

私有地における集会の自由

岡田 俊 幸

- I はじめに
- II 二〇一五年七月一八日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定
- III 検討
- IV 結語

I はじめに

「基本権Ⅱ憲法上の権利に関する現在の憲法学の状況を、……憲法に関心をもつ広い読者にわかりやすい形で伝え、
確実な知識と知的刺激を与える」⁽¹⁾ことを意図して最近出版された教科書において、工藤達朗は、「私有地であっても、

私有地における集会の自由（岡田）

一七五（三一）

一般公衆が自由に出入りできる場であり、パブリック・フォーラムたる性質を帯有するときは、表現の自由の保障を無視することはできず、具体的状況に応じた比較衡量の結果、表現行為の規制が許されない場合もありうる」とする、吉祥寺駅構内ビラ配布事件（最判昭和五九年二月一八日刑集三八卷一二号三〇二六頁）において伊藤正巳裁判官補足意見が唱えた理論は「集会の自由についてもあてはまる」と指摘した上で、「私人の土地・建物でも、一般市民が自由に利用できる場所であるときは、パブリック・フォーラムとして、その所有者や管理者も表現の自由を尊重しなければならぬ」という極めて意欲的な、まさに「知的刺激を与える」⁽²⁾ 解釈論を示している。筆者は、工藤が示した解釈論から知的刺激を与えられ、若干の検討を行ったところ、この解釈論はその方向性において妥当であるが、この解釈論にはさらに解明を要するいくつかの問題点も含まれているのではないかと考えるに至った。例えば、まず、「私人の土地・建物」の場合、所有者は、その所有権・管理権に基づいて私人の利用を自由に排除できると考えることもできる⁽³⁾のであるから、「私人の土地・建物でも、一般市民が自由に利用できる場所であるときは、パブリック・フォーラムとして、その所有者や管理者も表現の自由を尊重しなければならない」のは何故か、その根拠を示す必要がある。また、上記の解釈論を具体的事件に適用するためには、上記の解釈論を細部の点までさらに精密化する作業を行う必要もあると思われる。もともと、本稿は、日本国憲法の解釈論として、所有者が自己の所有地を集会のために利用されることを受忍しなければならない根拠を解明しようとするものではないし、また、上記の解釈論を具体的事案に適用できるように精密化する作業を行おうとするものでもない。本稿の目的は、「缶ビール・フラッシュモブ」⁽⁴⁾ 決定との名称が与えられている二〇一五年七月一八日連邦憲法裁判所第一法廷第三部会決定（以下「一五年部会決

定」という。)を多少とも詳しく紹介し、若干の検討を行うことにある。何故なら、一五年部会決定は、工藤が示した上記解釈論に含まれる憲法上の問題点を考察する作業を今後進める上で極めて有意義な参考資料になると考えられるからである。以下、まず、一五年部会決定を多少とも詳しく紹介する(Ⅱ)。つぎに、学説上の議論を参照しつつ、上記決定に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を行う(Ⅲ)。最後に、本稿が行った作業の成果を整理する(Ⅳ)。

Ⅱ 二〇一五年七月一八日連邦憲法裁判所第一法廷第三部会決定

(一) 一五年部会決定が扱った事件の事実関係は、次のとおりである。本件仮命令発布の申立人は、二〇一五年七月二〇日一八時一五分から一八時三〇分まで、ドイツ南部の都市パッサウのニーベルンゲン広場(以下、「本件広場」という。)で集会を行うことを計画した。本件広場は街の中心部にあり、歩行者専用(自動車進入禁止)区域の南端に位置している。本件広場は、診療所、喫茶店、商店、スーパーマーケット及び映画館によって囲まれている。本件広場は、公衆の通行のために開放されていた。GmbH & Co. KGが本件広場の所有権を有しており、国の資本参加はない。計画されている集会は、「自由のための缶ビール・フラッシュモブ」というモットーの下で行われる。「自由のために飲み干そう!」という号令を合図として、集会参加者は、各自一本の缶ビールを開け、これを出来る限り早く空になるまで飲み、その後、申立人の演説と集会参加者の議論が行われる予定であった。集会によって、民間警備保障サービスの利用の増加によって国家の暴力独占の喪失が増大していること、さらに、自由権の制限が増大していること

注意を喚起するつもりであった (Rn. 1)。

本件広場の所有者は、本件集会とは関係なく、申立人に対して、本件広場への無期限の立入禁止を発していたようである。^⑤ 申立人は、本件広場の所有者が申立人に対して発した立入禁止を本件集会の実施時間について廃棄し、ビデオ装置による同広場の監視を本件集会の実施時間について中止することを求めたが、パッサウ区裁判所及びパッサウ地方裁判所は、申立人の訴えを認めなかった。その理由は、本件集会が実施されると、本件広場がゴミで溢れて汚されることになり、また、酔っ払った集会参加者が多く現れる危険もあるから、土地所有者の所有権が集会の自由に優越するという点にあった。区裁判所は、土地所有者の申立てを受けて、同じ理由により、計画している集会をフェイスブックで宣伝することを申立人に禁じた (Rn. 3)。申立人は、連邦憲法裁判所に仮の権利保護を求めた。

(二) 連邦憲法裁判所は、区裁判所決定及び地方裁判所決定を破棄し (主文二)、申立人が、二〇一五年七月二〇日、「自由のための缶ビール・フラッシュモブ」という集会の実施時間 (約一八時一五分から約一八時三〇分まで) について、本件広場の敷地に立ち入り、申立人の主権する集会を実施する目的でこれを利用することが許されること、そして、このことには集会参加者一人につき一缶のビールを飲むことが含まれることを確認した (主文二)。

連邦憲法裁判所は、仮命令の発布を申立ては適法であり、憲法異議の訴えは現時点において不適法でもなく、また、明らかに理由がないものではないと判断した (Rn. 4)。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

(a) 本件広場の所有者は、私法人として基本権主体であり、基本法一九条三項の基準に従って、自らが発した立入禁止について、自己の基本権、とくに基本法一四条に基づく自己の所有権を主張することができる。しかしながら、このことは、申立人が関連する民事裁判手続において集会の自由を援用できることを妨げない。たしかに、集会の自

由は、任意の場所への立入権を付与するものではない。とくに、集会の自由は、市民に対して、公衆が一般的に出入りできない場所、又は、外形的状况からしてすでに特定の目的に限定して出入りが認められている場所への立入りを認めるものではない。これに対して、集会の自由は、公衆の一般的通行に開放されている場所における集会の実施を保障している。今日、公共の道路 (Strasse)、通路 (Weg) 及び広場のコミュニケーション機能は、滞在、出会い、散策、消費及び余暇利用の場所であるショッピングセンター、アーケード (屋根付き商店街の通路)、又は、民間の投資家によって創設され運営されている広場のような別のフォーラムによって補われているが、この場合、このような施設の敷地で通行の用に供されている部分については、直接的な基本権拘束が存在する範囲において、又は、間接的第三者効力の方法で私人に要求することができる範囲において、集会の自由を除外することはできない。本件は後者のケースである。たしかに、集会を実施しようとしている場所は、私人が所有しているが、しかし同時に、公衆の通行に開かれており、地方裁判所の事実認定によると、散策、滞在及び出会いの空間を造り出すもので、それは、パブリック・フォーラムの嚮導像に合致する (Rn. 5)。

私的な土地所有者として、GmbH & Co. KGは、国家権力のように直接的に基本権に拘束される、ということはない。それにもかかわらず、基本権は、客観的な原理として効力を発揮し、集会の自由は、間接的第三者効力の方法により、衡量を基準として考慮されなければならない。その際、この拘束の射程範囲は、実践的整合性の原則によって互いに対立する基本権を調整しながら規定されなければならない。連邦憲法裁判所が確認したように、私人は、基本権の間接的第三者効力を手段として、自らも基本権を有するとしても、国家と類似の範囲又はまさに同じ範囲において、基本権によって義務付けられる可能性がある。とくに、私人が、実際上の観点から見て、伝統的に国家が有して

きた地位に匹敵する義務的地位又は保証人地位に達した場合は、そうである。保障内容及び事案類型に応じて、私人の間接的基本権拘束は国家の基本権拘束とほぼ等しくなるか、又は同等になることもあり得る。コミュニケーションの保護について、このことは、とくに、民間企業が、公共のコミュニケーションの基本的諸条件の用意を自ら引き受け、以前は實際上国家だけに配分されていた機能を遂行し始めたときに問題となる (Rn. 6)。

このことから今日、集会の自由又は意見表明の自由と、公衆の通行に開放し、それにより一般的コミュニケーションの場所を創出した民間企業の基本権との関係に関して、より詳細に何を引き出すのかについて、連邦憲法裁判所は、これまで判断していない。従って、どのような具体的原則に基づいて私人相互のこの基本権衝突を解決しなければならぬのかについては、迅速手続の方法によって判断することはできない。仮命令の申立てに関する判断に際しては、むしろ、もっぱら具体的個別事件についての結果衡量を行わなければならない (Rn. 7)。

(b) 本件広場の所有者によって発せられた、申立人に対する立入禁止が存続し、後に憲法異議の訴えが認められた場合、申立人は、集会の自由の基本権を望んでいる仕方で行使する機会を奪われることになる。他方、申立人が、本件広場に立ち入り、望んでいる仕方を利用して、それ故に集会を計画通りに実施することができたが、後に憲法異議の訴えに理由がないことが明らかになった場合は、一時間的に限定された範囲ではあるが一物件土地の所有者の権利が侵害されるにもかかわらず、集会が実施されることになる (Rn. 8)。

本件においては、立入禁止から帰結される集会実施の事実上の禁止は申立人に深刻な打撃を与える。申立人は、意図している集会を選択した場所で、かつ選択した時間に遂行することはできない。民間警備保障サービスによる本件広場の監視と所有者によって言い渡された飲酒の禁止を踏まえ、自由権の制限の増大と国内の治安維持の民営化とい

う集会のテーマの内容を考慮に入れると、申立人によって選択された集会場所は特別の重要性を有する。たしかに、集会の自由の基本権は、私的権利に依拠した立入禁止を潜脱できる権利を付与するものではない。しかし、このことは申立人の目的ではない。申立人は、本件広場において、たんに短期間に限り、もっぱらコミュニケーションを意図する集会を行うために滞在しようとしている。それ故、申立人に対して、当該集会は、他の場所においても同じように効果的に実施することができると反論することはできない。この点において強調されなければならないのは、基本法八条一項は、何時、そして、どのような様式において集会を実施するのかについて、自ら決定する権利を保障していることである。これによつて、集会の自由には、行事の場所に関する自己決定権も含まれる。市民は、どこで、その関心事を―必ずしも必要不可欠ではないとしても、場合によつては、特定の場所又は施設との関連性にも目を向け―最も有効に引き立たせることができるのかを自ら決定することができなければならない (R. 9)。

これに対して、土地所有者の所有権の同等の侵害は、本件においては認識することはできない。当該集会は、約一五分間に限定され、一つの場所から動かないで行われる予定である。申立人は、自ら及び世話人を使つて、本件広場がゴミで溢れたり、酔っ払った集会参加者が現れたりしないように対処することを確約した。申立人は、一般人々に対してではなく、フェイスブックを使つて集会の宣伝を行い、集会への参加が予定されていたのは見通すことができる程度の数の人々―当時一四〇人―であることを説得的に説明した。申立人は、当初から、当該地域の集会管轄官庁と協力し、裁判において述べられた異議を、インターネットを通じた呼びかけによつて参加者に対してしかるべき行動を直ちに指示することによつて考慮してきた。集会管轄官庁は、集会法上の疑問を認識することはできなかった。これに反することが明らかになった場合、制限的処分によつてこれに対処することが可能である。制限的処

分は、本件において攻撃されている全面禁止と比較してより緩やかな手段であり、これにより関与するすべての人の基本権を十分に考慮することができる (Rn. 10)。

(c) フェイスブックで申立人の計画している行事を宣伝することを申立人に禁止した諸決定も破棄されなければならぬ。計画されている集会の事実上の禁止と同じように、本件の特殊な状況においては、土地所有者の所有権が優越するとの理由により、本件集会の宣伝の禁止を根拠付けることはできない (Rn. 11)。

(d) 申立人は、集会の時間について集会場所のビデオ監視の中止を求めているが、十分な立証がなされていないので、この主張は斥けられる (Rn. 12)。

(三) 以上が、一五年部会決定の内容である。⁽⁶⁾ 一五年部会決定は、結論として、申立人が、他人の所有する土地において、所有者の承諾を得ることなく集会を行うことを可能にした点において極めて注目し値する。つぎに、同決定に含まれる憲法上の問題点について若干の検討を加えることにしよう。

III 検討

一 一五年部会決定の意義

まず、二〇一一年二月二日連邦憲法裁判所第一法廷判決⁽⁷⁾ (フラポート判決。以下「一一年判決」という。)と一五年部会決定との関係を検討しよう。一一年判決は、市民運動家がフラנקフルト空港の敷地内でデモ行進や意見表明(ビラ配布等)をしないようにフラנקフルト空港を経営するフラポート株式会社が市民運動家に対して空港への立入禁

止を発したという事案に関して下されたものである。一一年判決は、公的主体によって支配されている私法形態の公私共同経営企業は、国が単独所有をしている、私法の形態で組織された公共企業体と同じように、直接的な基本権拘束に服する（主文二）との解釈を示した⁸⁾。連邦憲法裁判所によると、公私共同経営企業が公的主体によって支配されている場合に当たるのは、資本金の半分以上が公的主体によって所有されている場合である（S. 246 f.）。立入禁止が発せられた当時、ヘッセン州、フランクフルトアムメイン市及びドイツ連邦共和国が、合計でフラポート株式会社の株式の約七〇%を保有していた（S. 227 f.）。連邦憲法裁判所は、フラポート株式会社の資本金の五〇%以上が公的主体によって保有されているので、フラポート株式会社は直接的に基本権に拘束され（S. 250）、同社は、これに対応して、空港への立入禁止を正当化するために、自己の基本権を援用することはできない（S. 244）と判断した。

これに対して、一五年部会決定は、国家の資本参加のない純粋な私法人が所有している土地における集会所が問題となった事案であり、この点において一一年判決の事案とは異なる。一五年部会決定は、「ニーベルンゲン広場の所有者は、私法人として基本権主体であり、基本法一九条三項の基準に従って、自らが発した立入禁止について、自己の基本権、とくに基本法一四条に基づく自己の所有権を主張することができる⁹⁾」と説示しており、一五年部会決定は、一一年判決が扱っていない「私有地における集会所の自由」を真正面から扱っている点において、独自の意義がある。

二 私有地における集会所の自由

(一) 一一年判決は、「私有地における集会所の自由」についても傍論において言及している。以下、一一年判決と同判決をめぐる学説の状況を紹介・検討する作業を行う。まず、一一年判決前の判例・学説の状況を見ておこう。

連邦行政裁判所は、一九九二年一月二十九日の判決において、ヘアツォーク (Roman Herzog) の見解を引用しつつ、集会の場所及び時間に関する自己決定権は、集会場所に関する法的使用権限を前提としており、基本法八条は、一般法原則によつては存在しない利用権を創設するものではない、言い換えると、場所の自由な選択権は、他人の所有地を意のままに利用する権利を含まない、と説示していた¹¹⁾。学説に目を向けると、デーペンホイアー (Otto Depenheuer) は、二〇〇六年に刊行された基本法八条の注釈において、集会の自由は、自己の土地と公共の土地に―後者は一般使用に供されている限りにおいて―限り及ぶのであり、他人の土地において集会を行う権利は存在しないと説いている¹²⁾。また、二〇〇五年に出版された集会法の注釈書においても、基本法八条一項の保障する「場所に関する形成の自由」によつて土地を使用させることを私人に求める権利が認められるわけではなく、デモ行進を実施するために私人の所有する土地を必要とする場合、主催者は、―推定的同意を前提とすることができる場合は別として―所有者との私法上の合意を得る必要があると指摘されている。また、同書においては、デモ行進が公衆に出入りが許された私有地で実施される場合であっても、私的所有者は、当初はすべての人に認めていた立入権をデモ行進参加者について撤回することも私法上自由である、と説かれている¹³⁾。さらに、二〇〇八年ドイツ国法学者協会大会の第四テーマ「民主的公共性の浸食」の第一報告において私人の所有する公共空間へのアクセスの困難を論点として提示したホルツナーゲル (Bernd Holznagel) も、私有地において集会を行う権利は存在しないことを前提として議論を組み立てている¹⁴⁾。

(二) このような判例・学説の状況において、二〇一〇年に集会法研究サークルによつて公表された集会法模範草案¹⁵⁾が、通行の用に供されている私有地で公衆に一般的に開放されている部分においては、所有者の承諾を得ることなく集会を行うことができる旨の規定(二二条)を提案していること (S. 20) は注目に値する。二〇〇六年の第一次連

邦制改革までは、連邦が、集会法に関する競合的立法権限を有しており、連邦の立法者は、すでに一九五三年に集会法を制定している。二〇〇六年の連邦制改革により、集会法に関する立法権限は連邦からラントに移った。集会法研究サークルは、この状況を「集会法の継続的發展と現代化のための機会」を捉え、「ラント立法者にとっての模範」として役立つ集会法草案を詳細な理由を付して作成したのである (S. 2)。

同案は、集会法を「今日的展開」を考慮しつつ見直すことを試みている点において特徴的であり、この試みの一つが、まさに「私有化された公共空間」に関する規定である。集会法研究サークルは問題意識を次のように述べている。集会の自由は、多くの場合、公共空間において行われており、公有地を必要としている。公共空間の私有化―例えば、歩行者専用区域やショッピングセンターの私有化―が、伝統的に集会の自由の行使のために利用されてきた場所で集会を行うことができなくなるという事態を招来させてはならない。立法者は、私人の所有する公共の場所で通行の用に供されている部分においても集会を行うことができるようにするために、基本法八条に基づく憲法上の基準を上記の空間についても具体化することを義務付けられる、と (S. 9 f.)。

そして、集会法研究サークルは、模範草案二一条の規定の提案理由を次のように述べている。

(a) 集会の自由の民主的機能にとって、私有化された公共空間は、公的主体が所有する公共空間と同じような重要性を獲得している。私人の所有する公共空間が、従来の公共空間と併存しているのではなく、その代わりとなっているところでは、このことはとくに当てはまる。オーバーハオゼン (Oberhausen) にあるショッピングセンター¹⁶ Centro のような大規模ショッピングセンターの場合、市中心部における従来の公共空間の部分的な代用であると言える。集会の自由が、公共空間の私有化という条件の下でもその自由保障的かつ民主的機能を保持しようとする、

公共空間の私有化は、公共空間における集会の自由の行使が私的所有者の承諾だけに依拠するという事態を招来させてはならない。模範草案二一条の規定は、憲法上保護された集会の自由を具体化したものである (S. 90)。

(b) 基本権が私的所有権に影響を与え得ることは憲法上承認されており、私的所有権が基本権上の拘束を受けることについては、判例・学説において意見の一致がある。もつとも、集会の自由が私有地のどのような部分に影響を与えるのかは、解明されていない。集会の自由が一般使用に供されている公道及び公共の広場に適用されることは、一般に承認されている。公道及び公共の広場は、通行によって追求されている目的とは無関係に、誰でも出入りが可能である。通行目的は、通行によって追求される目的に関する機能的「一般性」を通して「一般的公共性」を創出する。まさにその通行目的によつて、通行の用に供されている場所は「一般的公共性の空間」になる。通行目的と結び付いたその一般的公共性は、通行の用に供されている場所に、現存する一般的公共性に照準を当てたコミュニケーション形態という宿命的性格を与える。これに対応して、一般使用の通行機能は利用者のコミュニケーション上の交流も包含することが認められる。コミュニケーション上の一般使用を通して、とくに基本権の政治的機能も公道及び公共の広場に関する法体系に流入する (S. 91)。

(c) しかしながら、基本法八条によつて、法令が、一般的通行機能に基づいて一般的公共性を創出している場所をいかなる法体系に位置付けているのは問題とならない。むしろ、法令の上位に位置する憲法に基づいて、集会の自由は、一般的通行機能に基づいて一般的公共性を創出しているすべての場所に及ぶ (S. 91)。

このことから、まず、公的主体の所有する場所については、規範の階梯性からしても、法令による公共物指定の内容だけに照準を合わせてはならないことが導かれる。むしろ、公共物指定に加えて、実際上の一般的通行利用が重要

となる (S. 91 F.)。つぎに、私人の所有する土地については、一般的通行機能と、これを通して創出される一般的公共性との機能的連関性から、基本法八条の射程範囲が導出される。集会の自由は、公道及び公共の広場と同等の仕方
で一般公衆の一般使用に供することを認めている私有地にも及ぶ。一般公衆に一般使用と同じような仕方
で通行目的のために開放された私有地は、基本法八条に基づいて、私有地であっても集会に開放される。その範囲において、集会の実施が所有者の承諾に左右されることはない (S. 92)。

(d) 集会の自由から、私人の所有する土地で公衆の通行に供されている部分において集会が行われることを受忍する義務が私人に生じるが、この義務によつて、他人を財産の利用から排除する権限を含んでいる所有権は制限されることになる。しかし、所有者の排除権限は、基本法一四二条二項に基づく所有権の社会的拘束の観点から内容的に形成され、それによつて制限することもできる。その際、所有権の社会的拘束は、所有物又はその利用の社会的関連性が強ければ強いほど、重要性を増す。公道及び公共の広場におけるのと同様の仕方
で一般公衆に開放されている私有地の場合、土地の通行機能を通して、とくに商業上の利益も開拓される。この利益は、公衆に一般的通行を認めることによつてはじめて生じるものである。土地の社会的関連性は、一般公衆に通行を開放することによつて、これを上回るものはない仕方
で増大するので、所有権の社会的拘束から、所有権は公共空間の機能を選択的に引き受けることを保障しないことが導出される。むしろ、公共の通行機能の有する商業上の利点とともに公共の通行用地の有するコミュニケーション的機能も引き受けなければならないことが所有権の社会的拘束に合致する (S. 91 F.)。

以上が、集合法研究サークル模範草案二二条の内容とその提案理由である。集合法研究サークルは、「公共空間の私有化」という条件の下で、基本権の第三者効力を梃子として、集会の自由が私的所有権に与える影響を検討する

(a) 及び (b)。そして、集会法研究サークルは、通行目的は、通行によって追求される目的に関する機能的一般性を通して「一般的公共性」を創出し、通行目的によって、通行の用に供されている場所は「一般的公共性の空間」になるから、集会の自由は、一般的通行機能に基づいて一般的公共性を創出しているすべての場所に及ぶと解する (b) 及び (c)。他方、集会の自由の保護範囲の拡大により所有権は制約されるが、所有権の社会的拘束から、所有権は公共空間の機能を選択的に引き受けることを保障しておらず、公共的通行機能の有する商業上の利点とともに公衆の通行に供された土地の有するコミュニケーション的機能も引き受けなければならないことが所有権の社会的拘束に合致すると主張している (d)¹⁷。

(三) すでに述べたように、一一年判決は、「私有地における集会の自由」についても傍論において言及している。連邦憲法裁判所は、次のように説示した。

基本法八条一項は、行事の場所、時間、方法及び内容についての自己決定権を保障しており、これにより、市民は、自己の関心事を―場合によっては特定の場所又は施設との関連性を考慮して―最も効果的に、引き立たせることができる場所を自ら決定することができなければならない (S. 250 f.)。ただし、集会の自由は、これによって、任意の場所への立入権を付与するものではない。とくに、集会の自由は、公衆が一般的に出入りできない場所、又は、外形的状況からしてすでに特定の目的に限定して出入りが認められている場所への立入りを市民に認めるものではない (S. 251)。

これに対して集会の自由は、「一般公衆の通行に開放された」場所における集会の遂行を保障している (S. 251)。このことは、道路法の規定とは別個独立に、何よりもまず、公道に当てはまる。公道は、市民がその関心事を多く

に効果的に公衆に知らしめ、これに関してコミュニケーションのきつかけを与えることができる、「本来的であり、かつ、歴史的にモデルを形成してきたフォーラム」である。とりわけ地域の中心部の道路及び広場は、今日、情報交換及び意見交換の場所であり、人の交流が不断に行われる場所と見なされる(S. 251)。同じことは、公道以外の場所で、一般公衆の通行に開放され、一般的コミュニケーションの場所が成立しているところにも当てはまる。今日、公共の道路、通路及び広場のコミュニケーション機能は、ショッピングセンター、アーケード又はその他の出会いの場所といった別のフォーラムによって補われているが、この場合、このような施設の敷地で通行の用に供されている部分については、直接的基本権拘束が存在する範囲において、又は、間接的第三者効力の方法によって私人に要求することができる範囲において、集会の自由を除外することはできない(S. 252)。

このような多数意見に対して、シュルツケビア裁判官の少数意見は、多数意見は、事案の解決に必要がないにかわらず、もっぱら私人によって運営されているフォーラムも集会の自由の保護範囲に含まれるとの理解を促しているが、その際に、この事案類型においては所有権(基本法一四条)が基本権上の対抗的地位を保障していることが視野の外に置かれている、と批判している。同裁判官は、二つの基本権の衝突状況が、基本権の保護範囲をショッピングセンター、アーケード及び出会いの場所にも一般的に拡大することによって保護範囲の段階で集会の自由の自由に有利に解決されており、所有権は、集会の実施方法に関連して正当化の段階でのみ考慮されるにすぎなくなってしまう、と批判している。また、同裁判官は、多数意見においては、私人も国家権力と同じような基本権拘束を受けることが示唆されており、私的所有者は、間接的第三者効力にもかかわらず、あたかも基本法八条が直接的に適用されたかのように義務付けられることになるが、これを正当化する十分な根拠は示されていないとも批判している。さらに、同

裁判官は、多数意見は、集會法研究サークルが集會法模範草案の基礎とした「法政策上の考え」を「憲法解釈の方法によって」取り上げたと批判している (S. 274 ff.)。

(四) 一一年判決に関する学説の見解は対立している。一方において、シェンケ (Wolf-Rüdiger Schenke) は、二〇一三年の論文において、「集會の自由の構成要件上の膨張」は必然的に「所有者の処分権限の著しい制限」と結び付くと指摘し¹⁸⁾、一一年判決 (多数意見) を批判している。シェンケは、一一年判決が、私人がショッピングセンターやアーケードにおいて公衆の通行を認めるケースにも基本法八条を適用することを明らかに意図していることに留意すると、一一年判決の問題点が明らかになると指摘する。シェンケは、次のように説く。上記のケースにおいては、他の訪問者の基本権によって保護されている行為の自由のみならず、集會の実施を承諾していないショッピングセンター又はアーケードの事業者の所有権が侵害されている。自由で民主的な基本秩序には、集會の自由のみならず、所有権の保障も含まれる。これらの基本権相互間における基本権保護を一方の基本権の保護範囲の犠牲において他方の基本権の保護範囲を拡張することによって移動させることは、事柄の性質からして「憲法の変遷」を含意するものであり、特別の正当化を必要とするが、基本法八条の「民主的・機能的解釈」においても正当化の根拠は説明されていない¹⁹⁾、と。

これに対して、ホフマン・リーム (Wolfgang Hoffmann-Riem) は、一一年判決 (多数意見) を引用しつつ、私的処分権に服する空間が公共空間に指定された場合、これは集會の自由にも開放されるが、公衆の一般的通行のために一例えば、娯楽又は買い物を目的として (ショッピングセンター)、又は公共の通行手段の利用のため (空港又は駅の敷地で一般的に立入りのできる部分) など―たんに実際上開放されている場合においても、集會目的によるその利用を私法上の

処分権のみを根拠として排除したり、許可の留保に服させたりすることは「基本法八条の客観法上の内容」に反するのであり、むしろ、所有者の権限の行使は集会の自由の基本権に適合させなければならない、と主張している。ホフマン・リームは、次のように説く。一般公衆の通行に開放されている私有地の部分を集会のために利用することは、基本権行使の現実的可能性を確保するために不可欠であり、とくに、私人が運営する空間が、公道及び公共の広場と同じように一般的通行に開放されていることにより、機能的に、伝統的に公的主体によって運営されてきた空間の代わりをしているところでは、そうである。通行機能を有する土地―道路のみならず、商店の間の通路や広場も―は、法的な運営主体を問わず、集会にも開放されなければならない。売店、飲食店、娯楽のための空間を有するショッピングセンターは、利用目的の限定やコントロールによって出入りが制限されていない場合、機能的に公共空間であり、それ故、私法上の処分権を有する者が集会のような典型的な公共的活動を排除するためには「特別の理由」が必要である、と。⁽²⁰⁾

(五) 一五年部会決定は、集会の自由は、公衆の一般的通行を認めている場所における集会の遂行を保障しており、ショッピングセンター、アーケード、又は、民間の投資家によって創設され運営されている場所においても、私人が所有している場合は間接的第三者効力を媒介として、通行の用に供されている部分について集会の自由は除外されないと説示し、⁽²¹⁾ 一一年判決の示した解釈論を踏襲した。一五年部会決定は、一一年判決に対する一部の学説の批判にもかかわらず、私有地が一般公衆の通行に開放された場所であるとき、所有者の意思に反して集会を実施できる場合があり得ること、言い換えると、当該私有地の所有者が、当該私有地が集会のために使用されることを受忍しなければならぬ場合があり得ることを確認した。⁽²²⁾ 一五年部会決定の意義はまさにこの点にあると言えよう。⁽²³⁾

こうして連邦憲法裁判所は、一一年判決及び一五年部会決定によって、集会の自由の保護範囲は、私有地であっても、公衆の通行に一般的に開かれている場所に及び、さらに、基本権の間接的第三者効力により、民法上の規定(民法九〇三条一文、一〇〇四条)の解釈に際して集会の自由を考慮しなければならないとの解釈を示したのである。

三 集会の自由と所有権との調整

(一) すでに述べたように、連邦憲法裁判所の判例によると、私有地が公衆の通行に一般的に開放された場所であるとき、当該私有地の所有者は、当該私有地が集会のために使用されることを受忍しなければならない場合があり得る。そこで、公衆の通行に一般的に開放された私有地の所有者が集会のために当該私有地が使用されることを受忍しなければならないケースと、そうではないケースをどのような基準によって区別すべきなのかという問題を検討しなければならない。

この点について、一五年部会決定は、集会の自由は、私的所有者との関係において、基本権の間接的第三者効力により、衡量を基準として考慮されなければならない、私人の基本権拘束の射程範囲は、実践的整合性の原則によって、互いに対立する基本権を調整しつつ、規定されなければならない²⁴⁾、と指摘しつつも、集会の自由又は意見表明の自由と、公衆の通行に開放し、それにより一般的コミュニケーションの場所を創出した民間企業の基本権との関係をどのように調整するのかについて、連邦憲法裁判所はこれまで判断しておらず、そのため、どのような具体的原則に基づいて私人相互の基本権衝突を解決しなければならないのかについては、仮命令の手続においては判断することはできない²⁵⁾、と説示するにとどまり、問題の解決を先送りした。そして、一五年部会決定は、「仮命令の申立てに関する判

断に際しては、むしろ、もっぱら具体的個別事件についての結果衡量を行わなければならない⁽²⁶⁾と説示し、仮命令の
実質的要件の存否を判断するために他の事件においても使われる基準を用いて当該事件を処理した⁽²⁷⁾。

一五年部会決定は、どのような具体的原則に基づいて私人相互の基本権衝突を解決しなければならないのかという
問題の解決を先送りしたが、一五年部会決定が、私的所有者が自己の土地における集会の実施を受忍しなければなら
ないか否かは、具体的事件において集会の自由と所有権との比較衡量によって決せられるとの解釈を採用しているこ
とは間違いないところであろう⁽²⁸⁾。今後さらに詰めた議論が求められるのは、集会の自由と所有権との比較衡量に際
しての具体的準則の明確化である。以下、集会の自由と所有権との比較衡量の仕方について、ドイツの判例・学説を
参考として、若干の検討を加えることにしよう⁽²⁹⁾。

(二) まず、土地の私的所有者が、集会を行うために公衆の通行に一般的に開放されている場所に立ち入ることを
拒否した場合、この拒否は、集会の自由に対する重大な制約と評価されると考えられる。一一年判決は、公道は、市
民がその関心事をとくに効果的に公衆に知らしめ、これに関してコミュニケーションを始めることができる、「本来
的であり、かつ、歴史的にモデルを形成してきたフォーラム」であり、とりわけ地域の中心部の道路及び広場は、今
日、情報交換及び意見交換の場所であり、人の交流が不断に行われる場所であるが、公道以外の場所⁽³⁰⁾で、一般公衆の
通行に開放され、一般的コミュニケーションの場所が成立しているところにも、同じことが当てはまると説示してい
る。一般的コミュニケーションの場所は、集会の自由の「伝統的な活動場所」であり、集会の自由を最も効果的に行
使できるところであると言える。そうだとすると、公衆の通行に一般的に開放されている場所において集会を開催で
きなくなることは、重大な不利益と評価されなければならない⁽³²⁾。

(三) つぎに、集会の自由と所有権との比較衡量に際して、集会参加者にとって当該集会場所のもつ重要性、つまり、集会参加者の関心事と集会の場所との関連性が一つの重要な考慮要素であると考えられる。

一五年部会決定は、民間警備保障サービスによる広場の監視と所有者によって言い渡された飲酒の禁止を踏まえ、自由権の制限の増大と国内の治安維持の民営化という集会のテーマの内容を考慮に入れると、申立人によって選択された集会場所は特別の重要性を有すると説示しており、⁽³³⁾同決定は、集会参加者の関心事が集会場所と直接的に関連する場合において、当該場所において集会を禁止したときは、集会の自由を侵害する程度が重大なることを示唆している。

ヴェント (Henning Wendt) は、一一年判決直後に発表された論文において、集会の自由と所有権との衡量に関する準則として、集会の目的が公有地においては同じような仕方で達成されない場合に限り、他人の財産において集会を行う権利があり、それ故、ドイツにおける現在の生活関係によると、民間のショッピングセンターの使用を求めることが許されるのは、原則として、各々のショッピングセンターとの関連性を示している集会に限られるのであり、「一般政治上のデモ行進」においてはその使用を求めることはできないとの準則を提示した。⁽³⁴⁾ヴェントは、次のように説く。集会の自由は、公共の意見形成のプロセスにとつてのその重要性を根拠として特別のランクを有するのに対して、所有権の保障は、具体的な所有物の種類によつて、その重要性が異なる。所有権は、社会的関連性及び社会的機能が大きければ大きいほど、広範な制限に服する。パブリック・フォーラムの所有者は、自己の利益のために公衆のコミュニケーション上の利用に供しており、フォーラムが「滞在及び出会いの場」になることを商業的に役立てている。これによつて、パブリック・フォーラムの所有者は、このフォーラムにおいて集会の自由の行使にとつて必要

な公共性が成立することを甘受しなければならない。パブリック・フォーラムは、所有者の自律的決定に基づいて特別の社会的機能を有し、高い社会的関連性を示している。それ故、パブリック・フォーラムに関する所有権と集会と自由との比較衡量において、集会の自由はより高い重要性を有する。しかしながら、このことは、個別の事件において集会の自由が常に優越することを意味するわけではなく、対立する基本権の衡量は「実践的整合性の原則」によって行わなければならない。二つの基本権を出来る限り傷付けないような調整をしなければならない。そうすると、私的空間において所有者の意思に反して集会を実施することが許されるのは、集会の目的が公有地においては同じような仕方では達成できない場合に限られることになる。私的空間と集会の目的との関連性が存在する場合には、集会の目的は公有地においては同じような仕方では達成することはできない。たしかに、上記のデモ行進は、ショッピングセンターの事業者や店舗にとつてとくに負担となるが、上記のデモ行進は、店舗の前で実施される場合に限り、その目標を達成できる。これに対して、一般政治的内容を有する集会は、通常は事業者にとつてより負担の少ないものであるが、このような集会は、公有地においても同じ程度に効果的に実施することができる、と。⁽³⁵⁾ なお、ヴェントは、公共生活が圧倒的大部分においてショッピングセンター及び他の私有地に移動している場合には、私有地における集会によつてのみ広い範囲の公衆に自分の主張を届けることができるので、私有地において一般政治上のデモ行進を所有者の意思に反して実施することも許されるとも主張している。ただし、ヴェントによると、ドイツにおいては公的生活の重要な部分は公有地で行われている。⁽³⁶⁾

これに対して、シューレンベルク (Sebastian Schulenberg) は、私有地における集会の権利を公共的意見形成過程にとつての公有地と私有地との「機能的同等性」によつて根拠付けるとすると、集会のテーマによつて集会の場所が特

別の重要性を有する場合にのみ集会のために私有地の利用を認める見解は、上記の根拠付けと矛盾する、と主張する。シュールンベルクは、次のように説く。上記の見解によると、公有地は、特別の根拠付けをすることなくつねに基本法八条一項によつて保障される場所の選択の自由の対象となるのに対して、私有地の利用はつねに個別の事案における特別の根拠付けを必要とすることになるが、私有地が公衆の通行に開放され、パブリック・フォーラムの嚮導像に合致するときは、市民は、集会の自由の行使に際して、自己の裁量で公有地のみならず私有地も使用できる権利を有するはずである。集会のテーマと私有地との特別の関連性を求めることが公有地と私有地との機能的同等性に適合しないことは、ある場所が集会のテーマと関連性を有していないが、そこに多くの人々が入り込んでいるため、当該集会が人々の注目を集めることが期待できる、というケースを想定すると、特に明確になる、と。³⁷⁾

一五年部会決定は、当該集会を他の場所においても同じように効果的に実施できると反論することはできないと説示するとともに、集会の自由には行事の場所に関する自己決定権も含まれ、市民は、その関心事を最も有効に引き出すことができる場所を自ら決定することができることを強調しており、³⁸⁾一五年部会決定がヴェントの見解を採用していないことは確かであろう。もつとも、すでに述べたように、一五年部会決定が、集会参加者の関心事と集会の場所との関連性を集会の自由と所有権との利益衡量における一つの考慮要素としていることも確かである。シュールンベルクは、集会の場所が、集会の目的を象徴的に示すほどに集会の関心事と密接不可分である場合には、集会の自由と所有権との利益衡量において場所の選択に「特別の重要性」が与えられることもあり得ると説き、ニーベルンゲン広場の選択に集会の目的との関係で特別の重要性を付与している一五年部会決定は、上記の考え方と同方向であると分析している。³⁹⁾

集会参加者の関心事と集会の場所との関連性を集会の自由と所有権との利益衡量における一つの考慮要素とすべきであるという点については、おそらく争いの余地のないところであろう。もともと、集会参加者の関心事と集会の場所との関連性に集会の自由と所有権との利益衡量においてどの程度の重みを与えるべきかについては、必ずしも明らかではなく、さらに議論が必要であるというのが、現状である。

(四) 一一年判決は、「保障内容と事案類型」によつては、私人の間接的基本権拘束が、国家の基本権拘束とほぼ等しくなるか、または同等になることもあり得ると説示する。一一年判決によると、コミュニケーションの保護についてこのことが問題となるのは、とくに、民間企業が、公共のコミュニケーションの枠組みとなる諸条件の調達を自ら引き受け、生存配慮の任務として以前は国家に配分されていた機能―例えば、電信・電話業務の保障―を果たしている場合である。⁽⁴⁰⁾ 一五年部会決定も、一一年判決を引用しつつ、コミュニケーションの保護については、とくに、民間企業が、公共のコミュニケーションの基本的諸条件の用意を自ら引き受け、以前は実際上国家だけに配分されていた機能を遂行し始めた場合、私人の間接的基本権拘束が国家の基本権拘束とほぼ等しくなるか、または同等になることもあり得ると説示している。⁽⁴¹⁾ この考え方によると、私人が伝統に国家によつて行使されてきた機能を引き受けるときは、私人は自己の所有する土地で集会が行われることを受忍しなければならない可能性が高いと言えよう。⁽⁴²⁾ この考え方に対しては「重大な疑問」があると説く学説も⁽⁴³⁾あり、この考え方については、さらに検討が必要である。

(五) さらに、学説においては、集会によつて私人に経済的損失を与えることも意図されている場合には、私的所
有権の利用は濫用と評価され、所有権に有利な衡量が行われることになる⁽⁴⁴⁾と指摘されている。

IV 結語

以上において紹介・検討したドイツの判例・学説は、次のように整理することができよう。

(a) 集会の自由の保護範囲は、私有地であっても、公衆の通行に一般的に開放されている場所に及ぶ（ただし、この点については、反対説もある）。集会の自由は、基本権の間接的第三者効力により、私法上の規定の解釈に際して、考慮される。

(b) 集会の自由の保護範囲の拡大により所有権が制限されるが、これは、基本法一四条二項に基づく社会的拘束として容認される。

(c) 私有地において当該私有地の所有者の承諾を得ないで集会を実施することができるための要件は、集会が実施される私有地の部分が公衆の通行に一般的に開放されていることである。

(d) 上記の要件を充たした場合に、具体的な個別事件における集会の自由と所有権との比較衡量によって、私有地において当該私有地の所有者の承諾を得ないで集会を実施することが許されるかどうかを判断する。

すでに述べたように、筆者は工藤が示した解釈論はその方向性において妥当であると考えているが、ドイツの判例・学説は、工藤が示した解釈論が正当であることを裏付ける補強証拠となろう。ドイツの判例・学説を踏まえて、日本国憲法二一条の保障する集会の自由の解釈論を展開することが、筆者の今後の課題となる。⁴⁵⁾

(1) 渡辺康行・宍戸常寿・松本和彦・工藤達朗『憲法I』（日本評論社、二〇一六年）はしがき。

(2) 渡辺ほか・前掲注(1)二七〇頁「工藤達朗」。筆者は最近出版された教科書・概説書を調べてみたが、私有地における集会の自由について触れている教科書・概説書を発見できなかった。この点からして工藤の示した解釈論には新規性があり、この解釈論はまさに「知的刺激を与える」ものであると言えよう。もつとも、周知のように、日本においては夥しい数の教科書・概説書が出版されており、筆者はそのすべてに目を通してはいるわけではないので、私有地における集会の自由について触れている教科書・概説書が存在する可能性を否定することはできない。なお、私有地における集会の自由について考察している論文として、皿海一樹「私的な空間での集会権とパブリック・フォーラム論（要旨）」法学研究（龍谷大学）一三二号（二〇一二年）一九一頁以下があり、塚本哲之「集会・結社の自由」阪口正二郎・毛利透・愛敬浩二編『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、二〇一七年）九四頁以下（一〇三頁以下）も私有地における集会の自由に言及している。

(3) 「憲法学界の俊英と誰もが認める方々」（長谷部恭男編『注釈日本国憲法（二）』（有斐閣、二〇一七年）i頁「長谷部恭男」）によって執筆されている権威あるコンメンタールにおいて、次のような説明がなされている。「国や地方公共団体が当該財産の所有者・管理者であって、その場合に国や地方公共団体を私人と同一視できるのであれば、国や地方公共団体には、その所有権・管理権に基づいて私人の利用を自由に排除できようである。こうした理屈を徹底すれば、道路、公園、市民会館の所有権・管理権を有する国や地方公共団体は、それらが自己の所有・管理に属する財産である以上、そもそも私人による利用を拒んでもよく、また仮に私人による利用を認める場合も、誰に対していかなる条件でその利用を認めるか決める権限を有すると考えるのが自然であることになろう。「改行」しかしながら、そうした理解は誤っている。……国家ないし政府が公共財産を所有・管理することは当然かもしれないが、それは、私人が私有財産を所有・管理することと同じではなく、国家ないし政府は公共の福祉を達成するために公共財産を所有・管理しているにすぎず、私有財産の所有者・管理者とは異なって好き勝手に管理できるわけではない。」（長谷部編・前掲注(3)四四〇頁「阪口正二郎」）

この説明は、国家ないし政府による公共財産の所有・管理についてのものであり、私有財産の所有・管理について述べたも

のではないが、この説明は、私人は、国家ないし政府とは異なり、自己の所有・管理に属する財産について、その所有権・管理権に基づいて他の私人の利用を自由に排除できる、つまり、そもそも他の私人による利用を拒んでもよく、また仮に他の私人による利用を認める場合も、誰に対していかなる条件でその利用を認めるか決める権限を有する（私有財産の所有者・管理者は好き勝手に管理できる?）との見解を自明の前提としているようにも読める。かりにこのような読み方が正しいとすると、本文で示した工藤の解釈論は、「憲法学界の俊英と誰もが認める方々」によって執筆されている権威あるコメントルにおいて示された見解と真正面から衝突・対立するものであるということになる。この点において工藤の示した解釈論には独自性があり、この解釈論はまさに「知的刺激を与える」ものと言えよう。

(4) NJW 2015, 2485 f.; DÖV 2016, 81 ff.; BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris. [リンク](#) この決定の引用は、決定に付されている欄外番号を本文で示すことによつて行う。なお、この決定に考察を加える論文として以下に引用するもののほか、*Robert Frau*, Ortsrecht im Einkaufszentrum, LKV 2016, S. 445; *Christopher Unseld*, Agora GmbH & Co KG: wenn Versammlungsfreiheit Privateigentum sticht, VerfBlog, 2015/9/11, <https://verfassungsblog.de/agora-gmbh-co-kg-wenn-versammlungsfreiheit-privateigentum-sticht/> がある。また、*Michael Kriesel/Frank Braun/Christoph Keller*, Besonderes Polizei- und Ordnungsrecht, 2018, S. 33 f./Rn. 134 ff. における決定を肯定的に紹介している。

(5) *Sebastian Schulenberg*, Der „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“: Zu Versammlungen auf Grundstücken im Eigentum Privater, DÖV 2016, S. 55 (56) の記述による。

(6) 本件に関連してこの決定が下された。一つは、二〇一五年七月二〇日連邦憲法裁判所第一法廷第三部会決定 (BVerfG, Ablehnung einstweilige Anordnung vom 20. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris) である。ニーベルンゲン広場の土地所有者は、第三部会決定に対して、二〇一五年七月一九日に異議を申し立て、仮命令の執行を停止することを求めた (Rn. 4)。第三部会は、執行停止の申立てについては、部会が決定すると説示した (Rn. 5) 上で、二〇一五年七月二〇日に、申立人（土地所有者）の申述は上記決定において行われた結果衡量から離されるきっかけを与えるものではないとして、執行停止の申立てを斥けた (Rn. 6)。もう一つは、二〇一五年七月二〇日連邦憲法裁判所第一法廷決定 (BVerfGE 139, 378; BVerfG,

Beschluss vom 20. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris) である。ニーベルンゲン広場の土地所有者は、部会の仮命令に対して、二〇一五年七月一九日に異議を申し立てるとともに、仮命令の執行停止を求めた (Rn. 4)。連邦憲法裁判所は、異議については、連邦憲法裁判所法九三d条二項三文及び三二条三項に基づいて法廷が判断すると説示した (Rn. 5) 後、憲法異議の訴えの基礎となっている訴訟の相手方は異議申立権限を有しておらず、異議申立ては不適法であると判断した (Rn. 6)。この決定によると、異議申立人の範囲は、「連邦憲法裁判所法九四条一項、二項及び四項に挙げられている憲法機関及び官庁」に限定される (Rn. 6)。

(7) BVerfGE 128, 226. 以下、この判決の引用は、本文中に該当頁数を示すことにより行う。同判決については、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(鈴木秀美・畑尻剛・宮地基編集代表)『ドイツの憲法判例Ⅳ』(信山社、二〇一八年)一七二頁以下(初出、自治研究八九卷一〇号(二〇一三年)一三七頁以下)による紹介・解説がある。また、同判決の主要部分について、石村修「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制」専修ロージャーナル(専修大学法科大学院)八号(二〇一三年)一三三頁以下によって翻訳がなされている。

(8) 公私共同経営企業 (gemischtwirtschaftliche Unternehmen) の基本権拘束は、種々の議論がなされている重要論点の一つであるが、本稿では検討しない。この論点についてドイツの判例・学説を紹介・検討した論文として、石村修『基本権の展開』(尚学社、二〇一七年)四六頁以下(初出、同「人権(基本権)と私法上の公的主体―混合企業への人権適用―」法学新報二二〇卷一・二号(二〇一三年)一頁以下)がある。

(9) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 5.

(10) Roman Herzog, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 8 (Lfg. 26 1987) Rn. 78.

(11) BVerwGE 91, 135 (138 f.). 連邦通常裁判所も「連邦行政裁判所の上記判決を引用して、集会場所に関する決定は、集会場所に関する法的利用権限を前提としており、一般法原則によっては存在しない利用権を創設するものではないと判示している」(NJW 2006, S. 1054 ff. (1055); BGH, Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 134/05–, juris, Rn. 14)。

(12) Otto Depenheuer, in: Theodor Maunz/Günter Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, Art. 8 (Lfg. 48 2006) Rn. 63.

- (13) *Alfred Dietel/Kurt Ginzler/Michael Kniesel*, Demonstrations- und Versammlungsfreiheit, 14. Aufl., 2005, S. 42/Rn. 52.
- (14) *Bernd Holzngel*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, VVDStRL 68, 2009, S. 381 (390 f.). 本文で述べた解釈と同趣旨の解釈を採る学説として、*Michael Kniesel*, in: Hans Lisken/Erhard Denninger (Hrsg.), Handbuch des Polizeirechts, 3. Aufl., 2001, S. 620 f./H Rn. 53; *Florian von Alemann/Fabian Scheffczyk*, Aktuelle Fragen der Gestaltungsfreiheit von Versammlungen, JA 2013, S. 407 (408) など。
- (15) *Arbeitskreis Versammlungsrecht*, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes (ME VersG), 2010. なお、同書に用いた本文中に同書の該当頁数を示すようにして行う。なお、集会法研究サークルのメンバーは、Christoph Enders, Wolfgang Hoffmann-Riem, Ralf Poscher, Michael Kniesel, Helmut Schulze-Fielitz の五名であり、協力者として Mathias Hong の名前が記載されている。
- (16) *Wolfram Höfiling/Gesine Krohne*, Versammlungsrecht in Bewegung, JA 2012, S. 734 (739) は、一般的通行に開放されている私有の屋根付きのショッピングセンターとして、Centro に加えて、ベルリンのポツダム広場にあるソニー・センターを挙げている。
- (17) *Andreas Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2017, S. 393 ff., (401) は、集会法研究サークル模範草案二二条を検討し、同草案によって「高権的に公共物指定された空間」に固執しないで「実際上の公共性」と関係付けることが試みられており、公共性が創出された場合の所有権とその社会的拘束に対する硬直化していない新たな見方が他の基本権にとって手本として役立ち、公共空間の法を公物法の限界から解放するかもしれないと指摘する。
- (18) *Wolf-Rüdiger Schenke*, Der Schutzbereich des Art. 8 GG, in : Dirk Hanschel/Sebastian Graf Kielmansegg/Uwe Kischel/Christian Koenig/Ralph Alexander Lorz (Hrsg.), Mensch und Recht Festschrift für Eibe Riedel zum 70. Geburtstag, 2013, S. 473 (489 f.).
- (19) *Schenke*, a. a. O (Fn. 18), S. 491.
- (20) *Wolfgang Hoffmann-Riem*, Versammlungsfreiheit, in: Detlef Merten/Hans-Jürgen Papier, Handbuch der Grundrechte in

Deutschland und Europa, Bd. IV, S. 106 Rn. 85.

(21) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 5.

(22) Michael Sachs, Grundrechte: Ausstrahlung der Versammlungsfreiheit auf die zivilrechtlichen Grundlagen der Eigentümerbefugnisse, JuS 2015, S. 954 (955) は、公衆の通行に開放された土地の私的所有者の権限に対する集会の自由の間接効力を確立した点に一五年部会決定の意義を見出す。

(23) Christoph Smets, Staatsgleiche Grundrechtsbindung Privater aus Funktionsnachfolge?, NVwZ 2016, S. 35 ff. は、本文において一五年部会決定の意義と述べた点を同決定の欠点と見る。同論文は、一五年部会決定は、「機能承継に基づく私人の家同等の基本権拘束」という新たな基本権拘束の類型を創出したと分析した (S. 35) 上で、同決定がパブリック・フォーラムの理論を完全な私人にまで拡大したことによって、間接的第三者効力の拡大、所有権の価値の低下、さらには、私有地が「パブリック・フォーラム」として国家と同等の拘束を受けるかどうかに関する法的不安定性をもたらすと批判する (S. 37 ff.)。集会の自由の最大化は、原理的に同価値的であり、「純粋な」私的所有権の場合にはむしろ優位する所有権と対立する。この同等性は、間接的第三者効力の拡張的運用によって破壊されてはならない。基本権を有する私人と基本権に拘束される国家という原理的区別は、集会の自由に有利な私的所有権の制限といった問題は立法によって解決されるべきことを求めている (S. 38)。

(24) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 6.

(25) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 7.

(26) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 7.

(27) 仮命令の制度については、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判「第二版」』(中央大学出版部、二〇一三年)二一五頁以下(畑尻剛)を参照。衡量の基準については、同書二一九頁以下に説明がある。

(28) Hartmut Brenneisen/Christian Arndt, Versammlungen auf privaten Flächen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, NordÖR 2016, S. 269 (274) は、ラントの立法者は判例を受け入れ、規範の明確性のために私有地で行われる集会に関する統

一的なルールを創出することが「望ましく」と説いている。

(29) *Rolf Schmidt, Grundrechte*, 21. Aufl., 2017, S. 299 f./Rn. 617d は、土地所有者が自己の土地を公衆の通行に一般的に開放した場合において、集会から施設の安全及び機能遂行能力に対する危険が生じないときは、基本法八条一項と結び付いた民法一〇〇四条二項に基づく受忍義務が生じると主張し、連邦憲法裁判所は、「一五年度会決定において、自説に「近づいた」と分析している (*Rolf Schmidt, Polizei- und Ordnungsrecht*, 18. Aufl., 2016, S. 388 f./Rn. 1058) も同じ記述がある。)。この説において示された判断枠組みは、比較衡量の基準よりも集会の自由に有利な基準であると見ることが出来る。

(30) BVerfGE 128, 226 (251).

(31) BVerfGE 128, 226 (252).

(32) 本文の論述は、*Maria Scharlau, Schutz von Versammlungen auf privatem Grund*, 2018, S. 240 f. の論述を参考にした。

(33) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 9.

(34) *Henning Wendt, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?*, NVwZ 2012, S. 606 (610). なお、*Max Jotie, Öffentlicher Raum im Bereich privaten Eigentums*, Bucerius Law Journal 3, 2011, S. 100 (105) は、「ヴェントの見解と類似した見解を示している。同論文によると、集会が著しい不利益を被ることなく公道又は公有地に移して実施することができる場合、これは、私人に場所を利用されることに比して、所有権をより制約しない手段であり、この場合、主催者の追求している集会場所の拒否は、比例性を失った解決策ではない。ただし、当該集会の内容と集会場所との内容的関連性は場所の選択の自由を強化するので、この結び付きは考慮に入れなければならない。」

(35) *Wendt, a. a. O* (Fn. 34), S. 608.

(36) *Wendt, a. a. O* (Fn. 34), S. 608.

(37) *Schulenberg, a. a. O* (Fn. 5), S. 58 f.

(38) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 9.

(39) *Schulenberg, a. a. O* (Fn. 5), S. 59.

(40) BVerfGE 128, 226 (249 f.).

(41) BVerfG, Einstweilige Anordnung vom 18. Juli 2015 – 1 BvQ 25/15 –, juris, Rn. 6.

(42) *Ino Augsburg/Steffen Augsburg/Thomas Schwabenbauer*, Klausurtraining Verfassungsrecht, 2. Aufl., 2016年, 学生向けの司法試験対策演習書であるが、同書に掲載されている事例九「Business Improvement District」に対するレジスタンス(S. 238 ff.)は、「私人が伝統に国家によって行使されてきた機能を引き受けた」ケースと見ることができると述べている。

事例九は、次のような問題である。X州は、市中心部における商業利用を改善するための法律(以下「法」という。)を制定した。法四条に基づき、X州の地方公共団体は、条例により、市中心部においていわゆる商業改善地区(Business Improvement Districts)を指定することができる。商業改善地区に指定されると、同地区の土地所有者は、一定の期間、道路清掃といった環境改善のための措置に加えて、例えば歩道の維持補修及び改修に関連する建築上の措置のために費用を負担する義務を負うことになる。他方、市は、同法五条一項に基づき、条例により、私的土地所有者に当該商業改善地区にある道路の一般使用を委ねることができる。このためには、土地所有者によって私的運営者団体が設立され、同団体がこの地区の利用規程を定めることが必要である。法五条二項に基づき、利用規程は、一般の人々による道路の使用が引き続き保障されるように定められなければならない。S市は、歩行者専用区域として整備された中央商店街(K通り)を商業改善地区に指定することとし、同地区の土地所有者と事前の話し合いを始めた。土地所有者は、計画に賛成し、法律の規定に従って運営者団体を設立した。運営者団体の定めた利用規程四条によると、K通りにおけるデモ行進は許可を受けなければならない。その後、S市は、K通りを商業改善地区に指定し、商業上の通行が実際に妨げられるか否かとは無関係に一般的に禁止される。その後、S市は、K通りを商業改善地区に指定し、一般使用を運営者団体に委ねる条例を制定した。S市の市民であるBは、商業改善地区の設立は「公益のバーゲンセール」と結び付いていると考え、不信感をもって事態を観察してきた。Bは、二〇人の同志とともに商業改善地区の設立に公の場で抗議しようと考えた。そこで、Bは、市民運動をしている仲間とともに、商業改善地区の設立後の第一土曜日に、ホイッスルと横断幕をもってK通りに入り、そこで公共空間の私有化に反対する示威運動とK通りを商業改善地区に指定することに反対する署名活動を行った。運営者団体の理事会は、商業上の通行を著しく侵害するこの種の行事は、利用規則に反し、私有

地においては許されないと宣言した。デモ参加者がこれに応じなかったので、運営者団体は、「広場への立入禁止」を発し、民間の警備員によってデモ参加者を商業改善地区の敷地から退去させた。Bは、これらの行為により基本権が侵害されたと主張し、訴えを提起したが、敗訴した。裁判所は、①問題となつている地区に関して立入請求権は存在しない、②Bが商業改善地区の民間事業者に対して自己の基本権を援用できるかどうかは未解決のままにすることができるが、少なくとも、商店の所有者の経済的利益が、具体的事案において、K通りにおいて行事を行うBの利益に優越するものとせざるを得ない、③S市においては、K通り以外にも数多くの公道があり、Bはそこでデモ行進をすることができ、との見解を示した。Bは、この判決も憲法上保障されている自己の権利の侵害であると考え、憲法異議の訴えを提起した。

この事例問題について、大要、次のような解説がなされている(訴訟要件、判決に対する憲法異議における連邦憲法裁判所の審査の範囲などの一般的解説は除く)。運営者団体は、道路についての基盤整備責任の引き受けによって、これまでは国家が行つていた任務を行使しているが、国の行政機構の一体的構成要素になつたわけではない。集会の自由が法律の解釈の枠内において裁判所によって考慮されなければならない範囲において、基本権の拘束力は間接的にのみ存在する(運営者団体の直接的な基本権拘束は否定される)。本件においては、国家が、もともと自ら直接に行使していた任務領域を(部分的)私有化によつて民間企業に移譲した場合は、このことが基本権の空洞化の密かな進行を招来させてはならないとの論証をすることができる。任務の移譲は、引き続き市民が基本権によつて保護された利益を適切に行使できることを保障しなければならない。公衆が自由に立入りできる広場において集会を行う可能性は、たとえこの広場が現在は民間企業によつて運営されているとしても、上記の利益に含まれる。その限りにおいて、基本権は私法関係においても他の私人に対する主観的権利を成立させる可能性がある。法五条二項によると、私的運営者団体の利用規程は、一般の人々による道路の使用が引き続き保障されるように定められなければならない。従つて、法の目的によると、公衆が出入りできる場所の使用に関して、私有化の前後で実質的な違いは存在してはならず、公道及び公共の広場の伝統的的一般使用にコミュニケーション上の一般使用も含まれることは一般に認められている。そして、コミュニケーション上の一般使用には、集会の権利も含まれる。法律上の規定は、基本法の基準に適合する読み方をすると、私有化の実施後も一般の人々にコミュニケーション上の一般使用を保障することを可能にする。基本

法に照らして、法律上の規定は、私的事業者との関係においても集会の自由の十分な考慮を可能にするように解釈されなければならない。そうすると民法上の差止請求権の存否は基本権保護に照らして判断されなければならない。そこで、民事裁判所の判決が、基本権地位の誤った考慮に基づくものかどうかという問題が提起される。裁判所は、運営者団体の経済的利益の重要性を適切に強調するとともに、Bが集会を実施するために他の公共空間を十分に利用することができることを理由として、Bの不利益は取るに足らないものと判断した。その際、裁判所は、Bの抗議目的にとって、Business Improvement Districtsに反対するデモ行進を新設された商業改善地区のすぐ近くで実施することが重要であることを認識していない。デモ行進をまさに選択した場所で行うことが許されるかどうかは、集会のコミュニケーション効果—それ自体として基本法八条によって保護されている—にとって決して些末な事柄ではなかった。裁判所は、このコミュニケーション効果を考慮せず、この点において集会の自由の保護範囲を誤って確定した。これにより、裁判所は、判決を下す過程で、憲法上批判される仕方での集会の自由の射程範囲と重要性を見誤り、Bの基本権地位を侵害した。従って、憲法異議の訴えには理由がある。

(43) *Claus Dieter Classen, Staatsrecht II*, 2018, S. 165/Rn. 10/75. クラッセンは、連邦憲法裁判所は、伝統的に国家によって行使されてきた任務の引き受けも私人の特別の責任を根拠付けることができると思定しているが、この考えは、結局のところ、伝統的に国家が遂行してきた任務を遂行するというだけで私人の責任を根拠付けることになり、これは、個人と国家の関係を逆転させるものであると批判している (*Classen, a. a. O (Fn. 43), S. 99/Rn. 6/39*)。

(44) *Schulenberg, a. a. O (Fn. 5), S. 59; Scharlau, a. a. O (Fn. 32), S. 242.*

(45) 私有地における「集会の自由」に関連して、私有地における「表現の自由」の問題も検討しなければならない。この問題については、石崎学「表現の自由と駅」法学セミナー七四二号（二〇一六年）二四頁以下、中川律「駅前の表現の自由」法学セミナー七四二号（二〇一六年）四三頁以下、同「JR大阪駅前街宣活動事件」阪口ほか編・前掲注(2)二三五頁以下、成澤孝人「駅前広場におけるビラ配りと鉄道会社の規制権限」新・判例解説 *Watch* 一六号二七頁以下によってすでに検討が加えられている。

