

# 私有地における集会の自由と管理権

——ドイツにおける空間的保護領域の拡張——

門 田 美 貴

- 一 はじめに
  - 二 転載点としてのフラポर्ट判決
    - (一) 「場」の選択権の保障
    - (二) フラポर्ट判決
    - (三) 広すぎる射程？
  - 三 「機能的等価性」への着目
    - (一) 公共空間の私化と集会の自由の縮減
    - (二) 着想源としてのアメリカ
  - 四 防衛権アプローチの可能性
    - (一) 「自然的自由」としての「私有地における集会」
    - (二) 「機能的等価性」メルクマールによる保護領域の拡張？
    - (三) あらゆる場への保護領域の拡張？
  - 四 請求権の導出？
- 
- 五 客観法アプローチの可能性
    - (一) 草案における衡量問題
    - (二) 場との連関性は必要的か？
  - 六 むすびにかえて——実質的私化という難問

## 一 はじめに

人間のあらゆる活動には、それを可能とする空間が必要である。憲法上の権利の行使も、その例外ではない。しかし、近時、空間からの排除、とりわけ管理者たる私人によって空間へのアクセスが禁止される事案が憲法問題として認識され始めている。<sup>(1)</sup> たとえば、ドイツでは、粗暴なファンに対してブンデスリーガ所属クラブにより言い渡された全国のスタジアムへの入場禁止が問題となった、スタジアム禁止決定<sup>(2)</sup>が知られている。平等原則に反した恣意的な措置ではないかという論点につき、連邦憲法裁判所は、一般平等原則（基本法三条一項）の私人間効力を原則として否定するとともに、本件では例外としての「特殊な状況」が存在するとしている。すなわち、本件禁止は、「個人の地位・身分にかかわらず大衆に開かれ、「禁止の」対象者の社会生活への参与を主催者が大きく決定づけるような催し」からの排除であることを明示したのである。<sup>(3)</sup> この決定は、SNSというバーチャルな場へのアクセスをめぐる、フェイスブックによってアカウントが凍結されたことが問題となったフェイスブックアカウント停止決定<sup>(4)</sup>へと引き継がれる。もともと、連邦憲法裁判所の判断は、「二歩進んで、一歩下がる」<sup>(5)</sup>のが現状である。極右政党であるドイツ国家民主党（NPD）の党員がホテルの宿泊を拒否された、宿泊拒否決定<sup>(6)</sup>では、他のホテルでの宿泊という選択肢が存在することなどを理由に、特殊な状況の存在を認めていない。

ここで挙げたいいくつかの例から分かる通り、私人間での空間へのアクセス禁止は、実に多くの局面で生じ、その際に干渉を受けると想定される基本権もまた様々である。そのなかでも本稿は、集会の自由を例として、私人による集会の場へのアクセス禁止に焦点を当てる。憲法上の権利のうち集会の自由は、人々が「集まる」ことを自由の一内容としており、人々が物理的に集まる「場」を必要としている。こうした前提から、「場」は集会の自由の前提条件と

いえるだろう。しかしながら、近時、かつて公的主体によって管理されてきた広場などの公共空間が私有化されることで、集会目的でのアクセスが禁止され始めている。行使する「場」を失った集会の自由は空転する可能性がある。

本稿は、集会の自由の空転化を防ぐ必要があるという問題意識から、ドイツの判例・学説を参照しながら、集会の自由の空間的保護領域の拡張を図る。以下ではまず、集会の「場」の保障を大きく拡張し、その後の判決に大きく影響を与えた二〇一一年のドイツ連邦憲法裁判所によるフラポート判決とそのロジックを参照する。フラポート判決以前からドイツでは集会を行う「場」の選択は集会の自由における「自己決定権」として長らく承認されてきたが、同時にその選択権が妥当する範囲が法律によって決定されることも判例上確立していた。これに対しフラポート判決は、「公共のフォーラム」のモデルによって私有地にまで大きく選択権を拡張したが、その射程の広さゆえに同判決は学説によって強く批判されてきた(二)。しかし、同判決を起案した裁判官によれば、集会の自由の空転化を防ぐためには、保護領域を大きく拡張させなければならない。その糸口として着目されているのが、アメリカの判例において定立された、公共空間と公衆がアクセス可能な私有地の「機能的等価性」というメルクマールであることを示す(三)。もともと、「機能的等価性」概念のみでは私有地での集会を理由づけるには十分ではなく、規範的な理論が必要となる。ドイツ学界では、大きく二つのアプローチが並立的に提示されている。一方で、防御権アプローチを概観することで、人々が集会のために「集まる」ことを自然的自由として捉えることで私有地での集会を保護しようとする可能性を探る(四)。他方で、客観法アプローチを概観することにより、私有地での集会という論点を、集会の自由と財産権という二つの権利衝突の衡量の問題に落とし込み、集会の自由に優位に重みづけを行うことができるような衡量の基準を定立する可能性を指摘する(五)。最後に、以上の両アプローチの到達点と残された課題を指摘して本稿を閉じることとする(六)。

## 二 転轍点としてのフラポート判決

### (一) 「場」の選択権の保障

#### 1 萌芽

集会の「場」に対する憲法的保障を初めて明示的に説いたのは、集会の自由の古典的判決とされるブロックドルフ判決<sup>(8)</sup>である。ブロックドルフ原子力発電所建設再開に反対する大規模デモの禁止をめぐる本判決では、集会の自由を保障する基本法八条は、公開の集会への参加および不参加の自由を保障すると同時に、催しの場所・時・態様・内容に関する自己決定権 (das Selbstbestimmungsrecht) も防御権として保障すると判示した<sup>(9)</sup>。このうち、本稿で問題とする、集会の場所に関する自己決定権は、集会の自由と場所との特別な結びつきによって説明される。連邦憲法裁判所によれば、「デモは、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る<sup>(10)</sup>。こうした示威行為を通し、参加者は一方で「他者との連帯において信条を自ら確信し」、他方で「外部に対して立場の選択を行い、見解を表明」する。このような外部的表明は、ただ参加者が集会の「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すでに「行われているのである<sup>(11)</sup>」。

本判決の説示により、集会の自由にとって場所の選択は、見解の表明と密接な関連性を有することが示された。こうした場の選択は、まずもって、集会を行おうとする主催者の形成の自由 (Gestaltungsfreiheit) の行使とされる<sup>(12)</sup>。主催者は、集会のテーマ、時期、規模をはじめとする事項につき決定し、集会を具体的に構想する。これに加えて、参加者が集まる場所の選択を行うことではじめて集会は現実のものとなる。学説では主催者の形成の自由を前提として、国家が集会を行うことができる場所を、一般公衆との接触を極限にまで減少させた、いわゆる「デモンストレーショ

ン・ゾーン」のみに限定することは許されないものとされる。<sup>(13)</sup>

## 2 法律による空間的保護領域の限定？

ブロックドルフ判決は、集会の場の選択の自己決定権が保障されることを明らかにしたが、同時に、この権利はあらゆる場に適用可能と理解されていないことも事実である。

このことが判示されたのが、連邦行政裁判所によるホーフガルテンヴィーゼ判決<sup>(14)</sup>である。本事案では、ボン大学の管理するホーフガルテンヴィーゼ (Hofgartenwiese) と呼ばれる芝生広場における大規模な集会実施が問題となった。大学側は、当該場を今後催しには使用させないことを定めた一九八四年二月二〇日の決定をもとに集会開催を禁止した。連邦行政裁判所は、集会主催者が大学側に集会目的で使用させる一般的請求権は存在しないと判示する際、以下のように述べている。

集会の自由は、对国家防衛権であつて、原則として、国家に対する給付請求権を与えるものではなく、本件大学に対して集会目的での敷地の使用を求めることはできない。というのも、場、時、内容に関する自己決定権は、集会の場について法的権限を有していることを前提としているためである。換言すれば、自由な場の選択は、自らに管理権のない (fremd) 場所を好みに選び請求する権利を保障しないからである。<sup>(15)</sup>

本判決で示された、「集会の場に関する自己決定権は、自ら管理権を有しない場所を好みに選ぶ権利ではない」との説示は、学説からも概ね支持されてきた。たとえばシュリンク (Bernhard Schlink) は、大学は教授と研究を目的とした「公の施設 (öffentliche Einrichtung)」であり、これを集会目的に用いることは、道路といった公共用財産の目的

外使用を超えた、公用財産の目的外使用に該当するとして、過誤のない裁量を求める請求権すら存在しない場合であるとする<sup>(16)</sup>。

本判決で確立された、「集会の自由は、任意に選んだ場所への立入権を保障するものではない」との前提は、その後も繰り返し判例および学説で引用されることとなる<sup>(17)</sup>。

## (二) フラポート判決

ブロックドルフ判決で憲法上保障され、ホーフガルテンヴィーゼ判決で限定された集会の「場」に関する選択権は、その後、二〇一一年の連邦憲法裁判所によるフラポート判決によって拡張されることとなる。本判決は、その後の判決にも影響を与える一つの転軸点となる。

### 1 事案と判旨

フラポート判決<sup>(18)</sup>では、国家が株式保有のかたちで関与するフラポート株式会社により管理されるフランクフルト空港でのデモ活動が、空港の利用規則に違反するとして禁止されたことが問題となっている。フランクフルト空港を管理するフラポート株式会社はたしかに私企業であるが、国家が過半数の株式を有しており支配的影響を有していることを理由として、デモ禁止を下した同株式会社に対する直接的な基本権拘束を認めている<sup>(19)</sup>。

基本権の拘束の問題もさることながら、本稿が問題とする集会の場の保障との関連でより興味深いのは、連邦憲法裁判所が集会の自由の空間的保護領域を拡張するために用いた、「公共のフォーラム」のモデル (das Leichthaus öffentlichen Forums) である。連邦憲法裁判所は、次のように述べ、空港という場への集会の自由の適用を認める。集会の自由は、公衆の通行に開かれた場所において実施される集会を保障し、第一に、公道をはじめとした自然的な

フォーラムに妥当する。集会の場の選択権は、ホーフガルテンヴィーゼ判決が明らかにするように、あらゆる場所で好き勝手に集会を行う自由を保障するのではなく、こうしたフォーラムを前提としている。しかし、今日、公道や公共の場もつコミュニケーション機能は、ショッピングセンターやパサージュ、あるいはその他の出会いの場によって補われている。そうであるとすれば、これらの場も集会の自由の適用から排除されてはならない。公道や公共広場以外の場が、コミュニケーションのための公共空間であるかという問いは、「公共のフォーラム」のモデルにしたがい応答される。「公共のフォーラム」では、多種多様な活動や関心を追求することができることで多面的かつ開かれたコミュニケーション網が存在しており、商店、サービス業、飲食店そして娯楽の場が結びくことで、遊歩、滞在、出会いの空間が生まれている。空間がこのようにコミュニケーションを含めた様々な用途の併存に開かれており、「公共のフォーラム」であるならば、基本法八条が適用されなければならない<sup>(20)</sup>。以上の「公共のフォーラム」論を展開することで、連邦憲法裁判所は——個人ごとに立ち入り許可が与えられ、公衆のアクセス不可能なセキュリティエリアを除き——空港での集会の自由の適用を認めている。

## 2 余波

フラポート判決を皮切りに、連邦憲法裁判所は集会の自由の空間的保護領域を大きく拡張することとなる。その代表的な決定が、墓地決定と、缶ビール・フラッシュモブ決定である。

### (1) 墓地決定

まず、二〇一四年の墓地決定<sup>(21)</sup>では、コミュニケーションのための場ではない墓地 (Friedhof) にまで集会の自由の保護領域が拡張された。墓地判決で問題となったのは、ドレスデン市が管理する墓地で行われている空爆犠牲者の追悼式典に際し、式典への反対の意を表明する横断幕を掲げるといふ、墓地利用規則および秩序違反法への違反行為が、

集会の自由の保護を受けるかという点である。連邦憲法裁判所は、たしかに墓地は特定の目的のためにのみアクセス可能であり、その点で「公衆の一般的な通行の場ないし公衆のコミュニケーションの場とみることはできない」としつつも、「当該墓地の指定の目的のみをもつて、基本法八条一項の保護領域が制限されてはならない」とする。基本法八条の保護領域を拡張するために連邦憲法裁判所が立てた問いは、フラポート判決での判示に基づき、「実際にどの程度公衆のコミュニケーションに開かれていたのか」というものである。<sup>(23)</sup>

かかる問いのもと、本件墓地は集会の自由の保護領域に含まれると結論づけた。なぜならば、本件墓地は、公衆にも広く周知され、責任を負う官署の同意のもと記念式典が行われた二〇一二年二月一三日時点では少なくとも、一般公衆のコミュニケーションの場として機能していたからである。<sup>(24)</sup> 以上の理由から、集会の自由の主張を認め、諸規定に対する違反を否定した。

## (2) 缶ビール・フラッシュモブ決定

さらに、集会の自由の射程を、国家の管理下でない私有地にまで集会の自由の射程を拡張する部会決定も現れる。それが、二〇一五年の缶ビール・フラッシュモブ決定<sup>(25)</sup>である。本事案では、ある有限合資会社が所有するニーベルンゲン広場におけるフラッシュモブ<sup>(26)</sup>が問題となった。<sup>(27)</sup> 部会は、本件広場は私有財産であることを強調しつつも、フラポート判決の「公共のフォーラム」のモデルに従い、本件広場での集会の自由の適用を認めた。<sup>(28)</sup>

今日、公道、公共広場のコミュニケーション機能は、滞在、出会い、遊歩、消費、そして気晴らしの場であるショッピングセンター、パサージュ、もしくは私的開発者によって生み出され運営される場所といったその他のフォーラムによって補充されているとすれば、……そのような施設の通行用地について集会の自由が除外されてはならない。……任意に選んだ集会の場はたしかに私有財産だが、同時に公衆の通行に開かれており、ラント裁判所の判示によれば、遊歩、滞在、出会いの場を作り出してお



り、「公共のフォーラム」のモデルに合致している。<sup>(29)</sup>

(三) 広すぎる射程？

「公共のフォーラム」という概念を通して集会の自由を大きく拡張したフラポート判決は、アメリカの ISKCON v. Lee 判決<sup>(30)</sup>およびカナダの判決を引用していることから明らかのように、パブリック・フォーラム論を主な着想源としている。<sup>(31)</sup> もっとも、実際には、同法理を超えた集会の自由の拡張がもたらされており、そしてその広すぎる射程こそが、批判の対象となっている。

かかる主張を行うシュタインベルク (Rudolf Steiner) は、連邦憲法裁判所が、アメリカ・カナダのパブリック・フォーラム論を仮に参照したとしても、より慎重な検討を行っていれば、異議申立人の主張を認める帰結には至らなかったはずだ、と指摘する。<sup>(32)</sup> 彼によれば、この判決の射程はあまりに広すぎるものであり、連邦憲法裁判所は同判決を通して大風呂敷を広げることとなった。主な批判の理由は、以下の三点に要約できる。

まず、同判決は、空港を「公共のフォーラム」と認定した点で、パブリック・フォーラム論を不当に拡張しているのではないか、という指摘である。アメリカ連邦最高裁の判例に照らしても、空港がパブリック・フォーラムであるかには疑義があり、先に言及した ISKCON v. Lee 判決は、空港をパブリック・フォーラムとは認定していないのである。<sup>(33)</sup> むしろ同判決では、空港は「記憶にないほど昔から」表現目的に用いられてきたという「伝統」を有する伝統的パブリック・フォーラムでも、管理者によって表現目的に開かれた指定的パブリック・フォーラムでもないとの理由で、非パブリック・フォーラムに認定されているのである。<sup>(34)</sup> 同判決のケネディ裁判官結論同意意見は、パブリック・フォーラムの認定について、類型論ではなく、場の機能と基本的に両立するかという「両立性テスト」<sup>(35)</sup> によってフォーラムの認定を行おうとしたが、シュタインベルクによれば、いずれにしても空港が「フォーラム」と認定でき

るかについては見解の一致をみていない。<sup>(36)</sup>

次に、連邦憲法裁判所は、空港が果たす「公共のフォーラム」としての機能に着目しているが、フラン克福ルト空港が実際にこのように機能しているかは疑問であるとする。たしかに、レストランやショップが立ち並ぶフラン克福ルト空港は、「エアポートシティ」を謳っているが、シュルツケビア裁判官の反対意見が述べたように、「旅行者のチェックイン、安全、サービス」という圧倒的優勢な目的のために開いていたのではないかと批判する。<sup>(37)</sup>ここで連邦憲法裁判所が着目する、「一般公衆のアクセス可能性」は、空港の法律上定められた目的決定を何ら変更するものではないのである。

最後に、連邦憲法裁判所は、より狭く限定的な判示が可能だったはずである、との指摘である。限定的な判示の一例として挙げられるのは、問題となる場と当該集会の表現が内容上の関連性が認められる場合のみに、集会を行う利益を認めるという方法を採用するべきだったとする。<sup>(38)</sup>シュタインベルク自身は具体例を挙げていないが、たとえば、ある私企業に対する抗議を行うために、当該企業のテナントの前でデモを行う場合がこれに該当しよう。<sup>(39)</sup>

以上のことからシュタインベルクは、集会の自由の保護領域をフラポート判決が判示したように広げてしまえば、保護領域に含まれる集会はすべて保護しなければならないという帰結を招く、と懸念する。<sup>(40)</sup>その理由としてシュタインベルクが示唆するのは、飛行場での集会禁止が、集会の自由の「制限」と観念される場合、具体的な危険性が生じない限りは集会を禁止することはできないという問題である。<sup>(41)</sup>果たして連邦憲法裁判所は自らの判示の帰結を理解していたのだろうか、と空間的保障の不当な拡張を批判するのである。

もっとも、判決を実際に執筆したマーシング裁判官 (Johannes Masing) はじめ、多くの論者は、フラポート判決の背景には、「公共空間の私化」とこれに伴う集会の自由の空転化を防ぐことを目的としたと反論している。この点については、次章に譲る。

### 三 「機能的等価性」への着目

#### (一) 公共空間の私化と集会の自由の縮減

連邦憲法裁判所第一法廷で集会の自由を担当し、フラポート判決を起草したマーシングは、同判決は、「公共空間の私化」と呼ばれる現象が進行するなかで、基本権の十全な保障を行うことを企図し、フラポート判決ではとりわけ集会の自由に対しこれを行おうとしたことを告白している。<sup>(43)</sup> もっとも、一口に私化といっても、様々な類型がある。まず、形式的私化 (formelle Privatisierung) である。これは、国家自身が自らの任務を遂行しようとするが、その際に、私法上の機構を用いることを指す。<sup>(44)</sup> 次に、機能的私化 (funktionale Privatisierung) である。これは、国家が私人との契約締結によって任務遂行を果たす類型である。加えて、実質的私化 (materielle Privatisierung) という類型では、もはや国家は完全に任務遂行から撤退し、かつて国家により担われていた任務は私人に委ねられ、社会・経済領域に委ねられる。<sup>(45)</sup> 私人は、国家のように基本権への不干涉義務を負わないため、私化に伴い、基本権保護が縮減していくことが危惧されている。

一見すると、私化に伴う基本権の縮減は、現実的・事実上の問題にとどまるように思われる。実際、先のシュタインベルクも、集会の場の減少は、実証主義的に (empirisch) 検討しなければならぬと述べており、<sup>(46)</sup> その場合、どれほど私有地を集会のために開かせるべきかは、こうした実証主義的検討によって定まるといふ。<sup>(47)</sup>

しかしながら、マーシングは理論的問題にも自覚的である。「他者の管理する空間で集会をする権利は存在しない」と論じる従来の論理構成は、大きな問題を孕んでいる。なぜならば、自ら管理権を有していない場所には選択権が生じないとするれば、私化をはじめとした環境の設計を変動させることによって、集会の自由の行使可能性が限りな

くゼロに近づく可能性があるからである。そして、「集会の自由を行う権利が存在するか」という、基本法八条の保障内容を問うことは重要な意味を持つ。なぜならば、選択権の及ぶ範囲を地理的に広げることとはもちろんのこと、論証の方法を新たにする可能性があるからである。すなわち、これまでの、「法律によって集会の自由の空間的保護領域が決定される」という説明から、「法律によって集会の自由の保障内容に対して干渉が加えられている」という説明への移行が可能となるのである。

マーシングは、こうした理論的問題につき、集会の自由の保障内容を拡張することにより解決を図る<sup>(48)</sup>。マーシングによればフラポート判決は、一方で、デモンストレーションの権利の射程を、公共の利益と私的利益の単なる衡量問題への還元にとどめず、集会の自由の保障内容の問題への置き換えを行うことで、この理論的問題に対処した<sup>(49)</sup>。他方で、従前の判断と異なり、私法秩序の公法秩序に対する優位を否定することも行った、という。これを行うために連邦憲法裁判所は「公共のフォーラム」という場の事実上の使用状況に着目した基準 (sachliche Kriterien) を用いたのである<sup>(51)</sup>。

## (二) 着想源としてのアメリカ

マーシングの集会の自由の拡張は、「国際的展開との接合可能性」という項目で、アメリカの判例法理が着想源であることを明らかにしている。私化と集会の自由の保障という論点に関し、アメリカおよびヨーロッパの諸判決に加え、国家が管理する空港が問題となった *ISKCON v. Lee* 判決を参照し、結論においてパブリック・フォーラム論が決定的な役割を果たしたと述べる<sup>(50)</sup>。

もっとも、シュタインベルクが指摘していたとおり、私有地での集会に関して着目すべきは、パブリック・フォーラム論ではないとされている。むしろドイツ学説は、私有地での集会を認めた諸判決とそのロジックに着目している。

## 1 判例法理における「機能的等価性」メルクマール

ここで着目されているのは、アメリカの Logan Valley 判決で打ち出された「機能的等価性」と呼ばれる概念である。集会法を専門的に研究する憲法学者から成る集会法研究サークル (Arbeitskreis Versammlungsrecht) もまた、「機能的等価性」に着目する論者たちである。集会法研究サークルは、二〇一一年に発表した集会法模範草案 (Mustertwurf eines Versammlungsgesetzes)<sup>(53)</sup> 二二条において私有地の所有者の同意のない集会を認める規定を提案しているが、その際に私有地も公的主体が管理する公共空間と同様に民主的機能を負っていることを強調している<sup>(54)</sup>。

### (1) Logan Valley 判決における通行機能への着目

私有地で集会を認める際の根拠づけとして「機能的等価性」がはじめて判示されたのは、ショッピングセンターでのデモ活動が問題となった Logan Valley 判決<sup>(55)</sup> である。本判決では、企業によって全自治体が管理されていた会社町での修正一条上の権利の行使を保護した先例とのアナロジーで、自治体の交通用地とショッピングセンターの敷地を機能的に等価であると判示することによって、本件デモ行為を保護している。もともと、本判決で示された「機能的等価性」理解に対しては、自治体とコミュニティのなかの一小売店が「機能的に等価」であることは容易には理解しがたいとの理由で現在まで批判されている。しかし、ここでいう「機能的等価性」とは、人々の自由な往来に開かれており、自由なコミュニケーション機能を果たしていることに等価性を見出すものである<sup>(56)</sup>。

### (2) 機能に基づく「公共性」理解

国家によって管理される従来の公共空間が失われつつある状況下で、「機能的等価性」メルクマールを参照することは、「公共性」理解の修正をもたらす。従来、集会の自由は、私人によって管理される、「私的空間」の対抗概念である「公共空間」に限り適用されてきた。こうした「公的」「私的」の二分法は長い伝統があるが、ドイツ学説は近時異なる観点から公共空間を定義しようとする。その観点とは、通行機能 (Verkehrsfunktion)、すなわち「公衆のア

クセス可能性 (allgemeine öffentliche Zugänglichkeit)』である。<sup>(57)</sup>

通行機能への着目を通し、人々が自由にアクセス可能な私有地は、国家によって管理されてきた空間と同じく、「公共空間」に分類される。国家が管理する公道や公共の場は、通行によって達成しようとする目的にかかわらず、あらゆる人にとってアクセス可能である。通行目的は、それゆえに「一般的公共性 (allgemeine Öffentlichkeit)」をもたらし<sup>(58)</sup>。こうした一般的公共性が存在する場合は、コミュニケーションの場でもある(「コミュニケーションの通行」の創出<sup>(59)</sup>)。したがって、通行に伴う一般的公共性が認められる場では、集会が排除されるはならないのであり、管理する主体が国家であるか私人であるかは問題とならないのである。<sup>(60)</sup> 従来 of 公共性理解によれば、私化された公共空間は依然として「私的空間」と判断されるが、集会法模範草案は、通行に結び付いた「公共性」理解を採用することで、こうした場もまた公共空間であると初めて明らかにした。<sup>(61)</sup>

## 2 憲法学への導入

もつとも、「機能的等価性」のみを論拠として、集会を私有地で実施させることには課題がある。「機能的等価性」は、私有地への集会の自由の適用が十分に説明されるのか、といった疑問に加え、所有者の財産権の制約を正当化することができないのではないか、といった疑問に十分に応答できるものではない。「機能的等価性」への着目は、問題認識の出発点となり得ても、規範的正当化における論拠とはならないのである。そこで、次章からは、ドイツ憲法学が、いかなる切り口で「私有地における集会」の問題に接近しているのかを参照していく。

## 四 防御権アプローチの可能性

私有地における集会の憲法的保護をめぐることは、防御権としての集会の自由に焦点を当てる防御権アプローチと、客観法的側面から集会を保護しようとする、客観法アプローチが存在する。同じ論者においても両アプローチを並立して検討していることからわかるように、両者は必ずしも排斥しあう関係に立つものではない。

以下では、まず防御権アプローチを概観する。防御権としての基本権の機能は、最も伝統的かつ支配的であるとされてきた<sup>(62)</sup>。この意味で、集会の自由が持つ、防御権の内実を十分にくみ取る意義は少なくないだろう。

### (一) 「自然的自由」としての「私有地における集会」

#### 1 「集まる」自由からの出発

防御権アプローチにおいて問題となるのは、そもそも私有地での集会を防御権として構成しうるのか、という点である。「私有地における集会」が防御権とされる場合、空間の使用禁止を、例外的な場合にのみ、正当化可能な介入(Ength)として構成する道を開く<sup>(63)</sup>。しかし、防御権アプローチの前提としての「自然的自由」を「他者の提供する前提条件なしに行使用することが可能な自由」として理解する場合、私有地における集会は、問題となる場を開くのは他者であるために自然的な自由といえないのではないか。

これに対し、私有地での集会の保護を試みるプロトマン(Martin Prothmann)は、こうした字義通りの「自然的自由」理解を斥ける。その理由としてプロトマンがまず挙げるのは、このような自然的自由理解は、「歴史にそぐわない抽象化」であり説得性を欠く点である<sup>(64)</sup>。すなわち、これまでの歴史上、個人の自由が、国家による保障、保全、

規格化なしにその形象および現実性を獲得したことは一度としてなく、素朴な意味での「自然から (von Natur aus)」自由が現れることはないのである。次に、もし仮に先の理解を採用するならば、多くの自由は国家による前提条件に依存していることとなってしまふ、という。たとえば、遊歩道で「ぼつつき歩く (Bummeln)」こととでさえ、国家が開いた遊歩道なしにはあり得ないこととなり、自然的自由と理解されないという帰結をもたらす。<sup>(65)</sup>

## 2 パブリック・フォーラム論批判

防御権アプローチを採用する論者は、以上の認識のもと、同じく防御権的構成を採用すると理解されてきたアメリカのパブリック・フォーラム論を批判している。パブリック・フォーラム論は、コミュニケーション目的で場を使用する局面において、広く参照されてきた。しかし、ウルリヒ (Norbert Ullrich) によれば、集会の場の自己決定権の保障という観点からは、同法理は不十分であり、端的にこうした法理の適用を放棄すべきである。<sup>(66)</sup> 様々なフォーラムを区別し分類する同法理の問題としてまず挙げられるのは、問題となる場がどのフォーラムに分類されるのか (伝統的か、指定的か、非パブリック・フォーラムか) といった適用上の問題を生み出す点である。<sup>(67)</sup> しかし、より根本的な問題として、意見表明の自由、集会の自由を容易に縮減させるおそれが挙げられる。ウルリヒは、アメリカの憲法学者であるジック (Timothy Zick)<sup>(68)</sup> の業績を引用しつつ、同法理が、「意見表明の自由という基本権ではなく、一方では、その存在が想定される伝統 (Traditionen)、そして他方では、当該場を意見表明のために開くという、国家の決定 (staatliche Entscheidungen) を議論の出発点としている」ことを問題視している。<sup>(69)</sup> ウルリヒによれば、むしろ、集会の場の選択に関する自己決定権から議論を始めなければならず、「集まる (Sich-Versammeln)」ことは自由でなければならぬ。



(二) 「機能的等価性」メルクマールによる保護領域の拡張？

もつとも、すべての場についてこうした自由な選択を認めることには、抑制的な見解が多い。フラポート判決も、セキュリティエリアを除き、公衆がアクセス可能な場に限り集会の自由を適用していた。このような判示を参照し、公衆の通行機能およびアクセス可能性という機能を持つ場に限り、場の選択権が及ぶ空間的保護領域を拡張しようとするアプローチが提唱される。かかるアプローチを提唱するのは、私有地での集会の保護を提唱した集会法模範草案の執筆にも携わった、エンダース (Christoph Enders) である。エンダースは、フラポート判決を敷衍しつつ、基本法八条はただ集会を行うことを保障するのみならず、同時に公衆への働きかけ (Einwirken) をも保障すると述べる。集会の自由を効果的に実現するためには、身体を媒体とした、空間を占拠するプロセス (körperlich vermittelter raumgreifender Vorgang) を必要とし、これを可能とするためには、個人に帰属する使用権が存在しておらず、すべての人にとって開かれた公衆のアクセス可能な活動領域が必要である<sup>(10)</sup>。しかし、財産制度によってその多くが構成されている法秩序においては、集会の自由は全くもってすべての場所へのアクセスを与えるものではなく、届け出や許可なしに「集まる」ことは、私法上の権限が存在する場合を別として、公衆のアクセス可能性という不文の構成要件を前提としている<sup>(11)</sup>。このような公衆のアクセス可能性は、公共性と表現される。以上の理由から、公衆のアクセス可能性が認められる場合にのみ集会の自由の保護領域の拡張が認められるため、「場の公共性」は中心的問題となる<sup>(12)</sup>。

以上の見解は、法律およびその他の利用規則により定められた場の使用目的ではなく、事実上のアクセス可能性に依拠して集会の自由の保護領域を拡張する立場と整理できる。同様に、プロトマンは、防御権の成立可能性を二段階で捉える。すなわち、公共空間の新たな創出は請求権的に構成するべきだが、ひとたびこのような公共空間が開かれた場合は、この場所を集会目的で使用することを禁止することは「自然的自由」の制約としての防御権的構成が可

能であるという。<sup>(73)</sup>

(三) あらゆる場への保護領域の拡張？

フラポート判決とそれを支持する学説は、「公共のフォーラム」という概念によって、集会の自由の保護領域を拡張しようとした。しかし、集会の自由の保護領域の確定につき、より拡張的な解釈の可能性が指摘されている。クリゾアーヴィートフェルト (Katharina Kisor-Wiefeld) は、このことを主張する際に、一つの問いを提起している。すなわち、「公共のフォーラム」とは、単に集会の自由の空間的保護領域 (der räumliche Schutzbereich) の一部を構成するにすぎないのか、それとも、「公共のフォーラム」イコール集会の自由の空間的保護領域なのか、という問いである。<sup>(74)</sup> 前者は、集会の自由の保護領域が、「公共のフォーラム」と部分的に重なりあい交差すると同時にこれ以外の場所も含むことを意味するが、後者は、空間的保護領域と「公共のフォーラム」の間に同一性が認められることを意味する。<sup>(75)</sup>

以上の問いのもと、クリゾアーヴィートフェルトは、事実上のアクセス可能性を超えてあらゆる空間を、集会の自由の一応の (prima facie) 空間的保護領域として認める可能性を説く。クリゾアーヴィートフェルトからみれば、集会の自由は公物指定や所有者の民法上の財産権に先立つ自然的自由であり、これらの規定は基本権の制約として捉えられるのである。たしかに、かかる広範な拡張には批判が想定されるが、少なくともドイツの審査では、アメリカと異なり、制限の該当性をも審査することができるため、保護領域を広げたとしても、あらゆる場所へのアクセスを認める帰結は生じないとしている。<sup>(76)</sup>

集会の自由の保護領域をあらゆる場に拡張できるとすれば、「公共のフォーラム」とは、集会の自由の保護領域の部分集合 (Teilmenge) にすぎず、フラポート判決が行ったように「この場合は『公共のフォーラム』である」とするこ

とは、法的には宣言的性格 (deklaratorischer Charakter) を有するにすぎないものとなるのである。<sup>(77)</sup>

#### (四) 請求権の導出？

以上のアプローチは、広狭はあれど、保護領域を確定する防御権アプローチであった。もつとも、私有地における集会は、防御権ではなく、請求権として構成すべきではないか、との疑問も生じうる。防御権的構成を追求する場合には、私有地での集会は「自然的自由」といえなければならず、私有地で集会を行うことは、一方で、市民がただ自然的自由として「集まる」側面を持つと同時に、他者が管理する空間を集会目的で使用することを要求する側面も併せ持つからである。<sup>(79)</sup>

こうした背景から、防御権的構成とそれに伴う保護領域の拡張を詳細に論じるプロトマンも——予備的考察として——請求権が生じるのかを検討する。プロトマンは、請求権について判断を行った初期の判決である、第一次入学定数制判決を参照し、請求権は二つに区別される、と述べる。それは、本源的請求権 (originärer Leistungsanspruch) と派生的請求権 (derivativer Leistungsanspruch) である。前者は、新たな制度の創設を請求する権利であり、後者は、既存の制度への平等な参与を求める権利を指す。

こうした理解を前提とし、プロトマンは、集会のために私有地の使用を請求する権利は、本源的請求権と整理されるべきなのか、それとも派生的請求権なのか、という問いを立てる。一見、派生的請求権の成立可能性は肯定できそうである。なぜならば、広く公衆の自由な使用目的に開かれている場において、デモンストレーションのみを排除する点で不平等取り扱いが問題となるからである。<sup>(81)</sup> しかしながら、プロトマンは、私有地における集会をさせるといふ給付制度が存在しない以上、集会目的での場の使用権は、本源的請求権の問題であるとしている。<sup>(82)</sup>

第一次入学定数制判決に依拠するプロトマンによれば、本源的請求権が認められるのは、究極的・例外的事例に

限定される。すなわち、①基本法上の自由を実現するための初歩的な前提が欠けている場合、②請求権が認められなければ、特定の基本権の意義が失われ、その「麻痺」が生じる場合である。<sup>83)</sup> そのうえで、私有地における集会という論点では、これらの諸条件が成り立たないという。その理由として、古典的な公共空間である、公道、公共広場、公園などの場合は、いまだに民主政に適した場として支配的な役割を果たしているため、私有地での集会の実施を禁止したとしても、集会の自由という基本権が空転したとまではいえないからである。<sup>84)</sup> 同様の主張は、フラポート判決のシユルツケビーア裁判官による反対意見でも唱えられている。

## (五) 小括

以上に防御権アプローチを採用する学説を概観してきたが、私有地での集会の自由を保護するにあたり、保護領域の拡張範囲については争いがある。また、予備的に請求権として構成する場合にも、本源的請求権としての保護を導き出すことには否定的な見解が多い。そこで多くの論者は、防御権アプローチのみならず、客観法アプローチも併せて主張しようとしている。次章では、客観法アプローチの見解を参照する。

## 五 客観法アプローチの可能性

多くの論者は、フラポート判決の説示を参照しながら、防御権アプローチと併せて客観法アプローチの成立可能性を説く。フラポート判決では、傍論において、「私人が基本権の間接的効力をうける限りで」集会の自由の適用を認めていた。

私人間での基本権の適用は、「基本権の第三者効力 (die Drittwirkung der Grundrechte)」として論じられてきた。果た

して間接的な第三者効力が成立するか（Ob）につき、ドイツではリュート判決<sup>(85)</sup>以降、疑いのないものとされてきた。問題は、どの程度集会の自由が主張されるのか（Wie）、である。

私人間の間接的基本権拘束の根拠についても争いがある。たとえば、基本権の客観的側面から理由づけられる見解もあれば、保護義務から説明するものもある。しかし、本稿ではこの論点については立ち入らないこととし、その際の衡量問題について言及したい。

### （一）草案における衡量問題

ドイツの学者たちは、財産権と集会の自由の衡量という問題につき、草案を提示することでその調整を試みている。その代表格が、先に言及した集合法模範草案である。その二二条一項は、「通行の用に供されている私有地のうち、一般公衆に開かれた場においては、所有者の同意なしに公開の集会を実施することができ。」と規定している<sup>(86)</sup>。

もつとも、集合法模範草案に対しては、批判とそれに基づく対案が各論者から提示されている。プロートマンは、集合法模範草案二二条はたしかに明確かつ簡潔な規定であるが、両基本権の衝突の調停という任務を果たしていないと批判する<sup>(87)</sup>。そこで、「果たして私有地での集会が認められるか（Ob）」のみならず、「どのような場合に保護されるのか（Wie）」も規定すべきであるという。

「XY条…私人所有の公共空間における集会の実施」と題するプロートマンによる対案は、「私人所有の公共空間において、集会は、集会の場とテーマの間に密接な関連性が存在する場合で、当該場の安全性および機能に具体的に重大な危険性をもたらさない場合に限り、所有者の同意なしに行うことができる」と規定する<sup>(88)</sup>。同様の規定は、ゴルニク（Andreas Gornik）からも提案されているほか<sup>(89)</sup>、クリゾーアーヴィートフェルトによる対案も、「国家が管理する代替的な公共のフォーラムが利用できる場合には、自らの空間を集会の場として使用の禁止が正当化される」とし、そ

の代替性は「大きさ、集会のテーマとの連関性、そしてその場を使用することで期待できる公衆への影響力および到達可能性」を考慮して決せられる、と規定している。<sup>(90)</sup>

## (二) 場との連関性は必要的か？

### 1 基準定立の必要性

多くの論者は、私有地で集会を認めるための草案のなかで、安全という要件のほか、集会の場と内容との連関性を要求している。この「連関性」とは何を指し、なぜ必要なのか。

アメリカ法との比較を行うジョイテ (Max Jolie) によれば、私有地における集会の自由と財産権の衡量においては、一貫しない判断を避け、法的安定性を獲得するための基準が必要である。ジョイテは、シヨッピングセンターでの私有地が問題となったアメリカの一貫しない諸判決を参照しながら、財産権と集会の自由の調整は極めて広範な「評価の余地 (Wertungsspielräume)」をもたらし、論争誘発的な判断に至る可能性があるという。こうした不安定性を解消するために、「実践的整合 (praktische Konkordanz)」のための基準を定立する必要がある、と述べる。<sup>(92)</sup>

### 2 基準としての表現内容との連関性

集会の表現内容と場の連関性は、財産権と集会の自由の衡量において求められる実践的整合の基準として提唱される。それでは、なぜこのような考慮要素が必要とされるのか。

この点につき、ヴェント (Henning Wendt) は、問題となる集会と集会の場として選択された私有地の間に内容上の連関性 (Zusammenhang) が存在する場合は、国家が管理する公共空間では集会の目的が同程度に達成されないため、私有地の所有者に特別の負担を課することが正当化される、という。ヴェントはこの主張を行うにあたり、アメリ

カ連邦最高裁の諸判例を参照し、一見すると首尾一貫しないこれらの判示を、財産権と集会の自由の実践的整合という枠組みから整合的に理解し、ドイツ法への転用可能性を探る。<sup>(93)</sup> ショッピングセンターでの集会が問題となった Logan Valley 判決は「機能的等価性」から集会を保護したが、続く Lloyd 判決は、集会の場と何ら関係のない抗議活動であることを理由に集会の保護を否定しており、これらの諸判決を整合的に理解することはアメリカ法を参照するうえでは一つの問題となる。<sup>(94)</sup>

アメリカ法の転用を試みるヴェントは、「機能的等価性」メルクマールによって基本法八条の保護領域を拡張したうえで、衡量の段階で、私有地と集会の目的との間の連関性を要請している。ヴェントによれば、たしかに国家が管理する公道や公共広場などの古典的な公共空間がまだ存在しているとしても、私有地で集会を行う利益が強く認められる場合が存在する。それが、他に「適切な代替コミュニケーション手段が存在しない場合」であり、問題となる場と表現内容に内容上の連関性が存在する場合である。<sup>(95)</sup> Logan Valley 判決のように、ショッピングセンター内の事業者に対するデモが行われる場合が、これに該当しよう。<sup>(96)</sup> たしかに、事業者に対するデモを、事業者自身に受忍させることはとりわけ重い負担となりうる。しかし、公有地では同程度に集会の目的が達成しえない場合、すなわち当該場と集会のテーマに密接な連関性がある場合には財産権の制約が正当化されうる。同じく自らの草案においてこのような要請を求めるプロトマンは、これを「財産権の社会的拘束」の具体化として説明している。<sup>(97)</sup>

### 3 補完的な自由への批判

ヴェントは、「機能的等価性」にもとづく保護領域の拡張を行ったうえで、集会の自由と財産権の調整の際の基準として、表現内容と場の連関性を求めている。かかる要請は、アメリカの判例を整合的に分析することには資するが、これを実践的整合の準則として採用すべきかについては、批判的検討の余地がある。

この点について、シュレーンベルク (Sebastian Schulenberg) は、ヴェントの主張は、他者の管理する場への請求権を、いわば補完的 (subsidiar) に見認める点で、矛盾を抱えると批判する<sup>(98)</sup>。もしある私有地が公衆の通行に開かれていて、それゆえに「公共のフォーラム」のモデルに合致しているという、公有地と私有地が共有する機能的同索性 (funktionale Gleichheit) が認められるならば、当該土地を、自らの関心事のために用い、集会の自由の行使のために用いる権利が与えられるはずである。それにもかかわらず、私有地が集会のテーマと連関性を有する場合にのみ集会の自由が認められるという、補完的な請求権が成立するにすぎないと解釈するならば、そもそも場の持つ機能的な側面に着目する意味が失われてしまうのではないか<sup>(99)</sup>。このことがまさに明らかになるのは、問題となる私有地が集会のテーマと全く関連していないが、多くの人が通りかかる (frequentieren) 場所であるという理由のみによって集会の主権者がこの場を選択した場合である<sup>(100)</sup>。以上のような理由から、表現内容と場の連関性の要請を排除するべきであると主張する。

#### 4 小括

私有地における集会で問題となる財産権と集会の自由の衡量において、場と表現内容の連関を、衡量の準則として定立しようとする立場を参照した。この準則は判例<sup>(101)</sup>および本稿で紹介した学説をはじめ広く採用されるものである。シュレーンベルクの指摘にあるように、一方で、公衆への働きかけを保護すると述べながら、他方で、補完的のみ私有地での集会を保護しようとする判例・学説を批判する見解は、——今後詳細に検討する可能性を秘めているが——現状では少数説にとどまっている。



## 六 むすびにかえて——実質的私化という難問

本稿では、私有地における集会の自由の保障をめぐるドイツの判例・学説を参照しながら、そこで採用しうる理論構成を防御権アプローチと客観法アプローチに分け、集会の自由によって保障される「場」の拡張可能性を検討した。

一方で、防御権アプローチは、「集まる」という行為を自然的行為として構成し、私人によって開かれた場である私有地での防御権の成立可能性を説いた。もつとも、同アプローチのなかでも拡張が行われる範囲については争いがある。本稿でも概観したとおり、アメリカの判例に依拠しながら「機能的等価性」すなわち公衆の往来が存在する場所に限り「集まる」自由を保護する立場と、およそあらゆる場所にまで空間的保護領域を拡張しようとする立場の対立はいまだ解決していない。他方で、客観法アプローチでは、集会の自由と財産権の衝突において、私有地での集会を保護するための衡量の基準の定立が主な検討課題といえる。多くの論者は、集会の場として選択された私有地と集会のテーマとの間に、内容上の連関が存在することを要請する。この基準は、公有地で集会の目的が同程度に達成されない場合に場の管理者に受忍義務を課すことを正当化するものであり、広く判例・学説で採用されている。しかし、こうした立場には、集会の自由を補完的にのみ保護することを同時に意味するという、軽視すべきではない指摘がなされていることも示した。

以上の両アプローチ内の見解の対立が仮に解決したとしても、それぞれのアプローチには、さらなる内在的な課題が存在することも事実である。一方で、防御権アプローチにおいても、私人による集会実施の不許可により引き起こされる「干渉」を、どのようにして基本権の「制限」と構成するのかという問題が指摘されている<sup>10)</sup>。他方、客観法アプローチも批判的検討の余地がある。私有地の所有者側の財産権の制約を、単なる衡量問題ではなく、集会の自由に

対する保護義務や財産権の社会的拘束を根拠とする場合、法律の留保との関係で、法律の制定が必要とされるのではないか、との疑問が提起されている<sup>(18)</sup>。

これらの根強い疑問は、私有地、とりわけ実質的に私化された公共空間における集会を保護することの困難性を物語っている。だが、両アプローチの問題性ゆえに、集会の自由の行使可能性が「ミニマム」に縮減されるまで待たなければならぬのだろうか。自由が極限にまで切り詰められることを防ぐには、法理に一定の修正 (Modification) を施す必要があるのではないか。この点についてゴルニクによれば、法理の修正には二つの道があるという。「私人たる管理者を国家の位相 (Sine) にまで高めることで、ユーザーに自らの防御権を主張させ、私的管理者に直接的な基本権拘束を生じさせる」方法と、「管理者に生じている間接的基本権拘束を、ユーザーを保護するため、より高度なレベルの保護を受けるように、必要な限りで修正する」方法である<sup>(19)</sup>。これらのうち、いずれの道に進むべきかを解明するのは、筆者に課された次の課題である。

〔付記〕 本論文は、二〇二〇年度慶應義塾博士課程学生研究支援プログラムの助成を受けたものである。

- (1) 「空間」ないし「公共空間」という概念の再生 (Renaissance) の動向を指摘するものとして、Martin Klamm, Verortete Normen, 2007, S. 27 ff.; Christian Ernst, Der öffentliche Raum und seine Bedeutung für das demokratische Gemeinwesen, in: Utz Schliesky, Christian Ernst und Sonke E. Schulz (Hrsg.), Die Freiheit des Menschen in Kommune, Staat und Europa: Festschrift für Edzard Schmidt-Jortzig, 2011, S. 79; Christoph Gusy, Der öffentliche Raum, JZ 2009, 217.
- (2) BVerfGE 148, 267, 本判決の邦語評釈に「カ 玉蟬由樹「一般的な平等原則の私法への照射効」自治研究九五巻四号 (二〇一九年) 一五四頁以下参照。関連して Alexander Halgarth, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901; Fabian Michl, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910; Christoph Smets, Die Stadion-verbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NWZ 2019, 34, 連邦通常裁判所

- らの判断に<sup>108</sup> NJW 2010, 534. スタシムム禁止が問題となった別の判断について<sup>109</sup> Wolfgang Hecker, Aufenthaltserbote für Fußballfans, NVwZ 2016, 1301.
- (3) BVerfGE 148, 267 (284).
- (4) BVerfG (K), NJW 2019, 1935.
- (5) Michael Grinberger/Jermine Washington, Anmerkung, JZ 2019, 1104.
- (6) BVerfG (K), NJW 2019, 3769; JZ 2019, 1103.
- (7) 本稿と同様の問題意識を持つものとして、木下智史「集会の場所の保障をめぐる事例」毛利透・木下智史・小山剛・棟居快行『憲法訴訟の実践と理論』（判例時報社、二〇一九年）三五頁以下、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（二〇一九年）一七五頁以下、同「集会の自由の場所的保護領域——ドイツの判例におけるパブリック・フォーラム論」法学紀要六一巻（二〇二〇年）一六三頁以下、小谷順子「アメリカにおける大規模政治イベントに伴う抗議活動の規制をめぐる憲法問題」小山剛・新井誠・横大道聡編著『日常のなかの〈自由と安全〉——生活安全をめぐる法・政策・実務』（弘文堂、二〇二〇年）三三〇頁以下参照。
- (8) BVerfGE 69, 315. 評釈として、赤坂正浩「基本法 8 条の集会の自由と集会法による規制——ブロックドルフ決定」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第 2 版）』（信山社、二〇一三年）二四八頁以下参照。
- (9) BVerfGE 69, 315 (343).
- (10) BVerfGE 69, 315 (345).
- (11) BVerfGE 69, 315 (345).
- (12) Cornelia Dürig-Friedl, in: Cornelia Dürig-Friedl/Christoph Enders, Versammlungsrecht, 1. Aufl. 2016, Einleitung Rn. 41.
- (13) Enders, in: Dürig-Friedl/Enders (Anm. 12), §1 Rn. 20.
- (14) BVerwGE 91, 135.
- (15) BVerwGE 91, 135 (138 ff.).
- (16) Bernhard Schlink, Anmerkung, NJW 1993, 610. 他方で、ホーフガルテンヴィーゼのほかに大規模デモを行うことができるところが存在しなかったという、大学側の独占的地位を理由に、本判決を批判するものもある。Michael Kniesel, Die Versammlungs- und Demonstrationsfreiheit, NJW 1996, 2606 (2610).

- (17) *Enders*, in: *Dürig-Friedl/Enders* (Ann. 12), §1 Rn. 20.
- (18) BVerfGE 128, 226; JZ 2011, 568. 邦語の評釈として、石村修「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制——フランクフルト判決」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—一七五頁。また、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八号(二〇一三年)一三三—一五一頁。ドイツ語の評釈として、*Christoph Enders*, Anmerkung, JZ 2011, 577; *Hartmut Brenneisen/Christian Arndt*, Versammlungen auf privaten Flächen im Lichte der aktuellen Rechtsprechung, NordÖR 2016, 269. また、連邦通常裁判所の判断に対する評釈として、*Jens Kersten/Florian Meinel*, Grundrechte in privatisierten öffentlichen Raum, JZ 2007, 1127; *Andreas Fischer-Lescano/Andreas Maurer*, Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume, NJW 2006, 1393; *Philipp-L. Krüger*, Versammlungsfreiheit in privatisierten öffentlichen Räumen, DÖV 2012, 837. 本記事と異なる点として、フランクフルト空港の駐車場での集会的自由の適用については、VGH Kassel, Beschluß vom 14. 3. 2003 – 6 TG 691/03, NVwZ 2003, 874. 評釈として、*Ivana Mikišić*, Versammlungs- und Demonstrationsrecht auf Flughafengelände, NVwZ 2004, 788.
- (19) BVerfGE 128, 226 (243 ff.)
- (20) BVerfGE 128, 226 (251 ff.).
- (21) BVerf (K) G, Beschluss v. 20. 06. 2014 - 1 BvR 980/13.
- (22) BVerf (K) G, Beschluss v. 20. 06. 2014 - 1 BvR 980/13 (juris Rn. 19).
- (23) Ebd.
- (24) Ebd.
- (25) BVerf (K) G, Beschluss v. 18. 07. 2015, 1 BvR 25/15. 評釈として、小山剛「私有地における集会の自由と基本権の私人間効力——缶ビール・フラッシュモブ決定」自治研究九六卷一—号(二〇二〇年)一五四頁以下。
- (26) フラッシュモブとは、人々が比較的短時間行い、終わればすぐに解散し、ときに周囲の人々を驚かせる (Überraschung) 作用を持つパフォーマンスである。フラッシュモブを始めたのは、元ハーバース・ウィークリー編集長であるビル・ワシク (Bill Wasik) とされており、世界最初のフラッシュモブは、二〇〇三年にマンハッタンで行われた。https://www.natcom.org/communication-currents/flash-memory-history-flash-mobs (最終閲覧日: 二〇二〇年十一月二二日)。なお

- フラッシュモブは商業目的のほか労働争議などに用いられることもあるが、これが集会概念に含まれるかについては、その目的に依存するところ。 *Wolfgang Hofling/Gesine Krohne*, *Versammlungsrecht in Bewegung*, JA 2012, 734 (736 f).
- (27) なお、本件フラッシュモブは、①集会の可否のほかは、②公共空間における飲酒、③公共空間の監視が問題となつた。②につき、*Wolfgang Hecker*, *Zur neuen Debatte über Alkoholkonsumverbote im öffentlichen Raum*, NVwZ 2009, 1016.
- (28) ③につき、小山剛「監視と萎縮——基本権侵害の『水平的加算』序説」憲法研究六号（二〇一〇年）一一一頁以下。
- (29) フーフエン (Friedhelm Hufen) は、フラポート判決以前には、集会目的で「私有地を使用する権利は存在しない」と明確に述べた (*Friedhelm Hufen*, *Staatsrecht II*, 1. Aufl. 2007, §30, Rn. 8)。
- (30) BVerfG (K) G, Beschluss v. 18. 07. 2015, 1 BvR 25/15 (juris Rn. 5).
- (31) International Society for Krishna Consciousness, Inc., et al. v. Lee, Superintendent of Port Authority Police, 505 U. S. 672 (1992).
- (32) BVerfGE, 128, 226 (253).
- (33) *Rudolf Steinberg*, *Versammlungsfreiheit und das Leitbild des Öffentlichen Forums*, in: *Max-Emanuel Geis, Markus Winkler, Christian Bickenbach* (Hrsg.), *Von der Kultur der Verfassung: Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag*, 2015, 118 (121).
- (34) Ebd.
- (35) 伝統的パブリック・フォーラム該当性の否定につき、*ISKCON v. Lee*, 505 U. S. at 686.
- (36) 両立性テストにつき、横大道聡は「基本的両立性テスト」と呼び、私人の表現活動に奉仕してきた「伝統」を有しない公有地においても表現活動を保護する役割を果たすテストとして紹介している。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) 一三四頁以下参照。
- (37) *Steinberg* (Anm. 32), S. 121.
- (38) *Steinberg* (Anm. 32), S. 123.
- (39) Ebd.
- (40) 企業に対するデモが行われた例として、アメリカ連邦最高裁の *Logan Valley* 判決 (*Food Employees v. Logan Valley Plaza*,

- Inc. 391 U. S. 308 (1968.) など典型的な例とされる。また、Lloyd 判決 (Lloyd Corp. v. Tanner, 407 U. S. 551 (1972).) は、このような理解に基づきショッピングセンターと関連のなら反戦ビラの配布を保護してゐない。詳しくは、後述。
- (40) *Steinberg* (Ann. 32), S. 123.
- (41) *Steinberg* (Ann. 32), S. 124.
- (42) フラポート判決に基づき公共性の構造転換と基本権拘束の問題を指摘するものとして、*Jan Philipp Schaefer*, Neues vom Strukturwandel der Öffentlichkeit, *Der Staat*, 2012, 251 ff. 同様に、基本権拘束の問題について、フラポート判決のほか、在ローレン・ブラッシュコフ決定、スタジウム禁止決定などを取り上げながら論じるものとして、*Stefan Muckel*, Grundrechtsberechtigung und Grundrechtsverpflichtung, *JA* 2020, 411.
- (43) 以下、参照 *Johannes Masing*, Grundrechtsschutz trotz Privatisierung, in: *Michael Bäuerle, Philipp Dann und Astrid Waltraubenstein* (Hrsg.), *Demokratie-Perspektiven: Festschrift für Brun-Otto Bryde zum 70. Geburtstag*, 2013, 409 ff. ほか、公共性の解体や指摘については、*Bernd Holzngel*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, *VVDStRL* 2009, 381; *Hans-Detlef Horn*, Erosion demokratischer Öffentlichkeit?, *VVDStRL* 2009, 413.
- (44) *Andreas Gornik*, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2016, S. 187. 書評として、*Jörg Berkenmann*, *Buchbesprechungen*, *DVBJ* 2018, 29.
- (45) *Gornik* (Ann. 44), S. 190.
- (46) *Steinberg* (Ann. 32), S. 126.
- (47) エンダースは集会の自由の前提条件が失われることによっていつの日か集会の自由が空転することを指摘している。*Enders* (Ann. 18), S. 578. 他方で、実証主義的な検討に従ったとしても、いまだ公共空間がすべて消滅したとはいえず、空港やショッピングセンターでの集会を保護せずとも集会の自由が「空転 (leer laufen)」するとは言いがたし、という見解も散見される。フラポート判決におけるシュルツェベリア裁判官反対意見参照のこと (BVerfGE, 128, 226 (274)).
- (48) *Masing* (Ann. 43), S. 414.
- (49) *Masing* (Ann. 43), S. 420.
- (50) ここで参照されているのは、フラポート判決の連邦通常裁判所判決およびホーフガルテンヴィーゼ判決、さらにはチューリヒ・スプレー団事件決定 (NJW 一九八四、一二九三; 平松毅「落書の『芸術の自由』: 該当性と強制送還の合憲性」ド

- ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ(第2版)』一七四頁以下参照)である。
- (51) *Masing* (Anm. 43), S. 420 f.
  - (52) *Masing* (Anm. 43), S. 425.
  - (53) *Arbeitskreis Versammlungsrecht*, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, 2011. 本法案に対するコメントについては *Wolfram Höfling*, Versammlungsrecht als „Grundrechtsgewährleistungsgesetz“, Die Verwaltung 2012, 539; *Christoph Gasy*, Aktuelle Fragen des Versammlungsrechts, JZ 2011, 563.
  - (54) *Arbeitskreis Versammlungsrecht* (Anm. 53), S. 60 ff. 「機密的等価性」概念や *Krisor-Wiefeld* は funktionale Äquivalenz という概念である。 *Krisor-Wiefeld*, Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung, 2016, S. 232.
  - (55) *Food Employees v. Logan Valley Plaza, Inc.*, 391 U. S. 308 (1968).
  - (56) *Logan Valley*, 391 U. S. at 319.
  - (57) 改正前のドイツ連邦憲法保護法六条b項の「監視を許さず」の理解に立っている。 *Martin Prothmann*, Die Wahl des Versammlungsortes, 2013, 25 f. 関連して *Gasy* (Anm. 1), 217 f. 参照。
  - (58) *Arbeitskreis Versammlungsrecht* (Anm. 53), S. 62.
  - (59) *Platzmiete* の法的地位は *BVerf (K) G, NVwZ 2007, 1306; Christoph Enders*, Die Sondernutzung im Straßenrecht zwischen Erlaubnispflicht und Freiheitsanspruch des Bürgers, VerwArch 1992, 572.
  - (60) *Gornik* (Anm. 44), S. 39.
  - (61) *Gornik* (Anm. 44), S. 40.
  - (62) *Krisor-Wiefeld* (Anm. 54), S. 160 ff.
  - (63) *Prothmann* (Anm. 57), S. 139.
  - (64) *Prothmann* (Anm. 57), S. 149.
  - (65) *Ebd.*
  - (66) *Norbert Ullrich*, Das Demonstrationsrecht, 2015, S. 114.
  - (67) *Ullrich* (Anm. 66), S. 113 f.
  - (68) シックについては、小谷・前掲注(7)三三二頁のほか、高橋義人「『公共空間』の民営化と『パブリックフォーラム』

論「琉大法学八五号(二〇一一年)四一―七八頁、門田美貴「集会の『場』への権利——アメリカにおける修正一条の機能の拡張——」法学政治学論究一二六号(二〇二〇年)三四一頁以下参照。

- (69) *Ulrich* (Ann. 66), S. 114.
- (70) *Enders* (Ann. 18), S. 577.
- (71) *Ebd.*
- (72) *Enders* (Ann. 18), S. 578.
- (73) *Prothmann* (Ann. 57), S. 150 f.
- (74) *Krisor-Wiefeld* (Ann. 54), S. 194.
- (75) *Ebd.*
- (76) *Krisor-Wiefeld* (Ann. 54), S. 200 f.
- (77) *Ebd.*
- (78) *Prothmann* (Ann. 57), S. 147.
- (79) *Prothmann* (Ann. 57), S. 142.
- (80) BVerfGE 33, 303. 戸波江二「教育場所選択の自由と大学入学請求権——定数制判決」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社、二〇〇三年)二八三頁以下参照。
- (81) *Prothmann* (Ann. 57), S. 159.
- (82) *Prothmann* (Ann. 57), S. 160.
- (83) *Prothmann* (Ann. 57), S. 161. *クルニク* (Andreas Gornik) も本源的請求権の成立可能性は低いことを示唆している。  
*Gornik* (Ann. 44), S. 266 f. など。空間と基本権行使の関係を論じるスィーア (Angelika Stehr) は、「公共空間における権利と公共空間への権利を峻別するが、前者は自由権の側面が強いとし、後者は平等な立ち入りという平等権と結びついた派生的請求権であるとする。この二つの局面は、請求権に関する議論での峻別ではないため、本源的請求権と派生的請求権と対峙するわけではなく。」*Angelika Stehr, Das Recht am öffentlichen Raum*, 2016, S. 639 ff.
- (84) *Prothmann* (Ann. 57), S. 161.
- (85) BVerfGE 7, 198.



- (86) Arbeitskreis Versammlungsrecht (Anm. 53), S. 60.
- (87) *Prothmann* (Anm. 57), S. 241.
- (88) Ebd.
- (89) *Gornik* (Anm. 44), S. 399.
- (90) *Krisor-Wiegefeld* (Anm. 54), S. 262.
- (91) 安全性に関する条件を付するの検討について、*Robert Frey*, Ortsrecht im Einkaufszentrum, LKV 2016, 445.
- (92) *Mar Joite*, Öffentlicher Raum im Bereich privaten Eigentums, *Brucerus Law Journal* 2011, 100 (106).
- (93) *Hening Wendt*, Recht zur Versammlung auf fremdem Eigentum?, *NVwZ* 2012, 606 (607).
- (94) 両判決の関係については学説でも見解が分かれている。これら二つは単に事案の差異化を図ったに過ぎないという理解も成り立ち得るが、*Hugens v. NLRB* 判決 (424 U. S. 507 (1976)) の判示によれば、たしかに *Logan Valley* 判決を覆すと *Lloyd* 判決は明示しているものの、同判決の時点では *Logan Valley* 判決は妥当と見なす<sup>94</sup>との理解に立っている (*Hugens*, 424 U. S. at 518)。 *Hugens v. NLRB* 判決については *Logan Valley* 判決は妥当と見なす<sup>95</sup>との理解に立っている (Hugens, 424 U. S. at 518)。 *Hugens v. NLRB* 判決については *Logan Valley* 判決は妥当と見なす<sup>96</sup>との理解に立っている (Hugens, 424 U. S. at 518)。 *Hugens v. NLRB* 判決については *Logan Valley* 判決は妥当と見なす<sup>97</sup>との理解に立っている (Hugens, 424 U. S. at 518)。 *Hugens v. NLRB* 判決については *Logan Valley* 判決は妥当と見なす<sup>98</sup>との理解に立っている (Hugens, 424 U. S. at 518)。 *Hugens v. NLRB* 判決については *Logan Valley* 判決は妥当と見なす<sup>99</sup>との理解に立っている (Hugens, 424 U. S. at 518)。 *Hugens v. NLRB* 判決については *Logan Valley* 判決は妥当と見なす<sup>100</sup>との理解に立っている (Hugens, 424 U. S. at 518)。 *Hugens v. NLRB* 判決については *Logan Valley* 判決は妥当と見なす<sup>101</sup>との理解に立っている (Hugens, 424 U. S. at 518)。
- (95) *Wendt* (Anm. 93), S. 608 f.
- (96) *Wendt* (Anm. 93), S. 608.
- (97) *Prothmann* (Anm. 57), S. 241.
- (98) *Sebastian Schulenberg*, Der „Bierdosen-Flashmob für die Freiheit“: Zu Versammlungen auf Grundstücken im Eigentum Privater, *DÖV* 2016, 55 (58).
- (99) *Schulenberg* (Anm. 98), S. 59.
- (100) Ebd.
- (101) 缶ビール・フラッシュモブ決定のほか、ヘルリンフラッシュモブ判決 (BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 26. März 2014 - 1 BvR 3185/09) は同様の基準を採用している。欧州司法裁判所については *EUGH*, Urteil vom 12. 6. 2003, Rs. C-112/00. 参照。また、私有地における集会については *ヨーロッパ* と *ドイツ* の比較として *Maria Scharlau*, Schutz von

Versammlungen auf privatem Grund, 2018.

(102) Gornik (Ann. 44), S. 258.

(103) たとえば、プロートマンおよびクリゾーアーヴィートフェルトは、財産権の社会的拘束や国家の保護義務論から私有地における集会の保護を試みるが、いずれも義務の名宛人は立法府であり、法律による具体化を必要とすると説いていた Prothmann (Ann. 57), S. 230; Krisor-Wiefeld (Ann. 54), S. 255.

(104) Gornik (Ann. 44), S. 242.

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

主要著作 「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——」『法学政治学論究』第一二六号 (二〇二〇年)