

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 19 日現在

機関番号：32630

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2012～2014

課題番号：24730026

研究課題名(和文) デジタル化時代におけるメディアの自由の再構成

研究課題名(英文) Rethinking about freedom of the media in digital-era

研究代表者

西土 彰一郎 (NISHIDO, Shoichiro)

成城大学・法学部・教授

研究者番号：30399018

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,300,000円

研究成果の概要(和文)：本研究の目的は、デジタル化時代におけるメディアの自由の意義を解明することにある。具体的には、第一に、内部的メディアの自由の概念を手がかりにしてマスメディアの自由の意義を再評価すること、第二に、いわゆるデジタル基本権の概念に注目して、インターネットにおける基本権保障のあり方を反省すること、である。

まず、基礎理論として、社会的認知論とデジタル認知論の関係を視野に入れた基本権理論を提示した。そのうえで、第一の研究について、社会的認知に反省を促す機能に定位した「内部的メディアの自由」論、第二の研究について、デジタル認知に同じく反省を促すメカニズムとしての「デジタル基本権」論を示した。

研究成果の概要(英文)：This study aims at examining the significance of freedom of the media in digital era. What matters is, in the first place, to reassess a meaning of the mass media by reference to the concept of internal freedom of the media (guarantee of the independence of journalists from media owners), and in the second place to consider how fundamental rights are guaranteed on internet through bringing the concept of "digital fundamental rights" (digitale Grundrechte) into focus. As grounded theory this study proposes such a theory that draws the attention to the societal and digital entity. On the basis of the theory this study comes to the first conclusion that the significance of internal freedom of the media consists in a special professional law for journalists which should trigger self-reflexive processes in media, and to the second conclusion that digital fundamental rights prove to be helpful in developing reflexive self-binding of the digital entity.

研究分野：憲法学

キーワード：内部的メディアの自由 国民の知る権利論 デジタル基本権 通信の秘密 情報自己決定権 社会的認知論 デジタル認知論 インターネット

1. 研究開始当初の背景

日本では、放送に対して、表現の自由の法理では一般に認められていない免許制、表現内容規制(番組編集準則)といった公的規制が課せられ、さらには日本放送協会(NHK)という特殊な放送組織も設営されている。本研究開始前の私の研究は、表現の自由およびマスメディアの自由の意義の再構成という問題意識に立って、放送法制、とりわけ日本の学説が曖昧にしてきたように思われる公共放送の憲法的評価に取り組むものであった。その際に、公共放送の根拠および活動範囲をめぐり、放送の自由の意義を基礎にして議論しているドイツ連邦憲法裁判所の判例および学説を参照するという比較法的手法を採用した。その成果として、表現の自由と「国家による自由」に力点をおくマスメディアの自由の区別の上立って、後者の核心を公共放送(公共メディア)であると論じた、西土彰一郎『放送の自由の基層』(信山社、2011年)を上梓することができた。

ただし、以上の研究は、以下の二点の課題を残すことになった。

(1) デジタル化時代における内部的自由の意義

拙著のなかで表現の自由とマスメディアの自由を区別した理由は、前者はとりわけ少数者による党派的言論を保障するのに対して(参照、毛利透『表現の自由』[岩波書店、2011年]45頁以下)後者は多様な情報の流れの保障という「公正」の観点から少数意見を取り上げることにより、少数者が公共空間へと参入する心理的負担を軽減する点にその根拠を見出すとの発想に立ってのことである。そうであるならば、自己の思想良心に反する意見であったとしても、それを上げることが求められる(広義の)ジャーナリストの機能条件を保障すべきマスメディアの自由、すなわち「内部的メディアの自由」を再評価する必要が出てくる。一般的に述べるならば、職能に照準を合わせた人権論の可能性を探求すべきことになる(なお、拙著でも「内部的メディアの自由」を公共メディアとならばマスメディアの自由の核心と指摘したが、綱領にとどまる)。

(2) デジタル基本権の可能性

他方で、放送特有の公的規制の正当化根拠の一つとして挙げられてきた放送の社会的影響力論も、インターネットの発達により説得力を失いつつある。逆に言えば、インターネットの社会的影響力が強まりつつある。しかしそれだけに、すでに日本でも紹介されているL.レッシングの議論でみられるように、「ゾーニング」と「フィルタリング」という二つの「コード」による規制というインターネットに特有の問題が焦点となりつつある。情報の自由な流れに対するこのようなイン

ターネットに固有の危険性に対処する、換言すれば、人間とコンピュータの間の新たなコミュニケーション形式に伴う不確実性を最小化するためには、「国家による自由」をも承認する新たな基本権(=デジタル基本権)理論の可能性を探求すべきであるように思われる。職能たる「人」に定位するマスメディアの自由に加えて、いわば「技術」の機能性に着目するデジタル基本権を複眼的に考察して初めて、社会全体における自由で多様な情報の流れが保障されると考えるからである。

2. 研究の目的

以上の問題意識のもと、本研究の目的は以下の三点を解明することにある。

第一に、内部的メディアの自由の構造を明らかにする。日本における議論を整理したうえで、ワイマール時代よりの伝統を有しているドイツでの内部的メディアの自由論を、憲法理論(とりわけ基本権理論)との運動性に留意しつつ分析する。この比較法研究を通じて、日本法で通用する内部的メディアの自由の構造モデルを提示する。

第二に、デジタル基本権の意義を明らかにする。ここでも比較法的手法を採用して、2008年のドイツ連邦憲法裁判所の判決により示された「情報技術システムの機能性と完結性の保障に向けられた基本権」、すなわちデジタル基本権の概念を、それをめぐる学説を含め分析することにより、その基礎にある基本権理論、インターネットに固有の危険性への対処などを明らかにする。そのうえで、インターネットにおける基本権保障のあり方について、通信の秘密といった既存の基本権とデジタル基本権の関係にも留意しつつ、一つのモデルを提示する。

第三に、職能に定位する内部的メディアの自由も、技術の機能性を規範目的とするデジタル基本権も、従来の人権論にある種のパラダイム転換を求めるものといえる。本研究では、近年、社会システム理論を基礎にしてドイツで主張されている「プロセス的基本権」理論等を参考にすることにより、内部的メディアの自由とデジタル基本権を統一的に基礎づけることのできる基本権理論の構築を試みる。

3. 研究の方法

研究方法は、第一に、文献収集・読解というオーソドックスな手法をとった。それにより分析軸を整理したうえで、第二に、研究会等で研究報告を行うことにより、問題意識を深め、反省する機会を持つよう努めた。実際に、2011年10月から開始した内部的メディアの自由の分析を目的とする研究会(代表者は花田達朗・早稲田大学教授)ドイツ連邦憲法裁判所の判例の分析を目的とする「ドイ

ツ憲法判例研究会」(代表者は鈴木秀美・慶應義塾大学教授)等で報告することができた。第三に、本研究は、主としてドイツとの比較法的手法を採用したため、ドイツの研究協力者の許を訪ねて、インタビューを行った。とりわけ、内部的メディアの自由論の第一人者であり、デジタル基本権を提示した2008年のドイツ連邦憲法裁判所の判決で主導的な役割を果たしたホフマン＝リーム教授にインタビューをすることができたのは、本研究の進捗に大いに役立った。

4. 研究成果

(1) 基礎理論

まず、第一の研究目的である内部的メディアの自由の意義の解明、第二の研究目的であるデジタル基本権の可能性の分析、両者に共通する基礎理論として、社会認知論の観点から再構成した以下のような基本権理論を、シャントル・ムフ、ウィリアム・E・コノリーといった政治哲学者の議論をも参照にすることにより、補強することができた。

この、いわゆる認知的基本権理論は、個別具体的な規範目的を含まない「消極的」自由の意義は、社会の共有信念の形成を可能にする点にあることに注目する。個人がそれぞれ自由を行使することにより、外的利害状況を共鳴板としながら、彼らなりの「自由の構想」の擦り合わせが行われる。それを通して自由のあり方についての社会の共有信念(コンベンション)が形成、集約される。個人はその実現に向けて行動するよう仕向けられ、その結果として自生的な社会秩序(ルール)が顕在化する。このルールを踏まえて各人がさらに具体的な行為を実践し、社会の消極的、積極的外部効果が顕れる一方、各人はそれを反省、学習することにより社会秩序に対し再帰的に影響を及ぼすことができる。

消極的自由権は、以上のように、状態の保障と行為の自由の二局面から順次構成されるメカニズムを介することにより、社会の自己組織化、秩序形成に奉仕するといえよう。しかし、共有信念ひいては社会秩序の質を保証するのは、あくまで個人の自由(=行為)の実践である。

自由の構想は、その共有信念の枠組みに対応して、生活・社会関係ごとに信教の自由、学問の自由、芸術の自由、経済的自由などの保障として具体化する。そこでは、当該生活・社会関係の自己規律のルールそれ自体の保障(秩序構造規範としての人権規範)とこのルールの枠組みを提供する行為の自由の保障(構造規範としての人権規範)が問題となる。それらの実現のため、一方で生活・社会関係相互の自律の確保が要請される。そこから防御権的作用を導き出すことができる。他方で、生活・社会関係内部での各人の自由の機会にかかわる歪みの是正も求められる。この観点に立つて、

防御権的作用を超えた給付請求権、組織・手続的要請といったいわゆる客観法的作用を根拠づけることができる。

以上の研究成果は、本研究開始前から構想をあたためてきたものであり、「プロセスの基本権」理論を完全に展開するものとはいえない。ただ、「プロセスの基本権理論」を提唱しているドイツの憲法研究者の著作を共訳するなかで、法理論全体の広い視野のもと、問題意識を深めることができた。この翻訳書は、共訳者の指導をいただいて上梓することができたので(トーマス・ヴェスティング『法理論の再興』)これを契機として、自分なりの基本権理論の構築を目指したいと思う。

(2) 内部的メディアの自由

以上の基礎理論を踏まえて、内部的メディアの自由について検討を加えた。

まず、表現の自由は、少数者の異議申し立てによる社会の自己組織化という客観的な秩序形成の観点から機能化すべきであることを主張した。しかし、少数者による表現の自由の行使(=異議申し立て)だけでは、共有信念の形成、修正へと結実する蓋然性を担保できない。そこで、社会全体の共有信念の形成、修正メカニズムの保障という消極的自由権の規範目的から、ヘゲモニーの実践と対抗ヘゲモニーの実践の間の敵対(友敵)関係を闘技(アゴーン)的な対抗関係へと昇華させる機制を積極的な法制度により保障する委託を導き出したうえで、ジャーナリストの自由は、この「法制度保障」の文脈で把握できると論じた。すなわち、「異議申し立て」行為の保障だけでは社会全体の共有信念の形成・修正メカニズムが十分に実現されないのであれば、この客観的メカニズムに寄与する独自の論理を有する「主体」に対して、市民(とくに少数者)が、この論理の展開を期待していることを保障する必要がある。ここではわけても、意見を公正に取り上げる、したがって少数意見に力点を置いて「語る」職能(=ジャーナリスト)に対する社会的期待を積極的な法制度により保障しなければならない。国民の知る権利論は、この社会的期待の保護の文脈でとらえ直すことができるように思われる。

マスメディアの自由を「国民の知る権利」論により基礎づけるとき、それは、以上のようなジャーナリストに対する社会的期待の実現を含意している。ただし、内部的メディアの自由の位置価を分析するうえで見落とすことができないのは、調整原理としての統制権(編集の権限)の存在である。

国民の知る権利の実現にあたり、各ジャーナリストにより「公正」の観念は異なる。この多様性が、創造性を保障する一方、情報媒体を利用するためには(=アクセス)調整が必要となる。この調整の役割は、経営側にあると考えられる。その理由は、次

の二点に求められる。第一に、経営側が、情報媒体を設置・運営し、対外的な責任を負っているからである。第二に、経営側は、市場に参加することにより、多様な欲求を観察することができるからである。それを通して、実際に読者や視聴者に受け入れられるような番組や紙面を効果的に伝達できる。したがって、以上の調整プロセスに市場の刺戟を与えることは、それ相応に評価できる。

しかしその反面、こうした欲求は「価格」という単純化されたメディアにより観察されるため、そこから抜け落ちた(少数者の)欲求をマスメディアは拾い上げる必要がある。ジャーナリズムの論理は、経営側に対して、とりわけ少数意見を取り上げているのか反省の機会を与える機能を担う。

マスメディアの自由は、以上のようにそれぞれ固有の「はたらき」を有する、市場の論理とジャーナリズムの論理の機能連関の保障として把握されうる。このなかで、少数者の社会的期待(=国民の知る権利)を直接に担っているジャーナリストが経営側の編集の権限にアクセスできるという連関の保障が、内部的メディアの自由である。その具体的な形態として、第一に、「編集の権限への参加型」がある。「公正」をめぐる経営側とジャーナリスト側が協議、反省する場を設定し(編集代表者会など)市場の論理の過剰な刺戟を防ぐとともに、ジャーナリズムの論理どうしの衝突の反省にも寄与する。第二に、一般的な編集方針決定権は経営者・管理者に、細部方針決定権は編集者にあるとの分業体制、そして良心条項に代表される、「編集の権限の分離型」が考えられる。

以上の理念型を提示したうえで、内部的メディアの自由の可能性を探求する目的から、いわゆるNHK番組期待権事件をめぐる裁判例の分析を行い、次のような示唆を得た。すなわち、表現の自由を行使している「少数者」(=取材協力者)と番組制作者のコミュニケーション過程の機能連関をふまえて、前者が後者の取材活動に「共同制作者」といえるほどコミットメントしているのであれば、取材協力者は、国民の知る権利の実現という社会的期待を担っている番組制作者を足場にして(=共同制作者として)局側の「編集権」にアクセスできる。局側に対する番組制作者の「期待」を、取材協力者も共有できるのであり、この事件で争われた「期待権」は、こうしたアクセス権あるいは内部的メディアの自由を内実とするものである。

また、内部的メディアの自由の実現の観点から、公共放送の財源をめぐる問題を、ドイツの議論を参考にしながら分析する論攷も発表した。このなかで、公共放送の本質をジャーナリズムの自律と社会へのその独自の再帰からなる特殊な作用構造に求め、

この構造に適した財源の候補として、受信料、世帯負担金、そして租税についてそれぞれ検討した。

(3) デジタル基本権

「内部的メディアの自由」論と同様、(1)で示した基礎理論を踏まえて、デジタル基本権について、検討を加えた。

まず、(1)の考察について、社会世界において行動する個人こそが常に、脱中心的な決定権の帰属に対する準拠点として機能してきたことに注目する自由主義的基本権理論を、共有信念の形成・反省プロセスの保障という社会的認知論の観点から再構成するものであると確認した。そのうえで、しかし、今日の社会は、このような社会的認知に基づく社会的関係のみならず、人間とコンピュータの間のハイブリッドな結合連関からも構成されていることを指摘した。この点を、デジタル基本権を導入した2008年の連邦憲法裁判所判決およびそれをめぐる学説を参照しつつ、次のような洞察に至った。

第一に、利用者は、主観的意図としては、行為の自由の実践としてコンピュータ(情報技術システム)を「道具」として扱うであろう。しかし、連邦憲法裁判所が指摘していたように、この利用行為とともに、情報技術システムは「自己の活動により数多くのさらなるデータ」を創出する。利用者情報技術システム間の動的で交互の運動、それによる二つの行為プログラムから一つの包括的な行為プログラムの構築により「ハイブリッドなもの」が生ずる。

第二に、このような「ハイブリッドなもの」が相互に接続することにより、メディア性を帯びることになる。例えば、「技術的メディア」としてのインターネットは、この文脈で把握されよう。インターネットは、コードによる制御を通して、さらに利用者の意識作用の発現する方法を共同主観化する(=デジタル認知)。そして、この「デジタル認知」が「社会的認知」に多様な作用を及ぼすことになる。

このように、デジタル認知は、個人利用者と情報技術システム間の動的で交互の運動、それによる二つの行為プログラムから一つの包括的な行為プログラムの構築、「ハイブリッドなもの」の相互接続という順に生ずる。基本権を認知理論により再構成する以上、こうしたデジタル認知の形成・反省プロセスの保障としても基本権を考察する必要がでてくる。この点に、デジタル基本権の意義がある。

以上の構造をふまえるならば、デジタル基本権の機能は、「ハイブリッドなもの」に即した側面と「メディア性」に沿った側面に分けることができる。前者に関しては、オンライン検索のように第三者による情報技術システムへの秘密裏の介入からの防衛

という防御権的作用を考えることができる。もっともこの作用は、情報自己決定権に収斂しうる。後者は、デジタル認知が社会的認知を枠づける可能性に着目する。この枠づけ作用（または物象化）は、デジタルデータの伝送プロセスの機能性から出てくる。したがって、ここでのデジタル基本権の意義は、前述した社会的認知の適正な自己組織化プロセスの保障のため（＝技術的メディアに対する「社会的期待」）、「ネットワークの技術的機能条件の安全性保障」という公共的機能へと指向する、インターネット（における「行為プログラム」、「デジタル認知」の形成）の反省プロセスを保障するという客観法的作用に認められる。

このデジタル基本権の意義は、社会的認知を基礎とする基本権と比較することにより、明確なものとなる。

前述の通り、後者は、各個人の行為による共有信念の形成・修正プロセスの展開を前提にしている。基本権は、共有信念の形成・修正プロセスに伴う副作用をその都度取り除くことにより、このプロセスの保障を規範目的とする。これに対して、例えばコードの形成・修正は、それを担う企業文化、それらのビジネス・ネットワーク、およびネット・コミュニティ等により規定されている。インターネット上の情報の獲得を目的とする個々の利用者は、彼らの利用活動を通してコードの修正プロセスに直接参加することは、ほとんど不可能である。なぜなら、コードは厳格な条件プログラムであり、コード自体の学習の余地をなくしているからである。この意味で、インターネット利用者は、コード作成・修正に際して疎外されているといえる。確かに、情報社会のインフラを担う企業が利用者に対して過剰な規制を行ったとしても、市場によりかかる企業は淘汰される可能性はある。しかし、この可能性は限定的な範囲にとどまるであろう。その理由として、以下の二点が挙げられる。第一に、情報財の利用者はネットワーク技術の「消費者」ではない。第二に、収穫逓増の法則が支配する知識主導型の経済において、情報処理・交換という中枢的な機能を担うネットワーク規格のようなものは、技術的・制度的な経路依存性を生み出し、それは、多くの市場参加者によって変更されがたい。

以上のように考えると、デジタル基本権の機能は、個々のインターネット利用者がコードの形成・修正に直接参加できない状況をふまえた以下の点にあることになろう。すなわち、経済的、教育（政治）的環境の諸要求にさらされているコードの作者に対して、デジタルデータの伝送プロセスの機能性に向けて反省を促す規律（＝「自省法」）を要請することにより、コード形成・修正の学習能力を高めるという機能である。

ここで「コード」を分節化すると、情報

の流れを形作るアルゴリズムと、ネットワークアクセスを認証または拒否するネットワーク規格に整理することができる。かかる整理に即して「自省法」構想を把握するならば、それは次のように具体化できる。

第一に、伝送プロセスの機能性の阻害の禁止（＝ ）という「公序」から、アルゴリズムの文脈では「ブロックの禁止」という命題が導出される。また、ネットワーク規格の文脈では「相互運用性（Interoperability）の阻害の禁止」という命題が根拠づけられうる。

以上のような条件プログラムとともに、第二に、アルゴリズムの文脈では、フィルタリングのリスト作成にあたっての透明性確保のための措置（リストの公開など）、オープンソース運動の公的支援の要請などが出てくる。ネットワーク規格の文脈では、プロトコルの公開などが要請される。こうした透明性の確保は、コードが単に論理的、技術的性格を超えた政治的、経済的利害を反映したものであることをネットワーク利用者に意識させることにより（「物象化」の反省）、彼らの注視のもと、コードの作者に対して、デジタルデータの伝送プロセスの機能性に向けて反省を促すことに奉仕する。加えて、透明性の確保は、公的規制機関が第一の命題等を評価、判断および決定するに際して、規制の対象であるネットワーク文化の知へと継続的、再帰的に結合されることを保障する。

もっとも、透明性の確保は、デジタル基本権の必要条件であって十分条件ではない。コード形成・修正の学習能力を高めるためには、ネットワーク文化の知の多様性とそれらの相互接続を保障すべく、公的規制機関は積極的にコード形成・修正プロセスに刺戟を与える必要がある。ネットワーク知の多様性と相互接続の保障というこの第三の「自省法」構想は、特に相互運用性という機能を担うネットワーク規格の文脈で問題となる。すなわち、まずコードの形成の前提として、例えば、多様なオプションを開かせる「最善の技術」の探求に向けて、かかる技術の展開プロセスそれ自体が、公的規制機関の監視・規律の対象となる。そのうえで、多様なネットワーク技術の結合の多様性と柔軟性を確保、維持および高めるためのネットワーク規格の規律を求めることになる。仮にサービスプロバイダがフィルタリングによりコンテンツを選別、事前構造化しているため、コミュニケーションの多様性が縮減されている場合であっても、デジタルテレビや新しい移動体インターネットサービスのような多くの技術がネットへの等価的なアクセス機能を果たすことを可能にするネットワーク規格の規律により、かかる縮減が補完されうるのである。

なお、以上の考察を基礎にして、近時の日本のインターネットをめぐる基本権保障の

あり方の一端を整理する研究も行った。

日本において電気通信事業者は、法律上、「通信の秘密の保護」と「差別的取扱の禁止」により、通信の伝達のみに関わっていれば足りると考えられてきた。この「基本設計」は、インターネットにおける通信の秘密のあり方をも規定している。しかし近年、「安全・安心なインターネット」の提供を重視する立場から、以上の「基本設計」をインターネットにまで及ぼすことに対して、厳しい批判が加えられている。それによると、インターネットの安全性を実現する上で重要な役割を担っているインターネット媒介者が通信データを活用できるようにするため、通信の秘密の保護領域を限定すべきであるという。しかし、ドイツで主張されているデジタル基本権、通信の秘密、情報自己決定権の関係を踏まえるならば、むしろ従来の日本の「基本設計」こそが憲法上要請されているものと結論づけることができた。

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6件)

西土 彰一郎、自由で開かれた社会へ、月間民放、査読無、2015年6月号、pp.9-13

西土 彰一郎、マスメディアの公正 その法的意味を捉えなおす、月間民放、査読無、2014年11月号、pp.18-22

西土 彰一郎、インターネットにおける基本権保障のあり方、情報通信政策レビュー、査読有、9巻、2014、pp.55-75

西土 彰一郎、接続データの保護、自治研究、査読有、2014、pp.143-151

西土 彰一郎、「国民の知る権利」実現の期待に応えるために、新聞研究、査読無、737巻、2013、pp.26-29

西土 彰一郎、通信・放送融合時代の公共放送のあり方 財源問題を素材にして、放送メディア研究、査読無、10号、2013、pp.209-240

[学会発表](計1件)

西土 彰一郎、2006年3月2日の第2法定判決、ドイツ憲法判例研究会、2014年1月11日(専修大学)

[図書](計3件)

トーマス・ヴェスティンク(毛利 透、福井 康太、西土 彰一郎、川島 惟 訳) 成文堂、法理論の再興、2015、278

鈴木 秀美、西土 彰一郎 他、信山社、憲法の規範力とメディア法、2015、pp.225-245.

花田 達朗、西土 彰一郎 他、日本評論社、内部的メディアの自由、2013、

pp.205-220

[産業財産権]

出願状況(計0件)

取得状況(計0件)

6. 研究組織

(1)研究代表者

西土 彰一郎(NISHIDO, Shoichiro)

成城大学・法学部・教授

研究者番号：30399018