



Title	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?
Author(s)	君塚, 正臣
Citation	国際公共政策研究. 1999, 4(1), p. 129-145
Version Type	VoR
URL	https://hdl.handle.net/11094/3964
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

<https://ir.library.osaka-u.ac.jp/>

The University of Osaka

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?—

Rethinking the Private University Autonomy from
Constitutional Point of View: A Blind and Miserable Marriage of the
Third Party Effect Theory with the Institutional Guarantee Theory

君塚 正臣*

Masaomi KIMIZUKA*

Abstract

Many theorists insist The Constitution of Japan guarantees the private university autonomy for the academic freedom. But, they say also it can be restricted by the spirit of each university. Troubles in it is considered to be solved by the third party effect theory.

But we must think that the institutional guarantees may restrict the human rights. So, the freedom of academic association can be restricted by the constitutionally guaranteed university autonomy. And, many articles of educational statutes which don't much consider the university autonomy must be restrictedly interpreted for The Constitution, before using the third party effect theory.

キーワード：制度的保障、第三者効力論、私立大学、大学の自治、学問の自由

Keywords : institutional guarantee (for human rights), third party effect theory, private college [university], university autonomy, academic freedom

* 関西大学法学部 助教授

はじめに

日本国憲法23条は基本的人権として学問の自由を保障している¹⁾。そして殆どの学説は、明文がないにも拘わらず同条が「大学の自治」を保障していると解している²⁾。それは、大学における研究と教育の自主性・独立性の確保は学問の自由の核心をなすものと考えられるからである。また学説の殆どは「大学の自治」は制度的保障の1つと解している。それは国公立と私立たるを問わないというのがこれまた通説である³⁾。

ところで憲法が国の機関を設立し、その権能を定め、その限界を画定するものであり、また国民の人権を国家の侵害から保障するものであるなら、「大学の自治」が国公立の高等研究・教育機関の在り方を画定することは理解できよう。しかし憲法が私的結社であって国家機関ではない私立の高等研究・教育機関⁴⁾の在り方をも規定し拘束するのだとするならば、そこでは若干の説明が必要であろう。また憲法は結社の自由の一部としての内部自治も保障するというのが通説であろうから、そのこととの兼ね合いも考えざるを得まい。だが私立大学に対するその複数の憲法的要請はどのように整理され、一貫した学説とされるべきかについて、十分な研究がなされてきたとは言いがたいように思われる。「大学の自治」の研究が「冬眠(休眠)」中に大学改革が進行中であるとの指摘すらあるのである⁵⁾。

筆者も、憲法の第三者効力論の再考を始めてきた⁶⁾ものの、いわゆる制度的保障とそれとの関係は、以前から疑問としつつ⁷⁾、検討してこなかった。本稿では、その典型的なものとして

- 1) 尾高朝雄「学問の自由」国家学会雑誌63巻7=8=9号39頁(1949)、田畑忍「学問の自由権」同志社法学6巻3号117頁(1954)、野田良之「学問・教育」国家学会雑誌72巻4号68頁(1958)、大林文敏「教育の自由、学問の自由、教育を受ける権利」法学教室120号62頁(1990)なども参照。
- 2) 大石義雄「大学自治侵犯の具体的事例」ジュリスト130号18頁(1957)、小林直樹「学問の自由と大学の自治」法律時報35巻7号4頁(1963)、我妻栄ほか「座談会・ポポロ事件最高裁判決をめぐって」ジュリスト277号10頁(1963)、田畑忍「大学自治主義と大学管理主義」同志社法学16巻3号1頁(1964)、神谷義郎「大学自治と学問の自由」愛知学芸大学法学8号1頁(1964)、山崎真秀「『学問の自由』と文部行政権」公法研究29号89頁(1967)、佐藤司「大学の自治と学生の自治」同106頁、千葉勇夫「大学の自由(1)」近大法学16号35頁(1967)、井上正治「『大学自治』論争」ジュリスト393号84頁(1968)、渡辺洋三「大学の自治と研究教育体制」思想526号134頁(1968)、同「大学改革と大学の自治(1-15)」法学セミナー157号2頁(1969)以下、「特集・大学の自治」ジュリスト420号15頁(1969)、岩尾裕純ほか「シンポジウム・大学の自治の課題」法律時報昭和45年1月臨時増刊5頁(1970)、稲子恒夫「大学自治と学生参加」同118頁、兼子仁「大学における学生の地位」法社会学22号1頁(1970)、高田敏「学生の権利」同57頁、有倉遼吉「大学の自治を支えるもの」法学セミナー211号18頁(1973)、川添利幸「憲法保障の理論」259頁以下(1986)なども参照。
- 3) 例えば、芦部信喜『憲法学III』220頁(1998)など。これに対し、松井茂記『日本国憲法』486頁(1999)は、「大学の自治」は主に国立大学について意味を持つとする。
- 4) 梅根悟ほか「座談会・私立大学」ジュリスト584号18頁(1975)なども参照。
- 5) 根森健「大学の自治と『大学改革』の現在」法学教室195号41頁(1996)。
- 6) 君塚正臣「いわゆる憲法の第三者効力論再考——その論点の再整理をきっかけに」東海大学文明研究所紀要17号11頁(1997)、同「民法学における『公序良俗』論の憲法学的検討」東海大行動科学研究50号63頁(1989)、同「法例(国際私法学)における『公序』論の憲法学的検討——法例33条と憲法学の交点について」東海大学文明研究所紀要19号39頁(1999)。近時同種の研究はまた多くなっている。それについては、榎透「ステイト・アクションの法理にみる『自由』」九大比較社会文化研究5号1頁(1999)のほか、同論文1頁注1-10など参照。
- 7) 榎原猛編『基礎憲法』106頁(1992)〔君塚正臣〕参照。

る私立「大学の自治」を素材に、あまり考えられてこなかった両者の関係を検討し始めることとする。

1. 私立大学にとっての大学の自治

まずは一般的に「大学の自治」がどのような過程で誕生し、日本でどう考えられてきたかを概観してみることにしたい。

このような保障が明文のものとして長く続いてきたのはドイツ⁸⁾である。1848年に殆どのドイツの大学の関係者が「完全な教授及び学習の自由」を要求し、それは1849年のフランクフルト憲法152条に結実した⁹⁾。それ以来、学問の自由が「大学の自由」とほぼ同義に解されてきた。ドイツの大学は国家行政に服しながら、旧き団体的体制を有し、人事を中心に自治権も有するものである¹⁰⁾。そして今日でもドイツでは大学の殆ど全てが公立である。第2次世界大戦後、ドイツでも学問の自由を大学における学術研究活動の自由に限定するように狭く解されることはなくなったが、伝統的には教授団の世俗権力に対する一種の特権的自由であったことは否めない。ナチズムの台頭に際して、一般的市民的自由の支えの欠如の中、あっさりこれに屈した¹¹⁾ことはその表れなのかもしれない¹²⁾。学問の自由を憲法が保障することは、少なくとも第2次大戦前までは「ドイツ(及びその系統に属する)憲法特有のものであったのである¹³⁾。

これに対してアメリカ¹⁴⁾では、植民地時代に始まる主要大学は寄附等によって設立された私立大学であり、宗教界・実業界の有力者などが大学管理の権限を握っていた。そこでは宗教的寛容もなく、外に対する「大学の自治」は保障されてもいなかった。教授団である保守的な聖職者の身分的利益に対抗するため、学外者による理事会が一般化していった¹⁵⁾。しか

8) ドイツの大学・学問の自由については、阿部照哉「ドイツにおける『大学改革』と学問の自由」法学論叢94巻2号1頁(1973)、酒井吉米『学問の自由・大学の自治研究』55-141頁(1979)、松元忠士「学問の自由の基本権理論」立正法学論集29巻3=4号165頁(1996)、同「ドイツにおける学問の自由と大学自治」(1998)など参照。またフランスについては、中村睦男「フランスにおける大学教授の独立」北大法学論集39巻5=6号593頁(1989)、R・シヤバヌ[稿訳]「フランス近代公法史要略」摂南法学13号63頁(1995)、酒井前掲書219-269頁など参照。

9) 高柳信一「学問の自由」16頁(1983)。フランクフルト憲法は実施されなかったが、1850年のプロイセン憲法20条はこの条項をそのまま採用した。同書17頁。

10) 石川健治「カール・シュミット『制度体保障』論・再考(3)」東京都立大学法学会雑誌38巻2号55頁、56頁(1997)。

11) 高柳前掲註9)書26頁。

12) 但し、石川前掲註10)論文58頁は、「単なる中世的な団体特権ではもはやなく、新しい精神生活の道徳的に必然的な形態、精神生活それ自体の最も高き形式」となったと指摘する。

13) 高柳前掲註9)書20頁。

14) アメリカの大学・学問の自由については、土居靖美「アメリカにおける公権力の統制と学問の自由」新潟大教育学部紀要6巻1号140頁(1965)、畑博行「米国における学問の自由と大学管理制度の問題点」公法研究29号73頁(1967)、西岡久嗣「アメリカにおける大学の自由と忠誠問題」同80頁、綿貫芳源「アメリカにおける大学の自治」杉村章三郎古稀『公法学研究下』670頁(1974)、高城和義「マッカーシズムとパーソンズ(上・下)」思想770号84頁、771号52頁(1988)、同「学問の自由とパーソンズ」岡山大法学会雑誌38巻1号1頁(1988)、松元忠士「公立学校教師のアカデミック・フリーダム」ジュリスト946号92頁(1989)、酒井前掲註8)書271-475頁など参照。イギリスについては同書143頁以下など参照。

し、時代が下るにつれ、大学は多くの学生を引きつけるために宗教色を薄めざるを得なくなり、自然科学の興隆などもあって理事会が教育研究・人事まで管理できない事態が生じてきた¹⁶⁾。結局アメリカでは学問的自由はあくまでも市民的自由であって、それと区別された特別の学問の自由は意識されてこなかった¹⁷⁾。確かにアメリカでも、専門職能としての自覚が教員研究者集団に生まれ、理事会の財産管理権限に対する教授団の教育研究管理権限が均衡して保障されることとなった¹⁸⁾。しかしそれは国家的制度ではなく、あくまでも各大学の教授団の自覚が支えるものだったのである¹⁹⁾。

日本でも戦前²⁰⁾は憲法に学問の自由や「大学の自治」の保障は明文上存在しなかったが、「學術技芸ヲ教授シ及其蘊奥ヲ攻究スル」という帝国大学令1条の目的のためには学問の自由への政府の介入は許されない、という主張が早くから唱えられていた²¹⁾。また、大正時代には京都帝国大学で総長公選が慣行として確立し、それは他の帝国大学へも波及していった²²⁾。

日本国憲法下では学問の自由は明文規定となり、「大学の自治」を否定する学説も皆無に等しい状況になっている²³⁾。その上で、多くの学説は「大学の自治」の中身として人事の自治、施設・学生の管理の自治、教授の自由などを含むとしている²⁴⁾。但しその内容は具体的に確定したものとは言えず、例えば学生の自治参加などが論争的となったように、核心部分を除き「その内容の弾力性は認めなければならぬ」とされる。しかし仮に学生を自治の主体だと認めた²⁶⁾としても、教員採用人事についてまでそうだとは思えない²⁷⁾。学生がその主体

15) 高柳前掲註9)論文28-30頁。

16) 同上31-34頁。

17) 同上51-52頁。

18) 同上85-95頁参照。また、解雇自由の原則が問題にされるようになり、Tenure 制度の確立が教授団の努力の重点となった。同書61-62頁。

19) 同上96頁。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(1998)も参照。

20) 戦前の日本の大学・学問の自由については、家永三郎「明治廿二年の大学自治案」日本歴史66号14頁(1953)、同「大学の自由の歴史」(1962)、落合勇「大学の自治と国家権力——京大事件の教訓」公法研究29号65頁(1967)、寺崎昌男「日本における大学自治制度の成立」(1979)、田中館照橋「大学における教育行政の法的问题(37)」大学と学生312号55頁(1991)、酒井前掲註8)書477-527頁など参照。

21) 畑博行「学問の自由」ジュリスト638号289頁、289-290頁(1977)。

22) 恒藤恭「大学自治の問題について」思想459頁92頁、93及び96頁(1962)。同論文96頁は大学自治が戦後に「復活」したことを強調している。

23) 以上例えば芦部前掲註3)書220-224頁参照。

24) 伊藤公一『憲法概要』[改訂版]79頁(1983)は、このほか国公立大学における予算の独立性確保の困難さを問題として挙げる。高柳前掲註9)書102頁は、大学が一般に経済的等価交換では成立しない性質を持つことを指摘する。

25) 橋本公巨「大学の自治の内容」法学教室3号16頁、17頁(1973)。同論文は19頁で学生・職員の自治参加について否定的な結論を導いている。

26) この立場に属するものとして、中村睦男=永井憲一『生存権・教育権』250-251頁(1989)[永井]、野上修市「学問の自由と大学の自治」永井憲一選集『憲法と教育法』84頁、98-100頁(1991)、浅川千尋「学問の自由と大学の自治」論の再考」阪大法学43巻2=3号下637頁(1993)などがある。これに対して伊藤公一「学問の自由と大学の自治」阿部照哉=初宿正典編『法学ガイド・憲法II(人権)』100頁、101頁(1991)は、大学紛争を契機に生まれたドイツの「集団管理大学」を批判する一方、学生が「大学の運営に対し何らかの形で関与する権利を認めることは妥当」とする。

27) 中村=永井前掲註26)書246頁[永井]ですら、教員人事について学生の関与まで要求してはいない。中村睦男「大学の自治」Law School 41号47頁、50頁(1982)も、学生参加は「教授会自治と矛盾しない範囲で各大学が自主的に

でないこと、採用人事について大学の機関がなさなければならないことは明らかであり、このことは核心であると言えよう。しかし形式的専任権が具体的に誰にあるかまでは、憲法論として明確化されていないようにも考えられる²⁸⁾。一般にこのような権限が研究者集団に存在することは学問の自由から説明できよう²⁹⁾。そして実際に、「学部教授会が主導的地位に立つて大学の自治がおこなわれるという制度は、おそらく我国に特有」³⁰⁾なものとなっている³¹⁾。しかしそれが他の研究者組織ではなく学部教授会であることが核心であるのかないのかは、よくわからないところである。このほか、学問的自由と直接連結しないものも「大学の自治」に含まれていることは、それが歴史的伝統的に形成された慣習法的なものでもあることを推察させる³²⁾。慣習がどこまで憲法的に保障されたものなのか、個々に検討すると不明のものも多そうである。

以上のようにその外延には若干不鮮明な部分もあるが、国立大学にこのような「大学の自治」が保障したことは、公務員である国立大学の研究者集団の自治を認めたものであり、通常の官庁のような服務関係やましてや特別な公法関係理論を排除したものとして考えられる³³⁾。そこで国が大学を設置・運営する際に、「大学の自治」を保障しないことは憲法違反になるものと考えられる³⁴⁾。また、このような独立性は学問の研究及び教育という事業にとって合理的であるという政策的説明も可能かもしれない³⁵⁾。以上、公立大学についてもほぼ同様の理論構成が可能であろう。

しかしこの問題について、私立大学に関して論じたものは意外に少ない。私立大学は特殊理念による私教育であり、国立大学の補完であり、国家統制も間接的であるから、認可も大目にみられてきたものだと考えられてきた節がある³⁶⁾。明治期の日本の特殊事情が、多くの大学を国立大学として発足させたことはよく知られている³⁷⁾。しかし大正時代には早くも学生の過半数は私立大学生になっており³⁸⁾、その割合は今日は拡大している。日本は、ドイツ

決定すべき」とする。松井前掲註3)書487頁は、学生を自治の主体とすることを拒否する。

28) 橋本前掲註25)論文18頁参照。

29) 戒能通孝「学問の自由と大学の自由」法律時報34巻9号45頁、46頁(1962)。

30) 恒藤前掲註22)論文98頁。戒能前掲註29)論文47頁は、人事権の主体を教授会にほぼ限定している。家永三郎「大学自治の歴史的考察」思想459号99頁、115頁(1962)も評議会に対する教授会の優位を指摘する。

31) 田中館前掲註20)論文55頁は、学校教育法59条が「重要な事項を審議するため、教授会を置かなければならない」としているのは、何を重要事項とするかの判断も教授会の自主性に委ねられているとの趣旨とする見解が有力であるとする。

32) 松元忠士「大学の自治」法学教室66号9頁、11頁(1986)。

33) 伊藤公一「教育法の研究」145頁(1981)は、旧西ドイツにおいて当初教員の教育の自由が「特別権力関係論、さらには国の学校監督権(基本法七条一項)によっても制限される」危険があったという。

34) 松元前掲註32)論文11頁参照。

35) 藤田宙晴「国立大学と独立行政法人制度」ジュリスト1156号109頁、117頁(1999)。新興私学の現状を考えると、やや楽観論の感もなくはない。

36) 井ヶ田良治「私立大学論」法律時報昭和45年1月臨時増刊25頁(1970)参照。

37) 高柳前掲註9)書185頁。

38) 井ヶ田前掲註36)論文25頁表1など参照。1920年の慶応義塾、早稲田、中央、明治、同志社など8大学、21年の東京慈恵会医科、22年の立教、関西、立命館など8大学と大正時代に続々と認可され、1928年の上智、32年の関西学院などがそれに続いた。佐々木秀雄『私立大学の運営管理と監査』26-27頁(1988)など参照。

ともアメリカとも違い、大学の中に国立大学と有力な私立大学が併存しているという特徴であろう。その割にはこの種の議論が国立大学、公立小・中・高等学校を前提に進み過ぎたきらいがないではないのである。

学説でも、私立大学については一方で「大学の自治」が尊重されるが、各大学の独自の教育方針があるので、「大学管理機関（理事会）が教授会を上回る実質的権限をもつことは、大学の自治にとって危険である」などの留保は付きながら、「教員の人事について国公立と異なる特別の規律を設けることも、合理的であるかぎり、許される場合はありえよう」³⁹⁾などとされることが多い。このことは私立大学設立の自由が憲法上保障されていることを考慮し、その内部自治を認めたものと解されようが、果たしてどのような事態が「危険」であり「合理的」でないのかもまたあまり議論がない。内部自治の強調に対しては、アメリカの紹介をしつつ、管理機関（理事会）によって学問の自由が侵害される危険を指摘するものもある。アメリカでも「学問的レベルの低い大学あるいは学問・教育に理解のない理事会によって支配にされている大学」⁴⁰⁾の存在が問題となることは早くから述べられていた。戦前日本の私立大学の多くは、国家統制の強化、文部省の広汎な許認可権の中で、その経営を維持するため、終戦までに創立者の理想を失われたとの指摘がある⁴¹⁾。そこで私学の自治に関して、このようなことまで視野に入れて「教育研究機関の創立者（その承継者）のいかなる指導監督を受け」ないものと解すべきとする見解⁴²⁾もある。これは「大学の自治」の名の下に、ある一定の自治的決定を無効にすることを主張したものと解される。

だが、経営と教学との関係で自治をどう考えるかは難しいところであろう。確かに大学が破産しても強固な教授会自治を守るべきとまでは言いにくい。しかし漠然たる危機を理由に理事会が「大学の自治」を奪うこともまた危険である。建学の精神的なものが不要なら私学の対国公立の存立基盤はかなり失われる。が、それが研究者の研究内容まで左右する形で理事会等に利用される危険もある。ではどうするのか。両者はどのように調整されるのか。そしてそもそも国家機関を拘束する憲法が私立「大学の自治」を保障するとは、法理論的にはどのようなことを指しているのだろうか。結局様々考えた末、多くの学説は曖昧な表現をすに留めてきたのであろう。

このような中、制度的保障の理論は私人間関係に及ぶことを指摘⁴³⁾した上で、「法律で」大学の「自治を否定することはできず、また、私人による自治の侵害を憲法のレベルの問題と

39) 芦部前掲註3)書227頁。佐藤幸治『憲法』[第3版]509頁(1995)も「国公立大学の教員は、自己の研究教育活動を確保するための各種の配慮が要請される」としつつ、括弧書きにおいてそれは「私立の大学の研究教育従事者についても、基本的に妥当する」と述べている。なお、小嶋和司『憲法概説』197頁(1987)は大学の自治につき、「その設置者による統制や」「国による統制もまた排除されない」と踏み込んだ記述をしている。

40) 畑博行「米国における学問の自由の一問題」広大政経論叢13巻1号65頁、67頁(1963)。

41) 佐々木前掲註38)書27-28頁。

42) 大山徹雄「憲法二十三条『学問の自由』」和洋女子大学紀要18号30頁、33頁(1974)。

43) 橋本公巨『日本国憲法』128頁(1980)。

することが可能となる⁴⁴⁾とする学説は注目されよう。また別の学説は、国公立大学とは異なり「私立大学とそこでの研究教育者の関係を調整するについては、私人間効力の問題として扱うのが妥当である⁴⁵⁾とする。これらの説は「大学の自治」に私人間効力を認めたものということになる。私立大学自体の人権主体性から私立「大学の自治」をまず人権と構成すべきとの指摘もある⁴⁶⁾。しかし、私人間関係の調整の方法や程度に関する記述はこのような学説にも見あたらないと言えよう。このほか「私立大学においては、教員人事の実質的決定権は、教授会にあるべき⁴⁷⁾との説もあるが、いかなる場合にどのように憲法違反となるのか、やはり明確ではないのである。この点、「大学の自治」が「比較的多くの私立大学でも、モデルとして準拠され、または憧憬的になっている」としながら、「大学の自治」が法規範というより「ゆるやかな社会行動準則としてはたら」いている⁴⁸⁾との指摘はまさにこういった点を鋭く指摘したものと言えよう。

ところで、日本国憲法21条は結社の自由、典型的には政党設立の自由を保障しており、20条は宗教団体設立の自由を保障すると考えられる。これは言うまでもなく、国指定の政権政党や国教の樹立を許すものではない。これと比べれば、23条は国公立の大学が存在を許容しているようであり、その結果、大学というものの中に国家機関と私的結社が混在することになる。場合によれば第三セクターも混入してくる。また私立大学は大学設置法などの規定に従って設立されることになっており、その設立基準は、設立者が学校法人であることなどを除けば、国立の場合と基本的に変わりがない。そればかりかそのような形式を採らない、即ち認可を受けない教育機関は「大学」ではなく「大学の自治」の主体でもないと思われてきたように思われる⁴⁹⁾。この点で、宗教法人となることは宗教的結社の条件ではないと考えられている憲法20条における議論とも異なろう。このように大学法制のあり方は日本国憲法の近接条文と比較して整合的に説明可能なものなのか、逆にその特殊性を明確に浮き彫りにできるのかも、不明確であったように思われる。

「大学の自治」を巡る議論そのものが大学紛争の沈静化と共に論じられなくなった⁵⁰⁾ため、以上のような議論を行う機会を失ってきたとも言えるのかもしれない。このようにして私立「大学の自治」を憲法論としてどのように説明するかという点は、曖昧なままにされてきたように思われるのである。

44) 同上248頁。

45) 阪本昌成『憲法理論III』190頁(1995)。

46) 内野正幸『新版憲法解釈の論点』69頁(1997)。

47) 上田章=浅野一郎『憲法』522頁(1993)[浅野]。長尾一敏『日本国憲法』[第3版]210頁(1997)も参照。

48) 奥平康弘『憲法III』205頁(1993)。

49) この点で、和田英夫「学問の自由」法学教室1号96頁(1961)は、「大学の自治」の憲法保障を「大学に限らず他の学校や民間諸団体や私人の資格で行う学問的研究の自由にも押しひろめてもよ」と述べている。

50) 論稿がどの時代に集中したかは特に前註1)及び2)を参照されたい。

2. 制度的保障論からの再検討

ドイツに始まった「大学の自治」も個人の自由というより制度の保障に近かったとされている⁵¹⁾。そして日本でも「大学の自治」は制度的保障の1つであるといわれる。次にこの理論の側面から検討を進めたいと思う。

そもそも制度的保障は、ワイマール憲法第2編の解釈理論として創造された技術的概念であり、シュミットにより体系化されたものである。ワイマール憲法第2編には人権だけではなく、伝統的な概念では理解できない雑多な保障規定が混在していた。制度的保障の理論は人権補充機能を強調するようになり、戦後に至るまで西ドイツで承認されていった⁵²⁾。シュミットはドイツ的大学の基本権能力を剥奪した上で、改めて公法上の制度体として憲法上の保障を与え⁵³⁾、「学問及び教授の自由」や「大学における神学部の設置」を制度保障だと考えたのである⁵⁴⁾。

日本国憲法の解釈でも多くのものが制度的保障として説明され、この理論を援用する学説は多い。ところが、この理論について細部まで学説が一致しているとは限らない。結局シュミットが言うものが制度的保障だということなのではないかという皮肉もある⁵⁵⁾。その中でほぼ共通の要点を見つければ、第1にそれがあくまでも制度の保障であって個人の人権ではないこと、第2にそこである制度とは歴史的、伝統的に形成された、既存の客観制度であって、憲法規定によって初めて創設されるようなものであってはならないということ、第3に保障されるべきものは既存制度そのものではなく制度の核心であり、制度の廃止や同一性を失わせるほどの変更だけが禁じられること、第4に立法者も拘束すること、そして第5に人権強化のための理論であること、などであろう⁵⁶⁾。

ところが個々に見ていけば、シュミットの主張とは異なり、ある憲法条項が基本権と制度の両方を保障するケースが寧ろ多く、戦前からの既存の制度を否定する形で用いられることが多く、またシュミットの制度概念が本格的に検討されてきたわけではない⁵⁷⁾らしいのである。そして「制度的保障」概念自体には批判も多い。まずはそこに含まれるものとして人権

51) 高柳前掲註9)書140頁。

52) 川添前掲註2)書251頁。このほか、斎藤孝「『制度保障論』序説」中大院研究年報12号1-137頁(1983)、赤坂正浩「二つの制度的保障論」法学49巻1号82頁(1985)、菟原明「『制度的保障論』考」小林孝輔編集代表『ドイツ公法の理論』317頁(1992)、石川健治「<人権の身分的構成>覚書」東京都立大学法学会雑誌39巻1号93頁(1998)なども参照。

53) 石川前掲註10)論文62頁。

54) 赤坂正浩「『制度保障』論の成否」法学教室108号32頁(1989)。ここには「市町村の自治権」や「職業官僚制」も含まれていた。

55) 高橋正俊「制度保障について」香川法学7巻3=4号227頁、228頁(1988)。

56) 川添前掲註2)書252-254頁。ところで、だとしたら国立大学の全廃は違憲なのだろうか。

57) 赤坂前掲註54)論文33-35頁参照。

保障とはほぼ無関係の地方自治制度から、人権に密接に関わる「大学の自治」などまで多種多様で、それぞれの特質に応じて考えるべきではないかとの批判がある⁵⁸⁾。また、「自然権的・自由権的・前国家的なるものに対し、本来国家内的なるもの、法的に認められた制度」⁵⁹⁾に過ぎないという限界もあろう⁶⁰⁾。一つ間違えば人権と制度が主客転倒し、制度によって人権があるかのような誤解をすること⁶¹⁾や、制度を擁護するため人権を崩壊させる危険があることにも注意が必要である⁶²⁾。そして、この論理は本質「保障」の論理であると同時に、本質的でないとされたものの非保障・「制約」の論理で、非保障部分が拡大する危険があるという懸念がある⁶³⁾。何が制度の核心かは不明であり、核心ではない部分に立法者の広汎な介入を容認する危険がある⁶⁴⁾。かと言って制度の内容を確定させるためにはどうしても歴史的、伝統的に形成された制度ということに限定されざるを得ないが、それは基本的には既存の制度の保障ということになるため、保守的な機能を営みがちであり、明治憲法と大きく異なるものとして制定された日本国憲法の解釈理論としては、そのまま受容できない面を持っていよう⁶⁵⁾。加えて、制度保障侵害だけを理由に個人が訴訟を起こせないという難点もあると言われる⁶⁶⁾。

そこで、「制度的保障」概念を用いずに「大学の自治」を説明する学説もある。例えば、「人権としての『大学の自治』論」⁶⁷⁾を構成するものとして、「高等研究教育機関という研究上の結社のもつ内部運営の自由」があるとする説⁶⁸⁾がある。しかし、このように解することは私立大学については兎も角、今度は国立「大学の自治」の説明として妥当か、疑問である。また私立大学についても当該法人は寄附行為によって生じるため、このような憲法上の権利を行使するものは寧ろ理事会等になってしまわないか、という疑問もある。このほか、「大学の自治」を憲法26条の「国民の学習権」の信託とする説⁶⁹⁾もある。しかしこれには、帰結とし

58) 戸波江二「制度的保障の理論について」筑波法政7号66頁、76頁(1984)。高橋前掲註55)論文244頁が「基本権部分に止めるべき」と述べていることは同感できる。例えば、地方自治制度を地方参政権保障のための、戦争放棄を平和的生存権保障のための制度的保障であるという表現は憲法全体を制度的保障にする問題を有しよう。地方自治保障については、斎藤孝「地方自治の保障と制度保障論」中大法学新報93巻6=7=8号49頁(1987)など参照。

59) 山下健次「制度保障の法的性格とその問題点」公法研究26号81頁、84頁(1964)。

60) ドイツでも、「大学の自治」を制度的保障とすることにつき、基本権の特権化につながる、寧ろ自然法的保障と考えるべき、などの批判がある。松元前掲註32)論文12-13頁参照。

61) 戸波前掲註58)論文70頁は、シュミット自身が「制度的保障においては権利保障が副次的であると主張」していたと指摘する。しかし、石川健治「カール・シュミット『制度体保障』論・再考(1)」東京都立大学法学会雑誌32巻1号75頁、101頁(1991)は、シュミットの著名な命題が「官吏の既得権は不可侵である」との条文の解釈の文脈で用いられるものであり、不用意に一般化すべきでないと述べている。またシュミットは、公務員の人権問題を特別権力関係論ではなくこれによって解いている。「同(2)」同37巻2号57頁、62頁(1996)。

62) 川添前掲註2)書255-256頁。

63) 山下健次「制度的保障論覚書」立命館法学150=151=152=153=154号479頁、492頁(1981)。

64) 戸波前掲註58)論文71頁。

65) 川添前掲註2)書257-258頁。実際にそうだと赤坂前掲註54)論文34頁は述べる。

66) 山下前掲註59)論文85頁。但し、この問題については君塚正臣「政教分離と原告適格」榎原猛古稀「現代国家の制度と人権」194頁(1997)など参照。このことを懸念してか、松井前掲註3)書486頁は、国立大学に原告適格を付する議論を展開するが、国家機関になぜ憲法上の原告適格があるのか、などの疑問もある。

67) 根森前掲註5)論文45頁。

68) 阪本前掲註45)書198頁。

て全ての学校・教育機関・私塾に自治を認めることの妥当性は問題であり、大学の研究者が信託に応えられない場合の外部介入を認める結果になる⁷⁰⁾など「民主的」の名の下に学問的追究が多数決に墮する危険を有しているほか、教員・学生・職員などの対抗関係を考えていない⁷¹⁾などの問題点もあるように思われる。また、「大学の自治」は歴史的由来から別に慣習法として認められたとする説⁷²⁾もあるが、学問の自由と全く無縁に制度をわざわざ憲法が保障した理由が不明であり、憲法上明文の根拠がない以上それを憲法が保障したと解しづらくなり、憲法上の保障だとすると人権規定に無縁のものが保障されることになり自己矛盾を内包してしまうように思われる。このように人権説等には問題点が多いため、批判は多い⁷³⁾ものの制度的保障説が多数説であり続けてきたとも言えよう。少なくとも、日本国憲法第3章が人権とは言えないが保障したものがあり、その1つに「大学の自治」があるとまでは言えるように思われる。

ところが前述のように、その「大学の自治」が制度的保障であることが私立大学にとっていかなる法的結果をもたらすかについては十分な議論がない。もしそれが内部自治を強調するだけで終わるなら、それは21条の結社の自由と変わらない。即ち、23条の「大学の自治」概念は私立大学、あるいはそこに属し関係する者にとって無意味に近い。そこではいかなる内規を定めいかなる運営をするかは結社内の自治に任されるだけとなる。だとしたら日本国憲法が学問の自由を保障し、学説が一致して主に研究者集団による私立「大学の自治」があるとしてきたことは共同幻想だったと言うべきであろう。結局のところ「大学の自治」の問題は主に公務員である国公立大学教員を国が勝手に解任できないなど、即ち国公立大学と国の問題であるとの考えもできよう⁷⁴⁾。この点は現在では、多額の私学助成と許認可権を背景に、国が私学の人事に圧力を加えることも視野に入れるべきだろう。だが、国家介入の排除については、23条の「学問の自由」の一部として学問的結社の自由が憲法上保障されていると言えよ、この限りでは「大学の自治」概念は必ずしも必要ではないのである。またこのような内容に限定することは、ドイツ以来の伝統的「大学の自治」概念とも大きく異なることになる。私立「大学の自治」はそれ以外の角度から議論される必要があろう。

それを論じる必要があるのはやはり私立大学内部の問題についてではなかろうか。学説の殆どは私立学校の自主性を否定しない前提に立ち、国の介入を排除した憲法論を展開してき

69) 中村=永井前掲註26)書239頁以下 [永井]、野上前掲註26)論文91頁以下など。

70) 浅川前掲註26)論文647頁は同旨か。

71) 阪本前掲註45)書199頁。

72) 高橋前掲註55)論文258頁。前註58)のように、同説は制度的保障概念は基本権部分に止めると考えている。

73) 戸波前掲註58)論文108頁は、制度的保障理論は「理論的有用性に賛成するにせよ反対するにせよ、過大に評価されすぎてきた」のだと述べる。これに対して三並敏克「制度的保障論」京都学園法学1998年3号1頁、45頁(1999)は、「制度」概念は「有害無益」と断定している。浦部法穂『新版憲法学教室I』61頁(1994)、奥平前掲註48)書101頁、赤坂前掲註54)論文36頁なども同旨。

74) 宮沢俊義『憲法講話』49頁(1967)参照。

た⁷⁵⁾。中には、私立大学の設置は「国民の教育権が学校設置者の憲法的自由＝私学の自由として現われた」⁷⁶⁾とする記述もある。しかし、それが主体的権利である以上、学校設置者は当人の憲法上の権利を発現したのであって、一般国民の権利を代行したものではない。また、「私学の自由の法理は私学設立者の憲法的自由と学生教員の人権を共存させ、両者を有機的関係に置く包括的概念である」⁷⁷⁾とも言われるが、しかし具体的に実際の事実でいかなる解決を導くものか、なお不明である。私立学校の自主性の制約については、せいぜい警察消極の原則や公共の福祉論しか語られていないようである⁷⁸⁾。このような私的自治の強調は、私立学校の管理者の権限を拡大し、学生や教員が管理されるだけになる危険をも含んでいる⁷⁹⁾。実際、以前に日本私立大学連盟・私立大学管理運営問題研究会がまとめた「私立大学の管理運営」では、「法人の理事会と大学の学部長会・評議会・教授会などを含めた大学の自治」という表現がなされているのである⁸⁰⁾。

確かに憲法が人権侵害者として想定しているものは国家であるが、私人間でこのような問題が起きない保証はない。結社内部でもそうであり、密室性が高い分、ますます危険だとも言えなくはない。これは政党、宗教団体、企業、労働組合など多様な結社の中で繰り返し発生してきた問題であり、あくまでも一般論としては私立学校が例外だと断言することはできない⁸¹⁾。例えば、気に入らない教員をその使用者と自ら信ずる理事会が解雇する、或いは社会的圧力を利用して辞職に追い込んだときなどが問題となろう⁸²⁾。或いは解雇に至らずとも懲戒がなされたときはどうであろうか。これらは単なる内部自治の問題として片づけられるのであろうか。他の結社とは異なり、少なくとも「大学」としては問題であろう。ほかによく言われる「建学の精神」等が学問の自由を損ねる場合までを尊重されることは、やはり大学制度として矛盾であると考えられよう⁸³⁾。

だが本来、憲法は私人を名宛人とは考えていない。アメリカでも私立大学理事会は憲法上の名宛人にならないものである⁸⁴⁾。このため一般に、私立機関の教授の学内的保護は憲法の射程から遠い位置にあると言われているのである⁸⁵⁾。日本でもそれは同じであり、私人であ

75) 笹川紀勝「私立学校の法的性格と憲法論」北星論集15号87頁、116頁(1977)。

76) 笹川紀勝「私立学校法の『民主化』について」北星論集11号79頁(1974)。

77) 笹川紀勝「私学の自主性と公共性」北星論集13号21頁、42頁(1975)。

78) 笹川前掲註75)論文116頁。

79) 同上同頁参照。

80) 井ヶ田前掲註36)論文34頁参照。これに対して、松井前掲註3)書487頁は、自治の主体は学部教授会ではなく大学であるとする。

81) 教員の適格性と身分保障に関しては、萩野芳夫『憲法講義・人権』101-106頁(1994)が詳しい。伊藤満「『学問の自由』その今日的課題」創価法学6巻1号23頁、42頁(1976)は「獅子身中の虫」の存在を指摘する。

82) 高柳前掲註9)書39-40頁は、それは一方で「市民法の論理」であろうがそこには「真理探究の自由はない」と言わざるを得ないとする。また同書84頁はそれについて、「革命と暗殺の恐怖によって緩和されているところの絶対専制制」というR・パウンドの語を引用している。

83) 「シンポジウム・学問の自由」公法研究29号118頁(1967)における橋本公巨発言参照。但し、その判定を誰がどのように行うかは問題である。萩野前掲註81)書101頁は、この点を疑問として示す。

84) 松田前掲註19)論文89-90頁参照。

る私立学校や理事会、場合によれば教授会の行為を違憲であると表現することは、極端な直接効力説を採らない限りではできないであろう。通説はここで、憲法が私法の一般条項などを通して間接効力を及ぼすことで、これらの問題を解決することを想定してきたように思われる。

しかし私立大学とその構成員との争い、或いは構成員相互の問題は、最初から第三者効力論と考えるべきなのであろうか。現行法上、私立大学は設置認可を受ける際に「大学の自治」が制約を受け、教育制度そのものが国法によって定められ、大学がその枠外に出ることができない⁸⁵⁾。つまり具体的立法がある以上はまずは当該法律解釈の問題であろう。私立大学結社の自由、特に私立大学内部の全くの意味での自治などは、そもそも法律があることからして制限されていると考えられる。諸法令は、許可が行政の恣意的な判断によってなされることは排除しつつ、条件を充たさない法人は認可せず、「大学」に相応しいものだけを大学にすることにしたのであろう。そして次に、このような法制が憲法上許されるのかが評価されるべきであろう。大学法制は立法者の自由裁量ではなく、憲法の枠内のものであるべきことは言うまでもない。必要以上に自治を制約し、大学の主旨に反し、学問の自由をかえって侵害するような法律は違憲なのであろう。

大学法制は学問の自由を侵害しないよう、また「大学の自治」を侵さぬよう立法されねばなるまい。不当に私立大学の設置を認めないことは前者の点で問題であるが、しかし設置を許しながら「大学の自治」を否定することはあるいは後者の点で問題なのであろう。だとすると両者の要請はときとして相対立する。ここで制度的保障が当該基本的人権と衝突するという現象が発生する。これは当該人権の内在的限界だと表現するべきだという意見もあるかもしれない⁸⁷⁾。前述のように制度的保障と人権の主客転倒との非難もあろう。しかし、このようなことは「政教分離」と信教の自由でも生じ得る⁸⁸⁾ことである。制度的保障とされるものには個々の人権保障のためだけではない、別の国家目的、即ち多分に戦前のような全体主義的傾向を防止する目的があろう。その限りで制度的保障が人権制約根拠になるという表現はあながち誤りではないのではあるまいか。このことは、総合大学の殆ど全てが公立であるドイツとは異なり、大学のかなりが私立である日本で検討されねばならない点であろう。

現行法が「大学の自治」などを定めた憲法に違反するならば、それを語るべきである。第三者効力論はまだ出番ではない。妥当する法律が存在せず一般条項しか存在しないような場合、初めてその理論が登場するものであることはここで確認したいと思う。

85) 同上96頁。

86) 橋本公互「公法の解釈」138頁(1987)。

87) 赤坂前掲註54)論文36頁が「自由と制度の二者択一」「を離れて、立法者への『憲法委託』という観点から、権利宣言を統一的に理解する試みが求められる」と述べていることは注目できる。

88) 榎原猛=伊藤公一=中山勲編『新版基礎憲法』108頁(1999)[君塚正臣]など。

3. 現行私立大学関連法の諸問題

前述のように、「大学の自治」を考える際には、現行法の中身について考察することを忘れるわけにいかない。これを次に考察する。

まず、教育基本法1条は、教育は「心身ともに健康な国民の育成を期して行なわなければならない」とし、3条は国民が「人権、信条、性別、社会的身分、経済的地位又は門地によって、教育上差別されない」と定めている⁸⁹⁾。6条によれば「法律に定める学校は」私立であっても「公の性質をもつ」とされ、私立学校は全くの私人ではなく「法律に定める法人のみが」設置できることになっている。これは単なる私人では公の性質を担保できないからだとして解されている⁹⁰⁾。

これを受けて、学校の設立、管理及び私立学校に関する教育行政等を定める私立学校法は、その1条で私立学校の「自主性を重んじ、公共性を高めることによつて、私立学校の健全な発達を図ることを目的とする」としている。そして30条によれば、寄附行為⁹¹⁾と所管庁の認可によつて学校法人が設立されるとしている。36条によれば、別段の定めのない限り、学校法人の業務は理事の過半数で決められ、38条ではその理事は学長、評議員から選任された者、寄附行為の定めるところにより選任された者と定められている。これは「アメリカ流の素人による大学管理の思想を入れ」⁹²⁾、学外者を理事や評議員に選任できることにしたものと言えよう。伝統校などでは実際には各学部の学部長やその代表を入れる例も多い⁹³⁾。しかし規定は理事にはあくまでも教員1人が入れればよいことになっており、念入りに38条2項には複数の学校を経営するときはそのうち1人の学長・校長が理事に選ばれればよいという規定もある⁹⁴⁾。41条以下によれば、評議員会は寄附行為によつて一部議決機関となることも可能ではあるが、単なる諮問機関でもよいのである。そして評議員についても、44条によれば当該学校法人から職員が1名選出されれば要件は充たされる。これらの点については、「民主的な経営、管理運営組織」の確立と学校法人であることとの関係、また理事会主導で評議員会が理

89) そこでこの種の差別は教育基本法に違反すると考えられよう。例えば、この条文は男女別学の私立学校も禁じているようにも読める。もしそうだとすれば、男子校・女子校を設立しようとする学校法人はこの条文が憲法の私立学校設立の自由に反しないかを主張するのであって、初めから憲法の第三者効力論の問題にならないことには注意したい。

90) 教育法研究会『教育法（現代行政法全集24）』21頁（1988）など参照。

91) 寄附行為によつて支出された基本財産以外は授業料等を主たる財源にしなくてはならないなどの制約はある。佐々木前掲註38）書41頁。

92) 橋本前掲註25）論文18頁。

93) 堀江宗生『大学教育の理論』87頁（1985）は早稲田と慶応義塾の例を挙げる。但し著者の本務校の例を挙げていない。なお笹川前掲註76）論文109-110頁は、両校で評議員会が強いのは例外で、法解釈としてそれは議決機関ではないと述べる。

94) しかし「むしろ他の教職員からも理事に加えることが望ましいのである。」佐々木前掲註38）書158頁。

理事会をチェックできない仕組みになっている私立学校法の規定への疑問も出されてきた⁹⁵⁾。1946年12月の教育刷新委員会17回総会の建議事項からすれば、教育は私学が担っても国の事業であり、公共性を担保するため第三者と主務官庁を経営主体に関わらせ、また理事会という執行権優位の組織を形成して、教員を基本的にはそこから排除する狙いがあったというのである⁹⁶⁾。

以上のように現行法制をみると、運用いかんでは「大学の自治」が侵食される危険があることに気づかされる。学問研究・教育については教授会など研究者組織の自主的決定が尊重されねばならないことが注意深く言われてきた⁹⁷⁾ことは理解できることである。しかし前述のように私立学校法1条は理事会を含めて「大学の自治」と解しているようにも読める⁹⁸⁾。そうだとすればこの条項の「大学の自治」は、国公立「大学の自治」とは意味が異なるように思われる。憲法の想定とも異なる危険性もある。また学長の選任がいかなる機関によるべきかについては現行法上規定がない⁹⁹⁾。この点、数少ない判決の中には確かに教授会の審議を経なかった学長選任は無効としたものもある¹⁰⁰⁾。しかし学校教育法は教授会を執行機関とはしていない。複数の学部を置く国立大学の評議会のような機関も私立大学には法定されていない。学校教育法59条は教授会設置を大学に要求しているが、この構成員は教授が必須で他の職員を加えてもよいという以外¹⁰¹⁾、審議・諮問機関たることを推知させる規定はない¹⁰²⁾。それらは結局、各大学の学則等内規によって定められることになり¹⁰³⁾、或いは特に定めなくてもよいことになろう。このため条文を普通に解釈する限り、寄附行為に別段の定めがない限り理事会が法人の最高意思決定機関となろう¹⁰⁴⁾。即ち、例えば学長を理事会が任命して単純に送り込むことはどの条文にも触れそうもないのである。

戦前の国家統制の問題は忌避されつつも、私立大学が営利団体化したことの問題が戦後は見過ごされたとの指摘もある¹⁰⁵⁾。が、確かに「大学の自治」が肝要だとはいえ、私立大学が民間団体である以上経営の観点が無視されてよい理由はない¹⁰⁶⁾。しかし、大学が他の団体と

95) 笹川前提註76)論文84頁。

96) 同上104-106頁参照。

97) 橋本前掲註25)論文18-19頁。

98) 青谷和夫「私立大学教授会の権限(上)」法律のひろば33巻2号64頁、65頁(1980)。

99) 同上66頁。

100) 京都地判昭和48年9月21日判タ301号135頁。教授の退職勧告について、名古屋高判昭和51年4月30日判時828号50頁。

101) 教育法研究会前掲註90)書269頁は、それが設置される単位としては「学部のほか、研究所、教養部等がこれに該当する」とする。

102) 佐々木前掲註38)書160頁は、「学長は教授会の審議結果については、十分尊重しなければならない義務を負うものではあるが、必ずしも常に拘束され、それに従わなければならないものとは解しがたい」とする。

103) 同上167頁。

104) 青谷和夫「私立大学教授会の権限(下)」法律のひろば33巻5号36頁、39頁(1980)。同論文42頁注5は、総合大学で「教授会が管理機関としての性格をもつとすれば、総合大学の機能は失われてしまうことになりかねない」とする。

105) 井ヶ田前掲註36)論文28頁。

106) この点を強調したものに栗本慎一郎「全国有名100私立大『生き残る大学』『消える大学』」現代33巻3号(1999)が

異なる性格を持つ以上、両者の適切な調整は必要である。もし経営・自治両方の観点から最高意思決定機関である理事会が本来の機能を果たさなければ、行政機関の適切な指導を待つしかない¹⁰⁷⁾のであろうか。だが政府の監督権限は縮小され、しかも所官庁が様々な権限を行使する前に、私立学校の理事及び学識経験者からなる私立学校審議会又は大学設置・学校法人審議会の意見を聞かねばならなくなっている¹⁰⁸⁾ように、行政のコントロールも強く忌避されている。この結果、私立大学の組織は内部自治を反映して各大学各様なものになっているようである。教学と運営のギャップは最終的には理事会の意思に従うことになるが、その調整は実際には各大学によってまちまちだというのが現状であろう¹⁰⁹⁾。運営・教学関係の代表的な構造だけでも、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・教学分離型などがあるとされる¹¹⁰⁾。評議員会が、実際に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能的性格のところなどの色分けができることとされる。理事会の権限も強いところ、弱いところ、選任方法もまちまちである。学長の選任過程、教授会の構成員などを考えても¹¹¹⁾、要するに各大学の事情としか言えまい。また、実際には教授会や理事会のメンバーではない人々が実権を握っている事例もあるようである¹¹²⁾。

「多くの私立大学において理事会等の外的管理機関のもつ教員人事権が形式化されている¹¹³⁾」という分析もあるが、新興の大学では寧ろ逆の事態が進行していよう。早くから「学校法人の理事があたかも大学自治の担い手であるかのごとく、強大な決定権を行使している例が多い¹¹⁴⁾」との指摘や、一般に、「経営権が教学権より優位を占める場合が多い¹¹⁵⁾」との指摘もある。明治憲法下で設立された大学ではなく、戦後設立された大学の方にこの問題が目立つことは非常に皮肉である。これに対して「先発大学」はマンモス化の中で大学の民主化が進んだとされるのである¹¹⁶⁾。

結局このような問題が生じるのは、現行法制が私立大学について大枠を決めたに過ぎないからであろう。このことはいわゆる結社の内部自治の観点からすると、国家統制が最小限にとどまっている分、望ましい。様々な様式の大学が競い合うことは当然なのかもしれない。

ある。医科大学の多くが財務諸表を公開していないことなどを指摘しているが、「大学の自治」の観点からの評価は殆どない。

107) 青谷前掲註104) 論文42頁参照。

108) 佐々木前掲註38) 書47-48頁。

109) 同上45頁。

110) 同上172-174頁参照。

111) 以上、同上45-47頁参照。

112) 橋本前掲註86) 書147頁は「理事と一部の野心家教授が結託して大学の自治を有名無実としている例はざらにある」と誠に辛辣な批評をしている。

113) 伊藤正己『憲法』[第3版] 290頁 (1995)。

114) 橋本前掲註86) 書146頁。

115) 野口祐「私立大学の管理と財政」法律時報昭和45年1月臨時増刊45頁 (1970)。

116) 同上50頁。

しかし「大学の自治」の観点からすると、果たしてよいことばかりなのか疑問であるし、現状は問題だという指摘も、この問題では一方当事者である研究者の見解だとの批判もあろうが、上記のように多い。確かに、現行法制は私立大学が「大学の自治」を有することを禁じる立法ではない。また、このような中で立派な「大学の自治」を誇る大学があることは筆者の現在の実感である。しかし、この法制は全くそうでない大学を許容しているものである。もし憲法が「大学の自治」を全ての大学に要求しているのならば、このような尻抜けを許す立法には違憲の疑いもあろう。第三者効力論を主張する前に、このように現行法の合憲的解釈・適用を行なうべきことが注意されるべきであろう。

この点、教育は「私」教育であるとの観点から、私的な学問的結社の自由を優先し、このような議論を否定する考えもあろう。問題の解決は、例えば前述のアメリカの私立大学の例を範として、各大学内部の努力に委ねられればよいということになる。しかし、だとすれば「大学の自治」に関するこれまでの議論は相当大幅に修正されねばなるまい。そもそも大学が認可制であることが疑問になるかもしれない。また、なぜ多くの国公立学校が存在してきたのかも疑問とされねばなるまい。しかし企業が労働組合の結成を認めないことが不当労働行為であるように、私的自治は法的に制限されることがある¹¹⁷⁾。学問的結社の自由というある種の学問の自由を制約する根拠が学問の自由の制度的保障であるときは、それは当然なのではないだろうか。このように私的自治全面優先論に問題があるなら、やはり私的自治と「大学の自治」の均衡点を模索せざるを得まい。そして、私的自治には配慮しながら「大学の自治」にあまり配慮をしていない現行法の多くの条文にはやはり違憲のものもあると言えるように思える。それらが文面違憲とまで言えるかは疑問だが、少なくとも「大学の自治」の保障を侵害せぬよう適用違憲、合憲限定解釈、合憲的な拡張解釈を行なうべきであり、それは単なる解釈技術ではなく憲法の要請だと考えるべきであろう。例えば少なくとも、学事に関して教授団の意向を全く無視して理事会等が決定することはできないと限定解釈されるべきではないだろうか¹¹⁸⁾。これは法規に従って行動してきた私人の権利を侵害するという反論もあろうが、それは憲法の重要な要請であったことからして、大学関係者にとって予測不能なものとは言えないように思われる。以上の点は、訴訟以前に、現在のところまずは行政を拘束するものとして考えたい¹¹⁹⁾。

117) 萩野前掲註81)書105頁も、「私立学校の公共的性格」を強調している。なお、栗本慎一郎『間違いだらけの大学選び 疾風編』110頁(1994)によると、労働組合を事実上認めていない新興大学もあるようである。

118) 松井前掲註3)書487頁は、大学の自治の主体は大学であるとし、その中に「人事における自治」などが含まれるとするが、いかなる手続でそれが全うされることが憲法上の要請かについては不明である。

119) 但しこの種の行政は行政庁ではなく独立行政機関のものとするべきではなからうか。君塚正臣『事前抑制と教科書検定』東海大学文明研究所紀要15号95頁、104頁(1995)も参照。

おわりに

本稿は制度的保障と第三者効力の関係等を「大学の自治」を素材に論じ、日本では実は教育法制の合憲性がまず問題にされるべきであり、一足飛びに第三者効力の問題にすべきでないことを示してきた。法律がある以上、その合憲性が吟味され、あるいは当該条項の解釈が合憲的に限定されることがまず考えられるべきだからである。これは他の場面でも同様ではないかと思われるのである。そうなるとこの問題で典型的ないわゆる憲法の間接効力の活動範囲が、果たしてどこにどれほど存在したのかは再考されねばならないように思われる。私立学校法規の詳細な憲法学的検討は、紙幅の関係で別の機会に委ねたい。

ところで1990年代に入り、大学審議会は数多くの大学改革を打ち出している。その中には従来の「大学の自治」観念からは問題となりそうなものもあるようである。例えば、大学審議会の1998年6月30日中間答申が学長(学部長)のリーダーシップや学長を中心とした本部機能の強化、教授会権限の制限などを謳っている¹²⁰⁾が、このことは「大学の自治」との関係でどのように憲法問題を生じさせるのか、などは議論を要しよう。また多様な私立大学の中には逆の方向に要請がなされるべきところもありそんなことはどう考えるべきか。併せて大学の多くが国立であったことの可否が様々な角度から再検討されつつある¹²¹⁾。近時の議論は大学と「大学の自治」の在り方についての議論を活性化させよう。本稿がそれらに寄与できれば幸である。

(1999年6月8日脱稿)

120) 朝日新聞1998年7月1日朝刊。戸波江二「学問の自由と大学の自治」『憲法の争点』[第3版] 124頁、127頁(1999)も参照。

121) 阪本昌成「国家は何をすべきか」ジュリスト1133号49頁、51頁(1998)は、「ラディカル・リベラリストなりにまとめれば、正当な国家の役割からはずれる項目」に、「現行の国公立大学」または「公立学校」の制度を加えたいとなるが、私の個人的な立場もあって、これについてはもう少し時間をかけて観察することに決めた」とする。この問題については研究者は中立の第三者でないことに留意すべきことがよくわかる。国立大学の独立行政法人化に関して、「特集・国立大学・研究所の独立行政法人化」科学69巻11号869頁以下(1999)、藤田前掲註35)論文参照。法科大学院を巡る数多の論稿も参照。