

政治と専門家の憲法問題：「政治による道具化」と 「専門家の政治化」

高橋，雅人
九州大学大学院法学研究院：准教授

<https://doi.org/10.15017/4151205>

出版情報：法政研究. 87 (3), pp.163-184, 2020-12-18. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

政治と専門家の憲法問題

——「政治による道具化」と「専門家の政治化」

高橋雅人

はじめに

一 統治のための「知」

(一) 国家行為の前提としての知

(二) 専門知の必要性

二 法治国家の合理性要請

(一) 法治国家原理による合理性要請

(二) 合理性要請の意味

三 合理性の限界論

(一) 合理性の要請の陥穽

(二) 政治システム／学問システム

四 専門知の取扱い

(一) 合理性の条件

(二) 国家機関による専門知の取扱い

五 専門知のガバナンス

(一) 「政治による道具化」と「専門家の政治化」

(二) 専門家の憲法上の権利

(三) 立法の責任

結びにかえて

はじめに

統治をおこなう国家は、今日、ますます情報を必要としている。もとより、現代国家には、事実の存在の集積としての「情報」が必要で、その取扱いをめぐっては、国家による情報収集、管理、公開に関する公法学の王道の問題群がある。村上裕章教授は、情報公開、個人情報保護、行政情報手続において、その研究の最前線を切り拓いてこられた。^① 国家における情報公開の問題は、このところ、情報の隠蔽、紛失を含め、かつてないほどの問題を抱えている。^② これらは、事実の存在を基礎に、その収集・管理・公開等が問題となる。

その一方で、とりわけ、緊急事態宣言が発出されているような状況では、事実が必ずしも発生しているわけではない。「知」をどう取り扱うべきかが、重要な課題となる。確たる情報や知はもちえないものの、発生し得る「リスク」に対処しなければならぬからだ。ここでは、「情報」の意味をすでに存在または発生した出来事・事件の集積としてとらえ、他方、その出来事を利用できるように加工・処理・整理した情報認識・分析の蓄積を、「知」としてとらえることとする。^③ とくに、事実の存在を基礎としない状況、事実が発生しているかもしれないが十分に認識できていない状況、または、事実そのものが発生していない段階で、しかし、事後に何らかの被害（健康被害、災害等）が発生しうる状況（便宜的にリスク状況と呼ぶ）での、政治における（政府の）「知」の取扱いを、ここで問題としたい。^④ かかるリスク状況を前提とするため、本稿でいう専門知は、自然科学に限定する。

二〇一一年三月の原子力発電所の事故をきっかけとして発出された緊急事態宣言はいまだ解除されておらず、また、二〇二〇年四月七日に発出され、五月二五日に解除された緊急事態宣言も記憶に新しい。一〇年経たないうちに、二度も緊急事態宣言が出される状況は、統治においても必然的に常ならざる対応を迫られる。この期に及んで、国家による「知」の取扱いが注目されている。^⑤ ここでは、ある種の「専門家支配」や「専門家の政治化」といえるような専門知の

活況が見られる一方で、専門知または専門家の「政治による道具化」の状況も見受けられる。前者は、政治決定の実質的な主導権を専門家が握ることにつながりうるし、後者は、政治決定を政治家が舵取りしつつ、専門家を恣意的に利用する事態に至りうる。緊急事態宣言が発出される状況は、危険を把握するのが困難な「リスク」の要素が多く、現状把握のために、科学的知見がなければ統治も不可能であることから、必然的に専門家による専門知の提供が必要不可欠であり、その点で「専門家の政治化」を招きかねない。その一方で、こうした「リスク」を前にして、状況を把握し、事態をコントロールしている（“the situation is under control”）ことを国民に知らせたい政治側は、必然的に、提供される専門知を「道具化」することで、状況を説明することになる。したがって、この二つの側面は、実はこの状況下では必然の事態ということになるのかもしれない。

しかし、はたしてそれでいいのか。この「専門家の政治化」も「政治による道具化」もいずれも、民主主義原理や法治国家原理といった近代憲法学の基本構成要素である諸原則にふさわしくない。したがって、問題は、このどちらをとるか、ではなく、どちらにも至らず、客観的に状況を把握し、適切な統治をおこなうために何を求めるべきか、を問うことである。

一 統治のための「知」

（一）国家行為の前提としての知

近代国家は、統一的な国家権力へと、個々の統治権限を国家に集中させていることが想定されている。したがって、国家の行為も統一的に考えられ、そのために、知の統一が前提とされる。⁹⁾

近代的官僚制の特質を描写したマックス・ヴェーバーは、専門分化した知識が、官職者の権力的基礎となっていき、その統治に不可欠のものとなっていたことを示している。ここでは、常設の合議機関の報告によって、統治の決定につなげていく。「この種の合議的官庁は、したがって、統治者がますます『素人 (Dilettant)』化すると同時に、専門知が利用され、(しばしば見過ごされているが) 専門知の増大する優位に対して、統治者の地位を守ろうとするという典型的な形式となっている。統治者は、ある専門家を他の専門家によってけん制し、そして、自らも、手間のかかる手続を通じて、全体像を探索し、恣意的な決定をそそのかされていないという確信をもとうとする」。こうして、統治者は「うまく」専門知を吸収し、それを利用して統治につなげようとする姿が描かれている。もともと、こうした専門知の統治者による利用がどれほどうまくいくかは一般論として断定できないとするが、次のようにまとめている。「合議制原理によって、統治者は、さらに、専門家たちを集合的な統一体へとまとめようと、ある種の綜合 (Synthese) をはからうとする。いかなる成果がえられるかは、一般的に確認することはできない。この現象自体は、家産国家およびレーン国家から、初期官僚制までの非常に多様な国家形式に共通している。……この現象は、行政の『客観性』をえるための最も強力なしつけの一つであった。社会的に影響力ある私人を招き入れることで、名士たちの権威や私経済の知見を一定程度、職業官吏の専門知と結びつけることもできた。この合議制は、『官庁』という近代的概念を、人格 (Person) から独立した頑丈な構成物の一つとして発展させることのできた最初の制度の一つであった」⁽¹⁰⁾。

近代国家の政治にとって、合議的かつ専門分化した官僚制は、政治家に専門知を提供し、ヒエラルヒッシュな官庁組織によって、政府から上級行政機関そして下級行政機関に意思を伝達する仕組みのなかで、合理的な国家運営を実現することができるようになっていった。「官僚行政が意味するのは、知に基づく統治である。このことは、統治に特有の、合理的な基本的性質である」⁽¹¹⁾。合理的な統治を実現するために、知に基づく統治が必要で、行政は「法律の具体的な適用に関する知を、任務遂行のために必要としている」⁽¹²⁾。すると、近代憲法国家において、官僚行政および執政を含めた

広義での執行権の統制が、立法府および司法府による「知」の適切性の保障を、その狙いとすることは必然であろう。

とはいえ、それが憲法上、いかなる問題なのか、その問題視角は必ずしも明らかになっていない。とくに日本の憲法学は、執政を含めた広義の執行権において、専門家が政策形成過程および政策決定にいかに関与するのかについて、理論的な検討はまだ始まったばかりである。いま、かりに、この課題を「専門家法論」と呼ぶなら、それは、政治が専門知をいかに取り入れ、どこまで外部専門家を招き入れ、決定への影響にどこまで及ぼしうるかなど、専門家と政治の距離を測らねばならない。その一方で、専門家が政治の政策形成過程に関与することで生じうる効果、とくに、議会の影響力を弱体化させる「脱議会化」や、政治家の行為の責任を専門家に転嫁させてしまう「責任の専門化」、それとともに、政治そのものが専門家によってコントロールされるという「政治の専門化」を考慮しなければならない。これらについて検討するためには、手続・組織法上の検討を要する¹⁴⁾。そして、専門家が政治に取り込まれる「専門家の政治化」に対処するためにも、多様な専門家の多様な「学問の自由」を基本権論として考慮しなければならない。

専門家法論の体系的考察には、このような統治機構論および基本権論を含めた包括的な検討を要し、それは遙かなる道程となるだろう。それでも、統治の過程に専門家の関与がますます必要かつ重要になっている今日、専門家法論の考察はますます求められているといっていいたいだろう。本稿は、この専門家法論の議論の手がかりをドイツ公法学の議論を参考にして探りたい。

（二）専門知の必要性

原発事故対策においても、感染症対策においても、国家的政策には、信頼できるデータに裏付けられた専門的な知見が必要となる。今般の新型コロナウイルス感染症対策として行われている政策には、欧米で行われたように、外出禁止

や営業停止の命令を發出する場合もある。本稿を執筆している二〇二〇年八月末の日本でも、相変わらず、そうした強制的措置を要請する向きもある。こうした大規模な行動規制は、憲法上の最も基本的な権利である移動の自由・営業の自由や集会の自由を制限しうるし、ひいては、葬儀を密に行うことを禁止し、結果的に宗教的な集会も制限することになりうる。特定の業種や人、そして宗教をねらい撃ち的に制限するわけでなく、生命という「憲法上の最高の法益」との比較衡量において、それらの憲法上の権利の制限は正当化されうることになる。⁽¹⁵⁾

制限の正当化については、制限する側には、制限する権利の性質・態様に応じた制限の目的および手段の合理性・必要性が説明されねばならない。そして、生命という重要な利益保護という公共の福祉を理由として、政策判断に若干の裁量が認められる場合でも、その判断過程に過誤・欠落がないか、検証の余地は当然に残る。感染症予防対策のために宗教活動の制限、表現活動の制限、経済活動の制限を行ったとして、その判断の前提には、感染症に関する専門知が必要となるし、制限の判断については、この専門知に基づいた十分な説明が要請されることとなる。⁽¹⁶⁾ 政策決定に対する合理性の要請である。

二 法治国家の合理性要請

(一) 法治国家原理による合理性要請

古典的に、官僚制は、専門的に訓練を受け、客観的に職務を遂行する、専門性・継続性・精確性・迅速性を備え、文書主義と法に縛られて形式的な合理性を提供する、とみられてきた。⁽¹⁷⁾ 「近代国家は合理的国家」であり、「合理的国家においては、合法性に基づく統治が行われる」と。⁽¹⁸⁾ 計画的で客観（没主観）的な官僚行政こそその利点として、合理的な支

配が実現されることになると考えられた。これに対して、近年では、社会・経済・環境の複雑性の増大から、行政が判断過程に行政の外部の専門家を組み込む必要が指摘されるようになった。それは、法治国家原理に由来する「合理性」確保のためだとされる。できる限り「正しい」決定を行うには、関係する事実に関して詳細に認識できるように求められ、国家の決定過程の中心に、情報の獲得、加工、使用という知の扱いが置かれることになる。これによって、国家行為の可能性が創出されることになる。¹⁹⁾ 外部の専門家を組み込む手続次第では、行政外部の知が決定過程に供給され、求められるべき実体的正しさや予測可能性を得ることが期待される。

ドイツでは、法治国家原理の要請として、①国家の目的適合的かつ実効的な任務が可能となる国家行為の組織化、そして、②法的安定性を確保した予測可能な国家行為を求めている。²⁰⁾ この合理性の要請から、統治における国家的決定に、特定の知を必要とすると考えられる。

（二）合理性要請の意味

政策決定の判断過程において、なぜ専門知が必要になるのかは、必ずしも、法治国家的な合理性要請だけが理由ではない。政策が合理的に形成されている、ということそれ自体が、市民への政策の受容（Akzeptanz）につながるからでもある。この受容は、行政決定について、市民が受け容れることであるが、それは、決定が「適切」であると評価されなくとも、市民が「承認に値する」ものとして、同意せずとも甘受することまでも含む。したがって、政策形成および政策決定が合理的であることは、受容につながりやすいのである。受容されれば、行政の民主的正当化を支えることになる。²¹⁾ それゆえ、合理性と民主主義原理は密接な連関を有している。

もつとも、ここでの「合理性」が何を意味するかで、「受容」の本質も変わってくる。決定の受容は、政治への「服従」

の契機とも接点があり、「合理性」の意味内容しだいでは、主体的な市民による受容ではなく、政治による恣意的な支配をも正当化しかねない。したがって、合理的な執行について、合理的な立法と、合理的な司法による統制が求められることになる。本稿の文脈でいえば、専門知を政治の決定に取り込む手続および態様にこそ、その合理性の意味を見出さねばならない。

三 合理性の限界論

(一) 合理性の要請の陥穽

このような合理性の要請は、国民からの予測可能性も勸案し、ますます強まっていくはずである。しかし、専門知を政治に組み込むことについて、この合理性の要請をその根拠とした場合、そこにはある種の陥穽があるのではないかと思われるのである。というのも、政治にとつては、政策判断において、わからないことがあるために専門知を要する。すると、政治は、専門家から得た知見を、専門家の学問的な研究の苦労や努力、あるいは、誰とどのように共同研究を行ったのかなど、その研究の過程とは無関係に、利用するようになる。すると、ここでの専門知または専門家の利用は、「合理性要請」から導き出された合理的な事項といえるのだろうか。ここに疑問が生じる。というのも、こうした政治による専門知または専門家の利用には、政治が自己目的を達成させるために、恣意的に専門家を選任し、統治の正当性を自在に調達している可能性も含まれるからである（＝専門家の政治による道具化）。専門家の見解の多様性を確保し、その選任の適切性を保持し、および、専門知の選任の理由づけについての説明があつてこそ、「合理性」といえるのではないだろうか。

ここに、「合理性の限界」論を指摘することができるように思う。このことを明確化させるために、ルーマンのシステム論を補助線として使いたい。

（二）政治システム／学問システム

「決定」に着目する政治システムは、過去と未来を分かつかどうかの判断を行う。既知の過去と未知の未来の間に、現在がある。「過去と未来を再構成する間の妥協」としての現在である。既知の過去から、未来のオルタナティブを、決定によって縮減してゆく。過去と未来は目的によって方向づけられ、オルタナティブが縮減され、決定によって未来を構造化する。政治システムが決定を行う決定過程を観察すると、主体的な決定というよりも、テーマの確定が基軸となる。たとえば店の閉店時間がテーマとなると、誰が決める、というのではなく、「店を開ける」「店を閉める」というオルタナティブが考えられることになる。決定はそのどちらかではなく、一つを選択すれば、ほか様にもありえたといい代替案だけが、つねに存在しつづける。ただ、民主政にとつては、ほか様にもありえたという代替案を知らないことが、民主政の成立条件になる。もつとも、それで政治が貫徹しようとしても、短期的な成果しか得られない。

こうした政治と知をめぐるコンテクストのなかで、専門家の役割が考えられる。通常、専門家には、未来の不確かさを縮減してくれることが期待される。しかし、実際には、事実に関する詳細すぎる専門知が展開され、その専門知に基づいて決定をしようとする、かえって複雑化によって判断が阻まれ、予測と、予測に基づく決定が困難になる。決定は、因果連関を明確にすることで通常は納得され、受容されうる。にもかかわらず、政治は、専門家を組み込むと、そのことによって、かえって複雑化を招き、複雑化の縮減のステップを増やしてしまい、過剰負担へと追い込まれるおそれもある。⁽²⁾

つまり、専門知を政治に提供してもらうことが、政治の合理性に資すると考えるだけでは、実際には問題がある。専門知をどのように取り込むのかという所定のルールの下で、専門知を組み込む工夫がなければ、政治はかえって前に進めづらくなるのである。専門家は、政治が考えなかったような可能性を発見または発明するため、政治にとっては「無知」が増大することになる。

ここに、政治システムと学問システムのそもそもの発想の違いが横たわっているのである。政治は（権力をもって）〈決定するかしないか〉というコードに基づくが、学問システムは〈真か偽か〉というコードに基づく異なる論理で 작동している。つまり、学問システムにおける専門家は、知の獲得・析出の困難さを前提にして、それを学問（科学）の課題としていて、析出された専門知を使って、政治がどのような決定を行うのかとは、無関係である。これに対して、政治は、特定の期間に、反対意見と関係なく、特定の見解・知見に立って、決定を下さねばならない（もちろん、決定を下さない決定も含めて）。つまり、学問的な真理と無関係に政治の事情によって決定が行われるのである。こうした食い違いがある。

この差異を無視すると、学問システムを度外視した政治システムの側で、専門家の「政治による道具化」が、他方で、政治システムを度外視した学問システムの側で、「専門家の政治化」が生じうることになる。とりわけ、リスク状況においては、いかに規制をすべきかがわからず、専門家集団にその規範化・基準化を委ねてしまいがちになる。これによって、議会制民主政は、専門家の助言を受けて、「テクノクラシー」へと転倒し、政治的決定が政治ではなく学問に基礎づけられたシステムになる²⁶⁾。したがって、この差異を前提にしたうえで、専門知が政治の合理性に資する仕組み（専門家法論）を構築しなければならず、そのために一定の条件整備が必要となる。

四 専門知の取扱い

（一）合理性の条件

政治の合理性の要請から具体的に何を導くのかは、実際には難しい。人は、合理的に行動するわけでもなく、合理的な決定など、不完全なままである。²⁴⁾「専門家の政治化」と「政治による道具化」を回避する条件こそが、法治国家の合理性要請に適うはずである。では、それはいかなる条件なのだろうか。

リスク状況において、「知に基づく政治」という前提は崩れやすく、むしろ、何がどのように起きるのがわからない状況なのだから、政治の外部の専門家に頼り、「知らないということに基づく政治」を語ることで、つまり、所与の知では決定し得ない状況にあることで、政治的決定の受容を基礎づけることになる。²⁵⁾そこで、いわば、政治の側が開き直って、わからないんだからしょうがない、となれば、極端には、政治と専門家の「相互道具化」を許容し、決定の「合理性の解消」にまでいきつくこともありえてしまう。²⁶⁾

（二）国家機関による専門知の取扱い

リスク状況に対処するために、政治がいかに専門知を扱うべきかは、それぞれの国家機関ごとに対応が異なる。専門分化した各官庁職員が、一定の専門知を有するが、それ以外に、外部からの研究者などの専門家の助言を求める。また、その政策の方向性を定め、いかなる措置を採るかを立法によって規律する。その際にも、専門家による助言を必要とする。たとえば、連邦議会では、議事規則（GOBT）に、「専門家・利益代表者・その他の情報提供者」の公聴会の開

催について規定されている（同七〇条一項）。また、複雑な事案については、特別の調査委員会（Enquete-Kommission）が設置され連邦議会議員及び外部専門家によって議論が行われる（同五六条）。たとえば、最近では、人工知能（AI）による生活、ドイツ経済、労働状況への将来的な影響に関して、技術的・法的・倫理的観点から議論が行われる「AI特別調査委員会」が連邦議会に設置されている。また、「研究、技術および技術影響評価のための委員会」が技術影響分析・評価を行うことになっている（同五六a条）。

とはいえ、立法者による規律は、科学的に不確実性の高いリスク問題については、「一般的な安全性の要求を規定するにとどめることが通例」で、行政による規範定立が重要になってくる⁽²⁷⁾。となると、具体的に規律を行うのは、連邦政府またはラント政府が発布するか、法律による大臣および下級行政庁への委任による法規命令の定立ということになる。

この点、二〇二〇年三月のドイツでの新型コロナウイルス感染症対策の憲法問題が想起される。同年三月二七日に成立した感染症予防法の改正法の二八条と結びついた三二条の授權によって、外出・接触禁止の措置が各ラントにおいて行われた。感染症予防法二八条は、患者や感染の疑いのある者に対する移動制限・立入禁止の「保護措置」規定であり、同三二条は、伝染病撲滅のための命令および禁止の法規命令発布のラント政府への授權規定である⁽²⁸⁾。

この改正法が連邦議会で議決された翌日の「憲法ブログ」に掲載した記事において、メラースは、次のように述べている。「公共的生活全般の停止、つまり、政治デモ、コンサートそして礼拝の感染症予防法による終結、などに賛同する見解はあまりない。これに対して、ラントが一般条項を使って、「その一般条項の」隙間を埋める、というような見解もあるが、それは些かおかしい。そうした考え方は、一般緊急事態法を、特別警察法から導出しているのである」⁽²⁹⁾。そして、メラースは、感染症予防法五条が規定する連邦保健省への法規命令の授權について言及する。基本法八三条に基いて、本来、連邦法律の執行権限はラントの固有事務であるにもかかわらず、感染症予防法五条二項は、連邦省に授權を行っている。このような権限の配分は、法律レベルで行うことは不可能である。そもそも、連邦保健省が国境での

固有の保健警察権を有しているのか、ドイツ国籍保持者の入国を拒否する可能性もありうるのか、連邦警察の権限とラント保健庁の権限の関係はどのようになってきているのか、と疑問を呈している。そのうえ、感染症予防法五条二項三号が「法規命令により、連邦参議会の同意なく、この法律規定の例外を許可」しているが、限定もなく、法律の適用除外とすることは問題であり、法律による法規命令の授権を定めた基本法八〇条一項に反している。

この政治過程は、連邦とラントの執行権の間で、対話が行われ、ラントの執行権限と連邦参議会の関与のなかで調整が必要となる。連邦省が単独で規律できるのであれば、そのような調整は抜け落ちてしまう。そのうえ、最終的な民主的調整の箇所となる連邦内閣までも拒否するということには、不安にならざるをえない。今のような緊急事態において、政治的関心の中心にある諸権限が、個別の省によって行使されるということが、決定を脱政治化へと突き進めてしまう。

以上のメラーズの指摘は、連邦制をとっていない日本において、意味がないわけではない。むしろ、権限の所在に注目し、実体的な決定の在処から、形式的な権限規定にまで、その規律を考察する点は、統治機構論としての基軸ととらえるべきである。ここで検討している、「専門家支配」や「専門家の政治化」の議論について直接的に触れていないように見えるが、民主的な責任を問うことのできる装置としての、議会―内閣の仕組みを、緊急事態の措置だからということ度外視している構造への批判は、「専門家の政治化」の構造と問題は同根である。

五 専門知のガバナンス

(一) 「政治による道具化」と「専門家の政治化」

以上の、合理性要請の陥穽を回避し、①「政治による道具化」および②「専門家の政治化」に陥らないようにするた

めの条件を考察しなければならない。もつとも、その課題は膨大ゆえ、ここで扱いきれるものではないが、今後の検討のためにも、これまでの議論から導出されうる概略図を描いておきたい。

まず、①「政治による道具化」への対処についてである。「政治による道具化」は、政治にとつて都合の良い専門知を恣意的に選び出し、そのために、専門家を（諮問）委員として、恣意的に選任し、その助言を政治決定の正当性として自在に調達しようとすることである。これによつて、専門家が政治によつて「利用される」という側面があらわれる。この事態を阻止するためには、「学問システム」の論理が重要になる。個々の専門家の見解の多様性を確保することや、政治の側にも、決定の理由づけを公表させることが求められ、その決定の責任を、（専門家ではなく）政治の側だけで回収することが必要である。これによつて、専門家と政治の距離を保つことにつながる。

もう一方で、②「専門家の政治化」・「専門家支配」については、いかに考えるべきだろうか。これは、国家の内部に専門知が不足しており、政治の側が何をどう決定すべきか判断できなくなっている状況である。このなかで、専門知は権力に発展することになる。この問題については、政治システムのコードに基づいて観察することになる。決定をするには、特定の専門知に依拠しながらでも、反対意見があるにもかかわらず決定を行うことになるが、ここでは、その決定の責任を負う仕組みが組み込まれていなければならない。

（二） 専門家の憲法上の権利

以上の二つの観点は、必ずしも一対一対応ではないが、憲法諸原理および憲法上の権利のドグマ・テークとして、専門家に保障されるべき憲法上の権利としての「権利アプローチ」と、政治の側に課される責任（Verantwortung）の「責任アプローチ」から再構成することができる。

まずは、個々の専門家の「学問の自由」（基本法五条三項一文）からのアプローチである。防御権としての学問の自由の保護範囲には、研究の自由も含まれる。この研究は、他者から介入されることのない、自律的な認識・検討プロセスが開かれ、研究対象に対して批判的な距離を保持することが求められる。とくに、方法の選択、研究計画の実行、研究結果の評価の点で、十分な独立性を前提とする³¹⁾。専門家のうち、国家内部の専門家は、指揮監督の下で従事しているが、それにもかかわらず原則的に学問の自由が保障される³²⁾。それが、たんに「道具」として、国家の指揮権に従属した専門家が利用され、独立して研究関心を追究できず、自律的に評価をすることもかなわないような場合は、学問活動に含まれなくなる³³⁾。つまり、このことは、法律執行の目的のために行政によつて学問的方法が使われる場合や、科学行政・文化行政の従事者、または企業の研究部門での従事者のように、学問的方法が、たんなる技術的分業として使われ、評価や研究形成の裁量を認められない者について、学問活動に含まれないとされる。基本法五条三項一文が保護するのは、自由な学問である。それは、プロとしての「学問」ではなく、理性的な学問と批判的な公共性としてのコミュニケーションを必要とする、「社会の開かれた知的構造」の構成要素としての自由な学問である³⁴⁾。

したがって、国家外部の専門家（民間の専門家）の研究は、原則的に学問の自由の保護範囲に含まれている。外部の専門家を行政が必要とするのは、先に触れたように、立法者が技術法や環境法において、不確定法概念やたんなる目的プログラムだけを示した規定を用いることで、複雑な決定について、執行権に委ねてしまっているからである。ここに、外部専門家の助言（Beratung）の必要性が増大するのである³⁵⁾。専門家の助言は、①決定権の外に置かれる場合、②国家内部に置かれる場合、③混合委員会の設置、がありうる。日本でCOVID-19対策として設置された「新型コロナウイルス感染症対策専門家会議」やその後身の「新型コロナウイルス感染症対策分科会」は、国からの諮問に対する答申として、厚生労働省に対する助言を行う①の決定権の外に置かれているのだと思われる³⁶⁾。

もともと、専門家による政治への助言は、「純粋な準備行為」として、事実と適法性について、専門家が報告するに

すぎなかつた。国家は唯一の責任を有する担い手と考えられていたからである。⁽³⁷⁾しかし、実務では、助言を行う専門家と決定を行う政治家は、しばしば一緒に作業を行い、相互に影響を与え合うことになる。というのも、分析対象の確定行為の選択、その実行、目的設定など、専門家と諮問を行う国家機関が相互に作用しあうからである。この過程において、決定への専門家の影響は、組織上の形式的な距離とは別に、実質的な効果がうみだされてくる。フォースクレーは、これについて、三つの問題を指摘する。⁽³⁸⁾①専門家支配の傾向が強まること、②脱議會化、そして、③国家の知の蓄えの軽視である。①外部専門家の助言の影響力が強まれば強まるほど、政治制度に対する不信が強まり、その政治の決定力がマヒし、職務担当者の責任が相対化されうる。②本来、議会の諸党派間の妥協・歩み寄りによって、立法が行われるところ、いわば、専門家の個別の委員会が、超党派の雰囲気づくりを備え、議会の外で、立法のフォーラムが形成されることになる。すると、議会多数派が立法の形成力を失うだけでなく、党派の対立を超えた専門家の合意の結果について野党が批判をすることも難しくなる。その意味で、議会の機能が低下し、「脱議會化」をもたらす、というわけである。

③本来、知は力なり、であるが、外部の専門家により、国家の知の力が剥奪される。国家と民間の専門家が協働して決定を産出していくには、国家の側で十分な知の蓄えが必要となるが、外部専門家に頼りすぎれば、そのコントロールや、修正の可能性すら、失われてしまうことになる。

(三) 立法の責任

ここに、政治における外部専門家の規律が求められるのである。たとえ、知の分業体制を敷いているとしても、政治決定については、国家が責任の帰責主体であり、代替不能な役割を確実に堅持していることが重要である。この政治における外部専門家の規律については、すでに筆者は議論をしたことがあり、⁽⁴⁰⁾ここで屋上屋を架すことはしないが、その

概略と、その際に残した課題を振り返っておきたい。

外部の専門家による専門知が、政治決定に影響を与える大きさが大きいほど、先に見た三つの問題（①専門家支配の傾向が強まること、②脱議会化、③国家の知の蓄えの軽視）が顕著に現れてくる。それとともに、外部専門家に対する民主的正当性の要請される程度も高まる。それにもかかわらず、先に見たように、自律的に研究を遂行することのできる独立性を確保された自由が保障されねばならない。

この課題は、本来、立法者によるその解決の責任が課されていると考えられる。つまり、立法者には、事前の「正当化責任」または専門家を組み込んだ政治決定の「構造を創設する義務」が課されている。職務内容の承認・選任手続の法定化を行い、また、専門家や諮問機関の公開性の程度、助言の理由付記義務、質問権の付与、助言に反対意見を組み込みこと、定足数、座長の選任など手続・組織に関する規律を立法者が行う。こうした、立法化によって、外部専門家の位置づけも明確化され、政治との距離もはかることが期待される。とはいえ、ドイツでも、上記のような専門家の働きの位置づけや専門家の報酬の問題、守秘義務などは、状況に応じて、契約によって規律されることが多い。これが、専門家と国家との二者関係のみに助言が作用するのではなく、国民などの第三者に専門家の助言の影響が波及する場合は、法律による枠組み規律が必要となる。⁽⁴²⁾

結びにかえて

以上のように、本稿では、緊急事態宣言が出されるようなりスク状況において、政治と専門家の関係をいかに規律すべきかを問うてきた。とくに、緊急事態であると政治が認識するのは、たとえば新型インフルエンザ等対策特別措置法に見られるような、「全国的かつ急速なまん延により国民生活及び国民経済に甚大な影響を及ぼし、又はそのおそれ

があるもの(二三二条)という、感染症をコントロールできない状態である。このような場合、政治はいわばお手上げの状態であり、専門家に頼らざるを得ない状況といえる。そうした事態に、専門家の意義、位置づけが急速に高まり、専門家の意見が政治決定の核心を形成していくことは必然ともいえる。

しかし、そうした事態に、日本の政策展開は、端的に、法的コントロールを失っている、といって過言ではない。法律によることもなく、緊急事態宣言を所管する対策本部や、そのもとに置かれる有識者会議、諮問委員会が設置されている。二〇二〇年四月七日の緊急事態宣言の発出の記者会見では、「本日は、この記者会見に尾身先生にも同席いただいておりますが、先ほど諮問委員会の御賛同も得ましたので、特別措置法第三二条に基づき、緊急事態宣言を発出することといたします」と対策本部長・内閣総理大臣が述べたように、諮問委員会委員長が同席し、緊急事態宣言という政治の最も苛烈な局面を専門家が正当化する役割を担わされているのである。この場面は「政治による道具化」であるが、政治の側に専門知が不足したために、感染症対策は、「専門家の政治化」、「専門家支配」が指摘されることとなったのである。

本稿が見てきたドイツの、専門知を取り扱う政治の法的取組みは、やはり、憲法違反の疑いが指摘され続けているものの、日本と比較してもはるかに法的な仕組みが前提に置かれていることがわかる。政治における専門知の取扱いについての法律による規律は、緊急事態宣言下でのリスク状況のみならず、ますます重要性が高まっているのである。

〔付記〕 本稿脱稿後、日本学術会議の推薦した候補者の任命を、内閣総理大臣が拒否する事案が生じた。専門家個人の研究の自由と学術団体の自律性は、憲法上、学問の自由によって保障されている。その意味での学問の自由は、国家との関係におけるいかなる専門家にも保障されており、本稿で論じたようにその自律性に介入する行為には、「政治による道具化」のための「拒否」と擲揄されない合理的な説明が、政治の責任として要請される。

- (1) 村上裕章『行政情報の法理論』有斐閣、二〇一八年。
- (2) 村上裕章「森友学園事件から見えてくる法的問題―随意契約・公文書管理・情報公開」法時九〇巻二号（二〇一八年）六四―六八頁、同「森友学園事件その後―明るみに出た政官関係の闇」法時九〇巻七号（二〇一八年）一一三頁。
- (3) Vgl. Thomas Vesting, Die Bedeutung von Information und Kommunikation für die verwaltungsrechtliche Systembildung, in: Wolfgang Hofmann-Riem / Eberhard Schmidt-Abmann / Andreas Volkhuhe (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts Bd.II (2012) 2.Aufl. § 20 Rn.26.
- (4) こゝでは便宜的に、国民に対する、各国家机关による作用全般を「統治」と呼び、民主的正当性を比較的強く有する議会および内閣による作用を「政治」と呼ぶことにする。
- (5) 筆者はかねてからこの問題の重要性をくり返し指摘している。高橋雅人「緊急事態に対する『行政による統制』?」憲法理論研究会編「展開する立憲主義」敬文堂、二〇一八年。藤井康博、高橋雅人「リスクの憲法論」水島朝穂編『立憲的ダイナミズム』(岩波書店、二〇一四年)(高橋執筆は二六三―二七八頁)。
- (6) たとえば、新型コロナウイルス感染対策として発出された緊急事態宣言をめぐっては、専門家による諮問委員会会長が基本対処方針を政府方針として説明し、「専門家支配」が指摘された。牧原出「前のめりの『専門家チーム』があぶりだす新型コロナへの安倍政権の未熟な対応」論座二〇二〇年五月二日 (<https://webnzasahi.com/politics/articles/202004290002.html>) (最終閲覧二〇二〇年九月三日)。また「国民の行動の規制」という政治決定による「マスク」を、専門家会議が主導して行ったことは「専門家の政治化」として指摘しうる。神里達博「新型コロナウイルス感染症: COVID-19の科学論―『疾病の認識』と『専門家の役割』」法時九二巻九号(二〇二〇年)七八―八四頁、米村滋人「感染症対策の法的ガバナンスと専門家の役割」法時九二巻七号(二〇二〇年)一一三頁。
- (7) こゝでいう「専門知」とは、当該分野における専門家によって提示された知見を指す。
- (8) もちろん、「専門家の政治化」の問題は、近年のリスク問題に限らず、「テクノクラート」批判として古くから指摘されている。たとえば Ernst Forsthoff, Strukturwandlungen der modernen Demokratie (1964), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2.Aufl.(1976), S.96ff. ders., Der Staat der Industriegesellschaft (1971) S.19f. 94ff. 109ff. 小林直樹「現代憲法状況への視点」法時五七巻一号(一九八五年)八一―七頁。このように、高度の科学技術に依存する社会では、テクノクラートの批判は避けられないが、技術を統治がいかに利用するのにかつての統制手法が併せて案出されなければならない。
- (9) Bardo Fassbender, Wissen als Grundlange staatlichen Handelns, in: Josef Isensee/ Paul Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd.IV (2006) § 76 Rn.16.

- (10) Max Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*(1976) S.574f. マックス・ウェーバー(世良晃志郎訳『支配の社会学Ⅰ』(創文社、一六〇年)一二七—一二九頁)。
- (11) Personの訳出が難しいが、行政の客観性を保障するための、非人間的なものとしての「憎しみ」激情「愛」「熱狂」(抜き)の(sine ira et studio) 飾らぬ「責務」(Schlichter Pflichtbegriff) の下での職務を行う「人」(Person) を指しているように思われる。Vgl. Weber (Fn.10) S.129.
- (12) Weber (Fn.10) S.129.
- (13) Fassbender (Fn.9) Rn.19.
- (14) 組織の観点からの考察として、松本和彦「統治と専門性―憲法の視点から」公法研究七六号(二〇一四年)一一二—一二四頁、同「原子力政策と行政組織」鈴木庸夫編『大規模震災と行政活動』(日本評論社、二〇一五年)二〇七—二三四頁。そして、赤坂正浩「憲法の規範力と国家活動に対する専門家の助言」『世紀転換期の憲法論』(信山社、二〇一五年)三三七—三六五頁(初出二〇一三年)は、国家活動の合理性の要請としての外部専門家の助言について、組織法・手続についての憲法上の基礎づけを考察する。
- (15) Vgl. Hans Michael Heimg, *Gottesdienstverbot auf Grundlage des Infektionsschutzgesetzes*, *Verfassungsrechtliche Rechtfertigung und Grenzen*, *Verfassungsblog*, 17.Mrz.2020 (<https://verfassungsblog.de/gottesdienstverbot-auf-grundlage-des-infektionsschutzgesetzes/> 二〇二〇年九月二日閲覧) 尊厳ある埋葬が、死後の人格権保障(死者の人間の尊厳)から由来するため、葬儀自体を国家によって制限されることは憲法上許容されえない。ただ、制限手段として、家族限定での開催をも制限するのか、など比例性の検討の余地はありうる。二〇二〇年四月七日の連邦憲法裁判所決定は、バイエルン州のCOVID-19感染症予防措置および外出制限の命令の無効を求めた事件につき、「身体及び生命への危険に対して、人の自由の制限は重大ではない」として、仮命令の申請を棄却した。BVerfG, *Beschl. v. 7.4.2020 - 1 BvR 755/20*.
- (16) この点、江藤祥平「匿名の権力―感染症と憲法」法時九二巻九号(二〇二〇年)七二頁が「判断過程の公正性を担保する一つの要素として専門家の知見が重要となることは間違いない」と指摘しつつ、「責任の所在を明確にするガバナンス体制」の整備を課題とする。この点、筆者が従来から指摘している趣旨に沿うものであるが(前掲注5)、本稿では、政策判断の前提となる「専門知」の態様およびその取扱いの多様性に注目し、それらの「専門知」と統治の距離を考察対象とする。
- (17) Weber (Fn.10) S.51-579 (世良訳、六〇—一四二頁)。
- (18) Fassbender (Fn.9) Rn.1.
- (19) Andreas Volkühle, *Sachverständige Beratung des Strates*, in: Josef Isensee / Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland Bd.III* (2005) § 43 Rn.1.

- (20) Konrad Hesse, Der Rechtsstaat im Verfassungssystem des Grundgesetzes, in: ders. / Siegfried Reiche / Ulrich Scheuner (Hrsg.), Staatsverfassung und Kirchenordnung FG für Rudolf Smend (1962) S.83, 70 のコメントの議論やその法治国国家原理による国家活動の合理化については、赤坂・前掲注14に詳しく。
- (21) 行政決定の受容については、高橋雅人『多元的行政の憲法理論』(法律文化社、二〇一七年)一四二—一五七頁。
- (22) 以上、Niklas Luhmann, Die Politik der Gesellschaft (2000) S.140-169. (ニクラス・ルーマン(小松丈晃訳)『社会の政治』(法政大学出版局、二〇一三年)一七三—二一〇頁。)
- (23) Hans-Peter Vierhaus, Sachverstand als Vierte Gewalt? NVwZ (1993) S.37.
- (24) Andreas Voßkuhle, Das Konzept des rationalen Staates, in: Gunnar Folke Schuppert / Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Governance von und durch Wissen (2008) S.15.
- (25) Boris Holzer / Stefan May, Herrschaft kraft Nichtwissen? – Politische und rechtliche Folgeprobleme der Regulierung neuer Risiken, Soziale Welt 56 (2005) S.330.
- (26) Alexander Bogner / Wolfgang Menz, Wissenschaftliche Politikberatung? – Der Dissens der Experten und die Autorität der Politik, Leviathan 30(3) (2002) S.398.
- (27) トーマス・グロース(島村健訳)『行政法における学問的・技術的知見の摂受』自治研究八二巻六号(二〇〇六年)一九頁。
- (28) なお、当時のドイツの連邦政府およびラント政府の対応につき、横田明美、阿部和文「ドイツにおけるCOVID-19(新型コロナウイルス感染症)への立法対応—連邦と州の権限配分及び行政情報法の観点から」JILISレポート三巻二号一—一七頁 (https://jilis.org/report/2020/jilisreport_vol3no2.pdf、二〇二〇年九月三日閲覧)に詳しく。
- (29) Christoph Möllers, Parlamentarische Selbstentmündigung im Zeichen des Virus, in: Verfassungsblog 26. März 2020 (<https://verfassungsblog.de/parlamentarische-selbstentmuedigung-im-zeichen-des-virus/>、二〇二〇年九月三日閲覧)。この記事においては、早くも水島朝穂「コロナ危機」における法と政治—ドイツと日本」今週の「直言」二〇二〇年三月三〇日 (<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2020/0330.html>、二〇二〇年九月三日閲覧)が紹介している。
- (30) 感染症予防法五条一項「ドイツ連邦議会が、全国的な流行状況を確認する。ドイツ連邦議会が全国的な流行状況の確認を再び解除するのは、確認の前提がもはや存在しない場合である。解除は連邦官報において公表されねばならない」、同条二項「連邦保健省は、全国的な流行状況にある場合、諸ラントの諸権限にかかわらずなく以下が授權される、①ドイツ連邦共和国に出国しようとし、または出国した者、および、とくにロベルト・コッホ研究所が危険と段階づけた地域から出国するため、危険な特定の伝染病の感染リスクが高まった者に、命令によって、もっぱら危険な伝染病の持込みの確認と阻止のために以下を義務づける、(a)

所管官庁に対する本人確認、旅行経路および接触データの提出、(b)危険な伝染病の点で予防接種証明書または予防証明書の提示、(c)所管官庁に対する自己の健康状態の情報提出、(d)危険な伝染病の疑いのないことの医師の証明の提出、(e)医師による診察の受診」。同項三号「法規命令により、連邦参議会の同意なく、この法律規定の例外を許可し、並びに、法律規定に基づいて発布された、伝染病の予防及び撲滅、特定施設、企業及び人の感染症予防に関する法規命令、並びに、食品取扱いにおける人への保健命令を許可する、それは、保健制度の進行及び住民の世話を維持するためである。』

(31) Klaus Ferdinand Gärditz, GG Art.5 Abs.3, Maunz / Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar (2019) Rn.99.

(32) もともと、「完全な独立」は、学問が研究資源に依存しており、また社会的な諸条件の下にあるため、基本権保護の必然的な条件とはならぬ。Gärditz (Fn.31) Rn.100.

(33) Gärditz (Fn.31) Rn.101. とはいえ、自律的な学問的作業が可能な産業研究や、指揮に付随した委託研究は学問の自由の保障を受けるという。そこでは、研究者が、独立した学問的評価を行い、公共的にコミュニケーションできるように余余地がどこまで十分にあるかにかかっている。その限りで、学問の自由の保護は、機能的に及ぶといえる。Gärditz (Fn.31) Rn.102.

(34) Gärditz (Fn.31) Rn.101.

(35) VoBkuhle (Fn.19) Rn.4.

(36) なお、緊急事態宣言を行う権限を有する「政府対策本部」(新型コロナウイルス等対策特別措置法一五条により設置)の本部長(内閣総理大臣)が緊急事態宣言を行うことができる(同法三二条)。基本的対処方針の変更など、新型コロナウイルス等対策閣僚会議の下に設置された「新型コロナウイルス等対策有識者会議」の「基本的対処方針等諮問委員会」に対して諮問することとなっている。これとは異なり、感染症対策について、医学的見地から助言を行うのが、いわゆる「専門家会議」(新型コロナウイルス感染症対策専門家会議)であり、二〇二〇年七月に廃止されたあと設置された「新型コロナウイルス感染症対策分科会」である。なお、この「新型コロナウイルス感染症対策分科会」は上記「新型コロナウイルス等対策有識者会議」の下に設置されている。

(37) VoBkuhle (Fn.19) Rn.21.

(38) VoBkuhle (Fn.19) Rn.22.

(39) VoBkuhle (Fn.19) Rn.51f.

(40) 高橋・前掲注21、第三部第二章六。

(41) 高橋・前掲注21、一三三―一三四二頁。

(42) VoBkuhle (Fn.19) Rn.79.