

令和4年（行ノ）第32号助成金不交付決定処分取消請求上告受理申立て事件

申立人 株式会社スターサンズ

相手方 独立行政法人日本芸術文化振興会

## 上告受理申立て理由書

令和4年5月13日

最高裁判所 御中

申立人訴訟代理人弁護士

四 宮 隆 史



同

伊 藤 真



同

平 裕 介



同

伊 関 祐



同

秋 山 光



同

棚 橋 桂 介



申立人は、頭書事件について、以下のとおり上告受理申立て理由を述べる。

## 上告受理申立て理由の要旨

1 本件訴訟は、相手方（文化庁が所管する独立行政法人日本芸術文化振興会、被告・控訴人）が、予め文化芸術の知見のある専門家組織に諮った上で、申立人（映画製作会社、原告・被控訴人）に対し、申立人製作の映画「宮本から君へ」（以下「本件映画」）という文化芸術作品の製作に係る助成金（文化芸術振興費補助金、以下「本件助成金」）をいったんは交付するとの「内定」の決定を行ったにもかかわらず、その後、専門的観点である①「芸術的観点」とは全く別の「薬物乱用の防止」という②「公益的観点」なる観点を理由に、本件助成金の不交付決定を行ったことから、申立人がかかる不交付処分（以下「本件処分」）の裁量権逸脱・濫用や憲法違反を争った処分取消訴訟（行訴法3条2項）である。なお、薬物乱用の防止・公益的観点を理由に内定決定後に不交付処分がされた前例は1件もなかった。

2 本件の争点は、本件処分が裁量権の逸脱・濫用（行訴法30条）であり違法であるか、などである。

3（1）第一審判決（東京地判令和3年6月21日）は、本件助成金の交付・不交付についての相手方理事長の「合理的な」行政裁量を肯定しつつも、交付内定を受けた芸術団体に対し「〔②〕公益性を理由に助成金の交付内定の取消し又は不交付決定をしたことが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるか」につき、「諸事情を総合的に考慮して、交付内定の審査における〔①〕芸術的観点からの専門的知見に基づく判断を尊重する本件要綱の定めや仕組みを踏まえてもなお助成金を交付しないことを相当とする合理的理由があるか」検討すべき旨の裁量審査の判断枠組みを示し、本件処分に裁量権の逸脱・濫用の違法があると判示した（原告（申立人）全面勝訴判決）。

（2）他方、原判決（東京高判令和4年3月3日）は、判断枠組みを大幅に変更し、逆の結論を採った（被控訴人（申立人）逆転敗訴判決）。原判決は、「芸術の専門家による芸術的観点からの専門的知見に基づく採択を踏まえて交付内定を行った場合」であっても、交付申請の審査において、本件助成金が「公益性の観点（芸

術的観点以外の観点)から本件助成金を交付することが不相当」と認めたときは、不交付決定をなしうるとし、その上で、「上記…公益性の観点から…行う」交付・不交付の判断は、①助成の対象事業の内容、②経費及び助成金の額、③助成の必要性、④不交付の場合に内定者に生じ得る影響の内容及び程度等、⑤交付の場合に生じ得る影響の内容及び程度等の諸般の事情等を総合考慮した上でされる」控訴人（相手方）理事長の合理的な裁量に委ねられるとし、これらを当てはめ、本件処分は適法であると判示した。

4 しかし、原判決は、①芸術的観点と②公益的観点の実質的な衡量を避けられる判断枠組みを定立し、①芸術的観点を重視せず、②薬物乱用防止という公益的観点だけを過度に重視し、あるいは、実質的にみると②公益的観点だけを考慮した裁量審査を行った。このように、実質的にみると単一の（②だけ）考慮事項を考慮するような特異な判断過程審査類似の（従来の判例の採る判断過程審査ではない）判断枠組みは、振興会法3条、14条1項1号イ、通則法1条1項等の趣旨を無視・軽視し、表現の自由（憲法21条1項）の趣旨等にも悖る著しく不合理な基準である。そのため、原判決のような判断枠組みによるべきではなく、第一審判決のように、上記「合理的理由」か、少なくとも公益に係る悪影響が生ずる「相当の蓋然性」等が不交付の要件か要素とされる判断枠組みによるべきである。そのため、原判決は行訴法30条の裁量権逸脱・濫用の有無に係る判断枠組みを誤っており、原判決には本件処分に関する法令の解釈を誤った違法があり、また、原判決は判例（先例）にも違反している。そして、本件は「表現助成の問題」の今後の展開に対して最高裁が議論の指導的方向性を指し示すにふさわしい事案であることなどから、法令の解釈に関する重要な事項を含む事件（民訴法318条1項）に当たる。

以上は、4名の研究者（①            ・            大学教授、②            ・            大学准教授、③志田陽子・武蔵野美術大学教授、④木村草太・東京都立大学教授）の各意見書によっても裏付けられている。

5 したがって、上告受理の上、原判決は速やかに破棄されるべきである。

## 目次

第1	本件訴訟の事案の概要と争点、申立人の主張の骨子.....	6
1	本件訴訟（映画「宮本から君へ」助成金訴訟）の事案の概要.....	6
	（1）当事者.....	6
	（2）事案の概要.....	6
2	本件処分において考慮された事項・観点.....	7
3	争点.....	7
4	第一審判決と原判決（控訴審判決）の要点.....	8
	（1）第一審判決の要点：芸術的観点とその他の観点とを適切に衡量した.....	8
	（2）控訴審判決の要点：実質的に芸術的観点以外の観点だけを重視した.....	9
5	申立人の主張の骨子：原判決には法令違反・判例違反があり、本件は「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」に当たる.....	11
第2	上告受理申立て理由.....	11
1	裁量権の逸脱濫用の判断枠組みの誤った違法（上告受理申立て理由1）.....	11
	（1）芸術的観点以外の観点だけを重視する原判決の判断枠組み.....	12
	（2）原判決の判断枠組みは、芸文振の目的や芸術助成事業の性質（振興会法3条14条1項1号イ）等を見無視・軽視した司法審査である.....	13
	（3）独立行政法人である芸文振の「目的」規定の解釈について.....	14
	（4）裁量審査に際して、映画を観ていない市民の主観を重視する一方で、本件映画を観る者の映画を観る自由（憲法21条1項、25条1項参照）を軽視する衡量を行っている.....	18
	（5）「表現の自由」（憲法21条1項）に関わる処分であることから「芸術的観点」「専門的知見に基づく」判断を重視した衡量を行うべきである.....	19
	（6）助成事業を利用する者らへの「萎縮効果」の点からも「芸術的観点」や「専門的知見に基づく」判断を重視した実質的衡量を行うべきである.....	23
	（7）本件処分は映画の「キャスティング」の内容とも密接に関わる.....	24

(8) 「意図せざるメッセージ」の点を重視すべきではない.....	26
(9) 小括.....	27
2 判例違反（上告受理申立て理由2）.....	28
(1) 最高裁平成27年判決違反.....	28
(2) 判断過程審査の判断枠組みを採る判例への違反.....	32
(3) 小括.....	42
3 本件は法令の解釈に関する重要な事項を含む事件である.....	42
(1) 原判決から導かれる弊害・悪影響・萎縮効果.....	42
(2) 本件事案を適切な解決に導くことを通じて「表現助成の問題」一般に対 処する上での基軸となる議論の筋道を明らかにすることが重要な意義を有する こと.....	44
(3) 本件は「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」 （民事訴訟法318条1項）に当たる.....	45
第3 結語.....	45

## 第1 本件訴訟の事案の概要と争点、申立人の主張の骨子

### 1 本件訴訟（映画「宮本から君へ」助成金訴訟）の事案の概要

#### （1）当事者

本件訴訟の申立人（原告、被控訴人）は、映画製作会社（株式会社）であり、相手方（被告、控訴人）は文化庁が所管する独立行政法人日本芸術文化振興会であり、「芸術家及び芸術に関する団体が行う芸術の創造又は普及を図るための活動その他の文化の振興又は普及を図るための活動に対する援助を行い、あわせて、我が国古来の伝統的な芸能…の公開、伝承者の養成、調査研究等を行い、その保存及び振興を図るとともに、我が国における現代の舞台芸術…の公演、実演家等の研修、調査研究等を行い、その振興及び普及を図り、もって芸術その他の文化の向上に寄与することを目的とする」独立行政法人である（独立行政法人日本芸術文化振興会法（以下「振興会法」という。）3条）。また、相手方の理事長は、文化芸術作品としての映画製作等に関する助成金を交付するか否かを決定する行政処分を行う行政機関・行政庁である（振興会法14条1項1号）。

#### （2）事案の概要

本件訴訟は、相手方が、あらかじめ文化芸術の知見のある専門家組織に諮った上で、申立人に対し、いったんは申立人製作の映画である「宮本から君へ」（以下「本件映画」という）という文化芸術作品の製作に係る助成金（文化芸術振興費補助金、以下「本件助成金」という。）を交付するという内定の決定（以下「本件内定」という。なお、本件内定自体は行政処分ではない。）を行ったにもかかわらず、その後、令和元年（2019）年7月10日付けで、「専門的」・「芸術的観点」とは全く別の「薬物乱用の防止」という「公益的観点」を理由に、本件助成金を交付しないという決定（行政処分）を行ったことから、申立人がかかる不交付決

定（以下、この拒否処分を「本件処分」という。）の憲法違反・法律違反を争う行政訴訟（処分取消訴訟、行政事件訴訟法3条2項）である。

## 2 本件処分において考慮された事項・観点

相手方理事長が申立人に対して本件処分を行った理由は、本件映画の出演俳優のうち1名（以下「本件出演者」という。）が麻薬及び向精神薬取締法（麻薬取締法）に違反し有罪判決を受け、その判決が確定したという点にある。すなわち、相手方理事長は、本件処分に際して、本件処分の理由を「本助成対象活動である映画『宮本から君へ』には、麻薬及び向精神薬取締法違反により有罪が確定した者が出演しており、これに対し、国の事業による助成金を交付することは、公益性の観点から、適当ではないため」（下線引用者）と付記し、本件処分を行った。

このように、相手方理事長は、「芸術的観点」とは全く別の「公益的観点」（芸術的観点以外の観点、芸術的観点とは無関係の観点）という考慮事項ないし基準を持ち出して本件助成金を交付するか否かの行政判断を行ったのであり、その芸術的観点以外の観定の「公益」ないし「公益性」の中身は、国民の「薬物乱用の防止」というものであった。なお、同じく「薬物乱用の防止」という理由により内定決定がなされた後に不交付処分がなされたという前例は本件処分のほかには1件もなく、その意味で本件処分は異例の処分であった。

## 3 争点

本件の争点は、①申立人の表現の自由（憲法21条1項）と関わる本件処分が憲法14条1項に違反し違憲であるか、及び②本件処分が裁量権の逸脱・濫用（行政事件訴訟法30条）であり違法であるか、である。

#### 4 第一審判決と原判決（控訴審判決）の要点

以下の通り、上記争点②（本件処分が裁量権の逸脱・濫用（行政事件訴訟法30条）であり違法であるか）につき、第一審判決は、裁量権の逸脱濫用を認めて本件処分が違法なものとした。

他方で、原判決は、裁量権の逸脱濫用を認めず本件処分は適法なものとした。

##### （1）第一審判決の要点：芸術的観点とその他の観点とを適切に衡量した

第一審判決（東京地方裁判所令和3年6月21日判決・令和元年（行ウ）第634号・裁判所ウェブサイト）は、本件助成金の交付・不交付についての相手方理事長の「合理的な裁量」（第一審判決14頁）すなわち一定の行政裁量を肯定しつつも、「被告理事長が交付内定を受けた芸術団体等（内定者）に対し〔②〕公益性を理由に助成金の交付内定の取消し又は不交付決定をしたことが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるか否か」（下線及び〔②〕引用者）について、「交付内定の取消し又は不交付決定の根拠とされた公益の内容、当該芸術団体等に対し助成金を交付することにより当該公益が害される態様・程度、交付内定の取消し又は不交付決定により当該芸術団体等に生じる不利益の内容・程度等の諸事情を総合的に考慮して、交付内定の審査における〔①〕芸術的観点からの専門的知見に基づく判断を尊重する本件要綱の定めや仕組みを踏まえてもなお助成金を交付しないことを相当とする合理的理由があるか否かを検討」（下線及び〔①〕引用者）すべきという処分の違法性（裁量権の逸脱・濫用）の判断枠組みを示した（第一審判決17～18頁）。

この処分の違法性の判断枠組みは、①芸術的観点と②公益的観点（芸術的観点以外の観点）を適切に衡量（比較衡量）するものであり、かつ、公益的観点を考慮した不交付については「特段の事情」（第一審判決16頁）あるいは「芸術的観点からの専門的知見に基づく判断を尊重」したとしてもなお不交付を相当とする「合理

的理由」(同18頁)があることを要件と解することによって①芸術的観点の方を重視して司法審査を行うというものである。

その上で、第一審判決は、上記の判断枠組みにおける「公益」の点や申立人の不利益の点を具体的かつ詳細に検討した上で、助成金不交付を相当とする「合理的理由」があるとはいえないことから、本件処分には裁量権の逸脱・濫用が認められ、「違法」な処分であると判示した(第一審判決19～28頁)。

このように、第一審は、申立人が勝訴した。なお、第一審判決の評釈として、横大道聡「判批」新・判例Watch vol. 29(2021年)31頁、櫻井智章「判批」法教494号(2021年)135頁がある。

## (2) 控訴審判決の要点：実質的に芸術的観点以外の観点だけを重視した

他方で、原判決(東京高等裁判所令和4年3月3日判決・令和3年(行コ)第180号・裁判所ウェブサイト)は、第一審判決とは逆に、本件処分が適法であるとの判決を下した。原審の判断枠組み等は、次のとおりである。

原判決は、振興会法が「本件助成金の交付に関する具体的な要件を定めていない」ことや本件要綱8条1項等の関係規定の内容などから、相手方「理事長が行う本件助成金の交付又は不交付の判断は公益に合致したものであることを要するといふべきである」とし、したがって、相手方「理事長は、基金運営委員会における、助成の対象となる各分野における芸術の専門家による芸術的観点からの専門的知見に基づく採択を踏まえて交付内定を行った場合であっても、交付申請の審査の手続において、本件助成金は、公益性の観点(芸術的観点以外の観点)から本件助成金を交付することが不相当であると認めたときは、本件助成金の不交付決定をすることができるものと解される」(同判決18～19頁、下線引用者、以下同じ)と判示した。

その上で、次のような判断枠組みを提示する。すなわち、「上記のような公益性の観点から控訴人理事長が行う本件助成金の交付又は不交付の判断は、①助成の交

付の対象となる事業の内容、②助成の対象となる経費及び助成金の額、③助成の必要性、④本件助成金を交付しない場合に内定者に生じ得る影響の内容及び程度等、⑤本件助成金を交付した場合に生じ得る影響の内容及び程度等の諸般の事情等を総合考慮した上でされる控訴人理事長の合理的な裁量に委ねられているというべきである。したがって、控訴人理事長の本件助成金の交付に係る裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたものであることを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その基礎とされた重要な事実<sup>1</sup>に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものとして違法となり、裁判所は、上記判断に基づいて控訴人理事長がした処分を取り消すことができるもの（行政事件訴訟法30条）と解すべきである。」（同判決19～20頁、下線引用者）という判断枠組みを示した。

そして、上記判断枠組みについて次のような当てはめを行った。すなわち、「薬物乱用の防止という公益の観点」（同判決23頁、下線・太字強調引用者）を考慮することは許される旨述べ（同判決26頁参照）、また、本件助成金を申立人（被控訴人）に交付すれば、「観客等に対し、『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』という誤ったメッセージを控訴人が発したと受け取られ、薬物に対する許容的な態度が一般的に広まり、ひいては、控訴人が行う助成制度への国民の理解を損なうおそれがあるというべきである」（同判決23頁）と判示し、さらに、「本件助成金の額（1000万円）の本件映画製作の予算全体（助成対象と認定された経費は約7800万円）に占める割合を考慮しても、本件処分により本件映画の製作に重大な支障が生じたとは考え

難しい」などと述べ、したがって、本件処分には裁量権逸脱・濫用は認められず、適法というべきとの結論を導いた。

## **5 申立人の主張の骨子：原判決には法令違反・判例違反があり、本件は「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」に当たる**

以下、詳述するとおり、原判決には、①十分に尊重すべき「芸術的観点からの専門的知見に基づく評価」という考慮事項と、「芸術的観点以外の観点」（「薬物乱用の防止」という「公益性の観点」）なる考慮事項とを、正当な重みづけの下で衡量しない判断枠組みを採ることにより、行政事件訴訟法30条が規定する裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤った違法がある（上告受理申立て理由1、下記第2の1）ほか、②裁量権の逸脱濫用の審査（判断過程審査と社会通念審査を結合させた審査）に関する判例（先例）の内容および射程の解釈を誤った違法がある（上告受理申立て理由2、下記第2の2）。

そして、これらはいずれも、本件の事案類型を超えた射程を有する重要な問題である上、申立人の表現の自由（憲法21条1項）に多大な影響を与えるだけでなく、申立人以外の映像作品の製作を行う団体や個人にとって重要な先例性を有する事件であることから、高裁判決として確定させることは適切ではない事件であり、「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」（民訴318条1項）に当たるものというべきである（下記第2の3）。

以下、詳述する。

## **第2 上告受理申立て理由**

### **1 裁量権の逸脱濫用の判断枠組みの誤った違法（上告受理申立て理由1）**

以下のとおり、原判決は行政事件訴訟法30条が規定する裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤っており、原判決には本件処分に関する法令の解釈を誤

った違法がある。そして、その結果、原判決は本件処分には裁量権の逸脱濫用が認められず適法であるという誤った結論に至っている。

#### (1) 芸術的観点以外の観点だけを重視する原判決の判断枠組み

原判決の判断枠組みは、「公益性の観点から控訴人理事長が行う本件助成金の交付又は不交付の判断」について、一見すると、判例（小田急訴訟本案判決・最一小判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁）の採る判断枠組みである判断過程審査（社会通念審査と判断過程審査とを結合させたもの）を採用したかのような判断枠組みを採り、裁量権の逸脱・濫用（行政事件訴訟法30条）の認否の司法審査を行った（なお、原判決は、下記2のとおり、これまでの判例（先例）の採る判断過程審査とは異なり、実質的に1つだけの考慮事項を考慮するという特異で不合理な判断枠組みを採っている。）。

しかし、原判決の判断枠組みの具体的な当てはめに係る考慮事項ないし考慮要素①～⑤（前記第1の4(2)）を見る限り、同判決が本件映画の芸術的価値に関する事実関係を考慮したとされる形跡は見られない。原判決は、「本件要綱4条が定める『基金運営委員会の議』は、芸術的観点からの専門的知見に基づく評価を示すものとして、控訴人理事長が判断をする際の考慮要素の一つとして十分に尊重すべきものではある」（原判決20頁）と述べるものの、結局は、助成金交付・不交付に係る裁量判断において「芸術的観点」を重視することをせず、「公益性の観点」（芸術的観点以外の観点）という1つだけの考慮事項を重視して判断することについて上記の判断過程審査（と似た判断枠組み）を用いるものであったといえる。つまり、原判決の判断枠組みは「芸術的観点」という考慮事項と「公益性の観点」という考慮事項との比較衡量ないし合理的な調整や、「芸術的観点」という考慮事項の重みづけを行うことを予定しないものであるといえる。

その結果、原判決の判断枠組みにおいては、「芸術的観点」（専門的観点）の考慮事項やそれに係る考慮要素（当てはめ要素）は、本件処分に係る裁量判断におい

て形式的にしか考慮されず（すなわち、実質的には考慮されず）、かつ、重視されないものとされてしまっている。また、原判決は、裁量権逸脱・濫用の認否の司法審査において、①芸術的観点と②公益性の観点（芸術的観点以外の観点）との衡量を一切行わずに司法審査を行うこととする特異かつ不合理な判断枠組みによって裁量権の逸脱濫用の審査を行っている。

このように、第一審判決が、「特段の事情」（第一審判決16頁）を不交付の要件とすることなどによって①芸術的観点の方を重視し、かつ、①芸術的観点と②公益的観点を衡量することを可能とする司法審査の判断枠組みを採っているのに対し、原判決は、逆に、①芸術的観点と②公益的観点を実質的に衡量することを回避することとなる判断枠組みを採り、かつ、①芸術的観点の方を重視することなく、②公益的観点だけを重視するという司法審査の判断枠組みを採っている。

## **（２）原判決の判断枠組みは、芸文振の目的や芸術助成事業の性質（振興会法3条14条1項1号イ）等を見・軽視した司法審査である**

しかし、上記の原判決の採る判断枠組みは妥当ではなく、第一審判決の判断枠組みのように①芸術的観点と②公益的観点を衡量を可能とし、そして①を重視すると判断枠組みの方が、振興会法の関係規定及び憲法の趣旨に照らすと妥当であるというべきである。

まず、（ⅰ）原判決は、芸術に関する団体等が行う芸術の創造又は普及を図るための活動その他の文化の振興又は普及を図るための活動に対する援助等という相手方の「目的」（振興会法3条の目的規定）を見・軽視した判断枠組みを採用している。なお、この点については、下記(3)で詳しく述べる。

また、（ⅱ）原判決は、多数の申請から芸術的な評価の高い一定数のものを選定するという意味で交付処分・不交付処分に係る行政裁量が認められる（他方で薬物乱用の防止という要請の高低の観点で行政裁量が認められるわけではない）と解さ

れる本件助成金や本件処分の性質、本件事業の性質（振興会法14条1項1号イ、第一審判決3頁参照）を無視・軽視した判断枠組みを採用している。

さらに、(iii) 本件処分は、文化芸術基本法2条1項・2項・5項等という本件処分と関連するというべき他の関係法令の関係規定や、文化芸術に係る表現の自由（憲法21条1項）の趣旨（第一審判決15頁、17頁）とも関わるものであることから、芸術的観点以外の観点による不交付処分については、その判断過程において「芸術的観点」を考慮事項・考慮要素とした上、それと他の（「芸術的観点」以外の）考慮事項と衡量し、「芸術的観点」重視した判断がなされたか、という点が審査されるべきである。にもかかわらず、原判決はこのような審査を行わず、②公益的観点（だけ）を重視して本件処分を行っている。

そして、原審の判断枠組みにつき、参考資料1の憲法研究者の意見書（10頁）は、「総合的な考慮をする際の『諸般の事情』がもっぱら『公益性』の観点から検討が求められる事情で占められ、『芸術的観点』から検討されるべき事情が考慮の対象として取り上げられていないことが異例であり、枠組みとしての客観性及び公平性を疑わしめる」などと論じており、また、参考資料2の行政法研究者の意見書（9頁）も、原判決には、「十分に尊重すべき」「芸術的観点からの専門的知見に基づく評価」と、「芸術的観点以外の考慮要素」とを、正当な重みづけの下で衡量しなかった違法がある、と明言しており、さらに、参考資料3及び参考資料4も原審の判断枠組みが不合理なものである旨述べていることから、各研究者の意見書によっても、申立人の上記主張が合理的・正当であることが裏付けてられている。

したがって、原判決には本件処分に関係する法令（行政事件訴訟法30条、振興会法3条・14条1項1号イ）の解釈を誤った違法があるというべきである。

### **(3) 独立行政法人である芸文振の「目的」規定の解釈について**

相手方のような独立行政法人は、「法人」（独立行政法人通則法2条1項）である以上、目的の範囲内において権利を有し、義務を負うものと解される。

この点に関し、民法34条は、「法人は法令の規定に従い、定款その他の基本約款に定められた目的の範囲内において、権利を有し、義務を負う。」（下線引用者）と規定する。独立行政法人も同様に目的の範囲内において、権利を有し、義務を負うものと解すべきである（最三小判平成8年3月19日民集50巻3号615頁（南九州税理士会事件判決）、最一小判平成14年4月15日判例時報1785号31頁（群馬司法書士会事件判決）参照）。

そして、相手方の「目的」の捉え方については、独立行政法人通則法（以下「通則法」という。）1条1項の「公共上の見地」という公益の実現をも芸文振の目的に含めるといふ考え方があり、原判決はこのような考え方によっているとみられる。他方で、振興会法3条が「独立行政法人日本芸術文化振興会（中略）は、芸術家及び芸術に関する団体が行う芸術の創造又は普及を図るための活動その他の文化の振興又は普及を図るための活動に対する援助を行い、（中略）その保存及び振興を図るとともに、我が国における現代の舞台芸術（中略）の公演、実演家等の研修、調査研究等を行い、その振興及び普及を図り、もって芸術その他の文化の向上に寄与することを目的とする。」（下線引用者）と規定していることから、相手方の目的は、要するに芸術団体等が行う芸術の創造・普及を図る活動への援助等を行うことにより、芸術その他の文化の向上に寄与することを目的としていると捉える考え方もありうる。つまり、振興会法3条の目的規定が定める「目的」を相手方の目的と捉える考え方である。

後者の考え方は、同項の「公共上の見地」とは、上記のとおり芸術団体等が行う芸術の創造・普及を図る活動への援助等を行うことにより、芸術その他の文化の向上に寄与するという芸術的観点に係る公益を意味するものであり、同項に係る公益は、振興会法によって具体化に法定（限定）されたものと解する立場である<sup>1</sup>。他方

---

<sup>1</sup> 税理士会・司法書士会につき、税理士法・司法書士法という個別法が税理士会・司法書士会の「目的」を「あらかじめ直接具体的に法定」していることなどから、その目的の範囲を判例は限定的に解している旨説明する文献として、後藤元伸「判批」（最三小判平成8年3月19日民集50巻3号615頁（南九州税理士会事件判決）解説）潮見佳男＝道垣内弘人編

で、前者の考え方は、通則法1条1項の「公共上の見地」（公益）は独立行政法人日本芸術文化振興会法3条によってすべて具体化されているわけではなく、①芸術的観点に係る公益に加えて、②芸術的観点以外の観点に係る公益の実現も芸文振の目的であるとする立場といえる。

そして、後者の考え方によると控訴審判決の判断枠組みは不合理ということになることが明らかであるが、仮に前者の考え方によっても、通則法1条1項は、「この法律は、独立行政法人の運営の基本その他の制度の基本となる共通の事項を定め、各独立行政法人の名称、目的、業務の範囲等に関する事項を定める法律（以下「個別法」という。）と相まって、独立行政法人制度の確立並びに独立行政法人が公共上の見地から行う事務及び事業の確実な実施を図り、もって国民生活の安定及び社会経済の健全な発展に資することを目的とする。」（下線引用者）と規定しているのであるから、通則法単体ではなく、「個別法」（本件助成との関係では振興会法）と相互に作用しあって各独立行政法人の事業等が実施されるべきというのが通則法1条1項の趣旨である。

また、通則法1条1項を強調して、漠然不明確でその外延が際限なく広がり得る（「薬物乱用の防止」のように、その内実が法令に明記されない）「公益」の範囲

---

『民法判例百選Ⅰ 総則・物権 [第8版]』（有斐閣、2018年）16頁（17頁）。独立行政法人通則法1条1項の「公共上の見地」（公益）という芸文振の中小的な「目的」は、独立行政法人日本芸術文化振興会法3条の目的規定によって直接具体的に法定されることで、具体化（抽象的な公益が具体的に規定）されたものとみる解釈も十分成り立つように思われる。このような解釈からすれば、芸文振が実現すべき「公益」の具体的な内容は、次のとおり、独立行政法人日本芸術文化振興会法という個別法の関係規定から導かれるといえる。すなわち、独立行政法人通則法5条が「各独立行政法人の目的は第2条2項（中略）の目的の範囲内で、個別法で定める。」と規定するとともに同法27条が「各独立行政法人の業務の範囲は、個別法で定める。」と規定し、また、同法1条2項が「各独立行政法人の組織、運営及び管理については、個別法に定めるもののほか、この法律の定めるところによる。」と規定し、さらに、薬物乱用の防止という「公益」は同法1条1項の「国が自ら主体となって直接に実施する必要のない」事務・事業のうち「民間の主体に委ねた場合には必ずしも実施されないおそれがあるもの」には該当するものとはいえないことから、芸文振の目的につき規定した独立行政法人日本芸術文化振興会法3条やその業務の範囲につき規定した同法14条等により、本件助成金交付処分に係る「公益」の具体的な内容が画定されるというべきである。

を際限なく拡大することは、振興会法が芸文振の所掌事務・事業につき、わざわざ芸術的観点に係る公益の実現を図る事業を行うものと規定することで、文化芸術関連の事務事業を実施することとした行政組織の役割とも整合しない解釈になる。

例えば、②芸術的観点以外の観点である「薬物乱用の防止という公益の観点」（控訴審判決23頁）について、相手方は、薬物に関する専門的知見を有しているわけでもなければ、薬物に関する専門家組織に諮問することとしているわけでもなく、加えて、「薬物乱用の防止」についての事業を具体的な事業として行っているわけでもない。すなわち、厚生労働省等の行政組織等とは異なり、相手方は、薬物乱用の防止について、いわば素人同然であると言わざるを得ない。そのため、薬物乱用の防止という②公益的観点の考慮について行政裁量が認められるというのは本来不合理であり、ましてや、芸文振が、①芸術的観点を考慮あるいは重視せず、薬物乱用の防止という②公益的観点（だけ）を重視した行政決定（助成金の交付・不交付に係る決定）を行うことは通則法1条1項の趣旨にも反するものといえる。

なお、原判決は、②公益的観点に係る「薬物乱用の防止」という公益実現を図ることにより「助成制度への国民の理解を損なうおそれ」（控訴審判決23頁）を防止することが①芸術的観点に係る公益実現にも資するかのよう判断を行っているようにも読める。しかし、上記の芸文振の目的や事業の性質等に照らすと、芸文振の事業である助成制度に対して「薬物乱用の防止」の目的をも含むものと理解する

「国民」の存在は通常は想定されない。また、仮にそのような「国民」が存在するとしても、本件助成制度が薬物乱用の防止目的で実施されていると理解することは正当な「理解」ではなく単なる「誤解」（法制度に対する誤った理解）にすぎないから、そのような誤解を介在させることによって②公益的観点と①芸術的観点を強引に結びつけることには問題がある。そして、そのような当てはめを可能とする原判決の判断枠組みは不合理である。

**(4) 裁量審査に際して、映画を観ていない市民の主観を重視する一方で、本件映画を観る者の映画を観る自由（憲法21条1項、25条1項参照）を軽視する衡量を行っている**

原判決の判断枠組みには、「社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる」という部分につき、誰の視点を重視するかという点にも問題がある。

この点、第一審判決は、公益性の観点に関し、特に本件映画を観た観客がどのような印象を持つか（芸文化振側が「国は薬物犯罪に寛容である」などという誤ったメッセージを発したものと受け取るか）という点を重視したものと考えられる。これに対し、原審は、本件映画を観ていない者のアンケート調査結果を重視していることから（原判決25頁参照）、観客がどのような印象を抱くかは殆ど実質的に考慮しておらず、他方で、映画を観ていない一般国民の印象を重視したものと考えられる。

このことにつき、原判決は、補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律（以下「適正化法」という。）3条1項が「各省各庁の長は、その所掌の補助金等に係る予算の執行に当つては、補助金等が国民から徴収された税金その他の貴重な財源でまかなわれるものであることに特に留意し、補助金等が法令及び予算で定めるところに従つて公正かつ効率的に使用されるように努めなければならない。」

（下線筆者）と規定することを強調する（原判決16～17頁）。

しかし、本件助成金は、独立行政法人日本芸術文化振興会法3条に規定された「目的」を「達成するため」の事業として法定されたという性質を有するものである。そして、本件助成金の交付に係る事業を含む助成事業（振興会法14条1項1号イ）は、芸術団体等が行う芸術の創造・普及等の文化の振興・普及を図るものであるから、芸術作品の製作者側以外で最も芸術の普及等に関係の深い者は観客・観賞者である。ゆえに、司法審査においては、現に文化芸術作品である映画を観る（見た）国民・市民がどのような印象を抱くかという点こそ十分に考慮・重視されるべきである。にもかかわらず、原判決は、このような本件助成金の事業の性質を

無視あるいは十分に考慮することなく、補助金適正化法3条等の一部の（講学上の）規制規範とみられる規定だけを過度に合理的理由なく考慮・重視することにより、相手方の目的及び所掌事務等を明定した振興会法の趣旨に悖る審査を行ったものといえる。

また、本件助成金は、その性質（振興会法14条1項1号イ）や相手方の目的（振興会法3条）等に照らすと、映画を見る者の映画を観る権利（憲法21条1項）や映画を観る者の文化的な生活を営む権利（憲法25条1項）を実質的に保障することに寄与するものであるから、映画を観ていない一般国民の印象を重視することを可能とする判断枠組みが採られるべきではない。

したがって、原判決は、上記「社会通念」の部分の判断枠組みに関してしても、映画を観てもいない市民の主観を重視して処分の適法性を審査できることを可能としているから、この点でも本件処分に関係する法令（行政事件訴訟法30条、振興会法3条・14条1項1号イ）の解釈を誤った違法がある。

**（5）「表現の自由」（憲法21条1項）に関わる処分であることから「芸術的観点」「専門的知見に基づく」判断を重視した衡量を行うべきである**

**ア 給付・助成の文脈においても、専門家の判断が助成事業の基本方針において尊重される運用となっている場合には「表現の自由」に係る「芸術的観点」が重視されるべきである**

「表現の自由」を保障した憲法21条1項に照らすなら、規制、すなわち不利益の供与であれば、マイナスに引き下げられているのであるから、違憲となる可能性があるのに対し、給付しないこと、すなわち利益の不供与であれば、それはプラスが得られないだけであり、マイナスにされているわけではないから、原則としては違憲となる可能性はないといえる。これは、一般論として、規制と比べて給付のほうが裁量の幅が広い場合が多いと考えられていることと照応する。しかし、それは、

形式論にとどまる。事態を実質的に捉えた場合には、表現の自由と関わる給付・助成の不交付処分に際して、表現の自由ないしその価値に重きをおいた衡量が行われるべきである（参考資料1・3～4頁・二参照）。

すなわち、「給付の文脈」において、政府は、表現内容中立性の要請から解除され、私人の表現活動に対する助成に当たってする審査は、表現内容に着目することを無制限に許されることとなるわけではない。芸術の領域は、国民生活の一般的福祉の実現、とりわけ、その社会・経済的側面に対する関与を主たる業務としてきた国家にとっては、必ずしもよく処理しうる領域とはいえない。芸術の領域には固有の評価基準が存し、芸術を制作する当事者（以下「芸術制作者」という。）たちは、それをそれぞれの判断にもとづいて解釈し、芸術上の実践へともたらすことが期待されているといえる。芸術への助成の名の下に、政府が政府自身の価値判断を押しつけるようなことがあれば、助成を得られる者と得られない者を政府が独断で選別することが可能となり、芸術制作に関して、憲法21条1項が保障する表現の自由が脅かされるおそれが大いといわなければならない。

けれども、芸術制作者は、自らの実践を広く人々に伝達することに関しては、関心が十分にはなかつたり、関心があるとしても、自らの実践を広く伝達するための有効な手段を持っていない場合が少なくない。ここに、芸術制作者の権利・利益を守り、芸術制作者と芸術の享受者である公衆とをつなぐ役割を果たす文化専門職（以下「専門家」という。）が、専門家集団として社会的に存在する意義がある。

これに対して、政府は、自国の芸術を振興することに対して正当な利益と関心を有し、それを実現するための十分な企画力・調整力と財源をも有している。

そうであるとすれば、政府が芸術に対する助成事業を行う場合には、政府は、助成事業の「基本方針」を策定することに、その関与を限定し、当該「基本方針」の解釈には携わらないとすること、当該「基本方針」の解釈は専門家に委ねるとすることが、芸術に対する政府の主導性と政府に対する芸術の自律性とを調整する上で必要不可欠であり、このような形で調整を図るのでなければ、芸術に対し選択的な助成をする

政府の権限と芸術制作者の表現の自由とを両立させることはできないというべきである（参考資料1・4～6頁・三の1参照）。

そして、給付・助成の文脈においても、専門家の判断が助成事業の基本方針において尊重される運用とされている場合には「表現の自由」に係る「芸術的観点」が重視されるべきであるところ（参考資料1・6～7頁・三の2参照）、振興会法の関係規定や本件要綱において専門家の判断が助成事業の基本方針において尊重される運用とされている（参考資料1・7～8頁・四の1参照）。

**イ 「芸術的観点」と「公益性の観点」とを衡量する判断枠組みないし基準において、少なくとも「麻薬等の拡がりを抑制する見地からみて放置することのできない程度の悪影響が生ずる相当の蓋然性」が要求されるべきである**

以上のことから、「表現の自由」の観点からみても、第一審判決のように「特段の事情」（第一審判決16頁、下線引用者）あるいは「芸術的観点からの専門的知見に基づく判断を尊重」してもなお公益性の観点から助成金を「交付しないことを相当とする合理的理由」（第一審判決18頁、下線引用者）を不交付の要件とすることなどによって①芸術的観点の方を重視し、かつ、①芸術的観点と②公益的観点を衡量することを可能とする司法審査の判断枠組みを採るべきである。あるいは、少なくとも、「芸術的観点」からの考慮の結果、交付内定を受けた助成対象活動に対する交付決定を、「公益性」を理由としてしないことが是認されるためには、当該「公益」の内容が、政府の助成事業が麻薬等の拡がりに対する社会の意識を緩めることに寄与するおそれを防止することである場合には、不交付処分をするのでなければ、麻薬等の拡がりを抑制する見地からみて放置することのできない程度の悪影響が生ずる相当の蓋然性（あるいは具体的・実質的な蓋然性）があると認められることが必要であり、抽象的な可能性や抽象的な危惧感では足りないものと解すべきである。

なぜならば、このような基準ないし判断枠組みを立てるのでなければ、薬物乱用防止のような当該公益に対する何らかの悪影響が生じる抽象的な可能性があるというだけで不交付が適法とされかねず、そのような事態は、交付を可とする専門家による「芸術的観点」から行われた交付内定の判断を容易に覆すことを可能とするものであり、政府の主導性と芸術の自律性との調整を著しく前者に傾斜した形で均衡させ、政府に、私人の表現活動に対する助成事業の「基本方針」の策定を超える権能を付与することとならざるをえないからである（参考資料1・8～10頁・四の2参照、参考資料3・20頁参照）。

**ウ 芸術助成においては公務担当者が自分の偏った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ものである**

上記ア・イのように解すべきことは、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、という観点からも重要である。

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うることもあろうが、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、相手方の判断は、ある一つの価値観として相対化されざるを得ない。

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。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、原判決が採用した、芸術性（内容）と切り離れた「公益性」判断を芸文振理事に認めるという枠組みは、当該理事が、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、本件のような思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な点として勘案すべきである（以上につき、参考資料3・21頁参照）。

**（6）助成事業を利用する者らへの「萎縮効果」の点からも「芸術的観点」や「専門的知見に基づく」判断を重視した実質的衡量を行うべきである**

本件処分ないし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。現実には、本件処分がなされた当時、公的助成を受けたいと考えている芸術活動家の間で「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た（参考資料3・3頁参照）。

すなわち、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。原判決では、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、苦労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（本件処分）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考えられ、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、実質的にみれば不利益を課されたことになる。

また、原判決のような判断枠組みが正当とされ先例として残ることとなってしまうと、表現助成に係る補助金・助成金が、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》程度のもので位置付けられていくことになることも十分に想定される。しかし、これでは、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。

このように、助成事業を利用する者らへの「萎縮効果」の点からも「芸術的観点」や「専門的知見に基づく」判断を重視した実質的衡量を行うべきである（参考資料3・25～27頁参照）。

#### **（7）本件処分は映画の「キャスティング」の内容とも密接に関わる**

上記（5）のとおり、本件処分は「表現の自由」（憲法21条1項）に関わる処分であることから、不交付処分の審査枠組みにおいては「芸術的観点」や「専門的知見に基づく」判断を重視した実質的な衡量を行うべきであるところ、このような衡量を行うべきことは、本件処分が本件映画のキャスティングの内容とも密接なかわりを有することからも重要といえる。

すなわち、相手方が本件助成金の不交付決定をした理由が、映画製作者の申請書の不備や虚偽申請ではなく、映画のキャスティングの内容に関わっているという点は本件処分を考えるうえで非常に重要な点というべきである。

映画は、現代における重要な表現の手段であり、「表現の自由」を保障する憲法21条1項でも保護される。ただし、もちろん、映画の製作に至るすべてのプロセスが表現行為として保護されるわけではない。例えば、ロケ先での食事の手配や、控室での製作者同士の雑談は、「映画の内容」として映画表現の一部と認定されるわけではない。一見すると、どの俳優をどの役に配役するか判断も、映画内の台詞の文言や、映像の中身と異なり、表現行為でないようにも見える。

しかし、同じ役、同じ台詞であっても、どのような俳優が演じるかで、表現の内容は大きく変わってくる。それゆえ、映画のキャスティングは、「脚本家の台詞の執筆」や「俳優の演技」と同様、映画表現の重要な要素である。映画監督やプロデューサーは、俳優の演技の質や年齢・容姿はもちろんのこと、現場でのコミュニケーションの力や当人が持つ社会的イメージなどを総合的に判断し、誰が最もこの役に相応しいかを考え、キャスティングする。

今回問題となっている「薬物犯罪の有罪歴」は、キャスティングに際し、考慮すべき一つの事情ではある。しかし、映画の専門家は、有罪歴の有無を、唯一絶対の基準とは考えていないだろう。例えば、事例に応じて、「事案の悪質さが鑑賞者に与える影響を考え、出演シーンを別の俳優で撮りなおす」と判断することもあれば、「余人をもって代えがたい演技である一方、当人の反省・治療への取り組みやその後の社会貢献活動を踏まえると、観る人は冷静に鑑賞してくれると判断できるから出演シーンはカットしない」と判断することもあり得る。

このように、キャスティングは、形式的な基準を当てはめれば機械的に答えが出るようなものではなく、表現者たる映画製作者が、様々な要素を考慮して行う表現行為（憲法21条1項）である。

そして、本件映画の映画表現における功績や責任は、すべて映画製作者に帰属する。他方、本件不交付決定は、相手方が本件映画の映画表現の発信者の一人だという誤った認識に基づき、キャスティングという映画表現の内容の重要な構成要素を理由としている。これは妥当な判断とはいえない。

そこで、上告審では、次の諸点（ポイント）を踏まえた判断がなされるべきである。すなわち、（i）キャスティングが脚本の内容や俳優の演技内容と同様に、映画表現の内容である点、（ii）本件処分が、キャスティングという映画表現の内容それ自体を理由としているともいえる点、（iii）キャスティングを含め、映画表現の内容が芸術的観点から価値を持つか否かは、専門委員会でないとは判断できない事柄である点、（iv）本件映画の名義はあくまで映画製作者であり、本件映画は相手方のメッセージを社会に発信する性質を持たない点、（v）本件で問題となったキャスティングの責任は、あくまで映画製作者が負うべきものであり、相手方が負うべき性質のものではない点を踏まえた判断がなされるべきである。もし、これらの諸点が無視されれば、相手方、これまでの制度が想定していたのとは比較にならないほど、作品の表現内容に深く関与せざるを得なくなる。そのような判断は妥当ではないというべきである（以上につき、参考資料4参照）。

したがって、本件処分が本件映画のキャスティングの内容とも密接なかわりを有することからみても、「表現の自由」（憲法21条1項）に関わる本件処分に係る交付・不交付の審査枠組みにおいては「芸術的観点」や「専門的知見に基づく」判断を重視した実質的な衡量を行われるべきである。

#### **（8）「意図せざるメッセージ」の点を重視すべきではない**

上記（7）の（iv）・（v）に関して補足すると、文化芸術助成に係る処分に係る政府（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」というものであることから、これとは異なる「意図せざるメッセージ」（参考資料3・16～17頁、21～23頁）である「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」という誤ったメッセージ（原判決23頁）につき、本件助成金の交付・不交付の結論を導くためにこの「意図せざるメッセージ」を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というべきである（参考資料3・21～23頁参照）。

したがって、このような「意図せざるメッセージ」を重視することになる観点からも、原判決の判断枠組みは妥当ではない。

### (9) 小括

以上のとおり、原判決は、①芸術的観点と②公益的観点の実質的な衡量を行わない判断枠組みを定立し、①芸術的観点を重視せず、②公益的観点だけを過度に重視し、あるいは、実質的には②公益的観点だけを考慮して交付・不交付の判断をするという判断枠組みにより司法審査を行ったものである。しかし、このような特異な判断枠組みは、振興会法3条、14条1項1号イ、通則法1条1項等の趣旨に反する不合理な基準であり、芸文振の「目的」規定（目的規範<sup>2</sup>）である振興会法3条・通則法1条1項、さらに表現の自由（憲法21条1項）の趣旨等を見無視・軽視する審査である。これでは相手方の本来の目的の範囲外の（本来は権限外の）行政作用をも許容することになってしまうものと言わざるを得ない。

したがって、原判決は行政事件訴訟法30条が規定する裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤っており、原判決には本件処分に関する法令の解釈を誤った違法があるというべきである。

---

<sup>2</sup> 「目的規範」も「規制規範」の1つである（宇賀・前掲注（5）34頁）から、本件助成金の交付・不交付の決定は、独立行政法人日本芸術文化振興会法3条やその趣旨を重視して行われるべきものである。また、同条や同法14条1項1号イが「組織規範」（そのような行政機関を設けるか、行政事務を各行政機関にいかにか配分するか、各行政機関の組織をいかにか定めるか等を内容とするもの、宇賀・前掲注（5）33頁）に当たると考えるとしても、行政機関は所掌する事務の範囲内において（つまり、組織規範に依拠して）活動することができ、活動に際して判断の余地を有する（大橋洋一『行政法Ⅰ 現代行政過程論[第4版]』（有斐閣、2019年）259頁）のであるから、本件処分についても、同法3条や同法14条1項1号イの趣旨に照らした行政裁量の行使がなされるべきである。ゆえに、同条とは関係のない薬物乱用の防止という公益的観点を重視して助成金の交付・不交付の判断を行うことは、公益的観点に係る事項の他事考慮かつ芸術的観点に係る事項の考慮不周あるいは各事項に対する明白な評価の誤りであって、裁量権の逸脱・濫用というほかに違法であるから、そのような判断を可能とする控訴審判決の判断枠組みには法令違反があることは明らかといえる。

## 2 判例違反（上告受理申立て理由2）

原判決の判断枠組みは、これまでの関係する最高裁判例（先例）の内容（司法審査の判断枠組み、考慮事項の考慮ないし考慮事項間の衡量方法）にも反するものでもあり、また、先例の射程の解釈を誤っているから、原判決には判例違反の違法がある。

### （1）最高裁平成27年判決違反

原判決は、以下詳しく述べるとおり、最高裁平成27年判決すなわち最三小判平成27年3月3日民集69巻2号143頁（北海道パチンコ営業停止事件）に違反するものである（参考資料2・2～5頁等）。

#### ア 本件要綱は裁量基準である

原判決は、「本件助成金の交付に関する控訴人理事長の処分については行政手続法第2章及び第3章の規定は適用されず（振興会法17条により準用される適正化法24条の2）、本件要綱は振興会法その他の法令に根拠を持たない控訴人の内部的な手続細則にとどまる」としている（原判決17～18頁）。しかし、本件要綱は、相手方の「内部的な手続細則にとどまる」ものではなく、相手方理事長の裁量権の行使にあたっての裁量基準と位置付けられるべきである。

相手方理事長が行った本件助成金の不交付決定は、取消訴訟の対象となる「行政庁の処分」（行政事件訴訟法3条2項）に当たる。このことは、本件訴訟を取消訴訟として適法としている以上、原判決も認めているものと解される。また、本件助成金の交付・不交付の決定に際して、相手方理事長に一定の裁量権が認められることには争いがない。そうすると、本件要綱は、相手方理事長が本件助成金の交付・不交付の決定という裁量処分をするに当たっての基準を予め設定する、いわゆる裁量基準に当たるものと解される。相手方は独立行政法人であり、国の機関ではないが、公権力の行使としての「処分」を担う特別行政主体である以上は、裁量権の行使に当たっての恣意の抑制、私人の予測可能性の確保といっ

た、裁量基準を定めて公にすることの必要性は、国の機関と同様に存在するといふべきである。

なお、相手方は独立行政法人であり、相手方理事長はその機関であって、いずれも「行政機関」（行手法2条5号）に当たらないことから、相手方ないし相手方理事長が制定した本件要綱は、「命令等」としての「審査基準」（行政手続法2条8号ロ）には当たらない。しかしながら、裁量基準という類型は、行政手続法上の「命令等」とは異なる講学上の観点に基づくものであり、本件要綱が「命令等」に該当しないことが、本件要綱が裁量基準に当たるという理解を妨げるものではない。

また、原判決が言うように、振興会法17条が準用する適正化法24条の2は、補助金等の交付に関する処分について、行政手続法第2章（申請に対する処分）及び第3章（不利益処分）の適用除外を定めている。その結果、相手方理事長は、国の行政庁とは異なり、審査基準を定めて公にする義務（行政手続法5条1項ないし3項）を負っていないことになる。しかしながら、実際に相手方ないし相手方理事長は、実質的には裁量基準に当たるところの本件要綱を定めて公にしているわけであり、それが行政手続法に基づく義務の履行としてなされたものではないことを理由に、本件要綱をことさらに「内部的な手続細則」と性質決定することはできないと解される。

#### **イ 本件要綱は相手方理事長の裁量権の行使を一定の範囲で拘束する**

##### **（ア）裁量基準は裁量権の行使を一定の範囲で拘束する**

原判決は、本件要綱により「理事長の裁量権の行使が法的に制限されるものではない」としている（原判決18頁）。しかし、本件要綱が「内部的な手続細則にとどまる」ものではなく、実質的には裁量基準に当たり、しかも相手方ないし相手方理事長がそれを公開していることに鑑みると、本件要綱は相手方理事長の裁量権の行使を一定の範囲で拘束するものといふべきである。

裁量基準は、講学上の行政規則の一種として、いわゆる外部効果を持たず、法令と同様の形で裁判所および私人を拘束することはない。したがって、裁量基準を逸脱してなされた処分であっても、そのことのみを理由に違法と評価されることはない（最三小判昭和43年12月24日民集22巻13号3147頁（墓理法通達事件）、最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（マクリーン事件））。しかし、公にされている裁量基準を逸脱してなされた処分は、平等原則や信頼保護原則に照らして、裁量基準に従わないことを相当と認めるべき特段の事情がない限り、裁量逸脱または裁量濫用と評価される（前掲最三小判平成27年3月3日。下記下線部参照）。

○最三小判平成27年3月3日民集69巻2号143頁（北海道パチンコ営業停止事件）

「行政手続法は、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することをその目的とし（1条1項）、行政庁は、不利益処分をするかどうか又はどのような不利益処分とするかについてその法令の定めに従って判断するために必要とされる基準である処分基準（2条8号ハ）を定め、かつ、これを公にしておくよう努めなければならないものと規定している（12条1項）。

上記のような行政手続法の規定の文言や趣旨等に照らすと、同法12条1項に基づいて定められ公にされている処分基準は、単に行政庁の行政運営上の便宜のためにとどまらず、不利益処分に係る判断過程の公正と透明性を確保し、その相手方の権利利益の保護に資するために定められ公にされるものというべきである。したがって、行政庁が同項の規定により定めて公にしている処分基準において、先行の処分を受けたことを理由として後行の処分に係る量定を加重する旨の不利益な取扱いの定めがある場合に、当該行政庁が後行の処分につき当該処分基準の定めと異なる取扱いをするならば、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、当該処分基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき特段の事情がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解され、こ

の意味において、当該行政庁の後行の処分における裁量権は当該処分基準に従って行使されるべきことがき束されており、先行の処分を受けた者が後行の処分の対象となるときは、上記特段の事情がない限り当該処分基準の定めにより所定の量定の加重がされることになるものということができる。」

### (イ) 最高裁平成27年判決は一般的な射程を有する

この点について、原判決は、前掲最判平成27年3月3日は「処分基準について法規命令と同様の外部的な効果まで認めたものではない」とする(21頁)。たしかに、同判決は、裁量基準に法規命令と同様の外部効果が備わる旨、すなわち裁量基準を逸脱した処分が(裁量基準自体が無効である場合を除き)常に違法となる旨を述べたわけではない。しかし、このことは、裁量基準が行政庁の裁量権の行使を一切拘束しないことを意味しない。前掲最高裁平成27年判決は、むしろ、裁量基準に従わないことを相当と認めるべき特段の事情がない限りは裁量権の行使がその範囲の逸脱又はその濫用となるとしており、これは、裁量基準が、平等原則や信頼保護原則を介して、処分庁の裁量権の行使を一定の範囲で(特段の事情がない限りで)拘束することを述べたものである。また、同判決は、この理を「行政手続法12条1項の規定により定められ公にされている処分基準」について特に明らかにしたものであって、平等原則や信頼保護原則を介した行政基準の一定の拘束力は、処分基準についてのみならず審査基準についても、裁量基準のみならず解釈基準についても、同様に認められるものと解される。

この点について、第一審判決は、「振興会法は、被告の助成事業における助成金の交付の要件や手続について被告理事長による合理的な裁量に委ねているところ、被告理事長は、本件要綱を定めるに当たり、同法の趣旨を踏まえ、交付内定に当たって基金運営委員会の諮を経るものとし、交付内定の審査における芸術的観点からの専門的知見に基づく判断を尊重するための定めや仕組みを設けているのであるから、被告理事長が内定者の交付申請に対して行う交付又は不交付の判

断も、このような本件要綱の定めや仕組みを踏まえたものでなければならない」（第一審判決16頁）と指摘している。それに続く、「被告理事長が処分当時の本件要綱には交付内定の取消事由として規定されていない公益性を根拠に交付内定の取消し又は不交付決定をしたという一事をもって、直ちに、これが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるものということとはできない」（第一審判決17頁）という叙述と合わせ見るならば、第一審判決は、本件要綱に法規命令と同様の外部効果を承認するものではない。むしろ、「交付内定の審査における芸術的観点からの専門的知見に基づく判断を尊重する本件要綱の定めや仕組みを踏まえてもなお助成金を交付しないことを相当とする合理的理由があるか否かを検討すべきである」（第一審判決18頁）という叙述からは、上記の論旨と同様に、本件要綱に相手方理事長の裁量権の行使を一定の範囲で拘束する効力を認めるものと理解でき、妥当である。

## （2）判断過程審査の判断枠組みを採る判例への違反

### ア 原判決は複数の考慮事項を考慮し衡量する判断過程審査を用いていない

最一小判平成18年11月2日民集60巻9号3249頁（小田急訴訟本案判決）は、「裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてなされたことを前提として、その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し、又はこれを濫用したものとして違法となる」（下線引用者）と判示しており、1つの特定の考慮事項だけを考慮することについて判断過程審査を用いているものではなく、複数の考慮事項を考慮することについて判断過程審査を用

いたものといえる。すなわち、同判決は、都市計画法等の法令解釈から、①都市施設に関する都市計画決定等に係る交通の円滑化や鉄道輸送力の増強等の公益を考慮することのみならず、②住民の「健康又は生活環境」（同判決）や③「環境の保全」（同判決）という考慮事項を導き出し、司法審査（判断過程審査）において①～③の考慮事項を考慮しているのである（日野辰哉「判批」（最一小判平成18年11月2日解説）宇賀克也ほか編『行政判例百選I[第7版]』（有斐閣、2017年）152～153頁参照）。

このように、同判決は、客観的な法令解釈から導かれるという複数の考慮事項①～③を「総合的に考慮」（同判決）したものである。なお、下記イで述べるとおり、同判決以外の多くの判例も、同様に、判断過程審査を行うに際しては複数の考慮事項を考慮していることから、原判決は、これまでの最高裁判所の第一小法廷から第三小法廷のいずれの判決とも異なる司法審査の判断枠組みを提示したものだといえる（最二小判平成8年3月8日民集50巻3号469頁（剣道実技拒否事件判決）、最三小判平成18年2月7日民集60巻2号401頁（呉市公立学校使用不許可事件判決）等参照）。

以上のとおり、原判決は、上記のとおり2つの考慮事項（①芸術的観点と②公益性の観点（芸術的観点以外の観点））がある場合において、そのうち1つの考慮事項、しかも法令には明記されておらず、漠然不明確でその外延が際限なく広がり得るともいえる「公益性の観点」だけを重視し、実質的にはそれだけを考慮することとなる判断枠組みを採用し、処分庁の裁量判断の司法審査を行ってしまうというものであり、上記各最高裁判例の司法審査の判断枠組みに違反するものである。

**イ 本件補助金不交付決定には、相手方理事長が「当然考慮すべき事項を十分考慮して」いない違法がある（参考資料2・5～11頁）**

**（ア）本件には判断過程審査の定式が妥当する**

原判決は、「その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、①重要な事実の基礎を欠くか、又は②社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である」とする（原判決19頁。傍線および丸数字引用者）。

この裁量審査の定式自体は、これまでの判例の展開を踏まえた適切なものであると解される。一方で、下線部①②の場合は、かねてから最高裁が、行政裁量が広範に認められる事例においてであっても、一貫して言及してきたものである

（前掲最大判昭和53年10月4日。下記参照）。他方で、下線部①②に加えて上記の破線部を明示するのは、現在では一般的となった、いわゆる判断過程審査のフォーマットである（前掲最三小判平成18年2月7日。下記参照）。

○最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁（マクリーン事件）

「裁判所は、法務大臣の右判断についてそれが違法となるかどうかを審理、判断するにあたっては、右判断が法務大臣の裁量権の行使としてされたものであることを前提として、①その判断の基礎とされた重要な事実に誤認があること等により右判断が全く事実の基礎を欠くかどうか、又は事実に対する評価が明白に合理性を欠くこと等により②右判断が社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことが明らかであるかどうかについて審理し、それが認められる場合に限り、右判断が裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつたものとして違法であるとする事ができるものと解するのが、相当である。」

○最三小判平成18年2月7日民集60巻2号401頁（呉市公立学校使用不許可事件）

「管理者の裁量判断は、許可申請に係る使用の日時、場所、目的及び態様、使用者の範囲、使用の必要性の程度、許可をするに当たっての支障又は許可をした場合の弊害若しくは影響の内容及び程度、代替施設確保の困難性など許可をしないことによる申請者側の不

都合又は影響の内容及び程度等の諸般の事情を総合考慮してされるものであり、その裁量権の行使が逸脱濫用に当たるか否かの司法審査においては、その判断が裁量権の行使としてされたことを前提とした上で、その判断要素の選択や判断過程に合理性を欠くところがないかを検討し、その判断が、①重要な事実の基礎を欠くか、又は②社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限って、裁量権の逸脱又は濫用として違法となるとすべきものと解するのが相当である。」

### (イ) 本件では考慮事項の審査がなされるべきである

他方で、近時の最高裁は、②社会通念に照らし著しく妥当性を欠くことと言える例として、③考慮すべき事項を考慮していないことや、④考慮すべきでない事項を考慮したことを挙げるようになっている（下記の判決群参照）。しかも、前掲最三小判平成18年2月7日は、行政庁に比較的広範な裁量が認められるところの行政財産の目的外使用許可に関するものであるにも関わらず、この③④の要素を審査した結果、裁量権の逸脱または濫用を肯定している。そうすると、同様に行政庁に比較的広範な裁量が認められる補助金交付決定の事例についても、この③④の要素は当然に審査されるべきであり、これを明示しない原判決には、先例を適切に踏まえていない憾みがある。

○最判平成8年3月8日民集50巻3号469頁（剣道実技拒否事件）

「4 以上によれば、信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由のない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけでもないのに、代替措置について何ら検討することもなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、二年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう「学力劣等で成業の見込みがないと認められる者」に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、③考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を

欠き、その結果、②社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはなく、本件各処分は、裁量権の範囲を超える違法なものといわざるを得ない。」

○最三小判平成 18 年 2 月 7 日民集 60 卷 2 号 401 頁（呉市公立学校使用不許可事件）

「（５）上記の諸点その他の前記事実関係等を考慮すると、本件中学校及びその周辺の学校や地域に混乱を招き、児童生徒に教育上悪影響を与え、学校教育に支障を来すことが予想されるとの理由で行われた本件不許可処分は、④重視すべきでない考慮要素を重視するなど、考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いており、③他方、当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、②社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものといえることができる。」

○最一小判平成 18 年 11 月 2 日民集 60 卷 9 号 3249 頁（小田急高架化訴訟本案）

「（２）都市計画法は、都市計画について、健康で文化的な都市生活及び機能的な都市活動を確保すべきこと等の基本理念の下で（２条）、都市施設の整備に関する事項で当該都市の健全な発展と秩序ある整備を図るため必要なものを一体的かつ総合的に定めなければならないと、当該都市について公害防止計画が定められているときは当該公害防止計画に適合したものでなければならないとし（１３条１項柱書き）、都市施設について、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、適切な規模で必要な位置に配置することにより、円滑な都市活動を確保し、良好な都市環境を保持するように定めることとしているところ（同項５号）、このような基準に従って都市施設の規模、配置等に関する事項を定めるに当たっては、当該都市施設に関する諸般の事情を総合的に考慮した上で、政策的、技術的な見地から判断することが不可欠であるといわざるを得ない。そうすると、このような判断は、これを決定する行政庁の広範な裁量にゆだねられているというべきであって、裁判所が都市施設に関する都市計画の決定又は変更の内容の適否を審査するに当たっては、当該決定又は変更が裁量権の行使としてされたことを前提として、①その基礎とされた重要な事実に誤認があること等により重要な事実の基礎を欠くこととなる場合、又は、

事実に対する評価が明らかに合理性を欠くこと、③判断の過程において考慮すべき事情を考慮しないこと等によりその内容が②社会通念に照らし著しく妥当性を欠くものと認められる場合に限り、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したものとして違法となるとすべきものと解するのが相当である。」

○最判平成 19 年 12 月 7 日民集 61 卷 9 号 3290 頁（一般公共海岸占用許可事件）

「これらの事情を考慮すると、本件海岸の占用の許可をしないものとした上告人の判断は、③考慮すべきでない事項を考慮し、他方、④当然考慮すべき事項を十分考慮しておらず、その結果、②社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものということができ、本件不許可処分は、裁量権の範囲を超え又はその濫用があったものとして違法となるものというべきである。」

**（ウ）芸術的観点からの専門的知見は相手方理事長が「当然考慮すべき事項」である**

第一審判決は、本件不交付決定に係る行政庁の裁量権の行使の逸脱又は濫用を審査するに当たって、以下のように述べている。

「イ もっとも、公益性は多義的な概念である上、具体的にどのような場合であれば公益性に反するのかの判断も個別の事案や価値観等によって分かれ得ることから、被告理事長が内定者に対し公益性を理由に交付内定の取消し又は不交付決定をすることは、その運用次第では、(a)特定の芸術団体等に不当な不利益を与え、あるいはその自主性を損ない、ひいては芸術団体等による自由な表現活動の妨げをもたらすおそれをはらむものであることを否定することができない。

そこで、被告理事長が交付内定を受けた芸術団体等（内定者）に対し公益性を理由に助成金の交付内定の取消し又は不交付決定をしたことが裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たるか否かを判断するに当たっては、交付内定の取消し又は

不交付決定の根拠とされた公益の内容、当該芸術団体等に対し助成金を交付することにより当該公益が害される態様・程度、交付内定の取消し又は不交付決定により当該芸術団体等に生じる不利益の内容・程度等の諸事情を総合的に考慮して、(b)交付内定の審査における芸術的観点からの専門的知見に基づく判断を尊重する本件要綱の定めや仕組みを踏まえてもなお助成金を交付しないことを相当とする合理的理由があるか否かを検討するべきである。」（第一審判決17～18頁、下線・(a)(b)引用者）

ここでは、本件要綱が裁量基準として相手方理事長の裁量権の行使を一定の範囲で拘束することが述べられていると解されるところ（上記(1)参照）、具体的には、相手方理事長が③考慮すべき事項として「交付内定の審査における芸術的観点からの専門的知見に基づく判断」（下線部(b)）を挙げるものと解される。また、第一審判決がそのような要考慮事項を設定したのは、補助金の不交付決定が「芸術団体等による自由な表現活動の妨げをもたらすおそれ」を考慮したからだとして解される（下線部(a)）ところ、このような考慮は、芸術団体等の共有する表現の自由（憲法21条1項）に、行政裁量の統制において正当な重みづけを与えるものと評価できる。

これに対して、原判決は以下のように述べる。

「控訴人理事長による本件助成金の交付又は不交付の判断は芸術的観点からのみ行われるものではなく他の公益も含めた諸般の事情を考慮した総合的な観点から行われるものであるから、本件要綱4条が定める『基金運営委員会の議』は、芸術的観点からの専門的知見に基づく評価を示すものとして、控訴人理事長が判断をする際の考慮要素の一つとして十分に尊重すべきものではあるけれども、控訴人理事長が芸術的観点以外の考慮要素に基づいて本件助成金の交付又は不交付をする際の裁量についてまで制約するものとはいえない」（原判決20頁）。

ここでは、基金運営委員会による芸術的観点からの専門的知見が、相手方理事長による裁量権の行使に際しての「考慮要素の一つとして十分に尊重すべきものではある」ことが前提とされており、その限りでは正当である。しかしながら、それに続く判示部分においては、申立人に交付決定をすることが、国が薬物犯罪に寛容であるというメッセージとなりかねない点で「公益性」を欠くという論証に終始しており、「十分に尊重すべき」とされた「芸術的観点からの専門的知見」に一切触れるところがない。かろうじて、本件不交付決定は「薬物乱用の防止という公益の観点からされたものであり、本件映画の内容等の芸術的観点からされたものではないから、控訴人理事長が本件映画の文化的芸術的価値を考慮せず、又は軽視したということとはできない」（原判決24頁）という論証は見られるものの、これはむしろ、「本件映画の文化的芸術的価値」が「薬物乱用の防止という公益の観点」に当然に劣位するという趣旨の説明であり、基金運営委員会による芸術的観点からの専門的知見を「十分に尊重すべき」とした先の判示と矛盾するものと言わざるを得ない。換言すれば、原判決には、「十分に尊重すべき」「芸術的観点からの専門的知見に基づく評価」と、「芸術的観点以外の考慮要素」とを、正当な重みづけの下で衡量しなかった違法がある。

本来、基金運営委員会による芸術的観点からの専門的知見を「十分に尊重」するならば、原告に交付決定をすることが国が薬物犯罪に寛容であるというメッセージとなりかねないことの論証をより精密に行うことを相手方に求めるべきであり、この点に関する原判決の判示には多分に疑問が残る。そして、原告に交付決定を行うことが薬物乱用を助長するという結果に本当につながるのかという点について、相手方が十分な論証をなしているとはいいがたい。とりわけ、観客がそのように受け止めるであろうことの根拠としては、相手方が他の株式会社に委託して行ったアンケート調査の結果が挙げられているのみ（原判決25頁）であるが、その内容は「本件映画に対して税金を原資とする助成金を交付することにつ

いて否定的な見解が相当数みられる」という程度のものである。また、これは本件不交付決定後に実施された調査であるため、相手方理事長が裁量権の行使に当たって実際に調査を尽くしたことの根拠としても機能していない。さらに言えば、相手方は、「公共上の事務等のうち、その特性に照らし、一定の自主性及び自律性を発揮しつつ、中期的な視点に立って執行することが求められるもの」を行う中期目標管理法人であり（傍点筆者。独立行政法人通則法2条2項、独立行政法人日本芸術文化振興会法3条の2）、そのような法人が第三者委員会の議を経て交付することとなる交付金が、「国のメッセージ」として受け取られかねないという主張は、国と中間目標管理法人との関係の理解を誤ったものと言わざるを得ない。

**（エ）要綱に記載のない拒否事由は、それを相当と認めるべき「特段の事情」がある場合に限って認められるべきである**

また、「芸術的観点からの専門的知見に基づく評価」を十分尊重したか否か（前記（ウ））という、考慮事項の重みづけに関する問題とは別に、裁量基準に一定の拘束力を持たせる根拠であるところの、平等原則および信頼保護原則の観点（前記(1)参照）からは、相手方理事長が要綱に記載のない拒否事由に基づいて交付申請を拒否するに際して、その正当性を十分に論証することが求められる。

本件要綱には、補助金の交付決定を行うための要件も、不交付決定を行うための要件も規定されておらず、交付決定ないし不交付決定は、「芸術文化振興基金運営委員会の議」（同4条）を尊重しつつ、相手方理事長の裁量によりなされるものと解される。他方で、本件処分当時の本件要綱は、交付内定の取消しに関して、「天災地変その他公布の内定後生じた事情の変更」による場合（同6条1項）のほか、不正等があった場合（同8条3項）として、「助成金の交付の要望、申請について不正の事実があった場合」（同1号）、「助成対象活動の遂行が、助成金の交付内定の内容又はこれに附した条件に違反していると認められる

場合」(同2号)、「内定者が、他の活動について助成金又は芸術文化振興基金助成金……の交付内定又は交付決定を受けている者である場合において、当該交付内定又は交付決定を取り消されたとき」(同3号)、「その他この要綱又はこの要綱に基づく定めに違反したと認められる場合」(同4号)を挙げているのみであり、「公益性の観点から助成金の交付内定が不相当と認められる場合」というのは、本件処分後の本件要綱の改正により、同8条3項4号に付け加えられた事由である。

本件要綱は、あくまで裁量基準であるから、それを逸脱した処分がそのことのみによって違法となるわけではない(前記(1)参照)。すなわち、そこに規定されていない事由に基づいて交付内定の取消しないしは不交付決定を行うことそれ自体が禁じられるわけではない。しかしながら、裁量基準を定めてそれを公にしている以上は、裁量権の行使における公正かつ平等な取扱いの要請や基準の内容に係る相手方の信頼の保護等の観点から、裁量基準の定めと異なる取扱いをすることを相当と認めるべき「特段の事情」がない限り、そのような取扱いは裁量権の範囲の逸脱又はその濫用に当たることとなるものと解される(前掲最高裁平成27年判決。前記(1)参照)。とりわけ補助金交付に関しては、給付要綱が「平等原則の判定の基準としての意義」をもつことがかねてから指摘されてきたのであり、この旨はより強く妥当するものと解される。

そうすると、処分当時の本件要綱に明示されていなかった、「公益性の観点から助成金の交付内定が不相当と認められる場合」という事由に基づき、交付内定の取消しないしは不交付決定を行う際には、その取扱いを相当と認めるべき特段の事情が存在することを、相手方側が積極的に論証する必要があるものと解される。ここではやはり、申立人に交付決定をすることが薬物犯罪を助長するメッセージとなりかねないことの論証をより精密に行うことが相手方に求められることになり、その論証に相手方が成功しているとはいいがたいことは、すでに述べた通りである。

以上のことから、第一審判決のように「特段の事情」（第一審判決16頁）を不交付の要件とすることなどによって①芸術的観点の方を重視し、かつ、①芸術的観点と②公益的観点を衡量することを可能とする司法審査の判断枠組みを採られるべきであった。あるいは、少なくとも、「芸術的観点」からの考慮の結果、交付内定を受けた助成対象活動に対する交付決定を、「公益性」を理由としてしないことが是認されるためには、当該「公益」の内容が、政府の助成事業が麻薬等の拡がりに対する社会の意識を緩めることに寄与するおそれを防止することである場合には、不交付処分をするのでなければ、麻薬等の拡がりを抑制する見地からみて放置することのできない程度の悪影響が生ずる相当の蓋然性があると認められることが必要であると解すべきである（この点につき、前記第2の1（5）参照）。

### **（3）小括**

以上のとおり、原判決の判断枠組みは、これまでの関係する最高裁判例（先例）の内容（司法審査の判断枠組み、考慮事項の考慮ないし考慮事項間の衡量方法）にも反するものでもあり、また、先例の射程の解釈を誤っているから、原判決には判例違反の違法がある。

## **3 本件は法令の解釈に関する重要な事項を含む事件である**

### **（1）原判決から導かれる弊害・悪影響・萎縮効果**

原判決の判断枠組みには以下のような弊害（他の補助金・助成金への悪影響）があり、市民や団体の「萎縮効果」は甚大なものといえる。

すなわち、芸術的観点（専門的観点）以外の観点という意味合いで用いられている原判決の「公益的観点」には限定がなく、際限なくその外延が広がり得るものであることから、本件訴訟のように映画の出演者が罪を犯した（その犯罪の刑が確定した）という場合ではなくても、広く原判決の「公益的観点」の射程が及びうることになる。

そのため、出演者ではないスタッフの犯罪ではない不祥事の場合にも、射程が及んでしまい、報道やいわゆるネット上での炎上騒ぎとなれば不交付とされることもありうることから、その悪影響は甚大といえる。

また、原判決が確定してしまうと、このような②非専門的な考慮事項（本件では「薬物乱用防止」という「公益的観点」）を①専門的な考慮事項（本件では「芸術的観点」）に優先させ、①と②の衡量を避けることで、事実上②のみを考慮・重視した恣意的な行政判断を行うことを許すこととなり、裁判所がこれを十分に審査できないこととなる。すると、原判決と同様の論理で、他の同種の文化芸術に係る補助金や助成金の交付決定（不交付決定）に係る判断が恣意的になされる危険が生じる。そして、このように行政機関が、実質的には「公益的観点」だけを重視して、上記のような補助金・助成金の不交付決定を行えるようになってしまうと、強い「萎縮効果」が生じることになる。すなわち、補助金・助成金を申請（あるいは交付の申込み）する者、特に、そのような申請等を行うことが比較的多い専門家個人・団体、文化芸術活動を行う団体等に対する「萎縮効果」は甚大なものとなる。なぜなら、行政機関が形式的には何らかの些細な不祥事を理由に補助金・助成金の不交付決定を行うこととするのだが、実は、研究内容や表現内容に着目して（しかしそのことを当該行政機関が公表することはしないし普通は発覚しない）補助金・助成金の不交付決定を行うことも法制度上容易に行えることとなるからである。そうなれば、補助金・助成金の申請・申込みをする法人・団体や文化芸術活動を行う個人のうち少なくない団体や個人は、例えば、政府・与党の政策について批判的な内容となりうる映画・映像表現を行うことや将来的に政権を担う可能性のある野党の政策に批判的となりうる表現内容を公表することを控えたり、表現行為をすることに消極的になるか、そのようなことを行う人権（精神的自由）を行使することを萎縮するようになるだろう。

さらに、補助金・助成金を所管する行政機関の恣意的判断を招きやすくなることにもなるといえる。補助金の交付・不交付の判断に際して、行政権力による出演者の配役についての口出し、つまり、映画のキャスティングや内容への行政介入とい

う事態も容易に想定しうるといえ、文化芸術に関する助成金や補助金が政府による市民の統治手段として使われる危険が生じやすくなると言わざるをえない。

**(2) 本件事案を適切な解決に導くことを通じて「表現助成の問題」一般に対処する上での基軸となる議論の筋道を明らかにすることが重要な意義を有すること**

本件は、私人の表現活動に対する政府の助成事業が私人の自由な表現活動をかえって妨げることがあるのではないかという、表現の自由に関する現代的問題が正面から問われている極めて重要な訴訟事案である。本件における「表現助成の問題」は、2019年の「あいちトリエンナーレ」における「表現の不自由」展をめぐる事案をはじめとして、今日、社会的に非常に大きな注目を集めていることは、よく知られている通りである。にもかかわらず、表現助成の問題を法的にどう取り扱えばよいかについては、いまだ裁判例が少ないこともあり、基軸となる判例法理が形成されていない。そのため、基本的には、その時々 of 社会的な事案をめぐる対立する当事者どうしが、それぞれ、それ自体としては十分成り立ちうる「表現の自由」についてのそれぞれに有利な一般論を事案に直接当てはめて主張をぶつけ合うといった状態が続いているといつてよい。

このような「表現助成の問題」は、表現の自由に関する考察を重視してきた憲法学においても、比較的新しい論点に属するものであるため、教科書のレベルでは、いまだ必ずしも十分に取り上げられているとまではいい難い状況にある。けれども、この分野での蓄積が厚いアメリカの判例理論を参照しながら、1990年代後半以降、議論が着実に積み上げられ、専門的研究のレベルでは、今日までに、基本となる議論の骨組みはほぼ固まったといえる状態に至っている。

したがって、現時点までに、そうして固められた学説上の議論の骨組みの上に、日本においても、「表現助成の問題」に対処する有権的な法的対応が示されるための機は熟したものであるべきである。

加えて、本件の事案は、「芸術的観点」からの考慮と「公益性」の観点からの考慮がはっきり対抗した事案であり、第一審と原審の判断が、その論証過程も含めて、この二項対立に即応して明快に分かれている点でも、様々な形で生じることが予測される「表現助成の問題」の今後の展開に対して、最高裁が議論の指導的方向性を指し示すにふさわしい事案であると考えられる。

以上のことから、本件事案を適切な解決に導くことを通じて、「表現助成の問題」一般に対処する上での基軸となる議論の筋道を明らかにすることが極めて重要な意義を有するのである（参考資料1・2～3頁）。

### **（3）本件は「法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」**

#### **（民事訴訟法318条1項）に当たる**

以上のとおり、原判決には、行政事件訴訟法30条が規定する裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断を誤った違法がある（下記第3の1）ほか、関係する判例（先例）の内容および射程の解釈を誤った違法があり（下記第3の2）、これらはいずれも、本件の事案類型を超えた射程を有する重要な問題である上、申立人の表現の自由に多大な影響を与えるほか、申立人以外の映像作品の製作を行う団体や個人にとって重要な先例性を有する事件であるから、高裁判決として確定させることは適切ではない事件であり、「原判決に最高裁判所の判例と相反する判断がある事件」か「その他の法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件」（民事訴訟法318条1項）に当たるものというべきである（参考資料2・11～12頁）。

### **第3 結語**

以上より、原判決は行政事件訴訟法30条が規定する裁量権の逸脱濫用の有無に係る判断枠組みを誤っており、原判決には本件処分に関する法令の解釈を誤った違法があり、判例（先例）にも違反するものである。そして、その結果、原判決は

