

大学の自治の理論的考察（2・完）

齊 藤 芳 浩

目 次

はじめに

第1章 学問の自由と大学の自治

第1節 学問の自由の特質

- 1 個人の持つ学問の自由とその保障の根拠
- 2 学問の特性からくる学問の自由の保障

第2節 大学の自治の必要性

- 1 公権力と大学の関係
- 2 大学と教授会と教員の関係
- 3 大学以外の研究機関
- 4 異論

第2章 諸外国の大学の自治

第1節 フランス

- 1 フランスにおける大学制度の経緯と大学教員の人事制度
- 2 教育課程の編成と大学教員個人の学問の自由
- 3 二つの憲法院判決
- 4 小括

第2節 アメリカ

- 1 アメリカの大学制度
- 2 合衆国憲法による大学における学問の自由の保障
- 3 小括（以上第52巻第1号）

第3章 わが国における大学の自治に関する事例

第1節 公権力と大学の関係

- 1 公権力が大学の自治を侵害したあるいはその可能性があったと解される例

2 大学の自治と司法審査の関係

第2節 大学と教授会の関係

1 教授会による審議決定の必要性を認める判例

2 教授会による審議決定の必要性ないし拘束力を認めない判例

第4章 大学の自治に関する憲法23条の解釈

第1節 学問の自由(憲法23条)の意義

1 憲法23条による学問の自由の保障は大学の教員が大学設置者・管理機関から指揮命令を受けないという保障を含むか

2 憲法23条による学問の自由の保障の内容—大学の自治を含むか—

3 「制度」の保障

4 大学の自治の具体的内容

第2節 学校教育法制定から2014年改正前までの私立大学に関する諸法令の法解釈

1 理事会優越説

2 教学事項教授会優越説

3 制度の保障と法令の解釈

第3節 学校教育法「改正」の違憲性

1 学校教育法「改正」の内容

2 「改正」された学校教育法93条の違憲性

おわりに(以上本号)

第3章 わが国における大学の自治に関する事例

この章では、現行憲法体制下での大学の自治に関連すると思われる主要な判例・事例を見て行こう。

第1節 公権力と大学の関係

1 公権力が大学の自治を侵害したあるいはその可能性があったと解される例

（１）第一に取り上げる判決は、現憲法の保障する学問の自由について初めて最高裁判所が見解を述べた最大判1963（昭和38）年5月22日（ポポロ事件）¹である。この事件は、大学公認の学生団体が大学の教室で演劇発表会を行っていた時、私服警察官が潜入していたのを学生が発見し、警官に暴行を加えたというものであった。判決は以下のように述べている。

「…（憲法二三〔引用者付加〕）条の学問の自由は、学問的研究の自由とその研究結果の発表の自由とを含むものであつて、同条が学問の自由はこれを保障すると規定したのは、一面において、広くすべての国民に対してそれらの自由を保障するとともに、他面において、大学が学術の中心として深く真理を探究することを本質とすることにかんがみて、特に大学におけるそれらの自由を保障することを趣旨としたものである。教育ないし教授の自由は、学問の自由と密接な関係を有するけれども、必ずしもこれに含まれるものではない。しかし、大学については、憲法の右の趣旨と、これに沿つて学校教育法五二条が『大学は、学術の中心として、広く知識を授けるとともに、深く専門の学芸を教授研究』することを目的とするとしていることに基づいて、大学において教授その他の研究者がその専門の研究の結果を教授する自由は、これを保障されると解するのを相当とする。すなわち、教授その他の研究者は、その研究の結果を大学の講義または演習において教授する自由を保障されるのである。そして、以上の自由は、すべて公共の福祉による制限を免れるものではないが、大学における自由は、右のような大学の本質に基づいて、一般の場合よりもある程度で広く認められると解される。

大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている。この自治は、とくに大学の教授その他の研究者の人事に関して認められ、大学の学長、教授その他の研究者が大学の自主的判断に基づいて選任される。また、大学の施設と学生の管理についてもある程度で認められ、これらについてある程度で大学に自主的な秩序維持の権能が認められている。

このように、大学の学問の自由と自治は、大学が学術の中心として深く真理を探究し、専門の学芸を教授研究することを本質とすることに基づくから、直接には教授その他の研究者の研究、その結果の発表、研究結果の教授の自由とこれら

1 刑集 17巻 4号370頁。参照、高柳信一「学問の自由と警察権—ポポロ事件最高裁判決をめぐって—」（『学問の自由』、岩波書店、1983年）269頁以下。

を保障するための自治とを意味すると解される。大学の施設と学生は、これらの自由と自治の効果として、施設が大学当局によつて自治的に管理され、学生も学問の自由と施設の利用を認められるのである。もとより、憲法二三条の学問の自由は、学生も一般の国民と同じように享有する。しかし、大学の学生としてそれ以上に学問の自由を享有し、また大学当局の自治的管理による施設を利用できるのは、大学の本質に基づき、大学の教授その他の研究者の有する特別な学問の自由と自治の効果としてである」。ただし、判決は、本件集会は政治的社会的活動で大学の学問の自由と自治は関係しないとした。

この判決は、まず、学問の自由について一般論を述べている。これによると、憲法23条の学問の自由には、①研究の自由、②研究結果の発表の自由、③教授(教育)の自由、がある。そして、学問の自由の享有主体に従い次のように論ずる。

一般国民のもつ学問の自由は、①と②であり、③は必ずしも含まれるものではない。

大学の教員のもつ学問の自由は、①と②に加え、憲法の趣旨と学校教育法により③も含む。ただし、大学における③が憲法上の保障とは断定されていないことは注意が必要である²。

また、大学における学問の自由が、「一般の場合よりもある程度で広く認められる」という意味はどういうことなのかやや不明である。大学教員なら許されるが一般市民には許されない学問の自由とはいかなるものなのだろうか。

次に、大学の自治は、「大学における学問の自由を保障するため」に「伝統的に」認められると述べている。伝統的にというのは、明治期以来の帝国大学の自治の伝統をもっぱら指していると思われる。もっとも、大学の自治が現行憲法上の保障なのか、あるいは単なる法令や慣行による伝統的な保障なのか、という点について明確にはされていない。大学の自治の内容として、教員(学長、教授、その他の研究者)に関して大学の自主的

2 もっとも、最大判1976(昭和51)年5月21日刑集30巻5号615頁(旭川学力テスト事件)で、最高裁は、憲法23条の学問の自由には教授の自由が含まれるとしている。

人事が特に保障されると述べている。また、大学の施設と学生の管理についても「ある程度」認められるとしている。施設の管理について、国公立大学の場合、公権力からある程度の制約を受けることはあるかもしれないが、学生管理、特に入学卒業修了の認定等について、制約がありうるというのは、いかなることを指すのかは不明である。なお、ここでは、大学の自治の核心のひとつと考えられる教育課程の編成については言及されていない。

さらに、判決の趣旨からすると、公権力は、ここで述べられた内容の大学自体の自治を侵害してはならないと解されるけれども、大学の自治の保障が大学内部の関係（特に教授会の権限）に及ぶのかどうかは判決で触れられていない。

これに加えて、判決は、学生が一般国民以上に学問の自由を享有しうるのは大学の教員が有する特別な学問の自由と大学の自治の効果、つまり反射的效果によるとしている。

なお、本事案について、入江・奥野・山田・斎藤共同補足意見も指摘するように、一般論としては、警察が警備情報収集の目的で大学に立ち入った場合、学問の自由および大学の自治を侵害する行為となることがある。このような警察の警備情報収集が問題となった事件としては、名古屋高判1970（昭和45）年8月25日（愛知大学事件）³がある。この判決は、「特に権力による干渉は、学園における自由な真理探求の気風を阻害するおそれが最も大きく、やがて、それは自由な研究そのものの萎縮をもたらすに至る。そして、ここに至れば、干渉はもはや明らかに大学自治の本義にもとり、これに対する侵害となるのである。…学問の自由、大学の自治にとつて、警察権の行使が干渉と認められるのは、それが、当初より大学当局側の許諾了解を予想し得ない場合、特に警備情報活動としての学内立入りの如き場合ということになる。」と述べ、警察の警備情報収集活動が大学の自治を侵害しうることを論じている。

3 判時609号7頁。

(2) 次に取り上げる判例は、大学の学長事務取扱人事に国が干渉したと疑われた事例の東京地判1973(昭和48)年5月1日(九大井上事件)⁴である。事案は、任命権者である文部大臣が、大学によって学長事務取扱に選考された教授に対して、発令を約二カ月間行わなかったのに、当該教授が、名誉毀損を理由に損害賠償等を求めたというものである。判決は次のように述べた。

「…大学において自治が認められていることは縷述を俟たないが、右自治の原理は、大学における学問の自由、すなわち真理の探究、学術の研究の場としての大学における研究、教育ないし教授の自由の保障を実効あらしめるために、大学の管理、運営に対する外部からの不当な介入、制約を排して、これを大学自身の手収めるべきものとする要求から必然的に生まれ、かつ徐々に醸成されてきたものであり、とりわけ、この自治は根幹である大学の教官そのほかの研究者の人事が大学の自主的決定に委ねられるべきことを要請し、かくて、大学の学長、教授そのほかの研究者は、大学の自主的判断に基づいて選任されるものとする人事の自治が、慣習法的に確立されるに至つたことは、明らかなところである。原告の援用する最高裁判決(昭三八・五・二二)も、『大学における学問の自由を保障するために、伝統的に大学の自治が認められている。この自治は、とくに大学の教授その他の研究者の人事に関して認められ、大学の学長、教授その他の研究者が大学の自主的判断に基づいて選任される。』と判示するゆえんである。

叙上のような大学自治の原理、なかんずく右原理の中核ともいうべき大学における人事の自治に鑑みれば、…教特法一〇条にいう『大学管理機関の申出に基いて』とは、大学管理機関…から申出がなされたときは、任命権者…は、右申出が既に同法四条に準拠して大学の自主的選考を経たものとされる以上、その申出に羈束されて、申出のあつた者…を任命すべく、そこに選択の余地、拒否の権能はなく、他面、申出がなければ、右の人事を行ない得ないものと解するのが相当である。もつとも、任命権者…は、その権限を適法に行使しなければならないことともいうをまたないから、申出が明らかに違法無効と客観的に認められる場合、例えば、申出が明白に法定の手續に違背しているとき、あるいは申出のあつた者が

4 訟月 19巻8号32頁。参照、磯部力「判批」(『昭和48年度重要判例解説』、有斐閣、1974年)12頁。

公務員としての欠格条項にあたるようなときなどは、形式的瑕疵を補正させるために差戻したり、申出を拒否して申出のあつた者を学長等に任用しないことができるといわなければならないが、しからざる限り、その申出に応ずべき義務、すなわち相当の期間内に申出のあつた者を学長、教員および部局長として任命しなければならない職務上の義務を負うものと解すべきである」。もっとも、この事件の事情を考慮すると、当該不作為は、合理的な期間を超えた違法なものとは言えないとした。

この判決は、国公立大学の大学の学長・教員人事について、任命権者である行政は、大学の自主的決定に拘束され、手続に形式的な瑕疵がある場合を除いて、大学の申出に応じる義務があるとした。つまり、公権力は、人事に関して基本的に大学の決定に介入できないということを明らかにしたといえる。

（３）その他公権力が大学に圧力をかけたと思われる例として、甲府地判1967（昭和42）年7月29日（都留文科大学事件）⁵がある。これは次のような事件であった⁶。公立の都留文科大学で、大学新校舎の落成式について学生たちが抗議行動を行った。これにつき、市議会が、教授会と学生の責任、学生デモに一部教官が介入しているという世論に対する責任、等に付き大学側に回答するよう要求した。大学の教授会は、市の要求は大学の自治を侵すものであると声明を発し、市議会に伝えた。これに対し、市議会は地方自治法100条に基づいて調査特別委員会を設置した。そして、市側は、教官の一部が、学生の扇動等を行ったことなどが調査の結果判明したとして、学長に当該教官らの責任究明を申し入れた。大学側はこれに応じ当該教官らを懲戒免職にした。当該教官らはこれに対して処分の取消を裁判所に求めたところ、判決は懲戒権の濫用である違法な処分とした。

この事件で重要なのは、むしろ判決の直接の争点とならなかった部分の

5 行集18巻7号1080頁。参照、高橋和之「判批」（『教育判例百選 [第二版]』、有斐閣、1979年）196頁。

6 参照、遠山茂樹・森川金寿編『都留文科大学事件の記録』（盛田書店、1969年）。

事実関係である。市が、大学の運営について、当該大学に対して、回答を要求したこと、調査権を行使したこと、ならびに大学教員の処分を要求したことが公権力による大学の自治の侵害ではないかと考えられる。回答の要求や調査権の行使は、大学の自治への圧力となりうるものであるし、特に強制権を伴う調査はそのようなものになる可能性が高い。大学教員の処分を要求した点は、大学の自治の中核的部分である大学の人事権に介入するもので、明らかに大学の自治の侵害といえる。なお、これとやや似た事例として、県の教員組合の運動に参加した大学教員を、県の教育委員会の圧力によって大学が懲戒処分にした愛媛大学事件(1959年)がある⁷。

2 大学の自治と司法審査の関係

大学内部の問題に対してどの程度司法審査が及ぶかを一般的に論じた判決として、最判1977(昭和52)年3月15日(富山大学単位認定事件)⁸を挙げることができる。事案は、学生がある教授の授業を履修し試験を受け合格判定を得たが、大学が当該教授の授業・試験は正式なものではないとして単位を認定しなかったので、学生が単位不認定の違法確認等を求めて出訴したというものであった。判決は次のように述べた。

「…大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究とを目的とする教育研究施設であつて、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的、包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成しているのであるから、このような特殊な部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象になるものではなく、一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきものであることは、…明らかというべきである」。そして、単位認定は、一般市民法秩序と直接関係ないから司法審査の対象とならないとし

7 この事件は訴訟にはなっていない。参照、家永三郎『家永三郎集 第十巻 学問の自由・大学自治論』(岩波書店、1998年)216-218頁、362-363頁。

8 民集31巻2号234頁。

た。

この判決は、大学の内部問題は自主的、自律的解決によって処理されるべきだとしつつ、一般市民法秩序に関係する問題は司法審査の対象になるという原則論を述べたものである。したがって、大学の自治に関する問題も一般市民法秩序と関係があるものについては司法審査されることが確認されたといえる。

そうなると、大学の自治に関してどのようなものが一般市民法秩序に関係するのかということが問題となる。本件では、単位認定は通常一般市民法秩序に関係しないとされたが、本件に関連して同日に判決された事件⁹では、専攻科修了の認定は一般市民法秩序に関係するとされている。

その他、大学教員の人事に関することが一般市民法秩序に関係することは明白であるが、ほかに問題になったものの例としては、教授会の出席権や講義を行う権利・利益がある。これが実際議論の対象となった事件として、仙台高判秋田支部1998（平成10）年9月30日（秋田経済法科大学教授会出席停止等事件）¹⁰がある。この判決は、教授会の出席について、「…教授会に参加し、大学の自治に参画することは、構成員にとって単なる義務ではなく、教授の地位に含まれた当然の権利であると理解すべきものであり、この理は、助教授など教授会に加えられる他の職員の場合も変わりはないというべきである。」として、権利性を認めた。また講義について、「…大学において教育研究に携わる者としては、学生に対する講義を通じて自分の研究内容を発表し、その成果の上にさらに研究を進展させることに学問的な関心を有するのが普通であると思われるから、学生に対して講義を行うことは、雇用契約上の義務ではあるが、同時に教員側に利益を与える側面があるのであるから、教員に対して講義を禁止することが単に義務を免除する行為で不利益がないということができないことは明らかである。」とし、講義を行う利益を認めた。

9 最判1977（昭和52）年3月15日民集31巻2号280頁。

10 判タ1014号220頁。また、同様の判例として、仙台地判1999（平成11）年12月22日（東北福祉大学事件）判時1727号158頁がある。

第2節 大学と教授会の関係

以下では、大学として決定するとき、大学内部の手續として、教授会（あるいは専門家集団）の審議決定の必要性あるいは拘束力が問題となった判決を検討しよう。判例は、教授会による審議決定の必要性を認める類型と、必要性ないし拘束力を認めない類型に分かれている。まず、前者から検討していこう。

1 教授会による審議決定の必要性を認める判例

教授会の審議決定が必要であるとする判例を、大学教員の人事に関するもの、学長の人事に関するもの、の順で見て行こう。

(1) 大学教員の人事に関する判例

まず、名古屋地判1959(昭和34)年11月30日(名城大学学長・教授罷免事件の教授罷免部分)¹¹を見てみよう。この事件は、名城大学学長が、学校法人により、大学運営上の瑕疵を理由に学長を罷免され、また教授としても解雇されたことに対して、解任効力停止等の仮処分を求めたものである。

判決は、教授としての解雇について、「名城大学学則によればその第十条に『教授会は次の事項を審議決定する』と記載され、その第三号に『教授、助教授、講師及び助手の進退に関する事項』と記載されていることが明かである。…そもそも被申請人大学において右の如き学則の規定の設けられる所以のものは憲法及び教育基本法に規定する『学問の自由』に由来する大学の自治の原理に基く。即ち学問の自由は本来学問的研究活動の自由を言うものであるが、その自由はその任命権者又は外部勢力による圧迫干渉を排除し、研究者の地位を保障するに非ざればその全きを得ない。従つて大学においては教員は研究活動の自由を保障されると共にその任免等の人事についても大学の自主性を尊重してその自治が認めら

11 労働関係民事裁判例集10巻6号1228頁。なお、やはり名城大学の事件での同様の判決として、名古屋地判1961(昭和36)年2月13日(名城大学教授解雇事件)労働関係民事裁判例集12巻1号57頁がある。この判決では、教員の免職について理事会が教授会の決定に拘束されるとしている。

れているのである。それによつて学問の自由と教授の自由とが高度に維持されるのである。かくの如く大学自治の原理に基き名城大学においても学則第十条において…教員の任免等については教授会の審議決定（…）を要するものと規定したのである。従つて右学則第十条は経営上の都合等の理由により教授を免職する場合を除外しないことは自明の理であり、かかる理事会の恣意を排斥し教授の地位惹いて学問の自由を護るためにこそ本条の存在理由があるのである。」と述べ、解雇の際、教授会の審議を経っていないので「解雇決定手続において学則違反ありというべく、その違反は究極的には学問の自由に対する侵害にもなるのであるから該解雇は無効であると言わねばならない」とした。

この判決は、学問の自由を守るためには、大学の自治が必要であり、大学の自治は、任命権者・外部勢力からの不当な圧迫・干渉を排し、教員の地位を保障することをその内容とすると論じている。

また、本判決は、人事に関する教授会の権限は憲法上の保障であると解しているようにも思われる。もっとも、学内規定に教授会に関する人事上の権限が明記されていない場合でも、教授会は人事上の権限を持つとまで主張しているのかどうかははっきりしない。本件は、教授の進退に関する教授会の権限が学内規定で定められているので、その違反であることは明白な場合である。そうすると、少なくとも、この判例は学内規定上の手続違反は許されないという先例にはなる。なお、教授会の審議が必要な「重要な事項」について定めている学校教育法（昭和22年3月31日法律第26号）59条1項（のち93条に移動。2014年全部改正）は、以下でみる諸判決ではおおむね援用されているが、本判決では、特に援用されていない。

上の判決と同様の傾向のものとして、神戸地決1979（昭和54）年12月25日（八代学院大学事件）¹²がある。これは、大学運営上の紛争を背景として、出席資格がない教員が多数を占める教授会の決議に基づいて罷免された教授が、地位の保全等を求めて訴えた事案である。

裁判所は、まず、当該大学の寄付行為施行細則に、理事の職にない教員の罷免

12 労働法律旬報999号62頁。

は「常務理事会の議に付したうえ理事長がこれを行う」、学則に、教授会は「教員の人事に関すること」を審議する、大学教授会規則に「教員の罷免手続を行うには教授会構成員の三分の二以上の出席を要しその四分の三以上の賛成投票をもって可決とする」、となっていることを確認している。その上で、「学校教育法は私立大学についても適用されるところ、同法五九条一項は『大学には、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』と規定し、教授会を大学の必置機関としてこれに『重要な事項』についての審議権を認めている。これは、憲法二三条の学問の自由、特に学術の中心として真理探究を本質とする大学におけるそれを保障するために伝統的に認められている大学の自治の保障、強化をはかる趣旨に基づくものである。そして、この自治は教員の採用、罷免等の人事に特に保障される必要がある。蓋し、大学教員の高度の学問的能力や知的誠実性を正しく評価し、その適格性をよく判断できるのは同僚たる教員自身であって設置者（任命権者、理事会等の外的管理機関）ではなく、また、大学教員の研究教育の自由の保障は、雇用者たる大学設置者の一方的判断によってはその地位を奪われないという身分保障によってはじめて確立しうるものであるからである（教育基本法六条二項参照）。このような趣旨からすれば、教員の採用、罷免等の人事については、学校教育法五九条一項の『重要な事項』に該当し、教授会（または教授会の自主的な意思にもとづき構成された機関）の審議が必要な手続要件であり、また、この教授会の審議権は単なる諮問機関としてのそれではなく、より実質的なものであって、これを奪うことは許されないと解すべきである（もっとも、大学設置者の予算上の理由や設置基準の関係等、大学の自治を侵害するおそれのない事由によって最終的に設置者が独自の判断をなしうる場合はある）。」と述べ、正当に構成された教授会の議決がない本件罷免は無効であるとした。

本決定は、憲法23条の保障する学問の自由および大学の自治の趣旨から、教員の人事は、教授会の審議が必要な学校教育法59条1項の「重要な事項」であるとしている。なぜなら、「大学教員の高度の学問的能力や知的誠実性を正しく評価し、その適格性をよく判断できるのは同僚たる教員自身」であり、「また、大学教員の研究教育の自由の保障は、雇用者たる大学設置者の一方的判断によってはその地位を奪われないという身分保障によってはじめて確立しうるものであるから」である。前者は専門家集団の

評価の尊重について述べ、後者は、学問上の理由だけでなく、学問以外のことを理由とする不利益処分からも教員を保護するという趣旨を含むとも解される。なお、本件は教授会の審議が必要であるという趣旨の学内規定があった事例である。また、本決定は、教授会は単なる諮問機関ではなく議決は基本的に拘束力があるべきであると解している。

以上のような判例と同様に教授会の審議が必要であるとしたものとして、上の決定に対する異議事件である神戸地判1981（昭和56）年12月18日（八代学院大学事件・仮処分決定異議）¹³、大学法人が、大学運営に混乱をもたらし、理事長および学園の名誉を傷つけた等の理由で、大学教授を懲戒解雇したので、教授側が処分の効力停止を求めた前橋地判1988（昭和63）年3月11日（前橋育英学園短期大学事件）¹⁴、大学法人により教育職員から医療職員に配置転換を命じられた教員が地位の確認請求等を行った名古屋高判2014（平成26）年1月30日（鈴鹿医療科学大学配置転換事件）¹⁵がある。これら事件においても、教授会の審議が必要であるという学内規定が存在していた。

これに対し、教授会の審議が必要であるという学内規定が存在していない場合でも、学校教育法59条1項の「重要な事項」に当たると解される場合は教授会の審議が必要であるとした判例として、神戸地決1979（昭和54）年11月16日（親和学園事件）¹⁶がある。本事案は、学校法人が、組合のビラの内容が虚偽であることを理由として、教授会の処分を経ずに、組合の執行委員長であった教員を停職処分したので、当該教員が賃金支払いの仮処分を求めたものである。裁判所は以下のように述べた。

「…懲戒処分が本件大学教授会の審議を経ないでなされたことは当事者間に争いがな」い。「…本件大学において、教授会の審議事項のうちに懲戒処分に関す

13 労判379号付録労働判例・命令速報カード21頁。

14 労判514号6頁。

15 TKC文献番号25540567。なお、本判決では、教授会の審議が必要な「重要な事項」について定めている学校教育法（旧93条）は、特に援用されていない。

16 労働法律旬報998号72頁。

る事項が含まれていることを明示する規定が存することの疎明はない」。「…学校教育法五九条一項は、『大学には、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。』旨規定し、私立大学も含めたすべての大学に教授会を設置する義務を課すとともに、重要な事項については必ず教授会の議を経なければならないことを明らかにしている。そして、同法には右の『重要な事項』について明示する規定はないのであるが、その範囲を確定するに当っては、大学における学問の自由を保障するために伝統的に認められている大学の自治の保障、強化をはかるという前記条項の立法趣旨を充分考慮しなければならないことは言うまでもない。ところで、大学における研究、教育の自由と自主性を確保するための前提条件として教員の身分保障が要求される(教育基本法六条二項参照)のであるが、教員人事のうち、教員に対し不利益を課す懲戒処分は、…教員の身分保障に対する重大な脅威となる危険性を含むことは明かである。従って、懲戒処分については…とくに研究、教育に携わる者自身がその手続において事前審査をなしていることを含めた自治の原理が右手続において具体的に取り入れられる必要が強いと考えられる。…以上の点からみると、大学教員の懲戒処分は、学教法五九条一項の『重要な事項』に含まれ、教授会の審査を経なければならないものと解するのが相当である」。そして、本件懲戒処分は教授会の審議を経ていないから無効であるとした。

本決定は、教員の懲戒処分は、学内規定の有無にかかわらず、学校教育法のいう「重要な事項」にあたり、教授会の審査が必要であると明確に述べた点で特色があるものといえよう。

(2) 学長の人事に関する判例

学長の人事が問題となった判例として、京都地決1973(昭和48)年9月21日(池坊短期大学事件)¹⁷をあげることができる。この決定は、学長(事務取扱を含む)の選任は学校教育法59条1項の「重要な事項」に該当するから、学長選任に関する学内規定がなくとも教授会の審議が必要であるとした。

17 判タ301号235頁。

本件は、教授会の議決を経ないで、学長事務取扱になった者の職務の執行を停止する仮処分を、大学の教員が求めたものである。裁判所は以下のように述べている。

「学園の寄附行為や学内の諸規程によるも、大学学長（事務取扱を含む。以下同じ。）この選任に関する直接の規定はない。しかし、…学校法人において学長の選任が当該学校法人の業務であることはいうまでもないから、学校法人の理事会が右法人の一業務として学長を選任する権限を有するものであることも論をまたないところである。

ところで、学校教育法五九条一項は『大学には、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。』と規定しており、学長の選任が学校教育法五九条一項の『重要な事項』に該当することは明らかであるから、学園においても、その設置にかかる大学の学長を選任するには必ず右大学の教授会において審議することを要するというべきである。

…理事会としては、学長を選任するについては、まずその候補者が学長たるの適格を有するかどうか等について、教授らをもつて構成する教授会に十分審議させ、その自主的な判断の結果をできるだけ尊重すべきものであつて、右のような教授会の審議を経ずしてなされた理事会の学長選任の決議は右学校教育法の法条に違反するものであり、教授会の審議を経、その結果を尊重することが、学問の自由、大学の自治にもかなう極めて重要な事柄であることを考慮すると、右に違反する選任決議は無効であるといわなければならない」。

（３）小 括

以上の判例は、学問の自由を守るためには、大学の自治が必要であり、大学の自治は、任命権者・外部勢力からの不当な圧迫・干渉を排し、教員の地位を保障することをその内容とするというほぼ共通の基本論理をもつ。これを不当な干渉の典型的な例で説明すると、学問は社会的通念等から自由でなければならないが、国や社会的勢力は、それとは異なる思想等やそれを有する人物を社会から排除するために大学の人事に介入することがある。そのとき教員の地位を保障するためには、教員人事に対する専門家集

団(教授会等)の審議決定権を中心とする大学の自治が必要となる。なぜなら、このとき学問の自由の侵害かどうかを判定できるのは当該学問領域にかかわる専門家集団だからである。このことを八代学院大学事件決定は「大学教員の高度の学問的能力や知的誠実性を正しく評価し、その適格性をよく判断できるのは同僚たる教員自身」であるといっている。他方同決定は、「また、大学教員の研究教育の自由の保障は、雇用者たる大学設置者の一方的判断によってはその地位を奪われないという身分保障によってはじめて確立しうるものであるから」であると述べている。これは、大学教員の身分保障一般について述べている点から、学問以外のことを理由とする不利益処分からも教員を保護するという趣旨を含むとも解される。

上で扱った判例は、憲法と大学の学内規定から教授会の審議権を導くもの、憲法と学校教育法と大学の学内規定から教授会の審議権を導くもの、憲法と学校教育法から教授会の審議権を導くものに分類することができる。これにつき、私立大学における学内規定は私人間の一種の約束であるから効力を持つのは当然であるといえる。また、判例で問題となった大学が私立大学であることを考慮すると、「制度」の保障の現実化である学校教育法の規定は援用すべきものであろう(これについては後述第4章第1節3参照)。なお、以上の判例において、なぜ憲法上の保障である大学の自治が私立大学にも適用できるのかが理論的に十分説明されていないように思われる。

ここで、大学教員の人事で考慮される事項としてどのようなものがあるのか一般的に考えてみよう。教員人事に関し考慮の対象としても正当と思われるものとして、①研究内容・教育内容(研究不正等の場合も含む)、②それ以外の大学の業務への貢献(委員等の役職での貢献、会議の参加等)、③教員の専門とかかわりのある社会貢献等、④暴行、横領、ハラスメント、入試・試験等における不正などの単なる非行行為、などを考えることができる。一方、教員人事に関し、考慮の対象とした場合、不当と思われるものとして、⑤教員の学問・教育内容、思想、宗教、信条と国策や社会的通念などとの異同等、⑥学内で運営上の対立等があるときにありがちな、根

拠のない対立者側の一方的言い分、などがある。なお、別途、大学の経営難による整理解雇という場合もありうる。

さて、すでに論じたように（第1章第1節2（2）参照）、大学の自治では専門家集団の評価の尊重が重要であるという観点からこれらの問題について検討してみよう。以上のうち、専門家集団（教授会等）がもっとも機能しうるのは、学問の自由と直接関係のある、①研究内容・教育内容（研究不正等の場合も含む）と、学問の自由への直接的介入となりうる、⑤教員の学問内容、思想、宗教、信条と国策や社会的通念などとの異同等、である。このうち、①に関して専門家集団の評価に従うべきことは当然である。⑤については、教員の専門分野における学問・教育内容が問題となる場合と、専門以外の思想、信条等が問題となる場合があるので、それぞれを検討しよう。まず、前者であるが、学問・教育内容を理由とする教員人事に際し、その学問・教育内容と国策や社会通念との異同等を考慮することは学問の自律性を否定することになる。したがって、学術的評価とその他のイデオロギー等を区別する能力をもち、また両者を区別しなければならないという規範意識をもっている専門家集団が審議し決定する必要がある。次に後者であるが、教員個人の単なる思想、信条等は、教員人事を左右する学術的評価と無関係である。したがって、教員個人の思想、信条等と国策や社会的通念等との異同はそもそも教員人事で考慮対象とすべきではない。しかし、当該学問の専門家以外の政治家、経済人、一般人は、両者を混同しがちであり、教員個人の思想、信条を理由として不利益処分あるいは優遇措置をとろうとすることがあることは歴史上の経験から明らかである。したがって、やはり、教員個人の思想、信条等と学術的評価が無関係であることを確認し、人事を審議決定する主体としては、当該学問領域の専門家集団がもっともふさわしいといえる。

①に関係した事例として、教育水準の低さ等の理由により解雇された私立の短期大学の助教授が、地位の保全を求めた東京高決1972（昭和47）年4月8日（東海大学女子短大事件）¹⁸があげられる。この決定は、「（学校教

18 判時 669号97頁。

育法〔引用者付加〕の趣旨にてらして少くとも教授の任免は重要な事項であることは明らかである」として、教授の任免は同法59条の「重要な事項」であるとした¹⁹。また、①関連として、選考委員会および教授会の審議を経た教員の昇任審査について争われたが、大学側の判断が認められた仙台高判秋田支部1998(平成10)年9月30日(秋田経済法科大学昇任拒否事件)²⁰がある。その他、やはり①に関係したものとして、教授会が教授の定年延長の内申を理事会に対して行ったのに、理事会が拒否したことが争われた、東京地決2001(平成13)年7月25日(日本大学定年延長拒否事件)²¹というものがある。この決定は、当該大学では教授会の内申による定年延長が事実たる慣習として労働契約の内容を構成していたと認定した上、「各学部の教授会が内申を行っている以上、理事会としては、経営上の高度の必要性が認められない限り、学部の自主的な決定を尊重すべきである(教授会の自治は大学の自治の中核をなすものであり、その対象は学部の人事権についても及ぶと解するのが相当である。)」として、教授会による教授としての適格性の判断を尊重すべきであるとした。

他方、②③④⑥の場合は、学問や教育の評価とは言えないので、教授会などの専門家集団が評価主体としてもっともふさわしいとは必ずしも言えないかもしれない。しかし、理事会(私立大学の場合)や学長・評議会(国公立大学の場合)にこれらの評価を委ねてしまうと、人事評価の理由が操作される危険がある。この点、上述の名城大学事件、八代学院大学事件、親和学園事件、前橋育英学園短期大学事件は、もっぱら⑥に関連した事例と思われるが、実際、①②④等を持ち出して懲戒の理由としたものがある。つまり懲戒の理由を恣意的に操作した例は実際にあるということである。

19 もっとも本決定は、助教授以下の任免は、必ずしも「重要な事項」ではなく、教授会の審議は必要ではないと述べている。この点、教育の水準といった専門的評価を要する問題については、教授のみならずすべての教員について、教授会等の専門家集団が評価を行うべきものであるから、本決定の見解は妥当ではない。同様の指摘として、松元忠士「私立大学教員の地位と身分保障(下)」季刊教育法122号(1999年)78-79頁。

20 労判752号21頁。

21 労判818号46頁。

そうすると、教授会等が幅広く一般的に教員人事に関与することで、不当な考慮事項を排除し、人事の公正を図り、それにより学問の自由を守るといふ形が良いように思われる。実際、教育公務員特例法（昭和24年1月12日法律第1号。ここでは昭和48年法律103号で改正されたもので説明）では、教員の採用・昇進には教授会の議決が必要であり、免職や懲戒等については、その理由を問わず評議会の審査が必要とされている（各大学の規定によるが、通常教授会の議決を経た上で評議会の審査がなされる）。ここで、学問的評価以外の事項に付き、なぜ教授会等がより公正な判断ができるのかという疑問もあるかもしれない。この点、大学教員は専門家集団として運命共同体の要素があるので、ある教員の人事が問題となるとき、教員は教員外の者より真剣に、懲戒理由として不適当な事項が考慮されていないか、真の懲戒の目的が実は懲戒対象者の学問思想内容等を理由としているのではないか、等を判断することが期待できるだろう。また、教員の懲戒事案では、学問・教育に関する理由とその他の理由が複合的に問題にされることも多く、そのような場合は教授会等の審議が必要である。従って、教員人事に関しては、教授会等が①⑤以外の事項についても関与することが強く推奨されるといえる。

なお、②③④⑥の場合、教授会の関与が常に絶対的に必要といえるかという問題もありうる。例えば④の場合、裁判で非行事実が確定しているときや、本人が非行事実を認めている場合などは、教授会を介さず大学が処分するということも可能ではないかと思われる²²。また、①⑤以外の事項は、理論上は教授会の関与が必須とはいえないから、最終的に司法の判断に委ねるといふ割り切った考え方も成り立つかもしれない。

また、整理解雇のような場合にまで、教授会の議決が必ず必要となると、大学の経営が成り立たないのに解雇できないということになりうるので、このような場合は、通常の労働法制によって、最終的には司法が判断すべきだろう。

それでは、学長、学部長等の人事について、教授会等の関与は常に必要

22 同様の見解として、参照、松元・前出註（19）85頁。

なものといえるだろうか。先に引用した判例では、学長の選任に付き教授会の審議が必要であるとしたものもあった。

学長については、現行の大学設置基準（昭和31年10月22日文部省令第28号）13条の2で「学長となることのできる者は、人格が高潔で、学識が優れ、かつ、大学運営に関し識見を有すると認められる者とする」と規定されている。大学の学長は、大学の運営上の役割（学内行政および経営、対外交渉等）と教学上の役割（教員人事、教育課程編制、学生管理等）をもつ場合が多いであろう。上の大学設置基準もこの役割に応じて、学長の資格を規定したものと考えられる。つまり、学長の場合は、研究者・教育者としての能力だけではなく、管理・経営能力が必要となる。そうすると、学長の任免は、必ずしも教授会あるいは教員組織の関与がなくても、理事会などがもっぱら管理・経営能力の観点から行えばよいのではないかという発想もありうることになる。

これについては、学長が大学においてどのような権限をもつかによって異なってくるであろう。例えばある大学において大学の規定上、教員人事、教育課程編制、学生の入退学等の教学事項について、学長が全くの形式的権限しか持たず、実質的判断は教授会等に委ねられているというような場合であれば、学長の任免を理事会等に委ねることも可能であろう。しかし、法令上あるいは学内規定上、学長が、教員人事、教育課程編制、学生の入退学等について、実質的権限をもち、教授会等の意見を否定し、自己の判断に差し替えることができるような場合は、その程度にもよるが、正に専門家集団の判断が否定される可能性があり、大学の自治に反する状態になりうる。このような場合は、せめて学長の任免に教授会等の専門家集団が決定的権限をもつような形でなければ大学の自治が深刻な程度まで侵害されることになる²³。そして、現行の学校教育法の規定では、学長がほとんど

23 ドイツでは、学部長が強力な権限をもっているのに、学部委員会による学部長の解任手続に拘束力がないことなどによって、「自由な学問活動と任務遂行が、構造的に危険」にさらされているとし、当該州法を違憲であるとした2010年7月20日の連邦憲法裁判所決定がある。参照、小貫幸浩「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—」駿河台法学26巻1号（2012年）22頁以下、栗島智明「ドイツにおける近年の大学改革と学問の自由—『学問マネジメント

すべての教学上の最終的権限をもつことになるから、学長の任免への教授会等の関与は必須ということになるはずである（ただし、教授会等が学長の任免に決定権をもったからといって、学長全権制度が合憲になるということではない）。そうすると、法人化された国公立大学では、学長が教学事項だけでなく経営事項についてもほとんどの最終的権限をもっているの、現行法のような学長の任免方法で合憲といえるのかという疑問がある。

２ 教授会による審議決定の必要性ないし拘束力を認めない判例

次に、教授会の審議決定の必要性ないし拘束力を認めない判例を、大学教員の人事に関するもの、学長等の人事に関するもの、その他のもの、の順に見て行こう。

（１）大学教員の人事に関する判例

大学教員の人事に関する判例のなかで、教員の非行を理由としての処分を争ったものとして、福岡地判1998（平成10）年10月21日（西日本短期大学事件）²⁴がある。この事件は、学校法人が、短期大学の教授を不正入学に関与したことなどを理由として懲戒免職（解雇）にしたところ、教授側が、教授会審議の不備などを理由として地位確認の請求をしたというものである。判決は、教授の不正入学への関与を認めた上、次のように述べる。

「…まず、原告は、大学教員の免職については教授会の審議を要すると解するのが、憲法二三条及び学校教育法五九条の解釈から導かれるところである旨主張する。確かに、いわゆる大学の自治が憲法二三条の保障するところであり、したがって大学教員、特に教授会に対しては大学運営について相当の地位が与えられるべきこと、学校教育法五九条の解釈に当たっては右憲法解釈を十分に斟酌すべきことは原告の主張のとおりであると解される。しかしながら、具体的にどのような権限が教授会に与えられるべきかについては、右の憲法及び学校教育法の各条項には特に規程はなく、したがってこれらの条項から、一義的な解釈が当然に

ト」の憲法適合性をめぐって―」法学政治学論究103号（2014年）249頁以下。

24 労判 753号23頁。

導かれるものではないというべきである。言い換えれば、学校教育法五九条所定の教授会が審議すべき『重要な事項』の具体的な内容については、同条項から当然に導かれるものではなく、各大学において、右の憲法及び学校教育法の趣旨を尊重しつつ自主的に定めるべきものと解され、また、このように解することが大学の自治の趣旨にかなうものというべきである。したがって、右の憲法及び学校教育法の各条項からは、当然には、大学の教授の免職について教授会の審議を経るべきであると解することはできないというべきである」。

そして、本学の規程の解釈上、教授の免職について教授会の審議を経るべきと解されるが、「このことは教授会の理事会に対する優越を意味するものではなく、前記説示のとおり教授の免職が本来理事会の権限に属するものであることに鑑みると、教授会を完全に無視して理事会が一方的に決議をしているような場合は別として、教授会で審議されたことを考慮のうえ理事会の結論が出されているときには、その内容が教授会の議決と異なっていたとしても、そのことの故に理事会の決定が直ちに違法となるものとは解されない」として、原告の請求を棄却した。

この判決の重要な点は、学校教育法59条の教授会が審議すべき「重要な事項」の具体的な内容については、同条項から当然に導かれるものではなく、各大学において、憲法及び学校教育法の趣旨を尊重しつつ自主的に定めるべきものと解しているところである。つまり、憲法及び学校教育法の解釈からは何も具体的な内容は出てこないと解しているのである。このような解釈は、憲法23条の保障する学問の自由および大学の自治の趣旨から、教員の人事は、教授会の審議が必要な学校教育法59条1項の「重要な事項」とであると解する前述の判例と著しい対照をなしている。

また、判決は、教授会で審議することが大学の規定上定められていても、教授会での審議を一応考慮さえすれば、理事会は教授会の議決と異なった決定をすることができるとして、教授会の議決の拘束力を否定している。これが教授会の決定権限を一般的に否定するということならば、それは学問に関する専門家集団の評価の拘束力も否定するということであり、大学の自治の趣旨に反する見解といえるだろう。ただし、本件は、単なる非行を理由とする免職であるため、非行の場合に限って教授会の権限を制限す

るのなら、大学の自治に反するとまではいえないだろう。

この判決と同じ類型のものとして、大阪高判1998（平成10）年11月26日（甲南学園事件・控訴審）²⁵がある。この事件は、学校法人が、大学の名誉を毀損したことなどを理由として、教授を懲戒解雇したことに対し、教授側が、解雇処分は教授会の決議を経ないことなどを理由として、地位確認等を求めて提訴したというものである。判決は、名誉毀損行為について事実を認定した上、次のように述べている。

「…諸規定に照らせば〈1〉被控訴人の業務に関する最終の決定権限は、すべて理事会にあって教授会にはないこと、〈2〉教員の任命は、学長の推薦に基づき理事長が学園名で行うこと…、〈3〉経営学部等の教授会は、教員の任命について審議決定し、学部長を通じて、学長に対し、その意見を具申する権限を有すること、〈4〉…教授の服務も就業規則に定められ、その中で懲戒規定に該当する教員の懲戒については、被控訴人が懲戒委員会に諮って行うこととされていることがそれぞれ明らかである。

大学運営規程…では、教員の解任は、任命の手續に準じて行う旨定められているから、右任命手續と同様に、教授会は教員の解任（懲戒解雇を含む）について意見を具申する権限を有するというべきである。（懲戒解雇の対象となった当該教員の非違行為が右教員の担当する学術的専門分野において、あるいはこれに関連してなされた場合には、教授会において当該教員の非違行為が懲戒解雇に相当するものであるか否かを審議決議し、教授会としての意見を具申すべき必要があると解されるところであり、したがって懲戒解雇の場合も右…の規定に基づき、任命の場合に準じて教授会が審議してその結果を学部長を通じて学長に意見を表明することができる」と解すべきである。）

しかし、…教員任免には教授会の決定を要件とする旨の規程がない本件の場合、教員の任免過程における経営学部教授会の審議決定は、…意見具申としての意味を有するにすぎず、教員を任免するための要件ではないというべきである。そして、教員を懲戒解雇する要件としては懲戒委員会に諮ることが規定されているにすぎないのである」。

「被控訴人大学の人事に関する大学の自治は、寄付行為の定めるところにより

25 労判757号59頁。

業務決定機関である理事会に委ねられているのであって教授会にはその権限がなく、また学問の自由は各教員に保障されているとはいえ、そのことを根拠に、当然に、教員の解雇については教授会の解任決定が必要かつ有効要件であって、この決定が理事長の前記任免権限を羈束すると結論づけることは到底できないところであり、また右学校教育法において、何を『重要な事項』として、教授会の決議事項とするかについては何らの定めもないことからすれば、私立大学の場合、それは学校法人が自主的に定めるものと解するほかなく、前記…において判断したとおり、被告大学の諸規程に照らして大学教授の懲戒解雇には教授会の決議が必要であると解されない以上、本件解雇に際して経営学部教授会の決議が必要であったと解することはできない。したがって、右の原告の主張についてもこれを採用することはできない」。

この判決も、西日本短期大学事件判決と同様、私立大学においては大学の自治のあり方は学校法人が自主的に決めることであって、教授会の権限をどのように縮減しようと憲法にも学校教育法にも抵触しないという立場をとっているように解される。なお、のち2014年に、中央教育審議会大学分科会が、「大学のガバナンス改革の推進について」（審議まとめ）²⁶において、教授会は意見を言うだけで決定権はないとする解釈が憲法上許されるとしているが、その際、この判決をその根拠として引用していることは注意すべきであろう。

もっとも、この判決には、「懲戒解雇の対象となった当該教員の非違行為が右教員の担当する学術的専門分野において、あるいはこれに関連してなされた場合には、教授会において当該教員の非違行為が懲戒解雇に相当するものであるか否かを審議決議し、教授会としての意見を具申すべき必要があると解される」としている箇所がある。これは、学問の世界における専門家集団による評価の重要性を多少は気にしているようにも思われる。

なお、そもそも大学規定の解釈として、原告も主張しているように、教授会は、「人事に関する事項」「身分変更」を審議決定するという内容の

26 文部科学省のサイト http://www.mext.go.jp/b_menu/shingi/chukyo/chukyo4/houkoku/1344348.htm [2019年11月1日閲覧]。この報告書をもとに国は2014年の学校教育法改正を行った。

大学の諸規定があるのだから、本件に関しては、教授会の決定の拘束力の問題は別としても、教授会の審議決定が処分の前提要件であると解するほうが自然ではないかという疑問が残る。一方、本件も非行行為を理由とする罷免であるので、教授会の審議決定が一般論として絶対的に必要であるかどうかは別問題であろう。

これらの判決と同様に、何が「重要な事項」であるかは各学校法人が自主的に定めるという解釈をとった判決例として、東京地判2005（平成17）年10月6日（川口短期大学事件）²⁷がある。

次に、人事に関して、教員の思想が問題とされた最判2007（平成19）年7月13日（鈴鹿国際大学事件）²⁸を検討しよう。この事件は、原告教授の地元新聞で行った歴史認識に関する発言や講義内容等を理由として、大学法人が当該教授を戒告処分にしたり、教育活動の停止および教授会出席停止処分にしたりしたことから、原告が処分の無効確認等を求めたものである。判決は次のように述べている。

「…本件発言は、その見出しや発言内容に照らして、第二次世界大戦下において我が国が採った諸政策には功罪両面があったのであるから、その一方のみを殊更に強調するような歴史観を強制すべきではなく、そのような見地からみて、人権センターの展示内容には偏りがあるという上告人の意見を表明するにすぎないものと認められる。このような本件発言の趣旨、内容等にかんがみると、本件発言は、これが地元新聞紙上に掲載されたからといって、被上告人…の社会的評価の低下毀損を生じさせるものであるとは認め難い。また、原審が懲戒を基礎付ける事由として挙げる上記…の上告人の講義方法等についても、それが大学における講義等の教育活動の一環としてされたものであることなどを考慮すると、それのみを採り上げて直ちに本件就業規則所定の懲戒事由に該当すると認めるのは困難というほかない。

そうすると、本件戒告処分は、…客観的に合理的と認められる理由を欠くもの

27 ウエストロー・ジャパン文献番号2005WLJPCA10068002。

28 判時1982号152頁、集民225号117頁。参照、矢島基美「判批」（『平成19年度重要判例解説』、有斐閣、2008年）20頁、鶴崎新一郎「判批」法政研究75巻4号（2009年）845頁。

といわざるを得ないから、懲戒権を濫用するものとして無効というべきである」。

「また、被上告人…学園は、使用者としての立場から、教授等の職員に対して業務上の命令を発することができるものと解すべきところ、被上告人…学園の規程上、教授会は学長の諮問機関としての位置付けしか与えられておらず(…大学学則10条1項)、上記業務命令に係る権限の行使が特に教授会等の機関に専権的に委任されていることをうかがわせるに足る趣旨の規定も見当たらない。したがって、被上告人…学園の代表者である理事長は、上告人に対し、業務上の必要性等にかんがみ、教授会への出席その他の教育諸活動をやめるよう命ずる業務命令を発することも許されるものと解される。…そうすると、本件要請は、被上告人…学園が使用者としての立場から上告人に対して発した業務命令であることは明らかであり、その無効確認を求める訴えは適法と解される。なお、本件要請が本件教授会…の決議を受けてされたものであることや、本件要請において『お辞め下さい。』という文言が用いられていることは、上記判断を左右するものではない」。

「…何ら業務上の必要性がないにもかかわらず、教授として最も基本的な職責である教授会への出席及び教育諸活動を停止する旨の業務命令である本件要請をし」たなどの学校法人の行為は、「…制裁的意図に基づく差別的取扱いであるとみられてもやむを得ない行為である。そうすると、本件要請は、業務上の必要性を欠き、社会通念上著しく合理性を欠くものといわざるを得ず、業務命令権を濫用するものとして無効であることは明らかというべきである」。

この事例での戒告処分は理事会のみで行った行為であり、教授会出席停止等の処分は教授会も承認したうえで理事会が行った行為である。教授会の権限について、最高裁は大学の内部規則に教授会の決定機関としての権限規定がなければ、教員に対する懲戒処分も、教授会の出席や教育活動等についても理事会が単独で決定できると解しているようである。なお、本判決は、教員の歴史認識や発言を理由とした懲戒処分や業務命令自体は権限の濫用にあたりとし、一応、結果的には教員個人の学問の自由を保護した形になっている。

司法審査が行われた事案ではないが、国立大学の評議会と学部教授会の

関係が問題となったものとして、東京教育大学の例がある²⁹。

これは次のような事例であった。評議会が大学の筑波移転を決定したところ、反対する者がいたので、評議会が「東京教育大学教官選考基準に関する申し合わせ」を決定した。それによって、教授・助教授および専任の講師の採用・昇進に際し、「採用又は昇進のうへは、評議会の決定を遵守する者」という要件を付けたのである。つまり、移転決定に反対する者は、採用も昇進もされないことになる。実際、学部の手続を経た人事を学長が受理しようとせず、多くの人事が棚上げにされるという事態が生じた。これは、そもそも教育公務員特例法の規定からみて違法の行為であるし、申し合わせの内容も、個人の人権を侵害しうる内容であった。

もう一つは、同大学の評議会が、大学移転等に関する紛争に関して、大学運営の原則を無視し、学生の補導を誤り、その研究・教育を麻痺させたという理由で、三人の教授に辞職を勧告したという事例である。教授会の議決もないのに辞職勧告を行うことは、大学の自治の内容である教員の身分保障を侵害するものであった。

（2）学長等の人事に関する判例

学長の人事が問題となった判例として、まず、先にも引用した名古屋地判1959（昭和34）年11月30日（名城大学学長・教授罷免事件の学長として罷免の部分）があげられる。この判決は、理事会による学長の罷免決定について、次のように論じている。

〔（国公立大学の場合〔引用者付加〕、）一般の国家公務員又は地方公務員の免職の場合と異り、学長の免職につき右の如き特例（教育公務員特例法〔引用者付加〕）を設けた理由は、憲法及び教育基本法に規定する『学問の自由』に由来する大学の自治の原理に基く。即ち、任命権者又は外部勢力の学長に対する不当な圧迫、干渉を排し、学長の地位を安固ならしめ、もつて大学の自治、学問の自由を擁護せんとするにある。此の理は独り国公立大学の学長に限らるべきもので

29 家永三郎「東京教育大学文学部」（『家永三郎集 第十巻 学問の自由 大学自治論』、岩波書店、1998年）150-157頁。

はなく、私立大学の学長にも普遍するものであることは論を待たない。私立大学の学長の免職について私立学校法人法には右の如き規定は存在しないが、私立大学の学長の任免につき理事会等の任命権者の恣意を抑制することは法的要請である。名城大学においても寄附行為にこの点につき何等規定するところはないが(…)、少くも理事会の決議と雖も、学長を罷免するには、学長としての職務執行の実績が不良であるとか、学長たるの適格性を欠くとかなどの正当の事由の存在を要するとするのが最低の法的要件と言うべきである」。そして、本件では、罷免を正当化する事由がないので、理事会の決議は無効とした。

本判決は、「学長の地位を安固ならしめ、もつて大学の自治、学問の自由を擁護」する必要があり、かつ「此の理は独り国公立大学の学長に限らるべきものではなく、私立大学の学長にも普遍するものである」としつつも、私立大学の場合、学長の罷免について教授会等の教員集団の審議が必須であるとは述べていない。したがって、学内規定において特に罷免に関する規定がない場合は理事会の決定で学長を罷免できるとする。もっとも、罷免の正当化事由が必要であるとしている。

次に、金沢地判1979(昭和54)年12月21日(金沢医科大学学長解任事件)³⁰をみよう。本件は、学校法人が、職務実績の不良などを理由として、学長を解任したので、学長が処分の効力停止の仮処分を求めたものである。判決は次のように述べる。

「私立大学学長等の解任に関しては私立学校法には何ら規定がないが、これは、同法一条の趣旨に照らすと、私立大学にあつてはそれぞれの建学の精神を尊重し、それに沿った学校運営に必要な事項は、各大学の自主的決定に委ねたことの結果であると解される。したがって、私立大学学長等の解任手続についても、各私立大学においてその内規等により自主的に定めるべきものである」。

「学校教育法五九条一項には、大学には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旨定められており、また、…被申請人大学の教授会規程において、教授会の審議事項として、その第三条に、主として、講座の設置、学部規

30 判タ407号102頁。

則、教育課程、入学、進学、学生の試験、指導賞罰、人事、予算に関する事項、その他教育、研究および運営に関する重要な事項が掲げられていることが一応認められる。これらの規定からみると、まず学校教育法五九条一項の規定自体からは、学長等の解任が教授会の審議事項であるかどうか判明しないといわざるをえず、その重要事項が何であるかは、当該大学の内規が定めるところに従うほかはない。そして、被申請人大学の右教授会規程も、学長等の解任について直接触れるところがない。…そうすると、教授会の審議を経ないため本件解任の意思表示が無効であるという申請人の主張は理由がない」。なお、裁判所は処分に正当な理由がないとし、結局は原告の主張を認めた。

この判決は、何が学校教育法上の「重要な事項」に当たるかは大学の内部的決定で決まるものとし、学長の解任については特別に規定がないから、一般的な権限をもつ理事会の権限であると解したものである。

また、学部長に関する事件として、東京地判2003（平成15）年8月22日（日本大学学部長不承認事件）³¹というものがある。本件は、学部長選挙に当選したが、学部長の就任が大学の理事会で承認されず学部長に任命されなかった原告が、理事会の就任拒否が不法行為を構成するとし、また、当該手続に関する意見書及び裁決書により名誉を毀損されたとして、総長・理事長らの被告に対し損害賠償を請求した事案である。判決は次のように述べた。

「学部長の選任に関する訴外大学の定めについてみると、…日本大学学則9条は、学部の教授会が『学部長の選挙に関すること』について『審議』する旨を、日本大学教育職組織規程第7条3項は、学部長は別に定める学部長選挙規程により選挙する旨を定めている。しかしながら、同項は、これに続けて、学部長は、理事会の議を経て、総長がこれを任命する旨定めており、この理事会の議や、総長の任命について、審査権限の範囲、内容等を制限する規定は、訴外大学の学則ないし諸規程上見当たらない。また、私立学校法36条は、『学校法人の業務は、寄付行為に別段の定がないときは、理事の過半数をもって決する』旨規定してい

31 判時 1838号83頁。

る。したがって、私立大学における学部長の人事は、学校法人の重要な業務の一つであるから、当該大学内部において特段の規定があればこれに従うべきであるが、基本的には私立大学の業務決定機関である理事会にその決定権限があるというべきである。以上に加えて、日本大学教育職組織規程が、学部教授会による選挙及び総長の任命行為とはあえて別に『理事会の議』を経ることを要する旨定めていることも合わせ考慮すると、理事会は、選挙による当選者を学部長とするか否かにつき実質的な審査を行うことができると解するのが自然であり、理事会が学部教授会による選挙結果について形式的審査権限しか有さないと解することは困難であるといわざるを得ない」。このようにして、判決は不法行為の成立を否定した。なお、名誉毀損については認められた。

この判決は、大学の規定により、理事会に学部長任命の審査権があると解される以上、理事会は、実質的審査権を行使できるというものである。したがって、本判決の考えに従うと、教授会等で選出された学部長を理事会の判断で任命拒否できるということになる。

(3) 教授会の権限が問題となったその他の判例

教員人事以外の案件で、学校法人と教授会の権限関係が問題となったものとして、東京地決1971(昭和46)年5月10日(青山学院大学編入学拒否事件)³²を挙げることができる。本件は、教授会が受験資格を認め編入学試験の合格決定をしたのに対し、入学につき承認の権限を有する院長が編入学の承認を拒否したので、当該大学の編入学試験を受けた受験生が、編入学資格を有する地位の確認を求めたものである。決定は次のように述べる。

「青山学院大学学則…は、『他の大学にもしくは他の大学より転入学を希望する学生があるとき、正当な理由があると認めた場合には転学を許可する。』と定め、同大学規定…は教授会の協議議決事項として、『入退学、転学、休学及び卒業に関する事項。但し、入学者及び卒業者の決定に関しては院長の承認を得なければならない。』と定めている」。

32 判時631号29頁。参照、外間寛「判批」(『教育判例百選』、有斐閣、1973年)156頁。

「受験資格の問題は、大学規定…により直接的には教授会の協議議決事項であることがうかがわれるが、私立大学の場合には、教授会といえどもみずからの属する大学の設置者である学校法人の意思に反した決定はなしえず、両者の間に食い違いが生じたときは後者の決定が優先すべきことは当然といえることができるから、本件において、院長が債務者理事会の決定にもとづき、教授会が認めた債権者らの受験資格の特例を否定したからといって、これを違法とすることはできないというべきである」。

この決定は、編入学資格の決定が、大学の規定上、基本的には教授会の権限であると認めつつ、学校法人の意思が優越するから、教授会は学校法人・理事会の意思に反した決定はできないとしている。

なお、この事例については、大学の規定上、教授会に資格決定および編入学決定の権限があり、院長ができるのは、形式的要件に不備があるかどうかの審査に限定されると解するのが自然ではないかという疑問がある。さらに、学校教育法施行規則（昭和22年5月23日文部省令第11号）67条（のち改正を経て144条に移動。2014年削除）では、学生の入退学、転学等は「教授会の議を経て、学長が、これを定める」とされていた。そうすると当該大学が院長に権限を与えているのはそもそも法令に反しているのではないかという疑いもある。

（４）小 括

以上の判例を、前述した、教員人事に関し考慮の対象としても正当と思われる、①研究内容・教育内容（研究不正等の場合も含む）、②それ以外の大学の業務への貢献（委員等の役職での貢献、会議の参加等）、③教員の専門とかかわりのある社会貢献等、④暴行、横領、ハラスメントなどの単なる非行行為、という類型と、考慮の対象とした場合、不当と思われる、⑤教員の研究内容、思想、宗教、信条と国策、社会的通念などとの異同等、⑥学内で運営上の対立等があるときにありがちな、根拠のない対立者側の一方的言い分、という類型を利用して考察してみよう。

西日本短期大学事件と甲南大学事件は、④の非行行為に関係する事件で

ある。そして、両判決とも、学校教育法には、何を「重要な事項」として教授会の決議事項とするかについて何らの定めもないから、私立大学の場合、学校法人が自主的にそれを定めることになることと解している。問題は両判決が一般論として「重要な事項」の内容をすべて大学の自主的な決定に委ね、憲法解釈の観点からは何が「重要な事項」であるかは決定できないとしている点である。この点に付き、先にみた教授会の審議決定が必要であるとする類型の判例が教員人事は「重要な事項」に入るとしているのと対照的である。すでに述べたように、①⑤に関する、教員人事に関する専門家集団の評価の尊重ということは大学の自治の中核として保障されると考えられるので、①⑤の場合を除外せず、教授会審議事項はすべて大学の自主的決定に委ねられるとしている当該判例の見解は妥当ではない。もっとも、当該事例は、人事に関係するといっても、④の非行行為であって、必ずしも専門家の意見が優先される事項ではないから、大学が自主的に教授会の審議事項から当該事項を除外しても大学の自治に反するとまではいえないであろう。

鈴鹿国際大学事件は、当該教員が比較政治論等を専門とすることからみて、⑤の教員の学術上の意見と社会的通念等との異同が問題となった事例である。最高裁は大学の内部規則に教授会の権限規定がなければ、戒告処分も、教授会の出席や教育活動等に関する処分についても理事会が単独で決定できると解しているようである。しかし、本件は、まず、教員の学術上の意見が問題視された事例であり、先に述べたように教授会等の専門家集団の関与が必須の事項である。また、教育活動はまさに学問の専門家が評価決定すべき事項であり、教授会の出席停止等の人事上の処分も学問にかかわる問題については、専門家集団が審議決定すべきことであるから、最高裁の解釈は妥当ではない。

名城大学学長・教授罷免事件は、大学の自治の観点から学長の地位は保護されるべきであるとしつつも、私立大学において教育公務員特例法は適用されないことから、教授会等の審議決定は必須ではないとしている。ただし、学長の罷免権限をもつ理事会の処分に正当化事由を求めている。

金沢医科大学学長解任事件は、学長の大学運営能力が問題視された事例である。上述のように、学長等については、学問的能力だけではなく、大学の運営・経営能力を問われる場合がある。したがって、理事会側がそれを理由に解任するということは一般論としてはありうるであろう。もっとも、理事会が恣意的に解任権を行使することは許されず、名城大学学長・教授罷免事件が言うように、正当な理由は必要であろう。

また、日本大学学部長拒否事件も、同様に考えることができよう。一般論としては、学部長の場合、学問的評価は一部であり、大学行政的見地がかなり考慮されて選出される場合が多い。つまり、学部運営能力等の評価は学問の専門家でなくてもできるという面があることは否めない。そうすると、本件のような判決も全く不当とまでは言えないだろう。

それから、青山学院大学編入学拒否事件は、編入学に付き学校法人の権限を優越させていたが、入学や卒業等の判定は専門家集団が学問的見地から判断すべきことである。したがって、本決定の見解は不当である。

なお、一般論として、個別の合格判定・卒業判定ではなく、受験資格の決定・入学の合格基準等について理事会側が経営・政策的観点から介入することはありうるし、場合によっては必ずしも不当とは言えない場合もある（例えば、推薦入試の際の地域枠の設定など）。もちろん、これは不正入試等を理事会が行ってよいということではない。

第4章 大学の自治に関する憲法23条の解釈

第1節 学問の自由（憲法23条）の意義

1 憲法23条による学問の自由の保障は大学の教員が大学設置者・管理機関から指揮命令を受けないという保障を含むか

日本国憲法下において、学問の自由に関する学説をリードした高柳信一は、学問の自由の内容として、①個人（市民）の学問研究の自由、②研究

教育機関における教員研究者の教育研究の自由—研究教育機関設置者の外的管理権力からの自由、③大学の自治、を挙げた³³。また、芦部信喜も、「学問研究は、…あらゆる公権力、研究者の属する機関の設置者・管理者および一切の外部の社会的権力から自由・独立な立場で行われなければならない」としている³⁴。この両者に特徴的な部分は、公権力ないし機関の設置者・管理者から、研究者は研究の自由をもつ、とする点である。つまり、国公立大学であれば、研究者は設置者である国ないし地方公共団体から指揮命令を受けず研究教育をすることが保障されているし、私立大学においても、研究者は大学設置者ないし理事会から指揮命令を受けず研究教育をすることが保障されているということになる³⁵。

その理由として、高柳は次のように述べる。

「近代社会においては、研究者は研究手段より切り離されており、他人の設置した研究教育機関において、これに雇われる使用人としての地位にあって研究教育を行う。他方、研究教育機能は、これに従事する者がみずからの高められた知的水準と知的誠実性をもって、ただ事実と理性に導かれてこれを行うほかない。ここに、教育研究者を、その所属する研究教育機関の設置者または外的管理権者が雇主としてもつところの諸権能（業務命令権、懲戒権、解雇権）からまもることによって、その専門職能の遂行を可能ならしめる必要が出て来るのであって、学問の自由保障の根拠はそこに求められることになる。したがって、学問の自由保障の主たる狙いは、教員研究者が市民としてはもつところの、しかし研究教育機関の外的管理権力のゆえに、研究教育機関の内部に妥当しえないところの市民的自由（思想の自由、思想の表現・交換の自由）を、研究教育機関の内部において

33 高柳信一「学問の自由」（有倉遼吉編『基本法コンメンタール 憲法〔新版〕』、日本評論社、1977年）102頁。

34 芦部信喜『憲法学Ⅲ 人権各論（1）〔増補版〕』（有斐閣、2000年）208頁。同様の見解として、中村睦男「第23条〔学問の自由〕」（樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注解法律学全集2 憲法Ⅱ』、青林書院、1997年）120頁、佐藤功『ポケット注釈全書 憲法（上）〔新版〕』（有斐閣、1983年）412頁、種谷春洋「学問の自由」（芦部信喜編『憲法Ⅱ 人権（1）』、有斐閣、1978年）383頁。ただし、種谷は388頁では私立大学に対して間接効力説をとるような説明もしている。

35 高柳・前出註（33）107頁。

貫徹させ、教育研究者をしてこれを回復させるところにあるということが「できるであろう」³⁶。

つまり、こういうことである。研究教育は、学問の性質からして、研究者が自律的に行わなければならない。一方、近代社会では研究者は研究教育機関に雇用される立場であることがほとんどである。そうすると、個人の学問教育活動に対する公権力の介入を禁止するだけでなく、研究教育機関の設置者・管理者からの介入も禁止しなければならない。

確かに、この学説が論じるとおり、近代社会において、研究者の学問の自由を実質的に保障するためには、研究教育機関の設置者・管理者による介入・干渉から、研究者の学問の自由を守る必要があることは確かである。

しかし、この学説には、クリアしなければならない問題点が幾つかある。ひとつは、国公立大学においては、教員は公的機関に雇用されている存在であり、教員自身が公的機関の内部の人間となるから、管理権者の職務命令から教員の研究・教育活動が自由であるとなぜいえるのかという点である。なお、法人化された国公立大学では教員は公務員ではなくなった。もっとも、身分的には公務員ではないとしても、公的機関に雇用されていることには変わりはないので、同様の問題があるといえよう。

もう一つは、自由権である学問の自由を私人である私立大学の内部関係にまで及ぼすことができるのかどうかという点である。

さらなる問題点として、大学の設置者・管理者とはどの範囲をいうのかははっきりしないところがある。国公立大学では国・地方自治体、私立大学では理事ないし理事会がこれに当たることは間違いないが、学長や全学的な評議会などが管理者のなかに入っているのかどうか不明確である。

第一の問題についてはどう考えるべきか。これについては、一般の公務員の場合（官庁などで雇用されている公務員等）と、国公立大学において研究・教育を職務として行っている教員の場合に分けて検討してみよう。

まず、公権力に雇用されている一般の職員の場合を考えてみよう。現在では、公務員関係においては基本権が広く制限され、司法審査も排斥され

36 高柳・前出註（33）103頁。

るといふ特別権力関係理論はとられていないので、公務員も基本権の主張は可能であるといえよう。もっとも、通常の公務員であれば、例えば、職務上作成した文書につき、学問的見地からは個人的に正しいと考えたとしても、上司の職務命令(国公98条1、地公32条)によって、その文書を書き換えさせられるということもあるだろう³⁷。そして、その場合、当該職務命令の目的が正当で、命令の内容(手段)も相当であれば、通常、その職員の個人的な学問の自由に対する侵害は正当化されるということになるはずである。また、特定の研究を目的とした公的研究機関においても、研究者が、その研究内容や方法を職務命令によって限定されることがあったとしても、職務命令の目的が正当で、命令の内容(手段)も相当であれば、通常、その研究者個人の学問の自由の侵害は正当化されるということになるだろう。つまり、一般の公務員の場合、職務の上では、当該個人の学問の自由ははじめから制約されうるものということになる。

それでは、国公立大学において研究・教育を職務として行っている教員の場合はどうか。大学の教員が、その職務においてなす研究・教育活動について管理者から介入(学長の統督を通じた介入等)を受けた場合、当該教員の学問の自由の侵害を正当化することは困難であろう。というのは、「大学」という場において、教員の研究・教育に介入する正当な目的というものは極めて限られているからである。介入の目的として、政治的見地からの介入や宗教・思想等を理由とする介入はもちろん、学問上の見解の相違を理由とする介入も許されない。その理由は、大学の目的の主要なものは、真理を追究する学問の発展であり、そのためには学問についての研究者の自発性・自律性の確保が絶対的に必要だからである。例外的に、職務命令の目的が正当である場合は、研究活動について、違法性があるとか生命等に危険があるとか、当該学問の方法・作法に照らして明らかに問題がある(例えば、データの捏造や論文の盗用など)といった場合、あるいは設備の利用の配分の都合による制約等の場合に限り、教育活動に関しては、

37 公務員の政治的行為の制約については、別途論ずる必要があるが、ここでは扱わない。

カリキュラム編成上の必要や専門外の教育の制限等の場合に限られる。つまり、大学においては、大学の目的からして、教員個人の学問の自由は原則的に制約されないのである。

また、職務命令から自由であるというための、もう一つの説明可能性として、大学教員という専門職の独立性の必要を理由とするものが考えられる³⁸。わが国の場合、職務の独立性を憲法上保障したものとしては、裁判官の職権の独立（76条3項）および身分保障（78条）などを挙げることができる。理論的には、大学の教員の場合、学問の発展のためには研究・教育の自由・自律性が必要であることから、大学教員という職務の独立性が必要であるといえる。歴史的にも帝国大学において、教員人事に付き総長の具状権が必要とされ、また教授会の同意が必要という慣行が成立していた。また、戦後は教育公務員特例法による身分保障があった。そうすると、国公立大学教員の職務の独立が23条で保障されているという見方も不可能ではないかもしれない。もっとも、23条には、裁判官の場合とは違いそのような明文規定はない。また、大学教員と同様に職務の独立が必要と思われる医師や弁護士等についても、憲法上職務の独立が保障されるという学説はないようである。そもそも学問の自由は個人一般を対象とする自由権（防御権）を本質とする。これに対して、大学教員の職務の独立とは、組織内部の権限の保障であり、特定の組織等を前提とせず、公権力から個人を保護するという自由権（防御権）とは性質の異なるものである。したがって、大学教員の職務の独立という、組織内部の特別な権能を、23条の自由権としての側面から導くのは無理があるように思われる。

このように考えると、管理権者の職務命令から国公立大学の教員の研究・教育活動が自由であるという主張は、大学の目的からして、教員の学問の自由は原則的に制約されないというところに根拠を求めることができる。それでは、大学教員の職務の独立という考えは無意味なものであろうか。この教員の職務の独立は、上で見た通り、自由権である学問の自由から直

38 参照、高柳信一「学問の自由—原理—」（『学問の自由』、岩波書店、1983年）70頁以下、法学協会編『注解日本国憲法（上巻）』（有斐閣、1953年）461頁。なお、高柳は「専門職能的自由」という用語を用いている。

接引き出されると考えるのは困難である。しかし、この教員の職務の独立性を大学の自治という「制度」の内容と考えることは可能なことではないかと考えられる(後述3参照)。というのは、「制度」は、特定の組織において特定の手続および権限関係を定めることができるものだからである。

第二の問題についてはどうか。高柳の学説はもっぱらアメリカの学説を参照している。アメリカで、理事会の権限を制限する慣行が広まっていることはすでにみたとおり(第2章第2節1)で事実である。もっともそれは、あくまで慣行であり、憲法上の保障とはされていない。またそもそも、わが国の憲法解釈上、自由権である学問の自由を私人間に直接適用することは困難である。説明可能性としては、奴隸的拘束からの自由や、労働権の保障のように、わが国の憲法にも私人間に直接適用できる余地のある規定があることから、学問の自由も同様に私人間に直接適用できるという解釈をすることも考えられる。しかし、わが国の場合、憲法の条文自体や制定経緯等から相当明瞭にその趣旨が読み取れない限り、そのように解釈することは困難なのではないだろうか。なお、学問の自由に関し、管理者から教員が指揮監督をうけないという命題部分を私人間にも適用するという、高柳や芦部らの主張について、問題を提起する学説がなぜないのかという点は気になるところである。

第三の問題についてはどうか。高柳は外的管理権力という表現をついていることから、内的管理には服する場合があるというようにもとれる。おそらく、教授会などの専門家集団による評価やカリキュラムの決定等には教員は従わなければならないということになると思われる。問題は、研究・教育に関して、学長や評議会等の管理機関の指揮監督に服する義務があるのかどうかである。高柳は、学長や評議会等は外的管理権力とはみておらず、教員側に近いものとして観念しているようで、学長による教員の学問の自由の侵害というようなことは特に想定していないようである。しかし、近年の大学改革によって、学長等の管理機関の権限が強化され、また、管理機関と教授会との関係が薄れてきており、管理機関による教員の学問の自由の侵害可能性が高まっている。このような状況も踏まえて考え

るならば、理事会、学長、副学長、全学的評議会等の大学統治の権限を持っている管理機関で、かつ専門家集団ではない機関は、教員個人の学問の自由を侵害しうる機関であるとみる方が妥当であろう。なお、教授会等の専門家集団も場合によっては教員個人の学問の自由を侵害しうるが、非専門家からなる管理機関とは区別しておくことにする。

以上のように考えると、まず、大学教員の職務の独立を認めるべきであるという必要性は理解できるが、高柳説の場合、それをどのように導き出すのかという点が不明である。これを自由権である学問の自由から導出することは、そのままでは無理があるように思われる。職務の独立については、制度の保障の内容として考えるべきであろう。また、私立大学においても、研究者は大学設置者ないし理事会から指揮命令を受けず研究・教育をすることが保障されていると解するという主張部分は、説明が不十分であり、このまま受け入れることは困難である。さらに、高柳説は、管理権力の範囲について不明確なところがあるので、上述のように管理機関の範囲とその性格を明確にする必要があるだろう。

2 憲法23条による学問の自由の保障の内容—大学の自治を含むか—

(1) それでは、従来主張されてきた学問の自由の内容を今一度確かめておこう。学問の自由は基本的に自由権（防御権）であり、その内容としては、①研究の自由、②研究結果の発表の自由、③教授（教育）の自由、があるとされてきた。このなかには、個人の自由の他、専門家集団としての自由（専門家集団が運営している学術誌にどの論文を載せるかなど）も含まれると解される。以上の要素については個別に議論もあるが大筋異論はないように思われる³⁹。なお、上述したように、①②③に関して、国公立大学に

39 ただし、学問の自由の享有主体を大学等の高等研究教育機関の研究者に限るという見解もある。一参照、長谷部恭男「第23条 学問の自由」（同編『注釈日本国憲法（2）』、有斐閣、2017年）481頁、松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）497頁。しかし、前述したように（第1章第1節1）、学問の自由を保障する根拠が、個人の幸福追求・自己実現と学問がもたらす社会的利益にあるとすると、学問の自由の享有主体は一般市民を含むと考えるべきである。なお、実際に一般市民や一般企業が学問からくる社会的利益を生み出すことはある。また、初等・中等教育機関の教育の自由は、23条以外の憲法原理によって保障されるという見解

においては、大学の目的からして、原則として教員の学問の自由は公権力ないし大学管理機関によって制約されないものと考えられる。問題は、これに加えて、憲法23条による学問の自由の保障に、どのような内容があり得るかということである。従来の学説判例は、「大学の自治」という制度が内容として含まれるとしてきた。

ここで、大学の自治が憲法で制度として保障されていると考える場合、以下のような事項を検討しなければならない。①わが国の憲法は大学の自治を保障しているか(2参照)、②大学の自治を制度の保障とみるときの問題点(3参照)、③大学の自治の内容(4参照)。これらを以下で順次検討してみよう。

(2) 1946年に制定、1947年に施行された日本国憲法は、第23条で「学問の自由は、これを保障する」と規定している。したがって、防御権としての学問の自由を保障していることは明かである。しかし、大学の自治を保障することを明示する文言は存在しない。それでは、大学の自治は憲法23条の保障の対象なのであろうか。

まず、学問の自由に関する憲法条項の制定の経緯を検討してみよう⁴⁰。連合国総司令部による憲法第一次試案12条は、「①大学(academic)における教育および研究の自由②並びに合法的な調査研究の自由を保障し、③教員の罷免権を有するのは、〔教育・研究〕専門職従事者の組織ないし協会に限られるべき」(○付き数字は引用者付加)としていた⁴¹。大学の自治の観点からは、③部分の規定が注目に値する。これは大学の人事には学問の

などもある。一参照、種谷・前出註(34)392-393頁、高柳・前出註(33)108頁。しかし、教授(教育)の自由は、初等・中等教育機関においては、心身の発達に応じた教育的配慮の必要や、教育の機会均等の要請から、一定程度制限されることがあるが、23条で保障されるものと考えられる。一参照、最大判1976(昭和51)年5月21日刑集30巻5号615頁(旭川学力テスト事件)、芦部・前出註(34)218頁、中村・前出註(34)125頁、伊藤正己『憲法〔第三版〕』(弘文堂、1995年)287頁。

40 参照、齊藤芳浩「わが国における大学の自治制度の経緯について」(毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望』、成文堂、2018年)666頁以下。

41 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻訳—連合国総司令部側の記録による—』(有斐閣、1972年)203-204頁。

専門家が拘束力ある関与をすべきであるという趣旨を含むものと解される。もっとも、罷免の制限の定めは手続的なものであり、憲法ではなく一般の法律で規定すべきあるなどと批判され⁴²、②部分とともに、③部分の規定は、結局削除され、マッカーサー草案では「大学（academic）の自由および職業の選択は、保障される」となった⁴³。ただし、職業の選択の部分は、別の条文に移され、また大学（academic）の自由を学問（academic）の自由と訳語を変更し⁴⁴、最終的に現行憲法23条の形になった。このように、アメリカ側の草案では、academicの自由となっており、「大学」の自由と最初は訳されていたことから、大学における学問の自由が重視されていたと思われること、および、削除されたとはいえ、教員の人事に学問の専門家を関与させるといふ、大学の自治に関連する文言があったこと、を見ていくと、学問の自由条項は、大学の自治を含むものであったと解することができる。

また、現行憲法草案の審議過程の答弁で、政府は「…個人的な研究の範囲に於ける学問の自由、大学の学園に於て行はれて居る所の学問研究の自由も、共に包容して居ると云ふ趣旨に了解して居ります」とし⁴⁵、個人の学問の自由と大学における学問の自由はともに憲法23条によって保障されるという解釈を示していた。

さらに、現行憲法体制前の帝国大学において、総長が教員の具状権をもっていたこと⁴⁶、および、教員の人事について、教授会の同意が必要であることが慣行となっていたこと、総長等が学内の選挙で選ばれる慣行があったことは⁴⁷、現行憲法の起草にかかわった者たちにも帝国議会で審議議決した議員たちにも、広く知られていたものと考えられる。

このようなことから、現行憲法の制憲者は、憲法23条が大学の自治の保障を含むとし、また、その内容として、公権力が大学自体の自主的決定を

42 同205頁。

43 同276-277頁。

44 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 II 解説—連合国総司令部側の記録による—』（有斐閣、1972年）167頁。

45 第90回帝国議会衆議院議事速記録第5号官報号外昭和21年6月26日76頁。

46 参照、齊藤・前出註（40）658頁。

47 参照、同660頁。

侵害しないこと、および大学内部においても、少なくとも国公立大学の教員の人事については教授会等の同意が必要なことを想定していたと思われる。

実際、憲法施行から2年後の1949年に成立した教育公務員特例法は、従来慣行にすぎなかった人事についての国公立大学教授会の権限を法律によって明文で保障した。国会の法案審議において政府は次のように述べている。「**下條国務大臣** …学問の自由の保障と大学の自治の尊重に関する点であります。大学の教員の人事に関しましては、従来、慣例上、大学自治の原則が認められていたのでありまして、今後も大学の自治的運営にまつことを本体とし、その任免、分限等については、大学の自治機関の定める基準により、各大学で自主的に行うのが適当と考えるのであります。従いまして、その採用及び昇任の方法のほかに、分限、懲戒、服務等について相当の特例を設けました」。⁴⁸「**辻田政府委員** …大学については従来国立総合大学の総長は教授等の選挙によつて、また教員につきましては教授会の選考に基きまして、任命する慣例になつておつたのでございますが、この法案では大学の管理機関が定める基準によりまして、大学の管理機関自身が選考を行うことになるのであります。…本人の意に反する転任、降任、免職並びに懲戒の場合には、必ず大学管理機関の事前審査を経てこれを行うこととしまして、従来よりも一層大学教員の身分を保障し、大学の自治を確立することにしたのでございます」⁴⁹。ここでは、学問の自由と大学の自治がセットとして認識され、また、大学の自治の内容として、教員人事について、教授会および大学の管理機関（評議会等）が拘束力のある決定をすることが含まれているという認識が示されている⁵⁰。憲法制定から近接した時点でこのような認識が示されているということは、憲法制定時から同様の認識をしていたことを強く推定させるものであろう。

制憲者の意思はおおむね以上のようなものだったと考えられるが、憲法23条の学問の自由が大学の自治を含むという理論的根拠はどのようなもの

48 第四回国会衆議院文部委員会議録第二号昭和23年12月9日4頁。

49 第四回国会衆議院文部委員会議録第二号昭和23年12月9日4頁。

50 ただし、政府は、大学の自治について憲法23条を明確に引用はしていない。

であるのか。この点はすでに論じたが（第1章参照）、その要点は以下のようになる。学問のもたらす個人的利益および社会的有用性の観点から、社会が学問の自由を保障しかつ発展させる必要性がある。そして、学問の発展には、個人の研究の自由と専門家集団の評価の尊重が必要であるといえる。この学問の発展には、個人の自発性、自律性、創造性が不可欠である。というのは、既存の考えを継承しただけでは学問の進歩はなく、学問の発展のためには、新しい発想が必要で、そのためには個人の自発性・自律性を保障しなければならないからである。また、学問の評価は、その分野に十分な知識をもつ専門家集団が行うべきことである。学問の評価に、権力者や専門家以外の外部の勢力が介入すると、学問の公正な評価は不可能になり、専門的見地からは誤った知識が正当なものとして社会に広がるおそれがある。そうなると、学問的眞実は闇に葬られ、学問的進歩が停滞するのみならず、結局、誤った知識・技術が社会的に大いに有害な結果をもたらす可能性がある。もちろん専門家の評価も誤ることはある。しかし、外部勢力の評価に比べれば、信用性ははるかに勝る。結局、個人の学問的成果の発表、専門家による評価、その評価などによる学問的成果の普及、というサイクルによって学問は発展する。

そして、学問の発展を目的とする大学にあっては、以上の個人の学問の自由と専門家集団の評価の尊重という二つの要素を大学の運営に組み入れる必要がある。したがって、学問が社会にとって重要な価値をもつと承認するならば、この二つの要素を内容とする大学の自治は必要であるといえる。つまり、まず、大学内部では個人の学問の自由が保障されるべきである。また、学問に直結する人事、教育課程の編成、学生の入学、卒業・修了等については、当該学問の専門家集団である教授会等が、拘束力ある決定権を持つ必要がある。学長や理事会などは、必ずしも当該学問の専門家ではないのである。

また、比較法的にみても、フランスにおいて、憲法解釈上、教員人事に関しては、専門家集団が決定的権限をもつべきであるという考えがとられている。一方、アメリカでは、憲法解釈上は、大学自体の自律権は認めら

れているものの、大学内部での教授会の権限などは保障されていない。しかし、アメリカにおいても、学問的評価は専門家がすべきであるという観点から、理事会の権限を制約し、教員人事や教育などの教学事項について、専門家集団の意見を尊重するという慣行が広く形成されているといえる(第2章参照)。

さらに、すでに見たように最高裁ポポロ事件判決によると、最高裁は、少なくとも大学自体の自治は認めていると考えられる(第3章第1節1参照)。

以上のように、理論的根拠が十分あることに加え、従来の慣行、制憲者の意思等の存在から、大学の自治が憲法23条によって保障されているという解釈に対して、国民の広範な同意があると考えられる。ただし、国公立大学の教員人事に関して、教授会等の教員組織の同意が必要という点は制憲者の意思であったと推定できるが、私立大学の教員人事についてどの程度の教員組織の関与が必要かという点についての制憲者の意思は明確ではない。

(3) このように大学の自治はわが国の憲法によって保障されていると思われる。そうすると、憲法解釈の上で、「大学」とは、いかなる団体・組織を指しているのかを明らかにする必要がある。ここで大学とは、伝統的に大学とされてきたものを指すと解される⁵¹。もっとも大学という概念は歴史的に形成されたものであり、時代や地域によってかなりのバリエーションがあると考えられる。しかし、現代においては、大学は、真理を探究するために学問・研究を行うこと、および、その学問・研究の内容を学生に教授することを目的とし、そのような目的を果たす手段として、一定の自律性を有している団体である、と解する点でおおむね共通理解があると思われる。この点、現行教育基本法(平成18年12月22日法律第120号)は、大学

51 なお、大学とは、大学という名称を持つ機関ではなく、「もっぱら最も高い程度の純粋学術の研究および教授を任務とする研究教育機関を意味する」という見解がある。一宮沢俊義『憲法Ⅱ〔新版〕』(有斐閣、1974年)396頁。同様の見解として、芦部・前出註(34)203頁、種谷・前出註(34)394頁。

について次のように定めている。

第7条 大学は、学術の中心として、高い教養と専門的能力を培うとともに、深く真理を探究して新たな知見を創造し、これらの成果を広く社会に提供することにより、社会の発展に寄与するものとする。

2 大学については、自主性、自律性その他の大学における教育及び研究の特性が尊重されなければならない。

これを見ると、1項で、大学の目的を規定し、2項で目的を達成するための手段を規定していることがわかる。そして、これは伝統的の大学概念とおおむね一致しているといえよう。

また、現行の学校教育法は次のように定めている（なお、2007年改正により、第2項を追加し旧52条から83条に移動）。

第83条 大学は、学術の中心として、広く知識を授けるとともに、深く専門の学芸を教授研究し、知的、道徳的及び応用的能力を展開させることを目的とする。

2 大学は、その目的を実現するための教育研究を行い、その成果を広く社会に提供することにより、社会の発展に寄与するものとする。

この学校教育法の規定は、おおむね大学の目的に関するものと考えられる。そしてその目的自体は伝統的の大学の目的にほぼ一致しているといえよう。

このように現行の法律も、おおむね伝統的の大学概念を踏襲していると思われる。このようにみると、真理を探究するという目的を持たない団体は「大学」には該当せず、憲法23条の大学の自治の保障の対象とはならないことになる。つまり、例えば、経済的利益のために、真理よりも実用的な技術等のみを探究するような団体は、たとえ学生を擁していても大学とは言えないことになる。もちろん、そのような団体も結社の自由や思想・信教の自由等を享有するのであるから、設立や運営は自由であるが、大学で

はない別種の団体ということになる⁵²。そして、憲法の「大学の自治」の保障とは、「大学」の目的を達成するための手段としての自律・自治を公権力が保障するということである。教育基本法7条2項の規定は、それを確認したものと考えられる。

3 「制度」の保障

以上のように憲法23条の保障する学問の自由には大学の自治が含まれるとしても、大学の自治とはどのような形で保障されているのかという問題がある。これについては、従来、大学の自治は制度的保障であるという見解が通説的であったと思われる⁵³。ただ、従来わが国で主張されてきた制度的保障論については、カール・シュミット(Carl Schmitt, 1888-1985)の制度的保障論との異同が論じられたり⁵⁴、内容の異なるものをまとめて論じていたのではないかと批判されたりしている。確かに、制度といっても、制度を創設することによって、特定の基本権を保障していこうというものと、一定の制度を排除することによって、特定の基本権を保障するもの、に分けられるなどといった点で、多様性をもつ⁵⁵。したがって、「制度」について何らかの整理が必要であろう。

この問題につき、大学の自治を制度的保障とみる従来を通説的見解の代表者の一人である芦部信喜の学説を例にとって検討してみよう。彼は、「憲法が個人的権利、とくに自由権そのものとは異なる一定の制度に対し

52 近年、大学を幾つかに分類して、低位の大学は、学問・研究といった真理の探究をせず、技術的実用的なことだけ教育すればよいなどという主張も散見されるが、それは、もはや大学の範疇ではなく、専門学校の範疇に入るであろう。

53 芦部・前出註(34)223頁、種谷・前出註(34)394頁、阿部照哉『憲法〔改訂〕』(青林書院、1991年)127頁、伊藤・前出註(39)288頁、中村・前出註(34)126頁、松井・前出註(39)327頁、498頁。

54 シュミットの制度は、保障目的とされるものを、手段としての制度により保障する、というのではなく、既存の制度を制度として憲法的に保障するものであると指摘されている。一石川健治「制度的保障論批判 『大学』の国法上の身分を中心に」現代思想43巻17号(2015年)112頁。なお、同『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論・再考』(日本評論社、1999年)がシュミットの考えた制度的保障およびそれに対する誤解について、包括的に論じている。

55 参照、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)125-126頁。

て、立法によってもその核心ないし本質的内容を侵害することができない特別の保護を与え、当該制度それ自体を客観的に保障していると解される場合、それを一般に制度的保障と言う」⁵⁶と、制度的保障を定義した上、自分なりの制度的保障論を展開している。

ただ、この制度的保障に関する芦部の学説には、いくつか不明確な点があると思われる。第一に、彼は、大学の自治や私有財産制などの伝統的な「いわゆる制度的保障」のほかに、裁判制度、選挙制度、国家賠償制度、健康保険制度、年金制度、生活保障制度、教育制度などの多くの制度が権利・自由を保障するために設けられており、また必要であるとする。⁵⁷しかし、「いわゆる制度的保障」と後者の諸制度とで、伝統的であるかどうかのほかに、いかなる違いがあるのか、あるいはどのような点で同じなのかが十分説明されていない。第二に、なぜ、諸「制度」が基本権を保障するために必要であるのかを一般的に説明していない。それゆえ、基本権を根拠とするとできないが制度を根拠とするならできる場合があるということが十分説明されていないように思われる。実際、彼は、少なくとも伝統的な制度的保障の有用性について懐疑的であり、いわゆる制度的保障の理論は「原則として不要」である⁵⁸と述べている。第三に、私人をも含む大学の設置者・管理者から研究者は学問研究の自由をもつという命題を、なぜ学問の自由の自由権的側面による保障とするのか、またその保障と制度の保障との関係はどうなるのかという点が不明である。

なお、ここでは、大学の自治という特定の「制度」に関係する範囲で制度について論ずることにしたい。また、以降、シュミットのイメージが濃厚な制度的保障という用語ではなく、「制度の保障」という用語を用いることにする。そして、ここでは「制度」とは、単に基本権を具体化・組織化したものを一般的に意味することとする。

（1）制度について論ずる前に、その前提的理解のため、基本権の果たし

56 芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』（有斐閣、1994年）87頁。

57 同95頁。

58 同93頁。

ている機能について触れておこう。基本権の機能については様々な観点があり得るところであるが、ここでは、公権力に単なる禁止を要請するのか、具体化・組織化を要請するのか、という観点から基本権の機能を考えてみたい⁵⁹。

公権力に単なる禁止を要請する基本権としては、典型的な自由権（防御権）がある。例えば、思想・良心の自由（19条）は、公権力が個人の思想・良心を侵害することを禁じているのであって、特に公権力に何らかの制度のようなものを作ることを要請しているわけではない。なお、基本権の保障に資するために、憲法典の条項（基本権そのものではない）が、国家に一定の制度を創設することを禁じる場合がある。例えば、国教制度の禁止（20条1項後段・3項、89条）、検閲の禁止（21条2項）などである。以上のものは公権力に一定の行為を禁止しているところに共通点がある。これに対して、基本権の中には、基本権の現実化のために、公権力に基本権の具体化・組織化を要請しているものがある。

このような機能を持つ基本権として、まず、公権力に財・サービスを要求する基本権がある。生存権（25条）の実現のためには、公権力が財・サービスを提供しなければならない。そのとき、公権力はその提供のための条件・方法等を定める必要がでてくる。つまり、生存権を実現するためには、その提供条件・方法等を具体化する社会保障制度が必要になる。同様に、教育を受ける権利（26条）の実現のためには教育制度が必要であるし、公務員の不法行為に対する賠償請求権（17条）を実現するためには国家賠償制度が必要となる。次に、手続的権利を保障している基本権も具体化・組織化を要請する。例えば、法定手続の保障（31条）は、その具体化のために刑事訴訟法等の法律を定めることが必要になる。また、参政権にかかわる基本権もそれを具体化する制度が必要である。選挙権（15条）

59 ドイツでは、基本権の具体化について、基本権の内容形成という形で様々に議論されているようである。一参照、小山剛『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現』（尚学社、2004年）、同「人権と制度」（長谷部恭男ほか編『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』、岩波書店、2007年）49頁以下。ただし、本稿ではドイツの保護義務論的な考え方はとらない。

を実現するためには選挙制度が必要となるのである。つまり、以上のような基本権は公権力に「制度」を創設することを要請しているといえる。

そして、特に本稿のテーマと関係するものは、自由権を保障している基本権である。自由権は基本的には防御権として性質をもつので、通常、具体化・組織化は必要ないようにも思われる。しかし、この種の基本権の中には、具体化・組織化を要請するものがある。その典型として、財産権（29条）、婚姻家族関係における自由と平等（24条）を挙げることができるだろう。前者を実現するためには私有財産制度が必要であり、後者を実現するためには婚姻制度・相続制度が必要となる。つまり、自由権であってもその実現のためには公権力の作為が必要なものがあるということである。

これらのうち、社会保障制度、教育制度、国家賠償制度は、憲法上創設が明示されているわけではない。また、私有財産制度と婚姻制度・相続制度は私人間関係も規律するものである⁶⁰。

このように、基本権の具体化は実際上必要な場合がある。また、憲法が、特定の基本権を具体化するため、公権力による「制度」の創設を予定していると解される例は上述のようにならあり、特に例外的なことではない。さらに、憲法典に明示されていないもの、自由権を具体化するもの、私人間関係を規律するもの、なども「制度」と観念することが可能と思われる。

（2）「制度」を以上のように考えたとして、大学の自治を基本権が要請している「制度」と考えることは可能なのだろうか。なお、大学の自治が学問の自由という自由権的基本権の保障のために必要であることはすでに論じたとおりである。

ところで、大学の自治は次のような性質を持っている。

60 他にも、特定の自由権的基本権を保障するために、国家が私人を規律する義務があると解される例がある。例えば、通信の秘密（憲法21条2項）を保障するためには、通信業務従事者による、職務上知りえた通信に関する情報の漏洩を禁止しなければならない（郵便法8条2項、電気通信事業法4条2項参照）。もっともこの事例は私人間を規律するものではない。—参照、佐藤・前出註（55）321-322頁。

- ① 大学の自治は、憲法典に明示されていない。それは、大学の自治の実現のためには、法令等によりそれを具体化・組織化する必要があり、また、その具体化にも様々な方法があり得るということが一つの要因であろう。例えば、大学の自治に関連して、「専門家集団の判断に従う制度」を創設しようとするならば、教授会中心システム、学内の専門家委員会システム、大学横断的な専門家委員会システム、国家的な専門家委員会を中心とするようなシステム等など、多様なものを考えることができる。
- ② 大学の自治の安定的実現には、公権力の作為が必要である。大学の自治の制度化は公権力の作為が必要であるという点で、公権力の侵害からの保障を中核とする自由権的基本権そのものとは異なる点がある。
- ③ 大学の自治は私立大学にも及ぶ可能性がある。つまり私人間関係も規律するということになり、公権力に対する防御権という自由権の性質に適合しない。
- ④ 大学の自治は、組織内の権限関係を規律する内容を持つ。したがって、一般市民と公権力との関係を定める基本権とは異なる。

大学の自治の以上のような性質から、大学の自治は、防御権的基本権そのものではなく、学問の自由という基本権を具体化するために必要な「制度」であると捉えることが合理的であるといえよう。

以上の要点をまとめると次のようになるだろう。まず、憲法では、基本権を具体化・組織化するために、公権力によって創設される様々な「制度」が予定されており、また、「制度」は多様な内容・性質をもちうる。次に、学問の自由という自由権的基本権の保障のために大学の自治は必要である。そして、大学の自治の内容・性質は自由権的基本権とみることは困難であるが、「制度」とは親和的である。したがって、大学の自治を「制度」の保障とみるのが合理的である。

(3) それでは、大学の自治という制度は、どのような内実をもつものだろうか。これは、立法によっても侵害できない制度の核心部分は何かとい

う問題ということもできる。まず、前述のとおり、公権力は、学問の自由という自由権を具体化するため、大学の自治という制度を創設・維持しこれを保障する必要がある（公権力の作為義務）。またそのとき、制度を作るのは学問の自由を保障・強化するためであるのだから、公権力は、学問の発展のために必須と解される大学の自治の中核部分を保障しなければならない。また、大学の自治制度の保障は、関係者の権利利益にかかわる場合、訴訟において主張できるものと考えられる。

ここで問題となるのは、大学の自治の中核は何かである。これについては、すでに述べたように、公権力からの大学自体の自律の保障、ならびに大学内部での大学の自治の保障が中核となる。後者は、大学管理機関からの研究・教育者の自主性・自律性の保障と、学問に関連する事項について専門家集団の評価に従う管理機関の義務に集約される。この両者なしには、学問の発展の基盤となる学問の自由があるとはいえないからである。したがって、大学管理機関が研究・教育者個人に対して学問・教育上の介入をすることは原則として許されない。また、教員の人事、教育課程編制、学生の地位・資格認定等の学問的評価にかかわる問題については、管理機関は専門家集団の評価に従わなければならない。

管理機関からの研究・教育者の自由の保障については、高柳らは私立大学の場合も含めて学問の自由（自由権）の内容としていたが（1参照）、以上のように、自由権を具体化する「制度」の保障の内容と考えた方が、理論的に無理がないと思われる。なぜなら、国公立大学の場合、管理機関と教員・専門家集団の権限関係は大学組織内での権限の保障であり、公権力と個人との一般的な関係とはいえないし（ただし、国公立大学の場合は、大学の目的から、教員の学問の自由は原則として侵害されない）、私立大学の場合、管理機関と教員・専門家集団の権限関係は私人間関係であり、直ちに基本権が適用できないからである。

また、公権力（国・地方自治体）は、上述のような内容の「制度」を創設する義務を負う。そして、国公立大学の場合は、憲法によって拘束される公的施設であるから（現状では法人化の有無にかかわらない）、仮に公権力

が大学の自治の制度化をしていない場合でも、自主的に大学の自治「制度」に沿った学内規定をつくり、あるいは大学の自治「制度」に沿った運用する義務があるといえる。一方、私立大学の場合は、憲法解釈上、自主的に大学の自治制度を作る義務までであるとはいえない。したがって、もし、私立大学が自ら大学の自治制度を創設しないならば、公権力による制度化を待つか、あるいは司法が大学の自治に関する私法上の価値を認定し、私立大学の大学内部関係にそれを適用するしかないことになる。

(4) ここで、大学を国公立大学と私立大学とに分けて、なぜ大学の自治制度の保障が必要かをあらためて具体的に検討してみよう。まず、公権力が(国公立)大学を設置した場合について、制度の保障がない状態を想定してみよう。

制度の保障のない状態では、保障は自由権としての学問の自由によるものに限られる。そして、先に見たとおり(1参照)、公権力および管理者は、大学の目的から、大学内部の研究・教育者の学問の自由に原則として介入できない。しかし、自由権としての学問の自由は、専門家集団(教授会等)の教員人事権限、教育課程編制権限、学生の地位・資格認定に関する権限等を保障するものではない。というのはこれらの権限は、大学の自治には不可欠であるが、特定の組織内部での権限であり、一般的な自由権とは性質を異にするからである。

また、制度の保障のない状態では、大学が自主的に大学の自治を適切に運用する場合と、大学自体が大学の自治に反するような運営をする場合があるだろう。前者の場合は結果的に問題ないだろうが、後者の場合は大学の自治が侵害される状態となる。そうすると、公権力は、学問の自由ないし発展のためには大学の自治が必要であるという観点から、大学の自治制度を創設・維持する必要があるといえる。なお、国公立大学は公的施設(法人化された後でも)であるから、憲法に拘束され、自ら大学の自治を制度化し運用する義務があると解される。

実際に、2014年改正前の学校教育法93条は、「大学には、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、学校教育法施行規則（旧144条）は、「学生の入学、退学、転学、留学、休学及び卒業は、教授会の議を経て、学長が定める」と定めていた。また、旧教育基本法（昭和22年3月31日法律第25号）第6条2項は、「法律に定める学校の教員は、全体の奉仕者であって、自己の使命を自覚し、その職責の遂行に努めなければならない。このためには、教員の身分は、尊重され、その待遇の適正が、期せられなければならない」とし、国公立大学が法人化される前は、教育公務員特例法が、教員人事について、教授会や管理機関（評議会等）の決定権を認めていた。これらは、大学の自治を法令によって適正に規律しようという趣旨であったと思われる。なお、1999年の「学校教育法等の一部を改正する法律」（平成11年5月28日法律55号）により国立学校設置法（昭和24年5月31日法律第150号）が改正され、国立大学の評議会と教授会の審議事項が立法化されたことがある⁶¹。

しかし、2003年に国立大学法人法（平成15年7月16日法律第112号）が制定され、国立学校設置法は廃止された。また、国立大学法人法により、国立大学の教員は公務員ではなくなり、教育公務員特例法の適用はなくなった。また、同年制定の地方独立行政法人法（平成15年7月16日法律第118号）により、公立大学も法人化が可能になり、法人化された公立大学でも、教特法の適用はなくなった。なお、2014年の学校教育法改正以降の状態についてはのち論ずる（第3節）。

一方、現行教育基本法は、7条2項で「大学については、自主性、自律性その他の大学における教育及び研究の特性が尊重されなければならない」とし、9条2項で「前項（法律に定める学校〔引用者付加〕）の教員については、その使命と職責の重要性にかんがみ、その身分は尊重され、待遇の適正が期せられるとともに、養成と研修の充実が図られなければならない」としている。また、16条で「教育は、不当な支配に服することなく、この法律及び他の法律の定めるところにより行われるべきものであり、教育行政は、国と地方公共団体との適切な役割分担及び相互の協力の下、公

61 参照、齊藤・前出註（40）682頁。

正かつ適正に行われなければならない」としているのも、大学の自治ならびにそれによる教員の研究・教育の自由および身分の保障を考慮したものとされる。なお、条文上「不当な支配」の主体に限定がないが、この点、最大判1976(昭和51)年5月21日(旭川学力テスト事件)(第3章第1節1(1)参照)は、「その主体のいかんは問うところでない」としている⁶²。つまり、主体として、公権力のほか、私人である大学設置者・理事会や影響力を持つ団体、企業なども含まれるということになろう。

(5) それでは、私立大学の場合はどうであろうか。論点として以下のものが考えられる。①大学の自治制度を私立大学に適用する必要があるか。②そもそも私人に対して、大学の自治という制度は適用されるのか。③適用する必要があるとしてもどの程度まで適用すればよいのか。④法令による制度化。

まず、①大学の自治制度を私立大学に適用する必要があるか、という問題について考えよう。私立大学に関しては、憲法上、大学の自治の保障が及ぶのか、及ぶとしてどの程度なのかについての制憲者の意思は上述のように明確ではない(2(2)参照)。しかし、私立大学にあっても、大学である以上、学問の自由ないし発展のためには大学の自治が必要であるということは国公立大学と何ら変わりはない。大学を真っ当に機能させ、学問の発展を達成するためには大学の自治制度が必要なのである。また、私立大学も公の性質をもつことは法律上も規定されているし(教育基本法6条)、一般市民も私立大学がわが国において学問の自由・発展のために重要な存在であるということは十分認識しているものと思われる。そして、学問の自由・発展のためには大学の自治は不可欠であるのであるから、一般市民には、私立大学における大学の自治を憲法上保障すべきであるということ

62 なお、この判決は旧教育基本法下のものである。その10条で「教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対し直接に責任を負って行われるべきものである(1項)。教育行政は、この自覚のもとに、教育の目的を遂行するに必要な諸条件の整備確立を目標として行われなければならない(2項)。」と定めていた。旧教育基本法10条と現行教育基本法16条では条文の後半に違いがある。

についても同意があると推定できる。

さらに、私立大学の管理機関は、公権力ではないから、自由権としての学問の自由に直接拘束されるわけではないという事情がある。つまり、大学設置者・管理機関が教員の研究・教育に介入しても自由権としての学問の自由に直接反するとは言えないのである。したがって、大学設置者・管理機関が教員の研究・教育に介入しないことを保障する「制度」が国公立大学以上に必要といえる。また、専門家集団（教授会等）の学問的評価に従う義務という組織内の権限関係についても保障が必要である。そして、私立大学の場合も、法令による規制がない場合、大学自体が大学の自治に反するような制度を作る可能性が否定できない。このように考えると、私立大学についても大学の自治制度の憲法上の保障は必要であるといえる。

次に、②そもそも私人に対して、大学の自治という制度は適用されるのか、という問題について検討しよう。もし、私立大学に対しても公権力が大学の自治の保障のために規制をするということになると、基本権は国家と市民との関係を規律することが基本であり、私人間関係を規律するのはおかしいのではないかという疑問も出てくる。しかし、先に述べたように、大学の自治「制度」の保障は、学問の自由という特定の基本権（自由権）を実効的に保障するために、公権力がそのための手続・組織を具体化するという公権力の作為義務にかかわるものであり、自由権そのものではない。この性質の違いから、学問の自由という自由権と大学の自治制度はその適用対象の射程が異なりうるのである。上述したように、基本権の中には一定の制度を前提としているものがあり、その制度は公権力だけでなく私人を規律するということがあるのである⁶³。特に、婚姻制度・相続制度・私有財産制度などは、その制度の枠内で私人同士が自主的に活動する形態であり、私立大学の自治制度に近似している面がある。

63 この点、山本隆司は、「国は、…基本権（学問の自由）保護義務により、私立大学が『学問に適合した』組織形態をとるように義務づけることになる」としている。一山本隆司「学問と法」（城山英明・西川洋一編『法の再構築Ⅲ 科学技術の発展と法』、東京大学出版会、2007年）160頁。これは、ドイツ的な保護義務論による説明であり、本稿の立場とは異なる。

③私立大学に制度の保障を適用する必要があるとしても、どの程度まで適用すればよいのか、という問題について考えよう。

私立大学が国公立大学と異なる点として、大学の設置者ないし理事会も学問・思想・信教の自由あるいは結社の自由等の基本権の享有主体であること、というものがある。そうすると、理事会等は建学の精神とか独自の理念から、大学における教育や人事にある程度影響を及ぼすことも許容される可能性がでてくる⁶⁴。例えば、宗教系の大学が、理事会の決定により、当該宗教の科目を一部必修としたり、教員のポストの一部を当該宗教研究者等に割り当てたりするということはあることである。

しかし、もし理事会が、広範囲の教学事項について決定権をもつということになると、学問の自由・発展のための必要要件である、教員の研究・教育の自由、および教員人事、教育カリキュラム編成、学生の地位・資格認定などに関する専門家集団の判断の尊重という大学の自治の中核が損なわれることになる。つまり、学問・研究を目的とする大学とは言えない状態になる。したがって、抽象的に言えば、基本的には教学事項については、教授会などの専門家集団の意見が拘束力を持つ必要があり、理事会の教学事項に関する権限は一定範囲以下に制限されるべきである。つまり、私立大学に対する自治制度の保障の厳格さは、一定の限度で緩和されるが、基本的な内容は維持されなければならないと思われる。

④それでは、法令によりどのように私立大学の自治が制度化されているかをみてみよう。

私立大学については、2014年の学校教育法改正前は、同法93条が、「大学には、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」と定め、学校教育法施行規則(旧144条)が、学生の入退学、卒業等は、教授会の議が必要としていた。理事会については私立学校法(昭和24年12月15日法律第270号)が、「学校法人の業務を決する」(36条。なお理事会の規定は2004年の改正で追加された)と定めていただけで、教授会、学長、理事会の

64 参照、種谷・前出註(34)387-388頁。

権限、およびその関係は法律上明確ではなかった⁶⁵。つまり、立法政策としては、大学の自治の内容のかなりの部分を大学の自主性と司法による統制に任せていたといえるだろう。

なお、現行教育基本法の7条2項（大学の自律性の尊重）、9条2項（教員の身分の尊重）、16条（不当な支配の排除）等の規定は、私立大学にも適用されるものである。

しかし、以上のような私立大学に関する立法は、大学の自治の保障の面からは不十分であり、事実私立大学の内部において、大学の自治の侵害の例がかなりあったのである。そして、当時の判例はすでに見たように、人事等について、教授会の権限を重視するものと、そうでないものの二つの系統に分かれていたのであった（第3章第2節参照）。なお、2014年以降の現行制度での問題はのち論ずる（第3節）。

（6）ここでは、大学の自治の制度化と司法による保障の関係について検討しよう。

まず、国公立大学の場合をみよう。専門家集団（教授会等）の事務上の権限が問題となる場合として、学問・研究に基づく、教員人事、教育課程編制、学生の地位・資格認定などの処分・決定の場合がある。教員人事の場合、人事対象本人が訴えの利益を持つことは問題ない。また、人事事務に本来関与すべき専門家集団の構成員も当該人事の事務から排除された場合、権限を無視されたという観点から訴えの利益を持つ可能性がある⁶⁶。そして訴訟においては、専門家集団の事務上の権限の内容（法令によるものおよび学内規則によるもの。両方ない場合は実際にとられた事務）が適正なものであるかが問われる。つまり、学問に関して専門家集団の判断に従わなければならないという、制度の保障の中核に反していないかが

65 参照、齊藤・前出註（40）673-674頁。

66 もっとも、関与するべきことが法令や学内規則上明確である場合は訴訟上の利益を持つと考えられるが、不明確な場合は、制度の具体化方法の多様性から必ずしも利益がないと判断される可能性もある。また訴訟の内容も、参加できなかったことに対する賠償請求や、権利の確認程度に止まるのではないかと考えられる。

問われることになる。もし、当該権限の内容が制度の保障違反ということになれば、当該人事手続は違憲ということになるはずである。教育課程編成や学生の地位についても、人事の場合とほぼ同様であろう。

大学管理機関による教員の研究・教育に対する介入の場合、すでに述べたように(1参照)、不利益をうけた教員は自由権としての学問の自由の侵害を理由として、および制度の保障としての教員の権限の侵害(教育基本法16条の「不当な支配」の排除等)を理由として、訴訟を提起できる。これに加えて、制度の保障の観点から、介入に当たって、それが学問的見地から正当性があるかどうかについて専門家集団の判断と決定を経ているのかが問われる。もし、専門家集団の判断・決定を無視しているならば、介入は違憲となるべきだろう。

次に、私立大学の場合についてみてみよう。専門家集団(教授会等)の手続上の権限が問題となる場合、国公立大学の場合と共通の部分も多いが、相違する点もある。専門家集団の手続上の権限が、学問に関して専門家集団の判断に従わなければならないという、制度の保障の中核に反していないかどうか問われるとき、私立大学の場合、次のようになる。まず、審査されるのは、公権力の制定した法令(条例も含む)が制度の保障の中核に適合しているかどうかである。この場合、当該法令が合憲(合憲限定解釈によるものも含む)か違憲かが審査される。そして、合憲の場合は、法令と学内規則ないし当該決定手続とが適合しているかどうか審査される。このとき、学内規則ないし当該決定手続が違法であれば決定自体も違法となるだろう。また、法令が違憲である場合は、学内手続が当該法令に適合しているかどうかは問われないことになる。つまり以下の、法令がない状態と同じことになる。

問題は、制度の保障に関する公権力が制定した法令がない場合、あるいは一応あるけれども欠缺の範囲が大きい場合である。私人である私立大学には、先に述べたように、憲法上の大学の自治制度創設義務があるとは言えない。そうなると、当該手続の有効性は、私法の解釈(公序良俗に反するかどうかなど)に委ねられることになる。なお、立法不作為を争うという方

法もありうるだろう⁶⁷。

私立大学における、管理機関による教員の研究・教育に対する介入の場合、私人間の関係であるから、自由権としての学問の自由の侵害を直接問題とすることはできない。しかし、制度の保障の観点からは、まず、法令によって有効に保障されている場合（教育基本法16条の「不当な支配」条項が活用できる可能性はあると思われる）、管理機関による教員の教育・研究に関する権限の侵害にあたるかどうか、次に、介入に当たって、それが学問的見地から正当性があるかどうかについて専門家集団の判断と決定を経ているのかどうかを問うことができよう。もっとも、私立大学の場合は、大学には憲法上の制度創設義務がないので、法令による制度の保障がない場合、私法の解釈（公序良俗に反するかどうかなど）で教員の研究・教育への侵害があるかどうかを決するしかないだろう。また、私立大学に対する制度の保障の不存在について立法不作為を争える可能性もあるだろう。

（7）制度の保障の中核は上述のとおりであるが、制度を設計するとき、中核以外の外延部分について、公権力に裁量があることになる。このとき、公権力は、制度の中核以外の部分について、大学の自治を促進する方向で制度を作ることもできる。例えば、学長の選考方法を教員集団による選出にすることもできるし、組織編制や予算の管理等について、専門家集団に一定の権限を付与することなどもできる。逆に、公権力は、制度の中核に違反していなくても、大学の自治の促進という観点からは疑問もあり得る制度設計をすることも不可能ではないだろう。このような公権力の裁量は制度の保障のメリットともデメリットともなるといえる。

4 大学の自治の具体的内容

（1）専門家集団（教授会等）による自治

上述のとおり（第1節3（3））、学問・研究に関する専門家集団の評価

67 ただし、どのような形で争うか（確認訴訟、義務付け訴訟、国家賠償訴訟等）という問題は残る。

に従わなければならない、つまりその決定に一定の拘束力がなければならない、ということが大学の自治制度の中核の一つである。なお、専門家集団とは、当該学問領域の専門家集団のことを指す。わが国の大学では、おおむね教授会がそれに相当するであろう。しかし、理論的には、どこに所属しているかよりも何が専門かが重要である。したがって、決定機関は必ずしも当該大学の教授会である必要はなく、外部の専門家を加えた委員会、フランスのような国家的な委員会などがその決定機関としての役割を担ってもよいことになる。この専門家集団（教授会等）の役割を基礎として考えた場合、大学の自治の内容としてどのようなものがあるのだろうか。まず、専門家集団（教授会等）が大学の自治において中心的役割を果たすべきものとして、以下のものを挙げることができる。なお、以下の事項について、大学が内部的規則を制定する権限をもつことは当然であると考えられる。

① 教員の人事

公権力が、大学における個別の教員の人事に介入してはならないことは、専門家集団（教授会等）が参加する学問の評価サイクルを確保するという点から当然のことである。また、大学の管理機関（雇用主である理事会、学長・評議会等）は、教員人事において、専門家集団の評価に従わなければならない⁶⁸。それは以下のようなことである。大学管理機関が、当該学問領域の専門家集団とは違う基準をもって、研究・教育の評価による教員の人事（採用・昇進・懲戒・解雇等）に干渉すると、結局、専門家集団の評価を必要とする学問の自由のサイクルが崩れ、学問の発展の妨げになる。したがって、雇用主を含む管理機関の一般的な権限は制約され、専門家集団の決定に従わなければならないということになる。

これについて、法令の定めをみてみよう。まず、教育基本法9条2項は、教員の身分の尊重と待遇の適正を抽象的に規定している。次に、学校教育法は、「学校を設置しようとする者は、学校の種類に応じ、文部科学大臣の定める設備、編制その他に関する設置基準に従い、これを設置しなけれ

68 参照、高柳・前出註(33)105頁。

ばならない」（3条）とし、また、教員数（7条）、教員等の資格（8条）、教員等の欠格事項（9条）、教員等の職階（92条）について、一般的な定めを置いている。さらに、学校教育法施行規則は、「大学（…）の設備、編制、学部及び学科に関する事項、教員の資格に関する事項、通信教育に関する事項その他大学の設置に関する事項は、大学設置基準…大学院設置基準（大学院についての言及は以下省略する〔引用者〕）…の定めるところによる」（142条）とし、大学設置基準は、教員組織（7-13条）および教員資格（13条の2-17条）について定めを置いている。以上の法令の内容はおおむね一般的概括的なものであるといえる。ただし、この大学設置基準について、学校教育法による省令への委任が過度に包括的ではないか、教員資格等についてまで省令で規定するのは大学の自治の趣旨に反するのではないかという疑問はある。

国公立大学では、教育公務員特例法4条5項が、教員については、教授会の議に基づき学長が選考するとしていた。つまり、専門家集団（教授会）の決定が拘束力のあるものとされていて、大学の自治の教員人事の部分を制度として保障していたといえる⁶⁹。しかし、国公立大学の法人化によって、法人化をしていない一部の公立大学を除いて、教員の身分が非公務員化されたことにより、教特法は適用されないことになり、教員人事についての教授会の決定権の保障はなくなった。そして、現在では、後で見るように、2014年の学校教育法改正により、教員人事について教授会の審議は必須ではなく、また決定権がないことが法令上は明白になっている⁷⁰。私立大学については、私立学校法の、理事会は「学校法人の業務を決する」（36条）という規定と、2014年改正前の学校教育法の「大学には、重

69 参照、齊藤・前出註（40）668-669頁。

70 1953年制定の「国立大学の評議会に関する暫定措置を定める規則」（昭和28年4月22日文部省令第11号・昭和38年一部改正）では「人事の基準に関する事項」が評議会の審議事項とされ、1999年に改正された国立学校設置法では、「教員人事の方針に関する事項」が評議会の審議事項となっていた。また、国立大学法人法では、教育研究評議会の審議事項として、「教員人事に関する事項」が挙げられている。しかし、評議会は、特定の学問の専門家集団とはいえ組織であるから、人事の「方針」等を審議するのはともかく、研究・教育を理由とする個別の教員人事について権限をもつことは不適切である。

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」(旧93条1項)という規定が置かれていただけであった。そして、何が重要な事項であるかは各大学の自主的決定によっていた。実際には、多くの大学で、教員人事は「重要な事項」であるとされ、教授会が決定権を持っていたと思われる⁷¹。また判例でも教員人事は「重要な事項」であるとするものがあつたことは上でみた通りである(第3章第2節1参照)。もっとも、2014年の学教法改正の後には、国公立大学と同じ状況になっている。

② 教育課程の編制

すでにみたアメリカの判例(第2章第2節2(1)参照)でも引用された南アフリカ研究者の会議での宣言は、次のように大学の四つの本質的自由を述べている。それは、大学が自ら、「誰が教えるべきか、何を教えるべきか、どのように教えらるべきか、誰が学ぶことを許可されるべきか」を決定する自由である。専門的な高等教育の場合、誰が、どのような内容を、どのような順序で、どのような方法で教えるか、ということ適切に決定できるのは、当該学問の専門家だけであろう⁷²。このうち、誰が、どのような内容を、どのような順序で、どのような方法で教えるか、というのは教員の人事と教育課程の編成の問題である。個別の講義において、具体的に何を、どのような順序・方法で教えるか、成績等の評価をどうするかは、当該学問の作法にしたがって、個々の教員が基本的に決定すべきことである。ただし、全体のカリキュラムとの整合性や他の科目と内容との関係といった理由から、当該学問領域の専門家集団が協議して決定すべき部分は当然ある。この問題は、専門外の管理機関が適切に決定できるものではなく、教員や専門家集団に対して一方的に指揮・命令をすることは不適切であるといえる。もっとも、国家が、教育課程編制の大綱的な部分について、大学教育の最低限度の水準を維持するという目的のため、合理的な範囲で関与することは許されるであろう。

これについての法令の定めをみてみよう。大学設置基準(19-26条)は、

71 参照、齊藤・前出註(40)674-678頁。

72 参照、高柳・前出註(38)76頁、同・前出註(33)106頁。

教育課程の編成について、単位、授業期間、授業方法等について一般的な定めを置いている。もっとも、この基準は、大学の教育課程編制権に過度に介入しているのではないかという疑いもある。このほかは、学校教育法の「大学には、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」（旧93条1項）という規定が置かれていただけであった。

ただし、1963年3月31日改正の国立学校設置法6条の2及び7条2項に基づく1964年制定の「国立大学の学科及び課程並びに講座及び学科目に関する省令」（昭和39年2月25日文部省令第3号。平成13（2001）年10月1日文部科学省令第77号により制度廃止）が、各国立大学の学部・学科における講座・学科目を逐一規定していたことは、大学の自治に含まれる専門家集団の教育課程編制権を侵害していたのではないと思われる⁷³。

ところで、1999年の国立学校設置法改正により、国立大学の教授会の審議事項として、「教育課程の編成に関する事項」（7条の4）が法定された。もっとも、2003年の国立大学法人法制定により、国立学校設置法は廃止された⁷⁴。この法人法には教授会について規定がないので、学校教育法の規定が適用されるだけということになった。したがって、教育課程の編成については、各国公立大学において、「重要な事項」と考えるかどうかにより左右されることになった。実際には、多くの大学で、教育課程の編成は教授会の審議決定事項とされていたと考えられる⁷⁵。しかし、現在では、2014年の学校教育法改正により、教育課程の編成について教授会の審議も必須ではなく、また教授会に決定権がないことが法令上は明白になっている。

③ 学生の地位・資格認定（入学・進級・卒業・修了・学位授与）

73 この点を指摘するものとして、山崎真秀「『学問の自由』と文部行政権—とくに委任命令（省令）と『大学の自治』との関係について—」公法研究29号（1967年）94-97頁参照。

74 1999年改正の国立学校設置法では、評議会が「大学の教育課程の編成に関する方針に係る事項」を審議することになっていた。また、国立大学法人法では、教育研究評議会が「教育課程の編成に関する方針に係る事項」を審議することになっている。

75 参照、齊藤・前出註（40）670-672、674-677頁。

専門的な教育を、どのような学生に教えるべきか、そして、学生が専門的な学識を備えたかどうか、を判断できるのは、その学問領域の専門家だけであろう。どのような学生に教えるかは、大学の場合、入学許可の問題であり、学生が専門的な学識を備えたかどうか、というのは卒業・課程の修了・学位の授与の問題である。したがって、これらのことは、専門家集団が判断すべきことである⁷⁶。なお、学生の懲戒・処分については、その懲戒・処分理由が学問・学習上の理由である場合は専門家集団が判断すべきであるが、それ以外の理由の場合は、必ずしも専門家集団である必要はないだろう⁷⁷。

それでは、法令ではどのように定められているのだろうか。まず、学校教育法は、入学資格(90条)、修業年限(87-89条)、学位(104条)について定め、学校教育法施行規則も入学卒業(145-163条)について規定している。さらに大学設置基準が卒業の要件等(27-33条)を定めている。これらは、一応一般的な規定といえる。もっとも、大学設置基準は、学生の地位・資格に関する大学の権限に過度に介入しているのではないかという疑いもある。

学生の資格認定については、学校教育法施行規則(旧144条)に、「学生の入学、退学、転学、留学、休学及び卒業は、教授会の議を経て、学長が定める」という定めがあった。また、前述のように1999年に国立学校設置法が改正され、国立大学における教授会の審議事項として、「学生の入学、卒業又は課程の修了その他その在籍に関する事項及び学位の授与に関する事項」(7条の4)が法定された。しかし、国立学校設置法は国立大学法人法制定に伴い廃止された⁷⁸。ただ、2014年改正の学校教育法93条2項は、

76 参照、高柳・前出註(33)106頁。ただし、フランスなどのように、国が大学入学を統制しており、原則として各大学ないし各大学の教員集団に許可権限がない場合もある。国の方針として、入学については広く認め、適格性を欠く学生は途中で振り落とせばよいということで、進級試験が入学試験の代替と事実上になっていると思われる。

77 なお、学校教育法11条および学校教育法施行規則26条に学生の懲戒についての規定がある。

78 「国立大学の評議会に関する暫定措置を定める規則」では「学生の厚生補導及びその身分に関する重要事項」が評議会の審議事項とされ、1999年に改正された国立

「学生の入学、卒業及び課程の修了」「学位の授与」について、教授会は、学長に対して意見を述べる、としている。一方、学校教育法施行規則（旧144条）は、2014年改正に伴い廃止された。つまり、教授会が意見を述べる必要はあるが、教授会の決定権はなくなった。

（2）大学自体による自治

以上に対して、大学自体が持つべき自治権⁷⁹としては、次のようなものが挙げられる。なお、これらの事項に関して、各大学は内部規則を制定する権限を当然もつものと考えられる。

① 管理機関の人事

学長、学部長、評議員などの管理機関の役職者の人事は、誰がするべきであるか。管理機関の人事は、研究・教育の評価のみによって必ずしもなされるものではなく、その他の管理能力、交渉力、発信力等も評価対象となりうる。つまり人事の基準が通常の教員の人事とは異なるのであるから、専門家集団による評価の尊重という原理は必ずしもすべては当てはまらない⁸⁰。したがって、私立大学の理事会などがある程度当該人事に関与することは必ずしも不当とは言えない。しかし、学長、学部長等は何らかの形で教員人事や教育課程の編成等に関与する権限をもつ。つまり、これらに関する専門家集団の決定に干渉する場合があります。そうすると、専門家集団の決定を担保するために、専門家集団は管理機関の人事（任免）に参加する権限を持つ必要がある。なお、学長等が教員人事権等の強力な権限を

学校設置法では、「学生の厚生及び補導に関する事項」「学生の入学、卒業又は課程の修了その他学生の在籍に関する方針及び学位の授与に関する方針に係る事項」が評議会の審議事項となっていた。また、国立大学法人法では、教育研究評議会の審議事項として、「学生の入学、卒業又は課程の修了その他学生の在籍に関する方針及び学位の授与に関する方針に係る事項」が挙げられている。なお、学問・学習の観点からの学生への資格授与等は、専門家集団である教授会が決定権をもつべきで、評議会の権限は、学生の資格認定の「方針」等の審議に限定されるべきである。一方、学問・学習を理由としない懲戒あるいは処分については、具体的事案に関する評議会の関与も認められる余地がある。

79 私立大学の場合は結社の自由の観点からの保障も問題になる。

80 これに対して、高柳は学長、学部長等の比較的管理的性質の濃い職についても、同僚による選考がなされるべきとする。一高柳・前出註（33）105頁。

持つ場合(2014年の学校教育法改正以降の状態など)は⁸¹、当該管理機関の人事への一般教員集団の決定的参与権が必ず確保されるべきである。

それでは法令はどのように定めているのだろうか。大学設置基準は、学長の資格(13条の2)について一般的な規定をおいている。その他の管理的職種の資格については特に定めない。

国公立大学の場合、教育公務員特例法によって、学長は評議会が選考し(4条2項)、学部長は、教授会の議に基づき、学長が選考するとされていた(4条3項)。また、その他の部局長は、学長が選考するとされていた(4条4項)。そして、任命権者の権限行使は学長の申出に基づいて行うとされていた(10条)⁸²。なお、実際の運用では、学長は教員の選挙によって選考されることが多かったとみられる⁸³。しかし、国立大学法人法が制定され、国立大学の場合は次のようになった。学長は学長選考会議で選考され、国立大学法人の申出に基づいて文部科学大臣が任命する(12条)。この会議は、経営協議会の学外委員の中から経営協議会において選出された者、教育研究評議会の委員の中から教育研究評議会において選出された者、それぞれ同数で構成される。また、学長選考会議の定めるところにより、学長又は理事を加えることができる(ただし、学長選考会議の委員の総数の三分之一を超えてはならない)とされている。ところで、経営協議会の学外委員はすべて学長の任命であるから、学長選考会議の委員のうち、学長が任命した委員が少なくとも半数になる。そうすると、学長がその任命権を恣意的に行使するならば、現学長の意向を次期学長(再任の場合も含む)の選考に容易に反映させることができる。また、学長選考会議は、学長解任の申出を文部科学大臣に対して行う権限をもつが(17条)、委員の多くが、現学長によって、現学長の考えに近いという理由で任命された者であるとすれば、解任申出の権限が適切に行使されない可能性が大となる。つまり、国立大学の学長任免システムには不備があり、実際には学長をコ

81 ただし、そもそもこのような状態は違憲であると考えられる。

82 また、前述したように(第3章第1節1)、任命権者は、学長の申出に法的に拘束され、明白な形式的違法性がある場合以外は拒否できないと解される。

83 参照、齊藤・前出註(40)670-672頁。

ントロールできないのではないかという問題がある。このような選考方法は、学長の不当な決定を阻止しようとする専門家集団の権限を軽視するもので、違憲の疑いがある。また、2014年の学校教育法改正により、学部長の選考については、仮に教授会等が関与する学内手続があったとしても、教授会は、意見を述べることだけが可能となった⁸⁴。この制度についても、学部長の法令上の権限に照らすと、学長の選考制度同様違憲の疑いがある。

私立大学の場合、私立学校法の理事会の「学校法人の業務を決する」（36条）と2014年改正前の学校教育法の「大学には、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」（旧93条1項）という定めしかなかったので、管理機関の具体的選考方法は各大学の決定に委ねられていた⁸⁵。なお、学長の選考に教授会がかかわらなければならないとする判例とそうでないとする判例があったことはすでにみたとおりである（第3章第2節参照）。

② 教員に対する懲戒等の処分

心身の故障による処分、非行、職務上の義務違反を理由とする懲戒処分は、研究・教育の評価とは別の見地からなされるので、研究・教育の観点からの人事とは異なり専門家集団の評価の尊重の原理は必ずしも適用されないであろう。一方、大学外部の人間が当該人事に関与すると、政治的理由等で干渉する恐れがあるので、当該人事は原則として大学が自主的に行うべきだろう。また、前述のように（第3章第2節1（3））、専門家集団が手続になるべく関与することが推奨される。そしてどのような手続で処分するかは基本的に大学が自主的に決定すべきことであろう。ただし、研究・教育内容の評価にかかわる問題、例えば、研究上の不正は、専門家でなければ十分わからないので、専門家集団の評価が必要である。また、教員の学問内容、思想、宗教、信条と国策や社会的通念などとの異同等が問題となる場合も専門家集団の審査が必要であることは前述のとおりである（第3章第2節1（3））。

84 実際には各大学は学内規定を変更している。参照、同694-695頁。

85 参照、同674-677頁。

法令は次のように定めている。まず、教育基本法9条2項は、教員の身分の尊重と待遇の適正を抽象的に規定している。国公立大学にあっては、教育公務員特例法が、教員の転任(5条)、降任・免職(6条)、懲戒処分(9条)について、学長、教員にあっては、評議会の審査が必要であり、部局長については学長の審査が必要と定めていた。また、国立大学法人法では、教育研究評議会(21条)の審議事項として、「教員人事に関する事項」が挙げられている。これは、懲戒処分等の審議も含むものとも思われる。私立大学においては、私立学校法の理事会の「学校法人の業務を決する」(36条)と、2014年改正前の学校教育法の「大学には、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」(旧93条1項)という一般的規定しか定めがなかったので、教員の懲戒等の処分手続は学内規定に委ねられていた。2014年改正の後も、学校教育法には、教員の懲戒等について特に明確な規定は存在しない。

③ 施設・設備の管理

研究・教育に直接利用する教室、実験設備などが利用できなければ、研究・教育に支障が出る。また、施設・設備の利用は、研究・教育の観点から配分されなければならない、その他の政治的理由等で判断されてはならない。外部機関は学問のために創設された機関ではなく、その他の目的のために創設されたものであって、真理探究を目的とする大学の施設・設備の管理にはふさわしくない。したがって、大学の施設・設備である以上、大学は自主的にその施設・設備を管理できる必要があるといえる。なお、施設・設備には利用の限界もあるから、利用の調整をしなければならない。その調整作用は全学的な管理機関あるいは施設・設備を直接管理している部局がすることになる。以上のように、管理の方法には多様性があるとしても、研究・教育に直接供される施設の管理は大学の自治に委ねなければならない。また、個別の教員および専門家集団には、最終的決定は大学管理機関がするとしても、施設管理・運営に関する手続に参与する権限(少なくとも意見を述べる権限)が与えられることが必要であろう。

大学の施設・設備についての法令は以下のようになっている。学校教育

法施行規則1条は、大学に必要な施設・設備について規定し、それを受けた大学設置基準（34-40条の3）が具体的に必要な施設・設備について定めている。ただし、大学施設・設備の管理に関して、明示的な法令はない。したがって、各大学の自主的判断により決定されるものと考えられる。

④ 予算の管理

予算がなければ、研究・教育に支障が生じる。また、予算は、研究・教育の観点から合理的に配分されなければならない。したがって、大学は、いったん配分された予算については自主的に予算を管理できる必要がある⁸⁶。また、予算には限界があるから、利用の調整をしなければならない。その調整作用は、部局内の管理機関および最終的には全学的な管理機関がするほかはない。もっとも、個別の教員および専門家集団は、最終的決定は管理機関がするとしても、予算管理に関する手続に参与する権限（少なくとも意見を述べる権限）が与えられる必要があるだろう。ただし、配分方法については、多様な方法を想定することができる。国公立大学の場合、一般的経常的経費として配分された予算については、各大学が、各専門分野の経費の必要性等を勘案しながら自主的に配分を決定するのが通常であるといえるが、例えば、外部の中立的な第三者機関（各専門分野の人員で構成される）が、大学横断的に、各大学の専門分野に直接配分するというような方法も考えられよう。なお、ドイツでは、研究費の配分請求権を憲法上の保障としているけれども、わが国の場合、予算が財政状況等に依存することを考慮すると憲法上の保障とまで言えるのかどうかは疑問が残る⁸⁷。また、これとは別に、条件付きの資金交付についての問題があるが、これは別の

86 もっとも、特定の設備・研究等のために配分された予算（特定の補助金等に由来するもの等）は別に扱われる可能性がある。

87 なお、高柳信一は、大学は「必要な資金を政治・産業社会に要求し、これを自主的に管理する権利をもつと考えなければならない」とする。一高柳・前出註（33）106頁。もっとも、高柳もこの権利が裁判で請求できる具体的権利とは考えていないようである。一高柳「学問の自由と大学の自治」（東京大学社会科学研究所編『基本的人権4 各論I』、東京大学出版会、1968年）428頁。また、ドイツの配分請求権については、参照、阿部照哉「学問の自由と大学の自治—大学判決—」（ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第2版〕』、信山社、2003年）204頁以下、同「『大学改革』と学問の自由—憲法裁判所の判決を中心に—」（『基本的人権の法理』、有斐閣、1976年）311-312頁。

機会で論じたい⁸⁸。

予算について法令は次のように定めている。「国立大学の評議会に関する暫定措置を定める規則」では「予算概算の方針に関する事項」が評議会の審議事項とされ、1999年に改正された国立学校設置法(7条の3)では、「大学の予算の見積りの方針に関する事項」が評議会の審議事項となっていた。また、国立大学法人法では、経営協議会(20条)が「予算の作成及び執行並びに決算に関する事項」を審議し、役員会(11条)が「予算の作成及び執行並びに決算に関する事項」を議決するとされている。ただし、予算自体については、国立大学は、中期計画で予算事項を定め、文部科学大臣の認可を受ける必要がある(31条)。私立大学に関しては、学校の設置者が経費を負担する(学教法5条)とされているが、予算配分決定機関について明示した法令はなく、大学が自主的に決定することになる。

⑤ 大学の組織編制

大学の学部・学科等の新設改廃については、基本的には大学設置者に権限があるだろう。しかし、このような措置を行うときには、設置者は大学の教学側と十分に協議することが必要であるし、特に既存の学部学科等の変更・廃止については、関係する個別の教員および専門家集団に手続への参加権限(少なくとも意見を述べる権限)が認められるべきだろう。なぜなら、変更・廃止は、人事や教育課程編制に関係するし、その内容の学問的妥当性を検討すべきだからである。なお、個別の人事および教育課程編制はあくまで教授会等の専門家集団が自律的に決定すべき事柄であると考えられる。

これについて法令は次のようになっている。学校教育法(85条)および学校教育法施行規則(142条)は、大学の組織について抽象的に規定し、それをうけた大学設置基準は学部・学科等(3-6条)および定員(18条)について定めを置いている。

国立大学については、「国立大学の評議会に関する暫定措置を定める規則」では「学部、学科その他重要な施設の設置廃止に関する事項」が評議

88 参照、高柳・前出註(87)425頁。

会の審議事項とされ、1999年に改正された国立学校設置法7条の3では、「学部、学科その他の重要な組織の設置又は廃止及び学生の定員に関する事項」が評議会の審議事項となっていた。また、国立大学法人法では、経営協議会（20条）が「中期目標についての意見に関する事項のうち、国立大学法人の経営に関するもの」「中期計画及び年度計画に関する事項のうち、国立大学法人の経営に関するもの」を審議し、教育研究評議会（21条）が「中期目標についての意見に関する事項（国立大学法人の経営に関する事項を除く。）」「中期計画及び年度計画に関する事項（国立大学法人の経営に関する事項を除く。）」を審議して、役員会（11条）が「当該国立大学、学部、学科その他の重要な組織の設置又は廃止に関する事項」を議決するとされている。ただし、各大学の組織編制自体（学部・学科等）については、文部科学大臣が、各国立大学法人の意見を聴いた上で、各国立大学法人の中期目標のなかで定めるという扱いである（30条）。私立大学については、大学内部でどこが組織編制の権限を持つのかを明示した法令はなく、私立学校法と学校教育法の一般的規定を各大学がどう解釈し、どのように学内規則を定めるかによる。ただし、学校教育法によると、公立・私立大学の学部・大学院等の設置廃止などについては、文部科学大臣の認可が必要である（4条）。

⑥ 構内秩序の維持

これについては、警察権との関係が問題となる。現行犯の場合、犯罪がまさに行われようとしている場合（警察官職務執行法5・6条の想定するような場合）、犯罪捜査のために令状を取った場合、あるいは大学からの要請があった場合に警察が大学構内に立ち入ることはやむを得ないが、警察が警備公安活動を大学内で行うことは、学問・研究に萎縮的作用をもたらすから、憲法解釈上、原則としては許されない。かりに警察が警備公安活動を大学構内で行う場合は、大学の事前の許可が必要だし、またその場合も、警備公安活動の内容を限定させるべきである⁸⁹。また、大学内で、犯罪行為には直ちに該当しないが、社会公共の安全を害する可能性がある行為（危

89 参照、芦部・前出註（34）228-232頁。

険物の設置、極端な雑踏等)が行われている場合、それを規制するのは第一に大学自体であるべきである。警察が介入できるのは、大学からの要請があるか、あるいは社会公共の安全に具体的で切迫した危険があり(警察官職務執行法4・6条の想定するような場合)、大学からの要請を待つ時間的余裕がない場合に限られるだろう。

(3) 大学の管理機関と教員の学問の自由との関係

大学の管理機関が、教員の学問の自由やその中の教授の自由を侵害するという可能性がある。このような場合は、すでに論じたように(3(6))、国公立大学の場合は、自由権としての学問の自由の侵害と、制度の保障の枠内での、個人の学問の自由の侵害ならびに専門家集団の評価に従う義務違反、が問題となる。また、私立大学の場合は、制度の保障の枠内での、個人の学問の自由の侵害ならびに専門家集団の評価に従う義務違反、が問題となる。

① 研究の自由

個別の教員が何をどのように研究するかは、教員個人が決定すべきことであり、個人の学問の自由の問題である。この個人のイニシアチブを認める必要性は、公権力と個人の間だけではなく、大学の管理機関と個人の研究者の間にも存在するであろう。個人の自由な発想・創意がなければ、新しい学知は生まれまいであろうからである。したがって、管理機関は、個人の研究者の研究に、指揮・命令といった形で介入すべきではない⁹⁰。例外的に介入できる場合とは、危険な研究などの場合の他、当該学問の作法から明らかに逸脱している場合、施設の目的外使用の場合などが考えられる。そして、研究について判断可能なのは専門家集団であるから、大学の管理機関は個人の研究に介入するときは専門家集団の判断を仰ぐ必要がある。なお、共同研究などの場合、具体的に何をどのように研究するかは、研究参加者が構成する専門家集団が決めるべきことであろう。

国公立大学においては、管理機関が教員個人の研究内容について指揮命

90 参照、種谷・前出註(34)401頁。

令することは、大学の目的が真理の探究であることからすると、個人の学問の自由という自由権を侵害するものであるから原則として許されない。また、制度の保障として教員の研究の自由を保護する制度があればそれによって、指揮命令から保護される。さらに、指揮命令違反を理由に人事等で不利益を与えようとするような場合は、制度としての教授会等がその防波堤となる。

私立大学における、管理機関による教員の研究に対する介入の場合、私人間の関係であるから、自由権としての学問の自由の侵害を直接問題とすることはできない。しかし、制度の保障の観点からは、まず、教員の研究に関する権限の管理機関による侵害にあたるかどうか、次に、介入に当たって、それが学問的見地から正当性があるかどうかについて専門家集団の判断と決定を経ているのかどうかを問うことができよう。もっとも、私立大学の場合は、憲法上の制度創設義務がないので、法令による制度の保障がない場合は、私法の解釈（公序良俗に反するかどうかなど）で権利侵害の可否を決するしかないだろう。なお、教育基本法16条の「不当な支配」の規定を制度の保障と捉えて、この規定を活用するという可能性はあるだろう。

② 教授の自由

教授の自由は、何を教えるか、どう教えるか、評価をどうするか、といった要素からなる。この教授の自由に対しては、公権力の統制と、大学内部の統制がありうる。ここで問題にするのは後者である。国公立大学の場合、大学教員は、憲法で保障された教授の自由をもつといえる。しかし、一般論としては、教授の自由は一定程度の制約を受ける場合があるだろう。例えば、教育内容について、担当科目とは全く違う科目を講義している場合、講義での学問的方法が当該学問領域の標準的方法と著しく乖離しているような場合、学生の成績の評価が学問的な観点からの評価とは言えないような場合等がありうる。このような場合、教授会等（専門家集団）がその教授内容について一定の関与をすることはありうるだろう⁹¹。

91 Cf. Eric Barendt, *Academic Freedom and the Law: Comparative Study*, Hart Publishing,

これに対して、私立大学の場合は、公権力による統制は別として、大学内部の統制に対しては自由権としての学問の自由という憲法の保障が直接及ばない。そうすると、憲法の私人間効力について無効力説あるいは間接効力説をとる場合、教授の自由への介入に対しては、私法上の公序良俗違反や不法行為を理由に対応することになる⁹²。もっとも、制度の保障として教員の教授の自由を保護する制度があれば、それによって統制から保護される。また、大学の管理者がある教員の教育に介入し、不利益人事を行った場合、人事については大学の自治の手続によって(教授会等が正常に機能していればという条件が付くが)、教員の教授の自由を保護することができるだろう。一方、基本権の主体である理事会等が、教員や教授会に対して、学問教育の内容にかかわることについて意見・要望をいうことまでは禁止できないであろう。しかし、意見・要望に指揮命令のような強制がともなってはならない。

なお、この大学教員の教授の自由にかかわる判例として、先にみた最判2007(平成19)年7月13日(鈴鹿国際大学事件)(第3章第2節2参照)のほか、近時の判例として東京地判2018(平成30)年6月28日(明治学院大学事件)⁹³がある。この事件は、大学法人が、他の教員の名誉を毀損するなどの行為を行ったなどという理由で、教授を懲戒解雇したこと、並びに法人側が無断で教授の授業内容を録音したことにより教授の人格権を侵害したことを理由として、教授側が大学法人に対し、地位確認等や慰謝料を求めて訴えたものである。

この判決は、大学が無断で授業の録音を行ったことについて、「教授の自由(憲法第23条)が保障されるべき大学教授に告知をすることなく、大学が当該教授の授業を録音するということが、当該教授に対する不法行為を構成することが

2010, p. 58

92 ただし、前述の高柳説のような立場をとると違ってくるであろう(第1節1参照)。

93 ウエストロー・ジャパン文献番号2018WLJPCA06286013。なお、この事件を扱った文献として、寄川条路編『大学における〈学問・教育・表現の自由〉を問う』(法律文化社、2018年)がある。

ないとはいえない」とした。

教員の自発的同意を得ない録音や録画が放任されるとなると、教員は常にその教育内容を監視されることになる。そうなると、教員が、講義において、宗教の批判的検討（特に宗教系の大学などで問題となるかもしれない）や政治経済体制の批判的検討（右派的傾向を有する大学などで問題となるかもしれない）等を自由にすることに躊躇をおぼえたり、学問上は相当であるにもかかわらずそのような主題を扱わなかったりするという事態を招く可能性がある。つまり、教授の自由に対して、萎縮的効果をもたらす恐れがある⁹⁴。ところで、判決は「教授の自由（憲法第23条）が保障されるべき大学教授」と述べ、一見、憲法で保障される教授の自由が私立大学の内部関係にも直接適用されるかのような表現をしている。その真意は定かではないが、本稿の立場では、教授の自由という私人間関係でも保有されている「価値」が、私法上の一般条項の解釈に影響を及ぼすとみるべきことになる。そうすると、教授の自由という価値が不法行為において保護されるべき価値であるということになるだろう。また、無断録音・録画が原告の指摘するように私法上の人格権を侵害する可能性もある。

判決は、さらに、学生に対する成績評価が不適切であるという大学法人の主張に対しては、「大学の教員には学生の成績評価に関して裁量が認められていることも考慮すると、原告が上記のような成績評価を行ったことが直ちに不適切であったとまでは認めることができない」とし、教授が教科書として不適切な自著を教科書として使用したという大学法人の主張に対しては、「被告が本件自著1について内容が軽薄で品位がないとか、キリスト教主義に対する誹謗中傷であると指摘している…記載については、昨今の大学や学生、キリスト教主義に対する風刺、批判とも解釈することができるものである。また、被告が本件自著1について本件大学の名声を著しく傷つけていると指摘する…記載についても、…これ

94 また、無断の録音・録画が教育基本法16条1項の「不当な支配」にあたるという見方もできるだろう。そのような見解をとるものとして、参照、東京地判昭和47年3月31日（目黒高校教諭解雇事件）判タ276号246頁（なお当時、「不当な支配」条項は旧教育基本法10条1項）。

を読んだ学生が一般的に本件自著1に記載されている内容を本件大学に関するものとして受け止めるとまでは断定し難く、当該記載が被告の主張するように本件大学の名声を著しく傷付けているとまではいうことはできない。…被告は、本件自著2について、その内容の大半がエッセイ集風のおよそ倫理学とは関係のない私的な記録であると指摘しているところ、…自著2には確かに被告が主張するように私的な記録ともとれる文章が含まれているということが出来るものの、およそ倫理学とは関係ないとまでは断定し難く、直ちに本件自著2が大学の授業の教科書として不適切であるとは評することができない。…大学教授に保障されるべき教授の自由の重要性に鑑みると、本件自著1及び本件自著2が大学における倫理学の授業の教科書として不適切であるとまで評することはできないというべきである」と述べている。

この判決部分は、教育の内容や評価を含む教授の自由の重要性を認めているものと考えられる⁹⁵。ただし、ここでも判決は「大学教授に保障されるべき教授の自由」と述べ、教授の自由の私人間効力を認めているような表現を使っているが、前述のとおり、本稿の立場では、教授の自由という私人間関係でも保有されている「価値」が、私法上の一般条項の解釈に影響を及ぼすとみるべきことになる⁹⁶。

第2節 学校教育法制定から2014年改正前までの私立大学に関する諸法令の法解釈

2014年の学校教育法改正以前の法制⁹⁷には、国公立大学の場合、先に触れた「国立大学の学科及び課程並びに講座及び学科目に関する省令」の間

95 ただ、成績の評価や教科書の内容の妥当性について、裁判所は、本来的には当該学問分野の専門家集団の鑑定意見等を参照した上で、評価を下すべきであろう。もっとも、鑑定を求めるまでもない事例であると裁判所が判断した可能性もある。

96 各教員の成績評価や教科書の選択について管理機関が介入することが、教育基本法16条1項の「不当な支配」にあたるという見方も可能かもしれない。

97 なお、省令である大学設置基準が法律の委任の限界を超えているのではないか、大学の自治の観点から基準の内容が過剰なのではないか、という問題は今でも存続している。

題、「国立大学の評議会に関する暫定措置を定める規則」が法律で定めるべき事項を省令で定めているのではないかという問題⁹⁸があったものの、特に教育公務員特例法が有効な時期においては、一定程度の妥当性はあったと思われる。一方、私立大学の場合、教育公務員特例法も適用されず、また私立大学の自治に関する法制度が簡潔であるために、法解釈上の疑問が生じていた。本節ではこの問題について検討しよう。

私立学校法では、「理事会は、学校法人の業務を決」する（36条2項）とされている一方、学校教育法では、学長が校務をつかさどり（92条3項）、教授会が重要な事項につき審議権をもっている（旧93条）とされていた。そうすると、大学の業務に付きどの機関の権限が優先されるのかという問題が生じる⁹⁹。

この問題についての従来の学説・判例はおおむね二つに割れていた。

1 理事会優越説

第一の学説は、憲法の効力は私人間には及ばないという理解を前提として、理事会が大学の業務に付き最終的決定権をもつ（一部は寄付行為の定めにより評議員会）というものである。学校法人の「業務」とは、学校法人の目的とする事業を達成するために必要な一切の事項をさす。したがって、理事会が教学事項を含む学校法人の業務を最終的に決することができる。なお、理事会は自己の権限を制約して教授会の権限等を認めることもできる¹⁰⁰。この系統の判例については、すでに述べた通りである（第3章第2節2）。

それでは、政府の見解はどのようなものなのだろうか。2004年の私立学

98 齊藤・前出註（40）667-668頁。

99 この問題について、参照、鈴木真澄「私立大学における学問の自由と大学の自治—学校教育法と私立学校法の関係を基点として—」龍谷法学48巻1号（2015年）61頁以下、同「2014年改正学校教育法の問題点—再論：学校教育法と私立学校法の関係」龍谷法学50巻3号（2018年）127頁以下。

100 俵正市『解説私立学校法（新訂三版）』（法友社、2015年）259-260頁。俵は、学校法人と教員との間の訴訟において、学校法人側の代理人としてしばしば登場する人物である。なお、同様の見解として、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（1980年）39頁。

校法改正の国会審議において、次のような発言がある。

「政府参考人(加茂川幸夫君)…教学サイド、理事者側との問題の御指摘もございました。…学校法人における理事会の役割は、意思決定機関、最終的な意思決定機関であるというのは現行法でも今回の審議をお願いしております改正法でも変わらないと思っております。一方で、教授会の位置付けは、これも委員十分御存じのように、学校教育法に位置付けられておまして、大学の重要事項を審議する機関として位置付けられておるわけでございます。これを受けて、具体的には、例えば学校教育法施行規則によりますと、学生の入学等の決定について、これについては教授会の議を経て学長が定めるといった一定の権限も法定をされておるわけでございます。したがって、この理事会と教授会、教学サイドとの関係になるわけでございますが、学校法人の意思決定機関は理事会でございますけれども、学校教育法又は施行規則上は、学長、教授会に教学面における一定の事項についての審議といえますか権限を与えておるわけでございますので、理事会としてもこういった学長、教授会、教学サイドの意思又は決定に配慮をすることが当然だと私どもは考えておるわけでございます。基本的には、こういった原則、その関係の下で理事会と教授会の具体的な権限関係が法人ごとに決まるわけでございますが、各法人においては適切に判断されることが必要であると思っておりますけれども、一般的には、両者が適切な私学経営に求められる相互の役割分担を理解し、かつ協力し合いながら学校経営の責任ある運営に当たっていくことが必要だろうと思っておるわけでございます」¹⁰¹。

さらに、「学校法人の業務」について次のように述べている。

「政府参考人(加茂川幸夫君)…理事会が決定する学校法人の業務についてでございますが、学校法人が行うすべての業務、学校法人は学校を設置、運営することがその核になる業務になるわけでございますが、そういったすべての業務を広範に含むものと考えております。…委員から教学面と経営面との関係の御質問がございましたけれども、私どもは両者は密接不可分のものだと考えておるわけでございます。学校法人はあくまでも、今申しましたように学校の設置、管理を

101 第159回国会参議院文教科学委員会会議録第14号平成16年4月27日28頁。

行うことを目的とした法人でございますので、学校法人の業務は必ずしも経営面に限定されず、その教学サイドと密接不可分な部分についていうと教学部分にも及ぶことは避けられない、一般にあるのだらうと、こう思っておるわけでございます。例えば、学部、学科の新增設、あるいは教育研究における重点分野の決定、学生生徒の募集計画といったことは教学的な側面は有するわけでございますけれども、御案内のように学校法人の経営に関連する問題でもございまして、ここで言う学校法人の業務として理事会が深く関与することは避けられない、やっぱり当然のことだと思っておるわけでございます。しかし、繰り返して申し上げますけれども、教学側の意向に配慮をするというのは経営サイドにとっても大変重要なことでございます。両者が両々相まって、協力しながら学校法人の適正化に努めることを私どもは強く期待をしておるわけでございます。なお、ちなみに、個々の大学教員の教育研究の内容にまで理事会若しくは監事が深く立ち入ることは適当でないということは、従来から申し上げておるとおりでございます¹⁰²。

また文部科学省は、学長の決定権が理事会に優先するかどうかについて、2014年の学校教育法改正の機会に次のような見解を示している。

「学校教育法第92条第3項は、学長は『校務をつかさど』るとしており、学長が、大学の校務についての決定権があることを定めています。今回の法律改正の趣旨は、大学の校務についての決定権を有するのが学長にあることを、特に教授会との関係において明確化したことにあります。大学の『校務』の具体的な内容については、必ずしも一律に定められているものではなく、学校法人の業務決定権を有する理事会との関係において決まってくるものと解されます。例えば、予算の配分や組織の再編といった事柄について、理事会が判断するか、それとも大学の決定権者である学長に委ねることとするかは、各学校法人の理事会の判断によって異なり得るものと考えられます¹⁰³。

以上の政府の見解はやや不明瞭なところがあるが、次のように解するこ

102 第159回国会参議院文教科学委員会会議録第14号平成16年4月27日34頁。

103 学校教育法及び国立大学法人法等の改正に関するQ&A問4

http://www.mext.go.jp/a_menu/koutou/daigakug/1353252.htm [2019年11月1日閲覧]

とができるだろう。私立大学においては、理事会が最終的な意思決定機関である。もっとも、法令上、教学サイドに審議権や決定権がある場合は、少なくとも審議・決定を経る必要がある。ただし、教学側の審議・決定に理事会が従う義務があるかどうかは、理事会の決定する学内規定によると考えていると思われる¹⁰⁴。また、その他の権限について、どのような権限を教学側（教授会・学長等）に配分し、どのような権限を理事会が行使するかは、教学側の意向に配慮した上で（これも必ずしも法的義務ではないとみなしていると思われる）、各大学において理事会が決定するということであろう。このようにみると政府見解は第一の学説・判例の系統に近いといえるだろう。

ところで、政府をはじめ、どうしてこのような見解を唱える者がいるのだろうか。一つは、法的には理事会が全権をもつという、アメリカの理事会管理方式の影響であろう。もうひとつは、単に、学校法人側の代理人的立場で論じていると思われる論者がいるということである。また、既存の社会的制度に異を唱えることがありがちな教員・教授会の権限を極限まで縮小し、設置者・経営者の意向を最大限重んじようとする社会的勢力が存在することも否定できない。

2 教学事項教授会優越説

第二の学説は、経営事項は理事会が決定権をもち、教学事項は教授会・学長が審議権ないし決定権をもつという説である。学校教育法が施行されてからしばらくして、私立大学においては、「教授会という性格からして、いわゆる教務的な事項は教授会の審議事項とすべく、大学の経営的な事項は大学の理事当局に委ねるのが立法趣旨に合する」という比較的穏健な見解が現れた¹⁰⁵。また、同様の見解として、「…理事会の職務権限が学校の

104 学校教育法施行規則（旧144条）による学生の入学等の決定のような場合、理事会がその決定に従う義務があるかどうかについて、政府がどのように考えているかははっきりしない。

105 天城勲『学校教育法逐条解説』（学陽書房、1954年）215頁。天城は、この注釈書執筆当時文部官僚であったことから、この注釈書は当時かなり広く参照されたのではないかと思われる。

業務全般に及ぶものではなく、おのずから限定されなければならない。とりわけ大学の場合は、学校教育法に規定されている学長や教授会の権限はもとより、広く大学自治の法理という観点からも、大学における教育、研究の管理は理事会が関与すべき事柄ではない。もっとも、教育、研究の管理ということと密接な人事に関しては、やはり原則として、理事会・理事長の職務権限と考えることが可能であろう。しかし、この場合にあっては、大学教員の人事は教育、研究と不可分な関係にあるので理事会・理事長の関与は、形式的な任命権者にとどめられるべきである」というものがある¹⁰⁶。この系統の判例については、すでに扱った通りである（第3章2節1参照）。

3 制度の保障と法令の解釈

それでは、この問題につきどのように考えるべきであろうか。すでに考察したように、大学の自治という「制度」の保障は私立大学にも及ぶとすると、そもそも法令は大学の自治の趣旨に適合するように制定されるべきであり、制定された法令の解釈にあたっては、大学の自治にかなう解釈をすべきであるということになる。つまり、教員個人の学問の自由の保護とともに専門家集団の意見の尊重を中核とする大学の自治の趣旨にそった法解釈をすべきということになる。

そうすると、専門家集団の意見が尊重されるべき、教員の人事、教育課程の編成、学生の地位・資格認定は基本的には専門家集団（教授会等）の判断で決せられるべきで、理事会が介入すべきことではなく、理事会の権限は形式的なものに限られる。また、先に見たとおり（第1節4（2））、施設・設備の管理、予算の管理、大学の組織編制（特に既存の学部学科等の変更・廃止）については、個別の教員および専門家集団（教授会等）は、少なくとも意見を述べる権限が与えられる必要がある（ただし、憲法上の保障

106 佐伯弘治「第2章 私立大学—組織と財政 第1節 組織と経営形態」（社団法人日本私立大学連盟監修『私立大学の経営と財政』、開成出版、1999年）38頁。他にこれに近い見解として、西澤宗英「学校教育法第59条と私立大学」城西経済学会誌20巻3号（1985年）27頁。

であるとまでは言い切れないところがある)。その他の事項については、各大学の内部で自主的に決定すべきことであろう。例えば、先に引用した政府関係者の発言にあった、「学部、学科の新増設、あるいは教育研究における重点分野の決定、学生生徒の募集計画」などは、各大学が自主的に、理事会中心で決めるとするなり、理事会と大学の教学側が協議して決めるとするなりすればよいことになる。なお、すでに述べたように(第1節3(5)参照)、教員人事や教育課程編制の限られた部分について、理事会が決定権をもつことはあり得るだろう。しかし、原則的にはこれらは教授会の権限とみる必要がある。

第3節 学校教育法「改正」の違憲性

1 学校教育法「改正」の内容

2014年6月20日に「学校教育法及び国立大学法人法の一部を改正する法律」(平成26年6月27日法律第88号)が可決・成立した。これにより、学校教育法93条が次のように「改正」された¹⁰⁷。

(改正前)

第九十三条 大学には、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。

2 教授会の組織には、准教授その他の職員を加えることができる。

(改正後)

第九十三条 大学に、教授会を置く。

2 教授会は、学長が次に掲げる事項について決定を行うに当たり意見を述べるものとする。

- 一 学生の入学、卒業及び課程の修了
- 二 学位の授与
- 三 前二号に掲げるもののほか、教育研究に関する重要な事項で、教授会の

107 改正の経緯と内容について、参照、齊藤・前出註(40)687頁以下。

意見を聴くことが必要なものとして学長が定めるもの

- 3 教授会は、前項に規定するもののほか、学長及び学部長その他の教授会が置かれる組織の長（以下この項において「学長等」という。）がつかさどる教育研究に関する事項について審議し、及び学長等の求めに応じ、意見を述べることができる。
- 4 教授会の組織には、准教授その他の職員を加えることができる。

この改正により、学長が最終的決定権をもつのであり、教授会は単に意見を述べるだけであることが法文上明確化された。政府は、従来から学校教育法92条3項の「学長は、校務をつかさどり、所属職員を統督する」という条文を根拠として、教育公務員特例法が適用される時以外は、学長が最終的決定権をもつのであり、教授会は単なる審議機関であると解していた。しかし、法文上教授会の決定が学長を拘束するものであるかどうか必ずしも明確でなかった。教授会の決定に拘束力がないことを明確にするという意図のもとにこのような改正が行われたのである¹⁰⁸。

また、政府は学長に最終決定権があるという趣旨を各大学に徹底し、その趣旨と異なる大学の内部規定は改正しなければならないとしている¹⁰⁹。さらに、政府は当該93条2項・3項の、学長が決定し、教授会は意見を述べるだけであるという規範部分は、ほかの形の定めを許さない強行規定であると解釈している¹¹⁰。なお、政府は、学部長と学部教授会の関係においても、学部長が決定権をもち、学部教授会は審議を行い意見を述べるだけであると解している¹¹¹。

そして、この改正により、国立のみならず、公立や私立大学においても教授会の審議対象が限定された。従来、「重要な事項」が教授会の審議対

108 参照、第186回国会参議院文教科学委員会会議録第20号平成26年6月19日5頁。

109 「学校教育法及び国立大学法人法の一部を改正する法律及び学校教育法施行規則及び国立大学法人法施行規則の一部を改正する省令について」（通知）（平成26年8月29日26文科高第441号、各国公私立大学長等あて 文部科学省高等教育局長・文部科学省研究振興局長）。一この通知は、鈴木勲編著『逐条学校教育法〔第8次改訂版〕』（学陽書房、2016年）857頁以下に抄録されている。

110 参照、第186回国会参議院文教科学委員会会議録第19号平成26年6月17日9頁。

111 参照、第186回国会衆議院文部科学委員会会議録第22号平成26年6月6日16頁。

象であったが、審議事項が次のように限定された。教授会が意見を述べる
ことが必須の事項として(2項)、①学生の入学、卒業及び課程の修了、
②学位の授与、③教育に関する重要な事項で、教授会の意見を聴くこ
とが必要なものとして学長が定めるもの、が列挙され、意見を述べるこ
とが可能な事項(3項)として「教育に関する事項」が挙げられている
だけである。特に、従来教授会の核心的権限であり当然の審議対象と考
えられてきた、「教育課程の編成」「教員の人事・教育研究業績等の審査」
が、必須の審議対象から欠落していることが注目される。

それでは、このような法改正は憲法解釈上、合憲といえるのだろうか。
この点を以下で考察していこう。

2 「改正」された学校教育法93条の違憲性

すでに論じたように、憲法23条で保障されている大学の自治には、専門
家集団の意見の尊重ということが含まれている。そしてその専門家集団の
意見の尊重ということから、大学内部における専門家集団の意見の尊重と
いうこと、つまり、教授会等による判断の尊重ということがでてくる。こ
の意見の尊重ということは、単に意見を聴取すればよいということではな
く、専門家の意見に一定の拘束力がなければならないということである。
これが大学の自治の中核の一つである。

それでは、専門家集団の意見が拘束力を持つべき領域・事項は何か。そ
れは、まさに当該学問領域の専門家が最もよく判断できるであろう事項で
ある。つまり、研究・教育の評価にかかわる事項である。具体的には、
「研究・教育の評価を理由とする教員人事」「教育課程の編成」「学生の
入学・卒業・修了等の承認」である。

以上のようにみていくと、今回の法改正のうち、93条2項が「教授会は、
学長が次に掲げる事項について決定を行うに当たり意見を述べるものとす
る」とし、同項1号「学生の入学、卒業及び課程の修了」同項2号「学位
の授与」と定めている部分は、この規定が強行規定であると解した場合、
教授会(専門家集団)の意見が拘束力をもつべきであるのに、単に教授会は

意見を述べるだけであるとしている点において、大学の自治の中核部分に反し違憲ということになる。

また、教授会の審議対象事項についても、「教員人事」「教育課程の編成」という、もっとも教授会（専門家集団）の意見を重視しなければならない事項を必須の審議事項から除外している点は、一種の立法不作為となり、制度の保障の中核に反するから違憲である。また、大学側がこれらを審議事項としても、これらの事項に付き教授会（専門家集団）の意見の拘束力を認めていない点も違憲である。

以上をまとめると、93条を強行規定とみた場合、上述の部分は制度の保障に反し違憲である。強行規定とすると、各大学がこれに反する規定を作ると、その規定は違法ということになる。つまり、各大学が合憲的な自治制度をせっかく作ろうとしても、これを法律によって抑圧するという構造になる。また、これは国公立すべての大学に当てはまることである。現行の法制度は、合憲的な学内規定の作成を禁じ、違憲の法に従った学内規定の作成を強要する、あるいは違憲の法の適用を強要するという構造になっているのである。

ところで、今回の改正された93条を合憲限定解釈すれば、法文の合憲性を維持することができるだろうか。上述したように、政府は、学長等が決定し、教授会は意見を述べるだけであるという規範部分は、ほかの形の定めを許さない強行規定であると解釈している。しかし、これはあくまで政府の見解であり、最終的な解释权をもつ司法がこの部分を任意規定であると解釈し直すことは可能であろう。もし、93条が任意規定であるとすると、各大学は、その内部規定によって、教授会（専門家集団）に拘束力ある決定権を付与することが可能になる。そうすれば、当該大学では大学の自治に関して合憲的な運用が可能になるであろう。

ただ、このように93条を任意規定と解した場合でも、大学が現行93条の趣旨に従った規定を作り、それに従って運用した場合、あるいは規定を特に作らず、93条をそのまま適用した場合は、93条を強行規定と解した場合と同様に、それにより不利益を受けた者は訴訟でその決定手続の違憲性を

主張できる。なお、私立大学の場合、93条が制度の保障に反する学内規定を誘導しているという点で違憲性を問うことができる¹¹²。

一方、93条を任意規定であると解し、各大学が、93条の適用を排し、大学の自治を保障する規定を作れば、制度の保障に適合する大学の自治の運用が可能になる¹¹³。ただその場合、93条が学内規定の前提となっているわけでもなく、93条が直接適用されているわけでもないのので、93条の違憲性を争うことはできないと思われる。これは、93条が合憲となるわけではなく、違憲審査の機会がないということの意味する。

なお、学校教育法13条・15条、私立学校法60条等に基づき、大学側の法令違反(学校教育法93条違反)を理由に、政府が大学側に不利益処分を科した場合は、大学側は93条が制度の保障を定めた憲法23条違反であることを当然主張することができる。

おわりに

以上、大学の自治について論じてきたが、要点を述べると次のようになる。

学問の自由の特質を説明するためには、学問に関する、個人の自由とともに専門家集団の役割に着目する必要がある。

大学は学問的真理を生み出し、社会に流通させる特別な役割を現代社会で果たしている。

学問の発展のためには、個人の自由と専門家集団の役割の尊重ということとを大学のメカニズムに取り入れる必要があり、そこから大学の自治の保

112 参照、齊藤芳浩「私人間効力論に関する幾つかの問題点の検討」(曾我部真裕・赤坂幸一編『大石眞先生還暦記念 憲法改革の理念と展開(下)』、信山社、2012年)510-513頁。

113 実際には、文部科学省が予算・助成措置や新学部設置等の際の認可権限を使って大学に強力的に圧力をかけているので、大学が文部科学省の意向に背いた学内規定を堂々と作るのは相当困難かもしれない。

障が出て来る。

通説的な、大学の管理機関から教員個人の学問の自由が保障されるという命題は、学問の自由の自由権としての側面から包括的に説明することは困難である。

日本国憲法23条は、制定の経緯、実質的根拠、比較法的考察、国民の同意等の観点から大学の自治を保障していると解することができる。

基本権が具体化・組織化を要請している場合があり、その具体化されたものを「制度」と定義することも可能である。また、自由権（防御権）的基本権が制度を要請している場合がある。

学問の自由という自由権的基本権も、大学の自治自体の必要性、および公権力の作為を必要とし私人間関係も規律する必要がある等の大学の自治の性質から、大学の自治という「制度」を要請していると解することができる。

大学の自治を制度の保障として考えるならば、教授会と管理機関との関係などの組織内の権限関係を保障することも可能であるし、大学の自治の保障を私立大学に及ぼすことが可能となる。

大学の自治の具体的内容を検討すると、まず、公権力から大学自体の自由を保障する必要がある。また、大学の内部関係において、大学管理機関から教員個人の学問の自由が保護される必要があり、また、学問の観点から専門家集団の意見が尊重されるべき、教員の人事、教育課程の編成、学生の地位・資格認定は基本的には専門家集団（教授会等）の判断で決められるべきである。

以上のように憲法23条の保障する大学の自治を解釈した場合、2014年改正の学校教育法93条を強行規定とするならば、93条は違憲である。93条を任意規定であると解釈しても、93条の違憲性をすべて解消することはできない。

現状では、「制度」を創設する義務を負う公権力による大学の自治「制度」の整備状況は、不完全なものにすぎない。また、「制度」によって大

学の自治を保障するどころか、大学の自治を破壊する効果をもつ法制度は早期に是正されるべきであろう。

本稿では、通説的な学問の自由および大学の自治の解釈を批判的に検討した。筆者としては、いままでなぜ通説的見解に対する批判がこれといってなかったのか疑問に感じるが、論者によっては、通説的見解こそ正当であるという意見もあるかもしれない。理論的な反論を期待したい。また、本稿では、制度の保障による大学の自治を再検討し、制度の保障の射程をなるべく明らかにしようと試みた。この点についても、今後の議論のきっかけになれば幸いである。