

## 「日の丸・君が代訴訟」とこれからの日本の政治文化 —— 学術会議会員任命拒否問題を含めて ——

2021.07.18 / 「日の丸・君が代」問題等全国学習・交流集会

講師：岡田正則（早稲田大学法学学術院）

### 1 はじめに

- ・「日の丸・君が代訴訟」と日本学術会議任命拒否問題の基底にある要因。
- ・「国民」育成から「人間」育成へ。＝「国民国家」の克服（各国共通の課題）。
- ・政治権力への教育・学術の強固な従属状況の克服（日本固有の課題）。
- ・克服の展望。

### 2 「鑑定意見書」で何を書いたのか

#### (1) 前史

- ・社会保障事件（年金、生活保護、障害者手当など）、基地訴訟（小松基地、厚木基地）、戦後補償（「挺身隊」訴訟、731部隊、横浜事件など）、公務員（政治的行為の制限、日の丸・君が代、ジェンダー）、建設アスベスト訴訟（東京、神奈川）、税務訴訟、都市計画（開発行為、水害対策など）、東日本大震災（関上津波訴訟）、辺野古埋立て関係訴訟など<sup>1</sup>。

#### (2) 裁判所に提出した鑑定意見書<sup>2</sup>

- 1) 2010年8月・東京高裁／停職処分取消等請求控訴事件（河原井さん・根津さん）「教育公務員の懲戒処分に関する裁量権の逸脱・濫用の違法について」

<sup>1</sup> 岡田正則「司法への絶望と希望——行政事件「鑑定意見書」執筆の経験から」法と民主主義 559号（2021年）13-16頁を参照。

<sup>2</sup> 岡田正則「教育公務員の懲戒処分に関する裁量権の逸脱・濫用の違法について」Law & Practice, No.5（2011年）、171-199頁（<https://iss.ndl.go.jp/books/R100000002-I000008489015-00>）、同「教育公務員の再雇用における行政裁量の限界——東京都教職員再雇用拒否事件を例として——」南山法学 38巻3・4号（2015年）409-451頁（[https://nanzan-u.repo.nii.ac.jp/?action=pages\\_view\\_main&active\\_action=repository\\_view\\_main\\_item\\_detail&item\\_id=1454&item\\_no=1&page\\_id=13&block\\_id=21](https://nanzan-u.repo.nii.ac.jp/?action=pages_view_main&active_action=repository_view_main_item_detail&item_id=1454&item_no=1&page_id=13&block_id=21)）など。

\*2018年2月・東京高裁／「衣服の表記等を理由とする教育公務員に対する停職処分の違法性について」

2) 2013年9月・東京地裁／懲戒処分取消等請求事件「教育公務員の懲戒処分に関する裁量権の範囲とその限界」

3) 2013年7月・東京地裁／再雇用（損害賠償請求事件）「教育公務員の再雇用における採用権者の裁量権の範囲とその限界」

\*2014年4月・東京地裁／再雇用（補充）「行政裁量における総合考慮（総合判断）の方法とその適法性審査」

4) 2018年1月・大阪地裁／再任用（処分取消等請求控訴事件）「教育公務員の再任用の法的性質およびその裁量の許容範囲」

### (3) 何を書いたのか

1) 同僚教員としての立場

2) 行政法の研究者としての立場（憲法の専門家との分担）

・行政裁量をコントロールする裁判所の責任。

### (4) 裁判所の判断（例：再雇用訴訟）

1) 東京地判 2015（平成 27）・5・25

・基本認識：本件通達発出前は懲戒処分の対象とはされていない。

→不起立は懲戒理由にはなりえない。不起立を理由とする不合格、不採用はない。

・不起立を重大な非違行為とみなすことは著しく権衡を欠いている。

・勤務成績を評価するためには、教職員として培った知識や技能等の考慮が不可欠。

→これらを考慮しない勤務成績の判断は、裁量権の逸脱濫用で違法。

2) 東京高判 2015（平成 27）・12・10

・再雇用制度等が定年後の職員の雇用を確保し、生活の安定を図る目的である点の考慮。

・国旗・国歌条項に関する指導や職務命令に他と区別される軽重はない。

・不起立の支障の程度も明白でない。この事実のみでの不採用は合理性・相当性を欠く。

3) 最判 2018（平成 30）・7・19

「被上告人らの本件職務命令に違反する行為は、学校の儀式的行事としての式典の秩序や雰囲気を一定程度損なう作用をもたらすものであって、それにより式典に参列する生徒への影響も伴うことは否定し難い。加えて、被上告人らが本件職務命令に違反してから本件不合格等までの期間が長期に及んでいないこと等の事情に基づき、被上告人らを再任用職員等として採用した場合に被上告人らが同様の非違行為に及ぶおそれがあることを否定し難いものとみることも、必ずしも不合理であるということとはできない。これらに鑑みると、任命権者である都教委が、再任用職員等の採用候補者選考に当たり、従前の勤務成績の内容として本件職務命令に違反したことを被上告人らに不利益に考慮し、これを他の個別事情のいかんにかかわらず特に重視すべき要素であると評価し、そのような評価に基づいて本件不合格等の判断をすることが、その当時の再任用制度等の下において、著しく合理性を欠くものであったということとはできない。」

- ・ 本件職務命令の遵守を確保する必要性。 →他の職務命令と比べない。
- ・ 式典に参加する生徒への影響。 →影響の大きさを述べない。
- ・ 同様の非行行為に及ぶおそれ。 →根拠がない（単なる推測）。
- ・ 特に重視すべき要素。 →教育における要考慮事項の否定、比例原則の否定。

### 3 日本社会の政治文化

#### (1) 強力な文化輸出国（中国）の周辺国としての日本

- ・ 7世紀から10世紀にかけて、中国（唐）の律令制などを取り入れて国家を形成。  
→「輸入型」の政治文化の形成（政治権力に知識社会が従属する構造になる）。
- ・ 日本語における漢字・カタカナ・ひらがなの混用。  
→公共空間は外来語（漢字）とカタカナ（音読み）。生活世界はひらがな（訓読み）。

#### (2) トップダウン型の近代化に適合した政治文化

- ・ 翻訳技術の駆使（外来の概念の翻訳＝ある外来語を他の外来語に置き換える）。
- ・ “上から”の成文法体系の構築、国民国家の形成。  
→公共空間（漢字・カタカナ）と生活世界（ひらがな）の分離。建前と本音。
- ・ 大日本帝国憲法における天皇主権（1条）と私的所有権の絶対（27条）。  
→天皇制権力による「公共空間」支配と私的権力による「生活世界」支配。
- ・ 裁判所は民刑事事件だけを扱い、憲法を使わず、行政権をチェックしない。

### （３）日本国憲法の制定による変化

- ・「生活世界」のことばによる「公共空間」支配。「生活世界」を支える規範。
- ・しかし、公的権力・私的権力は、憲法を「憲法＝外来＝建前」として否定。
  - 立法・行政・司法での憲法無視、企業での「憲法此処ヨリ立入ルヘカラス」。
- ・それぞれが“自分のことば”で話す力が試されている（＝個人・人権の尊重）。

### （４）立法と行政と司法の関係

- ・大日本帝国憲法での立法と司法＝行政（天皇制権力）への従属。
- ・戦後改革期の立法と司法＝行政（占領軍権力）への従属。
- ・1952年以降の立法と司法＝行政への制度的な従属（権限、人事、財政）。
- ・公務の担い手に対する支配（弾圧事件、職務管理、分断、公務員叩き、など）。

### （５）思想及び良心の自由、学問の自由、教育を受ける権利の保障

- ・日本近代における政治と学問の密接な関係。“学問の輸入”への依存。
  - 1886年の帝国大学令1条「国家ノ須要ニ応スル」教育・研究が大学の使命に。
- ・滝川事件、天皇機関説事件、津田左右吉事件などの戦前の弾圧事件。
  - 「個人の問題にすぎない」、「国体に反する学説に学問の自由はない」……。
- ・憲法23条（学問の自由）。「かつての滝川事件（1933年）や、機関説事件（1935年）のような学問の自由を否認する事件の再発を防ぐ趣旨である」<sup>3</sup>。
- ・憲法23条の位置（精神的自由・経済的自由の後、社会権規定の前）。
  - 「思想・表現の自由と職業選択の自由」とは別に「学者集団の自律」が必要。
  - =自由権ではなく、将来の社会をつくっていくための基礎を形成するという意義。
- ・憲法26条（教育を受ける権利）。「子どもの教育は、教育を施す者の支配的権能ではなく、何よりもまず、子どもの学習をする権利に対応し、その充足をはかりうる立場にある者の責務に属する」<sup>4</sup>。
- ・憲法23条・26条は、個人の自由権ではなく、将来に向けて社会をつくっていくための基礎を形成するという意義。

<sup>3</sup> 宮澤俊義（芦部信喜補訂）『全訂日本国憲法』（日本評論社、1978年）258頁。

<sup>4</sup> 最判1976（昭和51）・5・21刑集30巻5号615頁（岩手学力テスト事件）、宮澤・同上275頁。

## 4 日本学術会議会員任命拒否問題

### <経緯>

- ・1949年 日本学術会議の設置（選挙制）
- ・1950年 声明「戦争を目的とする科学研究には絶対従わない決意の表明」
- ・1967年 声明「軍事目的のための科学研究を行わない声明」
- ・1983年 学術会議法改正（選挙制から学協会推薦制へ）
- ・2004年 学術会議法改正（学協会推薦制から自己選考〔co-optation〕方式へ）
- 2015年 安保関連法（9月）、防衛装備庁（10月）→安全保障技術研究推進制度
- ・2017年 声明「軍事的安全保障に関する声明」（3月）
- ・2017年 学術会議会長が105人+数人の名簿を示して説明
- ・2018年 内閣府内部文書作成・内閣法制局了解（9-11月）、補充人事拒否（10月）
- ・2020年 第25期会員任命に際し内閣総理大臣が6人を任命拒否（10月）

### （1）首相による学術会議会員任命拒否の違憲性と違法性

- ・日本学術会議法の制定の意義。
  - 人類社会の福祉への貢献、世界の科学の進歩への寄与、国際平和主義。
- ・任命拒否の違憲性と違法性
  - ①学術会議の独立性の侵害（「学問の自由」の破壊）
    - 憲法23条の「学問の自由」＝専門知の自律の下で確保される「自由」。
  - ②学術会議の選考権の侵害（任命権を根拠とする首相の権限濫用）
    - “選べない任命”＝内閣総理大臣・最高裁長官の任命、裁判官の任命などの例。
  - ③手続上の違法（任命手続の基本的な前提を欠いた任命拒否）
- ・首相による任命拒否理由の説明。
  - 「総合的・俯瞰的観点」「多様性の確保」「既得権益の排除」（?）。
- ・ねらいは何か。
  - 「脅し」による御用機関化、軍事研究への協力、諸団体への政治介入・取締り。

### （2）日本における「学術と政治」

- ・軍事研究の弊害。
  - 排外主義と秘密主義（留学生や国際共同研究の排除、研究成果の軍事的管理、等）。
- ・日本の学術が低迷している原因とその克服の道筋（学術に対する政治の責任）。

- 国策のための“選択と集中”ではなく、人類社会と将来世代のための貢献・寄与。
- ・「学会議は、国から独立した組織となるべきではないか」という意見。
  - 事業活動から個々の学者を解放することによる学術の発展、人類社会への貢献。
- ・専門家と市民との意思疎通の回路。
  - 審議会の委員を含めて、透明な選任の手続が必要。

### （3）この間の動向

- ・内閣官房と内閣府に対する法律家 1162 名による情報公開請求。
- ・拒否対象者 6 名による自己情報開示請求。

## 5 これからの日本の政治文化

- ・「モノの再生産」の優先、「ヒトの再生産」の危機。
- ・社会における「公共」の回復。将来世代の視点を組み込んだ民主制論。
- ・歴史と知性を顧みる社会、世界に開かれた社会へ<sup>5</sup>。

### 《資料 1》日本国憲法

第 6 条 天皇は、国会の指名に基いて、内閣総理大臣を任命する。

2 天皇は、内閣の指名に基いて、最高裁判所の長たる裁判官を任命する。

第 15 条 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。

第 23 条 学問の自由は、これを保障する。

第 26 条 すべて国民は、法律の定めるところにより、その能力に応じて、ひとしく教育を受ける権利を有する。

第 65 条 行政権は、内閣に属する。

第 72 条 内閣総理大臣は、内閣を代表して議案を国会に提出し、一般国務及び外交関係について国会に報告し、並びに行政各部を指揮監督する。

---

<sup>5</sup> 本講演に関わる最近の文献として、岡田正則「近代国民国家の形成過程と「市民社会」の「成熟」」法学セミナー785号（2020年）12頁、同「日本学術会議会員任命拒否の違憲・違法性」法と民主主義554号（2020年）13頁、これを補充した同「日本学術会議会員任命拒否の違憲・違法性」上脇博之ほか『ストップ!! 国政の私物化——森友・加計、桜、学術会議の疑惑を究明する』（あけび書房、2021年）179頁、同「法を踏みにじる政府の学術会議会員任命拒否——憲法23条「学問の自由」の意味を考える」JCLU（自由人権協会）416号（2021年）8頁、同「日本学術会議会員任命拒否問題の本質と問題解決の方途」法学館憲法研究所報23号（2021年）104頁、など。

第 80 条 下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。

## 《資料 2》日本学術会議法

日本学術会議は、科学が文化国家の基礎であるという確信に立つて、科学者の総意の下に、わが国の平和的復興、人類社会の福祉に貢献し、世界の学界と提携して学術の進歩に寄与することを使命とし、ここに設立される。

第 1 条 この法律により日本学術会議を設立し、この法律を日本学術会議法と称する。

2 日本学術会議は、内閣総理大臣の所轄とする。

3 日本学術会議に関する経費は、国庫の負担とする。

第 2 条 日本学術会議は、わが国の科学者の内外に対する代表機関として、科学の向上発達を図り、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。

第 3 条 日本学術会議は、独立して左の職務を行う。

一 科学に関する重要事項を審議し、その実現を図ること。

二 科学に関する研究の連絡を図り、その能率を向上させること。

[中略]

第 7 条 日本学術会議は、210 人の日本学術会議会員（以下「会員」という。）をもつて、これを組織する。

2 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。

3 会員の任期は、6 年とし、3 年ごとに、その半数を任命する。

[中略]

第 17 条 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。

[中略]

第 25 条 内閣総理大臣は、会員から病気その他やむを得ない事由による辞職の申出があつたときは、日本学術会議の同意を得て、その辞職を承認することができる。

第 26 条 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。

[後略]

閣 副 第 7 7 7 号  
令和3年5月21日

岡田 正則 様



保有個人情報の開示をしない旨の決定について（通知）

令和3年4月26日付け保有個人情報開示請求（同日受付）については、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律（平成15年法律第58号）第18条第2項の規定により、下記のとおり全部を開示しないことに決定したので通知します。

記

開示請求に係る保有個人情報の名称等	2020年の日本学術会議会員の任命にかかる自己に関して保有している一切の文書
開示をしないこととした理由	開示請求に係る保有個人情報を保有していないため。（不存在）

※ この決定に不服がある場合は、行政不服審査法（昭和37年法律第160号）の規定により、この決定があったことを知った日の翌日から起算して60日以内に、内閣総理大臣に対して審査請求（異議申立て）をすることができます（なお、決定があったことを知った日の翌日から起算して60日以内であっても、決定があった日の翌日から起算して1年を経過した場合には審査請求（異議申立て）をすることができなくなります。）。

また、この決定の取消しを求める訴訟を提起する場合は、行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）の規定により、この決定があったことを知った日から6か月以内に、国を被告として（訴訟において国を代表する者は法務大臣となります。）、東京地方裁判所に処分の取消しの訴えを提起することができます（なお、決定があったことを知った日から6か月以内であっても、決定の日から1年を経過した場合には処分の取消しの訴えを提起することができなくなります。）。

<本件連絡先>  
内閣官房副長官補室  
電 話:03-5253-2111  
F A X:03-3581-0653



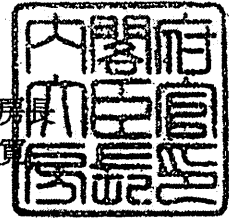


府人第719号-2  
令和3年6月21日

## 保有個人情報の開示をしない旨の決定について（通知）

岡田 正則 殿

内閣府大臣官房長  
大塚 幸真



令和3年4月26日付けで開示請求のあった保有個人情報については、行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律（平成15年法律第58号。以下「法」という。）第17条の規定に基づき、下記のとおり、保有個人情報の存否を明らかにしないで、当該開示請求を拒否することと決定しましたので、通知します。

### 記

#### 1 開示請求書に係る保有個人情報の名称等

2020年の日本学術会議会員の任命にかかる自己に関して保有している一切の文書

#### 2 存否応答拒否とした理由

開示請求のあった保有個人情報は、その存否を答えること自体が、法第14条第7号ニにより不開示とされる公正かつ円滑な人事の確保に支障を及ぼすおそれがある情報を開示することとなるため、当該保有個人情報があるともないともいえないが、仮にあるとしても、法第14条第7号ニにより不開示情報に該当する。

※ この決定に不服がある場合は、行政不服審査法（平成26年法律第68号）の規定により、この決定があったことを知った日の翌日から起算して3か月以内に、内閣総理大臣に対して審査請求をすることができます（なお、この決定があったことを知った日の翌日から起算して3か月以内であっても、この決定の日の翌日から起算して1年を経過した場合には審査請求をすることができなくなります。）。

また、この決定の取消しを求める訴訟を提起する場合は、行政事件訴訟法（昭和37年法律第139号）の規定により、この決定があったことを知った日から6か月以内に、国を被告として（訴訟において国を代表する者は法務大臣となります。）、東京地方裁判所等に処分の取消しの訴えを提起することができます（なお、決定があったことを知った日から6か月以内であっても、決定の日から1年を経過した場合には、処分の取消しの訴えを提起することができなくなります。）。

#### 3 担当課等

内閣府大臣官房人事課庶務・文書係

TEL：03-5253-2111（内線31311）