

[講義1(憲法訴訟)]

権利と特権をめぐる攻撃防御方法—憲法学の現在地から

弁護士 伊藤 建

【事例】

1 X1は、Y県で生まれた美術作家で、連作版画「遠近を抱えて」(以下「本件作品」という。)をはじめ、多数の版画等を製作し、国内外の展示会で作品の展示を続けてきた。

2 Y県美術館は、博物館法2条1項の「博物館」であり、地方自治法244条1項の「公の施設」にあたる。

Y県美術館条例によれば、Y県美術館は、美術品等を収集、保管、展示することや、美術に関する案内書、解説書、目録、図録、年報、調査報告書等を作成し、頒布する事業を行い(同条例4条1号、4号)、常設展示室及び企画展示室において展示している美術品を観覧することができる。また、Y県教育委員会(以下「県教育委員会」という。)の許可を受けて、展示又は保管している美術品について学術研究等のために模写、模造、撮影等の特別観覧をすることもできるが、県教育委員会は、美術品の管理のために必要な範囲内で条件を付すことができる(同条例10条1項、2項)。

3 本件作品は、昭和天皇の肖像と東西の名画、解剖図、家具、裸婦などを組み合わせて構成され、コラージュと呼ばれる手法を用いた作品であり、2019年3月15日から同年4月13日にかけて、Y県美術館において開催されたY県美術館主催の展覧会(以下「本件展覧会」という。)

に展示された作品の一つである。

本件展覧会の出品作家及び作品は、Y県美術館収蔵美術品選定委員会(以下「選定委員会」という。)において、Y県在住ないし出身の作家である60人の中から30人が選考され、Y県美術館館長Zが決定した。選定委員会は、本件作品を購入するため、Y県知事あてに、「社会的な現象を一定のパターンにとらわれることなく、作者の個性が高く表現された作品である。」との意見内容を記載した意見書を提出した。

Y県は、同年3月19日、X1から本件作品を合計20万円で購入した。また、Y県美術館は、本件作品及び本件展覧会において展示された作品を収録した本件図録を製作した。

4 同年6月4日、Y県議会(以下「県議会」という。)の教育警務常任委員会において、県議会議員であるAが、Y県側に対し、本件作品を見て不快感を覚えたとして、本件作品の本件展覧会での選考意図、選考経過、県民の反響、購入経過などについて質問した。

5 県議会における質疑応答は、翌日、新聞紙上で大きく報道された。それ以降、本件作品及び本件図録の廃棄等を求める団体やその構成員ら(以下「非公開派」という。)は、Y県知事のほか、Y県美術館とY県庁(以下「県庁」という。)の職員らに対し、多数回にわたり、電話や面談、抗議文により、「戦後、天皇に対する不敬罪がなくなったのいいことに、天皇の写真を悪用した作品を展示したことは問題である」、「美術館は法律論で表現の自由を主張しているが、法律論を超えた国民感情が納得しない。」などと激しく抗議するとともに、Zとの面談の要求、本件作品及び本件図録の破棄や館長の辞職を求め、県庁周辺やY市内において街宣活動をした。

6 同年6月11日、Zは、本件作品を美術資料として保管するにとどめるとの館長見解をまとめ、同年7月18日、県議会の教育警務常任委員会において報告した。これにより、同日から、本件作品及び本件図録

は非公開, 本件図録も非売品とされた(以下「本件非公開措置」という。)

Y県住民であるX2は, 教育長に対し, 本件作品に対して, 特別観覧許可申請をしたが, 教育長は, 本件作品はY県美術館において公開しない作品として取り扱っているとの理由で不許可とされた(以下「本件不許可処分」という。)

- 7 同年7月9日, Y県立図書館が, Y県美術館に対し, 本件図録の寄贈を要請したところ, 一般公開しないとの条件付きで本件図録1冊を同図書館に送付した。同図書館は, 当分の間本件図録を閲覧及び貸出ししないことを決定し, 住民による本件図録の閲覧請求を拒絶し続けた。

これに対し, 日本図書館協会が, 「利用者の知る自由を保障することを任務とする図書館として, できるだけ速やかに提供制限の措置を撤回または緩和されることを期待する。」との見解を採択したことや, 県議会の教育警務常任委員会において県議会議員が同図書館所蔵の本件図録の閲覧禁止の解除を要求したことから, 同図書館は, 2020年3月22日から, 本件図録を閲覧に供することにした。

- 8 ところが, その初日, 非公開派のBが, 同図書館所蔵の本件図録のうち本件作品の掲載頁を破り, 逮捕されるという事件が発生した。その後も, 非公開派のCが, 県知事室に侵入し, 県知事に対して棒で殴りかかろうとした暴行未遂事件も発生した。

同年4月9日, Y県教育委員会は, 本件作品の公開, 非公開等相対立する見方, 考え方があるため, 本件作品及び本件図録を所持する限り, 今後とも管理運営上の障害となることや, 本件作品及び本件図録を保持すること自体が県に対する不信感を招き, 社会問題化することは避けられないことから, 本件作品はY県立近代美術館美術品管理要綱に基づき売却すること, 本件図録をY県会計規則の手續に基づき処分することを決定し, 適法な手續に従って, 本件作品を売却し, 本件図録を焼却した(以下「本件売却・焼却」という。)

9 X1は、本件非公開措置及び本件売却・焼却により、自らの思想、表現を伝達する自由が奪われたと主張して、X2は、本件不許可処分により本件作品を知る自由を奪われたと主張して、Y県に対し、国家賠償請求訴訟を提起した。

〔設問1〕

あなたがX1の訴訟代理人となった場合、本件訴訟に関して、どのような憲法上の主張を行うか。そのうえで、Y県側の反論のポイントのみを簡潔に述べつつ、あなた自身の憲法上の見解も論じなさい。

〔設問2〕

あなたがX2の訴訟代理人となった場合、本件訴訟に関して、どのような憲法上の主張を行うか。そのうえで、Y県側の反論のポイントのみを簡潔に述べつつ、あなた自身の憲法上の見解も論じなさい。

【参考資料1】 Y県美術館条例（昭和55年10月7日Y県条例第41号）

（趣旨）

第1条 この条例は、Y県美術館の設置及び管理に関し必要な事項を定めるものとする。

（設置）

第2条 県民の美術に関する知識の普及及び教養の向上に資するため、Y県美術館（以下「美術館」という。）を設置する。

（事業）

第4条 美術館は、次の各号に掲げる事業を行う。

- (1) 美術品及び美術に関する図書、文献、模写、模造、写真、フィルム等の資料（以下「美術資料」という。）を収集し、保管し、及び展示すること並びに美術資料を利用させること。

- (2) 美術に関する講演会, 講習会, 映写会, 研究会等を開催すること。
- (3) 美術品及び美術資料に関する専門的な調査研究を行うこと。
- (4) 美術に関する案内書, 解説書, 目録, 図録, 年報, 調査研究の報告書等を作成し, 及び頒布すること。
- (5) 前各号に掲げるもののほか, 県民の美術に関する知識の普及及び教養の向上に資するために必要な事業

(特別観覧)

第10条 美術館に展示し, 又は保管している美術品について学術研究等のために模写, 模造, 撮影等をしようとする者は, 教育委員会の許可を受けなければならない。

2 前項の許可には, 美術品の管理のため必要な範囲内で条件を付することができる。

3 第1項の許可を受けた者は, 1回1点につき, 4,200円の範囲内で知事が定める金額の特別観覧料を納めなければならない。

(入館の拒否等)

第14条 教育委員会は, 美術館に入館しようとする者又は附帯施設を利用しようとする者が次の各号のいずれかに該当すると認めるときは, 入館又は利用を拒否することができる。

(1) 他の入館者又は利用者に迷惑となる行為をするおそれがあるとき。

(2) 施設設備, 美術品又は美術資料(次条第1項第3号において「施設等」という。)を汚損し, 又は損傷するおそれがあるとき。

2 教育委員会は, 美術館又は附帯施設の管理上必要があると認めるときは, 入館又は利用を制限することができる。

(美術館運営委員会)

第16条 博物館法(昭和26年法律第285号)第20条第1項の規定に基づき, 美術館に, Y県美術館運営委員会(以下「委員会」という。)を置く。

第17条 委員会は、委員20人以内で組織する。

2 委員は、学校教育及び社会教育の関係者、家庭教育の向上に資する活動を行う者並びに学識経験を有する者のうちから、教育委員会が任命する。

3～4 (略)

【参考資料2】博物館法(昭和26年法律第285号)(抜粋)

(この法律の目的)

第1条 この法律は、社会教育法(昭和24年法律第207号)の精神に基づき、博物館の設置及び運営に関して必要な事項を定め、その健全な発達を図り、もつて国民の教育、学術及び文化の発展に寄与することを目的とする。

(定義)

第2条 この法律において「博物館」とは、歴史、芸術、民俗、産業、自然科学等に関する資料を収集し、保管(育成を含む。以下同じ。)し、展示して教育的配慮の下に一般公衆の利用に供し、その教養、調査研究、レクリエーション等に資するために必要な事業を行い、あわせてこれらの資料に関する調査研究をすることを目的とする機関(社会教育法による公民館及び図書館法(昭和25年法律第118号)による図書館を除く。)のうち、地方公共団体、一般社団法人若しくは一般財団法人、宗教法人又は政令で定めるその他の法人(独立行政法人(…中略…)を除く。)が設置するもので次章の規定による登録を受けたものをいう。

2 この法律において、「公立博物館」とは、地方公共団体の設置する博物館をいい、「私立博物館」とは、一般社団法人若しくは一般財団法人、宗教法人又は前項の政令で定める法人の設置する博物館をいう。

3 (略)

(博物館の事業)

第3条 博物館は、前条第1項に規定する目的を達成するため、おおむね次に掲げる事業を行う。

一 実物、標本、模写、模型、文献、図表、写真、フィルム、レコード等の博物館資料を豊富に収集し、保管し、及び展示すること。

二 分館を設置し、又は博物館資料を当該博物館外で展示すること。

三 一般公衆に対して、博物館資料の利用に関し必要な説明、助言、指導等を行い、又は研究室、実験室、工作室、図書室等を設置してこれを利用させること。

四～五 (略)

六 博物館資料に関する案内書、解説書、目録、図録、年報、調査研究の報告書等を作成し、及び頒布すること。

七～十一 (略)

2 博物館は、その事業を行うに当つては、土地の事情を考慮し、国民の実生活の向上に資し、更に学校教育を援助し得るようにも留意しなければならない。

(博物館協議会)

第20条 公立博物館に、博物館協議会を置くことができる。

2 博物館協議会は、博物館の運営に関し館長の諮問に応ずるとともに、館長に対して意見を述べる機関とする。

第21条 博物館協議会の委員は、当該博物館を設置する地方公共団体の教育委員会が任命する。

【参考資料3】教育基本法(平成18年法律第120号)(抜粋)

(教育の目的)

第1条 教育は、人格の完成を目指し、平和で民主的な国家及び社会の形成者として必要な資質を備えた心身ともに健康な国民の育成を期して行われなければならない。

(生涯学習の理念)

第3条 国民一人一人が、自己の人格を磨き、豊かな人生を送ることができるよう、その生涯にわたって、あらゆる機会に、あらゆる場所において学習することができ、その成果を適切に生かすことのできる社会の実現が図られなければならない。

(社会教育)

第12条 個人の要望や社会の要請にこたえ、社会において行われる教育は、国及び地方公共団体によって奨励されなければならない。

2 国及び地方公共団体は、図書館、博物館、公民館その他の社会教育施設の設置、学校の施設の利用、学習の機会及び情報の提供その他の適当な方法によって社会教育の振興に努めなければならない。

(教育行政)

第16条 教育は、不当な支配に服することなく、この法律及び他の法律の定めるところにより行われるべきものであり、教育行政は、国と地方公共団体との適切な役割分担及び相互の協力の下、公正かつ適正に行われなければならない。

2～4 (略)

【参考資料4】社会教育法(昭和24年法律第207号)(抜粋)

(この法律の目的)

第1条 この法律は、教育基本法(平成18年法律第120号)の精神に則り、社会教育に関する国及び地方公共団体の任務を明らかにすることを目的とする。

(社会教育の定義)

第2条 この法律において「社会教育」とは、学校教育法(昭和22年法律第26号)又は就学前の子どもに関する教育、保育等の総合的な提供の推進に関する法律(平成18年法律第77号)に基づき、学校の教育

課程として行われる教育活動を除き、主として青少年及び成人に対して行われる組織的な教育活動(体育及びレクリエーションの活動を含む。)をいう。

(国及び地方公共団体の任務)

第3条 国及び地方公共団体は、この法律及び他の法令の定めるところにより、社会教育の奨励に必要な施設の設置及び運営、集会の開催、資料の作製、頒布その他の方法により、すべての国民があらゆる機会、あらゆる場所を利用して、自ら実際生活に即する文化的教養を高め得るような環境を醸成するように努めなければならない。

2 国及び地方公共団体は、前項の任務を行うに当たっては、国民の学習に対する多様な需要を踏まえ、これに適切に対応するために必要な学習の機会の提供及びその奨励を行うことにより、生涯学習の振興に寄与することとなるよう努めるものとする。

3 (略)

(図書館及び博物館)

第9条 図書館及び博物館は、社会教育のための機関とする。

2 図書館及び博物館に関し必要な事項は、別に法律をもつて定める。

【参考資料5】 地方自治法(昭和22年法律第67号)(抜粋)

(公の施設)

第244条 普通地方公共団体は、住民の福祉を増進する目的をもつてその利用に供するための施設(これを公の施設という。)を設けるものとする。

2 普通地方公共団体(…中略…)は、正当な理由がない限り、住民が公の施設を利用することを拒んではならない。

3 普通地方公共団体は、住民が公の施設を利用することについて、不当な差別的取扱いをしてはならない。

【参考資料6】 地方教育行政の組織及び運営に関する法律（昭和31年法律第162号）（抜粋）

（教育機関の設置）

第30条 地方公共団体は、法律で定めるところにより、学校、図書館、博物館、公民館その他の教育機関を設置するほか、条例で、教育に関する専門的、技術的事項の研究又は教育関係職員の研修、保健若しくは福利厚生に関する施設その他の必要な教育機関を設置することができる。

【参考資料7】 美術品の美術館における公開の促進に関する法律（平成10年法律第99号）

（目的）

第1条 この法律は、美術品について登録制度を実施し、登録美術品の美術館における公開を促進することによって、国民の美術品を鑑賞する機会の拡大を図り、もって文化の発展に寄与することを目的とする。

（定義）

第2条 この法律において、次の各号に掲げる用語の意義は、当該各号に定めるところによる。

- 一 美術品 絵画、彫刻、工芸品その他の有形の文化的所産である動産をいう。
- 二 美術館 博物館法（昭和26年法律第285号）第2条第1項に規定する博物館又は同法第29条の規定により博物館に相当する施設として指定された施設のうち、美術品の公開及び保管を行うものをいう。
- 三 登録美術品 次条第1項の登録を受けた美術品をいう。
- 四 登録美術品公開契約 登録美術品の所有者が美術館の設置者に対して登録美術品を引き渡すことを約し、美術館の設置者が美術館に

において当該登録美術品を公開することを約する契約であって、次の要件を満たすものをいう。

イ 五年以上の期間にわたって有効であること。

ロ 当事者が解約の申入れをすることができない旨の定めがあること。

五 公開 公衆の観覧に供することをいう。

(美術品の登録)

第3条 美術品の所有者は、その美術品について文化庁長官の登録を受けることができる。

2 文化庁長官は、前項の登録の申請があった場合において、当該申請に係る美術品が次の各号のいずれかに該当するものであり、かつ、当該美術品に係る登録美術品公開契約が確実に締結される見込みがあると認めるときは、登録をしなければならない。

一 文化財保護法（昭和25年法律第214号）第27条第1項の規定により重要文化財に指定されたものであること。

二 前号に掲げるもののほか、世界文化の見地から歴史上、芸術上又は学術上特に優れた価値を有するものであること。

3～4 (略)

(契約美術館の設置者の義務)

第4条 登録美術品公開契約を締結した美術館の設置者（以下「契約美術館の設置者」という。）は、登録美術品を積極的に公開し、かつ、善良な管理者の注意をもってその保管を行わなければならない。

【参考資料8】 博物館の設置及び運営上の望ましい基準（平成23年12月20日 文部科学省告示第165号）

(趣旨)

第1条 この基準は、博物館法（昭和26年法律第285号）第8条の規定に基づく博物館の設置及び運営上の望ましい基準であり、博物館の健

全な発達を図ることを目的とする。

- 2 博物館は、この基準に基づき、博物館の水準の維持及び向上を図り、もって教育、学術及び文化の発展並びに地域の活性化に貢献するよう努めるものとする。

(資料の収集、保管、展示等)

第5条 博物館は、実物、標本、文献、図表、フィルム、レコード等の資料(以下「実物等資料」という。)について、その所在等の調査研究を行い、当該実物等資料に係る学術研究の状況、地域における当該実物等資料の所在状況及び当該実物等資料の展示上の効果等を考慮して、基本的運営方針に基づき、必要な数を体系的に収集し、保管(育成及び現地保存を含む。以下同じ。)し、及び展示するものとする。

- 2 博物館は、実物等資料について、その収集若しくは保管が困難な場合、その展示のために教育的配慮が必要な場合又はその館外への貸出し若しくは持出しが困難な場合には、必要に応じて、実物等資料を複製、模造若しくは模写した資料又は実物等資料に係る模型(以下「複製等資料」という。)を収集し、又は製作し、当該博物館の内外で活用するものとする。その際、著作権法(昭和45年法律第48号)その他の法令に規定する権利を侵害することのないよう留意するものとする。

3～6 (略)

(情報の提供等)

第9条 博物館は、当該博物館の利用の便宜若しくは利用機会の拡大又は第7条の調査研究の成果の普及を図るため、次に掲げる業務を実施するものとする。

- 一 実施する事業の内容又は博物館資料に関する案内書、パンフレット、目録、図録等を作成するとともに、これらを閲覧に供し、頒布すること。

- 二 博物館資料に関する解説書、年報、調査研究の報告書等を作成す

るとともに、これらを閲覧に供し、頒布すること。

- 2 前項の業務を実施するに当たっては、インターネット等を積極的に活用するよう努めるものとする。

【解説】

1 出題のねらい

本問は、天皇コラージュ事件訴訟⁽¹⁾(一審は富山地判平成10年12月16日判時1699号120頁(裁判例①)、控訴審は名古屋高金沢支判平成12年2月16日判時1726号111頁(裁判例②)、上告審は最2小決平成12年10月27日判例集未掲載)を現在にアレンジした事例を題材に、権利と特権をめぐる攻撃防御方法を問うものである⁽²⁾。

本問には、大きく分けて2つの問題点がある。1つは、芸術家であるX1の本件作品を発表する権利の問題である。もう1つは、住民であるX2の本件作品を観覧する権利の問題である。

近年、美術館における展示内容等に関する公権力の介入が相次いでいる⁽³⁾。そのうちのいくつかは、「あいちトリエンナーレ2019」の負担金をめぐる訴訟、映画「宮本から君へ」の助成金不交付決定取消訴訟などのように訴訟に発展している。

(1) 富山県立近代美術館事件訴訟とも呼ばれる。裁判の経過は、富山県立近代美術館問題を考える会[編]『富山県立近代美術館問題・全記録』(桂書房、2001年)を参照。当時の憲法学の議論として、奥平康弘「福祉国家における表現の不自由」法律時報60巻2号75頁以下参照。なお、同美術館は、2016(平成28)年12月28日に閉館し、新しい「富山県美術館」に移転している。

(2) 本稿は、令和2年8月3日に実施された広島大学法科大学院が開講した「公法実務基礎」の公開講義の内容に修正を加えた上で執筆したものである。

(3) 武居利史「美術館における『表現の自由』」佐藤一子=安藤聡彦=長澤成次[編著]『九条俳句訴訟と公民館の自由』(エイデル研究所、2018年)102頁以下、奥平康弘『憲法の想像力』(日本評論社、2003年)142~177頁、園田寿=臺宏仕『エロスと「わいせつ」のあいだー表現と規制の攻防史』(朝日新聞出版、2016年)参照。

天皇コラージュ事件訴訟では、芸術家による請求については、裁判例①も裁判例②も認容しなかった。また、住民から請求についても、裁判例①は一部認容したものの、裁判例②は逆転敗訴となった。しかし、後に下された船橋西図書館訴訟判決(最1小判平成17年7月14日民集59巻6号1569頁、判例①)を応用すれば、別の結論が導かれるのではないだろうか。

かつて、天皇コラージュ事件訴訟を題材に、「公立美術館」という存在について考慮しつつ、「知る権利」の意味の再検討を提起する論稿があった⁽⁴⁾。本問は、この問題意識を受け、「憲法学の現在地」⁽⁵⁾から、天皇コラージュ事件訴訟を再検討することで、芸術助成に対するあるべき憲法上の統制を模索するものである⁽⁶⁾。

2 Xらの憲法上の主張

(1) 憲法条項との抵触

X1は、「本件非公開措置及び本件売却・焼却により、自らの思想、表現を伝達する自由が奪われた」と主張している。自らの思想、表現を伝達する自由は、憲法21条1項が保障する「表現の自由」として、明文で保障されている。

他方、X2は、「本件不許可処分により本件作品を知る自由を奪われた」と主張している。知る自由は、憲法上に明文の根拠はないが、最高裁大法廷は、憲法21条1項の保障する表現の自由の派生原理として当然に導かれるとして、情報摂取の自由を憲法上の権利として認めている(「よど号」記事抹消訴

(4) 中林暁生「Ⅲ判例を読む」法教343号22頁以下。

(5) 本問と関連する現在の議論を取りまとめたものとして、波多江悟史「国家助成と自由」山本龍彦=横大道聡『憲法学の現在地』(日本評論社、2020年)206頁以下、駒村圭吾「国家助成と自由」小山剛=駒村圭吾[編]『論点探求 憲法〔第2版〕』(弘文堂、2013年)184頁以下参照。

(6) 同じく再検討をしているものとして、小山剛=山本龍彦=新井誠[編]『憲法のレシピ』(尚学社、2007年)102~110頁[中林暁生執筆部分]も参照。

訟大法廷判決(最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁,判例②)法廷メモ訴訟判決(最大判平成元年3月8日民集43巻2号89頁⁽⁷⁾)。

(2) 判断枠組みの定立

Y県美術館条例(以下「本条例」という。)は,美術品や図録の非公開措置,売却・焼却に関する処分要件を定めていない。また,本条例10条1項も,特別観覧申請を不許可とする処分要件を定めていない。しかし,不当な非公開措置や不許可処分により憲法21条1項で保障された権利が制約されたならば,その処分要件は,憲法21条1項に適合した解釈を憲法から導くことになる。

たとえば,「よど号」記事抹消訴訟大法廷判決は,憲法21条1項等が保障する閲読の自由に対する制限であることや,未決勾留者は原則として一般市民としての自由を保障されるべきであることから,「その閲読を許すことにより監獄内の規律及び秩序の維持上放置することのできない程度の障害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り,かつ,その場合においても,右の制限の程度は,右の障害発生防止のために必要かつ合理的な範囲にとどまるべき」との判断枠組み(相当の蓋然性の基準)を憲法から導き出し,監獄法31条2項による委任を受けた監獄法施行規則86条1項の「文書図書ノ閲読ハ拘禁ノ目的ニ反セズ且ツ監獄ノ紀律ニ害ナキモノニ限り之ヲ許ス。」という処分要件を相当の蓋然性の基準の範囲内でのみ閲読の制限を許す趣旨を定めたものと読み替えた。

また,泉佐野市民会館訴訟判決(最3小判平成7年3月7日民集49巻3号687頁,判例③)も,「公の施設」(地自法244条)である市民会館の使用を不当に拒否することは,憲法21条1項が保障する集会の自由の不当な制限につながることから,「本件会館における集会の自由を保障することの重要性よりも,本件会館で集会が開かれることによって,人の生命,身体又は財産が

(7) 前者は,憲法21条1項に加えて,憲法19条や憲法13条も根拠としている。

侵害され、公共の安全が損なわれる危険を回避し、防止することの必要性が優越する場合」でなければならず、「その危険性の程度としては、前記各大法廷判決の趣旨によれば、単に危険な事態を生ずる蓋然性があるというだけでは足りず、明らかな差し迫った危険の発生が具体的に予見されることが必要である」との判断枠組み(明らかな差し迫った危険の基準)を憲法から導き出し、「公の秩序をみだすおそれがある場合」という条例の不許可処分の要件をこの基準により読み替えた。この判断枠組みは、新潟県公安条例事件大法廷判決(最大判昭和29年11月24日刑集8巻11号1866頁)を参照したものであるが、このような厳しいものとなった理由は、市民会館の利用不許可処分が、判例③の引用する「厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容される」とした北方ジャーナル事件大法廷判決(最大判昭和61年6月11日民集40巻4号872頁)と同じ事前規制だったからであろう。

判例③は、それ以外にも、「集会の目的や集会を主催する団体の性格そのものを理由として、使用を許可せず、あるいは不当に差別的に取り扱うことは許されない」とする見解差別禁止の法理や、「主催者が集会を平穩に行おうとしているのに、その集会の目的や主催者の思想、信条に反対する他のグループ等がこれを実力で阻止し、妨害しようとして紛争を起こすおそれがあることを理由に公の施設の利用を拒むことは、憲法21条の趣旨に反する」とする敵対的聴衆の法理も、憲法から直接導いている。

特別観覧申請に対する正当な理由なき不許可処分が、憲法21条1項の保障する情報摂取の自由を不当に制限するならば、同じく閲読の自由に関する判例②のように、相当の蓋然性の基準の適用を求めることができる。また、Y県美術館が「公の施設」であることから、同じく「公の施設」に関する判例③のように、明らかな差し迫った危険の基準や、敵対的聴衆の法理の適用を求めることができる。

(3) 当てはめ

本問において、本件作品の公開をめぐり、非公開派により、Y県美術館や県庁の職員に対し、多数回にわたる電話や面談、抗議文による抗議活動、県庁周辺やY市内における街宣活動が行われていたが、いずれも「人の生命、身体又は財産」が侵害されるという「明らかな差し迫った危険」があったとする事実はない。また、本件不許可処分の後、Bによる本件図録の破損、Cによる県知事の暴行未遂事件が発生しているが、いずれも「財産」や「人の生命、身体」に対する侵害ではあるものの、反対派により引き起こされたものであるから、これを理由に不許可とすることは、敵対的聴衆の法理によれば、憲法21条の趣旨に反する(裁判例①参照)。

したがって、本件非公開措置や本件売却・焼却、本件不許可処分は、憲法21条1項に違反する。

3 Y県側の反論のポイント

このようなXの主張に対して、Y県側は、次のような反論をすることが想定される。

(1) 本件各措置は憲法21条1項を制約していない

第1に、Xらの主張は、いずれも、Y県に対し、本件作品をY県美術館において公開することや、本件作品の観覧させることという作為を求める「請求権」の行使であるから、憲法21条1項により保障された本来的な「自由権」ではない、との反論が想定される(裁判例①における被告らの主張を参照)。

すなわち、X1との関係では、憲法21条1項は、「芸術家は作品を製作し、それを発表し、他人に鑑賞してもらおうという権利」は保障しているが、「国や公共団体に対し、他人に自己の作品を鑑賞してもらえらるための措置をとることを求めるという積極的権利、たとえば、国公立美術館による自己の作品の購入、展示、あるいは自己の作品の製作や展示のための資金援助等を求めること」まで保障していない。本問では、「公権力によって本件作品の発表を妨

げられたという事実」は認められない。また、図録を通じて市民に自己の作品を鑑賞してもらえるのは、美術館による図録の発行というサービスの提供により事実上の利益を受けるにすぎない。美術館には、作品を購入するか、購入した作品を展示するか、それを所蔵し続けるかにつき、「完全な裁量の自由」が認められるから、X1の権利を何ら侵害するものではない。

X2との関係でも、情報摂取の自由が憲法21条1項により保障されるとした先例は、未決勾留者が自費で購入した新聞記事を刑事施設の長が抹消した事例や、公判期日において傍聴人がメモを取ることを裁判長が禁止した事例であり、いずれも国民が公権力に対して不作為を求めるという本来的な「自由権」の行使に関するものである。これに対し、X2らの主張は、公権力に対して本件作品の観覧という作為を求める「請求権」であるから、本来的な「自由権」ではなく、「公の施設」の利用権の問題に過ぎない。

(2) 泉佐野市民会館訴訟判決との「区別」

第2に、「公の施設」の利用権に関する判断枠組みでも、Xらの主張する判例③とは「区別(distinguish)」できるから、判例③の判断枠組みはいずれも適用できない、との反論が想定される(裁判例②参照)。

すなわち、第1で論じたとおり、本件各措置は、いずれも憲法21条1項により保障された憲法上の権利を制約するものではない。Xらの主張する明らかな差し迫った危険の基準は、「憲法21条が保障する『集会の自由』を制約するおそれのある事案については相当であるが、本件のような美術品及びその図録の観覧あるいは閲覧に関する事案については厳格に過ぎて相当でない」から、「県立美術館の管理運営上の支障を生じる蓋然性が客観的に認められる場合」には不許可としても違法性はない。

美術館は、㉗美術品の観覧を希望する者にできるだけ公開するよう努めなければならないと同時に、㉘美術館という施設の特徴として、利用者が美術作品を鑑賞するにふさわしい平穏で静寂な館内環境を提供・保持することや、

㊦美術作品の破損・汚損の防止を防ぐことも要請されることから、本問の事実関係の下では、㉠や㊦を害する蓋然性が客観的に認められるとして、利用拒否には「正当な理由」がある。

4 憲法学の現在地から

(1) 抽象的権利説による理論構成

第1の反論に対しては、憲法21条1項の保障する知る権利の請求権的側面を抽象的権利としてとらえる見解⁽⁸⁾による理論構成が考えられる。実際に、裁判例①は、住民らの請求を一部認容するにあたり、当時の標準的な見解であったこの見解を採用していた。

すなわち、知る権利について、自由権として裁判規範性を有するが、公権力に対して作為を求める請求権として裁判規範性を有するためには、三権分立構造下での裁判所の地位を根拠に、法令による開示基準の設定と具体的開示請求権の根拠付けがなければならない。本条例は、特別観覧制度を定めていることから、少なくとも、X2との関係では、Y県立美術館に収蔵されている作品については知る権利が具体化されている。

したがって、X2は、「正当な理由なく特別観覧許可申請を不許可とするときは、憲法の保障する知る権利を不当に制限することになる」と主張できる。

(2) 抽象的権利説の限界

しかし、抽象的権利説に基づく主張には問題もある。第1に、抽象的権利

(8) 裁判所の地位を理由とする本判決に最も近いのは、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）516頁である。その他、伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）324頁、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）353～354頁〔中村睦夫執筆部分〕、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(1)〔増補版〕』（有斐閣、2000年）270～271頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）181頁参照。

説は、法令による具体化がなされなければ、憲法上の権利として保障されない。本条例は、X2の請求に関する特別観覧制度は定めているが、X1の請求に関する公開を求めたり、売却や焼却を阻止したりするための制度を定めていない。

第2に、抽象的権利説は、具体化された制度の内容に対し、憲法上の統制をどのように及ぼすべきかが明らかではない。すなわち、抽象的権利が法令により具体化され、憲法上の権利として保障されたとしても、その要件をどのように定めるべきかを憲法から導き出すことはできない。そのため、憲法上の主張をするためには、憲法が保障する「制度の中核」⁽⁹⁾といったベースライン⁽¹⁰⁾を観念する必要がある、直ちに自由権と同じような相当の蓋然性の基準や明らかな差し迫った危険の基準が適用されることにはならない。

そもそも、憲法21条1項の請求権的側面は、主として、情報公開制度のような公権力が保有する情報開示を念頭に置いて議論されていた。これを美術館に応用することもできるであろうが、情報公開法⁽¹¹⁾と美術館の特別観覧制度には違いもある。実際に、裁判例②では、一審被告側が富山県立近代美術館条例と富山県情報公開条例及び情報公開法との違いを強調したことを受け⁽¹²⁾、憲法21条の知る権利を具体化する趣旨と解することはできないとして、住民らの請求を一部認容した判決を取り消した。裁判例②は、その理由について、「美術館の開設趣旨やその規定の仕方、内容」に言及するが、肝心の詳細については何も述べていない。おそらく、美術館の開設趣旨が「知る権利」を具体化するためのものでなく、特別観覧制度を定める条例も情報公開法の

(9) 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（新世社、2018年）220～221頁参照。

(10) ベースライン論については、長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016年）128頁以下参照。

(11) 行政機関の保有する情報の公開に関する法律のこと。

(12) 富山県立近代美術館問題を考える会・前掲註1) 542～543頁（被告・第10準備書面）、552～554頁（被告・第12準備書面）参照。

ように開示義務を定めていないことが決め手となったのであろう。

したがって、X 1 との関係でも、X 2 との関係でも、抽象的権利説に代わる、別の理論構成が必要となる。

(3) 「特権論」の克服

そこで、「国家助成と自由」に関する憲法学の現在地から、別の理論構成を試みたい。具体的には、上記のような「権利論」ではなく、公立美術館の職責という「客観法」からの理論構成である⁽¹³⁾。

被告側による「完全な裁量の自由」という第 1 の反論は、19 世紀から 20 世紀初頭にかけて、アメリカ合衆国連邦最高裁が採用していた「特権論」である。特権論とは、助成や給付を受ける地位は、「権利 (rights)」ではなく、「特権 (privilege)」であるから、その拒絶、取消し、撤回には政府の広範な裁量が認められるというものである⁽¹⁴⁾。Y 県には、そもそも本件作品を購入するかどうかという「大きな」裁量があるから、購入した作品をどうするかという「小さな」裁量も当然これに包摂されるという、いわば「大は小を兼ねる」という理論である。

しかし、政府が犯罪者を死刑にする「大きな」権限を有するとしても、残虐な方法で死刑にするという「小さな」権限が含まれるわけではないことから明らかなように、「大は小を兼ねる」とは限らない。こうして、「特権論」に対抗する法理として、給付行政に認められる広範な裁量であっても、憲法に違反するような条件があるとする「違憲な条件の法理 (unconstitutional conditions)」が登場し、「違憲な条件」の統制のひとつとして、パブリック・フォーラムでの見解差別は許されないとする「パブリック・フォーラムの法

(13) 蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか[編]『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』(岩波書店, 1997年)191頁以下参照。

(14) 横大道聡『現代国家における表現の自由一言論市場への国家の積極的関与とその憲法的統制』(弘文堂, 2013年)39～44頁参照。

理」が登場した一方で、政府が表現の発信者となる場合には表現内容の中立性は要求されない(見解差別は許される)とする「政府言論の法理」が登場した(助成目的二分論)⁽¹⁵⁾。

(4) 船橋西図書館訴訟判決の意義

以上は、アメリカ合衆国連邦最高裁の議論であるが、わが国の最高裁も、船橋西図書館訴訟判決(判例①)が、公立図書館の職責という「客観法」からの理論構成を採用し、著作者の「権利」まで認めた。

一審判決(東京地判平成15年9月9日民集59巻6号1579頁)は、図書館で閲覧に供されていた著作者の権利について、「図書館が、その自由裁量に基づいて自らの責任と判断で原告らの書籍を購入し、市民の閲覧に供することとしたことによって反射的に生じる事実上の利益にすぎない」と判断していた。

しかし、判例①は、公立図書館について、単に「公の施設」であるだけでなく、図書館法や社会教育法、文部科学省告示から、公立図書館の役割、機能等を詳細に論じ、「住民に対して思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場」と評価し、公立図書館の図書館職員の「公正に図書館資料を取り扱うべき職務上の義務」を導き出した。

しかも、判例①は、「住民に図書資料を提供するための公的な場」であることにとどまらず、「そこで閲覧に供された図書の著作者にとって、その思想、意見等を公衆に伝達する公的な場でもある」としたうえで、「著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であること」を理由に、著作者の利益につき、事実上の利益にとどまらず、「法的保護に値する人格的利益である」ことを認めた。

(15) 駒村圭吾「国家と文化」ジュリ1405号134頁以下、137頁、横大道・前掲註14)107～108頁、蟻川恒正「政府と言論」ジュリ1244号91頁以下参照。

(5) 船橋西図書館訴訟判決の射程

判例①に関与した泉徳治元裁判官は、天皇コラージュ事件訴訟も、「一応射程の中に入る」と述べている⁽¹⁶⁾。もし、本間に判例①の射程が及ぶとすれば、X2の権利のみならず、X1の権利についても、憲法上の権利(少なくとも、法的保護に値する人格的利益)として保障されることになる。

そこで、検討をしてみると、美術館は、博物館の一種であるところ、博物館は、「歴史、芸術、民俗、産業、自然科学等に関する資料を収集し、保管(育成を含む。以下同じ。)し、展示して教育的配慮の下に一般公衆の利用に供し、その教養、調査研究、レクリエーション等に資するために必要な事業を行い、あわせてこれらの資料に関する調査研究をすることを目的とする機関」である(博物館法2条1項)。また、「社会教育のための機関」であって(社会教育法9条1項)、国及び地方公共団体が国民の文化的教養を高め得るような環境を醸成するための施設として位置づけられている(同3条1項、教育基本法12条2項参照)ことや、公立博物館は、これらの目的を達成するために地方公共団体が設置した公の施設であること(博物館法2条2項、地自法244条、地教行法30条)は、公立図書館と同じである。

これに対し、博物館法3条は、図書館法3条1号のように、博物館の事業として「一般公衆の利用に供すること」までは定めていないとの反論が想定される。美術品公開促進法も、公開義務を定めているが、その対象となるのは、登録された美術品であり、かつ、登録美術品公開契約を締結した場合に限定している(同4条)。

しかし、博物館法は、博物館につき博物館資料を「一般公衆の利用に供」する機関と定義し(2条)、博物館資料を豊富に収集し、保管するだけにとどまらず、これらを「展示」することや(3条1項1号)、目録等を作成・頒布することなども事業として定めている(同3号)。また、「博物館の設置及び

(16) 泉徳治『一步前へ出る司法』(日本評論社、2017年)224頁。

運営上の望ましい基準」も、実物等資料の展示(5条1項)にとどまらず、収集や保管が困難な場合などには複製等資料を収集・製作することや(5条2項)、博物館資料に関する目録や図録等を閲覧・頒布すること(9条1項1号)など、博物館資料を可能な限り一般公衆に公開するように定めている。

このような美術館の役割や機能等に照らせば、少なくとも、公立美術館は、住民に対して、美術品を提供してその教養を高めること等を目的とする「公的な場」ということができよう。そのため、公立美術館は、公立図書館に関する判例①の射程が及び、その役割を果たせるよう、公正に美術館資料を取り扱うべき職務上の義務を負うといえる⁽¹⁷⁾。

(6) 泉佐野市民会館訴訟判決の射程

もっとも、判例①で問題となったのは、公立図書館の図書館職員である公務員が、除籍基準に該当しないにもかかわらず、著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって書籍を廃棄したという、典型的な見解差別の事例であった。しかし、本問で問題となっているのは、美術館の職員による直接的な見解差別ではなく、非公開派による妨害行為により、県立美術館の管理運営上の支障が生じることを理由としたものである。そのため、見解差別禁止の法理を適用した判例①の射程が及ぶだけでは足りず、これに加えて、明らかな差し迫った危険の基準と敵対的聴衆の法理を適用した判例③の射程が及ぶかを論じなければならない。

裁判例②は、判例③と「区別」をしていることから、本間に「パブリック・フォーラムの法理」は適用できないとも思える。しかし、「憲法21条が保障する『集会の自由』を制約するおそれのある事案については相当であるが、本件のような美術品及びその図録の観覧あるいは閲覧に関する事案については厳格に過ぎて相当でない」という裁判例②の説示は説得力を欠く。

(17) 蟻川・前掲註13) 215～216頁参照。

第1に、公立美術館が「公的な場」なのであれば、「パブリック・フォーラムの法理」が適用され、「集会の自由」と同様に論じることができる。実際に、泉徳治元裁判官も、「公的な場」について、「パブリック・フォーラム」と同義と言ってよいと指摘している⁽¹⁸⁾ように、判例①は「パブリック・フォーラムの法理」を非物理的な空間にも適用したものと評価できる⁽¹⁹⁾。

たしかに、判例①の調査官解説⁽²⁰⁾は、判例①の射程を「広くとらえるべきではない」と述べている。しかし、その主眼は、「図書の著作者がその思想、意見等伝達の利益を根拠として公立図書館の図書の選択、陳列、除籍・廃棄等についていたずらに介入する余地を認めるべきではない」ことや、「住民の知る権利に奉仕するという役割を十分に果たすためには、公立図書館が図書の選択、排列等をするに当たって、公権力はもとより、図書の著作者からも（特定の住民からも）、独立してその権能を行使すべきであること」にある⁽²¹⁾。これらの「独立性」⁽²²⁾が確保されている限り、本間に判例①の射程を及ぼすことも、同じく「パブリック・フォーラムの法理」が適用された判例③⁽²³⁾の射程を及ぼすことも、大きな障害ではない。また、判例①と判例③は、いずれも公論形成に関わるものであるのに対し、本間は芸術表現の問題であるとして、射程が及ばないとの見解⁽²⁴⁾もあり得るが、芸術が権力や通念的道德に批

(18) 泉・前掲註16) 222～223頁参照。

(19) 中林暁生「給付的作用と人権論」法教325号24頁以下、駒村圭吾「自由と文化」法教328号34頁以下参照。

(20) 松並重雄「判解」最判解民事篇平成17年度(下)(法曹会、2008年)394頁以下、415～416頁参照。

(21) 松並・前掲註20) 415頁。傍点は筆者による。

(22) このような専門職の独立性については、蟻川・前掲註15)参照。

(23) 判例③の調査官解説である近藤崇晴「判解」最判解民事篇平成7年度(上)(法曹会、1998年)282頁以下、295頁は、「本判決がパブリック・フォーラムの法理を念頭に置いていることは疑いがない」と明言している。

(24) 駒村圭吾ほか「〈座談会〉国家と文化」ジュリ1405号147頁以下、155頁〔宍戸常寿発言〕参照。

判的な意味を持ち得ることに対する公権力の警戒⁽²⁵⁾を前提とすれば、政治過程との関係性が間接的であることを理由に、保護の程度を切り下げるべきではない⁽²⁶⁾。

このように、本問に判例③の射程を及ぼすことは十分可能である。実際に、判例①の後の博物館に関する裁判例である太地町立くじらの博物館訴訟判決(和歌山地判平成28年3月25日判時2322号95頁、裁判例③)は、判例②から情報摂取の自由が憲法上保障されることを導き、博物館の入館拒否による憲法上の権利の制約を認め、判例③を参照したうえで、限定的な判断枠組みを定立している。

第2に、「自らの思想、表現を伝達する自由」と「情報摂取の自由」が「集会の自由」と異なるとしても、判断枠組みが緩やかになることは想定し難い。なぜなら、一般的に、集会の自由は、純粋な言論活動と異なり、集団による行動を伴うことを理由に、表現の自由や情報摂取の自由よりも規制に服することが多いとされているからである⁽²⁷⁾。

これに対し、判例③で問題となった不許可処分は、集会の開催を不可能にするものであるのに対し、本問で問題となったのは、美術館の所蔵する作品のうち、一部の特別観覧を拒否したにすぎないから、住民に与える不利益は少ないとの反論も想定される⁽²⁸⁾。しかし、判例③の不許可処分によっても、市民会館以外の場所で集会を開催することまで禁止されているわけではない。X2は、本件作品を観覧する機会を奪われたに等しいのであるから、その意味でX2の不利益の方が少ないとはいえない。

(25) 駒村・前掲註5) 184頁、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30頁以下、30頁参照。

(26) 村山健太郎「判批」長谷部恭男＝石川健治＝宍戸常寿[編]『憲法判例百選Ⅱ〔第7版〕』(有斐閣、2019年)357頁参照。

(27) 芦部・前掲註3) 憲法学Ⅲ482頁、伊藤・前掲註3) 297頁参照。

(28) 富山県立近代美術館問題を考える会・前掲註1) 554頁(被告・第12準備書面)参照。

結局のところ、裁判例②は、適法とする結論ありきで、明らかな差し迫った危険の基準が「厳格に過ぎて相当でない」という価値判断から、無理に判例③と「区別」をしたものといえ、妥当ではない。裁判例③も、判例③を参考にしながらも、判例①の相当の蓋然性の基準を適用しており、判例③のような厳格な基準を適用していないが、その理由は明らかではなく、説得性を欠く⁽²⁹⁾。

このように、判例③の射程を及ぼし、明らかな差し迫った危険の基準や敵対的聴衆の法理の適用を求めることは十分可能であり、Xらの主張どおり、請求が認容される余地がある⁽³⁰⁾。

(7) 芸術の自由の可能性

ところで、判例③の「パブリック・フォーラムの法理」は、芸術作品を見たい住民の権利を強くするものであるが、判例①の「公的な場」という発想は、住民の権利にとどまらず、著作者の権利を保障している。そうすると、判例①の再構築をすることで、X1の「芸術の自由」という「権利」を観念する余地もある⁽³¹⁾。

芸術の自由については、憲法23条が保障する「学問の自由」との共通性が指摘されているため⁽³²⁾、「大学の自治」のように、「美術館の自治」を憲法上認める余地があるのではなかろうか⁽³³⁾。また、美術館は、教育基本法の本質

(29) ただし、中林暁生「判批」ジュリ1505号26頁以下は、裁判例③の判断枠組みにつき、判例③との区別ができると説いている。

(30) 横大道聡〔編著〕『憲法判例の射程〔第2版〕』177～181頁〔木下昌彦執筆部分〕参照。裁判例②と裁判例③について、その結論を維持した場合の「矛盾」にも言及しているが、最終的には、判例③の判断枠組みが適用される余地を認めている。

(31) 芸術の自由については、初宿正典＝小山剛「憲法21条が保障する権利」井上典之＝小山剛＝山元一〔編〕『憲法学説に聞く』（日本評論社、2004年）96頁以下、104～110頁参照。

(32) 初宿ほか・前掲註31）105～107頁、武居・前掲註3）105頁参照。

に則る社会教育法(同1条)に基づき、「社会教育のための機関」(同9条1項)として設置されたものであるところ(博物館法1条)、美術館の事業は「教育」であるとして、憲法26条に基づき教育基本法の「不当な支配」を解釈した旭川学テ事件大法廷判決(最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁)を参考に、芸術の自由の観点から、「不当な支配」を解釈する余地もある⁽³⁴⁾。

本件作品は、選定委員会という専門家が「社会的な現象を一定のパターンにとられることなく、作者の個性が高く表現された作品である」という理由で選考し、Y県立美術館長Zにより決定された。それにもかかわらず、県議による質疑応答という「不当な支配」に服し、本件各処分をしたことは、教育基本法16条1項に違反すると主張することができよう⁽³⁵⁾。

5 おわりに

本稿は、「権利」と「特権」をめぐる攻撃防御方法の試論を提示した。天皇コラージュ事件訴訟の裁判例①は、当時の標準的な学説を積極的に取り入れた点で画期的なものであったが、憲法学の現在地からすると、やや古さを感じることも事実である。現在、継続している美術館に関する紛争においても、現在の標準的な学説に基づく画期的な判決が出ることを期待したい。

以上

(33) 蟻川・前掲註13) 216～217頁参照。ただし、石川健治「文化・制度・自律」法教330号56頁以下は、「文化的自律性」のみならず、個人の芸術表現の自由にも配慮すべく、聴聞手続をリンクさせた多元的手続の構想を打ち出す。

(34) 駒村・前掲註15) 参照。

(35) それ以外にも、中林暁生「給付と人権」西原博史[編]『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(岩波書店、2007年)263頁以下のように、政府による文化助成は、文化的生存権の具体化であるとして、憲法25条を根拠に表現活動のための給付を求める余地もある。これに否定的な見解として、巻美矢紀「自由と給付」大石眞=石川健治[編]『憲法の争点』(有斐閣、2008年)84頁以下。