

# KEK の Axel Springer 決定 (一)

——Axel Springer による ProSiebenSat.1 の合併計画  
をめぐる KEK の決定と行政裁判所判決——

杉原周治

1. はじめに
  - 1.1 本稿の目的
  - 1.2 視聴者占拠率モデルの概要
  - 1.3 本稿の論証方法
2. Axel Springer の合併計画をめぐる KEK の決定
  - 2.1 合併計画の経緯
  - 2.2 KEK の決定内容
  - 2.3 KEK の決定をめぐる学説の立場
  - 2.4 小括 (以上、本号)
3. 合併計画の適法性をめぐる行政裁判所の一連の判決
  - 3.1 ミュンヘン行政裁判所2007年11月8日判決
  - 3.2 バイエルン上級行政裁判所2009年7月7日決定
  - 3.3 連邦行政裁判所2010年11月24日判決
  - 3.4 バイエルン上級行政裁判所2012年2月15日判決
  - 3.5 その後の動向
  - 3.6 小括
4. むすびにかえて
  - 4.1 「支配的意見の力」の審査手続
  - 4.2 検討課題 (以上、愛知県立大学大学院国際文化研究科論集第15号)

## 1. はじめに

### 1.1 本稿の目的

1996年の放送州際協定の第3次改正(Dritter Rundfunkänderungsstaatsvertrag)において、各州は、連邦レベルでの民間放送における集中排除措置として、これまでの「出資モデル」(Beteiligungsmodell)に代わり、視聴率ないし視

聴時間の占拠率(シェア)<sup>1)</sup>(Anteil)による集中排除規制、いわゆる「視聴者占拠率モデル<sup>2)</sup>」(Zuschaueranteilsmodell)を採用した。その際、全国向け民放テレビの放送番組における意見多様性の確保を担う機関として、「メディア界における集中を調査するための委員会」(Kommission zur Ermittlung der Konzentration im Medienbereich, 以下、「KEK」と略記)が、国家から独立した機関として1997年5月15日に新設された<sup>3)</sup>。州際協定は、KEKに対して、民間放送における意見多様性の確保の判断に関して「最終的な判断」を下す権限を委ねている。ドイツにおける現行の集中排除規制は、この視聴者占拠率モデルおよびKEKの権限の下で行われている。

もっとも、意見多様性の確保が問題となる重大な事件というのは、KEKの設立後もしくは生じなかった。しかしながら、2005年にドイツにおける最大の出版社であるAxel Springer社<sup>4)</sup>が、ドイツの商業放送最大手の一つであるProSiebenSat.1社の合併を計画したことを契機に、KEKによる集中排除の適法性が初めて議論の俎上に載せられた。なぜなら、両社の合併が実現すれば、Axel Springer社は、ベルテルスマン・グループ(コンツェルン)と並ぶ複合的メディア・グループとなるはずであったが<sup>5)</sup>、当該計画は2006年1月10日のKEKの決定<sup>6)</sup>によって拒否され、結論として頓挫することとなったからである。

さらに、このKEKの決定に対してAxel Springer社から申し立てられた訴えに対して、行政裁判所の判断も二分する。すなわち行政裁判所は、当初、2007年11月8日のミュンヘン行政裁判所判決および2009年7月7日のバイエルン上級行政裁判所決定においては、KEKの決定を支持する決定を下し、本件合併計画を認めなかったが、その後の2010年11月24日の連邦行政裁判所判決および2012年2月15日のバイエルン上級行政裁判所判決では、Axel Springer社の訴えが認められるに至ったのである。

そこで本稿は、このKEKの決定の内実、および同決定に対する一連の行政裁判所の判例を分析し、ドイツにおける集中排除規制の運用について検討することとしたい。なお、本稿で扱う州際協定の条文は、本件合併計画の際に適用されていた2005年4月1日発効(2004年10月8～15日改正)の州際協定第8次改正(8. Rundfunkänderungsstaatsvertrag)を用いることにする(「2005年州際協定」とも略記する)。

## 1.2 視聴者占拠率モデルの概要

KEK の決定および行政裁判所の決定の分析を行う前に、ここで、視聴者占拠率モデルについて概観しておくことにする。

### (1) 州際協定第26条の規定

ドイツにおける集中排除規制に関して最も重要となる規律が、視聴者占拠率モデルを定める州際協定26条である。とりわけ同条1項および2項は、以下のように規定している。

#### 2005年州際協定26条

- (1) ある企業(自然人、法人または社団)は、以下の諸規定の基準にいう (nach Maßgabe der nachfolgenden Bestimmungen) 支配的な意見の力を獲得しない限り、ドイツ国内において、自ら、あるいは自己に帰責可能な企業を通じて、番組数を制限されることなく全国的にテレビ番組を放送することができる。
- (2) ひとつの企業に帰責可能な放送番組が、年平均30%の視聴者占拠率を獲得した場合には、支配的な意見の力が存在したと推定 (vermuten) される。同じことは、25%の視聴者占拠率を達成した場合であっても、ある企業が、メディアに関連する一つの同系市場 (ein medienrelevanter verwandter Markt) において市場に対する支配的な地位を有している場合に限り、またはテレビにおける自己の活動およびメディアに関連する複数の同系市場 (medienrelevante verwandte Märkte) における自己の活動を総合的評価した場合、それによって得られた意見影響力が、テレビにおける30%の視聴者占拠率を有する企業のそれと同等であるとの結論に至った場合に限り、妥当する。本項第2文にいう相当程度の (maßgeblich) 視聴者占拠率が算定された場合であって〔も〕、当該企業に帰責する高い視聴者占拠率を占める総合番組のなかに、第25条4項にいう窓番組 (Fensterprogramm) が収容されている場合には、実際の視聴者占拠率から2%が控除され、本条第5項の基準に基づいて第三者のための放送時間 (Sendezeit für Dritte) が確保されている場合には、実際の視聴者占拠率からさらに3%が控除される。

州際協定26条1項によれば、すべての企業は、支配的な意見の力を獲得しない限りにおいて、原則として、番組数を制限されることなく自由にテレビ番組を放映することができる。州際協定26条に基づきなされた審査の結果、「ひとつの企業が、自己に帰責可能な番組によって支配的な意見の力を獲得した場合」には、「当該企業に帰責可能な他の番組に対して免許を与えることは許されず、また、〔当該企業による〕別の放送事業者に対するさらなる帰責可能な出資の取得を問題なし (unbedenklich) と確認することは許されない」(同26条3項)と評価される<sup>7)</sup>。すなわち、当該企業が支配的な意見の力を獲得した場合には、新たな番組の制作も、さらなる出資の取得も拒否されることとなる<sup>8)</sup>。

## (2) 州際協定26条の解釈

州際協定26条2項は、「推定規定」(Vermutungsregelung)と言われ、「支配的な意見の力」の存在が推定されるケースとして3つの要件を掲げている(以下①～③)。さらに後述のように、学説のうちの少数説は、支配的な意見の力はこの26条2項にいう推定構成要件(Vermutungstatbestand)に基づいてのみ確定しうるとする立場(量的評価)に立っているが、多数説は、この3つの推定要件と並んで、同26条1項も独自の基準となりうると解する見解(質的評価)を主張している<sup>9)</sup>(以下④)。最後に、同26条2項3文は「ボーナス規定」(Bonusregelung)を規定し、一定の場合に視聴者占拠率が控除されることを定めている(以下⑤)。すなわち――

- ① ある企業に帰責可能な放送番組が年平均30%の視聴者占拠率を獲得した場合<sup>10)</sup>、支配的な意見の力が認められる(26条2項1文)。
- ② 視聴者占拠率が25%に達しており、加えて、当該企業が一つの「メディアに関連する同系市場」(以下、「メディア関連市場<sup>11)</sup>」と称する)において、市場に対する支配的な地位を有している場合に、支配的な意見の力が推定される(26条2項2文前段)。
- ③ 視聴者占拠率が25%に達しており、一つのメディア関連市場では市場に対する支配的な地位は生じていないが<sup>12)</sup>、テレビおよび複数のメディア関連市場における当該企業の活動の「総合的評価」により、それによって得られた意見影響力がテレビにおける30%の視聴者占拠率に匹敵する場合に、支配的な意見の力が推定される(26条2項

2 文後段)。

- ④ さらに学説の中には、第26条2項(上記①～③)にいう推定要件を満たさなくとも、すなわち視聴者占拠率が25%に到達しなくとも、26条1項を基準として支配的な意見の力が認められる場合がある、とする見解が見られる(質的評価)。KEKもこの立場を採用した。ただし、25%をどの程度下回っても、なお26条1項が適用されうるのかについては、判例・学説において議論がなされている。
- ⑤ 第26条2項2文に基づき相当程度の視聴者占拠率が算定された場合であっても(上記②および③)、当該企業に帰属する所属番組のなかで「ローカル窓番組」が放映されている場合には視聴者占拠率から2%が控除され、さらに、当該総合番組のなかで「独立した第三者のための放送時間」が確保されている場合には視聴者占拠率から3%が控除される(26条2項3文)。

### (3) KEK の決定に対する不服申立て

KEK の決定に対しては、2005年州際協定37条2項に基づき、州メディア委員会によって、「州メディア委員会ディレクター会議」(Konferenz der Direktoren der Landesmedienanstalten (KDLM)) に対する不服申立てが可能であった<sup>13)</sup>。KDLM は、州メディア委員会の代表者によって構成される組織であり(2005年州際協定35条5項1文)、KEK とともに「連邦レベルのテレビ放送番組の放映において、意見の多様性の確保の問題について最終的な判断を行う管轄権」を有していた(同36条1項)。

KEK の決定に対する不服申立ては、2005年州際協定によれば、以下のような手続きでなされるとされていた。すなわち、当該問題に対して管轄権を有する州メディア委員会が KEK の決定に不服がある場合には、同委員会の申立てに基づき、KEK の決定の後1ヶ月以内に KDLM を招集しうる(37条2項1文)。ただし、当該州メディア委員会以外の州メディア委員会が KDLM の招集を呼びかけることはできないとされている(同2項2文)。そして、KDLM は、招集後3ヶ月以内に、構成員の4分の3の多数をもって KEK の判断を覆す決定を下すことができ、その場合には、この KDLM の決定が KEK の判断にとって代わることとなる(同2項4文)。それとは異なり、KDLM が KEK の判断を覆す決定を下さなかった場合には、KEK の当該決定が効力を有することとなる。

### 1.3 本稿の論証方法

KEK は、以上のような集中排除の規定に基づき、本件合併計画当時 ProSiebenSat.1 社の視聴者占拠率がわずか22%しかなく、それゆえ州際協定26条2項にいう推定構成要件は満たされていなかったにもかかわらず、同26条1項の一般条項を適用して、本件合併計画によって支配的な意見の力が生じうるため本件合併計画は認められない、と判断したのである。そこで以下ではまず、この KEK の決定の内実を検討するために、合併計画の経緯、KEK の決定、KEK の当該決定をめぐる学説の立場を分析することにしたい(第2章)。その後さらに、同決定に対する行政裁判所の一連の判決をとりあげ、判例理論およびそれに対する学説の立場を検討することにしたい(第3章)。

## 2. Axel Springer の合併計画をめぐる KEK の決定

Axel Springer 社による ProSiebenSat.1 社の本件合併計画は、「カルテル法およびメディア法上のセンセーションを巻き起こした<sup>14)</sup>」事件であった。そこで以下では、本件合併計画を認めなかった2006年1月10日の KEK の決定内容を検討する前に、当該合併計画の経緯<sup>15)</sup>について見ておくことにする。

### 2.1 合併計画の経緯

#### (1) 合併計画

2005年8月5日、Axel Springer 社は、投資家ハイム・サバン氏(Haim Saban)から商業放送最大手の ProSiebenSat.1社<sup>16)</sup>を買収することで合意した、と発表した<sup>17)</sup>。8月8日には、Axel Springer 社は、州際協定29条1項<sup>18)</sup>に基づき、予定された出資の変更をバイエルン州メディアセンター(BLM)に届け出た。同届出は、同時に、Sat.1に対する管轄権を有するラインラント・プファルツ州メディア委員会(LMK)および ProSiebenSat.1社に対する管轄権を有するベルリン・ブランデンブルク州メディア委員会(MABB)にも提出された。

同合併計画によれば、Axel Springer 社は、ProSiebenSat.1社の株の50.5%を取得するためにサバン氏に対して24億7,000万ユーロを支払うこととされ、その結果同社は、すでに有していた ProSiebenSat.1社の株12%と併せて、

62,5%の株を取得することになるということであった<sup>19)</sup>。さらに、両社の合併は、連邦カルテル局および KEK の同意が得られることを前提としたうえで、遅くとも2006年6月までに為される予定であるとされた<sup>20)</sup>。

(2) KEK による公聴会

2005年8月17日、BLMは、審査のために当該届出を KEK に移送した。それを受けて KEK は、同年11月28日に、BLM、LMK、MABB の各代表者、並びに当該放送局及び Axel Springer 社の各代表者による公聴会 (öffentliche Anhörung) を実施した。そこで問題とされたのは、メディア集中に関する審査であったが、とりわけ①放送州際協定26条1項が独自の審査基準となりうるのか否か、さらには、②放送局の視聴者占拠率が州際協定26条2項にいう推定構成要件の限界を超えない場合には、常に支配的意見の力が否定されうるのか否か、という点であった。

この点につき KEK は、合併により支配的意見の力が生じるか否かの問題に際しては、「質的な基準」に従って判断すること、そしてその結果、当該合併に対して異議を表明すべきことを明らかにした。すなわち KEK の見解によれば、確かに ProSiebenSat.1 の視聴者占拠率は約22%すぎず、州際協定26条2項にいう基準 (25%または30%) には達しないが、26条1項にいう基準に従って総合的に審査すれば、Axel Springer 社と ProSiebenSat.1 の合併によって支配的な意見の力が生じうる、とした。

(3) 番組審議会 (Programmbeirat) の設置の提案

2005年12月6日、Axel Springer 社らは、多様性確保のための予防策として、同日付の書面によって合併の申請内容を若干変更し、そこに Sat.1、ProSieben、Kabel 1、N24 といった放送番組のために番組審議会 (Programmbeirat) を開設するという提案を盛り込んだ。2005年12月13日、この修正案は KEK の公聴会で取り上げられたが、KEK はそこで、当該番組審議会は KEK の意見多様性の評価に対する疑義を除去する審議機関として相応しいものではないという立場を明確にした。

(4) 指示書 (Eckpunktepapier)

2005年12月23日、KEK は Axel Springer 社らに対して「指示書」(Eckpunktepapier) を送付し、そこにある諸条件を満たす合併のみを認め

る旨を伝えた<sup>21)</sup>。同指示書の本質部分は、要約すれば以下のような内容であった。すなわち、①放送局は内部多様性 (Binnenpluralität) の要請によって基づいてのみ制作された放送番組を放映する義務があること、つまり特定のターゲット・グループに向けられた番組を排除すること、②放送局には、そうした番組制作のために必要な資金を調達することが義務付けられること、③放送局は、放送番組審議会 (Fernsehbeirat) の常勤の執行部を選任すること、④放送番組審議会は、放送番組の企画・構成・内容・統制に対して責任を負うこと、⑤同審議会は、番組責任者および編集長に対して命令権 (Weisungsrecht) を有すること、⑥同審議会は、放送局の事業計画および番組予算の許可に関する権限を有すること、等であった。

これに対して Axel Springer 社は、KEK が同指示書によって、合併に伴う放送局のコントロール権の放棄を Axel Springer 社に要求したものであると捉え、2006年1月5日にこの KEK の同提案を拒否し、再度、番組審議会の設立のための修正案を提示した。

#### (5) KEK の決定と KDLM への異議申立て

しかしながらその後、KEK は、2006年1月10日、本件合併によって Axel Springer 社が支配的な意見の力を獲得することになり、したがって本件合併計画は「問題なし」(州際協定26条3項)と評価することはできないとする決定を下した。さらに連邦カルテル局 (Bundeskartellamt) も、2006年1月19日の決定において、当該合併計画を不許可とした。

これに対して BLM は、2006年1月26日に、州際協定37条2項に基づき、KDLM に申立てを行い KEK の決定を取り下げるよう申請した<sup>22)</sup>。その根拠は、州際協定26条2項にいう25%の視聴者占拠率に達しなかった場合には、KEK は事実関係の全体的評価を行う権限を有しないはずであり、本件はまさにこのような事例にあたるというものであった。つまり、BLM の主張によれば、ProSiebenSat.1の視聴者占拠率は22,06%にすぎず、さらにそのうちの2%は Sat.1におけるローカルの窓番組 (Fernsehfenster) によって控除され、さらに3%は第三者への番組提供 (Drittsendezeit) によって控除されるために、実際に審査の対象とされる視聴者占拠率は17,06%にすぎない、という。さらに BLM は、KEK の算定方法は、方法的にも学問的にも支持されうるものではない、と主張した。



(6) 合併計画の挫折

しかしながらその後、2006年2月1日に、Axel Springer社はProSiebenSat.1社の合併を断念することを表明した。それにもかかわらずBLMは、将来の合併計画の実現のための法的安定性(Rechtssicherheit)を得るために<sup>23)</sup>、2006年2月24日、KDLMに対して、2006年1月10日のKEKの当該決定を再審査するよう求めた<sup>24)</sup>。

しかしながらKDLMは、2006年3月7日の決定において、Axel Springer社が当該合併計画を自ら断念したのであるから、当該問題は既に「解決した(erledigt)<sup>25)</sup>」との判断を下した。もっともKDLMは、「それにもかかわらず」、同時に、KEKの決定に対する内容的な批判を表明した<sup>26)</sup>。それによれば、KEKが用いた、Axel Springer社の「メディア関連市場」における評価方法は不適法であった、という。

以上のような判断を受けてBLMも、最終的に、2006年3月15日の決定によって、Axel Springer社による本件合併計画の継続の許可申請を拒否した<sup>27)</sup>。それによれば、確かにAxel Springer社の合併の関心はいまだ継続しているが、BLMはKEKの決定に拘束されるために、KEKの決定を尊重して本件合併計画を不許可とせざるをえない、という。BLMは、この決定に対して申し立てられたAxel Springer社の異議についても、KEKの見解にならない、2006年7月4日にこれを棄却した。

## 2.2 KEKの決定内容

州際協定29条3文によれば、全国ネットの放送事業者の「出資関係の変更は、変更される諸条件のもとで許可が与えられうる場合にのみ、管轄する州メディア委員会によって問題なしと確認されうる」。そして、「問題なし」と確認される要件として、州際協定26条1項は、ある放送事業者が、「以下の諸規定の基準にいう支配的な意見の力を獲得しない限り」、という要件を定めている。さらに同26条1項は、支配的な意見の力という概念の具体化につき、とりわけ同26条2項を指示するよう求めている。このような法的枠組みのなか、KEKは、前述した2006年1月10日の決定において、本件合併手続き、すなわち出資関係の変更によって州際協定26条1項にいう支配的な意見の力が生じたと判断し、それゆえ当該変更は「問題なし」とはいえないとした。

KEKのこの決定内容につき、以下では、①州際協定26条1項の法的性格、

②支配的意見の力の判断の模範としての州際協定26条2項の機能、③諸原則の本事件への適用に分類して、これを分析することにしたい。

(I) 州際協定26条1項の法的性格

上述のように、放送州際協定26条1項の機能については、従来から、質的 (qualitativ) 評価と量的 (quantitativ) 評価という2つの見解が対立していた。この点、KDLM が量的評価を支持していた一方で<sup>28)</sup>、KEK は従来から質的評価を支持しており<sup>29)</sup>、本件合併計画の判断に際しても KEK はこの質的評価を採用した。その根拠につき KEK は以下の4点を挙げる。

(a) 州際協定26条の文言

KEK によれば、州際協定26条1項は「以下の諸規定の基準にいう支配的な意見の力」というが、「以下の諸規定」は「何が支配的な意見の力であるのかを規定しておらず、むしろ、いつ支配的な意見の力が推定されるのか(州際協定26条2項)、あるいは支配的な意見の力が存在した場合にどのような制裁が課されうるのか(同26条3、4項)を規定している」にすぎないという。つまり「基準」として規定されているのは、「単なる推定規定のみであり、この〔支配的な意見の力という〕不確定法概念の定義や固定された具体化が規定されているわけではない」という<sup>30)</sup>。

さらに KEK は、「行政法にいう法律上の推定は、通常、実質的 (客観的) な立証責任の転換を生じさせる」ことを意味するものであるため、「州際協定26条1項にいう『以下の諸規定の基準にいう』、および同26条2項1文にいう『推定される』という構成要件メルクマールからは、同条2項は支配的な意見の力の存在のための実質的な立証責任規定である、という理解のみが可能である」、という<sup>31)</sup>。

(b) 州際協定26条の法形式

KEK によれば、州際協定26条1項の質的評価は、同26条の体系からも確認しうるという。すなわち同26条2項は、支配的な意見の力が存在したと推定される要件として、①「ひとつの企業に帰責可能な放送番組が、年平均30%の視聴者占拠率を獲得した場合」、②「ある企業が、メディアに関連する一つの同系市場において市場に対する支配的な地位を有してい

る場合」であって、かつ視聴者占拠率が25%に達した場合、③「テレビにおける自己の活動およびメディアに関連する複数の同系市場における自己の活動を総合的評価した結果、それによって得られた意見影響力が、テレビにおける30%の視聴者占拠率を有する企業のそれと同等であるとの結論に至った場合」であって、かつ視聴者占拠率が25%に達した場合、の3要件を挙げているが、このような法体系は、固定した具体化を行わずに不確定な法概念を使用するために一般的に用いられている手法であるとする。この立場によれば、州際協定26条2項にいう推定規定は、「否定可能な推定規定 (widerlegliche Vermutungsregeln)」ないし「開かれた具体化の構成要件 (offene Konkretisierungstatbestände)」と呼ばれて、固定された「完結した具体化 (abschließende Konkretisierung)」を回避するために用いられるという<sup>32)</sup>。

(c) 「支配的な意見の力」の意味と目的

さらに KEK によれば、州際協定26条の質的解釈は、同条1項にいう「支配的な意見の力」の意味と目的からも根拠づけられるという。

すなわち KEK によれば、「州際協定の立法者は、同26条によって、支配的な意見の力の発生を(未然にも)防ぐという連邦憲法裁判所の要請に応えようとした。このことは、同立法者が、州際協定26条1項のなかで、連邦憲法裁判所の判例に直接由来する『支配的な意見の力』という概念を用いたことから明らかである<sup>33)</sup>」、という。すなわち、連邦憲法裁判所の判例によれば「支配的な意見の力は、多くの放送番組提供者が一つまたは少数の巨大放送局に統合されることによって生じうる」(BVerfGE 73, 118 (172)) だけでなく、「放送とプレスにおける影響力の組み合わせによっても」(BVerfGE 73, 118 (175, 176))、さらに「放送における意見の力が、他のファクターを介して、とりわけ、例えば放送局、ネット経営者、放送番組著作権の保持者、放送番組雑誌の所有者の間の垂直的な結合を介して強化されること」(BVerfGE 95, 163 (173)) によっても生じうる、という。そして、このように州際協定26条に内在する基本法5条1項2文の放送の自由の要請によって、州際協定26条2項にいう構成要件が「完結した」ものとみなされることは排除される、という<sup>34)</sup>。

(d) 州際協定26条の制定史

最後に KEK は、州際協定26条の解釈の根拠として同条項の制定史を挙げている。それによれば、州際協定26条2項にいう「推定される」という文言は、「編集部の過失なのではな」く、むしろ州際協定の第3次改正の公的理由書 (amtliche Begründung) が言うように、「推定の限界としての30%という内容形成は、KEK がこの〔30%という〕限界に〔達しなかった場合においても〕テレビにおける支配的な意見の力を確定するということを排除するものではない」、ということをも裏付けるものであるという<sup>35)</sup>。

(2) 州際協定26条1項の適用に際しての同26条2項から導かれる基準

このように州際協定26条1項が独自の基準となりうるかと解したとしても、KEK によれば、州際協定26条2項の意義は、推定の要件や立証責任を定めただけにとどまらないという。むしろ同規定は、支配的な意見の力の概念がどのように具体化されるべきかを示す「立法上の模範」(gesetzgeberisches Leitbild) であるとする<sup>36)</sup>。つまり州際協定26条2項は、同26条1項の適用に際しての「模範的機能」(Leitbildfunktion) を果たしている。換言すれば、同26条1項を適用するためには、州際協定26条2項以下にいう基準を考慮に入れたうえで、あらゆる重要な事情を総合的に判断することが前提条件となる、という<sup>37)</sup>。そして、同26条2項から導かれる、当該総合的判断にとって重要となる要素として、KEK は、①視聴者占拠率、②メディア関連市場、③関連するメディアの「暗示力」、「普及作用」、「即時性」の3つを挙げる。

(a) 視聴者占拠率

KEK によれば、「州際協定26条2項にいう推定規定からは、全国放送における視聴者占拠率は、支配的な意見の力を肯定しうるか否かの起点であり、かつ中心的な基準となることが導き出されうる」という<sup>38)</sup>。すなわち、「番組を介してそれを受信する視聴者の意見形成に影響を与える可能性、およびそれと同時に発生する危険が〔支配的な意見の力の存否の〕基準となることは決定的である」という。

(b) メディア関連市場

しかしながら、「州際協定26条2項によれば、視聴者占拠率は支配的な

意見の力を肯定するための唯一の指標ではない」という。むしろ同26条2項2文および3文の推定規定からは、「テレビにおける意見の多様性の確保のためには、〔テレビ以外の〕他のメディアを介した意見形成への影響力も考慮されなければならない」、ということが導かれるという<sup>39)</sup>。つまり同条項によれば、メディア関連市場での活動は、支配的な意見の力の推定を「根拠づける」ものであるという。

(c) 暗示力、普及作用、即時性

最後に KEK は、26条1項の適用に際して、連邦憲法裁判所の判例(BVerfGE 90, 60 (87)) に依拠した、関連するメディアの「暗示力」(Suggestivkraft)、「普及作用」(Breitenwirkung)、「即時性」(Aktualität)<sup>40)</sup>を考慮すべきとする<sup>41)</sup>。

①このうちメディアの暗示力につき、KEK は、「コミュニケーションの形式」(Kommunikationsform)としてのテキスト、画像(動画および静止画像)、音声は「体系的に異なっており、テレビは、この3つの形式が相互に結びついているために暗示力がもっとも大きく、インターネットを除けば、新聞、雑誌、ラジオのような他の伝統的なメディアは、テレビに比べて暗示力が小さくなるという<sup>42)</sup>。②さらに、「あるメディアの全国民に対する射程範囲」を意味するメディアの普及作用につき、KEK は、テレビとラジオについては全国民の80%以上がこれを受信しており、特に広い射程を有している一方で、日刊紙の受信者は全国民の50%、雑誌およびオンライン・メディアの射程範囲はそれ以下となっている点を指摘する(表1参照)。③最後にメディアの即時性につき、KEK は、これを「一日の即時性」(Tagesaktualität)を意味で理解すべきであるとする。それゆえ、「あるニュースがどれほど早く頒布されうるかは、二次的な意味をもつにすぎない」とされる<sup>43)</sup>。

(3) 諸原則の本事件への適用

州際協定26条1項にいう支配的な意見の力の判定のための以上のような諸原則は、本件の Axel Springer 社による ProSiebenSat.1社の買収計画をめぐる KEK の決定において、実務上初めて適用された<sup>44)</sup>。そもそも本事件が発生した当時、ProSiebenSat.1社の視聴者占拠率は2004年8月～2005年7月の間で22,06%、さらに2005年12月当時でも20,9%にしか達せず、州際協定26条2項2文にいう下限(25%)に達していなかった(表2参照)。

つまり Axel Springer 社による ProSiebenSat.1 社の合併計画は、同26条2項によれば、支配的な意見の力を発生させるものではなかった。しかしながら KEK は、同26条2項ではなく同26条1項を適用することにより支配的な意見の力の存否を審査し<sup>45)</sup>、結論として当該合併計画を拒否した。確かに、ProSiebenSat.1 社の視聴者占拠率は25%を下回っているために、26条2項に従えば本件合併によっても支配的な意見の力は発生しないとみなされうるが、しかしながら KEK によれば、本件の合併後に発生するとされる影響力は、上述の ProSiebenSat.1 社の視聴者占拠率22,06%に、メディア関連市場における Axel Springer 社の影響力を換算した25%の視聴者占拠率分が加算され、さらにそこからボーナス規定による5%の控除がなされ(州際協定26条2項3文)、最終的に計42%以上の視聴者占拠率に相当するという。その算出方法の内容は、以下のようになる。

(a) 日刊紙 (2/3、17%)

KEK によれば、支配的な意見の力の判定に際して、第一次的に、日刊紙の領域における Axel Springer 社の支配的な地位がとりわけ重要である、という<sup>46)</sup>。すなわち、「州際協定26条2項2文の模範的機能に基づき、第一次的に日刊紙が、とりわけテレビと同系列にあるメディア関連領域として、支配的な意見の力の発生可能性の考察対象とされなければならない<sup>47)</sup>」という。換言すれば日刊紙は、「一日の即時性、普及作用、暗示力という基準に鑑みれば、調査の対象とされるメディアのジャンルのなかでは、全国放送のテレビに最も近い<sup>48)</sup>」という。ただし日刊紙は、確かに即時性という面では優れているが、暗示力および普及作用についてはテレビに比し劣位するため、日刊紙の意見の影響力の評価は、テレビの3分の2が妥当とされる<sup>49)</sup>。そして Axel Springer 社は、日刊紙の全国市場占有率において26%を有するため、これをテレビの視聴者占拠率に換算すると約17%となる、という<sup>50)</sup>。

(b) 番組雑誌 (Programmzeitschriften) (1/7、4%)

KEK は、日刊紙と並んで番組雑誌も、テレビにおける支配的な意見の力の確定にとって重要なメディアであるとみなしている<sup>51)</sup>。ところで KEK は、週刊誌 (Publikumszeitschrift)<sup>52)</sup>の領域を番組雑誌とその他の週刊誌に区分したうえで<sup>53)</sup>、前者の番組雑誌については、他の週刊誌に比し

## KEK の Axel Springer 決定 (一)

意見形成に与える影響力が強く、その視聴者占拠率への換算率もより高くすべきであると評価する。その理由につき KEK は、番組雑誌に掲載されている番組タイトルはチャンネル選択に直接影響を及ぼすために、番組雑誌は特に「テレビとの関連性 (Fernsehbezug)」が強いからだという。さらに KEK は、番組雑誌は、週刊誌のなかで最も広く受け入れられているものであり、63,2%の射程範囲を有していることも考慮に入れるべきとする (表 3 参照)。

もっとも一般的な週刊誌は日刊紙とは異なり、1、2週間に1回発行されるにすぎない。したがって番組雑誌には即時性のメルクマールは該当せず、また同雑誌はテキストと静止画像のみで編集されているため暗示力も低く、さらに普及作用という点でもテレビに比し劣位する<sup>54)</sup>。こうした理由から KEK は、番組雑誌についての影響力の評価はテレビの7分の1が妥当であるとする<sup>55)</sup>。そして Axel Springer 社は、番組雑誌の領域において29%という強力な市場占有率を有しているため、これを視聴者占拠率に換算すると約4%に妥当するという<sup>56)</sup>。

### (c) 週刊誌 (Publikumszeitschriften) (1/10、1%)

KEK は、(番組雑誌以外の) 週刊誌が有する意見の力を第3のグループとして把握する<sup>57)</sup>。すなわち、週刊誌は、「アジェンダ・セッティング (議題設定効果)」を有し、「社会政治的議論のテーマ設定に際して重要な役割を果たしている」という。そのような機能を有する週刊誌の代表例として、KEK は、伝統的な政治雑誌である「Spiegel」、「Focus」、「Stern」を挙げている<sup>58)</sup>。ただし KEK は、週刊誌の多くも、番組雑誌と同様に、1、2週間に1回の発行が通常であり、それゆえ即時性は無いと判断した。さらに、週刊誌の射程範囲は17%にしかすぎず (表 1 参照)、普及作用もテレビに比し狭い。同様に、大衆雑誌には動画がないため、暗示力もテレビに比し低く、それゆえ週刊誌による影響力は、テレビの10分の1と判断されるべきという。この基準に照らせば、Axel Springer 社の週刊誌の市場占有率は全体の8,16%であるため、それを視聴者占拠率に換算すると1%が妥当であると判断された。

### (d) 広告紙 (Anzeigenblätter) (0%)

KEK によれば、広告紙は、日刊紙やテレビに比し、暗示力、普及作用、

即時性という点で劣位するという。すなわち、「日刊紙とは逆に、広告紙は週に1度または2度しか発行されず、それゆえ一日の即時的な報道は不可能である。〔さらに〕広告紙は、全国ネットのテレビよりも低い射程を有する。……また、テキストや静止画像というコミュニケーション形式を伴う広告紙の暗示力も、テレビのそれに比し低い<sup>59)</sup>」、という。ここからKEKは、広告紙をテレビや日刊紙に劣位するものと位置づけ、さらに「広告紙市場におけるAxel Springer社の占有率はおよそ7.76%にすぎないため、ここから〔Axel Springer社の〕意見の力が特筆すべきほど強力になるという結論を導き出すことは出来ない<sup>60)</sup>」と判断し、結論として広告紙による影響力は考慮されないとした。

(e) オンラインの活動 (Online-Aktivitäten) (1/2, 3%)

KEKによれば、インターネットによるオンラインの活動の評価については、テレビの2分の1が妥当であるとされる。それによれば、インターネットは(2005年当時で)全国民の28%が使用しているにすぎず(表1)、その普及作用はテレビに比し限定的であるという。ただし、インターネットは、テレビや日刊紙と同様に一日の即時性を有するメディアであり、さらに暗示力についてもインターネットに比し低いわけではない。したがってインターネットについては、確かにその普及作用に関しては控除されるが、即時性と暗示力の高さゆえ、2分の1の評価が妥当であるとする。そしてAxel Springer社およびProSiebenSat.1のオンライン・メディアに対する影響力は、その詳細なデータがあるわけではないが、3%の視聴者占拠率に妥当する、とした。

(f) ラジオ (Hörfunk) (1/2, 0%)

KEKによれば、ラジオについても、テレビの影響力の2分の1の評価が妥当であるとする。すなわちラジオは、テレビや日刊紙と同様に一日の即時性を有するメディアであるが、その射程はテレビに比し、84%と若干劣位する(表1参照)。さらにラジオは音声のみで構成されるために、暗示力という点で、テレビに比し明確に劣位する。したがってラジオの評価は2分の1が妥当であるとされたが、ただし、Axel Springer社のラジオのシェアはあまりに僅少であるため、それによって意見形成に与える影響力を考慮する必要はないとされた<sup>61)</sup>。



(g) その他のメディア関連活動 (Sonstige medienrelevante Aktivitäten)

最後に KEK は、Axel Springer 社は以上に挙げたメディア関連市場に加えて、テレビのプロダクション、プレス製品の印刷および販売、ならびに雑誌および放送番組のロジスティクスといった分野でも活動を行っており、この点も意見の力の確定のために考慮されるべきという<sup>62)</sup>。ただし KEK によれば、これらの市場における Axel Springer 社の影響力を視聴者占拠率に換算する意味は「非生産的である」と解し、その影響力は「全体の評価」のなかで考慮すべきとした<sup>63)</sup>。

(h) 評価結果

以上のように KEK は、ProSiebenSat.1 社が当時獲得していた 22,06% という視聴者占拠率に、Axel Springer 社のメディア関連市場の影響力を換算した 25% の視聴者占拠率 (日刊紙 17%、番組雑誌 4%、大衆雑誌 1%、インターネット 3%) を加えたうえで、本件合併により発生しうる支配的な意見の力は計 47,06% の視聴者占拠率に値すると判定した。ただし KEK は、ProSiebenSat.1 社に属する放送局のうち最も高い視聴者占拠率を獲得している総合番組放送局の Sat.1 が、州際協定 26 条 2 項 3 文のボーナス規定にいうローカル窓番組および第三者番組を放映していることに鑑みて<sup>64)</sup>、上述の視聴者占拠率分から 5% を控除した。以上から KEK は、Axel Springer 社は本件合併によって、合計 42,06% の視聴者占拠率に該当する意見の力を獲得すると「推定」されることになり (表 4 参照)、それゆえ州際協定 26 条にいう支配的な意見の力が肯定されうる、と判断した<sup>65)</sup>。

## 2.3 KEK の決定をめぐる学説の立場

以上のような KEK の決定の適法性をめぐっては、専門家および実務家の間で激しい議論がなされることとなった。そこで問題となったのは、とりわけ、KEK が行った (1) 質的評価、(2) メディア関連市場の内容、(3) メディア関連市場の換算方法、についてである。

(1) 質的評価に対する批判 (量的評価の根拠)

州際協定 26 条 1 項の法的性格につき、多くの学説は、その一部は限定的であるとはいえ、KEK の本件決定以前から質的評価を支持する見解を

唱えてきた<sup>66)</sup>。しかしながら最近の学説には、KEKの立場とは異なり、州際協定26条2項のみが唯一の基準となりうるとする立場(量的評価)も散見される<sup>67)</sup>。量的評価の根拠は、例えば、以下になる。

①すなわち、州際協定26条1項も独自の基準となりうるとする質的評価は、「一方で、憲法上要請される効果的な集中統制という、原則として正当な考え方によって支持されるが、他方で、法律の優位および法律の留保という法治国家的諸原則と衝突する」、という<sup>68)</sup>。その根拠として、州際協定26条の文言が挙げられるという。すなわち、州際協定26条1項の規定は「以下の諸規定の基準という(支配的な意見の力)」という文言を含んでいるが、ここからは同規定が、支配的な意見の力の確定は26条1項以下の規定、とりわけ州際協定26条2項の適用の下でのみ為されうることを表明していることが明らかである、という。

②さらに、州際協定26条2項の規定は、基本権に介入する規範に求められる法的明確性を十分に満たしている、という<sup>69)</sup>。それによれば、そもそもKEKの本決定は関連する企業に対する「重大な」基本権介入を示している。なぜなら、一方で、民間放送局も基本法12条1項にいう職業の自由および営業の自由を保障されており、他方で、基本法5条1項2文にいう放送の自由は、客観的機能だけでなく、主観的ないし消極的な基本権をも含んでいるからである。それゆえ(州の)立法者には、本質性理論に基づき、テレビにおける集中コントロールから派生する基本権に関連する問題を自ら規律する義務が課せられる。しかしながら同原則に基づき立法者が規定した州際協定26条1項の不確定な法概念が憲法上の明確性の要請を満たすことはできないため、同条項のなかに「以下の諸規定」を指示する文言が盛り込まれたのである。それゆえ、この「以下の諸規定」にあたる州際協定26条2項だけが、法治国家原則に基づき基本権介入規定に要請される具体化といえるのであり、したがって同26条2項のみが支配的な意見の力の判断基準となる、という。

## (2) メディア関連市場の内容に対する批判

州際協定26条2項にいうメディア関連市場の内実につき、KEKはこれを広く解して、Axel Springer社によるプリント・メディアやオンライン・メディアの活動もこれに含まれるとしたが、この解釈に対しても批判がある<sup>70)</sup>。それによれば、内容上テレビと関係のない単なる「近隣のメディア

市場」(benachbarte Medienmärkte)は確かに「メディアに関連する」(„medienrelevant“)が、テレビとは「同系」(„verwandt“)とはいえないという。つまり、ラジオ、オンライン・メディア、プレスは、番組雑誌や放送局のウェブサイト等を除けば、テレビとの「直接的な」関連性を持たないため、メディア関連市場に算入すべきでないという。

さらに別の批判によれば、KEKの見解に従えばAxel Springer社が当該メディア関連市場のどの市場においても支配的でなかったにもかかわらず、ProSiebenSat.1社のわずか22,06%の視聴者占拠率にAxel Springer社の最高で29%のメディア関連市場を加算することによって「支配的な意見の力」を根拠づけており、こうした手法は「単なる『感覚的な意見の力』(„gefühlte Meinungsmacht“)の見せかけの正当化」にすぎないという<sup>71)</sup>。換言すれば、メディア関連市場を換算してKEKが算出した「意見の力」は、客観的な要素に基づいているのではなく、主観的で恣意的に導き出されたにすぎないという。

### (3) メディア関連市場の換算方法に対する批判

上述のようにKEKは、日刊紙や番組雑誌等のメディア関連市場におけるAxel Springer社の影響力を視聴者占拠率に換算して、同社の支配的な意見の力を判定した。この点につき、確かにKEKの判断を積極的に評価する立場も見られる。例えば、ディーター・ドール(Dieter Dörr)によれば、「[支配的な意見の力の審査は]まさに評価無くしては不可能なため、この問題に際して判断余地が付与された独立した専門家の委員会に、意見多様性の確保が委託されたのである。KEKは、[メディア関連市場の視聴者占拠率への算入に際して]単なる足し算を行ったわけではなく、また数学的な公式を用いたわけでもない。KEKは、むしろ、テレビにおける一定の視聴者占拠率を有するある企業が与える様々な影響力と比較して、例えばプレスの領域におけるAxel Springer社の影響力がどのように判定されるか、という問題に対する回答を提示したのである<sup>72)</sup>」、と述べている。

しかしながら学説のなかには、こうしたKEKの分類方法や換算方法を厳しく批判するものも多く見られる。批判の内容は、例えば、①日刊紙におけるAxel Springer社の26%の市場占有率というKEKの評価自体は妥当であるが、それをテレビの視聴者占拠率と比較(2/3の換算率)することは不可能である、②週刊誌を番組雑誌とその他に区別する合理的理由は

ない。つまり KEK は、番組雑誌の領域において Axel Springer 社の市場占有率が29%を占めると評価したが、全週刊誌の市場から見れば同社の番組雑誌は14.6%の占有率を占めるにすぎない、③番組雑誌(1/7の換算率)が、『Der Spiegel』や『Stern』といった報道雑誌(1/10の換算率)よりも、より高い意見の影響力を有していると評価したことは疑問である<sup>73)</sup>、④ KEK は日刊紙の換算率を2/3としたが、日刊紙の意見の影響力はテレビのそれに比しはるかに低いため、実際にはその換算率は1/3以下とすべきであった<sup>74)</sup>、という点が挙げられている。

さらに、⑤ KEK の換算方法は、「分かりにくい」(abstrus)だけでなく、「コミュニケーション学上の根拠もない」ものであり、合理性を欠く<sup>75)</sup>、⑥ KEK は「全体値」(Bezugsgröße)を考慮することなく、すなわちテレビにおける視聴者占拠率を100%として設定することなく各々のメディア関連市場を換算しており、その算定方法に問題がある<sup>76)</sup>、という批判も主張されている<sup>77)</sup>。

## 2.4 小括

以上のような KEK の評価に対する批判の他にも、さらに Axel Springer 社と ProSiebenSat.1 社の合併計画の審査過程についても、学説から以下のような批判が唱えられた。

### (1) BLM による「遂行的確認の申立て」に対する批判

そのひとつは、BLM が2006年2月24日に KDLM に対して行った「遂行的確認の申立て」(Fortsetzungsfeststellungsantrag) が不適法であったという批判である<sup>78)</sup>。

州際協定37条1項5文は、「KEK の決定は、管轄する州メディア委員会のその他の諸機関に対して拘束力を有する」と規定し、さらに同項6文は、「当該諸機関は、[KEK の] 決定を根拠としなければならない」と定めて、BLM が KEK の決定に拘束されることを明確にしている。もっとも前述のように、州際協定37条2項は、BLM が KEK の見解と異なる場合の、「遂行的確認の申立て」について定めている。そして当該批判によれば、州際協定37条1項5文および6文にいう KEK の決定の拘束力に鑑みれば、BLM は、KEK の決定を不適法と判断する自らの見解を「即座に」主張することは出来ず、州際協定37条2項に基づき、BLM には、KEK の専門的

判断を、同様に専門家で構成される KDLM に審査させ棄却させる可能性が与えられているだけであるという。それゆえ、BLM の当該遂行的確認の申立ては、州際協定37条2項に反して不適法なものであったという<sup>79)</sup>。

(2) 問題「解決」後の KDLM の立場表明に対する批判

もうひとつの批判は、2006年3月7日に KDLM が、Axel Springer 社が本件合併計画を自ら断念したのであるから当該問題は既に「解決した」と判断したにもかかわらず、KEK の決定に対する批判を表明したことに向けられている。それによれば、KDLM の同立場表明は以下の3つの問題を含むという<sup>80)</sup>。すなわち――、

①第1に、州際協定37条2項の文言からは、KEK の決定に対して KDLM が修正を施すための要件である不服申立ての手續の対象 (Verfahrensgegenstand) がもはや存在しない場合には同条項はもはや適用されえないということが明らかであるから、KDLM が「当該問題に関しては解決した」と表明した以上、KDLM の当該立場表明には拘束力はなく、「単に宣言的なものにすぎない」点、②第2に、KDLM の「解決した」という判断は2006年2月24日の BLM の申立ての適法性に対して疑念を表明したものであるが、もし BLM の申立てに理由がないのであれば、そもそも KEK の決定の適法性を問題にする必要はなかったはずである点、③第3に、本件では州際協定37条2項の要件はもはや存在しないために KDLM の意見表明は拘束力を持ちえないにもかかわらず、不当にも、KDLM の当該意見表明がもはや単なる「傍論」とはいえないような外見を与えてしまった点、である。

以上のように、本件合併計画をめぐる KEK の決定内容および一連の審査手續については当初から批判も唱えられていたが<sup>81)</sup>、この点については裁判所の間でも判断が分かれることとなった。そこで次章では、当該合併計画の適法性をめぐる行政裁判所の一連の判例につき分析を加えることとする。

注

1) 占拠率 (シェア) とは、「各局の視聴率の合計を100として、そのうち特定局または番組の占める割合をいう」。この点につき、日本民間放送連盟編『放

送ハンドブック』363頁〔渡辺久哲執筆〕を参照。

- 2) 「視聴者占拠率モデル」は、「視聴率モデル」(鈴木秀美『放送の自由』285頁)や「視聴者シェア・モデル」(石川明・関西学院大学社会学部紀要91号53頁以下)、または「視聴シェアモデル」(杉内有介・放送研究と調査60巻11号85頁)とも翻訳されている。

厳密に言えば、「Zuschaueranteil」は各放送局の視聴率の割合を意味するのであって、「Zuschaueranteilsmodel」は、「視聴率の(による)占拠率モデル」または「視聴時間占拠率モデル」と言うべきであるが、本稿ではドイツ語を直訳して、「視聴者占拠率モデル」という訳をあてることにする。視聴者占拠率モデルにつき、詳しくは、杉原周治・愛知県立大学外国語学部紀要45号103頁以下を参照。

- 3) KEKの組織および責務につき、詳しくは、杉原周治・愛知県立大学外国語学部紀要45号103頁以下を参照。なお、KEKの組織は、2007年の放送州際協定第10次改正(2008年9月1日発効)によって大幅に改革された。同改革の問題点については、さしあたり、Vgl. Westphal, ZUM 2008, 854 (854 ff.)

- 4) Axel Springer社の社史および企業データにつき、詳しくは、Sjurts, Strategien in der Medienbranche, S. 67 ff., 200 ff. を参照。

- 5) この点につき詳しくは、杉原周治・愛知県立大学外国語学部紀要45号121頁以下を参照。

- 6) 計画された出資関係の変更および2006年1月10日のKEKの決定の内容は、以下のファイルに詳細に掲載されている。Vgl. KEK, Beschl. v. 10. 01. 2006, Az: KEK 293-1 bis -5 (Quelle: <http://www.kek-online.de/kek/verfahren/kek293prosieben-sat1.pdf> Stand: 20. 10. 2013).

また、州メディア委員会によるKEKの決定内容および集中排除規制の運用実務の解説として、Die Landesmedienanstalten (Hrsg.), Crossmediale Verflechtungen als Herausforderung für die Konzentrationskontrolle, S. 367 ff. がある。

- 7) この点につき、詳しくは、杉原周治・愛知県立大学外国語学部紀要45号120頁を参照。

- 8) Vgl. Körber, ZWeR 2009, 315 (330).

- 9) 少数説が量的評価であり、多数説が質的评价であるとの見解につき、Vgl. Paschke/Goldbeck, ZWeR 2007, 49 (56).

- 10) 視聴者占拠率の算定方法につき、放送州際協定27条2項1文は、「州メディア委員会は、KEKの決定に応じて、ある企業に視聴者占拠率の調査を委託する」と規定する。そして実際には、同条項に基づきKEKは、視聴者占拠率のための調査を、世界的な市場調査企業であるGfK (Gesellschaft für

- Konsumforschung) に委託しているという。この点につき、Hofmann, Medienkonzentration und Meinungsvielfalt, S. 211 を参照。
- 11) この「メディア関連市場」の内実については後述するが、その議論を扱った文献として、Die Landesmedienanstalten (Hrsg.), Medienrelevante verwandte Märkte in der rundfunkrechtlichen Konzentrationskontrolle, S. 13 ff. がある。
  - 12) Vgl. Bornemann, ZUM 2006, 200 (202).
  - 13) この点につき、杉原周治・愛知県立大学外国語学部紀要45号109頁以下を参照。さらに、KDLM の役割につき、さしあたり、Vgl. Neft, ZUM 1999, 97 (102 ff.).
  - 14) Vgl. Möschel, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 24. 10. 2005, S. 16. ただし本稿では、本件合併事件をめぐるカルテル法上の問題については扱わない。
  - 15) 当該合併計画の経緯につき、詳しくは、VG München, ZUM 2008, 343 および Bay. VGH, ZUM 2010, 191 の事実の概要を参照。
  - 16) ProSiebenSat.1社は、当時、SAT.1、ProSieben、Kabel 1、N24、Neun Live という5つのチャンネルを有していた。
  - 17) Vgl. Lange, Media Perspektiven, 2005, 546 (546). また、放送研究と調査55巻10号75頁(2005)に同事件に関する記事が掲載されている。
  - 18) 州際協定29条1項は、「出資関係またはその他の影響力の、企図されたすべての変更については、その行使前に、管轄権を有する州メディア委員会に書面で届け出がなされなければならない」と規定する。
  - 19) Vgl. Lange, Media Perspektiven, 2005, 546 (546).
  - 20) Vgl. Lange, Media Perspektiven, 2005, 546 (546).
  - 21) この点につき、詳しくは、Vgl. Säcker, K&R 2006, 49 (49 ff.); Hain, K&R 2006, 150 (151 ff.).
  - 22) KDLM に対するこの申立てには、BLM の他、LMK も参加している。この点につき、Vgl. epd medien Nr. 10/11 vom 11. 02. 2006, S. 6; Westphal, Privatrundfunkaufsicht, S. 383.
  - 23) Vgl. Witting/Jenny/Jäger, AfP 2010, 360 (362).
  - 24) Vgl. epd medien Nr. 10/11 vom 11. 02. 2006, S. 6; Westphal, Privatrundfunkaufsicht, S. 383.
  - 25) 「Erledigung」は、行政訴訟だけでなく民事訴訟をはじめ様々な判決手続で行われている制度であり、「訴訟終了宣言」や「訴訟完結の宣言」などとも翻訳されているが、本稿では「解決」ないし「解決宣言」と翻訳する。同制度につき、詳しくは、坂原正夫『民事訴訟法における訴訟終了宣言の研究』3頁以下、を参照。
  - 26) Vgl. Westphal, Privatrundfunkaufsicht, S. 383.
  - 27) Vgl. Bay. VGH, ZUM 2010, 191 (192).

- 28) Vgl. Beschluß der KDLM vom 7. 11. 1998 (Discovery Channel), ZUM 1998, 1054 (1057).
- 29) この点をめぐる KDLM と KEK の対立につき、さしあたり、Vgl. Hartstein/Ring/Kreile, u. a., RStV, § 26, Rdnr. 8; Trute, in: Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 26 RStV Rdnr. 38; Hain, MMR 2000, 537 (538 f.); Janik, AfP 2002, 104 (111); Engel, ZUM 2005, 776 (778); Lange, Media Perspektiven, 2005, 546 (554 f.); Dörr, AfP-Sonderheft 200, 33 (36)、等を参照。
- 30) Vgl. KEK-293, S. 72.
- 31) Vgl. KEK-293, S. 73.
- 32) Vgl. KEK-293, S. 73.
- 33) Vgl. KEK-293, S. 74 f.
- 34) Vgl. KEK-293, S. 74 ff.
- 35) Vgl. KEK-293, S. 76 ff.
- 36) Vgl. Paschke/Goldbeck, ZWeR 2007, 49 (56).
- 37) Vgl. KEK-293, S. 78 f.
- 38) Vgl. KEK-293, S. 79.
- 39) Vgl. KEK-293, S. 79 f.
- 40) 「暗示力」、「普及作用」、「現実性」とも訳される。詳しくは、鈴木秀美『放送の自由』255頁を参照。
- 41) Vgl. KEK-293, S. 81. さらに、Vgl. Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, S. 138 f.
- 42) Vgl. KEK-293, S. 81.
- 43) Vgl. Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, S. 141.
- 44) Vgl. Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, S. 142.
- 45) Vgl. KEK-293, S. 85.
- 46) Vgl. Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, S. 142.
- 47) Vgl. KEK-293, S. 87.
- 48) Vgl. KEK-293, S. 88.
- 49) Vgl. KEK-293, S. 89 f.
- 50) Vgl. KEK-293, S. 91.
- 51) Vgl. Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, S. 144.
- 52) ここでいう「週刊誌」(Publikumszeitschrift)とは、テーマごとに区分され、広く読者に読まれることを意図した定期刊行物をいう。Vgl. KEK-293, S. 46.
- 53) Vgl. Bornemann, MMR 2006, 275 (276).
- 54) Vgl. KEK-293, S. 92.
- 55) Vgl. KEK-293, S. 93.
- 56) Vgl. KEK-293, S. 93 f.



- 57) Vgl. Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, S. 145.  
58) Vgl. KEK-293, S. 94.  
59) Vgl. KEK-293, S. 95.  
60) Vgl. KEK-293, S. 96.  
61) Vgl. KEK-293, S. 98.  
62) Vgl. Gounalakis/Zagouras, Medienkonzentrationsrecht, S. 148.  
63) Vgl. KEK-293, S. 99.  
64) KEK によれば、Sat.1社は例えば、複数の州において、月曜日から金曜日までの17時30分～18時の間にローカル窓番組を放映していたという。さらに Sat.1の番組において、News and Pictures Fernsehen 社が週45分間、DCTP Entwicklungsgesellschaft für TV Programm 社が週120分間、第三者番組を放映していたという。Vgl. KEK-293, S. 100.  
65) Vgl. KEK-293, S. 100 ff.  
66) 質的評価を支持する学説として、さしあたり、Vgl. Stock, Konzentrationskontrolle, S. 29; Neft, ZUM 1998, 458 (460); Kübler, Media Perspektiven 1999, 379 (382); Prütting, in: Prütting/Kübler u.a., Marktmacht und Konzentrationskontrolle auf dem Fernsehmarkt, S. 123 ff.; Renck-Laufke, ZUM 2000, 105 (108); ders., ZUM 2003, 109 (110); ders., ZUM 2006, 907 (911); Hain, MMR 2000, 537 (539); ders., K&R 2008, 160 (163); Janik, AfP 2002, 104 (111); Tschon, Cross Ownership, S. 335; Lange, Media Perspektiven 2005, 546 (554 f.); Groh, Bonusregelungen, S. 199; Gounalakis/Zagouras, AfP 2006, 93 (100 ff.); Dörr, Vielfaltssicherung in Gefahr?, in: FS Peter Mailänder, S. 490; ders., AfP-Sonderheft 2007, 33 (36); Dörr/Schiedermaier, Ein kohärentes Konzentrationsrecht, S. 19 ff.; Podszun, MMR 2008, 431 (432); Trute, in: Hahn/Vesting, Beck'scher Kommentar zum Rundfunkrecht, § 26 RStV Rdnr. 38; Hinrichsen, Crossmediale Konzentration, S. 247 ff. を参照。

さらに、この質的評価を支持する学説のなかにも、それを限定的にのみ認める立場もある。そのうち、例えば、ホルツナーゲル／クローネ (Bernd Holznagel/Daniel Krone) によれば、『『支配的な意見の力』は、州際協定26条2項1文および2文にいう推定の限界 (Vermutungsschwelle) に依拠しなくとも存在しうる。とはいえ KEK は、25%未滿の視聴者占拠率は通常は問題なしと位置づけられる、という立法者が定めた評価を配慮しなければならぬ。立法者が定めた介入の限界 (Eingriffsschwelle) が、憲法上の考慮に鑑みて明らかに不適法な場合にのみ、当該限界値を下回った場合においても、州際協定26条1項は総合的判断の範囲内で適用されうる』、という (Vgl. Holznagel/Krone, MMR 2005, 666 (673))。

また、ブレットシュナイダー (Harald Bretschneider) によれば、州際協定

26条1項は「単純法律のレベルで、基本法20条1項および2項から導き出される、意見多様性の効果的な保護の要請を反映している。とはいえ、同条項の適用は、具体的な事例において、民主制原則の差し迫った侵害に基づいて〔州際協定26条1項の〕介入を正当化しうる実質的な諸要件が存在する場合にのみ、適切 (angemessen) となりうる。クロスメディアによる密接な関連性に鑑みれば、ある一つのメディア関連市場における、ある企業の市場のおよび意見の力が強ければ強いほど、〔視聴者占拠率〕25%という限界は、州際協定26条1項の適用の枠内においてもより強く逸脱されうる、ということが認められなければならない」、という (Vgl. Bretschneider, Bewertung crossmedialer Verflechtungen, S. 94)。

67) Renck-Laufkeによれば、量的評価はとりわけBornemannによって「呼び起こ」されたという (Vgl. Renck-Laufke, ZUM 2003, 109 (110))。量的評価を支持する学説として、さしあたり、Vgl. Bornemann, K&R 2002, 301 (302); ders., MMR 2006, 275 (277 f.); ders., ZUM 2006, 202 (202 f.); Hepach, ZUM 2003, 112 (115); ders., ZUM 2007, 40 (45); Müller, Konzentrationskontrolle, S. 239 ff.; Peifer, Vielfaltssicherung, S. 48, 78, 82; Engel, ZUM 2005, 776 (778 f.); ders., Gutachten des Max-Planck-Instituts, in: Medienrelevante verwandte Märkte, S. 216 ff.; Hartstein/Ring/Kreile u. a., RStV, § 26 Rdnr. 8; Dittmann, Die allzu kecke KEK?, in: FS Peter Mailänder, S. 474 ff.; Bremer/Grünwald, MMR 2009, 80 (81); Röß, AfP 2010, 521 (524)。

また、クラウゼン・ムラディアン (Elisabeth Clausen-Muradian) も、既に1998年の論文において、州際協定26条1項にいう支配的な意見の力がいつ獲得されるのかについては「同2項が説明を加えている」と述べ、1項の適用可能性には触れていないため、量的評価を支持していたと考えられる。Vgl. Clausen-Muradian, Konzentrationstendenzen und Wettbewerb, S. 164 f.

さらに、メッシュル (Wernhard Möschel) は、KEKが行ったような「総合分析 (Komplexanalyse) という手法によって限界値をさらに沈下させようという考え方は、法律学の素人的誤りに依拠している」と述べ、立法者が定めた25%ないし30%という下限をKEKが遵守しなかったことを批判している。この点につき、Vgl. Möschel, Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 24. 10. 2005, S. 16.

68) Vgl. Dittmann, Die allzu kecke KEK?, in: FS Peter Mailänder, S. 474.

69) Vgl. Dittmann, Die allzu kecke KEK?, in: FS Peter Mailänder, S. 476 f.

70) Vgl. Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 26 Rdnr. 16 f.

71) Vgl. Körber, ZWeR 2009, 315 (331).

72) Vgl. Dörr, Vielfaltssicherung in Gefahr?, in: FS Peter Mailänder, S. 494. さらに、

- KEK の算定方法を支持するものとして、Vgl. Hain, K&R 2008, 160 (164).
- 73) 以上の批判につき、Vgl. Bornemann, MMR 2006, 275 (278).
- 74) Vgl. Säcker, K&R 2006, 49 (53 f.).
- 75) Vgl. Bornemann, ZUM 2006, 200 (203).
- 76) Vgl. Holznagel/Grünwald, in: Spindler/Schuster, Recht der elektronischen Medien, § 26 Rdnr. 17; Bremer/Grünwald, MMR 2009, 80 (82 f.).
- その他、例えば、ボルネマン (Roland Bornemann) は、「〔合併後の〕 Springer/ProSiebenSat.1グループが獲得する仮の47%という視聴者占拠率と、同〔換算〕モデルに従って得られた Bertelsmann/RTLグループの42%によって、意見の力は合計で89%、もしくは5%のボーナスを控除して79%となる。すなわち、残りの最大で21%が、ドイツ語で放映されるその他すべての民間放送局および公共放送局に分配されることになる。このことは明らかに間違っており、KEKの原則における誤りを暴露するものである」と批判する (Vgl. Bornemann, ZUM 2006, 200 (203))。
- さらに、コッホ (Ulrich Koch) は、KEKの換算方法によれば、テレビ市場とその他のメディア市場とが合算されるため、全体値は100%よりも「明らかに大きくなる」と批判する (Vgl. Koch, AfP 2007, 305 (312))。
- これらの批判に対して、例えば、ハイン (Karl-E. Hain) は、「現実のテレビ視聴者占拠率と『架空の』テレビ視聴者占拠率を合算した結果……すべての放送局の〔視聴者占拠率〕の合計が100%以上の視聴者占拠率となることは、考え方としてなんら誤りではない。この100%は、全国放送における現実のすべての視聴者占拠率の総計であり、……他の意見市場の占拠率を『架空の』テレビ視聴者占拠率に換算し、それを現実のテレビ視聴者占拠率に算入した結果、総じて100%を超過しても」問題はない、と述べて、KEKの算定方法を支持している (Vgl. Hain, K&R 2008, 160 (164))。
- 77) その他、KEKの算定方法に対しては、KEKの決定のなかで「異なる市場における意見の力が、そもそも数学的に加算されるか否かという原則的な問題は、まったく提起されなかった。この問題提起は、法律学の領域を離れ、実際の技術的な評価可能性または社会学もしくはメディア情報学の判断に依拠して、学際的に明らかにされなければならない」、との批判も唱えられている。Vgl. Schwartmann, in: Krautscheid/Schwartmann (Hrsg.), Fesseln für die Vielfalt?, S. 23.
- 78) Vgl. Westphal, Privatrundfunkaufsicht, S. 383 f.
- 79) Vgl. Westphal, Privatrundfunkaufsicht, S. 383 f.
- 80) Vgl. Westphal, Privatrundfunkaufsicht, S. 385 f. さらに、KDLMの意見表明に対する批判につき、Vgl. Hess, AfP 2006, 135 (136).
- 81) こうした批判につき、さらに、Vgl. Röper, Media Perspektiven 3/2006, 114 (116).