

ドイツ大学の法制的本質

——「大学の自由」との関係において——

大学院博士課程

高 木 英 明

序

ドイツの大学は、一体化された、学問の研究と教授に重点をおき、いわゆる「大学の自由」(die akademische Freiheit)を強く主張するところに、その特色がある。¹⁾それは、Halle 大学(1694)や Göttingen 大学(1737)を嚆矢とし、Berlin 大学(1809)を典型とする近世大学発生以来の伝統的な特色であり、現在もなおその認識は有力である。²⁾例えば、ヤスパースにおいては、「現代の最高段階の知識の追求」が大学の本質なのであって、「大学の理念とはすなわち、研究と教授とを一体化し、教師と学生個々の責任ある独立の条件として、教える自由と教わる自由を要し、単なる学校事業とそれに関連する専門化に墮することなく、生々としたコミュニケーションと精神的な闘いによって学問の統一を発展させること」³⁾なのである。

すなわち、大学の本質的な使命は学問の研究と教授であり、学生の人格の陶冶 (Menschenbildung) も、職業への準備 (Berufsbildung) も、学問の研究と教授を通じて行なわれるのである。したがって、そこには当然研究の自由ならびに教える自由 (Lehrfreiheit) と教わる自由 (Lernfreiheit) を要し、大学の自主独立と国家をはじめとするあらゆる権力からの自由が保障されなければならない。学問の研究とは、未知なるものをきわめ、あるいは真なるものを探求して行くことであり、それは芸術的な美と同じく、自由なくして、命令や強制のもとでは、じゅうぶんにその機能を発揮することができないからである。再びヤスパースの言葉を借りるならば、「いやしくも、創造力ある人物が、真理として現われる筈のものを予め確立されたり、外部から一定の目的を規定されたりして、かれの創造力を拘束されたりしなければそのときのみ学問における精神的な⁴⁾のちが榮える」からである。また、学問の教授とは、真摯に探求された研究成果を学者の良心と責任において教え伝えることであり、その自由がなければ、研究の成果を生かすことも、真理を正しく伝えることも不可能である。発表を通じて曲げられた真理は、もはや真理とはいえない。⁵⁾そのため、現代では多くの国が憲法において「学問の自由」を保障しており、ドイツにお

- 1) Schleiermacher, F. E. D. ; Gelegentliche Gedanken über Universitäten im deutschen Sinne. 1808 : v. Humboldt, W ; Über die innere und äussere Organisation der höheren wissenschaftlichen Anstalten in Berlin. : Flexner, A ; Universities, American, English, German, 1930.
- 2) Vgl. Anger, H ; Probleme der deutschen Universität, 1960, S. 297 ; Thieme, W. ; Deutsches Hochschulrecht, 1956, S. 14 ff. 本稿は現時点においては西ドイツを対象とする。
- 3) Jaspers, K. ; Rechenschaft und Ausblick, 桑木務訳編, 「大学の本質」, 61頁。および11頁。
- 4) 同書, 81頁。
- 5) 相良惟一 ; 各国憲法の規定中に見られる教育条項に関する比較研究(京都大学教育学部紀要第2号所収) 19~22頁 ; 同 ; 各国の憲法と教育 (IDE教育選書第5冊) 21頁以下参照。

いても、19世紀の半ば以来、「学問の研究と教授の自由」が憲法上に保障されてきたのである。⁶⁾ 現に、西ドイツの連邦基本法も、「芸術および学問、研究および教授は、自由である」(ドイツ連邦共和国基本法第5条第3項前段)ことを保障している。この「学問の自由」に関する基本法の規定は、大学のみにかかわるものではないが、大学が「学問の研究と教授」をその本質的な使命とするが故に、特に大学にとって重要な意味をもつものであり、このため⁷⁾ ラントの憲法もさらに具体的に大学の自治行政権 (Selbstverwaltungsrecht) を規定している。要するに、大学は、その使命をよりよく果たすためには、あくまで自由でなければならない。

しかし、いかに自由たるべき大学といえども、「限りなく」自由ではあり得ない。近代国家においては、大学がいわゆる《国家内の国家》(imperium in imperio)⁸⁾ たることは許されず、大学の自由も、理念的には、学問の眞摯なる研究とその良心的な教授に関する限りにおける自由であり、制度的には、国家主権の枠内における自由である。それゆえに、連邦基本法は、前条項後段において「教授の自由は、憲法に対する忠実を免除するものではない」ことを規定し、⁹⁾ ラントの憲法も、大学の自治行政権が国家の監督を阻害しない範囲のものであることを断わっている。つまり、大学は「国家によって現存し……国家がそれを欲するばあいに、また如何にそれを欲するかによってのみ、現存することができる」¹⁰⁾ のであって、大学が一般的な国家の支配権に服するものであることはいうまでもない。そののみか、大学が国家社会の発展に重要な役割をもつが故に、国家は大学に対して常に無関心たり得ず、むしろ何らかの形において積極的にこれに関与する。そして、ドイツのように、大学が国立である場合には、大学と国家との関係はより直接的となり、大学に対する国家の関与は、形式上「管理権」ないし「統制権」として表出する。そこで、このように、国家を排除しえない場合に、いかにして最大可能な研究と教授の自由を大学に確保するかということ、およびこれに関連して、¹¹⁾ 法制的には、国家行政の枠内における大学の本質的な在り方、つまり大学は「公営造物」なのかそれとも「公法上の団体」なのかということが重要な問題となってくる。それは、両者が同じく国家行政を遂行するものでありながら、後者は本質的に国家から独立しているとみなすことができるからである。

6) 教授の自由(Lehrfreiheit)に関する最初の法的規定は1834年のベルン大学法(Berner Hochschulgesetz)の§34であるが、「学問の研究と教授の自由」が憲法上に規定されるのは1848年の革命以後である。Pauls-Kirchen-Verfassung (1848, Art. VI § 152), Preussen 憲法 (1850, Art. 20), Weimar 帝国憲法 (1919, Art. 142) など。

7) Verfassung des Landes Baden-Württemberg, Vom 11. November 1953 (Art. 20 § 2); Verfassung des Freistaates Bayern, Vom 2. Dezember 1946 (Art. 138 § 2); Verfassung des Landes Hessen, Vom 11. Dezember 1946 (Art. 60); Verfassung für das Land Nordrhein-Westfalen, Vom 28. Juli 1950 (Art. 16 § 1); Die Verfassung für Rheinland-Pfalz, Vom 28. Mai 1947 (Art. 39); u. s. f.

8) 勝田守一; 大学の自由の理念とその条件 (『思想』1960年1月号所収) 2頁。

9) Hessen, Baden-Württemberg, Nordrhein-Westfalen, u. s. f. なお、忠誠条項 (Treueklause) に関しては, Thoma, R; Die Lehrfreiheit der Hochschullehrer, 1952. が詳しい。

10) Jaspers, K.; Die Idee der Universität, 1952. 森岡訳; 「大学の理念」, 217頁。

I

いわゆる営造物理論は、本来プロイセンの一般国法 (Allgemeines Landrecht, 1794) の解釈のために19世紀中に発展させられた学説であって、その内容は具体的な法律の明文によって定められたものではなく、また、現に成文法上に営造物の一般的な概念規定があるわけでもない。したがって、その概念は実定法上必ずしも一定していない。

1931年に公表されたヴェルテンベルク行政法草案 (Der Entwurf der Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg) によれば、営造物(die öffentliche Anstalt=厳密には公営造物)とは、「公の行政使命に属する目的の遂行のためにする国又は公法上の団体の継続的設備」であって、「この目的のために特別の財産状態の存立が認められ且各人又は特定の範囲の人が特別の命令の規定に従い利用し得べく又は利用するを要するものを謂う」¹¹⁾と定義されているが、¹¹⁾一般に、営造物とは「国または公共団体等の行政主体により公の目的に使用される人的および物的施設の総合体」¹²⁾を指すのであって、その人的要素も含まれる。特に本稿ではその意味に解したい。

この営造物には、「第二次的公権力」とも呼ばれ、終局的には国の支配権に帰属する営造物権力 (Anstaltsgewalt) が直接または間接に法によって存立し、営造物の活動領域に入るすべての人(営造物の職員・利用者・収用者など)および物に対して作用する。¹³⁾つまり、営造物の管理ないし利用はいわゆる特別権力関係であって、営造物職員はその主体たる監督官庁の指揮命令に従う官吏関係 (Beamtenverhältnis) あるいは公の勤務関係 (öffentliches Dienstverhältnis) に立ち、営造物の利用者もいわば命令服従の利用関係に立つ。具体的には、営造物主体は、営造物規則の制定権、手数料の徴収権、命令および懲戒権などの権限をもつ。

通常、営造物は、利用目的の差異により公共営造物と公用営造物、あるいは、法人格の有無により独立営造物と非独立営造物、などに分けられるが、本稿に關係のある分類はむしろ後者である。

非独立営造物 (die unselbständige öffentliche Anstalt) というのは、法人格、具体的には権利能力 (Rechtsfähigkeit) や自治行政権 (Selbstverwaltungsrecht) をもたない営造物であって、いわば公権力の行使を司る行政組織の一部にすぎない、あるいは行政主体の単なる手段にすぎない存在である。そこでは、当然に国家の管理権が直接的に作用する。

これに対して、独立営造物 (die selbständige öffentliche Anstalt) は、「権利能力ある営造物」(die rechtsfähige ö. A.)とも呼ばれ、法人格 (権利能力や自治行政権) を備えて国家行政

11) 園部敏訳：ヴェルテンベルク行政法草案(「続・行政法の諸問題」所収)による。(第138条第1項)：(第157条)。

12) Forsthoff, E; Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. 1954, S. 385：柳瀬良幹；営造物権利の主体(岩波・法律学辞典, 1, 112頁)：田中耕太郎；教育基本法の理論, 771頁：その他。

13) 園部敏；営造物権力(「憲法行政法論集」), 310頁。

からはかなり独立しており、それに対する国の営造物管理権は間接的なものとなる。そこで、これは次に述べる公法上の団体と共に、いわゆる間接的な国家行政（die mittelbare Staatsverwaltung）のはんちゅうにおいて説明される。間接的な国家行政とは、「直接国家官庁によってではなく、独立したいわゆる権利能力ある担い手（Träger）によって行なわれる国家的使命の行政¹⁴⁾」のことであって、独立営造物も公法上の団体も共にこの行政の担い手である。したがって、独立営造物には、原則として公法上の団体の場合と同じ法原理（Rechtsgrundgesetze）が通用し、関係者（Beteiligte）の共働はあたかも組合（Verband）の外観を呈するような方法で行なわれる。しかし、独立営造物はあくまで営造物であって、組合そのものではない。オットー・マイヤーに発する古典的定義に従えば、それは「行政主体の手中にあって、特別の公目的に継続的に奉仕するよう規定されている物的、人的行政手段の、公法上の法人格にまで高められた状態（Bestand¹⁵⁾）」に過ぎず、依然《営造物》としてその母体たる国家に手段的（instrumental）に結びついている。したがって、営造物の権利能力は、法規または行政行為によって付与されるものであり、場合によっては再び取り上げられることもあり得る¹¹⁾、いわば国家のものである。

ところが、公法上の団体（die Körperschaft des öffentlichen Rechts）は、フォルストホッフの定義によれば、「成員資格的（mitgliedschaftlich）に組織された権利能力ある公法上の組合（Verband）」であって、「国家の監督の下に、高権的手段（hoheitliche Mitteln）をもって国家的使命を遂行する¹⁶⁾」ものである。これをみると、公法上の団体は、「国家的使命」を遂行すること、そのために「国家の監督」をうけること、また権利能力（■治行政権）をもつことなどにおいては、独立営造物と変わりがない。しかし、公法上の団体は本質的に組合（Verband）であり、このことによってのみ他の独立した行政機関（ここでは権利能力ある営造物）から区別される。すなわち、行政法学上一般に成員資格（Mitgliedschaft）の有無が両者を区別する基本的なメルクマールとされている¹⁷⁾。公法上の団体が組合であるということは、それが成員資格をもった構成員（Mitglieder）から成るということであり（これに対して営造物の利用者 Benutzer は成員資格をもっていない）、その構造は、機関（Organ）の選挙と、組合管理の範囲に属する本質的な決定とが構成員の権限であるように形成され得る。また、団体の権利者は内部的には個々の構成員であり、したがって、公法上の団体の権利能力はそれぞれの構成員から発する団体固有のものであるとみなすことができる。それは、営造物の場合のように国家によって付与・剥奪され得る種類のものではない。もちろん公法上の団体そのものは、国家の高権的行為（Hoheitsakt, 一般に法規）によって創設・廃止され、「個人と同じく法が承認するかぎりにおいて存立しうる¹⁸⁾」

14) Forsthoff ; a. a. O. S. 364.

15) Forsthoff ; a. a. O. S. 386.

16) Forsthoff ; a. a. O. S. 383.

17) Thieme, W ; Deutsches Hochschulrecht, S. 105. : Forsthoff ; a. a. O. S. 378 ff. : Wolff, H. J. ; Die Rechtsgestalt der Universität, 1956, S. 47.

18) v. Gierke, O ; Deutsches Privatrecht, I, 1895, S. 472.

ものではあるが、団体であることにおいては、「最高の団体人たる主権国家」¹⁹⁾と同等であり、いわば国家にとっては他人である。それゆえに公法上の団体は、「あらゆる団体 (Korporation) の上位にある国家の監督にもかかわらず、自ら独自のイニシアティブをとることができる」²⁰⁾のであって、営造物とは異なり、国家から本質的に独立したものであるということが出来る。(ただし、公法上の団体は如何にイニシアティブをとることができても自ら勝手に解散するようなことはできない。)

ときに、大学は、憲法的保障のもとに自治行政権を与えられ、法人格を備えているので、原則として「非独立営造物」²¹⁾であるとはいえないが、しかしそれは権利能力をもった営造物なのか、それとも公法上の団体なのか。

II

現在、大学に関しては、「学術的研究の促進」の分野において、連邦が競合的立法権を有しており（基本法第74条13項）、ラントは、「連邦がその立法権を行使しないあいだ、あるいはその限度において立法の権能を有する」ことになっている（同72条1項）。しかし、■下のところ、大学に関する連邦法は、大学教員の身分や学位授与に関するものなど2～3にとどまり、各ラントにおいても大学全般に関する法律はほとんどないので、旧プロイセンの一般国法や個々の大学定款（Universitäts-verfassung od. -satzung）が、大学の法制を規定する主要な法源となる。

ドイツ大学の法制を最初に規定したとみられるプロイセンの一般国法（ALRⅡ12）は、その第一条において、「学校および大学は国家の設置するもの（die Veranstaltung des Staates）にして・・・」と大学を営造物たる他の諸学校と同列に扱いながらも、同時にその第67条において、「大学は、特権を与えられた団体（privilegierte Korporation）のあらゆる権利をもつ」と規定した。これは本来団体であった大学が絶対主義国家の干渉によって営造物化した18世紀の在り方をそのまま法典化したものであり（後述）、これらの規定の用語が今日の「営造物」や「公法上の団体」と同じ内容を意味するかどうかには問題があるとしても、このALRは今なお有効であり、またこのような規定の仕方「大学は国家営造物（Staatsanstalt）であると同時に団体

19) v. Gierke ; a. a. O. S. 473. : 福地 ; 「ギールケの団体人格論について」(注44) 参照。

20) Köttgen, A. ; Deutsches Universitätsrecht, 1933, S. 34. Köttgen は、公法上の団体そのものについて説明しているわけではない。しかし、その意味するところは同じであり、ここに引用することも許されよう。

21) 大学が事実上自治行政権を喪失していた Nazis の時代には、大学は「非独立営造物」の状態に化していたと言わざるを得ない。

22) Reichsgesetz über die besonderen Rechtsverhältnisse der beamteten Lehrer an den wissenschaftlichen Hochschulen, Vom 9. April 1938 ; Reichsgesetz über die Führung akademischer Grade, Vom 7. Juni 1939 ; u. s. f.

23) Hamburgisches Hochschulgesetz, Vom 4. Februar 1921 ; Hessisches Gesetz zur Errichtung der Justus Liebig-Hochschule in Giessen, Vom 11. September 1950, などは法律の形をとっているが、いずれも個々の大学に対するものであり、いわば大学定款に相当する。

の権利をもつ〕は、その後の教育法草案（例えば、1861年の§203や1877年の§711²⁴⁾）においても踏しゅうされ、現代の大学定款の一部にもみられるところである。例えば、1952年の Göttingen 大学の定款は、「大学は国家の施設（Veranstaltung）であると同時に、法律に従って公法上の団体の権利をもつ」（§2）と規定している。ここで Staatsanstalt あるいは Veranstaltung が学理上の「営造物」と同じものをさすかどうかについての疑問が生ずるが、これは一般にそのように理解されており、大学が本質上公法上の団体であるとみなす「大学団体論」の立場からもそのこと自体は否定されていない²⁵⁾。したがって、これらの規定によれば、大学は「団体の権利をもった営造物」であるということになる。

しかし、他方において、ハンブルク大学法（Hamburgisches Hochschulrecht, 1921）²⁶⁾は、「大学は公法上の団体である」（§5）ことを明記してきたし、現に、Berlin 自由大学（1948 §1）や Heiderberg 大学（1952 §5）の定款にも同じ規定がみられる。とすれば、ドイツには「営造物たる大学」と「公法上の団体たる大学」の二つが存在するのであろうか。少なくともこれらの規定のみによれば、そのような分類が可能である。しかし、すべての大学定款が法的性格に関する規定をもっているわけではない。また両者の間に實際上機制的な差異があるわけでもない²⁷⁾ので、現実にはそのような区別をすることは不可能である。それは営造物と公法上の団体を判別する基本的なメルクマールたる成員資格の有無（つまりは利用者の有無）をもって両者を区別することができないこと——すなわち、例えば前者の学生が利用者であって、後者の学生が構成員であるとはいえないこと——からしても明らかである。そこで、規定の如何にかかわらず、ドイツ大学全体の機制的な在り方そのものが問題となってくる。

第二次大戦後は、本稿の対象としているいわゆる「学問的大学」²⁸⁾（die wissenschaftliche

24) Wende, E. ; Grundlagen des preussischen Hochschul-Rechts, 1930, S. 25. u. S. 26.

25) ただし、それは形式的な言葉の意味においてであり、実質的な意味においては否定され、後に述べるような奇妙なこじつけが行なわれる。Thieme ; a. a. O. S. 104. ; Köttingen ; a. a. O. S. 38. なお、それらが「営造物」であることを意味しないものならば、「団体の権利」をもつとわざわざ断わる必要もない筈である。

26) Grapengeter-Damm ; Kultusrecht, Sammlung von Gesetzen, Verordnungen und anderen öffentlich-rechtlichen Vorschriften des Bundes (Reiches) und der Hansestadt Hamburg auf den Gebietender Erziehung, Wissenschaft und Kultur. II Bd. Hochschulwesen, 1953.による。

27) もちろん個々の大学の間における多少の差異はあるが、「公法上の団体である」と規定された大学とそうでない大学とを分類するに足る実際の差異はみあたらないのである。Kluge は、Hamburg 大学、Berlin 自由大学、Köln 大学などは、学問的領域のみならず財産管理（財政）の面においても公法上の団体として組織されていることを主張するが、それに関する具体的な説明はなく、それは定款の規定にもとづいた形式論としか思えない。財産管理権は他の大学もこれを持っているからである。Vgl. Kluge, A. ; Die Universitäts-Selbstverwaltung, 1958, S. 232.

28) 現在、西ドイツには、伝統的な総合大学（Universität）、およびこれと同等の権利をもつ専門単科大学（Fachhochschule）、ならびにその他の単科大学（Hochschule）に大別される種々の高等教育機関がある。このうち、「学問的大学」と呼ばれるのは大体前二者で、それらが法律の対象となる。しかし、法律においてはそれぞれ列挙されるにとどまり、「学問的大学」に対する一般的な概念規定はない。具体例については、Thieme ; a. a. O. S. 2, Anm. 5 ; v. Turegg, K. F. ; Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1956, S. 414 ; Weber, W. ; Die Rechtsstellung des Deutschen Hochschullehrers, 1952, S. 18 ff. 参照。

Hochschule) の範囲においても、私立大学の生まれる可能性が生じている、といわれるが、²⁹⁾ ドイツの大学は伝統的にすべて国立であり、古くから国家（といっても連邦制のために、具体的には各ラント）によって設置・管理されてきたし、現在においてもそうである。この意味において、大学の管理は一元的であると同時に、国家行政的（営造物管理的）である。大学の使命たる学問の研究と教授に関する種々の国家行政が大学に委託され、特に大学財政の管理にあたっては大学管理官（Kurator）のおかれているところもあるが、一般に学長宛に委託される。この場合は、大学自治の最高の長たる学長（Rektor）といえども大臣に従属する。学長選挙の結果には国家の承認（Bestätigung）が必要であり、大学の根本を規定する大学定款も国家の承認を経て制定される。この場合、国家の承認がなければ、学長の選挙結果も大学定款も法的には全く無価値である。このようなことから、ペテルスは、大学の意志が本質的な点において国家によって規定されるとみなし、大学は営造物であることを主張する。³⁰⁾ 実際、大学教員（Hochschullehrer）の主要部分（定員内の正教授および准教授³¹⁾ die planmäßigen ordentlichen und außerordentlichen Professoren 全員、定員外 außerplanmäßig の教授および私講師 Privatdozentenの一部—ただし、Bayern では名誉教授 Honorar Professoren をも含めた全員）は、国家（大臣）によって任免される官吏（Beamte）であり、その限りにおいては、彼らは官吏としての公の勤務関係に立つ。また、何にもまして、《利用者》とみなされる学生がいることは、大学が営造物であるという認識を強くする。ネービンガーによっても、フォン・トゥレグによっても、あるいは³²⁾ 「大学団体論」の立場に立つティエムによってさえ、学生は利用者である。³³⁾ とすれば、大学は営造物なのか。

しかし、実際上は初めに述べた「大学の自由」の憲法的保障のもとに、財産管理（Vermögensverwaltung）を含めたほとんどあらゆる行政が、大学の自治機関（学長・学部長・評議会・教授会など）にゆだねられ、大学は自治団体的な要素をも備えているので、そのように簡単にわり切ることは許されない。なるほど、大学定款や学長選挙には国家の承認は必要とするが、定款は大学によって自主的に作成されるものであり、学長や学部長（Dekan）も大学（学部）自体によって選出される primus inter pares である。primus inter pares（仲間の第一人者）であるということは、彼らがその同僚たる教師団（Lehrkörper）に直結して、他から与えられる人物ではないことを意味し、一般に大学の人事には、大学自らが補充するという補欠選挙（Kooptation）の原理が確立されている。したがって、官吏の身分をもつ教員も国家によって任命はされるが、その際大学は三人の候補者を推薦する権利（Vorschlagsrecht）をもっており、それは

29) Weber ; a. a. O. S. 21.

30) Peters, H ; Lehrbuch der Verwaltung. 1949. S. 413.

31) 「員外教授」ともまた「助教授」とも訳されるが、実態を伝える適当な訳語はない。

32) これも、わが国における名誉教授の概念とは異なる。いうならば、名誉的に招へいされて講義をする教授のことである。Bayern 以外では官吏の身分をもたないが、一般に正教授に次ぐ位置にある。

33) Nebinger, R. ; Verwaltungsrecht, 2. Aufl. 1949, S. 147. ; v. Turegg a. a. O. S. 416. ; Thieme ; a. a. O. S. 109. f.

国家によっても尊重されなければならない。また、彼らは官吏の身分をもつとはいえ、研究と教授および大学の自治行政に関する限り、その活動はまったく自己統制に委ねられており、国家に対して直接的な従属関係に立つものではない。大学教員官吏法 (Hochschullehrerbeamtenrecht) は、大学教員の団体的な成員資格の地位についてはほとんど何もふれていないが、それは慣習法的にあらゆる段階の教員に帰属せしめられるべきものであり、このため官吏の身分をもつ教員は、官吏法的な関係のみならず「団体法的な関係」にも立ち、一般に二重の地位 (Doppelstellung)³⁴⁾をもつとされている。また、官吏の身分をもたないその他の教員は、大学自らによる教授資格 (venia legendi) の付与 (Habilitation) によって補充され、団体法的な勤務関係のみに立つ。さらに、学生も、「学習の自由」(Lernfreiheit) とともに、大学の自治行政に参加する権利をもっており、³⁵⁾このことからしても彼らは単なる利用者ではない。理念的にも、学生は教員と共に学問的協同体を構成するものと考えられてきた。そこで、¹⁾ティームは、学生が利用者であることは認めながらも、成員資格をもった構成員 (Mitglieder) でもあることを主張し、大学は公法上の団体であるとする。³³⁾また、³⁶⁾ペーマーは、最近大学の自治領域 (autonomer Bereich) が強化されてきたことを理由に、「大学団体論」の立場をとる。この立場からすれば、ALRの規定、あるいはそれに類する大学定款によっても、大学は公法上の団体であると解釈される。つまり、「団体の権利をもつ」ということは、そのまま団体であることを意味し、大学が die Veranstaltung des Staates であるという規定も、その力点が Veranstaltung ではなく Staates におかれていること、すなわち、大学のプロイセン国ないしドイツ国への所属を示すにすぎないことが強調されるのである。²⁵⁾

かくして、ドイツの大学は営造物と公法上の団体のいずれにも解釈できる二重の法制的性格をおびているということになるが、この「法制的二重性格」、特にその団体的性格は、歴史的背景を無視してはじゅうぶんに理解し得ないので、次にその発展過程の概略を考察しておきたい。

Ⅲ

Universität の語源たる universitas が意味するように、一般に大学が中世において「組合または団体」であったことはすでによく知られている。すなわち、パリー大学やボローニア大学によって代表される中世の諸大学は、その頃形成されていた商人や職人の同業組合 (guild や

34) Wenzel, M ; Das Gesetz zu Artikel 131 GG und die Hochschullehrer, 1953, S. 7 ; Thieme ; a. a. O. S. 239f ; Weber ; a. a. O. S. 11 ; Gerber, H. ; Hochschule und Staat, 1953, S. 16. Anm. 33.

35) この権利を憲法上に規定しているラントも2～3ある。Vgl. Verfassung des Freistaates Bayern (Art. 138 § 2) ; Verfassung des Landes Hessen (Art. 60) ; Die Verfassung für Rheinland-Pfalz (Art. 39). そこで、通常、学生団 (Studentenschaft) は、その代表 (1人または2人) を評議会 (Senat) や教授会 (Fakultät) へ送っている。しかし、Anger 編の調査資料によれば、学生の代表が評議会や教授会で発言する機会を与えられるのは、主として「学生の問題」に限定されており、また Berlin 大学の場合のように、学生が投票権までもつのは希である。なお、一般に学生の代表が大学の自治行政に参加するようになったのは第二次大戦以後であるが、その基礎がつくられたのはワイマール時代である。Anger ; a. a. O. S. 171. ; Kluge ; a. a. O. S. 99 u. S. 139 f.

36) Boehmer, G. ; Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung. I Buch, 1950, S. 303.

Zunft)と同じく、「教師または学生の組合(guild)³⁷⁾」であった。当時の組合団体は、対内的には、厳しい誓約によって組合員を統制し、その自治によって規約を設け、機関(Organ)を選任し、自らの財産を自主的に管理した。また、対外的には、その頃分散対立していた権力の諸勢力(皇帝・■王・法王・諸侯など)の間げきを利用して、いわば「国家内の国家」とも呼ばれるほど高度に独立し、種々の特権を獲得・享受することができた。中世大学もその例にもれるものではなく、大学としての特権たる教授免許(licentia docendi)のほかに、財産権(主に免税)や司法権などの特権³⁸⁾をもち、独自の法廷や牢獄さえ備えていた。ドイツに中世大学が誕生するのはかなり遅く、14世紀半ばになってからであったが、ドイツの大学も初期の中世大学と同じく組合団体として組織され、中世的な種々の特権を享受した。³⁹⁾

その後、大学に対する国家的影響が次第に増大し、早くも15世紀の半ば頃から国王の管轄権が大学内部に侵入してくる。それはまだ組合団体としての大学の権利をおかししたり、変更したりするほどのものではなく、旧来の諸大学は、16世紀にもその中世的な「独立と法律上の自治を維持した」とされているが、1554年にオーストリアで制定された新しい定款は、もはや自治的な性質のものではなくて、国家による統制を導入したものであった、とされるように、⁴⁰⁾16世紀には中世的な組合団体としての大学の地位は次第に弱まりつつあった。それと共に、宗教改革による教会

37) Rashdall, H. ; The Universities of Europe in the Middle Ages, 1895, Vol. I, p. 15

38) Arnold, M. ; Schools and Universities on the Continent, 1868, p. 9 : Rashdall, ibid. pp. 398~432.

39) Rashdall ; ibid. Vol. II. p. 281. しかし、問題なのは、形式的には同じように特権的自治を享受しながらも、Bologna大学のように自己防衛の必要から都市当局に自治を認めさせたのでもなければParis大学のように学監僧(cancellarius)との長い抗争によって自治をかちとったのでもなく、ドイツの大学は初めからその特権的自治を与えられたということである(Kaufmann, G. ; Geschichte der deutschen Universitäten, Bd. 2. 1896 S. 110f). このことは、ドイツの大学が初期の中世大学のように自然発生的に生じたものではなくて、皇帝や国王によって意図的に設けられた大学であったことを意味する。(Paulsen, F. ; The German Universities and university study, translated by F. Thilly and W. Elwang, 1906, p. 16 & p. 71. : Rashdall ; ibid. Vol. II, pp. 213~288.) ドイツの最初の大学と目されるPrag大学は、1347年から48年にかけて、皇帝Karls IV世の全く個人的な教育意欲(Bildungsbedürfnis)とその資力によって意図的に創設されたものであり、それに続くWien (1365), Heidelberg (1385), Leipzig (1409), Rostock (1419), その他の諸大学の創立も、すべて当時割拠状態にあった国家的諸勢力(皇帝・国王・諸侯・都市など)の競争的野心にもとづく意図的行為になるものであった。それは、主として彼らが大学に高級官吏の養成所を見出し、それによって自国の発展と領土支配の確立を図ろうと試みたからである。なお、ドイツにおいては、近代的国家統一が19世紀後半に至るまで実現しなかったように、この国家的諸勢力の割拠状態はきわめて強度のものであったが、「今日ドイツにおいて各地にそれぞれ歴史と特色を有する大学が多数に存在し、それぞれの地方の文化の中心となっているのは、かつての割拠状態のよい影響であった。」(林健太郎編；ドイツ史、6頁)とされるように、この中世以来の地方分権的割拠状態にもとづく競争心が、やがては絶対主義時代の富強政策を経て、いわゆる「公権力的教育観」(兼子仁；教育行政法の現代的課題、「思想」1960年1月号所収、80頁)を生み出し、ドイツの大学をすべて国立たらしめることにもなったとみることは可能であろう。ともあれ、ドイツの大学は「初めから直接国家■的をもっていた」(Kluge ; a. a. O. S. 23.)のである。この意味において、ドイツの大学は、すでにその発生において、国家的意志の作用を受けており、最初から造物物化するぎざしをみせていたということができる。

40) Paulsen ; ibid. p. 37.

41) Meister, R. ; The Impact of the Medieval University upon the Modern, in the Year Book of Education, 1959. p. 50.

や法王の勢力の衰微が、それをバックにしていた大学に対して国家の介入を許すことにもなり、大学は次第に世俗化すると共に、営造物的な性格を濃くしてくる。

続く17世紀は絶対主義の形成期であり、18世紀はその開花期であったが、絶対主義国家は、中世時代における封建国家の「分権の多元性」に対する「集権の統一性」の面において、近代国家的性格を認められるものであって、絶対君主を頂点とする統一的集権体制として成立する。⁴²⁾このため、いわば国家主権的に存立していた中世的な組合団体の存立はもはや許されなくなる。ボルンハックによれば、絶対主義国家は、先ず規約（定款）の承認を要求し、次いでそれを自ら発布することによって従来の団体の自治（Autonomie）を否定する。さらに、機関の承認あるいは任命さえ要求し、それをより高度な国家意志のもとに従属させてそれを執行させる。また、団体に対する監督を行ない、遂には財産管理をも行なうに至る。⁴³⁾こうして、かつての中世的な仲間団体（genossenschaftliche Verbände）は、近代的な「団体」（Körperschaften）へ、またかつての支配団体（herrschaftliche Verbände）は営造物（Anstalten）へと移行する。⁴⁴⁾したがって、一種の仲間団体であった大学もこの頃から近代的な団体（公法上の団体）へと変容せざるを得ないわけであるが、この時代は、シュタインのいわゆる「生成発展する国家行政が、大学を官職に対する固有の（eigentliche な）職業教育施設として理解し、この要求の意味において、旧来の特権的（Privilegierte）な地位をあらゆる点で変更する時期」⁴⁵⁾であり、特に18世紀における極度の国家干渉によって、大学はほとんど営造物化してしまうのである。

具体的にみるならば、この期を通じてなお直接には国家の監督を受けない大学も存続していたが、大多数が公的団体としての自律的地位を失い、国家の行政的・経済的支配を受ける従属官庁（die nachgeordneten Behörden）的なものとなった。特にこの時代に創設されたいわゆる近世的大学——Halle, Göttingen, Erlangen など——は、初めから国家的施設として設立されたものであり、その学長には名目的ではあったが国王自らがなった。（實際上の学長職は副学長 Prorektor が占めた。）また、大学定款は、国王の発する勅令の形をとり、その効力も、大学の自治的な制定行為ではなく、それに対する国王の承認におかれた。「国王の発するのは特許状のみで、定款は団体が自治的に制定するものである」⁴⁶⁾という中世的観念は、すでに17世紀中に失われており、ヴェンデに言わせれば、大学の本来的な定款制定権（ius stauendi）⁴⁷⁾は絶対主義の犠牲になってしまったのである。また、大学教授は、国家によって任免される官吏となり、これまで伝統的に学長が管理してきた事項（例えば、入学許可、懲戒権、家宅権 Hausrecht、会計監督権、証書の授与権など）も国家事務（Staatsangelegenheiten）と解釈され、学長はそれを

42) 吉富重夫；行政学講義，22頁。

43) Bornhak, C ; Die Korporationsverfassung der Universitäten, 1910. S. 1.

44) 福地俊雄；ギールケの団体人格論について（法と政治，第10巻第3号，1959年10月，所収），109頁以下。

45) v. Stein, L. ; Handbuch der Verwaltungslehre, II, 1888, S. 189.

46) Bornhak ; a. a. O. S. 8.

47) Wende ; a. a. O. S. 27.

授権しているにすぎない形となった。

このため、オットー・マイヤーの言葉を借りて、「文化施設および厚生施設の大いなる世俗化にともない、大学は国家営造物（Staatsanstalten）になった。」⁴⁸⁾ということもあるいは可能である。しかし、彼がそれに続けて、「ただし、理論的には大学はなお団体とみなされていた」⁴⁸⁾といい、また、ケットゲンが、この時期に大学が現代法的な意味における単なる営造物になったとはいいい切れないとしているように、大学がこの時以来完全に営造物になったかどうかには問題が残る。とにかく、大学が営造物化しながらもなお「団体の権利」を保持していた⁵⁰⁾18世紀の在り方を法典化したものが、⁵¹⁾例のプロイセン一般国法の規定にほかならない。

次いで19世紀初頭に、いわゆる「大学の自由」の理念のもとに創設され、近世大学の典型となった Berlin 大学も、法制上は「営造物的なもの」⁵¹⁾として組織された。つまり、当時のプロイセンの教育長官としてその創設に力を尽したフンボルトは、大学は理想的にはできるだけ自由でなければならないとしたが、彼においては大学教員の任命はもっぱら国家に留保されなければならないものであり、また大学は本質的に国家に属すべきものであって、「団体としての大学」に対する高い評価を彼に期待することはできなかったとされている。⁵²⁾そこで、1816年に制定された Berlin 大学定款では、大学の自治的な権限が認められると共に、大学は内務省（das Ministerium des Innern）の監督に服すること（Ⅰ§1）、大学を構成する各学部は一個の官庁（Behörde）とみなされること（Ⅱ§1）、正教授は国王により、また准教授は大臣によって任命される官吏であること（Ⅲ§3）、学部の主体は正教授にあって、その他の教員と学生はこれに従属するものであること（Ⅳ§5）などが規定された。Breslau (1811)、Bonn (1818) を初めとするその後のドイツの近世諸大学は、ほとんどすべてこの Berlin 大学の定款にしたがって創設され、あるいは改造されて、「団体の権利」を保持しながらも、営造物的なものとして二重の法制を持続するところとなり、その後「自由」の強調された1848年の革命、⁵³⁾あるいは1919年以後のワイマール時代における改革においても、この基本的な法制が変わることはなかった。

ただ、ここで問題となるのは、中世大学の法制と近世大学のそれとは、全く断絶しているのか、そ

48) Mayer, O ; Deutsches Verwaltungsrecht, I Bd. 1924 S. 338.

49) Köttgen ; a. a. O. S. 37.

50) Kluge は、この時期に初めから国家的施設として創設された例の近世的諸大学も、形式的にはなお慣習法的な団体の権利を保持した、とみなしている。Kluge ; a. a. O. S. 243.

51) Lexis, W. ; Das Unterrichtswesen im Deutschen Reich, I Bd. Die Universitäten, 1904. S. 315. ff.

52) Kluge ; a. a. O. S. 197. u. S. 52 ; Bernhardt, L. ; Akademische Selbstverwaltung in Frankreich und Deutschland, 1930, S. 117. f.

53) この時には、大学制度の改革を図るために、いろいろな会議や協議会が開かれ、種々の改革案が討議されたが、結局は大学制度史上に重要な足跡を印すまでには至らなかった。ただし、1850年の Ladenberg 教育法草案においては、依然として正教授は国王により、准教授は文部大臣によって任命される官吏（Staatsbeamte）ではあるが（§ 181, § 185）、同時に彼らは他の教員と共に団体として認識される各学部を構成し（§ 157）、また、大学は国家の財政的補助は受けるが（§ 154）、団体の権利をもつ（§ 155）ものとして、むしろ団体的性格が強調されている。Kluge ; a. a. O. S. 85 ff ; Froese, L. ; Deutsche Schulgesetzgebung (1763-1952) S. 55 ff.

れとも連続しているのかということである。たしかに、理念的には、シュプランガーの⁵⁴⁾ように、中世大学と近世大学とは完全に異なる精神的基礎の上に立つものであって、何らの関係をも持たないかもしれない。しかし、少なくとも機構の上では、近世大学においても中世大学の伝統を否定し得ないのではなかろうか。なるほど、中世大学特有の特権のいくつか（最も顕著な例として考えられる免税や司法権）は、近代国家の成立にともなって、18世紀末頃には漸次消失し、また、上述の如く、大学は、国家の統制権（大学定款や学長選挙の承認権、教授の任免権、その他の管理権）によって直接的な干渉を受けることになった。しかし、近世大学に許された自治権の多く（例えば、学長選挙権、定款作成権、教授推薦権、教授資格付与権、学位授与権、財産管理権など）は、その自治機関と共に、本来団体であった中世大学から受けつがれたものであり、また、一般国法が、大学は「団体のあらゆる権利をもつ」と規定したことは、当時胎動期にあった「学問の自由」ないし「大学の自由」の要請にもとづいて、「団体の権利」を認めたというよりは、むしろ中世以来の団体としての大学の伝統が認められた結果であり、それがやがて「大学の自由」の理念と結びつくに至る⁵⁵⁾と解すべきであろう。この意味において、営造物的な近世ドイツ大学の底に流れている団体的な伝統は、現代においても否定し難いものである。

かくして、今日においても「ドイツ大学の団体的な古い基本的秩序（Grundordnung）はなお生きており、他方大学は19世紀および20世紀を通じて営造物的に形成されてきたので、現下の大学法（Universitätsrecht）には、団体法と営造物法の2つの法領域（Rechtskreise）が存する。實際上、大学には、なお団体法にもとづく本来的な活動領域があると同時に、大学のかつての団体的な活動領域の一部は、今日機能的には営造物の原理（anstaltliche Grundlage）にもとづく活動に委託されている。」（フライブルク行政裁判所の判決・結論要旨⁵⁶⁾）ということになり、歴史的背景からしても、ドイツ大学の法制的二重性格は否定し難いのである。

Ⅳ

それならば、ドイツの大学は、ハー・リョースレルの⁵⁶⁾ように、「学問の培養及教習に任ずべき公共営造物にして法律上の所謂公共法人」なのか、あるいはまた、ウェルナー・ウェーバーの⁵⁷⁾ように、「大学は、国家営造物であると同時に学問的な人的団体（Personalkörperschaften）」なのか。つまり、大学は営造物であると同時に公法上の団体でもある、といえるのかどうか。

それは行政法学上一般に認められていない。「両者は互いに排斥し合う法形式（Rechtsform）⁵⁸⁾」

54) Spranger, E. ; Wandlungen im Wesen der Universität seit 100 Jahren, 1913, S. 8.

55) 1955年9月12日の判決（Juristenzeitung, 1956 S. 18~26）：Wolff ; a. a. O. S. 19より。

56) 「江木千之翁経歴談」, 上, 438頁。

57) Weber ; a. a. O. S. 11.

58) Wolff ; a. a. O. S. 19.

であって、大学を国家の営造物であるとする観念と、それを国家から独立した団体であるとする観念とは、とうてい相容れないものだからである。⁵⁹⁾ また、ケットゲンによっても、「ある形成物 (Gebilde) は、営造物たり得るのみか、あるいは団体たり得るのみ」であり、あるものが如何に多様な性質を示していても、その本質は一つしかあり得ないはずである。したがって、ボルンハックが、1910年の前掲著書 (S. 4, Anm. 3) ⁴¹⁾ において、「国家営造物としての、また団体としての同時的地位が何故今日の思想のもとでは承認されざる観念であるべきなのか、私には理解できない。」と強弁しながら、「歴史的な発生 (Ursprung) ⁶¹⁾ ならびに現行法によれば、大学は常に両方であった。」としている主張も、あるいはまた、ハンス・ボルフが、「大学は二つの別々の組織、つまり営造物的なものと団体的なものだが、それぞれの制度を互いに結び合っている結合体 (mixtum compositum) ⁵⁸⁾ であるということとはできる。」として提言しているいわば《苦肉の策》⁶²⁾ も、厳密な意味においては認め難いものであり、実際ボルフの意見に対してはいくつかの反論が寄せられている。しからば、ドイツの大学は、法制上「営造物的 (国家行政的) ⁶³⁾ ならびに団体的 (自治行政的) ⁶⁴⁾ な特徴を示している」とはいえ、その本質においてはいずれなのか。

あるもの (O. Mayer, ⁴⁸⁾ W. Jellinek, ⁶⁴⁾ H. Peters, ³⁰⁾ W. Laforet, ⁶⁴⁾ K. E. v. Turegg ²⁸⁾ など) は大学は営造物であるといい、またあるもの (G. Holstein, ⁶⁵⁾ G. Boehmer, ³⁶⁾ H. Schneider, ⁶⁵⁾ A. Kottgen, ²⁰⁾ W. Thieme ²⁾ など) は公法上の団体であるという。しかし、その理由としてあげるものは、すでに述べた例からも分かるように、必ずしも決定的なものではない。例えば、ベテルスが指摘する国家の「決定権」も、それが実質的なものかどうかは問題である。もし、国家によって大学の意志が全く無視されるならば、それは大学の自由の理念にも、また憲法の規定にも違反するところとなり、大学の意に反した国家 (政府) の決定は、行政裁判において敗訴となることは明らかである。したがって、形式的な管理権を国家が留保していることのみをもって、大学が本質的に営造物であるとみなすことはできない。他方、ベーマーのあげる大学自治の強化をもって、大学が本質的に公法上の団体であるということもできない。自治行政権は「権利能力ある営造物」もこれを持ち得るからである。さらに、基本的な判別基準とされるかの成員資格 (あるいは利用者) の有無も、大学の場合には決定的なものとはならない。例えば、フォルストホッ

59) 田中耕太郎；上掲書、772頁。—としながら、ドイツの大学は営造物でもあり、団体でもあるとされるのは、いかがなものか。

60) Kottgen ; a. a. O. S. 34.

61) 最も広い意味においては、ドイツ大学の法制的二重性格はすでにその歴史と共に始まっていたとみなすこともできるからであろう (注、39参照)。ただし、Stein は、(ドイツに限らず)、イタリアやフランスの大学でさえ、国家営造物 (Staatsanstalt) の性格をおびていた、としている。Stein ; a. a. O. S. 171.

62) Vgl. Wolff ; a. a. O. S. 27 ff. 特に、Westermann の反論がおもしろい。

63) Wolff ; a. a. O. S. 46.

64) Jellinek, W. ; Verwaltungsrecht, 1931, S. 521. ; Laforet, W. ; Deutsches Verwaltungsrecht, 1937, S. 197. —Wolff ; a. a. O. S. 11 より。

65) Holstein, G. ; Hochschule und Staat (Das akademische Deutschland III Bd, 1930, S. 127) ; Schneider, H ; Besprechung von Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts (Neue Juristische Wochenschrift, 1954, S. 751). —Wolff ; a. a. O. S. 15 より。

フは、大学が如何に自治機関（評議会 Senat や総会 Plenum）を備えていても、それらの機関の行政への参加が成員資格的な所属性（Zugehörigkeit）にもとづいていないことを理由に、大学が公法上の団体であるとはいえないとしている。しかし、大学の自治行政は何故成員資格的な所属性にもとづいていないといえるのか。その理由はあいまいであり、彼自身、大学の「営造物性」が確実なものではないことを認めている⁶⁶⁾。また、教員が利用者であるか否かは別としても、学生は明らかに利用者である。しかし、それにもかかわらず、「大学団体論」の立場からすれば、彼らは単なる利用者ではなくて、成員資格をもった構成員であり、大学は公法上の団体なのである⁶⁷⁾。

かくして、具体的ないかなる要因を挙げても、大学の法制的本質を決定づける理由とはならない。したがって、意識すると否とを問わず、いずれの立場にも、つまり大学を営造物なりとする者にも、また公法上の団体なりとする者にも、大なり小なり「価値観」の作用していることを認めざるを得ないのである。

すなわち、大学がその本質において営造物であれ、あるいは公法上の団体であれ、現実に自治行政権を認められて、権利能力をもっていることはすでに述べた通りである。それが「大学の自由」を理念的基礎とするものであることも、すでに明らかである。しかし、同じように自治行政権を認められても、本質上大学が営造物であるよりは、公法上の団体である方が、その権利を主張する上で強力である。何故なら、公法上の団体たる大学は、国家から本質的に独立したものであり、かりにその自治行政権がおかされた場合には、「大学の自由」の観点からばかりではなく、それを《他人》の権利をおかす本質的な悪とみなし、団体固有の自治を主張することができるからである。大学が営造物である場合にはそれはできない。営造物たる大学の自治行政権は、本来国家のものであり、国家から与えられているにすぎないものだからである。したがって、「大学の自由」の理念+団体固有の自治——そこに大学が団体であることの強みがあるといえよう。そのため、「大学の自由」にくみするものは、大学はその本質において公法上の団体であるとみなし、それを大学自治の防波堤たらしめようとするのである。

例えば、ハンス・ゲルバーが、「大学は、政府あるいはその時々⁶⁸⁾の議会の多数の意見に従って、創設され、変更され、廃止され、あるいはその活動を規定され得る任意の、さらには、国家の組織権および管理権（Leitungsgewalt）に従属する施設ではない。それは精神のはつらつたる自己意識の生ける現象形態（Erscheinungsform）であり、その存在においても、その活動においても、政治的な目的設定からは独立している。」とみなし、また「大学は人的団体（personale universitas）、つまり学問的な組合団体（Gemeinde）たるべきであり・・・そのために、大学は営造物（Anstalt）すなわち無造作に国家によって公けの用に供される施設（Einrichtung）

66) Forsthoff ; a. a. O. S. 394.

67) Thieme ; a. a. O. S. 105 f.

68) Gerber, H ; Hochschule und Staat, 1953, S. 10.

ではなくて——中世以来固執されている——精神的な種類の協同体 (Gemeinschaft) である」ことを主張して、「国憲(Staatsverfassungsrecht)においても、大学の団体性 (Körperschaftlichkeit) を保証することこそ時代の熱望であるにちがいない⁶⁹⁾」とまでいう時、彼が「大学の自由」に価値をおいていることは明らかである。このような意識をもつ限り、大学がその本質において営造物であり得るはずがない。

しかし、国家によって設置され、学問の研究と教授という重要な国家的使命を遂行する大学が、その本質において国家から独立し、原理上国家主権からどこまでも離れて行き得た中世的な団体につながりをもつものであっていいものかどうか。そこで、大学は如何に自由を主張し、その自治を享受するにしても、その本質においては、あくまで国家の統制権に服する営造物でなければならないとするのが、「大学営造物論」の立場であって、それは基本的には広い意味における「国家の統制権」にくみするものであるといえよう。

例えば、この立場に立つフォン・トゥレグは次のようにいう。「大学は国(ラント)の監督にしたがう営造物である。それに対しては、一定の範囲においてのみ行政自治が存するが、この行政自治は今日では統一国家の主権(Imperium)によって委託されたものとみなすべきである。……大学教員は営造物の規定上(planmäßig)の活動を遂行する人々であり、……教師団(Lehrkörper)は営造物の中にある本来の人的団体 (Personenkörperschaft)を形成するものではない。……近頃——中世的な伝統を顧みて——大学を再び団体として把握しようとする試みがなされているが、この種の回復された団体が、国家的に存立する主権と相並んで、独立的に何か独自のものをもつべきであるとする観念 (Vorstellung) と結合するならば、それは主権と衝突して坐折するであろう。特に、基本法は、いかなる場合にも、■家がその将来を支える学究的な青年の教育を手ばなして、国家から独立した地位のもの (Stellen) に委託するものと解すべきではない。……」⁷⁰⁾と。つまり、彼においては、大学はあくまで国家の統制権に従う営造物であって、国家から本質的に独立した公法上の団体であっては《ならない》のである。だからこそ、他方において、特に第二次大戦後においては大学の自由の回復と共にその団体性が強調されているにもかかわらず、彼によれば、「1945年以後に大学が営造物から団体へ移行する変革が起こったという証明 (Nachweis) は、これまでの多くの試みにもかかわらず、なされてはいない。」⁷¹⁾のであり、またそれゆえにこそ、「学生団 (Studentenschaft) および個々の学生は……団体的な性

69) Gerber, H ; Die Rechtsgestalt der Universität im Zusammenhang des staatlichen Lebens, 1933, S. 19 u S. 23.

70) v. Turegg ; a. a. O. S. 414 u. S. 416.

71) Kluge は、Wolff や Maak の研究によって今日営造物理論が反ばくされていることを述べ、v. Turegg 自身は、Weber, Köttgen, Gerber, Schneider などを例に挙げているが、例えば、Weber は、「今が実際に国家営造物の殻を破るべき時代であるからばかりではなく、これまでこの領域で巾をきかしていた政府当局の立法行為 (Rechtsetzungstätigkeit) が古い独裁君主制 (Monarchisch) な特権の非常にあいまいな継承 (Nachfolge) に支えられていた」が故に、「団体的性格の強調は今日ますます焦眉の急である」ことを主張している。Kluge ; S. 232 ; v. Turegg ; a. a. O. S. 416. Weber ; a. a. O. S. 40,

72) v. Turegg ; a. a. O. S. 416.

格をもった状態ではなくて、単なる利用者に過ぎない」のである。⁷³⁾

要するに、ドイツ大学の法制的本質を如何に解釈するかは、主体を大学の自由において考えるか、それとも国家の統制権において考えるかという、それぞれの「価値観」にまつほかはない。それは、ドイツの大学が、現実の機構の上で「営造物的（国家行政的）であると同時に団体的（自治行政的）」であるからばかりではなく、大学が営造物化の過程をたどりながらも、なお団体の権利を慣習法的に保持してきたという歴史的伝統を否定し難いからでもある。⁷³⁾ この意味において、「国家行政の枠内」における「大学の自由」が問題である限り、このテーマをめぐる論争は永久に続く課題であると思われる。

私は、ここで、ドイツ大学の法制的本質がいずれであるとも断定するつもりはないし、またできるものでもないが、ただ私的な見解が許されるならば、フォン・ヘッペの言葉を借りて、「個人的にはむしろ大学が団体（Körperschaft）であることにくみする。」⁷⁴⁾ といいたい。それによって、「大学の自由」の理念が制度的にも一つの実質的な支えを得ることができるからである。すなわち、基本的には「大学の自由」に価値を認めるものである。シュライエルマッヘルのいう如く、「学問は、能う限り国家からの独立に努むべきであり、また国家が学問の研究に能う限り少なく容喙することこそ、最も望ましき状態である。」⁷⁵⁾ ならば、その学問の研究と教授を本質的使命とする大学も国家からできるだけ独立しているべきであり、それは国家行政の枠内においては大学が公法上の団体であることによつてのみ可能である。

なるほど、大学が営造物であっても、「大学の自由」の理念から、あるいはその憲法上の保障にもとづいて、大学はある程度国家から独立し、自治行政権を享受することはできる。しかし、大学が営造物であると認識される限り、そこには大学の自主独立が「当然に」おかれる危険が常に存する。営造物たる大学は法制上は本質的に国家に従属するものであり、したがって国家が大学の自治行政権をおかすこと（あるいは圧迫すること）は、もちろん好ましからざる（あるいは不法な）ことではあっても、不当なものとはいえないからである。これに対して、大学がその本質上団体であるならば、それは原理上国家と同等であり、この場合は、最高の団体人たる国家といえども、同じ団体人たる大学の自治を「当然に」おかすことは許されない。それゆえ、大学（国立）は、ただ理念的に独立しているのみならず、法制上も、国家行政の枠内にあるとはいえず国家から本質的に独立した「公法上の団体」であることによつて、より完全に「大学の自由」を確保することができ、またその使命をよりよく遂行することができるともいえる。⁷⁶⁾

73) したがって、例えば団体的な伝統をもたないわが国の大学が、もしその団体性を主張するとすれば、それは「大学の自由」の理念のみにもとづく形式的なものにならざるを得ないであろう。

74) v. Heppe, H. : in Wolff ; a. a. O. S. 37.

75) Schleiermacher ; a. a. O. 232 ; 高坂正顕 ; 大学の理念, 112頁。なお, Schleiermacher は, Humboldt とは異なり, 「大学団体論」の立場に立つものである。Vgl. Kluge ; a. a. O. 79 ; 田中耕太郎 ; 上掲書, 753頁。

76) これに対しては、常に大学の独善に陥る危険性が指摘されるであろうが、それは大学自体の良識と責任において解決されるべき問題であり、直ちに大学が国家に従属する営造物であるべきだとする理由にはならない。なお、団体たる大学が国家と同等であるということは、もちろん主権的に同等であることを意味するものではない。

しかし、真に大学が団体たるべきことを主張するためには、その前提となっている価値認識、つまり和合的であれ、対立的であれ、⁷⁷⁾ 同じ《団体人》として、大学が国家と同等の位置に立ち得ることの論拠が示されねばならない。そのためには、先ず大学とは何か、またその本質をなす学問とは何か、さらに本稿においてはばくぜん⁷⁸⁾と記述してきた国家（Staat）とはそもそもいかなるものか、そして国家は大学に対して何をなし得るものであり、また何をなし得ざるものであるかが、当然に問われなければならない。これは大学が営造物であるべきこと（ただし、この場合国家と大学は本質的に主従の関係に立つ）を主張する場合にもいえることであって、大学の本質と国家の理念、および両者の関係が大学の法制的本質を論ずるための基本的な命題となってくる。それは、大学の法制そのものが大学対国家関係の現象形態にほかならないからでもあるが、いずれにしても、結局価値観を含めた「大学論」および「国家論」にまでさかのぼる大きな問題であり、小論は問題提起の導入部たらしめることで満足せざるを得ない。

77) 田中耕太郎；上掲書，752～754頁。