

公物上での集会の自由の憲法的保護の現段階 —金沢市庁舎前広場事件最高裁判決（最3判令和5年2月21日）を素材として—

檜 垣 宏 太

第1 はじめに

近時、金沢市庁舎前広場の集会目的での利用拒否が問題となった「軍事パレード反対集会」拒否事件⁽¹⁾（以下、この事件に関わる訴訟を「第一事件」とする。）、「護憲集会」拒否事件⁽²⁾（以下、この事件に関わる訴訟を「第二事件」とする。）、平和運動や憲法擁護の集会に際し地方公共団体が従来行っていた支援や後援をとりやめたケース⁽³⁾、公民館だよりから憲法9条に絡めた俳句を従来の基準を逸脱して掲載しなかった事件⁽⁴⁾、朝鮮人労働者慰霊碑の公園からの撤去の裁判所による追認⁽⁵⁾、「表現の不自由」展をめぐる名古屋⁽⁶⁾・大阪⁽⁷⁾での騒動、選挙演説の際にヤジを飛ばした者の排除⁽⁸⁾など異議 Dissent⁽⁹⁾の排除が相次いで生じている。その結果、公共空間における（政治的）表現

-
- (1) 金沢地判平成28年2月5日判時2336号53頁、名古屋高判金沢支判平成29年1月25日判時2336号49頁、最1判平成29年8月3日2017WLJPCA08036002（上告棄却（確定））。
 - (2) 金沢地判令和2年9月18日判時2465・2466号25頁、名古屋高金沢支判令和3年9月8日判時2510号6頁、最3判令和5年2月21日裁判所ウェブサイト。
 - (3) 志田陽子「地方自治体と市民の"基礎体力"「集会の自由」の意味を考える」議会と自治体234号（2017年）80-90頁。
 - (4) さいたま地判平成29年10月13日判時2395号52頁、東京高判平成30年5月18日判時2395号47頁、最1決平成30年12月30日判例集未搭載（上告棄却（確定））（9条俳句事件）。
 - (5) 前橋地判平成30年2月14日判時2377号28頁、東京高判令和3年8月26日判自493号34頁、最2判令和4年6月15日判時493号34頁（上告棄却（確定））（群馬の森事件）。

活動に対する公的・私的な圧力の増加と萎縮が以前にも増して広がりつつある状況である。

金沢市庁舎前広場事件を審理した最高裁も、このような空気感、あるいは社会的な脈絡から自由なわけではない。この脈絡の中で出されたのが第二事件についての最高裁判決である、最3判令和5年2月21日裁判所ウェブサイト（以下「本判決」とする）である。

本判決は単に一地方公共団体の市庁舎前広場における集会の可否にのみ関わる判決ではない。日本の立憲民主政の存立そのものにかかわる重大な判決であると考えられる⁽¹⁰⁾。

-
- (6) あいちトリエンナーレを巡る法的問題については、市川正人「『表現の自由』を改めて考える 表現の自由の保障の意味」法と民主主義 543号（2019年）16頁以下、志田陽子「『芸術の自由』をめぐる憲法問題 支援の中の『自由』とは」法と民主主義 543号（2019年）20頁以下、同「『表現の自由』と公的芸術支援 芸術と市民文化の連環」法学館憲法研究所報 22巻（2020年）26-35頁、横大道聡「『帰属』の理解が招いた事態 「表現の不自由展・その後」中止の問題」新聞研究 819号（2019年）34頁以下、檜垣宏太『2019年日本における芸術表現に対する公的助成の社会的・法的位相その2 あいちトリエンナーレに対する文化庁の補助金不交付決定を題材に』（デザインエッグ社、2019年）、山邨俊英「あいちトリエンナーレ 2019問題の事案紹介」法セ 65巻7号（2020年）30頁以下、右崎正博「連載特集 日本国憲法の課題（4）『表現の不自由展・その後』展示中止事件と表現の自由」政経研究 116号（2021年）3頁以下等を参照。
- (7) 大阪地決令和3年7月9日 2021WLJPCA07099002、大阪高決令和3年7月15日 2021WLJPCA07159001、最3決令和3年7月16日 2021WLJPCA07166001（特別抗告棄却（確定）（表現の不自由展かんさい事件））。
- (8) 札幌地判令和4年3月25日 2022WLJPCA03256001〔控訴〕（札幌ヤジ事件）。
- (9) 阪口正二郎「異論の窮境と異論の公共性」阪口正二郎責任編集『自由への問3 公共性 自由が／自由を可能にする秩序』（岩波書店、2010年）21頁以下、同「表現の不自由と日本〈社会〉」奥平康弘＝樋口陽一編『危機の憲法学』（弘文堂、2013年）287頁以下、Kathleen M. Sullivan, *Two Concepts of Freedom of Speech*, 124 Harv.L.Rev. 146-155 (2010)、TIMOTHY ZICK, *THE FIRST AMENDMENT IN THE TRUMP ERA* (2019)（邦訳：ティモシー・ジック〔田島裕泰彦ほか訳〕『異論排除に向かう社会 トランプ時代の負の遺産』（日本評論社、2020年））参照。

そこで本稿は、かかる意義を持つ本判決に現れた諸問題について論じること、2023 年現在の日本における公物上での集会の自由について分析を加えることを目的とする。

以下では、次のような手順で検討を加える。

第 2 では本事案がなぜ「集会の自由」の「制限」事案になるのかについて検討する。第 3 では公物論とパブリック・フォーラム論の関係について論じる。第 4 では近時実務的に問題となりつつあるヘイト・スピーチがなされるおそれを理由とする「公の施設」の使用拒否の可否について、宇賀反対意見を参考に検討する。第 5 では集会の自由制限を正当化する「支障」の予防及び「政治的中立性」の確保という目的について、それぞれの正当性を検討する。ここでは「支障」の予防は「正当な目的」とすら言えないことを指摘し、「政治的中立性」についてはその具体的中身が「政府による私人の表現の是認 endorse とそれを通じた表現の政府への帰属を阻止すること」であると認定されこれ自体は「重要な目的」と評価されうるが、同時にかかる目的による集会の自由の制限の正当化の無限定な拡散を防ぐための方途の指摘も行う。第 6 では本判決多数意見の利益衡量にあたり認定された代替施設が本当に「代替」施設たりえたのかを検討する。そして第 7 で結論を述べる。

第 2 なぜ「集会の自由」の「制限」を語ることができるのか

-
- (10) 神橋一彦は第一事件・第二事件含めた金沢市庁舎前広場事件について、「本稿筆者は、かねてからこの金沢市庁舎前広場事件に関心を寄せてきたが、その一番の理由は、この事件において、憲法上の集会の自由が問題となっているものの、裁量権の逸脱・濫用という法律レベルの違法に没却してしまい、上告審でも単なる法令違反の主張として、上告不受理となったこと、さらにそれに伴い、各判決がとった「市の中立性に対する疑念」を理由とする「庁舎管理上の支障」という、いかにも俗耳に容れられ易い言説が、今後、判例（裁判例）として定着することに対する懸念にある」とする（神橋一彦「公共施設の使用許可と集会の自由」法時 93 卷 7 号（2021 年）103 頁）。檜垣も同様の懸念を持つ。

1 多数意見の判断枠組みの謎

本判決多数意見の「第2.2(2)ア」は「集会の自由」の「制限」事案に対する憲法21条1項の合憲性判定基準を定立し、「第2.2(2)イ」は本件規則5条12号の合憲性を審査し、「第2.2(2)ウ」は本件規則5条12号を本件集会に適用することの合憲性を審査している。

具体的に、「第2.2(2)ア」では、「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ものであるが、公共の福祉による必要かつ合理的な制限を受けることがあるのはいうまでもない。そして、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」と述べたうえで、「最高裁昭和61年（行ツ）第11号平成4年7月1日大法廷判決・民集46巻5号437頁等参照」（成田新法判決）とする⁽¹¹⁾。

しかし、これは自明な事柄ではない。

なぜなら、「集会の用に供される公共施設」の事案であった泉佐野判決⁽¹²⁾ですら「管理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」「本件会館の使用を拒否することによって憲法の保障する集会の自由を実質的に否定することにならないかどうか」といった表現にとどまっておらず、「集会の自由」の「制限」が「形式的」には存在しないことを前提にしているからである。

そして、このことは「集会の用に供される公共施設」ではない、本件広場のような市庁舎の一部（金沢市及び最高裁の主張によれば、であるが）にお

(11) 「等」に含まれる他の判決が何かは気にはなるが、おそらくこのうちの少なくとも一つは第二事件地裁判決の挙げていた「最高裁昭和58年6月22日大法廷判決・民集37巻5号793頁」ではないと思われる。

(12) 最3判平成7年3月7日民集49巻3号687頁。

ける集会行為の事案であれば、なおさらあてはまるように思われる。たとえば、上尾判決⁽¹³⁾は、問題となった会館の利用について、結婚式等の祝儀のための利用を優先するとの「確固たる方針」がなかったため合同葬での使用拒否が違法とされたが、仮に「確固たる方針」があれば拒否は適法とされた可能性が十分あった事案である⁽¹⁴⁾。また、教育研究集会での公立学校施設の目的外使用の不許可処分の違法性を認めた呉市教研集会判決⁽¹⁵⁾は、憲法 21 条 1 項や集会の自由に言及していない。「集会目的での公立学校施設の使用は、集会の自由の保護領域に含まれないと考えているのであろう」⁽¹⁶⁾。さらに、下級審裁判例であるが、民営化前の郵便局庁舎内組合掲示板に掲示された文書を郵便局が庁舎管理規程に従い撤去することの適法性につき、「表現の自由といえども庁舎施設を利用して思想を表現する自由を含むものではなく」、庁舎管理規程による「制限は、庁舎使用方法を制限するだけであって、文書掲示者が別の時機及び場所において自己の思想を表現することを制約するものではないから、何ら表現の自由の侵害にはあたらない」と述べた裁判例も存在しているところである⁽¹⁷⁾。これらの(裁)判例に従えば、そもそも本件における本件広場での集会行為は憲法 21 条 1 項の保護範囲外であり、それ以上の正当化論証に進まない、という処理も十分にありえたはずである。

にもかかわらず、多数意見は本判決の事案を「集会の自由」の「制限」事案と見ている。

これはなぜだろうか？

2 2つの解釈可能性——使用拒否処分か行為拒否処分か？

(13) 最2判平成8年3月15日民集50巻3号549頁。

(14) 神橋一彦「公共施設をめぐる「管理」と「警察」」行政法研究36号(2020年)19-20頁。

(15) 最3判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。

(16) 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』(尚学社、2016年)198頁。

(17) 東京地判昭和54年2月27日判時934号122頁。

これについては、2つの解釈可能性があるように思われる。

A説は、本件を使用拒否処分事案と見る解釈である。B説は本件を行為拒否処分事案と見る解釈である。以下双方について説明する。

(1) 保護範囲について泉佐野判決の射程内と見る立場—使用拒否処分事案？

まずA説である。泉佐野判決は「憲法で保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれ」の直前部分で「地方自治法244条にいう普通地方公共団体の公の施設として、本件会館のように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」とその根拠を述べる。この泉佐野判決で登場している「原則」「利用」が認められる法律上の利用権が、金沢市「庁舎等の一部」とされた本件広場については原則認められないはずだから、本件事案で憲法21条1項が出てくる余地はないようにも思われる。にもかかわらず、多数意見が憲法21条1項の「集会の自由」の「制限」事案であると把握したのだとすれば、それは泉佐野判決よりも大幅に憲法21条1項の保護範囲を拡張したことになるのではないか。仮に「庁舎等の一部」での集会にすら憲法21条1項の保護が及ぶというのは、泉佐野判決における「集会の自由」論を超えた、公用物の集会目的での利用請求権をも認める議論にもつながる立場である可能性もある。

しかし他方で、本判決が「趣旨に徴して明らか」として引用する皇居前広場判決⁽¹⁸⁾では、公園管理権に基づく集会不許可の事案について、「厚生大臣が管理権の行使として本件不許可処分をした場合でも、管理権に名を籍り、実質上表現の自由又は団体行動権を制限するの目的に出でた場合は勿論、管理権の適正な行使を誤り、ために実質上これらの基本的人権を侵害したと認められうるに至つた場合には、違憲の問題が生じうる」と、公園管理権の行

(18) 最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁。

使が憲法上の集会の自由の問題となりうることは判示していたところである。また、泉佐野判決は「趣旨に徴して明らか」の部分で皇居前広場判決を引用し、同時に「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることを必要とする」の規範部分で引用する新潟県公安条例判決⁽¹⁹⁾は、「行列行進又は公衆の集団示威運動（以下単にこれらの行動という）は、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から、条例においてこれらの行動につき単なる届出制を定めることは格別、そうでなく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解するを相当とする」と判示していたのであった。以上の判例の流れから見ればあるいは、泉佐野判決（市民会館）は、最初から皇居前広場判決（公園）、新潟県公安条例判決（道路）と同一線上にある、「集会の自由」の「制限」が問題になった事案であって、本判決（市庁舎前広場）もこの意味での「集会の自由」の「制限」事案だと見たのかもかもしれない。

(2) 保護範囲について泉佐野判決の射程外と見る立場——行為拒否処分事案？

次にB説である。これについては、広島暴走族判決⁽²⁰⁾を手掛かりにして考えることができる。広島暴走族判決における暴走族追放条例 16 条 1 項 1 号、17 条、19 条が対象とする「公共の場所」での「公衆に不安又は恐怖を覚えさせるような集」の禁止を、たとえば、広島市西新天地広場の公物管理権の行使として行えた可能性はある⁽²¹⁾。しかし、問題となった広島市暴走族追放条例は公物の管理について定めた公物管理条例ではなく、公共空間での一定の行為を刑罰をもって禁止する行為禁止を定めた条例であり、広島暴走族判

(19) 最大判昭和 29 年 11 月 24 日刑集 8 卷 11 号 1866 頁。

(20) 最 3 判平成 19 年 9 月 18 日刑集 61 卷 6 号 601 頁。

(21) 橋本基弘『表現の自由 理論と解釈』（中央大学出版部、2014 年）289-290 頁は公物管理権の限界を超えるとこの可能性を否定する。

決はかかる条例による「集会の自由」の「制限」の事案であった。つまり、広島暴走族判決は、たとえ直球ど真ん中の「暴走族」である「観音連合」といえて、「広島市西新天地公共広場」で集会を行う際に、事前の許可は必要とされていなかった事案において、ただ、その広場での禁止行為を行ったことが問題とされた事案であった。この広島市暴走族判決と平行に考えるならば、本判決多数意見も、本件広場は集会を自由に行える利用権を認められた公共広場であるが、公共広場での特定の行為につき行為拒否処分があったという事案だからこそ「集会の自由」の「制限」事案だと見たのかもしれない⁽²²⁾。そして、そうであるとすれば、多数意見において泉佐野判決が「事案を異に」する理由は、宇賀反対意見が「2」で述べるように、本件広場が「公の施設」（地自法 244 条 2 項）ないしこれに準じる施設ではないからという点にはない可能性がある。すなわち、本判決は泉佐野判決の「使用拒否処分」事案ではなく、泉佐野判決と異なる「行為拒否処分」事案であったから、事案を異にするのだと考えられる⁽²³⁾。

(22) 本件事案が使用拒否処分ではなく行為拒否処分ではないかという指摘は、長内祐樹「市庁舎前広場における集会開催不許可処分に係る国賠請求事件」自治総研 512 号（2021 年）58-62 頁。

(23) なお、B 説の解釈に立ち、本件を行為拒否処分事案と見るならば、運用上「集会」に対し事前の許可制を敷いていることが問題となる。すなわち、本件規則は「集会」すべてを禁止するものではない。禁止しているのは「示威行為」（規則 5 条 12 号）をはじめとする「行為」である。にもかかわらず、金沢市はその運用で、本件集会等の利用に際しては「申請」と事前の使用「許可」を求めてきた。このこと自体、本来は許可なく許される集会に対しても事前の申請等の負担を強いるものであり、憲法 21 条 1 項に違反する可能性が高い（長内・前掲注（22）60 頁）。このような混乱が生じているのは、長内・前掲注（22）73 頁が言うように、庁舎管理規則による行為拒否処分が本件広場の使用拒否処分を規律しようとしていることの無理が端的に現れているからだと考えられる。金沢市は本件広場の物理的形状等に合わせ、金沢市庁舎前広場管理要綱を復活させたいうえで、庁舎管理規則 2 条の「直接公共の用に供するもの」該当性を認めるべきであろう。

(3) まとめ

A 説、B 説いずれから本判決が「集会の自由」の「制限」事案であることは説明しうるように思われる。

第 3 公物論とパブリック・フォーラム論の接合？

1 はじめに

第 2 で述べたように、判例は、「集会の用に供される公共施設」についてさえ「管理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」「本国会館の使用を拒否することによって憲法の保障する集会の自由を実質的に否定することにならないかどうか」といった記述をするにとどまっており（泉佐野判決）、「集会の自由」の「制限」が「形式的」には存在しないことを前提にしている。従って、公物上での集会行為に憲法 21 条 1 項の集会の自由の保障は通常及ばないと考えているようである。

しかし他方で判例は、公物上での集会行為は憲法 21 条 1 項が保障する集会の自由と無関係であると言っているわけでもない。

そこで、この公物の利用と憲法 21 条 1 項が保障する集会の自由の関係が問題となる。

以下、検討を加える。

2 土井翼の問題提起

近時出された、沖縄県議会映画撮影拒否事件地裁判決⁽²⁴⁾についての土井翼の評釈は、次のように言う。

(24) 那覇地判令和 2 年 8 月 5 日判時 2485 号 80 頁。

「……地方議会の公開についていえば、そこでの問題は、公開性が公用物というよりも公共用物の性質であるにもかかわらず、公開されているはずの傍聴席における行動が公用物としての庁舎の管理権に基づくより厳格な規制に服せしめられる、というズレにあると考えられる。

仮にこのように言えるとする、論点は二段階になる。第一に、公開性が認められる空間の性質決定、第二に、当該空間において公共団体が行使する権限の内容及びその限界の判定である。第一の論点では、パブリック・フォーラム論に象徴されるように現実の形態を相対的に重視する憲法学の枠組みと公用物と公共用物との区別を行政による用途の特定に依存せしめる行政法学の枠組みとのすり合わせや、かかる区別において行政の意思を決定的要素と解するにしてもそこに限界は設定できないかなどを問題としうる。⁽²⁵⁾

以下では、この土井の指摘に沿って検討してみたい⁽²⁶⁾。

具体的には、「行政法学の枠組み」は「公用物と公共用物との区別を行政による用途の特定に依存せしめる」ものであるところ、「憲法学の枠組み」である「現実の形態を相対的に重視する」思考方法を用いて、最善では「行政の意思」ではなく「現実の形態」から公用物か公共用物かの法的性格を決定する、

(25) 土井翼「傍聴人による議事の撮影を許可制とする県議会規則及び報道機関による撮影許可申請につき個別事情を考慮せずにした不許可処分が合憲かつ適法とされた事例」自治研究 98 巻 7 号 (2022 年) 152 頁。

(26) 類似の憲法と行政法の架橋の試みは、第一事件及び第二事件を扱った神橋一彦の評釈にも見られる。曰く、「泉佐野最判園部補足意見は、憲法論を中心に展開された法廷意見の議論に伝統的行政法理論から補助線を引いた、その意味で憲法と行政法の双方を架橋した〈議論の蓄積・連続性の結節点〉として、今なお参照する価値がある」（神橋・前掲注 (14) 39 頁）。また、駒村圭吾「自由と文化 その国家的給付と憲法統制のあり方」法教 328 号 (2008 年) 34 頁以下、亘理格「公立学校施設とパブリック・フォーラム論 憲法・行政法の共振回路としての公共施設法」法教 329 号 (2008 年) 40 頁以下、石川健治「文化・制度・自律 “l' art pour l' art” と表現の自由」法教 330 号 (2008 年) 56 頁以下も参照。

次善では「行政の意思」がやはり「決定的要素」なのだとしても「現実の形態」によって何らかの限界を設定する、そのための理論としてパブリック・フォーラム論をはじめとする憲法上の理論が使えないか、ということを検討する。

3 本判決の多数意見と反対意見

本件広場の法性決定につき多数意見は、「本件広場は、被上告人の本庁舎に係る建物の敷地の一部であり、当該建物のすぐ北側に位置している」という市庁舎と本件広場との一体性を前提に庁舎管理規則 2 条の「庁舎等」の定義に該当することを理由としており、またパブリック・フォーラム論については検討していない。

これは、土井が指摘する「公用物と公共用物との区別を行政による用途の特定に依存せしめる行政法学の枠組み」に近い発想といえる。

他方、宇賀反対意見は、本件広場が公共用物かどうかについて述べる箇所では、「公の施設であるか否かは、設置者の主観的意思のみで定まるものではなく、当該施設の構造やその実際の利用状況も踏まえて判断されるべきである」と述べており、またパブリック・フォーラム論について述べる箇所では「本件広場は、前述したような形状、位置及び利用の実態に鑑みれば、パブリック・フォーラムとしての実質を有する」〔傍点檜垣〕と述べている。このことからすると、宇賀裁判官の理解では公共用物であるかどうかの判断基準とパブリック・フォーラムであるかどうかの判断基準は、概ね合致するということであろう。そして、「行政法学の枠組み」についても「現実の形態を相対的に重視する」ことが必要であることは、第一事件、第二事件それぞれの評釈において市川正人⁽²⁷⁾、長内祐樹⁽²⁸⁾、榊原秀訓⁽²⁹⁾ら法学者が累次指摘しているところである。

(27) 市川正人「公共施設における集会の自由に関する一考察」立命館法学 373 号 (2017 年) 14 頁。

(28) 長内・前掲注 (22) 62-63 頁。

以上からすれば、土井翼の示した「憲法学の枠組み」である「現実の形態を相対的に重視する」思考方法を利用するという立場は、本判決の多数意見は採用していないものの、宇賀反対意見や学説に見られるように、「行政法学の枠組み」の中ですでに相当程度採用されている立場といえるのではないだろうか。そうであれば、パブリック・フォーラム論という理論構成はもはや必要ないのかもしれない。

もっとも、公共用物とパブリック・フォーラムはその名称の違い、またコンテキストの違いからも明らかなように、もちろん異なる概念ではある。そこで、以下ではパブリック・フォーラム論から判例の立場を超える法効果を導く学説を意識しつつ、その異同について検討を加えておく。

4 パブリック・フォーラム論・再訪

先に結論を述べておくと、判例の考え方は、上記のようにそこが「パブリック・フォーラム」であるから、ではなく、市民が利用権を持つ「公の施設」（つまり公共用物）であるから憲法 21 条 1 項の保護が及ぶという理解であると考えられる。

他方、以上の判例の考え方に対して、「パブリック・フォーラム」であるから憲法 21 条 1 項の保護を受けられる、という学説のような理解もありうるどころである。そして、かかる理解にも（A）一番保護が薄いもの（道路や公園など設置目的が曖昧である公共施設の設置目的を解釈する際に集会の用に供することを読み込む）から、（B）中程度の保護を与えるもの（集会の用に供するという目的の変更（用途変更）の禁止⁽³⁰⁾や公用廃止の禁止⁽³¹⁾）、（C）

(29) 榊原秀訓「金沢市庁舎前広場申請不許可処分の違法性」南山法学 40 巻 2 号（2017 年）271 頁以下、同「自治体の政治的中立性と住民の権利」晴山一穂ほか編著『官僚制改革の行政法理論』（日本評論社、2020 年）327 頁以下。

(30) 市川・前掲注（27）24-25 頁脚注 27。

(31) 齊藤芳浩「集会の自由と公用施設の利用（1）」福岡県立大学紀要 9 巻 1 号（2000 年）32 頁。

最大の保護を与えるもの（集会の用に供する施設の設置請求権や集会の用に供する施設ではない施設の集会目的での使用請求権）までのグラデーションがありうところである。そして、(A) ～ (C) の保護が与えられる前提として特定の「公共」観念が指定されているように思われる。

そこで、以下順に検討を加える。

(1) 判例の内在的解釈

市民は、(憲法上の、ではなく) 法律上の利用権がある公物を設置目的に沿って利用できる。そして、そのような法律上の利用権に基づいて公物上で様々な活動を行うことができる。たとえば、市民会館で政治集会を開いたり、料理教室を開いたり⁽³²⁾、公園でおしゃべりをしたり、移動をしたり⁽³³⁾、読書をしたり、食べ物を売ったり⁽³⁴⁾、映画を撮影したり⁽³⁵⁾、ラジオ体操をしたりすることができる。そして、法律上の利用権がある結果、これら公物上での設置目的に沿った種々の活動は、まずは概括的に憲法 13 条の「私生活上の自由」として保護され、政府は正当な理由なくこれら行為を禁止しえず（憲法上の

(32) 井上典之ほか編『憲法学説に聞く ロースクール・憲法講義』（日本評論社、2004 年）100 頁〔小山剛発言〕。

(33) 土井翼『名宛人なき行政行為の法的構造 行政法と物の法、序論的考察』（有斐閣、2021 年）1 頁。

(34) もっとも、アイスクリーム販売目的で皇居外苑に立ち入った者が軽犯罪法 1 条 32 号違反に問われた最 2 決昭和 33 年 9 月 10 日刑集 12 卷 13 号 3000 頁は「厚生大臣は国民公園皇居外苑に対し一般的管理権を有し……必要とあらば、厚生大臣の許可を受けていない物品販売業者、写真撮影業者等が皇居外苑に立ち入ることを一般的に禁止する権限を有」するとされ、アイスクリーム販売目的での立ち入りは皇居外苑の設置目的外だとした。

(35) アメリカのケースであるが、商業映画の撮影目的での公園使用について許可制や利用時に料金を取ることの合憲性について争われたケースとして *Josephine Havlak Photographer Inc. v. Village of Twin Oaks*, 864 F.3d 905 (8th Cir.2017) ; *Price v. Garland*, 45 F.4th 1059 (D.C.Cir. 2022) を参照。

公物利用請求権ではなく、防御権の問題に転換される）さらに各活動がそれぞれの活動を保護する個別の憲法条項で保護される（集会であれば憲法 21 条 1 項、読書であれば憲法 21 条 1 項の派生原理、物の販売であれば憲法 22 条 1 項等）こととなるのだと考えられる。要するに、その公物が公共用物であることで、あたかもその場が集会主催者の邸宅同様、その者が自由に集会を開催してよい場であるといえるからこそ、国家によるその場での集会禁止が、集会主催者の邸宅上での集会禁止と平行に把握でき、憲法 21 条 1 項の「集会の自由」（つまり防御権）の問題になる、という論理構造である。

このような理解は、泉佐野判決で示された憲法 21 条 1 項で守られる「集会の自由」と地方自治法 244 条の「公の施設」との関係についての説示部分からも正当化されよう。憲法 21 条 1 項で守られる「集会の自由」は対国家防御権であり、対国家請求権ではない⁽³⁶⁾。にもかかわらず、なぜ最高裁は泉佐野判決において憲法 21 条 1 項で守られる「集会の自由」の「不当な制限」を語ることができるのかというと、それは、そこが「パブリック・フォーラム」であるから、ではなく、市民が利用権を持つ「公の施設」（つまり公共用物）であるから、であろう⁽³⁷⁾。

同様の理解はオートショー目的での名古屋市国際展示場の使用不許可が問題になった名古屋地判平成 13 年 1 月 31 日判タ 1085 号 199 頁からもうかがえる。名古屋地裁は、「公の施設を利用しようとする者のすべてが集会の自由により憲法上保護されるべき「集会」を開催しようとしているとは限らない」としたうえで、このイベントは「基本的には営業活動の自由等の経済的自由に関する催事にすぎず、上記判例〔注：泉佐野判決及び上尾判決：注は檜垣〕のいう厳格な基準が直接妥当すべき事案であるとは解し難い」とした⁽³⁸⁾。

つまり、「パブリック・フォーラム」だから憲法 21 条 1 項の保護を受けられるのではない。逆である。利用権があり使用が認められる「公共用物」の

(36) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』（成文堂、1995 年）157 頁。

中での「集会」だから憲法 21 条 1 項の保護を受けられるのである。

そして、「公共用物」内での表現活動に対して憲法 21 条 1 項の防御権としての保護が及ぶことをもって「公共用物」を「パブリック・フォーラム」と呼ぶかどうかは、判例の理由付けにおいては、もはや言葉の問題にすぎない。

(2) 政府の「公共」vs 市民社会の「公共」

パブリック・フォーラム論に独自の意義を認め、パブリック・フォーラムに該当することを理由に法効果を与える論理構成を以下で見ていく。その際には、パブリック・フォーラムに言う「パブリック」＝「公共」の意味が重要になるため、その意味をまず検討する。

毛利透が見事に析出したように、憲法学における「公共」は従来、政府（国家）の独占物と見られ、その外に「公共」はないかのような状況があった⁽³⁷⁾。

(37) 佐々木弘通は、パブリック・フォーラム論について、「1897 年の連邦最高裁判決が、道路・公園など公有地・公有施設に対する政府の所有権・管理権を、私宅に対する私人の所有権・管理権と同視して、公有地・公有施設における「表現の自由」保障を全否定したことを出発点とする」という「アメリカ憲法判例史という固有の歴史的文脈の中で形成された理論である」点に注意を促す（佐々木弘通「公の集会施設における「集会の自由」保障・考」高橋和之古稀『現代立憲主義の諸相 下巻』（有斐閣、2013 年）354-355 頁）。この佐々木の理解を前提にすれば、公物論（公共用物論）の伝統があり、また地方自治法 244 条 2 項、3 項が存在する日本において、わざわざパブリック・フォーラム論を展開する必要があるのかはやや疑問である。また、齊藤芳浩は、「憲法 21 条で保障されている集会の自由の一つの内容として、公衆の利用権または利用請求権を認める」ことを導くにあたり「公有の財産は、元来、国民全体のものであり、国民はその管理を国家機関に委ねているにすぎない。したがって、所有者たる国民が、公有の財産を利用できることは、抽象的なレベルでは当然ともいえる」（齊藤・前掲注（31）31 頁）ことを根拠としている。

(38) この観点からすれば、学説の把握は勿論、最高裁自身の行論からすると憲法 21 条 1 項の集会の自由が関係していると考えられる上尾判決の「合同葬」が、「集会」であるのか、あるいは仮に「集会」であるとしてもどの程度の保護（表現の自由と同程度の保護）に値するものであったのかは、別途検討する余地があったように思われる。井上ほか・前掲注（32）100-101 頁参照。

しかし、カント『啓蒙とは何か』⁽⁴⁰⁾を引くまでもなく、「公共」は政府に独占されたものではない。市民社会にも分有されているのである。成田新法判決を引用して本判決が述べる「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ものである」とは、まさにこのことを前提とした記述だったはずである⁽⁴¹⁾。

そして、特に表現がなされる「場」に着目して、そのような政府の占める「公共」の外に存在する、市民社会における「公共」について論じたものとして、以下の紙谷雅子、木庭顕、齊藤芳浩、佐々木弘通の所説を挙げることができる。

紙谷雅子は、「パブリック・フォーラム論」に言う「public」の意味について、「共同体のメンバー全体のため」にかかわっているという要素がある、とし、

(39) 毛利透『表現の自由 その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008年）3-4頁は、「確かに、近年世界的に公共圏論は、むしろ批判的なものも含めて盛んにおこなわれており、民主主義論一般を論じる際にはもはや「既に議論が蓄積されているから触れざるをえない」というレベルに達しているのかもしれないが、憲法学においてはそうではない。そして、このことには理由がある。憲法学の体系において「公共性」とは国家権力の特性であり、これに対して権利を守られる主体として私人としての個人が対置させられてきた。個人が自らの自由をどのように行使するかは各人に委ねられており、逆に国家権力の発動には公共性の観点からの制約が課されなければならない。他方、自由を国家が制約してくときの根拠も最も抽象的には「公共の福祉」であり、だからこそこの「公共」とは一体どういう意味をもつのが、イデオロギー批判もまじえ論じられ続けてきた。つまり、公共性とは国家権力の特性だったのであり、自由とは対立的な位置関係にある。国家権力は公共性を有するからこそ、恣意的な行動が許されないのである。だから従来の憲法学は、政党の公共性についての議論がよく示すように、この属性を狭義の国家権力を超えて及ぼすことには慎重であった」とする。

(40) カント〔篠田英雄訳〕『啓蒙とは何か 他四編』（岩波書店、1950年）10-13頁。

(41) カウンター・デモクラシーの観点から、屋外での表現活動・民主政にとっての直接行動の重要性を論じるものに、長岡徹「公園・広場と集会の自由」法と政治（2018年）57-58頁及び脚注37、38で引用される小川有美「カウンターデモクラシーの到来 政治と市民の共同決定へ」世界799号（2009年）30頁以下、只野雅人「政治改革以降の選挙・民主主義 民主主義の手續と実質」法の科学46号（2015年）16頁以下、大河内美紀「カウンターデモクラシー・制度・民意」公法研究79号（2017年）98頁。

「このようなニュアンスからは、public を国家、政府・官庁とのかかわりをそのニュアンスとして含有する日本語の「公」と置き換えることへ抵抗を覚えるを得ないことになる」とする⁽⁴²⁾。

木庭顕は「公共空間」は「論理的」に「どの占有にも属し」てはならない、とする⁽⁴³⁾。「公共空間」というものを、「道路が国家のもの」だから「国家のものということは皆のものだ」⁽⁴⁴⁾と観念するのではなくて、「誰のものでもない」⁽⁴⁵⁾と観念するのである。

齊藤芳浩は、「憲法 21 条で保障されている集会の自由の一つの内容として、公衆の利用権または利用請求権を認める」ことを導くにあたり「公有の財産は、元来、国民全体のものであり、国民はその管理を国家機関に委ねているにすぎない。したがって、所有者たる国民が、公有の財産を利用できることは、抽象的なレベルでは当然ともいえる」⁽⁴⁶⁾とする⁽⁴⁷⁾。

佐々木弘通は、自然状態からの原理的考察を行い、自然状態においては「人と人とが物理的に出会い、集い、コミュニケーションできるあらゆる物理的空間が、その時々それぞれの場合に応じた仕方でも機能的に、表現行為の用に供され」ており、「表現行為は、当該場所がそこに固有の仕方を持つ、広く社会

(42) 紙谷雅子「パブリック・フォーラムの落日」芦部信喜古稀『現代立憲主義の展開 上』(有斐閣、1993 年) 661 頁。

(43) 木庭顕『笑うケースメソッドⅡ 現代日本公法の基礎を問う』(勁草書房、2017 年) 193 頁。

(44) 木庭顕「法学再入門：秘密の扉 ぜんべえドンとオハナぼう、番外編」『憲法 9 条へのカタバシス』(みすず書房、2018 年) 56 頁〔初出 2015 年〕。

(45) 木庭・前掲注 (44) 58 頁。

(46) 齊藤・前掲注 (31) 31 頁。

(47) 長峯信彦が大坂高判平成 29 年 7 月 14 日判時 2363 号 36 頁の評釈で述べる「主権者の財産たる公園の用途・運用を、公僕たる行政の権限で一方的に制限し、「政治的」等の主題全般を排除してしまうというのは、本来は僭越な話ではないだろうか」と述べるのも、同じ趣旨と考えられる。長峯信彦「公園の使用許可に市の協賛・公園を必須とする「主題規制」と集会の自由」新・判例解説 Watch25 号 (2019 年) 32 頁。

契約当事者一般の間のコミュニケーションを可能にする性質——「共的な（common）」性質——と呼応して、行われる。そして、自然権としての表現行為の自由は、〈それぞれの場所で、その「共的な」性質に相応しい仕方、表現行為を行う自由〉だと考えられる」とする⁽⁴⁸⁾。その上で、自然状態が解消され、すべての土地が公有地・私有地に分割されたのちの現在においても、「憲法上の権利」としての表現行為の自由は、行為者自身の「私的な」土地のみならず「公的な」土地と他人の「私的な」土地においても、〈それぞれの場所で、その「共的な」性質に相応しい仕方、表現行為を行う自由〉として憲法的保障に与ると考えられる。つまり、「公的な」土地であれ他人の「私的な」土地であれその場所で、その場所の持つ「共的な」性質と呼応する態様での表現行為が、「国家からの自由」として憲法的保障に与るのである⁽⁴⁹⁾とする。

以上の4者の所説を踏まえて、アメリカにおけるパブリック・フォーラム論の嚆矢となった1939年の *Hague* 判決⁽⁵⁰⁾ におけるロバーツ（Owen J. Roberts）裁判官の意見を見る。ロバーツ曰く、

道路や公園の権原の所在がどこであれ、それらは、記憶にないほど太古から、公衆の使用のために信託され、大昔から、集会、市民間の意思伝達、公的問題についての討議を目的として使用されてきたのである。道路や公的場所のそのような使用は、古代の時代から、市民の特権、免除、権利、自由の一部であり続けてきた。⁽⁵¹⁾

(48) 佐々木弘通「表現行為の自由・表現場所の理論・憲法判断回避準則」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）255-256頁。

(49) 佐々木・前掲注（48）256-257頁。

(50) *Hague v. Committee for Industrial Organization*, 307 U.S. 496 (1939).

(51) *Id.* at 515 (opinion of Roberts, J.).〔訳は中林暁生「パブリック・フォーラム」駒村圭吾＝鈴木秀美編著『表現の自由Ⅰ 状況へ』（尚学社、2011年）208頁を引用した。〕

ここでいう「権原の所在がどこであれ……集会……を目的として使用されてきた」という部分は非常に重要である。これはまさに紙谷の言う「共同体のメンバー全体のため」の空間、木庭の言う「誰のものでもない」空間、齊藤の言う「国民全体の」空間、佐々木の言う「共的な」空間、のことを指しているように思われる。すなわち、ロバーツは「太古」「古代」といった歴史による（伝統的）パブリック・フォーラムの正当化を試みているのであるが、その行論はこれら論者の「理論」による正当化にも通じていると考えられるのである。このような市民社会の「公共」性こそが、政府の「公共」を担う公用物を含む公物全般に対し、市民社会的な「公共」的価値の優越性を認め、様々な法的効果を導く理論的根拠になると考えられる。

以下では、かかる市民社会的な「公共」的価値の優越性を根拠として、パブリック・フォーラムに与えられるべき法的効果を段階を分けて検討していく。

(3) パブリック・フォーラムであるがゆえに与えられうる法効果

ア パブリック・フォーラム論レベル 1・・・最小の保護

中林暁生は、「道路や公園——いわゆる伝統的パブリック・フォーラム——において、公的な管理者から表現活動（あるいは集会）を保護しようとする際には、それぞれの施設の本来の利用者の利益をある程度害してでも、表現活動（あるいは集会）を護ろうとする点に、パブリック・フォーラム論の実質があると考えてい」⁽⁵²⁾ とする。中林は、伝統的パブリック・フォーラムに該当するとされる道路や公園について、その主たる設置目的が、たとえば道路は「輸送を促進するために造られているのであって、抗議をする人々が行進できるようにするために造られているのではない」、公園は「通常、街頭演説家やちらし執筆者に場所を与えるために、というよりはむしろ、街を美

(52) 中林暁生「パブリック・フォーラム論の可能性」憲法問題 25 号 (2014 年) 36 頁。

しくし、休養の機会を提供するために建設される」⁽⁵³⁾ ことにあり、表現活動はこれに劣後し認められないとされかねないところを、表現活動を認める方向での衡量を行うよう求める理論としてパブリック・フォーラム論を再定位している。この方向での判例・裁判例の理解を伸ばしていくことは可能であると思われるし、皇居前広場判決⁽⁵⁴⁾ や新潟県公安条例判決⁽⁵⁵⁾ など、中林が精力的に研究・再吟味する戦後初期の判例群からもこの方向を汲み取ることができるように思われる。

齊藤芳治は「集会を行うことを本来の目的の一つとしていて、しかも現に供用されている公共施設、あるいは、「現在の社会通念」によって、集会を行うにふさわしいと観念され、現に供用されている公共施設について、憲法 21 条で保障されている集会の自由の一つの内容として、公衆の利用権または利用請求権を認める」⁽⁵⁶⁾ として、憲法上の権利として集会のために供された公共施設の利用権を認めるとしている。

佐々木弘通は、「集会の用に供する目的で設置された公の集会施設において、その目的からくる「共的な」性質に相応しい仕方での「集会の自由」は、当然、憲法上保障される」⁽⁵⁷⁾ とする。

イ パブリック・フォーラム論レベル 2・・・中程度の保護

わが国においては近時、主として政府の財政の逼迫等を理由に、公園の廃止・再開発や商業化・富裕化（いわゆるジェントリフィケーション⁽⁵⁸⁾）等で「公

(53) 中林・前掲注 (51) 208 頁及びそこで引用されている *United States v. Kokinda*, 497 U.S. 720, 744 (1990); *Schneider v. State*, 308 U.S. 147, 163 (1939) 参照。

(54) 中林・前掲注 (52) 37 頁及び同「1952 年 4 月 28 日の 21 条論」法セ 692 号 (2012 年) 44 頁以下。

(55) 中林暁生「新潟県公安条例事件最高裁判決について」法学 83 卷 3 号 (2020 年) 124 頁以下。

(56) 齊藤・前掲注 (31) 31 頁。

(57) 佐々木・前掲注 (37) 353 頁。

の施設」の総数も規模も減少傾向にある⁽⁵⁹⁾。このような状況下において、表現活動・集会に開かれた公共施設の用途変更を違憲・違法化することは、重要な課題である。

市川正人は、「一般的に言って、国・地方公共団体は、ある公共施設を表現活動・集会に開かれたものとし続ける義務はないであろうが、いつでもどのようにでも公共施設の性格を変容させることができるとまで解するべきではない⁽⁶⁰⁾」とする。

また齊藤芳浩は、「公共施設の廃止あるいは用途変更などの場合は」「憲法 21 条で保障されている集会の自由の一つの内容として、公衆の利用権または利用請求権を認める」「このアクセス権侵害が主張できることも、場合によってはあり得よう⁽⁶¹⁾」とする。

以上のような用途変更の禁止を、どのように法理論化するかが問題となる。

ここでは、一般に公用廃止処分が違法とされる場合の要件が参考になるように思われる。

一般に公共用物を廃止するためには、①「当該公共用物を供用する必要性が喪失した」こと、もしくは、②「当該敷地をより公共性の大きい目的のために使用することがやむをえないと認められることが必要である」とされている⁽⁶²⁾。用途変更についても同様であると解されるから、集会の目的に供された公共施設の用途を別の用途に変更するためには、①か②、特に②を立証する必要があるといえる。

そして②の衡量の際に、市民社会的な「公共」的価値性の優越性を加味し

(58) 藤塚吉浩『ジェントリフィケーション』(古今書院、2017年)参照。

(59) 同様の問題意識を持つ論稿として、高橋義人「公共空間」の民営化と「パブリックフォーラム」論」*琉大法学* 85 号 (2011 年) 41 頁以下、門田美貴「公共空間の私化と「財産権の社会的拘束」」*法学政治学論究* 130 卷 (2021 年) 197 頁以下。

(60) 市川・前掲注 (27) 25 頁脚注 27。

(61) 齊藤・前掲注 (31) 31-32 頁。

(62) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ〔第 5 版〕』(有斐閣、2019 年) 601 頁。

た判断をすべきであると考えられる。

ウ パブリック・フォーラム論レベル3・・・最大限の保護

これは集会の自由の実質化のために集会を行う施設の新設を求める権利を認める議論である。

これについてはしかし、齊藤芳浩が指摘するように、「集会を行うことを本来の目的の一つとしていて、しかも現に供用されている公共施設、あるいは、「現在の社会通念」によって、集会を行うにふさわしいと観念され、現に供用されている公共施設について、憲法 21 条で保障されている集会の自由の一つの内容として」⁽⁶³⁾ 認められる「アクセス権が公共施設の創設を要求する権利を含むとまでみることは困難であると思われる。施設の創設は、国家機関による「給付」そのものであり、憲法 25 条 2 項の問題とすべき」⁽⁶⁴⁾ だと考えられる。

憲法 25 条 2 項の問題であるならば、公共施設の創設は極めて広い政府の裁量に委ねられることとなり、市民社会的な「公共」的価値の優越性を前提したとしても、憲法 21 条 1 項による統制は及ばない考えられる。

第 4 ヘイト・スピーチがなされるおそれを理由とする「公の施設」の使用拒否⁽⁶⁵⁾

1 はじめに

近時、ヘイト・スピーチがなされる可能性のある集会に対する「公の施設」の使用拒否が許されるかどうかは地方公共団体の実務的な問題となってい

(63) 齊藤・前掲注 (31) 31 頁。

(64) 齊藤・前掲注 (31) 31-32 頁。

(65) なぜ「使用不許可」ではなく「使用拒否」としたかという点、「公の施設」の使用拒否は使用不許可処分だけでなく契約の拒否の形でも行うことができるからである。櫻井智章「表現の場」としての「公の施設」法セ 807 号（2022 年）84 頁。

る。本判決の宇賀反対意見はこの点について考える際の一つの参考になると思われるので、ここで検討を加えておく。

2 宇賀反対意見の不明瞭さ

宇賀反対意見曰く、

「パブリック・フォーラムにおける集会でなされるおそれのある発言内容を理由に不許可にすることは言論の自由の事前抑制になるので、ヘイトスピーチを目的としたり、特定の個人に対する名誉毀損や侮辱という犯罪が行われたりする明白なおそれがある場合でなければ、原則として認められるべきではない。」

この一文には文意が微妙な部分があるため、以下、精査する。

宇賀反対意見によれば「原則として認められるべきではない」「パブリック・フォーラムにおける集会でなされるおそれのある発言内容を理由に不許可にすること」の例外、つまり「パブリック・フォーラムにおける集会でなされるおそれのある発言内容を理由に不許可にすること」が許される場合として、①「ヘイトスピーチを目的としたり」、②「特定の個人に対する名誉毀損や侮辱という犯罪が行われたりする」③「明白なおそれがある場合」と記述されている。この①②③の相互関係が若干問題になる。③の限定が②にかかるのは明らかであるが、①にかかるかどうかは、①と②の間に読点が入っているため不明瞭である。

もっとも、次に検討する学説のうち、公共施設でヘイトスピーチがなされるおそれを理由とする使用拒否を肯定する立場にあっても、『「不当な差別的言動』が行われることが、客観的な事実を照らし、具体的に明らかに予測されること」等の限定を要求する立場がほとんどであることを踏まえると、宇賀反対意見の「ヘイトスピーチを目的としたり、特定の個人に対する名誉毀

損や侮辱という犯罪が行われたりする明白なおそれがある場合でなければ、原則として認められるべきではない」という説示における「明白なおそれがある」という限定は、「ヘイトスピーチを目的とした」にもかかるものだったのであり、またかかると読むべきである。従って、ここでいう「ヘイトスピーチを目的とした」は「ヘイトスピーチがなされる」という意味だったのであり、またそのように読むべきであろう。

3 学説

(1) 使用拒否の否定説

榎透は、「公園や市民会館などの公共施設の利用に事前抑制を行う場合」
「いったんはヘイト・スピーチ等がなくなるかもしれないが、すぐに別のものが登場するであろう。ゆえにヘイト・スピーチやヘイト・クライムの解消を法的規制で成し遂げるのは困難である」⁽⁶⁶⁾ とする。そのため、「公共施設においてヘイトスピーチがなされる明白なおそれ」を理由に使用拒否をすることには否定的であると考えられる。

曾我部真裕は、現行法上ヘイトスピーチはそれ自体違法とはされていないのだから、「ヘイトスピーチが行われることのみをもって不許可とはできないだろう」⁽⁶⁷⁾ とする。

(2) 使用拒否の肯定説

内野正幸は、「地方自治体が公民館などの会議室を住民に利用させる場合について」は、「ある言論に対し、その主張内容の不適切ゆえに規制を及ぼすことは原則的に許されない」という原則は、「検討の余地があ」とし、「公民館運営などの立場から、主張の内容（意見）の点で適切でない利用希望者に

(66) 榎透「ヘイト・スピーチ、ヘイト・クライム規制」法時 89 卷 9 号（2017 年）31 頁。

(67) 曾我部真裕「憲法 教科書のその先へ（第 20 回）表現の自由（6）」法教 494 号（2021 年）75 頁。

対しては利用を拒否する、ということが許されうるかもしれない」とする。そしてその理由として、同箇所が付された脚注 12 では、師岡康子『ヘイト・スピーチとは何か』(岩波新書、2013) 180-184 頁を引きつつ、「(攻撃された在日の人たちが住む地域をかかえた自治体である) S 区が「在特会」に便宜を図っているという印象を与えてはまずいという配慮や、多民族共生を行政の一方針とする S 区の立場と相容れないから、という理由が考えられる」としている⁽⁶⁸⁾。

金澤孝は泉佐野判決の評釈において「人権保護の要諦が少数者の保護であるのなら、また本判決の射程という観点からも、ヘイト・スピーチ団体の施設利用に対する制約あたりが試金石となろう」⁽⁶⁹⁾とする⁽⁷⁰⁾。

楠本孝はヘイトスピーチ解消法 4 条の制定を理由に「不当な差別的言動によって住民に多大な苦痛を強い、地域社会に深刻な亀裂を生じさせるおそれがある(違法性が顕著である)と客観的な事実に照らして認定できるならば、ただそれだけで、そうした差別的言動が自らが管理している公の施設で行われることを忌避することを、地方公共団体のやむにやまれぬ公共の利益として承認したものと解される」とする⁽⁷¹⁾。

(68) 内野正幸「ヘイトスピーチ」法教 403 号 (2014 年) 62 頁脚注 12。

(69) 金澤孝「集会の自由と市民会館の使用不許可」『憲法判例百選 I [第 7 版]』(有斐閣、2019 年) 176 頁。

(70) 金澤の言うように、「人権保護の要諦」を「少数者の保護」に見て、表現内容規制をダイレクトに認める立場は、アメリカにおけるいわゆる表現の自由領域におけるアファーマティブ・アクションを認めるイーガリタリアンの立場に親和的である。これに対しては表現の自由領域におけるリバタリアンの立場が有力に対抗しているところである。イーガリタリアンの立場が自明なわけではなく、近時の *Citizens United* 判決 (*Citizens United v. Federal Election Commission*, 558 U.S. 310 (2010)) などをふまえると判例の立場はむしろリバタリアンの方であるように見受けられる (Sullivan, *supra* note 9)。本稿においては検討の余裕がないためこの部分の詳細の検討については他日を期したい。

(71) 楠本孝「ヘイトスピーチ対策としての公共施設利用制限について」地研年報 22 号 (2017 年) 17 頁。

師岡康子は「ヘイトスピーチ目的の集会の場合は、集会それ自体がマイノリティに属する市民に「多大な苦痛」と地域社会に「深刻な分裂」をもたらす「許されない」集会の自由の濫用である⁽⁷²⁾として、「当該施設利用において、不当な差別的言動の行われるおそれが客観的な事実を照らして具体的に認められる場合」（川崎市ガイドライン⁽⁷³⁾のいわゆる「言動要件」）を充足する場合には施設利用を拒否できるとする。

中村英樹は、川崎市ガイドラインの「迷惑要件」につき、「ここまで高度の危険を表現するのに「迷惑」という概念が相応しいかはさておき、実際に利用制限の対象となりうるのは、他の利用者の権利侵害を観念できる、マイノリティ集住地域に立地する開放型の「公の施設」における一方的なヘイトスピーチに限られる⁽⁷⁴⁾とする。

奈須祐治は、「基本的には排外主義団体による公の施設の利用を拒否することは、一定の条件を満たせば憲法上許されるだろう。これを全く否定する説は過度にルール指向的であると批判できる。また、泉佐野市民会館事件等の最高裁の判例法理は、この問題には限定的にしか適用されない⁽⁷⁵⁾とする。

毛利透は、原則としては「ヘイトスピーチが行われることを理由に集会を不許可にする」ことは「難しい」としつつ、「そもそも、パブリック・フォーラムといっても、そこでたとえばわいせつな表現活動について、処罰対象となるものでなければ利用不許可にできないということはないはずである。公益のために利用されるべき最低限の品位として、それを超えるレベルを求めることは許されるであろう。ヘイトスピーチを伴う集会についても、公共の

(72) 師岡康子「川崎市によるヘイトスピーチへの取組みについて」法セ757号（2018年）36頁。

(73) 正式名称は「本邦外出身者に対する不当な差別的言動の解消に向けた取組の推進に関する法律に基づく『公の施設』利用許可に関するガイドライン」。

(74) 中村英樹「ヘイトスピーチ解消法を受けた地方公共団体の取組みと課題」法セ757号（2018年）41頁。

(75) 奈須祐治「ヘイト・スピーチと「公の施設」」金沢法学61巻1号（2018年）261頁。

利害に関する言論としての内実を全く備えていない、特定民族に対する誹謗中傷ばかりがなされると確実に予測できるような例外的な場合には、公共施設利用に求められる最低限の公益性を欠くという判断も可能である」⁽⁷⁶⁾として、例外的に不許可を認めうる場合があるとする。

(3) まとめ

宇賀反対意見は、「公共施設においてヘイトスピーチがなされる明白なおそれ」を理由とした使用拒否が合憲・合法かどうかにつき、以上のように学説が割れている中で、「公共施設においてヘイトスピーチがなされる明白なおそれ」を理由に使用拒否を肯定する（合憲・合法とする）立場を明示した点に意義があるといえるだろう。

第 5 規制目的の解釈と評価——「支障」の予防及び「政治的中立性」の確保

1 多数意見の理解する規制目的

多数意見は利益衡量にあたって、規制の目的を「公務の中核を担う庁舎等において、政治的な対立がみられる論点について集会等が開催され、威力又は氣勢を他に示すなどして特定の政策等を訴える示威行為が行われると、金沢市長が庁舎等をそうした示威行為のための利用に供したという外形的な状況を通じて、あたかも被上告人が特定の立場の者を利しているかのような外観が生じ、これにより外見上の政治的中立性に疑義が生じて行政に対する住民の信頼が損なわれ、ひいては公務の円滑な遂行が確保されなくなるという支障が生じ得る」ことを前提に、「本件規定は、上記支障を生じさせないことを目的とするものであって、その目的は合理的であり正当である」とする。

(76) 毛利透「憲法訴訟の実践と理論【第 1 回】ヘイトデモ禁止仮処分命令事件」判時 2321 号 (2017 年) 9 頁。

多数意見が想定する、示威行為の許可によりこのような「支障」が生じるに至るメカニズムは、①金沢市が許可を出す（「許可」）→②本件広場で特定の政策等を訴える示威行為が行われる（「示威行為」）→③その示威行為に反対する市民らが金沢市長による特定の立場の者を利しているのではないかと疑う（「外観」の作出）→④政治的中立性に対する市民の信頼が失われる（「信頼毀損」）→⑤集会の主張に反対する市民らによる金沢市への抗議や不協力がなされる（「抗議等」）→⑥公務の円滑な遂行が確保されなくなる（「支障」の発生）、というものである。

宍戸常寿が指摘するように、目的と手段は連鎖の関係にあるから、ある目的が別の目的との関係では手段であることもありうるのであって⁽⁷⁷⁾、⑥の予防という究極目的以外の③④⑤の予防についても、それぞれ目的であると解することもできると考えられる。

そのうえで、以下③④⑤⑥の予防について、「正当な目的」といえるかどうか検討を加える。

なお、多数意見は③④⑤⑥の予防すべてが（少なくとも）「正当な目的」とあると評価したのだと考えられる。

2 異議 Dissent⁽⁷⁸⁾ がないハーモニー⁽⁷⁹⁾ の理想の世界？

まずは⑤抗議等を抑えることによる⑥支障の防止が「正当な目的」といえるか。

市民からの抗議を封じることでそれにより生じる地方公共団体の行政事務遂行上の支障を取り除きたいという金沢市の立論の前提にあるのは、異議を

(77) 宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開〔第2版〕』（日本評論社、2011年）54頁。

(78) 阪口・前掲注（9）「異論の窮境と異論の公共性」21頁以下、同「表現の不自由と日本〈社会〉」287頁以下。

(79) 伊藤計劃『ハーモニー』（早川書房、2008年）。ジョージ・オーウェル〔高橋和久訳〕『一九八四年〔新訳版〕』（早川書房、2009年）、レイ・ブラッドベリ〔伊藤典夫訳〕『華氏451度〔新訳版〕』（早川書房、2014年）参照。

認めない、あるいは抗議を避けたい政府⁽⁸⁰⁾の立場である。「近年、自治体や企業には、SNS による呼びかけを通じた、抗議の電話やメールが増え、抗議が起きそうな表現への関与を避ける傾向がみられる」⁽⁸¹⁾ことは、よく指摘されるところである⁽⁸²⁾。

しかし、政府が抗議や批判そのもの、さらに抗議や批判の対象となる事柄の存在を理由とする不協力を恐れるあまり、世論が割れそうな表現を減らすことで抗議や批判を減らそうとすべきではない。このような主張自体、地方公共団体を構成する一般市民には異なる意見を持つ者が当然いるという民主主義⁽⁸³⁾国家の大前提がおよそ理解できていないように思われる。宇賀反対意見が指摘するように、「被上告人〔注：金沢市：注は檜垣〕の政策に批判的な市民が存在し、実際に被上告人〔金沢市〕の政策を批判すること自体は、民主主義国家として健全な現象」であり、むしろ望ましいことでさえあるのである。

つまり、表現に対する抗議や批判について、金沢市は、市が許可した示威行為で示された特定の政策等を市が是認していると考えた抗議者に対し、説明からはじまる一連のコミュニケーションを取るべきなのであって、抗議を予め封じるレッサー・スピーチではなく、モア・スピーチにより対処すべきなのである。「説明 (accountability)」こそは民主政を採用する政府の一丁目一番地の仕事であるはずである⁽⁸⁴⁾。権力を持つ者は「説明」による「説得」

(80) 本稿では、国家と地方公共団体の双方を含む言葉として「政府」という語を用いる。もちろん、国家と政府は、別の文脈では対抗関係にある言葉である。石川健治「自分のことは自分で決める 国家・社会・個人」樋口陽一編『ホーンブック憲法〔改訂版〕』（北樹出版、2000年）124-185頁参照。

(81) 卷美矢紀「公園施設たる追悼碑の設置期間更新不許可処分の適法性」ジュリ 1531号（2019年）27頁。

(82) 志田・前掲注（3）80-90頁参照。

(83) 木庭顕『デモクラシーの古典的基礎』（東京大学出版会、2003年）、志田・前掲注（3）、宇野重規『民主主義とは何か』（講談社、2020年）参照。

を厭い、黙って「権力」を行使し「強制」する方が手っ取り早い⁽⁸⁵⁾。それを防ぐことこそが、表現の自由の中でも特に批判的な表現が持つ機能であり、表現の自由が手厚く保護される理由の一つである。

金沢市と（最高裁多数意見含む）裁判所は、立憲民主政⁽⁸⁶⁾のもとで表現の自由が保障される前提にある以上のような理解と正反対にある、世論が割れそうな異議を予め封じることによって調和を保とうとする⁽⁸⁷⁾政府及び社会を前提としていることがうかがえる。このような政府・社会観は憲法の前提に反し⁽⁸⁸⁾、妥当ではない。

以上より、⑤⑥の予防は「正当な目的」とはいえないと考えられる。

3 印象を大切にする政府？

(1) 問題の構造：是認 endorse を通じた表現帰属

上で述べたように、⑤⑥の予防は「正当な目的」とはいえない。

しかし、③④の予防についてはそれ自体を別途「正当な目的」あるいは「重要な目的」と考える余地がある。以下、③④の本論に入る前に、まず②③の関係を整理しておく。本件で住民の信頼毀損が生じるのは、(猿払判決⁽⁸⁹⁾

(84) 蟻川恒正「責任政治」法学 59 卷 2 号（1997 年）1 頁以下、毛利・前掲注（39）第 1 章、第 2 章。

(85) 毛利透「表現の自由と民主政」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か 理論的視座と現況への問い』（法律文化社、2017 年）26 頁以下。

(86) 大阪市ヘイトスピーチ条例判決（最 3 判令和 4 年 2 月 15 日 76 卷 2 号 190 頁）参照。

(87) これは、近時の党派性を抑えるための「首長無所属」の動きや、地方自治政治において近時よく見られるようになった「オール〇〇」というコンフォルミズム的な呼称とも響きあう傾向であるように思われる。そしてこれは国レベルでは、「日本国民統合」の「象徴」としての「天皇」（憲法 1 条）による分断防止が異議を封じることにもつながりうるという話でもある。金井光生「八咫鏡に映るオイディプス」名和田是彦編著『社会国家・中間団体・市民権』（法政大学現代法研究所、2007 年）275 頁以下参照。

(88) 金井光生「国旗敬礼強制拒否事件判決における〈シンボリズム〉に関する覚書」行政社会論集（2010 年）22 卷 3 号 132 頁。

や堀越判決⁽⁹⁰⁾のように) 公務員が政治的活動(表現)を行うから、ではない。本件で表現を行うのは原告(石川県憲法を守る会)という私人であり、金沢市ではない。にもかかわらず、一般市民の「特定の立場の者を利している」のではないかという疑念と信頼毀損が生じるのは、一般市民から見て、金沢市が原告に「市を象徴する建築物」⁽⁹¹⁾である市庁舎の前に隣接して存在する本件広場を利用させていることが、金沢市が原告に特別な援助を与えているように見えるからである。

以上を要するに、本件の問題構造は、原告が集会でなす表現が金沢市に、「是認 endorse」を通じて帰属しているかどうかであり⁽⁹²⁾、この是認を通じた表現帰属の判断が「一般市民」の印象に委ねられているということである。

そして、表現行為の領域では、金沢市が「特定の(政治的)立場を利している」ように見えることは、その「特定の(政治的)立場」に精神的利益・象徴的効果を付与することなのであって、(特定宗教を「是認する」のと同様に)、それ自体によってすでに「特定の(政治的)立場を利している」のである。つまり、ここで多数意見がいう「政治的中立性」はもはや「実体」と「外観」に区別された「外観」なのではなく、「外観」こそが「実体」なのである⁽⁹³⁾。

そして、このような私人の表現の是認を防ぐことで表現の帰属を防ぎ、政治的中立性を維持することは、重要な政府利益ではあるだろう⁽⁹⁴⁾。

(89) 最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁。

(90) 最 2 判平成 24 年 12 月 7 日刑集 66 卷 12 号 1337 頁。

(91) 馬場隆紀=幸田宏「市が行った庁舎前広場の使用不許可処分は違法と訴え」判自 491 号(2022 年) 10 頁。

(92) 横大道聡「憲法訴訟研究会(第 137 回) モニュメント建立と政府言論 Pleasant Grove City v. Sumnum, 129 S. Ct. 1125 (2009)」ジュリ 1403 号 160 頁以下、木下智史「政府言論(government speech)の射程: Walker v. Texas Division, Son of Confederate Veterans, Inc., 135 S.Ct. 2239 (2015)」関西大学大学院法務研究科法科大学院ジャーナル 12 号(2017 年) 7 頁以下。

(93) 安西文雄「平等保護および政教分離の領域における「メッセージの害悪」」立憲法学 44 号(1996 年) 81 頁以下参照。

私人がなした表現を政府が是認することによる政府への表現の帰属とそれによる政治的中立性毀損の予防は、従来の泉佐野判決や上尾判決等が対象としていたような危険の予防とはタイプが異なる、これまで日本の判例学説上ほとんど議論されず、正面から考慮されてこなかった利益であるように思われる。旧来の日本の公物論、あるいはアメリカ由来の「パブリック・フォーラム論」及び「政府の言論」の議論では、このような政治的中立性の問題は潜在的・暗黙的には考慮されたとえて類型化がなされていたようにも思われるが、必ずしも明確に議論されてきたわけではない。これらの消息が、「公の施設」をヘイトスピーチ目的の集会に貸し出してよいかどうかの問題の結論についての割り切れなさにもうかがえる⁽⁹⁵⁾。しかし、本事案ではまさにこの問題が正面から問われているのであって、従来の定式の再定式化も含めた議論が必要になるように思われる。

(2) にわとりとたまご——公物法性と是認・帰属・政治的中立性毀損有無の循環関係

上述のように、金沢市が原告の表現を是認し、原告の表現が金沢市に帰属するかどうかは「一般市民の印象」により判断される。

そして、一般市民は様々な事情を総合考慮して、是認・帰属の有無を判断すると考えられるため、総合考慮が判断基準となると考えられる。考慮要素としては、本件広場の物理的形状、従来の利用状況、法性、集会でなされる予定の表現の内容、金沢市の普段の広報活動などが挙げられるであろう。

(94) アメリカのケースではあるが、小谷順子「集会及び表現の自由とその「場」の確保」判時 2465・2466 合併号（2021 年）158 頁が引用する *United States v. Grace*, 461 U.S. 171, 183 (1983) は、連邦最高裁の建物および敷地内での旗、横断幕、装置を伴う意見表明を禁止した法（Title 40 U. S. C. § 13k）の目的についての評価で、「連邦最高裁が外部の影響を受けている、あるいは個人またはグループでのピケや行進が連邦最高裁に訴えかけまたは影響を与えるための許容できるあるいは適切な方法であると一般人から見えないようにする」ことの「重要性 importance」自体は認めている。

では、上記判断基準を本件事案にあてはめてみるとどうか。

第一に、本件広場の物理的形狀について。「本件広場は、被上告人の本庁舎に係る建物の敷地の一部であり、当該建物のすぐ北側に位置している……広場であり、その北側及び東側は道路に接している」。つまり、金沢市を象徴する建築物である金沢市庁舎の敷地の一部であり、市庁舎同様、市の象徴性を

(95) 「京都府公の施設等におけるヘイトスピーチ防止のための使用手続に関するガイドライン」では「不当な差別的言動が行われることが、客観的な事実に照らし、具体的に明らかに予測される場合に、公の施設の使用を承認又は許可することは、地方公共団体が不当な差別的言動そのものを承認又は許可したとも解されるおそれがある」と想定されており、「不当な差別的言動」が行われることが、客観的な事実に照らし、具体的に明らかに予測される場合には施設の利用拒否ができるとする。ヘイトスピーチが行われる集会目的での公共施設使用を認めたことから生じる「印象」を、施設利用を不許可とする「正当な理由」とするものであるが、同様の発想は内野・前掲注 (68) 62 頁脚注 12 にも見られる。毛利透は、「ヘイトスピーチを伴う集会の公共施設利用を認めざるを得ないことへの対策として、地方公共団体が、公共施設の利用を許可することは、決してその内容を是認する趣旨ではないということを明示することは、ありえてよい。パブリック・フォーラムの利用が原則として内容によらず自由に認められる以上、利用許可がその内容を管理者が肯定していることを意味しないのは当然であるが、あえて当然の事を確認することにも、政治的には意味がある」としていたところである (毛利・前掲注 (76) 9 頁)。山崎友也は第二事件地裁判決・高裁判決について「市の「中立性」への懸念について、「特定の政策」等への賛否を問う集会に「場所を提供しているという外観が形成されるがゆえ生じるおそれがあるものであるから」、提供の主体が市ではないと判別されることは問題にならない、と判示する。このような「外観」を理由として、市の「中立性」が疑われるというのであれば、この理は「公用物」のみならず、「公の施設」を含む公共施設一般に当てはまる」とし、「しかし、このような理解は、平成 7 年最判〔注：泉佐野判決：注は檜垣〕が示した集会の自由の保障論を根本から掘り崩す」と批判している (山崎友也「公用物」における集会の自由の意義と限界」判時 2465・2466 合併号 (2021 年) 154 頁)。桜井智章は「市民会館を貸すこと自体が、市がヘイトスピーチに手を貸すことになるのだ、だから貸してはならない」という主張に対して、「集会用施設は集会 (表現) の内容に関係なく使えるのが原則だという基本が確立されれば、特定の政治的立場への肩入れという問題にはならない」とする (神橋一彦ほか「座談会 連載 1 年を振り返って (上)」法セ 819 号 (2023 年) 88 頁 [桜井智章発言])。

持つ。ここで私人が特定の政策等についての示威行為を行うと、一般市民は、金沢市が当該特定の政策等については是認しているという印象を持つ可能性がある。他方で、「壁や塀で囲われていない南北約 60m、東西約 50m の平らな広場」であることに着目すれば、そこを原告が集会で使用し、そこで特定の政策等を伴う示威行為がなされたとしても、一般市民は、当該特定の政策等を金沢市が是認しているという印象を持たなかった可能性もある。

第二に、従来の利用状況について。「本件広場においては、本件規則 6 条 1 項所定の許可がされた上で、国際交流団体の活動紹介を内容とする行事や音楽祭のほか、原水爆禁止を訴える趣旨の集会が開催されたことがある。上告人守る会自身も、令和元年 11 月及び同 2 年 5 月には、本件規定に該当する行為をしないことを前提として同項所定の許可を受けた上で、本件広場において、本件集会とは異なる規模、態様により、いわゆる護憲集会を開催している」が、「過去において、本件広場で特定の政策を主張する集会が許可されたことによって、被上告人に苦情・抗議が寄せられた実例があるという主張が被上告人からなされたわけではな」いことを踏まえると、一般市民は、当該特定の政策等を金沢市が是認しているという印象を持たなかった可能性がそれなりにある。

第三に、本件広場の法性について。宇賀反対意見が述べるように、本件広場には「設置及び管理に関する条例」（地方自治法 244 条の 2 第 1 項参照）がなく、また「本件広場の使用許可申請についての審査基準がない状態になっていると考えられるため、地方自治法 244 条 2 項の「正当な理由」の有無については個別事案ごとに判断するほかない」状況であった。そうであれば、この点についても、一般市民が、金沢市が原告の集会の内容を是認しているという印象を持つかどうかは微妙であり、持つ者もいた一方で持たない者もいたというほかないように思う。

第四に、集会でなされる予定の表現の内容は、「憲法（特に 9 条）を守るなどの目的」を持つ原告（石川県憲法を守る会）が行う「憲法施行 70 周年集会」

であって、「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的」による示威行為に当たりうるものであった。しかし、本件広場の物理的形狀および法性がすでに検討したようなものであったから、これも一般市民が金沢市が原告の集会の内容を是認しているという印象を抱く可能性があったかどうかの決め手にはならないであろう。

第五に、金沢市の普段の広報活動、特に「憲法（特に 9 条）を守るなどの目的」について金沢市が普段から市の見解としてどのような立場を打ち出していたのか、あるいは本件広場をはじめとする公共施設での表現活動一般に対しどのようなスタンスを表明していたのかは不明である。

以上の点を総合考慮すると、一般市民が、金沢市が原告らが集会で訴える特定の政策等を是認していたという印象を持つかどうかは微妙なラインであり、そうともみうるし、そうでないともみうるものであったというべきであろう⁽⁹⁶⁾。本件事案について「限界事例」⁽⁹⁷⁾という指摘があるのもうなずけるところである。

以上を踏まえれば、過去の時点における事案そのものの妥当な解決として、つまり過去志向としては、かかる場合に、一般市民の印象としては金沢市が本件集会で示された特定の政策等を是認し、ゆえに金沢市に表現が帰属すると考えることもありうるという金沢市及び本判決多数意見の判断もわからないのであって、③④を理由に集会での利用を認めないことは、合憲・適法でもありえたように思う。

しかし、未来志向で考えるなら、本事案において、「公の施設」かどうかは

(96) もちろん、金沢市の表現だと考えない一般市民が大多数だった可能性もあり、それゆえにこそこれまでの数十年間で 1 回も抗議がなかったのだとも考えられるが、広場を利用する私人の表現が金沢市に帰属するかどうかについて曖昧さがあったことは否定できない。この表現帰属の曖昧さについて、あいちトリエンナーレ 2019 について同様の問題を指摘するものに、横大道・前掲注（6）34 頁以下。

(97) 匿名記事「市庁舎前広場の使用許可申請に対する不許可処分が適法とされた事例」判時 2336 号（2017 年）50 頁。

主としてその物理的・形状や従来の利用状況から判断するという基準が最高裁判決の形で確立されれば、以降はかかる基準を前提に、地方公共団体は抗議に対し「ここは公の施設であるからあの集会は地方公共団体の見解とは無関係で、抗議者の方も（内容中立規制には従いつつ）カウンター集会を開きたいならどうぞ」と説明すれば済むこととなり、また一般市民の大多数もそのような集会を見たところで金沢市が是認しているとは考えなくなるようになるはずであって、金沢市ひいては他の地方公共団体においても、行政庁舎前での抗議等の有意義な集会をする余地が広がる望ましい結果となったと思われる。

つまり、金沢市が原告らの主張する特定の政策等を是認しているかどうかについて、一般市民の印象が割れ得る微妙な事案であったからこそ、最高裁はこのような、一般市民の印象＝社会通念に対し、最高裁判決が定めた公物の法性決定基準が影響を与えるという再帰的關係の存在を前提に、最高裁自身が決断機関として旧来の社会通念を断ち切り、本件広場をその物理的・形状や従来の利用状況から公共用物であると認め、一般市民の印象＝社会通念を、結果的に集会の自由がより守られるという意味で望ましいあるべき方向に変容させる未来志向型の判決を下すべきであったように思われる⁽⁹⁸⁾。この未来

(98) 紙谷雅子は「新しい言葉は新しい実体をもたらし、新しい事態は新しい法理の形成に一役買うことになる、少なくとも、そのはずであった」として、パブリック・フォーラム論が登場した際の狙いについて「伝統的には……表現活動の場所として認知されていなかった公聴会などが、パブリック・フォーラムであると認知されるようになる」ことで「第一修正の適用」を受けられるようにする点にあったと指摘する（紙谷・前掲注（42）660-661頁）。これもまた再帰性、しかも認知に関わる再帰性の話ではあるが、本稿が言う一般人の印象についての再帰性とは異なる再帰性である。また、第一事件、第二事件含め、栗島智明は「行政の中立性」について「法理論的な問題なのか、それとも社会通念的というか、単なる市民の受け止めの問題なのかも気になる」とするが、両者が関係しており、一般市民の印象という「社会通念的なもの」が「法」で保護される利益になっているのではないだろうか（神橋ほか・前掲注（95）89頁〔栗島智明発言〕）。

志向は、国家賠償訴訟における、当該行為は違法であったが行為時に違法かどうかの判断が難しいケースだったので公務員に過失はない式の判決群⁽⁹⁹⁾と同様の発想であると考えられる。

そして逆に、本事案において最高裁が過去志向の本判決を出したことで、金沢市庁舎前広場での政治集会については金沢市が是認しており、その表現が金沢市に帰属することで政治的中立を毀損していると一般市民が懸念するのをもっともであると一般市民が考えることを正当化して追認し、今回の事案を超えて、他の地方公共団体においても、私人が表現活動に公物を使用する場合について地方公共団体が過度に政治的中立性を損なうことを恐れる萎縮的対応を、再帰的に強化してしまった可能性が高い。

本判決の最大の問題点はここにある。

政府が一般市民の印象 = 社会通念に介入することを「政府の言論」として行っているとすれば、「政府の言論」を行うのは地方公共団体だけではない。最高裁をはじめとする裁判所もまた（意識的か無意識的かはともかく）判決を行うことによって一般市民の印象 = 社会通念を変化させる「政府の言論」を行っているのである。

(3) 政府が私人の表現を是認・帰属しているかどうか（政府の言論）の判定基準

そして、政治的中立性の確保という理由での使用拒否が許される領域を無制限に広げないためにも、政府が行う私人の表現への助成のうち、何が政府の言論であり、何が私人の言論になるかの表現の是認・帰属の判断基準の緻密化が望まれる⁽¹⁰⁰⁾。以下、参考になりうる見解を挙げるが、本稿では詰めて考える余裕がないため更なる検討は今後の課題としたい。

たとえば、小谷順子は、「政府の言論として位置づけられるのは、国や自治

(99) たとえば、最 1 判平成 16 年 1 月 15 日民集 58 卷 1 号 226 頁等。

体の特定の政策に関する特定の観点を促進する目的（例えば男女共同参画の推進）で実施する事業や、特定の分野の市民活動を促進する目的（例えば芸術活動の補助）で実施する事業である」として、「そうした特定の政策・施策上の目的ないし限定を有するものではない」から「本件広場の貸出」は「政府の言論」に該当しないとする⁽¹⁰¹⁾。

また、横大道聡は、「政府の言論」についての議論の蓄積があるアメリカ法を参考に、①表現の目的、②表現内容に対する編集権の所在、③実際の発言者、④表現内容に対する最終責任の所在などを考慮すべきであろう⁽¹⁰²⁾とする。

さらに、木下智史は、アメリカ法の近時の動向では、①政府がメッセージを伝えるものとして用いてきた歴史的経緯の有無、②政府のメッセージを伝えるものと人々が受け取るのが合理的か（「合理的観察者テスト」）、③政府が内容についての選択を行っているかという三つの要素によって政府言論の該当性を判断している⁽¹⁰³⁾、とする。

4 護憲は政治的に偏っているのか？

仮に本判決の事案で私人による表現が金沢市に帰属するという印象を一般市民に与えるものであった、という前提に立つとしたら、どうか。

第一事件地裁判決はこう述べる。「本件各護憲集会は、憲法を擁護する等として申請されたもので、憲法擁護義務を負う公務員の立場に合致するものと

(100) 木下智史「憲法訴訟の実践と理論【第2回】 集会の場所の保障をめぐる事例」判時2324号（2017年）8頁。蟻川恒正「政府の商業言論」企業と法創造6巻4号（2010年）125頁以下及び中林暁生「『政府の言論の法理』と『パブリック・フォーラムの法理』との関係についての覚書」企業と法創造7巻5号（2011年）88頁以下も参照。

(101) 小谷順子「集会及び表現の自由とその「場」の確保」判時2465・2466号（2021年）158頁。

(102) 木下・前掲注（100）8、10頁脚注25。横大道聡『現代国家における表現の自由』（弘文堂、2013年）239-267頁。

(103) 木下・前掲注（100）8、10頁脚注25。

して被告の事務・事業に密接に関連するということができる」。この説示の前半部分は、無視できない。

もし、「憲法を守る」という主張自体が「政治的中立性」を害する主張なのだとなれば、義務教育課程でなされている日本国憲法の定める人権や統治機構について教育することすらも「政治的中立性」を害する主張ということになるのではないか。

言うまでもないが、憲法は「一定の価値」を提示するものである⁽¹⁰⁴⁾。この「価値」はもちろん別の見方から見れば偏っているだろう。しかし、現在の日本政府・地方公共団体は、そのような憲法の価値判断をこそ存立の前提に据えているのであって、すなわち中立のベースラインは「憲法」の「価値判断」であって、「憲法を守る」という主張が「中立性」を害することはありえないのではないかとも思われる⁽¹⁰⁵⁾。そしてそうであれば、金沢市の見解と原告の「憲法」「を守るなどの目的」は一致することとなるはずである。

そしてなればこそ第二事件地裁判決及び最高裁判決は、本件集会の目的を、

(104) 「戦後、ラートブルフは自らの間違いを認めた論文を発表します。実定法を超えた価値（正義）があり、たとえ議会が制定した法律であったとしても、その内容次第では「悪法は法ではない」と言わなければならなかった、と。この論文を読んだ青年時代の芦部先生は大きな衝撃を受けたといいます。自らの戦争体験と重ねたのでしょう。そういう立場から憲法学を根底からやり直そうとしたのです。憲法は「人間の尊厳」を頂点とする「価値の秩序」だと先生は説かれました。憲法は決して価値中立的ではなく、あらかじめ特定の価値にコミット（肩入れ）した法だということです。」（石川健治「憲法改正の限界」渡辺秀樹『芦部信喜 平和への憲法学』（岩波書店、2020年）135頁）。

(105) 金井光生は「日本で、公務員へのあらゆる職務命令の強制を正当化するのに「全体の奉仕者」（憲法15条2項）をもち出すのは不適切である。なぜなら、それ以前に公務員には憲法尊重擁護義務（憲法99条）が課されているのであって、憲法に違反する疑いのある職務命令ならばむしろ憲法の名の下で拒否することこそ、本当の意味で「全体の奉仕者」の名に適うからである」とする。金井・前掲注（88）155頁脚注17。そして、この「憲法」の価値判断こそ、政府の「公共」ではなく、市民社会の「公共」と繋がっているものであるように思われる。

単に「憲法を守るなどの目的」とするのではなく、日本社会で一般に「政治的」に割れているとされる「9条」を、これに差し挟んで判決文上に表記したのではないか（「憲法（特に9条）を守るなどの目的」という記述）。

第6 代替施設の「代替」性？

1 多数意見とそれへの批判

多数意見は利益衡量中の「具体的制限の態様及び程度」の判断で「本件規定により禁止されるのは、飽くまでも公務の用に供される庁舎等において所定の示威行為を行うことに限定されているのであって、他の場所、特に、集会等の用に供することが本来の目的に含まれている公の施設（地方自治法244条1項、2項参照）等を利用することまで妨げられるものではないから、本件規定による集会の自由に対する制限の程度は限定的であるといえる」と述べる。

しかし、これは集会の自由の価値の重要性をあまり考慮に入れておらず、認識が甘いように思われる。

2 特定の場所を持つ強力なメッセージ性

本判決の舞台となった金沢市内に、あるいは石川県内に、金沢市庁舎前広場と同等以上に市民にインパクトを与えられる場所が、果たしてあるだろうか？

たとえば金沢市庁舎前広場近隣のいしかわ四高記念公園はどうか？

同公園で行う集会は人通りや物理的な見え方の観点からは同等かもしれないが、市庁舎前広場で行う集会と同じメッセージ伝達効果は与えないだろう。

なぜなら「公務の中核を担う」、「市を象徴する建築物」⁽¹⁰⁶⁾である市庁舎の前の広場で集会を行うことには他の広場等で集会を行ったのでは生じえない重要な意味があり、他の広場等では代替できないように思われるからであ

(106) 馬場 = 幸田・前掲注(91) 10頁。

る⁽¹⁰⁷⁾。

第一事件について、「本件集会のための本件広場利用申請がなされた当時、自衛隊パレードに対する金沢市長の態度（パレードの観閲）に対して批判があり、市長もブログで、そのような批判への反論を行っている。また、原告の一人も、陳述書で、「金沢市の自衛隊市中軍事パレードを協賛する姿勢を問い、地方自治における平和主義のあり方について意見を表明する公共の場所とは、金沢市庁舎前広場でなければならなかった」と述べている（傍点は引用者）が、許可申請の当時も、こうした集会を企画した者らの意図は公知の事実であったのではなからうか。とすると、本件利用拒否は、市・市長を批判する集会がほかならぬ市庁舎の前において開催されることを抑止しようとしたものではないか、との疑念も生ずるのである」⁽¹⁰⁸⁾ という指摘は、まさにこのことの証左でもある。

「特定の政府機関の施設の前などで、自分たちのメッセージをアピールすること」⁽¹⁰⁹⁾ は、集会の自由の重要な価値の一つなのである。その価値を正確に把握し、重みづけを行うべきなのである⁽¹¹⁰⁾。

第 7 おわりに

以下で本稿の結論を述べる。

(107) 梶垣伸次「市役所前広場を利用した集会に対する不許可処分が合憲とされた事例」新・判例解説 Watch28 号 (2021 年) 38 頁。

(108) 市川・前掲注 (27) 32-33 頁。

(109) 中林・前掲注 (52) 34 頁。

(110) ある公園の使用を認める仮処分決定が、「C 地区の市営住宅に居住する 8 家族に対する相手方による追い出しに反対すること等を目的とするものであって、参加者自身にとっても、また、C 地区の市営住宅に居住する住民に対し集会参加者が行う抗議活動の内容を知らしめ、賛同者を募る」ことを問題となった集会の目的であると「具体的」に認定したことによって、「[市営住宅] に近接する [A 公園]」こそが集会の場所として相応しいことを導いたと分析する論稿として、金原宏明「集会の自由と「場所」の代替性」関西大学大学院法務研究科法科大学院ジャーナル 12 号 (2017 年) 25 頁。

本判決の多数意見は「集会の用に供する公共施設」（公共用物）ではなく、市庁舎の一部である公物（公用物）上での集会の規制であっても、憲法で保障された「集会の自由」の「制限」になると理解している可能性がある。

公物論は法律上の利用権の有無・程度を決定する。その利用権に基づき公物を利用する際になされる行為が表現活動であれば、憲法 21 条 1 項の保護を受ける。このことを言うためだけにパブリック・フォーラム論を用いる必要があるかどうか疑問であり、パブリック・フォーラムという言葉自体はもはや不要なのかもしれない。他方で、パブリック・フォーラム該当性から何らかの法的効果を導く議論も学説上はまだ生きており、こちらにおいてはパブリック・フォーラムという言葉が勿論必要である。

本判決は政府が私人の表現を是認することによる政府への表現帰属が政治的中立性毀損を引き起こすことの防止という、これまで明確に語られてこなかった政府利益が問題となった事案である。集会を見た市民からの抗議等が業務に「支障」を与えるおそれを理由とする集会目的での本件広場の使用拒否は、立憲民主政や表現の自由保護の前提に反するため認めるべきではない。仮に表現是認・帰属・政治的中立性毀損防止が「重要な目的」であり、本件広場の物理的形狀や法性決定基準の曖昧さから、それを惹起する危険が本件事案で存在していたとしても、一旦最高裁が「物理的形狀」や「従来の利用状況」等に基づいて（集会の用に供する）「公の施設」該当性を判断すると決めてしまえば、以降はそれに従って一般人の印象＝社会通念も変化し、金沢市が広場で集会をしている私人の表現を是認しているとは認識されなくなるというルートもありえたのだから、多数意見自身が触れる集会の自由の重要な価値に忠実に、そのような未来志向型判断を下すべきであったと考えられる。従って今後、同様の事案があれば判例を変更すべきであろう。

市庁舎前広場の持つ象徴性は、集会の自由の価値を高め、利益衡量に際して代替施設がない、すなわち失われる利益が大きいという認定を導きうる。

宇賀反対意見は、公物の法性決定について「物理的形狀」や「従来の利用状況」等に従ってなすべきであるとする立場を示し、またヘイトスピーチがなされるおそれを理由とする公共施設の使用拒否の合憲・合法性について一定の示唆を与えるものであった。

以上が本判決の分析から得られる、2023 年日本における公物上での集会の自由の憲法的保護の現段階である。

* 本研究は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2132 の助成を受けたものである。