

# 国立国会図書館 調査及び立法考査局

Research and Legislative Reference Bureau  
National Diet Library

|                                  |                                                                                                                                            |
|----------------------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| 論題<br>Title                      | 表現場所の理論の現在—最近の「集会の自由」判例を素材に—                                                                                                               |
| 他言語論題<br>Title in other language | Present State of Doctrines Guaranteeing Access to Places for Public Expression: On the Recent “Freedom of Assembly” Supreme Court Decision |
| 著者 / 所属<br>Author(s)             | 佐々木 弘通 (SASAKI Hiromichi) / 国立国会図書館調査及び立法考査局専門調査員 憲法調査室主任                                                                                  |
| 雑誌名<br>Journal                   | レファレンス (The Reference)                                                                                                                     |
| 編集<br>Editor                     | 国立国会図書館 調査及び立法考査局                                                                                                                          |
| 発行<br>Publisher                  | 国立国会図書館                                                                                                                                    |
| 通号<br>Number                     | 897                                                                                                                                        |
| 刊行日<br>Issue Date                | 2025-09-20                                                                                                                                 |
| ページ<br>Pages                     | 1-29                                                                                                                                       |
| ISSN                             | 0034-2912                                                                                                                                  |
| 本文の言語<br>Language                | 日本語 (Japanese)                                                                                                                             |
| 摘要<br>Abstract                   | 表現行為を行うにはそのための場所を必要とする。本論文は、最近の最高裁判所判決（金沢市庁舎前広場事件）の解説を通じて、表現場所を保障する憲法理論の現状と課題を探る試みである。                                                     |

- \* この記事は、調査及び立法考査局内において、国政審議に係る有用性、記述の中立性、客観性及び正確性、論旨の明晰（めいせき）性等の観点からの審査を経たものです。
- \* 本文中の意見にわたる部分は、筆者の個人的見解です。

# 表現場所の理論の現在

## —最近の「集会の自由」判例を素材に—

国立国会図書館 調査及び立法考査局  
専門調査員 憲法調査室主任 佐々木 弘通

### 目 次

はじめに

#### I 金沢市庁舎前広場事件（第2次訴訟）最高裁判決

- 1 事案の概要
- 2 法廷意見の構成

#### II 本判決「第2 上告理由第3の2及び3について」の読解

- 1 その「1」—本件規定の解釈
- 2 その「2(1)」—所論の趣旨
- 3 その「2(2) ア」—集会の自由に対する制限についての合憲性判断枠組み
- 4 その「2(2) イ」—本件規定についての当てはめ判断
- 5 その「2(2) ウ」—「本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合」の合憲性判断
- 6 その「2(3)」—「2(1)」の「所論」に対する結論的判断
- 7 その「3」・「4」—その他の文面上違憲の主張に対する判断と、結論

#### III 本判決の憲法論の検討

- 1 「文面上」憲法判断のありよう
- 2 本件広場に関わる憲法論—表現場所の理論の現在

おわりに

キーワード：表現の自由、集会の自由、文面上違憲、適用上違憲、パブリック・フォーラム、  
表現場所の理論、政治的中立性、金沢市庁舎前広場事件

## 要 旨

- ① 憲法第 21 条は「集会の自由」を含む一切の「表現の自由」を保障する。集会行為・表現行為は人の身体的行為であるから、そのための物理的場所を必要とする。したがって、この自由を現実的に保障するには、行為だけでなくそのための場所を保障する必要がある。
- ② 近年の憲法学説では改めて、特に集会の自由における場所の保障に注目する研究が盛んになっており、いわゆる金沢市庁舎前広場（以下「本件広場」という。）事件に関する令和 5（2023）年の最高裁判所判決（以下「本判決」という。）は多くの論評対象となった。そこで本稿では、本判決の解説を通じて表現場所の理論の現状と課題を探る。
- ③ この事件では、護憲集会が市庁舎等管理規則の禁止する「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する」内容であることを理由に、本件広場の使用が不許可とされた。本件広場が自由な表現行為のための場であると憲法的に評価されるかどうかが論点となった。
- ④ 本判決は、主に庁舎を規律対象として念頭に置きながら禁止規定（以下「本件規定」という。）の「文面上」憲法判断を行い、本件規定が文面上合憲であるとの判断を、本件広場を規律対象とする場合にも維持する、という判断過程をとった。本件規定は集会の自由の制限として必要かつ合理的であると判断した。
- ⑤ 本判決の論理の 1 つの問題点は、（広場と違い）庁舎において一般市民が集会の自由を有するとは考えにくいにもかかわらず、集会の自由があることを前提にその制限が憲法上正当化されて合憲である、と論じた点である。場所の保障と切断された単なる行為の自由という、純粹自由権的「集会の自由」理解に立っている。
- ⑥ 本判決の論理のもう 1 つの問題点は、本件広場を飽くまで庁舎の一部として設立・維持してきたという市の意図を重視して、本件広場の性格を把握した点である。市の意図を枠付けて、本件広場を自由な表現の場とするよう要請する憲法規範を欠いている。
- ⑦ 表現場所を手厚く保障する憲法理論を構成するためには、主観的権利論として、場所の保障を織り込んだ自然権的「集会の自由」理解に立つことが必要である。この理解はまた、表現行為のための場を豊かに確保すべしという客観的法原則論を伴うと考えられる。

## はじめに

日本国憲法（以下「憲法」という。）第21条第1項は「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由は、これを保障する。」と規定し、「集会の自由」を含む一切の「表現の自由」を保障する。

「表現の自由」の保障が表現する自由の保障から始まったことは言うまでもない。表現する自由は、表現行為の自由と言い換え得るが、これを代表的学説は、「人の内心における精神作用を、方法のいかんを問わず、外部に公表する精神活動の自由」<sup>(1)</sup>と説明する。この説明に即して言うと、「人の内心における精神作用」それ自体の自由は、既に憲法第19条<sup>(2)</sup>が「内心の自由」として保障するから、憲法第21条の「表現の自由」の保障の眼目は、それを「外部に公表する」身体的・物理的行為—すなわち表現行為—の自由を保障することにある。つまり「表現の自由」の保障とは何よりも、表現行為という外部的行為の自由を保障することである<sup>(3)</sup>。

およそ外部的行為を行うためにはそのための物理的空間を必要とする。「一般の人にとってやろうと思えば手っ取り早く行い得る表現の方法・手段」として、先の代表的学説は、「街頭演説、ビラ貼り、ビラ配り、署名活動、宣伝カーの使用、集会・集団（デモ）行進等々」を例示的に列挙するが<sup>(4)</sup>、これらの表現行為を行うためにも当然、そのための場所が必要である。そこでこの場所の保障を、いかなる憲法理論的な道具立てで行うかが一つのポイントとなる。

近年の憲法学では、表現の自由の中でも特に集会の自由に照準しながら、改めてそのための場所（ないし空間）を保障することの重要性について考察する研究が盛んになっている。それは比較憲法研究的には、アメリカやドイツにおいてこの点に関わる新たな判例上の展開や学説上の進展が見られることの観察という形をとっている<sup>(5)</sup>。また、憲法の解釈学説的には、この

\* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は、令和7（2025）年7月22日現在である。引用文中の…は中略を示す。引用文中の〔 〕内の記述は筆者が補った。また、引用文中の元号の後の丸括弧内の西暦は引用者が付記した。さらに、引用判例（引用文中のそれを含む。）について、その一般的な呼び名を《 》内に記した。

(1) 佐藤幸治『日本国憲法論 第2版』成文堂、2020、p.277.

(2) 憲法第19条は次のように規定する。「思想及び良心の自由は、これを侵してはならない。」

(3) なお、表現の自由は、『情報提供権』『情報受領権』『情報収集権』の合成体である。ここで「情報」の語は「思想・信条・意見・知識・事実・感情など人の精神活動にかかわる一切のもの」の意味である（佐藤 前掲注(1)、p.278）。そして、表現の自由を憲法が保障するとは、「情報の流通にかかわる国民の諸活動が公権力により妨げられないこと」を意味する。ここで「情報の流通」とは、「情報収集－情報提供（伝播）－情報受領の全過程を包摂する」（同、p.279）。本文で論ずる表現行為の自由は、情報提供権に相当する。

(4) 同上、pp.302-303.

(5) アメリカを参照する研究として、阪口正二郎「「隔離」される集会、デモ行進と試される表現の自由」辻村みよ子ほか編『「国家と法」の主要問題』日本評論社、2018、pp.191-203（初出『法律時報』88巻9号、2016.8、pp.106-111）；平地秀哉「「公共空間」と憲法理論」『法学セミナー』742号、2016.11、pp.38-42；紙谷雅子「パブリック・フォーラム—21世紀と「パブリック・フォーラム」の法理—」山本龍彦・大林啓吾編『違憲審査基準—アメリカ憲法判例の現在—』弘文堂、2018、pp.125-146；桧垣伸次「コロナ禍のデモ(1) [アメリカ]」大林啓吾編『コロナの憲法学』弘文堂、2021、pp.150-159。ドイツを参照する研究として、岡田俊幸「私有地における集会の自由」『日本法學』85巻2号、2019.9、pp.175-207；同「集会の自由の場所的保護範囲—ドイツの判例におけるパブリック・フォーラム論—」『法学紀要』（日本大学）61巻、2020.3、pp.163-207（なお、場所の保障に焦点を当てるこの2点の研究のほか、岡田氏によるドイツの集会の自由に関する研究として、次のものがある。同「集会の自由とイベント文化」『日本法學』83巻3号、2017.12、pp.61-103；同「ドイツ基本法における「集会」の概念」工藤達朗ほか編『憲法学の創造的展開—戸波江二先生古稀記念—上』信山社、2017、pp.601-621；同「ドイツ基本法における「集会」の概念をめぐる最近の議論」『法学研究』（慶應義塾大学）91巻1号、2018.1、pp.203-225；同「「コロナ散歩」と集会の自由」『日本法學』88巻4号、2023.2、pp.135-172.）。アメリカとドイツを参照する研究として、毛利透「集会の自由—あるいは身体のメッセージ性について—」同編『講座立憲主義と憲法学 第3巻 人権Ⅱ』信山社、

点に関わる近年の諸裁判例を広く批判的検討の対象とする形をとるもの<sup>(6)</sup>がある一方で、特にいわゆる金沢市庁舎前広場事件と呼ばれる裁判（第1次訴訟<sup>(7)</sup>と第2次訴訟がある。）の進行と帰結に関心を寄せる形をとるもの<sup>(8)</sup>が少なくない。

そこで本稿では、その第2次訴訟に関する最高裁判所第三小法廷令和5（2023）年2月21日判決<sup>(9)</sup>（以下「本判決」という。）の示した憲法論を丁寧に読み、それを批判的に検討する。そのことを通じて、集会行為を含む表現行為の実践に不可欠な物理的場所を保障する憲法理論を育てていくにはどのような課題があるかを明らかにする。なお、本稿では、集会行為を含む意味で表現行為の語を用いる<sup>(10)</sup>。

2022, pp.241-271; 門田美貴『集会の自由と《場》への権利』尚学社, 2024; 同「集会の自由における準拠国としてのドイツ—身体性の復権—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツ基本権裁判の展開』信山社, 2025, pp.499-513.

- (6) 木下智史「集会の場所の保障をめぐる事例」毛利透ほか編『憲法訴訟の実践と理論』（判例時報臨時増刊）判例時報社, 2019, pp.23-45（初出『判例時報』2324号, 2017.5.11, pp.3-10）; 長岡徹「公園・広場と集会の自由」『法と政治』69巻1号, 2018.6, pp.25-59; 市川正人『表現の自由—「政治的中立性」を問う—』（岩波新書（新赤版）2023）岩波書店, 2024, pp.99-170. 行政法学からの研究として、榊原秀訓「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, pp.237-256. また憲法と行政法の対話企画として、櫻井智章「「表現の場」としての「公の施設」」神橋一彦ほか『憲法と行政法の交差点』日本評論社, 2025, pp.9-21（初出『法学セミナー』807号, 2022.4, pp.81-87）; 神橋一彦「公共施設の使用と集会の自由」『同』pp.22-38（初出『法学セミナー』808号, 2022.5, pp.70-77）; 同ほか「Discussion 1 表現の自由・経済的自由における憲法と行政法の関係」『同』pp.126-139（初出「座談会」連載1年を振り返って（上）—表現の自由・経済的自由—『法学セミナー』819号, 2023.4, pp.83-90）.

- (7) 第1次訴訟は一本文の次段落で言及する「本判決」の言葉遣いを使うと—「本件広場」の前身たる旧広場における集会開催の許可申請に対して、「本件規則」第5条第12号（＝「本件規定」。ただし、平成29（2017）年3月21日改正前。）と同条第14号を根拠に市長が行った不許可処分が、違憲・違法だと主張して提起された国家賠償請求訴訟である。平成26（2014）年5月24日に自衛隊が市中パレードを行う予定であったのに反対して、「『軍事パレード』の中止を求める集会」を同年5月19日に開催すべく、同年5月2日に行った許可申請に対して、同月14日に不許可処分がされた。

第1審判決（金沢地方裁判所平成28（2016）年2月5日判決 判例時報2336号53頁）は請求棄却。第2審判決（名古屋高等裁判所金沢支部平成29（2017）年1月25日判決 判例時報2336号49頁）は控訴棄却。両判決の掲載誌情報からうかがわれるとおり、この裁判が広く知られるようになったのは第2審判決以後である。上告審決定（最高裁判所第一小法廷平成29（2017）年8月3日決定 LEX/DB25546779）は上告棄却・上告不受理。なお、第2次訴訟の不許可処分は、第1次訴訟の第2審判決が出た後、上告審決定が出る前の、平成29（2017）年4月14日にされた。

第1次訴訟の第1審判決の、憲法学からの評釈・論文として、平地秀哉「市役所前広場における集会の自由」『新・判例解説 Watch—速報判例解説—』（法学セミナー増刊）20巻, 2017.4, pp.31-34. 名古屋高等裁判所金沢支部に提出された行政法学からの意見書として、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, 2017.1, pp.271-288. 第2審判決の、憲法学からの評釈・論文として、辻雄一郎「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」『判例評論』710号, 2018.4, pp.2-6（『判例時報』2359号, 2018.4.1, pp.148-152）. 行政法学からの評釈・論文として、神橋一彦「市庁舎前広場の使用許可申請不許可処分に対する裁量審査」『法学教室』446号, 2017.11, p.149; 同「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」『自治研究』95巻5号, 2019.5, pp.122-132. 最高裁判所に提出された憲法学からの意見書として、市川正人「公共施設における集会の自由に関する一考察—金沢市役所前広場訴訟を素材に—」『立命館法学』373号, 2017.12, pp.1-33. 本件を素材とした憲法研究者と実務家の協働企画として、村西良太「集会の自由をめぐる事例分析【判例解説編】」『法学セミナー』776号, 2019.9, pp.63-66; 伊藤建「集会の自由をめぐる事例分析【問題解説編】—事案に即した判断枠組みを定立する—」『法学セミナー』777号, 2019.10, pp.64-67. 同「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」『広島法科大学院論集』16号, 2020.3, pp.224-251も参照。

- (8) 第1次訴訟については前掲注(7), 第2次訴訟については後掲注(13), 後掲注(14), 後掲注(16), に列举した諸文献を参照。

- (9) 最高裁判所民事判例集77巻2号273頁。

- (10) 表現行為と区別された集会行為の独自の意義から、集会の自由固有の保障を導き出そうとする理論動向が存在する。例として、平地 前掲注(5); 松垣 前掲注(5); 毛利 前掲注(5); 門田「集会の自由における準拠国としてのドイツ」前掲注(5). 本稿は、議論をそこに及ぼす前段階の、広く表現行為一般がそのための場所を必要とする面に着目した、表現の自由に関する研究である。したがって、本稿で集会行為について論じる内容は、基本的には表現行為についても妥当する。

## I 金沢市庁舎前広場事件（第2次訴訟）最高裁判決

### 1 事案の概要

本判決の法廷意見<sup>(11)</sup>は、「第1 事案の概要」という標題の付いた部分において、自らの法的判断を提示するのに必要かつ十分な叙述を行っている。以下、この叙述部分を全文引用する。

この叙述部分は「1」～「3」の3章構成である。「1」は、簡潔に本件がどのような事案であるかを述べる。「2」は、「本件に関係する本件規則の定め」を概説する<sup>(12)</sup>。「3」は、「原審の適法に確定した事実関係等の概要」を、「(1)」・「(2)」の2節構成で述べる。その「(1)」は、本件広場の位置・形状と、本件広場の利用状況を述べる。その「(2)」は、本件で焦点となる

(11) 裁判所法（昭和22年法律第59号）は、下級裁判所については合議体の裁判における評議の秘密を定めるが（第75条第2項後段）、最高裁判所については、「裁判書又は電子裁判書…には、各裁判官の意見を表示しなければならない。」（第11条）と定めている。そのため最高裁判所の裁判については、「裁判の理由となる全員一致または多数の意見」である法廷意見（多数意見ともいう。）のほかに、裁判官の少数意見（個別意見ともいう。）として、「ある論点についての法廷意見…の結論に反対する」反対意見、「その結論には賛成するが理由付けを異にする」意見、「法廷意見に加わった裁判官がさらに自分だけの意見をこれに附加して述べる」補足意見、の3種類がある（引用は、中野次雄編『判例とその読み方 3訂版』有斐閣、2009、pp.103, 104〔中野氏執筆部分〕。）。

(12) 金沢市庁舎等管理規則（＝本判決の言う「本件規則」。本脚注内では本判決の言葉遣いに従ってそのほかに「本件集会」、「本件規定」の語を用いる。）の原文は、金沢市例規集ウェブサイト〈[https://www.city.kanazawa.ishikawa.jp/reiki/reiki\\_honbun/a400RG00001494.html](https://www.city.kanazawa.ishikawa.jp/reiki/reiki_honbun/a400RG00001494.html)〉に掲載されている。

法廷意見は本件規則の諸規定を直接引用していないので、特に重要な諸規定の原文を示す。

（目的）

第1条 この規則は、別に定めるもののほか、庁舎等の管理に関し必要な事項を定めることにより、庁舎等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、庁舎等において、次に掲げる行為をしてはならない。

…（第1号～第11号を省略）…

（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

…（第13号を省略）…

（14） 前各号に掲げるもののほか、庁舎管理者が庁舎等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、庁舎管理者は、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、庁舎等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。

…（第2項～第4項を省略）…

なお、本件規則は、第1次訴訟の第2審判決（平成29（2014）年1月25日）後の同年3月21日に改正されている（第2次訴訟における本件集会の許可申請が行われたのは、同年3月31日である。）。改正対象となったのは、本件規定（＝本件規則第5条第12号）と第6条第1項である。改正の具体的内容は、第2次訴訟の第1審判決の「第3」の「1(2)」(判例時報2465・2466合併号35頁第1-2段)を参照。その改正内容は、「平成26年訴訟〔＝第1次訴訟〕で認定された『示威行為』の解釈と一致して〔いる〕」（稲葉 後掲注(16), p.28）。特に本件規定の改正について、関連する市の要綱・規則等の改廃の経過の中にそれを位置付けた上で、第1次訴訟の判決理由と、改正過程及び改正後に本件規定について市側が説明したその規範内容とが、果たして整合するかを検討する研究として、首藤重幸「公物訴訟判決後の条例等の改正の法的検討」『早稲田法学』94巻4号、2019.9、pp.297-330。

不許可処分について、既に「1」で述べたことに日付と処分の根拠規定を付加する形で、述べる。

## 「第1 事案の概要

1 本件は、上告人石川県憲法を守る会（以下「上告人守る会」という。）が、金沢市長の管理に属する金沢市庁舎前広場（以下「本件広場」という。）において「憲法施行70周年集会」（以下「本件集会」という。）を開催するため、金沢市庁舎等管理規則（平成23年金沢市規則第55号。以下「本件規則」という。）6条1項所定の許可を申請したところ、同市長から不許可処分を受けたことについて、上告人守る会及びその関係者であるその余の上告人らが、被上告人に対し、国家賠償法1条1項に基づく損害賠償を求める事案である。

2 本件に関係する本件規則の定めは、次のとおりである。

本件規則は、庁舎等の管理に関し必要な事項を定めることにより、庁舎等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その目的とする旨規定した上で（1条）、本件規則において「庁舎等」とは、被上告人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、金沢市長の管理に属するものをいう旨規定する（2条）。

本件規則5条は、何人も、庁舎等において、同条各号に掲げる行為をしてはならない旨規定しており、同条2号は、拡声器を使用する等けん騒な状態を作り出す行為を、同条3号は、旗、のぼり、プラカード、立看板等を持ち込む行為を、同条12号（以下「本件規定」という。）は、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、同条14号は、同条1号から13号までに掲げるもののほか、庁舎管理者が庁舎等の管理上支障があると認める行為をそれぞれ掲げる。もっとも、本件規則6条1項は、庁舎管理者は、本件規則5条1号から7号までに掲げる行為について、被上告人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は、当該行為を許可することができる旨規定し、本件規則6条4項は、上記許可を受けようとする者は、あらかじめ所定の様式による申請書を提出しなければならない旨規定する。

3 原審の適法に確定した事実関係等の概要は、次のとおりである。

(1) 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。また、本件広場は、壁や塀で囲われていない南北約60m、東西約50mの平らな広場であり、その北側及び東側は道路に接している。

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（2019）年11月及び同2（2020）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。

(2) 上告人守る会は、平成29（2017）年3月31日、憲法（特に9条）を守るなどの目的で本件広場において本件集会を開催するために、本件規則6条1項所定の許可を申請したところ、金沢市長は、同年4月14日、本件規定に該当し庁舎等の管理上の支障があるなどとして不許可処分をした。」

第1審判決は、石川県憲法を守る会による、本件の不許可処分が違憲・違法であることを理

由とした損害賠償請求を棄却し<sup>(13)</sup>、控訴審判決は同会の控訴を棄却した<sup>(14)</sup>。同会による上告及び上告受理申立てに対して最高裁判所（以下「最高裁」という。）第三小法廷は、まず上告受理申立てに対して不受理決定を行い<sup>(15)</sup>、その3週間後に本判決で上告を棄却した（4対1、宇賀克也裁判官の反対意見がある。）<sup>(16)</sup>。つまり最高裁は一下級審では行政法論も主要な争点であった<sup>(17)</sup>にもかかわらず、憲法上の争点だけを本判決で取り上げてそれに対する判断を示した<sup>(18)</sup>。

(13) 金沢地方裁判所令和2（2020）年9月18日判決 判例時報2465・2466合併号25頁。この判決の、憲法学からの評釈・論文として、山崎友也「「公用物」における集会の自由の意義と限界—金沢市庁舎前広場事件を素材に—」『判例時報』2465・2466合併号、2021.2.11, pp.151-154; 小谷順子「集会及び表現の自由とその「場」の確保」『同』pp.155-159; 松垣伸次「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 Watch—速報判例解説—』（法学セミナー増刊）28巻、2021.4, pp.35-38; 山崎友也「集会の自由と公用物管理権—金沢市役所前広場事件を素材に—」『金沢法学』64巻1号、2021.7, pp.109-123。行政法学からの評釈・論文として、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—金沢市庁舎前広場事件金沢地裁令和2年9月18日判決について—」『自治総研』512号、2021.6, pp.50-74; 神橋一彦「公共施設の使用許可と集会の自由—金沢市庁舎前広場事件を中心に—」渡辺康行編『憲法訴訟の実務と学説』日本評論社、2023, pp.228-241（初出『法律時報』93巻7号、2021.6, pp.98-103）。

(14) 名古屋高等裁判所金沢支部令和3（2021）年9月8日判決 判例時報2510号6頁。この判決後の時点で金沢市庁舎前広場事件の第1次・第2次訴訟の諸判決を検討した研究として、江原勝行「集会の自由と公共施設の「公共性」」『憲法研究』10号、2022.5, pp.193-205。

(15) 最高裁判所第三小法廷令和5（2023）年1月31日決定 LEX/DB25594455。本決定理由には、宇賀克也裁判官の反対意見がある旨が記されている。

(16) 本判決の最高裁調査官解説として、佐藤政達「金沢市庁舎前広場における集会に係る行為に対する金沢市庁舎等管理規則（平成23年金沢市規則第55号）5条12号の適用と憲法21条1項」『法曹時報』76巻3号、2024.3, pp.179-205。上告人側の訴訟代理人弁護士による報告として、北尾美帆「金沢市庁舎前使用不許可違憲訴訟」『法と民主主義』578号、2023.5, pp.32-35。憲法学からの評釈・論文として、山崎友也「「集会の自由」はいずこへ？—金沢市市庁舎前広場事件最高裁判決—」2023.4.3。法学館憲法研究所ウェブサイト <[https://www.jicl.jp/articles/opinion\\_20230403.html](https://www.jicl.jp/articles/opinion_20230403.html)>; 巻美矢紀「市庁舎前広場の集会目的使用の不許可」『法学教室』513号、2023.6, p.113; 毛利透「「広場」で政治的集会を開催する自由はなぜ大事なのか—金沢市庁舎前広場集会不許可事件最高裁判決を受けて—」『世界』970号、2023.6, pp.118-128; 平地秀哉「金沢市庁舎前広場訴訟と集会の自由の意義—最三小判令和5・2・21—」『有斐閣 Online ロージャーナル』YOLJ-L2304007、2023.6.5公開; 檜垣宏太「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—」『広島法学』47巻1号、2023.7, pp.76(143)-34(185); 岡野誠樹「金沢市庁舎前広場事件—市庁舎前広場の集会目的使用の不許可—」『法学セミナー』823号、2023.8, pp.112-113; 稲葉実香「市庁舎前広場の利用不許可と集会の自由」『新・判例解説 Watch—速報判例解説—』（法学セミナー増刊）33巻、2023.10, pp.27-30; 玉蟲由樹「市庁舎前「広場」での集会規制」『法学教室』518号、2023.11, pp.44-49; 木下昌彦「金沢市庁舎前広場事件」同編集代表『精読憲法判例 人権編』弘文堂、2018, Appendix 2【Web版】（2024.2.14更新）<[https://hondana-storage.s3.amazonaws.com/83/files/35725\\_5.pdf](https://hondana-storage.s3.amazonaws.com/83/files/35725_5.pdf)>; 大河内美紀「金沢市庁舎前広場における集会に係る行為に対する金沢市庁舎等管理規則（平成23年金沢市規則第55号）5条12号の適用と憲法21条1項」『民商法雑誌』159巻6号、2024.2, pp.897-911; 橋本基弘「公用財産と集会規制—金沢市庁舎前広場事件を素材にして—」『表現規制と違憲審査の法理』中央経済社、2025, pp.289-308（初出「公用財産の管理権と集会の自由—金沢市庁舎前広場事件を素材にして—」『法学新報』130巻9・10号、2024.3, pp.395-418）; 齊藤愛「金沢市庁舎前広場事件」『令和5年度重要判例解説』（ジュリスト臨時増刊1597号）2024.5, pp.24-25; 岡田俊幸「市庁舎前広場の性格と集会の自由—金沢市庁舎前広場事件（第2次訴訟）最高裁判決—」『判例評論』786号、2024.9.1, pp.2-7（『判例時報』2597号、2024.9.1, pp.112-117）; 鈴木繁元「金沢市庁舎前広場事件最高裁判決—最三小判令和5・2・21民集77巻2号273頁—」『一橋法学』23巻3号、2024.12, pp.1307-1328。行政法学からの評釈・論文として、神山智美「市庁舎前広場使用不許可処分に係る損害賠償請求事件 金沢市」『判例地方自治』508号、2024.3, pp.17-20; 神橋一彦「金沢市庁舎前広場事件（第2次訴訟）判決」『行政法研究』50号、2023.6, pp.259-287; 田代滉貴「第2次金沢市庁舎前広場事件上告審判決の検討」『有斐閣 Online ロージャーナル』YOLJ-L2305002、2023.6.5公開; 長内祐樹「市庁舎前広場の法的性質と集会目的での利用の許否判断」『新・判例解説 Watch—速報判例解説—』（法学セミナー増刊）33巻、2023.10, pp.45-48。

(17) 下級審では、行政財産としての本件広場が、地方自治法（昭和22年法律第67号）第238条第4項の定める「公用」財産と「公共用」財産（さらには同法第244条の定める「公の施設」）のいずれに当たるか、また前者に当たる場合、行政財産の目的外使用の許否判断における行政裁量に逸脱・濫用があったか否かに関して、先例の最高裁判所第三小法廷平成18（2006）年2月7日判決 最高裁判所民事判例集60巻2号401頁《広島県教育研究集会事件》が示した判断枠組みの下で、本件がどのように判断されるべきか、などの行政法上の論点が争われた。

(18) 本判決を検討する本稿でも、基本的には憲法論を論じ、それに必要な限りにおいてのみ行政法論に及ぶ。

## 2 法廷意見の構成

本判決の法廷意見は、「第1 事案の概要」、「第2 上告理由第3の2及び3について」、「第3 その他の上告理由について」の3部構成を大枠とする。

「第1」については、第I章第1節で見た。「第2」は、「第1」で記述された「事案の概要」をベースにして、法廷意見が上告理由に答えて法的判断（＝憲法判断）を行う部分である。「第3」は、上告理由として主張された諸点のうち、法廷意見が「第2」で取り上げて検討したもの以外のものは、「違憲をいうが、その実質は事実誤認又は単なる法令違反をいうもの」であり、適法な上告理由に当たらない、とごく簡単に述べる部分である。

「第2」の部分は、「1」～「4」の4章構成である。「1」は、本件規定について、それを解釈してその規範内容を導き出して提示する。「2」は、「(1)」～「(3)」の3節構成である。まず「(1)」で、「第2」の標題にある「上告理由第3の2及び3」の主要な違憲主張の趣旨を、法廷意見がどのように理解したかを簡潔に提示する。続く「(2)」で、それに応じた憲法的検討を行い、「(3)」で、違憲でないというその検討結果を述べる。「3」は、「2」で検討済みの主要な違憲主張とは別の違憲主張であって、上告理由「第3」の「3」で主張されていたものを、簡単に退ける。「4」は、この「第2」の結論部分であり、「以上の次第で、論旨は採用することができない。」と述べる。

以下、「第2」の部分を全文引用する<sup>(19)</sup>。

### 「第2 上告理由第3の2及び3について

1 ① 本件規則5条14号は、庁舎等（本件規則にいう庁舎等をいう。以下同じ。）における禁止行為について、概括的に「庁舎等の管理上支障があると認める行為」と規定しているところ、本件規定は、その内容を具体的に定める趣旨の規定であると解される。② そうすると、本件規定は、(1) 所定の目的による示威行為であって、(2) これにより管理上の支障が生ずるものを掲げているものと解するのが相当である。③ そして、本件規定が「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的」による示威行為を禁止していることに照らすと、上記管理上の支障とは、被上告人の公務の用に供される庁舎等において威力又は氣勢を他に示すなどして特定の政策、主義又は意見（以下「政策等」という。）を訴える示威行為が行われることにより、被上告人について、外見上の政治的中立性が損なわれ公務の円滑な遂行（本件規則1条参照）が確保されなくなるとの支障をいうものと解すべきである。

2(1) 所論は、本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用することが集会の自由を侵害し、憲法21条1項に違反する旨をいうものと解される。

(2) ア ① 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1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。② 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、(a) 制限が必要とされる程度と、(b) 制限される自由の内容及び性質、(c) 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（最高裁昭和61年（行ツ）第11号平成4（1992）年7月1日大法廷判決・

(19) 引用する判決文について、ある項目が複数の段落から構成されている場合、各段落に番号①②等を付す。また、ある段落が複数の文で構成されている場合、各文に番号①②等を付す。さらに読解上の便宜のため、(1)(2)、(a)(b)(c)、(一)(二)、(p)(q)、○●、の記号を付す。

民集 46 卷 5 号 437 頁《成田新法事件》等参照)。

イ ① ① 本件規定を含む本件規則は、金沢市長の庁舎管理権に基づき制定されているものであるところ、普通地方公共団体の庁舎（その建物の敷地を含む。以下同じ。）は、公務の用に供される過程において、住民等により利用される場面も想定され、そのことを踏まえた上で維持管理がされるべきものである。② もっとも、普通地方公共団体の庁舎は、飽くまでも主に公務の用に供するための施設であって、その点において、主に一般公衆の共同使用に供するための施設である道路や公園等の施設とは異なる。

② ① このような普通地方公共団体の庁舎の性格を踏まえ、上記アの観点から較量するに、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。② 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。

③ ① また、上記支障は庁舎等において上記のような示威行為が行われるという状況それ自体により生じ得る以上、(一)当該示威行為を前提とした何らかの条件の付加や(二)被上告人による事後的な弁明等の手段により、上記支障が生じないようにすることは性質上困難である。② 他方で、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。

ウ ①そして、本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合において上記イと別異に解すべき理由も見当たらないから、上記場合における集会の自由の制限は、必要かつ合理的な限度にとどまるものというべきである。

② ① 所論は、(p) 本件広場が集会等のための利用に適しており、(q) 現に本件広場において種々の集会等が開催されているなどの実情が存するなどというが、(p) 前記第 1 の 3(1) のとおり、㊦本件広場は被上告人の本庁舎に係る建物の付近に位置して㊧これと一体的に管理ないし利用されている以上、本件広場において、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た場合にも、金沢市長が庁舎等の一部である本件広場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ずることに変わりはない。② また、(q) 上記実情は、金沢市長が庁舎管理権の行使として、庁舎等の維持管理に支障がない範囲で住民等の利用を禁止していないということの結果であって、これにより庁舎等の一部としての本件広場の性格それ自体が変容するものではない。

(3) ①したがって、本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用することが憲法 21 条 1 項に違反するものということとはできない。

② ① 以上は、当裁判所大法廷判決（最高裁昭和 27 年（オ）第 1150 号同 28（1953）年 12 月 23 日大法廷判決・民集 7 卷 13 号 1561 頁《皇居前広場事件》、前掲最高裁平成 4（1992）年

7月1日大法院判決《成田新法事件》の趣旨に徴して明らかというべきである。<sup>〔2〕</sup> 所論の引用する最高裁平成元年（オ）第762号同7年3月7日第三小法院判決・民集49巻3号687頁《泉佐野市民会館事件》は、事案を異にし、本件に適切でない。

3 そして、これまでに説示したところによれば、本件規定は、不明確なものとも、過度に広汎な規制であるともいえない。

4 以上の次第で、論旨は採用することができない。<sup>〔20〕</sup>

## Ⅱ 本判決「第2 上告理由第3の2及び3について」の読解

### 1 その「1」一本件規定の解釈

「1」は1段落構成であり、<sup>〔1〕</sup>～<sup>〔3〕</sup>の3文構成である。

<sup>〔1〕</sup>は、本件規定（＝本件規則第5条第12号）を、それ単独で解釈するのではなく、同じ本件規則第5条の最後の号（第14号）の一般条項「「庁舎等の管理上支障があると認める行為」と関連付けて、「その内容を具体的に定める趣旨」の規定であると位置付けた上で解釈すべきものとしている。その上で<sup>〔2〕</sup>で、本件規定を解釈してその規範内容を定式化して提示する。いわく、本件規定の禁止する行為とは、(1)のように本件規定の文言が指し示す意味そのままの示威行為であって、かつ、(2)のようにその行為が「管理上の支障」を生ずるものである。

<sup>〔1〕</sup>のような姿勢で本件規定を解釈するのは—第1審判決が既にそうしていた—、適切なものと評価できる。そもそも本件規則は、「庁舎等の管理に関し必要な事項を定める」（第1条）ものであり、講学上の公物管理法に当たる<sup>〔21〕</sup>。公物法一般理論はかねてより、公物に対する管理作用と警察作用との区別が重要であると説いてきている<sup>〔22〕</sup>。ゆえに本件規定の禁止行為を、公物管理作用の範囲に収まるものとして解釈することは重要なポイントであると考えられる。続く<sup>〔2〕</sup>は、この文の形式的な構造上、(1)の広がりをも(2)で絞り込む形になっている。(2)の絞り込みの趣旨は無論、<sup>〔1〕</sup>の記述からきている。ただ、実質的にどれほどの絞り込み効

<sup>〔20〕</sup> 宇賀克也裁判官の反対意見は、「1 上告人らの上告理由第3の2及び3について」、「2 職権による検討」、「3 予備的な考察」、「4 結語」、の4部構成である。「1」は、「本件広場は公共用物であり、地方自治法244条2項にいう公の施設ないしこれに準ずる施設に当たる」（民集77巻2号279頁）ため、「本件広場については、本件規則が適用される余地はないから、上記上告理由に係る論旨はその前提を欠く」（283頁）、とする。「2」は、「以上を前提とした上で、本件の事案に鑑み、更に進んで、職権により原判決を破棄すべき事由の有無につき検討する」（同頁）。そして、本件の不許可処分が適法であるためには、「普通地方公共団体…は、正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒んではならない。」と定める地方自治法244条2項の、「正当な理由」がなければならないところ、先例である平成7（1995）年の泉佐野市民会館事件判決が示した、「正当な理由」の存否の判断基準に照らして審査した結果、本件の不許可処分は違法であり、原判決は破棄を免れないとした。このように宇賀裁判官は、基本的には行政法論で本件の不許可処分の違法性を導いている（この論理は、前掲注<sup>〔15〕</sup>とそれに対応する本文で紹介した上告不受理決定において、宇賀裁判官が反対意見の立場に立った理由であると解される。）。「3」は、「念のために本件広場に本件規則が適用されるとの多数意見の理解…を前提としても、いわゆるパブリック・フォーラム論…により、本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用することは憲法21条1項に違反」（286頁）するから、原判決は破棄を免れないとしている。

<sup>〔21〕</sup> 行政法学上、「行政の遂行に奉仕すべく存在している物」を「公物」といい、公物に関する法を「公物法」という（塩野宏『行政法Ⅲ 第5版』有斐閣、2021、p.379）。同、pp.385-388は「公物管理法」について、「①国の公物管理法」、「②地方公共団体の公物管理法」、「③公物管理規則」、「④庁舎管理規則」の4つの小項目に分けて説明する。本件規則に関わるのは無論④である。

<sup>〔22〕</sup> 同上、pp.418-421。ここで「警察作用」とは、「広く、社会公共の安全と秩序を維持するために、一般統治権に基づき、国民に命令、強制する作用」であり、「管理作用」とは、「当該物の本来の効用の維持・増進にかかるもの」である（同上、p.418）。公物をめぐる管理と警察の区別に改めてメスを入れる行政法学の研究として、神橋一彦「公共施設をめぐる「管理」と「警察」—集会の自由との関係を中心に—」『行政法研究』36号、2020.10、pp.1-44。

果があるのかは、(2) のいう「管理上の支障」がどのような意味を担うかにかかっている。

その点を説明するのが③である。本件規定は「示威行為」一般を禁止するのではなく、「所定の目的」のものを禁止している。法廷意見は、その目的—「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的」—を重視して、「管理上の支障」の意味内容を捉えた。その支障とは、「所定の目的による示威行為」が行われることで、「〔金沢市の〕外見上の政治的中立性が損なわれ公務の円滑な遂行（本件規則 1 条参照）が確保されなくなる」との支障」である。

このように法廷意見は、本件規定の禁止行為がもたらす「管理上の支障」の核心を、「政治的中立性」の損傷に見た（管理作用の内容にどのような理由で「政治的中立性」の維持ということが含まれるのかについては、第Ⅲ章第 1 節（2）で後述。）。(2) の絞り込み効果いかに点との関係では、ここで法廷意見が、「政治的中立性」そのことではなく「外見上の政治的中立性」の損傷をもって「管理上の支障」としている点に注意が向く。つまり、そのようにして「管理上の支障」ありとされる範囲を広げ、絞り込み効果を大きく弱めている。

## 2 その「2(1)」—所論の趣旨

「2」は「(1)」～「(3)」の 3 節から構成される。既述のように（第Ⅰ章第 2 節）、「(1)」は、「第 2」の標題にある「上告理由第 3 の 2 及び 3」の主な違憲主張の趣旨を、法廷意見がどう理解したかを簡潔に提示する。そして、続く「(2)」で、それに応じた憲法的検討を行い、「(3)」で、違憲でないというその検討結果を述べる。

ここで上告理由「第 3」を見ておくと、それには「原判決の憲法違反」という標題が付いており、「1 概要」、「2 本件における上告人らの憲法上の権利」、「3 本件規則 5 条 12 号が憲法 21 条 1 項に違反すること」、「4 本件不許可処分自体が憲法 21 条 1 項に違反すること」、「5 まとめ」の 5 章構成である。「3」と「4」は第 1 審・控訴審において提起した 2 つの憲法上の争点と同じものであり、前者は講学上の文面上違憲の主張、後者は処分違憲の主張である。そして「2」では、—「1」において、原判決が「本件不許可処分に関して上告人らに憲法 21 条 1 項が保障する憲法上の権利が存すること及びその制限があることを認めたという限りでは正当である」と評価しつつ—「本件広場の実態」について整理した上で改めて「本件広場で集会及び表現活動をするものの意義」等を述べる<sup>(23)</sup>。

この「3」・「4」の 2 つの憲法上の争点のうち「4」について、法廷意見はその「第 3」で、その主張の実質が違憲主張でないとして取り上げなかった<sup>(24)</sup>。そして法廷意見はその「第 2」で、上告理由「第 3」の「2」と「3」を取り上げた。ここから法廷意見は、専ら文面上違憲の主張を取り上げて検討を行うものであるとの推測が成り立つ。

法廷意見の「2(1)」を改めて引用すると次のとおりである。「所論は、本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用することが集会の自由を侵害し、憲法 21 条 1 項に違反する旨をいうものと解される」。

この「2(1)」は、「所論」について、「本件規定」が憲法に違反する「旨をいうもの」と解す

<sup>(23)</sup> 上告理由書（民集 77 卷 2 号 289-320 頁）の目次は、同、289-290 頁。「第 3」に対応する本文は、同、295-317 頁。

<sup>(24)</sup> その理由は次のように解される。すなわち、上告理由「第 3」の「4」の処分違憲の主張は、その「3」で文面上違憲と主張された本件規定の規範内容が全面的に合憲と判断された後は、その本件規定の規範内容の適用行為としての本件処分が、正にそれゆえに違憲であるという主張であり、文面上違憲の主張と区別された固有の違憲主張の内実を持っていないからである。

るのではなく、「本件規定を適用すること」が憲法に違反する「旨をいうもの」と解している。この言葉遣いから、法廷意見は上告人の主張を、適用上違憲の主張として受け止めたようにも読める。この読み方は、法廷意見が専ら文面上違憲の主張を取り上げたという前記の推測と一致しない。そこで、法廷意見による「所論」の受け止めが正確にどのようなものかが問題となる。

この点に関する考察を行うための準備として、ここで代表的教科書の説明を引いて<sup>(25)</sup>、文面上違憲・適用上違憲、そして後者のサブ・カテゴリーに当たる処分違憲、という基本概念について共通理解を確保しよう。

「『法律』を『事実』に適用するに際して、(X)『事実』に着目してその憲法的評価をする場合と、(Y)『法文』に着目してその憲法的評価をする場合がある。前者(X)の場合、事実が憲法上保護されたものであるときには、これを規制する法律を適用すれば違憲となるので、『本件に適用する限りにおいては違憲』(適用上違憲)と判断して事件を解決することが可能となる。逆に、事実が憲法上保護されたものでないときには、たとえ法律自体に疑問があっても、『本件に適用する限りにおいては合憲』(適用上合憲)という判断が可能となる。このアプローチにおいて注目されるのは、法律自体の憲法的評価は直接にはなされず、いわば法律そのものの憲法判断が回避されることである。これに対し、(Y)文面上判断とは法律そのものを直接審査し、それが違憲である場合には、『違憲であるから本件に適用できない』として事件の解決を行う方式である」<sup>(26)</sup>。

「(Y)文面上違憲は、法令そのものを違憲と判断するものであるが、(Y1)関連条文を全面的に違憲とする場合と、(Y2)その一部だけを違憲とする場合がある」<sup>(27)</sup>。

「(X)適用上違憲は、適用の仕方を審査の対象とするが、法令の適用には、通常、(b)適用する行為と(a)適用される側の状況とが存在し、そのいずれに注目するかにより議論の仕方が異なる面がある。適用上判断の本来的なあり方は、(a)適用される側の状況を憲法により評価するものであり、その状況が憲法により保護されていると評価された場合に適用上違憲の判決となる。この場合には、適用されるべき法令についての憲法判断は回避される。これに対して、(b)法令の執行者がそれを適用する行為…を…直接憲法に照らして評価し、違憲かどうかを判断するという手法も理論上は可能であり、これも一般的には適用上判断と呼ばれている」<sup>(28)</sup>。

「上に述べた(X)適用上判断における(b)適用行為に着目した適用違憲〔は〕処分違憲と理解する場合が多い」<sup>(29)</sup>。

要するに、憲法判断には、(X)「適用上」憲法判断、すなわち「『事実』に着目してその憲法的評価をする」アプローチと、(Y)「文面上」憲法判断、すなわち「『法文』に着目してその憲法的評価をする」アプローチとがある<sup>(30)</sup>。そして(X)の結果としての違憲判断を適用上違憲、(Y)

(25) 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第6版』有斐閣、2024。ただし、読者の便宜のため、記号(X)(Y)、(Y1)(Y2)、(a)(b)、を挿入した。

(26) 同上、pp.528-529。

(27) 同上、p.529。

(28) 同上、p.530。

(29) 同上、p.531。

(30) 高橋氏が「適用上判断」・「文面上判断」の用語で表現するところを、筆者はかねてからそれが憲法に基づく判断であることを明示するために、「『適用上』憲法判断」・「『文面上』憲法判断」という用語で表現している。

の結果としての違憲判断を文面上違憲と呼ぶ。ただし、(X)「適用上」憲法判断のアプローチについて、法令の適用には(b)適用する行為と(a)適用される側の状況とが存在するところ、(a)の適用される側に着目してその状況が憲法上保護されていると評価した場合に適用上違憲の判断になるのが本来的である。しかし、(b)の適用する行為に着目して直接これを憲法的に評価して違憲であると判断する場合もあり、この場合を処分違憲と呼ぶ<sup>(31)</sup>。

法廷意見「2(1)」の記述は、正確にはどのような違憲主張なのだろうか。この問いに答えるためのアプローチには、2通りある。1つは、「上告理由第3の2及び3」を精読し咀嚼（そしゃく）した上で、どのようにそれを把握すれば法廷意見「2(1)」のような理解になるのかを考える方法である。もう1つは、法廷意見が、「2(1)」で記述した「所論」に答える憲法論を、続く「2(2)」でどのように行っているのかを観察することを通じて、「2(1)」の記述の趣旨を理解する方法である。両方のアプローチから前記の問いに答えていく必要があるが、本稿の記述では、主に後者のアプローチによる検討・考察を進めていく。すなわち、法廷意見の憲法論が、(X)「適用上」憲法判断と(Y)「文面上」憲法判断のいずれのアプローチを採っているのかという問題意識を持ちながら、「2(2)」を読んでいく。

### 3 その「2(2) ア」—集会の自由に対する制限についての合憲性判断枠組み

「2(2)」は、「ア」～「ウ」の3項から構成される。「ア」は、集会の自由に対する制限が合憲か違憲かを判断するための枠組みを提示する。そして「イ」及び「ウ」は、基本的にはこの合憲性判断枠組みに従った当てはめ判断を行う部分である。

「2(2) ア」は2文構成である。ここの①・②の記述は、②の末尾に括弧書きで記された、成田新法事件判決の判決理由の記述を、引用符を付けずに抜き書きの方法で書き写している。①は、集会の自由について、それが重要な人権であると述べた後、しかし同自由も「公共の福祉」（憲法第13条）による「必要かつ合理的な制限を受ける」と述べる。②は、集会の自由に対する制限が「必要かつ合理的」であり、ゆえに合憲であると認められるかどうかの判断枠組みを、3つの要素—(a)「制限が必要とされる程度」、(b)「制限される自由の内容及び性質」、(c)「これ〔＝その自由〕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」という、利益較量（ないし比較考量）の枠組みとして提示する。ここで(a)は、自由を制限する側の利益を考慮するものであり、(b)は、自由を制限される側の利益を考慮するもの、そして(c)は、制限そのものの強度等を考慮するものだとして理解される。同じく集会の自由に関する事案とはいえ、成田新法事件と本件とでは事案の性質がかなり異なる<sup>(32)</sup>。しかし、最高裁は一般に、そうした事案の性質の違いは気にせずおおらかに、同じ種類の人権に関する大法

(31) なお文面上違憲・適用上違憲・処分違憲等の概念の理解は論者により異なる。高橋説とその他の学説の異同については、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、pp.266-268; 高橋和之『体系 憲法訴訟』岩波書店、2017、pp.168-172を参照。

(32) 成田新法事件で、集会の自由を保障する憲法第21条第1項に適合するか否かの判断対象となったのは、新東京国際空港の安全確保に関する緊急措置法（昭和53年法律第42号）第3条第1項第1号（法令名は事件当時のもの。）である。同項の各号列記以外の部分（いわゆる柱書き）は「運輸大臣は、規制区域内に所在する建築物その他の工作物について、その工作物が次の各号に掲げる用に供され、又は供されるおそれがあると認めるときは、当該工作物の所有者、管理者又は占有者に対して、期限を付して、当該工作物をその用に供することを禁止することを命ずることができる。」と規定し、その第1号は「多数の暴力主義的破壊活動者の集合の用」と規定した。この規定に基づく所有者、管理者又は占有者に対する工作物使用禁止命令は、多数の暴力主義的破壊活動者の集会を禁止する結果をもたらすが、この規定は憲法第21条第1項に違反しないと最高裁は判断した。

廷判決を先例として引く傾向にある。集会の自由に関する大法廷判決の先例は、デモ行進の自由に関するそれを脇に置くと、「2(3)」②の①が引いた2つ—昭和28(1953)年の皇居前広場事件判決と、平成4(1992)年の成田新法事件判決—が主だったものである。本判決は、平成4(1992)年判決を単に形式的に先例として引くだけでなく実質的に、その合憲性判断枠組みをも自らのものとして取り込んだ。それは広く自由権一般の制限に関する合憲性判断枠組みである利益較量論であり<sup>(33)</sup>、優越的地位にある精神的自由の制限に関する合憲性判断枠組みへと特化したものではない。その点で、集会の自由の制限に関する判断枠組みとしては大いに物足りないものである(後述第Ⅲ章第1節(2)を参照。)

#### 4 その「2(2)イ」—本件規定についての当てはめ判断

「2(2)」の「イ」と「ウ」は、「ア」で提示した合憲性判断枠組みに従った当てはめ判断を行っている。その当てはめ判断において「イ」と「ウ」はそれぞれいかなる役割を担っているのが問題となる。そのような問題意識を持って「イ」を読んでいく。

「イ」は①～③の3段落構成である。①は、①・②の2文構成であり、本件規定を含む「本件規則」全体の性格と、「普通地方公共団体の庁舎」の性格について述べている。すなわち、①の前半は、本件規則が「金沢市長の庁舎管理権に基づき制定されている」、と本章第1節で述べたのと同趣旨を説く。それを受けて、①の後半からは、主語が、「本件規則」から「普通地方公共団体の庁舎(その建物の敷地を含む。以下同じ。)」に移る。本件規則が金沢市の、ここにいう「庁舎(その建物の敷地を含む。…)」を主たる規律対象とすることは言うまでもない<sup>(34)</sup>。その「庁舎」について、本件規則に限らない「普通地方公共団体」一般の次元で述べるのが、①の後半からの記述である。一般に庁舎管理規則の「規律の名宛人〔は〕基本的には内部関係者である」<sup>(35)</sup>ものの、「庁舎」は、「公務の用に供される過程において、住民等により利用される場面も想定され〔る〕」。正にこの「場面」において何らかの形で住民等による集会の自由との抵触問題が発生し得る、というわけである。しかし、②では、「庁舎」は「飽くまでも主に公務の用に供するための施設」であり、「道路や公園等の施設」のような「主に一般公衆の共同使用に供するための施設」ではないと説く。

②は、①・②の2文構成である。①は冒頭、前段落①の①後半からの検討を受けて、「このような普通地方公共団体の庁舎の性格を踏まえ」とした上で、「上記アの観点から較量するに」、と述べて、これから「ア」の利益較量論の枠組みに従った当てはめ判断を行うのだと宣

<sup>(33)</sup> 成田新法事件判決は、本判決「2(2)ア」②の利益較量の枠組みに関するのと同じの記述を行った後、先例として最高裁判所大法廷昭和58(1983)年6月22日判決 最高裁判所民事判例集37巻5号793頁《よど号ハイジャック記事抹消事件》を引く。よど号ハイジャック記事抹消事件判決はこれとほぼ同一の記述を、「未決勾留…者の身体的自由及びその他の行為の自由に一定の制限が加えられることは、やむをえない」とした、その自由に対する制限が必要かつ合理的なものかの判断枠組みとして、どの憲法条文に関する判断枠組みかを特に述べずに提示している(ただ、同判決はその次の段落で、「新聞紙閲読の自由の制限」が憲法第21条に適合するかの場面に特化した判断枠組みを提示し直している)。同判決は、この記述の後、その先例として最高裁判所大法廷昭和45(1970)年9月16日判決 最高裁判所民事判例集24巻10号1410頁《禁煙処分事件》を引く。禁煙処分事件判決はこれと同旨の記述を、「監獄内…の被拘禁者…の身体的自由…その他の自由に対し、合理的制限を加えることもやむをえない」とした、その自由に対する制限が憲法第13条に照らして必要かつ合理的なものかの判断枠組みとして、先例を引かずに提示している。

<sup>(34)</sup> 本件規則は「庁舎等」の定義規定を有している(第2条)。原文は前掲注(12)に示した。この「庁舎等」に本件広場が含まれるかどうかは本件規則の解釈上の論点であり、本判決の宇賀克也裁判官の反対意見(前掲注(20)を参照。)はその「1(1)ア(エ)」第1段落において、含まれないと解釈した(民集77巻2号281頁)。

<sup>(35)</sup> 塩野 前掲注(21), p.387.

言する。①の残りの部分は、本件規定の禁止行為が「庁舎等」で行われた場合にどのような「支障」が生じるかについての記述である（すぐ後で立ち入って検討する。）。次の②の文は、①で述べた「支障」の内容を受けて、「本件規定は、上記支障を生じさせないことを目的とする」とした上で、本件規定の「その目的は合理的であり正当である」と評価する。ここは、一読して明らかであるとは決して言えないが、最高裁の意図としては、「ア」の判断枠組みにおける「(a) 制限が必要とされる程度」に関わる評価を行う部分であると解される。というのは、先述したように、(a)の要素は、自由を制限する側の利益に関する考慮を行うものだからである。

①で法廷意見は、本件規定の目的がいかなる支障を防止することにあると述べているか。「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」場合、というのは、正に本件規定に該当する集会行為が行われる場合のことである。この場合、因果の連鎖として、第1に、「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」が生じる。第2に、その「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」る。第3に、「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」る。ここで、「外見上の政治的中立性に疑義が生じることと、「行政に対する住民の信頼が損なわれ」ることとは、書きぶりからして1つのことだと解される。第4に、そのことにより「ひいては公務の円滑な遂行が確保されなくなる」。このような「支障」が生じ得るのだと法廷意見は言う。なお、ここで、第3と第4の内容は、法廷意見が「1」の③で説明した、本件規定の禁止行為に該当するための2要件のうちの1つである、「管理上の支障」の内容と重なる。ここでの説明は、「1」の③の説明を敷衍（ふえん）する（＝因果の連鎖の、主に第1と第2に関する説明を補足する）役割も担っている。

ここにおける「支障」の核心は、第3の「外見上の政治的中立性」の損傷にあると解される。そして第4の、「公務の円滑な遂行」の確保不全という「ひいては…生じ得る」とされる支障は、本件規則第1条の目的規定に由来する記述であり、およそ本件規則における「支障」であれば必ず究極的には損なうはずの大きな利益・目的を指し示す（にすぎない）記述だと解される<sup>(36)</sup>。別の言葉で言うと、第4の「公務の円滑な遂行」の確保不全につながらないような第3の「外見上の政治的中立性」の損傷を、「支障」に当たらぬものとして除外する余地を、もともと書き手は認めていない。そして第1の「外形的な状況」が即、第2の「外観」を生み、そのことが即、第3の「外見上の政治的中立性」の損傷を生むと言うのだから、第1の「外形的な状況」それ自体が「支障」であると捉えられている。だとすると一第1から第4へのつながりを、本稿は「因果の連鎖」であると仮に指定して検討を始めたが一、実は法廷意見は、因果を説いてはおらず、本件規定の禁止行為が「支障」であることの理屈を説明していたのであった。

最終段落の③は、①・②の2文構成である。①は、本件規定の禁止行為が庁舎等で行われるという「状況それ自体」が「支障」であるとみなされる以上、そうした「状況」を一旦許した上で、(一)行為の実践に当たっての「何らかの条件の付加」や、(二)市による「事後的な弁明」などの対処方法によるのでは、その「支障」を防止できない、と述べる。②は、本件規定が「他

<sup>(36)</sup> これに対して第1審判決（とそれを引用した第2審判決）は、因果の連鎖の第3と第4にそれぞれ相当するものの間に、「〔市の政治的中立性に〕疑念を抱いた者が、〔市〕に対する抗議行動や抗議の申入れを行うこと、〔市〕の行事等に協力しないとの立場を採ることも予想され」（判例時報2465・2466合併号38頁第2段）、というもう1つの鎖を挟み込んでおり、市の「事務又は事業の円滑な遂行が妨げられるおそれ」を、現実的次元で語った。

の場所…を利用することまで」妨げるものではないと述べて、「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」との評価を示す。この②が、「ア」の判断枠組みにおける「(c) これ〔=その自由〕に加えられる具体的制限の…程度」に関わる評価であることは明らかである。すると①は、事前の禁止により当該行為がおよそ行われなくするという(c)「…具体的制限の態様」が、禁止により防止しようとする支障の「性質上」、やむを得ない、という趣旨の記述であり、やはり(c)の評価に関わる記述であると理解できる。

これで「イ」の記述は終了している。「ア」の判断枠組みにおける、「(b) 制限される自由の内容及び性質」に関する記述と評価は、ここにはない。これは、判断枠組みを提示した上でそれに従った当てはめ判断を記述する、という法的論証の作法にのっとっていない記述の仕方である。しかし、この作法にのっとらない記述を最高裁が行うのは珍しいことではない<sup>(37)</sup>。本判決における最高裁の考えとしてはおそらく、(b)に関する記述は「2(2) ア」①で既に行った、ということと推測される。

## 5 その「2(2) ウ」―「本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合」の合憲性判断

「2(2) ウ」は、①及び②の2段落構成である。

①は、「イ」の記述を「そして」と受けた上で、「本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合…における集会の自由の制限は、必要かつ合理的な限度にとどまる」と述べている。制限が「必要かつ合理的なもの」と認められれば合憲である、というのが「2(2) ア」の合憲性判断枠組みの言葉遣いであった。そのため、①の記述は、次の「2(3)」の①が、「本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用することが憲法21条1項に違反〔しない〕」と述べるのと、ほぼ同趣旨である。より正確に言うと、憲法を持ち出して最終的な違憲・合憲の判断を述べる、その1つ前段階の寸止めの判断（以下これを「内々の」合憲判断などと表現する。）を述べる記述である。1つ前段階の記述なのは、まだ②の検討・考察を残すからである。

「制限〔が〕、必要かつ合理的な限度にとどまる」と判断される理由として、①は、「本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合において上記イと別異に解すべき理由も見当たらない」と述べている。

この記述から2つのことが明らかになる。第1に、「イ」では、「本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合」のことは脇に置いて、この「場合」とは無関係に、本件規定の合憲性判断を行っていたことである。第2に、「イ」と同様に「解す」ならば、「集会の自由の制限は、必要かつ合理的な限度にとどまる」という判断になる、というのだから、「イ」で既に一そこで明示的に述べはしなかったものの一、本件規定における「集会の自由の制限は、必要かつ合理的な限度にとどまる」という判断に至っていた、ということである。

すると法廷意見の構成上、「イ」と「ウ」の関係は、次のように把握される。すなわち、集会の自由の制限に関する合憲性判断枠組みを「ア」が提示したのを受けて、まず「イ」では、その判断枠組みに従って、庁舎管理規則としての本件規則にとって主たる規律対象たる「庁舎」を念頭に置いて、本件規定を対象とした当てはめ判断を行い、本件規定が文面上合憲だとの判

<sup>(37)</sup> 一例として、最高裁判所第二小法廷平成23(2011)年5月30日判決 最高裁判所民事判例集65巻4号1780頁《起立斉唱命令事件》がある。その判決理由の記述がどのように法的論証の作法にのっとっていないかについては、佐々木弘通『「内心の自由」の憲法論』弘文堂、2025、p.327を参照。

断を内々に得た。その上で「ウ」で、庁舎管理規則としての本件規則にとってはいわば周知的・例外的な規律対象たる「本件広場」に対して本件規定を「適用する場合」について、「イと別異に解すべき理由」があるかどうかを検討した。しかし、そのような「理由も見当たらない」。そこで、「イ」における、本件規定の「集会の自由の制限」規定としての文面上合憲の判断を後ろ盾としながら、「ウ」において、「本件規定を本件広場…に対し適用する」ことも憲法上問題なし、との判断を示したのである。

つまり、「ウ」が実質的に行っていることは、「イ」において集会の自由の制限規定として内々に文面上合憲だと判断された本件規定の規律対象に、「本件広場」を含めても構わないかどうかの判断である。そのことを表現するのに、法廷意見は、「本件広場における集会に係る行為」に対し「本件規定を適用すること」（「2(1)」、「2(3)」①）が違憲かどうか、という言葉遣いをしている。この言葉遣いだけを見れば、法廷意見が(X)「適用上」憲法判断を行っているようにも見えるが、そうではない。法廷意見がここで行っていることの実質は、本件規定が文面上合憲であるとの「イ」の内々の判断を、本件規定を「本件広場」に適用する場合にも維持してよいかどうかの判断であり、「イ」に始まった(Y)「文面上」憲法判断の続きの作業に携わっているのである。この点に関係して、法廷意見が、「第1 事案の概要」では「本件集会」について語ったが、憲法論を行う「第2」においては、抽象化された「集会に係る行為」について語るのみであることに、注意しなければならない<sup>(38)</sup>。その伝で言うと、「イ」における本件規定を対象とした(Y)「文面上」憲法判断の過程でも一集会の自由保障との関係で本件規定の合憲性を判断しているから一、「庁舎等」における「集会に係る行為」に「本件規定を適用すること」を念頭に置いていたのである。「本件広場における集会に係る行為」に対し「本件規定を適用すること」の合憲性について法廷意見が語るとき、強調点は「本件広場」に置かれており、「集会に係る行為」については、法廷意見が憲法論を始めたときからずっとその視野に入っているのである。

以上により、「2(2)」の文章構成上、「イ」と「ウ」がどのような関係にあるかの読解を通じて、「2(2)」が全体として、本件規定の(Y)「文面上」憲法判断を行っていること、そして「2(1)」において記述された「所論」の要旨が、一見(X)適用上違憲の主張のように見えるとしても、その実質は飽くまで(Y)文面上違憲の主張であること、を明らかにした。

さて、①は、「制限〔が〕、必要かつ合理的な限度にとどまる」と判断される理由として、「本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合において上記イと別異に解すべき理由も見当たらない」と述べていた。別異に解すべき理由「も」見当たらない、という言葉遣いからは、「別異に解すべき」ではないかと思わせるような、それなりに強力な議論は、何も提出されていない、という法廷意見の受け止め方が垣間見える。

②では、その、「別異に解すべき理由」として上告人が主張したもの、を取り上げてそれらを退けている。②は①・②の2文構成である。①の冒頭で、「別異に解すべき理由」として上告人が主張した主なものとして、「(p) 本件広場が集会等のための利用に適して」いることと、「(q) 現に本件広場において種々の集会等が開催されているなどの実情が存する」こと、の2点を取り上げる。(p)は、本件広場の物理的構造に着目した主張であり、(q)は、本件広場のそれまでの運用実態に着目した主張である（いずれも、上告理由「第3」の「2(2)」に記述されている）。その上で、①の残りの叙述で、(p)の主張に反論し、②で、(q)の主張に反論する、

<sup>(38)</sup> 最高裁調査官解説も、「本判決が、本件における不許可処分それ自体の適法性について何らの判断を示していない」ことを指摘する。佐藤 前掲注①6, pp.194, 204-205 (注 39)。

というのが、②の全体構成である。

①の残りの叙述部分で法廷意見は、(p)の本件広場の物理的構造に着目した主張<sup>(39)</sup>を、退ける。そのポイントは、「㊦本件広場は被上告人の本庁舎に係る建物の付近に位置して㊦これと一体的に管理ないし利用されている」ことに尽きる。そうである以上、本件広場は、法廷意見が「2(2)イ」②①で言及した「公務の中核を担う庁舎等」、これに含まれる、というのが法廷意見の捉え方であり、そうすると、同文で述べた「支障」の説明—「外見上の政治的中立性」の損傷を中核とする—はそのまま、本件広場について妥当することになる。その説明を、本稿が先に述べた「因果の連鎖」の第2のところまで述べ直すのが、ここの①の残りの叙述である。

②で法廷意見は、(q)の、本件広場のそれまでの運用実態に着目した主張<sup>(40)</sup>を、退ける。本件広場における、飽くまで本件規定に該当しない使用実例だった前記「実情」は、①の㊦・㊦から来るところの「庁舎等の一部としての本件広場の性格」を変えない。「本件広場の性格」が「庁舎等の一部」であるということこそが何より肝心であり、そうである以上、本件広場は本件規定の適用範囲に入る、というのである。

## 6 その「2(3)」—「2(1)」の「所論」に対する結論的判断

「2(3)」は、①・②の2段落構成である。

①は、「2(1)」で要約した「所論」に対する法廷意見の最終的結論を述べる部分である。「本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用すること」について—「2(2)ウ」の①では「上記場合における集会の自由の制限は、必要かつ合理的な限度にとどまる」と述べるにとどめていたのを—、ここで最終的に「憲法21条1項に違反するものということとはできない」と述べている。

法廷意見はここで、「本件広場における集会に係る行為に対し本件規定を適用すること」が合憲である、と述べた。それは、「本件広場における集会に係る行為に対し…適用する」場合の「本件規定」が合憲である、という趣旨であると理解される<sup>(41)</sup>。それは、「本件規定」が合憲である、と端的に述べるのとは異なる。そうではなく、本件の事案類型—「本件広場における集会に係る行為」が問題となるという事案類型—に適用される場合の本件規定が合憲である、との判断を述べるにとどまる。しかし既述のように（本章第5節）、判断の過程としては、主たる適用対象たる庁舎を念頭に置きつつ本件規定そのものを文面上合憲であると内々に判断した後、その判断を、従たる適用対象たる本件広場に対して本件規定を適用する場合について維持する、という議論の筋道を通ったから、本判決の先例的意味としては、本件規定そのものが合憲と判断されたのに限りなく近い。

②は、①・②の2文構成である。この段落は、「2」の憲法論に関する先例について述べている。①は、集会の自由に関する主だった最高裁大法廷の先例を2つ—皇居前広場事件に関

(39) 上告理由に即して見ると、この主張のポイントは、「この様に、本件広場は、金沢市庁舎建物とは異なる性質、個性を持った場所であ[る]」（民集77巻2号300頁）、という点にある。

(40) 上告理由に即して見ると、この主張のポイントは、「この様に、本件広場は、…これまで長年の間、市民による集会や表現活動を含む多種多様な目的で使用されてきた。他方で、〔金沢市〕もできるだけ多くの市民の多種多様なイベントへの使用を容認する意思を対外的に示しつつ、現にその意思表示を前提とした態度をとり、本件広場の多くの市民による多種多様な使用を奨励してきた」（民集77巻2号300頁）、という点にある。

(41) 実際、上告理由「第3」の「3(4)」の趣旨は、「本件規定」が違憲であることを、専ら「本件広場における集会に係る行為に対し…適用する」場面を念頭に置いて主張するものであった。

する昭和 28（1953）年判決と、成田新法事件に関する平成 4（1992）年判決一、引いている。  
 ② は、上告人が本件で先例とすべきであると主張していた、泉佐野市民会館事件に関する平成 7（1995）年の第三小法廷判決について、「事案を異にし、本件に適切でない」とだけ述べている<sup>(42)</sup>。その理由を法廷意見の中に探せば、「2(2) イ」の①の ② にそれを見いだすことができよう（「庁舎」は「飽くまでも主に公務の用に供するための施設」であり、「道路や公園等の施設」のような「主に一般公衆の共同使用に供するための施設」ではない。）。

## 7 その「3」・「4」—その他の文面上違憲の主張に対する判断と、結論

「3」は、本件規定に対する、漠然性ゆえに違憲無効との主張と、過度に広汎ゆえに違憲無効との主張を、「これまでに説示したところによれば」というごく簡単な説明だけで、退けている。「1」で示した本件規定の解釈内容は、本件規定から読み取り得るから本件規定は不明確でなく、その内容は過度に広汎なものでない、というほどの趣旨であると考えられる。

「4」は、法廷意見の「第 2」の結びの部分である。

## Ⅲ 本判決の憲法論の検討

本判決を論評対象とした憲法学説の大多数は、法廷意見の論理と結論に批判的である<sup>(43)</sup>。本章は、本件広場を集会行為のための場所として認めるためには法廷意見の論理のどこを克服する必要があるのかという観点から—そう認めるべきかという点の検討を含めて—、法廷意見の批判的検討を行う。

### 1 「文面上」憲法判断のありよう

#### (1) 問題の所在

上告人は、専ら「本件広場における集会に係る行為に対し…適用する」場面を念頭に置いて、「本件規定」が違憲であることを主張していた<sup>(44)</sup>。それに対して法廷意見は「第 2」の「2(2)」において、まず、その場面を特に念頭に置かずに本件規定そのものが文面上合憲であると内々に判断し（「ア」・「イ」）、次に、その判断をその場面についても維持してよいかどうかを判断する（「ウ」）、という順序で「文面上」憲法判断を行った。

以下では、まず（2）で、このような判断順序をひとまず承認した上で、その議論の筋道の

(42) 平成 7（1995）年判決は、「地方自治法 244 条〔1 項〕にいう普通地方公共団体の公の施設として、…集会の用に供する施設が設けられている場合」について、同法上「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、管理者が正当な理由なくその利用を拒否するときは」、同法上は当然に違法になる（同条 2 項）わけであるが、それにとどまらず、「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ある」、という議論の筋道により、憲法論を開始した。その先で本判決が示した合憲性判断枠組みは厳しいものであると一般には理解されている。その理解に対する批判として、佐々木弘通「公の集会施設における『集会の自由』保障・考」長谷部恭男ほか編『現代立憲主義の諸相—高橋和之先生古稀記念— 下』有斐閣、2013, p.358. 行政法の観点からは、この判決が先例となると確実に言える事案類型は、集会の用に供する「公の施設」（地方自治法第 244 条）における集会行為が問題となる事案類型である。一方、憲法的観点からは、この判決は屋外集会ではなく屋内集会に関する先例であり、第三章第 2 節（2）で後述するアメリカ判例法理としてのパブリック・フォーラム論の枠組みに照らすと、伝統的パブリック・フォーラムではなく指定的パブリック・フォーラムに関する先例である。この点、後掲注(66)とそれに対応する本文を参照。

(43) 本判決を対象とする憲法学からの評釈・論文として、前掲注(16)には 14 点を列挙した。そのうち、教材として本判決の読解に徹する木下 前掲注(16)を除く全てが、本判決に批判的な立場を示している。

(44) 前掲注(41)を参照。

どこにどのような問題があったから、法廷意見が本件について集会の自由の侵害を認めない判断に至ったのかを検討する。次に(3)で、本件について集会の自由の侵害を認めない判断に至るについて、このような判断順序・過程そのものに問題があったとすると、それに代わるいかなる判断過程があり得るかを検討する。

## (2) 本件規定の「文面上」憲法判断—「庁舎」を念頭に置く場合

法廷意見は、「第2」の「2(2)」の「ア」・「イ」において、まず、「本件広場」を特に念頭に置かず、本件規定の主たる規律対象たる「庁舎」を専ら念頭において、本件規定が集会の自由を侵害するかどうかの「文面上」憲法判断を行った。法廷意見のこの部分について検討する。

庁舎における表現行為・集会行為は、一般には憲法上の表現行為・集会行為の自由の保護範囲に入らないと考えられている。「庁舎の建物の中の、市職員の業務用に使用されている会議室の利用を、集会の自由を主張して請求することが可能だとは思えない」<sup>(45)</sup>。「市民が市庁舎内の職員のみが業務をする区域においてビラ配布をしたり、職員に訴えかけたりすることは、市の業務を妨げるものであり、認められない。また、市役所の市民課窓口前の待合室は、市民誰でもが入ることができる場所であるが、市民課に各種届出や申請に来た市民が待つ場所であり、そこに居る市民に対してビラ配布を行うような場所ではない」<sup>(46)</sup>。

本件規定の立法目的とされた「外見上の政治的中立性の維持」との関係では、庁舎管理権について、かねてより行政法学は次のように説いている。「この権限には、二つの側面がある。一は、物としての施設の管理である。二は、庁舎の秩序維持のための規制である」。「第一の物としての管理は、即物的な見地による庁舎および関係施設の維持、保存、保全の作用である」。「第二の秩序維持は、庁舎における円満な業務遂行を確保するための作用である。すなわち、この面での管理は業務遂行の場にふさわしい秩序の保持のための規制をねらいとする」。庁舎管理権の、民間施設の管理と比較した場合の特殊性は、第二の秩序維持の作用について、「庁舎が直接行政の用に供される点との関係に顕著に現れる。たとえば、宗教的中立、政治的中立、品位保持の要請等、官公庁の庁舎に特有な紀律は、有力な例である」<sup>(47)</sup>。そして法の解釈上、庁舎の供用において「政治的な公平、中立性を維持するための制約が要請される」ことについて、「官公庁の庁舎〔は〕直接公用に供することを本義とする…。このような用途・目的を保障するためには、供用の面で、政治的な公平、中立性を保持されることが要求される…。したがって、政党その他の政治団体への供用は、この要請に反する…。また、政治活動のための供用も、同様である。…一は、管理者側の所属する政党、党派の政治的活動のための供用…。一は、職員組合による政治的主張貫徹のための施設利用…。いずれの場合も、純然たる政治的活動のための供用は、この制約に触れる」<sup>(48)</sup>。

このような一般的理解を背景として考えると、法廷意見がこの部分（「第2」の「2(2)」の「ア」と「イ」）において、本件規定は集会の自由を侵害せず文面上合憲であるとの内々の判断に至った、その帰結それ自体に異を唱えることは難しい。そうすると、法廷意見が本件について集会

(45) 毛利 前掲注(16), p.123.

(46) 市川 前掲注(6), p.144.

(47) 菊井康郎「官公庁舎の管理・使用」雄川一郎ほか編『現代行政法大系 第9巻 公務員・公物』有斐閣, 1984, pp.323-324.

(48) 同上, pp.329-330. また、政治的中立性を維持するための立法による制約の例として、「国・地方公共団体が所有または管理する建物」に「選挙運動のためのポスターの掲示〔を〕禁止」する公職選挙法（昭和25年法律第100号）第145条第1項が、庁舎に適用されることを挙げる（同, p.329）。

の自由の侵害を認める判断に至ることができなかったことの責めは、この部分に続く「ウ」の、「本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合において上記イと別異に解すべき理由も見当たらない」という判断にこそある。

ただ、この部分において到達した文面上合憲との内々の判断という帰結には問題がないとしても、その判断に到達した推論過程には大きな問題があることを指摘しておかねばならない。「庁舎」を念頭に置く場合、一般にはそこに憲法上保障された「集会の自由」があるとは考えにくい（3つ前の段落で既述）。ところが、「ア」の利益較量の判断枠組みは、「集会の自由…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」に関するものである。しかし、「制限」が合憲かどうかを問題とすることの前提には、「制限」される当の「集会の自由」それ自体が確かに存在する、ということがなければならない。その前提は、一般には「庁舎」において確保されていないと考えられているから、本来なら「制限」の合憲性を検討する前に、本件規定の規律対象として憲法上の「集会の自由」が確かにあると言えるのか、あるとすればどのような姿であるのか、という点が検討されるべきであった<sup>(49)</sup>。この点、法廷意見は、庁舎が「公務の用に供される過程において、住民等により利用される場面も想定され〔る〕」という抽象的な次元で、憲法上の集会の自由が庁舎において存在する可能性を暗に認めたと解される。このような、抽象的次元でのみ想定されておよそ具体的形姿を持たない、つまりは中身の無い「集会の自由」について、その「制限」が合憲性判断の対象とされる場合、違憲の推定をもって厳しく審査すべきである、という議論にはつながりにくい。そのため、「ア」の判断枠組みが、精神的自由の保障に特化した、強く自由保護的な枠組みにならなかったことは、十分に理解可能ではある<sup>(50)</sup>。しかし、はっきりした内実を持たない「集会の自由」なるものを

(49) 集会行為でなく表現行為に関する仮想事例だが、例えば市川 前掲注(6), p.144 は先に前掲注(46)に対応する本文での引用部分に続けて、「しかし、市民課に届出に行く市民が、当該届出に抗議するTシャツを着て行くのはどうか。…抗議のメッセージが見えなくなるようにTシャツの上にジャケットを羽織る〔という〕要求を受け入れないのであれば届出を受理しないなどということになれば、憲法二一条一項違反になるであろう」と述べる。なお、このような個別具体的な表現行為に焦点を当てた憲法論は、基本的には(X)「適用上」憲法判断の次元で論じられることになる。

(50) 第1審判決（とそれを引用した第2審判決）は、「第3」の「2」で、本件広場が「公用」財産（地方自治法第238条第4項）に当たるため、「本件広場における行為の許否については、その基準の策定も含め、庁舎管理権を有する金沢市長の裁量に委ねられている」（判例時報2465・2466合併号37頁第3段）とした上で、その「3(1)」で、成田新法事件判決の判断枠組みにより本件規定（＝「その基準」）が憲法第21条第1項に違反するかどうかの「文面上」憲法判断を行い、合憲であると判断した。ここでは、本件広場が規律対象となる場面を念頭に置いて本件規定の「文面上」憲法判断を行っている。そこで、第1審判決に対しては、集会の自由の制約に対して緩やかな合憲性審査しか行っておらず適切でない、という批判は、有効に成立する。それに対して本判決は「第2」の「2(2)イ」で、本件広場が規律対象となる場面を念頭に置かないで本件規定の「文面上」憲法判断を行い、文面上合憲という内々の判断を得た上で、続く「2(2)ウ」で、本件広場を規律対象とする場面についてもそのような判断を維持してよいかどうかを検討し、維持してよいと判断している。したがって本判決に対して前記と同様の批判を行うことは、法廷意見の議論の筋道に即した批判になっていないと考えられる。本判決に対しては、本来であれば憲法上保護された集会行為と評価されるべき「本件広場における集会に係る行為」に対する制約を憲法上正当化できるかどうかについて緩やかな審査を行ったことではなく（本判決はそのような審査をおよそ行っていない）、「庁舎」における「集会に係る行為」（＝一般的には憲法上保護された集会行為であるとは考えられない。）と、「本件広場における集会に係る行為」（＝本来であれば憲法上保護された集会行為と評価されるべきであると考えられる。）とを、「別異に解す〔る〕」ことができなかった点—これはすなわち、「本件広場における集会に係る行為」が憲法第21条第1項の保障する「集会の自由」の保護範囲に入る、と判断できなかった点にほかならない—こそを、批判するべきだと考えられる。なお、憲法上保護された集会行為に対する制約の正当化理由としては、「政治的中立性」の維持に関する、前掲注(36)で述べた第1審の説明であれ、その注に対応する本文で述べた本判決の説明であれ、そのいずれの説明にしてもきわめて不十分であると憲法上評価されざるをえない点は、多くの論稿が指摘するとおりである。だが繰り返しになるが、本判決は、「庁舎」における「集会に係る行為」に対する制約を正当化する文脈で「政治的中立性」に関する議論を行っているから、それが緩やかな審査であることをもっ

ぼんやり想定してその「制限」が違憲か合憲かを判断する緩やかな判断枠組みを提示し、それに従った当てはめ判断として合憲であることを説明する仕方が、適切な憲法論であるとは言えない。ここでは、「集会の自由」をどのような中身のものとして理解するのが、最高裁のみならず本判決を批判する側に対しても、問われている。

### (3) 本件規定の「文面上」憲法判断—「本件広場」を念頭に置く場合

本件規定の主たる規律対象は、「主に公務の用に供するための施設」たる「庁舎」である。それに対して、もし「本件広場」が、集会行為や表現行為のための場という性格を持つとしたら、そこは本件規定にとって、主たる規律対象たる「庁舎」とは違う性格を持つ、周辺の及び例外的な規律対象である。そして、その場合、庁舎における集会行為が一般には憲法の保障する「集会の自由」の保護範囲に入らないのに対して、本件広場におけるそれはその保護範囲に入ると考え得る。そうすると、本件規定の「文面上」憲法判断を行うのなら、初めから主たる規律対象たる「庁舎」を脇に置いて「本件広場」に適用される場面に絞って行うのが、実のある憲法論を行う途である。しかし翻って考えるに、裁判において、主たる規律対象ではなく周辺の・例外的なそれに対する本件規定の規律を憲法的に排除しようとするとき、専ら(Y)「文面上」憲法判断の次元で検討を行うことは、必ずしも最適の途であるとは言えない。

この点について考えるのに有益な規制類型論が、表現行為（集会行為を含む。）の自由に対する直接的規制と付随的規制を区別する類型論である。前者は、ある表現行為類型を直接の規制対象とする法規定が、その本来の適用対象たる類型に属する具体的な表現行為に（直接的に）適用される場合の、表現の自由に対する規制である。それに対して後者は、表現行為でない行為類型を直接の規制対象とする法規定が、当該事件では表現行為に（付随的に）適用される場合の、表現の自由に対する規制である。前者の代表例は、「公然と事実を摘示し、人の名誉を毀損」する行為を行った者を処罰する旨を規定する刑法（明治40年法律第45号）第230条第1項が、そうした内容の名誉毀損的な表現行為を行った者に対して適用される場合である。それに対して後者の代表例は、「正当な理由がないのに、人の住居若しくは人の看守する邸宅…に侵入」する行為を行った者を処罰する旨を規定する刑法第130条が、宿舍の各号棟の1階集合郵便受けと各室玄関ドアの新聞受けにビラを投函する行為（＝表現行為）を行った者に対して適用される場合である<sup>(51)</sup>。このような区別を行うことの意義は、後者の付随的規制が問題となる多くの場合には、前者の直接的規制が問題となる場合と違い、規制根拠たる法規定が表現の自由の侵害を理由に文面上違憲と判断されてその法規定が全面的に無効となる（＝(Y1)）ことが、初めから考えにくい、という点にある。そのため、付随的規制の場合には、裁判所としては、まずは(X)「適用上」憲法判断を行い、そこで適用上違憲の判断に至れば、そこから必要な範囲での(Y)「文面上」憲法判断へと踏み出して、その次元での、(Y2)当該法規定の一部違憲の判断や、当該法規定の合憲限定解釈などを行うこともあり得るが、適用上違憲の判断にとどまっても差し支えない、と考えられている。

先に述べたような本件規定の規律対象としての性格の違いが「庁舎」と「本件広場」の間に

て不適切だと批判することは、本判決に対する批判としては、的を外していると考えられる。

(51) 最高裁判所第二小法廷平成20(2008)年4月11日判決 最高裁判所刑事判例集62巻5号1217頁《防衛庁立川宿舍ビラ投函事件》の事案を素材とした例である。この事案では集会行為ではなく表現行為が問題となったが、この事案に即した表現行為とそのための場所の保障についての考察として、佐々木 前掲注(31)を参照。

認められるとき、本件規定を本件広場における集会行為に対して適用することによる集会規制は、集会の自由に対する付随的規制に当たる。そうすると本件でも、まずは、事案に密着した(X)「適用上」憲法判断の次元での憲法論を手堅く行い<sup>(52)</sup>、そこで適用上違憲の結論に到達すればその次に、必要な範囲での(Y)「文面上」憲法判断へと踏み出すことを検討すればよいと考えられる<sup>(53)</sup>。

## 2 本件広場に関わる憲法論—表現場所の理論の現在

### (1) 問題の所在

本章第1節(2)で述べたように、法廷意見が本件について集会の自由の侵害を認める判断に至ることができなかったことの責めは、「第2」の「2(2)」の「ウ」の、「本件規定を本件広場における集会に係る行為に対し適用する場合において上記イと別異に解すべき理由も見当たらない」という判断にこそある。

また、第Ⅱ章第5節で述べたように、上告人側は、「(p) 本件広場が集会等のための利用に適して」いることと、「(q) 現に本件広場において種々の集会等が開催されているなどの実情が存する」ことから、本件広場が集会の自由を行使するための場であるという憲法的評価を導き出そうとしていた。しかし、法廷意見は、「⊖本件広場は被上告人の本庁舎に係る建物の付近に位置して⊖これと一体的に管理ないし利用されている」ことから、「本件広場の性格」は飽くまで「庁舎等の一部」であるとして、このような評価をごく簡単に退けた。法廷意見を批判する大多数の学説の論調は、基本的には改めて上告人側の主張を支持する内容のものである<sup>(54)</sup>。

この対抗に、本判決に関わる限りでの、表現場所の理論の現在が可視化されている。そこで以下ではまず、現在支配的な「集会の自由」論の全体像を提示し、学説が支持する上告人側の議論にはその全体像それ自体を組み替える契機があることを明らかにする((2))。次に、法廷意見の議論を克服して表現場所の保障を確実にするためにあり得るオルタナティブの「集会の自由」論について考察する((3))。

### (2) 純粹自由権的な「集会の自由」理解とパブリック・フォーラム論

現在の学説の多くは次のような「集会の自由」理解に立っている。「集会の自由は、本来的

<sup>(52)</sup> 本件集会が確かに憲法第21条の保障する「集会の自由」の保護範囲に入ることを論証することが、この手堅い憲法論の出発点となる。そして、本件広場が「外見上の政治的中立性」を損なわない範囲の表現に限定された場なのか、それとも自由な表現に向けて開かれた場なのか、という本件広場の性格に関する論点(後掲注77)とそれに対応する本文を参照。)は、その保護範囲に入るかどうかの問題と関連して論じられるべきものである。別の言い方をすれば、本件集会がその保護範囲に入るという前提が満たされていれば、「外見上の政治的中立性」を損なうことを理由とする本件広場の利用拒否が「集会の自由」の制約として正当化できるかどうかの問題となり得るのだが、本件では正にその前提が満たされるかどうかという場面で、前記の本件広場の性格に関する論点が問われているのである。

<sup>(53)</sup> 本件で適用上違憲の判断に到達した後に「文面上」憲法判断へと踏み出す場合、本件規定がその規律対象に本件広場を含む部分について意味上の一部違憲(としての(Y2)文面上違憲)と判断する方法や、その部分を切り捨てる合憲限定解釈を本件規定に対して行う方法などを想定できる。後者は、本判決の宇賀克也裁判官の反対意見「1」が示した、本件広場は「直接公共の用に供するもの」に該当するため「庁舎等」に該当しない、という本件規則第2条解釈に接続する途が有力候補となる(民集77巻2号279-283頁。前掲注34も参照。)

<sup>(54)</sup> 前掲注43において、本判決を対象とする憲法学からの評釈・論文として前掲注16に列挙した14点のうち13点が、本判決に批判的な立場を示していると述べた。このうち、檜垣 前掲注16、岡野 前掲注16、岡田 前掲注16、を除く10点が、本件広場が集会の自由のための場としての性格を持つという趣旨をその根拠とともに、(簡潔にはあれ)論じている。

には公権力によって妨げられることなく集会を行う自由を保障するものであり、公権力に対して、集会用の施設の提供を求める権利ではない」<sup>(55)</sup>。これは法廷意見「第2」の「2(2)」の「ア」・「イ」における憲法論（本章第1節（2）を参照。）の前提にあった「集会の自由」理解でもある。行為だけを保障しそのための場所の保障を含まないこのような純粹自由権的な「集会の自由」理解だからこそ、「庁舎」においてもひとまず「集会の自由」が存在することを前提としてその「制限」が違憲か合憲かを論じることができたのである。

しかし、集会行為を遂行するにはそのための場所が必要である。したがってこのような理解では現実には、他人（公権力を含む。）の所有・管理する場所ではその所有者・管理者の同意がない限り集会行為の自由を实践できず、そのために基本的には自分の所有・管理する場所ではしかこの自由を实践できない。そして、不特定多数の市民に対して訴えかけることができない私的空間においてしか行使できないような集会の自由が、民主主義の实践に不可欠な公共的討論を担うことは難しい。このような「集会の自由」理解が憲法的なものの考え方として理にかなっているとは考えにくい。

学説の多くは、この点に対処するために、主観的権利たる「集会の自由」理解はそのままに、この理解を補完する形でこの自由の通用する範囲を相応に確保する狙いを持つ客観的法原則論を提示する<sup>(56)</sup>。それが1983年以来のアメリカ判例法理たるパブリック・フォーラム（以下「PF」という。）論である。「アメリカの判例では、政府の所有・管理する施設を①伝統的なパブリック・フォーラム、②指定されたパブリック・フォーラム、③非パブリック・フォーラムに区別している。それによれば、道路・広場・公園等の『伝統的なパブリック・フォーラム』における表現規制は厳格な審査に服し、表現のために特に設置された公会堂等の『指定されたパブリック・フォーラム』についても、設置し維持するかどうかは裁量の問題であるが、設置・維持する限りは、伝統的なそれと同様に扱うべきであるとされる」。「これに対し、『非パブリック・フォーラム』の場合は、表現のために使用させるかどうかは裁量の問題であり、使用させる場合には…『規制と援助』の区別における『援助』型となり、アメリカの判例ではこのような場合、『見解』に基づく差別をしてはならないとしている」<sup>(57)</sup>。そしてこのようなPF論の意義は、「集会の自由という自由権の射程を、パブリック・フォーラムの利用に拡張し、その利用の拒否を集会の自由に対する制限として構成する道を開く」<sup>(58)</sup>点にあると説かれる。こうした説明は、出発点たる純粹自由権的「集会の自由」理解を主観的権利論としては維持しつつ、行為者の所有・管理する場所でも一定の場所については客観的法原則たるPF法理が働いて、その場所をその主観的権利論の展開できる場所へと転化させる、という構造の考え方であると

(55) 小山剛『「憲法上の権利」の作法 第3版』尚学社、2016、p.196。早い時期の指摘は、阪本昌成「精神活動の自由」佐藤幸治編『憲法Ⅱ 基本的人権』成文堂、1988、p.243（この記述は、同『憲法理論Ⅲ』成文堂、1995、pp.157-158に継承されている。）。

(56) 本稿のいう「主観的権利」と「客観的法原則」はそれぞれ、以下に引用する小山 同上、p.147のいう主観的権利と客観法に相当する。「英語と異なり、ドイツ語は、„Recht“（法）という言葉に „subjectiv“（主観的）または „objektiv“（客観的）という形容詞をつけることによって、特定の主体（Subjekt）に関わり成立する Recht（…（主観的）権利…）と、特定の主体とは関わりなく妥当する Recht（…客観法…）とを区別する」。そして本稿のいう「主観的権利論」と「客観的法原則論」はそれぞれ、主観的権利あるいは客観的法原則の規範内容を説明する議論のことである。

(57) 高橋 前掲注(25)、p.259。なお、「②指定されたパブリック・フォーラム」は、一般に指定的PFとも呼ばれる。

(58) 小山 前掲注(55)、p.197。阪口 前掲注(5)、p.200も同じくその意義を、「政府など他者が所有ないし管理する『場所』—正確にいえば『財産』—にまで表現の自由法理を及ぼすこと、つまり『給付』の場面に『規制』の論理を及ぼすこと」に見いだす。

解される<sup>(59)</sup>。

では、1983 年判決<sup>(60)</sup>以来の判例法理たる PF 論は、アメリカ憲法判例史のどのような展開の中で成立したのであろうか<sup>(61)</sup>。その出発点は、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 1897 年判決<sup>(62)</sup>であった。この判決が依拠するのは、場所の保障と切断された純粹自由権的「集会の自由」理解である。その後まず、1939 年判決<sup>(63)</sup>以来、伝統的に集会や公共的な討議の場として用いられてきた道路・公園などの公有地・公有施設を、例外的に「表現の自由」保障の妥当する場として認める判例が蓄積し、法理として確立した。次に 60 年代以降は、「伝統的」でない場所（公有地・公有施設のみならず私有地・私有施設を含む。）をも、「表現の自由」保障の妥当する場として確保しようとする動きとそれを押し止めようとする動きとの対抗が、連邦最高裁判所内部で展開する。前者を代表するのが「基本的両立性の原理」と呼ばれる考え方である<sup>(64)</sup>。これは「道路や公園も、その他の公有地も」、さらには私有地・私有施設も、「ある特定の時、特定の場所での特定の表現活動が、その場所の通常の用途と基本的に両立するか否か」という「一つのアプローチ」で、表現のための場として認められるかどうかを検討する考え方である。「伝統的」PF も、「伝統的」だからではなく「その場所の通常の用途と基本的に両立する」から、表現のための場として当然に承認される、という議論の筋道をとる。「その場所の通常の用途と基本的に両立」すれば広く「表現の自由」保障の妥当する場として認めていく「柔軟なアプローチ」であるから、そこでは、本来は表現の自由のための場でない公有地・公有施設一般の中から例外的に「伝統的」場所だけは表現の自由のための場として認める、という発想が克服されている。つまりここには、大前提たる純粹自由権的「集会の自由」理解を克服する方向性があるのである。しかし、正にこういう方向性を封じ込めて成立したのが、1983 年判決による PF の 3 類型論だった。公有地・公有施設のうち、「伝統的」PF のほかは、（規制される自由の側の視点でなく）規制する政府側の

(59) 「自由に対する制限」又は「規制」に当たらないもの（＝場所の利用拒否）を、PF 論の働きでそれに当たるものに転化する、という点を強調する説明方法は、近年のものである。元来の PF 論の意義付けでは、その点を殊更に強調せずに、財産権の論理をもっと前面に出していた。すなわち、公有地・公有施設について、政府の財産権を盾に市民の表現の自由の行使が否定されるところ、伝統的 PF については表現の自由側にいわば「地役権」が認められてミニマム・アクセスが保障され、指定的 PF についてはその場所を開放する（財産権者の）政府の意図を梃子（てこ）に平等原則による平等アクセスが保障される、という趣旨の説明である。長岡 後掲注(6), pp.54, 56, 72-73; 松井茂記『日本国憲法 第4版』有斐閣, 2022, p.444 を参照。

(60) Perry Education Association v. Perry Local Educators' Association, 460 U.S. 37 (1983).

(61) この段落の記述は、長岡徹「アメリカ合衆国におけるパブリック・フォーラム論の展開」『香川大学教育学部研究報告第I部』64号, 1985.3, pp.53-83 に依拠した筆者によるものである。「基本的両立性の原理」に関する引用は、同, pp.63, 81(注66)。同じアメリカ判例法理の展開を改めて検討する近年の研究として、横大道聡『現代国家における表現の自由一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, pp.129-147。

(62) Davis v. Massachusetts, 167 U.S. 43 (1897).

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

(64) ドイツの 2011 年 2 月 22 日連邦憲法裁判所判決（フラポート判決。BVerfG, Urteil vom 22. Februar 2011 – 1 BvR 699/06 –, BVerfGE 128, 226-278.）が同様の法理を示して注目されている。岡田「集会の自由の場所的保護範囲」前掲注(5); 門田『集会の自由と《場》への権利』前掲注(5), pp.73-99. フラポート判決の解説として、石村修「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制—フラポート判決—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』信山社出版, 2018, pp.172-175. 同判決の判決部分の全訳として、同「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制 2011 年 2 月 22 日 ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷判決（1BvR 699/06）BVerfGE128, 226f. NJW 17/2011, 1201f.」『専修ロージャーナル』8号, 2013.1, pp.133-151. また、ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷の裁判官としてフラポート判決を出すのに関与したヨハネス・マーシング（Johannes Masing）氏が来日した折の研究会における、この判決に関係する報告と応答の記録として、門田美貴「集会の自由の現在—フラポート判決と集会の場の選択権—」『阪大法学』73 卷 3 号, 2023.9, pp.38[229]-20[247].

意図—政府が当該施設をあえて表現のための場として設立・維持しているかどうか—を基準にして認定される「指定的」PF までを表現のための場として認めるが、それ以外は認めない、カテゴリーカルな類型論である<sup>(65)</sup>。

さて、法廷意見による「本件広場の性格」の把握は、本件広場を自由な表現のための場としてではなく飽くまで「庁舎等の一部」として設立・維持してきたという市の意図を、正に根拠としたものであった。これは、アメリカ判例法理の枠組みにおいて指定的 PF に当たるかどうかを判断する方法と同様の、場所の性格の把握方法である<sup>(66)</sup>。それに対して上告人側及び学説の議論は、基本的には前記の「基本的両立性の原理」の系譜に属する考え方に基づいている。学説は、表現場所の保障を確実にするためにこの考え方に依拠するのなら、その考え方を徹底して、「集会の自由」理解自体を組み替えることが期待される。

### (3) 自然権的な「集会の自由」理解における主観的権利論と客観的法原則論

集会行為を含む表現行為の自由の保障を、その行為を行うための物理的場所の保障を含むものとして構成するとき、課題となるのは、「他方で、あらゆる場所での表現行為の自由が憲法上保障される、とも考えられない」ため、「どんな場所について表現行為の自由は憲法上の保障を受けると考えるべきか」という点である<sup>(67)</sup>。この点は、「立憲的意味の憲法」の基礎付け理論であるロック流の社会契約論の基本論理に即して、次のように考えることができる<sup>(68)</sup>。

自然状態において土地（＝場所）は万人の「共」有物であった。一方で、「私」有地に対する所有権の保障は未確立であり、他方で、国家設立以前なので「公」有地は不在であった。そのような自然状態では「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空間が、その時々それぞれの場所にに応じた仕方で機能的に、表現行為の用に供される…。…表現行為は、当該場所がそこに固有の仕方で持つ、広く社会契約当事者一般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で、表現行為を行う自由＞だ…。つまり、場所と切断された行為の自由ではなく、それぞれの場所

(65) 最高裁判所第三小法廷昭和 59 (1984) 年 12 月 18 日判決 最高裁判所刑事判例集 38 卷 12 号 3026 頁《吉祥寺駅構内ビラ配布事件》の伊藤正己裁判官補足意見は、独自の PF 論を展開したことで知られる。いわく、「一般公衆が自由に出入りできる場所は、それぞれその本来の利用目的を備えているが、それは同時に、表現のための場として役立つことが少なくない。道路、公園、広場などは、その例である。…このパブリック・フォーラムが表現の場所として用いられるときには、所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要がある」(3032 頁)。アメリカ憲法研究者であった伊藤氏はこのとき、1983 年の判例法理よりも「基本的両立性の原理」の考え方のほうが憲法的なものの考え方として適切であると判断して、あえて後者の考え方による PF 論を論じたと推測される。しかし、利益衡量における 1 つの考慮要素としての重みしか表現の自由に与えない点、また、「道路、公園、広場」において表現の自由の行使が「本来の利用目的」でないかのような語り方である点に、限界があった（具体的事案の解決としても、補足意見として有罪の結論を支持している。）。「道路、公園、広場」は、憲法的観点からは表現行為の自由の本来の行使場所である。したがって表現の自由の行使は「道路、公園、広場」の「本来の利用目的」の 1 つに入るものと考えなければならない。そのため利益較量においても、「本来の利用目的」と、それよりも価値的に一段低く評価される表現の自由との間の較量ではなく、同じ「本来の利用目的」同士との間の較量がなされなければならないのである。なお伊藤裁判官は、最高裁判所第三小法廷昭和 62 (1987) 年 3 月 3 日判決 最高裁判所刑事判例集 41 卷 2 号 15 頁《大分県屋外広告物条例事件》の補足意見で、その PF 論を再び論じている。

(66) 第 1 次訴訟ではより直接に、本件広場が同枠組みにおける指定的 PF に当たるかが争点とされ、当たらないと判断された。しかし、広場は伝統的 PF に当たるはずである。

(67) 佐々木 前掲注(31), p.255.

(68) 同上, pp.254-257.

でそこに相応しい仕方で行われる行為の自由が、自然権なのだ」<sup>(69)</sup>。

社会契約を締結して「社会」を構成し、憲法を制定して「国家」を設立した後、土地（＝場所）に関する秩序と自然権としての表現行為の自由はどうなるか。一方で「私（private）」有地に対する所有権保障は確立し、他方でその他の土地は「公（public）」有地となり、元の「共」有地はこのいずれかに解消される。こういう国家状態において、もし表現行為の自由はもはや「公」有地でも他人の「私」有地でも本来的には行使できずただ自分の「私」有地でのみ行使できる権利になるとしたら、社会契約は、自然権としての表現行為の自由を保全するのではなくむしろ大きく切り詰めてしまう。そうでなく、自然権としての表現行為の自由がそのまま「憲法上の権利」へと姿を変えるのであるから、『『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』<sup>(70)</sup>と考えられる<sup>(71)</sup>。

このような「集会の自由」の自然権的理解<sup>(72)</sup>においては、主観的権利論の中身に「基本的両立性の原理」の考え方が入っている<sup>(73)</sup>から、主観的権利論だけで現実的な通用力を発揮できる。ゆえに、純粹自由権的理解におけるようにその主観的権利論が通用力を持つために場の保障に関する特別な客観的法原則論（＝PF論）を必要としない。しかし「集会の自由」の自然権的理解は、主観的権利論のみならずやはりそれ固有の客観的法原則論を伴うと考えられる<sup>(74)</sup>。この客観的法原則は、個別の場面における主観的権利の射程を超えて、法秩序全体を集会の自由の行使に適したものとして整序するよう要請するものである。それは抽象的に言えば、自然状態から国家状態へと移行した後の全体的な国土の秩序において、特に民主主義の実現に不可欠な公共的議論を促進するよう、諸個人が表現行為を実践するための場を豊かに確保すべし、という憲法的要請である。今、アメリカ流のPFの3類型論の用語を借りて述べると、伝統的PFと指定的PFそれぞれに相当する場について、次のような憲法的要請があると考えられる。第1に、自然状態において、あらゆる場所に「共的な」性格は偏在したものの、特に人々が行き交う道や広場において社会契約締結につながる公共的議論が行われたと考えられる。国家状態に入ると、それらに相当する伝統的PF<sup>(75)</sup>として、国土の具体的にどこに道路を敷設し広場（とその応用形としての公園）を設立するかには、政府に裁量があると考えられる

(69) 同上, pp.255-256.

(70) 同上, p.257.

(71) 毛利 前掲注(5), p.254 は、次のように指摘する。「ドイツで〔は〕集会の自由が長らくパブリック・フォーラム論抜きで論じられてきた…。…集会の自由を論じるのに、それがなされる場の法的評価を行うことが必要だとは考えられてこなかった。…人々が行きかう場所であれば集会ができるというのが原則であり、その場の法的状態は重要でない」。これは本文で述べた考え方と同趣旨のものであると理解される。

(72) 社会契約論の基本論理に即して考えると、「集会の自由」を含む「表現の自由」の純粹自由権的理解と自然権的理解の違いは、自然状態から国家状態に移行する時点で、一方の表現主体による表現の自由と、他方の政府や他人の財産権、この両者の衝突調整をどのように行うかによって生じている。純粹自由権的理解は財産権を100%優先して表現の自由をそれに劣後させる考え方である。それに比べて自然権的理解は両者の均衡を図る考え方であり、憲法的思考としては後者のほうが適切であると考えられる。この点と関連して、前掲注59を参照。

(73) この主観的権利論においては、ある場所が表現のための場として認められるか否かは、当該場所における具体的な表現行為が「表現の自由」の保護範囲に入るか否かの次元で問題とされるのであり、法廷意見におけるように、当該場所の使用拒否が「表現の自由」制限として正当化されるか否かの次元で問題とされるのではない。

(74) 佐々木 前掲注(42), pp.362-363(注24).

(75) 「集会の自由」の自然権的理解において、主観的権利論の次元ではそれぞれの事案ごとに、当該集会行為が果たしてその場所の持つ「共的な」性質と呼応する態様のものかどうか吟味される。それとは別に、客観的法原則論の次元では、道路、広場、公園については典型的に、広く市民間の公共的討議を可能にする「共的な」性質を持つ場であると捉えられる。

が、その裁量には前記の憲法的要請の枠がかかる。生身の人が行き交う道路・広場は常に自由な表現行為に開かれていなければならないし、基礎的な地域的単位<sup>(76)</sup>の観点から見て住民間の公共的討議のための物理的空間が十分に確保されるよう、広場・公園等の数や配置を決めねばならない。第2に、国家状態に入ると、(自然状態にはそれに相当するものがなかった) 指定的 PF に相当する場についても、「公」が主導して「共的な」空間を創出することが憲法上要請される。具体的にどの場所にいかなる施設を設けるかには裁量があるが、同じく、基礎的な地域的単位の観点から見て住民間の公共的討議のための物理的空間が十分に確保されねばならないという憲法的要請の枠がかかる。この点、アメリカ判例法理の PF 論が指定的 PF に関して「設置し維持するかは裁量の問題」とするのは、憲法的考え方として適切でない。

さて、法廷意見は「本件広場の性格」が「庁舎等の一部」であるとした。「庁舎は、飽くまでも主に公務の用に供するための施設であって、その点において、主に一般公衆の共同使用に供するための施設である道路や公園等の施設とは異なる」(「第2」の「2(2)イ」①)。本件広場は庁舎等に用事のない多くの人々も日常的に行き交う場であり、多種多様な集会がこれまで実施されてきたが、それは「市長が庁舎管理権の行使として、庁舎等の維持管理に支障がない範囲で住民等の利用を禁止していないということの結果」(「第2」の「2(2)ウ」②) にすぎず、市には本件広場を自由な表現行為に開く意図はなく、一貫して「政治的な対立がみられる論点について…特定の政策等を訴える示威行為」(「第2」の「2(2)イ」②) を許してはこなかった、と法廷意見は述べる。

これに対して「基本的両立性の原理」的な考え方に基づいて法廷意見を批判する学説は、本件広場の (p) 物理的構造と (q) それまでの運用実態に依拠して、本件広場は、市の意図による統制を離れて、表現行為のための場としての性格を持つと主張する。このような学説に対しては、市はそもそも、自由な表現行為に開かれておらず、市が支障なしと認める表現行為だけを許す、そのような広場を設置することが憲法上できるのか、という問い<sup>(77)</sup>が、究極的には提起される。すなわち、そのような広場を市が意図して設立しても、憲法上それは (p) と特に (q) の蓄積により、いずれその意図に基づく統制を離れて自由な表現行為のための場になるのか。それとも、その意図に基づく統制を維持することは一般的には憲法上可能であるが、本件広場については憲法上その統制を離れたと評価される、というのか。

この点、「集会の自由」の自然権的理解から来る客観的法原則論の考え方によれば、公権力が広場<sup>(78)</sup>を設置する以上、それは原則として自由な表現行為に対して開かれていなければならない、何らかの形でその自由を限定するためにはそのための強い公共的理由がなければならない<sup>(79)</sup>、と考えられる。広場の設置後に市の意図的統制を離れるのではなく、当初の設置時に

(76) 現行法上は市町村がこれに当たると考えられる。

(77) この問いは、「集会の自由」の純粹自由権的理解と自然権的理解のどちらによっても、客観的法原則論の次元で受け止められることになる。ただ、憲法の客観的法原則上、そのような広場を設置することが許され、本件広場がそのような広場に当たると評価された場合について、自然権的理解による場合には、それでもなお主観的権利論の次元で—そのような本件広場がなお持つ「共的な」性質にふさわしい仕方であると本件集会が評価される場合には—、本件広場で行われる本件集会が、憲法の保障する「集会の自由」の保護範囲に入ると評価される余地があるが、純粹自由権的理解による場合には—主観的権利としての「集会の自由」は場所と切断された行為のみを保障するものにすぎないので—、集会の自由の制約に当たる本件不許可処分が違憲と評価される余地はない。

(78) 広場であると憲法的に評価されるかどうかは、不特定多数の人々が行き交う場でありしたがって表現行為に適した場であるかどうかという観点から客観的に判定されるべきであり、設置者がそうでないと言えそうでなくなるのではない。

(79) 政府言論のための場として広場を設置することが憲法上許されないわけではない。しかし道路・公園がそうで

自由な表現空間にすべしという客観法規範としての憲法的要請が働くのである<sup>(80)</sup>。特に、「庁舎」にとっての「政治的中立性」が「政治的な対立がみられる論点について…特定の政策等を訴える」ことの排除を求めるとしても、広場にとっての「政治的中立性」はそれと正反対に、「政治的な対立がみられる論点について…特定の政策等を訴える」ことを多様な主体に対して広く認めるよう求めることにこそある<sup>(81)</sup>。したがって、政治的＝党派的な内容の表現行為を許さないような空間として広場を設置することは、前記の憲法上の客観的法原則の規範に違反する。庁舎に隣接するのであれば、広場を設立するのであれば、市にはそのような憲法的要請が及ぶのである。自然権的「集会の自由」理解に立てば、そのように考えられる。

## おわりに

本稿では集会の自由のための場所の保障が争点となった令和5（2023）年の最高裁判決を批判的に読解・検討し、そのことを通じてその限りでの、表現場所の憲法理論に関する現状の分析を試みた。表現場所の保障に冷淡な憲法論の淵源は、場所の保障を切断した単なる行為の自由の保障に尽きる純粹自由権的な「集会の自由」理解にある。表現行為の自由の行使に必要な場所の保障を実現していくには、まず、主観的権利論として、場所の保障を内在させる自然権的な「集会の自由」理解へと歩み出すことが望まれる。同時にこの理解は、憲法上の客観的法原則として、特に民主主義の実現に不可欠な公共的議論を促進するよう、諸個人が表現行為を実践するための場を豊かに確保すべし、との要請を伴うと考えられる。

今日では公共的議論のための場として、インターネットやSNSなどのヴァーチャルな空間を民主主義に適合的にどのように秩序付け得るかが大きな関心事となっている。そのための憲法論を内実あるものとして構成するためにも、いわば古典的な、物理的空間に関する表現の自由論を絶えず点検し、より筋の通った憲法論へと鍛え直していくことが求められる。

（ささき ひろみち）

---

あるように広場もまた一般には、市民間の公共的議論のための場なのであり、そのような在り方を全面排除して、政府自身あるいはその意を受けた主体による表現行為のみを認める広場にしなければならない公共的理由が問われる、ということである。このような憲法的考え方は、本判決の宇賀裁判官反対意見（前掲注20を参照。）が「1イ」（民集77巻2号281-283頁）で提示した、「公用物や利用者の限定された公共用物であっても、空間的・時間的分割により、広く一般が利用可能な公共用物になることがある」（282頁）という行政法論と接合できる。

<sup>(80)</sup> そのような客観法規範としての憲法的要請を、「集会の自由」の純粹自由権的理解を補完する客観的法原則論としてのPF論の、伝統的PFに関する内容として、主張することは可能であると思われる。

<sup>(81)</sup> 宍戸常寿「政治的中立性についての覚書」阪口正二郎ほか編『憲法の思想と発展—浦田一郎先生古稀記念—』信山社、2017、pp.241-255は「『政治的中立性』が政治プロセスの枠を設定するのではなく、むしろそれ自体が中心的争点とされている現状について、一定の整理を行う」（p.243）。