

論文

憲法の自由規定と芸術・芸道

枝川明敬

【要旨】 21世紀に入り、文化芸術振興基本法、劇場法など国民の文化芸術活動に対する国家から給付的行政の制度が整備されつつある。一方でそれは給付を通じたパターンリスティックな文化行政を行う余地を残す。振り返れば、現憲法が制定された終戦直後の文化立国の提唱は、その後の高度経済成長で忘れられた存在だった。本論文では、憲法で規定されている芸術活動にとって、もっとも重要な自由権と芸術活動との関係を論じ、さらに芸術とは似ているが、対外的に閉鎖的である芸道と国家の基本法たる憲法との干渉について、憲法の個人間効力問題、部分社会理論を援用して検討する。その結果は、行政面での国家と芸術家との関わり合いを分析する一つの手法となりうる。

【キーワード】 近代市民社会、個人間効力、部分社会論、給付行政、公私領域

1. 国家と国民

行政とは、政府活動のうち立法、司法と並んでおかれた行政制度とその構成員たる公務員、ならびにその業務の執行を行うシステムを意味する。従って、その制度の大枠は、近代国家では憲法で定まっている。我が国の憲法をはじめ、近代立憲主義を表しているフランス人権宣言以来、立法、行政、司法と権力分立が国民への統治機構の原理として行われてきた。分立したそれぞれの機構の機能は、法の支配の下、法の策定とその執行、さらに執行が法と合致しているのかどうかの評価の各作用に相当する。歴史的には、ヨーロッパでは、教会と政府がある面では対置されたが、その権威と権力に打ち勝って、近代国家が成立した歴史的事情があるので、宗教関係においても国家は宗教に対して上位に立つ。このことは、我が国では特に文化行政を扱う上で、伝統文化を多く内包する宗教や宗教行事への国家の関与面に関係する。

また、地域レベルで考えると、地域社会を形成し、住民生活、経済活動及び生活文化・芸術活動・

伝統文化等の文化活動の一体化による地域社会の成熟と地域社会のアイデンティティの創造と伝承の結果として、統治機構は発明された面もあり、統治機構の作用と基盤となった地域社会との関係を考えざるを得ない。上から、統治支配者としての統治機構が成立したとしても、長く存在することにより当該統治機構と地域とがお互いに大きい影響をもつようになる。江戸時代の藩においても、当該領地で長く同一藩が続くと、統治体制の仕組みは、当該地域の風俗風習を取り入れた体制に変化する。

国家とは英語で state というが、もともと近代ヨーロッパにおいて創られた言葉である。その意味するところは一定の領土内において支配する統治機構のことである。場合によっては武力も含む実力行使組織集団であり、当然武力の執行とそれを行う構成員を含んでいる。近代社会の成立に際しては、市民革命を通じて各市民が合意による支配機構として国家を作ったので、本来自由人たる市民が領域の構成員であるはずである。従って、国家が権力を市民に対して行使しようとする、

市民の自由活動領域に関して国家が介入することになるので、市民との衝突が予想される。文化という観点からは、国家からの市民への文化活動への干渉・規制、逆に補助金等の支援による特定の文化活動への誘導が問題となる。もともと市民は、絶対王政下において商業資本の発展により進出してきた商工業者の層を基盤として、当時の権力機構である王政と対立したが、当時人口として多くを占める農民とは、階層・所得・仕事などで異なっていた。さらに、商業資本や国内市場の発展が進むと自作農、都市手工業者に富の蓄積が進み、新たな市民層が出てくる。新たな市民層の一体化が政治思想面でも行われ、権力層である王政を市民革命により打倒し、市民共同の国家を作るようになって来ると、市民層が国民(nation)として一体化する。もともと、市民層の共通の利益は、互いの経済利益を確保することにあり、そのための身分制度や規制の撤廃と経済市場の確保が重用視された。そこで、経済活動と経済的利益追求がなじまない文化活動との緊張関係が生ずる¹⁾。

一方、ヨーロッパ諸国やアメリカは、多くの民族から成り立っている。民族とかれらの伝統的文化を基盤とする民族国家は、経済的側面と政治的原理である自由を標榜する近代国家とは性格が異なっている。また、多くの民族からなる国家では、異なる文化と伝統、習慣、宗教が、お互いに排斥する傾向がある。文化面でいうなら、民族固有の文化を国家がどう取り扱うかが問題となる。我が国では江戸時代において、国とは藩を表わしたので、明治以降140年以上経ているにもかかわらず、旧藩を中心とした地域文化・伝統文化が地域固有の文化として根強く残っている。

従って、地域社会レベルでは、地域固有の文化と明治以降国家が普及啓発した全国一律の西洋芸術²⁾(クラシック音楽、西洋画、オペラ、バレエ)とのコンフリクトがある。人種の相違としての文化では、アイヌ文化と沖縄文化の保護・伝承に関して、文化の多様性と多様性を認める社会の構築が進められなければいけないだろう³⁾。さらに進

んで、個人レベルの自由権だけでなく、民族としての固有文化に関する自由権の認知が必要になってくるかもしれない。

文化芸術活動は、その性質の上から自由が特質となるので、普遍的固有の価値を認めず多元の多様な価値観を土台として行われるのが通常である。文化多元主義思想は、文化の価値の普遍性を認めないで、文化的土壌の差違や多様な歴史観を相互に認め合う相対主義に立つ考え方で、特定の先進国家の考え方(普通は西洋流普遍的文化観)を特定の地域・時代における価値観と考え、他の地域・時代の価値観をそれと同列に扱う。この思想は、移民国家であるアメリカ、オーストラリアなどの国々から国民の出自や文化土壌の相違による区別・差別をなくす市民運動から始まった。少数民族の多数民族への同化を促すのではなく、むしろその相違を重用視する考えである⁴⁾。我が国でもアイヌに対する特別保護法(アイヌ文化振興法)がその一例といえる。少数民族の文化芸術活動に対する国・地方自治体の助成事業においては、先住民の民族固有の文化的土壌への配慮程度といった質の面と多数民族への助成額面での量的較量といった質量両面から、助成内容を見極めることが必要となる。

2. 文化芸術活動と公的領域

我が国憲法を含む近代憲法は、立憲主義思想に基づいている。立憲主義は、歴史的には政治権力や国家権力を国民の自由の観点から制限する思想であり、ギリシア時代にその根源を求めることができる。フランス革命以降の近代市民社会成立後は、近代市民国家から国民の自由を守るための思想として定着している。そのように、近代市民社会成立前と以後とで二つの意味で使われるが、双方とも思想の基底には、国家がもつ権力から国民の自由な活動への介入を阻止(制限)する考えがある。具体的には、その国家と個人との可能な限りの衝突を避けるため、個人の活動する領域と国

家が活動する領域を分け、前者の領域では個人が自由に自らの考えで活動する場所とし、後者では共通の考えあるいは共通利益のために考え出された価値観に基づく国家の政策が実行される場所とする。従って、後者には当然個人の考えとは異なった価値観があり、その価値観が個人の領域に干渉することは、個人の自由な活動を制限し、個人間の対立を生じせしめる。戦前の我が国では、公的領域の価値観が国民個人に大きく介入し、国家による国民の活動面での統制が見られた。このような事態を避けるため、近代憲法が制定され、基本的人権の尊重、思想や表現の自由、民主主義制による国民代表による議会での議論などの諸制度が担保措置として規定された。

ここで、個人、国民を区別せず使用したが、一応説明しておく。フランス革命では、王権がもつ統治権力機構からは、第三身分として収奪の対象であった商工業者、農場主等の市民達が、自由な経済市場と身分制度の廃止を求めて市民国家を作った。王権が統治している時代は、王対臣民の二身分しかなかったが、市民国家が成立すると政治的、経済的共通価値観を有する国民を、国家の基盤とするようになった。国民は従って抽象的概念であるから、国民共通の価値観が崩れると国家が分裂しやすい。昨今ではウクライナの分裂騒動がよい例である。ここでは、共通価値観が民族であったり、文化的基盤であったりする。すなわちそれらの価値観は、市民国家が基盤とする政治的、経済的な抽象的共通価値観ではない。

国家の主権の存在起因を、国民の主権（国家が個人の活動に介入しないための担保制度としての憲法設定権）から説明したい（図1参照）。つまり国民の代表⁵⁾により国家が主権を行使すると考える。しかし、市民の権力全てを国家に付託したのではなく、市民の自由や公益を保護するため必要限度内での権力委託である。私的な領域では、抽象的な国民はそれぞれ顔の見える個人であり、その領域では自由に自己決定できる。

そのような公私二領域に分ける考えが、リベラ

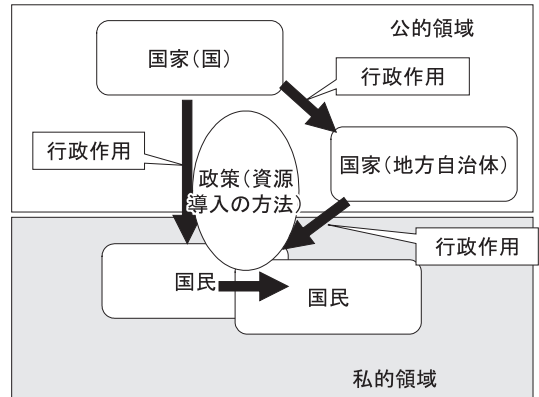


図1 公的領域と私的領域の関係

リズム (liberalism) である。このため、私的領域では自己所有の原則に基づき、財産権の自由が説かれ、経済的自由が大きく認められる。また、今の点だけに限ればリバタリアニズム (libertarianism) は、リベラリズムの一つである。リバタリアニズムの考えでは、公的領域を占める国家は、私的領域の個人の権利と自由を保障するための介入に限られるべきとし、私的領域における経済的市場取引によって、各個人の経済的差を解消すると考える。従って、リバタリアニズムは、国家による福祉面での資源の再配分を認めないので、この点でリベラリズムとは異なってくる。

一方、公的領域に個人が積極的に加わり、自らが公権力の構成や執行に参加する考えを、リパブリカニズム (republicanism) という。リベラリズムでは、公的領域と私的領域の関係では、いわば消極的自由保障であるが、リパブリカニズムでは、私的領域の個人が公的領域に積極的に出張り、公的領域を占める国家権力への参加により、私的領域の個人活動を保障しようとする。リパブリカニズムの考えでは、私的領域での個人を中心とした私的利益の追求が行われるが、公的領域では私的利益を超えた社会共通利益を追求するとする。リパブリカニズムは、個人が結合・共同してそれぞれの個人を統治することであり、仮に個人全員が参加したとしても（直接制：古代ギリシアのポリスが例）、その共通利益や目的の達成と決定に

は全員一致はありえず、結局多数決かいわゆる「声の大きい」構成者の決定に従う危険性がある。また、国民の代表する国会議員が構成する議会が国民の名で主権を行使する制度が創られる(代表制)。我が国の憲法は、ある特定の地域に適用される法律を制定する際の住民投票制度、憲法改正の国民投票制度など直接民主制を取り込んでいるので、半直接制、半代表制ともいえよう。

以上みてきたように、リパブリカニズムは個人の自由を最大限認める自由主義とは相対立する概念である。文化芸術活動は、個人の自由(創造、表現、制作面での精神的自由)と自己決定権がきわめて重要で、リベラリズムの考えはその根拠となりえる。特に、文化芸術活動では特定のあるいは単一の価値観を認めず、多面的価値を認め、その価値観にもとづく文化芸術活動の競争を通じてお互いに認め合うので、特に価値表現の自由は他の自由に対して優越するとするリベラリズム思想に合致する。一方で、経済活動面での自由思想が進められると、福祉的資源の再配分機構が働かなくなることも考えられ、文化芸術活動といった精神的自由への経済的圧迫と成り得よう。

3. 国の文化芸術活動への関与と方策

文化芸術活動は、精神的自由が拠り所であり、そのため基本的には私的領域の活動である。その活動領域に公的領域の国家が介入する際、現在では第2次政界大戦以前とは異なり規制的手段でなく、役務、資源(金銭)の給付といった給付的行政が行われる。

我妻は戦後憲法制定後、憲法第25条から28条までの権利を「生存的基本権」として、「自由権的基本権」と区別した。前者は「自由」を、後者は「生存」といった土台をもち、後者は国家が積極的に介入することはできず、国家の不関与・不介入を要求する権利であるが、前者では国家が積極的に関与して実質的自由・平等と幸福の追求の理想を実現するとした。また、後者は文化国家の

一員としての生存であって、戦前のような救貧的制度ではなく、社会に生を受けた者の当然の権利であるとした。しかし、生存的基本権の国家への請求権は、国家が請求権実現のための法整備を行ってはじめて国民は請求権をもつとして、プログラム規定説を採用し、のちの学説に影響を与えた。宮沢は、我妻が生存的基本権と呼んだ権利を社会権として捉え、国民に対して人間として生きる生活の保障を国家が義務づけられたと考えた。

社会権は、国家による介入行為の排除を求める自由権的側面と請求権的側面が存在するが、文化に関することとして、請求権としての「健康で文化的な最低限度の生活」の内容を考えたい。請求権を発生させるその法整備的側面としては、生活保護法に基づく厚労大臣の生活保護基準がある。裁判事例では、この基準を覇東行為として捉えるか、あるいは厚労大臣の幅広い裁量行為として捉えるか、また基準にしても最低基準について裁判所が審査可能であるかが論点となっている。

さらに、新しい権利としての環境権については、憲法第25条の生存権、憲法第13条の幸福追求権を併せて、「自然環境との関連で発生する人格権」「生物的存在としての生存権」であると考え、良好な環境を保全することが人権の固有価値と結びつくとする。ここでは、自然環境だけでなく歴史的・文化的環境を含める考えもある。

以上の考えから、文化芸術活動を社会権や環境権に結びつけ、ここから国家への請求権としての文化芸術助成を考える見方が発生する。憲法上の権利条項が単なる国家に対する自由権への侵害阻止に止まらず、積極的関与(義務づけ)を与えるならば、特に文化芸術関係は価値が定まらないため、国家の価値基準が強制されないと限らない⁶⁾。

杉原はこれに関連して、現代市民憲法の文化に関する規定として、一般傾向を述べている。それによると、文化的諸活動とその成果の保証のためにとられている自由権の保証が維持されるだけでなく、強化される傾向にあることである。更に、社会経済的弱者の文化的諸活動について物質的基

礎を確保しようとしていることが言われる。社会経済的弱者に限定されることなく、公的・積極的な援助・助長の方針が存在する憲法として、ドイツワイマール憲法、フランス第4共和国憲法、イタリア憲法の規定を例示として挙げている(以上、杉原泰雄『憲法の「現在」』(2003))。当然、「国や地方公共団体は、文化の人権性・自立性を尊重して、その内容や方法等の評価に介入してはならない」とする。

文化芸術活動にはもともと絶対的価値観がなく、活動者の自由な側面が活動の基盤であり、そのこと自体が存在理由である。個々の価値観(思想性⁷⁾)を含んでいる。そこが経済的な基準で定めた生活保護基準のような審査になじむ定量的給付を行うことはできないところである。かりに、保護基準に年〇〇回映画を見る、芝居を見る、といった鑑賞者対象の給付基準を策定したとして、その基準の根拠は何か。文化芸術の鑑賞者たる消費者とは異なり、芸術家といった作者は同一ジャンルの芸術家とくらべ、どの程度の収入が保障可能かといった比較基準で給付を行うのか。優れて定性的価値観的給付水準にならざるを得ない⁸⁾。

地域住民の置かれている社会的価値観や住民相互の共通認識面で歴史的・文化的環境に対する考え方が相当異なることが予想される。伝統的建造物群の指定において、新住民にとって利便性のためには古い家屋は壊した方がよいが、昔から住んでいる旧住民は、日常生活の拠り所となることがあり、地域住民同士の利害の衝突となる。仮に環境権が規定されても国家への請求過程での困難が予想される⁹⁾。

いずれにせよ、文化芸術は創造する芸術家やアマチュア活動家の思想性が芸術作品として化体され、それを鑑賞者や一般個人が鑑賞する一連の過程をいうから、その過程ごとの自由が重要なのである。すなわち、創造することは内面的精神的働きであるから、国家は介入できない。

一方、芸術作品はその主観性・思想性が高度に結実し化体されたものであるが、人間が五感で

もって物理的に感じられなければいけない。そして、その芸術作品を通じて鑑賞者は制作した芸術家が込めた主観性と思想性を理解するのである。いわば、芸術作品は一種のメディアであって、芸術家と鑑賞者を仲立ちする物理的存在である。とすれば、発表する場所・時間が国家から自由でなければいけない。過去、江戸幕府は歌舞伎興行を禁止するにあたり、歌舞伎俳優(これは実演芸術での脚本(作品)を現実化する人たちである)の拘禁、劇場の廃止や閉鎖を行った。明治政府は壮士芝居等が政治的演劇であることを理由に、警察官を立ち合わせ、劇場での俳優の台詞言い回しを適宜禁止した。

つまり重要なのは、国家が介入することなく芸術作品を発表することを保障することであり¹⁰⁾、その観点から表現の自由が重要である¹¹⁾。表現の自由への国家介入の審査請求面では、裁判において審査庁(裁判所)による、表現内容の範囲の確定と厳密な審査基準の採用が重用視されるのが通常である。これは、言論の自由な場所でのやりとりによってこそ真理が追究されるとの考えによる。しかし、表現者・発表者の社会的財産的地位によって、必ずしも真理が生き残るとはいえない。

表現の自由に関しては、第2次世界大戦以前では国家が介入した歴史がある¹²⁾が、これは規制型行政(取り締まり)の典型であった。戦後は給付型の行政が行われ、ある基準を満たす文化芸術団体には助成が行われるようになった。一方で、助成は申請型のため、助成者に対して表現場所等の制限を付して表現の自由に干渉するような条件を付する場合もある。給付型行政は、ある特定の価値観や基準(優れた作品とか地方活性化に役立つとか)にもとづく給付とならざるを得ないから(すべての申請者に一律平等に助成することは財源の観点から無理)、国家の価値誘導ともいえる(パターナリスティックな視点)。申請者が、国家の助成を受けやすくするため、あえて助成内容を国家の価値基準に合致させて申請する可能性もある。これは、経済学でいう合理的期待形成¹³⁾である。

憲法は、表現の自由保障以外に思想・良心の自由を保障する。文化芸術活動は、その思想性自体は精神的活動であるから自由なのは当然であり（頭のなかは覗かれないから。内心への国家介入絶対禁止の原則）、文化芸術作品の発表の仕方が自由であれば文化芸術活動の自由といえる。憲法第19条において、思想・良心の自由を保障し、個人の内的精神作用に国家が介入することを防いでいる。文化芸術活動と思想・良心の自由との関係を考えると、単なる頭の中での精神活動や思想性の醸成への不可侵だけでなく、制作者の意に反した表現の表出行為（国家からの本人の意図しない、あるいは思想性に反する芸術作品の制作や実演芸術の発表）は、内心とも一体である表出面から考えて、思想・良心の自由が阻害されたといえよう。

国家との関連で問題となるのは、規制型行政でなくむしろ給付型の行政である。給付自体を「特権」として捉えるなら、権利でないので国家は給付をする義務を持たず、給付の裁量は国家がもつ。この時、国家対当該助成対象団体の法的関係は、私間の契約ともいえよう。すると契約自由の原則から、国家が対象団体へ条件を付することが可能となる（違憲条件法理）。一方で、申請するかどうかの裁量は、芸術家や制作者にあるので、給付を条件としてある一定の表出行為に制限を加えることが考えられる。具体的には、芸術作品の発表等の場所・時間などの制限と発表者（実演芸術が大方であろう）への制限や拡大である。しかし、後述するように、現代では国家（地方自治体を含む）の文化芸術活動への助成は、文化芸術に関する専門家（同分野の芸術家をもっとも多い）が助成の審査に当たり、その結果をそのまま行政庁が補助対象者として決定する仕組みが整っており、またそのように運営されているのが通常なので、国家から文化芸術への介入はあまり深く考えなくても現在のところよいと思われる。ただし、地方自治体レベルの助成では一部行政庁で内部的に審査に当たり、その審査内容を公開していないとこ

ろもある。

そのような観点から、予算の縮減による補助金削減と削減対象者の決定が、専門家集団による決定でなく予算執行者としての行政当局のみで行われる場合は議論を呼ぼう¹⁴⁾。国においても、予算の縮減・廃止による芸術団体への補助廃止等は、予算管理者としての権限で行われる。給付は、専門家集団による慎重な箇所付けであるが、廃止等は予算執行者としての権限で行われることに違和感がないだろうか。

4. 私人間での思想・良心の自由問題

国家からの文化芸術への介入は、現在では地方自治体あるいは地方自治体出資の団体からの助成問題を別とすれば、むしろ、問題は国家と私人間でなく私人間同士の介入にある。以下、思想・良心の自由問題に関連して私人間の介入・侵害問題を取り上げる。

我が国の文化芸術活動には、伝統芸能分野では江戸時代に確立された家元制度がある。花、茶、踊、歌、香等は確固たる家元制度がある。その基底には芸道といった考え方がある。芸道は室町時代に初めて用いられたといわれている¹⁵⁾が、芸とは、形態として実演芸術であり、その発表の仕方、具体的方策が芸道である。芸道には規範性のある型があり、それは当該芸の優れた創出者の表出の仕方をもとに時間を経て公認・認知・評価され確定されたものである。従って、芸を学ぶ者はまずその型を学び、最終的に、創出者の境地に至るようになるまで、芸道の階梯を上っていく。この特質からみると、芸道では実践する者を中心に据え、その芸の鑑賞者は芸の実践過程ではとりあえず射程外である。この理由はこれらの芸がもともと上層階級の遊びとして行われ¹⁶⁾、のちに江戸時代に一般大衆まで拡大し、家元制度が確立したところにある。この点、演劇・音楽などの実演者と鑑賞者を二項対立的に考える実演芸術と異なっている。この場合、実演者と鑑賞者との特殊な関係を

表1 江戸末期から明治初年の音曲師匠数

能狂言師	92	新内節	74
吾妻能狂言師	14	富士松浄瑠璃	59
琵琶	3	常磐津	429
琴曲	12	富本	36
七絃琴	1	清本(元)	331
二絃琴	33	歌沢	24
一絃琴	6	歌沢節	23
尺八笛	14	小唄	17
義太夫節	79	松廼家節	15
三味線	201	櫓付振付	6
都節	50	櫓付浄瑠璃	18
河東節	15	踊り	243
長唄	304		

出典：西村隼太郎編『諸芸人名録』（1875）

劇場空間といい、実演者と鑑賞者を含む一定のフレームを考え、その空間では実演者と鑑賞者間で芸術作品を媒体としてコミュニケーションを行う。

しかし、芸道の分野では、芸の表出の仕方である実演が重要で、実演者と鑑賞者間のコミュニケーションは二の次である。従って、優れた芸の表出・演出を規範的型として門人に師匠が伝承した。この伝承手法からみると、師匠は門人に芸道を伝承させる義務もあるが、反面伝承に伴う権限もあった。一般に芸の実演の伝承手法は、文字情報だけでは足りないので、口頭さらには師匠の実演を間近に見て学ぶしか方法がない¹⁷⁾。芸を学びたい被伝承者が少ないうちは、師匠対弟子間の密接なコミュニケーションで伝達可能だが、江戸時代中期になると、茶、花、踊等の芸道を実践する人口が急激に増加したため、その伝承は師匠と弟子との密接なコミュニケーションで実質的伝承をするのでなく（芸さえ伝われば外見的书状の交付など関係ない）、免許皆伝といった書状でもって権威づけられた家元から伝承の証明書が出された（書類主義、ヴェーバー（Max Weber）のいうところの官僚主義）（参照表1）。すなわち、マス・プロ教育的になったため権威が必要となり、その証明としてその芸道を始めた、あるいはその中で非常に優れた芸道実践者の名前が権威の根拠付けとして使われたのである。一般に文化芸術が発

展し新規な芸や創造的な芸が表出するためには、従来のパラダイムを批判的に継承することは一つの重要な要素となる。一方、ある型を師匠のまま伝承することは、伝統という名の芸に対する一種の拘束である。

このように、江戸時代中期から茶道の一部などに一子相伝（一の子のみの完全相伝で、必ずしも長子が相伝するわけではないし、血縁関係のみならず養子も相伝した）が生じ、現在の家元制度に繋がっている。なお、雅楽、能楽は、茶道より古い、もともと一子相伝形式である。剣術から剣道となった武芸では、完全相伝（師匠から全ての型を伝承され、伝承された者は免許状賦与権限も与えられた）だったので、新しい流派がさかんに創出し、江戸後期には200流派を超えた。これは、他の流派と異なることが師匠の創造性であるとの共通認識が剣道を学ぶ者にあり、他流試合が盛んに行われ、それが目に見える形で勝負がついたので、新形の剣術が開発され易かった土壤があった（伝承の秘匿性に対して公開制という）。

以上のように型の伝承ということが芸道の伝承の本質となっていることに対し、文化芸術には本質的な批判精神と創造性からくる型を超えようとする基質があり、芸道と文化芸術はその伝承形態において相克するところがある。その緊張関係は、具体的な局面では型を逸脱した実演の実施に対しての破門、免状取り消しあるいは免状回収などに現れる。

このような事態に、憲法第19条は直接適用可能なのだろうか。芸道を学ぶとき（門弟になるとき）、家元との型の伝授の必要性がいわれ、伝統的形からの逸脱する行為の禁止が私的に契約される。この契約が憲法第19条の思想良心の自由に抵触するかどうか。家元が巨大な組織であり、かつ破門状態になった際、教授権や門弟募集が出来なくなるため、経済的困窮が予想される。破門等不利な行為は、文化芸術のもつ新規性・批評性・創造性といった本質に照らしても（憲法第19条の直接適用は外においたとしても）、家元はその

門弟に対する大きい支配力があるので家元が門弟に対して破門等を行うべきかどうかは、慎重な判断が必要であろう。家元制度のない剣道流派などをみても伝承は行われているし、伝統文化として興隆している現状がある。

ただし、思想良心の自由の問題から、芸道に触れるのではなく、憲法の私人間契約への適用問題として扱うことも出来ようが、ここでは文化芸術の思想性や表現性を考えているので、一応外に置いておく。

5. 憲法の私人間効力からの芸道への接近

憲法は本来、国家と国民を一律的に規律する社会契約であって、国民相互間の権利関係を直接規律するものではなく、個人間の行為・権利関係は、個人の活動・行為により生ずるものだから、私的活動領域にあり、その契約は憲法による評価にはなじまない。しかし、我が国では憲法と国家が定めた法令・条例の直接憲法違反について、裁判所に訴訟を提起することはできず、個々擬態的事件によって裁判所が憲法による評価を行っている。従って、裁判所が法的判断を行うのは個々人や国家・国民間の具体的訴訟における権利保障裁判、特に憲法判断では憲法の規定する基本的人権にからむものが多い。

先の国家から国民の自由が侵害されることを防ぐため、便宜的に国家活動領域と国民の私的活動領域を分離し、その私的活動領域では国民個々の価値観や思想をもち、自らの考えで活動するが、その個人間の権利関係を規定する基本法が民法である。そのように考えると国家の基本法たる憲法と社会の基本法たる民法との衝突がある場合、どのように調整されるのか。憲法の最高法規性から、民法も憲法の規定に沿うべきであるとの議論もある。その背景には、人権規定は国家からの国民への干渉を防御するためにあるのであるが、社会における人権侵害に対しても、憲法違反として国家が介入する余地があるとの考えがある。ところが

それが進むとその国家からの個人間への介入の口実になる場合がある。特に、文化芸術活動面では、国家が検閲を通じてその思想性を取り締まった経緯があり、昨今では給付を用いて特定の文化芸術活動に対して、誘導的な(パターナリスティック)な行政が行われているので、注意が必要である。

一方、フランス革命の結果成立した人権宣言やフランス憲法の趣旨からは、人権を国家から守るのが憲法であるとして、民法において蓄積されてきた考え・解釈を憲法解釈に及ぼす考えもある。

芸道のように近代市民憲法が成立以前から、相伝的に歴史伝統の枠内で行われてきた芸術活動は、家元からの芸の型の伝承が重要視されるので、被伝承者の表現の自由度はきわめて少ない。また、芸を学ぶ際私的契約として、型の伝承とそれを破ることによる破門、除名が定められる¹⁸⁾。そこでは、基本的人権の核たる表現・思想の自由が大幅に制限されている。これに対して、憲法の人権規定を及ぼすことは可能か。具体的訴訟として、決まった芸の型の故意・過失による芸創造による除名処分等の除名処分無効や地位保全訴訟として現れる。破門・除名されると同一の芸は演ぜられないので弟子を取ることができないが、破門・除名処分は受けて、著作権確認訴訟にによって同じ芸を演ずる権利を得て、分派することも考えられる¹⁹⁾。

そこで、近代市民憲法が制度設計される以前から成立していた芸道における相伝あるいは部内での芸道の発表行為について、憲法が規定する人権規定に違反するとしていきなり違憲とすることは抵抗がある。もともと芸道は自演であり、作品を発表することによって自らの思想性を社会に伝える芸術活動とは似て非なるものである。つまり、芸術活動は芸術作品を通じて作家と社会が通じているが、芸道を行う特定の人たちだけによって構成された閉鎖的共同体である。閉鎖的共同体であるから、芸術のように社会からの刺激や応答による創造的行為は出にくく、しかも芸道が発達した江戸時代は、社会そのものが停滞的な武家中心社

会であった。いわば設定された共同体の中での密な人間関係で行われた芸であって、破門や除名は共同体からの離反を意味する。閉鎖的自立的共同体を芸道に見いだすならば、特別権力関係に近い人権制限が考えられてもおかしくはない。この際は一般社会の公序論理を芸道の団体に適用することは避けられるが、憲法が特別の法律関係を芸道に認めているわけでもない。そこで、自立的社会共同体として、一般社会と特別な部分社会を考え、当該組織の自律による主体性を認め、裁判所の判断が及ばないとする。なお、最高裁は「それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならないものと解する」（富山大学単位認定事件（昭和52年3月15日大法廷判決））として、一般社会の部分集合である部分社会と権力関係が存在しない場合のみ、司法評価の対象とされないのである。芸道における破門、除名は一般社会における経済的、名聲的地位と関係するから、司法的判断の対象となろう²⁰⁾。そのように考えると、国家が芸道における個人間の権利に踏み込む場合は、家元と弟子の契約対等の欠如による人権侵害として国家による個人への保護程度に限定すべきであって、その芸の伝承関係については、司法審査の対象とすることは芸道への干渉となろう。

[注と参考文献]

- 1) アルビン・トフラーは、アメリカでの芸術家と実業家との相互不信や阻害意識について述べ、実業家は芸術の興行主として利益を見出すという。アルビン・トフラー『文化の消費者』（1997）
- 2) 東京芸術大学は、東大と同じ時期に美術学校、音楽学校として設立され、そこでは西洋芸術を留学やお雇い外国人によって取り入れ、その成果を中等教育教員の養成を行った。そのことで、明治政府は全国一律の西洋芸術を広

めた。

- 3) アイヌは独自文化をもつ先住民族として認知された（2008年の169国会における衆参本会議での決議）
- 4) 多元主義は、「そのまま普遍主義へと転化し、外部に対して強圧的な、ときに侵略的なものとして作用する」と日本のウルトラナショナリズムを正当化した面もあると大澤真幸は述べる。『戦後の思想空間』（1998）
- 5) 代表は、議会を構成して政策目標を定め、ゆだねられた権力を行使するが、その決定過程では、実務的には多数決で決定される。多数決で決定されるべきでないことまで議会で決定されることが無いよう議会の立法権には制限がかかる。文化面では、本来個人の自由な活動である文化活動や鑑賞行為まで、国家が給付的行政で、一定の価値でもって個人や団体に助成する行為が妥当かどうか、議論がある。奥平康弘『憲法の想像力』（2003）。なお本書は、種々の論文・エッセイ等をまとめたものである。初出論文は少し早い。
- 6) 戦後のドイツの憲法学では、客観的価値付けの考えの下に、権利の保障を直接憲法に見出すことがいわれたが、我が国でも同じように考えられると、文化芸術を創造する権利や享受する権利を国家が国民に保証することが当然となろう。1946年に制定されたフランス第4共和国憲法は前文13項目に、国民平等に文化へのアクセス件を認めていた。さらにEUマーストリヒト条約第3条にも加盟国の文化の繁栄に貢献すべきと記載されている。そのほか、イタリア憲法第9条には文化の促進と文化財の保護が唱われている。なお、フランス憲法・マーストリヒト条約の規定中'culture'を「文化」と訳すか、「教養」と訳すかで、解釈が異なろう。安部照哉・畑博行編『世界の拳法集』では、「教養」と訳している。
- 7) 文化芸術活動の結果生まれるものを芸術作品

- という。芸術作品には、作者の思想性と表現力が表されており、その作品を通じて鑑賞者が、作者の意図や思想性を見いだす。簡単にいえば、作品は一種の作者と鑑賞者をつなぐメディアである。なお、芸術作品は、一度評価が定まると時間（歴史）、空間（国際的広がり）を超えて、その評価価値が存在することがあり、その結果作品には固有価値が内包するといわれる。一方で、盗難や毀損を防止するための保険額あるいはオークションでの見積見積価格の決定などで、金銭評価に変えられる。作品はほぼ1点ものであるから、「金には換えられない」というが、経済面では商品として扱われる。
- 8) 杉原は、「具体的給付等のための基本方針をみずから策定しうるかどうかも問題となる。政府等にその策定を認めつつも、その解釈は文か専門職に留保されることによって、文化の自立性を確保することができる」とし、「これを最低条件とするが、十分条件であるかは、なお問題」と考えている。以上、『憲法の「現在』』。この問題については、文化芸術振興基本法、劇場法でも課題となる。
 - 9) 竹下内閣での「ふるさと創生事業」において、伝統的旧屋を保存し活用したい観光業者や地方自治体と税法上、日常生活上不便を来す住民との衝突が見られた。この場合は、旧住民が旧屋を壊し、よそから入ってきた業者や新住民が保存の動きを見せた。かように、新旧が破壊・保存に比例的繋がる訳ではないことに、文化の保存の難しさがある。
 - 10) 憲法第19条で表現の自由を保障するが、我が国憲法はそのほか思想の自由も分けて保障している。芸術表現自体を保障すれば、その作品に込められた思想性が社会に伝わると思えるが、我が国の戦前の特高による思想面での取り締まりの経緯を考えてのことかもしれない。土屋英男『基本法コンメンタル憲法』
 - 11) 「公権力を設定したとき憲法は、価値選択の世界には国家権力は入り込んではいらないということ为前提にした。」奥平康宏『憲法の想像力』
 - 12) 芸術作品の表現方法によって、取り締まり対象となりやすい芸術家とそうでない芸術家に分かれる。文芸、絵画、演劇は表現方法が具象化しやすく、取締り当局にわかりやすかったが、音楽は音で表現するため、抽象的であるので、取り締まりの対象とはなりにくいこともある。実際プロレタリア運動を行った吉田隆子しか抑留されていない。同氏も思想運動を行ったためである。戦後、進駐軍の検閲は演劇では台本検閲であったが、音楽は曲名だけの届け出で済んだ。
 - 13) ルーカス批判を見られたい。1980年代、ルーカスは従来のケインズ・マクロ経済学は、モデルの構成式のパラメータが定数として決まっており、国家がそのモデルに沿って、経済政策を行うと発表した途端に、経済主体はその結果を予測して行動するので、国家の意図した経済政策の結果は出ないと従来のマクロ経済政策を批判した。その後、経済主体が合理的行動をとるミクロレベルの経済行動を集合したマクロ経済学が発展した。
 - 14) 橋本大阪府知事が行った文化芸術団体（在阪オーケストラ、文楽協会）への助成削減に見られるように、芸術団体のみならず、住民の関心が集まった。日経新聞は「文化・芸術振興、劇場法が問う橋下改革」として問題視している。日経電子版（2012.6.16）。読売新聞（2011.2.3）など参照
 - 15) 我が国で始めて芸道という言葉が見えるのは、『歌舞伎髓脳記』金春禅竹、(1456)であろう。なお、同書は『金春古伝書集成』わんや書店、(1969)に転載されている。
 - 16) 平安時代からの貴族趣味から派生した芸道に雅楽、神楽、蹴鞠、鷹匠、和歌、囲碁、将棋が、のちに鎌倉時代に派生した能、狂言、茶、花、香、俳諧などがある。武家社会になって、

武士のたしなみから派生したもので、弓、馬術、砲術、兵法（剣術、柔術、弓術など）がある。最後は、民衆の娯楽として発展したもので、古くは平安時代の散楽をはじめとして、滑稽、曲芸、平家琵琶、田楽、人形芸、歌舞伎、人形浄瑠璃などがある。なお詳細は、西山松之助『家元の研究』（1969）を参照

- 17) 最高の技芸にはなかなか修練をしても到達できない。そこで、相当優れた師匠、指導者の形を文字情報にした「秘伝書」なるものが芸道と合わせて伝わるのが常である。例として、茶道の『南方禄』など。ただし、同書は南坊宗啓が利休から教授された茶道の詳細について記したものといわれているが、1690年に納屋宗雪が写して世に出し、江戸時代に相当流布されたが、真偽について江戸時代から議論がある。香道『志野流香道箇条目録』、花道『立花時勢粧』などを例示として挙げておく。
- 18) 秘技相伝は、どうしても停滞した静的な形式的伝承になる。一方でそのような形式的伝承を打ち破るべく、積極的芸伝承を打ち出す動きもあり芭蕉は不易流行を論じた。
- 19) 現在係争中の日舞花柳寛（3代目家元）からの同貴彦（名取り）との除名処分問題で、貴彦側は除名処分の理由として、「無断で演目を上演したこと」「除名処分した弟子達と一緒に上演したこと」を挙げているが、「型、振りは流儀の財産であり、古典芸能を伝承するのに重要である」といっている。なお、貴彦側の別法人（花柳流花柳会）の設立において、「花柳」名称は不正競争行為とされ、名称禁止の寛側の訴えが確定している。
- 20) 紛争の自力救済の面から、司法審査を憲法上導入しているのも、その見返り措置としての法令上の実質審査を得ることができなくなり、結果として基本的人権の侵害になるケースが考えられるので、基本的人権の侵害程度との比較考量が必要であろう。

The Constitution's freedom provisions and "geido", traditional Japanese performing arts

By Akitoshi Edagawa

[Abstract] Since the beginning of the 21st century, the Japanese government has been developing a subsidy-based administrative framework to support art and cultural activities of the people, for example, by enacting the fundamental law for the promotion of culture and arts and the theater law. Meanwhile, this policy can lead to paternalistic cultural management by the government through subsidies to the arts. In retrospect, Japan aimed to create "a culture and arts-oriented nation" in the immediate postwar period, when the current Constitution was enacted. However, this slogan fell into neglect during the subsequent rapid economic growth period. This paper discusses the relationship between art activities and the freedom guaranteed to the people by the Constitution, which is the most important right for art and cultural activities. The paper also examines how the Constitution, the basic law for the state, interferes in "geido" (literally, "the way of arts"), a term that refers to Japanese traditional performing arts and techniques. Geido is similar to arts, but has a more closed system. To examine the interference, the author refers to the issue of the legal effect of constitutional rights provisions on relations between private individuals and the legal theory of sub-societies. The results will provide a means of analysis of the relationship between the government and artists in cultural administration.

[Key words] modern civil society, effect on relations between private individuals, theory of sub-societies, subsidy-based administration, private and public spheres