

# 信託 (Treuhand) の思想

## ——ヴォルフガング・ホフマン＝リームの憲法理論——

波多江 悟 史

序

一 プレスの内部的自由

- 1 プレスの自由の規範領域
- 2 プレスの自由の現実領域
- 3 プレスの私経済構造
- 4 プレスの内部的自由

二 商業放送の憲法問題

- 1 商業放送の自由
- 2 公共放送の自由
- 3 第四次放送判決

三 二元的放送秩序規制

- 1 放送法のパラダイム転換
- 2 放送のヨーロッパ化
- 3 言論競争と経済競争
- 4 二元的放送秩序規制

跋

序

本稿はヴォルフガング・ホフマン＝リームのメディア法論を検討する。ホフマン＝リームは1974年にハンブルク大学教授に就任し、1995年から1997年までハンブルク司法大臣を担当し、1999年から2008年まで連邦憲法裁判所裁

判官として活躍した。その業績は法学方法論からメディア法学を経て行政法学にまで及ぶ。その広範な研究の中でホフマン＝リームは特に「メディア法学者 (Medienrechtler)」として特徴付けられる<sup>(1)</sup>。本稿が考究するのはメディア法学者としてのホフマン＝リームである。

本稿がホフマン＝リームを対象とするのは二つの理由による。第一は研究期間の長さである。ホフマン＝リームは1970年代にメディアの内部的自由を考察し、1980年代に第四次放送判決に関与し、1990年代に二元的放送秩序に論及した。その持続的研究を通してホフマン＝リームのメディアの自由の理論は構築された。その軌跡を追跡することはドイツにおけるメディアの自由の形成史を理解することに裨益すると思われる。第二は研究内容の深さである。ドイツにおけるメディアの自由の見解はメディアの自由の保障者として市場を観念する理解と国家を観念する理解に分かれる。メディアの自由の市場的観念の主張者はメディアの自由を外部的自由に限定し、商業放送の導入に関して合憲性を主張し、二元的放送秩序で商業放送の役割を重視した。それに対して、メディアの自由の国家的観念の支持者はメディアの自由を内部的自由に拡大し、商業放送の導入に関して違憲性を指摘し、二元的放送秩序で公共放送の機能を強調した。その分布の中でホフマン＝リームは後者の見解の代表者として見做される<sup>(2)</sup>。その理論を究明することはドイツにおけるメディアの自由の形成軸を把握することを可能にすると思われる。

本稿はホフマン＝リームのメディア法論の中核的観念として信託 (Treuhand) の思想を位置付ける。「放送それ自体は社会の受託者 (a trustee of society) として観念され、国家は積極的予防措置によって放送が実際に社会の受託者の役割を担うことを確保する任務を負う」<sup>(3)</sup>。本稿は以下でその概念の展開を検討する<sup>(4)</sup>。

## 一 プレスの内部的自由

ホフマン＝リームのメディアの自由の理論展開は1970年代のプレスの内

ホフマン＝リームはプレスはプレスの自由の規範内容をプレスの機能能力（Funktionstfähigkeit）の見地から理解する。その理解はプレスの自由の客観性の承認とプレスの現実機能の認識に立脚する。ホフマン＝リームはプレスの自由の性質を保護利益の観点から区分する。プレスの自由はプレスの人格的関連を保護する場合には主観権的に（subjektivrechtlich）解釈される。それに対してプレスの自由はプレスの社会的関連を保護する場合には客観法的に（objektivrechtlich）把握される。従ってプレスの自由の見解は純主観権的理解から主観権の客観法的理解を経て純客観法的理解に至る構造を呈する。その理解の分布は特にプレスの社会的関連に関する規範的評価の強弱に対応する。<sup>(5)</sup>

確かにホフマン＝リームは主観権の見解に一定の理解を示す。基本法の関係条文は個人権の構成を支持する。実際に基本法は5条1項1文で個人の意見の自由を保護した上で、5条1項2文でメディアの自由を保障する。加えて権利保護は個人権保護として構成される（基本法19条4項及び93条1項4a号）。従ってプレス(6)の自由は主観権の要素を包括する。その限りでまた純客観法的理解は排除される。しかしホフマン＝リームはプレス(6)の自由の中に主観権の要素のみを見出す見解に与しない。むしろその見解の内にプレス(6)の自由の特権化の危険性が胚胎することを指摘する。純主観権の理解において、プレス(6)の自由は専ら行使者個人の自由の故に保障され、プレス(6)の現実機能は単に憲法政策上の性質を有するに過ぎない。その場合にプレス(6)の自由は個人の国家に対する防禦権（Abwehrrecht）を意味することになる。(7) 例え

ばフォルストホフはその見解の代表者として次のように主張した。「自由の付与は無秩序ではなく、個人活動の法的に無制御な動機によって創出される政治社会秩序を帰結すべきであるから、その付与に特定の期待が結び付くことは当然である。その期待は本来的に哲学的に基礎付けられるけれども、経験的に確証される場合もある。憲法上の自由の本質は、その期待を所与の事実として承認するけれども、憲法上理解される自由の条件ないし様態とせず、それ故に、『からの自由』を『への自由』として理解しないという点に存する」。「自由が憲法の使用する法概念として理解され得るのは、正しく国家に対する関係の場合でしかあり得ない。その場合にその自由が意味し得るのは、国家権力の制限、それ故に、防禦権以外の何物でもない<sup>(8)</sup>」。しかしその自由が現実的に帰結するのは経済的強者以外には行使され得ない権利に他ならない。何故ならば今日のプレスは私経済的に構成されるので、そのプレスの自由の理解は实际的にプレス企業者個人の保護を意味することになるからである。さらに経済的強者の国家的統制の契機はプレスの防禦権によって排除される。その意味で経済市場の自生的秩序が積極的に憲法上保護されることが肯定される<sup>(9)</sup>。

そのプレスの自由の特権化を回避するためにプレスの自由の客観法的要素を承認することが必要となる。「民主的社会国家に対する方向付けに関するプレスの役割が国家と社会によって評価されるのであれば、社会的発展の今日的段階において、社会文化的社会経済的枠組条件に照らせば、プレスの自由の基本権を（主に）プレス領域の活動主体個々人の自由な発展のために憲法上保護されるものとして理解することは、排除されるように思われる。その上、個々人——特にプレス領域の活動主体の構成する職能団体——を個人の利益のために他の個々人を排除して法的に特権付け、それ故に、社会的意識形成と政治的判断形成に対する影響力行使における既存の事実上の優位を法的に確保することは、民主国家憲法に違反する。プレス構成員に特別な（優越的）地位が付与される場合に、そのことが正当化され得るのは、一重

にその構成員によって行使される民主的社會國家的機能によってである<sup>(10)</sup>。その際にホフマン＝リームはプレス<sup>(11)</sup>の自由の客観法的要素を主観権的要素に優越させる。「個人的利益行使は一般公衆のために機能化される」。「個人権的地位の具体的価値は民主國家的社會國家的に特徴付けられたプレス任務に照らして規定されるべきである<sup>(12)</sup>」。「基本権規範は主にプレス<sup>(13)</sup>の客観法的機能を志向し、基本権者個々人の利益は個人権的確保の過程で同時に共通の利益のために機能化される」。

従ってプレス<sup>(14)</sup>の自由の客観性はプレスの特権敵対性 (Privilegienfeindlichkeit) と現実機能の承認に立脚する。ホフマン＝リームはその機能を詳細に検討する。プレス<sup>(15)</sup>の現実機能は國家目的と相関的に規定される。確かに民主國家原理は一般に形式的に理解される。その場合に民主主義は國民の選挙参加によって実現すると観念される。その際にプレス<sup>(16)</sup>の政治機能が特に代表制議會民主主義に対する関連において重要視される。その機能は個別機能に細分される。第一にプレスは情報機能 (Informationsfunktion) を果す。「プレスは——他の主体と並んで——情報を収集し要約し選別し批判的に評価し伝達する媒体 (Medium) として見做される<sup>(17)</sup>」。第二にプレスは表出機能 (Artikulierfunktion) を営む。「プレスは表出機能の行使の際に媒体であるだけでなく、意見形成——特にいわゆる『公共的意見』の形成——のための要因 (Faktor) で (も) ある<sup>(18)</sup>」。第三にプレスは批判統制機能 (Kritik- und Kontrollfunktion) を担う。「プレスは國家機關に対する批判的對抗者として弊害の発見及び他集團の批判的意見の聴取を援助する<sup>(19)</sup>」。その際に多元主義 (Pluralismus) の概念が以上の個別機能の補完原理として導入される。「プレスは、『開放的で参加可能な社會統合手続』としての自由な言論伝達を可能とする形で、自由で民主的な基本秩序に關与すべきである<sup>(20)</sup>」。しかしホフマン＝リームはそうしたプレス<sup>(21)</sup>の政治機能の形式的理解を批判する。何故ならば民主主義は國家領域に限定されてはならないからである。むしろその概念は社會領域に拡大されなければならない。その限りでプレス<sup>(22)</sup>の政治

機能は実質的に解釈され、上記個別機能は社会領域に拡張されるべきである。<sup>(19)</sup>

その意味においてプレスは政治機能は民主主義の実質化の観点から理解される。その機能は社会機能に接近する。確かに民主国家原理とプレスの政治機能は判例と学説において支配的見解を構成する。しかしプレスの現実機能はその政治的理解のみに限定される訳ではない。それは基本法が国家目的として社会国家原理をも規定するからである(基本法20条1項)。その原理の強調がホフマン＝リームの学説の特色を形成する。「国家任務の増大は幾重にも観察される事態である。その事態の帰結として、(広義の)一般的社会基盤を確保することは、市民が政治的能動機能を民主主義原理に適する形で遂行し得るように配慮することと同様に、国家の責任領域に帰属することとなった。国家の社会国家責任は、社会の安全と経済の発展に限定される存在配慮から解放され、包括的に正当化配慮・生産配慮・革新配慮に拡大した。例えば、市民が一般的政治的無関心に陥るか否か、生活関係の複雑性と本来的に強固な社会経済的制約に照らして、自己決定による生活形成能力を喪失するか否かは、国家にとって無関係ではあり得ない。従って国家はその種の無関心ないし方向性喪失の要因に配慮すべきである。その関連において、マスメディアが市民の消費志向を強化し、私生活イデオロギーを拡大し、聖なる世界を暗示し、野蛮性と攻撃性を賛美するかなどは、重要となり得る」。<sup>(20)</sup>

プレスの社会機能はその社会国家原理によって定義される。第一にプレスは情報機能を果す。「プレスは情報を収集し伝達し分析することを原則的に全生活領域に拡大し、その限りで、市民が程度の差はあれ依拠し積極的に参加する多様な伝達過程の重要な媒体となり得る」。<sup>(21)</sup>

第二にプレスは表出機能を営む。「プレスは個人的生活形成の固有要因となり、自由時間と休養領域を特徴付け、その限りで、労働力再生産を可能にする」。<sup>(22)</sup>

第三にプレスは批判統制機能を担う。「プレスによって伝達される情報は、政治と懸け離れた(ように見える)領域、例えば娯楽・芸術・流行などにおいても市民の『政

治』行動——例えば選挙・投票・その他の参加行動——にとって重要となり、しかしまた、その経済判断においても重要となり得る<sup>(23)</sup>」。

## 2 プレスの自由の現実領域

プレスの自由の規範領域 (Normbereich) はプレス機能能力によって定義された。それに対してプレス自由の現実領域 (Realbereich) はプレスの機能不全として規定される。ホフマン＝リームはその考察をプレス自由の具体化の上で不可欠であるとする。と言うのも法規範の規範領域は「規範プログラムで把握される社会的・政治的・経済的・文化的・技術的・経済的現実の特殊断面の基本構造」によって構成されるからである<sup>(24)</sup>。

ホフマン＝リームはプレス自由の現実領域を表現内容と社会構造の両面から考察する。プレスの表現内容は「狭義の政治報道」ではなく主に「私的社会的な生活領域」に限定される。その領域において特に強調されるのは「政治的社会的出来事を人格化して表現することを含めて著名人について報道すること」、「大災害・事故・戦争を指示すること」、「市民的儀礼像に対立する個人々の異常逸脱行動を指摘すること」に限られ、「労働・生産・商品交換の経験領域から成る問題群」は等閑視される<sup>(25)</sup>。その上でプレスは構造的に社会的再生産に寄与する。現代社会で自由時間は私的人格的に形成されなくなったので、市民が自由時間にプレスを利用する頻度は著しく増大した。その限りでプレスは市民の社会化の中心的機関となる<sup>(26)</sup>。その二要因の結合によってプレスが現実領域において既存の社会的価値観を保守する役割を演ずることが帰結される。プレスは「政治社会情勢の盲目的受容を支持する態度」を促進する<sup>(27)</sup>。

従ってプレス自由の現実領域はプレス機能不全として把握される。その知見はプレス自由の具体化のために援用される。ホフマン＝リームはプレス機能不全の規範的否定を主張する。何故ならばプレス自由は既存支配の正当化ではなく機能能力の現実化を理念内容とすべきであるからであ

る。その限りでプレスの自由はプレスの機能回復を要請する。その主張は特にプレスの受け手に対する関係において展開される。一般市民の行動可能性はプレスによる社会支配の安定化を通して著しく縮小される。しかしその事態は市民の自律性の理念と対立する筈である。その場合においてプレスの自由が市民の活動条件の創設に奉仕すべきことが強調される。<sup>(28)</sup>

### 3 プレスの私経済構造

プレスの自由はプレスの機能能力の具体的実現を帰結する。そうした理論構成はプレスの内部的自由に関する論争を射程に収める。と言うのもその論争はプレスの機能不全の改善手段を対象としたものであるからである。1970年代にプレスの内部的自由が主題とされたのはプレスの集中に関する問題意識に端を発する。何故ならばプレスの集中こそがプレスの機能不全の淵源として認識されたからである。「寡占的独占の市場構造は、水平的相互的結合及びその他のメディア領域と市場部門に対する継続的拡大傾向を伴いながら、プレスの作用可能性に影響を与える。その構造は、例えば、新聞の内容に反作用し、市民の情報可能性を縮小し、プレスの包括的な情報・批判・統制機能を危殆化し、既存の権力者の権力拡大を可能にし、市民の圧倒的大多数にとっての権力参加の機会を減少させる<sup>(29)</sup>」。

戦後のメディア領域はマスメディアの権力分立 (publizistische Gewaltenteilung) として特徴付けられた。プレス領域は広告料に基づき私経済性 (Privatwirtschaftlichkeit) によって構成され、それに対して、放送領域は受信料に基づき共同経済性 (Gemeinwirtschaftlichkeit) によって組織された。その限りで、プレスの自由は外部的多元主義 (Außenpluralismus) によって指導され、それに対して、放送の自由は内部的多元主義 (Innenpluralismus) によって規律された。その状況においてプレスの集中現象は外部的多元主義に背馳すると判断された。外部的多元主義は言論の多様性を多数の伝達主体の経済競争を媒介として実現する。確かに個々の主体の伝達は傾向



的性質を帯有するけれども、その主体の多数性の故に、言論の多様性は個々の内容の総体として達成することができると想定される。その意味でその想定は伝達主体の多数性を前提とする。それに対してプレスの中は伝達主体の少数化を帰結させる。従って外部的多元主義及びその基盤としての私経済構造が疑問視され、プレスの内部的自由の導入及び私経済構造の撤廃がその代替原理として提起された。

先ずプレスの私経済性の撤廃の選択肢がプレスの機能不全の根本的解決策として提示される。と言うのもプレスの私経済性こそが言論市場の独占化を通して言論の一様性を惹起する要因であるからである。プレスの私経済性の撤廃の妥当性はプレスの私経済性の憲法保障に関する判断によって左右される。何故ならばプレスの私経済性は戦後ドイツで個別法に基づき許容されたけれども、その構成自体を憲法的要請として理解することはその撤廃を非常に困難なものにするからである。その保障を肯定する学説は保障の有意性を私的構造自体によって根拠付ける。その主張は特に「私的構造は自由にする」という標語において端的に表明され、プレスの私経済性が放送の共同経済性<sup>(30)</sup>に対して本来的に自由性を有することが強調された。その限りでプレス<sup>(31)</sup>の私経済性はプレスの自由によって保障されることが提唱される。

その保障は法技術的に様々な仕方で構成される。例えば第一にその保障は伝統性によって基礎付けられる。プレスの自由の規範内容は「社会歴史的な前提及び発展」によって構成され、「プレス制度の私法的私経済的基本構造」を「歴史的に生成し特別に形成された社会的次元の基本型の保障」<sup>(32)</sup>として保護する。第二にその保障は公的性質に対する私的性質の異質性によって規定される。「様々な正当化と構造が多様に存在することは現代的に理解された権力分立に関する最も重要な寄与の一つである」。「私的側面を（企業的側面を含めて）プレスの自由の制度的構成に導入することは、歴史的基本理解<sup>(33)</sup>だけでなく、それと共に、現代的法治国家の基本理解にも対応する」。第三にその保障は他の基本権によって根拠付けられる。「プレスの自由の保障

は、基本法12条・14条・9条の経済的自由及びその一般的体系的言明、例えば、経済計画の非中心的秩序、並に私的自治と私的所有権に依拠する内部的な組織と意思形成に関する言明に対して、不可分の体系的関連性を有する<sup>(34)</sup>」。

しかし Hofmann-Reim はプレス<sup>(35)</sup>の私経済性自体の憲法保障を容認しない。プレスの私経済性の妥当性はプレスの機能能力に対する寄与に依存する。と言うのもプレスの自由はプレスの機能能力の保障として貫徹すべきであるからである。従ってプレスの私経済性はプレスの機能能力を阻害する場合に憲法保障を享受することはできない。「今日においてプレスの私経済性の正当化に関する根拠前提の幾つかは疑問に晒された。そうした主張がプレスの自由の特権敵対性に照らして妥当するのは、プレス市場内の権力化を帰結させ、プレスの自由の基本権の分業的行使の際の著しい権力格差を惹起させた現象に関してである。そのような誤った展開を修正するためにはプレスの私経済構造の伝統的形成さえもが変更されなければならない<sup>(36)</sup>」。その際に国家はプレスの機能能力の保障者としての役割を引き受ける。国家はプレスの私経済性がプレスの機能能力を侵害する場合にプレスの私経済性を廃棄する義務を負うべきである。従ってプレスの私経済性の撤廃に関する国家義務が肯定される。「国家は、マスメディアが基本法5条1項2文のメディアの自由の保障根拠となる任務を遂行し得るように配慮し、必要な場合には、そのための法律を制定しなければならない。国家は、既存の構造がそうした必要性を満たす場合には、その構造を維持することができる。そうでない場合(例えば独占の危険の場合)には、積極的に行動して良いし、そうしなければならない<sup>(36)</sup>」。

#### 4 プレスの内部的自由

それに対してプレスの内部的自由はプレスの私経済性を部分的に修正することを意図する。何故ならばその構成はプレスの私経済性を所与の前提とし

た上で、その不都合を内部的自律性の確保によって緩和するものであるからである。確かにプレスの機能不全はプレスの私経済性に起因するので、その撤廃がプレスの機能回復の最良の処方箋となるけれども、それは資本主義の基本構造に対立するので、政治的に達成するのが困難である。その限りでホフマン＝リームは論述の力点をプレスの内部的自由<sup>(37)</sup>に集中させる。

プレスの内部的自由は内部的多元主義による外部的多元主義の是正である。外部的多元主義は二つの点において欠陥を露呈した。第一に外部的多元主義は伝達主体の多数性を理論的前提とする。その限りでその有効性はプレスの集中によって喪失することになる。その伝達主体の少数化に対して言論の多様性は保護さなければならない。第二に外部的多元主義は伝達主体の経済競争を理論的前提とする。その限りでその伝達内容は商業的に均質化する傾向を有せざるを得ない。その経済利益の現実化に対して言論の多様性は確保さなければならない。従って内部的多元主義はその二要請に基づき主張された。第一に内部的多元主義は言論の多様性を伝達内容の多様性によって達成する。何故ならばその内容の内に社会の多様な意見が予め統合されるからである。たとえ言論伝達が単一主体によって独占される場合であったとしても、その伝達内容の中に多種多様な社会的見解が反映されるのであれば、言論の多様性の実現はその事態においても十分に想定することができる。第二に内部的多元主義は編集者の自律性の強化によって経営者の一方的な判断を阻止する。その限りで経済利害の言論領域に対する侵食は遮断され得る。その場合に編集者の自律性の保障は伝達内容の多様性の促進に寄与する。と言うのもジャーナリストの方が社会の多様な意見を感知することができるからである。『『外部的多様性』が成立するのは、様々な情報と多様な観点の伝達が諸々の公表機関の存在によって確保される場合である。しかし、単なる公表機関の多数性はその多様性を確保しないので、共同決定によって、様々な新聞がジャーナリストの時々<sup>(38)</sup>の意見可能性に基づき多様な強調点を設定し、様々な観点を展開し、諸々の情報を流布することが、保障されなければ

ならない。その期待の前提をなすのが、ジャーナリストは、プレス形成に決定的影響力を行使し得る者——特に出版者——よりも、社会の多様な利益を表明するという想定である。単に出版者によるだけではメディア内容の多様性は十全な形で保障されない。特にその生産手段所有者としての役割に対する利益志向性によって、機会の平等に基づきプレス機関を多様な利益に、特に非所有者の利益に開放することは、危殆化<sup>(38)</sup>される」。

プレスの内部的自由の具体的内容はプレスの自由の分業的行使の観点から規定される。出版者はプレスの自由の行使の際にジャーナリストに依拠する。何故ならば出版者が配慮するのは主に経営領域に限られるので、言論領域の成否はジャーナリストの活動に委ねられるからである。逆にジャーナリストはプレスの自由の行使の際に出版者に依存する。何故ならばジャーナリストが考慮するのは主に言論領域に向けられるので、経済領域の成否は出版者の行動に託されるからである。従ってプレスの自由の行使は総体として分業的に組織<sup>(39)</sup>される。しかしその分業性は非対称性によって規律される。と言うのも雇用者としての出版者は被用者としてのジャーナリストに対して事実上の優位性を獲得<sup>(40)</sup>するからである。その限りで後者による自由行使の確保のためにはその非対称性を除去することが必要となる。従ってホフマン＝リームは編集領域の相対的自律性 (relative Autonomie) の保障を提起する。ジャーナリストの編集領域は出版者の経営領域に対して相対的自律性を享受すべきである。何故ならば編集領域は経営領域に対する関係性に応じて自律性を喪失するけれども、言論領域に対する関連性に応じて自律性を獲得すると解されるからである。その基本権の相互調整によってプレスの内部的自由は保障されるべきである。「問題が編集上の労働過程の領域に帰属するのに応じて、編集全体の自律性の程度は増大する。それと共に、編集領域内部の労働者個々人に自律的合議的活動領域を確保することが、試みられる。しかし、問題が出版者の他の機能領域に重複し、それどころか、主にその領域に帰属<sup>(41)</sup>するのに応じて、編集の判断関与は希薄化する」。

ホフマン＝リームはプレスの内部的自由に関する国家の保障権限を承認する。確かにプレス領域に対する国家介入がプレスの自由の制限として観念される場合に、その措置は基本法5条2項に定位しなければならない。と言うのもその条文は特に一般的法律 (allgemeine Gesetze) の概念を介して制限留保を設定するからである。その観点においてプレスの内部的自由の実現措置はプレスの自由の制限として一般的法律に照らして評価されるべきである。<sup>(42)</sup> その解釈の根底に存するのは敵対者としての国家の観念である。「自由領域と国家介入の二元的観念に囚われるが故に、判例と学説は基本法5条に関して一般に、『一般的法律』の法制度を両領域の分離手段として理解することに傾注してきた」。<sup>(43)</sup> その場合にプレスの自由は専ら外部的自由として対国家的関係で把握される。<sup>(44)</sup> しかしホフマン＝リームはその解釈に与しない。プレスの内部的自由の実現措置はプレスの自由の形成 (Ausgestaltung) ないし具体化 (Konkretisierung) として理解されるべきである。その限りでその措置は一般的法律の内に位置付けることはできない。「伝統的意味で制限画定として性質付け得ない法律規定は『制限』留保によって把握されない。その限りで (単なる) 基本権の具体化及び形成の場合は基本法5条2項から解放される」。<sup>(45)</sup> そのように解釈されるのは国家を「自由の保障者 (a guarantor of freedom)」<sup>(46)</sup> として思念することができるからである。その意味において国家はプレスの内部的自由の形成権限を有すべきである。

## 二 商業放送の憲法問題

1980年代以降にホフマン＝リームの関心はプレスの自由から放送の自由の問題へ移行していく。そのプレスの自由の理解には放送の自由の理念が当初より胚胎していた。人格発展に対する機能能力の優位は放送の自由の理論を強く反映する構成である。<sup>(47)</sup> さらにプレスの内部的自由は放送の自由の制度によるプレスの自由の制度の修正として位置付けられる。何故ならば内部的多元主義は複数の伝達主体の経済競争で指導されるプレス領域ではなく単一の

伝達主体の放送独占に規律される放送領域において構築されたものであるからである。<sup>(48)</sup>従って放送の自由の理念はプレス<sup>(49)</sup>の自由の解釈の際に規範的範型として作用していたと推測される。

80年代に商業放送の導入可能性が政治的議題として提起された。それは幾つかの要因による。<sup>(49)</sup>第一に放送の規制根拠として伝統的に周波数の稀少性が援用されてきたけれども、その論拠は特にケーブル放送ないし衛星放送の発達によって説得力を失ったかに見えた。第二に公共放送は番組に多様な見解を反映させる目的で多様な社会集団に放送関与を承認したけれども、政党はその集団に対する支配を通して放送内容に介入したので、その放送の政治利用が厳しく批判された。第三に放送の自由において市場原理が一般に強く受容された。

ホフマン＝リームは商業放送の導入の違憲性を主張した。その際にホフマン＝リームはアメリカ法研究を通して商業放送の自由の構造を提示した上で(1)、その自由と対立する公共放送の自由を展開した(2)。その問題系は第四次放送判決に収斂される(3)。

## 1 商業放送の自由

ホフマン＝リームは70年代末にアメリカに留学して特に商業放送の監督機関の役割を研究した。アメリカ法を検討対象として設定したのは商業放送の自由がアメリカにおいて最も純粋な形で実現していると判断したからである。その考察目的は商業放送の問題構造を把握することであった。と言うのもその把握によってドイツで商業放送が導入された場合に国家が果すべき責任に一定の指針を示すことができるからである。「1970年代にドイツにおいて放送の新秩序に関するメディア政策上の議論が活発となった際に、私は私経済的志向性を有するメディア秩序の展開に関する経験を獲得することを決心した。その際に考慮したのが、アメリカの状況、特に連邦通信委員会による監督活動におけるメディア法規制の影響であった。私はその研究からドイ

ツにおいて予測され得た変革、特に民間放送の導入時の変革に関する示唆を可能な限り得ようとした」<sup>(50)</sup>。

ホフマン＝リームは表現の自由の目的の確認を商業放送の問題把握の始点とする。アメリカにおいて表現の自由の目的は自由の目的性と手段性の観点から規定される。表現の自由は、「個人の自己発展の確保」ないし「真実発見の促進」<sup>(51)</sup>を目的とする場合に、目的価値として表象され、それに対して、表現の自由は、「民主参加と自己統治の促進」ないし「政治的安定性の促進」<sup>(52)</sup>を対象とする場合に、手段価値として把握される。その限りで、表現の自由を目的価値として表象する見解は、個人的利益を保護するが故に、主観権的理解として性質付けられ、それに対して、表現の自由を手段価値として把握する見解は、社会的利益を確保するが故に、客観法的理解として特徴付けられる。その見解の相違は表現の受益者の点に関して一定の帰結を有する。表現の自由の受益者は前者の見解において主に表現の送り手として構成され、それに対して、表現の自由の受益者は後者の見解において主に表現の受け手として観念される。<sup>(53)</sup>しかしその相違は結局のところ同一の法的効果を結論付けるに過ぎない。何故ならばその両理解から共通して導出されるのは私人の国家に対する防禦権以外の何物でもないからである。<sup>(54)</sup>

その表現の自由の理解は放送の自由の解釈に直輸入される。それはアメリカにおいて放送の自由と表現の自由が同一の概念として把握されるためである。確かに修正1条でプレス<sup>(55)</sup>の自由は表現の自由と独立して規定されるけれども、その規定は学説及び判例において独自の意義を付与されない。従って放送の自由は表現の自由と同様に防禦権的に解釈される。その場合に放送の自由は専ら放送企業者を中核にして構築される。「所有権者のみに言論構造の憲法形成において中心的役割を承認する見方が、メディア領域一般において支配的である」<sup>(56)</sup>。その限りで放送の自由は市場原理に立脚する。「ジャーナリズムに関する自律と責任をメディア所有者に集中させることは、いかに憲法理論がメディアの商業構造を強烈に受容しているかを示している」<sup>(57)</sup>。従っ

て商業放送の自由は市場原理に依拠する放送企業者の国家に対する防禦権である。

アメリカ法で商業放送の欠陥は放送監督を通して是正される。その規制権限は特に州際通商条項(憲法1章8節3項)ないし一般福祉権限(憲法修正10条)に依拠する。<sup>(58)</sup>連邦通信委員会(Federal Communications Commission)はその権限に基づき設立された。ホフマン=リームはその規制の有効性を二つの観点において疑問視する。第一に放送監督の正当性は、放送の自由が商業構造を保護対象とする場合に、本来的に担保されない。第二に放送監督の実効性は、市場の利益が公衆の利益に合致しない場合に、实际的に保証されない。ホフマン=リームはそうした規制に関する問題を構造規制と行動規制の両面に渡って検討する。本稿は以下でその内容を紹介する。

放送の構造規制において「構造を包括的に特徴付ける決定」がなされる。<sup>(59)</sup>商業放送の基本構造は商業広告によって具体化される。その構造は「経済的衝動は言論に関連する任務の遂行にとって有益に作用する」という想定に立脚する。<sup>(60)</sup>その商業性に反する規制は実効的に実施するのが困難となる。ホフマン=リームはその規制の失敗を幾つかの具体例を使って説明する。第一は放送の集中規制に関する。<sup>(61)</sup>放送監督が集中を抑制し競争を確保することは困難である。むしろその実態は集中の容認によって特徴付けられる。先ず連邦通信委員会は行政裁量の行使を通して集中拡大を可能とする。と言うのもその拡大によって特に遂行能力の増大・経済基盤の強化・結合企業の利用などを確保することができると判断するからである。次に委員会は既存の集中の撤廃を放棄する。それはその企てが放送企業に対する熾烈な闘争を引き起こすことになるためである。さらに委員会が規制に着手するのは集中の外観が過度に明白となった場合に限定される。<sup>(62)</sup>第二は放送の経済的濫用に関する。経済企業と結合した放送企業はその結合企業に不利益を与える報道に抑制的となる。委員会がその濫用を阻止することは困難である。商業放送において言論活動の際に経済的利潤を追求することは原則的に承認されている。その



状況において監督機関が許容程度を適切に判断することは实际的に容易ではない。第三は放送の分権性に関する。<sup>(63)</sup> 委員会は放送の地域性の見地から放送免許を地域単位で配分した。しかしその目的は達成されなかった。個々の放送局は少数の番組制作会社 (ネットワーク) によって供給される番組に依存する。何故ならばその放送局は独自に番組を制作する資力を保有しないからである。その限りで放送局は実質的に集権的に組織される。

放送の行動規制において「放送事業者の行動態様に影響を与えること」が目的とされる。<sup>(64)</sup> その規制は公平原則を典型例として番組内容を規律対象とする。その規制の失敗は様々な観点から確証される。第一に番組規制は放送企業者の判断の自由と対立する。商業放送の自由は商業構造の一環として放送企業者の判断権限を保護する。番組規制はその権限に抵触する場合に必然的に抑制的とならざるを得ない。<sup>(65)</sup> 第二に放送規制は柔軟な内容を選択することを余儀なくされる。放送規制の際に法律及び委員会の規則が法的形式として利用されるけれども、法律においては不確定概念ないし規則に対する授權が規定されるに過ぎず、規則においても裁量余地を広範に残存させる概念が使用されている。個別具体的判断が規制放棄の代替手段として要請される場合もある。<sup>(66)</sup> 第三に委員会は放送企業者と共同的に活動する。委員会は放送企業者に統制規範を行使しない。逆に放送企業者は自己規制に基づき活動し、委員会の規則制定に関与し、規則適用の際に広範な裁量余地を付与される。その限りで委員会は放送企業者に従属する。<sup>(67)</sup> 第四に委員会は良質番組の促進手段として番組類型の間接的規制を行使するに止まる。と言うのも番組内容の直接的規制は憲法上禁止されるからである。その限りで良質な番組の達成は相対的に困難となる。<sup>(68)</sup> 最後に委員会が制裁手段を行使することは非常に稀である。それはその行使が裁判闘争ないし政治論争を巻き起こすためである。<sup>(69)</sup> むしろ委員会は非公式ないし暫定的な手段を活用するに過ぎない。

従ってホフマン＝リームは放送監督に関して規制の大幅な失敗を指摘する。その場合にその存在意義は商業放送の是正に求めるべきではない。むしろ

ろその機能は監督の外観を介して商業放送に対する公共的批判を遮蔽するものとして理解されるべきである。何故ならば一般公衆は監督の外観によって商業放送の活動が一般公衆の利益に適合することを印象付けられるからである。その意味において商業放送の監督機関は「政治の象徴的使用」の一例である。「放送経済の経済的利益と連邦通信委員会の存続利益の合致によって、その委員会を個別制禦の大幅な失敗にも拘らず維持し、大抵の場合に象徴的儀礼的でしかない活動に限定することが試みられる。委員会は、高尚な目標を定立し、公衆に効果的に個別的監督活動を演出し、市民の不満を監督手続で軽減することによって、アメリカのメディアシステムの合理性に対する懐疑を払拭し、それ故に、その事実上の正当性を確保することに貢献し得る」<sup>(70)</sup>。

ホフマン＝リームは以上の研究からドイツ法に対する示唆を導出する。第一に国家は放送の公衆の利益に対する合致を基本構造の段階において確保すべきである。と言うのもアメリカの放送監督の失敗要因は放送が基本構造の段階で商業原理に基づき構成されるにも拘らず、個別活動の段階で公衆の利益に対する適合を要請される齟齬に求められるからである。その意味でその利益相反を商業構造の破棄を介して止揚することが重要である<sup>(71)</sup>。第二に放送の自由は商業原理によって規律されてはならない。何故ならばアメリカで放送の商業構造が称揚されたのは放送企業者の利益が放送の自由によって積極的に正当化されたからである。その限りで「言論活動を利潤志向に基づく資本活用の経済衝動と密接に結合させることを放棄すること」が必要である<sup>(72)</sup>。

## 2 公共放送の自由

それではその代替原理はいかなる内容を意味するか。その問題は既にアメリカ法研究で指摘されていた。と言うのもその際に商業放送の特質として「信託概念 (Treuhandkonzept)」<sup>(73)</sup>の欠如が言及されていたからである。その概念の詳細な規定は80年代前半のホフマン＝リームによるメディアの自由<sup>(74)</sup>の理論的総括から把握することができる。

ホフマン＝リームは放送の自由（5条1項2文）を意見の自由（5条1項1文）と対置して考察する。<sup>(75)</sup>意見の自由は平等性によって特徴付けられる。何故ならば意見の自由は言語・文書・図画などの一般的手段を通して行使されるからである。その限りで意見の自由は実際的に全ての人によって活用され得る。その影響力は個人と個人を対象とし、主に伝達内容によって根拠付けられる。それに対して放送の自由は特権性によって特色付けられる。と言うのも放送の自由はマスメディアという特殊な手段を介して実現されるからである。その限りで放送の自由は現実的に一部の人によってしか利用され得ない。その影響力は組織と大衆の局面を主題とし、主に伝達手段によって基礎付けられる。

その性質に応じて両自由の関連対象は相違する。意見の自由は、伝達主体の自己発展を帰結するが故に、主に人格的関連を対象とし、それに対して、放送の自由は、社会一般の維持発展に作用するが故に、主に社会的関連を目的とする。確かに放送領域にも人格的関連の契機は存在する。それはジャーナリストが放送活動を通して自己発展を享受するためである。しかし放送事業者の人格的関連は現実的実態として希薄化すると判断されるべきである。と言うのも放送事業者は放送活動を単に非言論的側面で可能とするに過ぎないからである。その限りで放送の自由は社会的関連を主要対象とすると解される。従って意見の自由は主観権的に理解され、放送の自由は客観法的に解釈される。<sup>(76)</sup>

その理解に基づき両権利の法的効果は規定される。放送の自由は意見の自由と共通して防禦権としての性質を有するけれども、放送の自由は意見の自由と相違して立法者の積極的規律に服する。ホフマン＝リームはその構造を平等の概念を使って根拠付ける。放送の領域は不平等性によって規定される。何故ならば特別な影響を与える放送は一部の人にはしか行使され得ないからである。その限りで放送の送り手は事実上の特権を享受する。しかし放送の主要な受益者は放送の受け手として理解されるべきである。と言うのも放

送は社会的関連を強く帶有するからである。そうした送り手と受け手の利益対立は受け手の送り手に対する優位に基づいて解決されなければならない。何故ならば言論空間は表現の機会の平等性 (kommunikative Chancengleichheit)<sup>(77)</sup> によって規律されるからである。その平等の原理が純粹に実現するのは意見の自由の領域においてである。と言うのもその領域は平等性によって特徴付けられるからである。その意味で意見の自由は言論伝達の内容と形式を保護することを内容とする。それに対して平等の原理は基本的に放送の領域では現実化され得ない。その限りで放送特権は平等の理念に対する背馳として不当性を帯びる。何故ならばその一方的行使は言論空間全体を危殆化させるからである。そうした放送の権力性は放送の受け手に対する配慮によって制約されなければならない。と言うのもその拘束によって表現の機会の非保有者の逸失利益は回復すると判断されるからである。従って放送の自由は放送の受け手の意見形成の自由 (Meinungsbildungsfreiheit) に奉仕しなければならない。その奉仕する自由 (dienende Freiheit) の保障こそが国家の規律義務の内実である。総じて信託の思想は一般公衆の受託者を放送の理念像として構想する思惟の内に成立する<sup>(78)</sup>。

そうした放送の自由の内容形成 (Ausgestaltung) は特殊な法律を介して具体化される。その形成法律 (Ausgestaltungsgesetz) は制限法律 (Schranken-gesetz) と対比されて説明される。制限法律は放送の自由と別種の利益の関係を規律する。その利益は法秩序で一般的に保護される法益である。その例として人格権や名誉権を挙げることができる。確かに一般保護法益は放送の自由に対する配慮に基づき放送法において特別に規定される場合もある。しかしその規定は放送法の固有領域には帰属しない。何故ならばそれは本来的に放送の自由と無関係に保護される利益を対象とするからである。そうした制限法律は基本法において5条2項の「一般的法律」に位置付けられる。それに対して形成法律は放送の自由の機能能力の保障を目的とする。その例として言論の多様性や表現の機会の平等性を挙げることができる。その法律

こそが放送法の固有領域を構成する。確かに形成法律によって放送事業者の利益は放送の受け手の利益のために制約される。しかしその制約は放送の自由に対する介入として評価されてはならない。と言うのもその制約で創設される法的状態こそが放送の自由の内容として理解されるからである。そうした形成法律は基本法において5条1項2文の「保障」の内に定位される<sup>(79)</sup>。

公共放送は以上の理解に基づいて正当化される。公共放送は伝達内容の均衡性 (Ausgewogenheit) によって特徴付けられる。それはその制度が番組に社会の多様な意見を統合することを可能とするためである。その意味でその統合放送 (Integrationsrundfunk) は放送の受け手の利益を満足させる。従って公共放送は一般公衆の受託者として放送の自由の理念を実現することができる。「内部多元主義的統合放送にとって情報委託は表現の機会の平等性の原則を考慮して、放送が一般公衆に対する一種の『受託者 (Treuhänder)』として活動し、その番組が均衡性・客観性・相互尊重性などの基準を志向することによって、遂行されるべきである」<sup>(80)</sup>。

### 3 第四次放送判決

ホフマン＝リームは以上の理論を背景として商業放送に否定的評価を下す。その批判は特に第四次放送判決において先鋭化する。1984年にニーダーザクセン州は民間放送を設立する法律を可決した。その違憲性が争点となったのが第四次放送判決である。ホフマン＝リームはその裁判に代理人として参加し、法律の違憲性を主張した。その見解は法律の合憲性を肯定する憲法裁判所の見解と対蹠的である<sup>(81)</sup>。

戦後の放送領域は公共放送によって独占された。その領域に対するアクセス権 (Zugangsrecht) の存否は商業放送の導入に関する主要論点を構成する。商業放送に対するアクセス権は二つの局面において重要な法的効果を帰結する。第一に商業放送が法律的に未導入の場合に放送企業者はアクセス権に基づき立法不作為の違憲性を主張することができる。第二に商業放送が法

律的に導入済の場合に立法者はアクセス権によって形成余地の大幅な縮小を要請される。<sup>(82)</sup> アクセス権は様々な論者によって主張された。<sup>(83)</sup> その中で特にクラインの見解が代表的である。クラインは放送の自由を意見の自由に包摂させる。と言うのも意見の自由は「表明及び流布の形式に関する自由な選択」を保護するけれども、その形式の中に「放送による流布」が包括されるからである。<sup>(84)</sup> その際にその防禦性が5条1項3文の検閲禁止に照らして特に重要視される。「国家からの自由は、基本権の自由保護性によって既に原則的に保護されるけれども、予防的国家統制の明示的禁止によって特別に強調される」<sup>(85)</sup>。さらにプレスの自由が規範的範型として設定され、放送の自由の商業的行使が肯定される。「プレスと映画の自由の本質的内容が、その基本権の担い手に対して商業的に製品ないし映画を製造し流布する権利を否認することが意図される場合に、侵害されることは、明らかである。その否認は実際には——少なくとも法学者間において——なされない。それだけに、放送の自由に関してその否認が多くの箇所では主張されることは、驚くべきことである」<sup>(86)</sup>。そのような見解は第四次放送判決においても展開された。実際にシュタルクはニーダーザクセン州の側に立って「立法者の形成の自由に関する事業者友好的見方」を主張した。「立法者が憲法によって私人に対する放送事業の許可を義務付けられる場合、あるいは、自発的にその許可を決定する場合において、立法者は、民間放送事業者が自己責任に基づき自己努力の経済的基盤の獲得を可能とする仕方で活動し得るように、その許可をなさなければならない」<sup>(87)</sup>。それに対してホフマン＝リームはアクセス権を容認しない。何故ならば放送の自由の保障は立法者の内容形成を介して実現されるべきであるからである。その意味で商業放送の設立は憲法上の要請ではない。「基本法5条1項2文は、伝達内容に関してマスコミュニケーション上の伝達手段及び組織形態を使用することについて、憲法直接的に——立法者を媒介とすることなく——主観的権利を定位することを考慮しなかった。むしろ——文言からも明らかのように——別の構成が選択された。すなわち、報道の自

由は『保障』される。そのような保障は自由領域の内容形成に関して事前に法律を介して判断することを前提とする。と言うのも、その判断が下されなければ、経済的言論的権力者個人が放送という道具を奪取し、公共的個人的意見形成を支配するリスクが、余りにも高くなってしまふからである<sup>(88)</sup>。

その意味において商業放送に対するアクセス権の憲法直接的保障は否定される。その見解は商業放送が法律的に導入される場合にも反映される。その際にホフマン＝リームは商業放送の法的統制を立法者の義務内容として定立する。それは商業放送が言論の傾向性によって特徴付けられるためである。商業放送は、商業広告に基づき私経済性によって支配されるので、放送活動の際に商業的利益を考慮せざるを得ない。その場合に表現の機会の保有者は商業的利益に対立しない言論に制限される<sup>(89)</sup>。そうした言論の商業的一様性は制約されなければならない。何故ならばそれは放送の受け手の意見形成の自由を充足しないからである。その限りで商業放送は言論の文化的多様性の実現を義務付けられる。限定的傾向の自由 (begrenzte Tendenzfreiheit) が商業放送の規律原理となるべきである。逆に言えば商業放送は現実的に被制約的状态でしか存立することはできない。と言うのも放送の自由は放送の私経済性ではなく放送の機能能力の保障を目的とするべきであるからである。その限りで商業放送がそうした存立条件を満足しない場合にその導入は違憲として評価されるべきである<sup>(90)</sup>。確かに商業放送の支持者は以上の見解を国家の言論統制として批判する。何故ならば「その見解によれば、種々の意見を均衡させ、最低限の社会的『調和』を帰結することは、自由主義的觀念の場合とは異なって、原則的に社会勢力の自由な闘争の結果として期待されるのではなく、本来的にその闘争に対する国家介入によって組織されなければならない」からである<sup>(92)</sup>。しかしその論難は商業放送の拘束目的を看過している。と言うのもその規律は「社会内部の意見及び情報に関する十全な位置分布を放送において維持し、その分布内の一部分が一方的に作用する（例えば商業的な）制禦要因を介して発現及び受容の優越的機会、それどころか、唯

一の機会を保持することを阻止すること」を対象とするからである。「十全な傾向随意性が多様性の確保にとって十分ではない限り、傾向の自由の信託的(treuhänderische)制限は、コミュニケーションシステムの多元的開放性のために、甘受されなければならない」<sup>(93)</sup>。

そうした商業放送の傾向性は公共放送の均衡性によって現実的に補正することはできない。その意味において基本供給(Grundversorgung)の法理は理論的に妥当しない。「国家配慮、特に濫用配慮の必要性は、『均衡的多様性』の達成を試行する番組が存在することによって、消失することはない。そのことは、一方的利益志向性を控え目に実践し疑似多様の仮象開放性の外観の内に隠蔽する可能性が、民間事業者によって全面的に行使されるだけに、尚更のこと妥当する」<sup>(94)</sup>。

ホフマン＝リームは以上の理論に立脚してニーダーザクセン州放送法の違憲性を指摘した。それに対して連邦憲法裁判所はその法律の合憲性を肯定する。裁判所は放送の特殊事情(Sondernsituation)の残存に言及する<sup>(95)</sup>。放送は伝統的に周波数の稀少性と財政費の膨大性に規定された。その事態は依然として解消されていない。確かに技術革新で衛星及びケーブルが放送活動に導入されたけれども、その放送形態は、一部の人にしか利用され得ないので、地上波放送と異なって全人口を対象とすることはできない。その伝統的要因に放送のヨーロッパ化が新たに付加される。それは国境を越えた放送活動が新技術の導入によって可能となったからである。その特殊事情に照らして「民間事業者の供給番組は包括的情報の供給任務を十全に遂行することはできない」<sup>(96)</sup>。何故ならば新技術の放送利用は限定的範囲に制限され、商業放送は経済広告を主要財源とし、外国の放送は立法者の規律権限を逸脱するからである<sup>(97)</sup>。しかしその欠陥は商業放送の違憲性を意味しない。むしろ立法者の形成の自由は商業放送の自由のために制限されるべきである。「その状況を基本法5条1項2文の解釈の下で考慮しなければならないことは、民間放送を、その番組事業を排除しないとしても著しく困難にする留保の下でし



か、許容してはならないことが、立法者に憲法上要請されることを、意味するものではあり得ない<sup>(98)</sup>。それは放送の自由が商業放送と公共放送の全体に関連するためである<sup>(99)</sup>。その二元的秩序において公共放送は基本供給を実現することができる。と言うのも「その地上波番組はほぼ全ての人口に到達し、民間事業者と同程度に高い視聴率に依存することなく、それ故に、包括的内容の番組供給を実施することができる<sup>(100)</sup>」からである。公共放送はその本質的機能によって正当化される。その際に「任務遂行の技術的・組織的・人材的・財政的な前提条件の確保」が必要とされる<sup>(101)</sup>。それに対して商業放送の法的規律は公共放送の基本供給によって緩和される。「上記任務の遂行が少なくとも公共放送によって効果的に確保される限りで、そしてその場合において、民間放送における番組供給の広範性及び均衡的多様性の確保に対して公共放送と同程度に高い要請を設定しないことが、正当化されるように思われる<sup>(102)</sup>」。商業放送の「不均衡性は、それが深刻でない限りは、公法上の放送局の番組に既存の意見の方向性に関する多様性が十全に表現される場合に、許容することができる<sup>(103)</sup>」。但し商業放送は最低限度の要請として「均衡的多様性の基本基準 (ein Grundstandard gleichgewichtiger Vielfalt)」を遵守しなければならない。その内容として特に想定されるのは「全ての意見の方向性——その中には少数者の場合も含まれる——が民間放送で表現機会を有することができること、個々の事業者ないし番組が公共的意見形成に一方的に著しく不均衡に与える影響を排除すること、特に支配的意見権力の発生を阻止すること<sup>(104)</sup>」である。

従って連邦憲法裁判所は商業放送の導入を肯定した。ホフマン＝リームはその判決を痛烈に批判する。連邦憲法裁判所は従来の判決に基づき商業放送の導入を阻止することができた。何故ならば裁判所はその構造的欠陥を認識していたからである。しかしその導入は容認された。その限りで裁判所は法的原理を貫徹するのではなく政治的圧力に屈服した。「連邦憲法裁判所は民間放送の設立に関する規範的要請を『現実的可能性の留保』の下に置いた。

その限りで裁判所は技術的経済的变化及びその変化の背後に位置する利益に屈服し、その現実的所与を考慮して規範的要請を緩和させた<sup>(105)</sup>」。確かに現実領域は規範領域の構成要素であるけれども、前者の考慮は後者の縮減を意味するとは限らないので、判例の変遷は現実の変化ではなく規範の変容によって説明すべきである<sup>(106)</sup>。その際に裁判所は法的規制の実効性に疑問を呈したと推測される。と言うのも国家が現実的に商業放送を公衆の利益に方向付けることは極めて困難であるからである。それはアメリカの放送監督の実態に照らして明らかである。その限りで裁判所は商業放送の規制緩和を介して国家の無力さの暴露を回避した。「総じて裁判所が外国の経験に影響されたのは明らかである。その経験とは、法的規律は私経済放送において本来的に限定的にしか貫徹し得ない、特に規範遵守の外在的統制は放送領域において限定的にしか作用し得ないというものである。それと共に裁判所はその影響を通して法律の欠陥の露呈を回避する。何故ならば規制の要請が先に緩和されるのであれば、後に憲法及び法律の影響力の限定性を目撃する機会は存在しなくなるからである<sup>(107)</sup>」。その判断の基底には放送の自由の変質が潜在する。確かに裁判所はアクセス権の憲法上の存否に論及しなかった。それは商業放送の導入法律が裁判対象とされたためである。しかし裁判所は立法者の導入判断に基づき放送企業者の主観権を導出した。と言うのもその場合に放送の自由は商業放送の実現可能性を担保する必要があると観念したためである。その限りで放送の自由の理念は信託原理から市場原理へ転換する。「裁判所は——既に述べたように——憲法から放送企業者の自由を基本権上の自由として導出する機会を有しなかった。しかし個別法律は企業に主観的事業権を付与することができる。その限りで裁判所は放送企業者の地位を、特に私的自治に基づく企業者の決定の必要性を承認することによって、強化した<sup>(108)</sup>」。

### 三 二元的放送秩序規制

放送の自由のパラダイム転換は第四次放送判決の重要な論点であった。実

際にホフマン＝リームは鑑定意見の中で次のような問題意識を提示していた。「基本法5条1項2文は歴史的体系的にコミュニケーションの自由の基本権であって、企業活動の自由の基本権ではない。コミュニケーションの自由の客観法的関連を確保するためには、その理解に固執しなければならない。そうした主張は、大規模なマルチメディア企業ないし混合経済企業が、多くの場合に多国籍の色彩を帯びて、放送領域の企業利益として登場することが増加する時代であっても、妥当すべきである。その理解に固執しなければ、放送システムの商業化が世界的に進行し（略）、それと並行して集中が加速することによって（略）、そのように理解された放送企業の自由は現実的に一段と企業の経済活動の自由と化し、コミュニケーションの利益は後退を余儀なくされ、その場合に、放送活動は他の企業の経済活動と同列視され、文化的志向性は重要性を剥奪され、放送は各々の文化空間で個性形成的に統合促進的に国家と社会に作用する可能性を喪失し、そのような展開の終局には、コミュニケーションの自由なき『放送の自由』が、成立し得るであろう。その際に、特別なメディア法は不要となり、大幅に一般経済法によって代替され得る。（略）しかし、そのような展開は、放送の伝統にも、放送の自由を憲法政策的文化的意義の故に憲法上規定することにも、合致しない<sup>(109)</sup>」。

ホフマン＝リームは放送法のパラダイム転換の構造を総括的に把握した上で（1）、その具体的現象を特にヨーロッパ法（2）と競争法（3）を通して考察した。二元的放送秩序規制はその問題構造を背景として構想される（4）。

## 1 放送法のパラダイム転換

ホフマン＝リームは放送法のパラダイム転換を以下のテーゼに要約する。<sup>(110)</sup>

信託原理から市場原理へ。放送は社会の受託者として観念されたけれども、放送は市場の参加者として理解されるようになる。

放送システムの文化的正当化から経済的正当化へ。放送規制は放送の文化的意義によって要請されたけれども、放送規制は放送の経済的価値によって制約されるようになる。

言論伝達の自由から企業活動の自由へ。放送の自由は放送の機能能力を目的としたけれども、放送の自由は放送の私経済性を対象とするようになる。

送り手と受け手の優位から放送企業者の優位へ。放送の受益者は送り手と受け手として観念されたけれども、放送の受益者は放送企業者として理解されるようになる。<sup>(111)</sup>

法的規制の文化基底性から経済基底性へ。放送は放送法によって規律されたけれども、放送は経済法によって規制されるようになる。<sup>(112)</sup>

## 2 放送のヨーロッパ化

ホフマン＝リームは放送法のパラダイム転換の具体化として欧州委員会の「国境なきテレビ」(1984年)<sup>(113)</sup>を取り上げる。それはその報告書が欧州規模で共通放送市場を設立することを意図したものであるからである。ホフマン＝リームは欧州共同体を経済共同体として性質付ける。確かに共同体は文化的権限を行使し得る。しかしその行使は文化領域のみを対象としてはならない。何故ならばその行使は経済統合に必要な範囲に限定されるからである。その意味で共同体は主に経済領域で活動する。その権限に基づき委員会は放送領域で経済市場を創設することを企てた。その障害となったのが構成国の放送法である。その除去のために委員会は独自の理論を展開した。

欧州共同体設立条約は59条1項においてサービスの自由の制限の禁止を規定する。しかしその制限は「一般的利益 (Allgemeininteresse)」によって正当化され得る。但しそれは構成国の法律規定が欧州規模で未調和な場合に限られる。その理解は欧州司法裁判所の判例に依拠する。実際に裁判所は広告規制に関して次のように判断した。「その種の禁止は、現行規定の調和が未達成な状態において、各構成国の権限の枠内に属する。何故ならば、テレ

び広告を高権領域で一般的利益に基づき法的規定に従属させ、制限し、<sup>(115)</sup> どころか、全面的に禁止する権限は、各構成国に委ねられるからである」。その状況で委員会は放送法の一般利益性を問題とした。と言うのもその法的調和は政治的に達成困難であるからである。むしろその撤廃は特殊利益性の認定によって達成され得ると判断された。

そのために委員会は欧州人権条約を引き合いに出す。「人権条約は共同体法で付与される権利及び自由に相当する権利及び自由を規定するところ、一般的利益による正当化条項は、本質的に、一般的利益の基準を解釈適用する上で、その条約がその権利及び自由に対する介入に設ける制限を尊重することを許容し<sup>(116)</sup> 要請する」。確かに人権条約は、裁判所によって基本権の解釈のために援用されるので、共同体法の解釈基準として機能するけれども、裁判所の見解によれば、その基準はその条約に限定されるのではなく構成国共通の憲法的伝統をも包摂する。「裁判所が既に判断したように、基本権は裁判所が遵守すべき法の一般原則に属し、裁判所はその保障の際に構成国共通の憲法的伝統から示唆を得なければならず、それ故に、構成国憲法で承認され保護された基本権に反する措置を容認することはできない。さらに、人権保護に関する国際条約は、構成国が参加ないし加盟した場合は、共同体法内で考慮すべき示唆を与え得る<sup>(117)</sup>」。しかしその伝統は委員会によって等閑視される。その限りで構成国の放送法が共通の憲法的伝統として保護されるかは検討<sup>(118)</sup> されない。

その際に委員会はルティリ判決を重視し、特に次の判旨を引用する。<sup>(119)</sup>「総じて、構成国の外事警察権限に関する制約は、1950年11月4日にローマで署名され全構成国に批准された人権及び基本的自由の保護のための条約の8条・9条・10条・11条、及び1963年9月16日にストラスブールで署名された第4追加議定書の2条に規定される一般原則によって特徴付けられる。その諸条文は等しく、そこで保護される権利が公共の安全及び秩序の保護のために制約される場合に、その制約はその保護のために『民主社会において』必

要な範囲を超過してはならないということを規定する<sup>(120)</sup>」。その援用は非常に示唆的である。何故ならばその判決は外国人の差別禁止を対象としたものであるからである。設立条約56条1項は外国人に対する特別規定を例外的に「公共の秩序 (ordre public/public policy)」に基づき正当化する。その公序条項はサービスの自由の領域でも妥当する (66条)。しかしその射程は59条1項と比較すると非常に短い。と言うのも外国人の差別禁止はサービスの制限禁止の特殊な一部に過ぎないからである。その限りで公序規定は一般的利益に比して限定的である。それにも拘らず委員会は一般的利益を公序規定に基づき解釈することを主張する。その意味において一般的利益は非常に狭義に理解される。

その公共の秩序の内容は人権条約10条によって規定される。人権条約10条は1項1文で表現の自由を、2文で情報の自由を規定した上で、2項で制限事由を列挙する。委員会はその制限規定を介して公共の秩序を理解する。「『公共の秩序』と『秩序の維持』の意味を比較するだけでなく、人権条約10条2文で列挙され『公共の秩序』の特殊事例として理解され得る利益を勘案するのであれば、56条1項の『公共の秩序』の定義は、警察関連の意味の秩序以外に、『犯罪の防止』、『道徳』の保護、『秘密裡に獲得した情報の暴露』の防止、及び『司法の権威及び公正』の維持を含むものとなり得る<sup>(121)</sup>」。しかしその2項の中でも「公共の安全 (public safety/sûreté publique)」と「秩序の維持 (prevention of disorder/défense de l'ordre)」が特に重要視される。何故ならばその二規定は公共の秩序と比較して遥かに限定的な内容を示唆するからである。「実際に中核的問題となるのは『秩序の維持』が何を意味するかである。それと同様に、非正文の『公共の安全』の訳語は、正文の用語の意味よりも広範に解釈される場合もある。しかしいかなる疑念も、唯一の有効な用語を一瞥することによって、即座に払拭することができる——その用語とは“public safety”(あるいは“sûreté publique”)及び“prevention of disorder”(あるいは“à la défense de l'ordre”)である。そ

の用語からすれば、警察規制ないし刑法によって対処される安全ないし秩序が意味されていることは、明らかである。人権条約10条2項は、それ以上に広範な概念である“public policy”(“ordre public”)という用語を避ける。それはその公定の独訳が、例えば、“öffentliche Ordnung”を避けるのと同様である<sup>(122)</sup>。「人権条約で使用される概念は狭義の意味を有する。意味されるのは警察関連の意味、特に治安の維持の意味の秩序である<sup>(123)</sup>」。従って一般的利益は警察関連の意味において解釈されるべきである。

従って構成国の放送法はサービスの自由の違法な制限として評価される。確かに人権条約10条1項3文は国家が放送を許可制に服することを許容する。その条項に基づき構成国の放送規制は伝統的に正当化されてきた。それはその条項が放送の自由の保障根拠を意味し得るからである。 Hofmann＝リームは基本法に依拠してその構造を説明する。基本法5条は2項で制限権限を規定するだけでなく1項2文で形成権限を明記した。その構成は人権条約でも看取することができる。人権条約10条2項は制限根拠として理解され、1項3文は形成根拠として解釈されるべきである<sup>(124)</sup>。しかし委員会はその条項を別様に解釈する。確かに委員会は1項3文に関する論争を認知する。「ある論者の見解によれば、放送の発信国は、3文に基づき、自由に、すなわち、1文と2文で規定された権利及び自由を考慮することなく、テレビ放送企業の活動の性質・射程・内容に関する規律準則を設定することができる。別の論者の見解によれば、その準則は、2項で列挙される制限の範囲内でのみ許容される」。「後者の見解によれば、1文で規定される自由の『行使』は、実際に、法律で規定され2文で列挙される非常に特別な利益のために民主社会で必要となるような条件・制約・制裁にのみ、服し得る<sup>(125)</sup>」。しかし「委員会は、その上で、証拠も根拠もなく、二つの指示された見解の中の一つのみが適用可能であると述べる。その見解とは——驚くべきことに——、許可留保の場合でも保護に値するのは2文で言及される『警察政策的』保護利益のみであるというものである<sup>(126)</sup>」。その利益に放送法は奉仕しない。「『秩

『序の維持』の要請は、一般的な領域であろうと、プレスないし放送のような特定の領域であろうと、構成国の社会的文化的秩序に基づき制約を課すために使用することはできない<sup>(127)</sup>」。

その限りにおいて放送法は形成法律の意味において存立することはできない。確かに委員会は許容可能な規制を指摘する。「人権条約10条2項で言及される価値を保護するための準則には、青少年保護のための特別準則（その中にはメディアに特有の準則が存在する）、及び反論権に関する準則（略）が含まれる。さらにその準則には一般的法律——多くの場合には刑法——の数多くの規定が含まれる。その規定は、例えば、国家の安全、治安及び秩序、性的事柄に関する公衆道徳、及び個人の人格の様々な側面、例えば、名誉、プライバシー、及び肖像権に関するものである<sup>(128)</sup>」。しかしそのような規制は放送法にとって本来的に不可欠な要素ではない。何故ならばその規制は放送の自由と無関係に保護される利益を対象とするからである。その限りでそれは制限法律として把握すべきである。それに対して委員会は許容不能な規制にも言及する。「その要請の具体例は、番組の性質及び品質に関する要請（例えば情報・娯楽・教育、あるいは良質な娯楽）、番組の方向性に関する要請（例えば公正性・社会内の特定の傾向の提示）、情報の信頼性に関する要請（例えば情報源・内容・正確性の事前審査）、放送組織から一般的に入手可能な番組に関する要請（例えば様々な意見の表明ないし番組の均衡性に関する最低限度の要請）である<sup>(129)</sup>」。しかしそのような規制こそが放送法にとって概念的に本質的な内容であった。と言うのもその規制は放送の自由の機能能力を目的とするからである。その意味でそれは形成法律として理解すべきである。総じて委員会は放送規制を制限法律として理解することを提唱する。しかしその場合において放送法の中核領域が喪失することが帰結される。

総じて委員会は放送領域に市場原理を導入する理論を展開した。放送法は放送の自由の具体化として本質的に社会文化的意義を帯びる。しかしその文



化的性質は警察関連的利益に該当しない。従って放送法の正当性は共同体法において否定される。確かに制限法律としての放送規制は共同体法によって許容されるけれども、その規制は放送の自由の機能能力を確保するものではないので、放送の核心領域は積極的に保障されないことになる。その場合に放送領域は規制の排除の原則によって規律される。その帰結は放送領域における市場原理の現実化であろう。何故ならばその空間は経済的強者の一方的利益行使によって構築されることになるからである。それが欧州規模の共通放送市場の含意である。

### 3 言論競争と経済競争

さらにホフマン＝リームは競争法の放送領域に対する適用を考察素材とする。<sup>(130)</sup>その現象の根底には放送の自由の変容が存在した。放送の自由は言論競争 (publizistischer Wettbewerb) ではなく経済競争 (ökonomischer Wettbewerb) によって規定されるようになった。その場合に放送活動は文化放送法ではなく経済競争法によって規律される。ホフマン＝リームは言論競争と経済競争を次のように敷衍する。「言論競争は、言論の伝達を通して自己を発展させ方針を獲得し、多種多様な情報及び意見の対立を通して『真実』を発見する伝統的概念に結び付く。その競争は自由な意見形成の手段として観念される。その確保手段は概念選択によっては決定されない。経済競争は市場に基づき組織される交換過程を志向する。その際に、市場参加者が各々の平等な市場で活動し、有益な取引条件を期待して第三者と取引関係を締結することを望むことが、前提とされる。その競争によって特定の帰結、<sup>(131)</sup>特に供給の需要者の選好に対する志向性が期待される」。

経済競争の優位性は特に競争法学者によって主張された。「言論競争自体は安定的で機能能力あるシステムを生み出さない」。「言論競争が自己に期待される文化政策的プレス政策的機能を果たし得るのは、その競争が出版企業間の経済競争に対する関連性を有する場合に限られる」。「私は、その経済以

外のメディア機能に民主主義の存立の点で非常に高い重要性を帰するからこそ、安定的で機能能力ある多元的システムを強く支持する。そのようなシステムは、独立のメディア企業間の経済競争の場合にのみ、認識することができる。私はその競争をカルテル法という確かな手段で確保することを提案する<sup>(132)</sup>。それに対して放送法の存在意義は否定される。「放送をプレスと映画に比較して判断する場合に、最も重要な特殊性となるのは、憲法裁判所が意見形成の望ましい結果——既存の意見の多様性の提示——を自由の許容性の基準とすることから帰結される。しかし意見の自由が承認されるのは、それが予測不能な『一連の解決可能性』(憲法裁判所)、意見と反対意見に至るからである。『積極的規律』の要請は、理論的実践の根拠に照らして、意見の自由の中心的観念と相容れない<sup>(133)</sup>」。

従って競争法の優位と放送法の否定が主張される。その二面性は特にホップマンによって統一的に説明された。ホップマンは「自由な意見形成 (freie Meinungsbildung)」と「積極的放送秩序 (positive Rundfunkordnung)」の両立可能性を問題とする。意見形成過程は自生的秩序 (spontane Ordnung) として観念される<sup>(134)</sup>。自生的秩序は人間行動の相互一致が継続的調整によって達成される場合に成立する。その意味で意見形成は意見の継続的調整によって特徴付けられる。その前提として行動の自由の確保が必要とされる。それは意見調整が多数人の競争過程において生起展開するためである。行動の自由の一般的確保は競争過程の効果的作動を結果させ、その競争過程は意見形成の生成及び発展を帰結させる。逆に言えば意見形成過程の十全性は行動及び競争の自由性に依存する。その競争において言論競争と経済競争は相互に密接な関連を有するものとして把握される。「自由な意見形成過程は意見競争 (Meinungswettbewerb) と経済競争が協働しない場合には社会的機能を遂行することはできない。それ故に経済競争の制限は同時に自由な意見形成の制限を意味する。その経済競争の制限は意見に依拠する個人の行動と現実的世界の対決から新たな意見が生じる可能性を制限する (逆に経

済競争過程は意見競争が制約される場合に制限されてしまう)。意見競争は経済競争が制限されない場合にのみ『適切な意見』の発見手続となる<sup>(136)</sup>」。そのように経済競争が言論競争に優位するのは意見の自由と競争の自由が共に行動の自由の共通基盤に立脚するからである。「意見の自由は、行動なき場合は不可能となるので、一種の『内的』自由であるだけでなく、行動の自由を前提とする。それと同様に、経済的自由は、行動の自由、すなわち、個人が自由に経済的考慮を実行に移すことができることを前提とする<sup>(137)</sup>」。

それに対して積極的放送秩序は人為的組織 (Organisazion) として把握される<sup>(138)</sup>。人為的組織は人間行動の相互一致が意図的目的によって実現する場合に成立する。その意味で積極的放送秩序は放送の作為的構築によって特徴付けられる。その目的として特に既存の意見の多様性の確保が定立されると指摘される。「放送は憲法上保護された自由な意見形成過程の『媒体』及び『要因』であって、意見形成過程に関与し『意見の均衡的多様性』を確保しなければならない<sup>(139)</sup>」。

従って自由な意見形成と積極的放送秩序は原理的に両立し得ない。それは自生的秩序と人為的組織が根本的に相反する性質を保持するためである<sup>(140)</sup>。そのことは言論の多様性に関する想定において看取することができる。言論の多様性は自由な意見形成において経済競争を通して生起する。それに対して言論の多様性は積極的放送秩序において政治国家によって確保される。その限りで自由な意見形成は積極的放送秩序によって制約される。と言うのも国家による既存の言論状態の固定化は競争における将来の言論空間の可能性を不当に縮小させるからである。従って積極的放送秩序は自由な意見形成にとって有害無益である。むしろ意見形成の自由は本来的に自由競争によって確保されなければならない。その意味でホップマンは次のように結論付ける。「どのような（個人的公共的な）意見の多様性が妥当すべきかは、自由な意見形成過程において、発見される。いずれにせよ、そうした意見の多様性は、任意の時点で存在する意見の多様性とは、たとえ後者の意見の多様性が

確定されるとしても、常に区別される。『既存の』意見の多様性を将来的な意見の多様性の基準として使用するのであれば、意見形成過程が閉鎖的システムと化し、意見形成の自由が制限されることが帰結されるであろう<sup>(141)</sup>。

総じて放送の自由の内容として自由な意見形成の一元的構成が選択される。その構成において経済競争の言論競争に対する優位が想定される。その理論によれば積極的放送秩序は不当なものとして否定される。その見解は二つの点において批判されるべきである<sup>(142)</sup>。第一に放送の自由の内容形成は不可欠である<sup>(143)</sup>。何故ならば放送の自由は受け手に対する奉仕の自由を目的とすべきであるからである。確かに放送の自由は送り手の自己発展の自由を内容とする場合に経済競争原理に親和的となる。しかしその理解は表現の機会の平等性に背馳する事態を惹起しかねない。それは放送特権の一方的行使が経済的強者の言論氾濫を帰結させるからである。その危険の回避のために積極的放送秩序が要請される。第二に経済競争は言論競争の確保にとって十分ではない。と言うのも利潤追求に基づく言論活動は言論空間の商業的均質化を引き起こすからである。確かに経済競争の言論競争に対する影響は現実的に確認され得る。しかしその影響が言論領域にとって有益であるとは限らない。その意味で経済競争と言論競争は原理的に峻別されなければならない。

#### 4 二元的放送秩序規制

放送法のパラダイム転換は二元的放送秩序にも影響する。放送秩序において原則と例外の地位は根本的に転倒した。以前は公共放送が原則的地位を堅持し、商業放送は例外的地位を獲得するのに止まったけれども、現在は商業放送が原則的地位を奪取し、公共放送は例外的地位を保持するに過ぎない。その限りで立証責任は完全に逆転する。以前は商業放送の支持者が例外的な商業放送の正当性を弁証すべきであったけれども、現在は公共放送の擁護者が例外的な公共放送の正当性を論証しなければならない。ホフマン＝リーム<sup>(144)</sup>はそうした問題認識に基づいて二元的放送秩序を考察する。

二元的放送秩序は商業放送と公共放送の二支柱によって構築される。その二元性は<sup>(145)</sup>対抗的制度によって確保される。一方において商業放送は広告料に依拠し私経済性に指導されるから、放送事業を通して市場の利益を追求することが許容され、公衆の利益は経済競争を介して志向されるに過ぎない。そのことは商業放送が私法上の創設物として私的自治を享受することによって根拠付けられる。その限りで商業放送は外部的多元主義によって規律される。何故ならば伝達主体の多数性が経済競争を介して言論の多様性を実現することが想定されるからである。従って商業放送は「収益及び奉仕」の原則によって特色付けられる。他方において公共放送は受信料に立脚し共同経済性に制御されるから、放送活動を通して市場の利益を追求することが否定され、公衆の利益は言論競争を介して充足され得る。そのことは公共放送が公法上の営造物として法的自治を付与されることによって基礎付けられる。その限りで公共放送は内部的多元主義によって規定される。と言うのも伝達内容の多様性が言論競争を介して言論の多様性を達成することが意図されるからである。従って公共放送は「収益ではなく奉仕」の原則によって特徴付け<sup>(146)</sup>られる。

その放送秩序の妥当性は二元秩序の構成自体ではなく秩序全体の機能能力に依存する。それはその構成が放送の自由の要請ではなく政治的妥協の産物であるからである。その意味において二元的放送秩序は放送の自由の内容形成の唯一の可能性ではない。<sup>(147)</sup>二元的放送秩序の機能能力は商業放送と公共放送の構造的差異化 (strukturelle Diversifikation) によって確保される。何故ならば放送秩序全体は、商業放送の短所を公共放送の長所で補正し、公共放送の短所を商業放送の長所で補正することによって、活性化すると想定されるからである。基本供給の法理はその観点に基づいて首肯される。商業放送において言論の商業的一様性が許容されるのは公共放送によって言論の文<sup>(148)</sup>化的多様性が担保される場合に限られる。その意味で二元秩序の機能能力は公共放送の基本供給に依存する。その際に商業放送と公共放送は共に存立可

能性が現実的に確保されなければならない。それは二元秩序の整合性が両支柱の並存性によって付与されるためである。その限りで二元秩序の法的導入は二元性の維持の要請を内在化させる。<sup>(149)</sup> 一方において商業放送の放送事業は国家の消極的不作為によって保護される。商業放送は市場の利益の追求を阻害されてはならない。確かに放送企業は公衆の利益の充足のための法的規制に服する。しかしその規制は放送企業に不当な負担を課してはならない。<sup>(150)</sup> 確かに放送企業者は商業放送の導入法律に基づきアクセス権を享受する。しかしその主観権は放送秩序が機能不全に陥った場合に立法者がその欠陥を修正することを要求し得るに過ぎない。<sup>(151)</sup> 確かに商業放送は企業要素を放送事業に活用する。しかしその私経済性自体は憲法上の保障を獲得し得ない。それはプレスの私経済性の場合と同列に説明される。プレスの私経済性の妥当性はプレスの機能能力に対する貢献に依存した。それと同様に放送の私経済性の妥当性は放送の機能能力に対する寄与に依拠する。その限りで放送の私経済性は放送の機能能力を侵害する場合に破棄され得る。と言うのも放送の自由が目的とするのは放送の私経済性ではなく放送の機能能力であるからである。<sup>(152)</sup>

他方において公共放送の放送活動は国家の積極的作為によって保障される。公共放送は存続及び発展の保障 (Bestands- und Entwicklungsgarantie) を享受しなければならない。商業放送は規制の緩和に服し事業範囲は無限定であるのに対して、公共放送は厳格な規制に服し活動範囲は限定的となる。特に公共放送は市場の利益を目的として行動してはならない。その限りで両支柱の競争条件は不平等とならざるを得ない。公共放送はその競争において周縁的地位に放逐されかねない。<sup>(153)</sup>

しかしその事態は正当化され得ない。第一に二元秩序の機能能力は公共放送による文化的多様性の確保に規定される。それは秩序全体の効果的作動のために商業放送の構造的欠陥の是正が必要となるためである。その意味で二元秩序の体系の一貫性は公共放送による最低限度の言論伝達によって担保される。第二に商業放送の一元秩序は憲法上排除される。何故ならば「マスコミュニケーションを経済市場のみに基づいて

制禦することは、放送領域において、放送活動を大衆娯楽番組に縮減させ、言論伝達の可能性を埋没させ、革新的試行を封鎖することを帰結させる恐れがあり、それ故にまた、表現の機会の平等性の問題にも矛盾する」からである。<sup>(154)</sup>その限りで二元秩序の憲法的正当性は公共放送による商業放送の統御によって付与される。従って「公共放送の機能能力は、番組・財源・技術の現状の発展段階だけでなく、メディア内容・技術・流布形式・受容習性の変化<sup>(155)</sup>に対しても、保護される」。

その範囲は放送秩序の機能能力に関連して確定されるべきである。その際に公共放送の活動領域を限定することは妥当でない。その場合に公共放送の活動範囲は基本供給の任務遂行に制限され、それ以上の放送活動は商業放送の放送事業に委任されることになってしまう。しかしその競争関係は適切ではない。何故ならば商業放送と公共放送の言論競争は、両者の放送活動を同一領域に定位させながら、その活動を両者の指針の相違に基づき別様に形成させることによって、活発化するべきであるからである。その意味で商業放送と公共放送は同一条件で競争すべきである。<sup>(156)</sup>確かに公共放送の活動範囲は形成法律によって限定されるけれども、その範囲は広義に規定されるのが通例であるので、その場合に公共放送は放送秩序の機能能力に関連する領域全体で活動できると解すべきである。<sup>(157)</sup>その中心領域をなすのが番組活動である。「確保すべきは、放送の全部門を包括し、意見形成及び政治的意思形成に奉仕し、娯楽及び情報（報道を含む）を包含し、放送の文化的責任を遵守する番組供給である」。<sup>(158)</sup>しかし番組活動の周辺領域も同様に重要となり得る。と言うのもその領域の危殆化は放送秩序の機能能力に悪影響を与える場合があるからである。その限りで「放送立法者は、公共放送の機能能力に期待する場合に、その事業者の周辺領域内の活動を基本的に制約してはならない。しかし、他方において、その種の活動が事業者に対する関連性を喪失しないこと、あるいは、その活動が内容的に番組委託の空洞化——それどころか「傾向的商業的」志向性の干渉——を帰結させないことを確保する

措置が、要請され得る<sup>(159)</sup>」。従って放送の自由の任務は番組委託 (Programmauftrag) よりも機能委託 (Funktionsauftrag) として理解されなければならない<sup>(160)</sup>。

ホフマン＝リームはその範囲を広範に把握すべきことを主張する。そのことは憲法裁判所に対する批判的評価から理解することができる。ホフマン＝リームは特に三つの憲法判例を取り上げる。第一に憲法裁判所は青少年保護の目的でプレス卸売商を規制する事案に関してその業者に対するプレスの自由の適用可能性を肯定した。「独立して行使されプレス製品の生産に直接的に関与しない補助活動は、その活動が典型的に (typischerweise) プレスに関連し、プレスに対する密接な組織的關係 (enger organisatorischer Bindung) の下で展開し、自由なプレスの機能にとって必要であり、その活動の国家規制が同時に意見流布に制限的に作用する場合において、プレスの自由の保護によって包摂される<sup>(161)</sup>」。その判断はプレスの自由の防禦権に関して説示されたものであるけれども、その基本内容は放送の自由の内容形成にも妥当すると解される。その意味で「放送の自由の保護、それ故に、放送事業者の活動の保護は、直接的ないし間接的に番組実施に関連し、その限りで、放送秩序の機能に関連する全活動領域に及ぶ<sup>(162)</sup>」。但し「典型的」及び「組織的關係」の要件はメディア活動の将来的発展のために機能的に解釈されなければならない。『『典型的に』メディアに関連する活動に対する限定は、私見によれば、多数の変化及び相互的交換可能性に照らして、限定として作用すべきでない<sup>(163)</sup>』。「マルチメディア市場は恒常的に変動状態に存し、組織的關係は多くの場合に市場の柔軟性の障害として見做される<sup>(164)</sup>」。第二に憲法裁判所はスポーツなどを短時間で報道する権利が争点となった事案においてその権利に関する法律規定の正当性を肯定した。そのような問題が提起されたのは、主に商業放送企業者が視聴者獲得の目的でスポーツなどの排他的放映権を獲得する事態が生じたので、その非保有者に無償で短時間報道を可能にする機会を創設することが必要となると判断されたからである。「短時間報道権は



基本法 5 条 1 項 2 文の目的の実現に奉仕する。その権利は、情報を含む番組の提供を望むテレビ事業者に対して、必要情報へのアクセスが私法上の合意に基づいて拒絶され得ないこと、及び、情報をテレビ媒体に適した仕方を利用して良いことを保障する。従ってその権利はテレビ視聴者に包括的情報だけでなく情報伝達の多様性を確保し、その限りで、支配的意見権力の発生を抑止する<sup>(165)</sup>」。その理解は機能的解釈の重要性を提起している。「テレビの情報機能の遂行意義、及び自由な情報活動と情報獲得の保障目的が、議論を特徴付け、それ故に、裁判所の機能的見方を示している<sup>(166)</sup>」。第三に憲法裁判所は西ドイツ放送の存続及び発展の保障が論点となった訴訟において第三者との共同可能性及び印刷物による番組宣伝を承認した<sup>(167)</sup>。番組製作は放送の自由の「必然的前提」として保護される。「そのことは西ドイツ放送の自社番組だけでなく委託番組・共同番組・番組製作企業に対する参加にも妥当する<sup>(168)</sup>」。さらに放送の自由の保護領域に包摂されるのは「自社番組を放送後に利用し、そのために第三企業と共同し、その企業に参加すること」である。と言うのもその利用は放送活動に「直接的には関連しない」けれども、その収入は放送機能の現実的行使のための「財政的枠組条件」を構成するからである<sup>(169)</sup>。加えて「主に番組に関連する内容を含む印刷物を公表することは、それが放送の任務範囲に補助的周辺活動として帰せられ得る場合に、放送の自由によって保護される<sup>(170)</sup>」。プレス卸売商及び短時間報道権は番組活動に対して直接的関連性を有した。何故ならばその中核活動は製品の流布及び情報の獲得なくしては不可能となるからである。しかしその直接性は放送の自由の保護にとって必ずしも不可欠ではない。そのことは番組の利用及び宣伝が放送の自由を享受する必要があることから基礎付けられる。その限りで放送の自由の保護は番組に間接的に関連するに過ぎない領域にも妥当する。従って番組活動の周辺領域は放送秩序の機能能力に関連する限り広範に保護されるべきである<sup>(171)</sup>。

## 跋

本稿は以上においてホフマン＝リームのメディア法論を検討した。本稿はその指導理念としてメディアの自由の信託的構成を指摘することができる<sup>(172)</sup>と考える。確かにメディアの自由はプレス<sup>(173)</sup>の自由と放送の自由に分離されるのが一般的見解である。しかしホフマン＝リームにとって両自由は基本的に同質なものとして理解されている。プレスの自由は専らプレスの機能能力の故に保障される。その理解に基づいて私経済構造の撤廃及び内部的自由の導入は肯定された。その限りでプレス企業者の自由は否定的に評価される。その人格発展に対する機能能力の優位は放送の自由の核心部分と共通する。そのことは商業放送の法的導入の否定及び公共放送の基本供給の強調に照らして明らかである。その意味で放送企業の自由は消極的に判断された。従ってプレスの自由と放送の自由は統一的理念によって指導されると解される。その理念は一般公衆の受託者としての規範像である。メディアの自由は受け手の意見形成の自由<sup>(174)</sup>に奉仕すべきである。何故ならばメディアの特権性は表現の機会の平等性の原理によって拘束されるからである。その限りでメディアの正当性は一般公衆の言論利益の十全な充足に定位される。確かにその奉仕の度合は伝達の媒体に対応して別様に規定される。プレスに比べて放送の方が、商業放送に比べて公共放送の方が、強度の奉仕に従属するのが、現実であろう。しかしその媒体全てが信託的に拘束されるべきこと自体に変化はない。その際に変化するの自由の目的ではなくその達成のための手段であるに過ぎない。実際に奉仕の強化の契機はプレスの内部的自由及び商業放送の被制約性の議論の内に看取することができる。

その一般公衆の受託者としての理念像は経済市場の参加者としての觀念像に対立する。メディアの自由の市場的構成はその信託的構成と原理的に相容れない。経済的強者によるメディア特権の一方的行使は言論空間全体の危殆化要因として作用する。さらに言論の商業的一様性は受け手の意見形成の自

由を充足しない。従ってメディアの自由は立法者の積極的規律に服する。と言うのも言論秩序は内容形成なくしては市場支配に規定されてしまうからである。言論の文化的多様性の確保はその保障権限によって正当化される。<sup>(175)</sup>その反市場的構成は経済性に対する言論性の保護にとって極めて重要である。メディア法の根本問題は「メディア秩序の機能能力は市場のみによって確保され得るのか」ということである。<sup>(176)</sup>メディアの自由の信託的構成はその問題に否定的に解答する。その内に経済の侵食に対抗して言論の純粹な保障を貫徹する態度を見て取ることができる。ホフマン＝リームの意義はその関心を実践的に理論化し続けたことに存する。<sup>(177)</sup>

その信託的構成には比較法的に深化発展させる余地がある。ヨーロッパで表現の自由はその優越性に基づき国家の作為を要請すると観念される。その観念はメディアの自由の領域にも妥当する。<sup>(178)</sup>特に放送の自由は客観法的に理解され積極的規律によって構成されると理解される。<sup>(179)</sup>ホフマン＝リーム自身もその理念像を次のように表現した。「放送はパブリックサービス (public service)・公役務 (service public)・社会の『受託者』 (“Treuhänder” der Gesellschaft) などとして創設された」。<sup>(180)</sup>その意味でヨーロッパにおける放送の共通法が構想される。<sup>(181)</sup>従って信託の思想の内容及び形成をヨーロッパ諸国の基本権論に着目して比較法的に研究することが必要になると思われる。

- (1) Schulze-Fielitz, Medien und kommunikative Offenheit, in Hoffmann-Riem, Offene Rechtswissenschaft, 2010, 733ff., 734. ホフマン＝リームに関する総合的評価は同書の分析から得ることができる。Vgl. Voßkuhle, Wie betreibt man offen(e) Rechtswissenschaft?, 153ff.; Scherzberg, Innovationen und Recht, 273ff.; Bumke, Grundrechte, 435ff.; Masing, Gesetz und Gesetzesvorbehalt, 467ff.; Britz, Informationelle Selbstbestimmung zwischen rechtswissenschaftlicher Grundsatzkritik und Beharren des Bundesverfassungsgerichts, 561ff.; Schmidt-Aßmann, Die Integration von Reformimpulsen in die Systematik des Verwaltungsrechts, 1011ff.; Schuppert, Die Verwaltungswissenschaft als Impulsgeberin der Ver-

- waltungsrechtsreform, 1041ff.; Appel, Polizei-und Umweltrecht als Referenzgebiete staatlichen Aufgabenwandels, 1165ff.; Röhl, Reform der Justiz durch Reform der Justizverwaltung, 1279ff.; Ruffert, Kohärente Europäisierung, 1397ff.
- (2) Vgl. Klopfer, Durch pluralistische Verfassungswissenschaft zum einseitigen Medienrechtskonzept, AfP 1983, 447ff., 449. 逆に後者の見解を代表するのがハンス・フーゴ・クラインである。Vgl. Klein, Öffentliche und private Freiheit, Der Staat 10 (1971), 145ff.; Die Rundfunkfreiheit, 1978.; Rundfunkrecht und Rundfunkfreiheit, Der Staat 20 (1981), 177ff.
- (3) Hoffmann-Riem, Public Service Orientations in Broadcasting, Studies of Broadcasting 1997, 55ff., 56.
- (4) 日本の議論においてホフマン＝リームの学説は主にドイツ憲法研究者によって広く参照されてきた。例えば次の文献などを参照されたい。鈴木秀美『放送の自由』(信山社、2000年)、西土彰一郎『放送の自由の基層』(信山社、2011年)、浜田純一『メディアの法理』(日本評論社、1990年)。しかしホフマン＝リームのメディア法論を総体的に研究した文献は存在しない。本稿はその指導理念を基本権の理論に着目して解明することを意図している。なおドイツの議論において「信託的自由(treuhänderische Freiheit)」の概念は特にオッセンブühlとストックによっても強調された。Vgl. Ossenbühl, Rundfunkprogramm, DÖV 1977, 381ff.; Stock, Kirchenfreiheit und Medienfreiheit, ZevKR 1975, 256ff.
- (5) Vgl. Hoffmann-Riem/Branahl, Redaktionsstatute in der Bewährung, 1975, 29ff.; Hoffmann-Riem/Plander, Rechtsfragen der Pressereform, 1977, 29f.
- (6) Vgl. Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 43ff.; Hoffmann-Riem, Medienfreiheit, in Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, Bd. II, 1977, 47ff., 54.
- (7) Vgl. Hoffmann-Riem/Branahl (Fn.5), 33ff.
- (8) Forsthoff, Der Verfassungsschutz der Zeitungspressen, 1969, 15f.
- (9) Vgl. Hoffmann-Riem/Branahl (Fn.5), 37f.
- (10) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 43 (ohne Hervorhebung im Original).
- (11) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 44 (ohne Hervorhebung im Original).
- (12) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 44f.
- (13) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 49.
- (14) Vgl. Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 32f.

(15) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 33.

(16) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 33.

(17) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 34.

(18) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 35. ホフマン＝リームは次の文献を引用する。

Kübler, Empfiehlt es sich, zum Schutze der Pressefreiheit gesetzliche Vorschriften über die innere Ordnung von Presseunternehmen zu erlassen?, 49. DJT, 1972, D53.

(19) Vgl. Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 36.

(20) Hoffmann-Riem, Sozialstaatliche Wende der Medienverantwortung, JZ 1975, 469ff., 472 (ohne Hervorhebung im Original). ホフマン＝リームは「正当化配慮 (Legitimationsvorsorge)」・「生産配慮 (Produktionsvorsorge)」・「革新配慮 (Innovationsvorsorge)」を次のように定義する。正当化配慮とは「大衆の忠誠を正当化要因として確保すること」である。それは「その忠誠を事実として確保するだけでなく、実質的正当化にも配慮する必要性」と結び付いている。生産配慮とは「生産条件を（例えば物質的・精神的基盤を創出し、生産に起因する機能不全問題を緩和することなどに配慮することによって）創設すること」である。革新配慮とは「将来的発展に関する開放性、特に現代の未解決な問題及び将来的問題の解決に配慮すること」である。472, Fn.41-43.

なおホフマン＝リームは「メディア責任の社会国家的転換」をレーバッハ判決の内に看取する。連邦憲法裁判所はメディアの現実機能を主に政治機能を念頭に置いて展開してきた。Vgl. BVerfGE 12, 205; BVerfGE 20, 162. 裁判所はレーバッハ判決でメディアの社会機能を視野に収めたと判断される。何故ならばその判決においてメディアの現実機能が「全生活領域における社会統合」に拡大され、情報機能が「社会生活上の展開」に関連することが明示されたからである。Vgl. BVerfGE 35, 202, 222.

(21) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 38 (ohne Hervorhebung im Original).

(22) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 38.

(23) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 39.

(24) Hoffmann-Riem, Methoden einer anwendungsorientierten Verwaltungswissenschaft, in Schmidt-Aßmann/Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, 2004, 9ff., 62. なおホフマン＝リームの方法論に関しては次の論文も参照されたい。Vgl. Hoffmann-Riem, Rechtswissenschaft als

Rechtsanwendungswissenschaft, in Hoffmann-Riem (Fn.6), Sozialwissenschaften im Studium des Rechts, 1ff.; Sozialwissenschaftlich orientierte Rechtsanwendung in öffentlich-rechtlichen Übungs- und Prüfungsarbeiten, in Hoffmann-Riem (Hrsg.), Sozialwissenschaften im öffentlichen Recht, 1981, 3 ff.

(25) Hoffmann-Riem (Fn.6), 58.

(26) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.6), 59f.

(27) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.6), 61.

(28) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.6), 63ff.

(29) Hoffmann-Riem, Innere Pressefreiheit als politische Aufgabe, 1979, 4.

(30) Kaiser, Presseplanung, 1972, 31. それは「都市の空気は自由にする」という格言に依拠している。

(31) Vgl. Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 69.

(32) Lerche, Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration, 1971, 23 ; Verfassungsrechtliche Aspekte der „inneren Pressefreiheit“, 1974, 32 (ohne Hervorhebung im Original).

(33) Lerche (Fn.32), Verfassungsrechtliche Fragen zur Pressekonzentration, 46.

(34) Papier, Pressefreiheit zwischen Konzentration und technischer Entwicklung, Der Staat 18 (1979), 422ff., 431.

(35) Hoffmann-Riem (Fn.29), 96 (ohne Hervorhebung im Original).

(36) Hoffmann-Riem/Branahl (Fn.5), 50. ホフマン＝リームは特にシュピーゲル判決を援用する。「国家は——個々人の主観的権利に拘らず——、法秩序において、ある規範の妥当領域がプレスに抵触する場合には常に、プレスの自由の想定に考慮を払う義務を負う。プレス機関の自由な設立・プレス職業の自由な選択・公的官庁の開示義務はその原理的帰結であるけれども、例えば自由なプレス制度に意見の独占の形成から生じ得る危険を排除する国家義務を觀念することも可能である」。BVerfGE 20, 162, 175f.

(37) ホフマン＝リームは今日的に達成可能なのは急進的政策ではなく漸進的政策であると述べる。Hoffmann-Riem (Fn.29), 6.

(38) Hoffmann-Riem (Fn.29), 50f.

(39) Vgl. Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 90. なお基本権の分業的行使の一般的見解に関しては Hoffmann-Riem, Die grundrechtliche Freiheit der arbeitsteiligen Berufsausübung, in FS Ipen, 1977, 385ff. を参照されたい。

- (40) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.29), 67.
- (41) Hoffmann-Riem (Fn.29), 136 (ohne Hervorhebung im Original).
- (42) Vgl. Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 77.
- (43) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 79.
- (44) Vgl. Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 79.
- (45) Hoffmann-Riem/Plander (Fn.5), 78.
- (46) Hoffmann-Riem, The Freedom of Communications and the Future of Broadcasting in West Germany, Studies of Broadcasting 1981, 49ff., 61.
- (47) プレスの自由に関して「そのような解釈は支配的意見に合致しない」けれども、「その解釈は放送に関しては承認されている」。Hoffmann-Riem/Plander (Fn. 5), 44, Fn.73.
- (48) Vgl. Hoffmann-Riem, Massenmedien, in Benda/Maihofer/Vogel, Handbuch des Verfassungsrechts, 1983, 389ff., 429f.
- (49) Vgl. Wieland, Markt oder Staat als Garant der Freiheit, Der Staat 23 (1984), 245ff.
- (50) Hoffmann-Riem, Wandel der Medienordnung, 2009, 2.
- (51) Vgl. Hoffmann-Riem, Kommerzielles Fernsehen, 1981, 38ff. ホフマン＝リームは特に次の学説と判例を念頭に置く。Scanlon, A Theory of Freedom of Expression, 1 Philosophy and Public Affairs 204 (1972); Abrams v. United States, 250 U.S. 616 (1919).
- (52) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 40ff. ホフマン＝リームは特に次の学説を念頭に置く。Blasi, The Checking Value in First Amendment Theory, 1977 Am. B. Found. Res. J. 521; Emerson, The System of Freedom of Expression, 1970, 11ff.; Meiklejohn, Free Speech and its Relation to Self-Government, 1948.
- (53) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 50f.
- (54) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 46ff. 移民及び独立の経験が歴史的要因として指摘される。
- (55) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 56ff. ホフマン＝リームはその状況に対する例外としてシュワートとニマーを取り上げた上で、その学説によっても基本権の防禦権の理解は克服されていないと指摘する。Vgl. Nimmer, Introduction, 26 Hastings L.J. 639 (1975); Stewart, "Of the Press", 26 Hastings L.J. 631 (1975).
- (56) Hoffmann-Riem (Fn.51), 54.

- (57) Hoffmann-Riem (Fn.51), 55.
- (58) 修正1条はメディア法の法的根拠として理解されない。その意味で修正1条はメディアの自由の保障義務を明記する基本法5条1項2文と異なる。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.50), 49.
- (59) Hoffmann-Riem (Fn.51), 68.
- (60) Hoffmann-Riem (Fn.51), 248.
- (61) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 84ff., 253ff.
- (62) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 95ff., 255ff.
- (63) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 69ff., 263ff.
- (64) Hoffmann-Riem (Fn.51), 68.
- (65) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 278.
- (66) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 278ff.
- (67) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 280ff.
- (68) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 283ff.
- (69) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 289ff.
- (70) Hoffmann-Riem, Fernsehkontrolle als Ritual?, in Hoffmann-Riem (Fn.50), 343ff., 368. エーデルマンは「政治の象徴的使用」を次のように説明する。「行政機関は、現実的な『社会』・『一般意思』・『公共的利益』ではなく、自身が規制し利益を付与する関係者の政治経済的道具として理解されるべきである。その機関はその道具的機能を果すと共に、政体全体に対して同程度に重要な表現的機能を営む。それは私的戦略に対して公衆の黙認を喚起する印象を創出し維持する機能である。その戦略は、その機能がなければ、憤慨・抗議・反抗を惹起することが予想され得るものである」。Edelman, The symbolic Uses of Politics, 1984, 56. しかしその象徴的意味の放送監督さえも80年代の規制緩和において旧来の正当性を喪失していく。何故ならば従来は商業放送の欠陥が市場の利益と異なる公衆の利益に基づいて指摘されたけれども、市場優位の時代に公衆の利益は市場原理によって規定されるので、市場の利益こそが公衆の利益として観念されるようになったからである。その意味で商業放送の欠陥自体が概念上想定され得ない。規制の緩和ないし撤廃こそが商業放送の自由の必然的帰結である。Vgl. Hoffmann-Riem, Deregulierung als Konsequenz des Marktrundfunks, in Hoffmann-Riem (Fn.50), 31ff.
- (71) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 296ff.
- (72) Hoffmann-Riem (Fn.70), Fernsehkontrolle als Ritual?, 369.



(73) Hoffmann-Riem (Fn.51), 54.

(74) なおアメリカ法研究がホフマン＝リームの思想形成に与える意義はメディア法学の観点だけでなく行政法学の見地からも把握されるべきである。その時期にホフマン＝リームは特に「政策実施 (policy implementation)」の知見を獲得した。と言うのもその関心は放送規制の適法性の問題だけでなくその実効性の問題に向けられていたからである。その限りで放送規制の研究は規制一般の研究に移行することができた。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.50), 1f. ホフマンリームの行政法学に関しては次の文献などを参照されたい。Vgl. Hoffmann-Riem, Selbstbindung der Verwaltung, VVDStRL 40 (1981), 187ff.; Die Reform staatlicher Regulierung in den USA, Der Staat 23 (1984), 17ff.; Reform des allgemeinen Verwaltungsrechts als Aufgabe, AöR 115 (1990), 400ff.; Zur notwendigen Verbindung von Effektivitäts- und Implementationsforschung, in Hoffmann-Riem/Mollnau/Rottleuthner (Hrsg.), Rechtssoziologie in der Deutschen Demokratischen Republik und in der Bundesrepublik Deutschland 1990, 126ff. なおホフマン＝リームを素材にアメリカとドイツの法観念を比較した文献として藤田宙靖「ドイツ人の観たアメリカ公法——「法治行政」と「法の支配」に関する覚え書き——」同『行政法の基礎理論・上巻』(有斐閣、2005年) 134頁以下が重要である。

(75) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.47), 406ff.; Hoffmann-Riem, Medienfreiheit und der außenplurale Rundfunk, AöR 109 (1984), 304ff., 318ff.

(76) ホフマン＝リームは放送の自由の社会的関連性にプレス機能に関する議論を転用する。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.48), 394. 従って放送の自由は政治機能だけでなく社会機能を遂行し、全生活領域に関連しなければならない。なおホフマン＝リームは基本権の主観性と客観性の議論において共同決定判決を参照している。Vgl. BVerfGE 50, 290, 340f.

(77) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.47), 397ff. その思想史的背景に関しては Schulz, Gewährleistung kommunikativer Chancengleichheit als Freiheitsverwirklichung, 1998を参照されたい。

(78) 放送の自由の客観性の規律義務に対する転化はアメリカとドイツの法観念の分岐点を構成する。確かに放送の自由を受け手の見地から把握する構成はアメリカにおいても提唱された。Vgl. Red Lion Broadcasting Co. v. Federal Communications Commission, 395 U.S. 367 (1969). しかしその理解は立法者に法的規律の許容性を容認するに止まる。従って規制が緩和された場合にその憲法上の歯止めは基本

- 権上設定されない。Vgl. Grimm, Schutzrecht und Schutzpflicht, in FS Mahrenholz, 1994, 529ff.; Hoffmann-Riem (Fn.70), Deregulierung als Konsequenz des Marktrundfunks, 36; Sunstein, Democracy and the Problem of Free Speech, 1995, 78.
- (79) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.48), 416ff.; Hoffmann-Riem (Fn.75), Medienfreiheit und der außenplurale Rundfunk, 315ff. 放送の自由の理解全体は基本法5条1項2文の「保障される (werden gewährleistet)」という文言に集約される。Vgl. Hoffmann-Riem, Die Zukunft des Rundfunks, RuF 1979, 143ff., 146.
- (80) Hoffmann-Riem (Fn.75), Medienfreiheit und der außenplurale Rundfunk, 322.
- (81) 訴訟資料は次の文献に収録されている。Hoffmann-Riem/Starck (Hrsg.), Das Niedersächsische Rundfunkgesetz vor dem Bundesverfassungsgericht, 1987.
- (82) Vgl. Hoffmann-Riem, Weiterer Schriftsatz der Antragsteller vom 18.9.1985, in Hoffmann-Riem/Starck (Fn.81), 418ff., 427.
- (83) Vgl. Bullinger, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, 1980; Scholz, Medienfreiheit und Publikumsfreiheit, in FS Löffler, 1980, 355ff.
- (84) Klein (Fn.2), Die Rundfunkfreiheit, 32.
- (85) Klein (Fn.84), 33.
- (86) Klein (Fn.84), 41. その理解は放送企業者の防禦権を擁護する点でアメリカの法観念に接近する。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.51), 50ff.
- (87) Starck, Äußerung der Niedersächsischen Landesregierung vom 26.6.1985, in Hoffmann-Riem/Starck (Fn.81), 240ff., 250 (ohne Hervorhebung im Original).
- (88) Hoffmann-Riem (Fn.82), 428 (ohne Hervorhebung im Original).
- (89) Hoffmann-Riem (Fn.80), 343. ホフマン＝リームは商業放送の伝達内容を「一面性 (Einseitigkeit)」・「没個性性 (Profillosigkeit)」・「中間 (Mitte)」によって特質付ける。その要因はメディア経済学の観点から詳細に説明される。Vgl. Hoffmann-Riem, Antrag gemäß Art.93 Abs.1 Nr.2 GG von 197 Mitgliedern des Deutschen Bundestages vom 6.11.1884, in Hoffmann-Riem/Starck (Fn.81), 41ff., 91ff.
- (90) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.80), 322ff.
- (91) 「例えば一人の放送事業者しか存在しない例外的場合に、その事業者は、内部多元主義的統合放送の放送事業者と同様に、一重に傾向の均衡性のみに配慮することを義務付けられる。その場合に、総合番組の均衡性に関する義務は、实际的に、そ

の他の番組の均衡性に関する義務に集約される (傾向の自由の零縮小)。民間放送は、そのことによって、情報任務の憲法適合的遂行のための拘束に服する。その拘束が外部多元主義的放送の実現可能性を困難にし、それどころか、不可能にするのであれば、立法者の形成選択肢は、それに応じて、縮小する」。Hoffmann-Riem (Fn.80), 327f. その意味で立法者の自由の理解に関して放送の機能能力に対する友好的見方が要請される。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.82), 436.

(92) Bullinger, Elektronische Medien als Marktplatz der Meinungen, AöR 108 (1983), 161ff., 194f (ohne Hervorhebung im Original).

(93) Hoffmann-Riem (Fn.80), 324f. ブーリンガーは公共放送の伝達内容に対して静態的調和的性質を批判するけれども、ホフマン＝リームはその特質が妥当するのは商業放送の伝達内容の方であると反論する。と言うのも「その種の事業者は、論争隠蔽的に非論争的『中間』、『調和的意見涵養』を帰結させ、情報及び意見の十全な多元的広範性を表現し消化することを回避する傾向を有する」からである。Hoffmann-Riem (Fn.80), 330f., Fn.100.

(94) Hoffmann-Riem (Fn.80), 328.

(95) BVerfGE 73, 118, 121ff.

(96) BVerfGE 73, 118, 155.

(97) BVerfGE 73, 118, 155f.

(98) BVerfGE 73, 118, 157.

(99) BVerfGE 73, 118, 157.

(100) BVerfGE 73, 118, 157.

(101) BVerfGE 73, 118, 158.

(102) BVerfGE 73, 118, 158f.

(103) BVerfGE 73, 118, 159.

(104) BVerfGE 73, 118, 159 (ohne Hervorhebung im Original).

(105) Hoffmann-Riem, Rundfunkfreiheit im Umbruch, Medium 1987, 17ff., 18.

(106) 第三次放送判決と第四次放送判決の間には放送の自由のパラダイム転換が横たわる。Vgl. Grimm, Verfassungsrechtliche Perspektiven einer dualen Rundfunkordnung, RuF 1987, 25ff.; Libertus, Grundversorgungsauftrag und Funktionsgarantie, 1990, 34ff.; Stock, Das vierte Rundfunkurteil des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1987, 217ff.

(107) Hoffmann-Riem, Rundfunkverfassung als Richterrecht, in Glotz/Kopp

- (Hrsg.), *Das Ringen um den Medien-Staatsvertrag der Länder*, 1987, 32ff., 42.
- (108) Hoffmann-Riem (Fn.105), 18.
- (109) Hoffmann-Riem (Fn.82), 432f (ohne Hervorhebung im Original).
- (110) Vgl. Hoffmann-Riem, *Law, Politics and the New Media*, in Dyson/Humphreys (ed.), *The Politics of the Communications Revolution in Western Europe*, 1986, 125ff.; *Erosionen des Rundfunkrechts*, 1990; *Regulating Media*, 1996, 340ff.
- (111) その意味で言論空間の理念表象は根本的に変質する。放送の行使は現実的に一部の送り手に限定されるから、放送の自由は不平等性によって支配される。その特権は放送の受け手の利益に対する優位によって拘束され、表現の機会の平等性は確保され得た。しかし放送企業者の優位は本来的に放送の特権性を不当視しない。何故ならば「その状況は現実的に他の市場活動の領域にも当て嵌まる」からである。「全ての市場が平等にアクセス可能であるとは限らない」。Hoffmann-Riem (Fn.110), *Law, Politics and the New Media*, 133. その意味において現実の権力格差が自由の中核領域に流入することが正当化される。
- (112) それは統治機構の領域にも波及する。ドイツで放送法は各州の権限に属する（基本法70条1項）のに対して、経済法は連邦の権限に属する（基本法74条1項11号及び16号）。従って、放送が放送法ではなく経済法によって規律される場合に、その規制は各州の管轄ではなく連邦の管轄に帰属することになる。その権限変動は国家内部に留まらない。欧州共同体で文化領域は構成国の規律権限に属するのに対して、経済領域は共同体の規律権限に属する。従って放送規制は構成国から共同体の管轄へ移行することになる。なお言論の多様性を連邦制度で確保することはドイツ法の特色である。フランスでその地域性の保障は否定される。Vgl. Marcangelo-Leos, *Pluralisme et audiovisuel*, 2004, 245ff.
- (113) Commission of the European Communities, *Television without Frontiers*, COM (84) 300 final, 1984. なお報告書に多大な影響を与えたシュワルツは同趣旨の論文を公表している。Vgl. Schwartz, *Rundfunk und EWG-Vertrag*, in, Schwarze (Hrsg.), *Fernsehen ohne Grenzen*, 1985, 45ff.
- (114) Vgl. Hoffmann-Riem, *Rundfunk in Europa zwischen Wirtschafts- und Kulturfreiheit*, in Nicolaysen/Qauritsch (Hrsg.), *Lüneburger Symposion für H. P. Ipsen*, 1988, 75ff.; *Europäisierung des Rundfunks*, in Hoffmann-Riem (Hrsg.), *Rundfunk im Wettbewerbsrecht*, 1988, 201ff.
- (115) EuGH 18.3.1980-Debaue 52/79-Slg. 833, 857.

- (116) Television without Frontiers (Fn.113), 168.
- (117) EuGH 14.5.1974-Nold 4/73-Slg. 491, 507.
- (118) なおその問題は学説で肯定的に論証されている。Vgl. Petersen, Rundfunk-freiheit und EG-Vertrag, 1994.
- (119) Television without Frontiers (Fn.113), 127f.
- (120) EuGH 28.10.1975-Rutili 36/75-Slg. 1219, 1232.
- (121) Television without Frontiers (Fn.113), 135.
- (122) Television without Frontiers (Fn.113), 170.
- (123) Television without Frontiers (Fn.113), 135.
- (124) Vgl. Hoffmann-Riem, Öffentliches Wirtschaftsrecht der Kommunikation und der Medien, in Schmidt (Hrsg.), Öffentliches Wirtschaftsrecht, Bes. Teil, Teil 1, 1995, 563ff., 602; Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 1991, 186ff.
- (125) Television without Frontiers (Fn.113), 133.
- (126) Hoffmann-Riem (Fn.114), Rundfunk in Europa zwischen Wirtschafts- und Kulturfreiheit, 80.
- (127) Television without Frontiers (Fn.113), 135.
- (128) Television without Frontiers (Fn.113), 174.
- (129) Television without Frontiers (Fn.113), 174.
- (130) 放送活動の競争法に対する適合性に関する規定がその具体例である (1987年 3 月16日 ニーダーザクセン州放送法 5 条 8 項など)。
- (131) Hoffmann-Riem (Fn.124), Rundfunkrecht neben Wirtschaftsrecht, 43f.
- (132) Kantzenbach, Zum Verhältnis von publizistischem und ökonomischem Wettbewerb aus ökonomischer Sicht, in Hoffmann-Riem (Fn.113), Rundfunk im Wettbewerbsrecht 78ff., 80.
- (133) Mestmäcker, Referat, in 56.DJT, Bd.II, 1986, O9ff., O15.
- (134) Hoppmann, Meinungswettbewerb als Entdeckungsverfahren, in Mestmäcker (Hrsg.), Offene Rundfunkordnung, 1988, 163ff.
- (135) Vgl. Hoppmann (Fn.134), 166ff.
- (136) Hoppmann (Fn.134), 178.
- (137) Hoppmann (Fn.134), 177.
- (138) Vgl. Hoppmann (Fn.134), 182ff.
- (139) Hoppmann (Fn.134), 184.

- (140) Vgl. von Hayek, Arten der Ordnung, in von Hayek, Freiburger Studien, 1969, 32ff.
- (141) Hoppmann (Fn.134), 186f (ohne Hervorhebung im Original).
- (142) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.124), Öffentliches Wirtschaftsrecht der Kommunikation und der Medien, 671ff.; Hoffmann-Riem (Fn.131), 32ff. カンツェンバッハ、メストメッカー、ホップマンはオールド自由主義の代表的論客である。その見解は経験的要素ではなく規範的性質を強く反映する。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.110), Erosionen des Rundfunkrechts, 44f.; Hoffmann-Riem (Fn.131), 36, Fn.96. なお新自由主義の法概念の研究として Valentin, Les conceptions néo-libérales du droit, 2002を参照されたい。
- (143) 基本権の内容形成は人為的組織の思想に立脚する。Vgl. Bremer, Freiheit durch Organisation?, in Mestmäcker (Hrsg.), Kommunikation ohne Monopole II, 1995, 311ff.; Medienplanwirtschaft, ORDO 46 (1995), 361ff.
- (144) Vgl. Hoffmann-Riem, Regulierung der dualen Rundfunkordnung, 2000, 17. なお二元的放送秩序の問題系に関しては西土・註4を参照されたい。
- (145) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 259ff., 273ff.
- (146) 商業放送は私的自治を享受し、公共放送は法的自治を保持するから、放送秩序は全体として自律性の原理によって規律される。その際に放送規制は「被規制的自己規制 (regulierte Selbstregulierung)」として特徴付けられる。何故ならば放送領域において放送主体の自己規制が優先的に重要視されるけれども、その自己規制は規制枠組によって放送の自由の理念に方向付けられるからである。その枠組条件の設営こそが国家の「保障責任 (Gewährleistungsverantwortung)」を構成する。その意味で放送法は国家の保障責任の遂行である。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 153ff.; Kommunikationsfreiheiten, 2002, 49ff. その発想自体はプレスの内部的自由に関する問題意識と通底する。Vgl. Hoffmann-Riem, Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit, in Schwartländer/Riedel (Hrsg.), Neue Medien und Meinungsfreiheit, 1990, 27ff., 51ff. なお保障国家論に関しては三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、2013年)を参照されたい。
- (147) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.146), Kommunikationsfreiheit und Chancengleichheit, 53.
- (148) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.110), Erosionen des Rundfunkrechts, 38ff.; Hoffmann-Riem (Fn.144), 34f., 67ff., 292ff.; Hoffmann-Riem (Fn.146), Kommunikati-

onsfreiheiten, 243ff. 構造的差異化の原理は商業放送と公共放送の関係だけでなく公共放送の財源形態の関係にも妥当する。公共放送は基本的に受信料に依存するけれども、補完的に広告料に依拠することができる。その形態の各々は長所と短所を併有する。受信料によって放送番組に政治的影響が反映されるけれども、それと同時に経済的影響を遮蔽することが可能となる。それに対して、広告料によって放送番組に経済的影響が反映されるけれども、政治的影響を遮蔽することが可能となる。その財源の結合によって経済性と政治性の排除が番組活動において達成され得る。公共放送はその長短の相互補正によって番組形成の自由を強化することができる。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 67f.

(149) Vgl. Hoffmann-Riem, Kommunikations- und Medienfreiheit, in Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., 1994, 191 ff., 223. 立法者の形成余地は体系的整合性によって制約される。

(150) 商業放送の規制実態は監督機関による共同規制の志向性によって特徴付けられる。確かに共同規制において監督機関が放送企業に過度に接近しその囚徒に墮落する危険性が内在している。しかし監督機関はその近接性の故に放送企業の固有利益を正確に把握することができる。その限りでその利益と放送の自由の目的を共に満足させる規制を選択することが可能となる。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.146), Kommunikationsfreiheiten, 52ff.

(151) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.150), 211f.

(152) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.150), 231ff.

(153) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.48), 465ff. 公共放送の広告料の大幅な減収がその具体例である。Vgl. Hoffmann-Riem, Pay TV im öffentlich-rechtlichen Rundfunk, 1996, 21ff.

(154) Hoffmann-Riem (Fn.147), 52. Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.150), 232f.

(155) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.150), 244.

(156) 例えばホフマン＝リームは公共放送の娯楽番組の伝達供給を重要視する。何故ならば一般市民の社会化はその番組類型によって多大な影響を受けるからである。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 222ff.

(157) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 191ff. なおその具体例として北ドイツ放送州際協定4条1文及び5条1項などを参照されたい。

(158) Hoffmann-Riem (Fn.150), 244.

(159) Hoffmann-Riem (Fn.144), 212.

- (160) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 208ff.; Hoffmann-Riem (Fn.150), 244ff. 番組の実施及び流布は憲法裁判所によって典型的保護対象とされた活動領域である。Vgl. BVerfGE 97, 298, 310. なお番組活動の周辺領域は前方領域(番組制作など)・並行領域(番組宣伝など)・後方領域(番組利用など)から構成される。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.131), 111ff.
- (161) BVerfGE 77, 346, 346 (Leitsatz 2). なおプレス卸売商に対するプレスの自由の適用は二つの点において肯定された。第一にプレス製品(新聞及び雑誌)は主にプレス卸売商を通して販売される。第二にプレス企業は価格設定などを通して販売活動に多大な影響を与えると共に、買戻権を介して小売商の負担を軽減する。BVerfGE 77, 346, 354f.
- (162) Hoffmann-Riem (Fn.144), 112.
- (163) Hoffmann-Riem (Fn.144), 112, Fn.91.
- (164) Hoffmann-Riem (Fn.144), 112.
- (165) BVerfGE 97, 228, 267. 但し短時間報道権の無償性は違憲とされた。なお判例の解説として鈴木秀美「放送法による独占放送権の制限——短時間ニュース報道権事件——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社、2008年)171頁以下を参照されたい。
- (166) Hoffmann-Riem (Fn.144), 113.
- (167) 訴訟資料は次の文献に収録されている。Pieper/Hadamik (Hrsg.), Das WDR-Gesetz und das Landesrundfunkgesetz Nordrhein-Westfalen vor dem Bundesverfassungsgericht, 1993. なお判例の解説として鈴木秀美「ノルトライン-ヴェストファーレン州放送制度の合憲性——第6次放送判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』(信山社、2006年)139頁以下を参照されたい。
- (168) BVerfGE 83, 238, 303.
- (169) BVerfGE 83, 238, 303f.
- (170) BVerfGE 83, 238, 239 (Leitsatz 2.b))
- (171) Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 109ff., 210ff.
- (172) ホフマン＝リームは放送の自由とプレスの自由の関係を次のように説明する。「連邦憲法裁判所は、従来までのところ、立法者の形成余地の理論をプレスの領域における私経済性の放棄の可能性にまで拡大することを考慮しなかった。学説における多数派の見解に反して、私は、そのことを、プレスの自由と放送の自由の構造



が基本的に相違するという主張としては解釈しない」。むしろ「市場の機能不全がプレス領域において確定され、市場内在的に除去可能でなく、除去されないのであれば、従来のプレス構造の法的基礎の憲法適合性も、問題とされるであろう」。

Hoffmann-Riem (Fn.147), 45f.

(173) 表現の機会の平等性は形式的平等ではなく実質的平等である。それは「法による社会形成」ではなく「社会的自己制禦の可能化」によって実現されるべきである。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.147), 83ff., 108ff.

(174) 法の任務は目的達成の番人を意味する。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 102f.

(175) 自由の保障性と言論の多様性は論理的に階層を相違する問題である。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.144), 93f. なお文化的多様性に関しては Vesting, Prozedurales Rundfunkrecht, 1997を参照されたい。

(176) Hoffmann-Riem (Fn.144), 117.

(177) 日本の議論においてドイツのメディアの自由は例えば次のように特徴付けられる。「個人の意見表明の自由とメディアの自由を区別し、後者について公論形成への貢献を本質的要素として理解する」。「表現空間は『設計』するものであって、『自生』的秩序としては捉えられていない」。宍戸常寿「表現空間の設計構想（ドイツ）——公論形成に貢献する自由と民主的公共性」駒村圭吾・鈴木秀美編著『表現の自由 I ——状況へ』（尚学社、2011年）130頁。ホフマン＝リームの理論はその表象に非常に近いものがある。しかし日本の学説はメディアの私経済性の評価に関してホフマン＝リームの哲学と根本的に対立する。例えばプレスと放送の自由に関して次のような主張が展開される。「プレスの私経済的構造というのは、このように、プレスの自由の発展と不可分と言うべき意義を有しており、歴史的に培われてきたプレスの自由の保障の内容を構成する重要な部分であると考えられる」。浜田・註4・107頁。「日本では、ドイツと異なり、放送事業者の番組の自由だけでなく、放送局開設の自由が放送の自由の保障に含まれていることについて異論はないと思われる」。鈴木・註4・303頁。その限りでメディアの私経済性はメディアの自由によって肯定的に導入される。ホフマン＝リームのメディア法論はそのような商業化がメディアの自由の構想にとって必ずしも自明ではないことを示唆している。

(178) その観念は表現の自由がその優越性に基づき国家の不作为を要求するアメリカ的観念と対置される。Vgl. Barendt, The First Amendment and the Media, in Loveland (ed.), Importing the First Amendment, 1998, 29ff.; Freedom of Speech, 2nd ed., 2005; Brugger, Demokratie, Freiheit, Gleichheit, 2002, 283ff.; Pech, La

liberté d'expression et sa limitation, 2003, 397ff.; Le marché des idées, in Mathien (dir.), Évolution de l'économie libérale et liberté d'expression, 2007, 59ff., 73f.; Constitution et liberté d'expression. États-Unis, AIJC 2007, 181ff., 183f.; Liberté d'expression, JCI.Communication, Fasc. 1250, n° 29ff. ペッシェはその概念の相違を自由の公正価値の観点から説明する。Vgl. Pech, La liberté d'expression et sa limitation, 411. その公正価値はジョン・ロールズによって理論化された概念である。Vgl. Rawls, A Theory of Justice, original ed., 1971, 221ff.; Political Liberalism, expanded ed., 2005, 356ff. その概念は奥平康弘によっても強調されている。奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(東京大学出版会、1988年) 60頁参照。なおアメリカとヨーロッパの比較法研究として Nolte (ed.), European and US Constitutionalism, 2005を参照されたい。

- (179) 例えばペーターセンはヨーロッパ諸国の放送の自由を次のように総括する。  
「様々な国家憲法秩序において、程度の差はあれ、客観法的要素を含む放送の自由理解、それどころか、専ら客観法的要素を重視する放送の自由理解が見出される。その理解はその基本権保障を『奉仕する』自由として把握する。その自由は、特に全市民の発展及び協働に関する伝達機会の実現のために、民主主義に不可欠な自由な公共的意見形成に義務付けられる」。Petersen (Fn.118), 247f.
- (180) Hoffmann-Riem (Fn.110), Erosionen des Rundfunkrechts, 7. なおホフマン＝リームは放送の自由の信託的構成を構成国共通の憲法的伝統として把握する。Vgl. Hoffmann-Riem (Fn.125); Hoffmann-Riem (Fn.114), Europäisierung des Rundfunks.
- (181) Vgl. Holznagel, Rundfunkrecht in Europa. Auf dem Weg zu einem Gemeinrecht europäischer Rundfunkordnungen, 1996. なお次の文献も参照されたい。Vgl. Blumler (ed.), Television and the Public Interest, 1992; Capitain, Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne, 2001, 235ff.; Oetheimer, L'harmonisation de la liberté d'expression en Europe, 2001; Schellenberg, Pluralismus, AöR 119 (1994), 427ff.