

[学術論文]

# 放送・通信「融合」期における法制度設計と公法学

A Study on Convergence of Institutional and Theoretical Development  
in Telecommunications and Broadcasting (2)

西 澤 雅 道  
井 上 禎 男

Masamichi NISHIZAWA, Yoshio INOUE

---

*Studies in Humanities and Cultures*

---

No. 8

名古屋市立大学大学院人間文化研究科『人間文化研究』抜刷 8号

2007年12月

**GRADUATE SCHOOL OF HUMANITIES AND SOCIAL SCIENCES**

NAGOYA CITY UNIVERSITY

NAGOYA JAPAN

DECEMBER 2007

[学術論文]

## 放送・通信「融合」期における法制度設計と公法学

内閣官房 内閣広報室 内閣参事官補佐 [前 総務省 総合通信基盤局事業政策課 課長補佐]

西澤 雅道

公立大学法人 名古屋市立大学 大学院人間文化研究科 准教授

井上 禎男

**要旨** 情報通信技術の目覚ましい発展と通信市場における規制緩和を背景に、我が国では世界で最も情報通信分野のイノベーションが進んでいる。中でもFTTH（光ファイバ）を中心とした伝送インフラの発展は、「IP化」及び「ブロードバンド化」を推し進める重大な要因となった。そして、これらのイノベーションを受け、情報通信分野では、これまでの通信と放送の枠を超えて、伝送路、サービス、事業者等の融合が進んでいる（「通信と放送の融合」）。

この「通信と放送の融合」によって、通信と放送を区分し、通信には原則として規制をかけず、逆に放送には規制をかけるという現在の法体系が、社会の実体に適合しないものとなっており、通信と放送の規制の在り方を巡って、多くの問題点が指摘されている。

本稿では、このような「通信と放送の融合」の現状について、総務省の「通信・放送の在り方に関する懇談会」、「通信・放送の総合的な体系に関する研究会」等の議論を踏まえつつ、各種データや放送法改正の動向等を踏まえて整理するとともに、通信と放送における規制の在り方、特に法制度設計について、公法学の観点から検証を加えるものである。

なお、本稿は、西澤雅道＝井上禎男「放送・通信の『融合』をめぐる問題状況—事業者の多様性と法的規制の存置可能性—」情報通信学会誌（情報通信学会）25巻2号（通巻84号：2007年9月発行）所収からの継続ないし問題意識の敷衍でもある（同稿では西澤がⅠないしⅢを執筆、井上がⅣ及びⅤを執筆した）。本稿では西澤がⅠないしⅢ、井上がⅣ及びⅤを各々分担している。両稿ともに執筆者間で全体調整を図り、記述の整合性に留意した。

**キーワード**：放送、通信、融合、表現の自由、通信の秘密

### I はじめに

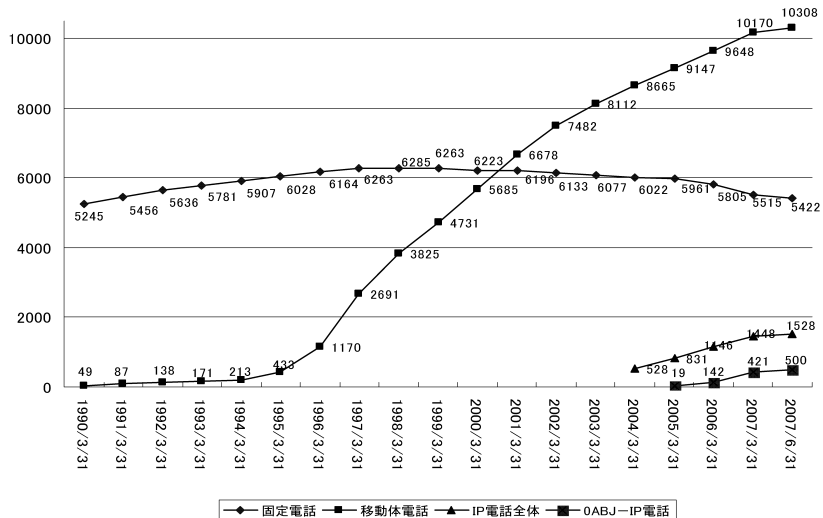
#### 1 情報通信技術の進展

近年、我が国では、情報通信技術の著しい発達により、例えば、高速インターネットや携帯電話が普及する等国民は、従来にないほど大きな生活の変化を経験した。その最大の要因の一つと

して注目されているのは、携帯電話や小型携帯端末の普及による「モバイル化」の進展、FTTH<sup>1</sup>化を中心とする伝送インフラの高速化による「IP<sup>2</sup>化」・「ブロードバンド<sup>3</sup>化」の進展である。

簡単に紹介すると、「モバイル化」は、2000年に固定電話の契約数と移動体通信の契約数<sup>4</sup>が逆転したことに代表されている（図表1参照）。また、「IP化」については、IP電話の契約数がここ3年で3倍近くになっており、中でも原則としてFTTHを回線として利用している場合のみ利用可能である0ABJ-IP電話の契約数については、ここ3年で26倍まで増加していることに現れている<sup>5</sup>（図表1参照）。さらに、「ブロードバンド化」については、ブロードバンド・サービスの契約数（FTTH、ADSL、CATVインターネット及びFWA（Fixed Wireless Access）の契約数を合計したもの。）が、ここ5年で7倍近くになっていることに現れている（図表2参照）。

図表1 固定電話・携帯電話・IP電話の契約数の推移（単位：万）



出典：総務省データを基に作成

<sup>1</sup> Fiber To The Homeの略。光ファイバによる家庭向けのデータ通信サービスのこと。

<sup>2</sup> Internet Protocolの略。インターネットにおいて情報伝達を行うプロトコルであり、インターネットの基礎部分として重要な役割を持つ。

<sup>3</sup> 伝送インフラであるインターネット接続回線は、DU（ダイヤルアップ）、ISDNといったナローバンドとADSL、FTTH、CATVインターネット、FWAといったブロードバンドに区別される。前者は、旧来型で平均名目速度は56～128kbpsであるのに対して、後者は平均名目速度が1～100Mbpsと高速である。特にFTTHは平均名目速度が50～100Mbpsと極めて高速である。なお、前者よりも後者では、最近料金が大幅に安くなっている。総務省【2007a】「電気通信事業分野における市場画定2006」16頁以下参照。

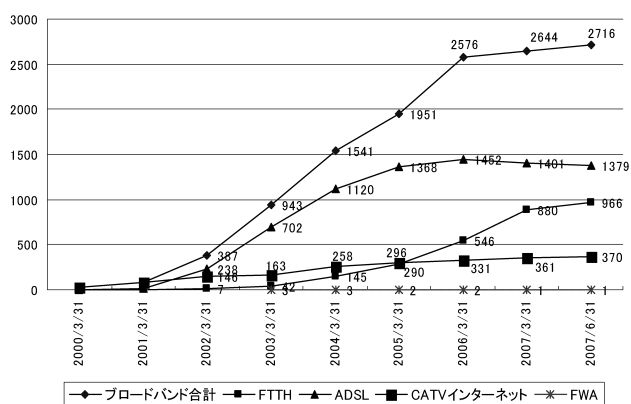
<sup>4</sup> 固定電話の契約数は加入電話とISDNの契約数を足したもの。移動体通信の契約数は携帯電話とPHSの契約数を足したものの。

<sup>5</sup> IP電話には、050番号が指定される「050-IP電話」と0ABJ番号（03番号等）が指定される「0ABJ-IP電話」がある。前者は、安価であるが、音質に問題があったり、緊急通報ができない。一方、後者については、原則としてFTTH回線上で提供されるサービスであり、前者のような問題がない上、通話者間の距離に関係なく安価であることから、FTTHの普及とともにその契約数を伸ばしている。本稿では、IP電話契約数といった場合、この両者の契約数を足している。前述・総務省【2007a】1頁参照。

ところで、このような情報通信技術の発展に最も大きな影響を与えたのがFTTH契約数の飛躍的な伸びであり、その契約数は、ここ5年間で138倍に増えており、ブロードバンド・サービスの中でも最も大きな伸びを記録している（図表2参照）。

そもそもブロードバンド・サービスが発達する契機となったのは、2000年に総務省による「アンバンドル政策」（NTT東西の不可欠設備のうち、競争事業者が必要なもののみを貸し出すことを義務付ける制度。）の導入であり、この政策によって、Yahoo!BB等が市場に新規参入することによって、ADSLサービスが急速に普及し、インターネット接続市場（特にブロードバンド市場）で激しい競争が起こった。その後、さらなる高速化の流れの中で、FTTHへの移行（マイグレーション）<sup>6</sup> が進展し、ユーザー間において、大容量のコンテンツのやり取りが容易になったが、それがSNS<sup>7</sup>、ブログ<sup>8</sup>、映像配信<sup>9</sup>等の新しいサービスの誕生につながった<sup>10</sup>。

図表2 ブロードバンド等契約数の推移（単位：万）



出典：総務省データを基に作成

## 2 通信と放送の融合

このような通信技術の進展によって、人々はいつでも、誰でも、どこでもインターネットにアクセスして情報を取れるようになりつつあり（ユビキタス化）、様々な恩恵に浴するようになった。

<sup>6</sup> 西澤雅道等【2006a】「電気通信事業分野（FTTH市場）におけるマイグレーション分析」日本データ通信（財団法人日本データ通信協会）149号15頁以下、西澤雅道【2007a】「ブロードバンド・マイグレーションに関する考察」情報通信ジャーナル（財団法人電気通信振興会）25巻7号4頁以下、依田高典【2007】「ブロードバンド・エコノミックス」（日本経済新聞社）、依田高典＝坂平海【2006】「ブロードバンド・マイグレーションのロックイン効果」公益事業研究（公益事業学会）58巻2号、今川拓郎【2006】「競争評価の理論と実践：通信分野を事例として」経済セミナー（日本評論社）2006年11月号等参照。

<sup>7</sup> Social Networking Siteの略称であり、コミュニティ型のWebサイトのこと。

<sup>8</sup> weblogの略称、個人や数人のグループで運営される日記的なWebサイトの総称。

<sup>9</sup> 本稿で取り上げる映像配信とは、ブロードバンド回線や携帯電話回線で伝送される映像コンテンツを意味する。

<sup>10</sup> 競争政策上の問題については、林秀弥＝西澤雅道【2007】「電気通信事業における競争評価の現状と課題」公益事業研究（公益事業学会）59巻2号参照。

てきている。特に、「テレワーク」<sup>11</sup>のようにインターネットを使って家庭で仕事を行うことも可能になってきており、育児や介護といった社会制度にも影響を与えつつある。

一方、法律上「通信」に区分されている映像配信が、サービス内容、設備、提供事業者等の面において「放送」と類似した機能を持つようになった点が注目されている（通信と放送の融合）。

例えば、Gyao<sup>12</sup>では、ブロードバンド回線によってビデオ・オン・デマンド（VOD）等の映像配信サービスを提供しており、そのサービス内容は、「放送」と極めて近いものとなっている（サービス面での融合）。

一方、「放送」の側から見ると、2002年1月から電気通信役務利用放送法（平成13年法律85号）が施行され<sup>13</sup>、「通信」と同じようにブロードバンド回線を利用した「放送」（以下「役務利用放送」という。）が開始されており、「通信」と「放送」で同じ設備を利用するようになってきている（設備面での融合）。

さらに、2002年7月より、「IPマルチキャスト放送」が役務利用放送の一種として提供されるようになったが<sup>14</sup>、現在同放送を提供している事業者は、ソフトバンク系のビー・ビー・ケーブル（サービス名：BBTV）、KDDI（サービス名：光プラスTV）、NTT系のオンラインティーヴィ（サービス名：4th MEDIA）及びアイキャスト（サービス名：オンデマンドTV）であり、いずれも大手通信会社の子会社等である（提供事業者の融合）。

この他、総務省の実施したアンケート調査<sup>15</sup>では、利用者側が、「放送」（役務利用放送）と「通信」（映像配信）を明確に区別しないでサービスを利用する傾向が現れており、（図表3参照）、利用者意識（心理面）で、既存の放送概念が意味を持たなくなってきた（心理面での融合）<sup>16</sup>。

### 3 融合の問題点

ところで、上記のような「通信と放送の融合」の進展は、「通信」や「放送」を規制する際の根拠論にも影響を与えるようになってきている。特に、従来から電波の有限希少性等を根拠に規制されてきた「放送」に加え、「通信」においてポルノ、犯罪を扇動するサイト、著作権侵害サイト

<sup>11</sup> インターネットを利用して、オフィス以外の場所で働く労働形態のこと。

<sup>12</sup> ISP（Internet Service Provider）や回線事業者に関係なく利用可能なUSENの提供する無料映像配信サービス。2007年9月末の視聴者数は1600万を突破している。

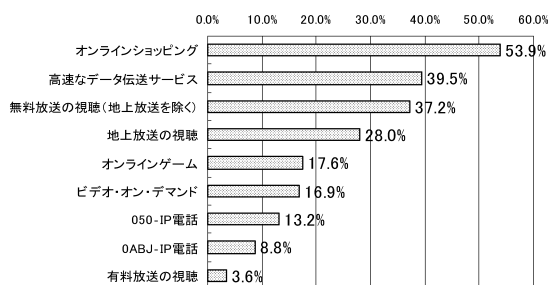
<sup>13</sup> この役務利用放送の制度化によって、事業者が接続回線等を借りて放送を行うことができるようになった。

<sup>14</sup> IPTVには、複数の視聴者に同時に配信を行う「IPマルチキャスト放送」と1対1で配信を行う「IPミニキャスト放送」がある。現在、有線で16社、衛星で51社が参入している。

<sup>15</sup> 総務省では、通信市場の競争評価において、2006年12月に全国で3063名を対象にWeb調査を実施した。分析に当たっては、京都大学・依田高典研究室の協力を得ている。前述・総務省【2007a】第6章及び別冊参照。

<sup>16</sup> 総務省【2007b】「2010年代のケーブルテレビの在り方に関する研究会報告書」11頁以下では、「通信と放送の融合」を①コンテンツサービスの融合、②伝送路の融合、③端末の融合、④事業体の融合に分けている。西澤雅道＝井上禎男【2007】「通信・放送の「融合」をめぐる問題状況」情報通信学会誌（情報通信学会）25巻2号53頁以下参照。なお、広報の在り方も、この「通信と放送の融合」の影響を受けおり、政府公報でも、地上波、BS、VOD等が組み合わされている。首相官邸HP <http://www.kantei.go.jp/>参照。

図表3 FTTH利用者が今後利用したいと考えているサービス（複数回答）



出典：総務省データを基に作成（3%以上の選択肢を表示）

等有害・違法情報が氾濫するようになったことから、その規制の必要性が主張されている<sup>17</sup>。

これらの問題の背景には、従来、「表現の自由」（憲法21条1項）や「通信の秘密」（同21条2項）によって憲法上保障されてきた「通信」が、実質的に従来の「放送」と変わらない公然性や影響力を持つようになったとされている点が影響している（いわゆる「公然性を有する通信」<sup>18</sup>の問題）。

これらの点については、「通信」及び「放送」規制を担当する総務省の研究会等において、有識者や事業者を交えて活発な議論が行われているが、これらの研究会等での議論は、「通信」に対する規制を強める方向に向かいつつあるようである。

以下では、総務省の研究会等の議論を踏まえつつ、「放送」や「通信」に対する規制の在り方や今後の法制度設計について、放送法改正の動向も踏まえながら、公法学の観点から検証を行う。

なお、本稿中、意見にわたる部分は、あくまで筆者達の私見である。

## II 総務省における検証

### 1 融合懇

「通信と放送の融合」の進展に伴い、パソコンで「放送」を見ることができないのは、そもそもおかしいのではないかと指摘や、内容規制が存在しない「通信」に属するインターネットにおける有害・違法情報を問題視する指摘がなされるようになった。このような指摘を受け、総務省では、2006年1月から、竹中総務大臣（当時）の主導の下、多様化したサービスが国民に速やかに提供されるよう「通信・放送の在り方に関する懇談会」（以下「融合懇」という。）（座長：松原聡東洋大学教授）を開催して、「通信と放送の融合・連携」のあるべき姿について検討を行

<sup>17</sup> さらに、プロバイダー責任法（特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律）（平成13年法律137号）が定められ、事業者側が有害・違法情報を削除する際の基準等も問題となってきている。

<sup>18</sup> 長谷部恭男【2006】「憲法（第3版）」（新世社）232頁参照。

<sup>19</sup> 本書の中で、「通信と放送の融合」という標記と「通信と放送の融合・連携」とする標記があるが、後者は総務省の研究会等の議論から引用する場合に使用した。

った<sup>20</sup>。

融合懇では、①役務利用放送を著作権法上の「放送」として扱うこと<sup>21</sup>、②「放送」をIPネットワークで配信する融合放送の普及や登場を促すための環境整備、③法体系上、「通信」と「放送」は区分され、9本の規制法が存在するが（図表4参照）、2010年までに基幹放送の概念の維持や放送規律の確保等を前提に、伝送、プラットフォーム、コンテンツといったレイヤー区分に対応した法体系とすべきこと、④「マス・メディア集中排除原則」を早急に緩和すること等を提言している<sup>22</sup>。また、⑤NHKについて、経営委員会の抜本的改革、チャンネル数の削減、子会社の見直し、伝送部門の分離、過去の番組アーカイブのブロードバンドでの提供、国際放送の強化、受信料制度の見直し等が盛り込まれている。さらに、⑥「通信」については、ドミナント規制や接続ルール等事業規制を見直しについて提言しており、具体的にはNTT東西のボトルネック設備の会計分離・機能分離、2010年にNTT東西の業務範囲規制の撤廃、持株会社の廃止・資本分離等を一体として進めるべきであるとした。

## 2 政府与党合意

上記融合懇の議論は、竹中総務大臣（当時）主導の政府内での議論であったが、自由民主党においても同様の問題を「電気通信調査会通信・放送産業高度化小委員会」（委員長：片山参議院幹事長（当時））において検討していた<sup>23</sup>。

両者の議論は、「通信と放送の融合・連携」を踏まえ、「通信」及び「放送」の各市場における規制の在り方等に対して検討を行う必要性を認めつつも、実際の検討ペースや制度化については、異なったスタンスに立っていたため、両者の議論をすり合わせる必要が生じ、2006年6月20日に「通信・放送の在り方に関する政府与党合意」（以下「政府与党合意」という。）が政府並びに与党である自由民主党及び公明党の間で結ばれた。

この政府与党合意では、①NHK関連では、経営委員会の抜本的な改革、保有チャンネルの削減、伝送部門の分離、映像による国際放送の開始、受信料の支払い義務・罰則化の検討等を求めている。②「放送」関連では、「マス・メディア集中排除原則」の緩和、外部調達の増大等を求めているほか ③融合関連では、「通信」と「放送」に関する総合的な法体系について、基幹放送の概念の維持を前提に、2010年までに検討の結論を得るとした。さらに、④「通信」関連では、

<sup>20</sup> 通信・放送の在り方に関する懇談会【2006】「通信・放送の在り方に関する懇談会報告書」（2006年6月6日）、荒井透雅【2006】「通信と放送の在り方に関する国会論議」立法と調査（参議院常任委員会調査室・特別調査室）259号3頁以下等参照。

<sup>21</sup> これを受け、同年12月に著作権法が改正され、役務利用放送における著作権者の報酬請求権等有線放送と同様の扱いとされるようになった。

<sup>22</sup> ただし、グループ間統合は認められるべきではなく、地方局の独自性、自律性の確保には十分に配慮すべきであるとしている。

<sup>23</sup> 自由民主党電気通信調査会通信・放送産業高度化小委員会【2006】「今後の通信・放送の在り方について」（2006年6月2日）参照。ここでは詳細は省略している。

ネットワークのオープン化等公正競争ルールの整備を図るとともに、NTTの組織問題についても2010年の時点で検討を行い、速やかに結論を得るとした。

上記を融合懇の結論と比較すると、特に「通信」と「放送」の抜本的な制度の見直しを2010年まで先送りすることとなった点については、改革が後退したと指摘されている<sup>24</sup>。

### 3 法体系研究会

さらに、総務省では、政府与党合意を受け、「通信と放送の融合・連携」に対応する法制度の在り方に関して専門的見地から調査研究を行い、「通信・放送の融合・連携」に対応した法体系について検討するため、2006年8月から「通信・放送の総合的な法体系に関する研究会」（以下「法体系研究会」という。）（座長：堀部政男一橋大学名誉教授）を開催し、2010年通常国会に改正法案を提出することを前提に、2007年6月に「中間取りまとめ」をまとめた。

そこでは、インターネットにおけるコンテンツが「放送」に近い影響力を持ち始めていることを踏まえ、「通信」と「放送」に関する法律を一本化した「情報通信法」（仮称）の制定を提言している。具体的には、「放送」とインターネット上のコンテンツを統合し、影響力や公共性などに応じて「特別メディアサービス」「一般メディアサービス」「公然通信」の3つに分類し、各々の特性に応じた規制体系の整備を求めている（図表5参照）。

まず、「特別メディアサービス」とは、地上波テレビ放送等影響力・公共性が最も高いコンテンツであり、現行の地上波テレビと同等の規制を受けるサービスである。また、「一般メディアサービス」は、CS放送、CATV、映像配信等一定の社会的機能・影響を持つものであり、番組編集や広告に関する規制を受けるサービスである。さらに、「公然通信」は、上記以外の通信であり、個人のWebサイト、掲示板、ブログ等が含まれ、有害コンテンツが社会問題化している現状を踏まえ、必要最小限の規制を受けるサービスである。

また、映像配信や「公然通信」への規制については、憲法上容認されているという見解を前提に、「通信」に対する新たな規制を求める内容となっており、情報通信に関する技術的、法的な検討とともに、民主制の基礎をなす憲法上の「表現の自由」に関する議論に深く踏み込んでいる点が注目される。

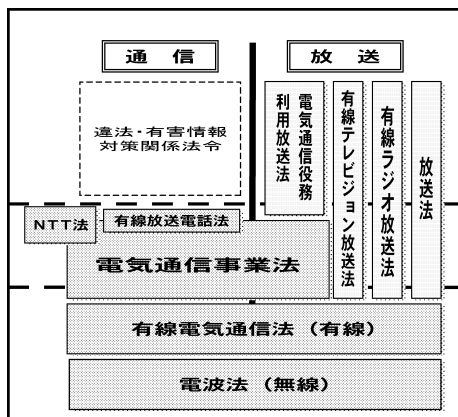
### 4 その他の研究会

「通信と放送の融合」に関係する研究会として、上記2つの研究会は総務省内で注目を集めたが、この他にも、総務省では、本格的なIP化時代の競争政策について「IP化の進展に対応した競争ルールの在り方に関する懇談会」（座長：林敏彦放送大学教授）を開催し、「通信と放送の融合

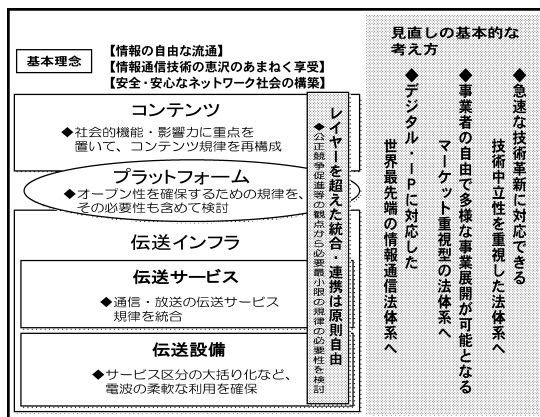
<sup>24</sup> 例えば、新保豊【2006】「竹中懇をどう評価するか」NIKKEI NET ビジネスコラム<http://bizplus.nikkei.co.jp/colm/shimbo.cf?i=20060626cf000cf>参照。



図表4 現行の通信・放送法体系



図表5 情報通信法（仮称）のイメージ



出典：総務省資料を基に作成

・連携」を踏まえ、事業者自身がネットワークを構築する「設備競争」と、NTT東西等「市場支配力」<sup>25</sup>を有する事業者の保有するボトルネック設備<sup>26</sup>であるネットワークを競争事業者に開放して競争を促進する「サービス競争」の双方の競争を促進し、ボトルネック性に起因する「市場支配力」の濫用の懸念がなくなった場合には、規制の解除が必要である旨提言を行った（2006年9月15日最終報告書）。

また、変化が著しい電気通信市場の状況を的確に把握し、政策立案に資するために、2003年度から実施している「電気通信事業分野における競争状況の評価」（以下「競争評価」という。）に関する研究会である「競争評価アドバイザーボード」（座長：辻正次兵庫県立大学大学院応用情報科学研究科教授）では、FTTHへの移行によって、NTTのインフラ面における「市場支配力」が高まっているが、そのインフラ面における「市場支配力」が他のレイヤーへどのように影響するかに注目が集まっている（レバレッジ<sup>27</sup>）。特に2007年7月に公表された報告書では、「通信と放送の融合」を踏まえ、新たに映像配信や「放送」との関係にも踏み込んだ分析が行われて

<sup>25</sup> 「市場支配力」とは、「競争自体が減少して、特定の事業者又は事業者集団がその意思で、ある程度自由に、価格、品質、数量、その他各般の条件を左右する」力をいう。東京高判昭和28年12月7日高民集6巻13号868頁、川濱昇【1999】『競争の実質的制限』と市場支配力」正田古稀祝賀「独占禁止法と競争政策の理論と展開」（三省堂）125頁以下、根岸哲＝舟田正之【1999】「独占禁止法概説（第3版）」（有斐閣）46頁以下等参照。

<sup>26</sup> 生産設備や流通ネットワーク等商品・サービスを提供するための施設のうち、それを利用できなければ事業活動が成立せず、かつ、市場に存在させることが経済的又は技術的に不可能もしくは著しく不経済な施設のこと。なお、電気通信事業法における「市場支配力」を有する事業者に対する規制（ドミナント規制）では、①ネットワーク設備部門において寡占性の強い市場であること、②ネットワーク効果や顧客のロックイン効果が起こりやすいこと、予見し得る将来における「市場支配力」濫用の可能性を認定して規制を適用することを前提に規制を課している。「NTT東日本私的独占警告事件」（2000年2月公正取引委員会警告）、根岸哲他【2001】「座談会 最近の独占禁止法違反事件をめぐって」公正取引（公正取引協会）第608号等参照。

<sup>27</sup> 「独占の梃子」（monopoly leverage）のこと。1つの市場で「市場支配力」を有する企業が、その力を利用して、関連市場にも勢力を拡大しようとする。公正取引委員会事務局【2005】「公益事業分野における相互参入について」、同独占禁止法研究会【2003】「独占禁止法研究会報告書」等参照。

いる点が注目される<sup>28</sup>。

さらに、「ネットワークの中立性に関する懇談会」（座長：林敏彦放送大学教授）では、映像等大容量のコンテンツが大量にやり取りされ、「ネット渋滞」がおきた場合に、通信事業者が回線の利用を制限できるように制度化することを提言するとともに、恣意的に「通信」を制限することがないようにガイドラインを定めるべきであるとしており、通信規制の観点から注目される（2007年9月19日最終報告書）<sup>29</sup>。

## 5 放送法等改正の動向

各研究会の提言を受け、放送法及び電気通信事業法の改正案（「放送法等の一部を改正する法律案」（以下「放送法改正案」という。）」が第166回国会に提出された。同法案では、NHKが放送した放送番組（番組アーカイブ）を接続回線等を通じて有料で提供する業務を新たにNHKの業務に追加するとともに、NHKのガバナンスの強化、認定放送持株会社制度、再発防止計画の提出の求めに係る制度等を整備するとともに、放送持ち株会社に関する規定が盛り込まれた（図表6参照）<sup>30</sup>。

その後、第167回国会では、自由民主党及び民主党によって、放送法改正案の共同修正が行われる見込みである。その中では、再発防止計画の提出の求めに係る制度に関する条項を削除するほか、新たにNHKの経営委員会が番組の編集に介入することを禁止すること等が盛り込まれる予定であり、今後の動向が注目されている。

この放送法改正案は、「通信と放送の融合」が法制度面でも整備されつつあることを示している。

図表6 放送法改正案の主な内容（放送関係部分）

<p>1 NHK関係</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) ガバナンス強化</li> <li>(2) 番組アーカイブのプロードバンドによる提供</li> <li>(3) 新たな国際放送の制度化</li> <li>(4) 命令放送制度の見直し</li> </ul> <p>2 民放関係等</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>(1) 認定放送持株会社制度の導入</li> <li>(2) 有料放送管理業務の制度化</li> <li>(3) ワンセグ放送の独立利用の実現</li> <li>(4) 委託放送事業の譲渡に伴う地位の承継規定の整備</li> <li>(5) 有料放送の料金に関する規制緩和</li> <li>(6) 再発防止計画の提出の求めに係る制度の導入</li> </ul>
---

出典：総務省資料を基に作成

<sup>28</sup> 総務省【2007C】「電気通信事業分野における競争状況の評価2006」、西澤雅道【2007b】「競争評価の市場支配力に関する考察」情報通信ジャーナル（財団法人電気通信振興会）25巻6号16頁以下等参照。

<sup>29</sup> 同懇談会の新しい競争ルールの在り方に関する作業部会（座長：舟田正之立教大学法学部教授）では、ボトルネック概念に関する詳細な議論が行われた。

<sup>30</sup> [http://www.soumu.go.jp/menu\\_04/k\\_houan.html](http://www.soumu.go.jp/menu_04/k_houan.html)参照。

### Ⅲ 放送と通信に対する規制について

#### 1 通信と放送の規制体系

そもそも、「通信」においては、「通信の秘密」（憲法21条2項）が「プライバシー」の核心であることから、原則として内容規制も許されない。そして、電気通信事業法の2004年改正以来、原則として通信市場への新規参入が自由化されており、新規参入事業者による映像配信サービスが「放送」と同じように多数人に情報を送信する場合であっても、原則として内容規制が適用されない。

しかし、近年コンピューターを用いたネットワークを通じて、他人の名誉、「プライバシー」等を侵害する「通信」が多数の受け手に発信されて問題となっている。特に、不特定あるいは多数の人々が相互に情報を交換する「公然性を有する通信」については、「通信の秘密」による匿名性の保護が、第三者の名誉、「プライバシー」等を侵害する懸念がある<sup>31</sup>。

一方、「放送」については、「表現の自由」（憲法21条1項）に「放送の自由」が含まれると解釈されていることから（通説）、「放送の自由」は、健全な民主主義に不可欠で重要な人権として憲法上保障されているとされているものの、電波の有限希少性やその特殊な社会的影響力等が存在することから、自由な表現活動が保障された「通信」やプリントメディア<sup>32</sup>とは異なり、放送法（昭和25年法律132号）、電波法（昭和25年法律131号）等によって、参入規制・内容規制が課せられている<sup>33</sup>。

ところが、「通信と放送の融合」の進展によって、「通信」と「放送」<sup>34</sup>は類似性を強めており、前述のインターネット上での有害・違法情報の問題が大きくなっているほか、これまで放送規制の根拠とされてきた電波の有限希少性論や「放送」に特別な社会的影響力があるとする考え方も、「多チャンネル化の進展」によって、その正当性が揺らいでいるとされている<sup>35</sup>。また、NTT東西のFTTH等インフラ面において「市場支配力」が強まると同時に、NTT東西やその子会社等によって、役務利用放送や映像配信が供給されるようになり、前述の競争評価が指摘するよ

<sup>31</sup> 前述・長谷部恭男【2006】232頁参照。なお、このような問題を意識して、プロバイダー責任法が制定された。なお、パソコン通信上の名誉毀損を争った例として、ニフティ事件（東京高判平成13年9月5日判時1786号80頁）参照。

<sup>32</sup> 本稿では検討の範囲からはずしたが、プリントメディアにおいても、例えば、日本特有の記者クラブが行政による発表依存体質を高め、また、画一的な報道を生んでいる等の問題が指摘されている。松井茂記【2003】「マス・メディア法入門（第3版）」（日本評論社）13頁以下参照。

<sup>33</sup> 放送番組編集に当たり、①公安及び善良な風俗を害しないこと、②政治的に公平であること、③報道を事実をまげないですること、④意見が対立している問題については、できるだけ多くの角度から論点を明らかにすることが要求されている（放送法3条の2第1項）ほか、教育（教養）番組、報道番組及び娯楽番組の調和を図ることが義務づけられており（同2項）、また、放送番組審議機関の設置（同法3条の4）、新聞、テレビ及びラジオの「三事業支配の禁止」（放送局の開設の根本的基準（昭和25年電波監理委員会規則第21号）9条）等が課せられている。ただし、これらの規定に違反した場合の制裁措置（罰則等を定めた電波法7条2項や76条1項、108条等）は精神的規定と解されている。芦部信喜【1995】「放送の自由」法学教室180号（有斐閣）73頁以下参照。なお、放送法体系は、舟田正之＝長谷部恭男編【2001】「放送制度の新展開」（有斐閣）参照。

<sup>34</sup> これまでは無線電波送信という伝送路の特性が不可欠の要素とされていた。塩野宏【1989】「放送法制の課題」（有斐閣）1頁以下参照。

<sup>35</sup> 松井茂記【1995】「放送の自由と放送の公正」法律時報（日本評論社）67巻8号10頁以下参照。

うに、ボトルネック性を有する通信インフラにおける「市場支配力」が、コンテンツである「放送」や映像配信にどのような影響を与えているのか注目する必要があるが生じている。

以下では、上記のような背景を踏まえ、「通信と放送の融合」の進展によって、「通信」及び「放送」の規制の在り方がどのように変わるべきであるかについて、現状の制度の問題点を指摘しつつ、考察を行う。

## 2 放送規制の根拠論

民主主義が成立するためには、多様な情報源（報道機関）が存在し、国民が知りたい情報を自由に知ることができ、また、自由に情報を発信できることが必要である。しかしながら、単に複数の情報源が競争するだけでは、必ずしも情報の多様性が確保されるとは限らない。特に「放送」においては、電波という資源に限られており、また、家庭の茶の間にまで強い影響力が行使されるという特質を有することから、情報の多様性を確保するためには、逆に情報源である報道機関の自由を制限し、多様かつ公平な放送を義務付ける必要があるとされ、前述のような各種規制が設けられてきた。これは、プリントメディアである新聞や「通信の秘密」が重視される「通信」分野では見られない規制である。

そもそも、このような放送に対する規制が許される根拠については、伝統的に説の対立があった<sup>36</sup>。

まず、①電波は公物であることから、事業者は排他的・独占的な電波使用权を認められる代わりに、「放送」の高度の社会性・公益性から、一定の規制が課せられるとする見解がある（公物説）。しかしながら、本説は、そもそも公物概念が不明確であり、広範な行政介入を肯定する可能性があることから、現在の我が国では、ほとんど支持者はいない。

次に、②放送用電波は有限であり、チャンネル数にも限度があるので、その貴重な電波を有効適切に利用するため、行政がふさわしい放送事業者を選別したり、一定の規律を課することができるとする説（有限希少説）<sup>37</sup>がある。この説は、伝統的に放送用周波数について需要が供給を上回っており、電波が有限で希少な資源だから、国が放送局の免許制を採用したり、番組準則を定めることも肯定されるとされている<sup>38</sup>。ただし、以前から、衛星放送、CATV等（いわゆるニューメディア）の登場による多チャンネル化によって、電波の有限希少性が解消されつつある旨

<sup>36</sup> 前出・芦部信喜【1995】73頁以下、同【1998】「憲法学Ⅲ」（有斐閣）301頁以下の分類に従った。

<sup>37</sup> 「Fairness Doctrine」（公平原則）を合憲としたことで有名なレッドライオン判決では、周波数の有限希少性を理由に政府による規制を正当化している。Red Lion Broadcasting Co. v. FCC, 395 U.S. 367 (1969) (US) 参照。

<sup>38</sup> FCC v. Pacifica Foundation, 438 U.S. 726 (1978) (US) 参照。また、主要な情報源を少数のマスメディアが掌握することから生じる「情報のボトルネック性」の問題もその背景にある。長谷部恭男【1999】「憲法学のフロンティア」（岩波書店）168頁以下参照。周波数の不足との関係では、Turner Broadcasting System Inc. v. FCC, 512 U.S. 622 (1994) (US)、Turner Broadcasting System Inc. v. FCC, 117S.Ct.1174 (1997) (US) 参照。

指摘されていた<sup>39</sup>。そして、IPマルチキャストのようなインターネット放送、ブロードバンドの普及に伴う映像配信等の登場により、多くの事業者が「通信」及び「放送」サービスに参加できるようになり、チャンネル数自体が飛躍的に多くなっていることを踏まえるとこの説の根拠は、かなり薄くなりつつあると考える<sup>40</sup>。

そして、③「放送」が直接家庭の茶の間に侵入し、視聴者に大きな影響を与えることから、特に規制が課せられるとする説（衝撃説）がある。この説は、そもそも「放送」の影響力が証明されていない点が問題であるほか、仮に「放送」に特別な影響力があるとしても、役務利用放送、映像配信等が普及している中で、既存の電波による「放送」だけが特別な影響力を有するとするのは難しいと考える<sup>41</sup>。

さらに、④「放送」において自由競争を放任すると、事業者は視聴率を極大化しようとし、番組編成を大衆受けする通俗的なものに画一化しようとする傾向があるので<sup>42</sup>、情報の多様性確保のため、規制が課せられるとする説（番組画一化説）がある。しかし、本説には、「多チャンネル化」の進展によって、総合番組中心から専門番組中心に移行する可能性も指摘されており<sup>43</sup>、そもそものような基準をもって画一的であると判断するするのか疑問である。

上記のほか、比較的新しい見解として、⑤印刷メディアを規制から自由にする一方、「放送」に規制を加え、規制されるメディアと規制されないメディアとの相互制約によって、「思想の自由市場」<sup>44</sup>を確保しようとする見解（部分規制論）、⑥社会全体で共有されるにふさわしい基本的情報を伝達する最も優れた特性を持つメディアについては、その情報が社会全体に公平かつ低廉に提供されるように規制が必要であるとする見解（基本的情報公平提供論）があるが、そもそも⑤説は、電波の有限希少性を一切否定して、この議論だけで規制を正当化できるのか疑問があるほか、本説の提唱者であるL. Bollingerは、言論・出版の自由には、「心理的な価値」があるとし、放送に対してのみ規制が許されるとしたが<sup>45</sup>、価値基準が抽象的で、「放送の自由」という

<sup>39</sup> 米連邦通信委員会（FCC）は、電波の有限希少性が失われたことから、87年には「Fairness Doctrine」を廃止した。また、近年も同原則の復活については、米議会等で強い反対の声があがっている。なお、CATVに地元テレビ局の番組再送信を義務付ける「must-carry規制」を違憲とした判例であるQuincy Cable TV, INC. v. FCC, 768 F. 2d 1434参照。また、CATVで下品な表現に規制を課すことを否定したCruz v. Ferre, 755 F. 2d 1415 (1985) 参照。以上、齊藤愛【2006】「放送の自由」安西文雄等【2006】「憲法学の現代的論点」（有斐閣）379頁以下参照。ただし、前出・芦部信喜【1995】では、「多チャンネル化」が進んでも、電波の需要を供給が上回っており、有限稀少説を捨て去ることはできないとしている。

<sup>40</sup> CATV、衛星放送等については、電波の有限希少制が規制の根拠とならないとする見解がある。前出・松井茂記【2003】250頁以下参照。なお、周波数帯の利用権について、抽選、オークション等公権力によらない配分も可能であり、有限稀少説に疑問を呈する見解もある。長谷部恭男【1992】「テレビの憲法論」（弘文堂）81頁参照。

<sup>41</sup> CATV及び衛星放送の出現時から、新聞と放送間における希少性や影響力の面での差異を否定する見解があった。前出・長谷部恭男【2006】223頁以下参照。

<sup>42</sup> 新聞は、このような要因は小さく、ポピュラーでないトピックにも頁を割くことができるので性質が異なるとされる。前出・芦部信喜【1995】参照。

<sup>43</sup> 鈴木秀美【2000】「放送の自由」（信山社）303頁以下参照。

<sup>44</sup> John Stuart Mill「On Liberty」等の影響を受け、米国のOliver Wendell Holmes Jr最高裁判事は、表現には表現で対抗すべきで、表現の自由への制約は、「思想の自由市場」に委ねられないような「明白かつ現在の基準」を満たす場合に限るとした。

<sup>45</sup> Lee Bollinger【1976】Freedom of the Press and Public Access: Toward a Theory of Partial Regulation of the Mass Media, 75 Michigan Law Review 1 (1976) 参照

重要な権利を制限する基準としては不適切であり、また、「通信と放送の融合」が進展する中、役務利用放送や映像配信の扱いをどうするのか、整合性を持って説明することは難しいと考える。また、⑥説についても、基本的情報という概念が不明確であるほか、基本的情報は、役務利用放送や映像配信によっても送信することができると思われ、特に、最近は、インターネットを利用して政府から国民に対して直接国政に関する重要情報を配信する「政府インターネットテレビ」が登場していることを踏まえると、規制の根拠としてはかなり弱いと考える<sup>46</sup>。

また、上記①～⑥を組み合わせた見解もあるが、いずれも各説の批判が当てはまることから、「通信と放送の融合」期における放送規制を根拠づけることはできないと考える。

### 3 通信規制の根拠論

前述のように、通信については、憲法上「通信の秘密」（憲法21条2項）が規定されていることから、原則として規制を課することはできず、個別の法律が制定されている場合を除いては、一般的な民法や刑法の適用されるのみである<sup>47</sup>。しかし、インターネットの普及、特にブロードバンド化の進展によって、個人がプロバイダーと契約し、安価な料金で、Web上でのメールマガジンや掲示板への書き込み、双方向的なチャット等によって、世界中の膨大な情報に自由にアクセスし、また大量の情報を世界中に発信することも容易になっており、個人が表現者としての地位を得るようになった<sup>48</sup>。そして、この結果として、他人の名誉や「プライバシー」を侵害するような表現がインターネット上に多数書き込まれるようになったほか、猥褻な画像、児童ポルノ、青少年に有害な情報等が掲載・送信される等の問題が起きている。また、著作権侵害の問題も見逃すことはできない<sup>49</sup>。

ところで、上記のようなインターネット上での情報伝達は、法律上「通信」に区分されるが、その形態は、電子メールや電話のように従来の「通信」そのものから、映像配信・動画のように「放送」に近いものまで様々である。この点、憲法21条について、1項が表現の自由を保障し、2項が「通信の秘密」を保障しているとして、「表現」と「通信」を区分して考える見解が従来から強く主張されているが、現在の「通信」には、「放送」と類似したサービスまで存在することを考えると、従来の二分論を維持することは困難であるとする。

<sup>46</sup> この他、「通信と放送の融合」以前から放送規制に批判的な説もある。前出・松井茂記【1995】、林紘一郎【2005】「情報メディア法」（東京大学出版会）120頁以下参照。なお、現在「政府インターネットテレビ」は、携帯版を含め16chを有している。詳細は、脚注16の首相官邸HP参照。

<sup>47</sup> 米国でも96年通信品位保持法のような個別法による規制以外は、一般的な民法や刑法が適用されている。

<sup>48</sup> 個人の表現者としての地位獲得により、情報のボトルネック性が失われるとする見解がある。前出・松井茂記【2003】267頁以下参照。

<sup>49</sup> 内閣府【2007】「有害情報に関する特別調査」では、わいせつ画像等インターネット上の有害情報について、90.9%の人が「規制すべき」と回答しており、「通信」に対しても規制強化を求める意見が強くなっていることを示している。また、携帯電話で有害サイトに接続できないようにする「フィルタリングサービス」の利用者が07年9月末で210万を超え、1年で3.3倍に急増した。電気通信事業者協会HP及び2007年10月31日付日本経済新聞朝刊参照。

また、「放送」に類似した不特定多数の人への「通信」を「公然性を有する通信」と呼び、これを「表現」と位置づけて、表現の自由によって保障されているとする見解もあるが、この場合、逆に「通信の秘密」を排除する趣旨が含まれており妥当でない<sup>50</sup>。

#### 4 「通信と放送の融合」時代の規制根拠論について

さて、「通信と放送の融合」により、伝統的な「通信」と「放送」の区別が社会の実態に合わなくなる中で、前述の法体系研究会では、両区分を統合し、「特別メディアサービス」、「一般メディアサービス」、「公然通信」の3つに新たに区分し、それぞれの影響力、公共性に応じて規制の程度を分けるべきであるとしている。

この考え方は、多様な新規参入の促進と有害な番組の規制基準等の統一を目的としているが、重要な人権である表現の自由に対する制約は抑制的であるべきで、影響力や公共性といった不明確な基準によって表現行為を区分し、これまで規制が及ばなかった「通信」も含めて強い規制を課す点に大きな問題があると考えられる。

特に、行政機関が、表現行為（思想内容）が規制基準を満たすか否か判断する場合には、「検閲」に該当する可能性があるほか、仮に「検閲」に該当しないとしても、それが表現行為に及ぼす萎縮的効果は大きい<sup>51</sup>。

むしろ、Webサイト、掲示板、ブログ等は、世論形成に欠かせないものとなっており、また、マス・メディアの報道を補完する面もあることから、その自由な表現行為によって維持される社会的利益も大きく規制に馴染むか疑問である。

この点、法体系研究会では、逆に「放送」には、守るべき特別な文化があるとか、「放送」の地域性を守る必要があるとして、規制の維持・拡大に肯定的な提言がなされているが、重要な自由権を抑制した上で守られる文化にどれほどの価値があるのか疑問である。むしろ、規制を取り除いた自由な市場で形成される新しい文化のほうが尊重されるべきであると考えられる。また、地域性についても、例えば、東京で沖縄や北海道の番組を自由に視聴できるようにすることは、国民にとって多様な選択肢を与え、また、地域振興にもつながるほか、国民の「自己実現」にも影響を与える。

また、動画（「放送」及び映像配信）とそれ以外の「通信」を区別する意義や、それぞれの影響の違いについて、法体系研究会は、明らかにしておらず、特別な影響が動画にあるのか否か、今後検証される必要がある。この点、むしろ法体系研究会の議論とは逆に、「多チャンネル化」やインターネットの発達を踏まえ、「思想の自由市場」が確保されるよう、放送規制を緩和する

<sup>50</sup> 前述・松井茂記【2003】269頁以下参照。

<sup>51</sup> IT戦略本部【2007】「有害サイト集中対策案」でも未成年者による出会い系サイトの利用については、規制を強化する方向性が示されているが、その他の有害サイトの規制については、表現の自由との兼ね合いから、法規制が見送られている。

という方法も考えられる。

ただし、「多チャンネル化」が進み、また、インターネットが発達したとはいえ、現段階では、テレビで映像配信を見るには、STB<sup>52</sup>と呼ばれる機器が必要になる等「スイッチングコスト」（乗り換え費用）も高く、「デジタル・ディバイド」（情報格差）も存在することから、このような状態が時間の経過によって解消されるまでは、過渡的に必要最小限度の放送規制を維持することも許されると考える<sup>53</sup>。その場合には、「通信と放送の融合」によって、NTTのような通信会社等が伝送インフラからコンテンツまで一括して支配し（垂直的統合<sup>54</sup>）、インフラでの影響力がコンテンツ等に影響（レバレッジ）を与えないか、また、通信会社等が恣意的に利用者を差別することがないか（ネットワークの中立性）にも注意を払う必要がある<sup>55</sup>。

## IV 融合と「通信の秘密」「表現の自由」

### 1 融合と「通信の秘密」

放送もしくは通信の範疇化、あるいは両者の概念区分は、あくまで立法上の問題である。それならば、原理面での検討を不可避の要請にせずとも、「融合」の法制度設計は可能なのかもしれない。

従来から、憲法21条2項によって保障される「通信の秘密」の意味は、特定者間のコミュニケーションの保護にあり、手段としての「電信電話等」にも当然に及ぶとされてきた。また、実質秘か否かあるいは本人が秘密を欲するかにかかわらず「秘密」の保障が及ぶことが説かれてきた。そして、憲法21条2項にいう「侵してはならない」とは、公権力によって通信内容のみならず通信の存在自体が窺知されないこと、さらには通信事業者による漏洩行為の禁止（公権力宛か私人宛かを問わない）にある、と解されてきた<sup>56</sup>。ここで一定の内在的制約として認められる、法による規制の許容性が、極めて限定的であるべきこともまた、「プライバシー」保護の観点から言を俟たない。

「融合」の側面に目を向けたとき、従来からの通信当事者（発信者及び受信者並びに媒介者た

<sup>52</sup> Set Top Boxの略。放送、映像配信等の信号を受信して、一般のテレビで視聴可能な信号に変換する装置。

<sup>53</sup> 同規制の緩和は、松井茂記【2002】「インターネットの憲法学」51頁以下、また、地上波に規制を限る見解として、舟田正之＝長谷部恭男篇【2001】「放送制度の現代的展開」（有斐閣）159頁以下、メディアと利用者が分離し、それぞれに制度設計がなされるとし、表現の自由と通信の秘密の最大限の確保を求める見解として、高橋和之＝松井茂記編「インターネットと法（第3版）」（有斐閣）参照。なお、実務的立場から、現行の規制制度を「負の遺産」とし、その見直しを提言した見解として、木村順吾【1999】「情報政策法」（東洋経済新報社）115頁参照。なお、総務省【2007d】「ネットワークの中立性に関する懇談会最終報告書」、舟田正之【2006】「次世代ネットワークと規制システム」ジュリスト（有斐閣）1318号150頁以下も参照。

<sup>54</sup> レイヤーを垂直統合する場合等の競争政策上の問題については、林秀弥【2007】「ICTネットワークにおけるプラットフォーム規律の競争政策と公共政策」情報通信ジャーナル（財団法人電気通信振興会）25巻6号26頁参照。

<sup>55</sup> なお、日本経済新聞社、読売新聞及び朝日新聞社が共同してニュースサイトを設立することを決めたり、産経新聞とマイクソフトがニュースサイトを開設する等ネットに押され、経営環境が悪化したプリントメディアが、ネット事業に進出している。2007年10月2日付読売新聞朝刊等参照。

<sup>56</sup> 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂【1997】「憲法Ⅱ〔第21条～第40条〕」（青林書院）85頁以下〔浦部執筆〕参照。



る通信事業者)の関係が拡大・拡散に転じていることに疑いはない。“1対1”にとどまらず、事実上“1対多”に推移しつつある発信者及び受信者関係、両者をつなぐ通信事業者の多様化ないし多角化、「融合」の名のもとに「表現の自由」と同視可能な環境が形成されている(Ⅲ-3参照)。

こうした現況にあつては、「通信の秘密」の保障が再び、特定者間のコミュニケーションの保護を基礎としていることに立ち返るべきだろう。憲法次元で、あるいは憲法が保障する権利として<sup>57</sup>保障されるべきは、前記の「秘密」保障を伴ったコミュニケーションということになる。

さらに「通信の秘密」をめぐるのは、従来から「通信の自由」との区分についても論じられてきた。

「通信の自由」は、「表現の自由」のひとつの側面として、21条1項の問題として捉えることもできる。また「通信の秘密」のためには、通信が自由であることが前提とされ、あるいはむしろ「通信の秘密」の「反射」理解から、21条2項の枠内で捉えることも可能である、と考えられてきた。しかし、こうした「通信の自由」の性格理解のいかんにかかわらず、「通信の秘密」と「通信の自由」との区別の必要性を見出す実益に疑問を呈し、「通信の自由」はいずれにせよ21条2項の枠から保障される、とみることもできる<sup>58</sup>。

我々が自由に通信をなし、コミュニケーション活動を図ること自体について、ここで疑問を呈するものではない。問題はむしろ、「通信」の名で行われている現実のコミュニケーション活動が“1対多”の効果を有した場合に、“特定者間の”コミュニケーションとして、憲法次元で「通信の秘密」あるいは「通信の自由」の保障を離れることになるのか、ということになる。そうすると、ここでの問題の本質はむしろ「秘密」性にあることになる。

ここでの表現者・情報発信者・「送り手」である権利主体にしてみれば、対象ないしは発信先が特定か不特定多数かは織り込み済みのことだろう。そのため、本人が自覚的選択的に発信する

<sup>57</sup> 「人権」観念については、さしあたり以下の文献を参照。小林直樹【1965】「基本権への原理的視覚」宮沢遷彦記念「日本国憲法体系 第7巻 基本的人権Ⅰ」(有斐閣)所収、東京大学社会科学研究所編【1968】「基本的人権3 歴史Ⅱ」(東京大学出版会)、阿部照哉=種谷春洋=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂=初宿正典【1979】「基本的人権の歴史」(有斐閣)、奥平康弘【1988】「“ヒューマン・ライツ”考」和田古稀記念「戦後憲法学の展開」(日本評論社)所収、ジャン・モランジュ著(藤田久一・藤田ジャクリン訳)【1990】「人権の誕生」(有信堂)、南博方【1993】「紛争の行政解決手法」(有斐閣)第1章、奥平康弘【1993】「憲法Ⅲ 憲法が保障する権利」(有斐閣)、ステファント・トレクセル(小林節訳)【1994】「人権について」慶應義塾大学法学部法律学科開設100年記念国際シンポジウム委員会編【2004】「21世紀における法の課題と法学の使命」(慶應義塾大学法学研究会/慶應通信)所収、辻村みよ子【1994】「人権の観念」樋口陽一編「講座憲法学3」(日本評論社)所収、樋口陽一【1996】「一語の辞典 人権」(三省堂)、渡辺康行【1997】「人権理論の変容」岩村ほか編「岩波講座 現代の法1 現代国家と法」(岩波書店)所収、藤井樹也【1998】『「権利」の発想転換』(成文堂)、辻村みよ子【1999】「人権の観念」高橋和之=大石眞編「憲法の争点 [第3版]」(有斐閣)所収、山下健次【2002】「人権規定の法的性格」(三省堂)、佐藤幸治【2003】「憲法とその“物語”性」(有斐閣)、ウィンストン・E・ラングリー著(竹澤千恵子監訳)【2003】「現代人権事典」(明石書店)、西原博史【2004】「(国家による人権保護)の道理と無理」樋口陽一=森英樹=高見勝利=辻村みよ子編【2004】「国家と自由」(日本評論社)所収、駒村圭吾【2005】「基本的人権の観念①(人権の意味)」小山剛=駒村圭吾編「論点探究憲法」(弘文堂)所収、宍戸常寿【2006】『「憲法上の権利」の解釈枠組み』前出・安西文雄等【2006】所収、樋口陽一【2007】「国法学 人権原論 [補訂]」(有斐閣)。

<sup>58</sup> 前出・樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂【1997】86頁。

限りにおいて（また事業者は、現行法上ではここでの手段・媒介としての役割のみを担うのだから）、その対象に応じて、コミュニケーションの「秘密」は保障されることになる。他方、ここでの情報受領者・「受け手」である権利主体もまた、こうした性格を了解しているはずである。ここでの情報受領者・「受け手」が、「通信」の名で行われる現実活動にふれる場合にも、発信手段の特性に応じた受領を自覚しているはずである（もっとも、「通信の秘密の制限」として破産法、刑事訴訟法、いわゆる受刑者処遇法、いわゆる通信傍受法上の諸制限の可否をめぐる検討は残る）。

そうすると、今日の融合下におけるインターネットを介した“1対多”の通信は、憲法上の「通信」には含まれないものとして帰結することができる<sup>59</sup>。「公然性を有する通信」「公然通信」は、「公然（性）」のゆえに、憲法21条2項で保障が想定される「通信」たり得ない。

## 2 融合と「表現の自由」、「文化的自由」

もっとも、「公然（性）」を認めても、それが現行の「通信」概念と無関係ではない以上、また送信者 — 受信者間の手段認識ないしは自覚にとどまらない（例えば技術的な）要因、さらには、あくまで媒介者たる通信事業者の地位や責任を考慮したとき、ここでの「通信の秘密」をめぐる議論を排するものでもない。その保障とここでの義務とは、不可分に関わる。

しかしながら、ここで「融合」の原理原則を考える際には、やはり既存の「表現の自由」から語るほうが適宜なのかもしれない。

もっともここでは、Ⅲ－4でも言及されている“文化的自由”について、その憲法上の価値評価の可能性を排除するものではない。前述にみられる総務省研究会等における「文化」理解ないしはその評価問題に先立って、そもそも“文化的自由”自体を、「融合」の局面で、憲法学の俎上で論ずる着想もあり得る。他方でこうした側面からの原理原則の深化にも期待すべきだろう<sup>60</sup>。

<sup>59</sup> 高橋和之【2005】「立憲主義と日本国憲法」（有斐閣）200-203頁参照。また、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利【2006】「憲法I [第4版]」（有斐閣）378-385頁【高見執筆】も参照。

<sup>60</sup> この点で、西土彰一郎【2004】「メディアの融合と自由」情報通信学会誌（情報通信学会）22巻1号所収は、融合下でのとりわけ放送メディアにつき、「表現の自由」のみならず『「文化の多様性」の保障』等の機能価値を重視した原理論の展開可能性に言及している。なお、フランスでは、憲法院が、1980年代の諸判決において、社会的文化的な表現の活動の多元性が「憲法的価値を有する目的」であることを繰り返し確認している。わけても1986年9月18日の憲法院判決における多元主義の判断の精緻化に、ここでは注目しておきたい（参照、井上禎男【2002】「フランスにおける『視聴覚コミュニケーションの自由』（三・完）」九大法学（九大法学会）84号所収）。またフランスでは、法律次元でも公共民間両部門に対し、文化的な業務ないし放送番組要請、フランス語の擁護と例証、フランスオリジナル作品のゴールデンアワー等への割当等が認められる（この点については、井上禎男【2007】『「視聴覚通信」領域における独立規制監督機関の役割』季刊行政管理研究（行政管理研究センター）119号所収を参照されたい）。フランスでは、Americanizeへのantithesisや自国文化が損なわれることに対する危惧が、少なからず法や政策に反映している（してきた）ことも事実だろう（なお、ここで関連して言語をめぐる問題につき、渋谷謙次郎編【2005】「欧州諸国の言語法」第4章「フランス」【佐野直子執筆】を参照）。もっとも、ここで“文化的自由”を考える場合には、EU域での実践も含めinternationalないしはtransnationalな問題掌握と、一国内における文化の多様性ないしは国内文化にかかる問題理解といった、その次元の相違にも留意すべきことになる。しかしながら、いずれにせよ、「表現の自由」「民主政」「企業活動の自由」等に終始しない、新機軸としての“文化的自由”としての「放送の自由」論の憲法原理面での深化については、前述・西土准教授の着想及びその今後の研究の深化を待つことになるだろう。

以上の観点を敷衍し、本稿においては紙幅の関係から、また内容重複の観点からも、「融合」と「表現の自由」をめぐる問題検討一般について、別稿に譲らせていただくこととしたい<sup>61</sup>。

もっとも、「融合」の進捗状況からすれば、今後も可変的であり続ける「コンテンツ」「プラットフォーム」「伝送インフラ」の下で現実の「融合」「連携」は、いっそう多様な様相を呈してくる。2011年のアナログ停波後も、おそらく我が国ではさまざまなイノベーションが生じるだろう。しかし、我が国が「基幹放送の概念の維持」を打ち出している以上、既存の「放送」メディアの存在意義は消失しない<sup>62</sup>。

### 3 融合と放送メディアの「地域性」——とりわけ民放局について——

そこで、以下本稿では前述とのかかわりから、いわゆる伝統的な「送り手」をめぐる問題として、「融合」下での特に放送事業主体をめぐる問題についても、若干敷衍しておく。

それは、いわゆる放送メディアの「地域性」をどのように考えるかという問題である。この問題はまた、「表現の自由」と並んで“文化的自由”としての「放送の自由」論を検討する場合の問題意識の一端にもなるだろう。すなわち、原理的な“文化的自由”の要請、さらには法律次元での「地域性」への要請を検討する際の前提として、「地域」における“文化”や“表現”の担い手としての地方局の現況と可能性をいかに推定するか、という問題である。

ここでは、潤沢な財政基盤を有する地方放送局は皆無に等しい現実をどのように捉え、「融合」の観点から、こうした現実がいかに向き合っていくのが重要になるものと思われる。

民放局の営業収入は、圧倒的に「東名阪」エリア（そのうちでもほとんどは在京キー局）に集中している。いわゆる「準キー局」にあっても、またそれ以外の地方局にあってはなおさらに収入は厳しい。実に、「地方局の平均的なシェアは1%前後。最小規模局の占めるシェアは0.4%、系列キー局のおよそ150分の1の市場規模である。しかも、広告投下の関東一局集中の傾向は年々強まっている。民放連調査によれば、1971年に43%程度だった関東地区のシェア（独立UHF局を含む）は、2001年にはおよそ53%に達している。大雑把に言えば、地方局の市場規模、つまり売り上げは50億円前後、利益は3億から4億というのが平均的なところであり、中には経常赤字を出しているところもある。平成新局と呼ばれる新しい局には、単年度でようやく黒字にはなったものの、累積赤字を抱えているところも多い」。さらにはここで、2011年の地上デジタル化の完成（アナログ停波）にかかる膨大な設備投資費用・コスト負担が課されているのが現状であ

<sup>61</sup> 前出・西澤雅道＝井上禎男【2007】59頁以下。

<sup>62</sup> ここでの論拠として、平成18年11月全国個人視聴率調査に基づくNHK放送文化研究所視聴率グループ【2007】「テレビ・ラジオ視聴の現況」放送研究と調査（NHK放送文化研究所）2007年2月号所収、平成19年6月全国個人視聴率調査に基づく同「テレビ・ラジオ視聴の現況」放送研究と調査2007年9月号所収を参照。また、井上禎男【2006】「放送・通信融合下での法制度設計の枠組み」人間文化研究（名古屋市立大学大学院人間文化研究科）第4号（2006年1月）76-77頁も参照。

<sup>63</sup> 参照・引用、市村元【2003】「テレビの未来」マス・コミュニケーション研究（日本マス・コミュニケーション学会）63特に78頁以下。地方局の視点からデジタル化後のテレビないしテレビ局の展望を示す興味深い論考である。

る<sup>63</sup>。

こうした現況は、一面ですぐれて企業としての民放局の経営上の問題に帰する。さらに他面では、公共放送機関（NHK）の役割論にもかかわる問題になるはずである（もっとも、いわば地方局の全国ネットを有するNHKについては、別途の「地域性」をめぐる議論を可能にするのかもしれない）。

しかし、このように「受け手」の問題よりもむしろ「送り手」の問題の実際に目を向けたとき、こうした現状下での放送メディアの地域間競争とサービス向上が、果たしてどの程度の現実味を帯びてくるのか、懸念なしとしない——そのための何らかの手立てないしはいつその条件整備の可能性を、果たしてここで考慮することができるのだろうか。

こうした状況下では、現実はかなり厳しいだろうが、「融合」による既存民放局の新たなビジネスチャンスの可能性に期待を寄せる以外にはない。加えて、仮に現行の県域免許制の維持を前提にしても、認定放送持株会社制度（Ⅱ－6参照）の動向いかんでは、今後キー局支配が加速し、局の収斂や系列内での再編の可能性も皆無ではないかもしれない。そうなれば、むしろネットワークの維持の必要性を再確認することが指向されるのかもしれないが、発信自体はともかくも、コンテンツ制作面では、「受け手」の「自己実現」につながるような選択肢の拡充とその機会確保に資するだけの、地方局の人的金銭的な契機・動機・条件面での課題はいつそう深刻になるようにも思われる。また、そうした場合に、「地域性」ツールとしての放送メディアはどのような姿を呈することになるのだろうか。

しかしながら「融合」が未知である以上は、今後の展開に委ねる、あるいはそれに待つほかはない。既存の放送メディアの衰退が直ちに既存の通信メディアの台頭に直結するものとも思えないし、伝統的な「受け手」が「市場」で何を欲するかも流動的だろう。またここでは、「受け手」の地域情報へのニーズ分析とメディア選択にかかる傾向把握が必要だろうし、“多チャンネル化”のなかで地域情報番組の制作に積極的に取り組んでいる地方放送局の動向にも、注目すべきことになる<sup>64</sup>。加えてここでは、「送り手」たるアクターの多様性に伴う既存の自主自律・自己規制主体としての存在意義が、その相対化を含めていつそう問われることにも目を向けるべきだろう<sup>65</sup>。

<sup>64</sup> この点での有益な示唆として、「日本人とメディア」総合調査研究プロジェクト（菅中雄一郎＝原由美子）【2007】「多チャンネル化の中の地域情報サービス」放送研究と調査2007年7月号所収を参照。地理的ないしは免許エリアの観点からみても、同稿が鳥取県米子市の事例研究を行っていることは極めて興味深い。また、座談会「地デジ推進の課題と取り組み」【2007】月刊民放（日本民間放送連盟）2007年10月号所収も参照。さらに「地域性」とコンテンツをめぐる実例として、「インタビュー企画」地域発・人気番組はこうして育てる【2007】放送研究と調査2007年10月号以降の連載企画に注目したい。またここでは「住民ディレクター」活動を紹介する朝日新聞2007年11月2日付朝刊記事も参照。なお、諸外国におけるデジタル移行期における放送と地域に関する問題については、アメリカにつき米倉律【2007】「アメリカの放送におけるローカリズムの行方」放送研究と調査2007年8月号所収を参照。また、フランスにおける「地域放送局」事情と「地域性」との関わりについては、前出・井上禎男【2007】がふれる。

<sup>65</sup> 前出・西澤雅道＝井上禎男【2007】60－62頁でもこの点は指摘したところである。なお、その後、放送倫理・番組向上機構（BPO）の放送倫理検討委員会の設立後半年の動向を検証する、2007年11月20日付朝日新聞朝刊（岩本哲生署名記事）にふれた。

## V おわりに——法制度設計の現況と公法学——

法律次元の問題としては、**図表5**に示された法体系研究会による「情報通信法（仮称）」構想が、具体的な内容を伴う点で、直近で注目すべきものとなる。

しかし、“通信による表現”が拡大する今日の言論環境下で、当該立法次元での従来型の放送（「特別メディアサービス」）にとどまらない規制措置が「表現の自由」にもたらす影響は、（前述のように）やはり看過することができない。

「情報通信法」（仮称）構想にそくしてみると、「メディアサービス」と「公然通信」といったコンテンツ二分法を進めることで、コンテンツ一般に要請される規制の“慎重さ”を担保できるのか、また従来からの放送メディアを「基準」としたコンテンツ規制の平準化は、むしろコンテンツ規制拡大の方向に働くことにならないか、という点での恐れが、それにあたる。

本稿では、以下、当該制度設計にみられるいくつかの疑問にふれるにとどめたい<sup>66</sup>。

まず、法体系研究会（その「中間取りまとめ」）は、「成熟した規律体系である放送法制を基本」とした規律を謳いながらも、「社会的機能・影響力」に特化した規制論拠を提示する。

この点は、**III-2**で検討した、放送規制根拠論の評価問題に帰着するはずである。しかしここで「メディアサービス」について、「社会的機能・影響力に基づき類型化」を図るとしている点には、疑義を認めざるを得ない。単純に考えてみても、どうやって、あるいはどこが「社会的機能・影響力」を確定することができるのか。周波数の有限希少性が今日の「融合」「連携」によってある程度解消されてきていることは確かだが、それでも現状であえて「社会的機能・影響力」に特化させた規制論拠を勘案し、「メディアサービス」の類型化を図ることが妥当か、疑問なしとしない。

また、「中間取りまとめ」は「成熟した規律体系である放送法制を基本」とした規律を謳う。

しかし、わが国の放送法制が規律体系として果たして「成熟」しているかは疑わしい。法制度の沿革からすれば、ここで「成熟」を語る前提に問題があることの方が、むしろ問題だろう。具体的には、「レイヤーを超えた統合・連携は原則自由」とする今回の方向性が「公正競争促進等の観点から必要最小限の規律の必要性」を指向しているにもかかわらず、ここで、「市場」の「競争促進等」を監守し「社会的機能・影響力」を図りつつ規制ないし監督を講ずる主体である、独立行政委員会制度についての検討の余地を排除している点である。

さらには、ここでの「スクリーニング」のあり方も含め、「プラットフォーム」の定義と確定<sup>67</sup>の作業も容易ではないだろうし、それを「法体系」としてどのように昇華させるのかについては、さらに、制度設計のイメージが掴みにくい。

<sup>66</sup> 以下詳しくは、前出・井上禎男【2007】に譲る。

<sup>67</sup> 前出・林秀弥【2007】に加え、ここでは根岸哲＝川濱昇＝泉水文雄編【2007】「ネットワーク市場における技術と競争のインターフェイス」（有斐閣）所収の諸論文も参照。

さらに、「伝送インフラ（伝送サービス、伝送設備）」についても同様である。

「伝送設備規律」については、電波法と有線電気通信法を念頭に置き、「通信放送の区分にとられない形で利用を進めるための免許制度の見直し」を行うとされる。他方、「伝送サービス」については、「公正競争促進・利用者保護に重点対応」し、「伝送サービス規律を一元化し、柔軟かつ自由な事業展開を加速」するとしている。

従来からの利用区分の枠を外した制度設計を採ることは、「融合」「連携」の要請からは理解できなくもない。しかし、いわば現時点で両極に位置する放送と通信との「法体系」を実際に崩す場合に、あるいは現行の「インフラ」と「コンテンツ」との連関に目を向けたときに、現実によくして機能している既存の規律について、何を、どのように、あるいはどこまで勘案して崩せばよいのか——例えば、現行法制度下での設立規制に照らしてみたとき、登録制、届出制、免許制のいずれを選択するのか。あるいはこれらを併存して区分するのか。また、こうした区分については、各々の役務のいずれに事業主体が帰属するのかにつき、事業者自身の選択に委ねつつ維持することになるのか等——、やはりイメージとしては掴みにくい。ここでの勘案次第では、新たな措置が「制度改革を推進」する方向に作用することになるのか、この点もやはり未知数だろう。もっとも、原理や理念を制度にどこまで反映させるのか、原理や理念がこの領域の現状で果たして存在するのか、存在したとしてもコンセンサスを得られるだけのものとなるか、それは持続可能なものか、今の時点では、誰も明確な最善の回答を示すことはできないだろう。そうすると、やはり2010年を期限とした今後の議論の深化を待つほかはない。

もっとも、その場合でも、まずは「公正競争促進等の観点から必要最小限の規律の必要性」に沿う制度設計に推移していくことになるか、我々は引き続き注意深く精査すべきことになる。

そして、本稿ではⅠ－3で提起された問題と、Ⅳ－1及び2で示した観点との対照になるが、特に「送り手」の問題にここで回帰したとき、以下の点での思料が譲れないことも確認しておきたい。

すなわち、ここでの法制度設計に当たっては、「送り手」が産業構造上あるいは「市場」の特性からみて、(公正)「競争」の促進に親和する主体としての“実”を備えているか、第一次的には規制に服する際の判断を当該主体の選択に委ねるとしても、そこで「規律」が「必要最小限」であるためには、(公権力の介入が抑制的であるべきことを前提に)いかなる監督主体や手立て(選択の態様と余地)が最善かを精査すべきということである。そして、さらにはここで原理原則に立ち返るとき、果たして「表現の自由」の俎上で論じれば足りるのか、また憲法上の「通信」と法律上あるいは事実上の「通信」の名を冠したコミュニケーション行為との異同・齟齬の現況を追認するか、ということである。“文化的自由”、“地域性”への視点がここで不可欠であることも再確認しておきたい。

つまるところは、「受け手」ないしは情報受領者である権利主体にとって、今以上の“最善”

を保証する帰結をもたらす法制度設計たり得るか、ということになる。もっとも、このように言うは易いが、その見極めは容易ではない。しかし、I-1・2・3でみた現況が仮に今後いつそう加速するとしても、やはりここでは、(公正)「競争」の促進のみに特化しない視点が不可欠である。単純に「経済性」で割り切れない「市場」としての特性(「言論性」)を、慎重かつ最大限に考慮する必然性を伴うからである。そうすると、ここで「通信」か「表現」かといった次元を超えて、原理原則から「融合」を再考する機会が再認識されることになる。

原理原則に立脚した制度設計が現況で講じられているのか、否、そもそも制度設計が抛るべき原理原則がここで不在ないし未熟なのか。あるいは、そのいずれでもあるのか、いずれでもないのか——「融合」をめぐる公法学の課題は、根本的かつ困難な様相を呈する<sup>68</sup>。

(付記) 本稿は共著論文(分担につき冒頭の要旨を参照)であるが、井上個人に関しては、文部科学省科学研究費補助金(平成19年度交付分)・若手研究(B)・公法学、井上禎男「放送・通信『融合』期における日仏比較公法学研究」の成果の一部となる。

(追記) 本稿最終校正段階で、法体系研究会の「報告書」(平成19年12月6日)が公表された。本稿における記述は本文明記のとおり、筆者らが執筆・校正時に参照が可能であった、同「中間取りまとめ」(平成19年6月19日)に依拠している。もっとも、今回の「報告書」は、基本的に「中間取りまとめ」で示された構想を継承するものであり、本稿における筆者らの主張に特に何らかの変更を認めるものでもない。なお、「報告書のポイント」には、以下の変更点が明記される。すなわち、両者の異同は、①「情報通信に包括的に適用されるような利用者保護規定の整備の必要性を追記」、②「情報通信ネットワークを用いた『表現の自由』を保障すべきことを明記」、③「違法な情報について行政機関が直接関与しない形での対応を促進する枠組みを整備する必要性を追記」、④「現時点でプラットフォームレイヤーを他のレイヤーから独立した規制として立法化する必要性は大きくはない旨を追記」、という4点にかかる変更にあるものとされる。両者をめぐる当該異同および「報告書」自体の精査については、今後の別稿で論じることにした。

<sup>68</sup> 前掲注55でみた現況、すなわち新聞の映像の世界へのネットを媒介とした進出は、放送メディアにとって、むしろ既存の通信事業者以上の脅威になり得るのかもしれない。我が国の場合、ここで放送と新聞との資本関係に配慮すれば、今後は放送と通信のみならず、これからの新聞メディアと放送メディアとのかかわりを軸とした再編が図られることになるのかもしれない。その場合、既存の放送のコンテンツ性への配慮を軸に、どのような地上波メディアが維持ないし創造されることになるのか、それでも「基幹」たり得ることをいかに説明してゆくのか、ここで考えるべき問題は尽きないだろう。メディアの「言論性」の諸相、あるいは、そこで法が想定する様々なメディアの姿、複雑化する事業主体の機能評価、そして「表現の自由」とのかかわり等、目下の法体系研究会「中間取りまとめ」が示す「情報通信法(仮称)」にみられる制度設計が十全に意図しているのか、個人的には疑義なしとしない。それとも、「情報通信法(仮称)」で示される制度設計は、再編の誘因となることを想定しているのか——いずれにせよ、間もなく出されるであろう法体系研究会の最終報告と今後の動向を注視したい。