
 翻 訳

『積極的な言論の自由：根拠、手法、含意 (5)』

アンドリュー・T.ケニオン、
 アンドリュー・スコット (共編)
 池端 忠司 (訳)

訳者はしがき

本訳稿は、11章からなる論文集、Andrew T. Kenyon and Andrew Scott (eds.), *Positive Free Speech: Rationales, Methods and Implications* (Oxford, Hart Publishing 2020) の中の一部、つまり第5章と第6章を訳出したものである。

本紀要第55巻第3号において第1章と第2章を、また第56巻第1号では第3章を、第56巻第2号では、第4章の第2節までを、また第56巻第3号では第4章の第3節から終わりまでをすでに訳出している。

第5章の表題は「市民の言説を促進すること：アイルランド憲法下の積極的な言論の自由の一形態？ (Promoting Civic Discourse: A Form of Positive Free Speech under the Constitution of Ireland?)」である。本論文の著者はオーウェン・キャロラン (Eoin Carolan) であり、キャロランには共著として、Eoin Carolan and Ailbhe O'Neill, *Media Law in Ireland* (second edition), Bloomsbury Professional (2019) がある。

第6章の表題は「自由の状態：ドイツにおける放送の自由が含意するもの (The State of Affairs of freedom: Implications of German Broadcasting Freedom)」である。本論文の著者は、本論文集の編集者の一人であるア

ンドリユー T. ケイオンである。彼についてはすでに発表した訳稿で紹介したのでここでは省略する。

本訳稿が取り上げる第5章は、アイルランド憲法を解釈する最高裁判所の判例を取り上げ、言論の自由に関する二元的モデル、特に共和主義的理論を紹介するものである。また、第6章は、ドイツの連邦憲法裁判の放送の自由をめぐる議論を紹介するものであり、この分野はすでに日本のドイツ憲法の研究者による紹介が多く存在するが、それを積極的な言論の自由という観点から捉えているという点でほかにはないものである。

第5章

市民の言説を促進すること：

アイルランド憲法下の積極的な言論の自由の一形態

オーウェン・キャロラン著

目次

- I. アイルランドにおける表現の二元的モデルの出現
 - A. アイルランド憲法における表現の自由
 - B. 表現とコミュニケーションの関係
 - C. 新たなモデル？ 表現を個人圏と公共圏に分離すること
- II. 憲法上の表現の二元的モデルの含意
 - A. アイルランドにおける帰結主義：民主的価値としての表現
 - B. 表現の共和主義的モデル？
 - C. 言説としての表現：市民の役割？
 - D. 言説としての表現：内容に基づく制約？
 - E. 言説としての表現：そもそもそれは制約できるのか？
 - F. 言説としての表現：市民的価値の限界？
 - G. 言説としての表現：メディアの役割とは何か？
- III. 結 論

アメリカ合衆国の多くの判例法と解説の中で見出される¹⁾言論の自由の「ほぼ完全に消極的な」概念のその永続的かつ国際的な影響を所与とする

ならば、積極的な言論の自由が可能であると認めるだけでもそれ自体価値があると言えるであろう。しかしながら、表現を促進または保護するために政府が介入するという考えを擁護することは、他に選び得るアプローチを具体化するための第一歩に過ぎない。政府のアクションの目的、範囲および許容限度についての疑問が必然的に生じ、これらの疑問に答えることは、多様性をめぐる問題、コンテンツまたは意見の多様性、情報へのアクセス、さらにはメディア規制一般に対してばかりでなく市民、公的機関およびメディア・アクターにも影響を及ぼすことになる。

これらの困難な概念的問題の多くは、本書の別の章で検討される。本章は、それらと比較するならば、その目的や野心ははるかに限定的である。その主要な目的は、アイルランドの表現の自由の法理における近年の展開を示しながら、その法理に関する資料を馴染みのない読者に紹介することにはほとんど費やされる。しかしながら本章はまた、市民の言説への積極的な憲法的なコミットメントとして理解できる表現の自由の見解を裁判所が展開し出しているアプローチのその可能性と落とし穴の双方についての批判的な概観も提示するよう心がけている。しかしそれは、アイルランドの経験が積極的な言論の自由に対する唯一または最適のアプローチを提供していると示唆するものではない。実際、本章が示唆するように、この新たなアプローチは、アイルランドの共和主義的憲法の伝統のかなり特殊な局面を反映しているかもしれない。しかしながらこの特殊性を考慮したとしても、そのような諸判決は、可能性として積極的側面を有する言論の自由の保障という実践的な難題に取り組み出した憲法システムの一例としていくつかの有用性があるかもしれない。この点で本章は、世論機関としてのメディア (media organisations) の規制に対するその憲法システムの含意にとくに焦点を合わせる。というのも世論機関としてのメディアはその教育的役割についての憲法上の明示的承認を理由にして権利だけでなく、ある種の憲法上の責任を付与されていると理解されているからである。

I.

アイルランドにおける表現の二元的モデルの出現

A.

アイルランド憲法における表現の自由

表現の自由に関するアイルランド法の議論は、当然のことながら 1937 年憲法（以下憲法と表記する）の条文から始まり、特に、第 40 条第 6 節第 1 項に規定されている、厳密に限定されている場合の具体的な保障から始まる。

国は、公共の秩序および道徳に従うことを条件に、次の各号に掲げる権利の行使の自由を保障する。

i. 自己の信念および意見を自由に表現する市民の権利。

ただし、世論の教育が共通善にとり極めて重大な意義のある事柄であるため、政府は、その政策の批判を含む正当な表現の自由を確保した上で、ラジオ、新聞、映画その他の世論機関が、公共の秩序もしくは道徳または国家の権能を損なうために利用されることがないように努めるものとする。瀆神的、扇動的または猥褻な事柄を出版ないし公表することは、法律により処罰される犯罪とする。

この条文は、敢えて批判的に言えば制定時のカトリックの社会的な教え (teaching) の影響を受けていると思われるが、メディアの表現に対する実質的な制限を設けるものである。表現の自由に関するアイルランド法の一般的な展開は、他の書物でも結構扱われている²⁾。本章は、その話に特有の脇筋、すなわち表現の自由の二元的モデルを明確に記述することで第 40 条第 6 節第 1 項に基づく表現のより積極的概念の展開をどのように促進したかに関心がある。

このプロセスの第一段階は、「市民の個人的な権利」の第 40 条第 3 節第

1 項の保護に基づく明文化されていない表現の主張のためのもう一つの選択可能な類型を明らかにすることであった。AG v. Paperlink 事件³⁾において、コステロ判事は、コミュニケートする権利を、次のような理由によって独自の憲法上の権利であると考えた。つまり、「コミュニケーション行為は人間の基礎的能力を使うことであり、その結果、コミュニケートする権利が市民の人格を理由にその市民に本来備わったものでなければならず、憲法によって保障されなければならないものである」⁴⁾。

B.

表現とコミュニケーションの関係

かなり長い間、コミュニケートする権利の正確な範囲および意義は、その権利が最初に定義された状況によって曖昧にされていた。Paperlink 事件は、郵便局の独占に対する異議申し立てが争点であった。つまり裁判所は、予備的な問題として、郵便サービスによる物理的な情報伝達が、保護される権利への干渉という当初の主張を支持するのに十分な憲法上の側面を持つかどうかを判断する義務を負ったのである。このことは、第 40 条第 6 節第 1 項における「信念および意見」への言及と相まって、その後の判例では、表現上の主張が情報に関わるか意見に関わるかで区別することに集中するようになった⁵⁾。

この区別は、多くの理由で問題を孕んでいた。第一に、それは、問題となるコミュニケーションが事実と意見を混在しているのが、珍しくない事例である場合には、かなり、そしておそらく無意味な複雑化を招いた⁶⁾。一つのコミュニケーションの一部を異なる憲法上および概念的枠組みの下で扱うことの実際的な困難さは明らかである。第二に、同じような理由から、事実または意見のどちらにも合理的に定義され得る広範な表現が存在することは、この区別の運用上の人為性を強調するものであった。第三に、第 40 条第 6 節第 1 項はその段落の冒頭で信念および意見の表現に言及しているが、その条文の残りの部分は、そのように限定された保障範囲

を必然的に支持するものではない。この指摘は、世論機関としてのメディアについて言及する限り特に説得力をもつといえる。事実ではなく意見を表現するときにメディアを保護するという第40条第6節第1項の解釈は、実行不可能で非現実的であると思われ、メディアの憲法上の役割についての明記された教育的性格の観点からすれば特にそうである。

C.

新たなモデル？ 表現を個人圏と公共圏に分離すること

第40条第3節と第40条第6節第1項第1号の関係の再構築は、*Irish Times v. Ireland* 事件⁷⁾における最高裁の判決をもって始まった。この事件は、ある刑事裁判をその進行と同時に報道することを禁止する裁判所命令に対して世論機関としてのメディアが勝訴した異議申し立てに関わる。注目すべきことに最高裁の判決は、第40条第6節第1項の権利の公共的側面を強調した。同裁判所は、法廷に出頭し証言する数人の公衆に公開していることを理由としてその報道禁止命令が裁判の公開執行を妨げていないという主張を拒否した。むしろ同裁判所は、「裁判所で何が行われているかを通常の市民が知るために…ほとんど完全に依存するところの」「公衆の目および耳」としてのメディアに特有の憲法的地位を認めた⁸⁾。

これは他の場面ではその事件を処理するのに十分であったが、ある判事（バリントン判事）は、さらに続けて第40条第3節第1項に基づく事実のコミュニケーションと、第40条第6節第1項第1号に基づく意見の表現との間の過去の判例で引かれた区別を取り上げた。彼は、その区別のアプローチを拒否する過程で、二つの条文の関係についての他に選び得る説明の概略を次のように示した。

私には、自己の信念および意見を自由に表現する市民の権利が憲法の中でどのような文脈で位置づけられているかを見ることも重要であると思われる。第40条第6節第1項は三つの権利を扱っている。市民

が自己の信念および意見を自由に表現する権利、市民が武器を携帯せず平和的に集会する権利、そして、市民が結社および組合を結成する権利である。これらはすべて、市民の公共的活動や民主社会の実践的営みに関連する。これらは政治的変化の力学の一部を構成する⁹⁾。

この問題は、*Murphy v. IRTC* 事件¹⁰⁾において裁判所が再び検討した。この事件（後に、ヨーロッパ人権裁判所に申請された *Murphy v. Ireland* 事件¹¹⁾）は 1988 年ラジオおよびテレビ法第 10 条 3 項に対する異議申し立てであり、同条は「宗教的または政治的目的の達成に向けられているかあるいは労働争議に関連する」広告を禁止する。この時に全員一致の判決を言い渡したバリントン判事は、先の *Irish Times v. Ireland* 事件における彼の判決のテーマに立ち返った。

最高裁判所によれば、[第 40 条第 3 節に基づく] コミュニケートする権利は人間の最も基本的な権利の一つでなければならない。人を育てる権利に匹敵するほど、人間の生存にとってこれほど重要な権利を想像することは困難である。しかし、この文脈では私たちは、合理的な議論によってだけでなくそれと同じだけ言葉や身振りによって自らの必要なものや感情を伝達する権利について話している。

第 40 条第 6 節第 1 項は関連しているようで違う問題を扱っている。それは民主社会における市民の公共的活動に関するものである。まさにこのことが、最高裁が示唆するように、憲法の制定者たちが表現の自由に対する権利と自由に集会する権利と結社および組合を結成する権利を一つの項の下にまとめた理由である。これら三つの権利は、民主社会の実践的な活動に関連する。…もしもこれが第 40 条第 3 節によって黙示的に保護されるコミュニケーション権利と、第 40 条第 6 節第 1 項によって保障される自らの信念および意見を自由に表現する市民の権利との間のオーバーラップがあることを意味するのであるならば、それならそれでよい。このオーバーラップは二つの権利が由来す

る異なる哲学的体系から生じるものであろう¹²⁾。

この二元的モデルの合理化に関して注目すべきことは、そのモデルが、表現の自由の義務論的理論と帰結主義的理論の間の区別を一見したところ意図的に追跡していることである。第40条第3項に基づくコミュニケーションする権利は、表現とその表現者個人の本来備わっている人格との関係を強調する非常に個人主義な用語で説明されている。さらに言えば、その権利の存在は、その内容と明確に切り離されている。その権利は、それがどのような内容を含むかというよりも、それが何であるかによって価値づけられる。これは、言論の自由に関する多くの消極的な哲学の中核にある非検閲の原理に非常に自然に適したアプローチである。

それとは対照的に、第40条第6節第1項に基づく表現は、市民の公共的活動に関わる。これは、表現の帰結主義的説明、特に真理探求よりも民主主義の促進に結び付けられたものによるところが大きい。公共圏における表現を帰結主義的価値として特徴づけることは、重要な意味を伴う。表現が特定の結果を促進するという理由で価値があるとすれば、そうしない場合には制約を受けやすい可能性がある。同様に、表現のための構造的な条件が不十分な場合、国家がそれらの条件を改善するために介入することは——原理的には——正当化される可能性がある。したがって、*Irish Times* 事件と *Murphy* 事件の二つの判決は、公共圏における表現規制のための積極的なアプローチの理論的なひな型を提供した。別の条文に自己実現としての表現の義務論的概念を位置づけることは、これらの主張がそれぞれの規範的に区別される性質を適切に考慮に入れた別個の体制の下で扱われる可能性が生まれた。

したがって、公共的表現を民主的価値と同一視することは、表現上の主張に対するより明確かつより厳密に考えられたアプローチのための出発点を提供する。しかしながら、かなり曖昧なところが残っている。表現はどのように民主主義を促進したのか。公共的表現を抑制する試みには主に誰の利益が関与したのか。民主主義そのものは何を意味していたのか。ま

た、これはメディアの表現に影響を及ぼしたのか。

II.

憲法上の表現の二元的モデルの含意

A.

アイルランドにおける帰結主義：民主的価値としての表現

表現が民主主義に貢献するという主張はよく目にするものであり、現代ではまず間違いなく合衆国におけるアレクサンダー・ミクルジョンの研究が最初である¹³⁾。しかしながらこの理論には様々なヴァージョンがあり、それらは、次のように民主的過程の異なる側面に重点を置くという点で異なっている。

言論の自由は自己支配が要求する啓発された意思決定を促進すると指摘する人もいれば、言論の自由は個人が自らを自己統治していると認識できるようにすることで民主主義を促進すると主張する人もいる。さらに、政府とその政策について議論する自由がなければ民主政治は「無意味」であると、詳細な説明なしに単純に結論を出す人さえもいる¹⁴⁾。

表現が果たすと理解されている特定の民主的機能を明確にすることは重要である。これは、民主的なシステムが保護すべき表現類型に関する概念を当然に形成するからである。ある人は、選挙において啓発された選択を行使する有権者の価値に焦点を合わせる。この変種は、選挙に関連する諸問題についての正確な情報の提供による有権者の教育を論理的に優先させる。これは、政府の活動についての事実に基づく情報あるいは政治的な政策や考えについてのより独断的な解説をカバーすることになる。しかしながら、それは、表現の憲法上の保護をその表現の政治的内容または統治に関

わる内容から導き出す傾向がある。

またこの選挙志向の表現モデルは、言論者の利益よりも聴衆の利益に焦点を合わせる傾向がある。これは、表現という言論者の利益とその表現へのアクセスを持つという聴衆の利益との間の不一致が存在するときに面倒な事態を生み出す可能性がある。聴衆の利益が支配的であると想定する表現モデルは、大衆受けを狙った抑圧的な多数決主義に陥る危険があり、そこでは特定の表現内容について多数派の意見は、その表現の社会的または憲法的な価値の評価によって消し去られる。またここでもその表現モデルは、憲法の役割とは第一義的にはいかなる政治的言論の規制も禁止することであるとする表現の消極的な概念とより調和する可能性がある。

これは、表現の民主的価値についての裁判所の説明が、法的または憲法的保障によって実際に提供される保護の性質、範囲およびレベルにいかに関与を及ぼすかを示している。この観点からすれば、アイルランドの裁判所が、民主的価値としての表現について、その内容ではなく特定の種類の表現としての価値を前提とする理解を深めているように見えることは重要である。さらに言えば、このような表現の価値は、民主的政治過程に焦点を狭く合わせることに結び付くのではなく¹⁵⁾、個人がそのコミュニティへの関与に関係のある市民的価値として公共的表現をより広く理解することと結び付くように思われる。表現が発生する条件に主眼を置くアプローチとして、それはまた、言論の自由の積極的な考え方とより明確に結び付いているものでもある。

表現についてのこの市民的概念は、*Murphy v. IRTC* 事件におけるバリントン判事の判決の中にそれへの支持を見出すことができる。言論者と聴衆の双方の権利のための根拠に関する判事の説明は、言論者の聴衆ではなく言論者の利益および目的という観点から表現される。聴衆は言論者の表現に目的と焦点を付与するが、言論者の役割から生じる権利はそのままである。この第40条第6節第1項の変種は民主主義と結び付いているが、それは——裁判所の明瞭な表現では——民主主義とも関連する、より一般的な二次的な社会的または制度的利益ではなく、第一義的には市民として

の個人の活動を指向する民主主義の理解である。

B.

表現の共和主義的モデル？

このように広義に考えられた、市民の公共的生活への活発な参加を重視する姿勢は、アイルランドの憲法思想の共和主義的な流れと一致していることは注目に値する¹⁶⁾。これは、市民というものをその国の市民生活に関与するメンバーとして、共和主義的政体の中心に位置する「異議を唱える市民 (contestatory citizenry)」の観察者および貢献者として想定する¹⁷⁾。

以上のような市民への共和主義的な関心がこの文脈において意味するものは次のようなものである。つまり、表現の自由の主張は、共同的なもの利益よりも市民の利益に由来し、それによって定義されるということである。これは、第 40 条第 6 節第 1 項がより厳格な意味での公共的表現に関連してのみ適用されるという主張を *Murphy* 事件において裁判所が退けたことによって確認された。公共的生活における市民の参加の一部としての第 40 条第 6 節第 1 項の表現の権利は、「選挙としての民主主義」の観念によって制約を受けることはなかったし、その観念は、原則的には、政治的な政策を目的とする表現か、全体としての公衆に向けられた表現のいずれかにその権利を限定することができる。そこで引かれた区別は、「第 40 条第 6 節第 1 項の保護を発動するためには市民全体に影響を与えようと試みていなければならない」という意味ではなかった¹⁸⁾。これは、第 40 条第 6 節第 1 項に基づいて何が市民に向けた (public-facing) 表現を構成するかについて、最初に理解されていたときよりも広い概念を示唆する。

しかしながら、表現を促進または保護するうえでの国家の役割という観点からみて、共和主義的理論が及ぼす明らかな影響が何を意味するかは検討に値する。共和主義と自由主義の国家概念の主な違いの一つは、古典的な共和主義では、自由を擁護するための積極的な行動を国家の主な目的ではないにしても正当な目的と評価していることである。これは、共和主義

の自由の概念である「支配からの自由」には、平等主義的な中立性または自由主義的な不介入以上のものが必要であるという事実に関連している。ある人が別のもう一人の潜在的な支配に服するという事実は、それが実行されようがされまいが、そのような権力の不均衡に取り組むために講じられる措置を正当化するのに十分である。重要なことに、それは、その不均衡が公的機関と市民との間に生じようが私的なアクター間で生じようが変わるものではない。憲法の価値を促進する積極的義務という基本概念は、したがって、このような共和主義的伝統と完全に一致する。

表現の自由という文脈では、これは憲法が個人の意図した表現という契機を超えた事柄に関わっていることを意味する。また、表現の自由には、考えられるさまざまな考えから選択する個人の自由も含まれている¹⁹⁾。これがもたらす一つの帰結は、国家の義務には市民が話すことを確実にすることに限定されず、情報や思想に関与する市民の自由が——市民の言説とともに——外在的な統制からの影響を受けにくくするような条件の整備も含まれる可能性があるということである。これは、「公共的言説の強制されない領域」へのポストの言及といくつかの類似点があるが、「国家が『存在しない』場合に公共的言論が理想形態のようなものに到達するかあるいは近づく」という関連する前提についてのケニオンの懐疑的な態度を共有することになるであろう²⁰⁾。また、意見の選択や数が第三者のコントロールに服したままであれば、「意見の多様性」というアプローチも必ずしも満足のいくものではないであろう。むしろ、情報または思想へのアクセスが他者の意思の行使に左右されないような条件を確保または促進する国家の役割が存在する。これはもちろん、あらゆる可能な世界におけるあらゆる可能な考えへのアクセスを保証するものではない。これは、それに代わって市民の言説が生まれる過程のその完全性と自由を確保することに関心のあるアプローチであり、その関心事には世論機関としてのメディアの潜在的な支配力が当然ながら大きく立ちはだかる。

C.

言説としての表現：市民の役割？

第 40 条第 6 節第 1 項について言説指向的理解を採用することは、世論機関としてのメディアの憲法的地位にとって重要な含意がある。最も明白なことは、メディアの手段的目標が公共的言説に参加する個人の能力を促進することであるとするならば、特にそのメディアのアクションが一部の言論者に他の言論者よりも特権を付与することを回避できない場合には、そのメディアの表現権はやや不都合に思える。

これは、伝統的なジャーナリズムとより新しいあまり組織化されていない公共的表現の形態との間の境界についての今日の議論に特に重要な意味がある。憲法上の区別が言論者のアイデンティティに基づくのではなく表現の市民的および公共的性格に基づくということは、報道機関に関連する特権の拡大を公共的言説への非伝統的参加者に許すことを意味する。

このことは、*Cornec v. Morrice* 事件において、高等裁判所がブロガーに情報源の身元について守秘義務を主張することを認めたことで確認された²¹⁾。*Cornec* 事件では、他の司法管轄区で法的手続の対象となっていた宗教的カルトの疑いについて複数の人物に証拠を提出するように求める申請がなされた。これらの人物のうちの一人がブロガーであり、法廷に提出された証拠によれば宗教的カルトについての常連の専門家であった。ホーガン判事は、公共的言説を促進することを意図した第 40 条第 6 節第 1 項について帰結主義が強い分析を採用し、その際、国民投票の選挙活動期間に公衆に提供される情報の正確さに関する事件における彼のそれ以前の判決を引用した²²⁾。この以前の事件では、ホーガン判事は、アイルランドの民主主義の市民的な性質を強調し、とりわけアイルランド憲法が期待する活動的で啓発された市民を提供する手段として表現の自由の価値に光を当てたのである。

アイルランド憲法は、議会制民主主義と同様に、国民投票に基づく民

主主義について思いを巡らせ、…それは、すべての市民が彼らの未来、彼らの隣人の未来、そして究極的には彼らの国の未来について重要な決定を行うためにその都度呼び出される社会を想像した。

この点で [必然的に] 暗示されているのは、そのためにアイルランド憲法が誠実で大胆不敵な討論を重視するということである。アイルランド憲法の起草者たちは、不活発で無気力で無関心な公衆が公共の福祉に対する最大の脅威であると理解した。したがって、アイルランド憲法は、特に国民投票のときには啓発された公衆からの頑強な政治的討論を必要とする。これは、多くの点でアイルランド憲法第9条第3節に反映されており、同条は、市民としての私たち全員が負う義務、つまり国民への忠誠および国家への忠義 (fidelity to the Nation and loyalty to the State) について規定する。それは、私たち自身のために、私たちの隣人のために、そして私たちの国のために、多くの場合、簡単な答えがない困難な問題について私たち自身を啓発し、可能な限り啓発された私たち自身による決定を行う義務を果たすように私たちの各々に求める。それは容易なことではないが、私たちがやらなければならないことである。アイルランド憲法第9条第3節は、それゆえ各々の市民の一人一人の市民的責任をかなり強調する²³⁾。

Cornec 事件へのこれらの原則の適用過程で、高等裁判所は、ブロガーが、市民の言説への直接的な貢献を行うことによって「第40条第6節第1項が想定している『世論の教育』内で正々堂々と」行動するので、したがってその保護を行使する権利があると述べた²⁴⁾。これは、*Murphy* 事件において引かれた区別が、言論者のアイデンティティによってよりも表現自体の価値によって基礎づけることを再び強調する。またそれは、この市民的概念の下での表現の民主的価値が、選挙や国民投票や政府にさえにも結び付けられないことに光を当てる。言論者は、より広範な公共的価値または利益のある問題について、他者と関わりを持つようとしていけば十分である。

D.

言説としての表現：内容に基づく制約？

このような言説指向の帰結主義の必然の結果は、他の帰結主義のモデルの場合よりも、内容に基づく制約の余地がないことである。表現が真理を探求する手段として、例えば政治的関心事について有権者を啓発する手段として正当化される場所では、虚偽のまたは不正確な陳述を行うことを禁止することや、あるいは非政治的な表現により強力な制限を課することも、論理的には許されるかもしれない。しかしながら、表現の価値がそれが促進する言説であるところでは、これは、表現行為自体が目的達成の手段と達成すべき目的の双方を提供する状態により近づくことを意味する。

このような解釈を支持するものは、*Mahon v. Post Publications* 事件におけるアイルランド最高裁判所の判決の中に見出すことができる²⁵⁾。この事件は、裁判官を中心とする審問法廷が、ある新聞社に対して、特定の個人に秘密裏に流布された情報を公表することを差し止めようと申請したものである。ここでの議論の目的との関係で重要なのは、その新聞社が公益性を証明できない情報については——その法廷の意見では——保護を求めることができないという主張である。この議論は、公共的に価値のある目的に仕えることを積極的に示し得る公共的表現にアイルランド憲法の保護範囲を限定するために *Murphy* 事件後の判例法の広義の帰結主義的性格に依拠しようとするものであった。その法廷は、この場合には機密情報の開示は公益性に欠け、流布される人々を増やすことだけを目的とすると主張した。

このような確立した帰結主義的な価値の不在が新聞社からその資料を公表する権利を奪うという示唆は、最高裁によって断固として否認された。表現の自由が一定の制約に服することがあり得る一方で、公表するための前提条件として個々の記事の価値を証明するように出版者に強いる先験的な義務は存在しないという点でフェンリー判事は明確であった。彼は次のように書いた。

裁判所は、表現の自由の権利の特定の行使に公益性があるかどうかについての判断を認めない。メディアは、表現の自由自体の利益以外の他の何らかの公益性に照らして公表行為を正当化するように求められない。メディアは、公益性に欠ける資料を公表する自由がある。…表現の自由の権利は同様の保護を、価値のある、真面目な、社会的価値のある作品に拡大するのと同様に、価値のない、淫らな、俗悪な公表にも拡大する。ニュース・メディアが、価値のない、不快でさえある資料を覆い隠すために高い頻度で、かつ信じられないほど公益性に頼るという疑いのようなない事実は、この原則に支障をきたすものではない²⁶⁾。

フェンリー判事の用語のいくつかは、表現の義務論的概念に接近することになったが、その議論の文脈やその判決の残りの部分からは、その判決が代わりに帰結主義的な分析の特定の形態を必要としていることが示された。裁判所は、続けて次のように明らかにした。すなわち表現のいくつかのカテゴリーは、コモン・ローまたは制定法によって合法的に行われる場合には制限することができる。

したがって、*Mahon* 事件は、状況に特有の方法ではなくカテゴリー的な方法でいくつかの表現類型には社会的価値や関連する憲法的地位があるという *Murphy* 事件の分析を適用したものである。これは、第 40 条第 6 節第 1 項において *Murphy* 事件において、市民の参加や公共的言説を促進することを強調していた点と一致する。このようなカテゴリー＝帰結主義は、市民の表現に対する制約の可能性を許す——そのいくつかは原理的に内容に基づく制約である可能性がある——が、個々人の意図的な表現の中の客観的または実証可能な価値を検討するように個々の参加者に先験的に負担を課することを回避する。これは、*Murphy* 事件において適用されたモデルが、議論されている情報または思想の内容ではなく市民の言説の価値自体に焦点を合わせていたことを反映するものである。*Murphy* モデルの下での言説の第一義的な価値は、言説が市民の問題に活発に関与する

ことを奨励することである。言説によって個人は単に情報を手に入れるだけではなく、活発な市民活動を促進する態度、資質、関係、技量を身につける。それゆえ、その表現が限定的なまたは疑問視される価値しかない情報を内容とするときでも、市民の言説への関与が生じている場合には、個人のためにも社会全体のためにも価値がある。表現は、高尚な目的のためには言えないとしても、参加型の市民文化を育成することになる、共通の利益または関心のある問題に市民が活発に相互に関わり合うことを奨励することができる。

E.

言説としての表現：そもそもそれは制約できるのか？

以上述べたことは、このモデルが原理的にはいろいろな状況下で表現権の制限を許さないということを意味しない。言説モデルとの相違は、表現内容自体への影響力よりも言説に与える影響力の評価によって制限が正当化される可能性がより高いかもしれない。*Cogley v. RTE* 事件においてクラーク判事が認めたように、

アイルランド憲法で記されている議会制民主主義の形態は、重要な問題についての力強い、啓発された公共的討論が存在することを求める。このような討論に必要な条件に対する過度のまたは不合理な干渉を課すようないかなる法案もまさに実質的な正当化理由を必要とする²⁷⁾。

この私が強調した部分は、他の表現の内容に焦点を合わせない、公共的言説に関与する他者の能力に与える潜在的な影響力に焦点を合わせるシステムを想定しているように見える。これは、例えば他者が表現または討論に関与する能力または意思にマイナスの影響を及ぼすかもしれない表現に対する抑制を支持することになる。原理的には、このアプローチは、表現

規制の馴染みのあるいくつかの形態をカバーできるであろう。例えば、ヘイト・スピーチを禁止するルールは、問題のある表現が他者の表現を思いとどませたりあるいは低く評価したりすることによって市民の言説を軽視しがちであると認定できるという分析に基づいて正当化され得る。またハラスメントまたは威嚇的な行動の他の形態を禁止するルールは、市民の言説の促進を前提とするモデル内に収まるであろう。同じように、自律性とアンデンティティが表現と結び付いていることは、このモデルが原理的には名誉毀損またはプライバシーの法理と調整できることを意味する。人の名誉が傷つけられるおそれがあるところでは、人々を言説から撤退させるかもしれない。同様に、このような損害を与えることは他者が市民の言説においてどのように人々と関わるかについて悪い——虚偽であるならば不当に——影響を及ぼすことができる。同様の意味で、プライバシーの法理は、禁止されていない個人の表現のための条件を支えるものとして正当化されるかもしれない²⁸⁾。

また、許容される規制は、必ずしも話したいという個人の意思に影響を与える行動に限定されるものではない。その規制はまた、一つの言論形態が例えば公共的言説において支配的な地位を占めることによって、あるいはその他の場面で情報または思想へのアクセスを妨害することによって、もう一つの言論形態がその意見を形成または表現する能力に影響を及ぼすことができるような状況に適用できる。これは、政治的な広告または寄付を規制する根拠を潜在的に提供できる²⁹⁾。

それゆえ、この言説モデルはまさにいくつかの状況下で表現を禁止する可能性を提供する。他の帰結主義的なモデルとは異なり、それは表現内容の質に照らして表現を価値づけない。むしろそれは表現が市民の言説に、とりわけ他者の表現に与える影響を根拠に、制約されることを論理的に許す。市民の関与や市民の表現を促進することは、公共圏における表現の自由の保護の中核となる価値または目標である。どのようにこれが伝統的な報道機関のアクション、態度、存在と符合するかについては次の項で検討される問題である。

F.

言説としての表現：市民的価値の限界？

以上述べたアプローチは、それが市民の関与の価値を強調するという点で修正第一条に関するアメリカの文献において提示されてきた表現に関する熟議的、共和主義的または共同体主義的理論に近いと考えられるかもしれない。フィス³⁰⁾、ポスト³¹⁾およびサンスティーン³²⁾はいずれも——表現の形態をどのように区別するかという点で詳細は異なるものの——表現が民主的な政体の共同的自己統治と個人を結び付ける方法に表現の価値を置いた理論を提唱している。しかし、これらのモデルは不正確でかつ包括性に欠け³³⁾、主観的に偏っており³⁴⁾、過度に様式化された合理的な言説を規定している³⁵⁾として批判されてきた。批評家たちは、これらの理論は、思想の自由市場モデルが義務づける明確で、決定的で比較的中立的なアプローチに代わり特定の言論類型に対する著者自身のしばしば曖昧な選好を用いることによって誤りを犯していることを強く主張してきた。

それとは対照的に、「言説としての表現」に対するアイルランドの裁判所のアプローチはこれらの懸念のうちのいくつかを回避している。特に、アイルランドの法理はこれまで、(例えばポスト³⁶⁾やサンスティーン³⁷⁾が行ったように) 言論者のアイデンティティや、そのような表現に関与する意図を参照することによって公共的な価値がある表現として定義(あるいは排除)することになるアプローチを避けてきた。言説それ自体を価値のあるものとして扱うアプローチは、公共的価値のより広い概念を許すものである。とりわけ、それは市民の関与の過程における言論者と聞き手の双方の利益を考慮に入れる可能性を許すのである。*Doherty* 事件における、市民の義務についてのフォーガン判事の議論は、*Cornec* 事件で引用されたように、「誠実で恐れを知らない討論」に関与する言論者に限定されず、聞き手が啓発されることになり、彼自身の決定を行うことになる聞き手の義務を包含する。したがって、このアプローチは、特定の表現がその聴衆への潜在的な価値を必ずしも軽視しない。しかしながら、さらに言えば、そ

これは共同的なアクションについての多数決主義的概念に言論者の利益を従属させない。むしろ言論者にも聞き手にも役立つものとして言説の活動に焦点を合わせることは、その双方の当事者の自律的な利益を認めるものとして理解され得る。これは、自由な個人が利用可能な選択権を持ち、真正の、自律的な方法でその選択を行うために必要な情報および機会を持つという共和主義的要請に関連している。言説は、直接的な市民の関与の力強い形態においてその言論者に他の言論者と関わることを許す手段として価値があるかもしれないが、言説はまた、共同的な自己統治への自律的な参加として行動する義務を真剣に受け取る沈黙の傍観者にとっても価値がある。

これは、内容、文脈または言論者の意図にもつばら焦点を合わせた公共的に価値のある表現よりも、さらに広範なさらに力強い概念である。それは、合理的な討論の理想的類型に一致しないかもしれないが、それにもかかわらず市民の関与または教育の形態として価値を持つ表現のカテゴリーまたは形態を潜在的に含む。社会問題を扱う風刺、品のない批評または人気のあるエンターテインメントは、すべて潜在的には価値のある言説としての資格がある。選挙過程に直接関連する可能性のある言説は、それにもかかわらず、ある程度の保護を集めるかもしれず³⁸⁾、それゆえ市民間の関与または学習の形態が、選挙に直接関連する議論の外で生じる（そしてほぼ間違いなく非常によく生じる）という事実を反映している。さらに言えば、第40条第6節第1項のより公衆指向の範疇の下でさえもそのモデルが個人の利益を重視し続けてきた事実は、レーディッシュおよびリップマン³⁹⁾によって恐れられた、個人的行動に対する共同体論に触発された一種の制裁の余地を縮小する。

G.

言説としての表現：メディアの役割とは何か？

以上述べたことは、アイルランド社会におけるメディアの役割および地

位にとって何を意味するのか。メディアは、多くの声の中の一つの声として保護される資格があるのか。メディアは、市民の言説への特別な貢献のために特権を与えられる可能性があるのか。あるいは言論者としての市民の利益関心を保護することに焦点を合わせることは、メディアの言論に対する追加される制約の範囲を指し示すことになるのか。

Mahon 事件の結果は、世論機関としてのメディアにとっての「言説として表現」アプローチの積極的な意味の一部を浮き彫りにした。公衆に向けた言説それ自体に価値がある場合、これは、表現自体の内容または主題に関係なく、事実上、その保護に有利な推定を確立することになる。より直接的には、*Arish Times v. Ireland* 事件における日々の市民の「目と耳」としてのメディアの価値に対する最高裁判所の繰り返される言及は、アイルランド法に関する限り、市民の言説を支援し促進する構造的条件の一部としてメディアが特別な憲法上の地位を保持していることを暗示している。これは、*Kivlehan v. RTE* 事件⁴⁰⁾の最近の判決でも高等裁判所が繰り返し述べていた。この事件では、バーカー判事は——選挙運動期間において誰を指導者討論会に招待するかという公共放送の方針について司法審査を行い——次のように述べた。

私は、公共放送に対して番組を制作し、情報を提供し、教育するように積極的義務を課すものとして第 40 条第 6 節第 1 項第 1 号の規定を理解する。私は、憲法の制定者がメディアのユニークで中心的な役割を認識することで、その義務とそこから派生する権利の両方を認めたと考える⁴¹⁾。

このような指摘は、さらなる討論を促す可能性のある様々な情報または議論に注意を向けさせることによって言説の触媒としてのメディア表現に憲法上の特定の役割——および義務——があることを改めて認めるものである。それはまた、他者が公共的討論に関与したりあるいは奨励したりするためのアウトレットを提供することができる。世論の教育者および世論

機関としてメディアに言及する第40条第6節第1節は、こうした教育的および参加的役割の双方を支援するものと解釈することができる。したがって、言論者の利益に焦点を合わせる Murphy 事件後は、第一次的な権利保持者として報道機関を保護することを正当化しないかもしれないが、そのような権利の効果的な運用に必要な構造的条件の一部として報道機関の立場を認めることはできる。しかしながら、報道機関の地位は、他者の話す権利の促進と支援に寄生する二次的な地位である。アイルランド憲法は、メディアがその特殊な役割を果たすかぎり、メディアのために特別な保護を提供する。

憲法も許容しているように見えるものは、メディアの表現の教育的側面と参加的側面をさらに区別することである。これは、いまのところ判例法において検討されていない。それにもかかわらず、これは、現代のメディア環境の役割や将来の規制について言うべき何かを持つかもしれない二分法である。憲法の中核にある関心が市民の言説の促進である場合、メディアの潜在的な貢献は、教育者またはパイプ役としてであり——そうであるように見えるかもしれない。言い換えれば、メディアは参加者として仕えるかあるいはプラットフォームを提供するために仕える。もちろん両者であるものもあるかもしれない。この区別は、メディア・アクターたちが市民の言説のための構造的支援をどのように提供できるかという点での相対的な相違に沿うように見える。したがって、それは、支援の両形態の取り扱い——および規制——のための有効なひな型を提供するかもしれない。これは、伝統的なメディアのアクターにとって、その特別な強みを認識し対応するという点で価値があるだけでなく、「新たな」メディアの競合他社に規制上の影響を与える可能性があるためでもある。

参加者としてのメディアのイメージは、表現の自由に関する伝統的な説明からよく知られている。公共的言説への参加者としてのメディアの価値は、公衆を教育し、啓発することを超えて、正統派への挑戦、不人気な問題や知られていない問題への注目、さらにはより広範囲で多面的な公共的討論の奨励などにも及ぶことができる。ここでのメディアの役割は、頼る

ことのできる情報源、独立した見解、専門的な分析、挑戦的な考えなど、市民の言説に価値を追加することである。⁴²⁾この見解の支持は、*Kivlehan* 事件において見出すことができる。ベーカー判事は、なぜ憲法が特別の保護のためにメディアを選び出したのかを検討する中で、「特異でユニークなものは編集過程にある」と考えていた⁴³⁾。これはまた、間違いなく、断片化に直面し世論機関としての伝統的なメディアに成功（または存続）の最有力候補を提供する役割でもある。他に選べる——しばしばより迅速な——情報源の急増は、情報提供者としての伝統的なメディアの機能の価値が先細りすることを意味する。メディアが今後も目的にかなう可能性があるのは、情報を検証したり、文脈を整理したり、さらに調査したりすることによって、その情報に付加価値をもたらすことができる点である。

市民の言説を構成する参加者としてのメディアの分析は、この種の表現を適切に捉え、それによって憲法上の保護のための実行可能なひな型を提供する。このモデルによる保護は、この種の付加価値の高い活動に対する専門知識、あるいはコミットメントを証明できる組織に与えられる。この考え方は、さまざまな文脈や国で採用されているアプローチに反映されている。つまり、*Reynolds* 事件における「責任あるジャーナリズム」⁴⁴⁾を保護するための努力から、アイルランドにおいて採用された報道規制へのインセンティブ主義的アプローチ (incentivist approach)⁴⁵⁾、さらに最近ではニュージーランド法改革委員会⁴⁶⁾によって提唱されたものまでである。中立性、ファクトチェック、専門的知識あるいは妥協しない手続の観点にせよ、付加価値の高い責任を引き受けることが、付加的な保護の付与によって報われるという考え方は、世論機関としての特定のメディアが（ニッチである可能性が高いとはいえ）特別な立場になる可能性を秘めたものである。決定的に重要なのは、インセンティブの性質が、伝統的メディアをユーザー生成やデジタル言説のような他の形態とは一線を画す可能性が最も高い品質の開発や維持に関連しているように見えることである。このことは、世論機関としてのメディアが特定のコードにコミットしているという声明が、売上に何らかの影響を与える可能性が高いことを示唆する

ものではない。その要点は、むしろ、メディアがメディア自らと他の表現形態との差別化を図ろうとする限り、経験、専門知識、独立性、規模、手続きの一貫性など、複製される可能性の低い資源と品質に基づいて評判やブランドを構築することで、メディアが成功する可能性が最も高いということである。これらの品質を強調する世論機関としてのメディアのためのマーケット（市場）は、以前よりも小さいかもしれないが、それは——少なくとも——メディアが競争的な有利さを維持しているマーケットである。したがって、言説を強化する価値を促進する組織に特別な役割を認めるモデルの魅力は、その役割の認識によって、それらの組織の商業的運命が変わるということではなく、少なくとも一部の伝統的なメディアのアクターに将来をもたらす可能性のある行動を支援することで、報道機関に何らかの将来があるかどうかという疑問に答えることができるということである。これはまた、公的資金の提供に値する活動であるという明確な主張とも両立することができる⁴⁷⁾。

言説モデルのもう一つの注目すべき帰結は、市民の言説のためにもう一つの選択可能なプラットフォームとして機能する世論機関としてのメディアに対する含意にあるかもしれない。これは今日では、個人の見解を発信する仕組みを提供するオンライン出版社や、オンライン上の他の場所からのデータを収集し集約するサイトと、より密接に関連するかもしれない活動の一種である。通常、これらの組織は、主に第三者の表現のためのプラットフォームとして存在しているという理由で、規制について口出ししないアプローチを採用してきた（そしてそれを享受してきた）。しかしながら、言説モデルはこの自由放任主義的なアプローチに問題を提起している。結局のところ、伝統的なメディアが言説を制限または禁止する可能性があるのであれば、より支配的または影響力のあるオンライン上の出版社、アグリゲーター、キュレーターも同様の可能性がある。例えば、グーグルがアクセス数を特定のサイトに誘導したり、特定のサイトから遠ざけたりする傾向は、あるサイトがより多くの公衆の注目あるいは関与を集めるかどうかを決定する、もっとも影響力のある要因になることがよくあ

る。ツイッターのようなオンライン・プラットフォームが、不人気な立場にある人々を追い詰めるために積極的に利用されやすいということは、そのような人々がさらなる言説に関与したり、貢献したりする意欲に悪い影響を与える可能性がある。一方、フェイスブックのインスタント記事の最近の成功は、ニュース記事が特定され、表示され、アクセスされる環境全体を、フェイスブックがますますコントロールすることを意味する。ニュース記事に対する特定の反応を促進すること（またそれ以外の反応、特にユーザーがサイトを離れることを回避すること）に商業的な利益を持つプラットフォームとして、ユーザーは、挑戦的または不愉快とみなす可能性のある情報ではなく、馴染みのあるものを食べていることに気付く可能性が高いと考えられるかもしれない。オンライン上の出版社が認知技術を使って特定の行動⁴⁸⁾を促進する能力をめぐる明確でより困難な規制の問題はさておき、このような強力なレベルの統制の存在は、市民の言説についての共和主義的概念に重大な影響を及ぼす。

以上の述べたことが示しているのは、言説に焦点を合わせることは、デジタル・コミュニケーションの主要な課題と決定的な特徴の一つであるものに注意を集中させる方法であるため、有用であるということである。つまり、拡散が比較的容易でその範囲が広いため、オンライン上で言説の方向性を形成する力を持つ人々の役割が重要であり、間違いなく疑わしいということである。これは、プラットフォームが受動的ではないという現実を反映しており、その結果、プラットフォームは、少なくとも共和主義的概念に基づいて何らかの規制形態に服すべきである。前述した参加者としてのメディアに対する規制との違いは、帰結主義的に言説に焦点を合わせることが、プラットフォームとしてのメディアの文脈において、発言とコンテンツの多様性、多元性、アクセス可能性⁴⁹⁾、そして——批判的に——コンテンツの観点だけでなく、アクセスと配信の観点からも中立性を確保しようと努める規制に好意的になるということである。市民の言説のための構造的条件を確保することに焦点を合わせれば、このようなプラットフォームを提供する人々に対して、より高い規制基準を要求する余地がある

ことを意味し、それらをますます支配するアルゴリズムや認知技術に対して、より高い規制的利益があることを意味する。

Ⅲ.

結 論

全体として、表現の自由に対するアイルランドの新たなアプローチは積極的な言論の自由の可能性を示している。概念的な観点からすれば、このモデルの最も魅力的な特徴は、異なる表現形態間の論理的かつ実際的な差異を真剣に受け止めようとする姿勢であろう。合衆国憲法の修正第1条と結び付けられる消極的な言論の自由という、より一枚岩的な概念とは異なり、このモデルは、表現上の諸主張間を区別するための合理的に擁護可能で実行可能な根拠を提供するものである。これにより、表現の自由の訴訟でのその法理の対応を調整するために必要な明確性と一貫性もたらされる。消極的な言論の自由に関する絶対主義者は、表現の異なる審級の区別を政府に認める考えそれ自体を批判するかもしれないが、アメリカの経験はある種の分類が実際には避けられないことを示唆している⁵⁰。これが正しいとすれば、表現を定義して行為のカテゴリーを廃するのではなく、非難されている表現の価値についての評価に基づいて調整を実行することの方がより望ましいと思われる。前者のアプローチは、あまり人気のない表現活動の保護を拒否するという犠牲を払って表現の自由の原理の安全性を維持するというリスクを負っている。

アイルランドのモデルの第二の利点は、そのデザインが表現への消極的アプローチと積極的アプローチとの間に引かれた区別を許すことである。これは、「検閲の不存在としての表現」に対する義務論的主張を行うことができる見出しを提供することで、表現の自由の支持者たちの一部が表現の社会的な便益とコストの帰結主義的なバランスをとることを許すことに対して抱く少なくとも一部の懸念に対処できる可能性がある。全地球的なコミュニケーションと巨大なメディア会社の時代では、表現に対するすべて

かゼロかのアプローチを主張することは、ナイーブである。親密圏内またはスピーカーズ・コーナーの石鹼箱上での個人の表現と、メディアの重要人物または政治的意見広告の裕福な購入者によって決められる表現との間には理論にも実践にも有効かつ重要な違いがある。個人間の表現と公衆向けの表現との二元的区分は、概念的に区別できる憲法的価値であるもののために選択可能な保護形態や保護レベルを言論の自由の法理が展開し適用することを可能にするものである。

しかしながら、帰結主義的モデルの採用は、必然的に論争や批判を引き起こす。まず第一に、*Mahon v. Post Publications* 事件における訴訟が示したように、特定された帰結主義的価値を明確に支持しない表現は推定上疑わしいという主張を生む可能性がある。第二に、このモデルが促進しようとしている価値の性質についてさらなる疑問が生じる。表現が真理、民主主義、参加、教育などを支持するものとしてさまざまに正当化されるかどうかについては、かなりの意見の相違が生じる余地がある。第三に、世論機関としてのメディアの観点からは重要なことだが、バリントン判事によって引かれた区別は、個々の市民の表現を概念的に熟考して作られる傾向がある。憲法上の表現保護の少なくとも一部を、自己実現や自律といった義務論的な考え方に結び付けることは、メディアがもっともらしく行使することが難しい原則や価値を強調することになる。

表現の帰結主義的概念には他にも正当な候補があるが、言説モデルの出現はおおむね積極的な効果をもたらした。一番肝心なのは、表現自体が一般的に価値のあるものとして言説モデルが表現にコミットすることで、保護される表現のカテゴリーを過度に狭めたり、社会的に価値がないと客観的にみられる表現に対して内容に基づく規制を加えることを奨励したりするというよく目にする帰結主義的危険が回避されるということである。表現という行為自体が社会的価値を持つと認めることは、*Mahon* 事件の最高裁判決が示したように、すべての表現形態に有利になる推定を奨励することになる。

しかしながらそのモデルが市民の言説を強調することは、以上のような

アプローチの下で—— 言論者としても聞き手としても—— 自律的な個人の優位性を何度も繰り返して言うことになる。このことは、報道機関およびその他の世論機関としての伝統的なメディアにとって不確実性を生み出す可能性がある。ジャーナリストのために伝統的に残して置いた特権を非メディアのアクターが行使できるというアイルランドの裁判所による認識は、市民の言説を前提とする理論に対してメディアがいかに周辺的な存在であるかに光を当てた。伝統的メディアがときに競争のために悪戦苦闘する相手である自由で熱心でかつ熟練したオンライン上の解説者に *Cornec* 事件が特権を与えたということは、そのメディアの地位というものが、二次的な重要性あるいは寄生的な重要性しかないことを強調することになる。

これらの問題は、アイルランドの裁判所がここ数年判断する必要のなかったものである。公衆の目であり耳である報道機関の立場を最高裁が最後に支持したのは、ユーザーが作成した情報や分析が飛躍的に増加する以前のことである。とはいえ、*Irish Times v. Ireland* 事件における、より広範な公共的価値（この場合は司法行政）の防波堤としてのメディアの議論は、*Kivlehan* 事件で大まかに描かれたような内容に更新されれば、メディア表現のための実行可能な憲法上の枠組みを提供することができるだろう。個人の言説のための構造的な支援としてメディアを考えることは、デジタル時代における世論機関としての伝統的なメディアの役割を明確に表現したり擁護したりするのに役立つかもしれない。なぜならば、そのモデルが市民の言説に焦点を合わせることは、社会的およびデジタル的環境がこの十年間での進化の仕方を反映しているからである。公共的言説は—— 個人的な関係という直接的な核を超えてコミュニティの他の構成員たちに関わるという意味で—— より容易になり、より利用しやすくなり、さらには社会活動にとってより中心的なものになっている。言説という観点から表現の主張を概念化することは、メディアを含む主張者に、自らの貢献の性質と主張される価値について考えることを促す。これは、制約の一切ない自由闊達な報道機関の価値と重要性を自明のものとして受け入れるだけのア

アプローチと比べるならば、慰めにはならないかもしれない。しかしながら、このアプローチによって可能になるのは、報道機関や他の伝統的なメディアのアウトレットが、この断片化されかつ分解されたシステムの中で、自分たちの居場所を特定し、その役割を果たすために必要な法的・憲法的支援を要求する可能性である。デジタル時代以前のような全盛期には戻れないかもしれない。しかしながら、このモデルが今日の「ユニークなセールスポイント」の商業的必要性と究極的には同時に起こり得るような形で市民の言説に対するメディアの貢献を考えているという事実は、言論の自由に対する積極的なアプローチのための有用な模範を提供していることを示唆している。

—注—

- 1) F. Schauer, 'Hohfeld's First Amendment (2008) 76 *George Washington Law Review* 914, 917-18.
- 2) See, e. g., G. W. Hogan and G. F. Whyte, *J. M. Kelly: The Irish Constitution*, 4th edn. (Haywards Heath, Tottel, 2003) 1726-79.
- 3) [1984] ILRM 373.
- 4) *Ibid.*, 383 (Costello J.).
- 5) See, e. g., *Kearney v. Minister for Justice* [1986] IR 116; *Oblique Financial Services Ltd. v. The Promise Production Co. Ltd.* [1994] 1 ILRM 74; *Carrigaline Community Television Broadcasting Co. Ltd. v. Minister for Transport, Energy and Communications (no. 2)* [1997] 1 ILRM 241; *SPUC v. Grogan (no. 5)* [1998] 4 IR 343.
- 6) 例えば、回顧録は、*AG for England and Wales v. Bradon Books Publishers Ltd.* [1986] IR 597 事件において事実と意見のどちらを含むものとみなすべきであるかについての議論を参照せよ。
- 7) [1998] 1 IR 359.
- 8) *Ibid.*, 409 (Keane J.).
- 9) *Ibid.*, 404.
- 10) [1999] 1 IR 12.
- 11) (2003) 38 EHRR 212.
- 12) *Muphy* (n. 10) 24-25.
- 13) A. Meiklejohn, *Free Speech and its Relation to Self-Government* (New York, Harper, 1948).
- 14) M. H. Redish and A. M. Mollen, 'Understanding Post's and Meiklejohn's Mistakes: The Central Role of Adversary Democracy in the Theory of Free Expression' (2009) 103 *Northwestern University Law Review* 1303, 1304, citing, respectively: Meiklejohn (n. 13); R. C. Post, *Constitutional Domains: Democracy, Community, Management* (Cambridge, MA, Harvard University Press, 1995); and D. Held, *Models of Democracy* (Stanford, Stanford University Press, 1987).
- 15) W. J. Rinner, 'Maximizing Participation through Campaign Finance Regulation: A Cap and Trade Mechanism for Political Money' (2010) 119 *Yale Law Journal* 1060 の説明の根底にあるような、選挙過程への直接参加という市民的共和主義の理解よりも広範であるように思われる。
- 16) See, I. Honohan (ed.), *Republicanism in Ireland: Confronting Theories and Traditions* (Manchester, Manchester University Press, 2008).
- 17) フィリップ・ペティットは、それを伝統的な共和主義的思想の三つの中核的な考え方の一つであると理解した。See, P. Pettit, *On the People's Terms: A Republican Theory and Model of Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press, 2012) 5-8.
- 18) *Murphy* (n. 10) 25.

- 19) このような自由の考え方は、個人がその真の意思の行使としてなしたであろう選択を行う力を備えた心理的または倫理的自由のレベルへの一つの権利として、自律性（およびプライバシー）のある種の概念とも結び付く。この議論についてさらに詳しくは、H. Delany and E. Carolan, *The Right to Privacy: A Doctrine and Comparative Analysis* (Dublin, Round Hall, 2007) ch. 1 を参照せよ。
- 20) A. T. Kenyon, 'Assuming Free Speech' (2014) 77 *MLR* 379, 385.
- 21) [2012] 1 IR 804.
- 22) *Doherty v. Referendum Commission* [2012] 2 IR 596.
- 23) *Ibid.*, 604.
- 24) *Cornec* (n. 21) 825-26.
- 25) [2007] 3 IR 338.
- 26) *Ibid.*, 374-75.
- 27) [2005] IR 79, 94 (emphasis added).
- 28) *Bartnicki v. Vopper*, 532 U.S. 514 (2001); *LSN v. Persons Unknown* [2010] EWHC 119 (QB).
- 29) M. Youn, 'First Amendment Fault Lines and the *Citizens United* Decision' (2011) 5 *Harvard Law and Policy Review* 135.
- 30) O. M. Fiss, 'Free Speech and Social Structure' (1986) 71 *Iowa Law Review* 1405.
- 31) R. C. Post, 'The Constitutional Concept of Public Discourse: Outrageous Opinion, Democratic Deliberation and *Hustler Magazine v. Falwell*' (1990) 103 *Harvard Law Review* 601; 'Meiklejohn's Mistake: Individual Autonomy and the Reform of Public Discourse' (1993) 64 *Colorado Law Review* 1109.
- 32) C. R. Sunstein, *Democracy and the Problem of Free Speech* (New York, Free Press, 1993).
- 33) Redish and Mollen (n. 14).
- 34) B. K. Lemley, 'Effectuating Censorship: Civic Republicanism and the Secondary Effects Doctrine' (2002) 35 *John Marshall Law Review* 189.
- 35) R. H. Fallon Jr., 'Post on Public Discourse under the First Amendment' (1990) 103 *Harvard Law Review* 1738.
- 36) ポストのモデルは、表現が「世論を形成する保護された努力」に関わるならばその表現を公共的なものとして考えることになる。See R. Post, 'The Constitutional Status of Commercial Speech' (2000) 48 *UGLA Law Review* 1, 17.
- 37) サンステーションは表現を政治的であると定義している。その根拠は表現が「何らかの争点についての公共的な熟議への貢献として意図され、またその貢献として受け取られる」からである。See, (n. 32) 103.
- 38) See, J. Weinstein, 'Participatory Democracy as the Central Value of American Free Speech Doctrine' (2011) 97 *Virginia Law Review* 491.
- 39) M. H. Redish and G. Lippman, 'Freedom of Expression and the Civic Republican Revival in Constitutional Theory: The Ominous Implications' (1991) 79 *California Law Review* 267.

- 40) [2016] IEHC 88.
- 41) *Ibid.*, [59].
- 42) A. N. Folami, 'Using the Press Clause to Amplify Civic Discourse Beyond Mere Opinion Sharing' (2013) 85 *Temple Law Review* 269.
- 43) *Kivlehan* (n. 40) [59].
- 44) [2001] 2 AC 127, [1999] 3 WLR 1010.
- 45) E. Nagel, 'Keeping Its Own Counsel? The Irish Press Council, Self-Regulation and Media Freedom' (2009) 20 *Entertainment Law Review* 93.
- 46) New Zealand Law Commission, *The News Media Meets 'New Media': Rights, Responsibilities and Regulation in the Digital Age*, Report 128 (Wellington, NZLC, 2013).
- 47) See, the discussion in Kenyon (n. 20) 405.
- 48) どちらについても、E. Carolan and A. Spina, 'Behavioural Sciences and EU Data Protection Law: Challenges and Opportunities' in A. Alemanno and A.-L. Sibony (eds.), *Nudge and the Law: What Can EU Law Learn from Behavioural Sciences?* (Oxford, Hart, 2015) 161 を参照せよ。
- 49) その電波への非差別的なアクセスの権利は、広範な同様の場面で提唱されてきた。See, D. Matheson, 'No Moderator Needed: A Liberty Tradition Right to Broadcast Advertorials' (2006) 33 *Hastings Constitutional Law Quarterly* 255, 259.
- 50) *U. S. v. Alvarez*, 567 U.S. 709 (2012).

第 6 章

自由の状態：

ドイツにおける放送の自由が含意するもの

アンドリュー T. ケイオン著

目 次

- I. 序
- II. 注意点または対比
- III. 言論の自由についての考え方および方法
 - A. 言論の自由は積極的な側面を有する
 - B. 二元的放送制度
 - C. 公共放送は非政治的に決定された十分な資金調達を必要とする
 - D. 内部的多元性と放送評議会
 - E. 言論は予防的なアプローチを要求する
- IV. 言論の自由と国家
- V. 結 論

I.

序¹⁾

言論の自由は、個人の自由としてしかも言論を抑制しようとする政府を制限するものとして理解されるのが通例である。しかし、言論の自由はこのような観点から理解されるだけではない。つまり、検閲が存在しないことはもちろんのこと、多元的な公共的言論——あるいは多様な公共的言説——を含む「状態（state of affairs）」を促進するよう国家に義務を課すということもできる²⁾。この状態は、言論の自由の積極的側面あるいは構造的含意を認めるものである。そうだとすれば、言論の自由は、事前検閲が存在しないことや、公表された言論に対する法的制限または制裁への（通常は司法的な）審査はもちろんのこと、多元的で多様な意見を必然的に伴うものである³⁾。このアプローチは、言論の自由の原理から派生する公共的言論のその基礎となる「アーキテクチャ」についての含意が存在するこ

とを示唆する。人権法および政治理論における研究は、言論の自由自体の法学的学識と同様に、まさにそのことを示唆するために利用することができ、ここで私はおおむねその点を所与のものと理解したい。私はその考えを別のところでも扱った⁴⁾。その問題関心はここでは次のようなものになる。つまり、言論の自由が政治的側面を持つものとして概念化できるとするならば、それが実際に意味するものとは何か。国家はこのようなコミュニケーションの環境をどのようにして促進できるのか。

本書が示唆するようにこれらの問いに対する応答は多く存在する。本章は、ドイツの憲法上の言論保護とそれが放送法に与える影響を、言論の自由に関する英語圏の文献において一般にイメージされるものとは明らかに異なった役割を異なった国家部門がどのように担うことができるかの例証として考える。その例は、ドイツの連邦憲法裁判所の名声および影響を理由の一つに挙げて検討される。しかし、そのドイツの例は、その判決の中で用いられた判決理由からしても興味深いものがある。ひとたびそのアプローチについて述べられた理由づけが理解されるならば、言論の自由は新たな可能性と課題を担うと考えられる。

最初に言論の自由の積極的側面との関連で、裁判所の役割について一つの論点を指摘しておきたい。すなわち、裁判所は積極的な言論の自由について何らかの実質的な役割を果たすべきか否か。一方のアプローチでは、積極的な言論の自由は、本来、自由の質に関心があり、たとえ憲法上のどのアクターが積極的な言論の自由を育成しようともそうである。このアプローチの下では言論の自由の積極的側面は主として議会、行政府、規制当局、メディア専門家のための問題である。それらのアクターたちが多様な言論を促進しようと努力することが法的に争われた場合、裁判所は言論の自由が単なる消極的自由ではないと理解することになる。積極的な言論の自由に対するこのアプローチは、英連邦および合衆国の法学文献において一般的に検討され、主張されている⁵⁾。

しかしながら、言論の自由の積極的側面を、法的権利によって支援されるものと理解することもできる。ここで「積極的な」とは、自由なコミュニ

ニケーションの質だけではなく、法的権利の質に関心があり、すなわち言論の自由には裁判所において主張できる積極的権利が含意される。多くの裁判所がより活動的になる可能性やあるいは裁判所がそのように活動する可能性を疑う理由が存在する一方で、裁判所はそのような役割を担う可能性がある。ドイツの例はこのことを物語っており、重要なのは、裁判所が積極的な役割を果たさない場合、真の弱点が生じる可能性があることを、裁判所の行動理由が示唆しているということである。同様に重要なのは、裁判所が積極的な役割を果たすか否かにかかわらず、国家が促進を目指すべき言論の自由の側面をドイツの例が示唆しているということである。このように、ドイツの例は、「積極的な」言論の自由に対する上述の両アプローチの双方にとって価値のある点、つまり積極的なコミュニケーションの自由とは何であるかを示唆している。

加えてそのような分析は、言論の自由には逆説的な性質があることも示唆している。民主的な憲法下で行政府、立法府、裁判所、独立した規制当局といった国家のアクターは、言論の自由を支援する能力という点ですべて妥協させられている。だが、多様な公共的言論を支援する構造は、民主的であると主張する国家には必要なものであり、その構造が自ら作り出せるかどうかを疑う理由が存在する。この根本的な課題は、「かりに言論の自由が実体を持ち、単に形式的な自由以上のものとなるならば、認識される必要がある」⁶⁾。どの法制度もこの困難な課題に対して提示する解答は部分的、限定的である可能性が高い。言論の自由は、単一で単純な構成を持たない状態 (state of affairs) である。したがってドイツの例は他の国でも簡単に採用できる青写真ではなく、積極的な言論の自由を支援する他の裁判所も、異なる方法で支援している (フランスの憲法院はほぼ似た例を示しているが、ドイツほどきめ細かくもなければ、それほど多くを要求するものでもない⁷⁾。しかし、ドイツの例は、言論の自由の積極的な側面について、そこで最も関連性の高い要素が何であれ、他の場所でも取り組むべきことを示唆している。

英語文献はドイツ放送判決に多少関心を寄せてきたが、この例はさらに

検討する価値がある。その裁判所のアプローチは、ほぼ同じ条件で60年近い間、持続的に支持されてきたし、裁判所はドイツのメディア政策においてとりわけ強力なアクターになっている。ドイツの公共サービス・メディアは「その歴史を通じて連邦憲法裁判所の諸判決によって少なくとも部分的には支配されてきた」し、そして、現在進行中の政治問題化についての懸念にもかかわらず、同制度は、ヨーロッパの公共サービス・メディア制度の中でも「よりよく構成され、よく管理されているものの一つ」である⁸⁾。

現在の目的にとって重要なのは、これらの諸事件で理解されている言論の自由の要求がどの程度そのアプローチの根底にあるかということである。言論の自由は個人の権利だけではない。つまり、それは国家行為の何らかの形態を必要とする構造的な含意を有し、その国家行為の形態には裁判所による行為も含めることができる。特有の歴史的、政治的および法的な文脈において現れる一方で、裁判所の判決理由がその文脈に限定されないことは明白である。すなわち、そのアプローチはドイツの憲法文化と確かに繋がっていると言えるが、私はそのアプローチがドイツに限定されるべきであるとは思わない。そのアプローチの諸相は、民主的法制度における言論の自由に関するより一般的な何かを示唆しているのである。

II.

注意点または対比

冒頭で述べたように、言論の自由は、言論を制限し制裁を加える政府行為を抑制するものとして一般に理解されている。このアプローチはよく認められている理論的な強さを持つ。つまり独立した司法府は議会の多数派によって（あるいは司法審査に服する行政府によって）都合の良い言論抑制を審査し統制することができる。この通常のアプローチは、重要さを維持する一方で弱さを持つのも明らかである。長い間認められてきたように言論の自由の訴訟は、公開の場でコミュニケーションを行う普通の人々の

能力に少しも影響を及ぼすものではない⁹⁾。政府による明示的な抑制を排除することは、価値のあることではあるが、個人的および共同の生活に影響を与えたいと思う人々の「発言」をそれだけで支援するものではない¹⁰⁾。消極的な自由としての言論の自由に合わせて伝統的な焦点は、国家権力に対する疑念から来るものであり、社会的対立は共同的な観点からではなく「二項対立的な」観点から理解される¹¹⁾。また裁判所は、「コミュニケーションの力の重要なまたは一貫した再分配に関与する〔裁判所の〕能力に対する構造的制約」に直面していると一般的に考えられている¹²⁾。その自由の消極的側面は、言論に対する政府による明示的抑制を制約するが、これは公共的言論の多様性をほとんど支援しない。

解説書も、法過程の相対的な保守主義を理由に裁判官がより実質的な役割を担うときに起こり得る結果について懸念を表明している。こうした懸念のいくつかは、ドイツの例ではまったく同じように当てはまらないように思われる。言論の自由は、単に国家による抑制がないという問題ではなく、むしろ言論の自由は特定の形態の国家行為などを必要とする。しかしその法の保守主義——と法が多様な公共的言論をどれだけ促進できるかという疑問——は今後も残るであろう。加えてドイツの例は、公共メディアが政治的に主流なコンテンツを比較的多く含み、それがエスターブリシュの見解と結び付いているなど、ありふれた批判から免れることを示唆するものではない¹³⁾。

もう一つの注意点は地理に関わる。言論の自由を保護する一環として公共メディアを維持するドイツの司法の役割（や北欧の「メディア福祉国家」¹⁴⁾において裁判所ではなく議会が追求するやや類似した目的）は、言論の自由に対するこのアプローチが、ダニエル・ハリンとパオロ・マンチーニがメディアと政府に関する「民主的なコーポラティズムの」システムと名付けたものの特徴であることを示唆している¹⁵⁾。歴史の視点からすれば、これはある程度の真実を保持しているかもしれない。しかし、同様のアプローチが地理的に広く見られるということである。いずれにせよ、ドイツの例をより深く理解することは、他の国にも存在するかもしれない

弱点を示唆し、さらには言論の自由の枠外に位置づけがちな多くの国々での公共メディアに関するお決まりの議論に魅力的な対案を提供するものである¹⁶⁾。

III.

言論の自由についての考え方および方法

どのようにして法は言論の自由の積極的側面に対処することができるのか。ドイツ連邦憲法裁判所は、ドイツ基本法第5条にある言論の自由の保護に基づき、テレビ放送に関する詳細な要請を定めている。同裁判所に馴染みない読者のために、かなり詳細な英語文献がある¹⁷⁾。同裁判所について以下の2点がここでは注目に値する。その判決はコモン・ロー制度でお馴染みの方法で先例の重みを持っており、その中心となる役割は権利の保護である。

同基本法第5条は表現の自由を保護する。それは言論の自由の消極的な側面を含むが、それだけに限定されない。その最初の段落は、伝統的に次のように翻訳されている。

(1) 何人も、言論、文書又は図画によって自己の意見を自由に表明し、流布させる権利、並びに一般に近づくことのできる情報源から妨げられることなく知る権利を有する。出版の自由並びに放送およびフィルムによる報道の自由は、これを保障する。検閲は、これを行わない¹⁸⁾。

より現代的な翻訳は、ジェンダー中立的な表現を提示し、その第2文を次のように表現している。すなわち「出版の自由並びに放送およびフィルムによる報道の自由は、これを保障する。」¹⁹⁾この第2文は、「既存の意見の多様性が可能な限り広範かつ徹底的に表現され、包括的な情報が利用可能になることを保障するため」、放送の自由の積極的な側面が必要である

としている²⁰⁾。市場の力は、「放送の部門における権力の蓄積と濫用を妨げることができず」²¹⁾、その結果、商業放送のみを有するならば、それは憲法上の要請に違反することになる。放送法のほとんどすべてについて憲法上の責任を有するドイツの諸ラントまたは諸州は、「言論の権利を有効に行行使するために必要な条件を整備するように」義務づけられる²²⁾。

放送に関する判例法の是非について国内では今でも議論が続いているが²³⁾、ここでの私の最大の関心事は、判例が言論の自由についてより一般的に示唆するものである。裁判所のアプローチの全体的な有効性についての議論はここでは扱わない²⁴⁾。別のところで、放送の自由に関する裁判所の有効性についてのいくつかの批判に触れている²⁵⁾。ここで私が主張したいのは、その諸判決によってもたらされた放送制度に落ち度がないとか、実際にその諸判決の要請がすべて実質的に実現されているということではない。むしろ私の関心は諸判決そのものが述べていることにある。放送に関する判例の中心にあるのは、第 5 条——個人的および共同的な意見の形成——を基礎づける正当化理由であり、言論の自由への民主主義一般による正当化理由である。その諸判決からは、純粹に消極的なアプローチに挑戦する民主的な言論の自由についての考え方や、自由の構造的側面を支持する法的手法も浮かび上がってくる。その諸判決は、なぜ、どのように裁判所が行動できるかの理由を示唆する。そのような考え方に匹敵するものはドイツ以外のところでも存在する。つまり、ドイツのアプローチはドイツ以外で採用されているアプローチから完全に「切り離された道」ではない²⁶⁾。しかしドイツの例は、特に発展した司法府による分析を提供している。

私が言いたいのは、他の法体系が必ずしもドイツの例を細部にわたって踏襲すべきだということではない。つまり、このような状況を支援する方法はたくさんあり——裁判所の果たす役割は多かれ少なかれあるであろうし、他のアクターには多元的な公共的言論を促進するためのかなり多様な選択肢があり、結局のところ放送だけの問題ではない（ドイツの初期の諸判決が現れたマスメディア時代でさえも放送だけの問題ではなかった）。

むしろこの章では二つの点を指摘したい。第一に積極的な自由を含むものとして言論の自由を考えることは、国家の諸々のアクターが多様な公共的言論を支援するように努めるべきことを示唆する。また第二にドイツの例はなぜ裁判所がそうすることができ、どうすればよいのかを示している。

ここでは判例から5つの論点を抽出する²⁷⁾。それらは次のようなものである。つまり、言論の自由の積極的な側面、二元的放送制度、公共放送への資金提供、内部的多元性、および裁判所の「予防的」アプローチである。これらの論点は、言論の自由には包括的で誰もが利用可能な多様な公共的言論を提供する努力が必要であり、その努力が憲法判決によって支持され、またおそらくは促進されるという考え方の説得力を示している。

A.

言論の自由は積極的な側面を有する

言論の自由は裁判所にとって消極的自由だけではない。第5条は、道具的な自由であり、それが仕える個人的および公共的意見の形成という点での利益は、国家の行動を必要とする。このことは言論の自由を消極的なものだけでなく積極的なものに変える。すなわち、「その消極性は、言論への公的な抑制から個人を保護し、その積極性は、言論の権利の効果的な行使に必要な条件を整備するように国家およびその職員に義務を課す。」²⁸⁾自由な意見形成は「単なる消極的な義務」によって満たされない。それに代わって、「積極的な命令が必須であり、それは、可能な限り広範かつ完全に…既存の様々な意見が表現されることを確実にする。」²⁹⁾放送の自由とは、コンテンツに多様性があり、国家と市場の両方の統制から自由な状態 (state of affairs) である。それは、発言者のための自由であると同時に、受信の自由でもある。

より広いドイツ法の文脈において国家が「保護機能」³⁰⁾を有することは明らかであり、憲法上の権利は、個人のための主観的な保護を確立するだ

けでなく客観的な原則を確立する³¹⁾。ドイツの状況のこれらの局面についてさらに探究される一方、ここでは、民主的な憲法秩序内の言論の性質を理由にドイツ以外の他の憲法体制でも言論の自由のために同様の結果に到達し得ることだけを示唆したい。これは、例えば、多様な言論が民主的統治の主張において特別なあるいは第一義的な役割を果たすと見なされる様々な方法から導かれる。すなわち、人々が意見を表明するためには、まず意見を形成し、それを複数の公共的言論を通じて形成することができなければならない³²⁾。

B.

二元的放送制度

公共放送と商業放送の二元的制度は、憲法上の要請を満たすことができる。1961年、憲法裁判所は、周波数の稀少性と放送の高い製作費とが、存在できる放送事業者の数を制限していると判断した。この文脈では、内部的多元性のために構造化された公的な独占は、自由という憲法上の命令を満たした³³⁾。1980年代には公共放送と商業放送の二元的制度はその要請を満たすと理解された³⁴⁾。しかしながら、二元的制度内では公共放送の役割が第一であり、極めて重要である。商業放送は、相対的に義務に服さず、公共放送が個人的および公共的な意見形成という基本法の使命を満たすことのできる二元的制度の下でのみその存在を憲法的に許容される³⁵⁾。商業放送がそれ自体で憲法上の要請を満たすならば、理論的にはそのことが変わり得る一方で、最近の十年における憲法裁判所の判決を含め、これまで同裁判所の分析においてその形跡はない。初期の諸判決において同裁判所は、連邦憲法が公共放送から届けられる基本的供給を命じていると述べた³⁶⁾。「基本的」という用語が使用される一方で、その要請は公共放送が限定されあるいは縮小されることがあり得る「必要最小限の」供給ではない³⁷⁾。同裁判所がもっと最近になって強調したように（しかし同裁判所の最新の専門用語を使用しながら）、その要請は、全国民が利用できる、実質

的に多様な意見を含む包括的なサービスを求めるものである³⁸⁾。これが放送の機能的使命であり、憲法上の役割である。

C.

公共放送は非政治的に決定された十分な資金調達を必要とする

第5条は、公共放送が、比較的非政治的な資金調達プロセスを通じて、包括的なサービスのために十分な資金調達を受けることを求めている。言論の自由は、公共放送が国家および市場の力の支配を受けないことを求める。つまり、「国家に対してもどんな社会集団に対しても放送を見捨てるようなことをしてはならない。」³⁹⁾求められる独立性の一つの局面は経済的な支配に関係する。民間の放送事業者の存在を認める一方で、憲法裁判所は、民間の番組では「包括的情報提供という任務を十分に果たすことはできない」と強調する⁴⁰⁾。その重要な理由は経済的なものであり、民間放送は主に広告に依存している⁴¹⁾。「ごく一部の視聴者のみ興味を持たせる送信は、しばしば——とくに野心的な文化的送信もそうであったように——高額な費用がかかるものであるが、まったくないとは言わないまでも原則として2番手となる。」⁴²⁾しかし同裁判所は、そのような番組を言論の自由にとって極めて重要であると考え。それは、第5条によって求められる包括的で誰にも入手可能な多様な情報の一部である。この点で、民間放送の本質的な弱点が、公共放送の存在、発展、資金調達の保障の根底にある⁴³⁾。

同裁判所の分析において注目すべきは、経済的自由が言論の自由とはまったく異なるという点である。これは、言論と市場を同一視する傾向のある米国最高裁と比較した場合、ドイツ法の最も顕著な側面の一つである⁴⁴⁾。「市場参入の機会は経済的自由の問題であっても言論の自由の問題ではない。」⁴⁵⁾クリストファー・ウィッテマンが同裁判所の立場を要約しているように市場は「それ自体で、またその定義からして、完全に民主的なメディアを提供することはできない。」⁴⁶⁾同裁判所はそのアプローチにお

いてエドウィン・ベーカーのような分析とほぼ平行する形で、メディア経済学の研究を援用している⁴⁷⁾。同裁判所は、広告による資金調達番組の「標準化」、「一方的な報道」、公共放送のアイデンティティの「侵食」など、「多くの否定的な結果」をもたらすとしている⁴⁸⁾。

市場からの独立だけではなく、第 5 条は制度的な政治からの分離を要求している。そうでなければ、公共放送への資金調達の決定は、間接的な政治的影響力を持つことになりかねない。(ドイツ国家における政党の優位性を考えると、この点は、その分離が実際にはそれほど大きくないことを示唆するいくつかの学術的分析において、かなり強く疑問視されている。) 資金調達の意味合いについては、1994 年の「ケーブル・ペニー」判決で詳しく述べられている⁴⁹⁾。それは、資金調達を決定するための適切な手続や、それを支える受信料、「政治的影響を及ぼす機会を制限する」「多段階的協働」プロセスを構築することを立法者に要求する⁵⁰⁾。この手続は、公共放送事業者がその番組編成決定に基づき資金調達のニーズを自ら調査することから始める。この調査では、次の 2 点が評価される。第一に、公共放送事業者がそれらの憲法的使命内に留まっているか否かであり、第二にその資金調達が「正確に、能率と儉約の原則に従って」調査されているか否かである⁵¹⁾。このアプローチは、資金調達の決定を「政治的任務というよりも専門的な任務」に変えると言われている⁵²⁾。このプロセスの結果からのどんな変化も、憲法適合的にするために諸ラントの議会によって適切に説明されなければならない。

政治的な任務よりも専門的な任務として特徴づけるにもかかわらず、政治的な戦いは続いていた。2004 年、政治家たちは、公共放送事業者の資金を、専門家委員会が必要と認めた水準よりも引き下げた。公共放送事業者は、憲法裁判所に訴えを起し、2007 年、同裁判所は、その政治的決定を無効にした⁵³⁾。専門家の決定からの逸脱は、議会によって十分に正当化されず、公共放送に十分な資金を提供するという憲法上の要請に違反した。

D.

内部的多元性と放送評議会

放送評議会は、ドイツ公共放送事業者のガバナンスにおいて重要な要素である。放送の自由の憲法的保護は、放送事業者のガバナンスが州当局から独立しなければならないことを意味し、その結果、「通常の」公的規制者は憲法違反になる。第5条は、番組編成が特定の利益および集団に支配されないことを目的として評議会のメンバーを多様にすることを求めている⁵⁴⁾。憲法裁判所の1961年の第1次放送判決で述べられていたように、「番組を放送する放送事業者は、その機関においてすべての関係団体が影響力を持ち、番組編成全体について発言できるように組織されなければならない。」⁵⁵⁾2014年、憲法裁判所は、(公共放送の内部)監督機関のメンバーは「一般大衆の利益の擁護者」であり、(自分たちの党派的な背景の擁護者ではなく)「その多様性が…多元的な組織では完全にも代表的にも反映され得ない、すべての重要な政治的、イデオロギー的、社会的潮流が、番組編成全体において適切に発言権を与えられること」を目的としていることを強調した⁵⁶⁾。

通常、州法は放送評議会のメンバーとして、「組合、企業団体、宗教団体、政党、親、教師、女性、スポーツファン、芸術家、業界団体などの社会的団体」など、さまざまな「社会的団体」を定めている⁵⁷⁾。委員はその出身団体を代表するのではなく、公共の利益のための代理人としての役割を果たすのである。(会員は、その出身団体に縛られず、また、在職期間もしっかりと規定されていなければならない⁵⁸⁾。)その目的は、コンテンツにおいて「意見の多様性を確保する」ことである⁵⁹⁾。

放送の自由のこの局面は、驚くことではなく、ある程度まで実現されるだけである。実際、言論の自由を実現しようとする試みがいかに部分的なものでしかないかを浮き彫りにしている。その点は、言論の自由の消極的側面についても同様に当てはまり、それは、その自由の積極的側面について考えるとき、おそらくより明白である(少なくともコモン・ローの読者

にとって)。ロバート・アレクシの憲法上の権利に対するアプローチを借りれば、言論の自由はその積極的な側面において、「経験的・規範的制約を考慮した上で、可能な限り」実現されるべき原則である⁶⁰⁾。ここでの言論の自由とは、あるともないともつかない曖昧な概念ではなく、すなわち、私たちのアプローチを受けている状態 (state of affairs) のことである。

また、同評議会がその運営の大部分において政治的であり続けていることも事実である。すなわち、ヴォルフガング・ホフマン＝リームは 1990 年代半ばに、同評議会は「現実には政治的影響力を持つ機関として出現した」とコメントし、そのメンバーは「通常、党派に沿った連合を形成し」、同評議会の会議の前には「いわゆる徒党を組んで会合する」と述べている⁶¹⁾。また実際に達成された多様性の程度についても疑問がある。「社会的に重要な集団」とは、ドイツの民主主義モデルの中で登録されている集団であり、既成の社会的集団を利用することで多様性を求めることには緊張が伴う。その結果、メディアの内容は、多様な放送評議会というアイデアそのものが示唆する以上に、既存の主流派の意見を反映することになるかもしれない。さらに、立法府はどのグループが重要であるかを決定する際に「広い裁量権」を持っているため、注意が必要である⁶²⁾。同評議会の構成が「著しく一方的」である場合のみ、第 5 条に違反することになる⁶³⁾。しかし、憲法裁判所は、基本法の下で義務づけられている男女の多様性の要請を満たす必要性と同様に、より組織化されていないセクターを同評議会に含める必要性を強調している。憲法裁判所の 2014 年判決で述べられているように、「可能な限り多様な視点と経験の視野を持つ地域社会のあらゆる分野の人々」を含めることを目指さなければならない。ここでの目的は良いように見える。すなわち、「それ自体がメディアへのアクセスを持っていないより小さなグループ…および首尾一貫した構造で組織化されていない視点」が提示されなければならない⁶⁴⁾。立法府は、従来の多数派の視点だけが議会に存在する危険性を効果的に打ち消さなければならず、「…多様な社会潮流のあらゆる視点が重要な形で登場するようにしなければならない」⁶⁵⁾。国家 (または国家に近い) 代表が同評議会に参加する場

合も、多様な視点を代表するものでなければならず、メンバーの3分の1以下でなければならない⁶⁶⁾。また、同評議会の小委員会や類似の組織のメンバーにも制限が適用される。憲法裁判所はこれらの制限を、国家当局や政党とつながりのあるメンバーの非公式なネットワークが評議会に対して事実上の影響力をもつ可能性に対抗するものと理解している。しかし、それが実践に反映されるかどうかについては議論が続いている⁶⁷⁾。

同様に注目に値するのは、公共放送の管理機関の政治的な任命の歴史を所与とするとき⁶⁸⁾、独立のメンバー——つまり国家（国家に近い）の機関のメンバーでない者——の選出についての憲法裁判所の強調である。この任命は国家のコントロールに服さなければならない。一般的に、特殊なグループは、メンバーの選出を一任され、それらのグループの推薦が、明確な理由のある例外の場合を除いて拘束力を持つ。

全体としては、放送評議会に対する憲法裁判所のアプローチは、トーマス・エマーソンが、合衆国の文脈で言論の自由の積極的側面に関連してずっと前に示唆した「ラフで現実的な解決策」の一種であるように見える⁶⁹⁾。さもなければ、少なくともそれは評議会のメンバーを通じて多様性を支持しようとする妥当な試みである。

E.

言論は予防的なアプローチを要求する

言論の自由が重要であるということは、連邦憲法裁判所が公共放送に対する商業的および政治的圧力を軽減するために「予防的」アプローチと呼んだものを採用することを意味している。その用語は、同裁判所によって使用されていないが、私は、その用語がそのアプローチを理解するのに役立つラベルを提供していると考え。意見を形成するうえでの言論の自由の役割は、言論の自由が憲法上の権利一般に「優先する」一つの立場を採用していることを意味する。この言論の基本的な役割は、基本法第1条の下で尊厳への権利がすべての憲法上の権利に優先し、その解釈に影響を与

えるドイツでも認められている。それについての古典ともいえるべき 1958 年のリュート判決において、連邦憲法裁判所は、次のように述べている。言論の自由は、

自由主義的な民主的憲法秩序にとって絶対的に基本的なものである。というのも、言論の自由は、そのような秩序の活力を形成する継続的な知的交換や意見間の論戦を可能にするものであり、それは、「母体であり、他のほとんどすべての自由の不可欠な条件」なのである⁷⁰⁾。

リュート事件において憲法裁判所は、合衆国最高裁判所のベンジャミン・カルドーゾ判事を引用した⁷¹⁾。この引用の言葉を使用するということは、言論の「優位性」がドイツの民主的な憲法秩序だけのものではなく、民主的な憲法秩序に固有のものであるというドイツの裁判所の見解を強調することを意味するものである。言論の重要性は、世論に対する権力の集中の可能性を憲法裁判所に意識させる。そのような影響力には注意が必要である。なぜなら、「新たな展開が誤りであると判明した場合、それを取り消すことができるのは——たとえそれができたとしても——ある程度までであり、かなりの困難を伴うだけだからである」⁷²⁾。要するに、言論は「優先する」保護を必要とするのである。言論は、個人的および共同的效果を持ち、より広範な社会的、文化的、政治的プロセスに関係しており、多くの他の権利を実現する可能性の根底にあるものと信じられているので、言論はそれを保護するための特別な形態を必要とする。言論を保護するために予防措置を講じなければならない。憲法裁判所は、この法的推論を適用し、『ジャーナリズムの多様性——すなわち公共的言論の多様性——を保護するための予防措置を講じなければならない』と主張し続けている⁷³⁾。この分析には、本質的にドイツに限定されるようなものは何もない。このアプローチの一つの特徴は、放送の自由に関して行政府と立法府に与えられている役割が比較的限定的であり、そして裁判所が比較的積極的な役割を担っているところに見ることができる。憲法裁判所は、実際の立法府に

対するその要請が非常に的確であるため、ある論者にとっては「積極的立法者」⁷⁴⁾である。行政府も議会も、単に政策の問題として放送に対処することはできない。言論の自由の問題は、立法府が満たさなければならない要請、つまり行政権を制限する要請を裁判所が定めていることを意味する⁷⁵⁾。行政府はおそらく最も制約を受けるが、裁判所は立法府の動きも限定する。例えば、立法府は公共放送を現在の技術的基盤に限定することはできない⁷⁶⁾。アレクシの言葉を再び借りれば、言論の自由の積極的側面は、消極的側面と同様に、議会の単純多数決に委ねるにはあまりにも重要なのである。同様に、ヴィンセント・ポーターとスザンヌ・ハッセルバッハは、憲法上、ドイツの「放送と規制は、政治家の手に委ねるにはあまりにも重大である」⁷⁷⁾と指摘している。

IV.

言論の自由と国家

以上述べたことは、国家には言論の自由が実現できる条件を追い求める義務があることを示唆している。ドイツでは、そのアプローチは「二元的」放送制度をもたらした。その制度の下で公共サービスは包括的で一般に利用でき、多様でなければならない。そして、これらの質を維持するためにその二元的放送制度は相対的に非政治的なプロセスを通じて十分に資金が提供されなければならない、市場や政治の圧力から（少なくともある程度は意味のある）独立性を保たなければならない。その分析はここ数十年の間、メディアの変容とともに継続している。その憲法上の要請は「コミュニケーション技術の発展やメディア市場によって時代遅れになることはない」⁷⁸⁾。これらの憲法上の要請は——言論の自由の保護に基づき——問題を市場、規制当局、行政府または議会に委ねるのではなく、ドイツの裁判所に行動を起こさせたのである。ドイツの文脈において「自由で独立したメディアは国家の行動の結果である」というのは明らかである⁷⁹⁾。実際、基本法上の言論の自由はこのような行動を必要としている。

連邦憲法裁判所が強力な義務を定めたとしても、政争は終わらない。例えば、同裁判所の公的資金調達に関する 1994 年の判決後、次の資金調達の決定においてもさまざまな課題が浮上した⁸⁰⁾。2004 年には各ラントは、経済状況、他の公共支出の削減およびその結果としての国民の苦難を理由に、受信料の値上げを制限する「真の政治的論拠」を示した⁸¹⁾。しかしその論拠は憲法上の要請を満たしていなかった。推奨された受信料の値上げを各ラントが「見事に」逸脱した後、公共放送事業者は再び同裁判所に訴えを提起した⁸²⁾。この例は、言論の自由と放送の自由を保護するドイツ憲法が要請する公共放送の独立性を政治家が達成するのを、政治的私利私欲と商業メディアのロビー活動のいずれか、あるいはその両者が妨げる可能性があることを示唆している。その例は、ドイツ以外の国の裁判所においても行動することの価値を示唆している。

それは、裁判所がメディアに関して利害関係のない機関であるということの意味するものではなく、むしろ少なくとも他の主要な制度的なアクターとは異なる利害を有している。エリック・バレントがかなり以前に指摘していたように、裁判所は「自分たちの目的のために放送法の基本ルールを形成する機会を持たない。」⁸³⁾政治家については当時も今もそのようには言われていない。裁判所運営と政党政治の間の違いは、裁判所が憲法上のその他の価値を保護しようとするのとまったく同じように言論の自由の積極的側面を保護しようとする裁判所の潜在的価値を強調することになる。裁判所に課せられたこのような義務としては言論に対する制限がよく知られており、それはここでも当てはまる。

しかしそれでも、ドイツの例が自らの目標を達成していないことは明らかである。実際上の有効性についての議論もさることながら、ドイツの例は、例えば様々な形態のメディアに応じた多様なメディア財政モデルを用いるアプローチではなく、公共放送および公共と商業の二元的制度に焦点を当てている⁸⁴⁾。多くの民主的な法制度において、言論の自由の消極的な側面の保護については常に失敗があり、少なくとも継続的な議論が必要である。だから、同裁判所の判例についての懸念は驚くことではない。しか

し、私の関心はむしろ、どのような目標があり、それが法的判断の中でどのように明示されているかにある。

V.

結 論

ドイツの例は、連邦憲法裁判所が言論の自由の消極的側面のために行動できると同時に積極的な言論の自由を支援するうえでも行動できることを示している。これは強調する価値のあることである。というのも言論の自由の積極的側面は、議会が制定すべきものや裁判所が無効にすべきでないものの観点からのみ理解されることが多いからである。合衆国の文献には、このようなアプローチの例が多く見られるが、これはおそらくこの文脈における積極的な言論の自由を主張することの難しさを反映しているであろう⁸⁵⁾。修正第一条は、圧倒的に消極的である（とりわけ最近の合衆国の判例法の下では）。しかし修正第一条は言論の自由の一部にすぎない。すなわち、それをその自由と同一視してはならない。憲法上の言論の自由の規定は、修正第一条と区別し得る。それは、その他の政府部門が多様な公共的言論を支援するために行動を起こすという要請を生み出すことができ、この要請は司法によって執行され得る。

公共的なコミュニケーションに影響を及ぼす構造が、次に政治プロセスに影響を及ぼすとすれば——そうなることは否定できないと思われる——そのとき、公共的言論という「アーキテクチャ」は、公共的討論に先立ってある程度設定されていなければならないであろう。これは言論に対する制限との関連で広く受け入れられている——例えば公共的討論はある一つの集団に属するすべての人々が発言することを妨げる決定をすることはできない。もしそうだとすれば、後続の公共的言論は民主的に正当化を行う役割を果たせなくなるであろう。（多元的な民主政治で法が正当性を持つのは、その法の作者である想像上の公衆を通じてであり、公共的討論はその正当性のコミュニケーション的形式を提供するとよく言われ

る。) 言論の自由の積極的な側面は、ドイツの連邦憲法裁判所の諸判決によって強調された多元性と独立性を内容として含む。同裁判所によって例示された予防的アプローチは、言論の持つまさにこの根本的な役割を強調し、また公共的なコミュニケーションのアーキテクチャのためにいくつかの要請を示唆している。ドイツの裁判所が行ったよりもさらにこの考えを拡大することは、別の制度的形態、内部的組織および経済基盤をメディアに求め、別の目的に向けた多様な内容やスタイルの言論を含み、別の単に部分的に重なる公衆を生み出し、(ほかでもない) 政治的決定に影響を与えようとする言論の自由へとまさに導く⁸⁶⁾。法はこのような公共的言論のアーキテクチャをある程度再構築することができるかもしれないが、法は非検閲および多様性のための言論の自由の要請を超えて変化することができるわけではない。法は、民主主義が求めると理解される公共的討論の構造的な基盤を壊すことはできないであろう。

最後にその例は他の国家の国家アクター（裁判所、立法府、行政府、規制者）にとっても重要であることを示唆している。言論の自由の積極的側面を支援するために行動を行う能力においてこれらのアクターのそれぞれが危ういという事実は、裁判所がそういった事柄を必ずしもその他のアクターたちだけに託すべきでないとする理由の一部である。もし裁判所が多様な公共的言論のための枠組みを促進しない場合に公共的言論にとって生じる懸念——そして民主政治に与える含意——は、裁判所が政府に対抗する消極的な自由としての言論のみに焦点を当てるのではなく、それ以上に何かを行うべきであることを示唆している。私は他のところで指摘したように、これは、「法制度やその制度内の多くのアクターの保守主義を無視することではない。……裁判官による諸判決は、それらがそのような事柄に対して取られたアプローチがどのようなものであれ、政治生活のための利用可能な領域を再構築する可能性がある。」⁸⁷⁾ここで賭けられているのは、判例法内で言論の自由の積極的側面の明示的な取り組みが、それらの取り組みを全くしない場合と比較して言論の自由というアーキテクチャを改善できるかもしれないということである。

ドイツの例は、そのアプローチの重要な部分や、使用できる判決理由を例示する。言論の自由は単に消極的なのではなく、「国家とその機関に言論の権利の効果的な行使に必要な条件を確立すること」を要求し⁸⁸⁾、あるいは少なくともそうしようと試みることを要求する。これによって言論の自由にとって中核をなす包括的な、一般に利用可能な、多様な内容を提供する使命を持った公共メディアの形態が必要となる。このようなメディアは、政治的および市場的な抑圧によって、あるいは特定の社会的な集団によっても支配されるべきではなく、またその資金はその使命にとって十分なものでなければならず、政治的に決定されるべきではない。これらの質は、言論の自由が市場の自由と区別されることを意味する。国家当局から独立したメディア規制は、必要とされる（また、おそらく政治的アクターによるそのような独立性を巧みに回避しようとする継続的な試みがあるであろう）。そして予防的なアプローチは、言論の自由の憲法上の基本的な役割を保護するために保証されている。裁判所が行動を起さないところでは、言論の自由が多様なメディア・システムを支援すべきであるという考えは、十分な公的資金と政府や経済的統制からの独立を含めて、裁判所以外の他の制度的アクターが利用するための重要な資料を提供し、それはまた、それらのアクターの行動または不作為の学問的評価のための重要な資料を提供する。

—注—

- 1) この論文は、A. T. Kenyon, *Democracy of Expression: Positive Free Speech and Law* (Cambridge, Cambridge University Press, forthcoming)、特にドイツ放送判決を検討した第 6 章 (その分析はより詳細なものであるか) を参考にする。ここで考察する争点と同様のいくつかをより簡潔に述べた概要のために、A. T. Kenyon, 'Positive Free Speech: A Democratic Freedom' in A. Stone and F. Schauer (edn.), *Oxford Handbook on Freedom of Speech* (Oxford, Oxford University Press, forthcoming) を参照せよ。
- 2) 「状態 (state of affairs)」という考え方は、R. Alexy, *A Theory of Constitutional Rights*, trans. J. Rivers (Oxford, Oxford University Press, 2002) から引用した。
- 3) See, e. g., J. Lichtenberg, 'Foundations and Limits of Freedom of the Press' in J. Lichtenberg (ed.), *Democracy and the Mass Media: A Collection of Essays* (Cambridge, Cambridge University Press, 1990) 102.
- 4) Kenyon, *Democracy of Expression* (n. 1).
- 5) Kenyon, *Democracy of Expression* (n. 1) は、多くの例を分析する。本書において例えば J. Rowbottom, 'Positive Protection for Speech and Substantive Political Equality', ch. 3 を参照せよ。
- 6) A. T. Kenyon, 'Who, What, Why and How: Questions for Positive Free Speech and Media Systems' in M. Edström, A. T. Kenyon and E.-M. Svensson (eds.), *Blurring the Lines: Market-Driven and Democracy-Driven Freedom of Expression* (Gothenburg, Nordicom, 2016) 29.
- 7) See, e. g., J. Morange, *La liberté d'expression* (Brussels, Bruylant, 2009) 127. 私は、Kenyon, *Democracy of Expression* (n. 1) でフランスの例を検討する。
- 8) K. Arriaza Ibarra, 'Management and Organization of Public Service Media Companies: Basic Concepts Related to Efficiency and Failure in European Public Service Media, with Two Case Examples (Germany and Spain)' in K. Arriaza Ibarra, E. Nowak and R. Kuhn (eds.), *Public Service Media in Europe: A Comparative Approach* (Abingdon, Routledge, 2015) 147, 155-56 (emphasis added).
- 9) See, e. g., J. Bakan, *Just Words: Constitutional Rights and Social Wrongs* (Toronto, University of Toronto Press, 1997); R. Moon, *The Constitutional Protection of Freedom of Expression* (Toronto, University of Toronto Press, 2000).
- 10) N. Couldry, *Why Voice Matters: Culture and Politics After Neoliberalism* (London, Sage, 2010).
- 11) Bakan (n. 9) 47.
- 12) Moon (n. 9) 7.
- 13) 例えば連合王国の文脈における一つの例は、T. Mills, *The BBC: Myth of a Public Service* (London, Verso, 2016) を参照せよ。
- 14) See, e. g., T. Syvertsen, G. Enli, O. J. Mjøs, and H. Moe, *The Media Welfare State: Nordic Media in the Digital Era* (Ann Arbor, University of Michigan Press, 2014).
- 15) See, D. C. Hallin and P. Mancini, *Comparing Media Systems: Three Models of*

Media and Politics (Cambridge, Cambridge University Press, 2004).

16) 例えば、連邦王国のBBCとの関連では、21世紀の連邦王国における公共サービス・テレビの将来について検討したパットナム卿が議長を務めた研究の報告書、D. Freedman, J. Curran, and D. Puttman, 'A Future for Public Service Television: Content and Platforms in a Digital World' (London, Goldsmiths, 2016), <http://futureoftv.org.uk/report/>; D. Puttman and D. Freedman, 'Charter Plans Stifle BBC's Independence,' *Broadcast*, 19 September 2016; UK, Department for Culture, Media and Sport, *A BBC for the Future: A Broadcaster of Distinction*, Cm 9242 (London, HMSO, 2016) を参照せよ。

17) 英語で最も有用な入門書は、おそらく依然として、D. P. Kommers and R. A. Miller, *The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany*, 3rd. edn. (Durham, Duke University Press, 2012) であり、とりわけ、ch. 8: 'Freedom of Speech, Press, and Art' である。多くの比較的古い言論の自由の諸判決についての英訳は、テキサス大学の国際法研究所：<https://law.utexas.edu/transnational/foreign-law-translations/german/toc.php> を介して利用できる。いくつかの判決は、裁判所：www.bundesverfassungsgericht.de から直接英語で利用できる。

18) See, e. g., www.gesetze-im-internet.de/english_gg/english_gg.html#p0030 (emphasis added).

19) C. Potschka, *Towards a Market in Broadcasting: Communications Policy in the UK and Germany* (Basingstoke, Palgrave Macmillan, 2012) 161.

20) W. Hoffmann-Riem, *Regulating Media: The Licensing and Supervision of Broadcasting in Six Countries* (New York, Guilford Press, 1996) 119.

21) Ibid.

22) Kommers and Miller (n. 17) 449; see also e. g., Hoffmann-Riem (n. 20) 119.

23) See, e. g., B. Grzeszick, 'The "Serving" Freedom to Broadcast: Subjective versus Objective Dimensions of a Fundamental Right' in H. Pünder and C. Waldhoff (eds.), *Debates in German Public Law* (Oxford, Hart Publishing, 2014) 75, 85.

24) See, e. g., C. Witteman, 'Constitutionalizing Communications: The German Constitutional Court's Jurisprudence of Communications Freedom' (2010) 33 *Hastings International and Comparative Law Review* 95; T. Gibbons and P. Humphreys, *Audiovisual Regulation under Pressure: Comparative Cases from North America and Europe* (Abingdon, Routledge, 2012); Potschka (n. 19); W. Schulz, 'How to Control Informal Practices by Formal Law? The German Constitutional Court's Ruling on the Independence of the Public Service Broadcaster ZDF from the State' (2015) 7 *Journal of Media Law* 145; G. Taylor, 'Diversity within Government Broadcasters' in G. Gounalakis and G. Taylor (eds.), *Media Diversity Law: Australia and Germany Compared* (Frankfurt, Peter Lang, 2016) 221; D. Dörr, 'The Federal Constitutional Court's ZDF Ruling and its Consequences' (1 November 2016) (a revised and translated version of speech at 14th Mainz Forum, 2014), <https://friends.ca/explore/article/the-federal-constitutional-courts-zdf-ruling-and-its-consequences->

by-dieter-doerr.

25) Kenyon, *Democracy of Expression* (n. 1); see. e. g., Taylor (n. 24).

26) 例えば、B. Grzeszick (n. 23) 90-93 は、スペイン、イタリア、ポーランド、オランダ、日本、フランスについて記述している。そこには、E. Barendt, *Freedom of Speech*, 2nd. edn. (Oxford, Oxford University Press, 2005) で扱われている以上により近年のフランスの諸判決を含んでいる。C. Callies, 'Dimensions of Fundamental Rights: Duty to Respect versus Duty to Protect' in Pünder and Waldhoff (n. 23) 27, 40 は、オーストリア、フランス、アイルランドおよびヨーロッパ人権裁判所について記述している。アルゼンチンを検討することもできる。See, e. g., CSJN, *Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional y otros/ acción meramente declarativa, Fallos*, G. 439 XLIX (REX), G. 445 XLIX, G. 451 XLIX; A. Del Campo, 'Current Trends in Argentina's Freedom of Expression Jurisprudence' (2 May 2014), <https://globalfreedomofexpression.columbia.edu>. メディアの多様性を支援するための提案は、他の場所でも行われており、時には同様の考え方に基づくものもある。例えばフランス語で、P. Rimbart, 'Projet pour une presse libre', *Le Monde Diplomatique*, December 2014, 20, www.mondo-diplomatique.fr/2014/12/RIMBERT/51030 であり、彼は世界人権宣言第 19 条を直接引用している。

27) 私は Kenyon, *Democracy of Expression* (n. 1) でさらに検討している。

28) Kommers and Miller (n. 7) 449.

29) BVerfGE 57, 295 (1981) (第 3 次放送事件)。

30) E. g., D. Grimm, 'The Protective Function of the State' in G Nolte (ed.), *European and US Constitutionalism* (Cambridge, Cambridge University Press, 2005) 137.

31) See, e. g., W. Heun, *The Constitution of Germany: A Contextual Analysis* (Oxford, Hart Publishing, 2011) 198-200.

32) See further, Kenyon, *Democracy of Expression* (n. 1); S. Boyron, *The Constitution of France: A Contextual Analysis* (Oxford, Hart Publishing, 2013) 194.

33) BVerfGE 12, 205 (1961) (第 1 次放送事件)。

34) BVerfGE 73, 118 (1986) (第 4 次/ニーダーザクセン州放送事件)。

35) BVerfGE 90, 60 (1994) (第 8 次/ケーブル・ベニー放送事件)。

36) E. g., BVerfGE 83, 238 (1991) (第 6 次/ノルトライン＝ヴェストファーレン州放送事件)。

37) BVerfGE 74, 297 (1981) (第 5 次/バーデン＝ヴェルテンベルク州放送事件)。

38) BVerfGE 83, 238 (1991) (第 6 次/ノルトライン＝ヴェストファーレン州放送事件)。これと同じ要請は、第 5 次放送判決 (BVerfGE 74, 297) において、3 点セットで提示された。つまり、全人口に届く形態での送信、自由な意見形成の憲法的な保障を満たすことのできるための番組 (内容) の十分な広範性、組織や手続的方法によって追求される意見提示における多様性。

39) BVerfGE 90, 60 (1994) (第 8 次/ケーブル・ベニー事件)。BVerfGE 83, 238 (1991) (第 6 次/ノルトライン＝ヴェストファーレン州放送事件) も参照せよ。

40) BVerfGE 73, 118 (1986) (第 4 次/ニーダーザクセン州事件)。

- 41) どんな所与の市場でも最大の視聴者を獲得しようとする圧力と同様に、広告収入による資金調達、情報流通がその市場で最大でない場合、比較的裕福な視聴者が有利になることを意味する。See, e. g., R. Williams, *The Existing Alternatives in Communications* (London, Fabian Society, 1962) 6; T. E. Cook, *Governing with the News: The News Media as a Political Institution*, 2nd. edn. (Chicago, University of Chicago Press, 2005) 168.
- 42) BVerfGE 73, 118 (1986) (第4次/ニーダーザクセン州事件).
- 43) BVerfGE 90, 60 (1994) (第8次/ケーブル・ペニー事件). 公共放送による広告は、「番組編成や多様性を妨害する」広告の「生来の傾向」を理由に資金調達の比較的マイナーなものを維持しなければならない。
- 44) See, e. g., *Citizens v. Federal Election Commission*, 558 U. S. 310 (2010).
- 45) BVerfGE 74, 297 (1987) (第5次/バーデン＝ヴェルテンベルク州放送事件).
- 46) C. Witteman, 'Information Freedom, a Constitutional Value for the 21st Century' (2013) 36 *Hastings International and Comparative Law Review* 145, 196.
- 47) C. E. Baker, *Media, Markets, and Democracy* (Cambridge, Cambridge University Press, 2002); *Media Concentration and Democracy: Why Ownership Matters* (Cambridge, Cambridge University Press, 2007).
- 48) Witteman, 'Constitutionalizing Communications' (n. 24) 141-42.
- 49) BVerfGE 90, 60 (1994) (第8次/ケーブル・ペニー事件). その後に続く諸判決の中で特に BVerfGE 119, 181 (2007) (第12次放送事件) を参照せよ。
- 50) BVerfGE 90, 60 (1994) (第8次/ケーブル・ペニー事件).
- 51) Ibid.
- 52) Ibid. また同裁判所は「そのメンバーの独立性を確実にするように」立法府に求め、「…その小委員会には、放送の代表者をメンバーとして一切含めるべきでなく、それだけでなく一切の政治家も含めるべきでない」とした。
- 53) BVerfGE 119, 181 (2007) (第12次放送事件). See, e. g., Gibbons and Humphreys (n. 24) 117; Witteman, 'Constitutionalizing Communications' (n. 24) 119-20.
- 54) 一般的には、公共放送事業者は「放送評議会」と「行政評議会」を有しており、後者は経営の財政面により焦点を合わせていた。概要については、I. Katsirea, *Public Broadcasting and European Law* (Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International, 2008) 33-39 が提供する。
- 55) BVerfGE 12, 205 (1961) (第1次放送事件).
- 56) BVerfGE 136, 9 (2014) (第14次/ZDF 協定事件) [40].
- 57) Witteman, 'Constitutionalizing Communications' (n. 24) 106 and its fn 24.
- 58) BVerfGE 136, 9 (2014) (第14次/ZDF 協定事件).
- 59) BVerfGE 83, 238 (1991) (第6次/ノルトライン＝ヴェストファーレン州事件).
- 60) J. Rivers, 'A Theory of Constitutional Rights and the British Constitution', translator's introduction to Alexy (n. 2) xvii, xxviii.
- 61) Hoffmann-Riem (n. 20) 124. 同様に、Katsirea (n. 54) 38 は「実際には放送評議会は政党によって支配されることがよくある」とコメントしている。

- 62) Katsirea (n. 54) 37.
- 63) BVerfGE 83, 238 (1991) (第 6 次／ノルトライン＝ヴェストファーレン州事件).
- 64) BVerfGE 136, 9 (2014) (第 14 次／ZDF 協定事件) [39].
- 65) Ibid.
- 66) Ibid., [42], [51]. パウル判事の反対意見は、さらに踏み込んで、ほとんどのラントの状況と同じように、政治執行部のメンバーによる評議会メンバー入りを禁止するものであった。
- 67) See, e. g., Schulz (n. 24).
- 68) いわゆる「二極化された多元主義」モデルの政治メディアとのつながりを考えることもできるであろう。See, Hallin and Mancini (n. 15). しかしより「リベラルな」モデル内にも具体例が多く存在する。
- 69) T. I. Emerson, *The System of Freedom of Expression* (New York, Random House, 1970) 667.
- 70) BVerfGE 7, 198 (1958).
- 71) *Palko v. Connecticut*, 302 U. S. 319, 327 (1937).
- 72) BVerfGE 57, 295 (第 3 次放送事件).
- 73) BVerfGE 136, 9 (2014) (第 14 次／ZDF 協定事件) [36].
- 74) L. Favoreu and W. Mastor, *Les cours constitutionnelles*, 2nd. edn. (Paris, Dalloz, 2016) 150-53.
- 75) BVerfGE 57, 295 (第 3 次放送事件).
- 76) E. g., BVerfGE 83, 238 (1991) (第 6 次／ノルトライン＝ヴェストファーレン州事件); BVerfGE 119, 181 (2007) (第 12 次放送事件).
- 77) V. Porter and S. Hasselbach, *Pluralism, Politics and the Marketplace: The Regulation of German Broadcasting* (London, Routledge, 1991) 3.
- 78) BVerfGE 136, 9 (2014) (第 14 次／ZDF 協定事件) [34].
- 79) S. Müller and C. Gusy, 'Case Study Report: Does Media Policy Promote Media Freedom and Independence? The Case of Germany' (2011) 21, [www. mediadem. eliamep. gr/findings](http://www.mediadem.eliamep.gr/findings).
- 80) H. E. Meier, 'Independent Regulatory Bodies and Impossible Jobs: The Failure of German Public Service Broadcasting Regulation' (2008) 86 *Public Administration* 133, 138-39.
- 81) H. E. Meier, "'For a Few Cents Less"? Nested Games in German Broadcasting Regulation' (2006) 15 *German Politics* 166, 185.
- 82) Ibid., 166.
- 83) E. Barendt, 'The Influence of the German and Italian Constitutional Courts on Their National Broadcasting Systems' [1991] *PL* 93, 115.
- 84) See further, Kenyon, *Democracy of Expression* (n. 1).
- 85) See, e. g., J. A. Barron, 'Access to the Press - A New First Amendment Right' (1967) 80 *Harvard Law Review* 1641; J. M. Balkin, 'Some Realism about Pluralism : Legal Realist Approaches to the First Amendment' [1990] *Duke Law Journal* 375;

Baker (n. 47); S. H. Williams, *Truth, Autonomy, and Speech: Feminist Theory and the First Amendment* (New York, N. Y. U. Press, 2004).

86) このアプローチについてさらに詳しくは、Kenyon, *Democracy of Expression* (n. 1) を参照せよ。

87) Kenyon (n. 6) 37.

88) Kommers and Miller (n. 17) 449.

以上 (第5章と第6章まで)