

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

辻 雄一郎

はじめに

一章 デジタル放送と憲法理論

- 1 日本における通信と放送の融合
- 2 日米におけるケーブルテレビ放送を支える立法事実の相違

二章 レッドライオン判決の零落

- 1 マイアミヘルルド判決
- 2 レッドライオン判決
- 3 思想の自由市場の機能不全にどういったアプローチが考えられるか？
Madisonian Democracy による
レッドライオン擁護の批判的検討
- 4 周波数の物理的・経済的希少性の批判的検討
- 5 情報の公共財的性質の批判的検討

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

四五

三章 米国のケーブル判決の検討 レッドライオン判決の復活

- 1 ターナー I・II における立法事実についての最高裁の態度
- 2 Madisonian Democracy によるターナー判決の批判的検討
- 4 Pluralism によるターナー判決の批判的検討
- 5 Public Choice によるターナー判決の批判的検討
- 6 デンバー判決
 - 6-1 貸与チャンネルにおける下品なコンテンツ規制は合憲である。
 - 6-2 貸与チャンネルにおける分離ブロック規定は違憲である。
 - 6-3 公共・教育アクセスチャンネルにおける下品なコンテンツを規制する規定は違憲である。
- 7 デンバーにおける編集権——Thomas 対 Kennedy 論争
- 8 Thomas と Kennedy に対する Souter の応答

四章 インターネットと第一修正の基本原則

- 1 リノ I 稀少性の存在しないインターネット
 - 2 リノ II 連邦議会の逆襲
 - 3 二〇〇五年デジタルテレビ法——ターナー判決のその後。
- まとめ

はじめに

近年、日本総務省は民間事業者にインターネットならびにデジタル放送によるコンテンツの配信を奨励してい

る。⁽¹⁾ デジタル放送に含まれるコンテンツの情報量は、従来の放送よりも格段に大きい。⁽²⁾ インターネットは、この新しい放送システムに適合しやすい。将来的には、テレビで放送される番組もインターネット上で配信されることになる。近い将来、デジタル放送とインターネット放送が国民のお茶の間に登場する。しかし、残念ながら日本は、他国に比べてインターネットによるコンテンツの配信について後塵を拝している。

日本では、放送を律する放送法とインターネットを律する電気通信法は別個に規定され、包括的な法律は存在しない。このような別個の規定を包括化させ、インターネット放送を規律する新しい立法を早急に制定すべきだという意見もある。現在の配信されている伝統的なコンテンツがデジタルやインターネットで配信されるようになれば、新しい配信制度に対する司法審査について憲法学からの考察が必要となるだろう。

本稿では次の点を検討する。米国裁判所のケーブル・インターネットに関する *Turner I, II* [以下ターナー I、II]、*Denver* [以下デンバー]、*Reno I, II* [以下リノ I II] ⁽³⁾ ⁽⁴⁾ ⁽⁵⁾ を見れば、裁判所は新しいメディアを認めることに消極的であり、ケーブルを定義づけることなく事件ごとに判決の射程を限定するという解釈を理解できる。連邦最高裁は、次の解釈手順を踏んでいる。

連邦最高裁は、新しいメディアに対応する法規制を検討する際、文面審査のみならず立法事実も審査する。立法府が利益団体の衝突によって法を生んだのか、それとも利益団体が自分たちの利益を犠牲にして高次の理想のため法を生んだのか、によって各裁判官が当事者に求める立証の程度は変容する。内容規制であれば厳しい立証が求められ、内容中立審査であればゆるやかな立証が求められる。米国の膨大な例は、将来のデジタル放送・インターネット放送時代においても伝統的な第一修正の原則に立ち戻って判断するだろうという予想を導く。

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

ところで、諸外国の例を参考にすることは、必ずしも有益ではないという意見も存在する。本稿も諸外国の例が日本にそのまま当てはまるとは考えていない。しかし、米国ではすでに膨大な判例と学説が集積されており、その一部はすでに日本の判例や学説に多く採用されている。例えば、米国連邦最高裁は、放送制度を確定する立法過程の動きを分析し、ふさわしい司法審査を導く際、Republicanism, Pluralism や Public Choice を解釈の中に利用する。一步先を進む米国連邦最高裁の判決と米国憲法学の理論は、日本最高裁と日本憲法学のガイドラインになりうる。本稿では、米国連邦最高裁と憲法理論がなぜ (why)、そしてどのように (how) 言論の自由を強く保障してきたのか、を分析する。⁽⁶⁾

一章 デジタル放送と憲法理論

1 日本における通信と放送の融合

「デジタル放送」とは何か？ 日本ではデジタル放送とは、電波法によれば、⁽⁷⁾「デジタル方式の無線による放送」と定義されている。⁽⁸⁾ デジタル世界では、現実の世界の情報がすべて0と1に変換され、膨大な情報量が高速で伝達される。インターネットによる放送やデジタル放送には、いくつかの特徴がある。

第一に、インターネットは世界中の人々にメッセージを送ることができる。インターネット登場以前には、一部の大企業が情報発信を独占してきた。

第二に、情報発信は安価で、高速になった。一般の市民はEメールを一瞬で安価で送信できる。

第三に、デジタル放送によって、現在アナログ放送に利用している周波数の一部を不要になり、災害情報とい

った別の用途に利用できるようになる。⁽⁹⁾

日本国憲法では通信と放送は別個のものとされ、異なる法理が適用されてきた。「電気通信」とは、電気通信とは「有線、無線その他の電磁的方式により、符号、音響又は影像を送り、伝え、又は受ける」ものをいう。電気通信事業法四条によれば「電気通信事業者の取扱中に係る通信の秘密は、侵してはならない」。他方、「放送」とは、公衆によって直接受信されることを目的とする無線通信の送信をいう。放送に通信の秘密規定は適用されない。他方、地上波放送には周波数の稀少性・有限性・コンテンツの侵入性・番組の画一化から異なる扱いが認められてきた。⁽¹⁰⁾しかし、インターネットやデジタル放送の登場で、通信と放送の垣根が崩れつつある。通信であっても不特定多数に公開されるコンテンツや、放送であっても利用者と放送局が相互に情報を交換するサービスも登場してきた。日本も米国もケーブルやインターネットといった新しい放送手段の登場によって、従来のメディアモデルも放送制度のあり方も変容しつつある。デジタル放送は、同じ周波数でも複合的な多様なコンテンツ配信が可能になる。ケーブルやインターネットに周波数稀少性の議論は適用されない。

このような「通信と放送の融合」を受けて日本政府はIT改革によって通信・放送制度を検討してきた。⁽¹¹⁾しかし、IT改革は既存の利益団体の抵抗にあっている。IT戦略会議の議事録を見れば、日本の情報通信改革が米国の例を参考にしつつも、既存の法制度によって守られてきた利益団体によって改革が阻まれてきたことを理解できる。たとえばIT戦略本部第一〇回議事録では、諸外国の例に触れ、デジタル化に向けてソフトとハードを分離させるか、統合するか、が議論されている。戦略本部会議では、コンテンツを上位レイヤーが、中間レイヤーが認証システムを、下位レイヤーがインフラを提供するという提案が示されたことがある。この三層構造の意

見は Lawrence Lessig や Yochai Benkler の議論を参考にしている⁽¹²⁾。しかし、この意見は採用されなかった⁽¹³⁾。日本では伝統的な地上波放送がコンテンツを支配的に配信している現状がある。ソフトとハードの一致によって利益を得てきた地上波放送局が既存の法制度の維持を望み、新しい放送制度を構築する際、障害になっている。いずれにせよ、二〇〇一年の「電波法の一部を改正する法律」⁽¹⁴⁾によって、二〇一一年からすべての地上波放送はアナログからデジタルへと移行するだろう。

2 日米におけるケーブルテレビ放送を支える立法事実の共通点と相違点

本稿は、新しいメディアであるデジタル、ケーブル放送、インターネットと既存の放送制度を検討していく。米国の例を参考にする際、日米には立法事実共通点と相違点が存在することを留意しなければならない。

第一に、日米両国とも地上波放送は基幹産業であるという姿勢をとってきた。日米では、ケーブル事業者は、地上波放送をただ再送信するだけのコモンキャリアではなく、地上波放送コンテンツの提供者としての地位も併有している。ケーブル事業者は、どのコンテンツを選択して放送するのか、という意味で編集権をもっている。

第二に、日本のケーブルは米国ほど発達していない。日本では地上波放送の力がケーブルよりも大きい。米国では、日本と逆にケーブル放送が地上波放送を脅かす程に発達している。

第三に、ケーブルによる地上波放送の再送信義務（米国の Must Carry ルール⁽¹⁵⁾以下、再送信義務規定）である。地上波放送局が再送信を認めなければ、ケーブル事業者は地上波放送局のコンテンツを送信できない。日米ともに再送信義務は山間部などの地上波の受信しにくい地域のための規定である。日本では、ケーブルテレビは

ケーブルテレビジョン法、地上波放送は放送法が規律している。いったん、地上波放送されたコンテンツをケーブルで再送信する場合は、同じコンテンツでもケーブルテレビジョン法が適用される。日本のケーブルテレビジョン法一三条二項は、地上波放送を再送信する際、地上波放送局に同意を求めなければならない。もし地上波放送局から同意が得られない場合、総務省が再送信について裁定を下す。

米国ではデジタル放送開始に伴い、地上波放送の再送信義務規定を再検討している。他方、日本では、二〇一年のアナログ放送中止に伴い、地上波放送の届かない区域へのケーブル経由のコンテンツ送信は大部分が打ち切られることになる。地上波放送局の同意が無いためである。デジタル放送の再送信について、地上波放送局はケーブルによる再送信を望まない傾向にある。

以上の特徴は、新しい放送制度の設計について日米を比較する際に重要な要素である。ケーブルテレビジョン法の再送信規定が日本ではそれほど米国ほど議論されていない理由は、米国では巨大なケーブル産業が地上波放送を駆逐するという懸念があった。米国連邦最高裁の再送信義務に関する訴訟でも再送信義務規定を連邦最高裁がどのように捉えるか、という点に焦点が定まった。

米国同様、日本でも零細なケーブル事業者が、将来、質の高いコンテンツを送信して利益を上げ、地上波放送を脅かすことになるかもしれない。インターネット放送の発展に怯え、地上波放送のデジタル化によって設備投資の負担の増す地上波放送局と、成長するケーブル事業との力関係は逆転するかもしれない。

近年、日米に登場するデジタル放送は周波数の利用可能性を増大させる。インターネット放送には周波数の稀少性、豊かな者だけが情報を発信し、思想の自由市場を支配するという経済的不均衡という事情は存在しない。

もし経済的不均衡と稀少性の議論が存在しないならば、新しい放送事業に対する政府の介入はもはや不要の存在になるという意見もある。以上の日米の通信と放送に関わる立法事実の相違点と共通点を確認することで、米国放送制度を批判する資格を得る。

二章 レッドライオン判決の零落

1 マイアミヘラルド判決

米国連邦最高裁は、新しいメディアが登場する場合、コモンローの発展の中、既存の新聞・ラジオといった放送媒体との類似性を検討してきた。例えば、一九二七年ラジオ法 (the Radio Act of 1927)⁽¹⁵⁾ は、ラジオの周波数の私的所有を禁止してきた。ラジオの周波数は、一般公衆のものとされ、その利用には、連邦ラジオ委員会 (FRC: Federal Radio Commission) への申請が必要とされた。⁽¹⁶⁾

一九三四年には、一九三四年通信法 (Communication Act of 1934)⁽¹⁷⁾ に基づき、FCCが設立され、電気通信と放送に関する規律をFCCの監督下に統合した。FCCは周波数の混信を理由にして、免許制度のもと周波数を割り当ててきた。地上波放送には、周波数の稀少性・有限性、さらに放送の家庭への侵入性、番組の通俗化・画一化という点が指摘されてきた。

また六〇年代以降、Jerome Baronによって、思想の自由市場が豊かな一部の者に支配されているという弊害も指摘されてきた。⁽¹⁸⁾ 七〇年代末には公正原則が思想の自由市場の機能不全の特効薬になるか、が議論された。

八五年ごろまで、新しいメディアが登場すると連邦最高裁は古いメディアモデルとの類似性を探り、Miami

Herald Publishing Co. v. Tornillo ⁽¹⁹⁾ (以下 マイアミヘラルド判決) と *Red Lion Broadcasting Co. v. FCC* ⁽²⁰⁾ (レッドライオン判決) という二つの判決を議論してきた。マイアミヘラルド判決はどのような判決だったのか？

フロリダ州法は、公職候補者がその個人的性格や公的記録を新聞社によって攻撃された場合、候補者は新聞社に対して、無償で反論内容の掲載を求めることができる。被上訴人であるフロリダ州議員立候補者の Pat Tornillo は、マイアミヘラルド社が掲載した批判的な記事について、本州法に基づいて反論記事を掲載するよう求めた。

一九八一年、本判決において全員一致で首席裁判官の Burger 裁判官は反論権を規定するフロリダ州法に違憲無効の判断を下した。

被上訴人 Pat Tornillo によれば第一修正が批准された一七九一年の当時、プレス (press) は広く人民を代表してきた。一七九一年当時、出版に従事することは、(現代に比べて) 安価で、真の思想の自由市場が存在し、コミュニケーションの経路へのアクセスが比較的容易であった。しかし、彼によれば今日、起草期の事情は変わったという。⁽²¹⁾ 新聞は大きなビジネスと化し、世論を容易に操作できるようになった。この変貌の結果、米国民に物事を知らせ、世論を形成する力は少数の者の手にわたった。社説、批評や解釈分析は同質化 (homogeneity) した。これを解決するには、新たに別の新聞社を持たねばならない。しかし、経済的要因によって印刷メディアの思想の自由市場に参入することはおよそ不可能である。公衆に物事を知らせる (to being informed) という第一修正の利益は危機に陥っているという。⁽²²⁾

また被上訴人は次の Douglas 意見を参照した。「ある分野をひとつの新聞社が独占していると、争点に関する

双方の見解が現れにくい。独占的立場にある新聞社は、その独占的立場を利用して、イデオロギーや政治路線をしばしば攻撃し、人々を教育することも討論を促すこともしない。金銭を得るというひとつの姿勢・哲学を読者に熱心に説き聞かせるのである。⁽²³⁾ さらに「多様な見解やニュースを提示し、歪曲も画策もされていない新聞社は実際少ない。そして、前提となる事象はさらに深刻になる」と主張した。⁽²⁴⁾

しかしながら、法廷意見は被上訴人の解釈を受け入れなかった。法廷意見は、「……（連邦最高裁は反論記事を掲載するというような）制限や要求は、さもなければ掲載されないような内容を政府が新聞社に強制して出版させることにならないか、ということに慎重であった。理性（reason）が出版すべきでないと語ることが強制して出版する類のことは違憲無効である。責任あるプレスは望ましい目標であるが、プレスの責任は憲法や他の価値（virtue）によって命令されない。⁽²⁵⁾」

「被上訴人は、本件のフロリダ州法は上訴人の話したいことを妨害していないから、上訴人の話す権利を制約するに至らないことが問題の核心だと主張する。編集者や出版社に理性が出版するべきでないと語ることが強制して出版することが本件の争点である。フロリダ州法は、上訴人に特定の事柄について出版を禁止する法または規制における命令と同じ意味で機能する。⁽²⁶⁾」

以上から、被上訴人の主張を受け入れず、法廷意見はフロリダ州法を否定した。法廷意見によれば新聞社の編集者は、どの記事をどれだけ掲載するか、という編集権を有しているという。⁽²⁷⁾

本判決は、新しいケーブル、デジタル放送にどのような意義を持つのか？

Thomas Krattenmaker と Lucas Powe によればマイアミ・ヘラルド判決は「政府介入への不信」という前提を取

っているという。⁽²⁸⁾ 彼らは新聞・雑誌などに適用されてきた従来の言論の自由を新しいケーブル・デジタル放送にも適用するべきという。Krattemaker と Lucas Powe は言論内容に対する政府の介入を敵視し、話者の自律を基本とする。⁽²⁹⁾ 政府にはわいせつなコンテンツを除き、コンテンツを規制する権限を持たない。話者は他者と見解を交換することによって自己の人格を実現する。⁽³⁰⁾ さらに Krattemaker と Lucas Powe は、*Abrams v. U.S.*⁽³¹⁾（以下エイブラムズ判決）における思想の自由市場を述べた Holmes 裁判官の反対意見を根拠にする。本反対意見には Brandeis が同意している。Krattemaker と Powe は、この Holmes, Brandeis 反対意見にのっとり、新聞という印刷メディアで支持されてきた規制を新旧のコミュニケーション両方に適用させ、市場参入への障壁を減らすべきだと主張する。⁽³²⁾

2 レッドライオン判決

他方、レッドライオン判決は「放送」は伝統的な新聞・雑誌と異なる性質を有し、伝統的な第一修正の法理は妥当しないと説明する。稀少性、有限性、侵入性という性質を持つ伝統的な地上波放送は新聞と異なり、FCC による八五年まで公正原則という特別な規制に置かれ、連邦最高裁は地上波放送に対する FCC 規制を尊重してきた。

マイアミヘラルド判決の五年前の一九六九年、レッドライオン判決は7対0でFCCの公正原則を支持した。本判決では、公正原則の遵守を条件に免許更新を認めるFCCに対してレッドライオン放送局が争った事件である。

本事件では、同放送局が Pennsylvania に免許を受けて運営する W G C B のラジオ放送が問題となった。一五分間の放送番組 Christian Crusade シリーズは、Fred Cook 執筆の書籍を扱い、執筆者 Cook が市候補者について誤った記事を書いたことを理由に新聞社を解雇されたこと、共産党系の出版会社に勤務していたこと、などを放送した。本放送を聞いた Cook は個人攻撃を受けたと申し立てた。F C C は Cook の申し立てを受け入れ、放送局が公正原則に違反していると決定した。放送局が F C C の決定を争ったのが本判決である。

公正原則は、周波数の稀少性、公共の利益の促進、便利性、必要性を理由に設定された。公正原則は個人攻撃に対する反論権、政治的議論に関する反論権から構成される⁽³³⁾。

個人的攻撃に対する反論権では、個人的攻撃について、放送局は、個人攻撃の後一週間以内に相手に通知し、問題の言辞を述べ、反論する機会を与えなければならない。

政治的議論に関する反論権は、公職候補者全てに平等に放送時間が割り当てられなければならないという原則である。⁽³⁴⁾ 公職候補者に賛同または反対する放送を行う場合、候補者に反論の機会が与えられなければならない。

一九六九年に連邦最高裁は、公正原則を支持した。連邦最高裁は、レッドライオン放送局からの編集権侵害の主張を認めなかった。放送局側は、「第一修正は、割り当てられた周波数を利用して、放送する者を自分たちで選びまたは排除し、何人も自分の考えを言ったり、出版したりする権利を妨げられないし、反対者の見解に同じだけの重要性を掛けることを妨げられない。この権利は放送にあてはまる⁽³⁵⁾。」と編集権の侵害を主張した。

しかし、判決を執筆した White 裁判官によれば「放送局は第一修正の利益によって影響を受けるメディアであるが、新しいメディアにおける性質上の違いは異なった扱いを正当化する⁽³⁶⁾」「ラジオ周波数の届く範囲は人の

声が届く範囲よりも比較にできないほど大きく、混信の問題は途方も無い現実である。⁽³⁷⁾「割り当てる周波数よりも放送したいと望む個人の方が多い場合、発言し、書き、出版するというあらゆる個人の権利と比べて、放送するという第一修正の権利を仮定することは意味が無い。⁽³⁸⁾」「(周波数は有限であり、)免許を受けられなかった個人は周波数から排除される。⁽³⁹⁾」ゆえに「放送局は他者と周波数を共有し、コミュニティの代表的な見解や声を提示する代理人⁽⁴⁰⁾」としての義務を負う。「人民の見解や声は、政府が存在しなければ放送局によって電波から締め出されるかもしれない」という。⁽⁴¹⁾

さらに White 裁判官によれば、公正原則が無ければ、「放送局の所有者や少数のネットワークは恣意的に高額な入札者だけに時間を割り当てる。公的争点、公職者、公的人物に関する彼らの見解を伝達し、自分たちに賛同する者だけを放送するだろう⁽⁴²⁾」という。

3 思想の自由市場の機能不全にどういったアプローチが考えられるか? Madisonian Democracy によるレッドライオン擁護の批判的検討

マイアミヘラルド・レッドライオンが下された六〇—七〇年末、Jerome Baron が主張するように思想の自由市場が機能不全に陥り、公正原則が特効薬になるという議論があった。⁽⁴³⁾

現在、レッドライオン判決を支持する Cass Sunstein によれば、一九一九年に Holmes の産んだ「思想の自由市場」論は、市場における消費者主権の概念と、王から人民への主権の委譲に象徴される主権の民主主義的理解を混同している⁽⁴⁴⁾と考える。Sunstein は思想の自由市場は機能不全に陥るのだから、政府は思想の自由市場に介入

して、私的側面で歪みが形成され、熟議に影響を及ぼすことを防止する義務を負っているという。⁽⁴⁵⁾ Sunsteinの主張は主にNeo-Republicanismに基づくMadisonian Democracyに依拠している。⁽⁴⁶⁾ 彼は、Federalist Papers 第一〇篇を執筆したJames Madisonこそが民主主義の理想であるという熟議民主主義(Deliberative Democracy)を主張する。⁽⁴⁷⁾ Sunsteinは、生来、私的事柄だけに目を向ける市民が自らの利益を犠牲にして、公共的側面で市民の議論を交わすことこそが第一修正の趣旨であると考える。⁽⁴⁸⁾

従ってSunsteinによれば、周波数の物理的稀少性が存在しなくても政府には言論の市場に介入すべき義務がある。情報の発信源が多くなっても見解の多様性は確保されない。

しかし、思想の自由市場の機能不全を指摘して、レッドライオン判決を検討する者にも対立がある。たとえば、*Madisonian Democracy*によれば、*Buckley v. Valeo* ⁽⁴⁹⁾ (以下 バックレー判決) は否定され、レッドライオン判決は肯定される。

一九七六年に下されたバックレー判決では、一九七一年連邦選挙法(the Federal Election Campaign Act of 1971) ⁽⁵⁰⁾ の合憲性が問題になった。連邦最高裁は、「公職候補者への献金を規制する重要な利益は、18 U.S.C. 608 (b)(5) によって一〇〇〇ドルの上限を置くことによって引き起こされる第一修正への制限を正当化する」⁽⁵¹⁾ と述べた。他方で、連邦最高裁は「(個々の候補者の) 支出制限を行うことは、連邦憲法の第一修正に違反する」と述べた。「汚職や汚職に見える行為を防ぐという政府の利益は18 U.S.C. 608 (e) を正当化するほど十分ではない」⁽⁵²⁾ という。

Sunsteinは、バックレー判決が支出制限に違憲無効の判断を下したことを批判する。彼によれば判決は、人民

を「市民 (citizen)」でなく「消費者 (consumer)」として扱ったと批判する。⁽⁵³⁾ 彼の読み方では、バックレー判決は次の三つの判断が誤っている。

第一に、支出制限を通じて貧しい者のために豊かな話者の表現の自由が収容されると考えた。第二に、最高裁は「政府が、他者の関連する声を強めるため、我々の社会にある幾つかの要素のうち言論を制約することができるといふ概念は第一修正と無関係である」と述べている。第三に、最高裁は既存の資源の配分が政治的平等以前に存在する所与のものと考える。⁽⁵⁴⁾

Sunstein は熟議民主主義と政治的平等に従い、選挙における腐敗は支出制限という規制によってこそ達成されるという。⁽⁵⁵⁾

しかし、一九九七年電気通信法の改訂に尽力した FCC 前議長の Reed Hundt はレッドライオン判決を支持し、バックレー判決も好意的に評価する。九七年電気通信法の改革で周波数のオークションシステムを提唱した Hundt によれば、レッドライオン判決はバックレー判決によってこそ補強されるという。豊かな公職候補者は資金調達のためのテレビ放送に多くの資金を費やし、貧しい候補者は放送の機会を得られず、参入しにくい。人民はテレビ・ラジオから政治に関する情報を入手する。しかし、テレビから流れる政治に関する情報は資金によって偏っている。しかし、公正原則があれば放送局は貧富の差を問わず、すべての候補者に公平な声を放送する義務を有する。放送局は免許が更新されることを条件に全ての候補者の見解を報道する。資金の影響力によって、貧しい候補者が立候補できなくなり、人民が政治に関して正常な判断が下せなくなるという点はバックレー判決とレッドライオン判決で共有される現象であるという。⁽⁵⁶⁾

Sunstein, Hundt はレッドライオン判決こそが思想の自由市場が豊かな者に支配される弊害を解消するという主張で一致する。しかし Sunstein と Reed Hundt は、バックレー判決の評価で異なった帰結に至る。

また、Sunstein によれば一九二七年の *Whitney v. California* ⁽⁵⁷⁾ (以下 ホイットニー判決) の Brandeis 意見も Madisonian Model を支えるという。ホイットニー判決では、サンディカリズム法 (The California Criminal Syndicalism Act) に基づき、Whitney が有罪判決を受けた。サンディカリズム法は、「犯罪行為」を信奉し、教示し、幫助する行為に刑事制裁を課していた。サンディカリズムの規定する「犯罪行為」には、政治的変更に影響を与えるテロリズムが含まれている。被告は、マルクス主義組織を結成する幫助行為について起訴された。本判決ではエイブラムズ判決において Holmes と反対意見を共にした Brandeis が同意意見を示し Holmes が参加している。⁽⁵⁸⁾

Sunstein によれば、一九一九年エイブラムズ判決で一致した Holmes と Brandeis は二七年ホイットニー判決で決裂するという。Sunstein はエイブラムズ判決における Holmes 反対意見を批判し、ホイットニー判決の Brandeis 意見に依拠する。Brandeis は「あなた方が望むように考える自由、そして考えるように話す自由は政治的眞実を発見し普及するのに不可欠である。」⁽⁵⁹⁾そして、Brandeis は多数意見を批判して「政治的自由は言論の自由に圧力を掛けるのではなく自由によってこそ確保される。」という。「恐怖は抑圧を生み、抑圧は憎悪を生む。安全という経路は、想定される苦情や提示される救済を自由に討論する機会が与えられて (the in)こそ確保される」⁽⁶⁰⁾さらに Brandeis は、「自由に対する最大の脅威は、不活発な人々である。すなわち、公の議論は政治的義務であり、これは、米政府の基本的原理とすべきである。」と述べた。⁽⁶¹⁾

Sunstein は、思想の自由市場は機能不全に陥り、熟議民主主義を強調し、公的な議論を市民の政治的義務と考⁽⁶²⁾える。したがって、エイブラムズ判決の Holmes 反対意見ではなく、Brandeis の「政治的熟議が民主主義政府と人間の能力の発達」に貢献するという「ロマンチックで楽観的な説明」と親和性を持つに至る。⁽⁶³⁾ Sunstein によれば、公的争点に関する討論は一九六四年の *New York Times v. Sullivan* (以下 ニューヨークタイムズ判決) で Brennan が述べたとおり、「制約されることなく、たくましく、広く開かれてなくてはならない」という。

しかし、Sunstein, Reed Hundt と異なり、レッドライオン判決を悪名高き判決として批判する Powe は次のように述べる。

第一に、ホイットニー判決の Brandeis 同意意見は、言論の自由を保護するという起草者の趣旨を確認したにすぎず、それ以上の意味は無い。ニューヨークタイムズ判決の Brennan 意見は、一度だけ、しかもエイブラムズ判決の Holmes 意見と一緒に判決文に簡略に引用されたに過ぎない。本判決の Brennan 意見がレッドライオン判決を支持するとは考えにくい。⁽⁶⁵⁾

第二に、そもそもバックレー判決とレッドライオン判決は、富を持つものと持たざる者の不均衡を是正する「平等」の趣旨が織り込まれている。もしレッドライオン判決を緩やかに死に近づく判決 (dying a slow death) ではないと評価したいのならば、富を持つ者へのアクセス権を認めた判決ではなく、市場への参入障壁を下げることを示した判決だと理解すべきである。⁽⁶⁶⁾

4 周波数の物理的・経済的希少性の批判的検討

周波数の稀少を理由に地上波放送を特別扱いすることは出来るのか？ を検討する。レッドライオン判決の White 裁判官意見はいくつかの点で非常に紛らわしい。

第一に、レッドライオン判決はプレスに対する特別な保護を認めなかった。判決は、「第一修正には、万人に開かれていないメディアに私的検閲を無制限に認めるような聖域 (sanctuary) は存在しない。」と述べた。⁽⁶⁷⁾ レッドライオン判決は、放送局を規律するため公正原則は認められるが、「放送は特別でない」⁽⁶⁸⁾ と考えた。

第二に、判決を読めば、連邦最高裁は、公正原則の正当化根拠は概して経済的稀少性ではなく、物理的稀少性であると述べたように見える。しかしながら、連邦最高裁は、物理的稀少性のみならず、周波数を所有する者の経済的稀少性にも言及した。すなわち、「第一修正の目的は思想の束縛されない自由市場であり、真実が究極的に市場で打ち勝つだろう。(第一修正は) 政府や私人の被免許人によって市場が独占されることを是認しない」⁽⁶⁹⁾ また、レッドライオン判決文脚注二十八に、二つの稀少性が登場する。連邦最高裁はこの脚注において、二種類 of 稀少性に言及した。

「我々は、たとえ放送局の数を制限するような周波数の技術的希少性がなくても、それでもやはり経済的稀少性が存在する」と考える。委員会 (FCC) は、経済的理由で放送市場への参入を制限し、市場が支えられる放送局にだけ免許を与えることができるし、免許を付与している。したがって、公正原則やそれに匹敵する原則は、公衆や市場から排除された者の主張を満足するために必要であると言われる。関連する主張は周波数の技術的、経済的稀少性であるけれど、それはさておき、議会は、直接立法によって、または間接的に放送時間の共有、公正

原則、あるいは一般公衆とのコミュニケーション経路にまたがる者の権力を制限したり、打ち消したりする類の装置を使って、公衆に提示される声や見解を増幅させることによって言論やプレス(70)の自由を侵害することはない。」

そもそも稀少性の議論は成立するのか？ レッドライオン判決は物理的と経済的稀少性を検討した。⁽⁷¹⁾ レッドライオン判決もマイアミヘラルド判決も連邦最高裁は思想の自由市場が一部の裕福な者に支配されている問題意識では一致していた。当時の最高裁の主眼は、公正原則が経済的不均衡という弊害を打破するか、ということであった。レッドライオン判決は伝統的地上波放送に特別な地位を認めなかった。

レッドライオン判決の五年後のマイアミヘラルド判決において、フロリダ州最高裁はレッドライオン判決にならい合憲の判決を下した。⁽⁷²⁾ しかし連邦最高裁は州判決を破棄した。

そしてFCC自身も一九八五年には、公正原則の妥当性を疑うようになった。結局、公正原則では十分な情報を供給できない事態を認めたFCC（議長Mark Fowler）は、多くの情報発信源が存在する以上、公正原則は人々の議論を強めるどころか禁止するので、憲法上、違憲無効であると判断して廃止した。⁽⁷³⁾ テレビは普通の家電と変わらないという。

その後一九八七年、連邦議会は一九八七年放送法（Broadcasting Act of 1987）⁽⁷⁴⁾によってFCCの判断を覆そうと法案を通そうしたが、Reagan大統領によって拒否された。⁽⁷⁵⁾

公正原則がレッドライオン判決で支持されたころ、文字放送について公正原則が適用されるかがワシントンD.C巡回裁判所で争われていた。Telecommunication Research & Action Center v. FCC⁽⁷⁶⁾では文字放送（teletext）については公正原則が適用されないことが確認された。Robert Bork裁判官は放送周波数の稀少性を認めながらも、

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

印刷メディアの編集過程に適用されれば許容されないだろう規制が放送の文脈で許される点はまだ立証されていないという。⁽⁷⁷⁾ 本判決で、Robert Borkは、あらゆる財は稀少であり、ラジオの周波数だけが稀少であると考えるのは不合理であるという。Borkによれば、「あらゆる経済的財は稀少であり、少なくとも印刷用紙、インク、配達トラック、コンピュータなどは、雑誌編集に生産と普及に必要であるが稀少」⁽⁷⁸⁾であるという。「稀少性は普遍的な事実だから、ひとつの規制で許される規制が別の規制で許されるとはいいい切れない」という。⁽⁷⁹⁾ 本訴訟のサーシオレーライ(Certiorari)は却下され判決は確定した。⁽⁸⁰⁾

稀少性を理由にして公正原則を正当化することは難しい。さらに、Stewart Benjaminは、FCCが従来主張してきた稀少性の論点を打破する。彼は「財の稀少性によって生じた害悪をやわらげるために設計される規制は、稀少でないとは理解される財の規制と比べて容易に正当化されやすい。しかし、稀少な財の供給が政府によって抑制されればどうなるか。そのような場合、政府の行為が稀少性によって生じた害悪に応答しているとは言えない」と説く。⁽⁸¹⁾

放送コンテンツを含め、あらゆる財は稀少ではないか、というBorkやBenjaminの問いは、Ronald Coaseの主張に依拠している。⁽⁸²⁾ 稀少性の現象は、Coaseによれば、テレビやラジオの文脈に限らない。経済システムにおけるあらゆる財は、量的に稀少であり、消費者は供給量を越えて利用したがっているという。⁽⁸³⁾

また、そもそも情報の発信源という点で、放送局は新聞社より数が少ないというかつてのFCCの主張には疑いがある。Poweによれば、稀少性論者は、情報の源が競合しないという前提に立っているが、その前提は立証されていないという。その例として、彼は放送局のほうが印刷モデルである新聞社より多いという事実を挙げる。⁽⁸⁴⁾

Daniel Farber は、「多くのコミュニティにおけるテレビの周波数利用が十分活用されていない」ことや「ケーブルのような代替手段の利用可能性を考慮すれば、（公正原則は）非常に不確実なものである」点を指摘する。⁽⁸⁵⁾ Krattenmaker, Powe と Farber によれば、FCC の公正原則は、公衆が放送局にアクセスすることを許容し、双方の当事者の公正な報道を要求している点で内容を基準とした規制であり、不要である可能性が高いという。⁽⁸⁶⁾ Farber は公正原則の代替案として、オークションシステム、くじによる免許付与が、放送以外の分野で利用されているという。⁽⁸⁷⁾

Farber と Coase は、物理的稀少性は政府の介入の正当化根拠にならない、と判断し、オークションシステムを提唱している。⁽⁸⁸⁾ 彼らは、すべての放送局（当時の伝統的放送）が政府規制から独立して市場にゆだねられるべきだとは考えない。

5 情報の公共財的性質の批判的検討

Sunstein, Farber と Coase によれば、放送局のコンテンツは公共財であるという。しかし、その帰結は異なる。Farber によれば、情報というものはそもそも公共財であり、他者は生産を助けることなく公共財の便益を享受する。したがって情報の生産は需要に沿うことはない。⁽⁸⁹⁾ また、Coase によれば、放送局のオペレーターは視聴者から収入を得ていない。オペレーターは特定のメッセージを視聴者に届けたいと願う広告業者からの収入を得ている。放送局の提供する広告だけを放送しても視聴者はコンテンツを見ない。視聴者を見たい気にさせるようなコンテンツが必要とされる。商業的コマーシャルシステムでは、コンテンツの目的は視聴者を惹きつけることで

ある。Coaseによれば有償のコンテンツの場合、視聴する資力のある者だけが、コンテンツを視聴する。大部分が広告業者に収入を依存している地上波放送局の役割を検討する際、購買意欲だけに注目することには問題がある。なぜならコンテンツは食物や衣服と異なり、非競合的であって公共財であるからという。

Sunstein と Farber と Coase は情報が公共財であると考えるところでは一致する。しかし、Coase は Pay per view による有償コンテンツを除けば、市場が働き、適切に情報が提供されると考える。

また、Farber は、言論の自由の自己実現の価値を強調する。たしかに情報は公共財であり、市場は機能不全に陥る可能性があるけれど、自己実現への強い欲求が、適切な情報を供給できない市場に情報を流通させる可能性があるのである。⁽⁹⁰⁾ 自己実現への欲求が情報を生み出す強い原動力となる。

しかし、Sunstein によれば、消費者は自分の求めるコンテンツだけを視聴し、商業的コマーシャルは視聴者の「眼球」を商品として扱う。利益を追求するあまり、コンテンツの質は低下し、画一化されてしまう。したがって、Madisonian Democracy のため公共的側面で熟議を促すため、政府には市場に関与する義務がある⁽⁹¹⁾と考える。

彼らの主張をどのように捉えるべきだろうか？ レッドライオン判決から三〇年後、ケーブルに周波数は存在しないし、インターネットが登場し、情報の発信源はもはや稀少ではない。現在のインターネットによる情報提供という現象を背景に、Jim Chen は、「潜在的な話者は発言する機会を失うという意味で、あらゆる財は稀少である」と述べて、特定のメディアが稀少であるかどうかという命題は、マスコミュニケーション市場が消費者の福祉を最大化する定理と結びつかない⁽⁹²⁾という。彼も公正原則が巨大化したメディアへの防波堤になることに懐疑的である。

これらを見れば放送規制について稀少性の根拠は正当化に失敗していることが理解できる。財が「情報」であれ、他の財であれ、政府が市場に介入する場合、政府には正当化根拠が必要となる。そして、それが言論の自由市場である場合、他の財と比べて規制を正当化するためのより強い立証が求められるだろう。

最近では、無線通信方式の発達によってFCC（連邦通信委員会Federal Communication Commission）⁽⁹³⁾の存在は不要になるという意見が徐々に主張されてきている。例えばLawrence LessigとYochai Benklerによれば、通信手段の発展によって、政府の規制はもはや不要になると主張する。⁽⁹⁴⁾

従来、FCCは免許制度を取るか、オークション制度を採るにせよ、政府は周波数を分配しなければならならず、周波数の政府分配以外の選択肢は無いと考えられてきた。

LessigとBenklerによれば、この伝統的通説によって、「割り当て（allocation）」の名の下、大部分の政府の介入が正当化されてきたという。

しかし、もしその「性質」が変化したらどうなるのか？ワイヤレス（無線）技術の発展によって、多くの周波数利用者が混信の危険なく、周波数を切り分けて共有できるようになる。どの免許人、周波数の所有者に周波数を割り当てるか、という判断において、これまでFCCは、周波数を利用してメッセージを送受信する施設の所有者に免許を付与してきた。しかし、周波数市場から無線モデムへとコミュニケーションの市場は移りつつある。もし周波数共有制度が可能であれば、第一修正の議論は不要になる。政府は周波数を私的事業者に譲り渡せば良い。政府は周波数をオークションする権利もなくなるだろうという。

しかし、連邦最高裁は、このような立場を採用していない。三章で取り上げるデンバー判決におけるSouter

は変転する情報通信環境について慎重な姿勢を示している。

Lessig や Benkler の FCC 不要論が成功するかどうかは「二〇〇七年」では予測不可能である。五〇年たった今でもコンテンツの公共財的特質は議論されるべきだし、オークションシステムを運営する FCC の役割も検討される余地は残っている。おそらく次のターナー I・II とデンバー判決を見れば、政府の役割は残っていることが理解できるだろう。

三章 ケーブル判決の成否 レッドライオン判決の復活？

1 ターナー I・II における立法事実についての最高裁の態度

マイアミヘラルド・レッドライオンが一九八五年ごろに一応の決着を見た頃、ケーブルテレビジョンが登場した。当初、地上波信号の届かない地域へのコンテンツ送信を狙ったケーブルは視聴者に多くのコンテンツを提供するようになった。ケーブルには周波数の物理的稀少性の議論は当てはまらない。

米国裁判所のケーブルに関するターナー I、II 判決、デンバー判決を見れば、裁判所は新しいメディアを認めることに消極的であり、第一修正の観点から事件ごとに判決の射程を限定するという解釈を理解できる。連邦最高裁は、次の解釈手順を踏んでいる。

連邦最高裁は、新しいメディアに対応する法規制を検討する際、文面審査のみならず立法事実（再送信規定を支える事実）も審査する。立法府が利益団体の衝突によって法を生んだのか、それとも利益団体が自らの利益を犠牲にしてより高い利益のために法を生んだのか、によって各裁判官が当事者に求める立証の程度は変容する。

内容規制であれば厳しい立証が求められ、内容中立審査であればゆるやかな立証が求められる。連邦議会が充実した議論によって多くの証拠を用意した場合、連邦最高裁は問題となった法律の合憲性を支持しやすい。他方、証拠も少なく、議会の法制定の議論も不十分であった場合、連邦最高裁は少ない証拠だけでは合憲性を導きにくい。

ターナーⅠでは、Kennedy は、地上波放送局とケーブル事業者の対立を背景に、「地上波地方放送局がケーブルの発展によって経営危機に瀕する」、そして「ケーブルを利用する視聴者の割合」についての再送信義務規定を支える立法事実を Kennedy は尊重した。

八〇年代末、ケーブルと地上波放送の競争の激化から、連邦議会は、九二年ケーブルテレビジョン消費者保護法ならびに競争法を定めた。本法における Section 4、ケーブル事業者は地上波放送のコンテンツを再送信する規定が問題になった。47 U.S.C 534 の Section 4, Section 5 に、ケーブル事業者がチャンネルの一部を地方のテレビ放送局のために提供する義務、あるいは地方地上波放送局との交渉によって再送信を許諾する規定を定めた。本法の目的は三つである。ひとつは、地方の地上波放送局の利益を保護する。二つ目は、多様な情報源からの情報の流通を確保する。三つ目は、テレビ番組市場の公正な競争を確保する。

Kennedy が、Part III-B 以外の Parts I, II, and III-A を執筆し、再送信義務規定は内容中立規制であり、憲法に反しないと述べた。「情報の多様な源に公衆がアクセスすることが政府の最高次の目的であり、再送信義務規定は第一修正の中枢を促進する」という。⁽⁹⁵⁾

本判決で論じられる点には、以下の争いを含んでいる。

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

第一に、Kennedy は、内容規制と内容中立規制を分類した。彼は再送信義務規定は、ケーブルオペレーターに特別な義務を課し、コンテンツ製作者に特別な負担を課している。したがって高められた第一修正のテスト (heightened First Amendment scrutiny) が求められる。緩められたテストは、レッドライオン判決で示されたが、このテストはケーブルには適用されない。「(過去において) 違憲無効の判断を受けたアクセスルールと違って、再送信義務規定はその適用において内容中立規制である」と判断した。⁹⁶⁾

第二に、Kennedy は、マイアミヘラルド判決とレッドライオン判決を比較した上で、両者の類似点と相違点を挙げた。法廷意見はケーブルに次の特性を認めた。

ケーブルには物理的稀少性は存在しない。地上波放送局は中央の送信アンテナから電磁信号を送信する。他方、ケーブルは送信施設と個々の家庭のテレビとを点と点で結んでいる。ケーブルは、ケーブルや光ファイバーを利用して、個々の家庭にコンテンツを提供するという意味で電話と類似している。⁹⁷⁾ しかし、ケーブルには周波数の有限性は存在しない。ケーブル事業者と地上波放送事業者は、特定分野において独占的立場にある点で類似している。新聞は、読者が他の新聞を購読することを妨げることができない。しかし、ケーブルは購読者が視聴するあらゆるコンテンツを決定するという意味でボトルネックの地位に立つ。

第三に、Kennedy はコンテンツ送信という点でマイアミヘラルド判決とターナーIを区別した。彼は、再送信義務規定がケーブルオペレーターにコンテンツの再送信を要求する場合、マイアミヘラルド判決が編集者に記事の掲載を強制するように、オペレーターにメッセージを強制しないという。マイアミヘラルド判決と違って、再送信義務規定のどの点を見ても、「オペレーターが論争の無い争点を避けるのがもっとも安全である」よう考

えるに至らない。

第四に、マイアミヘラルド判決との相違を強調して、Kennedyは技術的相違を述べた。ケーブル事業者側はケーブルと新聞は類似したメディアであるという主張に対して、Kennedyは「新聞とケーブルテレビジョンの技術的特性を無視している」と答えた。⁽⁹⁸⁾

最後に、Kennedyはレッドライオン判決がケーブルにも適用されるという政府側の主張も受け入れなかった。連邦最高裁は、「放送規制への我々の確固たるアプローチを正当化するには、放送メディアの物理的稀少性によらなければならない」と述べ、ケーブルに物理的稀少性は存在しないと述べた。⁽⁹⁹⁾

以上から、ケーブルオペレーターは視聴者の視聴するコンテンツを選ぶゲートキーパーの立場にある。⁽¹⁰⁰⁾ 連邦最高裁は、再送信義務規定について *United States v. O'Brien* で示された厳格審査の中間基準 (the intermediate standard of scrutiny)⁽¹⁰¹⁾ を適用して合憲であるという判断を下した。⁽¹⁰²⁾

他方で、O'Connor裁判官は、反対意見で再送信義務規定は、多様で拮抗する情報源へのアクセスを確保するというため設計されているのだから、これは内容を標的にした規制であると主張した。⁽¹⁰³⁾ 彼女によれば、再送信義務規定は内容規制であり、厳格審査をクリアしなければならないという。「多様で拮抗する情報源へのアクセスを確保することは、どれだけ賞賛に値するものであっても、話者が言おうとしている内容に直接結びついている。」⁽¹⁰⁴⁾ 「内容規制はやむにやまれぬ政府の利益に狭く設定されていることが立証されない限り、違憲無効である」という。⁽¹⁰⁵⁾

さらに彼女は、地方の地上波放送局の利益は「やむにやまれぬ利益」ではなく、「正当な利益」と批判した。⁽¹⁰⁶⁾

彼女は、地上波放送局の価値が高いということを立証するためだけに連邦議会の事実認定に依存したと Kennedy を批判した。⁽¹⁰⁷⁾

結局、ターナーにおいて Kennedy は、地方の地上波放送局を保護するという議会の事実判断によって再送信義務が支持されるかを検討するため差し戻した。Kennedy によれば、最高裁は議会の判断に敬意を払うが、第一修正の権利が関わる事件につき判決を下す際、議会が実質的な証拠に基づいて合理的に判断したかを議会とは別個に判断を行う義務があるという。Kennedy によれば「連邦議会の将来予測に（裁判所が）実質的に敬意を払っても、司法審査を排除するまでに至らない。それどころか第一修正に関する判例は、立法府に敬讓しても、憲法問題に関する事実認定を（裁判所が）独立して判断を下すということを妨げないことを強調してきた。」と⁽¹⁰⁸⁾。O'Brien scrutiny が適用されるかどうかについて、Kennedy は地方放送局の経済的な意味での健全性が損なわれるので、再送信義務によって保護されるべきであると政府が十分に示したかどうかを検討しなければならないと述べた。政府は正当な利益を促進するという必要以上に（再送信義務が）実質的な負担を掛けていないことを立証しなければならぬ。⁽¹⁰⁹⁾ しかし、D.C. 裁判所の示した証拠だけで判断することはできない。

差し戻し審の D.C. 裁判所は、再送信義務規定が無ければ、ケーブルオペレーターは地上波放送の送信を拒否し、地上波放送局が零落するののか、という点について FCC の提出する証拠を検討した。D.C. 裁判所は、議会における三年以上の公聴会の結果、提出された一八、〇〇〇頁以上の記録から再送信義務規定が地上波放送局の保護に必要であって、必要以上に重大な負担をケーブル事業者に掛けていないと判断した。さらに D.C. 裁判所は、提出された証拠とは別に議会の事実認定を支持する新たな実質的証拠があると判断した。⁽¹¹⁰⁾

本判決にサーシオレーライ (Certiorari) が与えられ、九七年に最高裁は D.C. 裁判所の判決を支持した。(ターナー II) Kennedy が Part II-A-1 以外の部分を執筆している。⁽¹¹¹⁾

Stevens は、再送信義務規定は言論の自由ではなくむしろ独占を排除するという議会の判断を強調して Kennedy に同意した。⁽¹¹²⁾

また、Breyer は再送信義務規定が O'Brien test を満たすという点には同意しながらも本規定の三つの立法目的のうち、テレビ番組市場の公正な競争という点では Kennedy には同意できないという。Breyer はホイットニー判決の Brandeis 意見を引き、多様な情報に人民が接するという第一修正の目的を見れば、ケーブル視聴者の利益だけを重視するとは考えられないという。⁽¹¹³⁾

他方、O'Connor は反対意見の中で、再送信義務規定が目的とする反競争的な活動を防止する目的を立証するのは困難であり、「多様性を確保する」という口実で Kennedy は立証責任を緩めたと批判している。本反対意見には、Scalia, Thomas, Ginsberg が参加している。⁽¹¹⁴⁾

2 Madisonian Democracy によるターナー判決の批判的検討

Kennedy 執筆の法廷意見は、再送信義務を支持できるか、という点について判断するのは FCC の提出した証拠では不十分であると示した。連邦議会は、ケーブルの物理的特性、ケーブルと地上波地方放送局間の経済的不均衡を念入りに判断した。

第一に、議会は、ケーブル送信の物理的特性ならびに、ケーブル業界に経済力が集中しつつある現状、そして、デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

地上波放送局が視聴者を得るための能力が危機に瀕している現状に注目した。

第二に、経済的不均衡について、連邦最高裁は、ケーブルを利用して利用者の割合に注目した。連邦議会によれば、およそ六〇%以上の家庭がケーブルテレビを視聴し、ケーブルオペレーターが独占的立場にあるとい⁽¹¹⁵⁾う。議会によれば、市場における独占的立場を利用してケーブル業界は、競合する放送業者の利益を損なうように至る。場合によって、ケーブルオペレーターは、ケーブル施設の所有者としての立場から、地上波放送の信号を停止したり、送信を拒んだり、不便なチャンネルに移動させたりする。⁽¹¹⁶⁾

立法事実への過度な傾倒がO'Brien testを導いたのではないだろうか？ 再送信義務規定の立法過程において地上波放送を保護しようとする何らかのゆがみは存在しなかったのだろうか？

SunsteinはMadisonian Democracyから、制定法を利益団体が自分たちの利益を犠牲にして、高次の理想のため法律を熟議によって制定したと考える。したがって、彼の立場ではターナーにおけるKennedy同様、再送信義務規定を支えるFCCの提出する証拠を支持しやすい。しかし、Madisonian DemocracyとターナーI・IIの整合性についていくつかの破綻を認めている。⁽¹¹⁷⁾ Sunsteinは、ターナーI・IIにおいて制定法が利益集団の妥協の産物であることを認めている。Sunsteinは、放送業界はケーブル事業者の利益を犠牲にして、自分の利益を守ろうとしたという。彼によれば、地上波放送業界は「市場が働いて多くのアメリカ人が地上波放送を見られなくなる状況が訪れるだろう」ということは許されないと考えた。⁽¹¹⁸⁾ そして、新しい規制は、表面上公共の利益であるとか視聴者や消費者を守るものだと言護されるが、「しばしば私人の自己利益の所産であって、公共のためになっていない」という。

Sunstein の立場では、利益集団の歪んだ熟議の結晶である再送信義務規定は例外となる。

Sunstein はターナーモデルを主張する。

- (a) 政府は、視聴者のアクセスを確保するために（新しい）言論の源を規制することが許される。
- (b) 政府は、言論の源を所有している者に対して、話者にアクセスを提供するよう求めることができる。
- (c) しかし、政府は、内容中立の形でこれを行わなければならない、
- (d) 規制を支持するには、地方の事情を交換するアウトレットや情報の源の多様性へのアクセスを確保することが必要であるという民主的目標が援用される。

Sunstein は、「たとえば、無限に選択肢がある時代にあっても我々のコミュニケーション制度は、教育のある市民や政治的平等を確保できないだろう。Madison の目標は、技術が素晴らしく発展した状況下でも妥協されるかもしれない」と考える。⁽¹¹⁹⁾ 彼の Madisonian Democracy は公共の議論を醸成するためであれば、政府は積極的に市場に介入することが許される。⁽¹²⁰⁾

4 Pluralism によるターナー判決の批判的検討

しかし、Public Choice theory の立場から、議会立法は公共財であり、多くの者は議会立法にフリーライドすると考え、議会の立法過程の歪みを指摘する Farber は、ターナーの論理を「レッドライオンっぽい (Red Lion-ish)」と批判する。⁽¹²¹⁾ Public Choice は Pluralism を補完するために登場した。Pluralism を説明する。

Pluralism では、第一修正に関する法律を成立する議会を信用しない。新しいメディアが登場しても最高裁は

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

第一修正の原則を利用するべきだと説く。Pluralismでは、政治アリーナを多様な利益を追求する集団の衝突と妥協としてとらえ、立法は圧力団体の妥協の産物に過ぎないと考ええる。

PluralismはSunsteinのNeo-Republicanism同様、The Federalist Papersの第一〇編のJames Madisonの見解を基本とする。Madisonによると、党派(Faction)は社会生活の中のみならず統治機構にも存在している。Pluralismは、党派の長短を調整して統制しなければならない。Pluralistによれば、議会はさまざまな党派が自らの利益を追求して争う。Republicanismは議会制定法を熟議の結晶と考えるが、Pluralismは制定法が利益集団の妥協の産物であると説く。

PluralismをPublic Choiceから補完しようとするPhillip Frickeyの分析によれば、このプロセスを理解する際、Pluralismは二つに分けられる。楽観的Pluralismと悲観的Pluralismである。楽観的Pluralismによれば、利益集団は競合する中で、穏当でよく考え抜かれた政策を生む⁽¹²²⁾。楽観的Pluralismによれば、思想の自由市場で真実が発見されるように、議会では必ず穏当で考え抜かれた制定法が産まれるという。利益集団間のbargaining⁽¹²³⁾が働き、短期的で関心の薄い政策は減り、長期的で関心の高い政策が優先され、均衡が保たれるという。楽観的Pluralismは、議会は常に適切に機能し、あらゆる利益が議会に提示されていると考える。利益団体は強圧的で恣意的な政府に対する砦として機能し、個人の自由を保護する⁽¹²⁴⁾。

他方で、悲観的Pluralismは、議会が機能しないことによって、議会のアリーナに入ることが難しい利益集団の存在を認めている。したがって、議会が適切に機能しないことを認め、ある利益集団が議会のアリーナから抜け落ちたりすると、行政機関が補充的な役割を担う義務があると考ええる。

Frickey の整理に従えば、ケーブルに関するターナー判決については、樂觀的 Pluralism は、議会は常に適切に機能しているから、零細な地上波地方放送局、ケーブル利用者の割合という議会の判断を尊重するという結論を導きやすい。

Laurence Tribe や Bruce Ackerman の分析によれば、Pluralism は、議会は「プロセス」として概念化され、プロセスによって利益集団の願望は満たされるというが、少数利益集団を考慮していない、利益集団の結合性が議案を通過させる要因になっている点を無視していると批判している。⁽¹²⁵⁾

Pluralism と Republicanism には二つの共通項がある。第一に、両者とも、立法を政治的利益集団の闘争とみなす。第二に、両者とも議会の横暴を止める役割を裁判所が担っていると説く。両者の違いは、Frickey の分類する悲観的 Pluralism との間に現れる。Republicanism は、制定法は政治集団の熟議の結晶と考える。議会制定法は、利益集団が自分の利益を犠牲にしてより高い利益へと熟議した結果、生産される。一方、悲観的 Pluralism は、競合する利益集団の妥協の産物としか捉えないから、Republicanism のように議会制定法を尊重する必要もない。従って、悲観的 Pluralism は再送信義務規定が地方の地上波放送局の利益保護のためだけに生まれた議会制定法であることを認めることができる。

5 Public Choice によるターナー判決の批判的検討

Pluralist から派生した Public Choice Theory は立法のアリーナを政治市場と捉える。Public Choice では、立法者は法の供給者であり、利益集団は立法の需要者である。政府からもたらされる恩恵を提供してくれる立法者を

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

七七

利益集団は手助けする。立法者は、法案通過を拒否したり、行政機関に判断を委ねて立法者自身は明白な選択を避けたり、あるいは積極的に具体的な利益を配分したりといった行為によって需要に対応する。⁽¹²⁶⁾

Pluralismと異なる点は、Public Choiceは議会における利益集団の組織化を認め、議会政治プロセスの機能不全を認めることである。組織された利益集団は政治に有益な情報を提供し、立法者のため争点を明確にする。一定の集団は立法過程における市場を歪めることで、他の集団と比べて、法案の通過に至るまでの障害を越えやすい。たとえば、Pluralismは利益集団のよく組織された集団が議会で法案を通過させやすいという現象を説明しきれない。

Public ChoiceはPluralismの欠陥を補うために生まれた。たとえば、特定の法案を支持する宗教組織がすでに組織されていたと考える。組織自体がすでに組織され、財政的支援を集め、人的資源を利用してきているので、法案を支持する彼らの政治活動は、副産物であり、比較的安く済む。⁽¹²⁷⁾

RepublicanismとPublic Choiceの違いは後者の立場では、合理的な個人は立法過程にまったく参画しようとしていないと考える点である。合理的個人は、多数者に恩恵を与える立法の通過に他者が労力を費やす場合、それにフリーライドしようとする。Public Choiceでは、立法は決して公共善の結晶ではない。⁽¹²⁸⁾

Public Choiceはターナー判決をどのように分析するのか？ Public Choiceは、立法者を概して信用しない。Public Choiceは制定法が利益集団の妥協の産物であると認める。議会には十分な情報が提供されない。利益集団は、議会の立法プロセスを歪め、自分の利益を反映させる。⁽¹²⁹⁾ このメカニズムは「個人の権利を守る」という議会の機能を弱める。

Public Choice を取る Farber はターナー判決を「レッドライオンっぽい」⁽¹³⁰⁾として批判する。Farber は、再送信義務規定の目的に注目する。彼は再送信義務の目的が番組の多様性を確保することに資するか？を疑う。裁判所は議会の討議が実質的に失われることに警戒しなければならない。彼はケーブル産業と地上波地方放送局の対立を認め、議会の行っている立法事実に関連最高裁は必要以上に尊重したと考えるのである。⁽¹³¹⁾

Farber は議会の依拠する立法事実に目を向けた。議会は「ケーブル市場が繁栄することで、ケーブルを利用できない地上波放送局が破綻することを恐れた。結果、議会はケーブルを持たない人々が放送局へアクセスしなくなる」と結論付けた。将来、地方局や教育コンテンツを提供する放送局が失われる結果、公的な議論に損失を与える」⁽¹³²⁾という。Farber は、再送信義務規定が無ければ「公的討議が失われる」という議会の判断を連邦最高裁は尊重しすぎたのではないかと考える。⁽¹³³⁾

6 デンバー判決

たとえターナー I・II で稀少性の問題が無かったと仮定しても、政府にはまだ放送に対して介入する正当化根拠がある。それが下品なコンテンツが家庭に侵入するという問題である。新聞・雑誌では許容されない規制もケーブル・放送では許される場合がある。

デンバー判決で連邦最高裁はターナー I・II 同様、ケーブルについてきわめて射程の狭い判断を下している。デンバー判決はケーブルを新聞・雑誌とも放送とも区別しなかった上、「ケーブル」というメディアモデルを創設することにひるんだ判決である。デンバー判決を通じて、ケーブルという新しく変転するメディアについて連

邦最高裁は、第一修正の原則に戻って判断するという構図が見て取れる。

デンバー判決を検討する前に⁽¹³⁴⁾FCC v. *Pacific* (以下 パシフィカ)を検討する。パシフィカ判決では、FCCによる下品な番組を規制することが争われた。午後のラジオ番組「Filthy Words」を聞いた子どもの父がFCCに申し立てた。FCCはパシフィカ放送局に対して規則違反の裁決を下した。ラジオ局は許可制度を取っており、いったん許可を受ければ、ラジオ局はFCCの管轄下に置かれていた。パシフィカ放送局がFCCの裁決を争った事件である。連邦最高裁は、わいせつではないが下品な言論を規制するというFCCの裁決を5対4で支持した。

本稿で取り上げるデンバー判決は、パシフィカ判決が次の点を取り上げたことに注目している。

まずパシフィカ判決は、コンテンツの侵襲的性格と、子どもへの影響力を正当化根拠に挙げた。パシフィカ判決を執筆したStevensは、「子どもを下品なコンテンツから守るという利益」はやむにやまれぬ利益であり、「放送メディアは、あらゆる米国の生活において、独特の侵入性」があり、「過度に攻撃的で下品な素材は、公的な場所だけでなく、家庭にも現れる。家庭では、個々人が他者からかまってもらいたくない (left to be alone) 家庭におけるプライバシーが第一修正の権利よりも上回る。」「第二に、放送局は読み書きすらできない子どもたちに対しても独特の侵襲的性格を有している。」⁽¹³⁵⁾という。

次にデンバー判決を検討する。

デンバー判決は、ターナーI・II同様レッドライオン判決をケーブルに適用することを否定し、マイアミヘルド判決も適用しなかった。Breyerによればケーブルはマイアミヘルドでもレッドライオンでもない。第一

修正の原則に戻って10(a)(b)(c)を分析した。

本件では、九二年ケーブル法 (the Cable Television Consumer Protection and Competition Act of 1992)⁽¹³⁶⁾ の Section 10 の三つのセクションが問題になった。連邦最高裁は10(a)(b)(c)のうち(b)(c)の二つに対して違憲無効の判断を下した。

6-1 貸与チャンネルにおける下品なコンテンツ規制は合憲である。

10(a)は「貸与チャンネル」である。連邦法は、ケーブルオペレーターと契約関係の無い第三者に商業的に貸与するため、チャンネルを空けておくことを要求した。およそ10-15%のチャンネルがこの範疇に入る。⁽¹³⁷⁾ 貸与チャンネルでは、性行為や性器官を過度に攻撃的な (patently offensive) 方法で記述したり、あるいは描写したりするコンテンツをケーブルオペレーターが編集権を行使することを禁止される。本規定は憲法に反しないと判断された。⁽¹³⁸⁾

第一に、Section 10(a)は、貸与チャンネルは、「子どもを保護するというきわめて重要な子供を保護するというやむにやまれぬ利益と結びついて」いるという。⁽¹³⁹⁾

第二に、本件の問題は、パシフィカ判決で示された「下品なコンテンツから子どもを守る」という政府の利益と類似しているという。

第三に、本件について連邦最高裁は利益考量を行った。アクセス要求による利益とケーブルオペレーターの有する第一修正の利益である。ケーブルオペレーターの編集権は制約されてもやむをえないという。連邦最高裁は、

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

「本法が無ければ、ケーブル事業者の編集権を離れて視聴者がチャンネルにアクセスすることは無かつたう」⁽¹⁴⁰⁾という特別な文脈で判断した。

第四に、連邦最高裁はケーブルテレビジョンは独特の侵入的性格を有するという。しかし、10(c)における侵入的性格はパシフィカよりも言論を制約する程度が低いという。

6-2 貸与チャンネルにおける分離ブロック規定は違憲である。

Section 10 (b) は、違憲無効と判断された。本規定は「貸与チャンネル」において、過度に攻撃的ないし下品なコンテンツをケーブルオペレーターが分離・ブロックできる規定である。ケーブルオペレーターは、分離されたチャンネルに過度に攻撃的なコンテンツを配置しなければならない。コンテンツへの分離とブロックは、三日以内に利用者から書面による通知がある場合に解除される。貸与チャンネルにおけるコンテンツの製作者は、ケーブルオペレーターに対して、放送日の最長三〇日前に過度に攻撃的なコンテンツを配信することを通知しなければならない。

連邦最高裁は、10(b)の規定について、子どもを守るという利益は「やむにやまれぬ利益」であると認定したが、それでもやはり本規定は10(c)と異なり、成人の視聴者の権利を侵害するという⁽¹⁴¹⁾。本規定は、視聴者に明らかに制約効果をもたらす。本分離・ブロック規定によって、視聴者はひとつのコンテンツを見る場合、あらかじめ視聴するかどうかを検討しなければならない。一度に過度に攻撃的なコンテンツを数日あるいは数週間、家庭に侵入することはない。10(c)の規定は、コンテンツの製作者が様々な視聴者に放送する権利を侵害する。

たとえば、毎日、過度に攻撃的なコンテンツを選択したい視聴者もいれば、毎日そういったコンテンツを見たいというわけではないが、選択肢として機会があればコンテンツを視聴するに過ぎない視聴者、コンテンツの評判によって判断する視聴者もいるだろう。⁽¹⁴²⁾

10 (b) の求める「書面による通知」義務は視聴者一覧を作成する。この視聴者一覧によって、過度に攻撃的なコンテンツを見ることを他人に知られることで、自分の評判が損なわれると信じる視聴者もいる。本要件によって負担の掛かるケーブルオペレーターは、深夜であってもコンテンツを放送することを禁止するようになるだろう。⁽¹⁴³⁾ 最高裁は、V-chip や、ロックボックス (lockbox) のような代替案を示し、分離・ブロック規定はこれらより制限的であるという。⁽¹⁴⁴⁾

6-3 公共・教育アクセスチャンネルにおける下品なコンテンツを規制する規定は違憲である。

Section 10 (c) は第一修正に反して違憲無効である。10 (c) の「公共・教育アクセスチャンネル」は、長年、地方政府がケーブルを市街地下に通したり、ケーブル事業者に公的通行権あるいは地役権を認めたりする見返りに公共目的のため空けられたチャンネルである。10 (c) の「公共・教育アクセスチャンネル」において性行為や性器官を過度に攻撃的な (patently offensive) 方法で記述したり、あるいは描写したりするコンテンツをケーブルオペレーターは禁止することができる。⁽¹⁴⁵⁾

10 (c) については Breyer が執筆した意見に Stevens, Souter が同意した。Kennedy, Ginsberg は異なる理由で同意している。⁽¹⁴⁶⁾ Breyer によれば 10 (c) の公共アクセスチャンネルにはケーブルオペレーターに編集権は無いと

いう。Breyerは次の点でケーブルオペレーターに編集権の制約を認める10(a)と10(c)が異なるという。

第一に、「公共アクセスチャンネル」は、10(a)のようにケーブルオペレーターが歴史的に編集権を行使してきたチャンネルではない。ケーブルオペレーターに編集権は存在しない。「公共アクセスチャンネル」は、Kennedyの示すとおりケーブル敷設の見返りに空けられたチャンネルである一方、Thomasの示すとおり、公共のために公園や通りとして提供されたチャンネルである。⁽¹⁴⁷⁾

第二に、家庭に侵入するコンテンツを誰が管理するか、の問題である。10(a)の貸与チャンネルは私人に貸与され、借主は、与えられた時間枠においてコンテンツを自由に統制する。他方、10(c)の公共チャンネルは、ケーブルオペレーター以外の公的・私的監督制度の下に置くことによって、多くの子どもが過度に攻撃的なコンテンツに触れる機会を減らすことができる。⁽¹⁴⁸⁾

第三に、10(c)以外にも別個の制度を置いて、コミュニティが価値があると考えるコンテンツの製作を促すことも可能である。しかし、10(c)によってケーブルオペレーターに拒否権を認めることは、「子どもを守る」という本法の目的を達成するに必要とはいえず、むしろ送信されるべきコンテンツも排除する。⁽¹⁴⁹⁾

以上から、「子どもを守る」という目的のために10(c)が狭く設定されているという政府の立証は失敗していると判断した。

7 デンバーにおける編集権——Thomas対Kennedy論争

デンバー判決において重要な点は、「誰」の第一修正の権利が侵害されているか、という点である。10(a)で

はケーブルオペレーターの視点から貸与チャンネルを判断した。他方、10(b)の分離・ブロック規定と10(c)の公共・教育アクセスチャンネルでは、視聴者の視点から合憲性を判定した。

10(a)の部分を執筆したBreyerによれば、10(a)貸与チャンネルでは、ケーブルオペレーターは私人にケーブルを貸与できる。⁽¹⁵⁰⁾借主は、割り当てられた時間枠でコンテンツを自由に製作する。10(c)におけるケーブルオペレーターの編集権は「子どもを守る」という利益のため制約されてもやむをえない。他方、10(c)の「公共アクセスチャンネル」にケーブルオペレーターには編集権が無い。

10(c)を解釈すると公共アクセスチャンネルがパブリックフォーラムに該当するのか、という点でThomasとKennedyに争いがあることを検討する。

Thomas 反対意見は、ケーブルオペレーターの利益を重視する。10(c)はパブリックフォーラムはおろか視聴者の第一修正の権利をなんら侵害しないと主張する。彼によれば、ケーブルオペレーターは何を伝達するのかという広範な裁量権を有している。視聴者はケーブルオペレーターとコンテンツ製作者の言論の自由から派生する(derivative)権利である。ケーブルは店の本棚に陳列する本を選ぶ書店と同じである。ケーブルオペレーターが伝達するコンテンツを視聴者は反射的に与えられる。マイアミヘラルド判決に従い、視聴者はケーブルオペレーターに放送を強制する権利を持たない。⁽¹⁵¹⁾

Thomas は、10(c)がパブリックフォーラムを創設したという主張を否定する。彼によれば、われわれのパブリックフォーラムの判例理論は、財産権法理と一緒に発展してきた。パブリックフォーラム概念では政府はパブリックフォーラムとして財産を委譲して(designating property)、一定の地役権や財産的権利を認めてきた。10

(c)はThomasによれば、地方政府はケーブル敷設権を与えて、公共アクセスチャンネルに地役権や他の財産的権利を認めたが、政府がチャンネルをパブリックフォーラムとして委譲することを示す歴史的証拠が欠けているという。

Thomasが10(c)についてパブリックフォーラムを否定するのに反対して、Kennedyは視聴者の権利を重視し、10(c)はパブリックフォーラムを創設したと主張する。

Kennedyの立場では、10(a)(b)(c)に厳格審査が妥当することになる。Kennedyによれば、10(c)の公共アクセスチャンネルにおいてケーブルオペレーターは他者の言論の導管(conduit)として働くだけである。ケーブルオペレーターは編集権も裁量権も有しない。⁽¹⁵²⁾ケーブルオペレーターに編集権があったという歴史的根拠も存在しない。Kennedyによれば、10(c)はパブリックフォーラムであり、厳格審査が妥当し、違憲無効である。「公共アクセスチャンネル」は、州や地方政府が創造したパブリックフォーラムであって、ケーブルは特権である。ケーブル事業者は特権を与えられる見返りにケーブルはあらゆる訪問者(comes)に開かれているように要求される。⁽¹⁵³⁾伝統的なパブリックフォーラム概念にケーブルが含まれるのだから、10(c)の公共アクセスチャンネルには厳格審査が適用される。政府がパブリックフォーラムを見解中立的に制限するかどうか、ということを判断するには厳格審査を適用しなければならない。

この二人の論争は編集権とパブリックフォーラムの起源をどのように捉えるのか、という点で分岐する。10(c)の公共チャンネルがパブリックフォーラムに該当するかどうかという解釈論争とパブリックフォーラムを検討する。

第一に、Thomas はケーブルオペレーターには歴史上編集権が存在したと考える。しかし、「公共アクセスチャンネル」については伝統的な「歩道」や「通り」と同じように政府が公共のために財産を委譲したパブリックフォラムの歴史的根拠は存在しないと考える。Thomas の立場では、ケーブルオペレーターにどのコンテンツを配信するかという編集権があり、視聴者の権利はケーブル事業者の第一修正の権利から反射的に得られる利益に過ぎないと言い切ってしまうと、パブリックフォラムの問題を扱う必要もない。パブリックフォラムの問題ではないので、厳格審査をくぐる必要もない。

他方、Kennedy は、歴史上ケーブルオペレーターはただの「導管」として働き、コンテンツ配信の裁量権も編集権も無い。ケーブルは視聴者に開かれたパブリックフォラムとして働くので、厳格審査が適用される。

8 Thomas と Kennedy に対する Souter の応答

連邦最高裁内部ではケーブルオペレーターの編集権の有無について争いがあった。急速に変転するメディア間の収束する現状では、Thomas 対 Kennedy 論争で考察したようにケーブルをどのメディアの範疇に分類するか、ということ厳格に判断することは難しい。

Souter は、デンバー判決においてカテゴリー的アプローチを行う Thomas と Kennedy を批判した⁽¹⁵⁾。Souter は、言論も言論に対する制約も単純に範疇化することは困難であることは明らかであり、Thomas と Kennedy の一律的な範疇化による解決には限界があると批判する。ケーブルについて一律的な合憲性審査基準を適用するにあたって、難解な洞察が必要である。パシフィカ判決で示されたように、ケーブルにおける下品なコンテンツ規制は、

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

対象となる言論、言論を制約する手段、そして文脈等に応じて判断されるべきである。ケーブルは新聞・テレビというメディアの性質を複合的に有しており、その発展は流動的である。ケーブルだけを他のメディアと分けて扱って異なった合憲性判断基準を適用するべきか、は現在解決できない問題である。連邦最高裁は、コミュニケーションを範疇化することが難しくなっていることを認めるべきである。今日のコミュニケーション技術の成熟する日がいつになるのか予期できない。したがって、連邦最高裁の職務は、「下品」の範疇が将来、新しい技術に適合し、その持続性を維持することを期待できるまで、デンバー判決でBreyerが採用した方法を維持するべきである。それは、明らかに重要な点に関する議会の権限を奪わないように議会を抑制し、開かれたコミュニケーションの高い価値を維持して、事実を詳細に吟味して規制の対価を検討し、変転する主体について経験の系統を編纂する方法である。判断が困難である場合、我々は「害悪を与えない」という最初の原則に立ち戻るべきである。

SouterはThomasとKennedyの二人の意見は新しく変転するメディアに対する政府の対応に柔軟性を欠き、「思想の自由市場」という第一修正の価値を損なうおそれがあるという⁽¹⁵⁵⁾。

本章では、ケーブルを放送でも印刷でもなく厳密に固定しなかったことを検討した。連邦最高裁は議会の判断を尊重することなく、議会の提出する証拠を独自に判断する。

個々の裁判官にはさまざまな意見が存在していた。例えば、デンバー判決でThomasのようにケーブルは視聴者の第一修正の権利はなんら侵害されていないと言い切ってしまうば、ケーブルオペレーターの経済的利益を保護する議会の判断を尊重してもやむをえない。合憲性の判定基準も緩やかになる。しかし、デンバー判決は

Thomas の判断を採用しなかった。ターナー I・II で Kennedy は、再送信義務規定は経済的権利とは断定せず、第一修正の内容中立規制だと判断している。ターナー I において O'Connor は再送信義務規定は利益集団の妥協であると主張して、厳格審査を主張していた。

Pluralist, Public Choice の立場から、それぞれの裁判官は多かれ少なかれ議会の提出する証拠に注目して、議会制定法を独自に解釈する点を検討した。次のインターネットに関する判例を見れば、議会の制定法議論が十分である場合、連邦最高裁は厳格審査を使って、未熟な制定法に違憲無効の判断をくだしていることを理解できる。

四章 インターネットと第一修正の基本原則

1 リノ I 稀少性の存在しないインターネット

連邦最高裁は、九四、九七年のターナー I・II、九六年のデンバー判決では、ケーブルを放送・新聞どちらに分類するか、という点が論争の的になった。しかしインターネットにおいても原則として第一修正の原則に戻る事が確認された。インターネットにレッドライオン判決が適用されないことはリノ I において確認された。下品なコンテンツをラジオで禁止することはパシフィカ判決で許されたが、地上波放送と異なるインターネットでは一九九七年に本判決が下されるまで明らかではなかった。⁽¹⁵⁶⁾

一九九七年、インターネットについては、「相互に接続されたコンピュータの国際ネットワーク」であり、新聞・雑誌同様、厳格審査が適用されると判断した。連邦議会は、九六年通信品位法 (CDA; the Communications

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

Decency Act of 1996) を制定した。本法で問題となったのは二つの規定である。223 (a) (1) (B) (ii) と 223 (d) によれば、下品・過度に攻撃的なコンテンツを受信者が一八歳未満であることを知りながら伝送・展示した者は罰せられる。⁽¹⁵⁷⁾

本違反に対する抗弁は、未成年者が禁止されるコンテンツに触れることのないよう、アクセスを認証システムを利用して誠意を持って (with good faith) 制限することである。

ペンシルバニア東部地裁は、インジャンクション (Injunction) を認め、連邦最高裁も支持した。東部地裁は、223 (d) で示された「文脈において」「過度に攻撃的な」規定によって刑事制裁を課しては、保護される言論の話者を萎縮させるという。⁽¹⁵⁸⁾

多数意見を執筆した Stevens は、C D A が内容規制であり、厳格審査を適用するが、政府は L R A の基準の立証で失敗しているという。⁽¹⁵⁹⁾ Stevens は議会の提出した証拠では制定法を支持する証拠が足りず、立法の十分な審議によって規制範囲を狭く画定できたはずと判断した。彼によれば、芸術的、教育的価値のあるコンテンツという例外を設ける、両親のコントロールによって子どもを下品な素材に触れないようにする、商業的サイトだけを刑事罰の対象にするといった方法に関して、議会の議論が不十分であった。「(以上のような) C D A の特殊な問題を扱う議会の詳細な事実認定や公聴会すら欠けているという点から、C D A は政府が主張するように狭く設定されているとはいえない。」⁽¹⁶⁰⁾

次にインターネットに稀少性は存在しない。レッドライオン判決は適用されない。「それぞれの表現メディアは特有の問題を提示するかもしれないということを我々は確認してきた。ゆえに我々の先例の幾つかは、放送メ

ディアに対する規制について他の話者に適用されないような特別な正当化根拠を認めてきた。」しかし、サイバーペースにはこういった事情も存在しない。⁽¹⁶¹⁾ また、デンバー判決で指摘された家庭への侵入性も否定された。⁽¹⁶²⁾ テレビやラジオ同様の侵入性が欠け、情報受信にも積極的な一連の操作が必要である以上、下品なコンテンツに出会う可能性が低いと判断した。

2 リノII 連邦議会の逆襲

Reno I において、連邦最高裁は地上波放送とインターネットを区別し、稀少性の問題と侵入性の問題を否定した。そして、制定法の立法過程を注意深く考察した。この反省を踏まえて連邦議会は、ウェブ上の下品なコンテンツに子どもが触れることを制限する新立法を制定した。CDAの規制範囲を狭く設定しようとした「子どもをオンラインから守る法」(COPA; The Child Online Protection Act)⁽¹⁶³⁾ Section 231は、商業目的の全てのサイトにおいて未成年者に有害なコンテンツを受信者が未成年者であることを知りながら送信した者を罰していた。この有害なコンテンツはコミュニケーション、写真、イメージ、グラフィックイメージ、録音、印刷物によって伝達される。有害であるかどうかは、平均的な成人がコミュニティの基準に従って、コンテンツを全体として判断し、未成年者にとって性的興味を刺激するものであり、未成年者にとって過度に下品で攻撃的な方法によって描写、記述、表示された、実際または擬似的な性的行為や接触、通常・異常な性的行為や接触、または生殖器や年頃の女性の胸部のわいせつな展示をいう。これらは全体として、未成年者にとって真剣な文学的、部実的、政治的、あるいは科学的価値を欠くものとして判断される。

二〇〇〇年、第三巡回裁判所は、本法に対する暫定的インジャンクション (Preliminary injunction) を認めた地裁の判断を支持した。巡回裁判所によれば、未成年者にとって有害かどうかをコミュニティの基準で判断することは実質的に広範であるという。⁽¹⁶⁴⁾ この判断についてサーシオレーライ (certiorari) が与えられた。

二〇〇二年、連邦最高裁は第三巡回裁判所の判断を破棄し、COPAの規定のうち未成年者に有害であるかをコミュニティで判断するべきか、についての判断を差戻した。⁽¹⁶⁵⁾ 判決を執筆したThomasによれば、COPAはCDAの処罰範囲を狭くするために議会が審議を行った。未成年者への有害性の判断が、各コミュニティを基準にするからといって、COPAの問題となる規定を過度に広範であるということとはできない。その他の争点については判断していない。⁽¹⁶⁶⁾

二〇〇三年、差戻し審において、第三巡回裁判所はCOPAについて地裁が暫定的インジャンクションを与えた点について、COPAの本案審理において厳格審査をクリアできない以上、インジャンクションを与えた地裁の裁量権に問題は無いと判断した。⁽¹⁶⁷⁾

未成年者に有害なコンテンツを触れさせないという立法目的を達成する手段として、商業サイトに限定すること、コミュニティの基準によって有害性を判断する手段は合憲性を支えるのに不十分である。本法の対象となる者は、訴追を恐れてもっとも厳しいコミュニティの基準に合わせるに至るだろう。⁽¹⁶⁸⁾ 問題となる違憲の疑いを救うための限定解釈を行うことは許されない。⁽¹⁶⁹⁾ この争点について再度、サーシオレーライが与えられた。

二〇〇四年のリノIIでは、⁽¹⁷⁰⁾ Kennedyが法廷意見を執筆した。Kennedyは、まずインジャンクションを支持した巡回裁判所の判断を受け入れた。もしインジャンクションを破棄すれば、保護されるべき言論が刑事訴追を恐

れて萎縮する。連邦最高裁は、本件を審理する間にCOPAよりも制限的でない方法が二つ登場したことを連邦議会が確認したという。ひとつは、紛らわしいドメインネームを禁止する。もうひとつは子どものためのサイトを設定するという方法である。また、フィルタリングがCOPAより優れているという点は各委員会によって確認されていたという。⁽¹⁷¹⁾ Thomasの執筆した法廷意見は、COPAがCDAを反省して考案された法律であったことを認めたが、連邦議会の提出する証拠は現在のインターネット技術に適合しておらず、地裁の認めた判断の方が望ましいと判断した。⁽¹⁷²⁾

最後に、デンバー判決からリノIを通じて本章で確認できたことをまとめる。連邦最高裁は議会の提出する証拠に説得される。しかし、提出する証拠が少なく、制定法を支える事実が不十分な場合、第一修正の原則に戻って検討する。⁽¹⁷³⁾ 連邦最高裁は、未成年者を保護する技術の利用可能性を連邦議会とは別個に検討し、言論の自由を侵害しない方法が無いかを検討した。インターネットでは議会制定法よりも保護者の用いるフィルタリングや、子どものためのサイトを作るという手段によって未成年者を保護するという立法目的が達成できると判断した。

3 二〇〇五年デジタルテレビ法——ターナー判決のその後。

日本同様、米国でも「二〇〇五年デジタルテレビジョン移行と公共の安全法」⁽¹⁷⁴⁾によって、デジタル放送が開始される。二〇〇九年二月一七日にはすべてのアナログ放送はデジタル信号に変換される。デジタル放送を受信するには、視聴者はケーブル、衛星放送に加入するか、変換装置（コンバーター）を購入しなければならない。ケーブルオペレーターは、デジタル放送事業者の同意なくしてアナログ放送受信者のためにデジタル信号をアナ

ログに変換することはできない。従って、およそ四〇〇〇万世帯の家庭がデジタルケーブルのサービスに加入することを余儀なくされる。⁽¹⁷⁵⁾

放送局は6メガヘルツの周波数をデジタル放送に利用できる。放送局は、高詳細テレビ（ハイビジョンテレビとも言われる。HDTV: High definition Television）に周波数すべてを利用する。他方、放送局は標準テレビ（SDTV: Standard definition Television）に多様なコンテンツ（マルチキャスト）を配信することもできる。このSDTVにおけるマルチキャスト放送によって、主たる番組と並行して天気やニュースといった関連するコンテンツを配信することができる。⁽¹⁷⁶⁾

米国では、このマルチキャスト放送について再送信義務規定が適用されるかどうかが米国憲法学の争点となる⁽¹⁷⁷⁾としている。二〇〇五年法は、ケーブルオペレーターが地上波放送の付加的なコンテンツをどの程度再送信するのかを示していないためである。

現在、宗教系放送局はマルチキャストの再送信義務規定を支持しているが、公共放送番組はインフォーマーシャル（製品やサービスについて詳細な情報を提供する番組の形態をとるテレビコマーシャル）に利用されることを危惧して反対している。⁽¹⁷⁸⁾

再送信義務規定の背景には、デジタル放送への変換は、高品質の放送というよりもむしろアナログ放送で用いられてきた周波帯をどのように分配するかという動因が働いている。FCCはターナーI・IIが新しいマルチキャストに適用されるかという点について暫定的な立場を取っている。デジタルとアナログ信号の移行期にある現在、ターナーI・IIはアナログ・デジタルの再送信を必ずしも保障しないという。⁽¹⁷⁹⁾

新しい再送信義務規定法を制定するべきだという動きもある。ケーブルオペレーター側は当然新しい再送信義務規定は第一修正に反すると主張してきている。ターナーⅠ・Ⅱで示された立法目的（ボトルネックの立場にあるケーブルオペレーターから地上波放送を保護する）はもはや存在しない以上、厳格審査が適用されるべきだと主張している。米国では次の点が憲法上の争点になろうとしている。

第一に、高品質のデジタルテレビに移行するという利益がコンテンツ製作者、放送局、そして視聴者の第一修正の利益を上回るか？⁽¹⁸⁰⁾

第二に、ケーブルは一種の地役権という財産権をケーブル事業者に与えた。一種の独占的地位を与えられたケーブルオペレーターは再送信義務規定を求められた。しかし、実際は、ケーブル事業者は地役権しか有しておらず、ケーブルの物理的所有者が必ずしもコンテンツを選択するとは限らない。デジタル放送への移行に際して、従来のケーブル制度を維持すべき理由は何か？⁽¹⁸¹⁾

第三に、現在では再送信義務規定以外に、FCCのメディア集中排除原則（The Biennial Media Ownership Order）⁽¹⁸²⁾によってメディアの集中を防ごうとしている。集中排除原則の憲法上の根拠は何か？⁽¹⁸³⁾ 法改正によって再送信義務を規定する必要があるか？

まとめ

第一に、レッドライオン判決では、公正原則がメディアモデルの巨大化を止められないことが確認された。Thomas Krattenmakerによれば、公正原則以外の制度によってメディアの巨大化を防ぐことは可能である。

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

Krattemaker によれば、アクセスと見解の多様性が政府の利益がやむにやまれぬものであっても、公正原則という手段を正当化しないという。Farber によれば短期免許更新制度、オークションやくじ引き制度という内容中立規制によってアクセスと見解の多様性を確保できるという。もちろんオークションやくじ引き制度という免許更新制度の実効性についても、免許付与の条件を明らかにするといった必要性は残るが、巨大なメディアの出現を防ぐというレッドライオン判決の実効性は疑わしい。

第二に、レッドライオン判決はメディアに対して視聴者がアクセスする権利および反論権を認めるが、マイアミヘラルド判決で否定された。一九八五年、FCC はすでに公正原則の破綻を示していた。

第三に九〇年代のターナーⅠ・Ⅱ、デンバー判決では、最高裁は、通信と放送の融合の中、既存のメディアモデルとの類似性を探り、新しいメディアモデルの構築に消極的であり、判決の射程をきわめて狭く絞っている。周波数有限性の働かないケーブルを扱ったターナーⅠ・Ⅱは、O'Brien test はケーブルという文脈のみで利用されただけだと考えた。デンバー判決では侵入性の問題を成年者、視聴者の観点からケーブル法を検討し、10(a)(5)(c)について、(a) は子どもの保護、(b) は成年者の言論の自由、(c) はパブリックフォーラムとケーブル事業者の編集権の視点から検討した。ケーブルはマイアミヘラルド判決ともレッドライオン判決とも分類されなかった。リノⅠ・Ⅱは議会が不十分な立法事実に立脚している場合、議会に敬意を払うことなく第一修正の原則に戻れることを確認した。

ターナーⅠ・Ⅱ、デンバー判決、リノⅠ・Ⅱを見れば、連邦最高裁は、新たなメディアモデルを検討する際、次の二段階の解釈手順を踏んでいる。

最初に、連邦最高裁は立法事実（例えば再送信義務規定を支える立法事実）について敬意を払う。しかし、議会の立法事実が不十分である場合、連邦最高裁は第一修正の原則に立ち返り、未熟な議論しか出来なかった制定法（CDA, Denver 10 (b)(c)）に違憲無効の判断をくだす。その際、新しいメディアモデルの創設について判決の射程を限定する。立法事実を判断する際、立法府が利益団体の衝突と妥協によって法を生んだのか、それとも利益団体が自らの利益を犠牲にして高次の利益のため熟議の末法を生んだのか、によって裁判官の態度は変容する。内容規制であれば厳しい立証が求められ、内容中立審査であればゆるやかな立証が求められる。連邦議会が充実した議論によって多くの証拠を用意した場合、連邦最高裁は問題となった法律の合憲性を支持しやすい。他方、証拠も少なく、議会の法制定の議論も不十分であった場合、連邦最高裁は少ない証拠だけでは合憲性を導きにくい。

第四に、周波数の有限性・放送の侵入性が無くても政府には民主主義の観点からコンテンツに介入できるという考えがある。例えば、Sunsteinは、たとえ周波数の稀少性・放送の侵入性が無くても、Madisonian Democracyの観点から政府はコンテンツに介入できると主張する。

以上の米国の経験を踏まえて、日本の放送制度を検討するには、アメリカと日本の相違として次の点を検討しなければならない。

- 第一に、短期免許更新制度・ソフトハードの分離が日本でも採用可能か？
- 第二に、日本では地上波放送とケーブル放送業界の均衡が異なる事情を考慮しているか？
- 第三に、議会の立法過程と言論の自由についての米国連邦最高裁の解釈は日本憲法学ではまだ消化しきれてい

ない。立法の制定過程をどのように審議したのか、によって最高裁の裁判官の憲法解釈が分かれるということを意識しなければならない。

第四に Republicanism, Pluralism, Public Choice が、日本憲法の解釈にどこまで影響を与えていくか。

最後に、日本では米国と異なり、立法直後に法の合憲性が争われることは少なく。多くの法令が裁判所で争われる時には老朽化している。他にも訴訟制度の違いなども考慮する必要があるだろう。

本稿は、少なくとも米国の経験を見れば、新しいメディアに関する法律を裁判所が検討する場合、立法事実を慎重に吟味するという点は賛同できる。そして、日々進化するメディアに対して慎重にメディアモデルを形成するターナーⅠ・Ⅱ、デンバー判決、リノⅠ・Ⅱのうち、デンバー判決の Souter の解釈を支持して本件を結ぶ。インターネット放送が地上波放送と同程度の水準に達するのがいつの日になるか予想できない以上、日本憲法学でも第一修正の基本原則を維持しておくべきだろう。

- (1) たとえば総務省「デジタル化の進展と放送政策に関する調査研究会」〈http://www.soumu.go.jp/joho_tsusin/policyreports/chousa/digi-sinten/040727_4.html〉 The URLs in this article were last visited in October, 2007.
- (2) 総務省『情報通信白書(平成一八年)第一章 ユビキタスエコノミー 第三節 通信・放送の融合・連携の動向 一通信・放送の融合・連携の背景』
- (3) *Turner v. FCC*, 512 U.S. 622 (1994). [*Turner I*], *Turner v. FCC*, 520 U.S. 180 (1997). [*Turner II*]
- (4) *Denver Area Educ. Telecoms. Consortium v. FCC*, 518 U.S. 727 (1996).
- (5) *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997) [*Reno I*]. *Ashcroft v. ACLU*, 159 L. Ed. 2d 690, 542 U.S. 656 (2004) [*Reno II*].
- (6) 奥平康弘『なぜ表現の自由か』(東京大学出版会 一九八八年)。

(7) 電波法(昭和二五年五月二日 法律第一三二号)。電波法施行規則第二条一項二八の一六号によればデジタルとは「デジタル方式の無線局によって行われる放送」。広辞苑によれば、「ある量またはデータを、有限桁の数字列(例えば2進法)として表現すること」をいう。

(8) 総務省『情報通信白書(平成一八年)』資料より。デジタルとは「データを2進数等の数字列として表現されたもの。コンピュータとの相性が良く、データの転送、圧縮等のデータ処理技術に使用されている。」

(9) 他にも情報はマルチデジタルデータに変換され、データの質は時間の経過でも劣化しない。コンテンツ配信と同時に天気予報やニュースを複合的に配信できる、双方向の情報通信が可能になった。といった特徴がある。

(10) 芦部信喜「放送の自由」法学教室一八〇号七三頁(一九九五)。芦部信喜「放送番組の編集基準と言論表現の自由」伊藤正巳編『放送制度——その現状と展望』所収五二頁(日本放送出版協会 一九七六)。

(11) 首相官邸IT戦略会議を参照 <<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/it/index.html>> 日本政府は、一九九四年に村山内閣のもと、内閣に高度情報通信社会推進本部が設置された。二〇〇〇年末には、高度情報通信ネットワーク社会形成基本法が制定された。翌年の二〇〇一年一月には高度情報通信ネットワーク社会推進戦略本部(IT戦略本部)が設置された。

IT戦略本部の二〇〇一年一二月の報告書(e-Japan 戦略)によれば、

- (1) アナログ技術からデジタル技術、IPv6への移行
- (2) 通信と放送ビジネスに関する法制度の再検討
- (3) 放送制度と通信法制度の見直し

などが議論された。近年では、インターネット網整備の上に成り立つサービスを「いつでも、どこでも、だれにでも」提供される制度を整備するように求めている。

(12) Lawrence Lessigは、三層のレイヤーの存在を憲法学に示したが、のちにNYUのYochai Benklerの四層(物理・コード・アプリケーション・コンテンツ)がより現実に沿っていると同意している。Yochai Benkler, From

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

Consumers to Users: Shifting the Deeper Structures of Regulation Toward Sustainable Commons and User Access, 52 *Fed. Comm. L. J.* 561, 562-563 (2000). Lawrence Lessig, The Architecture of Innovation, 51 *Duke L. J.* 1783, 1787 (2002). LAWRENCE LESSIG, CODE AND OTHER LAWS OF CYBERSPACE (Basic Books 2000).

(13) 第一〇回議事録 (二〇〇二年三月一日) <<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/it2/dai10/10gijyoku.html>> 海老沢 意見参照。

(14) 「電波法の一部を改正する法律」平成一三年 法律第四八号。

(15) Pub. L. No. 69-632, 44 Stat. 1162 (1927).

(16) 電気通信法の歴史については、内川芳美「アメリカの放送と公正原則」『マス・メディア法政策史研究』(有斐閣 一九八九)や稲葉一将『放送行政の法構造と課題——公正な言論空間の変容と行政の公共性』(日本評論社 二〇〇四)参照。

(17) 47 U.S.C. § 151 (1934).

(18) Jerome Baron, Access to the Press—a New First Amendment Right, 80 *Harr. L. Rev.* 1641, 1641-43 (1967).

(19) 418 U.S. 241 (1981).

(20) *Red Lion v. Broadcasting Co.*, FCC, 395 U.S. 367 (1969).

(21) *Miami Herald, v. Tornillo*, 418 U.S. 241, 249-251 (1974).

(22) *Id.* at 252.

(23) DOUGLAS, THE GREAT RIGHTS (E. Cahn ed. 1963) at 124-125, 127. See also, *Miami Herald*, at 253.

(24) *Id.* *Miami Herald* at 253.

(25) *Id.* at 256.

(26) *Id.* at 257.

(27) White 裁判官は同意意見で、コンテンツが名誉毀損 (libel) に至らない限り、その編集権は侵害されないという。

White J., concurring. Brennan は本件が削除権ではなく反論権のみを扱っているという理由で同意している。Brennan J., concurring, with whom Rehnquist J., concurring.

(28) Thomas Krattenmaker & L.A. Powe, Symposium: Emerging Media Technology and The First Amendment: Converging First Amendment Principles for Converging Communications Media, 104 Yale L.J. 1719 (1995). (*hereinafter*, Symposium).

(29) *Id.* at 1722-1723.

(30) *Id.* See also, THOMAS KRATTENMAKER & L. A. POWE, Jr., REGULATING BROADCAST PROGRAMMING (American Enterprise Institution, 1994), at 310. (編集権侵害は「政府による内容規制をもって許される」)

(31) *Abrams v. U.S.*, 241 U.S. 616, 630 (1919). Holmes, J., dissenting.

(32) *Supra*, note 28, Krattenmaker & Powe, Symposium, at 1726-1740.

(33) 47 C.F.R. § 73.1910 (1983). 47 U.S.C. § 315.

(34) *Id.*

(35) *Red Lion*, at 386.

(36) *Id.* at 387.

(37) *Id.* at 387-88.

(38) *Id.* at 389.

(39) *Id.*

(40) *Id.* at 390.

(41) *Id.* at 389.

(42) *Id.* at 392. レッドライオン判決は Douglas は審理に参加していない。

(43) *Supra*, note 18, Barone, Access to the Press, at 1666-78. アクセスを強調する立場から、私的財産である新聞社に

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

も公的使命があるところ。

- (44) Sunstein, The First Amendment in Cyberspace, 104 *Yale L. Rev.* 1767, 1760 (1995). See also, SUNSTEIN, DEMOCRACY AND PROBLEM OF FREE SPEECH (The Free Press 1995), at 48, 71-73, 255.
- (45) *Id.* Sunstein, Cyberspace, at 1759-76.
- (46) 一九八〇年代末、共和主義 (Republicanism) を再構成するための試みが生まれた。例えば、Frank Michelman, Symposium: The Republican Civic Tradition: Law's Republic, 97 *Yale L. J.* 1493 (1988). Sunstein, Beyond the Republican Revival, 97 *Yale L. J.* 1539 (1988). Sunstein, Interest Groups in American Public Law, 38 *Stan. L. Rev.* 29, 31-34 (1985).
- (47) Federalist Papers, Chapter X.
- (48) SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH, at 18-20, 241-52.
- (49) *Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1 (1976).
- (50) the Federal Election Campaign Act of 1971, 86 Stat. 3, amended by 88 Stat. 1263.
- (51) *Buckley*, at 29.
- (52) *Buckley*, at 45.
- (53) SUNSTEIN, REPUBLIC COM (Princeton University 2001), at 8-9, 16, 54, 65. See also, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH, at 94-101.
- (54) Sunstein は言論の自由を New Deal 時代のロッキンローから再構成する点に注意を要する。彼は *Lochner v. N.Y.* 198 U.S. 45 (1905). のバッキーは政治的平等を所与のものとして理解する New Deal 以前の考え方であると批判する。彼の立場では政治的平等は所与のものではなく、規制によっていさ達成される。他方、マイアミ・ラルド判決を支持する立場からバッキー判決を理解するものとして、Powe, Mass Speech and Newer First Amendment, 1982 *Sup. Ct. Rev.* 243, 250-254. は言論の自由を強化する (enhancement of free speech) だとして、最終的にバッキー判決を否定すべきだと主張する。

- (55) SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH, at 97.
- (56) Reed Hundt, The Public's Airwaves: What does the Public Interest Require of Television Broadcasters, 45 *Duke L. J.* 1089, 1099-1100, 1105 (1995).
- (57) *Whitney v. California*, 274 U.S. 357, 375 (1927). (Brandeis, J., concurring.)
- (58) *Id.* at 373-380 (Brandeis and Holmes, J., concurring).
- (59) *Id.* at 375.
- (60) *Id.*
- (61) *Id.* at 374.
- (62) Sunstein, Cyberspace, at 1767-1768. See also, SUNSTEIN, REPUBLIC.COM (Princeton University Press, 2001).
- (63) SUNSTEIN, DEMOCRACY AND THE PROBLEM OF FREE SPEECH, at 27.
- (64) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- (65) *Supra*, note 54, Powe, Newer First Amendment, at 248-250.
- (66) *Id.* at 247-248, 250. マーアミン・ラルド判決を支持する Powe はニューヨークタイムズ判決とレッドライオン判決の関連性を否定する。また、レッドライオンやバックレーはアクセス権ではなく、豊かな者と富を持たざる者との間の均衡を是正する判決として理解することになる。彼によればバックレー判決は、言論の自由を強化するという目的の正当性を争う事件だと考えられる。
- (67) *Red Lion*.
- (68) *Id.*
- (69) *Id.* at 390.
- (70) *Red Lion*, 395 U.S. at 400-401, footnote 28.
- (71) See, Thomas Krattenmaker and L. A. Powe, Jr. The Fairness Doctrine Today: A Constitutional Curiosity and an

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

Impossible Dream, 1985 *Duke L. J.* 151, 156-157 (1985).

(72) *Red Lion*.

(73) 1985 FCC Fairness Doctrine Report, 102 F.C.C. 145 (1985).

(74) S. 742, 100th Cong., 1st Sess. (1987).

(75) 山口ら子「子供テレビに見る表現の自由論」東京大学社会情報研究所紀要四九号五三頁（一九九五）が一九八〇年代におけるFCCの最高裁の判例に詳しい。

(76) *Telecommunication Research & Action Center v. FCC*, 801 F. 2d 501. (D.C. Cir. 1986). *cert.denied*, 482 U.S. 918 (1987).

(77) *Telecommunication Research & Action Center*, at 508-09.

(78) *Id.* at 508.

(79) *Id.*

(80) *Telecommunication Research & Action Center*, 482 U.S. 918 (1987).

(81) Stuart Benjamin, The Logic of Scarcity: Idle Spectrum as a First Amendment Violation, 52 *Duke L. Rev.* 1, 44, 59 (2002).

(82) R. H. Coase, Why Not Use the Pricing System in the Broadcast Industry, 4 *Study of Radio & T.V. Broadcasting*. (1959). Coase, The Federal Communications Commission, 2 *J. L. & Econ.* 1, 14-18 (1959). *See also*, Coase, The Federal Communications Commission, 2 *J. L. & Econ.* 1, 14-18 (1959).

(83) *Id.*

(84) L. A. Powe, Or of the Broadcast Press, 55 *Tex. L. Rev.* 39, 55-56 (1976).

(85) DANIEL FARBER, THE FIRST AMENDMENT (Foundation Press 2002), at 223.

(86) Krattenmaker は、メディアの収束が進むにつれ、連邦最高裁は印刷・放送という二重あるいは印刷・放送・ケーブルという三重の規制方式を維持するのが不可能になっていくだろうと分析している。彼によれば、内容規制は禁

止され、市場への参入障壁は低くなり、誰にでも市場に参入することは可能になる。そして通信を扱うコモンキャリア規制について注意深い検討が必要であるという。たとえば、特定のメッセージや見解を標的にした規制は許されないが内容中立規制であれば許されるという。Supra, note 28, Symposium, at 1723.

(67) Supra, note 30, REGULATING BROADCAST PROGRAMMING, at 310. See also, FARBER, FIRST AMENDMENT, at 223.

(68) *Id.*

(69) Farber, Commentary: Free Speech without Romance, Public Choice and The First Amendment, 105 *Harv. L. Rev.* 554 (1991).

(90) *Id.* at 582-83. 濱田純一『情報法』(有斐閣 一九九三)二〇六頁も「(Farberは)「情報の生産者が念頭に置いている市場では、こうしたフリーライダーによって得られる便益までは考慮に入れられるわけではないから、情報の合理的生産がなされるわけではない。また表現の自由ということの基礎にある自己表現への強い欲求は、経済合理的主義的な判断を超えて、情報を社会に流通させる機能を営みうる。」

(91) Sunstein, Television and the Public Interest, 88 *Cal. L. Rev.* 499, 514-518 (2000).

(92) Jim Chen, Conduit-based Regulation of Speech, 54 *Duke. L. J.* 1, 56 (2004).

(93) FCC <<http://www.fcc.gov/>>

(94) Lawrence Lessig, Yochai Benkler, Will Technology make CBS Unconstitutional, *The New Republic* (Dec 14, 1998), p 12-14.

(95) *Turner I*, at 663.

(96) *Id.* at 622.

(97) *Id.* at 656.

(98) *Id.* at 656.

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

(99) *Id.* at 638-639. 「放送に関する事件は本件の文脈ではふさわしくない。なぜなら、ケーブルテレビは、放送メディアに潜在する限界が存在しないからである」。

(100) *Id.* at 656. 「同じことはケーブルには適用されない。個人がケーブルを視聴する場合、テレビ装置とケーブルネットワークの物理的接続が、ケーブルオペレーターにボトルネック、ゲートキーパーの位置を与え、視聴者の家庭につながるテレビコンテンツのすべてではないにせよ大部分を統制する。」

(101) *United States v. O'Brien*, 391 U.S. 367 (1968).

(102) *Turner I*, at 636. O'Brien test は重要または実質的な政府利益を促進し、政府利益が言論を抑圧せず、問題となる第一修正の付随的制約が政府の利益を促進するのに不可欠である以上に大きくない場合、内容中立規制が支持される。O'Brien, at 377. See also *Turner I*, at 663. 本稿では O'Brien test の抱える議論までは踏み込まない。

(103) O'Connor, J., dissenting with Scalia J., Ginsberg, J., Thomas J., as to Parts I and III, concurring in part and dissenting in part. (at 674-686).

(104) *Id.* at 678. (O'Connor, J., dissenting in part)

(105) *Id.*

(106) *Id.* at 680.

(107) *Id.* at 679.

(108) *Id.* at 666. 「政府の主張は二つの命題から放送局の保護を主張している。ひとつはケーブルオペレーターの地上波放送を送信する義務が無ければ、大部分の放送局がケーブルシステムにおいて送信を拒絶されるだろう。もう一点は、再送信を拒絶された放送局のかなりの割合で破綻することである。最初の命題については、政府は一九八八年の FCC の研究所に依拠している。再送信義務が無ければ……二〇%のケーブルシステムが地方地上波放送の送信を拒絶するという。しかし、(政府の示す) 記録は、これらの低下の時間枠が示されていない。」

(109) *Id.* at 665.

- (110) *Turner Broad. v. FCC*, 910 F. Supp. 734 (1995).
- (111) Kennedy, J., delivered the opinion delivered, except as to a portion of Part II-A-1. Rehnquist, C. J., and Stevens and Souter, J., joined that opinion in full.
- (112) *Turner II*, at 225 (Stevens, J., concurring)
- (113) *Id.* at 226 (Breyer, J., concurring. He joined except insofar as Part II-A-1 relied on an anticompetitive rationale.)
- (114) *Id.* at 229. (O'Connor, J., filed a dissenting opinion, in which Scalia, Thomas, and Ginsberg, J., joined.)
- (115) *Turner I*, at 632.
- (116) *Turner I*, at 633.
- (117) *Supra*, note 62, Sunstein, cyberspace at 1767-1768.
- (118) *Id.*
- (119) *Id.* at 1763.
- (120) Madisonian Model の Sunstein は「デンバー判決の射程は狭いという点、内容中立規制を認めるという点では Krattenmaker と一致する。しかし、Sunstein はターナー判決同様、デンバー判決を「デンバーモデル」として位置づけた。厳しい読み方をすれば、Sunstein はターナー判決の分析において自分の Madisonian Democracy を妥協している。利益団体の衝突を認めるならば、ターナー判決を支持するには、Madisonian Model ではなく別の正当化根拠が必要となる。新しい技術の発展において未知の領域には司法府の介入を最小限度にとどめる (Judicial Minimalism) という見解が必要となる。」Sunstein, *Leaving Things Undecided*, 110 *Harv. L. Rev.* 6, 30-34 (1996).
- (121) FARBER, FIRST AMENDMENT, at 225.
- (122) Pluralism とは何か? ROBERT DAHL, PLURAIST DEMOCRACY IN THE UNITED STATES: CONFLICT AND CONSENT (1967), at 23-24.
- (123) Nathaniel Persily, Toward a Functional Defense of Political Party Autonomy, 76 *N.Y.U. L. Rev.* 750, 810 (2001).

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

Pluralistは特定の候補者や特定の Propositionを支持するかどうかは、利益集団間の均衡に左右される。

- (124) ROBERT DAHL, *DILEMMAS OF PLURALIST DEMOCRACY* (1983 Yale Studies in Political Science), at 40-54. Dahlによれば、Pluralistには四つの欠陥がある。一、利益団体が不平等を助長する。二、市民の意識を損なう。三、重要な政治課題にひずみを生む。四、議題に対する最終的統制を疎外する。

- (125) Laurence Tribe, *The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories*, 89 *Yale L. J.* 1063 (1980). Bruce Ackerman, *Beyond "Caroline Products"*, 98 *Harr. L. Rev.* 713, (1985). Ackermanによれば、*U.S. v. Caroline Prods. Co.*, 304 *U.S.* 144, 152 note 4 (1938). は民主主義プロセスを理想的に機能していると仮定している。しかし、われわれは現実的な立法プロセスを無視するようになるので、本判決の再構成を試みる。

- (126) Farber & Frickey, *The Jurisprudence of Public Choice*, 65 *Tex. L. Rev.* 873, 876-883 (1987). See also, Farber & Frickey, *Integrating Public Choice and Public Law: A Reply to DeBow and Lee*, 66 *Texas L. Rev.* 1013 (1988).

- (127) *Id.*

- (128) *Id.* See also, Farber & Frickey, *Symposium on the Theory of Public Choice: Legislative Intent and Public Choice*, 74 *Va. L. Rev.* 423 (1988). によれば、「法的擬制に過ぎない欺瞞的な立法目的を裁判所は愚かにも信用しやう。」

- (129) *Id.*

- (130) FARBER, *FIRST AMENDMENT*, at 225.

- (131) *Id.* See also, Farber, *Access and Exclusion Rights in Electronic Media: Complex Rules for a Complex World*, 33 *N. Ky. L. Rev.* 459, 471 (2006).

- (132) FARBER, *FIRST AMENDMENT*, at 226-231.

- (133) Farberは次の例を挙げる。「もし新聞社に地方放送局の番組表を掲載させる法律ができたと想定する。本法は、議会がケーブル業界の圧力によって、番組表が無ければ地上波地方放送局が破産するという詳細な事実認定に依拠している。最高裁は番組表の掲載を新聞局に強制できるのか？ 理論上はケーブルで支持された再送信義務が新聞にも

適用されることになるが、ターナー判決同様、最高裁が「O'Brien テストを適用するとは言いい切れない」という。Farber の立場でも再送信義務のボトルネック的性質に注目すれば、内容中立規制として理解できる可能性がある。ケーブルを敷設し、回線が地域に行きわたると新規加入者への回線準備のコストは減少する。他方、新規事業者が新たに別のケーブルを敷くことは効率性が悪い。ケーブル事業者は市場への新規参入者に対して、優位に立つという現状がある。参考として、Jim Chen はターナー I は内容規制・内容中立規制二分論を示していると考える。Jim Chen は、情報インフラでは内容規制が許されるが、コンテンツ自体には内容規制でなく内容中立規制が許されるという。

(134) *FCC v. Pacifica*, 438 U.S. 726, 748-49 (1978).

(135) *Id.* at 748-49.

(136) 47 U.S.C. 532.

(137) *Id.* at 734.

(138) 10 (a) を合憲だと判断する Part I, II は Breyer が執筆した。Breyer delivered, joined by Stevens J., O'Connor J., and Souter J. that § 10 (a) did not violate the First Amendment.

(139) *Sable Communications of Cal., Inc. v. FCC*, 492 U.S. 115, 126 (1989).

(140) *Denver*, at 743.

(141) 10 (b) を違憲無効だと判断する Part III は Breyer が執筆している。Breyer J., concluded that § 10 violates the First Amendment.

(142) *Denver*, at 754.

(143) *Id.*

(144) *Id.* at 758. This device — the “lockbox” — would help protect children by permitting their parents to “lock out” those programs or channels that they did not want their children to see.

(145) 1992 Act, Section 10 (c), 106 Stat. 1486.

デジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

(146) *Denver*, at 760-766. 10 (c) が違憲無効であると判断する Part IV は Breyer が執筆しているが Kennedy と Ginsberg の異議の理由と同義としてゐる。Breyer, J., joined by Stevens, J., and Souter, J., concluded in Part IV that § 10 (c) violates the First Amendment. Kenney J., joined by Ginsberg J., concurred in judgment but for different reasons.

(147) *Denver*, at 761.

(148) *Id.* at 762-763.

(149) *Id.* at 766.

(150) *Id.* at 761.

(151) *Id.* at 817.

(152) *Id.* at 793.

(153) *Id.* at 791. Kennedy, J., with whom Ginsburg, J., joins, concurring in part, concurring in the judgment in part, and dissenting in part.

(154) *Id.* at 740, 775. “although First Amendment values generally were well served by categorizing speech protection according to the respective characters of the expression, its context, and the restriction at issue, the Supreme Court had properly expressed an unwillingness to announce a definitive categorical analysis in this case.”

(155) *Id.*

(156) 大沢秀介「インターネットと表現の自由」法学教室一九四号八一頁（一九九六）。山口いつ子「サイバースペースにおける表現の自由・再論 東京大学社会情報研究所紀要第五三号（一九九七）。

(157) 47 U.S.C. S. § 223 (a)(1)(B) (ii), 223 (d).

(158) *ACLU v. Reno*, 24 *Media L. Rep.* 1379 (1997).

(159) *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).

(160) *Reno I*, at 879, 859, footnote 24.

- (161) *Id.* at 869.
- (162) *Id.*
- (163) 47 U.S.C.S. § 231
- (164) *ACLU v. Reno*, 217 F.3d 162 (2000).
- (165) *Ashcroft v. ACLU*, 535 U.S. 564 (2002). Breyer が「コミュニティの文言は全国的な基準を意図しており、地方のコミュニティを意識したものではないと分析する」。Breyer, J., concurring in part and concurring in the judgment, at 590. Kennedy は「巡回裁判所の判決を破棄、差し戻した点を支持するが、未成年者に対する有害性をコミュニティを基準に判断する点について全国的な基準であってもCOPAを支持できるかもしれないと述べている。Kennedy, J., joined by Souter and Ginsburg, JJ., concurring in the judgment, at 591.
- (166) Thomas J., delivered the opinion, joined by Stevens, Souter, Thomas, and Ginsburg, JJ.
- (167) *ACLU v. Ashcroft*, 322 F.3d 240 (2003).
- (168) *Id.* at 270-71.
- (169) *Id.*
- (170) *Ashcroft v. ACLU*, 159 L. Ed. 2d 690, 542 U.S. 656 (2004).
- (171) *Reno II*, at 667, 685.
- (172) *Id.* Breyer 反対意見は「COPAは合憲であるという。彼は連邦議会がCOPAよりも狭く立法を制定できたはずだ」という点が誤っていると批判する。COPAを合憲限定解釈することによって違憲判断を防ぐことができたはずだとする。Breyer, J., joined by Rehnquist, Ch. J., and O'Connor, J., dissenting, at 677.
- Scalia は「COPAは商業サイトだけに適用することが可能であり、厳格審査は妥当せず合憲であると述べる。Scalia J., dissenting, at 677.
- (173) *ACLU v. Gonzales*, 478 F. Supp. 2d 775 (2007). 司法省は「本判決を受けて、各検索エンジンに対して、問題のあるデジタル時代のメディアモデルと憲法学の考察

るサイトの URL を提出するように求めている。大部分の検索エンジンは司法省の文書提出命令 (Subpoena) にしたがっている。この文書提出醜聞を争う訴訟において二〇〇七年三月 COPA について違憲無効の判断を下している。

- (174) The Digital Television Transition and Public Safety Act of 2005, Pub. L. No. 109-171, 3001-3009, 120 Stat. 4, 21-28 (2006).

- (175) 詳細は FCC の以下のページから入手できる。 <<http://www.fcc.gov/consumercorner.html>>

- (176) *Id.*

- (177) Farber, Access and Exclusion Rights in Electronic Media: Complex Rules for a Complex World, 33 N. Ky. L. Rev. 459, 469- (2006).

- (178) *Id.*

- (179) Carriage of Digital Television Broadcast Signals: Amendment to Part 76 of the Commission's Rule, 20 F.C.C.R. 4516, 4530-37 (F.C.C. Feb. 23, 2005). はケーブル事業者がデジタル移行期においてデジタル・アナログ信号の双方を送信する義務があるか。と Primary video について再送信義務があるか。の二点である。

- (180) Supra, note 131, Farber, Complex Rules for Complex World, at 482.

- (181) *Id.* at 468-73.

- (182) *Id.* See also, Shelanski, Antitrust as Mass Media Regulations: Can Merger Standards Protect the Public Interests?, 94 Calif. L. Rev. 371, 384- (2006). Shelanski は民生主義の視点から FCC の規制緩和政策を検討する。 Michael Epstein, "Primary Video" and Its Secondary Effects on Digital Broadcasting: Carriage of Multicasted Signals Under the 1992 Cable Act and the First Amendment, 87 MARQ. L. Rev. 525, 529-547 (2004). デジタル放送時代でも再送信義務規定が Primary Program に適用されるべき主張である。

- (183) Joel Timmer. Broadcast, Cable and Digital Must Carry: The Other Digital Divide, 9 Comm. L. & Pol'Y 101, 111-116 (2004). 再送信義務の是非について議論が整理されている。

Digital Media Model through Japanese Constitutional Law Scholar's Eye

Yuichiro TSUJI

In recent years, Japan has implemented a broadcasting satellite system, which transmits contents, like cable and internet. The internet is highly compatible with this new broadcasting system. Although Japan has yet to combine the internet with this new broadcasting system, the government is encouraging private developers to distribute the programs through the internet. However, the laws regarding broadcasting and telecommunication are separately regulated, and there is no comprehensive statute. Those dissatisfied with this system of laws might urge the Japanese Parliament to revise these statutes drastically or to pass a new statute to cover a new internet broadcast system. In the near future, if traditional terrestrial broadcast and internet communication converges on digital basis, it will be necessary to examine the use of judicial review and constitutional theory. That is to say, Japan needs guidelines for dealing with free speech and judicial review.

The Supreme Court of Japan needs to consider the constitutionality of internet broadcasting in the context of free speech. U.S. Supreme Court cases and current arguments about constitutional theory in the U.S. provide Japan with a good suggestion. It is important to examine the constitutionality of the U.S. legal systems for such review since the U.S. has a significant impact on the Japanese legal system.

It is possible that a foreign country's legal arguments might not work in Japan. However, there are already certain parts of the U.S. legal system that have worked in Japan, thus far. For example, public choice theory has recently arrived in Japan. Public choice theory explains the voters and politicians from economic theory. This may provide an alternative theory to explain the role of legislative process and judicial review in Japan's

Constitutional law. This theory does not exclude other explanations, but simply provides an additional explanation of the Constitutional structure that other conventional theories can not explain well. Certainly this notion is needed to add some extra conditions in Japan because of its underlying deep theory.

論

By carefully researching why American legal cases and theories that support free speech strongly and asking whether these models are truly feasible in Japan, it is possible to establish a new theory in Constitutional law in Japan. In essence, the Japanese constitutional law field, especially free speech, needs guidelines to navigate through the next century.

説

Preface

I. Digital Broadcasting and Constitutional Theory

1. Conversion of telecommunication and broadcast in Japan
2. Difference in the background between the U.S. and Japan supporting the cable law

II. Falling of Red Lion Case

1. Miami Herald case.
2. Red Lion case
3. Malfunction of market of free ideas.-Madisonian democracy
4. Scarcity does exist?
5. Public goods theory

III. The U.S. Cable Cases. Revival of Red Lion

1. Turner I, and II, and the Court
2. Madisonian Democracy and Turner model
3. Pluralism
4. Public Choice theory
5. Denver case
 - 5-1 10(a) is Constitutional
 - 5-2.10(b) is Unconstitutional
 - 5-3.10(c) is Unconstitutional

一
二
四

6. Fight between Thomas and Kennedy in Denver

7. Souter approach

IV. Internet and the First Amendment

1. Reno I No scarcity in Internet

2. Reno II, return of Congress

3. 2005 Digital Television Act-After Turner

Conclusion