

科学研究費助成事業（科学研究費補助金）研究成果報告書

平成24年 6月 5日現在

機関番号：13901

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2010～2011

課題番号：22730018

研究課題名（和文）

最適で開かれた公的規制の法構造—放送法制を素材として

研究課題名（英文）

Legal Structure of the Optimal and Opened Regulation: Focusing on Law of Broadcasting

研究代表者

稲葉 一将 (INABA Kazumasa)

名古屋大学・法学研究科・教授

研究者番号：50334991

研究成果の概要（和文）：公的規制は、過剰規制でも過少規制でもない最適性が追求され、また最適性が追求されていることが外部に向けて公開されるようになってきている。本研究は、これらの特徴についての、批判的という意味での正確な考察をなすために、これらの特徴を強いるものとしての構造を分析しようと試みたものであった。東西冷戦終結後の時代区分においては、政治体制の別にかかわらず、グローバル資本主義の展開と市場秩序の維持のための規制が必要であるが、この規制はリベラル民主主義と矛盾するものではない。それゆえに、過剰規制ではない最適規制でなければならないし、信頼を得るための国民に開かれた規制でなければならないのである。本研究では、規範の内面化までの過程における自己による自動的な規制装置の開発が国境を越え普遍的に試みられるようになってきているところまでを明らかにすることができた。しかし、この構造に対する諸主体の相互関係性の多様性と差異については、十分に論じられなかった。なお、本研究は、以上に述べた諸問題が表現していたと考えられるという理由により、放送法制に即して行われたものである。

研究成果の概要（英文）：We can see several experiments of the public regulations reform after post Cold War era; enhancement of optimality has been pursued and this trial itself has been opened toward the public. In order to try a critical study and an exact understanding of problems which should be solved, I tried to analyze the structure that was formed outside of legal reforms and that forced these reforms to have some features. I could find the structure that forced states and societies to make and improve regulation for the purpose of ordering global capitalism and to protect liberal democracy. In the structure we have been tried to make the equipment that has the feature as the automatic regulation by self and the process to internalization of regulatory norms. We can see these characteristics not only in Japan but also in several countries because these are characteristics that cross the border and are tried globally. I could find the problem noted above, but I need to discuss on the diversity and the difference of interactivities among the actors in the structure. This is a micro level analysis, but I couldn't discuss fully micro level problems. Finally I need to note here that this research was one focusing on law of broadcasting because problems noted above seemed to be represented on law of broadcasting.

交付決定額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2010年度	500,000	150,000	650,000
2011年度	600,000	180,000	780,000
総計	1,100,000	330,000	1,430,000

研究分野：法学

科研費の分科・細目：公法学

キーワード：行政法、放送法制、公的規制、最適性、公開性、自動性、関係構造、グローバル資本主義

1. 研究開始当初の背景

(1) わが国の行政法は、行政の組織と作用とを法によって規定するものであって、とりわけ行政作用の限界づけをその中心的な課題としていた。この意味では、この行政法は自由主義的な性格を有していたものであったし、強大な行政権を前提とするものであったという意味ではエディプスコンプレックスの性格を有していたといっても差し支えないものであろう。しかし、東西冷戦終結後の時代区分においては、いわゆる経済のグローバル化によって、これに適合的な国家行政が形成されるようになった。つまり、エディプス自体の解体が生じたのであった。

市場秩序を維持する目的で、多様な事業者の市場参入が国民生活にもたらす弊害の防止、種々の民間化ののちに公的機能を担う私人に対する監督、あるいは科学技術の進歩による種々のリスクの拡大への対処が必要であり、国家行政による規制権限の適切な行使も要請されるようになった。もちろん、この要請が、資本主義とリベラルな民主主義とを前提とする社会における要請であることは、アメリカの論者の主張を参照すれば分かることである（その背景については、例えば、CASS R. SUNSTEIN, WORST-CASE SCENARIOS (2007).を参照。）。

(2) この時代区分における行政法の課題の一つは、上記の制約においてはああるが、行政が積極的に規制権限を行使すべき場合があるとすると、規制権限の過剰な行使や濫用を防止するための法的仕組みの構築である。

上記のような課題を特定の行政領域に即して検討するというアプローチがありうる。本研究が参考にした領域は放送法領域であった。すなわち、放送法領域においては、放送事業者に対する処分が電波管理を目的内容とする電波法に規定されており、また無線局の運用停止および免許の取消という不利益の程度が重大であるから、番組編集準則などの放送法の規定に放送事業者が違反した場合には、電波法上の処分ではなく、法律に根拠を有しない行政指導が行われてきたが、むしろ、放送倫理・番組向上機構（BPO）が「放送倫理検証委員会」を設けているように、国家的規制の余地を否定してこれに代替しうる非法的かつ非国家的な規制が行われるようになってきている。規制権限の強化の必要と自由の保護とのいわば弁証法的な問題対処が試みられている。放送法領域は、この

ような特徴がよく現れる行政領域である。

しかしながら、受信者一般や番組制作者に開かれていて信頼が得られなければ、放送業界規制は、行政と事業者との間の不透明な規制に終わる可能性を否定できない。そこで、過剰過少のいずれでもなく最適であって、かつ、開かれていることを特徴とする法制度の形成が課題となる。

(3) 上記のように、グローバル資本主義の展開は、この秩序を維持するための規制を必要としているが、しかし、この規制は、自由主義的な性格を有するものである。したがって、規制は過剰規制であってはならないし、国民に開かれていなければならない。このような構造を論じてみたい、という背景があつて、本研究を開始したのである。

2. 研究の目的

本研究は、行政法あるいは公法一般レベルでの最適性と公開性の研究を意図していたが、2年の研究期間においては、放送法領域を対象を絞り込むべきであると考えた。そして、最適性や公開性の追求という現象形態のみならず、現象形態の反復の基本に立ち戻るような考察、つまり法制度の外側において形成されており、かつ、法制度を規定するような構造の分析を試みる必要があると考えた。本研究の目的は、この構造を明らかにすることであった。放送法は、規制権限の行使が要請される場合でも表現の自由の保障が強く要請される法領域であるから、問題が顕在する。したがって、上記の構造の解明にとって、放送法領域は適した行政領域であると考えたのである。

本研究において放送法の特殊性が表現することは当然である。しかし、特殊性を強調する意図が本研究にはない。

3. 研究の方法

上記の目的を実現するために、本研究は、以下のような方法を用いたものであった。

(1) 実態調査

まず、理論的考察というよりも、むしろ日本国内において、BPOによる放送業界規制の現状などの実態の調査を企画した。なぜなら、日本はしばしば「日本モデル」などと称されることすらあるような、他国とは一見すると異なる実態がみられるからである。もちろん、本研究は、そのような理解をなすものではない。日本の特殊性を強調することは、問題の同一性あるいは基本的な問題を看過するこ

ととなるからである。

わが国における放送業界規制の現況については、BPOの実態を調査したいと考えた。研究代表者も執筆者の一人として参加した鈴木秀美他編『放送法を読みとく』（商事法務、2009年）には、民放連やBPOの職員も執筆しており、研究代表者とは友好的な関係にあると考えたからであった。

（2）他の社会との比較

次に、他国との比較を試みることにした。放送行政が行政指導によって番組編集準則の履行を促す、という従来の規制に代替するような、要件および効果が法的根拠を有する命令制度は、他国において一定の蓄積がある。例えばアメリカでは、わいせつ表現に対する制裁金の納付命令が連邦通信委員会から発せられているし、韓国においても放送通信委員会によって行政上の金銭的制裁が行われていると紹介されている。それらの制度および実態を調査することが不可欠であると考えたのである。

そのため、韓国の放送通信委員会の運用実態の調査については、韓国全南大学の咸仁善教授（行政法）の協力を求めた。同教授は、2007年に研究代表者を韓国に招待し、「日本における通信放送融合の現況と問題点」と題する講演の機会を与えるなど、かねて放送法研究において研究代表者とは友好的な関係を有する研究者であったから、である。

さらに、（1）および（2）のいずれについても、研究活動を進めるに当たって、憲法研究者の協力が不可欠であると考えた。そこで、研究会を開催して、成城大学の西土彰一郎准教授の協力を得ることとした。同氏は、ドイツを比較法とするメディア法とりわけ内部的自由論について出色の研究成果をあげている論者だからである。

4. 研究成果

本研究を行うことにより、以下に述べるような成果を得ることができた。

（1）最適で開かれた公的規制の法構造

冷戦終結後の時代区分においては、グローバル資本主義の展開とともに国内規制の同一化が進行することとなった。このことは、少なくともマクロレベルでは、自明のことといつてよい。そして、以下に述べるように、資本主義の展開とリベラル民主主義との同時進行においては、所有の偏在とアクセス保障という問題が繰り返されている。問題は、現象形態の多様性ではなく、同一問題の反復にこそあるのである。

例えば、通信の形態であっても放送と同一内容が送受信されているような放送と通信との境界線上の役務提供について、それが放送または通信のいずれであれ、規制の対象とすべき（すべきでない）行為を確定し、最適

な（optimal）規制内容を判断できる能力を有する機関が、ますます不可欠となっている。インターネット（the Internet）の存在において、ICANNやIETFなどの国際的な非政府組織が重要な役割を果たしているが、民主的正当（統）性（democratic legitimacy）や国内の行政組織との関係が問われていることなどは、最適な規制機関の在り方に関連する諸問題の一表現といえる。国内行政のみならず、規制（の形式および内容）とこれをなす機関とが、多様（diverse）かつ多重的（multiple）に存在するようになっていなければならない。従来とは全く異なる問題が生じているのか、それとも同一の問題が形を変えつつ反復しているのか、同一の問題という場合どこまで遡るのか、が問題である。アメリカのComcastの事例で問題となったネットワークの中立性（network neutrality）を侵害する行為やサーバー提供の拒否といった諸現象をみると、サスキア・サッセンが1990年代に述べていたような指摘を想起することができる。つまり、中心の欠如を意味するネットワークは、私人が管理する個々の通信網が合意によって接続されることで展開してきた経緯からすると、分権および公開をその属性としていたが、スピード、同時性および相互操作性という電子空間の特徴によって、集権および不平等が再生産されているのである。

科研費補助事業の一つとして、ヴァージニア大学のトーマス・ナックバーとは何度か意見交換を行った。彼は、アメリカ行政法の初期における鉄道料金規制の歴史にさかのぼりながら、インターネットが、誰もアクセスできる（nondiscriminatory access）公的ネットワークであるべきことを主張している。彼も述べるとおり、インターネットの中立性それ自体が問題ではなく、独占によって自由が制限されると公益の観念が生成し、私人の活動も規制されるべきこととなる、という反復にこそ、検討されるべき問題がある。

この反復は歴史をこえた構造のなかで繰り返されている。この構造は、放送であれ通信であれ、施設所有者が偏在しているからこそこの者に対する施設をもたない者によるアクセスが必要となる、という特徴を有している。したがって、放送事業者に対する規制の直接的な主体が、例えば日本国内における行政機関またはBPOのどちらであるのかは周辺的な問題であって、むしろ、放送の送り手と受け手とに分かれ、これらが対立する構造こそが考察のターゲットとされなければならない。

以上の結論が、本研究の一つの成果である。つまり、対立から互酬の関係へと転回し、さらには送り手と受け手という分裂さえもがなくなって、いずれ対立が発展的に解消され

るまでの間は、規制の主体や内容が多様多様に現象するのではなからうか。このようにして、同一の構造が形を変えて反復するのに対して、本来あるべき状態への回帰を要求する主体も登場し続ける限り、規制の最適性や公開性が問われるのである。しかし、これは永劫回帰的な問題ではないであろう。ここからの脱却こそが問われるべき重要な課題ではなからうか。

(2) 関係構造 (figuration) 論

本研究に従事して直面した問題は、異なる社会における現象形態の多様性の問題であった。これを単純な「あれかこれか」の問題として片付けることはできなかった。むしろ、法制度の外部にあって自動的な構造とこれと相互作用する主体との相互依存性の多様性として理解すべきではないかと考えるようになった。このような考え方に近いと研究代表者が思ったのは、社会現象を関係性で理解しようとした先人たちのいくつかの思考 (思想) であった。例えば、現象学的思考方法がその一つである。これらの先人の思考にふれてみて、研究代表者が最も参照したのは、ノルベルト・エリアスの思考であった。エリアスの著作は日本語で翻訳されており、彼の思考は邦語でも読むことができる。もちろん、ドイツ語で書かれた原著および英訳書も参照したが、邦訳書によると、エリアスの思考は次のようなものであった。

法制度が時空を超えて同じように機能するものでないことは、人間が相互依存的な存在であり、周囲の影響や変化に開かれていることを主張していたノルベルト・エリアスの、関係構造の概念を参照するとよりよく理解できる。エリアスは、「個人」と「社会」とを概念上区別し、これらが相互浸透するというような社会理論を批判して、これらの概念が「ばらばらに存在するふたつの対象に対してではなく、同じ人間の異なっているが不可分の局面に関係している」こと、個人も社会も「過程という性格を持っている」ことを強調していた人である。ノルベルト・エリアス (赤井慧爾他訳) 『文明化の過程 (上) —ヨーロッパ上流階層の風俗の変遷改装版』 (法政大学出版局、2010年) (原著は1969年) 11頁。そしてサッカーなどのプレイヤーの反応一つで敵味方を問わず他のプレイヤーの行動も変化するゲームを例に挙げながら、「相互関係の中での全行動によって形成する、変化する人間模様」のことである「関係構造」 (figuration) の概念を用いていたのであった。同 (徳安彰訳) 『社会学とは何か—関係構造・ネットワーク形成・権力』 (法政大学出版局、1994年) (原著は1970年) 156頁。

この関係構造論を参照しつつ、本研究では、前述した成教授とともに、韓国と日本との情

報通信法制の多様性を分析しようとした。放送と通信との融合現象に対する韓国と日本との両国の法制度には、共通点とともに差異がある。韓国は、政治主導で融合を推進するための法制度を整備しており、行政組織についても放通委という機関を大統領の下に置いており、さらに放送に対する受信者の苦情を契機とする政治的介入の危惧については放通委とは別の放審委という機関を設置し、これに放送番組等の審議に関する権限を授権しつつ限界づけるといういわば法化を選択している。

これに対して、日本は、ハードとソフトの分離を可能にするための放送法の改正が行われたが、これは現状を大きく変えるものではなく、とくに放送と通信との融合を推進するための行政組織改革は着手されなかった。放送に対する受信者の苦情は、行政機関ではなくBPOがこれを受け付けて放送業界規制を行っており、韓国とは異なり非合法化しているといえる。政治主導の情報通信戦略の有無やその強弱、放送受信者の利益実現を要求する主体の有無やその強弱が、それぞれの関係構造の形成に大きな影響を及ぼしているものと考えられる。

しかし、上記のような差異は、決して「あれかこれか」で理解されてはならないものである。むしろ、情報通信法制を規定する経済社会のグローバル化というマクロレベルでの展開に適応を試みるミクロレベルでの諸主体の関係性の差異として理解されるべきものである。異なる社会における法現象がそれぞれの社会の関係構造に依存しているのであれば、法治主義の貫徹という観点からあれかこれかの善し悪しを論じてみたところで、それが現実の次元で意味をもつことは期待できないからである。むしろそれぞれの関係構造において規制規範が規制を受ける側において内面化し、定着するまでの過程を対象として認識し、この過程が正当性を獲得できるようにするような法制度の整備が、つまりそのような課題の解消に向けて自国の関係構造の特徴にどれほど自覚的であり、適切な制度形成をなしているのか、これらの点について理論と実務は意識的な主体たりえているのかが、検討されてよい問題ではなからうか。

いくつかの差異があるものの、放送と通信との融合のような新たな情報通信技術の法制度上の位置付けが韓国と日本との共通課題となっていることに、これまでよりも注意が払われるべきであるように思われる。というのも、世界におけるアジアの地政学的な位置というような問題を自覚するのであれば、この地域であることによって規定された諸問題が何かを意識的に追求する必要があるからである。

(3) 今後の研究課題

最後に、本研究では十分に考察できず、今後に残された課題を確認しておきたい。上記の韓国と日本との関係構造の差異についての考察は端緒的なものにすぎない。構造のなかでの諸主体の関係の多様性は、さらなるミクロ分析を行わなければ明らかにならないものである。いうまでもなく、差異や関係構造の多様性これ自体は、これらが明らかになったとしてもさほど意味がないものである。しかし、差異をこえた同一の構造に対抗し、あるいは適応を試みている主体や主体間の関係性の差異は、これらが共有されれば、構造に規定された主体の再形成(reconfiguration)にとって、意味ある情報となりうるであろう。このような作業は、あたかも精神科医が臨床経験に基づく思考を公表することで、アイデンティティに苦しむ多くの主体の再形成に貢献しようとする試みと似たものであるように思われる(例えば、精神科医の津田均氏の近著である『統合失調症探究』(岩崎学術出版社、2011年)の副題は、『構造の中の主体性』である。)。このような観点からの、国境をこえた差異の調査分析作業は、まだ十分に行われていないものである。

なお、本研究の研究代表者は、2012年度から、科研費補助事業基盤研究(C)として、本研究をさらに発展させるために、「ネットワークとしての行政とその正当性」という題の研究活動を開始することとなった。一口で言って、この研究は、近代の自由主義的行政法の観念であった「正当性」が再び有効となりつつある、ただし、それは非国家主体の諸活動について、というものである。この意味での近代期におけるような自由主義的行政法が適用対象となるべき必要がある「行政」は、国家主体としてのそれではなく諸主体から構成される「ネットワーク」とでもいうべきものである。2年間の本研究の成果は、この基盤研究(C)の3年間の研究において、十分に活用されうるものであるし、また活用されるべきものでもある。

5. 主な発表論文等

(研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線)

[雑誌論文] (計2件)

(1) 咸仁善・稲葉一将「情報通信法制の韓日比較—放送法制形成過程の関係構造」名古屋大学法政論集 242号 145頁～181頁 (2011年) 査読無

(2) 稲葉一将「規制機関の在り方」法律時報 83巻 2号 97頁～100頁 (2011年) 査読無

6. 研究組織

(1) 研究代表者 稲葉 一将
(INABA Kazumasa)
名古屋大学・法学研究科・教授
研究者番号: 50334991

(2) 研究分担者
なし

(3) 連携研究者
なし