

平成21年 6月 15日現在

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2007～2008

課題番号：19530029

研究課題名(和文) 大学法の日独比較研究 ―新公共管理による大学自治の変容―

研究課題名(英文) Comparative Studies of Higher Education Law under influence of New Public Management in Japan and Germany.

研究代表者 徳本 広孝

## 研究成果の概要：

ドイツでは、大学運営に競争原理・成果主義を導入することによって生じる法的な問題点について、学説の蓄積がある。そこでは、例えば、(1)州立大学について国のコントロールがどの程度及ぶべきか、いかなる手法によるコントロールが適切か、(2)大学入学資格の制度を通して学生に対して大学学修の機会を保障する配分参加権の理念をふまえて中央で学籍を配分する仕組みのもとで、大学自身が独自の入試を実施することによって自由に学生を採用する制度をどのように構築すべきか、(3)大学自身が授業料を決定することはどの程度可能なか等について検討されている。上記(2)と関連して、ドイツでは大学入試や大学の修了と結びつけられている司法試験や医師国家試験の合否をめぐる行政訴訟が多く提起されており、大学法の考察にとって国家試験制度の検討も憲法学・行政法学の重要な課題となっている。国家試験の合格者数を成果ととらえると、ドイツでは成果の公正さの確保に司法が果たしている役割が大きいと言える。一方、わが国では、試験判定をめぐる紛争が、必ずしも法律上の争訟とは言えないと考えられてきたため、判例の数も少なく、公正な試験判定のための解釈論・制度論を展開する素地が十分ではなかったと思われる。大学の成果の公正な把握のための解釈論・制度論を展開するためには、試験争訟に関する豊富なドイツの判例を検討することが有益である。また、大学間競争は、学生の獲得競争でもある。そこでは、どのような入試戦略によってそれぞれの大学が学生を獲得するかが重要な課題となり、入試制度のあり方が問われてくる。この点については、わが国では、東京高裁平成19年3月29日判決(判例時報1979号70頁)が、入試判定において年齢を考慮することが可能か、という形で大学の入試判定における裁量の広狭を検討させる素材を提供している。大学間の競争を想定した新公共管理型大学運営のシステムにおいては、大学入試制度における大学自身の判断の余地は拡大されるのかが問題となりうる。下記5①で掲げた判例研究では、ドイツの試験争訟の動向について簡単な紹介を行うとともに、わが国の試験争訟のあり方について若干の提言を行った(下記「4研究成果」を参照)。

## 交付額

(金額単位：円)

	直接経費	間接経費	合計
2007年度	900,000	270,000	1,170,000
2008年度	500,000	150,000	650,000
年度			
年度			
年度			
総計	1,400,000	420,000	1,820,000

研究分野：行政法

科研費の分科・細目：3402

キーワード：(1) 行政法 (2)行政訴訟法 (3)行政組織法 (4)大学法 (5) 学問法 (6)試験法

## 1. 研究開始当初の背景

本研究は、国立大学法人が採用した新公共管理型の大学運営が、大学自治をどのように変容させるかという問題関心に基づいている。かつて国家行政組織法上の施設等機関として設置されていた国立大学は、国家行政組織の一部として位置づけられていた。この場合、国と国立大学の関係は内部法関係であり、国による大学への関与につき、特別な法律の定めがない以上、大学は当該関与を訴訟で争うことができないと解することが自然であった。しかし、国立大学法人化後、学説は二つの立場に分かれている。国立大学法人が独立の法人格を得たことにより、大学自治を侵害する国の関与に法律上の争訟性が認められるとする肯定説と、両者の関係をあくまで内部法関係として捉える否定説である。この問題は、国立大学法人法が新公共管理の考え方にない、中期目標－中期計画－認可－評価－交付金への反映というサイクルを導入したこととの関係でも重要な意義を有する。このサイクルは、大学自治に対する強力な影響力もちうるため、大学と国の関係における紛争の契機をはらんでいるからである。具体的には、ここで予定された認可の法的性質はいかなるものか、評価の適正さ・運営資金の交付の適正さをいかに確保するかなどが問題となる。そして、そもそも新公共管理の考え方を大学にもちこむことが適切なのか否かにつき問題が提起されていることにも留意する必要がある。これらの点につきドイツ法との比較が有用である。ドイツの州立大学は、公法上の社団として国が設置するという形態と公法上の法人が国立大学を設置するという形態（ニーダーザクセン）とがあり、国立大学法人法の予定する国と国立大学との関係性に類似しているからである（因みに、ドイツでは国家関与が学問の自由・大学自治に関わる場合には行政訴訟の対象となるとの実務が定着している。参照、拙稿「大学に対する国家関与の法律問題」（明治学院論叢）法学研究 68号（1999年）203頁以下）。また、わが国と同様にドイツにおいても新公共管理型の大学運営が導入されている（新統御モデル、Neues Steuerungsmodell=NSM と呼ばれる。）。もっとも、ドイツの場合、国（州）と大学が交渉した上で一定の目標につき合意し（目標合意）、目標の達成度に基づき資金交付が行われるという仕組みが採用され

ているため、国立大学法人法とは制度的な相違点がある。ドイツの場合、認可という権力性を想起させる仕組みは採用されておらず、交渉・合意という形式での国と大学とのパートナーシップが強調され、交渉のルールや目標合意の法的拘束力の存否が議論されている（ただし、交渉が決裂した場合には、一方的な目標の設定権限を国に認める法制度が導入されており、目標設定について訴訟が提起された例がある。）。わが国の国立大学法人法が採用する仕組みも、大学による中期目標の認可に至るまでに予定されている大学の意見表明とその配慮の仕組みを通して合意の要素が取り入れられている。新公共管理における訴訟の組み込みをいかに考えるか、という意味では両国は共通の問題を抱えていると言えるだろうし、また、ドイツにおける目標合意がいかなる内容につき行われているのか、そのうちいかなる部分に拘束力が想定されるのか、交渉・合意という仕組みを採用する新統御モデルが国立大学法人法の仕組みと比べて大学にとってより適切な制度と言えるのかなどは興味深い問題である。そして、学問の自由・大学自治の理念に適合的な評価の仕組みの形成という課題が、わが国と共通のものであることは勿論である。さらに、より根本的に新統御モデルが大学制度に適合的かについても議論がある。例えば、新公共管理の要素とされる企業に倣った管理部門の強化と成果主義の導入は、大学の個性の形成を促すことによって総合大学を単科大学へと移行させるのではないかと、コンスタントな予算の削減および議会による予算コントロールの弱体化へとつながらないか、国の関与が縮減することにもなっていて求められる責任ある組織形成を大学に期待できるかといった点につき懸念が表明されているからである。新公共管理の考え方は、従来の大学自治を大きく変容させるものであるが、その法的限界・ルールを探ることが必要ではないかと考えたことが本研究を進めるに至った動機である。

## 2. 研究の目的

本研究は、国立大学法人法が採用した新公共管理に基づく大学運営がいかなる大学自治の変容をもたらすかにつき法的な観点から検討し、新公共管理型大学運営のための法的ルールの解明を目的とする。新公共管理は、

企業経営的な成果主義を強く運営に取り入れ、国による大学への運営交付金が一定の評価に基づいて変動するシステムとなる。その場合、どのような目標を設定するのか、その目標の形成手続はいかにあるべきなのか、達成度をどのような基準ではかるのか、そしてそもそも新公共管理の考え方は大学運営に適合的なのかといった問題意識が喚起されることになる。

また、新公共管理下の国立大学の法構造の解明にとって、国と国立大学の関係という視点の他に、大学の内部組織の在り方も重要な検討対象である。新公共管理によりもたらされる学長の権限強化とその教員への影響、経営協議会の判断による教員への影響および教員人事を審議する権限をもつ教育研究評議会と教授会の調整等、学問の自由にも適合的な権限の配分とその行使が問われるからである。さらに、国立大学法人化後の現状は、新しいトップダウン型と古いボトムアップ型の管理手法が混在しており、両者の調整と安定的な運営が課題となっている。この問題についても、ドイツと問題を共有しており、ドイツの大学法では、内部の権限配分につきより詳細な規定が置かれ、これにより機関間の調整が試みられている。さらに、ドイツの新統御モデルでも学長の権限強化や学外者を構成員に含む協議機関の設置が進められており、わが国と類似の展開を見せている。学長の権限強化は、従来の合議機関（評議会や教授会等）の権限の相対的な縮小を意味するとともに、個々の研究者の学問の自由への影響力の増大を意味する。そこで、学長の権限行使をある程度コントロールする必要性が問われている。学長の権限行使を監督する機能を担う組織として上記協議機関を挙げることができ、その学外構成員の割合や権限の強度に関しては州ごとに非常に多様である。権限については、大学内の運営につき助言的な権限を持つにすぎないものから国の監督権限を代替する機能を担うものまでである。そして、協議機関は、学問の自由・大学自治に基づく正統性あるいは民主的な正統性を備えているか、という観点から法的検討が加えられている。また、ドイツの新統御モデルでは、個々の教員が大学との間で目標合意を結び評価されている。すなわち、ドイツでは国と大学および大学と個々の教員との関係が、交渉・合意・評価によって形成されており、成果主義がわが国と比べてより強く大学運営に反映されている。これらの制度の法的・実態的検討によって、わが国における大学内部組織の在り方を考える上で有用な示唆を得ることができると考える。

本研究は上記の通りドイツ法を比較検討の素材として取り上げ、その検討を通して新公共管理下での国と大学の法的関係、より具

体的には認可の法的性質、評価の合理的制度のあり方および評価の法的限界等を解明し、さらに大学内部機関間の法的関係、具体的には大学内部の諸機関への権限配分に関する法的ルール等につき一定の知見を獲得することにより、最終的にわが国の国立大学法人法および関連法令の解釈論および立法論に貢献することを目指す。

本研究は、国立大学法人という全く新しい構想に基づく制度につき解釈論・立法論を蓄積するという意味があり、また、そこで得られた知見はおそらく私立大学にも一定程度援用可能であることから、本研究は大学法一般の法理の形成にもつながると考えられる。さらに、ドイツでは大学法を含む学問法（Das Wissenschaftsrecht）が、学問の自由を中心とした成文・不文の法体系を形成しているとの認識から、行政法総論のための理論的供給源としてとらえられている。わが国の国立大学法人法も学問の自由の実現のための法律として位置づけられることから、同法の検討はわが国の学問法の発展に貢献しうるだろう。さらに同法が大学に対する国家関与の仕組みをある程度整備したことにより、大学はより行政法的な考察の対象となりえたのであり、本研究は行政法総論を充実させるという意味もある。

### 3. 研究の方法

ドイツの大学法が採用する新統御モデルの諸形態を分類・分析し、大学における新統御モデルの法構造の解明を試みる。新統御モデルの法構造の分析、とりわけ国と大学および大学内部の決定構造の法的分析を主眼としている。具体的には各州の大学法が plan-do-see のそれぞれの段階で、いかなる国の機関の関与があるか、その法的な限界はどのように引かれるべきかについて検討する。なお、平成 19 年にはドイツ（ハンブルク）に滞在し、資料の収集とヒアリングを行った。

### 4. 研究成果

ドイツでは、大学運営に競争原理・成果主義を導入することによって生じる法的な問題点について、学説の蓄積がある。ここでは、例えば、(1) 州立大学について国のコントロールがどの程度及ぶべきか、いかなる手法によるコントロールが適切か、(2) 大学入学資格の制度を通して学生に対して大学学修の機会を保障する配分参加権の理念をふまえて中央で学籍を配分する仕組みのもとで、大学自身が独自の入試を実施することによって自由に学生を採用する制度をどのように構築すべきか、(3) 大学自身が授業料を決定することはどの程度可能なのか等について

検討されている。

(2) と関連して、ドイツでは大学入試や大学の修了と結びつけられている司法試験や医師国家試験の合否をめぐる行政訴訟が多く(試験争訟)、大学法の考察にとって国家試験制度の検討も憲法学・行政法学の重要な課題となっている。国家試験の合格者数を成果ととらえると、ドイツでは成果の公正さの確保に司法が果たしている役割が大きいと言える。一方、わが国では、試験判定をめぐる紛争が、必ずしも法律上の争訟とは言えないと考えられてきたため、判例の数も少なく、公正な試験判定のための解釈論・制度論を展開する素地が十分とは言えないと思われる。大学の成果の公正な把握のための解釈論・制度論を展開するためには、試験争訟に関する豊富なドイツの判例を検討することが有益である。

また、大学間競争は、学生の獲得競争でもある。そこでは、どのような入試戦略によってそれぞれの大学が学生を獲得するか重要な課題となり、入試制度のあり方が問われてくる。この点については、わが国では、東京高裁平成 19 年 3 月 29 日判決(判例時報 1979 号 70 頁)が、入試判定において年齢を考慮することが可能か、という形で、大学の入試判定における裁量の広狭を検討させる素材を提供した。大学間の競争を想定した新公共管理型大学運営のシステムにおいては、大学入試制度における大学自身の判断の余地は拡大されるのかが問題となりうる。本判例については、下記 5①で掲記した判例研究において、ドイツの試験争訟の動向について簡単な紹介を行うとともに、わが国の試験争訟のあり方について若干の提言を行った。

概要は次の (I) (II) の通りである。

(I) 国家試験については、その判定をめぐる紛争は法律上の争訟ではないとした技術士試験に関する最判昭和 41 年 2 月 8 日民集 20 卷 2 号 196 頁(以下「昭和 41 年最判」という。)がよく知られている。しかし、近年、国家試験の判定をめぐる紛争は法律上の争訟ではない、とのとらえ方は「行き過ぎ」との指摘がみられるところである(山本隆司「日本における裁量論の変容」判例時報 1933 号(2006 年) 11 頁以下、13 頁など)。司法権の固有の内容として裁判所が審判しうる対象は、裁判所法 3 条にいう「法律上の争訟」に限られるが、昭和 41 年最判では、法律上の争訟に関する理解をふまえて国家試験としての技術士試験の合否判定は法律上の争訟に当たらないとした。確かに、「学者 A と B が異なる見解を述べ、いずれが学問的に

優れた見解かを裁判所に判断してもらうことを本質的争点とする紛争」[(ア)型]は、法律上の争訟とはいえないと考えられる。しかし、昭和 41 年最判は、国家試験のある問いに対して、「試験実施機関が A 説を正解、B 説を不正解として判定を行ったところ、B 説を正解と考えて答案を作成した者が当該判定を争ったという事案」[(イ)型]に関するものである。(イ)型の紛争の場合、A 説と B 説の優劣が争われているというよりは、ある問いに対して適切な答えは何か争われているので、(ア)型の紛争の場合とは構造が異なると考えられる。

ドイツにおいても戦後の概括主義の採用により、国家試験の判定が行政訴訟の対象となった。国家試験を行政訴訟の対象とすることについては、裁判所も学界も当初は躊躇したようであるが、現在では多くの判例の蓄積が見られる。もっとも、ドイツでは国家試験等の判定について、試験官の判断余地を認めることによりバランスをとってきたと言えそうである。例えば、1979 年 11 月 12 日連邦行政裁判所判決(DÖV 1980, 380)は、司法試験において答えが正しかったか、あるいは誤りであったかどうかの判断は、専門的・学術的な性質を有し、受験者が正しく、あるいは間違っただけであるかどうかに関する決定は試験官の判断余地に入るとしていた。そして、裁判官にとって全く根拠がないと思わせる、明白で、筋の通らない学術的・専門的に誤った判断に基づく場合にのみ、試験決定は違法になるという。したがって、ドイツの行政裁判所は、(イ)型の紛争において、試験決定の専門的・学術的な正しさの問題を原則として追求する必要はなかった。そうは言っても、とにかく試験の判定は、標準的な手続規定が遵守されたかどうか、受験者の機会平等の原則が尊重されたかどうか、一般的に承認された評価原則が適用されたかどうか、試験官が事柄になじまない考量に左右されていないかどうかという観点から裁判で審査されてきた(Vgl. Martin Ibler, *Rechtspflegender Rechtsschutz im Verwaltungsrecht*, 1999, S.359ff.など)。試験をめぐる紛争について、わが国の現状とは様相を異にしてきたと言える。

試験判定に関して判断余地を認めてきた判例の判断枠組みを、統制密度を高める形で転換したのが司法試験に関する 1991 年 4 月 17 日連邦憲法裁判所決定(BVerfGE 84, 34, 49ff.; 以下「1991 年決定」という。)である。1991 年決定では、少なくとも職業関連型の試験に関して、広範な試験官の判断余地とそ

れに対応する裁判コントロールの制限は、基本法3条1項[平等原則]、12条1項[職業選択の自由]、19条4項[効果的な権利保護]と一致しないことが明言され、その上で、A)「試験に特殊な評価」とB)「専門的・学術的な正しさ」のコントロールを区別し、それぞれにつき異なるコントロール基準が適用される旨が判示された。そして、B)については、行政裁判所によって完全に審査が及ぶとし、A)については従来通り試験官の判断余地を承認した。試験の判定は、上記A)およびB)の要素からなると言えようが、わが国においてはB)に関する紛争は法律上の争訟ではないとされている。しかし、もっぱら試験官の好みや印象によって職業選択の自由が制限される可能性を取り除くためには、ある問いに対して何を正解として扱うべきかについても裁判上の審査が及ぼされることが好ましいはずである。従来わが国の判例法理のように問いに対する解答の正誤を争点とする紛争が法律上の争訟に含まれないことは問題である。もっとも、法律上の争訟に当たると捉え直したとしても、裁判上での紛争解決が最もふさわしい紛争処理形態かどうかは別問題であり、前出1991年決定では、国家試験をめぐる紛争に際して試験判定の再考を求める手続の必要性が憲法から導かれている。

(II) 本件は、正解とすべき解答を不正解としているか否かを争点とする紛争、いわば正答主張型の紛争ではない。本件は、面接において年齢差別が行われたか否か、ひいては試験の最終的な判定に際して年齢差別があったか否かをめぐる紛争であり、いわゆる他事考慮主張型の紛争である。しかし、昭和41年最判は、正答主張型の紛争に関する判例であり、手続上の瑕疵が司法審査の対象となりうることを否定しているわけではないとの指摘がある(矢野邦雄・法曹時報18巻5号(1966年)756頁)。昭和41年最判は、正答主張型の判決にのみ射程が及ぶと解し、他事考慮主張型についても司法審査の対象となりうることを否定してはいないと解すべきであろう。

これまでの下級審判例の中には、手続的瑕疵がある場合には裁判所の審判権を及ぼすことを肯定するものがあり(博士学位不授与に関する東京地判昭和37年3月8日行集13巻3号362頁およびその控訴審である東京高判昭和37年6月11日行集13巻6号1213頁、公立高校の入試に関する和歌山地判昭和48年3月30日判タ297号293頁、司法書士試験に関する甲府地判昭和47年7月17日行集

23巻6=7号522頁およびその控訴審である東京高判昭和51年2月9日判時821号110頁。)、また、学説においては他事考慮等が問題となる場合に、その限りで当該判定に関する争いは法律上の争訟となるとするものがあつた。国家試験や職業に深い関わりを有する大学および大学院入試は職業選択の自由等の一般的禁止の解除の仕組みと捉えることができる。行政機関は審査基準を設定した上で当該基準を公正かつ合理的に適用しなければならないという許可制に関する法的要請(個人タクシー免許に関する最判昭和46年10月28日民集25巻7号1037頁参照。)は、資格制についてもある程度及ぶべきではないだろうか。もっとも、採点基準等を定めたとしても、試験の判定に際しては当該基準を補う形で採点者の個人的な基準の形成と適用が行われるであろうから、試験官の採点内容については裁判において厳密に審査することはできないかもしれない(ドイツの連邦憲法裁判所は、「裁判所の機能限界」として判断余地を認める根拠としてあげている。BVerfGE 84, 34, 59.)。しかし、採点基準の合理性およびその適用のあり方の適正さを審査することはある程度できるだろうし、また、試験官は自己の採点内容について説明することができるはずである。

試験判定をめぐる紛争は、正答主張型、他事考慮主張型および手続瑕疵主張型の紛争がある。本件は他事考慮主張型であるが、面接における他事考慮の有無が争点となっているという特徴がある。専門的・学術的な知識について、臨機の発問によって確かめることに主眼をおいて実施される口述試験の場合、試験の成績を固定的、画一的基準の適用による評価点数をもって詳細、具体的に明示することは、事実上困難であると言えるかもしれない。そうだとすると、それは、いわば面接官の裁量を承認する根拠を述べていると捉えるべきで、面接官の判断は適法な手続に則るべきであるし、事柄にふさわしくない考慮をすべきではないという法的拘束(他事考慮、平等原則違反など)が及ぶのであるから、面接に基づく試験判定をめぐる紛争について法律上の争訟たることを否定する理由はやはりないというべきである。

入試判定における年齢の考慮の適否については、国公立であると私立であるとかかわらず問題となる。国公立・私立を問わず、いずれも年齢を考慮要素とすることは許されないと考えるか、能力・適性の審査と年齢とは不可分であるから学力試験の配点部分を無にしない限り、ある程度で年齢を考慮要

素とすることが許されると考えるか、あるいは国公立と私立との性格の違いをふまえて何らかの役割分担を見出すことにより年齢を考慮要素とすることの適否に両者間で差異を見いだすか、といった点について検討する必要がある。その際、現行の国大法人法および地方独立行政法人法に基づく国公立大学法人制度を憲法適合的な高等教育法制の構築という観点から検討する必要がある。

以上が、下記 5①で公表した判例研究の概要である。今後は、ドイツの試験法を支配している憲法原理（法律の留保、平等原則など）、試験判定における裁量の広狭およびその統制法理、争訟手続における審理のあり方、理由附記の要否・程度、試験官の資格などの試験判定に至る手続のあり方、不服申立ての手続のあり方、さらに志願者が受験の辞退をする際のルール（受験回数の制限がある場合に重要な論点となる。）などを検討し、公正な試験制度のあり方について検討する予定である。

## 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 1 件）

- ① 徳本広孝，群馬大学医学部入学許可請求事件（行政判例研究 853），自治研究 85 巻第 6 号，135～151 頁，2009 年，査読なし。

〔その他〕

<http://www.law.tmu.ac.jp/faculty/hougakukei/tokumoto-hiroataka.html>

## 6. 研究組織

### (1) 研究代表者

徳本広孝（とくもと ひろたか）

首都大学東京・都市教養学部法学系・准教授  
研究者番号：20308076

### (2) 研究分担者

### (3) 連携研究者