

### 第3章 学術会議任命拒否と憲法 23 条に関する諸問題

#### 第1 学術会議任命拒否問題と憲法 23 条

##### 1 はじめに

2020年(令和2年)9月、菅義偉内閣が発足した直後、政府は、日本学術会議が推薦した会員候補105名のうち6名を任命しなかった(これを本稿において「学術会議任命拒否」や単に「任命拒否」等と呼称する<sup>1</sup>)。本年の近畿弁護士連合会シンポジウム第1分科会のテーマの中核は、学術会議任命拒否問題である。本シンポジウム時点において、この問題が生じてから2年以上の月日が流れたことになるが、世間においてはすでにこの問題自体が風化してきている感が否めない。

しかし、以下に検討するとおり、この任命拒否には違憲の疑義すら存するのであり、そのような憲法に違反している可能性がある行為も平気でやってのけた政府が、任命拒否の理由等について何ら合理的な説明をしないことについて、市民は危機感を抱いていない、このこと自体が筆者にとっての危機感の淵源である。

本稿においては、学術会議任命拒否の憲法適合性について、主として憲法23条との関係で議論を整理し<sup>2</sup>、若干の検討を付すことを試みる。なお、意見にわたる部分は本シンポジウム実行委員会の総意ではなく、筆者の個人的見解であることに留意されたい。さて、本稿の結論をごく簡単に述べておけばこうである。

かつてより、芦部信喜は「時の政府の政策に適合しないからといって、戦前の天皇機関説事件の場合のように、学問研究への政府の干渉は絶対に許されてはならない」と指摘してきた<sup>3</sup>。これは、法学部で憲法を学ぶ学生であれば誰もが手に取る基本的な教科書の記述であり、憲法を学んだことがある者にとってまさに「当然」のこのように共有されていたはずのことである。しかし、令和を迎えた現代において、この「当然」が破られた。すなわち、学術会議任命拒否は、「学問研究への政府の干渉」にほかならないのであり、これに「正当な理由」もないから、違憲の疑いが極めて濃厚である。

このことについて、関連する論点も含めて議論を改めて整理し、学術会議任命拒否が、憲法価値をも脅かすものでもあったことを今一度明らかにできれば、本報告の目的は十分に達せられたことになる。

---

<sup>1</sup> 任命拒否処分という行政処分が存在しないこと等を理由として、この問題を任命「拒否」と呼ぶことについては異論も存在するところであるが、形式的な指摘に過ぎないため、本稿では検討を割愛する。後述するとおり、学術会議による推薦に対し、内閣総理大臣は、特段の事情がない限り、その推薦のとおり任命する責務を負うところ、合理的な理由を何ら示さずに6名の任命を見送った今回の出来事は、法的には任命「拒否」と呼称してさしつかえないと思われる。

<sup>2</sup> 学術会議任命拒否問題との関係で検討すべき憲法条項は必ずしも23条に限られない。例えば、高山佳奈子「任命拒否の違法性・違憲性と日本学術会議の立場」佐藤学ほか編『学問の自由が危ない—学術会議問題の深層』(晶文社、2021年)71頁以下は、「非常勤の公務員である日本学術会議会員に関する事務の掌理は、日本学術会議法の定める基準に従って行わなければならないのである」から、「日本学術会議法に違反する任命拒否は、憲法73条4号にも違反している」と指摘する。形式論理としてはそのとおりであろうが、少なくとも実務的にはあまり意味がない。かかる指摘は、つまるところ、下位法たる日本学術会議法に違反したことを憲法違反の問題に昇華するだけのものであって、憲法の保障するいかなる価値を毀損するものかに関係しないものだからである。このような点もあって、本稿では、憲法23条を主たる検討領域とする。

<sup>3</sup> 芦部175頁。

## 2 憲法 23 条の保護領域

### (1) 憲法が保障する「権利」の内容とその周辺

#### ア 序

憲法 23 条は、「学問の自由はこれを保障する」と定める<sup>4</sup>。本条により、字義どおり「学問の自由」が保障されるわけであるが、その内容は、従来より、学問研究の自由、学問研究成果の発表の自由、大学における教授の自由と整理され、これらと性質を異にするものとして、大学の自治も 23 条の保障内容に含まれると解されてきた<sup>5</sup>。このうち、学問研究の自由については、思想・良心の自由（憲法 19 条）との包含関係（特別法と一般法の関係）が指摘され<sup>6</sup>、学問研究成果の発表の自由については、表現の自由（憲法 21 条）との関係が指摘されている<sup>7</sup>ことも周知のとおりであろう。仮に、学問研究の自由及び学問研究成果の発表の自由が、思想・良心の自由及び表現の自由に完全に包摂されるとすれば、その限りにおいて、憲法 23 条の保障は特段の意義を有しないことともなりかねない<sup>8</sup>。そこで、学問の自由、ひいては憲法 23 条全体の独自の意義に目を向けることが重要となる。とはいえ、本稿において、憲法 23 条の独自の意義について考察しきる紙幅はないから、その検討は他日に期すこととし、本稿では、学術会議問題に関する検討の手掛かりを示す程度にとどめる。会議任命拒否問題を契機として、学問の自由の独自の意義に関する議論が深化すれば、この問題を超えて、憲法 23 条が関係するほかの問題（例えば、AI と教育の自由の関係など）の検討においても有益であろう。

#### イ 学問の自由の史的概観

わが国の憲法論にとくに深く影響を与えるのはアメリカとドイツの憲法学であろう。アメリカの合衆国憲法には学問の自由に関する規定はなく、他方で、ドイツの基本法にはそれがある<sup>9</sup>。世界的に見ても、学問の自由を明記する例は少なくな

<sup>4</sup> 本論に一切関係ないが、憲法 23 条はその文言自体が、五・七・五の韻を踏んでいる数少ない条文である。

<sup>5</sup> 芦部 173 頁以下、野中ほか 340 頁以下、注釈(2)485 頁以下〔長谷部恭男〕等。

<sup>6</sup> 例えば、芦部 173 頁は「学問の自由の中心は、真理の発見・探究を目的とする研究の自由である。それは、内面的精神活動の自由であり、思想の自由の一部を構成する」とする。

<sup>7</sup> 表現の自由との関係性については、包摂関係を指摘するものが多いように思われるが（例えば、芦部 174 頁、野中ほか 340 頁）、基本権競合の関係にあると指摘するものも存する（法学協会編『註解日本国憲法〔上巻〕』（有斐閣、1957 年）460 頁。）。もっとも、いずれの関係にあるかは、本稿における諸検討について影響を与えない。

<sup>8</sup> 憲法条項が設けられているということそれ自体から安易に「独自の意義がある」とは言い切れない。例えば、憲法 14 条の存在を理由に、通説は憲法 24 条の独自の意義を否定してきた（憲法 24 条の独自の意義は、昨今、夫婦同氏強制の問題や同性婚の問題との関係で議論が盛んであるが、この点についての筆者の考えは、拙稿「同性婚に関する憲法上の諸問題」近畿弁護士会連合会人権擁護委員会『婚姻制度における平等の実現に向けて—「同性婚」を考える—』2 頁以下参照。）。憲法 24 条の例が示すように、単に条文が存在することだけではなく、なぜその条文が存在するのか、という実意の探究が重要であることは言うまでもなからう。

<sup>9</sup> ドイツでは学問の自由の観念は、大学のそれと密接に結びついているのに対し、英米においては、市民的自由の文脈で観念されていた学問の自由が徐々に拡大したようである。周知のとおり、わが国においては、このいずれとも異なる文脈で学問の自由が独自の憲法条項となっていることが重要であるように思われる。他方で、学問の自由を保障する規定を憲法の中に持たない国家では、市民的自由としての思想・良心の自由や表現の自由さえ保障しておけば、その結果として、学問の自由も当然に保障されるから、さらにそれを超えて、大学教授その他の研究者に一般市民が享有できないいわば特権としての学問の自由を保障すること

いようである<sup>10</sup>。ここで少し、学問の自由の歴史、そして、日本国憲法に、学問の自由を保障する条項が独立して設けられた経緯に目を向けてみることにしたい。

憲法の教科書を開くと、そのほとんどにおいて、学問の自由についての概説がなされた後に大学の自治に関する説明が続いている。しかし、歴史的には、学問の自由を保障するために大学という制度に至ったものではなく、大学という組織を起源として学問の自由が保障されるに至ったものである<sup>11</sup>。大学の語源に当たる Universitas がギルドを意味することからも窺い知ることができるが、大学は、元々は身分制と自己規律を本質とする職能団体の一種であり、大学の目的は、その構成員の利益の確保と擁護にあった。中世ヨーロッパにおいては、ローマ教皇・皇帝が権威をもちつつ、軍事力と自治権を有する領邦国家が緊張関係とある種の調和を保ちながら存立していた。このような中世ヨーロッパの多元的秩序を解体する契機が絶対主義の台頭であった。絶対主義を基盤とする中央集権化の波のなかで、大学と社会の距離感は、国ごとにその様相を異にしていた。市民革命によって封建主義を完全に解体したフランスでは、大学は国家組織の一部に改変され、各職業領域の専門学校として分立させられることになった。その結果、大学は、初等教育から高等教育までの教育制度に関する全国の統一的な教育行政機関の1つとして位置づけられることになった。反対に、封建主義が残存したイギリスにおいては、大学は教会に基礎を置く社団として存立し、国家財政に依拠しなかった。その中道をいったのがドイツであり、大学は国家によって、設立、維持、管理されるものでありながら、他方で、一定の自治権も享受していた。そして、同僚教授団によって構成される教授会が大学の諸権限の中心的担い手となり、この文脈のなかで、学問の自由と大学の自治という観念が登場した<sup>12</sup>。

西洋の歴史に比して、わが国における学問の自由の歴史は浅い。明治憲法を制定するにあたってそのモデルとなったプロイセン憲法にも学問の自由が明文で保障されていたにもかかわらず、明治憲法は学問の自由に関する規定をもたなかった。「法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行集會及結社ノ自由」が保障されるのみで、学問は「国家ニ須要ナル學術」（旧大学令）としてあくまでも国家のためのものと捉えられていた。

早くから学問の自由が保障されているドイツでは、その保障に対するカウンターバランスとして、大学の教員は官吏法上、国家に従属する関係にあった。これに対し、明治10年代のわが国においては私学が相次いで設立され、その建学者は「学問の独立」を唱えて公民権運動にも大きな影響力をもっていたことから、学問の自

---

は、かえって民主主義原理に反するという発想があったとされる（この点につき、有倉遼吉編『基本法コンメンタール憲法〔新版〕』（日本評論社、1977年）103頁〔高柳信一〕。）。感覚混じりであるが、わが国においても、なぜ大学に身を置く研究者だけを優遇する必要があるのか、といった直感が根を張っている可能性があるように思われる（学術会議任命拒否問題について、「学術会議に属していなくても研究は依然として可能なはずである」といった意見が示されるのも、この直感に基づくように思われる。）。

<sup>10</sup> 例えば、野中ほか336頁。

<sup>11</sup> 野中ほか336頁以下、山元一「大学の自治」小山剛＝駒村圭吾『論点探究憲法〔第2版〕』（弘文堂、2013年）198頁以下等参照。本稿で議論の前提として紹介する学問の自由の歴史については、山元一の整理に依拠するところが大きい。

<sup>12</sup> 以上につき、山元・前掲注11）198頁以下参照。

由の保障は困難であったとされる<sup>13</sup>。いわゆる澤柳事件を経て、明治 20 年代には人事権を含めた大学の自治が確立されていくが、憲法に基礎を持たない学問の自由と大学の自治は、第二次世界大戦の最中に脆くも侵害されることになる。当時の文部大臣が、京都帝国大学（現京都大学）の教授会の同意なく、当時法学部教授であった滝川幸辰の休職処分を行った 1933 年（昭和 8 年）の滝川事件<sup>14</sup>、いわゆる天皇機関説を唱えた美濃部達吉の『逐条憲法精義』、『憲法撮要』、『日本国憲法ノ基本主義』の 3 冊について発禁処分がなされ、国体明徴声明によって統治権の主体が天皇であることを明示するとともに、天皇機関説の教授も禁止した 1935 年（昭和 10 年）の天皇機関説事件がその例である。そして、このような悲劇的経験に鑑みて、精神的自由権としての「学問の自由」に独自の意義があることを認め、これを明記したのが、日本国憲法 23 条であるとされている<sup>15</sup>。

筆者には、わが国はもとより世界における学問の自由の歴史について整理して、そこに横串を通す力量はないが、学術会議任命拒否問題との関係でわが国における学問の自由を考える上で示唆的なのは、さしあたり、憲法 23 条が保障する「学問の自由」が、国家による学問への不当な介入という過ちの歴史の産物であること、そして、西洋において学問の自由の淵源であった Universitas は「自己規律」を本質とする職能団体だったということであろう。また、学問の自由の歴史とは関連性がないが、学問の自由の一部について、憲法 19 条又は憲法 21 条と関連性があることは、次節以降の検討対象について考察する上で、それらの条文に関する議論を参照する余地があることを示している。以上を踏まえ、改めて、「学問の自由」の内実について補足して説明する。

#### ウ 学問研究の自由

まず、「学問の自由」の中核たる学問研究の自由は、研究テーマや研究方法について国家の干渉を受けることなく自由に決定し、かつ、その決定に基づいて自由に学問研究を遂行する権利をいう。前述したとおり、学問研究の自由は憲法 19 条が保障する思想・良心の自由の一環であるとも理解し得る。思索にふけるという意味での静的な活動のみを保障するものではなく、実験、観察、調査といった外形的行為を伴った動的な活動の自由も学問研究の自由の保護領域に含まれる<sup>16</sup>。

<sup>13</sup> この点につき、山崎真秀「戦前日本における『学問の自由』」東京大学社会科学研究所編『基本的人権 4 各論 I』（東京大学出版会、1968 年）471 頁以下参照。

<sup>14</sup> 同年 4 月には、当時の出版法 19 条に基づき、滝川幸辰の著書である『刑法読本』と『刑法講義』に対する発禁処分もなされている。

<sup>15</sup> 佐藤 270 頁、基本権 200 頁以下等参照。

<sup>16</sup> この点は、憲法 19 条の保護領域に外部的行為（当人の有している思想・良心に基づく具体的な行為）が含まれるか、という問題と発想を同じくするものであろう。憲法 19 条の保護領域には外部的行為までは含まれないという見解が一般的であろうから、動的活動も保護領域に含まれるという意味で、学問研究の自由は、思想・良心の自由の外縁を超える自由権であるといえる。なお、憲法 19 条は外部的行為を保護領域に含まないものの、外部的行為を制約することで、内心の自由としての思想・良心の自由へ間接的制約を觀念し得ることについては、最判平 23. 5. 30 民集 65 卷 4 号 1780 頁が、「個人の歴史観ないし世界観に由来する行動（敬意の表明の拒否）と異なる外部的行為（敬意の表明の要素を含む行為）を求められることとなり、その限りにおいて、その者の思想及び良心についての間接的な制約となる面があることは否定し難い」と判示したとおりである。



学問研究の自由の保護領域との関係では、先端的研究や軍事研究の保障の問題がいわば典型論点であるため、ここで議論を概観しておく。遺伝子治療やクローンに関する研究に代表されるいわゆる先端科学技術研究や軍事研究の保障のあり方に関する問題であるが、これらが絶対無制約で保障されるとする見解は存在しない。制約できるとして、いかなる制約が可能か、また、いかなる場合に当該制約が正当化できるか、という問題である。まずは、いかなる制約が可能か、という問題であるが、学会などの専門家集団による自主規制、監督官庁による行政指導やガイドラインによる規制、法令等による規制が大きく考えられる。自主規制やガイドライン等による規制には法的拘束力がないことを踏まえると、これらによる規制を超えて法令等によって規制するためには相応の理由が必要となる<sup>17</sup>。より具体的に説明すれば、学問研究の自由との対抗利益（人々の生命・健康やプライバシー権など）を保護するのに不可欠な必要最小限度の規制であれば許される、ということである<sup>18</sup>。

現に法令による規制が存在するものとして、人に関するクローン技術等の規制に関する法律や化学兵器の禁止及び特定物質の規制等に関する法律（化学兵器禁止法）があるが、いずれも、市民に対する甚大な健康上のリスク等を抱える活動を規制するものである。しかし、これらの法律があるとしても、「化学兵器の開発につながるおそれがある」という理由だけでは、当該研究活動を制約することは正当化できない。化学兵器の製造に直結する研究は危険な研究であり、その危険性故に学問研究の自由の保護領域から除外される、という考え方もあり得ようが<sup>19</sup>、いかなる研究も悪用される可能性がある以上、危険な研究とそうでない研究を予め分類することは困難であり、とくに、外野から不審の目で見られがちな先端的研究領域に対する制約について警鐘を鳴らす指摘も存するところである。軍事研究と、（兵器の開発を含む）軍事活動は別物であるから、軍事に関する研究であるという一事をもって当該研究を制約することは許されないと考えられる。他方で、学問の自由を免罪符として化学兵器禁止法3条の禁止行為を行うこともできないであろう<sup>20</sup>。研究内容を理由として学問研究の自由を制約することは絶対に許されないとかつては理解されていたようであるが、以上のように、当該研究が有する危険性故に、その内容を理由として規制がなされ得ること自体には、一定の共通理解が形成されているように思われる<sup>21</sup>。

また、もう一つの典型論点として、学問研究の自由と助成の関係、がある。憲法23条が保障する主観的権利としての学問研究の自由は防御権であり、国家に対して作為を求める権利まで包摂しないと解するのが一般的である。学問研究の多く

<sup>17</sup> 規制態様が強度になればなるほど、当該規制の正当化に関する審査の密度は厳格化するが（例えば、小山72頁以下参照。）、これは、客観法としての比例原則（比例原則は行政法の法原則である以前に憲法上の法制度でもある。）の統制に服しているからであるとも説明できる。

<sup>18</sup> この点につき、芦部175頁等参照。

<sup>19</sup> なお、憲法23条の保護領域から除外されたとしても、別途、客観法としての比例原則や平等原則の統制に服するため、これらに違反する制約は許されない。

<sup>20</sup> 以上につき、松本和彦『事例問題から憲法を考える』（有斐閣、2018年）141頁以下。

<sup>21</sup> この点につき、読本176頁〔宍戸常寿執筆〕も参照。

は、研究施設等の物理的な財及び助成費等の無形の財（公共財）に支えられて成り立っているところ、すべての研究に一律の助成が「主観的権利として」保障されているわけではないのである<sup>22</sup>。1951年（昭和26年）に全国の科学者を対象として行われたアンケートにおいて、「過去十数年間において、学問の自由が最も実現されていたのはどの時期であったか」という質問に対して、「太平洋戦争中」という回答が多数に上ったこともそれと関連する。すなわち、戦時中、臨時軍事費として研究予算が潤沢に供給されており、上記回答は、研究者にとって、研究費の多寡が学問の自由の実現度合の肌感覚に連動していることを示している、というのである<sup>23</sup>。

現代においては、「選択と集中」の名の下に予算（助成金）が確保される分野が限定されているが、その助成のあり方いかんによっては、憲法上の問題を生じうる<sup>24</sup>。すなわち、助成のあり方いかんによっては（敢えて直截な指摘をすれば、助成金の振り分け方いかんによって、特定の学問分野を促進することも、抑圧することも可能であろう、ということである。）、学問の研究の自由に対する制約を観念し得ようが、この問題については日本学術会議問題と直接に関係しないため、本書では問題を提起するにとどめたい。なお、問題提起した者として、簡単に私見を述べれば、学問研究の自由から、公共財による助成を求める権利を導出することは不可能である（それは、学問の自由を、市民社会と切り離して特権化しようとする営為であり、賛同し難い<sup>25</sup>。）、しかし、「選択と集中」を隠れ蓑として学問の自由を制約することが可能な秩序が維持されるのも問題であるから、助成/非助成に至った判断過程を開示することを義務付けることが求められる、というものである。この判

<sup>22</sup> この点に関し、例えば、羽田貴史ほか「学問の自由の現在と課題」同編『学問の自由の国際比較—歴史・制度・課題』（岩波書店、2022年）300頁は、産学連携と学問の自由について言及する文脈において「企業からの資金で行う研究において、企業は大学に企業機密（営業秘密）保持を期待・要求する。また、企業にとって都合の悪い結果を示す論文の公表を中止するよう求めるかもしれない。これは明らかな学問の自由の侵害である。」と指摘する。しかし、この指摘は、一法曹実務家としては容易には賛同し難い。まず、端的に述べれば、自社の企業秘密すら開示して資金を投入しているのに、資金を受け取った研究者側が「学問の自由」を振りかざしてスポンサーたる当該企業の利益を顧みることすらせずに論文を公表することを「憲法」が保障しているはずがない。より整理して述べれば、企業から資金投入を受ける当該研究者は、企業から助成を受けるにあたって契約を交わすと思われるところ、その契約内容の解釈等が民事実体法の問題として議論されることはあっても、名宛人を国家とする憲法の規範が作用する場面ではない。（説明の仕方は論者によって差があるとして）契約解釈に憲法の価値が照射され得るとしても、契約締結の自由が、それに対抗しようとする当該個人の権利・利益に優越することは、既に三菱樹脂訴訟（最大判昭48.12.12民集27巻11号1536頁）が判示したところである（この点につき、宍戸常寿「判解」憲法判例研究会編『判例ブラクティス憲法』（信山社、2012年）23頁参照。）。しかるに、私企業から助成を受けておきながら、学問の自由を振りかざして当該私企業にとって不利益になるような論説までも自由に公表することを正当化することには相応の難があるように思われる（筆者には、そのような正当化の試みは単なる我儘の域をでないように思われてならない。）。助成を受けている以上、その助成者の利益に鑑みて、一定の論文発表等が制限されることは当該助成に基づく内在的な制約として許容されると考える方が実務的であり、思考としても自然であると考え。

<sup>23</sup> 池内了「日本学術会議と軍事研究」佐藤ほか・前掲注2）126頁以下。

<sup>24</sup> 表現の自由、芸術の自由と助成との関係は、一昨年のシンポジウムのテーマとなっている。表現の自由論との関係では、違憲な条件の法理や空間的パブリックフォーラム論をはじめとする種々の論点が存在する（一昨年のシンポジウムに関する報告は、同シンポジウムの報告書に所収の拙稿を参照されたい。）。

<sup>25</sup> これに対し、長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016年）158頁は、「『学問の自由』は大学を典型とする高等研究教育機関のメンバーに認められる憲法上の特権であり、人が生まれながらにして享有する人権ではない」とする。

断過程の開示は、学問の自由が不当に制約されていないことを制度的に担保し、事後的な検証をも可能とする仕組みであり<sup>26</sup>、これ自体を客観法としての憲法23条から導出することは不可能ではないように思われる。本稿の主題である学術会議任命拒否問題に立ち返れば、問題の核心は、この説明過程の欠如と事後検証の不可能性にある。任命拒否するならするでよい、しかし、そこには「正当な理由」が必要であり、その理由の正当性についての検証ができないのであれば、翻って、その任命拒否は正「統」性を持たない営為として非難されなければなるまい。

#### エ 学問研究成果の発表の自由

研究成果を発表する自由は、言い換えれば成果の公表の自由であるから、その点で、憲法21条1項が保障する表現の自由と重なり合う。もっとも、表現の自由の保障の背後にある思想の自由市場を観念し得るかについては見解の対立がある。多数説は、表現の自由との同面性を肯定する、すなわち、発表する研究成果が危険であるといった理由で（換言すればその内容に基づいて）発表を制限することはできず、当該発表がもたらす弊害は、国家による規制によって、ではなく、対抗言論（more speech）によって除去されるべきであるとする<sup>27</sup>。これに対して、学問領域における「真理」は、多数決によって決せられるものでもないことから、思想の自由市場論は当たらないとする見解もある<sup>28</sup>。この立場の違いが直ちに結論を左右するとは限らないが、後述する問題（後掲第2の1）との関係では重要な分岐点となる。筆者は、多数説を支持し、思想の自由市場論を「学問の自由」論から排除する考え方には賛同しないが、いずれにせよ、学問研究の成果の発表の自由に対する思想の自由市場論の適否、という問題は抽象的な理念等に照らして机上の問題として片付けてはならないのであり、学術会議任命拒否問題を契機として、実務的な影響をも踏まえて検討する必要がある。

思想の自由市場論が妥当することを認める立場からは、研究成果の発表の自由に対する制約とその正当化について、概ね、表現の自由と同様に考えることができる<sup>29</sup>。学術会議任命拒否問題との関係で学問研究の発表の自由について検討する際もこのように捉えておいて問題ないと思われる。

---

<sup>26</sup> 刑事手続法の議論であるが、DNA鑑定（の結果を記載した鑑定結果報告書）の証拠能力に関し、鑑定に用いた資料の保存状態や再試験の可能性が考慮されることと発想を同じくする。鑑定に用いた資料を廃棄し、二度と再試験ができない状態にしたのであれば、当該鑑定に証拠としての適格を与えてはならない、という考えに似て、学問の自由を不当に制約するものでないかの事後検証が困難な態様での助成/非助成の決定に、憲法適合的であるという評価を与えてはならないように思われる。

<sup>27</sup> この点につき、松本・前掲注20）143頁、基本権204頁〔宍戸常寿〕等参照。なお、宍戸常寿は、「研究成果の発表の弊害が重大なものであり、かつ明白かつ現在の危険をもたらすものである場合など、ここでも表現の自由と同じく、公共の福祉に照らし、正当化される限りにおいてのみ、発表の禁止が許されるといってよい」と指摘する。松本和彦の「規制を通じての弊害の防止は、言論市場がそもそも機能しない場合や極めて不十分にしか機能しない場合に限定されなければならない」との指摘も同旨であろう。

<sup>28</sup> 例えば、長谷部恭男『憲法入門』（鳥羽書店、2010年）39-40頁。

<sup>29</sup> 基本権207頁〔宍戸常寿〕。

## (2) 主観法と客観法—憲法 23 条を理解する上での基本的な分離線として—

学術会議任命拒否問題について、「学術会議に所属していなくても研究活動は可能なのであるから、任命拒否は憲法 23 条の関係で問題を生じさせない」という批判がかつてなされていたようである。仮に法曹実務家からこのような浅い批判がなされていたのであれば、事例問題において、主として主観法的な考察しか求めてこなかった司法試験制度が弊害的に起因しているように思えてならないが<sup>30</sup>、それを措くとして、この批判が当たらないことを理解するためには、客観法/主観法、という基本的な分離線を理解する必要があると思われる。

ドイツでは、Recht (法) という語に subjektiv (主観的) 又は objektiv (客観的) という形容詞を付して、特定の主体 (Subjekt) との関係で整理する Recht と、特定の Subjekt とは関わりなく妥当する Recht とを区別するようであるが<sup>31</sup>、アメリカではこれらの概念が right という語に収斂されるためか、わが国においては、とりわけ法曹実務家の間において、必ずしもこれらの分離線が十分に認識されていない感がある。改めて整理するに、客観法とは当該法規範が国家に対して一般的に命令するルールを指し、主観法とは法の侵害を被侵害者が自らの利益が害されたとして主張できるルールをいう。憲法 14 条を含め、いわゆる基本権条項は例外なく客観法であり、そのうち一部が主観法としても機能している。例えば、憲法 21 条 1 項は、国家に対し、国民の表現の自由を侵害するなど命令する (この意味で客観法である) と同時に、国民の側は、国家に自らの表現の自由が侵害された場合には<sup>32</sup>、違憲性、すなわち、その侵害の排除を訴訟において主張することが可能である (この意味で主観法でもある)。他方で、例えば、政教分離原則は、通説によれば、客観法であっても主観法ではないから、政教分離原則に違反する行為がなされていても、それを国民が差し止めたり、国家賠償請求の原因とすることはできない。

上記の批判に戻れば、「学術会議に所属していなくても研究活動は可能なのであるから、任命拒否は憲法 23 条の関係で問題を生じさせない」との批判は、任命を拒否された個人は、依然として研究活動を継続することが可能であることを指摘するも

<sup>30</sup> 本稿との関係では完全に余談であるが、「学術会議に所属していなくても研究活動は可能なのであるから、任命拒否は憲法 23 条の関係で問題を生じさせない」という批判に触れるとき、憲法問題に取り組む裁判官の肩の荷を降ろすために、芦部信喜が、論証責任という概念と併せて提唱した二重の基準論への向き合い方に関する石川健治の皮肉が思い出される。すなわち、石川は「違憲審査基準論は、憲法解釈に限ってであるが裁判官の判断過程を事前に規制しており、裁判官にとっては強い違和感をもって迎えられる可能性がある。その結果、論証責任の負担軽減策としての恩恵に浴したのが、専ら、狭き門への対策に苦しむ司法試験受験生だったわけである。ここに、芦部憲法学の栄光と悲惨の原因がある」というのであるが (石川健治「ドグマティックと反ドグマティックのあいだ」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路口—実務と学知のあいだ』(弘文堂、2019 年) 308 頁。)、これも、二重の基準論の淵源に立ち返ることを忘れ、試験をパスすることのみを目的とする受験生によってその機械的適用が横行し、それが長きに亘って十分な批判に晒されなかったことに原因を見ることができよう。学術会議任命拒否問題に関する上記批判についてみれば、司法試験において「最低限」のレベルに達することのみを目指していた者が、試験において出題される形態が憲法問題のすべてであるかの如く誤解し、主観法的な規律と客観法的な規律とを明確に分けることなく今日に至ったゆえである感すらある。

<sup>31</sup> この点に関し、小山 147 頁。

<sup>32</sup> 表現の自由についていえば、自らの利益でなくともその侵害の排除を主張できる可能性がある。いわゆる standing to sue (主張適格) の問題であり、この点は、いわゆる過度の広汎性故に無効の法理 (overbreadth doctrine) との関連で議論されることもあることは周知のとおりである。



のであるから、学問の自由を定める憲法 23 条の主観法的側面のみを捉えたものにとどまっている。しかし、主観法は客観法を基礎として成り立つものであり、上記のとおり、憲法上の基本権条項は遍く客観法で「も」あるから、その側面を看過してなされた上記批判は、学術会議任命拒否が憲法 23 条に関する「問題を生じさせない」と断じるには早計に過ぎるものといわざるを得ない。本稿第 2 で検討するとおり、そもそも本件で問題にしている任命拒否は、主観的権利としての学問の自由をも制約している可能性があるが、それを措くとして、客観法としての憲法 23 条が国家に命じている規範内容に違反している可能性が極めて高いと思われる。ここで指摘しておきたいことは、研究活動が続けられていることの一事をもって、「学問の自由」が傷つけられてはいないと即断してはならないということである。

#### (3) 客観法としての憲法 23 条

憲法 23 条は、国家からの干渉を受けずに、大学研究者等が研究活動を行い、あるいはそれを発表したり、学生に教授することを保障するものであって、それ以上のものではないとのイメージが強いようであり、本シンポジウム実行委員会における審議の過程で筆者が感じた印象である。しかし、国家からの介入なく思索することは、思想・良心の自由として憲法 19 条が保障しているし、思索した内容を公表し、あるいは第三者に伝達する営為は、表現の自由として憲法 21 条 1 項が保障している。すなわち、憲法 23 条の保障している内容が上述した「国家からの干渉を受けずに、大学研究者等が研究活動を行い、あるいはそれを発表したり、学生に教授すること」とどまっているのであれば、憲法 23 条は何らの独自の意味をもたない憲法条項である、ということになる<sup>33</sup>。

しかし、当然のことではあるが、それでもなお憲法 23 条が独立した憲法条項として存立しているのであるから、その範囲にとどまらない何かを、客観法として（さらには主観法として）保障しているものと解するのが自然であろう<sup>34</sup>。客観法としての憲法 23 条の外縁を画定することは筆者の力量を大幅に超えるが、学術会議任命拒否問題との関係では、後に詳しく検討するとおり、学問の自由の保障が、学問共同体の自律の保護、をも包含していることが重要である。憲法 23 条が学問共同体の自律を保障しているとすれば、学問共同体たる日本学術会議の人事<sup>35</sup>に対する介入は、客観法としての憲法 23 条に違反する疑義を帯びることとなる。

### 3 憲法 23 条と大学の自治

憲法 23 条が大学の自治を保障していることは周知のとおりであろう。必ずしも本稿の主題とは関係しないが、ここでは、紙幅の限度で端的に、憲法 23 条の客観法的側面の現れである大学の自治について概観することとしたい。

<sup>33</sup> 例えば、戸松 250 頁以下、木村草太「学問の自律と憲法」佐藤学ほか編『学問の自由が危ない—日本の学術会議問題の深層』（晶文社、2021 年）87 頁等参照。

<sup>34</sup> 現にアメリカやフランスなど、学問の自由に関する独自の規定を自国の憲法に持たない国も存在する。

<sup>35</sup> 大学の自治の核心をどこに見るか、は論者によって差異があり得ようが、人事権を中核に据える理解は一般的であろうと思われる。もし、このような理解に立つのであれば、本件任命拒否は、日本学術会議の人事権への介入であるため、その自律への介入の度合いは一層強烈であると評価されよう。

大学の自治は、判例・学説ともに 23 条の保障内容に含まれると理解しており<sup>36</sup>、最大判昭 38.5.22 刑集 17 卷 4 号 370 頁（いわゆる東大ポポロ事件判決）も、「大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている」としたうえで、「大学の学問の自由と自治は、大学が学術の中心として深く真理を探究し、専門の学芸を教授研究することを本質とすることに基づく」と判示している。大学の自治の法的性質について本判決は明示しておらず、学説の多数は、これを制度的保障であると理解してきた<sup>37</sup>。大学の自治の法的性質に関する議論が果たし得る実務的な役割は大きくないと思われるが、ここでは、憲法 23 条が保障する学問の自由と大学の自治のそれぞれが対抗関係に立つ場合があり得ることを指摘しておきたい。政教分離原則についても同様の問題が生じうるが、大学の自治を客観法的保障として承認すると、それが主観法としての学問の自由と衝突する場合があり得る。すなわち、大学学内の人事権を大学の自治を根拠に強化すれば、それによって、研究者個人の学問の自由が制約される場合が生じるということである<sup>38</sup>。この場合に、大学の自治と研究者個人の学問の自由の優劣関係や、当該事案における合憲性・適法性の判断枠組みを構築する上で、大学の自治の法的性質論に有意性が見出され得る。例えば、通説のように、大学の自治を「学問の自由の保障を実質化するための」制度的保障であると理解する場合には、大学の自治を承認する結果、研究者個人の学問の自由が窒息するのでは本末転倒となるから、研究者個人の学問の自由を優先的に保護すべきという議論になろう。

さて、大学の自治の内容であるが、伝統的見解は、①学長・教授その他研究者の人事、②大学施設の管理、③学生の管理を挙げており、東大ポポロ事件判決も、大学の自治は「とくに大学の教授その他の研究者の人事に関して認められ」とした上で、「大学の施設と学生の管理についてもある程度で認められ、これらについてある程度で大学に自主的な秩序維持の権能が認められている」と判示する。それに加えて、さらに、④研究教育の内容・方法等の決定、⑤予算管理の自治、も大学の自治の内容に含める見解が有力である<sup>39</sup>。

<sup>36</sup> 例えば、芦部 176 頁は、「大学における研究教育の自由を十分に保障するために、大学の内部行政に関しては大学の自主的な決定に任せ、大学内の問題に外部勢力が干渉することを排除しようとするもの」として、ヨーロッパ中世以来の伝統に由来するものと説明し、野中ほか 346 頁以下も、大学の自治は、学問の自由と密接不可分のものとして、23 条を根拠に保障されるとする。なお、東大ポポロ事件判決の調査官解説は、「大学の自治は、憲法 23 条によって直接保障されているものではなく、ただ大学における学問の自由を保障するために伝統的に認められるもの」としており（川添万夫「判解」法曹時報 15 卷 7 号 1028 頁。）、学説からは批判が多い。

<sup>37</sup> これに対し、端的に大学の自治権と説明すべきとする見解や（最判昭 49.7.19 民集 28 卷 5 号 790 頁（昭和女子大事件判決）参照）、憲法 23 条は大学にのみ特権を付与する規定ではないとの理解から、大学の自治に憲法的保障を与えることに批判的な見解もある（この点に関し、例えば、基本権 209 頁、戸松 252 頁等参照）。なお、わが国において従来唱えられていた制度的保障論が、その淵源たるワイマール学説のそれから大きく逸れてしまっていたことについては、石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論—再考—〔増補版〕』（日本評論社、2007 年）参照。

<sup>38</sup> この点に関し、例えば、宍戸常寿『憲法—解釈論の応用と展開—〔第 2 版〕』（日本評論社、2014 年）180 頁参照。この場合に、大学の自治と研究者個人の学問の自由の優劣関係や、当該事案における合憲性・適法性の判断枠組みを構築する上で、大学の自治の法的性質論に有意性が見出され得る。例えば、通説のように、大学の自治を「学問の自由の保障を実質化するための」制度的保障であると理解する場合には、大学の自治を承認する結果、研究者個人の学問の自由が窒息するのでは本末転倒となるから、研究者個人の学問の自由を優先的に保護すべきという議論になろう。

<sup>39</sup> この点について、基本権 210 頁、野中ほか 347 頁等参照。また、化学兵器の開発につながりかねないと

### 第3章 学術会議任命拒否と憲法23条に関する諸問題

まず、人事の自治は、大学の自治の中心であり、この場合の自治の主体は教授会である。学校教育法93条1項は、「大学には、重要な事項を審議するため、教授会を置かなければならない」と規律する。この点に関し、学校教育法改正前の事案であるが、大学側から学長事務取扱いへの任命申出があった教授について、当時の文部大臣がその任命に難色を示し関係書類の受理を拒んだことについて、九大井上事件判決（東京地判昭48.5.1 訟月19 卷8号32頁）は、文部大臣の任命権は、原則として大学の自主的選考を経た申出に羈束され、当該申出を拒否することはできないとした。この意味での大学の自治は、大学が、その人事権に対する国家からの介入を拒否する局面において問題となることもあれば（外部的問題としての局面）、大学の人事に不服を申し立てる研究者と当該大学の対立という局面において問題となることもある（内部的問題としての局面）<sup>40</sup>。

次に、施設並びに学生の管理については、東大ポポロ事件判決は、「ある程度で」という限定を付した上で、その自治権の保障を認めている。この意味での大学の自治は、大学が学生に対して一定の懲戒処分や教室の利用不許可処分を行う場合等に問題となり<sup>41</sup>、大学側の当該処分に係る裁量権を導出する根拠として、大学の自治が機能する。

以上のように、大学の自治が問題となる場面状況は多様であり、同じように、学術会議の自律が問題になり得る場合も多様であり得る。これまでは、日本学術会議の人事に政府が介入するなどという事態が起こらなかったため、表立った議論がなされてこなかった経緯があるが、任命拒否とは異なる態様で学術会議の自律が害されることがないよう、その自律が問題となる局面の多様性を意識しておくことは有用であろう。

---

いった理由で先端的研究が警察当局等により制約されようとしている局面においては、学問研究の自由は、大学当局による第一次的判断を経てからでないと制約できない、などとして、被制約権利の主体が積極的に大学の自治を援用する場合もあり得る（この点につき、松本・前掲注20）138頁以下。このような大学の自治の持ち出し方に対しては異論もあり得ると指摘されているが、ここでは、大学の自治の内容を硬直的に考えることなく、局面に応じて柔軟に援用し得るという発想を紹介する点に主眼を置く。）。

<sup>40</sup> 内部的問題としての局面に関連して、宍戸・前掲注38）180頁は、「教授会などの審査によらない処分は、大学の自治の発動と見ることはでき」ないと考える余地を指摘する。これは、大学の自治が、教員に対する不利益処分についての手続的保障も与えるものであるという理解とも整合し（このような理解を示すものとして、小山剛「学問の自由（2・完）/生存権（1）」法学セミナー723号82頁がある。）、教授会の審議決定を経ない教員解雇につき、名古屋地判昭36.2.13 労民12 卷1号57頁は、学問の自由とは「その本来の目的たる学問的研究、活動の自由を最大限に保障するため、その最高の場である大学に対し信条、研究成果等に基づく外部（そのうちには大学経営者、或いは任免権を有する理事会を含む）からの指示、圧迫、強制等を排除し、大学内における学問研究の従事者に対し最大限の自主性を与え、その地位を強く保障」したものであるとの解釈を示し、解雇を無効としている。

<sup>41</sup> 本文に記載の局面のほか、大学の了解なく警察官が捜査行為として大学構内に立ち入ることの憲法適合性を考える場合にも、施設管理権という側面における大学の自治ならびにその享有主体が問題となる。この点について、東大ポポロ事件判決は、「本件集会は、真に学問的な研究と発表のためのものではなく、実社会の政治的社会的活動であり、かつ公開の集会又はこれに準じるものであって、大学の学問の自由と自治は、これを享有しない。」「したがって、本件の集会に警察官が立ち入ったことは、大学の学問の自由と自治を犯すものではない」と判示したが、学問的活動と実社会の政治的社会的活動の区別につき、分水嶺を明確にすることは必ずしも容易ではなく、また、当該事案で問題となったのは大学の公認団体の発表会であったことを重視することなく、警察官の立ち入りを大学の自治の範囲外とした点は、学説からの批判が強い（この点について、基本権212頁、野中ほか350頁、高橋207頁等参照。たとえば、野中ほか350頁は、「学問的活動と政治的社会的活動を区別すること自体は妥当であるが、両者を区別するに当たって、特にある集会が、大学により承認された団体によって、正規の手続きを経て、大学構内にある教室のように研究及び教育を達成する施設において行われた場合には、原則として、大学の管理者の自律的判断が尊重されるべきであって、大学の管理者の自律的判断を尊重しなかった最高裁判決には疑問がある」とする）。



## 第2 任命拒否は学問の自由を「侵害」したのか

### 1 主観的権利としての学問の自由に対する制約と若干の考察

前節においては、学術会議任命拒否問題と憲法 23 条の連関を明らかにしたうえで、同条の保障内容について、客観法と主観法という分離線を意識して概観した。本節では、本件任命拒否によって主観的権利としての学問の自由が「侵害」されたとの評価も十分あり得ることにつき、より具体的な考察を試みる。なお、「学問の自由の侵害」という表現自体が多義的であり得るが、「侵害」という用語法は、講学的にも実務的にも、主観的権利に対する制約が正当化できない場合を指すことが多いように思われる。

主観的権利としての学問の自由に関する一般的な議論は前記のとおりであるが、任命拒否が憲法 23 条に違反することを指摘する意見に対しては、大要、「日本学術会議の会員としての任命を拒否されても、依然として、研究活動を含めた学問を継続することができるのであるから、任命拒否は学問の自由を制約しない」という批判が向けられ得る。しかし、「依然として学問できる」ことは、権利制約を否定する論拠にならない。

事例は異なるが、例えば、最判平 7.3.7 民集 49 卷 3 号 687 頁（泉佐野市民会館事件判決）は、「管理者が正当な理由なくその利用を拒否するときは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれが生ずることになる」と判示して、当該事案において集会の自由に対する制約を肯定しているが、この事案においても、泉佐野市側の反論として、「当該集会自体を禁じているのではなく、市民会館の利用を拒否したにとどまるのであって、憲法 21 条 1 項は、集会のために市民会館の利用を請求する権利までは認めていないのであるから、本件で集会の自由の制約はない」という制約を否定する論理が成り立ち得たわけである<sup>42</sup>。また、思想・良心の自由に関する事例であるが、最判平 23.5.30 民集 65 卷 4 号 1780 頁（起立斉唱命令事件判決）は、教職員に対する式典において起立して君が代を斉唱せよとの職務命令は、思想・良心の自由を「間接的に」制約すると判示しているが<sup>43</sup>、この事案においても、起立して国歌斉唱すれば足り、特定の思想を抱くことまで命令していないから（換言すれば、依然としてどのような思想を抱くことも許されていたのであるから）、思想・良心の自由に対する制約はないとの論理構成があり得、現に訴訟においても被告側から主張されていた。

しかし、最高裁は、権利制約を否定するこれらの論理を退け、いずれの事案においても憲法上の基本権が制約されていることを前提に憲法適合性審査を行っている。「日本学術会議の会員としての任命を拒否されても、依然として、研究活動を含めた学問を継続することができるのであるから、任命拒否は学問の自由を制約しない」という上記の批判は、必ずしも学問の自由に対する制約を否定する理由にはならないのである。

憲法上の基本権に関する保護領域を検討することは、その基本権に対する制約を考えることと表裏一体の関係にある。泉佐野市民会館事件判決の事例を例にとれば、上述のとおり制約の有無の問題とも整理できるし<sup>44</sup>、「正当な理由なく市民会館の利用を拒

<sup>42</sup> この点に関し、小山 22 頁。

<sup>43</sup> なお、別日の規律斉唱命令事件判決（最判平 23.6.6 民集 65 卷 4 号 1855 頁）の宮川光治裁判官反対意見や、最判平 19・2・27 民集 61 卷 1 号 291 頁（ピアノ伴奏拒否事件判決）における藤田宙靖裁判官反対意見は、思想・良心の自由に対する直接的制約を認める趣旨の意見である（この意見に関する検討は、紙幅の都合上、他日に期したい。）。

<sup>44</sup> 泉佐野市民会館事件判決がパブリック・フォーラム論を念頭に置いていたという点は、本判決調査官も



### 第3章 学術会議任命拒否と憲法23条に関する諸問題

否されない権利」が集会の自由の保護領域に含まれるかが問題であったと捉えれば、保護領域の問題と整理されることにもなる。

学問の自由に話を戻せば、論理的な思索を含む学問研究の自由は憲法19条が保障する思想・良心の自由と競合する権利であり、研究成果発表の自由は憲法21条1項が保障する表現の自由と競合する権利であって<sup>45</sup>、これらは一般法と特別法の関係にある。それぞれ一般法に関する議論を参照すれば、仮に、本件任命拒否が、その対象者が発表した論文等（研究成果）を理由として行われたものであれば<sup>46</sup>、論文等（表現）の内容を理由として不利益を課したことになるから、当該対象者の主観的権利である研究成果発表の自由としての学問の自由を制約したことになる（表現の内容を理由として不利益な取扱いがなされた場合に、依然として表現を行うことは可能であるという理由だけで、表現の自由に対する制約が否定されると考える余地はあるまい。）。なお、学問の自由という基本権領域においても、思想の自由市場（free marketplace of ideas）を観念できるかについては必ずしも見解の一致を見ないが<sup>47</sup>、研究成果発表の自由が表現の自由としての側面も有していることを承認するのであれば、思想の自由市場論を排斥するのは容易ではないように思われる<sup>48</sup>。そのように考える場合、研究成果（表現）の内容に着目して不利益を課するのであれば、それはいわゆる内容規制に当たり、さらにそのなかでも観点規制（viewpoint regulations）に当たるであろうから、違憲審査の審査密度も厳格になると考えられる<sup>49</sup>。さらに、本件任命拒否が、政府の政策に対して批判的な意見を有する科学者に対して萎縮効果（chilling effect）を及ぼし得ることを問題視する指摘もあるが<sup>50</sup>、学問の自由との関係で萎縮効果がいかなる意味で問題になるのか、そもそも、任命拒否によって本当に萎縮効果が生じるのかは慎重な検

---

明示的に指摘している（近藤崇晴「判解」最判解民事篇平成7年度（上）295頁・脚注1）参照。

<sup>45</sup> この点に関し、基本権203頁以下等参照。

<sup>46</sup> 政府は、本稿執筆時点において、本件任命拒否の理由を具体的に説明しないから、かかる理由による拒否であった可能性も否定できない。

<sup>47</sup> 学問の自由について思想の自由市場論が妥当しないと指摘する見解があることは既述のとおりである。筆者は、長谷部の指摘は些か観念的に過ぎ、学術論文が純然たる表現としての性質をも有しているという至極当然の評価を看過するものとして賛同できない。

<sup>48</sup> この点につき、基本権204頁、松本・前掲注20）143頁以下等参照。なお、思想の自由市場論は学説上の議論にとどまるものではなく、最高裁の思考様式の背後に存する価値理念であると考えられる。例えば、いわゆる事前抑制禁止の法理との関係において、最大判昭61.6.11民集40巻4号872頁（北方ジャーナル事件判決）は、表現の自由に対する事前抑制が強力な規制態様であることの論拠として「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌、その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし視聴者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであ」ることを指摘しており、最判平5.3.16民集47巻5号3483頁（家永事件第一次訴訟判決）は、北方ジャーナル事件判決について「思想の自由市場への登場を禁止する事前抑制そのものに関する事案」であったとする。

<sup>49</sup> 但し、任命拒否によって被る実害が大きいのであれば、その点を考慮して規制態様が緩やかであると評価される余地はあり、それに応じて、違憲審査の審査密度が緩和するという見方もあり得よう。なお、内容規制は、見解規制（viewpoint regulations）と主題規制（subject-matter regulations）に分類され、後者に比して前者の方が、思想の自由市場に与える影響が大きいことなどを理由としてより厳しい規制態様であると評価されると一般的に指摘されているが（この点については、さしあたり、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』（日本評論社、2010年）246頁以下、基本権239頁以下等参照。）、見解規制と主題規制の分水嶺自体が不明確であり流動的であり得るから（この点に関する指摘として、市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）158頁。）、二分論を機械的に適用して議論することはできない。

<sup>50</sup> 令和3年11月16日付け「日本学術会議会員任命拒否の違法状態の是正を求める意見書」14頁以下。

討が必要である。

主観的権利としての学問の自由の内容は、思想・良心の自由や表現の自由と競合する部分が大きく、憲法 19 条及び 21 条 1 項に関する判例・学説の蓄積に照らせば、本件任命拒否が、主観的権利としての学問の自由をも制約していた可能性は否定できず、少なくとも、「依然として、研究活動を含めた学問を継続することができるのであるから、任命拒否は学問の自由を制約しない」という短絡的な指摘のみで片付けてはならない<sup>51</sup>。任命を拒否された 6 名の学問の自由がもし制約されていたとすれば、探究されるべきは任命拒否の理由であり、その理由次第で、どれほどの厳格度をもって違憲審査に臨むべきかが変容し得よう。しかし、政府は任命拒否の理由を説明すらしめないのである。憲法適合性審査の前提事情すら説明がなされず、長きに亘ってこのような基本的な点さえも不透明な状態が継続している現状は、学問の自由の価値の希薄化を招来しかねないから、政府が本件任命拒否の理由を説明しないことは、憲法 23 条との関係で重大かつ深刻な問題であると考えざるを得ない。

## 2 基本権条項と平等原則の関係

ここまでは、本件任命拒否によって、任命を拒否された 6 名の主観的権利としての学問の自由が制約されていた可能性を指摘したが、これを平等権制約の観点から捉える余地もある<sup>52</sup>。本件任命拒否の憲法適合性を憲法 14 条との関係で検討するのであれば、別異取扱いの基礎を特定し、当該別異取扱いにより Stigma が生じるかあるいは当該別異取扱いの基礎から脱却可能か、別異取扱いにより生じる不利益の質及び程度等を勘案して、憲法適合性審査の審査密度を検討することになる<sup>53</sup>。

ここで検討している内容もそうであるが、平等権は、憲法上保障された他の実体的基本権と競合する場合が多い。実体的権利の中に差別禁止が含意されている場合には、実体的権利に関する審査が優先的に問題とされるから<sup>54</sup>、前記のとおり、主観的権利としての学問の自由に対する制約の問題として議論すれば足りるように思われる。

<sup>51</sup> 同旨の指摘として、木村・前掲注 33) 91 頁・脚注 7)。ただし、任命拒否によって、具体的な実害は特段生じてはいないという声も耳にするから、本稿における議論はあくまでも理論的な整理にとどまり、実際には主観的権利の制約までは生じていない可能性も否定できない。

<sup>52</sup> この点につき、木村・前掲注 33) 87 頁以下参照。

<sup>53</sup> 審査密度の決定過程については必ずしも見解の一致を見ないが、最大判平 20. 6. 4 民集 62 卷 6 号 1367 頁（国籍法違憲判決）は、「非嫡出子」という別異取扱いの基礎からの脱却困難性や国籍の付与を受けられないことにより被る不利益の程度を勘案して、審査密度を厳格化して違憲判断を示したものと思われる。このような思考様式で審査密度を厳格化すること自体は、従来より学説が指摘してきたところであり（例えば、芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1) [増補版]』（有斐閣、2000 年）27 頁以下参照。）、従来学説と判例の距離については種々の見方が存在するものの、轍を同じくする思考様式であることは間違いなからう（この点につき、例えば、駒村 163 頁以下等参照。）。)

<sup>54</sup> この点につき、基本権 139 頁参照。例えば、表現の自由の保障は、特定の主張に対する差別的取扱いの禁止を当然に含意しているから、集合住宅の郵便受けに政治的主張を記載したビラを投函する行為について刑法 130 条の適用することの合憲性が問題となる場合には（最判平 20. 4. 11 刑集 62 卷 5 号 1217 頁（いわゆる立川ビラ事件判決）参照。）、14 条 1 項の問題として独立に審査されるのではなく、表現の自由に対する制約の正当化審査に議論が収斂される。すなわち、営業のビラを配布する行為には刑法 130 条の適用がなかったことから、投函したビラの内容を基礎とした別異取扱いであるという捉え方もあり得るが、当該別異取扱いの憲法適合性について別個独立の審査はなされず、表現の自由の制約の問題に一元化される。

### 3 小括

本件任命拒否について、政府は、自らの営為が任命を拒否された6名の学問の自由を制約するものであるという可能性すら認識できていない可能性が高い。現に、平成30年11月3日付け「日本学術会議法第17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」と題する内閣府作成にこのような文書（以下単に「内閣府文書」という。）においては、学問の自由に関する具体的な言及が一切ない。最低限度の検討すらなされず、本件任命拒否と憲法23条との連関について意識すらなされていないということそれ自体が、政府に立憲的姿勢が欠如していることの紛れもない証左であることは、十分に認識されなければならない、決して有耶無耶にされてはなるまい。

## 第3 憲法23条と学問共同体の自律—客観法としての憲法23条の価値を考える—

### 1 憲法23条の客観法的保障

前記のとおり、憲法23条は大学の自治を保障するものと解されており、現在の通説はそれを制度体保障であると理解するが、これは憲法23条の客観法的保障の一部である。しかし、とりわけ法曹実務家において、主観法と客観法という分離線が必ずしも一般的に意識されておらず、大学の自治以外の保障について検討を強いられる実務的契機も存しなかったためか、学術会議任命拒否問題について、客観法としての憲法23条との連関を指摘するものは、管見の限り、依然として多くはない。

そこで、本節では、客観法としての憲法23条が保障する内容について概観し、本件任命拒否が抱える憲法問題が、主観的権利としての学問の自由の問題にとどまらないことを指摘したい。

憲法23条が、制度体保障として（より端的に言えば客観法として）大学の自治を保障していると解されていることは周知のとおりである。しかし、この議論は、「大学」にのみ特権を付与することに必ずしも主眼があるわけではなく、時の政府と学術研究者個人との間の、いわば中間項としての大学に一定の自治権（換言すれば、国家から介入を受けない領域）を保障することで、学問の自由の保障をより強固なものにするところに保障の実意を見出すことができる<sup>55</sup>。日本国憲法に、他の憲法条項から独立して学問の自由を保障する条項が設けられた理由は、わが国の史的経緯と切っても切り離せない関係にあると思われるが、令和を迎えた現代において憲法23条を考えるに際して、その経緯に解釈論が拘束される理由はない。

例えば、松本和彦は「学問の自由は、学問研究が営まれる学問共同体の自律性の保障と不可分の関係にあるものとして、観念されるようになった」と指摘する<sup>56</sup>。また、長谷部恭男は「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

<sup>55</sup> この点に関し、松本和彦は、「学問が、憲法上、特別に明記され、特別の保障のない（市民的自由の保障しかない）ビジネスやエンターテインメントとは異なる扱いを受けているのも、憲法が国家と市場の間に学問共同体という中間主体を設けて、公的規制にも自由競争にもなじまない世界を確保することに、学問の特性を見出したからであろう」と指摘する（松本11頁。）。なお、主観的権利としての学問の自由と、大学の教授会が主体となる大学の自治が対立する局面も存することは既に述べたとおりである。この対立関係の調整の局面においては、大学の自治と主観的権利としての学問の自由の関係に関する解釈論が議論に与える影響が大きくなるように思われる。

<sup>56</sup> 松本11-12頁。

づく真理の探究の自律性を確保すること、とくに、政治の世界からの学問への介入・干渉を防ぐこと、をその目的とする」と説き<sup>57</sup>、木村草太は「憲法 23 条は、公私を問わず学術職や学術機関が、学問に基づき自律的な研究や意思決定を行う場合に、国家が政治的圧力をかけたり、介入したりするのを禁止したもの」と説明する<sup>58</sup>。従来、大学の自治を典型例として議論された学問共同体の自律や自治について、その議論の射程距離を拡張する議論である、とも整理できる。その拡張幅をどのように考えるか、という命題に一定の解を与えることはできないが、少なくとも、日本学術会議が、憲法 23 条がその自律を保障する「学問共同体」であることは疑いがないように思われる。

このような議論に対しては、学問共同体と一口に言ってもいかなる組織を「学問共同体」と位置付けてよいのか判然としないといった批判が向けられることがある。しかし、憲法 23 条が自律を保障する「学問共同体」の外縁を画定するのが困難であるということと<sup>59</sup>、日本学術会議がその学問共同体に包含されるか、は別論である<sup>60</sup>。日本学術会議法という根拠法まで存在し、人事に関するものをはじめとして組織の内部に関するルールも定められている日本学術会議は紛れもなく「学問共同体」であろう。そもそも、憲法 23 条が「学問共同体」の自律を保護する姿勢を示している以上、仮に、日本学術会議が「学問共同体」と評価できないのであれば、その論証責任は政府（内閣総理大臣）側に帰属するように思われる。

## 2 本件任命拒否の違憲性

日本学術会議が、憲法 23 条がその自律を保障している「学問共同体」であるとすれば、本件任命拒否はその自律を侵害することになるのではなからうか。

ここで今一度、「任命拒否」と呼称している事象を分析するに、日本学術会議法 7 条 2 項は「会員は、第 17 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」と規定し、同法第 17 条は、「日本学術会議は、規則で定めるところにより、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、内閣府令で定めるところにより、内閣総理大臣に推薦するものとする」と定めている。

日学法 7 条 2 項のみを形式的に解釈すれば、内閣総理大臣が、同法 17 条の規定による推薦に拘束されることはなく、任命に係る一定程度の裁量権が存するとも思える。また、内閣府文書は、「日学法第 17 条による推薦のとおり内閣総理大臣が会員を任命すべき義務があるかどうかについて検討する」として、日本学術会議の推薦が任命権を拘束するかという法命題を打ち立てている。

しかし、この命題の立て方それ自体が、一定の結論を獲得するためにいわば作為的に設定されていることは看過されてはならない。

<sup>57</sup> 長谷部 240 頁。

<sup>58</sup> 木村・前掲注 33) 88 頁。

<sup>59</sup> 松本和彦も、学問共同体には重疊的構造（筆者は「重層的構造」と呼ぶ方が分かりよいように思うが、それは措いておく。）があることを指摘し、学問共同体は学術にかかわる複数の組織や制度の重なり合いのなかで形成されているとする（この点につき、松本 12 頁以下。）。

<sup>60</sup> 例えば、「高級食材」とは何を指すかの外縁が画定できないとしても、フカヒレや伊勢海老が高級食材であることは疑いがないのと同じである。しかし、これに対して、「高級食材」という概念の外縁が不明確だと批判して、フカヒレが「高級食材」でないと主張すれば、事実認識を誤るものとして一蹴されることは論を俟つまい。



すなわち、政府の論法は、日本学術会議の推薦どおりに内閣総理大臣が任命しなければならないものではない(換言すれば、推薦のとおりには内閣総理大臣が会員を任命すべき義務はない)ことを論証した上で、そのような義務はない以上、本件任命拒否も適法であると、というものである。そして、このレトリックの罠に気づかない者は、政府の論理に反論するため、「推薦のとおりには内閣総理大臣が会員を任命すべき義務」を論証しようとすることになるが、この論証は容易ではない。このようにして、設定した命題に関する論証責任をいわば転換させて自らの営為を正当化しようとするからこそ、上記のような問題設定がなされているわけであるが(筆者はそう確信している)、この論理にはおおきな飛躍がある。

たしかに、推薦のとおりには内閣総理大臣が任命する義務はないであろうし、筆者としてもこの結論には賛成である。しかし、推薦どおりに任命する義務を負わないことは、正当な理由もないのに推薦を拒否する権限の付与まで意味するものではないからである。「推薦」に拘束される、ということは、その限度で裁量が羈束的になるということであって、その羈束性を否定できても、依然として任命に係る行政裁量が憲法上の統制に服することは自明である。すなわち、学術会議任命拒否問題との関係では、この裁量が比例原則や平等原則のみならず、憲法23条の価値によっても統制されるはずである、ということが重要な視点となる。

さて、ここにいう「推薦」は、日本学術会議が任意で行っているものではなく、日学法17条に基づいてなされているものであり、日本学術会議の人事に関するもの、すなわち、日本学術会議の自律(自治権)の中核を成すものである。したがって、学問共同体の自律を保障する憲法23条に適合的に日学法7条2項と17条とを解釈すれば(憲法適合的解釈)<sup>61</sup>、内閣総理大臣において「推薦」の拒否は可能であるものの、それには「正当な理由<sup>62</sup>」が必要であると解するべきであろう。また、同法17条が、推薦の基準として「優れた研究又は業績」という学問共同体それ自体が判断すべき指標を規定していることも、この憲法適合的解釈に整合的である。

そして、憲法23条が敢えて学問共同体の自律を保障している以上、この「正当な理由」は相応に限定的であるはずであり、候補者が有罪の確定判決を受けた場合や日本学術会議内の会則等に大きく違反することを行った場合などに限られるように思われ、少なくとも、その者の研究内容や公表した論稿の内容等を持ち出して「正当な理由」を基礎づけることは不可能であろう。

したがって、この「正当な理由」がない限り、本件任命拒否は、日学法上も違法と言わざるを得ないように思われる。そして、この違法の背後には、憲法23条の価値が控えているのであるから、憲法23条に適合的な解釈を経た後の日学法に違反する営為は、とりもなおさず、憲法23条にも違反するとの評価を免れまい。なお、政府は、本件任命拒否の正当化根拠として、憲法15条1項を挙げているが、同項の意義は、国会議員

<sup>61</sup> 筆者は、日本学術会議法の憲法適合的解釈、という構成が最も自然であると考えているが、より端的に、「憲法23条の学問の自律の保障は、学術会議の人選にも及ぶ」とする指摘もある(この点につき、木村・前掲注33)90頁参照。)

<sup>62</sup> 本書では検討しきることができない点をお許しいただきたいが、この「正当な理由」としてどれほどのものを要求するか(要求される理由の厳格度)、は、任命拒否がどの程度の介入であると解されるか、あるいは研究者個人に与える影響の度合い等によっても左右されるように思われる。

以外の公務員の任命権を辿っていくと国民に行き着くようになっていくという点であり、任命拒否の正当化根拠たり得ない<sup>63</sup>。このような指摘がなされること自体、政府が、学問共同体の自律が憲法 23 条によって保障され、本件任命拒否がその自律に対する介入であることすら意識できていないことの証左にほかならない。

### 3 小括

以上のとおり、本件任命拒否は、学問共同体たる日本学術会議の自律、それもその中核たる人事権に介入するものであるから、そのような営為に踏み切るためには「正当な理由」が示される必要がある。それが示されない以上、本件任命拒否は違憲であるとの疑いを免れないし、市民はこの状態（任命拒否の理由すら説明されない現状）を甘受してはならないように思われる。憲法の価値を十分に理解せず、さらには憲法 15 条に関する誤った解釈によって自らの営為を正当化する政府に対しては、政治責任としての説明義務の懈怠にとどまらない重大な問題があるように思われてならない。

### 第4 結びに代えて—学術会議任命拒否問題とは何であったか、また、何であり得るか—

本稿では、学術会議任命拒否問題が憲法 23 条違反の疑義を帯びていること、そして、その疑義が濃厚であることを、客観法と主観法という分離線を意識しながら指摘した。「学問共同体」というものそれ自体が市民一般から縁遠いことは理解でき、それ故にか、この問題は時を経るに連れて風化しようとしている。

しかし、本稿で指摘したとおり、政府は、本件任命拒否が、憲法 23 条が保障する価値に抵触する可能性すら意識できていなかったと思われ、本稿執筆時点においても何ら具体的な説明がなされていないから、依然として、憲法 23 条の価値や本件任命拒否がもつ意味を十分に意識できてはいない。

憲法の名宛人である国家（政府）が、憲法の価値すら明確に意識できずに、違憲な営為に踏み切った、それが学術会議任命拒否問題の 1 つの姿である。そして、今後、別の局面においても、時の政権は憲法に違反する営為を平気でやってのけることの兆表でもあり得るように思われる。学術会議任命拒否問題をこのように見るとき、立憲主義国家であることすら忘れ、憲法の価値を重視する姿勢に欠ける者たちが時の政権を担っているということについて、我々は深刻な危機感を抱く必要があるのではなからうか。市民生活に直結しないところではあれ、時の政権が平気で憲法の価値を踏みにじっているところを目の当たりにしながら、この問題を風化させ、なかったことのように扱ってしまえば、わが国は、もはや近代国家とすら呼べなくなる可能性があるから、今一度、この問題について考察を深め、任命拒否の理由を示すことすらしない政府の営為を見つめ直す必要がある。本稿がその契機となり、あるいはその検討の一助になることがあれば、拙い筆をとった意義は十分に達せられよう。

<sup>63</sup> この点に関して明確に指摘するものとして、木村・前掲注 33) 93 頁以下。

### 第3章 学術会議任命拒否と憲法 23 条に関する諸問題

#### <参考文献の略記>

- 芦部** 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法〔第7版〕』（岩波書店、2019年）
- 基本権** 渡辺康之ほか『憲法 I 基本権』（日本評論社、2016年）
- 小山** 小山剛『憲法上の権利の作法〔第3版〕』（尚学社、2016年）
- 佐藤** 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）
- 読本** 安西文雄ほか編『憲法学読本〔第3版〕』（有斐閣、2018年）
- 戸松** 戸松秀典『憲法』（弘文堂、2015年）
- 長谷部** 長谷部恭男『憲法〔第8版〕』（新世社、2022年）
- 野中ほか** 野中俊彦ほか『憲法 I 〔第5版〕』（有斐閣、2012年）
- 注釈(2)** 長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2) 国民の権利及び義務(1) § § 10～24』（有斐閣、2017年）
- 松本** 松本和彦「学問の自由の憲法的意義」法学セミナー797号6頁以下

第32回 近畿弁護士会連合会人権擁護大会 第1分科会  
**日本学術会議会員任命拒否問題からみる行政と「法の支配」**  
～行政権の「暴走」…その背景と是正への展望～

報 告 書

発行 2022年11月25日(第1刷350部)  
近 畿 弁 護 士 会 連 合 会  
〒530-0047 大阪市北区西天満 1-12-5  
T E L (06) 6364-1681

編 集 近畿弁護士会連合会  
憲法問題連絡協議会

印刷所 株式会社しんこう  
〒543-0022 大阪市天王寺区味原本町2-9  
T E L (06) 6718-6030

乱丁落丁は、お取り換えいたします。