

論文式試験問題集  
[憲法]

## 〔憲法〕

次の文章を読んで、後記の〔設問〕に答えなさい。

- 1 Xは、近代科学と近代資本主義を否定して、人類は自営的農村社会に立ち帰るべきという中心教義を有する宗教団体（教団）である。その信者は、その教義上、家族を捨て、その持てる全財産を教団に寄附したうえで、全国各地で自給自足の農業生活を集団で営んでいた。
- 2 Xは、特に、近代科学と近代資本主義の象徴として原子力発電を強く否定しており、これまでも、数次にわたり、原子力発電再稼働の反対を政府等に訴える集会又はデモ行進を主催してきたが（それら集会等は平穏に行われ、特に混乱は生じなかった）、2020年2月9日、予定人数4,000人の大規模なデモ行進（以下「本件デモ」という。）を計画した。  
そして、デモ行進出発にあたって一旦集合して集会（以下、「本件集会」という。）を実施するため、東京都立公園条例13条1項に基づき、東京都が設置する都市公園であるA公園の利用申請を行った。A公園は、規定上の収容人数は6,000人で、園内には、音楽堂、図書館、結婚式場、テニスコート等の各施設の他、周辺道路に面した各門（全9門）と各施設への往来のための園路が設置されており、Xは、本件集会のため、園路から園外に通じる門の一つである「B門」とその周辺の一時的使用を申請した。
- 3 これに対して、東京都知事Y（その委任を受けた都公園緑地事務所長）は、公園の一時的使用の不許可処分（以下「本件処分」という。）を行った。処分理由は以下「4」の通りである。
- 4 ①同年2月9日の利用状況を確認したところ、Xの本件集会だけでなく、都内C区主催のテニス大会やウォーキング大会などが開催される予定があり、結婚式の参列者や図書館の利用者などもあって、本件集会の参加者以外にも約3,000人の一般利用者が見込まれる。  
②また、同年1月末に、Xによって子や夫や妻を洗脳され、奪われたとして結成された「X被害者家族の会」と称する団体の十数名が、都公園緑地事務所に押しかけて、「無知蒙昧なカルト教団にA公園を貸すな」とマイクで連呼したうえで、その代表者が事務所職員に対して、「2月9日当日は、A公園に突っ込むぞ」と発言した。  
東京都立公園条例（以下「本件条例」という。）16条は、「都市公園の管理に支障がある行為」（10号）をしてはならないとし、同条例17条には「知事は、都市公園の管理のため必要があると認めるときは、都市公園の使用を制限することができる。」と定められているところ、2月9日当日は、①集会参加者と一般の公園利用者との間で、さらに、②集会反対者との間で、大きな混乱が危惧され、また、警察の警備等によってもなお混乱が予見され、公園の管理に支障が生じると認められる。
- 5 Xは、本件処分は、Xの憲法上の権利を侵害し、また、地方自治法にも違反するとして本件処分の取消訴訟（行政事件訴訟法3条2項）を提起したいと考えている。

## 〔設問〕

必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。  
なお、A公園が地方自治法244条1項の「公の施設」であることを前提としてよい。  
また、Xの権利享有主体性及び信教の自由の侵害、法律と条例の抵触は論じなくてよい。

## 【参考資料 1】 地方自治法

(公の施設)

第 244 条 普通地方公共団体は、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設（これを公の施設という。）を設けるものとする。

2 普通地方公共団体（指定管理者を含む。）は、正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒んではならない。

(公の施設の設置、管理及び廃止)

第 244 条の 2 普通地方公共団体は、法律又はこれに基づく政令に特別の定めがあるものを除くほか、公の施設の設置及びその管理に関する事項は、条例でこれを定めなければならない。

## 【参考資料 2】 東京都立公園条例

(物件を設けない占有)

第 13 条 物件を設けないで都市公園を占有しようとする者は、東京都規則の定めるところにより申請し、知事の許可を受けなければならない。

(行為の制限)

第 16 条 都市公園内では、次の行為をしてはならない。ただし、第一号から第七号までについては、あらかじめ知事の許可を受けた場合は、この限りでない。

一 都市公園の原状を変更または用途外に使用すること。

(略)

十 前各号のほか、都市公園の管理に支障がある行為をすること。

(使用の制限)

第 17 条 知事は、都市公園の管理のため必要があると認めるときは、都市公園の使用を制限することができる。

2020 年 2 月 9 日

担当：弁護士 高井健太郎

参考答案  
[憲法]

## 第1 本件処分の憲法上の問題点

1 東京都知事Yによる本件処分は、憲法21条1項が保障するXの集会の自由及びデモ行進の自由を不当に制約し、地方自治法244条2項にも反する違憲・違法の処分にあたらないか。

2 集会は、参加する人々が様々な意見に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させる価値を有するとともに、人々がその政治的意見を表明するための貴重な手段であり、健全な民主政治の運営にとっても重要である。このため、憲法21条1項は、「言論、出版」などの他に、「集会」も表現の自由として手厚く保護する旨を規定する。その保障の趣旨からすれば、ここにいう「集会」には、「何らかのテーマに関する意見の表明・形成・交換を目的とする複数の人の集まり」という狭義の集会のみならず、複数人が集団で移動して意見を伝達しようとするデモ行進も含まれると解される。

Xが主催する本件集会及び本件デモは、原子力発電再稼働の反対という政治的意見を交換し合い、政府や一般公衆に伝達するための集団的行為であり、ともに憲法21条1項によって保障される。そして、デモ行進のためには参加者が一旦集まって出発することが必要不可欠となるから、Yによる本件処分は、Yの狭義の集会の自由を制約するとともにデモ行進の自由をも制約するものとなる。

3 一方、公園などの施設は、当然、施設管理者の管理権にも服する。しかし、表現の自由の行使が集団的行動を伴うときには物理的な場所が必要であり、その場所が提供されないときには、意見を受け手

に伝達することができない。地方自治法244条にいう普通地方公共団体の「公の施設」が、集会の用に供される場合、住民は、その施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認められるのである。管理者が「正当な理由」なくその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制約につながる。

4 本件条例17条は、「都市公園の管理のために必要があると認めるとき」には、その使用を制限することができる。前述の憲法及び地方自治法の趣旨に照らすならば、ここでいう「管理のための必要があると認めるとき」とは、施設管理者において主観的にその必要があると認めただけでなく、客観的に、その使用の目的や必要性、使用の態様に照らしたうえで、生じる可能性がある公園管理上の支障の具体的内容や程度、そのような支障を回避する方法の有無等の諸事情を勘案して、その使用を禁止するしか適切な方法がない場合に限られると解すべきである。

## 第2 対立する見解を踏まえての本件の検討

1 一方で、同じ地方自治法244条にいう「公の施設」でありながら、専ら「集会の用に供する施設」である「閉鎖型」の市民会館等と異なり、「開放型」の公園は、必然的に、他の一般利用者との競合が生じるのであるから、公園における集会の自由の保障の程度は、施設管理権を厳格に絞り込むほど高くはないという見解がある。

しかし、集会の自由が民主主義社会においても意義は、表現主体が他者に働きかけ、人々に多様な意見に接する機会を提供するこ

<p>とにあり、その点で、「閉鎖型」の屋内集会より、「開放型」の屋外集会のほうがより高い価値を有すると考えられる。また、公園における集会は、常に、他の一般利用を何がか損なうものであって、一般利用者の利用の阻害という弊害を強調することは、結局は、公園における集会の実施を事実上不可能としてしまう。</p> <p>本件処分によるXの集会の自由の制約の正当性は、先に掲げた本件条例の合憲限定解釈によって判断されるべきである。</p> <p>2 そのうえで、Yの本件処分の理由ごとに検討する。</p> <p>(1)①他の一般利用者との間の混乱</p> <p>本件デモ及び本件集会の参加予定人数は4,000人であり、テニスコートの参加者や結婚式の参列者等の一般利用者約3,000人の合計は、A公園の規定上の収容人数6,000人を超えるもので、そのために、混乱が生じるという抽象的な可能性はある。</p> <p>しかし、Xの使用目的は、原子力発電再稼働反対という政治的意見を広く伝達するためのもので、デモ行進参加者4,000人を集合させる場所は、都市公園以外には見つけ難い。憲法による集会の自由の保障の帰結からは、すべての利用目的を等価値にみることはできず、Xの集会目的のA公園利用は、それ以外の目的の利用に優先すると考えべきである。一般利用者は、公園利用の競合者というより、Xがその政治的意見を投げかけるべき一般公衆でもある。</p> <p>また、これまでのXによる集会やデモ行進は平穩に行われ、特に混乱が生じたということもなく、しかも、デモ行進に出発するための一</p>	<p>時的な集会目的で滞留時間も短いことが見込めることから、混乱が生じる可能性やその程度は高いとはいえない。そして、Xが使用するのは、A公園にある全9門のうち、B門とその周辺部分だけであり、管理権者の適切な誘導によって、一般利用者のためにB門以外の門から各利用施設に動線を設けることも十分に可能である。</p> <p>一般利用者との間に混乱が予見されることは、「管理のための必要がある」と認めるときにはあたららない。</p> <p>(2)②集会反対者との間の混乱</p> <p>Xによって家族を洗脳され奪われたと感じる「X被害者家族の会」のメンバーから見れば、Xは妄想を撒き散らす単なる「カルト教団」であり、その心情の強烈さから、その代表者による「当日は、A公園に突っ込むぞ」という発言が実行される可能性は低くはない。</p> <p>しかし、主催者が一定の立場から政治的意見を表明するための集会を平穩に行おうとしているのに、それに反対する他のグループがこれを実力で妨害して紛争を起こすおそれがあることを理由に利用を拒むことは、観点による内容規制にもつながり、憲法21条1項の趣旨に反する。また、仮に、抗議に押しかけた十数人全員が、妨害を実行使したとしても、管理権者や警察による規制や警備等によって十分対処可能である。集会反対者との間の混乱が予見されることは、「管理のための必要があると認めるとき」にはあたららない。</p> <p>3 よって、Yによる本件処分は、憲法21条1項及び地方自治法244条2項に反する違憲・違法の処分である。 以上</p>
---	--

2020年2月9日

担当：弁護士 高井健太郎

## 予備試験答案練習会(憲法)採点基準表

受講者番号	
-------	--

	小計	配点	得点
<b>□憲法21条1項の保障(8点)</b>	(8)		
・本件が、憲法21条1項が保障する集会(及びデモ行進)の自由の問題であることの指摘。		1	
・集会の意義や憲法21条1項が集会の自由を手厚く保障する趣旨を示されていること。		3	
・Xの集会の自由が憲法21条1項によって保障されており、それが本件処分によって制約されていることの指摘。		2	
・集会には「デモ行進」も含まれ、Xのデモ行進の自由も憲法21条1項によって保障されており、それが本件処分によって制約されていることの指摘。		2	
<b>□パブリック・フォーラム(5点)</b>	(5)		
・公の施設は、施設管理者の管理権があり、当然に、施設使用を請求できるわけではないことの指摘。		1	
・公園は「パブリック・フォーラム」であるがゆえに、集会の自由の実質的保障のために、「正当な理由」(地方自治法244条1項)がない限り、管理者は集会目的の使用を拒否できないことの指摘。		4	
<b>□判断枠組み(7点)</b>	(7)		
・憲法→地方自治法→条例の三層構造を踏まえた判断枠組みが導いていること。		2	
・基本判例(泉佐野市民会館事件)を意識したうえで、本件条例の文言の合憲限定解釈から判断枠組みが導いていること。		5	
<b>□対立点(6点)</b>	(6)		
・必然的に他の一般利用者との競合が生じる「開放型」施設である公園の特性等を踏まえた適切な対立点の提示。		3	
・対立点を踏まえたうえで、憲法21条1項における集会の自由の保障の趣旨から、私見を示していること。		3	
<b>□本問の検討(14点)</b>	(14)		
・私見の判断枠組みに従って、本問にある事実を適切に評価したうえで、 ①一般利用者との間に混乱が予見されることが、本件処分の理由として認められるかが検討されていること。		6	
・「敵対的聴取の法理」を意識したうえで、②集会反対者との間に混乱が予見されていることが、本件処分の理由として認められるかが検討されていること。		6	
・違憲、合憲の結論が示されていること。		2	
<b>○裁量点</b>	(10)	10	
<b>合計</b>	(50)	50	



# 憲法 解説レジュメ

## 第1. 出題趣旨

本問は、「公共施設の管理権とその憲法的統制」というテーマについて、必然的に施設使用に伴う集会の自由の保障の観点から学習内容を確認することを主眼とする。平成23年以降の予備試験・憲法において、集会の自由はいまだ正面から取り上げられていない（平成25年の司法試験においてデモ行進の自由が取り上げられている）。今後、出題される可能性があるテーマとも考えられる。

令和元年の予備試験・憲法が、エホバの証人剣道受講拒否事件（最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁 百選I41）を明らかに意識した問題であったように、来年以降も、基本判例を踏まえた検討が求められるものと予想される。「公共施設の管理権とその憲法的統制」は、昨今話題となっている脅迫を理由とする芸術祭中止や公的助成の中止の問題も絡み、基本判例となる泉佐野市民会館事件（最判平成7年3月7日民集49巻3号687頁 百選I81）以降、現在に至るまで下級審においても多く争われているテーマである。そうした日々発生する具体的な事案に対して、基本判例を使いこなすことで妥当な解決を導く基礎力が問われる。

本問は、東京地決平成24年11月2日判例地方自治377号28頁（一般利用者の利用を妨げるという理由で集会目的の利用が拒否されたことが問題となった）、及び、東京地判平成21年3月24日判例時報2046号90頁（反対団体の妨害活動を理由として集会目的の利用が拒否されたことが問題となった）を参考にして作成した。

## 第2. 設問への答え方

平成30年の予備試験では「Xの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。」とあり、平成29年でも「甲の立場からの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。」とあって、所謂「主張→反論→私見」形式で論述することが想定されていた。しかし、令和元年からは「必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。」という設問となった。司法試験においても、平成30年から「主張→反論→私見」形式の論述が求められなくなったことが、ここでも反映されていると思われる。

本問についても、令和元年の設問形式に則ったものであるが、論述の仕方としては、要所で「対立する見解に触れつつ」、私見を全面的に展開し、Xの生な主張に沿って本件処分が違憲であるか否かの結論を出せば足りるものと理解する。

また、令和元年設問には「学習指導要領上、水泳実技は必修とされているものとする」など論述の前提となる重要な「猶書」があり、設問の「猶書」は熟読されたい。

## 第3. 基本解説

### 1 集会とデモ行進の自由

#### (1) 憲法上の保障

集会とは、「複数人が共通の目的をもって同一の場所に集まり、目的実現に向けた行動を行うこと」などと定義されるが（高橋215頁）、戦前の日本において、警察官が集会を監視する制度が設けられ、警察官が集会の解散を命じる権限が与えられるなど非常に厳しく規制されて

いた。これに対して現行憲法21条1項は、言論・出版の自由とともに、集会の自由を明文で保障している。

デモ行進（集団示威行進）の場合は、一定の場所にとどまって行われる狭義の「集会」とは異なり、公道や公園等の公共の場所を移動して進みながら主義主張をアピールするという側面がある。憲法21条1項のいう「一切の表現の自由」に含まれるという見解もあるが、「動く集会」として「集会の自由」に包含されるという見解が一般的である。

集会もデモ行進も、マスメディア等を通じて自己の見解を伝えることができない一般人にとって、重要な表現手段となる。また、たとえ一時的でも参加者に連帯感がもたらされることから、内部における相互コミュニケーションの促進も重視される。

最高裁も「現代民主主義社会においては、集会は、国民が様々な意見や情報等に接することにより自己の思想や人格を形成、発展させ、また、相互に意見や情報等を伝達、交流する場として必要であり、さらに、対外的に意見を表明するための有効な手段であるから、憲法21条1項の保障する集会の自由は、民主主義社会における重要な基本的人権の一つとして特に尊重されなければならないものである」（成田新法事件〔最大判平成4年7月1日民集46巻5号437頁 百選II109〕）として、所謂「自己実現・自己統治」の価値を強調する。

## （2）本問論述のポイント

本問ではまず、問題となっているXの憲法上の権利が「集会の自由」であること気づき（それは容易であろう）、前述の集会の自由の意義や憲法21条1項での保障の趣旨を踏まえたうえで、Xの集会の自由が憲法21条1項によって保障されることを画定する必要がある。その際には、人々が物理的に集って意見交換を行いつつ、また、外部にも意見を発信するという集会の他の表現行為にない側面についてはできるだけ丁寧に触れることが肝要であろう。それは、判断枠組みの導入や私見の展開にも響いてくることになる。

また、本件では、XはA公園を本件デモの集合場所・出発地点としても利用するものであり、本件集会の開催は、本件デモの不可欠な前提となる。Xのデモ行進の自由も憲法21条1項によって保障されていること、そして、本件処分によって、Xの集会の自由（狭義）とともにデモ行進の自由も制約されていることを指摘する必要があるだろう。

## 2 施設管理権と集会の自由

### （1）施設管理権を通じての規制

一方、憲法21条1項による集会の自由に対する保障は、本来自由に集会を行うことを公権力によって妨害されない自由（防御権）をいうものにとどまり、その集会のための場所、施設の提供を国や自治体に対して要求する給付請求権までを含むものでない。広場、公園、公会堂、市民会館などを使用するにあたっては、使用申請をしたうえで、管理権者の許可を得る必要がある。

もっとも、表現の自由にとって、表現を伝えられる「場」があるかどうかは、極めて重要な問題である。特に集会等の集団行動を伴う表現の場合には、物理的な「場」の確保が必要不可欠となる。広場、公園、公会堂、市民会館などは、「パブリック・フォーラム性」が認められるがゆえに、「所有権や、本来の利用目的のための管理権に基づく制約を受けざるをえないとしても、その機能にかんがみ、表現の自由の保障を可能な限り配慮する必要があると考えられる」（吉祥寺駅事件〔最判昭和59年12月18日刑集38巻12号3026頁 百選I57〕の伊藤正巳裁判官の補足意見）。

## (2) パブリック・フォーラム

アメリカにおいて、表現する「場」(フォーラム)を拡大するため、フォーラムに該当する場合には、施設管理権を盾にした安易な表現規制を許さず、表現の自由を優先させることを目的とした議論である。

パブリック・フォーラムは次のように分類される。

- ①伝統的なパブリック・フォーラムは、道路、広場、公園など、長い伝統のなかで集会や論争に捧げられてきた場所であり、そこでの表現規制は厳格な審査の対象となる。
- ②指定されたパブリック・フォーラムは、表現のためにとくに設置された公会堂などが該当し、設置するかどうかは裁量の問題であるが、いったん設置されたなら、①と同様に扱う必要がある。
- ③非パブリック・フォーラムは、表現のための「場」ではないため、表現のために使用させるかどうかは裁量の問題となる。

日本においては、前述の伊藤正巳裁判官が主導しており、後述のように本件の基本判例となる泉佐野市民会館事件等にもそれらの議論が反映され、下敷きとなっていると解されている。

## (3) 憲法・地方自治法・条例の三層構造

以上のようなパブリック・フォーラムの議論を前提として、日本における広場、公園、公会堂、市民会館などの公の施設と集会の自由との関係については、次のような三層構造を踏まえる必要がある(青井ほか99頁以下)。

地方自治法244条1項は、「普通地方公共団体は、住民の福祉を増進する目的をもってその利用に供するための施設(これを公の施設という。)を設けるものとする」として、同条2項では、その利用について普通地方公共団体は「正当な理由がない限り」拒んではならないこと、また、3項で「不当な差別的取扱いをしてはならない」ことを定めている。そして、同法244条の2第1項で、管理に関する事項は条例で定めなければならないとしている。

すなわち、憲法21条1項の集会の自由と、それを具現化する地方自治法と、その下の管理のための条例という三層の仕組みである。憲法21条1項から直接に具体的な請求権として「国や公共団体に施設で集会をする権利」を引き出すのは困難だとしても、地方自治法の規定により、公の施設における「正当な理由のない」使用不許可や「不当な差別的取扱い」を憲法問題として提起することが容易になっている。

## (4) 本問論述のポイント

ここでは、たとえ憲法21条1項によってXの集会の自由及びデモ行進の自由が保障されていたとしても、施設管理者の管理権との抵触があり、ただちに施設使用の具体的権利が発生するわけではないことをまず述べるべきであろう。そうであっても、集会やデモのように一定の物理的な「場」を必要とする表現にとって、「場」の確保が重要となるというパブリック・フォーラムの考え方を示したうえで(「パブリック・フォーラム」という用語を使用する必要は必ずしもなく、その議論を意識していることを示せば足りる)、憲法21条1項→地方自治法→東京都立公園条例(本件条例)の三層の仕組みを捉え、地方自治法244のいう「公の施設」においては、「正当な理由」がない限り管理者は集会目的の使用申請を拒否できないというかたちで、集会の自由に基づく「場」の給付請求権が実質的に保障されていることを論述すべきであろう。

### 3 基本判例「泉佐野市民会館事件」とその外縁

#### (1) 合憲限定解釈と「明白かつ現在の危険」基準

施設管理権の行使と集会の自由について判断枠組みを示したのが、泉佐野市民会館事件である。この判決は、日本では珍しく憲法21条の領域で厳格な審査がされたケースと言われ、その論述構造は以下のようになっている。

① 公の施設と集会の自由（原理から導かれる解釈適用指針）

②-1 第1段階の判断基準（利益衡量論）

②-2 第2段階の判断基準（合憲限定解釈と明白かつ現在の危険基準）

③ 判断基準の適用（本件不許可処分の適否） ※以下の下線は作問担当者による

まず、前述のパブリック・フォーラムの議論と憲法→地方自治法→条例の三層構造を踏まえて、「地方自治法244条にいう普通地方公共団体の『公の施設』として、本国会館のように集会の用に供する施設が設けられている場合、住民は、その施設の設置目的に反しない限りその利用を原則的に認められることになるので、管理者が正当な理由なくその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれが生ずることになる。したがって、本件条例7条1号及び3号を解釈適用するに当たっては、本国会館の使用を拒否することによって憲法の保障する集会の自由を実質的に否定することにならないかどうかを検討すべきである」として、①市民会館条例の解釈適用指針を示す。

そのうえで、「利用を不相当とする事由が認められないにもかかわらずその利用を拒否し得るのは、利用の希望が競合する場合のほかは、施設をその集会のために利用させることによって、他の基本的人権が侵害され、公共の福祉が損なわれる危険がある場合に限られる」として、そのような制限が必要かつ合理的なものと肯認されるかどうかは、「基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生の危険性の程度等を較量して決せられるべき」として、②-1利益衡量の枠組みを示す。

そして、市民会館条例7条1号にいう「公の秩序をみだすおそれがある場合」という曖昧な言葉に限定的な解釈を加え、これを「本国会館における集会の自由を保障することの重要性よりも、本国会館で集会が開かれることによって、人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合」と解釈する（②-2合憲限定解釈）。さらにその危険性の程度につき、「単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」とする（明白かつ現在の危険基準）。

ここでは、泉佐野市民会館事件の代名詞ともいえる「明白かつ現在の危険」基準は、あくまで、「公の秩序をみだすおそれがある場合」という市民会館条例の具体的な文言を、合憲限定的に解釈することによって導き出された判断枠組みであることに注意すべきである。

#### (2) 公園という「場」のせめぎ合い

泉佐野市民会館事件において、管理権者の裁量を厳格に絞りこんだ判断枠組みがとられた背景には、管理権者の広い裁量を認めることは戦前のような「公の秩序維持を理由とする集会の禁止（いわゆる警察上の命令）と同じ効果をもたらす可能性」（園部逸夫裁判官補足意見）が指摘される。

一方、現在、下級審において多く争われている事例においては、泉佐野市民会館事件の外縁をめぐって、それを限定しようとする動きとそれを拡張する動きがせめぎあっているといわれる（毛利ほか29頁）。こうしたせめぎ合いの典型的なものとして挙げられるのが、本問のような、「開放型」の公園の集会目的の利用である。公園は、市民会館と同じく一般の利用に開かれた公共施設でありながら、利用申請者のためだけに利用されるわけではなく、一般の人々の憩の

場として利用する可能性があるという特徴がある。皇居前広場事件（最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁 百選I80）も、「利用の許否は、その利用が公共福祉用財産の、公共の用に供される目的に副うものである限り、管理権者の単なる自由裁量に属するものでな」と述べながら、一般の利用が全く阻害されてしまうことを理由とする使用不許可処分を合憲としている。

その点が、本問における憲法論上の「対立点」となるであろう。

公園における集会が必然的に他者の利用と競合することから、その保護強度は、泉佐野市民会館事件のような「厳格な基準」を要求するほど高くないと述べる論者もある（駒村吾吾『憲法訴訟の現代的展開』日本評論社62頁）。また、実際に、現在においても、一般の利用が妨げられるとの理由で、集会目的の利用申請が斥けられるケースがあり、本問の素材となった東京地決平成24年11月2日判例地方自治377号28頁も、集会（及びデモ行進）参加者数が極めて多数になることにより、日比谷公園の他の施設への通行が阻害され「他の公園利用者の利用との競合が生じる可能性がある」ことを理由とする不許可処分について、仮の義務付けを却下している。

### （3）公園における表現の価値

確かに、公園における外に開かれた集会は、室内の閉鎖型集会に比べ、社会に対する影響力に比例して他者の権利に危険を及ぼす可能性が高くなるであろう。

しかし、集会の自由が民主主義社会においてもつ意義は、表現主体が他者に働きかけ、人々に多様な意見に接する機会を提供することであり、その点で、「閉鎖型」の屋内集会より、「開放型」の屋外集会のほうがより高い価値を有すると考えるべきではないか（毛利ほか31頁）。公園における集会は、常に、他の一般利用を何がしか損なうものである以上、一般利用者の利用の阻害という弊害を強調することは、結局は、公園における集会の実施を事実上不可能としてしまう。

そもそも、公園が公道等とならんで「伝統的パブリック・フォーラム」とされ、強い憲法保障を及ぼす必要があるといわれるのは、そうした「場」が長きに渡って自由な思想の交換に捧げられてきたことに加えて、瞬発的な他者への働きかけの強さに着目してのものであろう。「指定的パブリック・フォーラム」に該当する市民会館に比して、その憲法保障の程度が緩やかであるということとはできない、というのが作問担当者の私見である。

### （4）本問論述のポイント

再三述べるように、泉佐野市民会館事件の判断枠組みが、市民会館条例7条1号にいう「公の秩序をみだすおそれがある場合」という曖昧な文言を足掛かりとして導かれたことに留意すべきである。本件処分の理由も、東京都立公園条例（本件条例）16条「都市公園の管理に支障がある」同17条「管理のために必要があると認めるとき」にあたるというのであるから、本問の場合も、それら曖昧な文言を合憲的に解釈した判断枠組みを導くべきであろう。どの程度厳格に絞り込んだ解釈すべきかについては、本問のケースも泉佐野市民会館事件の圏内と考えるか、或は、圏外と考えるかによって異なるであろう。仮に、圏外と考えるのであれば、その理由を付したうえで、利益考量において一般利用者の利用阻害等に重みをおいたより緩やかな判断枠組みを設定することもありえる。

また、「単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」という「明白かつ現在の危険基準」も、「公の秩序をみだすおそれがある場合」→「集会の自由を保障することの重要性よりも……人の生命、身体又は財産が侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合」と合憲限定解釈したうえで、その「危険性の程度」として導かれたこと

も留意すべきである。したがって、「管理に支障がある」「管理のために必要があると認めるとき」という文言の合憲限定解釈から、必ずしも「明白かつ現在の危険基準」を導く必要はない。

ちなみに、参考答案で例示した「管理のために必要があると認めるとき」(本件条例17条)の合憲限定解釈である「施設管理者において主観的にその必要があると認めただけでなく、客観的に、その使用の目的や必要性、使用の態様に照らしたうえで、生じる可能性がある公園管理上の支障の具体的内容や程度、そのような支障を回避する方法の有無等の諸事情を勘案して、その使用を禁止するしか適切な方法がない場合に限られる」という判断枠組みは、本問のもう一つの素材裁判例である東京地判平成21年3月24日判例時報2046号90頁の判旨を参照したものである。

そして、泉佐野市民会館に類する厳格な判断枠組みを導く場合には、それに対立する立場からは、開放型の公園での集会開催は一般利用者の利用を必然的に阻害されてしまうから、管理権者の裁量はより広く認められるべきとする見解などがぶつけられるだろう。反対に、泉佐野市民会館より緩やかな判断枠組みを導く場合には、公園という伝統的パブリック・フォーラムの性格を重視すべきとする見解などがぶつけられるだろう。

私見としての判断枠組みが定まった場合には、本件処分の①②の理由ごとに肅々とあてはめを行えば良い。一般の利用者との間の混乱という①の理由については、集会当日はA公園の規定収容者数を1,000人ほどオーバーする見込みであるという事実、これまでのXによる集会やデモ行進は平穩に行われ特に混乱が生じたということはないという事実、デモ行進に出発するための一時的な集会目的であるという事実、また、Xが使用するのは全9門あるうちのB門とその周辺部分であるという事実などをどう評価するかがポイントになる。

#### 4 敵対的聴衆の法理

##### (1) 「敵対的聴衆の法理」と内容規制

「敵対的聴衆の法理」は、アメリカの判例理論由来の法理のなかでも最も日本に定着したものとわれ、また泉佐野市民会館事件の判決が打ち出したいくつかの法原則のうち、もっとも実務上定着したものともいわれる(毛利ほか36頁)。同判決において最高裁は、前掲の判旨に続いて、「主催者が集会を平穩に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことは、憲法21条の趣旨に反するところである」と明示する。泉佐野市民会館事件については、最高裁は「平穩な集会を行おうとしている者に対して一方的に実力による妨害がされる場合」ではないとして、「敵対的聴衆の法理」を適用しなかったものの、翌年の上尾福祉会館事件(最判平成8年3月15日民集50巻3号549頁)において、同法理に基づいて、利用拒否処分の違法性を導いている。

敵対的聴衆の存在を理由とした規制が憲法上認められないのは、①穩健な思想と比べて急進的な思想を選別的に排除する思想市場歪曲化効果を有し、同時に、②大衆の特定思想に対する敵意を政府が是認するという意味で、政府自身の不当な動機にもつづく規制と同視されるからである。

##### (2) 本問論述のポイント

「敵対的聴衆の法理」の適用にあたっては、(i)警察の依頼により危険を防止できるか、(ii)平穩に集会を行おうとするものか、という要素が重要となる。本問のケースでは、Xはこれまでも平穩に集会及びデモ行進を実行してきたものであり、都公園緑地事務所に抗議のために押しかけた「X被害者家族の会」と称する団体の十数名という規模、また、公園という場所的条件を鑑みれば、管理権者と警察とが連携した警備で十分の危険が防止できるといえる。したが

って、少なくとも、②集会反対者との間の混乱を理由とする限りにおいて、本件処分は違憲・違法というしかないであろう。

なお、前掲の京地判平成21年3月24日判例時報2046号90頁は、端的に「民主主義の下では、まずは、そのような暴力によって集会等を妨害しようとする者を規制し、これを阻止すべきであって、平穩に集会を開催しようとする者の行為を規制し禁止しようとするのは、本末転倒といわなければならない」と判示しており、論述上も参考になる。

以 上

**【参考文献】**

青井未帆・山本龍彦『有斐閣ステュディア 憲法I 人権』有斐閣

高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』有斐閣

横大道聡（編著）赤坂幸一ほか（著）『憲法判例の射程』弘文堂

毛利透・木下智史ほか『判例時報臨時増刊 憲法訴訟の実践と理論』判例時報社

長谷部恭男ほか（編）『憲法判例百選 I [第7版]』有斐閣

2020年2月9日

担当：弁護士 高井健太郎

## 最優秀答案

回答者 YU 43点

1. 本件処分はXの集会の自由（憲法（以下、法名省略）21条1項）を侵害し違憲ではないか。

2. (1)「集会」（21条1項）とは多数人が共通の目的で一定の場所に集まることをいうところ、Xは本件デモの事前準備目的でA公園に集まろうとしているため本件集会は「集会」にあたる。

そして、集会は国民が多様な情報に接し、自己の思想・人格を形成・発展させ、相互に意見交換する場として重要であり、対外的に意見表明するための有効な手段であるから、集会の自由は民主主義社会における重要な権利である。

かかる集会の自由の重要性及び「公の施設」（地方自治法（以下、「法」とする。）244条1項）について、住民が原則として使用できること（法244条2項）に照らし、「公の施設」の平等な利用を妨げられない権利が21条1項によってXに保障されている。

(2)これに対し、21条1項は専ら「集会」の開催を妨げられない権利を保障したにすぎず、「公の施設」の利用が妨げられない権利まで保障していないとの反対意見が考えられる。

しかし、A公園などの公共の場は伝統的に集会の場として提供されてきたという経緯があることから、「公の施設」の管理者は原則として、国民の利用請求を拒めない（パブリックフォーラム論）。

そうすると、Xには（公の施設）の利用を妨げられない権利まで保障されていると解するべきである。

3. (1)そして、先述（2の(1)）の集会の重要性及び「公の施設」としてのA公園の性質に照らし、「都市公園の管理に支障がある」（本件条例16条10号）及び「都市公園の管理のため必要がある」（同17条）とは、明らかに差し迫った害悪が生じるおそれが具体的に予見される場合を指すと解する。

(2)この点について、①2020年2月9日にX以外の一般利用者が3000名程度見込まれ、本件デモの予定者4000名と合わせると、A公園の収容



人数 6000 名を超え、周辺地域に迷惑等の害悪が生じるおそれがあること、② X の対立団体が本件集会への襲撃を予告しており、他の利用者や周辺住民の生命身体の安全が害されるおそれがあることから、「都市公園の管理のため必要がある」（法 17 条）場合に当たるため、本件処分は合憲であるとの見解が考えられる。

しかし、① 本件デモの予定人数 4000 人全員が本件集会に参加するとは限らず、しかも、X 以外の一般利用客 3000 名が同時刻に一同に会するとは考え難い。さらに収容人数 6000 人はあくまで規定上の限界であり、収容限界人数は増やせると考えられる。またテニス大会やウォーキング大会は場所が定まっており、これらとの兼ね合いで混乱が生じないようにすることは警備・警察によって可能である。また②、X はこれまで集会やデモ行進を行っているがいずれも平穏に行われ混乱は生じていない。そうすると、反対団体が襲撃予告をしているとしても、本件集会が必ず襲撃されるとまでは言えず、また襲撃があっても警察・警備によって対処しうる。敵対的聴衆の存在によって集会の自由を制限することが 21 条 1 項の趣旨に反するから、かかる結論が妥当である。

したがって、本件では明らかに差し迫った害悪が生じるおそれが具体的に予見さえるとまでは言えず、「都市公園の管理のため必要がある」（法 17 条）場合に当たらない。

4. 以上より、本件処分は X の集会の自由を不当に侵害するものであるから違憲である。

以 上

# 採点講評

(2020年2月9日 憲法)

## 第1 全体について

- ・本問において、ほぼ全員の方が「集会の自由」「デモ行進の自由」の問題であることを指摘できていました。そのなかで、憲法21条1項の「集会」の意義や憲法保障の趣旨から、本件集会やデモが憲法上保障されていること、本件処分でそれが制約されていることを認定したうえで、適切な規範を定立して、具対的な事実を評価しあてはめ、結論を導くことが出来ていた方は合格点(25点)で10名近くになります。
  - ・そのうえで、集会の自由と施設管理権との抵触、パブリックフォーラムの考え方など基本判例となる泉佐野市民会館事件を意識した論述、規範定立が出来ている方も少なからずおられ、判例学習が進んでいることがわかり、頼もしい限りです。
  - ・一方で、上記の基本的な論述の流れができていないと指摘された方は、もう一度、憲法答案の「型」を確認してみてください。また、優秀答案や参考答案を一度書き写してみるのも良いかもしれません。
- 以下、気づいた点をコメントします。

## 第2 設問への答え方

- ・本問の設問は、「必要に応じて対立する見解にも触れつつ、この事例に含まれる憲法上の問題を論じなさい。」というものです。これは、従来の「Xの憲法上の主張とこれに対して想定される反論との対立点を明確にしつつ、あなた自身の見解を述べなさい。」というような「主張→反論→私見」形式で論述することを求めるものではありません。答案中には、まだ「主張→反論→私見」形式で論述する方がかなりおられましたが、この設問を素直に読めば、最初から私見を展開して違憲といえるか合憲といえるかの結論を出せばよいことになるのではないのでしょうか。この設問形式がいつまで続くかは不明ですが、まずは、問いに答えることが重要となります。
- ・設問の猶書きのなかで「Xの権利享有主体性や信教の自由は論じなくてよい」旨が書かれているにも関わらず、論じている方が少数ですがおられました。設問中の猶書きは、作問者が論述の範囲を限定するためにあえて示すもので、無視をすると時間と労力を無駄にしてしまいますので気をつけてください。

### 第3 対立点の設定

- ・また、「必要に応じて対立する見解にも触れつつ・・・」と設問にあるように、対立する見解を踏まえた私見の展開が必要となります。その点、規範定立後のあてはめ（事実の具体的な検討）の段階で対立点を形成されている方が少なからずおられました。しかし、憲法問題において事実の評価に「揺れ」を求めているとは思われず、対立点はいくまでも憲法論上の対立点（判例の射程論等）であって、私見の規範を確定させるまでに設定すべきものと思われまます。
- ・本問における対立点は、大きく述べれば「施設管理権者の裁量をどの程度絞るべきか」ということになるかと思えます。
- ・私見の規範が固まれば、あとは一気呵成にあてはめを行うのみです。

### 第4 本件条例の合憲限定解釈

- ・本問において、「明白かつ現在の危険」の規範を定立されている方はかなりおられましたが、一方で、本件条例の具体的な文言である「管理のため必要があると認めるとき」等を合憲限定解釈した規範を定立できている方は少数でした。何となく基本判例を読んでいるだけではなく、基本判例を正確に理解していることをアピールするためにも基本判例の精読は不可欠です。
- ・また、せっかく「明白かつ現在の危険」の規範を定立しておきながら、その規範とあてはめとが合っていない方が少なからずおられました。この規範は、抽象的・主観的な危険発生の蓋然性をもって「危険」とはみなさない規範ですので、その点は注意ください。規範のもつ意味を正確に理解したうえで、いったん規範を定立したならば、最後までその規範に忠実であるべきでしょう。

以 上

# 司法試験予備試験答案練習会 2020年2月9日分 得点分布表

憲法

出席者 37名 平均点 19.8点

