



Title	文化（国家）条項をめぐる基本法の補充〔はなされるべきか〕？
Author(s)	オPPERマン, トーマス; 牧野, 忠則//訳
Citation	北大法学論集, 36(3), 531-552
Issue Date	1985-10-15
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/16502
Type	bulletin (article)
File Information	36(3)_p531-552.pdf



[Instructions for use](#)

文化(国家)条項をめぐる基本法の補充〔はなされるべきか〕?
(訳註)

(西ドイツチュービン
ゲン大学公法学教授)

トーマス・オツパーマン

牧野忠則 訳

- I 基本法に国家目的の規定を規定したことが成功であったことについて
- II 文化国家をめぐる議論の活発化
- III 連邦ドイツ(全体)の文化秩序の現状
- IV 一九七〇年代以来の発展傾向
- V 文化(政策に於ける)連邦主義の正当性の実証
- VI 国家目的として文化国家原理を実定化すべきか?
- VII 国家目的規定として文化(国家)条項を(基本法に)採用する場合の個別的問題

一九四八年から四九年にかけての基本法の制定の際に憲法政策上なされた基本決定の一つであったのは、たとえばワイマール憲法の〔規定の〕仕方を（そしてまた、戦争直後に制定された大部分のラント憲法の〔規定の〕仕方を）避けて、法的には限定的な意味しか持たないプログラム規定およびその他の国家任務（を定める）規範を経済から芸術に至るまでの社会生活の種々の領域について定めることを広範に放棄することであった。このことを肯定的な形で表現すれば、基本法は法的な適用が可能で司法権に服しうる規律、換言すれば、裁判所による審査が可能な規律、を定めようと努力しているということ、そして、特に基本権のカタログについては、公権力に対する個人の自由および権利を「効率的に」規定しようと努力していることである。（そこで）、基本法一条三項および二〇条三項は、まさに、基本法という実定憲法の性格を説明するための「鍵（となる）規範」であるということができる。

I 基本法上国家目的規定 (Staatszielbestimmungen) を規定したことが成功だったことについて

国家に負わされた任務の中心的領域を性格づけまた確定するために、「簡潔かつ厳格に規定された」基本法は、法的な意味を殆ど持たないプログラム規定を排除するというような憲法スタイルの枠の中で、好んで国家目的の規定を定めている。法的拘束力を持つ規範としてこの国家目的の規定は、ワイマール〔憲法〕の刻印をうけたどのようにも解釈しうる可能性を比較的多く持ったプログラム規定とは反対に、国家がその一定の基本的任務および機能（を果すこと）に、そして、とりわけ、基本法二〇条一項に基づいて民主主義および社会的法治国家を発展させることに、絶えず注意を払わなければならないということを確定的に定めるものなのである。

基本法制定以来三〇年から四〇年たった今^{（以下）}、基本法の下でなされてきた国家実務を、とりわけ〔その国家実務によって〕法治国家原理および社会国家原理がいかに絶えず更に形成されまた保障されてきたのかを、見てわかるのは、基本法二〇条および二八条に見られるような国家目的を簡潔かつ凝縮された形で実定憲

法の中に規定することがいかに大きな実際的意味を持つことができるのかということである。オットー・パホッフは、かねてから最先頭にたつて、国家目的の規定に憲法理論上説得力のある解釈を施すことによつて、通常法律に基づき行政官庁によつてなされる国家活動の全領域にこの国家目的の規定の「放射効」(Ausstrahlungs-wirkung)を及ぼす努力をしてきた。社会的法治国家を、社会国家と法治国家という二つのものの解消されることのない緊張状態としてのみ理解するのではなく、その二つのものの実質的に理解されるべき肯定的な結びつきと見なす比の間に広範に支配的になつた理解は、エルンスト・フォルストホッフ(の報告)に對置してなされた一九五三年のボンに於けるパホッフの報告を抜きにしては考えられない。⁽³⁾このような学説の側からなされた理論的發展のきっかけと並んで、裁判、とりわけ連邦憲法裁判所のそれも、また、長年にわたる「判例の」展開の中で、一定の貢献をした。即ち、日々の裁判実務のためにこの国家目的の規定を「操作化」(Operationalisieren)⁽⁴⁾し、そのことによつて他の種々の国家基本構造とは異なるドイツ連邦共和国の国家形態に固有な独特の形を与えたのである。比の間にかなり一般的に「承認されるように」なっている見解によれば、欺く(か)の如き方法によつて基本法は、後に果されずに終ることになる(類の)「社会的約束の長文のカタロ

グを規定する憲法を持ついくつかの国家よりも数倍も説得的に、絶えず新たに必要となる個人の利益と社会の利益との調整をすることに成功したのである。

II 文化国家をめぐる議論の活発化

ある「憲法制定技術」でそれが成功したものである場合には、それは「憲法理論を」刺激して更に發展させるものである。従つて、ドイツ連邦共和国の文化国家性に関する憲法上および憲法政策上の議論が数年来活発になつたことは驚くにあたらない。なぜならば、文化領域―それは、即ち、伝統的には、教育・学問(「研究」)・芸術の育成と保護のことをさすのだが―に於いて国家が関与するということは、法治国家的な自由および安全の要請の保障として公共の福祉を達成しようとする社会国家的努力と並んで、ずっと以前から現代国家の第三の古典的な任務領域であつたからである。国家を文化国家として(も)理解する見解は、それどころか、特に、ヘルダーからフィヒテに遡りうるドイツの思想的伝統にその起源をもつものである。自由国家バイエルの憲法は、この伝統を受け継ぎ、周知のようにその三条でバイエルンを「法治国家・文化国家・社会国家」として性格づけている。この三つ

料)のものうち、基本法は一九四九年にその二〇条および二八条に於いてまず法治国家と社会国家だけを受け継いだ。同時に文化国家条項をも採用するということは、基本法制定会議では全く考慮されなかつたようである。そのことは、「基本法という」暫定的な組織規定に於いては可能な限り短く規定しようとする当時の傾向、および文化事項をほぼすべてラントに委ねるといふ観点、

(の二つ)から同時に説明される。

それ以来(これまで)、ドイツ連邦共和国に於ける憲法の発展は、更に進展した。ラントの文化高権は、確かに、基本法の下でも存続している。しかし、教育・学問(・研究)・芸術(の領域)に於ける連邦の役割は一九五〇年代以来少なからず増大した。その現象は、単に現にある憲法に於いて生じたのみならず、基本法の改正、特に一九六九年(の改正)(大学建設、研究助成、教育計画策定、大学制度大綱決定権(に關する改正))を通じても生じた。その結果、同時に、協働的連邦主義といふ名の下に、文化問題に關する連邦とラントとの共同作業(学問(・研究)・審議会、教育審議会、教育計画策定のための連邦—ラント委員会など(という形で))が著しく増大した。とりわけ一九六〇年代からは、学校・大学制度が量的かつ質的に拡大されたことよつて、ラント・連邦両レベルを合わせて全体として文化国家的活動の重要性が著し

く増大した。そのことは、これを、とりわけ全国(即ち、連邦とラント)の年間の文化予算が一九六〇年から一九八〇年の間に九〇億マルクから六八〇億マルクに増えたことに読みとることができ(る)。連邦憲法裁判所は、同裁判所が連邦共和国を現行憲法からして既に文化国家であるとみなしたという意味で、一九七〇年代に二度にわたりこのような展開を考慮した。

それと同時に、連邦の文化国家性といふものをいかに輪郭づけるか—上述の展開は、それを反映しているのだが—について、憲法学説上の議論が一段と強まった。ヘーベルレは、最近、彼の「文化国家原理と文化憲法」といふ論文集に於いて、この「文化国家性についての」考え方の重要な到達段階を提示した。この議論は、一九五八年のE・R・フーバーの文化国家の問題性についての研究によつて始められたものであり、それは、最近では、憲法ハンドブックの中の憲法秩序に於ける文化国家的諸要素についてのマイホフラーの説明およびケルンで開かれた国法学者大会でのシユタイナーとグリムによる報告の中に要約されている。それと同時期の一九八二年から一九八三年にかけて、連邦内務大臣および司法大臣によつて任命された「国家目的規定」立法委任「専門委員会」は、国家に対する文化事項の委任についての基本法上の明示的根拠の問題を取り扱った。従つて、それらの問題が、基本法

の本質的内容を理解するについて学説や実務に極めて大きな貢献をしたドイツ憲法の「老功勞者」^{〔訳註〕}の榮譽を記念するこの論文集に於いてもそしてまさにここで、取り扱われたそれが更に発展させられるということは、時機に適ったことであろう。

Ⅲ 連邦ドイツ〔全体〕の文化秩序の現状

一九六九年の基本法の最後の改正以来〔論じられてきた問題である〕基本法の文化的側面をそろそろ補充する必要があるのではないかという問題を論ずる場合、それは、ドイツ全国〔即ち、連邦とラント〕の文化憲法の一九八〇年代前半の現状から出発しなければならぬ。その場合、既に言及したことである、一九七〇年代に文化事項について連邦の憲法上の地位が強化された、ということがまず目につく。この〔連邦の地位が強化されたということ〕は、単に、一九六九年に〔連邦に〕新たに与えられた教育の助成(基本法七四条二三号)・大学大綱決定権(七五条一a号)・大学建設についての〔ラントと連邦との〕共同の任務(九一a条)・教育計画および一つのラントの領域を越える範囲にわたる研究助成に関する〔連邦とラントとの協議〕合意権(九一b条)などの権限だけからそのことが顕著に見てとれるのではない。〔それら

の憲法上の権限と〕少くとも同じ程度には重要なのは、一九七一年以来の連邦教育助成法・一九七六年以来の大学大綱法、一九六九年以来の〔大学〕病院を含む大学拡充についての大綱計画・一九七〇年の教育計画策定連邦／ラント委員会の設立―この設立によって〔後の〕一九七三年に最初の教育全体計画が策定されることになったのだが―などを通じて行なわれる、〔上述の憲法上の〕新しい権限の〔法律レベルでの〕実際の具体化なのである。連邦レベルでなされた、あるいは、連邦とラント間または諸ラント間で協働してなされた(特に、全国文部大臣会議)、このようなあるいはそれ以上に及ぶ活動は、此の間に、フレンスブルクからパッサウに至るまでのドイツ〔全国〕の文化秩序を極めて著しく調和させることになった。このような発展は、第三の領域(大学制度)に於いて最も進展した。しかし、他方、学校制度についての連邦内(の各ラント間)の差異は依然として著しかったのであり、その相異は、憲法状況にのみならず、諸ラント間の学校政策上の深刻な見解の相異にも起因するものであった。

これまで述べてきたような(ドイツ全国の文化秩序の)現実的存在する同化傾向を生じさせるについて、殆ど過大評価というものがありえない程の大きな貢献をしたのは、基本法上の文化的基本権についての連邦憲法裁判所と連邦行政裁判所の数十年にわた

る判例である。¹¹⁾ 教育の領域においては、たとえば親の教育権（基本法六条二項）・学校に対する〔国の〕監督および私立学校の自由（七条一・四項）等を連邦全域にわたって統一的に理解したことは、ラントの学校立法に強い影響を与えた。¹²⁾ 教育修得の場を平等かつ自由に選択する権利（三条、一二条一項）に関する大学入学生定員（Numerus-Clausus）判決は、一方では、ドイツ全体のギムナージウムその他の中等学校（Sekundarschule）の組織および授業内容に持続的影響を与え、他方、大学については、ドルトムントの大学入学許可者中央管理本部を頂点とする国の大学入学者決定〔官僚〕機構〔に關する規定〕を含む包括的で複雑な大学入学許可法を生み出させた。¹³⁾ 教育の自由および職業の自由の欺る^か極端に自由主義的な^な解釈のもたらした重大な影響というのは、単に周到な注意を払った上でのみ用心深く職業を規制しようとする教育政策（nur behusam berufssteuernde Bildungspolitik）―この教育政策は、おそらくは、殆ど実効性をもたず単に純粹に勧めるという性格しか持たない進路指導というスキラ岩と^{（訳註5）}、すべての大学や専門分野に關する大量虐殺的な〔大学入学者の〕締め出し^{（訳註6）}進路変更強制政策というカリブデイスの渦潮との狭間にあって、間接的な効果を持つ需給法則〔による大学あるいはその特定の専門分野への入学者の調整〕という「第三の道」を探そうとしたと

思われるのであるが―をもすべて憲法上排除することになったということである。¹⁴⁾

大学の分野に於いても、学問（・研究）の自由（基本法五条三項）についての諸判決は、大学改革や大学立法の成り行きに最も強い影響を与えた。それらの判決は、新しいタイプの大学であるグループ大学の組織^{（訳註7）}についてや、その講師団の質的条件について、いかなることが憲法上要求されるのか、ということの特^にに明らかにした。¹⁵⁾ 単に極めて限定的にしか法律による規律の許されない芸術の領域では、それどころか〔いくつかの〕個々の判決だけが、基本法上の芸術の自由の保障の解釈に於いて、連邦全域にわたって一九六〇年代以来の公共道德と私的道德の変化を分析し、そこで、芸術家の創造の自由とそれと同順位のそれによって権利を侵害される他の者の―特に一般的人格権のような―権利とを〔憲法上〕命じられたこととして比較衡量した。¹⁶⁾

さらに、連邦共和国が時の経過とともに〔次第に〕文化領域で負うに至った、ドイツの文化憲法に關連するヨーロッパ内部に於ける義務あるいは国際的な義務もまた、ドイツの文化憲法に対して〔その文化憲法を統一するという意味での〕一定の統一的影響を及ぼしている。このことは、特に、また、一九五〇年十一月四日のヨーロッパ人權規約（この規約が基本権及び人權に深くか

かわるものであることは、一九五二年三月二〇日の付属議定書二条に於いて教育権および両親の権利が承認されている(ことに表われている。)および一九六六年一月一九日の経済的・社会的・文化的権利に関する国際規約(「ここでは、)子供を *Erziehung* (即ち、教育・養育・しつけ)する家庭の権利、教育についての一般的権利、そして、文化生活に参加する権利、について詳細に規定されている。)に於けるような基本権および人権への深いかかわり (*Engagements*) についてはまる。更に、(「こ
 中で)考慮されるべきなのは、(「各国内の)大学入学資格証明書・大学の教科課程そして学問上の諸々の学位の同等性の(「相互)承認についてのヨーロッパ会議加盟国間の種々の協定である。また同様に、(「ECという)共通の市場内部での人的移住・移転の自由の創設を側面から実現する措置として、学校および大学の種々のディプロムその他の卒業証書をヨーロッパ共同体内部で相互に承認することにしたこと(特に、ヨーロッパ経済共同体創設のための条約五七条)は、ドイツの教育制度に対して(「各ラント間の制度的差異を調和させるといふ)調和的影響を与えた。連邦が負う国際法上の義務のいくつかのものについても、連邦とラントとの関係に於けるこれらの義務のラントレベルへの法的波及効果という点では依然として争いがあるとしても、それにもかかわらず

これを全体的に考察すれば、ドイツ連邦共和国が他のヨーロッパ諸国と、あるいは、国際的に、複雑に関わり合っているということが、(「各ラントの)文化生活領域がますます(「相互に)同化する事になった原因の一端を担ったのでありまた現在でもそうである、ということが明らかになる。

IV 一九七〇年代以来の發展傾向

過去一五年間に、連邦(「政府)レベルあるいはいずれにしろ(「全国文部大臣会議の場合のような)全国レベルから連邦の文化秩序に対して統一的影響が及ぼされることがますます多くなったことによつて、比(「間)に、(「ラントの文化高権」という(「文化事項の権限をラントだけの専権とする)「プラカティフな (*plakativ*) ポスターの場合のように細かなことを捨象して人に強い印象を与えるような表現方法による)古い言葉は余りにきめの粗い画一的なものになった。今日ではこの言葉はラントの文化事項についての排他的権限を根拠づけるそれ自体独立の論拠ではもはやない。その(「即ち、ラントが排他的文化高権をもつという)ことは、連邦に憲法上与えられている(「文化事項についてのラントとの)共同決定権およびその決定権の現実の行使の持つ重要性が増大して

料 いるという既に述べた基本法の憲法状況からして（「もはや」言えないのである）。

資 連邦とラント双方の文化活動を概観した場合の量的重要性の比較という意味では、一九八〇年代に於いてももちろん依然として

正しいのは、連邦と比較してラントの方が教育・学問（「研究」・芸術に対する助成をはかるに多くしている、ということである。文化事項を規律する権限はラントにあるのであって、その権限が連邦のために制限されるのは、単に基本法の中で明示的に与えられた特別権限に基づいてなされる場合に限るのである。そのことは、単に諸ラントの憲法を一読すれば確認できるだけではない。

即ち、ラント憲法は、それらが学校・大学制度の基本原理についてまたそれ以外の芸術的文化的配慮について通常はきわめて多くの規定を持っているということによって、依然として連邦共和国の文化憲法の本来の核心なのである。¹⁹とりわけ、波乱に富んだ一九七〇年代に於ける通常法律や行政のレベルでの現実の教育・学問政策は、ラントでは、特定の重点を定めてそれに従って展開された。

六〇年代以来のラントの文化法の莫大な量的増加およびそれと同時に生じた質的变化を引き起した原因は、ドイツ戦後史の当時の「発展の中断」の時期に急速に広がった、連邦共和国のアビト

ウーア受験（「合格」）者と大学生の数が余りに少ないという意味での「教育の破局」に対する批判であった。（この批判と）平行して叫ばれた「市民の教育を受ける権利」というスローガンの下に、学校施設を拡充せよという要求が出された。そしてその拡充は、結局のところ、伝統的教育制度の根本的改革を意味した。²⁰

一九六七―八年からの大学内部の激しい不満の噴出は、殆ど同時に、そこでも本質的な改革を余儀なくさせる状況を創り出した。更にまた同時に、その結果、芸術観は、仏頂顔をした偏狭さからの解放と享樂的放蕩への激変とがしばしば脈絡なく並存するようになり、率直なものへと変化した。そのことは、法的には、芸術の自由・倫理刑法（Sittenstrafrecht）・青少年保護や名譽の保護を理解する場合にそこで公共道徳を拘束力をもつ基準とはもはやしないということ、として性格づけられる。²¹

このような展開の中では、「文化という側面」は、社会の全体過程の単に一断面―たとえ、それが重要なものであるとしても―でしかないのであるが、その展開の結果として一九七〇年代には、教育・学問（「研究」）の「領域に於いて」本質的再構成がなされた。そして、それは諸々の立法手段によってなされたのは勿論だが、それによるだけではなかった。学校改革に於いては、一九六九年以降に、〔従来ならばギムナジウム、レアルシューレ、ハ

ウプトシューレという各種の中等教育学校に分れて進学していた生徒を一つの学校にあるそれらの学校に相当する進学コースに進ませることによってこれらの学校を統合した機能を持つように設立された〕統合的なゲザムトシューレを創設するという形で改革をするのかあるいは現存の〔三つに〕分れた中等学校制度に〔その枠組をそのままにして〕単に限定的な改革のみを加えるという形であるのかという、ドイツの学校制度の機構改革をめぐるSPDが政権を担当するラントとCDU・CSUが政権を担当するラント(全国文部大臣会議での用語では、前者をAーラント、後者をBーラントという。)との間の今だ終結をみていない教育政策上の大論争が始った。より、深刻なそこでの争点は、機構の問題を離れたところにあつたのであつて、それは、教育というものの基本的任務(特に、成績原理と保護育成原理との正しい関係の発見)についての考え方の違い、および、何が公的教育制度に於いて提供されるべき教育内容であるかについての見解の違い(ヘッセンの〔学習〕指導要領論争、性教育や平和教育をめぐる論争等々)にあつた。憲法に(23)言へばこれらの論争は、その結果、裁判権に、しばしば、すべての関係者にとって受忍できまた実行しうる形で国家の公立学校形成権(基本法七条一項)と両親の教育・養育権(六条二項)および私立学校の自由(七条四項)の学校制

度への波及効果とを調整することによってその争いを和らげる努力をさせるといふことになつた。(24)

大学の分野について言えば、ドイツの大学が数百年來このかたこの種の正式な法律上の基礎なしにやってきた後で、ラントの立法者は、大学が混乱しているという印象の下に、一九六〇年代の終わりに、包括的な規律をしている大学立法を發布した。民主化や共同決定を求める多くの要求に押されて、諸ラントの議会はいわゆる「オルディナリーエン大学」(25)を新しい種類の「グループ大学」に変えた。このグループ大学の基本原理は、大学のすべての構成員をその代表を通じて大学の自治行政に参加させるということであつた。このグループ原理がいくつかの場所〔即ち、ラントあるいは大学〕で大学の意思形成への種々のグループの平等の参加にまで行きつくべきもの(各グループが三分の一あるいは四分の一ずつの平等な決定権を持つという考え方)とされた後で、連邦憲法裁判所は一九七三年にニーダーザクセンの法律の審査をきつかけとして、(これらのグループを大学行政に参加させるにあつたて、教授就任資格等の)学問的資格を考慮する憲法上の義務という意味での基本法五条三項の学問(「研究」)の自由の組織法上の意味を明らかにした。(26)「種々の」グループ大学の〔あり方の〕うちのある特定のものをだけを合憲であるといふことでの判断は

一九七六年に連邦の大学大綱法の中に取り入れられたのであるが、その判断は、同法が更にラントの大学法へと受け継がれたことによつて、次第に、再び、大学に於けるより、大きな「組織的平穩」(クノップの言葉)を作り出した。

それと同時に、講師団の構造の変化を伴つた一九七〇年代のこの大学改革は、大学を深く内部から革新することにもなつた。(連邦の)大学大綱法やラント法に於いて大学教師概念が変化し拡張されたことによつてこの大学教師概念の拡張・変化は逆にしばしば、「大学教師グループの」学問的資格の同質性(同質性)という要請から出てくる種々の基準に基づいて憲法上の審査をうけることになつたのだが、一九七〇年代のマスプロ大学は、その規模にかな適つた講師団を獲得した。⁽²⁵⁾一九六〇年代から(政府によつて国民に対してその子弟に)大学教育を受けさせることが奨励されそれは成功したのであるが、そのことによつて次第に学生数が増加した。そして、この学生数の増加は、一九七一年の連邦教育助成法の定める法律上の諸々の請求権、および、需要とは無関係に(大学の)収容能力を最大限に利用させることを意図する連邦憲法裁判所による基本法一二条の職業・教育の自由の解釈、「という二つのこと」に支えられて、フンボルトによつて刻印を与えられた一九世紀以来の伝統的なドイツの大学を、多くの大学で研究業績の低下

をもたらししている一種の第三のマスプロ教育の場に変えるという結果をもたらしした。一二〇万人の学生と、三三万五千人の全職員のうち八万人以上の研究者とをかかえて、一九八〇年代に於けるドイツの大学は、一方ではかつてなかつた程の量的規模を誇つている。しかし、このようなドイツの大学には、同時に、そのようなマスプロ大学を将来財政的に維持しうるのか、また学問的に最先端を行く諸国の研究水準に遅れずについていけるのか、そしてまた年々目に見えて明白になってきた大学卒業者の失業の危険、などという心配があるのであり、そのことがドイツの大学の大きな負担になつているのである。⁽²⁶⁾

V 文化(政策に於ける)連邦主義の正当性の実証

法的にみると、文化法が一九七〇年にこのような活発な展開をしたことは、まず第一に、莫大な量の学校・大学法が通常法律によつて制定されその広がりと内容の複雑さに於いて専門家にさえもはや殆どその全体を見通すことの困難な総合構成体(Cesamtgebilde)とでもいうべきものになつた、ということの中に表われていた。⁽²⁷⁾このような比ひの間に早くもまた多くの非難をうけることになつた学校・大学制度の「法化」^(法化) (という現象が生ずること)

に〔ついで〕種々の重要な貢献をしたのは、一九七〇年代に判例によって発展させられた本質性理論(Wesentlichkeitstheorie)であった。それによれば、とりわけ法治国家原理や民主主義原理は、学校や大学などについてもそれについての基本的決定はすべて議会の適切な関与の下に―通常よくなされるのは法律の形式によってであるが―なされることを要求する^{(28) 原註15}。このことゆえにあるいは他の理由ゆえに一九六〇年代以来新しい学校・大学法が定立されそれが「規範の氾濫」を引き起こしたことは別としても、それにもかかわらず、通常の法律の形式で規定された文化法がラント憲法や基本法の拘束をうける―このことを更に発展させたのが本質性理論なのであるが―ということが、あの全体を見渡すことのできない程の大量の規範を著しく比較可能なものにしたばかりやすくもした、ということを見出すことは許されない。このこと、そしてまた、〔全国〕文部大臣会議および教育計画〔策定〕連邦(ラント)委員会の〔連邦とラントあるいは各ラント間の〕恒常的調整作業、そしてさらに、学問(・研究)の領域では、大学大綱法の発布以来の連邦教育学術省の監督、などのことの結果として、必要を満たすに足るほどにドイツ全国に共通の内容をもつ通常の法律の形式で規定された文化法が存在することになった。この文化法は、他の経済・社会生活〔という領域〕に於いては極

めて〔連邦に〕権限を集中している連邦国家原理から生ずる諸々の要請を考慮に入れているのである。

〔共通の内容を持つ文化法の存在という〕この種の法的な条件があったこと、そしておそらくはまた、全ドイツに適用される一九四九年の〔基本法上の〕文化憲法の基本決定が驚くほど良く書かれたものであったということの結果として、ドイツの文化連邦主義は、多くの論争を引き起した一九七〇年代に於ける〔この文化連邦主義の正当性検証のための〕様々な試練を経て、むしろ強められたのである。学校の分野については、組織的また内容的な学校改革が始められてからまもなく一五年経つ現在、現行の文化憲法の枠の中で争われ〔比の間〕顕在化した学校政策に関する対立は依然として解決しうるものにとどまったと言えよう。親権や私立学校の自由などのような個人の基本的地位をその詳細については各ラントごとに独自に具体化したり〔逆に〕この基本的地位を連邦全域にわたって〔一様に〕承認したりしたことが、〔連邦とラントあるいは各ラント間の〕調整と理解をもたらすことに重要な貢献をしたチェックとバランス〔をとる機会〕を「学校論争」に於いて至るところで自由に利用させることになった。確かに時として、連邦共和国内で大学を自由に選択・変更する権利を阻害する、文化連邦主義から生ずる「学校混乱」〔一即ち、各ラント

間の学校制度の違いから生ずる混乱」に対して絶えず繰り返して非難がおこる。しかし、真に重大な問題（ごく最近では、すべてのラント間でゲザムトシューレの卒業資格を認め合うかどうかということがきっかけとなったのだが）は、何度も、何ら上で述べた以上の国家の中央集権の権限を定めていない現行の制度の枠の中でこれを解決することができた。連邦主義的教育制度の「欠陥」に関する報告」をすることによって文化連邦主義について広範な政治的論争を引き起こそうとする一九七八年の連邦政府の試みに効果がなかったことは、「これまでに成長してきた」ドイツ全国の文化秩序が相対的に安定しておりまた実際に実行可能でもあることを明確に示した。⁽²⁰⁾

大学の分野に於いても、一九六七―八年以来大学が置かれてきた全体状況に問題が多かったことから、確かに、通常法律のレベルで大学法その他の学問〔・研究〕法に関して絶えず新しい改革案が提示された。しかし、そこでは、研究と教授の自由とそれらの一体性（基本法五条三項および、部分的には「この基本法の規定」より進んでいるいくつかのラント憲法）を核心的原則とする学問〔・研究〕憲法は依然として論争の対象から外れていた。この学問〔・研究〕憲法は、「大学という」この第三の領域が更に発展するについてその基本的枠組を与えるものとして今日まで受

け入れられてきたのであるが、それは特に、「連邦にとっては」、大学法に於ける連邦の大綱決定権が、同時に、「連邦に」、連邦の通常法律レベルで「大学の」形成についての「連邦自身の」原則的考え方を具体化することを可能にするものであるだけになおさらであった。

それゆえ、冒頭で触れた最近の「文化国家論争」の過程でなされたように、文化領域で基本法の補充をしようと考える場合、まず第一に、連邦共和国の教育憲法および学問〔・研究〕憲法（芸術の領域に於いても事情は異ならない。特に、この領域では法律によって規律されるということが問題にされることは「教育憲法や学問〔・研究〕憲法と比べて」はるかに少なくまたそうすること（即ち、法律による規律をしないこと）がはるかに適切であるだけになおさらそうなのである。）が核心的価値を持つものだということが一九七〇年代になされたすべての論争に於いて依然としてまるで異論がないも同様であった、ということが考慮に入れられなければならない。ワイマール憲法一四二条以下の規定のような冗長なスタイルを使って基本法に何らかのワイマール化を加える理由は何ら存在しない。

VI 国家目的として文化国家原理を実定化すべきか?

このような、(二方では)ドイツ全国の文化憲法がそれに対する最後の諸々の吟味に於いてその正当性を証明し他方では連邦共和国内の過去の(七〇)年代に於ける発展の中で国家の文化活動の重要性が本質的に高まった、という状況に鑑れば、基本法という「効率的な」憲法(を前提として)の枠内で問題を設定するとすれば、それは次のようにする場合にのみ意味のあるものになりうる。即ち、社会国家原理の場合と同様に連邦共和国の「文化国家」としての性格もまたそれを国家目的として(他の国家目的規定と)並記するという形で(憲法上)明文で規定され、またそのことによって今後の展開に更にインパクトが与えられるべきではないのか、と。

基本法二〇条に規定されている他の国家目的規定が一九七〇年代に於ける憲法の展開の中で稔り豊かに実現されたことを考えるならば、いくつかの根拠に基づいて、ドイツ連邦共和国の最高の国家目的の中に簡潔な「文化条項」というようなものを類推的に新たに規定することが肯定されよう。文化に対する国家の公的配慮が重要であり不可欠でもあるという考え方は、過去一五年間の経験を経た今日では、一九四九年や一九六九年(当時)よりも

深く社会意識の中に根を下ろしているといえよう。文化を、基本法二〇条一項の中に連邦国家・民主主義・社会的法治国家と共に並記し、それらと同順位のものとして規定するとすれば、それは「基本法制定後」三〇年のドイツの国制の発展に対応することにならうし、また、次のような(国家の)任務領域、即ち、これまでの展開からすれば(おそらく)今後の数十年間に、国民にとってその生活を左右するほどの重要性という点で基本法二〇条に規定されている伝統的な国家目的の領域での課題に決して劣るものではない課題を生じさせるであろう任務領域、を明確にすることにもなる。現代国家は、質的に絶えず細分化されていく工業化と技術化(いわゆる)ますます複雑さの度を増す科学技術)の時代にあつて、その精神化が絶えず進行しているのだが、そのような存在としての現代国家の絶えざる発展から生ずる諸条件の下で、純粹な有用性という観点からしてすでに、教育および学問(・研究)の果す役割がますます増大しているという指摘がなされる。しかし同時に、ドイツの伝統に於いて「文化国家」は単なる文明の進歩とは別のものでありまた単なる文明の進歩以上でしかもそれをますます超越していくものを意味していた、ということをおおすことが重要であるように思える。しかしだからといって、ドイツ現代史の中で誤った精神的思い上がりによって何度も使わ

れ結局はそのことが宿命であった、文化と文明の対置、という誤った方法が再び持ち出されるべきだということにはならない。¹³⁾確かに国家に対する文化〔事項の〕委託は、今日、二〇世紀に於ける自然科学および科学技術上のとてつもない成果や業績が、同時に、まさにこの「科学技術と器械装置の」発展による国家機構の非人間化の進行という危機状況を創り出した」という問題を〔国家が〕取り扱うことを含む。「そして」年代としての「一八九四年」は、残念ながら、単に本記念論文集〔出版〕の喜ばしいきっかけとなっただけではなく、有名なオーウェルの小説の隠うつな背景でもある。「しかし」、国家の文化任務とは、決して、単に学問〔・研究〕上および技術上の進歩を促進することだけを意味するのではない。それはまた同時に、種々の形で表現された精神的なものを育成することによって学問技術の進歩のしばしば疑問視される結果に社会倫理的に規制を加えたりこれを克服したりすることを訴えかけること(Apell)でもある。この精神的なものとは、一その正しい理解によれば一人間的なものを一般を表わすものなのである。基本法の中に文化国家原理を実定化するとすれば、それは、我が国が、国家の尽力を要する分野としては、人間生存の不可欠の条件という意味での精神的領域の保護・育成を法と秩序の維持や社会福祉の維持と同じぐらい重要なものと見なしてい

る、ということを表わすことになる。その場合、文化の育成の特殊性は、精神の世界の特殊な自律性―その自律性は、特に学問〔・研究〕の自由や芸術の自由の中に表現されており、また、(親権、私立学校の自由、教師の教育の自由等々という)いくつかの特定の具体的権利の形態をとっている場合には教育の領域に於いても表現されているのだが、―を承認しまた絶えず尊重するということにある。

国家目的の規定として文化条項を規定するとすれば、それにはこの〔国家目的の規定という〕憲法装置が持つ一般的な法的性質が帰属することになる。文化命令(Kulturbebot)とは、社会国家条項の場合と同様に、連邦やラントの権限を持つその時々々の機関に対して、その権限を行使する際に文化上の諸要請を考慮すること、即ち、文化国家原則を実際に実現すること、を絶えず訴えかけること(Apell)を意味するということになる。「そして」この文化命令は、「基本的には」法的な実現命令(Realisierungsbefehl)とでもいうべきものであり、それ故に、この実現命令からは原則として具体的に列挙されるような裁判請求権は生じないということになる。しかし、このような限定が加えられても、この文化条項は単なるプログラム規定ではなく、すべての国家権力を拘束する―従って、その拘束にはその命令が適切に履行され

たかどかについて裁判所の司法審査も含まれる—真の国家目的の規定でありえよう。更に、この文化条項はこれを、(これもまた社会国家原理と同様なのだが)“文化上の最低基準”が得られることの原則的保障—ただし、それはすべての点で保障されるのではなく、基本的な構成部分についての保障である—だと考えることができよう。そして、この最低基準を引き下げるとすれば、その場合公権力はまず第一に説得力のある根拠づけをする義務を負うということにならう。

更に、文化領域であることの一義的に明白な領域をはみ出してゐる“二義的な文化的付随現象”を示すその他の無数の事実(たとえば、文化財に対する税率)の場合には、包括的な文化条項のもつ補充機能が重要になりえよう。この場合に、文化の育成の重要性が連邦の憲法の中の極めて重要な箇所で強調されるとすれば、立法権と執行権によって、そしてまた必要によっては裁判所のコメントロールの際に、文化という観点が(他の観点と)共に配慮されるということも容易になるであらう。既にこれまでの判例は、文化国家原理のこのような補充機能を折りに触れて強調した²⁴⁾。

Ⅶ 国家目的規定として文化〔国家〕条項を〔基本法に〕採用する場合の個別的問題

基本法二〇条一項に於ける他の国家目的規定と並んで同条項の中に採用されるべきそのような文化条項にどのような表現が与えられるべきかを考える場合、とりわけ考慮されねばならないのは、その際〔その文化国家条項の表現が〕“文化国家”のドイツ的伝統と結びつけられるべきなのか、あるいは、そのような表現より国家主義的色彩の薄い表現が選択されるべきなのか、ということである。第一の場合が選択されるとすればその場合、バイエルン憲法の場合のように、法治国家—社会国家—文化国家の三つが並記されるということにならう。既に言及した連邦憲法裁判所の二度にわたる判決もまた当然のこのようにそのような文化国家概念を使った²⁵⁾。

他方、文化を助成し保護する国家の役割を、我が社会の〔現在の〕同時代人の解釈—この解釈に於いては、かつての〔文化の担い手たる〕社会〔が国家に奉仕するという意味で〕の優位という考え方に代つて国家と社会との間のバランスのとれた関係とそれら相互の種々の形での影響の及ばし合いという考え方がなされてゐる—という意味で、〔第一のものである国家主義的表現〕より

開かれた表現を使つて表現とすれば、そのことは多くの理由から肯定されよう。³⁶上にそびえ立つ「国家そのもの」に対する文化の〔それに〕奉仕する任務—そのような任務を文化国家理念から導き出すことはむずかしいことではない—などというようなもの代わりに、「国家は文化を保護し促進（し育成し守る等々）する」というような表現を使うとすればそのことによつて、他の「古典的」な国家任務との関係で精神活動の活動形式のもつ固有で〔その古典的国家任務と〕同順位の意義が、場合によつてはより明白に表現されることにならう。³⁷

基本法二〇条の国家目的の枠の中で連邦共和国の文化国家性を強調するとすれば、その場合恐らく最も強い懸念を持つのはラントであろう。連邦がそのような大胆な企てをすれば、それはラント国家原理の最も重要な領域の一つに於ける〔連邦の〕中央集権的活動のための突破口と見なされ、それゆえにまた、一九五〇年代以来いずれにしろ縮小されてきたラントの文化高権が更に制限されるかもしれぬ、という恐れが生ずるのは想像に難くない。しかしながら、そのような予想されうる懸念は、〔それが現実のものとなるならば〕合憲性の審査に耐えるものではない。〔従つて〕基本法二〇条一項に規定されている他の国家原理と同様に、文化条項が同条に規定されてもその文化条項は、文化問題に於け

る連邦とラントの間の（現在の）権限分配に何ら変更をもたらしはしないのだからその意味で、「連邦制〔に對して〕中立的」なものとならう。基本法二〇条および二八条に挙げられている国家目的は、国家全体（即ち、連邦とラント）に於けるその時々々の権限秩序を前提として実現される。³⁸従つてそれと同じ意味を、文化国家規定が採用された場合その文化国家規定は、連邦とラントにとつて持つことにならう。それを換言すれば、その時々々に権限を持つ機関は、基本法およびラント憲法〔が現に規定する〕意味でのその機関の権限を行使しまたそこ（即ち、基本法およびラント憲法）から生ずる義務を果すことを常に要請されている、ということである。現実にはそのことは、連邦とラントの間の（現在の）原則的任務分担からすれば一般的文化条項を持つことになる（上述の）アペール（Apell）機能と保護（Unterstützung）機能が本質的にはラントレベルで發揮されることになる、ということを意味する。文化が国家全体の最高目的の間にあつてそれらと同じ序列をもつものだということが継続的に確認されるとすれば、それは、連邦レベルと同様このラントレベルでも、他の諸利益（と文化的利益）との矛盾（の調整）に立たされている。その時々々に文化権限を持っている機関にとつて、「その機関が文化的利益をそこで優先させることの」本質的援護を意味しうる。国家や社会に於

いて精神的・文化的事項に責任を負う者は、経験則上はたいてい有力なロビーを持たない少数派なのであるから、文化条項の持つこのような援護機能はこの少数派にとつて特別な重要性をもつのである。

更に、文化国家条項による基本法二〇条一項の補充の場合のようないくつかの基本法の補充が、場合によっては、基本法一条および二〇条に規定されている諸原則のために七九条三項が定める特別な「永続性の保障(Ewigkeitsgarantie)」をうけない、という憲法解釈論上の興味深い問題もまた、そのような文化条項による基本法二〇条一項の補充が認められないことの論拠にはならない。事実、論理的かつ意味に即して考えれば、憲法を改正する立法者に向けられた基本法七九条三項の不可侵性の保障は単に基本法一条および二〇条の「本来の(即ち、基本法制定以来存在する)構成要素」にのみ適用されるとする支配的見解を根拠づける論拠は多い。それにしても、基本法二〇条一項のもつ重要な機能の結果として、同条項のいかなる「簡単な」補充であつてもそれが十分重要であることには変りがない。少くとも、基本法二〇条の中のそのような補充が七九条三項の意味での許されない「抵触」ではないということを、一九六八年に二〇条四項によって抵抗権が採用されたことが示した。

従つて最後に残るのは、次のような憲法政策上の考慮や確信(にどういう態度をとるかということ)である。即ち、国家の文化活動(の量)が飛躍的に増大したという認識そしてまたおよそ文化が重要であるという認識が生まれ、その認識のもとに、基本法の簡潔で「厳格な」スタイルが維持されて三〇年以上も経つた後(の今)、社会の精神的要求・性格を明確にする憲法上の正式な言明をすることが適切かつ必要であると考えられるのか、ということである。追加的国家目的規定としての「文化条項」をめぐる基本法の補充を正当化する諸論拠は、既にここで述べられた。六〇年代および七〇年代という(物の)横溢(の時代の)後国庫が逼迫し文化的利益を維持することが再び困難になり始めた時代にも、そしてまさにそのような時代にこそ、基本法は、最高の国家目的および任務を完全に規定することによって、かつて詩人や思想家に宿を与えることを誇りにしていた国に於いて非物質的な利益を保護し育成することと社会的諸要求や法治国家的安定についての基本的諸要求を強力に推進することとの調和を維持する備えをしておくべきなのである。

註

(一) Schewer, Staatszielbestimmungen, FS Forsthoft 1972, S.

- 325ff.; Arndt, Staatszielbestimmungen, Recht und Politik 1982, S.10ff.
- (2) そのりを全体的に論じたものとして *Benda*, Der soziale Rechtsstaat, HdbVerfR 1983, S.477ff.
- (3) *Forsthoff/Bachof*, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), S.8ff., 37ff. バホッフの弟子によって彼の六五歳の誕生日を記念して刊行された論文集である *Bachof*, Wege zum Rechtsstaat, 1979, もまた、この脈絡の中で挙げられるべきものだ。
- (4) それについては、*Oppermann*, Kulturverwaltungsrecht 1969, S.29ff.; *Maihofer*, Kulturstaatliche Elemente der verfassungsmäßigen Ordnung, HdbVerfR 1983, S.977.
- (5) 詳細は *Jung*, Zum Kulturstaatsbegriff, 1976 参照。
- (6) *Doemming/Füsslein/Matz*, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR NF1(1951) からみてとれる限りでは、基本法制定会議では文化国家についての何らの議論もなされなかった。
- (7) KMK(Hrsg.), Kulturpolitik der Länder 1961-62, 1963, S. 244 und Kulturpolitik der Länder 1979-81, 1982, S.304.
- (8) BVerfGE 35, 79ff.(114); 36, 321ff.(331).
- (9) *E.R.Huber*, Zur Problematik des Kulturstaats, 1958; *Reuhl*, Kulturstaatlichkeit im Grundgesetz, JZ 1981, S.321ff.; *Häberle*(Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982 (そこには標準的な論文が収録されている); *Maihofer*, aaO

- (Anm.4): *Steiner/Grimm*, Kulturauftrag im staatlichen Gemeinwesen, VVDStRL 42 (1984) - 未公開。
- (10) 国家目的規定立法委任一専門家委員会の報告(「文化」の章はオPPERマンによる) 一九八三年(未公開)。
- (11) *Faller*, Bestand und Bedeutung der Grundrechte im Bildungsbereich in der Bundesrepublik Deutschland, EuGRZ 1981, S.611ff.; *Ramm*, Bildung, Erziehung und Ausbildung als Gegenstand von Grundrechten, FS E.Stein 1983, S.239ff.
- (12) 親権についての確立した判例として BVerfGE 34, 165ff.(183) 学校監督について BVerwGE 47, 194ff., 201ff. 私立学校の自由について BVerfGE 27, 195ff.°
- (13) BVerfGE 33, 303ff.; 43, 291ff. *Mattonet*, Kapazitätsermittlung, HdbWissR, Bd.1, 1982, S.742ff.; *Rausching*, Vergabeverfahren, ebda. S. 768ff.; *Becker/Hauck*, Die Entwicklung des Hochschulzulassungsrechts bis 1982, NVwZ 1983, S.77ff., 204ff.
- (14) 現在では再び一貫している。しかし、内容として極めて問題のあるのは、教職課程(Lehrerstudium)への入学許可を「教師に対する現実の」需要に応じて制限することに反対する VGH Mannheim v.30.3.83, DÖV 1983, S. 555ff.である。この判決では、基本法一二条一項についての通説の面的理解に基づいて誤った展開がなされていることが特に目についた。この問題性については既に *Oppermann*, Influenzierende Berufssteuerung - Der dritte Weg zwischen Manchesterliberalismus und ostsozialistischer Totalverplanung, Recht und Gesellschaft 1972,

- S.15ff. [が扱ってゐる]°
- (15) BVerfGE 35,79ff.; 43,242ff. st. Rspr.; *H.H.Rupp*, Deutsches Hochschulwesen der Gegenwart. HdbWissR, Bd.1, 1982, S.37ff.; *Kimminich*, Wissenschaft, in: v. Münch (Hrsg.), BesVerwR, 6.Aufl. 1982, S.900ff.
- (16) BVerfGE 30,173ff. [これは] 確立した判例 [である]°; *Knies*, Kunst und Recht, in: Bitburger Gespräche, Jb. 1977-78, S.141ff.
- (17) *Bannwart/Maurer*, Das Recht auf Bildung und das Elternrecht. Art.2 des 1. Zus.Prot. zur EMRK, 1975; *Zuleeg*, Der Internationale Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte, RdA 1974, S.321ff.
- (18) *Hiermaier*, Der Einfluß der EG auf das deutsche Bildungswesen, in: Birk/Dittmann/Erhardt(Hrsg.), Kulturverwaltungsrecht im Wandel, 1981, S.81ff.
- (19) *Pestalozza*(Hrsg.), Verfassungen der deutschen Bundesländer, 2.Aufl., 1981, Einführug S. XXIVf. 参照°
- (20) 闘争的文書(Kampfschritte)として世間に影響を与えたのは、特に *Picht*, Die deutsche Bildungskatastrophe, 1964 へ *Dahrendorf*, Bildung ist Bürgerrecht, 1965. である°
- (21) 原則として *Wellershoff*, Die Auflösung des Kunstbegriffes, 1976.
- (22) *Oppermann*, Gegliedertes Schulwesen versus Gesamtschule, in: Grundfragen des Bildungswesens in der Bundesrepublik Deutschland und in Frankreich, Bd.4, 1982, S.3ff.; *Glötz/Faber*, Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen, HdbVerfR 1983, S.999ff.
- (23) 註12 および *F.Müller*, Das Recht der freien Schule nach dem Grundgesetz, 1980; *Ossenbühl*, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes. 1981.
- (24) 註15 参照°
- (25) 註15 更に *Wolff/Bachof*, VerwR II, 4.Aufl. 1976, S.314ff. および *Scheven*, Die Ausgestaltung der Rechte der Professoren, HdbWissR, Bd.1, 1982, S.423ff.
- (26) *Stifterverband für die Deutsche Wissenschaft*(Hrsg.), Förderung wissenschaftlicher Spitzenleistungen, 1982; *Böning*, Die Universitäten in den 80er Jahren, Konstanzer Blätter für Hochschulfragen 1983, S.51ff.
- (27) Die Loseblattsammlungen *Seipp*, Schulrecht, 1954ff. および *v. Campenhausen/Lerche*, Deutsches Schulrecht, 1969ff. (大卒法とも名む) 参照°
- (28) BVerfGE 33,303ff. 以来の確立した判例—本質性理論の学校法に関する展開については *Oppermann*, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu regeln?, 1976, S.48ff.; *Kisker/Scholz/Bismark/Avenarius*, Gutachten für die Kommission Schulrecht des Deutschen Juristentages, Bd.II, 1980, S.9,73,153ff.

(29) 連邦主義的教育制度の構造的諸問題についての連邦政府の報告 BT-Drucks. 8/1551。全国文部大臣会議の (KMK) 回答に Anlage 3 zu BT-Drucks. 8/1956。これに対する共鳴につきは *Ditmann, Das Bildungswesen im föderalen Kompetenzfrage*, RdB 1978, S.168ff.

(30) 上(註10)で言及した「国家目的規定」立法委任、一専門委員会の報告は、更に、基本法二〇条に於いて「環境保護」という国家任務を新たに規定することを提案している。なぜなら、「その報告によれば」比の間にこの任務が、「既に」同条に規定されている他の国家任務の重要性と比較可能なほどにその重要性を増したからである〔とされる〕。

(31) 一つの有名な例は、*Th. Mann, Betrachtungen eines Unpolitischen*, 1918, である。たゞそれ *Keller, Kultur*, in: *Staatslexikon*, 5. Aufl. 1926ff. を参照。

(32) それについてはこの見解によつて *Haberle, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht*, in: *Haberle(Hrsg.) aaO(Anm. 3)*, S.1ff. 以下 *Marhofer aaO(Anm. 4)*.

(33) 註一参照。

(34) 特に *BVerfGE* 36, 321ff. (マコートの売り上げ高についての附加価値税の税率の高さ)。

(35) 註二および *Haberle aaO(Anm. 32)*, S.25f. mit weiteren Nachweisen aus der Rspr. 参照。

(36) *Hesse, Bemerkungen zur heutigen Problematik und Tragweite der Unterscheidung von Staat und Gesellschaft*, DÖV 1975,

S.437ff. *Borkenfordt(Hrsg.) Staat und Gesellschaft*, 1976 (1) には、諸々の立場をとる最近の重要な文献が収録されている)。(37) 「国家目的規定」立法委任、一委員会(上記註一〇)は、以下のような基本法二〇条と二八条の補充を提案した。(補充箇所は〔以下では〕イタリック体で書かれている)。

二〇条一項

ドイツ連邦共和国は、民主的、かつ社会的連邦国家である。ドイツ連邦共和国は、文化および人間が生活するためにのおずと必要とされる基礎を保護・育成する。

二八条一項一段

ラントの憲法秩序は、この基本法の意味での共和的、民主的および社会的法治国家の原則、そして、文化および自然環境に対する国家の責任、に合致しなければならない。

(38) *Mauz, in: Mauz/Dürig, Grundgesetz*, Rn. 22ff. zu Art.28.

(39) たゞそれ *Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. I, 1977, S.141, 参照。

訳註

(訳註一) 大西健夫編「現代のドイツ大学と研究」(一九八一年)は、西ドイツに於ける大学の伝統、教育政策、大学と国家との関係、現在のこの分野での西ドイツの抱える問題等、本論文で取り扱われている問題全般の概観を知るのに便利である。

(訳註二) 原文は「in nunnmehr vierten Jahrzehnt」で、「今や四回目

の十分の一世紀にあって“ということであるが、Jahrbuchに於ける適當な言葉がないので、多少奇異ではあるが本文の訳語をあてた。

(訳註3) 本来社会学や政治学で使われる用語で、そのまゝでは学問的検証に適さない生の素材・資料を検証可能な形に変えることを言う」とされる。

(訳註4) 原文は、'Elder Statesman'。これはバホッフ教授のことをさすが、教授は政治家の経験はなく、また著者のここでの意図も全体の文章から明らかなので本文のように訳した。なおバホッフ教授の経歴についての邦語による紹介としては、オットー・パホッフ、阿部泰隆訳「ドイツ連邦共和国の行政手続法」自治研究第五四巻第一号二六頁以下の阿部教授によるものがある。

(訳註5) 以下の訳註6のカリプデイスの渦潮、の向かい側にある岩

(訳註6) 一般には、イタリア半島とシチリア半島のメッシナとの間、すなわちメッシナ水道にある『恐ろしく深い吸い込み』渦潮とされる。ギリシア伝説では、カリプデイスが一日に三度海水を吸い込みまた再び吐き出すのに対し、スキラという海の怪物は、この岩に住み、そばを通るすべての船から六人の人間を喰うとされる。(これについては、岩波文庫、ホメーロス「オデュッセイアー」⑨奥茂一訳三六一頁以下参照)。転じて、'スキラとカリプデイスの間'との用例で、「二つのものどちら側へも逃れえない状態」をいう。(以上、Lexikon-Institut Bertelsmann (Hrsg.), Das Moderne Lexikon Bd. 17 S. 239)

(訳註7) これについては、阿部照哉「大学改革と学問の自由」基本的人権の法理所収、三二二頁以下註2、大西編前掲書七七頁以下および九五頁以下、参照。

(訳註8) 政権を担当する政党による各ラント間の教育政策の違いの具体例について、アルフレート・グローサー著、山本他訳「ドイツ総決算」(一九八一年)五三二頁以下。

(訳註9) 既に言及されたグループ大学に対する概念で、Ordinarius(正教授)を大学自治の担い手とするドイツの大学の伝統的なあり方を維持する大学のことである。詳細は訳註7の文献参照。(訳註10) 教授、Mittelbau(数としては助手が中心となるが助手はその中でも最も低い地位を持つ。ここには、Akademischer Rat等の、教授就任資格を持たないが一定の講義を受け持ついくつかの教官職につく者も含まれる)、学生という三グループ、あるいは、それに職員を加えて四グループが相互に平等な決定権をもつべきことが主張された。グローサー前掲書三七七頁参照。またこの問題のバーデン・ヴュルテンベルクに於ける展開については、塩野宏「西ドイツ大学改革の一事例」ジュリスト四一一号一三〇頁以下が詳しい。

(訳註11) この連邦憲法裁判所の判決を紹介検討するものとして、阿部照哉前掲書がある。

(訳註12) 阿部照哉前掲書三二〇頁参照。

(訳註13) これは恐らく、フォルクスシューレ、ギムナジウムに続く「第三の」という意味であろう。

(訳註14) 文化政策に於ける連邦主義およびその進展については大

西編前掲書六三頁以下参照。

(訳註15)これまで法律その他の法規定によって規律されず自由な裁量に委ねられていた事項が、実定法によって規律されるようになること。この「法化(Verrechtlichung)」は他の分野、たとえば、恩赦についても語られる。O. Bachof, über Frageurteiligkeiten der Gnadenpraxis und der Gnadenkompetenz, JZ 1983, S.469/470, FN 8, 参照。

(訳註16)特別権力関係論に理論的に根拠づけられて教育法の分野ではかつて行政命令によって規律されていたこと、このBVerfGE 33, 303ff. (いわゆる Numerus clausus 判決)が提示した本質性理論がこれまで侵害行政に限られていた法律の留保を給付行政に及ぼし教育法の分野でも法治主義を徹底させたものであったこと、等をオPPERMAN教授の見解との関係で紹介するものとして、市川須美子「西ドイツの公法学と教育法学」季刊教育法二四号一五〇頁以下がある。他にこの判決を取り上げるものとして、戸波江二「西ドイツにおける基本権解釈の新傾向(一)自治研究五四卷七号八三頁以下、寺田友子「職業教育施設選択の自由権と配分請求権」法学雑誌二三卷一号一四五頁以下などがある。

〔訳者後記〕

本稿は、オットー・バホッフ教授の七〇歳の誕生日を記念して出版された論文集 Günter Püttner (Hrsg.), Festschrift für Otto Bachof zum 70. Geburtstag, 1984 の巻頭論文として書かれた Thomas Oppermann, Ergänzung des Grundgesetzes um eine Kultur-

(Staats) Klausur? の翻訳である。本稿は、戦後の西ドイツに於ける教育政策の概観とその批判的検討に基づいて、基本法の中に今後の教育政策を導く憲法上の基礎として文化国家条項を採用することを主張するものであるが、我が国に於ける類例の論文の紹介が存在しないことから、Oppermann 教授より本論文の抜き刷りをお送りいただいたことを機に、ここに訳出して紹介するものである。

教授の主論文等の業績については、一九八一年に国際交流基金の招待で来日なされた際の座談会での兼子教授による紹介(季刊教育法四〇号六四頁以下)および、前掲市川論文(訳註17)を参照していただきたい。

本論文は、前述したように戦後の西ドイツの教育制度の簡潔な要約を基礎としているので、それについての多少の予備知識なしには理解の困難な箇所が多々あり、従って、訳者としては、文意が訳文だけで明らかになるように可能な限り(一)によって語句を補足した(括弧、即ち(一)の使用の仕方として、その中にドイツ語の原文を引用する以外は、オPPERMAN教授の記号をそのまま使った)。ただ、訳者としては、それによって逆にオPPERMAN教授独特の文体の感じを損ってしまったり、また訳者の読み込みすぎあるいは全く誤解をしてしまったところもあるのではないかとということを恐れている。大方の御指摘をいただければ幸いである。