

本解説は、私が個人的に作成したもので、D クラスの答案を採点する際の基準として用いたものにすぎません。したがって、他クラスの採点に通用するものではありませんので、これを他クラスの人にコピーその他、いかなる形態であっても配布することを禁じます。これが守られない場合、今後このようなものを公表しないことにせざるをえないので、来年以降の受講者に悪影響が出る可能性があります。そのようなことにならないように、上記の点を厳格に順守してください。

本問はもちろん、一般的に言えば表現の自由の問題ですが、表現の場をめぐる問題である点で、採点のポイントは、パブリック・フォーラム論の内容が理解できているか(20点)、庁舎内はパブリック・フォーラムか、歩道上はどうか(10点)、本法律の内容は内容規制か、内容中立規制か(10点)、本件に適用された場合において、この法律は内容規制か、内容中立規制か(20点)、庁舎内も含めて、各々いかなる審査基準があてはまるか、その結論はどのようなものか(20点)などにあります。以上の80点に加えて、たとえば、過度の広範性ゆえに無効の法理や、合憲限定解釈の可能性に触れていた場合に加点するなどの裁量点で、合計90点となります。

これに中間テストの10点が加味され、さらにDクラスでは授業中の挙手による発言が加味されます(発言を加味すると、論理的には合計点が100点を超えますが、実際には今回の試験で満点(90点)を獲得する答案があるとは思えませんので、結果的には100点を超える採点にならないと思います。発言を平常点として加味する以上、多少つじつまが合わないわけですが、開講時にこのような平常点をつけるとお話しした以上、それを守らないわけにはいきませんし、このつじつま問題は、皆さんに有利になるように採点することを目的としています。もとより、それを承知の上で、あえて発言しなかった人は、それが自己に不利益であると主張する資格はないと私は思います。それでも、ご不満の向きは、法務研究科長にそれを申し立てていただいで結構です。

一、まずは、パブリック・フォーラム論についてです。この法律は、最高裁判所庁舎の周囲100メートルの範囲内を対象とし、そこには、本件で問題となった「最高裁判所入り口付近の歩道」も含まれています。ここと、庁舎内をパブリック・フォーラムと考えると、本法律の憲法適合性をめぐる結論が異なってくる可能性があるため、この点に言及する必要があります。授業では、泉佐野市事件で取り扱った問題です。

パブリック・フォーラム論とは、道路、公園など伝統的に人が集い、意見交換を行ってきた場所を、多様な表現活動と意見の交換が行われるべき場所と位置づけて、管理権者による恣意を排し、そこでの表現活動を優先的に保障しようとするものです。その起源は、アメリカ合衆国の判例法理にあります。Hague v. C.I.O., 307 U.S. 496 で、ロバーツ裁判官(現長官ではありません)は、「道路や公園の所有権がどこに帰属しようと、それらは、遠い昔

より公衆の利用のために信託され、古くから集会や市民間の意見交換、公的問題の議論のために利用されてきた。道路や公園のそうした利用は、市民の特権、免除、権利、自由の一部をなしている。国政上の問題についての見解を表明するため道路や公園を使用する権利は、公共の利益のために規制されることはあるが、規制の標榜の下に、剥奪されたり、全面的に否定されることがあってはならない」と指摘しました。

当時の判例において問題とされたのは、公共の場での表現活動についての許可基準が極めて不明確で、当局による恣意的・差別的運用がなされる点にありました。その点から、公共の場における表現活動の保障について、道路や公園などの、伝統的に市民の表現活動が行われてきた場所では、市民が表現活動のためにその場所を利用できることが保障されており、全面的な禁止は許されない（表現活動の場の保障）と考えるべきか、あるいは、そうした場所において要求されているのは、どのような見解を表明するかによって表現活動を規制したり、しなかつたりする差別的取り扱いが許されない（平等なアクセスの保障）だけで、全面的に表現活動を禁止することは禁じられていないと考えるべきかについて争いがあったのですが、概していえば、「表現の自由の場の保障」という観点に力点が置かれていた。

そうした観点がアメリカにおいて推し進められるきっかけとなったのは、ベトナム反戦運動を背景にハリー・カルヴァンが書いた「パブリック・フォーラムの概念」というシカゴ・ローレヴューの論文でした。彼は、「開かれた民主社会においては、道路、公園、その他の公共の場所は公共的討議と政治過程にとって重要な施設である。それらは、要するに、市民が勝手に使うことのできるパブリック・フォーラムなのである」と指摘して、表現の場の保障を強調したのでした。

こうした状況を背景に、連邦最高裁は、*Perry Education Ass'n v. Perry Local Educators' Ass'n*, 460 U.S.37(1983)で、「公共財産へのアクセス権」とその制限に関する違憲審査基準を、公共財産の性格に応じて変えるとの判断を示しました。それによれば、

① 道路や公園などの伝統的パブリック・フォーラムにおいては、言論活動を規制する政府の権限は厳格に制限され、政府は表現活動を全面的に禁止することは許されない。その際、

ア) 表現内容に基づく規制が行われる場合は、規制目的がやむにやまれぬ利益を実現するのに必要不可欠であり、かつ、規制手段が規制目的を達成するために厳密に選択された(narrowly tailored)ものでなければならない。

イ) 内容中立的規制（時、所、方法の規制）の場合でも、重要な政府利益を実現するために厳密に選択された手段であり、かつ表現活動のための他の代替手段を充分確保することが必要となる。

たとえば、合衆国最高裁の庁舎や敷地内で旗などを掲げることを禁止した連邦法について、パブリック・フォーラムである歩道において表現活動を全面的に禁止することは許されなかったとした *United States v. Grace*, 461 U.S.171(1983)があります。今回

の例は、これに近いかもしれません。

- ② 政府が公衆の表現活動のために利用に供した公共財産、いわゆる指定パブリック・フォーラム（限定的パブリック・フォーラム）については、政府は公衆の表現活動のためにそれを創設する義務を負ったり、常に公衆に開かれたものとしておく必要はありませんが、公衆に開かれたフォーラムとなっている以上、伝統的パブリック・フォーラムと同様の基準によって政府の管理権が拘束される、との判断が示されています。ちなみに、指定パブリック・フォーラムの例としては、市営劇場、州立大学の施設についての学生の利用、教育委員会主催の公聴会、学生団体の出版物に対する大学の助成金などがあります。最後の例など、頭を柔らかくしないと、パブリック・フォーラム?という疑問がわくかもしれません。
- ③ 他方、公衆の表現活動のためのフォーラムとはみなされない非パブリック・フォーラムにおいては、政府は、時、所、態様の規制を行うことができるばかりでなく、特定の見解に対する差別を行わず、合理性を有する限りで、一定の目的のために、表現内容、表現主体を限定したフォーラムとすることができるとされています（条件付きの内容規制）。前述の **Perry** 判決はこの例で、公立学校間の郵便網が問題とされていました。その他に刑務所、連邦職員の職場における慈善献金キャンペーンなどの例があります。

以上のような定式化に対しては、表現活動の場が、伝統的パブリック・フォーラムに限定されてしまうのでは、この法理が果たす役割が限定されたものになりすぎるとの批判があります。実際、非パブリック・フォーラムであることを理由に表現の自由の主張が認められなかった事例が数多くあります。また、指定パブリック・フォーラムの範囲をどこまで広げることができるかは、政府が「表現活動の場」としてどこまでそれを開放する意図を有していたかを基準にすることになるので、政府の意図次第で言論活動の場の広狭が決まってしまうという問題も残ります。こうした点から、以上のように「場」を分類して論じるアプローチよりは、規制目的と表現活動の両立性を衡量するほうがよいとの指摘もある。

二 日本におけるパブリック・フォーラム論

ご存知のように、最高裁は皇居前広場使用不許可事件で「公園自体が著しく損壊を受けられることを予想せねばならず、かくて公園の管理保存に支障を蒙る」こと、「長時間に亘り一般国民の公園としての本来の利用が全く阻害されること」を理由に、集会の自由が制約されることをあっさりと認めていますので、表現の自由の場の重要性に関心がないといえそうです。

日本でパブリック・フォーラムの言及したのは、吉祥寺駅事件（1984.12. 18）での伊藤正巳補足意見でした。それによれば、駅構内におけるビラ配布が形式的に刑罰法規に該当すれば処罰するとの立場をとるべきではなく、表現手段としてのビラ配布の重要性と規制

することによって得られる利益とを衡量することによって判断すべきであるというのです。そして、衡量に際しては、「配布の場所の状況、規制の方法や態様、その意見の有効な伝達のための手段の存否など多くの事情が考慮される」べきだ、といます。そして、「表現の自由の行使が行動を伴うときには表現のための物理的な場所が必要となって来る……道路、公園、広場などはその例である。これを「パブリック・フォーラム」と呼ぶことができよう」と指摘しました。同様の意見は、大分県屋外広告物条例事件（1987.3. 3）でもみることができます。

これは、アメリカのパブリック・フォーラム論を導入した上で、それを私鉄の駅構内や屋外広告物を掲示する場所等に拡大しようとするものといえます。ただし伊藤裁判官の意見は、さまざまな利益衡量の判断の一要素として当該場所のパブリック・フォーラムとしての性格を考慮することを説くもので、アメリカのようにカテゴリカルなアプローチをとるものではありません。実際、伊藤裁判官は、屋外広告物条例事件で、表現の自由保障の観点から違憲の可能性があることを示唆しつつも、結論において美観の維持が優越すると述べて、条例の合憲性を支持していますから、パブリック・フォーラム論といいながら、結局は利益衡量論にとどまっています。

もっとも、最高裁の態度は近年になって、表現活動が行われる場所の性質を考慮して管理権の及ぶ範囲を制約しようとする姿勢を示しているという評価もあります。その根拠となったのが、授業で扱った泉佐野事件でした。その内容をご存知の通りですから、ここでは繰り返しません。これは、「本件集会の目的やその実質上の主催者と目される中核派という団体の性格そのものを理由とするものではない」と強調している点に、パブリック・フォーラム論の影響を受けていると評されることがあります。また、図書廃棄をめぐる船橋市図書館事件にも、「場」の保障という観点を見出すことができるかもしれません。

他方、学説は、伝統的パブリック・フォーラムにおいては、施設の管理権によって表現の自由を安易に規制することは許されないと説くのが一般的ですが、アメリカにおけるパブリック・フォーラム論を意識して、表現の自由規制一般と同様に考えれば足りるとの説もあります。アメリカの場合、伝統的パブリック・フォーラムにおける表現の自由の保障がそれなりに確立されており、それをどこまで拡大させるかが問われているのに対し、日本のように美観の維持や管理権という名目で容易に表現活動の制約が正当化されがちな日本では、同じくパブリック・フォーラム論といっても、持つ意味が異なります。アメリカでは、カテゴリカル・アプローチの限界が指摘され、バランスの視点の重要性が説かれますが、それと日本における比較衡量論の採用は、同じレベルで評価されるべきものかどうか、よく考えてみる必要があります。

以上のような内容が基本的に書けていれば（アメリカの判例法理の紹介までは不要ですが、その基本線は、パブリック・フォーラム論として知っている必要があります）20点（Aと表記した個所についている点数がこれです—以下同じ）で、デフォルトは、カテゴリカルな性格と日本での議論が比較衡量論であるといった特徴を指摘しないままに、漠然とパ

ブリック・フォーラム論に言及しているだけの場合で 10 点としました。次に具体的当てはめとして、庁舎内や歩道上について、その違いを意識して分類しているかどうかで、各 5 点で合計 10 点ですが (B)、理由なしに決めつけている場合は、デフォルトでその半分となります。

次に、本件規制は内容規制なのか、内容中立規制なのかを論じる必要があります。これも、なぜそれぞれに該当するか、理由を示して論じている度合いによって、単なる決めつけでデフォルト 5 点として採点します (C)。次に、本件に適用された場合ですが、本件規制が内容規制ないし内容中立規制なのかどうかを、その概念内容と共に説明しなければなりません。これは、それぞれが適切に論じられていれば各 10 点で、デフォルトはその半分です (D)。そのうえで、アメリカ判例法理が言及しているような審査基準論か、あるいは日本流の比較衡量論で処理するか、その結論も含めて、「総合的」(最高裁みたい?) に採点します (E)。こちらも、なぜその基準を採用したのかの理由が必要であることはいうまでもありません。それがなく、単にこれで行くと論じている場合は、デフォルトで 10 点です。あとは、関連する問題への言及や全体の書きぶりに対して 10 点が用意されていますが、これは実質的には何とか点数をアップさせるためのものですから、厳密な採点基準はありません。通常は、自動的に 5 点をつけます (F)。以上が採点基準です。

三 採点結果と講評

以上の観点から答案を採点したわけですが、残念ながらパブリック・フォーラム論に明示的に言及した答案は、おおよその印象でいうと半数程度でした。また、泉佐野市民会館事件や吉祥寺駅事件等に言及する答案はさらに少なく、その代わり、大半の答案にみられたのは、目的と手段の実質的関連性を抽象的に論じることでした。いわゆる猿払基準の使い回しですが、それ自体は抽象的なので何にでも使えるから、あとは適当に当てはめれば答えが出たような気になり、みんなそれを書くわけです。でも、本番の雑感でもさんざん指摘されているように、そんな抽象法理を唱えることは、本番でも期末試験でも全く期待されていません。

法律には周囲のことしか書いていないから、庁舎内は規制対象ではないと論じる人も少なくありませんでしたが、それはパブリック・フォーラム論に気がついていないことを白状しているようなものです。PF 論を念頭において論じれば、庁舎内と対比させて、という問題文を統一的に論じることができますし、逆に、その一文には、これが PF 論を書けといていることが示されているのですから、そのメッセージを読み取る必要があります。

採点に際しては、PF 論や、内容規制・内容中立性規制に言及していない答案でも、無理やり文章の一部から可能な限りそれを読み取り、点数をつけていますので、あれ? 何で点がついているのだ? と疑問の思う人もいることでしょう。それは、そういう工夫の結果だにご理解ください。基本的に、およそ言及がなく、論点に気がついていないことがほぼ明白な場合を除いては、多少なりと点数がどの項目にもついているはずですが、それでも零

点の人は、残念ながら私にはおよそ読み取ることができなかつたと理解してください。

Dクラスでは、残念ですが、20点台の人を全員落とすことにしました。どうかそれにめげずに、再試験で挽回してください。期待しています。 以上です。