



Title	集会の自由の現在 : フラポート判決と集会の場の選択権
Author(s)	門田, 美貴
Citation	阪大法学. 2023, 73(3), p. 38-20
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/92724
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

集会の自由の現在

——フラポート判決と集会の場の選択権——

門 田 美 貴

はじめに

本報告では、マーキング教授が連邦憲法裁判所で携わった「集会の自由」に関する諸判例の展開と日本への示唆、そして今後の展望について短い報告を行うことを意図している。マーキング教授は、意見表明の自由のほかにも、集会の自由に関して数多くの注目すべき判例を執筆している。それが、集会の自由と「場」の選択に関する諸判決である。集会の自由とは、人々が物理的に集まる場所を前提とする。しかし、こうした空間を自ら所有する人は少ない。集会を実施する目的で他者が管理する場を使用できるのか、という問いが生じる。

日本において集会の自由論は、アメリカ憲法学の影響を強く受けてきたといっても過言ではない。集会の自由、そしてそれと密接な関連のある意見表明の自由を論じようとするれば——他の諸外国と同様に——その強い保障を意識的に行おうとするアメリカの修正一条論が重要な参照点となる。ところが、集会の「場」の保障という観点で、修正一条論を参照することで果たして十分であったのか、については今日反省の動きがみられる。ドイツとアメリカの集会の自由論につき論じた毛利透教授によれば、身体を投入することをその前提条件とする集会に対しても言論の自由と同様に、表現内容規制と表現内容中立規制の二分論を適用することは、集会の自由の「身体性」を十分に捉えていない、という⁽¹⁾。たしかに、新たにデジタル化が進む現在、「場」へのアクセスという問題が身体性という概念に依拠することなく改めて論じられていることも事実で

集会の自由の現在

ある。しかし、こうしたヴァーチャル空間へのアクセスもまた、物理的な場へのアクセス問題のアナロジーとして論じられる傾向が強いことに照らせば、空間との結びつきの強い集会の自由を用いて、マーキング教授の携わった諸判断の今日的意義を考える良い機会であるだろう。

こうした検討はまた、時宜に適したものである。集会の「場」へのアクセスは、日本においても長きにわたり議論されており、現在まで多くの裁判例がある。たとえば、いわゆる吉祥寺駅ビラ配布事件⁽²⁾がその一つの例である。同事件では、私鉄の駅におけるビラ配布および演説に対して、鉄道営業法（鉄道地内における許可のない演説勧誘等を禁止）および刑法130条後段（不退去罪を規定）を適用可能か、が問われている。最高裁は、表現の自由を保障する憲法21条1項もまた、表現の自由を絶対無制限に保障したものではなく、思想を外部に発表するための手段であっても、他者の財産権、管理権を不当に害するものは許されない、と結論づけ、前述の諸規定の適用を認めている。伊藤正己裁判官による補足意見では、日本におけるパブリック・フォーラム論を展開し、一般公衆が自由に往来する場所は表現の場として役立つことがある、と認めている。もっとも、公道といった典型的なパブリック・フォーラムと私人の管理下にある場所を区別し、本件で問題となった「場」は駅舎の一部であり、公衆の通行を支障なく確保するための管理に服する場であって、パブリック・フォーラムたる性質がそれほど強くないと結論づけている。

近時の最高裁判例においても、集会の「場」の選択と管理権の対立が争点化している。それが、金沢市庁舎前広場事件⁽³⁾である。この事件では、市長の管理に委ねられた市庁舎前広場での集会の不許可が問題となっているが、結論として最高裁は不許可処分を合憲としている。その判断を支えているのが、場の使用目的や管理権限である。その判断によれば、当該広場は一般公衆の共同使用のための公共用物ではなく、公務のために用いる公用物であること、さらには禁止事項である示威行為を当該広場で行われせることによって外見上の中立性が損なわれることなど、が理由として挙げられている。こうした主張には批判も少なくないが、しかし依然として「場」の目的や利用規定がなお集会の自由の適用範囲を判断する際に重要な参照点であり続けていることに変わりない。

果たして集会の自由は、こうした他者の条件づけに完全に依存してしまうのだろうか？公衆は隔絶され指定されたデモンストレーション・ゾーンで集会を行わなければならないのだろうか？開発の進むこの都市空間のなかで、果たしてどれほどの集会のために指定された場所があるのだろうか？「許可なく、他者が管理する場で憲法上の権利を行使する自由はない」とする一般的な明言は、今日においても維持できるのだろうか？こうした言明は集会の自由のみならず、公共空間から諸自由を排除するのではないのか？本報告は、こうした問題意識から、マーキング教授の業績と示唆を提示し、最後には教授ご本人の見解を聞かせていただければ、と思う。

1. 集会の自由と「場」の選択権——フラポート判決

（1）管理権か、集会の自由か？

集会の自由と「場」の関係の重要な出発点となるのは、ドイツ連邦憲法裁判所によるフラポート判決⁽⁴⁾である。本判決で問われているのは、空港の利用規定に反して空港ターミナルでのデモ活動が保障されるのか、言い換えれば「集会の『場』の自由な選択」がどこまで認められるのか、という点である。かかる自由な選択権は、集会の「場」に関する自己決定権として判例上議論されてきた。この点ではたしかにフラポート判決は全く新たに生じた論点への応答を試みたわけではない。たとえば、ブロックドルフ判決⁽⁵⁾は集会の自由において、「他者と共同で自らの信念を、身体を通して示威する行為」であり、「ただその場に居合わせること、そこに現れて他者と交流する態様、あるいは場所の選択そのもの」によって見解の外部的表明が行なわれるとされている⁽⁶⁾。こうしたことから、集会の時や態様に加え、場所の選択が保障されるのである。果たしてこの決定権が、他者が管理し集会目的での使用を禁じている私有地にさえも及ぶのか、という点は必ずしも明らかではなかった。ドイツ連邦行政裁判所によるホーフガルテンヴィーゼ判決⁽⁷⁾は、集会の場に関する一般的な自己決定権を承認しつつも、自らに管理権のない（fremd）場所を好きに選ぶ請求権を保障したものではないと判示している。同判決に照らせば、私有地では許可なく集

集会の自由の現在

会を行うことはできないと結論づけることも可能である。

しかしながら、フラポート判決では、問題となった空港での集会も保障されると結論づけた。その理由付けに用いられたのは、「公共のフォーラム」概念である。フラポート判決によれば、集会の自由とは、まずもって公衆の一般的通行に開かれた場所で集会を行うことを保障する。公道はこの意味で、最も典型的な場所である。公衆の一般的通行が認められるゆえにそこで自然発生的にコミュニケーションが行われることから、道路法上もまた公道の機能の一つとして「コミュニケーション的通行」が数えられている。加えて、フラポート判決は、集会の自由の適用範囲を、公道と同様に、公衆の一般的通行に開かれた場所にも開く。ある場所を公衆のコミュニケーションに開くことは、集会の自由と密接な関連性を有しており、そうであるとすれば、このような場では集会もまた認められなければならない⁽⁸⁾。本件空港は、遊歩や語らいの場所、ショッピングやレストランのための道として形成されたエリアがあり、それゆえ一般的通行に開かれている、としている。本件では、たしかに株式会社という私法上組織された主体が問題となる空港を運営しているが、本件で国側が50%を超える株主保有をしていることから会社を管理していることが認定され、直接的な基本権拘束が承認されている。

(2) 私化と基本権保護の後退

フラポート判決自身は直接的な基本権拘束を肯定する形で、従来の防御権審査と同様の手法による解決が可能となったが、同判決で注目すべきは、その傍論 (obiter dictum) 部分である。フラポート判決は、直接的な基本権拘束と間接的な基本権拘束を質的に区別しつつも、「保障の内容と事案によっては、私人に対する間接的な基本権拘束は国家が負う基本権拘束にむしろ近接するか、あるいは同等となることさえあり得る」⁽⁹⁾ というのである。こうした説示は、その後の連邦憲法裁判所の諸判断に引き継がれている。部会決定ながら、缶ビール・フラッシュモブ決定では、当該傍論部分を引用し、私人所有の広場における集会開催を認めている。⁽¹⁰⁾

集会の自由を私人所有の場所でも積極的に認めようとするのはなぜなのか。

マーシング教授は、この問いを通して、近時急速に進む私化（Privatisierung）を見ている。急速な私化は、基本権保護の後退を示唆する。一方で国家権力は原則として基本権によって拘束を受けており、市民の基本権によって限界づけられる。それゆえに、大臣および公務員は公表につき意見表明の自由という基本権を主張することはできないし、自らの決定につき基本権上の行為自由に訴えることはできない、とされる⁽¹¹⁾。市民の自由を制約する場合には、その介入は原則として正当化されなければならない。他方で、ある活動が国家の領域ではなく私法の領域で行われる場合には、基本権保護の程度に影響が生じる。なぜならば、私人に対しては直接的な基本権拘束は存在しない、とされるからである⁽¹²⁾。

むろん、間接的には、基本権は私人間で効力を生ずる、という。一つの例として、立法上、両私人の基本権を考慮し、調整する場合である⁽¹³⁾。また、裁判官もまた、法適用の際に両者の基本権を考慮することができる⁽¹⁴⁾。しかしながら、こうした調整は広い裁量を予定している。一つの例が、ヨーロッパ人権裁判所の判決である。ショッピングセンターでのデモ活動が問題となった Appleby 判決⁽¹⁵⁾では、積極的義務が国家に課されることを承認しつつも、最終的にはこうした義務の不履行を認めなかった。マーシング教授の言葉を借りれば、同裁判所は「人権法上のミニマム・スタンダードを保障しなければならない」のであって、その具体化というのは開かれている⁽¹⁶⁾。ショッピングセンターでの集会実施の否定は、ミニマム・スタンダードの否定を必然的に意味するわけではない。こうした両私人の基本権の調整において、私化によってその保障程度に影響を受ける基本権——この場合では集会の自由——に重みづけを行うには、「高められた間接的拘束」が必要なのである⁽¹⁷⁾。

マーシング教授の記述は、パブリック・フォーラム論の母国であるアメリカのある裁判官の記述を彷彿とさせる。それが、アメリカ連邦最高裁のマーシャル裁判官（Thurgood Marshall）である。マーシング教授自身の論文も引用している、Logan Valley 判決⁽¹⁸⁾でマーシャル裁判官は、1960年代にショッピングセンターでのデモ活動を保護している。この試みを行う際に、マーシャル裁判官はある先例に依拠している⁽¹⁹⁾。それが、Marsh 判決である。本判決では一私

集会の自由の現在

人が自治体を全て管理する会社町（company town）における宗教的ビラ配布を保護している。Marsh 判決は極めて例外的な場面での「私有地における集会」を保護したわけだが、Logan Valley 判決はこの射程を、問題となる場が会社町と等しく公衆に開かれていることを指す「機能的等価性メルクマール」で拡張している。しかし、この Logan Valley 判決はのちに Lloyd 判決⁽²⁰⁾によって実質的に覆されてしまう。マーシャル裁判官は Lloyd 判決の反対意見で次のように法廷意見を批判していた。

都市において、政府機関によってかつて担われていた機能が、将来私的ビジネスによってますます担われるようになるとしても驚くにはあたらないだろう。…[そうすれば]市民が他者とコミュニケーションをとる方法を見出すのがますます困難となる。…もしも効果的なコミュニケーション手段が存在しないならば、表現の自由は単なる陳腐なスローガン（shibboleth）⁽²¹⁾となってしまうだろう。

このように、集会の自由を行使する場が失われれば、その実現可能性もまた失われることは、すでに何十年も前から意識されていたのであるが、こうした指摘は、理論的な道具立てが不足していたアメリカでは少数意見となっている。マージング教授は、間接的第三者効力という理論的道具立てのあるドイツにおいて、私化の時代における基本権保障のために「公共のフォーラム」概念を定立したのである。

2. 「集会の場の選択権」の現在

（1）「公共のフォーラム」論の理論的正当化

学説では、フラポート判決と後続の諸判断をもとに、「公共のフォーラム」概念の理論的正当化が試みられている。第一に、「公共のフォーラム」概念は保護領域の拡張を行う働きを有する。集会の自由とは、集まる（Sich Versammeln）という自由である点で自然的自由である。それゆえにあらゆる場が集会の自由の保護領域に含まれ、「公共のフォーラム」はその部分集合であるという見解も存在するが、現状では「公共のフォーラム」に該当する場所に限る

見解が優勢である。集会の自由は公衆への「働きかけ」を前提としている。したがって、公衆に開かれた場所においては集会が認められなければならない。

以上のように、「公共のフォーラム」該当性は、まずもって問題となる「場」が集会の自由の保護領域に含まれるか、すなわち公衆の一般的コミュニケーションに開かれているか、を判断する「入口問題」としての性質を持つ。実際に、後続の部会決定では同概念に基づいて集会の自由の適用が肯定されてきた。先に述べた缶ビール・フラッシュモブ決定のほか、墓地決定では、墓地において追悼集会が開催されていたことに照らしてコミュニケーションの場が開かれていたことを認定し、追悼集会の反対デモを保護するに至っている。ただし、近時、問題となる場の公共のフォーラム該当性を否定する判決が相次いでいる。シュトゥットガルト中央駅のプラットフォームの「公共のフォーラム」該当性は、乗客の通行のためにあり、またショッピングの機会が与えられていないことや長期滞在に向いた設計ではないことから否定されている⁽²³⁾。

こうした例が問うているのは、いかにして法的安定性を実現するか、という問題である、と筆者自身は考えている。アメリカのパブリック・フォーラム論と異なり、「伝統」や「指定」ではなく当該「場」が実際に果たす「機能」により保護領域を拡張したのがドイツの「公共のフォーラム」論である。しかし、本来の使用目的が別に存在する場所でどのように「公共のフォーラム」性を認めるか、は時に難しい判断を必要とする。今後「公共のフォーラム」該当性の判断がどのように進展すべきなのか、が問われている。

3. むすびにかえて

本報告では、集会の「場」の選択を中心に、マージン教授の業績を筆者なりに紹介し、その受容と今後の展望を述べてきた。本報告で描写しようとした個人の自由と場へのアクセスの関係は、集会の自由に限らず、多くの基本権——意見表明の自由、一般的行為自由、移動の自由、平等権——など様々な権利に関わるだけに、今後様々な場面に波及することが予想される。それだけにマージン教授の試みの社会的インパクトは——グローバルな局面で見ても

——大きいだろう。今後、場へのアクセスと間接的効力論をどのように論じていくべきか、その具体的展望をマージング教授からお聞かせ願うこととして、この短い報告を閉じたい。

討論要旨

マージング まずはじめに、この講演は極めて複雑なテーマを外国語で展開しており、そしてこのテーマ自体、極めて見事なテーマであることを強調したい。この原稿を読んだのちに、多くの問題について熟考させられ、このテーマはドイツにおいても博士論文になりうるようなものであり、我々にとっても完全には解決されていない問題を数多く含むものである。

極めて形式的かもしれないが、しかし重要な点として、全て私が「連邦憲法裁判所において」判断したかのように話していた点である。それは誤りである。私が単独で判断を行ったというのは一方で誤った批判であるだけでなく、そのようなことを言えば、「マージング裁判官が一人で判断を行った」と抗議が起るだろう。私は断じて何ら一人では判断を行ってはいない。[そうではなく] 連邦憲法裁判所が判断を行ったのだ。また、連邦憲法裁判所の法廷（Senat）か部会（Kammer）が判断を行ったのかを区別しなければならない。むろん、実際には私は貢献をしたし、私の筆跡を認めることもできるが、しかしこのことから、何が私の見解で、何が他の同僚「である裁判官」のものか述べることはできない。理屈の上では、全て他の裁判官が行ったということもあり得るのである。したがって重要なことは、裁判所と個人としての「私」を区別することである。たしかに学術的な面では私は少しばかり貢献したかもしれないが、その程度も多いものではなく、私の著作物からの裁判例の追究もまた、その多くを私個人に帰することもできないし、そうすべきでもない。ここで、むろん私が実際に推進力を与え、そして進めてきたことを隠すわけにはいかないが、それも私が単独で行ったものではなく、常に「他の裁判官との」共同作業である。このことは私の個人的な理解にとっても重要な点である。このことはまさに連邦憲法裁判所の自己理解でもあり、まさにアメリカの裁判所と対照

的に、多くの場合、賛成・反対票の数を明らかにすることはない。

次の点は単なる前置き以上のものに関わる。日本法はアメリカ法によって大きく影響を受けているというコメントによってこの講演原稿は始まっているが、それと矛盾したようにも思えることをこの講演で聞き取っている。それゆえ——そこまで明確には述べていないもの——次のように理解している。すなわち、「これまでアメリカを参照しすぎている、今こそドイツに目を向けるべきである」と。

私は、こうした試みが果たして役に立つのか、すなわち生産的なのかは分からない。この状況においては、ドイツとアメリカにおいてそれほど違いが生じないのではないか。まずアメリカ憲法学において集会の自由に関する議論がそれほど多くはなく、多くの場合、freedom of expression という意味での修正一条（first amendment）の問題とされる。そしてその内容は内容規制（content based restriction）の禁止である。しばしば一般的な考慮によって見逃されていることだが、ここ12年～15年ごろで我々も多くの決定を下してきており、ヴンジーデル（Wunsiedel）決定（BVerfGE 124, 300）においてはじめて、内容に基づく規制（content-based restrictions）を行うことは許されず、集会の平和性のみを規制の理由とするべきである、とした。「ホロコーストの嘘」についても同様のことがいえる。たしかに集会の平和性の要請はアメリカほど厳格ではないかもしれない。ここに矛盾を見出すのかもしれないが、これはナチズムの思想に対する極めて小さな例外であり、他のヨーロッパ諸国では別のことが当てはまる。この点については長い間研究し、また話をしてきたため、これ以上は立ち入らないが、私にはこの対抗軸にとって重要だと思った。つまりアメリカとドイツはそれほどまでに隔絶していないと思えるのである。

そして集会の場所の選択に関する限りにおいて、アメリカにははるかに議論が少ないため、この点では日本の将来的な発展のためにドイツを見ることには意味があるだろう。というのも、ドイツでは極めて精緻な判例が存在するからである。むしろ、全てが明らかになっているわけではないが、アメリカでははるかに少ない裁判例しか存在していない。ここで問題となっている「集会と私的空間」という領域においては、ドイツを参照する意味があるし、さらにはア

集会の自由の現在

アメリカよりも多くの資料が存在するからである。

さらなる点として、この講演の中で印象的だったのは、日本の裁判例についての説明である。このことは重要な点であり、——もしも一般的な観点から述べるのが許されるのであれば——これらの関連性、違い、日本法への継受可能性などを十分に検討すれば、あなたの研究を強化することができると考えている。これは驚くべきことだが、日本においては、日本法とのパラレルや比較可能性をあまり強調すべきではないとする考えが一般的なようである。むしろこれは伝統であって、あなた自らが決定すべき事項ではあるが、法体系がある以上そのようにすべきであるし、そうすることによって外国法へより良くアクセスし、そしてそれを構造化することができると思うからである。具体的なコメントとして、一方で、鉄道の駅についての事案、他方で金沢の事案といった事案は、こうした問題が取り上げられる場面であって、常にこうした考えを抱いているべきだと考える。そして最終的には、どこかで関連づけるべきだろう。これが日本であなたにとって可能かどうかは分からないが、すでにあなたはこうしたことを試みているわけであるし、そうする権利があるだろう。

日本の裁判例において興味深いのは、それが常に公的な場所における集会が問題となっているという点であり、このような事情から、ドイツ法と明確に区別する必要があるだろう。あなたは比較的早く公共のフォーラム概念の話に移っているが、興味深いことに、連邦憲法裁判所のブロックドルフ判決という古い判決もドイツにはある。次にあなたは公共空間をどのように語るかという点について言及している。なぜならば、長きにわたって公の集会は公的な場所において行われてきたからである。このことは重要な点であり、こうした試みを論文で行うべきであると考えている。この題材に関しては出版物があると考えているが、さらにこうした側面を拡張したいと考えている。すなわち、日本においては公的な場所における集会が問題となっているのであれば、——この講演ではかなり短くしか扱われていなかったが——より厳密に、そしてより広い視点から、公共のフォーラムの問題からは切り離して、一般的に問いに応答すべきである。

我々の判例法に従えば、公道においては常にデモを行うことができ、公共空

間においては常にデモを行うことができる。これは公物指定（Widmung）によるのではなく、我々の判例法において金沢市庁舎前広場事件のような事案は——少し慎重に述べるとして——ほとんど考えにくい。金沢市庁舎前広場は、私からみれば全くもって明らかな公共空間であり、公共広場である。私たちは形式的な公物指定によって判断せず、むしろ実際の状況に応じて判断しており、この事案で、広場は公衆が原則として利用できる、公衆にとってアクセス可能な広場であった。市庁舎の広場であるということは、公共の広場であるという事実をなんら変えるものではない。そして、その限りで我々にとってこれは公共空間の問題であって、公の集会のために憲法上当然に保障されている空間である。

しかし、ここでの問いはいまだ多くの問題を孕むものである。というのも、大規模なデモは高速道路に向かうこともあるからである。こうした高速道路は自動車だけのためのものであり、私はそこで物品の販売を行ったり、座り込んだりピクニックをすることは許されないが、デモを行うことはできるのである。したがってデモをする権利は、公共空間について想定されていない使用の例外なのである。こうした公共空間の使用の衝突は興味深く、法廷による決定は多くないものの、部会決定は多く存在する。

一定の大きな公道において座り込みデモ（Sitzblockaden）を行おうとする事案も多くあり、こうしたデモがどの程度可能なのかについて厳格なルールというものはない。しかし、少なくとも象徴的に高速道路においてデモが実施される可能性はある。また、放射性廃棄物貯蔵施設の前でのデモが実施される可能性があるが、ドイツにおいてもこれがどの程度許されるのかについては明確ではない。

そして、純粋な「場の選択」と少し異なる問題との関連で、いくつかの集会は特定の目標（Ziele）を集会それ自体によって強要しようとするものがあり、明確な境界線を引くことが困難な場合がある。Brennerstrasse というイタリア、ドイツ、オーストリアを結ぶ道では、料金を支払わないがために道路を封鎖するということが行われた。また、専門裁判所による多くの判断を行わせることとなった事案として、原子力発電の反対派が、原子力発電施設のゲートに

集会の自由の現在

自らをしっかりと鎖でつないでしまったという事案があった。また、近時よりアクチュアルな問題として、環境活動家が自らを道に接着剤で貼り付けてしまうという事案が見られる。原則として、判例はこれらの一定の象徴的な行為を許容しているといえるが、しかし集会を行う権利は、一定の帰結を強要する権利を含まないのである。

私が対処しなければならないと感じたもう一つの問題は、象徴的意義に基づく場所の選択の問題であった。金沢市役所前広場においては、その反対で、まさに市庁舎の前で抗議を行うことができるのは、政府に何か抗議をしようと考えているから、というわけではなかった。しかし、象徴的な場所の選択に関わる事案はさらに問題を孕む側面を呈しており、たとえば何らかの記念碑の前でデモを行うために公道に集まる場合、あるいは戦争の犠牲者を追悼する休日にまさにこうした記念碑の前において平和主義者らが戦争賛美に反対する場合が考えられる。あるいは、聖金曜日——これはカトリック教会歴の最も重要な日の一つであり、カトリックの教義によればキリストの十字架の死の日であるが——において無神論者たちは、ダンスを踊りに通りへ出て、そして教会の前の場所を探しに行く。あるいは、右翼過激派が特定の場所で彼らにとっての「英雄」を讀える場合である。原則としてこれらは「場所の選択」といえるが、しかし「平和性 (Friedlichkeit)」という一定の限界が存在しており、比較的厳格な制限としては、聖金曜日にダンスをしてもよいが、しかし教会の前ではしてはならないとか、追悼行進 (Mahnwache) をしても良いが、しかしこれによって平穏を乱されると感じるであろう個々人の市民の私邸の前ではしてはならないとか、である。しかし、抗議参加者がまさに反対している休日にも集会を行うことができる。この点で我々はリベラルな判断を行っている。

この点につき、重要な判断も多いが、しかし問題は、大抵これらは仮決定のなかで判断されているということである。連邦憲法裁判所においても、金曜の午後に電話を受け、明日の正午に集会が始まるということで、部会の3名の裁判官が解決を図ろうとするのであり、それゆえにこれらの決定は最低限のものにとどまっており極めて簡潔な理由付けが付されていたり、あるいは全く理由付けが付されないものもある。たしかに、学術的にその理由付けを追うことが

できないことはもちろん残念なことであるが、もしもこの「場所の選択」の問題を真剣に検討するならば、我々のもとに來る事案はすべて連邦行政裁判所によって判断されるし、その判断も我々のものより長いものであることが多い。これらの判断はあまりに多いので全てを検討することはできないと思うが、例として挙げることは意味があることだろうと思うし、日本の観点からは、駅前の場所や市庁舎前の広場、その他類似の場所が問題となっているはずだ。判断の射程がより厳密に決まっているので、行政裁判所の判断を取り上げることは良いことだと思うし、さらには刑法を見ることが考えられる。原子力発電施設に自らを鎖で括り付けた事案や、道路上に接着剤で自らをつけてしまった事案では、部分的には刑法によって刑罰の対象となっているものもあるし、基本法8条の集会の自由に基づいて無罪判決を受けたものもあるが、司法管轄の問題が裁判官を悩ませることがある。

以上のことはまた、公共のフォーラムの問題とは独立している。一般使用に供されている公の場所、公道などは公共のフォーラムであるが、それゆえに公共のフォーラム概念は必要ないこととなる。公共のフォーラムの問題にしても、ここで明確に区別する必要があるのは、特にこの場面では公的主体に対する基本権保護が具体的に問題となっている、という点である。フランクフルト空港は公的主体に帰属しており、それゆえ公的主体に対する直接的な基本権保護が問題となっていたからである。ここで新たに問題となっていた内容とは、問題となる空間が——たとえば空港のように——公道ではないが、公共のフォーラムといえるのか、ここでデモを行うことが許されるのか、それともこの空間は機能的に極めて限定されているのか、という問題である。我々はここで集会の自由の保護領域の段階では、空間がプライベートな性質を持つのか否かという問題とは無関係に公衆のコミュニケーションがある公共のフォーラムでの集会も集会の自由に含まれるとしている。そして——これはあなたの質問への若干の応答になるだろうが——ここで基準を設けており、それはこれらの場所が一般的コミュニケーションの場であるか、すなわちこの場所で人々が集い、特定の目的に向けられた活動のみに従事しているのではなく、コミュニケーションを生じさせるような様々な活動が生じているか、という基準である。典型的な

集会の自由の現在

例はカフェであるが、カフェのみならず、多くの商店もその前に座って読書をしたりすることができる。問題となるのは、形式に基づく指定ではなく、実際の状況なのである。

本講演で正当に指摘されていたように、フラポート判決では、セキュリティチェック後においてもたしかにカフェがあり、コーヒーを飲みながら搭乗をもちろん待つことはできるが、公衆にアクセス可能な場所であるという基準による一般的コミュニケーションは存在しない。駅については連邦憲法裁判所の判断がないが——日本では駅が問題となっているのだが——駅のホール、すなわちキオスクや電光掲示板がある場所などは公共のフォーラムと言えるかもしれないが、プラットフォームは公共のフォーラムが存在しないと考えている。ここで一字一句引用することはできないが、連邦憲法裁判所は、公衆に快適な娯楽の空間を提供するという目的は、そのような政治的議論を排除する理由にはならず、それゆえに少数派は自らの見解を積極的に提示し、——むしろ他者に何かをしてくれるように頼むことはできないが——他者を煩わせる権利を有しており、そして他者はそれを受忍する必要があるということを明確に述べている。

むしろ、明確な境界線を引くことは難しく、時には不明瞭であるが、これと反対に公共のフォーラムにあたらないものを述べるとすれば、たとえば公共のプールや歌舞伎の劇場で集会を行う権利は認められない。なぜならば、たしかにコミュニケーションは存在しているが、極めて限られた特殊なコミュニケーションだからである。また、飛行場とは異なり、市庁舎内において集会を行うこともまたできない。

基本法の保護領域に関する一般的な確定は、やはりまずもって公共空間に向けられたものであって、このことは私的空間に対する保護領域の確定とは全く独立した問題である。第三者、すなわち私人の空間に対してデモを行う権利の保護領域を確定するため公共のフォーラムという概念を生み出したと述べているが、——たしかに一役買ったのは間違いないが——これは幾分不正確である。

集会の自由は、原則として私人に対しては間接的第三者効力によってのみ効力を持つ。このことは、あなたが判例法から正しく読み取っているように、他

の権利との衡量が行なわれなければならない。通常、私人の敷地でデモをすることを要求する権利はなく、たとえば隣人の大きくて美しい庭や私的スポーツクラブの敷地において、平和の祭典やその他の催しを行いたいということではできない。しかし、これは全て衡量によって行われるものであって、財産権は特別な状況がある場合には、私人の財産上でデモを行うことを排除するものではない。

問題となるのは、当該私人間の間に不均衡が存在するのか、という点であり、第三者効力は私人に対しても同様に基本権の実現を保とうとするものであると言える。一方の側が、他方の基本権の発展にとって重大な力を行使する場合には、このような力を持つ側は比較的強く基本権に拘束を受ける。そして、もしもコミュニケーションの構造が私的企業によって構築されているならば基本権は比較的厳格に効力を持つと正当に主張することができるだろうし、公共のフォーラムの事案においては、少なくとも一定の場合には集会の自由が含まれるのだと正当に主張することができるだろう。

徐々に結語に移ろうとしているが、思い浮かんだもう一つのテーマとして、エルドアン大統領がケルンを訪れた際のヴァーチャルな集会から排除された事案につき、我々としては手続的な問題によって応答しただけであったが、専門裁判所は集会とはある場所で他者と対面で集まることを想定しているようである。このテーマは手続法的に処理されたが、実に興味深いテーマである。

ここでさらに付け加えるべきテーマとして、集会の自由が果たしてどこまで及ぶのか、すなわち食事を提供するスタンドを設置したり、G20やG7開催の際に問題となったように、抗議活動が何日かにわたる場合に夜間に宿泊するテントを設置する権利も含むのか、といった問題である。こうした問題は間接的には場所の選択に関係するだろうが、キャンプを設置したい場合には公道ではなく公園などの場所で行う必要がある。これらの点について明確な判例はないが、このテーマにはさらに発展する可能性がある。我々はあまりに制限的な判断を行わないようにしているが、他方で公道の使用権全体を覆してしまうこともまた避けようとしている。

フラポート判決後に私や私の同僚にとって明らかになってきたさらなる問題

集会の自由の現在

として、そこで集会を行う権利はないのだが、しかし政治的内実を伴う集会が——たとえば線路上などで——実際に行われている場合にどうすべきかという問題である。フラポート判決後は、そこで集会を行う自由はないというべきであろう。しかしながら、実際にそこで集会が生じている以上、残余としての集会の自由の保護メカニズムがまだ存在するのか、それともそれは集会ですらなく、ただ警察法が適用されるのか、といった問題がある。

集会の自由とフラポート判決の問題だけではなく、意見表現の自由とビラ配布の関係にもかかわる。部会決定ではあるが複数の事案があり、たとえば国防軍の展示会において平和主義者がビラを配布しようとした事案においては、たしかにこの展示会は公共のフォーラムではないが、フラポート判決においては、意見表明の自由は公共のフォーラムであるかに拘わらず適用されると述べている。むろん、個別の事案において安全という利益が優位することもあるが、しかし意見表明の自由は公共のフォーラム概念に必ずしも結びついていないのである。

門田 フラポート判決で問題となったような「私的空間における集会」との関連で問題となりうるのは、「高められた間接的拘束」を支持するとして、どの程度、私人に拘束が認められるべきか、という点があるように思う。この点に関連し、一方で、他の代替的手段が存在する場合においてもなぜ私有地の所有者は集会を受忍しなければならないのか、という疑問が提起されている。これに対して現在では、集会の場と集会の表現内容に内容上の連関がある場合——典型的にはショッピングセンター事業者に対するデモなど——に限られるという⁽²⁴⁾見解が支配的なようである。もっとも、このように「補完的」にのみ集会の場の保障を認める見解に対しては、「公共のフォーラム」概念により保護領域を開いた意味を失わせるのではないか、という少数の反対意見がある。⁽²⁵⁾アメリカにおいてもまた少数の判決では、メディアや新聞などの代替的な表現手段の存在が、修正一条上の権利を否定する理由とならない、という批判がなされている。⁽²⁶⁾これらの論点に対し、私は自らのこれまでの研究において分析を加えようと試みたが、マーギング教授としてどのようなお考えをお持ちなのか教えていただければ幸いである。

マーシング 基本権の拘束がどこまで及ぶのかという問いは、むしろ評価に依存する。こうした評価づけも恣意的なものではなく、判例法がその兆しを示すようになるだろう。公共のフォーラムにおいて私人は常に、国家と全く同様に基本権に拘束されるのかという問いはまだ応答されていない。私個人の見解ではこのように主張することもできると考えているが、他方で私人は財産権、ビジネス上の諸利益を有しており、公的主体よりも広範な規制を行うことができるということもできる。この射程がどこまで及ぶのかは未だ明らかにならず、判例の判断が待たれる。

なお、これらの場における集会を補完的にのみ認めたり、場所とテーマとの関連性がある場合のみ認めるということについては、私は個人的に良い解決策だとは思わない。集会の自由の核心とは、テーマおよび場所について決定する自由である。私人にこれらにつき制限をする権利をもしも与えるとしたら、それは場所の機能性や投資の喪失、すなわち当該デモが正統な営業活動に対していかなる影響を与えるか、という問題に関わる。たとえば当該デモがショッピングセンターにとってあまりに大きすぎる場合、より小規模になされるべきだとしてよいだろう。こうしたシナリオはいくつも想定できるが、私的財産に対する客観的な影響や負担がここでは問題となっているのである。

私の見解によれば、公共のフォーラムにおいては、少なくとも私人は集会の自由に強く拘束されなければならず、アメリカにおいては異なる帰結と解釈論が採られているが、私には、このような場においては集会の自由が強く効力を持たなければならないように思える。欧州人権裁判所の Appleby 判決は、連邦憲法裁判所においては異なる判断になっていただろう。この判断に対する私の解釈としては、当該裁判所が全ての国に終局的な基準を与えることはもちろんできないので、それがベースラインを守っているのであれば正当化可能である、と判断したということである。

門田 「高められた間接的拘束」に関連して、その他にいくつか課題が存在するとされている。場の管理者に対し、個人のアクセスを受忍する義務を負わせる際の論拠となりうるのは、先に触れた「財産権の社会的拘束」である。ただし、ここでは主に二つの問いが学説上生じている。第一に、「財産権の社会的

拘束」概念を論じる難しさである。財産権とはそもそも何を保障するのか、財産権の制限と内容形成の区別は何か、という難問に加え、財産権の社会的拘束は誰をどのように拘束するのか、という未解決の問題がある。この点について多くの論者はたとえば私有地における集会を保護する具体的法律が規定されてはじめて受忍義務が生じる、とする論者も多い⁽²⁷⁾。この点についてどのようにお考えか。

マージング 私は最終的に私人の権利すなわち財産権と集会の自由を比較衡量することで結論を導いてきた。講演では文献を参照しながら、社会的拘束には法的規定が必要であり、法律による具体化が必要であると言われているが、私はそれが正しいものとは思わない。私法においても、間接効力は法律の留保なしに、あるいは一般条項の枠組み内で効力を有する。法律は厳密に規定しているわけではなく、その規定は開かれており、法律なしに基本権の価値が入りこむが、それこそがまさに私人間における第三者効力論の肝なのである。

社会的拘束の射程についてもここでははっきりしていないが、しかし公的主体が負うものとはむろん異なるのであって、明確な法律上の規定が必要であるし、判例法によってさらに具体化する必要があると思う。なお、講演でも触れられてきた缶ビール・フラッシュモブ決定は、非常に引用され拡大解釈されることが多いが、これは仮の決定であって、判断されたのは手続的な内容に関わるもののみであって実体的な内容ではないことを付け加えておきたい。

- (1) 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」毛利透編『講座 立憲主義と憲法学〈第3巻〉人権Ⅱ』（信山社、2022年）246頁参照。
- (2) 最判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁。
- (3) 最判令和5年2月21日公刊物未搭載（令3（オ）1617号）。
- (4) BVerfGE 128, 226.
- (5) BVerfGE 69, 315.
- (6) BVerfGE 69, 315 (345).
- (7) BVerwG, 29.10.1992 - 7 C 34.91.
- (8) BVerfGE 128, 226 (252).
- (9) BVerfGE 128, 226 (249).
- (10) BVerfG, 18.07.2015 - 1 BvQ 25/15.

- (11) *Johannes Masing*, Grundrechtsschutz trotz der Privatisierung, in: Michael Bäuerle / Philipp Dann / Astrid Wallrabenstein (Hrsg.), Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag, 2013, 409 (411).
- (12) Ebd., S. 411.
- (13) Ebd., S. 412.
- (14) Ebd.
- (15) EGMR, Urt. v. 6. 5. 2003, *Appleby v. UK*, No. 44306/98, ECHR 2003-VI.
- (16) *Masing* (Anm. 11), S. 426.
- (17) *Andreas Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017 S. 258 ff.
- (18) *Amalgamated Food Employees Union v. Logan Valley Plaza*, 391 U.S. 308 (1968).
- (19) *Marsh v. Alabama*, 326 U.S. 501 (1946).
- (20) *Lloyd Corp. v. Tanner*, 407 U.S. 551 (1972).
- (21) *Id.*, at 586 (Marshall, J., dissenting).
- (22) BVerfG, 20.06.2014 - 1 BvR 980/13.
- (23) VG Stuttgart v. 20. 11. 2014, 5 K 5117/14.
- (24) *Henning Wendt*, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?, NVwZ 2012, S. 606 (608 f.).
- (25) *Sebastian Schulenberg*, Der „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“: Zu Versammlungen auf Grundstücken im Eigentum Privater, DÖV 2016, S. 55 (58).
- (26) *New Jersey Coalition Against the War in the Middle East v. J.M.B Realty Corp.*, 650 A.2d 757 (777 f.).
- (27) *Martin Prothmann*, Die Wahl des Versammlungsortes, S. 229 f.