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

Title	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
Sub Title	Neuere Hochschulreform und Garantie der Wissenschaftsfreiheit in Deutschland
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	2014
Jtitle	法學政治學論究 : 法律・政治・社会 (Hogaku seijigaku ronkyu : Journal of law and political studies). Vol.103, (2014. 12) ,p.233- 266
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN10086101-20141215-0233

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.

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――

栗島智明

一　はじめに
二　一九九〇年以降の大学改革
(一)　改革に至る経緯
(二)　改革の特徴――私企業型マネジメント／競争原理の導入
三　連邦憲法裁判所の二つの決定
(一)　ブランデンブルク決定（二〇〇四年）
(二)　ハンブルク決定（二〇一〇年）
四　両決定の検討――連邦憲法裁判所の学問の自由論
(一)　学問の自由の基本理解
(二)　転換点としてのブランデンブルク決定
(三)　ハンブルク決定――「大学憲法の夜明け」？
五　終わりに――学問の「自由」を「評価」するということ

一　はじめに

周知のとおり、ドイツでは一九六〇年代後半、学生運動が盛んになる中で、大胆な大学改革が行われた。そこでは、正教授を中心とする従来型の大学（Ordinarienuniversität）が権威主義的であるとして批判され、助手や学生といった他の大学構成員の意見も大学運営に反映すべきであるとされた（大学の「民主化」[1]）。その結果として導入されたのが、**「グループ大学**（Gruppenuniversität）」の制度であり、これは、全大学構成員による共同決定を可能にするものであった。

連邦憲法裁判所は、一九七三年の**大学判決**（Hochschulurteil）において、グループ大学という制度自体の合憲性を認めながらも、学問の自由を根拠に、大学運営上、大学教員の決定権が一定程度確保されねばならないとした[2]。この判決をきっかけとして、大学構成員がグループごとに大学運営に参加するという、現在のドイツ大学の基本形態が確立した（参照、大学大綱法三七条）。

そのドイツで、一九九〇年代から再び、大学政策の「パラダイム転換」[3]が語られている[4]。

近時の改革の特徴は、主に二つに分けることが可能であろう。一つの特徴は、大学運営の経済化・合理化、競争原理の導入である。すなわち、学長及び学部長の権限を強化し、合議機関の権限を弱体化させることによって、意思決定を迅速かつ効率的に行えるようにし、成果に応じたトップダウン型の資金配分を行えるようにする。さらにもう一つの特徴は、大学評議会なる機関を導入し、（経済界等の）大学外部の意見を大学運営に取り入れることである。

近時の大学改革は、アメリカの大学モデルを参考にしており、私企業に類した大学運営手法は、**「学問マネジメント**（Wissenschaftsmanagement）」と呼ばれ、「グループ大学は**マネジメント大学**（Managementuniversität）に変貌した」

とも言われる。[5]

憲法学の観点から見た場合、この改革によって、個々の研究者の学問の自由が脅かされる危険が存することは、論を俟たない。

まず、大学の意思決定における個々の研究者の意見反映が弱められることで、組織・手続きを通じた基本権保護が失われうる。大学は――私企業とは異なり――、個別の学問分野の専門家が集まって構成される特殊な組織であって、決定権限を託された研究者が、自己と異なる分野の学術的価値を評価しえない事態は往々にして生じうる。そこで、学問の自由の保障のためには、大学における諸決定に、――代表者のみでなく――個々の研究者の意見が十分に反映されるシステムが求められる。

さらに、経済界等の外部の意見を大学運営に取り入れることによって、学問という固有領域の「自律性」（Autonomie）が掘り崩される危険性も、看過することができない。本来、学問領域においては、政治的有用性や経済性の評価とは異なった、**固有法則性**（Eigengesetzlichkeit）が妥当する。政治や経済といった他のシステムに依存するとき、真理の探究に向けた体系的営為としての学問は、独自の存在意義を主張しえなくなるだろう。

そこで、上述のような大学改革が学問の自由保障との関係でどこまで認められうるのかを憲法学の見地から考察することが、喫緊の課題と言える。

ドイツでは、一九九〇年以降に改正された州の大学法の合憲性が、裁判所においてしばしば争われてきた。日本においても類似の大学改革が行われていることに鑑みれば、これらの諸判決は、格好の学習素材と言えるだろう。

ここでは、連邦憲法裁判所の二つの決定――ブランデンブルク決定（二〇〇四年）及びハンブルク決定（二〇一〇年）――を扱う。[6] 本稿は、両決定及び学説における議論を検討することによって、参酌すべき知見を得ようとするものである。

まず、一九九〇年以降のドイツにおける大学改革はどのような背景のもとで行われてきたのか（一）、その内容はいかなるものか（二）、につき紹介することにしたい。

二　一九九〇年以降の大学改革

（一）　改革に至る経緯

学生運動がピークを迎えた一九六八年以降のドイツでは、大学制度の中央集権化・規制強化が進められた。その象徴的な立法例が、（一九六九年の基本法改正、さらにその後の長年にわたる激しい政治的論争を経て[7]）一九七六年に施行された連邦の**大学大綱法**（Hochschulrahmengesetz）である。ところが、一九九〇年代に入ると、連邦による規律を強化する従来の大学政策を見直す流れが強まり、個々の大学の自治をより広く認めるべきとの機運が強まってきた[8]。

そして、一九九八年八月――当時の連邦の担当大臣は、「未来大臣」と称された *Jürgen Rüttgers*（ＣＤＵ）であった――の大学大綱法第四次改正[9]によって、同法のうち大学の内部構造に関する諸規定（計二一条）が丸ごと削除され、州が、各々の大学法において新たな組織モデルを構築する余地が大幅に広まった。その目的は、州ごとの大学法の多様性を確保し、それぞれの大学の強みを形成（Profilbildung）できるようにすること、そして、大学の自治を強化し、大学同士の競争を可能にすることであった[10]。実際、この機会を捉えて、多くのラントが、大学の独立性を強化する新たな大学法を施行した。

このような改革に至った原因は、大まかに以下の四つの観点から分析することが可能である。それぞれ見ていくことにしよう。

1　大学数の増加／規模の拡大

ドイツ国内の大学の学生数は、戦後、著しく増加している。ドイツ学術審議会[11]が一九九三年に発表した『大学政策に関する一〇のテーゼ』によれば、一九七七年から一九九〇年の一三年間で、既定学修期間（Regelstudienzeit）の学生数は四八％増加し、当該期間を超えて在籍する学生数は一〇六％増加したという[12]。

これに対して、同じ一三年間に、大学の人事ポストはわずか七％、大学に対する支出も一二％増えたに過ぎない[13]。学生からの学費徴収がないことも鑑みれば、一九九〇年代初めのドイツの大学が、従来の制度で対応しきれない困難な状態に置かれていたことは、この数字から容易に想像がつく。

2　大学教育に対する社会的要求の高まり

さらに、前述の『大学政策に関する一〇のテーゼ』は、大学において――とりわけ精神・社会科学分野（＝日本の「文系」分野にほぼ相当）で――得られる能力と、労働市場で要求される能力の間に相当なズレがあり、それゆえ卒業生が就職に漕ぎ着けないこと、そして、仕事を見つけられない大学生が引き続き在籍するという悪循環が生じていることを指摘し、大学政策の根本的な改革、とりわけ、大学の区分化（総合大学・専門大学・芸術大学等）を推し進め、（職業に結び付く）専門大学をより重点的に充実させること、さらに、総合大学においても勉学の初期の段階では職業教育を前面に出していくことを提言している[14]。

ここから読み取られるのは、大学に対する社会からの期待・要求の高まりである。従来、社会の限られたエリートの特権的な制度であった大学が、大衆化を遂げたことに伴い、大学に対する社会全体の要求もそれだけ高まったものと見ることができよう。

3　国際レベルでの大学競争

さらに、グローバル化が大学改革に及ぼした影響も看過することができない。英語の浸透により言語の障壁が奪わ

れ、人とモノの移動が国際レベルでますます容易になる世界では、優れた研究成果、卓越した研究者及び学生は、国境を超えて移動する。とりわけ科学技術の領域で、優秀な研究者がアメリカへと流出する中で――いわゆる“brain drain”――、従来の大学制度では、研究・高等教育の領域でドイツが他国との競争に生き残れない、という危機感が生じていた。

このようななか、学術分野でアメリカに追い付くべくEUで二〇〇〇年に取り決められたのが、いわゆる「リスボン戦略」である。そこでは、二〇一〇年までの間に、学術研究、研究成果としての知識、及びイノヴェーションに支えられた、競争力のある経済空間を作り出すことが目標とされた（ほぼ同様のことが、その後継である「ヨーロッパ二〇二〇」でも謳われている）。ヨーロッパ学術審議会（Europäischer Wissenschaftsrat）による研究支援及び、ボローニャ・プロセスによる大学の学修課程、学位の統一が、その主な柱である。(15)

4　財政事情の悪化

大学が国際的競争に晒される一方で、国家財政の深刻化に伴い、大学財政が逼迫した状況にあったことも、改革を推し進めた要因の一つである。(16)限られた資産を用いて最大限の効果を引き出すためには、従来のボトムアップ型の予算決定――そこでは、人数に応じた資金配分が基本となる――ではなく、目標の取決めと資金割当を結び付けたトップダウン型の予算配分が求められたのである。

(二)　改革の特徴――私企業型マネジメント／競争原理の導入

以上の背景から実施された一九九〇年以降の大学改革は、前述した通り、アメリカの大学に模した私企業型マネジメント・競争原理の導入と、大学外部の意見反映、を特徴とする。この改革について、以下、要素ごとに分けて詳しく見ていくことにしたい。

1　包括予算（Globalhaushalt）の導入

大学改革の中心となるのは、財政分野の改革であり、その核心をなすのは、新たに導入された**包括予算**（Globalhaushalt）の制度である。

従来、ドイツの予算計画は極めて細かく分類され、その使途は詳細に定められてきた。これは、民主的正統性を有する議会が予算配分を確定するという、議会制民主主義の大原則を具体化するものであるが、他方で、予算遂行における行政の不自由をも帰結するものであった[17]。

包括予算の制度は、使途があらかじめ詳細に定められた資金割当に代わって、包括的に一定額の資金を割り当て、さらに翌年への資金繰り越しも認めることによって、個々の大学が、資金分配を自己責任的に行うことを可能とする[18]。*Ferdinand Kirchhof*は、包括予算により、学問の自由保障の本来の目的であるところの、自治・自己決定・自己責任が促進されるとして、当該制度を肯定的に評価する。当該制度の導入によって、任務・責任・資金配分の三者が一体的となることは、基本権保護の観点から望ましい、というのである[19]。

もっとも、包括予算については、民主的正統性が欠如しているために憲法上の疑義が呈されるほか[20]、包括予算制度の導入が、資金全体のパイ削減と結び付いていることが少なくないとされ、学問の自由との関係での問題が指摘される[21]。

また、包括予算の制度は――ドイツ行政改革のトレンドである新統御モデル（NSM[22]）全般に当てはまることであるが――、決定責任を《上》（＝国家・州）から《下》（＝個々の行政主体）へと移行させるものである（＝**脱中心化**〔Dezentralisierung〕）。その限りでは、*F. Kirchhof*が指摘する通り、学問・研究領域における個々の大学の自己決定・自己責任を強化する（大学の**脱国家化**〔Entstaatlichung〕[23]）。しかし、その帰結として、大学内部――ないし、学部・学科内部――では**中心化**（Zentralisierung）・**ヒエラルヒー化**が促進されることが看過されてはならない[24]。*F. Kirchhof*は、

大学の自己決定を可能にする包括予算の制度をもって学問の自由に適合的なものと捉えるが、仮に当該制度が、個々の研究者の自己決定を可能にせず、大学トップによる一方的な決定を促進するのであれば、必ずしもそのようには言えないだろう。そうであれば、包括予算の導入は、学問の自由に対する制約主体を、州から大学の統率機関（後述4）へと移動させるだけである。[25]

2　目標の取決め

包括予算制度と密接に結び付き、同時に導入される制度が、**目標の取決め**（Zielvereinbarung）である（特に、州と大学の間の取決めは、大学契約〔Hochschulvertrag〕とも呼ばれる）。これは、従来（州の）担当省庁と大学の間でインフォーマルな形で行われてきた調整プロセスを制度化したものであり[26]、取決めの法的性質についてはかつて争いがあったが、今日では、（当事者に拘束力についての意図がある場合は）公法上の契約として拘束力を有しうることが広く認められている。[27]

従来、行政統御の中心的道具は予算配分であったところ、前述の新統御モデル（ＮＳＭ）の中心的道具としては、予算配分以上に、いわゆる**契約マネジメント**（Kontraktmanagement）が重要であることが指摘される。[28]すなわち、決められた実績が出ることを条件に、それに必要な資金を支出する契約を締結するというのが、現代の行政統御のあり方である（アウトプット志向の予算配分）。これにより、行政内部あるいは行政機関と私企業との間での競争が促進されるというのである。

学問の領域についてこれを当てはめれば、州に対しては個々の大学が、大学に対しては諸学科、あるいは個々の研究所ないし研究者が、「契約パートナー（Vertragspartner）」の関係に立つ。そして、特定の資金の利用によりいかなる研究・教育成果が得られるかにつき、あらかじめ契約を結び、それを遂行するのである。

目標の取決めないし大学契約締結にあたっては、両性の機会平等の実現に向けた取り組みが評価されるほか、個々

の大学の長期的な発展プラン、とりわけその**特色形成・重点形成**に予算配分の重きが置かれることも、近時の大学改革の特色として挙げられよう[29]。これは、限られた予算を、選択した領域に集中的に配分することによって、より高い効果をあげようとするものであるが、他方で、大学の重点形成から外れた領域の研究者についても、なお自由な学問的営為を行いうるように配慮することが、学問の自由から要請される[30]。

目標取決めは、そのやり方如何によっては、研究・教授の方向性を国家が決定しうることに注意が必要であり、学問の自由の保障から、少なくとも、取り決められる目標が、研究・教授の内容ないしその手法を直接かつ具体的に規律するものであってはならないことが要請されよう[31]。

3　成果に関する評価・コントロール

前述の包括予算と目標の取決めは、成果／実績（Leistung）についてのコントロールが行われることを前提としている。ところが、学問・研究の分野では、――私企業と異なり――成果を数値で容易に表すことができない点に、根本的な矛盾が存在する[32]。たしかに、ブランデンブルク決定（後述）において連邦憲法裁判所が示した通り、基本法の学問の自由保障から、学問の質を評価することや、その評価に基づいてリソース配分を行うことの禁止が導き出されることはない[33]。しかし、*Wendt* が適切にも指摘するように、大学研究者の実績評価は、実際には往々にして、出版物等の――学問的な質ではなく――単なる数・量を基準として、形式的に行われていることが看過されてはならないだろう[34]。それゆえ、これまでの経験を踏まえつつ、学術的意義をより正確に評価するための基準を作り、より実質的かつ「学問適合的」な判断を行えるようにしていくことが求められよう[35]。なお、学説上は、学問的実績を国が評価することは、学問の自由に対する事実上の侵害である（それゆえ正当化が必要である）と解されている[36]。

4　統率機関の権限強化――トップダウン型の意思決定構造

まず、用語について整理をしておきたい。大学の機関は、①**同僚機関**（Kollegialorgane）と②**統率機関**（Leitungsor-

gane）とに分けられる。[37] 前者に属するのは、①―a大学教員のグループ代表を中心に、助手、学生等のグループ代表を加えて構成される**理事会**（Senat）及び、①―b学部・学科の同様の機関である**学部**〔学科〕**評議会**（Fakultäts- bzw. Fachbereichsrat）といった合議制機関であり、他方、後者は②―a**大学総長**（Präsident）（ないし学長〔Rektor〕）、②―b**学部長**といった、学内での意思統一を単独（ないし、ごく少人数）で担う機関である。

近時の大学改革では、大学あるいは学部を代表して、各研究所・研究者の学術成果の評価を行い、リソース配分を担当する統率機関に権限を集中させることによって、迅速かつ効果的な決定を行うことが望まれている。

言うまでもなく、私企業であれば、市場の動きに合わせた柔軟な決定が求められるため、可能な限り独立した、（場合によっては独断的に決定を行いうる）強い企業幹部が必要とされる。[38] そこで、大学についても、合議体における長い協議を経なければ決定を下しえない、という従来の体質を変えるべく、取締役会や監査役会を中心とする私企業の組織構造が、改革のモデルとされたのである。[39]

とはいえ、一般論としては、合議制を特徴とする同僚機関のほうが、学問の自由保障により適合的であると言えよう（大学組織における**同僚原則**〔Kollegialprinzip〕）。[40] とりわけ、統率機関による独断的決定は、個人の選考が反映されやすいのに対して、同僚機関の決定は、理解、合意に向けた互いのコミュニケーションを通して合理性が高められ、全体の利益調整がなされやすい傾向があり、このことは、個人の学問の自由の保障にとって有利に働く。

それゆえ、まずは同僚機関における決定が基本とされねばならない。[41] そのうえで、（リソース配分などの）合意、妥協が困難な決定を効果的に行うという目的のために統率機関の権限強化が図られる場合であっても、基本権保持者としての個々の研究者が、統率機関に対して監督、コントロールを行いうるよう、予備的措置が採られなければならない。[42] それは、例えば同僚機関による統率機関の選任・罷免といった方法で行われうる（詳しくは、後述の二つの決定を参照）。そして、自由な学問営為に対する危険を回避するため、統率機関への権限集中が強まれば強まるほど、そ

れに応じて、同僚機関による監督・コントロール権限を強化することが必要となると解すべきである（„je-desto"公式）[43]。

5　大学評議会（Hochschulrat）の設置

成果に応じたトップダウン型の資金配分に加えて、一九九〇年以降の大学改革の特徴として挙げられるのが、経済界等の外部の意見を大学運営に反映させるシステムであり、その中心的な機関が**大学評議会**である[44]。これは、アメリカの大学の運営委員会（board of trustees）のシステムにならって創設されたものであり[45]、経済や経営に関する専門家を大学行政に組み入れることにより、社会の期待に沿うよう大学運営を変革すること（＝「社会と大学の橋渡し機能」）を目的としているとされる[46]。州により、大学構成員をメンバーに含む大学評議会もあれば、外部者のみで構成されるものも存在する[47]。その憲法適合性については激しく争われてきた[48]。

まず、大学評議会は、運営に関して単に意見を述べる限りでは、憲法上の問題を有しないが、拘束力を伴う決定権限を行使する場合、民主的正統性ならびに学問の自由（ないし大学の自己行政）の保障の観点で、憲法上の問題を生じさせるとされる[49]。

しかしながら、民主的正統性（基本法二〇条一項、同条二項一文、二八条一項一文）の観点から大学評議会の憲法適合性を疑う見解[50]は、その射程を見極める必要があろう。すなわち、国立大学が遂行する事項の中で、国家権力（Staatsgewalt）の行使と同定しうるものは存在するが、数としてはそう多くはない。そして、基本法五条三項一文の学問の自由保障は、国家及び民主的決定から自由な基本権的領域を保障しており、それゆえ民主制原理の適用は（純粋学術に関する事項については）免除されていると考えうるためである[51]。

したがって、大学評議会の憲法適合性は、多くの場合、学問の自由ないし大学の自己行政――とりわけ、その核心としての学問の固有法則性の保護――の観点から問題とされるべきである。学問の自由保障からは、学術研究に直接

に関わる案件について、大学教員の決定権が相当程度で認められることが要請されよう。

6　人事制度・給与制度の柔軟化

期限付き教授の制度が、あらゆる州の大学法で（法的には）可能となっている。[52] 助手については、すでに数年前から期限付き採用が実践されており、無期限採用がむしろ例外となっているとされる。[53] 期限付き採用により人材の流動性を高めることによって、個々の研究者・大学間の競争を促進することが意図されている。[54]

人事制度だけでなく、大学教員の給与制度も大幅に改革された。従来、ドイツの大学教員の俸給制度は、原則として勤務年数に応じて額が上がるC俸給（C-Besoldung）であったところ、二〇〇一／二〇〇二年の連邦の大学俸給改革を経て、業績をより強く志向する**W俸給**（W-Besoldung）が導入された。この制度では、大学教員は、基本給（Grundgehalt）に加え、研究・教育における特別な実績・職務に応じて**業績給**（Leistungsbezüge）を与えられる。その目的は、柔軟性に富み、競争を促進する給与形態を採ることにより、教育と研究の効率及び質を高めることとされたが、他方で、資金の節約という目的も導入の背景にあったものと考えられている。[55] 例えば、W俸給の最終的な基本給は、C俸給のそれに比べて約二五％低くなっていることが指摘され、[56] さらに、二〇一二年の連邦憲法裁判所の判決ではW2・W3俸給の職にある教授のうち二三％が、業績給を受け取っていないことが認定された。[57]

人事制度・給与制度の流動化は、短期的には大学の実績を高めることにつながる効果がある反面で、個々の研究者が、雇用契約の継続ないし給与の増額に向けた研究・教育の方向付けを受けることにより、学問の自由が間接的に侵害される可能性がある。また、基本給の減額は、民間による第三者資金の獲得競争を過熱させるが、学問領域によっては、第三者資金は研究結果や研究内容への影響を及ぼし、ひいては学問の独立性を脅かす可能性を持っていることが看過されてはならない。加えて、第三者資金の応募獲得に適さない抽象理論的な基礎研究については、特別な配慮が求められよう。

続いて、ここまで紹介してきた大学改革の合憲性が実際に争われた二つの事案を紹介し、検討を加えることにしたい。

三　連邦憲法裁判所の二つの決定

㈠　ブランデンブルク決定（二〇〇四年）

1　事　案

ブランデンブルク州大学法（以下、「B法」とする）の大幅改正（一九九九年五月）により、大学の統率機関の決定権限は強化され、さらに、業績の評価及びそれに基づくリソース配分が規定された。本件は、ブランデンブルク州の二つの大学の諸学部及び教授らが、当該法改正により、基本法五条三項一文（＝「……学問、研究及び教授は自由である。」）の自由が侵害されるとして争った事案であり、本決定は、一九九〇年代後半以降の大学改革により生まれた「新たなタイプ」の大学法について初めて連邦憲法裁判所が判断を下したものである。[58] 本件憲法異議申立は、理由がないものとして棄却された。

2　判　旨

(1)　学問の自由の意義――防御権的内実と客観法的側面

学問の自由は、個人の自由権に加えて、「学問、研究及び国家との関係を規律する、価値決定的な客観的原則規範」を含んでおり、この価値決定は、文化国家と自己を理解する国家が、自由な学問の理念とその実現に協力することの保障を含む。それに基づき国家は、適切な組織上の措置によって、自由な学問活動が侵害されないよう配慮する

義務を負う。

学問は、原則的に他者決定から自由な、自己責任的領域である。学問の自由の基礎にあるのは、社会的な有用性や政治的な合目的性といった観念から自由な学問こそが、結果的に国家及び社会に最も奉仕する、という思考である。学問領域を保障するため、「基本法五条三項一文は、単に、国家による命令・禁止からの自由のみを保障するのではなく、国家に対し、保護と促進をも義務付け、学問に従事する者に対し、公的リソース及び学問事業組織への配分参加（Teilhabe）を保障する」。

(2)　合憲性審査の手法――「構造的危険」の基準

組織に関する規範の合憲性審査にあたっては、「当該規定によって、自由な学問活動と任務遂行が、構造的に危険に晒されるか否かに焦点が当てられ」る（「構造的危険」の基準）。しかし、個々の事例における学問の自由侵害を、組織規範によって完全に除外することは不可能であり、それに対しては、個別の法的対抗措置による保護で足りる。また、大学における決定の大半は、学問活動の核心領域に直接触れるものでなくとも、間接的な効果を及ぼしうることから、自由な学問活動に対する単に仮説的な危険が存するというだけでは、（違憲性を認めるのに）十分ではない。

基本権保持者の組織的自己決定を十分に保障する限りにおいて、立法者は、社会全体の責任を代表して、学問組織の諸任務と関係者の利益に適切な均衡をもたらすため、学問事業体を自由に規律しうる。この任務にとっては、特定の利益に方向付けられた学問の自由の担い手よりも、議会立法者がより適している。その際、立法者は受け継がれてきた大学の構造や、その個々の要素に拘束されることはない。立法者は、新しいモデルを発展させ試すことが単に許容されているだけでなく、むしろ、かねてからの組織形態を批判的に考察し、時代に適合するよう改革することが義務付けられてさえいる。

(3)　あてはめ

基本法五条三項一文からは、独断的（monokratisch）な統率機関に対する同僚機関の優位は導かれない。学問の自由に対する構造的な危険が排除されるよう、その活動が内容的に制限されており、組織的な予防措置が講じられている限りでは、学問に関する案件についても、独断的な統率機関の決定権限が許容される。

また、統率機関による教育・研究の評価、及びそれによる資金の割当てについては、憲法適合的に解釈する限りで合憲である。学問的な質を評価することの禁止、あるいはそれを資金の割当てに結び付けることの禁止は、基本法五条三項一文から導かれない。ただし、それは学問にとって異質な目的を達成するために行われてはならず、成果は学問適合的に（wissenschaftsadäquat）評価されなければならない。基準決定の手続きには、学問を代表する者を適切に参加させることが必要不可欠である。また、基準は学問分野に応じて様々でありうるし、場合によってはそうでなければならないということが、考慮されねばならない。不確実かつ長期的にしか成果をあげられない抽象的理論的な基礎研究に対して、短期的に成果があげられる応用研究も存在するため、分野ごとの差異を考慮に入れねばならない。応募獲得による第三者資金などの単一の基準に完全に依拠して評価する場合、そういった差異を正当に評価しえないだろう。とはいえ、学問評価の方法が国際的にも国内的にも定まっていない現時点では、立法者はその判断余地（Einschätzungsspielraum）と予測余地（Prognosespielraum）の範囲内で、基準形成を大学内部の手続きに委ねるような一つのモデルを構築することができる。B法の規定する基準形成プロセスは、学問の自由への構造的危険を生じさせていないが、立法者は監視義務を負っており、「学問適合的でない基準の適用により学問の自由に対する危険が生じた場合には、直ちに事後的是正義務が生じる」。

評価に応じた資金配分に関する権限には、B法四条二項の研究の自由の保障から、制約が生じる。「特に、直接に『市場に流通』（„marktgängig“）することはなく、短期的にはほとんど適切に評価されえない基礎研究については、基本装備（Grundausstattung）を通じて保障された領域が、失われないようにしなければならない」。資金割当に際して

は、（すべての研究者が）いかなる場合も学術研究・教授を行うことが可能になるように、人的・物的リソースが割り当てられねばならない。

大学統率職の人事に関する規定も、基本法に違反するものではない。大学統率は、大学の自己行政のみならず、国家的任務にも携わるため、その人事は国家と大学の共同管理の案件（Kondominialangelegenheit）である。人事はたしかに学問に間接的に関連しており、学問の自由の保持者による十分な影響行使が保障されねばならない。しかし、大学によって選ばれた人物を指名する行為のみに大学外部の影響を制限する国家の義務が、基本法から導かれることはない。

州大学評議会（Landeshochschulrat）――その構成員（一〇名）は、州政府首相により、大学を所轄する州政府構成員の提案に基づき、大学の聴聞を経た上で、州議会の所轄委員会との合意のもと、決定される（B法六三条五項）――が有する、大学統率の選出に関する提案権（B法六三条二項四号）は、憲法上の問題を生じさせない。基本権的自由の領域における（大学という）組織を、一方で国家から自由にし、他方で公的なコントロールの下に置くために、独立の委員会（unabhängige Gremien）を介入させることは、憲法上疑義がない。まさに学問の自由の領域においては、ヒエラルキー的に特徴付けられた従来的なコントロールの手段を制限することが、当該基本権に奉仕する。州大学評議会の任務は、主に助言や推薦を行うといった性質のものであり、学長選挙の候補者の提案権限は、理事会――その構成員（一一名）のうち過半数の六名が大学教員である（B法六七条三項）――との合意のもと、行使される。さらに、理事会には、学長の選任及び三分の二以上の議決による解任評決の権限が残されている。

最後に、学科長及び学科長代理について学長が有する提案権（B法七三条一項一文）もまた、学問の自由と合致する。学科がその幹部を自分たちのみで選出するという権限は、基本法から導き出されない。たしかに学科は教育と研究の基本単位ではあるが、学科幹部は大学の一部分をなしており、大学に対して責任を有するためである。実際には、学

科幹部は、その過半数が大学教員により占められている学科評議会により選出されるのであり、またその際、学科評議会のメンバーの過半数のみでなく、そこに所属する大学教員の過半数がなければ、投票は有効にならない（B法七三条一項一文及び二文）。それに加えて、学科評議会は学科長の任務遂行に際しての監督権及び包括的な情報権（B法七四条二項）、さらには、三分の二以上の議決による学科幹部の解任評決権も有している（B法七三条一項四文及び七四条一項六号）。さらに、（学部長及び副学部長の）選出提案権は、学科に所属する大学教員に制限されている（B法七三条一項一文）。

(二) ハンブルク決定（二〇一〇年）

1 事案

本件は、ハンブルク大学法学部の教授が、二〇一〇年に最終改正されたハンブルク州大学法（以下、「H法」とする）九〇条及び九一条が、基本法五条三項一文の学問の自由に違反すると主張し、憲法異議申立を行った事案である。

H法九〇条は、学部長（一名）、副学部長（複数名）、及び事務局長（Geschäftsführer/in；一名）からなる学部長室（Dekanat）の法的地位及び任務に関する規定であり、同法九一条は、（議席の絶対的過半数［absolute Mehrheit］を大学教員が占める）学部評議会（Fakultätsrat）の法的地位及び任務に関する規定であったところ、両条文とも、学部評議会にとって不利になるよう改正された。異議申立人は、学部長室による単独的支配が進む結果として、学問に関連する決定について自身が有する配分参加（Teilhabe）の権利が侵害されると主張した。憲法異議申立は、部分的に理由があるものとされた。

2 判旨

H法九〇条及び九一条における、学部長室の任命（Bestellung）及びその権限に関する規定は、それらの共同作用

（Zusammenwirken）において、基本法五条三項の要求を適切に考慮していない。

(1)　学問の自由の意義・合憲性審査の手法

〔学問の自由の意義に関する判示、ならびに「構造的危険」の基準を採用した点については、前述のブランデンブルク決定と全く同じであるため、省略する。〕

(2)　基本権保持者の参加の意義

たしかに、大学組織の決定の学問適合性を確保するための研究者の配分参加（Teilhabe）は、必ずしも伝統的な自己行政の方法でなされる必要はない。しかし、学問の自由の保持者が、大学組織における自分たちの代表者を通じて、学問の自由に対する危険を防御し、さらに、学問の自由を実効化するため、自身の専門的権能を大学に提供しうるようにすることが、組織規定を通じた学問の自由保障によって要求される。それゆえ立法者は、基本権保持者の参加（Partizipation）を十分なレベルで保障しなければならない。

(3)　総体評価の必要性

立法者が形成した大学組織の全体構造が、学問従事者に対して十分な影響・コントロール可能性を与えており、大学組織決定の学問適合性を保障していると言えるか否かは、総体評価（Gesamtwürdigung）により決せられる。たとえ統率機関の個々の権限が、それ自体では憲法適合的と判断され、さらに統率機関の任免に際して大学教員の影響力が保障されているとしても、組織的な全体構造（Gesamtgefüge）が、総体として違憲となることがありうる。それはとりわけ、学問に関連する領域での実質的な（substantiell）人的・物的決定権限が統率機関に割り当てられており、それと比較して、大学教員によって占められる委員会に権限がほとんど存在せず、また、協働権とコントロール権（Mitwirkungs- und Kontrollrechte）も残されていないという場合に当てはまる。たしかに立法者は、学問に関連する領域においても、統率機関に対し包括的権限を認めることが禁止されてはいないが、「立法者が、統率機関に与える権限

を強めれば強めるほど、教授・研究の自由に対する危険を回避するため、同僚機関が有する直接ないし間接の協働権、影響権、情報権、コントロール権を、反対に、より強く形成しなければならない」。

「その活動が内容的に制限されており、また、学問の自由の構造的な危険が排除されるよう組織的な予防措置が講じられている限りでは、学問に関連する案件についても、独断的な統率機関の決定権限が許容される」が、本事案ではそれが十分ではない。「学部長室は、教授と研究を統御（Steuerung）する包括的権限を与えられているが、その権限は、〔学部評議会の〕協働権限及びコントロール権限によって、補塡されていない」。

(4) あてはめ

まず、教授の業績給（Leistungsbezüge）の支払いに関する学部長室の提案権限（H法九〇条五項三号）は、憲法上疑義がなく、授業義務についての学部長室の決定権限（同項四号）も、憲法適合的解釈によれば、同様に憲法上の疑義がない。さらに、教授の招聘提案についての学部長室の議決権限（同項二号後段）及び、H法の諸規定による招聘手続の形態もまた、憲法適合的解釈によれば基本法五条三項一文に違反するものではない。

これに対して、①総長室（Präsidium）[59]により学部に割り当てられた予算の管理、②学部内のポスト（Stellen）の割当ての決定（H法九〇条五項一号）、さらに、③現在空いている（あるいは、これから空くことになる）教授職及びジュニア教授職のポストの今後の利用（H法一四条一項）につき、大学の構造計画及び発展計画を基礎として審査する（H法九〇条五項二号前段）という、学部長室の諸権限については、補完的な受皿管轄権（subsidiäre Auffangzuständigkeit）（同項七号）と結び付く結果、十分に内容的に制限され、組織的な予防措置が講じられているとは言えず、学問の自由と合致しない。

学部長室の権限を限定する諸規定（法九〇条五項一号、二号前段）が存在するにも拘らず、「学部長室には、資金とポストの割当てならびにポストの使用に関する決定を通じて、教授と研究の形成に関する極めて重大な影響力が残され

ている」。

そこにさらに、学部長室の受皿管轄権（H法九〇条五項七号）が付け加わる。そのような補完的な管轄権を、同僚機関ではなく、学部長室という統率機関に対して付与することも、原則として憲法上認められる。しかし、疑義が存し、かつ決定的なのは、学部評議会に、その他の点でもはやほとんど実質的な決定権限が残されていないことである。学部評議会の学則制定権は、大学における試験、学生の規律、あるいは大学選抜手続といった、数少ない領域に限定されている。それに対して、課程（Studiengänge）の創設、変更及び廃止についての決定は、構造計画及び発展計画の枠内に収まっていなければならないが、それについて大学教員はほとんど影響を及ぼしえない。また、教授の招聘提案について、学部評議会は決定することができず、単に態度を示すことができるのみである。学部長室に認められた豊富な権限――しかもそれは、主として学問に関連する領域に関わっている――と比較して、学部評議会には、もはやほとんど実質的権限が認められていない。

学部長室が有する広範囲にわたる統御可能性は、基本権保持者の代表機関としての学部評議会が有する、直接ないし間接の協働権、影響権、情報権、コントロール権（H法九〇条、九一条）を通じて、十分に補塡されてはいない。学部評議会にとりわけ欠けているのは、構造計画及び発展計画の作成について協働する権利である。大学の構造計画及び発展計画が、まず学科（Fachbereiche）から出されて展開されるということが、法的に定められていない。

学部評議会によるコントロールの可能性として法が予定しているのは、詳細に具体化されていない「学部長室のコントロール」（H法九一条二項八号後段）及び「学部の全案件についての態度表明」（H法九一条二項九号）の権利のみである。しかし、H法九一条二項の任務カタログによれば、学部評議会には、学部長室に対する有意義かつ効果的なコントロール権の行使を可能とするような包括的情報権すら認められていない。

学部長室の選任について、学部評議会は限られた協働権しか有しておらず、総長室により選ばれた学長を単に承認

するに過ぎない。さらに、ブランデンブルク州大学法とは異なり、学部評議会によって承認された学部長を解任する総長室の権限は、当該学科に所属する大学教員のみに限定されていない。また、学部に所属する大学教員以外から学長が選出される可能性も存する。たしかに、総長室により学部長が選出され、学部評議会はそれを単に承認するとするH法九〇条一項三文の規定は、それ自体としては学問の自由に違反しない。しかしながら、ほぼすべての本質的権限が学部評議会から幹部機関に移されている場合には、異なった判断をすることが求められる。

また、四分の三の多数決――これは、大学教員だけでは達することができない――をもって総長室に対し学部長解任の提案をする権限――あくまで提案権であり、拘束力を有さない――も、十分とは言えない。それゆえ、大学組織形成についての立法者の広範な余地を考慮してもなお、大学組織の全体構造は基本法五条三項に違反しており、H法九〇条一項三文、同条四項二文及び三文、同条五項一号、二号前段及び七号、ならびにH法九一条二項は基本法に合致しない。学部長室が有する包括的権限は、学部評議会の種々の権利によっても十分に補塡されていない。もはや、基本権保持者の十分なレベルでの参加が保障されておらず、教授と研究における自由な学問活動が、構造的に危険に晒されている。

「法律上の規定が基本法と合致せず、その憲法違反の除去について立法者が幾つかの可能性を有している場合、連邦憲法裁判所は、通常、当該規定が基本法と合致しないことを単に宣言するという方法で、そのことを考慮する。本件でもそれが要求される」。法改正の期限設定はされないが、統率機関は移行期間のあいだ、憲法上の要請に従うように、自身の権限を行使することが期待される。

四　両決定の検討——連邦憲法裁判所の学問の自由論

㈠　学問の自由の基本理解

連邦憲法裁判所による学問の自由の基本理解は、本稿冒頭で触れた大学判決以降、一貫しているようにも見えるが、ブランデンブルク決定で変化したと見られる部分もある。この点をまずは整理したい。

1　学問の自由の二重の側面[60]

学問の自由が、①国家からの介入に対抗する防御権としての内実を超えて、「価値決定的な客観的原則規範」としての意義を持つこと、②それに従い、国家は、組織に関する適切な措置を通じて自由な学問を行いうるようにする（文化国家としての）義務を負うこと、さらに、③（国家の義務の裏返しとして）個々の基本権保持者が、組織に関する国家の措置を求める権利ならびに創設された組織に対する配分参加の権利が生じるという理解は、大学判決以来、両決定でも一貫している。

2　伝統的大学の自治論の不在——個人の「自由」からのアプローチ

同様に一貫しているのは、学問の自由の出発点が、あくまで個人の基本権（Individualgrundrecht）にあり、大学という制度の保障ではない、という点である。

たしかに、多くの州憲法とは異なり[61]、ドイツの基本法は、（学問の自由に加えて）大学の自治を保障する規定を持たない。しかし、学説上は、ワイマール憲法下における解釈の伝統を受けて、学問の自由という個人権の保障から、（学術事項に関する）大学の自己行政という制度（体）保障（institutionelle Garantie）を導き出すのが——少なくとも一

九九〇年代に入るまでは――一般的であった[62]。すなわち、「制度的な学問事業体としての大学の形態（Typus）を決定的に刻印しており、大学の研究の保護ならびにその組織にとって欠かすことのできないような、大学法上の諸メルクマール」が、個人権と並んで保障されている、というのである[63]。

このような理解に対し、連邦憲法裁判所は、一貫して距離を採ってきている[64]。前述の二つの決定でも繰り返し述べられている通り、同裁判所の理解によれば、立法者は学問組織の形成に際して「従来の大学構造に拘束されることもなければ、その個々の要素に拘束されることもな」く、「むしろ、かつてからの組織形態を批判的に考察し、時代に適合するよう改革することが義務付けられている」。

(二) 転換点としてのブランデンブルク決定

1 事実上の判例変更と学説による批判

このように、学問の自由の解釈にあたって個人権の保障を出発点としている点で、二〇〇四年のブランデンブルク決定は、従来の判例から一貫しているが、それにも拘らず、本決定は判例からの「事実上の離反（Abkehr）」であると看做されている[65]。決定的なのは、大学判決では学問の自由の客観法的側面ないし国家の保護・促進義務が強調されていたのに対して、ブランデンブルク決定では、個人の自由権としての学問の自由が、前面に押し出されている点である[66]。本決定はまた、立法者の判断余地や予測余地に言及し、その裁量を広く認めており[67]、さらに、客観的価値決定の意義を、個人の学問の自由に対する構造的危険が存するか否かの審査にまで切り詰めている点が、批判されている[68]。*Ute Mager* は、本決定をもって、「学問適合的な組織を創設する国の積極的義務は、学問に『構造的に』干渉するような組織を創設することの禁止へと、消極的に変化し」たと評価する[69]。

2　批判の再検討――「誤った」決定だったのか？

ブランデンブルク決定に対するこのような批判には傾聴すべき点が多いものの、本決定は、問題となった大学法を無条件に合憲と判断したわけではない。むしろ、大学の制度形成に際して立法者が遵守すべきいくつかの憲法上の準則を明らかにしたうえで、B法がそれを満たしていることを理由に合憲と判断しているし（問題を孕んでいるのは、基準よりはむしろあてはめの部分であろう）、ハンブルク決定で連邦憲法裁判所は、同様の判断基準を用いて違憲の結論を導き出している。

Max-Emanuel Geis は、例外的にブランデンブルク決定を肯定的に捉えている論者だが、そこで注目されているのは次の二点である[70]。一つは、統率機関に権限を委譲する場合に、同僚機関の監督権限、解任権限ならびに情報権限の強化によって、均衡（Ausgleich）を保つようにすることが要求される点である。これによって、大学における「権力分立（Gewaltenteilung）」が守られると *Geis* は論じる。二つ目の点は、研究の評価基準があくまで学問適合的（wissenschaftsadäquat）でなければならないとした点である。具体的には、基準決定の手続きには、当該学問分野の代表者が適切に参加しなければならず、応用研究と基礎理論、あるいは工学、理学と社会科学など、学問分野ごとの相違を考慮に入れねばならず、それゆえ第三者資金の獲得などの単一の基準を用いてはならない、とされる。

これらの判示は、大学領域におけるマネジメント原理の導入に一定の歯止めをかけるものとして、注目されよう。

㈢　ハンブルク決定――「大学憲法の夜明け[71]」？

ハンブルク決定も、ブランデンブルク決定を引用して、一般論としては「統率機関に対する同僚的代表機関の原則的優位は導かれない」としながらも、割り当てられた諸権限のバランスを全体として考察する**総体評価**（Gesamtwürdigung）の手法によって、結果的に学部長室の権限が、学部評議会のそれと比較して強大に過ぎることを理由に、違憲

の判断を下した。

本決定中で、「埋め合わせ（Kompensieren）」の語が幾度も用いられていることが、注目に値する。統率機関の権限を強めれば強めるほど、それに応じて、同僚機関の監督権・コントロール権――さらに、それを実行化するための情報権――をより強めなければならないという点が、本決定で改めて明示された[72]。それに従い、あてはめでは、統率機関の有する強大な権限が、同僚機関の権限によって埋め合わされているかが、厳しく審査されたのである。その際、統率機関が極めて包括的な権限を有していたこと、それに対して、同僚機関はコントロールの前提となる包括的情報権すら欠いていたことが、重要視された。

たしかに本決定も、合憲性審査の基準としては、ブランデンブルク決定と同じく「構造的危険」の基準を用いており、その限りで基本的な判断構造に差異はないが、結論としては、より学問適合的かつ合議体に有利な学問の自由解釈を行ったと評価することができよう[73]。

しかしながら、ブランデンブルク決定における「基準の不明確性」という問題は、本決定でも十分に解消されなかったとして批判する見解もある[74]。割り当てられた権限について、個別に取り上げてその合憲性を検討するだけでなく、統率機関ならびに同僚機関の諸権限の均衡を総体として考察する本決定の手法は、学問の自由の実効化の観点から肯定的に評価しうるが、他方で、明確な尺度が存在しないことから、場当たり的判断に陥りやすい危険性を孕んでいる。この点の調整が今後の判例でどのように行われ、基準が具体化されていくかが、注目される[75]。

五　終わりに――学問の「自由」を「評価」するということ

「基本権として保障された自由の行使に、善いものと悪いものがありうるだろうか？　自由の行使に際して、有能なものと無能

なもの、責任を伴うものと無責任なもの、成果の豊かなものと成果の無いものが、ありうるだろうか？」

これは、*Bernhard Schlink* が、「評価された自由？」と題した講演の冒頭にたてた問いである。[76] *Schlink* はここで、個人の「自由」の行使と、他者による「評価」という行為が、本質的に相容れないものであることを指摘する。

とはいえ、学問に用いうる限られたリソースを配分するためには、学問の「評価」が不可欠である。学問・教授の自由は――少なくとも、それが他者の資金に依存する限り――、より豊かな成果を目指して行使されることが要求されうる。

しかし、学問の自由は第一に、他者からの干渉に対抗する――したがって、自己責任的領域の保護を目的とする――防御権であり、[77] 学問の「自由」とその「評価」との間には根本的矛盾が存在する。学問の大半は、その成果が不確実でありながら多くの費用と時間を必要とする試行錯誤の中で営まれ、それゆえ短期的な費用対効果の計算にはなじまない。このような学問の固有法則性と、私企業の行動原理には、重大な相違が存在する。

他方で、それにも拘らず、リソース配分のためには学問の「評価」が不可欠である、という事実を拒むことはできない。それゆえ、「次善の策」としての学問マネジメントを、いかにして学問の自由に適合的に形成することができるかが、憲法学に問われている。本稿で考察したドイツにおける連邦憲法裁判所の決定は、そのような試みに他ならない。

最後に、近年の大学に対する改革の圧力が、「大学の責任を地道に遂行するという内部努力上の失敗と大いに関連する」という、ある元大学総長の指摘[78]は、重く受け止められる必要がある。大学のあらゆる構成員が、社会に対して負っている特別の役割を自覚しつつ、研究・教育に献身することによって、期待された「職責」を果たしていくこと、[79] そして、その特別な役割に対して、国家もまた特別の敬意と尊重を払っていくことこそが、[80] 憲法により保障された学

問の自由の意義だと考えられよう。

（1）参照、*Hans Hugo Klein*, „Demokratisierung" der Universität?, 1968; *Hans Heinrich Rupp* u. *Wilhelm Karl Geck*, Die Stellung der Studenten in der Universität, VVDStRL 27 (1969), S. 113 ff. u. 143 ff.

（2）BVerfGE 35, 79 – Hochschulurteil. 本判決につき参照、阿部照哉「ドイツにおける『大学改革』と学問の自由」法学論叢九四巻二号（一九七三年）一頁以下、同「学問の自由と大学の自治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例〔第二版〕』（信山社、二〇〇三年）二〇四頁以下。なお本判決は、学問の自由との関わりのみでなく、連邦憲法裁判所の基本権理解、あるいは憲法裁判権の限界画定という観点からも重要な判決である。参照、小山剛『基本権の内容形成』（尚学社、二〇〇四年）一〇一頁以下、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、二〇〇五年）二三六頁。

（3）*Wolfgang Kahl*, Hochschule und Staat, 2004, S. 114.

（4）ドイツ国法学者大会では、二〇〇五年、二〇〇九年に、学問の自由・大学制度がテーマとして取り上げられ、計六名が報告している。*Martin Schulte* u. *Matthias Ruffert*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, VVDStRL 65 (2006), S. 110 ff. u. 146 ff.; *Ute Mager* u. *Reinhard Hendler*, Die Universität im Zeichen von Ökonomisierung und Internationalisierung, VVDStRL 65 (2006), S. 238 ff. u. 274 ff.; *Max-Emanuel Geis* u. *Christian Bumke*, Universitäten im Wettbewerb, VVDStRL 69 (2010), S. 364 ff. u. 407 ff. ドイツ及び日本の大学改革を概観する邦語文献として、山本隆司「民営化または法人化の功罪（下）」ジュリスト一三五八号（二〇〇八年）四二頁以下。

（5）*Bumke* (Fn. 4), S. 428; *Max-Emanuel Geis*, Autonomie der Universitäten, in: Merten/Papier (Hrsg.), HGR, Bd. IV, 2011, § 100 Rn. 51.

（6）BVerfGE 111, 333 – Brandenburgisches Hochschulgesetz; BVerfGE 127, 87 – Hamburgisches Hochschulgesetz.

（7）詳しくは参照、*Hartmut Schiedermair*, Deutsches Hochschulwesen der Gegenwart, in: Fläming u.a. (Hrsg.), Handbuch des Wissenschaftsrechts, Bd. I, 2. Aufl. 1996, S. 37 (40 f.)

（8）*Kahl* (Fn. 3), S. 92 f. なお、大学大綱法は、連邦の大綱的規定（Rahmenvorschriften）を発布する権限（旧基本法七五条）に基づいて制定されたものであるが、この連邦の権限は二〇〇六年の基本法改正によって失われた。しかし、基本法一

二五ｂ条1項によれば、旧基本法七五条に基づいて制定されていた法で、二〇〇六年九月一日以降も連邦法として公布することのできるものは、引き続き連邦法として効力を有するものとされているため、大学大綱法は依然として効力を失っていない。

（9）BGBl. I vom 20.08.1998, S. 2190. 本改正につき参照、*Hubert Detmer*, Die Novelle des Hochschulrahmengesetzes, in: NVwZ 1999, S. 828. 本論文で *Detmer* は、本改正が政治的闘争の結果として生じたものであり、大学がその犠牲になったと評価する（S. 833）。

（10）*Kahl* (Fn. 3), S. 94.

（11）学術審議会（Wissenschaftsrat）は、学問研究や大学に関わる政策につき、連邦及び州の政府に対して提言する役割を果たす公的組織であり、研究者及び連邦・州の政治家により構成される。

（12）*Wissenschaftsrat*, 10 Thesen zur Hochschulpolitik, 1993, S. 10. なお、その間の人口増は五％にも満たない。

（13）*Wissenschaftsrat* (Fn. 12), S. 10.

（14）*Wissenschaftsrat* (Fn. 12), S. 15 f., 22.

（15）*Mager* (Fn. 4), S. 304 ff.

（16）参照、*Wissenschaftsrat*, Thesen zur künftigen Entwicklung des Wissenschaftssystems in Deutschland, 2000, S. 11.

（17）*Christoph Gröpl*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof u.a. (Hrsg.), Bonner Kommentar zum GG, Art. 110 Rn. 188 (Stand: 2001). ドイツの大学財政制度一般につき、以下（及びそこに掲げられた文献）を参照、徳本広孝『学問・試験と行政法学』（弘文堂、二〇一一年）二六頁以下。

（18）*Gröpl* (Fn. 17), Art. 110 Rn. 25 ff., 188, 190.

（19）*Ferdinand Kirchhof*, Rechtliche Grundsätze der Universitätsfinanzierung, JZ 1998, 275 (282). なお、*F. Kirchhof* は二〇〇七年に連邦憲法裁判所（第一法廷）の裁判官に任官しており、後述のハンブルク決定にも関与している。

（20）*Daniel Krausnick*, Staat und Hochschule im Gewährleistungsstaat, 2012, S. 72 f.

（21）*Mager* (Fn. 4), S. 288.

（22）新統御モデル（ＮＳＭ）につき参照、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』（尚学社、二〇一三年）二二頁、三七頁。もっとも、新統御モデルは、詳細な内実を持つ一つの改革モデルではなく、むしろ、改革の方向性を示すものにとどまることに注

意が必要である。参照：*Volker Epping*, Verwaltungsreform als Verwaltungsaufgabe, in: VerwArch 99 (2008), S. 423 (446 f.).

(23) 大学への権限移譲は：（民間セクターの活性化といった）当時の国家行政全般の方向性（＝国家の撤退ないし脱国家化）と一致するものであった。*Krausnick* (Fn. 20), S. 22.

(24) 参照：*Klaus Ferdinand Gärditz*, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 33 f.; *Geis* (Fn. 5), § 100 Rn. 57 ff.; *Krausnick* (Fn. 20), S. 70.

(25) *Geis* (Fn. 4), S. 396.

(26) *Mager* (Fn. 4), S. 289.

(27) *Mager* (Fn. 4), ebenda.

(28) *Gröpl* (Fn. 17), Art. 110 Rn. 189.

(29) 参照：Art. 15 Abs. 1 Bayerisches Hochschulgesetz; § 13 Abs. 2 Landeshochschulgesetz Baden-Württemberg. 同様の目標の取決めの規定は：すべての州の大学法において規定されるか：少なくとも言及されている。参照：*Krausnick* (Fn. 20), S. 71 m.w.N. in Fn. 410. なお：大学の発展プランの作成：とりわけ特色形成・重点形成にあたっては：州政府：統率機関及び大学評議会が強い権限を有しており：個々の研究者が行使しうる影響力は僅かである。

(30) *Hendler* (Fn. 4), S. 254.

(31) 参照：*Mager* (Fn. 4), S. 290.

(32) 学問の分野において「成果（Leistung）」の定義自体が争われていることにつき：*Hans Peter Bull/Veith Mehde*, Reform der Hochschulorganisation, JZ 2000, 650 (651).

(33) BVerfGE 111, 333 (359). 同旨のものとして：*Hendler* (Fn. 4), S. 257.

(34) *Rudolf Wendt*, in: Münch/Kunig (Hrsg.), GG-Kommentar, 6. Aufl. 2012, Art. 5 Rn. 104a.

(35) *Hendler* (Fn. 4), S. 257.「学問に適合的な学問法」のコンセプトにつき詳細に検討する論考として：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：二〇〇七年）一四三頁（一五〇頁以下）。

(36) *Michael Fehling*, in: Dolzer/Vogel/Graßhof u.a. (Fn. 17), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 170 (Stand: 2004); *Wolfgang Löwer*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Merten/Papier (Fn. 5), § 99 Rn. 26; *Gabriele Britz*, in: Dreier

(Hrsg.), GG-Kommentar, Bd. I, 3. Aufl. 2013, Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 37. より直接的に、侵害（Eingriffe）と評価するものとして、*Bodo Pieroth/Bernhard Schlink* u.a., Grundrechte - Staatsrecht II, 29. Aufl. 2013, Rn. 679.

(37) この点、厳密な定義を行ったものは見当たらないが、（裁）判例、学説において、概ねこのような意味で用いられている。後述の二つの決定に加えて参照、*Krausnick* (Fn. 20), S. 56 ff.

(38) 新統御モデル（ＮＳＭ）における、理念系としての私企業について参照、*Veith Mehde*, Neues Steuerungsmodell und Dmokratieprinzip, 2000, S. 137 ff.

(39) 二〇〇五年に改正されたバーデン・ヴュルテンベルク州の大学法においては、「大学統率（Hochschulleitung）」に代わって「取締役会（Vorstand）」、「大学評議会（Hochschulrat）」に代わって「監査役会（Aufsichtsrat）」の語が用いられるなど、用語においても株式会社をモデルとしていることが如実に表れていたが、近時の改正によって、再びこれらの用語は置き換えられている。

(40) *Gärditz* (Fn. 24), S. 467 ff. *Gärditz* が、学問の自由保護のため同僚原則が有する意義を強調するのに対して、*Krausnick* は、同僚機関が、多人数ゆえに機能不全に陥る可能性があることを指摘し、同僚機関・統率機関の両者に対して中立的な態度を採る。*Krausnick* (Fn. 20), S. 449 f.

(41) ある事項につき、（個々の研究者や研究所といった）下位組織で処理できない場合に初めて、上位組織で決定することが許されるという、「大学に特殊な補完性原理」を論じるものとして、*Peter M. Huber*, Staat und Wissenschaft, 2008, S. 74 ff.

(42) *Fehling* (Fn. 36), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 234.

(43) *Britz* (Fn. 36), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit) Rn. 103. なお、„je-desto“ 公式は、比例原則の第三段階である「狭義の比例性（利益の均衡）」を具体化する衡量ルールである。詳しくは、小山剛「『安全』と情報自己決定権」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社、二〇一一年）三八一頁（三八七頁以下）。

(44) 大学評議会（Hochschulräte）は、州により種々のものが存在する。定義の問題につき参照、*Wolfgang Kahl*, Hochschulräte – Demokratieprinzip – Selbstverwaltung, AöR 130 (2005), S. 225 (226 Fn. 1). 州によっては Universitätsräte とも呼ばれ、また、ゲッティンゲン大学のような、公法上の財団が保有する大学（財団大学〔Stiftungsuniversität〕）では、財団評議会（Stiftungsrat）と呼ばれる。

(45) トーマス・グロース（大脇成昭訳）「ドイツの大学における自治行政権」九州大学法政研究七三巻一号（二〇〇六年）八

五頁（九七頁）。

(46) *Hendler* (Fn. 4), S. 251 ff.; *Gärditz* (Fn. 24), S. 545.

(47) 詳細につき、*Krausnick* (Fn. 20), S. 400 ff.

(48) その指摘として、*Geis* (Fn. 5), § 100 Rn. 60 ff. 規律法（Regulierungsrecht）の観点から大学評議会を論じるものとして、*Michael Fehling,* Hochschule, in: ders./Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 17 Rn. 82 ff. さらに参照、三宅・前掲注(22)三二頁以下。

(49) *Kahl* (Fn. 44), S. 227. これに対し、大学評議会が有する推薦権をもって、大学の自治に対する憲法上認められない侵害とみるものとして、*Jens Kersten,* Alle Macht den Hochschulräten?, DVBl. 1999, 1704 (1707).

(50) *Kahl* (Fn. 44), S. 236 ff.; *Klaus Ferdinand Gärditz,* Hochschulmanagement und Wissenschaftsadäquanz, NVwZ 2005, S. 407 (408).

(51) *Matthias Jestaedt,* Demokratieprinzip und Kondominialverwaltung, 1993, S. 535 ff.

(52) *Krausnick* (Fn. 20), S. 77 m.w.N in Fn. 441.

(53) *Krausnick* (Fn. 20), S. 77 f.

(54) *Krausnick* (Fn. 20), S. 78.

(55) *Bernd Grzeszick,* in: Geis (Hrsg.), Hochschulrecht im Freistaat Bayern, 2009, Kap. III Rn. 246.

(56) *Grzeszick* (Fn. 55), Rn. 255.

(57) BVerfGE 130, 263, C. II 2. d) = Rn. 183. 本件は、マールブルク大学の教授が、ヘッセン州法の定めるW2俸給が、基本法三三条五項により導かれる扶養原理（Alimentationsprinzip）に違反することの確認を求めてギーセン行政裁判所に訴えを提起したところ、裁判所が憲法適合性に疑義があると判断し、連邦憲法裁判所に移送したという事案である。本判決で連邦憲法裁判所は、問題となったW2の基本給条項は、職務に適切な扶養の原則に対応した額を定めていなかった限りにおいて、基本法三三条五項と相容れないものと判断した。邦語での評釈として参照、倉田原志「大学教授のW二俸給の合憲性」労働法律旬報一七八八号（二〇一三年）二五頁以下。

(58) *Gärditz* (Fn. 50), S. 407. なお本件では、ポツダム大学の公法学者 *E. Klein* が異議申立人の代理人を務めた。参照、*Eckart Klein,* Aussprache, in: Ruffert (Hrsg.), Recht und Organisation, 2003, S. 48.

（59）　総長室（Präsidium）は、総長（一名）・副総長（複数名）・事務総長（Kanzler/in; 一名）から構成される（H法七九条一項）。

（60）　基本権の二重の側面につき参照、ハンス・D・ヤラス（土屋武訳）「基本権：防御権と客観的原則規範」同（松原光宏編）『現代ドイツ・ヨーロッパ基本権論』（中央大学出版部、二〇一一年）一〇一頁以下。基本権の客観法的内実につき、その歴史的発展も含め詳細に論じるものとして、クラウス・シュテルン（井上典之ほか編訳）『ドイツ憲法Ⅱ　基本権編』（信山社、二〇〇九年）四五頁以下。

（61）　州憲法における大学の自己行政の保障については、別稿の中で詳しく扱う予定である。

（62）　代表的なものとして例えば、*Rupert Scholz*, Maunz/Dürig u.a.（Hrsg.）, GG-Kommentar, Art. 5 Abs. 3 Rn. 131 ff.（Stand: 1977）; *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der BRD, Bd. III/1, 1988, S. 803 ff.; *Thomas Oppermann*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Isensee/Kirchhof, HdbStR, Bd. VI, 1989, § 145 Rn. 18 f. 学問の自由につき、制度（体）保障を否定する近時の文献として、*Hans-Heinrich Trute*, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 275 f.; *Winfried Kluth*, Funktionale Selbstverwaltung, 1997, S. 427 f.; *Michael Kloepfer*, Einrichtungsgarantien, in: Merten/Papier（Hrsg.）, HGR, Bd. II, 2006, § 43 Rn. 55; *Hans Michael Heinig*, Art. „Institutionelle Garantie, Einrichtungsgarantie“, in: Heun u.a.（Hrsg.）, Evangelisches Staatslexikon, Neuausgabe 2006, Sp. 1014（1015 f.）; *Gärditz*（Fn. 24）, S. 351 ff.; *Ute Mager*, Freiheit von Forschung und Lehre, in: Isensee/Kirchhof（Hrsg.）, HdbStR, Bd. VII, 3. Aufl. 2009, § 166 Rn. 27 f.; *Krausnick*（Fn. 20）, S. 112 ff. さらにヤラスは、基本権領域における制度（体）保障論そのものが、激しい批判に晒されていることを指摘する。*Hans D. Jarass*, Funktionen und Dimensionen der Grundrechte, in: Merten/Papier（Hrsg.）, HGR, Bd. II, 2006, § 38 Rn. 13.

（63）　*Oppermann*（Fn. 62）, § 145 Rn. 19. なお、玉井克哉「産学連携と学問の自由」同＝宮田由紀夫編著『日本の産学連携』（玉川大学出版部、二〇〇七年）一一九頁（一二〇頁）は、今日のドイツの学説では、大学の自治を制度的保障として語るのが一般的でないことを指摘する。さらに参照、徳本・前掲注（17）五頁以下。

（64）　そのことの指摘として、*Eberhard Schmidt-Aßmann*, Die Wissenschaftsfreiheit nach Art. 5 Abs. 3 GG als Organisationsgrundrecht, in: FS für Thieme, 1993, 697（709 ff.）; *Wolfgang Löwer*, in: ders./Tettinger（Hrsg.）, Kommentar zur Verfassung des Landes NRW, 2002, Art. 16 Rn. 14. また *Schlink* は、大学判決の評釈で、「連邦憲法裁判所は、制度（体）保障として基本法五条三項を解する学説の基礎をすっかり奪い去った」と評価する。*Bernhard Schlink*, Die Wissenschaftsfreiheit des

Bundesverfassungsgerichts, DÖV 1973, S. 541. さらに参照、*Schulte* (Fn. 4), S. 127 Fn. 90.

(65) *Wolfgang Löwer*, Universitätsreform im Spiegel der Rechtsprechung, in: FS für Mußgnug, 2005, S. 421 (434).

(66) その一つとの指摘として、*Wolfgang Kahl*, in: ders. (Hrsg.), Das bayerische Hochschulurteil 2008, S. 11 (19); *Löwer* (Fn. 65), S. 435; *Gärditz* (Fn. 50), S. 409.

(67) “judicial self-restraint” を語るものとして、*Wolf-Rüdiger Schenke*, Neue Fragen an die Wissenschaftsfreiheit, NVwZ 2005, S. 1000 (1007 Fn. 36); *Gärditz*, (Fn. 50), S. 407.

(68) *Huber* (Fn. 41), S. 67.

(69) *Mager* (Fn. 62), § 166 Rn. 40. 他にも、本決定――とりわけ、「構造的危険」の基準――に批判的なものとして、*Martin Nettesheim*, Grund und Grenzen der Wissenschaftsfreiheit, DVBl. 2005, S. 1072 (1077 f.); *Friedhelm Hufen*, Anmerkung, JuS 2005, 642 (645 f.); *Karl-Heinz Ladeur*, Die Wissenschaftsfreiheit der „entfesselten Hochschule“, DÖV 2005, S. 753 (758); *Klaus Stern*, Das Staatsrecht der BRD, Bd. IV/2, 2010, S. 829 ff.; *Bernhard Kempen*, Grundfragen des institutionellen Hochschulrechts, in: Hartmer/Detmer (Hrsg.), Hochschulrecht, 2. Aufl. 2011, Rn. 36; *Krausnick* (Fn. 20), S. 109 f.; *Wendt* (Fn. 34), Rn. 112a.

(70) *Max-Emanuel Geis*, Brandenburgisches Konzert in Moll und Dur, Forschung & Lehre, 2005, S. 188 f.

(71) *Gärditz* は、ハンブルク決定を「大学憲法の夜明け (Morgenröte)」と評して歓迎する。*Klaus Ferdinand Gärditz*, Anmerkung, JZ 2011, S. 314.

(72) 参照、前掲注 (43)。

(73) *Friedhelm Hufen*, Anmerkung, JuS 2011, 1052 (1054). *Geis* は、二〇一一年の論文で、ハンブルク決定を挙げつつ、大学の自己行政の「ルネサンス」を論じる。*Max-Emanuel Geis*, Rechtsprechungsanalyse: Die Entwicklung des Hochschulrechts von 2008 bis 2012, Die Verwaltung 45 (2012), S. 525 (531).

(74) *Krausnick* (Fn. 20), S. 110 ff.

(75) この点、どこまで厳格な基準を憲法から直接に導き出せるのか、憲法裁判権の限界を巡る難しい問題となる。大学判決における連邦憲法裁判所の多数意見は、グルーブ大学の合憲性を認めつつ、大学教員グループの票数が過半数でなければならない――言い換えれば、五〇％であってはならないが、五一％であれば良い――という数的に厳格な、立法上の基準を定

立したが、まさにこの点に関して反対意見が付され、一部の学説で支持されるに至ったという経緯がある。参照、宍戸・前掲注（2）。さらに、*Gunnar Folke Schuppert*, Funktionell-rechtliche Grenzen der Verfassungsinterpretation, 1980, S. 14.

（76）*Bernhard Schlink*, Evaluierte Freiheit?, 1999, S. 1.

（77）学問の自由について、あくまで防御権的性格を中心に捉える近時のモノグラフィーとして、*Gärditz*（Fn. 24）, passim, insbes. S. 283 ff.

（78）ドナルド・ケネディ（立川明ほか訳）『大学の責務』（東信堂、二〇〇八年）三二頁。ケネディは、一九八〇年から一二年間、スタンフォード大学の学長を務めた生物学者である。

（79）「職責」としての学問の自由につき、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。

（80）国家には、大学及び研究者への信頼（Vertrauen）を基本として、彼らに対し親和的な態度を採ること、さらに、互いに構築的な協働関係を保つことが、学問の自由から要求されよう。*Fehling*（Fn. 36）, Art. 5 Abs. 3（Wissenschaftsfreiheit）Rn. 218; *Ruffert*（Fn. 4）, S. 178; *Geis*（Fn. 5）, § 100 Rn. 21 ff.; *Huber*（Fn. 41）, S. 71 ff.「学問という事物の構造に基礎をおい」た、学問と国家の「協働」に焦点を当てるものとして、エバーハルト・シュミット－アスマン（太田匡彦ほか訳）『行政法理論の基礎と課題』（東京大学出版会、二〇〇六年）一三四頁以下。

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