

専門職言論（プロフェッショナル・スピーチ） と学問の自由 ——民主的能力の価値理論と自由論——

井 上 嘉 仁

はじめに

- 一 学問の自由の民主的価値
 - 1 表現の自由の保護範囲と目的
 - 2 表現の自由の民主的正統性
 - 3 知識の正確さと民主的正統性・民主的能力
 - 4 民主的能力と学問の自由
 - 二 表現および学問の「自由」
 - 1 オーストリア学派の自由論の概略
 - 2 知識の生産と自由・競争
 - 3 学問の自由と知識の前進・伝達
 - 三 知識コミュニティへの尊重
 - 1 何が敬讓を生み出すか
 - 2 学問の自由と知識の真実性
 - 3 学問の自由と知識コミュニティの自律
 - 四 知識コミュニティへの規制
 - 1 「公共」のための規制
 - 2 学問の自由と思想の自由市場論
 - 3 制約の正当化論
- おわりに

はじめに

「決心が足りない、勉強せよ」。今年の“おみくじ”にはそのように告げてあったかもしれない。あるいは、わが国の行く末を案じてのぞいたホロスコープは、将来を輝かしく予言していたかもしれない。われわれは、助言を求めて「お告げ」や「予言」にすぎることもある。

このような“助言”を授けてくれる専門家は、しかし、学問の自由によっ

て自律性の保障される知識コミュニティの住人ではないと考えられているようだ。それゆえに、占星術師がホロスコープから予見した未来を顧客に伝達した場合、学問の自由を背景とする専門職言論には類型化されないことになる。知識コミュニティの叡智を伝達していない専門家は、専門家と呼ぶに値せず、かかる専門家を規制する専門職業規制は、修正1条の問題を惹起しないということになる⁽¹⁾。

これに対して、専門職言論と類型化される一定の言論については、専門家のネットワークからなる知識コミュニティが形成されており、その判断に対する尊重・敬讓が求められることが主張される。知識コミュニティは、専門家によって創造された知識を科学的手法により検証し、その知識の正確さについて特別の利益を保有しており、それに対する政治的干渉を排除することが求められると考えられている（知識コミュニティ理論）⁽²⁾。

知識コミュニティ理論は、知識の正確性について判定するのは知識コミュニティ自身であり、その判断を政府が上書きすることは認められないと主張する。なぜ政府が知識の正確性を判定してはならないのかといえば、政府にはそのような能力がないからだという。しかし、仮に政府にかかる能力があったとしても、政府が知識の正確性を判定するべきではないのだとすれば、政府の介入を排除する規範的要求を憲法原理から導出しなければならない。

本稿は、知識の正確性を担保することが憲法規範の要請であると論じる。その道筋の一つは、R. C. ポスト（Robert C. Post）の民主的正統性・民主的能力の価値理論である。本稿は、第一章で、ポストの理論の概要を説明し、批判的に検討していくことにする。ポストの重視する民主制は、自由のための手段にすぎないのではないか。かかる視点に立って、本稿は第二章におい

(1) Claudia E. Haupt, *Professional Speech*, 125 YALE L. J. 1238, 1292-1293 (2016).

(2) 知識コミュニティ理論による専門職言論理論について、井上嘉仁「プロフェッショナル・スピーチ（専門職言論）の類型化の意義——知識コミュニティ理論からのアプローチ——」*広島法学* 43 卷 4 号 166 (165) -127 (204) 頁。

て、オーストリア学派経済学者の泰斗 F. A. ハイエク (F. A. Hayek) の理論を参照しながら、学問の自由の解釈を試みる。続く第三章では、知識コミュニティへの敬讓を要求する憲法原理を検討し、第四章においては、学問の限界を瞥見しながら専門職言論に対する規制の限界への示唆を試みる。

一 学問の自由の民主的価値

1 表現の自由の保護範囲と目的

(1) 保護範囲

アメリカにおいては、学問の自由は、表現の自由を保障する連邦憲法修正 1 条によって保障されると考えられている。もっとも、修正 1 条は、学問の自由を直接的に保障しているわけではない。歴史的に、学問の主要な担い手は大学であると考えられ、大学教育を宗派的拘束から解放し、教授団 (ファカルティ) の学問における自律を保障することの重要性が意識されるようになり、修正 1 条の保障が及ぶと、次第に考えられるようになったのである⁽³⁾。

学問の自由に表現の自由の保障が及ぶか否かは、修正 1 条の射程をどのように考えるかに依存する。F. シャウアー (Frederick Schauer) は、修正 1 条の「範囲」(coverage) と「保護」(protection) を区別し、修正 1 条の射程を「範囲」の問題と捉えている⁽⁴⁾。表現の自由に適用される種々の審査基準やテストの対象となるか否かが前者の問題であり、テストの内容にかかわるものが後者の問題である。学問の自由に表現の自由の保障が及ぶか否かは、シャウアーの用語法によれば、修正 1 条の範囲の問題だということになる。本稿では、修正 1 条の保護範囲と呼称することにする。

ポストは、修正 1 条の保護範囲は、コミュニケーションという語によっては確定できないという⁽⁵⁾。なぜなら、表出者が特定のメッセージを伝達して

(3) 阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、1995 年) 178 頁。

(4) Frederick Schauer, *Categories and the First Amendment: A Play in Three Acts*, 34 VAND. L. REV. 265, 267 (1981).

おり、観察者がそれを理解できることをコミュニケーションとみた場合、破壊行為によるメッセージ伝達を観察者が理解できる場合、修正1条の保護範囲に含まれることになり、不合理だからである。また特定のメッセージの伝達を意識していないような芸術表現が修正1条の保護範囲に含まれると一般的には考えられていることも理由となる。こうした事情から、コミュニケーションか否かは修正1条の保護の範囲を確定しないというのである。では、何が修正1条の範囲を決定するというのだろうか。

(2) 目的あるいは価値

修正1条の保護範囲は、修正1条の価値を実現するような行為形態であるか否かにより決せられる⁽⁶⁾。こう主張するのは、T. エマソン (T. Emerson) である。エマソンは、修正1条の保障する "freedom of speech" にいう "speech" を、言論の存在形式からではなく、修正1条の価値と結びつけて理解したわけである。そうすると、次に問題となるのは、修正1条の価値あるいは目的は何かである。

修正1条の価値あるいは目的は、明文で定められておらず、解釈に委ねられる。解釈の説得力は、裁判所が発見する法の妥当性としてあらわれ、ひとつの解釈は、やがて確立したものとして受け入れられていく。ポストは、これまでの歴史をふりかえれば、修正1条の目的として主張されてきたものは、次の3つであるという⁽⁷⁾。

第1は、思想の自由市場論である。この考えは、修正1条の目的を「知識

(5) ROBERT C. POST, DEMOCRACY, EXPERTISE, AND ACADEMIC FREEDOM: A FIRST AMENDMENT JURISPRUDENCE FOR THE MODERN STATE 3 (2012).

(6) *Id.* at 4. ポストは、「[表現の自由の] システムの基本的目的とその作用のダイナミクス」(THOMAS I. EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 8-9 (1970)) に照らして修正1条の範囲は確認されなければならない、とエマソンを引用しながら、修正1条の価値を実現する行為形態が修正1条のトリガーを引くと述べている。

(7) POST, *supra* note 5, at 6.

を進歩させ真実を発見する」⁽⁸⁾ことだと捉えている、という。後にみるように、ポストは、思想の自由市場論を限定的にしか認めておらず、学問の自由との関係では、思想の自由市場論を否定している。

第 2 は、修正 1 条の目的は、「個人の自己実現を保障する」⁽⁹⁾ という倫理的なものだとする立場だという。表現の自由のみが自己実現に資するわけではないことから、自己実現を修正 1 条の目的だとすることにも消極的にならざるを得ない、という。

第 3 は、修正 1 条の目的は、民主的自己統治を成功させるために必要なコミュニケーション・プロセスを促進するという政治的なものである⁽¹⁰⁾。ポストは、この立場を強く支持している。

たとえば、医者と患者の間でのコミュニケーションのような専門職言論に修正 1 条の保護が及ぶか否かについて考えてみよう⁽¹¹⁾。かかるコミュニケーションは医者自己実現に資する、あるいは患者自己実現（自己決定）に資すると主張する場合、修正 1 条の目的は倫理的なもの（上述の第 2）と理解していることになる。また専門職言論を保障することが良き医療の提供につながるという場合、これが言論市場においてより良い専門家の助言が発見されるという趣旨であれば、思想の自由市場論（上述の第 1）ということになる。

2 表現の自由の民主的正統性

(1) 民主的正統性

(8) EMERSON, *supra* note 6, at 6.

(9) *Id.*

(10) ALEXANDER MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE (1965).

(11) *See*, Miller & Berkman, The Future of Physician's First Amendment Freedom, 76 Wash & Lee L. Rev. 577, 651-652.

わが国でも、表現の自由の価値として、自己実現の価値と自己統治の価値は、しばしば言及される。しかし、ポストによれば、自己実現の価値は、修正1条の目的とはいえない。たとえば、パブリック・フィギュアの理論を考えてみよう。この理論は、必要な政治的社会的変化をもたらすために、アイデアの自由な交換が望ましいことを背景としてなり立っている。しかし、どんなに自己実現にとって重要であっても、私人に対する名誉毀損的言論には、この理論は適用されないことに異論はないであろう。このことは、自己実現の価値が修正1条の目的としてその範囲を確定しないことを意味している⁽¹²⁾。

では、自己統治の価値が、表現の自由の目的なのだろうか。自己統治の価値を一貫して強調したのはA. ミクルジョン (A. Meiklejohn) である。ミクルジョンの自己統治理論は、通説的なそれとは色合いが多少異なる。彼の力点は、言うべき価値のあることの全てが語られることにあり、全ての市民が公共的討論に参加することを、必ずしも求めているのである⁽¹³⁾。こんにちでは、公共的討論に参加し、世論をともに形成することに、民主的正統性を見出す見方が定着している⁽¹⁴⁾。

民主的正統性を世論形成に参画することだと考えれば、表現が一般公衆に向けられているかどうか、修正1条の保護範囲とかかわることになる。反面、専門家の助言のような1対1のコミュニケーションは、世論形成に参画していないから、一義的には、修正1条の保護範囲から外れる（後にみるように民主的能力の価値による保障を受ける余地はある）。ポストは、歯科医が、歯の詰め物に関する安全性について、学界の支配的理解とは異なる、独自の研究成果を著書で公表することは世論の形成に参画することとなるが、独自の研究成果を患者に助言することは修正1条の範囲に含まれず、規制されう

(12) POST, *supra* note 5, at 10-11.

(13) MEIKLEJOHN, *supra* note 10, at 26.

(14) POST, *supra* note 5, at 36-37.

る、という⁽¹⁵⁾。

世論の形成に参画することを公共的討論に参加する場面だと言い換えれば、公務員の言論にかかわる公共の関心事テストの理解も容易となる。公務員は、組織の一員（被用者）であるから、組織目的から当然に、一定の自由の制限を受ける。しかしながら、当該公務員が市民として「公共の関心」事について語っているときは、公共的討論に参画している。このとき、政府は市民としての被用者の利益と政府利益とを衡量しなければならない⁽¹⁶⁾。

表現の自由は、民主的正統性、自己統治をその目的としているとする説は、以上のように説くのである。

(2) 世論形成と表現の自由の保護範囲

民主的正統性は、世論形成に参画することの保障であるから、換言すれば、公共的討論空間を開放したままにすることを意味している。このことは、公共的討論空間において世論が絶え間なく生成され、また消滅するプロセスの保障といえる。もっとも世論の定義は曖昧である。それゆえに、世論は特定のひとつの見解を意味しない。したがって、ひとつの見解を世論として、政府を服従させることは許されない。茫洋とした世論に充たされた言論空間は万華鏡のように多様な色彩を帯びている。かような公共的討論空間への参加がデモクラシーを支えるのであり、デモクラシーは政府をかかると世論形成過程に組み込むのである⁽¹⁷⁾。

世論形成に組み込まれた政府とは、視点を変えれば、市民が立法行為に参画するということでもある。したがって、修正 1 条の目的は、世論の自由な形成をつうじての、立法行為の完全性を保障するものでもあるといえる⁽¹⁸⁾。

(15) *Id.* at 13.

(16) *Connick v. Myers*, 461 U.S. 138, 142 (1983).

(17) *POST*, *supra* note 5, at 21.

(18) *Id.* at 15.

ここにいう立法行為の完全性は、デモクラシーの本質であるとポストはいう⁽¹⁹⁾。デモクラシーは、多数決や選挙といった方法に着眼されがちだが、それは本質ではない。アメリカのデモクラシーの価値は、自己決定の価値、すなわち、法律に服する者はまた、自分自身を法律の作者として経験しなければならないという考え方、立憲民主制に依拠している⁽²⁰⁾。

このように、民主的正統性を公共的討論空間プロセスの開放、そこでの世論形成をつうじての立法行為への参画＝立憲民主制と理解すれば、修正1条の保護範囲は、世論に影響をあたえるすべての努力に広く及ぶとポストはいう⁽²¹⁾。世論は多様であり、そのどの部分が政治的でどの部分がそうでないかを区別することは不可能である。したがって、明らかに世論形成に影響のないものを除いて、広く修正1条の保護範囲に含まれるのだとされる⁽²²⁾。

3 知識の正確さと民主的正統性・民主的能力

(1) 専門知識と民主的正統性

民主的正統性、すなわち公共討論への参加、世論形成への参画が有意になるためには、参加する市民が適切な知識を身につけている必要がある。とりわけ虚偽情報をもとに世論形成されることは、修正1条の予定する民主的正統性とは異なると思われる。

そこで、民主的正統性という憲法的価値が期待通りに真価を発揮するために、真実の情報が流布されなければならない。事実に関する誤った言明には憲法的価値はないとされている⁽²³⁾ことは、公共的討論において、修正1条が虚偽情報を規制することを認めていることをあらわしている。

(19) *Id.* at 18.

(20) *Id.*

(21) *Id.*

(22) *Id.* at 20.

(23) *Gertz v. Robert Welch, Inc.*, 418 U.S. 323, 340 (1974).

真実情報の流布のみならず、真実情報の産出も、修正 1 条の関心事である⁽²⁴⁾。科学的情報をわれわれが信頼するのは、それが言論市場において広く受け入れられているからではなく、専門領域の基準に照らして十分に検証されているからである。民主的正統性の価値を保障するためには、科学的基準に照らして、言論の内容規制をすることも許される場合があることが予測される。

しかしながら、公共討論空間に流通する情報のすべてにおいて、政府が科学的基準に基づいて真実性の統制をおこなうことは、言論を萎縮させ、民主的正統性の価値を損なう。内容の真実性と民主的正統性の価値は緊張関係にあるのである。この緊張関係を緩和させる工夫が、たとえば現実の悪意ルール⁽²⁵⁾である。単純な事実の誤りを処罰しないことで、民主的正統性の価値との調整を図っているとみることができる。

かくして科学的基準に基づく真実性が要求されるのは、専門知識の創造の場面に限られると予想される。公共的討論空間では、現実の悪意ルールが適用され、科学的検証は要求されてはならない。公共的討論空間での情報の真実性は、いわば買主の危険負担だと考えられているのである⁽²⁶⁾。専門知識の創造は、民主的正統性の価値、すなわち公共的討論空間への参加とは異なる観点から、固有の規制（保障）に服すると考えられる。

(2) 民主的能力

正しい公共政策のためには正しい知識が不可欠である。専門家の知識なくしては、自己統治も空虚なものとなる⁽²⁷⁾。

ポストは、信頼できる専門家の知識は、民主的正統性にとって重要である

(24) POST, *supra* note 5, at 29.

(25) *New York Times v. Sullivan*, 376 U.S. 254, 279-280 (1964).

(26) POST, *supra* note 5, at 31.

(27) Allen Buchanan, *Political Liberalism and Social Epistemology*, 32 PHIL. & PUB. AFF. 95, 99 (2004).

という⁽²⁸⁾。一般的に、知識を統制することは、われわれの精神を統制することにもなる⁽²⁹⁾。ここに知識の生産を政府による統制から自由にしておくことの必要性が見出される。そしてその必要性を裏付ける憲法原理として、ポストは民主的能力（democratic competence）を構想する⁽³⁰⁾。公共的討論空間での世論形成プロセスは、その一部で専門知識に依存する。その限度で、人びとの専門知識の認知を向上させることは、民主的正統性の価値の向上へとつながるのである。

民主的能力を高めることは、民主的正統性と衝突する面もある。すなわち、民主的正統性の価値が要求する公共的討論空間の開放性は、すべての言論が寛容と平等をもって扱われることを求める。しかし、民主的能力の価値は、言論が正しい内容か否かについて、専門領域の科学的基準に服することを要求する。民主的正統性の価値は、民主的能力の価値を要求するのであるが、同時に、民主的能力の価値と矛盾するというわけである⁽³¹⁾。この要求と矛盾をいかに調整するかが課題となるのである。

4 民主的能力と学問の自由

(1) 鍵としての学問の自由

ポストは、民主的能力の価値という憲法原理を同定し、民主的正統性と矛盾しつつ調整されることを説いている。そして、この調整問題を解く鍵は学問の自由だと示唆する。

ポストは、学問の自由は民主的能力の価値と結びつけて考えるときに、修正1条上の保護範囲に含まれることが明確にできると主張する。従来、学問の自由が修正1条の保護範囲に含まれると主張されてきたが、その憲法原理

(28) POST, *supra* note 5, at 32.

(29) *Id.* at 33.

(30) *Id.*

(31) *Id.* at 34.

は明らかでなかった。混乱の原因は、学問の自由を、思想表現の自由市場と結びつけてきたことにあると指摘される⁽³²⁾。

連邦最高裁が *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U.S. 234 (1957) において学問の自由に言及したとき、民主的能力の価値との結びつきが示唆されていたことをポストは指摘する。すなわち、スウィージが大学の教室において、マルクス主義を講じたことに対して、州が干渉することに、修正 1 条のトリガーが引かれたのは、スウィージが世論に影響をあたえる公共的討論空間に参加していたからではなかったのである⁽³³⁾。

Sweezy で示唆されたように、知識を発見するという知的営為の保護は、民主的能力の価値に奉仕するがゆえに保護に値する。ポストは知識を同定し発見するということを「公的な働き」であると述べ、教授団がかような「公」に奉仕するとき、民主的能力という憲法的価値が作動すると述べる⁽³⁴⁾。

学問の自由は世論から専門職の自由を守る面もあることが指摘される。この面での学問の自由は、多様な世論に対するバリアとして理解される。専門知識の生産者が、専門領域のプラクティスに従いながら、知識を創造し証明できるために、学問の自由は、世論の圧力を排斥するのである⁽³⁵⁾。

一方で、学問の自由は、民主的能力という憲法的価値と結びつけられることによって、修正 1 条の保護範囲に含まれる。他方で、学問の自由によって

(32) *Id.* at 62. ポストは、このことを裏付けるために、ウォーレン長官やフランクファーター裁判官の見解を参照している (*Id.* at 70-73.)。ウォーレン長官は、民主的能力は、新たな成熟と理解を得るために、調査研究の自由を教師にあたえることで保護されなければならないと指摘しており (*Valentine v. Chrestensen*, 316 U.S. 52, 54 (1942))、フランクファーター裁判官は、学問の自由の修正 1 条の理論を大学において学者が生み出す知性と、知性が社会の重要なニーズであることに基礎づけていることを指摘している (*Va. State Bd. of Pharmacy v. Citizens Consumer Council, Inc.*, 425 U.S. 748, 765 (1976))。

(33) POST, *supra* note 5, at 69-70.

(34) *Id.* at 90-92.

(35) *Id.* at 68.

専門知識の生産が保護されることにより、民主的能力の価値が守られる。両者は入れ子のように憲法上保障されるとされる⁽³⁶⁾。

わが国において、憲法上の人権を民主政のプロセスと結合させて理解する立場がある。これによれば、「学問の自由は、政治による知識の支配を否定し、国民が自由に知識を取得し、政治に参加できるよう保障したもので、表現の自由と同じく、政治参加のプロセスに不可欠な権利としての性格をもつ」⁽³⁷⁾と解説される。知識を取得したうえでの政治参加は、ポストのいう民主的能力の価値と軌を一にすると評価できよう。

(2) 修正1条と民主的能力

以上みてきたように、修正1条の目的を民主的正統性にあると考える立場からは、学問の自由は、民主的正統性を支える民主的能力の価値のゆえに保護に値することとなる。学問の自由が脅かされ、民主的能力の価値が危機に瀕するとき修正1条の引き金が引かれることとなるのである⁽³⁸⁾。たとえば、専門家の判断を、政府の判断によって上書きするとき、学問の自由が脅かされ、民主的能力の価値が侵害されるがゆえに、修正1条のトリガーが引かれることとなる。

学問の自由は、専門知識のフロンティアを拡大するがゆえに民主的能力の価値に奉仕し、修正1条の保護範囲に含まれる。公衆の関心事に奉仕するからではない。公衆の関心事に奉仕するか否かは、公共的討論とかかわる民主的正統性の価値の問題である。したがって、大学における研究者が研究に従事し、研究発表をする場合は、民主的能力の価値とかかわり、同じ研究者が専門家として、公共的討論に参加する市民として発言すれば、民主的正統性の価値とかかわることになるのである⁽³⁹⁾。

(36) *Id.* at 95-96.

(37) 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）497頁。

(38) POST, *supra* note 5, at 53.

同様のことは営利的言論や専門職言論についてもいえる。公共的討論とかかわらないところで情報を伝達することは、民主的能力の価値とかかわる。もともと民主的能力は情報の正確性と結合しており、不正確な知識の伝達は規制されうる。とはいえ、学問的情報の真実性および検証は科学的手法によってなされなければならない。専門知識を創造する専門領域のプラクティスや手法は、憲法的な価値をおび、世論や政治的圧力により干渉されないことが保障されなければならないのである。

以上が、ポストによる、民主的正統性・民主的能力の価値理論の概要である。

二 表現および学問の「自由」

1 オーストリア学派の自由論の概略

(1) 目的としての自由

学問の自由も表現の自由も「自由」を保障するものである。しかし、ポストは、表現の自由や学問の自由を民主的正統性や民主的能力と関連付けて、憲法上の保障を説いている。これは自由の意義を民主制的価値に転換するものである。しかしながら、自由の保障は自由の意義のうちにその価値を見出すべきではないだろうか。ポストの理論は、学問の自由が明文保障されていないアメリカ特有の事情から、表現の自由の延長線上に学問の自由を位置づけて、修正 1 条の保護範囲に含めようとするものと思われる。学問の自由を明文保障するわが国においては、表現の自由の下部構造として学問の自由を理解するのではなく、むしろ、自由を統一的に理解する方が望ましいのではないだろうか。そこで、本章では、ハイエクに代表されるオーストリア学派の自由論を参照し、学問の自由へのアプローチを検討してみよう。

ハイエクは、個人の自由を保障することを最重要視し、民主主義はそのた

(39) *Id.* at 83-84. 専門家の学外での発言については、盛永悠太『学外言論 (extramural speech)』と学問の自由：専門と無関係な市民としての大学教員の言論は、学問の自由の行使といえるか」北大法政ジャーナル 25 号 61 頁 (2018 年) 参照。

め的手段であると考えていた⁽⁴⁰⁾。この視点に立てば、民主的正統性や民主的能力といった価値を措定し、それに寄与するか否かを、修正1条の保護範囲に含まれる基準とすることは、本末を転倒しているということになる。民主的正統性や民主的能力を理由とした自由の抑圧こそが警戒されるべき対象なのである。

自由の保障にとっては法の支配の実現が不可欠である。ハイエクは、自由の保障＝法の支配の考え方は、民主主義に先行していたことを指摘する⁽⁴¹⁾。ハイエクの分析によれば、古代アテネでは、人々の振る舞いに対する法の平等＝イソノミアが知られていた。これによって、人々は他者から干渉されない自由を保障されていた。「イソノミア」の語は、内容を維持しつつしだいに「法の下での平等」や「法の支配」の語に置き換えられていった。ハイエクは、民主主義が発展した結果として法の下での平等が実現したのではなく、イソノミアを前提として、政治への平等な参加を保障する仕組みが構築されたと分析する⁽⁴²⁾。

(2) 自由の一体性

自由の保障は、市場プロセスを信頼する考え方である。市場において、諸個人は各人の目的を自ら設定し、各自の限りある知識を活用し、望ましい手段を採用する。人々の活動のなかからは、やがて自生的な秩序ができあがる。ハイエクにとって、自由主義は、かかる自生的秩序を信頼することなのである⁽⁴³⁾。

(40) この点を指摘するものとして、仲正昌樹『いまこそハイエクに学べ「戦略」としての思想史〔新装版〕』（春秋社、2020年）89頁。

(41) F. A. ハイエク著（西山千明＝矢島釣次監修）『感覚秩序』（春秋社、2008年）203頁、仲正・前掲注（40）89-90頁。

(42) 仲正・前掲注（40）90頁。

(43) 同33頁。

市場における自由は、統一的な自由である。われわれは市場プロセスにおける自由と聞けば、経済活動の自由を想起する。しかし、ハイエクは、自由は全体として一体不可分な統一原理であるという⁽⁴⁴⁾。われわれにとってなじみ深い、精神的自由と経済的自由とを区別する発想は、そこにはないのである⁽⁴⁵⁾。自由を経済市場におけるものに限定せず、なんであれ、諸個人の自由な活動、目的=手段の計画を調整するプロセスを市場と捉えるのである。

このような自由論に立てば、諸個人の目的=手段の計画を調整する市場プロセスにおいて、表現の自由も学問の自由も、統一的に尊重されなければならない。これが、自由主義の眼目となろう。

(3) 企業家精神

市場プロセスにおいて各人の行為計画が調整されるためには、企業家精神が不可欠である⁽⁴⁶⁾。企業家精神とは、簡単にいえば、他者に先んじて利潤機会に気づく能力である。市場プロセスにおいては、すべての個人が企業家である。全ての個人は、自らの行為計画をよりよく達成するために、より良い機会に気づき、実行していく主体である。したがって、全ての個人は、企業家精神を宿している。企業家精神によって、新規の発見や創造が引きおこされ、知識は拡散していくのである。

絶えず変化する世界において、企業家的意思決定が、各人の行為計画を調整するエンジンとなる。企業家精神を抑制する規制は、新たな発見や創造を停滞させる。企業家は、自分で解く問題を自分で見つけ、よりよい解決を模

(44) 新正幸「二つの自生的秩序：市場システムと知的秩序のシステム」金沢法学 49 卷 2 号 155 頁。

(45) 自由を一体的に考えれば、精神的自由を経済的自由に優越すると考えることはできなくなる。精神的自由も経済的自由も同等の価値があると捉えることになる。新・前掲注 (44) 160-161 頁。

(46) ノーマン・バリー (足立幸男監訳)『自由の正当性——古典的自由主義とリバタリアニズム——〔オンデマンド版〕』(木鐸社、2004 年) 93 頁。

索していく存在なのである⁽⁴⁷⁾。

諸個人が、市場プロセスにおいて、企業家精神を発揮することで、知識は創造され、拡散される。このプロセスにおいて、各人の行為計画は矛盾なく調整されていく。反復継続される人間行為のなかで、時間の経過にもかかわらず安定的な知識が発見されてくる。この知識は制度である。制度は安定的な知識を提供し、諸個人の行為計画の調整を円滑化するのである⁽⁴⁸⁾。

2 知識の生産と自由・競争

(1) 知識の生産と自由

知識の生産は、自由と鋭く対立するという見方がある。ポストは、専門家の知識の正確性は、連続したピア・ジャッジメントによる内容のチェックに依拠するから、修正1条が通常要求する内容規制にかかる厳格審査基準は適用されないという⁽⁴⁹⁾。科学的知識の生産は、真偽を区別することを内実とするから、修正1条の自由の根底にある平等主義者のコミットメント、すなわち、間違っただアイデアなどはないという信念と衝突するというのである⁽⁵⁰⁾。

しかし、ピア・ジャッジメントによる内容の審査を自由と対立するものと捉えるのは正しくない。私人間に見られる水平的関係における表現内容の審査は、専門知識のみならず、新聞や放送メディアにおいても、編集権としておこなわれる。憲法上の自由の問題は、国家権力による市場プロセスあるいは自生的秩序への干渉の局面で浮かび上がるのである。

自生的秩序は、経済市場においてのみ生成されるわけではない。M. ポラ

(47) 尾近裕幸＝橋本努編『オーストリア学派の経済学 体系的序説』（日本経済評論社、2003年）280頁。

(48) 井上嘉仁「市場プロセスにおけるカタラクシー的効率性と広告——営利的言論理論の再検討をめざして」姫路法学第49号66頁（2009年）。

(49) POST, *supra* note 5, at 9.

(50) *Hustler Magazine, Inc. v. Falwell*, 485 U.S. 46, 51 (1988). ミクルジョンもこのことを理解していた。MEIKLEJOHN, *supra* note 10, at 27.

ニー (Michael Polanyi) は、人間の人格的存在、精神的必要に根ざす活動領域も、その根源において自生的秩序により成り立つと考え、知的秩序のシステム (System of Intellectual Order) を構想したのだった⁽⁵¹⁾。

自生的秩序は、人為的な秩序と比べて劣ったものと考えられがちである。自生的秩序が非理性的な人間行為の産物であるのに対して、理性的に計画された合理的な秩序が優れていると受け取られるのである。しかし、人間の知識が有限であること、現実の時間の経過が真の意味での不確実性を生み出すことからすれば、人間の合理性を信頼することはナイーブである。むしろ人間が無知であり、世の中が不確実であるにもかかわらず、なぜわれわれの行為 (諸計画) は、概ねうまく調整されているのかを考えるべきである。そして、行為計画をうまく調整するシステムが、先にふれた市場プロセスだということと理解すべきなのである。市場プロセスは、経済市場に限られず、知的秩序のシステムも含まれるのである。

自由の保障が最も重要となるのは、われわれの無知が最大となる場所、すなわち、知識の最先端においてである⁽⁵²⁾。合理的な秩序ではなく、市場プロセスが、われわれの無知に最もうまく対応できると考えれば、一歩先に何があるのかを告げることが困難な状況 = 知識の最先端こそ、市場プロセス、すなわち自由の保障が重要となるのである。ハイエクは、知的自由が自由の根本にあることは、しばしば忘却されていると指摘する⁽⁵³⁾。そして、自由の究極の目的は、祖先が築きあげてきた能力を拡大していくことにあるとし、知識の成長と進歩への貢献にわれわれは努めなければならないという。その場合、「なにが正しく、何が善いかについて、どんな優越者といえどもある一

(51) M. ポラニー著 (長尾史郎訳) 『自由の論理』 (ハーベスト社、1988 年) 204 頁。新・前掲注 (44) 148-149 頁。

(52) F. A. ハイエク著 (西山千明 = 矢島釣次監修) 『自由の条件Ⅲ 福祉国家における自由』 (春秋社、2007 年) 188 頁。

(53) 同 188 頁。

組の見解を強制することは許されない。ただより一層進んだ経験だけが、何が広く認められるかを決めるのである」⁽⁵⁴⁾と断言している。

要するに、「人間が現在の自分を超えうるところに到達し、新しいものがあらわれ、そして評価を将来に待つというところにおいて、自由は究極的にその真価をあらわす」⁽⁵⁵⁾というのである。

(2) 知識の生産と競争

市場プロセスが各人の行為計画を調整できるのは、企業家による企業家精神の発揮を保障するからである。これを換言すれば、競争の保障である。競争は、予想される均衡点に到達するために保障されるのではなく、予想もしなかったことをなすからこそ保障されるのである⁽⁵⁶⁾。

市場プロセスにおける競争をつうじて、知識は生み出され、学習され、獲得され、普及していくのである。現実の時間が生み出す新たな驚きや経験に機敏に反応するメカニズムが競争の本質であり、そのエンジンが企業家精神である。この意味で、全ての市場参加者は本質的に企業家である⁽⁵⁷⁾。

研究者・研究機関の学問の自由の保障は、かかる意味での市場プロセス（知的秩序のシステム）、企業家精神および競争を保障していると解される。学問の自由の保障の意義は、新規の知識体系に挑戦すること、共通の知的関心にもとづいて結社すること、そして共同で解決に取り組むこと、さらに問題解決のためにいかなる手段方法を用いるか、誰を構成員とするか等々について、国家による監視監督を排除することにある⁽⁵⁸⁾。

(54) 同 188 頁。

(55) 同 189 頁。

(56) ジェラルド・P. オドリスコル＝マリオ、J. リッツォ（橋本努＝井上匡子＝橋本千津子訳）『時間と無知の経済学 ネオ・オーストリア学派宣言』（勁草書房、1996年）128-129頁。

(57) ISRAEL M. KIRZNER, COMPETITION AND ENTREPRENEURSHIP 13-17 (1973).

(58) 阪本昌成『憲法2 基本権クラシック〔第4版〕』215頁。

ハイエクは「競争」という語を経済市場における競争のみを意味するものと限定してはいない。ポラニーは「競争」の語を避け、「説得」の語を用いている。いずれにしても、自生的秩序における調整のプロセスとして「競争」または「説得」が構想されているのである。

オーストリア学派による自由主義的理解によれば、学問の自由は、知識の生産のための市場プロセス、競争プロセスの保障を意味するものと考え得る。学問の自由は、民主的正統性をささえる民主的能力の価値の故に憲法的意義を有するのではない。

3 学問の自由と知識の前進・伝達

(1) 知識の前進

知識の前進には、専門的調査研究による応用研究領域と、基礎的研究領域とがある。前者はある程度想定可能な目的を達成するために、組織化された調査研究機関によりなされる。これ自体、重要な知識の生産である。後者は、固定した研究分野などなく、特定の目的追求に特化しているわけでもない、知識の偶然の出会いや特殊な状況が、知識の前進をもたらす。予想しがたい知的前進は、このような知識の辺境でおこる⁽⁵⁹⁾。

学問の主要な担い手である大学・研究者⁽⁶⁰⁾は、市場プロセス（知的秩序のシステム）において、知識の先頭を走り、人類共通の知識を進歩させることに貢献する⁽⁶¹⁾。このことを学問の自由が保障しているのである。より具体的

(59) ハイエク・前掲注 (52) 182-183 頁。

(60) 科学の進歩は教育の成果ではなく自由の成果であることを指摘するのは、渡部昇一『ハイエクの大予言』（ビジネス社、2012年）50頁。それによれば、中世において、巧みな機械仕掛けの人形が作られる一方で、高機能な機織り機械が使われなかったのは、ギルドによる自由の抑圧があったからであり、近代いこう発明を自由に使える体制となり、科学技術が発展したのであり、大学教育は無関係であるという。

(61) 法学協会編『注解日本国憲法（上）』（有斐閣、1953年）455頁、阪本・前掲注 (3) 178-179頁。

にいえば、多数の独立した研究者・研究機関が存在し、市場プロセス（知的秩序のシステム）において競争（説得）を展開し、知識を前進させる能力を証明し、研究への貢献を公表した者が、研究課題を自ら設定し、到達した結論が社会一般にとって不快であってもかまわないことを、学問の自由は包括的に保障しているのである⁽⁶²⁾。

（2）知識の伝達

知識の先頭を走る研究者の創造的知識の成果は、いずれは全ての人の享受するところとなる。直接的には、大学における教育と、学生の学習という相互行為によって、知識は伝達される。次いで、知識は、市場における人間行為をつうじて、主として価格シグナルとして伝達されていくことになる。

ポストは *Sweezy* において修正1条のトリガーが引かれたのは、スウィージが公共的討論に参加したからではなく、民主的能力の価値に奉仕するがゆえであると分析していた。教室において知識を伝授された学生が、公共的討論空間においてより正しい判断がおこなえることに寄与し、結果として民主的正統性の価値に奉仕する、というのであった。

しかしオーストリア学派の自由論を基礎とすれば、教室において伝授された知識は、市場プロセスにおける計画調整をより円滑におこなえるがゆえに、修正1条の自由の範囲に含まれるとみるべきことになる。知識の進歩の成果は、民主制に奉仕するばかりでなく、全国民の自由量を増大させるのである。

専門職言論の文脈において、専門家は知識コミュニティの叡智を伝達する、と知識コミュニティ理論は考えている。知識コミュニティは、研究者・研究機関の総体と考えられる。専門家は、依頼人の状況に合わせて個別化された⁽⁶³⁾、信頼できる知識を伝達する。専門家の役割は、知識コミュニティの知識を伝

(62) ハイエク・前掲注 (52) 184 頁。

(63) Claudia E. Haupt, *Licensing knowledge*, 72 VAND. L.REV 501, 529.

達する導管であると考えられるのである。

この導管役を演じる専門家に規制を加えることは、知識コミュニティの叡智を歪めて伝達させることであつたり、知識コミュニティの叡智とは異なる情報を伝達させることである。かかる規制は市場プロセスに誤ったシグナルを送信させることになり、諸個人の計画調整のメカニズムを不全に陥らせることになる。

専門職言論の文脈において、表現の自由は、学問の自由が保障する市場プロセス（知的秩序のシステム）を背景として、知識コミュニティの創造する叡智を、専門家をつうじて伝達することを保障していると考えられるのである。

三 知識コミュニティへの尊重

1 何が敬讓を生み出すか

(1) 知識コミュニティへの敬讓の必要性

裁判所を含む国家権力は、なにゆえに知識コミュニティに敬讓するべきなのか。この問いは、敬讓の必要性、規範的妥当性から回答されなければならない。これに対する民主的正統性・民主的能力の価値理論からの回答と、自由主義的アプローチからの回答は一部でかさなるが、完全に同じというわけではない。

専門職言論にかかる知識コミュニティ理論は、知識コミュニティへの敬讓の必要性を次のように論じた。科学論文を理解し、一定のコンセンサスがあるか否かを決定する能力が、議会にも裁判所にもない。それゆえ、かかる判定を実効的におこなうべく、知識コミュニティに敬讓する必要がある⁽⁶⁴⁾。

知識コミュニティ理論によれば、専門職言論が修正 1 条の範囲に含まれるか否かは、第一に、知識コミュニティの叡智（見識）を、専門家が伝達して

(64) Haupt, *supra* note 1, at 1295.

いることが求められる⁽⁶⁵⁾。依頼人への情報提供を専門家に義務づけることは、その内容が知識コミュニティの叡智（見識）と相違していれば許されない。そして、提供が義務づけられている情報が、知識コミュニティの水準に照らして正確か否かを決定するのは、知識コミュニティ自身でなければならないという⁽⁶⁶⁾。

また専門家が依頼人の個別の状況に対応するために収集提供する情報が、専門性と無関係か否かを決するものも、知識コミュニティであるという⁽⁶⁷⁾。たとえば、医師が治療に関連して銃の所持について質問することが、治療に関連するか否かを判定することは、政府が決定することではなく、知識コミュニティがおこなうことだという。

知識コミュニティ理論は、政府の科学的・専門的判断能力の不足を主要な論拠として、知識コミュニティへの敬讓の必要性を説いている。政府には、科学的知識を評価判断する能力に欠けていることが、知識コミュニティへの敬讓の必要性を支えている。このことには、民主制を重視する立場も自由主義を重視する立場の双方とも同意できるだろう。しかし、政府の機関が専門性を向上させ、判断能力において欠ける点がなかったとしても、政府による規制は警戒されなければならないとすれば、政府規制を正当化するための規範規準を示さなければならない。

(2) 知識コミュニティへの敬讓の規範

知識コミュニティへの敬讓の規範的要求についてはいかに考えるべきか。これに関連して、知識コミュニティ理論は、次のような短い一文を添えている。すなわち、「政府による干渉が排除されてはじめて、さもなければ発生しなかったであろう一定の見識が、知識コミュニティ内部に生み出される」⁽⁶⁸⁾。

(65) *Id.* at 1299.

(66) *Id.* at 1300.

(67) *Id.* at 1302.

この主張を、憲法原理といかに接合させるのが課題となる。

この点、ポストは、民主的能力の価値を援用し、専門領域への敬讓に憲法的保障を付与する。公共的討論空間における民主的正統性を確かなものとするために、そこにおける市民が正確な知識をもたなければならない。ゆえに民主的能力も憲法的価値をもつ。内容の正確性をもとめる民主的能力の憲法的価値は、専門領域とそこでのプラクティスに憲法的地位を与える。ここから、政府は専門領域に対する敬讓をすべきという規範的要求が導かれると説くのである⁽⁶⁹⁾。

他方、オーストリア学派の自由論からすれば、知識コミュニティへの尊重、敬讓は、市場プロセスと競争メカニズムの憲法保障と表裏一体である。かかる憲法上の自由保障が、知識の発展と、諸個人の計画調整をよりよく実現するのである。ハイエクの言葉でいえば、カタラクシーあるいはコスモスに属する保障なのである。

2 学問の自由と知識の真実性

(1) 民主的能力の価値と知識の真実性

専門知識に関する政府規制が修正 1 条違反となるか否かについて、裁判所は、専門領域の知識を適用して決することがある。裁判所が、専門領域における手法を採用し、適用した場合、それは裁判所が専門領域における知識を尊重したことを意味する。ポストによれば、民主的能力の価値が司法的に保護されるのは、この場合のみだという⁽⁷⁰⁾。

では、いかなる場合に、裁判所は専門領域の知識を適用するのか。

ポストは、確立した (*established*) 専門知識の領域においては、裁判所ではなく専門家が、知識の真実性を判定するという。たとえば法律学は確立した

(68) *Id.* at 1253.

(69) POST, *supra* note 5, at 55.

(70) *Id.* at 59.

専門領域であり、法律家はかかる専門家であるから、法律家のプラクティスは、民主的能力の価値を促進するような知識を生み出す。これとは異なり、占星術は、確立した専門領域とはいえず、占星術師のプラクティスは、民主的能力の価値を促進せず、修正1条の保護範囲に含まれない、という⁽⁷¹⁾。この立場からは、主張される専門性や専門領域が、“確立した”（established）領域か否かが鍵となる。これは社会学的に決せられるという。

かくして、ポストは、次のようにいう。専門知識を創造し、検証する専門領域の手法を、裁判所は採用する。それは民主的能力の価値が、正確な専門知識を流布することを保護する限度に止まる⁽⁷²⁾。

(2) 学問の自由との関係

わが国の古典的学説は、大学における学問の自由が尊重されなければならない理由として、研究者の専門性を尊重すべきことを説いた⁽⁷³⁾。当然ながら、学問の自由は、大学行政を尊重することを求めている。ポストは、学問の自由は、大学という名称か否かではなく、公共善のために知識を前進させる専門学術的な基準の適用、改善を容易にする機関にあてはまる、という⁽⁷⁴⁾。

学問の自由の境界、すなわち、専門家あるいは研究者の行為が、専門性への尊重の限界を超えたかどうかは、教授団によるピア・ジャッジメントに照らして判定される。裁判所が問うべきことは、ピア・ジャッジメントが、専門学術的基準に沿っているか否かである⁽⁷⁵⁾。

しかし、学問は実験や仮説にもとづく推論であることから、限界は曖昧とならざるを得ない。したがって、裁判所は、教授陣の専門的判断を尊重し、

(71) *Id.* at 57.

(72) *Id.* at 59.

(73) 『註解（上）』・前掲注（63）455頁、阪本・前掲注（3）187頁。

(74) POST, *supra* note 5, at 78.

(75) *Id.*

受け入れられている学問的規範から大きく乖離していない限り、かかる専門的判断を上書きすることはないとされる⁽⁷⁶⁾。

民主的正統性・民主的能力の価値からのアプローチからは、学問の自由は、民主的能力という憲法的価値を促進する専門学術的基準に対する尊重が帰結されるのである。

(3) 民主的能力の価値への批判と自由論からの見直し

民主的正統性・民主的能力の価値の立場には、次のような疑問がある。そもそも、民主的能力の価値が憲法上保障されるのは、知識内容の正確性が民主的正統性に寄与するからであった。しかし、その内容の正確性は、科学の最先端においては、不明瞭となる。したがって、政府が内容の正確さを同定することはできず、専門領域の判断に委ねられる。しかし、科学の最先端においては、専門領域の判断でさえも、何をもって知識の正確性を評価するのか見解の一致はないはずである。そうすると、内容の正確性を期することを知識コミュニティへの敬讓の規範的要求と結合させたにもかかわらず、知識の最先端においては、かかる規範的要求が充足されないという結論になる。それならば、先端研究は民主的価値を有しないことになるのではないか。民主的正統性・民主的能力の価値からのアプローチは、この点の説明が不十分なのではないかと思われる。

この点、オーストリア学派の自由論は、民主的正統性・民主的能力の価値論と同じく、知識の先端部分においては、われわれの無知が最大の領域となることを認める。しかし、それゆえに、新規の知識を発見するための自由（発見のプロセスとしての市場）保障が重要であると論じるのである。民主的能力に寄与するか否かを、ここで問題とする必要性をみないのである。

学問の自由の保障の意義はそれにとどまらず、合理的思考、それを受け入

(76) *Id.* at 79

れる自発性と謙譲の精神を育む側面をもつ⁽⁷⁷⁾。自由で開かれた社会と、それにふさわしい構成員を育むために、学問の自由は保障されているのである⁽⁷⁸⁾。これは学問の自由の客観的利益保障の側面である⁽⁷⁹⁾。

3 学問の自由と知識コミュニティの自律

(1) 学問の自律性

知識コミュニティへの尊重・敬譲は、学問や知識コミュニティの自律性の保障とつながる。わが国においても、学問の自由の保障は、自律性の保障であることが指摘されている。たとえば、「学問の自由は、本来の意味における真理を探究するうえで要求される学問の自律性、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、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、その目的とするものと考えられる」⁽⁸⁰⁾と説かれる。

真理や普遍的価値はそれ自体が論争の対象であるとみれば、学問は真理を探究するとは必ずしもいえない。この立場からは、「学問とは学問共同体において学問として受け容れられるもの……学問共同体の作法に則ってなされる営みが学問」⁽⁸¹⁾だとされる。学問共同体が何を指すのかは明らかではないが、学問共同体の学問的プラクティスに対する政治的介入を排除するものとして、学問の自由＝学問共同体の自律と捉えているものと思われる。

ここにいう自律は、憲法上の人権享有主体のもつ自律権なのだろうか。あ

(77) 阪本・前掲注(58) 210頁、同・前掲注(3) 179頁。

(78) 阪本・前掲注(3) 179頁。

(79) 学問の自由は、確実に根拠ある知識体系を創造していく、人間の最も合理的な営為であり、この精神活動は、19、21条のような「物語的言語」を用いるものと異なる体系的で明確な言葉を用いる特有のコミュニケーション行為であることが指摘される。阪本・前掲注(58) 210頁。

(80) 長谷部恭男『憲法〔第7版〕』（新世社、2018年）237頁。

(81) 渡辺康行他『憲法I基本権』（日本評論社、2016年）202頁。

る論者は、「学問の自律性を維持するために、大学などの研究機関内部においては、公共の場にはみられない表現活動の規制や強制が行われる。……もつとも、このような表現活動に対する規制や強制は、当該研究教育機関における研究教育目的の遂行と合理的に関連している必要があると考えられる」⁽⁸²⁾。「学問の自由が保障されていることの意味は、その強制や規律の内容を決定するのが外部の国家機関ではなく、教育研究機関およびそのメンバー自身であることにある。学問の自由の重要な内容として、大学の自治がとりあげられる理由もそこにある」⁽⁸³⁾ という。この見解は、大学等の教育研究機関を法上の人権享有主体とみて、自律権の主観的権利保障と捉えているようでもある。しかし他方で、従来、大学の自治は主観的権利ではなく制度保障であると説かれてきた。

この点、大学の自治を端的に大学の自治権として構成すべきであるとする見解もある⁽⁸⁴⁾。これによれば、「大学の自治とは組織体としての大学の管理運営につき、国家から強制を受けることなく、自律的意思決定のできることをいう」⁽⁸⁵⁾。この見解は、大学の自治の眼目は、「高等教育研究機関が独自に問題設定して、その解決に献身的・自発的に取り組めるべく任意に組織化されるよう保障すること……研究上の結社のもつ内部運営の自由」⁽⁸⁶⁾ の保障にあるという。

(82) 長谷部・前掲注 (80) 237 頁。

(83) 同・238 頁。

(84) 阪本・前掲注 (3) 198 頁、同・前掲注 (58) 215 頁、渡辺・前掲注 (81) 209 頁。また先端生命科学技術に関して研究者の自主規制の再考を促すものとして赤坂正浩他『ファーストステップ憲法』(有斐閣、2005 年) 131 頁、中山茂樹「臨床研究と学問の自由」曾我部真裕 = 赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開 (下巻)』(信山社、2012 年) 235 頁、同「研究倫理審査を誰がおこなうのか (1) (2・完) — 統治理論としての学問の自由 —」産大法学 50 卷 1・2 号 111 頁、同 52 卷 1 号 29 頁。

(85) 阪本・前掲注 (58) 215 頁。

(86) 同 215 頁。

これらの見解を総合すると、《学問の自律性》→《学問共同体の自律性》→《大学の自治》→《研究教育機関の自律権》という流れを看取できる。問題は、《学問》を《研究機関》に矮小化することが、少なくとも知識の生産・普及と関連する専門職言論の文脈において、正しいか否かである。大学は典型的な学問の担い手ではあるが、学問の担い手が、教育関連法令によって法制度化された大学であるとは限らない。憲法が想定する大学は、既存の法制度に依存する大学法人と同一ではないことに留意しなければならないだろう。

知識コミュニティは、必ずしも実体を伴わない観念として存在するとも考えられる。とすれば、知識コミュニティを権利主体と位置づけて主観的権利を語ることはできない。学問の自律とは、国家を拘束する客観法原則と位置づけられなければならない。この客観法原則は、専門職言論の文脈においては、表現の自由の保障とあいまって、専門家の言論に対する国家による統制を統制する、というのが本稿の見立てである。この見方は、組織（結社）としての大学の内部運営の自由を否定するものではない。それとは別の憲法的価値を、学問の自由は保障しているとみているのである。

(2) 知識コミュニティの自律

知識コミュニティ理論は、その拠り所である知識コミュニティを、次のようにみている。すなわち、「訓練と実践の帰結として得られた共有知と経験を共有している諸個人のネットワーク」⁽⁸⁷⁾がそれである。知識コミュニティの内部においては、知識や規範が構成員たる専門家によって共有される⁽⁸⁸⁾。知識コミュニティは、したがって、明確な組織ではなく、ネットワークとして存在しているというのである。

かようなネットワークを維持することに、専門家は固有の関心（利益）をもっている。専門家は、自らの属するネットワーク（知識コミュニティ）の

(87) Haupt, *supra* note 1, at 1250-1251.

知識を発展・改善させ、またその専門知識を、当該ネットワークの基準に従って依頼人に伝達する。この反復継続により、知識コミュニティの統合をささえることが、専門家個人の利益ともなっているのである⁽⁸⁹⁾。

知識コミュニティ理論は、このように、ネットワークとしての知識コミュニティの統合に対する専門家個人の主観的利益に焦点をあてている。そしてこの利益を修正 1 条は専門職言論として保障していると説くのである。それゆえ、専門家が導管役⁽⁹⁰⁾として、知識コミュニティの知識を正確に伝達することを阻害する第三者による介入は、知識コミュニティの統合性にかかる専門家の利益を損なうと考えられているのである。ここではあくまでも、専門家の主観的利益の側面が重視されているわけである。

この主張を補強するのが、学問の自由を根拠とする客観法原則である。知識コミュニティの自律は客観法原則を構成しており、それは各専門家の個人的利益に還元できない利益をもっている。その利益は、全ての人が享受する、知識の前進、普及、市場プロセスと価格メカニズムをつうじた計画調整、自発性と謙譲の精神の育成等々である。こうした憲法的価値によって補強されることにより、専門職言論は、表現の自由の保護範囲内で固有の地位を確立するのである。

四 知識コミュニティへの規制

1 「公共」のための規制

(1) 曖昧な公共性

知識コミュニティの自律的側面に憲法的地位を認めるとしても、一定の制約が認められると論じられる。学問の自由、知識コミュニティへの制約がど

(88) *Id.*

(89) *Id.* at 1272-1273.

(90) *Id.* at 1253-1254. 導管役と考えられない場合、すなわち、知識コミュニティの叡智とは異なる知識を伝達することには、専門職言論の保障は及ばないとされる。

のように論じられているのかを批判的に検討しよう。

ある論者は、学問の自由は公的側面があり、公的価値のために制限されると主張する。これによれば、学問の自由の保障は、学問の自由の公的側面があることを認め、学問共同体の公的価値と自律性を特別に承認することに意義があるとされ、大学の自治の制度的保障としての側面が認められてきたのも、この公的価値のゆえであると論じられる⁽⁹¹⁾。

ところが、ここにいう「公的」側面や価値なるものが具体的に何をさしているのかは曖昧である。曖昧な「公的」側面を前面に出して規制を論拠づけることには慎重でなければならない。

また別の論者は、公共の利益として、3つの異なる側面を指摘する⁽⁹²⁾。第1に、自律的な研究活動から生み出される知識が、民主的政策決定過程に適切な知見を提供する、第2に、経済活動のイノベーションの契機をもたらす、第3に、通念にとらわれることなく自らの生を切り拓く個人としてのロール・モデルを社会に提供するといった社会全体の利益である。研究者が自己実現をするだけならば表現の自由の保障で十分であるが、これにくわえて学問の自由を保障した意義は、こうした公共の利益のために保障され、また公共の利益によって規制される点にあると説くのである。この論者は、公共の利益を、民主的側面（第1）、経済的側面（第2）そして社会的側面（第3）によって説明する。そして、学問の自由はそれらの側面に伴う価値のために特に保障されていることをいいたいようである。

しかし、学問の自由がかような公共の利益を促進することはあっても、それは自由保障の結果であり、目的ではない。学問の自由を、人間が無知でありながらうまく振る舞うために、知識を前進させ、市場プロセスにおける計画調整を向上させるために不可欠な自由だと理解すれば、民主・経済・社会

(91) 渡辺・前掲注(81) 201頁。

(92) 長谷部・前掲注(80) 237頁、長谷部恭男編『注釈日本国憲法(2)』（有斐閣、2017年）482頁。

の諸側面から設計主義的に、市場プロセスに干渉されてはならないことが帰結されるはずである。

また、オーストリア学派の自由論に立脚しなかったとしても、公共の利益を 3 側面から多義的に捉え、それを自由保障の内部にビルトインすることは、公共の利益の定義が自由の限界を決めることになり危険である。くわえて、経済的側面に寄与するのは学問が特に有する性質ではなく、社会的側面は単なる機能論にすぎないとすれば、この論者の主張の中で見るべき価値があるとすれば、民主的側面のみである。これはポストが民主的能力の価値として論じているところである。

さらに別の論者は、学問の自由も、公共の福祉のために一定の制約に服さざるを得ないとして、次のようにいう⁽⁹³⁾。研究内容について、研究の危険性を考慮して、遺伝子組換え実験などの場合には施設に応じた研究レベルの設定などの制約も許される。道德倫理、生命倫理的な観点から、動物実験における動物の保護、人間の生命にかかわる研究は、制約も止むを得ない。この立場は、危険性と道德・倫理を公共の福祉の内容と捉えているようである。

しかし、ここで問題とすべきは、危険や道德・倫理を反対利益とした規制の必要性ではなく、規制の規範的正当性である。危険が予測されるとして、予防原則を正当な規制根拠とするべきか、道德・倫理は、リーガルモラリズムとして法的正当性が得られるのかである。

(2) 知識の正確性のための規制

民主的正当性・民主的能力の価値理論は、公共の観点からの規制を、公共的討論空間における規制と考えるのであれば、それは学問の自由への正当な規制理由とはならないと論じるだろう。公共的討論空間では、公共の関心事、あるいは世論へ影響を与えることを保障するものであり、全ての意見は平等

(93) 松井・前掲注 (37) 497-498 頁。

に保障される。しかし、学問の自由の憲法的価値は、民主的能力の価値に依存するから、正確な知識を生産し伝達するのでない限り、学問の自由は修正1条の保護範囲に含まれないことになる。逆に、学問領域に憲法的保護が及ぶということは、知識の正確性について、政府に統制の根拠を示すことを求めることである、という⁽⁹⁴⁾。

この立場に立てば、政府が正確な専門知識の伝達を妨害しようとするときは、政府に統制の根拠を示すことを求めることとなる。これが学問の自由が憲法的価値を有する意義と理解される。政府による妨害には、専門家が顧客に知識を伝達することを禁止したり、誤った情報を顧客に伝達するよう法的に強制することが含まれる⁽⁹⁵⁾。誤りではないが不確かな情報について、知識コミュニティ理論は、政府が知識の正確さを決定するのではなく、知識コミュニティが決定しなければならないという⁽⁹⁶⁾。

情報の開示強制は、消極的表現の自由の問題として考えることもできる。専門家に対して情報提供を義務づけることは、専門職言論の文脈で理解され、知識コミュニティの叡智との整合性が問われることとなる。知識コミュニティ理論によれば、専門家は専門職の一員として、専門職の基準に従って、自らのメッセージを伝達することが強調される。この点で、公的対話においては許されない言論強制が、専門職言論の文脈においては許されるという⁽⁹⁷⁾。

情報の開示強制が、情報の正確性のために求められる場合があることは、その通りである。しかし、それは民主的能力の価値の要請でもなければ、知

(94) POST, *supra* note 5, at 98

(95) 人工妊娠中絶語の症状について誤った情報を患者に伝達するよう医師に義務けたサウス・ダコタ州法の分析については、Robert Post, *Informed Consent to Abortion: A First Amendment Analysis of Compelled Physician Speech*, 2007 ILL. L. REV. 939.

(96) Haupt, *supra* note 1, at 1300. Hauptによれば、医療上のマリファナの使用について、知識コミュニティに統一的な叡智が形成されていなかったとしても、患者に情報を提供することは、知識コミュニティの叡智を侵害したことにはならないという。Id. at 1301.

(97) Haupt, *supra* note 63, at 554-555.

識コミュニティの統合（自律）からの要請でもない。それは、知識の交換がおこなわれる当事者間における、交換後の知識状態に対する期待に依存すると考えればよい⁽⁹⁸⁾。知識コミュニティの叡智を伝達する場合、専門家と顧客の間での知識交換において、正確な知識が顧客に伝達されることが期待される。営利的言論の文脈においても、中古車販売店に、中古車の隠れた瑕疵について情報を開示することを強制することも、中古車に関する知識の交換の後に期待される知識状態から説明できる。交換後の知識状態への期待が、内容の正確性を要求しているのである。

内容の正確性を担保する知識コミュニティのプラクティスと、正確な知識伝達に対する規範的要求は区別して考えられなければならない。

2 学問の自由と思想の自由市場論

(1) 内容規制の許容性

一般に、表現の内容規制・見解規制に対しては、厳格審査基準が妥当すると考えられている。学問の自由を表現の自由の民主的正統性の価値をささえる民主的能力の価値と関連付けて考えるとき、学問研究の内容にわたる規制は、表現の自由規制の場合におけるのと同様に、厳格審査が適用されるのか。

表現の自由の内容規制・見解規制に対して厳格審査基準が適用されるのは、公共的討論空間において、人びとは平等に自由でなければならないと考えられているからだと言はれる⁽⁹⁹⁾。デモクラシーにおいては、各主体は、世論の内容を形成し、政府の行為に影響をあたえようとする平等な権利をもっているということである。これが民主的正統性の価値を裏付けるのだという。

そう考えれば、学問研究についても、専門知識を公共的討論空間に送り出す場合は、内容中立規制・観点中立規制の要求があてはまる。公共的討論空

(98) この点については、井上・前掲注(48) 97-98頁を参照。

(99) POST, *supra* note 5, at 22.

間においては、民主的正統性の価値があてはまるため、専門領域の基準に照らした内容の正確性は要求されない。民主的正統性の価値は、世論形成に参加する話し手の関心を保護し、言論の真実性に依拠したいと思っている聴衆の利益を保護するものではないとされる⁽¹⁰⁰⁾。

しかし、公共的討論空間ではない領域、専門職言論の文脈においては、内容中立規制や観点中立規制の要求は後退すると説かれる。平等な自由が保障される公共的討論空間とは異なり、専門家と顧客のような関係においては、両者は対等とは考えられず、依存的で脆弱な一方当事者を法的に保護すべきだと考えられるのである⁽¹⁰¹⁾。もっとも、連邦最高裁判所は、*Reed* 判決⁽¹⁰²⁾において、政府の規制に対して内容中立性を厳密に要求し、*NIFLA*⁽¹⁰³⁾ 法廷意見は、厳格審査基準の適用を示唆しているのではあるが⁽¹⁰⁴⁾。

知識コミュニティ理論も、専門家の言論内容に関する規制に、厳格審査基準は適用されるべきではないと論じる。この理論は、知識コミュニティの自律的利益とともに、専門家の助言に決定的に依拠する依頼人の自律的利益を重視する⁽¹⁰⁵⁾。知識コミュニティにおいて統合された知識を、導管役としての専門家が正確に伝達しないとき、忠実義務違反（fiducial duty）の責任を負うのだと論じる⁽¹⁰⁶⁾。内容の正確性は、知識コミュニティが決することであるが、それに対する違反に法的責任を負わせることにより、専門領域の知識の正確

(100) *Id.* at 44.

(101) 公共的討論空間における平等性、非公共的討論空間における非対等性については、Robert Post, *Democracy and Equality*, 603 ANNALS AM. ACAD. POL. & SOC. 24 (2006), *Community and the First Amendment*, 29 ARIZ. ST. L. J. 473 (1997).

(102) *Reed v. Town of Gilbert*, 135 S. Ct. 2218, 2233 (2015).

(103) *National Institute of Family & Life Advocates v. Becerra*, 138 S.Ct. 2361, 2374 (2018).

(104) Haupt, *supra* note 63, at 527-528.

(105) Claudia E. Haupt, *Professional Speech and the Content-Neutrality Trap*, 127 YALE L. J. FORUM 150, 172 (2017).

(106) *Id.*

な伝達を、法律が保障することとなるのである。ポストも同様のことを、法律は、専門家の表明が専門領域の水準に照らして真実であることを担保する保証人なのだと評している⁽¹⁰⁷⁾。

わが国における次のような言説も、概ね同様の趣旨と思われる。「学術活動は多くの内容にかかわる規制があってはじめて成り立つし、社会に貢献し得る成果を産み出すこともできる。学問の自由の意味は、そうした学術活動に対する内在的規制が、当該学術機関とそのメンバー自身……の自律的な規制でなければならない点に存する」⁽¹⁰⁸⁾。

ここで留意しなければならないことは、学問研究への直接的な内容規制として語られているのは、知識コミュニティの構成員相互による自律的規制ということである。これは伝統的に対国家的防衛権として理解されてきた自由権とは位相を異にするのである。ピア・ジャッジメントの結果に法的強制力（不法行為責任等）を結びつけることで、はじめて真正の憲法問題となる。この構造は、記事を寄稿した評論家と、それを編集掲載した出版社、名誉毀損を訴える原告の関係と類似している。評論家の提出した記事を、出版社が編集権を行使し内容を審査し、掲載に値する、しない、あるいは修正を求め等したとしても、それ自身は内容規制や検閲の問題を生じさせない。記事そのもの、あるいは編集権の行使・不行使に対する法的評価が憲法問題をはらむのである。同様に、専門家個人の助言、知識コミュニティによる知識の正確性判断に対する法的評価が憲法問題なのである。名誉毀損の事例は、裁判所が表現内容を直接審査し違法・適法の評価をする直接的な内容規制であるのに対して、知識コミュニティの知識の正確性判断を与件として、裁判所が直接的に内容審査をしない専門職言論の事例は、いわば間接的な内容規制ともいうべきであろう。両者ともに内容規制であるといえども、相違があるこ

(107) POST, *supra* note 5, at 45.

(108) 『註解（上）』・前掲注（63）460-461、長谷部・前掲注（92）484頁。

とに留意しなければならないのである。

(2) 思想の自由市場論の排除か適用か

学問の自由に関しても思想の自由市場論が適用されるべきだろうか。古典的な思想の自由市場論を提唱したのは、ホームズ（O. W. Holmes）裁判官であった⁽¹⁰⁹⁾。真実と虚偽とを戦わせれば真実が打ち勝つであろうという素朴な考えであった。この思想は、言論には言論で対抗せよという対抗言論（モア・スピーチ）の保障として理解されてきている。専門家の研究あるいは成果発表にも、かかる思想の自由市場論が妥当するのだろうか。

これを肯定する見解もある⁽¹¹⁰⁾。おおよそ次のようにいう。ある学問研究が危険であると考えられるとしても、それは本来自由である。表現の自由の場合と同じく、発表がもたらす弊害は、思想の自由市場における対抗言論によって除去されなければならない。発表禁止の合憲性は、明白かつ現在の危険テストで審査される。

肯定説に対しては異論も多い。ポストはいう。専門的知識を生産するプラクティスは、科学的手法によるのであり、思想の自由市場論は民主的な世論形成にかかわるものである⁽¹¹¹⁾。専門知識をわれわれが信頼するのは、それが科学的手法により専門分野の基準を適用して生産されたからであり⁽¹¹²⁾、思想の自由市場において支持を集めたからではない。したがって、専門知識の領域においては、大学は研究者の研究内容を、専門的基準に基づいて評価したり規制したりすることも許される⁽¹¹³⁾。否定説はこのように論じるのである。

(109) *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616, 630 (1919) (Holmes, J., dissenting).

(110) 渡辺・前掲注（81）204頁。

(111) POST, *supra* note 5, at xii.

(112) *Id.* at 7-8.

(113) *Id.* at 67. アメリカにおける学問の自由保障において重要な地位を占めている1915年の声明（The 1915 Declaration of Principles on Academic Freedom and Tenure）が思想の自由市場論を採用していないことは明らかであることを、ポストは指摘する。*Id.* at 66.

わが国における否定説も、次のように論じている⁽¹¹⁴⁾。結果的に思想の自由市場を支配した思想が真理であるわけではない。真理が何かは多数決では決まらない。学問上の真理は、合理的な手続と方法によって理論や仮説の正しさの証明によって決せられる。思想の市場理論は、真理概念が典型的にはあてはまらない政治的、思想的あるいは美術的主張について妥当する。

この説は、思想の自由市場を多数決と等価であると見ているようである。仮にその見方が正しいとすれば、物事の真理は多数決では決まらないのは言をまたない。しかし、多数決は物事の決定方法のひとつにすぎない。思想の自由市場論を多数決による決定方法とみるのは正しくない。政治的決定は多数決によってなされるが、思想の自由市場における政治的主張は、多数決によって勝ち残った言論だけが許されることを意味しない。思想や美術に関する主張も、多数決で規制の当否が決せられるわけではないだろう。思想の自由市場論は、色とりどりのアイデアを自由に表出させることの重要性を説く理論であり、アイデア相互の議論の着地点を指定する理論ではないのである。この点に留意して、思想の自由市場論が、学問の自由領域にも適用されるかを再検討するべきだろう。

知識コミュニティ理論は、専門職言論には、ホームズ流の思想の自由市場論は当てはまらないが、専門家相互の思想の市場は存在するという。ホームズ流の理論が当てはまらないのは、専門家は、自らの研究成果を、市場によるテストによって判定されることを求めていること、表現内容の真実性は、知識コミュニティが判断すべきことにある⁽¹¹⁵⁾。他方で、専門的叡智は、専門家相互の対話のなかで生成されるルールによって、その真実性が判定される。その内部的プロセスは、ホームズ流の思想の自由市場に似た、専門知識の市場となる。ただし、専門知識は専門的基準によって検証され、専門家で

(114) 長谷部・前掲注 (80) 237 頁。同・前掲注 (92) 484 頁。

(115) Haupt, *supra* note 1, at 1273-1274.

ない者はこの市場に算入できない点が、通常の商品の自由市場とは異なる、という⁽¹¹⁶⁾。

わが国の論者も次のことを指摘する。すなわち、“学問研究は、本来的に長期にわたる活動であって、短期的な真理の見方や効率性からその真価が評価されるべきでなく、その営為への評価は、学問世界における「思想の自由市場」によって決定されなければならない”⁽¹¹⁷⁾。

本稿は、オーストリア学派の自由論について、先にふれた。オーストリア学派は、市場を計画調整のプロセスとみている。市場プロセスにおける競争が、企業家精神によって駆動され、未知なるものを発見し、人間の無知を緩和しながらわれわれを新たな地平へと誘う。この繰り返しのなかで、知識は前進していくと考えていた。人間の知識が最も不確かな領域、知識の最先端こそ、発見のプロセスとしての競争、市場プロセスの保障が有効だと考えられる。ゆえに、このように再定義された思想の自由市場論は、学問の自由領域においても妥当すると考えるのが適切である。

3 制約の正当化論

(1) ガイドライン

専門職言論は学問の自由を背景としている。学問の自由の制約論拠が、専門職言論の制約論拠ともなり得る。かような専門職言論≡学問の自由の規制類型としては、政府が専門家に知識コミュニティの叡智と矛盾するような情報を伝達するよう要求したり、専門家が知識コミュニティの叡智を伝達することを禁止することがあげられる⁽¹¹⁸⁾。知識コミュニティ理論は、この種の規制は、専門家個人の利益のみならず、専門職を導管役として叡智を広める知識コミュニティの利益をも害する、と指摘する⁽¹¹⁹⁾。

(116) *Id.* at 1275.

(117) 阪本・前掲注(3) 182頁。

(118) Haupt, *supra* note 1, at 1297.

民主的正統性・民主的能力の価値理論は、民主的能力の価値が正確な情報の創造と普及に憲法的価値を付与する限度で、学問の自由が修正 1 条の保護範囲に含まれると考えている。そして専門知識の正確性は、専門領域のプラクティスによって判定されるとし、政府はその判断を尊重するべきだと考えていた。

学問の自由への制約理論の歯切れの悪さは、このように、知識コミュニティあるいは専門領域の自律に対する尊重を第一としながら、規制の必要性・許容性を論じるところにありそうである。

ある論者は、次のように指摘する。“学問の自由は、学術活動を成り立たせるための内在的制約のほか、社会全体へのリスクを勘案した外在的制約も受ける。いずれも高等研究機関とそのメンバーによる自律的な制約であることが原則である。遵守すべき手続や研究活動のリスク評価は、当該分野の研究者がよく理解するところであり、外部からの圧力に晒されやすいことから、研究者集団の真摯な討議結果を反映したガイドラインに頼るべきである”⁽¹¹⁹⁾。また別の論者は、やや詳細に分析してみせる。“学会や研究機関のガイドラインに基づく自主規制、所轄官庁のガイドラインに基づく行政指導、法律に根拠をおく法的拘束力のある規制の三つが混在しているが、学問共同体の自律性を尊重する立場からは、学問上の組織や手続などの枠組み形成を法律の役割としつつ、実質的な基準の形成を学会や研究機関の自律的判断に委ねることが妥当である”⁽¹²¹⁾。そして次のように続く「ただし、学問共同体の作法に従わない者も存在する以上、法律上の実体的規制も、最小限度において認めざるを得ない」⁽¹²²⁾。

これらの見解において、学問への尊重と規制の必要性の、よくいえば葛藤、

(119) *Id.*

(120) 長谷部・前掲注(92) 492 頁。

(121) 渡辺・前掲注(81) 206 頁。

(122) 同 206 頁。

悪くいえば歯切れの悪さは拭えない。完全な自主規制を超えて、行政指導であっても国家による介入がおこなわれるとき、自由は縮減する。科学者による信念に基づく暴走を食い止められないとも言われるが、信念に基づく暴走が食い止められないのは科学者のみならず、宗教家や冒険家も同じである。危険を過大に評価することはやめるべきである。

逆に、専門家の自律的判断を警戒する視点も指摘されることがある。専門家は、自らの所属する専門分野の理想を、人類が目指す唯一の理想であるという幻想を抱きがちである。「そうした専門家たちが、政策決定できる立場に近づく時、それは単なる幻想ではなくなる」⁽¹²³⁾。この指摘は、専門家が合理的設計主義により市民社会を計画してしまう危険性ととともに、専門家の自律的判断というオブラートに、政治的思惑が潜む危険性も指摘していると理解できる。

(2) 加害原理、感情侵害原理、予防原則

学問の自由の制約に関する歯切れの悪さは、次の点にもあらわれている。“最先端の科学研究に関する内容規制には、それを正当化する十分な根拠が必要であるが、社会に及ぼす影響の甚大さによっては、予防原則が当てはまること、つまり確実な知見に基づく必要不可欠な規制のみが目的と厳格に適合する枠内のみで正当化されるわけではないこともあり得る”⁽¹²⁴⁾〔頭点は井上〕。“学問研究がもたらす弊害の発生に高度の蓋然性が認められないという場合でも、取り返しのつかない弊害の発生に備え、予防原則に基づく事前規制が容認されるべきだと唱えられている。これに従えば、事前規制の合憲性の厳格審査は控えるべきことになる。仮に予防原則に基づく事前規制が許されとしても、最新の科学技術の水準に照らして、絶えず規制の妥当性が見直され

(123) 仲正・前掲注(40) 58頁。

(124) 長谷部・前掲注(92) 484頁。

る必要がある”⁽¹²⁵⁾。

これらの見解は、学問の自由・専門領域の自律の尊重から出発し、自主規制、自主規制の不十分さ、自主規制違反者への制裁、重大な害悪発生のおそれと、規制の論拠を順次拡張していき、もはや当初の出発点を見失っているがごとくである。規制の妥当性を絶えず見直したとしても、最先端の科学において危険が過大に評価されることはなくなるだろう。自律性の尊重を一步踏み外すと、そこは滑りやすい下り坂となっているのである。

この点を明確に意識する見解は、「学問の自由は、ある研究のもたらすであろう弊害を予測して限界づけられてはならない」⁽¹²⁶⁾と指摘する。学問の自由の限界は、「普遍的原理を組み入れた、憲法上正当な基礎をもっているルールによって画されなければならない。その普遍的原理は、『加害原理』または『感情侵害原理』である」⁽¹²⁷⁾と歯切れが良い。この見解は、生命・健康、自然等への取り返しのつかない大規模で重大な影響とされるものは、“神をも恐れぬ人間の傲慢さ”といった宗教的な立場を根底にもっているのではないかと疑いの目を向ける。そして、学問の発展のためには、規制は研究者集団の自主的判断に委ねるのが賢明であると指摘している。

本稿のテーマは、専門職言論を支える学問の自由を検討することであった。この点からすると、学問の自由全般にわたる制約論拠や限界を論じることは荷が勝っている。ここでは次の点を指摘するに留めよう。知識コミュニティの自律性を尊重するならば、行政指導であっても政府の介入は差し控えるべきであること、自主規制に徹し、予防原則を根拠として、専門家への言論統制をするべきではないこと、専門家の自律的判断を政治的判断とした場合にもリスクのあること。

(125) 渡辺・前掲注 (81) 207 頁。

(126) 阪本・前掲注 (3) 184 頁。

(127) 同・184 頁。

おわりに

専門職言論は、顧客の状況に合わせて個別化され、権威を与えてくれる学問的知識体系と結合され、話し手と聞き手の間の知識の非対称性、話し手の助言に対する聞き手の依存、そして当該助言の正確性に対する信頼により他と区別されるような言論であり、社会的関係のなかで生起する⁽¹²⁸⁾。ここに個人の主観的権利をこえる客観的利益の保障部分を読み取ることができるのではないか。これにより、個人の主観的権利には還元できない、学問的体系により統合された知識コミュニティを想定し、その専門職的自律に国家は敬讓しなければならないという客観法原則を導出できるのではないか。知識コミュニティへの敬讓を要求する客観法原則は、制度構築の裁量統制として機能させることができるのではないか。こうした関心に憲法上の基礎をあたえるために、本稿は学問の自由の保障の意義を専門職言論保障と重ね合わせながら論じてきた。

第1章では、民主的正統性・民主的能力の価値理論を提唱するポストの言説の概要をみた。ポストの言説は、学問の自由が明文保障されていないアメリカ合衆国憲法の文脈で理解されなければならない。学問の自由を修正1条の保護範囲に含めるため、表現の自由保障の延長線上に位置づけようとする努力であると限定的に評価する方が良い。わが国において、学問の自由は明文保障されており、表現の自由の延長線上で捉える必要はない。むしろ学問の自由も表現の自由も統一的自由の体系のなかで整合的に理解されるべきであろう。

その観点から、第2章ではハイエクに代表されるオーストリア学派の自由論を参照し、市場プロセス、競争、企業家精神等の基本的用語に依拠しながら、学問の自由に従来とは異なる角度から光を照射した。そして、学問の自由は、知識を進歩させるための市場プロセスの保障であるを論じた。

(128) Haupt, *supra* note 63, at 529.

第 3 章では、知識コミュニティへの敬讓の規範的論拠について検討した。民主的正統性・民主的能力の価値理論は、知識の正確性と民主的能力の価値を結合させて、知識コミュニティへの敬讓を正当化しようとした。しかし、知識の最先端においては、専門家でさえ何が正確なのかを判定できない。正確性を判定できない知識は、民主的能力価値をもたないことになりはしないか疑念が生じる。これに対して、オーストリア学派の自由論は、無知であるがゆえに自由の保障が必要であることを主張する。無知が最大となる知識の最先端でこそ、自由保障が最大化されなければならないだろうことを論じた。

学問の自由の限界は専門職言論の限界と重なるがゆえに、第 4 章では、学問の自由への規制についての議論を瞥見した。学問研究の自律性を口にしなが、先端研究の危険性を過剰に評価し、法規制の必要性を説く論者は、学問研究の自律性を軽視していることを示唆した。専門職言論の文脈においても、普遍的な憲法原理である加害原理や感情侵害原理を原則とするべきことを指摘した。

本稿では、学問の自由と表現の自由の交差する専門職言論について、憲法上の理論的基礎づけを中心に検討してきた。専門職言論の統制について、個別具体的な制度のあり方についての検討は、他日を期することにした。

【付記】 本研究は JSPS 科研費 JP19K01299 の助成を受けたものです。