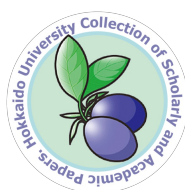




HOKKAIDO UNIVERSITY

Title	公法判例研究
Author(s)	山崎, 左紀子
Description	判例研究
Citation	北大法学論集, 60(2), 257-270
Issue Date	2009-07-31
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/38921
Type	departmental bulletin paper
File Information	60-2_0007.pdf



公 法 判 例 研 究

山
崎
左
紀
子

歌劇団公演のための「公の施設」の使用が仮に義務付けられた事例

判自三〇二号六七頁

【事実の概要】

岡山地方裁判所平成一九年一〇月一五日決定
平成一九年（行ク）第四号

判時一九九四号二六頁、判タ一二五九号二六頁

X（x歌劇団岡山公演実行委員会委員長・原告）は、x歌劇団公演のため、岡山市が設置した公の施設である岡山シンフォ

ニーホール（以下、「本件ホール」という。）の使用許可申請をした。x歌劇団は在日朝鮮人によって設立された音楽舞踏集団で、日本国内を中心に活動している。それまでx歌劇団の公演に対しては、各地で右翼団体による妨害活動が発生していたが、警察による警備によって混乱もなく公演が行われてきており、本件でも、右翼団体等による事前の街宣活動等が行われていた。

岡山市から指定管理者として本件ホールの管理を委託されているY（財団法人岡山シンフォニーホール・被告）は、仮にXに対して本件ホールの使用を許可すると、右翼団体の抗議活動等により混乱が生じるおそれがあると判断し、岡山シンフォニーホール条例（以下、「本件条例」という。）三条二号所定の不許可要件である「ホールの管理上支障があるとき」に該当するとして、Xに対し、不許可処分（以下、「本件不許可処分」という。）を行った。これを受けてXは、本件不許可処分は本件条例の解釈適用を誤った違法なものであるとして、その取消及び本件ホールの使用許可の義務付けを求める本案の訴えを提起し、同時に、本件ホールの使用を仮に許可すべき旨を命ずるよう申し立てた。

【決定要旨】

Xの申立て認容

（一）償うことのできない損害を避けるため緊急の必要

本案である本件ホールの使用許可の義務付けの訴えに係る使用許可処分がされなければ、x歌劇団の公演が、Xの予定した公演日ないしこれに近接した日に、岡山市において、予定した規模で実施されることは、事実上不可能といえる。そうするとXは、公演準備のため既に支出した諸費用その他の財産的損害を被ることになる他、公演を通じて、朝鮮民族教育を守り発展させ、在日朝鮮人社会の連携を深めると共に、朝日友好親善を図るというXの目的は達せられないことになり、ひいては、x歌劇団公演実施に向けてのXの諸尽力や熱意が無に帰して、Xが精神的苦痛を受けることはもとより、憲法によって保障された集会の自由その他のXの基本的自由が侵害されることになり、さらには、公演の観覧を待ち望んでいる市民の期待をも裏切ることになることは明らかである。

公演を実施できなくなることにより、Xは、前記のような財産的侵害や精神的苦痛を被る他、憲法によって保障された基本的自由が侵害されることになるのであるが、そのうち、財産的侵害についてはともかく、精神的苦痛や基本的自由の侵害に対する損害は、元々その算定が甚だ困難であるため、懲罰的賠償

が許容されない現行法制の下では、低額の慰謝料が認容されるにとどまる蓋然性が高いし、また、これらの損害の回復、特に、基本的自由の侵害の回復という観点からしても、これを慰謝料に換算した上、金銭賠償をすることによってたやすくその損害の回復ができると考えてしまうことにも相当問題があり、憲法秩序からしても、また、社会通念からしても是認し難いものがある。そうすると、公演が実施でなくなることによって生じる損害は、金銭賠償のみによって損害を甘受させることが社会通念上著しく不相当と評価されるということができるから、行政事件訴訟法（以下、「行訴法」という。）三七条の五第一項所定の「その義務付けの訴えに係る処分がされないことにより生ずる償うことのできない損害」に当たると認めるのが相当である。

また、x歌劇団公演の開催予定日までには本案訴訟である義務付け訴訟の判決が確定することはあり得ないことも明らかである。したがって、Xの申立ては、行訴法三七条の五第一項所定の「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要がある」るときに当たるといふべきである。

（二） 本案について理由があるとみえるとき

本件ホールは、地方自治法二四四条一項の「公の施設」であるから、Yは、正当な理由がない限り、住民が本件ホールを利用することを拒んではならず（同二項）、また、住民が本件ホールを利用することについて、不当な差別的取り扱いをしてはならない（同三項）。そして、本件条例が本件ホールの使用不許可事由として掲げる「ホールの管理上支障があるとき」とは、公の施設である本件ホールについて、利用を拒み得る正当な理由を具体化したものと解される。また、住民は、本件ホールのような公の施設が設けられている場合、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あって、管理者が正当な理由もないのにその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由、表現の自由の不当な制限につながるおそれがある。このような観点からすると、本件条例三条二号所定の「ホールの管理上支障があるとき」とは、本件ホールの管理上支障が生ずるとの事態が、許可権者の主観により予測されるだけでなく、客観的な事実にも照らして具体的に明らかに予測される場合をいうものと解するのが相当である。そして、Yが主張する管理上支障がある事態とは、x歌劇団の公演に対する右翼団体等の抗議活動に起因するものであって、x歌劇団の公演そのものに起因するものではないのであるから、

このように主催者が集会を平穩に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条等に反対する者らが、これを實力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことができるのは、前記のような公の施設の利用関係の性質に照らせば、警察の適切な警備等によってもなお混乱を防止することができないなどの特別な事情がある場合に限られるといふべきである（最判平成八年三月一五日民集五〇巻三号五四九頁參照）。

過去に各地で開催されたx歌劇団公演に際しては、右翼団体等による抗議活動が行われたものの、警察の適切な警備によって、各公演とも支障なく開催されている。また、本件の場合において、右翼団体等による抗議活動の発生が予測されるが、Yと岡山市は、警察やXとも協議しつつ、本件ホールの適切な警備方法を工夫、実施することが可能である。以上のことから、x歌劇団の公演が実施された場合に、警察の適切な警備によってもなお混乱を防止することができない事態が生ずることが、客観的な事実を照らして具体的に明らかに予測されるものとは認め難く、本件条例三条三号所定の「ホールの管理上支障があるとき」に該当しないものといふべきである。したがって、Xの申立ては、「本案について理由があるときみえるとき」（行訴法

三七条の五第一項）に当たる。

【検討】

（一）仮の義務付けの概要と要件充足性判断

平成一六年の行訴法改正は、「行政訴訟制度につき、国民の権利利益のより実効的な救済を図るため、その手続を整備すること」という考え方に基づいて行われた。その具体的な内容は大きく次のように分けられている。すなわち、「救済範囲の拡大」、「審理の充実・促進」、「行政訴訟をより利用しやすく、分かりやすくするための仕組み」、「本裁判決前における仮の救済の制度の整備」、である¹⁾。

改正前の行訴法の下では、例えば、申請に対する拒否処分に不服がある場合、処分取消訴訟を提起することができた。しかし、取消判決は取消を宣言するにとどまるものであるため、原告は新たな処分を待たなければならず、その結果、別の理由で再び拒否処分を受ける可能性があった。また、申請に対して何らの処分もなされない場合には、不作為の違法確認訴訟による救済が考えられたが、それで仮に原告が勝訴しても、勝訴判決は処分の違法性を確認するだけで、何らかの処分をすべきことが確定するわけではなかった。さらに、申請権の定めのない規

制権限の発動を求めるような場合には、何の処分もなされておらず、申請も前提とされないため、取消訴訟及び不作為の違法確認訴訟を提起することができなかったのである。学説・判例はこれらのケースを無名抗告訴訟の問題として扱っていたが、実際には適法とされる事例がほとんどなかった。⁽²⁾そこで、改正行訴法においては、「救済範囲の拡大」という観点から、新たな抗告訴訟類型の一つとして、義務付け訴訟が追加されるに至った（行訴法三条六項）。

また、「本裁判決前における仮の救済の制度の整備」という観点から、義務付け訴訟に対応する仮の救済制度として、仮の義務付けが新設された（行訴法三七条の五第一項）。行訴法改正前から、取消訴訟及び無効確認訴訟に伴う執行停止制度が設けられている（行訴法二五条二項）が、義務付け訴訟による救済が想定されているケース、例えば、年金の給付が義務付け判決確定までの生活の維持に必要不可欠な場合等においては、この執行停止が、仮の権利救済手段としてうまく機能しない場合があると考えられる。そこで、仮の義務付けが必要とされたのである。⁽³⁾

仮の義務付けは、義務付けの訴えの提起があつた場合において、その義務付けの訴えに係る処分又は裁決がされないことに

より生ずる償うことのできない損害を避けるため緊急の必要があり、かつ、本案について理由があるとみえるときに命じられる（行訴法三七条の五第一項）。また、公共の福祉に重大な影響を及ぼすおそれがあるときは、することができない（同第三項）。ここでいう「償うことのできない損害」の該当性は、立法趣旨によれば、同じ仮の権利救済制度である執行停止の要件における「重大な損害」（行訴法二五条二項）のそれよりも、厳格に判定されるべきであると考えられている。⁽⁴⁾ところが、執行停止や仮の義務付けに関する決定例の傾向からは、必ずしもそういった立法趣旨が意識されていないことが窺える。

行訴法二五条三項は、執行停止の損害要件の充足性を判定するに当たって、損害の回復の困難の程度を考慮するものとし、損害の性質及び程度ならびに処分の内容及び性質をも勘案するものと定めており、実際の事例において、裁判所はそのような判定方法を採用してきた。⁽⁵⁾一例として、本件と同じx歌劇団の仙台公演につき、仙台市民会館の使用許可取消処分の執行停止が認められた事案では、取消処分が続くことで、申立人が予定した日程・規模で会館を利用することができなくなると、申立人の集会の自由・表現の自由が侵害されることになり、これによって生じる申立人の損害は、申立人の存在理由そのものを失

わせるに等しいほどのものというべきであることから、そういった損害は「重大な損害」に当たると判示されている（仙台高決平成一九年八月七日判タ一二五六号一〇七頁）。

仮の義務付けに関する従来の決定例に目を転じてみると、認容例として、先天的な歩行障害を有する幼児の普通幼稚園への就園許可の仮の義務付けが申し立てられた事例がある（徳島地決平成一七年六月七日判自二七〇号四八頁）。裁判所は、「償うことのできない損害」につき、本案訴訟の判決を待っているのは当該児童の保育を受ける機会が失われること、現状が維持されれば当該児童が必要以上に差別感を覚え、児童の成長にとって障害となることを挙げて、「このような損害は、後に回復するような性質のものではないことは明らかである」と判示して、要件の充足を認めた。このように、仮の義務付けの事例においても、裁判所が、損害の性質及び個別の事情を考慮していることがわかる。このような判断が、果たして執行停止の事例よりも厳格であるといえるのかどうかは、明確でない部分がある。

本件においては、Xに及ぶとされる諸々の損害が「償うことのできない損害」に当たるか否かについて、Xに生じ得る精神的苦痛及び基本的自由の侵害については低額の慰謝料が認容されるにとどまる蓋然性が高いこと、それらの損害の回復が金銭

賠償によってたやすく実現されると考えてしまうことには相当に問題があること、公演の開催予定日までに本案訴訟の判決が確定することはあり得ないことが認められており、裁判所は本件でも、損害の性質及び個別の事情を考慮していると考えられる。本件はその点で、従来の決定例に倣ったものと位置付けられる。

「本案について理由があるとみえるとき」という要件に関しては、法律が「みえるとき」という文言を用いているにもかかわらず、本件において裁判所は、過去に日本各地で行われたX歌劇団公演においても右翼団体による抗議活動がなされたこと、それに対しては警察による適切な警備が敷かれたことで公演が支障なく行われたこと、右翼団体等の抗議活動等によって本件ホルルの周辺を通行する一般市民に混乱が生じるおそれがあるものの、Yが、Xや警察と協議しつつ、適切な警備方法を工夫・実施することが可能であること等、事実関係を詳細に検討している。このように本案審理しながらの踏み込んだ検討がなされた背景には、期限の切迫等の理由から、本案前の仮の義務付けの段階で権利利益の実効的な救済を実現すべきという、裁判所の配慮があるのではないかと考えられる。

(二) 表現活動を行う場所としての「公の施設」

本件で裁判所は、「本案について理由があるとみえるとき」の要件充足を判断するに当たり、前提として、「住民は、本件ホールのような公の施設が設けられている場合、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あって、管理者が正当な理由もないのにその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由、表現の自由の不当な制限につながるおそれがある」と述べて、「公の施設」(地方自治法二四四条一項)の設置管理と憲法上保障された表現の自由との関連性に触れている。

表現活動、特に集会に対する規制に関して、従来の判例においては、規制の根拠となった法律ないし条例の目的が前面に押し出され、あるいは当該法律ないし条例に含まれる規制基準の明確性が問題にされることなく、集会規制の合憲性が肯定されてきた。⁽⁷⁾これに対して学説は、公園その他の公共施設の利用については、管理目的に由来する規制を免れないが、その規制は、集会の自由を不当に制限しないよう、明確な基準の下、必要最小限のものにとどまらなければならないとして、裁判所の見解を批判していた。⁽⁸⁾その後、空港建設反対集会を開催するための市民会館の使用をめぐる泉佐野市民会館事件判決(最判平成七

年三月七日民集四九卷三号六八七頁)において、最高裁は、利益衡量と「明らかな差し迫った危険」という二段階の審査方法を採用して、条例で定められた施設使用の不許可要件を極めて限定的に解釈した。この判決において示された最高裁の厳格な姿勢は、学説上多くの注目を集めたが、⁽⁹⁾なお広範な要件裁量が行政に残されているという意味では問題がある。それを指摘しているのが、泉佐野市民会館事件判決に付された園部逸夫裁判官の補足意見である。すなわち園部裁判官は、問題になった条例上の不許可要件について、公の施設の管理権者には、その解⁽¹⁰⁾釈適用についての広範な行政裁量が認められている一方で、条例に基づく施設の使用不許可処分が、実質的に、公の秩序維持を理由とする警察規制と同じ効果をもたらす可能性があることから、条例所定の不許可要件を解釈する際、表現の自由⁽¹¹⁾に鑑みた周到な配慮が必要になる、と主張したのである。

いわゆる「規制と給付の二分論」に則って考えるならば、そもそも行政による規制作用は、法令上の明確な規定に基づいて適正に行使されなければならないのに対して、給付作用についての行政判断には自由裁量性が認められてきた。ところが、給付作用の中でも、ある施設の利用を許可するか否かという意味での給付作用(この意味で行われる給付を、ここでは「場所の

給付」と呼ぶことにする。)に係る判断は、同時に規制作用の性質をも有しており、これはともすると、規制作用が自由裁量のルールに乗ってしまうことを意味する。園部裁判官は、その点に留意して、表現の自由を積極的に保障するために、表現活動のための「場所の給付」に係る行政の裁量を制限すべきとの注意を喚起したのである。

また、泉佐野市民会館事件判決の調査官解説においては、同判決がパブリック・フォーラムの法理を念頭に置いている、との指摘がなされている。^⑪パブリック・フォーラム論はアメリカ合衆国の判例法の中で形成・発展してきた法理で、表現の行われる場所(フォーラム)を、①公園や公道などの「伝統的パブリック・フォーラム」、②公会堂や劇場などの「指定的パブリック・フォーラム」、③それ以外の「非パブリック・フォーラム」という三つの類型に区別して、それぞれのフォーラムについて、表現活動の制約に対する違憲審査基準を設定し、問題になっているフォーラムをいづれかに当てはめることによって、表現活動の制約の合憲性を判断する理論である。^⑫日本の判例でも、無許可で行われた駅構内におけるビラ配布が問題となった刑事事件(最判昭和五九年二月一八日刑集三八卷一二号三〇二頁)で、伊藤正己裁判官が、パブリック・フォーラムという用語を

用いて、次のような補足意見を述べている。すなわち、「一般公衆が自由に出入りできる場所は、それぞれ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ところが少なくない。道路、公園、広場などは、その例である。これを『パブリック・フォーラム』と呼ぶことができる。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と考えられる」。

本件をパブリック・フォーラム論との関係で考える際には、そもそもこの理論が一義的な内容を含むものではないということに注意しなければならない。一方で、パブリック・フォーラム論を、前述の三類型の基準を形式的に当てはめる審査方法として用いることについては、学説からの批判がある。^⑬他方で、そのようにカテゴリーカルなパブリック・フォーラム論とは別に、公衆に広く開かれているが、その本来の利用目的として表現活動の実施を含まないような施設(例えば空港など)を、新しい類型の「パブリック・フォーラム」として性格付ける点に、パブリック・フォーラム論の最大の意義を見いだす有力な見解がある。^⑭これを逆に言うと、本件及び泉佐野市民会館事件判決

のように、集会の実施が本来の利用目的として含まれているような施設での集会規制に関する事例においては、パブリック・フォーラム論の果たす役割がそれほど大きくないとも考えられる。しかし、当該施設の本来的な利用目的の差異にかかわらず、一般公衆に開かれていたが故に表現の場として役立つような施設を、表現活動のための場所として認め、表現の自由の保障を高めようというパブリック・フォーラム論の趣旨について、その重要性にここで改めて注目すべきである。したがって、パブリック・フォーラム論は、近時の学説及び判例の傾向、すなわち、公共施設の利用規制が表現の自由に配慮したものでなければならぬとの見解を裏付けるための理論として有効であり、このようなパブリック・フォーラム論の有効性という視点から見れば、本件及び泉佐野市民会館事件判決を積極的に評価することも可能である。

裁判所は本件において、最判平成八年三月一五日民集五〇巻三三五四九頁（上尾市福祉会館事件判決）を参考に、本件条例所定の不許可要件を限定的に解釈している。上尾市福祉会館事件判決及び泉佐野市民会館事件判決においては、集会の用に供される公共施設（公の施設）の管理者が、当該施設の種類に応じ、その規模、構造、設備等を勘案して、公共施設としての使

命を十分達成せしめるよう「適正にその管理権を行使すべきである」という形で、施設管理者の適正な管理権行使について言及があった。これに対して、本件ではその点に関する説示がなく、また施設の利用許可に関する行政裁量についても触れられていないが、先例を引き継いで、本件条例所定の「ホールの管理上支障があるとき」という不許可要件を限定的に解釈する方法が示されている。本件において裁判所が、仮の義務付けの要件である「本案について理由があるとみえるとき」につき、本案審理に近い詳細な検討を施したのは、表現の自由という重大な権利に対する配慮が働いたことも一つの要因ではないかと考えられる。

【本決定の意義と射程】

本決定は、仮の義務付けに関する従来の決定例の中でも、公の施設の使用許可が関連しているという点が特徴的である。本件条例所定の「ホールの管理上支障があるとき」という不許可要件は、いわゆる不確定法概念を含んだ要件であり、先に触れた園部裁判官の立場を採ると、本件でも施設管理者には広範な裁量が認められていることになる。既に述べたように、施設の利用に関して施設管理者に判断の余地があることで、施設利用

者の表現の自由が不当に制限されるおそれがあるため、要件を限定的に解釈することで、表現の自由を保障する必要がある。公共施設の使用許可にかかる事例は、施設の性質、あるいはその施設で行われようとしている集会の内容に応じて多様であるが、近時の判例においては、泉佐野市民会館事件判決を皮切りに、表現の自由ないし集会の自由に対する裁判所の配慮が見られ、本件でもその姿勢が現れている。新設されて間もない仮の義務付け制度について決定例の蓄積が待たれる中、仮の義務付けによる権利の実現と合わせて表現の自由を積極的に実現しようとした点に、本決定の意義があるといえよう。

本決定が、公の施設の使用許可に係る仮の義務付けに関する事例であることから、その直接的な射程は限られ得るが、しかし、学説上パブリック・フォーラム論という形でも議論される施設管理権と表現の自由との緊張関係の中で、表現の自由を重視する方向性を改めて示したという意味においては、本決定は今後、仮の義務付けの事例に限らず、一定の場所での表現活動が問題となる事例全般に対して、少なからず影響を及ぼすものと考えられる。

(1) 以上は、首相官邸HP「行政事件訴訟制度の見直しのための考え方」による。これは、政府の司法制度改革推進本部に設けられた行政訴訟検討会における議論をまとめたものである (<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentouka/gyouseisousyou/siryou/040106kangaekatahmi>)。

(2) 小早川光郎・高橋滋編『詳解改正行政事件訴訟法』(第一法規、平成一六年) 六頁以下。

(3) 「〈研究〉改正行政事件訴訟法」小早川光郎編『改正行政事件訴訟法研究』ジュリ増(二〇〇五年) 一八二頁以下〔村田斉志発言〕。

(4) この厳格性の程度の差は、仮の義務付けと執行停止との性質の違いに由来する。すなわち、仮の義務付けは、本案判決の前に、行政庁に対して具体的な処分をすべきことを裁判所が仮に命ずるものであるのに対し、執行停止は、行政庁が下した判断の効力を一旦停止させるに過ぎないため、行政と司法の役割分担という観点から、前者の要件をより厳しくする必要があると考えられている(第一五九回国会衆議院法務委員会会議録第二二二号〔平成一六年五月七日〕九頁〔山崎潮政府参考人発言〕(国会会議録検索システム (<http://kokai.ndl.go.jp/>) で検索))。

(5) 改正前の行訴法では、執行停止に係る損害要件の文言

として「回復の困難な損害」が使われていた。この要件に対する裁判所の姿勢は徐々に変化しており、例えば退去強制令書に基づく収容部分の執行停止の申立てに関する事例には、その変化が顕著に現れている。裁判所は当初、「一般に収容によつて何らかの精神的、肉体的苦痛を被ることのあるのは収容の性質上已むを得ない」（東京高決昭和五二年一月一日判例集未搭載）と判示していた。しかし、東京地決平成一三年二月二七日判時一七七一号七六頁において、裁判所は、「回復の困難な損害」が認められるのは、「処分を受けることによつて被る損害が、原状回復又は金銭賠償が不能であるとき、若しくは金銭賠償が一応可能であっても、損害の性質・態様にかんがみ、損害がなかった原状を回復させることは社会通念上容易でないと認められる場合」であるとの見解を示し、申立人が収容されていることによつて、申立人が始めた事業が立ち行かなくなったり、配偶者や子との関係に回復し難い悪影響が及ぶ可能性もないとはいえず、「こうした不利益によつて生ずる損害は、後の金銭賠償が不可能なものであるか、金銭賠償が一応可能であっても、社会通念上損害がなかった原状を回復させることが容易でない損害であると認められる」と判示した。こうした考え方は、「従来の考え方を明確に否定し、いわずば申立人に生ずる損害自体を直視する考え方」に立つ

たものである、と評価されている（東京地決平成一三年二月二七日判時一七七一号七六頁の匿名解説参照）。

さらに、損害要件の判定に際し、損害の性質、諸般の事情を実質的に考慮するというこの傾向が、仮の義務付けの要件である「償うことのできない損害」の判定に影響を与えたと考えられている（亘理格「行訴法改正と裁判実務」ジュリー三一〇号（二〇〇六年）五頁以下）。

（6）他方、現に退去強制手続が進んで収容されている申立人が、難民認定の申請をした上で、仮滞在許可の仮の義務付けを申し立てた事例では、仮滞在が認められれば退去強制手続が停止し、難民認定の準備ができることは確かだが、収容によつてその準備が困難になるといふ損害については「償うことのできない損害を避けるため緊急の必要」があるということとはできないとして、申立てが却下されている（東京地決平成一八年一〇月二〇日判例集未搭載）。

（7）例えば、メーデー集会のための皇居外苑の使用不許可処分の取消請求が棄却された皇居外苑メーデー事件（最判昭和二八年一月二三日民集七卷一三〇号一五六頁）や、無許可で行われた公道における政党の街頭演説に対する道路交通法違反をめぐる刑事訴訟（最判昭和三五年三月三日刑集一四卷三三〇号二五三頁）、無許可で公道における集会ないし集団行進を行ったことにつき公安条例違

反が問われた新潟県公安条例事件（最判昭和二十九年一月二十四日刑集八卷一号一八六頁）、これと同様の事案である東京都公安条例事件（最判昭和三十五年七月二〇日刑集一四卷九号一二四三頁）がある。

(8) 佐藤幸治『憲法（新版）』（青林書院、平成二年）四七八頁、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論（二）』（有斐閣、一九九八年）四四三頁。

(9) 小高剛「判批」法教一八〇号（一九九五年）一〇二頁、紙谷雅子「判批」判時一五七三号（一九九五年）二二五頁、井上典之「判批」法教一八六号（一九九五年）一三頁、市川正人「集会の自由」法教二〇七号（一九九七年）四八頁、川岸令和「公物管理権と集会の自由」大石眞・石川健治編『憲法の争点』ジュリ増（二〇〇八年）一三八頁。

(10) 園部裁判官は「裁量」という文言を用いているが、法廷意見ではそれが使われておらず、また、本決定で触れられた、合同葬を行う目的での市の福祉会館の利用に関する最判平成八年三月一五日民集五〇卷三三九五四九頁（上尾市福祉会館事件判決）も、地方自治法二四四条二項における「正当な理由」があるか否かを客観的な事実から判断しており、裁量権の逸脱・濫用を問題にしていない。これらは公共施設の目的内使用に関する事例であるが、そのような事例においては、一般に、公の施設が

集会の自由を実現する物的手段であることを前提に、施設の利用許可が「正当な理由」の有無のみにかからしめられていることに照らして、第三者の妨害行為を理由とした利用不許可処分につき、施設管理者の裁量権は認められない、と考えられている（本田滝夫「判批（後掲最判平成一八年二月七日民集六〇卷二四〇一頁）」ジュリ一三三二号（二〇〇七年）三九頁）。

他方、施設の利用の事例（代表的なものとして、学校施設の使用許可に関する最判平成一八年二月七日民集六〇卷二四〇一頁がある。）においては、施設管理者に広範な裁量が認められている。裁判所は、教職員組合による教研集会のための学校施設の使用許可が問題になった事例で、学校施設は教育目的で設置される施設であり、広く一般に開放・利用されることを予定して設置された施設でないことから、学校施設を目的外に使用する場合の管理者の裁量は、行政財産一般の場合と比較してより広範にわたるとの考え方を示している（広島高判平成一八年一月二五日判時一九三七号九五頁）。

(11) 近藤崇晴調査官解説・最判解民事篇平成七年度（上）二九五頁。

(12) 合衆国においてパブリック・フォーラムの考え方が登場した背景には、消極国家から積極国家への移行に伴って、政府による給付の機会が増大し、給付を通じて政府

が市民生活へと積極的に介入してくるようになっていった、という事情がある。そこでは、政府による給付が特権として捉えられ、そのような特権としての給付については、本来、給付を行うか否かの自由を政府が有しており、合衆国憲法が修正一条において保障している言論の自由も、特権としての給付的作用において機能することはありません。そこで、政府を統御する試みとして展開されたのが、表現活動の実施場所に注目したパブリック・フォーラムの考え方である。パブリック・フォーラムの考え方をめぐる合衆国判例の展開については、紙谷雅子『パブリック・フォーラム』公法研究五〇号（一九八八年）一〇三頁、同「表現の自由（一）」（三・完）——合衆国最高裁判所にみる表現の時間、場所、方法及び態様に対する規制と、表現の方法と場所の類型——『国家学会雑誌』一〇一卷一・二号（一九八八年）一頁、一〇二巻一・二号（一九八九年）四六頁、一〇二巻五・六号（一九八九年）一頁、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一部四号（一九八八年）五三頁に詳しい。

(13) 芦部・前掲注(8) 四四四頁、松井茂記『日本国憲法(第三版)』(有斐閣、二〇〇七年) 四七二頁。合衆国において、パブリック・フォーラム論は当初、伝統的に自

由な表現との関連性が肯定されてきた公園や公道をめぐって発展したが、次第に、パブリック・フォーラムの概念が、表現活動のために設けられた場所(劇場など)や市教育委員会の公聴会にまで拡張されていったことから、本文に示した三類型に一応整理された。しかし依然として、パブリック・フォーラム概念の内容は一義的に定まっておらず、後に、ある場所をパブリック・フォーラムではないと位置付けることによって表現活動の機会が否定される事例が登場したこともあり、合衆国においては、パブリック・フォーラム論の有効性に批判が唱えられているようである(紙谷・前掲注(12)「パブリック・フォーラム」一一七頁)。

(14) 本文で触れた最判昭和五九年十二月一八日刑集三八巻一二号三〇二六頁の伊藤補足意見は次のような見解に基づくものであると考えられている。すなわち、ある施設がパブリック・フォーラムに該当するか否かではなく、パブリック・フォーラムとしての性質の強弱を重視し、パブリック・フォーラムであることが表現活動の規制の合憲性を判断するための一要素になるとの考え方である(初宿正典ほか『憲法 Case and Materials 人権(展開編)』(有斐閣、二〇〇五年) 三五八頁)。本文で示したパブリック・フォーラム論における三類型の基準によれば、空港や駅の構内などは非パブリック・フォーラムに

該当することになるが、パブリック・フォーラムとしての性質の強弱に着目する方法としてパブリック・フォーラムの概念を用いることによつて、空港や駅構内のような場所を一括して非パブリック・フォーラムとして取り扱うのではなく、それらに多かれ少なかれ含まれているパブリック・フォーラム性を考慮して、柔軟に対応することが可能となる。

空港ターミナルがパブリック・フォーラムか否かが問われた一九九二年の合衆国判例である「*McCormick v. Chicago*」事件については、中林晩生「給付的作用と人権」法教三二五号（二〇〇七年）二四頁を参照。それによれば、「*McCormick*」事件においては、問題になっている場所をパブリック・フォーラムの類型に当てはめる際、当該場所を言論の場所として提供する「政府の意図」の存否が決め手となっていることに、疑問が投げ掛けられたようである。

注（12）において述べたように、パブリック・フォーラム論は、特権としての政府の給付作用を限定する目的で用いられてきたのだが、パブリック・フォーラム論は、給付作用の中でも特に、表現活動のための「場所の給付」に関して、政府を統制する理論であった。しかし、私人の表現活動に対する政府の介入は「場所の給付」を通じて、ものの以外にも考えられる。そこで、学説においては、より広い範囲で政府の介入を制限する理論が提唱されて

おり、注目に値する。それが、「助成プログラム」という概念装置を用いた考え方である。これを提唱した蟻川恒正教授は、現代国家における給付の構造を「助成プログラム」の概念に沿って捉え、文化に対する国家の主導性と文化の自律性との共存かつ「切斷」を試みる。すなわち蟻川は、「助成プログラム」概念を挟んで、国家によるプログラムの基本方針の策定と、専門職（例として医師や美術館が挙げられている。）による基本方針の解釈とを共存させた上で、ここという専門職の職責の存在を、国家の裁量を制約する基盤として位置付けるべく、基本方針の策定と解釈との「切斷」を要求する。このような「助成プログラム」の構造に基づいて、蟻川は、伝統的パブリック・フォーラムについては、専門職の不在という条件の故に、国家の基本方針策定権限が嚴格に束縛されると解することが可能である、と解している（蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法（二）現代国家と法』（岩波書店、一九九七年）一九一頁）。たしかに、パブリック・フォーラム論は「場所の給付」に特化した理論であるため、その射程は極めて限定的である。「場所の給付」を越えて、より一般的に政府の給付作用を統御する試みとして、蟻川の提案は参考になる。