

劇場に対する公的資金助成

——私営劇場に対する補助金不交付決定をめぐる
ドイツの行政裁判所の判決を素材として——

杉原周治

1. はじめに
2. 私営劇場に対する補助金不交付決定が適法とされた事例
 - 2.1 リューネブルク上級行政裁判所1968年10月23日判決
 - 2.2 連邦行政裁判所1979年8月16日決定
 - 2.3 マンハイム上級行政裁判所2003年10月15日決定
 - 2.4 小括
3. 私営劇場に対する補助金不交付決定が不適法とされた事例
 - 3.1 リューネブルク上級行政裁判所1982年12月14日判決
 - 3.2 小括
4. むすびにかえて

1. はじめに

ドイツでは、第二次大戦後、ナチス政権下において国家が文化統制政策を強行したことへの反省から、学校教育、放送、文化の分野に関する管轄権は、連邦ではなく州および市町村に所属するとされてきた¹⁾。連邦憲法裁判所も、文化的な事項にかかわる国家活動が問題となる場合には、「文化高権 (Kulturhoheit) は、基本法の権限分配に基づき (基本法30条および70条1項を参照)、原則として州に属する」ことを明示している (BVerfGE 37, 314 (322))²⁾。この文化高権のもとで、「国家権力による文化の一元的統制が回避され、それぞれの地域社会に固有の、多様な文化芸術活動が保証、促進されてきたのである」³⁾。

こうした文化領域に関する州の管轄権ないし州による支援の適用は、ドイツ国内に数多く存在する劇場にも妥当する。ドイツには、国立の劇場、すなわち連邦政府立の劇場は一つもなく、「すべての公共劇場が、運営母

体としては州立、もしくは市立である(都市連合立や郡立も若干あり)⁴⁾。さらに、一部のフェスティバルを除けば、これら常設の公共劇場に連邦政府から助成金が支給されることはなく、所属する州および市の双方から複数の補助金を受けて運営されている⁵⁾。また、これらの劇場の民間からの支援額が予算全体に占める割合は数パーセントにとどまり、その運営の大部分がこれらの公的補助金によって賄われている⁶⁾。

しかしながら、このような劇場に対する公的資金助成のあり方をめぐっては、とりわけ資金助成の法的性質やその運用のあり方、さらには表現の自由および平等原則といった憲法上の規定による資金助成の統制などの問題をめぐって、判例・学説において様々な議論がなされてきた。その中でも、とりわけ、私営の劇場に対する補助金不交付決定の適法性をめぐっては、行政裁判所の判例において従来から激しく議論されてきた。というのも、上述のようにドイツの劇場は、大部分を公的補助金で運営している市立(Stadttheater)または州立(Staatstheater (Landestheater))といった「公法上の法形式(öffentliche Rechtsform)で組織されている」劇場か、または私法上の有限会社(GmbH)の形式をとってはいるものの州や市から多額の補助金をもって運営されている劇場がほとんどであって、それに比し私営劇場(Privattheater)は、数・規模ともに「きわめて冷遇されている」からである⁷⁾。

そこで本稿では、この私営劇場に対する補助金不交付決定の適法性をめぐる問題につき、行政裁判所の一連の決定の分析を中心として、これを検討することにした。その論証方法として本稿は、さしあたり、劇場に対する補助金をめぐる行政裁判所の代表的な四つの判決⁸⁾を取り上げることとする。具体的には、これらの判決を、補助金不交付決定が適法とされた事例(第2章)と不適法とされた事例(第3章)に区分した上で、それぞれの判例理論について分析を試みることにし、最後にわが国における文化助成と憲法をめぐる議論との関係で、若干の比較検討を行うことにしたい。

2. 私営劇場に対する補助金不交付決定が適法とされた事例

私営劇場に対する補助金不交付決定の適法性が問題となった事例において、上級行政裁判所および連邦行政裁判所は、以下の三つの事例において、当該不交付決定を適法であると判断している。

2.1 リューネブルク上級行政裁判所1968年10月23日判決 (OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 — Subventionierung einer Wanderbühne)

(1) 事実

原告Xは1945年に設立された劇団 (Bühne) であり、とりわけ古代および中世の劇 (Drama) を上演していた。そこでは、「ボルデスホルマーの聖母マリアの嘆き」(Bordesholmer Marienklage) がオリジナル・バージョンで上演され、またとりわけ、カルパチア・ドイツに由来する「オベルーファーの劇」(Oberuferer Spiele) が上演されていた。こうした東ドイツの文化財への取り組みが評価されて、Xは、被追放者・難民・戦傷者に関する連邦省 (Bundesministerium für Vertriebene, Flüchtlinge und Kriegsgeschädigte) から、さらにはシュレースヴィヒ・ホルシュタイン州における「被追放者の文化的故郷遺産の保持のための財源」から、長年に渡って補助金⁹⁾(Zuschuß)を獲得していた¹⁰⁾。さらにXは、1952年以来、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州の文部省の予算から、劇場およびオーケストラのための補助金という費目で (Titel Zuschüsse für Theater und Orchester)、定期的に補助金を得ていた。当時、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州で活動していた劇団の中で、州の財源から補助金を得ていた劇団は、Xの他は、A市、B市、C市に属する劇団、州立劇団D、そして劇団Eだけであった。このうち劇団DおよびEは地方自治体によって運営されており、劇団Dは有限会社の形式をとっていた。

しかしながら、その後同州の財政状況が悪化したため、州政府は1966年8月2日、劇場およびオーケストラのための補助金の保障を1968年から新たに規律することを決定し、Xに対して補助金交付の中止を通知した。これに対して申し立てられたXの義務付け訴訟は、第一審のシュレースヴィヒ行政裁判所によって棄却されたため、Xはリューネブルク上級行政裁判所に控訴した。

(2) 判旨

リューネブルク上級行政裁判所は、州に対するXの補助金請求権には根拠がないとして、結論としてXの訴えを棄却したが、その理由につき、とりわけ、(a)基本法5条3項にいう芸術の自由、(b)シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州条例、(c)連邦行政裁判所の判例、(d)基本法3条にいう平等原則、(e)長年の補助金交付の実績、(f)連邦被追放者法96条、という6つの

論拠を挙げている。

(a) 基本法5条3項にいう芸術の自由

上級行政裁判所によれば、Xの補助金請求権は、基本法5条3項が保障する芸術の自由の基本権¹¹⁾から導くことはできないという。すなわち――、

「シュレースヴィヒ・ホルシュタインにおける劇場経営者が州の財源から公的補助金 (staatliche Zuschüsse) を得るための〔根拠となる〕明示的な法律上の規定は存在しない。……そのような請求権は、芸術は『自由』であると〔規定する〕基本法5条3項からも演繹されない¹²⁾」。

(b) シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州条例

Xの補助金請求権は、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州条例からも導き出されえない、という。

「私営劇場の補助金請求権は……シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州条例からも導き出されない。同7条1項は、単に、『州は芸術を支援し、保護する』と規定しているだけである。同規定の不明確さゆえ、また、問題となっている人的領域の規模と多様性に鑑みれば、同規定から、例えばすべての芸術家のために公的補助金を求める請求権を導き出すことは、まったく不可能である……。例えば劇場事業に対して特別な例外を認めることは、いずれにしても、『芸術』は支援されうると謳う〔当該条例の〕一般的規定からは正当化されない¹³⁾」。

(c) 連邦行政裁判所の判例

連邦行政裁判所は、以前の判例において私立の代替学校の補助金請求権を認める決定を下したことがあるが、上級行政裁判所によれば、この論理は劇場には妥当しないという。

Xの「補助金請求権のための観点は、私立の代替学校 (Ersatzschule) の補助金請求権に関する連邦行政裁判所の判例から〔も〕導き出されない。連邦行政裁判所は、憲法上の自由保障からは積極的な補助金請求権

は導かれないという原則に基づけば、例外は特殊な (außergewöhnlich) ケースでのみ認められるが、代替学校は、とりわけ以下のような理由からそのような特殊な事例にあたるとした。つまり、代替学校の存在は基本法 7 条 4 項において明示的に保障されているからであり、さらに全住民にとっての通学の社会的意義に鑑みれば、基本法 20 条にいう社会国家原則も考慮されなければならないからである、と」。しかしながら、「この二つの考慮は、劇場事業体には妥当しない。〔なぜなら〕私営劇場に対する明示的な存在保障 (Bestandsgarantie) が皆無であるというだけでなく、劇場というのは、社会国家性という視点から見て重要とされる責務を有していない」¹⁴⁾からである、という。

(d) 基本法 3 条にいう平等原則

上級行政裁判所によれば、地方公共団体によって経営される劇団には補助金が交付される一方で、私営の劇団である X には補助金が交付されないとしても、両劇団には「本質的な差異」があるため、両者の取扱いの差異は基本法 3 条にいう平等原則に違反しない、という。

「本件では、平等原則違反は存在しない。同原則違反は、一方で助成を受けた劇場において、他方で原告〔である X の劇場〕において、本質的に同等の関係、すなわち原告に対しても適切な方法で救済措置を及ぼすことが必要とされるような関係が存する場合のみ問題となる……。なぜなら平等原則は、本質的に平等なことは同等に扱われることのみを要請しているのであり、それに応じて、本質的に同等な事実関係において恣意的に不平等に取り扱うことを禁止しているにすぎないからである (BVerfGE 11, 287; 14, 238)。これに対して、実質的に (sachlich) 異なるものは、異なる法的帰結を付与されるべきである。〔この点につき〕 A、B、C、D および E の各劇団と原告の劇団の間には、重要で実質的な複数の差異 (wesentliche sachliche Unterschiede) が存在する。」「重要な差異の一つは、原告が、1967 年までに被告によって支援された六つの劇団のなかで、唯一の純粋な私営の劇場事業体である、ということにある」。さらに「補助金を付与するシュレースヴィヒ・ホルシュタイン州に対する六つの劇団の文化的意義に鑑みても、本質的な差異が存在する。これまでに〔劇場およびオーケストラのための補助金という〕費目 601 (Titel

601) からの補助金を得た六つの劇団のうち、原告は、かなりの範囲で(1967年は70%近くまで、つまり263の公演のうち183を)シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州の外で活動した唯一の劇団である。それゆえ、原告の活動範囲は、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州のどの地域においても、他の劇場のそれとは比較しえない。それとともに原告は、〔他のA～Eの〕常設の劇団とは異なり、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州内のある地域の文化的中心でもない。口頭弁論における原告の陳述によれば、原告は1967年に、シュレースヴィヒ・ホルシュタイン州で行った80の公演のうち、わずか48の公演をK地域の複数の異なる町で開催したにすぎない¹⁵⁾。

「上述した法的状況からは、同時に、被告は現存する財源を少なくとも比例的な方法で当該六つの劇団に分配しなければならないという原告の主張には根拠がない、ということが明確となる¹⁶⁾。

(e) 長年の補助金交付の実績

上級行政裁判所によれば、Xが長年に渡って公的資金助成を受けていたことも、補助金請求権の根拠にはならないという。

「単に長年に渡って補助金を交付されていたという事実から〔も〕、さらなる〔助成金の〕保障の請求権は発生しない……。これを承認する根拠は、現行法のどの規定にも存しない。とりわけ、長く継続的に補助金を得た〔という事実〕からは、例えば、基本法14条の保護の下に置かれるであろう所有権は発生しない……。補助金の継続的保障を信頼する受領者のこの信頼は、通常は保護されない。なぜなら当該受領者は、明示的な取り決め若しくは確約(Zusage)が欠けている場合、又は特別な法命題(Rechtssatz)が存しない場合であって、〔補助金不交付の〕疑いがある場合には、将来的に補助金が不交付になることを、常に覚悟しなければならないからである……。本件原告のケースでは、被告に〔原告に対する〕補助金の継続的保障を義務付けうるような、そうした取り決めや確約は存在していない¹⁷⁾。

(f) 連邦被追放者法96条

最後に、上級行政裁判所によれば、補助金がドイツ人の追放がなされた

地域の特別な文化を保存することに寄与する限りにおいて、「被追放者および難民の問題に関する法律」(Gesetz über die Angelegenheiten der Vertriebenen und Flüchtlinge — BVFG (「連邦被追放者法」と略称される))の第96条¹⁸⁾からXの補助金請求権を導き出すことは可能であるが、Xの劇団の活動は当該規定の目的を追求するものではないから、結論として、連邦被追放者法の当該規定もXの補助金請求権の根拠とはなりえない、という。

「原告の補助金請求権の法的根拠としては、被追放者および難民の問題に関する法律96条だけが〔その可能性を〕残されている。同条項は以下のように規定されている。いわく——、

連邦および州は、基本法によってそれらに与えられた管轄権に応じて、追放がなされた地域 (Vertreibungsgebiet) の文化財を、被追放者、難民、全ドイツ人、外国人の記憶にとどめておくよう保護しなければならず……、さらにその〔ための〕芸術創作および職業教育の施設を確保し、支援しなければならない。

本条項からは、確かに、私立学校に対する基本法7条に基づく〔資金助成〕と同様に、(原告のように)追放がなされた地域の文化財の保護を目的とするすべての『芸術創作の施設』のための、連邦および州に補助金交付を義務づける存在保障 (Bestandsgarantie) が導き出されうる可能性があるだろう。しかしながら、原告の劇場経営は、オペラーフェーの劇だけに向けられていないだけでなく、ほとんど、または全く、連邦被追放者法96条で挙げられた諸目的の追求に向けられたものではないため、原告は、この規定から、原告の全事業のための存在保障を演繹することはできない¹⁹⁾。

以上のように述べてリュネブルク上級行政裁判所は、Xの本件補助金請求権の根拠を否定してXの請求を棄却したが、こうした立場は、以下で挙げるその後の連邦行政裁判所および上級行政裁判所の決定にも踏襲されている。

2.2 連邦行政裁判所1979年8月16日決定 (BVerwG NJW 1980, 718 — Subventionierung von Privattheatern)

本件で原告Xは、被告であるY州に対して、少なくともYが別の私営劇場に交付した額と同額の補助金を要請した。YはXの当該要請を拒否し、それに対するXの異議申立ても下級裁判所によって棄却されたため、Xは連邦行政裁判所に上告した。

連邦行政裁判所は、1979年8月16日の決定において、以下のようにXの補助金請求権は平等原則および基本法5条3項から導かれえないと述べて、結論としてXの上告を棄却した。

請求の根拠となる法律上の規律が存在しないような「劇場の公的資金助成の保障は、〔行政による同助成の〕拒否が平等原則を侵害することが明確な場合にのみ、要求可能である……。この点については、異議申立てに際して基本法5条3項を援用する場合でも、何ら変わることはない。この基本権は、国家の給付を求める請求権を保障しておらず、さらにとりわけ、そのような『支援を、すべての芸術的表現に対して、または芸術的な内容の仲介に寄与するすべてのメディアに対して、均等に分配すること』(vgl. BVerfGE 36, 321 (332) = NJW 1974, 689)を要請してはいない」。さらに、「この原則からは、国家の〔劇場〕支援の実務に際して、基本法5条3項はいずれにしても、そのような(包括的な)支援の不作为を求める請求権を仲介しているのであって、原告が最終的にそれを追求したように、形式的な平等取扱いを求める請求権を仲介してはいない、ということが導かれる」²⁰⁾。

2.3 マンハイム上級行政裁判所2003年10月15日決定 (VGH Mannheim, NJW 2004, 624 — Subventionsgewährung für Theater)

本件で、劇場を経営している有限会社である申立人Xは、被申立人Y²¹⁾に対して2004年度の補助金の交付を申請したが、Yは同申請を拒否し、さらにこれに対して申し立てられたXの訴えも行政裁判所によって棄却された。さらにXはマンハイム上級行政裁判所に控訴したが、同裁判所は、以下のように、(a)基本法5条3項、バーデン・ヴュルテンベルク州憲法3c条およびバーデン・ヴュルテンベルク州市町村法10条2項1文、(b)予算条例および予算、(c)長年の補助金交付の実績、(d)補助金申請者と第三者の

間の契約の存在は、いずれもXの補助金請求権の根拠とはなりえないと述べて、結論としてXの訴えを棄却している。

- (a) 基本法5条3項、バーデン・ヴュルテンベルク州憲法3c条およびバーデン・ヴュルテンベルク州市町村法10条2項1文

上級行政裁判所によれば、Xの補助金請求権は、基本法5条3項にいう芸術の自由、州および地方自治体に文化的生活を支援するよう義務付けるバーデン・ヴュルテンベルク州憲法3c条、さらには地方自治体に「文化的福祉」のために必要な公営造物の設立義務を課すバーデン・ヴュルテンベルク州市町村法10条2項1文からも導き出されえない、という。

「確かに基本法5条3項は芸術の自由を保障しており、また州憲法は、国家および地方自治体は文化的生活を支援する（バーデン・ヴュルテンベルク州憲法3c条（Art. 3c BadWürttVerf）と規定している。さらに当該地方自治体には、その給付能力の範囲内で、（とりわけ）その住民の文化的福祉（kulturelles Wohl）のために必要な公営造物を設立する義務が課されている（バーデン・ヴュルテンベルク州市町村法10条2項1文（§10 II 1 BadWürttGO²²⁾）。しかしながら、これらすべてから、地方公共団体による財政支援を求める個人の芸術家の請求権が導き出されるわけではない²³⁾」。

- (b) 予算条例および予算

上級行政裁判所によれば、地方自治体は、「予算法上の根拠」（*haushaltsrechtliche Grundlage*）なしに文化的施設の経営に対して補助金を給付する権限を有しない。それゆえ、予算条例（*Haushaltssatzung*）における当該財源の存在の証明なしに、補助金の保障を求める劇場経営者の請求権は認められえない、という。

「本件被申立人は、平等原則（基本法3条1項）の厳格な考慮の下で、裁量の瑕疵無く、補助金申請者に対して補助金（*Zuwendungen*）を分配する義務を負うが、当該義務からも、申立人が要求する補助金を求める請求権は発生しえない。なぜなら被申立人は、資金助成のための十分な法的根拠を必要とするからである」。「予算法上の根拠なしに与えられる

補助金は、基本的に違法である……。それゆえそのような補助金を求める請求権は、存在しえない。本件被申立人は、2004年度の予算に対して、いまだ何らの予算条例（バーデン・ヴェルテンベルク州市町村法79条参照）も制定しておらず、さらに予算もまだ作成していなかった（バーデン・ヴェルテンベルク州市町村法80条参照）」²⁴。

(c) 長年の補助金交付の実績

上級行政裁判所によれば、当該劇場が長年に渡って補助金を交付されてきたという実績があったとしても、それによって、その後も財政支援を継続するというを行政に義務づけるものではないという。

「行政裁判所は、正当にも、信頼保護（Vertrauensschutz）の原則からも、本件被申立人が申立人の劇場を財政的に支援しなければならないほど（将来的に）〔行政の〕裁量をゼロに縮減させる、という結論には至らないと述べた。申立人が1982年以来、かなりの規模の補助金を得ており、さらに今後の〔補助金の〕保障がなければその存続の危機にさらされる、という事実のみでは、そこに特別な事情が付け加えられない限り、保護に値する信頼は根拠づけられない……。〔本件では〕そのような〔特別な事情は〕存在しない。本件被申立人は、申立人をさらに将来においても財政的に支援する意向を含んだ、拘束力をもつ確約を交わしたわけではない」²⁵。

(d) 補助金申請者と第三者の間の契約の存在

最後に上級行政裁判所は、補助金申請者が第三者との間で劇場の賃貸契約を締結したことも、原則として、補助金の今後の受給が保障されるものではない、という。

「補助金申請者と第三者の間の民法上の契約の締結は、原則として、地方自治体による財政支援の将来の保障に対する信頼構成要件（Vertrauenstatbestand）を満たさない。このことは、契約上のルールが、補助金提供者に対して周知されていたか否かに関係なく妥当する。〔ただし〕もし補助金提供者が、補助金の必要性を認識したうえで、積極的にかつ自ら要請して契約締結に協力したという場合には、このことはお

そらく妥当しえないであろう。〔しかしながら〕申立人は、2002年8月17～21日に申立人が〔劇場の〕賃貸人とともに締結した、劇場に関する賃貸契約の延長に関連して、このことを主張しなかった」。補助金受取人は、「基本的に、一般的な枠組み（Rahmenbedingung）が変更されること、さらにそれによって、過去に保障されていた補助金が将来は縮減されるか、または完全に中止されることを、予期しなければならない」²⁶⁾。

2.4 小括

以上のように、上記の行政裁判所の判決によれば、私営劇場経営者が州政府に対して新規に補助金交付の請求をした場合、または補助金交付の延長ないし継続を要求した場合には、当該請求権は原則として認められないという。すなわち行政裁判所によれば、当該補助金請求権は、①基本法5条3項にいう芸術の自由、②基本法3条にいう平等原則、③私立学校の補助金請求権を認めた連邦行政裁判所の判例、④劇場経営者が長年に渡って補助金を受けてきたという実績、⑤州憲法、州条例、州市町村法の各規定から、その根拠を導くことはできないという。つまり、原則として補助金の交付決定については州または市町村に広範な裁量が認められており、劇場側は、補助金が将来縮小されるか、または完全に中止されることを覚悟しておかなければならないのだという。

ただし、行政裁判所はそれに対する2つの例外を認めている。ひとつは、⑥追放がなされた地域の文化財の保護を連邦および州に義務づける連邦被追放者法96条の規定であり、もし劇団の活動が当該規定の目的を追求するものであれば、補助金がここでいう文化財の保護に寄与するものである限りで、当該補助金を請求することが可能になるという。もうひとつは、⑦補助金申請者が第三者との間で締結した劇場の賃貸契約の存在であり、もし州側が、劇場が補助金を必要としていることを認識したうえで当該契約締結に積極的に協力したという場合には、劇場の補助金請求権には根拠があるとされる。

3. 私営劇場に対する補助金不交付決定が不合法とされた事例

以上の決定に対してリュエネブルク上級行政裁判所は、1982年12月14

日の判決において、これとは異なる決定を下している。すなわち、私営劇場の経営者が補助金を打ち切られたために提起された訴えに関する事件において、上級行政裁判所は、確かに補助金を求める権利を有しないが、原告は行政に対して無瑕疵裁量行使請求権を有しており、結論として本件行政行為には「理由付け」もなく、また裁量行使のための「視点」の説明義務もなかったとして、本件の補助金不交付決定は不適法としたのである。

3.1 リューネブルク上級行政裁判所1982年12月14日判決 (OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138 — Subventionierung einer Kabarettbühne)

(1) 事実

本件で原告Xは、被告である大臣Yに対して、Xの経営するカバレット劇場 (Kabarettbühne) に対する1980年度の補助金を要請した。「k. kritisches kabarett — theater a. d. b.」と名付けられた、Xが1974年末から経営していたこのカバレット劇場にはおよそ70の客席があり、劇の開催期間中はおよそ満員となっていた。入場料は1980年当時で13DMであったが、特定の団体は7DMの割引価格でチケットを購入できた。Xは、役者としてこのカバレットの公演に参加しており、ある時はハノーバーにある彼の劇場において、またある時は客演巡業を介して活動していた。さらに、Xの劇場の中で、「Freundeskreis Theater a. d. B. e. V.」という名の社団法人が別の芸術家の客演を上演しており、そこではカバレットの上演だけでなく、例えば1980年1月と2月には、アンネ・フランクの夕べおよびブレヒトの夕べが、それぞれ多くの芸術家によって公演された。Xの劇場は、過去において、ハノーバーだけでなく、ニーダーザクセン州の財源からも補助金を交付されていた。

しかしながら大臣Yは、1980年10月6日の決定 (Bescheid) をもって、劇場「Theater a. d. B.」に対する1980年度の補助金申請を拒否した。同決定の内容は、とりわけ以下のようなものであった。

「芸術保護および文化保護の支援のために私が自由に使用できる財源の不足 (Knappheit) は、補助金の授与に際して、私に大きな制約を余儀なくしています。とりわけ、短期間で繰り返しなされる支援、または全く定期的になされる支援は、数少ない例外的なケースでのみ実施することができます。というのも、そうでなければ、そうでなくとも切迫し

ている自由に使える財源が、より乏しくなってしまうからです。

a. d. B. 劇場のケースにおいては、州は、ここ数年間、申請に応じて繰り返し、州の補助金を供給してきました。それゆえ、私が1980年度の支援に対する貴殿の双方の申請に対して、消極的な決定を下さなくてはならないことにつき、どうぞご理解をいただきたいと思います。」

Xからの申立てに基づき、行政裁判所は、1980年10月6日のYの行政決定を取り消し、Yに対して、同裁判所の法的見解を考慮したうえでXの申請の適法性につき新たに決定を下すことを義務づけた。この行政裁判所の決定に対してYが控訴したが、リューネブルク上級行政裁判所は、本判決において、以下のような論拠を挙げ、結論としてYの上告を棄却した。

(2) 判旨

上級行政裁判所の判決の主たる要旨をまとめると、以下のようになる。

(a) 公的補助金を求める請求権の存否

上級行政裁判所によれば、劇場経営者が州に対して自己の劇場に対する補助金を請求する権利は、基本法5条3項にいう芸術の自由の基本権からも導き出されえない、という。

本件では、「ニーダーザクセンの劇場事業体が州の財源に基づく国家の補助金を受け取るべきとする〔その根拠となる〕明示的な法律上の規定は、存在しない。〔当該補助金に対する〕そのような請求権は、芸術は自由であると謳う基本法5条3項からも導かれぬ」。同規定は、この〔芸術〕領域で活動するすべての者に対して……個人的な自由権を保障している……。しかしながら、この憲法上の規定は、こうした消極的な意義のみを有しているわけではない。芸術の自由に対する価値決定は、むしろ、文化国家と理解される国家の、芸術の領域に対する保障をも包含し、それと同時に、国家に対して、自由な芸術生活を保持し支援する責務を課している。しかしながら、国家の芸術支援を求める個人の権利は、このような〔芸術に対する〕保護義務および配慮義務 (Schutz- und Fürsorgepflicht) とは、原則として一致しない。国家の〔芸術〕支援義務は、個人的権利としての類型ではなく、客観的権利としての類型で

ある。国家は、その給付国家的な裁量の範囲内で、具体的な支援措置について決定を下す」。そして「国家は、そのような〔芸術支援〕措置の内容形成に際して、その文化政策の枠内で、広範な自由を有している。支援にふさわしい活動であることを是認する〔か否か〕に際して、国家には、客観的な選択を行う権利と、適切な区別を行う権利が付与される。形式的な平等取扱い (schematische Gleichbehandlung) は、憲法からは導き出されえない。そのような形式的な平等取扱いは、それが一方で、芸術作品の質および規模を高めることに寄与せず、他方で、(常に限定的にのみ用いられうる) 国家財政を、支援を必要とする芸術的業績の効果的支援から引き離すものであるため、むしろ芸術の自由の保障のための国家の委託から逸脱することになるであろう」²⁷⁾。

(b) 無瑕疵裁量行使請求権

以上のように上級行政裁判所によれば、Xは、自己の劇場に対して支援を求める権利を有さない。しかしながら、同裁判所によれば、Xは芸術支援に関して、行政の瑕疵なき裁量の行使を求める権利を有しているという。

「州による個人の支援を求める原告の請求権が存在しないとしても、本件ではいずれにしても、形式的法律、つまりニーダーザクセン州の1980年の会計年度における年度予算 (Haushaltsplan) が根拠となる」。「その結果、原告のカバレット劇場が補助金目的に適合し、それゆえ彼が支援の資格を有している場合には、原告は、いずれにしても無瑕疵裁量行使請求権 (Anspruch auf fehlerfreie Ermessensausübung) を有することとなる」²⁸⁾。

(c) 行政手続法39条の要件

そこで本件の行政の裁量行為の適法性が問題となるが、上級行政裁判所によれば、当該裁量行為が適法であるというためには、行政手続法 (Verwaltungsverfahrensgesetz (VwVfG)) 第39条1項2文および3文²⁹⁾の要件が満たされなければならないという。

ところで行政手続法39条1項(当時)は、「書面による行政行為または書面によって確認された行政行為は、書面によって理由を付記されなければならない。理由付け (Begründung) においては、行政庁がその決定をす

るにあたって考慮した重要な事実上および法律上の根拠（Gründe）が示されなければならない。裁量決定の理由付けにおいては、さらに、行政庁がその裁量を行使するにあたって基礎とした視点（Gesichtspunkt）をも明らかにするものとする」と規定し、行政行為および裁量行使に際して一定の要件を課している。しかしながら上級行政裁判所によれば、本件において行政庁は、当該行政行為を行うに際しての「理由付け」も、裁量の行使に際して基礎とした「視点」も明確にしなかったという。

このXの無瑕疵裁量行使請求権ゆえに、「当該年度予算の関連する費用に基づき、原告および彼の劇場の支援資格が存在する場合には、被告によって下される裁量決定の理由付けに対して、1976年5月26日の行政手続法39条1項2文および3文が効力をもつ」。同規定によれば「理由付けにおいては、行政庁がその決定をするにあたって考慮した重要な事実上および法律上の根拠（Gründe）が示されなければならない。裁量決定の理由付けにおいては、さらに、行政庁がその裁量を行使するにあたって基礎とした視点（Gesichtspunkt）をも明らかにするものとする」。

しかしながら、審査の対象となった「当該行政行為は、これらの要請を正当に評価していない。主要な理由として示された根拠も十分ではなく、また被告人の決定は、被告人が自己の裁量を行使するにあたって基礎とした視点をも明らかにしていない」³⁰⁾。

(d) 行政手続法39条1項3文という「視点」の説明義務の例外

上級行政裁判所は、さらに、行政手続法39条1項3文（裁量行使のための「視点」の説明義務）の適用の例外は、本件では認められない、とする。

「その際、行政手続法39条1項3文の当為規定（Sollvorschrift）は、（当為規定一般がそうであるように）通常のケースにおいては強制規定として理解されうるが、単なる例外的な事例においては、裁量行使のための視点の説明を問わないことが可能である」。しかしながら「本件では、そのような例外的な事例ではない。なぜなら当事者は、H市の他の私营劇場には支援が保障されたのに対して、原告の劇場の支援を拒否することが許されるのか否かにつき、1979年以来、既に争っていたからである」³¹⁾。

(e) 行政行為の理由付け

上級行政裁判所は、本件行政行為の理由付けが「不十分である」理由につき、以下のように、当該理由付けは財源の枯渇ではなく、「漠然と」財源の不足を根拠とするのみであり、また、他の劇団への支援を認めながらXに対する支援を拒否する明確な理由を挙げていないという。

本件1980年10月6日の行政行為の理由付けは、「具体的事例について十分な言明のない、形式的で (formelhaft) 漠然とした (allgemein) 理由付けにすぎない」。「自由に使用できる財源の不足 (Knappheit) を根拠とした当該理由付けは、非常に漠然と、芸術保護および文化保護の支援に言及しているのみであり、……他の劇場への特別な補助金のための財源に言及しているわけではない。〔すなわち〕当該理由付けは、この〔芸術保護および文化保護という〕目的のために自由に使用できる財源が底を尽きている、ということの意味してはいない」。

「この行政決定は、原告の経済的状況についての説明を欠いている」。さらに「当該決定は、原告が支援を受けるに値する〔か否か〕につき、なんらの見解も示していない。〔また〕この決定には、他の劇場と比べて、〔Xの劇場の〕設備、目的設定、演技法、人件費、諸経費〔がどのような状況であるか〕についても、言及がなされていない³²⁾」。

(f) 裁量決定の根拠の差し替え

最後に上級行政裁判所は、裁量決定のための根拠の差し替え³³⁾ (Nachschieben von Gründen) は、行政手続法45条1項2号および2項³⁴⁾によれば、当該行政行為につき理由付けがなされていない場合も、さらに当該行為につき行政手続法39条1項2文および3文にいう最低限の要求を満たしていない理由付けがなされた場合にも認められない、と判示する(主文)。すなわち、行政行為が瑕疵を有するとしても、行政手続法45条によれば、根拠を差し替えることによって治癒されうるが、本件では上述のように「理由付け」が不十分であるため、この差し替えの要件が満たされていないという。

「文書による裁量決定の理由付けに対する、行政手続法39条1項2文、3文にいう最低限の要求が満たされておらず、当該理由付けが、具体的

な事例に対して何ももたらさない形式的な言及を行うだけに限定されていた場合には、いわゆる根拠の差し替え〔が認められる〕ためには、行政手続法45条2項にいう時間的な制約が遵守されなければならない。このことは、行政手続法39条1項の規定に適合する理由付けが追完(nachholen)されうるのは、行政裁判所への訴えの提起まで〔に限られる〕、ということの意味する³⁵⁾。

3.2 小括

以上のように上級行政裁判所によれば、確かに補助金請求権は基本法5条3項等の憲法上の規定からも導き出されないが、原告は、行政の瑕疵なき裁量の行使を求める権利を有しているという。

このことから行政の当該裁量行使の適法性が問題となるが、それが適法であるというためには、当該行為が行政手続法39条にいう要件、すなわち行政行為を行うに際しての「理由付け」と、さらに当該裁量行使に際して行政庁が基礎とした「視点」を明確にするという要件を満たす必要があるという。しかしながら本件では、補助金不交付の理由として財源の枯渇ではなく、単に「漠然と」財源不足が挙げるだけであり、また他の劇団の支援を認めながら原告にだけ支援を拒否する明確な理由も述べられなかったため、上述の要件は満たされていないという。さらに、このような場合には、行政行為の瑕疵を治癒するための「裁量決定のための根拠の差し替え」も認められない、という。

4. むすびにかえて

わが国においても、国家や地方公共団体による文化助成や芸術支援をめぐる問題は、憲法学とりわけ表現の自由の観点から、これまで様々な議論が繰り広げられてきた³⁶⁾。その内容は、例えば、文化助成(ないし芸術支援)の正当化根拠、文化助成に対する憲法上の統制、専門職の判断の自律性、文化助成と表現の自由、など多岐にわたる。しかしながらこれらの議論は、依然として抽象的レベルの検討にとどまるものであり、個々の具体的な事件に即した検討というのは、それほどなされていないように思われる。

これに対してドイツでは、本稿が取り上げたように、文化助成をめぐる問題は多くの判例の蓄積の下で、従来から激しく議論がなされてきた。芸

術支援ないし文化助成に関する問題を扱った判例は、本稿で扱った劇場に対する公的資金助成をめぐる問題にとどまらず、音楽学校の財政援助、地方公共団体による映画館の設立、芸術界や文学界への財政援助、作品・作曲製作の委託、賞または奨学金の授与など様々な活動領域に及び、またそれぞれの事件に関する判例の数も膨大である。ドイツにおけるこうした判例・学説の蓄積は、わが国の今後の議論に何らかの示唆を与えてくれるものと思われるが、こうした検討は、ドイツのその他の判例および学説に触れたのちに、総合的に検討することにした。

(付記) 本稿は、『武蔵野美術大学造形研究センター研究成果報告書別冊 芸術と法』97頁以下(2013)(非公開)に掲載された原稿に加筆修正をしたものである。

注

- 1) 藤野一夫「ドイツにおける舞台芸術政策と劇場の運営状況」国際文化学研究：神戸大学国際文化学部紀要16巻46頁以下(2001)を参照。
- 2) さらに、Vgl. BVerfGE 6, 309 (346, 354)。また、この点を指摘するものとして、浜田純一「連邦によるテレビ会社設立の合憲性——第1次放送判決(第2テレビジョン判決)」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』469頁(信山社・2003)、Sannwald, Rüdiger, in: Schmidt-Bleibtreu, Bruno/Hofmann, Hans/Hopfauf, Axel (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, 12. Aufl. 2011, Art. 30 Rdnr. 49を参照。
- 3) 藤野・前掲注1)51頁。
- 4) 藤野・前掲注1)50頁。
- 5) 藤野・前掲注1)50頁を参照。
- 6) 藤野・前掲注1)45、50頁を参照。
- 7) Vgl. Fechner, Frank, Medienrecht, 13 Aufl. 2012, 3. Kapitel Rdnr. 136。さらに、藤野・前掲注1)41頁以下を参照。
- 8) これらの判例につき、Kirchhof, Paul, Die Garantie der Kunstfreiheit im Steuerstaat des Grundgesetzes, NJW 1985, 225 (225, FN 6); Starck, Christian, in: v. Mangoldt, Hermann/Klein, Friedrich/Starck, Christian (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Abs. 3 Rdnr. 319 (FN 80); Denninger, Erhard, in: Isensee, Josef/Kirchhof, Paul (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. VI, 2. Aufl. 2001, §146 Freiheit der Kunst, Rdnr. 31 (FN 97); Ladaur, Karl-Heiz, in: Denninger, Erhard/Hoffmann-Riem, Wolfgang/

Schneider, Hans-Peter/Stein, Ekkehart (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, 3. Aufl. 2001, Art. 5 Abs. 3 II Rdnr. 24 等を参照。

さらに、劇場における芸術の自由の問題を扱った文献として、Fahrmeir, Matthias, Kunstfreiheit im Theater, 2005がある。

- 9) 本稿で扱う判例の中では、しばしば公的資金の類型として、「Zuschuß」、「Subvention」、「Zuwendungen」という三つの用語が使用されているが、本稿ではこれらを特に区別することなく、すべて「補助金」と翻訳をあてることにする。公的資金助成の意義と類型につき、さしあたり、碓井光明『公的資金助成法精義』1頁以下(信山社・2007)を参照。
- 10) ドイツにおける被追放者の文化財保護政策につき、詳しくは、川喜田敦子「Die Vertriebenenfrage und das Geschichtsbewusstsein der Deutschen — Die Kulturförderungspolitik für die Vertriebenen in der Bundesrepublik der fünfziger Jahre」(日本語のタイトルは、「被追放民問題とドイツ人の歴史意識——1950年代のドイツ連邦共和国における『被追放民の文化保護』政策」)ヨーロッパ研究2号12頁以下(2003)を参照。同論文では、「Vertriebene」は「被追放民」と翻訳されているが、本稿では「被追放者」と訳すことにする。
- 11) 基本法5条3項にいう「芸術」概念、および芸術の自由の基本権につき、詳しくは、杉原周治「芸術の自由と青少年保護(1)——ドイツの有害図書規制を素材として」広島法学26巻1号145頁以下(2002)を参照。
- 12) OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 (875).
- 13) OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 (875).
- 14) OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 (876).
- 15) OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 (876 f.).
- 16) OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 (877).
- 17) OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 (877).
- 18) 連邦被追放者法96条につき、川喜田・前掲注10)27頁以下を参照。さらに、佐藤成基「国境を越える『民族』:アウスジードラー問題の歴史的経緯」社会志林54巻1号45頁(2007)、を参照。
- 19) OVG Lüneburg, DVBl. 1969, 875 (877).
- 20) BVerwG NJW 1980, 718 (718).
- 21) 本件の被申立人はバーデン・ヴュルテンベルク州だと思われる。
- 22) 正式名称は、「Gemeindeordnung für Baden-Württemberg」という。
- 23) VGH Mannheim, NJW 2004, 624 (624).
- 24) VGH Mannheim, NJW 2004, 624 (624).
- 25) VGH Mannheim, NJW 2004, 624 (625).
- 26) VGH Mannheim, NJW 2004, 624 (625).
- 27) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138 (1138).

- 28) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138 (1138).
29) 行政手続法39条の翻訳につき、石井五郎「行政手続法(その2・完)」外国の立法16巻5号228頁(1977)、長尾久衛「西ドイツ行政手続法」名城法学29巻3号107頁(1980)、高木光「西ドイツ行政手続法(3・完)」自治研究64巻4号85頁(1988)、小山正善「ドイツ連邦行政裁判所の裁判例にみる理由の提示と理由の補正——連邦行政手続法の制定以降」姫路法学25・26合併号54頁(1999)、等を参照。

現行の行政手続法39条1項1文は、「書面もしくは電子書面による行政行為または書面もしくは電子書面によって確認された行政行為には、理由付けが付されなければならない」、と規定されている。

- 30) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138 (1138 f.).
31) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138 (1139).
32) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138 (1139).
33) 「Nachschieben von Gründen」は、根拠の「差し替え」(高木・前掲注29)86頁)、「補正」(小山・前掲注29)52頁)、「追完」(秋山義昭「取消訴訟における処分理由の追完」北大法学論集27巻3・4号342頁(1977))、と翻訳されているが、本稿では「差し替え」の翻訳を使用することにする。
34) 行政手続法45条1項は、「第44条に基づき行政行為を無効としない手続的規定または形式的規定の違背は、以下の各号の場合には、これを顧慮しない(unbeachtlich)」とし、同項2号は、「必要な理由付けが事後的になされたとき」とする。さらに、同45条2項(当時)は、「第1項第2号から第5号までの行為は、前置手続の終結まで、または前置手続が行われないときは行政訴訟の提起までに限り、追完する(nachholen)することができる」、と定めている。同規定の翻訳につき、小山・前掲注29)54頁を参照した。

ただし、2003年1月1日に改正された現行の第45条2項の規定は、「第1項という行為は、行政裁判所の手続の最終事実審(letzte Tatsacheninstanz)の終結までに、追完することができる」、となっている。

- 35) OVG Lüneburg, NJW 1984, 1138 (1139).
36) 最近のものとして、さしあたり、横大道聡「文化への助成と表現の自由」駒村圭吾・鈴木秀美編著『表現の自由I——状況へ』352頁以下(尚学社・2011)、杉原周治「国家による芸術支援と憲法」同・『表現の自由I——状況へ』387頁以下、およびこの二つの論文で引用されている文献を参照。

さらに、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的統制』1頁以下(弘文堂・2013)、を参照。