

講演

ドイツ憲法における芸術と学問の自由

クラウス・シュテルン

岡田俊幸 訳

早稲田大学で講演を行うことは、私の日本訪問の最良の伝統の一つである。私は、今年もこの慣習に喜んで従うことにした。今回は、〔東日本〕^(訳注1) 大震災の後にドイツ人の強固な連帯を日本に示すことが大事であるので、より進んでそうすることにした。私の妻も私も、ここ数ヶ月、このことに思いを致し、これに心を痛めてきた。今、我々はここにいる。そして、全力で我々の任務を——学問において、そして大学において——遂行するために、我々が皆さんとともに目を前に向けることができるのは、我々の喜びとするところである。私にとってこのことは、本日、ドイツ憲法における芸術と学問の自由をめぐる若干の憲法上の基本問題を皆さんに紹介し、日本国憲法との関連付けを行うことを意味する。

I.

私の見方が正しければ、1946年の日本国憲法は、ドイツ基本法とは異なっており、文言上芸術および学問の自由を保障する基本権を規定していない。日本国憲法23条は、「学問の自由〔大学の自由〕」^(訳注2)を「保障」しており——ドイツ語の翻訳ではそうになっている——、さらに、日本国憲法19条——思想の自由——と日本国憲法21条——言論および「その他一切の表現」の自由と「検閲の禁止」——を通して、芸術と学問の全体領域は基本権によって保護されている。アメ

(訳注1) 以下の本文中において [] で括った部分は、訳者による補足説明である。

(訳注2) シュテルン教授は、Wissenschaftsfreiheit と区別して、akademische Freiheit という語を使っている。訳語として、前者には「学問の自由」の語を、後者には原則として「学問の自由〔大学の自由〕」という語を当てた。

リカでは、芸術の自由と学問の自由は意見表明の自由を通して保護されており⁽¹⁾、この点において、憲法制定におけるアメリカの影響が極めて明確に見て取ることができる。いずれにしても、日本国憲法23条——「学問の自由〔大学の自由〕は、これを保障する。」——によって、ヨーロッパの領域においてヨーロッパ基本権憲章（EU-GRCh）13条2文が選択したのとはほぼ同じ文言が選択されている。ヨーロッパ基本権会議が日本国憲法に目を向けたことはなかったと確実に考えることができるにもかかわらず、こうなったのであるから、これは驚くべき調和であるということができる。

ドイツ基本法においては、芸術の自由と学問の自由は基本法5条3項で明文上基本権保護領域として挙げられている。このようなドイツ基本法との文言上の相違にもかかわらず、芸術の自由と学問の自由が日本国憲法においても保護されていることに疑問の余地はない。学問の自由については、このことは、日本国憲法23条における学問の自由〔大学の自由〕と、日本国憲法21条における表現の自由および検閲の禁止から導き出される。日本の最高裁判所も1969年10月15日の判決〔「悪徳の栄え」事件判決〕においてこのように言っている。すなわち、「表現の自由や学問の自由は、民主主義の基礎をなすきわめて重要なものである」（私の手元には英文のものしかない。）⁽²⁾、と。芸術の自由については、同じく日本国憲法21条が重要である。このことは、すでに日本の最高裁判所が小説「チャタレー夫人の恋人」に関する1957年3月13日の判決において明らかにしているところである。最高裁は、同書を芸術作品であるとし、次のように述べた。「本書が全体として芸術的、思想的作品であり、…本書の芸術性はその全部についてばかりでなく、…性的描写の部分についても認め得られないではない。」（私の手元には英文のものしかない。）⁽³⁾ 1969年には、マルキ・ド・サドの小説「ジュリエット」の訳書に関する同旨の判決が続いた⁽⁴⁾。もっとも、「ドイツ語による日本の憲法判例」と題する判例集においては、1964年9月28日の東京地裁判決（「宴のあと」事件）が収録され、評釈がなされているが、この判決は、著名人のいわゆるモデル小説を対象とするものであった。この判決は、同じく基本権によって保護される私的領域との関係におけ

(1) Vgl. *K. Stern*, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, BD. IV/2, 2011 § 117 XVI 2 i.

(2) Vgl. *Hideo Tanaka* (ed.), The Japanese Legal System, 1977, S. 754f.

(3) Vgl. *Hideo Tanaka* (ed.), The Japanese Legal System, 1977, S. 750f.

(4) Vgl. *Hideo Tanaka* (ed.), The Japanese Legal System, 1977, S. 754ff.

る芸術の自由の制約を明示したのであるが、芸術の自由の制約は、連邦憲法裁判所のいわゆるメフィスト決定におけるのと同じ仕方と設定されている⁽⁵⁾。メフィスト決定については、後に言及することになろう。

日本における芸術の自由および学問の自由の憲法保障に関する私の僅かな研究の結果として、条文の規定の仕方が異なっているにもかかわらず、ドイツ憲法における問題と同じ問題が現われていることを確認することを許されたい。それは、とりわけ、一方において、芸術と学問の保護領域にかかわるものであり、他方において、この基本権に設定される制約にかかわるものである。これらの問題は、基本法5条3項に関して私がこれから説明することの中心点にも位置するのである。

II.

基本法5条3項——芸術および学問の自由の保障——は、意見表明の自由およびメディアの自由（基本法5条1項）、学校および教育（基本法7条）、信仰、良心、宗教および告白の自由（基本法4条）ならびに国家教会法上の保障を含む教会、宗教団体および世界観団体の活動の保護（基本法140条）とともに、文化的基本権に属する⁽⁶⁾。この基本権は、人間の尊厳の不可侵（基本法1条1項）、人権の信奉（基本法1条2項）、神と人間とに対する責任の自覚（前文）および人格の保護（基本法2条1項）と結び付いて、基本法の文化的基本内容を形作っている。これらは、ドイツの文化制度（Kulturverfassung）の本質を成しており、この国〔ドイツ〕に文化国家の形を与えている。その際、基本法5条3項は、ときには「文化国家の主要基本権（Hauptgrundrecht des Kulturstaates）」と呼ばれることもある⁽⁷⁾。連邦憲法裁判所は、この関連において、次のように定式化した。この規定は、「芸術の自由のための客観的な価値決断として、国家目標規定の意味において文化国家とも自任する現代の国家に、自由な文化生活を維持し、かつ振興する任務も同時に課する。」⁽⁸⁾ 学問の

(5) Vgl. *Junichi Murakami und Klaus Stern*, in: *Japanische Entscheidungen zum Verfassungsrecht in deutscher Sprache*, 1998, S. 93ff.

(6) Vgl. *K. Stern*, *Staatsrecht IV/2*, S. 335.

(7) *Werner Maihofer*, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Aufl. 1997, § 25 Rdn. 78.

(8) BVerfGE 36, 321 (331).

自由についても、同じことが当てはまる。ただし、二つの地点を結ぶ連結線は、学問の自由についてはより密に、さらに多くの衝突を伴いつつ走っているのであるが。この点については、後にさらに立ち入って検討することにしよう。

学問の自由は、1848/49年のパウ教会憲法〔フランクフルト憲法〕以降、ドイツの憲法伝統の確固たる構成要素であるが、私がまず考察の対象としたい芸術の自由は、1919年の共和主義的憲法の子である。この時点において、芸術の自由は、意見表明の自由およびプレスの自由から切り離され、「芸術の自由は、保障される。」という後に古典的となる定式を伴う独自の基本権として規定された。ヴァイマル憲法のこの142条1文に関する最初の註釈は、この文について、「力強くかつ単純である、つまり美しく表現されているが、しかしあまりにも力強くかつ単純で、それ故にうまく語っていない」と述べている⁽⁹⁾。ここで言われているのは、おそらく、芸術とは何を意味するのか、について一言も語っていないということであろう。そして実際、同じ文言である現在の基本法5条3項においても、中心的問題は、芸術の概念を、つまり、基本権の保護領域を規定し、保障内容のあり得る制約について検討することにある。芸術の自由については、「誰が自由権を定義するのか」というヨーゼフ・イーゼンゼー（Josef Isensee）によって提起された問題⁽¹⁰⁾が、他のいかなる基本権にも増して妥当する。

この問題に対する答えは、芸術学の諸基準によってなされるのではなく、学問、研究および教授の自由の基本権と同じように、つねに、一つの特種文化的な自由基本権の作用連関性から憲法上の芸術概念を明らかにすることによってなされる。これらの基本権の場合に何よりもまず問題となるのは、法律によって形成されて存在するのではなく、事の本質によってのみ形成されて存在する様々な芸術類型における創造力のある人間の自由の確保、このような人間による創造的造形である。

芸術の自由に関する連邦憲法裁判所の最初の重要判例であるいわゆるメフィスト決定は、「メフィスト——ある出世物語」という題名のクラウス・マン（Klaus Mann）の著書——その主人公には、故人である俳優であり、舞台監督であったグスタフ・グリュントゲンス（Gustaf Gründgens）が大きな影響を与えている——を評価し、芸術の自由の範囲を人格の保護との関係において定

(9) F. Kitzinger, in: H. C. Nipperdey, Grundrechte II, 1930, Art. 142, S. 449.

(10) J. Isensee, Wer definiert die Freiheitsrechte?, 1980.

めなければならなかったのであるが、この決定において、次のように述べられている。「芸術的活動の本質は、芸術家の印象、経験、体験を一定の形式言語を媒介として直接的に観照されるものとする自由な創造的形成である。」⁽¹¹⁾ その後の諸判例において、この定義は少しずつ洗練されてきたが、核心において変更されてはいない⁽¹²⁾。

裁判所は、広い芸術概念に意図的に賛成したのであるが、これは正当である。広い芸術概念は、開かれたものであって、古典的な芸術様式に限定されるものでもなければ、芸術の専門家による肯定的または否定的評価に限定されるものでもない。連邦憲法裁判所の言葉によると、決定的なのは次の点である。「『芸術』という生活領域は、芸術の本質によって形成された、芸術のみに固有の構造メルクマールによって規定されなければならない。……芸術的創造においては、直観、空想力および芸術知識がともに作用するのであり、芸術的創造は、第一義的には、伝達なのではなく、芸術家の個人的人格の表出である。」⁽¹³⁾

このように光を当ててみると、芸術は、つねに造形と様式を前提としているが、必ずしも永続性を有する必要はない。したがって、旧帝国議会議事堂の一時的な梱包も芸術作品であり、ストリートアーチストの実演も参加型芸術も芸術作品である。もっとも、限界を引くことがつねに容易であるというわけではない。このことは、とくに風刺とカリカチュアに妥当する。

芸術の自由の保護範囲は、芸術的創造、つまり、いわゆる創作領域のみに及ぶのではなく、いわゆる作用領域、つまり、公衆の中での芸術作品の発表および働きかけにも及ぶ。芸術は、流布される、すなわち、公衆の中で知られるだけでなく、商品化もされる傾向が顕著になっている。それ故、原則として、画廊、出版社、映画製作者、音楽作品の製作者、販売会社、芸術コミュニケーターも芸術の自由を握りどころにすることができる。その点において、とりわけ、芸術の自由の「組織による囲い」⁽¹⁴⁾が問題となっているのである。

この関連において、芸術の自由とその客観法的内容において関係するいくつ

(11) BVerfGE 30, 179 (188f.).

(12) BVerfGE 67, 213—anachronistischer Zug ; 83, 130—Mutzenbacher ; 119, 1—Esra.

(13) BVerfGE 67, 213 (224) ; s. auch BVerfGE 83, 130 (138) ; 119, 1 (20f.).

(14) Vgl. *Chr. Starck*, in : von Mangoldt/Klein/Starck, GG I, 6. Aufl. 2010, Art. 5 Rdn. 316.

かの問題領域のみを挙げることを許されたい。

- ・ 芸術の自由と税法, 例えば, 芸術賞の賞金への課税
- ・ 芸術の自由と平等に合致した国の芸術振興
- ・ 芸術の自由と職員協議会および経営協議会の共同決定権
- ・ 芸術の自由と私法における照射効

これらの見出し語によって同時に, 芸術の自由の主要問題が語られている。それは, 自由権行使の制約という, 我々が学問の自由において同じように, しておそらくより厳しく直面する問題である。

周知のように, 憲法の文言において法律の留保を明示していない基本権——基本法 5 条 3 項はこれに当たるのであるが——における制約の設定は, とくに困難である。一般的には, 基本権および他の憲法法益のみが制約を正当化することができる, ということが当てはまる⁽¹⁵⁾。しかし, 相対立する憲法上保護された諸利益を基本法の価値観念に合致するように調整することができるためには, この制約は, 制約の側において基本法 5 条 3 項に照らして再び解釈されなければならない⁽¹⁶⁾。連邦憲法裁判所は, 幾度か, その際に, 芸術の自由に「高度の重要性」を認め, 「基本権上の価値システム」の枠内において人間の尊厳と結び付けた⁽¹⁷⁾。芸術の自由が後退しなければならないのは, 他の憲法法益が重大に侵害される場合のみである⁽¹⁸⁾。一般的な準則をここで立てることはほとんどできないのであり, 必要なのは個別事案に関連した衡量である。詳細は, ここでは, 考察の外に置かざるを得ない⁽¹⁹⁾。他人の人格権, 人間の尊厳, 名誉, 宗教, 身体は無損傷性, さらに青少年保護や国の象徴との典型的な衝突状況を指摘することで満足しなければならない。様々な判例が衝突する法益の調整を行ってきたが, 判例は, 大部分において, 「実践的整合性」(コンラート・ヘッセ (Konrad Hesse)) に照らして満足のいく結果に至っている。ここでも, 他のところと同様に, 比例原則が事案処理の調整機である⁽²⁰⁾。

(15) 通説; vgl. *K. Stern*, Staatsrecht IV/2, 2011, § 117 VII 2 mit weit. Nachw. そこでは, とくに連邦憲法裁判所の判例が示されている。

(16) BVerfGE 30, 173 (193).

(17) Vgl. BVerfGE 30, 173 (193), 33, 52 (71); 67, 213 (228).

(18) BVerfGE 77, 240 (253).

(19) 詳しくは, *K. Stern*, Staatsrecht IV/2, § 117 VII 3 und 3 mit weit. Nachw.

(20) Vgl. BVerfGE 83, 130 (143); BVerfG, DVBl. 2007, 1425 (1427).

III.

学問の自由は、理念史上は、思想、言論およびプレス（新聞）の自由と密接に結び付いている。もともと学問の自由は、とりわけ教授の自由として構想され、大学教授の「特権」として保障された⁽²¹⁾。ベルリン大学におけるフィヒテの「大学の自由に関する学長就任演説」——まさに200年前である——とヴィルヘルム・フォン・フンボルトの覚書「ベルリンにおける高等学術施設の内的および外的組織について」は、当時、ベルリン大学およびブレスラウ大学のために、国家は、「国家にとって全く異質のもの」である学問全体に対する介入を避けなければならない、というスローガンを告示した。19世紀のリベラルな法律家の内では、「ベルリン的な自由」が語られていた。フリードリヒ・パウルゼン（Friedrich Paulsen）は、1912年に、これを「ドイツの大学の基本権」という言葉で言い表した。

その後、この自由は、「学問およびその教授は自由である。」という後に古典的とされることになる定式を伴う1849年のバウル教会憲法〔フランクフルト憲法〕152条において、憲法上の表現を見出した。学問の自由は、すでにベルギー憲法においてほぼ同じ文言で保障されていたのではあるが、核心において純粹にドイツの基本権としてその姿を現したのであり、それを推進した人たちは、研究と教授に対する国家と教会の介入をまざまざと思い起こすことができたバウル教会の「教授議会」の参加者たちだった。

バウル教会憲法〔フランクフルト憲法〕の定式は、その後、ヴァイマル憲法142条に移った。ただし、すでに言及したように、国は学問およびその教授に「保護を与え」、「その奨励に関与する」という繊細な補足がなされた。ヴァイマル憲法の指導的な註釈者であるゲルハルト・アンシュッツ（Gerhard Anschütz）は、この基本権はたんに「法律に基づく行政の原則の特殊化についての確認」にすぎないと解した。この解釈は、この基本権に著しい制約を課し、さらに、これを根拠として自由権に介入することを行政に授權する可能性を立法者に与えるとされたが、このことは、幾つかの事例において実際にも生じた⁽²²⁾。

(21) Vgl. H.-H. Trute, Die Forschung zwischen grundrechtlicher Freiheit und staatlicher Institutionalisierung, 1994, S. 17f.

(22) Vgl. G. Anschütz, WRV, Art. 142 Anm. 3; ebenso R. Thoma, in: Festgabe

基本権のこのような理解は、1927年になってようやく、ドイツ国法学者協会ミュンヘン大会におけるカール・ローテンビューチャー (Karl Rothenbücher) と、とくにルードルフ・スメント (Rudolf Smend) の報告に基づいて変化した。スメントは、アンシュッツの見解に、「ドイツの大学教員の法感情およびドイツの教育行政の実務、さらにはこの基本権の前史と、この基本権がヴァイマル憲法において採用された意味に真正面から矛盾する」ところの「教授の自由の基本権の無価値化」を見て取った⁽²³⁾。

学問の自由の主観的権利としての内容と制度的内容に関する見解は徐々に受け入れられていったが、この見解も、ナチス党がこの基本権を排除し、大学を彼らの意味で改造し、そして好ましくない、とりわけユダヤ人の大学教員の権利を剥奪する——大部分の自由業、とくに医師と弁護士の場合も異なるところはなかったであるが——ことを阻止することはできなかった⁽²⁴⁾。

1933年から1945年までの恐ろしい出来事の後、1948/49年の学問の自由を憲法上再建することに大きな意義を与えられたことは、明らかであった。議会評議会の原則および主要委員会において、さらには本会議において活発な議論がなされた結果、古典的な保障規範が拡充されることになった。「芸術および学問、研究および教授は自由である。」と、現在、基本法 5 条 3 項において規定されている。研究について明文で言及したことは、おそらく、研究と教授の統一というフンボルトの伝統を参照したものと解される。同じく過去における経験に基づいて、「教授の自由は、憲法に対する忠誠を免除するものではない。」というこれまで知られていなかった制約が基本法 5 条 3 項に補充された。ヴァイマル憲法 142 条 2 文のような保護および奨励条項は採用されなかった。

基本法 5 条 3 項の簡潔な表現が賢明であったかどうかという問題を提起することもできる。いずれにせよ判例および学説は、学問とこれに関連する学術施設に提起される多様な問題を解明するのに相当の苦労をしている。連邦憲法裁

für das Preußische Oberverwaltungsgericht, 1925, S. 216f. — 危機的な事例は、*E. R. Huber*, *Deutsche Verfassungsgeschichte seit 1789*, Bd. 6, 1981, S. 987 f. において詳しく説明されている。S. auch *H. P. Bleuel*, *Deutschlands Bekenner. Professoren zwischen Kaiserreich und Diktatur*, 1968; *H. Döring*, *Der Weimarer Kreis. Studien zum politischen Bewußtsein verfassungstreuer Hochschullehrer in der Weimarer Republik*, 1955.

(23) *R. Smend*, *VVDStRL* 4 (1928) S. 44 (57).

(24) Vgl. *K. Stern*, *Staatsrecht*, Bd. IV/2 (2011), § 117 I 3 d; *ders.*, *Staatsrecht* Bd. V § 130 III 4 c.

判所の判決について言えば、原則的判決だけでも11の判決を確認することができる⁽²⁵⁾。これらの判決から、国家と、主として学問に従事する諸施設との間の、さらには、国家と、個別の基本権主体である研究者との間の一定の緊張関係を読み取らなければならないだろう。この点については、双方の側に立って検討することが肝要である。これを誇張しようとするつもりはないが、学問と政治との間には本質的な対立が存することだけは確認しておく。そうであるからこそ、憲法は、両者の領域にそれぞれ固有の原理を配置している。政治においては、それは、権力、権力の獲得または維持、およびそこから生じる生活関係の形成力の民主的かつ法治国家的に拘束された追求である。これに対して学問にはこれと異なる法則性が妥当し、基本法5条3項は基本権による自由保障によってこれを保護しているのである。この自由保障はしばしば解釈を必要とする。これについて、時間の制約のために限られた範囲ではあるが、立ち入って検討する。

連邦憲法裁判所に従えば、学問的活動の保護領域は、「内容と形式からして真理を探求するための真摯な計画的試みとみなすことができる」すべてを包含する。さらに説明すれば、研究については、その活動が、「一定の方法に従った、体系的でかつ検証可能な仕方での新たな知見を獲得する」目的に仕えることが付け加えられる⁽²⁶⁾。この関連においては、学問のプロセスが自立的であり、固有の法則に従うことが一貫して強調される⁽²⁷⁾。学問のプロセスの自立性と固有法則性は、活動それ自体もその人物としての研究者も包含するものであり、これを通して固有のものを創造する。それは、芸術作品および芸術家の仕事とのみ比べ得るものである。これによって研究者には、その活動に関して特別の諸要求が課せられる。これは、とくに誠実性、徹底性、実直性および責任という言葉で言い換えられる⁽²⁸⁾。この責任の中には倫理的な基本原理の尊重も含まれている。これととくに困難な限界問題が結び付く可能性があることは、すべての研究者が意識しているところである。

(25) Vgl. BVerfGE 15, 256 ; 35, 79 ; 47, 327 ; 51, 369 ; 57, 70 ; 61, 260 ; 85, 360 ; 90, 1 ; 93, 85 ; 111, 333 ; 122, 89 ; zuletzt BVerfG, JZ 2011, 308. *Christian Hillgruber*, *Forschung und Lehre* 2011, 296ff. によって連邦憲法裁判所の最近の判例が批判的に評価されている。

(26) BVerfGE 35, 79 (113).

(27) Vgl. BVerfGE 111, 333 (354). これ以前の判例の参照が指示されている。

(28) Vgl. *K. Stern*, *Staatsrecht* IV/2, § 117 IX 2 b α

研究者の自己責任は、とくに、国または何らかの外部による他律的決定からの自由を要求する。この自由保障の基本思想は、「社会的有用性および政治的合目的性の観念に束縛されない学問が国家と社会に最もよく役立つ」⁽²⁹⁾ ということである。

学問は、今日、ドイツにおいて——日本においても同じであるが——様々な仕方方で施設に組み込まれている。とりわけ自然科学、工学および医学の分野においては、現代の学問はほとんどの場合に組織化された学問として推進されない限り成功を収めることはできない。とくに、この観点においては、大学および専門大学ならびに科学アカデミーを挙げなければならないが、さらに、大学外の研究施設——国の運営組織がこれを有している場合もあるし、民間の運営組織がこれを有している場合もある——も挙げなければならない。ここで、ドイツにおいては、とりわけ、航空および宇宙飛行、核エネルギー、癌研究、科学技術などの分野におけるマックス・プランク協会の大規模研究施設とフラウンホーファー協会およびヘルムホルツ協会・研究所の諸施設が言及されなければならない。基本法 5 条 3 項は、これらの施設に対しても意味を有する。これは、とりわけ、内部組織と人的、財政的および組織的資源の調達に当てはまる。決定的なことは、ここでも、「公費によって設置され維持されている学術事業の分野においては、すなわち給付行政の分野においては、国は、適切な組織的措置によって、自由な学問的活動の基本権が、学術施設の他の正当な任務および様々な関係者の基本権を考慮しつつ可能である範囲で侵害されないように配慮しなければならない」、ということである⁽³⁰⁾。研究の自由をこの領域においても保障する諸条件が広く存在していなければならない。つまり、この条件は、学問に適合したものでなければならない。

多様な利益と法的地位が調整されなければならないので、これを実現することがつねに容易であるというわけではない。私は、ここで、「グループ大学」、大学および専門大学における人事構造および管理構造、大学理事会、大学の後進の育成というテーマだけを想起するにとどめる。これらすべての領域において、学問の自由を研究者個人の個別の自由権と把握するのみならず、学問の自

(29) BVerfG, JZ 2011, 308 (309). すでに BVerfGE 47, 327 (370) が同じようなことを述べている。「(基本法 5 条 3 項の) この自由空間は、基本法の評価によると、国家と社会から隔離された学問のためにではなく、最終的には個人と共同体の福祉に役立つ学問のために憲法上保障されている。」

(30) So BVerfGE 35, 79 (115).

由の客観法的保障を、「学問、研究および教授と国家との関係」を規律する「価値決定的原則規範」⁽³¹⁾として前面に押し出すことが重要である。基本権のこの客観法的次元から、様々な組織的・制度関連のおよび財政的・給付行政法的帰結が生じる。

我々の大学の組織に関しては⁽³²⁾、立法者に対して基本法5条3項の設定した限界は、支配的な見解によって、大体において寛大なものと査定されてきた。基本法5条3項を（伝統的な）ドイツの大学の基本権と理解する考えは、受け入れられない状況が続いている。他方で、多くの——むしろ、あまりにも多いと言える——改革措置において実施された、ドイツにおける高等教育機関の現在の組織が本当に学問に適合的かどうかについては、疑問を呈することが許されよう。立法者に対してこの点において非常に寛大な態度をとってきた連邦憲法裁判所の判例に対しては、どうしても疑問を持たざるを得ないのである。

すでに芸術の自由において言及したように、学問の自由においても、明文で規範化された法律の留保は存在しない。それにもかかわらず妥当するのは、学問の自由もまた制限なしに保障されているわけではないことである。しかし、あらゆる制限は、第三者の基本権であれ、その他の憲法価値であれ、他の憲法上保障された法益の保護に仕えるものでなければならない。

このような衝突の解決に当たっては、学問の自由に「絶対的な優位」が与えられるものではない。加えて、「必要となる限界設定または内容規定は、一般的にではなく、むしろ個別事案においてのみ利益衡量によって行う」ことができるのであり、その際は比例原則が重要な役割を果たす。比例原則は、この関連においては、学問の自由への介入は正当な目的に仕えるものであり、この目的のための手段として適合的であり、必要であり、かつ相当でなければならないことを意味する⁽³³⁾。

医学、生物学および自然科学の現下の諸問題を考えると、この衝突解決定式を口で言うことは容易であるが、実務でこれを転換することは難しい。このことを言うためには、遺伝子研究、着床前診断または死亡補助を想起するだけで

(31) BVerfGE 35, 79 (112) がはじめてこのように述べた。その後も BVerfGE 90, 1 (11) ; 111, 333 (353) がこのように述べている。

(32) この点に関する最近の基礎的研究として *Klaus Ferdinand Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung*, 2009.

(33) 通説；vgl. K. Stern, Staatsrecht IV/2 § 117 XIV 4 mit weit. Nachw.

十分である。ここでは、少なくない事例において、法的、道徳的、倫理的、個人的および社会的責任の極めて錯綜した問題がかかわっており、その答えは、倫理評議会の最近の評価が示しているように、意見の対立する結果となる。いやそれどころか場合によっては意見の対立する結果とならざるを得ないかもしれないのである。憲法は、ここで沈黙することはできない。とりわけ、人間の尊厳（基本法 1 条 1 項）、健康の保護（基本法 2 条 2 項）、人格権（基本法 2 条 2 項）、さらに宗教および良心の自由（基本法 4 条 1 項）との衝突が明らかであるから、なおさらである。

基本法 1 条 1 項が、「人間の尊厳は不可侵である。」と定式化している以上、この最高位性は学問の自由に対しても貫徹されなければならない。人間の尊厳の保護は相対化されてはならない。

これによって、とりわけ、人間のクローニング、人間の遺伝子の操作、または研究目的による人間の胚の産出および消費といった人間遺伝子の研究に乗り越えることのできない限界が設定された。人間または人間の生命からその主体としての性質を奪うあらゆる研究は、禁止される。

学問的研究は、生命も身体は無損傷性も尊重しなければならない。両者の憲法法益の侵害は、それが研究目的に役立つことによって正当化されることはない。基本法 2 条 2 項 3 文における法律の留保にもかかわらず、私は、着床前診断、胚の消費、同意のない臓器摘出は基本法 5 条 3 項によって正当化することはできない、とする別のところで詳細に根拠付けた自説⁽³⁴⁾を維持する。

研究の自由と人格の保護との間の衝突は、とりわけ、シュタージ〔旧東ドイツ国家公安局〕書類法の枠内における現代史の人物および政治的官職の保持者のデータに関連して生じた。連邦行政裁判所が、元連邦首相ヘルムート・コール（Helmut Kohl）の事件において、個別事案が正しい衡量にとって決定的であることを強調したことは、正当である。研究にも人格の保護にも一般的に優位を与えることはできない⁽³⁵⁾。歴史および現代史の研究が、これまで——認識し得た限りでは——、人格の保護に相応に譲歩したことによって損失を被ったことなど全くなかった。

(34) Vgl. *K. Stern*, Staatsrecht IV/1 § 97 II 4 a § mit weit. Nachw.

(35) Vgl. BVerwGE 116, 104; 121, 115.

IV.

結びに入る。連邦憲法裁判所の前副長官ヴィンフリート・ハッセマー（Winfried Hassemer）は、最近、「市民および官吏としての研究者 学問と政治との関係」をテーマとする彼の同僚裁判官であったユタ・リムバッハ（Jutta Limbach）の講演の論評において、次のようにコメントした。「学問は、今日、我が国においては一つの権力である。学問は、健康、経済、国際平和における生存にとって重要な連関についての情報を提供し、ときには社会秩序および国の法律の詳細を決定することもある。……学問に対して誰も手出しできない。憲法も連邦憲法裁判所も学問を好意的に見ており、学問が危険にさらされることがあるとすれば、それは本来的に学問自身によってのみである。」⁽³⁶⁾ 学問が自らによって自らを危険にさらすという危険を確認することが正当であるとしても、学問について権力概念を使うことに、私はなじむことはできない。これによって政治の範疇が学問に当てはめられ、システムの限界が越えられる。私は、学問を文化要因と評価し、自由の精神の領域から発する学問の形成力を強調することがより重要であると考え。私は、学問の自由と芸術の自由は権力国家の基盤ではなく、文化国家の基盤であると性格づけてきたが、その際、私にとってこのことが重要であった。この精神において私は、私と日本の研究仲間の方々とが結び付いていることを承知している。そして、この精神において私は、非常にきびしい試練に立たされている国が文化国家・産業国家としてのその高い水準を失うことがないのみならず、この国の人々の勤勉さと精神力によってそれを確固たるものとするであろうことを承知している。

〔訳者後記〕

本稿は、クラウド・シュテルン（Klaus Stern）教授が2011年9月19日に比較法研究所で行った講演（世話人：戸波江二教授）の原稿（Die Freiheit von Kunst und Wissenschaft im deutschen Verfassungsrecht）を訳出したものである。シュテルン教授は、『ドイツ連邦共和国国法』の著者であり、ご経歴等について改めて紹介する必要はないだろう。『ドイツ連邦共和国国

(36) W. Hassemer, FAZ vom 17. 3. 2011, S. 38.

法』は、1977年に第Ⅰ巻（国法の基本概念および基礎，第2版1984年）が出版され，その後，第Ⅱ巻（国家機関および国家作用，1980年），第Ⅲ巻（基本権総論）第1分冊（1988年），第2分冊（1994年），第Ⅴ巻（憲法史，2000年），第Ⅳ巻（基本権各論）第1分冊（2006年）が出版された。そして，2011年に第Ⅳ巻（基本権各論）第2分冊が出版され，30年以上の歳月をかけて遂に完成を見た。各巻はそれぞれ1000頁を超える大著であり，全巻の合計は約13000頁にも及ぶ。「まさに戦後ドイツ憲法学の一大エンツィクロペディー」であり，「恐竜のような著作」である（棟末快行・後掲書「訳者はしがき」）。同書の一部は翻訳されており（クラウス・シュテルン（赤坂正浩・片山智彦・川又伸彦・小山剛・高田篤編訳）『ドイツ憲法Ⅰ総論・統治編』（信山社，2009年），同（井上典之・鈴木秀美・宮地基・棟居快行編訳）『ドイツ憲法Ⅱ基本権編』（信山社，2009年）），一読をお勧めしたい。