

ドイツにおける研究公正と「学問の自由」(2) : 電子ジャーナル問題をめぐるオープンアクセス化と 二次公開

著者	藤井 基貴, 栗島 智明
雑誌名	静岡大学教育学部研究報告. 人文・社会・自然科学 篇
巻	71
ページ	94-107
発行年	2020-12
出版者	静岡大学学術院教育学領域
URL	http://doi.org/10.14945/00027830

ドイツにおける研究公正と「学問の自由」（2）

— 電子ジャーナル問題をめぐるオープンアクセス化と二次公開 —

Wissenschaftliche Integrität und Wissenschaftsfreiheit in Deutschland (2)
– im besonderen Hinblick auf den Kampf um die Open-Access-Zweitveröffentlichung –

藤井 基貴¹, 栗島 智明²

Motoki FUJII, Tomoaki KURISHIMA

（令和2年11月30日受理）

Abstract

Etwa seit der Jahrhundertwende wächst der Druck auf die Wissenschaftler in Deutschland immer weiter, ihre Beiträge der Öffentlichkeit per Internet zugänglich zu machen, also „Open Access“ zu ermöglichen. Open Access hat zwar viele Vorteile, wie ein schneller, kostenloser und nachhaltiger Zugang zu wissenschaftlichen Informationen oder eine gute Auffindbarkeit über Suchmaschinen. Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass mit dem Open Access auch erhebliche rechtliche Probleme einhergehen, unter anderem die Urheberrechte von Verlagen und Autoren sowie die Publikationsfreiheit der einzelnen Wissenschaftler. In diesem Beitrag werden die diesbezüglichen Diskussionen und Rechtsverfahren in Deutschland vorgestellt und analysiert.

1. はじめに

かつてドイツの哲学者イマヌエル・カントは「理性の公共的使用」を「ある人が学者として読者する公衆全体を前にして行う理性の使用」と定義して、学者とは「地位や身分の違いのない市民社会（あるいは世界市民社会）の一員」であると語り、知性や学術の公開性の真意を問い質した（Kant, 1784）。そして「あらゆるものは批判にさらされなければならない」とする批判哲学の精神のもと、「真理を公に提示することを目指す」大学を標榜した。ここに近代ドイツ大学における「学問の自由」論の一つの思想的淵源がある（藤井, 2003）。カントの時代から200年以上の歳月がすぎ、大学はもはや象牙の塔と揶揄された「閉じた空間」ではなく、いやがうえにも政治や経済の論理にまで「開かれた空間」となっている。そして生み出される知的成果の価値そのものに加えて、その公開の過程もまた揺さぶられつつしている。

21世紀にはいり加速度を増す科学技術・学術研究の進展・拡充に伴い、世界各国はそれぞれの「科学技術政策」（Science and Technology Policy）の指針に基づいて、その国情に応じた「国家研究公正システム」（National Research Integrity System, NRIS）及び「国家イノベーションシス

¹ 学校教育系列

² 埼玉大学大学院人文社会科学部研究科

テム」(National Innovation System, NIS)の構築を進め、近年では「責任ある研究とイノベーション」(Responsible Research and Innovation, RRI)の確立が各国の学術コミュニティに共通した課題となっている。もともと学術界は研究者、政府組織、大学をはじめとする高等教育機関、研究所、研究助成機関、民間組織、出版社、メディア、また学生や一般市民など様々なステークホルダーによって形成されたコミュニティであり、そこで生じた諸課題への対応をめぐっては高度な調整機能と制度基盤に基づく「科学技術ガバナンス」をいかに構築できるかが大きな課題となる(標葉, 2020)。

本研究が対象とするドイツは他国の憲法にあたる「基本法」(Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland)によって「学問、研究および教授の自由」が保障されており、研究者および大学や研究機関には大きな裁量を与えられ、自律的なガバナンス・システムの追求・構築がなされてきた国として知られる。科学技術・学術研究に対して中央集権的な管理システムは採用されておらず、研究者及び研究機関の相互作用に基づくセルフ・コントロール型システムの高度化を進める政策・制度設計が採られてきた。なかでもドイツ学術界の中枢を担ってきた「ドイツ研究振興協会」(Deutsche Forschungsgemeinschaft, DFG)は、欧州随一の予算規模を誇る基礎研究を対象とした研究助成機関として、連邦政府からも独立した自治組織としての権限を有し、欧州諸国の科学技術政策に対しても大きな影響を与えてきた。その制度的特徴については山崎(2002)、徳本(2006)、松澤(2014b)、藤井他(2014、2015、2016、2018)による紹介・分析がある。また、268の総合大学や専門大学が加盟する「ドイツ大学長会議」(Hochschulrektorenkonferenz, HRK)も科学技術ガバナンスの一翼を担うアクターとなっており、マックス・プランク協会、フラウンホーファー協会、ヘルムホルツ協会、ライプニッツ協会等といった研究支援組織も含めて¹、巨大な学術コミュニティが形成されている。

研究公正システムの確立に向けた取組については、1998年にドイツ研究振興協会から発表された「DFG 提言」を嚆矢として²、各研究機関においてガイドラインや倫理規定が策定され、透明性と公開性を原則とした「学術研究の善き実践構築」に向けたシステム改善が進められてきた。2010年以降はEUが掲げる「HORIZON 2020」の研究開発戦略のもとで、学術外交におけるリーダーシップを発揮しつつ、欧州諸国に足並みをあわせた制度改善も試みている。このようにドイツの学術界は新たな課題に対して、各機関が独自の視点から自律的な改善を図り、それが連関してトータルな自浄作用としても機能してきた。そのドイツにおいて、研究公正と「学問の自由」を揺るがす新たな火種となっているのが電子ジャーナル問題への対応である。日本における国立大学の運営及び近年の統合再編をめぐる議論のなかでも電子ジャーナル購入費の負担は少なくからぬ影響を与えている。大手出版社(エルゼビア、シュプリンガー・ネイチャー、ワイリー)が独占する学術雑誌のパッケージ購読料は高騰の一途をたどっており、出版社と学術コミュニティとの関係は緊張の度を高めてきた。なかでも世界最大と言われるエルゼビア社は2,500以上の学術雑誌、1,400万件以上のフルテキスト論文を電子ジャーナルに収録しており、その契約料の高さからボイコット運動も起きるなど、各国の学術界から大きな反発を招いている。現在、こうした大手出版社と学術界とのコンフリクトの主戦場となっているのがドイツである。以下ではドイツにおける研究機関の対応を概観しながら、大学や研究機関が対抗策としてきた学術雑誌のオープンアクセス化(以下、OA化)、とりわけ学術論文の二次公開(グリーンOA)をめぐる問題状況を整理検討してみたい。

2. OA化推進運動の背景

OAとは一般に、学術論文について、インターネットを通じて誰もが無料で閲覧可能な状態に置くことを指す。ここでは、そもそもなぜ近年になってOA化が推進されるようになったのか、その背景について簡単に説明する。

まず、上述の通り、(電子ジャーナルを含む)学術雑誌の価格が、近年高騰の一途をたどっているという問題が挙げられる。その最も大きな要因は、学術雑誌の分野では競争原理がうまく機能しないという点にある。とりわけ、『セル』や『ランセット』など、世界的に有名な学術雑誌——これらは、上記の大手出版社によって発行されている場合が非常に多い——については、当該雑誌を購読しないとか、その代わりに別の学術雑誌を購読するといった選択肢が、そもそも存在しない。したがって、価格が高騰しようとも、契約を打ち切ることはいできない。さらに、パッケージ購読の契約システムが、価格高騰の状況に追い打ちをかける。このような状況下で、研究機関の資金不足が深刻化し、さらには〈出版社が不当に利益を得ているのではないか〉という疑念が研究者のなかで広まり、不信感が増していることが、OA化の推進運動の背景として、まず挙げられるだろう。

しかし、これ以上に大きいのは〈学問研究は人類全体の福祉の向上のために——しかも、多くの場合は公金を用いて——営まれているのに、なぜ一部の購読料を支払った人間しか、その成果にアクセスできないのか?〉という素朴な問題提起である。このような主張は、もちろん一般市民からなされることもあるが、それ以上に、公的な研究助成機関および政治部門から強く主張される場合が多い。その論理はすなわち、〈税金を投入して行われた研究の成果は、広く一般に還元されるべきである〉というものである。そのため、下記の通りドイツでも、公的な研究助成機関であるドイツ学術振興会(DFG)を中心に、OA推進に向けた活動が進められてきた。さらに、インターネット上で学術成果が公衆の目にさらされることによって、研究不正の発見につながることもある³。

このようにして、一方ではOA化の推進が主張されているが、他方では、学術出版社の商業的利益、さらには、研究成果発表の「場」・「方法」を選択する学者個人の自由が主張され、これらが互いに衝突しているのが、現在の世界各国でみられる問題状況だといえる。

さらに、2020年3月以降の世界的な新型コロナウイルス感染拡大とそれに伴う図書館の(部分的)閉鎖という状況下で、OAの促進が個々の研究者の利益、そしてまた、学術研究全体の発展の利益に直結することが改めて明らかとなっている。この教訓を踏まえて、今後、OA化はますます進められていくだろう。

3. OAの二つの実現方法

OA化に関する現在の議論を理解するためには、まず、その2つの実現方法について把握する必要があるため、ここでその内容を簡単に紹介したい。

(1) 「グリーンOA」と「ゴールドOA」

OAに関する初の国際会議の成果である「ブダペスト・オープンアクセス・イニシアティブ(BOAI)」(2002)⁴は、OAを実現するための2つの方法を挙げている。そこで第一に挙げられている「セルフ・アーカイビング」という方法は、一般に「グリーンOA」と呼ばれるもので、著者最終稿(あるいは、一定の公開禁止期間(エンバargo)を経たあとの印刷版)の論文が、

インターネット上の機関リポジトリ等にアップロードされ(二次公開)、読者はそのファイルに自由にアクセスできるようになる、というものである。これに対し、第二に挙げられている「オープン・アクセス・ジャーナル」と呼ばれる方法は、一般に「ゴールド OA」と呼ばれるもので、ここでは論文を掲載する学術雑誌の購読料を廃止することで、読者に対し、学術雑誌記事そのものへの自由なアクセスを認める、というやり方である(ただし、この場合、購読料収入がなくなるため、出版社は通常、代わりに執筆者(ないし、執筆者の所属機関等)から論文掲載料(Article Processing Charge, APC)の支払いを受けることになる)。

(2) 双方の利点と課題

いずれの方法によっても、インターネットで誰もが論文内容を無料で閲覧できる状態が実現されるという点は共通するが、それぞれ利点と課題があることが知られている。

まず、グリーン OA について。その利点は、何よりも実現の容易さにあるといえよう。すなわち、この方法では、基本的には現状の学術論文のシステムを大きく変化させることなく、単に、出版社に送った著者最終稿を、インターネットのリポジトリ上に同時にアップロードするだけで OA 化を実現することができる。他方、課題としては、大きく分けて次の 2 点が挙げられる。第一に、学術雑誌への掲載とは別に、オンライン上に論文を公開することについて、研究者への動機付けをする必要があることが指摘される。この点、米英など、国によっては、例えば公的研究助成を受ける条件として、論文のオンライン上の公開が義務付けられるケースもある。第二に、より大きな課題として、著作権をどう処理するかということが問題となる。とりわけ、出版社を通じてピア・レビューを受けたあとの原稿や、さらに進んで、校正を終えて掲載された原稿それ自体について、これをオンライン上で公開する場合には、出版社の権利との抵触が問題となってくる。さらに、実際上の問題点としては、グリーン OA は結局のところ、従来型の購読料を伴う商業学術雑誌をそのまま残すことになるため、研究機関はその購読料を支払うと同時に、リポジトリの整備のための費用も支払わなくてはならず、結果的に高くつくという指摘がされることがある⁵。

次に、ゴールド OA について。その利点は、学術雑誌に掲載された完成版の論文について、そのレイアウトや正確なページ番号も含めて、閲覧可能になるという点にある(グリーン OA の場合、レイアウトについて通常は出版社側に権利が残されるため、リポジトリにアップロードされるものは、原則としてあくまで著者原稿データとなる)。他方で課題としては、こちらも大きく 2 点が挙げられる。第一に、論文掲載料(APC)の適正な額を決定し、それを順守するよう出版社に求めることが可能かということが問題となる。とりわけ、エルゼビアなどの大手商業出版社の交渉力には絶大なものがあるため、この実現にあたっては、研究機関側が、みずからの交渉力を高めるために幅広い連携をとっていくことが不可欠である。そして第二に、第一の点とも関連するが、「高額な論文掲載料を支払えない」という理由で研究者が論文出版を控える事態を避けるために、適切な資金提供をするような制度構築ができるか、ということが問題となる。大学などの研究機関や公的な研究助成機関は、今後、OA 化が進むことによって、従来は購読料として支払ってきた費用が少なくなる分、所属する研究者に対して論文掲載料の支払いをサポートしていくことが求められると思われる。

4. ドイツの学術コミュニティと OA 化

ドイツでは総合大学、専門大学、連邦研究所、州立研究所など 750 にのぼる研究機関が公的資金で運営されている。これに加えて、民間企業の研究組織も多数存在しており、すべての研究機関をあわせると 55 万以上の研究職ポストがあるとも言われている。2000 年代においてドイツの研究界では優秀な人材の国外流出 (Brain drain) が懸念されていたが、いまやドイツへの人材流入が続いており、国内の研究開発費の総額は 890 億ユーロ (約 1 兆 1500 億円) とされ、さらなる予算面での拡充も進められている (藤井・栗島, 2018)。

こうしたなかで OA 化に向けた取組として特筆されるのが、マックス・プランク協会 (Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften e.V, MPG) のイニシアティブである。同協会は 2016 年 3 月 21、主要学術雑誌の全面 OA 化を目指して OA2020 (Open Access 2020 Initiative) を表明した。OA2020 は研究者、図書館、大学、研究機関等が協働する全面 OA 化に向けた取組であり、2020 年までに学術雑誌をオープンな出版モデルへと転換を図ろうとするものである。そのドラスティックな転換 (flipping) 戦略は英語からフリッピングとも呼ばれている。OA2020 は国際的な取組としても展開されており、いまや世界 41 カ国 131 研究機関が参加して、読者の購読料ではなく研究者の出版料 (論文掲載料) 負担によってまかなわれる OA 化に向けた転換を段階的に進めている。同取組は欧州諸国の研究助成機関からも支持をうけて取組の速度を増しており、その過渡的な対応として出版費と購読費の負担を両者に配分する「Publish and Read 契約」(PAR 契約) と呼ばれる合意が出版社と研究機関との間で続々と結ばれてきた (船守, 2020)。

また、ドイツ大学長会議も OA2020 の実現に向けて、ドイツ全国規模によるナショナル・ライセンス契約の締結を大手学術出版社に求める「プロジェクト DEAL」を設置したことで国際的な注目を集めている。マックス・プランク協会をはじめとして国内の大学もこれに呼応し、同組織は大手商業出版社であるエルゼビア、シュプリンガー・ネイチャー、ワイリーとの交渉を進めてきた。DEAL はエルゼビア社に従来の契約料のおよそ半額での契約継続をもとめ、交渉が繰り返された。しかし、2018 年 7 月に交渉は不調におわり、エリゼビア社に対して交渉の打ち切りが宣言されている。その一方で、2019 年にはシュプリンガー・ネイチャー社と 2023 年までの PAR 契約が締結され、さらに、同年ワイリー社とも 2021 年までの PAR 契約の合意にいたっている。

こうした取組の下地となったのがドイツ研究振興協会による電子ジャーナルのナショナル・ライセンス化であった。2004 年から 2010 年にかけて、ドイツ研究振興協会は電子ジャーナルのバックファイル、データベース、電子ブックの恒久アクセス権を国として買い取り、学術 ID を申請した希望者に公開した。さらに 2010 年からは中規模の出版社とのデータベース契約にも着手し、新たなサービスの提供を後押ししてきたのである (坂本, 2014)。加えて、ドイツ研究振興協会は、2016 年に OA2020 の実現に向けた「ディープ・グリーン・プロジェクト」(Projekt DeepGreen) への助成を表明する。同プロジェクトはベルリン・ブランデンブルク協力図書館連盟などを含むドイツ国内の学術機関が発足したもので、出版社による論文を自動的に機関リポジトリや分野リポジトリへ登録するためのシステム開発を行うものである。2020 年 9 月、大手出版社の一つであるワイリー社が同プロジェクトへのデータ提供に同意し、これにより 2019 年から 2021 年までのワイリー社によるすべての文献の PDF ファイルが自動的にリポジトリ配信されることとなった。

このようにドイツでは学術論文の OA 化に向けて多彩な戦略と複合的な取組が推進されてい

る。国際的に学術成果の公開様式が紙媒体のみの公開から、紙媒体のデジタル化、そして研究分野によってはデジタルに一元化されつつあるなかで、ドイツは知的リソースへのアクセス確保と公開制の堅持を焦眉の急としてきた。その一方で、学術成果のデジタル化は研究公正をめぐると新たな課題を生み出している。大学ランキングによって煽られ続けている研究成果をめぐると競争は、論文の大量生産、インパクトファクターや被引用による評価の渦を誘導し、また学術文化への信頼を根本的に損なうような研究不正を誘発した。オーサーシップの偽り、サラミ論文の乱発、ハゲタカ雑誌の乱立といった論文乱造に関わる問題は、残念ながら学術界の国際的な日常風景となりつつある。また、OA化の加速は二次公開をめぐって学術界のなかに新たな亀裂を生み出しつつある。

5. ドイツにおける二次公開 (Zweitveröffentlichung) をめぐる争い

上述の通り、OAの具体的な実現方法には2種類が存在し、それぞれに課題が存在するが、以下では、ドイツでグリーンOAを推進するためになされた著作権法の改正および二次公開義務化をめぐると争いを紹介し、検討することにした。

(1) 著作権法改正による「二次公開権」の規定

ドイツでは、グリーンOAを推進するために2013年に著作権法が改正された(BGBI. 2013 I S. 3728. 施行は2014年1月)。まずはその内容を見ていくことにしよう。

具体的には、本改正によって(定期刊行物への寄稿について定めた)著作権法38条に新たに4項が追加された。4項は次のように規定する:

少なくともその半分以上が公的資金によって助成を受けた研究活動のなかで作成され、かつ、年に少なくとも2回以上定期刊行される出版物(Sammlung)に掲載された学術論文の著者は、仮に、当該著者が出版社または编者に対して排他的な利用権(ausschließliches Nutzungsrecht)を認めた場合であっても、最初の公刊から12か月が経過したのちは、それが商業目的でない限り、当該論文を、受理された原稿版(Manuskriptversion)において、公衆に対してアクセス可能にする権利を有する。その際、最初に公刊がなされた〔書誌〕情報(Quelle)を明らかにしなければならない。著作権者にとって不利となる取り決めは無効である。

ここで規定された権利は、一般に「二次公開権(Zweitveröffentlichungsrecht)」と呼ばれる。本項は強行規定であるから、ここで二次公開権が(条件付きとはいえ)明示的に認められたことによって、出版社の契約の自由が明確に制限されることとなった。他方で、学術論文の執筆者は、論文が最初に刊行されてから1年が経過したのちは、元の原稿のデータをオンライン上で公衆のアクセス可能な状態に置くことが可能となった。

もっとも、この規定を挿入するにあたって、出版社側の利益がまったく無視されたわけではない。定期刊行物という対象の限定や、12ヶ月の経過規定、非商用目的への限定、第一次刊行時の書誌情報の明示といった点は、その点を考慮した結果として取り入れられている⁶。また、公開が認められるのはあくまで出版社に受理された原稿版であって、出版社によってフォーマット化され刊行された完成論文を公開することは認められない⁷。

なお、ここでは「少なくとも半分以上の公的資金の助成」を受けた学術論文のみに対象が限定されていることに注意が必要である（例えば、外部資金を受けずに単に大学の施設を使用して作成された論文は、ここには含まれない）。ただし、このメルクマールをどのように判定するかという解釈の困難性（特に、複数著者の場合）や、そもそもこのような対象限定が適切か否かについて、学説上は批判的な見解も存在する⁸。

（2）BW州大学法改正およびコンスタンツ大学規則改定による「二次公開義務」の規定

上記の著作権法改正は、あくまで二次公開の「権利」を認めるものであり、上で述べた（3.（2））グリーンOAに関する2点目の課題の克服を図ったものではあったが、これだけでは、1点目の問題、すなわちOA化を進めるうえでの研究者のインセンティブの欠如という問題は、依然として残されたままである。この点、ドイツ南西部のバーデン＝ヴュルテンベルク州（以下、「BW州」とする）にあるコンスタンツ大学⁹では、さらに進んで、2015年から所属の研究者に対して、執筆した学術論文を二次公開する「義務」を課しており、このことが現在に至るまで大きな論争を呼んでいる。これを以下、詳しく見ていこう。

この問題の発端は、2014年のBW州大学法改正（GBl. 2014, 99）に遡る。この改正によって、「二次公開義務」の導入を図る規則制定の根拠となる、44条6項が新設された。同項は次のように定める：

大学は、そこに所属する学術的人員に対し、その職務上の任務のなかで作成され、かつ、年に少なくとも2回以上定期刊行される出版物に掲載された学術論文について、最初の公刊から1年の期間が経過したのち、非営利目的で二次公開をする権利を行使するよう、規則によって義務付けるべきである（sollen）。その際、第1文の義務遂行を例外的に免除されてよい事例について、規則で定めるものとする。さらに、28条3項にいうリポジトリ〔訳注：大学がOAのために用意する機関リポジトリを指す〕上で二次公開をなすよう、規則で定めることができる。

あくまで、本条文は各大学に対して、規則によって二次公開義務を定めるべきである旨を定めるにすぎず——ドイツの法律上、「べき」規定（Soll-Vorschrift）は、相手方に一定の裁量を委ねるものと解され、この点で「なければならない」規定（Muss-Vorschrift）とは異なる——、したがって、大学がそのような規則を定めなければ、大学の研究者が二次公開の義務を負うことはない。BW州には、州立のものだけでも40以上の大学があるが（そのうち、Universität≒総合大学は9である）、現在までに、この規定に従って二次公開義務を定めたのは、コンスタンツ大学のみのようなものである¹⁰。そのコンスタンツ大学の規則（2015年12月10日の「著作権法38条4項の二次公開権の行使に関する規則」。Satzung Nr. 90/2015）の2条は、1項において著作権法38条4項の二次公開権を繰り返し規定したうえで、2項で次のように定める：

1項〔訳注：著作権法38条4項が定める二次公開権〕の要件が満たされ、かつ、学術論文が職務上の任務において作成された場合、当該学術論文は、最初の公刊から12か月が経過したのち、大学独自のリポジトリにおいて公衆のアクセスが可能にされなければならない。

同規則 3 条 1 項によれば、大学所属の研究者は遅くとも最初の刊行がされるまでに、自身の論文について大学に届け出なければならず、その際、出版社によって受領された原稿版を送付することとなっている。なお、規則 4 条 1 項は、刊行後の事情の変化などによって、出版により著作権者の正当な利益が害される場合には、二次公開をしないことができる旨を定めるが、これはあくまで例外的な場合に限られる。

ちなみに、コンスタンツ大学はここでの二次公開のために、「KOPS」という独自の機関リポジトリを運用している (BW 州の他の大学の同様の機関リポジトリとして、例えば、ハイデルベルク大学の「heiDOK」、フライブルク大学の「FreiDok」などが挙げられる)。

(3) 争いの経緯

上述の二次公開義務に対し、コンスタンツ大学の法学科 (Fachbereich Rechtswissenschaft)¹¹は直ちに抵抗を示した。2015 年の 1 月 26 日には、法学科の教授会が当該義務を拒否することについて決定し、2 月 1 日には当時学部スポークスマンであったハンス・タイレ (Hans Theile) が、総長宛に抗議文を提出し、その旨を伝えた¹²。その内容はおおむね次の通りである。

まず、コンスタンツ大学の規則で定められた二次公開義務は、基本法が定める研究者の学問の自由および所有権を侵害するものであり、また、その根拠となった州法の規定はそもそも州の管轄を超えているもので許されない。また、規則の事実上の影響として、二次公開が義務付けられたコンスタンツ大学の研究者は、出版社から疎まれ、敬遠されるようになる結果、学術界において不利な状況に置かれることになる。我々は OA それ自体に反対するものではないが、それを強制的に義務付けるというやり方に反対する。

それにとどまらず、コンスタンツ大学法学科および文学科の専任教授 17 名は、二次公開義務を定めた大学規則およびその根拠とされた BW 州大学法 44 条 6 項が、基本法に違反することの確認を求める訴訟 (規範統制訴訟 (Normenkontrollklage)) を、BW 州の行政裁判所 (Verwaltungsgerichtshof, VGH. これは、他の州では通常「高等行政裁判所 (Oberverwaltungsgericht, OVG)」と呼ばれ、第二審に相当する裁判所であるが、規範統制訴訟については、例外的に第一審としての管轄を有することになっている) に提起した (2016 年 10 月 24 日)。これを受け、同裁判所は、2017 年 9 月 26 日に決定を下し¹³、BW 州大学法 44 条 6 項が、基本法が定める連邦・州の権限分配に違反していると考えに至ったため、訴訟を一時中止し、この点について連邦憲法裁判所の決定を求める移送手続 (基本法 100 条 1 項 1 文¹⁴) に入ることを宣言した。本稿執筆時点で、連邦憲法裁判所の決定はいまだ下されていない。

(4) 検討

BW 州大学法 44 条 6 項およびそれを根拠とした上記のコンスタンツ大学規則による二次公開義務の規定が孕む法的な問題点としては、⑦連邦の著作権法との抵触可能性 (州立法権限の逸脱可能性)、①EU 著作権指令 (RL 2001/29/EG) との抵触可能性¹⁵、⑧研究者の学問の自由違反の可能性 (研究結果発表の自由に対する違反の可能性)、⑤研究者の財産権侵害の可能性¹⁶、④出版社の財産権侵害の可能性¹⁷、の 5 点が挙げられる。ここでは、紙面の都合から、とりわけ重要と思われる⑦と⑧の論点について、扱うことにしたい。

1) 連邦の著作権法との抵触可能性 (州立法権限の逸脱可能性)

上述の通り、BW 州行政裁判所は、同州大学法 44 条 6 項およびそれを根拠に制定されたコンスタンツ大学規則について、それらが基本法に違反するとの結論に至ったが、その際、学問の自由（基本法 5 条 3 項 1 文）や所有権保障（同 14 条）といった実体的な側面についての結論は出しておらず、あくまで、基本法が定める連邦・州の権限配分に違反するという点を非難したにとどまる。この問題について、具体的に見ていくことにしよう。

まず、この検討において出発点となるのはドイツの基本法 71 条である。同条は「連邦の専属的立法（*ausschließende Gesetzgebung*）の領域において州が立法権限を有するのは、連邦法律においてこれにつき明文で授権がされている場合のみであり、かつ、その限度においてのみである」と規定する。基本法は、連邦と州の立法権限について「専属的立法」と「競合的立法」に分けて規定をしているところ、外交事務や国籍など、連邦の専属的立法に属する事項については、この 71 条の規定に従い、州が立法権限を有するのは例外的な場合、すなわち、「連邦法律においてこれにつき明文で授権がされている場合」に限られ、しかもその立法対象も、あくまで授権の及ぶ範囲に限定される。

いかなる事項が連邦の「専属的立法」に属するかについては、基本法 73 条が具体的に規定しており、その 1 項 9 号において、「営業上の権利保護、著作権および出版権」が挙げられている。そのため、本事案においては、BW 州大学法 44 条 6 項は「著作権」に関する事項を定めたものではないか、もしそうだとすれば、これは連邦法律による明文の授権を受けてなされたものか、ということが問題となる。

この点、BW 州政府は、BW 州大学法 44 条 6 項は、大学制度に関するものであり、より具体的にいえば大学構成員の職務上の義務を規定したものであって、ゆえに州の立法権限に属する、という立場を採る。しかし、この主張を BW 州行政裁判所は退けた。BW 州大学法 44 条 6 項は、上述の著作権法 38 条 4 項との密接な関連性からして、これが著作権法を重点的な対象とした規定であることはもとより明らかであり、かつ、連邦は、州がこのような立法をすることについての明示的な授権をしていない。したがって、この点の判断は正当と思われる。これに関しては、すでに立法の時点で、州の立法権限の逸脱ではないかという指摘が存在しており¹⁸、学説上もほとんど異論はないようである¹⁹。

2) 学問の自由違反の可能性（研究結果発表の自由に対する違反の可能性）

上述の通り、BW 州行政裁判所は州の立法権限の問題として事案を処理したため、学問の自由等の基本権侵害について判断をしなかったが、二次公開義務の本来的な問題は、それが個々の研究者の学問の自由違反するか否か、という点にある。

まず前提として、通説および判例によれば、基本法 5 条 3 項が保障する研究の自由の内実の一つとして「研究成果の出版の場所、タイミングおよび方法（*Modalitäten*）について、原則としてみずから自由に決定する」権利が、個々の研究者に保障されており²⁰、さらに、研究結果を公開しない自由も（争いがあるものの）原則として保障されると解されている²¹。

ここで問題となっている二次公開義務の場合、「一次公開をするかしないか」（＝〈ob〉の問題）、また「公表するとして、どこですか」（＝〈wo〉の問題）については執筆者が自由に決定できる一方で、（一時公開をする場合には）二次公表を必ずすることが義務付けられ（＝公開しない義務への介入）、さらに、二次公表をする場所については、大学のリポジトリ上と定められていることが（＝公開する場所の決定の自由への介入）、問題となる。

一般論として、基本権違反が認定されるためには、基本権に対する介入 (Eingriff) が認められるだけでは足りず、その介入が正当化 (Rechtfertigung) されうるかが問題となる。二次公開義務に関して言えば、上述の通り、学問の自由に対する介入が認められるのだが、それが何らかの理由で正当化されるか否かが問題となる。

その際、最も有力な正当化事由として考えられるのは、コンスタンツ大学の規則によれば、二次公開を義務付けられるのは、あくまで「少なくともその半分以上が公的資金によって助成を受けた研究活動のなかで作成され」た学術論文に限られる、という点である。すなわちここでは、公的資金の助成を (少なくとも半分以上は) 受けているのだから、その限りで研究成果出版の自由が制限されることもやむを得ない、と考える余地がある (給付行政の場面における自由の問題)。また、学術論文への OA を可能にすることが、一般論として公共の福祉に資することは、否定しえない (場合によって、市民の知る権利にも資することになる²²)。さらに、この点の結論は、出版の自由に対する介入の強度をどの程度として見積もるか、という点にも関わる。

ここでの正当化を否定する (したがって、違反を認める) 論者として、ハウク (Volker M. Haug) が挙げられる²³。前提として彼は〈資金を提供する国家に対しても、研究者が自由な決定を主張しうる〉という点に、学問の自由の保障の意義があることを強調する²⁴。その立場からすれば、仮に大学教員の職務として作成した学術論文であろうが、また、それが公的資金の助成を受けていようが、学問の自由の制約を認める根拠にはならないということになる。また、「大学の自治」を根拠として、大学側の決定権——具体的には、所属する研究者に二次公開を義務付けるという決定をすること——を基礎づける主張も、個々の研究者の学問の自由に対して組織の自治を優先させようとするものであり、説得的ではない²⁵。

これに対しては、フェーリング (Michael Fehling) の主張が対立する²⁶。彼は BW 州の大学法については具体的な検討を行っていないため、具体的事案についての結論は不明であるが、OA をドイツ学術振興会の助成条件とする場合の法的問題点について検討した論文において、個々の研究者の研究成果の出版の自由を相対化する議論を行っており、注目される。すなわち彼は、学問の自由について、個々の学者の主観的権利としてのみみなすのは適切ではないとし、科学者コミュニティのなかにおけるコミュニケーションとしてのプロセスという側面 (いわゆる客観法的側面) のなかで、学問の自由を議論することを提唱する。ここでいう、科学者コミュニティ全体のなかでのプロセス、いわば「制度として自由な学問」の保障は、個人の自由な学問営為を制限することがありうる (例えば、ピア・レビューに不合格となった論文は当該雑誌への掲載を拒否されることになるが、これは、学問が科学者コミュニティ内部における特殊なコミュニケーションという性質を持っていることに由来する)。この視点から二次公開義務について具体的に考える場合、まず第一に、出版をするか否かの自由が絶対的に保障されるわけではない、という点が重要となってくる。すなわち、学問というコミュニケーション的営為の発展のために学問の自由が保障されているのだとすれば、研究によって得られた成果を発表しない自由は、様々な場面で制約されることがありうる。そして第二に、学術のコミュニケーションプロセスの円滑化・活性化のためにも、OA を進めることは望ましい——そのことが学者コミュニティ全体の利益になり、ひいては学問の発展に資する——という点が重要である。

両者を検討してみると、たしかに、学問の自由が有する歴史的意義に忠実なハウクの主張は説得的ではあるが、二次公開義務が課されることによって失われる研究者の利益——すなわち、

介入の強度——が説得的に述べられていない点に、疑念が残る。学問の自由違反を主張するためには、二次公開義務を課されることによって個々の研究者が具体的にどのような不利益を被ることになるのか、という点について、より踏み込んだ説得的な論証が必要になるだろう。私見では、少なくとも原則的な対立構造を考えるうえでは、フェーリングの立場が基本的に支持されるべきではないかと思われる。

もともと、仮にコンスタンツ大学の規則が学問の自由違反にあたらなくても、(法)政策的な観点でいえば、学術論文の二次公開は、個々の研究者に対する法を通じた「強制」によってではなく、(場合によってインセンティブ付与を伴った)「推奨」の方向で進めていくべきであって、そのことが学問の自由保障の趣旨にかなったやり方だといえるだろう。

6. おわりに

以上の検討によって明らかになったことを簡単にまとめて、結語に代えたい。こんにち、学術出版の世界はデジタル化によって大きな転換期を迎えており、大手出版社と学術界の対立構図は、OA推進の政治の動向も相まって、近年、非常に先鋭化してきている。さらに、グリーンOAの実現のため、機関リポジトリ等での学術論文の二次公開を積極的に推進すべく、ドイツでは著作権法が改正され、さらに一部の州・大学では二次公開の「義務」を研究者に課すまで至っている。このことが学問の自由、とりわけ研究成果の出版の自由との関係でどのように評価されるべきかについては、議論が分かれており、結論がみられていない。

いずれにせよ、この問題について考えるうえでは、学問研究は個々の研究者／研究機関のみによって成り立つものではないという認識を持つことが重要であろう。そこには、資金提供者——国家、その他の公的機関、財団や私企業——、出版社、メディア、学生、一般市民その他様々なステークホルダーが様々に絡み合っており、互いに依存関係にある。これらのステークホルダーが、みずからの(短期的な)利益のみを主張するのではなく、全体としてより自由で闊達な学問研究が促進されるよう、知恵を絞って協力しあうことが、ますます重要な課題として浮かび上がっている。

謝辞

本稿の執筆にあたっては、日本学術振興会ボン研究連絡センターの小平桂一前センター長および出口智子前副センター長、ドイツ研究振興協会(DFG)のHarald von Kalm 国際・統合業務部長、ボン大学法学部のKlaus Ferdinand Gärditz教授、ドイツ大学連盟(DHV)のMichael Hartmer副会長からご協力・ご助言をいただいた。記して感謝申し上げたい。なお、本研究はJSPS 科研費18H00973、19K02500及び19K23151の助成を受けて実施されたものである。

参考文献

- 栗島智明(2020)「研究不正の法問題に関する序論的考察—学問の自由との関係を中心に—」『社会科学論集(埼玉大学)』162, 39-56
- 坂本拓(2014)「ドイツにおける、電子ジャーナルの戦略的な供給・流通の動向」『カレント・アウェアネス』321, 5-8頁.
- 標葉隆馬(2020)『責任ある科学技術ガバナンス概論』ナカニシヤ出版.
- 徳本広孝(2006)「研究者の不正行為とオンブズマン制度：ドイツの取り組み」『明治学院大学

- 法科大学院ローレビュー』2(3), 61-73 頁.
- 藤井基貴 (2003) 「ケーニヒスベルク大学哲学部とカントの大学論 —『学部の争い』の大学史的意義をめぐって—」『名古屋大学史紀要』11, 1-25 頁.
- 藤井基貴・山本隆太 (2014) 「ドイツにおける研究倫理への取り組み(1) —『DFG 提言』(1998) および『補遺』(2013) の検討を中心に」『教育学部研究報告(人文・社会・自然科学編)』第64号, 113-130 頁.
- 藤井基貴 (2015) 「ドイツにおける研究倫理への取り組み(2) —オンブズマン制度の検討を中心に」『教育学部研究報告(人文・社会・自然科学編)』65号, 115-123 頁.
- 藤井基貴・田中奈津子 (2016) 「ドイツの研究倫理:抄訳『DFG 提言』(2013): 一部改定と「内部告発」項目の追加」『静岡大学教育研究』12号, 11-23 頁.
- 藤井基貴・栗島智明 (2018) 「ドイツにおける研究公正と「学問の自由」(1): ドイツ研究振興協会(DFG) の機能と法制度上の課題」『静岡大学教育学部研究報告. 人文・社会・自然科学篇』69号, 175-183 頁.
- 船守美穂 (2020) 「デジタル時代の学術情報流通変革期における電子ジャーナル問題の所在と対応」『大学マネジメント』Vol.15, 6-19 頁.
- 松澤孝明 (2014a) 「諸外国における国家研究システム(1) —基本構造モデルと類型化の考え方」『情報管理』vol.56, no.10, 697-711 頁.
- 松澤孝明 (2014b) 「諸外国における国家研究システム(2) —特徴的な国家研究公正システムモデルの比較検討」『情報管理』vol.56, no.11, 766-781 頁.
- 松澤孝明 (2014c) 「諸外国における国家研究システム(3) —各国における研究不正の特徴と国家研究公正システム構築の論点」『情報管理』vol.56, no.12, 852-870 頁.
- Britz, Gabriele (2013), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), in H. Dreier, ed., *GG-Kommentar*, 3rd Ed., Vol. 1, Mohr Siebeck, Tübingen, 792-838.
- Bruch, Christoph and Pflüger, Thomas (2014), Das Zweitveröffentlichungsrecht des § 38 Absatz 4 UrhG – Möglichkeiten und Grenzen bei der Anwendung in der Praxis, in *Zeitschrift für Urheber- und Medienrecht (ZUM)*, 2014, 389-394.
- Denninger, Erhard (2001), Art. 5 Abs. 3 I, in E. Denninger et al., ed., *Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (Alternativ-Kommentar, AK-GG)*, 3rd Ed., 1-62.
- Fehling, Michael (2004), Art. 5 Abs. 3 (Wissenschaftsfreiheit), in R. Dolzer et al., ed., *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, 110. Lfg., C.F.Müller, Heidelberg, 1-169.
- Fehling, Michael (2014), Verfassungskonforme Ausgestaltung von DFG-Förderbedingungen zur Open-Access-Publikation, *Ordnung der Wissenschaft (OdW)*, 2014, 179-214.
- Frenzel, Eike Michael (2020), § 44, in C. von Coelln and V. M. Haug, ed., *Hochschulrecht Baden-Württemberg Kommentar*, C.H.Beck, München, 460-469.
- Götting, Horst-Peter and Lauber-Rönsberg, Anne (2015), Open Access und Urheberrecht, *Ordnung der Wissenschaft (OdW)*, 2015, 137-146.
- Haug, Volker M. (2019), Open Access in Baden-Württemberg: Rechtswidriger Zweitveröffentlichungszwang zwischen Urheber- und Hochschulrecht, in *Ordnung der Wissenschaft (OdW)*, 2019, 89-96.
- Höpfner, Clemens and Amschewitz, Dennis (2019), Die Zweitveröffentlichungspflicht im Spannungsfeld

- von Open-Access-Kultur und Urheberrecht, in *Neue Juristische Wochenschrift (NJW)*, 2019, 2966-2973.
- Kant, Immanuel (1784), Beantwortung der Frage: Was ist Aufklärung, in *Was ist Aufklärung*, Reclam, 9-17.
- Krausnick, Daniel (2015), Offene Wissenschaft? – Öffentlich-rechtliche Aspekte der Diskussion um Open Access und Open Data, in M.-E. Geis, M. Winkler and C. Bickenbach, ed., *Von der Kultur der Verfassung - Festschrift für Friedhelm Hufen zum 70. Geburtstag*, C.H.Beck, München, 367-380.
- Löwisch, Manfred (2016), Konstanzer Juristenfakultät verweigert sich der Pflicht zur Zweitveröffentlichung, in *Ordnung der Wissenschaft*, 2016, 135-136.
- Pautsch, Arne (2020), Forschung und Wissenstransfer, in V. M. Haug, ed., *Das Hochschulrecht in Baden-Württemberg - Systematische Darstellung*, 3rd ed., C.F.Müller, Heidelberg, 351-359.
- Sandberger, Georg (2017), Die Zukunft wissenschaftlichen Publizierens - Open Access und Wissenschaftsschranke - Anmerkungen zu den Kontroversen über die Weiterentwicklung des Urheberrechts, in *Ordnung der Wissenschaft (OdW)*, 2017, 75-96.
- VGH Baden-Württemberg, Beschluß vom 26.9.2017 - 9 S 2056/16 -, available online at: http://lrw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&nr=22843

註

- ¹ マックス・プランク協会は、独立した非営利研究機関であり、主として自然科学および人文科学における基礎研究を担っている。フラウンホーファー協会 (Fraunhofer-Gesellschaft) は民間企業、公営企業を中心とした応用研究を推進し、80以上の研究ユニットを擁しており、応用研究においてはヨーロッパ最大の研究機関とされる。ヘルムホルツ協会 (Helmholtz Gemeinschaft) は、現代社会が直面している課題解決のための科学技術研究を推進しており、同協会は17の科学技術・生物医学研究センターを有している。ライプニッツ協会 (Leibniz Gemeinschaft) は、社会の重要な研究テーマを総合的に研究する87の研究所が所属する機関であり、同研究所においては研究環境の各種研究上の支援 (紹介、コンサルティング、技術移転など) が行われている。
- ² ドイツ研究振興協会 (DFG) は2013年に「旧提言」(1998)への補遺を発表し、2019年には新たな改訂版として新提言 (“Leitlinien zur Sicherung guter wissenschaftlicher Praxis”)を公開した。
- ³ ドイツにおける「クラウド査読」につき参照、栗島 (2020)。
- ⁴ <https://www.budapestopenaccessinitiative.org/read> (最終閲覧: 2020年11月29日)。
- ⁵ Götting/Lauber-Rönsberg (2015), 144.
- ⁶ Frenzel (2020), 467.
- ⁷ Ibid.
- ⁸ Höpfner and Amschewitz (2019), 2967. 第三者資金を用いない研究成果が対象から排除された経緯につき、Bruch and Pflüger (2014), 391.
- ⁹ コンスタンツ大学といえば、ドイツのみならず世界中の学术界に大きな衝撃をもたらした研究不正スキャンダルの当事者、ヤン・ヘンドリック・シェーン (Jan Hendrik Schön) が博士号を取得し、のちに取り消された大学である。もっとも、この事件の存在が、現在の同大学のOAへの積極的な取り組みと関係があるかは、定かではない。シェーン事件の詳細とその訴訟につき参照、栗島 (2020)。
- ¹⁰ Höpfner and Amschewitz (2019), p. 2966.
- ¹¹ コンスタンツ大学は「Fakultät」(学部)制度を採用しておらず、「Sektion」(学群)のなかに

「Fachbereich」(学科)が存在するという特殊な構造を有している。ここでいう法学科「Sektion Politik - Recht - Wirtschaft」(政治・法・経済学群)のなかの一つの「Fachbereich」という位置づけである。

¹² この抗議文は、Löwisch (2016)に掲載されている。

¹³ VGH Baden-Württemberg (2017).

¹⁴ 基本法 100 条 1 項 1 文「裁判所が、決定に際してある法律の効力が問題となっている場合に、その法律が違憲であると考えるときは、その〔訴訟〕 手続を中止し、かつ、ある州の憲法に対する違反が問題となっているときは憲法争訟について管轄を有するラント裁判所の決定を、また、この基本法に対する違反が問題となっているときは連邦憲法裁判所の決定を、求めるものとする。」

¹⁵ この点の検討として、Höpfner and Amschewitz (2019), 2971 ff. (抵触を認定) ; Haug (2019), 91 f. (抵触を認定)。

¹⁶ この点の検討として、Höpfner and Amschewitz (2019), 2969 f. (結論として違反を認める) ; Haug (2019), 94 f. (結論として違反を認めない)。これに関連して、研究者がみずからの研究成果を利用して経済的な利益を得る行為は、学問の自由 (基本法 5 条 3 項 1 文) の保護領域に含まれるのか、それとも単に職業の自由 (基本法 12 条 1 項) の問題か、という論点があるが、ここで深く掘り下げることはしない。参照、Fehling (2014), 191.

¹⁷ この点の検討として、Höpfner and Amschewitz (2019), 2970 f. (結論として違反を否定)。

¹⁸ LT-Drucks, 15/4684, S. 334 ff.

¹⁹ 参照、Krausnick (2015), 378; Haug (2019), 92; Pautsch (2020), 355.

²⁰ Fehling (2004), 49; Fehling (2014), 190; Denninger (2001), 47; Sandberger (2017), 79.

²¹ Britz (2013), 804. この点について争いがあることを指摘するものとして、Fehling (2014), 192.

²² Fehling (2014), 198 f. もっとも、OA が認められていなくても、研究結果が学術雑誌で公表されている限りは、図書館などを通じて市民は情報にアクセスすることができることには注意しなければならない。つまり、OA はアクセスのためのハードルを低くし、情報の流通を著しく促進する効果を持つが、OA がなければ市民は情報受領できないという問題ではない。

²³ Haug (2019), 92 ff.

²⁴ Haug (2019), 93.

²⁵ Sandberger (2017), 79 f.

²⁶ Fehling (2014), 197 ff.