比較法制研究（国士舘大学）第28号（2005）1－33

《論説》

「学問の自由」,「大学の自治」と大学内部の法関係（2）

片山　等

目　次

はじめに
一　学問の自由
1　意義
2　戦前の大学制度の概観
3　日本国憲法制定当時の学問の自由
4　日本国憲法制定以降の国会論議
二　大学の自治
1　ポポロ事件最高裁判決における学問の自由，大学の自治
2　学問の自由と大学の自治の比較法的検討－概説－
(1)　戦前のドイツにおける学問の自由，大学の自治
(2)　アメリカ合衆国における学問の自由
三　大学の自治と司法権
1　大学の自治の内容
2　大学の自治と司法権－富山大学事件－
3　大学，大学院における学部・研究科の現行法制
－以上　27号－
四　戦前における大学の自治－教授人事と外部権力をめぐって－
1　外部権力と大学の自治
2　戸水事件，京大・沢柳事件
(1)　戸水事件
(2)　京大・沢柳事件
3　森戸事件
(1)　事件の概要
(2)　佐々木・第一論文の要約
(3)　佐々木・第二論文の要約　－以上　本号－
4　京大・滝川事件
5　天皇機関説事件

6　小括

四　戦前における大学の自治―教授人事と外部権力をめぐって―

1　外部権力と大学の自治

前稿では，現在の大学法制に至るまでの，戦後の著名な大学関係事件を取上げ，これまでに議会審議や判例で蓄積されてきた学問の自由や大学の自治の意義・内容，効果等を概説した。戦後の日本国憲法制定により，その第23条に「学問の自由」が保障されたことは画期的であったし，その前提の上に東大・劇団ポポロ事件最高裁判決が下されたのであった。

ただ，同判決は，大学と警察権との関係を主に検討し，これを戦前以来の大学史や「学問の自由」の保障を踏まえて，「学問の自由は，学問研究の自由とその研究結果の発表の自由とを含むものであって，……一面において，広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに，他面において，大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかんがみて，特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである。」とし，「大学の自治」についても「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。この自治は，特に大学の教授その他の研究者の人事に関して認められ，大学の学長，教授その他の研究者が大学の自主的判断に基づいて選任される。また，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。」と述べている。

こうして学問の自由には，研究の自由及びその研究結果の発表の自由が保障され，大学の自治の内容としては，特に大学の教授その他の研究者の人事について，大学の学長，教授その他の研究者が大学の自主的な判断に基づいて選任されることが保障されたのであった。この判決については，主として高校以下の教育段階における教師に教育の自由を，学問の自由の保障から除外した点で批判されており，その点については後にいわゆる旭川学力テスト

事件最高裁判決（最大判昭和51.5.21）において，一定限度での教師の教育の自由が承認されているのは周知の通りである。

現在公刊されている辞典類では，こうした学問の自由や大学の自治について，一般的に次のように説明されている。

「学問の自由　　学問は文化・科学の進歩・発展にとって不可欠であるが，真理を探究する目的で社会・自然を対象に研究する営みであるから，その内容の当否・正誤は学問自身の自律的吟味にのみ委ねられるべきとされる。だとすると学問の自由は，公権力や非学問的な外部からの関与を徹底的に排して防禦されなければならない。京大事件（滝川事件）や天皇機関説事件の経験にかんがみ日本では，日本国憲法で『学問の自由』を留保なしに保障した（憲23)。思想・良心の自由，表現の自由などとともに精神的自由の一つであり，学問研究の自由のみならず，研究成果発表の自由，研究内容教授の自由も含む。（中略）なお最近は，核エネルギー開発，遺伝子組み換え，臓器移植など科学・技術の高度化にともない，学問研究内容が人間の生命・健康・倫理や自然の生態系・環境に重大な影響を及ぼすことが懸念され，この種の『学問の自由』には『知の制御』が必要ではないかという新しい課題が出てきている。また，国立大学などの独立行政法人化は，その内容を学問の自由の観点から厳しく点検しなければならない。」(1)

「大学の自治　　（前略）ヨーロッパ諸国の大学で生成・発展してきたが，これにならって創設された日本の大学でも，大学の自治は一応の原則とされた。しかし，大日本帝国憲法の下でそれが侵害された経験にかんがみ，日本国憲法では23条の『学問の自由』の保障によって制度的に保障したとされる。ただし，自治の主体につき教授会の自治か全構成員の自治かが争われ，また，国立大学には財政自主権がないため国による財政誘導・行政指導を通した事実上の介入があり，私立大学には教学事項への理事会の介入や補助金を通した国の誘導もある。（後略）」(2)

あるいはまた，次の如く説明されている。

「学問の自由　　1　意義（略），2　具体的内容（前略）日本国憲法の制定にあたり，戦前における滝川事件や天皇機関説事件のような大学受難史を反省しながら，ドイツ憲法的伝統を踏まえて23条が設けられた。ために，大学教授の研究の自由と大学自治に限定する解釈が当初有力であったが（略），1960年代末の大学紛争期以来，学生の大学自治参加権の保障が深く問われ，また，旭川学テ事件最高裁判所判決（略）に至って，小・中・高等学校における『教師の教授の自由』も一定範囲で学問の自由に含まれることが肯認されている。さらに広く，国民の教育の自由とのかかわりも教育法学上論議されている。[(3)]」

「大学の自治　　1　意義（略）　2　歴史的発展過程　戦前，大学受難史（1905年（明治38）の戸水事件，1913年（大正２）の沢柳事件，1933年（昭和８）の滝川事件）を経て帝国大学教官の人事に関する教授会の自治が慣習法として形成され，戦後，それは国公立大学の教官人事に関し教育公務員特例法によって法定された。従来の通説は，大学の自治は学問研究及び教授の自治であるという観念から，教官人事だけでなく教育・学生管理を含む大学運営の全般が教官・研究者によって意思決定されるものと考えてきた。ポポロ劇団事件に関する最高裁判所判決によれば，学生の自治は教官・研究者が享有する大学自治の１つの効果にほかならず，また大学構内における警察権の限界は純然たる学問研究活動に対して生ずるに過ぎない。　3　[(4)]（略）」

こうして，現在までの所，判例上は，東大・劇団ポポロ事件（最大判昭38.5.22）及び旭川学テ事件（最大判昭51.5.21）が一つの到達点となっているのであるが，他方最近の大学を取り巻く状況は過去とは大きく様変わりしている。「先端的科学技術の進展に伴って『学問の自由』の意義が再考され

るようになり，さらに国立大学の設置形態が変わり，より広くは公私立大学を含む大学全体を取り巻く社会的環境が変わるなかで『大学の自治』の持つ意味の再検討が必要とされるに至っている[(5)]」と指摘されており，現在のいわゆる大学改革について次の４点が特徴とされている。

「第一が，国立大学の法人化によるシステム改革であり，国費による運営交付金の交付を受けた上で，民間的経営手法の導入によるトップマネジネントの実現，非公務員型による弾力的な人事・会計システムなどの業務の実施，中期目標・中期計画の立案とこれに沿っての適切な評価などが主要な内容となる。

第二が，大学の国際的競争力の強化であり，21世紀 COE プログラムなどによる競争的研究教育環境の促進や，法科大学院を含む専門職大学院の設置による人的な国際的競争力の強化が含まれる。

第三が，大学の質の保証と向上のための制度改革であり，設置認可の弾力化や認証評価機関による評価である。

第四が，社会貢献機能の拡大であり，産官学連携や知的財産戦略などが含まれる[(6)]。」

以上に要約される，大学を取り巻く現状認識からすれば，現在いわゆる文科省主導による矢継ぎ早の「改革」により，いずれの大学も些か「改革疲れ」の状況にあるのではなかろうか。とはいえ，少子高齢社会に至り，就学人口の減少，更には低学力化等の徴候からすれば，とくに地方大学や私立大学の置かれた状況が厳しく，とかく経営主導となり，これまで先人が営々と努力して築き上げてきた学問の自由や大学の自治のもつ対社会的意義を忘失するようなことがあれば，本末転倒ということになりはしないか。

本稿では，標題に謳う大学内部の法関係をひとまず措て，前稿(1)での理解に至るまでの戦前における大学の状況，中でも教授人事をめぐる大学外部権力による大学への圧力，弾圧の問題を戦前の著名事件を代表的に取上げて，

改めて学問の自由，大学の自治について再認識することを図るものである。戦後60年の節目にあたり，世代交代が進み，と同時に貴重な歴史の教訓も忘れ去られつつあり，その分社会の右傾化が顕著にうかがわれる昨今であれば，学問の自由，大学の自治の歴史をおさらいしてみることにも意義があろうと考えるからである。なお，歴史学の門外漢である筆者には自ら斯学の知識には欠ける故，先行研究からの引用を中心に論述せざるを得ず，その分二次的な資料集の断片の如き論考となることを予めお断りする。

2　戸水事件，京大・沢柳事件

(1)　戸水事件

本年公刊された，松尾尊兊著『滝川事件』[7]によれば戦前の大学教授をめぐる著名事件の最初にあげられているのが戸水事件である。同書は，「日露戦争の直後，政府の講和条件を強硬な大陸進出論の立場から批判した戸水寛人教授（対露主戦論を唱えた七博士の一人，ローマ法）を桂太郎内閣が休職処分としたとき，東大法科は久保田譲文相と抗争し，ついに戸水の復職と文相の辞任を実現しました。」[8]，また，「日露戦争が済むと，ご承知のように，賠償金が一文も取れず，わずか樺太の南半分しかとれなかったというので，その講和条件を不満として戸水博士が盛んに政府を攻撃する。そこで，文部省は後の滝川事件と同じように休職処分にしてしまいました。それに対して，東大法科の先生連中が戸水教授の擁護のために立ち，京大の法科大学でも東大と共同行動に出る。滝川事件のときには東大の法学部は知らん顔をしたわけですが，戸水事件のときには，京大の法科は東大の法科と一緒に闘った。」[9]としている。

いま筆者の手元にある辞典[10]では，次のように説明されている。

「とみずひろんど〔戸水寛人〕1861．6．25～1935．1．20　明治・大正期の法学者。法学博士。加賀国生れ。東大卒。英・独・仏に留学し，法学・政治学を学ぶ。1894年（明治27）帰国し，帝国大学法科大学教授。ローマ

法・民法学を担当。1903年富井政章らと日露主戦論の『七博士意見書』を発表した。05年講和会議に反対する論文で休職処分をうけるが，大学の自治をめぐる紛争に発展し翌年復帰。08年より衆議院議員，当選5回。」

「とみずじけん〔戸水事件〕 1905年（明治38）8月，日露講和尚早を唱える戸水寛人東京帝国大学法科大学教授が，その言動を非として休職処分にされたことに端を発する事件。この処分に対し，法科大学教授会と京都帝国大学法科大学教授会が大学の自治，学問の自由を侵すものであるという決議をするなど強い反発がおこった。久保田譲文相は同年末引責辞任し，戸水が翌年1月復職することで一応の決着をみた。」(11)

「戸水事件とみずじけん 東京帝大教授戸水寛人（1861—1935）に対する処分に端を発した一連の事件。1905年7月当時の日露講和交渉を軟弱外交と批判する論文を発表した戸水を，8月桂太郎内閣が休職処分にしたことに対し，東大・京大の各法科大学教授会が＜大学の自治＞＜学問の自由＞を無視したものと強く抗議した。さらに9月の戸水らの日露講和条約批准拒絶の上奏文提出を理由に，政府が東大総長山川健次郎を辞職に追い込むと，同大法科大学教授は集団辞職で対抗。結局，12月久保田譲文相の引責辞職，06年1月戸水の復職で決着した。」(12)

このようにこの戸水事件の当時においても，学問の自由や大学の自治が，帝国大学教授の休職処分をめぐって意識されており，東大，京大の各法科大学教授会の連携・協力や，処分の撤回の拒否にあたっての東大法科大学教授団の集団辞職という，処分に対する反対の意思表示の方法等，後の森戸事件や滝川事件の折に見られる抗議の意思表明や集団辞職の手法の萌芽が見られる点は興味深い。

ただし，この戸水事件における休職処分の背景が，「ロシア討つべしと真っ先に叫んだ七博士，今日で申せばウルトラナショナリストの東大法科大学教授が7人おりまして，（略）日露戦争が済むと，ご承知のように，賠償金が一文もとれず……，その講和条件を不満として戸水博士が盛んに政府を攻

撃」したのであって，この事件は，「ナショナリストの起こした，つまり戦争反対で首切られた人じゃなくて，戦争大賛成の人が首切られたという事件ですから，額面どおりに，これで学問の自由が守られたとか，大学の自治が貫ぬかれたとか簡単にはいえない[13]。」という点に注意を要する。

(2) 京大・沢柳事件

この事件の舞台は京都帝国大学であり，同大学は1897（明治30）年に2番目の帝国大学として創設され，当初は理工科大学のみであったが，99（明治32）年に法科大学，医科大学を，1906（明治39）年に文科大学を設置し，以後，1914（大正3）年に理工科大学を工科大学と理科大学に分け，19（大正8）年に経済学部を，23（大正12）年に農学部を新設するに至り，戦後は1949年に新制の京都大学として発足している。

その京大において，「1913（大正2）年7月12日，時の沢柳政太郎総長は7人の教授に辞表を提出させ」たが，「七教授免職の基準が明確でなく，かつ所属する各分科大学（中略）の教授会の同意を経ていなかったため，かねてより大学の自治に強い関心を抱いていた法科大学は，自分のところでは一人の免官教授も出していないのにもかかわらず，総長に抗議し，勢いの赴くところ翌年1月14日，教授一同が辞表を提出」。当時の山本権兵衛内閣の奥田義人文相が，「京大総長と法科教授会双方の上京を求め，それぞれの主張を聞いた後，教授会に軍配をあげ，大学総長は教授の任免について教授会と協議決定することは差支えなく，かつ妥当である，すなわち教授会の同意を必要とする趣旨の覚書を教授会に渡し，総長は4月に辞職し[14]」たという事件である。

沢柳政太郎という人物は，「1865. 4. 23—1927. 12. 24　明治・大正期の教育家。信濃国生れ。東大卒。文部書記官・文部省普通学務局長・文部次官などを歴任。1911（明治44）年東北帝国大学初代総長となり[15]」，「女子を初めて大学に正規入学させ[16]」，更に，1913（大正2）年に京都帝国大学総長となる」経歴を持つ。京都大学総長就任後2ヶ月しかたたない同年7月12日に，7名の教授（医大1，理工5，文1）に辞表を提出させ，その免官が8月5日に

発令されている。

これに対して，「仁保亀松を学長とする法科大学は，……８月２日には教授・助教授連署の意見書をもって，総長に対し，教授の任免には教授会の同意が必要であると主張した」。しかし，沢柳総長は，「教授の地位を保つのは一流学者たる実であり，制度上の保障ではないし，また現行制度では任免に教授会の同意を要しないと反駁した」ため，両者の主張は併行線を辿り，翌1914年１月14日「法科教授，助教授は連袂辞職を決意し，辞表を総長に提出」,「学生も教官側を支持」し，「京大法科を支援する東大法科教授たちの推薦により穂積陳重，富井政章両東大名誉教授が調停に立」って，結果１月24日奥田文相は京大法科に対して「『教授ノ任免ニ付テハ総長カ職権ノ運用上教授会ト協定スルハ差支ナク且ツ妥当ナリ』と法科側に軍配をあげたので，教官たちは辞表を撤回（中略），沢柳は４月27日に辞任した[17]」のであった。

この結果，「教官の人事権は実質上教授会が握る慣行を文部省が承認したことになり，研究の自由を保障するための大学の自治は大きく前進し」，後に「京大では沢柳辞任の約１年後，荒木虎三郎を総長として，実質上はじめて学内より選出[18]」することで，学長人事についての学内意思の尊重の慣行が出来上がることになる。この事件を松尾，前掲書では，要約して，次の４点を指摘している。

「第一は，この事件が京大総長対京大法科の抗争であるかにみえながら，実は大学自治をめぐる文部省と帝国大学との抗争であったこと，……総長の背後には文部省があり，……内閣の方針である行政整理に順応するためと，定年制のない帝大教授の新陳代謝を図るために，人事刷新を決行させる意図があり……，一方……各分科大学教授会はこぞって法科支援の態度を表明し，…法科の学生大会も，教授が辞任するなら総退学するとの決意を示し，（そこに）東大法科が加わり，ここで文部省対帝大との対立関係が明白にな（った），……政治学の小野塚喜平次，統計学の高野岩三郎，法制史の中田薫といった……三教授が，辞職覚悟で奔走して東大法科の総

意をまとめ，文相に京大支持の覚書を提出するとともに，穂積陳重，富井政章の……二長老教授が調停に立ち，……この東大法科の京大支援の態度が奥田文相に裁定を強く作用したことは疑えません。」(19)

「第二点は，この事件が大学の自治に大きな前進をもたらしたこと，……教授会の人事権を確認する文相の一札を獲得することができた上，さらに進んで総長公選を実現させる道をひらくことができ（たこと）」。(20)

「第三点は，大学自治の政治的背景として，大正デモクラシー運動の昂揚があったこと（であり），事件当時の内閣は，第1次護憲運動によって第3次桂太郎内閣が倒されたあとに出現した第1次山本権兵衛内閣（であり），この……政友会を基礎とする準政党内閣（は），文官任用令の改正（高文試験合格者以外の自由任用の範囲拡大）や軍部大臣現役武官制の廃止（予備役・後備役の大将・中将でも大臣になれる）を実現し」たこと。(21)

「第四点は，学問研究の自由，大学の自治が明確に制度化されなかったことです。事件当時開会中の第31回帝国議会の議事録を調べてみると，衆議院で4人，貴族院で3人の議員がこの事件について質問していますが，一人を除いてすべて京大教官の行動および文相の覚書を非難するものばかりです。文相はこれに対し，『教授モ純然タル官吏デアリ』，人事については総長は教授会に対し，『参考ノ為ニ相談スルノデス』。総長の具状が不適当ならば文相は『必シモ其具状ニ従ハナケレバナラナイト云フ趣旨ハナイ』などと教官の人事権を文相が握っていることを強調し，現在の官制の下でも『職権ノ運用ノ宜シキヲ得サヘスレバ何等学問ノ独立ニ障碍ヲ及ボスコトハナイ』と制度改革の必要性を否定しています。こうして大学の自治は制度ではなく慣習のまま存続することになります。……大学自治が慣習にとどまったのは，丁度，労働組合の結成が黙認はされたが，労働組合法はついに成立しなかったのと同じ関係にあります。」(22)

上記第1点につき，ある論者は，7教授免官直後の7月14日付牧野伸顕宛沢柳書簡に，「大学内一層生新の元気を振起することは，独り学界の為のみ

ならず国家の為に一大急務と存，今回多少の決心と且幾多の苦心とを以，大学七教授に対し高踏勇退を懇談候処，何れも小子の苦慮を諒とし呉，潔く退職することに相成候。小子は此一事独り京都大学に止まらず，他に対しても一服の刺激剤一服の清涼剤たらんことを窃ニ祈居候」とあることを根拠にして，沢柳個人の個人的判断とするのに対して，松尾，前掲書は，「私見では，七人の特定教授を免官対象に選んだのは，たしかに沢柳個人であるが，不適任教授の淘汰という根本方針は文部省自体のものであり，沢柳個人の意見も完全にこれと一致していた」とする。

その論拠として，奥田文相の下に，東大・京大・東北大の三帝大の総長が大学改革を約したという証言のあること，当の文相が京都の地元紙に「経費節減の結果教授の冗員を淘汰するのではなく」「大学教授として不適任のものを免職」したのだとし，「元来京都大学は其創立当時に於て其人選を充分にする遑もなく彼等此等より教授に採用したので比較的不適任者を多く有して居る」との談話を発表していること，田中耕太郎著「大学の自治制確立に至るまでの経緯」には「奥田義人氏は当時は東北大学総長たりし手腕家沢柳政太郎氏を総長に任命して老若朽教授の淘汰を企図せり」との断定のあること，をあげる。従って，「東大法科は京大法科を強力に支持するが，これは七教授免官を文部省の方針と見たからであろう。」[23]と推測する。事実，この後の滝川事件，天皇機関説事件では，この両法科大学，学部の連携が許されない程に社会が右傾化，軍国主義化してしまう。

第四の点について。1914（大正３）年１月21日に首相の施政方針演説が行われ，第31回帝国議会は実質審議に入り，沢柳事件について衆議院，貴族院で合計七人の議員が質問をし，そのうち「現行制度の下では大学自治は違法としながらも，学問の自由を護る見地からの制度改革の要を唱えたのは，わずかに……一人だけであった」[24]という。各議員の質問の要点は，次の通りに要約されている[25]。

「(一) 教官の総辞職はストライキであり，官吏としての規律違反となり，

学生運動を誘発するものである。

（二）総長の責任。教授と不要の妥協を試みた。天皇に心配をかけた。

（三）文相の監督責任。進退伺は天皇に累を及ぼす。

（四）教官人事権の問題。教授会に任免権を与えたのか。それは不都合。総長の具状に文相は取捨の権ありや。

（五）大学制度改革の必要如何。教官身分保障のために。無能教授追放のために。」(26)

これに対する奥田文相の答弁要旨も，次の様に要約されている。(27)

「（一）事件の原因は総長と教官双方の誤解と感情の衝突にあり，話合いの結果これらは一掃され，『将来ニ向ツテハ総長モ又教授方モ，京都大学ノ為ニ十分ニ力ヲ尽スト云フコトニ相成リマシタモノデ』，将来再びこのようなことのないように注意して責任を問わぬことにした。

（二）総長に対しても同様な理由で責任は問わない。法科教授と調停両博士との間の話は『一向承知ヲ致シテ居リマセヌノデ』『近キ将来ニ於テ総長ノ更迭ヲ為スナド』考えていない。

（三）『大体ノ責任』は文相にあるので早速総理を通して『聖断ヲ仰』いだところ，『円満ニ事ノ纏ツタノハ大変ニ喜ブ，将来深ク注意ヲ加ヘルヤウニト云フコトデ』進退伺は却下された。お礼に参内したところ『種々御下問ニ対シマシテ奉答ヲ致シ』た。

（四）『教授モ純然タル官吏デアリ』『官制ノ下ニ立ツテ居ル所ノモノデ』，大学は現在『自治デモ何デモアリマセヌ』。人事について教授会に総長は『参考ノ為ニ相談ヲスルノデス』。これは東大でも行っている。もちろん相談しなくてもよいが『円満ヲ欠ク』。文部省内でも大臣は専断で人事はできるが円満を図るために次官以下と相談する。総長の具状が不適当と認めたなら『必シモ其具状ニ従ハナケレバナラヌト云フ趣意ハナイ』。『更ニ総長ノ再考ヲ煩ハスコトハ一向差支ノナイコトデアラウ』。

（五） 現在の官制の下でも『職権ノ運用ノ宜シキヲ得サヘスレバ何等学問ノ独立ニ障碍ヲ及ボスコトハナイ』。無能教授追放については昨年来教育調査会で審議中。いずれ身分保障問題とともに解決しよう。」(28)

文相は要旨上記の如く帝国議会で答弁しており，とくに（四）の点については京大法科教授に対する覚書と齟齬をきたしている。現実政治が妥協の産物であると見れば，両者に都合の良い玉虫色の回答をするのも止無を得ない所もあろうが，奥田文相による裁定，覚書の翌日には，同文相が新聞紙上で，「職権の運用上， 総長は教授間の円満を図り人選を誤らざらんが為， 道義上教授の任免を教授に諮ることは敢て差支えなきものなり。之を譬ふれば大臣が一切のことを次官以下に相談する必要なきにも拘らず之を諮ると斉しきものなりと信ず」と述べている。かくして文相の真意は，大学の自治に対する理解ではなく，一時しのぎの京大法科教授団へのリップサービスにすぎなかったと言っても良いであろう。

表面上は教授団への配慮を示し紛争を鎮めたと見ることもできようが，大学の自治，教授人事への配慮はあくまでも慣習上のものであって，法文上に明記され制度化されたものとはなっていなかった。この点が，後に京大・滝川事件ではあっさりと否定されることとなる。また，沢柳事件当時の東大法科大学の支援はあったものの，当時のジャーナリズム，とくに諸新聞では，地元京都の新聞が京大法科支持であり，大阪朝日新聞を除いては全て京大法科教授団を非難するものであった(29)，という。言論，ジャーナリズムの代表する世論の支持が乏しかったことが，後年の滝川事件での京大法学部の孤立無援の闘いの予兆となっていた。

学問の自由，大学の自治，教授人事の教授会自治，学長の学内公選制も当初は慣習としてのみ認識され，法的に制度化されることがなかったため，事実その後，大学令の改正により，以降，この慣習も踏みつけられ，否定されることとなる。かつて，1886（明治19）年の帝国大学令の１条は「帝国大学ハ国家ノ須要ニ応スル学術技芸ヲ教授シ其蘊奥ヲ攻究スルヲ目的トスル」と

定めていたが，国家主義化，軍国化の進展とともに，1918（大正７）年の大学令では「大学ハ国家ノ須要ナル学術ノ理論及応用ヲ教授シ並其ノ蘊奥ヲ攻究スルヲ以テ目的トシ兼テ人格ノ陶冶及国家思想ノ涵養ニ留意スヘキモノトス」[30]（第１条）と改められ，この「国家思想ノ涵養」の文言が大学教授に対して猛威を振うこととなる。それが次の，1919～20（大正８～９）年の森戸事件で姿を現す。

3　森戸事件

(1)　事件の概要

東京大学経済学部が法学部から独立した当時，経済学部助教授であった森戸辰男（1888—1984）が，同学部研究機関誌「経済学研究」創刊号に「クロポトキンの社会思想の研究」（1919年12月末刊，1920年１月付）を掲載したところ，「右翼の興国同士会は無政府主義思想の宣伝であると攻撃し，政府もこれを問題視する中で，森戸と編集発行人である助教授大内兵衛は休職処分となり，１月14日両人は新聞紙法違反で起訴された。20年１月10日の大審院判決で有罪が確定，森戸は大学を追われ禁錮刑に服し，大内も退官。第１次大戦後の学問の自由の弾圧事件であった。」[31]

また，同論文が「新聞紙法の朝憲紊乱容疑で，森戸と雑誌発行編集人の大内兵衛が起訴された。右翼の森戸攻撃に弾圧を予想した文部省と大学は雑誌を回収，廃棄するとともに，森戸・大内を休職処分にし，森戸の留学資格も取り消し，事態の収拾をはかった。しかし起訴され，同年10月大審院の上告棄却で，森戸の禁錮三ヶ月，罰金70円が確定した。大学を追われた森戸は，大原社会問題研究所に移った。大内は禁錮一ヶ月・罰金20円・執行猶予一年で失官した。」[32]とある。森戸は「第二次大戦後，日本社会党に入党，衆議院議員に当選。片山・芦田両内閣の文相。50年広島大学学長。66年中央教育審議会会長として『期待される人間像』を発表。」[33]として戦後を歩む。

「経済学研究」は当時の新聞紙法の適用を受け，同法は，「第23条①内務大臣ハ新聞紙掲載ノ事項ニシテ安寧秩序ヲ紊シ又ハ風俗ヲ害スルモノト認ムル

トキハ其発売及頒布ヲ禁止シ必要ノ場合ニ於テハ之ヲ差押フルコトヲ得　②前項ノ場合ニ於テ内務大臣ハ同一主旨ノ事項ノ掲載ヲ差止ムルコトヲ得」,「第42条　皇室ノ尊厳ヲ冒瀆シ政体ヲ変改シ又ハ朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項ヲ新聞紙ニ掲載シタルトキハ発行人，編輯人，印刷人ヲ二年以下ノ禁錮及三百円以下ノ罰金ニ処ス」[34]と定めていた。同時に大正７年改正の大学令１条に定める「国家思想ノ涵養」という大学の目的にも反するとして，問題とされたのであった。新聞紙法上の「朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項」と大学令の「国家思想ノ涵養」に当該論文が反している，として起訴されたのであった。

東大経済学部は起訴前に既に森戸助教授の休職処分を認めており，その上での起訴であったのであるが，森戸助教授とは全然関係のなかった京大法学部の佐々木惣一教授が特別弁護人となり弁護に当たっている[35]。さらに雑誌に寄稿して森戸弁護の論陣を張り，その一部は次の様に論を展開する。佐々木論文は，京大法学部紀要『法学論叢』第３巻３号及び４号（大正９年３月，４月）に掲載されており，各々，「大学教授の研究の限界」（同３号18～41頁，これを第一論文とする），及び「無政府主義の学術論文と朝憲紊乱事項」（同４号１～20頁，これを第二論文とする）と題されている。次にその目次を揚げる。

「大学教授の研究の限界」

第一　設問

第二　発売頒布の禁止の問題

　一　出版犯罪と出版非行

　二　本問題の場合

　三　危険性測定の標準

第三　職務違反の問題

　一　大学令に所謂「国家思想ノ涵養」の疑義

　二　解釈の根本見地

　三　涵養の字義の限定の必要

四　国家思想の意義
五　学説としての無政府主義と国家思想の涵養
六　反対の解釈の不可能
七　官吏たる大学教授
第四　余論　　（以上，第一論文）

「無政府主義の学術論文と朝憲紊乱事項」
（はじめに）
第一　問題の解決点
第二　「朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項」の全体考察
一　出版事項の内容に依る犯罪の概念
二　出版事項の内容に依る犯罪と該事項公表の影響及び目的
三　出版事項の内容の種類
四　「朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項」の考察
第三　「朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項」の分解的考察
一　朝憲の意義
二　「朝憲ヲ紊乱セムトスル」の意義
第四　無政府主義の論文と朝憲紊乱事項　　（以上，第二論文）

以上の二論文他を松尾，前掲書は次の様に要約する(36)。

「当時の『大学令』の第一条に『国家思想ノ涵養』ということが大学の使命として掲げられているのですが，森戸さんのように『クロポトキンの社会思想』なんていうものを書くと，それにそむくことになる，というのが政府司法省の主張です。佐々木さんの論法は，『国家思想ノ涵養』を大真面目にとると，大学の自然科学系の先生は全部処分されなければならない。自然科学系では国家思想の涵養なんて一つもやっていないわけですから，自然科学者は全部大学令第一条に反するということになる。そこで

佐々木さんが言うには，『国家思想ノ涵養』は，単に国家の具体的な命令に服従することを妨害しないこと，端的に申しますと，徴兵を拒否するとか税金を納めんとか，そういうことをしない程度に考えたらよい。ですから，無政府主義でも共産主義でも自由に大学の教壇で議論して可なり，ということになる。（中略）ちょうどこういう議論は，河上（肇）さんも当時なさっている。……河上さんは軽妙な比喩でおやりになっている。大学教授が真理の探求の結果，大学から追放されるのは，死刑執行人がその職務遂行のため殺人罪で死刑になるのと同じであると，そういう論法で森戸処分を非難しておられる。大学教授が自分の研究の結果，資本主義の死滅を宣言するマルクス主義を講義しようと，それは大学教授としての本当の使命を遂行したのであって，死刑執行人が死刑囚を処分するのと同じことではないか，何が悪いんだという言い方ですね。」

なお，河上肇は，「1879.10.20―1946.1.30　明治―昭和期の経済学者。山口県出身。東大卒。東京帝国大学農科大学講師をへて1908年（明治41）京都帝国大学講師，翌年助教授。ヨーロッパ留学後の15年（大正４）に教授。この間，農政学者として農業立国・保護貿易論を展開。16年『貧乏物語』を新聞に連載し好評を博す。のち人道主義からマルクス主義にかたむき，19年の個人雑誌『社会問題研究』の発刊をへて，昭和初期の『資本論入門』『経済学大綱』などで立場を鮮明にした。28年（昭和３）」「官憲の圧迫で京大を辞職[37]」，「実践運動に飛び込み，32年共産党に入党。翌年１月検挙され，37年６月まで獄中生活。」，「非転向を貫き[38]」「出獄後は書斎生活に戻り，『自叙伝』執筆のほか詩歌・書道などにも親しんだ[39]。」と紹介されている。

そして佐々木惣一は，「1878.3.28―1965.8.4　法学者。鳥取県生まれ。京大卒。1913年京大教授，行政法・憲法学を担当。一切の価値的・政策的配慮を加えず条文に即して客観的に理解する法論理主義・法実証主義に立ち，帝国憲法の立憲主義的性格を説明，東の美濃部達吉と併称された。主著『日本憲法要論』（30年）。20年の森戸事件では森戸の特別弁護人となり，33年滝川

事件で文部省に抗議して辞職。34年から2年間，立命館大学学長。40年には大政翼賛会違憲論を主張。敗戦後，近衛文麿の要請で内大臣府御用掛となり憲法改正案を起草。46年貴族院議員に勅選，新憲法草案の審議に参加した。52年文化勲章受賞[40]。」と紹介されている。

(2) 佐々木・第一論文の要約

その佐々木の上記第一論文は，「某大学教授が，或学術雑誌に於て一論文を公にし，他人の無政府主義論を評論すると共に，自己の無政府主義を主張した。其の所謂無政府主義とは，『理想的社会状態は権力なき社会生活に在って，且此の状態の実現は可能である。併し，其の実現は，暴力に依るのではなく，人間の観念自身の発展に依るのである。』と云ふの趣旨に帰着するのである。」と書き始める。これに対してとった政府の処置について，「第一に，右の雑誌の発売頒布を禁止し，又は，発売頒布を禁止せずして，事実上之と同様の結果を生ずる所の処置として，其の雑誌の発行者と交渉して発行者をして自ら其の雑誌の回収を行はしめた。第二に，同大学教授を職務に違反したる者とし，之に休職を命じた。第三に，右の論文を新聞紙法に所謂『朝憲ヲ紊乱セントスルノ事項』に属するものとし，其の署名人たる同大学教授及び右の雑誌の発行人を起訴した[41]。」と要約し，前二者を行政上の処置，第三の処置を司法上のものとする。

そこで問題を「我現行制度の下に於て，大学教授が無政府主義の学説を論述すると云う事実が，如何に取扱はるべきものであるか」と設定し，「それは，決して，無政府主義なる思想其のものの当否の論ではな」く，この設問で問われるのは「制度問題であって，思想問題ではない。」と規定する。第三の司法上の処置については第二論文に譲り，以下第一論文では上記二点の行政上の処置について検討するとして，冒頭に検討結果としての次の様な結論を揚げる。「無政府主義の学説を論述する論文は，決して新聞紙法第42条に所謂『朝憲ヲ紊乱セントスルノ事項』に属するものではないのであって，従て之を新聞紙に掲載したる場合に，其の署名人たる某大学教授も，其の新聞紙編輯人も，共に，同条所定の制裁を受くべきものではない」と。

まず，新聞紙法第23条による，安寧秩序を乱し又は風俗を害する事項を掲載した新聞紙の発売，頒布の禁止を内務大臣に認めていることについて，同法42条とは区別し，前者を出版非行とし，後者を出版犯罪とする。その云う所の出版非行に対する行政措置としての内務大臣による発売・頒布の禁止について，「掲載せられたる事項それ自身の内容を見るのではなくして，其の事項が新聞紙に掲載せられるが為めに，社会に及ぼす影響を見る[42]」場合であって，これは更に，「其の事項を掲載したるが為に，現に，事実として，安寧秩序を紊すの現象が起ると云う場合」と，「其の事項を掲載したるが為めに，社会の安寧秩序を紊すの作用を呼び起し得るものと考へられる場合」とに分けられ，要は「其の記事の社会に及ぼす影響[43]」こそが問題であり，逆にいえば，「其の記事を受け取る所の社会の状態に依て決すべきもの」とする。

従って，「其の記事の内容に依ては，刑罰を科すべきものでないと考へらるる場合に於ても，其の事項の掲載が，社会の安寧秩序を紊すの危険性を有する場合であるならば，内務大臣の行政処分としては，之が発売頒布を禁止しても，少しも新聞紙法上の規定に抵触しないのであ[44]」って，之を出版非行という，とする。そして，「既に，内務大臣が発売頒布の禁止を為し得る場合であるとするならば，内務大臣は，強て此の処置を取らなくても，事実上之と同様の結果を生ずるが如き処置を取ることは少しも差支ないのであ」って，「内務大臣が，法上の権限として，発売頒布の禁止と云ふ形式の手段に出づることを許されて居る場合でも，其の形式を避けて其の実質を取ると云ふことは，行政上の処置としては，寧ろ適当であ」り，「其の処置として，例へば新聞紙の発行者をして，任意に其の新聞紙の回収を為さしむるが如きも，一つの方法たることを失は」ず，「発行者をして，任意に其の新聞紙の回収をなさしめたとするも，それは決して違法でないのみならず，寧ろ便宜の処置として賞賛すべきもの[45]」とする。ただし，以上のことはあくまでも「其の事項の掲載が，社会の安寧秩序を紊すものであると云ふ裁量を正当なるものと前提して，云ふのであって，其の裁量自体が正当であるや否や」は別論である，とする。

かくして，内務大臣の裁量を前提として承認しつつも，佐々木は，その裁量の当否について「裁量の標準を何れに置くか」という問題があり，「其の事項掲載の新聞紙を受け取る所の社会の状態を標準とすべき[46]」とする。「同一の事項と雖，之を受け取る社会の状態に依て，其の社会の安寧秩序を紊すこともあり，又然らざることもあ」り，「其の事項を発表するに当て，学術的の機会を通じてしたる場合と，然らざる場合とは，区別して考へねばなら」ず，「同一の事項であっても之を学会又は学術雑誌に於て発表すると，一般の会合又は普通の言論機関に於て発表するとに依て，其の社会に及ぼす影響は異な」る。「それ故，無政府主義を論述する論文にしても，それが如何なる機会を通じて発表せられたかを見ねばならぬ。」とする。新聞紙法第23条の内務大臣の行政処置，行政裁量に一貫性を認め，其の処置に違法はないとしつつも，行政裁量統制の見地からは，佐々木の私見は「裁量の標準や結果に関する見解」を異にするという。佐々木の私見としては，「学術的に論及することは，今日に於ては，一般の社会に対しても，別に安寧秩序を紊すとは云えないと思ふけれども，少なくとも，学会や学術雑誌の発売頒布を禁止するの必要はない」と判断する。

次いで，「職務違反の問題」に論及する。この点について，「大学教授が無政府主義の学説を唱へることは，大学教授の職務の違反なるや否やの問題」であるとし，大学教授の職務に関する法規である大学令を参照しても，「大学の任務を定むるの規定はある」ものの「直接に教授の職務を規定したるもの」は見当らず，要するに「大学の任務が反射して大学教授の職務となる」と解釈する。同令第１条によれば，「大学の本来の任務は，学問の研究と学問の授業とであって，兼ねて，国家思想の涵養に留意すべきもの[47]」とされており，その言う所の「国家思想の涵養」なる文言の意味する所が問われる，とする。その際注意を要するのは，新大学令の解釈にあたっての「根本見地」があり，それは「大学の任務から学問の研究なるものを引き離してはならない[48]」ことであって，「大学から其の本来の任務である所の，学問の研究を引き離すの結果を生ずるが如き，解釈を為すことは，許されない[49]」。

「涵養」なる文言について,「字義どおりに云ふならば，養成するとか，又は注入するとか云ふ，積極的の意味を持て居る」ものの，これを字義通りに解釈するとしたら「今日の大学教授は，大部分，職務に違反するものとならざるを得ない」。何となれば,「今日の大学教授の大部分は，国家思想の養成又は注入と云ふが如きことを行なって居ない。それのみならず初めより国家思想などと云ふことと何等の関係のない所のものの研究に従事しているからである。彼の医学や理学や工学や農学の研究の如きは，明らかに然うである。法学や文学や経済学の如きものを研究する者でも，初めから国家思想などと関係のない研究を為して居る者が，寧ろ多いのであって，国家思想と関係のある研究を為して居る者は極めて少い」現状からすれば,「国家思想ノ涵養」ということを「文字通りの積極的の意義とすることは，到底出来」ず,「消極的に之を解釈して，国家思想を妨害しないと云ふ程の意義に解するの外はない」[(50)]として,「涵養」の意味を定義する。

では,「国家思想」とは何か。これについて大学令上では不明確であるが故に,「其の意義を一般の社会観念に據て定めなければなら」ず,「社会観念として，国家思想なるものの下に想像せらるべき種々の意義を考へ，その意義の中唯，大学令が本来規定せんとする，大学の任務たる，学問の研究と云ふことと両立し得るものを採用するの一途あるのみ」とする。かくして「国家思想と云ふ言葉を用いる場合に，最も普通に考へられ又用いられて居る所に依れば，全く具体的の考へ方であ」って,「吾々が現在国民として所属して居る国家の具体的の命令に服従するの精神と云ふに外ならないので」[(51)],「例ば，法律の命ずる所に従ひ，又行政処分の命ずる所に服すると云ふが如く，国家が具体的に命ずる所に服従して，其の命令に違背しないと云ふ精神を指す」。「国家は何故に存在するのであるかと云ふ問題を理論的に考へて，之を是認するか又は否認するかと質し，それを是認すと推論すると云ふやうなことではないので」,「唯，国家の命ずる個々の命令に服従するの精神を有つと云ふこと」なのだとする。この点，佐々木は次の様に敷衍している。

「吾々が国家の具体的の命令に服従するのは，決して其の命令が内容上正当であるかどうかと云ふこととは関係なく，それが国家の命令であるからである。故に，吾々は，一方国家の具体的の命令には服従しつつも，他方に於ては，其の命令そのものの内容を正当でないとして之を非議することがあるのである。国家の個々の制度を批評し，又時に命令の効力を法的救済を以て，争うことを許されて居るのは，皆右の趣旨に基づくのである。吾々は，国家の命令を，内容上正当にするが為めに，之を批評し，其の不当とする所のものがあるならば，之を正当なものたらしむる為めに，之を争ふのは，寧ろ，国家をして正当なる行動をなさしむる様に努力するものである。真の愛国の精神と云ふものは茲に存して在るのである。此の真正の愛国の精神を，一に国家思想と云ふてよいのである。此の如き意味に於て，国家思想と云ふ語を用いたいと，私は常に考へて居るのである。」(52)

かくして，「此の意味に於ける国家思想と云ふに所謂思想とは，精神と云ふ意にして，理論と云ふの義ではな」く，「国家の具体的の命令に服従するの精神を妨害しないと云ふこと，之を国家思想の涵養に留意すると云ふとするの外はない。」(53)とする。

「国家思想ノ涵養」の意味をこのように解した場合，「学説として無政府主義を唱へると云ふこと」はどのような関係になるであろうか。佐々木は，「学説として無政府主義を唱へると云ふことは，決して，それ自身は当然に，国家の命令に服従するの精神を妨害するものでな」く，「理論的には，権力なき社会生活即ち無政府の社会生活と云ふものを希望すると云ふても，決して，それは，国家の具体的の命令に服従しないと云ふことではない」。「然れば，学説として無政府主義を唱へるが為めに前述べた意味の，国家思想の涵養を妨害するものであるとは云へない」(54)。無政府主義といっても，これに二種あり，「政治学者や法学者の間に用いられて居る用語としては，無政府主義は一つの国家理論であり，一つの国家学説であると云ふことは，論を待た」ず，他方，「無政府主義を実現する為めに，暴力破壊を行い，国家の命

令に服従せざること其のことを以て無政府主義であるかの如く誤解する傾向[55]」もあるが，これとは区別しなければならない。

「……価値判断と云ふ立場から，国家の研究を為すに当ては，国家の存在の理由如何と云ふことが，実に根本的なる前提の問題であ」り，「苟も正確に，国家学や政治学を研究せんとするならば，必ず，先づ，此の問題より着手せなければならない」。そして，「学問として或事物を研究するに当ては，其の結論は，自然に生ずべきものであって，特定の結論を得るように研究し，又は，特定の結論を避くるように研究すると云ふが如きことは到底出来[56]」ず，「或独断を，動かすべからざる，前提と定めて，其の前提たる独断に関係しない範囲で研究をするとか，又は，之に関係しても之を動かないものとして研究すると云ふが如きことは，学問の研究ではない[57]」。

「此の学問の研究の本義は，国家の存在の理由如何を研究する場合にも同様であらねばならぬ。即ち，苟くも国家の存在の理由如何の研究を為すと云ふ以上は，初めから其の結論を指図すべきものではない。其の結論は，研究の推理に依て，自然に生ずるものを待つの外はないのである。若し，初めより，国家の存在の理由を否認すべからざることを，独断的に，決定して置くならば如何にして，其の存在の理由の研究を為すことが出来るであろうか。それは到底不可能である。之は，敢て，之を否認すべからずと独断する場合のみには限らない。之を否認せよと指図せられる場合でも同じである。即ち，国家の存在に就て，初めから，或は是認すべしと定め，或は否認すべしと定むるが如きは，結局国家の存在の理由を研究すべからずと云ふことに外ならないのである。然れば，学問の研究と云ふ見地から云ふならば，国家の存在の理由を否認することが悪いと，初めから定めるのは，つまり，国家の存在の理由を研究することが悪いと云ふことに外ならぬのであるから，独り，国家を否認する無政府主義の主張が悪いのではなく，之を是認するの国家主義の主張も悪いと云はざるを得なくなる[58]」。

「それ故に，大学教授が国家の存在の理由を研究するの結果，国家の存在

の理由を否認するに至ても，それも，亦畢境学問の研究の結果たるに外ならない。学問の研究は大学教授の職務である。然らば，大学教授が，国家の存在の理由を研究するの結果，無政府主義なる学説を立つることは，其の大学教授に取ては，それ自身，職務を行ふた結果に外ならぬ。職務を行ふた結果なる学説の主張が職務違反なりとは到底考へられないのである。」(59)

この第一論文では，さいごに「官吏たる大学教授」と題して，まず先にあるのは「大学教授の問題」であり教授の職務内容であるとし，その際「帝国大学の教授たると，私立大学の教授たるとを分かつべきではな」く，「帝国大学教授が官吏であると云ふことは，単に無内容に，官吏と云ふのではない，大学教授の職務を有する官吏であ」って，「それが，大学教授の職務を尽した場合に，官吏たる義務に違反すると云ふが如きことは，到底理解せられない」。(60) なお，第四の余論において，次の言葉を述べて，佐々木は第一論文の筆を擱いている。

「私は国家の存在を是認する国家主義を主張するものである。然るに，世上往々，無政府主義其のものを非とするの点を根拠として，其の学説の制度上の取扱の問題を解決しようとするの見解のあるのは全く問題の論点を見誤って居るものに外ならぬ。惜むべきである。（２月17日脱稿)。」

(3) 佐々木・第二論文の要約

「無政府主義の学術論文と朝憲紊乱事項」と題する第二論文は，そのはしがきに，前稿の第一論文の一部をなすものであると断わり，それが森戸事件の判決を待ったため公にするのを保留にしていた旨を告げている。(61) 標題にあるように，新聞紙法第42条の「朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項」を掲載したとの科で森戸辰男が起訴されたのであるから，その意義をこの論文で解明しようとするものである。まず，同事項についての「全体考察」と題して，後述されている同事項の「分解的考察」に先立って，その論述を次のように整理

している。

「朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項」とは,「同条の適用を受くべき新聞紙掲載の事項を，其の内容の上から説明したものであ」り,「朝憲を紊乱せむとする事を内容」とし,「其の掲載事項其のものの内容が朝憲を紊乱せむとするもの」をいう。故に，同条は「新聞紙掲載の事項其のものの内容が，朝憲を紊乱せむとするものであるが為めに之を新聞紙に於て公表することを，犯罪とするものに外ならない(62)」。「出版犯罪とは，決して出版法規に依て，処罰を科せられる一切の所為を謂ふのではないのであって，其の出版事項の内容に依て処罰を科せられる所為のみを謂ふ」として，その対象範囲を限定する。それは,「他方に於て出版の自由なるものがあるから」で，その出版の自由とは,「本来は，国民が公表せんと欲する事項があらば，如何なるものでも，出版に依て，之を公表し得ることを謂ふのであるけれども，此の本来の出版の自由を絶対に実現せしむることは，今日の社会生活に於ては，適当でな」く,「その事項の種類に依れば，出版に依て之を公表することを禁止するの必要がある(63)」からだ，とする。

出版する事項の内容による犯罪＝出版犯罪の説明には,「此の犯罪の客観的事実が其の事項を新聞紙に於て公表すると云ふこと」及び,「新聞紙の形式に欠陥あるが為めに，処罰を科せられる場合と混同してはならない」ことに注意を促す。そして,「或事項が，新聞紙に於て，公表せられたるが為めに，社会に与える影響は，決して，其の事項の内容には属」さず，また,「或事項が，新聞紙に公表せられる場合の，関係者の目的は，決して，其の事項の内容には属(64)」さない，とする。同条にいう出版犯罪とは，出版，公表する関係者の目的やその公表による社会的影響とはかかわりがなく,「出版事項の内容に依る犯罪ありと云ふのは，或事項を公表することが，社会に対する影響として，其の犯罪とせられる内容たる事実を生ずる場合でなく，又関係者が，之を公表して以て，其の内容たる事実を実現することを目的とする場合でもな」く,「唯，其の事項そのものが其の所定の事実を内容とする場合に限る(65)」として，厳密にその適用範囲を限定する。

更に，出版法規の規定方法に，「出版法規が，自ら直接に，其の事項の内容を示すとは，内容に依て出版法規上の犯罪となる事項の，内容が，直接に出版法規自身に於て，具体的に規定せられ」ている場合と，「掲載事項の内容が，一般刑罰法の規定に依て，犯罪となる場合には，其の事項の掲載が出版法規上の犯罪となるものと規定せられ，其の事項の内容が，出版法規に於て，具体的に規定せられざる」場合とがあるが，「我国の出版法規に於ては，第一の主義を取って，直接に，犯罪となる事項の内容を示して居るから，出版法規上の責任者たる編輯人が，出版法規上の犯罪となるのは，其の掲載事項が出版法規所定の内容を有する場合に限るのであ」って，「然らざる場合には，仮令，それが一般刑罰法に依て犯罪となるべき内容であっても，出版法規上の責任はない[66]」ことになる。

続いて，「朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項」についての予備的考察として，「『事項』の内容を示すものか又は其の内容に非ざる何等かの意味を有するか」について検討する。まず第一に，「特に出版法規が，掲載事項に関して，或限定をなして，出版法規上の責任を規定するは，出版事項の内容に依る犯罪たる出版犯罪を定めたものとするに於て，特別の意味を生ずる[67]」のであって，例えば「犯罪ヲ煽動若ハ曲庇スルノ事項」，「犯罪人若ハ刑事被告人ヲ賞恤若ハ救護スルノ事項」，「刑事被告人ヲ陥害スルノ事項」（以上，同法第21条），「安寧秩序を紊ス事項」，「風俗ヲ害スル事項」（以上，同第23条１項），「皇室ノ尊厳ヲ冒瀆スルノ事項」，「『政体ヲ変改』スルノ事項」（以上，同第42条[68]）等とあるが，「『何々スル』又は『何々スルノ』と云ふを以て，『事項』を限定するは，『事項』其のものの内容を示す」ものだとする。そして「所謂事項とは記事のこと」であり，「法文に用いた如く，『何々スル』記事と云へば，其の記事の内容が示されたもの[69]」という。

とすれば，「先ヅ，右の『何々スル』又は『何々スルノ』と云ふを以て，掲載事項の内容ではなく，関係者の目的を示すものと解するは，不合理で」，「元来，出版法規が掲載事項を制限して，其の制限に該当する事項の掲載を禁止するは，其の事項の内容の伝播を防止するが為めであって，其の故に，

其の内容の伝播に関係することを処罰するのであ」って，「即ち決して，関係者が伝播に依て達せんとするの目的を観て，其の目的を実現せんとすることを処罰するのではない(70)。」とする。つまり，「新聞紙法第41条に依れば，掲載事項が安寧秩序を紊し，又は風俗を害するの内容を有するときは，安寧秩序を紊すの目的，又は，風俗を害するの目的を以て之を公表せずとも，出版犯罪とせられるのである(71)。」

同様に，「『何々スル』又は『何々スルノ』と云ふを以て，掲載事項の内容ではなく，其の社会に対する影響を示すものと解するも亦，不合理である(72)」。「或事項が，社会に，朝憲を紊乱せんとするの影響を生ずるとき，之を罰すると云ふならば，それは極めて浮動的なる，偶然的なものとな」り，「此の如き影響を生ずるとするも，それは，其の事項を受取る社会の状況に依て生ずるので，其の事項其のものの内容から生ずるのではな」く，「其の事項の署名人又は掲載人の行為とは，何等関係のないことである」。「其の無関係のことに依て此等の者が犯罪人となることが，既に道理に合はぬのである」。かくして，「其の事項が，新聞紙に掲載せられ，之を受取る社会の状況に依て，其の社会に，朝憲を紊乱するやうな現象を生ずるも，其の事項其のものが，朝憲を紊乱せむとするの内容を有していない限は，決して『朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項』とは云ひ得ない」とする。

以上の予備的考察の上で，佐々木は「分解的考察」へと筆を進める。まず「朝憲」そのものの意義について，新聞紙法第42条は，1867（明治20）年制定の新聞紙条例第32条に相当しており，同条例は明治憲法制定以前に存在していたのであるから「朝憲」にいう「憲」は必ずしも大日本帝国を直接に示すものではなく，あくまでも「朝憲の文字が，憲法と関係せしめて用いられたものとは考えられ」ず，「朝憲とは，其の字義としては，法の規定する政治的生活の基本的組織と云ふの外なく」，「実際上は，其の法は憲法であると云ふに過ぎない(73)」。従って，「朝憲」とは「政治生活又は国家的生活の組織に関するもの」で，簡単に言えば「国家の組織に関するもの」で，「広く，一般に社会的生活又は共同生活に関するものを，総て，指すものではない(74)」。

では，朝憲を「紊乱」するとは，いかなる意味であろうか。「紊乱すると云ふ事は，全体として，現実の観念であ」り，それは「或るものに対して，何等か事実上の手段を向けて，之を破壊すると云ふこと」で，「或るものに対して，単に価値判断を下すことは，決して，其のものを紊乱するとは云へない」こととなる。「其の価値判断を下すこと其のことは，其のものに対して事実上の手段を向けて，之を破壊することではない」。かくて，「朝憲を紊乱すると云ふのは，朝憲に対して，何等か事実上の手段を向けて，之を破壊することを謂ふのであって，朝憲に対して価値判断を下すことは，之に属しない」とする。

そうとすると，「或ものに，事実上の手段に向けて，之を破壊すると云ふことは，其の或ものが現実の存在を有するときに，始めて，考へられるのであ」って，「現実の存在を有することなく，単に思考せられたものに対しては，事実上の手段を向けて，之を破壊すると云ふことはあり得ない」ことになる。かくして「朝憲を紊乱する」との意義は，「法の規定する政治的生活の基本的組織が，現在事実として存立するの状態に対して，何等か事実上の手段を向けて，之を破壊するのに謂に外ならない」ということになり，「行為の対象は，単に朝憲として思考せられたるものではなく，行為は，其の朝憲に対する価値判断を下すことではない」，とする。

この趣旨を佐々木は次のように，具体的に敷衍して説明を重ねている。

「法の制度を制度其のものとして取扱ふ場合には，決して，朝憲を紊乱するものとなることはない。先づ，朝憲たる政治的生活の基本的組織に属する個々のものに就て云へば，議会制度や，内閣制度や，裁判制度を制度其のものとして取扱ふ以上は，如何にしても，紊乱など云ふことはあり得ない。之に対する消極的態度の極度としても，其の制度に対して之を改廃すべきものと云ふの価値判断を下すことが考へられるに過ぎない。若し，之をしも紊乱と云ふならば，前述の如き制度を，政策上から研究して，例えば，貴族院改廃論を為し，枢密院廃止論を為すことは，常に朝憲の紊乱

とならざるを得なくなる。此の如きは，何人も其の不当なるを疑はないであらう。次に，朝憲たる政治的生活の基本的組織の一般的のもの，即ち国家の権力と云ふ制度を取扱ふ場合でも同じである。之を制度其のものとして取扱ふ以上は，如何にしても紊乱など云ふことはあり得ない。[75]」

これに対して，「朝憲の紊乱」とは，「制度たる基本的組織が現に事実として存立する状態を，取扱ふ場合」であり，これを具体的に表わせば，次の通りとなる。

「……制度を実行するが為めに夫々の機関の地位に在る人々を滅亡せしむること，例へば内閣員を暗殺するが如きこと，又，之を滅亡せしめなくとも，其の制度が現に事実として存立する状態を事実上の手段を以て，破壊すること，例へば現在の議員を幽閉して，会議を開かしめず，又は根本的に国民に実力を加へて選挙を行はざらしむることに至って，朝憲を紊乱するものとなるのである。一般的のものに就て云へば，国家の権力の制度が，現に事実として存立する状態を何等か事実上の手段を以て，破壊すること，例へば，権力者たる君主に危害を加へて権力を失はしめ，又は，服従者たる国民に実力を加へて服従せざらしむることに至って，朝憲を紊乱するものとなるのである。其の制度が現に事実として存立する状態に対しても，単に，価値判断を下すに止まるものは，決して，朝憲を紊乱するものではない。若し之をしも，朝憲を紊乱するものと云ふならば，制度を現状の上から批評することは，悉く，朝憲を紊乱するものとならう。[76]」

佐々木は，このように解して，朝憲紊乱とは要するに，「其の事項の内容が，法の規定する政治的生活の基本的組織が現に事実として存立する状態を，事実上の手段を以て，破壊することであると云ふに過ぎない」として，これを「其の事項の現実性」と名付け，この現実性の有無を出版犯罪のメルクマールと考えている。さいごに「第四」として，標題に基づく設問に立戻って，

「第一に」,「朝憲ヲ紊乱セムトスルノ事項」が,「全く其の事項の内容が朝憲を紊乱する事なるの意」であったのだから「論文の署名人が之を公表して,朝憲を紊乱することを目的としたか否かは,此の問題に関係」ないこと,「第二に」, 該論文の内容は,「現実性」なきが故に「朝憲を紊乱する事を含む」ものではない, とする。次の文章をもって佐々木は結んでいる。

「設問の無政府主義の学術論文は,理想的社会状態を権力なき社会生活とし,且それは,人間の観念自身の発展に依て実現せられるものであるとする。それは,唯,国家の権力の制度に対して,制度としての価値判断を下したものに過ぎないのであって,其の制度が現に事実として存立する状態を,事実上の手段を以て,破壊する事では,断じてない。」(77)

以上,長々と佐々木・第一論文,第二論文を引用した。結局の所,第一論文の要約の冒頭に紹介した様に,森戸事件における当該論文執筆者である森戸辰男の,新聞紙法上の内務大臣による行政処分,並びに司法処分について,前者は行政裁量の点で内務大臣の発売・頒布禁止処分につき,内務大臣の裁量処分を認めつつも,佐々木は個人的にはこれに反対し,司法処分については森戸の刑事責任を全面的に否定する。又,編輯人たる大内兵衛についても,行政処分については,前者と同様としつつ,後者の司法処分については,「現実性」なきが故に編輯人としての刑事責任を否定する。

上記引用の二論文を一体のものとして理解した場合,まずもって問題の法的分析の手法が鮮かに「法論理主義・法実証主義」であることを看取できよう。又,同時に,森戸事件での特別弁護人としての論理の立て方からは,戦後の日本国憲法第21条の表現の自由に関するいわゆるT.エマーソンの「表現・行動の二分論」を彷彿とさせる論理展開を見ることができる。戦後の表現の自由論でも,現実には手放しで上記二分論を採ることができず,例えば有名な「明白かつ現在の法理」でも,あるいは「象徴的言論」もしくは「象徴的行為」の領域でも表現と行動の二分論が徹底されているわけではない。

戦前の，時あたかも第一次大戦直後の国際的，国内的な状況の中で，純粋の法文の論理分析の手法で，表現内容と行為・行動の分離を主唱することは，凄みすら感じさせてくれる。各論文の結語，とくに第二論文の結語に見られるように，法論理的，法実証的に森戸等の無罪を主張することは，当時の状況からすれば，当然に反右翼的，反国家的，反軍国的陣営の重要人物たることを表明したことになる。かくして，次の舞台は，佐々木等の勤務する京都大学法学部となる。沢柳事件で大学の自治を慣習法上のものとはいえ認めざるを得なかった京都大学に，戦前右翼，軍国主義者の攻撃対象が移ることとなる。それが，1933（昭和８）年の京大・滝川事件である。

（続）

（１）森秀樹，「学問の自由」，大須賀・栗城・樋口・吉田編，『憲法辞典』50～１頁，三省堂，2001年。
（２）森秀樹，前掲書313頁。
（３）金子・新堂・平井編集代表，『法律学小辞典（４版）』104頁，有斐閣，2004年。
（４）前掲書779頁。なお，参照，佐藤幸治他編集代表，『コンサイス法律学用語辞典』177，1029-30頁，三省堂，2003年。
（５）常本照樹，「大学の自治と学問の自由の現代的課題」，日本公法学界第70回総会レジュメ，３頁，2005年。
（６）前掲。ただし，箇条書きは，筆者による。
（７）岩波現代文庫学術136，岩波書店，2005年。以下，引用は，松尾，『事件』とする。なお，引用にあたっては旧字を新字に適宜改め，一部省略しての引用であることをお断りする。
（８）松尾，『事件』４頁。
（９）松尾，『事件』352頁。
（10）『日本史広辞典』1567頁，山川出版社，1997年。以下，山川，『広辞典』とする。
（11）山川，『広辞典』，同上頁。
（12）『岩波日本史辞典』846頁，岩波書店，1999年。以下，岩波，『辞典』とする。
（13）松尾，『事件』353-４頁。
（14）松尾，『事件』２頁。
（15）山川，『広辞典』937頁。
（16）岩波，『辞典』500頁。
（17）松尾，『事件』18頁。
（18）同上。

(19) 松尾,『事件』 3－4 頁。
(20) 同上, 4 頁。詳細は53頁以下参照。
(21) 同上書, 5 頁。
(22) 同上書, 6－7 頁。
(23) 以上, 松尾,『事件』22－4 頁。
(24) 松尾,『事件』41頁。
(25) なお, 箇条書きは筆者による。
(26) 同上書。なお, 引用は一部省略している。
(27) 箇条書きは筆者による。なお, 同上書からの引用は一部省略してある。
(28) 松尾,『事件』41－2 頁。
(29) 松尾,『事件』43－4 頁。
(30) 神田・寺崎・平原共編,『史料教育法』, 98-102頁, 学陽書房, 1973年。
(31) 岩波,『辞典』1134頁。
(32) 山川,『広辞典』2113頁。
(33) 同上。
(34) 我妻栄,『旧法令集』, 67頁, 有斐閣, 1968年。
(35) 松尾,『事件』354頁。
(36) 松尾,『事件』354－5 頁。
(37) 岩波,『辞典』257頁。
(38) 岩波, 同上。
(39) 山川,『広辞典』515頁。
(40) 岩波,『辞典』490頁。
(41) 法学論叢 3 巻 3 号19頁, 1920年。
(42) 前掲書, 21頁。
(43) 前掲書, 22頁。
(44) 前掲書, 23頁。
(45) 前掲書, 24頁。
(46) 前掲書, 25頁。
(47) 前掲書, 27頁。
(48) 前掲書, 30頁。
(49) 前掲書, 31頁。
(50) 前掲書, 32頁。
(51) 前掲書, 33頁。
(52) 前掲書, 34頁。
(53) 前掲書, 35頁。
(54) 前掲書, 35頁。
(55) 前掲書, 36頁。
(56) 前掲書, 37頁。
(57) 前掲書, 38頁。

(58) 前掲書，38-９頁。
(59) 前掲書，39-40頁。
(60) 前掲書，40頁。
(61) 法学論叢３巻４号１頁，1920年。
(62) 前掲書，２－３頁。
(63) 前掲書，３－４頁。
(64) 前掲書，５－６頁。
(65) 前掲書，８頁。
(66) 前掲書，８-９頁。
(67) 前掲書，10頁。
(68) 我妻・前掲注34，67頁。
(69) 佐々木・前掲注61，11頁。
(70) 同上。
(71) 前掲書，12頁。
(72) 同上。
(73) 前掲書，14-15頁。
(74) 前掲書，15頁。
(75) 前掲書，17頁。
(76) 前掲書，18頁。
(77) 前掲書，20頁。