みや受信者の自律的行動を促す法論理の有無について、行政法学からもアプローチすることの可否が今後はいずれ一層検討されてよいであろう。

右の点に関わつて、近年、アメリカにおいては放送内容の公正を実現するための自主規制の必要性が主張されて

おり、二〇〇〇年には、FCCが規則案の告知において、放送事業者と地域社会とのコミュニケーションの実現のために、事業者による番組情報の提供とインターネットを利用した受信者との対話 (dialog) の仕組みの構築を述べている。<sup>(7)</sup> これらは、公正原則の達成目標であった公共的事項に関する番組を放送するために、放送事業者が番組基準を設定し、およびその通り放送しているか否かの情報提供をし、それに対して受信者が監視を行うものである。いわば情報を利用することによって、FCCによる番組編集への関与をできるかぎり排除しようとする試みではあるが、放送事業者と受信者による取り組みのみによって、果たしてその目標が十分に達成されるか否かについては、これを楽観視することは必ずしも適切ではないように思われる。しかしながら、模索されているこのような仕組みによって、果たして放送内容の公正を実現することができるのか否かは、行政法学の考察対象でもあろう。この意味において、FCCによる権限行使の権力性の契機を抑制しつつ、いかなる条件の下に放送事業者、受信者およびFCCが協力・共同することが可能となるのかは、なお残された課題といえよう。<sup>(8)</sup>

註

- (1) 本稿第一章第二節(名古屋大学法政論集一八八号一八一—二〇頁)を参照。
- (2) ある規制の緩和および撤廃によって、他の規制が強化される場合が存在することについては、SUSAN ROSE-ACKERMAN, *RETHINKING THE PROGRESSIVE AGENDA: THE REFORM OF THE AMERICAN REGULATORY STATE* 140 (1992).
- (3) *Telecommunications Act of 1996*, Pub. L. No. 104-104, § 203, 110 Stat. 56, 112, amending 47 U. S. C. § 307 (c) (1). 従来の仕組みとの比較を通じての課題を指摘したものと「Lili Levi, *Not with a Bang but a Whimper: Broadcast License Renewal and the Telecommunications Act of 1996*, 29 CONN. L. REV. 243, 287 (1996).

- (4) この意味において、選好形成に影響を与える社会的慣習・規範の存在によって定められた選好を適正なものとするために、政府介入が正当化されると述べるものとして、CASS R. SUNSTEIN, FREE MARKETS AND SOCIAL JUSTICE 49-50 (1997)。かかる主張の是非は、アメリカ法において展開されている公と私の区別 (public/private distinction) の否定という一種の方法論にも関わらぬ重要な論点である。またいわゆるインターネット放送によって、放送の自由が回復するという見解もみられるが、Lesig は、事業者によるネットワークの管理が人の行動に対する規格 (code) であり、これを一種の規制とみなしてその是非を検討すべきことを述べている。Lawrence Lessig, *Commons and Code*, 9 FORDHAM INTELL. PROP. MEDIA & ENT. L.J. 405, 410, 418 (1999)。メディアの合併・統合は、情報環境と、公共領域の囲い込み (enclosure of the public domain) であるため、合衆国修正第一條に反する可能性を指摘するものに、Yochai Benkler, *Free as the Air to Common Use: First Amendment Constraints on Enclosure of the Public Domain*, 74 N. Y. U. L. REV. 354, 377-81 (1999)。See also Joel R. Reidenberg, *Governing Networks and Rule-Making in Cyberspace*, 45 EMORY L.J. 911 (1996) ; *Lex Informatica: The Formation of Information Policy Rules Through Technology*, 76 TEX. L. REV. 553, 570 (1998)。
- これらの見解は、単に政府規制を緩和・撤廃すれば言論の自由が回復するのではないという意味において共通点を有している。ただし、九〇年代以降のアメリカ行政法における政府の再生 (Reinventing Government) の試みとコミュニケーションの回復や情報の共有化といったこの領域における課題との整序が必要と思われる。
- (5) 地上波デジタルテレビの規制に関する委員でもあったSunsteinは、次のように述べている。「文化の創造におけるコミュニケーション・シジョンメディアの果たす役割からすると、消費としての選択が政策作成の排他的な根拠ではなく、これを拒否する民主的政府は正当性を有している。・民主的コントロールに服する限りにおいて、このような取り組みは、規制権限を有するエリートによる私的選択に対するバクテリアリステックな介入ではなく、自己統制的な国民による政治的文化を促進するための努力とみなされるべきである」と。Sunstein, *Television and the Public Interest*, 88 CAL. L. REV. 499, 564 (2000)。これに対して、政府

の有する権力性や言論への不当な介入の危険性を軽視していると消極的に批判することは可能であろうが、彼なりのあるべき社会像の提起としての意義を認めたくて、あれこれの評価をすべきではないかと思われる。

- (6) この領域における、近年の media accountability 概念と自主規制を主張するものとして「David Pritchard, *Introduction: The Process of Media Accountability*, in HOLDING THE MEDIA ACCOUNTABLE: CITIZENS, ETHICS, AND THE LAW 1-10 (David Pritchard ed., 2000); Angela J. Campbell, *Self-Regulation and the Media* 51 FED. COMM. L.J. 711, 757-63 (1999).」これによつて、放送内容の公正を実現するためには、行政が関与すべきではないのが今後の論点といえよう。次のような見解は、ここにおける放送行政の成立を否定するものである。HUBERによれば、「言論の自由とは、市民が、言論の自由に対する討論 (discourse) を装った攻撃から保護される権利である。それはFCCではなく通常の裁判所の扱う問題なのである。したがって裁判所よりも広範、強力かつ集権化された機構は存在してはならない」。PETER HUBER, LAW AND DISORDER IN CYBERSPACE: ABOLISH THE FCC AND LET COMMON LAW RULE THE TELECOSM 177 (1997). したがって、この見解によると放送に関する法的規律は、名誉毀損等についての民刑事法のみとなろう。

- (7) 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).

- (8) 次のような見解は、かかる問題の所在を端的に示すものといえよう。「私的な基準設定は、もうひとつの政府規制として機能することがしばしばある。すなわち、それは、特定の産業または活動を規律する事実上の基準を設定する強力な役割を有しているのである」。このような行政機関と私人との「共同統治に適切に対応するためには、行政の様々な取り組み (arrangements) の利点および危険性を極めて個別具体的に分析することが求められると同時に、応答責任を追及するためのインフォーマルで、伝統的な方法ではない、非政府的な機構が要求される。」Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N. Y. U. L. REV. 543, 644, 664 (2000).