

論説

「大学の自治」に関する試論

——社会・正当性・構造——

2010年4月入学

本郷 隆

I. 序

- 1 ポポロ事件判決
- 2 問題提起
- 3 本稿の構成

II. 歴史

- 1 中世
 - (1) 大学の誕生
 - (2) 大学の「死」
- 2 近代以降
 - (1) ドイツ
 - (2) 米国
- 3 日本：戦前
 - (1) 帝国大学の成立
 - (2) 私学の誕生
 - (3) 自治の萌芽
 - (4) 抑圧の時代
- 4 日本：戦後
 - (1) 新制大学制度発足から学生叛乱まで
 - (2) 改革の時代

III. 構造

- 1 根拠論
 - (1) 制度的保障論への疑問
 - (2) 功利主義からのアプローチ
 - (3) 職責からのアプローチ
 - (4) 機能的自由からのアプローチ
 - (5) 教育権からのアプローチ
- 2 外部関係
 - (1) 実質的意味の大学
 - (2) 「諸学部への争い」
 - (3) 法学の多層性
 - (4) 「大学性」

(5) 自律性の限界

3 内部関係

- (1) 「教授会自治」の再定位
- (2) 私立大学の内部関係
- (3) 国公立大学の内部関係

4 内容

- (1) 自治内容の諸要素
- (2) 人事自治権
- (3) 財政自治権
- (4) 警察権からの自由

5 まとめと展開

- (1) 議論の小括
- (2) 「大学」の核心と辺縁
- (3) 司法審査
- (4) 「学問界」の構造

IV. 現代的課題

- 1 産学連携と専門職大学院設置
- 2 専門職大学院化について
 - (1) 経緯
 - (2) 大学への影響
- 3 産学連携について
 - (1) 経緯
 - (2) 大学への影響
- 4 検討
 - (1) 大学性の低減
 - (2) 教授会自治の限界
 - (3) 公共財としての国立大学

V. 結

- 1 本稿の狙いあるいは成果
- 2 大学及び大学人に対して
- 3 憲法学に対して

I. 序

1 ポポロ事件判決

ポポロ事件判決¹⁾は、今日においてなお、大学の自治についての最重要判決である。同判決は、憲法23条の学問の自由について、「学問的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つて」、「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」と述べ、特に大学については、憲法の23条の趣旨と学校教育法52条とに基づいて、「大学において教授その他の研究者がその専門の研究の結果を教授する自由は、これを保障されると解するのを相当とする。すなわち、教授その他の研究者は、その研究の結果を大学の講義または演習において教授する自由を保障されるのである」という。その上で、「大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている」と述べ、憲法上「大学の自治」が保障されていることを宣言した。

学説も憲法上「大学の自治」が保障されていること自体について異論は見られない。ただし、その説明の仕方については、若干のヴァリエーションが見られる²⁾。その中、戦

後の通説はドイツの学説の影響もあり³⁾、憲法23条は、学問の自由という主観的な権利と並んで、「大学の自治」という客観的な制度を保障したものと理解してきた⁴⁾。

2 問題提起

このような理解に対して、二つの根本的な疑問を提起したい。

第一の疑問は、憲法23条によって保障されると言われる自由と制度は容易に併存し得るものかということである。樋口陽一は、主権の担い手である集権的国家と人権の主体である個人とが対面する二極構造を貫徹するために、憲法が国家と個人の間を介在する中間集団を否定してきた歴史を強調する⁵⁾。このような憲法観からは、大学もまさに国家と個人との間に介在する中間団体として浮かび上がり⁶⁾、そうすると憲法23条の中に併存する自由と制度の間には、緊張関係が潜むことに気づく。

ところで、日本の学説が参照したドイツのボン基本法5条3項は、「芸術及び学問、研究及び教授は自由である」と規定する。彼国の伝統的な通説が、「学問的思想の自由に対する基本権を意味するだけでなく、一種の制度保障、すなわちドイツの大学の〈基本権〉をも意味する」と理解してきた点はわが国と共通する⁷⁾。ただし、ドイツでは、この自由と制度との間に潜む緊張関係への自覚があり、特に戦後以降、両者の論理的脈絡づけのための活発な議論が展開されており⁸⁾、わが

1) 最大判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁。

2) 成嶋隆「学問の自由」小林孝輔＝芹沢斉編『基本法コンメンタール憲法(第5版)』別冊法セ189号175頁、180-181頁(2006)参照。

3) 法学協会編『註解日本国憲法上巻』464頁注13(有斐閣、1948)。

4) 例えば、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第4版)』159頁(岩波書店、2007)、佐藤幸治『憲法(第3版)』509頁(青林書院、1995)。

5) 樋口陽一『憲法I』28-30頁(青林書院、1998)。

6) 樋口は、近代市民革命＝フランス革命以前の大学は、特権の牙城として破壊されるべきものであったとするが、近代立憲主義の確立期＝第三共和制という歴史的断絶を経た後の大学は積極的に肯定する(樋口陽一「学問と大学」社会科学の方法1巻2号10頁、11頁(1968))。

7) 守矢健一『「学問の自由」に係る日本の憲法解釈論の性格をめぐって」大阪市立大学法学雑誌54巻1号376頁、382頁(2007)。

8) ドイツにおける学説の展開については、守矢・前掲7)382-389頁を参照。なお、今日のドイツの学説では、大学の自治を制度的保障の名のもとに語るのは、一般的ではない(玉井克哉「産学連携と学問の自由——ドイツの職務発明制度改革から見る大学の将来像」玉井克哉＝宮田由紀夫編『日本の産学連携』(玉川大学出版部、2007)119頁、120頁)。

国の状況とは対照的とも言える。

第二の疑問は「大学」とは何か、ということである。国立大学は、国立大学法人法の改正という立法行為により、また公立及び私立大学は、認可という行政処分により設立される⁹⁾。果たして、こうして設立される大学はおよそ、憲法により自治が認められるのか。憲法20条及び89条の「宗教的結社」は、法律上の「宗教法人」とは異なる概念とされているはずだが、これとの比較で、憲法23条の想定する「大学」と法律上の「大学」とが当然に一致するとしてよいかは疑わしい。さらに、大学が急増し、自治能力があるか疑わしい大学も存在する中、単に「大学」というレッテルを貼れば、大学の自治を享有できるかということは問題にされてしかるべきである¹⁰⁾。

3 本稿の構成

本稿は、以上のような問題意識を基底に据え、大学の自治を法学的に分析し、さらに試論を提示するものである。

IIでは議論の前提として、大学の歴史を顧みること、社会環境がいかに変化し、それに応じて大学がいかに変容したかを概観する。IIIでは、大学の自治の法的根拠を探り、それを軸に、憲法的保護に値する大学の範囲や、大学の自治の構造等について議論を行う。ここが本稿の根幹になる。さらに、そこで獲得された視角を前提に、IVでは、現在まさに大学で起きている変化をいかに捉えるべきか検討する。そして、Vで総括を行い、今後に向けた展望を示すこととしたい。

II. 歴史

まず、大学及び大学の自治の史的展開を眺めたい。ここで確認したいことは、大学が

「学問の府」として輝かしい歴史を歩んできたということではない。確認すべきは、寧ろ大学の闘争であり、敗北であり、墮落であり、変貌である。生々しい大学の姿を謙虚に受け入れることで、大学及び大学の自治について虚心坦懐に検討していく糧としたいのである。

なお、紙幅の都合上、通史を叙述する余裕はない。ここでは、III以下の検討に必要な範囲で、特に注目すべきトピックを取り上げ、簡単に指摘していくスタイルを採る¹¹⁾。

1 中世

(1) 大学の誕生

「大学」の誕生は、1158年、ボローニャ大学へ神聖ローマ帝国皇帝による特許状が付与されたことに遡る。その後、パリ大学の設立が続く、大学は、一気にヨーロッパ全土へ拡大した。かかる拡大の基礎には、アリストテレス哲学がイスラム経由で流入し、ヨーロッパ中で知的関心の高まりがあったことが指摘されている。知識欲に燃える青年は師を求めて集まり、高度の教育衝動に駆られた教師が多数の青年をひきつけ、自ずから各地で学問研究集団が形成されていったのである。

当時の大学は、大学構成員の自発的結合体として自治的に運営がなされていた。一般的な大学は、大学自らが選出し、大学構成員に対する裁判権を持ったレクトル（総長）によって管理され、比較的短期の任期で互選され交代するデカン（学部長）を長とする学部により成り、ドクトル学位賦与の試験及び昇任権並びに教授認可権を独占していた。そして、大学はこれらの特権を護り確保するために、「課業停止」と「移住」という武器を有していた¹²⁾。大学がこれらの措置をとることは、経済的に大学に依存していた都市にとって、多大なダメージとなることから有効

9) 国立大学は、国立大学法人法別表第二の改正による（同法2条1項、2項）。公立・私立大学は、文部科学大臣の設置認可による（学校教育法4条）。

10) 伊藤正己ほか「研究会 大学自治の基本問題」ジュリ 356号 26頁、29頁〔伊藤正己発言〕（1966）参照。

11) 本文中の史実は、主に、吉見俊哉『大学とは何か』（岩波書店、2011）及び高柳信一「学問の自由——歴史の序論——」『学問の自由』（岩波書店、1983）〔初出1967〕に依る。

12) 高柳・前掲注11)3頁。

に機能したと言われる¹³⁾。

中世の大学の特徴は、「移動の自由」が基盤にあることである。特に初期の大学は、固定的施設を有さず、学生団や教師団は、都市から都市へ移動が可能であり、また複数の権威と多元的に結びつくことも可能だったのである¹⁴⁾。さらに、どの地方の大学も、使用言語はラテン語であり、カリキュラムも共通性が高く、このような普遍性も教師や学生たちの移動を容易ならしめていた¹⁵⁾。

ただし、このような大学は、元々身分制と自己規律をその本質とする職業団体の一種であり、その目的とするところは構成員の共通の利益の確保・擁護であったと言われる¹⁶⁾。そして、ローマ教会の最高権によって担保された強固な一元的な真理の体系の支配が存在し、学者の研究の自由ないし学問の自由は、原則的に否定されていた点で、現在の大学とは様相を異にしていた¹⁷⁾。

(2) 大学の「死」

大学は、ヨーロッパ世界の知的水準向上に貢献したが、このような状況が長く続いたわけではない。まず、13世紀以降、大学を神学教育に利用しようと考えた教会が、大学におけるプレゼンスを強め出した。本来これに対するべき大学側も、教授が教会での出世ルートを開拓することや教会と結託して野心を実現することに熱中し始め、大学と教会との緊張関係は失われていく。

さらに宗教革命以降のドイツでは、領邦国家が各宗派と結合することで存立の基礎を築くようになったが、そのような中、大学は領邦教会の正統教義の普及防衛のための伝道所としての役割を担わされるようになっていく。こうして、大学は、国家に取り込まれ、世俗的権力との緊張関係も失われていったのである。

また、中世的環境の喪失にも留意すべきだ

ろう。各地で主権国家が台頭してくると、領域を定める国境が強く意識されるようになる。これにより、中世の大学の存立を支えていた移動の自由は大きな制約を受けることとなった。また、大学自身も図書館や講堂といった物理的施設を備えるようになり、かつてのようなモビリティは失われていた。

こうして大学が教会や世俗の権力との緊張関係を失い、従属的な地位に甘んじるようになると、もはや大学内部でリベラルな学問は実現できず、旧套墨守で凝り固まった場所へと墮していく。社会学者・吉見俊哉が「大学の死」と評するところである¹⁸⁾。

なお、注意すべきは、この「死」の原因を専ら大学外に求めるわけにはいかないということである。教会との癒着は、神学部を中心とする大学人の振舞いの帰結である。また、領邦国家において大学人は国家官僚となることで、「自律性の喪失と引き換えに財政上の安定を手に入れ」たのであり、「領邦国家による大学の取り込みは、上からの強制というよりも、むしろ下からの選択の結果であった」のである¹⁹⁾。そのような意味で、当時の大学が自己浄化できず、自己防衛的な制度に陥った原因として大学の自治の腐敗を指摘する、教育学者・潮木守一の見解は鋭い²⁰⁾。

大学が凋落する一方で、グーテンベルクによる印刷術の発明は、出版産業・出版文化の興隆をもたらした。これにより、書齋や図書館で研究ができるようになり、大学に依存しない、新しいタイプの知識人が出現することになる。彼らの眼は、新しい知として登場してきた人文主義や自然科学へ向かい、中世以来のスコラ哲学を捨て切れない大学は関心の外へ置かれることとなった。16世紀以降、彼らが集ったのは、新興の有力者の保護を受けて設立された「アカデミー」であった。イタリアに始まったアカデミーは、その後ヨー

13) 吉見・前掲注 11)30 頁。

14) 吉見・前掲注 11)27-28 頁参照。

15) 吉見・前掲注 11)36-37 頁。

16) 山元一「大学の自治」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』181 頁、181 頁（弘文堂、2005）。

17) 高柳・前掲注 11)3 頁。

18) 吉見・前掲注 11)64-66 頁。

19) 吉見・前掲注 11)61 頁。

20) 潮木守一『世界の大学危機』59 頁（中央公論新社、2004）。

ロッパ全土へ広がり、やがて国家自身も設立するようになる。アカデミーでは、大学よりずっと柔軟に、実学的で先端的な教育がなされていたという。この時代、大学ではなく、アカデミーこそが知の先導者だったのである²¹⁾。

2 近代以降

近代以降、大学は、各国民国家の中で独自の進化を遂げていく。ここでは、戦前の日本の大学のモデルであったドイツと、戦後のモデルである米国について概観する。

(1) ドイツ

大学が復権を果たすのは19世紀初頭のドイツである。ナポレオン戦争に敗北し、危機意識が高まっていたプロイセンでは、ヴィルヘルム・フォン・フンボルトが中心となって大学改革が進められた。いわゆる「フンボルト型大学」の特徴は、研究と教育の一致にあり、その象徴が、ゼミナールや実験室である。従来の大学では、知識が既に定まったものであるという考えのもとに講義による教育がなされていたが、フンボルト型大学では、知識は教師と学生との対話の中で絶えず新たに生成されていくものだという考えを前提に、新しい知識を構築していくプロセスの習得が目標とされた。そして、この理念こそフンボルト型大学が今日の大学につながる直接の先行者であると言われる所以である²²⁾。

このようなフンボルトの理念に沿って設立された大学が1810年創設のベルリン大学である。ベルリン大学では、学問の要求と国家の権力要請との調整につき、国家内における最大限可能な自由を大学に保障する方向で実現するものとして構想された。つまり、「大学は、国家機関であるが、国家目的に完全に従属するものではない。国家は、大学におけ

る研究と教育に関しては、それを外的に管理し及び組織することを通じて間接的にこれに干与し、また、一般警察権にもとづく監督権をもつにすぎない」とされたのである。これは、近代ドイツ大学自治の原型となり、「ベルリンの自由」として他の大学のモデルとされた²³⁾。こうして国内に浸透していった「学問の自由」は、1849年のフランクフルト憲法152条で「学問およびその教授は自由である」として初めて憲法上保障され、1850年のプロイセン憲法20条でそのまま採用されることとなった。

なお、当時のドイツの学問の自由の特徴については、①国家が大学をつくったこと、②大学の自治の担い手が市民一般ではなく、少数エリート層であったこと、③大学の政治的中立性が要求されたこと、④個人の自由というより制度的保障に近い性格を有していたこと等の指摘がある²⁴⁾。

ドイツにおける学問の自由及び大学の自治については、1973年のいわゆる「大学判決」が重要な判示を行ったが、これについては後述の関連個所で指摘したい。

(2) 米国

米国では、植民地時代以降、大学(college)は紳士教育の場にしかすぎなかったが、19世紀に入ると、「真も偽もいちおうの真であり、偽であるにすぎない。本当に真であるかどうかは不断の探求によって検証されなければならない」という真理観を前提とするダーウィニズムの浸透を基礎に²⁵⁾、ドイツ留学帰りの教育者たちの手によって大学改革が進められた²⁶⁾。その到達点が1876年設立のジョンズ・ホプキンス大学である。同大学は、フンボルト型大学を米国で実現するために、学部課程の上により高度な研究型教育を旨とする「大学院」を置いた点に特徴がある。その後、同大学が、優秀な研究者や学生を集

21) 吉見・前掲注11)74-78頁参照。

22) 吉見・前掲注11)79頁及び87-90頁参照。

23) 高柳・前掲注11)15頁。

24) 大浜啓吉「学問の自由と大学の自治」『公共政策と法』2頁、7頁(早稲田大学出版部、2005)。

25) 酒井吉栄「学問の自由」芦部信喜ほか編『アメリカ憲法の現代的展開 1 人権』113頁、119頁(東京大学出版会、1978)。

26) 酒井・前掲注25)120頁。ハーバード大学を中心に繰り広げられた改革の試みについては、潮木守一『アメリカの大学』52-79頁、116-145頁(講談社、1993)が詳しい。

めることに成功すると、大学院制度は米国全土に広がっていくこととなった。

ところで、米国では、「学問の自由 (academic freedom)」は、まず慣行あるいはイデオロギーとして確立された。伝統的に私立が多く、運営資金を集める必要がある米国の大学では、理事会が、教員に対して資金提供者の歓心を買うような見解をとらせるべく干渉してくる危険がかねてより指摘されていた²⁷⁾。そこで、教授の科学的精神と公平無私な探究を可能ならしめるために、素人 (laymen) 理事会による圧力を排除するための概念として“academic freedom”を確立する必要があった。その先導に立ったのが、米大学教授連合 (American Association of University Professors, “AAUP”) であり、その成果が「1915年宣言」である²⁸⁾。同宣言は、教授が理事会の干渉を受けることなく自由に教育や研究ができるということを軸に“academic freedom”の概念を組み立てたものである。この内容は、その後まもなく、米国の大学界に浸透し、広く承認されるに至った。ただし、これはあくまでAAUPの宣言であり、大学内規、任用契約、労働契約等へ組み込まれない限り法的執行可能性を持つものではない²⁹⁾。

他方、連邦最高裁が「学問の自由」を語るのは、1950年代後半以降になってからである。すなわち、Sweezy事件³⁰⁾においてウォーレン法廷意見が「アメリカの大学コミュニティにおいて学問の自由の重要性はほぼ自明である」とした上で、「教師と学生は、探求し、研究・評価し、新たな成熟と理解を獲得する自由を常に維持しなければならない」と判示し、その後のKeyishian事件³¹⁾

で、ブレナン法廷意見が、学問の自由について「修正1条の特別な関心事項 (special concern of the First Amendment)」と位置づけたのである。両判決は、個人の学問の自由を認めたものであるが、その後、Bakke事件³²⁾では、大学自体も学問の自由の享有主体となることが示された。一連の判決は曖昧な表現に終始するものが多く、連邦最高裁の認める「学問の自由」については、その輪郭の不明瞭が指摘されている³³⁾。なお、AAUPの「学問の自由」概念とは異なり、連邦最高裁の認める「学問の自由」は対政府的な権利であるため、私立大学の教員が大学に対して主張することはできないとされる³⁴⁾。また、ドイツや日本とは異なり、教員団が大学の運営に参加する権利も憲法上、認められていない³⁵⁾。

3 日本：戦前

(1) 帝国大学の成立

わが国に大学が誕生するのは明治時代である。当時の政府にとって国力増強のため、西欧の学問を輸入することは急務であり、この目的のために高等教育機関が相次いで設立された。ただし、これらは統一的理念に沿って設立されたものでもなく、また幕府の学問所を引き継いだという性格もあり、その系譜は複雑である³⁶⁾。

その中で大きな転換点は、1886年の帝国大学令の制定及び帝国大学の設立であろう。帝国大学令1条は、帝国大学の目的について「国家ノ須要ニ応スル學術技芸ヲ教授シ」と規定した。この文言は後の大学令1条にも受け継がれ、戦前の学問の基調となる。つま

27) Ernest Van Den Haag, *Academic Freedom in the United States*, 28 LAW & CONTEMP. PROBS. 515, 518-19 (1963).

28) AAUP, *Declaration of Principles* (1915), reprinted in LOUIS JOUGHIN ed., *ACADEMIC FREEDOM AND TENURE*, app. A at 157-76 (1969).

29) 松田浩「合衆国における『二つの学問の自由』について」一橋論叢 120 巻 1 号 84 頁, 85-87 頁 (1998) 参照。

30) Sweezy v. New Hampshire, 354 U.S. 234 (1957).

31) Keyishian v. Board of Regents, 385 U.S. 589 (1967).

32) Regents of the University of California v. Bakke, 438 U.S. 265 (1977).

33) David M. Rabban, *A Functional Analysis of "Individual" and "Institutional" Academic Freedom under the First Amendment*, 53 LAW & CONTEMP. PROBS. 227, 230 (1990).

34) Rabban, *supra* note 33, at 231.

35) Minnesota State Board for Community Colleges v. Knight, 465 U.S. 271 (1984).

36) 吉見・前掲注 11) 116 頁の系図を参照。

り、この時期の高等教育は国家主義的性格を帯びていたのである。その一つの具体的現れが、帝国大学の官僚養成機構としての性格であり、法科の重視であったのは周知のとおりである。また、その他の特徴として、高等教育の内容が実利的・応用的性格を有していたことも指摘される。当時のヨーロッパの大学はリベラル・アーツ中心であって、技術系の学問が総合大学に含まれていなかったのとは対照的である³⁷⁾。

なお、帝国大学令制定後の1889年に明治憲法が公布された。明治憲法は、プロイセン憲法を範としたわけだが、学問の自由については規定されていない。これは、伊藤博文に憲法を講じたモッセやグナイストが、学問の自由は、無益で国を混乱させる原因になるので日本では不要であると説いたことが影響したと言われている³⁸⁾。

(2) 私学の誕生

私立の専門学校は既に明治初期には誕生しており、特に法学系を中心に多数の学生を集めていた。それらは、高い教育水準にもかかわらず、長らく公的に学校制度の中に位置づけられない状態にあったが、1903年の専門学校令により、官立諸学校を補完する役割、若しくはそれとは異なる目的を果たす役割のものとして初めて学校制度の中に位置づけられることとなった。ただし、あくまで法的には「帝国大学」とは区別された「専門学校」としてである³⁹⁾。その後、私学が正式に「大学」と位置づけられるのは、1918年の大学令を待たなければならなかった。

しかし、私立大学の誕生は、それ以前に見ることができのかもしれない。幕末期、当時の知識人とも呼べる志士たちは、日本中を旅しながら私塾で有力な教師について翻訳された知識を学び、旧套打破を図ろうとしてい

た。そのような私塾の代表が緒方洪庵による適塾であり、佐久間象山による五月塾である。このような状況は、中世ヨーロッパの大学勃興期にも類似する。大学は、制度である以前に知識の生成や継承、革新の実践的な場であるという観点からは、日本の大学は既に1850年代以前に生まれていたとも言えよう⁴⁰⁾。そして、このような見方からは、最初に帝国大学ができ、それに続いて私学ができたという理解ではなく、維新时期における旧士族の危機感を背景とした私塾の興隆があり、そのような草莽の知が自由民権運動に結びつくことに対する危機感から、帝国大学が創設されたという異なる理解も可能となる⁴¹⁾。ここで問われているのは、まさに「大学とは何か」ということなのである。

(3) 自治の萌芽

その後時代が下って起きた大正デモクラシーは、大学内外の知のあり方にも変化をもたらした。吉野作造ら当時の大学教授らは、『中央公論』等の雑誌に論文を発表し、これが知的欲求の高まっていた一般市民に受容されていく。従来、閉じられた学知の空間であった帝国大学は、開かれた空間としての性格を帯びるようになり、大学アカデミズムの外に「民間アカデミズム」と呼べる領域が形成されていったのである⁴²⁾。

大学内部に目を移すと、この時期、帝大七博士事件(1904年)及び京大・澤柳事件(1913年)が起きている。いずれも政府による大学人事への介入に端を発する事件であったが、大学教授陣一丸となった抵抗が功を奏し、結果として、大学側は国に対して、教授会が教授人事に関与することを認めさせることに成功した⁴³⁾。このような人事自治権は、決して法定されたものではなく、慣行として成立したものとはいえ、ここに、大学の自由・自

37) 大浜・前掲注24)9-13頁参照。

38) 大浜・前掲注24)8頁、圓谷勝男「学問の自由と教育の自由」東洋法学43号91頁、94頁(2000)。

39) 天野郁夫『大学の誕生(上)』366-368頁(中央公論新社,2009)。

40) 吉見・前掲注11)112-114頁。

41) 吉見・前掲注11)159-160頁。

42) 吉見・前掲注11)161-168頁。なお、同時期、法学分野では、穂積重遠及び末広庵太郎らが出版や大学開放運動に力を注いでいた(大村敦志『民法改正を考える』185-186頁(岩波書店,2011))。

43) 山本悦夫「大学の自治——人事の自治を中心として——」熊本ロージャーナル5号3頁、13-14頁、17頁(2011)。

治の萌芽を見てとれる⁴⁴⁾。

(4) 抑圧の時代

しかし、このようなリベラルな時代は長くは続かなかつた。1918年制定の大学令1条で、大学の目的として「人格ノ陶冶及国家思想ノ涵養」に留意することが規定され、これが、その後の大学教授の研究教育への大きな制約を加える契機となった⁴⁵⁾。

大学教授らによる出版メディアを通じた自由な発言は、次第に政府の反発を呼ぶようになり、弾圧の端緒となっていく。森戸事件(1919年)、滝川事件(1933年)、天皇機関説事件(1935年)と、当時の社会風潮にそぐわない内容の出版物が弾圧され、教授たちが職を辞するという事件が相次いだのである。その後、戦争に突入するに及んで学問は戦争目的の達成や戦争遂行のために政府によって強力な統制下に置かれるようになり、学問の自由は地を払うこととなる⁴⁶⁾。そして、このような苦い経験が戦後の新憲法下の「学問の自由」の下敷きとなったのである。

しかし、無視してはならないのは、大学の自由への制約に、大学自身も加担していたという事実である。当時の大学では、保守的思想の教授陣が一定の勢力を有していたことが知られている。彼らの存在により、教授会は正常に機能せず、リベラルな思想の教授たちの追放に一役買っていたのである⁴⁷⁾。大学を単なる「被害者」と見るなら、それはあまりにナイーブな認識と言わざるを得ない。

4 日本：戦後

(1) 新制大学制度発足から学生叛乱まで

新制大学制度は、1949年に発足する。戦前は、「帝国大学」「大学」「専門学校」「師範学校」「旧制高校」等の異なる形態の高等教育機関が複雑にひしめいていたが、これらが一挙に「大学」へと一元化されることとなった。

私学の膨張は、戦後の大学制度の特徴の一つである。戦前と比べ大学設置基準も、国による監督も大幅に緩和された上、公的助成も講じられることとなり、次々と私立大学が新設され、既設の大学も規模を拡張していった。こうして大学は一気に大衆化が進んだが、一部の私学は商業主義に走り、学生数の増加に見合った教師数や設備の拡充を行わなかったために、教育の質の著しい低下という弊害を生むこととなった⁴⁸⁾。

また、理工系の拡張も指摘すべきだろう。戦後の経済復興から高度経済成長の時代にかけて、産業界からの強い要請で理工系学生の増募が図られた。その結果、国立大学では学生数・教員数ともに工学系が最大多数派となるに至った。ただし、このような産業界との関係は、戦後に特有のものではない。寧ろ、戦中期の総力戦体制のもとで築かれた理工系の学部、産業界、そして科学技術政策を主導するテクノクラートのネットワークが、大規模化していったものと見るべきだという指摘が注目される⁴⁹⁾。

このような大学の質の低下あるいは戦中期への回帰といった変化に対する学生の不満が爆発したのが、1960年代の学生叛乱であつ

44) 人事権以外の大学自治の制度と慣行の原型については、既に明治20年代にはほぼ完成していたという研究もある(樋口陽一ほか編『憲法II』118頁〔中村睦男〕(青林書院, 1997)参照)。

45) 山本・前掲注43)16頁。

46) 法学協会編・前掲注3)456頁。

47) 典型は1937年の矢内原事件である。東京帝国大学の矢内原忠雄教授の論文「国家の理想」が反戦的だとして、保守的教授陣たちが槍玉にあげたところ、教授会はこの問題について意見をまとめられず、処理を総長に一任することとした。これに対して、当時の文部大臣は、東大総長に圧力をかけ、結果として矢内原は職を辞することとなった(伊ヶ崎暁生『学問の自由と大学の自治』81-82頁(三省堂, 2001)参照)。なお、大浜・前掲注24)16頁の指摘も参照。

48) 吉見・前掲注11)201-204頁, 197-199頁。

49) 吉見・前掲注11)230-231頁。

たのである。

(2) 改革の時代

1960年代後半の日大紛争と東大紛争を経て、1971年、中央教育審議会（当時森戸辰男委員長）はいわゆる「四六答申」⁵⁰⁾を出した。ここで高等教育の基本的課題として示された諸点は興味深い。パラフレーズしながら紹介すると、①高等教育が大衆化する中、教育と研究を不可分としてきた伝統的な大学モデルは維持し得なくなっている、②社会や学生が大学に要求する、基礎的な教養教育にも、職業生活のための高度の専門教育にも、大学は応えられていない、③大学の巨大化・複雑化により全学の効率的な管理が困難になっている、④大学が自主性を強調するあまり、社会的な使命を果たさず、閉鎖的な独善に陥る傾向がある、⑤大学間に財務的格差が生じる中、国が計画性をもって大学に対し調整と援助を行う必要が生じている、というものである⁵¹⁾。この答申は、学生叛乱に対する教育行政の応答であると同時に、それ以降の大学改革の基調をなす行政の大学への基本認識でもあった。

戦後、様々な大学改革が実施され、それに応じて大学は変容を遂げ、その一方で弊害も表面化している。例えば、私立学校振興助成法を始めとする私学教育強化は、私立大学の財務基盤強化につながったが、その一方、大学の大量化が加速し、いわゆる「大学のレジャーランド化」を招いた。また、大学院では90年代以降の大学院重点化により、高学歴人材の輩出が急増したが、その半面、オーバードクター問題や大学院の質の低下をもたらしたのは周知のとおりである。近年では、産学連携、専門職大学院の設置といった新しい現象も生じているが、それらについてはIVで詳述する。

なお、近年における最大の大学改革は、やはり2004年の国立大学法人化だろう。90年

代以降の行政改革の流れで、一部行政機能の独立行政法人化が進む中、大学についても独立行政法人化が検討されたことに端を発する。その後、政府と大学との間で論争が繰り返されたが、最終的には、独立行政法人とはやや性質の異なる国立大学法人が国立大学を設置することを定めた国立大学法人法の成立によって決着した⁵²⁾。同法の最大の特徴は、トップダウン型管理運営の導入である。従来、大学の意思決定は、学部教授会から積み上げられた上になされるという意味においてボトムアップ型であったのが、同法では、学長らの権限が強化されることとなったのである。しかし、この点については、一般的な危惧に反し、現在のところ、各大学において従来型の意思決定方法を重視するという慣行が尊重されている結果、一般的にはさほど大きな混乱は生じていないようである⁵³⁾。

寧ろ、法人化の弊害は財務面にあると言われる。法人化以前から、いわゆる基盤校費が圧縮される一方、科学研究費や特別教育研究費のような競争的資金が増強される傾向はあったが、法人化後においては基盤的予算が運営費交付金に一本化され、これが毎年減額されていくことが制度化された。こうして大学の競争的資金への依存度が高まったことにより、すべての学部や研究科は、新たな事業を展開して予算を獲得するのでもなければ、継続的に定員削減をしていかなければならない状態となっていると言われる⁵⁴⁾。

既述のとおり、戦後の大学改革の基底には、四六答申の問題意識が潜んでいる。ここでは、同答申の認識の正否や改革の方向性の適否は問わない。問題提起したいのは、戦後の公法学が同答申の問題意識をどのように受け止め、理論化に繋げたかということである。「伝統的な大学モデル」はいまだ妥当なのか、それとも見直されるべきか、この点は、本来、今日において「大学法」を語る出

50) 中央教育審議会「今後における学校教育の総合的な拡充整備のための基本的施策について（答申）」（1971年6月11日）。

51) 中央教育審議会・前掲注50)第3章第1参照。

52) 塩野は、国立大学法人と独立行政法人が形式的には類似しても、実質的には異質であることを強調するようである。塩野宏『行政法Ⅲ（第3版）』92頁（有斐閣、2006）参照。

53) 市橋克哉「国立大学の法人化」公法68号160頁、169-172頁（2006）参照。

54) 吉見・前掲注11)230-231頁参照。

発点に据えられるべき前提であろう。

Ⅲ. 構造

大学のこれまでの歩みを踏まえ、以下では、「大学の自治」の構造について法学的分析を行う。伝統的あるいはモデル的な大学の自治について確認し、それに対し現在いかなる手直しが求められるのかを探る、というのが本稿の基本的スタンスである。

なお、大学の自治については、それを外部関係と内部関係に分け、外部関係では大学の自律性、内部関係では学問の自由に支えられた教授会自治がその内容となるとして議論されることが多い⁵⁵⁾。そこで、まず憲法によって大学の自治が保障される根拠を探り(1)、その上で、外部関係としての大学の自律性(2)、内部関係としての教授会自治(3)について検討する。その後、視点を変え、自治が認められる対象ごとに検討を行い(4)、最後に議論の小括を行い、併せて派生する論点について議論する(5)。

1 根拠論

まず、大学の自治の構造について議論する前提として、自治が保障される根拠について検討する。従来、制度的保障として語られてきた領域ではあるが、近年は、それ以外の説明もなされている。そこで、諸説を批判的に検討し、その上で、大学の自治の根拠論について本稿の考え方を提示し、議論の基礎としたい。

(1) 制度的保障論への疑問

ポポロ事件判決は、大学の自治について、「大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている」と述

べるだけで、その根拠について明示するわけではない。ただし、通説の見解は、大学の自治の性質を制度的保障と解し、「大学が学術の中心であることにかんがみて、……、大学における研究・教育の自由を外的な権力ないし権威の介入から擁護し、特別に保障するために、大学自治の原則が狭義の学問の自由と不可分なもの」として認められると説いてきた⁵⁶⁾。そして、このように制度的保障として大学の自治を捉えることの意義は、①大学の自治は学問の自由から独立して存し得るものではなく、学問の自由を保障する目的の上で必要不可欠な制度としてのみ存在していること、②大学の自治が制度として保障されていることから、大学の自治の具体的内容は法律によって規律されることを妨げるものではないが、単なる法律により当該制度を廃止したり、その本質的内容に及ぶ制約を加えたりすることができないことにあると言われる⁵⁷⁾。

しかし、果たしてこのような説明は説得的だろうか。大学の自治と学問の自由の不可分性を示すには、大学が一般に後国家的存在であることを考えると、学問の自由の意義から演繹的に大学の自治を保障する必要性を導くことは難しいと思われる。そこで、歴史的・経験的説明に依ることになるが、では、その歴史や経験とは何か。わが国の歴史的・伝統的に形成された既存の制度そのものに「大学の自治」として守るに足る内容があるか問われれば、希薄であると答えざるを得ない⁵⁸⁾。中世の大学にはそのような不可分性は認められない一方、近代以降のドイツ等の伝統に依るならば、かかる不可分性を肯定することができるかもしれない⁵⁹⁾。他方、米国では、“self-government”としての大学の「自治」は存在しないという指摘もあり⁶⁰⁾、さらには、

55) 戸波江二「学問の自由と大学の自治」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』ジュリ増刊142頁、143頁(2008)。

56) 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論(1)(増補版)』223頁(有斐閣, 2000)。

57) 芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権(1)』382頁〔種谷春洋〕(有斐閣, 1978)。

58) 大浜・前掲注24)19頁。わが国の大学の自治の慣行は、戦前は勿論のこと、「戦後においても民主憲法に相応しい輝かしい歴史と内容を伴っていたとは必ずしもいえない」だろう(同35頁)。

59) ドイツでも、ボン基本法5条3項が保障する自由と制度の間の脈絡づけに苦心していることは既に指摘した。本稿I 2, 特に玉井・前掲注8)を参照。

60) 松田浩『「大学の自律」と「教授会の自治」——autonomyとself-governmentの間』憲法理論研究会編『憲法と自治』113頁、122-123頁(敬文堂, 2003)。

『大学の自治』(＝大学の自主・自律)に抗して『学問の自由』が勝ち取られた」という事情もあり⁶¹⁾、大学の自治と学問の自由との不可分性は容易に説明し難い。

また、制度的保障論の説く「法律によっても制約することのできない本質的部分」というものも、不明確であると言わざるを得ない⁶²⁾。特に、私立大学についても大学の自治を認めるならば、その内部では、大学の設置管理者として学校法人＝理事会が、教授会による自治を一定程度制約するという場面もたしかにあるのであり⁶³⁾、少なくとも「教授会自治」という意味での大学の自治は既に理念的なフィクションとなってしまうとも思われる⁶⁴⁾。

昨今では、そもそも制度的保障論について、その概念自体に疑問が提起されているところではある⁶⁵⁾。しかし、それ以前の問題として、大学の自治を制度的保障として位置づける議論は、憲法23条が主観的な権利保障とは性格の異なる客観的な制度を保障したということの説明する道具にはなり得ても、それ自体から憲法上、大学の自治が保障されることの根拠を導くのは難しいように思われる。

(2) 功利主義からのアプローチ

長谷部恭男は、功利主義的な見地から、学問の自由及び大学の自治が憲法上保障される理由を説く。つまり、当該学問分野で受け入れられた手続き及び方法に基づくという意味での「自律的」な研究活動から生み出される知識が社会全体の利益に資するというを所与とし、学問の自由の保障を学問の自律性の保障と位置づける。そして、大学が学術の

研究教育において果たしてきた役割を考えれば、学問の自律性の保障が大学の自治の保障を含むことは自然であると説明する。さらに、学問の自由に対する制約に関して、究極的には大学等の研究機関における学問の自由は、極めて重要な公共の利益を実現するために必要な場合には、一定の規制を受ける可能性があることを容認するのである⁶⁶⁾。

大学の歴史を顧みるとき、大学が果たしてきたとされる役割や、学問の自律性の保障と大学の自治の保障との具体的関連について疑問もあるが、ここでは長谷部の見解に対し、相互に関連する3つの疑問を提起したい。

第一は、「社会全体の利益」とは何かということである。学問的営為が生み出す公益としては、まず「真理の発見」ということが思い浮かぶが、長谷部は、学問の自由を保障することから直ちに真理が発見されるわけではないとする⁶⁷⁾。そうすると、自律的な研究活動がもたらす「社会全体の利益」とは、「真理の発見」以外のことを意味するということになるだろうが、その中身が明らかではない。

第二は、なぜ自律的な研究活動から生み出される知識が、社会全体の利益に資するのかということである。民間の研究所等においても研究活動はなされているが、そのような場について、大学と同程度の学問の自由が実現されているという見解を採る者は多くないだろう。現実にも、企業内のヒエラルキー構造の中、上位者の指揮命令下で、下位者がいわば「他律的」に研究活動を行う場合も少なくはない。しかし、そのような環境からも新技術の開発や新製品の発明等社会的有用性のある成果が創出されていることは事実である。

61) 中富公一「国立大学法人化と大学自治の再構築——日米の比較法的検討を通して——」立命館法学 333・334号 1035頁, 1052頁 (2010)。

62) 芦部・前掲注 56)223頁は、明確だと主張するが、具体的には示されていない。寧ろ、大学の自治については、「概念の内包も外延もはっきりしない、一種のスローガンとしての『大学の自治』コンセプトが、あるレベルで、それとなく機能しているという法社会学的な事実の現れであるらしく思える」という評価の方が妥当だろう(奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』205頁(有斐閣, 1993))。

63) 本稿Ⅲ3(2)cを参照。

64) 松田浩「大学の自律と学問の自由——プリンストン大学事件・再考——」一橋法学 2巻2号 515頁, 516頁注3 (2003) 参照。

65) 小山剛「人権と制度」西原博史編『岩波講座憲法 2 人権論の新展開』49頁, 53-55頁(岩波書店, 2007)。特に公法上の制度保障については、同 65-66頁も参照。

66) 長谷部恭男『憲法(第5版)』223-224頁, 226頁(新世社, 2011)。

67) 長谷部・前掲注 66)223頁。

つまり、他律的な研究活動であっても社会全体の利益に貢献することはあり得るのであり、翻って考えると、自律的な研究活動が特に社会全体の利益に資するという事は決して自明ではないものと思われる。

第三は、学問の自由への規制根拠となり得る「より重要な公共的利益」とは何かということである。この点が明らかでなければ、学問の自由が実際に規制されようとする場面において説得的な議論を貫くことはできず、ただ規制がなされた後において、当該規制の合理性を事後的に説明するだけに陥るのではないかという懸念がある。

以上の3つの疑問は、いずれもいわば「功利性」の内実にかかるものであり相互に関連する。しかし、この点を曖昧なままに残して、抽象的な議論に終始するならば、立論としては弱いと言わざるを得ない。

(3) 職責からのアプローチ

蟻川恒正は、「職責」という概念を軸に大学の自治の根拠づけを試みる。蟻川によれば、「職責」とは、「専門職能にもとづいて発生する、〈義務＝自由〉」であり、換言すれば、「一面において、それをなすことを職業上の義務として課せられ、命ぜられているという自由制限的契機と、他面において、かかる義務を尽すことに対して外部から掣肘が加えられることを排除する自由指向的契機とが、分ち難く結合したところに成立する現象」である⁶⁸⁾。その上で、文化機関の設立・管理一般について、「政府は、公的資源を投入して、一定の価値を振興・奨励するプログラムの『基本方針』を策定することができるが、プログラムの具体化が、当該価値についての専門職の関与を俟って実現されるものである場合には、右専門職は、その職責を全うするために、当該『基本方針』を『解釈』する自律的権能を付与されるべきである⁶⁹⁾」と論じる。なぜなら、専門職が自らの職能を全うで

きないならば、国家が設定したプログラムの基本方針が十全に実現され得ないこととなり、それは背理だからである。

この理を大学（ここでは国立大学を念頭に置く）に具体化すれば次のとおりである。大学とは、国家が学問研究の興起を図るという基本方針を策定し、研究者を教授職として雇用する（すなわち、研究者に教授職を供給する）巨大な助成プログラムである。教授職として雇用された研究者は、自ら重要であり真実であると思うところのものを発見し、教えることが職責となる。この場合、国家は、教授職にある研究者が、雇用主たる国家の顔色を窺うことなく、自由に研究活動をできるように、彼の言論にいかなる条件も付けてはならない⁷⁰⁾。

その上で、蟻川は、教授職にある研究者が「職責」を果たしているか否かは、彼が帰属する教員団が判断を下さなければならないと説く。なぜなら、当該教員団は、彼を教員団に加入させるに当たり、銓衡して、適格と認められた者として責任を負うからだとする。さらに、不適格の嫌疑をかけられた彼は、自分を選んだ教員団に責任をとらせたくなければ、研究・教育を再開するか、又は自ら職を辞するより他に途はなく、彼は職責に基づいて「辞職の自由」を行使できるとされる⁷¹⁾。

こうして、蟻川において、大学における教員の研究・教育活動の自由は、「辞職の自由」を極限的「職責」行使として留保した、厳格な「職責」の体系であると意味づけられる。そして、教員の「職責」遂行を担保するのは、相互に銓衡された者同士としての「同僚」の観念と、それに基づいて不断に更新される相互信頼と相互批判のプロセスであると説くのである⁷²⁾。

蟻川の説明は、教員及び大学が享受する自由と、他方で負担する責任の両側面を体系づけて説明しつつ、さらに、研究者の個人権と

68) 蟻川恒正「国家と文化」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 1 現代国家と法』191頁、216-217頁（岩波書店、1997）。

69) 蟻川・前掲注68)196頁。

70) 蟻川・前掲注68)200-201頁参照。

71) 蟻川恒正「国立大学法人論」ジュリ1222号60頁、66頁（2002）。

72) 蟻川・前掲注71)66頁。

大学の自治という制度との連関を示すことに一応成功しており注目すべきものである。さらに、内部的に教授会自治が必要とされる根拠をも示しており、優れた理論構成であると思われる。

ところで、このように職責を軸に論じるのは、米国、とりわけAAUPの「学問の自由(academic freedom)」観に影響を受けたものと推察される⁷³⁾。しかし、まさにAAUPの「学問の自由」観が、連邦最高裁の説く学問の自由概念と異なり、それ自体は法的概念ではないことを考えると、疑問が湧いてくる。それは、「職責」とは何か、ということである。2つの疑問を提起したい。

第一の疑問は、「職責」の法的性格である。「職責」のうち、〈自由指向的契機＝自由〉については、それが自由に対する制限を排除する権利であるという点で法的性格は明らかと言えよう。しかし、〈自由制限的契機＝義務〉の法的性格についての理解は難しい。例えば、大学教員の職責の内容として、不適格の嫌疑のある教員に対して、同僚として彼にその職責を果たさせるように(すなわち、研究・教育の再開、若しくは辞職のいずれかを選択するように)判断を下すことが含まれるとされる⁷⁴⁾。しかし、このような場面で「職責」が果たされない場合(すなわち不適格な教員が研究・教育の再開も辞職も行わない場合、あるいは彼の同僚が彼に対して批判的な判断を下すことをしない場合)、どうなるのだろうか。現行法のもとでは、このような「職責」懈怠に対して何らかの法的制裁が下されるとは考えづらい⁷⁵⁾。そうすると、ここで職責に基づく義務とされているものは、法的義務ではなく、倫理的義務にすぎないことになる。そして、このような法的性格が曖昧な「職責」という概念を基盤に、憲法的

保障の対象となる「大学の自治」という概念を組み立てる議論が、果たして説得的な法律論たり得るのかという疑問が生じるのである。

第二の疑問は、「職責」の前提となる「専門職能」の射程の問題である。蟻川は、職責による議論が説明能力を発揮するのは、国家が文化振興目的のもとに様々の文化機関を設立・管理する場面であると言う⁷⁶⁾。しかし、専門職の職責を問題にするならば、それは文化機関に限られる必要はなく、例えば医師や弁護士等についても同様の議論は妥当するはずである。このように解した場合、弁護士、医師、会計士、司法書士等の専門職について、憲法はその自治を保障することになるのだろうか⁷⁷⁾。仮に、専門職一般について職責論からの自治を肯定する場合、法解釈としては憲法23条に依拠することになるだろうが、そもそも大学教員を専門職能の典型に据えるのは、不自然な感じが否めない。

たしかに、蟻川のアプローチは魅力的であり、立憲国家における民主制の理解としては卓越したものかもしれない。しかし、少なくとも現時点では、「職責」概念に曖昧さが残り、これを媒介として立論を行うのは困難ではないだろうか。

(4) 機能的自由からのアプローチ

a 機能的自由

高柳信一は、大学の自治とは、真理の探究という過程ないし機能そのものを保障するものであると説く。

まず、学問という知的営為について、知識は絶えざる検証と修正を必要とし、現在の知識上の命題は常に部分的で不完全だという認識を前提に据える。そして、真理とは、現在のところ、一応、自然と社会の諸現象を矛盾なく統一的に説明できる暫定的仮説にすぎ

73) AAUPの主張する「学問の自由」によれば、学者としての能力水準に満たない教授や教師としての地位を濫用する教授は、学問の自由の保障を受けず、規律される対象とされる。さらに、そのような能力の判定は一義的には同僚による審査によらなければならないとされている。See AAUP, *supra* note 28, at 170, 173-74.

74) 蟻川・前掲注 71)66 頁。

75) 実態として、大学教員は、教育公務員特例法等によって強力な身分保障があったため、「無能教授」を追放することは、長らく法制度に阻まれていたという指摘には留意しておく必要がある(山元・前掲注 16)186 頁)。つまり、蟻川が主張するような職責行使は、法によって阻まれていたのである。

76) 蟻川・前掲注 68)197 頁。

77) See ERIC BARENDT, ACADEMIC FREEDOM AND THE LAW 69 (2010).

ず、それは観察用具・認識視覚の発達によって従来の仮説で説明できない新しい現象が見出されたときには、それをも統一的に説明できる新しい仮説によって修正され、これによってとって代わられるべきであると説く⁷⁸⁾。

ある仮説が真理と呼ぶに値するものかどうかは、事実によって検証され、思想の自由市場における競争において勝ちぬけるかどうかという、時間的契機を含んだプロセスの結果に依る。そこでは、あらゆる思想が「思想の自由競争」に登場する権利を持つことが保障されなければならない、思想の自由とその自由なる交易が守られなければならないとされる⁷⁹⁾。そして、大学は、古くから研究教育の主要な場であり、自由であり独立であることが特に強く求められ、それゆえに大学は一定のあり方を要求するものと理解されている。すなわち、大学における研究教育が政治産業社会の提供する資金に依存せざるを得ない状況下では、大学の機能がその設置者によって歪められるおそれがあるので、大学を外的勢力(公権力、設置者の権能等)の制約・拘束から解放し、大学がその本体的機能(研究教育)を自主的自律的に決定遂行し得るようにしなければならない。これが、大学の自治の根拠とされるのである⁸⁰⁾。

このような高柳の所説の特徴は、思想表現・交換が学問として営まれる「作用」にアクセントを置き、学問の送り手と受け手の相互の流通機能自体を保障の眼目と理解することにある⁸¹⁾。

b 思想の自由市場の妥当性

高柳は、「思想の自由市場」を基礎に議論を組み立てるが、これに対して、長谷部は、

「結果的に市場を支配した思想が真理とされるとの極端な相対主義の立場をとらない限り」「真理が何かは多数決では決まらない」のであり、また「真理は虚偽に打ち勝つ」ということもないのだから、「思想の自由市場」のアナロジーを真実の探究を目的とする学問分野に当てはめることは妥当でないと言う⁸²⁾。

果たしてそうか。あらゆる「真理」とされる命題は、批判に対してオープンであると考えられることは、少なくとも学問の世界において正当だろう。そのような前提をとる限り、学問において「絶対的真理」はないと理解されることになる。それでもなお、「真理」なるものを観念するならば、それは「暫定的真理」でしかあり得ない。そして、ある仮説がいかにして「暫定的真理」となるかと問われれば、それは他者によって当該仮説が承認され、受容されることに依るのである。自ら構築した仮説を真理であると独り信じて、それは暫定的にも「真理」の名に値しない。その仮説が、論理性や証拠によって自らの真理性について他者を説得し、大多数の他者に承認・受容されることで初めてそれが「(暫定的)真理」となるのである。

この「他者」は、通常、一般市民全体を意味するわけではない。寧ろ、当該分野について十分な知識を有し、他者の仮説について、それを理解した上で、正当な評価を下す能力を有する者、すなわち当該分野の専門家集団である⁸³⁾。彼らは自らの印象や感情によって、他者の仮説を承認・受容するわけではない。あくまで論理性や証拠を基礎にした理性的思考によって決定する⁸⁴⁾。逆に言えば、ある仮説は十分に根拠を有する論理性や証拠

78) 高柳信一「学問の自由——原理——」前掲注11)43頁, 120頁〔初出1968〕。

79) 高柳・前掲注78)120頁参照。

80) 高柳信一＝大浜啓吉「学問の自由」有倉達吉＝小林孝輔編『基本法コンメンタル憲法(第3版)』別冊法セ78号98頁, 101頁(1986)。

81) 森田明「大学の自治の内部問題」奥平康弘＝杉原泰雄編『憲法学2(人権の基本問題Ⅱ)』126頁, 129頁(有斐閣, 1976)。

82) 長谷部・前掲注66)223-225頁。

83) 尾高は、真理について「論争の中から、良識のある人々によつて次第に汲み取られて行くであろう」(傍点筆者)と説く(尾高朝雄「学問の自由」国家63巻7・8・9号39頁, 52頁(1949))。

84) 仮に、ある専門家が理性的思考による判断を下さない場合には、彼は専門家としての評判を落とし、最終的には専門家集団から、専門家として認められなくなるであろう。

を備えていれば、他者を説得し、承認・受容を獲得することができるのである⁸⁵⁾。したがって、このようなフォーラムにあっては、正当な仮説は、専門家間での吟味を経て、暫定的真理としてのステータスを獲得できることになる。

このような考えに対しては、「なぜ真理を手に入れるべきかが判然としなくなる」⁸⁶⁾という批判があるかもしれない。しかし、「古い真理」を破壊して構築された「新しい真理」は、「古い真理」によって説明できた事項を包含して説明するものとして、発展的に構築されるものなのだから、それは、観念的にのみ存在する「絶対的真理」に一步近づいたことになり、そのことに価値が認められる。そして、このような「(観念的な)絶対的真理」への弛まぬ歩みこそが、学問の本質である⁸⁷⁾。

したがって、学問において、「思想の自由市場」を指定することは正当であり⁸⁸⁾、寧ろ、思想の自由市場を確保することは、学問的営為を保障することと同値と言ってよい。

c 大学判決

かつてのドイツの通説がボン基本法5条3項について制度的保障を定めたものと解していたことは既に述べたが、戦後比較的早い段階には、その考えは否定され、寧ろ、機能的自由の保障と考える理解の浸透が見られる。

その嚆矢となったのが、1973年のいわゆる「大学判決」⁸⁹⁾である。同判決は、「学問の自由の保障は、ドイツの大学の伝来の構造モデルを基礎においておらず、また、大学における学問運営に関し特定の組織形態を定めていない。(一定の)限界内で大学の組織を

定め、今日の社会的および学問社会学上の所与に適合させるのは立法者に委ねられている」(括弧内筆者)と述べ、大学の組織について立法者に裁量を認める。

その上で、「基本法5条3項から大学の自治……を読み取るときでも、立法者が上述の諸原則を守る限り、違ったモデルの大学自治を採択することができ」、「大学立法の組織規範の合憲性は、その規範が個々の学者の研究・教授の基本権、または『自由な学問』という制度そのものの機能を促進するか、阻害するか、またはその程度いかんによって判断される」と判示した。つまり、同判決によれば、ボン基本法は、ある一定の固定的な「大学」という概念を保障するのではなく、「自由な学問」という機能を保障しているということになる。換言すれば、自由な学問的営為そのものに国制的な価値が認められたということになろう⁹⁰⁾。わが国の憲法とほぼ同じ規定を有し、伝統的にわが国の学説が参照してきたドイツにおいて、機能的自由を軸にして憲法解釈を行っていることは、留意に値する。

d 「学問的コミュニケーション」

本稿は、高柳が説く「機能的自由」を基礎に、『大学の自治』とは、大学における学問的コミュニケーションの保障を意味する」と理解する。詳細は次のとおりである。

学問は、真理を探究する人間の精神的営為である。そして、真理自体に価値があると憲法が認めるからこそ、学問は憲法上も明示的に保障される。では、「真理」とは何か。この問いへの正確な答えは、哲学的難問であるが、現実的な問題としては、学問分野ごとの専

85) 学問のこのような性格を「学問の自己法則性」と呼べるだろう(大浜・前掲24)18頁参照)。この点は、学問上のコミュニケーションが、憲法19条や21条が基礎とする「物語的言語」を用いるコミュニケーションとは異なる点である(阪本昌成『憲法理論Ⅲ』182-183頁(成文堂, 1995)参照)。

86) 長谷部・前掲注66)224頁。

87) 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理』39頁(嵯峨野書院, 2001)が、「情報の淘汰過程としての自由市場論にとって重要なのは、そのような真偽判断の究極点としての真理よりも、むしろ、かかる真偽判断の基準自体をひたすら不安定化し再審議にかけ続ける意思と論争を牽引する『より偉大なもの』としての真理である」と説くのも、直接的には学問的表現について論じているわけではないが、本文で述べたことと同じ趣旨であろう。

88) 米国においても、学問の自由を「修正1条の特別な関心事項」と述べたKeyishian事件判決は、「特に、教室は、『思想の市場(marketplace of ideas)』である」と説く(385 U.S. at 603)。

89) BVerfGE 35, 79, Urteil v. 29. 5. 1973. 邦語による同判決の紹介として、阿部照哉「学問の自由と大学の自治——大学判決——」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』(信山社, 2003)。

90) 守矢・前掲注7)385-386頁。

専門家コミュニティにおいて承認・受容された仮説だと言ってよいと思われる。すなわち、ある仮説が、それに関連する専門家集団において真であると承認され、受容されることによって、その仮説は「暫定的真理」という意味での「真理」となる。無論、この承認は単なる多数決によるのではなく、ある仮説が適切な論理や証拠の上に構築され、それが他者を説得することによってなされるものである。

承認・受容の主体は、およそすべての一般市民と考えるのは現実的ではない。学問の進歩が著しい今日にあっては、ある学問分野について、一定の知識・理解を共有し、理解能力を有する専門家集団を第一次的な承認・受容の主体として考えるべきだろう。つまり、専門家相互間で、仮説の構築及びその表出、建設的批判を伴う議論・検討、仮説の破壊・再構築がなされ、最終的に専門家集団によって承認・受容された仮説が「(暫定的) 真理」なのである。この意味で、「真理」と、専門家間のコミュニケーション、すなわち「学問的コミュニケーション」は表裏一体の関係にあると言える⁹¹⁾。

e 大学の役割

では、このような学問的コミュニケーションがなされる場とは何か。学問の専門分化が進み、専門分野ごとに学会が形成され、ジャーナルが刊行される今日、先端的なコミュニケーションが行われるのは、それはまず学会やジャーナルかもしれない。そこで、国内の専門家同士は当然、国外の専門家とのコミュニケーションも重要となろう。ただ、このような学会やジャーナルにおける学問的コミュニケーションを確保するには、憲法 21 条による表現の自由や結社の自由、出版の自由あるいは、通信の秘密を保障すれば十分にも思える。

それにもかかわらず、憲法 23 条が『大学』の自治を認めるのはなぜか。ここで、大学が学問の発展に果たしてきた役割を強調するのは、大学の歴史（例えば、アカデミーの興隆等）や近年における民間研究機関のプレゼンスを考えると、議論として心もとない。この点、米国の議論を参照しつつ、研究機関に雇用された「教員研究者が市民としてはもつところの、しかし研究機関の外的管理権力のゆえに、研究機関の内部に妥当しえないところの市民的自由（思想の自由、思想の表現・交換の自由）を、研究教育機関の内部において貫徹させ、教育研究者をしてこれを回復させる」⁹²⁾ という意味での“academic freedom”⁹³⁾を確保する必要があると説くのは、実態に即した議論と言えよう。学会やジャーナルでの活動のためにも、その前提として研究者たちの地位や身分が確保され、自由な研究が可能となる条件が整備されなければならない。しかし、そのことから導かれるのは、せいぜい研究者個人としての“academic freedom”の保障、あるいは、それを適正に評価するためのピア・レビュー（peer review、同僚による審査）の必要性にとどまるのではないか。このようないわば消極的権利が実現されることは当然必要ではあるが、わが国において伝統的に理解されてきたように、研究者たる教員が積極的に運営に携わるという意味での「大学の自治」を説明するには、それを超えたもう一段の説明が必要だと思われる⁹⁴⁾。

そして、その説明としては、端的に、わが国において「大学」とは「被用者たる研究者（教員）の“academic freedom”の実現を確実なものとするために、ピア・レビューを基礎にして、当該研究機関の一義的な運営を研究者（教員）に委ねた組織である」と理解するしかないのではないだろうか⁹⁵⁾。つまり、

91) 尾高は、「発表されない研究というものは、学問の修業の場合をのぞいては、ほとんど意味をなさない」と言う（尾高・前掲注 83）40 頁）。

92) 高柳＝大浜・前掲注 80）99 頁。

93) 通常、憲法学で議論される「学問の自由」が対国家的な権利であるのとは異なり、ここにいう「学問の自由」は国公私立の別を問わず、研究機関の設置者に対する権利であるという意味である。その点で、「学問の自由」というよりも、さしあたり“academic freedom”と呼んでおきたい。

94) See BARENDT, *supra* note 77, at 32-33.

95) バレントは、研究者たる教員が自ら治める（self-rule）ことは、英国の大部分の大学でも、また米国でも実践されていないことから「望ましい保護ではあるが、必須ではない」と言う（*Id.* at 71）。このことから、わが国

大学とは、学問について無知又は無関心な管理権者（すなわち大学設置者）による教員の研究への干渉をできる限り排除し、教員らの自由な研究を実現するために⁹⁶⁾、相互にピア・レビューを行う教員たちに、当該研究機関の運営権の多くを委ねるものとして設計された組織であると考えるのである。

そして、大学において教員たちによるピア・レビューが基底にあることは、大学内部でも学問的コミュニケーションが確保されることをも含意する。ピア・レビュー自体が、相互の信頼・批判のプロセスであるということは、当然に、教員相互の助言・批評等が可能となる空間が存在することを意味する。さらに、ピア・レビューを可能ならしめるために、大学は、隣接ディシプリン（学問分野）を専攻する教員が集う構造が基本となっているということは、大学内部において、教員間での共同研究や大小の研究會、相互の研究活動への助言等が可能であることを意味し、こうした大学内での真理探究に向けた協同が大学運営の基礎となることを期待されていると見てよいだろう。そして、大学の常態として学生が所属するのだから、講義、試験、ゼミナール、実験等を通じた教員と学生間のコミュニケーションもビルトインされた構造と捉えることができる。このように、「大学」とは、いわば「学問行為としてのコミュニケーション（議論）としての手続を模写した手続」⁹⁷⁾がとられる場として設計されており、これによって研究者らの自由な活動がより実効的なものとなり、ひいては真理の探究

がなされることが予定されている⁹⁸⁾。そして、研究機関として他の組織形態ではなく、「大学」を選択し設置した者は、このような学問的コミュニケーションの価値を原則として承認しているので、学内において少なくとも一定程度はそれが実現されるような体制を構築する義務があると言えよう。

こうして本稿は、憲法が「大学の自治」を保障する意義を、大学に雇用された研究者たちによる実効的な学問的コミュニケーションを可能ならしめることに求めるのである。そして、およそ団体は「結社」として内部的な自治や外部からの公権力の介入から保障されるが⁹⁹⁾、大学が果たすこのような機能ゆえに、通常の団体とは異なる、より強度の高い自治が憲法 23 条によって認められると解することになる。

f 学問的コミュニケーション確保の諸条件

大学内における学問的コミュニケーションを実効的たらしめるには、憲法 21 条で保障される表現の自由を前提としつつも、例えば、コミュニケーション主体の適格性の確保や、環境の整備等、それ以上が要求される。このように、個人としての権利を超えて、一定の制度を求めるところにこそ、憲法 23 条が主観的な権利としての学問の自由とは別に、客観的な制度を保障することの意義が導かれる¹⁰⁰⁾。ただし、このようにして導かれる客観的な制度について、全体像を示すのは難しい。そこで、学問的コミュニケーションの実効性を確保するために、いかなる条件が

あるいはドイツで伝統的に理解されてきた大学の自治概念を専ら演繹的に導出するのは無理があることが窺える。

96) See *id.* at 70.

97) 山本隆司「学問と法」城山英明＝西川洋一編『法の再構築 III 科学技術の発展と法』143 頁、158 頁（東京大学出版会、2007）。

98) 「大学」であっても、学内の学問的コミュニケーションはほとんど機能せず、各教員が学会やジャーナルでの活動に専念しているものも現実には存在するかもしれない。そこで問われるべきは、そのような大学に自治を認める必要があるのかということであろう。仮に、大学設置者が教授會等に諮ることなく、新たに教員を採用した場合、他の教員に影響がないならば、少なくともそのような「大学」に人事自治権を認める必要はないのではないか。

なお、大学とは何か、という問題については、「大学性」の問題として後にさらに検討する（本稿 III 2 (1) ないし (4) 参照）。

99) 佐藤幸治「司法権と団体内部の紛争」法セ 321 号 126 頁、126 頁（1981）。竹下守夫「団体の自律的処分と裁判所の審判権」書研所報 36 号 1 頁、10-11 頁（1990）も参照。

100) 大学の自治を、研究者によって設立された学問上の結社（研究教育者団）が主体となる主観的な公権であると論じる見解もある（阪本・前掲注 85) 198 頁）。しかし、このような見解からは、本文で指摘したような大学内部における規程が、大学の自治の保障の射程外に落ちてしまうのではないかと懸念される。

充足される必要があるかという点から、いくつか指摘をしたい。

まず、主体について言えば、研究者として相応の能力を有する者が就くこと、彼が一定の能力を維持・向上するために必要な環境が整備されることが考えられる。さらに、学問をするためには、一定の資金も必要となる以上、研究活動自体が研究者の経済的負担とならないようにすることも充足されるべきだろう。

また、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行」うとされる裁判官（憲法76条3項）とのアナロジーで考えれば、学問的活動にかかる免責特権や身分保障等も導かれよう¹⁰¹⁾。

なお、組織構造については、ヒエラルキ型の構造は適しておらず¹⁰²⁾、寧ろ、「学問行為との関係が直接的な事項は、同質的な研究者団から構成される『研究機関』（学部等）が決定し、関係が間接的な事項は、複数の研究機関を統合する『運営機関』が決定する」という、「徹底して個人的性格の基本権に基礎づけられた、合議体のネットワークを軸とする」¹⁰³⁾形態が指向されるという指摘がある。大学において、個人的性格の基本権を徹底させることの適否はともかく、通常の組織とは異なる構造が求められるという点では興味深い。

(5) 教育権からのアプローチ

大学の自治の根拠については、多くの学説は憲法23条に根拠を求めるが、26条の教育権に求める見解¹⁰⁴⁾や、23条と26条の双方に求める見解¹⁰⁵⁾も根強い。本稿は、大学の自治の根拠について、上述のとおり23条から導出されると考えるが、他方で、大学の自

治の根拠を26条に置くことは難しいと考えるので簡単に述べる。

このような説の理論的難点は、自治の主体が明らかでないことにある。「自治」とはその字の如く、その事柄に関係する者が自分のことを自分で決定・処置することをいうのであり、自治を議論するには、その主体を決めるのが必須となる。教育権から自治を導出する説は、自治の主体を教育権の享有主体と考えるのであろう。しかし、この点については、かねてより「教育権の所在」として議論があることは周知のとおりである。一方に、教育権の主体を国家であるとする説があり、他方には、親を中心とする国民全体が教育権の主体であるとする説がある¹⁰⁶⁾。最高裁は、旭川学テ事件判決¹⁰⁷⁾において、両説を「極端かつ一方的」として否定し、教師に一定の自由が認められることを肯定しながらも、児童生徒には教育内容を批判する能力がなく、教師に強い影響力があること、子どもの側に学校・教師を選択する余地が乏しいこと、全国的に一定の水準を確保すべき要請が強いこと等を理由として、国も一定の範囲で教育内容について決定をする権能を有すると判断している。

憲法26条を自治の根拠とする説は、大学のみならず、初等中等学校についても自治が肯定されると説く¹⁰⁸⁾。しかし、旭川学テ事件判決の論理を前提にするならば、教育について国家が当然に介入できるとしながら、国家等からの干渉を排除するという意味で「自治」を説くのは、「自治」の定義に照らして背理ではないかと思われる。

では、同判決の射程を初等中等教育に限定して考える場合や¹⁰⁹⁾、あるいは、同判決の

101) See Rabban, *supra* note 33, at 233.

102) 山本隆司「独立行政法人」ジュリ1161号127頁, 132頁(1999)。

103) 山本・前掲注97)158-159頁。

104) 永井憲一「大学の自治」芦部信喜ほか編『演習憲法』278頁, 281-282頁(青林書院, 1984)。

105) 成嶋・前掲注2)181頁, 圓谷・前掲注38)117-121頁。

106) 野中俊彦ほか『憲法I(第4版)』496-497頁〔野中俊彦〕(有斐閣, 2006), 芦部・前掲注4)259頁参照。

107) 最大判昭和51年5月21日刑集30巻5号615頁。

108) 成嶋・前掲注2)180-181頁。

109) 同判決が国家による教育への介入を肯定する根拠として掲げる理由について、全国的に一定の水準を確保すべき要請という点については、特に専門職大学院を念頭に置くと、大学についてもやはり妥当し、国家による介入の余地を否定しきれないのではないかとも思われるが、この点については後述する(本稿IV4(1)参照)。

論理を無視して、教育権は専ら国民全体に所在すると考える場合はどうか。このような見解をとる場合でも、教育権の主体者の中で、親、教師あるいは生徒・学生のいずれが自治の主体となるかは、容易には決まらない¹¹⁰⁾。特に、国民全体の中でも親がその中心であり、教師はその付託を受けた者だと考えるならば、大学において教授が自治の主体となることを説明するのは難しいように思われる¹¹¹⁾。また、大学職員も自治の主体となると考える説も有力であるが¹¹²⁾、そのような者が教育権を有することを理論的に説明するのは、なおさら難しいように思われる。

このように大学の自治の根拠として、副次的にであれ憲法 26 条を掲げることは、理論的説明が不十分であり、首肯し難い。

2 外部関係

では、大学の自治の保障の根拠を、大学における学問的コミュニケーションの保障に見るとき、憲法上の保護が与えられる「大学」とはどのような「場」なのか。以下では、「大学」の意義について検討した上で、外部関係における大学の自治、すなわち大学が自律性を主張することの正当性を明らかにする。それは、逆に言えば大学外の権力が、大学の行為に介入することが、いかなる場合に認められるのかということにも繋がる。

(1) 実質的意味の大学

一般論として、「大学の自治」にいうところの「大学」とは、単に大学という名称を有する教育機関ではなく、「もっぱら最も高い程度の純粋学術の研究および教授を任務と

する研究教育機関を意味する」と説明される¹¹³⁾。しかし、より詳細な説明が展開されることはあまりなく、この「もっぱら最も高い程度の純粋学術の研究および教授を任務とする研究教育機関」が何を指すのかは決して明らかではない。ただし、このような言説は、憲法が保障する「大学の自治」の享有主体が「大学」（という名称の機関）に限定されず、それ以外の研究教育機関であっても、憲法 23 条による自治が認められる余地があるということを示唆するためになされているように見える。

しかし、特に戦後のわが国の大学の変容を顧みるとき、果たしてすべての大学が、「もっぱら最も高い程度の純粋学術の研究および教授を任務とする研究教育機関」と言い得るだろうか。大学の大衆化あるいは専門職大学院の設立が進む今日、ある種の大学における使命あるいは機能は、高水準の研究活動ではなく、寧ろ一定水準の知識の伝達、すなわち専門的教育（場合によっては職業訓練）等にあるようにも見受けられる。

また、大学はかつてのように真理探究を目指す精神活動としての学問、すなわち純粋学問だけを行っているのではなく、応用研究等、有用性の観点から道具的な知識の開発等を目指す学問領域も拡充させている¹¹⁴⁾。ここでもやはり「純粋学術」を実践するという理想的な大学像からの乖離を見てとれる。

本稿は、大学の自治の根拠を学問的コミュニケーションの保障に求めるわけだが、既に述べたように、これは真理の探究を目的とするものであり、まさに純粋学問の分野において妥当する。理論研究（≒純粋学問）と応用

110) 事実、初等中等学校の自治を肯定する学説の中でも見解が分かれる。いわゆる「教師団の自治説」は、自治の主体として職員会議を決定機関と捉え、その権限を重視するが、「学校の自治論」からは、職員会議を核とする教師集団の自治を基本としつつも、同時に父母の学校運営参加や子ども自身の自治への関わりをも展望するとされる（成嶋・前掲注 2)183 頁）。

111) 専ら教師（若しくは教授）を自治の主体とし、親を排除する説は、「付託」の論理を通して、個々の教師の教育活動に対する親の側のコントロール権が断ち切られると考えるようである。これに対し、坂田は「教師、保護者（親）、地域住民の自立というスローガンのフィクション性と、それを通じて、『教師の教育の自由』へと転嫁された『教育自治』の内実がクローズアップされてくる」と手厳しく批判する（坂田仰「憲法の教育自治に対する先行性——公教育における価値の教え込み機能——」憲法理論研究会編・前掲注 60)99 頁、102 頁）。

112) 永井・前掲注 104)281 頁。

113) 宮沢俊義『憲法Ⅱ（新版）』396 頁（有斐閣、1971）、芦部・前掲注 56)203 頁。

114) 松元忠士「憲法 23 条の学問の自由」ドイツ憲法判例研究会編『未来志向の憲法論』477 頁、478 頁（信山社出版、2001）参照。

研究という安易な二分論には注意が必要だが、やはり真理の探究を直接の目的とはしない応用研究においては当然に学問的コミュニケーションを保障する必要性は決して自明ではないと考えられる¹¹⁵⁾。また、ある大学の主機能が、一方向的な情報の伝達という意味での教育にあるような場合にも、やはり学問的コミュニケーションを保障する要請は弱い。このような場では、専ら真理探究を目指す純粋学問を基礎とする大学の自治は修正を余儀なくされると考えるべきであろう¹¹⁶⁾。

そこで以下、憲法の規律が及ぶ「大学」について検討する。学校教育法にいう大学を「形式的意味の大学」とした上で¹¹⁷⁾、以下の議論で概念の獲得を目指す、憲法上自治が認められる大学を「実質的意味の大学」と呼ぶことにしたい。

(2) 「諸学部の争い」

実質的意味の大学の概念を探究するために、まずは、カントの大学論を概観したい。19世紀のドイツに近代大学の礎を築いたのはフンボルトであるが、フンボルトの大学論に思想的核心を与えたのは、カントである¹¹⁸⁾。カントは『諸学部の争い』の中で、コペルニクスの大学論を展開し、その後のシェリング、フィヒテ、シュライエルマッヘルらのドイツ思想家たちに影響を与えた。その流れが集約されたのがフンボルトの大学論であり、彼のベルリン大学における実践であったと言える¹¹⁹⁾。

カントは、学部を上級と下級に分け、神学部、法学部、医学部を上級学部とし、哲学部を下級学部とする。そして、社会的有用性を旨とする上級学部と、理性の自由を旨とする

下級学部は知の成り立ちが原理的に異なると考え、両者を峻別する。上級学部は、政府に対して依存的・非独立的であることを本質とし、国家の手厚い保護と引き換えに国家の支配、介入、要求に忠実に服従する義務がある。そこでは、下級学部が行うような理性的詮索は回避すべきものとされる¹²⁰⁾。他方、下級学部である哲学部は、専ら学問的関心、すなわち真理の追究に従事する自由を持っており、政府の意思や命令から独立であるとされる。そして、真理を追究するために可能な限り自由でなければならぬと同時に、自由に判断する能力という意味での「理性」の立法だけに従うべきであると説かれる¹²¹⁾。その上で、カントは、下級学部、上級学部のすべての学説について、その真理性を吟味に投ずることを要求することができるという位置づけを与え¹²²⁾、下級学部を「大学の中心」に置こうとしたのである¹²³⁾。こうして、カントにおいて大学は、下級学部と上級学部との絶えざる弁証法的葛藤として捉えられることになる¹²⁴⁾。

かかるカントの大学論を本稿の問題意識と照合するならば、理性に基づいて、真理の探究を行うことを使命とする下級学部こそ、最も学問的コミュニケーションを保障する要請が強いということになる。逆に、国家による干渉を許容し、専ら理性による討議に委ねるだけでは済まない上級学部では、必ずしも学問的コミュニケーションは絶対的に保障されなければならないものでもなかろう。そして、実質的意味の大学という観点から見れば、大学の中でも下級学部こそこれに最も適合的であり、一方、上級学部はそれからやや

115) 現に、応用研究は、一般には憲法23条による自治が保障されないと考えられる企業内の研究開発部門等で日常的に行われていることである。

116) 松元・前掲注114)493頁。

117) 阪本・前掲注85)195頁参照。

118) 吉見・前掲注11)81頁。

119) 酒井吉栄「ドイツにおける『近代大学自治』思想の展開——カントからシュライエルマッヘルへ——」愛知大学法経論集法律編68号59頁、62-63頁(1972)参照。

120) イマヌエル・カント(角忍=竹山重光訳)『諸学部の争い』『カント全集18』(角忍ほか訳)1頁、29-31頁(岩波書店、2002)。

121) カント・前掲注120)37-38頁。

122) カント・前掲注120)39頁。

123) 島田雄次郎「カントの大学論」思想298号116頁、118頁(1949)。

124) 吉見・前掲注11)82頁。

距離を置くものと捉えられる。

(3) 法学の多層性

今日、カントの大学論の「上級」と「下級」の区別を考える上で「諸学部争い」で示されたとおりに形式的に捉える必要はない。その区別は、あくまで当時におけるドイツの伝統的な大学の組織と形態をもとにしたものであり、純理論的観点からそれとは異なる区分けも可能であろう。すなわち、「上級」と「下級」との区分は、学問そのものによるのではなく、専ら政府が学問に持つ関心に基づいて分けられるのである¹²⁵⁾。

このように学問の現象的側面に着目するとき、法学教育及び法学にかかる大村敦志の論考¹²⁶⁾は興味深い。大村は、「法」という営みに関与する者について、一般市民、法実務家、法学者の3つの階層があると考え。そして、各階層に属する人々は、それぞれの階層に特有の法ハビトゥス（法意識や法行動を含めて主体に内面化された法、という意味）を有するとした上で、法実務家にとってのハビトゥスは法技術的な要素を中核としている点に、法学者のハビトゥスは法現象を分析する法理論を背景とする点に特徴があるとす。法学¹²⁷⁾は、複数の法ハビトゥスの再生産のプロセスとして捉えられ、法ハビトゥスが複数存在するという理由により、法学も複数存在し得ることになる。①法曹養成のための（一般市民の法ハビトゥスを法実務家の法ハビトゥスに転換させる）法学、②法理論を背景とする法の見方を知らせる法学、③各人のうちに内在する法ハビトゥスを確認する（一般市民の法ハビトゥスを自覚させる）法学等である。

たしかに、大村は、法学を政府による関心という観点から分類するのではない。しかし、カントが法学部の特質を、実定法としての法典の中に求める¹²⁸⁾ことにより、法学部を上級学部として下級学部と区別したことを

想起すれば、大村の法学の分類についても、カントによる「上級」と「下級」との区別との共通性を見出せるものと思われる。すなわち、より実定法に即した学問である①や③は上級学部的性格が強く、他方、法理論を追求する②の法学は下級学部的性格が強いことになるだろう。

こうして、カントが「法学部」として括ったものもその内部は決して一様ではなく、理性による真理の探究あるいは学問的コミュニケーションへの要請は、対象とする学問の性格ごとに異なることが分かる。この理は、哲学部、医学部、神学部は勿論、その他の学部における諸学問についても当てはまると考えて問題はないだろう。

(4) 「大学性」

a 概念

これまでの検討をまとめると、大学の中でも下級学部こそ学問的コミュニケーションの保障の要請が強く、実質的意味の大学として「大学の自治」を保障する要請が強い、ただし、「上級」と「下級」の区別は、実質的に判断しなければならない、ということになる。

上述の法学についての検討からも、また現実になされている学問の観察からも分かるように各学問は、「上級」と「下級」に明確に分類できるわけではなく、寧ろ両要素が併存・融合するような在り方で存在する場合も少なくない。ただそうはありながら、各要素の濃淡は自ずからあり、それによって、下級学部への接近度、すなわち実質的意味の大学への接近度にも差があり得る。そこで、かかる実質的大学への接近度を「大学性」という概念で表現することとしたい。つまり、自由な理性に基づく学問的コミュニケーションを最も必要とし、それ以外の影響力を極力排除すべき学問を行うような場合は、高度の「大学性」が認められ、まさに憲法が保障する大

125) 酒井・前掲注 119)67-68 頁参照。

126) 大村敦志「現代日本の法学教育——法学部における教育を中心に」岩村正彦ほか編『岩波講座 現代の法 15 現代法学の思想と方法』305 頁、324-325 頁（岩波書店、1997）。

127) 大村・前掲注 126) は、「法学教育」について論じたものだが、そこで示された法学教育についての考え方を「法学」に一般化することに問題はないだろう。

128) カント・前掲注 120)39 頁。

学の自治の原理が強く当てはまる場となる。他方、「大学性」が低い場合には、大学の自治が全く無視されるわけではないものの、学問的コミュニケーションを確保する必要性が希薄化するため、大学としての意思決定や権限行使の場面で、国等の外部からの介入をある程度許容せざるを得ない契機があると考えられる。

b 単位

大学性の問題が、大学の外部関係における自律性にかかるものであることを考えると、大学性は、原則として大学を総体として観察した上で判断されることになる。

ただし、大学には学部等が、大学院には研究科等が設置されることが常例とされており（学校教育法 85 条、100 条。以下では、これらをまとめて単に「学部」という。）、さらに、伝統的に、学部教授会の意思決定を大学が尊重するという意味でのボトムアップ型の意思決定がなされてきたこともあり、大学としての意思決定や権限行使を、学部のそれとして認めることができる場合も少なくない。このような場合は、学部を単位として大学性を判断するべきだろう。

なお、個別具体的事案において、大学と学部のいずれを単位とするかは、外部からの介入が何を対象にしているのかという事柄の性質に応じて決すべき問題だと考える。以下では、さしあたり大学及び学部の双方を睨みつつ、一般論について述べる。

c 影響因子

大学性を左右する因子としてはいくつか考えられる。

まずは、学問の性格である。例えば、カントが下級学部として示した哲学部は、後に理

学部と文学部へと分割されるが、このような学問がなされる場合はやはり大学性は高いと思われる。他方、ドイツでいう「政策基盤研究 (Ressortforschung)」は、国家の政策形成・立法・行政を補助する目的で行われる学問だが、これについては「必ずしも学科目の規準に方向づけられ、学科目における議論によって検証され、学科目の発展のために利用されるわけではないこと、研究成果はむしろ、うまく実用されるかどうかによって検証されること」¹²⁹⁾ に特徴があるとされる。このような研究の場は、大学性が低いものの典型だろう。また、専ら実用目的の工学等が実践される場合は、一般論としては、大学性は低いと考えてよいのではないか。すなわち、これらの学問は必ずしも真理の探究が目的とされるわけではなく、寧ろ実利が求められることが多い。そこでは、研究の密行性が求められることこそあれ、学問的コミュニケーションが必然とされないことも少なくないと思われる¹³⁰⁾。さらに、「教育的配慮をなすこと自体が一つの学問的实践」¹³¹⁾ とされるような教育学についても、その実践的性格に重きが置かれるならば、それがなされる場は大学性が低いことになるだろう¹³²⁾。

また、大学性に影響を与える因子としては、当該大学において研究が主眼とされているのか、あるいは教育が主眼とされているのかという視点もあり得る。学校制度においては、教師の教授活動は下級学校に下るにつれて教育的性格が強まり、上級学校の方に上るにつれて学問的性格が強くなると言われる¹³³⁾。学問的性格が弱く、教育的性格の強い学校は、一般に、「暫定的真実の不断の探究」という意味での真の学問がなされている

129) 山本・前掲注 97)148 頁。なお、ドイツでは、大学は学問の自由という基本権を享受する主体たり得るが、政策基盤研究組織については基本権主体性を認めない見解が多い（同 159 頁）。

130) 特に自然科学の分野では、研究と実用の截然たる境界が消失しているとも言われるが（山本・前掲注 97)149 頁参照）、そのような明確な境界が存在しなくとも、いずれの側に近いかという判断はなお可能だと思われる。

131) 東京地判昭和 45 年 7 月 17 日判時 604 号 29 頁（第二次永教科書裁判のいわゆる「杉本判決」）からの抜粋。

132) 本文で例示した工学や教育学等についても、その場でなされる学問の性格によっては、真理探究が目指される場合もあり、そのような場合には学問的コミュニケーションは必須のものとなり、大学性が強いと認められることはあり得る。

133) 松元・前掲注 114)481 頁。なお、ここにいう「上級学校」「下級学校」は、当然のことながら、カントの「上級」「下級」という用法とは無関係である。

というよりも、寧ろ「獲得済みのものとしての『真実』の伝達」がなされているものとして、大学性が低いと考えてよいと思われる。そして、上級学校及び下級学校という区分を、学校教育法上の大学、高等学校、中学校、小学校等の形式的な分類に拘束されず、実質的に考えるならば、一般には上級学校とされる大学の中でも、学問的性格より教育的性格が強いような場合には、大学性が低いと認める余地もあるだろう¹³⁴⁾。逆に、米国の著名大学の多くはいわゆる「研究大学 (Research University)」と分類されているが¹³⁵⁾、このような高度な研究に主眼を置く大学こそ、まさに大学性の高い典型と言えよう。

大学性を決定する因子としては、以上のような研究教育の内容だけでなく、当該大学あるいは学部において、現実に学問的コミュニケーションがどれだけ重視され、実践されているかという点も考慮されてよい。極端な例を挙げれば、教員たちが相互に独立しており、相互にコミュニケーションを行うことが認められていないような大学・学部にあつては、もはや憲法的な保護を与えるべき「大学」としての体をなしておらず、大学性は低いと言える¹³⁶⁾。現実にはそのような事態は稀であると思われるが、学内の学問的コミュニケーションについて不活発な状況が認められるならば、大学性は低くなると考えてよいと思われる。

(5) 自律性の限界

a 諸考慮事項

これまでの検討を通じて、大学性が低い大学については、憲法 23 条によって自律性を特に保障する要請は希薄化すると考えられ、大学に対する外部からの介入が容認される場合があり得ることを指摘した。ただし、大学の自律性あるいは外部からの介入の許容性を考えるにあたっては、大学性以外にも考慮すべき事項がある。つまり、大学側の事情としては、介入の対象となる事務が学問的コミュニケーションに与える影響が問題となり、また、介入する側からは自らの行為に課せられる法的制約が問題となる。

以下では、大学以外の法的主体の中で、最も大学に対して関心を有し、それゆえに大学に対して介入することが多いであろう政府との関係を念頭に置いて、大学による意思決定や権限行使への制限について検討する¹³⁷⁾。

b 事務の性質

本稿は、憲法 23 条が大学の自律性を保障する根拠を、大学における学問的コミュニケーションを確保することに求める。そのような観点からは、学問的コミュニケーションに関する事項については、大学の自律性を特に尊重する必要があるが、それとは関係のない事項については、そのような要請は必ずしも働かない。例えば、大学構内の消火・保安・衛生設備等については、当然に一般と同じ権力的規制に服すると言われるのも、その

134) 松田・前掲注 60)122 頁は、現実の大学について「完全な批判的学問を保障する最もリベラルな大学から、特定教義のインドクトリネーションに従事するセクト主義の大学まで、その間に無限のヴァリエーションをもって存在し得る」と説く。

なお、塩野は、設立前の放送大学構想について、同大学が、「教育機関」としての色彩が強く、他方で研究基盤が軟弱であることを捉えて、「従来の意味での『大学』と考えることができるかという問題が生ずる」と述べていた(塩野宏『放送大学』をめぐる諸問題——その法的枠組みを中心として——)ジュリ 468 号 51 頁, 56-57 頁 (1970) 参照)。

135) 潮木・前掲注 20)176-182 頁参照。

136) AAUP は、教員団に学問の自由を認めない大学は、真の大学としての機能を果たしていないと主張する。See AAUP, *supra* note 28, at 158-60.

137) 例えば、大学に多額の研究資金を拠出する民間企業が大学の意思決定へ圧力行使をする場合等のように、政府以外の法的主体が大学の自律性に制限を加えることも考え得る。この場合、大学の自治の性質を大学の主観的公権の保障ではなく(阪本・前掲注 85)197-198 頁)、客観的な制度あるいは価値の保障と考えるならば、一般に議論される私人間効力が問題となる典型的な場面とは若干異なる。寧ろ、私人に対して憲法的価値の尊重を求める場面と言えるだろう。なお、宍戸は、私人間効力論の一つの発展の方向性として、「民主主義社会の基本的前提の確保」掲げる(宍戸常寿「私人間効力論の現在と未来——どこへ行くのか」長谷部恭男編『講座 人権論の再定位 3 人権の射程』25 頁, 42-45 頁 (法律文化社, 2010))。

ような意味においてだろう¹³⁸⁾。問題は、その中間に位置するような事項、すなわち、学問的コミュニケーションに対して限定的な影響を与えるような事項について、いかに考えるべきかである。

この点、ドイツでは、大学に関する事務を国家と大学とで分担する上で、大学の任務を、中核領域、協力領域、周辺領域の三段階に分けて議論がなされる。中核領域は、研究及び教授に直接関わる領域であり、国家による処理から遠ざけられるべき領域として位置づけられる。協力領域は学術関連性を有するがゆえに自治領域に組み込まれるが、他方で国益及び高度の公益性を有するがゆえに国家の影響力を排除し得ない領域である。周辺領域は、研究及び教授の自由に関連しない領域であり、原則として国家の優位的規制が可能とされる¹³⁹⁾。

大学内の学問的コミュニケーションの保障を重視する本稿の立場からは、このような発想は、問題とされる個々の事務について、学問的コミュニケーションとの関係性の濃淡に応じて、大学の自律性に強弱をつけるものと理解され、受け入れやすい。また、実践を考えても、大学の事務について、大学が優越するか、政府が優越するかの二分論で考えるのは、あまりに硬直にすぎ、その中間を認めることは納得のいくものである。

なお、上述のような検討の結果、大学が政府に対して、憲法 23 条に基づく自律性を主張し得ない場合であっても、憲法 21 条の結社として保護を受けることがあり得ることは、別次元の問題として当然あり得る。

○ 行政の一般原理

こうして憲法 23 条が大学内の学問的コミュニケーションを保障するという理解からは、大学性の高低及び対象となる事柄の性質に応じて、行政による大学の行為への介入が許容される場合もあると考えられる。ただし、政府が監督権限の行使等を通して、大学の行為に制約を及ぼすに当たっては、行政の

一般原理にも留意する必要がある。

ここで特に重要なのは、比例原則であろう。目的が正当であることは前提であるが、達成されるべき目的に必要な限度での手法が選択されなければならない¹⁴⁰⁾。なお、ドイツでは、上述の「協力領域」において、協力の形態として、大学の意見表明の聴聞、大学との協議、大学による提案・同意、協力組織の設置等複数の方法があり得るが、大学と政府との間でいかなる形態の協力がなされるかは、規律される事務の学問の自由の中核領域からの距離と保護されるべき公益の重要度に応じて決定されるというもの¹⁴¹⁾、比例原則の現れと見てよいだろう。

さらに、ドイツでは、「親大学行態原則 (Grundsatz des hochschulfreundlichen Verhaltens)」が説かれている。つまり、国家は、積極的に学問の自由保障の空洞化を予防する義務を負い、決定に際して大学の固有性を尊重しなければならず、具体的には、監督権限の発動の理由に争いがある場合には、監督の実施が抑制されることになる。たしかに、大学の自律性が容易に阻害されては、憲法 23 条によって学問的営為が手厚く保障される趣旨に反する。法律による明文の根拠なく、ドイツのような法原則を直接わが国に持ち込むのは難しいと思われるが、大学と政府との訴訟の場面において、司法審査の密度、あるいは立証責任の負担に関するサブルールとして観念することはあながち無理でもないと思われる。

d 伝統的理解への評価

最後にわが国の伝統的な大学の自治論と、ドイツにおける大学の自律性の理解あるいは、それを好意的に捉える本稿の理解とを簡単に比較しておく。

わが国の伝統的な大学の自治論は、大学の任務について、半ば無自覚的に、中核領域と周辺領域の二段階のみを想定し、その中間の領域に関心を払ってこなかったのではないか。さらに、周辺領域以外の事務という意味

138) 橋本公亘『憲法 (改訂版)』206 頁 (青林書院新社, 1976) 参照。

139) 徳本広孝『学問・試験と行政法学』9 頁 (弘文堂, 2011)。

140) 徳本・前掲注 139)14 頁。

141) 徳本・前掲注 139)16-17 頁。

での「中核領域」に当たる大学の事務については、政府がいかなる目的を有していようと、当然に大学の自治が政府に対して優先すると考えられてきたので、比例原則の適用等を考える余地がなかったようにも思われる。

これに対して、ドイツにおける理解は、中核領域について大学側に強い保障を与えるものの、そこから距離がある事項については、一定の原則のもとで、政府による監督権限行使が許容される。本稿もこのような理解に同調するものであるが、それに加えて、本稿は、大学性が低い大学については、大学の意思決定に対する政府による制約がより認められやすくなると考える点に特徴がある。

3 内部関係

次に、大学の内部関係に目を転じる。従来、「教授会自治」が妥当すると言われてきたところであるが、以下ではその正当性を検証したい。その上で、大学の意思決定メカニズムを法的にいかにか構成するかということを検討する。

(1) 「教授会自治」の再定位

a 判例及び学説

ポポロ事件判決は、「大学の教授その他の研究者の有する特別な学問の自由と自治」と述べ、大学の自治の担い手は、教授たちであるという理解を示した。学説では、かかる判示も踏まえ、大学の自治は教授会自治を意味すると解するのが支配的となっている。すなわち、大学としての意思決定は、教授会において同僚たる教員たちの判断によってなされるべきだということである。なお、教授会とは、学校教育法 93 条に規定され、大学における重要な事項を審議するために設置される組織である。その構成員については法は准教授及びその他の職員を加えることができると規定するだけで（同条 2 項）、構成及び意思決定方法等についてそれ以上の規定は置かれて

いない。ただし、学部にも所属する全教授によって構成されるとするのが通例のようである。

では、自治の主体が、同僚教員の集合でなければならないとしても、なぜそれが「教授会」でなければならないのか。学説の多くはこの点を論じることはないが、この問題について蟻川は自覚的である。蟻川は、学問研究にかかる事象の正否、適否の裁定は、学問共同体が専ら学問の理由から審査することが期待され、そこにいう学問共同体は、本来的には、学会でも、学界でも、あるいは常設の機構ではない、問題ごとにつくられる審査委員会でもよいはずであると言う。しかし、このような多様な選択肢があるにもかかわらず、大学における学問共同体が、教授会に凝集するのは、大学ないし学部が教育の単位であることによるものだとする。すなわち、大学において研究と教育は不可分であり、大学における教育は教授の学問研究の現在進行中の成果の公開の場、ないし学問研究の現場そのものであるが、大学ないし学部こそが大学における研究＝教育の責任を分有する場であるからこそ、その意思決定機関である教授会が大学における学問共同体、すなわち自治の担い手であると考えるのである¹⁴²⁾。

しかし、仮に大学ないし学部が教育の単位であるとしても¹⁴³⁾、そのことから自治の担い手を論じることは正当であろうか。たしかに、フンボルト型大学の特徴が「研究と教育の一致」であることはよく知られている。しかし、それを強調し、法的議論の基礎とするのは危険であると思われる。そもそも、真に研究と教育が一致するならば、教授と学生という 2 つの身分を措くこと自体が正当ではない。あるいは、異なる身分を認めるとしても、この場合、大学の自治の担い手としては、教授のみでなく学生も含まれると議論を進めるのが筋だろう。しかし、そうではなく、教授と学生という異なる身分の存在を認め、そ

142) 蟻川・前掲注 68)201-202 頁参照。

143) 学校教育法は、「大学は…教育研究を行い、その成果を広く社会に提供することにより、社会の発展に寄与するものとする」と規定し、(同法 83 条 2 項)、また学部については「専攻により教育研究の必要に応じ組織されるものであつて、…」と規定するだけである(大学設置基準第 3 条)。大学及び学部はあくまで「教育研究」のために組織されるものであり、専ら教育の単位であるという理解はしていないようである。

ここに一定の意義を見て区別するというならば、そこでは「師」たる教授のもとで学生が学ぶという、「研究」とは異なる「教育」という営為が大学に存在していることを認めることになる。そして、大学が初等中等教育機関と区別して特別の地位を認められてきたのは、大学で行われる「教育」ではなく、「研究」にこそ理由があったのは異論のないことであろう。その意味で、大学における「教育」は、あくまで「研究」に次ぐ存在であると言ってもよい。それにもかかわらず、大学の自治の担い手如何という憲法23条の根幹にかかる事項を、「研究」ではなく、「教育」という作用から議論するというのは無理があると思われる¹⁴⁴⁾。

b 大学判決からの示唆

ところで、前出のドイツの大学判決は、自治の主体についても、興味深い判示をしている。同判決は、まず、大学の使命及び役割について「フンボルトによれば、ドイツの大学は、教える者と教えられる者との『無目的の(absichtslos)』共同体と考えられ、『孤独と自由のなかで』無目的の学問に専念することにより、学問上の認識を超えて倫理的行為規範を調達する、研究と教授の緊密な結びつきを特質とするものであった」、「しかし、19・20世紀の過程で大学を取り巻く状況は大きく変化した」と述べ、大学を取り巻く環境の変化を指摘する。その上で、大学に対して、「自然科学、医学、工学の発展はめざましく、専門領域の細分化、大学の巨大化、技術的に組織化が進む工業社会の要請に大学は応えることができるのか」と問いかけを發し、「大学自治が講座担当者によって担われていた伝統的な教授(会)中心大学……は現実に適合せず、社会の要請との間に緊張関係を生み、

大学教育改革の契機となる」¹⁴⁵⁾と述べ、教授会を中心に据える伝統的な大学像がもはや維持し得なくなりつつあるという憂慮を表明する¹⁴⁶⁾。

この判決の事案は、1971年制定の「臨時ニーダーザクセン総合大学法」が、大学構成員を機能と利害により教員、研究補助者、学生及びその他の(非研究)職員に分け、グループごとに選出された代表者たちに、大学管理の合議制機関における評決権を配分し、大学教員の人事に関する提案を含めて、当該合議制機関が大学として決定するという仕組みを採用したことに対して、同大学の大学教員らが、自らの基本権及び法的地位の侵害を主張して争ったというものであった。連邦憲法裁判所は、上述のような大学観を前提に議論を進め、同法が、かかる合議制機関を設置し、それを大学の意思決定機関とすることも、ボン基本法5条3項の価値決定に反しないとして、大学教員らの主張を退けた¹⁴⁷⁾。

この大学判決については、歴史的に形成された伝統的大学の形態を維持することに主眼のあった制度的保障論を否定したと解されている¹⁴⁸⁾。ただ、ここでは、ドイツにおいても、学問の自由を保障するために、教授会自治を保障することが、もはや当然の要請ではないと判断していることを確認しておきたい。また、併せて、憲法裁判所が、大学の自治を議論する上で、大学をめぐる環境の変化やそれへの対応について熟慮していることにも留意しておいてよいだろう。

c 意思決定の実質的主体

では、わが国ではどのように考えるべきか。まず確認すべきは、大学(特に学部)における教員間の学問的コミュニケーションが、学問にとって極めて重要かつ必須である

144) 蟻川は、その後の論考(蟻川・前掲注71)では、大学の自治の主体は、「教員団(faculty)」であるとして議論を展開する。「教員団」とは、学術研究と高等教育とに携わる専門職集団としての教員集団を指し、「教授会」は「教員団」の最も典型的に組織化された例であるが、弱い組織化しか獲得していない教員集団や、未組織の教員集団も、原理上、「教員団」たり得ると述べている(同61頁)。ここでは、教授会は教員団の典型ではあるが、「大学における学問共同体は、教授会に凝集する」という考え方は採られていないように見受けられる。

145) 阿部・前掲注89)205頁。

146) 大学判決が、今から30年以上前の判決であることを改めて確認しておきたい。

147) 阿部・前掲注89)204, 206頁。

148) 徳本・前掲注139)5-6頁。しかし、大学判決は伝統的な教授会を否定しながらも、本文の引用箇所以外の部分では、学問の自由の実現のために大学教師に卓越した地位を認めてもいる(同45頁参照)。

ことである。既述の如く、大学における日常的な相互干渉——例えば、全体カリキュラムの編成、組織的又は未組織の共同研究、大小の研究会の設営、相互の研究・教育活動への助言・批評、その他日常的な情報・刺戟の交換等——は、教授たちの研究教育にとって、そして学問的営為のために不可欠な要素である。そもそも、大学の自治が保障される根拠を大学における学問的コミュニケーションの保障に求める本稿からすれば、このような教員同士の相互干渉こそ価値を認めるのである。

他方で、教授会について認識しておくべきは、そこに所属する教員が必ずしも相互に研究教育内容について熟知しているとは限らないということである。学問の専門分化は、学問分野の蛸つば化を生みだしているという指摘もあるように、同じ学部にも所属する教員間でも自らの専攻する学問分野以外の分野については全くの門外漢であるということも往々にして存在する。つまり、教授会が学問にかかる意思決定をしようとしても、その構成員である教授たちすべてに共通する知的基盤あるいは共通の理解は、それほど深くないこともあり得るのである。

そこで、本稿は、教授会が大学における基礎的組織であり、重要な事項を審議するという教育基本法の建前を前提にしつつ、学問的コミュニケーションの保障という目的を実現するための解釈論・実践論として、学校教育法施行規則 143 条に規定する代議員会あるいは専門委員会等（以下、「代議員会等」とい

う。）を媒介項として考えたい。代議員会等とは、教授会に属する職員のうちの一部の者をもって構成される組織であり、教授会の定めるところによって、代議員会等の議決をもって、教授会の議決とすることができる（同条 1 項及び 2 項）。大学において教員たちは相互に日常的なコミュニケーションを図り、それが研究教育の基礎となっているが、通常、その主体の範囲は「教授会」と異なる。そのようなコミュニケーションは、特定の研究教育の対象に関心のある者同士で行われるのが常だからである。そこで、かかる学問的コミュニケーションの主体を代議員会等の構成員と定めることができれば、大学あるいは学部が直面する事項について最も利害関係¹⁴⁹⁾を有する者によって意思決定がなされることになる。勿論、かかる代議員会等は関係する事項によって、その規模あるいは意思決定方法¹⁵⁰⁾は様々であり得る。そして、このような代議員会等は予め一定の形式が与えられるものではないという点で、アドホックかつカジュアルなものであり、さらに多分に観念的なものでもある。そこで、代議員会等のこのような性格を踏まえて、以下では「同僚団」と呼称したい¹⁵¹⁾¹⁵²⁾。

教授会の意思決定について、実質的決定を同僚団で行う場合、教授会に求められる役割は、同僚団が議題の事柄に応じて適正なメンバーから構成され、適切な方法によって意思決定がなされることを確保すること、及び、同僚団の決定を尊重し、原則としてそれを教授会の意思決定とするということになる

149) 「利害関係」とは、無論、経済的な意味においてのそれではなく、各教員の研究教育にとってのその意である。

150) 常に単純多数決がよいとも限らない。

151) 「代議員会等に係る事項については、学内規程等において明確にしておくこと」（平成 7 年 12 月 26 日 文高大 320 号 文部事務次官通達二 (5)）とされていることに鑑みれば、通常、「代議員会等」はある程度、定型的でオーソドックスな組織が想定されていると思われる。

152) 和田は、教育学部のような総合学科目制の学部では、教授会に所属する教授も、他の教授が専攻する学問については、素人であり適切な意思決定が期待できないという問題意識を前提に、「学部自治」ではなく、「学科目自治」が取り入れられるべきではないかと提言する（和田鶴蔵「大学自治についての疑問」ジュリ 466 号 11 頁、12 頁 (1970)）。

本稿も同様の問題意識を共有するものである。ただし、「同僚団」として想定するのは、より柔軟性を持った組織である。また、和田が指摘するような教授会の現状は、総合学科目制の学部に限定されるわけではなく、大学一般に普遍化できると思われる。

153) 同僚団による意思決定について、教授会が学問的見地に照らして受け入れ難いと判断するときには、教授会が同僚団による意思決定を拒絶することもあり得る。

う¹⁵³⁾。同僚団の構成や意思決定方法等については、裁量の幅が認められるべきではあるが、それが著しく不合理と認められるときには、かかる同僚団及びそれに基づく教授会による意思決定は正当性に欠けるものとして、後述する大学設置者等の意思決定によって覆される契機を孕むと考えるべきである¹⁵⁴⁾。

ところで、教授会の意思決定をこのように解する場合、教授会が適正な意思決定を行うことを担保するメカニズム、あるいは、かかる意思決定の「正当性」の根拠も従来とは異なるものとして見えてくる。蟻川のように、教授会を職責の総体と見る場合、教員は教授会において真摯に審議しなければならないという義務を負って意思決定を行うので、その意思決定は適正なものになると考えるのだろう。しかし、その義務とはいかなるものか明らかではなく、その実効性に疑念の余地があることは既に論じたとおりである。他方、同僚団が教授会の実質的意思決定を行うと考える場合、関係教員が適正な意思決定を行うのは、義務に突き動かされるからではない。それは、そのような意思決定が自分の研究教育と密接に関連し、そこに利害関係があるからである。つまり、同僚団を通じて、教授会が「良い」意思決定をすれば、それは自らの教育研究にとってもプラスになる。このような意味で、同僚団を媒介とした意思決定は、インセンティブに基づくものなのである。

d 限界

このように同僚団が行った実質的意思決定が、教授会の意思決定となるというメカニズムを前提にしても、それは「教員団 (faculty)」としての意思決定であり、専ら学問的見地あるいは研究教育上の見地によるものである。

しかし、「大学 (university)」（あるいは「学部」）は、研究教育と同程度に重要性を持つ多様な諸目的——例えば、学生への職業訓練の提供、地域社会の文化センター、スポーツ振興等——をも内包する組織体である¹⁵⁵⁾。したがって、大学や学部として意思決定を行う上では、このような多目的性格を有する大学の設置者と教員団との間で調整が行われなければならない。そして、Ⅲ 2 (2)及び(3)ではこの調整メカニズムを検討する。

ただし、それ以前に教員団による意思決定自体の限界についても認識しておくべきだろう。まずは能力の限界の問題である。大学教員は、あくまで学問にかかる専門職能を果たす主体であり、だからこそ教授会の学問的判断も尊重される。そして、当然ながら学問に関しない事項については、大学教員は、通常は素人 (laymen) である。そうすると、学問に関連しない事項については、教員団によって適切な意思決定が行われることは担保されていない。ここでヒントになるのは、既に指摘した事務の性質に関する議論である¹⁵⁶⁾。学問的コミュニケーションに密接に関連する事務については、教員あるいは教授会の意思決定に強い正当性が認められるが、そこから遠ざかるにつれて、非学問的観点からの判断も求められるようになり、教授会の意思決定は、「正当性」が希薄化される結果、必ずしもその意思が完全に尊重されるわけではないと考えてよいと思われる。

もう一つの限界は、教員団の機能不全である。教授会もその部分集合である同僚団も、比較的小規模な人間集団である以上、内部で緊張感を喪失し、相互批判性を欠いた存在になることがあり得る。また、教授会内の教員

154) 教授会の意思決定を、同僚団に委ねるというのは突飛な考えに思えるかもしれない。ただし、ここにいう同僚団がアドホックかつカジュアルで、観念的であるという性格に留意すれば、本文に述べたことは、要するに教授会の中でも当該決定について最も利害関係を有する者が教授会としての意思形成に積極的に関与し、他方で当該決定が自らに関係ない者は意思形成には関与しない、あるいは関与してはならないということである。教授会の意思決定について利害関係のない者の不関与という点は、特徴的であるかもしれないが、それ以外は、現象としては現実の教授会の実践とさほど差はないと思われる。

なお、利害関係のない者を意思決定に参加させないのは、このような者は、当該意思決定に対して、専ら学問的見地から意思決定プロセスに参与するためのインセンティブに欠け、教授会としての適正な意思決定を歪めかねないからである。

155) 松田・前掲注 60)118-119 頁。

156) 本稿Ⅲ 2 (5) b 参照。

たちが批判的視座に不寛容になり、守旧派が異端派を疎外することもあり得る¹⁵⁷⁾。このような状態にある教員団の意思決定を「大学の自治」の名のもとに保護する必要があるかと言えば疑問であろう。本稿は、このように大学内部において学問的コミュニケーションが実現されなくなっている大学は、大学性が低下したものとして、外部関係においてその自律性を保護する要請は弱いと考えるが、大学の内部関係においても、このような教員団の意思決定はもはや保護の必要性は低くなると考えるべきだと思われる¹⁵⁸⁾。

e 実質的主体の拡張の可能性

教授会における意思決定の実質的主体として同僚団を観念することは上述のとおりであるが、大学にかかる諸々の事項について、学問的コミュニケーションの保障を図るために、最も関心のある者あるいは利害を有する者に、実質的意思決定権限を与えるという考えを貫く場合、その主体は、必ずしも当該学部にも所属する教員に限る必要はないだろう。意思決定の実質的主体の資格者を学部所属の教員以外にも拡張する余地があると思われるのである。

一つの拡張の可能性は、学生及び職員を構成員とすることである。ポポロ事件判決は、学生が大学における自治の担い手となることを否定したが、その後の学説では、学生も大学自治の担い手であるべきだという議論も根強く、学生は大学自治の運営について要望し、批判し、あるいは反対する権利を有する等と説かれる。ただし、その場合も学生の参加がどのような形で具体化されるかは、それ

ぞれの大学が法律の範囲内で自主的に定めるところに委ねられるとされている¹⁵⁹⁾。他方、大学職員については、わが国の学説では顧みられること自体が稀である¹⁶⁰⁾。

たしかに、学生一般が大学における意思決定（典型的には、教授選考等）について利害関係を有することは考えにくく、彼らを一律に自治の主体とする必要はないだろう。しかし、研究室に所属する博士課程の学生や博士研究員、技術者等については、教授選考等にかかる大学の決定が自らの研究にとって重要な意味を有する場合もあり得る。そして、彼らの研究活動は、まさに、憲法によって保障される、大学における学問的コミュニケーションの一環をなすものである。そのような場合に同僚団において、彼らに何らかの関与を認めることはあり得る選択肢ではないかと思われる¹⁶¹⁾。

もう一つの拡張の可能性は、他の学部等に所属する教授の関与である。学問の専門分化が進行していることは既に指摘したが、一方で、従来の学部の枠にとらわれない、いわば学部横断的な学問も登場している。さらに、大学においては学部以外に研究所等の組織も設置され(学校教育法 85 条ただし書き参照)、これらの組織には既存の学部における学問と密接な関連を有する学問を専攻する教員が所属することも周知のとおりである。そして、大学における日常的なコミュニケーションが、学部の枠を超えてなされることを踏まえれば、大学における学問的コミュニケーション保障の観点からは、学部外の教員を教授会における実質的な意思決定の主体に含めるこ

157) 松田・前掲注 60)120-121 頁。

158) 樋口・前掲注 6)11 頁は、この問題、すなわち「大学自治によって学問の自由が実質的に損なわれるときに、どう考えるべきであるか」という問いについて正面から向きあう。ただし、その結論は、大学の自治という形式を守り抜くことで、長期的には学問の自由という実質を守ることになる(松田・前掲 60)119 頁も同旨だろう)。

しかし、大学の歴史の中で、大学の自治が「自制」ではなく、寧ろ「自壊」をもたらしたことも間々あったことを考えると、そのような見解は楽観的にすぎるように思われる。

159) 芦部・前掲注 56)228 頁。

160) 大学の自治を教育権から基礎づける見解は、一般に学生や職員を自治の主体に含めるべきだと主張する。本稿 III 1(5)参照。

161) 本文に述べたような観点からは、大学における研究及び教育機能の活性化を図ることを目的とした上で、①学生の所属する学部等の部局、②参加の対象となる事項・案件、③学生の学年段階(大学の学部、大学院修士課程、同博士課程)を考慮しつつ、大学の管理運営への学生参加の可能性を示唆する見解(樋口ほか編・前掲注 44)130 頁〔中村睦男〕に、賛成したい。

ともあり得てよいように思われる¹⁶²⁾。

なお、学校教育法施行規則 143 条は、代議員会等が「教授会に属する職員のうちの一部の者をもつて構成される」と規定する。したがって、教授会の構成員以外の者が同僚団の構成員となる場合（特にそれが学生である場合¹⁶³⁾）、かかる同僚団は、代議員会等そのものではないことになろう。ただし、教授会の意思決定方法は法定されているわけではなく、教授会に裁量があるので、彼らの意見を教授会に反映させることは、現行の学校教育法の下においても不可能な運用ではないと思われる。

(2) 私立大学の内部関係

a 学説

大学の自治に関する議論の多くは、まず国立大学を念頭に置いて議論を行い、そこで肯定される大学の自治が私立大学においても基本的に妥当するという論法を採る。しかし、本稿では敢えてこの順を逆にしたい。というのは、国立大学では、一般公権力の発動も大学の設営も、ともに国家という一つの法主体が行うので、ともすればそれらが区別されることなく議論されることが多いからである¹⁶⁴⁾。しかし、一般公権力主体としての国家との関係は、既に外部関係として検討した問題であり、以下で議論したいのはあくまで大学設置者との関係である。そこで、まず、一般公権力主体とは区別された大学設置者の存在が明確である私立大学の内部関係を検討した上で、その応用として国立大学及び公立

大学の内部関係を議論する。

通説的見解は、大学の自治は国公立に限定されるものではなく、私立大学についても認められるとする。ただし、私立大学はそれぞれ独自の教育方針を持つことができるので、教員の人事について国公立とは異なる特別の規律を設けることも、合理的である限り、許される場合があると解している¹⁶⁵⁾。しかし、これ以上議論を進めるものはあまりなく、私立大学における自治の理解については多分に曖昧さが残されている¹⁶⁶⁾。

b 理事会

私立大学には、意思決定機関として理事会が存在する(私立学校法 36 条 2 項)。そこで、教授会の意思と理事会の意思との調整、すなわち教学と経営の調整が求められることになり、これが私立大学における大学の自治のポイントとなる。

そもそも理事会は複数の「顔」を持つ組織である。

第一に、経営的観点から大学管理を行う「管理者」としての性格を持つ。このこと自体に異論はないだろう。

第二に、建学の精神を引き継ぐ「教育者」としての性格がある。昭和女子大学事件判決¹⁶⁷⁾は、「私立学校においては、建学の精神に基づく独自の伝統ないし校風と教育方針とによって社会的存在意義が認められ」、「伝統ないし校風と教育方針を学則等において具体化し、これを実践することが当然認められる」と述べる。同判決は、このような権能の

162) 伊藤ほか・前掲注 10)33 頁〔伊藤正己発言〕は、従来の学部わけ方ではうまくいかないような新しい研究教育分野の登場によって、学部を基礎として大学が意思決定を行うのでは、うまく機能しなくなるのではないかという懸念を表明する。

163) 教授以外の職員については、教授会の構成員になる余地はある(鈴木勲編著『逐条学校教育法(第7次改訂版)』804-805 頁(学陽書房, 2009))。

164) 米国連邦最高裁も、公立大学(州立大学)について、「政府が同時に表現者(speaker)であり規制者(regulator)であるので、修正1条の適用上複雑な問題が生じる」と述べている。University of Pennsylvania v. EEOC, 493 U.S. 182, 198, Fn.6 (1990)。

165) 芦部・前掲注 56)227 頁, 法学協会編・前掲注 3)461-462 頁。

なお、松井は、私立大学の場合、憲法 21 条の保障を受ける「結社」と考えられるから、本来敢えて大学の自治を保障する必要性は乏しく、国の機関である国立大学においてこそ 23 条で自治を保障する意味があると説く(松井茂記『日本国憲法』486 頁(有斐閣, 1999))。この見解の背景には、教授会ではなく、大学が自治の主体であるという考えがあるが(同 487 頁)、このような見解は、大学の自治が保障される根拠を曖昧にさせる点で首肯し難い。なお、本稿 III 5(4)の議論も参照。

166) 君塚正臣「私立『大学の自治』の再検討——第三者効力と制度的保障の交点?——」国際公共政策研究 4 巻 1 号 129 頁, 134 頁(1999) 参照。

167) 最判昭和 49 年 7 月 19 日民集 28 巻 5 号 790 頁。

所在について直接判示するわけではない。しかし、学問的見地から研究教育を任務とする教授会には、建学の精神、伝統や校風の維持といった役割は期待しづらい。そうすれば、このような教育者としての地位は一義的には理事会が担っていると考えるのが自然だろう。

第三に、やはり建学の精神を引き継ぐ者として「(学問の自由を行使する者としての)研究者」としての性格も認めるべきだと思われる。建学者は、私立学校の中でも私立大学を選択し設立したということは、教育だけでなく、研究についても一定の目的があったと考えられる場合が少なくないだろう。彼は、いかなる目的でいかなる研究を行うか等の理念を打ち出し、その理念の実現に向けて、資財を投じ、教員を招聘し、大学という研究を主眼とする組織を設立した。わが国の通説は、憲法 23 条の学問の自由の人権享有主体を大学研究者に限定せず、一般国民に広く認めているが¹⁶⁸⁾、それを前提にすれば、建学者による大学設営もまさに憲法 23 条に基づく権利行使と見てよいと思われる。そして、それを引き継ぐのはやはり教授団であるとは考えにくく、理事会ということになる。

すなわち、理事会と教授会との間で衝突があったときに、理事会は、管理者、教育者、研究者としての「顔」のいずれか又はその複数を有する場合がある。さらに、教育者及び研究者としての「顔」が前面に出てくる場合は、人間の精神的活動に関わることから、高次の憲法的価値に支えられていると考えられる場合もあり、「学問の自由」あるいは「大学の自治」を理由に安易に教授会に軍配を上げるわけにもいかないのである。

c 経営と教学との調整

理事会・教授会間の意思決定の調整方法について、現状は、各大学によってまちまちで

ある。そもそも経営・教学関係の構造についても、小規模大学に適した学長付託型、中規模大学に見られる理事長・学長兼務型、大規模大学に相応しい経営・教学分離型等があるとされる。さらに、教授会・評議員会が諮問機関となっているところ、寧ろ議決機関となっているところ、逆に理事会が強く追認機関的なところ等があると言われる。理事会の権限の強弱や選任方法も各大学の事情によっており、統一的な型があるわけでもない¹⁶⁹⁾。

これに応じて、学説は、一方では、教学の優位を前提に教授会が自治の主体とする見解があり、他方では、教員は建学の精神の具現化の教育研究のために招聘されたものにすぎないとして理事会が優位すると考える説があり、この両極端の間で様々なヴァリエーションがある¹⁷⁰⁾。また、裁判例も判断が分かれるところである¹⁷¹⁾。

この難題について、明快な解決策は難しく、個別の事情に応じて、理事会の意思と教授会の意思とを総合判断して妥当性を決する問題なのかもしれない。しかし、その前提として、両者の意思が正当な主張と言えるかは検討されるべきだろう。

まず、教授会について見れば、これはまさに上記(1)で検討したように、その意思決定の正当性が問題となる。(観念的な同僚団が適正に機能することで)適正なメンバーによって、適正な方法に従って教授会としての意思決定がなされたか、教授会は問題となっている事項について適切に判断をする能力があるのか、あるいは教授会は機能不全に陥っていないかといったことが問われなければならない。このような検証の結果、教授会の意思決定について正当性が低いと判断されれば、理事会の意思が優先しやすくなるだろう。

他方、理事会については、いかなる「顔」を前面に出して主張するかによって、その意

168) 芦部・前掲注 56)205-206 頁。

169) 君塚・前掲注 166)143 頁。鈴木・前掲注 163)807 頁参照。

170) 笹川紀勝「私立大学と大学の自治」奥平＝杉原編・前掲注 81)161 頁、163-164 頁。

なお、学説ではこれを私人間効力の問題として捉える学説も有力である(阪本・前掲注 85)190 頁等)が、その典型的な場合とは異なるだろう。注 137) も参照。

171) 教授会の優越性を認めたものとして、名古屋地判昭和 34 年 11 月 30 日判時 210 号 6 頁(名城大学長罷免事件)、福岡地決平成 4 年 9 月 9 日判刑 616 号 73 頁(西日本短期大学事件)、逆に理事会の優越性を認めたものとして、大阪高判平成 10 年 11 月 26 日判刑 757 号 59 頁(甲南大学事件)等がある。

思の正当性を精査すべきである。第一に、「管理者」として現れる場合、三菱樹脂事件¹⁷²⁾や昭和女子大事件で最高裁が判示したように民法1条や90条等の私的自治の一般原則が尊重される必要がある。第二に、建学者の精神を引き継ぐ者として「教育者」や「研究者」として現れる場合も、かかる精神が大学制度と適合的なのかという判断が必要となる。例えば、普遍的な教育目的実現のための学問の自由の尊重(教育基本法2条)、差別教育の禁止(4条1項)、全体の奉仕者たる教員の性格(9条)、教育への不当な支配の排除と国民全体への教育の直接責任(16条1項)等に適合していなければ、建学者の精神といえども尊重されるわけではない¹⁷³⁾。第三に、理事会の意思が、当該大学の慣行に照らして合理的であるか、という点も留意すべきだろう。例えば、過去長年に渡って、当該大学の慣行とされてきた事情は、もはや建学者の意思の具体化として取り込まれたものとみなすことができ、後の理事会が容易にそれを変更できなくなると考える余地もある。

(3) 国公立大学の内部関係

a 国立大学

私立大学について検討した判断枠組みは、国立大学についても基本的に当てはまる。国立大学について確認すべきは、既に指摘したように大学の内部関係において問題となるのは、一般公権力主体としての国家ではなく、大学設置者としての国家であるということである¹⁷⁴⁾。つまり、国立大学では、教授会と対抗関係に立つのは、あくまで学長あるいは役員会(国立大学法人法11条1項及び2項)等である。

そして、大学設置者としての国家について

も、私立大学の場合と同様に、複数の「顔」を観念することはできる。ただし、前掲昭和女子大事件判決が、「特に私立学校においては、建学の精神に基づく独自の伝統ないし校風と教育方針とによって社会的存在意義が認められ」(傍点筆者)と述べたように、建学の精神は私立大学については妥当しても、国立大学において当然に当てはまるわけではない。そうすると、国立大学においては教育者あるいは研究者としての顔は基本的に考慮される事項ではないだろう¹⁷⁵⁾。

そして、このような大学設置者、すなわち役員会等の意思を反映した学長の意思と、教授会の意思とが衝突する場合には、調整が必要となる。そこでは一方では、教授会の意思決定の正当性が問題とされ、他方では主として国の管理権行使の正当性が問題となる。そして、私立大学の場合と比較すれば、国の権限の契機はさほど強力ではない以上、教授会の意思が優越する場合が多いだろう。

ただし、確認しておいてよいのは、国立大学が専ら管理者として意思決定を行い、権限を行使する場合に、それが必ず教授会に劣後すると考えるのはあまり的確ではないということである。例えば、国家は、単科大学を設置することで大学に対して特定の研究教育目的を設定することは可能であり、現に行っている。仮に、そのような大学で、教授会側がかかる研究目的を大幅に逸脱するような研究を行うために教授を招聘するような場合には、国は管理権者としての地位に基づき、その就任を拒むことも十分に許されるだろう。同様の議論は、学部や研究科の枠についても妥当するはずである¹⁷⁶⁾。

172) 最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁。

173) 笹川・前掲注170)164-165頁。

174) 高柳=大浜・前掲注80)103頁。

なお、国立大学法人法施行後においても、この理は妥当する。国立大学法人法によれば、国立大学を設置するのは、国立大学法人ではあるが、学校教育法2条及び5条も併せて解釈すれば、国立大学は、国家行政組織法上の国の組織ではないものの、国が法律で設けたものであり、国が管理と費用負担を行うものとなっていることが分かる(市橋・前掲注53)168頁)。

175) 本文で述べたように、教育者としての「顔」は、大学内部の関係ではあまり問題とならないと考えられる。ただし、これとは別の次元として、国が大学に対して「設置者」としてではなく「規制者」あるいは「外部者」として教育に関して権限行使をすることは十分にあり得る。

176) ドイツの学説でも、「目標に方向づけられた学問のマネジメントは、学問のプロセスに自由な余地を残す限り、憲法上排除されない」と言われている(山本・前掲注97)158頁)。

b 公立大学

公立大学の自治は、私立大学の自治以上に取り上げられることのない問題である。学説の中には、国立大学と同様に論ずればよいとするものも見られるが¹⁷⁷⁾、果たしてそうか。公立大学は、自治体が自ら予算を投じて設立するものである。その際に、自治体が完全に純粋に学問的目的から、公立大学を設立するとは考え難い。そもそも学問の振興自体は、通常は自治体の任務とはされない事柄であり、それにもかかわらず、自治体が大学を設置するという事は、当該自治体への何らかの価値の還元を想定しているものと推測される¹⁷⁸⁾。そうなると、公立大学の法的性格は、国立大学よりも、寧ろ「建学の精神」が重視される私立大学に接近して観念される。すなわち、大学設置者としての自治体が、大学において比較的強力な意思決定権限を有すると見る余地がある。

公立大学の設置目的について、自治体財政が潤沢であった時期にあってはあまり顧みられることもなかったが、長引く不況により自治体財政が逼迫する中、特に近年は、自治体側から、住民の税金で運営する公立大学は、より地域に即した事柄への貢献が求められ、そうした性格に特化すべきではないか、という問題提起が見られるのは興味深い¹⁷⁹⁾。このような動きに対しては、大学の自治の侵害に当たるとして否定的に捉える向きもある。公立大学内部の意思決定の内実が、教授会と大学設置者としての自治体とのせめぎ合いたり得ることを考えれば、教授会側からこのような反応がでるのは十分に予想されることである。ただし、敢えて指摘すれば、短期的には自治体の権限が強化されることは、大学教員にとっては制約になるかもしれないが、長期的に考えれば、自治体が公立大学設営のメ

リットを実感できるようになれば、他の自治体でも大学設営の流れが加速し、結果的に学問的コミュニケーションの場の拡大に繋がるようにも思われる。

4 内容

これまでの議論から明らかなように、大学の自治に関する個別具体の事案について、外部関係において大学の自律性の正当性を検討する場合でも、内部関係において教授会自治の正当性を検討する場合でも、問題となる事柄、すなわち事務の性質に応じた考慮が必要となる。そこで、以下では、大学の自治の内容を確認した上で、大学の自治が問われる複数の局面について、いかなる考慮がなされるべきかを検討する。

(1) 自治内容の諸要素

大学の自治の内容について、従来の通説的見解は、①学長・教授その他の研究者の人事、②大学の施設の管理、③学生の管理を挙げる¹⁸⁰⁾。ポポロ事件判決も、若干の差はあるものの、ほぼ同様の範囲で自治を肯定している。

自治の内容としてこれらを列挙することは、大学を営造物として観念するならば、自然と言えよう。行政法学上、「営造物」とは、「国又は公共団体等の行政主体により、公の目的に供用される人的及び物的施設の総合体」を指し、営造物法の主たる観点は、利用関係のあり方と営造物組織法の観点であるとされる¹⁸¹⁾。そのことを大学関係の中で考えれば、まさに営造物組織法の主要目的である研究者の人事と、利用の客体である大学の施設、及び利用者である学生というのは当然出てくる観点である¹⁸²⁾。

なお、学説では、上記の3つに加えて、④

177) 君塚・前掲注 166)133 頁。

178) 一例として、公立大学法人大阪市立大学定款 1 条は、その目的として、「優れた人材の育成と真理の探究という大学としての普遍的な使命を果たすとともに、人とその活動が集積する都市を学問創造の場としてとらえ、都市の諸問題に英知を結集して正面から取り組み、その成果を都市と市民に還元することにより、地域社会ひいては国際社会の発展に寄与することを目指す大学を設置し、及び管理することを目的とする」と規定する。

179) 人見剛「公立大学における法人化問題」法の科学 32 巻 161 頁、166 頁 (2002)。

180) 野中ほか・前掲注 106)334 頁 [中村睦男]、芦部・前掲注 56)225 頁。

181) 塩野・前掲注 52)356 頁参照。

182) 学説上は、大学を営造物と捉え、学生をその利用者とみなすことについて否定的である。例えば、芦部・

研究教育の内容及び方法の自主決定権、⑤予算管理における自治をも取り込み、大学の自治の内容をできるだけ広く解する学説が有力化している¹⁸³⁾。

そもそも、大学の自治の内容は、事柄の性質上、可変的であって明確でない点が多く、事実、国の沿革、法制度、経済的・社会的・政治的諸条件によって異なることが多い。これは大学の自治が、国家権力を始め外部勢力の侵し得ない限界を画するものとして機能するばかりでなく、立法や行政に対してとるべき方向を示すという意味も併せ持つからだと言われる¹⁸⁴⁾。したがって、大学の自治の内容について画定を図るのは無理があることを前提に、大学の自治が機能する範囲や各局面における機能の仕方については、弾力性を認めなければならないことには留意しておく必要がある。

以下では、大学の自治の内容の中でも、最も基礎的なものと考えられてきた人事自治権、及び大学にとって特に今日大きな意味を持つとされる財政自治権について検討する。その後、判例及び通説が、伝統的に大学の自治の内容として議論してきた警察権からの自由について検討を行うこととする。

(2) 人事自治権

a 判例及び学説

大学の自治の核心が人事の自治であることについて学説上異論は見られない。そして、個々の教員の実質的人事権を持つのは研究教育の専門性を共通し、その運営の基本単位である教授会でなければならないとされている¹⁸⁵⁾。

事実、ポポロ事件判決も、大学の「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」と述べ、人事の自

治については、「ある程度」という限定されないことから、憲法上、特に強く保障されることを示したものと解釈できる。さらに、その後、下級審ではあるが、いわゆる九大井上事件判決¹⁸⁶⁾は、「大学自治の原理、なかならず右原理の中核ともいべき大学における人事の自治に鑑みれば」と述べ、人事自治権が大学の自治の中心的地位にあることを肯定した。

しかし、大学の自治の核心がなぜ人事の自治であるのかということについて理論的に説明するものは意外に少ない。そのような中で、蟻川は、共に研究・教育活動を担う教員団の構成員を銓衡・決定する教員人事は、それによって選ばれ、迎えられた教員との相互交渉を通して、そこでの「教育研究」の在り方を直接決定づけ、変化させるための始動作用といべきものであることから、教員人事以外の業務といった外的・制度的なものよりも、より自治の要請が高いという説明を試みる¹⁸⁷⁾。しかし、かかる理由づけは、教授会への信頼が希薄化するとき、逆の方向へ作用するはずである。すなわち、教員人事が教育研究の在り方を直接決定づけるという重要な意味を有するならば、そのような重要な決定権を専ら教授会に委ねることはできない、という議論も可能となるのではないか。

b ドイツの教授選考制度

学問の自由及び大学の自治の理念の母国であるドイツでは、大学の人事自主権はそれほど強くないことには注意しておいてよい。ドイツでは、大学には教授選考・任命権はなく、通常は州文教大臣が、大学側の推薦した3名の候補者のリストに基づいて、大学教授を任命することとされている。大学は、このような推薦権を有するだけであり、しかも大学が付した推薦順位にも拘束力はないとされる¹⁸⁸⁾。

このような教授選考制度の由来は、フンボ

前掲注 4)163-164 頁等。

183) 野中ほか・前掲注 106)334 頁〔中村睦男〕。

184) 橋本・前掲注 138)203-204 頁参照。

185) 松井幸夫「学問の自由と大学の自治」ジュリ 1089号 205頁, 210頁 (1996)。

186) 東京地判昭和 48年 5月 1日訟月 19卷 8号 32頁。

187) 蟻川・前掲注 71)66 頁参照。

188) 高柳=大浜・前掲注 80)102 頁。なお、ドイツにおける教授選考の近年の状況については、徳本・前掲注

ルト、そして彼の大学論に直接的かつ多大な影響を与え、またベルリン大学の初代神学部長を務めたフリードリッヒ・シュライエルマッヘルにまで遡ることができる。シュライエルマッヘルは、大学では激しい学派間の争いがあるから、大学自身に教授選任を委ねたら、大騒動が起こりかねないと考え、上述のような大学が候補者を推薦し、大学監督官がその中から選抜するという制度を提唱していた¹⁸⁹⁾。このような懸念はフンボルトも共有するところであり、大学には内部対立と軋轢がつきものだから、教授の選考権は大学にわたすべきではないという趣旨を自らの論文で述べ、ベルリン大学の創設当時の教授人事も教授会との相談抜きで、ほとんど政府の手によって行わしめたのである¹⁹⁰⁾。

その後も、教授選考権は、大学側ではなく、文部省が握り続けた。特に指摘しておくべきは、1882年から1907年までの25年間にわたって、ドイツの学会全体を支配した強力な文部官僚フリードリッヒ・アルトホーフの存在である。アルトホーフは、教授として優れた人材を発見すると、文部省の持っている選考権を用い、大学の意向に反してでもその人物を教授ポストに据えることを行っていた¹⁹¹⁾。アルトホーフの手法は、ドイツの大学人から反感を買い、大学の自治を侵害するものとして批判された。しかし、他方で、彼は、当時の学部教授会の偏見ゆえに正教授となるのが不可能若しくは困難とされてきた社会民主党員、ユダヤ人、カトリック教徒らを差別せず、彼らが正教授へとなる途を開いている¹⁹²⁾。このような事情に加え、19世紀後半は、ドイツの科学技術が飛躍的に進歩し、科学史上類を見ないほどの圧倒的な学問的覇権をドイツの大学が確立した時期であることも併せ考えると、大学の教授選考権を一手に

独占したアルトホーフが、学問の自由の守護者であったという評価があることにも頷ける。

このようにドイツにおいては理想的にも制度的にも、大学に強力な教員選考権を認めてこなかった。その背景には、シュライエルマッヘルやフンボルトあるいは、アルトホーフらの大学に対する理解からも明らかなように「教授会」という組織に対する不信が根強く存在していたのである。

c わが国の事情

ドイツにおける大学の教授選考制度を踏まえると、憲法が大学の自治を保障することから直ちに人事自治権を導出することが必ずしも自明ではないことが理解される。では、それでもなお、わが国で大学の自治の内容として人事自治権を肯定するならば、その根拠は何か。憲法23条制定の経緯を踏まえるならば、それは、おそらく国家や大学設置者に対する不信と、その裏返しとしての教授会への信頼・期待ということになるのではないか。一方の端で、国家や大学設置者に対して、「大学の設置者（とくに国立大学の設置者としての国）は、教員の人事任命過程に介入することによって、大学（教育）が持つ危険な要素を排除・抑圧し、もって“好ましい”大学づくりに専念しがちである」という認識があり、「もしかりにこのような状態を許すならば、大学における学問の自由は設置者の認めるかぎりの学問の自由で転落し、大学自治は根底からくずれることになる」¹⁹³⁾という強い懸念が存在してきた。そして、もう一方の端で、教授会に対しては、「学問的専門能力と知的誠実性を正しく評価できる同僚たる教員研究者自身（教授会）」¹⁹⁴⁾というイメージが描かれてきた。そして、わが国における大学の人事自治権は、このような関係性の上に初めて理解できる。つまり、戦前の滝川事

139)23-25 頁を参照。

189) 酒井・前掲注 119)121 頁。

190) 潮木守一『フンボルト理念の終焉?—現代大学の新たな次元』67 頁（東信堂、2008）。

191) アルトホーフがこのように大学人事を差配できた背景には、彼がドイツの学界中に情報収集網を張り巡らし、学者たちの資質や評判に関する情報を入手し、分析していたことがあると指摘されている。潮木・前掲 190)92-95 頁参照。

192) 潮木守一『ドイツの大学』280-281 頁（講談社、1992）参照。

193) 野上修市「大学の自治と外部権力」奥平＝杉原編・前掲注 81)142 頁、151 頁。

194) 高柳＝大浜・前掲注 80)101 頁。

件や天皇機関説事件等を通して大学人事が国家により突き崩されたという歴史が存在し、戦後になり大学がその反省として人事を中心に自治を確立しようとしてきたまさにその産物が、現在の(人事)自治の有り様であると理解するのが正当だと思われる。

しかし、人事自治権の基礎にある関係性は、地殻変動によって修正を余儀なく求められているのかもしれない。まず、国家の立ち位置について、2000年成立の産業技術力強化法を見ておきたい。同法は、産業活動において利用される技術に関する研究及び開発の推進のために、国、大学、企業等が連携することをその理念として掲げる(同法3条1項)。いわゆる「産学官連携」である。ここにおいて国家と大学はもはや単なる対立関係に立つのではなく、一面では協力関係にあることが法令上も謳われている。

他方で、教授会への信頼・期待への揺らぎも見られる。1997年制定の大学の教員等の任期に関する法律は、大学教員の任期制度を導入したが、これに対しては、大学教員の身分保障を脅かし、憲法23条の趣旨に悖るものとして批判が強い¹⁹⁵⁾。すなわち、専ら教授会が同僚教授の任免を決するような権限を有する場合、ある教授が学内派閥の多数派に属しないがために、同僚教授によって恣意的に免職に追い込まれるということもあり得るとの懸念が表出されている¹⁹⁶⁾。留意すべきは、このような見解が、教授会が学問の見地から常に適正な判断を下せるという前提に立っていないということである。

d 検討

大学の自治の法的基礎を学問的コミュニケーションの保障に求める立場からすると、その実質的な担保のためには、コミュニケーションの主体となるメンバーが相応しい者でなければならない。その意味で、人事自治権

は、大学の自治においてやはり重要な内容である。そして、かかる人事を実質的に決定するのは、ある教員の大学における存在が、自らの研究教育に密接に関わりを持つ者たち、すなわち、そのような者らによる同僚団であるべきだと考えられる。

しかし、同僚団若しくは教授会の意思決定とはいえども、常にその正当性が肯定されるわけではない。人事が与える影響に鑑みれば、そこには私利や親族関係等非学問的な動機が働く可能性が潜んでいる。このような教授会の機能不全を理由に、国家や大学設置者等が教授会の意思決定を覆すことには、慎重さが求められるものの、だからといって当然に人事権を教授会に独占させるのも適当ではないように思われる。

e 国立大学の学長選考

教員人事権に関連して、近時話題になっている国立大学の学長選考について言及しておきたい。国立大学法人法によれば、学長の任命は文部科学大臣が行うが(同法12条1項)、その選考は学長選考会議によってなされる(同法2項)。この学長選考会議のメンバーは、教育経営評議会のメンバー、教育評議会のメンバー、学長又は理事から構成される(同法2項及び3項)。問題は、従来の国立大学の慣行とは異なり、学長選考に、経営評議会のメンバーや理事といった非大学人が含まれていることである。これに対しては、多くの国立大学では従来の慣行を尊重し、学長選考会議は、意向投票等を通じて学内者の意向聴取を行っている¹⁹⁷⁾。しかし、既に複数の国立大学で、学内者の意向とは異なる者を学長選考会議が学長として選出するということが起きており、これに対して教員らが文部科学大臣による学長任命処分の取消し等を求めて訴えを提起しているのである¹⁹⁸⁾。

この問題を考えるための先決事項は、国立

195) 米国では、学問の自由(academic freedom)が議論される場合に、テニュアー(終身雇用権)がそれに含まれるとされる(酒井・前掲注25)129頁、139-150頁参照)。しかし、そもそも教員団による自治が制度的に認められていない米国は、わが国と状況が異なると考えるべきである。

196) 阿部泰隆「大学教員任期法の違憲性・政策的不合理性と大学における留意点」法時76巻3号69頁、70頁(2004)、山元・前掲注16)185-186頁参照。

197) 各国立大学での現状については、中富公一「国立大学法人による学長選考と文部科学大臣の学長任命権——高知大学学長任命処分取消訴訟を素材として——」岡山大学法学会雑誌60巻1号35頁、53-56頁(2010)を参照。

198) 山本・前掲注43)37-38頁参照。

大学あるいはその学長の法的・社会的性格である。学長が単に同僚教員たちの首席である、あるいは、専ら研究教育上の責任者であるというならば、そのようなポストを専ら教員の意向に基づいて選考することは自然なことである。しかし、今日、国立大学は、単なる学術研究機関としての使命だけではなく、地域活性化への貢献や地域医療の拠点等それ以外の使命も強く期待されている。また、法人化後は各大学に組織、人事、財務会計面で大幅な裁量が与えられるようになり経営的能力も重要になる中¹⁹⁹⁾、学長はその最高意思決定権者として君臨する。このような状況において、学長の地位は果たして専ら学術的見地から決せられるべきなのかということが考えられなければならない。

仮に、学長選考が、専ら学問的見地からなされるわけではないというならば、学内者たる教授会の意思決定の正当性は低下する。なぜなら、教員は、学問的見地以外の判断については、原則として素人 (laymen) のはずだからである²⁰⁰⁾。いずれにせよ、現実の社会あるいは大学制度に適合した判断が求められる問題である。

(3) 財政自治権

a 大学財政制度について

財政自治権については、学説の多くがこれを大学の自治の構成要素とするが²⁰¹⁾、それらの主張する中身には、ヴァリエーションがある。高柳は財政自治権の必要性について、特に強く主張する。彼は、教育研究費が教育研究者の社会的使命達成を可能ならしめるだけ十分に支給され、その配分・使用について、教育研究者集団の実質的な自主決定の権能が認められなければならないと説き²⁰²⁾、

それにもかかわらず、わが国の財政自治権は皆無に近い状態だと評する²⁰³⁾。そして、このような見解に立つ論者は、大学にそもそも予算編成権が与えられていないことで、財務・文部科学行政による大学財政の統制、財政誘導が進行していることへ強い懸念を表明している²⁰⁴⁾。

たしかに実効的な研究のためには、相応の資金が必要となろう。しかし、詳論は避けるが、財政制度をいかに構築するかは、需要側の論理だけで決まるものではない。財政をいかなるものとして設計するかは、財源の確保やその公正な分配等様々な事情を考慮した上での判断が必要となる。「大学の自治」概念から必然的に特定の制度が導かれるわけではなく、財政制度全体の整合性と併せて議論しなければならない問題である。

b 外部資金への依存増について

大学の財政を巡る問題で、特に注目したいのは、大学予算に占める外部資金の割合が増加していることへの評価である。既に指摘したように、近年の大学予算の配分においては基本的な研究教育費の比率が低下し、公的な研究費の中心が科学研究費補助金等に移行している。さらに法人化後の国立大学については、従前のいわゆる積算校費に基づく大学予算の確定と配分に代えて、業績評価に基づく運営費交付金の配分が行われることになり、裁量的に支出される予算の割合が増加していることが指摘されている²⁰⁵⁾。

このような変化に対しては、研究教育費の傾斜配分を通じて大学の自主性を奪い、その研究教育の内容をコントロールするという手法だとして批判されており²⁰⁶⁾、かかる大学財政政策が、大学の財政的自立・自治の弱体

199) 文部科学省「国立大学法人化後の現状と課題について(中間まとめ)」(2010年7月15日)(http://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/houjin/_icsFiles/fieldfile/2010/07/21/1295896_2.pdf, 2012年7月16日最終閲覧)。

200) 日本の大学人の矜持・自意識として、「研究費ならともかく、自分のお金のことに頭を使っているようではよい研究はできない。研究者たるもの、金銭とは無縁でなければならない」「世のため人のために高尚な研究に従事する者が、株等に手をだすことははばかれる」という思いが近年になっても存在していたという指摘もある(玉井克哉「産学連携と大学のアイデンティティー」応用物理75巻1号63頁, 63-64頁(2006)参照)。

201) 成嶋・前掲注2)182頁。

202) 高柳・前掲注78)109頁。大浜・前掲注24)23-25頁も同旨。

203) 高柳=大浜・前掲注80)103頁。

204) 二宮厚美「大学改革と財政問題」法時72巻12号25頁, 27頁(2000)。

205) 成嶋・前掲注2)182頁。

206) 成嶋・前掲注2)182頁。

化を進めることになるという危惧も表明されている²⁰⁷⁾。

しかし、外部資金の増加は、大学にとって、あるいは学問にとって有害なのであろうか。教授会が学部に配賦された予算を研究者に分配するという典型的な局面を考えてみたい²⁰⁸⁾。たしかに、各大学教員は専門分野において高度な知見を有しているであろうが、学問の専門細分化が進む今日、同僚の専攻分野についてはもはや素人同然ということもあり得る。このことを予算が配分される教員の立場から見ると、自らの研究予算が、「素人」あるいは「準素人」とも言える同僚教員たちの集合的意思決定に依るということである。他方、例えば、科学研究費補助金の分配では、専門分野の近い複数の研究者による審査（ピア・レビュー）が行われることとされている²⁰⁹⁾。すなわち、いわば当該専門分野の「玄人」たちによって予算配分がなされていると言える。ピア・レビューは、学問の自由概念にとって、極めて重要な意義を有するが²¹⁰⁾、このような事情を勘案すると、後者の分配の方がよりの確なピア・レビューを行い得るように思われる。すなわち、優秀な研究者に対する適正な水準の研究費の分配、あるいは国の研究教育予算の適正な分配の観点からは、寧ろ外部資金こそが望ましいとも考えられ、外部資金の相対的増加を一概に否定するのは難しいように思われる。

このような外部資金のアンビヴァレンスについて、高柳は早い時期から問題意識を有していた。すなわち、学外から研究者個人に対

する補助金が直接交付されることにより、「研究者個人の直接的な研究の自由は伸張するが、かれの研究の自由を政治的経済的圧力に対する関係において防護している制度的支えは、内部的亀裂を被る」のであり、「学問研究共同体は、内部的緊張に直面し、克服を迫られることになる」²¹¹⁾と説いていた。そして、高柳は、結論において「大学の自由と研究者個人の自由との関係について、学問研究共同体内部で、真に自由な民主的な討論を重ねて、共通の理解と合意を形成する努力をしなければならぬ」²¹²⁾として、学問共同体自らがこの問題を解決すべきであると言う。大学の自治に対する外部からの脅威に対して、まずは大学内部で対応を図ることを求めるという意味で、示唆に富む見解である。具体的な方法論としては、外部資金の一元的受け皿設置と適切な分配によって、教員個人の研究教育の実施と大学という組織の維持・向上との調整を図る等の方策を大学教員自らが決すること等が考えられよう。大学における学問的コミュニケーションを確保するために、大学人自らが対応できるならば、まずはそれを実行するということは、まさに自治の観点に照らしても、大学に求められてしかるべきだろう。

なお、ここに現れた問題をより一般化するならば、教授会は、個々の教員を拘束するという点において、大学の自治と学問の自由は緊張関係に立ち得るということである²¹³⁾。この点について、従来学説はあまり議論してこなかったように見えるが²¹⁴⁾、本来かかる

207) 二宮・前掲注 204)27 頁。常本照樹「大学の自治と学問の自由の現代的課題」公法 68 号 1 頁, 11 頁, 15 頁 (2006) も参照。

208) 大学の内部関係において、意思決定の実質的主体として、同僚団を觀念することは本文で論じた。学部に配賦された予算を学部の構成員たる大学教員間で分配するという場面では、所属するすべての大学教員はかかる意思決定に利害関係を有することから、そのような者全員が参加する同僚団、すなわち教授会自身が、意思決定の実質的主体となるべきだと考えられる。

209) 独立行政法人日本学術振興会「科学研究費助成事業 審査・評価について」(http://www.jsps.go.jp/j-grants/inaid/01_seido/03_shinsa/index.html, 2012 年 7 月 16 日最終閲覧) 参照。

210) See AAUP, *supra* note 28, at 173. 松田・前掲 60)115-116 頁も参照。

211) 高柳・前掲注 78)115 頁。

212) 高柳・前掲注 78)116 頁。

213) 松井・前掲注 185)210 頁。

214) 常本・前掲注 207)8-16 頁は、学問の自由及び大学の自治について、①教員—国の関係、②教員—大学管理機関の関係、③大学—国の関係、④教授会—学長の 4 面関係で分析・検討を行うが、そこでは「教員—教授会」という関係は議論の対象とはされていない。

緊張関係の存在は留意されてしかるべきだろう²¹⁵⁾。

(4) 警察権からの自由

a 判例及び通説

通説は、大学の自治の一内容である施設管理の自治の派生として、警察権からの自由があると理解している²¹⁶⁾。その理由として、学問研究＝真理の探究とは、既成の価値や現在の認識を再検討することによって新しい価値を創造し、自然と社会の法則を発見していく人間の精神活動であって、それが警察権力の監視と統制のもとにあるならば、学問研究活動は到底その十分な発達を見ることができず、また教員・学生相互間の自由な学問的交流が妨げられるということが言われる²¹⁷⁾。

この理は、判例も概ね容認するところであり、ポポロ事件判決は、大学における「真に学問的な研究と発表」のための集会については、警察が立ち入ることが禁じられるという趣旨の判示をしている。さらに、その後の裁判例では、愛知大学事件控訴審判決²¹⁸⁾が、一般論として、「緊急その他已むことを得ない事由ある場合を除き、大学内への警察官の立入りは、裁判官の発する令状による場合は別として、一応大学側の許諾または了解のもとに行うことを原則とすべきである。ここに…警察権行使の大学自治への干渉にわたらない限界を画することができると考えられる」として、大学の自治の保障によって警察権行使が制限される余地を肯定する。また、大阪学芸大学事件控訴審判決²¹⁹⁾も、警察権が制限される程度についてはやや異なる判断をするものの、一般論として大学における警備情報収集の活動が、大学の自治によって制限されることを認めている。

b 疑問

では、果たして大学構内への警察権の立入りを制限する法的説明として「大学の自治」を持ち出すことは適切なのだろうか。ここでは、専ら警備公安活動を念頭に置いて、2つの疑問を提起したい。

第一の疑問は、教員や学生の大学構外での学問的活動の保護をどう考えるかということである。公式・非公式の研究会、学会活動、ゼミナール等が、公共施設や民間施設を利用して、大学構外で行われることが頻繁にあるのは周知のとおりである。しかし、警察権からの自由が「施設管理の自治」の一環として位置づけられるならば、大学の施設管理権が及ばない場所での学問的活動は、少なくとも「大学の自治」によっては保護をされないことになる。そこでは、せいぜい教員や学生が利用している施設の管理権あるいは住居権によってしか保護されるにすぎないだろう。しかし、学問的活動の価値及び要保護性は、それが大学の構内でなされようと、構外でなされようと異なるところはないはずである。このようなアンバランスをいかに説明すればよいのだろうか。

第二の疑問は、学問的活動以外の他の精神的活動は警察権からいかに保護されるのかということである。警察権力の監視と統制によって精神的活動が影響を受けてしまうことを仮に「精神的活動の『脆弱性』」とでも名付けるならば、このような脆弱性はひとえに学問的活動に限られるものではなく、宗教的活動や芸術的活動等他の精神的活動についても妥当するのではないか。つまり、大学構内に警察権力が立ち入ることによって、学問的活動が妨げられるのと同様に、例えば、宗教

215) 蟻川は、教員と教授会との緊張関係の所在に自覚的である点で稀有な存在である。「憲法23条の自由が、何らかの集団的な基盤の上に成り立つ自由なのか、それとも、徹底的に個人の自由とされるべきものなのか、という二者択一は、——それが本当に二者択一であるのかという点も含めて——」「決着をつけられるべき問題として横たわっている」と問題提起を行っている(蟻川恒正「学問・教育の自由」樋口陽一ほか編『新版 憲法判例を読みなおす——下級審判決からのアプローチ』133頁、133-134頁(日本評論社、2011))。

なお、かかる緊張関係が訴訟として現れた事案として、仙台地判平成11年12月22日判時1727号158頁がある。

216) 例えば、芦部・前掲注56)228-232頁。ヨーロッパにおいても大学の自治の一内容として警察権からの自由が説かれるようである。See Van Den Haag, *supra* note 27, at 515.

217) 野上・前掲注193)142頁。

218) 名古屋高判昭和45年8月25日判時609号7頁。

219) 大阪高判昭和41年5月19日下刑集8巻5号686頁。

的祭礼（説法会やミサ等）や芸術イベント（メッセージ性を有するコンサート等）に警察が立ち入ることになれば、そこで行われる宗教的活動や芸術的活動も妨げられるように思われる。

これらの疑問（特に第二の疑問）に対する応答としては、「真の知を目指す哲学の成果は、往々にしてその時々 of 社会の通念や支配的教義の正当性を攻撃するものとなりかねず、「支配者や社会の多数派からの迫害・抑圧」の対象となるという、学問の性格が挙げられるかもしれない²²⁰⁾。つまり、他の精神的活動と比較して、学問は迫害・抑圧の対象となることが多いのだから、要保護性が高いと言うのである。しかし、果たしてそのような事実認識は現在において正当性を有するのだろうか。一般に学問が攻撃的かと問われれば、その答えは否だろう。現状の社会通念を所与としてそれを深化させる学問や、既存の支配層が関心を持たない事柄を追求する学問等は十分に想定可能であり、現にそのような学問も少なからず存在する。では、学問以外の精神的活動は攻撃的ではないのか、と問われれば、その答えも否だろう。例えば、宗教的活動や芸術的活動が既存の支配層を批判するものであったり、あるいは支配層から憎まれたりすることは、決して稀ではない²²¹⁾。

つまり、大学の自治を直接の理由に警察権からの自由を議論することは、本来警察権から保護しなければならぬと思われる精神的活動の範囲を無用に制限する法律構成となるおそれがあるように思われるのである。

c あり得る法律構成

そこで、「大学の自治」を直接の根拠とすることなしに、大学における警察権からの自由を説明するための2つの法律構成を提示す

る。

(a) 「行政警察活動の限界」構成

警備公安警察活動は、行政警察活動の一つである。行政警察活動は、犯罪の予防や鎮圧を目的とする点において、犯罪の訴追や処罰を目的とする司法警察活動すなわち捜査とは区別される。しかし、行政警察活動が捜査でないことから刑事手続きと何らの関係も持たないということを意味するわけではない。寧ろ、当該活動による証拠の発見や嫌疑の具体化によって、それが刑事手続きへ発展していく可能性があるという点、及びその過程で発見された資料等が、刑事裁判において犯罪を証明するための証拠として利用される可能性があるという点において、刑事手続きとの関連性が認められる場合があるとされている²²²⁾。

かかる行政警察活動については、憲法、法律、行政法の一般原則等による規律が及ぶが、ここで問題とすべきは比例原則である。すなわち、「警察権の行使が、個々の事案において、公共の安全と秩序の維持という目的達成のために必要なものであって、かつ、それによる自由の侵害が目的である利益と均衡を失するものであってはならない²²³⁾」ということである。裁判例においても、行政警察活動として実施された、公道上の電柱に設置したテレビカメラによる監視の違法性が問題となった事件で、裁判所が「当該現場において犯罪が発生する相当高度の蓋然性が認められる場合であり、あらかじめ証拠保全の手段、方法をとっておく必要性及び緊急性があり、かつ、その撮影、録画が社会通念に照らして相当と認められる方法でもって行われるときには、現に犯罪が行われる時点以前から犯罪の発生が予測される場所を継続的、自動

220) 長谷部恭男「学問の自由と責務——レオ・シュトラウスの『書く技法』に関する覚書——」吉田善明古希『憲法諸相と改憲論』203頁、206頁（敬文堂、2007）参照。

221) 宗教的活動については、監視庁公安部がモスク内でイスラム教徒を監視していたことが明らかになった事件を想起されたい（「時時刻刻 大揺れテロ捜査網」朝日新聞朝刊東京本社版2010年11月3日、2面参照）。

芸術的活動については、例えば、明治期において、自由民権運動の高まりを受け、時の政府が政談演説を禁止したのに民衆が対抗して、「歌を用いた演説」を行ったのが、演歌の発祥であることを指摘しておく（森田哲至『昭和歌謡』成立の系譜と黎明期の展開——日本橋と『昭和歌謡』の関係についての一考察——）日本橋学研究5頁、7頁（2010）。

222) 川出敏裕「行政警察活動と捜査」法教259号73頁、73頁（2002）。

223) 川出・前掲注222)76頁。

的に撮影、録画することも許される」²²⁴⁾と判示したのも、比例原則の適用によるものである。

この比例原則の考えをポポロ事件のような場合に当てはめるなら、警察による立入りが、公共の安全と秩序の維持という目的から必要であり、かつ、立入りに伴って生じる侵害が、それによって得られる利益と均衡を失うものであってはならないということになる。この場合、損害とはプライバシーの権利に類似する、あるいはそれを拡張した意味での「調査されない自由」ということになるだろう²²⁵⁾。特に大学においては、この損害の程度が甚大であるということになれば、余程の事情がない限り、このような警察の立入りは、比例原則に反する違法なものということになるはずである。

このような法律構成によるならば、上記bで指摘した第一の疑問については、大学外における学問活動であっても比例原則を厳格に適用すれば警察権からの自由を確保できることになる。また、第二の疑問については、学問以外の精神的活動についても、警察の立入りによって阻害されることによる権利・利益の程度が大きいと考えれば、やはり比例原則の適用によって警察権からの自由を実現することが可能である。

(b) 「住居権」構成

いま一つの法律構成は、施設管理権あるいは住居権（以下、併せて単に「住居権」という。）からのアプローチである。大学がプライバシーあるいはそれに類する権利を有すると考えた上で、住居権を有すると考えれば、憲法35条1項により、警察は、司法警察活動目的か行政警察目的かにかかわらず、令状なしに大学構内に立ち入ることはできない。この点、大学における学内集会等は原則として、学外者は自由に参加できない性質のものだと解することができるのであれば、かかる主張

は通りやすいだろう²²⁶⁾。

しかし、仮に大学構内が一般に公開されているものだとしても、なお、警察の立入りを住居権者の意思に反するものと解する余地はある。それは、建造物侵入罪に関する2つの最高裁判例で示された住居権に関する判断を基礎とする。まず、平成19年判決は²²⁷⁾、刑法学説上、議論されてきた刑法130条の建造物侵入罪の「侵入」について、それが管理権者の意思に反するものであれば、立入りの外観が一般人と異なることがなくても違法な侵入に当たることを認めた。そして、それに先立つ昭和58年判決²²⁸⁾では、「管理権者が予め立入り拒否の意思を積極的に明示しない場合であっても、該建造物の性質、使用目的、管理状況、管理権者の態度、立入りの目的等から見て、現に行われた立入り行為を管理権者が容認していないと合理的に判断されるときは」建造物侵入罪に当たると判示していた。これら2つの判決は、刑法130条の保護法益である住居権の性質について重要な判断を行っており、一般化すれば、「住居権者の意思は、明示されれば当然、明示されなくともその意思が合理的に推認される場合は、その存在を認めることができる。そして、その住居権者の意思に反して建造物に立ち入ることは、違法な『侵入』に当たる」ということができる。これを大学について当てはめれば、大学の明示的又は黙示的な住居権者としての意思に反して警察が大学構内に立ち入れれば、刑法130条の構成要件に該当することになる。警察が令状なしに同条に当たる「侵入」を行うことは、憲法35条1項によって当然に禁じられると解することに問題はないはずである。そして、前提となる大学の住居権者としての意思についても、明示的な表示がなくとも、従来慣行を前提にすれば「大学の許可または同意のない警察の大学構内への立入りは認めない」という黙示的な意思を

224) 東京高判昭和63年4月1日判時1278号152頁。

225) 平野龍一「警察官による調査こそ問題——ポポロ判決の問題点」判評59号4頁、5頁（1962）参照。

226) 高柳信一「学問の自由と警察権——ポポロ事件最高裁判決をめぐって——」前掲注11)269頁、308-313頁〔初出1964〕参照。ポポロ事件判決の入江ほか補足意見は、問題となった学生集会が非公開だったと考えるようである。

227) 最決平成19年7月2日刑集61巻5号379頁。

228) 最判昭和58年4月8日刑集37巻3号215頁。

肯定することは可能だと思われる²²⁹⁾。

このような理解からは、警察が、令状も大学の許可・同意もなく、大学構内に立ち入ることは、憲法35条1項により許されないことになる。そして、上記bで示した第一の疑問に対しては、大学外の施設を利用する者は、利用者としての立場に基づく施設管理権の行使として警察の立入りを拒める。また、第二の疑問に関しては、大学以外の施設についても、その管理者が明示的又は黙示的に警察に対して立入り不許の意思表示をすることで、保護が図れると考えることになる。

(c) 両構成の比較

「行政警察活動の限界」構成、「住居権」構成のいずれも、従来の学説が主張するように、大学の同意又は許可なしに大学構内で行政警察活動が行われることは許されない、という結論を導くことは十分に可能である²³⁰⁾。

ただし、前者は、個別の事案ごとの利益衡量に基づく判断であるのに対して、後者は施設管理者である大学の意思を基準に一律の判断を行う点で本質的には異なる。

また、ポポロ事件判決との整合性という点では、前者の構成に関しては、有力な学説が、大学の自治による警察権からの自由を、警察権の限界に関する諸原則として捉えるように²³¹⁾、従来の判例・学説との連続性を認めることができる。他方、後者の構成に関しては、ポポロ事件判決が、「大学構内への立入

り」ではなく、「学生による学内集会への立入り」を問題としたことからも見てとれるように²³²⁾、そこに施設管理者の視点は登場しておらず、従来の判例・学説とは若干の距離がある。

d 検討

ここで確認しておきたいのは、いずれの法律構成が妥当かということではない。そうではなく、大学の自治の内容として、「警察権からの自由」を含める必要はないということである²³³⁾。従来の判例で問題となった事案の解決あるいは、学説の主張を導くためには、「大学の自治」という概念に頼る必要はない。寧ろ、警察権からの自由を大学の自治に還元して議論するならば、まさに現在問題となっている、宗教的施設における警備公安活動²³⁴⁾等の新しい事象への対応を難しくしてしまう。

このように考えると、ポポロ事件判決及びそれに続く一連の学生運動関連の判決は、時代特殊なものだったと評価できるのではないか。一方で、学生紛争の中で、大学の自治を援用する主張が訴訟の場に出され、裁判所はそれに応える必要があったという当事者側の事情があった²³⁵⁾。また、学界及び一部の法曹にとって、戦後憲法下で大学の自治を確立・擁護することは、戦前への反省として重要な課題だったという法律家としての事情もあった²³⁶⁾。ポポロ事件判決及び後続の裁判例は、このような時代背景を汲み取った上で

229) 平野は、ポポロ事件の集会管理者が、警察官の立入りについて錯誤に基づいて瑕疵ある承諾をしたと見て、その違法性を問うことで事案を解決できたという旨を述べている(平野・前掲注225)5頁)。

230) 本文で提示した構成以外に、ポポロ事件判決の入江ほか補足意見が示唆したように「集会の自由」の侵害を問題にするという構成もあり得るかもしれない。ただし、このような意味での集会の自由に関する議論は、その後特に進展していないようである。また、仮に集会の自由を問うにしても、結局は、本文で提示した構成とほぼ同様の議論になるのではないだろうか。

231) 佐藤・前掲注4)512頁。ただし、蟻川・前掲注215)136-137頁は、最高裁判決が、警察による大学立入りによって侵害される利益について考慮しなかった点を強調する。

232) この点を指摘するものとして、広中俊雄「大学の自治と警察の警備情報活動」ジュリ277号38頁、38-39頁(1963)。

233) 守矢は、「警察権力は、学問の自由に介入してならないのと同じように、思想の自由、表現の自由に介入してはならないはずだから、『大学の自治』は論拠にする必要がそもそもない」と言う(守矢・前掲注7)407頁注65)。

234) 注221)参照。

235) 公表されている裁判例の中で、大学の自治と警察権の問題が取り上げられたのは、岡山大学事件判決(岡山地判昭和50年3月28日判時788号116頁)が最後のようである。

236) 守矢・前掲注7)395頁。なお、ポポロ事件判決の裁判長は、戦前から東京帝国大学教授を務め、戦後まもない1948年に東京大学法学部長に就任した横田喜三郎である。そして、横田は最高裁長官在任中の特に印象に残っ

理解すべきではないか。大学が、自らの自律力ではなく警察力によって紛争を鎮静化させたという経験を経て、かつてのような警察アレルギーが免疫化されたとされる今日において²³⁷⁾、一連の判決の意義については再考が求められよう。

5 まとめと展開

これまでの議論の結果、本稿は、従来の通説的見解との比較では、大学の自治を相対化して考えることとなった。以下では、これまでの議論のまとめと、そこから派生する展開的問題について見ていく。

まず、これまでの議論の小括を行い、到達点を確認する(1)。そして、従来の学説が前提としていた大学像を探るとともに、「大学」概念の広がりについて検討する(2)。ところで、大学の自治の相対化を過度に進めることは、学問の自由の求める価値を危殆化させかねない。そこで、その歯止めとなる司法審査のあり方を考える(3)。その上で、それらを俯瞰して、憲法下における「学問界」の構造について議論する(4)。

(1) 議論の小括

ここまでの議論を整理すると、以下のようになる。

まず、憲法23条が保障する「大学の自治」の趣旨について、絶対的真理は存在しないという学問観を前提にした上で、それでも真理探究に向けた人間の営みを可能ならしめるために、仮説の構築、発表、議論といった学問的コミュニケーションの実現を図ることと捉える。そして、大学とは、多数の研究者を雇用し、学生を受け入れることで、このような学問的コミュニケーションを尊重する組織として設計されたものであるから、そこでは原則として、学問的コミュニケーションが実現されなければならないと考える。

その上で、大学と外部者との関係を考える場合、外部者による介入から大学を保護するのは、あくまで学問的コミュニケーションの

確保との関係から考えられるべきであり、大学性の低い大学や、あるいは学問的コミュニケーションとの関連性が薄い事務については、要保護性は低くなる。そして、ドイツの慣行も参照すれば、国家による大学への監督権行使についても従来、学説上説かれてきたよりも柔軟に考えてよいと思われる。

大学内部に目を転じれば、「教授会自治」の正当性は決して自明ではない。そこで、それに代わる内部自治の正当化根拠として、教授会の実質的な意思決定を「同僚団」が行うという構成を試みた。ただし、いずれにしても教授会の意思決定について、大学設置者との衝突が生じ得る。教学と経営の関係は難しい調整問題を孕むが、少なくとも、教授会の意思及び理事会の意思それぞれについて、それらが尊重される根拠に遡り、その正当性を精査することは必要だろう。なお、同様の調整は、国公立大学においてもなされるべきものであり、また公立大学においては、国立大学よりも寧ろ私立大学とパラレルに考える余地が大きいと思われる。

なお、内部関係及び外部関係を問わず、大学に対してどの程度の自治を認めるかは、問題となる事務の性質にも依るが、従来、大学の自治の中心に据えられてきた人事自治権や、あるいは近年、注目される財政自治権について、単に教授会による意思決定を尊重すればよいのではないということも理解されたと思う。また、かねてより議論の多い、警察権からの自由については、それを大学の自治の問題に含めるのは疑問視されるべきだろう。

以上のような考えの基礎には、大学内の学問的コミュニケーションの保障について最も適切に判断ができるのは、原則としてそこに属する教員団(faculty)であるという推定がある。したがって、学問的コミュニケーションとの関連が強い事項ほど、教員団らによる判断が重視されるし、関連が薄くなる場合には教員以外の者の関与が許容されると考えることになる。その意味で、内部関係も外部関

た裁判としてポボロ事件を挙げていることも指摘しておく(野村二郎『最高裁長官の戦後史』97頁(ビジネス社、1985)参照)。

237) 米田泰邦「判批」判タ298号97頁、102頁(1973)参照。

係も、教員団を中心とするいわば同心円状のものとして観念される。ただし、教員団への信頼が「推定」であるということから明らかなように、それは破られ得るものである。その場合は、もはや「大学の自治」を単純に主張・援用することができなくなり、より実質的な判断が必要になる。

(2) 「大学」の核心と辺縁

a 大学モデル

さて、本稿は結果として、大学の自治概念を相対化することになったが、そもそも戦後の公法学は、大学に強力なあるいは絶対的な自治を認めようとしてきた。このような学説の傾向は、戦前への反省あるいは反動として理解できなくもないが、そこでは、大学に強力かつ絶対的な自治を認めるがために、大学はともすれば理想化され、ときには現実から乖離した姿で措定されてきたことは認識されてしかるべきである。以下、学説がモデルとしてきた大学像の特徴を簡単に指摘しよう。

まず、国立大学で認められる大学の自治を私立大学にも応用するという論法からも明らかなように、大学モデルの第一の特徴は、国立である。日本の大学及び公法学に多大な影響を与えたドイツにおいて、長年に渡って大学は専ら州立であったことが基底にあるのだろう²³⁸⁾。さらに、戦後になり国立大学で自治が承認されるようになると、大方の私立大学では、それがモデルとして準拠され、又は憧憬的となったという事情も指摘されている²³⁹⁾。しかし、戦前の大学史でも紹介したように、大学の設立は私立が先行し、国立がそれに続いたという見方もある。そして、何より、周知のとおり現在のわが国では、私立が大きなプレゼンスを持っているのは確かである。このような状況において従来どおり国立大学を前提に大学の自治論を構築するのが妥当かは、再考の余地があるだろう。

第二の特徴は、あらゆる大学で研究が重視されているという前提である。この点、大学による学位授与の濫発とそれへの反省という歴史を経た米国では²⁴⁰⁾、社会的概念とはいえ、大学の中でも「研究大学」や「修士課程大学」、「学士課程大学」等の分類が意識されている。これに対して、戦後の大学の濫立とレジャーランド化、あるいは国主導で医師・教師の養成を主目的とした医学部・医科大学や教育学部・教育大学の設置が全国各地で進められた歴史を考えたとき、わが国のすべての大学を「研究大学」とみなせるかは疑問なしとしない。

第三は、「学部教授会」は、「個々の教員研究者の学問上のディシプリンを基礎にして、隣接ディシプリンの専攻者という資格で結合する組織体である」²⁴¹⁾という認識である。戦後になると、「文理学部」「教養学部」「学芸学部」等、一つの学問体系を中心とするわけではなく、いろいろな種類の専門家が集まって学部が組織されることも現に起きている²⁴²⁾。このような場では、教員が相互の学問について素人にすぎない場合も出てくるだろう。ただ、このような状況は、学問の細分化が進む今日では、どの学部でも程度の差はあれ、認められるのではないか。「隣接ディシプリンの専攻者」同士だということで、容易には「結合」ができないという、ディシプリン間の「断絶」の問題は無視し得ないように思われる。

以上、学説がモデルとしてきた大学像の特徴を簡単に指摘した。本稿はこのようなモデルから乖離する大学の現状を踏まえて、大学の自治という法概念に修正を施そうとするものとも言える。一方で、そのようなモデルからの乖離にもかかわらず、従来のような絶対的な自治の保障を求めるといふ論法もあり得るのかもしれない。しかし、その場合は、大

238) ドイツの主な私立大学としては、小規模な教会立大学及び近年設立が進んでいるビジネス系の大学がある(潮木・前掲注20)96-97頁参照。

239) 奥平・前掲注62)205頁。

240) 潮木・前掲注20)159-171頁参照。

241) 松田・前掲注60)118頁。なお、本文に記した説明は、同論考における「教員団(典型的には学部教員団)」の定義である。

242) 伊藤(ほか・前掲注10)33頁〔伊藤正己発言〕、和田・前掲注152)11-12頁が指摘する総合学科目制としての教育学部の状況に関する指摘も参照。

学の現状をどのように認識し、それをいかに理論に組み込むかというプロセスを経なければ、空虚な理論になりかねないことには留意すべきである。

b 大学以外の研究機関

上記の大学モデルとの比較の意味も込め、形式的意味の大学以外の研究機関における自治について検討したい。学説は、自治が認められるのは、大学という名称を有する教育機関に限定する必要はないと説いてきたが²⁴³⁾、具体的な議論がされることは稀である。そこで、本稿で提示した分析視角をもとに、これらの機関における自治について検討したい。

まず、指摘できるのは、これら研究機関は総じて大学性が低いと思われるということである。これらの研究機関の主目的は、一部の例外を除けば²⁴⁴⁾、教育訓練の提供や²⁴⁵⁾、実用的な研究²⁴⁶⁾であり、真理の探究を使命とする機関は少ないようである。本稿の立場からは、そのような機関では、憲法 23 条により学問的コミュニケーションを保障する要請はさほど強くはなく、大学の自律性を基礎づける大学性は低いものと見てよいと考えられる。

また、内部組織については、大学が教授会を基礎として比較的フラットな組織を構成し、研究者の自発性を重視した研究がなされるのに対して、大学以外の研究機関では、組織としての目標が規定され、その実現に向けた研究をヒエラルキッシュな構造で行うことが多い²⁴⁷⁾。このような組織は、そこで学問的コミュニケーションの確保が要求されてい

るのかという点で、その大学性をさらに低下させる要因になりかねないし、大学における教授会と平行な研究者集団をいかに組織すればよいのかという点で、内部自治の正当性について疑念を生じさせる。この点、ドイツのマックス・プランク協会 (Max-Planck-Gesellschaft) が基礎研究の担い手であるにもかかわらず、設置者の権限が強い一方で、最も適切な専門知識を有する部門 (すなわち研究者たち) の関与権が弱いことを捉えて、同協会が規範的に学者の自治組織としての性格を持たないと指摘されるのも納得のいくところである²⁴⁸⁾。

さらに、仮に教授会に相当する研究者集団を觀念し得たとしても、設置者との衝突が起きた場合に設置者の意思を制約する根拠が乏しい。つまり、大学にあっては、設置者が建学の精神を主張する場合であっても、大学であるがゆえに教育基本法や学校教育法の規定や精神を尊重する必要がある、一定の歯止めが存在する。しかし、大学以外の研究機関では、このような歯止めは原則として存在せず、設置者の意思が優越することが多くなると考えられる。この理は、国立の研究機関にも妥当する。つまり、国立大学では、設置者が教育者や研究者としての顔を前面に出すことは考えにくいと述べたが、大学以外の国立の研究機関にあっては、設置者たる国がそのような顔を持って研究者集団と対峙することもあながち不当とは言えないだろう²⁴⁹⁾。

このように考えれば、大学以外の研究機関では、例外的な場合を除き²⁵⁰⁾、憲法 23 条

243) 芦部・前掲注 56)203 頁。

244) 例えば、独立行政法人理化学研究所法 3 条を参照。

245) 例えば、防衛省設置法 15 条 1 項 (防衛大学校)、職業能力開発促進法 27 条 1 項 (職業能力開発総合大学) 等を参照。

246) 例えば、独立行政法人産業技術総合研究所法 3 条、独立行政法人原子力開発機構法 4 条等を参照。

247) 例えば、産業技術総合研究所では、研究所の重点化方針や中長期的な方針に沿った研究がなされ (独立行政法人産業技術総合研究所組織規程 7 条及び 8 条)、各長のもとに研究部門・研究センターが組織された上で (同規程 24 条及び 25 条)、研究統括、副研究統括等を通して、理事長の命を受けてトップダウン型で研究がなされることとされている (同規程 42 条及び 43 条参照)。

248) 徳本・前掲注 139)86 頁。

249) 神里彩子「科学研究規制をめぐる『学問の自由』の現代的意義と課題」社会技術研究論文集 7 巻 221 頁、214-215 頁 (2010) は、研究に関するわが国の実定法を分析し、国が研究を推進する「アクセル」としての役割を果たすことが法に組み込まれている場合があることを強調する。

250) 例えば、大学共同利用機関法人 (国立大学法人法 2 条 4 項) については、本来大学に付置されてしかるべきであるという性格に鑑みれば、大学同様の自治を認めて差し支えないかもしれない (杉村敏正「国立大学に付

により一般の大学と同様の自治が認められる可能性は低いと思われる。ただし、そのような場合もなお21条による結社として憲法上保護される途があることには留意しておきたい。

(3) 司法審査

大学の自治を絶対的なものとして認めるならば、訴訟において大学の自治が問題となっても、その解決は、大学の自治を援用できる地位にある者が原則として勝つという意味で比較的容易いものになるはずである。しかし、大学の自治を相対的な概念として捉えるならば、訴訟においても難しい判断が要求される。そこで、以下では、大学の自治が問題となり得る訴訟について、いかなる訴訟が可能であり、そこでいかなる調整が必要となるのかを検討したい。紙幅の都合上、すべての論点を網羅することはできないので、以下では、いかなる訴訟が可能か、また各訴訟で立証責任はどのように分配されるべきかという点に絞って検討する。

なお、問題を単純化するため、「国—大学（学長）—教授会—教員」という構造を前提に考える。すなわち、教員が教授会を組織し、教授会の審議が大学の意思決定に反映され、他方で国が大学に対して監督権限を行使するという社会構造である²⁵¹⁾。

a 訴訟形態

(a) 外部関係

想定されるのは、国が大学の行為に介入する場合における国・大学間の訴訟である。私立大学については、このような訴訟を提起することに特段の問題はないが、国立大学の場合、「法律上の争訟」たり得るかが問題となる。国立大学は、長らく国家行政組織法上の施設等機関（同法8条の2）とされてきたこ

ともあり、かかる争いは、権利義務の主体間の紛争ではなく、法律上の争訟たり得ないのではないかという懸念が、国立大学法人法制定後もくすぶっている²⁵²⁾。

これに対しては、「法律上の争訟」には、私人の人権に関する権利の保護のみならず、行政組織における独立性・「距離」の保護も含まれると説いたり²⁵³⁾、あるいは大学内部の構成員の学問の自由が制限されているならば、それを大学が大学自治の保障に依拠して主張できると説明したりすることで²⁵⁴⁾、法律上の争訟に当たると考える学説が有力である。裁判所の態度が明らかでない現時点では決め手を欠くが、少なくとも国立大学の自律性強化を眼目とする法人化後にあつては、国立大学法人に国に対して訴訟を提起する能力を認めることも合理的な判断だと思われる。（なお、以下、このようにして肯定される訴訟類型を、「類型A」と称する。さらに、必要に応じて、私立大学（①）、国立大学（②）、公立大学（③）の場合に分けて、「類型A-①」「類型A-②」「類型A-③」と細分する。）

(b) 内部関係

ドイツでは、大学内部における訴訟を二分して議論がなされる。一つは、同一法主体内部の機関間の紛争で、機関間訴訟（*Interorganstreit*）である²⁵⁵⁾。大学の代表者としての学長と教授会との争いはこれに当たる。いま一つは、当該機関とその一部（機関の成員）との間で生ずる紛争又は機関の一部同士で生じる紛争で、機関内訴訟（*Intraorganstreit*）と呼ばれる²⁵⁶⁾。教員と教授会との訴訟はこれに当たる。

前者の具体例としては、大学あるいは学長が、教授会の意思決定に反した作為・不作為を行うときに、それを是正するための訴訟等

置されない『国立大学の共同利用の研究所』の研究職員の身分保障』『憲法と行政法——問われる行政の姿勢』60頁、61-67頁（勁草書房、1972）参照。

251) ここで検討するのは、大学の自治が関係する場面であるから、専ら主観的権利としての学問の自由のみが問題となる場面、すなわち「国—教員」や「大学（学長）—教員」という訴訟類型については検討から外す。ただし、後述するように結果として、「大学—教員」間の訴訟を認めざるを得ないが、これは別問題である。

252) 徳本・前掲注139)31-32頁、塩野・前掲注52)92頁参照。

253) 山本・前掲注102)129頁。

254) 徳本・前掲注139)32-33頁。奥平・前掲注62)205-206頁も参照。

255) 徳本・前掲注139)48頁。

256) 徳本・前掲注139)48頁。

が想定される。このような訴訟追行については、ドイツでは、教授会が訴訟追行の主体となる場合もあると考えられていることを前提に、教授会が大学の部分社团であるという認識のもと、教授会は「学問の自由・大学の自治に裏づけられた法定の固有の権限（権利）を訴訟で争うことができる」と説く見解もある²⁵⁷⁾。ただ、この問題をわが国で考える上では、民事訴訟法 29 条の下、教授会が権利能力なき社团として訴訟能力を有するかという問題を避けて通れない。法律上、教授会が大学内部の一審議機関の性質を有するにすぎないことを考えれば、それ自体社会的に独立の人格を持つものとは考えづらい²⁵⁸⁾。寧ろ、事案の解決としては、教員に学校法人の構成員の性格を認め、彼に学校法人に対し教授会の決議の執行を求める実体的請求権を認めて訴えを提起させる方が、株主代表訴訟との親和性もあり、わが国の民事訴訟になじむように思われる²⁵⁹⁾。つまり、「教授会—大学（学長）間の訴訟としてではなく、「教員—大学」間の訴訟として構成されることになる。（このような訴訟類型を「類型 B₁」と称する。私立・国立・公立の違いによって、細分する場合があるのは前記同様である。）

他方、教員と教授会との訴訟については、例えば、教授会が教員の学問の自由を侵害するような決定を行うときに、教員がその取消を求めること等が想定される。ただし、このような場面でも、教授会自身が訴訟主体となることは考えづらい以上、教授会の決定を大学の決定とみなした上で、「教員—大学」間の訴訟として構成することになろう。（このような訴訟類型を「類型 B₂」と称する。私立・国立・公立の違いによって、細分する場

合があるのは前記同様である。）

すなわち、大学内部の訴訟については、教授会が訴訟主体となると考えない限りは、原則として類型 B₁ も類型 B₂ も「教員—大学」間の訴訟として追行されることになる。

なお、大学内部の訴訟については、いわゆる「部分社会の法理」が問題となり得る。富山大学単位不認定事件判決²⁶⁰⁾ は、大学が「一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成している」ことを前提に、「一般市民法秩序と直接の関係を有するものではない」事項については、「純然たる大学内部の問題として大学の自律的な判断に委ねられるべきもの」であるとして、司法審査が及ばないと判断した。この判決については、その趣旨に不明瞭さが残り、後の判例も同判決を直接援用することがなく、先例的価値については疑問も呈されているが²⁶¹⁾、最高裁も大学内部（本件の場合には教授会）の措置の適法性について法令や学則等、裁量濫用等の一般原理に照らして判断される可能性を全く否定するものとは言えないと解されている²⁶²⁾。寧ろ、修了認定について司法審査を認めた同日の判決²⁶³⁾ をも整合的に説明するには、大学内部の決定に司法審査が及ぶことは、大学の自治に対する侵害となり得ることを前提にしつつ、大学の行為によって侵害される権利・利益との間で、憲法価値の衡量・調整が図られたと見るべきだろう²⁶⁴⁾。そのように考えれば、教員あるいは教授会が自由の制限を受けている場合は、直接的に憲法 23 条の権利あるいは価値の侵害があると見ることができ、要保護性が高いので²⁶⁵⁾、司法審査が及ぶと考えることは十分に可能である。

257) 徳本・前掲注 139)68 頁。

258) 石川明「学問の自由と学部自治」判タ 438 号 2 頁, 3 頁 (1981) 参照。

259) 石川・前掲注 258)3 頁。

260) 最判昭和 52 年 3 月 15 日民集 31 卷 2 号 234 頁。

261) 渡辺康行「司法権の対象と限界——富山大学事件最高裁判決を読み直す」法教 357 号 17 頁, 19-21 頁 (2010) 参照。

262) 高木光「判批」法協 95 卷 10 号 116 頁, 123 頁 (1978)。

263) 最判昭和 52 年 3 月 15 日民集 31 卷 2 号 280 頁。

264) 中野貞一郎「憲法と民事訴訟」判タ 798 号 49 頁, 50-51 頁 (1993) 及び渡辺・前掲注 261)18 頁参照。

265) 前出富山大学単位不認定事件の原告は、学生であった。学生を「営造物の利用者」と見るポポロ事件判決以来の最高裁の姿勢を前提にすれば、少なくとも大学教員や教授会との比較においては、学生の権利は要保護性が低いことになろう。

b 審査密度及び立証責任

各訴訟類型において、大学の自治をいかに評価すればよいか検討するために、審査密度及び立証責任について簡単なスケッチを示す。なお、ここでいう「立証責任」とは、訴訟法上の厳密な意味でのそれではない。大学の自治あるいは学問の自由といった憲法 23 条の権利や価値が訴訟の中で、(主要事実レベルであれ、間接事実レベルであれ)争点化した場合に、いかに整序するかを決するための準則という意味で用いている。

(a) 外部関係

類型 A の訴訟では、端的に国の行為が大学の自治を侵害しないかが問題となる。従来の学説の理解からすれば、少なくともある国の行為が大学における研究教育に関わるものであるならば、大学の自治を侵害するものとして、およそ適法とされる余地はないと考えられていたのではないかと。本稿も、学問的コミュニケーションを通じて、真理探究がなされる価値の重要性に鑑み、国の行為について厳格に審査される必要があること自体に異論はない。しかし、常にそのような厳格な審査が必要とされるわけではなく、大学性が低い大学や学問的コミュニケーションとの関連が薄い事務に関しては、大学の自治が保障される趣旨に照らし、審査密度が低くなると考えてよいだろう。その上で、国の行為について比例原則等に照らして、その適否が判断されるべきである。

ただし、ここで審査密度が低くなる事由等、大学の自治に対抗する主張についての立証責任は、憲法 23 条の価値が安易に侵害されないようにするために、国が負担すると考えるべきだろう。そのような意味で、上述のドイツの「親大学行態原則」をわが国においても観念できると思われる。

(b) 内部関係

・私立大学について

類型 B₁-①あるいは類型 B₂-①の訴訟は、基本的には私人間の紛争として生じる。憲法上、私人間効力に関する議論も華々しく展開されているが、実践的には、両当事者間の民

事訴訟において、大学の自治を援用する主張について、その立証責任をいずれの当事者が負担するかが、訴訟の帰趨に影響を与える。

この点について、「個人の学問の自由を保障するために大学がある」と考えれば、教員と大学との関係では、教員の保護を手厚くするために、大学側に立証責任が課されることになる。一方、「大学の自治が確保されることによって、教員は、(司法を含む)学外者からの脅威に怯えることなく研究教育を行える」と考えるならば、寧ろ教員側に立証責任が課されることになる。

詳しくは後述するが、私立大学においては、「建学の精神」を尊重する必要があると考えられ、原則として経営は教学に優先し、立証責任は教員側に負担させてよいだろう。すなわち、教員が大学に対して、大学の自治(類型 B₁-①の場合)あるいは学問の自由(類型 B₂-①の場合)の侵害を主張するのに対して、大学側は、それが管理者、教育者あるいは研究者としての権限行使の範囲内だと抗弁する限り、大学側の判断を優先させてよいと考える。ただし、このような大学側の主張に対しては、それが教育基本法や学校教育法等に適合していなかったり、一般私法秩序に照らして容認できないものであったりすることを教員側が立証し、かつ教員側の主張が、憲法 23 条の趣旨に照らして正当なものであることを立証すれば、大学側の抗弁は排斥されてよく、結果として教員側にも勝つ余地はある。このような意味で、私立大学については、類型 B₁-①あるいは類型 B₂-①にかかわらず、教員側の負担が重くなることを認めることになる。

・国立大学について

類型 B₁-②あるいは類型 B₂-②は、行政訴訟(特に当事者訴訟)として提起される。しかし、その構造に着目すれば、寧ろ上記で検討した私立大学における民事訴訟の問題とパラレルに考える方が整合的ではないか。そう解すると訴訟の帰趨を決するのは、審査基準よりも、寧ろ、立証責任を国と教員のいずれが負担するかである²⁶⁶⁾。

266) 米国では、公立大学において学問の自由が訴訟で争われた場合の立証責任について、連邦最高裁を含め、一定の蓄積があるが、論理矛盾を抱えていたり、相互に一貫性を欠いていたりしており、批判にさらされている

まず、国立大学にあっては、私立大学とは異なり、建学の精神が問題となることはほとんどない。寧ろ、純粋な学問的コミュニケーションの確保が私立大学より一層強く求められ、それこそが国立大学の役割とも言える²⁶⁷⁾。そして、そのような判断についての適任者は、大学設置者あるいは教員個人よりも、大学内に学問的コミュニケーションを確立する主体である教員団、すなわち教授会であると考えられる。したがって、立証責任としても、教授会の判断が尊重されるべく組み立てられるべきだろう。

したがって、類型 B₁-②では、大学の自治を理由に教授会の意思を大学内で貫徹しようとする原告教員の側ではなく、それに対する被告大学の側に、大学の自治に関する主張の立証責任を負担させるべきである。つまり、大学側としては、訴訟の争点となっている事項に関して、教授会が判断する能力を欠如していたり、機能不全に陥っていたりする等、教授会の意思が正当性を欠く事情を主張・立証し、寧ろ自らの方が大学として適切な判断を行えることを立証しなければ、大学の自治を援用する教員の主張を覆せないと考えるべきだろう。

類型 B₂-②は、原告教員が学問の自由の侵害を理由として、教授会の行った意思決定を争う類の訴訟である。この場合、原告教員、被告大学とも憲法 23 条に基づく主張をなすことになるが、学問的判断については、個人たる教員よりも、教員の集団たる教授会の方がより適切な判断を行う蓋然性が高いと考えられるから、類型 B₁-②とは逆に、教授会の

意思を反映する大学側ではなく、教員側に重い立証責任が課せられてしかるべきだと考えられる²⁶⁸⁾。

・公立大学について

類型 B₁-③あるいは類型 B₂-③も行政訴訟として争われるが、やはり立証責任の分担が重要となる。公立大学については、既に述べたように、大学設置者である自治体の「建学の精神」とも呼べる意思を尊重し、基本的には、私立大学とパラレルに考えるのがよいと思われる。したがって、立証責任の負担も類型 B₁-①及び類型 B₂-①と同様に考えてよいだろう。ただし、大学設置者が自治体であることに鑑みれば、「建学の精神」としての自治体の意思は、少なくとも当該自治体・地方に貢献するものあるいは広く万人に貢献するものという制約がかかるので、私立大学以上に制限的に解されることになる。

(4) 「学問界」の構造

a 絶対主義的 autonomy 論と相対主義的 autonomy 論

かつて、田中耕太郎は、司法審査のあり方に関連して、「国家なる社会の中にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体等が存在し、それぞれの法秩序をもつて」おり、それらの「特殊的法秩序」と「国家法秩序即ち一般的法秩序」との関連をどの程度にするかは、「国家が公共の福祉の立場から決定すべき立法政策上の問題である」という「法秩序の多元性」論を説いた²⁶⁹⁾。同様の議論は、大学の自治についても応用可能であり、上記(3)で検討した司法審査のあり方は、「学問界 (academic world)」

ため、安定した準則が確立された状況には至っていないようである。See Elizabeth Mertz, *The Burden of Proof and Academic Freedom: Protection for Institution or Individual?*, 82 Nw U. L. R. 492, 494-499 (1988).

267) 米国では、公立大学が憲法上の精神的自由規定の制限を受けて、リベラルな教育目的にコミットする義務を負うとされる(松田・前掲注 64)530 頁)。See *id.* at 524.

268) マーツは、米国の判例を分析した上で、連邦最高裁が、大学の学問の自由 (institutional academic freedom) よりも、個人の学問の自由 (individual academic freedom) を優先させているという理解を得た上で (*Id.* at 516), それを反映させた立証責任のルールを提唱する。すなわち、第 1 段階として、原告である教員が、学問の自由が侵害されたことについて、証拠の優越によって一応の立証 (prima facie case) をする。第 2 段階では、立証責任が被告である大学側に移り、被告は自らの動機が潔白であることを明白かつ確信を持つに足る証拠で主張しなければならぬとされる。そして、原告は被告の主張が口実にすぎないことを反証で覆せると説く (*Id.* at 536)。

わが国の訴訟形態に合わせて多少の修正は必要となろうが、伝統的な学説が説くように「大学の自治は学問の自由を保障するための制度である」と考えるならば、マーツと同様の議論を行い、国立大学における訴訟について上記のような帰結を導くことはできるだろう。

269) 最大決昭和 28 年 1 月 16 日民集 7 卷 1 号 12 頁における田中少数意見を参照。

のあり方と密接に関連してくる。以下で議論するのは、まさに、学問を巡る「法秩序の多元性」をいかに整序するかという問題である²⁷⁰⁾。

まず、一方の極に、大学における研究が大学外の権力により影響されないように、大学の自律性を強調する見解がある。この立場を徹底すれば、そもそも大学の意思決定に司法審査が及ぶことも、行政や立法による大学への介入と同様に、大学の自律性を揺るがすものとみなされるので、類型B₁や類型B₂の訴訟(とりわけ類型B₁-①や類型B₂-①の訴訟)に司法審査が及び、大学としての意思決定に修正を求められる事態になることは極力避けられるべきだということになる²⁷¹⁾。このような立場を絶対主義的 autonomy 論と呼ぶ。

絶対主義的 autonomy 論が想定する学問界は、建学の精神を色濃く反映した大学が多数存在し、互いに競争しあう、制度多元的な性格を有する。ただし、各大学内部には、原則として司法審査すら及ばないから、必ずしも学問的コミュニケーションの確立が保障されるとは限らない。

他方、絶対主義的 autonomy 論と対置される考えとして、徹底した相対主義的 autonomy 論が存在する。これは、各大学内部において教員の学問の自由が十全に確保されることを前提に、それが他者から侵害されないようにするために、大学の自律性が求められると説くものである。この立場の論者は、司法府に対して、立法府や行政府とは異なり、政治性が薄く、熟慮を重ねる機関であるとして好意的な立場を示し²⁷²⁾、類型B₁や類型B₂の訴訟において、ある程度実質的な司法審査がなされることにも寛容である²⁷³⁾。

そして、徹底した相対主義的 autonomy 論から導かれる学問界は、国公立の別を問わず、各大学内において、大学設置者による研

究教育への干渉が極小化され、真理探究のための学問的コミュニケーションがほぼ完全に実現されることになる。他方で、建学の精神を反映した大学の設営は困難となり、最終的には、大学設置者の異同を問わず、すべての大学は同質の存在になるものと観念される。

b 国による大学への干渉の許容性

絶対主義的 autonomy 論は、既述の如く、司法を含む大学外の権力による大学への干渉を防ぐために、大学の自律性を強調する。しかし、かかる意味で自律性を強調することは、当初の目的を危うくしないだろうか。つまり、この立場から導かれる学問界においては、大学内部で学問的コミュニケーションの確立が保障されない結果、大学の真理探究機能が希薄化しかねない。また、社会の中で、多数の大学が並立し、相互に競い合うとしても、その対象は、論理性や証拠に基づく様々な仮説ではなく、あくまで各大学の建学の精神だということになり、やはり社会全体としても、真理探究機能は弱まることになる。このような状況においては、大学、とりわけ私立大学において、国の干渉に対して防御論として主張できるのは、「(大学の)学問の自由」を基礎とする大学の自律性ではなく、せいぜい「結社の自由」に基づく自律性になる²⁷⁴⁾。したがって、類型A-①(あるいは類型A-③)の訴訟における審査密度は弱まることになると思われる²⁷⁵⁾。

これと対比すると、相対主義的 autonomy 論のもとでは、大学内において学問的コミュニケーションが保障され、各大学の大学性は相対的に高くなるので、国による大学への干渉は極力排除されることが求められる。その結果、類型A-①(あるいは類型A-③)の訴訟における審査密度も高くなるだろう。

c 国立大学の意義

私立大学あるいは公立大学が、独自の建学

270) 本文中の議論は、松田・前掲注 64)519 頁以下の議論を基礎とする。

271) See Frederick Schauer, *Is There a Right to Academic Freedom?*, 77 U. COLO. L. REV. 907, 919-921 (2006).

272) Rabban, *supra* note 33, at 286-287.

273) *Id.* at 287-288.

274) 松田・前掲注 64)526 頁参照。

275) このような社会は、たしかに憲法 23 条の価値とは適格的ではないが、必ずしも否定されるべきものではないだろう。つまり、大学設置者である私人が、大学設営を通じて自らの建学の精神を発揮しやすいという意味では、憲法 13 条的な価値がより重視された社会とも評価できるのである。

の精神を設定する自由が一定程度ある状況において、国立大学は、憲法上の精神的自由規定の制限を受けて、リベラルな研究教育目的にコミットする義務を負うと期待するのは理に適っているだろう²⁷⁶⁾。ただし、そのような期待の強度は、いかなる *autonomy* 論に与するかで差が出てくる。

つまり、絶対主義的 *autonomy* 論のもとでは、各大学内（特に私立大学内）においても、あるいは大学が並立する学問界全体においても、そこから真理が析出されることへの期待は相対的に低くなることは既に述べた。このような学問界にあっては、完全な学問的コミュニケーションが確立されているという意味でのリベラルな国立大学は特別な地位を有するものとして、その設営が強く期待されることになろう。

一方、徹底した相対主義的 *autonomy* 論から導かれる学問界では、私立大学や公立大学内部において、既に学問的コミュニケーションが相当程度実現されており、リベラルな存在としての国立大学の特殊性は比較的小さいものとならざるを得ない。したがって、多分に観念的な比較ではあるが、後述する公共財としての国立大学の提供義務との関係では、相対主義的 *autonomy* 論に立つ方が、政府に要求される適正な国立大学の供給量は相対的に少なくなることになろう。

d 検討

まず、少なくとも現在のわが国で、絶対主義的 *autonomy* 論は採り得ない見解だと思われる。私立大学等で「建学の精神」が実践されるとしても、そこには教育基本法や学校教育法等の規律が及ぶことは既に述べたとおりである。また、憲法レベルで考えるならば、私立大学とて「大学」であるがゆえに、学内での学問的コミュニケーションの保障に対して一定の尊重が求められると考えるべきだろう。仮に学問的コミュニケーションを完全に無視した意味での「セクト主義的大学」が存

在するならば、憲法的には「大学」と呼ぶに値せず、「大学」としての自律性は否定されると考えるべきである²⁷⁷⁾。つまり、「大学」の定義を実質的に捉えることで、絶対主義的 *autonomy* 論は否定されることになる。

他方、徹底した相対主義的 *autonomy* 論も与し難い。この見解のもとでは、大学設置者の建学の精神は極小化されるが、そのような状況は、私立大学や公立大学を設営しようとする者にとって、自らの理念を実現する途は閉ざされることになり、ひいては彼らの大学設営の正当なインセンティブをそぐことになりかねない。わが国の大学制度において私立大学や公立大学が確固たる地位を占める中、それらの存立基盤を危殆化する事は避けるべきだと思われる。

そこで、本稿としては、国立大学ではできる限り学問的コミュニケーションを保障しつつ、私立大学や公立大学においては、原則として建学の精神が尊重されるような学問界の構造が適当ではないかと考える。私立大学や公立大学においても、大学であるがゆえに、少なくとも一定程度は学問的コミュニケーションを尊重しなければならないという制約が課されるならば、たとえ結果として教授会の意思よりも建学の精神が尊重されることがあっても、そこでは「ある程度リベラルな学問空間」は実現されていると言える。このような「ある程度リベラルな学問空間」は真理の探究にとって、必ずしも最適な組織ではないかもしれないが、重要なことは、このような空間が存在しないよりは、存在している方が望ましいということである。仮に、建学の精神のために、真理探究のための研究教育に多少の非効率性が生じるとしても、長期的に見れば、それが健全な学問界の形成に資すると思われるのである。そして、その一方で、国立大学においては、私立・公立大学では担えない「完全にリベラルな学問空間」の実現が図られるべきだと考えることになる²⁷⁸⁾。

276) 松田・前掲注 64)530 頁。なお、本文中の説明は米国の公立大学(州立大学)についての記述ではあるが、「連邦立大学」のない米国における州立大学の使命は、わが国では国立大学について最も妥当すると考えられるだろう。

277) See J. Peter Byrne, *Academic Freedom: A "Special Concern of the First Amendment"*, 99 YALE L.J. 251, 338 (1989).

278) すべての国立大学が、完全にリベラルな学問空間であるべきか、という点については、後に検討する。本稿IV 4(3)参照。

IV. 現代的課題

1 産学連携と専門職大学院設置

戦後の日本の大学の歴史の中でも指摘したが、近年の大学改革は、大学に対して様々な影響を与えている。紙幅の都合上、それらすべてを論じることはできないので、ここでは産学連携と専門職大学院設置について検討したい。

産学連携が主に理工系の分野を中心として進み、他方、専門職大学院が、法科大学院、会計大学院、教職大学院に代表されるように主に文系の分野で設立されていることを考えると、両者を同時に語るのはやや違和感があるように思われるかもしれない。しかし、この2つの流れは、1990年代の新自由主義改革の影響を受け、財界からの強い要請に応えた大学改革の一環であるという点において、同根なのである。

70年代頃から先進諸国で広がり始めた新自由主義改革の背景には、資本のグローバル化とそれに基づく世界規模での資本間の競争激化があった。グローバル化した資本にとって、世界市場での競争に勝ち抜くために何よりも競争力強化が必要となる。しかし、改革の波に乗り遅れた日本では、新自由主義の改革が本格的に始まるのは90年代になってからであった。そのような中、日本企業の競争力回復のために着目されたのが、一つは先端的科学技術の開発であり、90年代以降財界はいっせいに大学に理工系の充実を要請するようになる。そして、従来から比較的産学協同が進んでいた工学部よりも、その上流に位置する理学部、すなわち基礎的科学技術部門の強化拡充が図られたのである。

また、当時の財界は大学における人材育成についても影響力を発揮した。すなわち、新自由主義改革が進行するにつれ、新たな新自

由主義社会の担い手となる法律家、コンサルタント、ソフトウェアの技術者等エリートを養成する機関としての大学に対する期待が浮上し、それがビジネススクールやロースクール設立の要請となったのである²⁷⁹⁾。

このように、産学連携と専門職大学院設立は、新自由主義改革の中で財界からの強い要請を受けて、大学自身さらには大学と社会との関係を変化させるものであったという点で共通する現象である。そこで、以下、この2つの潮流について、それらが大学あるいは大学の自治にいかなる影響を与えるものか考察する。

2 専門職大学院化について

(1) 経緯

専門職大学院は、科学技術の進展や社会・経済のグローバル化に伴う、社会的・国際的に活躍できる高度専門職業人養成へのニーズの高まりに対応するため、その養成に目的を特化した課程として、2003年に創設された制度である。対象とする分野は、法律、会計、ビジネス・MOT、公共政策、公衆衛生、教育等へ広がりを見せている²⁸⁰⁾。

専門職大学院の特徴は、「研究者教員だけでなく、高度な実務能力を有する実務家教員を一定割合配置」し、「研究中心ではなく、理論と実務を架橋した高度で実践的な教育」を実践し、「研究者ではなく、高度で専門的な職業能力を有する人材を養成」する点にあるとされる²⁸¹⁾。さらに、専門職大学院においては、専門職大学院の教育課程、教員組織その他教育研究活動の状況について、原則として5年以内の期間ごとに、文部科学大臣の認証を受けた認証評価団体から認証評価を受けるものとされる（学校教育法109条3項、学校教育法施行令40条）。

そこで、このような専門職大学院の設置の流れが、大学の自治にいかなる影響を与えて

279) 渡辺治「新自由主義戦略としての司法改革・大学改革」法時72巻12号10頁、11-12頁、18-19頁（2000）参照。

280) 文部科学省専門職大学院室「専門職大学院制度の概要—Professional Graduate School—」1頁（2011年4月）（http://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/senmonshoku/_icsFiles/afieldfile/2011/06/23/1236743_1.pdf, 2012年7月16日最終閲覧）。

281) 文部科学省専門職大学院室・前掲注280)1頁。

るのかについて、ここでは、法科大学院の問題を中心に2点、紹介したい。

(2) 大学への影響

まず、「認証」若しくは大学外部者による評価への懸念が挙げられる。先述のとおり、専門職大学院は、文部科学大臣の認証を受けた認証評価団体による認証評価を受けることとされているが、これ自体、そもそも専門職大学院の自主性の希薄化の契機となるものかもしれない。なぜなら、専門職大学院以外の大学については、大学は教育研究等の状況について自ら点検及び評価をすることができる(学校教育法109条1項参照)ことと比較すれば、第三者機関たる認証評価団体の認証評価が要求される点で教育内容等についての自主性はある程度制限されているとも言えるからである。しかし、このような認証評価団体による認証評価自体については、「大学が、社会に対して一定の説明責任を果たすとともに、各自における教育研究の質の向上を図るため、教育研究に関する評価や調査を受ける必要がある」²⁸²⁾という意見にも見てとれるように、否定的に捉える見解はあまり多く見られない。しかし、それ以外の政府による法科大学院への評価(具体的には総務省による政策評価等)に対しては、法科大学院についても当然に大学の自治が認められることを前提に反対が根強いところである²⁸³⁾。

第二点は、法科大学院における教員の選考について、教授会が具体的人選を決定できないことが、大学の自治を侵害するのではないかという懸念である。「法科大学院への裁判官及び検察官その他の一般職の国家公務員の

派遣に関する法律」は、法科大学院へ派遣される裁判官及び検察官について、派遣の方法や派遣された者の地位等について規定する。それによれば、裁判官や検察官の派遣は法科大学院の要請に基づくものであるが、その具体的人選は、それぞれ最高裁判所及び任命権者としての法務大臣に留保されている(同法3条、4条1項及び3項、国家公務員法55条1項参照)。このような制度が、大学の自治の根本たる教員人事権を侵害するのではないかという憂慮が示されているのである²⁸⁴⁾。

3 産学連携について

(1) 経緯

「産学連携」とは、さしあたり「産業セクターと大学セクターを本格的に架橋し、それによって『学術研究に基礎づけられた産業』を活性化することを目指す諸活動の総称」ということができる²⁸⁵⁾。産業界と大学界との相関関係は、戦前に端を発し、戦後も存続したが、1970年代の学生運動の高まりの中、「大学の自治」の名のもと、かかる関係はタブー視され、両者の関係は非公式なものとなっていった²⁸⁶⁾。そのような関係が再び脚光を浴びるのは、1980年代以降であり、特に産学連携(あるいは「産学官連携」)が進んだのは、90年代に入ってからのことである。この時期に、「産学連携」を目的として、法律、予算、税制等複数の側面から総合的に政策が進められることとなった。法律面では、TLO (Technology Licensing Organization) 制度について規定した大学等における技術に関する研究

282) 法科大学院協会「プレスリリース 法曹人口の拡大及び法曹養成制度の改革に関する政策評価に対する意見」2項(2011年6月15日)(<http://www.lawschool-jp.info/press/press11.html>, 2012年7月16日最終閲覧)。

283) 法科大学院協会・前掲282)2項。法科大学院協会が、総務省による法科大学院の評価に反対する論拠について、真に合理性があるかは疑わしい。同協会は、総務省による政策評価へ反対する一方で、「認証評価機関による第三者評価・適格認定や中央教育審議会大学分科会法科大学院特別委員会による調査においては、大学関係者や法曹関係者によるピアレビューが確保される等、この点に関する制度的・手続的な手当てがなされている」として肯定的に捉えている。しかし、ピア・レビューが「同僚による審査」という意味であるならば、法科大学院にとって、法曹関係者は部外者であり、ピア・レビューの主体にはなりえない。その点で、総務省による政策評価と本質的な違いはないはずである。

284) 参議院法務委員会「第156回国会 参議院法務委員会会議録第8号」〔宮澤節生参考人発言〕(2003年4月23日)。榊原秀訓「法科大学院設置審査手続きにおける問題点」法時76巻3号80頁, 81頁(2004)参照。

285) 西村由紀子=澤田芳郎「日本の産学連携——その背景」玉井=宮田編・前掲注8)9頁, 9頁。

286) 塚原修一「大学と産業社会の相関システム——新しい時代におけるその構築——」国立教育政策研究所紀要135巻11頁, 19-20頁(2006)参照。

成果の民間事業者への移転の促進に関する法律（1998年）、「日本版バイ・ドール法」とも言われた産業活力再生特別措置法（1999年）、国立大学教官による企業の研究指導や営利企業の役員兼業を可能にした新事業創出促進法（1999年）等の整備がなされた²⁸⁷⁾。特に注目されるのは、2000年に施行された産業技術力強化法であり、同法6条1項は、大学の責務について「大学は、その活動が産業技術力の強化に資するものであることにかんがみ、人材の育成並びに研究及びその成果の普及に自主的かつ積極的に努めるものとする」と規定する。

なお、一言に産学連携とは言ってもその形態は多様である。主な形態としては、大学と民間企業等の研究者が対等の立場で共同実施する「共同研究」、大学が民間企業等からの委託を受けて実施する「委託（受託）研究」、大学側が有するライセンスを民間企業等へ供与することにより、その対価を得る「ライセンス（実施許諾）」、複数の民間企業等や大学等が研究資金を支出して行う研究組織である「コンソーシアム」、民間企業等による奨学金寄付金によって設置される「寄附研究・寄附講座」、民間企業等に対して大学教員がアドバイスをを行う「コンサルティング」等がある²⁸⁸⁾。

(2) 大学への影響

大学と産業との関係は、本来決して親和的ではない。一般に産業側は、大学を一種の企業とみなした上で、大学を経済原理に導かれ、組織目標に照らして具体的な資源配分が

行われるべきものと捉え、大学そのものを投資の対象にも、マーケットメカニズムによる淘汰の対象にもなると考える。他方、大学側は、学問それ自体は富を生まないという学問観を前提に、大学は学問を維持し発展させるための社会制度であると考えられる傾向がある。産学連携の場面では、この産業側の大学モデルと大学側の大学モデルが衝突する可能性があることが指摘されている²⁸⁹⁾。

大学と産業との間には、かかる緊張関係が存在する以上、伝統的な大学が、部分的とはいえ、産業界の論理を取り込むことは、困難が伴うように思われる²⁹⁰⁾。しかし、一般に産学連携の推進自体は、大学界にも産業界にも比較的好意的に受け止められているようである²⁹¹⁾。ただし、産学連携の現場においては、企業のニーズが大学の研究者の研究内容、方法に意識的あるいは無意識的に与える影響も増大しているものと推察され、このことが研究教育の内容・方法・対象の自主的決定という大学の自治や学問の自由の根幹を揺るがす可能性を持っていることを考えれば、本来、真剣に討議されるべき筋合いのものである²⁹²⁾。ここでは、2点を指摘しておく。

一点目は、産学連携によって生じる大学教員の研究発表への制限である。2つの側面がある。一つは、大学教員が自ら発見・発明した事柄が企業等との契約により、自由に公表できなくなること、もう一つは、逆に大学教員が公表を望まず、秘匿したい成果についても企業等によって公表が強制されるおそれが

287) 西村=澤田・前掲注285)12-18頁参照。

288) 西村=澤田・前掲注285)18-21頁参照。

289) 西村=澤田・前掲注285)22頁。

290) 大学の論理と産業の論理との併存の難しさを示す具体的なエピソードとして、1885年頃の東京大学理学部と工部大学校との合併時の議論は興味深い。両者とも、現在の東京大学の前身たる組織ではあるが、帝国大学が伝統的な「大学」概念に基づく学理追求を目的とする組織だったのに対し、工部大学校は工部省によって設立された教育機関であり、こちらは実学が中心とされていた。合併に対しては、工部大学校の学生を中心に反対意見が根強く、「そもそも工部大学校の教育法たる、理論と実践とを兼ね教え、其理学は、後実業の基礎となり、企業心の原動力と」なるものであるのに対し、東京大学は、「専ら学術の真理を考究し、寧ろ実業に疎きも、理論の考究を怠らず、理学の研究を第一の眼目とする」ものであり、「東京大学、工部大学校は、同く大学の名称を有するも、其精神の存する所、組織のある所に至りては、全く相同じからず」（現代仮名遣筆者）という批判が展開されていたようである。天野・前掲注39)96-97頁参照。

291) 日本学術会議・学術と社会常置委員会報告「現代社会における学問の自由」5-6頁（2005年6月23日）（<http://www.scj.go.jp/ja/info/kohyo/pdf/kohyo-19-t1030-16.pdf>, 2012年7月16日最終閲覧）は、本文で言及した緊張関係の存在は認識しているものの、その解決については楽観的に捉えているようである。

292) 常本・前掲注214)15頁参照。

あることである。この問題は、基本的には大学教員の主観的権利としての学問の自由の問題であり²⁹³⁾、本稿の直接の関心事項ではない。しかし、学問の本質を「コミュニケーション」と見る場合、このように研究発表の自由が制約された上でなされる大学教員の営為は、果たして「学問」と呼ぶに値するものか、さらには、そのような営為がなされる現場は「実質的意味の大学」たり得るのかという問題意識は共有されてよいだろう²⁹⁴⁾。

二点目は、「アカデミック・キャピタリズム」をいかに考えるかという問題である。産学連携は、つまるところ大学が連携先の産業とともに市場での競争に参加することである。そして、大学が産業界との連携を深化させるほど、大学が、大学だけに限った論理を展開するのは難しくなる²⁹⁵⁾。そのような状況になると、伝統的なアカデミック・フリーダムと対置される概念としての「アカデミック・キャピタリズム」が大学を支配するようになるという指摘がある。「アカデミック・キャピタリズム」とは、さしあたり、研究補助金、研究契約、サービス契約、産業界や政府との協力、技術移転、授業料等の外部資金を獲得しようとする、大学及び大学教員による市場努力ないし市場類似努力であると定義されるが²⁹⁶⁾、これが伝統的な大学人の行動と異なることは明らかである。そこで、大学人としてこの問題にいかに対処すべきかということが議論されているのである。つまり、「経済社会の規範と学問研究の規範の間にある現在の微妙な均衡を崩し、前者の一方的な優位をもたらす一階梯となりかねない」²⁹⁷⁾という懸念である。このような議論は主に社会学や教育学において、またわが国よりも、

大学と産業との結合が強い米国において、特に活発になされているが²⁹⁸⁾、わが国では、産学連携が始まってまだ日が浅いこともあってか、少なくとも公法学の中ではいまだ目立った議論はなされていないように見受けられる。

4 検討

以上の経緯及び現状を踏まえ、産学連携及び専門職大学院設置の流れが大学及び大学の自治に与える影響を、本稿としていかに考えるかを論じたい。テーマは3つである。すなわち、(1)大学は対外的関係でいかなる存在に変化するのか、(2)大学は内部関係において、いかなる変化が求められるのか、(3)大学が変化する場合に歯止めはあるのか、という問題である。

(1) 大学性の低減

まず指摘すべきは、大学性の低い大学の創出である。専門職大学院や産学連携が進められる大学は、伝統的な学問や大学の基本的姿勢であった「真理の探究」や「リベラルな知」の獲得よりも寧ろ「実用的な知」の取得を求める傾向が強い。このような大学は、憲法が自治を保障することで学問的コミュニケーションを確保しようとしてきた実質的な大学からは距離があるという意味において、大学性が低い大学であると評価できる。

まず、産学連携については、そこで求められる学問が、消費されたりソース量に対して得られた知識が多いという意味での効率的な学問や、短期間に効用を生むという意味での即効性のある学問であるというならば、そこでは、まさに「効率／非効率の技術的ゲーム」

293) この問題に関するドイツにおける議論の状況については、玉井・前掲注 8)131-139 頁を参照。

294) ドイツでは、成果の公表を予定しない産業研究等の研究活動は、学問の自由の保護対象から除外し、保護されるとすれば、その根拠は、学問の自由より保護水準の低い職業活動の自由や財産権等によるとされている（山本・前掲注 97)152 頁）。このような状況を玉井は、『学問の自由』の射程は、皮肉なことに、その本来の担い手たる教員自身の手で、徐々に狭まりつつある」と評する（玉井・前掲注 8)148 頁）。

295) 玉井・前掲注 200)66 頁。

296) S. スローター＝LL レスリー（成定薫訳）「アカデミック・キャピタリズム」広島大学高等教育研究開発センター編『COE 研究シリーズ 8 高等教育システムにおけるガバナンスと組織の変容』79 頁，84 頁（2004）参照。

297) 玉井克哉「情報と財産権」ジュリ 1043 号 74 頁，80 頁（1994）。

298) 米国における近時の状況を踏まえた研究として、上山隆大『アカデミック・キャピタリズムを超えて アメリカの大学と科学研究の現在』（NTT 出版，2010）がある。本稿との関係では同書第 2 章及び第 9 章を参照。

が妥当すると言えるかもしれない²⁹⁹⁾。そして、ここで実践される学問はもはや真理を探究するという意味での伝統的な学問とは距離を置くことに気づかされる。

また、専門職大学院については、研究活動よりも、人材養成という教育の契機が重視される組織であることが着目される。法科大学院での法曹養成について、それが「国家的な事業」であり、「公務員養成」であると説かれることがあるのはそのような趣旨であろう³⁰⁰⁾。そして、既に獲得された知の伝承が主目的とされるという意味で、真理の探究を旨とする伝統的な大学の使命とは距離が認められ、大学性の低減が生じていると言えよう。

なお、このように大学が大学性を低下させていること自体は、特に悲観する必要はないように思われる。社会が大学に期待する役割は、時代の流れとともに多様化しつつあり、その中には「リベラルな知」よりも「実用的な知」の創出を求めるというものも含まれるし、大学がそれに応えるのも自然なことに思われる³⁰¹⁾。ただし、そのような場合、大学の自治が要請される根拠が希薄化することは認めざるを得ず、大学が外部関係において、完全には自律性を主張し得なくなる契機になると考えるべきだろう。学外者による介入が許容される範囲は、その目的との兼ね合いで判断されるが、例えば、産学連携の場面では、

資金提供者（国や企業等）が大学教員の行う実験に対して、その効率性や有用性を問いただすことが許容される場合もあろう。また、専門職大学院においては、大学院での教育効果が低いと認められる場合に、国等が当該大学院に対して指導することも、一概に大学の自治を侵害するとは限らないものと思われる³⁰²⁾。

(2) 教授会自治の限界

大学において、学問的コミュニケーションの意義が低下することは、大学内部にも影響を及ぼすはずである。つまり、伝統的な「教授会自治」の存立基盤が揺らぐことになり、大学内部での意思決定過程における教授会のプレゼンスが低下する契機になることが想定される。

まず、専門職大学院では、実務的教育を実施する必要から、教授会自治は一定の制約を受けている。つまり、専門職大学院では、実務家教員を配置することが義務づけられている上に³⁰³⁾、既述の如く法科大学院へ派遣される裁判官や検察官については、大学に選任権はない。さらにかかる実務家教員は、教授会の一員としてあるいはそれ以外の身分として、教育課程の編成その他の組織の運営について責任を果たすこともある³⁰⁴⁾。すなわち、専門職大学院では、実務家の養成という使命を担っているがために、教授会自治が一部修正され、学外者である実務家教員の関与

299) 阪本・前掲注 85)181-182 頁。

300) 上田寛ほか「座談会 どうなる法科大学院構想——その論点と解決策」『法科大学院の基本設計』月刊司法改革臨時増刊 20 頁〔上田寛発言、近江幸治発言〕(2000)。

他方、広渡は、法科大学院が裁判所ないし法務省の下に設置されず、大学に設置されることを捉えて、「教える者の創造的な研究を基礎にした教育を通じて法実務に対して批判的創造的契機を与えることが期待され、そのような点において司法研修所の実務教育とは区別される」と主張し、本文のような見解を批判する（広渡清吾「法曹養成の公共性と法科大学院」法時 72 巻 12 号 43 頁、45 頁 (2000)）。しかし、法科大学院の性格に関する広渡の議論が正当だとしても、そのことから直ちに「国家的な事業」や「公務員養成」としての性格が完全に否定されることにはならないはずである。

301) 法科大学院についてはその予備校化を指摘する見解も根強い。仮にそのような現象が真であるとしても、かかる批判を展開する上では、「大学が社会の要請に反して予備校化していること」を問題視するのか、それとも「大学が社会の要請に応じて予備校化していること」を問題視するのかを区別して議論するべきだろう。両者は、そもそも大学が大学性を低下させている現象に対して、正反対の評価を下すはずである。

302) 多くの論者は、特に断りもなく法科大学院にも大学の自治が保障されることを前提に議論を展開している。法科大学院協会・前掲注 282)、榊原・前掲注 284)81 頁、参議院法務委員会・前掲注 284)〔宮澤節生参考人発言〕参照。

303) 平成 15 年文部科学省告示第 53 号（専門職大学院に関し必要な事項について定める件）2 条 1 項及び 3 項参照。

304) 平成 15 年文部科学省告示第 53 号 1 条 3 項及び 2 条 2 項参照。

が制度上組み込まれているのである。

これに対して、産学連携が問題になる場面では、寄附講座設置により大学に招聘される研究者は、通常は客員教授や客員助教授の身分であり³⁰⁵⁾、教授会の一員となるわけではないので問題は小さいように見える。しかし、問題はより根本的な次元に存在する。つまり、特に、先般の福島第一原発事故以降、大学教員と民間企業との密接な関係が疑問視されるようになったが³⁰⁶⁾、そもそも大学における研究を専ら大学教員のみで（あるいは民間企業による事実上の影響力行使を受けて）決定してよいのかという問いかけが社会から投げかけられている現状がある。

そもそも、科学と市民との関係一般について、科学技術社会論からは、従来、科学は、専門家集団による自己完結的な営みであり、それが生み出す客観的な知識・技術が一般の社会ないし市民に提供されると考えられてきたが、現在では、人々の生活が高度な科学技術によって支えられるものになり、また、科学技術から環境問題や生命倫理の問題、食品安全の問題等の社会的課題が生じるようになり、さらに科学技術の進展のために多額の公金が投入されるようになったことで、科学技術と一般の社会との新たな関係が模索されるようになると説かれている³⁰⁷⁾。このような状況下で法が果たすべき役割について、わが国の議論は未成熟だが、ドイツでは、学問による知識創出の過程、あるいは技術開発の過程において、一定程度、関係利益の均衡を図り、また利害関係者、公衆のために均衡のとれた参加の枠組を用意することを法の役割として考える見解が浸透しているようである³⁰⁸⁾。仮にわが国でもこのような見解を採用し、制度として装備する場合には、研究教育

内容を専ら教授若しくは教授会で決定するのが建前となっている現在の大学制度についても見直しが求められることになるのではないか。

(3) 公共財としての国立大学

このような大学の変化に対する歯止めの有無を、大学の「公共財」としての性格から検討したい。「公共財」とは、経済学の用語であり、通常、非排除性あるいは非競合性の少なくとも一方を有する財と定義され、その特徴として、市場メカニズムに任せるとフリーライダーが出現するため、十分な量が供給されないという点が挙げられる。わが国で、この公共財を憲法学上に積極的に位置づけようとするのは長谷部である。彼は、自由な表現空間が公共財であることについて、「表現活動が自由に行われる空間が確保されることで、多様な情報が社会全体に豊かに行き渡ると、それは何が社会全体の利益に資する適切な政策決定であるかを審議し、決定する民主的政治過程の維持にも役立つし、各個人が自分の生き方を考え、決める際のさまざまな選択肢を提供することで、自律的な生の実現にも役立つ」とした上で、国家がかかる公共財を提供すべき義務を負う場合があると説く³⁰⁹⁾。この理は、大学、とりわけ国立大学にも応用可能だと思われる。そこでは差し詰め、国立大学について「学問活動が自由に行われる空間が確保されることで、多様な仮説やアイデアが表出されると、それは学問的コミュニケーションを通して真理探究を確保することにも役立つし、各個人、とりわけ大学教員が自分の研究を発表・議論・検証し、学問研究を実践するのに役立つ」という位置づけがなされ、かつ、私立・公立大学とは異なり、建学者の精神が具現化されない一方、学

305) 西村=澤田・前掲注 285)20 頁。

306) 桜井林太郎「原爆と原発 2 安全性論議 科学者の沈黙」朝日新聞朝刊東京本社版 2011 年 7 月 23 日、3 面参照。

307) 中山茂樹「科学技術と民主主義——憲法学から見た『市民参加』論——」佐藤幸治選『国民主権と法の支配（上巻）』79 頁、80 頁（成文堂、2008）。

308) 山本・前掲注 97)163 頁。具体策としては、①法益侵害の危険・リスクが大きい研究に対しては、自省のステップが研究プロセスに組み込まれるよう、誘導あるいは義務づけることや、②社会に開かれた形態で公衆、利害関係者、専門家が参加し議論するテクノロジーアセスメントのためのコンセンサス会議の設置等が例示されている（同 164 頁参照）。

309) 長谷部恭男「国家による自由」『憲法の理性』128 頁、136 頁参照（東京大学出版会、2006）。

問的コミュニケーションが完全に確保されているという意味での「完全にリベラルな大学」は、市場メカニズムだけでは十分な量が供給されないと考えられるから、政府は国立大学を設営する義務があると考えことになるだろう。

このように解すれば、「およそ国立大学は、完全にリベラルな空間でなければならない」という命題が成り立つように思えるが、それは正しくない。なぜなら、社会が要請する一定量のリベラルな空間が政府によって提供されるならば、国立大学のすべてが完全にリベラルである必要はないからである。

また、国立大学がリベラルであるべきことを、その公的性格から規範づけるのは困難である³¹⁰⁾。仮に「国立大学は、公的機関だからリベラルであるべきだ」というならば、それは、国立大学が「万人にかかわる＝皆の<common>」という意味で「公的<public>」であるから、国立大学は、<common>であるためにリベラルであるべきだという論法になるだろう。しかし、国公立大学が<public>であるのは、あくまで事実として「国家・政府にかかわる<official>」という意味にすぎず、そこから当然に万人の利益を目指しているとか、万人に開かれているという意味で<common>であるというべき結論は出てこない³¹¹⁾。このことは、例えば、司法研修所は<official>という意味で<public>な機関ではあるが、当然に<common>とは言えないことから明らかである。そして、国立大学が<common>な組織であることが必要でないならば、国立大学が完全にリベラルである必要もないということになる³¹²⁾。

そして、現実の問題として、国立大学を含めて産学連携が進行し、大学外の産業界の影響を受け、大学性の低い大学・学部が増加し

ている現象は、国立大学の一部が既に「完全にリベラルな学問空間」でなくなっていることの具体的現れであると言えよう。あるいは、国立大学に設置された専門職大学院について、専ら実務的な研究教育が重視され、真理を探究する伝統的な学問の基盤が弱体化しているならば、そのことも、「およそ国立大学は、完全にリベラルな空間でなければならない」という命題の一つの反証と位置づけられる。

こうして、時代の要請に従い、一部の国立大学が「完全にリベラルな大学」でなくなるとしても、それでもなお政府がそれとは別に公共財としての「完全にリベラルな大学」を提供している限りは、政府の公共財提供義務は果たされていると見ることができるだろう。それでも、国立大学の公共財としての性格から何らかの制約が存在するならば、それは、学問的コミュニケーションがなされる場としての国立大学を政府が十分に供給しているかという観点から議論することが可能ではないか。しかし、そのためには、数多の学問の目的、体系、広がり、深さ、あるいは研究者の所在、能力、構成、さらには研究設備の要請を始めとする諸般の事情を総合考慮して決する高度に複雑な判断が必要となるだろう³¹³⁾。

V. 結

1 本稿の狙いあるいは成果

大学を「象牙の塔」と形容する者はいまだに多い。しかし、「象牙の塔」が「社会から隔絶・独立した存在」を意味するならば、それはフィクションである。歴史上、大学は常に社会的存在であり、その時々を所与

310) 本文に述べた「公<public>」にかかる議論は、森村進「公権力の民営化」西原編・前掲注(65)81頁、特に91-94頁を参考にした。

311) 森村・前掲注(310)94頁。

312) 仮に国立大学が<common>であるとしても、それは程度問題であり、字義どおり「万人」に関わる必要はない(森村・前掲注(310)93頁)。

313) このような高度で複雑な判断を避けるために、「およそ国公立大学は、完全にリベラルな空間でなければならない」という明確な基準によって解決するという戦法も考えられなくはない。しかし、この立場をとれば、すべての国立大学がリベラルであれば、その供給量が過小であっても政府の公共財提供義務は尽されたということにならないか、という懸念がある。

にして存立し得たのである。本稿は、このような問題意識のもと、まず大学を取り巻く社会に着目した。歴史研究や比較法分析、あるいは実定法分析は、そのような社会イメージの輪郭を際立たせてくれる。また、社会は外部的にだけでなく、大学内にも存在する。従来自覚がされてこなかった、この内部社会の有様も、大学を考察する上で、無視してはならない。

そして、大学に関わる社会の抽出・分析を通じて、初めて「大学の自治」がどのように正当化されるか明らかにできる。さらに、自治を正当化する根拠を見出すことは、従来、「大学の自治」というヴェールの中で当然に憲法上の絶対的保障が及ぶと解されてきた事柄について、その相対化を図ることへと繋がる。

こうして発見された正当化根拠を前提として、初めて大学の自治の構造を獲得することができる。そして、このような思考プロセスによれば、大学に関係する社会のパラダイム・シフトが起きるならば、それに応じて「大学の自治」も修正を迫られ得ると考えるのは当然のこととなる³¹⁴⁾³¹⁵⁾。

以上が、抽象的次元での本稿の狙いであった。その成否はともかく、こうして手に入れた「大学の自治」概念は、従来のそれとは異なるかもしれないが、それはまさに上記のようなプロセスを経たことに伴うものである。かつて藤田宙靖は、「学問の研究・教育という事業を効率的に行うことができる制度のあり方は何か³¹⁶⁾」という問いを發した。本稿は、その問いへの応答である。

2点を付言する。

2 大学及び大学人に対して

今日の大学(形式的意味としてのそれ)が、「実質的意味の大学」から乖離しつつあることは既に議論した。多くの大学及び大学人は、このような乖離についてあまり自覚することなく寧ろそれに加担する一方で、本来、「実質的意味の大学」にこそ認められるべき「大学の自治」を当然視し、擁護に勤しんでいる。

では、このような状況にあって、大学はどうすべきか。ここでは、玉井克哉の議論を紹介したい。彼は、産学連携が大学のアイデンティティーに与えるインパクトを念頭に置きつつ、2つの戦略を提示する³¹⁷⁾。

第一の戦略は、大学が市場におけるプレーヤーだと正面から認めることである。これは、大学が「実質的意味の大学」から乖離する現状を肯定する立場である。この場合、大学は、本質において一般の市民や法人と異なる存在ではなくなる。大学はその公共性等ゆえに制限されている事柄についても、そこからの解放を主張し得る方向へ進むことになる。一方で、大学が、一般の市民や法人よりも手厚い保護を憲法上受ける根拠は希薄化するのであり、「大学の自治」の相対化も許容せざるを得ないはずである。

第二の戦略は、逆に、大学が伝統的に本務としてきた教育と研究こそ最も重要な任務だと再確認することである。換言すれば、「実質的意味の大学」への回帰である。このような大学に対して、伝統的に認められてきた「大学の自治」を保障することは、理に適う。しかし、かかる戦略をとる場合は、大学は「実質的意味の大学」の本旨に悖るような行為については、自省と自制が求められる³¹⁸⁾。

314) この点に関連して、吉見・前掲注 11)240-249 頁が、モビリティの発達、英語という普遍的コミュニケーションツールの普及、情報化の進展による知識の非ハード化等、まさに変化しつつある今日の社会について、中世の大学の基盤となった社会との共通性を見出すのは示唆的である。

315) 伝統的に「弁護士会自治」が認められてきた弁護士会においても、社会情勢の変化は、自治のあり方を見直す契機となっている(今関源成「司法制度改革と弁護士自治」憲法理論研究会編・前掲注 60)127 頁、特に 136-138 頁。ただし、今関は結論としては弁護士会自治の擁護の必要性を説く)。

316) 藤田宙靖「国立大学と独立行政法人制度」ジュリ 1156 号 109 頁, 120 頁 (1999)。

317) 玉井・前掲注 200)66-67 頁参照。

318) 大学自身が、例えば行動基準の定立等を行い、「良き実践」を確立することは第一歩だろう(山本・前掲注

すべての大学が同じ方向に進む必要はないのであり、いかなる戦略を選択するかは、各大学の判断に委ねられよう。ただし、第一の戦略をとりながら、第二の戦略、すなわち教育と研究への回帰を図ろうとしても、社会はそのような大学の主張を信用も認容もしないことを、大学及び大学人は強く認識しておくべきである³¹⁹⁾。

3 憲法学に対して

本稿は、「大学の自治」概念を相対化することで、結果として、大学は、従来唱えられてきたよりも狭い、あるいは弱い程度の自治を享受するにすぎないという結論に至った。しかし、これは「大学の自治」の価値を軽視するための議論ではなく、その本質的価値を明らかにして、それを保護せんがための議論である。

大学法人化問題に際しては、憲法学あるいは法律学の内外を問わず、大学人から大学の自治について多様な議論が表出された。しかし、その多くは、既存の大学の自治を所与として、それに対する一切の制約を否定するものだったように思われる。一体、大学の本質に遡っての深い議論がなされたのは、いかほどであったろうか。日本の憲法学に対して、隣接分野から「学問の自由について、経済的・政治的・道徳的な圧力に対抗し得る、明瞭な法解釈論を構築し得ていない」、その背景には、「憲法学が、その『学問の自由』という言説の不明瞭さを支える大学イメージと大学に勤める『大学教授』に対する社会的イメージを言語化することによって直視しようとしなかった」（亀甲括弧内筆者）ことがあるのではないかという痛烈な批判には真摯に耳を傾けるべきだろう³²⁰⁾。

「大学の自治」は、壮大なテーマであるにもかかわらず、かねてより自明とされ、あまり顧みられることがない。本稿は、このような現状に対する一つの挑戦を試みたものである。

(ほんごう・たかし)

97)152-155 頁参照)。

319) 玉井・前掲注 200)68 頁。

320) 守矢・前掲注 7)404 頁。