

〔査読論文〕

メディア特性論に関する学説の検討

——部分的規制理論とレントシーキング論を中心に——

岡 根 好 彦

I はじめに

アメリカ合衆国の連邦裁判所では従来、表現媒体が印刷、放送のいずれかにより、表現の規制の可否に関する判断基準の厳格さに差異が生じていた。印刷メディアに関しては、表現の自由を行使する手段として用いられ、ゆえに国家権力によって頻繁に規制され批判されてきた歴史的経緯から、規制の可否が厳格に判断されていた。一方で、放送メディアに関しては、利用できる周波数に限りがあり政府が主体的に周波数を割り当てる必要があること、そのために政府による広範な規制が許容されてきた歴史があること、家庭などへの侵入可能性が認められることなどから、規制の可否が緩やかに判断されていた。すなわち、連邦裁判所は、問題となる表現媒体について、④広範な規制が批判あるいは許容されてきた歴史の有無、⑤稀少な周波数を政府が割り当てる必要性、③家庭などへの侵入可能性という3つの要素などから判断基準を決定してきたのである。そして、以上のアプローチは近年新たに登場し普及したインターネットという表現媒体でも同様に用いられている¹⁾。たとえば、1997年のReno v. ACLU事件で連邦最高裁は、インターネットが放送メディアのような監視や規制を受けてきたことはないし、インターネットを通じたコミュニケーションが家庭内に侵入したり自発的にモニターに映しだされたりすることもなく、インターネットはあらゆる種類のコミュニケーションを制限なく低コストで提供しており、表現物の「不足」といった事情を考慮するのは困難であるとして、

放送メディアに適用される審査基準をインターネットに適用する根拠が欠けていると判断している²⁾。

しかし、これらの判断要素を通じて表現媒体の性質を検討し、審査基準を決定するというアプローチに対しては批判も数多くなされている。たとえば、周波数の稀少性に対してロナルド・コースは、ラジオやテレビに限らず経済システムにおけるすべてのリソースが有限であることを根拠に、土地や労働力、資本などの有限性をもって政府の規制が正当化されることに疑問を呈している³⁾。また、家庭などへの侵入可能性に対してクリストファー・ヨーは、本や手紙なども家庭への侵入可能性が認められるし、放送を視聴するにあたってはそのセットを揃える必要がある等積極的なステップが必要でありほかのメディアと区別できる特質ではない。加えて、放送も電源を切ることで望まない表現は容易に排除できるし、当該表現の視聴を望む者の権利との兼ね合いも考慮する必要があると主張している⁴⁾。

それゆえ、表現媒体を軸とする判断基準の選択については、連邦最高裁が示したアプローチとは異なるアプローチが研究者等から少なからず示されている。そこで本稿では、それらの中で比較的注目を集めてきたアプローチである、部分的規制理論とレントシーキング論について取り上げ、両アプローチの妥当性やインターネットなどの表現媒体との関係等について検討していきたい⁵⁾。

II 部分的規制理論

まず、リー・ボリンジャーが提示した部分的規制 (partial regulation) 理論についてみていきたい⁶⁾。ボリンジャーは、メディアに対する部分的な規制、具体的には新聞や出版などの印刷メディアに対する規制は認めず、テレビや放送などの放送メディアに対する規制は認めるというアプローチがアメリカ社会で確立している点を指摘し、かかるアプローチは肯定的に評価すべきであるとの見解を示している。

ボリンジャーによると、まず印刷メディア (プレス) については、公衆が政府の活動や公共の争点に関する情報を受け取り主権を行使するために必要であり、民主主義的な政治システムにおいて不可欠であるというイメージが抱かれているという。つまり、アメリカでは修正第1条を通じて政府による検閲や発信内容の選択に対する処罰が禁止されているし、プレスは免許制になっていない。そして、政府が処罰を与える状況は名誉毀損やプライバシー侵害、国家安全に対する脅威など非常に限られており、またそのような状況は裁判所によって限定され、厳格に審査されている。このようなイメージのより具体的な内容として、公的議論が制限される場合に政府が信頼されないこと、市民が究極の主権者として信頼されること、市民の利益のために開かれた討論が維持されること、およびプレスが公衆の代表であって州の規制を防ぎ公的議論の場を提供する仲介者であることが挙げられる。ボリンジャーによれば、これらの要素が基礎となり、今日では公的規制がプレスに触れれば常に警鐘が鳴らされ、政府はプレスに干渉してはならないことが慣習的に叫ばれるようになり、そのようなイメージはプレスに対する社会や政府の圧力の中で裁判所によって支えられてきたという。すなわち、そもそもプレスとしては、人々の生活における現実的な違いを責任もって報告するのは単純ではなく、公務員の汚職を暴露したり、望ましくない事実に触れたりすることに伴うコストは膨大であるため、簡素

な事実や娯楽を提供するほうが気楽である。それゆえ裁判所では、プレスとその独立性に関する熱狂者のように前者の行為を賛辞し、そのコストへの言及を控えることによって、プレスの社会的な位置づけを形作る努力がなされてきたのである⁷⁾。

一方で、テレビやラジオのような放送メディアに対しては、免許制や内容規制などの広範な規制がなされても、印刷メディアについてなされてきた言及がほとんどなされていないという。テレビやラジオについては、公的議論の内容をコントロールする力があることへの恐怖、あるいはその力を市場が十分にコントロールできないという付随的な信念のもと、裁判所では、周波数の稀少性などやむをえない事情を根拠に、放送業者を公的な周波数の利用者とみて彼らに公的義務を課す判断が下されている。かかる規制に対する裁判所の態度も積極的であり、放送業者が「プレス」や「ジャーナリスト」とは表現されていないし、免許を付与された業者が排他的にラジオの周波数を独占する憲法上の権利は否定され、放送を利用するのは視聴者の権利であって放送業者の権利ではないと解されており、公的討論や意思決定の質を確保するための義務が課されている。また、放送メディアの規制においては、周波数の稀少性のみを理由とするには不十分であるために、視聴者への影響や公衆の考え方の傾向といった非合理的な問題の検討までなされている⁸⁾。以上の「二元的なシステム (dual system)」についてボリンジャーは、周波数が増加している今日では再検討の必要に迫られており、将来的には印刷メディアモデルあるいは放送メディアモデルのいずれかに一元化すべきか、あるいはそのまま維持すべきかの3つの選択肢がありうると確認したうえで、2つのイメージの相互的な影響に鑑み最後の選択肢を肯定的に捉えている。すなわち、放送メディアのイメージから印刷メディアのイメージに与える影響としては、放送メディアに対する規制の曖昧さやほかのメディアとの潜在的関連性が印刷メディアのジャーナリズム

の発展に寄与していることが挙げられている。つまり、放送メディアに対する規制の存在により、印刷メディアに対しても規制がなされるかもしれないという脅威のもとでジャーナリズムの公平性やバランスといった考えが印刷メディアにおいて強化されることになる。一方、印刷メディアから放送メディアに与える影響としては、印刷メディアの自律性が支配的な原理として発達していたために、放送メディアの規制システムも政府の過剰な介入にほとんど悩まされずに機能していたこと、および印刷メディアで支持されたジャーナリズムの価値が新しく倫理的に未形成なメディアにしみ込んでいっていることが挙げられている⁹⁾。

そしてボリンジャーは、メディア利用に対する規制の観点からもこのような部分的規制を肯定的に評価する。すなわち、メディア利用について規制すれば、「思想の自由市場」を妨げる、私人間の不均衡が是正されるし、社会内で公的世論を形成する機会を平等化することができる。一方で、かかる規制を認めれば、ジャーナリストが議論や社会問題に従事するモチベーションを弱めてしまうし、規制を実施する行政機構が公的な職務をメディアに強要することで、政府に批判的、敵対的であるべきというメディアの役割が損なわれ、さらにはメディア規制がエスカレートしてしまう。しかし部分的規制のもとでは、規制を受けないメディアがこれらの問題を効果的にチェックできるようになる。つまり、規制メディアで流通されなくなった情報も非規制メディアから入手でき、政府が強制的に印刷メディアに真実を公表させないことを防げる。また、部分的規制は規制メディアが控えるかもしれない情報を発信する競争的な刺激を非規制メディアに与えることもありうるし、伝統的な修正第1条の理論と継続的につながることで、かかる理論を変更する際に慎重な精査や正当化が求められるというメッセージを発信することになる。部分的規制によって、高度に集中したメディアへのアクセスの解消と最小限の政府介入という憲法上の2つの異なる価

値の実現が推進されることになるのである¹⁰⁾。

またボリンジャーは、部分的規制が修正第1条の前提、つまり信念に対する制限なきコミットメントが真理探究の利益になるという理論を単純に拡張したアプローチでもあると主張する。すなわち、社会をどのように構築していくべきか、どのような生活が好ましいかについては両面価値的で不明確であり、想像するのは難しい。それゆえ、相反する価値を双方認めて、それぞれ追究する余地を残したほうが実用的なのである¹¹⁾。

なお、ボリンジャーは部分的に規制を受けるメディアとして、放送のような新たなテクノロジーに対して規制したほうが特別な利点が認められると述べている。つまり、伝統的な印刷メディアに対してとより新しい放送メディアに対してとでは社会的な認識に違いがあり、前者はプレスが自由が生まれ繁栄していったメディアであるため、そのような水準点としての地位を維持しておくほうが心理的な面でも価値があるという¹²⁾。

以上に加え、ボリンジャーはメディア規制に関する従来の議論とは異なる観点から部分的規制を肯定しようとも試みる。すなわち、メディア規制に関するこれまでの議論では、メディアを支配する少数の者たちが思想の自由市場や聴衆を多かれ少なかれ排他的にコントロールしていることを問題視し、いかにして思想の自由市場や経済市場における不均衡を是正すべきか、あるいはメディアの力を取り除くべきかに注意が向けられてきた。しかし、公的問題における我々自身の行動の性質、つまり市場における我々の要求の傾向についても関心を向けなければならない。市場に関わる機会が無制限に認められる世界であっても、我々は、市民としての責任よりも他人のプライバシーやゴシップといった娯楽や快楽を好み、公的問題に関する情報を得ることに興味を抱かないことで、特定の公的問題における論点や専門知識を得る機会を失い、同意できない者や反対の声を挙げる者の意見を避けるようになる。その結果、特定の集

団や個人に対して誤った偏見を抱いたり、特定の限られた情報によって歪んだ判断を下したりすることになるかもしれない。このような「知性の失敗 (failures of intellect)」の可能性によって自然発生的に質の高い公的議論や意思決定が生じなくなってしまうため、市民として正しい行動に対し公的制度を伴う弾力的なサポートが必要になってくることをポリンジャーは強調している¹³⁾。

Ⅲ レントシーキング論

次に、レントシーキングに基づく見解、すなわち放送メディアに対する広範な規制は特定の事業者が選挙支援等を見返りに免許制を通じた特別扱いを受けている結果と捉える見解についてみていきたい¹⁴⁾。ヨーによると、裁判所における放送メディアの規制モデルへの固執はそのような観点から説明するのがもっとも説得的であるという。現在の放送規制においては、ほかの電波関連の技術と異なって、特定の業者が無料でライセンスを受け取り、加えてライセンスの価値を高めるためにその参加を制限する政策が採用され、その見返りに議会の政治家は選挙を通じたテレビの宣伝効果から守られるようになっている。そのような巨大な利益は多くの場合に放送規制へ挑戦することにはつながらない。放送業者は公的利益の義務等の放送規制を排除するほうが利益享受を破壊してしまうことに気づきすぎているからである¹⁵⁾。

トーマス・ハズレットも同様に、通信規制の変化は新しい理解や政策立案者が着目する現実の変化に由来するのではなく、彼ら自身や影響力ある圧力団体自身の利益に基づいていると主張する。つまり、放送通信事業の規制監督を担う連邦通信委員会 (Federal Communications Commission; FCC) の前身である連邦無線委員会 (Federal Radio Commission; FRC) が設立されて以来、既得権益者を守るべく、市場に新たに参加する者に対しては参入障壁が設けられており、「公的利益」に基づく免許システムは主要

な放送業者に利用され、併存可能な数よりも少ない免許数に制限されることが求められてきた。それゆえ、新たな放送業者にとっては、競争を高めることが違法であり、「公的利益」とは対称的なシステムであった。そして、特定の放送業者のビジネスに経済的な保護が与えられることにより、そのことに伴う財政的な収益の一部は重要な選挙区に流され、結果として支配的な政治組織が生み出されることになる。経済市場における価格をつり上げるような競争切捨てによって典型的な消費者が損害を被る一方で、そのような参入障壁による利益の一部の流れは政策の不変を効果的に後押ししているのである¹⁶⁾。

マテュー・スピッツァーも、放送に対する免許制等の規制は放送局と政治家の取引関係であると主張する。すなわち、放送局にとっては無償での周波数の利用および競争から保護が必要であった一方で、政治家は自身の再選をプレスによって妨げられないことが望ましかった。そこで、寡占的な免許制およびその更新を通じ、両者の間では、偏向的な放送や下品な放送によって聴衆や現職議員の地位を動揺させるようなことが禁じられたり、政治的な放送において議会と関わりある地区を積極的に取り上げたりなどの規制がなされるようになったのである¹⁷⁾。また、ハズレットも、周波数の不足等を理由とした放送規制は特別な配分目標を実現するための政策に関するアドホックな正当化とみるべきであり、市場の失敗を正すためではないことを強調する。つまり、議会による規制は危険なほどに既存の政治的利益に挑戦しうる新たな技術を力強い情報源として正しく位置づけるためであり、憲法的に保護された表現を高めるためではない。放送の免許制度によって、立法者は免許付与におけるレントシーキングや放送内容に関する介入を通じた政治的影響力を、既存の放送業者は無料の免許と参入障壁を通じた利益を、「公的利益」のロビイストは人的資源における最高のリターンを生み出すような政治的任命プロセスの効用を最大化しており、ゆえに

このような放送規制がこれまで強固に維持されてきているのである¹⁸⁾。

IV 検討

1. 部分規制理論

1) 「自律」と「規制」の境界線

ボリンジャーは、印刷メディアに対する「自律」のイメージと放送メディアに対する「規制」のイメージを共存させることにより、前者においては規制の脅威を通じたジャーナリズムの公平性やバランスの強化、後者においては前者の自律を通じた政府の過剰介入に対する抑制やジャーナリズムの浸透が実現されるとして、メディアに対する部分的な規制を肯定的に捉えている。しかし、この見解においては、なぜ印刷メディアと放送メディアで異なるイメージが抱かれるようになったかについての分析が不足しているため、放送メディアを規制の対象とする論拠があまり示されておらず、ボリンジャー自身は比較的古くから存在している印刷メディアには自律のイメージが定着していると反論しているにすぎない。それゆえ、インターネットというさらに新しいメディアが普及していながら放送メディアに対する規制がいまだ少なからずなされている今日の状況を説明することが困難になっている¹⁹⁾。

そこで、あるメディアが印刷メディアのような「自律」のイメージに属するのか、放送メディアのような「規制」のイメージに属するのかを決定づける要素が何かについてより詳しくみていきたいが、この点についてはジェフ・ストーンが批判的な立場から明らかにしている。ストーンはボリンジャーのアプローチに対し、そのような心理的側面などから放送メディアの規制を肯定しようとするれば、ほかのメディアの商業上の利益を保護してしまうことや政府の監視等により放送メディアが傷つきやすくなることを説明できないし、ほとんどすべての平等な保障や修正第1条の理論の多くが失われることになる」と主張する²⁰⁾。確かに、裁判

所は長い間、たとえば空港におけるリーフレットと拡声器のように、表現媒体によっては修正第1条の特別な問題が生じることを認めてきた。しかし、そのようなメディア間の扱いの違いは、コミュニケーション方法の現実的な違いや政府が押し進めようとする利益の違いに基づいていなければならない。そして、印刷メディアと電子メディアの扱いの違いは周波数の不足に基づいているところ、そのような不足が解消されている以上、一方は政府の規制に服してもう一方は服さないことを正当化するような違いも失われている。自由な表現に対する重大で差別的な制限の合憲性を検討する際に「両面価値 (ambivalence)」に関するそのような実験などが認められたことも一度もなければ始める理由もない²¹⁾。また、ストーンは、より新しいメディアに対してのみ規制を肯定しているボリンジャーの判断について、周波数の不足という根拠なく、印刷メディアよりも放送メディアに負担を課す正当な理由はまったく存在しないし、プレスを規制したり、ケーブルテレビのみを規制したりすることなどが修正第1条に違反するのかについての説明にも欠けており、ボリンジャーの規制の選択には法的な根拠がないとして厳しく批判している²²⁾。したがって、ストーンの指摘に依拠するならば、印刷メディアのイメージと放送メディアのイメージが異なる原因は周波数の不足という放送開始当初の技術的な問題あるいはその歴史的事実に基づいているということになる。すなわち、放送局の乱立による周波数の不足と混乱に対処するため、1927年無線法のもとでFRCという独立行政委員会が発足され、有線通信・無線通信双方を統括する機関の不在および透明かつ効率的な行政運営を理由に、1934年通信法 (Communications Act of 1934) のもとでFCCが発足されてから今日に至るまで、FCCが通信・放送関連分野について広く規制監督権限を行使する役割を果たしているという事実により、放送メディアに対しては広く規制してもよいという考えが定着しているということになる²³⁾。人間等が抱くイメージ

は必ずしも過去の経験や事実に基づき生じるわけではないが、いずれにせよポリンジャーの指摘するような主観的な概念を導入するよりも、客観的な事実に基づいて判断基準を設けたほうがより明確な結論が導けるように思われる。

2) 部分的規制理論の位置づけ

また、ポリンジャーは、印刷メディアの自律と放送メディアの規律がお互いに与える影響、つまり、放送メディアの規制が印刷メディアに規制の脅威を通じてジャーナリズムの公平性を強化し、印刷メディアの自律が放送メディアに対する過剰な規制を抑止するとともにジャーナリズムを浸透させていることを根拠にメディアの部分的規制を肯定している。一方でストーンは前述の通り、従来の法理論のもとで部分的規制が認められたことはないと批判している。部分的規制理論が従来の法理論のもとでどのように評価できるかについては、表現の「方法」に対する規制のあり方に関する問題であるため、いわゆる内容中立的規制の意義に関する従来の見解を整理分析することを通じて考察してみたい²⁴⁾。

① 平等保護論

周知の通り、連邦最高裁では表現に対する規制の違憲性を判断するにあたり、表現内容に対する規制であるか、表現内容に関わらない「時、場所、方法」といった、内容に中立的な規制であるかで異なる判断基準が用いられ、内容中立的な規制のほうが比較的緩やかな基準で判断されてきたといわれている²⁵⁾。内容中立的な規制のほうが緩やかに判断される根拠について、代表的な見解としては、まず1972年のPolice Department of the City of Chicago v. Mosley連邦最高裁判決のマーシャル裁判官による法廷意見が挙げられる。同判決では、小学校あるいは中学校の施設付近の公道で授業時間内等にピケティングやデモ活動を実施することにつき、学校内の労働争議に関わる平和的なピケティングを除いて禁止するシカゴ条例の合憲

性が問題となった。同条例の施行前に市内の学校付近で黒人差別に関するピケティングを実施していた原告が、警察よりピケティングを続ければ同条例に基づき逮捕される旨を伝えられたため、同条例は修正第1条で保護された活動を処罰していること、および学校内の労働争議についてのみ除外しているのは修正第1条および第14条における法の平等保護(equal protection of the law)に違反することを理由に提訴したのである²⁶⁾。マーシャル裁判官による法廷意見は、修正第1条について政府が表現をそのメッセージや考え、主題、内容を理由に制限する権限を有しない意味であると解し、我々の政策や文化、個人の自己実現の保障を継続するために、人々には政府の検閲、すなわち内容のコントロールから自由に表現する権利が保障されることを確認している。そして、表現内容の規制はNew York Times Co. v. Sullivan判決で示された「公的問題については抑制されず、力強く、広く開かれているべきである」という原理を切り落とすことになる²⁷⁾。それゆえ、必然的に平等保護条項のもとでは「思想領域における地位の平等性」が存在し、政府はすべての見解が聞かれるための機会を平等に与えなければならないと主張する²⁸⁾。しかし、合理的な「時、場所、方法」の規制が重要な政府利益(significant governmental interests)を促進するために必要である場合などすべてのピケティングを許可しなければならないわけではなく、ただしそのような規制は、修正第1条との関係から、実質的な政府利益(a substantial governmental interest)に仕えるように仕立てられていなければならないとの姿勢も明らかにしている²⁹⁾。そのうえで本件条例については、学校の混乱を防止する目的のもと、労働争議に係る「平和的な」ピケティング以外のピケティングが禁止されているものの、混乱防止の観点で見れば労働争議に係らない「平和的な」ピケティングも除外されたピケティングと異なるものではない等を理由に平等保護条項に反するとの判断を下している³⁰⁾。マー

シャル裁判官による法廷意見は平等保護という理念を強く打ち出し、内容規制については規制される内容の表現と規制されない表現との間で聴取の機会に不平等が生じうる一方、内容中立規制についてはそのような不平等が生じえないという理由で、両者の判断基準の違いを説明している。このような考え方については、ケネス・カーストがより詳細に説明している。カーストによれば、修正第1条の基本的な目的を自由と捉えて平等の原理をその周辺に位置づける考え方は誤りであり、平等の原理は連邦最高裁におけるパブリックフォーラムの決定でも示されているように、政府の表現内容規制に対する修正第1条の保障の中心に位置づけられるという。すなわち、同条の目的である、民主主義的な自己統治における市民の判断に必要な情報を提供すること、真理探究を促進すること、および各人の能力の発展と行使を促して自尊心を奨励することを実現するためには、政府の業務に関わるいかなる考えの聴取も妨げるべきではなく、少数意見や不人気な意見も含めたすべての思想の間での競争を保護する必要がある、少数派にも平等な市民権を要求する手段を与えなければならないのである³¹⁾。

② 公的討論の歪みなど

内容規制と内容中立規制の違いについて、ジェフリー・ストーンは①公的討論の歪み(distortion of public debate)、②不適切な動機(improper motivation)、③コミュニケーションの衝撃(communicative impact)の3つの要因から説明している。①公的討論の歪みとは、内容規制の場合、特定の見解が公的討論から切除されて「コミュニティの思考過程」が損傷を受け、結果として修正第1条に矛盾することになるということ、②不適切な動機とは政府は内容規制を通じて自身と異なる内容の意見を意識的あるいは無意識的に規制し、真理の探究や自己統治、自己実現といった修正第1条の基本的な目的の実現を妨げる可能性が高いということである。また、③コミュニケーションの衝撃とは

内容規制は対象となる表現が発信された場合の聴衆への不信感や悪影響、つまりその表現に対して聴衆が賢明な判断を下すことが期待できないか、敵対的な聴衆を生み出すという理由でたいていなされるところ、そのようなパターンリズム的あるいは不寛容的な考えは修正第1条とは相容れないということである。ストーンによれば、内容中立規制においてはこれらの要因が内容規制と同様の頻度では生じないために、内容規制と同様の厳格な判断基準が用いられてこなかったという³²⁾。もっとも、ストーンは内容中立規制であっても自由な表現の総量に重大な減少を生じさせると主張しており、代わりとなる表現手段があっても発信者が好む表現手段が禁止されれば実質的には表現の自由に対する重大な制限になる、特定のタイプの発信者や特定の見解を有する発信者が積極的に使用している表現手段を禁じれば重大な歪みが生じる等の問題点も指摘している³³⁾。

ダニエル・ファーバーとジョン・ノワクも、時、場所、方法の規制においてより低いレベルの審査基準が用いられる根拠として、修正第1条の中心的な禁止内容である検閲についての脅威が相対的に小さいことや特定の方法、場所、時において表現できない不便さに個人の自律への過激な介入はみられないことに加え、すべてのコミュニケーションチャンネルを禁じていない限りで、修正第1条に内在する社会的あるいは市場の価値における損失は少ないことを挙げている³⁴⁾。

また、クリスティーナ・ウェルズは、特に個人あるいは社会の自律(autonomy)の観点から、審査基準の違いについての説明を試みている。すなわち、両者の違いは我々の思考過程を州による干渉から保護する必要性、つまり内容規制についてはその表現内容に晒されると個人は正しく判断できなくなり、ゆえにそのような不快で好ましくない表現と関わるべきではないという政府の不信やパターンリズムに基づいている点で自律とは対照的であるし、支配的な意見が異なる意見を封殺している点で他者の思考過程

を軽蔑している。一方で、内容中立規制については、表現のメッセージ性と関係なくすべての表現を対象としているし、表現する機会にはほかに開かれているため、政府が個人の思考過程を抑圧するために表現を規制するようには思われず、たいてい内容規制ほどには個人の尊厳に影響を与えることはないのである³⁵⁾。

③ 評価

内容中立規制に関する各論者の見解を整理すると、表現の方法に対する規制については、主に表現内容の間で差別的な扱いがあるのか否か、思想の自由市場に流れる情報量が減少し市場を歪めるおそれがあるのか否か、政府の干渉によって市民の自律的な判断が抑圧されるのか否かといった観点からその可否が判断されてきたといえる。そして、部分的規制理論については、後二者の見解から説明できるように思われる。すなわち、市民の自律的な判断を確保するためには、重要な政府利益を達成するための規制であっても、市場への情報発信の手段であるメディアすべてを規制対象にすることは当然許されない。そこで、どのメディアが規制対象となるのが問題になるところ、市場へ発信する情報量が多いメディアを規制すれば市場を歪める度合いが大きくなるため、発信する情報量が少ないメディアがより規制の対象となる。その場合、周波数という技術的な制限があり、発信する情報量に限界が生じうると思われる放送メディアのほうがほかのメディアよりも規制の対象になってしまう³⁶⁾。以上のように説明できるが、ボリンジャーが主張するメディアの自律と規制の実現という観点から部分的規制を肯定できるかどうかについては、かかる目的がメディア規制を正当化できる政府利益になりうるかという問題であるところ、そのような問題は各事案の立法事実等に基づき判断されるべきであって、一律に判断されるべきではないようにも思われる。

2. レントシーキング論

1) 憲法上の問題点

レントシーキングに基づく見解というのは新規参入を排除してメディア関連で生じる莫大な利益を独占したい事業者と強大な発信力を有するメディアからの政治批判を回避したい政府との利害関係の一致としてメディア規制を捉えようとする考え方といえる。仮にメディアに対する規制がそのような背景を有しているとしても、表現の自由など憲法上の価値に反するのであればそのような状況は当然是正されるべきであるが、憲法上の価値に反しないのであれば選挙などを通じて政治的に解決されていくべきことになる。そこで、このようないわゆるレントシーキング問題が憲法上ではどのように位置づけられるのかについてまず考える必要がある³⁷⁾。

一般的なレントシーキングにおける憲法上の問題点としては、まず政治的な不平等が挙げられる。本来、政治家たちは理想的な公共政策についての好みをもって立法上の議論に臨み、最良の公共政策が何かに関する討議を重ねてその結果が政治において正確に反映されるべきところ、実際には、政治家たちが自らの再選を望むために、政治家自身よりも有権者の好みが反映されており、結果として合理的な討議や公共善の促進からは遠ざかっている。そして、このようなプロセスは企業等がロビイストなどを通じて影響力を行使することによってさらに歪められる。つまり、再選の機会を最大化したい政治家はロビイストなどを介して企業等から選挙運動等において支援を受け、その見返りに立法活動の内容を企業等の好みに合うように変更してしまう。そして、企業等が多くのロビイストなどを雇うためには資金が当然必要になるため、裕福な者であればあるほど自身に好ましい公共政策を得ることができ、逆に裕福でない者の好みは反映されなくなり、両者の間で政治的な影響力に差が生じてしまうのである。また、資金面だけではなく知識面、すなわち企業や団体の専門家集団によって、討議が一般市民からかけ

離れてしまうこともありうる³⁸⁾。

また、請願権に対する侵害も挙げられる。マギー・マッキンリーによれば、レントシーキングを含めロビー活動というのはそもそも政府に請願しようとする者が請願書を作成し提出するために弁護士を雇い始め、その後、議会の構成員と個人的に接触し決定プロセスを監視することまで代理人に依頼するようになったのが始まりであるという。そして、修正第1条で保障されている表現の自由が多数派決定ルールとして思想の自由かつ競争的な市場を促進させる機能を保護しているのに対し、同条で同じく保障される請願権は個人や少数派が法律の制定プロセスにおいて意見する手段を提供しており適正手続きの保障に類似した権利であって、ロビー活動は後者の権利が侵害されている。そのうえで、請願権では政府との正式な関与が保障されているが、非公式な手段を通じて正式なプロセスを迂回し弱体化させる努力までは保障されていない。ゆえに、法律の制定プロセスに対して公的で平等なアクセスを可能にする請願手続きを構築し、透明性や予測可能性を保障するようなガイドラインを示すことで、適切な政治関与は肯定しつつ不適切な政治関与を否定すべきであるという³⁹⁾。

さらに、経済的、財政的な非効率性ひいては国民の経済的自由や財産権に対する影響も考えられる。マンサー・オルソンによると、レントシーキングに従事している組織、つまり「追加的な産出物の生産よりむしろ、所得や富の分配をめぐる争いの方を強く志向している」組織である特殊利益集団は生産物の価格または賃金を引き上げたり、一部の所得に対する税率を引き下げる立法措置を求めたりすることで、組織内のメンバーの利益を増大させつつも、社会における効率性や産出量を減少させてしまう。より具体的には力関係を維持するために経済の変化への対応力や開発力を失わせて成長率を鈍化させる、取り分を確保するために新規参入を制限する、特別な規定や例外が設けられることで規制が複雑化するという問題が生じてしまうと

いう⁴⁰⁾。また、リチャード・ヘイセンは、これらのコストに加えて、政府が重複するあるいは非効率なプログラムに資金を投入する結果も生じさせてしまうことも指摘する。したがって、レントシーキング活動を制限すれば経済生産性の改善や財政赤字の減少につながるようになる⁴¹⁾。

2) 制限の可否

以上の問題点を踏まえると、このようなレントシーキング活動は規制して放送メディアに対する広範な規制を撤廃する必要があるように思われるが、レントシーキングに対する規制は一方で企業等の権利と衝突する可能性がある。この点について比較的参考になるのがCitizens United v. Federal Election Commission事件の連邦最高裁判決である。本件では、非営利法人である上訴人Citizens Unitedが当時の大統領選挙の候補者であったヒラリー・クリントンを批判するドキュメンタリー映画を作成して劇場で公開およびDVDを販売し、さらに販促のために民主党予備選挙30日前から同映画のオン・デマンド配信と計3種類のテレビ広告の放映を計画した。これらの行為については、企業や組合が一般会計から直接候補者に献金することを禁じ、特定の候補者の当選や落選を明示的に支持する独立の出費を規制する合衆国憲法典441b条、同条を修正し予備選挙30日前あるいは本選挙60日前から放送、ケーブル通信、衛星通信を通じて候補者に言及することを禁じた2002年超党派選挙運動改革法(the Bipartisan Campaign Reform Act of 2002: BCRA) 203条に違反するおそれがあった。それゆえ、これらの規定および候補者と無関係である旨の免責注意事項の表示や選挙運動のために年間1万ドル以上献金した場合の氏名等の公表を義務づけるBCRA201条と311条が違憲であるか否かが争われた⁴²⁾。ケネディ裁判官による相対多数意見はまず、本件配信が441b条の適用対象となると判断したうえで、尋ねたり聞いたり話したりコンセンサスを得るために情報を使用したりする

市民の権利は自己統治を機能させ守るために必要な手段であって民主主義に不可欠であり政治的表現に負担を課す場合には厳格審査に服することを確認し、本件規制の正当化理由について検討している⁴³⁾。そして、法人の形式による助けによって経済市場で得られた莫大な富が利用されて選挙過程が腐敗、歪曲することを防ぐという政府利益については、そのような利益を認めれば話し手の法人属性を理由として表現規制することを認めることになるし、テレビや新聞といった大衆伝達の最も主要な手段を有するメディア法人への規制につながりかねず、思想の自由市場を侵害することにもなる等を理由に認められないと判断している⁴⁴⁾。また、汚職とその外観、すなわち見返りを求めて多額の政治献金を提供することを防ぐという政府利益についても、直接の献金だけでなく独立した支出にまで制限を及ぼせば萎縮効果が生じ、そのことは汚職の防止のみでは十分に正当化できない。加えて、独立した支出については候補者と折り合わない有権者に対する政治的表現であり、有権者を説得するために資金を用いることは有権者が選ばれた候補者に影響力を有することを前提としていることから、汚職等を規制しなければ人々が民主政治に参加することを拒絶してしまうという根拠は当てはまらないとして否定している⁴⁵⁾。以上などを述べたうえで、30秒間のテレビ広告は政治的なメッセージを発信するのに効果的であるけれども、技術の急速な発展に伴いブログやウェブサイトなどインターネットも同様に候補者の重要な情報を市民に提供できるのであり、441b条では法人が支援するブログ等にまで規制が及んでしまうということにも言及して、同条が修正第1条に違反するとの判断を下している⁴⁶⁾。また、注意事項や情報開示を義務づけるBCRA201条および311条については、広告元が特定されることで少なくとも候補者や政党と関わりがないことが明らかにされ混乱を回避できるようになるし、情報公開のほうがより制限的でない規制であり、また、開示されることで発信者が報復を受けたり萎縮効果が生じ

たりするおそれがあるという証拠はないとして修正第1条に違反しないとしている⁴⁷⁾。よって、同判決はあくまで選挙プロセスにおける候補者と企業等の関係が争点となったケースではあるが、レントシーキングも政治家と企業等の関係についての問題であることは同様であるため、その規制においては表現の自由との関係が問題になると考えられる⁴⁸⁾。

ただし、この問題につき、スティーヴンス裁判官は同判決での一部反対意見において、相対多数意見が企業の選挙活動による腐敗可能性と長年戦ってきた立法府ひいてはアメリカ人の意思を拒絶していることを厳しく批判している。すなわち、まず相対多数意見は選挙支援につき個人と法人を区別することを否定しているところ、公職者の選挙の文脈で個人と法人を区別することは重要であり、個人が社会に貢献することはあっても、法人は投票も立候補もできず有権者でない者がその法人を管理している場合もあるため、むしろ有権者の利益と衝突する可能性がある。加えて、修正第1条について発話者の属性に基づく異なる規制を認めた先例もさまざまな文脈で見受けられるし、法以外の場面ではむしろ発話者の属性や意図がその表現に関係することは当然のことであると解されており、選挙時の政治献金において法人が選挙プロセスを崩壊させる特有の可能性を有していることは長い間認識されている。さらに、法人は、所有者等に対して「有限責任」であり、「永遠の人生」を有し、所有と管理が分離され、資産の運用について優遇措置を受けており、株主の利益を最大化するために資産を運用するための能力を高めることができる。また、良心などを持たず、憲法で制定された人民のメンバーではない。それゆえ、個人の自己実現という価値は観念できないため、法人の選挙活動を規制しても修正第1条を侵害する可能性は低く、むしろ法人による選挙活動によって国民の声が届かなくなり市民の政治能力や政治への関心が失われてしまうかもしれない。また、法人の候補者に対する直接献金とは異なる独立した費用に対する規制に

ついて、政治的な腐敗はさまざま形態をとるため、特定の候補者に対する直接の買収や賄賂だけでなく候補者への援助や中傷を内容とする広告を発信してアクセスをつなぐこともありうるものであり、かかる規制を拒絶することは不合理で不公平である。以上のような事柄を法定多数意見は考慮したり調査したりしていないとして、スティーヴンス裁判官は一部反対の立場を示している⁴⁹⁾。

両者の立場を比較すると、特に法人が選挙候補者を直接献金とは異なる形で支援することに対する規制の可否について差異があるように見受けられる。相対多数意見はかかる問題を表現の自由と関連づけたうえで、規制の目的が「政治の腐敗」のみでは表現に対する規制としては正当化できないと主張する一方、一部反対意見は「政治の腐敗」という政府利益が軽視されていることに反対しており、要するに表現の自由という民主主義の実現に不可欠な権利を規制するのに「政治の腐敗」という抽象的な利益では足りないのではないかということが争われている。この点については選挙支援の場面に限らず一般的なレントシーキングやロビー活動においても当てはまるように思われる⁵⁰⁾。確かに「政治の腐敗」という表現のみではどのような不利益が生じるか不明瞭であるところ、前述した政治的不平等や請願権、あるいは経済的、財政的な非効率性なども含めた利益と解すれば、企業等の政治的な表現活動と同様にそのほかの個人の権利なども当然重要であることから、直接の政治献金以外の支援行為に対してある程度制限することも可能ではないかと考えられる⁵¹⁾。

V おわりに

以上、本稿ではメディア特性論に関して、連邦最高裁とは異なるアプローチの中で2つのアプローチを検討した。本稿で検討したアプローチの中ではレントシーキングに基づくアプローチがメディアに対する規制の現状、すなわち放送メディアに対する広範な規制と印刷メディア

やインターネットに対する規制の整合性について比較的矛盾なく説明できるように考えられた。

また、本稿で取り上げたアプローチでは法的な観点だけでなく、心理的な側面、政治的な側面などさまざまな角度からの分析が試みられていたが、どのアプローチにおいても民主主義を実現するためにメディアをどのように規制していくかという問題意識を前提としていることは興味深い。つまりは、メディアは民主主義を実現するのに不可欠な手段という共通認識があるということである。しかしながら、民主主義のための手段ということをあまりに強調しすぎれば、かえって個人の意見発信の手段という価値を見落としてしまう可能性があるため、情報通信技術に対する規制問題においても、両者のバランスを常に意識しておく必要があるのではないと思われる。

注

- 1) 表現媒体の性質に基づく基準のあり方に関する連邦最高裁の立場については、岡根好彦「インターネット上の表現に対する規制—メディア特性論に関する連邦最高裁判決の検討を中心に—」*阪南論集社会科学編*第53巻2号(2018年)43-64ページなどを参照。
- 2) *Reno v. ACLU*, 521 U.S. 844 (1997).
ただし、近年米国でネットワーク中立性(Network Neutrality)規則撤廃の是非が議論されているように、将来的にはインターネットが低コストで利用可能な表現媒体と一概に言える状況にはならなくなるかもしれない。つまり、これまでは同規則のもと利用者やコンテンツ等の特性によって差別されることなく平等に利用されるべきことがインターネットに求められていたところ、同規則が廃止されると通信会社に高い料金を支払うことができる者は高速の回線を利用でき、支払うことができない者は低速の回線のみ利用できるという事態も生じうることになるのである。なお、米国におけるネット中立性規制の変遷を整理した論考として、実積寿也「ネット中立性規制 ver.4へ—ネットワーク中立性3.0の世界—」*情報法制研究*第3号29ページ以下などを参照。
- 3) Ronald H. Coase, *The Federal Communications Commission*, 2 J.L. & ECON. 1, 14 (1959).
- 4) Christopher S. Yoo, *The Rise and Demise of*

the Technology-Specific Approach to the First Amendment, 91 Geo. L.J. 245 (2003).

- 5) 表現媒体特に放送メディアに対する規制の論拠としては、本稿で紹介する学説のほかに、公物説(特権説)、衝撃説、稀少説(有限説)といった見解がこれまでに示されてきた。公物説(Public Domain Theory)とは、「電波は国民共有の財産であり『公物』であるから、これを国民から信託された被免許者(放送事業者)はFCCの定める『公共の利益』に奉仕する限りにおいて『公物』の使用が許される」という見解であり、またこの説に連なる見解として、被免許者は「特権」を付与された者であるからFCCのルールに服し「公衆のための受託者」として行動しなければならないという特権説がある。そして、衝撃説とは、「受け手」に強い影響力を及ぼす機能を有している表現媒体、つまり放送については番組内容に対する規制が正当化されるという見解であり、稀少説(有限説)とは電波の物理的な有限性を規制の根拠とする見解である。芦部信喜「放送番組の編集基準と言論表現の自由—アメリカにおける論議を素材として—」伊藤正己編『放送制度 その現状と展望 1』(日本放送出版協会, 1976年) 59-64ページ、池端忠司「アクセス権に関する一考察(中): アメリカの最近の議論と部分的規制理論の正統性」六甲台論集第33巻 2号 141-148ページなどを参照。これらの見解に関しては、先行研究が充実していること、これらの見解に言及した連邦最高裁判決についてすでに別稿で検討したことから本稿では割愛する。

また近年では、表現媒体の複雑多様化に伴い、表現媒体の性質よりも表現者が「プロ」であるか「アマチュア」であるかを基軸としてメディア関連の法を再構築しようとする見解が日本で提示されている。曾我部真裕「情報漏洩社会のメディアと法」*Journalism* 251号 44ページ以下、宍戸常寿「ジャーナリズム」佐々木弘道ほか編著『現代社会と憲法学』(弘文堂, 2015年) 4ページ以下など。これらの論考を紹介するものとして西土彰一郎「放送法の思考形式」メディア法研究第1号 95ページ以下など。そもそもマス・メディアあるいはジャーナリズムの理解については、駒村圭吾によると、媒体モデルと実体モデルの2つがあるという。媒体モデルとは「情報の発信源と受領者をつなぐネットワークとしてメディアが有する存在意義を自覚するものの、その媒体機能に徹しようとして、特殊な実体的エトスを担うことを…拒絶する」考え方であり、実体モデルとは「ジャーナリズムを、情報主体間の媒介としてではなく、情報主体そのものとして規定し、主体化したジャーナリズムに言論表現活動に内在する倫理と責任を積極的に果たさせようとする」考え方である。駒村

圭吾『ジャーナリズムの法理 表現の自由の公共的使用』(嵯峨野書院, 2001年) 47-48ページ。この駒村の分類に依拠するならば、本稿は媒体モデル、「プロ」・「アマチュア」の区別は実体モデルに比較的近い議論になるのではないかと思われる。ただし、駒村も述べているように、両モデルは相互に独立した考え方ではなく、媒体モデルのみに注目することはジャーナリズムの活動によって影響力が増幅されてきたことを看過することになるし、実体モデルのみに注目することは情報流通プロセスにおける市民やほかの流通機構の役割を無視することになる。それゆえ、表現媒体あるいはジャーナリズムのあり方を検討していくうえでは両者のモデルを理解し、両者が相互にどのように機能しているかを常に意識しておく必要がある。駒村・同上 49-52ページ。

- 6) なお、日本の表現媒体に関する論議において部分的規制論を示唆している論者として、たとえば長谷部恭男と浜田純一が挙げられる。長谷部恭男は、情報の伝達面で「即時性、同時性、さらに低廉性、各家庭への浸透性」が相対的に優れている放送にのみ多様なアクセスを保障するような規制を認めることにより、新聞との間での批判と均衡を通じた情報の全体の多様化が促され、他方で放送への過度の規制を自由な新聞が批判するとともに放送規制を新聞との関連で厳格に正当化する必要性を基礎づけることで過剰な規制への抑制効果も期待できると主張している。長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂, 1992年)、同「公共放送の役割と財源—英国の議論を素材として—」舟田正之ほか編『放送制度の現代的展開』(有斐閣, 2001年)などを参照。浜田純一は、表現媒体に関する自由には「表現者が意見を表明し情報を流布する自由を保障するという側面(主観的側面)」と「社会に流通する意見や情報の幅広い多様性を保障するという側面(客観的側面)」が存在するというドイツの枠組みを参考に、印刷メディアについては主観的側面を保障すれば客観的側面の保障にも自然に至るという社会的な認知が歴史的に確立しているのに対し、放送メディアなど比較的新しいメディアについてはそのような認知や機能が確立されていないために主観的側面の保障に加えて客観的側面の保障を実現するための規制が許容される余地を残していると主張している。浜田純一『メディアの法理』(日本評論社, 1990年)、同「情報法」(有斐閣, 1993年)、同「基調講演 『放送の自由と規制』論は超えられるか?」メディア法研究第1号 137ページ以下などを参照。もっとも、浜田の主張に対しては、主観的側面の保障につき客観的側面の保障が伴う旨の立論となっているところ、そのような立論はマス・メディアの表現活動を念頭に

Oct. 2019

メディア特性論に関する学説の検討

- 置いており個人の表現活動には当てはまらないのではないかとの指摘もなされている。市川正人『表現の自由の法理』(日本評論社, 2003年)24ページ。
- 7) Lee C. Bollinger, *Images of a Free Press* 1, 20-21, 56 (1991).
- 8) *Id.* at 62-74, 78-84.
- 9) *Id.* at 85-97. 特に後者については、放送メディアが普及初期の段階では秩序形成をもたらす政府の広範な規制が認められつつも、やがて「ジャーナリスト」として修正第1条の観点から政府の介入が拒否されたという連邦最高裁判例の流れからも理解できるという。*Id.* at 98-99.
- 10) *Id.* at 110-116.
- 11) *Id.* at 116-117.
- 12) *Id.* at 120.
- 13) *Id.* at 139-141. なお、ボリンジャーの部分的規制理論などをアクセス権の観点から整理した論考として池端忠司「アクセス権に関する一考察(上)(中)(下・完): アメリカの最近の議論と部分的規制理論の正統性」六甲台論集第33巻1号142ページ以下、前掲注5)131ページ以下、六甲台論集第33巻4号103ページ以下などを参照。
- 14) なお、「レントシーキング」の定義に関してはさまざまであるが、本稿では森脇俊雅による「政治過程を通じて特定個人とか集団に特別な扱いとか取り決めを与えることにより、差別的利益をもたらす活動」という定義に沿って検討する。森脇俊雅「レントシーキング問題について」法と政治第48巻1号273ページ(1997年)。
- 15) Yoo, *supra* note 4, at 352.
- 16) Thomas W. Hazlett, *Explaining the Telecommunications Act of 1996: Comment on Thomas G. Krattenmaker*, 29 Conn. L. Rev. 217, 219-220 (1996).
- 17) Matthew Spitzer, *Dean Krattenmaker's Road Not Taken: The Political Economy of Broadcasting in the Telecommunications Act of 1996*, 29 Conn. L. Rev. 353, 354-360 (1996).
- 18) Thomas W. Hazlett, *Symposium: Telecommunications Law: Unscrambling the Signals, Unbundling the Law: Article: Physical Scarcity, Rent Seeking, and the First Amendment*, 97 Colum. L. Rev. 905, 912-913 (1997).
- 19) また、ボリンジャーの理論に対する批判として、放送メディアへの規制を認めるにしてもその限界つまりは合憲性の基準が明らかにされていないとの指摘もなされている。池端「アクセス権に関する一考察(下・完)」・前掲注13)119ページ。
- 20) Geoffrey R. Stone, *1992 Survey of Books Relating to the Law; II. Speech and Democracy: Imaging a Free Press*, 90 Mich. L. Rev. 1246, 1257 (1997).
- 21) *Id.* at 1257-1258.
- 22) *Id.* at 1258.
- 23) 米国の通信・放送行政およびそれらを管轄するFCCの設立過程に関しては、上原伸元「20世紀初頭の米国の無線通信政策と連邦通信委員会(FCC)の設立過程」情報通信学会誌第27巻3号131ページ以下、音好宏「米国における放送制作の特質とその今日的課題」舟田正之ほか編『法曹制度の現代的展開』(有斐閣, 2001年)109ページ以下、小林レミ「米国放送産業の成立とローカリズム」立教経済学研究第66巻1号111ページ以下、菅谷実『アメリカのメディア産業政策—通信と放送の融合』(中央経済社, 1997年)、水越伸『メディアの生成—アメリカ・ラジオの動態史』(同文館出版, 1993年)などを参照。
- 24) ボリンジャーの部分的規制論に対し、山口いつ子はボリンジャーのもう1つの代表的な著書である『寛容な社会(The Tolerant Society)』との比較から分析している。Lee C. Bollinger, *The Tolerant Society: Freedom of Speech and Extremist Speech in America* (1986). 山口によると、ボリンジャーは、部分的規制論のもとでは印刷メディアと放送メディア、『寛容な社会』では言論行為と非言論行為との間で異なる規制のあり方を論じており、法の目的を達成する手段としてアシンメトリー(非対称性)を重視しているという。そして、そのような非対称性が重視されているのは、人間の複雑な行動や心理などを一貫した論理性の中で捉えることが現実的には困難であり、そのような姿を法により反映させようとした態度の表れではないかと山口は結論づけている。山口いつ子『情報法の構造 情報の自由・規制・保護』(第2版, 東京大学出版会, 2010年)109-139ページ。なお、『寛容な社会』については、池端が翻訳書を近年執筆しており再注目されている。リー・C・ボリンジャー(池端忠司訳)『寛容な社会—アメリカ合衆国における言論の自由と過激派の言論』(春風社, 2018年)。
- 25) もっとも、時・場所・方法の規制が内容中立規制と直結するわけではなく、場合によっては内容規制となりうることもありうる。たとえば、後述のモズリー判決では、ピケティングという表現方法についての規制であるが、表現内容に基づく規制と判断されている。ゆえに、長岡徹は時・場所・態様の規制に異論がないのは「他の時、ないし他の場所、ないし他の態様での表現が可能である」というところに根拠がある」と主張する。長岡徹「表現の自由と規制類型論—表現内容に基づく規制と内容中立的規制区分論の検討(一)」香川大学教育学部研究報告第1部68号93ページ。

なお、表現「方法」に対する規制としては、新聞や放送以外にもビラ配布、ポスターなどの掲示、拡声器などもこれまでに裁判所等で具体的に議論されてきた。この点に関して検討している論考として、紙谷雅子「表現の自由(二)―合衆国最高裁判所に見る表現の時間、場所、方法および態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型―」国家学会雑誌第102巻1・2号46ページ以下などを参照。

- 26) *Police Department of the City of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92, 92-94 (1972).
- 27) *New York Times Co. v. Sullivan*, 376 U.S. 254 (1964).
- 28) 408 U.S. at 95-96.
- 29) *Id.* at 98-99.
- 30) *Id.* at 99-102.

なお、表現内容に中立的な規制に関する連邦最高裁のこれまでの動向については、紙谷雅子「表現の自由(一)―合衆国最高裁判所にみる表現の時間、場所、方法および態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型―」国家学会雑誌第101巻1・2号1ページ以下などを参照。

- 31) Kenneth L. Karst, *Equality as a Central Principle in the First Amendment*, 43 U. Chi. L. Rev. 20, 21-26 (1975). なお、カーストはわいせつ表現などの特定の表現を修正第1条で保護される領域の外側に位置づけるアプローチについて、思想の自由市場を拒絶する考えとして痛烈に批判している。*Id.* at 29-35. もっとも、マーティン・レディッシュはカーストの見解に対して、平等原理が修正第1条の原理と衝突すること、すなわち一部の表現を規制するよりもすべての表現を規制するほうが平等原理を充たすことになってしまうこと、あるいは争的言辞やわいせつ表現など一部の表現が異なる扱いを受けていることについて説明できていないと批判している。Martin H. Redish, *The Content Distinction in First Amendment Analysis*, 34 Stan. L. Rev. 113, 136-139 (1981).
- 32) Geoffrey R. Stone, *Content-Neutral Restrictions*, 54 U. Chi. L. Rev. 46, 54-57 (1987).
- 33) *Id.* at 65-66, 68-69. このようなストーンの見解とその問題点について、レディッシュは、①内容中立規制であっても特定の手段や時間において異なる事実や意見を聞く機会が妨げられるのであるから市場を歪めることにほかならないし、すべての見解を平等に規制して公衆に認知させないことは内容規制と同程度に市場の機能を埋没させる、②特定の見解に対する政府の不同意に基づく表現規制が不適切であるからとあって、そうではない理由に基づく表現規制が不適切ではないことにはならない等を強く主張している。Redish, *supra* note

31, at 130-134. また、市川正人も①の点に関連して、コミュニケーションにおける表現の手段や態様の意義は一様ではないことを主張する。つまり、マス・メディアを利用する財力がない人々にとってのビラまきや掲示物などのように、特定のグループや見解にとって特別な意義を有する手段や態様もありうるのであって、そのような場合にその手段等を規制すれば差別的な効果は大きくなるし、その手段等を選択して自己を実現しようとした表現者の意思を制約しているのである。市川・前掲注6) 193-200ページ。橋本基弘も同様に財政的に恵まれない表現者がマス・メディアを中心とした表現に対抗できるような表現効果を獲得するためには手段の選択も保障される必要があり、したがって「表現の自由は表現内容だけでなく表現手段の選択をも保障する権利として構成されなければならない」ことを強調している。橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』(中央大学出版部, 2014年) 207ページ。また橋本は、思想の自由市場論との関連を主張する場合、経済学と同様に市場の失敗が生じることを認め、政府の積極的な介入を許容すべきであるかという難問に直面することも問題点として挙げている。同上 206ページ。

- 34) Daniel A. Farber and John E. Nowak, *The Misleading Nature of Public Forum Analysis: Content and Context in First Amendment Adjudication*, 70 Va. L. Rev. 1219, 1237 (1984).
- 35) Christina E. Wells, *Reinvigorating Autonomy: Freedom and Responsibility in the Supreme Court's First Amendment Jurisprudence*, 32 Harv. C.R.-C.L. L. Rev. 159, 173-177 (1997). もっとも、ウェルズによると、両者の違いは自律の一側面にすぎず、個人による他者の思考過程への抑圧に関する側面は煽動や闘争的言辞などの低価値言論に対する規制でみられるという。*Id.* at 177-185.

また、内容中立的な規制に関しては、ほかにも「相対立競合する場所や施設に関する交通整理」も緩やかな判断の根拠として挙げられている。つまり、特に表現の方法に関する問題においては伝達手段を物理的にどのように確保するかを考慮することが不可欠であるところ、公共の施設や場所を配分する場合、これらの資源については公共目的のために効果的に利用しなければならないという要請があるために公平性が要求され、修正第1条を根拠に配分における圧倒的な優位を主張することができない。紙谷・前掲注30) 10-11ページ。

なお、表現に対する規制を分類するアプローチとしては、内容規制と内容中立規制の二分論以外にもさまざまに提唱されている。たとえば、ジョン・ハート・イリイ、メルヴィル・ニマー、ロー

レンス・トライブなどが提唱した意思伝達的インパクト (communicative impact) 理論が代表的である。同理論の概要としては、規制目的がコミュニケーションの事実、表現に対する他者の反応に関する場合に厳格な審査基準が適用され、それらに向けられていない場合には利益衡量のアプローチが適用されるという考え方である。See John H. Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (1980); Melville B. Nimmer, *Nimmer on Freedom of Speech* (1984); Laurence Tribe, *American Constitutional Law* (1978)。もっとも、同理論は内容規制と内容中立的規制の区別に必ずしも一致しないし論者によっては意思伝達的インパクトに基づかない規制が厳格な審査に服さないということを主張していないとの指摘、表現規制の種類や性格による危険性の違いよりも司法審査のあり方から構築されておりすぐれて技術的であるとの指摘がなされている。長岡徹「表現の自由と規制類型論—表現内容に基づく規制と内容中立的規制区分論の検討(二)—」香川大学教育学部研究報告第1部69号102-104ページ、橋本・前掲注33)199-201ページ。

- 36) もっとも、放送メディアが規制対象になってしまうのはあくまで現状の技術水準においてである。「放送／新聞という仕切りで規制を配分するかは、技術の関数であると同時に、…多様性確保のための公共空間をどのように、またどこに構想すべきなのか」と駒村が述べているように、今後の技術発展などによって別のメディアが規制対象になることも当然ありうる。駒村・前掲注5)168ページ。
- 37) なお、日本の通信産業におけるレントシーキング問題を取り上げた論考として、たとえば大村達弥「第一種電気通信産業における寡占市場と事業規制：公的規制とレントシーキング」三田学会雑誌第85巻4号643ページ以下などを参照。
- 38) Richard L. Hasen, *Lobbying, Rent-Seeking, and the Constitution*, 64 *Stan. L. Rev.* 191, 216-219 (2012)。なお、ロビイストは資金を提供するというよりも信用度の高く役に立つ情報を提供し信頼関係を構築するという形で政治家に働きかけようとする。*Id.* at 219-228。

しかし、連邦最高裁は *Buckley v. Valeo* 事件において政治的平等を理由とする規制を否定している。同事件では、①特定の選挙の1人の候補者に対する献金額、「明らかに特定の候補者と関連する」独立の支出の1年間の金額、選挙運動や政党の国内大会のための候補者の支出を制限し、②特定のレベルを超えた献金や支出の報告開示を義務づけ、③大統領選挙の運動への公的助成を定め、④これらの制限を管理実施するために連邦選挙

委員会 (Federal Election Commission) を設置する1974年改正連邦選挙運動法 (Federal Election Campaign Act Amendment of 1974) の合憲性が争われた。*Buckley v. Valeo*, 424 U.S. 1, 6-7 (1976)。連邦最高裁は、同法が支払可能な金銭を有する人々や利益団体の声を制限して連邦の選挙運動全体の範囲を縮小させ、市民や団体による政治的表現のための支出に上限を設定することで選挙の結果に影響を与えるすべての投票者の能力を相対的に平等化することを狙いとしており、コミュニケーションの抑圧を含んでいるため、厳格審査に服することを強調したうえで、寄付制限と支出制限を比較すると、後者のほうが議題の数を制限することで表現の量、これらへの探究の深み、聴衆へ到達する範囲を減少させ、政治的言論の量と多様性を実質的に制限しているとしてより厳しく判断する必要があるとの見解を示している。*Id.* at 17-20。そして、寄付制限に関する規定については、効果的な選挙運動のためには大量の資金が必要不可欠であり、大口の献金が現職あるいは潜在的な公職者からの政治的な見返り (*quid pro quo*) のために提供される場合、代表民主政の健全さが失われてしまうし、大口の献金が許容される政治では権力濫用の機会が存在することに公衆に認知されているために腐敗の外観の危険性も同様に認められるなどを理由に十分に正当化されるとの判断が下されている。*Id.* at 23-38。一方で、支出制限に関する規定に関して、まず「明らかに特定の候補者と関連する」独立の支出の規制に対しては、いくつかの大口の支出を規制しているだけであるため特定の候補者への支持や不支持を明確に表明しなければ多くの金銭を支出することも可能であるし、メディア広告や宣伝活動への支出は寄付として扱われているので規制対象の独自支出は選挙運動に役立たず腐敗の可能性は小さく、むしろ修正第1条の核心に重い負担を課しているとして腐敗防止という政府利益では正当化できない。*Id.* at 45-48。そして、選挙の結果に影響を及ぼす能力の相対的な均等化という利益については、修正第1条は「多様で相反する情報源からの可能な限り最も広範な流布を確保」し、「人々が望む政治的あるいは社会的変化をもたらすための思想の無遠慮な交換を保障」するための規定であって、社会のある構成員の声を相対的に高めるためにほかの構成員の言論を政府が制限するかもしれないという考え方は完全に異質であると述べている。*Id.* at 48-49。また、候補者個人あるいは家族の財源からの支出の制限に関しても、むしろ個人的な支出を認めたとほうが外部の献金への依存を減少させ同法が対象としている外圧とそれに付随する濫用の危険に対抗できるため腐敗防止という利益は認められ

ず、個人的な支出を規制したところで候補者は競争相手に勝つために外部資金の捻出に努めるだけであり候補者個人の言論の自由を不当に制限することになるため候補者間の資金的な平等という利益も認められないため違憲である。Id. at 51-54. さらに、選挙運動における支出の完全な制限に関しても、腐敗の防止は献金の規制と開示のほうが実現できるし、選挙運動で自身のメッセージを選挙民に届けるために候補者に対する支援の規模と強さに基づく資金を利用することは不適切ではなく、資金を均等化することはむしろ名前や意見が認知されていない候補者にハンディを与えることになるなどを理由に違憲であるとの判断を下している。Id. at 54-59.

もっとも、バックリ判例においては改正連邦選挙運動法の規制の内容が政治的平等の観点から正当化できないと判断されているのみであり、政治的平等を理由とした別の規制が認められる余地はあるかもしれない。また、表現の自由と討議民主主義の観点から同判決を否定する主張もみられる。この点に関しては、川岸令和「言論の自由と熟慮に基づくデモクラシー—その予備的考察—」早稲田政治経済学雑誌324号242ページ以下を参照。

39) Maggie McKinley, *Lobbying and the Petition Clause*, 68 Stan. L. Rev. 1131, 1154-1156, 1189-1190, 1199-1201 (2016).

40) マンサー・オルソン (加藤寛監訳) 『国家興亡論—[集合行為論からみた盛衰の科学]—』(PHP研究所, 1991年) 96-97ページ, 122-140ページ, 231-232ページ。

なお、ジョセフ・トメインはレントシーキングも含まれるロビー活動に関して、④政治的不平等 (political inequality), ⑤腐敗 (corruption), ⑥公共の福祉 (public welfare), ⑦経済的不平等 (economic inequality) という4つの問題が生じると主張している。Joseph P. Tomain, *Gridlock, Lobbying, and Democracy*, 7 Wake Forest J. L. & Pol'y 87, 104-105 (2017). もっとも、⑥については利益団体がロビー活動を通じて有益な情報機能を提供することで議会や政府が利益団体と不適切につながり彼らに有利な立法や規制がなされてしまうという問題、⑦についてはヘイセンらと同様、少数の企業に富と資本が集中することにより消費者や同業他社が不利益を被る、および複雑な規制によって政府あるいは経済の無用なコストが生じるといった問題と述べており、前者は④政治的平等、後者は⑦経済的不平等の一内容といえ、また、本稿で述べている政治的不平等や経済的非効率の議論と大きく異なるところはない。Id. at 106-113.

41) Hasen, *supra* note 38, at 231-232.

42) *Citizens United v. Federal Election Commission*,

558 U.S. 310, 319-321 (2010). なお、同判決に関する邦語文献として、落合俊行「アメリカ連邦選挙運動資金における『選挙広告性出制限』規制の憲法学的考察—Citizens United v. Federal Election Commission事件連邦最高裁判決(2010年)の法理—」法政論集第38巻第3号1ページ以下、宮川成雄「I 法人の独立選挙支出の規制と言論の自由—Citizens United v. Federal Election Commission, 130 S. Ct. 876 (2010)—」比較法学第44巻3号156ページ以下などを参照。

43) Id. at 319-341. なお、この部分における、オン・デマンド配信についてはテレビ広告ほどの影響力がないため適用対象外であるとの上訴人の主張に対する反論は表現媒体間での保障の程度の違いを検討している本稿としては興味深い。すなわち、法廷意見によると、特定の表現や表現者にとって好ましいコミュニケーション手段なのか好ましくないのかについて裁判所が言及すればかなりの疑問が生じるし、そのような区別は急速な技術発展によりすぐさま無関係で古臭くなってしまふ。また、そのような境界線を設ける作業はかなりの時間をかけて多くの訴訟で法律が修正第1条の欠陥を明らかにしているかすべて解釈しなければならず、そのような解釈自体が保護された表現を萎縮させるという重大なリスクを孕んでいるために疑わしいという。Id. at 326-327.

44) Id. at 347-356. なお、この部分ではメディア法人への規制に言及しているが、プレスを制度的に保障してほかの発話者よりも憲法上の特権を与えることについては一貫して拒絶していることを改めて確認している。そうだとすれば、少なくとも選挙過程における政治的表現においては、連邦最高裁は表現主体ではなく表現媒体の特徴や有用性に着目しているといえる。

45) Id. at 356-362.

46) Id. at 362-366.

47) Id. at 366-371.

また、同判決に対しては選挙や政治過程の清廉性を重視する流れから潤沢な自己資金を投入して言論活動を存分に展開する自由を重視する流れに変わった判決との評価もなされている。東川浩二「最近の判例 Citizens United v. Federal Election Commission, 558 U.S. - ; 130 S. Ct. 876 (2010) — 2つの連邦最高裁判決を覆し、これまで合憲とされてきた、法人による選挙運動のための支出を禁じる超党派政治資金改革法の規定を、憲法違反と判示した事例」アメリカ法2010-2429ページ。

48) なお、レントシーキングやロビー活動の規制法の変遷に関しては、川上高司「外国人ロビイストの規制法問題—ロビイスト規制法案の変遷—」海外

Oct. 2019

メディア特性論に関する学説の検討

事情研究所報告第25号195ページ以下などを参照。

また、政治資金の規制に関するアメリカの判例や学説等を民主政過程との関係から特に政治的公平や営利法人の影響に焦点を当てて分析した論考として、たとえば毛利透『民主政の規範理論 憲法パトリオティズムは可能か』（勁草書房、2002年）162-228ページなどを参照。

- 49) *Id.* at 393-396, 420-425, 447-455, 465-475, 478-479 (Stevens, J., dissenting).
- 50) 選挙支援とレントシーキング特にロビー活動の違いについては、たとえばリチャード・ブリファルトによると、政治的平等、情報公開の点で生じるという。つまり、選挙支援においては全体的な政治方針を決定する権限を有する者を選ぶなど政治全体への影響力が広範な問題であるために投票価値の平等を促す必要が高いのに対して各有権者がさまざま関心に基づき限られた候補者を選択するために選挙資金の情報は相対的に価値が低い。一方でロビー活動においては人々が関心を持つ政治分野とそのロビー活動はさまざまであるため政治的平等をどのように実現するか困難であるのに対しロビー活動の情報は議員や競合する利益団体、あるいは国民が政治問題への理解を深めるために有効である。Richard Briffault, *The Law of Lobbying: Lobbying and Campaign Finance: Separate and Together*, 19 Stan. L. & Pol'y Rev. 105, 112-119 (2008).

また、「政治の腐敗」が結局のところ何かについ

てはたとえばサムエル・イサカロフの分析が参考になる。イサカロフによると、連邦最高裁は選挙候補者が不法な取引を通じて汚職されているか、選挙結果が集中した企業や私人の富によって歪められているかに着目しているところ、ほかのより重大な問題として、当選した候補者が議員の恩恵を保持するために将来的な政治的支援を求める結果として公共財の調整やアクセスが歪められるという「顧客主義 (clientelism)」に陥る可能性があるという。Samuel Issacharoff, *The Supreme Court, 2009 Term: Comment: On Political Corruption*, 124 Harv. L. Rev. 118, 126-130 (2010).そして、イサカロフはこうした問題に対する解決策として、選挙で運用できる資金を規制するのではなく、むしろ緩和しインターネットなどの現代技術を利用して多くの市民から金額を募るほうが特定の団体の影響力を減少させ市民の政治に対する関心を高めることにつながると主張する。*Id.* at 130-142.

- 51) なお、マッキンリーは、かかる制限が言論の自由との関係で問題となっていることについて、政府と直接関与する活動についての先例の積み重ねがなかったために、同じ修正第1条で保障され理論が確立している言論の自由と結びつくようになったにすぎないと分析している。McKinley, *supra* note 39, at 1174-1178.

(2019年7月12日掲載決定)