SURE 静岡大学学術リポジトリ
Shizuoka University REpository

学生に対する懲戒権の行使に関する一考察

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2014-03-31 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 高橋, 正人 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00007664

研究ノート

学生に対する懲戒権の行使に関する一考察

高　橋　正　人

学生に対する懲戒権の行使については、学校教育法11条及び学校教育法施行規則26条のほか、学則や大学内の懲戒規程に基づいて行うというのが、公私を問わず各大学に共通しているところであろう。但し、具体的な懲戒規程等がなくとも、学生に対する“包括的な懲戒権”を大学が有しているという考え方は現在も根強く残っており、筆者も実際にそのような事例に接したところである[1]。

懲戒権の行使に関しては、かつては「特別権力関係」という理論に基づくものとされており、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（2011年）によれば、①公権力は包括的な支配権（命令権、懲戒権）を有し、個々の場合に法律の根拠なくして特別権力関係に属する私人を包括的に支配できること（法治主義の排除）、②公権力は、特別権力関係に属する私人に対して、一般国民として有する人権を、法律の根拠なくして制限することができること（人権の制限）、③特別権力関係内部における公権力の行使は原則として司法審査に服さないこと（司法審査の排除）の3つが挙げられている（芦部・前掲書106頁）。

[1] 本稿は、このような事情の下に当初執筆したものであり、「研究ノート」として改めて加筆・修正したものである。注釈については、後日必要と考えたもの以外は付していないのは、このような経緯によるためである。

この「特別権力関係」の代表例として、公務員の勤務関係、刑務所への収容関係（在監関係）[2]とともに、国公立学校の在学関係が挙げられてきた。そしてまた、この「特別権力関係」は、戦後も一定期間は立法実務においても前提とされてきたものである（但し、以下に述べるように、③については早くから判例において克服されている）。

しかしながら、「特別権力関係」を支持する学説はもはや存在せず（憲法学における学説の状況については、佐藤幸治『日本国憲法論』（2011年）157頁）、立法実務においても採用されていない。従って、学生に対する懲戒権の行使も（芦部・前掲書の①に該当する）、「特別権力関係」以外にその根拠を見出さなければならない状況になっていることは、学説においても、実務においても当然の前提とされているところである。

以下では、「特別権力関係」についての立法実務・判例実務上の扱いの変容について検討する。また、立案関係者の見解を理解するには、行政不服審査法（1962年）、行政手続法（1993年）制定時の実務解釈が参考となるため、上記の2法律の制定時を基準として、立法実務及び判例実務の考え方を取り上げていく。**1**、**2**で明らかにするとおり、判例実務においては1970年代後半には、「特別権力関係」論との決別が図られたと言えよう。立法実務においても、遅くとも行政手続法制定時（1993年）には「特別権力関係」との決別が図られているといえる。

---

[2] 現在は、「刑事収容施設及び被収容者に処遇に関する法律」によって規律されており、佐藤幸治『日本国憲法論』（2011年）157頁においては、従来の「在監関係」に替えて、「刑事収容施設被収容（在監）関係」の語を用いている。

“在学関係”の理解の仕方―〈特別権力関係〉と〈部分社会〉

① 特別権力関係

〈外部関係(行政―私人(市民))〉と〈内部関係〉の峻別→〈内部関係(ここに在学関係が含まれる)における法治主義の排除(19世紀ドイツにおける考え方)〉→包括的支配権(命令権・懲戒権)

② 部分社会(特に、大学における在学関係)

〈学問の自由(憲法23条)〉→〈大学の自治(学生の管理)〉→部分社会(大学)における自主性・自律性の尊重

(藤田宙靖『行政法総論』(2013年)、大橋洋一『行政法Ⅰ』(2009年) を参考に作成)

1．行政不服審査法制定（1962年）前後における見解―特別権力関係の残滓

(1) 行政不服審査法制定にあたり、学校等における処分が適用除外とされている（行審法4条1項8号）。行政不服審査法の立案に関った田中真次、加藤泰守による解説によれば、適用除外の根拠が「特別権力関係」に基づいていることは明らかである。

田中真次＝加藤泰守『行政不服審査法解説』（1963年）64－65頁において、「公法上の特別権力関係」についての説明がなされている。但し、「包括的な支配権の発動としての命令強制」に言及する一方で、「そこには一定の限界が存する」とも述べていることに注意が必要である。田中＝加藤・前掲書65頁は、その一例として最高裁の昭和29年の判例を挙げている（最判昭和29年7月30日・民集8巻7号1463頁―以下、29年最判とする）。

29年最判は、大学側の懲戒処分（退学処分）が争われた事例であるが、「学生の行為に対し、懲戒処分を発動するかどうか、懲戒処分のうちのいずれの処分を選ぶかを決定することは、その決定が全く事実の根拠に基づかないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超えるものと認められる場合を除き、懲戒権者の裁量に任されていると解するのが相当である」と述べており、裁量権が広範なものであることは前提としつつも、裁判所の審査に服することを前提としている。従って、「特別権力関係」のうち、③司法審査の排除については、戦後早くから裁判所の審査に服していたのであり、完全な形で認められていた訳ではない（この問題とは別に、「部分社会論」の問題があるが、これについては後述する）。

なお、田中＝加藤・前掲書68－69頁は、刑務所等における処分が適用除外となることについても（行審法4条1項9号）、「国家権力によって、

その意思を無視して収容されて特別権力関係に入った」ものとして、適用除外の根拠を「特別権力関係」に求めている[3]。（在学関係は、「自己の意思に基づいて特別権力関係に入った」ものということになる）この見解は、1977年の改訂版においても維持されている。

(2) この時期に、「特別権力関係」が実務上通用していたことは、内閣法制局長官であった林修三『行政法の話』(1972年) 240頁以下においても明らかである。但し、林・前掲書241頁は、「特別権力関係」の一例である公務員関係について、「特に、公務員の勤務関係などについては、一般の労働法的な考え方で解釈しようとする学説も見受けられるし、また、公務員関係の法令が整備されたことからいって、特に、特別権力関係といった考え方を導入する必要はないのではないかとする考え方もあるが、やはり、この種の問題については、こういう考え方をとり入れて考えるのが便宜であり、妥当であろうと思われる」と述べており、学説の動向にある程度配慮した書き振りとなっている。

明示的に、どの学説を意識したのかは、林は述べていないが、室井力『特別権力関係論』(1968年) を念頭に置いていたのではないかと思われる。

(3) 最高裁判例においては、私立大学における退学処分に関して、「大学は、国公立であると私立であるとを問わず…在学する学生を規律する包括的権能を有する」とした、最判昭和49年7月19日（民集28巻5号790頁―以下、49年最判とする）がある。この判決文は、明示的ではないが

[3] 現在では、注 (2) で触れた「刑事収容施設及び被収容者の処遇に関する法律」において不服申立ての規定が整備されており（同法157条以下）、従来、「特別権力関係」の代表例として挙げられてきた、公務員の勤務関係、在監関係、在学関係のうち事前・事後手続のいずれもが整備されていないのは、在学関係だけである。

「特別権力関係」を想起させるものである。しかしながら、判決文に「保守的な校風を有する大学」とあるように、私立大学独自の校風が考慮に入れられていることに注意しなければならない。

また、本判決の調査官であった佐藤繁は、前述の「学生を規律する包括的権能」に関して、「学校は、国公立たると私立たるとを問わず、その設置目的に照らし社会通念上合理的と認められる範囲において、学則等により」、「学生を規律する包括的権能を有すること」については「ほぼ異論なく承認されているところといってよい」と述べており（佐藤繁・法曹時報28巻11号145頁）、ここにも「特別権力関係」に繋がる発想が見受けられる。

その一方で、佐藤は、「学生に対する懲戒は、規律違反を理由とする場合でも、企業における懲戒などとは異なり、単に因果的、応報的なものであってはならず、同時に教育の手段としての意味を持つものでなければならない」として、前述の29年最判に言及しつつ、「本判決も、退学処分が教育的裁量処分であるとする点では従来の判例を維持しているが、その処分の重大性にかんがみ、当該学生に改善の見込みがなく学外に排除することが教育上やむをえない場合に限ってこれを選択すべきであって、他の種類の処分よりも裁量の余地を狭めている」としている。同時に、「教育的裁量権」の問題として位置づけていることも注目されよう（佐藤・前掲解説147頁）。

(4) 公務員の事故（安全配慮義務）に関して、下級審判決（東京高判昭和48年1月31日）で、「特別権力関係」への言及があった、最判昭和50年2月25日（民集29巻2号143頁）は、「特別権力関係」を一切用いずに国側の安全配慮義務を認めている。この判決は、安全配慮義務のみならず、会計法30条の解釈も問題になった著名な判決であるが、調査官であった柴田保幸は、「特別権力関係」に最高裁が言及しなかったことについて以

下のように述べている（柴田保幸・法曹時報28巻4号195頁）。

「特別権力関係とは、『一般的権力関係（一般支配関係）に対し、公法上の特別の目的に必要な限度において、包括的に一方が他方を支配し、他方がこれに服従すべきことを内容とする関係』であり、特別権力関係の観念が認められるべき主たる理由は、『特別権力関係においては、法治主義の原理の適用が排除される。いいかえれば、具体的な法律の根拠に基づかないで、包括的な支配権の発動として、命令強制がなされ得る。』…点にあるが、かかる観念を認めるとしても、国が公務員に対して安全配慮義務を負わないとする論拠たりうるものものではない。」

従って、判決文において、「特別権力関係」が用いられなかったとしても、「特別権力関係」に対する是非は留保されている。

(5) 在学関係について「特別権力関係」から「部分社会」への移行の契機となったのが、最判昭和52年3月15日（民集31巻2号234頁ー以下、52年最判とする）である。国立大学における単位授与が司法審査の対象になりうるかが争点となった事例であるが、下級審判決（名古屋高裁金沢支判昭和46年4月9日）は、「特別権力関係」に言及していた。

これに対して、最高裁は、「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究を目的とする教育研究施設であって、その設置目的を達成するために必要な諸事項については、法令に格別の規定がない場合でも、学則等によりこれを規定し、実施することのできる自律的・包括的な権能を有し、一般市民社会とは異なる特殊な部分社会（傍線部高橋ー以下、同じ）を形成しているのであるから、このような特殊な部分社会である大学における法律上の係争のすべてが当然に裁判所の司法審査の対象になるものではなく、一般市民秩序と直接の関係を有しない内部的な問題は右司法審査の対象から除かれるべきものである」として、単位の授与は司法審査の対象となりえないと断じた。

本判決において注目すべきは、判決文後半の「特殊な部分社会」という言及の仕方である。調査官であった園部逸夫は、当時の学説状況について、国公立大学の利用関係も私法上の契約関係として統一的に理解しようとする考え方（契約関係説）と特別権力関係説が有力であったとする（園部逸夫・法曹時報33巻2号222頁）。その上で、29年最判、49年最判を引用し、「国公立大学の利用関係と私立大学の利用関係とが本質的にそれほど差異があるものではない」ことを最高裁判例自体が認めているとする。

園部は、契約関係説に一定の理解を示しつつも、「契約関係説のように、学生が学生として有する権利を侵害する教育上の措置は、市民としての権利に関係するものでなくとも司法審査の対象となるとすることは、市民法秩序の維持を使命とする裁判所の権限との関係からいって問題がある。本判決が、大学を国公立であると私立であるとによって区別することなく、一般市民社会の中に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としてとらえ、この観点から、教育上の措置の適否に対する司法審査の可否を論じているのも、以上のような点を考慮したことによるものであろう」と述べている。園部のこの解説自体からは、明確に「特別権力関係」を否定する趣旨は読み取れない（園部・前掲解説223頁）。

(6) 52年最判における最高裁の真の意図はともかく、在学関係はこの判決を契機に「部分社会」の問題として取り扱われている（この変遷については、塩野宏『行政法Ⅰ（第5版補訂版）』（2013年）35－37頁。なお、同書37頁において言及されている国立大学法人における在学関係の理解の仕方については後述する）。芦部・前掲書335頁以下によれば、「部分社会」の問題として司法権の限界として論じられる（佐藤・前掲書594－595頁も参照）。この「部分社会」のカテゴリーに入るものとして、地方議会

（最大判昭和35年10月19日・民集14巻12号2633頁―以下、35年最判とする）、大学（公私を問わない）、政党（最判昭和63年12月20日・判時1307号113頁）、宗教団体が挙げられている（「部分社会」の用語と判例の動向については、宇賀克也ほか『行政判例百選Ⅱ（第6版）』319頁の野口貴公美解説が詳しい）。

在学関係が「部分社会」のカテゴリーとして論じられることは、同時に、「特別権力関係」との決別を黙示的にせよ判例実務が行ったことを意味しよう。前出の49年最判は、「部分社会」に関する先行判例ということになる（宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第5版）』（2013年）39頁）。更に、大橋洋一『行政法Ⅰ』（2009年）42頁は、「大学に関する部分社会論は『大学の自治』に着目した立論である」と述べている。在学関係に対して「特別権力関係」を持ち出す必要はこの時点でなくなったのである。

(7) 1970年代まで、判例実務において「特別権力関係」の概念が根強かった背景として、戦後の行政法学をリードしてきた田中二郎が、「特別権力関係」を支持していたことも挙げられよう。実際に、これまで挙げた実務書や調査官解説において引用されているのは、田中二郎『行政法総論』（1957年―以下、田中『総論』とする）である。

但し、それから約20年後の田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（1974年―以下、田中『上巻』とする）においては、「特別権力関係」を依然として支持しつつも、そのトーンが緩められているのである（このことは、藤田宙靖『行政法総論』（2013年）77頁において指摘されているところである）。

日本国憲法下において、特別権力関係論を支えていた憲法構造が失われたとする批判（藤田・前掲書74頁）は、既に、田中『総論』の執筆時にも存在していたが、同書225頁の注（1）において、田中は批判説（磯

崎辰五郎の見解）に対し次のように述べている。

「従来、どうかすると、特別権力関係の名の下に、特定の目的のために必要な限度を超えて、法の根拠に基づくことなく人権に制限を加える傾向があったのに鑑みると、この考え方（磯崎の見解―高橋注）にも一部の理由がないわけではないが、後に述べるような見地に立つ限りその非難は避けることができるし、実際に、このような理解が必要であり、現行の制度がこのような基礎に立っていることは、否定できないのではないかと思う。」

一方、田中『上巻』91頁においては、次のように、述べて、「特別権力関係」という観念への疑問が提起されている。

「従来、『特別権力関係』として説明されてきた分野が、現行憲法のもとに新しく法律の規制するところとなり、特別権力関係として説明する余地がなくなったということもある（公務員関係のごとし）。また、基本的人権の尊重確保の要請が徹底してくるにつれ、特別権力関係であることを理由として、基本的人権に対する制約を無条件にジャスティファイすることは許されず、特別権力関係という観念を用いることの意味がほとんど失われてしまったということもあるであろう。」

田中は、『上巻』93頁においては、「単純な内部的規律の範囲を越えてされる措置（例えば議員の除名、学生の退学処分のごとし）については、司法審査が及ぶものと解するのが相妥当ではないかと思う。最高裁判所の最近の判例は、大体において、こういう考え方に立っているといってよい」と述べられており、注釈において挙げられている最高裁判例は、前述した29年最判及び35年最判である。これらが、現在においては、行政裁量及び部分社会の事例として取り上げられていることは、(6) において触れたところであり、また後述するが、「特別権力関係」における司法審査に関する『上巻』での田中の理解は、むしろ「部分社会」に通じ

るものがある。実際、田中がこのように記してから3年後の52年判決は、在学関係を「部分社会」として新たに整理する契機となったのである。

2．行政手続法制定（1993年）後における見解―部分社会・裁量審査

(1) 立法実務においても、「特別権力関係」からの決別がなされていることは、行政手続法に関する解説書である、総務庁行政管理局『逐条解説 行政手続法』(1994年) において、学校等の処分の適用除外（行手法3条1項7号）の根拠につき、次のように述べていることからも理解できる（なお、総務庁は、中央省庁改革により現在は総務省）。

「義務教育については、国民として最低限の教育を施すために本人の意思にかかわらず教育を受けさせているものであり、また、義務教育以外については、当事者の合意に基づき当該学校等において教育を受けているものであって、いずれも通常の行政庁と一般国民との関係とは性質を異にする関係下にあるものであるから、当該目的を達成するために行われる処分等については、本法の適用除外とするものである」（総務庁行政管理局・前掲書50―51頁）

(2) 行政手続法においては、在学関係と同様に「特別権力関係」の代表例とされた、刑務所等における処分や公務員に対する処分が、同じく行政手続法の適用除外となっている（同法3条1項8号、9号）。公務員に対する処分については、「公務員管理の基本である国家公務員法、地方公務員法の体系の中で適切に処理されればよいとの考え方」に基づき適用除外とされた旨説明がなされている（総務庁・前掲書58頁）。

一方、刑務所等における処分に関しては、適用除外の趣旨を次のように述べている。

「刑務所等における処分及び行政指導は、特定の施設内に拘束されているという特殊な状況下において、受刑者については刑罰の執行、刑事被

告人等については身体の拘束、少年院在院者については矯正教育というようなそれぞれの収容目的又は施設内の秩序維持もしくは管理運営上の必要のために、それに必要な限度で行われるものであり、本法に定める一般的な手続保障になじまない」（総務庁・前掲書54頁）

これらの適用除外の趣旨については、「処分等の主体と相手方との関係が特殊であるもの（部分社会を構成しているもの）」（7号・8号―在学関係・在監関係）、「相手方に関し、一般国民とは異なる特殊性が見られるもの」（9号・10号―公務員関係、外国人の出入国）として、別途説明がなされているが（総務庁・前掲書42頁）、特に、在学関係・在監関係については、「部分社会」という言葉が明示的に使われていることに注意が必要である。このように整理した趣旨は、以下のように述べられている。「第7号は、学校等において教育を目的として在学者等に対して行われるものであり、また、第8号は、裁判所等により特定の施設に強制的に入れられた者を対象に当該収容の目的を維持するために行われるものであり、いずれも通常の行政庁と一般国民との関係とは異なる関係にある者を対象とするものである」（総務庁・前掲書42頁）

「部分社会」が、在監関係に当てはまるのかは疑問があるが、少なくとも、「特別権力関係」を適用除外の根拠にすることはできないということは、立案関係者において前提とされていたものと解される[4]。

(3) 当時、総務庁職員として行政手続法の立案に参画した仲正も、外国人の出入国（同法3条1項10号）を含む、7号から10号までの適用除外の趣旨について、「これらは、処分等の主体と相手方との関係が特殊であるものや相手方に関し一般国民とは異なる特殊性が認められるものである」

[4] 平成17年に意見公募手続（行手法38条以下）が整備されたことに伴い、『逐条解説行政手続法（平成18年改訂版）』（2006年）が出されているが、同書56頁においては、7号、8号は「部分社会」として整理されている。

と述べており（仲正『行政手続法のすべて』（1995年）79頁）、“特殊性”というメルクマールを用いつつも、「特別権力関係」という用語は用いられていない。

研究者として、行政手続法の制定に関ってきた、塩野宏＝高木光『条解 行政手続法』（2000年）においては、「7号から9号というひとまとまりは、『特別権力関係』を連想させる」としつつ、適用除外の規定の仕方について次のような提言がなされている。

「7号の教育施設においては、義務教育の場合は一定の限定はあるものの、基本的には、自己の意思に基づいて当該施設において教育を受ける者に関するものであり、9号は、自己の意思に基づいて公務員という職業を選択した者に関するものである。現在の理論的立場からすれば、8号（刑務所等）は5号（刑事事件）と、7号（学校等）は11号（学術技能）と並ぶよう工夫がなされるべきであろう」（塩野＝高木・前掲書101頁）

「8号が本法の適用を除外しているのは、『対等に争うように配慮されている手続によらしめるのは適当ではない』（1（1）で触れた、田中＝加藤・行審法解説からの引用である―高橋注）という趣旨ではなく、特殊な領域であるため、実体的な規律の見直し…とともに手続も併せて規律されるべきであるとの趣旨に理解されるべきであろう」（塩野＝高木・前掲書102頁）

（4）一方、最高裁判例に目を転じると、学生に対する退学処分に対して裁量権の逸脱・濫用認めた最判平成8年3月8日（民集50巻3号469頁）注目される[5]。

[5] 更に、在学関係と同じく「特別権力関係」に分類されていた公務員に対する懲戒処分について比例原則を適用した、最判平成24年1月16日（判時2147号127頁）が注目される。公務員に対する懲戒処分については、最判昭和52年12月20日（民集31巻7号1101頁）が、懲戒権者の（効果）裁量を広範に認めたものと理解されていたところである。

平成24年最判は、昭和52年最判を引用しつつも、「過去に入学式の際の服装等に係

高等専門学校において、信仰上の理由に基づく剣道の履修拒否につき、代替措置を検討せずに、原級留置及び退学処分がなされた事例であるが、最高裁は、「高等専門学校の校長が学生に対し原級留置処分又は退学処分を行うかどうかの判断は、校長の合理的な教育的裁量にゆだねられるべきものであ」るとして前述の29年最判、49年最判等を引用しつつも、次のように述べて、各処分は「裁量権の範囲を超える違法なもの」であると断じた。

「信仰上の理由による剣道実技の履修拒否を、正当な理由もない履修拒否と区別することなく、代替措置が不可能というわけではないのに、代替措置について何ら検討することなく、体育科目を不認定とした担当教員らの評価を受けて、原級留置処分をし、さらに、不認定の主たる理由及び全体成績について勘案することなく、2年続けて原級留置となったため進級等規程及び退学内規に従って学則にいう『学力劣等で成業の見込みがないと認められる者』に当たるとし、退学処分をしたという上告人の措置は、考慮すべき事項を考慮しておらず、又は考慮された事実に対する評価が明白に合理性を欠き、その結果、社会観念上著しく妥当を欠く処分をしたものと評するほかはな」い。

(5) このような前提の下に、現在の文献において学内での懲戒処分（特に退学処分）や「部分社会」がどのように位置づけられているかを確認しておきたい。

まず、退学処分等における裁量に関してであるが、1 (1) において触れた29年最判をはじめとした判例は、行政裁量（の統制）の問題として

る職務命令違反による戒告1回の処分歴があることのみを理由に…懲戒処分として減給処分を選択した都教委の判断は…処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き、上記減給処分は、懲戒権者としての裁量権の範囲を越えるものとして違法の評価をまぬがれない」と断じ、一部の懲戒処分を違法としている（同日に、停職処分についても同様の判断がなされている）。

扱われている。宇賀・前掲書318頁は、行政裁量が認められる根拠（教育に関する専門的判断の必要性）の事例として、29年最判を取り上げている。櫻井敬子＝橋本博之『行政法（第4版）』（2013年）121頁においては、裁量審査の基準（事実誤認）の事例として、29年最判を取り上げている。

「特別権力関係」について詳細に扱っている藤田宙靖『行政法Ⅰ（第4版改訂版）』（2005年）78頁においては、「これらは、もはや『特別権力関係』上の問題ではなく、一般権力関係上の『自由裁量』とその限界の問題として取り扱われていることに留意すべきである」との記述があり、現在における「特別権力関係」の存在意義を否定している（「特別権力関係」の克服の過程については、同書63－78頁参照。なお、藤田宙靖『行政法総論』（2013年）68－80頁も参照）。また、29年最判は裁量審査（効果裁量）の事例として取り上げられているに過ぎない（藤田・行政法Ⅰ・116頁）。

現在においては、退学処分等に関する司法審査の問題は、「特別権力関係」の問題ではなく、行政裁量（及びその審査密度）の問題として取り扱われているのである。

(6) 次に、「部分社会」に関してであるが、1 (6) において述べたように、地方議会に関する35年最判、在学関係に関する49年最判、52年最判は、「部分社会」として論じられることになる。

大橋・前掲書42頁によれば、「部分社会」は、大学の自治から導かれるとする（また、議会に関しては、地方議会の自治が取り上げられている。塩野『行政法Ⅱ（第5版補訂版）』（2013年）280頁）。芦部・前掲書164頁以下によれば、大学の自治は、憲法23条で保障された学問の自治に含まれることになる[6]。

---

[6] 「部分社会」に関する個別の根拠については、金子宏ほか『法律学小事典（第4版改訂版）』（2008年）1086頁。大学の場合は学問の自由、地方議会の場合は地方自治の本旨、政党の場合は結社の自由に求められる。

大学の自治の内容として、人事の自治と施設・学生の管理の自治が挙げられるが（芦部・前掲書167頁、さらに芦部信喜『憲法学Ⅲ（増補版）』（2000年）227－228頁も参照。）、学生は単なる自治の客体として捉えられているわけではないことに留意しなければならない。芦部・前掲書168頁は、学生の位置づけについて、「大学における不可欠の構成員として、『大学自治の運営について要望し、批判し、あるいは反対する権利』を有する（仙台高判昭和46・5・28判時645号55頁）ものと解する説が、妥当である」としている（その他、昭和46年仙台高判に賛同する見解として、野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第4版）』（2006年）336頁）。従って、大学の自治に基づく学生の管理は、「特別権力関係」を代替するものにはならないことは明らかである[7]。

3．“母国”における「特別権力関係論」の否定

「特別権力関係」は、“besonderes Gewaltverhältnis”の語からわかるように、19世紀のドイツ行政法学にいて形成された概念であり、既に、室井・前掲書等の先行業績において批判がなされてきたところである。わが国と同様に憲法構造の変化に直面したドイツにおいても、「特別権力関係」の克服はなされており、現在では“時代おくれ（überholt）”とし言及されている（Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 17. Aufl., 2009, S.626.）。この問題については、既に多くの先行業績があり、学説上は、「特別権力関係」は過去のものとして整理されているので、以下では現状の確認という形で触れるにとどめる（この問題を扱う最近の論稿として、池村好道「国立大学法人における在学関係と入試の法理論」判自337号110

[7] 佐藤幸治『憲法（第3版）』（1995年）511－512頁は、学生の地位に関して、「研究に従事する存在として、学生は、大学の運営を批判しあるいは運営に関し要望する権利を有する」と述べつつ、「さらに進んで、学生が自治の主体的構成者として管理運営に対する参加権をもつべきかどうかは、法律の定めるところに従い、それぞれの大学が自主的に決定すべき事案である」としている。

頁以下)。

邦訳されているシュミットーアスマン（山本隆司ほか訳)『行政法理論の基礎と課題』(2006年）は、法律の留保領域の拡大に関連して、「特別権力関係」について次のように論じている。

「第1の問題は、基本法の観念にもはや合致しない伝来のドグマを訂正することであった。その最も重要な例は、特別権力関係の開放である。その帰結として特に、学校法がくまなく法律によって構造化された。ここで法律と法律の留保が援用されたのは、見通しの利かない行政規則制定の実務に対して、透明性と政治的議論の余地を作るためであった。」(同書・190頁、Schmidt-Aβmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl., 2004, S.188.)

ここでいう学校法への影響について、具体的な記述はなされていないが、(西）ドイツにおける「特別権力関係」論の打破に大きな影響を及ぼした1972年の連邦憲法裁判所決定（BVerfGE 33, 1.—この事案自体は、刑務所における在監関係に関するものである）及びその後の学校制度に関する一連の判例と本質性留保への移行の過程について述べているものと思われる（大橋洋一『現代行政の行為形式論』(1993年) 9—22頁、Maurer, a.a.O.,SS. 127-130.)。

いずれにせよ、(西）ドイツにおいても、第2次世界大戦後の基本法（Grundgesetz）下において、「特別権力関係」の概念は変容を迫られたのであり（Erichsen/ Ehlors, Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl., 2010, S. 625. 基本法下における学説の変容については、Maurer, a.a.O., SS.181-185. に詳しい)、現在の議論の中心は、営造物の利用関係等の一部領域において、「特別権力関係」に代替しうる概念が存在しうるかというところにある（Erichsen/ Ehlors, a.a.O., S.625. ; Maurer, a.a.O., S.184.

なお、他の学説については、池村・前掲論文113－114頁参照）。

4．現状の再確認

（1）在学関係については、国立大学法人化に伴い、契約関係に移行したとする見解が有力になっている（塩野宏『行政法Ⅲ（第4版）』（2012年）100頁）。塩野・前掲書は、1で触れた行政不服審査法4条に触れつつ、次のように述べている。

「同条文は、国公立の学校を前提としており、国立大学法人立及び公立大学法人立の学校には当然には適用されるものではないこと、これを補うものとしての特別権力関係は従前のような通用力を有していないこと、国立大学の作用につき処分性が認められる領域はほかにはないこと…等に鑑みると、学生と国立大学法人との関係は一般の学校法人立の大学と同様の在学契約関係に立つものと解される」

また、東京高判平成19年3月29日（判時1979号70頁）は、在学関係を契約関係であると述べており、在学関係に関する考え方・位置づけは流動的になっている（池村・前掲論文は、この判決を素材にして、在学関係を検討したものである）。

更に、国立大学法人化以降の在学関係の理解について、平成19年の東京高裁判決は、在学契約の内容を次のように述べており注目される（なお、契約の性質につき、「有償双務契約としての無名契約」と結論付けている）。

「この在学契約は、大学を設置する国立大学法人（以下、『国立大学』という）が学生に対して、講義、実習及び試験等の教育活動を実施するという方法で、上記の目的にかなった教育活動を実施する義務を負い、他方、学生が国立大学に対して、これらに対する所定の対価を支払う義務

を負うことを要素とし、また、上記の教育役務の提供は、各国立大学の教育理念や教育方針の下に、その人的物的教育施設を用いて、学生との信頼関係を基礎として、継続的、集団的に行われるものであって、在学契約は、学生が部分社会を形成する組織体である国立大学の構成員としての学生の身分、地位を取得、保持し、大学の包括的な指導、規律に服するという要素も有している」

この判決文における「大学の包括的な指導、規律に服する」という用語が、49年最判における「学生を規律する包括的権能」とは意味を異にすることは、判決文の文脈から明らかである[8]。

(2) 在学関係が以上のような変容を辿ってきた中で、学生に対する懲戒権の発動も自ずから制限されるべきことは明らかである。従来、懲戒権を包括的に認めてきた「特別権力関係」の考え方は、判例実務においては1970年代後半に、立法実務においても、行政手続法が制定された1990年代には、明示的な形ではないとしても放棄されているのである。

「部分社会」から大学の自治、更には学生の管理を導くとしても、学生を自治・管理の単なる客体と捉えることができなくなっている以上、同じように制約は課されてくる。大学サイドは、同時に説明責任が求められている時代であることを再確認した上で懲戒権の行使はなされなければならない。

憲法学をリードする佐藤幸治は、大学の自治に関連し、大学の認証評価制度、国立大学法人法の制定に伴う大学の組織形態について言及しながら現在の日本の大学像を論じている（佐藤・前掲書246頁)。

---

[8] 49年最判自体、無制限な「学生を規律する包括的権能」について述べているわけではない。49年最判では、同時に、「もとより、学校当局の有する右の包括的権能は無制限なものではありえず、在学関係設定の目的と関連し、かつ、その内容が社会通念に照らし合理的と認められる範囲においてのみ是認されるものである」と一定の制約を課しているのである。

そして、大学の財政的基盤について述べた上で、次のように続けている。

「公財政への依存度が大きいからといって、学問の独立性・大学の自治が弱いということを意味しない。ただ、そこでは、大学の質を維持し社会の理解を得るための様々な努力が払われてきた（例えば、人事や学位審査をできるだけ公開にするなど）点は看過しえない。

グローバル化の進展する中で、日本でも20世紀末以来、大学院重点化、法科大学院に象徴される専門職大学院の創設等々を含む、既に垣間見たような大学改革が推進されてきた。こうした改革が所期の実を結ぶかどうかは、財政基盤の強化の成否とともに、関係者の知恵ある工夫と努力にかかっている」（同書・246－247頁）

公私を問わず、時代の変化に即した大学像が求められている中で、過去の残滓とは早急に決別しなければならないのである。