

判例研究

# 文化芸術助成と憲法

## —「宮本から君へ」事件

(最 2 判令和 5 年 11 月 17 日裁判所ウェブサイト)

檜 垣 宏 太

目次

- I 事案の概要
- II 判旨
- III 評釈

### I 事案の概要

1 Y (日本芸術文化振興会) は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。) 及び独立行政法人通則法の定めるところにより設立された独立行政法人である。振興会法 3 条は Y 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……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」と規定している。また、同法 14 条 1 項は、Y が、同法 3 条の目的を達成するため「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公演、展示等の活動」(同法 14 条 1 項 1 号イ)「に対し資金の支給その他必要な援助を行う」(同項柱書) と規定し、同法 17 条は、Y が支給する資金について補助金等に係る予算の執行の適正化に関する法律 (以下、「補助金等適正化法」という。) が準用される旨規定している。

2 Y の理事長は、「文化芸術振興費補助金による助成金交付要綱」(以下「本件要綱」という。) を定め、振興会法 14 条 1 項 1 号の業務として、文化庁長官から交付される文化芸術振興費補助金を財源に、劇映画の製作活動等を対

象とする本件助成金を交付している。本件処分に係る手続がされた当時の本件要綱の定め等による本件助成金の交付手続は、次のとおりである。

(1) 本件助成金の交付を受けようとする者は、助成金交付要望書を理事長に提出する。理事長は、上記要望書を受理したときは、外部の有識者で構成される芸術文化振興基金運営委員会（以下「基金運営委員会」という。）の議を経て、本件助成金の交付の対象となる活動（以下「助成対象活動」という。）及び交付しようとする助成金の額の内定（以下「交付内定」という。）をし、上記の者に通知する。基金運営委員会は、その下に設けられた分野別の部会及び専門委員会による審査の結果を踏まえて理事長の諮問に対する答申を行うところ、劇映画の場合、企画意図に則した優れた内容の作品であること、スタッフ・キャスト等に高い専門性、新たな創造性が認められること等が上記審査の基準とされる。

(2) 交付内定の通知を受けた者は、その内容等を受諾した場合には、助成金交付申請書を理事長に提出する。理事長は、上記申請書を受理したときは、その内容を審査し、本件助成金を交付すべきと認めたときは、その交付決定（振興会法 17 条、補助金等適正化法 6 条 1 項）をし、上記の者に通知する。

3 Xは、平成 30 年 4 月頃、本件映画の製作に着手し、同年 11 月 22 日付けで、本件映画の製作活動につき、助成金交付要望書を Y の理事長に提出した。理事長は、平成 31 年 3 月 22 日、上記製作活動に係る要望を採択すべき旨の基金運営委員会の答申を受け、同月 29 日付けで上記製作活動を助成対象活動とする交付内定（以下「本件内定」という。）をし、X に通知した。

平成 30 年 3 月 12 日、本件映画の出演者の一人 A がコカインを使用したとして逮捕され、令和元年 6 月 18 日、麻薬及び向精神薬取締法違反の罪により懲役 1 年 6 月、3 年間執行猶予の有罪判決を宣告された。この有罪判決はその頃確定した。

X は、令和元年 7 月 2 日までに、本件内定に係る助成金交付申請書を理事長に提出した。理事長は、同月 10 日付けで、本件映画には有罪判決が確定し

たAが出演しているので、「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」として、本件助成金を交付しない旨の本件処分をした。

第一審判決（東京地判令和3年6月21日判タ1499号141頁）は本件助成金はXに交付されるものであって、Aに「交付されるものではない」こと、「違法薬物の使用については、麻薬取締法その他の法令により刑罰規定をもって禁止され、現に、これらの法令に違反する行為については厳正な処罰の対象とされている上、厚生労働省等により薬物乱用の根絶に向けた啓発活動が強化され、そのための様々な取組が実施されている」「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Yが「発信したと受け取られ、その結果、違法薬物に対する許容的な態度が一般に広まるおそれ」はなく、本件処分によりXに「生じる不利益は、映画製作事業の実施に係る経済的な面においても、また、映画表現の重要な要素の選択に関する自主性の確保の面においても、小さいものということができない」等と述べて、「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を尊重する本件要綱の定めや仕組みを踏まえてもなお本件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ということとはでき」ず、Yの理事長の不交付決定には裁量権を濫用・逸脱した違法があるとしてXの請求を認め、本件処分を取り消した。

しかし第二審判決（東京高判令和4年3月3日判タ1505号41頁）はAが「本件映画の主演ではないものの、本件映画のストーリーにおいて欠くことのできない重要な役割を果たしているものと認められ」ること、Aが「逮捕されたことや有罪判決を受けたことは、国民の大きな関心事として新聞等により連日にわたり報道されたこと」、Aは「多数の映画作品やテレビドラマ等に出演歴のある著名人」であること、Aが出演していた他の「映画やテレビドラマの多くは代役による再撮影がされたり」「出演場面がカットされたりするなどの対応が採られていたこと」等を指摘し、「国は薬物犯罪に寛容である」と

いう誤ったメッセージをY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」、Yが行う「助成制度への国民の理解を損なうおそれがある」と述べて、本件処分は理事長の裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用するものとはいえず、本件処分は適法であるとして、原判決を取消し、Xの請求を棄却した。

X上告。

## II 判旨

### ・主文

原判決を破棄する。

Yの控訴を棄却する。

### ・理由

「(1) 本件助成金については、振興会法や補助金等適正化法に具体的な交付の要件等を定める規定がないこと、芸術の創造又は普及を図るための活動に対する援助等により芸術その他の文化の向上に寄与するという本件助成金の趣旨ないしYの目的（振興会法3条）を達成するために限られた財源によって賄われる給付であること、上記の趣旨ないし目的を達成するためにどのような活動を助成の対象とすべきかを適切に判断するには芸術等の実情に通じている必要があること等からすると、その交付に係る判断は、理事長の裁量に委ねられており、裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した場合に違法となるものというべきである。」

「(2) そして、Yは、公共の利益の増進を推進することを目的とする独立行政法人であり（振興会法3条の2、独立行政法人通則法2条2項）、理事長は、本件助成金が法令及び予算で定めるところに従っ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こと（振興会法17条、補助金等適正化法3条）等に照らすと、芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえ

る活動についても、本件助成金を交付すると一般的な公益が害されると認められるときは、そのことを、交付に係る判断において、消極的な事情として考慮することができるものと解される。

もっとも、本件助成金は、公演、展示等の表現行為に係る活動を対象とするものであるところ（振興会法14条1項1号）、芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動につき、本件助成金を交付すると当該活動に係る表現行為の内容に照らして一般的な公益が害されることを理由とする交付の拒否が広く行われるとすれば、公益がそもそも抽象的な概念であって助成対象活動の選別の基準が不明確にならざるを得ないことから、助成を必要とする者による交付の申請や助成を得ようとする者の表現行為の内容に萎縮的な影響が及ぶ可能性がある。このような事態は、本件助成金の趣旨ないしYの目的を害するのみならず、芸術家等の自主性や創造性をも損なうものであり、憲法21条1項による表現の自由の保障の趣旨に照らしても、看過し難いものといえることができる。そうすると、本件助成金の交付に係る判断において、これを交付するとその対象とする活動に係る表現行為の内容に照らして一般的な公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視し得るのは、当該公益が重要なものであり、かつ、当該公益が害される具体的な危険がある場合に限られるものと解するのが相当である。

以上に説示したところは、本件要綱に一般的な公益の考慮に関する定めがあるか否か等によって左右されるものではない。」

「(3) Yは、本件出演者が出演している本件映画の製作活動につき本件助成金を交付すると、Yが「国は薬物犯罪に寛容である」といった誤ったメッセージを発したと受け取られて薬物に対する許容的な態度が一般に広まるおそれが高く、このような事態は、国が行う薬物乱用の防止に向けた取組に逆行するほか、国民の税金を原資とする本件助成金の在り方に対する国民の理解を低下させるおそれがあると主張する。このことからすると、理事長は、本件処分に当たり、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付すると、本件有

罪判決が確定した本件出演者が一定の役を演じているという本件映画の内容に照らし、上記のような公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視したものと解することができる。

しかしながら、本件出演者が本件助成金の交付により直接利益を受ける立場にあるとはいえないこと等からすれば、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付したからといって、Yが上記のようなメッセージを発したと受け取られるなどということ自体、本件出演者の知名度や演ずる役の重要性にかかわらず、にわかに想定し難い上、これにより直ちに薬物に対する許容的な態度が一般に広まり薬物を使用する者等が増加するという根拠も見当たらないから、薬物乱用の防止という公益が害される具体的な危険があるとはいえない。そして、Yのいう本件助成金の在り方に対する国民の理解については、公金が国民の理解の下に使用されることをもって薬物乱用の防止と別個の公益とみる余地があるとしても、このような抽象的な公益が薬物乱用の防止と同様に重要なものであるということとはできない。

そうすると、本件処分に当たり、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付すると、本件出演者が一定の役を演じているという本件映画の内容に照らし上記のような公益が害されるということを、消極的な考慮事情として重視することはできないというべきである。そして、前記事実関係等によれば、理事長は基金運営委員会の答申を受けて本件内定をしており、本件映画の製作活動を助成対象活動とすべきとの判断が芸術的な観点から不合理であるとはいえないところ、ほかに本件助成金を交付することが不合理であるというべき事情もうかがわれなから、本件処分は、重視すべきでない事情を重視した結果、社会通念に照らし著しく妥当性を欠いたものであるということができる。」

「(4) 以上によれば、本件処分は、理事長の裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用したのものとして違法というべきである。」

### Ⅲ 評釈

#### 1 はじめに

最2判令和5年11月17日裁判所ウェブサイト(以下「本判決」とする。)は、我が国における文化芸術助成のための補助金の不交付決定の適法性判断枠組みについて最高裁が判断を示した初のケースであり、下級審段階からすでに行政法学ではもちろん憲法学においても注目を集めていた判決である<sup>(1)</sup>。また、今後の文化芸術助成の行政実務においても参考にされる重要な判決であると考えられる。よって、本判決の評釈を執筆するものである。

以下、2で本判決の適法性判断枠組みを、3で私人の表現に対する政府の支援により私人の表現が政府に帰属する場合について本判決が示した限定を確認し、4で公金支出に対する国民の信頼保護という公益が「重要」な公益とは言えないとしたことの意味を、5で本判決を含む憲法の人権条項と裁量が認められる行政処分との関係一般について述べる。

なお、本件助成金の交付／不交付の決定が処分であることは自明ではないが、処分であることを前提とする<sup>(2)</sup>。また、そもそも「映画」が憲法21条1項の「表現」に該当することについても一応争いがないではないが、そこまで大きな争いはないと言ってよいと思われるため、この点についても前提とする<sup>(3)</sup>。

---

(1) 第一審判決(東京地判令和3年6月21日判タ1499号141頁)の評釈として、横大道聡「判批」法セ増(新判例解説 Watch)29号31頁(2021年)、櫻井智章「判批」法教494号135頁(2021年)、平裕介「判批」法セ804号2頁(2022年)、平裕介「判批」日本大学法科大学院法務研究20号121頁(2023年)(ちなみに、第二審判決(東京高判令和4年3月3日判タ1505号41頁)の評釈は存在しないようである)。

(2) 塩野宏「補助金交付決定をめぐる若干の問題点」雄川一郎献呈『行政法の諸問題 中』(有斐閣、1990年)284-285頁〔同『法治主義の諸相』(有斐閣、2001年)178頁所収〕、小滝敏之『補助金適正化解説〔全訂新版増補第2版〕』(全国会計職員協会、2016年)110-112頁、檜垣宏太『2019年日本における芸術表現に対する公的助成の社会的・法的位相その2』(MyISBN、2019年)13-17頁、堀澤明生「補助金行政法の宿痼」法セ786号49-50頁(2020年)。

## 2 適法性判断枠組み

### (1) 裁量の有無

結論として理事長に本件助成金の交付／不交付の決定について「裁量がある」ことに異論はないが、一般に法律による行政の原理が妥当する現在のわが国では裁量は抽象的にあるとかなんかのレベルで判断されるべきものではない。いかなる法のどのような目的達成に資するがゆえに裁量に委ねられているのかをまずは解明すべきである。

本判決によれば、理事長に本件助成金の交付／不交付の決定について裁量が認められるのは以下の理由からである。

(ア) 振興会法や補助金等適正化法に具体的な交付の要件等を定める規定がないこと

(イ) 芸術の創造又は普及を図るための活動に対する援助等により芸術その他の文化の向上に寄与するという本件助成金の趣旨ないしYの目的（振興会法3条）を達成するために限られた財源によって賄われる給付であること

(ウ) 上記の趣旨ないし目的を達成するためにどのような活動を助成の対象とすべきかを適切に判断するには芸術等の実情に通じている必要があること

(エ) 等

以下、(ア)～(エ)それぞれについて検討を加える。

まず、(エ)は中身の同定ができなため措いておく。次に、(ア)は規定の文言の抽象性・不明確性から裁量を導くものである。たしかに、本件助成金の交付／不交付の決定の根拠条文であると考えられる振興会法17条で読み

---

(3) 那覇地判令和2年8月5日判時2485号80頁及び土井翼「傍聴人による議事の撮影を許可制とする県議会規則及び報道機関による撮影許可申請につき個別事情を考慮せずにした不許可処分が合憲かつ適法とされた事例」自治研究98巻7号142頁(2022年)参照。  
*See, Price v. Barr*, 514 F.Supp.3d 171 (D.D.C. 2021).



替えて準用される補助金等適正化法6条1項は「独立行政法人日本芸術文化振興会の理事長は、補助金等の交付の申請があつたときは、当該申請に係る書類等の審査及び必要に応じて行う現地調査等により、当該申請に係る補助金等の交付が法令及び予算で定めるところに違反しないかどうか、補助事業等の目的及び内容が適正であるかどうか、金額の算定に誤がないかどうか等を調査し、補助金等を交付すべきものと認めるときは、すみやかに補助金等の交付の決定(契約の承諾の決定を含む。以下同じ。)をしなければならない。」と定めるだけであり、具体的な交付要件を定めているわけではない。もっとも、これ自体は決め手にはならず、次の(イ)と(ウ)が重要である。(イ)と(ウ)は規定の趣旨目的から裁量を認めるものであり、妥当である。(イ)の財源の有限性は、財源の有限性ゆえに芸術活動全てに対する一律交付という裁量に委ねない形の規律が不可能であることの理由付けであり、そしてそのため何らかの観点から助成対象を限定する必要がある<sup>(4)</sup>ところ、その助成対象を限定する観点として妥当な基準と考えられる「芸術的な観点」を採用することとした。その結果、何が「芸術的な観点」から助成に相応しいかを判断することが必要になるが、このような観点からの判断は芸術専門家の裁量に委ねなければ判断しえないという(ウ)が導かれる。これは、本件助成金の交付／不交付の決定をYの理事長に委ねる理由として妥当である。

以上の理由から、Yの理事長に交付／不交付決定に際しての裁量が認められる。

そして、裁量判断にあたっての考慮要素として、積極的な事情としての芸術的価値に加えて、それと別個の要素として「一般的な公益が害されないこと」を消極的な事情として考慮することは一律に禁止されるわけではなく、公金という性質上、考慮することが許される場合があると考えられる(本判決4(2))。

---

(4) 櫻井・前掲注(1)参照

(2) 「重視」？

本判決は、「一般的な公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視し得る」場合の判断基準を提示する（本判決4(2)）。しかし、なぜ「裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した場合」（本判決4(1)）についての判断基準ではなく、いきなり「重視し得る」場合の判断基準を提示するのか。たとえば呉市教研集会事件最高裁判決<sup>(5)</sup>は「重視すべきでない考慮要素を重視した」場合には「考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いている」こととなり、裁量権を逸脱し、違法な行政処分となるとしている<sup>(6)</sup>。この点から見れば、「重視すべきでない事項を重視した」とさえ言えば違法の結論を導けるため、中間の規範である「考慮した事項に対する評価が明らかに合理性を欠いている」を省いて、いきなり「重視できる場合」の判断基準を立てたのだ、とも考えうる。ただ、いずれにせよ「裁量権の範囲を逸脱し又はこれを濫用した」場合の上位の判断基準と「一般的な公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視し得る」場合の下位の判断基準とをつなぐ中間の規範が抜けているには違いない。

本判決は「上記のような公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視したものと解することができる」という認定をしているが（本判決4(3)）、「重視」したという評価を基礎づける事実が記載されていないように思われる。「重視したものとすることができる」という認定を導く理由部分は、「Yは、本件出演者が出演している本件映画の製作活動につき本件助成金を交付すると、Yが「国は薬物犯罪に寛容である」といった誤ったメッセージを発したと受け取られて薬物に対する許容的な態度が一般に広まるおそれが高

---

(5) 最3判平成18年2月7日民集60巻2号401頁。

(6) もっとも、呉市教研集会事件最高裁判決は「他方、当然考慮すべき事項を十分考慮して」いないことも裁量権を逸脱したことの理由としているので、必ずしも「重視すべきでない考慮要素を重視した」だけで「裁量権を逸脱」したこととなるのかはなお微妙な部分もある。仲野武志「公立学校施設の目的外使用の許否の判断と管理者の裁量権」判評578号179-180頁（2008年）参照。

く、このような事態は、国が行う薬物乱用の防止に向けた取組に逆行するほか、国民の税金を原資とする本件助成金の在り方に対する国民の理解を低下させるおそれがあると主張する」というものであるが、この行論から直ちに「理事長は、本件処分に当たり、本件映画の製作活動につき本件助成金を交付すると、本件有罪判決が確定した本件出演者が一定の役を演じているという本件映画の内容に照らし、上記のような公益が害されるということを消極的な考慮事情として重視したものと解することができる」と認定することは困難であるように思われる。そうであれば、その背後には、「芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動」につき「公益が害されるということを消極的な考慮事情として」「不交付決定をしたということは、「公益が害されるということ」を「重視したとしか考えられないという、法解釈から導かれる考慮価値の階層構造が前提に存在していると考えられる。つまり、本件で「重視していると言えるのは、何らかの事実、たとえば理事長の「重視しました」という法廷での証言などから「重視した事実が推認できるからではない。あくまで、法解釈から導かれる考慮価値の階層構造から逆算してそうであるはずだということである。

そしてそうであれば、最高裁は、「消極的な考慮事情として重視し得る」という、あたかも「重視」以外の考慮の仕方がありうるような紛らわしい記述をすべきではなかった。判決文は、「芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動」である場合には原則として交付決定をなすべきであり、例外的に①「公益が重要なものであり」かつ②「公益が害される具体的な危険がある」場合にのみ「本件助成金を交付すると一般的な公益が害される」ことを考慮して（「重視」ではない）不交付決定ができ、そうでなければ不交付決定はできない（違法となる）と読むべきである。

### (3) 理事長の裁量の範囲

では、かかる原則例外式の考慮価値の階層構造を導く解釈は妥当であるか。

「助成を必要とする者による交付の申請や助成を得ようとする者の表現行為の内容に萎縮的な影響が及ぶ可能性がある」というのは、こういうことであろう。すなわち、「抽象的な概念」である「一般的な公益が害される」ことを理由とした不交付決定が広く行われるとすると、表現行為に資金が必要であるにもかかわらず申請しても資金が得られるかどうか不透明であることから本件助成に申請せず手元資金だけで（規模の小さな）制作を行ったり、助成を得る可能性を高めるためにおよそスキャンダルを起こしそうにない無難な出演者で作品を構成せざるをえなくなったり、政治的な問題等を引き起こしそうにない内容で無難に作品を構成するほかなくなったりする。かかる事態は（ア）「本件助成金の趣旨ないしYの目的を害」し、（イ）「芸術家等の自主性や創造性をも損な」い、さらには（ウ）「憲法21条1項による表現の自由の保障の趣旨に照らして」「看過し難い」事態を招く。以上のような「萎縮的な影響」を除去し、（ア）～（ウ）の問題を解消しうるこの原則例外式の考慮価値の階層構造を前提とする解釈を行うことは妥当であろう。

そして、本判決のような表現に対する助成（請求権）の文脈ではなく、制約（自由権）の文脈で語られてきたいわゆる萎縮効果論のポイントは、ただでさえインセンティブが弱い表現の自由を行使する意思をくじかないように、過度広汎性の法理などにより法が具体的事案に適用される以前に保護を与える（萎縮効果を除去する）という点で、訴訟の原告はもとより争われている表現規制立法により表現を行う意思をくじかれうる潜在的な人びと全ての利益を保護するところにあった<sup>(7)</sup>。このことを踏まえると、「萎縮的な影響」を防ぐことは、今後本件のような助成金の交付／不交付決定の判断において、かかる①②の判断基準が裁判所及びY（行政）によって実際に適用されることではじめて達成されるので、考慮可能な一般的公益に①②という限定をかける本判決の射程が今後本件と同種の文化芸術助成の事案に広く及ぶことを

---

(7) 毛利透『表現の自由 その公共性ともろさについて』（岩波書店、2008年）第4章、第5章参照。

本判決が想定しているのは間違いない。

なお、本判決 4 (2) 最後の一文、すなわち「以上に説示したところは、本件要綱に一般的な公益の考慮に関する定めがあるか否か等によって左右されるものではない。」という一文は、「芸術的な観点から」助成を行う活動について、「一般的な公益が害されると認められる」場合に不交付決定ができるかどうかは、本判決 4 (2) で考察を加えたような事の本質によるのであって、本件要綱に「一般的な公益の考慮に関する定め」がないからといって考慮が許されなくなるものでも、あるからといって①「公益が重要なものであり」かつ②「公益が害される具体的な危険がある」場合でないのに「考慮する」(本稿Ⅲ 2 (2) を踏まえた「重視する」の「考慮する」への読み直し) ことが許されるようになるわけでもない。

以上のように、理事長が、「芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動」について「一般的な公益が害される」ことを理由に不交付決定を行うことができるのは、①「公益が重要なものであり」かつ②「公益が害される具体的な危険がある」場合に限定される。そして、芸術的価値の当否の判断は理事長にはできないから、結局は専門家(本事案では「外部の有識者で構成される芸術文化振興基金運営委員会」。本判決 2 (2) ア参照) の意見を尊重せざるをえない。そうであれば、一見すると本判決 4 (1) で幅広く認められたように見えた理事長の交付／不交付決定についての裁量は実は大幅に限定されたものであることが理解できる。これは、蟻川恒正が複雑なアメリカ判例法理を整理して導出した「政府と言論」に関する諸類型のうち、「検閲者としての政府」—「私人の表現活動に給付する場合」—「専門職を介する場合」に該当し、「専門職は viewpoint-neutrality を要請されない。政府は専門職の職責を尊重しなければならない」という取り扱いがなされるべきであるとする類型の処理と極めて類似している<sup>(8)</sup>。

---

(8) 蟻川恒正「政府と言論」ジュリ 1244 号 93 頁上部の図【第 3 場面】(2003 年) 参照。

3 私人の表現に対する政府の支援により私人の表現が政府に帰属する場合  
さて、判決文の続きの分析に移る（本判決4(3)）。本件不交付決定において「重視」して「考慮」された「一般公益を害するおそれ」は、「当該公益が重要なものであり、かつ、当該公益が害される具体的な危険がある場合」であるといえるか。ここで本判決は下位の判断基準を立てて検討している。(ア)「本件出演者が本件助成金の交付により直接利益を受ける立場にあるとはいえないこと等」からすれば(イ)「本件映画の製作活動につき本件助成金を交付したからといって、Yが上記のようなメッセージ（注：Yが「国は薬物犯罪に寛容である」といった誤ったメッセージ：注は檜垣）を発したと受け取られるなどということ自体、本件出演者の知名度や演ずる役の重要性にかかわらず、にわかに想定し難い」とし、さらに「上、」と繋いで、(ウ)「これにより直ちに薬物に対する許容的な態度が一般に広まり薬物を使用する者等が増加するという根拠も見当たらない」として、丁寧に分節して検討している。すなわち、(ア)の規範を立てた上で、(イ)はメッセージの意味内容の同定、(ウ)は(イ)を受けつつメッセージの受け手の反応につき、メッセージが一般国民に及ぼす影響の因果経過を丁寧に分節した上でそれぞれについてY側の主張を退けている。(イ)について注目されるべきは、「本件出演者の知名度や演ずる役の重要性にかかわらず、にわかに想定し難い」とした部分であり、これにより「知名度がある主演」が対象の場合でも、「Yが上記のようなメッセージ（注：Yが「国は薬物犯罪に寛容である」といった誤ったメッセージ：注は檜垣）を発した」とは一般国民は考えない、という一般的な価値判断を示している点である<sup>(9)</sup>。そして、薬物犯罪で有罪になった出演者を起用した劇映画への補助金助成が、有罪となった出演者の「知名度や演ずる役の重要性にかかわらず」この(イ)の「国は薬物犯罪に寛容である」というメッセージとはならない、と一般国民が受け止めるであろう理由は、(ア)「本件

---

(9) 「社会通念」の判断権者は裁判官であるとするチャタレイ事件最高裁判決（最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁）の行論を彷彿とさせるものである。

出演者が本件助成金の交付により直接利益を受ける立場にあるとはいえないこと等に大きなウェイトがある（したがって、(ア)「本件出演者が本件助成金の交付により直接利益を受ける立場にある」場合には、「知名度や演ずる役の重要性」が「国は薬物犯罪に寛容である」というメッセージを発している」と一般国民が捉えるかどうかの判断にあたり、なお問題となる余地があると考えられる)。本判決と同じく、一般国民が政府（金沢市）による私人への表現支援についてどう捉える（と最高裁が評価する）かが問題となった金沢市庁舎前広場事件最高裁判決<sup>(10)</sup>では、政府による私人表現活動への支援による政府に対する表現帰属の判断基準について明示せず、いきなりあてはめを行っていた<sup>(11)</sup>。本判決は、政府が私人への表現活動支援を行う際に、その表現物の登場人物が「直接利益を受ける」かどうか、その登場人物の所為の追認により生じるメッセージの政府への帰属の判断に当たって重要な要素となることを示したものと理解できる<sup>(12)</sup>。そしてまさにこの表現支援を受ける私人（支援対象表現物の登場人物含む。）が「直接利益を受ける」かどうかで本判決と金沢市庁舎前広場事件最高裁判決の事案を区別できると考えられる。すなわち金沢市庁舎前広場事件最高裁判決は集会主催の団体が「直接利益を受ける」ケース／本判決は薬物使用で有罪判決を受けた出演者が「直接利益を受ける」わけではないケースという形で、区別ができるであろう。

政府への表現の帰属の問題は、表現がそもそも解釈に開かれたものでありアモルフになりがちである。近時増えつつある「表現」（「イメージ」や「メッセージ」）をめぐる闘争、いわゆる「表現の自由戦士」の問題や「キャンセル

(10) 最3判令和5年2月21日民集77巻2号273頁。

(11) 檜垣宏太「公物上での集会の自由の憲法的保護の現段階」広島法学47巻1号39-47頁（2023年）。

(12) 政府による私人の表現活動支援が政府に当該表現の帰属をもたらすかの判断基準はいまだ未解決の課題である。檜垣・前掲注（11）39-40頁で木下智史、小谷順子、横大道聡の見解の紹介はしているところである。同部分の本文に対応する脚注100-103参照。



カルチャー」という語の使用の広がりなども、この問題と同根であると考えられる<sup>(13)</sup>。しかし、私人の表現活動に対するあらゆる政府助成が政府にその私人の表現を帰属させるとなると、私人の「自由」の領域が縮減され「公的統制」の対象にされてしまう可能性がある（まさに金沢市庁舎前広場事件判決がそうであったように）。政府による物理的な場所を提供する形態での私人表現への助成の一貫として把握できる<sup>(14)</sup>パブリックフォーラム論という「パブリック」は「公」は「公」でも「政府」（ないし「国家」又は「官」）ではなく、政府から切り離された「市民社会」の「公」であるはずなのである<sup>(15)</sup>。

「政府の言論」化による「公」を掲げた政府による私人表現活動への介入の歯止めが必要である<sup>(16)</sup>という観点から、本判決が「直接利益を受ける」かどうかを判断基準として立て、一定の歯止めをかけた点は極めて大きく評価できる。

#### 4 公金支出に対する国民の信頼保護という公益

同様に、本判決がかけたもう一つ大きな限定として、Y側が主張した「公金が国民の理解の下に使用されること」（以下「公金支出に対する国民の信頼保護」という。）という公益は、「芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動」である場合に例外的に不交付決定を行ってよい理由である、公益が「重要」なものであるという要件（①要件）を充足しないと判

---

(13) 志田陽子「「表現の自由」と排除」毛利透編『講座 立憲主義と憲法学 第3巻 人權Ⅱ』（信山社、2022年）143-176頁、成原慧「キャンセルカルチャーと表現の自由」法政研究 89巻3号 167-194頁（2022年）、檜垣宏太「政治的ボイコットは表現の自由の保護を受けられるか」広島法学 46巻3号 32-58頁（2023年）参照。

(14) 蟻川・前掲注（8）97-98頁。

(15) 檜垣・前掲注（11）59-62頁では、紙谷雅子、木庭顕、齊藤芳浩、佐々木弘通の所説を「市民社会における「公共」」（同61頁）を論じたものとして位置付けた。

(16) 蟻川・前掲注（8）、横大道聡『現代国家における表現の自由』（弘文堂、2013年）特に第3部。



断したことを指摘することができる。

争われている憲法上の権利条項は異なるものの、公金支出の正当化の文脈としては本件と類似している近時の「セックスワークにも給付金を」訴訟の控訴審・東京高裁判決<sup>(17)</sup>は、性風俗関連特殊営業について他の営業と異なり新型コロナ給付金を支給しないこととした持続化給付金給付規程（中小法人等向け）8条1項3号等の規定が合理的であり憲法14条1項に違反しない理由として「国民の理解を得ることが困難である」ことを挙げている。この判決のように公金支出に対する国民の信頼保護を理由として政府による不平等取扱いを正当化する事案、あるいは、かかる理由で憲法上の権利制約を正当化する事案の処理において、本判決が公金支出に対する国民の信頼保護という公益について（「薬物乱用の防止と別個の公益とみる余地がある」という留保を付しつつであれ）「重要」とはいえないとしたことの意味は大きいはずである。

## 5 裁量と人権

本判決4(2)は「このような事態は、本件助成金の趣旨ないしYの目的を害するのみならず、芸術家等の自主性や創造性をも損なうものであり、憲法21条1項による表現の自由の保障の趣旨に照らしても、看過し難いものということができる」と述べるが、他方で結論としては「違憲」ではなく「違法」という処理になっている。そうであれば、本判決は憲法学が扱うべき事柄ではなく、行政法学に委ねるべき事柄なのではないかという疑問が生じる。

この疑問について考える際に参考になるのが遠藤比呂通の議論である。遠藤はその著書『人権という幻』<sup>(18)</sup>で、広島市暴走族追放条例事件最高裁判決<sup>(19)</sup>

(17) 東京高判令和5年10月5日2023WLJPCA10056001。なお、一審の東京地判令和4年6月30日判タ1515号82頁も、「大多数の国民の理解を得られるかどうか」を不支給規定の合理性を支える一事情として考慮している。

(18) 遠藤比呂通『人権という幻』（勁草書房、2011年）。

の藤田宙靖反対意見を引用しつつ、以下のように述べる。

「日本の最高裁判所は、一元的な法秩序において、憲法だけではなく、法律、条例、行政処分など、およそあらゆる法行為に対する解釈権を独占しています。ここが、違憲審査制の母国であるアメリカ合衆国の連邦最高裁判所ともっとも違う点です。アメリカであれば、たとえばニューヨーク州が同じような法を定めたとしても、連邦最高裁判所には、ニューヨーク州法に対する解釈権はありません。したがって、そもそも合憲限定解釈という選択肢がないのです。」<sup>(20)</sup>

「日本の法令解釈の統一をおこなう最高裁判所においては、むしろ、法規定の趣旨・目的や、施行規則などによって、憲法問題の処理を合憲限定解釈としておこなうのが原則となります。」<sup>(21)</sup>

そして、これは我が国憲法学の比較対象国の二大潮流としてアメリカともにもう一つの流れを形成するドイツについてもまた、司法制度の仕組みは異なれど、同様の事情があてはまる。「連邦憲法裁判所は審級制度上の最上級審ではなく、基本法の遵守の有無の問題に特化して裁判する裁判所である。この点で、最高裁判所を頂点とする一般の裁判権に法令審査権を認める日本と異なる」<sup>(22)</sup>。すなわち、ドイツもまた憲法判断を行う連邦憲法裁判所には「法令解釈の統一」権限がなく、「法令解釈の統一」権限は各連邦最高裁判所（通常、行政、財政、労働、社会）が持つこととなっている<sup>(23)</sup>。

---

(19) 最3判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁。

(20) 遠藤・前掲注(18)214-215頁。

(21) 遠藤・前掲注(18)215頁。

(22) ハンス・ペーター・マルチュケ（村上淳一＝守矢健一訳）『ドイツ法入門〔改訂9版〕』（有斐閣、2018年）63-64頁。

そうであれば、日本では、アメリカやドイツと異なり、合憲限定解釈が原則であり法令違憲判決は例外となるはずである<sup>(24)</sup>。そして、そうだとすれば、「憲法上の権利論」の守備範囲には、法令違憲判決が出される場合だけでなく、合憲限定解釈を含む憲法適合的解釈がなされる場合も当然に含まれると考えられる。

しかし、既に触れた呉市教研集会事件最高裁判決やエホバの証人剣道拒否事件最高裁判決<sup>(25)</sup>のように、「憲法上の権利」（前者なら憲法 21 条 1 項の「集会の自由」、後者なら憲法 20 条 1 項の「信教の自由」）が判決の結論形成過程に作用したと考えられる場合であっても、行政裁量内部で一考慮要素に落ちている場合には、もはやそれは法律上の利益と同程度の保護しか受けられない利益にすぎず<sup>(26)</sup>、「憲法上の権利」論の守備範囲から外れるように思われる<sup>(27)</sup>。もっとも、「生命、自由、幸福追求に対する国民の権利」（憲法 13 条後

---

(23) 鈴木秀美＝三宅雄彦編『ガイドブック ドイツの憲法判例』（信山社、2021 年）3-6 頁も参照。

(24) アメリカについて、遠藤・前掲注（18）216 頁参照。

(25) 最 2 判平成 8 年 3 月 8 日民集 50 卷 3 号 469 頁。

(26) 第一次夫婦同氏合憲判決（最大判平成 27 年 12 月 16 日民集 69 卷 8 号 2586 頁）の憲法 24 条 2 項解釈について、高橋和之は以下のように述べる。「それでも判旨は、この指針の存在により、次のような効果、すなわち、人権規定に反していない限り後は立法府の裁量だというのではなく、「憲法上直接保障された権利とまではいえない人格的利益」や「両性の実質的平等」を立法に際して配慮することが求められるという効果が生じることになるという解釈を示し、立法裁量を与えるものだと強調する。しかし、それらの利益は「憲法上の権利」性を否定された単なる利益にすぎないから、立法裁量において「総合的に考慮」する際の一考慮要素に格下げされた利益にすぎず、「憲法上の権利」の場合のように、その権利に特化して焦点を合わせた「制限の正当化」論証が行われるわけではない。」（高橋和之「「夫婦別姓訴訟」同氏強制合憲判決にみられる最高裁の思考様式」世界 879 号 148 頁（2016 年））。なお、第一次夫婦同氏合憲判決のかかる憲法 24 条 2 項の解釈論が妥当であるというのではなく、あくまで「憲法上の権利」が「法律上の利益」に落とされている例として示したものである。

(27) 宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究 71 号 106-107 頁（2009 年）、木村草太『憲法の急所〔第 2 版〕』（羽鳥書店、2017 年）146 頁、仲野・前掲注（6）。

## 1 - 文化芸術助成と憲法（檜垣）

段）が常に衡量を拒む「（憲法上の）権利」として保護されることは、いいことばかりではない。司法裁量や行政裁量による柔軟で妥当な事案処理を阻み、硬直的で望ましくない処理がなされるおそれも多分にあるからである<sup>(28)</sup>。

では、本判決における憲法の、もっと具体的に言えば「憲法 21 条 1 項による表現の自由の保障の趣旨に照らしても」という一文の役割はいかなるものであるか。

「芸術的な観点からは助成の対象とすることが相当といえる活動」について「一般的な公益が害される」ことを考慮して不交付決定をすることは許されるが、そのような場面を①「公益が重要なものであり」かつ②「公益が害される具体的な危険がある場合」という例外的な場合に限定することで、「萎縮的な影響」を除去することが「憲法 21 条 1 項による表現の自由の保障の趣旨」から要請されるということであるから（本稿Ⅲ 2 (3)）、これは裁量内部で機能するものではなく、裁量外部から考慮事項の限定を行うものである。つまり憲法適合的解釈がなされているのであって、ここでは「表現の自由」は、「法律上の利益」ではなく、「憲法上の権利」として機能していると評価できる。

※ 1 本研究は、JST 次世代研究者挑戦的研究プログラム JPMJSP2132 の助成を受けたものである。

※ 2 本稿校正中に松尾剛行「『宮本から君へ』事件」WLJ コラム臨時号 305 号（文献番号 2023WLJCC027）に接した。

---

(28) 第 87 回日本公法学会(2023 年 10 月 7-8 日開催)における中川丈久による総会報告「行政法解釈と憲法（解釈）の相互関係」参照。