

2022年5月13日

意見書

本訴訟の社会的意義と、公的支援の中で保障すべき

「表現の自由」のあり方について

志田陽子



武蔵野美術大学造形学部教授

博士（法学、論文、早稲田大学）

目次

はじめに 本訴訟の社会的意義.....	2
1 「表現の自由」と公的支援.....	5
(1) 近代的「国家からの自由」から現代的「支援・助成」へ.....	5
(2) 私的「自由」と公的「助成」.....	9
(3) 助成の目的と、法を通じた民主的コントロールの必要性.....	13
(4) 発言主体の問題、あるいは広報と助成の違い.....	15
2 判断枠組みと衡量の問題.....	19
(1) 本件「公益性」について.....	19
(2) 芸術性と専門家判断の尊重.....	20
(3) メッセージ性の勘案について.....	23
(4) 事後的不利益変更の問題.....	24
(5) 法の適正手続の必要性.....	25
おわりに.....	27

はじめに 本訴訟の社会的意義

本訴訟では、2021年の一審東京地裁判決⁽¹⁾で、芸術への公的助成金について、いったん内定したものについて「不交付」の取り扱いをするには、「公益性」という理由だけでは足りず、より踏み込んだ理由が必要だという考え方を採っていた。東京地裁は、この判断枠組みに沿って諸事情を検討した結果、本件不交付決定は正当な理由があるとは言えず違法、と判断した。ここには、憲法21条「表現の自由」の価値を重く斟酌するという、憲法適合的な思考を反映した利益衡量があったことも重要な点である。これに対して控訴審・東京高裁判決⁽²⁾は、この判断をほぼ否定した内容になっている。まずは一審地裁判決とは異なる判断枠組みが示され、それに沿った事情考慮も、まったく異なるものとなった。

控訴審判決の採用した判断枠組みと論理は、本件で補助金不交付が決定された

¹ 東京地方裁判所令和3年6月21日判決。

² 東京高等裁判所令和4年3月3日判決。

さいの日本芸術文化振興会（以下「芸文振」）の観点を、芸術性・専門性の観点と公益性の観点とに分別することによって、芸文審の判断をそのまま法的に正当と認めるものだった。この判断方法は、一見、精緻度を増したようにも見えるが、むしろ一審東京地裁判決にくらべると、理論面で大きく後退している。行政の事後的な不利益変更をこうした粗い理由で「適法」としてしまうと、文化行政の運用について行政の裁量に法の歯止めがまったくないと同じことになってしまい、今後の運用において芸術活動関係者が翻弄されることが憂慮される。上告人が萎縮効果を憂慮し、一審東京地裁判決が萎縮効果を否定する芸文振の主張を退ける形で萎縮効果の問題に理解を示したのは、正当な状況評価である。

そこで考察のはじめに、本件を取り巻く社会状況——本件への裁判所の判断が影響を与えうる社会状況——を概観する。

近年、抗議妨害によって会場が使えなくなるなど、本来確保されるべき「自由」が確保できなくなるような社会状態が続いている⁽³⁾。そして、この問題に連なって、妨害を受けた被害者の側が補助金不交付の決定を受けるという出来事が起きた。2019年10月14日に閉会した国際芸術祭「あいちトリエンナーレ2019」の一部である「表現の不自由展・その後」の展示が、激しい抗議により一時中止に追い込まれた件が、その代表である。これについて文化庁からは、「あいちトリエンナーレ2019」について愛知県に交付することを内定していた補助金（約7800万円）を、交付しないとする決定が表明された。不交付の理由は「展示会場の安全や事業の円滑な運営を脅かすような重大な事実」を申告しなかったという「申請者の手続き上の問題」とされている（2019年9月26日・文化庁報道発表（不交付決定））。これについては後に、愛知県側が一部譲歩する形で、補助金が一部減額の上、交付されることとなった（2020年3月23日・文化庁報道発表（一部交付決定））。採択後の不交付決定も異例だったが、この決定を変更する決定が行われたことも、さらに異例の出来事である。

こうした一連の出来事をきっかけに、文化芸術助成のあり方が社会一般の関心と呼んだ⁽⁴⁾。当時、公的助成を受けたいと考えている芸術活動家の間では、「今

³ さまざまな事例の経緯については、沖縄県立美術館検閲抗議の会編『アート・検閲、そして天皇——「アトミックサンシャイン」 in 沖縄展が隠蔽したもの』（社会評論社、2011年）、小倉利丸「芸術における表現の自由——美術館による作品処分とグラフィティの「犯罪化」をめぐる所有権との相克」駒村・鈴木編著『表現の自由II』（尚学社、2011年）、志田陽子「文化芸術における自由と公共性——芸術の萎縮と私物化に「NO」というために」ジャーナリズム（朝日新聞社、2019年11月号）を参照。

⁴ 「あいちトリエンナーレ2019」に関しては、文化庁の補助金不交付決定が実質的に誰によって言い出されたのかを確認できるような議事録も存在しないため、この決定手続

後の申請についてどのように手を尽くしたらいいのか」と悩む声が上がっていた⁽⁵⁾。これを筆者なりに整理すると、このような事後的な事柄について予見し予防する責任を負いながら補助金を申請し、市民の一部から不評を買って嫌がらせを受けたら補助金を受けられなくなるというのでは、補助金の交付内定を信頼して芸術活動を行うのは無理なのではないか、そうだとすると、(A) いつ梯子を外されても痛手のないように作品作りをしなければならず、補助金は運がよければ手に入るかもしれないがいつ取り上げられても困らないような《お小遣い》として位置付けるしかなくなり、良質な作品を制作するために補助金を利用するという制度趣旨を守ることは怖くてとてもできない、という憂慮である。加えて、(B) 補助金を得ようと思うなら、誰からも抗議や反感を買うことのないよう、あらかじめ安全性を忖度した表現内容でしか作品を作れなくなる。これでは制度の意味がなくなってしまうのではないか、ということが真剣に憂慮されていた。本意見書は、このような多くの芸術活動家の憂慮の言葉を、法学的な用語に翻訳したものであると言ってもいい。本件映画作品『宮本から君へ』は、一部市民からの激しい抗議を受けて上映が不可能になったというような事例ではないので、この芸術活動家の憂慮のうち、前半 (A) の憂慮が、本件で直接に問題となる「萎縮」の問題である。しかし社会状況全体としては、(A) と (B) の両方を含めて、補助金の交付・不交付をめぐる決定の不安定性に芸術活動家が憂慮・翻弄され、制度を信頼して芸術活動に専念することができない成り行きになることが懸念されているのであり、ここに生じた制度への不安感を払しょくすべく、行政裁量への法的歯止めを明らかにすることが、裁判所に期待された役割だった。

2021年6月の本件第1審東京地裁判決、また大阪で開催された「表現の不自由展」会場使用をめぐる出された同年8月の大阪地裁から最高裁に至る決定（大阪地方裁判所令和3年7月9日決定、大阪高等裁判所令和3年7月15日決定、

きの不透明性に関する疑問は、払しょくされていない。その意味で、この件では、この分野で共有されるべき法理論が形成される機会が逸せられたことになった。報道によれば、愛知県知事が、「今後は連絡を密に」と申し出たことを文化庁が受け、愛知県が「今後の改善を表明したこと」に免じて補助金の減額交付を決定したとのことである。これと同時期、「ひろしまトリエンナーレ 2020 in BINGO」では、展示される作品について、芸術専門家のみによる審査ではなく、芸術専門家の割合・発言権を大きく後退させた事前検討方式が採用されることが報じられた。これは、「文化専門職に判断委ねよ」（蟻川恒正「不自由展の補助金不交付 文化専門職に判断委ねよ」朝日新聞 2019年10月10日「憲法季評」）という基本法理と逆行する方式となっており、文化芸術支援のあり方としては疑問が多い。

⁵ 筆者は美術大学に勤務しているため、2019年以降、こうした芸術活動家の憂慮の声に、日常頻繁に接している。

最高裁判所令和3年7月16日決定)は、この問題関心に応える内容だった。それぞれに事案の具体的事情は異なるにせよ、文化行政の分野で、行政裁量に法的ルールの歯止めがあること、とくに行政がなんらかの理由で給付を事後的に不可(使用許可取り消しや補助金不交付)とする場合、「表現の自由」の重さに見合う高度な理由・事情があることを必要とするという基本思考が、これらの判決・決定の積み重ねによって確認されてきたのである。

こうした一連の判決・決定によって、先に述べたような芸術活動者の不安・憂慮が、かなりの程度、払しょくされてきたように思われた。が、その矢先に出された本件控訴審判決は、これらの流れを断ち切る、異質な判断を示している。この控訴審判決は、この分野で形成されつつある判例法理に、法的安定性を損なう大きな揺れをもたらし、ひいては芸術活動者の間に、いったんは収まるかと思われた萎縮的な憂慮を再び惹き起こすこととなっている。

このように揺れている状況の中で、法的に確立すべき部分は確立しておかねば、この萎縮から芸術活動者の芸術文化活動に停滞を招くのではないか。本件に関する最高裁の判断は、そうした岐路にあって、揺れを抑え、法的安定性と制度への信頼を回復するにあたって、重要な節目を形成する裁判となる。仮に最高裁判所が本件で、上記控訴審判決を支持すると、この分野の事例に対処する法的判断のあり方をめぐって、法的安定性を損なう理論的混乱が生じることが憂慮される。貴裁判所においては、こうした社会状況と、裁判所が社会に与える影響力の高さを十分に勘案して、現在形成・確立されつつある裁判所法理を完成させる方向での判断を願いたい。

1 「表現の自由」と公的支援

本件の上告人(一審原告)の主張には、被上告人である日本芸術文化振興会(以下「芸文振」)の補助金不交付の扱いが「表現の自由」への侵害(違憲)であるとの主張と、行政裁量の逸脱(違法)であるとの主張がある。

まず、前者の「表現の自由」への侵害の主張を検討し、その後で、ここで検討された「表現の自由」の重要性が行政裁量に関する違法性判断(とくに利益衡量)のあり方に影響することについて考察する。

(1) 近代的「国家からの自由」から現代的「支援・助成」へ

まず、本件で問題となった公的芸術助成制度の意義を確認するために、「表現の自由」と公的支援制度の意義について概観しておきたい。「表現の自由」がとくに手厚く保障されることの理由は、おおよそ次のように整理されてきた⁽⁶⁾。

(1) 自分らしく生きるための土台となる「人格」は、無数のコミュニケーションによって培われ、発展していく。「表現の自由」はそのプロセスを支えるために不可欠である。

(2) 人類の発展には真理の探究がつねに伴ってきた。これを塞がず前進させていくためには、国が上から「正しい答え」を押し付けず、人々が自発的に切磋琢磨できる言論の場（思想の自由市場）が必要である。

(3) 民主主義の社会は、選挙の制度だけでなく、その前提として情報共有や意見交換が自由にできることを必要とする。

(4) 「表現の自由」は、罰や脅しなどがあるとすぐに萎縮してしまう弱い権利なので、とくにその自由を手厚く保障して支える必要がある。

これらの理由付けには暗黙の前提があることを付け加えておきたい。どの理由付けも、表現者やその表現によって不快な思いをするかもしれない人々の総体を、その社会ないし言論空間のなかにとどめ置くことを前提にしている。とくに今日のような流動化・多文化化の進んだ国際社会や、物理的な国境によって活動者の活動範囲を区画することのできないインターネット社会では、「いやなら自由にこの空間から出ていけば済む話」という排除型の自由を「自由」と呼ぶことはできない。

「表現の自由」の出発点（近代的意味での「表現の自由」）は、こうして「自由」を国家の圧力や侵入から解放し、守ることだった。このように国と一般人の領域（市民社会の領域や個人の私生活の領域）とを大雑把に区分して、市民社会と個人を国の過干渉から守るという構図を描くことは、「自由論」の第一段階としては必要なことなのだが、現実の社会はむしろその次の現代型のフェーズで、多数の問題を抱えた状態となっている。本件もその問題場面に属する。

第二の現代型フェーズについては、現在、(a) 社会が多文化化するにつれて公権力の共存社会維持の役割に関する議論が進展してきた局面⁽⁷⁾と、(b) インター

⁶ これはエマースン (Emerson, T. I. (1963)) による理由付けを筆者なりに概略したものだが、この理由付けは現在、批判や修正を受けながらも、多くの研究者によって共有されている。Emerson, T. I. (1963) *Toward a General Theory of the First Amendment*, 72 *Harv. Law Rev.* 877. エマースン (小林直樹、横田耕一訳『表現の自由』(東京大学出版会、1972年))。

⁷ 志田陽子「表現の自由とマルチカルチュラルリズム」駒村・鈴木編著『表現の自由』状

ネット社会によって個人の発言の自由度が上がったことで議論が必要になってきた局面⁽⁸⁾と、(c) 国や自治体が文化政策によって文化芸術を支援する方向を明確にするにつれて議論が必要になってきた局面⁽⁹⁾の三つに分けて論じる必要がある。本件は、このうちの(c)の問題場面に属する。

社会の中で弱い立場に置かれている人が圧迫されることを防ぎ、社会に属することの福利・恩恵を得やすくするために、弱者への配慮を行うという発想は、経済の領域で格差の弊害を防ぐ「福祉国家」の考え方として語られてきたが、現在では、「表現の自由」の領域にもこの発想が採り入れられるようになってきた⁽¹⁰⁾。

美観や価値観、世界観、宗教といった文化的な事柄については、国は関与せず中立の立場をとることが基本であるため、淘汰される文化が出てくるとしてもその成り行きは社会に委ねて国家は介入しない、という考えが一方にある(文化の私権的な側面に着眼)。そこを「多様性」の尊重という考え方によって修正し、弱い状況に置かれている民族文化の保存に配慮したり、質的に高い価値を有しているが消費社会の自由競争に委ねると存続の難しそうな作品に存続の機会を提供したりすることを、社会全体の課題とする考え方がとられるようになってきている(文化の公的な側面に着眼)。たとえば公的資金で民俗資料館を建てる、といった方策がそれである。近代型の「表現の自由」は、もっぱら前者の側面を見ていたが、現代型の「表現の自由」は、後者の側面からの文化政策的配慮が組み込まれた「表現の自由」論となる。

この近代型・現代型について、若干の概観をしたい。法や行政などの「公」が市民の自由を尊重すること、そのために「公」は市民の「自由」の領域に介入しない

況へ』(尚学社、2011年)。

⁸ 曾我部真裕『「思想の自由市場」論の前提変容——マスメディアの役割再強化を』ジャーナリズム 380号(2022年)、山本龍彦「アルゴリズム社会の“統治者”——プラットフォーム監視は責務」ジャーナリズム 380号(2022年)など。

⁹ 横大道聡『現代国家における表現の自由——言論市場への国家の積極的関与とその憲法統制』(弘文堂、2013年)、同「表現の自由の現代的論点——〈表現の場〉の〈設定ルール〉について」法学セミナー786号(2020年)、志田陽子「《芸術の空間》と共存社会」世界 No.925(2019年)、同「「芸術の自由」をめぐる憲法問題——支援の中の「自由」とは」法と民主主義 543号(2019年)など。

¹⁰ アメリカで「表現の自由のニュー・ディール」と呼ばれてきた議論については、阪口正二郎「表現の自由をめぐる『普通の国家』と『特殊な国家』——合衆国における表現の自由法理の動揺の含意」東京大学社会科学研究所編『20世紀システム5 国家の多様性と市場』(東京大学出版会、1988年)、日本の憲法制定時の議論から、福祉型の権利保障を明記した日本国憲法 25 条「生存権」の「文化」という文言にこの方向をより強く読み取るべきとする論証的論考として、中村美帆『文化的に生きる権利——文化政策研究からみた憲法第二十五条の可能性』(春風社、2021年)などを参照。

ことが、憲法でいう「近代」の基本原則である。「表現の自由」の保障のあり方を問う裁判の多くは、このことを問題とするものだった。

しかし「公」がこうした自由放任の姿勢だけをとっていると、市民の社会生活を支えるために必要な公共財が成り立ちにくい。道路、公共交通機関の整備、災害に備えた防災設備の整備、福祉・社会保障政策などがその代表である。こうした認識に基づいて、公共事業や社会保障制度づくりなどの積極的な事業を行う国家のあり方は、「現代型」と呼ばれている⁽¹¹⁾。

「表現の自由」を支える法制度も、こうした大きな流れに応じて、「国家からの自由」(規制からの自由)と「国家による自由」(資金援助や会場提供などを受ける場面)に大別できる⁽¹²⁾。現在、多くの政府機関や自治体が、図書館・公民館のような文化空間を提供したり、補助金交付によって文化芸術活動を支援しているが、それらはこうした現代型の公共政策の一部門として確立してきた。図書館には図書館法、博物館・美術館には博物館法、公民館には地方自治法に根拠があるが、補助金による支援について明確な法的根拠が確立したのは、2001年制定の文化芸術振興基本法(2017年「文化芸術基本法」に改正)である。

近代型の「自由への規制」の憲法適合性や合法性を問う場面では、厳格な審査方法が提唱・採用されてきた。これに対し、支援・助成の場合には、支援側の裁量に委ねられる部分が大きくなることは制度の性質上、否めない。しかし、ここに「表現の自由」の理論が及ばず、まったくの立法裁量または行政裁量に委ねられると見るのは誤りである。むしろ、誰のどの作品に助成を行うかという実体判断の内容については、法的統制になじまないからこそ、判断過程や手続き面での法的統制——とくに本件のように内定後に不利益変更がある場合の手続き的正当性——は、重要なものとなってくる。本件一審の東京地裁判決は、このことを正当に理解した判決として高く評価できるものであったが、本件控訴審東京高裁判決は、このことの意義を没却した内容となっていた。そのため本意見書では、現代型の公的支援において「表現の自由」理論を維持すべき部分について確認するために、芸術への公的

¹¹ こうした「近代消極国家観」「現代積極国家観」の理念型と用語法は、多くの法学者に共有されているが、その代表として、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家(新装版)』(勁草書房、2016年)を参照した。

¹² 蟻川恒正「国家と文化」岩波講座『現代国家と法』(岩波書店、1997年)、奥平康弘『「表現の自由」を求めて』(岩波書店、1999年)、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(東大出版会、1988年(新装版2017年))、阪口正二郎「芸術に対する国家の財政援助と表現の自由」『法律時報』74巻1号(2002年)、中村美帆「文化政策と法」小林真理編著『文化政策の現在3文化政策の展望』(東大出版会、2018年)、山口裕博『芸術法学入門』(尚学社、2006年)、横大道・前掲注9などを参照。

支援の意義・歴史について、やや立ち入って概観しておきたい。

(2) 私的「自由」と公的「助成」

芸術表現も、「一切の表現の自由」を保障した憲法 21 条のもとで、当然にその「自由」の保障を受ける。また、文化を楽しむこと（文化の享受）は、憲法 13 条・幸福追求権の一場面として保障を受けると考えられている。これらは、上述のとおり、もともとは国家や自治体などの公権力に干渉されないという意味での「国家からの自由」を意味してきた。

この私的領域での自由を保障するため、「公」は可能なかぎりタッチしない、とするのが憲法 21 条の「表現の自由」の基本である。可能なかぎり、というのは、他者の権利を侵害する表現については「公共の福祉」の観点から制限もあるが、それは必要最小限度の制限にとどめ、可能なかぎり最大限「表現の自由」を尊重する思考をとる、という意味である。本件で重要な論点となっている「公益」についても、この「公共の福祉」を上位概念として参照すべきである（後述）。

「表現の自由」への制限は、他者の権利の侵害となる場合か社会に危険をもたらすものである場合のみ「公共の福祉」の名において制約されるが、そうした論証ができない限りは制限をかけるべきではない、という原則理論は、芸術支援においても重視されるべきものである。このことは、「表現の自由」という文言を導入している文化芸術基本法の前文⁽¹³⁾とこの理念を受けた 1 条⁽¹⁴⁾をみれば明文上明確に読み取れるのだが、この法文の意義を理解するため、以下では「表現の自由」の中でもとくに「芸術」分野に対する尊重が重視される理由を歴史経緯から見る。

世界の憲法を見ると、ギリシャ、イタリア、ポルトガル、ドイツ、オーストリア

¹³ 文化芸術基本法前文・後半：「・・・このような事態に対処して、我が国の文化芸術の振興を図るためには、**文化芸術の礎たる表現の自由の重要性**を深く認識し、文化芸術活動を行う者の**自主性を尊重**することを旨としつつ、文化芸術を国民の身近なものとし、それを尊重し大切にしよう包括的に施策を推進していくことが不可欠である。ここに、文化芸術に関する施策についての基本理念を明らかにしてその方向を示し、文化芸術に関する施策を総合的かつ計画的に推進するため、この法律を制定する。」

¹⁴ 同法第 1 条：「この法律は、文化芸術が人間に多くの恵沢をもたらすものであることに鑑み、文化芸術に関する施策に関し、基本理念を定め、並びに国及び地方公共団体の責務等を明らかにするとともに、文化芸術に関する施策の基本となる事項を定めることにより、文化芸術に関する活動（以下「文化芸術活動」という。）を行う者（文化芸術活動を行う団体を含む。以下同じ。）の**自主的な活動の促進**を旨として、文化芸術に関する施策の総合的かつ計画的な推進を図り、もって**心豊かな国民生活及び活力ある社会の実現に寄与すること**を目的とする。」

など「芸術の自由」を保障したものがかなりある。また、冷戦後に中欧・東欧の国々で新しく制定された憲法の中にも、「芸術」を保障する条項がみられる。

もともと文化芸術は、古くから多くの国家の関心事となってきた。近代以前、18世紀末までの君主制・身分制時代のヨーロッパでは、芸術を擁護することや美術工芸品を所有することが、国力や権力を示すシンボルとなっていた⁽¹⁵⁾。

それらの庇護や支援がなければ、彼らの作品は生み出されなかったかもしれない。芸術は自腹でやれ、と言いきってしまうと、こうした人類遺産と言える作品を私たちが享受することもなかったのではないだろうか。

現在では「解剖学」や「解剖実習」が医学にとって不可欠の基礎項目であることや、「美術解剖学」が芸術分野にとって重要な項目であることを誰も疑わない。法学分野でも、医事法の分野や「法医学」にとって解剖学の知識は当然不可欠の知見となっている。これらも、真実を知りたい・表現したいと考えた芸術家や科学者の探究心がなした業だったといえる⁽¹⁶⁾。

憲法が保障する精神的自由全般（19条思想良心の自由、20条信教の自由と政教分離、21条、23条、またこれらでカバーしきれないものがあるとすればそれを補完するものとしての13条幸福追求権）は、そうした探求心を**塞がないこと**を、国家に対して命じているわけである。

芸術や学術を「何の役に立つのか」という問いから出発させることは間違っているが、しかし人間の精神的自由の発露が大きな人類的成果につながってきたこと、それはときに同時代の規範や常識から逸脱するものだったことは、芸術・学術を支援する際に、忘れてはならない歴史的事実である。そのために法の世界でも、芸術や学問には同時代の規範や常識から独立した自由の保障が必要なのである。その時々々の民主的決定（法律）によって手綱（民主的コントロール）をつながれる《行

¹⁵ たとえば、ドイツのマイセンなどを中心として発展した美術工芸品級の陶磁器は、そのような背景から、国家や裕福な貴族の庇護を得て始まり、その後、形を変えながら現在に引き継がれている。また、音楽ではバッハやヘンデル、絵画ではルネサンス期イタリアのレオナルド・ダ・ヴィンチや18世紀スペインの宮廷画家ゴヤなどを見ても、現在その評価が確立している芸術家の多くは、生存当事、国や教会や貴族などから支援を受けて活動していた。

¹⁶ たとえば、ダ・ヴィンチが活躍したルネサンス期の芸術家たちは、当時のタブーを破ることで、近代医学の発展の火付け役にもなった。宗教教義が法と同じ権威を持っていた当時は、まだかなり曖昧で非科学的な知識に基づいて医術が行われていたのだが、そこに人体というものの成り立ちを正確に知りたいという芸術家の意欲が合流することで、大きな進歩がもたらされたことが知られている。宮永孝「解剖小史・美術家と解剖」（法政大学『社会志林』49巻4号、2003年、pp. 11-24）を参照した。

政の中立》とは、ここが異なる⁽¹⁷⁾。

芸術支援の世界的な傾向を受けて、日本でも芸術への公的支援が法制化された。文化芸術基本法は前文で、「表現の自由」の重要性を深く認識し、表現活動をする人々の「自主性を尊重」と明記している。被上告人である芸文振は、各種補助金に関する手続を定めた補助金適正化法（補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律）よりも、その補助がどのような理念と指針に基づいて行われるべきものであるかについて、文化芸術基本法をまず見るべきだった。

2021年に大阪で起きた「表現の不自由展」会場使用許可取り消し問題に関する大阪地裁から最高裁に至る決定⁽¹⁸⁾は、こうした理論蓄積を有する「表現の自由」を正当に勘案し、比較衡量の中に重く組み入れていた点で、正当な判断方法と結論を採ったものとして高く評価できる。

文化芸術は私的領域での「表現の自由」の保障を受けるものだが、同時に市民に開かれた公共性を持つものとして、国民の精神的な豊かさを広く支えるという観点から政策的な関心の対象ともなってきた。そのために公立の図書館や美術館、コンサートホールなどが数多く存在する。文化芸術支援は今日の日本にとっては公共事業の重要な一分野となっているのである。

こうした文化・芸術政策は、公金を使って政策として行われる以上は、根拠法が必要で、かつ、市民に対して公共性を持つものでなければならない。この「公共性」の理解に、誤解が生じているのではないか。このことが本件にも深く影響しているとおもわれるため、ここでの「公共」の意味を確認しておく必要がある。

憲法13条や22条、29条の「公共の福祉」もそうだが、「公共」はもともと、一般人に広く開かれたものであることを意味しており、事業主体が国や自治体であることや公金の支出があることが本質なのではない。鉄道事業や郵便事業が民

¹⁷ 近代以前の国家では、芸術家は「お抱え」というべき庇護の対象であって、芸術家の自主性を尊重する「芸術の自由」が認められていたわけではなかった。これと現代の民主主義国における芸術助成とでは、根幹となるルールが大きく異なる。公民館、美術館などの公の施設の利用と「中立性」については、愛敬浩二「公立美術館の利用と政治的中立性」阪口正二郎ほか編『なぜ表現の自由か』（法律文化社、2017年）、成原慧「制度としての美術館、あるいは表現の「場」と媒介者」北田ほか編『社会の芸術／芸術という社会』（フィルムアート社、2016年）を参照した。また、志田「「表現の不自由展・その後」展示中止問題：芸術の自由と行政の中立」（議会と自治体2019年10月号）、志田「文化芸術支援の自由と中立――公は《芸術の空間》を守るのが仕事」（ジャーナリズム2019年10月号）では、あいちトリエンナーレ展示中止問題を主に「行政の中立」の観点から市民向けに論じた。

¹⁸ 大阪地方裁判所令和3年7月9日決定、大阪高等裁判所令和3年7月15日決定、最高裁判所令和3年7月16日決定。

営化されても、やはり公共交通機関としての公共性、郵便事業の公共性に応じた事業規律が存在すること、私企業であるエネルギー関連事業者や通信事業者（インターネット・プラットフォーム事業者）が総務省の監督に服することから見ても、このことは理解できる。

本件のような芸術助成の事例についても、この意味での「公共性」を確認すると、同時に、この思考が文化芸術基本法にも組み込まれていることを、確認しておく必要がある。すなわち、この文化芸術基本法の中に「表現の自由」への理解が編入されているので、「表現の自由」の理論が蓄積してきた「公共の福祉」との関係もここに組み入れられてくると理解すべきである。そして、本件でいう「公益」の概念も、この理論的關係と正しく適合する限りにおいて、有効であると見るべきである。そのため、この部分を確認しておく必要がある。つまり、本件で問題となった芸文振の判断において使用された語句は「公益」だが、これの上位概念ないし基本原理として、憲法上の「公共の福祉」の意味内容を確認しておかなくてはならない。文化芸術支援はそもそもこの「公共の福祉」の文化面の増進のための施策と考えられるが、そこに「表現の自由」の価値を認識するとの文言があるので、「表現の自由」が「公共の福祉」（憲法 13 条）の制約を受ける場合に関する厳格な思考が、芸術助成の場面でも組み込まれてくると考えるべきである。

つまり、本来の「公共の福祉」において正当化しようのない漠然とした「ことなかれ」感情のようなものは、「公益」判断の正当な内容とは言えないと見るべきであるため、「公益」の論点においても、「表現の自由」を制約する「公共の福祉」とはどのようなものかを確認する必要がある¹⁹⁾。まず確認すべき基本原理は、他者の権利を侵害していること、または他者の権利を危胎化させるような社会的危険性のあること、である。前者の例として、名誉毀損やプライバシー権侵害、肖像権侵害、著作権侵害などの権利侵害がある。後者の例として、コンピュータ・ウィルス作成罪や犯罪の扇動教唆などがある。ある作品が、「公益」に反するために公的助成を受けられないというとき、当該の作品がこうした権利侵害性や社会的危険性を含むものであった場合には、落選または不交付の判断は正当な判断と言える。この点で、本件控訴審の判断は、「表現の自由」を制約するさいに必要とされる緻密な思考を採っているとは言いがたかった。

¹⁹⁾ 「表現の自由」と「公共の福祉」について論じた文献は膨大な数に上り、本稿の下敷きとなっているが、本稿では、筆者が本件を考察するために直接参照したもののみを挙げる。

(3) 助成の目的と、法を通じた民主的コントロールの必要性

近代以前の国家では、芸術家は「お抱え」というべき庇護の対象であって、芸術家の自主性を尊重する「芸術の自由」が認められていたわけではなかった。また、王侯貴族の私事としての芸術愛好と、国家の関心事としての芸術支援は未分化の状態だったため、財政的な歯止めが失われることもあったことが知られている⁽²⁰⁾。

これに対し、現代の民主主義国家における公的芸術支援では、特権的少数者による公共財産の私物化が何よりも避けられるべきものとなり、「私事」と「公共の関心事」の弁別が必要不可欠のものとなった。文化芸術も、国家が関心事とするときには、為政者の選好の実現を目的としてはならず、国民の文化的生活を豊かにするため（文化芸術基本法前文および1条）、つまり「公共の福祉」のためにおこなうものとなる。

日本国憲法は、13条、25条から見て、文化芸術支援を国家や自治体の義務として要求しているとまではいえないが、国家や自治体がそれを政策として行おうと決めたならば、それを許容している。とくに25条は、その充実を期待していると言える⁽²¹⁾。この「公共」という言葉は、上記のような歴史に照らしても、公金によるものという意味よりも、《一般市民がその享有者であること》を第一義の意味とする言葉であると言える⁽²²⁾。

しかし歴史を見ると、身分制度の中の「お抱え」から解放された芸術は、もう一度、国家による私物化の波をかぶることになる。国家による芸術介入のもっとも極端な例は、第二次世界大戦期のドイツと、これを見習った日本に見られる。ドイツでは、もともとヴァイマル憲法の中に「芸術の自由」の規定があったが、ナチス政権下では「ドイツ民族の芸術」が称賛され、これと相容れない芸術作品には「退廃芸術」として負の格付けが与えられ、作家自身も活動の場を失っていった。現在

²⁰ 君主が芸術を愛好するあまり国家の財政事情を冷静に見ることができなくなった例として、バイエルン国王ルートヴィヒ2世とワグナーの関係が有名である。フランス革命で浪費を理由に処刑された王妃マリー・アントワネットも、適切な制度目的への係留と法的歯止め（民主的コントロール）が介在したならば、リーダー的な《文化擁護者》と見ることができていたかもしれない。

²¹ これについては横大道・前掲注9、中村美帆・前掲注10などを参照。

²² 18世紀末のフランスでは、かつて国王の所有物だった美術品を一般市民が見られるようになったことが、歴史の転換を意味する重大事だったという。このときルーヴル美術館が市民に公開される公共美術館となったことが、《芸術の公共性》と民主主義との関係を決定づけた、との分析もある。これについては、岩淵潤子「美術館の誕生」（中央公論社、1995年）を参照した。

のドイツ連邦共和国基本法（ドイツ憲法）5条の1項は、日本国憲法21条の「表現の自由」とほぼ同じ内容の「自由」を保障している。その第3項では、「芸術及び学問研究及び教授は自由である」と明記している。これは芸術や学術については表現者や研究者や、その専門的集団（大学、学芸員など）の自律性を信頼して、その活動についてはとくに国家の規制・統制からの独立性（＝自由）を強く保障したものと考えられる⁽²³⁾。

日本では、日本国憲法23条に「学問の自由」の規定があるだけで、芸術表現については特別の明文規定はない。しかし、同根・類似の歴史的経緯を共有する国として、公的支援を正式に「基本法」をもって法制度化するに至っている現在、この反省と、反省から汲み上げた賢慮を共有すべきである。本件の法的判断においても、なぜ芸術表現の自由が、《支援の中の自由》すなわち支援者（財政支出者）が作品選定の判断過程から一定の距離を置くとするルールが重視されてきたのか、それを一般原則として重視している一審東京地裁判決がなぜ優れているのかを理解するための参考として、こうした歴史的経緯を参考にさせていただくことを求めたい。

こうした歴史経緯の反省から、筆者は、次の三つの原則が抽出できると考える。

(1) 「検閲」のように、公が、国民や芸術家の自由な精神的発露を塞ぐ干渉を行ってはならない。

(2) 国家の意向に合わせて作品制作をさせたり、ある作品を国家の意向に合うよう利用したりする、利用型の統制をおこなってはならない。

(3) 公共のための判断よりも為政者個人の芸術選好を優先させる判断（精神的私物化）に陥ったり、税負担者である国民に過剰な負担や損失を与えたりしてはならない。

(1) の否定的・消極的な過干渉の禁止は、先に見た「表現の自由」の近代型と現代型の区分の中では、近代型の問題として始まったものではある。しかしこれが現在では、助成の場面で、助成を拒否する、あるいはいったん内定した助成を取り消したり不交付とする、という形でも行われうる。これについては、文化芸術基本法の中に「表現の自由」という文言が入ったことに伴い、支援的な助成の場面でも、

²³ この経緯を扱った文献は多数に上るが、憲法研究の分野のものとしては、ドイツの歴史を扱ったものとして奥山亜喜子「憲法上の基本権としての『芸術の自由』成立史

(1)」（『女子美術大学研究紀要』43巻、2013年）、ドイツの映画検閲に焦点を当てたものとして阿部和文『表現・集団・国家』（信山社、2019年）、ほかに金ヨンロンほか編『言論統制の近代を問いなおす』（花鳥社、2017年）、工藤安代『パブリックアート政策 芸術の公共性とアメリカ文化政策の変遷』（勁草書房、2008年）、などの文献を参照。

この近代型の「表現の自由」の法理原則が生かされるべきことになる。文化芸術基本法は、ある支援政策を行わなくてはならないという命令的な内容ではない。しかしある支援策を行う場合には、そのさいに守るべき法原則として、「表現の自由」や活動者の自主性尊重を、明文で要請している。したがって、こうした芸術支援の場面で、いったん成立した支援については上記の法ルールが妥当し、これを恣意的に取り上げるような運用を行ってはならない、という法的要請が導かれる。

(2)も、上記(1)への考察と同じ論理が導かれる。一般社会と公権力との関係において妥当すべき「表現の自由」の理論が、いったん成立した支援の中でも妥当する。とくにこの(2)の側面について、文化芸術基本法は、活動者の「自主性」を繰り返し明文で強調することで、この種の問題が生じないように配慮している。

(3)の問題を防ぐために、助成対象者・対象作品を選定するにあたっては、芸術性判断に関する専門家に判断をゆだね、公的支援の決定主体とりわけ為政者は、判断から距離を置くことが求められてきた。

(4) 発言主体の問題、あるいは広報と助成の違い

政府機関や自治体など(以下まとめて「政府機関」という)が行う表現活動の中には、政府機関が表現内容の発言主体となる広報と、政府機関は枠組みの支援をするだけで、その表現内容のほうの発言主体とはならない支援・助成型の関与とがある。

本件一審東京地裁判決において、この弁別が直接の論点となったわけではないが、東京地裁判決は、この二者の違いをわざわざ確認するまでもなく、この違いにおける文化芸術支援の制度趣旨を認識した上で比較衡量を行っていたと思われる。しかし、控訴審東京高裁判決は、この違い——本件で問題となっているのは政府機関広報ではなく、政府機関からは独立した表現活動者への助成であること——を十分に理解していたかどうか、疑問に思われるので、この点を確認する。

政府機関は、広報——政策への理解を求める解説広報や活動報告や、人権啓発など——のために自らインターネット上に広報サイトを開設したり、メディア上に広告を出して語ることができるし、広告代理店や芸能人を起用して表現を行うことができる。現在、地域の魅力を社会一般にアピールし、地域を活性化する目的で行われている自治体広報は多数に上る。2020年初頭以来、政府および各自治体が新型ウィルス感染拡大防止のためにさまざまな呼びかけを発信しているが、これもその典型である。この場合の表現内容に関する発言主体は、当該政府機関である。

一方、文化芸術支援は、制度理念としては、中立な支援者として芸術家を助成するものである。文化芸術基本法によれば、支援を行う主体（政府機関や自治体などの公的機関）は、芸術活動者の自主的な活動が、社会的経済的立場の違いを超えて等しく図られるような「環境の整備」すること、「環境を醸成」することが求められている⁽²⁴⁾。内容に関する発言主体は、その「自主性」が保障された芸術活動者の側である。

政府広報の場合には、差別表現など不見識な表現はもちろんのこと、不適切な表現や出演者や演出があった場合の責任は国や自治体にあるので、国や自治体が職責として、これを適切な表現に改める、といった判断と作業を行うことになる。このことを広報担当の行政官が広告代理店やデザイナーなどの専門職に指示したとき、これは「表現の自由」に反する公権力介入の問題とはならない⁽²⁵⁾。

このことと、国や自治体が芸術支援をする場面を混同すると、支援に名を借りた政府広報・自治体広報となってしまう。これは、「助成」を受けたものと信じて芸術イベントの企画や芸術作品の制作に取り組んだ人々からしてみれば、公の意向に従わせようとする圧力、ないし不当な干渉として経験されてしまう。

ここから、支援・助成の場合には、専門家の判断が尊重される制度ルールが共有されるわけだが、このことへの理解が本件控訴審判決で十分になされていたか、疑問を禁じ得ないのである。

ここを区別してもなお、「何に金を出すか」ということがそれ自体でメッセージとなる、ということは、たしかに社会的な事実ではある⁽²⁶⁾。社会的現実はその

²⁴ 文化芸術基本法2条3項：文化芸術に関する施策の推進に当たっては、文化芸術を創造し、享受することが人々の生まれながらの権利であることに鑑み、国民がその年齢、障害の有無、経済的な状況又は居住する地域にかかわらず等しく、文化芸術を鑑賞し、これに参加し、又はこれを創造することができるような**環境の整備**が図られなければならない。同条4項：文化芸術に関する施策の推進に当たっては、我が国及び世界において文化芸術活動が活発に行われるような**環境を醸成**することを旨として文化芸術の発展が図られるよう考慮されなければならない。同条5項：文化芸術に関する施策の推進に当たっては、多様な文化芸術の保護及び発展が図られなければならない。（以下略）

²⁵ その判断は法的には、ほぼ全面的に、当該の担当行政部署の判断に委ねられることになるが、苦情や疑義を受けたものについては変更した場合でも「変更なし」とした場合でも、相応の説明責任を果たすことが期待される。

²⁶ 本稿では、「政府言論の理論」そのものについては立ち入らないが、国や自治体は、芸術（家）とその享受者を下支えする役割を演じながら、これらの支援を通じて自らが政治的発言者として振舞うことができってしまうことはたしかである。しかしそれは、ある作品を助成する場面よりも、いったん助成することに決めた作品を排除する場面で、圧倒的に強い社会的影響力を発揮する。本件や、「はじめに」で言及した「あいつり2019」における「表現の不自由展・その後」について生じた出来事その典型である。

であっても、そこに「公」が引きずられずに、「これは助成であって、内容は表現活動者の自主性に、芸術的意義・水準の評価は専門家に委ねている。この助成は文化芸術の活性化のために行うものであって、当該個別作品の内容の詳細について当機関が発言主体としての責任を負うものではない」と、中立の立場を公言していればよいことであり、また、国民の理解を得るために、こうした制度趣旨を明らかにし続けることが必要である（同じく、その作品の関係者が作品外で個人として行った行状を推奨するものでもない、という立場を明らかにすれば良いのであり、それを普段から明らかにしておく必要がある）。

それが言えるようにするためにも、広報と助成の弁別をした上で、作品の選択を政治や地方行政担当者ではない芸術専門家にゆだねることが必要なのである。本件で芸文振が行った不交付の判断と、これを支持した控訴審東京高裁判決は、この点で、政府機関である芸文振が判断に立ち入り、芸術活動者を混乱させるメッセージを自ら発してしまっている。

比較衡量のあり方について言えば、当該の作品を助成しないことによって得られる目的と、そのことによって表現活動者が被る不利益および社会が被る不利益とを比較するさいに、当該の作品を助成しないことによって得られる目的がより権利制約的でない手段によって達せられるならば、そちらの手段を選択すべき、との法理がある（比例原則、Less Restrictive Alternatives の法理など）。これらの法理に照らして考えるならば、上記のような制度趣旨への理解に努めることが、芸文振の職責であり、その職責を果たしていれば目的は達せられるのではないだろうか。

文化芸術支援の場合、公が発すべきメッセージは、「文化芸術を支援し活性化したい」というものである。逆に、百歩譲って芸文振と控訴審判決がいうメッセージ効果を認めるのだとすると、むしろこの「不交付」によって発せられるメッセージは何なのかということにも考慮が必要である。これは、犯罪にかかわった経歴が生じたらもう文化芸術の方面で才能を生かすことを許されない（おしまいなのだ）、というメッセージとなってしまう、犯罪から更生した人々を社会に受け入れる社会づくりを目指す政府メッセージと矛盾・相反するものとなってしまうか⁽²⁷⁾。

²⁷ たとえば法務省は、犯罪・非行の防止と同じく、その経歴を持つ者の更生・社会復帰にも力を入れている。たとえば、以下の法務省公式サイトなど。

https://www.moj.go.jp/hogo1/kouseihogoshinkou/hogo_hogo06.html

受刑者が美術的価値の固い工芸作品を作成・展示販売する試みもなされており、文化芸術に活路を見出すよう促すことが、更生の精神的な手助けとなることも知られている。

このように、意図せざるメッセージ⁽²⁸⁾の問題を論点としてしまうと、社会の側が受信可能なメッセージは多数にわたることになってしまい、議論が拡散してしまうので、これを行政判断や法的判断の根拠とすることは基本的に不適切である。上告人（代理人）が一審の段階から、「抽象的な」危惧感を不交付の判断の根拠とすべきでない、と述べていることも、この問題と関連する。芸文振の担当者にしてみれば、芸文振がおそれたメッセージ性は、相当確定的で具体的なものに思われたのかもしれない。しかし、そうしたメッセージは、存在しうる多数のメッセージの一つに過ぎないもので、そこだけに注目すれば、「たしかに芸文振が危惧することもありうることだ」と思える。しかし、そうではないメッセージとしての受け取られ方も多々ありうることを考えたとき、この危惧感は、まだまったく具体性を欠く、抽象的なものと見るべきである。

助成の可否が社会に対して発するメッセージ性の問題を、本件の結論を左右する論点として取り上げるのであれば、当該の映画が犯罪の寛容的推奨となってしまっているかどうかの判断は、作品内にそのような犯罪助長のメッセージがあるのかどうかで判断すべきことで、関係者の人的経歴で判断するべきではない。そして、作品内にそうしたメッセージが含まれているために助成の対象とすべきではない、という場合には、それは専門家の判断に委ねるべき事柄だった。仮に事後的に、登場人物を演じる俳優が有罪判決を受けたことをもって、あらためてそのようなメッセージ作用が発生してしまうというのであれば、このことも、専門家の判断に委ねるべきだった。

控訴審東京高裁判決が採用した観点の切り離しと、芸術専門家の判断を介さない「公益性」判断は、このような不明瞭な問題を生みだしてしまう。その問題を抑えるために専門家に判断を任せる方式を採用しているのだから、本件において事後的に内定を取り消して不交付とするかどうかの判断と、上記メッセージ性に関する判断も、芸術専門家に委ねるべきものであった。

一審判決のようにシンプルな「観点」枠組みを採り、刑事責任問題は刑事司法の問題とし、作品の芸術性による助成の可否の判断は芸文振に、そして具体的には、芸文振内部に設置された専門家の評議に属するものとするほうが、幾通りもありうる《意図せざるメッセージ》を解釈するという作業を裁判で行わざるを得なくなる控訴審判決よりも、理論面で優れていると言わざるを得ないのである。

²⁸ 芸文振にとって当該作品への補助金交付内定は、犯罪行為への寛容のメッセージを発することを企図したものではない、との前提理解に立って「意図せざるメッセージ」と言っているが、このことに異論の余地はないと思われる。

2 判断枠組みと衡量の問題

(1) 本件「公益性」について

「公益性」という文言は、その上位の概念として憲法 13 条「公共の福祉」との適合性を勘案すべきであることを先に述べた。ここで重要なことは、「公共の福祉」を規制や不利益変更を正当化する言葉として利用する方向を是認してはならず、本来あるべき思考においてこの「公共の福祉」を行政裁量への立憲的な歯止めにする、という思考においてこの文言を参照している、ということである。

すなわち、ある政策判断や行政判断が《公共性》、《国民への福利還元性》を目的とするものになっているか、そしてある表現を不可とするのであれば《他者への権利侵害や具体的な社会的危険》が具体的に認められるか、という問いが規制者のほうに課せられ、その問いに答えられる場合でなければ、表現活動への否定的干渉（規制）は認められない、とする思考があるわけだが、本件「公益性」の判断は、この「公共の福祉」の思考を逸脱する形で芸文振理事に裁量の余地を与えるものではなく、この「公共の福祉」の枠内で行われるものでなくてはならない。さらに不利益を課すことを内容とする判断である場合、これが相応の適正な手続きに沿って行われることは、重要な法的要請と考えるべきである。

2021 年の一審東京地裁判決では、芸術への公的助成金について、いったん内定したもののについて「不交付」の取り扱いをするには、「公益性」という大雑把な理由だけでは足りず、より踏み込んだ理由が必要だという考え方を採り、本件不交付決定は正当な理由があるとは言えず違法、と判断した。これに対して控訴審・東京高裁判決は、この判断をほぼ否定した内容になっている。

まず、判断枠組みが異なっていたことに、注目すべきである。控訴審東京高裁判決の判断枠組みは、芸術性の判断と公益性の判断は別ものであるから、芸文振が公益性の観点からこのような判断をしても芸術に対して制約的な介入をしたことにはならない、というものである。このような観点の分離は、一見、巧妙な説明が成り立っているように見えるのだが、公益性の判断と芸術性の判断は実際には切り離しえないものである。

仮に、理念型としては観念上切り離すことができたとしても、その判断を行う者はやはり専門有識者によって構成される委員会であろう。「独立行政法人日本芸術文化振興会法」が同法 12 条・13 条によってわざわざ評議員制度を採用しているのだから、そうした決定も、評議員会に諮った上での決定となるべきである。根拠

法があるからには、原則としてその根拠法に沿うのが法治行政であり、文化政策においてもこの原則に変わりはない。この原則を敢えて外さなければならなかったのだとすれば、そこには相応の特殊事情がなければならない。一審東京地裁判決が、「公益性」という理由だけで本件のような不交付決定を行うことは許されないとしている趣旨は、こうした判断過程における原則・例外論にも及ぶと解するべきである。

総じて、控訴審判決の採用した判断枠組みと論理は、観点を分別することによって、一見、精緻度を増したようにも見えるが、むしろ東京地裁判決の緻密さにくらべると、理論面で大きく後退している。こうした粗い理由で当該の判断を「適法」としてしまうと、文化行政の運用については、行政の裁量に法の歯止めがまったくないと同じことになってしまい、今後の運用において芸術活動関係者が翻弄されることが憂慮される。

(2) 芸術性と専門家判断の尊重

芸術表現は、一般市民から反感や疑問視を受けることが少なくない。一般人の反感が「公」の事業として行われる美術展や助成事業について起きたとき、どう考えるべきか。

ここで提起される批判や必要となる判断には、(A) 助成対象となる作品の内容に関わるものと、(B) 助成対象となる作品の作者や関与者に関するものがありうる。そして、批判者・(潜在的な)妨害者の関心がそのどちらであったにせよ、(C) 公の施設や公の助成事業者がとるべき姿勢はどうあるべきか（公金をそうした作品の助成に使用することが適切か）、という関心からの批判が存在しうるのであり、これに対する判断が必要となる。

この(A)の問題場面について考えるとき、日本国憲法21条の「表現の自由」に関わる判例や学説において、「文化」や「芸術」はとくに定義のないあいまいな概念である、ということに着目する必要がある。これには理由がある。先に見たとおり、もともと「表現の自由」は「国家からの自由」を意味しているので、どのような表現も原則は自由である。定義が必要なのは規制される表現（「わいせつ」や「名誉毀損」など）のほうで、「自由」を主張する側の表現については定義を論じる必要がほとんどなかった⁽²⁹⁾。

²⁹ その枠組みのなかで、いったん「わいせつ」など違法の疑いを受けた作品が、その芸術性に照らして免責されるという場面が裁判理論の中には見られる。実際にこの考え方

さらに、「国家による支援」を制度化した「文化芸術基本法」のほうでも、「芸術」に関する定義はとくに書かれていない。これは法が文化芸術の発展可能性を不用意に限定してしまうことを避けるという点では賢明な姿勢だが⁽³⁰⁾、その一方で、国や自治体が何を振興・促進しようとしているのか、税金の担い手である国民・住民にとってわかりにくいという問題はたしかにある。この部分について、法で定義をつけるより、専門家の知見と眼力を信頼して任せよう、という考え方が選択されているのである。その原則を曲げた事後的な変更（不利益変更）には、それを正当化するだけの理由が必要となり、「公益性」という言葉だけでは足りないとした一審判決は、この制度骨子から見て、正当な思考枠組みを採用していたと言える。

さらに、(A) については、表現された内容そのものの問題と、その表現の方法如何によっては会場の安全性や管理能力からみた調整が必要となる場合とがありうる。屋内会場で火器や花火を使用することは安全管理上できない、といった限界の問題であるが、本件での「国は薬物犯罪に寛容である」、「違法薬物を使用した犯罪者であっても国は大目に見てくれる」というメッセージについては、こうした具体的な安全管理上の必要性とはまったく異なる問題である。この問題場面との比較で言えば、芸文振が不交付とした理由は上告人の主張するとおり、「抽象的」とであると言すべきことになる。

次に (B) の問題場面については、当該作品の作者、出演者、経営者や援助者への関心が含まれる。

先にも見たように、文化芸術基本法は前文で、「表現の自由」の重要性を深く認識し、表現活動をする人々の「自主性を尊重」と明記している。この文言は、今回のような場面でこそ参照されるべきもので、本件一審判決は、その理路に沿った判断枠組みを採用し、その枠組みに沿った比較衡量を行っている。一方、控訴審判決は、そこから大きく外れて、前述のメッセージ性の問題のように、中核的とは言えない要素を重く勘案して結論を導いてしまっている。「表現の自由」の保障を

が適用された事例としては税関検査に関する「ロバート・メイプルソープ写真集事件」（最高裁平成 20 年 2 月 19 日第三小法廷判決、民集 62 卷 2 号 445 頁）がある。こうした場合にも裁判所は「芸術とは何か」について明確な一般的定義を示してはおらず、他にもそうした例はないようである。この裁判でもその他の裁判でも、「芸術性」の判断は、その領域の専門家の意見書などに基づいて判断されている。

³⁰ 「芸術」の領域の表現者は、すでに確立した「芸術」イメージを壊したり超えたりすることを、常に試みている。それを誰かが「これが芸術だ」と思っているものに限定することは、「芸術」を殺してしまうことになる。「芸術性」の判断は、「芸術」というもののこうした本質を理解している専門家に委ねるべきことが、実践知として共有され、「文化芸術基本法」もそれに合致する思考を採用していると言える。

受けるべき表現、なかんずく芸術や学術を、その時々の大衆の支持可能性や印象（本件の場合）に服せしめるのでは、「芸術」助成や「芸術」支援の名に値しないものとなるのではないだろうか⁽³¹⁾。

本件における不交付は、この分け方で言えば、作品内容以外の要素（B）の関心を理由とするものではあるが、無自覚のうちに（A）の観点が混ざりこんでいないか、また（A）の観点を抜きには判断できない問題のはずではないか、との疑問がある。とくに本件控訴審判決は、アンケート調査の結果を重く見ているが、このアンケートは、作品を見た上での感想ではなく、作品を見ていない人を対象に行われたものだとのことである。これについては「メッセージ性」の考察において先に述べたとおり、疑問を禁じ得ない（後述）。仮にこのメッセージ性を判断の根拠とするのであれば、作品内容が他の解釈の余地なくそのようなメッセージを発していることを確認しなくてはならない。そうでなければ、この危惧感はやはり「具体的」なものとは言えない、抽象的なものと言わざるを得ない。

先に一般論で見たとおり、芸術助成においては、公務担当者が自分の芸術観を立ててそこに当てはまらないものを排除する成り行きは、防ぐべきである⁽³²⁾。たとえば、犯罪歴を持つ者による表現は公的助成による芸術にはふさわしくない、という芸術観は、それ自体、偏った芸術観である。そうした考えを私企業が独自に採用することは許されるであろうが、服役中の受刑者による工芸展や美術展も行われている現在、芸文振の判断は、ある一つの価値観として相対化されざるを得ない。

また、他の例としては、死刑囚の手による文学作品も存在する。それを公的な褒章や助成の対象とすることが、殺人への寛容を意味することになるとは、およそ考えられない⁽³³⁾。むしろ、深い悔恨と省察が描かれているならば、犯罪の抑止と根

³¹ この項目の、筆者なりの一般原則を抽出するにあたっては、以下の文献を参照している。クラウス・シュテルン「講演 ドイツ憲法における芸術と学問の自由」（岡田俊幸訳）（早稲田大学比較法学 46 巻 2 号、2012 年）、杉原周治「国家による芸術支援と憲法」駒村・鈴木編『表現の自由 I』（尚学社、2011 年）、若林朋子「進化を迫られる芸術文化助成一可能性と諸課題」小林真理編著『文化政策の現在 3 文化政策の展望』（東大出版会、2018 年）、小島立「現代アートと法——知的財産法及び文化政策の観点から」知的財産法政策学研究 36 号（2011 年）、および前掲注（2）に挙げた参考文献を参照した。各論考の詳細における違いは捨象し、主軸のみを確認した。

³² 「あいちトリエンナーレ」展示中止問題に関する、この観点からの考察は、志田「文化芸術における自由と公共性——芸術の萎縮と私物化に「NO」というために」（ジャーナリズム 2019 年 11 月号）で試みた。

³³ 他にも仮想例としては、図書館が購入・配架を決定した図書の中に、後から著者や共著者が有罪判決を受けたということが判明したものがあって、その図書を購入対

絶を願う社会でこそ、公的な価値の高いものとして給付行政の扱うべき対象となることも考えられる。それが遺族の感情や社会の倫理感覚を傷つける不適切なものであるか、真摯なものであるかは、結局、内容を見て判断しなくてはわからないことである。そうした判断は、結局は内容に関する判断によるべきことになり、それは専門家に委ねるべき事柄である。つまり、控訴審判決が採用した、芸術性（内容）と切り離れた「公益性」判断を芸文振理事長に認めるという枠組みは、当該理事長が、本来必要であった芸術性判断のために必要な評議を抜きにして、実質の芸術性判断を行うことを認めてしまっていることになるのである。

「公的助成にふさわしくない作品」と見なければならぬ事情があるならば、その判断はやはり専門家に委ねるべきであり、その点で、本件のような重い不利益を課すにあたって要求される相応かつ適正な手続きが行われていないことは、本件の結論を決すべき重要論点として勘案すべきである。

（3）メッセージ性の勘案について

《意図せざるメッセージ》の解釈の件については、先にも述べたとおり、これを結論を導く決定的な根拠とすることは法的判断のあり方として無理がある。

出演俳優のピエール瀧氏（以下、本件俳優）について、一審・東京地裁判決では、映画内での位置づけは主要なものではなく、この作品が公的助成を受けることで薬物使用が公的に容認されたかのような誤解を招く可能性もまずないとの判断から、この「不交付」には正当な理由がない、との判断だった。

今回の判決は、本件俳優を、当該作品を成立させるうえで重要なものと見ている。しかし、映画作品にせよ文芸作品にせよ、そこに登場する人物は、どのような端役であれ、その作品を成立させるために必要かつ重要なもので、必要性も重要性もないものをわざわざ登場させることはないだろう。したがって、当該俳優が当該映画作品のイメージ、ひいてはその作品に助成を与えた場合の日本芸術文化振興会や日本の文化行政のイメージやメッセージ性を担うような位置づけを担うものであったかどうかを判断するに当たっては、商品広告におけるイメージキャラクターに準じるような、主要登場人物であることが必要と考えられる。そのさいに、当該俳優が当該作品を離れて著名人であるという事実や、その著名人としての格付けにおいて最終テロップ（クレジット）で大きい文字で氏名が表示されているという事実は、重要な考慮要素とすべきではない。芸能人としてある程度著名で格付

象から外したり、配架を取りやめたりするだろうか。

けの高い俳優であれば、ほんの一瞬友情出演しただけでも、クレジットでは大きく扱われることが珍しくない。映画作品の興行的成功は、そうした著名俳優が短時間でも出演している事実によって左右されることはある。しかし芸文振は、そうした著名俳優が出演していることを、審査において決定的な要素とするわけではなく、むしろ商業的成功とは別の観点から内容的に質の高いものを支援するためにこそ、芸術専門家の評議によって選定対象を決定しているはずである。

先に述べたように、メッセージ性というものは、受け手のさまざまな解釈に対して開かれているものであり、本件不交付が犯罪歴を持つ人の社会活動とくに文化的活動に不寛容な社会であることを象徴ないし奨励するメッセージとなる可能性もぬぐえない。

仮に、当該作品において、映画作品の作成進行中（たとえば撮影中や打ち合わせ中など）に違法薬物使用その他の犯罪行為が行われ、上告人がこのことを制止すべき立場であったにも関わらず放任していたという事情があった場合には、本件で芸文振が述べているような理由による不交付決定があっても致し方なく、その場合に「社会通念」を根拠とすることにも首肯できる。映画製作者には、その製作過程において違法行為や反社会的行為がないように、その製作プロセスの適正性を確保する責任があるからである。また、そのような場合には控訴審判決のように、作品の内容を見ていない人を対象に行ったアンケート調査の結果を参考にすることにも合理性があると言えるだろう。

しかし、本件のように、映画完成および補助金交付の内定後に、映画製作者である上告人にとって、自律的制御を及ぼすこともできない事柄について、上記の場合と同じような責任（不交付による不利益）を負わせ、その理由をメッセージ性と社会通念に求めることは、基本的に不合理なことである。したがって一審判決のように、ごく例外的に「公益性」を理由として不交付と判断される場合がありうることを留保しつつ、それは原則は許されないものとしたうえで、その原則を凌駕するような具体的事情があるかどうかを問う、という一審判決の思考方法をとることが理に適っている。

（４）事後的不利益変更の問題

芸術支援の場面では、国家が制作費を支援したり、無料または安価で使用できる展示会場を提供することで、作家の活動の自由度を広げることが目指されている。こうした文化芸術支援のための財源には限りがあるため、何らかの選別が伴うことは避けられない。そこで何らかのテーマやコンセプトが立てられ、それに合うも

の、水準の高いものが選ばれる。芸文振もこの選別を経たものを助成の対象としている。本稿はこの選別を不可としているわけではない。

しかし、事後的な不利益変更については、それが「表現の自由」が関わる事例であるという事情に加えて、それとして考察しなくてはならない事柄である。

規制型の施策と違い、給付型・支援型の施策は、憲法の人権論で採用されている厳格な審査思考にはなじまず、立法裁量および行政裁量にゆだねられる余地が広くなることはたしかである。しかし、だからこそ、そうした現代型の政策の場合、施策決定や対象作品選定の過程では、行政の独断や選好に陥らないように、民主的な判断過程統制を重視しなくてはならない。また、本件のような事後的な不利益変更がある場合には、法に定められた手続きや、不利益の質に応じた手続的適正を重視すべきことになる。そのためにも、上告人の不利益を正しく勘案すべきである。

この点、事後的な不利益変更であるにもかかわらず、控訴審判決が採用している判断基準は、「著しく」など、芸文振の裁量を原則として認める方向に寄りすぎている。内定後に不交付とするなどの不利益変更には、よほどの理由、事情が必要である。

公金を使っているのだから、このような作品への助成は認めるべきではない、という消極的判断を「内定」後に行うのであれば、当該作品に法的な意味での違法性がある場合に限るべきである。（著作権侵害となる剽窃盗用を含む作品であった、他者の人格権を侵害する内容であった、といった事情が事後的に被害者の訴えによって判明した、など）。この点については、「公益性」を理由とするのであればその内容を憲法13条「公共の福祉」の内容の限度内にすべき、との議論として、先に述べた。

（5）法の適正手続の必要性

本件の「不交付」決定を、通常の判断過程統制に組み込むならば、専門家評議員の判断を求めるステップが必要だった。そのさい、「内定」はまだ完全な決定ではないにせよ、「選考過程通過中」や「最終選考に残っている」ではなく「内定」という言葉を与えているからには、そのことの重みを勘案すべきである。本件は行政訴訟であり、民事訴訟ではないが、これが民事訴訟であった場合には、「内定」という言葉が相手方に与える期待・信頼の度合いは、社会通念からして、一定の期待権を発生させるものと考えられる。これを覆すには、そこにはよほどの事情（不可抗力または覆される側の責任に帰すべき事情）があったことが必要である。本件はそのいずれも満たされていない。

一方、通常の判断とは異なる、芸文振理事長による特殊な単独決定を認めるのだとすると、これは通常の選考判断とは別のものと見るべきである。上告人が一審および控訴審で主張してきたように、警察が扱うべき事柄は警察に委ね、芸文振は芸文振の制度目的に合致する事柄を判断の対象とすべきと筆者も考えている。しかしそれでもなお芸文振が警察（刑事司法）と連携してこの種の判断を行うのだとすると、ここで憲法 31 条以下の「法の適正手続」に準じる判断過程の適正性が必要となってくるはずである。

31 条の適正手続ルールは、刑事事件を主眼とした内容であるため、行政が与えた利益を取り消すことや不利益変更を行うことについてこのルールが適用されるかどうかについては、見解が分かれている。しかし、現代行政国家においては、インフラと言えるレベルで行政が下支えを行っている事柄について、その支援を拒むことは、刑罰賦課や自由権への侵害と同じだけの意味をもつ。警察との連携において支援の不交付が決められていくとなれば、このことを勘案する必要が出てくる。少なくとも行政の側が、事前のルール告知や正当な理由なしに、いったん発生させた信頼関係について不利益（ペナルティ）を与えることがあってはならない、ということは、ここで確認すべきである。

たとえば、本稿の「1」で述べたような政府機関広報、本件に即していえば警察の啓発キャンペーンの一環として芸文振における助成対象選定を位置づけるのであれば、そうした位置づけであることを事前に応募者に知らせていなくてはならなかった。政府機関広報と助成の違いを無視して混交させるべきではないし、それを行うのであれば「これはそうしたコンセプトに沿ったものを作成してもらう政府広報用の作品募集である」という公正な告知を、行うべきだったのである。本件裁判資料からは、被上告人が上告人を含む応募者に対してそうした告知を行った事実は確認できない。

上告人が受ける不利益の金銭面での深刻さについては、控訴審判決は非常に軽く見ていた。この勘案の仕方は、実情に照らして不当と思われる。が、これに加えて、本件控訴審判決の論理をとると、本件で上告人が受ける社会的不利益の質が重くなる可能性が出てきた。本件で上告人が受ける不利益は、法的・制度的な意味では刑罰ではないにせよ、警察との連携において不利益を課されるというのであれば、社会がここに懲罰的な意味合いを読み取る可能性が出てくる。先に考察したような社会への「メッセージ性」を重く考慮するのであれば、上告人がこれによって、警察との連携において懲罰を受けたという社会的お印象のもとに置かれる可能性も考慮に入れなくてはならなくなる。警察は一般抑止としての犯罪防止のことを考えて「連携」したのであって、上告人への個別的な懲罰などまったく意図してい

ないかもしれない。しかし、社会へのメッセージというものを考えると、こうした意図せざるメッセージのことも十分に勘案すべきことになってくる。

おわりに

以上、本件をとりまく社会状況を含めて、本件をどのように考えるべきかを、筆者の専門である憲法、芸術関連法の分野から論じた。本意見書が扱った問題は、実定法としては、社会教育法、地方自治法 244 条（公の施設に関するルール）、文化芸術基本法など、複数の分野にまたがっており、狭義の先例拘束性としては、直接に本件の参照射程には入らないものも参考にしている。しかし、そうした法令や論点の同一性を越えて、いま、社会全体が公的文化芸術支援における適正ルール（選定過程での判断過程統制ルールと、選定後の変更に関して行政の恣意濫用を防ぐ適正手続ルール）を形成する必要に迫られており、そのルール形成の役割が裁判所に期待されているのである。

文化芸術支援の分野では、その根拠法となる文化芸術基本法ができて 20 年が経ち、各種の文化公共事業が定着している現在、いったん提供することとした給付をなんらかの形で取り払うことは、法的かつ深刻な権利侵害となるものと考えべきである。本件の問題は、個別事案としては、「表現の自由」の重さを正しく斟酌した衡量判断と、手続き上の適正性の問題とを勘案すれば、どちらの線からも「違法」——背後に「表現の自由」にかかわる違憲性が認められる違法⁽³⁴⁾——という結論が導かれると考えられる。

しかし逆に、万が一、本件のような決定内容および決定方式が適法とされ、今後の運用の中で慣例化していくと、将来に向けて萎縮が深刻化していくことを考えなくてはならない。

本稿冒頭「はじめに」で、公的助成を受けたいと考えている芸術活動家の間で「今後この分野の申請についてどのようにしたらいいのか」と悩む声が多数上がっていることを紹介した。最後に萎縮効果の問題としてこれをもう一度整理する。本件のような問題が社会に萎縮効果を及ぼすというとき、芸術活動で補助金などを申請する可能性のある者（狭義の当事者）への萎縮と、文化芸術の享受者である

³⁴ 法解釈技術論としては、現行の実定法の解釈運用のあり方が憲法適合的でなくてはならないという憲法適合的解釈を施した上での「違憲性」の問題、ということになるだろう。

一般市民（広義の当事者、文化芸術基本法における最終的な目的）への萎縮とを考
えるべきである。狭義の当事者の場合、法の公正な告知の問題と萎縮の問題が、表
裏一体の問題として生じる。控訴審判決では、交付要綱のような内規は法律として
一般市民に公開されているものではない、と指摘していたが、この狭義の当事者
は、当該交付要綱を取り寄せて検討し、これに基づいて申請を行う。したがって、
この交付要綱において当事者を困惑させ、「この制度で補助金を得たとしても、後
でいつ不交付になったり返金を求められるかわからない」、「そのような制度なら、
苦勞して書類を書いて応募しても意味がない」と感じさせ、もって応募の意思をく
じくような内容の条件がついていた場合、このことは、具体的な萎縮効果を当事者
にもたらしていると見るべきである。本件不交付決定は、芸文振が助成対象とする
舞台芸術・映画芸術分野の活動者に対して、この意味での萎縮効果を確実にもたら
すと思われる、このことを軽視すべきではない。そうなれば、広義の当事者である文
化享受者にとっても、多様な文化に触れる機会の一部が剥奪されたことになり、不
利益を課されたことになる。

また、補助金が、受益者にとって、どのような理由で取り上げられるかわからな
い不安定なものとなってしまう、その結果、いつ取り上げられても困らないような
《お小遣い》程度のものとして位置付けられていくことになると、良質な作品を制
作するための本質的な実費として補助金を活用する気風が薄れていくことになる。
これもまた、文化芸術の萎縮のひとつの形である。

控訴審・東京高裁判決が採用した、芸術性と公益性を分離する思考方法をとる
と、上告人と弁護団が訴えている芸術への萎縮効果の問題も、形式上、本件の公益
性判断と切り離され、埒外の問題であるかのように見える。しかし実際にはこの萎
縮効果は、内定後も当事者に「芸術専門家の審査は通った、内定も出た、しかしま
だ、いつ何どきどのような理由で（自分に責めのある事柄だけでなく、自分のコン
トロールの及ばない事柄で）、理事長判断で覆されるかわからない」という警戒心
を抱かせ続けることになる。これが不交付にとどまらず、交付取り消しと交付済み
金の返還まで及ぶことになれば、当事者の萎縮はさらに深刻化する。

本意見書は、このような多くの芸術活動家の憂慮の言葉を、法学の用語に翻訳し
て、貴裁判所に伝えようとしたものである。貴裁判所におかれては、日本の文化芸
術政策の健全な発展のために、行政裁量にも一定の法的限界があることを示し、こ
の分野における表現活動者の困惑と、現に生じつつある萎縮を解消するべく、正当
な判断を下すことを期待したい。

志田陽子 本件に関連する分野の主要業績

単行本

『「表現の自由」の明日へ——一人ひとりのために、共存社会のために』(大月書店、2018年)

『あたらしい表現活動と法』(編著)(武蔵野美術大学出版局、2018年)

『合格水準 教職のための憲法』(編著)(法律文化社、2017年)

『表現者のための憲法入門』(武蔵野美術大学出版局、2015年)

博士論文『文化戦争と憲法理論——アイデンティティの相剋と模索』(法律文化社、2006年)

論文

- ・論文「表現の自由と人格権の諸相——その現代的課題に向けて」辻村みよ子責任編集『憲法研究 第10号』(信山社、2022年5月) 149-161頁
- ・論文「表現の自由のワインディングロード 「自由」をめぐる、ねじれと理路」現代思想 50巻3号(2022年3月)、65-79頁
- ・論文「《知》への圧迫がもたらす言論空間の歪み——学術、芸術、文化は誰のものか」『唯物論』95号(2021年12月)、39-54頁
- ・論説「文化芸術と教育と公共市民文化」『教育』10月号掲載(14-21頁)
- ・論文「「表現の自由」と公的芸術支援 ——芸術と市民文化の連環」法学館憲法研究所報 22号(2020年7月号)(21-39頁)
- ・論文(査読有)「学術研究倫理と名誉毀損」武蔵野美術大学研究紀要 50号(2020年3月発行)
- ・論説「「芸術の自由」をめぐる憲法問題——支援の中の「自由」とは」法と民主主義 543号(2019年11月号)掲載
- ・論説「文化芸術における自由と公共性——芸術の萎縮と私物化に「NO」というために」ジャーナリズム 2019年11月号掲載
- ・論説「文化芸術支援の自由と中立——公は《芸術の空間》を守るのが仕事」ジャーナリズム 2019年10月号掲載
- ・論説「表現の不自由展・その後」展示中止問題：芸術の自由と行政の中立」議会と自治体 2019年10月号掲載
- ・論説「《芸術の空間》と共存社会」世界 2019年10月号掲載
- ・判例解説「写真集の輸入と税関検査——メイプルソープ写真集事件」有斐閣別冊ジュリスト 241号『メディア判例百選(第2版)』(2018年12月20日発行) 126-127頁
- ・判例解説「社会教育と表現の自由(9条俳句公民館便り不掲載事件)」TKC ローライブラリー『新・判例解説 Watch 憲法 No.136』文献番号 z18817009-00-0113615

(2018年1月12日掲載)

以上