

情報法と公法と私法の区別 (二)

多 賀 谷 一 照

第二節 情報と諸法理

はじめに

前節では、情報公開・個人情報保護など、いくつかの分野においては、公法と私法のそれぞれの領域で類似の法規範・法制度が生み出されつつあり、両者の区分が相対化しつつあることを述べた。また、コンテンツ流通の分野においては、「公衆」概念の違いなど、公法・私法の仕組みの違いから混乱・軋轢が生じていることも明らかにした。

本節では、公法ならびに私法の領域で展開されるいくつかの法理・法制度について、「物」財」ではなく、「情報」財」が法の主たる対象となりつつある今後、それらの法理・法制度がどのような変容を迫られているか、あるいは情報」財」中心の社会制度の下で、従来の法理・制度を維持することの限界などについて論じることにする。

一、基本的人権と二重の基準理論

いわゆる二重の基準理論は、裁判所が法律の違憲審査を行う際、経済的自由を規制する法律の場合には立法裁量を広く認めて緩やかな審査基準で臨み、他方において、表現の自由など精神的自由を規制する法律の場合には、合憲性推定を行わず、厳格な審査基準を適用すべきであるとするものである。⁽¹⁾ 経済的自由権については、憲法二九条二項に典型的に見られるように、その内在的制約から一定の制限を法律が加えることは違憲ではないが、精神的自由権については法律による制限は出来る限り行うべきではなく、厳格な審査を必要とするというものである。

基本的人権の理論は、国家権力など公的権力による介入から私人を守る人権を保障することを内容とするものであることから、この基準は経済的財産権に対する国家権力の介入は一定程度許容しても、表現の自由など精神的自由権に対する国家権力の介入は限定的であるべきであるということに帰結する。

「物」が主として経済的自由権に関わり、ここでは財の流通が行われる優れて私法・私的自治の領域であるのに比して、「情報」はもっぱら精神的自由権に属し、財の流通とは無縁のように公法学では取り扱われてきた。特に、憲法二一条で保障される表現の自由は、情報に対する「検閲の禁止」、「通信の秘密」の絶対的保護など表現の自由の不可侵性の理論が、我が国では欧米諸国に比しても過度に強調されて展開されてきた。⁽²⁾ 公的機関による個人情報への介入を制約するプライバシー保護の法理と合わせて、これら精神的自由権についての二重の基準の理論は、「情報」が「物」と同様に財として流通し、それに伴い一定の制約を受けることになる可能性に対し、ある意味理論的な障壁となってきたと見ることが出来る。

然るに、「情報」が著作権・特許権など知的所有権として経済的財を構成することは私法の分野では今日広く認

められている(公法の分野では、前節で述べたように、情報の経済的価値は必ずしも保護されていないが)。書籍・レコードの形での流布では、情報は物Ⅱ媒体に封じ込められていたが、CDに記録されていた音楽コンテンツや電子書籍は、媒体から解き放たれて、ネットワークを經由してスマートフォンなどの端末を通し、私人に対し提供されている。情報財という言葉が示すように、私法の分野においては、価値ある情報が財として流通することは当然の前提となつていふことができる。

ちなみに我が国の憲法には著作権などの知的財産権についての規定がなく、市井に見られる憲法の教科書にも著作権などの知的財産権を憲法の保障する基本的人権の中でどう位置づけるかについての記述が一部を除いては原則として見られない。⁽³⁾これに対し、アメリカ憲法においては、合衆国憲法第一条第八節第八項で、連邦議会は、「著作者及び発明者に、それぞれの著作及び発明に対する排他的権利を、一定の期間保障することによって、科学及び有用な芸術の発展を促進する」権能を有するとさだめ、著作権、特許権を排他的権利として設定することを議会に許容していることから、法律による著作権という財産権の制限が憲法理論の対象となる。⁽⁴⁾我が国においても、憲法学者が財産権としての著作権の位置づけと憲法二九条、著作権と表現の自由について、より積極的な議論を展開することが望まれる。

精神的自由権の典型であるとされる表現の自由にかかる表現の主体のあり様については、今日必ずしも一様ではない。一方において、十分な表現の場を持たない私人があるのに比して、強大な表現の場を提供し、自らも表現する主体であるテレビ局などのマスメディアが存在する。マスメディアは、表現の場を提供するという限りでは、表現の自由を保障する仕組みとしての役割を果たすが、他方において表現の場を事実上独占することにより、いわば表現の特権を享受することを通じて、巨額の利益を上げてきた経済的主体でもある。これらマスメディアは「情報」

でビジネスを行う経済的主体としての側面を持つものであり、その限りで「物」でビジネスを行うメーカー等と対比して、別異に取り扱う合理性は必ずしもないということができよう。

以上述べてきたように、情報にかかる経済的活動について「物」に比べて規律を控えることを必要とする二重の基準の理論は、「情報」が「物」に比肩して社会的な関係に主たる地位・役割を占めるようになった今日、その役割の修正を求められているとすることができる。「情報」にかかる私人の活動を全て精神的自由にかかるとして保護の対象とするのではなく、特別の庇護が必要な精神的自由の範囲をより厳密に狭く特定するべきであろう。これに比し「情報」にかかるマスメディア等による営利的な活動は、二重の基準との関係では、経済的自由に属するものとして、その財としての保護を、「物」にかかる営利的な活動と同列に扱うようにすべきであろう。⁽⁵⁾⁽⁶⁾ ちなみに、憲法学者の中には、表現内容にかかる規制と区別して表現中立的な規制については合憲制の判断の基準が異なるとする説を取ったり、広告については別異に扱うという説があるのも、表現の自由の法理の一律的適用に修正が必要であるということが背景にあるのであると推察する。⁽⁷⁾⁽⁸⁾

論者は憲法学者ではないので、表現の自由と二重の基準の理論については、以上の論述に留める。ちなみに、著作権の制限に関して後述するように、今日、著作権・著作者人格権という私法上の権利と、著作物の内容である情報にかかる表現の自由との間に法益均衡の問題が生じている。表現の自由の（絶対的保護の）理論はその意味でも再検討を迫られているということができよう。

二、基本的人権と私人間保障—マスメディアの場合

基本的人権は、公権力による規制から国民を守るものであり、私人間には原則として適用されない。私人間はその等な関係であるから、そこで自らの人権を守るのは自らの役割であり、過剰な保護はすべきでないといわれる。言い換えれば、財の取引を巡って、市場が構築される私的自治の社会では、個々人は自ら守るべきであり、合意の上で自らの人権的な利益を放棄することも可能である。判断を誤って、財産を失ったとしても、それは個人の責任であり、自らその責を負うべきであるからである。

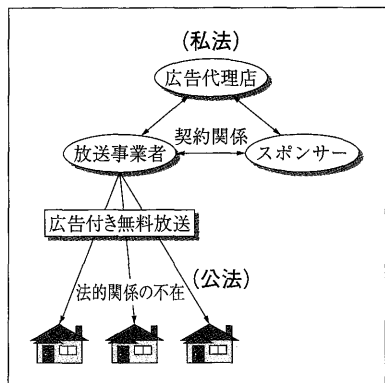
このような意味で、対等当事者関係という建前が実際には維持しえない、企業と従業員の関係などについて、基本的人権の規定が適用されるか否かが、基本的人権の私人間での効力の問題として憲法で論じられてきた。三菱樹脂事件において最高裁は人権規定の直接適用を否定し、それは民法の不法行為規定などを通じて間接的に適用されるものであるとしているが、最近、憲法学では再度私人間の効力論が肯定説、否定説それぞれ活発に論じられている⁽⁹⁾⁽¹⁰⁾。以下では、基本的人権と私人間の効力一般を論ずるつもりはないが、情報に係る私人間の関係における基本的人権規定の効力について論じる。

「情報」にかかる基本的人権規定の私人間効力問題としては、マスメディアたる放送事業者と私人との関係を挙げることができる。すでに述べたように、表現の自由は、表現に対する国による規制を抑止・排除することにかかる法理である。放送事業者は放送という情報提供の場を事実上独占し、いわば第四の権力ともいえるべき存在である⁽¹¹⁾ものの、視聴者である私人との関係では、それ自体は民と民との間の関係であるということから、表現の自由という基本的人権には直接かかわらないものと捉えられてきた。また、国家権力が、マスメディアによる視聴者の人格権

等の人権侵害を理由に、マスメディアの表現に規制を加えようとする、それはマスメディアの表現の自由の国家権力による制限であるとして批判される。それゆえ、皮肉なことであるが、表現の自由の法理は、マスメディアによる私人の人権侵害の可能性を結果として維持し、保護する機能を果たしてきたということは否めない。⁽¹²⁾

(法的関係の不在)

人権規定の私人間の効力が論じられてきた企業と従業員の間関係は、企業に入社することによりその部分規律に服するという、労働者側の同意があると見なされている。また、三菱樹脂事件等では、企業に対する労働法・民法の規律が憲法代替的な役割を果たしていることが、間接適用説の前提となっていると見られる。これに対し、放送事業者と利用者の間には法的関係、事前の同意はそれ自体としては存在しない場合が少なからずある。受信料契約を結ぶNHKの場合、有料放送契約を結ぶテレビ局の場合には、なるほど契約関係が成立している。しかしながら、今なお多くの民間放送事業者は、地上放送のみならず衛星放送においても、広告を取入源として無料で放送番組を視聴者に対し提供している。そこにおいては、法的関係はテレビ局とスポンサーとの間に、広告を巡る取引(スポット広告の提供)として成立している。⁽¹³⁾これに対し、タイム広告の形で番組を提供する契約がなされる場合、広告に随伴して流される無料番組とその番組を見ようと群がる視聴者との間には契約ないしそれに準じた法的関係は存しない。それ故、無料広告放送の場合、放送局と



視聴者との関係は、製品やサービスの提供者と、それを購入し、利用する者との間の関係、後者を消費者とする消費者契約関係とは捉えられてこなかった。⁽¹⁴⁾

我国においては、マスメディアと視聴者の関係で、労基法や消費者契約法のように視聴者の権利を保護するための法律もそれ自体としては存在しない。我国の新聞の場合、戦前の新聞紙法による統制を廃止したこともあって、その購読者との関係を律する法規範は一切ない。さらに、放送法も元来は公共放送であるNHKに関する法律であって、民間放送事業者に対する規律は部分的なものに留まってきた。⁽¹⁵⁾

したがって、マスメディアによる特定の者への非難的言辞は、事前の同意なしに一方的になされるものであり、企業と従業員の関係のような部分的規律ではないし、(人権規定の)間接適用と見なしうる法律の規定も必ずしも存在しない。その意味で、マスメディアと視聴者との関係は、人権の私人間での保障を図るべき必要性が、企業と労働者の関係よりもより強いと見ることができる。

翻って見ると、製造物責任法によって、物理空間での有体物である製品の品質については、例えば、製造者と最終消費者との間に契約関係が存在していなくても、メーカーが無過失責任を負うことになっている。これを鑑みると、表現の自由を理由として、情報コンテンツを(無料であるにせよ)視聴者に届ける放送事業者が、視聴者≠私人に對しその品質責任を法的には負わないという仕組みは、放送が与える影響力を考慮すると見直しをすることが必要であると考ええる。

個人情報、当該個人による物理的空間における実効的支配を離れて、本人の与り知らないところで、情報空間上等で営利的に利用されるリスクが増大していることから、個人情報への支配権を再回復すべく個人情報保護法が制定されてすでに一〇年近くの歳月が流れている。しかしながら、個人情報を大量に取り扱う個人情報取扱事業者

であるマスメディアは、法五〇条により取扱事業者に関する法規制を包括的に適用除外されている。確かに、個人情報保護法を厳格に適用すると、個人情報の公表を主たる業務の一つとするマスメディアの業務が成り立たなくなる可能性がある。しかしながら、第四の権力である対マスメディアとの関係では、個々の個人はその個人情報を保護する法的仕組みを一切持たないということもまた事実である。そのことは、国家権力に対しては、行政機関等の保有する個人情報の保護に関する法律により、基本法と比べてより厳重な網が被せられていることと余りに対照的である。

(規律の在り方―既存国家権力以外によるコントロール)

メディアと私人との関係に基本的人権規定を直接もしくは間接適用すべきであるという私見は、メディアに対し基本的人権遵守を図るために司法権以外の国家権力が介入してもいいということ、特に放送などメディア事業を所管する官庁が、事業規制のために規制することを許容するというものではない。

仮に既存の国家権力に規制権限を委ねれば、いわば第四の権力であるマスメディアを新たな権力者・対抗馬として、自らの権力維持のために抑制する方向に進みかねない。したがって、マスメディアに対する私人の人権保障は、―反論権、訂正権、自己情報コントロール権のような形で、視聴者が直接マスメディアに対し、実効的な権利を保有すること。その権利の実効化のために、司法権が関与すること

―既存国家権力から相対的に独立した機関であって、かつマスメディアからも独立した機関が、マスメディアに対し他律的な規制を及ぼすこと

等により差し当りなされるべきである。

視聴者により行使しうる権利として、放送法が明示的に認めているのは訂正権のみである(放送法九条)。放送事業者に対し、視聴者からの権利主張を認める法理としての「反論権」は、元来公共放送が中心であったヨーロッパの法制で認められてきた権利であり、マスメディアで批判、攻撃された者にその同一のマスメディアで反論する場を与えるとするものである。このような反論権、マスメディアへのアクセス権については、我国では表現の自由を委縮するものであるとして、否定的に捉えられる傾向がある。しかしながら、マスメディアの表現の自由を無制限に展開させるために、弱者である視聴者の権利を制限してもいいということになるものではない。⁽¹⁶⁾

ちなみに、政府は、新たな人権救済機関として「人権委員会」を法務省の外局として設置し、三条委員会として独立性を持たせ、人権侵害事案の解決を目指す法案を閣議決定する方針を二〇一二年九月に決めたという。しかしながら、同法案においても、マスメディアによる人権侵害を特に救済対象とすることは想定されていないようである。

放送法は放送事業者ごとに番組審議会を設け、放送事業者が番組内容の自律的コントロールを十全に果たし得るように、外部の有識者の意見を取り入れることとしている。また、低俗番組・やらせ番組等の批判を受けて、放送事業者は、共同で放送倫理番組向上機構(BPO Broadcasting Ethics & Program Improvement Organization)を設立して、番組の質管理のための仕組みを設けている。BPOに属する放送人権委員会では、放送によって名誉やプライバシーなどの人権を侵害された者からの申立てを受け付け、審理している。しかしながら、BPOによる意見はあくまで勧告的な性質を持つに過ぎず、課徴金、業務停止などの実効的統制権限を有するものではなく、放送事業者に対し実効的コントロールを加えるものとはなっていない。また、BPOのメンバーは、実質的に裁判官類似の役割を果たすものであるから、そのメンバーの選任権を放送事業者に委ねるべきではなく、放送事業者に批判

的な意見を有する視聴者の声が実効的に反映することを可能とするような人選手続とすることも必要である。

メディア関係者は、ジャーナリストの自律的コントロールの原則を保持することの必要性を強調する。しかしながら、自律的コントロールは、そのコントロールの当事者が互いに相互監視しつつ協調可能な部分社会を構成し(集落共同体やギルドなど)、外部に対しては強い権力を行使するものではない場合についてののみ有効な方策である。マスメディアのように事実上の強大な影響力を外部に対し及ぼす集団が、自律を行うといっても限界があることは、視聴率競争の前に番組の質の維持が困難である現状が如実に示している。

第四の権力であるマスメディアの中核をなす放送事業による濫用的権力行使を抑止することを役割とするBPO(もしくはその後継的組織⁽¹⁷⁾)が、一九世紀における大陸諸国での執行権に対するコントロールの司法化(＝行政法の誕生)と同じように、二一世紀を通してその自律的コントロールとしての限界を突破し、次第に司法化して、マスメディアに対し他律的コントロールを及ぼし、私人の権利擁護の仕組みとして実効化していくことを望みたい。

三、プロバイダ責任制限法―通信事業者の場合

情報にかかる私人間の関係として、マスメディアに比して、より問題が複雑であるのが、ネットワークプロバイダと利用者の関係である。一対Nの関係にあるマスメディアにおいては、発信者が特定されており、人権侵害的な番組が流されればその発信者が責任を負うのみである。これに対して、双方向である通信ネットワークでは、

―発信者が多様であるから、コントロールするのが困難である。

―メディアの場合には、番組内容は白日の下に晒されるが、通信の場合には通信の秘密の法理により、発信者・

発信内容などは秘匿が原則であり、国家権力その他第三者がそれを知得することは許されない。

こうしたことから、ネットワーク上で違法・有害な情報が匿名で飛び交い、「炎上」「まつり」など個人がいわれのない攻撃の集中砲火を浴びる可能性があるのは、周知のところである。

元来、通信は一对一の関係における「私信」の交換であり(私信であるという点で、郵便の信書と共通である)、その関係はまさに私的な領域に属するものであった。通信事業者と利用者たる私人の関係は、通信費用の対価として通信サービスを受けるといふ契約関係に他ならない。然るに、通信技術の発達により、一对一からN対Nの関係になり、ホームページやブログに掲載された情報は数千、数万人の人が見ることができ、場合によっては画像が世界中に流布するようなこともある。そのため我国の通信法制において、「公然性を有する通信」という言葉が用いられることがある。

このように広い影響力を及ぼす公然性を有する通信において、違法もしくは有害な書き込みがなされ、それによって名誉・信用などを著しく傷つけられた者は、一对一の交渉では問題が解決しないので(特に相手方が匿名の場合)、通信サービスを提供しているプロバイダにその速やかなる削除を要求する。また、書き込みは匿名でなされることが多いことから、実名の開示(発信者情報の提供)をプロバイダに要求する。然しながら、通信サービスを提供しているプロバイダと書き込みを行った利用者との間は契約関係であり、その契約上の解約事由に該当しない限り、書き込みを削除することはできない。さりとて、削除要求をそのまま放置していると、請求した者から不法行為責任を追究される可能性もある。また、発信者情報の開示は通信の秘密に抵触する可能性があるので誘拐など重罪になる場合に限定されてきた。

(プロバイダ責任制限法)

このようにして、プロバイダは利用者との関係で、契約上の責任を負うに留まらず、ネットワーク上のトラブルについて、第三者的な立場で関与することを余儀なくされることになる。このような状況に対応するために制定されたのが、プロバイダ責任制限法と通称される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である。⁽¹⁸⁾この法律は、

—書き込みにより権利侵害をされたとして削除を要求された場合、プロバイダが権利を侵害する情報が流通していたと知らなかったか、もしくは情報の流通を知っていたが、他人の権利が侵害されたと認めるに足りる相当の理由がなかった場合には、削除をしなくても当該要求している者からの不法行為責任追及から免除される。

—削除等をした場合において、その情報が他人の権利が侵害されたと認めるに足りる相当の理由があったか、もしくは権利を侵害されたとする者からその理由を示して送信を停止するよう要求があり、情報発信者に送信停止の同意を求めた場合において七日以内に返答がなかった場合には、削除等を受けた者からの不法行為責任追及から免除される。

という形で、プロバイダが責任追及、不法行為責任を問われるのを免除・免責することを内容とする規定を含んでいる。

また、発信者情報についても、その情報の開示が求められたとき、

—侵害情報の流通によって当該開示の請求をする者の権利が侵害されたことが明らかであるとき、

—当該発信者情報が当該開示の請求をする者の損害賠償請求権の行使のために必要である場合その他発信者情報の開示を受けるべき正当な理由があるとき、

には、プロバイダ（特定電気通信役務提供者）は、発信者の意見を聞いたのち、発信者情報を提供することができるとされている。

（責任免除の性質、根拠）

二種の責任免除の規定、特に削除を行った場合の免責の規定は、契約当事者の双方の合意がない場合においても、一方当事者の判断により、契約内容を変更することを可能とする限りにおいて、私法原則に対する重大な例外となっている。それ故、法律により明示に根拠づけられた場合にのみ書き込みの削除を可能としたものであり、発信者の同意を求め、七日以内に返答がなかった場合という形で送信者側の利益を保護する仕組みを設けている。

プロバイダが提供している通信サービスは、通信を行うためのネットワークの提供であり、物理的空間でいえば道路・広場の提供に相当する。ネットワーク上の道路・広場の上に、不特定多数の利用者が様々な通信を互いに交換しているのと同じことができる。物理的空間においては、道路や広場は契約によって提供されているわけではなく、公共物として道路管理者・公園管理者である公共団体により設置管理されている。その利用関係は、道路法・都市公園法などの公物管理法により規律され、自由使用・許可使用・特許（占有）使用などの利用が保証されている。他面、他者の通行・利用等を阻害するような利用については、公物警察権もしくは一般警察権に基づき警察的規制の対象となる（尤も、警察的規制は常時監督する義務までは必ずしも負わないのはプロバイダと同じである）。また、安全でない管理がなされ、それによって損害を受けた場合には、営造物管理責任として国家賠償法により不法行為責任に相当する賠償責任を問われる。

公法学者から見れば、プロバイダの役割はこのような意味でネットワーク空間の提供であり、安全なかつ開かれ

たネットワーク空間を継続的に提供するというその役割は、利用者との個別の私的契約の積み重ねというよりは、道路・公園の提供などと同じく公益的、公共的なものであると見るのが自然である。道路・公園でわいせつ物が陳列されていたり、私人同士の限度を超えた喧嘩があれば警察による規制がなされるように、プロバイダが展開するネットワーク上でのわいせつコンテンツの提供、その他違法・有害な情報提供、他者に対する名誉毀損の書き込みなどについて、プロバイダはサイバーポリスのな役割を果たさざるを得ない。

プロバイダ責任制限法が定めるように、ネットワークの管理責任をプロバイダに課すためには、プロバイダがネットワークを広く管理し、違法・有害な通信を行っている者を発見した場合には、その者の同意を得ることなく(事前に約款で包括的同意を得ていたとしても、個別的な適用においては一方的・職権で)、違法・有害な通信を削除し、訂正をすることが出来なければならない。

このプロバイダによる一方的削除・訂正は、道路・公園における公物警察権に相当するものであり、公権力の行使と実質異なるところがない。道路は元来自由に通行できる場所であるが、公の秩序維持のため、運転免許が義務付けられたり、道路上に屋台を設置することが許可制になっていたりしている。プロバイダ責任制限法は、外形的には不法行為責任の免除の形をとっているが、実質的にはこの意味における公権力の行使権限をプロバイダに認める嚆矢的な規定とみるべきである。

道路などの公物それ自体に瑕疵がある場合のみならず、道路上に故障者が放置されている場合に、道路管理者はこれを速やかに除去する義務を負うが、プロバイダの管理責任はこの意味でのネットワーク上の危険物除去責任であると見ることもできる。公権力の場合、国家賠償法に基づく不法行為責任は、相手方との関係での約束条項違反を理由に賠償責任を負うことは原則としてなく、法律によって予め定められる行為規範に違反した場合に(違法な

場合) 賠償責任を負うわけであり、その限りで不法行為責任は客観化している。プロバイダ責任が法的な裏付け・限定を受けるということは、この意味での客観化へ向かうものであると見ることができないであろうか。

(解釈指針としてのガイドライン)

「他人の権利を侵害したと認めるに足る相当な理由」というプロバイダ責任制限法の規定・要件の解釈については、個々のプロバイダの判断によることなく、関係団体が定めるガイドラインに準拠して判断することになる。この意味でのガイドラインとして、ネットワーク上での著作権侵害、商標権侵害にかかるガイドライン、名誉毀損・プライバシー侵害に係るガイドラインがそれぞれ定められている。

私法分野においては、法律の規定はあいまいな解釈をすることを避けるべきであり、判例により確定した解釈に拘束されて適用すべきとされる。それに比べ、ガイドラインは「ソフトロー」と呼ばれ、民法学においては「ハードロー」に代えて新たに用いられる手法であるとされている。

しかしながら公法学においては、法律の規定は必ずしもハードローではなく、しばしば行政機関に裁量的な判断を委ねるソフトローである。そして行政指導指針、審査基準、処分基準など、ガイドラインを用いるのは行政手法の常とう手段である。

法律に基づき、監督行政庁によって行われる事業規制は元来ガイドラインである。民間分野における営業を、すべて一律の計画的規制で行うのではなく、私人間の自由な発意による活動を優先し、それが一定の枠をはみ出してしまふ場合に、全体のルールを守るために規制を行うというのが営業規制の元来の在り方であった。

また、この場合の規制の基準としては、行政機関が一方的に定めるのではなく、民間事業者の現状を勘案して示

す場合が多く、時としては民間の事業者団体が定めた自主基準をそのまま承認・認可する形で規制基準を定めることもある。⁽²⁰⁾

このような意味で、プロバイダ責任制限法のガイドラインによる運用は行政による事業規制に次第に近寄って行くように見える。

注

- (1) 芦部信喜 「憲法訴訟と『二重の基準』の理論」田中古稀・公法の理論 下― 一五三―頁。松井茂記 「二重の基準論」一九九四年 有斐閣ほか。
- (2) 通信の秘密にかかる通信の傍受について、最近ではイギリス等で政治問題化しているが、そのことは公的機関による傍受が従前から行われており、それが一定の範囲では適法として認められてきたことを意味する。
- (3) メディアと著作権の問題を取り扱っている憲法学者の記述としては、松井茂記「マスメディア法」四版 二〇〇八年 日本評論社 二九六頁。
- (4) アメリカにおける著作権と憲法理論との関係については、大日方信春「著作権と憲法理論」二〇一一年 信山社を参照。
- (5) マスメディア、特にテレビ放送の場合、報道番組は前者に属しているとしても、芸能・娯楽番組については表現の自由で保護するに値しないといって過言ではないであろう。ただし、テレビ局は総合放送として両者を合わせ放送し、また、報道特別番組などという形式で、両者の違いを不鮮明にしている。
- (6) マスメディアの場合、その営利的活動についての独禁法などの経済的規制を表現の自由擁護の美名の下に排斥する傾向にある。
- (7) 広告等営利的表現については、緩和された基準を適用すべきものとする説について、松井「営利的表現と政治的表現」法学教室 一一三号(一九九〇年)を参照。
- (8) 区分論については、松井「マスメディア法入門」第四版 日本評論社 二〇〇八年 二〇六頁以下を参照。なお、区分

- 論に拠らず一元論を取る立場から区分論を詳論するものとして、市川「表現の自由の法理」日本評論社 二〇〇三年。
- (9) 最大判昭和四八年二月二日民集七卷一―号一五三六頁。
- (10) 私人間の効力に関する最近の論者としては、三並敏克「私人間における人権保障の理論」法律文化社 二〇〇五年、君塚正臣「憲法の私人間効力論」悠々社 二〇〇八年 ほか。
- (11) その権力は国家権力に比肩するとも見ることができ。物理的空間において、国家が警察権力などの強制装置を独占する形でその権力性を保持しているのに対し、マスメディアは周波数を通して流れるコンテンツにかかる編集権により、放送内容を事実上決定する権力を行使し、時として特定の者に対する言葉と映像による攻撃をしうる形でその事実上の権力性を保持しているといえることができる。
- (12) 松本サリン事件における河野さんにかかる報道がその典型であるが、犯罪被疑者の実名報道など制裁的な色彩を持つ報道において、制裁すべきか否かの判断をマスメディアが一方的に行っている場合が多いことは否定できない。
- (13) NHKの場合には、放送法により受信契約の強制がなされている点で、民間放送事業者とは異なる(放送法六四条)。放送法により、受信者はテレビ受像機を購入すれば受信料を支払って番組を見ることを義務づけられるのであり、そこには公法上の契約関係が成立している。放送法は、NHKが番組規律を守ることが、自己規律としてではなく、法律を通して担保しているのと見ることが出来る。
- (14) 確かに有料番組であれば、料金を支払う視聴者と番組提供者との関係は消費者関係であると見ることが出来るが、今日なお大部分が広告収入に依拠する無料番組においては、放送事業者は一般公衆の誰がそれぞれの番組を視聴しているか不知であり、それもあって視聴者を「消費者」と捉えてこなかったのである。
- (15) 番組準則に関する規律が従来、放送法によってではなく、周波数免許にかかる電波法の関連省令(いわゆる放送局免許に関する根本基準)によつてきたことが、そのことを端的に示している。新放送法は、民間放送事業者の主たる事業者を「基幹放送事業者」として直接的に規律対象としているが、実質的な規制の濃度は従来(の)仕組みと殆ど変ることはない。
- (16) 松井茂記 「マスメディア法入門」前掲 三三七頁。
- (17) 行政法学者として、行政の権力行政規制のあり方について研究してきた筆者としてみると、これらマスメディアによる人権侵害についての議論は、フランスにおける(物理的空間での)行政権力に対する法規制の歴史を想起させる。フラン

ス革命によって、バルルマンの現状維持的な法解釈から解き放たれた執行権は、当初はいかなる裁判的コントロールにも服しなかった。しかしながら、地方レベルでの恣意的権力行使が目には余るようになり、これを抑止するために、国家評議会 (Conseil d'Etat) による統制の仕組みが設けられた。この仕組みは、「国家評議会」という名称が示すように、本来は執行権自体による自己規律的なものであったが、一九世紀を通じて徐々に司法化し、今日ではコンセイユ・デタを頂点とする三審制の行政裁判所制度が完成している。

(18) プロバイダ責任制限法については、「プロバイダ責任制限法 実務と理論」別冊NBL 一四一号 商事法務 二〇一二

年、「プロバイダ責任制限法——逐条解説とガイドライン」第一法規 二〇〇二年ほかを参照。

(19) 最判昭和五〇年七月二五日 判例時報七九一号二二頁。

(20) 建築基準法七三条による建築協定の認可。