

# ドイツにおける公教育の中立性

## ——国家の教育委託と公教育の中立性——

棟 久 敬\*

- I はじめに
- II 学校における基本権と中立性の萌芽
- III 国家の宗教的・世界観的中立性の根拠づけとその解釈
- IV 教室における中立性とその例外
- V リベラルな中立性と公教育
- VI むすびにかえて

### I はじめに

1. 近代国家の成立以来、将来の市民たる子どもに誰が何をどのように教えるべきかという問いをめぐって、学校においてあらゆる勢力が対立している。戦後日本においても、教科書検定裁判<sup>1)</sup>、旭川学力テスト裁判<sup>2)</sup>、学習指導要領裁判<sup>3)</sup>などを通じて、国民教育権論<sup>4)</sup>と国家教育権論との対立があったことはよく知られている<sup>5)</sup>。さらに、2006年の教育基本法改正に象徴的に見られるように、その後も学校という場で特定の勢力が時の政権を通して子どもにある特定の価値観<sup>6)</sup>を教え込もうという動きは絶えることはない。とりわけ、国家による、将来の市民たる子どもを支配の手段とする働きかけは、枚挙に暇がない。しかしそもそも、

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第10巻第1号2011年3月 ISSN 1347 - 0388

※ 一橋大学大学院法学研究科博士後期課程

- 1) 第一次：東京地判昭45年7月17日行集21巻7号別冊1頁、第二次：最一小判平5年3月16日民集47巻5号3483頁
- 2) 最大判昭51年5月21日刑集30巻5号615頁。
- 3) 最一小判平2年1月18日民集44巻1号1頁。
- 4) 代表的な論考として、兼子仁『教育法（新版）』（有斐閣、1978）参照。
- 5) 旭川学テ判決の後、この対立の収束後には、いずれの立場も子どもの権利を考慮してこなかったことへの批判から、憲法学・教育法学の中には子ども中心の権利構成を理論化する試みも見受けられる。例えば、西原博史・戸波江二編著『子ども中心の教育法理論に向けて』（エイデル研究所、2006）参照。
- 6) 郷土愛や愛国心が関心の多くを占めているが実はそれだけでなく新自由主義的な教育政策も問題として意識されるべきであろう。

近代国家は、憲法によって保障されるさまざまな権利を通して、個人の自律性をその存立の基盤としており、個人による自らの生に関する決定へ干渉することは、原則として認められないであろう。もちろん、他方で、高度に産業化し、価値の多元化した現代において、国家が子どもに教育を施すこと、すなわち公教育を否定することもできないのと同時に、公教育は、このような社会において、異なる出自や信条を有する人々の交流が可能な数少ない場であるという観点も見過ごしてはならないだろう。

2. さらに、現代の学校では授業における価値の教え込みに限らず、さまざまな場面で生徒に特定の行動様式への方向づけを行おうとしている。日本の学校だけを見ても、卒業式・入学式における君が代斉唱への強制を想起すれば事態は明らかだろう<sup>7)</sup>。問題の性質としては上記の価値の教え込みと同様に、生徒や教師をはじめとする学校当事者への特定の行動様式への働きかけであり、思想・良心の自由の侵害が問題となる局面であるが、国家による指導という性質を強く有しており、学校行事の一環として行われていることに鑑みて、授業における価値の教え込みからの防御とは異なる枠組みが必要となるであろう。

3. 最後に、上記の問題とは異なって、さらに教室において生徒へ何らかの働きかけが生じうる場合もある。例えば、教室に何らかのシンボルを設置することや教師の服装によるものである。この場合にも、価値の教え込みとは異なり、個別に自由を保障・調整する枠組みが求められることになるだろう。

4. 以上のような3つの問題関心から、生徒をはじめとする学校当事者の、場合によっては衝突する、自由の行使・実現をより実効的なものとするとともに、平等に自由を行使・実現しうるために求められる枠組みを探求することが本稿の課題である。そこでまず問われるべきなのは、基本権を十分に行使することができない子どもに対して行われる公教育において、国家はどの程度の権限を持ちうるのかということである。国家に、第一義的には立法者に、教育に関して何らの統制をも施すことなく、広範な形成の権限を認めることになれば、近代国家の目指す自律した個人という理念は画餅に帰することになる。国家には教育に関する

7) 例えば、市立学校の音楽教師が君が代のピアノ伴奏を拒否した「君が代」ピアノ伴奏職務命令拒否事件がある。最三小判平19年2月27日民集61巻1号291頁。

権限や裁量が認められているとしても、そこには必然的に何らかの制約ないしは統制が不可欠であろう。では、いかなる制約ないしは裁量の統制が可能であるのだろうか。

5. 上記の問題関心に対して、先行研究は、多様な意見が存在する社会において、それを調整・尊重するために国家の教育権限を制約する原則として、「国家の中立性」ないしは「公教育の中立性」にある程度理解を示しつつも、結論においては子どもの防御権、とりわけ良心の自由を擁護することに重きを置いている<sup>8)</sup>。さらにまた、日本の憲法学も関心を有しており、しばしば言及されるとはいえ、中立性概念は多義的で、いかなる内実を有するものであるかについては、共通理解が得られているとは言い難い<sup>9)</sup>。なお、このような問題においては、後述するように、先行研究が準拠しているドイツにおいて、基本法4条1項により保障された良心の自由だけでなく、2条1項の人格の自由な発展の権利が有する意義が強調されていることも無視できないだろう。また、他方で、子どもの権利を擁護する立場からも、教育をめぐる日本に固有の政治的状況をも反映してか、特定の価値観を学校で教えることを主眼として子どもの権利を構成しようという試みは従来より強く唱えられてきた<sup>10)</sup>。公教育の局面で国家の中立性を論じる場合には、この論点を取扱うことも不可避となるであろう。

国家の中立性を公教育の局面で用いることには、より大局的な見地においては、「消極的権限規定」(negative Kompetenzbestimmungen)として、国家権力の行使を、基本権が許容するところでのみ許容する、憲法上の権利の客観的法規範<sup>11)</sup>により、包括的かつ未然に国家の権力行使を統制するとともに、個人の自由を確保するという固有の意義を見出すことができる。しかしその反面、それをい

8) 代表的なものとして、西原博史『良心の自由 (増補版)』(成文堂、2001) 参照。

9) 成嶋隆「『日の丸・君が代』訴訟における思想・良心の自由と教育の自由」法律時報80巻9号(2008)78頁以下では「価値中立性」、西原、前掲註8、渡辺康行「『思想・良心の自由』と『国家の信条的中立性』(-)」法政研究73巻1号(2006)1頁以下では「信条的・世界観的中立性」、棟居快行「『君が代』斉唱・伴奏と教師の思想の自由」社団法人自由人権協会編『市民的自由の広がり——JCLU 人権と60年』(新評論、2007)66頁以下では、「思想的中立性」など。なお、筆者が本稿において言及するドイツにおいても戦後長きに亘って議論が蓄積されてきたとはいえ、近年までの状況は日本と相違ないものであった。

10) 憲法教育については、齋藤一久「憲法教育の再検討」西原・戸波、前掲註5、108頁以下、主権者教育権については永井憲一『主権者教育権の理論』(三省堂、1991) 参照。

かにして主張し、維持し、救済していくかという、防衛権の局面では生じない難問も生じる。以上のような問題関心から、本稿は、①日本国憲法と同様に信仰・良心・世界観の自由の権利をその憲法（基本法）に規定するとともに、②国家の教育委託（Bildungs- und Erziehungsauftrag des Staates）という概念のもとで、憲法上学校監督権限を付与されたことにより、ある程度国家に教育への関わりを認めたくてそれをどのように理解すべきかという問題が議論され、③国法学において国家の中立性という観念が伝統的に議論されているという点で本稿の問題関心に示唆を与えうると思われる、ドイツの議論<sup>12)</sup>を参照し、この観念を日本に導入する意義とその射程について筆者の能力の及ぶ限りで若干の考察を行おうとするものである。

## 対象と構成

まず、公教育の場で主張される憲法上の権利にはいかなるものがあり、そこからいかにして中立性が要請されるようになってきたかを明らかにする（Ⅱ）。そして、それとは異なって発展してきた国家の中立性をめぐる判例と学説の解釈の対比により議論の対立軸を明らかにしたうえで（Ⅲ）、従来から学説において中

- 
- 11) これは、ドイツの基本権ドグマティクにおいて発展してきたものである。代表的なものとして、Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1995, Rn. 291.〔初宿正典・赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2008）192頁〕；Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Staatsrecht II Grundrechte, 22. Aufl., 2006, Rn. 73.〔永田秀樹他訳『現代ドイツ基本権』（法律文化社、2001）28頁以下〕参照。客観的法規範については、教育以外の領域でも今後議論の深化が期待されるべき領域である。邦語文献において、客観的法規範について言及しているものとして、宍戸常寿「『憲法上の権利』の解釈枠組み」同他著『憲法学の現代的論点』（第2版、有斐閣、2009）231頁以下、石川健治「人権論の視座転換」ジュリスト1222号（2002）2頁以下、同「基本的人権の主観性と客観性」西原博史編『講座憲法2』（岩波書店、2007）3頁以下、小山剛「『憲法上の権利』の作法」（尚学社、2009）147-148頁参照。また、中島茂樹「政党国庫補助と思想・良心の自由」立命館法学289号（2003）1頁以下は、思想・良心の自由の保障において、「客観法原理」としての国家の中立性原則の意義を「思想・良心の自由に対する国家の不当な圧迫・干渉のあり様を動態的に鮮明に示すことができる」ところに認めている。
- 12) ドイツ国法学者大会における教育の議論に関する邦語文献として、赤川理「自由な立憲国における学校の教育委託と教育尺度（一）（四・完）」法学会雑誌46巻2号（2006）365頁以下、同47巻1号（2006）63頁以下、同47巻2号（2007）115頁以下、同48巻1号（2007）161頁以下参照。

立性が及ばないとされている領域における教育について考察すると同時に教育内容以外の教室において生じる問題を論じ、中立性に対する批判および問題点を分析する(Ⅳ)。次に、近年、社会の多元化に伴う法状況の変化に対して新たに提唱されてきている議論とその批判を概観し(Ⅴ)、最後に公教育において中立性を援用する意義について述べる(Ⅵ)。

## Ⅱ 学校における基本権と中立性の萌芽

### 1. 良心形成の自由

ドイツ連邦共和国基本法(以下、基本法)4条1項は、「信仰、良心の自由および宗教的・世界観の告白の自由は不可侵である」と定めている。

良心の自由は、一般的には、個人が道徳的性質の命令や禁止の中から、世俗的な法律や宗教的教義に関わりなく、それを自らにとって拘束的なものと感じることによって「根拠づけられた道徳的決定」<sup>13)</sup>や「個人の確固たる(unverbrüchlich)行為の尺度を保護」<sup>14)</sup>するものであるとともに、「国家による真実や正しさの尺度付与的な(maßgeblich)解釈への拒否」<sup>15)</sup>を内容とするものであると説明される。これは、民主主義における多数決によっても、個人の良心が侵害されないという趣旨の規定であるという観点に立っている。そこからさらに進んで、個人は自らの良心を理由に、法律に反する正当化事由として、良心の自由を用いることができ、法共同体はこれを「個人に良心の衝突を免れさせるために、甘受する」<sup>16)</sup>ことまで認める見解もある。

このような「個人の確固たる行為の尺度」としての良心の自由が十全に機能するためには、個人による良心の自由な形成が必要であり、国家にとって都合のよい価値や行動様式を個人へ植え付けることは禁止されなければならない。そこでドイツでは、良心の自由の一類型として、良心形成の自由が認められている。そして良心形成の自由は「個人の内面のみに関わり、他の法益と抵触する可能性が

13) Peter Badura, Staatsrecht 3. Aufl., 2003, S. 168.

14) Ekkehart Stein/Gätz Frank, Staatsrecht 19. Aufl., 2004, S. 262.

15) Hesse, (Fn. 11), Rn. 383. [邦訳、247頁]。

16) Stein/Frank, (Fn. 14), S. 262.

ない<sup>17)</sup>ため、無制約に保障されるという見解が一般的である<sup>18)</sup>。

良心形成の自由は、一般的には「内心の法廷」(forum internum)と同一視される、自らの内にとどまる自由である<sup>19)</sup>と説明されているが、詳細に論じられることは少ない。ドイツにおいて、良心形成の自由を論じた数少ない論者としてここでは、R. ボイムリン (Richard Bäuml) と G. U. フライハルター (Gerd Ulrich Freihalter) の見解を概観する。

まず、1969年のドイツ国法学者大会でのボイムリンによる報告を取り上げる。彼は、一方では良心の自由の内容が礼拝の自由と告白の自由の他には、「内心の法廷」以外には何も残らないと解釈する R. ツィッペリウス (Reinhold Zippelius)<sup>20)</sup>と結論を同じくする。しかし他方で、「良心の自由を『秘密の領域内での見解の自由』と理解する」H. J. ショラー (Heinrich J. Scholler) の学説<sup>21)</sup>を取り上げ、彼らはいずれも、良心の自由の法的な機能を、他者の介入が絶対的に禁止される、「秘密の領域の保護」と位置づけていると述べる<sup>22)</sup>。ボイムリンによれば、この法的な機能によって、麻酔分析や催眠術のような働きかけが排除される。そのうえで、彼らは良心の自由を「内的な自由」に制限していると批判しつつも、この「内的な自由」としての良心の自由に、良心形成の自由が含まれることを認める。ボイムリンの報告は、しかし、良心形成の自由に関する「内なる法廷」説や「秘密の領域内での見解の自由」説を部分的に容認する一方で、麻酔分析や催眠術からの防御を、沈黙の権利としての意見表明の自由 (基本法5条1項) や人格権 (基本法2条1項) に求めており、彼の学説では、何が良心形成の自由によって保障されるかについては、明らかではないという問題も抱えている。

17) ドイツの概説書では、一般的にこの点を前提に論じているように思われる。例えば、Pieroth/Schlink, (Fn. 11), Rn. 524. [邦訳、185頁]、西原、前掲註8、111頁。

18) 日本でも、良心形成の自由が保障されるという点では一致が見られるように思われる。代表的なものとして西原、前掲註8、21頁以下、佐藤幸治『憲法 (第3版)』(青林書院、1995) 486頁、浦部法穂『憲法学教室 (全訂第2版)』(日本評論社、2006) 126頁以下、法学協会『註解日本国憲法 (上)』(有斐閣、1953) 400頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 (第2版)』(有斐閣、2010) 166-167頁参照。

19) Hesse, (Fn. 11), Rn. 383.

20) Reinhold Zippelius, Art. 4, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1968, Rn. 41 ff.

21) Heinrich Scholler, Die Freiheit des Gewissens, 1958, S. 115 ff. S. 146 ff.

22) Richard Bäuml, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL 28, 1970, S. 15.

次に、フライハルターは1973年のモノグラフィーで、良心形成の自由を「国家によるマニピュレーションからの保護」<sup>23)</sup>と位置づけている。例えば、好ましくないと言われた集団の中にいる子どもを親から引き離し、国家の施設へ入れるよう指示するといったことにより、また、宗教や世界観を反社会的なものとして位置づけることにより、再教育や洗脳という手段で国家によって長期間に亘り、「全面的な」マニピュレーションが行われてきたことを指摘する<sup>24)</sup>。さらに現代においても、例外的に子どもを教育権者から引き離すこと（基本法6条3項）、犯罪行為に対する嫌疑を理由とした自由の剥奪（基本法104条）というように、基本法の規定によって「必要な」マニピュレーションが認められていることを例示している<sup>25)</sup>。しかし彼も、良心形成を保護するために、本来国家とは無関係な社会的な生活においてまで国家を排除することまでは認めておらず、家庭教育のような私的権力機関によっては適切な教育ができないといった、予測不能な社会的事実により、個人のために形成された公教育のような領域については国家は介入しうるとも述べている。それ以外の領域は私的領域として、国家による特定の価値観との結びつきを排除するという意味での「国家を排除する中庸（Mittelweg）」が求められることにより、良心形成は保護される。さらに彼はこのような私的領域とは区別される公教育のような「公的領域では、知識や認識を個人に提示する（herausstragen）助けをすることだけが国家に許される」としたうえで、以下のように述べる。

良心形成の過程において、国家は伝達役・提供役に制限されるにとどまる。これを越えて、道徳的価値観を受け入れることまたはそれを拒否することに影響を与える試みは良心の自由の基本権に違反し許容されない。……国家は「イデオロギー的」中立性の要請に服する。許容されない良心形成についての限界は次のようなところでは逸脱される。すなわち、知識・認識の伝達および価値観の提供が一面的に行われるようなところである。したがって、競合する価値・態度の模範的なものを伝達し、提供することが保

23) Gerd Ulrich Freihalter, Gewissensfreiheit—Aspekte eines Grundrechts, 1973, S. 131 ff.

24) Ebdnda, S. 131 ff.

25) Ebdnda, S. 131 ff.

障されなければならない<sup>26)</sup>。

このように、フライハルターは公教育のような公的領域において、国家は知識や認識を伝達する役割に限られ、価値観を個人に強制することは良心の自由に反するとともにこれらの一面的な伝達も禁止されると結論づける<sup>27)</sup>。その手段としてここでは「イデオロギー的中立性」があげられている。良心の自由な形成を、国家による働きかけから防御しうる反面、国家もまた中立的に振舞わなければならないよう義務づけられているという点では、確かに彼の理論はある程度の効力を発揮しうるだろう。しかし、彼が「マニピュレーション」をどのように定義づけているのかについては判然としない。国家にマニピュレーションを禁止するとともに、伝達役に限定しようとするならば、より明白に国家の行動しうる範囲を確定しなければならないはずであろう。

以上のように、ドイツでは良心形成の自由が保障され、公教育における子どもの良心形成に対する国家による介入は原則的に禁止される。しかし、子どもが国家による介入から守られるための構想は良心形成の自由という主観的な防御権の保障のみに限られるわけではないことも明らかとなった。学校での子どもへの特定の価値や行動様式の教え込みは、国家による「マニピュレーション」や心理的な働きかけからの保護といった、良心形成の自由の保護する範囲内に限られるわけではなく、さらに包括的な侵害も想定されうる。事実、以下で述べるように、学校での子どもへの働きかけに対する基本権の保護は4条から導かれる良心形成の自由だけではなく、2条1項の人格の自由な発展の権利も認められている。

このことを念頭に置いたうえで以下では、子どもの人格の自由な発展の権利を保障するとともに、国家の学校での影響力の行使を制限しようとする試みの一つ

---

26) Freihaltar, (Fn.23), S.137. 強調は原文。「 」は原文では “ ” で囲まれている箇所。また、西原、前掲註8、60頁、112頁以下も参照。ここで述べられている中立性に関する議論は、後述Ⅲ。

27) 西原、前掲註8、111頁以下も、「内容豊富ではあるが、なおも抽象的で、公立学校の具体的な生活の中でどのような効力を持つのか依然明らかでない」としつつも、フライハルターの学説を手がかりとして考察を進めている。なお、西原、前掲註8では、良心形成の自由は「良心が個人の人格形成過程で自由に確立される必要がある(111頁)」ものと定義され、「良心形成」と「人格形成」とを用語上は区別していないように思われる。

として、国家の「イデオロギー的」中立性の要請について検討する。

## 2. 人格の自由な発展と「イデオロギー的中立性」

### 1 教育改革と教育法論争の萌芽

本論に入る前に、便宜上、この議論が行われていた当時の状況を概説する。1960年代後半、未だ記憶に新しかったナチズムとの決別を課題としていたドイツ連邦共和国は、同時に、共産主義を教え込むドイツ民主共和国にいかに対抗するかという課題に直面しており、さらに、初の政権交代を契機として教育改革の機運が高まり、国法学・教育法学においても従来の教育をめぐる法的枠組みに対する批判が行われるようになった。例えば、それは、「国家社会主義による教育制度の濫用」<sup>28)</sup>に対する反省や、共産主義イデオロギーへの対抗、従来の管理主義的な学校観（「管理された学校」*verwaltete Schule*）に対する批判であり、「自由な教育」や「学校制度の自由性」というスローガンに現れている。さらに、基本法の諸規定に自由で民主的な基本秩序への支持の表明が定められたところで、それが直ちに実現されるわけではなく、また、学校制度の自由性に関しては基本法は何らの答えも導き出すものではない。そこで「自由な基本秩序は、自由な学校制度なしには不可能である」<sup>29)</sup>ことが出発点とされた。しかし、学校制度に関する基本法の規定は「全学校制度が国家の監督下にある」旨を規定した7条を除いては存在しない。そこで、基本法2条1項の人格の自由な発展の権利が生徒にも保障されるとともに、7条の組織的規定を補完するという方法で、学校制度の内容的な原則規範として位置づけられるという試みがなされた<sup>30)</sup>。この構想を契機として、公教育における国家の中立性がドイツ国法学において提唱されることになる。

以下では、国家の教育へのかかわりという問題において、基本法解釈を通して、公教育の中立性を主張した学説を概観する。

28) Ekkehart Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, 1967, S. 6ff. 彼の議論を紹介している邦語文献として、兼子、前掲註4、183頁以下参照。

29) Ebenda, S. 7.

30) Ebenda, S. 8.

## 2 概観と評価

子どもは、幼児期からある一定の年齢まで学校に通学させる親の義務（基本法6条2項、7条2項）により、学校において教育を受けることになる。このような状況においては、判断力や批判的能力の未熟な子どもに人格形成の自由が保障されているとしても、何の統制もなしに、国家が学校を通じて子どもに対して自由に影響力を行使するならば、その保障は無意味なものとなる。そのため、国家による子どもに対する影響力の行使は制限されなければならない。

このような問題関心から、E. シュタイン (Ekkehart Stein) は、国家には公教育において「個人の人格の発展を妨げる影響力を行使することは禁止され」、許容される影響力の行使は、発達権 (Entfaltungsrecht) に基づく「人格の発展を援助する影響力の行使」に限られると述べる<sup>31)</sup>。その帰結として、学校は価値を含む素材を取り扱う際には、対立する見解の中から代表的なものを客観的に提示する、すなわち、「生徒に調和の取れた横断面、最も重要な精神的傾向を持つ思想の代表的な選抜を提供」しなければならず、授業においては「イデオロギー的に中立 (傍点筆者)」であることを義務づけられる<sup>32)</sup>。さらに、「自らの発展をある特定の傾向へ外部から押しやろうとする試みは基本法2条1項の本質内容を侵害する」<sup>33)</sup>。ここで彼は、基本法2条1項の本質内容として、「発達権」(Entfaltungsrecht) とともに「自律権」(Autonomierecht) を挙げている<sup>34)</sup>。発達権は学校において子どもが人格を自由に発展させることのできる権利であり、自律権は子どもが自らの発展について自律的に決定する権利であると説明される<sup>35)</sup>。彼によれば、個人の人格の発展への国家による働きかけによって、子どもが成長すべき方向づけを指示されるような事態を防ぐために、この二つの権利が基本法2条1項によって保障されなければならないという<sup>36)</sup>。

学校において、国家が子どもの人格の発展に影響を及ぼすことを禁止する彼の

---

31) Ebenda, S. 49.

32) Ebenda, S. 50.

33) Stein, (Fn.28), S. 51 ff.

34) Ebenda, S. 20 ff.

35) Ebenda, S. 20 ff.; Stein/Roell, Handbuch des Schulrechts, 2. Aufl., 1992, S. 182 ff.

36) Stein/Roell, (Fn.35), S. 182 ff.

理論は、国家が特定の価値と同一化し、または特定の価値を有利または不利に扱うことを禁止することで中立性を義務づけ、子どもが自由に人格を形成し、自律的にものごとを考慮することを保障しようとすることに主眼を置いている。

しかし、彼自身も「国家が学校制度に関してイデオロギー的中立性の保証人であるかどうかは疑わしい」ことを自覚している<sup>37)</sup>ように、中立性を誰が主体となってどのように維持していくかという課題がなお残されている。この問題に対して彼は、国家が文化的な領域へ介入する際に、基本法5条が保障する出版の自由や報道の自由、一般的な意見表明の自由が国家をイデオロギー的中立性へと義務づけるだけではなく、さらに進んで国家の介入からこの領域を保護するものと考えている。それに加えて、基本法2条において保障される子どもの人格の自由な発展の権利から、子どもが学校で時の政府によって一面的な影響力の行使を受けないということが導かれる<sup>38)</sup>。これらの基本法の規定によって彼は、学校制度の中で国家が生徒に対して一面的な影響力を行使することができなくなるため、「生徒に調和の取れた横断面、最も重要な精神的傾向を持つ思想の代表的な選抜を提供」することを規定する法律も必要ないと主張する<sup>39)</sup>。さらに彼は学校高権<sup>40)</sup>をさまざまな機関に分配するイギリスの教育制度や連邦憲法裁判所の1961年2月28日の放送局判決<sup>41)</sup>や大学の自治論を参照するが、いずれも「問題を解決する手段にはならない」として退けている<sup>42)</sup>。他方で彼は、子どもの人格の自由な発展の権利を根拠として国家を授業の内容形成から排除すると同時に、生徒の基本権を保護することを目的に、学校の自治を認め、さらに、基本法6条によって親が子どもの代理人として教育に参加することも認めている<sup>43)</sup>。ここで認められた

37) Stein, (Fn. 28), S. 53.

38) Ebenda, S. 53.

39) Ebenda, S. 54.

40) 学校高権は、学校制度や放送局のような文化的な領域の立法および行政をラントに委ね、連邦は基本法30条に基づいてこの領域ではわずかな権限しか容認されないという「ラントの文化高権」の一類型として考えられている。これによって、ラントは各々学校制度に関して包括的な権限を有する。

41) BVerfGE 12, 205.

42) Stein, (Fn. 28), S. 54ff. シュタインは、大学にはその学問的任務から自治が認められる一方で、学校には国家のより大きな影響力を持ちうることを認め、授業内容の形成を越えるより詳細な学校の自治を立法者の裁量に委ねている (S. 58)。

学校の自治は、自由な学校制度において必要なものであると位置づけられており、国家によるカリキュラムや試験の方針の形成を排除する<sup>44)</sup>。このような方法で、カリキュラムの作成は教師に委ねられ、具体的な授業内容の統一を可能な限り行わない自律的な授業制度が期待される<sup>45)</sup>。そして彼は学校教育をカリキュラムの作成以上に決定的に左右する教員養成についても2つのことが要求されると主張する。すなわち、第一に、教員養成が自治的に行われることを前提とする教員養成のイデオロギー的中立性であり、第二に、将来、教員となったときに、学校で広めることを義務づけられる自由の精神を自らも受け入れること、である<sup>46)</sup>。後者は、教員採用試験までの広い範囲に亘って学校で一面的な影響力の行使が行われないようにするためのものと考えられている。このようにして彼は学校における中立性を維持しようと試みている。

### 3 問題点と課題

しかし、それでもなお、シュタインの中立性論には批判がある。まず、「古今東西すべての思想的潮流をカヴァーする授業はおよそ不可能」という批判がある<sup>47)</sup>。これは、彼の中立性論のうち、「生徒に調和の取れた横断面、最も重要な精神的傾向を持つ思想の代表的な選抜を提供」することを教師に義務づけ<sup>48)</sup>、さらに、教師は客観性を保つとともに、自らの個人的見解を述べることは許されない<sup>49)</sup>という点に対する疑問を提示している。この批判の核心にあるのは、子どもの人格の自由な発展を確保するために、国家を中立性へ義務づけることで、逆に、その人格を発展させるために必要な教育が機能不全に陥ることになるという

---

43) Stein, (Fn. 28), S. 58. しかし、教師の教育の自由や学校の自治を承認しようとする解釈には批判が多い。教育の自由については、Pieroth, *Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat DVBl.*, 1994, S. 949 ff.; Josef Isensee, *Demokratischer Rechtsstaat und staatsfreie Ethik*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 11, 1977, S. 92 ff, S. 117. 学校自治については、Klaus Stern, *Autonomie der Schule?* in: Detlef Merten u.a. (hrsg), *FS für Knöpfle*, 1996, S. 333 ff. 参照。

44) Stein, (Fn. 28), S. 60.

45) Stein, (Fn. 28), S. 60 ff.

46) Stein, (Fn. 28), S. 62.

47) 西原、前掲註8、134頁。

48) Stein, (Fn. 28), S. 50.

49) Stein, (Fn. 28), S. 66.

点にある。さらに、次の批判とも関連するが、この批判は、教師による生徒への「代表的な選抜」の提供というシュタインの理論が、教師による中立性違反の余地を考慮していないことや、中立性の維持についての困難さがつきまとうことに対する配慮を十分に行っていないのではないか、という問題意識から基礎づけられている。

第二に、シュタインが、基本法2条1項の本質内容としての子どもの「発達権」(Entfaltungsrecht)と「自律権」(Autonomie)は「外部から特定の傾向へ押しやろうとする試み」によって侵害されると主張している点<sup>50)</sup>に対するK. シュライヒ(Klaus Schlaich)による批判がある。彼によれば、「同級生や、特にシュタインが強調する自由な教師、子どもの親、それ以外の学校の決定に参加している親および社会が同様に『外部』ではないのはなぜなのか」について彼は何も答えていない<sup>51)</sup>。さらに、学校が、中立的な伝達者であることを保障するためには、中立性がいかなる尺度で認められるかについて、明白に定められていることが必要であることが示されている。すなわち、中立性をいかにして捉え、いかにして組織化するかという課題に答える必要があるというのである。

第三に、子どもの人格の自由な発展を教育目標として理解することを出発点としたことへの批判がある。この批判は、子どもの人格発展が、学校における中心的な教育目標であるということを認めつつも、「基本法のもとでの学校の目的、本質、意義、機能は生徒の人格の自由な発展の援助だけ」が許されるという主張はせいぜい誇張されたものでしかなく、「公共体(Gemeinwesen)の統合<sup>52)</sup>へ貢献すること」<sup>53)</sup>も認められなければならないと主張する。この批判は、自律的な人格発展といえども、基本法2条1項には他人の権利を考慮しなければならないという留保が付加されているということ<sup>54)</sup>を前提にしている。

50) Stein, (Fn. 28), S. 51 ff.

51) Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip, 1972, S. 97.

52) ドイツでは公立学校に「統合機能」が認められる。統合機能はドイツの公教育制度において重要な要素である。これを紹介するものとして、例えば、Michael Bothe, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL 54, 1995, S. 5 ff., S. 36 ff. 参照。なお、後述IV 2. (2)以下も参照。

53) Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S. 284 ff. 後述IV 2. (2)およびV 3. も参照。

さらに、シュタインの主張するように、学校の自治を認めることによって、教育内容を教師の決定に委ね、国家の学校への関わりを外的事項のみに限るとしても、結局のところ、選挙や議会における多数派と同様に、学校においても多数派が支配することになりはしないか。確かに、シュタインの学校の自治論は教育内容について国家の影響力を排除しようという点で評価しうる。しかし、自治の方法によっては上記のような危険をはらんでいることに注意を要する<sup>54)</sup>。これは、授業において対立する傾向については「代表的な選抜」を提示するという点にも当てはまる。例えば多数派の見解だけが対立する見解の中で生徒に伝達されるべき、「代表的な選抜」であると認定されるならば、少数者の見解は無視される危険がある。さらに、何が複数の対立する見解の中で、生徒に伝達されるべき「代表的な選抜」であるかを決定するのは、彼によれば、教師となる。しかし、教師が上述のように多数派の見解のみを対立する見解の中で生徒に伝達されるべき「代表的な選抜」として授業において取り扱った場合の少数者の救済については何も述べられていない。このような学校の自治の方法および授業で取扱う見解の選択方法には注意を要する。

その後、さらにシュタインは、自らの体系書においても「教育の自由」(Freiheit der Bildung) 論を展開している<sup>55)</sup>。この体系書は、基本法2条1項の人格の自由な発展の権利を根拠に、国家による個人の人格発展への働きかけを禁止し、「自律的な人格の発展」を援助することを国家に義務づけるという点では、上記のモノグラフィーと核心を同じくする。しかしその一方で、彼は国家に「イデオロギー的中立性」ではなく「文化的中立性」<sup>56)</sup>を義務づけている。これによって、子どもに特定の価値を教え込もうとする試みが禁止される<sup>57)</sup>。彼によれば、この文化的中立性の憲法上の根拠は、基本法5条1項の意見形成の自由や、基本法5条3項の芸術および学問の自由、基本法4条1項の信仰・良心の自由といった、「多

54) Huster, (Fn.53), S. 284 ff.

55) 日本において、この問題を示唆するものとして、高橋、前掲註18、291頁参照。

56) Stein/Frank, (Fn.14), S. 445 f.

57) 「文化的中立性」が何を意味するか、イデオロギー的中立性との概念上の相違については、シュタインは答えていない。

58) Stein/Frank, (Fn. 14), S. 445 f.; Stein/Roell, (Fn. 34), S. 182 ff.

くの憲法規定」から導き出せるという<sup>59)</sup>。さらに、子どもが18歳で成年となったときに他の国民と同等の権利を持ち、選挙や投票への参加を通じて国政に関して共同決定する成熟した国家公民(mündige Staatsbürgerinnen und Staatsbürgern)へと育成するよう学校が「方向づけ」なければならないと述べている点や、「基本法2条1項の自律という観点から、子どもが一般には、自らの教育活動の形態について、個別にはその教育内容の方向づけについての決定に参加する権利」を認める点、未成熟な(unmündig)生徒も、当然に認められる権利が、場合によっては親の代行によって、行使するという点で、上記のモノグラフィーで展開された見解を変容させている<sup>60)</sup>。さらに、子どもは教育の主体であり、「学校の援助によって」個性化し、解放されるための教育制度が作成されるべきであるとも主張している<sup>61)</sup>。ここでも彼は、かつてのモノグラフィーと同様に、国家を中立性へと義務づけているが、学校はあくまでも、教育の主体である子どもを援助する役割としてのみ登場しなければならないという側面をかつてよりも強調している。子どもが何によっても強制されることなく自由に人格を形成するためには、学校による援助も重要である。しかし、援助という名のもとにさまざまな側面から国家が子どもの人格形成に介入する余地がないわけではないことには注意を要する。

#### 4 小括

上述のように、シュタインは、国家の公教育における「イデオロギー的中立性」への義務づけについて自らの理論を展開していた。ここでは、教師は一切の「精神的傾向」を素材として扱ってはならないのではなく、「生徒に調和の取れた横断面、最も重要な精神的傾向を持つ思想の代表的な選抜を提供」し、一面的に影響力を行使しないことを義務づけられるにすぎない。そのため、教師はこの方法で子どもに対して「精神的傾向」を素材として影響力を行使することができる。しかし、彼はこの時点では中立性を維持するための詳細な理論を展開するのに対し、具体的な授業内容については触れていない。一方、近年では特に、子どもが

59) Stein/Roell, (Fn. 34), S. 182ff.

60) Stein/Frank, (Fn. 14), S. 446.

61) Stein/Frank, (Fn. 14), S. 446.

成年に達したときに、他の国民と同様に政治に参加し共同決定をすることができるよう「方向づける」ことを学校に認めている点で、自らの説を変容させている。

また、彼の理論は、彼の批判者が述べるように、教師による中立性違反や国家以外からの働きかけによる子どもの人格発展の侵害に対してあまり注意が払われていないこと、この欠点を補うための、中立性を維持する枠組みが展開されていないことにより、公教育における中立性理論の課題を残すことになった。国家以外の学校当事者はすべて、イデオロギー的中立性や子どもの人格の自由な発展の権利を侵害しないという想定がより説得力を持つためには、より多面的かつ入念な考察が必要だったのではないか。

最後に、シュタインは、「イデオロギー的中立性」を基本法2条1項によって認められる子どもの人格の自由な発展の権利から導き出し、世界観的・宗教的領域にもこれが及ぶとしている<sup>62)</sup>。このような解釈は、その後の学説においても受容され、現在でもある程度の影響力を有している<sup>63)</sup>。しかし、その一方で、彼が基本法2条1項を解釈の基点としたことによって、第三の批判も指摘するように、その後の学説では個人の自律を主眼とした人格発展とともに、「憲法秩序」や「道徳律 (Sittengesetz)」という文言を内包する当該規定の性質から、共同体と結びついた人格発展を導き出そうという試みも生じることとなった<sup>64)</sup>。

さらに、連邦憲法裁判所は、バーデンにおいて、教会建設税 (Kirchenbausteur) の徴収権を宗教団体に認めた法律を、法人にも保障される基本法2条1項の基本権を侵害し、憲法に反し無効とした、1965年12月14日の「教会建設税判決」(BVerfGE 19, 206)において、国家の中立性について、次のように判示した。

基本法は4条1項、3条3項、33条3項および140条と結びついたワイマール憲法136条1項および4項、137条1項により、国家にすべての国家公民の安住の地として個人を問題とすることなく、宗教的・世界観的に中立性を課している<sup>65)</sup>。

---

62) 上述II 2. 2参照。

63) Christian Stark, Art. 2. Abs. 1 in: Mangoldt/Klein/Stark (Hrsg), Kommentar zum Grundgesetz, 5. Aufl., 2005, Rn. 149; Murswiek, Art. 2 in: Sachas, Grundgesetz, 4. Aufl., 2007, Rn. 135.

64) この点については、後述IV 2. (2)参照。

このことを嚆矢として、「国家の中立性」は一般に、国家に義務づけられた「宗教的・世界観的中立性」<sup>66)</sup>と理解されることになる。そして、学校で生じた宗教的・世界観的問題においても、中立性は、この理解を前提に論じられることになる<sup>67)</sup>。そのような議論においては、中立性をめぐる解釈において、連邦憲法裁判所の判決が対立軸となっている。

しかし、それでもなお、現代において基本法2条1項が学校において果たしうる機能は過小評価できるものではない。もっとも、この権利がさまざまな立場の権利・権限が交錯する学校において、生徒・子どもの権利と位置づけられたことにより、後に具体的な社会的な現象や変化に対応してこの権利の解釈は変容していくことになる。

### Ⅲ 国家の宗教的・世界観的中立性の根拠づけとその解釈

「国家の宗教的・世界観的中立性」は、基本法4条1項、3条3項、33条3項、ワイマール憲法136条1項、4項および137条1項と結びついた基本法140条から導出される客観的法規範であると連邦憲法裁判所が前述の教会建設税判決において示して以来、学界においても支配的となった<sup>68)</sup>。ただし、上に示された条文からも明らかのように、これは学校法というよりは、むしろ国家教会法(Staatskirchenrecht)において、国家とキリスト教会との関係を基本法においていかに取扱うべきかという文脈で主に議論が重ねられてきたものである<sup>69)</sup>。すなわち、概括的に言えば、

65) BVerfGE 19, 206, 216. 傍点筆者。

66) 論者により世界観的・宗教的中立性、世界観的中立性など名称が若干異なるが、それが指示する意味内容には大きな相違はないように思われる。この概念をめぐって対立するのはその内実においてである。この点については、後述Ⅲ参照。

67) Hans-Ulrich Evers, Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft, 1978, S. 82ff.; Arunulf Schmitt-Kammler, Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz, 1983, S. 35ff.; Markus Thiel, Der Erziehungsauftrag des Staates in der Schule, 2000, S. 96ff.

68) なお、本節では全体の論旨に必要な限りにおいて国家の中立性の根拠づけを行うにとどめる。国家の中立性そのものの論及も興味深いのが、その守備範囲はあまりにも広範に亘り、本稿の意図から逸脱するため、この問題については他日を期したい。

69) 概説として、Claus Dieter Classen, Religionsrecht, 2006, Rn. 124ff.; Axel v. Campenhausen/Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht; Gerhard Czermak, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2006, S. 83ff.

国家はいかなる宗教に対しても無関心でなければならないのか、それともある程度の援助や特権の付与を認めるべきなのか、という議論である<sup>70)</sup>。

この議論が学校法においても論じられる要因となったのは、連邦憲法裁判所の宗派混合学校決定 (BVerfGE 41, 29) および学校祈祷決定 (BVerfGE 52, 223) である。もとより、基本法7条3項において宗教教育への参加権が明文で定められているドイツでは、教会をはじめとする宗教共同体の学校への影響力が一定の範囲で認められていることやドイツ統一などの要因により現在では減少傾向にはあるものの、依然として、キリスト教会への加入率が高い<sup>71)</sup>という事実を背景として、国家の宗教的・世界観的中立性が学校において論争の対象となるのも時間の問題であったともいえる。以下では、まず2つの判例について概観したうえで、宗教的・世界観的中立性の2つの解釈の対立について述べる。

(1) 宗派混合学校決定<sup>72)</sup>

本件は、1967年のバーデン・ブリュテンベルク憲法15条1項を変更する法律により、ラント政府が、ワイマール期以前より存在していた伝統的なキリスト教的性格の宗派混合学校形態の導入を決定したことに対して、提訴された憲法異議<sup>73)</sup>への決定である。本件において争点となったのは、キリスト教的な性質を有する宗派混合学校の設立は基本法4条により異議申立人に保障される消極的信教の自由および基本法6条により保障される親の教育権<sup>74)</sup>を侵害し、国家に義務づけら

70) この対立についてはErnst-Wolfgang Böckenförde, *Kreuze (Kruzifixe) in Gerichtssaalen?*, ZevKR 1978, S. 129 ff. 参照。

71) ドイツの統計年鑑であるStatistische Jahrbuch 2010 für die Bundesrepublik Deutschlandによれば、福音主義教会加入者は2007年では2483万人、2008年では2451万人、カトリック教会の信者は、2007年では2546万人、2008年では2517万人となっており、緩やかな減少傾向をたどっている (なお、清水望『国家と宗教』(早稲田大学出版部、1991) 35頁の表に拠れば、1980年には前者が2895万人、後者が2716万人)。しかし、なお両教会加入者数は全ドイツにおいては多数を占めていることがわかる。この統計については、<http://www.destatis.de/jetspeed/portal/cms/Sites/destatis/SharedContent/Oeffentlich/B3/Publikation/Jahrbuch/Bevoelkerung.property=file.pdf>から参照できる。

72) Beschluß des Ersten Senats vom 17. 12. 1975. BVerfGE 41, 29. 柳真弘「キリスト教的性格をもつ共同学校(宗派混合学校)の憲法適合性—宗派混合学校事件—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 I (第2版)』(信山社、2003) 126頁以下も参照。

73) BVerfGE 41, 29, 36 ff.

74) 親の教育権についての概説として、Jestedt, Art. 6 GG Abs. 2 und 3, in: Bonner Kommentar zum GG., 1997, Rn. 330 ff.

れた宗教的・世界観的中立性に反するか、という点である。

連邦憲法裁判所は、「基本法6条2項は異議申立人〔である親—筆者〕に、子どもを自らの宗教的・世界観的観点において教育する権利を保障している。しかし、この規定は親の排他的な教育要求を含むものではな<sup>75)</sup>く、基本法7条における国家の教育委託と等置される (gleichgeordnet) ものであり、「親が国家に特定の宗教的あるいは世界観的刻印の学校を設置することを要求しうる積極的な決定権は、基本法6条2項1文の親の権利からも基本法の他の規定からも生じず<sup>76)</sup>、異議申立人にもそのような権利は存在しない、として、親の教育権は7条の国家の教育委託と調整されなければならないと評価している。

もっとも、自分の子どもに自らの望む宗教的・世界観的な確信を伝達する親の権利は、基本法4条1項の信教の自由により保障されることは認められる<sup>77)</sup>。そして、基本法4条は、異議申立人が請求している宗教的・世界観的影響から自由であるといったような、消極的な自由を保護するだけでなく、「信仰確信の積極的な活動および世界観的・宗教的領域での自律した人格を実現するための余地を確保すること<sup>78)</sup>」をも念頭に置いている。そのため、異議申立人の消極的な信教の自由を貫徹して、世俗的な学校しか認めないとすると、他方では宗教的な教育を望む国家公民がこのような学校へ通うことを強制されることになる。このように、本件では消極的信教の自由と積極的信教の自由との緊張関係が存在していることに鑑みて、連邦憲法裁判所は、「消極的・積極的信教の自由の間の緊張関係を解消することはラントの民主的な立法者に課されており、……立法者は異なる見解を考慮してすべての人に受忍しうる妥協を採求しなければならない<sup>79)</sup>」としている。

国家の宗教的・世界観的中立性について、異議申立人は、宗教的・世界観的領域における国家の役割を、「多元的社会的対立する勢力が政治秩序を解消することを阻止すること<sup>80)</sup>」に限定することが出発点とされている。そして、原則とし

75) BVerfGE 41, 29, 44.

76) BVerfGE 41, 29, 46.

77) BVerfGE 41, 29, 47f.

78) BVerfGE 41, 29, 49.

79) BVerfGE 41, 29, 50.

てこれらが衝突した場合であっても、その調整は社会的な領域に委ねられるべきであるから、学校を宗教や世界観の対立の場と位置づけてはならず、宗教的・世界観的観点において中立的でなければならないとされている<sup>81)</sup>。国家と社会を厳格に分離し、国家による個人の宗教的・世界観的な領域への介入を限定することではじめて、国家は宗教的・世界観的に中立的であるというのである。これに対して連邦憲法裁判所は、「自由な国家が宗教的・世界観的中立性を確認する」局面は、「人間の尊厳や自己決定・自己責任における人格の自由な発展によって確定される人間像」<sup>82)</sup>という基本法の倫理的標準に鑑みて、「世界観的・宗教的見解の多元性に対する開放性」<sup>83)</sup>にあると理解している。基本法の人間像という観点から、国家は宗教的・世界観的な多元性に開かれているところでこそ、中立的であることが確認されると評価している。

このような判断を経て、連邦憲法裁判所は結論として、キリスト教的性質を有する宗派混合学校については、「〔非キリスト者を〕キリスト教的思想を肯定する世界像と対面させることは、……基本法4条1項の基本決定に適合するような、世界観的・宗教的領域における自律した人格の実現への努力である限りは……少数者とその世界観を差別的に評価することにはならない。そのためすべての宗教的・世界観的見解との対決の余地を残している学校は……親や子どもを憲法上受忍しえない信仰および良心の衝突へ導か」<sup>84)</sup>ず、親には「子どもに個別に適切と認められる信仰および良心の拘束への道を伝達する……十分な余地が残されている」<sup>85)</sup>として、憲法異議には理由がないと判断している。そして、学校における基本法4条の積極的な自由と消極的な自由の衝突の解消を、ラントの立法者の課題とすることで、連邦憲法裁判所自らは一義的な判断を行わないという姿勢は、後の判例にも継承されていく。それを明らかにするものとして、次に学校祈祷決定を取扱う。

---

80) BVerfGE 41, 29, 40.

81) BVerfGE 41, 29, 40.

82) BVerfGE 41, 29, 50.

83) BVerfGE 41, 29, 50.

84) BVerfGE 41, 29, 52.

85) BVerfGE 41, 29, 52.

(2) 学校祈祷決定<sup>86)</sup>

本件において主な争点となったのは、公立学校において、宗教教育の時間外に教室で祈りの言葉を唱えることが認められるかということであった。この問題については、連邦憲法裁判所に2つの逆方向の憲法異議が申立てられた。その一方(憲法異議Ⅰ)は、ヘッセン学校官庁が、教育権者である親の申立てに従い、学校で行われていた祈祷を中止するよう命じたことに反発した別の親によるもので、ヘッセン国事裁判所によって訴えを退けられたことによるものであり<sup>87)</sup>、もう一方(憲法異議Ⅱ)は、ノルトライン・ヴェストファーレンにおける公立の共同学校において学校祈祷が行われていたがこれを中止するよう申立てた親によるもので、行政裁判所および上級行政裁判所は訴えを認めたが、連邦行政裁判所がこれを破棄したことによるものである<sup>88)</sup>。

連邦憲法裁判所は、前述の宗派混合学校決定を引き合いに出して、ラントが公立学校においてキリスト教的な性質を導入するとしても、それは基本法7条1項により与えられた形成の自由の枠内にあるとしている<sup>89)</sup>。そして学校祈祷は自発的に行われており、それを拒否する生徒とその親に参加しない可能性が残されている限り、彼らの消極的な信仰告白の自由の侵害とはならないとした<sup>90)</sup>。さらに、積極的な信仰告白の自由と消極的な信仰告白の自由とのいずれかに絶対的な優位が与えられてはならず、ラントの立法者は基本法4条に含まれる寛容の要請にしたがって両者を調整しなければならないと判示した<sup>91)</sup>。

この決定においても憲法異議申立人ⅠおよびⅡによってそれぞれ異なる国家の宗教的・世界観的中立性についての見解が表明されている。異議申立人Ⅰによれば、宗教的・世界観的に中立性を義務づけられた「国家は、すべての傾向に対して平等な方法で行動しなければなら」<sup>92)</sup>ず、国家が消極的な信仰告白の自由を考

86) Beschluß des Ersten Senats vom 16. 12. 1979. BVerfGE 52, 223. 清水望「信仰告白の自由と国家の宗教的中立性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅰ(第2版)』(信山社、2003) 132頁以下参照。

87) BVerfGE 52, 223, 224ff.

88) BVerfGE 52, 223, 229ff.

89) BVerfGE 52, 223, 238.

90) BVerfGE 52, 223, 240f.

91) BVerfGE 52, 223, 247.

慮して学校祈祷を中止することは、これを望む者の積極的な信仰告白の自由を侵害することになる。他方、憲法異議申立人Ⅱによれば、「国家はすべての国家公民の安住の地として宗教的・世界観的中立性に義務づけられる。国家教会法的な法形式の導入は国家に禁じられるとともに、特定宗派の特権化が禁止される」<sup>93)</sup>。そのため「公立学校での宗教や世界観へのさらなる (weitergehend) 援助は行われてはならず」<sup>94)</sup>、これに反して学校祈祷が行われた場合には、異議申立人は信教の自由により防御しうることになる。もっとも、連邦憲法裁判所自らは本決定では中立性に言及しておらず、上述のように、ラント立法者の寛容に基づく調整に委ねている。しかし、これら2つの判例を通して展開された宗教的・世界観的中立性は、学説においても、同様の対立を生じさせている。以下では、この時期の学説の対立を概観する。

これらの判決をめぐって、H. クリューガー (Herbert Krüger) の「国家の非同一化原理」に基づいて、学校においても国家と教会は厳格に分離されなければならないとする F. ツェチュビッツ (Friedrich von Zetzschwitz) らの見解と、文化の継承のために、ある程度は、学校で宗教教育外であっても宗教的活動を認めることについて国家は配慮しなければならないとする M. ヘッケル (Martin Heckel) や K. マイヤー・テッシュェンドルフ (Klaus Meyer-Teschendorf) らの見解との間で60年代後半から70年代に亘って論争が引き起こされた。

いずれの見解においても、連邦憲法裁判所の判決によって基礎づけられた基本法解釈から中立性を導き出すことによって、国家によるある特定の世界観との同一化および世界観を理由とした優遇または不利な取り扱いが禁止される。そしてこれらの論争を通して、中立性は基本法解釈論において定着していくことになる。以下では両者の見解を概観する。

## 1. 国家の非同一化原理と厳格な分離

厳格な分離を要請する中立性についてみる前に、便宜上、クリューガーの「非

---

92) BVerfGE 52, 223, 227.

93) BVerfGE 52, 223, 232f.

94) BVerfGE 52, 223, 233.

同一化原理」について概観する。クリューガーは、まず、国家の領域を一般性の領域と特殊性の領域とに区分し、国家権力が関わることのできる領域は前者の一般性の領域に限られるべきであることを主張する。個人の信仰などは後者の特殊性の領域に含まれる<sup>95)</sup>。このようにして、国家は特殊性の領域に属する特定の宗教や世界観と同一化してはならないという、「非同一化原理」が導出されることになる。

このクリューガーの理論から着想を得て、上述の2つの決定に対する批判的な立場を展開したのがツェチュビッツに代表される見解である。

ツェチュビッツは、国家は宗教的な事柄に関しては、基本法に規定された宗教教育を除くほかはいかなる権限をも持たないため、学校における宗教的な活動は、たとえ助成という性格を有するものであっても客観法に反することを強調する。世俗的な国家は無制限に宗教的・世界観的に無関心でなくてはならず、学校管理者もこれを維持し続けなければならない。以上のような論拠から、国家の宗教的・世界観的中立性義務が導き出されるというのである<sup>96)</sup>。さらに、信仰告白の自由によって、国家は宗教的価値への働きかけを禁止され、そのことを通して寛容の要請が維持される。この寛容の要請は宗教的な価値中立性・価値相対性を保障するものであり、いかなる絶対的な信仰・世界観の妥当性要求とも同一化することを禁止することになる。さらに彼は、「中立性を理由として、学校でいかなる宗教的・世界観的な事柄に対しても沈黙することは世俗主義との同一化である」<sup>97)</sup>あるいは「学校制度における国家の中立性は学校における『非宗教』の確立ではない」<sup>98)</sup>との批判に対しては、別の論考において、宗教的・世界観的な問

95) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre 2. Aufl. 1966, S. 178ff. 邦語文献として、日比野勤「国家の『中立化』と自由な国家」法学協会編『法学協会百周年記念論文集 第一巻』(有斐閣、1983) 137頁以下、清水、前掲注71、450頁以下参照。

96) Friedrich von Zezschwitz, Staatliche Neutralitätspflicht und Schulgebet JZ 1966, S. 337ff., S. 339f. なお、この論考は、学校祈祷決定をめぐるヘッセン国事裁判所判決に対する批判として書かれたものであるため、時系列的には後述する宗派混合学校決定に対する批判として書かれた論考より前のものとなっている。同様の見解として、Erwin Fischer, Trennung von Staat und Kirche, 2. Aufl., 1971, S. 40, S. 53.; Gerhard Scheffler, Staat und Kirche, 2. Aufl., 1973, S. 321.

97) Alexander Hollerbach, Neutralität, Pluralismus und Toeranz in der heutigen Verfassung, in: ders., Ausgewählte Schriften, 2006, S. 300.

題における節制と信仰の伝承の拒否とを同列に扱うことは許されず、中立性の理解についても、世俗主義を教え広めるものであると理解することは基本法4条1項、3条3項とは相容れないものであると反論している。そのうえで、「中立性の要請が要求するものは、世界観的な一面化を拒否し、すべての宗教的・世界観的評価のノモス (Nomos) を正当なものとする厳格な試みである」<sup>99)</sup>としており、彼は、ドイツにおけるキリスト教的な伝統を学校で継承していこうとする動きに対して批判的な態度をとっている。

## 2. 「開かれた中立性」

これに対して、まず、キリスト教的伝統を保持することを強く望む立場は、「中立性とは宗教の無視や国家の法からの排除ではなく、国家の中立的な開放性と衝突する宗教的な絶対性要求からの独立性を意味する」<sup>100)</sup>という中立性解釈を展開する。国家には市民の基本権行使のための文化的責務として、あらゆる宗教・世界観を平等に援助すること、その一環として学校における配慮や援助も可能であるというのである。このような観点は、上述の2つの判例においても見られたが、中立性という制約のもとでも、キリスト教的伝統を維持しようという問題関心を共有している。多数者の宗教・世界観を擁護するために、本来少数者のために保障された4条の基本権の客観法的側面を用いようとするこのような姿勢に対しては、注意が必要であろう。とはいえ、この立場もクリューガーの非同一化原理を否定するわけではなく、例えば、仮に学校において祈祷を行うとしても、それは市民の基本権行使への援助であるという論法で、この原理との衝突を回避しようと試みている<sup>101)</sup>。

他方で、E-W・バッケンフェルデ (Ernst-Wolfgang Böckenförde) は、開かれた中立性を支持しつつも、市民の特殊性としての宗教や世界観を承認したり、発

---

98) この立場の代表的な論考として、Ebenda, S. 300; v. Campenhausen, *Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft*, 1967, S. 5参照。

99) Zezschwitz, *Glaubensfreiheit und schulische Erziehung* JZ 1971 S. 11 ff., S. 15.

100) Martin Heckel, *Staat Kirche Kunst*, 1968, S. 208 f.

101) Klaus Meyer-Teschendorf, *Staat und Kirche im pluralistischen Gemeinwesen*, 1979, S. 172 ff.

展の自由を保障したりすることに国家の活動は限られるとして、学校をはじめとする国家の営造物における積極的な介入に対しては懐疑的な立場をとっている<sup>102)</sup>。

いずれの見解においても、国家と宗教・世界観との関わりあいがある程度認める点では共通しており、市民の自由へ配慮することを意図している。もっとも、平等な援助といえども、ドイツにおいては、圧倒的多数を占めるキリスト教を優遇することになりかねない。開かれた中立性を擁護する論者の間でも、この点においては見解が対立していることは上にみたとおりである<sup>103)</sup>。もっとも、学説においては、距離を置く厳格な中立性が開かれた中立性かの二者択一ではなく、場面に応じて両者を使い分けようという試みも生じている<sup>104)</sup>。

### 3. 小括

連邦憲法裁判所は上記の2つの判例においては、その都度の異議申立人による異なる中立性要求や、宗派混合学校決定で、後者の「開かれた中立性」に理解を示す趣旨の言及があった程度で、学校祈祷決定においては、国家の宗教的・世界観的中立性にはそれほど積極的な言明をしていないということが明らかとなった。しかし、学説においてはこれらの決定を支持するにせよ批判するにせよ、独自の中立性観を展開させてきたことも事実である。

さらに、上述の国家の宗教的・世界観的中立性の根拠づけのいずれを採用したとしても、あくまで客観的法規範でしかなく、それ自体としては、権利侵害に対する異議を申立てることはできない。事実、異議申立人も、自らの権利侵害と併せて中立性違反を申立てているにすぎない。もっとも、その問題点をあらかじめ考慮し、より抽象的な議論の次元においてではあるが、客観的法規範を主観化する試みもある<sup>105)</sup>。また、本稿の問題関心にとって興味深い指摘として、中立性

102) Ernst-Wolfgang Böckenförde, (Fn.70), S. 119ff. S. 128ff.; ders., Das Grundrecht der Gewissensfreiheit in: ders., Staat Verfassung Demokratie, 2. Aufl., 1992, S. 226f.

103) なお、連邦憲法裁判所ものちに、その判決で開かれた中立性に自ら言及するようになっていく。例えば、BVerfGE 93, 1, 10; BVerfGE 108, 282, 300. これらの判例については後述IV 3. (1)参照。

104) この問題については、後述V 2. 参照。

105) Pieroth/Schlink, (Fn. 11), Rn. 81. [邦訳、31頁]。

を義務づけることにより、子どもへの教化のない国家の教育権力を想定し、学校の教育権限と親・生徒の基本権との緊張関係を扱いやすくするといった、法実践における有用性から学校における中立性を評価しようと述べる、B. ピエロート (Bodo Pieroth) の指摘もある<sup>106)</sup>。

しかし、「基本法の価値決定」に、連邦憲法裁判所が言及し、かつての多くの学説も、それを承認していたドイツでも、社会の多元化や親（離婚率の増加）や教会（教会離れや東西統一による旧東ドイツにおける無宗教者の顕在化）のような教育主体の衰退を端緒に、従来は当然のものとして共同体において共有されていた基本的なコンセンサスの獲得が困難になってきたことを背景に、学校教育をこれらの価値決定・コンセンサスを維持する手段として位置づける傾向が多く見られるようになっていく<sup>107)</sup>。そこでは、国家の中立性への義務づけよりもむしろ、「同一化」を求めている。そして、ここに含まれる範疇は次第に拡大されていくことになる。本節では、学校形態や学校行事と国家の宗教的・世界観的中立性との関わりあいを見てきた。しかし、このように変化した状況においては、再び学校教育にとってはむしろ教育内容をいかに取扱うか、すなわち、価値の教え込みの可否が重要な問題となってくる。国家の宗教的・世界観的中立性は、このような基本法の価値決定を学校で教えることに対していかなる関係に立つのかを次節では見ていくことにしたい。

## IV 教室における中立性とその例外

### 1. 教育内容と教化禁止 (Indoktrinationsverbot)

学校において取り扱われる教育内容と親や生徒の基本権との衝突が問題となった事例としては1977年の性教育決定 (BVerfGE 47, 46) および1989年の教科書決定がある。まずはこの決定について見ていくことにしよう。

---

106) Pieroth, (Fn. 43), S. 960f.

107) 基本的コンセンサスを重視するものとして、Peter Huber, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab im freiheitlichen Verfassungsstaat, BVerfGE 1994, S. 545ff. 基本的コンセンサスそれ自体よりもむしろそれに基づく学校による社会統合を重視するものとして、Böckenförde, Aussprache, in: VVDStRL 54, S. 125.

a) 性教育決定<sup>108)</sup>

①本件は2つの憲法上の権利に関する裁判に対する決定として下されたものである。

まず一方は、1968年に各ラントの文化大臣の常任委員会における性教育についての勧告において、家庭で行われる性教育に、学校も協力する必要があることが言及されたことを受け、ハンブルク政府が学校法28条・学校組織法2条を根拠に、科目横断的な(fachübergreifend)性教育を導入したことに対し、ハンブルクの公立学校へ子どもを通わせている親が、この性教育は法律上の根拠を欠き違法であるとともに親の権利の許容しえない侵害であるとして、行政裁判所に訴えを提起したことによる。行政裁判所は、親の訴えを受け入れ、学校法28条・学校組織法2条は性教育の法的根拠たりえないとした。しかし、ハンブルク上級行政裁判所がこれを破棄し、連邦行政裁判所は連邦憲法裁判所に事件を移送した<sup>109)</sup>。

他方は、バーデン・ブリュテンベルクのギムナジウムに通学している子どもとその親による憲法異議である。彼らは、ギムナジウムで使用されている生物の教科書の記述と写真が親の教育権を侵害していることを理由に、生物の授業で行われている性教育からの子どもの解放を求めた<sup>110)</sup>。

②以上の2つの裁判を受けて、連邦憲法裁判所は、性教育においては、単なる客観的事実や知識の伝達と価値判断を伴うものとを区別することが可能であるという前提に立ち、前者の事実や知識の伝達は学校においても行うことができると判断している<sup>111)</sup>。そしてこの問題における審査尺度は基本法6条2項1文の親の教育権、基本法7条1項の国家の教育委託、基本法2条1項の子どもの人格権であるとしている<sup>112)</sup>。そして、性的な発達は原則として私的な親密な領域で生じるものであり、そこへ国家が働きかけることは、子どもに、親に対する偏見を引き

108) Beschluß des Ersten Senats vom 21. 12. 1979. BVerfGE 47, 46ff. 西原博史「学校における性教育の許容性と親・子どもの基本権—性教育決定—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅰ(第2版)』(信山社、2003)242頁以下。

109) BVerfGE 47, 46, 48ff.

110) BVerfGE 47, 46, 60ff.

111) BVerfGE 47, 46, 68f.

112) BVerfGE 47, 46, 69.

起こしたり、家族の緊張関係を生み出すことになる点や、性教育は学校よりも家庭に親和性を有することも同時に指摘されている<sup>113)</sup>。

他方で、国家の教育委託は知識の伝達に限られず、自己責任ある社会の構成員へと子どもを育てることをも内容としており、学校では子どもに専門的な知識に基づく情報や多面的な、補助的で補足的な対話が提供されうることが確認されている<sup>114)</sup>。

③この裁判で言及された、子どもの基本法2条1項の人格権とそれに基づく私的領域の保障は、性的な態度表明とそれについて自ら決定する権利を保障している。子どもは、学校における性教育の様式と方法次第では影響を受け、精神的に侵害され、その発達に重大な影響を及ぼしうる<sup>115)</sup>。

連邦憲法裁判所は、これらの3つの基本法によって保障された領域が緊張関係にあることを明らかにしつつも、「基本法は、教育の全体の領域の中では個人の権利の契機を強めており、親に学校教育においても大きな影響力の余地を残し〔ており一筆者〕……親と学校の全体の教育課題は、子どもの一つの人格を形成することを目標としており、個々の構成要素に分解されない。この教育課題は、むしろ、……相互に関連した協働において果たされなければならない」<sup>116)</sup>ことを強調している。しかし、学校教育への親の参加権は認めていない<sup>117)</sup>。その理由として、連邦憲法裁判所は次のように述べている。「基本法6条2項から生じる基本権は個人的な権利として保障され……多数派を形成することによって行使しうるものではない。多元的な社会においては、すべての親の要望を考慮することおよびそれを教育目標やカリキュラムを作成する際および授業を形成する際に考慮することは事実上不可能である」<sup>118)</sup>。学校における性教育に対して、親が要求しうるのは自制と寛容のみであり、このような要求に基づいて「学校は特定の性的態度を支持したり拒否したりする目標をもって生徒を教化する試み (Versuch

---

113) BVerfGE 47, 46, 69f.

114) BVerfGE 47, 46, 72f.

115) BVerfGE 47, 46, 73.

116) BVerfGE 47, 46, 74.

117) BVerfGE 47, 46, 75f.

118) BVerfGE 47, 46, 76.

einer Indoktrinierung) を行ってはならない」<sup>119)</sup>。

④「国家の教育委託、親の教育権および子どもの人格権との間の限界は、しばしば流動的で、発見するのは困難である。この限界を際立たせることは、……立法者の課題となっている」<sup>120)</sup>。

⑤以上のことから、最終的な結論として、連邦憲法裁判所は、ハンブルク政府が性教育の根拠とした学校法28条および学校組織法2条は、決定を学校官庁に委ねており法律上の根拠たりえず、民主制原理および法治国原理に合致せず無効とした<sup>121)</sup>。他方で、バーデン・プリュテンベルクの親子の憲法異議については理由がないとした。その判断の根拠は、生物の授業では必要な範囲内で客観的な事実が成熟度に応じて伝達されているにすぎないこと、生物の教科書の記述や写真も中立的な知識伝達を超えるものではないこと、国家の教育委託の範囲内で「イデオロギー的に寛容」(傍点筆者)かつ親の教育権の余地を残していることであるとされる<sup>122)</sup>。

#### b) 教科書判決

さらに、連邦憲法裁判所は、1989年2月9日教科書判決<sup>123)</sup>においては、「憲法および法律によって定められた価値やそれと結びついた行為……を越えて、特定の政治的、イデオロギー的あるいは世界観的方向に資する……働きかけあるいは完全な扇動」を行うことは、「学校教育において要請された中立性および寛容を欠く」<sup>124)</sup>と示している。

#### c) 小括

上記のように性教育決定では、国家の教育委託が宗教的・世界観的中立性を義務づけられるということは述べられておらず、むしろ、親の教育権に配慮するための自制と〔イデオロギー的〕寛容が求められている。しかし、親の教育権や子どもの人格権を考慮したうえで、学校教育においては、特定の立場や態度を支持

119) BVerfGE 47, 46, 77.

120) BVerfGE 47, 46, 80.

121) BVerfGE 47, 46, 82.

122) BVerfGE 47, 46, 84f.

123) Beshluß des Ersten Senats vom 9.2.1989. 公式判例集未収録、BVerfG NVwZ 1990 54f.

124) BVerfG NVwZ 1990 55.

あるいは拒否するような教え込みが行われてはならないことは、再三確認されている。さらに、上述の宗派混合学校決定や学校祈祷決定と同じく、学説からは、この教化禁止から中立性への義務づけあるいはイデオロギー的寛容の要請を導き出す動きが現れ始め、後の教科書判決においても、中立性および寛容の侵害が一定の要件のもとで容認されている。同時に、これを原則として承認しつつも、性教育決定および教科書判決でも述べられた、「自己責任ある社会の構成員への教育」やⅡの最後に述べたような社会的な変化から、学校こそが伝統的な共同体的な価値を若い世代に教える最後の希望であるという期待も生じてきている。以下では、それらの価値を学校教育においていかに取扱うかについて概観する。

## 2. 「例外」としての基本価値

以上のような判例の動向を背景に、公教育における中立性は、生徒に影響を及ぼしうる価値を含んだ素材を取扱うことを認めていることについては、一致がみられる<sup>125)</sup>。しかし、いかなる教育目標・内容にまで中立性が及ぶかについては、見解の対立が存在する。次に、宗教教育への参加（基本法7条3項）といった基本法において明白に権利として中立性の例外と認められている事項には含まれず、授業においていかに取り扱われるべきかが問題なる憲法の基本価値への教育(1)と憲法の基本価値には含まれないが多元化した社会においてなお人々の連帯を維持しうるために必要とされている共同体的価値への教育(2)について、国家の中立性がいかに取り扱われているかを検討する。

### (1) 「憲法核心」(Verfassungssensenz)<sup>126)</sup>

まず、公教育において、憲法の基本価値としての「憲法核心」を生徒に伝達することは中立性の例外として広く認められている<sup>127)</sup>。ここで憲法の基本価値として承認されるものは、憲法の変更によっても動かすことのできない価値を定め

125) Stein, (Fn. 28), S.50; Evers, (Fn. 67), S. 82 ff.; Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 35 ff.; Thiel, (Fn. 67), S. 105 ff.

126) 「憲法核心」(Verfassungssensenz)という用語は、Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 41 ff. で用いられている。ただ、「基本法の基本価値」(Evers, (Fn.64), S.106 ff.)、「憲法原理」(Thiel, (Fn.67), S.114 ff.)など、論者によって用語上の相違がある。しかし、ここでは便宜上「憲法核心」の語を用いる。

た基本法79条3項に列挙されているもの（人間の尊厳、自由、平等の権利、自由で民主的な法治国家的・社会国家的基本秩序）<sup>128)</sup>であると理解されている。

a) このような「憲法核心」が中立性の例外として認められる前提は、学校の統合的機能である<sup>129)</sup>。学校の統合的機能とは、必要な限り、自由権や国家公民の権利および義務、政治的過程に参加するために必要な知識や能力は、学校によって与えられなければならないというものである。この機能により、学校は、生徒が「有能な民主主義国家の市民」<sup>130)</sup>となるように教育しなければならない<sup>131)</sup>。そのうえで、学校には憲法核心の領域では中立的ではなく、むしろ同一化が求められる。しかし、憲法核心との同一化の程度については、論者ごとに捉え方が異なっている。

aa) A. シュミット・カムラー (Arnulf Schmitt-Kammler) は、ここで同一化しうる憲法の基本価値を、基本法79条3項の、基本法の改正できない価値に限定する<sup>132)</sup>。それゆえ、憲法核心教育は、そこに内在すると考えられているキリスト教的要素からも切り離された、世俗的な文化の存続手段として行われなければならないことを強調している。しかし、彼のように憲法核心のみを、学校で同一化しうる価値と理解する者は少数に留まる。他の論者は、むしろこの価値からさらに規範的な要請を導き出そうとしている。

bb) H-U. エーファース (Hans-Ulrich Evers)<sup>133)</sup> や J. イーゼンゼー (Josef

127) Evers, (Fn. 67), S. 90 ff., S. 106 ff.; Isensee, Verfassungsgarantie ethischer Grundwerte und gesellschaftlicher Konsens, NJW 1977, S. 545 ff.; Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 41 ff.; Thiel, (Fn. 67), S. 114 ff.; Matthias Jestaedt, § 156 Schule und außerschulische Erziehung, in: Handbuch des Staatsrechts, 3. Aufl., 2009, Rn. 71.

128) さらに、侵略戦争の禁止・国際協調と平和を挙げる論者もいる。Vgl. Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 41 ff.

129) Evers, (Fn. 67), S. 90 ff., S. 106 ff.; Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 41 ff.; Thiel, (Fn. 67), S. 114 ff.

130) Thiel, (Fn. 67), S. 115.

131) Evers, (Fn. 67), S. 90 ff., S. 106 ff.; Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 41 ff.; Thiel, (Fn. 67), S. 114 ff. 西原、前掲註8、129頁はこの統合的機能が日本における「主権者教育権論に似た」ものであると述べている。しかし、ドイツにおける統合的機能は公教育の「機能」であると考えられているのに対して、日本における主権者教育権論は国民が学校に対してこのような教育内容を要求するものであるという点で、方向性が異なる。

132) Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 41 ff.

133) Evers, (Fn. 67), S. 90 ff.

Isensee)<sup>134)</sup>はその代表である。彼らによれば、若い市民が民主主義において必要な能力を身につけ、共同体において生活していくうえで必要と考えられるような憲法の基本価値が学校で伝達されなければならないというのである。まず、エーファースは、学校を、生徒が将来政治的意思形成過程に参加しうることを可能とするものでなければならないと位置づけ、中立性の要請と一致しうる教育目標をその過程を促進するものに限定する。さらに、彼は、基本権や自由で民主的な基本秩序については、中立性ではなく同一化 (Identifikation) を学校に課す。また、彼は、学校が同一化する領分を、このような憲法上の価値だけではなく、倫理規範として社会で一致のあるものにまで拡大している。次に、イーゼンゼーは、基本法の間人像や国家による模範像を国民的道徳とすることに対しては警戒的ではあるが、他方で、確定が困難であることを自覚しつつも、憲法によって特徴づけられた道徳律 (Sittengesetz) を全社会のコンセンサスによって担われる道徳的規範と理解している。このように、彼らは学校が同一化し中立性を考慮しない範囲を憲法核心よりもさらに広げようとしている<sup>135)</sup>。

cc) 最後に、P. ヘーバルレ (Peter Häberle) は、自らの「教育学的憲法解釈」により、憲法とは、法学者の成果であるだけでなく、市民の言葉や教育的な模範という形でも必要とされるものであること、教育的基礎として、若い市民が学校で伝達される成果でもあることを出発点とする<sup>136)</sup>。そのことから彼は、憲法が国家と社会の基本秩序であるだけでなく、文化的発展を示すものでもあり、後者を若い市民が教育を通して獲得することが求められていることを強調する。

さらに、その中でも、基本法における自由が、多くのラント憲法において教育

---

134) Isensee, (Fn. 127), S. 545 ff.; ders., (Fn. 43), S. 92 ff, S. 113 ff.; ders., Aussprache, VVDStRL 54, 1995, S. 115 ff.

135) 同様の見解として、Hans-Walter Schlie, Elterliches Erziehungsrecht und staatliche Schulaufsicht im Grundgesetz, 1986, S. 81 ff.; Alexander Hollerbach, Neutralität, Pluralismus und Toeranz in der heutigen Verfassung, in: Ausgewählte Schriften, 2006, S. 296; Dittmann, Erziehungsauftrag und Erziehungsmaßstab der Schule im freiheitlichen Verfassungsstaat, VVDStRL, 1995, S. 58 ff.; Thiel, (Fn. 67), S. 114 ff.; Wolfgang Loschelder, Grenzen staatlicher Wertevermittlung in der Schule in: Isensee (Hrsg), FS Listl, 1999, S. 349 ff., S. 353 ff.; Jesteadt, (Fn. 127), Rn. 73.

136) Peter Häberle, Verfassungsprinzipien als Erziehungsziele, in: FS H. Huber, 1981, S. 211 ff, S. 228 ff. ヘーバルレのこの解釈に与するものとして、Dittmann, (Fn. 135), S. 58 ff.

目標として定められていることに着目する。このような自由は、教育目標へと具体化されることで社会倫理的なものとして位置づけられている<sup>137)</sup>。これらの教育目標は、「政治的動物」としての人間の基本権的自由を文化的な文脈へと組み込んでいる。ここで若い市民は、自らの人格発展の自由とともに他者の自由への尊重や寛容をも学ぶことになるというのである。

このように、ヘーベルレは、自らの「文化科学としての憲法」という構想から、教育における憲法の性質および役割を導き出している。すなわち、ここで彼は、子どもを憲法に組み込まれている文化的な文脈に繋ぎとめようとしているのである。

b) しかし、たとえ学校が憲法の基本価値と同一化しようとしても、生徒の内面において、この価値を承認させることまで認めるものではないことについては、学説においてもほぼ一致が見られる<sup>138)</sup>。そのため、学校は、生徒への憲法の基本価値の支持要求や、憲法の基本価値を過大評価すること、憲法の基本価値への教化を行ってはならない<sup>139)</sup>。学校は、憲法価値を伝達する際にも記述的・比較的に、すなわち、客観的に、提示しなければならない<sup>140)</sup>。他方で、シュミット・カムラーは、生徒が、憲法の基本価値を自らの内面において、肯定することも教育における望ましい成果として認めるべきとする<sup>141)</sup>。彼は、統合機能によって、生徒に憲法の基本価値を内面的に肯定させる権限が、学校に認められるとともに、学校はこれに義務づけられるというのである。

このように、基本法は、学校に憲法の基本価値と同一化することを認め、また、同一化するよう命じている。その際、学校は、見解の異なる生徒に対する寛容を要請される<sup>142)</sup>。

137) Ebenda, S. 230.

138) Evers, (Fn. 67), S. 107 ff. は、その根拠として、連邦憲法裁判所の一連の判例が、基本法は基本法の決定に反する意見や学問的な理論を發展させ、議論することも、基本法の自由で民主的な基本秩序に対して批判を加えることを禁止していないと述べていることを挙げている。

139) Evers, (Fn. 67), S. 110 ff.; Thiel, (Fn. 67), S. 114 ff.; Huster, (Fn. 53), S. 286 ff.

140) Thiel, (Fn. 67), S. 114 ff.

141) Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 44 ff.

142) Evers, (Fn. 67), S. 99 ff.

以上のように、「憲法核心」教育は、原則として学校に義務づけられた中立性の例外と位置づけられている。この教育は、基本法が自由で民主的な基本秩序を規定し、それを維持する前提として、学校でこれらの価値を伝達することを目的とする。しかし、憲法の基本価値である「人間の尊厳」や「自由で民主的な基本秩序」という概念はきわめて抽象的で、専門家の間でも見解の相違があり、授業で伝達するには、これらが具体的にそれぞれどのような内容であるかを確定しなければならない。それにもかかわらず、この具体的な内容を決定する主体は、明らかではない<sup>143)</sup>。仮に、この内容を国家が決定するならば、その憲法解釈が、学校においては、憲法の基本価値の具体的な内容として、伝達されることになる<sup>144)</sup>。さらに、「憲法核心」教育は、憲法敵対的な見解には基本権を喪失させる「たたかう民主制」と密接な関連を持ち、憲法敵対的な思想を持つ教師を公職から排除する根拠ともなりうる。

c) さらに、S. フスター (Stefan Huster) は、「憲法核心」教育が潜在的に政治的な性格を帯びていることにより、この教育を擁護する論者は学校をただ政治的空間としか理解していない、と批判する<sup>145)</sup>。彼によれば、学校は政治的空間であるだけではなく、社会的空間でもあり、「学校に存在しうるのは、生徒を、政治的公共体の能動的な市民としての自らの役割へ、備えさせることだけではない」<sup>146)</sup>。そして、シュミット・カムラーのように、教育目標を憲法核心に限定し、性格の形成を学校に義務づけることを断念しても、すでに、「学校という共同生活組織に、また、教師の生徒との関係に——すなわち、学校の『隠れたカリキュラム』に——特定の基本決定が含まれ、……そこで問題とされるのは、憲法核心教育をどのように捉えるべきかということだけである」<sup>147)</sup>。そして彼は、憲法核心とは異なる、「生徒の一般的な社会的態度は」、学校教育にとっては中心

---

143) Schmitt-Kammler, (Fn. 67), S. 44 ff.は、この問題を意識しており、連邦憲法裁判所が不明確な概念について決定する権限を持つとする。

144) 同様の指摘として、西原、前掲註8、135頁。また、日本における憲法価値への教育に対する同様の批判として、今野健一『教育における自由と国家』(信山社、2006) 344頁以下参照。

145) Huster, (Fn. 53), S. 286 ff., S. 296 ff.

146) Ebenda, S. 288.

的な領域であるにもかかわらず、「基本法の永続性について、言及すらされていない」<sup>148)</sup>ことにも疑問を呈している。

## (2) 共同体への志向

a) 憲法核心教育は、国家の中立性を義務づけるのではなく、同一化を要求するものであるということから、さらに中立性が及ばない領域を拡大しようという試みも多く見られる。この背景には、IIで述べたような社会的変化および多元化により、従来は共有されていたはずの基本的コンセンサスが失われつつあることへの危惧がある。基本的コンセンサスを維持ないしは回復するためには、共同体的な価値への教育が不可欠だということである。この教育を正当化する根拠は、①ラント憲法の教育目標、②基本法2条1項の共同体志向的解釈である。以下では、この問題に関する議論を見ていくことにする。

b) ラント憲法の教育目標には、具体的に、法秩序の遵守、社会的正義ないし公正さ、他者の見解への寛容・尊重、連帯、社会正義、公正さ、郷土愛、国際協調、キリスト教的隣人愛、神への畏敬のような、子どもの共同体との結びつきや、その志向のための教育目標が定められている<sup>149)</sup>。そして、これらの価値を学校で教えることを当然視する学説は少なくない<sup>150)</sup>。他方で、倫理規範を伝達する教育であっても、特定の信仰を絶対視したり、それへ導くよう教育してはならないことも意識されている。例えば、エーファースによれば、学校は文化的な価値を生徒に理解させることに限られ、特定の芸術的傾向へ教育することを自制しな

147) Ebenda, S. 288. は、ガットマン (Amy Gutmann) の影響を受け、教育目標を憲法核心に限定したとしても、一般的な学校生活のように、学校における教育以外の要素によっても、生徒が教育を受けているということを指摘している。Gutmann, *Democratic Education*, 1999, p. 53. [神山正弘訳『民主教育論』(同時代社、2004) 64頁] 参照。

148) Ebenda, S. 288.

149) もちろん、具体的な内容は各ラントごとに異なる。Bothe, (Fn. 50), S. 6ff., S. 30f. は旧西ドイツのラント憲法では宗教的色彩を持つ教育目標が定められているのに対して、併合された東ドイツのラント憲法にはこのような教育目標は存在していないという整理を行っている。

150) Evers, (Fn. 67), S. 101.; Thiel, (Fn. 67), S. 117ff.; Schlie, (Fn. 135), S. 74.; Isensee, (Fn. 43), S. 115.; Loschelder, (Fn. 135), S. 359ff.; Thomas Oppermann, *Öffentlicher Erziehungsauftrag - Eine Wiederbesichtigung nach der deutschen Einheit in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Bd. 32, 1998, S. 7ff, S. 28.; Christian Starck, *Freiheitlicher Staat und staatliche Schulhoheit in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche*, Bd. 9, S. 9ff, S. 23f.; Huber, (Fn. 107), S. 548.

なければならないとされている<sup>151)</sup>。そして、ここで学校に委ねられるのは、生徒が①自主的に自分の位置を知ること、②価値と結びつくこと、③適切な行動をとるために援助することに制限されるとしている。なお、この教育目標を個人志向的に具体化するか、または共同体志向的に具体化するかについては、個々のラントの立法者の形成に委ねられているともしている。

c) さらに、基本法2条1項の解釈をもっぱら個人の人格の自律に限定するのではなく、これを共同体志向的に解釈しようという試みもある<sup>152)</sup>。人格の自由な発展の権利をこのように解釈することによって、自らの属する共同体とは相容れないような方法での人格の発展を保障の対象外に置こうとするのである。この解釈は、「基本法の間人像」として、社会的共同体の中で、批判的かつ自己決定および自己責任を意識した人格へ生徒を成長させることを国家に義務づけている。また、上記b)の各ラントごとに異なる教育目標とは異なり、この解釈は全ドイツ的な教育目標と位置づけられることもある。

d) しかしまた、このように教育における規準を法的に確定することに対しては、学校教育を生徒と教師との相互交流の場であると位置づけ、そのため学校教育は法的な規制には馴染まないことや、教育目標の法定により、これらの目標への適否が個別に判断されることになることから、基本法の保障する自由とは相容れないとの批判もある<sup>153)</sup>。この批判によれば、学校教育とは、各科目ごとの学習であるとともに、生徒と教師の対話でもあることになるだろう。

### (3) まとめ

#### a) 少数者への配慮と「例外」の意味？

中立性が及ばない領域を「憲法核心」に限定する論者はごく少数に限られ、むしろ、さらに共同体を志向する価値にまで拡大する論者は少なくないことは、上にみたとおりである<sup>154)</sup>。もっとも、彼らもこれらの価値の支持の表明まで求め

151) Evers, (Fn. 67), S. 101 ff.

152) Bothe, (Fn. 52), S. 33.; Dittmann, (Fn. 135), S. 57.; Schlie, (Fn. 135), S. 102 ff.

153) Gerd Roellecke, Erziehungsziele und der Auftrag der Staatschule in: Zeidler/Maunz/ders. (Hrsg.), FS Faller, 1984, S. 187 ff. なお、Bothe, (Fn. 51), S. 26も「固有法則性」という語を用いて教師と生徒の相互作用を承認している。

154) 上述IV 2. (1)参照。

ているわけではなく、共同体の多数者は、そのような取扱いで満足しようとしても、少数者にとっては、これらの価値が登場することで、緊張関係が生じる可能性は否定できないということが問題なのである。そもそも、社会の変化や多元化という背景がこれらの教育のために学校を用いる根拠となりうるのかも疑問の余地がある。本稿の問題関心からは、仮にこのような教育を行おうと試みる際には、立法者による形成段階では支持への表明を求めないということだけでは不十分であり、緊張関係を内包しうる少数者への配慮が、可能な限りその統制として機能すべきではないかと考えている。

次に、そもそも「例外」とは何を意味するのかということも問題となる。前述のように、国家は来るべき世代に教育を行う場合でも、せいぜい「外的な行為」のみを規制することしかできず<sup>155)</sup>、ある特定の価値に対する支持の表明を強制することはできない。そこで、憲法核心や共同体的価値として特定されたものを、中立性の「例外」と位置づけることに、果たしてどれほどの意義があるのか、定かではない。

#### b) オルタナティブとしての「寛容」?

ドイツの国法学・教育法学では、このような議論と並行して、中立性に替わる理論的枠組みを提供しようという試みも行われていた。すなわち、T. オッパーマン (Thomas Oppermann) による「イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権」<sup>156)</sup>構想がそれである。彼によれば、中立的な学校および教師では、生徒は自由で民主的な精神へ教育されえないということ、学校も自由で民主的な公共同体 (Gemeinwesen) の一部であり、自由や多元性に義務づけられることにより、一方では、学校はイデオロギー的な一面的な働きかけに対して、客観法的に寛容へ義務づけられる。そして同時に、ドイツの憲法秩序が寛容への支持を表明してい

155) Isensee, Aussprache in: VVDStRL 54, S. 115.; ders., (Fn. 43), S. 114f.; Philip Kunig, Rechtsfragen ethischer und religiöser Erziehung in der Schule in: Gottfried Adam/Friedrich Schweitzer (Hrsg.), Ethisch erziehen in der Schule, 1996, S. 303.

156) Thomas Oppermann, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu ordnen? Gutachten C für den 51. Deutschen Juristentag, 1976, S. 92ff.; ders., Zum Grundrecht auf eine tolerante Schule RdJB 25, 1977, S. 44ff.; Theodor Mauz, Lehrplan und Toleranzgebot, RdJB 1976, S. 264ff.; Günter Püttner, Toleranz als Verfassungsprinzip, 1977, S. 48ff.

ることから、イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権も導き出される。そして、これらは、学校教育におけるもっとも重要な原則として位置づけられる。しかし、このように、学校が寛容へ義務づけられることで、必然的に価値の教え込みが断念されるわけではない。むしろ、ラント憲法において教育目標が定められている以上、その内容を確定する必要がある。そのため、ここでも中立性や非同一化の原理は断念されることになる。以上のように根拠づけられた寛容が要求するのは、他者の意見を受容し、他者の選択を受忍するということである。その背景にあるのは、異なる宗教的・世界観的確信を有する人々が存在する中で、学校の教育委託には子どもの安住の地としての役割が求められるということである。

この構想は上述の判例をはじめとして、ある程度受容されたように見えるが、①教科書決定が示していたように、教化の禁止が「中立性および寛容の要請」(傍点筆者)と位置づけられ、この時点では、もはや中立性と寛容との法的な概念上の相違が相対化されていることや、②進行する社会の多元化という実情に鑑みて、学校が自由で民主的な精神と同一化することは、むしろ次第に社会に亀裂を生じさせるのではないかということ、③一連の判例に見られるように、寛容が逆に、少数者に要請されているような現状においては、ここまで論じてきた中立性と同様に、ある程度の限界があるように思われる。「寛容」をめぐる議論は中立性との関係においてもきわめて重要ではあるが、本稿の問題関心を超えるため、ここではこれ以上言及しないでおく。

### 3. 教室におけるシンボルと自由

学校における授業内容と並んで問題となるのは、教室における特定の宗教的シンボルの設置とそれを拒否する生徒が対面することによる基本権侵害の有無および国家の宗教的・世界観的中立性に違反しないかという点である。この問題については、学校十字架決定(BVerfGE 93, 1)および女性教師志願者のイスラームスカーフ判決(BVerfGE 108, 282)を素材として議論を概観する。

#### (1) 学校十字架決定<sup>157)</sup>

本件は、1983年7月21日にバイエルン国民学校規則13条1項(以下、同規則)が、各教室に十字架を設置するよう改正されたことに対し、基本法4条1項、6条2項、

2条1項、19条4項の基本権侵害と、国家とキリスト教とが同一化することによる国家の宗教的・世界観的中立性の侵害を理由に、「人智学」的世界観を持つ親子が憲法異議を申立てたものである<sup>158)</sup>。

a) 法廷意見は、同規則は基本法6条2項1文と結びついた親の基本法4条1項の基本権および子どもの基本法4条1項の基本権を侵害しており、基本法と一致せず無効であるとした<sup>159)</sup>。

①基本法4条1項の信仰の自由は個人が特定の宗教的シンボルについて承認あるいは拒否の決定を行うことを保障している。ここでは、一方で他の信仰の表明から逃れる権利は存在しないが、他方で国家によって、回避可能性なく特定の信仰の影響にさらされる状況はこれと区別されなければならない<sup>160)</sup>。教室へキリスト者の精神的信仰と理解されている十字架を設置することにより、生徒は授業中に国家によって回避可能性なくこのシンボルと対面させられ、「十字架のもとで (unter dem Kreuz)」教えられることを強制されることになる<sup>161)</sup>。十字架の設置により、特定の行動態度が強制されるわけではないが、学校教育の性質上、十字架は、批判能力の乏しい生徒にとっては、模範として示されることになる<sup>162)</sup>。

②異なる宗教的・世界観的確信を持つ者が相互に平穏に共生しうることを保障するために、国家は信仰について中立性を維持しなければならないという、国家の中立性の原則が、基本法4条1項のほか3条3項、33条3項、ワイマール憲法136条1項および4項、137条1項と結びついた基本法140条を基礎として導かれることで、特定宗派の特権化や他の信仰の排除が禁止される<sup>163)</sup>。

③ラント立法者は、基本法7条1項が学校制度における宗教的・世界観的働き

157) Beschluß des Ersten Senats vom 16. 5. 1995. BVerfGE 93, 1ff. 石村修「公立学校における磔刑像 (十字架)」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ (第2版)』(信山社、2006) 115頁、手塚和男「キリスト十字架像を教室に取り付けるという学校規則をめぐる判決(1)(2)」三重大学教育学部研究紀要人文・社会科学47号 (1996) 127頁以下、同48号 (1997) 121頁以下。

158) BVerfGE 93, 1, 2f.

159) BVerfGE 93, 1, 13.

160) BVerfGE 93, 1, 15f.

161) BVerfGE 93, 1, 17f.

162) BVerfGE 93, 1, 20f.

163) BVerfGE 93, 1, 16f.

かけを許容していることと、基本法4条が特定の学校形態への決定において宗教的・世界観的強制をできる限り排除することへ方向づけていることとの間で、実践的整合により、両規定を調和しなければならない。キリスト教的関連の学校への導入にあたっては、信仰の伝達を行ってはならない。ここで学校に導入されるキリスト教的関連は、他者への寛容といった文化的要素に関わるものでなければならない<sup>164)</sup>。

b) 法廷意見に対し、3人の裁判官が次のように反対意見を表明している<sup>165)</sup>。

①基本法7条1項の国家の教育委託により、ラントには学校高権が認められている。そのため、バイエルン特有の事情が考慮されうる<sup>166)</sup>。そこで、非キリスト者にも正当化しうる文化・教養的価値の承認に関わる価値観を、授業空間において十字架によってシンボル化することは妨げられない<sup>167)</sup>。十字架が存在しているだけでは、特別な行動態度へ生徒を強制することはない。十字架はキリスト教宗派に共通するシンボルとして適切である<sup>168)</sup>。

基本法のもとでは、国家の宗教的・世界観的中立性義務は、無関心や世俗主義と解されてはならず、国家による援助をも含む教会および宗教団体と国家との協働という意味で理解される。そのため、教室への十字架の設置は中立性に反しない<sup>169)</sup>。

②信仰告白の自由により、自発的かつ超宗派的な学校祈祷も憲法上問題のないものとされているのであれば、教室における十字架も同様に問題はない<sup>170)</sup>。

異議申立人の消極的な信教の自由は、積極的なそれに優先するものでも、宗教を阻止する権利でもない。両者の必要な調整は寛容という方法でラント立法者によって行われなければならない<sup>171)</sup>。同規則において、ラント立法者は、この原則に適合している。

---

164) BVerfGE 93, 1, 22f.

165) BVerfGE 93, 1, 25ff.

166) BVerfGE 93, 1, 25f.

167) BVerfGE 93, 1, 28.

168) BVerfGE 93, 1, 29f.

169) BVerfGE 93, 1, 29.

170) BVerfGE 93, 1, 30f.

171) BVerfGE 93, 1, 31f.

教室における十字架は、キリスト教的に刻印された西欧文化の価値を伝達するためのシンボルであり、非キリスト者の生徒と親はこれを受け入れなければならず、寛容へ義務づけられる<sup>172)</sup>。

この決定に対する反響は非常に大きく、また、その多くは判決に批判的であった。以下では、本稿の問題関心から、①十字架の設置によって、生徒は宗教的な影響力にさらされることにより、基本法4条の信教の自由を侵害され、国家の宗教的・世界観的中立性に違反するか、②十字架の設置は、基本法7条1項によってラントに認められている文化高権の範囲内であり、これによって信教の自由の制約が正当化されるか、に対象を限定して論じる。

#### ①十字架の影響力と基本権侵害、国家の宗教的・世界観的中立性

a) 十字架の設置による生徒への宗教的な影響力の存否の対立は、十字架の解釈と密接に関連している。法廷意見に批判的な立場は、十字架は①受け手に応じて多義的に解釈しうるものであり、国家が固有の意義を付与することも可能である〔M-E. ガイス (Max-Emmanuel Geis)<sup>173)</sup>〕、②キリスト者以外にもその信仰を深めるために用いうる、強制なき「文化・教養要素」であり、ハーケン・クロイツへの反対の象徴である〔M. ヘッケル<sup>174)</sup>〕、③尊重されるべき社会的共同生活の基礎、「神の似姿」としてのキリスト教的人間像から根拠づけられる現代憲法秩序の基本価値の歴史的起源であり前法的なもの〔T. ヴリュテンベルガー (Thomas Württenberger)<sup>175)</sup>〕といった定義を試みている。そして、このような定義づけにより、強制の要素や、十字架を拒否する生徒の基本権侵害および国家の宗教的・世界観的中立性違反を否定している。

彼らの間で、中立性の解釈について共通しているのは、A. カンペンハウゼン (Axel von Campenhausen) の指摘するように、学校のように、国家が後見およ

172) BVerfGE 93, 1, 32f.

173) Max-Emmanuel Geis, Zur Zulässigkeit des Kreuzen in der Schule aus verfassungrechtlicher Sicht, in: Brugger/Huster(Hrsg), Der Streit um das Kreuz in der Schule, 1997, S. 41 ff. S. 47 ff.

174) Heckel, Das Kreuz im öffentlichen Raum, DVBl. 1996, S. 453 ff. S. 473 f.

175) Thomas Württenberger, Zu den Voraussetzungen des freiheitlichen, säkularen Staates, in: Brugger/Huster (Hrsg), (Fn. 173), S. 277 ff. S. 286 f.

び組織化を行う領域では中立性は、宗教や世界観に対して「距離をとり、排除する (distanzierende und ausschließende)」価値中立性ではない<sup>176)</sup>ことである。日本国憲法とは異なり、憲法の内部に、宗教に友好的な規定を取り込んだドイツでは、伝統的にキリスト教に対してある程度の特権を認めてきた<sup>177)</sup>。このような事情を背景とすれば、国家に中立性を義務づける一方で、キリスト教に、学校において一定の活動の余地を付与する見解は理解できよう。しかし、法廷意見が、国家の宗教的・世界観的中立性の目的を「異なる宗教的・世界観的確信を持つ者が相互に平穩に共生しうることを保障する」ことに求めている<sup>178)</sup>ように、社会の多元化により、キリスト教以外の宗教および世界観に対しても譲歩する必要があるほどに、法状況は変化している。さらに本稿の問題関心からは、このような解釈枠組みは、伝統的に存在している宗教および世界観に圧倒的に有利に働きかねず<sup>179)</sup>、多数派による自由の行使・実現に資するものでしかなく、少数者への配慮を欠くと判断せざるを得ないだろう。

b) これに対して、法廷意見を支持する立場は、十字架はキリスト教の信仰と密接に関連しており、このシンボルと常に向き合うことは強制であり、基本権の侵害および中立性違反となりうるとしている。まず、十字架の解釈については、①十字架はキリスト教関係者とその資料や歴史的経緯から「文化的シンボル」とみなすことはできない [G. ツェルマク (Gerhard Czermak)<sup>180)</sup>]、②国家は基本法の価値以外のものとは同一化しえず、十字架を文化的なものとして解することはできない [シュミット・カムラー<sup>181)</sup>] として、このシンボルを教室に設置するこ

176) von Campenhausen, Zur Kruzifix-Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 121, 1996, S. 448ff. S. 451.; ders./de Wall, Staatskirchenrecht 4. Aufl. 2006, S. 74f.

177) この点に関する研究としては、清水、前掲註70および塩津徹『ドイツにおける国家と宗教』(成文堂、2010) 35頁以下を参照。

178) 連邦憲法裁判所の中立性解釈の問題については次項で論じる。

179) 現に、彼らはラントの立法者の形成の自由を広範に容認する根拠としてこの点を援用している。この点については次節で論じる。

180) Czermak, Unzulässigkeit des Kreuzes in der Schule aus verfassungsrechtlicher Sicht, in: Brugger/Huster, Brugger/Huster (Hrsg), (Fn. 173), S. 13ff. S. 24ff.; Johannes Rux, Positive und negative Bekenntnisfreiheit in der Schule, Der Staat 1996, S. 523ff.

181) Schmitt-Kammler, In hoc signo-Zum „Schulkreuz-Erkenntnis“ des Bundesverfassungsgerichts, in: Rudolf Wendt/Wolfram Höfing/Ulrich Karpen/Martin Oldiges (Hrsg), Staat Wirtschaft Steuern FS Friauf, 1996, S. 343ff. S. 347ff.

とは十字架を拒否する生徒の基本権を侵害し、国家の宗教的・世界観的中立性に反する、ということが帰結される。

彼らによれば、教室に、特定の宗教的・世界観的シンボルを国家が設置することは許容されない。この指摘は、国家による学校への宗教的・世界観的な影響力の付与をできる限り排除することで、学校における自由を確保しようという本稿の問題関心には適合的である。しかし、J. ラックス (Johannes Rux)<sup>182)</sup>の述べるように、法廷意見は、「異なる宗教的・世界観的確信を持つ者が相互に平穏に共生しうることを保障する」<sup>183)</sup>ための手段として国家を中立性に義務づけているが、この義務を法的な議論に用いられるほど精緻化していないと同時に、生徒や親の基本権の保護範囲を確定していない。国家の宗教的・世界観的中立性に基づいて本件の十字架のような国家による学校への宗教的・世界観的な影響力を未然に防止するというのであれば、中立性の意義や内容が定められていなければならないであろう。もっとも、学説においても、シュミット・カムラーが、世界観的中立性に基づき、十字架の設置行為ははじめから許容されないとするのみで、具体的な要件は提唱されておらず、中立性と表裏一体をなす防御権に頼らざるをえないのが現状である。また、中立性により許容される国家行為が具体化されない限りは、国家の側に一方的に中立性を解釈する余地を与えることになる。ツェルマクの述べるように、「客観憲法たる中立性原理は宗教憲法の中心的な支柱であるが、議論の余地のある行為に関する国家の権限について、問いを立てなければならないため、判例および学説においても詳細化されてこなかった」<sup>184)</sup>という現状も意識されているのは確かであるが、より詳細な根拠づけが求められるであろう。この点については最後に言及する。

なお、ここでの国家の権限の射程をめぐる対立は、生徒の基本権だけではなく、そもそもラントが宗教的なシンボルを設置する権限を憲法上有しているのかという問題にもかかわる。この問題を次に論じることにしよう。

---

182) Rux, (Fn. 180), S. 523ff.

183) BVerfGE 93, 1, 16f.

184) Czermak, (Fn. 180), S. 16f.

② ラントの文化高権と基本権制約の正当化

a) 法廷意見に批判的な立場は、①キリスト教的価値を含む「文化・教養要素」を学校で取扱うよう、ラント立法者が、学校政策を形成することも許容されるとともに、信教の自由の制約を正当化しうる<sup>185)</sup>、②連邦制においては、ラントの特殊な伝統を考慮するため、文化高権に基づく信教の自由の制約は、各々のラントで異なりうる<sup>186)</sup>、③基本法7条1項によって授権されたラント立法者の形成した教育目標は、基本法の基本的価値であり、信教の自由を制約しうる<sup>187)</sup>、④国家は市民の学校における宗教活動へ配慮するための、学校教育をめぐる政策の枠を基本権とは関わりなく自由に設定しうる<sup>188)</sup>、といった論拠により、国家の教育委託による信教の自由の制約を認めている。

これらの枠組みは、各ラントの特性を考慮しうる程度に、学校政策の形成の自由を与えている点で首肯しうる。しかし、この枠組みによって与えられている形成の自由の余地は広範に過ぎる。これでは多数派が自らの土地の伝統を盾に、少数者の自由はいかようにも制約しうることになる。反対意見が述べたように、少数者たる「非キリスト者の生徒と親は、このような〔キリスト教的に刻印された西欧文化の価値を伝達するためのシンボルとしての一筆者〕意義を受け入れなければならない、寛容へ義務づけられる」<sup>189)</sup>ことになりかねない。多数派の積極的な自由の行使・実現のために、少数者が寛容を義務づけられるという枠組みは、憲法で保障された自由の意義を誤解している。

b) これに対して、法廷意見を支持する見解は、①基本法7条1項は権限規定であり、権限拘束規範としての基本法4条1項の制約を正当化しえない<sup>190)</sup>、②中立性に基づき、基本法以外の価値は家庭教育に委ねられる<sup>191)</sup>、③キリスト教的

---

185) Campenhausen, (Fn. 176), S. 452.

186) Geis, (Fn. 173), S. 52f. 邦語文献として、横田守弘「国家の教育任務と『個人』—十字架判決に対する一つの批判を素材にして」米沢広一他編著『現代立憲主義と司法権』（青林書院、1998）477頁以下参照。

187) Württenberger, (Fn. 175), S. 289 ff.

188) Heckel, (Fn. 174), S. 458 ff.

189) BVerfGE 93, 1, 32f.

190) Czermak, (Fn. 180), S. 37f.; Schmitt-Kammler, (Fn. 181), S. 346.

191) Ebenda, S. 37f.; Ebenda, S. 346.

共同学校が許容されていることは、このような学校の設置を義務づけることと同義ではない<sup>192)</sup>、といった論拠により、ラントの学校高権による十字架の設置は正当化されえないとしている。

このように解すると、学校は基本法の価値を除いては、世界観的な働きかけを生徒に行うことは禁止されることになる。しかし、学校教育とは、異なる出自の人々が集まる数少ない場であり、自分とは異なる見解を持つ者がいることを知る機会でもある。世界観的な教育をすべて家庭に押し込めることは、逆に公的な場での多様な確信の交流を妨げ、家庭ごとに異なる宗教・世界観を再生産することや、他者への偏見を強めることで、自らの確信を先鋭化させることにもなりかねない。

また、憲法上このような制約を課したとしても、実際に学校政策を形成する多数派がこの制約を遵守するとは想定し難い。現存する多数派は、自らの価値を再生産することを望んでいるとも考えられうるうえに、要請されている中立性の概念が連邦憲法裁判所によって精緻化されていないという現状では、むしろ規範と政策形成との乖離をますます広げる結果になるのではないだろうか。

### ③小括

本件は、連邦憲法裁判所において、国家の宗教的・世界観的中立性の解釈をめぐって法廷意見と反対意見が初めて対立した決定でもあった。この対立状況は、学説においても同じであることは上に述べたとおりである。さらに、宗派混合学校決定や学校祈祷決定とは異なり、連邦憲法裁判所の内部でも解釈が対立したことで、学校にキリスト教的性質を導入すべきとする側にとっても、それが国家の宗教的・世界観的中立性に反しないことを立証しなければならなくなったことは一つの変化と考えられる。しかし、社会の多元化がこの決定の後も急速に進展していくにつれて、学校において対立する価値やシンボルは、キリスト教的なものだけではなくなくなっていく。そこではどのような見解の対立が生じているのかを次に見ていくことにしよう。

---

192) Rux, (Fn. 180), S. 523 ff.

(2) 女性教師志願者のイスラームスカーフ判決<sup>193)</sup>

バーデン・ヴリュテンベルクの公立学校の教師への採用を志願する女性は、教室で宗教的な理由からスカーフを着用することを希望した。これに対して、学校官庁は、スカーフ着用により、回避可能性なくイスラーム教の標章と向き合うことは、生徒の消極的信教の自由および親の教育権、国家の宗教的・世界観的中立性あるいは公務員に課されている中立性義務を侵害し、教師の適性を欠くとして、採用を拒否した<sup>194)</sup>。これに対し、彼女が憲法異議を申立てたのが本件である<sup>195)</sup>。

a) 法廷意見

①必要かつ十分に定められた法律上の根拠なく、スカーフを着用する行為を学校の教師という公職の適性を欠くと評価することは、基本法4条1項・2項によって異議申立人に保障される信仰の自由の基本権に由来する、基本法33条2項から生じるすべての者の公職への平等な機会に関する権利を侵害している<sup>196)</sup>。当該適性の判断基準と職務上の義務の形成に関しては、ラント立法者に広範な形成の自由が認められる<sup>197)</sup>。ここで、ラント立法者は、教師や生徒の信仰の自由、親の教育権、国家の宗教的・世界観的中立性義務を考慮しなければならない<sup>198)</sup>。

②教師が学校において、宗教団体への所属を、その服装規定を遵守することで明らかにしてはならないという義務は、公務遂行と宗教的な服装規定への服従との間で選択を迫ることになるため、基本法4条1項および2項の信仰の自由を侵害する。この自由の制約は、第三者の基本権あるいは憲法レベルの共同体的価値のみから生じる。そのうえで十分な法律上の根拠を必要とする<sup>199)</sup>。

③基本法は、国家の宗教的・世界観的中立性義務を、すべての国家公民の安住の地として基本法4条1項および3条3項1文、33条3項において、また基本法

---

193) Urteil des Zweiten Senats vom 24. 9. 2003. BVerfGE 108, 282ff. 渡辺康行「イスラーム教徒の教師の志願者に対するスカーフ着用を理由とする採用拒否」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信人社、2008）123頁以下。

194) BVerfGE 108, 282, 284.

195) BVerfGE 108, 282, 289f.

196) BVerfGE 108, 282, 294.

197) BVerfGE 108, 282, 296f.

198) BVerfGE 108, 282, 302.

199) BVerfGE 108, 282, 297.

140条と結びついたワイマール憲法136条1項および4項、137条1項によって根拠づけている。この義務により、国家は異なる宗教・世界観団体を平等に尊重するとともに、特定の宗教と同一化してはならない<sup>200)</sup>。ここで国家に要請されている宗教的・世界観的中立性は、厳格な分離という意味での距離をとる中立性ではなく、全包括的な中立性と理解されなければならない。国家は、特定の信仰または世界観との同一化あるいはその促進によって、社会における宗教的平穩を危険にさらしてはならない<sup>201)</sup>。

④イスラーム教徒のスカーフは、アンケート調査によれば、多様な動機から着用される。教師のスカーフは、一方では生徒が回避可能性なくスカーフと対面することを意味するが、他方で教師は、自らの服装の宗教的な理由を生徒に説明することができるため、スカーフ着用による適性の欠如は異議申立人の信仰の自由の制限を正当化しない<sup>202)</sup>。

b) 反対意見<sup>203)</sup>

①法廷意見が、法律によってのみ公務員の特定の職務上の義務を制限しようという立場を採用したことにより、裁判所に提示された国家の学校における中立性に関する憲法問題は判断されなかった<sup>204)</sup>。

学校において基本権を実現するための本質的な権利関係は、まず生徒と親の基本権保護である<sup>205)</sup>。教師は、国家の側に立っており、親や生徒と同様の基本権の保護を受けることができず、彼らの基本権によって制約を受ける<sup>206)</sup>。

②公務員の中立性義務は憲法自身から生じ、さらなるラント法上の根拠を必要としない<sup>207)</sup>。公務員の中立性の要請は伝統的な職業官吏制度原則であり、宗教的・世界観的領域に関する国家の中立性義務とも一致する<sup>208)</sup>。公務員の中立性

200) BVerfGE 108, 282, 299f.

201) BVerfGE 108, 282, 300.

202) BVerfGE 108, 282, 304.

203) BVerfGE 108, 282, 314 ff.

204) BVerfGE 108, 282, 314.

205) BVerfGE 108, 282, 315.

206) BVerfGE 108, 282, 315f.

207) BVerfGE 108, 282, 316.

208) BVerfGE 108, 282, 323f.

が個別に要求される程度は、このような一般的な原則からだけでなく、具体的な職務への要求からも判断される<sup>209)</sup>。

③専門家の口頭審理からも明らかなように、子どもは、ただ壁に設置されているにすぎない十字架のようなシンボルに拘束されることはないが、他方で、人目を引く服装の教師は、子どもにとって感情的に結びつき、模倣を引き起こし、生徒の人格を決定的に刻印する<sup>210)</sup>。

女性が社会において顔を覆い隠す、宗教的・世界観的標章としてのスカーフは、男女の平等な取扱、平等な価値、社会的に平等な地位を高い倫理的価値とする者との衝突を引き起こしうる<sup>211)</sup>。

本件の中心的な争点は、公務員およびその志願者の基本権と法律の留保の問題であるが、本稿の問題関心から、①異議申立人の基本権保障の有無、②国家の宗教的・世界観的中立性義務の内容と射程に限定して論じる。

#### ①異議申立人の基本権

a) 反対意見に同調し、異議申立人が学校においてスカーフを着用することは認められないとする立場は、①スカーフの着用自体は、信仰の自由の保護範囲に該当するが、憲法の統一性という観点から、留保なく保障される基本権も制約される<sup>212)</sup>、②教室における十字架と同様に、模範たる教師のスカーフに、生徒が回避可能性なく向き合うことになる<sup>213)</sup>、③キリスト教的共同学校における非キリスト教的な服装は、ラント憲法が示すキリスト教的共同学校の基本的性質と相容れない<sup>214)</sup>、④女性教師のスカーフは男女の平等取扱という基本法の原則から

---

209) BVerfGE 108, 282, 324f.

210) BVerfGE 108, 282, 330.

211) BVerfGE 108, 282, 332.

212) Karl-Hermann Kästner, Religiös akzentuierte Kleidung des Lehrpersonals staatlicher Schulen, in: ders./Nörr/Schlaich (Hrsg.), FS Heckel zum 70. Geb., 1999, S. 359ff., S. 361f. Vgl. Campenhausen/de Wall, (Fn. 67), S. 72f.; Ralf Halfmann, Das Streit um die „Lehrein mit Kopftuch“, NVwZ 2000, S. 862ff., S. 863f.

213) もっとも、彼は学校十字架決定のアプローチそれ自体に対しては批判的で、「信教の自由は宗教的および世界観的に多元的な公共体における対立する見解やそれに関わるシンボルと向き合うことに対する保護を含んでおらず、ただ視覚的に宗教的現象と向き合うだけでは基本権侵害とはならない」としている。Ebenda, S. 366.

214) Ebenda, S. 367f.

否定されなければならない〔K-H. ケストナー (Karl-Hermann Kästner)〕<sup>215)</sup>、⑤ 基本法33条3項の「宗教的信条」に、スカーフ着用は該当しないとともに、他の憲法規範から生じる公務員の中立性や第三者の基本権によって制約される〔R. ハルフマン (Ralf Halfmann)〕<sup>216)</sup>、としている。

このような立場に対しては、本稿の問題関心からは、基本権の制約を安易に想定しているのではないかという疑問が生じる。彼らも、反対意見と同じく、異議申立人が公職の志願者であったという点だけで、生徒や親の基本権とは異なった制約が許容されることを想定しているようである。この問題については次項で詳しく述べるが、ここでは、教師であるというだけで、これほど容易に基本権を制約しようという想定危険性だけを指摘しておく。また、彼らは、本件で問題になった公立学校がキリスト教的共同学校であることを理由にムスリムの服装が不適切であるとしているが、この点については、多数派の見地から脱却しておらず、少数者の自由の行使への配慮が欠けている。さらに、教会離れや社会の多元化が叫ばれて久しいにもかかわらず、彼らはなおそれに逆行しており、彼らの主張を貫徹すれば、公的な場である学校において、伝統的な宗教や世界観が、ますます少数者に対して先鋭化する結果をもたらしかねないとともに、そこに属さない者にとっては説得力を欠くと言わざるをえないだろう。

b) 異議申立人のスカーフ着用に対する基本権の保障に肯定的な立場は、①神学部の教授など職務の性質上、特に信条と結びついているものでない限り、信条を理由に適性の欠如を理由とする採用の拒否は認められない<sup>217)</sup> こと、②公立学校の教師は、裁判官のように国民を代表するものではなく、スカーフの着用によって生徒に特定の行動態度を強制する影響力は生じないため、生徒や親の基本権は侵害されていないこと〔ベッケンフェルデ〕<sup>218)</sup>、③基本法33条3項は、公務員就任における平等を保障しており、公務員の採用にあたっては、宗教的動機を考慮してはならないこと<sup>219)</sup>、④基本法33条2項に基づく採用者側の適性の審査は、

---

215) Ebenda, S. 369f.

216) Halfmann, (Fn. 212), S. 867f.

217) Böckenförde, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW 2001, S. 723ff., S. 724.

218) Ebenda, S. 726f.

女性教師がスカーフを着用することでは、職務上の活動を制限するものとはいえないため、問題とはならないこと〔S. ミュッケル (Stefan Muckel)〕<sup>220)</sup>、⑤採用者側は、基本法33条2項の配分参加請求権を志願者の信仰上の理由に基づく行為によって、不当に制約していること<sup>221)</sup>、⑥スカーフには、「子どもに、世界およびドイツに異なる宗教があることを学習させる効果を持ち、有害どころか寛容の教育目標を促進する」ほどの効果しか持ちえないこと〔U. サクソフスキー (Ute Sacksofsky)〕<sup>222)</sup>、を論拠に、スカーフには生徒への伝道や教化は存在せず、スカーフ着用は受忍しうるものであると帰結している。

このような立場は、本稿の問題関心からみると、ムスリムの女性という少数者が学校という場でも自由を行使しうることを容認していること、それに付随して、自分とは異なる宗教や世界観に触れる機会を提供しうると判断している点では評価しうる。もっとも、法廷意見が、異議申立人の信仰の自由や平等な公務就任の権利の侵害を容認したのは、留保なく保障されている信仰の自由を制約し、志願者の適性を欠くと判断するための、「必要かつ十分な特定の法律上の根拠」を欠いていたためであった<sup>223)</sup>。そこで、法廷意見は、「当該適性の判断基準と職務上の義務の形成に関しては、立法者に広範な形成の自由が認められる」<sup>224)</sup>として、ラントの立法者に最終的な判断を委ねたのである。このような状況では、ラントの立法者の決定に学校における自由の行使や実現が左右されることになる。しかし、いかなる統制もなしに、ラントの立法者に形成を委ねることが、果たして認められるのであろうか。この課題を次項で論じることにした。

## ②国家の宗教的・世界観的中立性の射程

a) 国家の中立性義務を、公務員の中立性義務と同視することで、国家を代表する公務員たる教師の宗教的シンボルの着用に否定的な立場は、①学校高権の主

---

219) Stefan Muckel, Gleicher Zugang zu jedem öffentlichen Amte, in: de Wall/Germann (Hrsg), FS C. Link, 2003, S. 331 ff., S. 334 f.

220) Ebenda, S. 339.

221) Ute Sacksofsky, Die Kopftuch-Entscheidung-von religiösen zur föderalen Vielfalt, NJW 2003, S. 3297 ff.

222) Ebenda, S. 3299 f.

223) BVerfGE 108, 282, 294.

224) BVerfGE 108, 282, 296 f.

体である国家は特定宗教との同一化を禁止され、国家を代表する教師が、スカーフを着用して職務を遂行することは、この同一化にあたるため許容されない〔ケストナー〕<sup>225)</sup>、②伝統的な職業官吏制度原則から導出される公務員の中立性義務は、教師が、学校における職務と自らの宗教的活動とを混同している場合には維持されえない〔ハルフマン〕<sup>226)</sup>、といったことから、中立性義務を異議申立人の信仰の自由の制約根拠としている。

彼らの見解は、多元的社会・公共体において自由が最大限発揮されるためには公務員は自らの自由を行使することなく、中立的かつ自制的に職務を遂行しなければならないという、いわば帰結主義的なものとも解しうる。他方で彼らは、前項で示したように、伝統的な文化的価値を擁護しようと試みることで、これらの価値と中立性義務とを両立させている。本稿の問題関心からは、中立性義務が、いかに国家の教育権限を統制するとしても、多数派の価値を正当化する歯止めとして機能しないのであれば、いかなる正当化の根拠であっても充足しうるほどの、形骸化したものでしかない。このような中立性義務は学校における多様な宗教および世界観が自由を行使・実現しうるためのものではなく、むしろ少数者を排除する論理として用いられている<sup>227)</sup>にすぎない。

b) 法廷意見を支持し、女性教師のスカーフ着用に肯定的な立場は、①国家の宗教的・世界観的中立性は、距離をとる宗教的・世界観的関連を厳格に拒否する中立性ではなく、開かれた、全包括的な中立性であって、信教の自由を私的領域に限定するフランスのライシテやトルコの厳格な分離とは異なること<sup>228)</sup>、②この形態の中立性は自由を発展させる余地を与えるものであり、学校で不可避的に生じる緊張関係は、相互の寛容に基づいて調整されることを命じる性質のものであること〔バッケンフェルデ、ミュッケル〕<sup>229)</sup>、③中立性の内実は、自由と差別の禁止であり、後者からは、教室への十字架の設置のような国家の特定宗派との

225) Kästner, (Fn. 212), S. 369. もっとも、彼が前提とするキリスト教的共同学校も中立性によって文化的価値による授業へと制約を受けることになる (S. 367f.)。

226) Halfmann, (Fn. 212), S. 864ff.

227) このような中立性解釈は、日本においては「中立性」の名のもとに公務員の基本権が過度に制約されてきたことと軌を一にしている。

228) Böckenförde, (Fn. 217), S. 725f.; Muckel, (Fn. 219), S. 341f.

229) Ebenda, S. 725f.

同一化が禁止されるが、教師のスカーフではそのような事態は生じないこと〔サクソフスキー<sup>230)</sup>〕などを理由として、国家の宗教的・世界観的中立性によっては、教師のスカーフ着用は制約されないと評価している。

このように、中立性を自由を実効的に行使しうる枠組みと理解するとともに、多様な宗教や世界観の間の差別を解消することを念頭に置く立場は、本稿の問題関心とも適合するよう見える。しかし、彼らは前項で述べたような法廷意見の問題を解消しきれていない。すなわち、中立性をこのように理解するならば、判決の後に各ラントにおいて制定される法律を、中立性のこのような内実によって、条件づける理論的枠組みを提供しなければならなかったはずであるが、彼らはラント立法者の形成の自由に対する統制を想定していない。彼らの立場からは、法律の制定において、「平等取扱原則が厳格に守られる」ことが要求される<sup>231)</sup>はずであるが、この点についてはあまりに楽観的ではないだろうか。例えば、G. ノイライター (Georg Neureither) が、連邦憲法裁判所が国家の中立性概念を開かれた、全包括的なものであると確定した限りは、教師は自らの宗教あるいは世界観の「適度な」(傍点筆者) 標章を着用することについて自由であり、当事者による真摯な反論においては、実践的整合に基づいて調和が図られなければならない<sup>232)</sup>としたように、中立性に基づく理論的枠組みの設定により、ラント立法者の形成の自由を統制することが必要となるであろう。

#### 4. 小括

本節では、まず、教育において、見解の分かれる素材を取扱うことまで中立性は禁止していないが、社会的な変化を背景に、基本的な価値との同一化が求められることにより、中立性が後退せざるをえなくなったことをみた。中立性をこの

230) Sacksofsky, (Fn. 221), S. 3298f.

231) Vgl. Huster, Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates-Gehalt und Grenzen, 2004, S. 20.

232) Georg Neureither, Ein neutrales Gesetz in einem neutralen Staat, ZRP 2003, S. 465ff., S. 467f. もっとも、宣伝効果の大きな標章は許容されず、その一環として政治的な標章も排除される (S. 468)。さらにこの論拠は必ずしも法廷意見を擁護することにはならないことには注意を要する。彼も反対意見と同様に裁判所による中立性概念の確定により本件は決定の機に熟していたにもかかわらず最後まで決定しなかったことを批判している (S. 467)。

ように相対化する試みが一定の支持を得ていることは、上述の連邦憲法裁判所の判例および学説が、中立性をより厳密に概念化していくことに成功していなかったことの証左でもある。ここまで概観してきたように、そもそも、中立性の議論を学校だけに限定してみても、その射程は学校制度それ自体から、学校という空間における世界観の問題や教師と生徒との世界観的な関係、授業で取り扱われる素材に至るまで多岐に亘る。このような問題点を前にしたとき、「〔特定の世界観と同一化するような国家の〕行為態様・行為目的に関する厳密な基準は定式化しにくく、世界観の中立性は学校領域では原則に留まらざるをえない。この原則によって排斥できるのは、イデオロギー的教化の意図が見え透いた極端な場合に限られる」<sup>233)</sup>という洞察は、説得力がある。しかし、それでも、国家の宗教的・世界観的中立性は依然として憲法異議という手段で基本権侵害を訴える者に開かれている。学校において中立性を意義あるものとするためには、広狭さまざまな場面でプラグマティックに適用しうる程度にこの概念をさらに精緻化することが求められる。最後に、このような問題関心から新たな議論の動向を分析する。

## V リベラルな中立性と公教育

### 1. 多元的共同体における平穏かつ公正な共存・共生

1990年代以降、ドイツ統一と冷戦終結により、ドイツ民主共和国とのイデオロギー対立は終焉し、国家社会主義による学校制度の濫用という経験も過去のものとなりつつあったが、新たな問題が浮上してきた。それはトルコを中心とする外国からの移民の増加や、共産主義政権下で育ち、宗教に対する関心がそれほど高くなく多くの人が住む旧ドイツ民主共和国がドイツ連邦共和国へ編入されたことにより、従来の宗教的価値観、とりわけキリスト教的な価値観がドイツ全土には通用しなくなったことを背景とする「多元的な現代政治的共同体における平穏かつ公正な共存・共生」<sup>234)</sup>という問題である。すなわち、

233) 西原、前掲註8、134頁および287-288頁。

234) Huster, (Fn. 53), S. 5 ff.; ders. (Fn. 231), S. 5 ff.; ders. Die Bedeutung des Neutralitätgebotes für die verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Einordnung des Religionsrechts, in: Heinig/Walter, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht ?, 2007, S. 107 ff. この問題については、上述の十字架決定においても意識されている。BVerfGE 93, 1, 16.

「異なった文化や文明と共生せざるをえないこと、よかれ悪しかれ、それが21世紀を生きるわれわれにとって無視しえぬ事実である。……異なった文化がはたして共生可能なのかは明らかではない。」<sup>235)</sup>

というものである。さらに、上述の十字架決定を契機として、60～70年代以来、再び文化や教育をめぐる議論が再燃した。この課題に対し、社会哲学的議論とりわけリベラリズムと基本法解釈とによって、中立性を捉えなおす試みが近年のドイツにおいても盛んに行われるようになってきている。以下では、リベラリズムによって捉えなおされた国家の中立性が公教育において、いかなる意義を有するかを考察する。

## 2. 「国家の倫理的中立性」

従来議論は、基本法の規定を解釈することによって、公教育における中立性を展開してきた。これに対して、これらの学説が中立性を具体化することができなかったという批判から、近年、新たな中立性論が主張されている。これは、政治哲学の一類型である政治的リベラリズムが提唱する中立性を公教育にも導入しようという試みである。

政治的リベラリズムとは、「政治決定はできる限り、何が善い生き方なのか、また何が人生にとって価値があるのかということに関するいかなる特定の考え方からも独立したものでなければならない」という考え方である<sup>236)</sup>。政治的リベラリズムは、現代には多様な善の構想があることを認め、これらを比較する客観的な基準は存在せず、比較不能<sup>237)</sup>であり、コンセンサスが得られないとする。

---

235) 阪口正二郎「リベラル・デモクラシーにとってのスカーフ問題」同編著『神の法 vs. 人の法』（日本評論社、2007）30頁。

236) John Rawls, *Political Liberalism*, 1996, pp.190-195; Ronald Dworkin, *Liberalism in: A Matter of Principle*, 1985, pp. 191-192. 邦語文献として、阪口正二郎「『リベラリズム憲法学と国家の中立性』序説」法律時報72巻12号（2000）97頁以下および同「共生、リベラリズム、人権——憲法学とはどんなことを考える学問なのか」一橋論叢123巻4号662頁以下参照。なお、井上達夫『共生の作法』（創文社、1986）216頁以下も参照。

237) 比較不能性 (incomparability) については、長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000）25頁以下参照。

このことから、国家は善に関する多様な構想に対して中立性を要請される<sup>238)</sup>。

このように根拠づけられた国家の中立性を、「国家の倫理的中立性」として憲法解釈と接合しようとしたのがS.フスターのモノグラフィーである<sup>239)</sup>。彼は、政治的リベラリズムに従い、善としての異なる生活形態や倫理的立場に対し、独立したものとして正を位置づける。この「善」に対して、国家は中立的でなければならぬことから、宗教的・世界観の中立性をも包含する、より包括的な倫理的中立性を構想する<sup>240)</sup>。そして、ここでの「正」こそが、国家行為を制限する、「粹秩序としての憲法」<sup>241)</sup>なのである。

そして、国家の倫理的中立性が要求するのは、国家行為の正当化理由が中立的に正当化されなければならないという、正当化の中立性 (Begründungsneutralität) である<sup>242)</sup>。すなわち、あらゆる国家行為は個人の平等な尊重と配慮という観点から、すべての市民が原理的に追検証しうる (nachvollziehbar) 理由に基づかなければならない。これに対して、国家行為の帰結の中立性 (Wirkungsneutralität) は、公権力の行為の帰結がおのずとあらゆる生活形態へ有利あるいは不利に働きうるため、可能でも望ましいものでもない。国家の倫理的中立性が内容とするのは、正当化の中立性のみである。

そして、基本権ドグマティックとしての倫理的中立性は、比例原則と類比して論じることができる<sup>243)</sup>。すなわち、比例原則が国家による過度な基本権侵害を制約するのに対して、中立性原則は国家による中立的でない基本権侵害から個人を保護する機能を有している。

この中立性構想は、当然に公教育においても論じられる。以下では、この中立性構想に基づく公教育モデルについて概観する。

238) Rawls, supra note 236, pp. 190-191; Dworkin, supra note 236, p. 19. 阪口、前掲註236、98頁および、同663頁以下。

239) Huster, (Fn. 53).

240) Huster, (Fn. 53), S. 12.

241) Böckenförde, Die Methoden der Verfassungsinterpretation in: Staat Verfassung Demokratie, 1992, S. 58. Huster, (Fn. 53), S. 644 ff.

242) Huster, (Fn. 53), S. 98 ff.; ders., (Fn. 231), S. 6 ff.; ders., Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65, 2006, S. 51 ff., S. 66 ff.

243) Huster, (Fn. 53), S. 657.

### 3. 公教育における正当化の中立性

フスターは、このように政治的リベラリズムと基本権ドグマーティクを接合することによって、ラント立法者の形成の自由たる、公教育の教育目標の確定を統制しようと試みている<sup>244)</sup>。彼によれば、これまで展開されてきた中立性の要請は上述<sup>245)</sup>のように「めったに詳細に述べられることも、基礎づけられたりすることもなかった」ために、「その〔中立性の要請の(引用者)〕結論において、しばしば不明確または説得力がないもの」であることをここでの議論の出発点としている。そして、従来の中立性の要請が、価値の教え込みの禁止と同一視されてきたことが混乱を招いてきたことを指摘する。そこで彼は、従来主張されてきた中立性の要請により、価値の教え込みを包括的に禁止することが、「特定の教育目標や標準的な規準を断固として主張するとともにそれらを生徒に伝達することが学校に一般的に禁止されると考えられる場合には、妥当ではない」<sup>246)</sup>と批判する。さらに、中立性の要請と価値の教え込みの禁止とを同一視する立場は、国家にあらゆる見解に対して無関心なまたは慎重な行為を要求することになり合理的ではないとする。

以上のことから、フスターは、「学校教育は中立的な方法で正当化されうる限りで」正当なものであるとして、国家行為の正当化理由としての中立性が学校教育においても適用されるべきであるとする<sup>247)</sup>。その結果として、「国家に認められた教育委託は、特定の教育内容に関して『中立的な』(傍点筆者)目標に制限され」、国家が教育において主張する正当化理由がどのようなものであるかが、憲法上重要なものとなる。それゆえに、さまざまな立場のある問題を取扱う際に、特定の立場だけを主張すべき旨の教育目標は許容されないことになる。なお、国家行為の帰結の中立性は、以上のことが実現している限りでは、問題とならない。

また、国家が正当化理由としての中立性によって具体化された限界を超える場合には、親の権利が効力を発揮する<sup>248)</sup>。これは、言い換えれば、国家は、正当

---

244) Huster, (Fn. 53), S. 250 ff.

245) 上述Ⅲ参照。

246) Huster, (Fn. 53), S. 297 f.

247) Huster, (Fn. 53), S. 298 f.

248) Huster, (Fn. 53), S. 299 f.

化理由としての中立性の要請にしたがって教育委託を遂行する限り、親の権利によって介入されることもないということである。

結論として彼は、さまざまな具体的な教育目標が中立性に反しないかを考察し、国家の教育権限がどのように構想されるべきかを述べている<sup>249)</sup>。まず、従来の学説および判例が取扱ってきたもので、憲法に規定されている国家固有の教育委託であり、公立学校の主要な教育目標として二つのものが取扱われている。すなわち、第一は、子どもの利益に本質をおき、自由を維持する能力を与える人格発展であり、第二は公共の利益を考慮することで自由の行使を制御する統合である。これらの教育目標は、政治的、宗教的・世界観的、倫理的確信に左右されないため、中立性の観点のもとでも、異論の余地はないものとされている。彼が問題とするのはこれらの教育目標の具体化およびその正当化の段階である。

まず、生徒の人格の自由な発展については、彼は国家の教育権限を制限するにすぎないとして、憲法による固定化よりはむしろ、固有の教育委託の範囲内で、学校が適切な内容を選択する事項であると位置づけられている。その点で、教育目標の選択が党派性を帯びておらず、追検証しうよう正当化されている限りは、中立性に反せず、学校には広範な形成の余地が委ねられている<sup>250)</sup>。生徒および親の確信との衝突や形成された教育目標が中立的でない場合には、学校は自制を要求されるかあるいは授業からの解放を認めるか、または、そのような教育目標のもとでも、生徒および親に、党派性を帯びないことを配慮して、知識および能力の伝達を受忍させるということにより、彼は正当化の中立性との一致を図ろうとしている。

次に、子どもが自由を行使する前提および公共の利益を促進するように自由を行使することとして、学校は統合教育を行うものとされる<sup>251)</sup>。ここでは、具体的には①政治教育、②道徳的責任への教育、③倫理教育が挙げられている。

①の教育内容については、自由な政治秩序が機能する条件によって根拠づけられた「自由で民主的な心情 (Gesinnung)」への教育や、固有の国家および憲法

249) Huster, (Fn. 53), S. 300 ff.

250) Huster, (Fn. 53), S. 303 ff.

251) Huster, (Fn. 53), S. 311 f.

のエートス (eigenständig Staats- oder Verfassungsethos) が、②については、社会的共同生活に必要なものと認められ、市民が社会的交際において社会道德の基礎となる諸規則 (Vorschriften) に配慮する利益が伝達される。これらの受容の判断が市民に委ねられていること、一面的な伝達が行われないことや特定の宗教的・世界観的に基礎づけられないことが中立性に反しない要件とされている。

なお、③の教育については、前二者から区別された、個人の自己理解に関する教育目標であるとされる。この教育では、個人が自らにとっての善き生を発見および決定することが市民に委ねられ、国家や学校は自制を義務づけられる。そのため、学校は、この教育目標においては、特に法的に正当化される必要がある。ここで正当化の中立性にとって問題となるのは、ラント法の教育目標である。ここで彼は、これらの教育目標が正当化の中立性に反しない要件として、a) 個人が自らの生を形成するにあたってのメルクマールであること、または、b) いかなる生の形成においても不可欠なメルクマールであることのいずれかが必要であることを示すとともに、特定の宗教・世界観によって刻印され、特定の、議論の余地のある生活態度の中でその理想像を拘束的なものとして取扱う場合には正当化されないとしている。

以上のことから、正当化理由としての中立性は、性教育決定が示したような、学校と親の教育権が等置される帰結として、特定の教育対象を完全にいずれかに割り当てる、従来展開されてきた構想に代わるものであることが示されている<sup>252)</sup>。学校教育にとって重要なのは、生徒や親に対して学校の教育措置を正当化するために、その都度、自由に用いることができる資源である。そして、この正当化の可能性は広義の社会的態度については、法共同体がその当事者性に基づいてこれらの態度を要求しうることから、しばしば存在しているのに対して、個人的な生活態度が問われる限りにおいては減少する。「宗教的、世界観的方向づけおよび個人の善き生に優先的に関わる倫理的教育目標は特に、原則として家庭教育に属するということは、国家の中立性の原因ではなく結果である」<sup>253)</sup>。

---

252) Huster, (Fn. 53), S. 312f.

253) Huster, (Fn. 53), S. 312.; ders., (Fn. 242), S. 74f.

#### 4. 批判と応答

フスターは、リベラリズムの要請する国家の正当化理由としての中立性に基づき、学校が追求しうる教育目標は、中立的な方法で正当化されなければならないとすることで、従来の中立性の問題を克服しようと試みている。さらに、学校の教育委託が中立的な方法で正当化されない場合には親の権利による介入を認めるといように、権限配分を試みることで、親の権利と学校の教育委託の衝突を回避しようとしている。以下では、彼に対する批判とその応答を概観する。

①まず、彼が国家行為の正当化理由を立法者の判断に委ねている点に、第一の批判が向けられている。立法者が正当と考えとしても、市民である生徒と親が正当ではないと解する局面は当然ありうる。そのような場合には、親の権利に基づいて、親の同意が必要となることや、親の権利が中立性の要請を主観化するという方法で、公立学校に対抗力を有しうることになる<sup>254)</sup>としているが、多元的な社会において、果たして親の同意の調達が可能なのかどうかという疑問が想起される。また、この正当化理由も国家が一義的に判断するのであれば、多数派による支配のおそれがあるという点に注意を要する。

② i) また、「公共的理由 (öffentliche Vernunft/public reason)」によって形成される公共体を想定するフスターの中立性観念においては、正当化理由の内容から宗教的なものを排除していることに対してH.M.ハイニツヒ (Hans Michael Heinig) に代表される強い批判がある。ハイニツヒは、まず基本法はその成立史の観点から、民主的意思形成過程において宗教的な理由づけを排除していないこと、また、なぜ宗教だけを排除し、市場自由主義や技術信仰のようなイデオロギー化しやすい戦略が排除されていないのか、という疑問を提起している<sup>255)</sup>。とはいえ、彼は中立性そのものを否定するのではなく、それが憲法上の規範から独立し独自の効力を持ちつつあることの危険性を指摘し、再び中立性を基本法4条の信教の自由と強く結合させることを提案したうえで、中立性が少なくとも「真理を発見する補助 (heuristische Hilfestellung)」あるいは規範を解釈するための

254) Huster, (Fn. 53), S. 299f.

255) Hans Michael Heinig, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität? JZ 2009 S. 1136, 1138f.

「規制的観念 (regulative Idee)」として機能すべきであると理解している<sup>256)</sup>。彼は、このような批判的視座から、「中立性それ自体からは、法的にはいかなるものも導かれない」として、中立性をこのような補助的な位置へと再構成しようとしている。そのうえで、中立性とは事例に応じて具体化されるものであり、宗教政策を統制こそすれ阻止するものではなく、中立性にはそれほどの知的魅力がないと結論づけるのである。

ii) この批判に対する反論文において、フスターは、まず、自らの正当化の中立性の内容を明らかにしたうえで、ハイニツヒの中立性の要請の内容が無色透明である旨の反論を試みている<sup>257)</sup>。彼はハイニツヒの、「真理を発見する補助」あるいは規範を解釈するための「規制的観念」という中立性理解は内容が曖昧であり、実現可能性に乏しいと診断する。そして、中立性の導入の意義を、個々の憲法規範が明白には挙げていない、規範的効力を発揮することに位置づけ、自らの主張を擁護している。

iii) この反論に対するさらなる応答として、ハイニツヒは、基本法の特殊宗教憲法的な刻印を適切に受容した中立性理解を強調する<sup>258)</sup>。フスターが憲法理論に即して中立性を根拠づけることで、個々の憲法規範の理解が強制されてしまうこと、中立性が憲法の自由権・参加権から独立することで、むしろ個人の自由を縮減する効果を生んでいること<sup>259)</sup>を念頭に、個々の規範に照らして中立性原則を再構築するオルタナティブを提唱するのである。このように規範に特化した中立性の効果の例として、信教の自由が挙げられる。中立性を厳格に規範と結びつけることで、信教の自由の保護範囲を広範に確定することが可能となり、それは、基本法の制定者意思とも合致するというのである。このように、ハイニツヒは、規範の解釈者が暗黙に基本権解釈に積み込む特定の哲学的な目的ではなく、第三者の基本権や憲法レベルの法益のみによってしか信教の自由への侵害は正当化されえないものとして、多元的社会のもとでの少数者保護というこの自由の側面を

---

256) Ebenda, S. 1140

257) Huster, Neutralität ohne Inhalt?, JZ 2010 S. 354ff.

258) Heinig, Schlußwort-Verscheierte Neutralität, JZ 2010 S. 358f.

259) Ebenda, S. 360.

維持しようと試みている。このことはまた、国家による信教の自由の侵害を中立性に適合するように統制するものでもある。ハイニツヒによれば、例えば、中立的に正当化された教育のもとでは、その教育を負担と感じる生徒や親の教育からの開放請求権を容易には認めようとし、フスターの中立性理解<sup>260)</sup>こそが、むしろ信教の自由の重要性の判断を逆転させており、リベラルなのか疑わしく、基本法における中立性理解とも、それほど合致しないものと映るのである。

iv) ハイニツヒが、ワイマール憲法139条を中立性に反し、宗教を保護するものとは理解しえないと解していることに対しては、フスターは、当該条項が歴史的偶然の産物であり、いかなる宗教的性質・伝統をも有していないため、宗教的伝統に起因する文化的制度・慣習も正当化の中立性においては受け入れられる<sup>261)</sup>と反論している。そのように解さなければ、憲法に宗教的な性質を付与することになり、厳密に規範を解釈できないという理解が背景にはある。これに対して、ハイニツヒは、国家教会法は市民の宗教的自由や宗教的・世界観的中立性のために宗教や世界観が公共体へ独自の方法で貢献することを承認しており、さらに宗教や世界観をその場面で支えていることを指摘する<sup>262)</sup>。このような制度により、国家教会法は自由を保護する側面も有しているというのである。フスターの中立性の構想は、宗教や世界観を国家が援助する価値の判断においては、その有用性だけを尺度とすることで、宗教や世界観の自由への貢献という固有の価値を判断に含めず、基本法4条を基点に個人の宗教的自由を保障する法的枠組みを構築することを試みる、ドイツの「宗教憲法」における自由の観念を歪めるものであると診断している。

v) 次に、公共的理由によって、特定の宗教や世界観に依拠した正当化が排除されているとのハイニツヒの批判に対して、フスターは、このような排除は文明的な進歩であり、容易に放棄すべきではないと応答している<sup>263)</sup>。とはいえ、フスターも、公共的理由によって宗教的・世界観的な確信をはじめから許容しない

260) Huster, (Fn. 53), S. 371 ff.

261) その点で、フスターは正当化の中立性モデルが現状維持的な原則であることを認めている。Ebenda, S. 355.

262) Heinig, (Fn. 258), S. 359f.

263) Huster, (Fn. 53), S. 356.

のではなく、憲法上の文脈においては、一般的に理解しうる言語に変換しなければならないという条件を提示している。それでも、ハイニツヒが宗教的・世界観的な理由づけを民主的過程へ流入させようという試みについて、フスターは、彼の試みによって、従来、宗教的・世界観的な衝突から解放されてきた法の利点が失われてしまうことを理由に、ここでも自らの中立性論を擁護している。

vi) ハイニツヒは、正当化の中立性モデルが積極的中立性と消極的中立性について無関心で、立法者に広範な形成の余地を与えていることを躓きの石と評価し、基本法の国家と宗教団体との協働関係を想定することからも批判を投げかけている<sup>264)</sup>。これに対し、フスターは、ハイニツヒの中立性の規範拘束的な方法論が容易に断念されており、特殊国家教会法的な制度を援用したとしても、公立学校における女性教師のスカーフのような、その時々々の衝突事例が基本法には規定されていない場合には、彼の見解では答えられないのではないかと反論を試みている<sup>265)</sup>。さらに、これらの特殊国家教会法的な規定は類推を認めず、政治に必要な形成の余地を与える例外規定とすることがより望ましいとしている。そして、開かれた中立性モデルが憲法上拘束的か、という問いが強調されるべきであるとし、規範に他の全く異なる根拠から特定の解釈が与えられなければ、このような構想は存立しえないということが確認される。そこで警戒されなければならないのは、例えば、公立学校での宗教教育の保障を基本法7条3項から独立して、基本法4条1項・2項から直接に導出することである。ハイニツヒもこの見解に立ち、国家教会法による宗教の自己目的性・固有法則性を強調し、フスターのように政治に形成の余地を認めることに対して懐疑的である。フスターは、ハイニツヒが自らの拠って立つ秩序観以外のものすべてが自由を歪め、縮減するという点に対して、フランスやアメリカの分離体系(Trennungssystem)が宗教の固有法則性を常に無視しているということに目を背けていることを指摘している<sup>266)</sup>。

vii) そしてフスターは最後に、宗教的多元化・個別化による社会的な変化により、国家教会法的な自己理解に固執することがもはや不可能となっていることを

---

264) Heinig, (Fn. 255), S. 1138.

265) Huster, (Fn. 257), S. 356f.

266) Ebenda, S.357.

主張している<sup>267)</sup>。そして、正当化の中立性モデルは国家教会法・宗教憲法を平等取扱の秩序と理解しうるものであるとする一方で、他方では、国家教会法における秩序指導的思考 (ordnungleistende Gedanke) も断念しえないとしている。さらに、国家教会法のような法分野は利益・利害と結びつきやすい性質を持っており、自由な議論が行われるとは限らないことも指摘している。この後者の指摘に対して、ハイニツヒは、フスターの反論への応答として、利益からまったく自由な議論の要求は行き詰るであろうと再反論を試みている<sup>268)</sup>。近年の法学方法論においても、利益なき認識の獲得や認識なき利益の貫徹はありえないとされているため、宗教的利益から自由でないことを理由とした疑念や自らの構想だけを「中立的な中立性理論」とする議論は当たらない。「政党構成員は、……利益から自由に政党法や議会法を営むことができるのだろうか？」<sup>269)</sup>というものである。

③次に、政治的リベラリズムは、政治哲学の一類型であり、その中立性構想を憲法に導入する際には、いかなる憲法上の根拠に基づくものかという問題が生じる。すなわち、「[リベラリズムなどの] 道徳理論は、それが前提とする仮説そのものの正統性が果たして論証されているのか、という問題点を克服していない。……そのような仮説に納得できない者は、そのような道徳理論は、所詮、学者が考える机上の空論に過ぎないと一蹴してしまうに違いない」<sup>270)</sup>という問題である。

ハイニツヒもこの点を批判している<sup>271)</sup>。すなわち、基本法の制定者はロールズなどの政治哲学を読んではいなかったし、仮に読んでいたとしてもそれに頼らないであろう、というのである。基本法は、「無知のヴェール」ではなく、歴史的に発展してきた憲法の伝統や宗教憲法に特に現れる特殊文化的な経験に由来するのである<sup>272)</sup>。さらに、フスターの哲学的な中立性構想では基本法の規範の中

267) Ebenda, S. 357.

268) Heinig, (Fn. 258), S. 358.

269) Ebenda, S. 358.

270) 渋谷秀樹『憲法』(有斐閣、2007) 89-91頁。このように、この問題点は日本においても意識されている。

271) Ebenda, S. 357f.

272) 同様の批判として、Würtenberger, (Fn. 175), S. 288.

にも妥当しないものが生じうるという事実を彼自身は周縁化しており、基本法の見方を不明瞭なものとしている。そして、ハイニツヒも憲法の理論の必要性を認めたとえで、よき憲法理論とは、具体的な憲法規範において証明され、そのつどの憲法の特殊性を描き、文脈に応じたものであり、基本法の規範に適合していなければならない、としている。このような対応がなされていない憲法理論は「超憲法」的なものとして独立する危険があり、フスターのアプローチはまさにこの危険を冒しているというのである。

④最後に、ハイニツヒは、この論争の締めくくりとして、民主制における立法者が基本権に拘束されることは言うまでもないとしつつも、民主的意思形成はフスターの中立性構想に拘束されるわけでもないし、それに与しない者が宗教的・世界観的な確信から自由の制約や不平等取扱を正当化しようとしているという議論が馬鹿げていると評価している<sup>273)</sup>。もっとも、倫理的な争点を含む問題における政治的決定においては、異なる宗教的・世界観的確信を持つ市民が合意するか少なくとも追検証しうるようにならなければならないという、フスターが構想している政治的熟慮の要請については、政治の実務においては、これが実践されているとして、ハイニツヒもある程度評価している。

このように、フスターのリベラルな正当化の中立性は、社会的な状況も手伝って、学界において中立性の議論を再び活性化させることとなった。もっとも、ハイニツヒに代表される批判が示しているように、政治的リベラリズムから根拠づけられた中立性では規範的な安定性を欠くこと、中立的に正当化された後はその決定からの例外的な解放を厳密に限定していること、そしてこれに関連して社会が多分化したとはいえ、未だにキリスト教的な伝統が残っているドイツでは、宗教的・世界観的な正当化を排除していることなどの問題点が未だ残されている。他方で、ハイニツヒの批判も、正当化の中立性をあまりにも厳格に解釈しており、フスターの構想の理解を超えているのではないかという問題や、国家教会法にある程度の存立の余地を許すことで、結果としてキリスト教的・伝統的勢力の自由の行使だけに有利に機能するのではないかという問題、憲法解釈のヒントとして

---

273) Heinig, (Fn. 258), S. 360.

フスターが政治哲学を用いていることに比して憲法解釈を規範と厳密に結びつけすぎているという問題があるように思われる<sup>274)</sup>。本稿にとっての暫定的な結論としては、社会の更なる多元化という事実直面して、国家行為の正当化の中立性に一定の実効性があることを認めざるをえないにしても、国家の宗教的・世界観的中立性をいかにしてすべての個人の平等な自由を保障するとともに実効的なものとするために構築していくべきかという課題を念頭に、議論をさらに深化させていくことが求められる。

## VI むすびにかえて

1. これまで、本稿は、いかなる立場であっても平等に自由を行使・実現しうるために求められる枠組みを探求することを課題として、ドイツにおける国家の中立性の議論を見てきた。初期の学説は、良心形成の自由および人格の自由な発展の権利から導かれたイデオロギー的中立性を現在に至るまで受容してきた。しかし、議論の進展や判例の出現に応じて、学説は、その内実を、基本法4条1項の客観法としての国家の宗教的・世界観的中立性へと変化させていった。ここで中立性論が主眼としていたのは、さまざまな形態を伴った価値の教え込みの禁止であった。この時期には、中立性は、学説においては論じられていたが、連邦憲法裁判所はそれほど関心を示してこなかった。しかし、その後、社会の多元化に伴う問題や学校における価値の教え込み以外の問題の顕在化に伴い、連邦憲法裁判所も中立性を判決の論拠の一つとするようになっていった。さらに、中立性は、具体的にはいかなる要件によって用いることができ、いかなる効果を有するものであるのかについては長年に亘って論じられてこなかったものの、近年では、中立性から、自由や差別の禁止が導出されるという議論が行われるようになってきている。これに基づいて、国家行為を制限することで、個人の平等な自由を確保するという構想も生まれつつある。もっとも、スカーフ判決の反対意見にみられたように、中立性に基づき、少数者の自由を制約しようとする試みも存在している。国家の中立性は少数者の自由を行使・実現しうるよう機能する方向へ解釈さ

274) Huster, (Fn. 53), S. 44はこのような批判を、憲法解釈を縮減するものであるとして退けている。

れていかなければならないだろう。

2. 国家の中立性のそのような機能として、第一に、立法者の形成の自由を、憲法、特に基本権によって確定された枠により条件づけることがある。この機能により、立法者は中立性に反していないこと、すなわち、特定の宗教や世界観に対する特別な取扱が意図されていないか、を説明する責務を負うことになるだろう<sup>275)</sup>。立法者は政策の審議において、中立性を考慮しなければならないことにより、政策の立案をより慎重なものとするのが期待できる。ここでの課題は、この時点での中立性の担保は、立法者の説明責任しかないということである。現代において、立法者が、特定の宗教や世界観への働きかけを明白な意図をもって行うことは想定し難い。立法者に対する事前のチェック機能が、より実効的なものとなるためには、統治機構論を含めたより複合的な問題を考察しなければならないだろう。第二に、客観法の一カテゴリーとしての中立性は、裁判による個人の権利救済としても機能しうる。この場合には個人が自らの権利とともに客観法違反としての中立性を引き合いに出して救済を求めることが可能となる。もっとも、客観法違反のみを理由として裁判的救済を可能とするか、個人の権利主張とともに、併せて客観法違反を争うか<sup>276)</sup>については、今後の理論的な枠組みの精緻化の課題として残されている。

このように、客観法としての中立性を論じることは、従来の日本の憲法学における中心的な課題であった、少数者たる個人の裁判による権利救済のための枠組みを考察することに比べ、複雑な構造を有している。しかし、異なる意見を持ち、異なる出自の人々が集まる数少ない機会である学校は、国家によってその自由を侵害される可能性を持つ当事者が常に伏在している。そこでは、いかなる立場の者がその自由を侵害されるかについては明らかではない。そのような問題意識から、あらかじめ国家によって可能な行為を制限し、すべての立場の者が可能な限り、自由を行使・実現しうる枠組みとして、ここでは客観法たる中立性を、筆者

---

275) 例えば、西原博史「憲法構造における立法の位置づけと立法学の役割」同『自律と保護』(成文堂、2009) 第1部参照。

276) 宍戸、前掲註11、254-255頁は、自律的な個人の尊重の観点から、客観法を主観化することによる基本権保障を想定している。なお、Pieroth/Schlink, (Fn. 11), Rn. 81. [邦訳、31頁]も参照。

の能力の及ぶ限りで、論じてきた。この枠組みを冒頭に述べた君が代斉唱への強制問題に引きつけてみると、国家がこのような特定の価値や行動様式への強制を学校において行う場合には、日本国憲法19条の客観法としての国家の中立性が効力を発揮することにより、当該強制が違憲となりうる局面が存在する余地があるのではないだろうか<sup>277)</sup>。この場合、強制された教育そのものを学校で取扱うことはできなくなるのか、中立化ないしは中立的に正当化された限りでは、強制さえなければ取扱うことが可能となるのか、その場合には当該教育からの解放の権利をどの程度認めるのかといった、新たな問題も生じることになるだろう。

3. もちろん、このような局面は教育に限られるわけではない。さらに今後、学校教育だけでなく、他の領域においても<sup>278)</sup>、少数者の自由を厚く保障する方向で中立性概念を精緻化していくことが求められる。しかし、上でみた判例からも明らかのように、必ずしも、中立性は、このような方向へ、解釈されてきたわけではない。むしろ、共同体の伝統的価値を保護ないしは継承するために、少数者の自由を制限する論理として用いられた事例は少なくない。日本の学校教育においても、中立性は、未だ政治的状況も手伝って、教師の活動を制約する論理として、要請されるにとどまっている。しかし、現代のように多元化した社会においては、共同体の伝統的な価値を擁護しようとする多数派のみによる政策形成を排除する目的だけで、あらゆる宗教や世界観を排除するような枠組みを採用することができない以上、できる限り多様な見解を取り込んだうえで、少数者であっても自由を行使しうるための枠組みが必要とされる。この課題に取り組むた

277) 内野正幸「愛国主義教育のもたらしうる不利益—「君が代」裁判を中心に—」日本教育法学会年報39号(有斐閣、2010)120-121頁は、このような説が成り立ちうることを指摘している。同『表現・教育・宗教と人権』(弘文堂、2010)139頁以下も参照。なお、斎藤一久「公立学校における思想・良心の自由」大沢秀介他編著『憲法.com』(成文堂、2010)123-124頁は、中立性には明文上の根拠がないことや、中立性を貫徹することにより学校において特定の価値を含む教育を行うことができなくなる可能性があることから、「[愛国心を涵養する]教育体制自体が違憲であるとは即断できない」としつつ、旧教育基本法10条がこれと類似の機能を果たしていたことを指摘する。

278) ドイツでは、教育以外の領域でも、例えば、基本法140条により編入されたワイマール憲法139条において日曜日が保障されていることや、同137条における宗教団体による特権の付与などの解釈をめぐって、少数者の自由の保護と共同体の伝統の維持との間でも、国家の中立性が争点となっている。

めには、ドイツにおいて、国家の中立性が提唱されてきた歴史的経緯についてさらに立ち戻り、学説の詳細な検討を行うことが必要となるだろう<sup>279)</sup>。このことを課題として意識することで本稿のむすびとしたい。

---

279) この点については、日比野、前掲註95、137頁以下参照。