

Title	公共空間の私化と「財産権の社会的拘束」
Sub Title	Privatization of public space and "the social obligation of property"
Author	門田, 美貴(Kadota, Miki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2021
Jtitle	法學政治學論究：法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.130, (2021. 9) ,p.197- 238
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20210915-0197">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20210915-0197</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

# 公共空間の私有化と「財産権の社会的拘束」

門 田 美 貴

- 一 はじめに
  - 二 自由な排除から「高められた」基本権保護へ
    - (一) 公共空間の私有化と基本権保障の後退
    - (二) 法理の修正可能性と課題
  - 三 自己拘束説による義務の導出？
    - (一) 受忍義務の前提条件
    - (二) 自己拘束説は成立するか？
  - 四 対案としての社会的拘束説
    - (一) 財産権に「内在」する社会的拘束
    - (二) 公共空間における社会的拘束
    - (三) 「実質的理由」の要求
  - 五 検討——社会的拘束説の可能性
    - (一) 「実質的理由」要請の拡張
- 六 (二) 「高められた」間接的拘束の暫定的擁護  
むすびにかえて

## 一 はじめに

自由かつ自律的な生を送る能力は、有体・無体を問わず、個人を取り巻く資源へのアクセスによって支えられている。財産制度は、このうち物質的資源につき排他的に使用する権利を保障し、個人の自律に資する。財産の所有者である「持てる自己」(Propertied Self)は、当該制度のもと、社会的、経済的、法的な承認および保護を等しく受けることが可能となる。しかし他方で、財産を有していない「持たざる他者」(have-not Other)は、社会的、経済的、法的に無力かつ脆弱で、他者に依存した存在となることが指摘されている<sup>(1)</sup>。財を持たない者の周縁性がとりわけ顕著となるのは、彼らの望む財・サービスへのアクセスが禁止される場合である。

むろん、私人による財の提供禁止のうち、一定の条件を満たすものは、「差別」として禁止される。たとえば我が国の障害者差別解消法は、民間事業者に対して「障害」を理由とした不当な差別的取扱いを禁止しており、他の諸外国も各種法制度により、人種や性別などの個人の意思で変更しがたい事由に基づく別異取扱いを禁止している<sup>(2)</sup>。このような立法動向に照らせば、公的主体のみならず、私人による恣意的な財の提供拒否も禁止されるということは、グローバル・スタンダードとして確立されていると言えるだろう。

しかしながら、近時、財の提供拒否は、上記の典型的な「差別」事案からさらなる拡張を続けている。その背景にあるのは、公共空間の私化と、それに伴う排除の事由および局面の多様化である。公共広場に代表される典型的な公共空間は、民営化により私人に管理されつつある。加えて、大型商業施設をはじめとした私人所有の空間が、都市の社会生活の中心を占めるに至る。このような都市をとりまく環境の変化に伴い、排除の対象は、デモを行う市民の排除、飲酒をする者、若者の不良グループ、へと拡大しつつある。個人の排除がドイツ憲法学界において認識される契

機となったのは、フラポート判決である<sup>(3)</sup>。同判決では、国家が株式の過半数を所有する株式会社の下にある空港でデモが禁止されたことが問題となる。また、続く缶ビール・フラッシュモブ決定<sup>(4)</sup>では、私人が所有するニーベルンゲン広場において、国家により独占されていた「安全」の私化に対する注意喚起を目的とした、「飲酒」を伴う「集会」の実施の是非が問われた。さらに、スタジアム禁止決定<sup>(5)</sup>では、暴力的なサッカーファンに対して発せられた「全国的スタジアム禁止」が憲法問題として取り上げられている<sup>(6)</sup>。

これらの指標による排除に対して、「平等権に反する差別」として禁止する場合にも、「実体的権利の制約」として防御権的に対抗する場合にも困難が伴う。まず、これらの排除は、個人の「行為」を規制する側面を持ち、人種や性別のような、個人の意思で変更しがたい指標に基づく差別的な不平等取扱いと容易に結論づけられない<sup>(7)</sup>。また、実体的権利に対する不当な干渉として構成する場合も、当該権利の制約により生じる権利侵害の軽微性から、排除される個人の主張が顧みられることは稀である。都市空間の中枢を担う私的空間から排除される個人が、権利論から対抗することには高い障壁が立ちはだかる。

本稿は、以上の問題状況に鑑み、権利論ではなく、財産権者の負う義務から考察する。その手がかりとして、デモ参加者の排除という局面を念頭に、「財産権の社会的拘束」概念から財産権者の受忍義務(Duldungspflicht)を導出する<sup>(8)</sup>、ゴルニク(Andreas Gornik)の見解を参照する<sup>(9)</sup>。財産権は、ある物を「我がもの」とする点ですぐれて個人的でありながら、同時に、他者が所有し使用する自由を制限する意味で社会的側面を持つといえる。本稿では、このような社会的側面を財産権に内在的な性質と位置づけ、財産権者に対して一定の義務を課す道筋を探る。これを論じる前提として、以下ではまず、公共空間の私化に伴う基本権保障の後退という問題の解決策として、従来の間接拘束説を「高める(intensivieren)」戦略が必要であると説く<sup>(10)</sup>。一方で、ユーザーの基本権は、新たな管理者たる私人の基本権と衡量されるばかりでなく、国家の保護義務は、それを達成する手段の多様性を理由に、ミニマム保障としての

過少保護禁止原則が適用されるにとどまる。他方、財産権者は、私的効用性の十全な保障を目的とした排除権により、自らの望まないユーザーによる財産の使用を恣意的に排除できる、とされる。しかし、当該原則を貫徹すれば、私人所有の公共空間における自由権は行使可能性を失う。そこで、従来の間接的基本権拘束の保障レベルを引き上げ、場合によっては国家と同等の義務を負わせることが必要となる。その法理として、本稿ではまず、私的管理者が「公衆に対して自ら財産を開いた」ことから、管理権を「放棄」したと解釈する、自己拘束説を検討する(三)。この見解は判例および学説で散見されるが、「公開性」のみでは放棄の意思を読み取ることができないとして、理論的な十分性も指摘される。そこで対案として、社会的拘束説を提示する。同説によれば、社会的拘束はあらゆる財産に内在し、公共空間のように、とりわけ大きな社会的連関を持つ財産には大きな拘束が伴う。もともと、社会的拘束が課す義務の不明確性から、具体的な基準定立の必要性も説かれている。そこで、本稿では、当該基準として、公共空間からの排除に対する「実質的理由」による正当化であることを示す(四)。最後に、検討として、財産権から義務を論じる社会的拘束説を、他の平等権からのアプローチや、直接拘束説との比較で論じ、暫定的擁護を試みる(五)。

## 二 自由な排除から「高められた」基本権保護へ

### (一) 公共空間の私化と基本権保障の後退

#### 1 「ミニマム」な基本権保護

##### (1) 他者の基本権との衡量

ある空間が、私化 (Privatisierung) に伴い私人が所有する空間へと変貌する場合、基本権の保障に関する重要な変

化が生じる。ケンメラー (Johm Axel Kämmerer) によれば、(11)で変化するのは「基本権保護の態様と質 (Modus und Qualität)」である。(11) 集会の自由は、かつての公共空間では防御権的に主張される。防御権としての基本権は、「個別の基本権により侵害に対する限界づけ (Eingriffsranken) が厳格に保障され、それゆえこれらの基本権は絶対的に機能する」。(12)ところが、公的主体に代わって、当該空間を私人が所有する場合、保護義務の問題へと変化する。保護義務による基本権の保護には、他者の権利という限界が存在するが、このような防御権との違いは重要である。なぜならば、国家による侵害 (Eingriff) は——いかなる強度の侵害であろうと常に——原則として禁止されるが、基本権は、保護義務に従えば、多様な基本権主体の諸利益との実践的整合の結果、保護されるにすぎないからである。(13)そして、私化という局面において問題となる他の基本権主体の権利とは、職業の自由 (基本法一二条)、財産権 (基本法一四条)である。

(2) 過剰侵害禁止から過少保護禁止へ

ユーザーの基本権保護の限界を審査基準論から説く見解も存在する。カリース (Christian Callies) は、基本権の地位が防御権から保護義務へ変動することに伴い、審査の基準が過剰侵害禁止から過少保護禁止へと移行すると指摘する。(14) 防御権の構成からは、原則としてすべての国家の行為が拘束されるが、保護義務においては、かかる明確な基準はない。(15) なぜならば、「侵害」と結びついた防御権と異なり、私人の行為からの保護という目標 (Ziel) は、国家のあらゆる手段によって達成されるものであり、「国家に対して」望まれる行為についての明確で一義的な出発点 (Ansatzpunkt) が存在しないからである」。(16)

審査基準が過剰侵害禁止から過少保護禁止へ移行する場合、両者の非対称性が私的主体による干渉を受ける個人にとって問題となる。(17) たしかに学説は両者を対概念として論じてきたが、両者は性質を異にするものである。公的主体が管理する公共空間での集会が禁止される場合、防御権的に審査され、過剰な侵害であるかという点が審査される。

しかし、——時系列的に捉えれば——その後、当該空間が私的主体の管理下に置かれる場合、過少保護禁止が適用される。その場合、集会が保護されるのは、ミニマムな場へのアクセスが禁止されている極めて例外的な場合に限られることとなる。<sup>(18)</sup> 極限的事例に限定された基本権保護を、帰結として受け入れがたいと評価する論者は、侵害概念を拡張し、国家に帰責する (zurechnen) 方法を追求する。アメリカのステイト・アクション論は、そのような試みの一つである。<sup>(19)</sup> 本稿ではドイツにおける同論への評価には立ち入らないが、純粹に私人のみが管理する空間における基本権行使につき、防御権の構成は否定的に議論されていることを指摘するにとどめる。

## 2 財産権に基づく「自由な排除」

### (1) 「建物管理権」の基礎としての民法

ユーザーの基本権は最低限保障である一方、空間の管理者は、「建物管理権 (Hausrecht)」という排他的な権利を有するとされる。<sup>(20)</sup> 「空間的防御権 (räumliches Abwehrrecht)」<sup>(21)</sup> としての性質を持つこの建物管理権は、空間的保護領域たる空間への立ち入りを「干渉 (Störung)」として排除する権利を保障する。なお、この権利の法的基礎を、民法に求めるか、刑法一二三条 (住居侵入罪を規定)<sup>(22)</sup> に求めるかにつき争いがあったが、プロートマン (Martin Prothmann) は、民法をその基礎とすべきであると主張する。たしかに、建物管理権は歴史上、刑法的性質を有しており、建物管理権の根幹を成すものとされてきた。しかしながら、プロートマンによれば、究極的手段 (ultima ratio) としての刑法一二三条は、その処罰対象を、単なる管理権の侵害ではなく、とりわけ社会的害悪が大きく刑罰に値する行為態様に限定している。したがって、刑法規定は、私法上の建物管理権の一部をその対象としているにすぎないのである。<sup>(23)</sup>

### (2) 「排除権」としての具体化

建物管理権は、他者を排除する権利、すなわち「排除権 (Ausschlussrecht)」を規定する民法九〇三条に具体化され

ている。民法九〇三条は、ディートライン (Johannes Dietlein) によれば、同条の規定する排除権は、財産権を保障する基本法一四条の核心的要素であり、かかる排除権こそが私法上の財産権を特徴づける「モデル (Modell) である<sup>(24)</sup>。排除権を定める民法九〇三条一文によれば、「物の所有者は、法律又は第三者の権利によって制限を受けない限り、その物を自由に用ゝ (nach Belieben verfahren)、かつ、他人による一切の干渉を排除することができる<sup>(25)</sup>」。さらにその防衛手段としての妨害排除請求権を規定する民法一〇〇四条一文によれば、「所有者が占有の侵奪又は留置以外の方法によって侵害されたときは、所有者は侵害者に対して侵害の排除を請求することができる」、また、不作為請求権を規定する一〇〇四条一項二文では、「さらなる侵害のおそれがあるときは、所有者は、その不作為を求めて訴えを提起することができる」。このように、——詳しくは後述するが、民法一〇〇四条二項の定める「所有者が侵害を受忍する義務を負うとき」という例外的な場合を除き——民法上は、干渉を排除する権利とその手段を保障しているのである。

### (3) 「干渉」の広範性

民法は干渉を排除する権利を財産権の核心的要素として保障するが、何が「干渉」を構成するかが問われる。なぜならば、管理者の望まない方法で財産を用いるのみでは、財の実質 (Sachsubstanz) は破壊されず、干渉に該当しないのではないか、という疑問が生じるからである<sup>(26)</sup>。

しかし、管理者の望まない財産使用それ自体も概括的に干渉として分類されることは見解の一致をみている<sup>(27)</sup>。というのも、このような広範な「干渉」要件を前提としなければ、多くの場合、財産権が保障する私的効用性 (Privatnützigkeit) は、価値を失ってしまうからである。所有者 (管理者) の私的効用性は、排除権が有する消極的・積極的機能により相互補完的に保障されている。すなわち、排除権は、非財産権者たる第三者からのあらゆる種類の干渉を排除するという消極的意義により、自己の物を自由に用いるという積極的意義が貫徹され、両者は相互補完的

な関係をなしている。ゴルニクによれば、排除権を中心とする「既存のモデルによれば、財産権者は、私的自治に基づき行った決定に従い、自らが管理する公共空間から原則として恣意的に (*willkürlich*) ユーザーを排除することができる」のである<sup>(28)</sup>。

したがって、干渉の認定には財の実質に対する他者の働きかけは必要なく、排除権に基づき他者の敷地の立ち入りすらも (*das bloße Betreten*)、干渉として排除されなければならないのである<sup>(29)</sup>。

#### (4) 小括

以上の前提からは、ケンメラールがかつて指摘したように、私化は「基本権保護の事実上の後退 (*ratsächliche Minderung des Grundrechtsschutzes*)」をもたらす<sup>(30)</sup>。私有地における集会の自由との関連では、一方で、集会の自由は、防御権から保護義務の問題として処理され、たとえば他の集会に適した場所が全く存在しない、といった例外的な場合を除き、集会の実施が困難となる。他方で、空間管理者は財産権に基づき、自らの望まない使用方法で空間を使用するユーザーを排除することが原則として可能となる。

### (二) 法理の修正可能性と課題

#### 1 国家と同等の義務の導出?

##### (1) 「すべての自由を飲み込む」財産権

従来の法理によれば、「公共空間において、自由な私的自治に従い行使される建物管理権は、これらの空間におけるコミュニケーション基本権の行使を禁止できることになる」<sup>(31)</sup>。しかし、このようなモデルを前提とすれば、「財産権は『公共空間におけるすべての基本権を飲み込み、押しつぶしてしまう、メタ基本権 (*Meta-Grundrecht*)』となってしまう」と問題提起するのが、ゴルニクである<sup>(32)</sup>。私有地における集会という一つの局面に限れば、影響を受けるのは

集会の自由のみであり、その影響も軽微であるとも考えられる。しかし、かかる恣意的な行使によって影響を受けるのは、なにもコミュニケーション基本権に限られないだろう。公共空間のユーザーのあらゆる自由——たとえば芸術の自由、信教の自由、さらには移動の自由、一般的行為自由ですら——が同様に恣意的に排除されかねない。<sup>(34)</sup>

(2) 判例における国家と同等の義務

一般公衆に開かれ、通行機能を有する公共空間を管理する私的主体が、財産権を用いて自らの空間に立ち入るユーザーの諸権利の行使可能性を支配することを防止するためには、間接的基本権拘束を「高める」必要がある。

間接的基本権拘束を「高める」戦略とは、具体的には、私人に対し、場合によっては国家と同等の義務を負わせることを指す。このことを明らかにしたのは、私有地における集会の保護を行ったフラポート判決の傍論部分である。

この傍論では、「私人自身が基本権を有しているとしても、伝統的に国家に比肩する義務者・保障者としての地位 (Pflichten-oder-Garantenstellung) にまで事実上、伸長 (hinewachsen) している場合には、——間接的第三者効力という方法で (etwa im Wege der mittelbaren Drittwirkung) ——「国家と」類似した、あるいは同等の義務を基本権により課される」可能性を指摘していた。<sup>(35)</sup> すなわち、「私人の間接的基本権拘束は、保障内容および事案の状況次第では、国家の基本権拘束にむしろ接近し、さらには同程度のものとなる (nahe oder auch gleich kommen)<sup>(36)</sup>」のである。当該傍論部分は、実質的私化に伴い、私人が所有する広場における集会を保護するために、缶ビール・フラッシュモブ決定において引用されている。この傍論部分は、論争誘発的であったために、その後の判断において連邦憲法裁判所は同一の文言の使用に抑制的だが、同趣旨の判示はその後のスタジアム禁止決定でも引き継がれている。

2 求められる規範的正当化

連邦憲法裁判所による右のような判示は、規範的正当化を伴っていないことから、批判も少なくない。たとえば、

フラポート判決におけるシュルツケビーア裁判官反対意見は、集会の自由と財産権の衡量において、なぜ前者に優位が認められるのが十分に説明されていない、と指摘する。<sup>37)</sup> フラポート判決では、基本法八条の保護領域を、シヨッピングセンターなどのフォーラムという公衆の通行用地 (die allgemeinen Verkehrsflächen) へ一般的に拡張した。しかし、このことにより、「保護領域の段階ではじめから集会の自由に有利に働くように、両基本権の衝突に関する決断は、論点先取りの行われてしまう。」すなわち、集会の実施の態様との関係で、「財産権は、ただ正当化の段階で考慮されるにすぎない」のである。結果として、これらの通行用地の管理者は、時に国家と同様の義務を負わされることになるが、このことを十分に根拠づけるに足る正当化は未解決のままなのである。<sup>38)</sup>

排除権を中心的な構成要素とする財産権の行使によって、集会の自由をはじめとしたあらゆる自由が飲み込まれてしまうことを防ぎ、私人所有の敷地における自由権行使に「息つく空間」を与えるためには、これらの批判に耐える規範論の定立は急務である。むしろ、財産権も無制約ではなく、財産権者が受忍義務を負う場合があることは広く承認されてきた。以下では、まず財産権を制約する理由付けの一つと目される自己拘束説を参照する。

### 三 自己拘束説による義務の導出？

#### (一) 受忍義務の前提条件

排除権がどれほど広範に干渉から保障されているとしても、第三者の干渉を排除できない場合がある。それが、財産所有者がかかるといえる侵害を受忍すべき義務 (受忍義務) を負っている場合である。

受忍義務が生じる場合には、大きく二つの場合が存在する。第一に、法律により受忍義務が課される場合である。

一つの例は、二〇〇六年にドイツで施行された、「一般平等取扱法 (Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz, AGG)」である<sup>(39)</sup>。加えて、ドイツ民法上、法律により課される受忍義務として、民法九〇四条に定められた緊急避難 (notstandähnliche Situationen) が挙げられよう<sup>(40)</sup>。この規定に基づき、たとえば、自動車事故の現場で重症部分の手当を行うために同意なく他者の救急箱を使用する場合、所有者の受忍義務が認められる、と解されている<sup>(41)</sup>。

第二に、承諾、すなわち自己拘束 (die Selbstverpflichtung)<sup>(42)</sup> に基づく場合が挙げられる。同意に基づく場合は、さらに二つの場合に分けられ、①契約締結の場合のほか、②基本権放棄 (Grundrechtsverzicht) が認められる場合が存在する。①契約締結によって受忍義務が認められた例としては、連邦憲法裁判所の宿泊拒否決定が挙げられよう。当該決定は、極右政党であるドイツ国家民主党 (NPD) の党員が、ホテルから宿泊拒否 (Hausverbot) を言い渡されたことが平等権との関係で問題となった事案である。連邦憲法裁判所は、当該ホテルにより宿泊拒否を将来受けないことを求める主張は斥けたものの、すでに契約されていた二〇〇九年一月六日から九日までの宿泊につき、契約に基づき受忍義務が課されること (vertraglich verpflichtet) が明らかとされた<sup>(44)</sup>。メルスドルフ (Oliver Mörsdorf) は、当該決定の判示を、「合意は拘束する (Pacta sunt servanda)」という原則の表れとして紹介し、自己拘束の一つの例とする<sup>(45)</sup>。

もっとも、法律や当事者間の契約が常に存在するとは限らない。私有地における集会に関しては、私法上あるいは公法上の規定によって受忍義務が課される場合がある。このような義務づけとして、まず「公物指定 (Widmung)」が考えられる。さらには、集会法の研究者たちによる「集会法模範草案」も、かかる義務を法律上要求するものである<sup>(46)</sup>。ただし、ゴルニクによれば、現状、これらの規定の不存在こそが問題となっているのである<sup>(47)</sup>。

(二) 自己拘束説は成立するか？

1 自己拘束としての「公開性」？

法律および契約による義務づけが存在しない現在、検討すべき課題は、基本権放棄が成立するか、という前記②の問いである。このアプローチは、公共空間の「公開性」に着目し、「自ら公衆の使用に財産を開いた以上、財産権の行使を自ら放棄した」と解釈するのである。<sup>(48)</sup> ゴルニク自身の記述も、財産権者自身による「自由意思に基づく財産の放棄 (die freiwillige Preisgabe)」を示唆している。<sup>(49)</sup> なお、同様の思考をうかがわせる記述はアメリカ最高裁判決も判示している。会社町 (company town) での文書の配布が不法侵害に該当するかが争われた、Marsh v. Alabama 判決<sup>(50)</sup>では、所有権は、常に絶対的支配権 (absolute dominion) を意味するものではないとしつつ「所有者が、自らの利益のため、公衆一般の使用に供するべく自らの財産を開けば開くほど、その者の諸権利は、それを使用する者の法律上および憲法上の諸権利によって限界づけられる」と判示する。<sup>(51)</sup>

ここで参照する基本権「放棄」は、文字通りに基本権を完全に放棄することを指すのではない。完全なる放棄を基本権に関して認めることに学説は消極的であり、「時間・事項を限定した基本権行使の放棄 (zeitlich und sachlich beschränkten Grundrechtsausübungsverzicht)」にすぎない、と解されている。<sup>(52)</sup>

2 基本権放棄が認められるか？

(1) 基本権放棄の要件

いわゆる「基本権放棄」の要件につき、論者により見解の相違はあるが、大きく三つの要件が存在することが前提とされてきた。すなわち、<sup>(a)</sup>当該権利の自由処分性 (Disponibilität)、<sup>(b)</sup>自由意思性 (Freiwilligkeit)、<sup>(c)</sup>放棄の意思表示

示 (Verzichtserklärung) である。

「私有地における集会」という局面においては、ゴルニクはまず、①当該権利の自由処分性をゴルニクは肯定している。私人所有の公共空間という局面で放棄の対象として問題となりうる基本権は、財産権および職業の自由である。シュピース (Gerhard Spieß) によれば、両基本権は自由な人格の発展と結びついた基本権であって、自己決定が強く強調されることから、<sup>(53)</sup>放棄になじむ性質の権利である。もともと、放棄が認められない (unantastbar) 権利もあり、人間の尊厳はその一つである。しかし、ゴルニクによれば、コミュニケーション基本権の受忍により、管理者の人間の尊厳に対する侵害は認定できないため、問題とならない、という。<sup>(54)</sup>

自由処分性の肯定ののち、②自由意思性が問題となる。なお、自由意思性を要件として求めるかにつき学説でも一定の争いがあるものの、<sup>(55)</sup>ゴルニクによれば、これを仮に要求したとしても、私人所有の公共空間において、放棄の自由意思性は十分に認められる。<sup>(56)</sup>

(2) 放棄の意思表示の欠如

ゴルニクは、以上のように①②の要件の充足を指摘するが、③コミュニケーション目的での基本権放棄の意思表示が存在しないことから、基本権放棄は成立しないと結論づける。ゴルニクによれば、私的財産を不特定の公衆に開くことは、コミュニケーションへの公開性を明示しているとは解されず、したがって財産権 (ないし管理権) の明示的な放棄の意思表示は認められない。<sup>(57)</sup>

放棄の意思表示の不存在が認定される場合の典型例として、管理者が定める利用規則 (Hansordnungen) により、コミュニケーション基本権への公開性が明示的に排除されている場合が挙げられる。<sup>(58)</sup> フラポート判決においては、利用規約によって概括的に、そして缶ビール・フラッシュモブ決定においては、個別的に集会の実施は禁止されていた。

また、仮に明示的排除が存在しない場合においても、管理者は一般的な立ち入り許可権限 (Betretensbefugnis) を自

らに一部または全部を留保している、と解釈される<sup>(59)</sup>。その理由として、クリステンセン (Guido Christensen) は、管理者が商店の終業時間の設定や、営業時間の制限を実際に行っていることを指摘し、公衆の自由なアクセスは「このような「立ち入り許可」権限の枠内で」認められるにすぎない、と述べる<sup>(60)</sup>。

さらに、この立ち入り権限の枠内での営業時間における公開性自体も、その目的が極めて狭く限定されている。ズイッカー (Jens Andreas Sickot) は——デイスコのドアマン (Türsteher) による入店拒否に対して防御権的に對抗する可能性を論じるなかで——公開性は「顧客に典型的な行為」の枠内 (im Rahmen des »kundenrypischen Verhaltens«) で移動する人に対する一般的な立ち入り許可とみるべきだとする<sup>(61)</sup>。したがって、公衆の通行に自らの財産を開いたという事実のみでは、建物管理権の放棄は認められないことで一致している<sup>(62)</sup>。

## 四 対案としての社会的拘束説

### (一) 財産権に「内在」する社会的拘束

ゴルニクは、自己拘束説によって財産権者の特別な負担を基礎づけることが困難であるとの判断から、対案として社会的拘束説を提示する。とはいえ、社会的拘束説は理由づけとして検討の余地がある。なぜならば、たしかにフラポート判決自身は社会的拘束を引き合いに出してはいないが、私有地における集会の保護を二一条で定める集会法模範草案は、財産権制約の許容性を導く際社会的拘束に依拠しており、学説の関心を集めつつあるからである<sup>(63)</sup>。

## 1 「社会的拘束」の憲法上の根拠

「社会的拘束」の憲法上の根拠は、基本法一四条二項である。財産権の保障規定である一四条一項は「財産権および相続権は、これを保障する。内容および制限は、法律で定める」と規定し、二項で「財産権は、義務を伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきものでなければならない。」と規定する。つづく三項は、収用規定として、「公用収用は、公共の福祉のためにのみ許される。公用収用は、補償の方法と程度を規律する法律によって、または法律の根拠に基づいてのみ行うことが許される。補償は公共の利益と当事者の利益とを公正に衡量して決定しなければならない。補償の額に関して争いがあるときは通常の裁判所への出訴が認められる。」と定める。<sup>(64)</sup>このうち、二項の規定こそが、社会的拘束ないし義務を定めたものとされる。<sup>(65)</sup>

## 2 憲法直接的拘束か、具体化を要する拘束か

「財産権の社会的拘束 (die Sozialbindung des Eigentums)」が存在することは学説の一致をみているが、この概念が「誰を」拘束する概念なのか、という問題は長きにわたり争われてきた。まず、学説上争いがないのは、財産権の社会的拘束が、財産権の「内容および制限」の内容形成を行う立法者を拘束する点である。これに対し、さらに財産権者自身も拘束されるのか、すなわち「一四条一項二文に基づく単純法律による具体化が必要か、それとも、単純法律による具体化 (die einfachgesetzliche Ausgestaltung) に加えて、財産権者に対する直接的拘束を持ちうるのか」という問いは、「いまだ解決されていない財産権ドグマテーティク上の問題」<sup>(66)</sup>なのである。

### (1) 「法律および第三者の権利」を超えた拘束？

一方で、かつては憲法直接的な拘束を認める学説も有力であった。たとえば、キミニヒ (Otto Kimmich) は、民法および憲法規定の比較により、財産権者自身の義務を肯定している。キミニヒによれば、民法九〇三条では、「物

の所有者は、法律又は第三者の権利によって制限を受けない限り……その物を自由に用いることができる」と規定している。「強調・筆者」。「法律又は第三者の権利」のうち前者は、基本法一四条二文に基づき定められた「内容および制限」を決定する法律を指すと理解できる。しかしながら、基本法一四条二項は、単なる財産権の内容決定を超える内実を含む、という。後者の「第三者の権利」とは、公共の一部 (Teil der Allgemeinheit) ではなく、限定された物権にすぎず、個別事案で判断せざるを得ない。これに対し、基本法一四条二項にいう「公共の福祉」とは、財産権に広く内在するもので、個別事例で考慮の対象となる民法にいう「法律又は第三者の権利」に還元し得ないものである。

(2) 「立法者に対する指針」としての社会的拘束？

他方で、学説において支配的なのは、社会的拘束とは立法者「のみ」を拘束すると主張する立場である。かかる見解に立つヴェント (Rudolf Wendt) は、以下の論拠を挙げながら、キミニヒラの理解の相対化を試みる。第一に、法律に依拠しない社会的拘束を説く場合、義務 (Gesellen) の内実が不特定であり、実用性を欠く概念となりうる点である。<sup>(70)</sup> 第二に、法律の留保との関係である。この点は、基本法一四条二文と同条二項の関係性の捉え方に関連するが、ヴェントをはじめ、社会的拘束を財産権の「制限」を決定するものとして、両条項を一体として捉える。したがって、制限であるとすれば、法律の留保に反してはならないことはもちろんのこと、これらの制限を決定することは、一四条一項二文で規定されているように立法者の責務である。<sup>(71)</sup> 第三に、現に連邦憲法裁判所の判決は、社会的拘束の判断における立法者の優位を示してきた。たしかに、古い判例は、「内在的な社会的拘束 (immanente Sozialbindung)」とは、「仮に特別な法律上の規定がなかったとしても、基本法一四条二項によって直接に生じるであろう拘束」であることを前提としてきた。<sup>(72)</sup> しかしその後、連邦憲法裁判所は立場を変更し、「基本法一四条二項における財産権の社会的拘束とは、財産権の義務および制限を規定」し、「一四条一項二文にしたがい義務づけられた立

法者の規律委託 (Regelungsauftrag) の枠内で、この社会的拘束を一般のおよび抽象的に (generell und abstrakt) 決定する<sup>(73)</sup>ものと捉え、社会的拘束を、立法者に対する指針 (Richtschnur für den Gesetzgeber) と解している。

以上の理由から、ヴェントをはじめとする学説は、社会的拘束は法律で規定された拘束のみを指すと結論づける。ヴェントと同じく財産権者への拘束を否定するミュラー (Horst Joachim Müller) もまた、もし財産権者自身をも拘束する社会的拘束論を構想するならば、それは「公共の福祉条項が第三者効力を持つ」という、グロテスクな帰結 (das groteske Ergebnis einer Drittwirkung der Gemeinwohllause) をもたらすと述べる<sup>(74)</sup>。

### (3) 解釈対象としての「社会的拘束」

社会的拘束は、憲法直接的拘束なのか、それとも法律によって具体化された拘束にすぎないのか、という問いは——管見の限り後者が支配的のようだが——現在まで解決をみていない。

しかし、果たして社会的拘束とは、法律上定められた拘束に還元されてしまうもののだろうか。ゴルニクは、以下のように述べ、支配的な学説の姿勢に問題提起を行う。

「もしも社会的拘束の内実を決定することが、単純法律を媒介した内容形成によってのみしか行えないとすれば、法律による規定と異なる社会的拘束の内実は私法上の法制度に対して、いかにして解釈を通し影響を与えることができるのだろうか。

また、そもそも何のために社会的拘束の「要請 (Postulate)」は解釈において必要なのだろうか。社会的拘束は、——法実証主義的な——限定を受け、実定法に限定されることになり、法律による媒介を必要とする社会的拘束論によれば、もはや実定法を超越する内実を持たないことになってしまふ<sup>(75)</sup>」。

以上の問題意識から、ゴルニクは、社会的拘束性は、法律によって具体的に規定されていることが望ましいが、必ず

しも前提条件ではないとして、当該概念に対する憲法解釈の必要性を説く。

### 3 解釈による内在的義務の導出

もつとも、「社会的拘束」を憲法内在的な拘束と捉えるとしても、ドイツにおいて「所与」とされる同概念を根拠づける規範論が乏しいことも事実である。しばしば学説で用いられる論拠は、財の稀少性である。その論拠によれば、財産権は、限りある財を扱う点で、他者の自由に当然に関わりを持つ<sup>(76)</sup>。しかし、財の稀少性という根拠づけを超えた説明を、ゴルニクはもちろん、その他の論者も与えていない。このような社会的拘束の基礎づけの乏しさは、法律および契約による義務づけを超えた、コミュニケーション基本権の行使を受忍する義務の淵源を社会的拘束に求めるゴルニクの試みの貧弱さにつながる。そこで、本稿では、ドイツの社会的拘束説に影響を受け、これを解釈論により導こうとするアメリカの財産権論者であるアレクサンダー (Gregory S. Alexander) の記述を参照する<sup>(77)</sup>。アレクサンダーは、社会的拘束論の参照によって、財産権者による恣意的な排除権行使を容認する従来 of 法理への修正を志向する論者の一人である。もつとも、両国の議論を接合する際、それぞれの憲法には看過すべきでない非対称性も存在する。その違いとは、①憲法上の財産権条項の有無、②社会的義務条項の(不)存在、である<sup>(78)</sup>。しかし、アレクサンダーによれば、重要なのは、解釈である。たしかに、憲法規定上の相違は論証のハードルを左右するだろうが、なお解釈により社会的義務を基礎づけることは可能なのである<sup>(79)</sup>。

#### (1) 「間接的自由権保障」としての財産権

アレクサンダーは、財産権はその本質において関係的であり、社会的拘束が内在 (inherent) していると説く<sup>(80)</sup>。従来の研究でも、個人が帰属する社会、ないしコミュニティの「文化」に着目し、これらの文化が個人の「善き生」の判断基準を与え、自律的個人の形成に対してコミュニティの重要性を説くものが存在した<sup>(81)</sup>。しかし、アレクサンダー

は、物質的資源とその所有ないし使用を保障する財産権を通して、個人とコミュニティの関係性を描写する。

アレクサンダーによれば、人間が潜在能力を発展させるためには一定の物質的資源が必要であり、本稿が問題とする「自由」もまたそのような物質的資源を必要とする潜在能力の一つに数えられる。なぜならば、「自由」は、公道、空港、コミュニケーションシステムなどのインフラが整備されることで初めてその行使が可能となるからである。<sup>(82)</sup> より根源的には、生命や自由という潜在能力は、個人が「存在する」ことができる「場所」という物質的資源があつてはじめて意義を有する。<sup>(83)</sup> この点で、個人は、自律性と依存性という相反する性質を併せ持つ存在である。<sup>(84)</sup>

物質的資源に依存しながらも、基本的かつ必要不可欠な潜在能力を有する自律的な人間となるために、「私」は財産制度のもと、一定の資源を所有 (own) する必要がある。ドイツにおいても同様の理解が示されており、財産権は自由な人格の発展 (die freie Entfaltung der Persönlichkeit) を可能とする権利であると理解されている。<sup>(85)</sup> たとえば、アレクサンダー自身も引用する、連邦憲法裁判所のハンブルク堤防整備法判決<sup>(86)</sup>は、財産権を「人格的自由の保障と内的関連性 (inneren Zusammenhang) を有する重要な基本権」と位置づけたうえで、その目的につき「基本権の担い手に対し、財産権領域での自由な領域を保障し、それによつて自己責任に基づく生活の形成を可能とすること」と判示している。<sup>(88)</sup> このような財産権保障に対する基本姿勢を、クレメント (Jan Henrik Klement) は、「間接的自由権保障の思考 (der Gedanke des mittelbaren Freiheitsschutz)」と呼ぶ。<sup>(89)</sup>

## (2) 社会的義務による「財産権のジレンマ」の解決

しかし、人格的發展に対する重要性から財産権を保障する場合、一つの重大なジレンマが生じる。アレクサンダーによれば、ある資源の排他的な所有は、同時に、他者が同じ資源を所有し、使用する機会の剝奪を意味する、<sup>(90)</sup> というクレメントも同様に、財産権を承認することが他者の自由の縮減をもたらすと指摘する。財産権の保障は、インテグリティや人格の領域を保護することにその特性があるとされるが、生命・健康の保護、一般的人格権、住居の不可侵

性の保障などにも同様のことがいえるため、財産権を正当化するに十分ではない。<sup>(91)</sup> 財産権の「裏面は、他者の個人的自由の縮減」であり、民法九〇三条一文はまさに他者に財産権を尊重することを求めている。この意味で、しばしば議論される基本権の第三者効力は、基本法一四一条一項一文においては通常の状態 (Normalfall) なのである。<sup>(92)</sup>

しかし、アレクサンダーによれば、財産権の保障は自己矛盾をもたらす可能性がある。彼によれば、自律的な個人にとってコミュニティが供給する物質的資源は不可欠であり、そうであるとすれば、コミュニティへの帰属は、個人の自律の必要条件である。もし「私」が個人の自律を是認するならば、その前提条件たるコミュニティへの帰属も是認しなければならない。<sup>(93)</sup> 敷衍していえば、「私」が、基本的かつ必要不可欠な潜在能力を持つ自由な人間となるためには、かかる潜在能力の発展を可能とする資源を所有しなければならない。このことは同時に、「繁栄した生」を送ることを可能とする社会を支持し、維持することを前提とするが、この前提は財産権によりもたらされる他者の自由の制約と衝突するのである。

アレクサンダーらが指摘した、財産権に基づく他者の自由の縮減は、「財産権のジレンマ」と呼ぶことができる。このジレンマの解決のために課されるのが、「社会的義務 (social obligation)」である。アレクサンダーによれば、「社会的義務」は、具体的に、コミュニティの他者が繁栄した生を送るために必要とする物質的資源を提供し、そして少なくともそれらの資源へのアクセスを否定してはならないという義務を指す。<sup>(94)</sup> ただし、財産権に社会的義務が内在するとしても、無制限に所有権者に課されてはならない。「私」が負う社会的義務は、「私」が自らにとって必要不可欠な潜在能力を犠牲にしてまで課されてはならず、「私」にとって可能な限りで、かつ適切な方法によってのみ課される。以上の前提から、社会的義務はアレクサンダーによって以下のように定義づけられる。

「社会的義務は、資源の所有者に対して、同じコミュニティに属する他者の、必要不可欠な潜在能力の発展を支援する必要がある

る場合には、当該所有者にとって適切な方法で、他者に対して自らの資源を提供することを要求する<sup>(95)</sup>」。

## (二) 公共空間における社会的拘束

### 1 前提条件としての社会的連関

財産権に内在する社会的拘束によって課される義務は、問題となる財産が社会的連関 (sozialer Bezug) を有することを前提条件とする。このことを判示したのが、連邦憲法裁判所による居住賃貸借解約保護法決定<sup>(96)</sup>である。本決定は、賃貸人による家賃値上げ (Miethöhung) の要求につき、正当な理由の提示と、賃借人が同意しない場合の法的手続を定めた法律につき、財産権を理由に憲法異議申立がされた事案である。連邦憲法裁判所は、当該法律を支持するに際し、社会的拘束につき以下のように述べている。

「ここで前提となっているのは、財産権の対象が社会的連関および社会的機能 (soziale Funktion) を有することである。〔社会的拘束の〕公共の福祉に適合した使用という要請は、当該財産権の対象物を必要とする、同胞たる個人の利益の顧慮 (die Rücksichtnahme auf die Belange des einzelnen Rechtsgenossen) といふ要請をも含む<sup>(97)</sup>」。

本事案との関連で、連邦憲法裁判所は、住居 (Wohnung) が諸個人および家族に対して有する極めて高い重要性から、賃貸人らに対する制約は社会的拘束によって正当化されると結論づけた<sup>(98)</sup>。

### 2 社会的拘束によるコミュニケーション基本権の引き受け

ゴルフは、公共空間が有する高度の社会的連関から、社会的拘束にコミュニケーション基本権を背負わせる

(Auftragungsmöglichkeit) 方途を提示する<sup>(99)</sup>。公共空間という財産は、一般公衆への公開性により高度の社会的連関を有する。そして、コミュニケーション基本権の行使は、公共空間を前提条件として必要とする。なぜならば、コミュニケーション基本権は他者とともにいることによってその行使が可能となるからである<sup>(100)</sup>。コミュニケーション基本権は他者への働きかけをも保障していると解しなければ、当該基本権は無に帰する。公共空間という「出合いの場(Beggnungsstätten)」は不可欠なのである。この意味で、ある私人が公衆へ開く場は、コミュニケーション基本権にとって重要な意義を持つ空間となる。

問題となる財に社会的連関が認められるならば、その所有者は、公共の福祉のため、経済的利益のみならず、コミュニケーション基本権も受忍しなければならない<sup>(101)</sup>。たしかに、管理者は経済的利益のために自らの財産を開いたにすぎない。しかし、このことはまさに社会的連関を高め、それゆえ公共空間を持つ公共の福祉という機能に結び付いている。もしも、コミュニケーション基本権のみを恣意的に規制するとすれば、原則として公共の福祉を害することとなる<sup>(102)</sup>。同様の理解は、集会法模範草案でも採用されている。草案によれば、公共空間は極めて高度の社会的拘束が認められる。そうであるとすれば、公共空間の諸機能を、選択的に財産権者が守ることはできない。むしろ、原則として財産権の社会的拘束からは、商業的利益のある公衆の通行機能とともに、公共の通行用地のコミュニケーション機能も果たさなければならぬのである<sup>(103)</sup>。

### 3 具体的基準の欠如？

しかし、社会的連関を根拠とした社会的拘束説は、同時に具体的基準となりえないことから、批判の対象となっている。あらゆる財産のうち、たとえば「土地」は、社会的連関および社会的機能が強く認められ、「状況拘束性(Situationsbegrenztheit)」が強調される。その理由として連邦憲法裁判所が挙げるのは、土地は増やすことができない

(unvermehrbar) という事情および土地はそれなしに済ますことができない (unvermehrlich) という事情である。<sup>(10)</sup> しか  
し、土地のように強い社会的連関の表れとされる「状況拘束性」が容易に認定できる場合ですら、単なる「言葉のあ  
や (Chiffre)」にすぎないとの疑問が提起されている。<sup>(10)</sup> デイトラインもかかる主張を行う一人である。彼によれば、  
「このような概念「状況拘束性」にしたがえば、いかなる財産にも内在的拘束が及ぶこととなる」。しかし、「その場  
合に、具体的な義務を生じさせる基準は、その多くが謎に包まれている」。またロツェック (Jochem Rozeck) も、義務  
の曖昧さを指摘しつつ、「状況拘束性」という形容は、脆いドグマ・テーイク上の基礎に立つ」と指摘している。<sup>(10)</sup>  
デイトラインおよびロツェックらの批判は、キミニヒおよびゴルニクらが前提とする内在的拘束としての社会的  
拘束説に否定的であるがゆえに生じるものだが、「具体的義務の不特定性」は理由のないものではない。本稿が問題  
とする、私有化された公共空間の管理者が社会的拘束を受けるとして、具体的に管理者が負う義務について検討する  
必要がある。

### (三) 「実質的理由」の要求

#### 1 判例における「実質的理由」

公衆に開かれた空間の管理者による排除権行使につき、具体的な義務の基準として採用されるのが、「実質的理  
由」の存否である。この基準は、「管理者 (Hauswart) が特定の空間利用 (たとえばデモンストレーションの目的) を理由  
なしに、すなわち自由に禁止することができるのか、それとも一定の正当化義務を負うのか」<sup>(10)</sup> を問うのである。か  
る基準は、先述のスタジアム禁止決定においても採用されており、私的管理者は原則として恣意的な排除が可能であ  
るとされるところ、排除に実質的理由が存在するかが問われている。<sup>(10)</sup>

同様に、連邦通常裁判所の判決は、管理者が望まない使用方法の排除に対する「実質的理由」を要求する。スー

パーマーケットにおける手荷物チェック (Taschenkontrolle) を拒んだ顧客に立ち入り禁止を言い渡した事案において、連邦通常裁判所は、このような小売店が公衆の一般的な通行に開かれた空間であることを前提としつつ、具体的な窃盗の疑いがないにもかかわらず手荷物チェックを強要することは、人格権侵害にあたり、建物管理権のみで正当化できないとしている。<sup>(10)</sup>

実質的理由が要求される理由につき、自らの購入目的を秘して顧客に扮して行う覆面調査員が立ち入り禁止 (Hausverbot) を言い渡された一連の判決では、連邦通常裁判所は、通行への公開性に着目する。商店では、個人は、一般的通行のために店舗を開いたことよって、顧客が商品の取得しようとする目的を告げることなし (ohne Angabe ihres Zweckes)、陳列している商品を販売する準備があることを表している。そして、このことは、顧客が商品を購入する避けられない必要性に添うものである、と説示する。<sup>(11)</sup> このような受忍義務は、小売店経営者に課された契約上の義務が存在しない場合にも妥当するものである。

## 2 集会の排除に対する「実質的理由」の要求

以上の判決は、商店の「通行への公開性 (Allgemeinverkehrseröffnung)」に着目する。フィッシャー＝レスカーノ／マウラー (Andreas Fischer-Lescano/Andreas Maurer) はすでに二〇〇六年のフラポート判決の事案に関する連邦通常裁判所の判断の評釈において、以上の手荷物チェックに関する判例を参照しながら、通行への公開性に依拠し、管理者の主張を支持した連邦通常裁判所の判断を以下のように批判していた。<sup>(12)</sup>

「部は空港がこれら「通行および体験の場」と結びついて有する公共機能を何ら考慮しないことにより、自らの見解において「建物管理権」を中心に据え、「建物管理権による」権限および防御権の束 (Konglomerat) に対して課せられる社会的拘束に、

「営業妨害 („Betriebsstörung“)」という限界を与えている。しかしながら、このような見解は、通行施設および体験の場が有するコミュニケーション機能を軽視しており、「営業妨害」という基準によって意見表明の自由および集会の自由に対する留保を付しており、自由な民主政に対する基本的な重要性に適合していない<sup>(15)</sup>」。

かかる公開性とそれが帰結する社会的拘束の存在を前提とし、「連邦通常裁判所が、当該行為の持つ暴力的なモーメント、営業妨害の現実的な発生、そして具体的な妨害の危険性すら指摘できていないことが顕著である」とし、その理由付けがあくまで「仮定的なもの (im Konjunktiv)」にとどまると批判している<sup>(16)</sup>。

## 五 検討——社会的拘束説の可能性

### (一) 「実質的理由」要請の拡張

#### 1 平等権による正当化要請？

本稿では社会的拘束から、公共空間における私人の排除については「実質的理由」が要請されると述べた。もっとも、平等権から同様の「正当化」が要請されるのではないか、との指摘がある。

「実質的理由」を平等権との関わりで論じる代表的論者は、グリュンベルガー (Michael Grünberger) である。グリュンベルガーによれば、平等権と自由の衝突の解決には三つのモデルが存在する。第一に、消極的自由と平等権の衝突につき、自由の優位 (Präpondanz) によって解決するものである (優位モデル (Vorranglösung))<sup>(17)</sup>。第二に、平等取り扱いの要請を、具体的な個別事案における適用領域や事実のメルクマールに基づき、いずれを優先させるかを決定す

る。このモデルは、私的自治という「原則」と、不平等取扱いの禁止という「例外」を設定することにより解決を図る（要件モデル (Tatbestandslösung)）。第三のモデルは、正当化の段階において、自由と平等の整合を目指すものである（正当化モデル (Rechtfertigungslösung)）。

グリュンベルガーは、これらのモデルのうち第三のモデルの採用を提唱するが、順にそれぞれのアプローチを概観しよう。第一のモデルは、一般平等取扱法 (A G G) 制定の際、学界で主張されたものである。すなわち、契約の自由とは、「差別する自由」であって、これを禁止することは「私的自治の終わりの始まり (Anfang vom Ende der Privatautonomie)」にほかならないと主張した<sup>(16)</sup>。しかし、このようなカテゴリカルな解決は、支持を集めていない。

第二のモデルは連邦憲法裁判所が採用するものである。スタジウム決定が判示するところによれば、「基本法三条一項からは、私的な契約関係が平等取り扱い要請による理由づけ義務 (Rechtfertigungsanforderungen) を負うという一般的原则は、たとえ間接的効力であるとしても生じない<sup>(17)</sup>」。しかし、例外的に「特殊な状況 (spezifische Konstellation)」が存在する場合には、財産の社会的拘束に鑑みて平等取り扱いの要請が私人間に照射するとしている。この「特殊な状況」の要件として「独占的地位 (Monopolstellung)」ないし「構造的優位 (strukturelle Überlegenheit)」が必要となる。連邦憲法裁判所は翌年の宿泊拒否決定において、当該ホテルに訪れることが、社会生活への参与を大きく決定づけるような催しではないこと、そしてホテル経営者が独占的地位ないし構造的優位を占めていないとして、ホテル側の主張を支持している。

もつとも、第二のモデルの欠陥は、先述の宿泊拒否決定によって露呈された、という。たしかに、第二のモデルは、第一のモデルの「オール・オア・ナッシング (Alles-oder-nichts-Ansatz)」の解決を避けようとするものである。もつとも、当該モデルで要求される要件は開かれており、方法論上恣意的な運用を避けられない<sup>(18)</sup>。サッカーファンは実質的かつ手続上の正当化なしにスタジウムから排除されてはならないのに対し、極右政党の党首は理由なしにホテルから

排除されても良いのだろうか。

以上の理由から、正当化モデルとしての第三のモデルに方法論上の利点がある、という。別異取り扱いが正当化されるかを問うこのモデルは、それぞれの社会的な利益衝突の特徴を正当に再構築することができ、柔軟性を有しているとするのである<sup>(10)</sup>。

## 2 「独占的地位」か「公開性」か

もつとも、第三の正当化モデルを採用する場合としても、いかなる場合に、「実質的理由」ほど高い正当化要請が課されるのかという問題は解決しない。この問題は、締約義務 (Kontrahierungszwang) と建物管理権の行使という面の不整合として、さらには連邦通常裁判所と上級地方裁判所の不協和音 (Dissonanz) として認識される<sup>(11)</sup>。連邦通常裁判所は、事業者による建物管理権の行使について「通行への公開性」を重視してきた。これに対して、上級地方裁判所判決は、「独占的地位」がない限り、自由な排除が認められると述べている<sup>(12)</sup>。連邦憲法裁判所による宿泊拒否決定は、この点で、連邦通常裁判所の従来の判断に異議を唱えたと解される<sup>(13)</sup>。

なお、「公開性」という基準を定立しつつ、グリュンベルガーの批判する宿泊拒否決定につき、ホテルには公開性が認定できないとして事案を解決する余地もある。実際に、宿泊拒否決定の事案に対する連邦通常裁判所は、ホテルは限定的な訪問客および顧客のみに開かれており、公開性が存在しない、としている<sup>(14)</sup>。しかし、かかる「公開性」の区別 (Abgrenzungsproblemen) は、一貫性を欠き、それゆえ説得力を欠くとの批判がされている。メルスドルフは、連邦通常裁判所の判断に対する評釈において、スパー、サッカースタジアム、空港ターミナルにおいて認められた「公開性」が、ホテルには認められないとすれば、このような区別は「見せかけのもの (gekünstelt)」にすぎないとの疑問が提起されている<sup>(15)</sup>。

### 3 社会的権力論と社会的拘束説の差別化？

以上の、「独占的地位」と「公開性」の対立は、解決していない。一方で、通行への公開性を認定しなければ、——たとえば手荷物チェックの事案で問題となった小売店を含め——極めて広範な局面において、事業者による恣意的な排除が認められることとなる。他方で、「公開性」要件は、およそあらゆる小売店経営者を拘束することとなる。この点、「独占的地位」を要求することは、およそあらゆる事業者が義務を負うという帰結を疑問視し、歯止めと抑制をもたらす<sup>(16)</sup>。

もつとも、本稿で参照した社会的拘束説は、独占的地位を有する、いわば「社会的権力」のみに認められるのだろうか。むしろ、社会的拘束説とは、当該財産権の対象を必要とせざるを得ない他者との関係で、財産権者が広く負う義務を指していた。そうであるとすれば、財産権者の社会的権力の該当性ではなく、問題となる財がいかなる社会的な機能を果たしており、非財産権者がどのような必要性を有しているか、を考慮すべきである。私見として、社会的拘束説の詳細な検討によって、「独占的地位」要件の修正可能性を指摘しておく<sup>(16)</sup>。

#### (二) 「高められた」間接的拘束の暫定的擁護

##### 1 「高められた」間接的拘束批判——直接的拘束への接近？

最後に、「高められた」間接的拘束が、表向きは「間接的拘束」を標榜しながら、「裏口」において直接的拘束を行うに等しいのではないか、という学説による批判に回答する必要がある。スタジアム決定の判示は、一定の状況においては、基本権によって私人が——国家と同様の——直接的義務を負うことを示しており、単なる具体的事案の一つの処理を超えた射程を有している<sup>(17)</sup>。このような「革新 (Innovation)」は、巧妙にカモフラージュされている<sup>(18)</sup>。同様の理解は、フラポート判決のシニルツェビア裁判官反対意見も明らかにするところである。

ゴルニク自身も、このような批判に意識的である。実際に彼は、「私的管理者による不当な干渉は、国家による侵害と同じく、ユーザーの基本権に対する過剰侵害禁止に限界を持つのか、それとも、管理者は、私人として、私的自治に基づき過少保護禁止のレヴェルまではいかなる行為を行うことも許されるのだろうか？」という問いを立てている<sup>(12)</sup>。従来の財産権の原則によれば、私的自治に基づく決定により、恣意的にユーザーないしは特定の行為態様を財産権者が排除することが可能であった。これに対して、ゴルニクは、間接的基本権拘束を社会的拘束により「高める」戦略を提示し、私人たる空間の管理者に許容される行為を制限する受忍義務を導く。このような「間接的基本権拘束の直接的基本権拘束への接近」<sup>(13)</sup>においてもなお、「高められた」間接的拘束と直接的基本権拘束の間に違いはあるのだろうか。

## 2 財産権に限定された射程

かかる問いに対し、ゴルニクは、「高められた」間接的拘束は直接的拘束と同一ではないと結論づける<sup>(14)</sup>。両者はたしかに同じ帰結を導きうるが、ドグマティック上は看過すべきではない違いがある。なぜならば、社会的拘束に基づく「高められた間接的拘束」論は、その射程がただ財産権のみに限定されているからである。

「高められた間接的拘束」の射程を限定させるのは、基本権体系における財産権の特殊性である。財産権は、その内容決定につき国家に依存した基本権であるばかりでなく、本稿が指摘したように、他の基本権と異なり、他者の自由を強く制約する点で社会的拘束を内包する。ゴルニクによれば、「財産権の社会的拘束は、基本権体系において無比の規定 (einzigartig) であり、他の基本権には適用不可能」なのである<sup>(15)</sup>。

財産権者の負う義務に議論の射程を限定したゴルニクの構想は、直接的拘束を広く肯定するモデルとは一線を画す。ここで想定されている他のモデルとは、全ての基本権に連帯性原則 (Prinzip von Solidarität) が内在しているとす

るものである<sup>(13)</sup>。もしも、国家と同様の拘束を概括的に認めるモデルを採用する場合、財産権という限定的な局面に限られるのではなく、基本権を一般的に公共の福祉のもとに置くこととなり、基本権主体の地位そのものを包括的に変更することを意味する。

以上の前提から、ゴルニクは私人へ国家と同等の義務づけを生じさせる「高められた」間接的基本権拘束と直接的拘束は異なるものと結論づける。たしかに財産の使用が特に公共の福祉にとつての重要性に照らし、単なる過少保護禁止から過剰侵害禁止へと審査基準の移行をもたらすが、基本権拘束の地位そのものを当然に変更するものではない<sup>(14)</sup>。そうであるとすれば、社会的拘束説は、しばしば否定的に検討されてきた直接的基本権拘束と異なるアプローチに立ちつつ、従来の間接的拘束の限界を克服するものなのである。

## 六 むすびにかえて

本稿では、私人が管理する公共空間において、管理者の財産権に基づく自由権行使の恣意的な排除からユーザーを保護するアプローチとして、社会的拘束論から財産権者の受忍義務の導出を試みた。

社会的拘束説によれば、社会的拘束は財産権に内在する。財産権は、個人の人格的發展に不可欠な権利とされる一方、この保障により、非財産権者の自由の縮減と不可分である。このような「財産権のジレンマ」を解決するために、財産権者に対して、財へのアクセスを提供する義務が課されるのである。高度の義務が課されるのは、公開により高い社会的連関を有する財産である。このような財産の一つに位置づけられる公共空間の所有者は、恣意的な排除権の行使が禁止され、個別の排除につき「実質的理由」による正当化が求められる。「実質的理由」が要求される場合については、連邦憲法裁判所の判示のように、所有者の「独占的地位」を要求する立場も根強い。しかし、社会的拘束

説からは、財の独占性ではなく、財の持つ社会的機能と、当該財を必要とする他者の利益を顧慮することが求められる点で、修正可能性を説いた。そして、このように広く財産権者への義務づけを認める社会的拘束説は、その射程を、社会的拘束を内在する財産権という特殊な基本権に限定していることから、直接的拘束をただちに導くものではないことを指摘した。

もっとも、社会的拘束も無制限ではない。管理者が、財の実質の保持、さらには他のユーザーの安全といった利益を顧慮することもまた、管理権に含まれる。社会的拘束の限界に関する具体的検討は、筆者に課された次なる課題である。

〔付記〕 本研究はJSPS科研費(21111836)の助成を受けたものである。

- (1) A. J. Van Der Walt, *Property and Marginality, in PROPERTY AND COMMUNITY* 81, 83 (GREGORY S. ALEXANDER & EDUARDO M. PENABAZER eds., 2010).
- (2) 障害差別禁止法制に関しては、杉山有沙「日本国憲法と合理的配慮法理」(成文堂、二〇二〇年)、同「障害差別禁止の法理」(成文堂、二〇一六年)、池原毅和「日本の障害差別禁止法制——条約から条例まで」(信山社、二〇二〇年)、榎原賢二郎「社会的包摂と身体——障害者差別禁止法制後の障害定義と異別処遇を巡って」(生活書院、二〇一六年)参照。
- (3) BVerfGE 128, 226. 邦語評釈として、石村修「フランクフルト飛行場における集会・デモ規制——フラポート判決」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—一七五頁参照。
- (4) BVerf (K) G, Beschluss v. 18. 07. 2016, 1 BvQ 25/15. 邦語評釈として、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—一〇号(二〇二〇年)一五四頁以下。
- (5) BVerfGE 148, 267. 邦語評釈として、玉蟲由樹「一般的平等原則の私法への照射効」自治研究九五卷四号(二〇一九年)

一五四頁以下参照。

- (6) 詳くは、*Maren Henseler, Die rechtlichen Dimensionen des bundesweiten Stadionverbots, 2016; Linus Schmitt, Das bundesweite Fußball-Stadionverbot, 2013.*
- (7) ほか、近時イレズミをめぐる公共空間からの排除についても論じられている。新井誠「総説——イレズミをめぐる法的諸問題」小山剛・新井誠編『イレズミと法——大阪タトゥー裁判から考える』（尚学社、二〇二〇年）六頁以下。なお、社会的グループの排除を、私人との関係ではなく、公権力との関係で論じるものとして、*Susanne Paula Leiterer, „Zero Tolerance“ gegen soziale Randgruppen?, 2007.*
- (8) 民営化との関係で社会的拘束に言及する邦語論文として、小山剛「経済的自由の環境変化と憲法学」論究ジュリスト三六号（二〇二一年）七六頁以下参照。
- (9) *Andreas Gorrick, Die Bindung der Betreiber öffentlicher Räume an die Kommunikationsgrundrechte, 2016.*
- (10) なお、小山剛は、コルニツの「高められた（intensiviert）」間接的基本権拘束の根拠を以下のように整理している。「①事業者自身が公衆の往来に道を開いた。②国家の「インフラ保障委託」（„öffentlich“な空間はインフラに含まれる）と「基本権の前提を保障する義務」。③所有権の社会的拘束へのコミュニケーション基本権の読み込み。鍵となるのは、②である。」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」自治研究九六卷一一号（二〇二〇年）一六〇頁。本稿は、②の論拠につき立ち入らないこととし、むしろ③の論拠につき検討の余地を見出すものと位置づけられる。
- (11) *Jörn Axel Kämmerer, Verfassungsstaat auf Diät?, JZ 1996, 1042 (1049).* ほか、私化の類型については、*Hubertus Gersdorf, Privatisierung öffentlicher Aufgaben, JZ 2008, 831; Gregor Kirchhof, Rechtsfolgen der Privatisierung, AöR 2007, 215.* 私化による関与の増進については、*Jörn Axel Kämmerer, Privatisierung: Typologie, Determinanten, Rechtspraxis, Folgen, 2001; Wolfgang Weib, Privatisierung und Staatsaufgaben, 2002.* なお、従来「国家により担われていた「公的安全」も私化の対象となるべきである。」の点については、*Albert Kröls, Privatisierung der öffentlichen Sicherheit in Fußgängerzonen?, NVwZ 1999, 233.*
- (12) *Kämmerer (Anm. 11), Verfassungsstaat auf Diät?, S. 1049.*
- (13) Ebd.

- (14) *Christian Callies*, Die grundrechtliche Schutzpflicht im mehrpoiligen Verfassungsrechtsverhältnis, JZ 2006, 321 (323). 過少保護禁止は、もとはカーリスにより提唱された。Claus-Wilhelm Canaris, Grundrechte und Privatrecht, AcP 1984, 201. なお、カーリスへの応答として、Feix Elcardi, Die Multipolarität der Freiheit, JZ 2007, 137; Jürgen Schwabe, Über Grundpflichtmythen, Abstraktionismus und Überproduktion in der Grundrechtsdogmatik, JZ 2007, 135. それに対するカーリス自身の批判を引用しながら、保護義務への比例原則の適用について批判的検討をするものとして、Wolfram Cremer, Die Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der grundrechtlichen Schutzpflicht, DÖV 2008, 102. ケンメラールの業績を参照しつつ保護義務における立法者の評価の余地について論じたものとして、Markus Mäsl, Probleme der verfassungsprozessualen Geltendmachung gesetzgeberischer Schutzpflichten, DÖV 1998, 1029.
- (15) *Callies* (Anm. 14), Die grundrechtliche Schutzpflicht, S. 324.
- (16) Ebd.
- (17) 過剰侵害禁止原則により国家の侵害に対して課される限界と、過少保護禁止原則により課されるミニマムな保護を同視するものとして、Karl-Eberhard Hain, Der Gesetzgeber in der Klemme zwischen Übermaß- und Untermaßverbot?, DVBl 1993, 982 (983).
- (18) たとえば、クリゾーア・ヴィイトフェルトは、私有地における集会の保護を肯定するが、代替的なフォーラムが存在する場合には集会の実施は禁止されると説く。Katharina Krisor-Wiefeld, Rahmenbedingungen der Grundrechtsausübung, 2016, 262.
- (19) *Kämmerer* (Anm. 11), S. 1049; なお、アメリカのステイト・アクション論の包括的な比較研究として、Thomas Giegerich, Privatwirkung der Grundrechte in den USA, 1992.
- (20) なお、Hausrecht の訳語につき、たとえばマンフレート・ヴォルフ、マリナ・ヴェレンホーフ著（大場浩之、水津太郎、鳥山泰志、根本尚徳訳）『ドイツ物権法』（成文堂、二〇一六年）一六頁（第一章§2, Rn. 5）によれば、「建物不可侵権」とされている。しかし、「不可侵権」とすることは、それ自体一つの解釈を前提としていること、また本書自身が「公衆に開かれた場所」については立入り拒絶に実質的理由を求めることを明らかにしていることから、本稿では「建物管理権」と訳すこととした。

- (21) *Martin Prothmann*, Die Wahl des Versammlungsortes, 2013, S. 76.
- (22) *Prothmann* (Anm. 21), S. 81.
- (23) *Prothmann* (Anm. 21), S. 80.
- (24) *Johannes Dielein*, Die Eigentumsfreiheit und das Erbrecht, in: *Klaus Stern*, Staatsrecht IV/ 1, 2006, 2126 (2179 ff.).
- (25) 訳文については、前掲注(20)・ヴォルフ／ヴェレンホッフアー、六〇九頁および六二四頁を参照した。
- (26) *Prothmann* (Anm. 21), S. 94.
- (27) *Gornik* (Anm. 9), S. 330.
- (28) *Gornik* (Anm. 9), S. 359.
- (29) *Prothmann* (Anm. 21), S. 94.
- (30) *Kammerer* (Anm. 11), S. 1049.
- (31) *Ebd.*
- (32) *Gornik* (Anm. 9), S. 336. なお、本稿では立ち入らないが、屋外集会につき法律による制約を認めている基本法八条二項と民法規定との関係を論じたものとして、*Arvine Berger*, §§903 S. 1, 1004 BGB als »Gesetz« im Sinne von Art 8 II GG, JA 2013, 279.
- (33) 瀧川裕英は、移動の要素を「移動それ自体」「消極的移动」「積極的移动」に分ける。本稿のように移動不可能財へのアクセスが問題となる本稿の問題関心に従えば、「積極的移动」の考察を深める必要がある。参照、瀧川裕英「3つの移動概念」法学セミナー七九八号(二〇二一年)三七頁以下。
- (34) 本稿の射程は、バーチャルな空間にも波及する可能性がある。従来、SNSなどの私人の提供するサービスからの恣意的な排除の規制につき、その理由づけは明らかではないとされてきたが、本稿はその説明の示唆を行うものである。近時、スポーツ法との関係でSNSの規制について示唆したものととして、早川吉尚・興津征雄・南野森「特別座談会〈前編〉オリピック・パラリンピックから考えるスポーツと法」法学教室四八九号(二〇二一年)七七頁「興津発言」。
- (35) BVerfGE 128, 226 (248).
- (36) BVerfGE 128, 226 (249).
- (37) *Tristan Barezak*, Konstitutionalisierung der Privatrechtsordnung, in: Fabian Schefczyk/ Kathleen Wolter (Hrsg.), Linien

der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Bd.4, 2017, 114.

- (38) BVerfGE 128, 226 (275).
- (39) *Jens Andreas Sickory*, Die Notwehrfähigkeit einer Zutrittsverweigerung durch Türsteher, JURA 2008, 14 (17f.).
- (40) なお、アメリカの財産権においては、所有権者の排除権に対して非所有者が対抗できる場合として、連邦・州の差別禁止法 (necessity) が挙げられる。一例として、いわゆるホームレスの男性が、冬の凍えるような寒さをするのぐために私人が管理する複合施設に立ち入り、ヒーターのそばで寝たことに対する不法侵害の告発について緊急避難の成立を認め、マサチューセッツ州最高裁の *Commonwealth v. Magadini* 判決 (52 NE. 3d 1041 (Mass. 2016)) が知られている。Joseph WILLIAM SINGER, BETHANY R. BERGER, NESTOR M. DAVIDSON, EDUARDO MOISES PENALVER, PROPERTY LAW: RULES, POLICIES, AND PRACTICES, 3-24 (7th ed. 2017).
- (41) 前掲注 (28)『ウォルトン／ウォルトン』、四六二頁参照。
- (42) *Gornik* (Ann. 9), S. 330.
- (43) BVerfG (K), NJW 2019, 3769; JZ 2019, 1103. 連邦憲法裁判所判決に関する評釈として、*Michael Grünberger/Jernatine Washington*, JZ 2019, 1104. *Stefan Muckel*, Drittwirkung der Grundrechte: Hausverbot für rechtsgerichteten Politiker in einem Hotel, JA 2019, 956. また、同事案に関する上級地方裁判所 (OLG) の判断 (OLG Brandenburg, Urt. v. 18. 4. 2011 - 1 U 4/10) 及び OLG Brandenburg, NJW-RR 2011, 890. また、連邦通常裁判所の判断について、BGH, Urt. v. 9. 3. 2012 - V ZR 115/11; JZ 2012, 686 (mit Anmerkung von *Oliver Mörsdorf*) = NJW 2012, 1725; *Roman Lehner*, Grundrechtsprobleme im Wellness-Hotel, NVwZ 2012, 861.
- (44) BGH, NJW 2012, 1725 (1726).
- (45) *Oliver Mörsdorf*, Anmerkung, JZ 2012 688 (689).
- (46) *Gornik* (Ann. 9), S. 331; *Arbeitskreis Versammlungsrecht*, Musterentwurf eines Versammlungsgesetzes, 2011, S. 60 ff.
- (47) *Gornik* (Ann. 9), S. 331.
- (48) *Gornik* (Ann. 9), S. 337. 基本権放棄に関するコメントとして、*Rami Ahumner*, Der Grundrechtsverzicht als dogmatische Kategorie, 2017; *Gerhard Spieß*, Der Grundrechtsverzicht, 1997; *Knut Fißig*, Der Verzicht auf Grundrechte, 1969. 彼の論文

- ー) ヲ Albert Bleckmann, Probleme des Grundrechtsverzeichs, JZ 1988, 57; Philipp S. Fischinger, Der Grundrechtsverzicht, Jus 2007, 808; Jost Piezcker, Die Rechtsfigur des Grundrechtsverzeichs, Der Staat 1978, 527.
- (49) Gornik (Ann. 9), S. 337.
- (50) Marsh v. Alabama, 326 U. S. 501 (1946).
- (51) Marsh, at 506.
- (52) Gornik (Ann. 9), S. 262.
- (53) Spiegel (Ann. 48), S. 82 f.
- (54) Gornik (Ann. 9), S. 263.
- (55) Fischinger (Ann. 48), S. 809.
- (56) Gornik (Ann. 9), S. 264.
- (57) Gornik (Ann. 9), S. 265.
- (58) Gornik (Ann. 9), S. 265.
- (59) Guido Christensen, Taschenkontrolle im Supermarkt und Hausverbot – BGHZ 124, 39, Jus 1996, 873.
- (60) Christensen (Ann. 59), S. 876.
- (61) Sicker (Ann. 39), S. 17.
- (62) Sicker (Ann. 39), S. 17; Christensen (Ann. 57), S. 874.
- (63) Arbeitskreis Versammlungsgesetz (Ann. 44), S. 63.
- (64) 訳語につき、ボード・ビエロート、マルンハルト・シュリンク、トルステン・キングレーン、ラルフ・ポッシャー著、永田秀樹、倉田原志、丸山敦裕訳『現代ドイツ基本権 第2版』(法律文化社、二〇一九年) 四七三―四七四頁を参照した。
- (65) ドイツの財産権につき、邦語論文として、平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社、二〇一七年) 参照。ドイツ語論文として、脚注で個別に掲げるものほか、Jürgen Eschenbach, Der verfassungsrechtliche Schutz des Eigentums, 1996. 社会的拘束にこそ、Walter Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972.
- (66) Gornik (Ann. 9), S. 291.
- (67) Gornik (Ann. 9), S. 287.

- (68) Gornik (Ann. 9), S. 291; *Dielein* (Ann. 24), S. 2226 f.
- (69) *Otto Kimmich*, Das Grundrecht auf Eigentum, Jus 1978, 217 (221).
- (70) *Rudolf Wendt*, Eigentum und Gesetzgebung, 1985, S. 303.
- (71) *Wendt* (Ann. 70), S. 306. このほか、社会的拘束が「倫理的規定 (ein ethischer Appel)」「すなわち訓示規定にすぎないのか」とき議論があったが、現在は法規範として認識されている。*Wendt* (Ann. 70), S. 390.
- (72) BVerfGE 20, 351 (361).
- (73) BVerfGE 56, 249 (260).
- (74) *Horst Joachim Müller*, Enteignung zwischen Allgemein- und Individualinteresse, NJW 1981, 1254 (1255).
- (75) *Gornik* (Ann. 9), S. 293.
- (76) *Gornik* (Ann. 9), S. 318.
- (77) たしかに、アレクサンダーは、アメリカへの社会的拘束論を継受しようとする代表的論者だが、唯一の論者ではない。一例として、Rebecca Lubens, *The Social Obligation of Property Ownership: A Comparison of German and U. S. Law*, 24 ARIZ. J. INT'L & COMP. L. 389 (2007); Menachem Mautner, *Property and the Obligation to Support the Conditions of Human Flourishing*, 45 Law & Soc. Inquiry, 521 (2020); MARY ANN GLENDON, RIGHT'S TALK: THE IMPOVERISHMENT OF POLITICAL DISCOURSE 39 (1993).
- (78) GREGORY S. ALEXANDER, THE GLOBAL DEBATE OVER CONSTITUTIONAL PROPERTY: LESSONS FOR AMERICAN TAKINGS JURISPRUDENCE 99-100 (2006).
- (79) *Id.* at 27 f.
- (80) GREGORY S. ALEXANDER, PROPERTY AND HUMAN FLOURISHING 40 (2018).
- (81) アレクサンダーが引用するものとして、Charles Taylor, *Atomism*, in 2 TAYLOR, PHILOSOPHICAL PAPERS 187-210 (1985). 同じく文化に着目するものとして、山本健人『カナダの多文化主義』に基づく憲法解釈の一面——信教の自由における「承認」の原理を中心に』法学政治学論究一〇七号(二〇一五年)三二頁以下。
- (82) Gregory S. Alexander, *The Social Obligation Norm in American Property Law*, 94 CORNELL L. REV. 745, 776 (2009).
- (83) *Id.* at 790.

- (84) ALEXANDER, *supra* note 80, at 45.
- (85) Peter Häberle, Arbeit als Verfassungsproblem, JZ 1984, 350.
- (86) ALEXANDER, *supra* note 78, at 112.
- (87) BVerfGE 24, 367, 邦語評釈として、柏崎敏義「法律による公用収用と正当な補償——ハンブルク堤防整備法判決—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）三〇八頁。
- (88) BVerfGE 24, 367 (389)。
- (89) Jan Henrik Klement, Was schützt der Schutz des Eigentums?, in: Heike Jochum, Michael Elicker, Steffen Lampert und Roberto Bartone, Freiheit, Gleichheit, Eigentum – Öffentliche Finanzen und Abgaben, Festschrift für Rudolf Wendt, 2015, 221.
- (90) ALEXANDER, *supra* note 80, at 59.
- (91) Klement (Anm. 89), S. 221.
- (92) Ebd.
- (93) ALEXANDER, *supra* note 80, at 52-53.
- (94) *Id.* at 59.
- (95) *Id.* at 60.
- (96) BVerfGE 37, 132.
- (97) BVerfGE 37, 132 (140).
- (98) BVerfGE 37, 132 (141).
- (99) Gornik (Anm. 9), S. 291.
- (100) Gornik (Anm. 9), S. 303. 近時、物理的空間のみならず、バーチャル空間へと拡張する議論がある (Christian Möhlen, Das Recht auf Versammlungsfreiheit im Internet, MMR 2013, 221)。こうした主張は、意見表明の自由と異なり、集会の自由にとりわけ手厚い物理的空間の保障を要する、集会の自由の意義を相対化させるため、より慎重な検討が必要となる。もっとも、バーチャル空間におけるコミュニケーション基本権が私的プラットフォームにより影響を受ける現在、興味深い示唆を含む。
- (101) Gornik (Anm. 9), S. 305. なお、ソフィ・ロンスキ (Sophie-Charlotte Lenski) は、公的主体の管理する公共空間をその射程として

- への「公共空間や「共同コミュニケーション的生存配慮」のための空間的リソースを適切に位置づける。Sophie-Charlotte Lenski, Der öffentliche Raum als kommunale Einrichtung, Jus 2012, 984 (988).
- (102) *Gornik* (Anm. 9), S. 332.
  - (103) *Arbeitskreis Versammlungsrecht* (Anm. 46), S. 63.
  - (104) BVerfGE, 21, 73 (82 f.).
  - (105) *Dietlein* (Anm. 24), S. 2232.
  - (106) *Jochen Rozek*, Die Unterscheidung vom Eigentumsbindung und Enteignung, 1998, 268.
  - (107) *Prothmann* (Anm. 21), S. 91.
  - (108) BVerfGE, 148, 267 (284).
  - (109) BGH, Urteil vom 3. 11. 1993 – VIII ZR 106/ 93 (Frankfurt.a.M.).
  - (110) BGH, Urteil vom 14. 4. 1965 - I b ZR 72/63 (Hamm) = NJW 1965, 1527 („Warnschild“); BGH, Urteil vom 18. 5. 1966 – I b ZR 60/ 64 (Köln) = NJW 1966, 1558 („Hausverbot I“); BGH, Urteil vom 13. 7. 1979 – I ZR 138/ 77 (KG) = NJW 1980, 700 („Hausverbot II“). このなかで、最初の判決は、警告の掲示が競争秩序に反する効果を有する場合にはその掲示自体が違法であるとして、訴えを却下し、注目を値せぬ。
  - (111) BGH, NJW 1966, 1558 (1559).
  - (112) 同業の指揮をとり、*Jens Kersten/ Florian Meinel*, Grundrechte in privatisierten öffentlichen Räumen, JZ 2007, 1127.
  - (113) *Andreas Fischer-Lescano/ Andreas Maurer*, Grundrechtsbindung von privaten Betreibern öffentlicher Räume, NJW 2006, 1393 (1395).
  - (114) *Fischer-Lescano/ Maurer* (Anm. 113), S. 1396.
  - (115) *Michael Grünberger*, Personale Gleichheit, 2013, 807. また、グリーンベルガーの業績に関するコメントをとり、*Andreas Kulick*, Horizontalwirkung im Vergleich, 2020, 415 ff.
  - (116) *Edvard Plicker*, Antidiskriminierungsgesetz – Der Anfang vom Ende der Privatautonomie?, JZ 2002, 880. なお、この条は、私法における差別からの保護をいふ。 *Mathias Jeszadt*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 2005, 298 ; *Gabriele Britz*, Diskriminierungsschutz und Privatautonomie, VVDStRL 2005, 355 ; *Dirk Looschelders*, Diskriminierung und Schutz vor

- Diskriminierung im Privatrecht. JZ 2012, 105 ; *Karl Riesenhuber*, Privatautonomie und Diskriminierungsverbote, in : Karl Riesenhuber/ Yuko Nishitani (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie ?, Schriften zum Europäischen und internationalen Privat-, Bank-, und Wirtschaftsrecht, Bd.23, 19.
- (117) BVerfGE 148, 267 (283) = NVwZ 2018, 813 (mit Anmerkung von *Amélie Heldt*): *Michael Sachs* Grundrechte : Ausstrahlungswirkung von Art. 31 GG auf das Privatrecht, Jus 2019, 89. 467. 連邦憲法裁判所の判断に對する BGH, 30. 10. 2009 — V ZR 253/08 = JZ 2010, 249 (mit Anmerkung von *Diethelm Kleszczyński*).
- (118) *Grünberger/Washington* (Anm. 43), S. 1107.
- (119) *Grünberger* (Anm. 115), S. 824 ff.
- (120) *Christensen* (Anm. 59), S. 875.
- (121) OLG Celle, Beschluß vom 22. 7. 1971 – 13 W 93/ 71 = OLGZ 1972, 281 (282).
- (122) *Tobias von Bressendorf*, Das private „Hausrecht“, 2020, 168.
- (123) BGH (Anm. 43), JZ 2012, 686 (688).
- (124) 同様の批判を「*Elke Garrit*, Hotelverbot für Rechtsextremisten, NZG 2012, 698 (699).
- (125) *Mathias Ruffert*, Privatrechtswirkung der Grundrechte: Von Lüth zum Stadionverbot – und darüber hinaus?, Jus 2020, 1 (4).
- (126) なる「*Grünberger*」の「*Singer*」の「*William Singer*」の「*Public Accommodations and Private Property*」, 90 NW. U. L. Rev. 1283 (1996.) を引用して「*田中良也*の「*サンロー*」のごとく「業種や独占的地位の有無にかかわらず、公衆に財・サービスを提供する事業者はみな恣意的な排除が禁止されよう」ということを指摘する。 *Grünberger* (Anm. 115), S. 167 ff.
- (127) *Fabian Michl*, Situativ staatsgleiche Grundrechtsbindung privater Akteure, JZ 2018, 910 (912 ff.). 同様の批判を行って「*Alexander Hellgardt*, Wer hat Angst vor der unmittelbaren Drittwirkung?, JZ 2018, 901; *Christoph Smets*, Die Stadionverbotsentscheidung des BVerfG und die Umwälzung der Grundrechtssicherung auf Private, NVwZ 2019, 34 (37); *Simon Jobst*, Konsequenzen einer unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater, NJW 2020, 11. また「間接効力説と近時の判例に對する」 *Jörg Neuner*, Das BVerfG im Labyrinth der Drittwirkung, NJW 2020, 1851. 以上の論稿と同く「法律に於ける私人の

- 義務付けを提唱するものとして、*Stefan Muckel*, Wandel des Verhältnisses von Staat und Gesellschaft – Folgen für Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, *VVDStRL* 2020, 245, 405ff. 局面は異なるが、私人に対する義務付けが直接的拘束と争うことの指摘を行っているものとして、*Horst Sendlner*, Unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte durch die Hintertür?, *NJW* 1994, 709.
- (128) *Nicht* (Ann. 127), S. 916.
- (129) *Gornik* (Ann. 9), S. 359.
- (130) *Gornik* (Ann. 9), S. 359.
- (131) *Gornik* (Ann. 9), S. 324; S. 359.
- (132) *Gornik* (Ann. 9), S. 375; S. 324.
- (133) コミュニティを参照する業績として、*Uwe Volkmann*, Solidarität-Programm und Prinzip der Verfassung, 1998.
- (134) *Gornik* (Ann. 9), S. 363.

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

日本学術振興会特別研究員(DC2)

清和大学法学部法律学科非常勤講師

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、比較憲法学会、日本法政学会、憲法理論研究会

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』一二六号(二〇二〇年)

「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」『法学政治学論究』一二八号(二〇二一年)