

近年ドイツにおける、「大学自治」の判例法理

—または学問の自由と組織について—

小貫 幸 浩

はじめに

理念としては恐らく、教職員と学生とが各々の立場と役割とを尊重しつつ、知性と真理を追求する共同（協働、協同）の場が大学である、と言うのは今日尚も妥当する命題であろう。このことはまた、大学が大学である限り、大学に身を置く者が各人の心にとどめておくべき、言わば北極星の如き理念であろう。そして、永続的な未完のプロセスである真理追求の場に、垂直的な命令・指示と服従の関係こそ、ふさわしくないものはない。ことを大学運営の側面に限って言うのだが、団体的意思形成のあり方としては、当事者による民主的な代表もしくは合議制こそが、ふさわしい。

だが、周知の様に、大衆社会化⁽¹⁾、教職員組織の肥大化、国内外での生き残りを賭けた競争の激化、大学の社会的

役割の変容など諸々の事情の下に、必ずしも現代の大学は、民主的代表と合議制の原理だけによって運営されているわけではない。大学の組織としての、団体としての一体性を維持するために、多かれ少なかれ行政機構的な意思形成のあり方と服務関係の浸透も見られるところである。あるいは経営戦略の視点から、現代企業法的な意思形成のあり方も、観取されるところである。言わば、理念的には合議制原理が妥当するとしても、現実には、多かれ少なかれの独任制原理が——行政評価的であれ、企業戦略的であれ——不可避免的に顔を出している。この両原理の不断の緊張関係こそが、現下の大学組織のあり方を刻印していると言つてよい。そのことは、勿論、大学組織だけにとどまる問題ではない。国・公立、私立を問わず、大学及び大学人にとつての生命線である学問の自由——研究・教授の自由、及びこれらの客観的側面としての大学の自治——も、右の如き組織のあり方によって大きな影響を逸れえないのである。

我が国の大学も既にそうであるが、最近ドイツの大学も新しい顔を見せつつある。ドイツの古典的な「正教授中心型」大学から、一九七〇年代以降の「グループ型」大学を経て、今日、良かれ悪しかれ、「経営型」大学が注視されているのである。そのことに平仄を合わせるかの如く、ヨーロッパ統合を背景とする社会的要請を受けて、連邦・諸ラントそれぞれのレヴェルにおいて大学関連諸法が既に数次にわたる改訂を経ている。そのことの委細は、若干の憲法裁判例にこと寄せて小稿で述べられるが、ここで極く大雑把な動向を指摘すれば、こういうことにならう。経営の論理と業績向上、効率追求のために、大学・学部（専門領域）いずれのレヴェルでも執行部の権限が強化され、そのことと平行して、同僚教授団を中心とする合議制原理から独任制原理への重心移動が、まず、顕著に観取されえよう。さらに、従前よりも一層強く、学外の声——とりわけ、財界の声——を大学運営に反映させる仕組みが採り入れられていることも、一つの特徴となつていよう。これらの点は、若干の変更付きで、日本の大学にも妥

当するはずである。

既に示唆した様に、ことは大学組織の問題にとどまらない。現代ドイツでは諸々のレヴェルでの「評価」(例えば連邦大学大綱法 Hochschulrahmengesetz = HRG 6条、及びこれを受けた諸ラントの大学関連法で) システムが、教授・研究の質の向上を目指して整備されつつある。それに連動して、研究資金配分の仕組みの制度化も進行している。また、大学と国＝ラントとの言わゆる「協働」Kooperation現象の一つの現れであるが、両者間で業績についての「目標協定」が結ばれることが多い(日本の場合、独立行政法人となった国立大学の「中期目標」を想起されたい)。それならば一層、「学問の場にふさわしい」手続的条件と対話構造とがしっかりと確保されねばなるまい。⁽³⁾ かように、大学組織・運営の問題、大学の意思形成の編成の問題が、学問の自由、つまり教授・研究の自由の問題に跳ね返る。

以下、この小稿では、まず、近年ドイツの連邦憲法裁判所で大学組織のあり方が争点とされた主要事例を大きく眺め渡したい(1、2)。次いで、連邦憲法裁判所の右の判例動向の意味を明らかにすべく、同裁判所とは異なる別系列の裁判所で取り扱われた著名事例にも視線を延ばしたい。一つは、ラント・レヴェルの憲法裁判所の事案であり、もう一つは連邦行政裁判所で取り扱われた事件である(3(1)、(2))。当然、これらの事案では、「大学自治」akademische Selbstverwaltungの意味と内容をめぐる議論がなされよう。ボン基本法GGには、大学自治についての明文の保障規定がなく、連邦憲法裁判所の根拠については明確には答えていない。(E35, 79 (116f)) これに対し、学説では、「芸術及び学問、研究及び教授」の自由を保障した基本法5条3項から大学自治が導かれるという見解が強い。⁽⁴⁾ 現在16を数えるラント憲法のうち、12の憲法には大学自治の明文規定がある。また、連邦大学大綱法HRGでは「大学は法律の枠内で自治権をもつ」(58条1項)としている(尚、この法律が適用される「大学」とは、諸

ラントが設立した、つまり国立＝ラント立大学と、ラントの承認した大学のことである。同1条。）

さて、右の法律では、この意味での大学の法的性格が規定されている。原則として「公法上の社團」[Körperschaften des öffentlichen Rechts]とあり、「同時に」und zugleich「国の施設」staatliche Einrichtungenとされている（但し「別の法形態」でもありうるとされている。同58条1項。）勿論、ここで「国の施設」とは、伝統的な行政法学の用語によれば「営造物」Anstaltenと言わなければならない。筆者の手許にある、やや古いドイツ語圏の行政法教科書二、三に当たってみると、中世の大学は「社團」であった。これに対し、幾分の留保付ながら、20世紀の大学はその社團性を大きく失って、国の造営物であるとす記述が目につく。この点、大学は二つの顔を同時に併せもつというのが——さらに「別の法形態」も採りうる——今日の大学大綱法による性格規定であって、特徴的である。ここで特徴的だと言うのは、大学が単なる「施設」「制度」であるだけでなく、何よりも学問の「自由」——その実質は教授・研究の自由という主観的公権によって裏打ちされた場であるべきことが、それなりに強調されている、と考えるからである。何とすれば、かかる主観的公権により適合的なのは、構成員の主体性を溶解してしまう傾向をもつ「営造物」「施設」「制度」ではなく、構成員の自由を基盤とする自立的団体としての「社團的」構成であるからである。⁶⁾では、大学大綱法が許容する「別の法形態」はどうか。この点で、3(2)で取材される連邦行政裁での事案では、第三の形態としての「公法上の財団」Stiftungen des öffentlichen Rechtsへの国立大学の移管をめぐる問題が争われたのであり、この論脈でも興味を引くであろう。

とまれ、以下ではドイツにおける最近約10年程の主要事例を俯瞰して、大学自治の法意につき、なによりも、大学という現場で学問に従事する者達の主体的自由の視点から検討したいのである。

注

(1) ボン基本法12条1項、3条1項及び「社会国家原理」から、一定の条件を満たす志望者に大学入学する権利を認め、¹⁾たのが、E33, 303 (332) = numerus clausus (定員判決)であった。エリートだけを入学させることは許されないという²⁾重し、が、連邦憲法裁判によって課されたのだった。

(2) 連邦大学大綱法HRGでの評価対象は、研究・教授、後進育成及び両性の対等性である。「教授」評価については学生も関与するところが特徴的である。この点につき、学生の「学習権」の視点から正当化する見解として、M. Fehling, Die Verwaltung 35 (2002) S. 399ff. (413).

また、今日では研究・教授は個々の大学だけで完結的になされるわけでないので、当の大学の外部者が評価に参加する³⁾peer review⁴⁾のscientific communityの視点から正当化できるところ見解として、M. Fehling, aa.O., S. 414.

尚、日本も含めたアジア・オセアニア諸国及びドイツ・フランスでの近年の大学改革・評価をめぐる比較研究として、シリーズ「大学評価を考える」第3巻編集委員会編、大学改革・評価の国際的動向、参照。

(3) H.H. Trute, WISSR 33 (2000) S. 134ff. (138, 153, 157).

(4) 基本法5条3項を根拠とする見解を、アット・ランダムに挙げる。R. Scholz, in: Maunz/Dürig, Rn. 4, Ch. Starck, in: von Mangoldt/Klein/ders., Rn. 382ff., H. Sculz-Fielitz, in: HBDV R. Rn. 6ff., M. Fehling, in: BK, Rn. 26, 206, I. Pernice, in: Dreier⁵⁾, Rn. 57.

その上で、大学及び大学自治を「制度的保障」として説明する見解は、決して強くない。大学自治をわざわざ制度的保障として説明する必要性などなく、と断定するのはM. Fehling, aa.O., Rn. 32, 124. シュニータークも、この観念には懐疑的である。Ch. Starck, aa.O., Rn. 382, Anm. 285. せいぜい行かななくとも、大学及び大学自治の制度的保障は学問の自由とどう主観的自由に対して「部分的」「補完的」なものと位置づけられるのか、R. Scholz, aa.O., Rn. 4, 82.

(5) W. Jellinek, *Verwaltungsrecht* 1966, S. 521, E. Forsthoff, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 1961, S. 428, 443 Anm. 2, W. Antoniolli, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 1954, S. 185.

(6) 今日のドイツの大学の法的形式については「**「社団」の側面を強調する見解として**」Th. Groß, *DVBZ* 2006, S. 721ff. (724ff.) クロスによれば、大学は社団として、その任務履行に際し、「**「構成員」の参加を不可欠としており、この点で「組合」に接近する**。構成員は、「施設」の単なる「利用者」ではない。ボン基本法5条3項は勿論、大学の法形態につき明定するものではない。だが、立法者は同5条3項の諸要請に応えなくてはならず、社団という法形式がそれにより適合することは確かである」とオッパーマンが述べるのもこれと同旨であろう。Th. Oppermann, in: *HdSR*, Bd. 6² (2001), S. 809ff., Rn. 51, 同書¹⁷ M.-E. Geis, in: *HdGR*, Bd. 4 (2011), Rn. 24.

社団の特徴の一つとして、「**「構成員」がいる**」ことが挙げられ、団体の重要事項に十分な影響力をもつべきことが指摘される。さらに、「**自治の原理からして、団体内部の民主的構造が要請される**。これに対して「**施設**」の人的要素は「**利用者**」であり、大学も職業養成所（ボン基本法12条1項）として施設という顔をもつ。この側面では、学生は利用者である」。Vgl. H. Maurer, *Allgemeines Verwaltungsrecht*¹⁷, 2009, § 23, Rn. 40, 41, 47.

(7) 近年ドイツでの大学をめぐる憲法裁判例をあえて二つに分類すれば、一つはこの小稿が取材するところの大学組織のあり方ないしは大学自治の内容に焦点を合わせるものである。もう一つが、古典的な意味での研究・教授の自由（学問の自由）の内容をストレートに問う事例群である。例えば、担当講座ないし科目の変更を命じられて「**教授の自由**」が正面から問われた裁判例である。キリスト教信仰を放棄したことを著作等で公言した神学部教授が、担当講座の変更を命じられたことをめぐる憲法異議事件として、[E]22, 89. 工学系専門大学の教授が担当科目の変更を命じられたことに関する憲法異議事件につき、BVerfG, *Beschluss vom 13. April 2010*—BvR 216/07.

主観的権利としての学問の自由の「**内容**」を問題としたのが旧拙稿「**現代ドイツにおける、教授の自由**」（高岡法学28号）であった。本稿は、第一次的には大学組織のあり方が問われた憲法裁判例を対象とするもので、この意味で、旧

稿と姉妹編を成す。

1 ブランデンブルク大学法決定 (E11.1.333) 〓 04・10・26 連邦憲法裁第一法廷決定

(1) 多くの諸ラントの場合と同様に、近年のブランデンブルク・ラント大学法でも、大学執行部の権限が強化され、同時に、大学自治の強化という理由の下に、業績評価及び共同参画の達成度に基づく大学助成・資金配分が規定されている。以下に見る様に、それが本当に大学自治の強化に資するものであるか否かが問題であろう。勿論、

この点が問題となるものの、この法律では尚も、大学——とりわけ研究・教授事項——に関する規範立権・コントロール権が合議制機関に残されている。この点に、後述²でとりあげられるハンブルク大学法の場合 (E 127. 88) との顕著な違いがある。尚、後者の事案で争点となったのは「学部」レヴェルでのことであつたが、法律のあり方としては大学レヴェルでも甚だ問題があることが指摘されていた。⁽¹⁾

さて、ブランデンブルク大学法では、「教授の自由」に関し、講義的内容的・方法的構成、学問・芸術上の見解(学説)表明の自由が規定されている。この点で、教授に関する大学諸機関の決定は、教授運営の組織及び修学・試験規則の作成・遵守に関わる事項に限定される。「研究の自由」には、とりわけ問題設定、方法の原則、研究成果の評価、研究の公表が含まれる。これに対し、大学諸機関が決定権をもつのは、研究運営の組織、研究企画の促進と調整、研究「重点」の形成に関わる限りにおいてである(芸術の発展計画についても同様)。

また、この大学法では、修学・試験規則にも拘らず、学生の「学習の自由」として、とくに講義の自由な選択、修学課程(コース)の枠内で「重点」を選択する自由、学問・芸術上の意見形成・表明の自由が含まれている。

「評価」（学生も参加する）については、学部長は「専門領域委員会」——これは、日本の大学の学部教授会に相当するが、しかしそれとは組織原理が同じでない——と協力して、専門領域の諸部門を評価し、二年ごとにその報告書を作成して学長に提出する。学長は評議会と協力して、右の報告書を参考にして専門領域及び主要な施設について評価し、二年ごとに全体報告書を作成し、ラント政府の担当大臣に提出するものとされている。

国立ラント立大学のためにラント大学委員会なるもの——各大学ごとに大学委員会も——が設立されるという点は、本件法律での特徴となっている。(i)学長・評議会に対し原則問題につき助言すること、(ii)大学の発展計画決定に参与すること、(iii)予算計画につき担当大臣に助言すること、(iv)評議会と協力して学長候補を提案すること、がラント大学委員会の任務として挙げられる。委員の選考については、ラント首相が担当大臣の提案に基づき、大学からの聴取の後、ラント議会の担当委員会と協力して、決定する。少なくとも1/3は、女性でなければならぬ。ちなみに、「ラント」大学委員会という組織は、ドイツでは例外の部類に属する。

学長の任務と地位については次の如く規定されている。学長は大学を「指導」し、外部に対して大学を「代表」する。とりわけ、次の事柄について権限をもつ（例示）。(i)大学の発展についての構想を準備すること、(ii)評議会での聴取の後に、専門領域、主たる部門、企画組織、修学課程を設置、又は閉鎖すること、(iii)専門領域、主たる部門の活動、とりわけ教授・研究に関する調整を行うこと、(iv)研究報告書に基づいて評価すること、(v)予算を作成し管理すること、評価結果に基づき資金・ポストを配分すること、(vi)大学内の秩序を維持すること、である。

学長は、ラント大学委員会の提案に基づき、評議会によって選ばれる。ラントの担当大臣によって任命される（任期6年、再任可）。評議会の2/3の特別多数をもって、学長は解任されうる。その際、学長には弁解の機会が与えられる。

大学評議会については次の如く、である——。その権限としては、(i)大学の基本規則、その他の規則——専門領域によって制定されている場合は別——を制定すること、専門領域の規則に対し見解を表明すること、(ii)教授・研究・修学・試験・(学問・芸術の)後進育成に関する原則問題について決定すること、(iii)大学の発展計画につき決定すること、(iv)学長を選任、又は解任すること、(v)教員任用に関し専門領域からの提案に対して決定し、さらに学長の任務遂行を監督すること、である。

評議会の構成は、(i)教員から6名、(ii)学生から2名、(iii)学問的共同者から2名、(v)その他の共同者から1名の計11名である。つまり、教員が絶対多数を握っている。

学部長については以下の通りである——。学部長(及び副学部長)は、学長の提案に基づき、専門領域委員会により、その委員会に属する教員のなかから選ばれる。その選任には、右委員会の多数決、そして当委員会に属する教員の多数決が必要である。

学部長は専門領域を「指導」し、それを「代表」する。「教授・研究」の評価結果を考慮しつつ資金・ポストを配分するのは、学部長である。「教授」報告書、「研究」報告書を作成し学長に提出するのは、学部長である。

次に、専門領域委員会の任務としては、(i)専門領域の規則を策定すること、(ii)専門領域の組織・発展計画を策定すること、(iii)任用提案を決定すること、(v)教授資格請求につき決定すること、(v)専門領域における「教授」「研究」の評価・調整に協力すること、(vi)学部長・副学部長を選任、または解任すること、が挙げられる。さらに学部長の任務遂行の監督、学部長に対する情報提供の要求も、そうである。

(2) ラント内の二つの大学の法学部・哲学部及びそれらの教授達により、右の法律がボン基本法の5条3項の基本権を侵害するという憲法異議が申し立てられた。これが本件である。主として次の様に申し立てられた——。

この法律は、権限を学長に集中することで、学問の自由と専門領域の独立性を侵すものである。また、申立人は教授資格付与の権限から排除されている。

さらに、全ての専門領域からの代表が大学評議会に確保されていないことも、基本法5条3項に違反している。何故なら、申し立て人によれば、大学にとって評議会こそは、学問多元的な、中心的合議制機関であり、各専門領域が、学問にとって重要な決定・コントロールに参与しうる唯一の機関だからである。

申し立て人はさらに、学部長への権限集中についても異議を提起した。この法律で学部長に与えられた権限——右に見た様に、研究・教授の調整、資金・ポストの配分など——も技術的・执行的なレヴェルを超えており、本来、こうした権限は合議制機関たる専門領域委員会にこそ付与されるべきだ、と主張するのであった。

また、ラント政府が、ラント議会の担当委員会と協力してのこととはいえ、法規命令で大学及びその諸部門を閉鎖しようとしている点も、攻撃された。

(3) 本件では、連邦憲法裁判所法27 a条により、(A)ラント政府、(B)大学学長会議、(C)教育・学問組合、(D)ドイツ大学連盟、(E)大学教員連盟から各々見解が述べられた。以下、順次に見ていくが、先取りしてまとめると(A)(B)(C)いずれも大学「経営」の視点を強調していて、(D)——恐らく(E)に対しても——の見解と真向から対立しているのが興味深い。また、(A)(B)の見解には、国≡ラントと自治団体*Körperschaft*としての大学との「協働」*Kooperation*という観点が強く打ち出されている。これも、今日的なドイツ大学の状況及びドイツの大学政策が何程か示唆的に、良かれ悪しかれ語られているものとして興味深い。これら(A)〜(E)は、後に2でとりあげるハンブルク大学法事件においても——但し、(A)は当然、ハンブルク政府となるが——見解を述べており、その分布状況が二つの事案の相違を幾分、反映したものとなっている。

(A) まず、ラント政府によると、本件異議は多くの点でそもそも許容されない。とくに大学・専門領域が閉鎖される可能性は、申し立て人の基本権に関係しない(教授資格・教授委託の付与権限についても同様。)その他の点では、異議は理由づけられていない。大学組織の諸規定は、学問の自由から導かれる基準を満たしている。

また、ラント政府の見解では、「制度としての大学」ないし「大学の自治」保障は、基本権からは導かれない。学問活動の「核心領域」に及ばない限り、立法者は大学組織を裁量的に規律できる。

学長への権限強化という点についてはどうか。ラント政府によれば、それは「学問経営」モデルの結果であり、憲法上、問題はない。評価及び資金配分に関する学長の権限も、専門領域が十分に関与しうる仕組みになっており、何ら広すぎる裁量というものではない。学部長(及び副学部長)の選任についての学長の権限も、何ら問題はない。と言うのも、学部長として選任される者は、その専門領域に属する教員に限定されており——後述2でのハンブルク法の場合と顕著に異なる点である——、しかも、最終的な同意権が専門領域の手許に残されているから、と主張する。

本件ブランデンブルク法での一つの特徴ともなっている、ラント大学委員会は、国々ラントにより設立された一種の参与的審議会だが、「コーオペラチオン協働」原理に照らして何ら問題はない。

その他、ラント政府は、学問の自由から合議制の決定方式は導かれない。学部長の資金配分権限は評価結果に拘束されている上に、この権限は「学問経営」モデルからの帰結である。専門領域委員会は評価そのものに影響を及ぼしている上で、その上さらなる「共同決定権」は不必要であることなどを述べている。

(B) 大学学長会議も、(A)ラント政府と同様、大学「経営」の視点、及び「協働」の視点を明確に打ち出している。国際競争の時代には「指導」機能の強化、「経営」構造の現代化が求められており、経営のしるうとによる

合議的運営では太刀打ちできない、と言うのである。

ラント大学委員会の大学発展計画への関与は、専ら補助的なものであり、しかも、その関与は、個々の大学を横断する共通の側面に限定されている。学長選考についての、この委員会の提案権は命令的なものでなく、「協働的」なものである。

同様に、専門領域の執行部の選任についても「協働」の視点が強調される。それによると、専門領域は自治団体としての大学の一部であり、故に、学部長は大学全体に対しても責任がある。こうして、学長の提案に基づき、最終的には専門領域委員会の同意の下に学部長が選任される仕組みが正当化される。

大学学長会議の見解では、資金配分の基礎データとしての「研究」評価の仕組みは、非合理的でも学問外在的なものでもない。「教授」評価についての法律の手續は、既に定着しつつあるもので標準的なものである。

(c) ラント大学委員会の委員の資格要件が該法律で規定されていなくても、任用手續の側面からの補完によって十分に民主的に正当化されている、と言うのは教育・学問組合である。言わゆる「民主的正当化」というトポスに言及するのである。

学長の任用それ自体は、学問にとって何ら重要な事柄ではない。むしろ、その任用プロセスにラント大学委員会が介入することで、ラント＝国からの直接的影響が弱められる。決定的なのは、大学評議会に包括的コントロール権限があることである。

教育・学問組合もまた、上記(A)(B)と同様に、以下の如く「経営」「協働」の視点を強調する——。大学「経営」のためには、合議制から独任制への重心移動が許容される。さらに、執行部の構成が、外部者の関与を排して専ら大学内部の者だけで決定されるべきであるとは、基本法5条3項からは読み取れない。

また、該組合の見解では、専門領域指導部の選任についての大学指導部の提案権にも、何ら憲法上の問題は生じない。むしろ、大学と専門領域との「協働」関係は、この度の法律の新しい規定によって、より一層、順滑なものになるであろう、と述べる。これは、上記(B)の見解と一致するものである。

次に、専門領域指導部の権限には、確かに、学問にとって重大な事項が含まれている。だが、指導部は該専門領域に属する教授のなかから選ばれるのであり、このことで帳尻が合わされている (A)と同旨。

また、大学指導部の調整権限は、典型的に、各専門領域を横断するところの「経営」的な任務である。これは、伝統的な合議制原理に固執しては果たせない任務である (B)と同旨。

右に見た様に、該組合の見解は、上記(A)(B)に同調するところ少なくないが、最後に、該組合に特徴的な主張として、二点、挙げておきたい。まず、件の法律が定める大学指導部の評価権限については、「憲法適合的解釈」がなされるべきだ、という主張である。それは、学術的探究の結果についての評価ではなくて——もし、それならば、かかる権限は違憲である——、「学問的共同体」scientific communityにおける生産性・受容性についての評価なのである。

第二、各専門領域全てから大学評議会に代表が出されるべきだということは、ボン基本法からは導き出されない、という主張である。評議会で問われるのは、学問専門的な学識ではなく、学問「政策」上の学識だから、と言うのである。

以上、(A)(B)(C)はブランデンブルク大学法を合憲とする立場からの見解である。ニュアンスに若干の違いはあるものの、どの立場でも大学「経営」の視点、国と大学、大学全体と各部門との関係を「協働」関係と見る視点が強調されているのが耳目を引くであろう。

(D) これに対し、本件異議申し立て人の主張を支持する意見が、とりわけドイツ大学連盟により表明されている(尚、(E) 大学教員連盟からは実質的に、異議申し立て人に与するという短い意見が寄せられた。)

ドイツ大学連盟の意見では、本件法律での資金・ポスト配分規定については、組織の定め方との関係からして既に、基本権への危険性が認識される。この法律によって大学自治は外見的にのみ強化されるのであり、実は、大学は被後見人にされるものである。

上記(A)(B)(C)に対し、当連盟によれば、大学は一般企業と同視されてはならない。教授資格の付与・資金配分など、直接に研究・教授に関わる事柄について、大学指導部は「学問」に対してこそ責任を負うべきで、「経営」に対して責任を負うべきではない。

当連盟の見解では、大学評議会の関与から学長を(従来よりも)大幅に解放することは憲法違反であり、また、この法律の下では、評議会には十分な決定権が与えられていない。とりわけ問題なのは、研究・教授の評価に関する学長の権限である。評価の基準が、法律には欠けているからである。

当連盟はまた、全ての専門領域から評議会に代表が出されているのでなく、全体でたった6人の教授が評議員となるに過ぎないことの不十分さを批難している。この点は、前記(C)の主張と好対照を成している。

以上、(D)の見解は——恐らく(E)も——、大学自治は教授団を中心とする合議的仕組みによって担われるべきであり、かかる組織の裏打ちによって研究・教授の自由が確保されるべきだ、と言うものであろう。これは言わば、「ドイツの大学」にとって通奏低音として響く伝統的な見解であろう。この考え方は既に、一九七〇年代の「グロブ大学」の定着によって相当に動揺したが、今日の大学を巻き込むグローバリズム、ヨーロッパ統合、ドイツ社会の変容によって、さらに一層、試され続けているわけである。

(4) ドイツ連邦憲法裁の結論としては、申し立ての一部につき適法だが理由づけられていない。また、一部については不適法というものである。本決定の理由づけを次に見て、若干のコメントを加えたい。

① まず、大学評議会の構成についての異議申し立ては不適法として斥けられている。基本法5条3項の基本権の実効的保障のためには、確かに、適切な組織的対処が必要である。けれども、憲法裁によれば、特定の組織形態の採用が命じられているわけではない(E35, 79 (116))。全ての専門領域が評議会に代表されていなくとも、そのことで学問の自由が危険にさらされているとは言えない。つまり、基本法5条3項は、各専門領域が評議会に代表を出すことを「保障しない。」

② 今回の法改正で導入された「研究、教授」の評価及び資金配分もまた、「学問にとって重要な」事柄である。よって、この点に関する憲法異議は許容される。しかし、以下の通り、それには理由がない。問題の諸規定は、基本法5条3項の保障する「学問の自由」と両立しうる。

本件でも、既に引用された大学判決(E35, 79)以来の判例法理が定石として踏まえられている——。まず、基本法5条3項には、個人の自由権とともに「学問、研究、教授と国」の関係を規律する客観的原理規範が含まれ、さらに、文化国家としての国の側からの請け合い(E35, 79 (114))が含まれている。

さて、国にはそのための組織法上の対処が要求されている。基本権担い手の個人の側から言うところ、右の価値決定＝原理規範から、自由領域を守るための組織法的対処を国に求める権利が生ずる。(E35, 79 (116))。但し、「この自由領域は単に学者個人の発展のためでなく、個人及び社会の福祉に仕える学問のため」のものでもある。(E47, 327 (370))。「学問とは、自立的責任において営まれる、原則として他律から自由な領域」である。「社会的有用性とか政治的合目的性から自由な学問こそが、結局は、国と社会に奉仕する。」(E47, 327 (370))。こうした判例法理

を踏まえて、本件での連邦憲法裁は、ボン基本法5条3項によって、単に国の命令・禁止からの自由だけでなく、学問にたずさわる者に公けの資源・学問的営みの組織に参加することも保障されている、とする。

しかし、学問的営みへの参加は自己目的ではない。それは「学問にふさわしくない決定からの保護に仕えるものであり、よって、それに必要な範囲でのみ保障されている。」だから、この参加の保障は「研究し、教授する自らの自由を危険にさらしうる大学組織上の決定」に限定される。(EGS, 79 (116f., 127f.)) こうして、連邦憲法裁によれば、教授・研究の自由を十全に保障するという条件の下に、立法者は、学問に従事する者が大学組織の決定に参加する態様を自由に形成しうる。その態様は多様でありえて、「自治」の伝統的な形態に拘束されない。大学外部の人々の関与も、当然に許容される。こうして、申し立てられた諸規定は尚も、合憲である、とされたのである。

③ 大学及び専門領域両レヴェルでの独任制原理への重点移動は、学問の自由を「構造的に」危険にさらしてはいない。大学自治のためには独任制よりも合議制が優先されるべきだという考え方は、基本法5条3項から観取されえない。たとえ、それが学問的に重要な事項であっても、内容的に限定され、学問の自由への「構造的」危険が生じないように組織的な安全策が講じられている限り、独任的指導機関が決定することも許される。本件ではそうである。この点について、さらに以下、(a)～(c)3点にわたり説示されている。

(a) 本件では、独任制原理への重心移動だと言っても、様々のレヴェルの同意・了解が必要とされている。そのため「教授、研究の自由」は侵害されない様になっている。

(b) 専門領域の執行部の補充的権限(ラント大学法73条2項)も構造的な危険とはならない。専門領域委員会の権限により制約されているし(同74条1項)、内容的にも制約されている(同4条1項、2項。)

(c) 大学指導部による教授資格の付与、専門領域指導部による教授任務の付与は、学部、学問の自由に適合する。

学部合議制機関には、情報・監督・解任の権限を通じて、学問活動を阻害する決定を阻止するに十分な力が与えられている。

④ 「評価」を考慮して資金配分する指導機関の権限（ラント大学法65条1項④Nr.4、5、73条3項①）も、憲法適合解釈により基本法5条3項に適合する。上記(3)の(c)が、この権限に関して同様に「憲法適合解釈」の手法を提示していたが、以下、この文脈で連邦憲法裁の言う、その手法に少々、踏み込んでみたい。

(a) まず、評価の基準は、学問本来のあり方を——つまり、単なる社会的有用性や政治的合目性の観点ではなく——十分に顧慮したものでなくてはならない。勿論、この基準が大学内に設定される場合にも、この要請がないがしろにされてはならない。これに対し、この基準が大学外に設定される場合には、学問本来の目的が無視される恐れが一段と高まる。とくに、この評価結果により公的資金の配分が左右される時には、この基準がとても重大な意味をもつ。

しかし、憲法裁の見解では、学問的優劣の評価、そしてその評価に則る資金配分が禁止されているとは、基本法5条3項からは読み取れない。業績が学問的に適切に評価され、資金配分が合理的・実効的になされる限り、憲法上の問題はない。

(b) かくして、憲法裁の見解では、学問的に適切な基準が設定されるには、学問する者の代表者が参加しうること、その際、該基準が学問分野毎に異なりうること——むしろ、異なるものでなければならぬこと——が重要である（例えば基礎研究なのか、それとも成果が割合に早期に見込める分野なのか、など）。

また、第三者資金[Drittmittel]——つまり、国以外からの外部資金の取得額を該評価の唯一の基準として採用することは、適切でない。仮に、それが基準の一つとなりうるとしても、それが「委託」研究⁴、結果志向的な研究へと

刺激するものであってはならない。

(c) 問題の法律には、「教授」についても「研究」についても、具体的な評価基準が明定されてはいない。「教授」については評価の目的が挙げられているだけで（ラント大学法7条1項①②）、「研究」に関しては、その自由が侵害されてはならないということが述べられているに過ぎない（同4条2項③）。こうして見ると、立法者は、その裁量の枠内で一つのモデルを提示して、そのような基準が大学内部のプロセスで形成されるべく促すことができる。件の法律は、このプロセスにつき規定している。もし、このことで学問の自由への危険が生じる場合には、立法者にはこの法律について「観察—改良」の義務がある、と言うべきである。

(d) 次に、評価結果に資金配分が依存する仕組み（権限配分）が大きな争点となる。

(aa) 指導機関の権限行使には、幾重にも制約がかかっている。構造発展計画については専門領域委員会が議決し（ラント大学法74条1項Nr.2）、大学発展計画については評議会が議決する（同67条1項Nr.3）。さらに、評議会には予算計画案に対し意見を述べる権限があり（同67条2項②Nr.2）、これら合議制機関にはこうした関連での情報・監視・コントロールの権限もある。

(bb) さらに「研究の自由」保障からの制約（ラント大学法4条2項）がある。とりわけ基礎研究に対し「基礎資金」が留保される。いずれにせよ、資金配分については学間的な研究・教授を可能とするだけの人的・物的資源が与えられるべく仕組まれており、憲法上の疑義はない。

⑤ 大学指導機関の組織も、ボン基本法5条3項に適合する。それは、自治任務だけでなく、ラントII国の任務をも担うので、その組織のあり方も大学と国との共同事項である。評議会の選んだ候補者について、ラントの担当大臣が選任する（ラント大学法65条2項①）。大学指導部の下す諸決定の重さを考えると、この選考過程は学間に

とつて重大な意味をもつ。そこで、この過程において、学問の自由の担い手に十分な影響力が与えられねばならない。

(a) 大学指導機関の選任についてのラント大学委員会の提案権(同63条2項Nr.4)は、基本法5条3項を侵犯しない。

まず、ラント大学委員会の委員は、担当大臣の提案に基づき、大学からの聴取の後、首相がラント議会の担当委員会と協力して、決定する(同63条5項①)。ラント大学委員会の任務は(同63条2項)圧倒的に助言的・勧告的なものである。但し、大学指導部の選任に関する提案権は、この水準を超えるものである。しかし、それは、手続的にも内容的にも、ラントと大学との共同での選任行為のなかに埋め込まれている。と言うのも、手続的には、提案に際し評議会の了承を要し(同63条2項Nr.4)、内容的には基本法33条2項(適性・能力・専門に依じて、公職への平等)及びラント大学法65条3項①(学長の資格)に拘束されるからである。

(b) 大学指導部の選任につきラント大学委員会と大学評議会との間に摩擦が発生しうることは、学問の自由に対する「構造的」な危機を意味しない。学問の自由は確かに、大学が円滑に運営されることを要求する。だが、単に、かような摩擦と膠着状態が抽象的に発生しうることは、それだけでは、大学の良好な運営にとつての危険を意味しない。

⑥ 最後に、専門領域指導部の選任についての大学指導部の提案権(ラント大学法73条1項①)は、学問の自由と両立する。学問の自由からは、自らの指導機関を決定する専門領域の権利は導かれない。専門領域はただに「教授と研究との基本単位」であるばかりでなく、大学の一部でもあり、かくして、専門領域指導部は大学に対しても責任を負う。

(5) 本決定については様々の論評がなされている。何よりも、大学組織についての立法裁量論の件りが焦点となつている感がある。

まず、「学問にふさわしい」大学組織という問題(上述1(4)②)につき、憲法裁の説示に対して、むしろ基本的自由を尊重・保護することこそがそれなのだ、という批判が提起されている。M・ルフエルトによれば、本決定は基本権の客観的次元を優先させることで学問自由の主観的側面をおざなりにしてしまった。ルフエルトのこの批判は、主観的自由の側面を正當に顧慮することでこそ、立法者は、学問の自由、つまり自由なコミュニケーションによる学問という営みを可能ならしめるべきなのだ、と言うのであろう。⁽⁵⁾基本権の客観的次元と主観的次元との関係如何という戦後ドイツ憲法学の主題に触れるものである。

憲法裁の本決定の場合、大学組織のあり方は立法裁量であるから、「学問にふさわしくない」(1(4)②)と判断されない限り違憲とは断言できないわけで、ルフエルトの見解とは径庭のあるところである。

また、「学問の自由にとつての構造的な危険」(1(4)③)という基準について、憲法裁はコントロール密度を切り下げた。かかる、漠然たる定式を採用した点に、憲法裁の自己抑制的態度を指摘する見解も提示されている。⁽⁶⁾

概して、本決定には、批判的言辞が後を断たない。しかし、部分的・限定的にせよ、肯定的な評価も見られるところである。例えば、大学・学部等の自治には個人の主観的権利には解消し切れない独自の次元——それ故、前者は後者をただ補完するだけではない——があるという見地から、この決定は、「新・公共経営論」への距離を保つたという評価も見られる。M・E・ガイスは、この決定では、大学「指導」の権限行使によつて学問自由への「構造的危険」が生ずるようであつてはならないと釘が刺されていることを重視する。⁽⁷⁾

さらに、ガイスによれば、本決定の第三者資金についての件り(1(4)④(b))は、近年ドイツの大学政策がその取

得高をもって研究の卓越さの指標としてに照らすと、とても画期的な説示である⁽⁸⁾。本決定では、この指標を圧倒的な基準とすることに歯止めがかけられた、と受けとめるわけである。総じて、業績評価が十分に「学問にふさわしく」なされるべきであり、故に、その基準設定には専門の学者（教員）の適切な参加が必要であることの指摘は重要である、という受けとり方である。

ここでは、以上、簡単に両論併記的に、代表的な評価を挙げるにとどめる。

注

- (1) W. Kahl, AöR 2005, S. 255.
- (2) 本稿では、「大学」における民主的正当化という論点には深入りしない。尚、国権行使一般レヴェルでの民主的正当化論については、拙稿「自由国家の法理と、E. - W. ベッケンフェルデの憲法学」(高岡法学12巻1号) 17頁以下(65頁以下)。
- (3) この判決については、参照、阿部照哉「学問の自由と大学の自治」、ドイツ憲法判例研究会編・ドイツの憲法判例、所収。
- (4) 「委託」研究が、ボン基本法5条3項の下に「保障される」と言い切れるかは、学説では分かれようが、原則的な肯定例として、Ch. Starck, a.a.O., Rn. 355, R. Scholz, a.a.O., Rn. 98, M. Fehling, a.a.O., Rn. 81.
- (5) M. Ruffert, VVDStRL, Bd. 65, 2006, S. 178, 173.
- (6) W. Kahl, a.a.O., S. 252, 260.
- (7) M. -E. Geis, Die Verwaltung 2008, S. 77ff. (92f.)
- (8) この件りに注意を喚起する点では、F. フーフエンも同旨である。但し、フーフエンの見地は、連邦憲法裁の当決

定が右の説示をしながら、侵害を認めなかったのは、実際上は無制限の立法裁量を認めたからなのだ、という批判的な視点からのものである。F. Hufen, Jus 2005, S. 642ff. (646)

(111)

2 ハンブルク大学法決定 (E127, 87) = 10・7・20 連邦憲法裁第一法廷決定

(1) 右1でとりあげた裁判例と同様、この決定も、近年のボローニャ・プロセスへのドイツ的対応の憲法的是非が問われたものである。本件でも、法改正による大学組織の新しいあり方がクローズ・アップされ、そのことが教授の自由、研究の自由に及ぼす影響如何が問い質されたのである。

本件憲法異議事件の事案は次の如くである——異議申し立てられたのは、ハルブルク大学法の、とりわけ90条、91条であり、いずれも学部レヴェルでの諸機関の内部関係についての規定である。この点は、前示1のブランデンブルク大学法事件とは問題位相の異なるところである。ハンブルク大学法90条は、学部長の法的地位と任務についての、同91条は、学部委員会の法的地位と任務についての規定である。

既にこれまで数次にわたる改正で、学部委員会の地位は弱められていた。さらに、2003年の改正で、学部長を大学の構成員のなかから選任することができなくなった(ラント大学法91条2項①)。さらに、学部長を選任するのは学長とされ、学部委員会はただそれを承認するだけとなった。もし、学長と学部委員会との間で、この点の折り合いがつかない場合には、大学理事会が決定する。この機関も、この時の改正で新設されたものである。さらに、学長は、学部委員会からの聴取により学部長部局の構成員を解任できるようになった。

教員の任用手続も改正された。以前は、学部委員会が任用提案をするのだったが、今や、大学に設置された「任

用委員会」Findungskommission (同14条2項) がその任を負う。学部委員会は、ただ任用提案への意見を述べるだけである。任用委員会には教授団の代表が含まれ (同10条1項Nr. 1)、教授団が少なくとも絶対多数を握っている。けれども、教授代表のうち、少なくとも二人は該大学の構成員であってはならない。かような仕組みの下に、大学教員は原則として学長が任用することになった (同13条1項①)。

さらに、2005年5月の「学部形成法」でハンブルク大学法の90条、91条はほぼ今日の文言となり——その後、若干の変更あっても基本的には同じ——、これに対して憲法異議が申し立てられたのである。

さて、あらためて問題の大学法90条及び91条のおおよその規定内容は、左の通りである (正確な逐語訳ではなく、適宜短縮している) ——。

90条

- (1) 学部長部局は学部を指導する。当部局は学部長、副学部長、事務管理者から成る。学部長は学長により選任され、学部がそれを承認する (任期5年)。
- (2) 学部長は指導任務につき指針権限をもつ。
- (3) 略
- (4) 学長は学部長を大学理事会の同意の下に選任しうる。学部委員会は3/4の多数決で、学長に、学部長の解任を提案しうる。
- (5) 学部長部局は次の任務を担当する。
 - ① 学長により学部割り当てられた予算の管理及び学部内のポストの調整の決定。
 - ② 14条1項により、大学の組織・発展計画に基づき教授・助教授の欠員の際のポスト活用の吟味、及び任用提案の決

定。

- ③ 俸給法に則り、教授に対する俸給提案の作成。
 - ④ 講義義務についての決定。
 - ⑤ 略
 - ⑥ 92条1項により、学部組織及び学部規程の提案の作成。
 - ⑦ 学部委員会に帰属しない、その他の全ゆる学部事項。
91条
- (1) 各々の学部には学部委員会が設置され、教員集団が絶対多数を占める。10条1項Nr.2〜4に挙げられた集団が適正に代表される。
- (2) 学部委員会は、学部長を承認する他に、次の任務をもつ。
- ① 大学の試験規則・修学規則と規程の制定・改廃。
 - ② 入学関連の規程の制定、改廃。
 - ③ 大学の組織・発展計画の枠内で、修学課程の設置、改廃に関する決定。
 - ④ 92条1項により、学部組織についての決定（学部規程の制定を含む。）
 - ⑤ 「教授、研究」における個々の自治的単位の設置、改廃についての決定。
 - ⑥ 85条1項Nr.7の「別段のこと」として任用提案に対する意見表明他。
 - ⑦ 男女共同受託者の選任。
 - ⑧ 学部長の会計報告への承認とコントロール。

⑨ 学部に関する全ゆる事項への意見表明。

(3) 14条2項⑤にも拘らず、学部規程で、学部委員会は任用委員会を設置しうる。

ちなみに、本件に関し重要な条項である14条2項も、前記の学部形成法によって改正された。とくに、ラント大
学法14条2項Nr.4によると、学部をもつ大学では、任用委員会が学部によって設置される、という規定が重要であ
ろう。その際、任用委員会からの任用案について学部長部局が決定し、それを学長に回送する。改めて、同14条2
項は次の如く規定している――。

14条

(2) 大学には、任用提案するために任用委員会が設置される。この委員会には、10条1項Nr.1〜3に挙げられた集団が入
る。「教授」は少なくとも絶対多数を占め、10条1項Nr.2〜3に挙げられた集団は各々代表1人とする。学部を有する
大学では、任用委員会は学部によって設置される。学部長は任用委員会の提示した任用案につき決定し、それを学長に
回送する。任用委員会の、少なくとも二人の教授は、8条1項により大学の構成員であつてはならない。これについ
ては学長が指名する。

(2) 本件憲法異議の申し立て人は、ハンブルク大学法学部の刑法・法哲学の教授である。該法律の90条、91条が、
基本法5条3項で保障された基本権を侵害する、と言うのである。

① 申し立て人は、判例法理を踏まえて、学問に従事する者には、学問の営みの組織への参加権が導れ、立法者
には、学問にふさわしい組織のあり方を配慮する義務があるとして、さらに次の如く主張する。個々の大学教員に

は、その研究・教授の本質に関わる重要事項の決定に対する「主導的な」*maßgeblich*影響力が与えられなくてはならない。勿論、立法裁量の枠内で、とりわけ「大学という制度」の機能の確保・改良のために新しい組織形態を選ぶこともできよう。とは言え、その際、「学問の自由」の核心は残されねばならない。大学を組織する規範の合憲性については、憲法判例——前述1でとりあげたE111, 333 (353ff)——によれば、ある組織規定が学問の自由を危険にさらす効果をもつか否かが決定的である。かかる場合に該当するか否かは、大学組織の全体的なあり方、つまり、その重大な諸権限、及びその下で折々に下される決定が、全体として、自由な学問活動に対して及ぼす重みを考慮してのみ判断しうる。

② 本件で争われている諸規定は、右の諸条件を満たしていない。ラント大学法の90条では、学問的に重要なほとんど全ての権限が「純然と独任的に」学部長部局に集中されている。対照的に学部委員会に与えられているのは限定的であり、規則制定権、反対権、見解表明権、コントロール権だけである。この限りで「とりわけ学問的に重要な核心事項における学者の代表的、自己規定的組織プロセス」による歯止めがなされていない。この文脈で申し立て人が強調するのが、かのブランデンブルク大学法(前述1)との相違である。ブランデンブルクの場合には、学部長部局の調整権限は顕著に強化されているが、専門領域委員会の明示的な決定権限により制約されていたのだ。

③ とりわけ任用手続の諸規定は、学部委員会にとって不利で「構造的に不均衡な」ものであり、そこに違憲性が示されている。判例法理では、学部の教授資格を認められた教員は、任用手続に「決定的な」*ausschlaggebend*影響力をもたねばならないはずである(E35, 79など)。それにも拘らず、本件法律では、学部長部局に任用提案の決定権が付与されている。学部委員会にはただ、見解表明の権限が認められているだけである(ラント大学法14条

2項、90条5項Nr.2、91条2項Nr.6。この点だけで既に、学間にふさわしくない「他律」性と、極めて不透明で事柄にふさわしくない決定がなされるかも知れないという恐れが構造的に観取される。この危険性は、次の事情のために増幅される。それは、重大な権限を与えられている指導部が学者で占められるわけではない、という事情である。

④ さらに右の「構造的不均衡」は学部長の地位、及びその選任・罷免に関する規定にも表現されている。本件法律では、学部長——前述の如く、大学、従って学部構成員であつてならない——の選任は、5年の任期で（90条1項Nr.5）学長によつてなされる。学部委員会は、これを承認するだけである（90条1項Nr.3）。学部長の罷免については、学部委員会は3/4の多数決で学長に提案しうるだけである（90条4項Nr.3）。学長は、大学理事会の同意の下に学部長を罷免しうる（90条4項Nr.2）。かように、この法律では、学部長は学長と大学理事会に依存し、学部には依存しない存在である。

⑤ 最後に、申し立て人の主張では、かかる「顕著な構造的な不十分さ」は、法律11条がボン基本法5条3項に言及して、自由な研究・教授を保障すると明言することによつても埋め合わされない。法律11条は、何ら、基本法5条3項の要請する組織的保障を提供するものではないからである。⁽²⁾

(3) 本件に関し、ラント政府、大学関連諸団体より各々、所見が述べられた。前節1＝ブランデンブルクの場合との比較を容易にするべく、平仄を合わせて、以下(A)ラント（司法長官）、(B)大学学長会議、(C)教育・学問組合、(D)ドイツ大学連盟、(E)大学教員連盟、(F)大学・学問同盟、(G)連邦行政裁判所長官、の順で、諸見解の分布を見たい。

(A) ラント司法長官によれば、この法律の90条、91条で申し立て人は学問の自由を侵害されてはいない。国の側も、原則として基本権保護義務の存在を認めた上で、しかし、本件法律では、ありうる基本権侵害に対処すべく

諸々の予防策が講じられており、保護義務は十分に果たされている。前述②⑤での申し立て人の主張とは対照的に、ラントによれば、法律11条で、大学機関はその権限を学問の自由に適合的に行使すべく義務づけられている。よつて、法律90条、91条との関係で学問の自由への侵犯がありうるとすれば、それは法令違憲ではなく、適用違憲の問題である。そうならば、専門裁判所によって権利保護がなされうるはずだ、と主張するのである。

さらに、「構造的な危険」に効果的に対処すべく参加権、コントロール権、情報権が十分に規定されている。学部長選任については、法律の90条1項Nr.3により、多数が教授で占められる学部委員会での承認が不可欠とされている。かように、学部委員会の信任を得ない人物が学部長になる危険が阻止されよう。さらに、学部委員会の3/4の多数決で、学部長の解任を提案しうる。さらに……と理由づけが続く。「さらに……さらに……」と理由づけを畳み掛ける論法がとても特徴的であろう。

ラント側の所見から、もう一つだけ触れておきたい。それは、講義の義務づけ（ラント大学法90条5項Nr.4）、講義の調整（同Nr.7）についての学部長部局の権限に関して、である。つまり「教授の自由」の一側面に関わる。ラントによれば、「学問的教授」の核心が守られている限り、大学教員は、大学による組織上の指示や、大学としての学問上の優先順位設定には従うべきである。教員間に自発的な了解——我らの、ごく身近な経験からも、時間制や教室の調整にさえ、了解が必要であろう——が、いつでも成立しうるとは限らない。それならば、然るべく指示を教員に与える権限が、大学に留保されていなくてはならない。こうしてこそ、学生に対する講義科目が十全に、大学及び教員によつて提供されるのである。それは、学生への配慮であり、近年のアメリカ型の「学士——修士」課程制への移行——かの、ポローニヤ・プロセスの眼目の一つでもある——によつて一段と、その必要度が高まっている。^(*)この様な指示は、教授内容をわずかに制約することになるが、「学習の自由」により正当化される、と言

うのがラントの所見である。

* ここで、連邦憲法裁の、07・8・7決定 (J BvR 2867/05) —— インターネットで入手 —— に少しく言及しておこう。本件もまた、統一ヨーロッパ大学圏への歩みのなかで生じた憲法異議事件に対する決定である。かの、ポローニャ・プロセスは、ドイツでは、02年の第6次連邦大学大綱法HöGの改定により本格的適用の段階に入った。この法改正で、ドイツ国内では、09年までは経過対処的に大学での二段階履習制 —— 学士^{バチユラー} — 修士^{マギスター}の二段階 —— と在来の制度 —— ディプロム、マギスター —— とのいずれかを選択できる。しかし、10年からは前者の制度に転換されることになった。これを受けて、ノルトライン・ヴェストファーレン大学法では、07/08冬学期よりディプロム・マギスター学位を与える課程を打ち切って、バチユラー・マスター課程だけにした。このことが、大学学部履習(修学)制度を決定する権利 —— 申立人はこれを「学問の自由」(ボン基本法の5条3項)に根拠づけた —— を侵害するとして訴えられ、本件憲法異議事件に至ったという次第である。

異議申立によれば、連邦法たる大学大綱法は、かの修学課程の転換については選択的な形で規定しているだけなのに、問題のラント大学法の諸規定では上述の様に、バチユラー・マスター課程への切り換えを強制している。このことは、連邦法への違反(ボン基本法31条)であり、さらに、「学問の自由」(同5条3項)への違反であり、無効である。確かに、該ラント大学法は、学生の教育を受ける権利、学習権を正当にも考慮しているが、しかし、比例原則に反する。新しい修学課程では、学習時間が短かくて、十分な教育を提供しえない、と。

これに対し、ラント政府の本件への見解表明では、申立には理由がない。本件での「侵害」は「正当化」される。ラント政府によると、新しい修学制度を選択的にするか、専一排他的なものとするかはラント立法者の裁量事項である。ラント立法者は、連邦大学大綱法の意図に照らして、この任務を行使した。また、本件での学問の自由への侵害(制約、

干渉)は比例的なもので正当化される。それは、修了(卒業)についてのヨーロッパ・レヴェルでの歩調、学生・修了者のヨーロッパ・レヴェルでの移動拡張、修学期間の短縮、中退者の歯止め、ドイツの大学及びその卒業生の競争力向上という正当な目的に仕えるものである。本件ラント法での修学課程切り換えの義務づけは、この目的達成のために「適切、必要、妥当」*geignet, erforderlich, angemessen*である。まず、法律で修学課程を換えるのは、さもなくば長期に及ぶ改革が不可能となるので「適切」だ。次に、経過期間があまりに長いと、新しい修了者を受け入れるチャンスが減少する危険があるので、本件切り換えは「必要」だ。

ラント政府の見解では、学部には、まだ十分に形成余地が留保されている。とくに、教育・養成の学問的水準の確保については、ひき続き大学・学部本来の権限が残されている。修学課程及び修了の形態についての選択制が廃止されたのは、比例原則に反しない。そもそも、それは連邦大学大綱法の第四次改正(一九九八年)で創設されたものである。だから、元の状態に戻ったまでのことである。さらに、「狭い意味での」比例性、つまり「妥当性」も、十分な経過期間の設定により確保されている――。

以上を受けて、連邦憲法裁は、本件は原理的憲法的重要性がないとして(連邦憲法裁判所法93 a条2項)、また本件で憲法異議は件の基本権貫徹のために適していないとして、成功の見込みなし、としている。本件ラント法の規定によって、申立人の基本権は侵犯されていない、というのが結論である。

(1) 学問の自由から、大学・学部が学問的な養成(教育)の領域を自律的に形成する権利を導くことはできない。学問への奉仕だけでなく、職業養成に仕えることも大学の任務である(判例)。後者の側面、つまり「職業資格となる修了を目指す教授」は単純法律で大学・学部委ねられた国の任務である。この領域については、学生の職業養成の自由(基本法12条1項)に照らして、立法者は共同責任をもつ。

「職業に向けられた教授」につき大綱的規律を設けるのは立法者の任務である。勿論、それは、学問の自由との関係から全くの自由ではない。とりわけ「学問的に重要な」事柄、つまり「研究」「教授」に直接関係する事項についての立法形成は、ボン基本法5条3項に含まれる「学問、研究と教授と国との関係を規律する」客観的な価値決定原理規範によって制約される。これを大学・学部の間から見れば、基本法5条3項から権限上も組織上も、自由な研究教授が可能となるべく、そしてそれが危険にさらされることなく遂行しうることを求める権利が生ずるといふことである。

右の限界にとどまる限り、学問に関わる者達の様々の任務と利益とを適切に調整することが立法者に許されている。その際、立法者は、大学・学部の既存のあり方に拘束されない。むしろ、立法者には、学問・職業養成の営みを批判的に検討して時代に適合したものに改良する義務がある（判例）。学問の自由からは、既存の権限に関して学部の「現状保障」Bestandsschutzは導かれぬ。

(2) ディプロム課程を打ち切る義務によって、学部は、自由な教授をすることが不可能になるわけではない。旧法と同様に新法の下でも、内容形成が学部で留保されており、法律としては構造的な指示にとどまっている。試験規則の制定についても、大学指導部のコントロールの下に学部で委ねられている。

この新しい制度の下で、バチュラー（学士）課程ではマスター（修士）課程と比べて、より「職業に向けられた養成（教育）」が義務づけられている。この点につき、憲法裁判が次の如く説示していることが注目される——。曰く、「職業に向けられた養成」と言っても、やはり「学問的」な知識と方法の伝達がその「内容」であり、それは「自由な教授」と対立するものではない。両者は相互補充し合うものであり、故に、この改正により教授の自由への危険は生じない、と。

本件立法者は、学生の利益において、正当な大学政策上の目的を追求している。ポローニャ・プロセスに則り「統一ヨーロッパ大学圏」の発展への重要な一歩として、履習課程の完全な転換が企図された。また、国の境界を越えて、修了

者(卒業者)が往き交うことを容易にすることも立法目的である。この目的は、恣意的でも、事柄に反するものでもない。この立法目的に照らして、ディプロム課程を打ち切りすることは、「そもそも不適切」von vornherein ungeeignet)ではない。そこで憲法裁は、ディプロム課程を残すか、あるいはディプロムを残しつつ全く異なる仕組みにすることが「合目的的」であったのではないかは、憲法裁として検討すべきことではない、と言い切ったのである。

(B) 本件法律が自由な学問活動への構造的危険とはならない、と言うのが大学学長会議の見解である。とりわけ学部長選考に関する諸規定は合憲である。学部委員会には、学部長選任(これは学長の権限)への同意権が留保されている。学部委員会には、不適格者を排除するために有効な手段が与えられている。また、学部委員会は3/4の特別多数決で、学部長解任を学長に提案しうる。これは文字通りの「解任権」とは言えないまでも、その事実上の重みを無視することはできない。解任を提案された者は学部の信頼を失っており、もはや学部長としての職務を全うすることが困難となる。学長としても、学部委員会の提案を黙殺するわけにはいかない。

(C) 教育・学問組合、(D) ドイツ大学連盟、(E) 大学教員連盟、(F) 大学・学問同盟(この団体は、前節1のブランデンブルクの事案では見解を述べる機会がなかったものである)の四団体は、本件憲法異議には理由があるという立場である。

なるほど、合議制機関の不利な方向に独任制機関の決定権限を強化しても、ただちに基本法5条3項に反するとは言えない。だが、この様な場合には、後者の権限が事後的に限定されて、学問の自由への構造的危機を招かない様に組織的な予防策が講じられていなくてはならない。この点で、本件法律は不十分である。学問にとって重要な事柄について、教員もしくはその合議制機関に十分な参加が保障されていないからである。学部長部局には、教員

と学部との学問活動の核心に関わる広範な権限を与える一方で、教員が多数を占める学部委員会には周辺の共同決定権とコントロール権が与えられているだけである。

(G) 連邦行政裁長官は、大学法を所管する同裁判所第六部の所見を提出した。それによると、本件大学法は、学部長選考に関して立法の形成自由を逸脱してはいない。学部委員会に同意権(90条1項③Nr.3)を与えることで、自由な学問の府にとって不適格者と見なされる者は学部長に選任されることはない。

けれども、連邦行政裁の見解でも、学部委員会に学部長解任権がないことは看過できない。文字通りの解任権がない限りで、学部委員会の有するコントロール権も限定付きのものである。ここに、ブランドンブルクの事案との顕著な違いがある。とは言え、学部委員会の3/4の特別多数決で学部長解任の提案がなされた場合には、学長は恐らくそれに従うだろう。このことを考え併せると、辛うじて憲法的要請が満たされている——この点、(B)と同旨——と言うのが、連邦行政裁の見解である。

これに対し、学部長部局と学部委員会との任務・権限配分(ラント大学法90条5項、91条2項)については、基本法5条3項との関係で「憲法適合解釈」が必要である、としている。とくに大学教員の任用に直接に関わる決定(同90条5項、14条2項Nr.4)については、連邦憲法裁の判例に則して(E35, 79 (131H), F43, 242 (269) なし)教員に「決定的な」*ausschlaggebend*影響力が付与されているか否かが肝要である。そこで、次の様に「憲法適合的に」解釈されるべきだ——。つまり、学部長部局は学部委員会からの任用提案に実質的に拘束される。少なくとも、提案と実質的に異なる決定をする場合には、その前に任用委員会の了解を得て、学部委員会に改めて見解表明の機会を提供しなくてはならない、という様である。

連邦行政裁の所見はさらに、学問に関する事柄の決定につき、教員で組織される、もしくは教員が多数を占める

合議制機関に十分な権限が付与されているかどうかという論脈で次の様に述べる。この論脈では、学部長部局に対する学部委員会のコントロール権の不十分さが再検討されるべきだ。本件法律では、専ら一般的なコントロール権（91条2項Nr.8）が規定されているが、特定のコントロール権、ないし実効的なコントロールのための情報権が規定されていない。但し、全体としては大学組織については立法者に広い裁量があることも考慮されるべきである。本件では、学部長部局の権限が、学問の自由を侵犯する程度にまで研究・教授の自由に「触れる」とは断定しえない、と結論づけている。

(4) 連邦憲法裁判の判断では、本件で容認される申し立てにつき「現在、直接の」法益侵害が認められる。ラント大学法90条、91条での学部長部局の権限に関する諸規定は、ボン基本法5条3項の要求する水準を満たしていない。

① まず、憲法裁判は判例法理を踏まえて、基本法5条3項についての一般的説示——かの大学判決（E35,79）を嚆矢とする周知の価値決定的原理規範という理解、さらに文化国家論など——を見せるが、ここではとくに前節1のブランデンブルク大学法判決（E11,333）を引用している部分に注目しておきたい。

② 問題の組織規範によって、自由な学問活動が「構造的に」危険にさらされているか否かが肝心である。（E11,333（355））個々の場合に学問の自由を侵犯する決定がなされることは、無論、完全には除去しえない。但し、ある法規範がこのようなものでありうるか否かの判断に際しては、様々の影響・コントロール可能性を含めて、大学の組織全体のあり方を考慮すべきである。（E11,333（355））

③ 自由な教授・研究を十分に保障するという条件の下に、立法者は、基本権担い手の参加の態様を自由に形成しうる。（E11,333（356））必ずしも、伝来的な自治の形に縛られているわけではない。だが、その担い手が大学機関に代表を出すことで、学問の自由への危険を防止しうる必要がある。そして、大学で学問の自由が実現

されるためには、学問の担い手が専門的権限を行使できることが必要であろう。故に、立法者は、基本権担い手に十分な参加を保障しなくてはならないのである。

① 大学組織の全体的なあり方として、学問の本質、それは自由な相互批判の可能性、に適合するか否か。それは全体的（総合的）評価によって判断される。たとえ指導部の個々の権限がそれ自体としては尚も合憲と判断され、そこに大学教員の影響力が確保されていても、全体的なあり方として違憲と判断されることもありうる。とりわけ、学問にとって重要な事項に関して教員で組織される各種合議体は何らの権限も、何らの「主導的な」参加・コントロール権が付与されていない場合がそうである。無論、立法者は、学問にかかわる領域についても指導部に広範囲の権限を与えることもできる。(E111, 333 (356))だが、そのこととの均衡を考えて、研究・教授の自由のために、合議制機関に直接・間接の参加・影響・情報・コントロールの諸権限が与えられねばならない。

② 判例法理、とりわけブランデンブルク大学法決定に沿って、右の様な一般的説示を与えた上で、憲法裁は本件についての判断を提示する。結論としては、問題の諸規定は憲法的基準を十全には満たしていない。

③ まず、本件法律では、学部長部局に研究・教授に関わる広範囲な権限が与えられているのに、これに対して教員側には参加権・コントロール権が十分に与えられていないことが、それ自体としては問題であることが指摘されている。

④ とは言え、右の問題性に限って言えば、憲法裁は、以下、三点にわたり詳しく論じて、憲法違反とまでは論定しえない、としている。

イ) まず、教授への「業績給」——本給とは別に支給される——付与の提案を作成する学部長部局の権限（ラント大学法90条5項Nr.3）には何ら問題はない。この提案権は学長の査定を拘束しないし、その基準も俸給法で詳し

く規定されているからである。

ロ) 教員の講義負担の決定についての学部長部局の権限(同90条5項Nr.4)は、大学法の別の規定(恐らく、11条か。尚、参照、前掲の申し立て人の主張Ⅱ(2)⑤)により補完されており、「憲法適合解釈」すれば、学問の自由を確保しており、問題はない。

無論、講義プログラム、講義提供の策定・調整・計画、及び講義の組織的確保は、学問にとつて重大な意味をもつ。しかし、それらの規定は、学問上の意見表明権、講義の内容・方法についての決定権を侵害する権限を与えるものとは解されない。

さらに、講義担当についての学部長部局の決定は、講義提供の確保に仕えるものでなくてはならない。講義を独立して行うことが教員の任務であり、その点では教授の自由が、法律上も明示的に保障されている(同11条1項)。さらに、「教授」に関する大学の決定は、次の場合に限つて許容される(同11条1項②)。それは、教授(講義)運営の組織、修学・試験規則の策定と維持、及び教授評価に関わる限りで、ということである。これらの決定権限は「ボン基本法12条1項で保障される学習の自由」のために必要であり、とくに教員間に自発的なコンセンサスが欠如する場合にはそうなのである。

右の「学習の自由」⁽³⁾について言えば、上述(3)(A)のラントの所見と同旨であろう。但し、連邦憲法裁が何ら先例への言及なしに、「学習の自由」が「ボン基本法12条1項で保障される」と明言している点が注目されよう。

ハ) 大学教員の任用手続は、学問の自由の保障と特別に深く関連している。学問そのものとは関係しない事情によつて任用如何が影響を受けることは、教授・研究の自由な行使に直接的な危険をもたらさう。(E35, 79 (113))。しかし、立法者には形成自由があり、本件では「憲法適合解釈」によつて、それらの要請は尚も満たされ

ている。

前述の通り、学部長部局が任用委員会からの提案につき決定する（ラント大学法90条5項Nr.2。）それに対し、学部委員会には任用提案への見解表明権が与えられているだけである（同91条2項Nr.6。）けれども、ハンブルク大学の場合、任用委員会は学部を設置されているが（同14条2項Nr.4）、ここでは教授が少なくとも絶対多数を占めることになっている（同14条2項Nr.3。）かように学部委員会でも任用委員会でも、教授の絶対多数が確保されており（同14条2項Nr.3）、大学教員団の「決定的」な影響力が保障されている。任用委員会には少なくとも二人の学外の教授が学長により指名されることも、この点を動揺させない。学外からの視点によって、むしろ学問的多元性と選考の質が向上するのであり、このことを立法者は正當に考慮しうる（ここで、後述3(1)でとりあげられる2008年5月7日のバイエルン・ラント憲法裁判所判決が引用されている。）

勿論、形式的には学部長部局は任用委員会の提案に拘束されずに決定できる。その上、学部長部局のうち学部長及び学部事務長は、任用時に、該大学の、従って該学部の構成員であってはならない。学部長部局が任用委員会の提案と意見を異にする場合には、学部構成員の専門的評価特権を破壊しかねない（同上、バイエルン・ラント憲法裁。）しかし、大学実務にも対応する「憲法適合解釈」によれば、学部長部局が任用委員会の提案と異なる決定をなしうるのは、特別に理由づけられた例外的場合だけである。かような場合には、そして、この場合にのみ任用委員会案、及びそれと異なる学部長部局の案——形式的には前者についての決定である——が、最終的に決定する学長に対して、対等な提案として提示される。こうして、憲法裁は、任用委員会の、従って学部構成員の実質的な影響力が確保されている、と判断する。この論脈では、前記(3)(6)の連邦行政裁と同方向の論旨と見てよいであろう。

⑤ 以上に対し、憲法裁によると、本件法律の違憲性は次の点にこそある。それは、次に述べる様に学部長部局

の諸権限の内容が十分に限定されておらず、組織的にも十全の予防策が講じられていない。そのため、学問の自由と両立しない、と言うことである。具体的には以下に述べられるが、言わば、ここからが本決定のクライマックスであろう。

イ) 予算の管理、ポストのあり方、ポスト補充は学問の場にとって重要な関心事である。勿論、これらの権限が学部長部局に与えられていること自体には、何ら問題はない。逆に、教員が多数を占める合議機関によってこれらの事柄が決定される場合であっても、責任の所在が不明確で、決定事項との適正な距離（つまり客観性）が欠ける場合には、学問の自由への危険となりうる。(E111. 333 (359)) いずれにせよ、かかる包括的権限については、誰によって、どの機関によって担当されようとも、学問にふさわしくない基準の下に行使されるならば、学問・研究・教授の自由にとつての悪影響は甚大なのである。(E111. 333 (358))

ロ) 予算管理・学部ポストの調整についての学部長部局の権限は、予算法上の一般的拘束を受ける。さらに、ラント大学法も明言する研究・教授の自由(11条)によって限定される。この自由によって、教員には、教授・研究の任務を履行するのに必要な基本的・最低限の設備(のための予算)の請求が認められる。まず、学長から学部へ予算が配分される(同90条5項Nr.1)に際し、ともかくも教員による学問的研究・教授を可能ならしめるに足る人的・物的手段が与えられねばならない。さらに、任用交渉・留任交渉の際の設備・予算に関する約束によって学部長部局は拘束される。

ハ) 予算配分の基礎となるのが、大学の構造・発展計画である。これを決定するのは大学理事会であるが(同84条1項Nr.4)、その多数が教員で占められる大学評議会(85条3項Nr.2)はただ、この計画について見解を表明しうるだけである(85条1項Nr.5)。

二) 上述の様に、一定の制約はあるものの、教授・研究に対する顕著な影響力が学部長部局には残されている。これに対し、この大学法の規定では、学部には実質的な権限が全く与えられていない。規則制定権の範囲は、試験・修学規則、入学選抜手続の狭い領域に限定されている。その上、修学課程の設置、変更、廃止の決定は、教員の影響を全く受けない構造・発展計画の枠内でなされねばならない。さらに、学部委員会には任用提案に関して、見解を述べることだけが許されている。

② 右の如き権限のアンバランスは、学部委員会の直接・間接の参加、影響力、情報、コントロール権によっても十分には埋め合わされない。

イ) とくに憲法裁が重視したのが、学部委員会に構造・発展計画への参加権がない点であった。今回の大学法では、この計画が専門領域からボトム・アップして策定される様にはなっていない。その上、大学全体のレベルでも、教員の参加が同様に限定されている。前示の通り、この計画は、大学理事会により議決され、教員が多数を占める大学評議会には見解表明権が与えられているに過ぎない。そもそも、大学理事会における教員の影響力も極めて限定的なものである。ハンブルク大学の大学理事会の計9名の理事のうち4人だけが評議会で決定されるが、その他5名についてはラント政府が決定する(ラント大学法84条3項)。さらに、全学部の教員が必ずしも、評議会に代表されるとは限らない(同85条3項Nr.1)。結局、個々の教員・学部が法的には、構造・発展計画の策定に影響をもつようにはなっていない。以上、言わば一種の「民主的正当化」をめぐる説示である。

ロ) 学部委員会のもつコントロール可能性としては、学部長部局へのコントロール及び学部に関する全ゆる事柄についての見解表明権(ラント大学法91条2項Nr.8、Nr.9)だけであり、それらも詳細に具体化されたものとは言えない。また、学部委員会の任務カタログには、学部長部局に対する実効的なコントロールとなりうる包括的情報

権が規定されていない(同91条2項。)憲法裁のこの説示によって、上記(3)(A)のラント政府の所見は否定されよう。

ハ) かような権限の不均衡は、次の2点にも見られる。

aa) ラント大学法の規定では、学部委員会には学部長選考につき限定的な参加権しか与えられておらず、学長の選んだ者をただ承認しなくてはならない。さらに、この法律では、学部長として選任されうる者は、その時に大学の、従って学部の構成員であってはならない、となっている。学部長になりうる者が専門領域に属する教員に限定されているブランデンブルク法(EI11. 333)とは、この点で対照的であり、同列には論じられない。

確かに、学問の自由には、学部指導部を選任する学部の権利なるものは含まれていない。(EI11. 333 (365)) だが、本件大学法の右の定めもそれ自体としては、学問の自由に反しない。だが、学部委員会からほとんど全ての重要な権限が奪われている場合には、別様の判断がありうる。憲法裁はこの点に踏み込んでいく――。

もとより、学部委員会には承認権(ラント大学法90条1項Nr. 3)があるので、その意見に抗して学部長が任用されることはない。また、ラント大学法は、学部長及び学部長部局の他の構成員(副学部長、事務長)の選任につき、大学の基本規則で学部委員会に委譲しようとしている限りで、大学に裁量余地を与えている(同90条1項Nr. 6。)ハンブルク大学の基本規則も、これを活用している(同基本規則6条1項。)但し、この場合には、学部長選任には学長の同意が必要とされる(ラント大学法90条1項Nr. 6、ハンブルク大学基本規則6条6項Nr. 1。)

こうして本件大学法を前提とすると、学部長選考をめぐる、学長と学部委員会との間に衝突状況が生じうる。そして、学問の自由には、大学が順滑に運営されうるということも含まれているのである。(E35. 79 (124)) しかし、憲法裁によれば、衝突可能性が抽象的にありうるというだけでは違憲性を認定するには十分ではない。(EI11. 333 (364)) 立法者は原則として、相互「協働」kooperationに立脚する組織編成を選ぶこともできるのだからであ

る。(E.II.1. 333 (365)) 尚、この点につき参照、前記1(4)⑤。

bb) これに対し、連邦憲法裁が本件大学法の違憲性につき致命的だと考えたのが、学部長「解任」にまつわる学部委員会の権限の脆弱さである。

ラント大学法の規定では結局、学部委員会は、教員の信頼を失った学部長であっても、その解任を決定することはできない。これにより、学部委員会のコントロール権限が顕著に制約されることになる。しかも、かような程度の解任提案権さえもが、加重された多数決によらなければ行使しえない、とされている。しかも、この特別多数決は、学部委員会に出される教員グループだけでは得られず、「他のグループ」との了解を強制されるものである。さらに、法律の文言「……提案できる」(ラント大学法90条4項)からして、学部委員会の提案は、学長に対して拘束力がない。よって、学部委員会には、学部の指導機関として受容できない学部長から離れるという自己決定の可能性がない。かように、学部長解任の権限の欠如により、学部委員会が学部長(部局)をコントロールすることが事実上、不可能となっている。

⑥ 以上、結論としてこう締めくくられる――。本件の大学組織の全体的な、つまり構造的なあり方は、立法裁量を考慮しても尚、ボン基本法5条3項に反している。本件法律の90条1項Nr.3(学部長選任についての規定)、90条4項Nr.2、Nr.3(学部長罷免についての定め)、90条5項Nr.1、Nr.2、Nr.7(学部長部局の権限についての規定)、91条2項(学部委員会の任務)は憲法違反である。要は、基本権担い手の参加が十分に保障されておらず、教授・研究における自由な学問活動が構造的に危険にさらされている、ということである。但し、違憲判断の手法としては、連邦憲法裁判所法95条3項Nr.1により、違憲「宣言」にとどめられた。

(5) ここで若干の考察を加えて、次節へ繋げるための仕切り直しとしたい。まず、かの大学判決(E.35.79)か

ら上記1、2の両決定を貫く判例法理として、「大学の自治」と言っても大学の組織のあり方について何か特定の形態がボン基本法から導かれるわけではない、ということが確認できる。原則として、法律によって、具体的なあり方が定められてよい。この点で、連邦憲法裁は立法裁量の余地を広く認めたわけである。しかし、大学はそれが国立大学であっても「自治団体」「社团」の性格を併せ持つ故に、「企業」形態への接近、つまり「経営型大学」への変貌にも憲法上の一線が画されるのではないか。それが、大学という組織において学間に従事する者には、とりわけ「研究・教授」に関する事項については十分な参加権ないしそれに対応するコントロール権が付与されねばならない、ということであろう。⁽⁴⁾つまり、「学問の自由、組織、法的次元」(K・F・ゲルディツツ)⁽⁵⁾ということである。この参加とコントロールが十分に実効的に、研究・教授の「現場」での基本権担い手に確保されているか否かが、1Ⅱブランドンブルク大学法と2Ⅱハンブルク大学法とを分かつ分岐点となったと思われる。両事件における各所見の分布の差異が、そのことを如実に物語っていないだろうか。

2Ⅱハンブルク大学法をめぐることは、(A)(B)(G)が合憲論であった。しかし、(G)は専門裁判所の最上級機関として「憲法適合解釈」や立法裁量論を展開しながらも、学問的事項に関する限り学部委員会に「決定的」な権限が確保されるべきことを促し、結果として辛うじて合憲の見解を述べたのである。

合憲論を採った(B)以外の大学関係諸団体としては、(C)(D)(E)(F)がいずれも違憲論を展開した。とりわけ、ブランドンブルク法をめぐることは「経営」「協働」の視点を強調して大学指導部の権限強化を正当化していた(C)Ⅱ教育・学問組合が、本件ハンブルク法事件では(D)(E)(F)と同様に違憲論に与しているのが興味深いところである。(このうち(D)(E)はブランドンブルク法をめぐるても違憲論に立っていた。)そこに、両事案の重要な違いが顔をのぞかせており、ハンブルク事件では、単に「経営」「協働」の視点では割り切れない(正当化できない)「憲法」「基本権」に

固有の争点が賭けられていたのではなからうか。また、この憲法異議事件で直接争点となったのは、学部長部局への権限集中、それに対して学部委員会からの権限剥奪の憲法的是非だったが、上述(4)(2)(え)イに見られた様に、大学全体レヴェルでの構造・発展計画への学部委員会の参加権の脆弱さも——本件の限りでは「傍論」にとどまるが——、まさに「学問の自由の組織的次元」という視点からは重大な争点でありえよう。

次に、本件ハンブルク大学法違憲決定の意義をどう考えるべきであろうか。この分野での広瀬なモノグラフィーをもつK・F・ゲルディッツの位置づけでは、大学組織法の「脱・憲法化」、つまり「経営型大学」への疾走のスタートを切ったのがブランデンブルク大学法決定である。ゲルディッツによると、この動きに歯止めをかけたのが、本件ハンブルク大学法決定ということである。そして、従来の判例では定式化されつつも正面から論じられることのなかった「学問の自由の組織的次元」——つまり、自由の組織化!——を、この決定は直視した、と言うのである。この10年以上にわたり、とくにポローニャ・プロセスの実施過程で、ドイツの大学は全体として「経営型大学」へのかじ切りを見せた。これに対して、連邦憲法裁のこの決定がハンブルクを越えて他の諸ラントの立法にも反省を促すだろうと言うのがゲルディッツの見立てなのである。

果たして、その見立て通りに、かような方向への巻き戻しが今後さらになされることになるか否かは、今後の諸ラントの大学立法の動向と判例展開をまっぴら判断する他はない。とまれ、我らとしては、さらにゲルディッツに示唆されて、両決定の中間期に下された2つの裁判例に一べつを加えて、改めて本件ハンブルク大学法決定の意義についてもう少し掘り下げて考えてみたい。そのことはまた、遡ってブランデンブルク大学法決定の意義を照らし返すことになるであろうと考えるのである。

注

(四四)

(1) 学部長の地位強化、逆に学部委員会の権限弱化については既に、一九九〇年代のノルトライン・ウェストファールン大学法事件で、連邦憲法裁は、独任制の方向への強化はそれ自体としてはボン基本法5条3項に反しない。個々の教員の学問の自由の保障は、学問施設(大学)「指導」への参加を無制約に保障しないと、合議制原理の完全な貫徹は、憲法的要請ではない、としていた。E93, 85 (96)

(2) その11条は、教授・研究の自由に含まれる内容を述べた上で、この問題領域において、大学の機関が決定を下しうる対象について述べたものである。

(3) 小稿のいくつもの箇所顔を出す「学習の自由」(ないし「学習権」)については、まとまった検討をする余裕がない。通説的理解に対して、大学任務の現代的变化に照らして、学生の職業選択の自由(12-1GG)、しかもそのために効果的な教育ということが考慮されるべきだ、と言うのはM. Felling, Die Verwaltung 2002, S. 399ff. (403) ころからフェーリンクは、大学自治はなるほど基本権に基礎を置くが、しかし、それは5-3GGを超えた、より広い基本権の問題だ、という視角を提示する。こうしてフェーリンクによると、大学自治には、単に教員だけでなく大学の関係者全体に及ぶ、参加代表という準民主的視点が必要であり、このことはまた、大学についての古典的な考え方もなじむものである、とされる。尚、拙稿(高岡法学28号)27頁以下。

わが国では周知の様に、ポポロ事件最高裁判決で、教授団の自治の効果として間接的に学生にも学問の自由と大学施設利用が認められる、と判示された(最大判昭和38年5月22日、刑集17卷4号370頁)。これと対照的に、東北大学事件控訴審(仙台高判昭和46年5月28日、判時645号55頁)では、学生は大学の不可欠の構成員であり、大学運営につき「要望し、批判し、あるいは反対する当然の権利を有し、教員団においても、十分にこれを傾けるべき責務を負う」とされている。尚、参照、日本法社会学会編・大学問題の法社会学的研究に所収されている、兼子仁「大学における学生の地位」、高田敏「学生の権利」。

- (4) Th. Groß, aa.O., M. Fehling, aa.O., S. 404.
- (5) F. Gärditz, JZ 2011, S. 314ff.
- (6) W. Kahl, aa.O., S. 255.

3 補助線としての二つの裁判例

いずれにせよ、近年ドイツの大学はヨーロッパの社会変動及びグローバリズムに巻き込まれており、上記1、2の二つの連邦憲法裁の決定からは、かかる状況への苦心に満ちた態度表明が観取されるのである。

さて、前節の末尾で言及したK・F・ゲルデイツの論評は、これら二つの決定の中間期に位置する、さらに二つの別の裁判例を挙げて、各々の動向を補強的に説明するもの、としている⁽¹⁾（つまり、ブランデンブルク大学法決定の方向か、又はハンブルク大学法決定の方向か）。一つは、ラント・レヴェルの憲法裁判決であり、もう一つは、連邦行政裁判所の判決である。そこで、これら二つの裁判例に視線を注いだ後に、再び、ハンブルク大学法決定の意義について考えてみたい。

- (1) バイエレン・ラント憲法裁判所, 08・5・7判決 (VerfGH 61, 103) —— インターネットで購入 —— について。

この判決は、上記2のハンブルク大学法決定でも引用されている重要なものである。

多くの例にもれず、バイエルンでも大学改革が推進され、2006年のラント大学関連法には、大学理事会の構成、理事会による学長選出、教員任用案について決定する大学指導部の権限などに関する新しい規定が含まれてい

る（とりわけラント大学法20条、21条、26条、及びラント大学教員法18条。）これらの諸規定がバイエルン・ラント憲法108条（学問の自由）及び同138条2項Nr.1（大学自治の保障）に反している、としてアウグスブルク大学法学部の複数の女性教員により「民衆訴訟」Popularklageが提起されたものである。⁽²⁾

① まず、申し立てによれば、ドイツ憲法の通説・判例による限りでは学問の自由から大学組織の特定形態が命じられるわけではないにしても、少なくともバイエルン憲法では、学問にふさわしくない組織形態によって基本権が危険にさらされることが禁止されている。そのため、「教授」に直接関わる大学機関の決定にあたり教員団に「主導的な」maßgebend影響力が、「研究」に直接関係する場合には「決定的な」ausschlaggebend影響力が与えられねばならない。⁽³⁾

② 申し立て人はさらに、バイエルン憲法では、学問の自由が大学自治によって「補完」されている。学問の自由に比して、大学自治には独自の「制度的保障」が含まれており、ラント憲法上は独自のものとして解されるべきだ、と主張した。それ故、この「制度的保障」は——ボン基本法5条3項から導れる場合と違って——、学問にふさわしい大学組織と云えるための最低限度の水準を超えるものでなくてはならない、と云うのである。⁽⁴⁾ こうして、大学自治とは、民主的な内部組織と実効的な正当化水準を前提とするものであり、実効的な正当化水準と云えるためには、「研究・教授」の当事者＝「現場」による「構成的な」——つまり、単なる同意、承認ではなくて——選出行為に基づくのではなくてはならない。

また、拘束的な決定権限をもつ機関の組織については、「大学に特有の」諸要請が妥当する。学問的コミュニケーションの開放性、当事者参加、さらに、本質的な決定が合議制機関によって下されるべきこと、などである。学問的コミュニケーションはまた、学問専門職的に営まれるべきである。専門的な決定を担当する大学機関には、かよ

うな専門的判断能力があることが要求される。決定権は、とりわけ専門性原理に則り配分されねばならない。

③ 右の諸要請に照らすと、大学理事会の構成についてのバイエルン大学法の規定(26条1項Nr.1)は、学問の自由及び、大学自治の保障に反する。この法律では、大学理事会は単なる諮問機関ではなく、直接に学問に関わる決定権をもっている——とくに、学長の選任(同26条5項①Nr.2、21条1項①)及び大学基本規則の議決(同26条5項①Nr.1)、また修学課程の設置・改廃(同26条5項①Nr.7)等々。かように、大学理事会は学問事項についての中枢的決定機関であるにも拘らず、これに対する教員の「決定的」影響が及んでおらず、要求される正当化水準に達していない。と言うのも、大学理事会には教員の半分しか代表されておらず、しかも「主導的」であるべき教員グループは理事会16名のなかの、たった5名である。さらに理事長は、学外者になることになっている。こうして、学長を選出するという伝統的権利——申し立て人の主張では、ラント憲法138条2項①の保障の下にある——が、大学所属の教員の手から奪われてしまっている。

④ 大学指導部が教員任用を決定する規定(ラント大学法20条2項②Nr.11、ラント大学人員法18条5項①②③)が合議制原理及び専門性原理に反する、という主張も申し立て人によってなされている。教員によって選出される合議制機関たる大学評議会と、とりわけ学部委員会が任用提案につき決定的な影響力をもつべきなのである、と。

学部の構成員から成る学部委員会——とは言え、全員が教員とは限らない——は、単にその準備をするだけである。大学評議会にはわずかに諮問的役割が与えられているに過ぎない。申し立て人の主張では、そもそも大学指導部にはその組織的理由からして、学問の専門的基準に従って教授職の適任者を決定する能力がない(専門性の欠如)。

⑤ 大要、以上の異議申し立てを受けて、バイエルン憲法裁判が出した結論は、申し立てが理由づけられていない、というものであった。判旨は、大要、3点である。(a)——憲法審査に際して、大学組織の「全体的なあり方」を考

慮して、「構造的な危険」が認定されるか否か、が判断される。「アカーデミッシュ」な事項の核心に触れる決定を下すべき大学機関は原則として、大学教員が多数を占めるように組織されねばならない。しかし、学外理事が半分を占める大学理事会の構成からは、何ら学問の自由への「構造的な危険」は生じない。(b)——本件の場合、大学自治の保障にも反しない。(c)——任用手続に関しても、本件立法者が形成余地の限界を越えたとは認定できない。本件では関係学部の教員に、評価特権が保障されている。以下、とりわけ(b)(c)の判旨に焦点を当てて見て行きたい。

(以下、**㉑**として。)

㉑ 申し立て人の主張を受けて、バイエルン憲法裁が大学自治の「制度的保障」について展開している件りに着目したい——。それによれば、本件では、大学自治の「権利」(バイエルン憲法138条1項**①**)も侵犯されていない。同条項によると、大学の設置・管理は国の担当事項である。「学問的」大学は法律により、もしくは法律に基づいて設置され、バイエルン自由国の制度として国の組織の一部となる。バイエルンの学問的大学は自治権の担い手として、そして伝統的に「公法上の社団」Körperschaft des öffentlichen Rechtsとして、学問およびその教授の自由を享有する。大学の自治的任務には、大学機関の選任、教授・研究の組織化、任用への関与、大学財産の管理、入学者登録、プロモーション(博士号)^(*)・ハビリタチオン(教授資格請求)事務が含まれる。学問を自律的に営むために規則制定権も含まれる。

* ここで、大学自治の「核心領域」の一つとされる、プロモーションの権限(博士号授与権)をめぐる、ベルリン・ラント憲法裁判決(04・11・1)——インターネットて入手——に少しく触れておこう。

ベルリン・ラント大学法のプロモーションに関する若干の規定がベルリン・ラント憲法の学問の自由規定(21条1項)に反するとして、ベルリンの3つの大学によって憲法異議が申し立てられたのが、本件である。申立の主要部分につき、

憲法違反が認定されている。経緯としては、本件直近のラント大学法改正で、「専門大学」Fachhochschule卒業者のプロモーション適性認定手続につき専門大学の同意を条件とすることを（総合）大学に義務づける点が、とりわけ問題となった。さらに、口頭でのプロモーション成績としては専ら博士論文(Dissertation)の主張としての（公開）討論とし、論文については該大学に所属しない少くとも一人の審査員を加えて評価することを大学に義務づけた。これらの点が、学問の自由への侵犯であるとの申立がなされた次第であった。ラント大学法は以前から既に、プロモーション手続につき学問的大学と専門大学とが協力し合うことが望ましいという態度に出ていた。該手続の専門横断性、さらなる現代化・透明化の視点から、一層、専門大学の側からの関与が強められたという背景があった。

ここでは、主要部分に関する判旨だけを挙げておこう――。

(1) ベルリン憲法は、「学問 研究、教授」に「直接」関わる領域において、（学問的）大学の自治「権」を「保障している」。「自治権の「核心領域」には、最重要の特権の一つとして、プロモーションの権利がある。ここから、プロモーションの条件・手続とを自律的に、自己の責任において規定する権利がある。プロモーション規則につきラントが認可するのも、専ら事前の「法監督」の性格をもつに過ぎない。

(2) 学問の自由の「核心領域」への法律での制約は、対抗する憲法的法益の保護のためにのみ許される。その比較衡量にあたり、対抗し合う基本権の意味（重要度）と比例原則とが考慮されねばならない。

(3) 本件直近の法改正で、専門大学卒業者のプロモーション手続に、専門的な修学課程を提供する専門大学の同意あることが必須とされた（ラント大学法35条3項③）。このことは、ベルリン憲法21条1項に適合しない。このことで、大学は、プロモーション手続に誰が参入できるかを自律的に決定できなくなる。このことは、専門大学卒業者の職業の自由、学問の自由によっても、さらには専門大学の自治によっても正当化されえない。

(4) ベルリン・ラント大学法は、口頭でのプロモーション試験として、専ら博士論文の主張としての討論を規定する(35条4項①、35条6項)。これは、大学の学問活動の「核心領域」に介入するものだが、何か対抗する憲法法益によって正当化されない。

(5) ラント大学法は、該大学に所属しない少なくとも一人の審査員を加えるという条件の下に、博士論文の審査を規定する(35条5項①)。これは、大学自治の「核心領域」への違憲な侵害である。それは、プロモーションに関する大学の権限を部分的に制約する。だが、それは比例原則に照らして正当化されない。それは、とりわけ職業の自由との関係でも——ここで関係する人的集団の範囲は極めて狭い——「必要でない。」nicht erforderlich.と云うのも、大学でこれまで営まれてきたプロモーション手続が、客観性・公正さを疑われるいわれがあるとは思われないのである。さらに、外部審査員の参加が、プロモーション手続の客観性向上に、より「適切」geeignetであるとも言えない。

(6) 第6点目は、以上に反して、合憲判断された事項である。ベルリン・ラント大学法によれば、専門大学教員がその卒業生のプロモーション手続での審査員ないし試験員になれるということである(35条3項④)。もし、このことが法律の命令することだとすれば、大学の規則制定の自治への介入であることになろう。しかしながら、本件では、ここに大学自治の「核心領域」への侵害はない。大学は依然として、個々の場合に、専門大学教授をプロモーション手続に関与させないことができるからである。実際、該条項の文言では、「……ひびる können」となっている。

しかし、大学自治も無制約ではない。大学理事会についての件の諸規定は自治「権」の核心には介入しておらず、そのことは社団≡自治団体たる大学と国との垂直関係においても(以下、イ)、大学の水平的内部関係(ロ)においてもそうである。

1) 当憲法裁は、連邦憲法裁の判例に従って、法律によって自治団体事項と国の事項とが配分されており、大学には自己責任での形成が認められる核心領域が与えられている、とする。本件大学法では別段の定めなき限り、大学の全ての事項が団体の自治事項に入る(同12条2項。)例外はただ、国の事項として限定列举されたものである(同12条3項。)大学の自治領域については、国には「法監督」Rechtsaufsichtの行使だけが許されている(同74条1項。)

この大学法による自治事項としては、とりわけ修学・試験、プロモーション、ハビリタチオンに関する規則制定(58条1項①、61条2項①など)及び規程により学費を徴収すること(71条1項①、6項)が挙げられる。教授権限の付与(65条10項)、研究・教授の計画、組織、実施に関する重要な事柄もそうである。大学法により、大学は国の事務をも担当しており、教員の任用手続は国との「共同事項」*res mixtae*である(12条3項。)

以上、憲法裁は、本件大学法の諸規定が憲法の大学自治規定(同138条2項①)に違反しているとは言えない、とする。

ロ) 大学理事会の構成は、大学の内部関係としてもバイエルン憲法に適合している。

aa) 「自治の制度的保障」は、大学内部の各種会議体が学間にふさわしく構成されることを要請する。とは言え、大学組織のあり方を判断する際、研究・教授がただ大学自治の任務だけにとどまるものでないことが考慮されるべきであろう。例えば、国際的な研究を組織・促進するために、その枠組条件の整備が必要となる。例えば、マックス・プランク研究所の評議会、理事会には、財界及び他の研究機関からの者が参加することになっている。これは、研究「政策」の決定が、社会的に受容されねばならないという視点からは——例えば核物理学、遺伝子研究などを想起せよ——外部識者の関与が妥当である、ということである(尚、この件りは、前出2の(3)(c)の見解と一脈通じ

るものがある。

本件大学法では、大学は国際協力・外国大学との交流（2条4項）、及び知識・技術の移譲を促進する（2条5項①）。さらに大学は、研究企画及び「重点」を調整し、その際、他の研究機関と協力する（7条）。研究企画はまた、第三者資金Drittmittelnで助成される（8条）。このように、本件立法者が、大学の任務が変容したことを受けて、組織を新しく形成したことに何ら問題はない。

bb) 具体的・個別的に見ると、本件では学部と大学評議会ゼナートに自治保障の核心事項が委ねられており、それらの構成員の多数は教員である。評議会には、修学・試験・プロモーション・ハビリタチオンについての規則制定権及び学費徴収についての規則制定権が与えられている（大学法25条3項Nr.1）。さらに、プロモーション・ハビリタチオンについては学部が「主導的な」影響力をもつ（同65条1項、65条8項）。評議会には、研究・学問・芸術の後進育成及び「共同参画」として原則的な事項の議決権限、さらに重点研究の決定権限（同25条3項）などが与えられている。

cc) それに対し、その多数が教員で占められるのではない大学理事会、従って「当事者参加」が妥当しない大学理事会には、大学自治の核心領域に入る任務は与えられていない。理事会には、国の任務、及び大学の計画・統制・発展に関する事項が割り当てられている。

理事会の存在は、大学の任務の変容に対応するものである。学外理事は広い学識と豊富な経験とを有しており、大学の将来への寄与が期待されている。尚、学外理事は、8名の学内理事を向うに回して意見を通せない仕組みになっている（26条1項①）。

① 教授任用の提案についての大学指導部の議決権限（20条2項②Nr.11など）も、ラント憲法に反しない。

1) この権限は、学問・教授の自由(バイエルン憲法108条)を侵犯しない。無論、教員は、大学での学問の営みにつき第一に責任をもつ担い手である。その選考につき、学問外在的な影響が及べば、研究・教授の自由な行使に直接的な危険が生ずる。故に、選考手続においては、他のグループに比して教員グループに「アウスシテラークライベント決定的な」影響力行使が認められねばならない。(E35, 79 (134)) とは言え、大学自治とは、純然たる「互選権」の如く無制約の権利ではない。むしろ、研究・教授の「この」側面は、国の大学行政との協力によって刻印されている。講座の構成については、学部¹の提案権と国の任用権とが結合している。学部は、その学問的専門的知見故に、任用手続において「主導的に」関与する。他方でしかし、教授職は公務員として生涯にわたり任用される(大学人員法8条1項)ものだから、公職²の委託は適性・能力・業績に照らしてなされる(同94条2項、バイエルン憲法116条)言うまでもなく、国の担当大臣に教授任用の決定権がある。(E35, 79 (133)) 本件法律に問題はな³い。

aa) 本件では、学部教員に、任用手続における十分な参加と専門的評価特権が保障されている。この点につき、バイエルン憲法裁によって以下の如くやや詳しく述べられている。

まず、学部は、任用提案の準備のために、教授が票決数ベースで多数を握る任用委員会を設置する(大学人員法18条4項①、②)。それは、教員グループに「決定的」影響力を確保するためである。確かに、教員選考の質向上のために、任用委員会には少なくとも一人は学部外部の者が参加することになっている(同18条4項③)。しかし、外部委員の賛成がなくとも、委員会の多数決が成立することになっている。また、当委員会の委員、そして該学部の教授は、任用提案に反対意見を述べ、これを任用提案に添付させることができる(同18条4項④)。このことも、専門性原理に仕えるものである。

bb) 大学指導部は、任用委員会からの提案につき、大学内部的に議決する(大学人員法18条5項②他)。任用委

員会と違う意見に至った場合には、学部委員会の意見を聴かなくてはならない。

教授任用を最終的に決定するのは担当大臣であり、提案に添う義務はない（同18条6項①）。勿論、大学からの提案には格別の重みが与えられる。以上、任用手続には問題はない。

ロ) バイエルン憲法138条2項①¹⁾ 大学自治も侵犯されてはいない。大学自治の保障は、教授任用に関しては憲法108条²⁾ 学問の自由から導かれる。それは、教員の参加権（上記①イ）以上には及ばない。右の二つの憲法規定から、大学指導部及び国の関与を排除するが如き、任用について教授団が単独で決定する権利は導かれえない。

注

(1) F. Gärditz, aaO, S. 314.

(2) ここで「民衆訴訟」とは、「憲法異議」とは異なつて、バイエルン・ラントの法規範が、ラント憲法の基本権を違憲的に制約する場合に提起しうるものである。憲法異議とは、手続要件も異なる。

(3) 「教授の自由」と「研究の自由」とを分節化する試みにつき、拙稿・高岡法学（前掲）。

(4) この様に、本件訴訟提起者は、ラント憲法上の学問の自由（108条）と大学自治（138条2項）の二本立てでの主張を行った。これに対し、ラント憲法裁の論理が全体として、前者に傾斜ないし収縮しているという読み方を示す

S 14, M. Burgi/I.-D. Graf, DVBL 2010, S. 1125 ff. (1130).

(2) 連邦行政裁判所・09・11・26判決 (= BVerwGE 135, 286) にていふ——。

① 本件上告人は、1975年に終身でラントから正教授として任用された者である。02・6・24のニーダーザクセン大学法(同年10月1日発効)により、大学は、大学からの申し出によって「公法上の財団」Stiftung des öffentlichen Rechtsに移管されることになった。同年10月16日、ゲッチンゲン大学評議会は13対12の辛うじての多数決で移管提案を可決した。それを受けてラント政府によって、ゲッチンゲン大学「財団」設立の命令(12月17日。発効日は04・1月1日)が発せられた。続いて、財団の長(同時に、学長でもある)は、上告人の財団への受け入れを命じている。その文書では、従前のラントに代わり財団が雇用主となるが、公務員関係であることに変わりはない。上告人は、俸給グループC4の教授とされた。行政不服申し立て後の第一審で勝訴したが、ラント上級行政裁での逆転敗訴を経て、上告に及んだという次第であった。

② 上告に理由なし、というのが本審での結論である。第一、上告人に関し財団への受け入れの法的条件は満たされており(↓㉞)、第二に、当財団も「公法上の財団」として適法に設立されたものである(㉟)、としたのだった。第三、財団移管後の大学に、自由な教授・研究活動が十分に保障されていると言えるか否かが、問われよう(㊱)。

㉞ 上告人の財団への受け入れの法的根拠は、連邦公務員大綱法BRRGであり、問題の諸規定は、本件にとつての基準となる時期には、ラントによって補充されるべき大綱法ではなく、直接に連邦法として妥当していた。この法律では、公務員の同意なしに雇用主を変更することができる(同128条2項、3項、4項。)このことは、ボン基本法33条5項に反しない。終身での公務員についても同じである。

02の新しいラント大学法によると、大学の運営主体には、大学を維持・発展させる任務がある。大学の人的・

物的設備につき責任をもち、「研究・教授」における自由な学問的活動を保障するのも、大学の運営主体である。運営主体の変更に伴って、こうした責任も財団に移った。かくして、国の任務、とりわけ人事行政も財団が担当する。大学に必要な人的資源である公務員の上司は、財団の長でもあるところの学長である。

⑤ 当財団は、公法上の法人として適法に設立され、ゲッチンゲン大学の運営を引き継いだ。

大学からの申し出は、大学評議会での議決を経て、適法になされたものである。大学評議会での件の可決は、ボン基本法5条3項に反しない。

さて、ボン基本法5条3項によると、大学のあり方（組織、構造）に関する法律規定は、大学教員に対して自由な学問活動を保障するものでなくてはならない。そして、学問の自由を「実効的」に保障するには、「研究、教授」の自由への「構造的な危険」を排除するための組織的対処が必要である。

「学問的に重要な」「つまり研究、教授に関わる事柄」における大学の合議制機関の権限については、組織的に「学問にふさわしい決定」がなされるべく保障されねばならない。そのためには、教員グループが「直接、研究に関わる事項」につき「決定的な」影響力をもつことが要求される。かかる事項に関しては、合議制機関において教員グループには「絶対多数」が確保されねばならない。教員の任用についても同様である。(EGS, 79 (129ff), F11, 333 (35ff).)

この新しいラント大学法が発効した日（02・10月1日）に存在した過渡期の大学評議会——法律では、03・1月31日までは新しく構成されることになっていた——は、ボン基本法5条3項から要求される右の諸条件を満たしていた。評議員13名のうち7名が教員であったので、「絶対多数」を確保していた。また、ボン基本法5条3項からは、学問に関わる事項につき決定する合議制機関の最小規模及び任期についての具体的な内容を観取すること

はできない。さらに、合議制機関が選出後、委ねられた事項について——本件では、財団への移管に関して——決定することが、基本法5条3項によって禁止されているとも言えない。極めて重大な事項についてもそうである。最後に、全ての学部（専門領域）が大学の全学的合議制機関＝評議会に代表されるべきことが、憲法上、命じられているとは言えない。(E111, 333 (351))

④ 当大学法55条以下の財団モデルには、憲法上の重大な欠陥はない。国＝ラントは、財団に移管された後も、大学に対し憲法上命じられた財政責任を負い、実効的な「法監督」を請け負う。

基本法5条3項によれば、大学制度につき権限のある各ラントは、「人的、財政的、組織的」手段（資源）を供給しなくてはならない。それは、大学が学問を自由に行うべく、その運営を支えるために不可欠なことである。国のかかる積極的関与なしには、独立の研究と学問教授は営まれえない。その際、ラント立法者は、大学につき特定の組織形態、特定の財政助成モデルに拘束されない。

大学への助成のあり方としては、直接的なものも、間接的なものも許容される。但し、大学での自由な学問活動が、法律によって「構造的な危険」にさらされることは許されない。自由な教授・研究は、最低限度の助成による促進と同様に、保障されねばならない。(E111, 333 (356))

i). ラントは今後も、憲法上の財政責任を負う。それは、財団に対し毎年の財政助成をすることであり、かくしてこそ大学の営みが保障されるのである（ラント大学法56条3項①Nr.1、57条）。財政助成は、大学の個々の任務と領域での支出に従って、例えば講義提供、研究の基礎設備、さらに専門の重点のため、支出に応じて、また後進育成に応じて配分される。財団は、これらの目的規定に拘束される（同56条3項②）。支出は、大学の基礎的な発展・業績目標に照らして査定され、かかる目的は、ラントの担当大臣・大学・財団との間で数年間の期間で結ばれ

る「目標協定」から導かれるものである。この「目標協定」には、例えば課程の設置・廃止、後進育成、教授・研究の質の保証、研究「重点」課題の設定についての規定が含まれる。同時に、この「目標協定」には、国の財政助成についても規定されねばならない（同1条3項、1条4項①）。

ロ) 財団は、大学に対して「法監督」を行使する（ラント大学法55条4項。）学長は同時に財団の機関でもあるので、この任務は「財団理事会」によって果たされる（同59条1項、60条2項②Nr.7。）

財団理事会の構成及びその法的地位から、それが大学、とりわけ学長部局を実効的に監督しうるかについて重大な疑義が生ずる。財団理事会の多数は名誉職である（同60条1項②。）その決定は学長部局により準備され、執行される（同61条1項①。）よって、財団理事会の任務履行は、学長部局からの情報提供・準備に依存しており、学長部局の方としては大学の学識ある人々に依拠しうる。要するに、財団理事会による大学及び学長部局への法監督については、その実効性に疑問が残るのである。この法律では、財団理事会が、いかにして法監督にあたり重要な情報を調達し、その正しさを吟味すべきかが明示されていないからである。しかし、連邦行政裁によれば、この不足分を補って該法監督を効果的たらしめるために、ラント大臣に必要な権限が与えられている。この点を敷衍すると次の通りであり、以下、数点にわたり本判決に特徴的な「憲法適合解釈」が重ねられていく。

財団としては、ラントの担当大臣の法監督に服する（同62条1項。）とくに、財団が国の事務を担当する場合にはそうである（同55条3項、47条②。）大学に対して財団が法監督を行使する場合には、ラントの担当大臣の指示に拘束される（同62条2項。）この規定は、ボン基本法5条3項に照らして、次の如く憲法適合的に解釈されるべきである。つまり、担当大臣には、財団理事会による法監督の行使を統制する権限があるのみならず、むしろ、然るよう義務づけられているのである。とりわけ、担当大臣は、財団理事会による法監督にとって重要な書類の説明に

あたり、及び監督措置の準備にあたり、財団理事会を支援しなくてはならない。かかる指示権は、ラント自身が運営主体である時に大学に対し法監督を行使する場合（同51条1項）よりも、抑制的に行使されてはならない。

ハ) 財団理事会の人的構成についても、憲法適合解釈により、学問の自由への「構造的危険」は生じない。この理事会は7人から成る（ラント大学法60条1項）。その理事は、大学評議会及びラントの担当大臣部局から各々一人づつ、及び大学制度に明るい学外の人達五人である。理事は、大学評議会の了解の下に担当大臣により任用され、重大な理由ある場合には、大臣によって解任されうる。財団理事は名誉職であり、命令と指示にしばられない（同60条1項①②③）。

財団理事会には、大学に関する重要な任務が委ねられている。大学・学長部局に対する「法監督」から、学長部局の構成員——これは同時に財団の機関でもある——の任用、解任権（同60条2項②Nr.1、同38条2項①）、教授任用への関与（同58条2項①④）、大学の発展計画と財団の予算計画への同意権（同60条2項②Nr.3、57条1項）まで。

さて、連邦行政裁によれば、立法府は民主的に正当化された存在であるから、原則として、学間にとって重要な、つまり「研究、教授に関わる」事項への決定権限を、担当大臣からも大学の諸機関からも独立の会議体に与えることができる。但し、限界があり、自由な学問活動を「構造的な危険」にさらすことはできない。そのため、立法者は、学問的に重要な事項が「学問にふさわしく」決定されることを保障しなくてはならない。例えば、研究計画、講義提供計画、施設の設置・運営、修学・試験規則、教員人事の決定などに関しては、教員グループに少なくとも「主導的」な、とりわけ「研究」に関しては「決定的」な影響力が与えられねばならない。教員グループに「絶対多数」の票決権が付与されているならば、この条件は満たされている。(E35, 79 (199F), E111, 333 (363F))

この点、本件法律はどうか。連邦行政裁の判断では、財団理事会の人的構成については、大学評議会に永続的で「決定的」な影響力が与えられている。上記の如く、財団理事会に広範囲の任務が任ねられていても、許容される範囲である。大学評議会では、教員グループに「絶対多数」の票決権がある（同41条4項⑤）。また、財団理事は、大学評議会の同意の下に、担当大臣によって任用される（同60条1項②Nr.1）。だから、大学評議会の意思に反して、財団理事になることはできない。むしろ、大学評議会には、財団理事となるべき者が大学制度に精通しているか否かを審査する責務がある。

財団理事は「重大な理由」ある場合、担当大臣によって解任される（同60条1項②Nr.1）。この「重大な理由」という不確定概念の解釈にあたり、大学評議会には、憲法的に要請される程度の影響力が考慮されるべきである。

かくして、大学評議会は、財団理事の解任の諸条件を、大学の基本規則のなかに具体的に規定しうる（同41条1項①、②）。この解任決定にあたっては、大学評議会の票決に「主導的」な重みが与えられねばならない。

二、連邦行政裁によると、学長部局選任の法規定についても、ボン基本法5条3項に照らして、大学評議会に憲法上要求される重みが確保されている、という様に解釈可能である。財団によって運営される大学の場合、学長部局は同時に、財団の機関でもある（ラント大学法59条1項）。本件大学法によって、学長部局の権限が大幅に拡大された（同37条）。対照的に、大学評議会の地位は弱められた。そうすると、その分だけ、学長部局の人事が大学評議会の「決定的」な影響の下に置かれることが絶対に必要である。（E35:79 (144)）

この点を検討すると、学長部局は学長及び副学長から成るが、後者の人数については大学評議会が基本規則で規定しうる（同37条4項①②、41条1項②）。学長及び副学長は、大学評議会の提案に基づき、財団理事会により指名ないし任命される（同60条2項②Nr.1、38条2項①）。連邦行政裁はこれらの規定を憲法適合的に解釈して、財

団理事会は大学評議会の提案に拘束される。法的な支障のない限り、大学評議会によって提案される者が財団理事會によつて指名ないし任命されねばならない。さらに、大学評議会に然るべき重みが確保されるべく、大学評議会は人事委員会の提案に拘束されず、合理的理由あれば、むしろそれを斥けることができる、という様に解釈できると(同38条2項②)⑤、39条1項。これらは、学長部局の人事につき、人事委員会が大学評議会に提案する段階の規定である。これを受けて、次に大学評議会が財団理事會に提案することになる。)

また、大学評議会は学長部局の構成員につき不信任できる。そのため、財団評議会に対して然るべく提案することができ(同60条2項②Nr.1、40条①)。連邦行政裁はこの点についても、右の解任提案議決には特別多数が要求されているところからも、財団理事會は右の提案に従わねばならない、という解釈を提示している。

* * *

以上、小稿では、近年のドイツ連邦憲法裁判による上記二つの決定(1、2)の位置規定のために、その中間期に他の裁判所で下された同種の裁判例を少し詳しく追跡してみたのである。一つは、ラント・レヴェルの憲法裁判所による判決(3(1))であり、もう一つが、連邦行政裁判所による判決(3(2))であった。いずれも、やはり、近年の国・ラントの大学政策・行財政改革に棹差す事案であり、連邦憲法裁判の上記二決定を意義づけるための補助線として引かれたのである。

さて、既に上述部分で再三、言及されたゲルデイツツは、まず、バイエルン・ラント憲法裁判の判決(3(1))を指さして、大学組織法の「脱・憲法化」がもはや抑制しえない程に暴走し始めていた、という評価を与えていた。これと対照的に、この間違つた方向——「経営型」大学への乗り換えによる学問の自由への侵害と、大学自治の解体——を正しい方向に巻き戻す第一歩が、上記3(2)の連邦行政裁判所判決なのだ、と位置づけられていた。巻き直

しの延長線上に、つまり、その第二ステップとして、前示2で取材されたハンブルク大学法事件についての連邦憲法裁決定が位置づけられる、というのがゲルディッツの見立てなのである。

まず、3(1)でのバイエルンでの事案である——。提訴者は、学問、つまり研究・教授に関わる事項については、専門的判断能力をもつ大学教員が実効的に、「主導的に」もしくは「決定的に」——関与しうる程度の正当化水準が不可欠だ、と訴えた。この事案では、問題の法律が定める大学理事会（学外理事が半数）及び大学指導部の権限が強力であつて、それは学問事項にまで及ぶ。それなのに、学問事項への大学教員の専門的視点からの関与が、ラント憲法で要請される水準にまで確保されているとは言えない。その際、提訴者によれば、ボン基本法66と違つてバイエルン憲法の場合、学問自由を補完するために「大学自治の制度的保障」が別箇独自に規定されていることが看過されるべきでない、と主張されている。

この訴えに対し、ラント憲法裁は、大学組織の「全体的なあり方」を考慮して「構造的な危険」が存するかどうかの視点から審査を行った。無論、これは1で取材されたブランデンブルク大学法事件決定で示された審査方法である。ラント憲法裁の答えは、学外理事の任用には、学内選挙で民主的に正当化された存在である大学評議会の同意が必要とされており、また、評議員の多数は教員である。それ故、総合的に判断すると、大学理事会は、学問の担い手によって専門的に刻印された民主的正当性をもつ、などと言うのであつた。提訴者の主張からすれば、学外理事の任用に大学評議会の同意が要求される程度では、とても、後者に実効的な権限が与えられているとは言えないことになる。

次に、3(2)で紹介された連邦行政裁判決について——。本判決については、とりわけ、ゲルディッツが、然るべき方向への是正の第一歩であると見立てた点に着目したい。それは、国々ラントは財団移管後の大学に対しても

「人的、財政的、組織的」責務を負うとして、とりわけ③(ロ)ハ(二)の行論において「憲法適合解釈」——基本的には「合憲限定解釈」——を重畳的に展開している点に集約される様に思われる。その説示には、国(公)立大学の独立行政法人化を経た、日本の大学関係者の関心を大いに引くものがある様に思われる。

③(ロ)では、学長部局に対して財団理事会の「法監督」が「実効的に」行使されるかに関して、該法律には疑問が残る。しかし、この点に関し、ラントの担当大臣には財団理事会による法監督行使をただ統制するだけでなく、むしろ然るべく、ラント大臣は義務づけられている、という憲法適合解釈——従って、結論としては違憲ではない——が示される。これは、大学に対する国の責任を全うする、という視点からの解釈であろう。

ハ)の行論では、該法律で財団理事の選任につき大学評議会の「同意」が必要とされているところ、連邦行政裁は、ここから進んで、大学評議会には、それに先立ち理事候補者の適任性を審査する義務があることを導き出した。この点は、3(1)でのバイエルン・ラント憲法裁の説示と対照的であろう。また、ラントの担当大臣が財団理事を罷免する事由である「重大な理由」という不確定概念をめぐって、その解釈については、大学評議会に然るべき影響力が与えられるべきだ、という件りも同様である。以上、いずれも大学教員「現場」の「実効的」な関与が確保されていると言えるためには、該規定がいかに解釈されねばならないか、ということの説示なのである。

二)の行論では、学長部局の選任につき、財団理事会の指名ないし任命と大学評議会による提案との関係のあり方が論じられている。この点について連邦行政裁は、法的な支障ない限り、大学評議会の提案に拘束されるべきである、という憲法適合解釈を示したのだった。さらに、該法律では学長部局構成員の解任を決定するのは財団理事会であるが、これに先行して、大学評議会が特別多数でもって解任提案するのである。ここから進んで、財団理事会は、この提案に従わねばならない——何故なら、特別多数での提案なのだから——という解釈が、連邦行政裁に

よつて提示されたのである。この件りにも、学問的に重要な大学としての決定には、大学組織法によつて、教員の影響力が持続的かつ実効的に及ぼされるよう担保されるべきなのだという、本件連邦行政裁の確固たる視線が感じられる。

既に前述2で取材したハンブルク大学法事件——時系列としては、この事件の方が後である——に寄せた連邦行政裁（長官）の見解でも、学部長部局の、とりわけ教員人事に関する権限につき、「憲法適合解釈」論が展開されていた（2(3)(g)）。そして、大学組織についての立法裁量論との組み合わせで、辛うじて違憲とまでは断定できない、としたのだった。

一応、右の如く二つの裁判例を補助線として、連邦憲法裁の上記二つの重要な決定（1、2）の位置を測定するならば、直近のハンブルク大学法事件（2）決定は、大学組織についての立法裁量に、結果的には歯止めをかけた。その様な意味で、それは、「学問の自由の組織法的側面」を真剣に受け止めた、と言えるかも知れない。もし、3(2)で取材したニーターザクセン大学法についての連邦行政裁の判決が、既にその見取り図をデッサンしたものであつて、連邦憲法裁の該決定（2）がそれを是認したものだたとすると、審級裁判所による憲法判断の価値が連邦憲法裁によつて証されたのだと言えるのかも知れない。それは、ゲルティツの位置づけでもある。

しかし、補助線はあくまで補助線であり、点線であり、実線ではない。果たして、今後、連邦憲法裁に同種の問題が持ち込まれた時に、その結論がいずれの方向に——つまり、上記1ないし3(1)の方向へか、あるいは2ないし3(2)の方向へか——赴くかは予断を許さないと考えるのである。いずれにしても、憲法の意味が何たるかにつき実線を引くのは、連邦憲法裁であろう。

ただ、一つ言えることは、小稿で取材した4件の決定・判決どれにおいても、「学問自由に対する構造的危険」

及び「学問の場にふさわしい決定がなされうる仕組み」という基準が採用されている。このこと自体は、そう簡単には——良かれ、悪しかれ——動揺しないだろう、と言うことである。実際、引いき目に見ても評判の悪いこれらの基準は、ハンブルク大学法事件(2)での憲法異議申立人の側からも——しかも、ブランデンブルク大学法事件決定(1)を引用して!——主張された通りである(2(2)①~③)。その主張を受けた連邦憲法裁判の結論も、右(1)決定を引用して、該基準に照らして違憲というのだった(2(4)①あ③、同②お)。しばしば、これらの基準には「空虚な定式」という批判が浴びせられるが、こうした批判には、何らかの基準——「法理」「原理」「法の一般原則」……云々——から何か具体的な結論が論者の希望通りに導かれうるはずだという類の、やや過剰な期待が込められていないだろうか。現に、ブランデンブルク大学法事件決定(1)が大いに批判され、それだけにバイエルン憲法裁(3(1))では、そこからの転向が期待されたのに、前者の基準を引用して該規定を合憲認定したのは期待はずれだった、との記述も見られるところである。(M. Burgi/I.-D. Graf, aaO, S. 1130.)

しかし、「基準」「法理」「原理」——「ルール」と違って——に、それ程の期待をかけるわけにはいくまい。所詮、それらが果たしうるのは、当事者と裁判官の視線と言語使用に方向性を与えて、法的議論の土俵を設定し、法的推論を規制することまでであろう。結論を左右するのは、事案の違いや、事実への評価の違い、基準の適用の仕方の違いであろう。私見では、該基準が具体的事案との関係で、いかに肉づけられているかこそが注視されるべきなのである。

この小稿では、大学・大学自治をめぐる「制度的保障」という理解の是非、さらには「民主的正当化」をめぐる議論を掘り下げることができなかつた。今後の課題とすることで、ペンを置くことにする。

(二〇一二年六月二〇日脱稿)