

《論説》

「学問の自由」, 「大学の自治」と大学内部の
法関係（1）

片 山 等

目 次

はじめに

一 学問の自由

- 1 意義
- 2 戦前の大学制度の概観
- 3 日本国憲法制定当時の学問の自由
- 4 日本国憲法制定以降の国会論議

二 大学の自治

- 1 ポポロ事件最高裁判決における学問の自由, 大学の自治
- 2 学問の自由と大学の自治の比較法的検討—概説—
 - (1) 戦前のドイツにおける学問の自由, 大学の自治
 - (2) アメリカ合衆国における学問の自由

三 大学の自治と司法権

- 1 大学の自治の内容
- 2 大学の自治と司法権—富山大学事件—
- 3 大学, 大学院における学部・研究科の現行法制

—以上 本号—

はじめに

2004年7月23日, 文部科学省（以下, 文科省とする）は, 中央教育審議会大学分科会に対して, 2007年度には大学, 短大に進学を希望する志願者数と国内全大学, 短大への入学者の総計が同数になるという, いわゆる「全入時代」の到来を予測する試算を提示した（朝日新聞7月24日付朝刊）。また, 日本私立学校振興, 共済事業団の調査によると, 2004年度には, 全大学533

校中私立大学のほぼ3割にあたる155校で、全短大400校中4割にあたる164校で各々定員割れを起し、入学定員に占める入学者の割合=入学定員充足率でも、大学が平均で110.5%、短大では100.2%であったと報じられている(同、8月4日付朝刊)。

今年に入って、昨年来事実上閉校していたS短大(山形県)の問題につき、1949年制定の私立学校法に基づき同短大設置主体の学校法人に対する、同短大の解散命令を出すことが報じられている(同、7月14日付朝刊)。学校運営における留学生への依存率の増加傾向のある他大学(N短大―石川県、H国際大―山口県)にもその影響は及ぶであろうし、実際に、留学生100人余が不法残留として入管当局の立入り調査を受けたJ国際大(千葉県)もある(同、7月12日付夕刊)。

東京や大都市への若者の集中化の反面、過疎問題や若者の流出化を抱える地方では、1980年代後半以降その流れを止めるべく、いわゆる公私協力方式で私大の誘致を行ない、町興しに期待したのであったが、ここに来て地方私大の定員割れや学生の募集停止、撤退、果ては自治体から支出された補助金の効果が問われる状況にもなっている(同、8月2日付朝刊)。さらには、「二重帳簿」による不明朗な法人経営を疑われ、日本私立学校振興、共済事業団から私学補助金の全額の返還命令を、同時に仙台市からも補助金の返還を請求されているとして、T文化学園大(宮城県)も報道されるに至っている(同、6月23日付朝刊)。

合計特殊出生率1.29として報道される(同、8月7日付夕刊)ように、紛れもない少子化現象の中、就学人口の減少も続くであろう。かつて言われていた大学淘汰の時代から、大学倒産の時代へと至っており、その分だけ結果についての自己責任が強く問われるようになるであろう。私学経営には、学生募集に頭を悩まし、厳しい経営環境の続くことが予想されている。しかし又、ことは私学、私大に限らず、国立大学についても、国立大学法人法(2003年7月16日、法律第112号)が本年4月より施行され、89の国立大学法人と4つの大学共同利用機関法人に再編されている。その特色として、国立

大学法人に、新たに役員会、経営協議会への民間の経営手法の導入、大学運営への学外者の参画、非公務員型の弾力的人事システムや第三者評価制度の導入、中期目標、中期計画、年度計画の設定等があげられようし、始まったばかりの制度であれば今後注意深くその推移を見守っていく必要がある。

以上の報道等からしても大学を取り巻く状況は相当に厳しく、又不祥事等を含めても枚挙に遑のない程の報道がくり返されている。今後の大学については、人気校と不人気校との「二極化」が進む（同、8月4日付朝刊）とも目されるが、この厳しい状況を前にして、各大学の一層の努力が求められていることは間違いない。大学は、「厳しい財政運営を強いられる中で、教学や管理運営などを含む対学生関係、対教職員関係、対社会関係において様々な問題を抱えていくことは必定である」（永井＝中村編、『大学と法』、エイデル研究所、2004年、2頁）ろうし、「今後、発生が予見される過去の同種の紛争、事件や時代の推移を投影するような新タイプの紛争、事件を大学自身の手で処理していく」ことが、これまで以上に求められる。

政府の推進する構造改革政策やその一環としての司法制度改革構想に見られる様に、従来の護送船団方式による事前規制型から脱し、事前規制の緩和とともに事後的なチェック体制の整備に向かう方向への転換が求められているのだとすれば、大学もまた、その方向に進まざるを得ないであろう。従って、高等教育の質を保証する系統的な評価システムの確立が、まず大学において、大学自身の手によって確立されることが求められており、と同時により幅広く、大学自身による高等教育法制の適正な運用が一層強く求められている。

本稿では、大学を取り巻く内外の状況の変化を踏まえ、大学の抱える種々の問題及びそこから派生する紛争を、まずもって大学自身の手で解決を図るべく、過去の法制や判例等の概要を整理し、大学内部の法関係の位置付けを再確認することを目指すものである。その上で、先行研究（前掲、『大学と法』他）に学びつつ、大学内部の法関係についての比較法的な検討（以下では、主にアメリカ合衆国におけるそれを中心に）を予定する。

一 学問の自由

1 意義

日本国憲法は、「学問の自由は、これを保障する」と定めるが、このような規定は明治憲法には見られない。明治憲法の下では、大学の自治の制度と慣行の原型は、「人事権を除いて明治20年代にほぼ完成した⁽¹⁾」と見られるものの、大学教授の任免について教授会の同意を必要とするとの慣行が確立するのは、大正3（1914）年の京大沢柳事件を経てからであった。しかしその後満州事変以後の軍国主義の下においてこの慣行も侵害されるに至る。昭和8（1933）年の京大滝川事件では、文部大臣が教授会の同意なしに滝川教授に対する休職処分を行ない、更に昭和10（1935）年に至ると天皇機関説事件が起こり、それまでの通説的見解であった美濃部博士の天皇機関説を述べた三著作が出版法19条により発売禁止とされ、「政府は、特定の憲法学説の存在ないし公表を禁止する限りにおいて憲法学説の公定を行なった⁽²⁾」、あるいは、逆に「学説を公式に否定した⁽³⁾」と指摘されている。

明治憲法下での学問の自由、大学の自治の侵害の歴史を背景として、現憲法は学問の自由を保障することとなった。その内容として、通説的見解では、「学問の自由の保障は、個人の人権としての学問の自由を保障することを趣旨としたものであり、それを担保するための『大学の自治』の保障をも含んでいる⁽⁴⁾」とし、その内容として、学問研究の自由、研究発表の自由、教授の自由の三つを掲げている。以下では、戦前の大学、とくにその目的規定の変遷を概観し、日本国憲法制定当時の学問の自由に関する国会審議の概略について検討する。⁽⁵⁾

2 戦前の大学制度の概観

戦前の教育制度の発端は、明治5（1872）年の学制の発布であるが、大学制度については、明治19（1886）年の帝国大学令がその最初のものである。同令は、「帝国大学ハ国家ノ須要ニ応スル學術技芸ヲ教授シ及其蘊奥ヲ研究

スルヲ目的トス」(1条), 帝国大学の組織を大学院と分科大学とし(2条), 「帝国大学総長ハ文部大臣ノ命ヲ承ケ帝国大学ヲ総轄ス……」(6条)と定めていた。その後明治26(1893)年に一部改正され, 教授会の法制化と講座制の採用がなされ, 帝国大学総長については, 「帝国大学ヲ総轄シ帝国大学内部ノ秩序ヲ保持ス」として, 「文部大臣ノ命ヲ承ケ」がはずされており, 初めて教授会について規定した。同15条では, 「教授会ハ左ノ事項ヲ審議ス」として,

「第1 分科大学ノ学科課程ニ関スル件

第2 学生試験ノ件

第3 学位授与資格ノ審査

第4 其ノ他文部大臣又ハ帝国大学総長ヨリ諮詢ノ件」

の4項目を掲げ, 又, 17条には「各分科大学ニ講座ヲ置キ教授ヲシテ之ヲ担任セシム」とした。

その後の大正7(1918)年の大学令では, 「大学ハ国家ノ須要ナル学術ノ理論及応用ヲ教授シ並其ノ蘊奥ヲ攻究スルヲ以テ目的トシ兼テ人格ノ陶冶及国家思想ノ涵養ニ留意スヘキモノトス」(1条)として, 国家主義が大学の目的規定に貫かれることとなる。従って, 公立, 私立の大学を初めて認める(4条)ものの, 前者は「特別ノ必要アル場合ニ於テ北海道及府県ニ限り」(5条)設立を認め, 後者については財団法人であることを義務づけ(6条, 7条), 公・私立大の大学設立廃止並びにその学部の設置廃止について「文部大臣ノ認可」を義務づけた(8条)。更に, 「公立大学ノ教員ニシテ官吏ノ待遇ヲ受ケサル者」及び「私立大学ノ教員」の採用について文部大臣の認可を義務づけ, 「公立及私立ノ大学ハ文部大臣ノ監督ニ属ス」(19条), 「文部大臣ハ公立及私立ノ大学ニ対シ報告ヲ徴シ検閲ヲ行ヒ其ノ他監督上必要ナル命令ヲ為スコトヲ得」(20条)として, 私立大学は国家の監督統制を受け, 「私学は, 国家の教育権力の全面的支配を受け, 国公立学校の代用補助機関とみなされ⁽⁶⁾」たのである。

学位についても, 明治20(1887)年の学位令では, 博士と大博士に分けい

ずれも授与権者が文部大臣であった（3条、4条）が、大正9（1920）年の学位令では、博士に一本化されたものの「文部大臣ノ認可」の下ではあるが学位の授与権者が大学に移行している（1・2・3条）。したがって、「学部教員会ニ於ケル論文審査ノ手續其ノ他学位ニ関スル規程ハ大学ニ於テ之ヲ定メ文部大臣ノ認可ヲ受クルヘシ」（9条）とするものの、第10条では、「学位ヲ有スル者其ノ他ノ榮譽ヲ汚辱スル行為アルトキハ大学ニ於テ学位ニ関スル規程ニ依リ文部大臣ノ認可ヲ経テ学位ノ授与ヲ取消スコトヲ得」とも規定している。

帝国大学令や大学令による大学教育の目的規定と対比して、師範教育の目的に注目してみれば、明治19（1886）年の師範学校令では「師範学校ハ教員トナルヘキモノヲ養成スル所」と規定し、「但生徒ヲシテ順良信愛威重ノ氣質ヲ備ヘシムル」ように教育すること（1条、明治30（1897）年師範学校令1条も同旨）としていたが、下って昭和18（1943）年の戦時下での改正師範教育令では、「師範学校ハ皇国ノ道ニ則リテ国民学校教員タルヘキ者ノ練成ヲ為スヲ以テ目的トス」として「皇国ノ道」が前面に打ち出されている。この点は、そのような師範の教育を受ける国民学校の目的が既に昭和16（1941）年に定められており、「国民学校ハ皇国ノ道ニ則リテ初等普通教育ヲ施シ国民ノ基礎的鍊成ヲ為スヲ以テ目的トス」（1条）とする点で符合している。

なお、この国民学校令16条では、「学校長ハ地方長官ノ命ヲ承ケ校務ヲ掌理シ所属職員ヲ監督ス」となっていたものが、戦後の学校教育法（昭和22年1947年）28条では「校長は、校務をつかさどり、所属職員を監督する」と改められ、「地方長官ノ命ヲ承ケ」が削除されている。教育行政の一般行政からの独立、分離の点から見て、教育基本法10条の趣旨がこの面でも反映されているのが興味深い。

3 日本国憲法制定当時の学問の自由

「学問は真理探究を目指して行われる精神的営為であり、思想を体系的な

知識に形成する活動であって、外部に表現されるのが通常であるので、思想の自由や表現の自由の保障の中には当然に学問的活動が含まれていると解することができる⁽⁷⁾のであるが、その肝心の思想や表現の自由が、明治憲法下では「法律ノ範囲内ニ於テ言論著作印行……ノ自由」(29条)として、法律の範囲内に留められていたため、前述の如き学問や大学への弾圧が加えられた経緯がわが国の歴史にはあった。わが国ではとくに、「思想・良心の自由と表現の自由の保障に加えて、権力による抑圧から学問の自由を保障し、とくに研究・教育機関に従事する者の自由を確保することが必要だと考えられた⁽⁸⁾」。

従ってマッカーサー草案(総司令部案)では、「大学における教育および研究の自由」(freedom of academic teaching, study)となっていた原案は、「大学の自由」(academic freedom)に改められ、そこに併せて規定されていた「職業選択ノ自由」も日本側の提案で分離されている。ただ、邦訳は、「学究上ノ自由」とか「研学ノ自由」とか変遷したが憲法改正草案では「学問ノ自由」に改められ、現行の23条に継承されている。

ところで、明治憲法の改正案として審議された第90回帝國議会では、この学問の自由(当初は21条)についてどのように理解されていたのであろうか⁽⁹⁾。以下、金森徳次郎國務大臣の答弁を要約して紹介する。

- 「大学教授の自由と云うような狭い意味には考えて居りませぬ。……個人的な研究範囲に於ける学問の自由、大学の学園に於て行われて居る所の学問研究の自由も、共に包容して居る……」(衆本, 6・25)
- 「学問それ自体を狙って居ります。それが大学教授がやられようと道端の乞食がやろうと、一つもその觀念に於ては區別いたして居りませぬ」(貴委, 9・18)
- 「『学問の自由』と…は、学問をする方法又学問の内容、又学問に依って得たる所の結論と云う面に亘りまして、国家より干渉を受け、その研究者のなさんと欲し、定めんと欲する所を妨げらるることがないという意味であります。『保障する』と申しますのは、公の権力を以てその伸

び行く本人の働きを妨げないと云うことであります。……一つの政治的な権力が、自分たちの行動を思うように発展せしめようと致しますと、各人がその心の自然の伸び方として学問を研究致します所に、大いなる妨げを生ずる訳であります。……要するに一切の關係に於て、その方法たると内容たるとを問わず、各人正しいと思う道に従って学問をして行くことを、国家が権力を以てこれを妨げないと云うことであります。」(衆委, 7・16)

- 「学問と云うものは、人間の個性を完全に発揮せしめまして、更に進んで人類全般の発達に貢献するものでありまして、この自由を制限することは独り個人を圧迫すると云う不都合を侵すのみならず、人類の発達そのものを防遏する、抑制すると云う不都合な結果になるものであります。故に、この点に於きましては十分その自由を保障する必要がある」(衆本, 6・27)

以上の如く金森國務大臣の答弁は、学問の自由を広義にとらえた上で、特に国家権力との關係でその保障の必要性を理解している。

これと同じ趣旨で理解する答弁を田中耕太郎文部大臣も行なっている。「学問の自由は、大学のみに関係するか」との質問に対して、「大学が重要な部分を占める」としつつも「必ずしも大学に限る意味ではない。総ての教育機関に関係するものと存じて居」り、「学問の研究が政治的、行政的の、或は又宗派的な束縛から解放されなければならないと云う意味を持って居るものと存じて居る」(貴委, 9.29)と。しかし、この答弁と前後して、田中文部大臣は研究の自由、教授の自由にかかわって、教授の自由の限界について「条理上の制限がある」とする。すなわち、「被教育者に対して、その研究を必ずしも発表しなければならないと云う訳もありませぬし、又発表にも自ら限度があ」り、「学校に関しましては、……同じような考慮が払われなければならないのではないか」(貴委, 9・18)として、教授の自由について問題を提起する。この点は、とりわけ大学における学問の自由と高校以下の教育機関における教育(教授)の自由との關係をめぐるのであり、後述する

ように東大ポロ事件での最高裁判決につながるものであろう。

4 日本国憲法制定以降の国会論議⁽¹⁰⁾

大学紛争が激化する中で、国会において学問の自由と大学の自治との関係についての質問に対して、灘尾弘吉文部大臣は、「学問の自由というものを保障するという意味において大学の自治ということが認められており」、「学問の進歩発展をはかりますためには、あくまで自由が保障せられなければならず」、「大学の学問研究の自由というものにつきまして、大学の自治というたてまえのもとにこれを保障していこう」とするものであって、「大学の自治」は、「大学としてはその生命ともいうべき大原則であり、これを守り育てていかなければ、日本の学問研究の進歩ということを期待することは難しい」（昭和43（1968）・4・8，58回・参・予算）と答弁している。

更に大学の自治の内容及びその限界についての質問に対して、村山松雄文部省大学学術局長は、「大学につきましては、その目的とするところの教育研究活動については、自主的に研究対象であるテーマを設定するとか、それに基づいて教育研究活動を行なうとかいうことにつきまして、いわゆる自治が認められており」、「制度的に大学の自治が一番成文化しておりますのは国立大学の人事に関して」であるとする。「たとえば学長或はその他の教官の任用ということを一般国家公務員法の原則だけによらずして、……大学のしかるべき管理機関がみずから選考し、大学の申し出に基づいて文部大臣はこれを任用するというような制度になっており」、「これが……制度的に大学の自治の根幹をなすもの」であるとし、「大学のキャンパス、施設の管理などにつきましても、これが社会公共の利害と衝突しない限りにおいてはある程度の自主、自治ということが認められている」（昭和46（1971）・5・13，65回・参・内閣）としている。こうして学問の自由から派生する大学の自治の保障について、国会答弁としては、教育研究活動面の自治、自治の根幹としての教員人事の面における自治、一定の限度での施設管理面での自治が、行政当局によっても認められていることがわかる。

二 大学の自治

1 ポポロ事件最高裁判決における学問の自由，大学の自治⁽¹¹⁾

ポポロ事件最高裁判決は、憲法制定当時並びにその後の国会答弁に見られるような見解を、忠実に判決の上で構成していると見ることができる。学問の自由と大学の自治について、同判決は次の如く述べている。

「学問の自由は、学問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って、……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。」

「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、特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。」

こうして最高裁は、大学の自治の内容として、人事の自治とある程度での施設、学生の管理の自治を認めている。ただし、学問の自由の内実としての研究の自由と研究結果発表の自由についても認めているものの、教育ないし教授の自由については認めてはいない。学問の自由を広く一般的にとらえ、その上で大学の自治と関連づけ、その結果として、教育ないし教授の自由を大学と高校以下の教育機関とで区別し、大学におけるそれに限定する考え方である。しかしこの点は、旭川学テ事件最高裁判決で修正を施され、高校以下の教育機関の教師にも一定程度の教育の自由が認められるに至っている。以下、この点については立入らず、次に、これまで考えられてきた学問の自

由, 大学の自治の比較法的な検討を試みる。というのも, 言うまでもなく戦前と戦後とでは, 天皇主権 (明治憲法 1, 3 条) から国民主権 (日本国憲法前文, 1 条) に原理的に轉換し, 人権についての理解も大きく異なり, それを受けて教育の法原理も勅令主義 (明治憲法 9 条中の保育命令に基づく) による教育勅語 (明治 23 年) 体制から憲法, 教育基本法体制に轉換を遂げているからである。そうであれば, 学問の自由についての戦前のドイツ的な理解にとどまらず, 戦後の憲法による英米法的な理解をも加味して再検討する必要があろう。

2 学問の自由と大学の自治の比較法的検討—概説—

(1) 戦前のドイツにおける学問の自由, 大学の自治

ポポロ事件最高裁判決は, 「学問の自由」を「特に大学に保障する」としていた。ここには, 戦前のドイツ的な「学問の自由 (akademische Freiheit)」がうかがわれる。その歴史的背景については, 「市民革命が未完成で市民的自由が十分に保障されていなかったドイツにおいては, ……大学教授に大学教授なるがゆえに与えられる特権として, 学問の自由を保障することが不可欠であった」し, 「その代わりに, 学問研究と実践や現実政治とのかわり合いが排除され, 学外活動に関しては, 大学教授も一般市民と同じように政治的不自由を忍ばなければならなかった」と指摘されている。つまり「教室の中だけの自由」⁽¹⁴⁾であった。学問の自由を他の市民的自由から切断し, とりわけ「大学」に特有な「自由」「特権」にひきよせ, 固有かつ限定的に理解する考え方は, 国民主権原理の下で市民的自由を保障する現憲法に照らして再検討されねばならないであろう。⁽¹⁵⁾或は, 「憲法の人権条項として規定された学問の自由条項の意味を, 大学における学術研究活動の自由に限る必要は全くな」く, 「そう解することは, むしろ, 日本国憲法の人権思想に背馳」⁽¹⁶⁾するとも考えられている。

戦前のドイツにおけるワイマール憲法 142 条は, 「芸術, 学問およびその教授は自由である。国は, これらのものに保護を与え, かつ, その育成に参与

する」と規定し、「ドイツでは学問の自由条項は、いずれも大学における学問とその教授の自由を保障する意図で制定された⁽¹⁷⁾」とみられ、ワイマール後期の支配的学説でも「学問の自由は、『大学における教師の研究と教授の自由を保障し、研究内容や教授方法に関する限り官吏法上の服従義務を排除する特別の権利である』⁽¹⁸⁾と解するのが通例であった」とされている。そのことは逆に見れば『『政治的禁欲主義・非政治主義・政治的中立主義こそドイツの大学教授・学問の自由の伝統的遺産となった』⁽¹⁹⁾⁽²⁰⁾』と結ばれてもいる。戦前ドイツにおける大学の自治の原則は、「国家という世俗の権力は学問という高尚な文化に対して容喙すべきでない、その代り大学も国家や政治という卑俗的なことがらには嘴を挟まないという紳士協定ともいべき」側面をもつもので、「大学教授自身の市民としての自由の欠如⁽²¹⁾」や「大学人の市民としての政治的自由の放棄⁽²²⁾」が、伝統的なドイツの学問の自由の大きな特色の一つであった、という。

こうした限界を抱えた上での学問の自由、大学の自治の理解のし方は、一方ではポポロ事件最高裁判決に忠実に反映されており、この面からの判決の検討が求められ、他方では、後述のようなアメリカ合衆国における大学の自由 (academic freedom) の理解と対照的である。いずれにしる、その限界を踏まえた上で、戦前ドイツにおける学問の自由の法概念が、

- ① 教授の自由 (Lehrfreiheit) — 大学教授の研究、その成果の発表および教育の自由、
- ② 学習の自由 (Lernfreiheit) — 学生が強制を受けずに学ぶ自由、
- ③ 大学の自治 (akademische Freiheit) — 国家から干渉されずに大学に関する事項を決定する (大学という) 制度の自由、

を含むものとして、①②の狭義の学問の自由と③の大学の自治が不可分なものと考えられてきた、とされている。⁽²³⁾

(2) アメリカ合衆国における学問の自由

上述の如く、アメリカ合衆国では、何よりも憲法、中でも修正条項に基づ

く Bill of Rights (権利章典) の中で保障される, 市民的自由 (civil liberties), とくに修正1条の言論の自由, プレスの自由 (freedom of speech, freedom of press) の一環として学問の自由が理解されている点が大きな特色となっている。つまり, 上述のドイツ法学的な理解で云う所の①の教授の自由については, 「大学教授の特権としてではなく一般的な表現の自由から派生したものとして捉えられたこと」, 上記③の点については, 「『大学の自治』という制度的自律の観念が少なくとも建前上は重視されなかったこと」が指摘されている。

更に上記の2点目の大学の自治についての制度的な理解が当初重視されなかった背景には, 「有名大学がいわゆる私立で, 早くから, 地域の宗教界・実業界などの代表者からなる理事会が大学管理の権限をにぎる建前になっていたため, ヨーロッパのような, 大学が大学人によって自主的に管理される制度的特権としての大学の自治の考え方が無きにひとしい状態」⁽²⁵⁾であったから, という。しかしその後時代が下るにつれ, 社会の発展に伴って, 「大学教授団の反対抗争もあって, 理事会制度は変質し, 理事会の権限は, 教育研究に関する事項はもとより学内の人事に関する事項についても, 教授団の影響力によって制約される慣行が形成され」, 「『この教授団の自治の原則は, 大学の使命達成上不可欠のもの』と考えられるようになり」⁽²⁶⁾, 「この慣行の形成には, 大学の内部事項への裁判所の介入が大学自体による大学の核心的な機能の遂行を妨げる場合は, コモン・ロー上の不法行為責任のルール適用を自制するという伝統があったこと, 州憲法に政府と州立大学との分離の規定が存在したこと (たとえば1850年のミシガン州憲法13条6項-8項)」⁽²⁷⁾が指摘されている。

従って現在では, アメリカ合衆国における academic freedom の一般的理解として, 判例上, ①教授(団)対国家(州), ②教授(団)対大学管理機関, ③組織, 制度としての大学対国家(州)の三つの対抗関係において認められており, 教授個人の academic freedom の内容としては, (i)研究, 発表の自由, (ii)教室における自由, (iii)教授が一市民として話し書いても大学

から検閲や懲戒を受けない自由、であると理解されている。⁽²⁹⁾これらの諸自由は、各大学の学内管理規程中に明記されて保障されている、という。連邦最高裁も、修正1条中の独立の法理として明示したことはないものの、その意義については黙示的に承認している。⁽³⁰⁾ただし、academic freedom といっても、たとえば政治的表現の自由とか結社の自由といった市民的自由との関係が解明されているわけではなく、逆に1970年代以降では、学内方針や慣行に関する司法審査を免れるための抗弁として、制度としての大学の自治が主張される例も見られ、両者の位置づけは今も検討中の状態にあると言っても良いであろう。

上記の①教授(団)対国家(州)との関係をめぐる訴訟には次の事件がある。反共産主義のマッカーシズムの頃に、マルクス主義経済学者 Paul Sweezy が、ニュー・ハンプシャー大学での講義内容について、破壊活動を調査していた州の検察当局による質問を拒否したために、破壊活動防止法違反で起訴された事件である。⁽³¹⁾ Warren 執筆の相対的多数意見(plurality opinion—Black, Douglas, Brennan の3裁判官同調)の中で、連邦最高裁は、「本件では明らかに、academic freedom および政治的表現の分野における(Sweezy)の諸自由への侵害があった」とし、「この分野において、政府は極度に抑制的であらねばならない」⁽³²⁾と述べ、「アメリカの大学社会における自由の不可欠性は殆んど自明のことである」として次のように述べている。「大学の知的指導者に厳しいおおいをかぶせると、わが国の将来は危殆に陥るであろう。……教師と学生は常に調査し、研究し、評価し、そして新しい分別と知識を獲得することに自由でなければならない。さもないと、わが国の文明は沈滞し死滅するであろう。」⁽³³⁾このように教授個人の「学問の自由と政治的表現の領域における自由の侵害」を認めたのであった。

更に Frankfurter 裁判官の補足意見(Harlan 同調)の中では、政治の干渉を受けない研究と教育に関する制度としての大学の自由が言及され、「誰が講義をし、何が講義され、いかに講義が行われ、かつ誰が受講することを許可されるかをアカデミックな根拠に基づいて自ら決定する、大学の『4つ

の本質的な自由』(‘the four essential freedoms’ of a university …to determine for itself on academic grounds who may teach, what may be taught, how it shall be taught, and who may be admitted to study)」があるとして、大学の自治を大学という制度が有する実定的な権利であると述べている⁽³⁴⁾。

この Frankfurter 裁判官による大学の4つの本質的な自由、すなわち、①誰が→教授、②何を→教授内容→研究・教授の自由、③どのように→教授方法、④受講を許可される者→学生（団）の4点中、ある文献によれば②③についてはあくまでも教室内における事柄に関係し（exclusively classroom-based）、この論拠での教授（団）の独立性の核心（the centrality of faculty independence in this venue⁽³⁵⁾）である、とされている。とすれば①と④の2つは、一方における教授（団）（faculty）と国家（州）との関係が、他方における大学管理機関、すなわち理事会、学長、副学長、学部長、学科長等と教授（団）（faculty）及び对学生との関係が問題となる。

また、上述のように、1970年代以降の学内方針や慣行に関する司法審査を免れるための抗弁として制度としての大学の自治が主張される例もあり、これによってかえって「教授会の自治なり、教員個人の人権（とくに思想・表現の自由⁽³⁶⁾）の保障を妨げる、という逆説的な結果が生じたケース」もある。ニュー・ヨーク大学准教授をメリーランド大学が政治学部長に指名したところ、同准教授がマルキストであることを理由に、州知事や州議会議員が反対を表明し、他方新聞や教育関係の団体が任命拒否に反対したりといった政治的な問題に発展したため、学長は同准教授の政治的信条に触れることなく、招請予定の学部の発展に寄与しうるにふさわしい適切な人物ではないとの理由で任命手続を拒否した。同准教授側が提訴したのであるが、裁判所は学長側の主張を認め、同准教授が敗訴した、というのがそれである⁽³⁷⁾。こうして、大学あるいは教授（団）と大学外の権力機関との関係に留まらず、大学内部における大学管理機関（＝理事会、学長、学部長他）と教授団あるいは教授個人との関係も問題として浮上する。これは大学内部における対立、紛争の

処理の問題であり、アメリカ合衆国では、tenure（終身教授権）の承認あるいは取消し、降格や懲戒処分⁽³⁸⁾の事案として多数の判例がある。

三 大学の自治と司法権

1 大学の自治の内容

標準的なテキストによれば、「大学における研究と教育は、大学が国家権力その他の外部の権威から独立し、組織体としての自律性を保障されることなしには不可能であるから、学問の自由は『大学の自治』もその内実として」おり、それは「客観的制度的保障としての性格のものであって、研究教育従事者の自由と緊張関係に立つ側面もある⁽³⁹⁾」とされ、あるいは「大学における研究教育の自由を十分に保障するために、大学の内部行政に関しては大学の自主的な決定に任せ、大学内の問題に外部勢力が干渉することを排除しようとするもの⁽⁴⁰⁾」で、「いわゆる『制度的保障』の一つとすることもできる⁽⁴¹⁾」とする。こうして、「国公立大学の教員は、自己の研究教育活動について任命権者などの管理権者の指揮監督を受けないことが保障されるなど、その自由な活動を確保するための各種の配慮が要請される（教育公務員特例法6条、9条、25条等）（このことは、私立大学の研究教育従事者についても、基本的に妥当するものと解される⁽⁴²⁾）。」

先に見た東大ポロ事件最高裁判決によれば、大学の自治の内容として、学長・教授・その他の研究者の人事の自治、一定の程度での施設および学生の管理の自治が主要な内容として認められていた。近時の学説の整理によれば、大学の自治の内容として、①教員の人事における自治、②施設の管理における自治、③学生の管理における自治、④研究教育の内容および方法の自主決定権、⑤予算管理における自治（財政自主権）⁽⁴³⁾があげられ、より広く解する傾向がある。以下では②、⑤については省略し、①の教員の人事に関する自治から検討する。

学校教育法8条の「校長・教頭の資格」規定に基づく学校教育法施行規則66条1項により、大学・大学院設置基準によることが定められ、そこに大学

の「教員の資格に関する事項」が委ねられている。更に教育公務員特例法は、学長・学部長の採用および教員の採用・昇任の「選考は、大学管理機関が行う」（4条1項）とし、学長・教員等は「大学管理機関の審査の結果によるのでなければ」、意に反して転任・免職されず、懲戒処分を受けることもない（5条、6条、9条）とされ、さらに「任用、免職、休職、復職、退職」等は「大学管理機関の申出に基づいて、任命権者が行う」（10条）として、人事の自治を保障している（ただし、大学管理機関とは、事項により評議会、学長、教授会とされている）。

④の研究教育の内容および方法の自主決定権については、わが国の戦前では先に見た様に文部大臣による国家統制の下に置かれていたが、現行学校教育法及び同法施行規則によって文科省令である大学設置基準、大学院設置基準等で「授業科目」、「単位」、「授業」、「卒業の要件及び学士」等について定めがあるものの、その余は大学が自主的に決定できることになっている。

なお、教育基本法は「法律に定める学校は、公の性質をもつものであって」、「法律に定める法人」が学校を設置できるとし、「法律に定める学校の教員は、全体の奉仕者であって、……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」（6条）と定め、私立学校法も、「私立学校の特性にかんがみ、その自主性を重んじ、公共性を高める」ことがその目的とされている点からしても、私立大学等において「重要な事項を審議する」機関は教授会であろう（学校教育法59条）から、人事に関する大学の自治が各学部毎に保障されることになる。とはいえ、私学法1条の定める各私学の「自主性」により各大学が独自の教育方針により、教員人事について国公立大と異なる特別の規律を設けることも、それが合理的である限りは、許されることになろうが、その場合でも「大学管理機関（理事会）が教授会を上回る実質的権限をもつことは、大学の自治にとって危険である⁽⁴⁴⁾」と指摘されている。

③の学生の管理についての自治であるが、東大ボボロ事件では、学生を単なる営造物利用者とみる伝統的な理論によっていた。しかしこの見方につい

ては、大学紛争を契機として学生も大学の自治の担い手であるべきとする主張も見られるようになり批判も加えられている。学校教育法58条5号では、教授の職務について「教授は、学生を教授し、その研究を指導し、又は研究に従事する」と規定しており、これは学生の研究および学習主体としての地位を前提としているものとも解されている⁽⁴⁵⁾。こうして大学の自治における学生の役割が問題となる。

「大学の自治の主体としての学生の地位を認めることと、大学の管理運営へのいわゆる『学生参加』を認めることとは、必ずしも直線的には結びつかず、「大学の研究教育に必要なことがら、あくまで教授会その他研究者の組織が自主的に決定すべきとし、決定への学生の参加を否定する見解」は、①学生は学問研究および教育に必要なことがらを判断する経験、資格、能力を欠いていること、②学生は学問研究および教育に必要なことがらを判断決定する責任を有しないこと、③学生の自治と大学の自治とは次元を異にしているから、両者を混同しないこと、をその論拠としてあげている⁽⁴⁶⁾。

学生は教授その他の研究者とはその地位も役割も異なるから、大学の構成員として大学の自治の主体に含まれるとしても、「大学自治の運営について要望し、批判し、あるいは反対する当然の権利を有し、教員団においても、十分これに耳を傾けるべき責務を負うものと解せられる」と判示する判例もあり、妥当な見解として認められている⁽⁴⁷⁾。それ以上に、学生参加をどの程度認めるかについては、「教授会の自治と矛盾しない範囲で各大学が自主的に決定すべきであり⁽⁴⁸⁾」、「(イ)学生の所属する学部、教養部等の部局、(ロ)参加の対象となる事項・案件、(ハ)学生の学年段階（大学の教養課程、同専門課程、大学院修士課程、同博士課程）を考慮」することが必要であり、「大学における研究および教育機能の活性化をはかること⁽⁴⁹⁾」が目的とされねばならないと指摘されている。仙台高裁判決では、学生団の大学運営をめぐる決定への学生参加が問われたのであり、その際、研究及び教育機能の活性化を目的とする参加、批判であることが要請されるのであって、一学生・院生による大学の正常機能の停滞や混乱を生じさせるような主張は、ここでは無関係であ

る。こうしてみれば、学生に対する管理の自治における大学側の裁量権は尊重されるのであり、ただ、学則などによる不合理な権利・自由の規律は許されないこと、懲戒処分手続についても適正手続に則ること、とくに退学処分⁽⁵¹⁾については司法審査に服すること（この点については、後述する）の制約に服するに留まる⁽⁵²⁾。

2 大学の自治と司法権—富山大学事件—

憲法76条1項は、民事、刑事、行政の各事件の裁判権を司法に属せしめ、同81条で違憲審査権を定める。裁判所法3条1項は、「裁判所は、……一切の法律上の争訟を裁判」と定める。従って、国会各院の議員資格争訟裁判（55条）、及び裁判官弾劾裁判所（64条）、国際法上裁判権を制限されている外交使節等に対する場合を除き、「一切の法律上の争訟」を裁判所は扱うことができるはずである。

しかしながら、「法律上の争訟」について、事柄の本質上の限界として、「権力分立制の構造から生ずる」限界や、「具体的争訟についての法の適用という本質から生ずる」⁽⁵³⁾限界があるとされ、逆から見れば裁判所法3条1項の文言の解釈が「憲法上の司法権の範囲ないし限界を決する」意味を持つ。前者に関して、統治行為論、議院、地方議会の自律権、立法上、行政上の裁量が、後者については事件性の問題がかかっている。地方議会、政党、宗教団体、労組、税理士会等の他、大学についても、憲法上の「結社の自由」（21条1項）により保障される社会的団体の自治・自律の視点から、団体内部の紛争に関して司法権の介入を否定、制限するという、部分社会の法理が問題となる。

部分社会の法理とは、地方議会議員の除名議決をめぐるいわゆる米内山事件⁽⁵⁴⁾決定における田中耕太郎裁判官の少数意見に端を発する考え方⁽⁵⁵⁾であって、同裁判官は、地方議会議員の除名処分をもって「議会の内部規律の問題として、議会自体の決定に委ねるべきものであり、司法権の介入の範囲外にあるもの」とし、その理論的基礎を法秩序の多元性に求めて次の如く論を展開す

る。

「凡そ法的現象は人類の社会に普遍的のものであり、必ずしも国家という社会のみに限られないものである。国際社会は自らの法を有し又国家なる社会にも種々の社会、例えば公益法人、会社、学校、社交団体、スポーツ団体等が存在し、それぞれの法秩序をもっている。法秩序は、社会の多元性に依じて多元的である。それ等の特殊的法秩序は国家法秩序即ち一般的法秩序と或る程度の関連があるものもあればないものもある。その関連をどの程度のものにするかは、国家が公共の福祉の立場から決定すべき立法政策上の問題である」。

「法律上の争訟」について最高裁は、①当事者間の具体的法律関係において紛争が存在し当事者がその判断を裁判所に求めた場合⁽⁵⁶⁾、②法令の適用により終局的に解決できるものであること⁽⁵⁷⁾、と解釈している。そして最高裁は、地方議会議員に対する懲罰決議は、「執行機関による行政処分をまず、直接効力を生じ、……行政処分と何ら変わるところはない」とし、以後一貫して「除名処分は司法権の対象となる」としてきた⁽⁵⁸⁾。事実、地方議会議員に対する三日間の出席停止決議の効力を争った事件において、「……自律的な法規範をもつ社会ないしは団体に在っては、当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがあり」⁽⁵⁹⁾、「……出席停止の如き懲罰はまさにそれに該当する」とした⁽⁶⁰⁾。こうして除名と三日間の出席停止とを区別し、後者の懲罰決議の効力を司法審査の対象から除外し、地方議会の自治的措置に委ねている。

この考え方は、大学にもあてはまるであろうか。国立富山大学の学生がある教授の実施した年度末試験を受験し、これに合格したところ、同教授は既に別件によって教授資格を失っており、学生に対しても大学側は代替の授業を受けるよう指示していたために、大学側は当該学生に単位を認めなかった⁽⁶¹⁾。学生側が単位取得の確認を求めて提訴した事件で、最高裁は次の如く判示している。

① 「……一般市民社会の中であってこれとは別個に自律的な法規範を有

する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、その自主的、自律的な解決に委ねるを適当とし、裁判所の司法審査の対象とはならない」

- ② 「大学は、国公立であると私立であることを問わず、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、……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…司法審査の対象から除かれるべきものである」
- ③ 「単位授与（認定）行為は、純然たる大学内部の問題として大学の自主的、自律的な判断に委ねられるべきものであって、裁判所の司法審査の対象にはならない」

こうして最高裁は、大学における単位認定行為を司法審査の対象外とし、ここに部分社会の法理が一応の確立を見た、と評されている。⁽⁶²⁾最高裁は、先の「学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為」⁽⁶³⁾は法律上の争訟にあたらないとする判決を踏まえて、単位認定行為を「教育上の措置」と性格づけ、これを審査対象外としたのであるが、他方同事件での専攻科修了認定行為についてはこれを審査対象としている。後者の行為が当該部分社会と一般市民法社会との接点領域に位置する行為ととらえるからであろう。従って、卒業試験不実施事件⁽⁶⁴⁾において、大学生の卒業試験を受験する権利は、一般市民法秩序にかかわり司法審査の対象とされ、公立の工業高等専門学校における原級留置措置は、それにより「学生は通常であれば履修できる次学年の定期試験を受験できない不利益や、原級の全科目を再履修しなければならない不利益を被るから、学生の権利に重大な利害関係があるものとして、司法審査の対象となる」⁽⁶⁵⁾とされている。

判例上では、大学における学生に対する学問的教育的処分、とりわけ卒業試験の不実施や単位取得を大学側が一方的に妨げるような場合には、学生の教育を受ける権利の点から「裁判請求権を生ぜしめる余地があろう」⁽⁶⁶⁾し、「学問的技術的な問題にかかわる訴訟でも、決定手続上の瑕疵や決定におけ

る事実誤認、他事考慮があれば裁量の濫用ないし逸脱として司法審査対象となる⁽⁶⁷⁾」であろうが、これらに抵触しない大学側の措置は、大学の自治、部分社会の法理と相まって、司法審査対象外とされ、大学側の措置、処分が尊重されることとなる。

3 大学、大学院における学部・研究科の現行法制

学問の自由（憲法23条）、教育を受ける権利（同26条）、更には教育基本法10条による教育行政の原則に照らすと、国立学校の教員は国家公務員法の、公立のそれは地方公務員法の下に置かれるのであるが、教育公務員の特性故に、教育公務員特例法の適用を受けることになる。同特例法は、教育公務員の任免、分限、懲戒、服務、研修などについて定めるものであり、教育公務員の職務と責任の特殊性に基づいて一般の公務員とは異なる特例を設けている。その具体的特徴として、採用及び昇任の方法に関して、原則として「競争」試験による一般の公務員とは異なり「選考」による方式をとり、人事上の自治の確保がめざされていること（同法4条、13条、16条）、「研修」について十分に配慮した方法を定め、一般公務員の場合には任命権者等に研修の義務づけがされているのに対して、教育公務員の場合には、任命権者のみならず直接本人に義務づけていること（同法19条、20条）等があげられる。同法4条では、学長、学部長、教員の採用にあたって、評議会の議、学部教授会の議、評議会の議に基づき学長の定める基準により、教授会の議に基づくことが義務づけられている。以下、転任（5条）、降任及び免職（6条）、懲戒（9条）、服務（11条）、勤務成績の評定（12条）と定められている。

制度としての大学は、戦前の勅令であった帝国大学令、大学令から、法律主義（教基法11条）として学校教育法によって定められており、その第52条には「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」として掲げるものである。同法53条では、「大学には、学部を置くことを常例とする」と定め、その職員として「学長、教授、助教授、助手及び事務職員

を置」くとし（58条1項）、「学長は、校務をつかさどり、所属職員を統督する」、「学部長は、学部に関する校務をつかさどる」、「教授は、学生を教授し、その研究を指導し、又は研究に従事する」（同法58条1項、3項、5項、6項）と定める。そして59条1項には、「大学は、重要な事項を審議するため、教授会をおこななければならない」とし、更に同法施行規則67条では、「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、学長がこれを定める」とする。

例えばある文献は、同法59条で定める教授会の審議対象となる「重要な事項」として、

- ① 学科、講座、学科目及び学部付属の教育研究施設の設置廃止に関する事項
- ② 教育課程の編成に関する事項
- ③ 学生の入退学、試験、卒業に関する事項
- ④ 学生の厚生補導及びその身分に関する事項
- ⑤ その他学部の重要事項⁽⁶⁸⁾

をあげている。従って、原則的には各大学に「重要な事項」の内容が委ねられており、一応上記の事項が共通の項目として考えられるものの、その余については各大学の自治規範である大学学則等に委ねられているものと解される。

学校教育法は更に大学院についても規定（62条）し、その目的について「大学院は、学術の理論及び応用を教授研究し、その深奥をきわめ、又は高度の専門性が求められる職業を担うための深い学識及び卓越した能力を培い、文化の進展に寄与すること」（65条1項）とし、「大学院を置く大学には、研究科を置くことを常例とする」（66条）と定めている。

「公立又は私立の大学」については文部科学大臣による設置廃止等の認可とされており（4条1項1号）、学校の設置基準についても学校教育法上に学校の基準（2章から7章の二、3条）が定められ、その上で大学設置基準については、中央教育審議会大学分科会に諮問すること（同法60条）、大学

設置認可については大学設置・学校法人審議会に諮問すること（同法60条の二）が定められている。かくして、大学に関する教育研究上の基本組織、教員組織、教員の資格、収容定員、教育課程、卒業の要件等、校地、校舎等の施設及び設備、事務組織等については大学設置基準（昭和31年、文部省令）が、同様に大学院に関する大学院設置基準（昭和49年、文部省令）が定められている。

大学設置基準の、第6章教育課程中の19条では、「大学は、当該大学、学部及び学科又は課程等の教育上の目的を達成するために必要な授業科目を開設し、体系的に教育課程を編成する」こと、「教育課程の編成に当たっては、大学は、学部等の専攻にかかる専門の学芸を教授するとともに、幅広く深い教養及び総合的な判断力を培い、豊かな人間性を涵養するよう適切に配慮」する（1項、2項）ことが、又同20条では授業科目の別を必修、選択、自由の三科目に分けることが定められている。

同様に大学院設置基準では、課程として修士、博士の二種とし、研究科については、「専門分野に応じて、教育研究上の目的から組織されるものであって、専攻の種類及び数、教員数その他が大学院の基本となる組織として適当な規模内容を有すると認められるもの」（5条）とされ、学部との関係についても「研究科を組織するに当たっては、学部、大学附置の研究所等と適切な連携を図る等の措置により、当該研究科の組織が、その目的にふさわしいものとなるように配慮する」ことが求められている（7条）。

以上により、学校の設置、廃止には認可が必要とされ、各種別の学校の設置認可には各々の設置基準が定められており、大学、大学院の場合にもそれらが制定されている。この設置基準を充足しない場合には設置が認可されないことになる。大学、大学院の設置基準中に定められている教育課程の内容、編成等に従って認可され、その条件の下で大学、大学院が運営されることが期待されている。

国立大学の場合には、学部教授会、評議会、学長、あるいは研究科会議、大学院長が学内組織として設置されているが、私立大学の場合には、私立学

- (17) 芦部信喜・前出注3, 204頁。
- (18) 芦部信喜・前出注3, 204頁。
- (19) 高柳信一「学問の自由と大学自治」『基本的人権 IV』, 東大出版会(1968年) 380頁。
- (20) 酒井吉栄『学問の自由・大学自治の研究』評論社(1979年), 132頁。以上, 中村睦男・前出注1, 544頁。
- (21) 高柳信一・前出注13, 15頁, 25頁。
- (22) 芦部信喜・前出注3, 221頁。
- (23) 芦部信喜・前出注3, 221頁。
- (24) 芦部信喜・前出注3, 221-2頁。
- (25) 芦部信喜・前出注3, 222頁。
- (26) 高柳信一・前出注13, 179-80頁。
- (27) 芦部信喜・前出注3, 222頁。
- (28) Rabbin, Academic Freedom, in ENCYCLOPEDIA OF THE AMERICAN CONSTITUTION, 2nd ed., 2000 Macmillan, vol.1 at 21-2
- (29) Statement of Principles on Academic Freedom and Tenure, 1940, AAUP & AAC.
- (30) L. H. Tribe, AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW, 2nd ed., at 812-3, n.32, Foundation, 1988.
- (31) *Sweezy v. New Hampshire*, 354 U. S. 234 (1957).
- (32) *Id.*, at 250.
- (33) *Id.*, 250. 訳文は, 芦部信喜・前出注3, 214頁による。
- (34) Cf. *Keyishian v. Board of Regents*, 385 U. S. 589 (1967). とくに at 602-3でのBrennan多数意見での引用部分。
- (35) Steven G. Poskanzer, HIGHER EDUCATION LAW, THE FACULTY, Johns Hopkins Univ. P.2002, at 70.
- (36) Poskanzer, *supra*, at 140. 芦部信喜・前出注3, 224頁。
- (37) *Ollman v. Toll*, 518 F. Supp. 1196 (D. Md, 1981), *aff'd*, 704 F. 2d 139 (4th Cir. 1983).
- (38) Poskanzer, *supra*, at 71-94, 200-26.
- (39) 佐藤幸治『憲法(第三版)』青林書院(1995年), 509頁。
- (40) 芦部信喜・前出注4, 158頁。
- (41) 以下では, 大学の自治の法的性格についての議論は省略する。参照, 成嶋隆「23条 学問の自由」小林孝輔=芹沢斉(編)『基本法コンメンタール 憲法(第4版)』日本評論社(1997年), 147頁。
- (42) 佐藤幸治・前出注39, 509頁。
- (43) 中村睦男・前出注1, 556頁。成嶋隆・前出注41, 148頁。芦部信喜・前出注3, 225頁。
- (44) 芦部信喜・前出注3, 227頁。

- (45) 中村睦男・前出注1, 558頁。
- (46) 橋本公亘「大学の自治」公法研究29号61-2頁, 有斐閣(1967年)。
- (47) 仙台高判昭和46年5月28日判時645号55頁。
- (48) 中村睦男・前出注1, 559頁。芦部信喜・前出注3, 228頁。
- (49) 中村睦男・前出注1, 559頁。
- (50) 中村睦男・前出注1, 559頁。
- (51) 芦部信喜・前出注3, 228頁。
- (52) なお, S. G. Poskanzer, 前掲書 pp. 92-3によれば, 大学あるいは学部の教授団が成績評価基準を定めている場合, これに反して自己の判断で学生の成績評価を行った教員の再雇用拒否及び解雇処分はいずれも適法として裁判所によって認められている。Lovelace v. Southeastern Mass Univ., 793 F. 2d. 419 (1st Cir. 1986), Jawa v. Fayetteville State Univ., 426 F. Supp. 218 (E. D. N. Car. 1976)。そして, この意は, 仮に学生が成績評価等を争った場合, faculty (教授団)と大学・学部は一体となって学生に対置し, かかる学生の申立ては, 大学の規範について大学外から反対する申立てであるかのように取り扱われる, とする。
- (53) 橋本公亘『日本国憲法(改訂版)』, 有斐閣(1988年) 610頁。
- (54) 最大決昭和28年1月16日民集7巻1号12頁。
- (55) 佐藤幸治『現代国家と司法権』有斐閣(1988年), 147頁。
- (56) 最大判昭和27年10月8日民集6巻9号783頁。最大判昭和35年6月8日民集14巻7号1206頁。
- (57) 最1小判昭和29年2月11日民集8巻2号419頁。最3小判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁。最3小判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁。
- (58) 最3小判昭和26年4月28日民集5巻5号336頁。
- (59) 佐藤幸治「部分社会と司法審査」樋口陽一=野中俊彦(編) 憲法の基本判例(2版)有斐閣(1996年) 205頁。
- (60) 最大判昭和35年10月19日民集14巻12号2633頁。
- (61) 最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁。最3小判昭和49年7月19日民集28巻5号790頁。
- (62) 佐藤幸治・前出注59, 192頁。
- (63) 最判昭和41年2月8日民集20巻2号196頁。
- (64) 金沢地判昭和46年3月10日行集22巻3号204頁。名古屋高金沢支判昭和46年9月29日判時646号12頁。
- (65) 大阪高決平成3年8月2日判タ764号279頁。
- (66) 兼子仁「国立大学における単位授与と司法審査」行政判例百選Ⅱ(2版), 357頁。
- (67) 椎名慎太郎「国家試験と司法審査」行政判例百選Ⅱ(2版), 355頁。
- (68) 寺崎昌男『日本における大学自治制度の成立』評論社(1979年)。堀江宗生「学校教育法 59条」永井憲一(編)『基本法コンメンタル 教育関係法』日本評論社(1992年), 117頁。

（本稿は、2004年2月に東京地方裁判所宛に提出した、平成15年（ワ）第7487号慰謝料請求事件についての「意見書」をもとに、一部加筆、削除、訂正したものである。）