

D・クラウスニツク「保障国家と大学自治」へのノート

——とくに大学の民主的正当化について——

小貫 幸 浩

序

筆者はいくつかの拙論において、現代ドイツでの大学をめぐる学問（研究、教授）の自由、大学自治の組織についての学説およびそれらに関する近年の憲法裁判例について述べる機会をもった。⁽¹⁾ そのなかでも近年のドイツ大学の組織改革や大学自治について論じた拙稿を準備していた丁度その時に、いわゆる「保障国家」——いわゆる福祉国家・給付国家の次なる段階に位置づけられる——段階での、大学に対する国家の責任（関与のあり方）を包括的に検討する大著に接した。その折には読みかけのまま放置しておいたのであった。遅ればせながら、あらためてその際にとったノートを読み返してみ、旧拙論では言及しなかった問題や、拙論では取り上げてはみたものの不十分にしか論及しえなかった問題について補充しようと思うのである。以下、D. Krausnick, Staat und

(1)

Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012⁽²⁾の読書ノートをしたためるゆえんである。

(1)

I. 本稿がとくに取り上げること

とりわけ一九九〇年代以降の今日のドイツの大学で進行する機構改革・「経済化」を目の当たりにして、大学制度への国家の責任履行についていかなる方策が憲法上許容されているかを明らかにすることが、この大著の目的である。(S.3) このテーマが、大学及び研究機関と国家との関係で、及び大学・研究機関内部の関係で論じられていく。著者クラウドニックは前者をマクロ・レヴェルの関係、後者をミクロ・レヴェルの関係と呼んでいる。言わば、前者がHochschul (Universität) autonomie、後者がSelbstverwaltung der Hochschuleに対応するであろう⁽³⁾。本書は四部から成るが、まず第一部では、国家の撤退が確認しうるのは大学のどの領域でのことなのか明らかにされる。このことでこの大作全体の見通しが与えられ、保障国家というモデルがかかる展開にとつていかなる意味をもちうるかが論じられる。そもそも、憲法上、国家が大学に対する責任を負うのはいかなる理由(根拠)によるか。とくに基本権論及び民主制論の視角からアプローチが試みられるのが、続く第二部においてである。第三部では、大学に対する国家の責任のありかたに様々の影響を及ぼしているヨーロッパ法が考察される。以上の三部全体の考察をふまえて、最後に、ドイツの国家が果たして、大学制度の現代化(国立大学の場合、それは行政改革の一環でもある)を遂行するにあたり、基本権及び民主制原理を適切に満たしているか否かを論じるのが、第四部である。尚、本書全体を通して方法的に留意すべきこととして、クラウドニックによってとくに三点挙げられている。

(i) 大学関連法(以下、大学法と書いたり、大学関連法と書いたりする)は基本的にラント法であるので、本研究で

は、全ての、ラントの大学法を視野に入れた比較考察が行われる。ドイツ憲法Ⅱ基本法(5)のレヴェルだけの考察はもとより、特定のラントの大学法だけに片寄せた考察では、大学政策と制度に関する国家撤退の限界が有意に画定しえないと言っているのである。(ii)第二、この研究はあくまでも憲法・大学法に特有のものであるから、本書の結論は必ずしもその他の行政改革一般にまでストレートに拡張適用することはできないという抑制的態度が採られている。(iii)第三に、この研究で「大学」と言うのは伝統的な大学のことだが、考察結果は国の全ての大学——つまり専門大学、教育大学、音楽美術大学……——にも及ぼしうる、としている。(S.4)

ノートを採りながら全体を通読しての感想でもあるが、以上の様に四部に分節されることの筋立てが明快であるし、方法論的にも慎重な注意が払われた作品であると思う。恐らく、この分野の代表的な研究として今後、参照されていくであろう。私立大学への論究も勿論として、大学がコミュニケーション自治(これは地域自治と呼ばれる)、機能自治としての放送自治及び学校自治などとの比較で論述される部分もあり、そのことでこの研究が多彩で鮮かなものとなっている。

この研究は何分にも大作でもあり、それを手際よく紹介するというだけでも筆者には相当に重い宿題である。そこで本稿は、上述した様に旧拙論で取り挙げたこと——逆に取り挙げなかったこと——を補充し、あるいは穴埋めするという視点からの読書ノートになろうと思う。また、本書の第三部として、ドイツ憲法、大学法へのヨーロッパ法の影響が詳しく考察されているが、この小稿ではこのテーマには原則として言及しない。ヨーロッパ法は複雑であるし、現在の筆者には、この問題に四つ身でわたり合う余裕がないからである。

とは言え、旧拙論でも折りに触れた、いわゆるポローニャ・プロセスの影響についてだけは、この場を借りて、クラウスニックとともに少しく補完しておきたい。今日では様々の方向から、ポローニャ・プロセスへの批判が聞

こえてくる。例えば、ヨーロッパ全体として学生の大学修了の足並みを揃えようとして、そのことが修学期間を無理に短縮することになっている。そのことがまた、大学での教育の質を低下させて、その学問的性格を歪めている、という批判である。この種の批判に対しては、ポロニーヤ宣言及びそれに続く各声明を読むならば、大学自治及び国の責任が適切に強調されているのであり、この種の批判は一方的たるのそしりを免れない、とクラウドニックは述べている。(S.294f.)むしろ、ポロニーヤ・プロセスの実施環境こそが問題視されてよいとして、このプロセス自体には、市場志向の大学教育を絶対視する態度はないはずだ、と弁護するわけである。無論、修学期間が短縮されるとなれば、大学教育の学問性の低下が危惧されるが、「学問」を志す者のために修学期間の特化・分節化・集中化は許容されうる大学政策である。つまり「学問的」修学は、第二修学期Ⅱマスター・コース、さらにドクター・コースで与えられる。かように、総体としてポロニーヤ・プロセスを支持するのである。尚、ポロニーヤ宣言の法的性格については争いがあるが、それは決して各国を一律に義務づけるものではなく、各国に裁量を認めている、と言うのである。

以下の小稿では、この大作の第一部に当たる部分についても簡単に紹介・言及するにとどめる。そうすると、小稿での焦点としては、この研究の第二部及び第四部に光が当てられることになろう。そのなかでもとりわけ、ドイツ学説・憲法裁判例において、大学をめぐる民主的正当化論がいかに展開されているかが重視されることになろう。(以下、とくにⅣ及びⅤで)

II. 「保障国家」における大学

現代ドイツ公法学においては、異論もあるものの、「保障国家」という概念が立てられている⁽⁶⁾。ただ、クラウスニックによれば保障国家も他の国家像——例えば自由主義的法治国家、給付国家、規制緩和国家など——と同様に国家実務・行政実務に理論的基礎を提供するものではない。独占的地位を占めるわけではない。(S.5) つまり国家は幾つもの国家像によって刻印され、その現実が逆に、新たにまた別の国家像を可能とする。

自由主義的法治国家につづく存在配慮国家のイデオログは、E・フォルストホフであった。既に一九五〇・六〇年代には存在配慮概念には様々の批判が加えられていたが、クラウスニックは、それは今日尚も大学と国家との関係について貴重な手がかりを与えてくれるものだと言う。(S.14f) 実際、存在配慮というのは不明ではあるが、フォルストホフは「文化」的給付——学問・研究・教授も——もこれに含まれることを示唆していた。フォルストホフの場合、存在配慮を担う主体についても不明であったが(S.12)、国家への信頼、逆に私的経済の担い手への懐疑があったことは確かである。(S.16) けれどもクラウスニックにあつては、研究・教授の制度化のために存在配慮の一部を私的施設に委ねることも可能なはずであり、但し、最終的には国家が保障すべきなのだ、と主張する。つまり、大学を完全に民営化・私立化したり、学問の場と機会を国から独立の私経済に完全に委ねてしまうことは許されない、と言うことである。以上は、「存在配慮国家」という視点からの結論ということである。

大学への国家の関与を是認したのが、一九七〇年代の憲法裁判例であった。(E33, 303, E35, 79) 大学制度の一般原則を定める連邦の大綱立法権限(75-1①Nr. 1a GG)が初めて行使されて制定されたのが連邦大学大綱法(HRG)であった。この連邦の立法権限は、二〇〇六年連邦制改革で廃止されている。この文脈では、一九八二年成立のコー

ル政権が大きな転換点である。財界から政界への圧力が強まり、大学という場での「競争」思考が強調されてくる。九〇年代には大学についても規制緩和が説かれ、続いて「保障国家」の下で大学と国家との関係が改めて問われるようになったわけである。

クラウドニックによれば、「学問」——大学に限定されない——への責任は、国の制度・施設と私的制度とで分担される。「研究・教授」についても、国立大学と私立大学とで分担される。私立大学への国の関係も、国の負う責任が「履行責任」であるのか、それとも「保障責任」であるのかという前提問題次第である。結論としてはいずれにせよ、国立大学なしには、学問制度は憲法上、構想しえないと言っているのである。(5, 27) つまり、大学を全て私立大学にして、危機的緊急的のみ国が関与する——このような責任のありかたが「受け止め責任」と表現される——というしくみは、ドイツ憲法としては許されない、という見解である。勿論、今日のドイツでは、私立大学の数と意義は大きくなりつつある。筆者の旧拙論群では言及しなかったテーマであるが、この点についてはクラウドニックとともに改めて後述したい。(VIで。)

さて、保障国家の下で憲法解釈はいかなる挑戦を受けているのか？(i)まず基本権との関係では、国家と私人との関係が複雑となり、両者間には「協働」関係も見られる。市民(社会)と国家との二項関係を前提とする伝統的な基本権解釈の枠組では対処し切れない。また、従前は公的・国家的任務であったものを私人・民間が担うとなると、私人・民間による基本権侵害も発生しうるだろう。私立大学自体が基本権の享有主体(Holder)であり、問題は複雑である。「認証・評価」機関も、少なくとも部分的には民営移管されつつあり、同様の問題がここにもある。

(ii)次に、保障国家の下で、民主制原理、とりわけ民主的正当化の要請はいかなる影響を蒙ることになるのだろうか？国と民間・私人との「協働」から生まれる新しい形の決定主体の行動には、どの程度の民主的正当化が必要と

されるのか?もし、そこに民主的正当化の欠如がありうるとして、それは補填しうるかどうか? (S41) この点も、クラウスニツクの論述とともに後に触れることにする。(→V)

Ⅲ. 大学に関する国家の責任の根拠——または国家撤退の限界について——

従来、ボン基本法の下で、その五条三項の客観的意味及び「文化国家」伝統から、学問の制度的インフラとしての大学を設置し維持する義務を負うのは、第一次的には国家である、と説かれてきた。だが、大学の外部なる民間・企業研究の伸長によって、かような見解が動揺した。さらに近年の「保障国家」論の下、国がますます大学についての責任から手を引きつつある。(S42) かかる国家の撤退には、憲法上の限界がないのであろうか?この領域で国が負うべき責任は「履行責任」であろうか?それとも「保障責任」、あるいは「受け止め責任」であろうか? ミクロ・レヴェエルでも、マクロ・レヴェエルでも問われるのである。(7)

(1)まず、基本権による限界設定をめぐって——。クラウスニツクも言う通り、少なくともGレヴェエルでは大学が国家によって独占されるべきかは——二〇〇六年の連邦制改革を経た今でも——不分明である。(S43) これに対して、「学問的」大学の国家独占を示唆しているとも読めるのがバイエルン、プラーメン、ヘッセン各憲法である。しかし、それらは教会立大学の規定であるか(バイエルン、ヘッセンの場合)、または「大学は『原則として』国立とする」(プラーメンの場合)としており、いずれも大学の国家独占を肯定しているとは読めない。尚、現行基本法七条(学校教育の規定)に関する審議のなかで私立大学設立の自由についての提案もあったが、採決に至らなかったということである。

ところで、放送についてはその公的側面⁽⁸⁾が強調されてきた。そのこととの比較で言えば、連邦憲法裁はかねてより、学問の自由についてはその個人主義的側面こそが第一次的であり、それと並んで客観的次元というものがあるとしてきた。私立大学設立の権利(自由)は疑問視されてはいない。かように、公(法)的側面が強調される放送について民間・私立放送が認められるならば——二元的放送制度——、ましてや一層、大学の国家独占は法的には認められないはずだ、と云うのがクラウドニックの見解である。(S.88)

大学に関する責任について、国にはどこまでの分担が課されているか? マクロ・ミクロ双方のレベルで、国は「受け止め」責任から「保障」責任まで、さらに個々の場合には「履行」責任をも負う。この点の第一の手がかりを与えてくれるのが、基本法五条三項一文(芸術、学問、研究・教授の自由)であろう。以下、クラウドニックは学説・判例法理に即して基本法五条三項一文につき①防御権としての側面、②その客観法的内容——国の基本権保護義務も含む——、③組織・手続的側面に分節化して詳細に検討している。

①防御権としての学問、研究・教授に関しては、まず、次の点⁽⁹⁾が確認される。学問の目指す理念たる真理については、学問に固有の法則性に則りコミュニケーション・プロセスを重視して、広く解されるべきことである。(S.93) さらに、学問には——理念としての真理というものの他に——自⁽¹⁰⁾発性と直観とが不可欠の要素となっているので、国家による規範化に尽きないところがある。こうして、研究対象、研究及び教授の方法の決定は、学者自身ないし「学問共同体」scientific communityによってのみなされる。国家には、この点の決定権が与えられてはならない。(S.94ff) この趣旨が、国と大学との関係での、つまりマクロ・レベルでの「大学自治」に他ならない。大学の内部関係としては、つまりミクロ・レベルでは、個々の教員の自由を優位させる趣旨で、つまり大学は教員の基本権によって拘束されており、個々の教員が自らの学問の自由を大学に対しても主張しうるのでなくては

ならぬ。(S. 98.)

以上の様に、クラウスニツクは大学自治が基本法五条三項一文で保障されているかどうかはともかく、それはいずれにしても個人の基本権に対しては付属的なものだ、としている。大学自治という制度化モデルが基本権的に保障されているか否かは、学問の自由の客観法的内容の問題として究明されるべきだ、と言うのである。(S. 101.)

②客観法的内容として、第一に挙げられるのは、「価値決定的原理」というものであろう。これまでの主要裁判例——E35, 79, E111, 333, E127, 87など——では、この「価値決定的原理」が客観法的内容の他の要素(例えば保護義務、制度的保障)といかなる関係に立つかが不分明のままである。クラウスニツクは、この点がこれまでの有名な裁判例の致命的欠点だ、とするのである。(S. 102.)

勿論、近年の裁判例の展開において、自由な学問活動に対する「構造的危険」の法理が詳細に展開されている。それはまた大学のしくみの「全体的枠組」から判断される、と言うのである。この裁判例の流れは、客観法の内容として、「組織・手続による」基本権保護という意味での大学立法に関する諸基準が獲得されていくプロセスであったと言えるかも知れない。しかし、かの「ザ・大学法判決」(E35, 79)でも、大学立法形成の限界についても、また「組織基本権」としての学問の自由の輪郭についても不分明のままに放置された。それに続く近年の大学裁判例でも、状況は変わらない、とクラウスニツクは評している。「構造的危険」とは言うものの、「構造的」ということの意味が不分明のままであり、それでは効果的に立法裁量を統制しえないという批判に与するのである。(S. 109)

㉞ 審査基準が不分明のままでは、学問の自由の第一次的側面である個人権も危険にさらされよう。

また、右の一連の裁判例では、大学自治に基本権的保障が認められていないので「価値決定的原理」としての学問の自由という側面も弱いままである。かように、大学自治がボン基本法の学問の自由の保護領域から除外され、

上述のように、この基本権の個人権的側面も脆弱だとすれば、大学法の立法者にはフリーハンドが与えられたことになろう。さらに興味深いのは、次の如きクラウドニックの指摘である——。学問の自由は「留保なしの基本権」であり、それが制約されるのは、対抗する他の憲法利益を理由とする場合だけである。けれども、大学自治が基本法の学問の自由条項によってカヴァーされないとすると——これが裁判例及び今日の通説である——、そこには一種のパラドクスが生じる。それは、現在進行形の大学「改革」立法は、基本法によって保障されているとは断定しえない大学自治の強化を口実として、留保なしに保障されている学問の自由を制約するものでありうる、というパラドクスなのである。(S. 110)

近年の裁判例では大学組織の「全体的枠組」がややもすると誇張されており、このことで学問の自由の「組織法的内容(次元)⁽¹¹⁾」が軽視される結果になっていることが、クラウドニックの批判するところである。該大学法の個々の規定に即して権限の重心移動を指摘して基本権侵害を論証するよりも、その大学法全体について基本権侵害を論証することの方がより困難なはずであろう。以上を少しまとめると、連邦憲法裁の大学法判例は、必ずしも大学立法に対する学問自由条項の基準性をしっかりと捉えているものとはいえない。大学についての責任配分を考えるに当たり、連邦憲法裁での展開とは異なる別の基本権解釈が、より適切でないのか。アルターナティブになりうる学問の自由と大学自治の解釈を模索したい、と言うのである。(S. 112)

③そこで次の問題は、そのアルターナティブとして何が考えられるか、ということになる。いくつかの候補が、言及されているが、ここではとくに(i)保護義務論、(ii)基本権——ここでは学問・研究・教授の自由——の「組織・手続的側面」の二つにしばって取り挙げておく。

(i) 結論的には、大学をめぐる責任配分を考えるに際して基本権保護義務論は有力な選択肢とはならない、と言う

のがクラウスニックの見解である。(S. 131ff.) 基本権保護義務には基本権抵触というまた別の問題がつきまとうのであり、いわゆる過剰禁止と過少禁止との間に限定された範囲ではあれ、立法者には広い裁量が認められていることが、その主たる理由のようである。一般的に、立法者による保護義務の履行は「妥当」なものとして指定される。勿論、過少禁止命令に明白に反する立法は無効であると判定されるが、この様な場合は例外である(いわゆる明証性コントロール)。基本法一九条二項の「本質内容保障」によって立法権を限界づけようとしても、その「本質内容」が分明にされなければ、やはり実効的な限界づけとはなりえない。(S. 134)

右のように、大学立法者の責任配分問題に関して、基本法五条三項一文からの保護義務論については——前述の「価値決定的原理規範」論に対すると同様に——クラウスニックは基本的に懐疑的ではある。ただ、その一方で保護義務論には、個別事案でのより柔軟な対応が可能である点で、制度的保障論よりは利点もある、とやや微妙な指摘もしている。(S. 135) 制度的保障として「何が保障されているか」という、そもそもその定義問題も回避できるとも言う。また、いわゆる「奉仕的自由」論との対比では、この見解では個々の基本権担い手(大学、報道機関など)自体が義務のなかに取り込まれることになるが、保護義務の論理では、義務づけられるのは専ら国であることが重要である。保護義務論には基本権の個人的性格が残っている点にも、利点と言えば利点がある、としている。尚、大学・大学自治の「制度的保障」については、後述のラント憲法との関係で少しく論及したい。

(ii) 学問の自由の組織・手続的側面について——この論脈でも、学問の自由がまずは個々の学者の——国及び大学及びその指導部等に対する——防御権であることが出発点である。同旨は、本書でくり返し確認されている。(S. 39ff. S. 490.) 大学指導部も個々の教員の同意なしに学問(研究、教授)の自由を侵害しえず、侵害は正当化されねばならない点で国と同じである。自由な学問の営みを不可能とするような大学制度の形成に対しては、この

防御権機能（次元、側面）で阻止することができる。しかし、近年の憲法裁判例の言う「学問に適合的な」大学制度の形成を国に義務づけることはできない。クラウドニックの理解によれば、連邦憲法裁はこの義務を価値決定的原理規範によって——制度的保障論というよりは——基礎づけようとしてきた。だが、この義務、およびこれが主観化（再主観化）された場合の請求権が基本権ドグマティークにおいていかなる地位にあり、これらの義務・請求権がどこまでの射呈をもつのかは明らかにはされていない。かのブランデンブルク大学法決定（B111. 333）及びハンブルク大学法決定（E127. 87）について、クラウドニックのまなざしはかように厳しい。

こうしてクラウドニックは、大学に関する国の責任については基本法五条三項一文からの「組織的・手続的保障」こそが最有力の法的重しとなると言うのである。（S. 140ff.）自由に学問が営まれるのには、国家だけが創設しうる組織的手続的条件が必要である。これらの条件が欠如すると、学問の自由の防御権的側面さえもが空洞化する。かように、学問の自由の基本権行使は「構造的に規定されている。」

従来の憲法裁判例や学説（例えばH・H・トゥルーテ⁽¹³⁾）が示唆していた方向であり、基本権として守られた生活領域について、組織的形成の点から、また法治国家的手続の点から国家に義務を課すのである。国家には、ありうる基本権侵害の前の段階で、法律によってそれを然るべく抑える義務がある、とするものである。これは、第三者による侵害との関係でのみ作用する基本権保護義務とは区別される。（S. 143）「組織的・手続的」保障とは、基本権行使の「諸前提」を創出する国の義務に対応するものなのだと言うのである。

右の法理を大学について適用すれば、第一に、大学での学者の個人的地位を守るために、国家には大学教員の勤務、労働関係を組織的手続的に形成して、教員が大学で独立して研究、教授に専念できるようにする義務がある。第二、大学の構成・権限関係（E35. 79（11ff.））という問題も絡んでくる。大学における諸々のレベルの会議体

での——仮りに独任機会であっても同様に——決定が「学問適合的に」なされるように配慮することもまた、「保障国家」の役割である。

(2) 大学制度に関して国家が分担すべき責任を考えるに際して、第二に注目される基本権が職業選択の自由・職業養成所選択の自由(基本法一二条一項)である。大学との関係では、学生のいわゆる「学習権」「学習の自由」の存否、大学入学者定員をめぐる問題などが論じられてきた。リーディング・ケースである入学者定員判決 *numerus clausus* = E33, 303 (332ff.) では、基本法一二条一項、同三条一項(一般的平等)、及び社会国家原理から、一定条件を満たす志望者に入学する権利が認められた。「可能性の留保」付きとは言え、志願者に入学を拒むことは例外的にのみ許され、エリートだけを入学させることは許されないという重しが、連邦憲法裁判により設定されたのだ。通説はこれを「派生的給付権(ないし参与権)」と呼ぶことになる。他方、入学増員請求権自体が成立するか否かについては、連邦憲法裁判は必ずしも断言していない。しかし、場合によっては大学立法者・行政は、志願者が殺到している状況では増員を義務づけられることもありうる、とも判示している。(E43, 291 (327f.))

右のように見ただけでも、大学をめぐる責任のありようが、基本法一二条一項の職業選択の自由、職業養成所選択の自由——さらに、学習権、学習の自由——によって、マクロ・ミクロ双方のレベルで影響を受けるわけである。大学内部の関係(ミクロ)としては、学生の職業養成所選択の自由が大学教員の学問の自由(基本法五条三項一文)と、それと同時に大学自治と調和されねばならない。逆に、教員の学問の自由・大学自治は、学生の職業養成所選択の自由・学習権に限界をもつ。(S.148)とは言え、国の法令で職業養成・修学について過度に詳細に規定して、大学での自由な研究・教授が不可能になるといった事態は避けられねばならない。以上、クラスヌニックの見解としては、大学の内部関係・内部組織にとつとはやはり学問の自由保障規定の方が——職業養成所選択の自

由よりも——決定的だ、とするのである。

マクロ・レヴェル、つまり国家と大学との関係では、基本法一二条一項及び同三条一項からの請求権を考慮して、国立大学の定員を減員し、私立大学にシフトすることは学習権を無化することで許されない。私立大学に対しては、入学許可の請求権は原則として成立しないからである。と言うのも、学生の職業養成所選択の自由が——私立大学の教員の学問の自由と同様に——、私立大学経営を犠牲にして貫徹することはありえないからである。

以上、大学に関する国の責任という点では、基本法五条三項一文の方が、同一二条一項よりも、より決定的である。但し、基本法の学問の自由（研究・教授の自由）規定から大学・大学自治のいわゆる「制度的保障」を導くことはできない。また、この学問の自由規定をして一部の学説のように「奉仕的自由」と解することもできない。こうしてクラウドニックの主張では、むしろ学問の自由保障規定からの基本権保護義務論の方が、より筋がよい。しかし、保護義務論には、これまでも様々の特有の難点が指摘されてきたところである。そこで、基本法の学問の自由規定については「手続的・組織的」保護という視点が結局、最も有意であり、この視点こそが優先されるべきだと主張するのである。(S.152) もう一つ見落としてならないのは、もとより「保障国家」の下では大学について国が市民社会に丸投げしたり、単なる補充的役割——いわゆる「受け止め責任」——にまで後退することは許されない。クラウドニックがこのように釘を刺しているということである。

(3) ドイツでの大学法は、連邦レヴェルでの大学大綱法HRGなどを別にすると、基本的にはラント法である。一九九八年のHRGの第四次改正以降、さらに第五、第六次改正を経て大学に関する規律権限は一層、ラントに重心移動している。かくして、大学についての国の責任を検討するにはラント法を視野に入れずには、意味をなさなくなっている。さらに、二〇〇六年の大幅な連邦制改革で、大学に関する連邦権限は入学許可と修了に関する(ラン

トとの) 競合的権限だけになった。(基本法七二条三項六号) しかも、同条同項によれば、連邦によりこの権限が行使されても、ラントには別段の定めを規定することが認められている。さらには、HRSがそれに基いて制定された基本法七五条(連邦の立法権限の規定) 自体が、既に今では削除されている⁽¹⁴⁾。

それでは、ラント法、とくにラント憲法の基本権規定から、大学に関する国の責任のありようについていかなることが言えるのだろうか? 以下、クラウスニツクの論述に沿って、とりわけラント憲法による大学自治保障の意味を考えてみたい。基本法と違って、多くのラント憲法では学間の自由保障のみならず、大学自治の保障も規定されている。この点の特徴となっているからである。若干のラント憲法には、いわゆる「存続保障」規定も散見される。但し、クラウスニツクの見るところではバーデンヴュルテンベルク憲法八五条を別として、それは、具体的に存在する個々の大学の存続保障という意味ではない。(S. 155, 158) しかし、ラント憲法の大学自治規定は、少なくとも「制度としての大学」を保障する。クラウスニツクによればこれは基本権ドグマテイク上の「制度的保障」Einrichtungsgarantieのことだ、と言う。丁度、ゲマインデの自治を保障する基本法二八条二項一文によって、ゲマインデの存在が前提されるのと同様である(個々のゲマインデの存在が保障されるわけではない)。

尚、諸ラント憲法が私立大学にも自治権を認めているかは判然としない。しかし、私立大学は基本権主体によって設立されるのであり、当然に国に対する基本権的自律が肯定されるので、基本権そのものとは別箇に大学自治保障について云々するまでもない、と付言されている。

また、大学自治の主体に関して、近年の大学指導部の権限強化の趨勢のなかで、部局(学部、専門領域等)にも自治権が認められるという主張が聞かれる。この点についてクラウスニツクは、このような意味での自治権を部局に認めることは、むしろ大学の自己崩壊に手を借すことである。もしもの場合には、むしろ構成員≠部局教員の基本

権を援用して対抗しうるのであり、部局の自治権をもち出す必要もない、と冷やかである。(S. 157)「教授会(の人事)自治」を核心に据えるわが国の通説・判例とも対照的であろう。ドイツの学説でも、この点は争いのあるところではある。

いずれにしても、ラント憲法のレヴェルでは、学問の自由(研究、教授の自由)と大学自治との関係が問われる。学問の自由を専ら主観的権利と解し、大学自治の規定については大学制度に関する「客観的内容」として解すべきただ、と言うのがクラウドニックの割り振り方である。そのうえで、両者は密切に絡み合うのであって、そもそも「学問」の概念からして——学問の「固有性」から——開かれたものであり、そうすると大学自治の「内容」と言ってもある程度は不分明ならざるを得ない、という指摘は重要である。(S. 159)

とは言え、ラント憲法によって大学自治保障が明記されることで、それは立法による空洞化から免れる。大学自治はその名にふさわしい形に制度化されねばならない。その際、大学自治と個人の学問の自由との間で保たれるべきバランスがどうあるべきか。クラウドニックは、GGのレヴェルとラント憲法のレヴェルでは異なりうる、という指摘をしている。まず、(国立)大学の個々の教員の学問の自由が大学自治とは言え、その枠組にあまりにも堅固に埋め込まれてしまうならば、ラントの立法は基本法五条三項一文の要請をすら満たさないだろう。ところが、大学自治を明記するラント憲法のレヴェルでは、個々人の学問の自由が実効的に行使されるか否かは、学問の制度化についての唯一の審査基準ではない。むしろ、ラントの立法者は、個人の学問の自由と大学自治とのバランスを「制度的措置」をもって保たねばならない、と指摘するのである。

自己統治としての大学自治が実質的に語りうるには、大学での個々の決定に際して、当事者参加が自治の担い手にふさわしい水準を満たすものでなくてはならない。(S. 164) 国立大学の場合、大学自治と学問の自由との不可

分の結合性からこの水準が導かれる。つまり、研究・教授にとって重要な事項は全て原則として大学自治に委ねられるべきことになる。バイエルン、プレーメン、ハンブルクなどでは、帰属不分明の場合には大学自治に属するものであるとの権限推定規定が設けられている。勿論、大学自治の範囲にも限界があり、それは個人の基本権にとつて本質的な事柄は立法で規律しなくてはならない（本質性理論）ということである。

以上、ラント憲法が明記する大学自治保障がラントの大学立法を拘束し、大学制度に関わる責任配分に影響する、ということである。(S. 174) ラントの大学立法者（ラント議会）は大学の内部構造について、自治モデルに沿って、大学がその任務を実効的に・独立に遂行できるように「保障」gewährleistenすべきである、ということである。勿論、基本法五条三項、及びそこから導かれる客観的内容としての「保護義務」も、この責任配分についての審査基準となるが、そこには「制度的内容」は含まれていない。決め手は、ラント憲法ということになる。

今日のドイツの学説において、ラント憲法による大学自治保障がラント立法者を拘束するというクラウスニツクの所説は、いかなる位置にあるのだろうか。既に本稿でも、さらに旧拙稿でも言及した通り、少なくとも基本法五条三項一文との関係では、大学自治の制度的保障は含まれていないということが通説になっている。大学組織法をめぐる近年の収穫の一つを公表したK・F・ゲルディッツも、最近の裁判例が「保障国家」の方向を歩んでいて、個人の基本権という支点から切り離されていると見て批判的であった。つまり、客観化の方向に行き過ぎていて、この論脈で、制度的思考からの解放こそが必要である、と言うのであった。結論として、「学問の自由の組織法」は、大学構成員の個人的基本権を起点として形成されるべきことを確認しているのである。⁽¹⁵⁾

また、制度的保障の研究史に新たな果実を提供したU・マーゲルは、従来、私法的制度保障、公法上の制度的保障とされてきたものを各々「法制度保障」「制度的自立保障」として再構成し、両者を「制度保障」の下に置いた。

「法制度保障」の例が、婚姻、親権、所有権、相続権であり、「制度的自立保障」の例としてはコミュニケーション自治、学校制度、協約自治が挙げられている。大学自治については、学説・裁判例の動向をふまえて、制度的保障と解する理由はない。基本法五条三項の文言、成立史、それに目的論的解釈からも制度的保障は支持されない。国内法人の基本権享有主体性を明言する基本法一九条三項および五条三項で十分に事足りる、とするのである⁽¹⁶⁾。

以上に挙げたゲルディッツ、マーゲルの所論は大学組織について一方が制度的思考からの解放を説く。また他方が制度的保障説を否定している。いずれにしても、その論旨は基本法五条三項に関して述べられたものである。クラウドニックの認識も基本法五条三項に関しては同様である。しかし、I. で言及した通り、全ラントの大学関係法を視野に収めて——その意味での比較法的な——詳細な考察が行われていることが本書の一大特徴となっているわけであり、このレヴェルでは大学自治の「制度的保障」⁽¹⁷⁾をクラウドニックは明確に肯定しているのである。ところが、管見の限りでは大学自治の制度的保障の法的性格なりの考察があらためて掘り下げてなされているとも言えない様なのである。このレヴェルでもやはり、「何が保障されているか」という定義問題（上述）がつきまとうはずでないのか。多くのラント憲法が学問の自由とは別箇に、大学自治の保障を明記しているからと言って、何故にワイマール憲法一四二条や、基本法五条三項に関する初期の有力説であった制度的保障説に固執するのか。

IV. 大学と民主的正当化

クラウドニックは、国家及び大学立法者に対する国家組織法上の限界として、民主主義原理ないし民主的正当化の視点からの限界及び法治国家原理のそれが考えられるとしている。しかし、後者の視点からの限界が、大学のあ

り方をめぐる独自の意義をもつかについては疑問を呈している。(S. 230ff.)

今日の大学改革において、これまでの担当大臣の権限が大学に移されて、その分だけ大臣の指示権が削減されたことが仮に、行政の核心領域を侵すことになるでしょう。それならば、民主制原理への違反として論じれば足り、わざわざ権力分立・法治国家原理の問題として論じるまでもない、と言うのである。また、法律の留保原理は民主制原理・法治国家原理が交錯する場面にある原理である。今日の大学政策においても当然、遵守されるべき原理である。もっとも、大学政策というものは基本権と密切に関連するから、その政策の実現には法律が不可欠である。つまり法律の留保原理は基本権と不可分であり、この原理に反する大学政策の措置については、基本権の問題——学問の自由ないしラント憲法上の大学自治の制度的保障のそれ——として、論じられるべきである。わざわざ法律の留保を正面に立てて論じるまでもない、と言うわけである。

そういう次第であるので、この点はあえて詮索せず、以下では、大学に関して民主主義原理・民主的正当化の視点からいかなる諸要求が導かれうるかに焦点を当てよう。いくつかの旧稿でも、この点はほとんど素通りしたテーマであるので、クラウスニツクに教えられつつ、その穴を埋めたいと思うのである。

ある旧稿でE. W. ベッケンフェルデによりつつ、⁽¹⁸⁾国家権力行使の民主的正当化について、より具体的に④機能的・制度的正当化、⑤組織的・人事的正当化、⑥事物的・内容的正当化の三つの諸相の相互補充性について紹介したことがある。これは国家権力一般についての議論であったが、「機能的自治」の一種とされる(国立)大学にはどこまで——また、そもそも——妥当するであろうか？

まず、私立大学については原則として、基本法二〇条二項は妥当しない。私立大学が自らの基本権行使として行なうことは、国立大学ならば要求される民主的正当化から免除される、ということである。(S. 189.)

国立大学が国家権力を行使するのは、とりわけその構成員または第三者の権利に対して侵害・干渉する場合である。学問の自由により、または法人の基本権主体性（基本法一九条二項）によって（国立）大学自体が基本権を享有するが、しかし同時に構成員等との関係ではその基本権によって拘束されている。とりわけ、国の広い意味での教育施設であり、学生の職業養成所選択の自由に仕える施設であるからである。（S.1788）「大学は（原則として公法上の社团である）同時に国の施設である」（大学大綱法五八条）とは、例えば入学登録事務において対外的・対内的に構成員の権利に介入するような国家権力を行使する存在であるということである。大学の純然たる自治任務の遂行であつても、「決定」——つまり「処分」——という性格をもつ行為については、民主的正当化が要求される。ノルトライン・ウェストファーレン大学法では、大学は「国の施設」という性格をもたず専ら「自治団体（社团）」とされているが、それでも、やはり大学の「決定」（処分）行為については民主的正当化が要求される。

さて、前述した正当化の三つの諸相（要素）①②③は、大学の場合にはいかに絡み合うのであるうか。クラウドニックの見解で特徴的なのは、とくに大学の民主的正当化の場合、①の要素は独自のものとしては扱わなくても済む、と断定している点である（S.192）と言うのも、大学は多くのラント憲法（制憲者）によって考慮されているが、制憲者によって直接に正当化されているわけではない。むしろ、民主主義原理に照らすと①以外の要素による正当化を要する行政の一部であるからだ、と言うのである。そこで、②③のレヴェルが、及び両者間の（補完）関係が注目されるわけである。但し、大学については②③いずれも、国家権力一般と違って、大学自治の点から微妙な限定を受ける。②に関して言えば、学部長職は何らかの一定の基準の下に任用されたというだけでは正当化されない。これが民主的に正当化されるには、大学内部での選任行為——大学の構成員が正当化主体であると仮定される場合——か、もしくは、それ自体が既に民主的に正当化されている、より上位の別の職務担当者——例えば担

当大臣——による任命行為が必要となる。しかし、後者のヴァリアントは大学自治に抵触する。(S. 193) また、^③についても上級官庁による統制・指示は大学自治からして認められないだろう。

かように、大学自治との関係で民主的正当化の要素として^①^②^③いずれも微妙な——しかし、重大な——限定を受けることを指摘しつつ、さらにクラウスニツクは、とくに^②^③の絡み合いによって担保されるべき正当化の水準(程度、もしくは質)について論じている——。

大学の場合、^②^③があらゆる場合に、完全な形で要求されるわけではない。しかし、いずれにしても問題の行為(決定、処分)について「全体的に考察して」そこに実効的な国民意思の反映が認められるのであれば、正当化の鎖が十分に保たれている。正当化が提供される形式——つまり、^②の形式か、^③の形式化——は原則としてどうでもよい、というクラウスニツクの見解(S. 194)はかなり大胆なものに思われる。と言うのは、例えば^②の視点での正当化が弱くても^③の視点からの正当化が強力であれば、その不足分がいつでも清算されるわけではない、というH・H・トゥルターの見解も見逃がせないからである¹⁹⁾。

先に示唆したように、例えばすぐに後述するM・イエシュテットの見解とは対照的に、大学自治領域——つまり大学が単に国の一般行政を担う領域ではなく——についても民主的正当化が必要であり、そこに大学自治と民主的正当化との緊張関係が想定される。これが、クラウスニツクの見解である。

大学自治を含む機能的自治と民主主義原理との関係の理解としては、クラウスニツクの整理では、二つに大別される。^①機能的自治は、内閣・大臣の下にある一般行政とは異なるがそれでも民主的に正当化されうというのが、第一である。^②民主主義原理と機能的自治は矛盾・緊張の関係に立つが、このこと自体が憲法によって認められていることなのだ、という見解もある。^①^②には、各々さらに幾つものヴァリエーションが存在する。ここでは、^②

の見解に属するもののうち、大学自治を民主的正当化の必要性から除外するM・イエシュテットの所説に、クラウドスニックによりつつ言及しておきたい。(S. 218ff.)

イエシュテットの所説では、機能的自治には通常、民主的正当性が不足しているものだが、大学自治は基本法五条三項一文に根拠をもつので、機能的自治においても例外的なものである。大学自治のために要請されるのは、形式的平等の民主的な意見形成ではなくて、相異を反映する、実質的平等の基本権を確保たらしめる内部構造である。イエシュテットによれば、大学自治には基本法二〇条二項は妥当しない、と言うのは大学自治の根拠である基本法五条三項一文が基本権として、国家・民主制——つまり民主化された国家権力——からも自由な領域を保障するのだから、と。イエシュテットのこの見解については、機能的自治のなかに大学自治を埋没させることなく、大学自治の特性に配慮した理論ではある。しかし、民主的正当化の重しから大学自治を除外するのは行き過ぎだ、というのがクラウドスニックの論評である。(S. 219.) 連邦の大学大綱法、多くのラント憲法も大学自治については「法律の範囲内で」保障されるとしており、ここに民主的正当化の必要性がその足跡をとどめている、と言うのである。

この点に関して、憲法裁判例からは何事かの示唆が得られるだろうか。クラウドスニックが誘うのは、大学とは別の機能的自治に関する憲法裁判例であり、それとの対照において、大学自治と民主的正当化の関係にあらためて光を当てようと試みるのである。その前にあらかじめ、大学自治というものが基本法五条三項一文により基本権的に動機づけられた機能的自治の特殊な自由であることが自覚されるべきだ、と注意を促している。(S. 202.) この点では、前述イエシュテットの所説と一脈通じるわけである。そのうえで二点、基本前提として次のことが指摘されている。(i)公けの任務が自治領域に委ねられる場合、基本法二〇条二項の要求する民主的正当化から完全には免れえないこと、この点はほぼ見解の一致がある。(ii)自治も「法監督」に服するが、この法監督自体が民主的に正当化

される職務担当者によってなされるべきことである。

連邦憲法裁のリーディング・ケースとしては、ある地方の水利組合をめぐるE107, 59 = Emschergenossenschaftが挙げられる。そのなかで憲法裁は、古典的自治の場合と違って機能的自治の民主的正当化については、⑥人的正当化が多かれ少なかれ相対化されうる。直接に国が行政を行う場合及びコミュニティ自治の場合でなければ、民主主義「原理」は「原理」であり、国家権力の組織・行使形態については様々の方向に開かれている。基本法二〇条二項もそのことを許容している、と述べている。そこで、自治団体・機関の任務と権限が法律で十分に規定され、その権限行使につき人的に正当化された担当者の監督に服するならば、正当性は十分である。さらに、憲法裁によれば、水利組合の決定に非当事者が、例えば労働者代表が共同決定の形で参加することも、そのことで公けの任務の実効性が向上するならば許容されるとまで言っている。⁽²⁰⁾これらの判旨については、クラウスニツクも、機能的自治と民主主義とを両立させようとの努力が見られる。また、正当性の形式選択 (a)(b)(c) について現実的で開放的な見解が看取しうるとしている。

しかし、その一方で連邦憲法裁のこの裁判例では、決定的な問いが棚上げされており、民主制と自治との関係の考察もせいぜいのところ概括的レヴェルにとどまっている、と不満を隠してはいない。それは、機能的自治が基本法二〇条二項との関係で尚も例外的に許容されるものか否かさえもが不明確のままである、と言うことである。

さらに、クラウスニツクが批判するのは、基本法二〇条二項の要請が満たされるには、自治の担い手の任務と権限がどの程度まで法律で規定されるべきかについても、連邦憲法裁が解明していないことである。また、その点の国家監督が「法」監督であるのか、あるいは「専門」監督であるかも解明されていない。かように、機能的自治、とりわけ大学自治の民主的正当化をめぐる問いに連邦憲法裁が明確な答えを提供していない、と手厳しい評価が

下されるわけである。

では、大学自治と民主主義原理との緊張問題を解く首尾よい解答をクラウドニックが見出し出しているかと言え、そうではない。イエシユテットの見解と異なり、大学自治もやはり民主的正当化の必要性を免れない。しかし、**⑥**人的、組織的正当化によっても、**⑦**事物的、内容的正当化によっても十分には理由づけられず、大学自治には民主的正当化の点で赤字が残る。あるいは、この両者が規範抵触の関係にあるとして、言わゆる「實際的一致」(K・ヘッセ)ないし「憲法の統一性」という視点から検討することも有意かもしれない。この論脈で、クラウドニックは再び憲法「原理」というものに注意を向ける。(S. 221) 民主主義原理も、大学自治原理も、その実現にあたっては個別状況・コンテクストを無視することができない。学問・大学の領分では、第三者——例えば学生——の基本権(例えば職業養成所選択の自由)が関係すれば、国家関与が受忍されうる。他方、民主主義原理は国民意思がより多く実現されることを目的とするが、権力行使は様々であり、それらに対する民主化要求は同一ではない。

結局、クラウドニックによれば、実際的一致の原則をもち出しても、民主主義原理と大学自治の原理とのジレンマをうまく調和させることはできない。この認識に立って、クラウドニックが提示する選択肢が、民主主義原理が、疑わしき場合には自治の原理よりも優先されるといふ立場に固執することである。自治の担い手が下す決定・処分について民主的正当性が広範に存在する限りでのみ、自治が許容される、と言うことである。とすると、少なくとも**③**事物的、内容的正当化が国による法監督によって担保されねばならない。それだけでなく、民主主義原理を貫徹するならば、国の下す決定の「合目的性」——「合法性」にとどまらず——にまで国民の意思が及んでいなくてはならない。そうすると、問題の任務を自治団体に委ねることが問題視されないためには、国による法監督だけでなく「専門」監督の存在が不可欠の要素となるのでないか。(S. 222)

私見によると、あるいはクラウスニツクの右の提言には、部分的には柔軟なところも察取しうるが、結局、民主主義原理に固執するあまり、それではそもそも（大学）自治が逆に脅かされることにならないか。こういう批判を呼び込むことになるかも知れない、と思う。とまれ、ドイツのこれまでの憲法裁判例・学説が挑んできた民主主義と（大学）自治との関係、より特定的には（大学）自治の民主的正当化という問題がそう容易なものではないということであろう。この点で、支配権行使の正当化としては、民主的正当化モデルが基本法が要求する唯一のものではない、という相対的な見解も一考の価値があるだろうと思う。この小稿では深入りできないが、大学について「基本権的、自律的正当化」、大学構成員²⁰当事者による正当化（「大学的正当化」という代替モデルがゲルデツツによって示唆されている）。

あるいは、大学に関してもベッケンフェルデ流の一元的な民主的正当化論に固執するクラウスニツクの視角設定からして、国公立であれ私立であれ、大学自治については「国家からの自由」という視点が強調される日本での議論状況とは対照的かも知れない。それ以上に、驚愕すべき視角であるかも知れない。近代日本の大学制度にドイツ・モデルが及ぼした影響は看過し難いのはあるが、それにしても大学と国家、さらに広く文化（行政）と国家の関係理解をめぐる日独間の視角相違が痛感されるのである。

V. 現代ドイツにおける大学問題の試金石——民主的正当化との関連で

イエシユテットとは異なり、大学自治についてもやはり民主的正当化が不可欠であるとするクラウスニツクの見地からは、より具体的に、今日のドイツで進行中の大学改革の方向（新・統御モデル）はいかに評価されるであ

うか。これが以下の問題である。まず、行政一般レヴェルでの新・統御モデルによる諸々の改革について、民主主義原理に照らして疑いがあるというクラウドニックの前提をおさえておきたい。(S24) それならば一層、新・統御モデルに基づく大学改革によって、大学自治と国民意志との距離——多かれ少なかれ適正な距離が必要だとしても——が遠くなったという判断になる。つまり今日の大学改革のなかで説かれるような大学自治を民主的に正当化することが、いよいよ困難になった、と言う評価なのである。それによると、新・統御モデルが先駆的に導入されたのはコミュニケーション自治の分野である。この分野での自治は、⑥人的・組織的に(国民の一部たる)住民によって正当化される。コミュニケーション自治は③事物的、内容的にも、基本法二八条二項一文が「法律の範囲内において」としていることから十分に担保されている。だが、大学自治については違う。なるほど連邦の大学大綱法及び多くのラント憲法でも、大学自治は「法律の範囲内において」の保障である。しかし、学問の自由に配慮して、かような法律の裏づけによる③事物的、内容的正当化は、地方自治の場合に求められる水準よりは弱くてもよいはずであろう(むしろ、そうでなければならぬ)。そうすると、大学の世界に新・統御モデルを導入することが合憲的に許容されるかは、あらためて検討対象となるのである。以下、現代「保障国家」における新・統御モデルの大学への適用現象を若干取り挙げたい。言わば、現代における大学の民主的正当化をめぐる各論である。

1. 「財団大学」について——以下、クラウドニックとともに主としてニードーザクセン法に焦点を定めつつ、財団大学の民主的正当化という問題にアプローチしたい。まず、その⑥人的・組織的正当化であるが、財団理事会のうち5/7の理事が、評議会ゼナートの同意の下に大臣によって任用される。さらに、評議会の代表及びラント大臣部局の代表者も理事となる。都合併せて財団理事会のうちの6/7の理事が、大臣部局による任用にかかるので、⑥人的・組織的正当性は担保されている。また、理事会の議決定足数は5/7である。かように、財団理事会は、⑥の

側面では十分に正当化されている。

◎事物的、内容的正当化であるが、ニーターザクセン法では5人の理事について委任命令に拘束されないとされている点が、問題である。しかも、クラウスニックによると大学財団自体が「法」監督にのみ服するとされており、右の点の欠如が倍加される。と言うのも、ニーターザクセン法ではただ大学の自治権についてだけでなく、大学が引き受ける全ての国家任務の処理についても、その様な規定になっているからである。また、「目標協定」もこの点では間接的な統御手段としかならないことが、クラウスニックによって指摘されている。事前になされる指示と違つて該目標協定の規定する手段は財団に対する事後的な統制手段にとどまるからである。これでは実効的な民主的正当化には至らない、と言うのである。(S. 375)

以上の点での民主的正当化の欠如が、それでも補填されるとすれば、あるいは財団大学への移行(移管)によつてより強力な大学自治がもたらされるということが挙げられるかもしれない。しかし、ニーターザクセン法ではそれまで大学が処理してきた国家任務をあげて財団理事会に委譲しており、そのようには断定し難い。違憲と評価されるべきだ、と手厳しい見解が述べられている。(S. 376)

旧拙論でも取材された連邦行政裁でのニーターザクセン法・ゲッチングン(財団)大学事件判決(BVerwGE135, 286)では、財団理事会が大学に対して法監督を実効的に行使しうるか否かが「憲法適合的に」論じられただけであつた。専門監督については全く沈黙していた。この事件で連邦行政裁は、かの水利組合の民主的正当化をめぐる連邦憲法裁E107, 59(前述)の路線に沿つて、つまり専門監督と法監督との区別を取り扱う方向に足並みを揃えた恰好なのである。けれども、これは件の任務が国家的任務であるか自治任務——後者ならば法監督に服するのみ——であるかの区別から導かれる必然的な区別であるはずである。この理が無視されてはならない、と言うのがク

ラウスニックの批判である。全体として、旧稿で取り上げられたゲルドイツとは対照的に、連邦行政裁のこの判決に対するクラウドニックの論評は消極的なものである。大学からも国からも独立の機関として、しかも学問的に重要な事項をも取り扱う財団理事会を設置することについて、連邦行政裁は専ら基本法五条三項一文との関係で論じたに過ぎない。民主的正当化の問題を回避したのは、致命的であったと論評するのである。

2. 次に、大学理事会 Rat, Kuratorium の民主的正当化について——。ここでは一般的には「大学理事会」と呼ぶが、その名称・表記も様々である。その人的構成もラントごとに規定されており一様ではないが、多くの場合、大学外部から及びラントから理事会に加わる。その憲法適合性について、これまで議論されてきたところである。ここではひとえに、かような大学理事会への（共同）決定権の付与及びその行使が、そもそも、またどの程度であれば民主的に正当化されるか、という視点から、クラウドニックの論述を追う。勿論、以下では大学理事会の「決定」（処分）の意味をもつ権限が取り上げられる。単なる提案権、助言・答申権は別である。

大学理事会について民主主義原理との関係で注目すべき論述を展開したのが、旧拙稿でも大きく取材したバイエルン憲法裁二〇〇八年五月七日判決（VerfGH 61, 103）である。この判決の結論としては、件の大学理事会が評議会によって正当化され、その評議会も大学内部での選出手続によって正当化されるので、大学理事会は民主的に正当化されるといふ連がりが見された。要するに、大学理事会は、学問の自由の担い手により専門的に刻印された民主的正当化でカヴァーされる、と。バイエルン憲法裁はこの点につき、次の様に敷衍する——。

評議会を代表する理事については、大学で選出されるのだから「ザッハリヒ、機能的に」正当化されている。その他の外部理事はラントの担当官庁によって任用されているので「人的に、民主的に」さらに「ザッハリヒ、機能的にも」正当化されている。ここで「人的に、民主的に」正当化されると言うのも、外部理事の任用について

は、バイエルン法によれば評議会が同意するしくみになっているからである。その他に、大学理事会の活動が法律、とりわけバイエルン・ラント学校法に拘束され、担当大臣部局の法監督および専門監督に服することにも触れられている。前にも触れた様に、本来は国に属する権限を大学が——理事会も含めて——行使する場合には、専門監督が必要である、と言うのがクラウスニツクの所論であった。

学説では様々の是非が論じられている所、クラウスニツクの見解としては、理事会の人的正当化、内容的正当化についてのバイエルン憲法裁の論旨には大体として賛成しうる。しかし、問題は、大学理事会の活動が民主主義原理に完全に適合するかどうか、つまり正当化水準が適切か否かということだ、と指摘している。(S. 439.) 学長との対比では、大学理事会も法律で拘束され、国の監督に服し、国が承認したうえで選任されるのだから、学長と同様に国民意思に結合している。けれども、学長と違って大学理事会には国の任務も与えられており、それらは以前であれば担当大臣部局が行使していた権限なのである。多くのラントの大学関係法では、大学指導部に対する解任権が明記されているのは対照的に、バイエルン法には大学理事会を解任する規定が欠けている。あるいは、少なくともその点が不明確である。正当化水準の低さが、この点に露呈している。(S. 440.) 結論として、大学の自治権ないし(国との)協働領域での(共同)決定権ないしは単なる助言権を越える権限を大学理事会に与えるラント法の規定、あるいは以前は国の任務であった事項の権限を大学理事会に与えるラント法の規定は違憲とされるべきである。これがクラウスニツクの主張である。

3. 「目標、業績協定」と民主的正当化について——。国(ラント)と大学、大学と部局との間で一定期間にわたり業績(国は予算措置をとる)契約を結ぶことが、近年の顕著な動向となっている。それは、古典的な行政のヒエラルヒー構造を「協働」コオペラチオン関係に変えることを志向するものである。そこに、民主的正当化との関係で、緊張

が生ずる。「鎖」のイメージを伴う民主的正当性はヒエラルヒーを前提としてきたからである。(S. 495.)

さて、各ラントの大学関係法によりつつ結ばれる目標協定の内容は広範囲に及びうる。原則として、大学の自治権、(国との)協働任務、国の任務の全領域にわたらうる。目標協定によって大学の自治権さえもが規律されうるということがここでは重要である。ラント大学関連法、連邦の大学大綱法にも、この点を効果的に制約する規定は見られない。そうすると、大学教員の学問の自由、研究・教授の自由がこの協定によって多大な影響を蒙ることがありえ、ここに基本権侵害の可能性が宿っている。

ところで、目標・業績協定が有効に成立しなかった場合、またはそれらの目標・業績が達成されなかった場合、いかなるサンクションが発動されるかについても各ラント大学関連法が規定している。だが、それらが達成されたか否かを誰が判定するかの規定は、皆無に等しい。とすると、勢い、その点の判断権は国(ラント)側にある、ということになりそうである。また、協定不成立の場合には、ラントによっては大学に対して目標についての指示を与えることができる。大学はただ意見を聴取されるだけである。(S. 471.)

さらに、民主的正当化にとって議会の予算権が重要であることも指摘されている。(S. 486.) 若干のラント大学法では正当にも、予算を伴う目標協定には議会の承認が必要である旨が規定されている。この種の規定がないラントの場合には、問題の規定については、議会の同意があつてはじめて該協定が執行されるという様に解釈されるべきだ、とクラウスニックは提言している。この様に、議会の承認・同意に着目するならば、ラントと大学との目標協定の期間は立法期よりも長くはならないということになる。

目標協定については、他にも、その法的性格²³⁾をめぐる問題など論ずるべきことが多々ある。全体として、クラウスニックは目標協定が大学自治の強化には連がり難いことを指摘している。要するに、目標協定をめぐっては国が

有利な地位を保ち、大学にとってはせいぜい長いものには巻かれよ式の「いかがわしい妥協」でしかないとの激越な評価が下されている。(S. 496.) それによると、通常の公法上の契約ならば、大学がこれ程に国側に一方的に有利な約束事を飲まされることはない。目標協定には言わば、いつでも「偽装された指示」に転化する危険性が内蔵している。目標協定によって大学自治が強化され、国の大学への影響力が小さくなるはずだと説かれてきたが、その実、国の影響力を以前にも増して強化する手段である、と論定するのである。⁽²⁴⁾

VI. 「保障国家」と私立大学

わが国で私立大学が果たしてきた役割には大きいものがある。現代ドイツでも、私立大学の数が増えつつあり、その地位も徐々に高まりつつある。私立大学をめぐる幾つもの問題点があるが、ここではクラウスニックが言及しているものの中から二つだけ取り上げたい。

1. 「保障国家」において、ドイツの私立大学は（財政）助成の請求権をもつか？ 言わゆる給付権（ないし参与権）の根拠・性格をめぐる問いであるが、ドイツ基本法GGの基本権から直接に始原的な請求権については、通説と同様、クラウスニックも否定的である。(S. 353.) 以前の裁判例では連邦行政裁が基本法七条四項（私立「学校」設立の権利）からこれを肯定してしたが（BVerwGE23, 347 (349f.), 27, 360 (362f.)）、連邦憲法裁はこの見解に与してはいない。(E75, 40 (61f.), E90, 107 (115)) 国には、個人の学問の自由が効果的に行使すべく学問施設を提供する義務はある。しかし、この義務をいかに実現すべきかは基本法からは読み取れない、と言うのである。⁽²⁵⁾

しかし、始原的給付権なるものが否定されるにしても、国からの助成がなされうること——及び、なされている

こと——については異存がない。むしろ、それは有意な助成である。但し、その際、一定の憲法条件が満たされねばならない。(i)資源(金)配分につき一般的平等(基本法三条一項)が遵守されねばならない。それは、近年の「新定式」によると単なる恣意禁止の意ではなく、比例原則をもクリアするものでなくてはいけない。かように、現行の助成「制度」の枠内で、各私立大学には派生的な配分請求権が認められるのである。(ii)そもそも助成対象となりうる私立大学の間に、それぞれが営む学問活動の「善し・悪し」を理由として配分の差別を設けることは、基本法五条三項一文から許されない。私立大学における学問の自律(立)性が踏みにじられてしまうからである。

放送に関する番組の中立性と同様に、国が助成を介して私立大学に影響力をふるう可能性があるというのは宿命的な問題である。勿論、この問題については私立大学設立の自由(基本法一二条一項、同二条一項)及び大学教員の学問の自由(同五条三項一文)が重視されねばならない。但し、この点はクラウドニックの特徴的な見解であるが、公法上の放送と違って私立大学はほぼ完全に市場・資本を志向しており、国からの資金助成への依存度は小さい。そこで、国からの私立大学への助成は、必ずしも放送料金決定手続と同じ様に、国から自由な手続でなされるべき必要はない。国からの助成、その背後にある大学政策の目的が、私立大学設立の自由及び大学教員の学問の自由を尊重して、これらと合理的に両立しており、比例原則に対する明白な違反がなければ合憲である、と言う。

(S. 355F)

勿論、資源(金)は有限であるから、大学助成については経済性(節約、緊縮性)を旨としなくてはならない。基本法五条三項一文の客観的側面として学問の多元性を確保するためには、国立大学への助成が犠牲にされてはならない、とクラウドニックが釘をさすのが、この論脈においてである。(S. 357)この見解は、私立大学の専門分野(学部)の広がり(幅)が一般的に市場志向のために限定的であるとして、学問の多様性を守るには国立大学

を維持することの方が重要である、と言うものであろう。また、私立大学への助成については、例えば法曹・聖職者まで一定の社会的職業養成のために国の制度に国立大学の負担を軽減しうるかどうかとも重要な考慮要素であるとするクラウスニツクの付言にも特徴的なところがある。思うに、「学校」について公立学校が本則であり私立学校がその「代替」として許容される（基本法七条四項）こととの類比で、大学は国立が本則で私立大学はその付則として位置づけられるという思考が、ドイツの公法学説には尚も堅固に沈澱している、と言うことであろう。⁽²⁶⁾

2. 私立大学と国立大学の関係について——今日のドイツでの私立大学の増加動向を目して、二元的放送制度にならって「二元的大学制度」という表現も見受けられるところである。だが、私立大学の数が増えてその意義も大きくなりつつあるというだけで、放送の分野と同じ意味で「二元制」を語るのは的はずれである。国立大学と私立大学との配分割合はまだ対等の関係には至っていない、としてクラウスニツクは否定的である。放送の世界では、公共放送も民間放送も視聴者にとつて違いはなく、いずれの番組編成も、連邦憲法裁によって要求されている多様性（EGZ, 238 (297ff), E57, 295 (324)）を満たしている。これに対して、クラウスニツクによれば国立大学と私立大学との相異は顕著である。私立大学は学生の将来の職業的成功を売りにして、そのための科目を配置し、全体としてやはり経済市場を志向している。国立大学によって提供される精神科学、社会科学の大半は、私立大学の学生からすればどうでもよい科目でしかない。言わば「不採算科目」を提供することが、国立大学の責務・存在理由でさえある。また、ドイツの大学にとって伝統的な「研究」と「教授」の一体性は、動揺しつつも、国立大学では尚も基本的には維持されている。しかし、それは私立大学にとっては、そもそも自明のものではない。むしろ、「教授」に傾斜するのが、多くの私立大学の現状である。（S. 358）

放送との比較がさらに続く——。放送の世界で民間放送の視聴料が全体の80%を占めるに對し、私立大学はドイ

ツの大学全体の20%弱でしかない(学費ベースでは2~3%程度である)。勿論、国立大学でも授業料徴収が解禁され、それだけ国立大学もその魅力をより積極的に発信しなくてはならない様になり、その競争相手として私立大学の意義も高まっている。さらに既に触れたところの一般行政レヴェルの「私化」「民営化」の動向が国立大学にも波及して、国立大学と私立大学との接近化が指摘されるわけである。

以上、仮に、「二元的大学制度」について語りうるにしても、諸々の要素を考慮すると、二元的放送制度に求められている「公法上の基本提供」が果たして大学の領域にも転用するのが説得的かは疑わしい⁽²⁷⁾、というのがクラウスニックの見解である。(S. 360) 同様に、「文化国家委託」概念や「知識社会」Wissensgesellschaftへの展開とこのことに依拠して、放送の二元制とほぼパラレルに大学について論じる例が、M・フェーリングの所論に見られる。

だが、この点は、これらの概念自体が不明確であるとして、むしろ端的に学問(の多元性・多様性)を守る国の「保障義務」Gewährleistungspflichtについて論じる方が有効である、という主張がクラウスニックによって対置されている。なるほど、これは本書全体を徹底する「保障国家」論に見合った主張であるが、それが果たして国の(基本権)「保護義務」とどこが違うのか。両者はどのような関係にあるのか。⁽²⁸⁾また、遺憾ながら文化国家・知識社会論に依拠する二元的大学制度に対して、いかなる点で有意であるかも十分には究明されていないように思われる。

* * *

以上、D・クラウスニックの大著「保障国家における国家と大学」への読書ノートをやや詳しくしたためた次第である。とくに、大学の民主的正当化論に焦点を当てたのは、ドイツでは、国家権力一般論のレヴェルでの理論が、わが国では国家(権力)から原理的に自由な領域であるとされる大学の領域にも適用されていること自体に興味をもったからである。国の行政施設(アンシュタルト)としての性格をもドイツの国立大学はもつので、この側面に

ついで——ベッケンフェルデ流の——元來的民主的正当化論が適用されるのも、この限りでは分かり易い。だが、ドイツの(国立)大学にはもう一つ「公法上の社團」という顔がある(連邦大学大綱法五八条一項、尚、さらに「別の法形態」をも採りうる。)こちらの側面こそが大学の第一の顔であろう。アンシュタルトと違つてこの側面については一層強く、国家からの自由が要請されるはずであろう。然るに、ドイツの通説では、この側面でも民主的正当化が必要だとされるのである。クラウスニツクの所論もそうであった。日本国憲法における大学自治なり、学問の自由なりの学説としては、寡聞にして聞かないところである。むしろ、本文でも触れたM・イエシュテットの所説の方が、日本国憲法における大学自治・学問の自由の解釈にとつて有意なもの——あるいは自明のもの——として受け容れられ易いのでなからうか。

そのことの是非はともかく、日独の憲法理解において、大学と国家権力、大学自治と民主的正当化の關係の把握にかくも大きな落差——それはあるいは逆向きの理解と言つても過言ではないかも知れない——が見られるのは何故であろうか。広くは文化・文化的基本権と國家の關係の把握の相違、市民社会と國家の關係の理解の相違、より特定的には、兩國における学問の自由・大学自治の歴史的展開の相違が、そのことの背後に控えているのであろう。今日の國家が大学・学問に関して果たすべき責任とはいかなるべきかという喫緊の課題に肉迫しようとする力作に對して、遺憾ながら、通り一遍の感想をもつてペンを擱かざるをえない。

注

(1) 拙稿「現代ドイツにおける、教授の自由」高岡法学二八号、「近年ドイツにおける、『大学自治』の判例法理」駿河台法学二六巻一号、「大学自治・制度的保障論・客觀的価値決定論」憲法理論研究会編・對話と憲法理論に所収。

- (2) このハビリタチオーン(教授資格請求論文)が出来上がるに際して、M. E. ガイス、M・イエシユテット、さらにK・F・ゲルディッツら(大学)自治や行政組織法についてこれまで発言してきた学者達の名前が挙げられている。D.K. Vorwort.
- (3) 両者の関係については、Vgl. Th. Oppermann, in: HdSR, Bd. 6^e (2001), Rn. 19. 勿論、両者が緊密に絡み合っていることは、Th. Grob, DöV 1999, S. 895ff. (900)
- (4) 拙稿、高岡法学二八号、九頁以下など。
- (5) EUには、ポロニーヤ宣言を義務づける権限はない、とするのは、P.M. Huber, ZRP 2007, S. 189ff. また、ポロニーヤ宣言はあくまでも政治的文書であって法的に義務づけるものではない。ドイツ当局が強迫観念に駆られて一挙に、修士課程に転換しようとした点を批判するものとして、B. Kempen, DVBL 2005, S. 1085.
- (6) 「保障国家」につき、参照、山田洋「『保障国家』とは何か」法律時報81巻6号、高橋明男「保障国家における法律の役割」法律時報81巻11号。
- (7) 国の行政責任一般については、Vgl. R. Scholz, VVDStuRL 34 (1976), S. 145ff. (149ff.), E. Schmidt-Abmann, VVDStuRL 34 (1976), S. 221ff. (229ff.)
- (8) 参照、鈴木秀美・放送の自由九二頁以下。
- (9) 旧拙稿・高岡法学二八号で取材した「学問の自由か、それとも研究の自由・教授の自由か?」という近年の争点にクラウドスニックは関説している。「学問の自由よ、さらば」、今後は「研究の自由」と「教授の自由」各々の「保障内容」を明確にする基本権ドグマティークを提言したのが、A. K. カウフホルトであった。これに対して、「学問」が明記されている点(文言)と体系的解釈の視点から、基本法ではやはり「学問の自由」は無化されえないと言うのが、クラウドスニックの見解である。学問の自由が第一に——何よりも——保障されるべき場が大学であり、大学においては伝統的に研究と教授が一体として遂行されてきたのだ、と言うのである。D.K., S. 89ff.

- (10) 拙稿・駿河台法学二六巻一号、栗島智明「ドイツにおける近年の大学改革と学問の自由」法学政治学研究一〇三号 二二三頁以下。
- (11) 前引拙稿で取材したゲルディッツが強調していた点でもあった。
- (12) その他に「侵害」概念の拡張が挙げられよう。言わゆる「規範存続保障」——わが国で言われる制度後退禁止と接点をもつ——もそのバリエーションである。ここまで侵害概念を広げてしまうと憲法異議の乱発を誘発する恐れがある、としてクラウスニックは否定的である。D.K., S. 135f.
- (13) H.H. Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 280ff.
- (14) 尚、二〇〇七—〇八年にかけてHRG撤廃が提案された。この連邦法には、大学自治を保障する規定がある（五八条一項）。仮にこの撤廃案が可決されていたにしても、ラント憲法上の大学自治保障の意義が強まることがあっても、その逆は無かった。逆に、ラント憲法による大学自治保障規定がないラントの場合、HRGが廃止されてしまうと、基本法三一条（連邦法はラント法を破る旨の規定）を介しての大学自治保障もなくなるであろう。基本法五条三項からも、大学自治は看取しえない。D.K., S. 174f, 166f.
- (15) K.F. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 623-628. もともと、拙稿・駿河台法学二六巻一号で紹介した様に、ゲルディッツは、この大著公刊後の二つの裁判例に学問の自由の「組織法的次元」を真摯に受けとめる方向性が看取しうる、としていた。その二つの裁判例とは、連邦行政裁判BVerwGE135, 286 = ニーダーザクセン大学法事件判決と、連邦憲法裁判BVerfGE127, 87 = ハンブルク大学法違憲宣言決定である。
- かの「ザ・大学判決」によって制度的思考が封印されたとして肯定的に受けとめて、ゲルディッツと同様にトゥルテも改めて学問の自由が何よりも個人の基本権であることに注意を促す。そのうえで、従来の制度的保障論が目指してきたことは基本権の客観法的次元——とりわけ、組織・手続的次元、給付権的次元——で対処すべきである、という方向が示される。H.H. Trute, aa.O., S. 265ff. (275f.)

- (16) U. Mager, Einrichtungsgarantien: Entstehung, Wurzeln, Wandlungen, und grundgesetzgemäße Neubestimmungen einer dogmatischen Figur des Verfassungsrechts, 2003, S. 280f.
- (17) ラント憲法上の大学自治を「制度的保障」と解して、その「文化国家」的意義を強調するものとして、J.D. Kühne, DöV 1997, S. 1ff. それによると、ラント憲法上の大学自治の制度的保障は、連邦憲法裁が基本法五条三項について説示する客観的内容というものよりも広く解される、と言う。(S. 5f.)
- (18) 拙稿「自由国家の法律と、E.W.ベッケンフェルデの憲法学」高岡法学二二巻一巻一七頁以下(六五頁以下)。尚、参照、高橋雅人「ドイツにおける行政の民主的正当化論の一断面」早稲田法学会誌五九巻一巻一〇二九頁以下、同「民間化における多元的行政の民主的正当化」憲法理論研究会編、政治変動と憲法理論七七頁以下。
- (19) H.H. Trute, aa.O., S. 228.
- (20) 実は、この部分の説示についても批判が提示されている。公けの任務遂行の効果向上および「経営平和」という目的によって、全ての国家権力について適用されるはずの基本法二〇条二項が免除され、それが容易に正当化されてしまっている。憲法裁の本件決定によつては、労働者代表がいかなる根拠から理事会に参加できるかが論じられておらず、肩すかしだ、と。P. Urruh, JZ 2003, S. 1061ff. (1063.)
- (20^a) K.F. Gärditz, aa.O., S. 403, 7の点との関連で、民主的正当化論の「多元型モデル」の説について参照、高橋雅人・前掲(早稲田法学会誌)論文。
- (21) 拙論・駿河台法学二六巻一号
- (22) 二〇〇九年の、かの連邦行政裁判決以前の論稿で、M・ブラウクマンも、仮に財団理事会の設置が民主的に正当化されるとしても、その活動が同様に正当化しうるかは疑問である、と指摘していた。その理由としては、まず、担当大臣部局による専門監督の欠如が挙げられていた。第二に、大学内部の問題としては、当事者≠大学構成員が関与する水準が低すぎる(そう)ことである。M. Braukmann, JZ 2004, S. 662ff. 然るにその後、拙稿でも紹介した通り連邦行政裁は、

この種の疑念に対して合憲限定解釈をもって処したのであった。

- (23) R. Uerpman, JZ 1999, S. 634ff., (649) によれば、行政法上の契約とされる。
- (24) 大学が国家に飲み込まれないためにも、次の点の認識が肝要であろう——自治団体（公法上の社团）としての大学と国との協定は、アンシュタルト（国の行政施設、造営物）——例えばラントの交通局——と国との協定とは区別されるべきだ、²⁶と云うことである。R. Uerpman, aa.O., S. 649.
- (25) 同前、M. Nettesheim, DVBL 2005, S. 1072 (1080)。
- (26) ドイツの憲法教科書やコメントールにおいては概して、私立大学への言及が今でも少ない。一つの例ではあるが、代表的なコメントールのなかでCh.シュタークは次の様なことを述べている——私立大学（及び教会立大学）が国から承認を受けるには、水準や分野の多様性に関して国の法律に従わなくてはならない。また、それらが国の助成を受けうるには、研究対象や水準の点で公けの福祉の視点から、国立の大学等に対して有意な補完者の役割を果たし、相応の数の学生を教育するかどうかにかかっている、²⁷と云うのである。Ch. Starck, in: von Mangoldt/Klein/ders., Rn. 404.
- (27) しかも、クラウスニックはそれが最小限の提供というように解される傾向があるが、それは誤りだ、と指摘している。D.K., S. 360.
- (28) 「保障国家」を支持する様々の理由があるとして、「保障行政法」の確立が期されるべきだ、と云うのは、F. Schoch, NVwZ 2008, S. 241ff. 保障国家は、「最小国家」と同視されるべきでなく、「存在配慮」から国が完全に身を引くことは基本法上は許容されない、とする。(S. 247.) ショッホによれば、実定（憲）法に規定された領域ごとの国の保障義務（基本法八七d、八七e、八七f——航空交通・鉄道・郵便とテレコミュニケーション）と基本権保護義務とが「保障法」の基礎である。(S. 244.)

(二〇一六年十二月二〇日脱稿)