

集会の「場」への権利

——アメリカにおける修正一条の機能的拡張——

門 田 美 貴

- 一 はじめに
- 二 他者の管理する場における集会——Logan Valley 判決を素材に
 - (一) Logan Valley 判決の概要
 - (二) 若干の検討——「機能的等価性」メルクマールの意義
- 三 集会の「場」の復権——空聞論からの指摘
 - (一) 空間依存的な修正一条論
 - (二) 空間に先立つ修正一条論へ
- 四 憲法論による空聞論の受容
 - (一) 修正一条の拡張
 - (二) 若干の検討——「機能的等価性」メルクマールの可能性
- 五 むすびにかえて

一 はじめに

表現の自由には、表現に用いる手段や場所が必要である。公道や公民館について、憲法学は、パブリック・フォーラムとして集会の場を保障してきた⁽¹⁾。しかしながら、自己が適切であると考ええる手段や場所を、常に自ら調達できるとは限らない。特に集会については、民営化をはじめとする公共空間の私化が進む昨今の状況に照らし、場所の確保が困難な場合がある。また、公的主体が管理する場であっても、政府が表現目的で開く場でなければ、表現の自由の主張は当然には認められない。パブリック・フォーラムと認定することが困難な場で表現活動が行われる事案の数々は、表現の「場」をいかに捉えるべきかを問い直している⁽²⁾。

本稿は、表現の「場」に注目し、他者の管理する場を表現目的で用いる自由の保障を説くことによって、自由の拡張可能性を示唆するものである。その検討の一つの素材として、他者の管理する場での集会が問題となったLogan Valley判決⁽³⁾を取り上げる。同事案は、一九六〇年代のアメリカで、ショッピングセンター⁽⁴⁾における集会が、修正一条によって保護されるかが問われたものである。ショッピングセンターは、むろん人々がショッピングをするための場であることは明らかである。しかし、連邦最高裁の法廷意見は、修正一条の主張を認めたのである。

この判示は、その後の学説等によって批判的に引用されてきた。なぜならば、従来の表現の自由論は、表現のため場ではない場所で、表現を行うことが認められないのは当然であると考えてきたからである。しかし、こうした前提によって、空間の中で暮らす個人の自由が、他者によって付与された空間の意味づけや条件づけに依存させられてしまうのではないか、との疑問が提起されている。このような疑問は、表現の場を規制する手段がその存在感を増している現在、現実味を帯びつつある。こうした状況下では、Logan Valley判決の判示を捉え直す今日の重要性は大き

いが、その含意を評価するためには、憲法論の外側から知見を獲得する必要がある。空間を中心的に論ずる空間論に影響を受け、表現の場の保障の重要性を指摘し、修正一条論に一定の修正をもたらす論者たちの視点を通して、Logan Valley 判決の判示を再読することの意義は大きい。

以下では、Logan Valley 判決を、表現のための「場」という視点から読み直し、修正一条の拡張の可能性を説く⁽⁵⁾。この判決では、公衆のアクセス可能な場に自由な修正一条の行使を認める「機能的等価性」メルクマールが中心的な役割を果たしたが、反対意見との対立を通して、同メルクマールの重要性を指摘する(二)。次に、空間論という他の学問領域の参照によって、表現の自由論のなかに「場」を復権させようとする論者の議論を紹介する(三)。空間論に影響され、他者の場の使用を、表現の自由論に導入する議論を紹介し、最後に、現在の議論の到達点と、それに基づいて Logan Valley 判決の評価の可能性、そして今後の課題を示す(四)。

二 他者の管理する場における集会——Logan Valley 判決を素材に

Logan Valley 判決は、ショッピングセンターでの集会を、所有者側が禁止したことが問題となった事案である。本事案では、他者の場における集会が修正一条によって保障されるかが正面から問題となったが、大きく二つの見解が対立している。それは、ショッピングセンターが、公衆の自由な往来に開かれていることをもって修正一条の主張を認めた法廷意見と、このような理解は不当に広すぎる解釈であるとして批判した反対意見である。法廷意見の判示は、その後も繰り返し批判をされているが、この判決の提示したメルクマールは、修正一条が行使できる場の縮減により、同条の核心が破壊されることを防止する意義を有していたことを以下では論じていく。

(一) Logan Valley 判決の概要

1 事案

Logan Valley 判決では、労働組合がショッピングセンターで行った、所有者の同意のないピケティングが、不法侵入罪を構成するかが問われた。舞台となったのは、ペンシルベニア州 Altoona 市にある Logan Valley Mall というショッピングセンターである。事件の当時、Weis Market Inc. (以下「Weis」とする) (スーパーマーケットを営む) と Sears, Roebuck and Co. (自動車サービス業を営む) の二つがショッピングセンター内にテナントを構えていた。問題となったピケティングは、前者の Weis に対するものである。Weis の建物と、その正面にあるポーチと、購入した商品を受け取るための一時的な駐車エリアは、Weis の所有財産であった。これに対して、顧客のために用意されている駐車場エリアは、Logan Valley Mall が所有していた。⁽⁶⁾ Weis では労働組合に加入していない従業員を雇用しており、Weis の同業者 (他のスーパーマーケット) の従業員で組合のメンバーたちが、Weis の構成員が「労働組合の利益を享受していない」ことに対する抗議の意を表するサインを、Weis の荷物受け取りのためのエリアおよび駐車場で掲げていたという。ピケティングは散発的に行われるものが一〇日ほどの期間続き、少ない場合で四人、多い場合で一三人ほどが参加していたが、平均すれば六人ほどであった。⁽⁷⁾ この抗議の態様は常に平和的なもので、暴力的な行為はなんら行われなかった。⁽⁸⁾ これに対して、Logan Valley Mall は Weis とともに、同意のない目的での敷地内の立ち入りについて不法侵入罪の成立を主張した。

2 マーシャル裁判官法廷意見

マーシャル裁判官による法廷意見は、ショッピングセンターでの集会が修正一条として保障されることを前提に、

不法侵入罪の成立を否定している。この結論を導く際に、マーシャル裁判官は、先例のアナロジーから修正一条の保障を認めるという手法を用いている。その先例とは、「会社町 (company town)⁽⁹⁾」と呼ばれる、一つの企業によって所有されている町における修正一条の行使が問題となった Marsh 判決⁽¹⁰⁾である。マーシャル裁判官は、会社町とショッピングセンターが「機能的に等価 (functional equivalent)⁽¹¹⁾」であることを理由に修正一条の主張を認めているため、重要となるのはこの説示の理解である（「機能的等価性」メルクマール）。

(1) 先例としての Marsh 判決

ここでは、他者が所有する場での修正一条の行使の先例である Marsh 判決について簡潔に説明しておく。同判決は、エホバの証人の女性が、Chicasaw という会社町のうち、商業施設が存在するエリア (Business block) で宗教的文書を配布し、制止をきかなかつたために不法侵入罪の容疑で逮捕されたことが問題となった。なお、この会社町では、許可のない文書の配布など表現活動を禁止する旨の掲示が掲げられており、当該信者の文書配布の禁止も告げられていた。⁽¹²⁾しかし、警告を受け、立ち去るように告げられたのちもそれを拒んだために逮捕をされている。⁽¹³⁾

ブラック裁判官による連邦最高裁の法廷意見は、修正一条の主張（本件では、宗教的文書の配布が問題となったという事情もあり、信教の自由）を認め、不法侵入罪の成立を否定している。ブラック裁判官は、当該事案で衝突している憲法上の権利は、会社町側の所有権と、エホバの証人側の修正一条上の権利であると述べる。そのうえで、本件会社町は、「公的機能 (public function)」を担っているため、⁽¹⁴⁾それに応じた財産権の制約は認められなければならないとする。その理由として、次のように説示している。

財産権は、絶対的領域であるとは限らない。所有者が、自らの利益のため、一般大衆の使用に供するべく財産を開く度合が強ければ強いほど、所有者の権利は、それを用いる他者の、法律により定められた諸権利および憲法上の権利によって限界づけら

れる。⁽¹⁵⁾

こうして、財産権の制約のもと、他者の空間における修正一条の自由の行使が認められたのである。

(2) 会社町との「機能的等価性」

マーシャル裁判官の法廷意見は、Marsh判決で問題となった会社町とのアナロジーで、事案を処理し、修正一条の保障を認めている。具体的には、Marsh判決で問題となった「町」とショッピングセンターは、人々の往来に開かれ、自由なコミュニケーションの場である点で「機能的に等価」であるとされている。

マーシャル裁判官によれば、Marsh判決で問題となった会社町と、本件のショッピングセンターは、その機能に照らし、多くの類似点を共有している。ショッピングセンターは、高速道路から直接に通じており、敷地の周りには接道があった。そして敷地内には商業施設が存在しており、さらにはその中では自由に歩行者が移動できるようになっていた。このことは、公衆が、自由にショッピングセンターにアクセスできることを示している、という。⁽¹⁶⁾

もともと、類似点のみならず、相違点も存在している。このことはマーシャル裁判官も認識している。たとえば、ショッピングセンターは商業施設であり、Marsh判決の舞台となった会社町とは、住民の住居エリアを含んでいないという点で異なるために、自治体として機能する会社町との類似性を見出すことは困難ではないか、との指摘も考えられる。しかし、こうした相違点は、本事案にとって問題ではないという。なぜならば、Marsh判決では——住居エリアへの立ち入りも問題となっていたとしても——商業目的に用いられる商業エリア (business block) への立ち入りそれ自体が争点化したためである。⁽¹⁷⁾ この点で、ショッピングセンターと会社町は、「自由にアクセス可能で、当該エリアにいる人々およびそこを通りかかる人々に開かれていた」点で、類似性を有し、「機能的に等価」であると判断できる。⁽¹⁸⁾

3 反対意見

マーシャル裁判官による法廷意見に対し、ブラック裁判官の反対意見が付されている。ブラック裁判官は、先に述べた通り、Marsh判決の法廷意見で、他者の管理する場(Marsh判決では会社町が管理主体)での修正一条の主張を認めていたが、マーシャル裁判官の法廷意見が、Marsh判決の射程を、予期せぬ形で拡張してしまったと批判している。なぜならば、Marsh判決は、町全体が、一つの会社によって所有されているという、「極めて特殊な状況に対処した」に過ぎず⁽¹⁹⁾、その意味で、Marsh判決の射程は極めて例外的な状況のみに及ぶはずであったからである。

また、ホワイト裁判官も、ブラック裁判官にほぼ全面的に賛同するかたちで、法廷意見を批判している。シヨッピングセンターとは、シヨッピングのための場である⁽²⁰⁾。それにもかかわらず、修正一条の主張を認めるマーシャル裁判官の法廷意見によって、将来、表現活動に従事する人々は公道を離れ、シヨッピングセンターへと移動してしまうだろう、と述べている⁽²¹⁾。

(二) 若干の検討——「機能的等価性」メルクマールの意義

1 各裁判官の「機能的等価性」理解について

シヨッピングセンターにおける集会を認める法廷意見と、それに反対するブラック裁判官の反対意見の対立を決定づけているのは、Marsh判決とのアナロジーを導く際に依拠した、会社町との「機能的等価性」の理解である。

一方で、マーシャル裁判官は、Marsh判決における会社町と、Logan Valley判決で問題となったシヨッピングセンターは、機能的等価性を有しているとした。他方で、Marsh判決では法廷意見を、Logan Valley判決では反対意見を執筆したブラック裁判官は、一つの企業によって運営されている町と、単なる小売店は、およそ類似性を持たない場であるとしている。

この両立場の対立の背景には、「機能的等価性」の理解の違いがある。会社町とのアナロジーが成立しないとするブラック裁判官のいう「機能的等価性」は、自治体が負うような「公的機能 (public function)」を果たしている場合に認められる。「公的機能」の理解について、ブラック裁判官と同じく、Logan Valley 判決の判示に批判的なシャウアー (Frederick Schauer) は、「政府類似の機能 (governmental function)」を指すとして、ショッピングセンターはこのような機能を問わず、それゆえに Marsh 判決とのアナロジーは成立しないとして批判する。シャウアーは「政府類似の機能」の判断において、問いを三つ立てる。すなわち、①全体的所有権 (totality of ownership) の存在ゆえに、国家の全体性と類似性を持つのか、②ショッピングセンターは、その提供が国家の役割であるような「出合いの場」であるのか、③コミュニティ全体のコミュニケーションを支配するような影響力を有しているのか、である。そのうえで、いずれの問いも「否」とする。その理由として、まず、①ショッピングセンターはコミュニティ全体を支配していたとはいえないため、全体的所有権は存在しない。次に、②現代のショッピングセンターは、それがどれほど公的な出合いの場であるとしても、内在的にも、伝統的にも、政府の役割を果たしているとはいえない。仮にショッピングセンターも政府の役割の一部を成すとすれば、「公的機能」という概念はあまりにも広すぎるものとなる。さらに、③ショッピングセンターの所有者は、コミュニティの新聞やラジオ、テレビなど他のコミュニケーション手段を支配していないのである。⁽²²⁾

これに対して、マーシャル裁判官のいう「機能的等価性」は、「政府類似の機能」を要求するものではなく、人々の自由な往来への開放性を指す。マーシャル裁判官は、同じくショッピングセンターにおける集会が問題となった Lloyd 判決の反対意見の傍論⁽²³⁾で、現代のショッピングセンターは、コミュニティの住民に開かれ、彼らを集める社会的機能を持つことを示唆している。ショッピングセンターでは、医者、歯科医、弁護士、銀行、旅行代理店、さらには小売店といった業種がテナントとして入り、住民が様々な目的で自由にアクセスをすることができる場である。公

衆と意思疎通することは本来自由なはずであり、そうであれば、ショッピングセンターに訪れる人々に対してアピールをすることも自由なはずである。⁽²⁴⁾ この意味で、コミュニティのすべてのコミュニケーション手段を管理する会社と、ショッピングセンターは機能的に等しいのである。

2 マーシャル裁判官の意図

これまでの記述で、他者の管理する場で修正一条の主張が認められるかという問いについて、「機能的等価性」の理解が異なることまでは確認できた。それでは、いずれの「機能的等価性」の理解が説得的だろうか。たしかに、マーシャル裁判官の理解は、ブラック裁判官や、同じくLogan Valley判決を否定的に捉えるシャウアーのような論者からは、広すぎるものである。ブラック裁判官の立場は、修正一条を行使する目的で他者の空間を使用することは原則として認められず、例外的な事例にのみ許容されることを前提としているが、マーシャル裁判官の理解は、この原則と例外を逆転させてしまう印象を抱かせる。そのような広い解釈を採用してまで、なぜ、マーシャル裁判官は自らが説くところの「機能的等価性」理解にこだわり続けたのか。

マーシャル裁判官は、ショッピングセンターにおける表現活動が問題となった他の判決の反対意見で、Logan Valley判決は、表現の自由の空転化を防ぐことを意図したものであったことを明らかにしている。ここで問題となっている他の判決とは、先述のLloyd判決を指すが、同判決の法廷意見は、Logan Valley判決と同じくショッピングセンターでの表現活動が問題となったにもかかわらず、両者の事案を区別してLogan Valley判決の射程が及ばないものとし、修正一条の保障を認めていない。Lloyd判決の法廷意見を執筆したパウエル裁判官は、表現の内容がショッピングセンターの事業に関連する限りで、所有者の意思に反する修正一条の行使を認めたのである。⁽²⁵⁾ Logan Valley判決はショッピングセンター内のスーパーマーケットに対する労働争議であったが、Lloyd判決で問題となったのは、

ショッピングセンターとはなんら関わりのない反戦活動であった。したがって、ショッピングセンターという場と関連性を欠く反戦ビラの配布は、認められないと結論づけた。⁽²⁶⁾

このように説示した *Lloyd* 判決の法廷意見に対して、マーシャル裁判官の反対意見は、*Logan Valley* 判決との事案の差別化を図った点を批判し、*Logan Valley* 判決のように「機能的等価性」メルクマールを徹底する必要と、同判決の本来持つはずであった射程を述べている。

都市において、政府機関によりかつて担われていた機能を、私的ビジネスがますます担うようになるとしても、驚くにはあたらないだろう。……政府が私的事業に頼るにつれて、公共財産は私的財産が優勢となるかのように減少していく。そうすれば、市民が他者とコミュニケーションをとる手段を見出すのがますます困難となる。*Mason* 判決に依拠し、「財産の所有者が、自らの利益のために、公衆一般の使用に供するために当該財産を開けば開くほど、当該財産はそれを使用する者の法律上および憲法上の諸権利によつて制約される。」との判示を維持しない限りは、富める市民のみが効果的なコミュニケーション手段を有することとなる。もし効果的なコミュニケーション手段が存在しなければ、表現の自由は単なる陳腐なスローガン (*sloganeering*) となってしまう。私は、修正一条が現実のものとなる必要があると信じている。⁽²⁸⁾

以上に引用したように、マーシャル裁判官は、「機能的等価性」メルクマールを貫徹させなければ、表現の自由を行わせることのできる場の獲得がますます困難となり、修正一条は空転してしまうことを危惧していたのである。

3 小 括

ここまでの記述で、「機能的等価性」の理解が法廷意見と反対意見では異なっていたこと、そしてマーシャル裁判

官は、人々の往来あるところに修正一条の適用を認める、極めて広い理解を採用していたことが確認できた。このような拡張的な解釈は強い批判を受けたが、マーシャル裁判官によれば、表現の自由を行使する手段、すなわち「場」が存在せず、修正一条が空転する未来を危惧してのことであった。

なお、機能的等価性を前提としたとしても、*Loyd* 判決が説示したように、表現の場と内容との関連性を求めるべきか、という問題は依然として残る。しかし、本稿ではこの問題に立ち入らずに、さしあたり、マーシャル裁判官の説く「機能的等価性」メルクマールの必要性と、それによる修正一条適用の拡張を以下では論じていく。

この目的のためには、いくつかの前提を置く必要がある。なぜならば、マーシャル裁判官の主張を前提としたとしても、ショッピングセンターでの修正一条の行使を認めずとも、修正一条が空転化するとまではいえないのではないかと、という指摘が考えられるためである。すなわち、修正一条上の目的のために用いることができる他の手段——たとえば公道や広場、そしてメディアなど——がまだ存在しているのならば、修正一条が「陳腐なスローガン」に成り下がるとは言い難いのではないかと、という指摘である。

こうした指摘には一定の説得力があるものの、他者の空間を用いる自由も、修正一条の一応の保障範囲内として検討する余地がある。従来、他者の空間を用いる自由は、修正一条の保障外とされてきた。先に述べたシャウアーも、*Logan Valley* 判決を批判する文脈で、修正一条の保障が及ばないものと断じている。彼によれば、修正一条は、「自らの望む時に、望む場所で言論を行う権利や、他者に自らの見解を聴くように強いたり、他人の財産の使用によって彼らに支援させるよう強いる権利を保護するものではない」⁽²⁹⁾。表現のために他者の財産を使用させることまでを求める権利は存在しないとのシャウアーの理解は、判例上も確立したものと理解されてきた。⁽³⁰⁾ しかしながら、空間の所有者が、修正一条のための場ではないと決定する条件づけがある場では、修正一条が及ばないという前提に立てば、自由が著しく縮減するという帰結がもたらされることも、指摘されている。ただし、この指摘を理解するためには、空

間論という、他の学問領域と憲法論を架橋する作業が必要である。そこで以下では、Logan Valley 判決のマーシャル裁判官の見解が、ショッピングセンターにおいても修正一条の適用が及ぶと判示したことの含意を明らかにするため、空間論的視座から修正一条の拡張を提唱する見解を検討する。

三 集会の「場」の復権——空間論からの指摘

ショッピングセンターのような場所でさえも、修正一条の適用を受ける場であることを前提としなければ、修正一条の空転化を招くという主張は、先に指摘したように、直ちに受け入れられる主張ではない。しかし、現在、空間論という学問的領域に影響を受けた修正一条の論者によって、この危険性が強く主張されつつある。

その代表的論者は、ジック (Timothy Zick) である。ジックは、これまで修正一条論の生じる舞台・背景へと退いてきた「空間」に注目を集めることによって、従前の修正一条論の限界の指摘をし、その拡張可能性を説く。³¹⁾

(一) 空間依存的な修正一条論

1 表現の自由と空間の連関

「場」が重要であるとのジックの認識は、修正一条の「ゾーニング」ともいうべき現象と、それがもたらす修正一条への脅威から生じている。彼のいうゾーニングとは、たとえば「フリースピーチゾーン」または「スピーチフリーゾーン (表現活動が許されない場所)」の設置に代表されるように、政府によって修正一条の目的のために用いることができる場所と、そうでない場所を区分けすることである。近年、こうしたゾーニングの手法に代表される空間的戦略 (Spatial Tactics) が、表現の自由規制の主要な戦略となっている。³²⁾

このような空間の規制は、表現を全面的に禁止する効果をもたらすわけではない。表現内容の禁止を伴わない点で、強い警戒の対象となつてはいえない。しかし、こうした議論は、表現の自由に空間が与える影響力を見落としている可能性がある、とジックは指摘する。彼の空間論的示唆に裏付けられた従来の修正一条論に対する批判は、豊富な業績から明らかになる通り、実に多くのことを指摘している。しかし、ここでは、空間が表現の自由によつてどのように影響を与えるのかという点について述べる。

ジックは、表現の自由において、なによりも「空間」ないし「場」がもつとも重要であるという。なぜならば、「場」があらゆる表現の基礎をなすためである。⁽³³⁾我々の行動は、すべて「場」の存在を必要とし、このことは、表現の自由にも妥当する。そうであるとすれば、表現の自由の十全な保障のためには、十分かつ適切な場が存在しなければならぬ。⁽³⁴⁾社会学者たちは、憲法学に先んじて、空間の性質が、社会相互関係を条件づけることについて指摘していたが、⁽³⁵⁾十分かつ適切な場が存在しなければならないという言明は、表現の自由に対する空間的規制が主な規制戦略となりつつある現在、重要な意味を持つ。

空間は我々の行動を条件づけるが、ジックによれば、空間は、所与 (given) として捉えられるのではなく、生産 (made) されるのである。⁽³⁶⁾この点で、誰が空間をデザインし、そのデザインによつて、⁽³⁷⁾誰が、いかなる時にどのような目的で負担を負わされるのか、といったことが問題となるという。たとえば、修正一条の空間的規制によつて負担を負わされるのは、表現の自由を行使しようとする個人である。社会的空間は、素材 (raw material) としての空間への社会的な作用を通じて、生産をされるが、⁽³⁸⁾こうした空間の生産は、多くの場合、権限を持つ極めて少数の主体によつて行われるのである。⁽³⁹⁾

2 「ユーザー」の空間の縮減

ここで述べたジツクの空間の捉え方は、多くの社会学者、人類学者、地理学者たちの知見に深く影響を受けているが、ジツクの指摘するような性質を持つ「空間」は、どのような問題をもたらすのか。ここでは、参照として、ルフェーブル (Henri Lefebvre) の議論をみておく。⁴⁰⁾ ルフェーブルは、フランスの社会学者であり、空間の哲学を構築することで、空間に着目する学問的潮流である、空間論的転回の出発点となった人物である。彼の見解は、ジツクのみならず、修正一条の論者にも大きな影響を与えている。⁴¹⁾

ルフェーブルは、空間をめぐる学問上の二項対立を批判し、この二項対立によって失われつつある「ユーザー」の空間を復権することを志向する。従来、「空間とは客観的なものか主観的なものか」という問いのもとで、それぞれ客観主義と主観主義によって空間の捉え方が対立してきた。⁴²⁾ この二分論のもとでは、一方の極には、客観的なものとして扱われる空間が存在する（「知覚される空間」）。この空間は、言い換えれば、自然的ないしは所与の空間である。

そしてもう一方の極には、主観的なもの、心的なものとして扱われる空間が存在する（「思考される空間」⁴³⁾）。この空間は、思考によって設計された空間である。前者の客観主義的空間論は、ときに空間によってあらゆる事象が決定づけられるという、空間決定論的色彩を帯びるが、後者の主観主義的空間論は、社会意思や社会意識を空間から解放するべく説かれてきた。⁴⁴⁾ もっとも、この対立は抽象的かつ理論的な膠着状態にとどまらず、現実的な問題をもたらす。二元論的還元主義によって影響を受けるのは、その空間を生きる、ユーザーの空間であるという（「生きられる空間」⁴⁵⁾）。

ルフェーブルの見解を敷衍しておこう。空間とは、それを用いる行為者が立ち現れて空間を領有しようとする以前にすでに設けられているものである。⁴⁶⁾ このことは、空間の先在性と言い換えられる。従来の議論では、空間を、客観的かつ所与の空間として語るべきか、主観的かつ人為的に設計された空間として語るべきか、という二項的な視点で争われていた。しかし、ルフェーブルは、いずれの立場も、その空間を実際に使う人々の視点を軽んじてきたと批判

するのである。空間は、自然的であれ、人為的であれ、行為者が現れる前に存在し、主体の存在を条件づけ、主体の行動と言説を条件づけ、権限と能力を条件づける。⁽⁴⁷⁾つまり、空間を所与のものとすることも、人為的で誰かに設計されたものとして説明することも、それを用いる人々の行動を制約してしまう。ルフェーブルは、従来の空間論では、ユーザーの視点が置き去りにされ、それによってユーザーの自由が縮減されてきたと批判するのである。

3 パブリック・フォーラム論の限界

ルフェーブルが批判したユーザーの自由の縮減は、修正一条の縮減とも呼応している。ジックは、パブリック・フォーラム論を参照事例とし、ユーザーの自由の縮減との関係で、同法理のもつ限界を説く。

現代パブリック・フォーラム論のもとでは、通常、修正一条との関係で問題となる場合は三つのカテゴリーに分割される。それは、伝統的パブリック・フォーラム (traditional public forum)、指定的パブリック・フォーラム (designated public forum)、非パブリック・フォーラム (non-public forum) である。伝統的パブリック・フォーラムは、表現目的で用いられてきた歴史ないし伝統が存在する場である。指定的パブリック・フォーラムは、政府が何等かの表現目的のために開いた場を指す。この二つは、「フォーラム」というカテゴリーに該当するが、それ以外は非パブリック・フォーラムと分類される。

しかしながら、かかるパブリック・フォーラム論には限界があるという。パブリック・フォーラム論のもとでは、私的主体が管理する場については議論の俎上にすら載らないという、これまで指摘されてきた限界をさておいても、⁽⁴⁸⁾「伝統」および「指定」を前提とする同法理の思考様式は、修正一条という憲法上の権利に多くの問題をもたらすという。⁽⁴⁹⁾それは、修正一条が保障されるためには、「伝統」ないし「指定」が必要とされる点にある。

「フォーラム」であると認定できない場合に、表現活動が容易に規制されやすくなることを示す一つの例は、

ISKCON v. Lee判決⁽⁵⁰⁾である。本件では、空港における募金活動が問題となっているが、法廷意見は、現代パブリック・フォーラム論の三分類に従い、伝統的パブリック・フォーラムにも、指定的パブリック・フォーラムにも該当しない、非パブリック・フォーラムであるとしている。まず、空港は、極めて最近現れ始めた場であり、公道のように、記憶にないほど昔から信託されたものではないため、伝統的パブリック・フォーラムには該当しない⁽⁵¹⁾。また、空港は、商業目的および輸送目的のために運営されているのであって、表現活動の目的のために設けられたわけではないことも明らかであるため、指定的パブリック・フォーラムともいえない⁽⁵²⁾。

たしかに、パブリック・フォーラム論は、修正一条の自由に対する場の重要性を考慮した議論であることは間違いない。実際に、パブリック・フォーラム論の嚆矢であるHague判決⁽⁵³⁾も、公道の管理者とされる政府の管理権の主張を狭めるために主張されたものである。しかし、近年のパブリック・フォーラム論は、もはや表現の自由の主張を斥けるために用いられている⁽⁵⁴⁾。そして、ジックの空間論からすれば、このことは単なる問題認識を超え、修正一条の諸権利を、空間の条件づけに容易に依存させる思考様式となっているのである。

(二) 空間に先立つ修正一条論へ

1 「ユーザー」の自由の復権

ジックの空間論を再度整理しておこう。ジックは、一方で、空間によって、我々の行動は決定づけられ、他方で、その空間は設計者によってデザインされ、ときに表現の自由の縮減を招いてきた、とする。そして、判例法理として定着し、学説からも広く参照されてきたパブリック・フォーラム論は、こうした条件づけに対して、自由の拡張をもたらさないことが指摘されていた。こうしたジックの主張は、批判理論としては成立し得るが、いかなる修正一条の拡張をもたらすのだろうか。

ジックが参照するルフェーブルが、ユーザーの空間の縮減に対する解決法として提示するのは、ユーザー視点での空間の捉え方を導入することによる三項化と、そのような空間の優位性を主張することである。まず、ルフェーブルはユーザーたちの空間を、物的な空間からも、心的な空間からも、一度切り離す（他者化）ことによって、二元論に還元されない空間の確保をもたらそうとした。⁽⁵⁵⁾ こうしてもたらされた三項化のうち、ルフェーブルは、ユーザーの空間（「生きられる空間」）に優位性を認めたのである。⁽⁵⁶⁾ もっとも、ルフェーブルの空間論は、「三つの空間性——知覚される、思考される、生きられる——のすべてから構成されており、そもそもどれかひとつの空間性がアプリオリに優先されることはない」とされている。⁽⁵⁷⁾ では、ユーザーの空間（「生きられる空間」）の優位性とは具体的に何を指すのだろうか。

ルフェーブルの空間論を踏まえたジックは、パブリック・フォーラム論を引き合いに出して、空間の条件づけに修正一条が依存してしまうことに警鐘を鳴らしていた。これを時系列的に説明すれば次のようになる。まず、主体が存在する以前に、空間がある。そして、その空間を、設計およびデザインによって、目的に応じて区分する設計者がいる。それは、国家であることもあれば、私人である所有者のこともある。個人は、他者が付与した空間の条件づけによって、「修正一条のための場」と認められる範囲で修正一条を行使できることとなる。⁽⁵⁸⁾ しかし、これを貫徹すれば、空間の条件づけ次第で、極限にまで個人の自由が縮減してしまう。これを防ぐためには、空間を修正一条の目的で使用する自由が先立つと説明する必要がある。これが、ユーザーの空間に優位性を認めることの含意であろう。

2 「フォーラム」分析から「場」へ

ジックは、この優位性を、「場への権利 (a right to place)」という概念で表している。修正一条論は、他者の空間での言論活動が認められるかが問題となる際に、問題となる場が「フォーラム」であるか、という問いから出発してき

た。しかし、「フォーラム」であるかという問い自体が、修正一条を、外的な空間整備によってもたらされた条件づけに依存させることを意味する。なぜならば、「フォーラム」とは、単に政府が表現活動を認める財産の「類型」であり、「フォーラム」とは、諸財産を分類するために用いられる、抽象的でカテゴリーカルな概念⁽⁵⁹⁾であるため、原則として国家による「指定（決定）」に依存した概念であるからである。このような「フォーラム」概念の使用は、国家が、言論のための場をまさに閉じたり、言論目的での場の使用を禁止する戦略のもとでは、修正一条の保障を著しく減じてしまう。

つまり、ジックは、フォーラム分析に代わる解決策として、財産の指定による空間の分割に依存しない、「場への権利」を提唱しているのである。ここでいう場とは、「フォーラム」よりも広い含意を持ち、個人が修正一条を行使するために選ぶ場一般を指す。

3 「場への権利」は別途必要か？

ジックは、「場への権利」を一つの独立した権利として提唱しているが、関連して、「公共空間への権利 (a right to public space)」を独立して認めようとする動きがある（「公共空間への権利」アプローチ）。このアプローチは、修正一条をはじめとした諸権利の縮減を認識し、ルフューブルの空間論・都市論に影響されて新たな人権概念の導入を説くものである⁽⁶⁰⁾。問題は、実定法の規定を離れ、このような新たな人権概念を導入することが必要かどうか、である。

むしろ、公共空間はあらゆる自由の前提条件と評価でき、これを新たな「人権」とする「権利の語法」を用いることで、強い規範的な内実を持たせることができる⁽⁶¹⁾。しかしながら、「公共空間への権利」は、一種の「スローガン」として唱えられてきたことも否定できない。とりわけ、「空間への権利」は、法制化される場合はともかくとして、いかにして法解釈論を展開するかという問題を残す⁽⁶²⁾。

このような意識から、メックリ (Daniel Meckli) は、直截に、「公共空間への権利が存在するか」という問いを立てたうえで、公共空間への権利という、それ自体独立した権利を新たに措定する必要はないという⁽⁶³⁾。彼は、「公共空間への権利」を、「公共空間へアクセスする権利 (a right of access to public space)」「公共空間の存続を求める権利 (a right to existence of public space)」に分けたうえで⁽⁶⁴⁾、前者の「公共空間へアクセスする権利」として理解する場合には、民営化がインフラストラクチャーへのアクセスを奪っていることを前提としても、少なくとも新たな権利を創出する必要性は生じないという⁽⁶⁵⁾。なぜならば、憲法上の権利の解釈について、公共空間へのアクセスを含めて解釈されている場合には、問題となる個別の権利の解釈論に解消されるためである⁽⁶⁶⁾。

以上のように考えれば、仮に表現のための場が縮減しているとしても、公共空間へのアクセスを含めたうえで、修正一条を解釈することが妥当である。そこで、以下では、メックリが説くように、修正一条の規範的内実には、場を用いる権利を包含するかたちで、修正一条の拡張を図ろうとする見解を参照する。

四 憲法論による空間論の受容

(一) 修正一条の拡張

1 先立つ権利としての修正一条

修正一条のうちとりわけ、集まる「空間」を必要とする集会の自由を取り上げながら、修正一条の前提条件として保護しようとするのが、バトラー (Judith Butler) である。

バトラーは、集会のための場を、インフラストラクチャーとして位置づける⁽⁶⁷⁾。集会には、それが生じる場が必要で

あり、集会の「自由が行使されるのは、自由への支援——それは時に、その行使を可能かつ強力にする物質的条件としても理解される——が存在する場合のみである」⁽⁶⁸⁾。反対に、集会の場が極小化される場合には、集会の自由が行使されない。この意味で、「インフラ的財 (infrastructural goods) をある程度まで前提とすることなくインフラ的財のために競争することはできないのである」⁽⁶⁹⁾。したがって、もし「政治にとってインフラストラクチャー的条件そのものが破壊されるときには、その条件に依拠した集会も破壊されるのである」⁽⁷⁰⁾。

たしかに、バトラーは、「公共空間としてのある空間への権利」を別途創出しているようにもみえる。しかし、むしろ、バトラーが集会の自由を拡張することを企図していると解することが可能である。

バトラーの集会の拡張は、人々がただ「集まる」ということ、集会の参加者が空間を占拠することを、集会を行う空間という物質的諸条件による支持に先立つものと語るることによって行われる。集会の自由が、政府によって集会が保護される場合のみに遂行できるとすれば、同時に、そのような保護を撤回する場合には、集会の自由の保護を期待できないのである。これは、民営化によって国家が空間を私人に委ねる場合にも妥当するという。このような集会の破壊に対抗するために、バトラーは、「集会の自由は集会の権利を与え保護するあらゆる形式の政府に先立ち、それを超えている」⁽⁷¹⁾と説くのである。すなわち、「動くあるいはじっとしている力、話す力、行動する力は、ある特定の政府が与えるもしくは保護すると決めるとどんな権利にも先立ち、その権利を超えた集会に属している」⁽⁷²⁾のである。

2 積極的自由の拡張

空間を中心に据えるジックの修正一条論に影響され、積極的自由 (positive/affirmative right) としての修正一条への転換を図るのは、アモリ (Marvin Ammon) である。従来の議論は、国家に不作為を要求していた消極的自由モデルに属していた。しかし、空間が存在しなければ修正一条を行使することは不可能であることから、およそあらゆる空

間へのアクセス付与を求める、積極的自由としての修正一条論を説く。⁽⁷⁴⁾

もつとも、アモリの主張は、様々な場を表現活動のために開く法律を憲法上許容するものであることに留意する必要がある。つまり、これまで支配的であった消極的自由モデルでは、立法院による法規制は表現市場の「歪曲 (distortion)」とされるが、積極的自由モデルでは、場へのアクセスを付与することは表現活動の「促進 (enhancement)」として憲法上禁止されるべきではないと主張することを意図しているのである。そして、このアクセス付与の権限は、原則として立法院が担うことを前提としている。なぜならば、伝統的なパブリック・フォーラムに加え、その他の空間を追加的に表現活動のために開くという判断は、法的判断であると同時に政治的判断であるために、司法による審査という例外的手段ではなく、規範定立者としての立法院に委ねることが民主的正統性に適うためである。⁽⁷⁵⁾ そのため、原則として、立法院による裁量を広く認め、法律の制定を前提としているのである。⁽⁷⁶⁾ 加えて、立法院は、司法院と異なり、強健な民主的議論のためにいかなる場が必要か、そして問題となる場の管理者の財産権やプライバシー権との関係との利害調整を行う適性を有しているという。⁽⁷⁷⁾

3 積極的義務の導出

他者の管理する場にアクセスする自由が修正一条により保障されることを前提としつつも、同時に修正一条の行使に対する私的アクターによる制約から保護する国家の積極的義務 (positive / affirmative obligation) という側面からも考察を試みるアプローチが提唱されている。こうしたアプローチを採用するクロトシンスキー (Ronald J. Krotoszynski, Jr.) もまた、空間に着目したジックの見解から大きな影響を受け、集会の場の縮減に憲法論として取り組もうとしている。アモリの積極的自由論は、原則として、問題となる場へのアクセスを付与するという立法院の判断とそれに伴う裁量が強調されていた。しかし、クロトシンスキーは、集会の自由の行使を支持するような法律が制定されてい

かったLogan Valley判決を引用しながら、積極的義務の必要性を説くのである。

もつとも、クロトシンスキー自身も、一般的な前提として、「たいていの場合、連邦裁判所は政府に対して憲法上保護される諸権利を市民が行使するよう促進する積極的義務は負わない⁽⁷⁸⁾」と述べる。しかし、私的アクターが「政治的な思想市場へのアクセスを制限し、もしくは禁止するような難所(choking point)をコントロールしており、国家による不作為によってそれらの主体に対して修正一条がなんら主張されない」こととなり、「民主的討議が傷つく」とすれば、諸々の私的権利に対して「修正一条上の地役権(First Amendment easement)」を付与する国家の積極的義務が課されなければならない、と主張するのである。⁽⁷⁹⁾

(二) 若干の検討——「機能的等価性」メルクマールの可能性

1 憲法論のアプローチの評価

(1) ショッピングセンターへの当てはめ

従来の修正一条論では、パブリック・フォーラムと認定されない場合、または会社町のようにコミュニティで独占的地位を占める場合を除き、他者の空間での修正一条の行使が容易に規制される点が問題とされてきた。これに対して、先の三つのアプローチは、パブリック・フォーラム外の場合における表現活動を認めることを狙いとしている。

それぞれのアプローチは、いずれも、ショッピングセンターで修正一条が適用されることを前提としている。彼らの見解を、ショッピングセンターの事例に当てはめてみよう。まず、パトラーによれば、ショッピングセンターにおける集会も、先立つ自由として、認められなければならない。集会の自由とは、その場の管理者——この場合、ショッピングセンターの所有者——の同意に依拠するものであってはならないのである。アモリも、そしてもちろんクロトシンスキーも、ショッピングセンターという場に修正一条を拡張する点に異論はない。⁽⁸⁰⁾ 実際には、法律

によってシヨッピングセンターへ表現を行う個人のアクセスを認めることで、所有者の財産権に一定の制約をかけ、使用者の自由を拡張することも憲法上許されるものと述べるのである。

(2) 課題

論点として挙げられるのは、法律が存在しなければ、所有者の財産権への制約を理由づけることができないのか、という点である。この点につき、アモリは、規範定位者としての立法院の判断に委ねることを主張している。このことは、アモリが、Logan Valley 判決⁽⁸⁷⁾ではなく、国連決議に反対する署名を集めていた学生たちがカリフォルニア州のシヨッピングセンターから退去させられたことが修正一条との関係で問題となった、Pruneyard 判決⁽⁸⁸⁾を主に引用していることから明らかである。当該事案は、カリフォルニア州は、シヨッピングセンターを含めた場を法律によって追加的に開いたと解釈し、これを憲法上禁止されるものではないと説いている。これに対して、アモリの説く、法律の必要性に異議を唱えているのが、クロトシンスキーであろう。彼は、シヨッピングセンターでの集会を認めるような法律が規定されていなかった Logan Valley 判決を擁護しているのである。

クロトシンスキーの主張は、法律が存在しない場合にも、国家の積極的義務から修正一条の保障を認めようとする点で意義がある。しかし、その理由づけには、さらなる検討が必要とされている。実際に、シヨッピングセンターでの表現が問題となった欧州人権裁判所の判決では、表現目的でのシヨッピングセンターの使用を禁止したとしても、メディアなど他の手段の使用は禁止されていないため、積極的義務までは成立しないと、その成立の主張を斥けている⁽⁸⁹⁾。

加えて、修正一条の主張の限界も問題となる。この点、Pruneyard 判決では、シヨッピングセンターから学生たちを排除することが、財産の経済的価値および用途にとって本質的であることを立証していないとして、財産権の侵害を認めていない⁽⁹⁰⁾。もっとも、表現の保護のために行われる財産権制約の限界づけを行うためには、いかなる場合には、

財産の経済的価値や用途にとって本質的と言えるかを探る必要がある。

2 「機能的等価性」メルクマールとの連関

以上のアプローチとマーシャル裁判官の「機能的等価性」メルクマールとの連関から、今後の考察の糸口として、同メルクマールの可能性を指摘する。

空間論と憲法論を架橋しようとする論者たちは、表現の場も修正一条の内実として保障されることを前提にしていた。この点について、「機能的等価性」メルクマールは、自由な往来あるところに、自由なコミュニケーションを認める点で、空間のなかの「ユーザー」の自由を復権させるものであると評価をすることができる。人々が自由にアクセスできる場所は、ジックや、彼が参照したルフェーブルが述べるように、本来、「ユーザー」に開かれた空間である。⁽⁸⁵⁾ このような空間には、公共空間ないし準公共空間という名称を与えることもできるが、これはまさに、「ユーザー」の自由のための空間である。そのような場合は、原則として、交通の用途にも用いることができるし、集会およびイベントを行っても良い。こうした集会やイベントに参加するかの判断は、各人が自由に決定する性質のものである。⁽⁸⁶⁾ その意味で、「出合いの場」である開かれた場で行われる交流は、各人の自由の行使の帰結である。⁽⁸⁷⁾

もっとも、先に述べたように、検討すべき課題も存在する。この課題の解決は、今後、「機能的等価性」メルクマールを中心に行っていく必要がある。⁽⁸⁸⁾

五 むすびにかえて

本稿では Logan Valley 判決で示された「機能的等価性」メルクマールの重要性を、空間という視座から修正一条

の拡張を行う論者たちの議論から確認した。

ところで近年、表現の場の保障という課題に判例上取り組んでいるのは、ドイツである。⁽⁸⁹⁾ ドイツ連邦憲法裁判所は、「公のフォーラム」という法的形象に依拠して、集会の場の拡張を試みており、「機能的等価性」メルクマールと同じく、人々の自由な往来を基準としていることが明らかとなっている。⁽⁹⁰⁾ むろん、本稿で指摘するように、私人の財産権との衝突という問題もドイツでは認識されており、従来よりも強い財産権の制約を認めることとなる。これを根拠づけるために、ドイツでは「財産権の社会的拘束」という概念から説明されているが、このような議論は、シヨッピングセンターの事案でも問題となった排除権の相対化のためにアメリカの論者によって参照され始めている。⁽⁹¹⁾ こうした現状に照らせば、本稿で示した問題意識を、より包括的なかたちで展開しているドイツの判例・学説を検討する意義は少なくない。

しかし、「機能的等価性」メルクマールの擁護のためには、さらなる理論研究が必要である。本稿で先に指摘したように、場の機能に着目した Logan Valley 判決と、場と表現内容の結びつきを求めた Lord 判決とが対置されるが、ドイツでも「公のフォーラム」に依拠した判例とは別に、小売業の被雇用者による労働争議としてのフラッシュモブを認めた判決がある。⁽⁹²⁾ このような事案からは、表現内容と場の関連性を前提とすることで、——全ての審級において争議権が認められていることから明らかかなように——比較的容易に、集会の場を私有地へと拡張することができることが明らかとなる。しかし、この関連性を離れ、機能的に等価な場一般へと集会の自由を拡張する場合には、より根本的な問題に突き当たる。パブリック・フォーラム論の拡張か、私人間効力論か、という一見すると技術的な問題を含め、アメリカの議論がドイツにおいてどのように受容され、再生されているのかを検討することは、今後の筆者の課題である。

- (1) 公道については、一例として、新潟県公安条例事件判決(最判昭和二十九年一月二四日刑集八卷一―一八六六頁)、公民館については、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三三六八七頁)参照。
- (2) 我が国においても、伝統的なパブリック・フォーラムとされた場以外で表現活動が問題となった事案が複数存在する。たとえば、吉祥寺駅構内ビラ配布事件判決(最判昭和五九年一月一八日刑集三八卷一―二二三〇―二六頁)の伊藤正己裁判官補足意見は、伊藤正己裁判官補足意見は、私的な所有権、管理権に服する場所といえども、一般公衆が自由に出入りすることのできる場所については、「パブリック・フォーラムたる性質を帯有」することがあるとしたが、本件で問題となった駅構内は、パブリック・フォーラムとしての特徴を強くは帯びない場として捉えている。このほか、近時、駅における表現活動が威力業務妨害罪の容疑で逮捕された事案などが挙げられよう(参照 <http://www.aitema.co.jp/10358> (最終閲覧日:二〇二〇年五月一三日))。
- (3) *Amalgamated Food Employees Union Local 590 et al. v. Logan Valley Plaza, Inc., et al.*, 391 U. S. 308 (1968).
- (4) 郊外化 (suburbanization) に伴い、都市の機能が中心部から郊外に移り、社会的機能がショッピングセンターに集中した(若林幹夫編『モータリゼーションと都市と社会』(N.T.T出版、二〇一三年); WILLIAM SEVERINI KOWINSKI, 'THE MALLING OF AMERICA' (2nd ed. 2002))。これに伴い、多くのコミュニティの住民がショッピングセンターに集まるようになると、こうした場を修正一条の目的で使用する事案も多発するようになる。ショッピングセンターと集会の関係について触れる文献は多いが、一例として、ANTHONY MANISCALCO, PUBLIC SPACES, MARKETPLACES, AND THE CONSTITUTION: SHOPPING MALLS AND FIRST AMENDMENT (2015)、谷口功一『ショッピングモールの法哲学——市場、共同体、そして徳』(白水社、二〇一五年) 三二―三五頁。
- (5) アメリカでは、表現の自由の場を自ら調達することの困難さが、著しい修正一条上の不平等をもたらしているとの認識が開始されている。このような認識を共有する議論は、「修正一条平等論 (First Amendment egalitarianism)」と呼ばれている (Jeremy Kessler & David E. Pozen, *The Search for an Egalitarian First Amendment*, 118 COLUM. L. REV. 1953 (2018) 参照)。
 平等主義的な修正一条を展開しようとするこれら「修正一条平等論」の論者たちが、二〇一八年にロロンビア大学において「A First Amendment for All? Free Expression in an Age of Inequality」と題するシンポジウムを開催している。彼らの議論の現状をまとめておけば、以下のようになる。修正一条論の中核を構成してきた、国家と私人を厳格に分ける公私二分論と、かかる区別に基づき、内容さらには観点に基づく規制に対する厳格審査は、修正一条を拡張してきたと評価されるが、他方で表現の自由を不平等なかたちで縮減してきた。表現の場が不平等に分配されている現代社会では、表現内容を保護すれば

修正一条の核心が保障されるという前提をもちや維持することはできず、表現の場を用いる自由を拡張させなければならぬ。

- (6) *Logan Valley*, 391 U. S. at 310-311.
- (7) *Id.* at 311.
- (8) *Id.* at 312.
- (9) 「会社町」という訳語については、松井茂記『アメリカ憲法入門「第八版」』（有斐閣、二〇一八年）二二七頁、木下智史『人権総論の再検討——私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社、二〇〇七年）九九頁を参照した。
- (10) *Marsh v. Alabama*, 326 U. S. 501 (1946).
- (11) *Amalgamated Food Employees Union Local 590 et al. v. Logan Valley Plaza, Inc., et al.*, 391 U. S. 308, 318 (1968).
- (12) *Marsh*, 326 U. S. at 503.
- (13) *Marsh*, 326 U. S. at 503-504.
- (14) *Marsh*, 326 U. S. at 506.
- (15) *Marsh*, 326 U. S. at 506.
- (16) *Logan Valley*, 391 U. S. at 317-318.
- (17) *Id.* at 318.
- (18) *Id.* at 319.
- (19) *Id.* at 330-331 (Black, J., dissenting).
- (20) *Id.* at 338 (White, J., dissenting).
- (21) *Id.* at 339 (White, J., dissenting).
- (22) *Frederick F. Schauer, Hudgens v. NLRB and the Problem of State Action in First Amendment Adjudication*, 61 MINN. L. REV. 433, 454 (1977).
- (23) *Lloyd Corp., Ltd. v. Tanner et al.*, 407 U. S. 551 (1972).
- (24) *Id.* at 580 (Marshall, J., dissenting).
- (25) *Id.* at 562.

- (26) *Id.* at 564-566.
- (27) Lloyd判決が Logan Valley 判決を実質的に覆したのかについては争いがある。先例を覆したとまでは言えないとこじつ。同判決の判決に再考を促すものと捉える論稿として、John R. Jr. Dwyer, *First Amendment Rights vs. Private Property Rights - The Death of the Functional Equivalent*, 27 U. MIAMI L. REV. 219, 224 (1972).
- (28) *Lloyd*, 407 U. S. at 586 (Mashall, J., dissenting).
- (29) Schauer, *supra* note 21, at 450-451.
- (30) かかる判示を行う判例として、他者の国旗焼却の規制が問題となった Texas v. Johnson 判決 (491 US 397, 412 (1989)) (もともと、本件では、国旗焼却という内容に基づく規制が問題となつていゝとして、他者の財産を用いた表現に ついては傍論にとどめる)、『反論権』を定めたフロリダ州法が問題となった Miami Herald Publishing Co. v. Tornillo 判決 (418 US 241, 257-58 (1974))、やむにシヨビュンズセンターでのピククティンズを修正一条の保障外として Logan Valley 判決を明示的に覆したとされる Hudgens v. NLRB 判決 (424 US 507, 520-21 (1976)) などがある (Louis Michael Seidman, *The Dale Problem: Property and Speech under the Regulatory State*, 75 U. CHI. L. REV. 1541, 1542-1543 (2008) 参照 (○××))。
- (31) シットの理論に關しては、やこもたて、TIMOTHY ZICK, SPEECH OUT OF DOORS: PRESERVING FIRST AMENDMENT LIBERTIES IN PUBLIC PLACES (2008); Timothy Zick, *Property, Place, and Public Discourse*, 21 WASH. U. J. L. & POL'Y 173 (2006); Timothy Zick, *Speech and Spatial Tactics*, 84 TEX. L. REV. 581 (2006); Timothy Zick, *Space, Place, and Speech: The Expressive Topography*, 74 GEO. WASH. L. REV. 439 (2006)。また、シットに關する紹介に「き」高橋義人『『公共空間』の民普化と「×ブリックフォールム」論』琉球大学八五号四一頁以下 (二〇一一年) 参照。
- (32) 一例として、二〇〇四年ボストンにおける民主党全国大会でのケージの設置が挙げられる。Zick, *Speech and Spatial Tactics*, *supra* note 31, at 581-582.
- (33) Zick, *Speech and Spatial Tactics*, *supra* note 31, at 619-620.
- (34) *Id.* at 620.
- (35) *Id.*
- (36) *Id.* at 621.

- (37) *Id.* at 621-622.
- (38) *Id.* at 621.
- (39) *Id.* at 622.
- (40) 以下の記述は、アンリ・ルフェーブル著、斎藤日出治訳「空間の生産」（青土社、二〇〇〇年）（原著：Henri Lefebvre, *La Production de l'espace* (1974)）に依拠している。また、ルフェーブルの「空間の生産」につき、エドワード・W. ソンジャ（加藤政洋訳）、「第三空間——ポストモダンの空間論的転回」（青土社、二〇一七年）（原著：Edward Soja, "Third Space" (1996)）を参照した。
- (41) ルフェーブルを直接に参照する論者として、Anthony Maniscalco（前掲注（4））、Daniel Moeckli（後掲注（63））、Angelika Siehr（後掲注（89））が挙げられる。
- (42) ソジャ・前掲注（40）八〇頁。
- (43) 二項対立につき、ルフェーブル・前掲注（40）三五—九二頁、ソジャ・前掲注（40）一九頁参照。
- (44) ソジャ・前掲注（40）一〇〇頁。
- (45) ルフェーブル・前掲注（40）一〇〇頁。
- (46) ルフェーブル・前掲注（40）一〇六頁。
- (47) 同右。
- (48) なお、判例において近年、私人所有のSNSというプラットフォームを“public square”と称する判決が注目されている（*Packingham v. North Carolina*, 582 U. S. ____ (2017)）。同事案では、ノースカロライナ州法によって、性犯罪者がSNSの使用を禁止されたことが、修正一条違反であるかが争われた。この判示を、パブリック・フォーラム論の拡張として捉える評釈も散見されるが、SNSがコミュニケーションツールであることから修正一条の制約の認定が容易であったとも解することができる。同事案に関する評釈として、*Constitutional Law*, 131 HARV. L. REV. 223, 233-242 (2017)。
- (49) この点に関して、パブリック・フォーラム論を近時批判するものとして、中林暁生「パブリック・フォーラム論の限界？」山元一ほか編『憲法の普遍性と歴史性——辻村みよ子先生古稀記念論集』（日本評論社、二〇一九年）四七三頁以下が挙げられよう。中林は、キャプタン（Aaron H. Caplan）の論文（Aaron H. Caplan, *Invasion of the Public Forum Doctrine*, 46 WILLAMETTE L. REV. 647 (2010)）を参照し、パブリック・フォーラムの拡張が、当初念頭に置いていたものとは異質な

- ものを含んでいる状況に照らし、原点回帰の必要性を説く。ここでキャブランが原点として想定するのは、ナショナル・モールのような、人々が同時に集まることができ、透明性が確保された空間である。しかしながら、彼らが典型的なパブリック・フォーラムとするナショナル・モールでさえも、表現内容中立規制という基準のもと、広範な集会規制が可能であることが指摘されてくる (Timothy Zick, *Property, Place, and Public Discourse*, *supra* note 31, at 183-184)。なお、すでに紙谷は、簡潔だが適切に、パブリック・フォーラム論が言論に対する規制を有効と判定する手段として用いられていると述べていた。当初の表現の自由を拡張しようとするもくろみは皮肉にも真逆の効果をもたらした現象を「パラダイムのパラドックス」と呼び、その原因を、「publicを共同性という場の属性ではなく、所有権の主体を表現すると理解」したこと、さらには「政府所有地の中でも政府が管理者として行動しているときには適用されなくなる」ものとして理解したことに求めている。紙谷雅子「パブリック・フォーラム論の落日」樋口陽一編『現代立憲主義の展開(上) 菅部信喜先生古稀祝賀』(有斐閣、一九九三年) 六六二-六六四頁。
- (50) International Society for Krishna Consciousness, Inc., et al. v. Lee, Superintendent of Port Authority Police, 505 U. S. 672, 716 (1992).
- (51) *Id.* at 680.
- (52) *Id.* at 686.
- (53) 307 U. S. 496 (1939). 同判決について多くの先行研究が存在するが、さしあたり、横大道聡『現代国家における表現の自由——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、二〇一三年) 一三〇頁以下参照。
- (54) パブリック・フォーラム論は、当初、修正一条を保護するために編み出された判例法理だが、近年、問題となる場がパブリック・フォーラムであることが立証できない場合には容易に修正一条の制約をもたらす法理となっているという。同様の指摘を行うものは多いが、一例として、RONALD J. KROTOSZNSKI JR., 'THE DISAPPEARING FIRST AMENDMENT', 9 (2019).
- (55) ソジャ・前掲注(40) 八五頁。
- (56) ソジャ・前掲注(40) 八九頁。
- (57) 同右。
- (58) Norbert Ullrich は、集会の自由が、各種空間を規律する下位の法律に依存することとしてこれを唱えてくる。Norbert Ullrich, *Das Demonstrationsrecht*, 2016, S. 238.

- (59) Timothy Zick, *Property, Place, and Public Discourse*, *supra* note 31, at 209-211.
- (60) DON MITCHELL, *THE RIGHT TO THE CITY*, 81-117 (2003). ミッチェルは、ほかに反ホームレス法などを例に挙げながら、自由一般の縮減も指摘している。その他、ルフォーブルに影響を受け、自由の縮減を指摘するものとして、DAVID HARVEY, *THE RIGHT TO THE CITY*, 23 (2008).
- (61) MITCHELL, *THE RIGHT TO THE CITY*, *supra* note 60, at 21-29. また、権利語法については、大屋雄裕「権利は存在するか…拡大と拡散（特集「権利」を解剖する：基礎法学の挑戦）」法時八九巻二号（二〇一七年）二六一—三二頁、大江洋「関係的権利論——子どもの権利から権利の再構成へ」（勁草書房、二〇〇四年）参照。
- (62) たとえば、ルフォーブルの空間論・都市論に影響を受け、ブラシルでは連邦憲法で「都市への権利」が規定されており、連邦法によって具体化されていることが知られている。これらの権利は、ジェントリフィケーションの進展やゲイテッド・コミュニティの拡張が急速に進む社会において、重要な権利として認識されている。詳細は、Ngai Pindell, *The Right to the City*, 24 HARV. BLACKLETTER L. J. 69 (2008); Ngai Pindell, *Finding a Right to the City: Exploring Property and Community in Brazil and in the United States*, 39 VAND. J. TRANSNATIONAL L. 435 (2006).
- (63) DANIEL MOECKLI, *EXCLUSION FROM PUBLIC SPACE: A COMPARATIVE CONSTITUTIONAL ANALYSIS*, 413 (2016).
- (64) *Id.* at 427-436. もともとメックリのこうした二分法がどれほど意義のあるものかについても検討が必要である。メックリは、「公共空間の存続を求める権利」を保障する方針として、①最低限度の (minimum amount) 空間を保障する義務を公的主体に負わせること、②私的主体により運営される準公共空間を人々に開くよう要請すること、の二つが存在するという。もっとも、私見では「公共空間への権利」が、多くの論者が想定するように、私的主体により運営される準公共空間をも含むだとすれば、当該権利と、ここでいう②のアプローチの区別自体も消滅するようにも思われる。「公共空間の存続を求める権利」が持つ独自性を検討することは、今後の課題である。
- (65) MOECKLI, *supra* note 63, at 436.
- (66) *Id.*
- (67) インフラストラクチャーとしての集会の場に関するバトラーの記述は、以下の文献に依拠している。ジュディス・バトラー（佐藤嘉幸・清水知子訳）『アセンブリ——行為遂行性・複数性・政治』（青土社、二〇一八年）一六二頁以下（原文初出：Judith Butler, *Bodily Vulnerability, Coalitions, and Street Politics, in DIFFERENCES IN COMMON: GENDER, VULNERABILITY,*

- COMMUNITY, 97 (JOANA SABADELL-NIETO & MARTA SEGARRA eds., 2014).)。ハトラーの主張に関しては、原則として邦語訳を採用しているが、適宜筆者が訳語を当てている（以下同）。なお、ハトラーが直接的にジックおよびルフェーブルの議論に接したかどうかは明らかではないが、イナス (John D. Inazu) を通じて両者の見解は連結する。イナスは、ジックに示唆を受けており (John D. Inazu, *The Forgiven Freedom of Assembly*, 84 *Tul. L. Rev.* 565, 570 (Fn. 6) (2010).)。他方でハトラーは、イナスの集合の自由論を参照している。ハトラー、『アセンブリ』二〇九頁参照。
- (68) ハトラー・前掲注 (67) 一六七頁。
- (69) ハトラー・前掲注 (67) 一六六頁。
- (70) 同右。
- (71) ハトラー・前掲注 (67) 九五頁。
- (72) ハトラー・前掲注 (67) 二〇九頁。
- (73) 同右。
- (74) Marvin Ammori, *First Amendment Architecture*, 2012 *Wis. L. Rev.* 1, 11-20 (2012).
- (75) *Id.* at 55.
- (76) *Id.* at 23.
- (77) *Id.* at 56.
- (78) Krotoszynski Jr., *supra* note 54, at 6.
- (79) *Id.* at 74.
- (80) Ammori, *supra* note 74, at 23.
- (81) Pruneyard Shopping Center et al. v. Robins et al., 447 U. S. 74 (1980).
- (82) Ammori, *supra* note 74, at 36-37.
- (83) Appleby 判決 (Appleby and Others v. UK, App No 44306/98, (2003) 37 EHRR 8 (“Judgment”)) では、積極的義務の判断に「この場合、テクノロジーと同様の審査を行った結果として、当該義務の存在を否定している。」
- (84) *Pruneyard*, 447 U. S. at 83.
- (85) *Christoph Gansy*, *Der öffentliche Raum – Ein Raum der Freiheit, der (Un-) Sicherheit und des Rechts*, *JZ* 2009, 217. 「不特

定の人的集団による、アクセス可能性と使用可能性〔強調・原文〕を指標としている。

- (86) *Gazy*, (Ann. 85), 218.
- (87) *Gazy*, (Ann. 85), 218.
- (88) なお、「機能的等価性」メルクマールは、端的に「人々の自由な往来への開放性」とも言い表せる。もっとも、後述のようにドイツでは同メルクマールは議論の出発点として捉えられており、今後、ドイツとアメリカの議論の接合可能性を示すため、あえて「機能的等価性」と呼ぶこととした。
- (89) 「私有地における集会」というテーマで、アメリカ判例を参照しつつ検討する研究として、たとえば *Andreas Gornik*, *Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte*, 2016; *Angelika Stehr*, *Das Recht am öffentlichen Raum*, 2016.
- (90) 「公のフォーラム」の指標につき、フラポート判決 (BVerfGE 128, 226)、缶ビールフラッシュモブ判決 (BVerfG (K), NJW 2015, 2485) が挙げられよう。前者については、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『ドイツの憲法判例Ⅳ』(信山社、二〇一八年) 一七二頁以下、後者を素材として私有地における集会を論じたものとして、岡田俊幸「私有地における集会の自由」日本法学八五巻二号一七五頁以下参照。
- (91) 一例として、Gregory S. Alexander, *The Social-Obligation Norm in American Property Law*, 94 CORNELL L. REV. 745 (2009).
- (92) BVerfG (K), NJW 2014, 187.

門田 美貴 (かどた みき)

所属・現職 慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程

最終学歴 慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程

所属学会 ドイツ憲法判例研究会

専攻領域 憲法