慶應義塾大学学術情報リポジトリ
Keio Associated Repository of Academic resouces

Title	大学の自治の制度的保障に関する一考察： ドイツにおける学問の自由の制度的理解の誕生と変容
Sub Title	Zur institutionellen Garantie der Universitätsselbstverwaltung : Eine Überlegung zum institutionellen Verständnis der Wissenschaftsfreiheit in Deutschland bis 1968
Author	栗島, 智明(Kurishima, Tomoaki)
Publisher	慶應義塾大学大学院法学研究科内『法学政治学論究』刊行会
Publication year	2015
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.106, (2015. 9) ,p.101- 132
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20150915-0101

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

大学の自治の制度的保障に関する一考察

――ドイツにおける学問の自由の制度的理解の誕生と変容――

栗島智明

一　はじめに
㈠　問題の所在
㈡　新たな視点の必要性
㈢　議論の原点に立ち返ることの意義――本稿の目的
二　学問の自由の《空転》――プロイセンからヴァイマール初期
㈠　ドイツ憲法史における学問の自由保障
㈡　法律による行政の原理／公務員としての大学教員の義務
三　学問の自由の制度的理解の誕生・受容
㈠　一九二七年・スメント報告――「ドイツ大学の基本権」と大学人の身分特権
㈡　制度的理解の受容と通説化
㈢　小括――制度的理解の背景とその位置づけ
四　基本法下の学問の自由――ヴァイマール期の遺産継承と独自の発展
㈠　戦後の大学再建と基本法の学問の自由
㈡　基本法下の議論停滞と転換点としての「一九六八年」
五　まとめにかえて――日本への示唆と今後の課題

一　はじめに

(一)　問題の所在

日本国憲法二三条の解釈論では、大学の自治の制度的保障論[1]が、いまなお中心的意義を有している。その理由は、次のように解されよう――そもそも、思想・良心の自由や表現の自由が保障されていれば、学問の自由を、別途の憲法規範をもって保障する必要性はない[2]。それにもかかわらず、学問の自由をあえて憲法上保障したのは、学問の担い手たる「大学」という制度、ならびに、そこで歴史的・伝統的に認められてきたある種の自治慣行を憲法上保障すること、言い換えれば、これを議会法律や行政実務によって改廃するのを禁ずることを企図したものと考えられる、と。

このようにして、かねてから、学問の自由は――その歴史的沿革を重視して――、大学の自治（という制度的保障）と「表裏一体のものとして考えられてきた」のであるが[3]、今日の「大学改革の波[4]」のなかで、そのような解釈の適切さが問われてきている。

(二)　新たな視点の必要性

そもそも、大学の自治の制度的保障とは何か。この点、二〇年以上前になされた奥平康弘の次の指摘が、こんにちにおいてもなお、重く受け止められるべきであろう。

「現状は、……確立した内容を持つ自治慣行がそれとして存続し遵守されてきているというよりは、むしろ、概念の内包も外延もはっきりしない、一種のスローガンとしての『大学の自治』コンセプトが、あるレベルで、それとなく機能しているという

法社会学的な事実の現れであるらしく思える」[5]。

独自の歴史的背景からか、近時に至るまで、日本の憲法学で「学問の自由」といえば、（大学構内への警察の立ち入りなど）その国家的介入ばかりにスポットが当てられてきた[6]。そしてその際、大学の自治のコンセプトが、批判的検討に晒されずに「一種のスローガンとして」唱えられてきた感が否めない。

近時の改革動向を見ると、次のような疑問が浮かぶ——大学執行部への権限集中が進み、競争原理が導入され、（学生という）顧客集めに奔走せざるを得ない大学で、固有法則性に基づいた自由な学問プロセスを脅かしているのは、国家のみではなく、経済やメディア（＝社会の声）という他の社会システムではないか[7]。この点、個人の「学問の自由」と「大学の自治」以外の論理を持たない日本の憲法学説は、典型的には、大学内部における／研究者個人の自由な学問営為の保障という問題を蔑ろにしてきたといえよう。

現在の学問が置かれた状況に鑑みれば、——大学の自由ではなく——学問の自由を保障する憲法二三条について、大学の自治とは異なる新たな視点を付け加える必要がある[8]。

(三) 議論の原点に立ち返ることの意義——本稿の目的

本稿では、制度的保障論の母国ドイツにおける議論の成立・発展について、考察を加える。日本では、上述の通り、《国家・対・学問（＝大学）》という構図を前提として、「大学の自治」の概念に——学問の自由から離れた——固有の価値が認められ、この文脈で、制度的保障の理論が用いられてきた（その結果として、大学内部における学問の自由保障の問題、すなわち、大学の組織構造に関する理論は、近時に至るまでほとんど進展を見なかった）[9]。しかし、日本が主として参照してきたドイツにおいて、大学の自治は——とりわけ戦後の学生運動の時期を境として——それ自体固有の価値

を持つ制度というよりはむしろ、学問の自由という個人権の制度的・客観法的支えとして理解されてきた。このことを、本稿で示したいと思う。

やや迂遠となるが、そのためにはまず、ドイツにおける学問の自由の歴史――とりわけ、大学の自治の制度的保障論の生い立ち――を、正確にみる必要があろう。そこで、本稿の考察は次のように進む。まず、プロイセン期およびヴァイマール初期における学問の自由を巡る議論につき概観したのち（二）、学問の自由の制度的理解[10]が生まれたヴァイマール後期の議論について、その背景も含めて考察する（三）。続いて、戦後における議論の継承と、一九六〇年代後半の学生運動に端を発する議論の転換につき検討する（四）。そして最後に、ここから得られる示唆につき論じることにしたい（五）。

二　学問の自由の《空転》――プロイセンからヴァイマール初期

大学の自治の制度的保障論は、周知のごとく、ヴァイマール憲法下において生まれた。もっとも、ヴァイマール憲法制定当初からそのような理解が存在したわけではなく、ヴァイマール初期には、学問の自由に関するプロイセン期の解釈がそのまま継承されていた。そこで、制度的保障について論じる前に、以下では、まずドイツの憲法史における学問の自由保障を概観したうえで（一）、プロイセン期からヴァイマール初期の学問の自由解釈の特徴をみていくことにする（二）。

（一）　ドイツ憲法史における学問の自由保障

ドイツでは、一八一〇年のベルリン大学創設をもって、大学の自治の原型が形成されたとされる[11]。しかし、一八一

九年のカールスバート決議は、大学に対する国家監督を徹底的に強化し、それが引き金となってゲッティンゲン七教授事件等のいくつかの学者弾圧事件が生じることとなる。[12] このような歴史的背景から、学問の自由は、（大学教員が多数を占める）いわゆる「教授議会（Professorenparlament）」の審議を経て、[13] 一八四九年パウル教会憲法（一五二条）、そして一八五〇年プロイセン憲法において、明文をもって規定されるに至った（二〇条：「学問およびその教授は自由である。」）。[14] もっとも、その自由が「法的輪郭を獲得した」[15] のはその後、一九一九年のヴァイマール憲法下においてである。同憲法では、学問の自由が芸術の自由と並べて規定されるようになり、さらに、国家による積極的保護・奨励の役割が明文化された（一四二条：「芸術、学問及びその教授は自由である。国は、これに保護を与え、その奨励に関与する。」）。[16]

(二) 法律による行政の原理／公務員としての大学教員の義務

上述の通り、ヴァイマール初期においては、プロイセン憲法の学問の自由解釈[17] がそのまま引き継がれた。すなわち、ヴァイマール憲法一四二条もまた、法律による行政の原理（Grundsatz der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）を確認するものに過ぎず、それ以上の意味を有するものではない――したがって、立法者に対抗しうるものではない――と解されたのである。例えば、アンシュッツ（Anschütz）は、その権威ある注釈書の第一版（一九二一年）で、次のように述べている。

> 「芸術・学問の自由が意味するのは、行政機関が、法的根拠なくして……学問の研究・教授の活動に介入してはならない、ということである。しかしそれは、そのような介入を行ったり、認めたりすることが立法者に対しても禁じられる、ということを意味しない」。[18]（傍点栗島）

このような理解の前提には、周知の通り、基本権違反の立法について、違憲＝無効とされ得ないという理解が存在している（基本権の空転〔Leerlauf〕）。とりわけヴァイマール初期には、基本権のプログラム命題としての性格が強調されており、立法者が基本権に拘束されるという発想は支配的でなかった。[20] 当時の通説を牽引したアンシュッツやトーマ（Thoma）は、憲法が定めた政治装置に全幅の信頼を置き、それゆえ立法者が憲法により法的に拘束されるという考えを持たなかったのである。[21] このことが、ヴァイマール憲法一四二条の学問の自由についても、同様に妥当した。

トーマは、一九二五年の論文において、学問の自由の保障に関し、次のように述べる。

> ヴァイマール憲法一四二条は、「職業として行われる学問的教育とは異なった、純粋な教授（Lehre）のみを、つまり、一般権力関係（allgemeines Gewaltverhältnis）にある自由な市民による教授のみを、保障する。……たしかに大学教員は……、私人として、住居・講堂・会議で教授したことに関しては、一四二条の保障を引き合いに出すことができる。これに対し、彼が、国家公務員として、権威ある教壇において（*ex cathedra*）行う教授は、一四二条の保護を受けず、州公務員法の規定が適用される」。[22]

この記述からわかる通り、トーマは、大学教員が国家公務員として活動する限りで、彼（女）らは、他の公務員と同様、意見表明の自由の制約が許容されると考えた――そう解すれば、一四二条は、（学問の中心であるはずの）大学においては適用されない条文と解するほかはない。

また、当時の大学の国家監督の実務も、極めて問題のあるものであった。[23] たしかに、国立大学を単なる国の営造物とみなす見解[24]は、ヴァイマール憲法下ではもはや例外的にしか主張されなかった。[25] しかし、プロイセン一般ラント法

（一七九四年）の規定[26]を引き合いに出しつつ、国立大学は営造物（Anstalt）と団体（Korporation, Körperschaft）の性格を併せ持ったものとする見解[27]が有力であり、プロイセンから引き継がれた啓蒙主義的・実証主義的国法学のもとで、国家による大学の監督は極めて広範に行われていた[28]。このことは、アンシュッツやトーマらの通説においては、とりたてて問題とされなかった。

三　学問の自由の制度的理解の誕生・受容

このような背景状況を踏まえて、一九二七年に開催されたドイツ国法学者大会におけるスメント（Smend）の報告が理解されうる[29]。以下、その内容を紹介したうえで（一）、学説における受容と発展の過程をみてみたい（二）。

（一）　一九二七年・スメント報告――「ドイツ大学の基本権」と大学人の身分特権

スメントの報告は、直接には意見表明の自由（ヴァイマール憲法一一八条）をテーマとするものであったが、彼は、公務員の意見表明の自由制約について論じる文脈で――第一報告者のローテンビューヒャー（Rothenbücher）と同様――、一四二条の学問の自由の解釈へと議論を移した。曰く、学問・教授の自由と意見表明の自由は、「互いに歴史的・内部的関係性を有しており、その関係性を明らかにすることは、教授の自由が有する本来の意味にとって重要である[30]」。

スメントはまず初めに、上述のアンシュッツやトーマの見解――すなわち、学問の自由を法律による行政の原理の確認規定と解し、他の公務員と比較して大学教員に何らの優位をも認めない見解――を問題視する[31]。

彼によれば、一四二条に規定された自由は「実質的には大学における（akademisch）学問と教授の自由」であり、

「そこで問題となるのは、Ｆｒ・パウルゼン（Paulsen）が表現したように、『ドイツ大学の基本権（Grundrecht der deutschen Universität）』である[32]」。ここでスメントは、パウル教会憲法における学問の自由条項が、カールスバート決議への反抗、つまり大学における自由（akademische Freiheit）の意味で、ダールマン（Dahlmann）およびアルブレヒト（Albrecht）によって採り入れられたことを強調し、一四二条が大学において妥当すべきことは制定時から全く当たり前であったと論じる[33]。

ドイツ的意味での大学における自由は、「歴史的に条件づけられた法制度（Institut）であ」り、この自由は歴史的意義と結びついている[34]。「この基本権はとりわけ、偉大な公制度（große öffentliche Institution）の適切な法的位置づけを意味する[35]」。また、興味深いことにスメントは、大学における自由は、――精神的な独立性を伴った――プロテスタントの牧師の地位と、比較されるべきだという[36]。

さらに、他の一般の自由権との差異を明確にする点で、次の言明も注目されよう。「意見表明の自由は、真正な自由基本権である。すなわちその自由は、それが良く用いられているか、悪く用いられているかにかかわらず、存在している」。これに対して、「学問の自由、とりわけ大学における自由としてのそれは、精神的〈生〉（geistiges Leben）のうち、重要視され、特権化された部分を保障するものである。その自由の存在は、特権化された表現が持つ、少なくとも［表現者により］意図された価値（Wert）を理由とする。その自由は制度的な性格（institutionellen Charakter）を有する[37]」。

そして報告の最後に、スメントは次のように述べる。「教授の自由は、法律による行政の原理の適用事例ではない。むしろこれは、ドイツにおける精神的〈生〉の、最も高次の形式のうちの一つを保護するための公制度なのである。それは、立法者に対する制約であり、我々の身分（Stand）の深く義務づけられた特権であり、ドイツ大学の基本権である[38]」。

(二) 制度的理解の受容と通説化

このスメント報告は、学問の自由解釈に「根本的な変化」をもたらした。[39] たしかに、報告後の討論では、通説の法実証主義的立場から厳しい批判がなされたが、[40] のちに、シュティア－ゾムロー（Stier-Somlo）、ホルシュタイン（Holstein）、C・シュミット（Schmitt）、キツィンガー（Kitzinger）、E・R・フーバー（Huber）、ケットゲン（Kötgen）らが、そろってスメントの見解に同調し、学問の自由の制度的な理解を推し進めた。[41] なかでも、スメント報告の翌年（一九二八年）に刊行された論文「大学法・自治行政および教授の自由」において、すでに数多くの著作を通じて学界で名を成していたシュティア－ゾムローが、[42] 自治行政権を伴った学術団体（wissenschaftliche Korporation）としての大学の性格を強調していたことは、学問の自由から「大学の自治」を導出する最初期の見解として注目される。[43] 彼は、従来の通説を次のように批判する。たしかに、プロイセン一般ラント法の規定は、[44] 大学を国の営造物として捉える見解に親和的に読める。しかし、これらの規定は、中世において教会領域に属するとされた大学が、近代国家において世俗化されたことを意味するに過ぎず、法律解釈上の帰結をもたらすものではない、と。[45]

また、ホルシュタインは、スメントを引用しつつ、次のように述べる。[46] 教授の自由は、「個人のためではなく、何か客観的なるもののため、真理のために、そして、人権としてではなく、我々の国家的文化システムの構築原理として、存在する。したがって、それは個人的な特権でもなければ、身分的特権でもなく、事物〔に基づく〕特権（Sachprivileg）であって、これは特定の職務（Dienst）や内的心構えを義務付ける」。「教授の自由の権利は、二重のものを含んでいる。一つには、固有法則に基づいた学問の〈生〉の保障が含まれ、もう一つには、固有法則に基づいた学問の〈生〉に輪郭を与え、それを発展へと導く組織形態の保障が含まれている」。[47]

また、制度的保障論の宗家C・シュミットも、『憲法理論』（一九二八年）で、上述のスメント報告を参照しつつ、

学問の自由が制度的保障の類型に含まれることを論じ[48]、さらに、同理論を精緻化させた一九三一年の論文において、彼は、「[ヴァイマール憲法] 一四二条は、制度的保障（institutionelle Garantie）の手段によってのみ、スメントが述べたところの『大学の基本権』となりうる」と述べ、自身の理論をスメント理論と接合させている[49]。

このような中、かつてスメントを批判した通説の代表者たちも、自説を変更することとなった[50]。例えばアンシュッツは、自身のコンメンタールの改訂版で次のように述べ、「数年のうちに得られたコンセンサスを明らかにしている[51]」。ヴァイマール憲法一四二条は、「行政を法律に拘束させるだけでなく、法律それ自体をも拘束する」。「それは第一義的に制度的に、つまり、『制度的保障』として、解釈されなければならない。……一四二条一項は、個々人の主観的権利としてのみ教授の自由を保障・保護しようとするのではなく、それに加えて――そして特に――制度（*Einrichtung*）として、それを保障・保護しようとしている。この点でそれは、他の基本権条項と、とりわけ一〇二条・一〇四条・一〇五条で保障される司法の独立と、比較しうる[52]」（強調原文）。

もっとも、学問の自由の立法者拘束が認められるに至ったのちも、依然として、警察法などの一般法律が当然に学問の自由の限界を画すると解されていたことには、注意が必要である[53]。

㈢　小括――制度的理解の背景とその位置づけ

1　大学の自治の制度的保障論の形成過程

一九二七年のスメント報告[54]は、学問の自由が制度的性格を有することを指摘し、学問の自由理解に根本的な変化をもたらしたが、今日語られる「大学の自治の制度的保障」の理論がそこで生まれたと解するのは早計である[55]。

彼が国法学者大会において問題としたのは、プロテスタントの牧師と類似の、大学教員の「身分的特権」であり、そこで「核心思考（Kerngedanke）」として最も重要視されていたのは、「学問的〈生〉の固有法則性の承認[56]」であった。

たしかにスメントは、（非法学者のパウルゼンを引用して）学問の自由が「ドイツ大学の基本権」であると述べたが、これは、大学（という制度）それ自体が基本権の享有主体だという意図ではなく、学問の自由が、大学教員という特別な身分を有する市民に与えられた基本権であることを主張したものと理解すべきである。[57]「大学の自由（akademische Freiheit）の本来的問題は、大学行政と大学教員との関係のうちに存する」と論じていたことからもわかる通り、[58] スメントにとって重要だったのは、大学制度それ自体の憲法的保障ではなく、（国家的利益によって干渉されないという意味での）学問の固有法則性が保障されることであった。

スメントはあくまで、フンボルトの大学改革後の、観念論により特徴づけられるドイツの学問観と結びついたところの、――その価値（Wert）に裏付けられた――教授の自由を強調した。[59] 彼は、大学教員の《義務付けられた身分的特権》、《精神における独立性》を説いたのであり、そこで、大学の特定の制度形態を意図していたわけではなかったのである。

その後、シュミットが、制度的保障の理論を用いて――したがって、伝統的職業官僚制やゲマインデの自治行政といった制度と同様に――歴史的に特徴づけられたドイツ大学の制度形態を排除することが、立法者に対しても禁じられる、と論じた。[60] この点、スメント――および、同じくプロテスタントの教会法学者でもあったホルシュタイン[61]――が、学問の固有法則性の保障、言い換えれば学問的〈生〉の動態的保障を意図しているのに対して、シュミットの理論では、より静態的に、歴史的に形成された大学制度の保障が語られていることには、注意が必要である。[62]

また、大学の自治に関連して、シュミットは、「既存の学術的自治行政もまた、少なくともその基礎において、制度的保障に含まれ」ると述べる。[63] すでに、一九二五年に公刊された鑑定書において、ホルシュタインが、（ゲマインデの自治を保障する）ヴァイマール憲法一二七条により、ドイツの国家的〈生〉の根本要素としての自治行政の原理（*das* Selbstverwaltungsprinzip）が一般的に保障されたと解し、大学についても、その自治行政が当然に保障されると論

じていたが[64]、この点、シュミットは、自治行政そのものは原理（Prinzip）であって制度ではないと批判し、大学の自治はあくまで教授の自由（一四二条）の問題だとする。

もっとも、当時の大学の自治を巡る議論の主戦場は、憲法ではなく行政法であった。それは、大学の法的性質――国の営造物か、団体か――という論点で際立って争われたのである。この点、大学の法的性格に関する小著を、H・ゲルバー（Gerber）が、次の文章で始めていることが印象的である――「大学の法形態（Rechtsgestalt）の問題とは、大学の自治行政（akademische Selbstverwaltung）の問題である」[65]。後述するように、この議論のトポスは戦後も引き継がれることとなる。

2　特別権力関係――学術の中心にいる「不自由」な大学教員

また、ヴァイマール期の議論は、当時の大学が置かれた事情を理解せずには把握しえない。すなわち、上述の通り、プロイセン期からヴァイマール期にかけて、大学および（公務員たる）個々の大学教員は、国家の広範な指揮・監督に服していたのである。

とりわけ、第一報告を務めたローテンビューヒャーは、①大学教員が、学術研究の出版についていかなる公務員法上の制約にも服さないこと、②教育の方法や内容について、公務員として上司の命令に従う義務が存しないこと、そして、③教育内容を理由とした懲戒を受けず、裁判官と類似の事項的独立性を有すること、を主張した[66]。

このようなテーゼをあえて立てなければならなかったところに、ヴァイマール期の大学ならびに大学教員が置かれた特殊性が看取される。また、関連して、ヴァイマール後期の議論では、学問の自由（Wissenschaftsfreiheit）よりもはるかに頻繁に、教授の自由（Lehrfreiheit）について議論がなされていることが、注意されるべきである。アンシュッツやトーマの通説は、とりわけ、教授（Lehre）――すなわち、教壇における意見表明――を問題視し、そこでの公務員としての制約を論じた。このような背景のもとで、スメントが、意見表明の自由をテーマとした報告のな

かで、大学人の特権を主張したことの意義が理解されよう。教授の自由は、当時、意見表明の自由に関わる本質的なテーマの一つだったのである。

また、ヴァイマール後期の国法学者が、大学教員の学問の自由を集中的に論じたことには理由がある。というのも、彼らは、（学術研究の場として）本来、国家から最も自由であるべき〈大学〉という制度を、〈学問〉それ自体とほとんど同視することで、学問の自由とはすなわち、大学の自治行政が、国家との関係で制度として保障されることを意味する、と理解したためである。

3　戦後における制度的保障論の意義喪失？――基本権のプログラム性の克服

議論を理解するうえで、制度的保障論が、ヴァイマール期においてどのような意義を有していたかを確認することもまた、重要である。ゲラーマン（Gellermann）は、制度的保障が当時有した意義について、次のように説明する。[67]

「周知のように、制度保障の学説は、ヴァイマール期の議論へとさかのぼる。それは……、基本権の効力喪失ならびに立法者に対する『空転』に対抗しようとする努力の結果として、発展した。制度的保障は、立法者を基本権に拘束させるためのドグマーティクの道具として機能した。立法者の基本権への拘束は、それ以前の時代には考えられないものと捉えられていた」（傍点栗島）。

つまり、制度的保障の理論は、基本権の立法者拘束が貫徹していなかったヴァイマール憲法の下において、特別な意義を有したといえる。この点、戦後の憲法制定者は、基本権の空洞化の危険に極めて意識的であり、制度保障論といった解釈上の道具を用いなくとも、基本権が立法者を直接に拘束することを意図していた。[68] さらに、現行の基本法において、法律の留保とは「比例的な」法律の留保を意味するものと解されており、したがって、基本権に介入する

法律は常に比例性を満たすことが要求される。加えて、法領域全体を支配する価値決定としての基本権の性格が認識されることによって、学問の自由について、制度的保障の理論を採用することの意義は極めて疑わしくなったといえよう。[69]

四　基本法下の学問の自由――ヴァイマール期の遺産継承と独自の発展

ここまで、学問の自由の制度的理解が生まれた背景を考察してきた。ヴァイマール憲法が置かれた特殊な背景の下で成立した理論であるにもかかわらず、戦後の基本法下においても、しばらくの間、制度的保障の概念が引き継がれてきた。以下ではまず、戦後初期の大学再建および基本法における規定の変化につき瞥見したうえ（一）、そこでの議論の展開を見ていくことにする（二）。

（一）戦後の大学再建と基本法の学問の自由

1　大学の再建――フンボルト的大学の再興

まず、現実の大学制度に目を向けるならば、次のことが確認されよう。すなわち、ナチス期に大学が無力化され、政治に取り入れられてしまったことへの反省から、戦後初期には、大学の自治の徹底的な強化・確立が最大の課題とされた。それゆえ、大学の再建は、プロイセンの改革期ならびにパウル教会の伝統に基づいて行われ、[70]その際、「フンボルト的な伝統」が「再生」した。[71]すなわち、正教授による強固な自治に特徴づけられる古典的な大学が、戦後に再興したのである（いわゆる「正教授大学（Ordinarienuniversität）」）。

2　規定上の変化――自由権的側面の強調

そして、一九四九年の基本法では、学問の自由が、意見表明の自由・プレスの自由や検閲の禁止等（五条一項）と並ぶかたちで、五条三項に位置づけられ（「芸術ならびに学問、研究および教授は自由である。教授の自由は、憲法に対する忠誠を免除するものではない。」）、これにより、学問の自由の、自由権としての意義が明らかにされた。ヴァイマール憲法において、学問の自由は、第二編「ドイツ人の基本権及び基本義務」のうち、「個人」の章（第一章）ではなく、「教育および学校」の章（第四章）の冒頭に置かれており[72]、また、国による保護・奨励への関与まで言及されていたことから、基本法五条三項と比較して、「ヴァイマール憲法一四二条は、より強固な制度的関連を有していた」（BVerfGE 35, 79 [119]）ということができよう。

国による保護・奨励の文言が削除されたのには、二つの理由が考えられる。一つには、ヴァイマール憲法の挫折（＝基本権の空転）ならびに暫定的な法としての基本法の性格に鑑み、プログラム的な文言が排されたものと解される[73]。もう一つには、ヴァイマール憲法下において同条項が、国家による大学への干渉の根拠として理解された歴史に鑑み[74]、（文化・学問について州に権限を与えた）基本法には相応しくないと判断されたのであろう[75]。

そのほか、ヴァイマール憲法一四二条との文言上の相違としては、①（学問・教授に加えて）「研究」の文言が付加されたこと[76]、②第二文で教授の自由における憲法忠誠が規定されたこと[77]、が挙げられる。

(二)　基本法下の議論停滞と転換点としての「一九六八年」

このようにして、戦後の大学は「核心において健全」と評されるほどに再興を遂げ[78]、他方で規定上、基本法における学問の自由は、個人の自由権としての側面が強調されるに至った[79]。次に、基本法下における学説に目を向けるならば、制度的保障を支えたヴァイマール憲法下の固有の歴史的事情が失われたにもかかわらず[80]、戦後も制度的保障論は

継承されたことが注目される。

1　学問の自由をめぐる議論の停滞――一九六〇年代半ばまで

基本法が施行されてから二〇年近くのあいだ、学問の自由に関する憲法上の議論は、――忠誠条項に関するもの[81]を除けば――ヴァイマール期の遺産をほぼそのまま継承し[82]、ほとんど深められなかったと言ってよい[83]。たしかに、大学の法的性質論に関しては、ヴァイマール期から引き続き、比較的活発な議論がなされていたものの[84]、基本法五条三項の学問の自由の解釈については、（戦前の議論を引き合いに出して）「ドイツ大学の基本権」とか、大学の自治の「制度的保障」が語られたに過ぎず、理論が精緻化されることはなかった[85]。つまり、ヴァイマール期において形成された、《研究者の職能集団》という大学イメージを基礎にした理論は、戦後においても基本的に変わることがなかったのである。

例えば、戦後に初めて基本法五条三項の詳細な註釈を執筆し、一九五〇年代の学問の自由の議論において大きな影響力を有したケットゲン[86]は、学問の自由により保障されるのは「学問という自律的な事項領域（Sachbereich）」であり、そこでは「『学問』という事項の固有法則性」が尊重されねばならないと論じ、大学人としての《身分》と大学という《制度》の密接な関係性を説いた[87]。興味深い所説であるが、一九三三年に自身が著した『ドイツ大学法』――スメント＝ホルシュタインの学説を基に、それを展開した作品――とほぼ同趣旨であると言ってよい。また、W・ヴェーバー（Weber）、H・ゲルバーが、それぞれ一九五二年、五三年に、大学法に関する小著を出版しているが[88]、これらもまた、基本的に、新しい学説展開を示したものではない。

判例の動向はどうか。連邦憲法裁判所は、一九六三年になって、学問の自由に関する初めての重要な決定を下している。そこで裁判所は、大学およびその学部は国家組織の一部ではあるが、学問・研究および教授において自由であり、ゆえに自身の基本権を主張し、憲法異議申立をすることが認められると判示した[89]。もっとも、本決定において裁

判所は、いわゆる「大学の基本権」ないし制度的保障の議論の当否という、根本的な問題について判断を下すことを回避し、[90] 上述のホルシュタインの所説を引用しつつ、教授招聘決定における国家と大学の「協働(Zusammenwirken)」を強調したのみである。[91] この通り、判例上もまた、学問の自由の制度的保障に関する議論の大きな発展は見られなかった。

戦後初期の議論停滞の最大の原因として、ヴァイマール期に学問の自由を論じた学者が、戦後も同様の議論を展開したという人的要因が挙げられる。[92] さらに、戦後の大学が、ナチス期の反省から、[93] フンボルト的・古典的なドイツ大学へと首尾よく回帰したため、学問の自由に関する新たな問題状況が生じなかったという（ある意味で幸運な）外的要因もあったと思われる。

2　議論の活性化・学問の自由の「再人格化」——学生の大学参加をめぐって

このような状況が変化したのは、一九六〇年代後半になってからのことであった。上述の通り、基本法の下においても、学説の多くは依然として、団体としての大学の自治、そして、その制度的保障を説いてきた。しかし、一九五〇－六〇年代にかけて、大学の学生数は飛躍的に増大し、大学と社会の関係は劇的に変化する。大学はもはや、限られたエリートのための学術研究組織ではなくなった。そして、学生運動は激しさを増し、大学運営への学生・助手の参加の機運が高まった。

このような中、「大学の自治」の固有の価値を疑わなかった従来の議論が、大学教員の自由を制約する方向で、——いわば「ブーメラン」として[94]——跳ね返ってくることとなった。[95]

議論の方向転換の端緒となったのは、学生運動が頂点に達した一九六八年にボーフムで開催された国法学者大会であった。第一報告を務めたルップ（Rupp）は、それまでの基本権解釈史を次のように振り返る。ヴァイマール期における基本権一般の《脱個人化（Entindividualisierung）》（スメント）を経て、戦後は、個人権としての基本権理解が幅

を利かせるようになった。しかし、基本権の制度的意義が「再発見」され、いまや「自由を保護する制度的側面と併せて主観的権利としての側面をも考慮・肯定する、均衡のとれた基本権理解」が認められてきた、と。[96] そのうえで、学問の自由につき次のように述べる。[97]

「学問の自由は、国家に対する基本権的関係だけでなく、幅広く、自由な発展のための保護された領域（Sphäre）の存在を前提としている。ゆえに、大学が学術研究と教授の場所（Stätte）であろうとするならば、それは、構成された自由の体系（System verfaßter Freiheit）として構築されなければならず、学術的研究と教授の〈生〉の律動（Lebensrhythmus）から常に目を離さないようにしなければならない」。

学問の自由の制度的理解は、「受け継いできた大学という制度の保障というよりは、構成された学問の自由の保障として理解されるべきであって、ゆえにこれは、公法上の制度にのみ妥当するわけではない」。「学問の自由の制度的保障は、単に、受け継がれてきた大学という制度の保障を指すわけではないため、制度的なる概念は、その誤解され易さと多義性ゆえ、完全に放棄して、他のより適した概念で代用したほうがよいかもしれない」。

ここまでの内容を見ると、上述のスメントあるいはケットゲンの学説と近いように思えるかもしれない。しかし彼はあくまで、学術研究および教授における「人格の自律（Autonomie der Persönlichkeit）」が中心にあることを説き、[98] 制度的理解が陥る誤りを次のように指摘する。[99]

「学問の自由が、学問という『事物（Sache）』それ自体と結び付いており、大学が、学問の精神の、いわば世俗世界を超越した荘厳の場として、脱人格化された（apersonal）自由と自律を伴うものとして理解される」とすれば、それは誤りである。「そうではなく、学問は常に人間によって営まれている」。それゆえ、大学という制度の法的な自律を、制度それ自体に認められた

学問の自由から直接に導き出すことは、大学行政内部における学問の自由の保障を実現しえないため、問題である。

学生参加の問題を面前にして、大学の自治はこのように相対化されるに至る。第二報告を務めたゲック（Geck）も、次のように述べる。[100]

学生の大学運営への参加の可否という「我々の問いにおいては、制度的保障ではなく、個人の基本権を出発点としなければならない。というのも、制度的保障は、大学全体を、外部の諸権力から保護するものだからである」。制度的側面の特別な強調は、ヴァイマール憲法の全く異なった前提において展開されたのである。「結局のところ、抽象的な研究・教授それ自体は自由となりえず、研究者および教員のみが、自由でありうる。彼（女）らの自由なくして、制度の自由は不可能である」。

そして、W・ヴェーバーは、報告後の議論で次のように述べる。一九四八年から翌年にかけて、国家・政治の影響からの大学の自律を確立しようとする時代があった。その影響で、今日では、この自治がある種の「固有の価値（Selbstwert）」としてみなされるようになり、その結果、大学制度に関わるあらゆる人々が、自治を主張しうるようになってしまった。しかし、ここにきて我々は、学問の自由の「真正の基本権としての性格」を強調するに至った。その際、この基本権における制度的なるものは、むしろ付属的・補充的な性格を持つものと解すべきである、と。[101]

このようにして、もっぱら制度的に理解されてきた学問の自由は、再び、学問を営む個人（ないしその人格）に結び付けて理解されるに至った。このことを、H・P・イプセン（Ipsen）は、「再人格化（Repersonalisierung）」と呼称し、[102] ここに、再び議論の転換が見られるのである。[103]

五　まとめにかえて――日本への示唆と今後の課題

本稿では、大学の自治の制度的保障論の母国として参照されるドイツでは、一九六〇年代後半以降、学問の自由が第一義的に個人の基本権として理解され、その制度的な支えの一つとして、大学の自治が理解されていることを示した。紙面の都合上、本稿では、学生運動を契機に学問の自由解釈の方向性が転換したことを指摘するに留まったが、ここでの議論が、その後の判例・学説の出発点となっていると言える。この点の検討ならびに理論の精緻な分析については、今後の課題としたい。

学問の自由は、第一義的に国家からの介入に対する防御を内実としている。その実効的保障のためには、伝統的に「学術の中心」[104]とされてきた大学という〈場（Forum）〉に、国家介入を認めないことが保障されねばならない（＝大学の自治）。しかし、この「目的手段関係」[105]が逆転してはならない。あくまで、個人の自由な学問営為を可能とすることが学問の自由の要請であることからすれば、国家からの介入のみならず、大学内部における自由な学問営為という観点も加えて、学問の自由を捉えなおすことが必要となろう。

私見では、大学の自治＝制度的保障のドグマに過度にとらわれず、まずは、学問の自由を第一義的に、（国家の介入を防御する）個人の基本権として理解したうえで、それを支える客観法的保障について広く捉えていくことが有益だと考えられる。学問の自由が要請するのは何より、自由な学問営為に適合的な制度を構築することであって、国家から大学を独立させることは、そのための一手段に過ぎない。

現在では、大学の自治が、〈教員団（faculty）の自治〉と〈管理者（manager）の自治〉という二種を含みうる概念であり、学問の自由にとってアンビヴァレントな存在であるという認識が、日本でも広く共有されるに至っている。[106]

この点、ドイツにおいても、近時の大学改革を通じて、「新しい自律（neue Autonomie）」という名のもとで、学問の自由が危険に晒されていることが注目に値する。[107]「大学の自治」あるいは「大学の自主性・自律性」の尊重について、これを国家による介入の否定と捉えて、手放しで喜ぶことはもはやできない状況にある。

われわれは、学問の自由の意義――とりわけ、そこでの国家の義務――について、いま一度見直す時期に来ているように思われるが、本稿は、そのための土台となる歴史的考察を行うに留まった。詳細について論じることは今後の課題としたい。

（1）「制度的保障」の概念について――①Einrichtungsgarantie（＝広義の制度保障）には、②（Rechts-）Institutsgarantie（＝私法上の法制度保障）と③institutionelle Garantie（＝公法上の制度の保障）の二者が含まれるところ、本稿では、特に断りのない限り、①を「制度保障」と訳し、③については「制度的保障」と直訳する（「制度的理解」の概念については、後掲注（10））。

たしかに、③にいう制度は「保障の対象物そのもの」であるから、「制度的保障」という訳はミスリーディングである――つまり、制度が保障の「対象物」としてではなく、保障「方法」として捉えられてしまう――との指摘はその通りであるが（参照、赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』〔信山社、二〇〇八年〕一八四頁以下）、これは何も翻訳の問題ではなく原語の問題だと考えられるため、本稿では、人口に膾炙した「制度的保障」の語を用いる（この点、同様の問題意識からドイツでinstitutionelle Garantieに代わりInstitutionsgarantieの語を提唱するものとして、*Gunther Abel*, Die Bedeutung der Lehre von den Einrichtungsgarantien für die Auslegung des Bonner Grundgesetzes, 1964, S. 87）。

制度的保障論に関する邦語文献は枚挙に暇がないが、右の文献のほか、ここでは比較的近時のものを挙げるにとどめる。参照、戸波江二「制度的保障の理論について」筑波法政七号（一九八四年）六六頁以下、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、一九九一年）一四七頁以下、石川健治『自由と特権の距離〔増補版〕』（日本評論社、二〇〇七年）、小山剛「権利の保障と制度の保障」同＝駒村圭吾編『論点探究憲法〔第二版〕』（弘文堂、二〇一三年）四六頁以下。

（2）この点、ドイツ連邦共和国基本法制定のための議会において、ベルクシュトレッサーが、表現の自由は大学領域にも及ぶ

ため、学問の自由の規定は不要であり、削除すべきだと説いたことが想起される。Abg. *Ludwig Bergsträsser*, 3. Sitz. GSA v. 21.9.1948, in: Deutscher Bundestag/Bundesarchiv (Hrsg.), Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Bd. 5/1, 1993, S. 54 f.

（3）　安西文雄ほか『憲法学読本〔第二版〕』（有斐閣、二〇一四年）一六六頁［宍戸常寿執筆］。

（4）　常本照樹「大学の自治と学問の自由の現代的課題」公法研究六八号（二〇〇六年）五頁。さらに、近時の大学改革につき、山元一「大学の自治」小山＝駒村編・前掲注（1）一九八頁以下、中村睦男「国立大学の法人化と大学の自治」北海学園大学法学研究四三巻三＝四号（二〇〇八年）五二三頁以下、松田浩「大学の『自治』と『決定』――学校教育法及び国立大学法人法の一部を改正する法律」法学教室四一三号（二〇一五年）四九頁以下。学問の自由をめぐるフランスの議論については、堀口悟郎「『教授会自治』と『教授の独立』」法学政治学論究一〇三号（二〇一四年）三五頁以下、ドイツの議論については、拙稿「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』の憲法適合性をめぐって」法学政治学論究一〇三号（二〇一四年）二三三頁以下、同「トップダウン型の大学構造改革と学問の自由――ハノーファー医科大学決定」自治研究九一巻七号（二〇一五年）一四五頁以下の参照を乞う。

（5）　奥平康弘『憲法Ⅲ――憲法が保障する権利』（有斐閣、一九九三年）二〇五頁。奥平の思考の背景にある、憲法判断と憲法政策論の区別および彼の「制度」観念につき、西原博史「憲法上の権利と制度との関係をめぐって」長谷部恭男＝中島徹編『憲法の理論を求めて――奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、二〇〇九年）二〇一頁以下。

（6）　この点、大学の自治が現在直面する問題は、警察権力との関係という古典的争点だけでなく、大学設置主体との関係での対応も迫られていることが、すでに教科書でも指摘されるようになっている。毛利透ほか『Legal Quest憲法Ⅱ人権』（有斐閣、二〇一三年）一七五頁［毛利透執筆］。

（7）　参照、*Udo Di Fabio*, Verwaltung und Verwaltungsrecht zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und staatlicher Steuerung, VVDStRL 56 (1997), S. 235 (249).

（8）　もっとも我が国では、内閣総理大臣によって、国立大学の入学式や卒業式での国旗掲揚や国歌斉唱が「正しく実施されるべき」とされるなど（参照、『朝日新聞』二〇一五年四月一〇日朝刊二面）、《対国家性》を重視する「大学の自治」コンセプトの意義が失われるには程遠い状況にあることも事実であることは、指摘しておかなければならない。

（9）　もっとも、行政法学ではかねてより、大学の組織に関する研究が行われてきている。徳本広孝『学問・試験と行政法学』（弘文堂、二〇一一年）第一・二章およびそこに掲げられた文献を参照。また、大学教員任期法の制定（一九九八年）、京都

大学井上教授事件（大阪高判平成一七年一二月二八日判時一九三二号一七一頁）や種々の法改正を経て、憲法学でも議論が活性化している。参照、前掲注（4）。

（10）本稿において、「制度的保障」（参照、前掲注（1））と異なる、（学問の自由の）「制度的理解（institutionelles Verständnis）」の語を用いるのは、後述のスメント、ホルシュタイン、ケットゲンらによって論じられた制度的理解は、学問の自由を制度的保障として捉える（典型的にはシュミットの）学説とはやや趣旨を異にすると考えるためである。もっとも、制度的保障論にしろ、制度的理解にしろ、学問の自由を単なる個人の自由権としては捉えない点で共通しており、その意味で、シュミットの制度的保障論も、広義の制度的理解に含まれる。さらに参照、後掲注（62）。

（11）ドイツの大学は、歴史的にみて三つの段階に分けられる。まず、中世の大学は、経済的には独立していたものの、精神面で教会と密接に結びつき、一種の職能団体として組織されていた。その後、絶対主義の時代に入り、大学は国家の組織となる。これにより教会による拘束は弱まったものの、代わりに経済的自立を広範に失うこととなった。そして、一九世紀に入り、ベルリン大学創設に始まる近代のドイツ大学が誕生した。参照、*Thomas Oppermann*, Selbstverwaltung und staatliche Verwaltung, in: Ch. Flämig（Hrsg.）, HdbWissR, Bd. 1, 2. Aufl. 1996, S. 1009（1015）. もっとも近時、歴史家のパレチェク（Paletschek）が、《フンボルト理念は一九一〇年代に創り出された「神話」である》との説を唱え、世界中で盛んな論議を生んでいる。参照、潮木守一『フンボルト理念の終焉？』（東信堂、二〇〇八年）一九三頁以下。

（12）参照、高柳信一『学問の自由』（岩波書店、一九八一年）一三頁以下、國分典子「ゲッティンゲン七教授事件と天皇機関説事件」法学研究六八巻二号（一九九五年）三五九頁以下。

（13）*Klaus Stern*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IV/2, 2011, S. 726.

（14）学問の自由規定には、一八三一年ベルギー憲法一七条（＝「教育（enseignement）は自由である」）からの影響がしばしば指摘されるが（例えば *Rudolf Smend*, Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4［1928］, S. 44［57］）、アンシュッツは、ベルギーの特殊事情ゆえに、ドイツの模範となりえなかったと述べる。*Gerhard Anschütz*, Die Verfassungs-Urkunde für den Preußischen Staat, Bd. I, 1912, S. 364 ff. また、シュテルンは学問の自由を「真正のドイツ基本権（genuin deutsches Grundrecht）」だとする。*Stern*（Fn. 13）, S. 724.

（15）一八四八年のプロイセン欽定憲法では、一七条に同文言の条文が置かれていた。

（16）*Werner Weber*, Neue Aspekte der Freiheit von Forschung und Lehre, in: FS für Wilhelm Felgentraeger, 1969, S. 225（ebd.）.

(17) もっとも、このような文言の変化にもかかわらず、一九一九年二月から七月にかけて新憲法制定のため開催された国民議会では、学問の自由に関する議論がほとんど行われなかったとされる。*Henning Zwirner*, Zum Grundrecht der Wissenschaftsfreiheit, AöR 98 (1973), S. 313 (327).

(18) 参照、*Anschütz* (Fn. 14), S. 96 f., 369 ff.

(19) *Gerhard Anschütz*, Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, 1. Aufl. 1921, S. 228.

(20) 参照、*Michael Kloepfer*, Einrichtungsgarantien, in: D. Merten/H.-J. Papier (Hrsg.), HGR, Bd. II, 2006, § 43 Rn. 3 f.; *Michael Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. III, 1999, S. 110.

(21) これに対し、トリーペル（Triepel）らの有力な異論があったが、一般に、立法者が基本権に拘束されるという考えは、ヴァイマールの末期に至るまで学説上支配的な見解となることもなければ、確立した判例となることもなかった。参照、ライナー・ヴァール（小山剛監訳）『憲法の優位』（慶應義塾大学法学研究会、二〇一二年）一七四頁以下、畑尻剛『憲法裁判研究序説』（尚学社、一九八八年）第二章、宇都宮純一『憲法裁判権の動態』（弘文堂、二〇〇五年）六二頁以下。

(22) *Richard Thoma*, Grundrechte und Polizeigewalt (1925), in: *ders.* (hrsg. von H. Dreier), Rechtsstaat – Demokratie – Grundrechte, 2008, S. 130 (155). アンシュッツも、公務員としての義務や制約から、大学教員が免除されないことを強調する。*Anschütz* (Fn. 19), S. 228.

(23) 参照、*Arnold Köttgen*, Deutsches Universitätsrecht, 1933, S. 198.

(24) *Walter Jellinek*, Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1931, S. 521. もっとも同書も、大学が他の学校に比べれば自由な地位にあることを認め、大学の自治や教授・学習の自由を一応、承認している。

(25) *Fritz Stier-Somlo*, Universitätsrecht, Selbstverwaltung und Lehrfreiheit, in: AöR N.F. 15 (1928), S. 360 (374 f.).

(26) プロイセン一般ラント法・第二部第一二章（下等・高等学校について）――一条：「学校ならびに大学は、国家による機関（Veranstaltung）であり、若者に有益な知識と学問を教育することを目的とする。」、二条：「かかる営造物（Anstalten）は、国家が前もって承知し、その認可を得る場合にのみ設立されうる。」、六七条：「大学は、特権的団体（privilegirte Corporationen）のあらゆる権利を有する。」、六八条：「大学の内部構造、および、団体の事項（gemeinschaftliche Angelegenheiten）の処理・管理に関して大学理事会（academischer Senat）およびその統轄者（Vorsteher）が有する諸権利は、特権

ならびに国家により認可された個々の大学の学則（Statute）により、定められる。」

(27) 例えば、*Georg Meyer/Gerhard Anschütz,* Lehrbuch des Deutschen Staatsrechts, 7. Aufl. 1919, S. 825 は、一七世紀以降、「大学の団体的構造（korporative Verfassung）が衰弱し、国の営造物としての性格を持つようになった」としながらも、「依然として、他の教育営造物に比べて、団体としての高い独立性を維持している」とする。さらに参照、*Otto Mayer,* Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. 2, 3. Aufl. 1924, S. 338.

(28) その指摘として、*Wolfgang Kahl,* Hochschule und Staat, 2004, S. 51 f. 国家による取り締まりの背景には、ヴァイマール憲法が置かれた不安定な社会状況と、急進的な右派・左派の鋭い対立があったものと思われる。学問の自由弾圧の主要な事件について興味深い資料を提供するものとして、*Ernst Rudolf Huber,* Die deutsche Verfassungsgeschichte, Bd. VI, 1981, S. 990 ff.（＝右派弾圧）, 993 ff.（＝左派弾圧）。さらに、*Christoph Gusy,* Die Weimarer Verfassung, 1997, S. 339 Fn. 46.

(29) 参照、*Zwirner* (Fn. 17), S. 328 f.

(30) *Smend* (Fn. 14), S. 56.

(31) Ebenda.

(32) *Smend* (Fn. 14), S. 57. パウルゼンは、教育学者で哲学者。「ドイツ大学の基本権」の言葉は、一八九八年三月に公刊された彼の講演のなかに見られる。*Friedrich Paulsen,* Die akademische Lehrfreiheit und ihre Grenzen (1898), in: *ders.,* Gesammelte pädagogische Abhandlungen, 1912, S. 199. パウルゼンの大学論につき、石川・前掲注（1）一一四頁以下。

(33) *Smend* (Fn. 14), S. 59. それに続いて、学問の自由条項が大学に妥当すべきことは、ドイツ観念主義の遺産として、パウル教会においてすでに当たり前であったと論じている。もっとも、「この条項の意義は、その立案審議に参加した人々の思想・思惑が区々であったために、必ずしも明確一義的であるわけではなかったようである」との指摘もある。高柳・前掲注（12）一六頁。

(34) *Smend* (Fn. 14), S. 64.

(35) Ebenda. それゆえ、ヴァイマール憲法において、学問の自由条項を、思想史的に関連のある自由権から分離させ、公的制度に関わる第四章（教育および学校）の冒頭に置いたことは、適切であったとされる（*Köttgen*［Fn. 23］, S. 109 f. も同旨）。

(36) Ebenda.

(37) *Smend* (Fn. 14), S. 71.

(38) *Smend* (Fn. 14), S. 73.

(39) *Ernst Friesenhahn*, Staatsrechtler und Verfassung, 1950, S. 10 f.; *Kahl* (Fn. 28), S. 49.

(40) 例えばアンシュッツは、「基本権の過大評価」が再び生じていると批判し（*Gerhard Anschütz*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 4 [1928], S. 74 [75]）、トーマは、スメントの議論を「日曜日の思考」として批判した（*Richard Thoma*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 4 [1928], S. 85 [86]）。これに対してトリーペルは、「これまで基本権が過少に評価されてきたとも言えるのではないか」と再反論する。*Heinrich Triepel*, Diskussionsbeitrag, VVDStRL 4 (1928), S. 89 ff.

(41) *Stier-Somlo* (Fn. 25), S. 383 ff.; *Günter Holstein*, Hochschule und Staat, in: M. Doeberl u.a. (Hrsg.), Das akademische Deutschland, Bd. 3, 1930, S. 127 ff.; *Friedrich Kitzinger*, Die Freiheit der Wissenschaft und der Kunst, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. II, 1930, S. 449 (465 f.); *Ernst Rudolf Huber*, Bedeutungswandel der Grundrechte, in: AöR N.F. 23 (1933), S. 1 (68 ff.); *Kötgen* (Fn. 23), S. 6, 110.

(42) シュティアーゾムローは、アンシュッツ、トーマとともに、一九二二年に結成されたドイツ国法学者大会の最初の幹部を務めた。*Stolleis* (Fn. 20), S. 187.

(43) *Stier-Somlo* (Fn. 25), S. 375 ff. フェーリングは、大学の自治の制度的な保護のコンセプトが、――もちろん、制度的保障の言葉は出てきていないが――一九二八年の同論文に遡る可能性を示唆する。*Michael Fehling*, in: R. Dolzer u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaft), Rn. 30 Fn. 114 Fn. 144 (Stand: 2004)。

(44) 規定につき参照、前掲注（26）。営造物説の立場からは、とりわけ一・二条が強調される。

(45) ホルシュタインやケットゲンも、混合的性格を説く理論に強い批判を加え、自治権を有する公法上の団体としての性格を強調した。*Holstein* (Fn. 41), S. 130; *Kötgen* (Fn. 23), S. 33 ff., insbes. 44. 大学史につき参照、前掲注（11）。

(46) *Holstein* (Fn. 41), S. 133.

(47) *Holstein* (Fn. 41), S. 137 ff. 本論文は、一九二八年に単著として出版されていたようであり、シュティアーゾムローやシュミットの文献にその旨の出典が見られるが、その存在を現在、確認することはできない。また、ホルシュタインは既に一九二五年の時点で、大学の自治を論じていたのだが、この点については後述する。

(48) *Carl Schmitt*, Verfassungslehre, 1928, S. 170 ff.

(49) *Carl Schmitt*, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931) in: *ders.*, Verfassungsrechtliche

Aufsätze aus den Jahren 1924–1954, 1958, S. 140 (151).

(50) *Richard Thoma,* Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Sätze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen (1929), in: *ders.* (Fn. 22), S. 173 (198 insbes. bei Fn. 21). やらに参照、*dens.*, Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer, 1952, S. 8.

(51) *Weber* (Fn. 16), S. 227.

(52) *Gerhard Anschütz,* Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl. 1932, S. 660, 662.

(53) *Anschütz* (Fn. 52), S. 660. やらに参照、*Karl Rothenbücher,* Das Recht der freien Meinungsäußerung, VVDStRL 4 (1928), S. 6 (37).

(54) スメントの学問の自由解釈の背景にある国家観・憲法観・基本権理解につき、西原博史「統合と自由」早稲田社会科学研究四七号（一九九三年）一頁以下、三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』（信山社、二〇一一年）一〇〇頁以下。

(55) *Bernhard Schlink,* Das Grundgesetz und die Wissenschaftsfreiheit, Der Staat 10 (1971), S. 244 (266); *Fehling* (Fn. 43), Rn. 12; *Stern* (Fn. 13), S. 731.

(56) *Smend* (Fn. 14), S. 61.

(57) 参照、*Werner Weber,* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 27 (1969), S. 194 f.

(58) *Smend* (Fn. 14), S. 66 f.

(59) スメントは、大学における教授の自由につき、ドイツ観念論に依拠して、「新しい精神的〈生〉の、倫理的に必要不可欠な形態であり、精神的〈生〉の最高級の形式である」と述べ、ヴァイマール憲法一四二条により「保護される法益は、ドイツ観念論の意味での研究・教授の自由である」とする。*Smend* (Fn. 14), S. 60, 73 (Leitsatz 3. b)). やらに参照、後掲注(62)。

(60) *Carl Schmitt,* Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: *ders.* (Fn. 49), S. 181 (214). また、石川・前掲注（1）一二一頁。

(61) 参照、三宅・前掲注（54）五四頁注（105）、ホルシュタイン学説につきさらに、日比野勤「実質的憲法理論の形成と統合理論（一）」国家学会雑誌九九巻九・一〇号（一九八六年）二三三頁。

(62) この点、西原は次のように述べる。シュミットと同様、「歴史的な由来と現状は……スメントにも大きな意味を持つ」が、

精神科学的方法と結びつき、「保障される制度の輪郭は、彼の場合は価値づけを行う視点から出てくる」。西原・前掲注（54）一一頁。また、スメント＝ホルシュタイン学説に強く影響を受けたケットゲンが、学問の自由条項は、学問という自律的領域の承認を企図しており、大学は間接的に保障されるに過ぎないと述べ、（ゲマインデの自治とのパラレルを論じる）シュミットを批判しているのは興味深い。*Köttgen* (Fn. 23), S. 110 Fn. 1.

(63) *Schmitt* (Fn. 49), S. 152.

(64) *Günther Holstein*, in: F. Curschmann/ders./H. Triepel, Stiftungsvermögen und Selbstverwaltungsrecht der Universität Greifswald, 1925, S. 17 (37 ff.).

(65) *Hans Gerber*, Die Rechtsgestalt der Universität im Zusammenhang des staatlichen Lebens, 1933（強調原文）。さらに参照、前掲注（45）。

(66) *Rothenbücher* (Fn. 53), S. 37 f.

(67) *Martin Gellermann*, Grundrechte im einfachgesetzlichen Gewande, 2000, S. 114.

(68) 参照、基本法一条三項（＝「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権および裁判を拘束する。」）、同一九条二項（＝「いかなる場合でも、基本権はその本質的内実において侵害されてはならない。」）。

(69) 参照、*Hans Klein*, Gedanken über neuere Entwicklungen im Hochschulrecht, AöR, Bd. 90 (1965), S. 129 (135 f.); *Hans-Heinrich Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Forschung und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 275 f.; *Kay Waechter*, Einrichtungsgarantien als dogmatische Fossilien, Die Verwaltung 29, 1996, S. 47 (49); *Ute Mager*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), HdbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 27.

(70) *Trute* (Fn. 69), S. 44.

(71) *Helmut Schelsky*, Einsamkeit und Freiheit, 1963, S. 179（邦訳として、ヘルムート・シェルスキー〔田中昭徳ほか訳〕『大学の孤独と自由』〔未來社、一九七〇年〕一八〇頁）。

(72) 参照、前掲注（35）。

(73) *Mager* (Fn. 69), Rn. 6.

(74) *Kahl* (Fn. 28), S. 51. もっとも、ヴァイマール憲法において、この文言が「独自の意義を持たない」と評価するものもあった（*Anschütz* [Fn. 52], S. 665; *Kitzinger* [Fn. 41], S. 449 Fn. 2.）。

(75) *Trute* (Fn. 69), S. 41.

(76) これによって、研究と教授の統一というフンボルト理念を表現したとか（*Arnold Köttgen,* Die Freiheit der Wissenschaft und die Selbstverwaltung der Universität, in: F. L. Neumann u.a. [Hrsg.], Die Grundrechte, Bd. II, 1954, S. 291 [296]; *Stern* [Fn. 13], S. 734）、現代の自然科学の発展によって、研究そのものの危険性と並んで保護の必要性が認識されるようになったためであるとも言われる（*Mager* [Fn. 69], Rn. 6）。いずれにせよ、「学問」に続く「研究および教授」の文言は保護領域を拡張するものではなく、単に、上位概念の「学問」の内容を説明するものと解されており（BVerfGE 35, 79 [113]; *Rupert Scholz,* in: T. Maunz/M. Dürig (Hrsg.), GG-Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 9, 81, 85 [Stand: 1977] など通説）、実質的に考えても、研究は学問の最も根本的な要素であるから、条文に「研究」の文言を加えたことによって解釈上の差異が生じるとは考えがたい。

(77) 学問の自由に関して、基本法制定にあたり最も問題となったのは、忠誠条項（Treueklausel）であった。この点に関する邦語文献として、宮沢俊義『法律学における学説』（有斐閣、一九六八年）一七七頁以下、石村修『憲法の保障』（尚学社、一九八七年）一五六頁以下。このような制約はすでに「教授（Lehre）」概念に内在的であり、本条項によって、学問に対するなんらかの付加的な制約が規範化されているわけではないとも言われるが、いまなお、宣言的・警告的意義（闘う民主制）を有するものと解される。*Klaus Stern,* Die Verfassungstreueklausel des Art. 5 Abs. 3 Satz 2 GG – Keine obsolete Rechtsnorm, in: FS für Udo Steiner, 2009, S. 842 (853).

(78) *Schelsky* (Fn. 71), S. 179（邦訳・一八〇頁）。

(79) もっとも基本法下においては、文化高権を有する州が、個々の憲法において大学の自治を保障している例が少なくない。例えば、一九四六年のバイエルン州憲法一三八条二項は次のように規定する：「大学は、自治の権利を有する。学生は、彼らの事項が問題となる限りで、参加するものとする」（なお当該規定の背景に、ナチス期における大学の自治の破壊があったことの指摘として、*Hans Nawiasky/Claus Leusser,* Die Verfassung des Freistaates Bayern, 1948, S. 218）。また、一九五〇年のノルトライン–ヴェストファーレン州憲法一六条一項によれば、大学は「国家による監督は別として、法律ならびに国家から承認された学則（Satzungen）の枠内で、その特別な地位に応じた自治への権利を有する」。さらに、州（およびゲマインデ）の学問促進への義務に言及する憲法も少なくない（バイエルン州憲法一四〇条、ノルトライン–ヴェストファーレン州憲法一八条一項など）。

（80）　*Hans Heinrich Rupp,* Die Stellung der Studenten in der Universität, in: VVDStRL 27 (1969), S. 113 (115). もっとも、基本権のプログラム規定としての理解が克服されただけであって、ゲマインデ（基本法二八条二項）や職業官吏制（基本法三三条五項）等の他の制度的保障については、別途、議論をする余地が残されている。*Klein* (Fn. 69), S. 137.

（81）　例えば、戦後、比較的初期の重要な文献である *Friesenhahn* (Fn. 39); *Thoma,* Lehrfreiheit (Fn. 50) は、多くの頁を忠誠条項の解釈に割いている。

（82）　W・ヴェーバーは、「ヴァイマール憲法一四二条の直接的継承」と描写する。*Weber* (Fn. 16), S. 229.

（83）　*Zwirner* (Fn. 17), S. 335 f.; *Kahl* (Fn. 28), S. 66.

（84）　代表的文献として、*Hans J. Wolff,* Die Rechtsgestalt der Universität, 1956. さらに詳しくは、*Kahl* (Fn. 28), S. 74 ff.; 徳本・前掲注（9）三－四頁。

（85）　戦後初期の代表的な教科書の記述として、*Theodor Maunz,* Deutsches Staatsrecht, 1951, S. 89; *Hermann v. Mangoldt,* Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 68 を参照。

（86）　ケットゲンは、スメントの後継者としてゲッティンゲン大学の正教授となった人物であり、戦前の行政学教科書（初版：一九三六年）は、当時の法実証主義を克服した作品として知られる。ケットゲンの法的思考は、「並はずれて社会的・政治的事実に自覚的であった」とされる（*Peter Badura,* Nachruf: Arnold Köttgen, JZ 1967, 419 [420]）。さらに参照、三宅・前掲注（54）二三七頁以下。

（87）　*Köttgen* (Fn. 76), S. 299, 304; *ders.,* Das Grundrecht der deutschen Universität, 1959, S. 18. ケットゲンは、代表的な制度的保障論者の一人であるが、シュミットとは異なり、基本権と制度的保障の峻別を否定する。*Köttgen,* a.a.O., S. 21. 彼にとって、《学問（事項領域）－大学（制度）－大学人（身分）》の連環は密接不可分であって、ゆえに、学問の自由が必然的に客観化され、制度へと組み込まれる構造となっている。参照、*Weber* (Fn. 16), S. 228 f. さらに参照、三宅雄彦「職業官僚制における制度と身分」新潟大学法政理論三九巻四号（二〇〇七年）三四二―四三頁。

（88）　*Werner Weber,* Die Rechtsstellung des deutschen Hochschullehrers, 1952; *Hans Gerber,* Hochschule und Staat, 1953. 両者ともに、基本法五条三項には、個人の研究・教授の自由と並んで、大学の自治が必然的に含まれると解している。

（89）　BVerfGE 15, 256 (262).

（90）　BVerfGE 15, 256 (264).

(91) BVerfGE 15, 256 (265).

(92) *Kahl* (Fn. 28), S. 67 f. Fn. 402; *Zwirner* (Fn. 17), S. 335 f.

(93) ナチス期における大学の自治の凋落につき、*Kahl* (Fn. 28), S. 56 ff.

(94) *Weber* (Fn. 57), S. 194.

(95) 参照、*Zwirner* (Fn. 17), S. 336. 従来の団体論的・制度的な議論に依ると、団体の構成員たる学生も、教員と同等の共同決定権を有するという結論に至る、というジレンマに陥るのである。*Rupp* (Fn. 80), S. 128.

(96) *Rupp* (Fn. 80), S. 117.

(97) *Rupp* (Fn. 80), S. 119, 120 f.

(98) *Rupp* (Fn. 80), S. 124.

(99) *Rupp* (Fn. 80), S. 129.

(100) *Wilhelm Karl Geck,* Die Stellung der Studenten in der Universität, in: VVDStRL 27 (1969), S. 143 (160). 強調は原文。

(101) *Weber* (Fn. 57), 193 f.

(102) *Hans Peter Ipsen,* Diskussionsbeitrag, VVDStRL 27 (1969), S. 198 (199).

(103) *Zwirner* (Fn. 17), S. 336 f.; *Walter Schmitt Glaeser,* Die Freiheit der Forschung, WissR 7 (1974), S. 107 (125).

(104) 参照、教育基本法七条一項、学校教育法八三条一項。

(105) 山元・前掲注（4）二〇六頁。

(106) 蟻川恒正「国立大学法人論」ジュリスト一二二二号（二〇〇二年）六〇頁以下。さらに、松田浩「『大学の自律』と『教授会の自治』」憲法理論研究会編『憲法と自治』（敬文堂、二〇〇三年）一一三頁以下。

(107) *Max-Emanuel Geis,* Autonomie der Universitäten, in: D. Merten/H.-J. Papier, HGR, Bd. IV, 2011, § 100 Rn. 48 ff.

栗島　智明（くりしま　ともあき）
所属・現職　慶應義塾大学大学院法学研究科後期博士課程
最終学歴　慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程
所属学会　全国憲法研究会、憲法理論研究会、ドイツ憲法判例研究会
専攻領域　憲法
主要著作　「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』の憲法適合性をめぐって」『法学政治学論究』第一〇三号（二〇一四年）
「トップダウン型の大学構造改革と学問の自由――ハノーファー医科大学決定」『自治研究』第九一巻第七号（二〇一五年）