放送の「自由」

――ドイツにおける議論の展開――

鈴木秀美

一　はじめに
二　表現の自由と放送の自由
　1　表現の自由論
　2　プレスの自由の制度的保障
　3　制度的自由としての放送の自由
三　奉仕する自由としての放送の自由
　1　放送の自由の法的形成
　2　法的形成の限界
　3　プレスの自由と放送の自由
四　放送の自由の主観的権利としての要素
　1　防禦権としての放送の自由
　2　放送事業参入の自由
五　放送の自由と放送規制の緩和

一　はじめに

ドイツの連邦憲法裁判所の一連の放送判決によれば、放送の自由は、その担い手の人格の発展や利益の追求のために与えられた基本権としてよりも、むしろ自由な意見形成に「奉仕する自由」(dienende Freiheit)として理解されている(87, 181 [197])[1]。このため、放送秩序を規律するにあたっては、自由な意見形成のために放送(Rundfunk)[2]が果たしている機能の保護が立法者の義務とされ、立法者に広範な裁量が認められる。そこでは、放送の自由に、放送の国家からの自由を権利として保障する主観的要素とともに、社会に流通する意見や情報の多様性が放送に反映されている状態の確保を国家に求める客観法的要素が認められる。放送の自由は、まず第一には国家からの自由であるが、放送の自由の保障を実現するためにはそれだけでは不十分であり、これに加えて放送が国家のみならず、社会の集団にも委ねられないこと、そして社会のなかの多様な意見が放送に反映されることを確保するための、国家、とりわけ立法者による積極的規律(positive Ordnung)が要請される。ここでは、基本法(憲法)の基本権保障から、放送の自由の法的形成(rechtliche Ausgestaltung)という立法者の任務が導きだされる。放送の自由に、国家からの自由としての側面とともに、国家による自由としての側面を認める解釈傾向は、基本法制定後、程度の差はあれ一貫している。ただし、放送の自由をはじめて奉仕する自由と位置づけて現在の解釈を確立したのは、一九八一年の第三次放送判決(57, 295)である。この判決は、放送用周波数の不足や、放送局開設に多額の費用を要するため放送事業者の数が限定されるという、伝統的に放送規制を正当化してきた放送の特殊事情(Sondersituation)が技術の発展によって消滅した場合にも、放送を国家や、一部の社会的集団によって独占されないために、放送の自由を保障する基本法五条一項二文から放送についての法律による規律が要請されると判示した。

ドイツにおける現在の基本権解釈は、基本法の保障するあらゆる基本権に二つの要素があることを前提としている[3]。

ここで二つの要素とは、権利としての主観的要素と、法のすべての領域に妥当する価値決定、客観法もしくは原理としての客観法的要素である。このうち後者は、現実的自由を保障するための国家の積極的作為義務の母体となり、そこから基本権の第三者効力や国の基本権保護義務、さらに本稿で取り扱う法的形成などさまざまな法的作用が導出されている。[4] こうした解釈は、一九五〇年代半ばにはじまり、連邦憲法裁判所の判例と学説を通じて確立されてきた。放送の自由の解釈は、このような解釈傾向が顕著に現れている基本権のひとつである。

本稿では、放送の自由に関するドイツにおける議論の展開、とくに連邦憲法裁判所の判決を手がかりとして、放送の自由の二つの要素の意味内容を検討する。ここで憲法判例をとくに素材とするのは、同裁判所が、一九六一年の第一次放送判決(12, 205)[5]から数次にわたるいわゆる放送判決を通じて、ドイツ放送制度のグランドデザインを描き、ドイツ放送制度の形成に大きな影響を与えてきたからである。

ドイツとわが国では、ドイツの放送制度が連邦制原理に基づき州の法律によって規律され、例えば公共放送も原則として州を単位に設立されている点、いわゆる「ハードとソフトの分離」によって、放送のソフトの部分が州の立法権限の対象とされる一方、ハードについては通信として連邦の立法権限に属している点、など法制度的な相違のほか、一九八四年に民間放送の導入がようやく開始され、併存体制の経験が一〇年余りにすぎないなど、歴史的発展における相違もあり、両国の相違については十分な注意が必要である。しかし、わが国でも、①表現の自由が自由権としての性格だけでなく、社会権的性格をも有するとされること、[6] ②とくにマス・メディアによる報道の自由には、国家からの自由と国家による自由という二つの観点の接点があらわれることが意識されていること、[7] ③ドイツの解釈枠組みを用いた放送の自由の理解が、すでに浜田純一教授によって試みられていること、[8] ④デジタル技術の導入によるマルチメディア化の進展など、放送を取り巻く環境の急激な変化の中で、放送秩序の規律のあり方が重要な憲法問題として意識されるようになりつつあること[9]などに鑑みれば、ドイツにおける放送の自由論を参照する必要性は、わが国に

とってもますます高まっているといえよう。

二　表現の自由と放送の自由

1　表現の自由論

放送の自由を論じる前提として、ドイツにおける表現の自由論を概観しておく。(10) わが国の憲法が、二一条で包括的に表現の自由を保障しているのに対し、基本法は表現の自由にかかわる基本権を個別に規定している。すなわち、五条一項第一文においてまず意見の自由(Meinungsfreiheit)、すなわち一般的な意見表明・流布の自由とともに、情報受領について情報の自由(Informationsfreiheit)を保障したのち、続く第二文において印刷メディアのためのプレスの自由(Pressefreiheit)と放送・映画による報道の自由を保障し、さらに第三文で検閲の禁止を規定している。五条二項には、前項で保障された基本権について、一般法律、青少年保護のための法律および個人的名誉権による制限が認められている(特別な法律の留保)。ちなみに、基本法には「放送の自由」(11)という文言そのものは存在せず、放送・映画による報道の自由(Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk und Film)として規定されているが、こうした規定の仕方の相違にかかわらず、判例・通説は、プレスの自由と同様に、放送の自由と映画の自由が保障されていると解している。連邦憲法裁判所は、個人の意見と公的意見の自由な形成、すなわち自由な意見形成こそが、五条一項全体の保護目的であるとする。その際、五条一項は、人権を保障すると同時に、自由な意見形成が行われるコミュニケーション過程の保護を命じる(57, 295 [319])。このコミュニケーション過程は、情報受領→それに基づく意見形成→形成された意見の表明・流布という三段階の流れのなかで捉えられている。五条一項の保障について、個人の人格の実現に仕える個人的権利としての意義を認めると同時に、民主政原理との関連をとくに強調することは、連邦憲

法裁判所の確立した判例となっている。一九五八年のリュート判決(7, 198 [208])は、意見表明の自由を「最も重要な人権のひとつ」であると同時に、「継続的な精神的論争、すなわちその活力の基礎である意見の論争を可能にするため、自由で民主的な国家秩序にとってまさに構成的なもの(schlechthin konstituierend)」であると判示した。その後、情報の自由、プレスの自由、放送の自由、映画の自由についても意見表明の自由と同様の意義が認められている。[12]

冒頭にも触れた第三次放送判決によれば、五条一項は、主観的権利を根拠づけるが、それとの関連において全法秩序の客観的原理として意見の自由を規定している。その際、権利としての主観的要素と客観法的要素は、相互に限定しあい、支えあっていると解される(57, 295 [319])。ただし、二つの要素のいずれが重視されるかは個々の基本権ごとに異なる。ヘッセ(Hesse)は、「意見表明および情報の自由においては、プレスの自由の場合よりも主観的要素が強くあらわれているのに、放送の自由と映画の自由においては、主観的要素が完全に追い出されているわけではないものの、客観的要素が支配的である」[13]と指摘する。ここで問題となるのは、なにゆえにプレスの自由について、さらに放送の自由についてはより一層、その客観的要素が強調されるのかということである。以下では、この問題を検討する。

2 プレスの自由の制度的保障

そもそも、ドイツにおいてプレスの自由は、国家権力に対抗する防禦権として、一九世紀における自由主義運動のなかで集会・結社の自由とともに主張され、法律のレベルで実現された。ワイマール憲法においても、個人の権利として言論、文書、印刷、図画による意見表明の自由が保障されていた。ところが、戦後、プレスの自由を保障した基本法の下では、プレスの自由を純粋な防禦権として理解する立場が一部にはなお存在していたが、[14]一九五〇年代前半、これを主観的権利としてだけでなく「制度的保障」(institutionelle Garantie)と解する見解が登場し、その後、この

見解が学説の潮流となっていった[15]。連邦憲法裁判所も、一九五九年の判決(10, 118 [121])によってこの見解を採用し、以来、プレスの自由は制度的に理解されてきた。一九六六年のシュピーゲル判決(20, 162 [176])では、プレスの自由は主観的権利に加えて客観法的側面を有しており、「自由なプレス」としての制度(Institut "Freie Presse")を保障していると説示された。ブリンガー(Bullinger)[16]によれば、こうした解釈が戦後支配的となったのは、ワイマール期の憲法学者スメント(Smend)[17]の影響によるという。ここで制度的保障とは、情報の入手からその伝達に至るプレスの制度的独自性(institutiontlle Eigenständigkeit)の保護を意味する。国家は、個人に主観的に与えられた権利とは無関係に、その法秩序内のプレスの自由にかかわる規範の妥当範囲のいたるところで、プレスの自由の要請を顧慮する義務があると解される。プレス機関の自由な設立、プレスという職業への自由なアクセス、プレスに対する官庁の情報提供義務はそこからの原理的帰結であり、さらには意見独占の形成によって生じる可能性のある、自由なプレス制度に対する危険を防ぐ国家の義務も考えられるとされた(20, 162 [176])。

このように基本権に二つの要素を認める解釈は、既に述べたとおり、プレスの自由に固有のものではない。プレスの自由の制度的理解の背後には、戦後における基本権一般についての解釈の変化、ひいては公法理論の変遷が存在していた。この変遷を栗城壽夫教授は、法治国のリベラルな理解に立脚して、私的なものの領域あるいは個人的主観性を保障する必要性を強調する旧傾向から、社会国家原理と民主政原理を重視する新傾向への変遷として説明する。ここで新傾向は、「社会国家原理の貫徹を進める方向において、従来の国家活動をはるかにこえでる生存配慮活動を公的な任務・課題としてうちだし、民主政原理の貫徹を進める方向において、こうした公的な任務・課題達成にさまざまな形態で参与すべき国民を国家的公共とならぶ非国家的公共としてうちだし、このことを通じて『公的なもの』あるいは『公共』をもって公法理論を構築するための基本的な視座としてうちだす」[18]理論傾向をさす(強調は原文による)。そこでは、プレスが、非国家的公共の主体としての政党や団体とならんで、「公共なるもの」の「構成要素として」重

視され、公的意見の形成の際にプレスが果たす役割は、自由主義的見解におけるように、政治的に期待される効果とみなされるだけでなく、憲法によっても承認されなければならないと説かれる。意見表明の自由および情報の自由と比較して、プレスの自由の場合、客観法的要素が強調される理由はここにあるといえよう。プレスの自由の制度的理解は、プレスの自由を制限する一般法律の解釈に影響を与え、意見形成機能の保護のための国家による積極的措置を正当化する根拠となるなど、防禦権としてのプレスの自由の作用によっては導出不可能な、付加的な法的作用を肯定する。公的意見の形成に貢献するプレスの「公的責務」(öffentliche Aufgabe)を重視することによって、プレスの特権の保障と義務の強化が承認される。[19] プレスには、「官庁に対する情報開示請求権」、「証言拒絶権」および「押収・捜索の禁止」などの特権が法律によって保障され、その保障は同じマス・メディアである放送にも準用される。

3 制度的自由としての放送の自由

本稿の主題である放送の自由は、プレスの自由以上に制度的に理解される傾向が強かった。[20] これは、戦後、占領政策に基づき確立された放送制度が、公共放送の独占体制から出発したことに起因している。放送の自由の場合には、プレスの自由のように個人の基本権として理解され、私経済を基礎として確立されたプレス制度のあり方を公権力の侵害から保護するという観点は意識されていなかった。

第一次放送判決(12, 205 [260 f.])では、放送はプレスと同様に不可欠の現代マス・コミュニケーション手段であること、放送は公的意見の単なるメディア(媒介)以上のものであり、公的意見を形成する重要なファクター(原動力)であることが強調され、プレスの場合と同じように放送の自由にとっても「制度的自由」(institutionelle Freiheit)という視点が重要であると指摘された。ただし、放送には、比較的多数の担い手が存在しているプレスと比較して、周波数の稀少性、多額の資金の必要性のためにその担い手が限定されるという特殊事情がある。このため、放送の自由を

実現し、維持するためには特別な措置が必要になると考えられた。判決は、意見形成の現代的手段である放送が、国家だけでなく、社会的勢力によっても独占されてはならず、社会的に重要なさまざまな勢力の意見が放送全体に反映されるよう、組織的・客観的な原則を法律によって規律することが要請されるとした。連邦憲法裁判所は、放送の特殊事情を指摘することによって、公共放送による放送独占の合憲性を確認した。公共放送の担い手である放送協会内部には、教会、組合、州議会、文化、教育などさまざまな社会集団の代表によって構成される放送委員会が設置され、これが公共放送の運営に大きな影響力を行使している。国家から独立した公共放送協会における内部多元的構造(binnenpluralistische Struktur)[21]によって、公共放送の独占体制においても放送の自由における憲法上の要請は充足されているとみなされた。

この判決を契機として、学説においても放送の自由の制度的理解が展開される。そこに、プレスの自由の解釈の影響があったことはいうまでもない。ただし、そこで説かれた制度的理解においは、伝統的な制度的保障の理論を念頭に置いているのか、それともヘーベルレが唱えた制度的基本権理解を意図しているのか、必ずしも明らかにされていなかった。プレスの自由と放送の自由の解釈は、制度という多義的概念を用いたことによって無用の混乱を招くことになった[22]。

三　奉仕する自由としての放送の自由

1　放送の自由の法的形成

こうした状況のなかで第三次放送判決が下された。この判決では、基本権の一般理論の発展[23]を背景として、放送の自由についても新しい観点が登場した。既に述べたとおり、この判決によって、放送の自由は、第一義的には(primär)、

主観的権利としての要素と客観法的要素において意見形成の自由に「奉仕する自由」であると位置づけられた。ここでは、憲法によって保護された自由な意見形成の過程のメディアとファクターとしての放送の自由の保障が問題とされ、国家からの自由のみならず、放送が社会の集団にも委ねられないこと、そして社会のなかの多様な意見が放送に反映されることを確保するために、立法者による放送の自由の法的形成として、実体的、組織的、手続的規律の要請が導出された。(24)

連邦憲法裁判所は、放送の特殊事情が消滅した場合にも、形成的法律による放送規律の必要性に変わりはないとし、その理由について次のように指摘する。プレスの場合には、歴史的発展がある程度の均衡をもたらしており、その結果、今日ではプレスによる包括的な情報の伝達と意見形成を確保するためには、原則として既存の状態を保障することで十分であるが、民間放送の領域ではそうした状態を少なくとも当分の間は前提とすることはできない。まさに重要なメディアである放送の場合には、意見の力(Meinungsmacht)の集中可能性や放送の濫用危険性が考慮されなければならない。したがって、こうした状況で、国家による侵害のみが排除され、放送を諸力の自由な競争に委ねることは、放送の自由を保障する憲法の要請を充足しない。これは、いったん生じた誤った発展を、後から是正することはきわめて困難であるだけになおさらである。(25)

第一次放送判決は、放送の自由をプレスの自由との類推により制度的自由と解しつつ、放送の特殊事情を指摘することによって公共放送の放送独占を合憲とした。(26)これに対し、第三次以降の放送の自由の解釈は、それ以前の解釈とは理論構成を異にする。(27)連邦憲法裁判所は、放送の自由に固有の問題について制度の概念による解釈を放棄した。(28)これについてシュテルン(Stern)は、制度的自由という視点の意図は、伝統的な制度的保障の理論の放送への拡張ではなく、むしろ放送の自由の客観法的要素の発見にあったと指摘する。(29)そこでは、既存の公共放送の制度としての保障ではなく、メディアとファクターとして自由な意見形成に奉仕する放送の機能の適切な立法による保護、すなわち、

放送において意見多様性が確保された状態の創設と維持が求められた。そのための放送規律は、基本権の内容形成、すなわち放送の自由の法的形成として、憲法によって許容されるのみならず、憲法の要請として立法者の義務となる。公共放送の独占、民間放送の導入による二元的制度への移行など、放送の秩序モデルについての選択は、立法者の判断に委ねられる(30)。その際、放送の自由は、基本法五条一項が保障するその他の基本権と異なり、法秩序を通じてはじめてその行使が可能になる基本権と解されている。

第四次以降の判決では、民間放送を導入して公共放送との併存体制、いわゆる二元的放送制度へ移行するために各州の立法者が行った法的形成の合憲性が争われた。連邦憲法裁判所は、住民への放送の基本的供給(Grundversorgung)(31)を公共放送の責務と定め、この責務が果たされていることを前提として民間放送に対する規制緩和も許されるという二元的放送制度における基本秩序を発展させ、法的形成の要請を具体化した。

2 法的形成の限界

(1) 形成と制限の区別

連邦憲法裁判所は、法的形成としての放送立法を、それがたとえ放送事業者に負担をかけるものであったとしても、放送の自由に対する制限(Be- oder Einschränkung)と区別する(57, 295 [321])。放送における意見多様性の確保のために国家の積極的な活動が要請される法的形成の場合には、国家による侵害の排除が問題となる制限の場合と異なり、立法者に広範な形成の自由(Gestaltungsfreiheit)が認められる。法的形成は、放送の自由の制限に適用される五条二項の特別な法律の留保や、比例原則による審査を免れる。放送にかかわる具体的な立法の合憲性が争われる場合、まず、その放送立法が放送の自由の形成か、それとも制限かが問題となる。法的形成は、放送の自由の確保に貢献しなければならないが(E 57, 295 [321])、具体的事案においてこの点についての最終的判断を下すのは連邦憲法裁判所で

ある。[32] 第四次以降の放送判決のうち、第五次判決において、民間放送の新規参入を容易にするために、公共放送による地域放送の新規開始と放送に類似したサービスの提供を禁止したバーデン・ヴュルテンベルク州メディア法の規定は、放送の自由の形成ではなく制限とみなされ、比例原則による審査によって正当化されなかったため違憲と判断された。[33]

判例における形成と制限の区別は必ずしも明白ではない。このため、このような区別に対して批判的な論者も少なくない。その際にも、放送の自由を形成する国家の権限そのものは否定されてはいないが、法的形成も基本権の制約と解されるべきであり、制約と同様の正当化要件が充足されるべきだと説かれる。[34] この問題について、ヤラス(Jarass)[35]は、形成と制限の区別を認めることができるとしても、それが基本権の個人の権利としての方向づけにとって大きな問題であることを見誤ってはならないと指摘し、客観的利益による個人の負担が正当化される場合を、細心の注意が払われ、かつその負担がそれによって得られる利益の広範囲に及ぶ促進効果に鑑みて、まったく下位におかれるような性質のものである場合に限定すべきだと説く。この問題をめぐる見解の対立は、放送の自由についての理解の相違とも対応している。これについては、後述する(四の2を参照)。

(2) 法的形成の限界

放送の自由の法的形成の限界は、第四次以降の放送判決を通じて示されている。それによると、法的形成としての放送立法も、①基本法五条一項二文から導出された立法者に対するさまざまな要請をみたしていない場合、あるいは、②それが放送の奉仕的機能の有効な保護に適していない場合には限界を越える(83, 238 [324])。②の観点は、二元的制度において、公共放送については基本的供給の達成を妨げてはならないとされ、民間放送についてはそれを排除しないまでも、民間放送がはなはだしく困難になるような条件を課してはならないとさらに具体化されている。[36] ①と②の相違はこれまでのところ必ずしも明らかにされてはいない。ノルトライン・ヴェストファーレン州の二元的放

送制度の合憲性が審査された第六次放送判決(83, 238)では、合憲性が争われたいくつかの規定のうち、唯一違憲とされた規定をのぞいたすべてが、一部には憲法適合的な解釈の手法を用いて、②の基準をみたしていると判断された。違憲とされた規定[37]は、後述する別の原則、すなわち国家からの自由の原則に違反するとみなされた。以下では、これまでに違憲判断が下された事案がある①について詳しくみてゆくことにする。

(a) 公共放送

公共放送についての法的形成の際には、基本的供給の確保、さらにそれを根拠とする公共放送の存続と発展の保障が要請される[38]。また、財源についてはとくに「必要性の基準」[39]が導出されている。この基準によれば、二元的放送制度を採用した立法者は、放送協会の機能の達成にとって必要な財源を保障する義務がある。公共放送であるヘッセン放送が、テレビの第三チャンネルにおける広告禁止によって基本的供給の責務の達成が不可能になったとして、放送の自由の侵害を主張した事案について、ヘッセン・ドライ決定(87, 178)は、ヘッセン放送の財政悪化は当該禁止措置によるものではなく、当該措置による損失が財源を必要性の基準以下に減少させているとはいえないとした。また、放送受信料判決(90, 60)では、従来の受信料確定方式が、公共放送にその責務の達成のために必要な財源を十分に確保してはいないとみなされ違憲判断につながった。

(b) 民間放送

民間放送については、ニーダーザクセン州放送法が審査された第四次放送判決において、均衡のとれた意見多様性の確保のために、少数派の意見を含み、あらゆる意見が表現される可能性の確立、公的意見の形成への個々の事業者あるいは番組の一面的な、非常に不均衡な影響の排除、支配的意見の力の成立の予防(集中排除)という要請が示された(73, 118[159 f.])。判決では、同法の一部の規定がこの要請をみたしていないとして違憲とされた。たとえば、同法五条二項は、免許要件として集中排除の観点から、総合番組(Vollprogramm)の事業者は、総合番組としてはそ

の他にテレビとラジオにつきそれぞれ一つの番組しか所有できないと規定していた。連邦憲法裁判所は、この多数番組の支配制限を、総合番組に限定し、専門番組（Spartenprogramm）の所有を視野に入れていない点で、集中排除の要請を十分にみたしていないと判示した。

(c) 放送の国家からの自由の原則

立法者に対する要請として最も重要な役割を果たしているのが、放送の国家からの自由（Staatsfreiheit des Rundfunks）の原則である。国家による直接または間接の放送支配を禁止し、いかなる秩序モデルを採用する場合にも、意見形成のメディアとファクターとしての放送の機能が、国家から影響を受けることなく果たされることを求めるこの原則は、第一次以来の放送判決を通じて貫かれている。[40] この原則の意義は、立法者と行政に放送の自由の実現という任務と合致しない、あるいは基本権の制限として正当化されえない影響を放送に与えることを禁止する点にある。既に述べたとおり、奉仕する自由と位置づけられる放送の自由は、国家からの自由であると同時に、放送における意見多様性の確保との関係では国家による自由としての側面を有する。それゆえ、国家は、放送の自由の実現という要請にこたえるべく、放送を組織し、免許を与え、中継容量を管理し、監督し、一部には財源さえも提供している。しかしながら、これらの機会を通じて、国家の利益が放送の自由よりも優先される危険がある。放送の自由の保障は、自由促進を目的とした国家の関与の際にも、国家に対し客観法的に放送の国家からの自由の侵害を禁止する。

独裁者によるラジオ放送の濫用という歴史的経験から、戦後ドイツの放送制度は、放送に対する国家（とくに行政権）の関与と、私的独占の徹底的な排除を指導原理として発展した。それゆえ、第一次放送判決（12, 205）では、連邦政府の出資による民間放送会社の設立というアデナウアー首相の企図は、国家による放送支配の禁止に違反するとみなされた。既述のとおり、連邦憲法裁判所は、公共放送のあり方を、放送における意見多様性の確保と同時に放送の国家からの自由の実現のための特別な措置とみなした。この判決では、組織を通じた放送の自由の実現という構想[41]が採用

された。

組織を通じて放送の自由の実現をはかるという構想は、その後、民間放送の規律にも採用された。民間放送の導入に際し、放送免許の付与、中継容量の管理および監督の権限は、州政府から独立した州メディア庁(Landesmedienanstalt)に原則として委ねられた。[42] この点、ニーダーザクセン州放送法は、例外的に民間放送の免許について同州の州メディア庁のほか、国(州政府)の免許当局にも包括的な権限を認める規定を置いていた。しかし、当該規定は、第四次放送判決(73, 118 [182 f.])によって、番組の内容に影響を与えうる判断余地を免許当局に許しているかぎりにおいて放送の国家からの自由の原則に違反するとされた。判決は、その理由について、国の機関による免許付与がまったく許されないわけではないが、その場合には、免許付与の決定を法律が確定した要件によって十分厳格に拘束しなければならないと指摘した。国の機関に対する判断余地の付与の禁止は、その判断余地が免許に関する具体的決定に影響を与える場合よりも、むしろそれが既にその前段階において、圧力手段あるいは自己検閲として申請者や民間事業者に影響を与える場合にはなおさら問題である。それゆえ、番組の内容にとって重要な決定の際に国の機関に判断余地を与えることは、原則として許されず、放送の国家からの自由に抵触する。同様の理由から、第六次放送判決(83, 238 [323])では、ノルトライン・ヴェストファーレン州放送法の周波数割当てへの州政府の関与を認める規定が、割当ての基準を規定せず、結果的に割当てを州政府の自由裁量に委ねていることを理由に、放送の国家からの自由に抵触し違憲とされた。なるほど、周波数割当ては番組に対して直接には影響を与えない。しかしながら、割当ての競願処理を州政府の自由裁量に委ねていることは、国家の番組への影響力排除について十分な配慮がなされているとはみなされないというである。

公共放送の財源保障義務との関連で既に触れた放送受信料判決では、従来の受信料確定方式は、前述の必要性の基準をみたしていないだけでなく、放送の国家からの自由の原則も充足しないとして違憲判決が下された(90, 60)。これ

まで、受信料の額の決定は、公共放送協会の財政需要の申告と、「公共放送の財政需要の調査のための委員会」の勧告が参考にされるものの、実質的には州政府と州議会の自由な判断に委ねられていた。連邦憲法裁判は、この事案において公共放送の財源確保という国家による自由の要請と、それを通じた番組に対する政治的影響力の行使の排除という国家からの自由の要請を相互に調整しなければならなかった。判決では、手続による実体的基本権の保護[43]という構想にしたがって、実体的基準の設定や事後的審査によってではなく、受信料確定手続を通じた問題の解決が指向された。

(a)から(c)の立法者に対する実質的観点からの要請に共通するのは、立法者の法的形成による放送の自由の保護は一定の基準を下回ることを禁止されており、ある種の「過少保護の禁止」(Untermaßverbot)に服しているという点である。過少保護の禁止は、学説においては八〇年代半ばから用いられ、判例では国の基本権保護義務(grundrechtliche Schutzpflicht des Staates)の下限を画する基準として第二次堕胎判決ではじめて言及された[44]。放送の自由の法的形成は、第三者による基本権の侵害を前提としていない点で、第三者による侵害から各人の基本権法益を保護するために国の積極的措置を要請する保護義務とは異なる。しかし、そうした相違以上に、両者には基本権の客観法的要素から導出され、立法者に積極的措置による基本権法益の保護を義務づける法的作用としての共通性がある[45]。過少保護の禁止は、そうした共通性のひとつであり、法的形成の限界もこの原則によってその下限が画されると考えることができる[46]。

(d) 本質性の理論

放送の自由の法的形成には、このほかに本質性理論の要請が存在している。この理論は、放送の分野では第三次放送判決においてはじめて登場した(57, 295 [320 f.])。連邦憲法裁判所によれば、ここで必要とされる決定は、基本権にとって重要な領域において下され、基本権の実現にとって本質的である。放送の自由の保障のための本質的な事項

は、執行部に委ねてはならず、議会自らが決定しなければならない。この理論の要点は、「規制権限の行政への委任禁止と強化された規制密度の要請にあり、一般条項および不確定法概念という形で、立法の任務を回避しようとする議会の逃げ道を遮断するように作用する」[47]といわれる。ここでは、放送の自由の法的形成を議会(州議会)に留保することによって、形式的観点から放送の国家(とりわけ行政)からの自由の確保が期待されている。民間放送の導入のための法的形成において何が本質的な事項であるかについては、第三次放送判決において必要的法律事項が具体的に明らかにされた[48]。

3 プレスの自由と放送の自由

プレスについても、基本法五条一項の保護目的である自由な意見形成にとって個々の意見表明を上まわる意義が認められ、プレスの自由による保護は、プレスがその責務をコミュニケーションの過程において達成できるために存在していなければならないはずの前提条件にとくに関係していると説かれる。連邦憲法裁判所が、プレスの自由は、情報の入手から報道と意見の流布に至るまでのプレスの制度的独自性を保護すると確認したのは、上記のような意味においてであることを、裁判所自らが一九九一年の決定の中で認めている(85, 1 [12])。

しかしながら、放送の秩序モデルについての具体的選択(公共放送の独占、併存体制、混合モデルなど)が立法者の裁量事項とされている放送の自由と異なり、プレスの自由の場合には、プレスの集中による弊害が深刻に受け止められてきたにもかかわらず、社会の領域におけるプレス企業の自由な設立の可能性は維持されるべきものとされている。プレスの自由は、本来、放送の自由のように法的形成を前提とすることなく行使することができる。プレスについては、たとえ意見形成機能の確保のために国家による積極的措置が要請される場合にも、放送のような参入規制は許されない[49]。すなわち、立法者は、その私経済性の維持を要請され、その枠内でプレスの意見形成機能を確保しなければなら

ない（20, 162 [175 f.]）。包括的な情報の伝達を可能にし、既存の意見多様性を反映し、自ら意見を形成し、それを主張するというプレスの役割は、比較的多数の、自主的で、国家から独立しており、その傾向、政治的色合いまたは世界観的基本姿勢に従って相互に競争している出版物の存在を前提として達成されるとみなされている。

以上のように、プレスの自由と放送の自由を比較した場合、立法者の裁量は後者においてより広範である。同じマス・メディアとして、放送にとっても制度的独自性の保護は不可欠である。しかしながら、市場原理を基礎として既に秩序が確立され、その変革可能性が存在しないプレスの自由と異なり、放送の自由の場合には、立法者は放送の意見形成機能の確保のために、秩序モデルの選択そのものを迫られる。さらに、選択された秩序モデルによって免許制による参入規制が廃止されないかぎり、立法者は、免許付与など番組の内容にとって重要な決定において行政に判断余地を認めることを禁止され、実効的な基本権保護を実現するための立法行為を要請されることになる。

四　放送の自由の主観的権利としての要素

1　防禦権としての放送の自由

奉仕する自由として放送の自由を位置づける判例・通説も、放送の自由には客観法的要素だけでなく、主観的権利としての要素があることを前提としている。それどころか、第三次放送判決においても、放送による自由な意見の形成は、まず第一に（zunächst）国家による支配と影響力の行使からの放送の自由を要求すること、その限りに置いて放送の自由は、古典的自由権のような国家に対する防禦権としての意義（abwehrende Bedeutung）を有することが確認されている（57, 295 [320]）。判例は、放送がその意見形成機能をその番組を通じて果たすため、放送の自由はなによりもまず（vor allem）放送事業者の番組の自由（Programmfreiheit）であると解している（59, 231 [258]; 87, 181 [201];

90, 60 [86])。[50] 従って、公共放送協会、[51] 民間放送事業者および放送に従事している個人は、放送の自由の享有主体として、その主観的要素に基づき国家に対して侵害排除を請求することができる(77, 65 [74])。

法律による基本権制限の合憲性審査において、まず問題となるのはその基本権の保護領域である。放送の自由の保護領域については、殺人事件を素材とするドキュメンタリー・ドラマをめぐり放送の自由と人格権の調節が問題となったレーバッハ判決において、放送の自由の保障は事実の報道だけでなく、意見の表明にも及ぶこと、また個々の番組は、その内容に関係なく放送の自由によって保護されること、具体的な番組の内容、編集方法、効果は、他の法益との衝突の場合にはじめて問題とされることが示された(35, 202 [222 f.])。その後、デモ行進を撮影した未放映フィルムの押収の合憲性が争われた事案において、放送の自由によって保護されるのは、情報の入手からニュースや意見の普及にまで至る放送の制度的独自性であり、放送とその情報提供者との信頼の関係も原則として尊重されなければならないことが示された(77, 65 [74])。さらに、ホーネッカーをはじめとする旧東ドイツの政治家の裁判におけるテレビ・カメラによる法廷取材の禁止が争われた最近の事案では、放送の自由の保護領域は、メディアに固有の形態による報道と、そのために必要な技術的措置に及ぶとされ、法廷におけるテレビ撮影も放送の自由の保護の対象であることが明らかにされた(91, 125)。

ただし、連邦憲法裁判所が、これまで放送事業者の訴え(憲法異議)に基づき放送の自由の制限を違憲とした事案は、ごくわずかである。これに該当するのは、既に紹介した、公共放送に一定の事業を禁止するバーデン・ヴュルテンベルク州メディア法の規定(74, 295)のほか、公共放送協会の自由契約職員の労働法上の身分に関する労働裁判所の判決について、問題となった労働関係の確定の基礎となる前提への放送の自由の影響を見誤った点で、当該判決による放送の自由の侵害が認められた一九八二年の決定(59, 231)がある。また、前述のテレビ・カメラによる法廷取材の禁止も、比例原則による審査の結果、放送の自由に違反すると判断された(91, 125)。この他に、放送の国家からの自由

の観点から違憲判断が示された事案があるが、既述のとおり、いずれも基本権制限の事例ではない。

2　放送事業参入の自由

放送事業への参入にかかわる基本権的請求権、すなわち放送事業参入の自由という意味における放送事業者の自由(Veranstalterfreiheit)については、放送の自由の解釈をめぐる論点のなかでももっとも激論がたたかわされている。[52] そこでは、放送の自由の主観的要素と客観法的要素のいずれを強調するかによってまったく異なる結論が導かれる。これについて、放送の自由の客観法的側面を強調し、放送の自由の行使は法的形成によってはじめて可能になるという判例の立場をとれば、放送の自由の担い手の範囲は立法者の形成によって画定されるべき問題ということになる。[53] これに対し、放送の自由を五条一項が保障するその他の自由と同様に、個人的権利として理解する論者は、プレス企業の設立が自由であるように、放送事業への参入も本来的に自由であるはずだと主張する。[54]

この論争は、八〇年代に入り技術革新によってケーブルテレビや衛星放送が登場し、公共放送の独占を正当化してきた放送の特殊事情の消滅が予測されはじめたことによって、民間放送の導入の是非をめぐる問題に関連して激しく議論された。放送の自由を個人的権利と解する学説は、公共放送の独占体制がなお維持されている状況のなかで、次のように主張した。将来、放送の特殊事情の消滅にともなって、プレスと同様、民間放送の導入が憲法によって要請される。その際には、立法者の裁量が収縮し、立法者は放送事業参入についての憲法上の権利の実現を命じられる。従って、公共放送の存続をはかるために民間放送を排除することは放送の自由の侵害となる。これに対し、通説は、次のように反論した。放送の自由においては放送の意見形成機能の保護こそが憲法上の要請であり、そのための放送秩序モデルの選択は立法者に委ねられる。放送の自由は、法律に基づかない免許請求権や、本来的な放送事業者の自由を含んではいない。

連邦憲法裁判所は、第三次放送判決において、立法者が民間放送を原則として認めている以上、この点について判断する必要はないと述べてこの問題を未解決とした(57, 295 [318])。一九九一年の決定[55]もこの判決を引用して解答を先送りにしたまま現在に至っている。八〇年代後半、すべての州に民間放送が導入されて以降、この問題は、二元的放送制度における公共放送と民間放送の関係をめぐる問題にかたちを変えて論じられている[56]。放送事業参入の自由を肯定する立場にとって、二元的放送制度は市場原理に基づく放送秩序に至るまでの経過措置にすぎない。従って、公共放送の活動は、民間の放送事業者の経済的利益にできるかぎり影響を与えない程度に抑制されるべきであり、公共放送の保有するチャンネルや広告枠を拡大したり、その他の副次的収益を認める立法措置は、放送の自由の形成ではなく制限とみなされる[57]。公共放送に基本的供給の責務を課し、それを根拠に受信料の特権を与えている現行の放送法についても、民間放送事業者の基本権に対する制限としてより厳格な基準によって合憲性の見直しがなされるべきであると説かれる[58]。

連邦憲法裁判所が放送の自由を奉仕する自由と位置づけ、法的形成の必要性を前提としている限り、いかなる秩序モデルを採用するかは立法者の決定の問題であるとされ、放送事業参入の自由が肯定される可能性は少ない[59]。しかしながら、ドイツでは一九九五年に開始されるデジタル技術の導入によって、放送に利用可能な周波数は現在の約八倍に増加すると見込まれており、二一世紀に向けて放送は八〇年代後半以上に急激な環境変化を経験しようとしている[60]。多チャンネル化の進展、ヨーロッパ市場における電気通信の自由化、放送と通信の融合などによって解釈の前提となる具体的な生活事態(Lebenssachverhalt)が大きく変化する可能性もあり[61]、放送の自由の解釈が今後どのような展開をみせるかは予断を許さない状況にある。

五　放送の自由と放送規制の緩和

以上、ドイツでは、放送の自由が法秩序を通じてはじめてその行使が可能になる基本権としてとらえられていること、また、これに対して放送の自由を放送事業者の個人的権利と解する論者からの批判があり、放送事業参入の自由の存否をめぐる激しい論争が展開されていることが明らかにされた。そこで、こうしたドイツにおける放送の自由論を手がかりに、放送の規制緩和の問題を検討して本稿の結びとしたい。

現在、連邦憲法裁判所第一法廷の判事として放送判決の執筆を担当しているグリム（Grimm）は、一九九四年に公表した論文のなかで、放送秩序についてのアメリカ合衆国とドイツの憲法判例を比較検討している。そこでグリムは、次のように指摘する。

「両国の法秩序の相違は、アメリカでは基本権が国家による自由の制限に対する防禦のための主観的請求権としてのみ作用するのに、ドイツではそれに加えて基本権の客観的内容が承認され、さらに社会秩序のための目標も含まれているという点にあるわけではない。それらすべては、一連の判例が示しているように、連邦最高裁にとっても決して未知のものではない。両国の間にはじめて溝が開くのは、基本権の客観法的内容から導出される帰結においてである。……連邦最高裁は、修正一条の目的から、意見形成の自由のために放送の自由の制限を正当化する根拠だけを取り出すのに対し、連邦憲法裁判所は、そこから立法者の行為義務を獲得する。すなわち、ドイツの立法者は、基本権上の目標達成を促される可能性がある。立法者がその達成のために行為した際には、その措置が十分な基本権保護をもたらしたか否かについての審査を立法者は甘受しなければならない。アメリカの基本権判例は、反対に基本権の客観的内容を消極的な、あるいは躊躇している立法者に対しても貫徹する手段を発達させてこなかった。境界線は、すなわち、保護の権利と保護の義務の間を走っている。」(62)

わが国とドイツの放送の自由論を比較した場合にもほぼそのまま妥当すると思われるこうした相違は、放送規制の緩和にとって重要な意味をもつ。修正一条のもとでは、放送事業者の自由を尊重して規制を緩和し、意見多様性を確

保するための措置をかりに怠ったとしても、それがただちに放送の自由に対する違反とみなされるわけではない。アメリカでは、放送における多様性の保護は、立法者の権利であっても義務ではない。これに対し、ドイツでは、放送における意見多様性の保護は立法者の義務であり、規制緩和措置が放送における意見多様性の確保を実効的に実現できないとみなされる場合には、放送の自由に対する違反を理由に当該措置は違憲となる。その意味で、立法者は、放送の自由の主観的要素、すなわち放送事業者の国家からの自由に対する過度の侵害を禁止されるだけでなく、客観法的要素の過少な保護も禁止される。

近年、わが国では、マルチメディア時代へ向けて、放送規制の緩和が要請されている。その際、これまで放送規制を正当化する根拠とされてきた周波数の有限稀少性の緩和と社会的影響力の低下によって規制緩和が正当化される傾向がある。[63] 多チャンネル化の進展につれて、放送も市場における自由な競争に委ねるべきかという問題の検討にあたり、意見形成に奉仕する自由としての放送の自由は、過度の規制によっても、過少な保護によっても実効性を獲得することはできないというドイツの放送の自由論は、わが国にとっても示唆に富む。放送を自由な競争に委ねることによって意見多様性が必ずしも確保されるとはかぎらない以上、少なくとも多様性の確保のための措置についてその必要性が検討されるべきである。[64]

わが国の場合、これまで放送の自由は当然に憲法二一条の保障する表現の自由に含まれると解されてきたとはいえ、それについての本格的な議論は最近ようやく開始されたといってもよい状況にある。[65] したがって、いわゆる「椿発言問題」で注目を集めた公平原則だけでなく、放送規制全体について憲法的視点からの見直しが必要である。例えば、放送局の免許制について、現状においてその採用自体は憲法上許容されるとしても、そのあり方については、放送局開設の根本基準が法律ではなく郵政省令で規律されていること、放送事業開設を希望する者は計画における割当てのなかでしか免許を申請できないこと、競願の場合、行政指導としての「一本化調整」が行われることなど、行政の自

由裁量の範囲がきわめて広いという問題点が指摘されている。[66] 安易な比較は慎まなければならないとしても、わが国の放送の自由論では、ドイツ以上に放送事業者の自由に重点がおかれていると考えられており、[67] 誰もが「放送メディアを所有し、放送する自由を有しているはずである」。[68] しかしながら、放送行政の実態をみるかぎり、わが国の放送規制は、放送事業者の自由を前提として周波数の有限稀少性および放送の社会的影響力を理由とした規制が限定的に許容されているというよりも、むしろいわゆる電波公物論に立脚しているのではないかとの疑念さえ抱かざるをえない部分が残されている。放送行政の分野では、多メディア・多チャンネル化、放送と通信の融合など近い将来に予測されるメディア環境の変容への対応策が既に模索されている。[69] 表現の自由の保障が情報の収集、提供、受領の全過程における「情報の流通にかかわる国民の諸活動が公権力により妨げられないこと」[70] を意味している以上、わが国の憲法学も、表現の自由論における放送の自由の位置づけの明確化、[71] それに基づく現行放送規制の憲法的視点からの再検討という大きな課題をまず克服しなければならないのではないだろうか。

（1） 以下では、連邦憲法裁判所の判例につき、本文中の括弧内に判例集の登載箇所を示すことにする。

（2） Rundfunk という概念にはラジオとテレビが含まれ、使用される手段が無線か有線かは問われない。ドイツでは、法律による概念定義とは別に、憲法レベルにおける放送概念が観念されている。鈴木秀美「マルチメディア時代における基幹的放送」放送学研究四五号（一九九五）一九頁以下を参照。

（3） これについては、アレクシー（小山剛訳）「主観的権利及び客観規範としての基本権（一）・（二）」名城法学四三巻四号（一九九四）一七九頁、四四巻一号（一九九四）三二一頁以下、ベッケンフェルデ（鈴木秀美訳）「基本法制定四〇周年を経た基本権解釈の現在（一）・（二）」北陸法学二巻一号（一九九四）八一頁、二巻二号（一九九四）五一頁以下を参照。

（4） *H. D. Jarass*, Grundrechte als Wertentscheidungen bzw. objektiv-rechtliche Prinzipien in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 110 (1985), 363 ff. わが国では、小山剛「基本権の客観法的側面をめぐる諸問題」比較法研究五三号（一九九一）一五二頁以下、栗城壽夫「最近のドイツの基本権論について」憲法理論研究会編『人権理論の新展開』（敬文堂・一九九四）九三頁以下の分析がある。

(5) 筆者は、第一次から第六次までの放送判決(12, 205; 31, 314; 57, 295; 73, 118; 74, 297; 83, 238)については「二元的放送制度における放送の自由」法学政治学論究六号(一九九〇)一二九頁以下、「情報メディアの融合と放送制度の変容—ドイツ放送制度の分析」東京大学社会情報研究所編『放送制度論のパラダイム』(東京大学出版会・一九九四)二一七頁以下、「公共放送の責務及びその活動の限界—連邦憲法裁判所第六次放送判決を素材に」慶應義塾大学新聞研究所年報四〇号(一九九三)一〇五頁以下、「ノルトライン・ヴェストファーレン州放送制度の合憲性(第六次放送判決)」自治研究七〇巻六号(一九九四)一二一頁以下で、その後のヘッセン・ドライ決定(87, 181)と放送受信料判決(90, 60)については「放送の自由と受信料—連邦憲法裁判所放送受信料判決を素材に」北陸法学三巻二号(一九九五)一三一頁以下で検討している。放送判決および放送の自由についてのわが国の関連文献は、これら拙稿に掲記の諸文献を参照されたい。

(6) たとえば、芦部信喜「表現の自由の内容」法学教室一七一号(一九九四)一〇五頁。

(7) 樋口陽一『もういちど憲法を読む』(岩波書店一九九二)八六頁以下のほか、浜田純一「表現の自由(1)」樋口陽一編『講座 憲法学3』(日本評論社・一九九四)一四五頁以下の指摘。

(8) 浜田純一『情報法』(有斐閣・一九九三)九三頁以下。

(9) 長谷部恭男「情報化と憲法理論—報告」ジュリスト一〇四三号(一九九四)八九頁以下は、情報化の進展によってあらわれた近代憲法理論の機能不全の問題として、放送規制に検討を加えている。

(10) ドイツの「思想及び表現の自由」については、一九七五年日本公法学会における石村善治教授の報告がある。同『言論法研究Ⅳ』(信山社・一九九三)一頁以下に所収。

(11) 但し、その表記方法については、"Rundfunkfreiheit"と"Freiheit des Rundfunks"とがある。両者は放送の自由の解釈についての立場の違いによって使い分けられることがある。詳細は、鈴木・前掲注(5)「二元的放送制度」一四三頁以下参照。

(12) これら基本権相互の関係について、学説は、それらの保護領域は相互に関連し、部分的には互いに重なり合っているととらえている。*v. Mangolt/Klein/Starck*, GG, 3. Aufl., 1985, Art. 5 Rdnr. 4. この点につき、たとえ意見が出版物によって公表されたとしても、その意見表明が許されるものであったか否かが問われている場合は、意見の自由の問題であるとした判例がある。BVerfGE 85, 1. 評釈として、牧野忠則「事実の評価である表現の保護および名誉毀損的表現における事実性の証明責任の程度」自治研究六九巻一一号(一九九三)一二〇頁以下。

なお、基本権保障における保護領域の役割については、*Pieroth/Schlink*, Grundrechte Staatsrecht II, 10 völlig neubearb. Aufl., 1994, Rdnr. 212 ff.; *P. Lerche*, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff, in: Isensee/Krichhof, HdbStR, Bd. III, § 121, Rdnr. 11 ff. わが国では、松本和彦「基本権の保障と制約に関する一考察（一）」民商法雑誌一一一巻一号（一九九四）四四頁以下が検討を加える。

(13) *K. Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 17., neubearb. Aufl., 1990, Rdnr. 389.

(14) たとえば、*E. Forsthoff*, Der Verfassungsschutz der Zeitungspresse, 1969.

(15) シュテルンによれば、学説においてはじめてこの見解を唱えたのはショイナー（Scheuner）であり、リッダー（Ridder）がこれに続いた。Vgl. *K. Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. III/1, 1988, S. 834. わが国では、浜田純一『メディアの法理』（日本評論社・一九九〇）三頁以下がその意味内容を詳細に検討している。

(16) *M. Bullinger*, Freiheit von Presse, Rundfunk, Film, in: Isensee/Krichhof, HdbStR, Bd. VI, 1989, § 142, Rdnr. 34 ff.

(17) *R. Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, in: VVDStRL 4 (1928), S. 44 (50).

(18) 栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」公法研究三八号（一九七六）七八頁。九二頁に新聞についての言及がある。

(19) 芦部信喜「外面的精神活動の自由」法学教室一六六号（一九九四）一一頁以下は、「公的責務」論の危険性を指摘。

(20) *Stern*, a. a. O. (Anm. 15), S. 839 の指摘。これについては、鈴木・前掲注（5）「二元的放送制度」一四六頁を参照。

(21) これに対し、市場を通じて多様性の確保めざす場合には、外部多元的モデル（außenpluralistisches Modell）と呼ばれる。BVerfGE 57, 295 [326].

(22) この混乱は、「制度の霧」という表現によって批判を受けた。鈴木・前掲注（5）「二元的放送制度」一四五頁以下。制度的保障については、さらに芦部信喜『憲法学Ⅱ　人権総論』（有斐閣・一九九四）八七頁以下を参照。

(23) ベッケンフェルデ・前掲注（3）「基本権解釈の現在（一）」九五頁以下を参照。

(24) 形成を必要とする基本権の典型として、基本法六条一項（婚姻制度）や一四条一項（財産権）がある。Vgl. *Hesse*, a. a. O. (Anm. 13), Rdnr. 303 ff.; *Pieroth/Schlink*, a. a. O. (Anm. 12), Rdnr. 226 ff.; *Jarass/Pieroth*, GG, 2. Aufl., 1992, Vorb. vor Art. 1, Rdnr. 10. 連邦憲法裁判所は、さまざまな基本権に形成（Ausgestaltung）という用語を用いている。こ

の点、財産権における形成が立法者による基本権の内容確定であるのに対し、放送の自由における形成は組織的な条件の創設であり、基本権の内容確定の次元に達していないとのレルヒェによる指摘がある。レルヒェは、立法者による基本権刻印(Grundrechtsprägung)という概念を用い、形成の概念は基本権刻印的措置の特殊な一面をとらえているにすぎないと説く。Lerche, a. a. O. (Anm. 12), Fn 21, 99. 放送の自由の「法的形成」論の展開において重要な役割を果たしてきたレルヒェの立場の分析として、*E. Bremer*, Freiheit durch Organisation? "Ausgestaltung" der Rundfunkfreiheit als Problem von Grundrechtsinterpretation, Grundrechtstheorie und Ordnugstheorie, in: J. Mestmäcker(Hrsg.), Kommunikation ohne Monopole II, 1995, S. 326 f., 339.

(25) BVerfGE 57, 295 [323]. ただし、こうした認識に対しては、アプリオリなもので、科学的な効果研究の成果に支えられていない点についての批判がある。*K.-E. Hain*, Rundfunkfreiheit und Rundfunkordnung, 1993, S. 49 ff.

(26) BVerfGE 12, 205 [260 f.]. 第二次放送判決も、放送の自由を制度的自由と解した。BVerfGE 31, 314 [326].

(27) ただし、第一次放送判決も、公共放送の独占を規律する法律を放送の自由の実現と維持のための特別な措置とみなし、放送の自由の制約と解していない点では第三次放送判決以降の解釈傾向との共通性がある。BVerfGE 12, 205 [261].

(28) なお、放送の自由の解釈においても、未放映フィルムの押収や、法廷取材などマスメディアとしての活動に関わる問題領域では、プレスと同様に制度的独自性の確保が要請される。本文後述、四の1を参照。

(29) *Stern*, a. a. O. (Anm. 15), S. 841 f. さらに、判例の立場は、防禦権を基本権の第一の意味内容と解する点において、ヘーベルレの制度的基本権理解とも異なる。小山・前掲注(4)一五四頁の指摘。

(30) この点につき、第六次放送判決では、「モデルの首尾一貫性」論が争われた。民間放送を導入した以上、民間放送の活動を制約するような秩序モデルを採用することは許されないという原告側の主張に対し、立法者の形成の自由はモデルの首尾一貫性によって拘束されないとの判決が下された。鈴木・前掲注(5)「第六次放送判決」一二二頁。

(31) 基本的供給の理論については、鈴木・前掲注(2)二二頁以下の分析を参照。

(32) ドイツの放送法は連邦憲法裁判所の裁判官法として発展している。これに対する批判として、たとえば、ベッケンフェルデ・前掲注(3)「基本権解釈の現在(二)」六六頁以下がある。

(33) BVerfGE 74, 297 [334 ff.]. この事案では、公共放送協会が憲法異議の申立てにより自らの基本権侵害を主張した。州議会は、争点とされた立法は、放送の自由の形成であり、制限にはあたらないと反論したが、受け入れられなかった。

(34) この立場をとるものとして、*Bremer*, a. a. O.(Anm. 24), S. 341 ff.; *Chr. Starck*, Grund- und Individualrechte als Mittel des institutionellen Wandels in der Telekommunikation, in: Kommunikation ohne Monopole II, 1995, S. 296 ff. これに対し、*W. Hoffmann-Riem*, Kommunikation- und Medienfreiheit, in: Benda/Maihofer/Vogel, Hdb VerfR, 2. Aufl., 1994, Rdnr. 34 は、判例の立場を支持する。*S. Ruck*, Zur Unterscheidung von Ausgestaltungs- und Schrankengesetzen im Bereich der Rundfunkfreiheit, AöR Bd. 117 (1992), 543 ff. はこの区別をめぐる学説の対立を概観する。鈴木・前掲注(5)「二元的放送制度」の注(107)においてこの対立に言及。

(35) *Jarass*, a. a. O. (Anm. 4), 390 ff.

(36) BVerfGE 83, 238 [297, 311]. なお、民間放送の法的形成の限界については、第四次放送判決に同様の指摘がみられる。BVerfGE 73, 118 [157].

(37) 法的形成がこの限界を超えた場合には、制限と同様に、放送の自由との抵触を理由に違憲とされる。違憲判決の効力としては、当該規定が無効と宣言される場合と、無効とされずに、立法者による補充が求められる場合がある。

(38) 鈴木・前掲注(5)「公共放送の責務」一一一頁以下を参照。

(39) 必要性の基準については、鈴木・前掲注(5)「受信料」一三四頁以下を参照。

(40) BVerfGE 12, 205 [263]; 73, 118 [182]; 83, 238 [321 ff.]; 90, 60 [88 f.].

(41) この構想は大学にも採用されている。Vgl. *Stern*, a. a. O. (Anm. 15), S. 966.

(42) 州メディア庁についてはさしあたり、鈴木・前掲注(5)「ドイツの放送制度改革」二二三頁以下。

(43) 詳細は、鈴木・前掲注(5)「受信料」一四九頁以下を参照。

(44) BVerfGE 88, 203 [254]. 評釈として、小山剛「刑法の堕胎罪規定を改正した妊娠及び家族扶助法の合憲性」自治研究七〇巻四号(一九九四)一二七頁以下。

(45) *Jarass*, a. a. O. (Anm 4), 395.

(46) 過少保護の禁止については、小山剛「基本権保障における過少保護禁止の原則」法学研究六八巻一二号(一九九五)掲載予定を参照。フランスにおける同様の傾向を指摘するものとして、樋口陽一「近代国民国家の憲法構造」(東京大学出版会・一九九四)一二九頁以下。

(47) 宮田三郎「行政裁量」公法研究五五号(一九九三)一四〇頁の指摘。宮田教授は、行政裁量に関する法理論における憲法

視点の不足についての検討の中で、法律の規制密度の精密性と明確性についての新しい視点からの問題提起として本質性の理論に言及。

(48) 詳細は、鈴木秀美「放送の自由と民間放送の参入－第三次放送判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社・一九九六)掲載予定を参照。

(49) ただし、*Bullinger*, a. a. O. (Anm. 16), Rdnr. 48 ff. では、プレスにおける多様性の欠如の対抗手段として、国家によるプレス、あるいは公共放送のようなプレスのあり方が検討されている。

(50) それによると、番組の自由は、番組の選択、内容および編集に対する国家による影響の禁止だけでなく、番組に対して放送の外部から加えられるあらゆる影響の排除を要請する。この要請は、第三者からの直接的な影響にとどまらず、放送の自由を間接的に侵害する可能性にも妥当する。ただし、既に指摘した通り(本文前述、三の3)、放送事業者の番組の自由も無制約ではない。

(51) ただし、公法人である公共放送協会の基本権主体性は、放送の自由に限定される。BVerfGE 37, 314 [322]; 59, 231 [254 f.]. 詳細は、鈴木秀美「ドイツにおける二元的放送制度をめぐる憲法訴訟」法学政治学論究七号(一九九〇) 一四六頁以下。ハインは、公共放送協会に基本権主体性を認めることはできないと説く。*Hain*, a. a. O. (Anm. 25), S. 118 ff.

(52) *Chr. Degenhart*, BK, Art. 5 Abs. 1 u. 2(Zweitbearb.), 1992, Rdnr. 656 ff. が論争の状況を概観する。この問題については、鈴木・前掲注(5)「二元的放送制度」一四〇頁以下も参照。

(53) 学説ではたとえば、*Hoffmann-Riem*, a. a. O. (Anm. 34), Rdnr. 39; *Böckenförde/Wieland*, Die Rundfunkfreiheit —ein Grundrecht?, AfP 1982, 77.

(54) たとえば、*M. Bullinger*, Kommunikationsfreiheit im Strukturwandel der Telekommunikation, 1980; *Starck*, a. a. O. (Anm. 34); *Hain*, a. a. O. (Anm. 25).

(55) 判例集未登載。Beschluß v. 12. 4. 1991, ZUM 1992, 137.

(56) *Ruck*, a. a. O. (Anm. 34), 559 ff. は、形成と制限の区別と、その前提としての放送の自由の解釈をめぐる論争を整理したうえで、見解の相違がもたらす公共放送と民間放送の関係のあり方についての帰結に言及。

(57) たとえば、*Starck*, a. a. O. (Anm. 34), S. 300.

(58) *Chr. Starck*, Praxis der Verfassungsauslegung, 1994, S. 172 ff.

(59) 同様の指摘として、*Degenhart*, a. a. O. (Anm. 52), Rdnr. 659a; *R. Seelmann-Eggebert*, Die Dogmatik der Rundfunkfreiheit gem Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts, ZUM 1992, 86.

(60) *M. Bullinger*, Rechtliche Eigenart der Vollprogramme im Rundfunk, ZUM 1994, 59 ff. は、多チャンネル化にともなうテレビ番組のあり方の変容を予測し、それによって発生する法的問題を検討する。

(61) 連邦憲法裁判所も、技術の発展が放送の自由の解釈に影響を与えることを確認している。BVerfGE 73, 118 [155].

(62) *D. Grimm*, Schutzrecht und Schutzpflicht, Zur Rundfunkrechtsprechung in Amerika und Deutschland, in: Däubler-Gmelin u. a. (Hrsg.), Gegenrede, FS. f. Mahrenholz, 1994, S. 538 f.

(63) 来生新「放送の規制緩和」ジュリスト一〇四四号（一九九四）一一〇頁以下は、電波をとりわけ稀少な資源として扱うことに否定的である。なお、長谷部恭男「メディア環境の変容と放送の自由」法律時報六七巻八号（一九九五）七頁は、メディア環境の変容にあたり、従来の規制根拠論を額面通りに受け取って規制を緩和すべきという立場と、従来の規制根拠の背後には別の実質的な規制根拠が控えており、それを考慮すべきとの立場があると指摘し、自らは後者の立場にたつ。

(64) 芦部信喜「放送の自由」法学教室一八〇号（一九九五）七三頁以下は、放送規制をめぐる論議を概観。放送に公的規制が許される理由は、新聞と放送ではメディアの性質が異なるため、「自由競争の原則を支配させるだけで、国民の知る権利に応える情報の多様性が確保されるという保障は必ずしもない」という点にあると指摘する。筆者は、前掲注(2)「マルチメディア時代の基幹的放送」において放送の規制緩和のあり方を検討したが、その際、同報性、速報性、広域性に優れ、経済的・効率的な情報提供を可能にする放送のマスメディアとしての特性を、規制緩和の過程でも基幹的放送によって維持するという立場を是とした。ただし、従来の放送のメディア特性を維持するために、デジタル化によって実現する多数のチャンネルのなかで、特定のチャンネルにかぎり、その特性の維持に必要な範囲内で放送規制を許容するという構想は、放送制度の将来についての基本理念を呈示するにすぎない。その具体化は今後に残された課題である。

(65) 浜田純一ほか「討論　放送制度の将来と放送法」法律時報六七巻八号二八頁〔浜田発言〕。

(66) 塩野宏『放送法制の課題』（有斐閣・一九八九）五〇頁以下は、放送局免許制が抱える問題点を検討。「放送事業は、私人の純粋な経済活動ではなく、本来自由であるべき情報の伝達・言論の表現を通しての活動であることを忘れてはならない」と説き、免許申請にあたっての行政指導は、行政庁の権限の範囲を越えることは明白であると指摘する。さらに、服部孝章「規制機関のあり方と免許制度」法律時報六七巻八号（一九九五）二二頁以下を参照。

(67) 塩野・前掲注(66)三五二頁の指摘。芦部・前掲注(64)七七頁以下は、わが国の放送の自由を放送事業者の自由に重点をおく八〇年代以降のアメリカのFCC型とドイツ判例型の「中間に位置する自由と考えるのが妥当だと思う」と論じている。

(68) 松井茂記「放送の自由と放送の公正」法律時報六七巻八号(一九九五)一三頁の指摘。

(69) たとえば、マルチメディア時代における放送の在り方に関する懇談会は、一九九五年三月二七日に報告書『マルチメディア時代に向けた放送の展望』をまとめている。同懇談会編『放送革命』(日刊工業新聞社・一九九五)所収。

(70) 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院・一九九五)五一五頁。

(71) 芦部・前掲注(64)七七頁の指摘。