

[講義1(憲法訴訟)]

表現活動の自由・集会の自由をめぐるリーガル・オピニオンの作法

弁護士 伊藤 建

【事例】

1 A県の県庁所在地であるB市の庁舎建物付近には、市庁舎前広場(以下「本件広場」という。)がある。本件広場は、B市庁舎建物の北側に隣接しており、南北約60メートル、東西約50メートル程度の大きさである。南東側に防火の意味もあるため池が設置されているほか、北西角に市民憲章碑が設置され、一部にはベンチも設置されている。

本件広場は、壁や塀で囲われておらず、北側は、B市の繁華街と観光名所であるB城とその庭園へ向かうG通りをつなぐC通りの歩道に隣接しており、向かい側には、観光案内所やレストラン、カフェ、会議室、ギャラリー等を備えたD会館がある。他方、東側も、別の道路の歩道と接しており、向かい側には、E現代美術館がある。このように、本件広場は、多くの市民や観光客が往来する場所に位置している。

なお、D会館とF通りを挟んで西側には、A県立中央公園(以下「中央公園」という。)がある。中央公園は、東西約150メートル、南北約150メートル程度の大きさであり、東側はF通りの歩道に、南側はC通りの歩道に、西側は別の通りの歩道に接している(【説明図】参照)。

2 本件広場は、1983年に完成したものであるが、当初は、B市庁舎前広場管理要綱(【参考資料1】参照。以下「広場管理要綱」という。)に基づき管理されていた。この当時、B市では、市長の管理する公用

財産の管理は、1970年に制定された旧庁舎管理要綱に基づき行われていたが、広場管理要綱が制定されたことに伴い、旧庁舎管理要綱を本件広場に適用しないとすゝ適用除外規定が新設された。

広場管理要綱は、「集会又は展示会その他これらに類する催しのために全部又は一部を独占して使用するとき」は、市長の「許可を受けなければならない」とも定めていたが(8条)、「庁舎前広場は、本市の事務又は事業の執行に支障のない範囲内で、原則として、午前8時から午後9時までの間、市民の利用に供させるものとする」と定められていた(3条)。また、原則として「拡声器の使用」や「宣伝、勧誘、寄附の募集その他これらに類する行為」は禁止されていたものの、市長は、「公共的な目的」のためのものと認めるときは、これらの行為を「許可することができる」と定めていた(7条)。そのため、本件広場は、中央公園とともに、市民の集会の用にも供されていた。

3 Xは、A県B市に居住する者であり、A県憲法を守る会の代表である。2006年から2018年までの間、Xは、5月及び11月に、許可を受けたうえで、本件広場において、当時の政権を批判する内容等を含む憲法集会を開催していた。

例えば、2014年5月3日に開催された集会において、Xは、「集団的自衛権行使は許さない—『戦争させない! 5.3県民集会』について」と題する書面を作成し、挨拶文に続けて当時の内閣等に対する批判や憲法9条の実質改憲の阻止等を記載していた。また、集会当日には、本件広場に多数人が集まり、「ストップ! 許すな! 戦争する国づくり」と記載された看板が付された車両が停車し、集団的自衛権行使容認等を批判する演説が行われ、拍手が起きるなどした。

しかし、市民から、B市役所に対し、「特定の内閣等に対する批判を含む集会のために本件広場の使用を許可するB市は、集会の主催団体を支援するということか」、「市役所前にある本件広場を特定の政治活

動のために利用させるべきでない」などといった意見が窓口や電話で多数寄せられるようになり、対応する職員からは、通常業務に支障を来しているとの声もあった。

- 4 これを受けて、2019年、B市は、旧庁舎管理要綱を廃止し、新たにB市庁舎等管理条例(【参考資料2】参照。以下「本条例」という。)を制定した。

本条例は、庁舎前広場における「座込み、立ちふさがり、練り歩きその他通行を妨げ、又は妨げるおそれのある行為」(5条11号)や「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的で個人又は団体で威力又は氣勢を他に示す等の示威行為」(5条12号)等を絶対的に禁止している。他方、庁舎前広場における「旗、のぼり、プラカード、立看板等を持ち込む行為」(5条3号)や「ちらし、ポスターその他の文書又は図面の提示又は配布」(5条4号)等については、原則として禁止しているが、市長が「特別な理由があり、かつ、庁舎前広場の管理上特に支障がないと認めるとき」には、当該行為を「許可することができる」と定めている(6条)。

実際に、B市長は、本条例が制定された後、X以外の者による「B市が埋立場にガレキ搬入することの再考」を目的とした「署名、拡声器、楽器、プラカード、ちらし等を活用して平穏にアピール」する集会については、本条例5条12号、14号に該当するとして、不許可としたこともあった。

なお、広場管理要綱は廃止されていないものの、本条例には、旧庁舎管理要綱のように本件広場に関する適用除外規定は置かれていない。

- 5 2019年4月、陸上自衛隊A駐屯地関係者らは、同年5月21日(火)にD会館とその北側に位置するG通りの周辺において、自衛隊市中パレードを開催する旨の案内文を発出した。これを受けて、Xは、同年5月13日(月)午後6時30分から午後7時30分に「軍事パレードの

中止を求める集会」(以下「本件集会」という。)を行うことにし、目的を「集会開催のため」、許可を受けたい行為を「寄付の募集、署名の求め、拡声器の使用、旗・のぼり・プラカード・立看板等の持ち込み、チラシ・ポスターの掲示及び配布」として、B市長に対し、許可申請(以下「本件申請」という。)を行った。

これに対し、B市長は、行政財産である本件広場は、市庁舎と一体の公用財産であり、公共用財産ではないから、①本件申請は集会のための使用は設置目的外の使用(地自法238条の4第7項)であること、②本件広場は「庁舎等」として本条例が適用され、本件広場に関する適用除外規定が置かれていないため、広場管理要綱は適用されないことを前提に、③本件集会は本条例5条12号に該当すること、本件集会予定日はB市庁舎の耐震補強期間中のため来庁者用の駐輪場が使用できず、本件広場の北側には仮設駐輪場が設置されているほか、市民からの苦情への対応により通常業務に支障を来すため、本条例5条14号に該当することから、本件申請を不許可とすること(以下「本件不許可処分」という。)を検討している。

[設問]

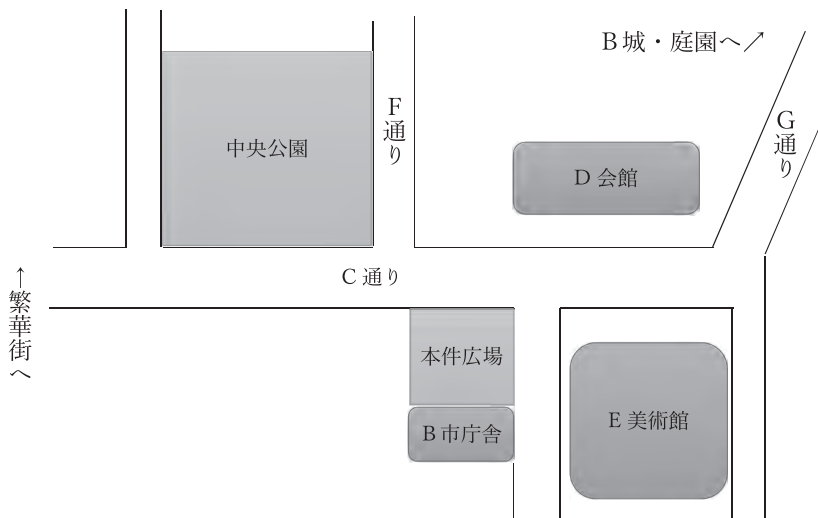
あなたは、B市から依頼を受けて、B市から独立した第三者の立場から、本件不許可処分をすることが合憲か違憲かという点について、意見を述べることとなった。

B市からは、適用される地自法の条文、広場管理要綱と本条例で問題となる条項及びこれに当てはまる具体的事実、両者の適用関係を明らかにしたうえで、広場管理要綱と本条例、本件不許可処分の憲法21条1項適合性を明確にするように求められている。また、当然ながら、参考とすべき判例や、自己と異なる立場に対する反論のほか、判例の立場に問題があると考える場合には、そのことについても論じる必要

がある。

以上のことを前提として、あなた自身の意見を述べなさい。

【説明図】



【参考資料1】

B市庁舎前広場管理要綱（抜粋）

第1条 この要綱は、庁舎前広場の管理に関し、必要な事項を定めるものとする。

第3条 庁舎前広場は、本市の事務または事業の執行に支障のない範囲内で、原則として、午前8時から午後9時までの間、市民の利用に供させるものとする。

第5条 庁舎前広場を管理する者（以下「管理者」という。）は、総務局長とする。

第6条 庁舎前広場においては、次の行為をしてはならない。

- (1) 営利を目的とした物品の販売
- (2) 建物、工作物その他の物件をき損し、破壊し、又は汚損すること
- (3) 正当な理由がなく爆発性の物、引火性の物、劇毒物その他の危険物を持ち込むこと。
- (4) 宗教的又は政治的な行為
- (5) 木竹を伐し、又は土石若しくは植物を採取すること。
- (6) 前各号に掲げるもののほか、庁舎前広場の管理に支障を及ぼし、又は及ぼすおそれのある行為

第7条 庁舎前広場において、次に掲げる行為をしてはならない。ただし、市長がその行為が公共的な目的のためのものであると認めるときは、許可することができる。

- (1) 営利を目的としない物品の販売
- (2) 物品の販売以外の営業活動
- (3) 拡声器の使用
- (4) 宣伝、勧誘、寄附の募集その他これらに類する行為
- (5) 公共的な目的のため前項各号に掲げる行為をしようとする者は、あらかじめ市長に庁舎前広場許可申請書を提出し、その許可を受けなければならない。

2 (略)

3 市長は、第1項ただし書の規定に基づき許可する場合において、必要な条件を付することができる。

第8条 庁舎前広場において、次に掲げる行為をしようとする者は、あらかじめ管理者に申請書を提出し、その許可を受けなければならない。

- (1) 工作物の設置
- (2) 集会または展示会その他これらに類する催しのために全部又は一部を独占して使用するとき。

2 前条第3項の規定は、前項の規定に基づく管理者の許可について準

用する。

【参考資料2】

B市庁舎等管理条例(抜粋)

(目的)

第1条 この条例は、庁舎前広場の管理に関し必要な事項を定めることにより、庁舎前広場の保全及び秩序の維持を図り、もって公務の円滑な遂行に資することを目的とする。

(用語の意義)

第2条 この規則において「庁舎等」とは、本市の事務又は事業の用に供する建物及びその附属施設並びにこれらの敷地(直接公共の用に供するものを除く。)で、市長の管理に属するものをいう。

(禁止行為)

第5条 何人も、庁舎前広場において、次に掲げる行為をしてはならない。

- (1) 物品の販売、寄附の募集、署名を求める行為その他これらに類する行為
- (2) 拡声器を使用する等けん騒な状態を作り出す行為
- (3) 旗、のぼり、プラカード、立看板等を持ち込む行為
- (4) ちらし、ポスターその他の文書又は図面の掲示又は配布
- (5) テントその他の仮設工作物等の設置
- (6) 立入りを禁止している区域に立ち入る行為
- (7) 火薬類、発火性又は引火性の物、毒物及び劇物、銃砲及び刀剣類等の危険物の持込み又はたき火等火災発生の原因となるおそれのある行為
- (8) 所定の場所以外の場所における喫煙及び爆発又は引火のおそれのある場所における火気の使用
- (9) 清潔保持を妨げ、又は美観を損なう行為

- (10) 職員に対する面会の強要又は押売
- (11) 座込み、立ちふさがり、練り歩きその他通行を妨げ、又は妨げるおそれのある行為
- (12) 特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的で個人又は団体で威力又は氣勢を他に示す等の示威行為
- (13) 泥酔、粗野若しくは乱暴な言動等により、他人に迷惑を及ぼし、若しくは著しい嫌悪の情を抱かせ、又は職員の職務を妨害する行為
- (14) 前各号に掲げるもののほか、市長が庁舎前広場の管理上支障があると認める行為

(許可行為)

第6条 前条の規定にかかわらず、市長は、同条第1号から第7号までに掲げる行為について、本市の事務又は事業に密接に関連する等特別な理由があり、かつ、庁舎前広場の管理上特に支障がないと認めるときは、当該行為を許可することができる。

2 市長は、前項の規定による許可の際、必要な条件を付けることができる。

3 (略)

4 第1項の規定による許可を受けようとする者は、あらかじめ庁舎前広場行為許可申請書を市長に提出しなければならない。

(違反等に対する措置)

第7条 市長は、第5条の規定又は前条第2項の規定により市長が付した条件に違反していると認められる者(以下「違反行為者」という。)に対し、当該違反行為の中止の勧告その他の必要な指示をすることができる。

2 市長は、違反行為者が前項の規定による指示に従わないときは、当該違反行為者に対し、庁舎前広場への立入り若しくは庁舎前広場の使用を禁止し、庁舎前広場からの退去若しくは当該違反に係る物件の撤

去を命じ、又は自ら当該違反に係る物件の撤去を行う等の必要な措置を講ずることができる。この場合において、違反行為者が前条第1項の規定による許可を受けているときは、当該許可は取り消されたものとみなす。

【解説】

1 出題のねらい

近年、地方自治体で職員として勤務する弁護士が増加するなど⁽¹⁾、国や地方公共団体内部において、法律に関する専門知識のニーズが高まっている。公法実務においても、訴訟のような事後的な紛争解決に限られず、未然に紛争を回避するための予防法務が重要となる。

また、弁護士に期待される役割も、必ずしも依頼者利益の擁護や実現にとどまらず、企業等不祥事における第三者委員会のように、独立性した立場から、専門家としての知見や経験が求められることもある⁽²⁾。

本問は、金沢市役所前広場訴訟⁽³⁾を題材として、表現活動の自由ないし集会の自由に関する法律意見書の起案を求める「リーガル・オピニオン型」の出題形式である⁽⁴⁾。

(1) 日弁連のウェブサイト (https://www.nichibenren.or.jp/legal_info/legal_apprentice/sosikinai/data.html) によると、2019年6月時点で、120の自治体において、184人の弁護士又は法曹有資格者が勤務している(2020年1月7日)。

(2) 日本弁護士連合会「企業等不祥事における第三者委員会ガイドライン」(2010年12月17日改訂) 参照。

(3) 一審(金沢地判平成28年2月5日判時2336号53頁)、控訴審(名古屋高金沢支判平成29年1月25日判時2336号49頁)、上告審(最1小決平成29年8月3日ウエストロー2017WLJPCA08036002)。

(4) 本稿は、令和元年7月6日に実施された広島大学法科大学院が開講した「公法実務基礎」の公開講義の内容に修正を加えた上で執筆したものである。なお、拙稿「集会の自由をめぐる事例分析【問題解説編】」法セミ777号64頁以下(2019年)でも、同種の事例問題を扱っている。

法律意見書とは、広義には、「特定の事項に関して、あるべき法の解釈や運用のあり方を述べる書面」⁽⁵⁾をいい、党派性を有する説得的文書も含まれるが、これらの動向を踏まえ、本問では、「両当事者から中立の立場に立って法律問題についての見通し(展望)を得ることを目的とする客観的文書」⁽⁶⁾としての法律意見書を求めることとした。

2 地自法244条と238条の4第7項の適用関係

(1) 「公有財産」とは

本問では、B市長が、①行政財産である本件広場は、市庁舎と一体の「公用財産」であるため、集会のための使用は設置目的外の使用(地自法238条の4第7項)であることを前提としている。この意味を理解するためには、地自法による「公有財産」に関する規定を調査する必要がある。

本件広場のような普通地方公共団体の物的施設は、いわゆる「公有財産」にあたる。「公有財産」とは、「普通地方公共団体の所有に属する財産」のうち、地自法238条1項各号に掲げるもの(基金に属するものを除く。)をいい、「行政財産」と「普通財産」とに分類されている(地自法238条3項)。「普通財産」とは、「行政財産以外の一切の公有財産」をいい(同4項)、特定の行政目的のために直接供されるものではない。

「行政財産」とは、「普通地方公共団体において公用又は公共用に供し、又は供することと決定した財産」をいい、「公用財産」と「公共用財産」に分かれる。このうち「公用財産」とは、「普通地方公共団体はその事務又は事業を執行するため直接使用することをその本来の目的とする公有財産」をいい、庁舎、議事堂等がこれにあたる⁽⁷⁾。他方、「公共用財産」とは、「住民の一般

(5) 伊藤真「法律意見書雑考—公正中立性の ombre et lumière (光と影)」判時2331号141頁以下、141頁参照。

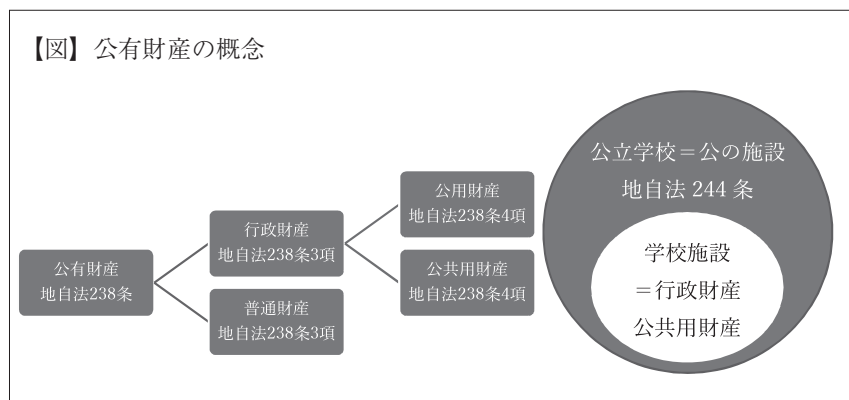
(6) 田中豊『法律文書作成の基本〔第2版〕』(日本評論社、2019年)102頁参照。

(7) 松本英昭『新版逐条地方自治法〔第9次改訂版〕』(学陽書房、2017年)992頁参照。

的共同利用に供することをその本来の目的とする公有財産」をいい、道路、学校、公園等の敷地及び建物等がこれにあたる⁽⁸⁾。

(2) 「公の施設」とは

これとは別に、「公の施設」という概念がある。「公の施設」とは、「住民の福祉を増進する目的をもつてその利用に供するための施設」(地自法 244 条 1 項)をいう。ここにいう「施設」とは、人的物的施設の統一体・総合体を意味するが、「公の施設」は、物的施設を中心とする概念であり⁽⁹⁾、「公共用財産」は「公の施設」を構成する物的施設である場合が多い⁽¹⁰⁾(【図】公有財産の概念参照)。



「行政財産」は、原則として、「貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、出資の目的とし、若しくは信託し、又はこれに私権を設定することができない」(地自法 238 条の 4 第 1 項)が、「その用途又は目的を妨げない限度においてその使用を許可することができる」(同 7 項)。

(8) 松本・前掲註 7) 992 頁参照。

(9) 松本・前掲註 7) 1100 頁参照。

(10) 松本・前掲註 7) 992 頁参照。

しかし、本件広場が「公の施設」であり、かつ、本件集会が本件広場の設置目的に合致する使用といえるならば、地自法244条が適用され、B市長は「正当な理由」がない限り「住民」の利用を拒んではならず(同2項)、不当な差別的取扱いもしてはならない(同3項)。

ただし、「公の施設」であっても、目的外使用の場合、通常の行政財産の用途又は目的外の使用と同様に扱われる(地自法238条の4第7項)⁽¹¹⁾。

(3) 本件広場は「公の施設」にあたるか

そのため、地自法244条と238条の4第7項のいずれが適用されるかをめぐり、本件広場が「公の施設」にあたるかが問題となる。

たしかに、本件広場は、壁や塀で囲われておらず、多くの市民や観光客が往来する場所に位置しているが、自由な出入りができる構造であれば、直ちに「公の施設」となるわけもない。地自法244条の2第1項によれば、「公の施設の設置及び管理に関する事項は、条例で定めなければならない」が、本件広場の完成時には広場管理要綱しか存在せず、「設置」ないし「管理」につき、特別の条例は存在しない。本条例は、あくまでも「庁舎等」に関する管理条例であるから、「公の施設」の「管理」に関する条例とはいえない。

したがって、本件広場を「公の施設」と解することには無理があるから、地自法244条は適用されず、地自法238条の4第7項が適用されることになる。

3 本条例と広場管理要綱の適用関係

(1) 本条例制定の経緯

B市では、市長の管理する公用財産の管理は、1970年に制定された旧庁舎

(11) 松本・前掲註7) 1111頁, 川神裕「判解」最判解民事篇平成18年度(上)(法曹会, 2009年)206頁以下, 232~233頁参照。

管理要綱に基づき行われていたが、本件広場が完成し、広場管理要綱が制定されたことに伴い、旧庁舎管理要綱を本件広場に適用しないとする適用除外規定が新設された。広場管理要綱は、本件広場を「原則として」「市民の利用に供させるものとする」と定めており(3条)、「拡声器の使用」や「宣伝、勧誘、寄附の募集その他これらに類する行為」は、原則として禁止されるものの、市長が「公共的な目的」のためと認めるときは「許可することができる」と定めていた(7条)。

その後、2009年になると、旧庁舎管理要綱は廃止され、新たに本条例が制定された。本条例には、「庁舎等」を原則として利用に供させる旨の規定がなく、例外的に許可する場合も、「公共的な目的」ではなく、「本市の事務又は事業に密接に関連する等特別な理由があり、かつ、庁舎等の管理上特に支障がないと認めるとき」に限定されている(6条1項)。しかも、絶対的禁止行為として「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的で個人又は団体で威力又は氣勢を他に示す等の示威行為」が定められている(5条12号)。

B市長は、②本件広場は「庁舎等」として本条例が適用され、本件広場に関する適用除外規定が置かれていないため、広場管理要綱は適用されないことを前提としている。しかし、本条例が適用される「庁舎等」には、「本市の事務又は事業の用に供する建物」の「敷地」が含まれるが、「直接公共の用に供するもの」(公共用財産)は除かれている(2条)。

そのため、本件広場が「公共用財産」にあたるならば、本条例は適用されず、これまで通り、広場管理要綱が適用されることになる。他方、本件広場に本条例が適用されるならば、旧庁舎管理要綱のように本件広場に関する適用除外規定が置かれていない以上、本条例が適用されることとなる。

(2) 本件広場は「公共用財産」にあたるか

このように、広場管理要綱と本条例のいずれを適用するかをめぐり、本件広場が「公共用財産」に当たるかが問題となる。

B市長は、本件広場につき、①市庁舎と一体の「公用財産」であると主張しており、広場管理要綱3条によっても、本件広場の利用は、いずれも「本市の事務または事業の執行に支障のない範囲内」で認められるにすぎない。この立場によれば、本件広場は「庁舎等」に該当するため、本件不許可処分には、本条例が適用されることになる。

他方、本件広場は、壁や塀で囲われておらず、一部にはベンチも設置されており、南北約60メートル、東西約50メートル程度もの大きさがあるうえ、実際に多くの市民や観光客が往来していることからすれば、単なる庁舎へのアプローチ空間ではなく、公園と同様に「公共用財産」にあたると解する余地は十分にある。この立場によれば、本件広場は「庁舎等」に該当しないため、本条例は適用されず、広場管理要綱が適用されることになる。

(3) 広場管理要綱が適用される場合に問題となる条項

広場管理要綱が適用される場合、本件申請は、本件集会という「集会」のために、本件広場の「全部または一部を独占して使用する」ものであるから、広場管理要綱8条2号に基づく管理者の許可を求めるものとなる。その処分要件は明確ではないが、「庁舎前広場は、本市の事務または事業の執行に支障のない範囲内で、原則として、午前8時から午後9時までの間、市民の利用に供させるものとする。」と定められているため、⑦本件申請が「本市の事務または事業の執行に支障のない範囲内」といえるかが問題となる。(3条)。

また、広場管理要綱6条は、絶対的禁止行為を定めているところ、④本件集会が「軍事パレードの中止を求める」ものとして「政治的な行為」(4号)に該当するか、⑤仮設駐輪場の利用や市民からの苦情への対応による通常業務の支障が「庁舎前広場の管理に支障を及ぼし、又は及ぼすおそれのある行為」(6号)に該当するかも問題となる。

さらに、広場管理要綱7条は、相対的禁止行為を定めているところ、本件集会は「寄付の募集、署名の求め、拡声器の使用、旗・のぼり・プラカード・

立看板等の持ち込み、チラシ・ポスターの掲示及び配布」を伴うため、「拡声器の仕様」(3号)や「宣伝、勧誘、寄附の募集」(4号)にあたる。そのため、④これらが「公共的な目的のためのもの」という許可要件に該当するか、④「許可することができる」との定めから効果裁量があるかも問題となる。

(4) 本条例が適用される場合に問題となる条項

本条例が適用される場合、⑦本件集会は、「軍事パレードの中止を求める集会」であり、陸上自衛隊A駐屯地関係者らという「特定の」「団体」による自衛隊市中軍事パレードを行うという「意見等」に対して中止という「反対」の意見を表明する「集会」にあたるとして、絶対的禁止行為である本条例5条12号に該当するかが問題となる。

また、⑧仮設駐輪場の利用や市民からの苦情への対応による通常業務の支障が、同条14号の「庁舎管理者が庁舎等の管理上支障があると認める行為」にあたるかが問題となる。

それ以外にも、本件集会は「寄附の募集、署名の求め、拡声器の使用、旗・のぼり・プラカード・立看板等の持ち込み、チラシ・ポスターの掲示及び配布」を伴うため、禁止行為を定める5条のうち、「物品の販売、寄附の募集、署名を求める行為」(1号)、「拡声器を使用する等けん騒な状態を作り出す行為」(2号)、「旗、のぼり、プラカード、立看板等を持ち込む行為」(3号)、「ちらし、ポスターその他の文書又は図面の掲示又は配布」(4号)に該当する。そのため、②本件申請が本条例6条1項の処分要件である「本市の事務又は事業に密接に関連する等特別な理由があり、かつ、庁舎前広場の管理上特に支障がないと認めるとき」に該当するか、④「許可することができる」との定めから効果裁量が認められるかも問題となる。

4 本件不許可処分による憲法条項との抵触

(1) 問題の所在

本件不許可処分根拠条項やその解釈・適用の憲法21条1項適合性を問題とするためには、本件不許可処分が憲法21条1項の保障する「集会」の自由を制約するといえなければならない。

憲法21条1項の「集会」とは、「多数人が政治・経済・学問・芸術・宗教などの問題に関する共通の目的をもって一定の場所に集まること」⁽¹²⁾をいい、「表現」の手段としての集会に限られないと解されている。上尾市福祉会館訴訟判決(最2小判平成8年3月15日民集50巻3号549頁)も、葬式や結婚式のような冠婚葬祭のための集会を憲法21条1項の「集会」の問題として扱っている。本件集会は、「軍事パレードの中止を求める集会」という「政治」に関する共通の目的をもって本件広場という一定の場所に集まるものであるだけでなく、表現手段としてなされるものであから、憲法21条1項の「集会」にあたる。

もっとも、集会の「自由」とは、集会を開催することや集会に参加することを公権力によって妨害されない自由(積極的自由)と強制されない自由(消極的自由)にとどまり、集会のための場所、施設の提供を国や自治体に対して要求する権利は含まれない。本件不許可処分がなされても、Xは本件広場を使用できないだけであり、中央公園をはじめとする別の場所において集会をすることは妨害されていないから、本件不許可処分がなされたとしても、直ちに集会の「自由」に対する制約となるわけではない。

(2) パブリック・フォーラムの法理と憲法上の権利

ところが、泉佐野市民会館訴訟判決(最3小判平成7年3月7日民集49巻3号687頁)は、施設利用の拒否であっても、「公の施設」(地自法244条1項)として「集会の用に供する施設が設けられている場合、住民は、その施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認められることになるので、管

(12) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第7版〕』(岩波書店, 2019年)222頁。

利用者が正当な理由なくその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれが生ずる」として、集会の自由に対する制約となる可能性を示唆している。

調査官によれば、市民会館は、集会の用に供する「公の施設」にあたるとともに、指定的パブリック・フォーラムとして、「パブリック・フォーラムの法理を念頭においていることは疑いが無い」という⁽¹³⁾。

また、「公共用財産」である道路や公園のデモ行進のための利用について、新潟県公安条例事件大法廷判決（最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁）が、「公共の福祉に反するような不当な目的又は方法によらないかぎり、本来国民の自由とするところ」であるとして、「一般的な許可制を定めてこれを事前に抑制することは、憲法の趣旨に反し許されない」と判断したのも、伝統的パブリック・フォーラムと位置付けたものといえよう。

もっとも、パブリック・フォーラムの法理が適用される場合、「公共施設の管理者たる公権力に対し、集会をもとうとする者は、公共施設の利用を要求できる権利」という請求権が憲法21条1項の集会の「自由」として保障されるとする見解⁽¹⁴⁾もあるが、泉佐野市民会館訴訟判決の調査官は、「集会の自由の不当な制限につながるおそれを生ずることになる」との説示につき、利用請求権を保障したものではなく、あくまでも市民会館の「平等な利用」を妨げられないという自由権の問題として整理している⁽¹⁵⁾。

このように、パブリック・フォーラムの法理は、施設の利用請求権を憲法上保障するものではなく、「平等な利用」を憲法上保障するものとして位置づけることができよう。

(13) 近藤崇晴「判解」最判解民事篇平成7年度(上)(法曹会, 1998年)282頁以下, 295頁参照。

(14) 伊藤正己『憲法〔第3版〕』(有斐閣, 1995年)297頁参照。

(15) 近藤・前掲註13)296頁参照。

4 パブリック・フォーラムの法理が適用される場合

(1) 問題の所在

本件広場にパブリック・フォーラムの法理が適用される場合、本件不許可処分が不当になされれば、憲法21条1項を制約することになる。

この場合、①「政治的な行為」を絶対的に禁止する広場管理要綱6条4号と、②「特定の個人及び団体の主義主張や意見等に関し賛否を表明する集会」のみを禁止する本条例5条12号(以下、あわせて「本件内容規制条項」という。)は、特定のメッセージの内容に着目した規制として、憲法21条1項に反するかが問題となる。

また、広場管理要綱の③「本市の事務または事業の執行に支障のない範囲」、④「庁舎前広場の管理に支障を及ぼし、又は及ぼすおそれのある行為」(6条6号)や⑤「公共的な目的のためのもの」(7条1柱書ただし書)の意義、本件条例の⑥「庁舎管理者が庁舎等の管理上支障があると認める行為」(5条14号)や⑦「本市の事務又は事業に密接に関連する等特別な理由があり、かつ、庁舎前広場の管理上特に支障がないと認めるとき」(6条1項)(以下、まとめて「本件支障条項」という。)の意義のほか、⑧⑨許可処分の効果裁量の有無につき、憲法21条1項に適合的に解釈すべきではないかも問題となる。

(2) 基底的判断枠組み—利益衡量論

集会の自由の判断枠組みの先例となるのは、成田新法訴訟大法廷判決(最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁)である。

同判決は、集会の自由の意義につき、「現代民主主義社会においては、集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法21条1項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならない」と述べたが、違憲審査の判断枠組み

については、「よど号」新聞記事抹消訴訟大法廷判決(最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁)を「参照」し、「このような自由に対する制限が必要かつ合理的なものとして是認されるかどうかは、制限が必要とされる程度と、制限される自由の内容及び性質、これに加えられる具体的制限の態様及び程度等を較量して決めるのが相当である」という利益衡量論を適用した。

もっとも、最高裁は、利益衡量をするにあたって、「規制される人権の性質、規制措置の内容及び態様等の具体的な事案に応じて、その処理に適切なもの、必要なものを適宜選択して適用するという態度」を採っているといわれている⁽¹⁶⁾。本問でも、本件内容規制条項と本件支障条項につき、それぞれの事案の内容に応じて、違憲審査の判断枠組みを検討する必要がある。

(3) 本件内容規制条項の憲法21条1項適合性

ア 違憲審査の判断枠組み

広場管理要綱6条4号は本件広場における「政治的な行為」を、本条例5条12号は「庁舎等」における「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的で個人又は団体に威力又は氣勢を他に示す等の示威行為」を、それぞれ絶対的に禁止している。いずれも、公共的事項に関する「表現」の手段としてなされる「集会」における特定の表現を禁止するものであるから、いわゆる表現内容規制のうち、「表現の主題(subject-mater)によって差別的に取り扱う規制」⁽¹⁷⁾にあたる。

わが国の最高裁において、このような主題規制が問題となったものとして、国家公務員の「政治的行為」を刑罰により禁止する国公法・人事院規則の憲法21条1項適合性が問題となった堀越事件判決(最2小判平成24年12月7

(16) 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線—その先に見ていた世界』(有斐閣, 2019年)12～14頁参照。同12頁は、「ここでの考え方は、今日の最高裁の共通認識となっている」という。

(17) 芦部信喜『憲法学Ⅲ—人権各論(1) [増補版]』(有斐閣, 2000年)405頁。

日刑集66巻12号1337頁)と世田谷事件判決(最2小判平成24年12月7日刑集66巻12号1722頁)がある。これらの判決は、「政治的行為」を「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれがあるが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるもの」に限定したうえで、憲法21条1項に違反しないと判断している。

これらの各判決は、「規制の目的は正当」であり、「目的を達成するために必要かつ合理的な範囲」であると判示しているが、調査官は、「規制の目的がそれ自体が正当であること(違法、不当な目的でないこと)にとどまらず、規制の目的が、規制される人権との関係で、『当該事件を規制し得ることが是認されるような重要な利益を得る目的であること』が要求され、手段審査でも「規制をしなければ、あるいは規制の対象を狭めたり規制の程度を下げたりすれば、目的の達成に支障が生じるか(弊害が生じるか)という観点から検討すべき」であるというように、「厳格な基準を併用あるいは意識・配慮」していると説く⁽¹⁸⁾。

本件広場にパブリック・フォーラムの法理が適用されるならば、本件内容規制条項についても、規制の目的が重要か、規制手段が目的を損なうおそれが実質的に認められるものに限られているか等が問われるべきことになろう。

イ 本件内容規制条項の検討

本件内容規制条項は、いずれもB市の職務の遂行の政治的中立性の保持により、行政の中立的運営を確保することが目的であると解されるが、このような目的は重要であるといえよう。

広場管理要綱が制定されるに至った立法事実は明らかではないが、本条例

(18) 岩崎邦生「判解」最判解刑事篇平成24年度(法曹会、2015年)463頁以下、504～505頁参照。

については、本件広場において、特定の内閣等に対する批判を含む集会をしたところ、市民から、B市の職務の遂行の政治的中立性に対して疑問を呈する声が多数寄せられているという立法事実がある。

しかし、そのような集会を行ったのは、B市とは全く無関係の団体であり、B市がこれに反対する団体に対して不許可とするなどの事情を認めることはできないから、これらの集会を許可したとしても、B市の政治的中立性を損なうおそれが現実的に起こる得るものとして実質的に認められるとはいえない。

したがって、本件広場にパブリック・フォーラムの法理が適用されれば、本件内容規制条項は、憲法21条1項に反することになるから、これに基づく本件不許可処分をすることも、憲法21条1項に反する。

(4) 本件支障条項に基づく本件不許可処分の憲法21条1項適合性

ア パブリック・フォーラムの法理と明らかな差し迫った危険の基準

指定的パブリック・フォーラムに関する泉佐野市民会館訴訟判決は、市民会館の利用を拒否し得るのは、i)「当該公共施設の種類に応じ、また、その規模、構造、設備等を勘案し、公共施設としての使命（中略）からみて利用を不相当とする事由」が認められる場合、ii)「利用の希望が競合する場合」、iii)「他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合」に限定している。しかも、iii)については、「人の生命、身体又は財産が侵害」される「蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生」が「許可権者の主観により予測されるだけでなく、客観的な事実に照らして具体的に明らかに予測される場合」でなければならないと判断した。

このうちiii)は、伝統的パブリック・フォーラムの利用拒否につき、「特定の場所又は方法につき、合理的かつ明確な基準の下に」許可制又は届出制を設け、「公共の安全に対し明らかな差し迫った危険を及ぼすことが予見されるとき」に不許可ないし禁止としても直ちに憲法に違反しないとした新潟県公安条例事件大法廷判決を「参照」したものである。

本判決が、時・所・方法の規制であるにもかかわらず、このような厳しい基準を適用した理由は、利用許可制度が事前抑制としての性質を有するからであると解することもできよう。本判決が「趣旨に徴し」とする「北方ジャーナル」訴訟大法廷判決(最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁)は、表現行為に対する事前抑制につき「厳格かつ明確な要件」でのみ許容されうると判断した。同判決は、その理由につき、「表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等」、事前抑制は「事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止的効果が事後制裁の場合より大きい」と説く。

なお、上尾市福祉会館訴訟判決は、iii)の危険の対象を泉佐野市民会館訴訟判決のように「人の生命、身体又は財産」の侵害に限定せず、「会館の管理上支障が生ずるとの事態」と広く解しているが、公共的事項に関する「表現」の手段としての「集会」のように特に重要な憲法上の権利にかかわらない場合だったからであろう。

イ 見解差別禁止の法理・敵対的聴衆の法理

泉佐野市民会館訴訟判決は、それ以外にも、「普通地方公共団体が公の施設の使用の許否を決するに当たり、集会の目的や集会を主催する団体の性格そのものを理由として、使用を許可せず、あるいは不当に差別的に取り扱うことは許されない」とする見解差別禁止の法理や、「主催者が集会を平穩に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことは、憲法21条の趣旨に反する」とする敵意ある聴衆の法理も定立している。

ウ 本件支障条項の憲法適合解釈

本件広場にパブリック・フォーラムの法理が適用されるならば、本件支障条項も、明らかな差し迫った危険の基準により、憲法適合解釈をすることになる。「危険」の有無を判断するにあたって、敵対的聴衆の法理も適用される。そうすると、本件申請に対する許可については、本件支障条項が「許可することができる」としているにもかかわらず、原則として許可しなければならないという羈束処分と解することになる。

しかも、本件集会は、「軍事パレードの中止を求める集会」という公共的事項に関する「表現」の手段としての「集会」であるから、危険の対象も「管理上の支障」ではなく、「人の生命、身体又は財産」の侵害となる。先例となるのは、伝統的パブリック・フォーラムと解するならば新潟県公安条例事件大法廷判決、指定的パブリック・フォーラムと解するならば泉佐野市民会館訴訟判決となる。

B市長は、本件不許可処分につき、本件広場の北側に仮設駐輪場が設置されており、その利用に支障が生ずることを理由としているが、本件集会は市役所の業務時間が終了した午後6時30分から午後7時30分までのわずか1時間であるから、「管理上支障がある」とは言い難い。また、市民からの苦情への対応により通常業務に支障を来すことも理由としているが、敵対的聴衆の法理によれば、これらの敵対的聴衆が引き起こした支障を考慮すべきではない。

仮に、これらの支障が生じたとしても、いずれも「人の生命、身体又は財産」が侵害されるわけではないから、本件支障条項に該当するとも言い難い。

したがって、本件広場にパブリック・フォーラムの法理が適用されるならば、本件不許可処分は、憲法21条1項に反することになる。

5 パブリック・フォーラムの法理が適用されない場合

(1) 憲法条項との抵触

これに対し、公有財産が非パブリック・フォーラムの場合、施設を利用させるか否かは、集会の自由という憲法上の権利の問題ではなく、あくまでも行政裁量の行使の適法性の問題として扱われると整理することもできる。

また、「公の施設」や「公共用財産」であるとしても、常にパブリック・フォーラムの法理が適用されるとは限らない。例えば、公立学校は「公の施設」にあたり、学校施設は「行政財産」のうち「公共用財産」にあたるが⁽¹⁹⁾、その設置目的は「基本的に、児童・生徒・学生が教育を受けるため」であるから、目的外使用の場合、通常の行政財産の用途又は目的外の使用と同様に扱われる（地自法 238 条の4 第7項）。

この点が問題となった呉市教育研修会事件上告審（最3小判平成18年2月7日民集60巻2号401頁）も、「学校施設の目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理権者の裁量にゆだねられている」から、「学校教育上支障があれば使用を許可」できず、「支障がないからといって当然に許可しなくてはならないもの」ではないと判断している⁽²⁰⁾。

(1) 司法審査の判断枠組み

この場合、呉市教研修会訴訟判決が先例となるが、「目的外使用を許可するか否かは、原則として、管理権者の裁量にゆだねられている」から、「支障があれば使用を許可」できず、「支障がないからといって当然に許可しなくてはならないもの」ではない。

同判決は、裁量権の行使が逸脱濫用に当たるかの司法審査につき、「その判

(19) 松本・前掲註7) 992頁参照。

(20) 同判決は、憲法21条1項につき審査をしていないが、処分を違法とした原審の判決に対し、呉市側が上告理由において憲法21条1項違反の主張をしていなかったからであると解する余地がある。仮に、原審が処分を適法とし、教職員団体側が上告理由において憲法21条1項違反につき説得的な主張したならば、目的外利用の禁止が憲法21条1項の集会の自由を制約するかが争点となり得る。

断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となる」とする判断過程審査を適用した。

なお、「従前の許可の運用」は、「使用目的の相当性やこれと異なる取扱いの動機の不当性を推認」させ、「比例原則ないし平等原則の観点」から考慮すべき要素になるとも判示している。

(3) 本件内容規制条項の憲法 21 条 1 項適合性

本件内容規制条項は、市民から、B市の職務の遂行の政治的中立性に対して疑問を呈する声が多数寄せられており、通常業務に支障を来している以上、支障があるといえるから、不許可とするが著しく妥当性を欠くとまではいえない。

本件集会は、「軍事パレードの中止を求める集会」として、陸上自衛隊A駐屯地関係者らという「特定の」「団体」による自衛隊市中パレードを行うという「意見等」に対し中止という「反対」の意見を表明する「示威行為」であるから、本条例 5 条 12 号に該当する。また、Xは、これまで特定の内閣等に対する批判を含む集会を開催しているため、本件集会は、広場管理要綱 6 条 4 号の「政治的な行為」にも該当する。

したがって、本件内容規制条項に該当することを理由に、本件不許可処分をしたとしても、違法ではなく、憲法 21 条 1 項にも反しない。

(4) 本件不許可処分の適法性と憲法 21 条 1 項適合性

本件支障条項についても、「支障」の対象は「生命、身体又は財産」への侵害に限られず、「おそれ」についても「明らかな差し迫った危険」までは要しない。また、支障がないとしても、許可をしなければならないわけではないから、本件支障条項の文言どおり、効果裁量も認められる。

まず、「行政財産」が非パブリック・フォーラムの場合、普通地方公共団体が自身の特定の政策を促進させるために利用することがあり得るから、見解差別禁止の法理は適用されない⁽²¹⁾。

次に、敵対的聴衆の法理も、あくまでも集会の自由に対する制約が認められた場合の法理であるから、効果裁量がある場合には、適用されず、市民からの苦情への対応により通常業務に支障を来すことを考慮することもできる。しかも、本件広場の北側には仮設駐輪場が設置されていることから、平常時よりも広場を通行する者が多いことが予想される。これらの支障が生じる恐れがある以上、重要な事実の基礎を欠くとも、「管理上支障がある」との判断が著しく妥当性を欠くとも認められない。

さらに、「従前の許可の運用」では、本条例制定前に護憲集会が許可されていたものの、上記のような立法事実に基づき本条例が制定されたのであるから、制定前と異なる取扱いをしたとしても、動機の不当性は推認できない。X以外の者による「B市が埋立場にガレキ搬入することの再考」を目的とした「署名、拡声器、楽器、プラカード、ちらし等を活用して平穏にアピール」する集会についても、本条例5条12号、14号に該当するとして不許可としたこともあるため、平等原則に反するともいえない。

したがって、本件不許可処分は、本件支障条項の処分要件を満たさないうえ、効果裁量につき裁量権の逸脱・濫用も認められないから、適法であり、憲法21条1項にも適合するものといえる。

6 本件広場にパブリック・フォーラムの法理が適用されるか

このように、本件不許可処分の憲法21条1項適合性は、本件不許可処分が「集会」の自由の制約といえるか、換言すれば、本件広場にパブリック・フォー

(21) 横大道聡『現代国家における表現の自由—言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』(弘文堂、2013年)107～108頁参照。

ラムの法理が適用されるかにより、結論が左右される。この点については、本件広場の物理的・構造的な特徴から客観的に判定するか、あくまでもB市の主観的な判定を優先するかにより、判断が分かれ得る。

例えば、本件広場が「公の施設」でないとしても、物理的・構造的な特徴やこれまでの利用実態から、公園と同様に「公共用財産」とする立場からは、本件広場につき、伝統的パブリック・フォーラムと位置付けることが考えられる。また、本件広場につき、B市が庁舎等管理規則の特別法的位置を占める広場管理要綱の適用対象としたことから、B市が自発的に市民の利用に供した場所であるとして、指定的パブリック・フォーラムと位置づける考えもあり得よう。

これらの立場からは、広場管理要綱3条が、「原則として」「市民の利用に供させるものとする」としつつも、「事務または事業の執行に支障のない範囲で」と留保をしている点についても、表現活動のための利用により、これらの支障が生ずることは通常は考えにくいから、パブリック・フォーラムの法理を適用する妨げにはならないと解することになろう。

これに対し、本件広場は、1983年の設置以来、市民の利用の供されていたが、あくまでも「本市の事務または業務の執行に支障のない範囲」で認められていたにすぎず、「政治的な行為」なども絶対的に禁止されているため、道路や公園と異なり、伝統的パブリック・フォーラムではなく、B市がパブリック・フォーラムとして指定したとまでいえないとの考え方もあり得る。この立場からは、中央公園等の代替施設があるため、「集会」の自由の不当な制限にはなり得ないといえるであろう。

吉祥寺駅事件判決(最3小判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁)における伊藤正己裁判官補足意見は、パブリック・フォーラムを「一般公衆が自由に出入りできる場所」のうち「表現のための場として役立つこと」を理由としている。この立場によれば、B市の主観的な判定ではなく、本件広場の物理的・構造的な特徴から客観的に判定することになろう。

6 おわりに

本稿は、これまでのような訴訟を前提とした攻撃防御方法に関する問題ではないが、混沌とした事実関係から、法問題を発見し、法的三段論法を用いて論じるという基本的な作法は、何ら変わることはない。

公法実務では、ある事象に対して、どの法令のどの条項が適用され、処分要件が何かが判然としない事案もある。どのように法を読み解くのか、立場が異なるとどのように解釈が変わるのか、本稿を通じてその面白さを伝えることができたなら幸甚である。

以 上