

## 憲法と公立図書館との関係についての予備的考察 (4)

中 林 暁 生

はじめに

一 問題の所在

- 1 船橋市西図書館事件
- 2 船橋市西図書館事件最高裁判決
- 3 「公的な場」と「パブリック・フォーラム」論
- 4 本稿の関心 (以上, 81 卷 6 号)

二 公立図書館と伝統的パブリック・フォーラム

- 1 道路, 公園, 公立図書館
- 2 パブリック・フォーラム論
- 3 伝統的パブリック・フォーラム
- 4 言論者と聴衆 (以上, 82 卷 2 号)

三 アメリカにおける判例の展開 (その 1) — Brown 判決

- 1 Brown 判決を採り上げる意味
- 2 先例
- 3 Brown 判決
- 4 パブリック・フォーラム論の展開過程における Brown 判決 (以上, 86 卷 1・2 合併号)

四 アメリカにおける判例の展開 (その 2) — 指定的パブリック・フォーラムの登場

- 1 Flower 判決・Mosley 判決
- 2 Lehman 判決・Greer 判決
- 3 Conrad 判決・Madison Joint School District 判決・Widmar 判決
- 4 Perry 判決・Cornelius 判決 (以上, 本号)

#### 四 アメリカにおける判例の展開 (その2) — 指定的パブリック・フォーラムの登場

公立図書館をパブリック・フォーラムと捉える見解としては——すでに見たように公立図書館を道路や公園からの類推で捉えようとする見解もあるものの——公立図書館を指定的パブリック・フォーラムと捉えるものが一般的であるといえよう。そこで、次に、この指定的パブリック・フォーラムについての概観を行うことにしたい。この指定的パブリック・フォーラムについては検討すべき問題<sup>(131)</sup>が多いが、それらの検討は“公立図書館はパブリック・フォーラムか”という問題の検討の中で行う方がよいであろう。したがって、ここでは、合衆国最高裁が指定的パブリック・フォーラムという類型を形成するきっかけとなった3つの判例をパブリック・フォーラム論の展開の中に位置づけながら、その特徴を概観しておくことにとどめておこう。

##### 1 Flower 判決<sup>(132)</sup>・Mosley 判決<sup>(133)</sup>

まずは、伝統的パブリック・フォーラムに関わる1972年に言い渡された2つの判決を採り上げることにしよう。すなわち、その後の判例の展開との関係で興味深い Flower 判決と、伝統的パブリック・フォーラムの先例として重要な Mosley 判決の2つである。

##### (1) Flower 判決

この事件の概要は、無許可のビラ配布に参加した疑いでテキサス州にある陸軍駐屯地 (フォート・サム・ヒューストン) から閉め出されていたにもかかわらず、その敷地内を通る道路上で静かにビラを配布していた市民が憲兵により逮捕されたというものである。本件は軍用施設内での表現活動が問題となった事件といえるが、敷地に入る所の付近にも、あるいはその道路に沿ったどこにも、哨所 (sentry post) もなければ衛兵 (guard) もいなかった。24

時間、バスやタクシー、あるいは自家用車などがその道路を通行していたし、歩道は軍関係者だけでなく一般市民も利用していた<sup>(134)</sup>。本判決は、このような状況下においては、基地の司令官は——公道上での市警察と同様——ビラを配布している人々に対しその公道からの退去を命じることはできないとした<sup>(135)</sup>。

## (2) Mosley 判決

この事件で問題となったのは、労働争議中の学校での平和的なピケを除いて、初等・中等学校の校舎から 150 フィート (45.72 m) 内で授業時間中およびその前後各 30 分の間ピケやデモ (示威運動) を行うことを違法としたシカゴ市条例の合憲性であった。この事件で訴えを提起した原告は、本件条例が 1968 年に制定される前から、シカゴ市の商業高校の近くで、授業時間中に、1 人で、平和的に、整然とした形で、静かに、同校の黒人差別を批判するプラカードを持って公道の歩道を歩く活動を行っていた。

本判決はピケ行為に関する本件条例の別異取扱いは合衆国憲法第 14 修正の平等保護条項に違反すると判断したが、その際に、本件条例が、表現行為であるピケ行為に関わっている点やピケ行為の主題に基づいて区別がなされている点において、合衆国憲法第 1 修正の利益と密接に関わっていることも認めていた<sup>(136)</sup>。表現を、そのメッセージ、その思想、その主題、あるいはその内容を理由に制限する権限は政府にはないというのが第 1 修正の意味するところであること、禁止されるべき検閲 (censorship) の本質は表現内容を統制するという点にこそあることなどを指摘した上で<sup>(137)</sup>、本判決は次のように述べた。

「あるフォーラムがひとたび一部の団体による集会や言論行為のために開かれれば、政府は、他の団体による集会や言論行為を、それらの団

体が述べようとしていることを理由に禁止することは許されないのである。パブリック・フォーラムからの選択的な排除は、内容のみにもとづいては行いえない、すなわち、内容のみに言及するのでは正当化されえないのである<sup>(138)</sup>。」

## 2 Lehman 判決<sup>(139)</sup>・Greer 判決<sup>(140)</sup>

1970年代は、非パブリック・フォーラムの形成という観点からしても重要な展開が見られた時期である。ここでは、1974年のLehman判決と1976年のGreer判決を採り上げることにしよう。

### (1) Lehman 判決

この事件で問題となったのは、市が運行する公共高速交通機関における車両の広告に公職の立候補者の広告の掲載を拒むこと——商業広告等の広告の掲載は認める一方で、政治的な広告の掲載を認めないこと——の合憲性であった。

この事件で合衆国最高裁は法廷意見を形成できなかった。ブラックマン(Harry A. Blackmun) 裁判官の相対多数意見(バーガー首席裁判官〔Warren E. Burger〕, ホワイト裁判官およびレンクィスト裁判官が同調)は、市による広告掲載拒否は言論の自由および平等保護の権利を侵害するものではないと判断した。

ブラックマン相対多数意見は、本件において市が従事しているのは商業(commerce)であり、広告スペースもまた営利事業の一部であるので、新聞紙や定期行物、あるいは放送における広告と同様に、車両にいかなる広告が掲載されるかについての裁量が市営交通機関には認められる、とした<sup>(141)</sup>。もちろん、私企業とまったく同様というわけではなく、広告スペースへのアクセスに関する方針や運用が恣意的なものであったり、気まぐれな

ものであったり、あるいは不当なものであってはならない<sup>(142)</sup>。しかし、市は、濫用の機会、情実があるように見えること、あるいは囚われの聴衆につけ込む危険を最小にするために広告スペースへのアクセスを限定してきたのである、とした上で、ブラックマン相対多数意見は、これらは市の私経済的権能（a proprietary capacity）において推進される合理的な立法目的であるとした<sup>(143)</sup>。

## (2) Greer 判決

この事件で問題となったのは、示威運動、ピケ行為、座り込み、抗議を目的とした行進、政治的言論などを禁止した規則の合憲性であった。ニュージャージー州にあるフォート・ディックス軍用地では、そこを通る州および郡の道路も含むその区域全体が連邦政府の管轄となっている。その中を通る道路上を民間の自動車や民間人が通行することは許されていたが、憲兵がその区域内を巡回し、民間人を止めてそこにいる理由を尋ねたりすることもあった。軍用地へつながる道には、区域内ではすべての自動車が検査の対象となることや、司令官の許可がなければ勧誘行為を行うことはできない旨の案内があったものの、主要な入口には通常衛兵はおらず、民間人は軍用地内の非制限区域を自由に訪れることが許されていた。なお、軍関係者に対する講演を行うために講演者が招かれたり、施設内の教会における宗教行事に参加するために牧師が招かれたりしたこともあるし、また、この基地で演劇やミュージカルが上演されたこともある。

以上のような事件の概要からも明らかであろうが、この事件では、Flower 判決との関係が問題となった。本判決は、まず、Flower 判決が、そこで問題となった道路を他の一般的な公道と同視していたことに注意を向け、Flower 事件は、公道、歩道、公園から第1修正にもとづく活動を完全に排除してしまうことはできないという「長きにわたり確立した憲法原則」に該

当するものであったとした上で<sup>(144)</sup>、「政府が所有もしくは運営している場所に一般の人々が自由に訪れることが許されている時はいつでも、その場所は第1修正の目的のための『パブリック・フォーラム』となる、という原則<sup>(145)</sup>」を Flower 判決が表明していると解するのは誤りであり、「そのような憲法原則はこれまで一度も存在してこなかったし、現在も存在していない」とした<sup>(146)</sup>。さらに、本判決は、民間の講演者や芸能人が招かれていたということで当該軍用地がパブリック・フォーラムに変わるわけではないとも述べた<sup>(147)</sup>。本件では大統領選挙での政治活動も規制されたが、本判決は、当該軍用地の規則とその運用は、シビリアン・コントロールの下での政治的に中立な軍事施設というアメリカ憲法の伝統と合致するものであるとした<sup>(148)</sup>。

### 3 Conrad 判決<sup>(149)</sup>・Madison Joint School District 判決<sup>(150)</sup>・Widmar 判決<sup>(151)</sup>

Perry 判決が指定的パブリック・フォーラムという類型を形づくる際に言及した先例は、1975年のConrad判決、1976年のMadison Joint School District判決および1981年のWidmar判決の3つである<sup>(152)</sup>。順に見ていくことにしよう。

#### (1) Conrad 判決

この事件で問題となったのは、公立劇場におけるミュージカル『ヘアー』<sup>(153)</sup>の上演の可否であった<sup>(154)</sup>。すなわち、興行会社がテネシー州チャタヌーガーの劇場において『ヘアー』の公演をするために使用許可を申請したところ、舞台上で裸になる場面やわいせつな場面があるとの情報に基づき、使用許可が却けられたのである。その後、下級審で、当該公演は公衆の前での裸やわいせつな行為を犯罪としている市条例と州法に違反するであろうと

された。

この事件で、最高裁は、市の行為は判例で事前制約に当たるとしてきた行為と区別できないとした。すなわち、次の点において、本件は判例が事前制約の特徴としてきたものを備えているというのである。

「劇場の使用を求める者は当局に申請することが要求されていた。当局には、提出されている作品の内容審査を踏まえて、申請者に許可——事実上の免許証もしくは許可証——が与えられるべきか否かを決定する権限が与えられていた。申請の承認は当局の積極的な行為に依拠していた。承認は型どおりのものではなかった。むしろそれは、当局による『事実の評価、判断の行使および意見の形成』を伴っていた<sup>(155)</sup>。」

ある事前制約が違憲とならないためには、当該事前制約が、事前制約の禁止に対して限定的に定められた例外の1つに当たること、および手続保障が必要であるところ、本件ではその手続保障のいくつかを欠いているので、市の行為は興行会社の第1修正上の権利を侵害するとした<sup>(156)</sup>。

## (2) Madison Joint School District 判決

この事件で問題となったのは、公選の教育委員会が、一般市民の参加も認められた公開の会合において、団体交渉中の事項について組合の代表以外の教員が発言することを禁止することは許されるか否かであった。

マディソン教育委員会と教員組合である MTI (Madison Teachers, Inc.) との間での団体交渉中の事項の1つに、「公正な取り分 (fair share)」条項をめぐる問題があった。これは、団体交渉の費用を支払うための組合費を——非組合員を含む——すべての教員に求めることができるというものであった (ウイスクンシン州法は、地方公共団体職員の団体交渉協定に「公正な取り分」条項

(34)

#### 憲法と公立図書館との関係についての予備的考察 (4)

を含めることを認めていたが、教育委員会の方はこの条項を組み込むことに難色を示していた)。非組合員である教員2人は、この条項に反対する文書を学区内のすべての教員に送付し、200人からの回答があった。文書を送付した教員の1人は、公開の会合に臨み、一般市民による意見表明に充てられた時間の中で、約2分半の間、自分たちの立場を表明した。この公開の会合の後、「公正な取り分」条項を除く組合の要求をすべて受け容れた内容の労働協約が締結された。

MTIは、その後、ウイスコンシン州雇用関係委員会に対し、教育委員会が非組合員の教員の発言を認めたことは、交渉単位のうちの排他的団体交渉代表以外の構成員との交渉を行ったことに当たり、そしてそれは禁止された労働慣行に当たる、との申立てを行った。申立てを受けた雇用関係委員会は、教育委員会とMTIとの間の団体交渉に係っている問題について、教育委員会の会合にMTIの代表者以外の職員が参加し意見を表明することを許さないようにとの命令を行った。

本判決は、非組合員が雇用主にMTIとは異なる見解を伝えたとしても、MTIのみが同教育委員会と交渉し協約を締結できる権限を認められているという事実を何ら変えるものではないということを指摘した上で、問題となった会合が一般公衆に開かれていたことを指摘する<sup>(157)</sup>。ウイスコンシン州法は、いくつかの政府の意思決定機関に対し、公開の会合を催すことを求めており、本件会合もそれにもとづくものであった<sup>(158)</sup>。したがって、本件において、非組合員である教員は、自分の政府が行う重要な決定についての自らの意見を表明することを求め、その被用者の1人として、また、関係する市民として、教育委員会に自らの意見を伝えたのである<sup>(159)</sup>。そして、教員は、自分の勤務する公立学校の運営に関する公的な関心事項について意見を述べるといふ、市民として享受する第1修正上の権利を放棄することを強いられることは許されないのであり、直接市民が参加するための場 (forum)

を州が開設したのであれば、学校で雇われている者の圧倒的多くを占め、その成り行きに最も深く関わっている教員をそこから排除する理由を見つけることは困難である<sup>(160)</sup>。そして、「雇用主としての責務がどのようなものであれ、教育委員会が、公的な職務を遂行し、市民の意見を聴くために公開の会合の席に座っている時に、言論者に対しその雇用関係やその言論内容を理由に別異取扱いをすることを求められることは許されないのである<sup>(161)</sup>」。

### (3) Widmar 判決

この事件で問題となったのは、登録学生団体の会合を目的とした大学施設の使用を一般的に認めてきた州立大学（ミズリー大学カンザスシティ校）が、大学の建物および敷地を宗教上の礼拝や布教活動のために使用することを禁止した大学の規則にもとづき、登録学生団体でもある宗教グループに大学施設の使用を認めなかったこと合憲性である。ちなみに、本件規則が定められたのは1972年であったが、本件で問題となった宗教グループは、1973年から1977年まで登録学生団体として大学の施設を使用することが認められていた。1977年になって、この宗教グループは大学の施設を使用できないと告げられたのである<sup>(162)</sup>。

そもそも公立大学をパブリック・フォーラム論の中に組み込むことができるか否かがまず問題となるが、本判決によれば、合衆国最高裁は、「公立大学のキャンパスが、少なくともその学生との関係においては、パブリック・フォーラムの特徴の多くを備えていることを認めてきた<sup>(163)</sup>」。もちろん、本判決は大学が道路や公園、あるいは市立劇場と重要な側面で異なっていることを否定しているわけではない。大学は、教育という使命に適合する合理的な規制をそのキャンパスや施設の使用に対して課することはできるし、また、大学は、大学施設を学生ではない者にも使わせなければならないわけではないし、万人に対してその敷地や建物へのアクセスを認めなければならない

(36)

いわけでもない<sup>(164)</sup>。

本件において学生グループが求めたのは、(登録学生団体) 一般に開かれている場所(フォーラム)において宗教的な礼拝や議論を行うことであったが、それらの活動が合衆国憲法第1修正の言論の自由や結社の自由により保障されているものである以上、言論の宗教的内容にもとづいてパブリック・フォーラムから差別的に排除することを正当化するためには、その規制がやむにやまれぬ州の利益に仕えるために必要であり、かつ、その規制が目的達成のために限定的に作られていなければならない<sup>(165)</sup>。

大学側の主張した「やむにやまれぬ利益」とは「教会と州との厳格な分離を維持すること」である<sup>(166)</sup>。本判決は、合衆国憲法およびミズリー州憲法それぞれの国教樹立禁止条項に由来するこのような利益がやむにやまれぬ利益となりうることを認めつつも、国教樹立禁止条項と抵触しない方策がありうることに目を向ける。それが、いわゆるレモン・テスト<sup>(167)</sup>である。すなわち、政府の方策は世俗的な目的を持っていなければならないこと、その主要な効果が宗教を援助あるいは禁止するものではないこと、および、その方策が「政府と宗教との過度の関わり合い」を促進するものではないことの3つを満たせば、それは国教樹立禁止条項と抵触しないのである<sup>(168)</sup>。

大学が登録学生団体に、宗教的な言論に対する別異取扱いを行わずに大学施設の使用を認める方針を採るとすれば、その方針の目的は、学生同士が意見(ideas)を交換できる場所(forum)を提供するという世俗的なものである<sup>(169)</sup>、また、別異取扱いをしないというのは宗教との関わり合いを避けようとするものでもある<sup>(170)</sup>。問題は、そのような方針が宗教を促進するという「主要な効果」を持ってしまいかどうかである。

まず、大学は学生団体による使用のために大学の施設を開放してきたのであるから、ここでの問題は、大学はその言論内容を理由に特定の団体をそこから排除することはできるのかという問題である<sup>(171)</sup>。その上で、本判決

は、宗教グループが大学施設へのアクセスにより得られるであろう便益は合衆国憲法に違反しないものであるとした。なぜならば、大学施設において場所を開放したとしてもそれが宗派や宗教教義に対する州の承認を与えることにはならないという点と、多くの非宗教的な学生団体もその場所を使用することができるという点において、その便益は「付随的」なものにすぎないからである<sup>(172)</sup>。宗教グループがミズリー大学カンザスシティ校で開放されている場所（open forum）を支配してしまうであろうことについての経験にもとづく証拠がなければ、宗教の促進が「主要な効果」となることはない<sup>(173)</sup>。

教会と州との分離を合衆国憲法第1修正の国教樹立禁止条項の下で確保されるものよりも厳しくすることは、第1修正の宗教活動の自由条項によって制限されるが、さらに言うと、本件では第1修正の言論の自由条項によってもそれは制限されるのである<sup>(174)</sup>。その上で、本判決は、このような状況において、州の主張する利益が学生らの宗教的言論に対する内容にもとづく別異取扱いを正当化するために十分に「やむにやまれぬ」ものであると認めることはできないとした。ただし、この判断は、「合理的な時・場所・方法に関する規制」を大学が課すことを否定していないし、大学が学問的な判断を行う権能を否定するものでもないし、さらにいうと、合理的なキャンパスの規則に違反するものや他の学生の教育を受ける機会を実質的に妨げてしまうものであれば、それが第1修正上の活動であっても大学は排除することができる、ということも否定するものでもない<sup>(175)</sup>。

#### 4 Perry 判決・Cornelius 判決

伝統的パブリック・フォーラム、指定的パブリック・フォーラムおよび非パブリック・フォーラムという基本的な枠組みは、1983年のPerry判決と1985年のCornelius判決を通じて形成された。論ずべき問題の多い両判決で

(38)

あるが、ここでは、指定的パブリック・フォーラムとは何かという観点から、両判決を概観しておくことにしよう。Perry 事件では学校間郵便制度が、Cornelius 事件では連邦職員向けの寄付金制度が、それぞれパブリック・フォーラムであるのか否か——指定的パブリック・フォーラムであるのか否か——が争点となった。そして、両判決は、それぞれの制度は指定的パブリック・フォーラムではないと判断した。ここから、指定的パブリック・フォーラムの意味を考える上での示唆を読み取ることができるであろう。

### (1) Perry 判決

Perry 事件では、区域内の学校間を結ぶ学校間郵便制度および学校建物の中にある教員用の郵便箱の利用を、2つある教員組合の内、排他的交渉代表の組合には認める一方で、そうではない組合には認めないとする措置の合憲性が問題となった（ちなみに、排他的交渉代表ではない組合も、掲示板や学校内での集会といった学校施設を利用した教員間の情報伝達は認められていた）。一方の組合が排他的交渉代表組合に選ばれる前は、2つの組合ともこの郵便制度を利用することが許されていた。また、排他的交渉代表組合ではない組合による利用が許されない時も——一般公衆による利用が認められていたわけではないが——地域内の教区学校、教会の諸団体、キリスト教青年会（YMCA）、カブスカウト等による利用が学校により許されていた。このような学校間郵便制度はパブリック・フォーラムなのか否かが問題となったのである。

本判決は、今日では伝統的パブリック・フォーラム、指定的パブリック・フォーラムおよび非パブリック・フォーラムと呼ぶ3つの類型を提示した上で、当該学校間郵便制度はこのうちの3つ目の類型（非パブリック・フォーラム）に当たるとした<sup>(176)</sup>。学校とは無関係な私的団体や、一方の組合が排他的代表組合に選抜される前は2つの組合がともにこの学校間郵便制度を利用できていたとしても、一般公衆が利用できるわけではない学校間郵便制度は

パブリック・フォーラム（指定的パブリック・フォーラム）には当たらず、本件のような選択的な排除は、当該財産の目的に照らして合理的である限り許されるとした上で、本判決は、排他的代表組合が負っている責任、競合する組合を排除することでもたらされるであろう学校内での労働の平穩、排除された組合には別の情報伝達手段が残されていることを指摘して、本件における学校間郵便制度の利用の制限は合理的である、とした<sup>(177)</sup>。

## (2) Cornelius 判決

連邦政府の職員から参加団体への寄付金を集める CFC（Combined Federal Campaign）に参加するためは、非課税・非営利の慈善団体であり、かつ、個人やその家族に対し健康や福祉に関する事業を直接提供または支援している団体でなければならなかった。Cornelius 事件では、政治的な活動や唱導、ロビー活動、あるいは訴訟を通じて選挙の結果や公共政策の決定に影響を及ぼそうとする団体をこの CFC への参加から排除することの合憲性が問題となった。

寄付金を募る行為は、合衆国最高裁の判例では、第 1 修正上の言論の自由保護を受ける表現活動に位置づけられてきている<sup>(178)</sup>。本件において寄付金を募る行為は CFC の文書に各団体が寄せる 30 ワードの声明にすぎないが、当該団体の存在とその目標について読者に情報を伝達するという点、連邦政府の職員が特定の団体に寄付することがその団体とその見解を支援するという応答として機能しているという点、そして、寄付金が集められなければ、団体はその考えや目標を伝えるための継続的な活動能力が危険にさらされてしまうという点で、寄付金を募る一般的な方法と CFC とを区別する理由はない。したがって、CFC 内で寄付金を募る行為も第 1 修正による保護を受けることになる<sup>(179)</sup>。

次に、CFC から排除されている諸団体が求めているのは、連邦職員の職

(40)

場において対面で寄付金を募ることではなく CFC に参加することだけなので、ここでは、CFC がパブリック・フォーラムなのか否かが検討されることになる<sup>(180)</sup>。CFC に関する政府の一貫した方針は、CFC への参加を「適当な」ボランティア団体に限定し、さらに、参加するためには連邦および地方における当該運動の職員からの許可を得ることを求めてきたが<sup>(181)</sup>、このような政府の方針と CFC へのアクセスを制限してきた実際の運用に照らすならば、CFC は非パブリック・フォーラムということになる<sup>(182)</sup>。

非パブリック・フォーラムからの排除は合理的でありさえすれば合憲であるとの枠組みの下<sup>(183)</sup>、本判決は、CFC 以外にも郵便や職場の外での対面による募金活動のように他の手段があることを指摘した上で<sup>(184)</sup>、連邦の職場における混乱を最小限に抑えるため、資金調達活動がうまくいくことを確保するため、あるいは——排除された団体の見解とは関係なく——政治的党派主義という外観が生じてしまうことを避けるために CFC への参加を制限しても、それは第 1 修正には違反しないとされた<sup>(185)</sup>。

### (3) パブリック・フォーラムと非パブリック・フォーラムの違い

広く公衆に開かれている公立劇場 (Conrad 判決) や広く公衆に開かれた会合 (Madison Joint School District 判決) がパブリック・フォーラムとされることには首肯できるとしても、使用が登録学生団体に限定されていた州立大学の施設 (Widmar 判決) はパブリック・フォーラムであるが、排他的交渉代表組合や外部の諸団体による利用が認められていた学校間郵便制度 (Perry 判決) や特定の慈善団体の参加が認められていた CFC (Cornelius 判決) が非パブリック・フォーラムであるとされたことはどのように理解すればよいのであろうか。

まず、Perry 判決は、「特定のグループ」による使用や「特定の主題についての議論」といった「限定された目的」のためにパブリック・フォーラム

が創設されることがあることを認め、前者の例として Widmar 判決（登録学生団体による使用）、後者の例として Madison Joint School District 判決（教育委員会の業務に関する議論）を挙げていた<sup>(186)</sup>。ここでは、特定のグループによる使用に限定されていた州立大学の施設がパブリック・フォーラムとされた Widmar 判決との関係に着目したい。

この点について、Perry 判決は、学校間郵便制度「を教員への情報伝達のために使用する許可は個々の建物（building）の長によって認められなければならない」のであり、「この許可が物の配達を希望する者全員に当然のこととして認められてきたことを示す裁判所の認定や訴訟記録上の証拠はない」ということを指摘した上で、「この種の選択的なアクセスは政府の財産をパブリック・フォーラムに変容させたりはしないのである<sup>(187)</sup>」と述べている。

Cornelius 判決もまた、CFC へのアクセスが適当であると考えられる団体にアクセスを限定するための広汎な参加基準が設けられていたことや、連邦職員の職場を寄付金を求めるための開かれた場として提供したいという政府の意欲を示すものがなかったことを指摘していた<sup>(188)</sup>。

以上のことを踏まえると、あるフォーラムが Widmar 判決における州立大学の学校施設のように対象が限定されたパブリック・フォーラムに当たるか否かは、次のように判断されることになるといえる<sup>(189)</sup>。

まず、当該フォーラムを開設する際に対象者として念頭に置かれていた言論者——望ましい言論者群（the favored class of speakers）——を確定する必要がある。その上で、次に、当該フォーラムへのアクセスを求めている言論者がこの望ましい言論者群に該当するの否かを判断し、該当するのであれば当該フォーラムはその者にとってのパブリック・フォーラム（限定的パブリック・フォーラム）であるし、該当しないのであればその者にとっては非パブリック・フォーラムであるということになる。このように解すると、

Widmar 判決において州立大学の学校施設が限定的パブリック・フォーラムとされたのは、想定されていた対象者に宗教活動を行う学生団体も含めていたからということになるであろう<sup>(190)</sup>。このように、あるフォーラムが指定的パブリック・フォーラムであるのか否かという問題においては、それを設置する政府の最初の「意図」こそが重要な意味を持っているのであるが<sup>(191)</sup>、この点も含めて、指定的パブリック・フォーラムについては、後に改めて検討することにしよう。

### 註

- (131) 本稿が言う指定的パブリック・フォーラム」とは“designated public forum”のことである。See *Lee*, 505 U.S., at 678. とはいえ、その登場の時からこの語が用いられていたわけではないし、その内容についても、たとえば、限定的パブリック・フォーラム (limited public forum) との関係なども含めて論ずべき問題は多い。See Comment, Ronnie J. Fischer, “*What’s in a Name?*”: An Attempt To Resolve the “Analytic Ambiguity” of the Designated and Limited Public Fora, 107 *DICK. L. REV.* 639, 642-643 (2003).
- (132) *Flower v. United States*, 407 U.S. 197 (1972) (per curiam).
- (133) *Police Department of Chicago v. Mosley*, 408 U.S. 92 (1972).
- (134) *Flower*, 407 U.S., at 197-198.
- (135) *Id.* at 198.
- (136) *Mosley*, 408 U.S., at 95.
- (137) *Id.* at 95-96.
- (138) *Id.* at 96.
- (139) *Lehman v. City of Shaker Heights*, 418 U.S. 298 (1974) (plurality opinion).
- (140) *Greer v. Spock*, 424 U.S. 828 (1976).
- (141) *Lehman*, 418 U.S., at 303 (plurality opinion).
- (142) *Id.* (plurality opinion)
- (143) *Id.* at 303-304 (plurality opinion). 「私経済的」という訳語は小山貞夫編著『英米法律語辞典』(研究社, 2011年) 886頁に拠った。

- (144) *Greer*, 424 U.S., at 835-836.
- (145) *Id.* at 836.
- (146) *Id.*
- (147) *Id.* at 838, n. 10.
- (148) *Id.* at 838-839.
- (149) *Southeastern Promotions, Ltd. v. Conrad*, 420 U.S. 546 (1975).
- (150) *City of Madison Joint School District No. 8 v. Wisconsin Employment Relations Commission*, 429 U.S. 167 (1976).
- (151) *Widmar v. Vincent*, 454 U.S. 263 (1981).
- (152) *Perry*, 460 U.S., at 45-46, *Cornelius*, 473 U.S., at 802-803.
- (153) 「エリザベス・ウォルマンはロック音楽がミュージカルに入り込んでいった過程を詳細に論じているが、その中で、《ヘアー》はロック・ミュージカルという語の源となった作品だと位置づけている」（宮本直美『ミュージカルの歴史』〔中央公論新社、2022年〕114頁）。この作品は、1967年にオフ・ブロードウェイの劇場から始まり、翌年にブロードウェイでの上演に至った（同114頁）。「オフ・ブロードウェイでの実験的要素——ヒッピー文化、ヌード、戦争、同性愛、ドラッグといった社会問題の扱いなど——により、批評家からも好評を得た」（同115頁）。
- 日本では、1969年12月に渋谷の東横劇場で上演されている（永山武臣『歌舞伎五十年——私の履歴書——』〔1995年、日本経済新聞社〕70頁）。松竹株式会社演劇担当常務としてこの公演に取り組んだ永山武臣によると、劇中での全裸シーンについては、「上演禁止にならないように、慎重に照明を調整し」て臨んだおかげか、「心配した裸のトラブルも起きず」に1970年2月25日の千秋楽を無事迎えることができたが、その後主演俳優ら4人が大麻取締法違反で逮捕されたため、3月からの大阪公演の中止を決定したという（同72～73頁）。
- (154) もととは、私有の劇場で市が長期で賃借している劇場での公演が拒否されたことが問題となった。その後の裁判の過程で、興行会社はその劇場か市立の劇場での公演を求めるようになった。*See Southeastern Promotions, Inc. v. Conrad*, 341 F. Supp. 465, 469 (1972).
- (155) *Conrad*, 420 U.S. at 554. この判示は1940年のCantwell判決（*Cantwell v. Connecticut*, 310 U.S. 296 (1940)）の判示を想定したものである。Cantwell事件では、宗教的な主義等のために金員等を募るためには証書が必要とする州法の適用などが問題となった事件である。その中で次のよ

うに述べられていたところを Conrad 判決は引用した上で、本文のように判示したのである。

「しかしながら、本件州法が州の公共福祉評議会长官への申請を必要としていること、長官にはその主義が宗教的なものであるかどうかを判断する権限を与えられていること、証書の発行は彼の積極的行為に依存していることが記されるべきである。もし長官がその主義は宗教的なものではないと認定すれば、その主義のために寄附を募ることは犯罪となる。彼は当然のこととして証書を発行しなければならないわけではない。証書を発行するかどうかの長官の決定は、事実の評価、判断の行使および意見の形成を伴うのである。」 *Id.* at 305

- (156) 必要な手続的保障とは、司法手続を開始する負担、およびその対象物が保護されないものであることの立証の負担を検閲する側が負うこと、司法審査に先立つ事前制約は指定された短期間だけ、現状を確保するという目的のためにのみなされること、および迅速かつ最終的な司法判断が確保されなければならないこと、の3つである。*Id.* 560. この点に照らすと、当局のシステムでは迅速な司法審査の手続が用意されていないこと、司法審査を求める負担を当局は負わなかったこと(興行会社が負ったこと)、司法による手続に進む前に事前制約は現状を変えてしまったこと(興行会社は当初予定していた公演を断念している)といった点で、手続保障を欠いているとされた。*Id.* 561-562.
- (157) *Madison Joint School District*, 429 U.S., at 174.
- (158) *Id.* at 174, n. 6. なお、労働交渉はその例外に当たると解されていた。*Id.*
- (159) *Id.* at 174-175.
- (160) *Id.* at 175.
- (161) *Id.* at 176.
- (162) *Widmar*, 454 U.S., at 265. この宗教グループは、福音派キリスト教信者の学生組織であり、通常の会合では、祈り、賛美歌、聖書の解説、宗教に関する見解や経験についての議論が行われていた。*Id.*, n. 2.
- (163) *Id.* at 267, n. 5.
- (164) *Id.* at 268, n. 5.
- (165) *Id.* at 269-270.
- (166) *Id.* at 270.
- (167) 政教分離に関する基準として日本でも広く紹介されてきたこのレモ

- ン・テストについては、とりあえず、佐々木くみ＝中林暁生「学校教育における信教の自由と政教分離——選択と平等な尊重原理——」『東北学院法学』81号（2021年）135-137頁を参照。
- (168) *Widmar*, 454 U.S., at 271 (quoting *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602, 612-613 (1971)).
- (169) *Id.* なお、大学側は、宗教的な言論のために場所 (forum) を提供してしまうとこの目的を掘り崩してしまうと主張したが、大学が場所 (forum) を創設したからといって、その場所 (forum) で表明された特定の意見を大学が推奨することになるわけではない。*Id.* at 271-272, n. 10.
- (170) *Id.* at 271-272. 宗教的な礼拝や言論を排除しようとする、大学は、それらに該当する活動は何かを決定しなければならないし、そのルールの遵守を確保するために学生団体の会合を監視しつづけなければならない。*Id.* at 272, n. 11.
- (171) *Id.* at 273.
- (172) *Id.* at 274. 「もし国教樹立禁止条項が一般的な便益を宗教団体へ拡げることが禁止しているのであれば、『教会は警察や消防署の保護を受けることはできないであろうし、その公道上の歩道を補修してもらうこともできないであろう』」。*Id.* at 274-275 (quoting *Roemer v. Maryland Public Works Bd.*, 426 U.S. 736, 747 (1976) (plurality opinion)).
- (173) *Id.* at 275.
- (174) *Id.* at 276.
- (175) *Id.* at 276-277.
- (176) *Perry*, 460 U.S., at 45-46.
- (177) *Id.* at 50-54. 本件では、第14修正の平等保護条項違反も問題となったが、本判決は、本件が *Mosley* 判決のようなパブリック・フォーラム上でのアクセス制限が問題になっているわけではないとして、平等保護条項違反の主張を退けている。*Id.* at 54-55.
- (178) *See, e. g., Village of Schaumburg v. Citizens for a Better Environment*, 444 U.S. 620 (1980).
- (179) *Cornelius*, 473 U.S., at 799.
- (180) *Id.* at 801.
- (181) *Id.* at 804.
- (182) *Id.* at 806.
- (183) *Id.* at 808.

- (184) *Id.* at 809.  
(185) *Id.* at 813.  
(186) *Perry*, 460 U.S. at 46 n. 7. この判示は、いわゆる指定的パブリック・フォーラムと限定的パブリック・フォーラムをめぐる議論も提起した。  
(187) *Id.* at 47. ここで *Perry* 判決は *Greer* 判決と *Lehman* 判決を挙げている。*Greer* 事件では、施設内に講演者などが招かれていたが、だからといってそのことがフォート・ディックスをパブリック・フォーラムにしたわけではなかったし、*Lehman* 事件においては、商業広告を認めていた市営交通機関は党派的な政治広告を認めることが要求されるわけではなかったのである。  
(188) *Cornelius*, 473 U.S. at 804-805.  
(189) Marc Rohr, *The Ongoing Mystery of the Limited Public Forum*, 33 *NOVA L. REV.* 299, 307 (2009).  
(190) *Id.* at 312.  
(191) 中林・前掲註 (25) 871 頁を参照。

※本研究は JSPS 科研費 JP19K01293 の助成を受けたものです。

\* 82 卷 2 号掲載分と 86 卷 1・2 合併号掲載分に誤りがありましたので、訂正させていただきます。

82 卷 2 号掲載分

5 頁 21 行目 次節で

↓

後に

86 卷 1・2 合併号掲載分

53 頁 3 行目 示す

↓

行う

11 行目 特徴  
↓  
特徴