

# 集会の自由と公用物管理権 一金沢市役所前広場事件を素材に

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2021-09-03 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: YAMAZAKI, Tomoya メールアドレス: 所属:
URL	<a href="https://doi.org/10.24517/00063887">https://doi.org/10.24517/00063887</a>

This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial-ShareAlike 3.0 International License.



## 集会の自由と公用物管理権 — 金沢市役所前広場事件を素材に

山 崎 友 也

### はじめに

金沢市庁舎前広場（以下、「本件広場」という）の使用申請を金沢市（以下、「市」という）が不許可としたことを契機とした訴訟は、2件を数える。第1事件は、市民団体が、2014年、自衛隊の市内パレードに反対する集会のために本件広場の使用申請をしたところ、市がこれを不許可としたものである。第2事件は、2017年、「護憲集会」（以下、「本件集会」という）の開催を目的とする本件広場の使用申請に対して、市はこれも不許可としたというものであった。両事件とも、不許可処分の違憲・違法を理由に国家賠償請求が提起されたが、いずれも裁判所は請求を棄却している<sup>1</sup>。実質判断は示さず上告等を退けた最高裁決定はともかく<sup>2</sup>、両事件の下級審判決はいずれも、本件広場を金沢市庁舎（以下、「市庁舎」という）と一体をなす「公用物」としたうえで、その使用許否に関して市の広範な裁量を承認する。そして、上記集会のいずれも市庁舎の管理上の支障等を来たすとして、市による不許可処分に裁量権の逸脱・濫用はない、と判断している。

- 
- 1 第1事件に関する裁判所の判断として、金沢地判平成28・2・5判時2336号53頁、名古屋高金沢支判平成29・1・25判時2336号49頁〔後者判決はほぼ前者判決を追認しているので、両判決まとめて以下、「第1事件判決」という〕、最1決平成29・8・23LEX/DB25546779（同決定は、民訴法312条1・2項にいう上告理由に当たらないとして、上告を棄却し、上告受理申立も退けている）がある。第2事件に関する裁判所の判断として、金沢地判令2・9・18判時2465・2466合併号（2021年）25頁〔控訴審係属中〕がある。
- 2 1・2審の「判決に憲法の解釈の誤りがある」（民訴法312条1項）と主張したのではない、と最高裁は上告趣意を解したことになるが、その理由は不明である。

本稿は、第2事件・金沢地判（以下、「本判決」という）の問題点を、第1事件判決や関連する最高裁判例と比較検討しながら、明らかにしようとするものである<sup>3</sup>。まず、「公用物」と「公共用物」（公の施設〔地自法244条〕）との区分論の妥当性を検討し（1）、次いで、金沢市庁舎等管理規則（以下、「本件規則」という）〔改正後〕5条12項の憲法適合性を論じ（2）、同項に基づく、本件広場の使用不許可処分（以下、「本件処分」という）に対する裁量審査の適否（3）、の順に検討を進めることにしよう。

## 1 「公用物」と「公共用物」との区分論

本判決は、本件規則の効力が及ぶ「庁舎等」には、市庁舎の「敷地」である本件広場も含まれる、と判示する。そのうえで、本件広場の構造もまた、市庁舎への来訪者や市職員の往来に供されることが想定されている、と解する。こうして、本判決によれば、本件広場は、市の事務等を執行するため直接使用することをその本来の目的とする「公用」財産（地自法238条4項、国有財産法3条2項1号参照）であって、正当な理由のない限り住民の利用を拒んではならない「公の施設」（地自法244条2項）とは区別される。

この判示は、もちろん、泉佐野市民会館事件最高裁判決<sup>4</sup>の射程から、本件を切り離すためのものである。この平成7年最判によれば、「公の施設」の利用拒否は、集会の自由の「実質的」な否定に当たり得る。したがって、その利用拒否は「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見される」場合でなければならない、とされる。これに対して、本判決は、本件広場に

---

3 本稿は、2021年1月19日、名古屋高等裁判所金沢支部に本稿筆者が提出した意見書に若干の加除修整を施したものであるが、山崎友也「『護憲集会』不許可は適法か？—2つの『金沢市庁舎前広場事件』から考える」論座RONZA（朝日新聞社）<https://webronza.asahi.com/national/articles/2020110500005.html> 山崎友也「『公用物』における集会の自由の意義と限界—金沢市庁舎前広場事件を素材に」判時2465・2466合併号（2021年）151頁がベースになっている。

4 最3判平成7・3・7民集49巻3号687頁（以下、「平成7年最判」という）。

いて、法令上も事実上も「公の施設」には該当しないと解する。したがって、市は、本件広場の用途・目的を妨げない限度においてその使用を許可できるととどまる（地自法238条の4第7項）として、使用許否に関する市の広範な裁量権を承認するわけである。

しかし、このような「公用物」と「公共用物」（公の施設）との厳格な区分論は、とくに行政法研究者から批判されている。公立学校校庭・図書館の休日開放等、「公用物」であっても、その利用に供する空間や時間を限定することにより、その本来の用途を妨げることなく、「公用物の公共用物的利用」が可能になる<sup>5</sup>。法令上「公用物」と解釈できる場合であっても、「公共用物」との違いはあくまで相対的なものに過ぎない<sup>6</sup>。したがって、法令上、「公用物」か「公共用物」（公の施設）かのいずれかに規定されているか、あるいはそのように解釈できるということのみで、当該施設の利用許否に関する裁量権の広狭を判断すべきではない。「公用物」の実際の機能やその使用実態、そして何より、当該「公用物」の憲法上の価値に照らして、当該「公用物」の利用許否に関する裁量審査は行われるべきである。

本判決は、本件広場が条例により規律されていないことを理由に、「公の施設」には該当しない、と判示している。しかし、地自法の「公の施設」には直ちに該当するとはいえない「公用物」であっても、前述のように、「公共用物的利用」に耐える施設はあり得る。また、もっぱら法令という下位法上の定めの有無を根拠に、上位法である憲法が定める集会の自由と抵触し得る市の裁量権の広狭を決定している点でも、本判決の理解は妥当とは言い難い。

本件広場の実態に関しても、本件広場を市庁舎への単なる通路としか解さない本判決（第1事件判決も同様）の認定には無理がある。本件広場は、南

5 宇賀克也『行政法概説Ⅲ〔第5版〕』（有斐閣、2019年）554-555頁。

6 榊原秀訓「金沢市庁舎前広場申請不許可処分の違法性」南山法学40巻2号（2017年）278-276頁。

北約60メートル、東西約50メートルの大きさを有している。「これほど広い場所がただの通り道の意味しかないとは考えにくい」<sup>7</sup>。実際、本件広場は、市庁舎への来訪者だけではなく、隣接する繁華街へと行き来する多くの通行人が自由に通り抜けられる構造になっている。本件広場での集会はおのずと人目に付きやすい点で、集会の自由を行使する者にとって好都合な立地にある。

このような構造・立地の本件広場だからこそ、「示威行為」を禁止していた本件規則（改正前）の下で、第1事件判決によれば、平成22年4月～26年11月までの間だけでも、「護憲集会」を含む78件の集会・イベントが許可されていた。本件規則が改正された2017年以降、第2事件判決によれば、令和2年5月までの間、本件規則（改正後）5条12号が禁止する「特定の政策、主義又は意見に賛成し、又は反対する目的で個人又は団体が威力又は氣勢を他に示す」行為に当たるとして、「護憲集会」4件が不許可になる一方、そのような行為に当たらないとされた「護憲集会」1件や、原水爆禁止国民大行進出発式のための使用、在留外国人と市民との国際交流まつり、音楽祭のためのコンサートでの使用が許可されている。

上記のような本件広場の構造や使用の実態を、合衆国の「パブリック・フォーラム」になぞらえたうえで、管理権者の裁量の「収縮」を語ることも不可能ではない。この点、依然として参照に値するのが、いわゆる吉祥寺事件最高裁判決<sup>8</sup>における伊藤正己裁判官補足意見である。同補足意見は、他者の管理・所有する敷地等であっても、①当該敷地等が、一般公衆の自由に入力できる場所か、表現・集会の自由の行使にとって有益な場所である場合、②当該敷地において表現・集会の自由が行使されることから得られる利益と、当該権利行使を規制することにより得られる利益との「具体的な」衡

7 市川正人「公共施設における集会の自由に関する一考察—金沢市役所前広場訴訟を素材に」立命館法学373号（2017年）16頁。

8 最3判昭和59・12・18刑集38巻12号3026頁。

量により、管理権行使の適否は判断されるべきである、と説く。これを本件に当てはめてみると、上述のように、本件広場は、①の要件は満たしていると解するのが自然である<sup>9</sup>。②にいう本件広場における集会の開催を規制することにより得られる「具体的な」利益があるか、本件における最大の争点となるが、この点は2・3で論じる。

本判決は、憲法が保障する集会の自由を照らした「公用物の公共用物的使用」の価値に全く目を向けていない。本判決は、本件を平成7年最判の射程から切断することにより、本件を集会の自由の価値に照らして評価することを拒否しようとしている。本件広場における集会は、本件規則が改正される前から、少なからず許可されてきた一方、改正後の本件規則5条12号が禁止する、「特定の政策」等への賛否を問う集会が相次いで不許可とされてきた。次の問題は、本件広場のような集会に適し、現に多数の集会が許可されてきた「公用物」において、「特定の政策」等への賛否を問う集会を、本件広場から排除しようとする同号を制定する裁量が市に認められるか、である。

## 2 本件規則5条12号の憲法適合性

本判決によれば、本件規則（改正後）は、全体として「庁舎等の管理上支障があると認める行為」（5条14号）を絶対的禁止行為とし、「庁舎等」の使用を許可するためには、「市の事務又は事業に密接に関連」し、「庁舎等の管理上特に支障がないと認めるとき」である必要がある（6条1項）。これに「公務の円滑な遂行」を本件規則（改正後）の目的の一つとする1条を読み込むと、5条14号のいう「管理上支障があると認める行為」には、市の「中立性の確保」を妨げる恐れのある行為が含まれることになる、とされる。本件規則5条12号の禁止する「特定の政策」等への賛否を問う示威行為が本件広場で繰り上げられると、本件広場を管理する市の中立性を疑う第三者が、

---

9 平地秀哉「市役所前広場における集会の自由」新・判例解説Watch憲法No.115(2016年)4頁。

市の事務等の円滑な遂行を妨げる。したがって、本件規則（改正後）が「特定の政策」等への賛否を問う集会を禁止しても、集会の自由への必要かつ合理的な制限といえる、という。

本判決は、本件規則5条12号の憲法適合性について「総合較量」型の緩やかな審査で足りると解し、よど号ハイジャック新聞記事抹消事件<sup>10</sup>と成田新法事件<sup>11</sup>の各最大判を引用している。それぞれ刑事施設被収容者・「暴力主義的破壊活動を現に行っている者又はこれを行う蓋然性の高い者」を規制対象としている法令・その適用の憲法適合性が争われた事案である。しかし、いずれの最大判も、市街地の平穏な集会の許否が問題となった本件における緩やかな憲法適合性審査を支える先例として適切とは言い難い。このような緩やかな審査を実質的に根拠づけているのは、1で検討したように、本件広場が「公用物」に過ぎず、「公共用物」（公の施設）には当たらないという認定に尽きる。確かに、本件広場は「公用物」としての側面を否定できない以上、本件広場の使用許否を律する本件規則の憲法適合性判断は、「公の施設」の利用許否を律する法令の憲法適合性判断ほどの厳格さは不要であろう。しかし、1で触れたように、本件広場は、「公共用物的利用」に適しており、現に市はその使用を許可する方向での運用をしてきた。「特定の見解」等への賛否を内容とする集会を本件広場から排除しようとする本件規則5条12号は、そのような利用実態を集会の自由不利な方向に変更する恐れがある。したがって、同項の立法目的の正当性やその目的達成手段としての必要性・合理性については、本判決が行った緩やかな審査では足りず、より厳しい審査に付す必要がある。本件は、本判決の判示のように、平成7年最判と完全に切り離されるべきではない。むしろ、同最判の法理を、本件広場の実態に即した形で緩和して適用する余地がある事案として解するべきである。

本判決は、本件規則5条12号の立法目的を認定するに当たり、関連する本

---

10 最大判昭和58・6・22民集37巻5号793頁。

11 最大判平成4・7・1民集46巻5号437頁。

件規則の諸条規を引用しているが、これら関連諸条規に明文がない市の「中立性の確保」を、同号の正当な目的と判示している。本件規則1条が「公務の円滑な遂行」を目的の一つとして挙げていることから、これを担保するものとして「中立性の確保」が導かれているようである。しかし、明文にない立法目的を導く際には、その導出過程とその定義を明確にすべきである。この点、本判決は特に説明しないまま、本件規則5条12号の必要性・合理性や本件不許可処分 of 適法性を、市の「中立性の確保」のためとして正当化している。法的根拠や内容が必ずしも明らかでない「中立性の確保」を、集会の自由に対する制限を正当化する唯一の根拠としている点は、第1事件判決と同様である。

確かに、「円滑」な公務遂行の条件として、市の業務等に「中立性」が求められるというのは、一般論としては受容できるかもしれない。しかし、「中立性」とは、取扱注意の概念であることには留意を要する。市は、常にあらゆる政治的見解から自由でいられるという意味で、無色透明の中立的存在ではない。市は、国・県・市の権限ある機関による政治的決定を執行する責務を負う。市の負うべき「中立性」とは、何らかの政治的見解（決定）を適法に実施するという条件付きの「中立性」、換言すれば、何らかの「政治的」決定を「真ん中」とした「中立性」に過ぎない。このことは、種々の政治的見解の持ち主から、常に、市はその「中立性」を疑われ得る立場にあるということの意味する。したがって、市の「中立性」を疑う第三者が市の事務等の「円滑な遂行」を妨げるおそれは、本件広場での集会を市が許可した場合に限らず、日常的に想定できる。

本件広場を集会の自由に照らした「公共用物的利用」に供する際に、その対抗利益として考慮に値する「中立性の確保」とは、これ無くしては、上記のような日常的に想定できる事務等への妨害以上の個別具体的な弊害が生じ、かつ、この弊害への事後的な対処に困難が生じることの立証により根拠づけられる必要がある。本件規則5条12号は、「特定の政策」等への賛否



を目的にして「威力又は氣勢を他に示す」集会を禁止している。しかし、このように主義主張の内実が、その主体とともに明確に打ち出されている集会を目にした第三者が、果たして、当該集会を市の主催・後援等を受けたものと誤解し、市の「中立性」を疑うことになるのか、極めて疑わしい<sup>12</sup>。仮に、そのような誤解を抱き、市に対して抗議等仕掛けてくる者がいたとしても（本稿筆者には想像し難いし、本判決もまた、そのような実例を認定していない）、前述したように、市は、その「中立性」を日常的に疑われ得る地位にあるのだから、これに対処する方法を有しているはずである。市の「中立性」を疑う第三者には、通常苦情処理制度の利用を促し得る<sup>13</sup>。また、そのようなソフトな制度利用を拒否し、より強硬な手段により市の事務等を妨害する者に対しては、不法行為責任の追及や、威力業務妨害罪の適用等、民刑事上のよりハードな対抗措置も行使できよう。

本件規則5条12号がいう「特定の政策」等への賛否を内容とする集会の開催を市が許可したことによる個別具体的な弊害は実際生じるか疑わしい。うえに、万が一が生じたとしても、日常的な対抗措置が可能である。にもかかわらず、本判決は、弊害が生じる「可能性があり得る」ことのみを根拠として、本件規則5条12号の必要性・合理性を肯定する。しかし、このような「可能性」が「あり得る」などという推定に推定を重ねるとき抽象極まりない弊害の認定だけでは、本件広場の「公共用物的利用」を阻止する方向での裁量権の行使は到底正当化され得ない。

このように、本判決における本件規則5条12号の立法目的としての「中立性の確保」の導出過程は明確を欠き、おそらくそれゆえに、市があらゆる政治的見解から自由でいられるというナイーブ極まりない「中立性」概念に依拠する結果となっている。それゆえ、その「中立性の確保」を損なう弊害の認定もまた経験則に合致しない推定を重ねた抽象論に止まることになってい

---

12 市川・前掲注(7)31頁。

13 榊原・前掲注(6)285頁。

る。このような論拠では、本件規則5条12号の憲法適合性を肯定することはできないと解される。平成7年最判の判示する「明らかな差し迫った危険の発生」の「具体的」な「予見」の立証までは不要としても、本件広場における「特定の政策」等への賛否を問う集会を市が許可することにより生じ得る「個別具体的な弊害」を立証できない限り、本件規則5条12号は、集会申請者の特定の政策等への賛否という「見解」のみを理由に本件広場の利用を拒否する点で、特定の「見解」を根拠とした不合理な差別的取扱いを許容する違憲の規定と解されることになる<sup>14</sup>。

### 3 本件処分の適法性

ところで、第1事件では、「示威行為」を絶対的禁止行為と定めた本件規則（改正前）自体の憲法適合性は大きな争点とはならなかった。市の事務等に支障を来たす「示威行為」を禁止する必要性・合理性自体は容易に肯定できるからであろう。例えば、平日の市職員の勤務時間中に、多数人が本件広場に集まり、騒音を立てる会合を催せば、市庁舎への往来を妨げ、市の事務等に支障を来たすことは明らかだからである<sup>15</sup>。この意味で、本件規則（改正後）5条12号と異なり、本件規則（改正前）が禁止対象としていた「示威行為」は合憲限定解釈が可能である。だからこそ、第1事件の原告（控訴人）は、自ら申請した集会を、そのような弊害を来たさない祝日の1時間程度の集会に過ぎないとして、主に、「示威行為」に該当するとした市の不許可処分の裁量権の逸脱・濫用を主張するに止めたわけである。

これに対して、第1事件判決は、本件規則（改正前）が禁止する「示威行

---

14 市川・前掲注(7)33頁、榑原・前掲注(6)284頁。神橋一彦「公共施設をめぐる『管理』と『警察』—集会の自由との関係を中心に」行政法研究36号（信山社、2020年）37頁は、安寧秩序の維持等を理由にした公物警察権に基づく集会不許可を、集会の自由への「事前抑制」と解し、これを同自由への「侵害」と構成する余地を指摘する。

15 神橋・前掲注(14)33頁。

為」を、市の事務等に具体的支障を来たす行為から、市の「中立性の確保」に支障を来たす行為へと「拡大解釈」したと理解できる。そのうえで、「管理権者の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たっての支障又は許可をしない場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設の確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるべきであり、その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、重要な事実の基礎を欠くか、又は社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の逸脱又は濫用として違法となると解するのが相当である」と説示し、呉市教研集会事件最判<sup>16</sup>を引用している。こうして第1事件判決は、一応は、平成18年最判の定式に従って、本件広場における使用不許可は合理性を欠くものではなく、適法だと判断したわけである。

本判決は、本件規則5条12号を合憲としつつ、本件集会が同号に該当するので不許可とする市の処分もまた、裁量権の逸脱・濫用には当たらない、と判示した。この裁量審査において、本判決は、第1事件判決と同様、平成18年最判を引用している。前記の同最判の引用部分だけを見れば、確かに、「公用物」の目的外使用の許否に関する管理権者の裁量審査は緩やかなもので良いと判示しているようにも読める。しかし、平成18年最判は、多様な考慮事項を総合的に審査する手法を執ってはいるものの、裁量権者の「判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くことがないか」を問う「判断過程審査」を要求している。同最判によれば、「公用物」の目的外使用であっても、これを不許可とするには、第三者が関わる「一般的抽象的な支障」では足りず、「個

---

16 最3判平成18・2・7民集60巻2号401頁（以下、「平成18年最判」という）。

別具体的な支障」が必要である。そのうえで、教研集会を開催する教職員組合と、会場である学校施設を管理する呉市との政治的見解が一致しなくても、「本件集会を学校施設で開催することにより教育上の悪影響が生じるとする評価」を下すことは不合理である、と断じられている。

平成18年最判を前提にすれば、本件においても、市による本件集会の許可処分により、市の事務等に「個別具体的な支障」が生じ得ることを立証できて初めて、当該集会の不許可は適法だと解されることになる<sup>17</sup>。本判決は、第1事件判決と同様、本件集会を不許可にしても、前述の市の「中立性の確保」に資する以上、裁量権の逸脱・濫用には当たらないと判示している。本判決もまた、第1事件判決と同様、市の「中立性の確保」を、処分の適法性の最大のよりどころとする。しかし、このような理解は正当であろうか。

本件広場での集会を見た第三者が市の「中立性」を疑い、市の事務等を妨害する「おそれ」とは、2でも論じたように、市の事務等が日常的に受け得る支障の「おそれ」ではなく、少なくとも平成18年最判のいう「個別具体的な支障」が生じる「おそれ」に当たる必要がある。ところが、第1事件判決・本判決はともに、本件集会の開催により生じる支障の「おそれ」を、もっぱら「一般的抽象的」にしか認定していない<sup>18</sup>。

第1事件判決は、自衛隊パレード反対集会を本件広場で開催すると、市の「中立性」が疑われ、第三者による抗議等で市の事務等が阻害されるおそれがある、と判示した。ところが、本件広場で開催が許可されてきた「護憲集会」については、憲法尊重擁護義務を公務員に課す憲法99条に照らせば、同集会は金沢市の「事務・事業に準ずると考えることが相当であり、反対に、これを否定するだけの論拠を見いだすことは困難といわなければならない」

---

17 榊原・前掲注(6)280頁、287頁。

18 市川・前掲注(7)31頁。神橋・前掲注(14)34頁もまた、本件広場の使用許否に関する裁量判断は、考慮事項の選択や衡量には及ぶが、「『支障』の概念（具体的な評価判断の前提となる規則の文言の解釈）」まで裁量に委ねられるわけではない、と指摘する。

と判示していた。自衛隊パレードに協賛する市の姿勢に反対する集会を不許可とするのは市の裁量の範囲内であるが、「護憲集会」は許可せざるを得ない、という趣旨の判示と解される。これに対して、本判決は、「護憲の精神自体は、公務員の基本的姿勢に合致する」としながらも、本件で不許可になった「護憲集会」は、「政治に対する批判や問題提起」を含む以上、市の「中立性」に対する誤解を招くことになる、という。

本判決は、過去許可された「護憲集会」により市の事務等に支障が生じたケースはないと明確に認定しているにもかかわらず、これは「過去の結果に過ぎず」、そのような弊害が生じる「可能性もあり得る」、と判示する。しかし、従来、市の事務等に特に弊害をもたらしていない集会と同種の集会について、何らかの弊害の発生可能性を理由に、この種の集会を不許可としうる規則の制・改定や当該規則の適用を正当化しようとする場合、そのような弊害の発生可能性を裏づける「個別具体的」な根拠を示す必要がある。過去に一例もない弊害がなぜ将来起こり得るのか「個別具体的」な根拠を示さず、その「可能性」も「あり得る」などという推測の二段重ねにより「個別具体的」な根拠を示したつもりでいるとしたら、本判決は、およそ平成18年最判が示す法理の要求を満たしていないものと言わざるを得ない。

### おわりに—集会の自由の「促進」へ

本件原告（控訴人）は、ノボリ旗等により、市が本件集会の開催者ではないことは容易に判明する以上、本件集会を開催しても、市の「中立性」が害されることはない、と主張していた。これに対して本判決は、市の「中立性」への疑念について、「特定の政策」等への賛否を問う集会に「場所を提供しているという外観が形成されるがゆえ生じるおそれがあるものであるから」、提供の主体が市ではないと判別されても、市の「中立性」への疑念は解消されない、と判示する。このような「外観」により、市の「中立性」が疑われるというのであれば、この理は「公用物」のみならず、「公の施設」（公共用

物)にも当てはまる。「公の施設」(公共用物)を特定の政治集会に貸与した地方公共団体は、その「中立性」を疑う第三者により、その事務等を妨害されるおそれがある、ということになる。

しかし、このような理解は、平成7年最判が示した集会の自由の保障論を根本から掘り崩す。同最判によれば、地方公共団体は、「明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見される」場合以外は、「公の施設」(公共用物)の利用を拒否できない。「公の施設」(公共用物)の提供者が、その提供行為自体を理由に、その「中立性」が疑われることは想定されていない。この提供行為自体が地方公共団体の「中立性」を疑う「外観」を作り出すのであれば、たとえ「公の施設」(公共用物)であっても「特定の政策」等の賛否を問う集会には貸与しなくても良い、ということになりかねない。

確かに、本件広場は「公の施設」(公共用物)たることを元々の目的として設置された施設ではない。しかし、前述したように、「公共用物的利用」に適した空間であり、かつ、そのような空間として、その利用を許可されてきた面があると解するのが自然である。本判決は、そのような利用実態に、「特定の政策」等への賛否という基準により楔を打ち込もうとした市の判断を正当と解したものであるが、「特定の政策」等への賛否を内容とする集会開催により、市の事務等に「個別具体的な支障」が生じるとは依然として立証されていない。そのような支障のない限り、憲法が保障する集会の自由のために、市は本件広場の使用を許可すべきであろう。

もっとも、人種等の差別や憎悪扇動を表現内容とする集会までも常に許可すべきかは別論である<sup>19</sup>。名誉毀損等の基本権(法益)の侵害が生じる切迫した危険性を有する集会の開催を、国(地方公共団体)が不許可処分に付しても必ずしも違憲とは解せられないのは、平成7年最判の趣旨から明らかであろう。また、本件広場のような「公用物」から、人種等の差別を扇動等す

19 小谷順子「集会及び表現の自由とその『場』の確保」判時2465・2466合併号(2021年)158頁。

る集会を排除する裁量は、「公の施設」（公共用物）より広く肯定し得る。例えば、いわゆる「ヘイトスピーチ解消法」等の憲法適合的な法令の趣旨に、同集会が違反していることの立証があれば、同集会に対する不許可処分は、適法な裁量権の行使に当たると解する余地が生じよう。

従来、集会の自由は、「集会を開催し、または集会に参加することを公権力によって妨害されない自由（積極的集会の自由）」<sup>20</sup>を主たる保護範囲とするものと考えられてきた。しかし、今日の集会の自由は、公権力が設営する行政財産の貸与やその使用許可無くしては「実質的」に行使し得ない。平成7年最判が対象とした「公の施設」（公共用物）はもちろん、本件広場のような「公用物」であっても、集会の自由の「実質的」な保障に資する。本判決は、本件広場が無償で利用できる点や、近隣のいしかわ四高記念公園に比べて人目に付きやすい点を、「利用者の便宜」に過ぎない、と判示している。だが、憲法が保障する集会の自由とは、そのような「利用者の便宜」に可能な限り応えるよう法令を解釈・適用する責務、つまり「個別具体的な支障」のない限り集会の自由を「促進」するよう行政財産の管理権を行使する責務、を公権力に課したものと解するべきではないか。集会の自由は、今日、防御権として機能するというよりむしろ、行政財産の性質や当該財産の利用実態に即した適切な裁量権行使を主導する重要な考慮要素として機能する。集会の自由の今日的意義は、客観法的に機能する憲法規範足るところと解すべきである。

もちろん、平成7年最判・平成18年最判は、パブリック・フォーラム論に整合する法理を通じて、行政財産の利用拒否を集会の自由の制限に「転化」させたもの、と解すること<sup>21</sup>も十分可能である。しかし、行政財産に「実質的」に依存する集会の自由の現状に照らせば、集会の自由は、行政財産の設営に対して客観的拘束を及ぼす憲法規範（の一つ）だと率直に認めるべきで

20 渡辺康行ほか『憲法Ⅰ〔基本権〕』（日本評論社、2016年）263頁〔工藤達朗〕。

21 小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）196-197頁。

あろう。このような理解によれば、防御権たる集会の自由の制限への「転化」という技巧を尽くす必要はなくなる。地自法が規定する「公の施設」（公用物）のみならず、「公用物」の使用許否もまた、集会の自由の価値に照らして評価することが可能になるわけである。