

## 「学問の自由」考

成 嶋 隆

はじめに

二〇二〇年九月末、就任後間もない菅義偉内閣総理大臣は、日本学術会議（以下「学術会議」という。）会員の任命にあたり、学術会議より推薦された一〇五名の候補者のうち六名の任命を拒否した。この異例の措置につき首相による理由説明がなされないまま事態は推移し、法定会員数が確保されていないという違法状態は依然として解消されていない（二〇二一年二月時点）。

多くの論者が指摘するように、今回の任命拒否は日本学術会議法（以下「日学法」という。）の諸規定に違反するのみならず、憲法が保障する学問の自由との関係でも重大な問題を提起している。また、学術会議という科学者共同体（scientific community）が市民社会においていかなる役割を果たすべきかといった、従来必ずしも意識的に論じられてこなかった論点をも提起している。

上記の事情をふまえ、本稿では、任命拒否問題により改めて照射されている学問の自由という人権規定の沿革(一)とその規範内容を確認したうえで(二・三)、一般の任命拒否の合憲・適法性を憲法、日学法その他の関係法令に照らして検証する(四)。科学者共同体と市民社会の関係のありかたについての考察は他日を期したい。

## 一 憲法二三条の沿革

日本国憲法二三条は、「学問の自由は、これを保障する」と規定する。このあまりにも簡略な条文にいかなる規範が込められているかを知るうえで、同条の沿革をたどることがその一助となる。以下、解釈の予備作業ともいえる条文生成過程の史的分析を行う。

### 1 旧憲法下における学問の自由

一八八九年制定の旧憲法(大日本帝国憲法)には学問の自由条項が置かれていなかった。その理由を制憲の主導者が述べたものとして、伊藤博文「憲法講話」中の次のような一節がある。――「学問ト教育ハ自由ナリト云フコト、普国ノ憲法ニモ明条アリシ。此条ノ如キ仏国ノ憲法ニ倣ヒタルモノナレ共實際無益ノモノナリ。……若シ右ノ如ク教育ノ自由ト云フコトヲ明載スルトキハ、必ず是ヨリ百端ノ議論ヲ生ジテ為メニ行政ノ権力ハ甚減殺セラルベシ。」<sup>(1)</sup>この言明は、学問・教育の自由が行政権の行使を阻害するという単純な排除理由を述べるにすぎない。しかし、以下にみるような旧憲法の成立経緯やその規範内容からすれば、この憲法における学問の自由条項の欠落にはより根源的な理由があったとみるべきである。

旧憲法が法的に集大成した明治国家は、倒幕運動の原動力であった民衆の反封建闘争を利用しつつ、最終的にはこの民衆解放の動きを制圧した明治維新により成立した。その経緯から「明治国家は、その政治支配に対する被支配者（国民）の内発的同意を得られない、その意味で、初発から民主的な正当性を欠く国家としてスタートせざるをえなかった。」<sup>(2)</sup>このため明治国家は、欠如していた政治支配の正当性原理を調達するという課題を抱えることになったが、維新政権は、以下にみるように、神格化された天皇に強大な権限を付与し、天皇に対する民衆の忠誠・服従を強権的にとりつけるというやりかたでこの課題に対応した。

第一に、旧憲法が、一方では明治初期の自由民権運動が追求した民主主義的な制憲構想を、他方では政府部内で大隈重信らが提唱していたイギリス流の近代立憲主義に基づく制憲構想を排除し、伊藤らが主張したプロシア流の外見的立憲主義に基づく制憲構想による欽定憲法として制定されたことである。<sup>(3)</sup>このことが、旧憲法の基本的なコンセプトを規定した。

第二に、旧憲法が、神勅主権思想に基づく天皇主権原理を採用したことである。すなわち、まず神勅主権および天皇の神格性については、上諭において「国家統治ノ大権ハ朕カ之ヲ祖宗ニ承ケテ之ヲ子孫ニ伝フル所ナリ」と規定したほか、一条の「万世一系ノ天皇」、三条の「天皇ハ神聖ニシテ侵スヘカラス」といった規定によりこれを宣明した。次に旧憲法は、天皇を「統治権ヲ総攬」（四条）する「国ノ元首」（同）とし、その天皇に帝国議会の関与なしに行使しうる強大な権限（「天皇大権」）を付与することにより、天皇を国家意思の最終決定権者とする天皇主権の国家体制を樹立した。こうして旧憲法は、絶対君主制に限りなく近い立憲君主制（外見的立憲君主制）<sup>(4)</sup>たる天皇制国家を法的に総括したのである。

第三に、上記のような国家機構上の特徴が旧憲法の人権条項にも反映していたことである。「外見的権利保

障<sup>(5)</sup>」とも呼ばれる旧憲法第二章「臣民權利義務」には、權利規定の狭隘性、法律による權利制限の根拠となる「法律の留保」規定などの問題点があったが、とくに天皇制に由来する問題点として、〈臣下たる人民に対し天皇が恩恵として付与する權利〉を意味する「臣民の權利」なる概念を用いたことや、三二条(本章二掲ケタル条規ハ戦時又ハ国家事變ノ場合ニ於テ天皇大權ノ施行ヲ妨クルコトナシ)のように全面的な權利停止の場合を想定していたことなどがあげられる。

第四に、憲法による神權天皇制の法制化とともに、明治国家が教育と學問による國民統合を追求していたことがある。この時期に樹立された教育・學問のシステムが「天皇制教學體制」あるいは「教育勅語法制」と呼ばれたように、明治国家は、教育・學問をとおして天皇制イデオロギーを國民に注入し、政治支配を全社會的規模で維持・強化するという方策をとったのである。具体的には、まず初等・中等教育段階では、天皇の發した教育勅語(一八九〇年)による「皇國民」育成のための教育が追求された。教育勅語は、「教育ノ淵源」を「國體」に求めたうえで、「忠孝」をはじめとする一四の徳目を列挙してその普遍性を説き、最終的には「一旦緩急アレハ義勇公ニ奉シ天壤無窮ノ皇運ヲ扶翼スヘシ」とのメッセージにより天皇への忠誠を求めるといふ文書であつた。もともと「社会上ノ君主ノ著作廣告」(起案者・井上毅の説明)<sup>(6)</sup>にすぎなかつたが、教育法令に組み込まれることにより教育課程の國家基準の性格を与えられ、その「奉讀」や「暗誦」が法的に義務づけられた。次に、主として大學で行われる學術研究と高等教育についても國家統制の網がかけられた。それを端的に示すのが、大學の目的についての法令規定である。たとえば、一八八六年の帝國大學令は「國家ノ樞要ニ応スル學術技芸」の教授・研究を帝國大學の目的とし、一九一八年の大學令は「國家思想ノ涵養」を大學の目的に掲げた。大學に対する國家統制は、ファシズム期にはさらに強められた。たとえば、一九三六年に教學刷新評議會が出した「教學刷新ニ関スル答申」は、「大學ハ國家ノ

重要ナル学府トシテ、国体ノ本義ヲ体シ」て行われるべきことを求めている。<sup>(7)</sup>

旧憲法下における学問の自由の弾圧事例として、京大滝川事件(一九三三年)、天皇機関説事件(一九三五年)などが知られているが、これらの事例が示すのは、攻撃・弾劾された学説等の多くが、当時の「国家思想」である天皇制イデオロギーないし「国体」観念に抵触するとされていたことである。二つの事例でこの点を確認しよう。

一つは、国家を意思主体たる法人とみなし、天皇を国家機関の一つとする憲法学説(天皇機関説)が国体に反すると批判され、主唱者の美濃部達吉が貴族院議員の地位を辞し、その著書が発禁処分となつた天皇機関説事件である。この事件で着目されるのは、政府が二次にわたり「国体明徴声明」を発し、いわば政府言論(government speech)として天皇機関説を公式に否定したことである。第二次声明(一九三五年一月一日)は次のようにいう。——「曩ニ政府ハ國體ノ本義ニ關シ所信ヲ披瀝シ、以テ國民ノ嚮フ所ヲ明ニシ、愈々ソノ精華ヲ發揚センコトヲ期シタリ。抑々我國ニ於ケル統治權ノ主體ガ天皇ニマシマスコトハ我國體ノ本義ニシテ、帝國臣民ノ絶對不動ノ信念ナリ。帝國憲法ノ上諭竝條章ノ精神、亦此處ニ存スルモノト拝察ス。然ルニ漫リニ外國ノ事例・學說ヲ援イテ我國體ニ擬シ、統治權ノ主體ガ天皇ニマシマスザシテ國家ナリトシ、天皇ハ國家ノ機關ナリトナスガ如キ、所謂天皇機關説ハ、神聖ナル我國體ニ悖リ、其ノ本義ヲ愆ルノ甚シキモノニシテ嚴ニ之ヲ芟除セザルベカラズ。《後略》<sup>(8)</sup>もう一つの事例は、その著書において「天壤無窮の神勅」等の観念を批判した歴史学者・津田左右吉が出版法違反により起訴された津田事件(一九三九年)である。この事件で注目されるのは、裁判における次のような検事の主張である。——「皇位ガ神勅ニ基ク儼然タル神聖位ナルコトハ、帝國憲法第一条ニモ明示シ給フ所ト拝察スルノデアリマス。憲法ノ上諭中ニモ『國家統治ノ大權ハ朕力之ヲ祖宗ニ承ケテ之ヲ子孫ニ伝フル所ナリ』ト、神勅ニ基ク所ヲ明示シ給フテアリマス。……」「我が国ニ於キマシテハ、学問又ハ学問的研究モ、皇室國家ニ貢獻スル

コトヲ任務トスベキモノト思ヒマス。特ニ記紀ノ研究ノ如ク皇室ノ御由来、国体ノ淵源ニ触レルコト多キ事柄ノ学問的研究ニ終始スルモノハ、単ニ皇室国体ヲ尊敬スルト云フコトノミデハ足ラズ、自己ノ全霊ヲ以テ之ヲ擁護シ其ノ尊厳性ヲ愈々發揮スルコトニ努力スルト云フ徹底セル信念ヲ常ニ一貫シテ保持シナケレバナラヌモノト考ヘルモノデアリマス。……」<sup>9)</sup>

上記のように、いずれの言説においても旧憲法の上諭や第一条などの天皇条項が学説批判に援用されている。このことは、旧憲法下の学問研究が、ほかならぬ憲法自体が定める〈国体〉原理により制約されていたことを示す。その憲法が学問の自由条項をもたなかったのは当然の事理であつたといえよう。

## 2 日本国憲法制定過程における学問の自由

日本国憲法（一九四六年一月三日公布・一九四七年五月三日施行）は、敗戦後の占領統治下において、旧憲法の改正という手続で制定された。制憲過程の詳細は略するが、学問の自由条項の沿革に関して重要なポイントを指摘したい。

周知のように現憲法は、占領当局であるGHQ（連合国軍総司令部）が作成した「マッカーサー草案」（一九四六年二月一三日）を元に行っている。同草案は、日本政府が起草した「松本案」（憲法改正要綱、一九四六年二月八日GHQに提出）が、本質的に旧憲法と変わらない保守的な草案であつたことから、その対案として日本側に提示されたものである。

GHQにより排斥された松本案は学問の自由条項を置いていなかったが、マッカーサー草案二二条には「学究上ノ自由及職業ノ選択ハ之ヲ保障ス」(Academic freedom and choice of occupation are guaranteed.)との条項があ

り、これが日本政府三月二日案二二条(凡テノ国民ハ研學ノ自由ヲ侵サルコトナシ)、同三月六日案二二条(国民ハ凡テ研學ノ自由ヲ保障セラルコト) および同四月一七日案二二条(現行規定に同じ)を経て、現行憲法二三条となった。<sup>(10)</sup>

対日占領は、形式上は連合国の共同占領であつたが、その実質はアメリカによる単独占領であつた。自国の憲法(一七八八年アメリカ合衆国憲法。一七九一―一九九二年に制定・追加された二七カ条の修正条項を伴う)に学問の自由条項をもたないアメリカが、被占領国・日本の憲法改正に深く関与するなかで、旧憲法にも政府草案にもなかった学問の自由条項を提案したのはなぜか。これには、以下のような複合的な要因が作用していたとみられる。

第一は、敗戦時に日本が受諾したポツダム宣言(一九四五年七月二六日)が、「日本国政府ハ日本国国民ノ間ニ於ケル民主主義的傾向ノ復活強化ニ對スル一切ノ障礙ヲ除去スベシ言論、宗教及思想ノ自由並ニ基本的人權ノ尊重ハ確立セラルベシ」(一〇項)、「前記諸目的ガ達成セラレ且日本国国民ノ自由ニ表明セル意思ニ從ヒ平和的傾向ヲ有シ且責任アル政府ガ樹立セラルルニ於テハ聯合國ノ占領軍ハ直ニ日本国ヨリ撤収セラルベシ」(一二項)などと規定していたことである。ポツダム宣言は、連合国から日本に対して突きつけられた最後通牒<sup>11</sup>降伏勧告文書であるとともに、一種の国際条約の性質を有していた。上記の文言には「宣言の趣旨に沿う明治憲法改正の要求も含まれていた」<sup>(11)</sup>と解されるから、(旧)憲法の改正により学問の自由を含む「基本的人權」を「復活強化」することは、日本国に課せられた条約上の義務であつたといえる。

第二に、マッカーサー草案の起草過程で、諸政党・研究団体等の憲法草案に示された日本側の憲法思想・人権思想が参照・研究されていたことである。この結果、草案には、日本側の憲法文書の内容がかなりの程度摂取されることとなった。起草を主導したチャールズ・ケーデイス(Charles Kades)も、起草に際して「日本側から提供さ

れた素材こそ最も有用であつた」と回顧している。<sup>(12)</sup> 日本側の憲法文書における学問の自由条項としては、日本自由党・憲法改正要綱(一九四六年一月二二日)の「思想、言論、信教、学問、芸術ノ自由ハ、法律ヲ以テスルモ猥リニ之ヲ制限スルコトヲ得ズ」、憲法研究会・憲法草案要綱(一九四五年二月二七日)の「国民ノ言論學術芸術宗教ノ自由ヲ妨ケル如何ナル法令ヲモ發布スルヲ得ズ」などの規定があつた。<sup>(13)</sup> これら日本側の文書のうち、ケーデイスがとくに着目したのは憲法研究会案であつたが、その理由の一つは、同案が旧憲法制定時にその対抗構想をなしていた自由民権運動期の憲法構想・人権思想の系譜に連なるとみていたからである。<sup>(14)</sup>

同様の視点は、歴史学者・家永三郎によつても示されている。家永は、憲法研究会案について、「自由民権研究の先駆者である鈴木安蔵が、植木枝盛・立志社その他自由民権期の草案二十余およびフランス革命憲法・合衆国憲法・ソ連憲法・ワイマール憲法等を参考とし……起草したものであつた(……)から、おのずからそこに植木その他の民権派草案の基本条項が豊に吸収されていた」と述べ、自由民権運動期の私擬憲法草案が憲法研究会案さらにはマッカーサー草案の源流をなしていたと指摘する。それら民権派草案を代表する植木枝盛・日本国国憲案(一八八一年八月)が「日本人民ハ何等ノ教授ヲナシ何等ノ学ヲナスモ自由トス」(五九条)との規定を置いていたことは銘記されてよい。

第三に、学問の自由条項が、憲法制定と並行して進められた、いわゆる戦後教育改革との関連で成立したと推察されることである。このことを示唆するものとして、まず戦後教育改革を促した第一次米国教育使節団報告書(一九四六年三月三一日)がある。この文書は、G H Qの要請により米本国から派遣された教育家を中心とする使節団による調査報告書であり、戦前の天皇制教学体制・教育勅語法制の問題点を指摘したうえで、教育制度全般にわたり改革の方向性を提示した。そのうち大学改革に関する提言部分には、大学の自治や科学者共同体のありかた



をも示唆する次のような一節がある。——「自由な研究と自由な表現との機会が、官公立と私立との両方の、あらゆるすぐれた大学にとりもどされないかぎり、すべての文化に由来する新しい理念や方法にかんして、公衆の利益が正常に発展することはない。」「大学の自由を保持する確かな一つの道は、大学にかんする事柄について、大学教師自身に権威を与えることである。したがって、大学の自由は、教師・教授・大学がつくる全国的な連合体によって、それら三者のすべてが、学識者や科学者の権利をすべての人々のために行使するという社会的責任によって動かされるときに、……堅持されるものである。」<sup>(16)</sup>

戦後教育改革と学問の自由条項の関係を示唆するもう一つの事象は、この改革を総括する規範として制定された旧教育基本法（一九四七年三月三十一日公布・施行）である。同法は、もともと憲法に規定される予定であった教育事項を、立法技術上の配慮から単行法の形式で規定したものである。その前文において「われらは、さきに、日本国憲法を確定し、民主的で文化的な国家を建設して、世界の平和と人類の福祉に貢献しようとする決意を示した。この理想の実現は、根本において教育の力にまつべきものである。《中略》ここに、日本国憲法の精神に則り、教育の目的を明示して、新しい日本の教育の基本を確立するため、この法律を制定する」と宣言するように、同法は「日本国憲法のエデュケーション条項を敷衍し、これを他の教育法令に架橋する一般的・原理的な性格の規定」を有する「準憲法」ないし「憲法付属法」的な法律として制定された。<sup>(17)</sup> 注目すべきは、「教育の方針」に関する同法二条が、「教育の目的……を達成するためには、学問の自由を尊重し、……」と規定していたことである。<sup>(18)</sup> 憲法の「精神に則り」、その「教育条項を敷衍」という規範論理にたつ教育基本法が「学問の自由」に言及したのは、憲法二三条の存在と無関係ではなからう。

## 二 憲法二三条の解釈①——学問の自由の保障根拠

### 1 問題の所在

学問とは、「論理的手段をもつて真理を探究する人の意識または判断作用乃至その体系」<sup>(19)</sup>、「人間の多様な精神活動のうち真理を探究する理性的な営み」<sup>(20)</sup>などと定義される人間の精神活動である。憲法二三条はかかる精神活動の自由（精神的自由権）を保障するものだが、憲法にはほかにも精神的自由権の保障規定がある。思想・良心の自由（一九条）、信教の自由（二〇条）および表現の自由（二一条）など、一般に市民的自由と呼ばれる諸規定である。そこで問題となるのは、憲法が思想・良心・信教・表現に関する一般的な市民的自由とは別に学問の自由を規定した理由はなにかということである。「先行する諸規定により保障される精神活動の諸自由によって、学問の自由はカバーされていると解する余地がある」<sup>(21)</sup>からである。

### 2 保障根拠論

上記の問いへの応答として、これまでにいくつかの保障根拠論が提唱されてきた。第一は、専門的特権説で、初期の学説<sup>(22)</sup>および判例<sup>(23)</sup>の立場である。学問研究は他の精神活動に比してより高度で専門的な精神作用であるから、一般の市民的自由よりも高度な自由が保障されるとし、学問の自由を大学教員の特権的自由とする説である。第二説は、提唱以来、大方の賛同を得てきた市民的自由説である。本説は、研究者のみが同僚市民より高度な特別の自由

を享受しうるとする第一説の不当性を指摘し、学問の自由は本質的に市民的自由と同質であるとする。そのうえで、近代社会において研究者は他者の設置する研究教育機関の被用者として研究教育を行っており、その市民的自由が設置者ないし外的管理権者の諸権能(業務命令権・懲戒権・解雇権)により絶えず侵害されるおそれがあるので、研究教育機関における研究者をして市民的自由を回復させるために学問の自由が保障されると説く。<sup>(24)</sup>第三に、信託説とも呼ぶべき説がある。現代社会ではすべての国民が自ら学問研究の主体とはなりえないので、一般国民の学問研究の自由は専門研究者に信託されることにより実質化されると説く。<sup>(25)</sup>本説には、「信託」の結果、委託者たる国民個々人の学問の自由が減殺される、などの批判があり、支持する論者は少ない。

一九九六年の論稿において松井幸夫は、学問の自由の保障根拠をめぐるやや錯綜した論争を整理し、次のような総括的考察を行っている。基本的には第二説に依拠しつつ、同説の〈市民的自由の回復〉論に修正を加えたものといえる。――〈市民的自由の保障と区別される学問の自由の保障の特別な法的意味は、「研究教育あるいは研究という目的が制度化され、そこでの学問研究が職務とされている雇用関係」にある学問研究従事者につき、当該「雇用関係による拘束(職務命令権、懲戒権、解雇権のほか人事権一般を含む)」を「解除」するところにある。これは当該学問研究従事者に「特権」を付与するものではなく、「広く市民の人権である公権力からの自由が、特定の環境において具体化しているにすぎない。」<sup>(26)</sup>

以上、学問の自由の保障根拠論を瞥見してきたが、これらの議論には共通の前提がある。それは、学問の自由を属人的な権利すなわち個人的権利として把握していることである。法人・団体の人権享有主体性という論点はあるが、基本的人権の主体を自然人たる個人とするのが伝統的な理解であるから、このような把握はごく自然である。そして、この観点に立つならば、松井の総括的考察が説得力を有するであろう。ただ、一般の学術会議をめぐる問

題は、学問の自由の性格に関する従来の議論にある種の転換を促しているように思われる。この点は後述する。

### 三 憲法二三条の解釈②——学問の自由の保障内容

#### 1 研究成果発表・教授の自由

学問の自由の保障内容として通常あげられるのは、内面的精神活動の自由に属する①学問研究の自由、外面的精神活動の自由に属する②研究成果の発表の自由および③研究成果の教授の自由、そして前三者のコロラリーである④大学の自治である。これらのうち、まず②および③の意義について考察する。

浦部法穂は、「学問は、既存の価値や真理とされているものを疑い批判して新たな価値や真理を生み出す……ため、支配権力にとっては、……危険なものと意識される。そういう意味で、学問というものは、権力による干渉や弾圧にさらされやすい……。憲法が『学問の自由』を保障することの意味は、ここにある」と述べる<sup>(27)</sup>。同様の指摘は、長谷部恭男によってもなされている。毎日新聞のインタビューでの発言である。——「学問研究の成果は、しばしば社会や政治部門の側からの敵対的反応を招きがちです。だから外部の政治的・経済的・社会的圧力に抗して各学問分野の自律性を保護しなくてはいいけない。日本国憲法二三条で『学問の自由』を保障する条項を特別に設けているのもそのためです。」<sup>(28)</sup>

これらの言説は、学問の自由（とくに②③）の保障の核心的意義に触れている。先述のとおり、旧憲法下における学問の自由の弾圧は、まさに〈国体〉や〈天壤無窮の神勅〉といった既成価値や体制理念に異を唱える〈危険〉

学説に向けられていた。このことは、かかる歴史的経験を戒めとして制定された学問の自由の保障の核心が、既成価値・体制理念を批判する自由の保障にあることを示唆する。今般の任命拒否は、衆目の一致するように、反政府的なメッセージを発信する特定の学者をパージすることを意図したものとみられる。その意味で、任命拒否は学問の自由の核心部分を直撃していると評することができよう。

## 2 大学の自治・科学者共同体の自律性

次に、保障内容の④大学の自治について略述する。憲法二三条に明文規定はないものの、同条が「学問の自由……を保障するための客観的な制度的保障」<sup>(29)</sup>と解される大学の自治を保障していることにつき通説・判例は一致している。大学の自治の及ぶ範囲について、近時の学説は、①学長・教員人事の自治、②施設管理の自治、③学生管理の自治、④研究・教育の内容・方法の自主決定および⑤財政自治など、広く解する傾向にあるが、これらのうち「最も重要で基本的なもの」<sup>(30)</sup>とされるのが、学長・教員人事の自治である。旧憲法下での学問の自由をめぐる係争の嚆矢をなす澤柳事件(一九一三—一四年)<sup>(31)</sup>が、まさしく教員人事の自治をめぐるものであり、これを契機として「教授の任免には教授会の同意を要する」との慣行が形成されたことも、人事の自治の重要性を物語る。

大学の自治のコアである学長・教員人事の自治の条理上の根拠について、蟻川恒正は次のようにいう。——「共に研究・教育活動を担う教員団の構成員を詮衡・決定する教員人事は、それによって選ばれ、迎えられた教員との相互交渉……を通して、そこでの『教育研究』の在り方を直接決定づけ、変化させるための始動作用というべきものである」<sup>(32)</sup>。教員団が体现する「互いに選び選ばれ合った者同士の関係性」を、蟻川は「同僚であること(colleagueship)」<sup>(33)</sup>と呼ぶ。一方、国立大学法人化に関する仏語論文で、大場淳は、教員団は「同僚民主主義」(democratic

collegiate)を象徴する集団であると論じている。<sup>(34)</sup>これら「同僚性」「同僚民主主義」等の觀念が、教員人事の自治を基礎づけるものといえよう。

ところで、石川健治は「大学の自治を保障する憲法二三条は、何より学問共同体の自治や自律を守るためにあり、大学を超えた学問共同体を束ねる日本学術会議についても、自律が尊重されなければならない」と指摘する。<sup>(35)</sup>大学の自治の趣旨が、学術会議や諸外国の科学アカデミーなどの「科学者共同体」にも及ぶとするものである。同様の発想は、前出の教育使節団報告にもみられたし、実定憲法の条文例としてイタリア共和国憲法二三条六項の「高等教育施設、大学および学術団体は、国の法律が定める限度内で、自律的な秩序を定める権利を有する」との規定もあるから、十分に成立する議論である。

ただ、前述の学問の自由の保障根拠論に照らして注意すべき点がある。先にみた松井の総括的考察において、科学研究従事者に保障されるべき学問の自由は一定の雇用関係を前提としていた。したがって、大学の自治については、大学という雇用関係に属する研究者の学問の自由を制度的に保障するという正当化根拠がある。これに対して、とくに日本学術会議の場合、ほとんどの会員が大学等の研究教育機関の構成員であり、後者との間に雇用関係を形成している。言い換えると、会員個人と学術会議は雇用関係にない。そこで、科学者共同体の自治・自律性については、独自の保障根拠が示されねばならないことになる。

この点、筆者が着目するのは松田浩の次の指摘である。——「学問の自由が個人の行為のみならず、学問共同体の保全にも及ぶのは、学問が『個々人の創造的作用』を基礎にしつつ『集団的な理性の営み』でもあるからである(……)」。『大学』における研究教育は、専門領域のディシプリンに応じた共同体(『学部』教員団、『学会』等)の内部で固有の手續と方法に基づいて営まれるため、その……理性的な説得と批判のプロセスを、ディシプリン外

の諸勢力(……)による破壊から防除する必要がある(……)。(36)

松田説のポイントは、科学者共同体の自治・自律性(松田のいう「学問共同体の保全」)を、共同体の個々の構成員の学問の自由を制度的に保障するという大学の自治の論理から導くのではなく、学問研究という共同的・集団的な営為そのものが自律性の要請を内在させているとし、学問の自由それ自体からストレートに演繹している点にある。学問の自由(academic freedom)の本質を、市民的自由一般と同質の個人の主観的権利ではなく、むしろ学問ないし学問共同体の自律性(scholarly autonomy)と捉えるものともいえる。(37)

同様の立論はつとに長谷部恭男<sup>(38)</sup>によってもなされており、また、先にみた蟻川の「同僚性」論や大場の「同僚民主主義」論もこの議論に通底しているとみられるから、必ずしも新奇な発想というわけではない。ただ、一般の任命拒否問題を契機として、このような理解がかなり広範に共有されるようになってきたことが看取され、この点に筆者は着目している。たとえば、佐藤学(教育学)は、「学問の自由……の本質は政治権力からの学問の自由と独立性にあり、属人的な個人的自由ではなく学問そのものの自由であり、真理を探究する学問共同体の自律性を意味している」<sup>(39)</sup>とし、今回、任命を拒否された候補者の一人である加藤陽子(歴史学)は、「二三条は生まれながらの人一般の学ぶ権利を保障したものではない。それは思想・良心の自由(一九条)、表現の自由(二一条)で保障されるからだ。二三条は専門領域の自律性、公的学術機関による人選の自律を保障するために置かれた」<sup>(40)</sup>と論じている。憲法学者によるものとしては、木村草太の次のような発言がある。——「『学問の自由の侵害』という構成には、『学術会議の会員にならなくても、大学や自宅の書斎で研究するのは自由だから、任命拒否は学問の自由の侵害ではない』と述べる人もいる。……『学問の自由』という言葉で、個人的な勉強や、それに基づく表現の自由を指しているなら、そのような指摘も正しい。しかし、憲法二三条の学問の自由は、学術職や学術機関の自律を意

味する概念であり、『個人で学問するのは自由』という理由では、今回の任命拒否の憲法二三条適合性を説明できない。<sup>(41)</sup>

これらの論述には、「人」権としての学問の自由という不動?の概念構成への見直しの契機が含まれている。先に筆者は、学問の自由論の「ある種の転換」と述べたが、その意味は、今般の任命拒否により理論界に上記のような変容がもたらされているということである。

#### 四 任命拒否の合憲・適法性

ここまでの歴史のおよび原理論的な考察をふまえ、本節では、任命拒否の合憲・適法性を、憲法、日学法その他の法令に照らして検証する。

##### 1 日学法等の関連規定

まず、日学法が学術会議の性格やその会員選出の方式をどのように定めているかを確認したい。

学術会議は、「科学の向上を図り、行政、産業及び国民生活に科学を反映浸透させること」を目的とする「わが国の科学者の内外に対する代表機関」として設立された(二条)。同会議は「内閣総理大臣の所轄」の下に置かれ、その経費は「国庫の負担」とされている(一条一・二項)。学術会議の職務は、科学に関する重要事項の審議・実現および科学に関する研究の連絡・能率向上であるが、これらの職務を「独立して……行ふ」と明記されている(三条)。二二〇人の会員(任期六年、三年ごとに半数任命)により組織されるが、その会員は「第一七条の規定によ



る推薦に基づいて、内閣総理大臣が任命する」とされている(七条)。その一七条(会員の推薦)は、「日本学術会議は、……、優れた研究又は業績がある科学者のうちから会員の候補者を選考し、……、内閣総理大臣に推薦するものとする」としている。なお、会員の退職に関しては、二六条に「内閣総理大臣は、会員に会員として不適当な行為があるときは、日本学術会議の申出に基づき、当該会員を退職させることができる」との規定がある。

学術会議および会員について補足すると、学術会議は、国家行政組織法八条の三にいう「特別の機関」として内閣府に置かれている(内閣府設置法四〇条三項)。また、学術会議会員は、国家公務員法二条三項十二の二に規定される特別職の国家公務員である。

## 2 任命拒否の違法性——日学法に照らして

今回の問題が提起した諸論点のうち最も重要であり、論評が集中しているのは、いうまでもなく、任命拒否が日学法に違反するか否かという点である。そして、この論点につき考察するにあたっては、日学法一条二項の「内閣総理大臣の所轄」および七条二項の「推薦に基づいて」という二つの文言の意味を明らかにする必要がある。以下、これらの文言について順次検討する。

### (1) 「内閣総理大臣の所轄」

政府は、学術会議が総理大臣の所轄の下にある行政機関であることを理由の一つとして任命拒否の適法性を主張する。この議論は、以下にみるように、「所轄」概念を誤用するものである。

法律用語辞典類の説明によれば、「所轄」とは、「ある程度独立性をもつ機関が、形式的に内閣、各大臣又は地方

公共団体の長の下に属する地位を表現する語」であり、この概念は「具体的な職権の行使について指揮監督権をもつことを意味しない」とされる。<sup>(42)</sup>『所轄』という用語は、当該機関の独立性が強くて主任の大臣との関係が最も薄いものにつき、行政機構の配分図としては一応その大臣の下に属するという程度の意味を表すのに用いられる<sup>(43)</sup>との説明もある。これらは、「所轄」規定から内閣総理大臣の指揮監督権を導くのは困難であることを示唆する。

ところで、国家行政組織法二条二項は「国の行政機関は、内閣の統轄の下に、その政策について、自ら評価し、企画及び立案を行い、並びに国の行政機関相互の調整を図るとともに、その相互の連絡を図り、すべて、一体として、行政機能を發揮するようにしなければならない」と規定する。政府見解は、学術会議についての「所轄」を同項にいう「統轄」の意味に曲解し、そこから内閣総理大臣の指揮監督権を導いている節がある(後述のように、憲法七二条も援用している)。しかし、同項にいう「統轄」は、「上級者が下級者の行為を一般的に指揮・総合調整すること」<sup>(44)</sup>を意味し、「所轄」概念とは大きく異なる。行政法学者・宇賀克也が紹介するように、法務省は「統轄の下に」を“under the control and jurisdiction of”<sup>(45)</sup>、「所轄の下に」を“under the jurisdiction of”と訳している。このことは、「所轄」概念には所轄機関の指揮監督権が含まれないとする理解がいわば公権解釈となっていることを示している。

以上の検討からすれば、「所轄」概念を曲解して内閣総理大臣の学術会議に対する指揮監督権を導き、これを任命拒否の正当化根拠とすることは、恣意的な法解釈の極みであるといわねばならない。

## (2) 「推薦に基づいて」

次に、「推薦に基づいて」という文言について検討する。今般の事案では、内閣総理大臣が学術会議の推薦に基

づかずに任命を拒否した点に批判が集中しているので、この文言の意味を検討することは必須の課題である。

まず、この文言の法令用語上の位置づけを確認したい。

「〇〇に基づいて(基づき)」という法令用語は、「行政機関が、一定の行為をするに当たり、審議会、調査会等の意見を聴いてしなければならないという場合に用いられる」語である。<sup>(46)</sup>いくつかの類語があるが、これらを行政機関に対する拘束力の強い順に列挙すると、①「〇〇により」・「〇〇に従い」、②「〇〇に基づいて」、③「〇〇を尊重して」・「〇〇の意見を聴いて」となる。

元衆議院法制局参事の吉田利宏は、「法令では『〇〇に基づいて』という言葉は、〇〇にかなり強く縛られるという意味で使われる」と一般論を述べたうえで、くだんの日学法七条二項については、『推薦に基づいて』は『推薦により』に近いくらい拘束力が強い。専門家の集団が出す推薦をかなり重くみたのだと思う』<sup>(47)</sup>と述べている。科学技術に詳しい文部科学省幹部も、『に基づいて』は、国家公務員なら誰でも習う基礎用語。よほどの事情がなければ、推薦どおりに任命しなければならないはず』<sup>(48)</sup>と語っている。いずれも、〈学術会議の推薦は内閣総理大臣の任命行為を強く拘束し、総理大臣は推薦どおりに任命しなければならない〉というのが日学法七条二項の法意であることを示唆している。

次に、司法解釈を知るうえで参考となる素材として、『〇〇に基づいて』の文言の解釈が争点の一つとなった裁判例を二つ紹介したい。一つは、二〇〇四年法人化以前の国立大学の学長事務取扱人事をめぐる「九州大学・井上事件」の東京地裁一九七三年五月一日判決<sup>(49)</sup>(以下「九大事件判決」という。)である。本件は、九州大学評議会が井上正治教授を学長事務取扱に選考し、文部大臣に発令を申し出たところ、文部大臣が同教授の発言について評議会に報告を求め、これに評議会が応じなかったことから、結局発令がなされなかったという経緯を受け、辞職後の井

上教授が国家賠償と名誉回復を求めた事案である。本件当時の国立大学学長等の任命については、教育公務員特例法一〇条（本件当時の規定）において「大学の学長……の任用……は、大学管理機関の申出に基いて、任命権者が行う」と定められていたことから、任命権者（文部大臣）が大学管理機関（評議会）の「申出」にどの程度拘束されるか、具体的には、任命権者は発令すべき法律上の義務を負うか、が争点となった。この点に関し、東京地裁は次のように判示した。——「……大学自治の原理、なかならず右原理の中核ともいえるべき大学における人事の自治に鑑みれば、……教特法一〇条にいう『大学管理機関の申出に基いて』とは、大学管理機関……から申出がなされたときは、任命権者……は、右申出が既に同法四条に準拠して大学の自主的選考を経たものとされる以上、その申出に羈束されて、申出のあった者……を任命すべく、そこに選択の余地、拒否の権能はなく、他面、申出がなければ、右の人事を行ない得ないものと解するのが相当である。もともと、任命権者……は、その権限を適法に行使用しなければならぬ……から、申出が明らかに違法無効と客観的に認められる場合、例えば、申出が明白に法定の手續に違背しているとき、あるいは申出のあった者が公務員としての欠格条項にあたるようなときなどは、形式的瑕疵を補正させるために差戻したり、申出を拒否して申出のあった者を学長等に任用しないことができるといわなければならない……」。

もう一つの判決は、労働組合法に基づく中央労働委員会の労働者委員の任命をめぐる事案についての東京高裁一九九八年九月二九日判決<sup>(30)</sup>（以下「中労委事件判決」という。）である。事案は、中央労働委員会の労働者委員は「労働組合の推薦……に基いて……内閣総理大臣が任命する」と規定する労働組合法一九条の三に基づき、控訴人である労働組合（複数）が所定の推薦を行ったところ、内閣総理大臣が、控訴人らの推薦した候補者ではなく、別系統の労働組合が推薦した候補者のみを任命したことを違法として、控訴人ら（被推薦者も含む）が国家賠償を請求

したものである。原審・東京地裁は控訴人らの請求を全部棄却していた。そして、東京高裁は、次のように判示して本件控訴をいずれも棄却した。――「内閣総理大臣が、労働組合の推薦する候補者の中からいかなる者を労働者委員として任命するかは、その広汎な裁量にゆだねられたものというべきで……あるが、……労働組合から推薦された候補者を当初から審査の対象から除外したり、あるいはこれを除外したと同様の取扱いをするなど、右推薦制度を設けた趣旨を没却するような特別の事情が認められない限りは、……裁量権の濫用ないし逸脱があるとして民事法上の違法の問題が生じる余地はない……」

ところで、この争点をめぐる議論において、会員選出を現行方式に改変した日学法改正の際に当時の中曽根康弘首相や手塚康夫政府委員が〈政府が行うのは形式的任命にすぎない〉、〈任命制が実質的なものとは理解していない〉などと答弁していたことがしばしば引き合いに出されている。このことは、「推薦に基づいて」規定の解釈問題が、内閣総理大臣の任命権は形式的なものか、それとも（拒否裁量を許容する）実質的なものか、という論点と密接分離の関係にあることを示している。そして後者の論点は、問題となる任命制度がいかなる法構造をとっているかという点にかかわる。たとえば、上掲の中労委事件判決が任命権者に「広汎な裁量」を認め、その任命権を実質的なものと解したのは、対象となった推薦・任命制度が、推薦された複数の候補者のうちから任命権者が任命するという構造になっている（労働組合法施行令二〇条一項所定）ことと無関係ではない。これに対し、日学法の会員任命制度や九大事件判決の対象となった学長（等）任命制度にあつては、総理大臣や文部大臣の任命権は拒否裁量の余地が認められない、ごく形式的なものであると解されるのである。日学法の任命制度については、木村草太が任命拒否後の欠員状態に関して次のように述べているのも一つの参考となる。――「欠員という違法状態は、どのように解消できるのか。この点を検討すると、日学法が、首相による任命拒否を想定しない構造であることも明確にな

る。法律が、首相による任命拒否を想定しているなら、首相の判断で任命拒否により生じる欠員の解消方法を規定したはずである。しかし、日学法七条二項によれば、首相は、学術会議からの推薦のない者を任命することはできない。さらに、同一七条は、推薦は、首相らの介入を受けることなく、『日本学術会議』が行うものと定める。このため、首相は、学術会議の意向を無視して、欠員を解消することはできない。<sup>(52)</sup>

このようにみえると、本草案の考察にあたっては、性質を同じくする任命制度を対象とした九大事件判決の論理があらためて参照されるべきであるように思われる。同判決は、教特法一〇条の解釈に関する「唯一の司法判断」<sup>(53)</sup>とされるが、前段の判示において強度の拘束を意味する「羈束」の語を用いていることや、後段で申出を拒否しうる場合を「客観的形式的な要件への違背」<sup>(54)</sup>に限定していることなどからすれば、本判決が文部大臣の任命権を形式的なものとし、任命拒否裁量に強い統制をかけていることは明らかである。この論旨を本草案にあてはめれば、学術会議の推薦は内閣総理大臣を〈羈束〉するものであり、後者は推薦された候補者の任命を拒否しえない、そして、例外的に任命を拒否しうるのは、当該推薦が「客観的形式的な要件」に違背する場合のみである、ということになる。

今回の任命拒否につき、菅首相は説得力のある拒否理由をいっさい示していない。また、学術会議の推薦行為に「客観的形式的な要件への違背」があったとも主張していない。任命拒否の違法性は明らかであるといえよう。

### 3 「二〇一八文書」の検討

今般の任命拒否が問題化し、国会における論戦が開始されて間もない二〇二〇年一〇月六日、内閣府日本学術会議事務局名で「日本学術会議法第一七条による推薦と内閣総理大臣による会員の任命との関係について」と題する

文書(発出の日付が「平成三〇年一月一三日」となっているので、以下「二〇一八文書」という。)が公表された。二〇一八文書は、内閣府と内閣法制局の協議に基づいて日学法の解釈を確認したものとされるが、作成過程につき手続上の問題点が指摘されるなど、公文書としての「正統性」に疑いがある。<sup>(55)</sup>にもかかわらず、これが政府見解のベースになっているという事情があるので、ここで検討を加えておきたい。

### (1) 「二〇一八文書」の概要

二〇一八文書を中心テーマは、「内閣総理大臣は学術会議の推薦どおりに会員を任命すべき義務があるかどうか」である。そして、この問いにつき同文書は三つの憲法条文をあげ、「推薦どおりの任命義務はない」との結論を導いている。該当部分を引用しよう。――「①日本学術会議が内閣総理大臣の所轄の下の国の行政機関であることから、憲法第六五条及び第七二条の規定の趣旨に照らし、内閣総理大臣は、会員の任命権者として、日本学術会議に人事を通じて一定の監督権を行使することができると考えられること、②憲法第一五条第一項の規定に明らかにされているところの公務員の終局的任命権が国民にあるという国民主権の原理からすれば、任命権者たる内閣総理大臣が、会員の任命について国民及び国会に対して責任を負えるものでなければならぬこと、からすれば、内閣総理大臣に、日学法第一七条による推薦のとおりに任命すべき義務があると言えないと考えられる。」<sup>(56)</sup>

右の論旨については、援用された憲法規定から二〇一八文書の上記結論を導出することが可能かどうか、が問題となる。以下、②の憲法一五条一項論、①の憲法六五条・七二条論の順に検討する。



## (2) 憲法一五條一項論

憲法一五條一項は、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」と規定する。これは、国民主権原理に基づき、主権者国民に固有の権利として公務員の選定罷免権を認めたものであるが、同項は「あらゆる公務員の終局的任免権が国民にあるという国民主権の原理を表明したもので、かならずしも、すべての公務員を国民が直接に選定し、罷免すべきだとの意味を有するものではない」と<sup>(57)</sup>とされている。すなわち、この抽象的・理念的な条項の下で、具体的な公務員の選定・罷免については、憲法自体が定める場合を除き、国会の定める法律により制度化がなされているのである。

国会制定法による選定・罷免の制度化が求められるゆえんは、国会（両議院）が「全国民を代表する選挙された議員」（憲法四三条一項）により組織された〈国民代表機関〉としての性格を有することから、その国会が定める法律により制度化することが国民主権原理に最も適合的だからである。内閣の職務を定める憲法七三条が、一号で「法律を誠実に執行し、国務を総理すること」を職務行使の一般原則とし、公務員の任免については、四号で「法律の定める基準に従ひ、官吏に関する事務を掌理する」と規定しているのは、上記のような国会制定法の意義をふまえたものであると解される。

このようにみてくると、法律により公務員の選定・罷免権を授けられた者（任命権者）が、根拠法律の定める選定・罷免の基準等に違反してその権限を行使した場合、その所為は違法であるのはもちろん、国民主権原理に背馳するものとして違憲の評価を受けることにもなる。

上記のように、憲法の規範構造全体に即して検討すると、二〇一八文書の一五條一項論は、先のような結論を導き出せないことが理解される。それどころか、文書起草者の思惑に反して、ある種の〈救済〉効果さえもたらしく



る。その事情を木村草太は次のように指摘する。——「憲法一五条は、あくまで『国民』の公務員選定罷免権を定める規定である。この規定は、首相が、究極的な任命権を持つ国民に、個別の人事の理由や根拠を丁寧の説明しなければならぬという帰結を導く可能性もある。これは、首相の説明拒否の方針とは整合しないだろう。」<sup>(59)</sup>

### (3) 憲法六五条・七二条論

次に、憲法六五条(「行政権は、内閣に属する」)および七二条(「内閣総理大臣は、……行政各部を指揮監督する」)が、内閣総理大臣の任命拒否を正当化しうるかを検討する。

まず六五条については、多様な内容の行政権が内閣に属するという一般原則を規定するものであるから、同条から拒否権を含む実質的任命権が一義的に導かれるわけではないことを指摘したい。また、一五条一項の場合と同様、六五条により内閣に属するとされる行政権の行使についても、法律に基づく行政の原則が妥当することはいうまでもない。

次に七二条について検討する。同条は、文言上、内閣の指揮監督権を一般的に認めているが、あくまでも原則を述べるものであり、例外を排除する趣旨ではない。今関源成が解説するように、「指揮監督権の対象である『行政各部』とは、内閣の統轄の下で行政事務を分担する行政の各部門……を意味する」のであって、「特に法令の定めによって、権限行使の独立性を保障されている独立行政機関は、内閣総理大臣からの指揮監督を受けない」<sup>(60)</sup>のである。学術会議がこの例外に属することは明白である。

ところで、二〇一八文書が、拒否権を含む実質的任命権が内閣総理大臣に認められるとの見解を導く際に憲法六五条・七二条を引き合いに出したことは、既視感(déjà vu)がある。それは、独立行政委員会の合憲性をめ

ぐる論争である。同論争は、一九七五年の第七五回国会への内閣による独禁法改正案の提出に関連して、自由民主党の青木一男参議院議員が主張した違憲論を機縁として提起されたものである。既視感をもたらすのは、青木議員の違憲論の次の一節である。――「憲法六五条は行政権が内閣に属することを規定し、第七二条は内閣総理大臣は行政各部を指揮監督することを規定している。独禁法の施行は行政権であるから、公正取引委員会は憲法上内閣の指揮監督を受けるべきであるのに、委員会はその職権の行使について内閣の指揮監督を受けないから違憲である。政府は、公正取引委員会の任命権と予算権を内閣が握っているから、監督権を持っていると弁明しているが、それでは最高裁判所も内閣の指揮監督下の機関ということになる。憲法上の指揮監督の意義は、職権の行使について内閣の指揮監督を受けることであるので、公正取引委員会に対する内閣の指揮監督権は存在しないから、憲法違反はいよいよ明白である。」<sup>(61)</sup>この論争で注目されるのは、独立行政委員会の合憲性を主張する学説において、内閣の人事権が合憲性を担保する要素の一つとされていることである。中村睦男が合憲説を整理して次のように述べるのがその一例である。――「行政委員会の合憲性は、(イ)すべての行政を内閣のコントロールの下に置くことによって民主的責任行政の原則を確立するという前提を維持しながら、(ロ)行政委員会の職務の特殊性による独立性の程度に応じて内閣の権限と責任が縮小されるが、最小限度予算権と人事権を内閣が保持し、(ハ)内閣のコントロールの不十分さを国会のコントロールによって補充することによって根拠づけられるものと解される……」<sup>(62)</sup>この合憲説にいう「民主的責任行政原則」は、いうまでもなく国民主権原理および議院内閣制の制度理念に基づく憲法上の原則である。そして、この原則を貫徹しようとするれば、内閣による行政各部の指揮監督権を重視し、その指揮監督権の一部をなす人事権を実質的なものと把握せざるをえないことになる。つまり、独立性が認められる行政機関の合憲性を担保するものとして実質的人事権が位置づけられるのである。ちなみに、二〇一八文書においては、憲

法一五条一項との関連で民主的責任行政の論理が用いられているが、むしろ六五条・七二条との関連で語られるべきである(余計なお世話か)。

いずれにせよ、〈独立行政機関の合憲性を弁証するために内閣の実質的な人事権を強調する〉という奇妙な構図がここにはみられる。この事情をどう考えるべきか。私見では、駒村圭吾の次の指摘が示唆を与えているように思われる。——「行政委員会の憲法論争の最大の焦点は、内閣が独占すべき行政権と内閣から分離可能な行政権の認識をめぐる行政権概念の確定問題にある。……六五条にいう行政権は、内閣専権事項として付与される統治ないし執政作用と、国法(法律)を執行する作用とから構成される二元的構造をもつものとして理解されるべきである。この観点からすると、統治ないし執政作用の執行を担当する行政機関に対して内閣は憲法上の決定権と指揮監督権を主張することができ、他方、それ以外の作用領域に関わる国法(法律)の執行を担当する行政機関のあり方については広範な立法裁量を承認することが可能になる……」<sup>(63)</sup>

学術会議は、先にみたとおり日学法三条所定の職務を担う。そして、職務執行の様態は、政府の諮問に応じ(日学法四条)、あるいは諮問がなくとも政府に勧告する(同五条)というものである。そこには統治ないし執政の要素はみられない。駒村説によるならば、学術会議に対する内閣総理大臣の指揮監督権(具体的には、拒否権を含む実質的任命権)は否定されることになる。

注

- (1) 星野安三郎「学問の自由と教育権」鈴木安蔵・星野安三郎共編『学問の自由と教育権』(成文堂・一九六九年)二八頁。
- (2) 成嶋隆「明治憲法の制定」杉原泰雄編『新体系憲法事典』(青林書院・二〇〇八年)三〇九頁。

- (3) 中村政則「序説 近代天皇制国家論」原秀三郎・峰岸純夫・佐々木潤之助・中村政則編『大系 日本国家史4 近代1』（東京大学出版会・一九七五年）四四―四五頁。
- (4) 浜林正夫・土井正興・佐々木隆爾編『世界の君主制』（大月書店・一九九〇年）二一四頁。
- (5) 杉原泰雄『人権の歴史』（岩波書店・一九九二年）六九頁。
- (6) 神田修・寺崎昌男・平原春好共編『史料教育法』（学陽書房・一九七三年）一八頁。
- (7) 堀尾輝久『天皇制国家と教育——近代日本教育思想史研究——』（青木書店・一九八七年）六四頁。
- (8) 現代憲法研究会編『日本国憲法——資料と判例——〔5訂版〕（1）』（法律文化社・一九九六年）四一―四二頁。
- (9) 星野・前掲注（1）三四頁。
- (10) 現代憲法研編・前掲注（8）六〇頁。
- (11) 荻部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会・一九八三年）一五三頁。
- (12) Charles Kades, "The American Role in Revising Japan's Imperial Constitution," *Political Science Quarterly*, vol.104, no.2, 1989, p.227.
- (13) 学問の自由の文言こそ用いていないが、日本共産党・新憲法の骨子（一九四五年一月一日）が「人民は政治的、経済的、社会的に自由であり且つ議會及び政府を監視し批判する自由を確保する」との規定を置いていたことが注目される。旧憲法下における学問の自由（および言論・表現の自由）の弾圧が、政府批判の学説や言論に向けられていたからである。
- (14) FAA Interview with Colonel Charles L. Kades, "Framing Japan's Constitution," *Education About ASIA*, vol.1, no.2, 1996, p.11.  
(<http://www.asianstudies.org/wp-content/uploads/framing-japans-constitution-interview-with-charles-kades.pdf>) (last visited 21/01/24)
- (15) 家永三郎『歴史のなかの憲法・上』（東京大学出版会・一九七七年）二九八―二九九頁。
- (16) 星野・前掲注（1）七一頁。
- (17) 成嶋隆「教育基本法〔旧法〕の収録について」市川須美子はか編『教育小六法二〇一八年版』（学陽書房・二〇一八年）一三八七頁。

- (18) 教育基本法は二〇〇六年に全面改正されたが、「学問の自由を尊重」の文言は、教育の目標に関する新法二条に受け継がれている。
- (19) 種谷春洋「学問の自由」芦部信喜編『憲法Ⅱ人権(1)』(有斐閣・一九七八年)三七八頁。
- (20) 松田浩「学問の自由」芹沢斉・市川正人・阪口正二郎編『新基本法コンメンタール憲法』(日本評論社・二〇一一年)二〇五頁。
- (21) 奥平康弘『憲法Ⅲ』(有斐閣・一九九三年)二〇四頁。
- (22) 法学協会編『註解日本国憲法(上)』(有斐閣・一九五三年)四五五―四五六頁、宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣・一九七一年)三八二頁。
- (23) 東大ボロボロ事件最高裁第一次判決・最大判一九六三・五・二三刑集一七卷四号三七〇頁。
- (24) 高柳信一『大浜啓吉「学問の自由」有倉遼吉・小林孝輔編『基本法コンメンタール憲法〔第三版〕』(日本評論社・一九八六年)九九頁。
- (25) 野上修市「学問の自由」法律時報四九卷七号(一九七七年)七六頁。
- (26) 松井幸夫「学問の自由と大学の自治」ジュリスト一〇八九号(一九九六年)二〇八頁。
- (27) 浦部法穂『憲法学教室(第3版)』(日本評論社・二〇一六年)二一〇―二一一頁。
- (28) 長谷部恭男「インタビュ」『排除する政治―学術会議問題を考える―もの言わぬ学者は『政府のイヌ』とみなされる』毎日新聞二〇二〇年一〇月一四日。
- (29) 中村睦男「学問の自由」樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅱ』(青林書院・一九七七年)一二六頁。
- (30) 同右・一二八頁。
- (31) 一九一三年、澤柳政太郎京大総長が独断で七人の教授を罷免したのに対し、法科大学の教授全員が、教授の任免には教授会の同意を要すると主張して辞意を表明した。この主張は最終的に文部大臣により認められ、教員人事における教授会自治が運用上の原則として確立した。(参照、畑博行「学問の自由」ジュリスト六三八号(一九七七年)二九〇頁)
- (32) 蟻川恒正「国立大学法人論」ジュリスト一二二三号(二〇〇二年)六六頁。
- (33) 同右・同頁。

- (34) Jun Oba, “La constitution en société de l’université nationale au Japon?,” *Politiques et gestion de l’enseignement supérieur*, vol.1, no.2, (OCDE, 2005) p.125.  
(<http://home.hiroshima-u.ac.jp/oba/docs/pges17-2%28oba%29.pdf>) (last visited 21/02/01)
- (35) 二〇二〇年一〇月六日記者会見発言。朝日新聞二〇二〇年一〇月二七日。
- (36) 松田・前掲注(20)二〇六頁。
- (37) 英語表記は、学術会議問題を取り上げた英科学誌Nature電子版(二〇二〇年一〇月六日)の次の記述に着想を得ている。  
——“Perhaps even more troubling are signs that politicians are pushing back against the principle of protecting scholarly autonomy, or academic freedom. This principle, which has existed for centuries ... sits at the heart of modern science.”  
(Editorial: “Why *Nature* needs to cover politics now more than ever,” *Nature* 586, pp.169-170 (2020), underline added).  
(<https://www.nature.com/articles/d41586-020-02797-1>) (last visited 21/01/13)
- (38) 「学問の自由の保障は」学問の自律性、つまり当該学問分野で受け入れられた手続および方法に基づく真理の探究の自律性を確保すること……を、その目的とする。」(長谷部恭男『憲法(第七版)』〔新生社・二〇一八年〕一三七頁)
- (39) 佐藤学「日本学術会議における「学問の自由」とその危機」佐藤学・上野千鶴子・内田樹編『学問の自由が危ない——日本学術会議問題の深層——』(晶文社・二〇二二年)四四頁。
- (40) 加藤陽子「学術会議の自律性保障・日本側が磨いた学問の自由」毎日新聞二〇二〇年十一月二一日東京朝刊「加藤陽子の近代史の扉」欄。  
(<https://mainichi.jp/articles/20201121/dnm/005/070/010000c>) (last visited 21/01/22)
- (41) 木村草太「学問の自律と憲法」佐藤ほか編・前掲注(39)九一頁。
- (42) 我妻栄編集代表『新版新法律学辞典』(有斐閣・一九六七年)六三七頁。
- (43) 津野修ほか編『法令用語辞典【第八次改訂版】』(学陽書房・二〇〇一年)四一四頁。
- (44) 我妻編・前掲注(42)八八五頁。
- (45) 宇賀克也『行政法概説Ⅲ【第五版】』(有斐閣・二〇一九年)一四一頁。
- (46) 津野ほか編・前掲注(43)七二七頁。

- (47) 朝日新聞二〇二〇年一月一日。
- (48) 同右。
- (49) 名誉回復請求事件一審判決・東京地判一九七三・五・一訟月一九卷八号三三頁。
- (50) 労働委員会労働者委員任命処分取消等請求事件控訴審判決・東京高判一九九八・九・二九高民集五一卷三号一一一頁。
- (51) 参議院文教委員会一九八三年五月一二日。
- (52) 木村・前掲注(41) 九五―九六頁。
- (53) 羽田貴史「日本学術会議会員任命拒否問題と法令解釈」世界九四二号(二〇二一年三月) 一七二頁。
- (54) 同右・同頁。
- (55) 同右・一六六頁。
- (56) 引用部分には、以下の注記がある。――(※)内閣総理大臣による会員の任命は、推薦を前提とするものであることから『形式的任命』と言われることもあるが、国の行政機関に属する国家公務員の任命であることから、司法権の独立が憲法上保障されているところでの内閣による下級裁判所の裁判官の任命や、憲法第二三条に規定された学問の自由を保障するために大学の自治が認められているところでの文部大臣による大学の学長の任命とは同視することはできないと考えられる。《後略》
- (57) 宮沢俊義『日本国憲法(法律学体系・コンメンタール篇上)』(日本評論社・一九五五年) 二二〇頁。
- (58) ①国民(住民)による直接的選定…国会議員、地方公共団体の長・議会議員等(四三条・九三条二項)、②国民による罷免…最高裁判所裁判官(七九条二―四項)、③国会の指名に基づく天皇による任命…内閣総理大臣(六条一項)、④内閣総理大臣による任免…国務大臣(六八条)、⑤内閣の指名に基づく天皇による任命…最高裁判所長官(六条二項)、⑥内閣による任命…長官以外の最高裁判所裁判官(七九条一項)、⑦最高裁判所の指名した者の名簿による内閣の任命…下級裁判所裁判官(八〇条)。
- (59) 木村・前掲注(41) 九四頁。
- (60) 今関源成「内閣総理大臣の職権」芹沢ほか編・前掲『新基本法コンメンタール憲法』三八六頁。
- (61) 中村睦男「第65条〔行政権〕」樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法Ⅲ』(青林書院・一九九八年) 一八六一―一八七頁。

(62) 同右・一八九頁。

(63) 駒村圭吾「内閣の行政権と行政委員会」大石眞・石川健治編『憲法の争点〔新・法律学の争点シリーズ3〕』（有斐閣・二〇〇八年）二三〇頁。宇賀克也の次の指摘もほぼ同旨である。——「この問題については、当該行政作用を創出する国会自身が、内閣に指揮監督責任を負わせることになじまないと判断した場合、これを内閣の指揮監督の下に置かないとする立法裁量を一定の範囲で有すると解すべきと思われる。」（宇賀・前掲注（45）一九六頁）

### 【献辞】

一九八七年の日本教育法学会総会で初めてお会いして以来、市川須美子教授とは、同じ教育法研究者として親しくお付き合いさせていただいてきた。とりわけ、私が第二の職場である獨協大学法学部に着任（二〇一三年）してからは、教員団の同僚として共に研究教育に従事してきた。長いお付き合いのなかで私は、市川教授の卓越した研究、熱心な教育指導そして筋のとった学会運営や学内行政への関与などに、尊敬の念をいだいてきた。様々な社会象の本質を洞察する能力に秀でておられることや、最も不利な境遇に置かれたり社会的に周縁化された人々に常に寄り添う姿勢を貫かれていることにも、敬服させられてきた。

ご退職の時期がコロナ禍と重なり、退職記念の諸行事を催すことができなかったのは大変残念であるが、市川教授がご退職後も充実した研究生生活を送られることを心より祈念したい。

長年のご厚誼への感謝の念を込め、謹んで拙稿を献ずるものである。

二〇二一年二月

獨協大学法学部元教員・新潟大学名誉教授 成嶋 隆