

公立学校と良心の自由(一)

——西ドイツにおける国家の教育任務・
親の教育権・子どもと親の良心の自由——

西原博史

目次

序章 問題提起

一 問題の所在

二 良心形成の自由と公教育

三 国家の中立性

四 良心形成の自由と「教育権」

第一章 国家の教育任務と親の教育権

第一節 国家の教育任務

一 国家の学校監督

二 国家の教育任務と良心の自由

三 国家の教育任務の正当化根拠

四 国家の教育任務の限界①——子どもと親の基本権

五 国家の教育任務の限界②——国家の世界観的中立性と寛容

第二節 親の教育権

一 親の教育権の内容と性格

二 国家の監視任務

三 親の教育権に対する制約

第三節 親の教育権と国家の教育任務

一 学校における親権の効力

二 宗派的親権と教育学的親権

三 学校領域における親の個人的権利

四 イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権

第四節 公立学校における親・子どもの良心の自由——小括に代えて——

(以上本号)

第二章 公立学校と宗教

第三章 学校における世界観的問題

終章 問題解決の手掛かり

序章 問題提起

一 問題の所在

現代国家において、国民の間に価値観の一元性など存在しないし、一元的価値観が国家により強制されることも許されない。統一的社会規範が意識されずに成員間に妥当していた閉じた共同体は、すでに現代人には手の届かない過去のものとなった。それにより国家には、包括的規範体系を国民に強制することで自らへの忠誠を確保する可能性が

閉ざされた⁽¹⁾。かくして現在、社会秩序の要は、内面的に強制された規範の遵守を確保することなく、個人の責任ある自己決定に置かれている。これを法的に支えるのが、今や基本的人権としての性格を獲得し、その中でも優越的地位にある精神的自由権の中核としての役割を担った、良心の自由である⁽²⁾。

この良心の自由の一内容として、良心形成の自由が唱えられる。良心が自由であるに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が、国家権力が良心形成の過程に直接作用して為政者の意向に沿った良心を個人に植え付けることが許されるなら、良心の自由の憲法による保障は画餅に帰すからである。そのため、我が国の憲法一九条についても、西ドイツ基本法四条の良心の自由(Gewissensfreiheit)に関しても、良心形成の自由が一内容と認められることは憲法学上の常識である⁽³⁾。そしてこの良心形成の自由は、個人の内面のみに関わり、他の法益と抵触する可能性がないとの理由により、絶対的に保障されると説かれるのが普通である。

ところが、良心形成の自由が絶対的に保障されるとの当然の命題は、必ずしも現実生活に適用されてはいない。というのも、義務教育制度が存在し、大部分の人格形成途上の若い国民が公立学校に通わねばならず、そこで教育公務員たる教師により、道徳教育を始めとした様々な価値観の混入した授業・生活指導を受けざるを得ないからである。良心形成の絶対的自由を前提とすれば、この国家による個人の良心形成への直接の働き掛けは憲法違反とならざるを得ないであろうが、そのような主張が真剣になされることはまずあり得ない。多くの場合、謎めいた論理的飛躍により、良心の自由と公教育との対立は意識されない。

この飛躍で飛び越された所には、憲法学上問題にされるべき教々の論点が潜んでいる。個人の良心の自由・良心形成の自由を前提にした場合、国民の教育を受ける権利の実現としての意義を持つ公教育はどう評価されるべきか、公

教育が個人の良心の自由と一致するための条件はあるのか、どのような教育制度が憲法の禁ずる個人の良心の自由に対する侵害と考へざるを得ないのか、などの点である。為政者が国民への思想統制を企てるなら公立学校で柔軟な人形形成期の子どもに直接自分に都合のいいイデオロギーを吹き込むのが最も効率的な方法で、そのことを我が国の戦前の経験が証明しているため、公教育と良心の自由の緊張関係を意識した上の諸問題は、憲法学には避けて通れないはずのものである。

二 良心形成の自由と公教育

公教育と良心の自由の緊張関係という本稿の抱える問題の重要性にもかかわらず、良心の自由に関する伝統的解積論は、この論点を追究する上でさほどの手掛かりを提供しない。そのような問題意識の欠如の背景には、教育の受け手が人格形成途上の子どもであることによる理論上の困難もある。しかし同時に、我が国憲法学で良心の自由がとく「単なる内心の自由」として当然視されがちで、その理論化が他の人権領域に比して遅れを見せている点にもその理由の一端はあるであろう。⁽⁴⁾

我が国の憲法学では、厳密に検討した場合、良心形成の自由の内容や射程につき見解が固まっていはいない。確かに、国家が特定の良心内容を強制することが違憲となる点には争いはないであろう。しかしこの一致は、その禁止の及ぶ範囲が問題となると早くも分裂を見せ、良心内容の勧奨・抑圧に対し、慎重さを要請するに留めるか、⁽⁵⁾憲法上禁止されているとするか、⁽⁶⁾といった対立を生む。これは主として、強制の要素をどの段階で認定するかという点の理解と結び付いている。さらにこの不一致に、良心の抑圧と良心に従った行動の抑圧との関係に関する理解の不明確さが

加わる。良心に直接基づく行為が法により禁止されることを良心の侵害とする可能性を肯定するか否定するかで、良心の強制が認定される範囲は大きく異なってくる。⁽⁷⁾

だが、良心の自由を内心の自由と捉え、外部的行為との連結を切断する通説的見解では、強制の要素が確認できるのは、国家権力の支配形態としては前近代的とも言える非常に極端で稚拙な場合でしかない。しかし現実には、法規による特定の行為の強制を通じてそこから逸脱する内容の良心の抑圧を始め、目に見えない形で良心の抑圧が行なわれている。そのことを考えれば、思想・良心の直接の強制を待って初めて良心形成の自由の侵害を問題とする考え方は、良心の侵害に対しあまりに鈍感であると言えよう。しかしまた、法律制定のような日常的な国家行為までもが良心の抑圧になり得る現実を考えた場合、特定の良心内容の勧奨や否定的評価がすべて禁じられているとも考え難い。問題は、良心の自由の侵害を認定する基準がどこにあるかという点に存する。

この点に関し、良心の自由という問題一般への理解を深化させている西ドイツの解釈論は、若干詳細な基準を提示する。良心の自由を直接問題としながら最も内容のある基準を明らかにしているのが、フライハルター（G. U. Freihalter）の一九七三年のモノグラフィ⁽⁸⁾であろう。彼は、良心形成の自由に関連して、国家の「マニピュレーション禁止」を説き（S. 99）、これにより、国家のイデオロギー的教化（Indoktrination）や国家の情報独占による国民の操作が禁じられるとする（S. 133）。そして彼は、公教育や犯罪者矯正のように国家が個人の良心形成に介入せざるを得ない場面で介入が許されるための基準作りを積極的に行ない、その基準を、「良心形成の過程において国家は、伝達役と提供役に制限される。それを越えた、倫理的価値コンセプトの受け入れと拒絶に介入する試みは、良心の自由違反で、許されない。……許されない良心形成となる限界は、知識・認識伝達と価値コンセプトの提供が一面的

行なわれるところで踰越される（S. 137）」という形で定式化する。

この基準は、思想・良心の勸奨・抑圧を一般的に問題にするに留まる我が国の議論に比べて、はるかに内容豊富である。しかしそれでも、良心の自由に関する考察から演繹されたこの基準は、なおも抽象的で、公立学校の具体的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。そして、それを明らかにするためには、良心の自由が議論の出発点であることをあくまでも踏まえつつ、隣接領域における議論に踏み込んでいかなければならない。良心の自由に関する理解がある程度の深化を見せ、関連領域での議論にもその理解が反映されている西ドイツでの議論を考察の対象にすることで、公立学校の領域における良心の自由の効力の問題を探ろうとするのが、本稿の目的である。

その際、良心概念に関しては若干の注意を要する。本稿も、前稿⁽⁹⁾で示された道徳的人格の一貫性を維持する監視機関としての良心の理解を前提とするが、良心形成の自由を問題にする際には、良心概念を厳密化する必要はない。良心形成は承認した規範の内面化という作業で、個人の内面で行なわれるが、その前段階である規範体系の承認に対しては外的強制が働く場合があり、法的に問題にされるべきはまさにこの段階である。フライハルターが良心形成の前段階としての「価値コンセプトの受け入れと拒絶」を問題にするのは、そこに理由がある。そのため、国家権力による社会規範承認の強制に対抗する自由としてのこの良心形成の自由が問題となる場面を扱う本稿では、道徳規範、宗教規範、世界観的規範など様々な性格の社会規範を内面化したものとしての良心の性格を前提に、良心形成の前提となり得る規範の承認・否認のプロセスを一般的に問題にしていきたい。

三 国家の中立性

国家に情報の伝達・提供のみを許し、特定の世界観と結び付いた形で国民の良心形成に介入することを禁ずる上のフライハルターの基準は、公立学校における良心の自由の問題が国家の思想的・宗教的・世界観的中立性の原理と密接に関連することを示している。一般に、西ドイツでは良心の自由から客観法レヴェルで国家の良心内容に対する中立性の要請が導き出されることもある⁽¹⁰⁾。

この国家の中立性原理を敷衍するのに、西ドイツではクリューガーのモデルに倣い「非同一体化の原理」⁽¹¹⁾を語ることが多い⁽¹²⁾。国家は普遍性の領域で、何らかの特殊性と同一化はできないとする、現代国家を構成する一原理としてのこの「非同一体化の原理」により、宗教や世界観、また階級などの特殊性との同一化が国家に禁じられる⁽¹³⁾。そしてこの原理に関し、良心の自由の保障の根底に横たわり、現代国家の正当性を支える意義が強調される⁽¹⁴⁾。

この間の事情は、宗教を例にとれば最も明らかであろう。中立性原理の原型は、宗教戦争の経験を踏まえた政治システムの脱宗教化の過程に見い出される⁽¹⁵⁾。この観点は我が国では、政教分離という問題領域を形造る。すなわち、信仰の自由を確保し、信仰に対する国家の抑圧を防ぐには、個人の信仰の自由を主観的な基本的人権として保障するのみでは不十分で、政教分離により国家と特定宗教との同一化や関わり合いを制度的レヴェルで禁止することが不可欠であるとされる。我が国では、学校の領域でこの政教分離原則を貫徹し、信仰形成に対して国家や学校が不当な介入を行なわないよう、憲法二〇条三項や教育基本法九条二項が明文で公立学校における宗教教育を禁じている。

このような国家の中立性原理から、公立学校における教育作業が、宗教的、世界観的、政治的などんな立場とも同一化してはならず、すべての見解に対し中立でなければならぬ、との要請が導き出され得る⁽¹⁶⁾。授業での知識伝達に
関しても、特定の思想のみを教えるならこの原理と抵触するため、競合する見解の並列的提示が必要とされる。良心

についても、学校が行なえるのは多数の選択肢の中立的・並列的な提供のみで、その中からの同一化できる良心内容の選択が子どもに委ねられていて初めて、学校が子どもの良心形成に不当に介入していないとの評価が可能となる。

しかし、良心内容を問題にする場合、上の要請を現実適用するには困難が伴う。ここで注意を要するのは、国家の中立性が、あくまで目標を設定する評価概念で、現実の状態を表現する記述概念でないことである。政教分離に關しても、それを徹底させて宗教的観点を法から排除するなら、国家の侵害から宗教を保護するための権利である信仰の自由と対立する点に、実際の困難がある。国家があらゆる特殊性に対し厳格に中立であることは、現実には不可能とならざるを得ない。特に教育に關しては、授業ですべての思想的・世界觀的立場を価値判断を混入させずに並列的に提示することは、思想のあらゆるヴァリアントをカヴァーすることがおよそ実現可能でないことを考えても、不可能であり、ある程度の取捨選択が、そしてそれに伴いある程度の価値づけの随伴が不可避である。

西ドイツでは、問題はこうした一般的な困難に留まらない。そこでは国家の中立性の典型的な領域である宗教に關し、厳格な政教分離が制度化されておらず、国家が様々な形でキリスト教と關係を持ち、支配的見解によれば国家と教会の關係は「分離」ではなく「協力關係」により特徴づけられている。教育に關しても、宗教の授業が公立学校における正規の教科で、各宗教団体の諸原則に従って行なわれることが基本法七条三項で規定され、この宗教の授業が伝統的キリスト教道德の再生産という機能を持っている。さらに、六〇年代後半以降の教育改革まで、いくつかのラントでは公立学校はカトリックまたはプロテスタントの宗派学校で、当該宗派の精神による教育が行なわれていた。このように公立学校の教育に直接キリスト教が取り入れられる状態にあつては、宗派的な中立性が問題になり得ても、教育の宗教的中立性という問題設定には限界がある。⁽¹⁷⁾

このような点から、西ドイツでは教育に関し中立性よりも寛容の思想が強調される場合がある⁽¹⁸⁾。現実には中立性からの逸脱状況がある場合、寛容原理の機能する余地は広い。ただ寛容の強調は、国家に寛容を求める権利から寛容の義務へ転化する危険がある⁽¹⁹⁾。かくして、宗教的少数者が学校における多数者の宗教活動を甘受すべきことが寛容原理の下に要求されたりする⁽²⁰⁾。また、そのような本末転倒を生まないまでも、寛容がそもそも自らの一定の立場を前提にしつつも異なる思想に不利益を与えることを差し控えるという消極的内容を持つに留まるため、寛容が機能することによる現実的救済に関し、さほど多くは期待できない。むしろ、少数者が保護を必要とする場合、主観的権利としての構成の方が、確実な保護を手に行うことができる。

このように、中立性の観点を考察に取り込まずには公立学校における良心形成の自由の問題を解決できないが、この中立性の論拠を貫徹することのみでこの問題を語りつくすこともできない。中立性の論拠の限界を意識しつつ論を進めることが重要である。

その際、我が国の憲法学が明治政府の捏造した天皇制神話を克服できないのと同様、あるいはさらに深刻に、西ドイツにおける議論がキリスト教の伝統という軛を引きずっている点に注意が必要となる。西ドイツでは、この伝統や基本法成立時の社会状況に規定され、国家と宗教との関係に関し、我が国における厳格な政教分離原則の採用と異なつた決定を基本法が下した。その限りで、この論点における西ドイツの議論が日本との単純な比較を許さないことが意識されなければならない。

にもかかわらず本稿は、我が国における問題解決の道を探る一助として、西ドイツの公立学校における良心の自由に関する議論を、宗教が関わる論点も含めて検討する。世界観の問題としてあまりに典型的な宗教の要素が公立学校

に入り込み、そのため学説上も問題意識を深化させざるを得ず、中立性の論拠が限界を持つが故にこそ、逆にそれを克服する道が主観的権利の保障を貫徹するなどの方法で採られる西ドイツの議論が、何かの参考になることを期待してである。

四 良心形成の自由と「教育権」

公立学校における良心形成の自由という問題に主観的権利からアプローチする場合、公教育の受け手が判断能力を確立した大人でなく、人格形成途上の子どもであることが、様々な困難を投げ掛ける。子どもの良心形成の自由を考へる場合、すでに形造られた良心、人格、世界観などを前提に、それと異質な働き掛けに対し防禦的に考えていくことは難しい。誰かが何らかの形で子どもに対する教育を行なわなければならないことが出発点となる。そのため、憲法論的構成として、子どもの良心形成の自由と並び、子どもの良心形成に働き掛ける権限の序列が問題になり、「教育権」をめぐる従来の教育法上の議論と接合する。

我が国の教育法学は、「国家の教育権」に対抗して「国民の教育権」を主張してきた⁽²¹⁾。しかし、国民の教育に関する国家の権限に限界があり、権利の担い手が他にもいるという当然の事情を表現するこの「国民の教育権」概念も、現在では細分化の必要に迫られている⁽²²⁾。国家でないなら国民という安直な二分論では、運動論的スローガンとはなり得ても、権利の主体と内容の明確化が必要な法律学上の概念を構成する出発点としてはあまりに粗雑だからである。最高裁がいわゆる旭川学テ判決⁽²³⁾で、「国家の教育権」対「国民の教育権」という対立の構図を退け、教育権を親、教師、国がそれぞれ一定範囲で持つと判示したのも、国民の教育権概念が内包していた限界を受けたものと考えられる。

この「教育権」の問題を、子どもの良心形成に働き掛ける権利・権限の所在という本稿の問題意識の下で見た場合、まず親の「教育権」⁽²⁴⁾が問題となる。現代の家族関係の中で、子どもの教育は親の責任であると考えられており、子どもの良心形成に関しても、その最初の礎を置くのは親の役割だからである。良心形成が自由であるためには、良心内容が国家から自由な私的過程で伝達される状況が必要で、法秩序はこれをまず親に委ねている。我が国では、このような関係から親に帰属する教育権限は民法の親権に関する規定（民法八二〇条）に具体化され、いわゆる家庭教育の領域で親が教育権を持つことは一般に承認されている。⁽²⁵⁾そのため国家に対する関係では、子どもの判断能力が確立するまで、子どもの良心形成の自由は親の良心形成教育の自由と重なり合う。

問題は、学校が関わる領域でこの関係がどうなるかという点に存する。学校での授業や生活指導による良心形成への働き掛けに対し、子どもは自らの良心の自由を引き合いに出して正当な範囲でこれを拒めるのであろうか。それとも、教師にも親と同様の支配関係が認められ、子どもが自らの良心の自由を主張することは人格形成途上であるとの理由から許されないのであろうか。また親は、今まで純粋に市民社会内部で自分の手によって行なわれてきた子の良心形成が学校において国家権力の手で踏みにじられ、子の良心に対して国家権力が直接・間接の影響力を行使しても、黙って見ているほかないのであろうか。子の良心の自由を代位し、また自らの教育権を主張することにより、自分が基礎を置いた子の良心形成をそのままの方向で発展させるよう要求できないのであろうか。⁽²⁶⁾このような問題意識を受け、本稿では、公立学校の領域で、子どもの良心の自由ならびにそれを代位する親の良心の自由が、どのような場合に主張できるか、といった点に考察の重点が置かれる。

この問題は、逆に見ると、良心の自由への直接の関連性から、教育権が他の教育主体に優先して親に帰属すべき領

域を探る意味を持つ。もちろん、このようにして基礎づけられるのは、親の教育権の中でも親と子の良心に直接関わるごく小さな一部分でしかなく、親の教育権全般を憲法上基礎づける作業となり得るものではない。その意味で本稿は、教育の自由全般を問題にするより、むしろそのような自由の可能性を個別の市民的自由の領域において個々に探ろうとする奥平教授の問題意識を受けたものとも言える。⁽²⁷⁾ 憲法上の基本権として親の教育権が保障される西ドイツでの議論においては、直接に親の教育権が問題とされるが、その中から良心の自由に関連した要素を抽出することが本稿の課題となる。

もちろん、状況は良心の自由のみを問題にすれば解決するほど単純ではない。公教育を単純に良心の自由により防禦されるべき国家権力の行使とのみ把握することは適当でなく、それが憲法二六条に保障された教育を受ける権利を実現するという積極的側面も忘れられてはならない。また、教師は教育行政の執行機関ではなく、教育専門家として「教育の自由」を持つ。しかし、個人としての子どもや親の側から見れば、法律上の授権を受けた教師が国家権力を背景に一定の強制を行なう構図も、学校には当てはまっている。そして、公教育を通じた国家の国民に対するイデオロギー的統制が問題になるとしたら、議論の土俵となるのは、まさにこの、子どもや親が自由権の主体として国家権力を背景とした学校の強制に対抗する次元なのである。⁽²⁸⁾⁽²⁹⁾

注

(1) この過程は、ヨーロッパ中世における政治的宗教的統一秩序の解体の結果、宗派の分裂が生じ、共存のために領邦君主が寛容を行なうことを余儀なくされた、良心の自由の萌芽に現れる。拙稿「神聖ローマ帝国期ドイツにおける Gewissensfreiheit 概念の成立と発展」早大法研論集三三三号一六一頁以下参照。

(2) 良心の自由に関する筆者の理解につき、「良心の自由(一〜四)」早大法研論集三九号二〇七頁、四〇号二四五頁、四一号

二四七頁、四二号一五三頁、参照。

- (3) 拙稿・前掲「良心の自由」(一)二二七頁、(三)二五一頁以下。
- (4) 通説の問題点につき、拙稿・前掲「良心の自由」(一)二一九頁以下参照。
- (5) 法学協会『註解日本国憲法(上)』四〇〇頁、伊藤正巳『憲法』二五三頁。
- (6) 樋口・佐藤・中村・浦部『注釈日本国憲法上巻』三八八頁〔浦部法穂〕。
- (7) 良心の自由の行為領域での効果は、不可分の行為、良心的行為にすれば問題をしても一定範囲で認められる。この点につき、拙稿・前掲「良心の自由」(一)二一八頁以下参照。
- (8) G. U. Freihalter, *Gewissensfreiheit*, Berlin 1973. 拙稿・前掲「良心の自由」(三)二五二頁で引用。
- (9) 拙稿・前掲「良心の自由」(一)二六三頁。
- (10) Freihalter, a. a. O., S. 201ff.; H. Scholler, *Gewissen, Gesetz und Rechtsstaat*, DÖV 1969, S. 528; R. Herzog, Art. 4, in: Maunz/Dürig u. a., *Grundgesetz. Kommentar*, Rn. 19ff.; E.-W. Böckenförde, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, VVDStRL 28(1970), S. 55ff.; etc.
- (11) H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Stuttgart 1964, S. 178ff.; vgl. auch S. 92ff. 160ff. 清水望「H・ツリナーの国家論における『非同一化の原理』」早稲田政治経済学雑誌二八四・五号一頁以下、日比野勤「国家の『中立性』と自由な国家」『法学協会百周年記念論文集第一巻』一四〇頁以下、参照。Vgl. K. Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen 1972, S. 236ff.
- (12) Böckenförde, a. a. O., S. 55ff.; Scholler, a. a. O., S. 528; J. Lisch, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland*, Berlin 1971, S. 5ff.; etc.
- (13) Krüger, a. a. O., S. 92ff. 160ff., 178ff.
- (14) Böckenförde, a. a. O., S. 55.
- (15) Vgl. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, Frankfurt 1976, S. 42f.
- (16) 後述「第一章第一節五」。

- (17) これらの問題につき、後述、第二章。
- (18) 後述、第一章第一節五。
- (19) 我が国でも、自衛官合祀事件最高裁判決にその例が見られる。最(大)判昭和六三年六月一日民集四二巻五号六八頁。
- (20) 典型的には、*Listl, a. a. O., S. 250f., 279.*
- (21) 「国民の教育権」につき、文献は多いが、特に、国民教育研究所編『全書・国民教育1 国民と教師の教育権』所収の諸論文、星野安三郎「学問の自由と教育権」鈴木・星野編『学問の自由と教育権』一頁以下、堀尾輝久『現代教育の思想と構造』一九九頁以下、二七一頁以下、同『教育の自由と権利』三頁以下、兼子仁『国民の教育権』同『教育法(新版)』一九三頁以下、同『教育権の理論』二頁以下、堀尾輝久・兼子仁『教育と人権』七二頁以下、永井憲一『国民の教育権』、同『憲法と教育基本権』二六一頁以下、同『憲法と教育基本権(新版)』三四頁以下、同『教育法学の目的と任務』八三頁以下、同『教育法学の展開と課題』三六頁以下、浪本勝年『国民の教育権の生成と展開』一頁以下、などの著作を参照。
- (22) この指摘の代表的なものとして、奥平康弘「教育を受ける権利」芦部信喜編『憲法Ⅲ 人権(2)』四一一頁以下。その他、「国家の教育権」論を唱える文部省サイド以外からの「国民の教育権」論の見直しを主張するものとして、清原正義「教育・法・国家——『国民の教育権』論批判——」持田栄一編『教育変革への視座』一九七頁以下、など。また、今橋盛勝『教育法と法社会学』一二五頁以下も参照。
- (23) 最(大)判昭和五一年五月二一日刑集三〇巻五号六一五頁。
- (24) 「親の教育権」につき、田中耕太郎『教育基本法の理論』一五四頁以下、堀尾・前掲『現代教育の思想と構造』一五四頁以下、平原春好「公教育と親の発言権」鈴木・星野編・前掲『学問の自由と教育権』二四七頁以下、兼子・前掲『教育法(新版)』二〇四頁以下、同・前掲『国民の教育権』四九頁以下、宗像誠也「教育権論の発生と発展」国民教育研究所編・前掲書二〇頁以下、同『教育と教育政策』四六頁以下、伊藤公一『教育法の研究』六頁以下、奥平・前掲三九二頁以下、今橋・前掲書一二五頁以下、窪田真二「学校教育における親の教育権」真野・桑原編『教育権と教育制度』一〇九頁以下、などを参照。
- (25) 前掲学テ判決六三三頁参照。
- (26) この疑問は、すでに一九五九年に宗像教授が提起した。宗像誠也「教育行政権と国民の価値観」世界一九五九年一月号

二七四頁。同旨、同・前掲『教育と教育政策』四六頁、同・前掲『教育権論の発生と発展』二〇頁以下。しかし、この問題提起こそが教育法学の「国民の教育権」論につながり、良心の自由の観点の下で発展することはなかった。

(27) 奥平・前掲四一五頁以下。

(28) 場面をこのように限定したため、本稿では、教師の「教育の自由」の論点を扱うことができなかった。今後の課題とした。

(28 a) 本稿脱稿後、最高裁は²²伝習館高校事件判決（一九九〇年一月一八日・一小）で、学習指導要領の法的拘束力を肯定した。それにより、教師が自らの教育の自由に基づき、指導・助言としての学習指導要領とは一応独立に授業を形造るという伝統的構図が否定され、国家と子どもが授業でも直接向かい合う図式となり、本稿のようなアプローチがますます現実的意義を持つことになった。

(29) 本稿の対象である西ドイツにおける親の教育権や国家の学校監督に関する我が国での先行研究の中で特に注目すべきものとして、伊藤公一「ボン基本法における『国の学校監督権』」阪大法学八一号一頁以下、同『教育法の研究』一一頁以下、一〇二頁以下、竹内俊子『教育の自由』と学校に対する国家の『監督』」名大法政論集六六号一頁以下、同「西ドイツ学校法の動向と特徴」日本教育法学会年報一八号一五九頁以下、市川須美子「西ドイツ教育法学の形成（一）〜三）」法時四八巻六号七七頁以下、七号七八頁以下、九号七一頁以下、同「西ドイツの公法学と教育法学」季刊教育法二四号一五〇頁以下、同「西ドイツにおける教育憲法裁判の展開」法時五四巻一〇号五五頁以下、前原清隆「学校制度と教育基本権（一）〜二）」名大法政論集一〇六号二二七頁以下、一〇七号七一頁以下、同「親の学校参加をめぐる法理と政策（一）〜三）」名大法政論集一一六号六七頁以下、一一七号二三三頁以下、一一八号三八三頁以下、横田守弘「学校教育と親の教育権（一）〜二）」民商法雑誌九六巻一頁以下、二号三七頁以下、同「親の教育権と国家の『監視』（一）〜二）」西南学院大法学論集二二巻一、二号六七頁以下、二二巻四号五九頁以下、等。多くの点で重複するため本論では言及を避けたが、これらの研究においては、本稿と重なる領域についても、また本稿で考察できなかった領域についても、深い理解が示されている。

第一章 国家の教育任務と親の教育権

公立学校における子ども・親の良心の自由の問題は、西ドイツでも学校をめぐる様々な権利、権限の緊張関係に支配された場に置かれている。そこで本章では、特に国家の教育任務と親の教育権に関する憲法上の論点を考察することを通じ、公立学校における良心の自由を問題にする際に前提となる様々な概念構成や理論状況の提示を試みてみたい。

第一節 国家の教育任務

従来我が国の教育法理論では、「教育内容決定権」の所在に関し、「国家の教育権」論と「国民の教育権」論が対立していた。しかし子どもや親にしてみれば、いずれの見解を採っても「教育内容決定権」なるものは自分になく、学校に委ねられている。国家―教師という公権力の側が一方的に決めた教育内容が義務教育制度を媒介に子ども・親に強制されるのが現実である。学校教育の場面で「国民の教育権」論がいくら国民の名を語ろうと、実際にはこの理論は教師への擬制的な国民・親の信託を基礎づけるだけで、個々の国民の「教育権」と無縁であることは、すでに指摘されている⁽³⁾。そこで本稿では、我が国の教育権論争の図式を離れ、教師まで含む意味での公権力が現実に教育内容決定権その他の学校運営上の権限を持つ――本稿では西ドイツの例に倣いこの国家の権限を総体として国家の教育任務 (Bildungs- und Erziehungsauftrag) と呼ぶ――という事実を出発点に据えたい。

その場合に問題になるのは、現実には国家が行使するこの国家の教育任務の憲法上の正当化根拠と限界である。本稿の対象となる個人の良心の自由と学校教育との緊張関係の問題も、憲法論的には、この国家の教育任務の憲法上の限界として考察されるべきものとなる。

西ドイツでは、この国家の教育任務は憲法上の承認を受け、議論の出発点たる位置を有する。基本法七条一項が「全学校制度は国家の監督に服する」と規定し、この「国家の学校監督」が学校に関する国家の権限の根拠とされる⁽⁴⁾。以下、この国家の教育任務に関する憲法上の問題を考察していこう。

一 国家の学校監督

「基本法七条一項に言う学校監督は、すべての若い市民に能力と今日の社会状況に対応した教育可能性を開く学校制度を保障することを目的とした、学校制度の計画と組織に関する国家の権限を包括する」⁽⁵⁾。連邦憲法裁判所判例で繰り返し唱えられるこの原則に明らかな通り、西ドイツの公立学校制度は、基本法七条一項における国家への包括的授権から出発する。通常、「監督」はコントロールされる主体の独立の行為を前提とするが、学校監督概念は、その法的意味の監督を越えた、国家の学校制度に関する決定権を内容とする。⁽⁶⁾⁽⁷⁾

このように特殊な学校監督概念は、歴史的に成立したものである。当初は教会の支配下にあった学校を、啓蒙絶対主義の時代に、臣民の福祉と国家の強化のために学校制度を必要とした国家が吸収していくが、その過程で教会・聖職者の学校監督を排除する概念として「国家の学校監督」概念が成立した。その後、その過程を最終的に完結するワイマル憲法が一四四条で学校制度に関する国家の包括的決定権を規範化するのに用いた学校監督概念が、その内容

ごと、基本法の解釈に受け継がれる⁽⁸⁾。もっとも、基本法が「ラントの学校高権」を承認して連邦の権限を調整的機能に限定した点や七条四・五項で広範な私立学校の自由を保障した点に、ワイマール憲法との大きな隔たりがあり、基本法下での基本権の直接の妥当性（一条三項）や七〇年代における特別権力関係理論の解体などの影響と相まって、国家の学校監督概念は、現在までワイマール憲法下の理論の受容に留まらない幅広い議論の対象となっている。

この学校監督の内容は、上述の連邦憲法裁判所判例に言う「学校制度の計画と組織に関する国家の権限」が包括的に保障されたものと一般に理解されている⁽⁹⁾。そこには、大きく分けて、公立学校制度の形態づけ任務と、私立学校や地方自治体の学校への監督任務の二つが含まれ、学校の種類や学校主体（Schulträger）の違いにより国家の影響力の程度に差があることが指摘される⁽¹⁰⁾。本稿で問題になるのは前者の形態づけ任務であるが、それについても、いわゆる内的学校事務と、主に自治体が主体となる外的学校事務が区別され、我が国では国家に否定される内的学校事務、すなわち授業内容その他の学校における教育プロセスの内容の確定の権限こそが、まさに学校制度に関する国家の権限の中核とされる⁽¹¹⁾。そこから判例上も、「学校の組織的構成、教育制度の構造的確定、学習過程の内容的・教育学的プログラム、学習目標の設定、この目標が生徒によりどの程度達成されたかの決定などが、国家の形態づけ領域に属する」とされる⁽¹²⁾。実際には、義務教育制度が存在し、公立学校における授業内容は通常は学校行政官庁が決定する「指導計画（Lehrplan）」、「枠組指針（Rahmenrichtlinie）」、「カリキュラム」により確定されている。

二 国家の教育任務と良心の自由

a 教養的教育任務と人格的教育任務

内的学校事務を含む包括的な国家の学校監督により、国家は教育任務を

委託される。ところが国家が教育任務を履行する場合、国家の考え方と学校に通う生徒・通わせる親の考え方との間に衝突が生じ得る。基本法六条で親の教育権が保障されているため、この衝突に際し親の権利が問題になるし、義務教育制度を媒介に国家による価値観の強制が行なわれるなら、基本法二条の自由な人格展開の権利や四条の良心の自由の問題となる。

このような問題連関に関連し、キリスト教の伝統から信仰や価値観の問題への敏感さを歴史的に発達させている西ドイツの理論においては、知識・技能の伝達に関する教養的教育 (Bildung) と、行動モデルや価値観の伝達に関する人格的教育 (Erziehung) の二つの概念が区別される。ここでの問題は、果たして国家に人格的教育の任務まで帰属し、子どもの人格形成に国家が積極的役割を果たすことが許されるのか、それとも信仰、価値観、行為規準などは社会内部で伝達されるべきもので、国家がその過程に介入することが許されないのか、という点に存する。

国家の学校監督やそれに基づく子どもへの作用権から人格的教育を除外する理論に、一九八三年のモノグラフィーで展開されたシュミット・カムラーの説がある。⁽¹³⁾ 国家の世界観的・宗教的中立性という客観法的憲法原理から、国家による価値に関連した政治的、世界観的、道徳的教育が許されないとする (S. 88) 彼は、国家が同一化しなければならぬ価値としての憲法核心の領域を例外として (S. 41ff)、学校が行なえることが事実と技能の伝達に制限されると主張する (S. 45ff)。確かに彼の理論が実現可能なら、学校を通じた国家による国民の価値観への介入は防止でき、個人の良心の自由は学校によっても脅かされない。しかし、事実伝達と価値観伝達の区分可能性を前提にする彼の議論は、あまりに楽観的であろう。事実伝達が価値観形成に作用し、また価値観が事実の把握を前提とすることを考えれば、事実と価値を学校で分離する彼の理論は、徹底して良心の自由の保障を追求するものの、実現不可能と考えさ

体が明確に理論化され得ていない点や、国家の統一化作業が暗黙の前提となっている点などが批判される⁽²⁰⁾。さらには自治によっても子どもに対する学校のイデオロギー的介入の危険がなくならず、逆に国家のコントロールが及ばなくなるためにその危険が増大する点も、批判としてこの見解に投げ掛けられる⁽²¹⁾。学校が委ねられる調和的で自由な社会が期待できないユートピアとされ⁽²²⁾、人格的教育からの国家の退却を要求する関心事は国家の教育任務を憲法適合的に方向づけ、制限することでもっと効率的に実行できるとの主張が自治を求める見解に対抗する。

このような批判を考慮した場合、内的学校事務を憲法論的に学校の自治事務として国家の学校行政の影響力を防ぐことには、理論的限界があると考えざるを得ない。そのため本稿では、こうした参加や自治の問題を学校政策の議論に委ね、学校に、そして内的学校事務に対する国家の責任を維持したまま、その責任があつて初めて理論的に可能となる、それに対する憲法上の制約を考察していくという道筋を採っていきたい。

三 国家の教育任務の正当化根拠

学校制度への国家の責任を語るなら、その憲法論的根拠が問われねばならない。そもそも公立学校は何のために存在するのであろうか。国家の人格的教育任務を肯定する見解を評価するには、この問題の概観が必要である。

a 子どもの自己展開の基本権 学習権論が前提となる我が国の理論状況から見て当然ではあるが、西ドイツでも、学校の唯一の目的が子どもの自由な自己展開への援助でしかあり得ないことがしばしば強調される⁽²⁴⁾。その前提に立てば、国家の教育任務は社会国家原理から演繹される一種の生存配慮的給付となり、その憲法上の根拠は基本法二条との関係での社会国家条項に求められる⁽²⁵⁾。

こう考えれば、国家が一種の給付として公立学校制度を保障し、その限りで教育任務を引き受けることは、憲法上当然のこととなる。しかし西ドイツでは、話はここで終わらない。さらに、親や社会との関係が論じられる。

b 親の教育に対する補充性原理 (Subsidiaritätsprinzip) 教育による子どもの自己展開への援助が基本法六条二項により親の権利・義務とされているため、国家の教育任務は、親との関係でも正当化が必要となる。

この点に関し、親の教育権に対する国家の教育任務の補充性が常に強調される。すなわち、現代社会の文化的・分業的狀況はもはや個々の親が完全に把握できるものでなく、必要な知識・技能の子どもへの伝達がすでに大部分の親の能力を越え、その限りで学校を媒介とした専門家による知識・技能の伝達が不可避な状態にあるとされる。⁽²⁶⁾ そのことにより、国家が学校において補充性原理に基づき、原則として親の委託から独立に、教育任務を遂行することが正当化される。

この正当化論拠については、仮に大部分の親につき教育能力の限界という前提が成立するとしても、憲法論上の問題は残る。なぜ教育が必要なのかという点に関し、それが純粹に子どもの自己展開のためなら問題はない。しかし、実は補充性原理が、国家の軍事的・経済的發展のために一定の教育水準が必要であるとの前提で語られてはいないかとの嫌疑が成立し得る。西ドイツの憲法解釈論では、そこに立ち入った考察はあまり見られず、時折そのような前提が現実主義的に明示されるに留まる。⁽²⁷⁾ 本稿では一応西ドイツの議論を善意に解し、補充性原理が国策的教育でなく子どもの人格展開の基本権との関連で主張されていることを前提とするが、上の嫌疑が残る点、さらには補充性原理が必ずしもすべての親との関係で成立しはせず、個別的には、子どもの人格展開のためなら親の教育で事足りるため、就学義務が不要な場合が存在し得る点は、意識に留めておきたい。

c 学校の統一的機能 上の補充性原理でも、正当化できるのは知識・技能の伝達、教養的教育任務に限られる。国家の人格的教育任務は果たして正当化できるのであろうか。

この人格的教育任務を積極的に正当化するために主張されるのが、学校の統一的機能である。孤立した個人でなく、共同体の中で人格展開を行なう存在としての人間像を前提に、子どもは共同体、社会、国家共同体 (Gemeinwesen) に取り込まれる必要がある、その統合の機能を果たすのが学校であるとされる。「学校は、子どもの人格発達と子どもの社会への組み込みにも貢献すべきものである」とする連邦憲法裁判所の判例も、この流れに属する⁽²⁸⁾。

この統合的機能は、二つの異なったレベルで問題とされる。一つは、基本秩序としての民主制を担う国家共同体構成員の育成が問題となる次元である。我が国の主権者教育論⁽²⁹⁾と一定程度の類似性を持つこの論点は、西ドイツでは、国家の自由で民主的な基本秩序が価値秩序として把握されることにより、一定の憲法価値を教育を通じて子どもに体得させることの正当性として追求される。「国民が公民的・政治的に国家共同体に統合されていることは、基本法の自由で民主的な国家としても断念できない」⁽³⁰⁾し、「憲法の意味を指向する教育目標も存在する」⁽³¹⁾とされる⁽³²⁾。国家は憲法の自由主義、民主主義に拘束されるため、国家が教育任務を引き受けた以上、公立学校でこれらの価値が伝達されるのは不可避であり、憲法上は正当なことである。

学校の統合的機能が語られるもう一つの次元は、社会の支配的価値の伝達が学校の機能とされる所に存する。国家の教育任務を共同体の関心事を引き受けることから正当化するシュリーは、「若者の共同体への取り込み」を語り、「共同体のよって立つ価値への教育」も学校の任務とする⁽³³⁾。しかし、これを子ども・親の側から見れば、国家が学校を通じて共同体で支配的だとされる一定内容の価値観を強制することを意味し、良心の強制にはかならない。現代社

会のような多元的社會では、「共同体のよって立つ価値」を認定することも本来はできない。そのような価値観の強制は、現代國家を支える精神的自由そのものを脅かし、憲法上の正当化は全く不可能である。

問題は、学校の統合的機能のこの二つの次元が厳密には区別できず、國家が前者の次元に依拠して後者の次元における社会的価値観の強制を行ない得る所にある。実際に学説上も、この区別は明確に行なわれてはいない⁽³⁴⁾。学校の統合的機能の下に寛容、他者の尊重、責任観、さらには神への畏敬までも含む教育目標が正当化されたりする⁽³⁵⁾ことが、そのへんの事情を物語る。このような混同の危険から、憲法に基礎づけられない共同体の支配的道德の伝達は論外としても、憲法的価値の伝達についても、人間の尊厳(基本法一条一項)のように憲法に直接基礎づけられるものを例外として、原則として消極的に評価することが必要となろう。そして、その前提に立てば、國家の人格的教育任務については、狭い範囲の憲法教育を除き、憲法上の根拠は積極的には存在しないと考えられ、現実に一定程度でそれが追求されるとしても、良心の自由その他の憲法規範と緊張関係にあることが意識されなければならないことになる。

四 國家の教育任務の限界①——子どもと親の基本権——

a 特別権力関係理論の崩壊と基本権の妥当性 本稿で公立学校に対する國家の責任を語れる前提の一つに、我が国でも西ドイツでも、もはや特別権力関係としての在学関係の理解が維持され得ず、学校内部でも基本権が直接の効力を有する点がある。まさに國家の教育責任であることから、それに対して憲法上の限界が直接に設定される。

ドイツの伝統的行政法理論では、在学関係は特別権力関係で、ここでは行政が法律による授權なく施設目的を達成するために施設利用者の基本権を制約できるとされていた。しかし、西ドイツでも七〇年代には、学校制度の「本質

的」規律に関して法律の留保を要求する連邦憲法裁判所の一連の判例により、最終的にこの理解に別れが告げられた。現在、国家の教育任務に対しても様々な憲法上の制約が存在し、特に国民の基本権を侵害する形で学校制度が運営され得ないことは、憲法理論上当然のこととなっている⁽³⁷⁾。学校制度が単なる給付に留まらず、就学義務を通じて国民に強制され、長時間の拘束と精神的働き掛けが行なわれ、侵害としての性格をも併せ持つことを考えれば、この確認は遅きに失した感さえある。以下、この公立学校における基本権保障という問題の地平を考察していこう。

b 子どもの人格展開の基本権 学校でまず第一に問題になる基本権は、子どもの自由な人格展開の権利（基本法二条一項）である。この点に関し、シュタインが一九六七年のモノグラフィ⁽³⁸⁾で詳細な理論を構築し、学校制度をめぐる憲法学の議論に重要な一石を投じた。二条一項の本質内容を展開権と自律権に見る（S. 9ff.）彼は、「学校は、子どもに素質の最善の展開を可能にしなければならないのみならず、児童・生徒の自律権にも配慮しなければならない（S. 38）」⁽³⁹⁾とを前提に、①存在する公的教育制度へのアクセスの権利、②必要な教育制度を作り出すことを求める権利、③自由な教育を求める権利、の三つの基本的帰結をそこから引き出す（S. 38ff.）。①②も請求権的内実としてその後憲法学に受け容れられていくが、本稿の問題関心から扱われるべきなのは、防禦権的内実としての、③の自由な教育を求める権利である。そこでは、授業がイデオロギー的に中立であるべきことがまず要請されるが、この点は下で改めて問題としたい。自由な教育の第二の基本的メルクマールとして彼は、「生徒が自らの精神的成長の方向を決定する所で自ら決定できる（S. 10）」⁽⁴⁰⁾とを挙げる。自己展開を外から一定の方向に押し込めようとするすべての試みが二条一項の本質内容を侵害する。個々の生徒が自己展開の方向を自ら決定し、教師が個別的な援助を与えるのみである完全自律的授業制度が理想で、外在的な方向性と精神的内実の詰め込みを目標にクラスごとの素材伝達と

いう方法で行なわれる他律的授業制度の要素をもつものがすべて違憲とされる（S. 514）。

このシュタインの考え方は、一方では伝統的な国家主義的思想の対極としての自由主義的・個人的な学校制度の基
本思想を基礎づけ、教育政策的な概括化に対抗して個人的に細分化された授業形態を法的に追求するものと高く評価
される。⁽³⁹⁾ 少なくとも国家が子どもを一方的教化の対象として客体化することが子どもの自己展開の基本権に反して許
されず、子どもを自己決定能力のある人間と見なければならぬことは、現在では共通の認識となっている。⁽⁴⁰⁾ ただ他
方、シュタインの理論は、その極度の個人主義性の故に批判の対象ともなり、彼の追求する個人的に細分化された学
校教育が多額の費用を必要とし、最低限の教育水準を達成する保証も持たず、教育の統一性が実現されない、などの
批判が投げ掛けられる。⁽⁴¹⁾ こうした批判の裏には、そのような個人主義的教育では国家の教育任務の共同体関連的な要
素が実現できず、学校の統一的機能が保証されないという危惧が存在する。⁽⁴²⁾

本稿では、子どもの自己展開の基本権に関する結論を出すことは目的ではない。ただここで、子どもの自己展開の
場としての学校の理解が子ども・親の良心の自由を問題とすることの前提であることが指摘できる。それに対する批
判として持ち出される、国家の人格的教育任務の共同体関連的要素などというものは、前述のように、良心の自由と
の関係で緊張関係に立つ。

c. 子ども・親の良心の自由 公立学校における子ども・親の良心の自由という本稿のテーマは、この文脈に位
置づく。ここまで考察してきたように、国家が憲法上・事実上の教育任務を持つが、それは無制限ではなく、国家行
為として憲法上の限界に服する。その限界の一つに、基本法四条で保障された親・子どもの信仰・世界観の自由——
本稿の問題意識では総合的に、良心の自由——がある。国家が人格的教育任務まで事実上行使するなら、それは必然

的に子どもに対する価値観の強制を意味し、子どもの良心の自由と緊張関係に立つ⁽⁴³⁾。また、親も子どもを世界観的に教育する権利を有しており、国家が学校を通じて親の見解と異なる良心内容を子どもに伝達しようとすれば、親の教育を妨害し、親の良心の自由・教育権と緊張関係に陥る⁽⁴⁴⁾。そのため子どもと親は、主観的権利として、学校による自らの良心内容への介入に対抗する防禦権を持つ。また、この良心の自由は客観法的側面で一面的なイデオロギー的教化を行なう授業制度を憲法上排斥する。

しかし、親・子どもの良心の自由を問題にするには、前提として解決されるべき問題が数多く残っている。まず第一に、子どもは親の教育に服する状態にあり、すでにできあがった良心を前提とした権利が構成しにくい⁽⁴⁵⁾ため、どこまでが子どもの良心の自由の問題で、どこからが親の良心の自由・教育権の問題かの説明が必要になる。また、良心の自由の客観法的側面に関しても、国家の中立性義務の内容と射程が問題となる。ここでは、項を改めて後者の問題を検討し、その後、親の教育権を扱う次節で前者の問題に取り組み、親・子どもの良心の自由に基づく防禦権の内容と射程には、本章の最後に戻ってきたい。

五 国家の教育任務の限界②——国家の世界観的中立性と寛容——

国家が個人の良心の自由を保障することは、国家が自らと同一化するある世界観・価値観を前提に国民に立ち向かう姿勢を放棄することを意味する。その限りで、良心の自由を保障する国家は世界観的に中立でなければならない⁽⁴⁵⁾。しかし、教育任務を遂行する国家が学校において中立的であるとはどういう意味なのか。また、自由主義・民主主義を信奉する憲法を持つ国家が純粋に中立であり得るのか。このような疑問を手掛かりに、学校の中立性に関する議論

の内容と限界を検討してみたい。

a 学校の世界観の中立性 学校のイデオロギー的中立性の議論を早い時期に展開したのは、上で引用したシュタインの著書⁽⁴⁶⁾である。彼はそこで、上述の「自律権」の問題意識から、「学校における人格展開の過程が自律的に行なわれるのは、子どもに、一連の様々な精神的立場が自由に選択できるように提示される場合のみである（S. 90）」ため「授業は、イデオロギー的に中立でなければならぬ（ibid.）」とし、そのイデオロギー的中立性の義務を世界観的・宗教的な領域では基本法四条の基本権と結び付け、一面的な影響力行使がこれに反することを論じる（S. 96）。

国家が学校である世界観と同一化することの禁止は、原理的には、現在では憲法学の中で幅広い支持を獲得している。マウンツはこの義務を「憲法上承認された多元主義の必然的帰結である国内的中立性」から導き出し⁽⁴⁸⁾、エリクセンは国家と社会の区別を前提に、「国家の行なうこととしての学校が、基本法の枠内にある社会的価値観に対する賛成・反対につき高度の自制を行わなければならない」ことを主張する⁽⁴⁹⁾。また、エヴァースも、国民とその組織に特殊性を育成して自己実現する権利を保障する基本法の国家が一つの特殊性と同一化してはならないことを前提に、「学校も教育任務を果たす際に党派性を表してはならない」とする⁽⁵⁰⁾。シュミット・カムラーが国家の人格的教育任務を否定するのも、この中立性の維持を狙うものであった⁽⁵¹⁾⁽⁵²⁾。

ただ、このイデオロギー的中立性を学校で実現する方法に関しては、問題は単純でない。議論がここに進めば、中立性の持つ多義性が現れる。中立性が、学校からすべての世界観的なものを排除することで守られるのか、それともすべての世界観的なものを学校に取り込み平等な援助をすることで維持されるのかは、憲法から直接には決まらず、

中立性が無関心的中立化と多元性のどちらを意味するのかという問いが成立する⁽⁵⁵⁾。この点に関し、中立性を問題にする見解はほとんど一致して、国家が学校で禁じられるのは一面的な影響力行使のみで、世界的領域に立ち入ることではないとしている⁽⁵⁶⁾。「生徒に、最も重要な思想的潮流のバランスの取れた横断面、代表的な選択を提供すること」⁽⁵⁶⁾が追求され、この要請が指導計画⁽⁵⁶⁾を作成する学校行政官庁にも教師にも向けられる。特に教師は、「様々な見解の即物的な提示に限定しなければならず、その際、自らの立場からコメントしてはならない」⁽⁵⁷⁾との義務まで課される。

この点に至り、中立性論の限界が浮き彫りになる。古今東西のすべての思想的潮流をカヴァーするような授業はおよそ実現可能でなく、一定の取捨選択が不可避である。さらに、上のような教師の中立性が教育として実現可能か、合目的か、という疑問も生じ得る。さらに教師の中立性を問題にする場合、その中立性維持の監視が必要になるが、国家の学校行政官庁が中立性の保障者として適切かどうかは、大いに疑問のある所である⁽⁵⁸⁾。そのため中立性原理は、国家の学校行政や教師がある世界観と同一化し、それを宣伝するのに授業を利用することに對する禁止という限定的意味では支持できるが、授業の内容的形態づけの積極的基準を引き出せるものではない。

さらに理論的背景に遡れば、この中立性論は、その基礎に置かれるクリューガーの「非同一化の原理」⁽⁵⁹⁾と同様、国家と社会の区別から出発し、精神的・文化的なものに関する市民社会の自律性を前提に据えるシュミット学派の方に親和性を持つ。この前提は、良心の自由を考えるにあたり不可欠ではあるが、西ドイツ憲法学では、むしろ国家共同体の統合を核心に据えるスメント学派から批判される。

b 中立性の例外——憲法核心—— 学校の中立性義務を主張する見解の多くも、中立性を例外なく貫徹はしない。価値体系としての憲法の理解が一般的な西ドイツ憲法学では、この価値体系による国民の民主的國家共同体構成

員への育成という前述の学校の民主的統合機能の正当性には一致があり、その限りで中立論の論者もスメント学派的な統合論の構図に譲歩する。⁽⁶⁰⁾ そこから、人間の尊厳と人格、自由、民主主義などの基本価値を中核とする憲法の価値体系の教育が正当とされ、その教育がこの価値と国家・学校の同一化を意味する限りで、学校の中立性には憲法上の例外が認められる。「中立性命令は、基本法の決定によりその価値につき法共同体で一致が存在すべきで、そのため国家や学校が同一化でき、同一化すべきこともある事項には及ばない」とし、①基本法の基本決定、②人間の基本的権利、尊厳、自由、平等、自由で民主的な基本秩序、③共同体内で一致が存在し、または基本法により一致が存在すべきとされる事項、の三つの領域を指摘するエヴァーヌの主張⁽⁶¹⁾がその代表である。

しかし、憲法核心教育に関連した中立性の例外の承認には、上で指摘した国家の人格的教育任務に関連した危険がつきまとう。上のエヴァーヌの見解でも、③の事項の内容は曖昧で、学校行政や教師に例外的に価値観強制を授権する基準としては広範に過ぎる。

さらに、この憲法核心教育に関する主張は、「闘う民主制」の論点と結び付く。エヴァーヌも、上の指摘の前提として、基本法が基本決定やそれらを支える価値につき中立でなく、それを守るのに「闘う用意がある」もので、そこからこれらの価値の確保が国家機関に義務づけられるとしている。⁽⁶²⁾ そのため、思想と戦わせるのに思想をもってすることを一定範囲で断念した基本法の根本的問題がこの文脈にも関係する。特にこの点は、教師の養成や任命に際して問題となり、憲法価値を伝達する教育の必要性の議論が、憲法敵対的団体に属する教師の任命拒否や公職追放に憲法上の正当性を付与するのに利用される。教師の教育の自由を課題としない本稿ではこの問題にこれ以上触れられないが、こういった問題は意識されなければならない。

にもかかわらず、子どもの教育は、人格や良心を前提とできる成人に関する議論と違い、建前の通用しない場面である。体制擁護を目的とせず、討論を通じた社会や国家の発展を目的とした場合でも、自由な討論の枠組となる自由主義や民主主義の教育は、学校が存在する以上、国家・学校の正当な任務である。一方で自由と民主主義の教育が不可避であり、他方でこの任務を学校行政官庁や教師が自らの主観的憲法理解の宣伝に濫用し得る、とのジレンマが生じ、国家が教育任務を持つ限りこのジレンマは避けて通ることができない。

c 中立性論に対する批判 このような中立性論の論者の譲歩にもかかわらず、中立性論はなおも批判にさらされる。

その批判は第一点は、中立性の虚偽性に向けられる。宗教の授業を排除する自称自由主義の学校も、それを行なう学校も、いずれも一定の世界観に立脚し、結局の所中立性は問題になり得ないと指摘するペーター⁽⁶³⁾が、最も徹底してその点を衝く。

批判の第二点は、中立性の考え方全体を問題にする。スメント学派は、価値秩序としての憲法を媒介にした国民の統合を憲法の最大の関心事とするが、そのような立場からは純粹な意味で世界観的に中立な国家は問題になり得ない。カンペンハウゼンが、国家の人格的教育任務を強調し、「若い人間の信条」自体が問題であると力説すること⁽⁶⁴⁾裏には、中立性論に対する批判がある。彼らが恐れるのは、中立性の名の下に反教会的な宗教的無関心が学校で推奨されることである。キリスト教的伝統にドイツ国民の重要な一要素を見るスメント学派右派にとり、これは耐えられる事態ではない。しかし、個人により内容の異なる良心が自由であるべきことを学校に関し追求する本稿は、まさにカトリック的な絶対善の主張から個人を解放するヨーロッパ近代の問題意識を学校に貫徹するもので、そのた

め本稿の立場からは、「統合」目的のために個人の信条自体に介入しようとするカンペンハウゼンの立論は、中世的な夢の世界に留まり個人の精神作用の意義を没却するものと評価せざるを得ない。自由主義や民主主義がイデオロギーであることは認められるが、それは討論の場を確保するためのもので、討論を抑圧する絶対的真理と質的に区別される。

中立性論に対する批判の第三点として、教師の中立性と授業・教育の本質という問題が指摘される。教師の任務は、全人格を投入して初めて全うでき、中立性による拘束のかかった精神素材の即物的提示ではその任務が果たせないとされる。「教師に求められるのは、中立的で意見なく行動することではなく、キリスト教徒、自由主義者その他としてはっきり意見を表明することである」⁽⁶⁶⁾との認識が主張される。もっとも、この批判は前二者と異なり、イデオロギー的教化の防止という中立性論の中心的関心事自体を問題視はせず、ただ、その目的を追求する方法で意見を異にするに留まる。すなわち、イデオロギー的教化を防止するには、教師が自らの立場を表明しつつ、それを絶対化せず、議論を通じて子ども一人一人が自らの立場を獲得するという方法が理想化される⁽⁶⁶⁾。そのため、この見解が掲げる理念は、「中立性」でなく「寛容」となる。

d 寛容 このように「中立性」という用語は、多くの連想を呼び、学派的信仰告白を迫る。そこで、「中立性」に代えて「寛容」という言葉を用い、中立性論に見られる徹底さを緩和しようとする見解が現れる。

この学校における寛容の問題に大きく貢献した研究に、「イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権」の理論を提示した、一九七六年ドイツ法曹会議におけるオPPERMAN報告⁽⁶⁷⁾がある。彼の理論は、その名が示す通り学校の寛容を子ども・親の基本権の問題として扱ったのだが、主観的権利の側面は親の教育権を考察した後に検討するとし

て、ここではその客観法的側面に光を当ててみたい。

その「学校における寛容と多元性への客観法的義務」を彼は、自由で民主的な国家共同体の客観的基本秩序としての基本権の価値体系から引き出す(S. 94f.)。国家の人格的教育任務の断念を拒否する彼は、意識的に「中立性」、「非同一化」の用語を拒否し(S. 96)、「憲法秩序の多元主義的開放性と自由主義性を想起させ、考えの異なる者の意見を取り込むよう命令する実体的ルール(S. 97)」としての寛容の思想を追究し、「通常の間学校がすべての子どもの安住の地なら、つまり、家庭で形造られた様々な社会的、宗教的、世界観的、政治的な背景を考慮するなら、公的教育任務は、主観的な世界像に従って子どもを好きな形に造りあげることの断念と、相互の了解に基づく配慮を必要とする(ebd.)とする」(83)(89)

イデオロギー的教化に対する歯止めを探し求めつつ、中立性論まで徹底できなかった多くの研究者は、オPPERマンの「イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権」の理論に同調した。(70) この定式を使わないまでも、寛容の問題意識は現在では広く受け容れられている。(71) 連邦憲法裁判所も、一九七五年のキリスト教共同学校に関する判決で「寛容命令」を語り、「寛容命令は、宗教の授業以外でキリスト教的信仰内容が絶対化されることを防止し、他の宗教的、世界観的見解への配慮を保障する」としていた。(72) 一九七七年の性教育判決で、以下のようにこれが発展する。

「親は、基本法の規定に基づき、性教育の実施に際し自制と寛容を要求できる。学校は、特定の性的行動への賛成・反対を目的とした子どもイデオロギー的教化をしようとしてはならない(BVerfGE 47, 46(77))」。

寛容に関する議論は、すでにオPPERマン以前からあった。しかしここでは、寛容が一方で国家を制約し、他方で子どもに伝達される教育目標でもあることから、国家と国民に向けて構成され、(73) 国家の教育任務の制限として

の純化が不十分であった。また、寛容概念は、ドイツ法制史上、自らの立場を前提としつつも考えの異なる他者に不利益を与えないという消極的意義をもち、その連想から、基本法の国家に対する制約としては不適當と考えられていた。⁽⁷⁶⁾ 実はおPPERマンの理論も、親・子どもの側に立って国家に向けた戦線形成を行ないはするが、後者の難点は克服できていない。彼は中立性論からの批判をかわすため、寛容が要求する教育任務が特定の立場を持たない根無し草的なものでないことを強調する。まさにそれにより、寛容は考えの異なる者の存在を容認するだけの消極的自制に接近する。一面的なイデオロギー的教化さえしなければ特定の価値観を推奨でき、この点に、中立性論と区別されたオPPERマンの、そして寛容論の特徴と限界が存在する。⁽⁷⁶⁾

e 中立性・寛容に関する総括 このように西ドイツでは、学校で一面的なイデオロギー的教化が禁じられることにつき、学説・判例の一応の一致が存在する。それにより、学校行政官庁は指導計画などにより一面的なイデオロギー的内容を持つ教育内容を教師に指令してはならない。また教師は、自らの主観的見解のみを宣伝して子どもの良心形成や意見形成に一面的に働き掛けてはならず、子どもが自らの立場を自分で決定できるように授業を行なわなければならない。学校の任務は、子どもが自分で自分の意見形成するのに必要な資料の提供に限られる。

問題は、このイデオロギー的教化の禁止を現実の場面にどう適用するかである。そのような憲法上の義務を表す用語として中立性を採るか寛容を採るかの決断も、そこに関連する。実際の教育現場が教師への反論を許さない権威主義的雰囲気支配されているなら、教師によるイデオロギー的言明は即座に一面的働き掛けとなり、様々な見解の価値中立的な提示を義務づける中立性がイデオロギー的教化を防止する唯一の方策となる。他方、七〇年代の学校改革以降の西ドイツの学校が比較的そうであるように、教師の権威よりも討論を通じた自発的な意見形成に重きが置かれ

た授業形式が採られる場合、教師の発言の価値中立性にさほど神経を使う必要はなく、授業における討論が全体として相互の配慮と自制を保障することを要求する寛容がそこで適切な規準となる。子どもの良心の自由を考えた場合、前者よりも後者の授業形態の方が望ましいとも言えるが、この問題は、憲法上の問題でなく、広く国民の間で議論されるべき教育政策の問題であろう。そして、我が国で前者に近い授業形態が採られるなら、憲法原理としての中立性が機能する余地はある。

しかし上述のように、中立性論は常にジレンマを抱えている。教師の中立性のコントロールを学校行政官庁に委ねても、学校行政官庁の中立性違反には何の歯止めもない。さらに、中立性理論の言う見解の並列的提示義務も、結局は完全な形では実現できない。結局授業の中立性に関し、法的に貫徹できるのは「一面的なイデオロギー的教化」が認定される場合の違憲・違法性のみで、それ以上については努力義務としか評価できないことになる。結果的には、中立性も寛容も、さしたる差を生み出しはしない。

こう考えると、中立性や寛容といった客観法的原理には、さほどの役割は期待できない。結局の所、イデオロギー的教化の防止の役割を果たし得るのは、国家機構内部で自動的にサンクションされる客観法的原理でなく、そのイデオロギー的教化により良心の自由を侵害される親と子どもの主観的権利である。以下、節を改めて親の教育権を手掛かりにこの親・子どもの基本権の問題を考察していこう。

注

(1) 支配的教育法理論は、教育の「非権力性」を語る。参照、兼子仁『教育法(新版)』一九九頁以下。しかし、以下考察するように、学校教育が生徒・親の良心の自由その他の人権を侵害し得ることは否定できない。

(2) 代表的な理論に、堀尾輝久『現代教育の思想と構造』二〇〇頁、山崎真秀「国民と教師の『教育権』確立の理論」国民教

- 育研究所編『全書・国民教育Ⅰ国民と教師の教育権』一八二頁以下、平原春好「公教育と親の発言権」鈴木・星野編『学問の自由と教育権』二七二頁以下、宗像誠也『教育と教育政策』九二頁以下、同「教育権論の発生と発展」国民教育研究所編『前掲書三五頁以下、兼子・前掲書二七三頁以下。また、信託の理論に加えて「真理の代表者」としての教師も問題にされるが、「真理」などがどうあるのか疑問。
- (3) 奥平康弘「教育を受ける権利」声辺信喜編『憲法Ⅷ人権(2)』四一〇頁、今橋盛勝『教育法と法社会学』一二六頁以下、等。
- (4) 西ドイツの学校監督の紹介として、特に、竹内俊子『教育の自由』と学校に対する国家の『監督』名大法政論集六六号一頁以下、伊藤公一「ホッ基本法における『国の学校監督権』」阪大法学八一号一頁以下、同「教育法の研究」一〇二頁以下、などを参照。
- (5) BVerfGE 34, 165(181) ; 47, 46(71f.) ; 59, 360(377).
- (6) Vgl. Maunz, Art. 7, in: Maunz/Dürig u. a., *Grundgesetz. Kommentar* (18. Lfg., 1980), Rn. 16; F. Hennecke, *Staat und Unterricht*, Berlin 1972, S. 113ff.; Ch. Starck [75], *Freiheitlicher Staat und staatliche Schulhoheit*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 9 (1975), S. 10f.; ders. [79], *Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht*, DÖV 1979, S. 269; F. Osseubühl, *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, Berlin 1981, S. 103ff.; Th. Oppermann, *Schule und berufliche Ausbildung*, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 6, Heidelberg 1989, [Hdb. d. StR.] S. 335f.; H. Heckel, *Umfang und Grenzen der Schulaufsicht*, DÖV 1952, S. 617.
- (7) 特て外的学校事務との関係で、この学校監督を通常の法律用語としての「監督」と解し、またその見解は、H. Peters, *Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule*, in: Betermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. 4-I, Berlin 1960, S. 410ff. などと異なる見解は、M. Kloepler, *Staatliche Schulaufsicht und gemeindliche Schulhoheit*, DÖV 1971, S. 839.
- (8) Vgl. Starck, a. a. O. [75], S. 11f.; ders. [76], *Organisation des öffentlichen Schulwesens*, NJW 1976, S. 1975f.; H.-U. Evers, *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft*, Berlin 1979, [Erziehungsziele] S. 16ff. 国家の学校権力の成立は、A. Arndt, *Aufgaben und Grenzen der Staatsgewalt*

im Bereich der Schulbildung, in: ders., *Geist der Politik*, Berlin 1965, S. 149ff. 参考。トウノニ關する學校調整
委員の原案に對する建議を「児童」 A. F. v. Campenhausen, *Erziehungsanfrage und staatliche Schultträgerchaft*,
Göttingen 1967, S. 23ff.

- (6) Maunz, a. a. O., Rn. 17ff.; Evers, a. a. O., S. 55; Hennecke, a. a. O., S. 113ff.; v. Campenhausen, a. a. O., S. 23ff.;
Starck, a. a. O. [75], S. 10f.; ders., a. a. O. [76], S. 1375f.; ders., a. a. O. [79], S. 269; Ossenbühl, a. a. O., S. 103ff.;
Oppermann, a. a. O., S. 353f.; Kloepper, a. a. O., S. 837ff.; H.-U. Erichsen, *Verstaatlichung der Kindswohlfahrts-
ding?*, 2. Aufl., Berlin/NY, 1979, S. 11f.; R. Wimmer, *Das pädagogische Elternrecht*, DVBl. 1967, S. 811; etc.
- (7) Maunz, a. a. O., Rn. 18ff.; Oppermann, a. a. O., S. 335f.; Hennecke, a. a. O., S. 115ff.; etc.
- (8) Maunz, a. a. O., Rn. 21a-d; Kloepper, a. a. O., S. 837ff.; Hennecke, a. a. O., S. 113; etc.
- (9) BVerfGE 59, 360(377). Vgl. BVerfGE 34, 165(181); 47, 46(71f.). 本條の「児童」の概念は「児童福祉法」第40条に
A. Schmitt-Kammeler, *Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz*, Berlin 1983, S. 31ff.
- (10) Arndt, a. a. O., S. 163f.; Peters, a. a. O., S. 404f.; Ekkehart Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in
der Schule*, Neuwied 1967, S. 43f.; A. Podlech, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewalt-
verhältnisse*, Berlin 1969, S. 73; Hennecke, a. a. O., S. 23f.; Evers, a. a. O., S. 54; E.-W. Böckenförde, *Elternrecht
— Recht des Kindes— Recht des Staates*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14 (1980),
S. 82; Ossenbühl, a. a. O., S. 103ff.; ders., *Schule im Rechtsstaat*, DÖV 1977, S. 807; Erichsen, *Elternrecht und
staatliche Verantwortung für das Schulwesen*, in: *Festschrift f. H. U. Scupin*, Berlin 1983, S. 730; Oppermann,
a. a. O., S. 331.
- (11) Ossenbühl, *Schule im RS*, S. 808; Erichsen, *Elternrecht u. staatl. Verantwortung*, S. 730.
- (12) Arndt, a. a. O., S. 163; Peters, a. a. O., S. 404; Evers, a. a. O., S. 56f.; Böckenförde, a. a. O., S. 82ff.
- (13) E. v. Hippel, *Schulverfassung und Demokratie*, DÖV 1950, S. 602ff.
- (14) Ek. Stein, a. a. O., S. 57ff.
- (15) D. Ehlers, *Die Organisation der inhaltlichen Entscheidungsprozesse auf dem Gebiet des öffentlichen Schulwesens*

- im Spiegel der Rechtsprechung, DVBl. 1976, S. 620ff.
- (20) Hennecke, a. a. O., S. 97f., 113f.
- (21) Hennecke, ebd.; Evers, a. a. O., S. 56f.; G. Eiselt, Zur Sicherung des Rechts auf eine ideologisch tolerante Schule, DÖV 1978, S. 871f.
- (22) Hennecke, ebd., S. 97.
- (23) Evers, a. a. O., S. 56f.
- (24) Maunz, a. a. O., Rn. 2; Ek. Stein, a. a. O., S. 37; Oppermann, Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu regeln?, Gutachten C für den 51. Deutschen Juristentag, München 1976, S. 82; Evers, Reformen des Schulverhältnisses als Grundrechtsproblem, JR 1976, [Reformen] S. 265.
- (25) Oppermann, ebd., S. 21ff.; ders., Hbd. d. StR., S. 336; v. Campenhausen, a. a. O., S. 40; Erichsen, *Verstaatlichung?*, S. 211. 予言を親は給は能力ある公立学校制度を求める国家に対する配分参加請求権を持つと考えらるるは、H.-W. Schlie, *Elterliches Erziehungsrecht und staatliche Schulaufsicht im Grundgesetz*, Frankfurt/M. 1986, S. 63ff. よりなるは「教育を求める権利」の議論に立ち入りながら、K.-D. Heymann/Ek. Stein, Das Recht auf Bildung, AöR 97 (1972), S. 185ff.; M. Abelein, Recht auf Bildung, DÖV 1967, S. 375ff.; L. R. Reuter, Soziales Grundrecht auf Bildung, DVBl. 1974, S. 7ff. など参照。
- (26) Erwin Stein, Elterliche Mitbestimmung im deutschen Schulwesen, JZ 1957, S. 15; Peters, a. a. O., S. 379; v. Campenhausen, a. a. O., S. 228; Wimmer, a. a. O., S. 811; H. Brauburger, Elternrecht in der Förderstufe, RdJB 1968, S. 263f.; Hennecke, a. a. O., S. 68ff.; Oppermann, 51. DJT, S. 99; Ossenbühl, Schule im RS., S. 807; ders., *Das elterliche Erziehungsrecht*, S. 105; etc.
- (27) 例として Arndt, a. a. O., S. 149ff., 174.
- (28) BVerfGE 34, 166(188f.). 上引引用した性教育判決も参照。
- (29) 代表的なものに、永井憲一『憲法と教育基本権』四一頁以下、二五〇頁以下、同『憲法と教育基本権(新版)』一四三頁

- (82) Oppermann, 51. DJT, S. 99.
- (83) Schlie, a. a. O., S. 91ff.
- (84) 今の『徳共価値を基礎として統合的機能を語る』Arndt, a. a. O., S. 163f.; v. Campenhausen, a. a. O., S. 234ff.; Wimmer, a. a. O., S. 811; Starck, a. a. O. [75], S. 24; etc.
- (85) Schlie, a. a. O., S. 63ff. 74ff.
- (86) 「社会的・政治的共同生活の基本的要請を教育により実現する努力」を語らば「マクテハム・ホムキヤ」を語らば「マクテハム・ホムキヤ」の教育の重要性を論ずる。Böckenförde, Elternrecht — Recht des Kindes — Recht des Staates, S. 84; ders., Zum Ende des Schulgebetstreits, DÖV 1980, S. 323; Erichsen, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, S. 102 (Diskussion).
- (87) V. Campenhausen, a. a. O., S. 234f. 今の『国次元を区別する』統合的価値を語る。Wimmer, a. a. O., S. 11; Brauburger, a. a. O., S. 213; Evers, Reformen, S. 266; Ossenhühl, *Das elterl. Erziehungsrecht*, S. 105f.; etc.
- (88) BVerfGE 34, 165(192f.); 41, 251(259ff.); 45, 400(417f.); 47, 46(78ff.).
- (89) 教育の平等原理の原則。Maunz, a. a. O. Rn. 20; L. Dietze, Verfassungsfragen lernzielorientierter Curricula, DVBL 1976, S. 389; Evers, Reformen, S. 265; W. Geiger, Recht des Staates und Elternrecht, FamRZ 1979, S. 458f.; Erichsen, Elternrecht u. staatl. Verantwortung, S. 728; Oppermann, Hdb. d. StR., S. 336; P. Glotz/K. Faber, Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen, in: Benda/Maihofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin 1983, S. 1009.
- (90) Ekr. Stein, a. a. O.
- (91) Z. B.: Oppermann, 51. DJT, S. 82, 84f. Vgl. auch ders., Hdb. d. StR., S. 344ff., 364.
- (92) Ehlers, a. a. O., S. 620f.; U. Fehnmann, Bemerkungen zum Elternrecht in der Schule, DÖV 1978, S. 492; Evers, *Erziehungsziele*, S. 60ff.; Erichsen, *Verstaatlichung?*, S. 20f.; Glotz/Faber, a. a. O., S. 1007; etc. Vgl. ferner Arndt, a. a. O., S. 160.

- (11) Evers, *Reformen*, S. 267; Fehemann, a. a. O., S. 492.
- (12) Evers, ebd.; Fehemann, ebd.
- (13) 生徒の良心の自由に関する直接の指摘は、Arndt, a. a. O., S. 165; Ek. Stein, a. a. O., S. 66; ders., *Weltanschauung und Religion im Schulunterricht*, RdJ 1967, S. 29ff.; Schlie, a. a. O., S. 113ff.; Evers, *Erziehungsziele*, S. 74ff.
- (14) 親の良心の自由に関する直接の指摘は、Hennecke, a. a. O., S. 184; Dietze, a. a. O., S. 397f.; Erichsen, *Verstaatlichung?*, S. 24; Geiger, a. a. O., S. 461.
- (15) 良心の自由と世界観的中立性、非同一化の原理との関係は、Böckenförde, *Des Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL* 28, S. 55. なお、拙稿「良心の自由」(一)早大法研論集三九号二一頁以下参照。
- (16) Ek. Stein, *Das Recht des Kindes*, S. 491.
- (17) Vgl. auch Ek. Stein, *Weltanschauung und Religion*, S. 31.
- (18) Maunz, *Lehrplan und Toleranzgebot*, RdJB 1976, S. 265.
- (19) Erichsen, *Elternrecht u. staatl. Verantwortung*, S. 729. Vgl. auch ders., *Verstaatlichung?*, S. 24.
- (20) Evers, *Erziehungsziele* S. 82ff., 90ff. Vgl. auch ders., *Reformen*, S. 266f.
- (21) Schmit-Kammler, a. a. O., S. 35ff., 45ff.
- (22) その他、学校の世界観的中立性を問題とする見解は、Hennecke, a. a. O., S. 89ff., 177ff.; Erw. Stein, *Elterliches Erziehungsrecht und Religionsfreiheit*, in: Friesenhahn/Scheuner (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts*, Bd. 2, Berlin 1975, S. 475ff.; Schlie, a. a. O., S. 86ff.
- (23) 「中立性の議論が、学校に関しては、憲法政策的なものの領域に留まり、多数の未解決な関係や基準があり、法的な確定性を欠く」とするシムライヨの見解参照。K. Schlaich, *Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip*, Tübingen 1972, S. 94ff.
- (24) Ek. Stein, *Das Recht des Kindes*, S. 66; ders., *Weltanschauung u. Religion*, S. 31; Hennecke, a. a. O., S. 177ff.; Erw. Stein, *Elterl. Erziehungsrecht*, S. 475ff.; Evers, *Reformen*, S. 266f.; ders., *Erziehungsziele*, S. 90ff.
- (25) Ek. Stein, *Weltanschauung u. Religion*, S. 31.

- (95) 指導計画 (Lehrplan) 44' 文化省告示で示されるので、我が国で言う「学習指導要領」とシラレルものと理解していいであらう。
- (96) Ek. Stein, ebd.; ders., *Das Recht des Kindes*, S. 66.
- (97) 我が国の問題であるが、自民党が自らの立場から受け入れ難い学校教育を「偏向」と呼び、文部省がそれを受けて同様に偏向した教育内容を「中立性」の名の下に貫徹しようとしたことを強く出せば、これは明らかであろう。
- (98) H. Krüger, *Allgemeine Staatslehre*, 2. Aufl., Stuttgart 1966, S. 178ff.
- (99) ドイツトースの理 Dietze, a. a. O., S. 399ff.; Mannz, Lehrplan u. Toleranzgebot, S. 265f.; Erichsen, *Verstaatlichung?*, S. 23; ders., Elternrecht u. staatl. Verantwortung, S. 729; Schmit-Kammer, a. a. O. S. 41ff.; Schlie, a. a. O., S. 81ff.
- (10) Evers, *Erziehungsziele*, S. 94.
- (11) Ebd., S. 84ff.
- (12) Peters, a. a. O., S. 381.
- (13) v. Campenhausen, a. a. O., S. 232ff.
- (14) Dietze, a. a. O., S. 399f.
- (15) Dietze, a. a. O., S. 399f. 国語 Opfermann, 51. DJT, S. 37, 96; ders., Zum Grundrecht auf eine tolerante Schule, BdJB 1977, S. 45.
- (16) Opfermann, 51. DJT, S. 92-97.
- (17) Vgl. Opfermann, Hbd. d. StR., S. 355, 360, 365.
- (18) オッペーマンに対する全面的批判に、「イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権」が法律学上ののでっちあげで、法により規律された国民と国家の関係で寛容は問題になり得ず、寛容は学校におけるコミュニケーション原理であって内容に關係する原理であり得ないことを指摘するモノエムの批判がある。U. K. Preuß, Lehrplan und Toleranzgebot, RdJB 1976, S. 267ff.; ders., Zum Grundrecht auf eine ideologisch tolerante Schule, RdJB 1977, S. 114ff. ほか、これらに対するオッペーマンの反批判に明らか通り、この論争は寛容概念の作りかたの問題に過ぎなう。Opfermann, Zum Grundrecht auf

- eine tolerante Schule, S. 44f. Vgl. auch Eiselt, a. a. O., S. 866f.
- (70) Mannz, Art. 7, Rn. 21m; G. Pütter, *Toleranz als Verfassungsprinzip*, Berlin 1977, S. 48ff.; Eiselt, a. a. O., S. 866ff.; Schlie, a. a. O., S. 89.
- (71) Erichsen, *Verstättlichung?*, S. 24ff.; Ossenbühl, *Das elterl. Erziehungsrecht*, S. 103f. Vgl. auch W. Becker, *Neue Dimensionen des Elternrechts*, RdJB 1973, S. 211f.
- (72) BVerfGE 41, 65(83).
- (73) Z. B.: Dietze, a. a. O., S. 401.
- (74) U. Eisenhardt, *Der Begriff der Toleranz im öffentlichen Recht*, JZ 1968, S. 214ff.; Schlaich, a. a. O., S. 254. 拙稿・前掲「神聖ローマ帝国期に於ける Gewissensfreiheit 概念の成立と発展」一七四頁以下参照。
- (75) Schlaich, a. a. O., S. 254.; Evers, *Erziehungsziele* S. 98ff.
- (76) Oppermann, 51. DJT, S. 96; ders., *Zum Grundrecht auf eine tolerante Schule*, S. 44ff.; ders., *Hdb. d. StR.*, S. 365.

第二節 親の教育権

前節の考察の結果、子どもが学校を通じた国家によるイデオロギー的教化を受けて良心への侵害を被る場合、それに対抗するには子どもやその親が自らの良心の自由を訴えて防禦するほかないことが明らかになった。だが、この子どもと親の良心の自由は、どのような構造になっているのであろうか。良心内容が固まっていないうちの子どもの場合、良心の自由の問題は親の教育との関係で問題を投げ掛ける。

国家との関係では、親は子を教育する権利を持つ。この点につき西ドイツでは、基本法六条二項が「子の養育 (Pflege) と教育 (Erziehung) は、親の自然的権利であり、まず第一に親に課される義務である。その行使を国家

共同体が監視する」と定め、親の教育権が憲法上保障されている⁽¹⁾⁽²⁾⁽³⁾。本稿の対象となる世界観教育、良心形成のための倫理的教育は、親の良心の自由の一内容ともなる。信仰・良心の子への伝達は歴史的に良心の自由に含まれ⁽⁴⁾、現在でも、世界観的教育は教育権の核心部分を成すとともに、信仰・良心の自由を保障する基本法四条でも保護される。この点につき連邦憲法裁判所は、一九七五年のキリスト教共同学校判決で以下の通り判示した。

「世界観的教育は、基本法が家族の保障（六条一項）や親の教育権の保障（六条二項）で特別に保護する親子関係の不可欠の一要素である。……基本法四条の基本権は、親が正しいと考える宗教的・世界観的信条を子に伝達する権利を含む。……そのため教育権者は、基本法四条の自由権に基づき、その者の基本権的に保護された人格的領域に侵害的に作用する国家的措置を防禦できる（BVerfGE 41, 29[47f.]）」。

しかし、国家に対し基本権により保護される親の教育権も、子に対する絶対的権力を内容とするとは考えられない。子どもの良心形成は通常親により礎石が置かれるが、その後様々な人間関係を通じて発展する子どもの良心は、親によっても侵害され得る。親の教育権により法的に基礎づけられた親の権力は、子どもとの関係でどう構成されるのであろうか。

親と子どもの良心の自由を語れば問題になるこのような点を考察するために、本節では、憲法上保障された親の教育権に関する西ドイツの判例・学説を検討する⁽⁵⁾。その際、親の教育権の明示的保障を持たない我が国の憲法下でも、少なくとも世界観的・倫理的教育については憲法一九条の内容となり、パラレルに論じられることを前提にする。

一 親の教育権の内容と性格

a 親権の内容 基本法六条二項は、子の養育と教育を親の権利として保障する。ここで、「養育」とは一般に子の身体、身体的健康と精神的・性格的発達に対する世話、「教育」とは子の素質と能力を展開させ、子を自己決定できる成熟性に導く精神的働き掛け、と理解されている。⁽⁶⁾ ただ、養育と教育の詳細な区別を論じる意味はなく、「養育と教育」という統一的概念で子に対する親の働き掛け全体を包括していると考えらるべきであろう。⁽⁷⁾ そこから、この養育と教育の権利は「親権 (Ehernercht)」と略称されることが多い。

連邦憲法裁判所の判例は、この親の教育権の内容を以下のように明らかにしてきた。

「親は、基本法六条二項により、子の養育と教育を自分自身の考え方に従って自由に、基本法七条一項を留保して他の教育主体に優越して、形態づける権利と義務を持つ。この教育責任をどう果たすかについての親の自由な決定は、国家の侵害に対して、その侵害が基本法六条二項二文に言う国家共同体の監視任務によってカバーされない限り、基本権により保護される」。⁽⁸⁾

このように親の教育権は、国家に対する自由権で、教育作業を自らの良心と教育観が命ずるままに行なう権利を内容とする。⁽⁹⁾ 換言すれば、教育目標たる人格像や教育方法の決定につき、国家の介入が原則として許されない。特に、教育が指向する人間的・倫理的価値を決定する親の権利がそこに含まれ、子の宗教、良心、世界観の領域での決定がまず親に保障される。⁽¹⁰⁾ そのため对国家の関係で親の教育権は、親の良心の自由と密接に関連する。⁽¹¹⁾

ただ親の教育権は、国家に向けられた対外的な方向性の他に、対内的関係として自らの働き掛けにより子の生活方向を規定する権限をも内容とし、⁽¹²⁾ 他者に関する権利である限りで、自己決定を対象とする通常の基本権と異なる構造を持つ。⁽¹³⁾ 子の養育と教育が親の権利であるばかりでなく、「義務」ともされるのは、そこに理由がある。さらにこの

教育権の特殊な構造から、それが「子の幸福 (Kindeswohl)」⁽¹⁴⁾ 子の利益を指向して行使されるべきであるとの内容的指針まで設定される。

b 受託的権利としての親権 こうした親権の特殊な構造から、この権利の受託的性格が語られる。⁽¹⁵⁾ 親権の基礎と正当化根拠が子の利益や子の自己展開に見い出されるため、親権は利他的 (fremdnützig) 権利となれ、親はこの権利を子の利益のために行使する責任を負う。⁽¹⁶⁾

この受託的権利としての親権の理論は、基本法初期まで唱えられていた親の人格的権利としての親権理解⁽¹⁷⁾ に対するアンチテーゼとしての意味を持つ。親権を親の人格権の派生物と捉えれば、子は親の自己実現の客体に貶められる。このような一九世紀的家族像は、人間の尊厳や固有の人格権の主体としての子どもに対する意識が基本法の下で発達すれば、否定されていく。⁽¹⁸⁾ 信託思想は、六〇年代以降、この問題意識を反映して展開されていった。

にもかかわらず、この受託的権利の側面が過度に強調されると、親権は義務に解消され、親に「職務 (Amt)」⁽¹⁹⁾ を付与するものとなり、親権の側面が忘れ去られる。七〇年代後半からそれへの批判として、親権の利己的 (eigennützig) 性格が再度強調される。リュエダリッツが指摘した、親権の現実的基礎たる「心を向ける対象を持ち、人格の成長を見、その人格を育み保護する」⁽²⁰⁾ 点に存する親の利益が次第に前提とされ、親権が利己性と利他性を併せ持つ権利であるとの理解が一般的になる。⁽²¹⁾

この最近の見解は共通して、子の人格・権利との関係で問題になるのは親権の性格でなく親権行使のあり方で、その点に関し子の幸福を指向する義務が確保されれば足ると考える。⁽²²⁾ 実際、親権が子の権利の代位的行使を内容とするという信託思想の前提は、現実的基礎を欠く場合がある。特に、本稿が焦点を当てる親による子の良心形成への働き

掛けに關しては、教育の初期には先行する子の良心内容を語れないし、後には子の良心内容は親の教育と異なる方向に進んで親と対立し得る。⁽²³⁾ それを考えた場合、親の教育権は受託的なもので子の権利と対立しないという予定調和的理解より、親と子の間での衝突の可能性を考えた構成が必要となる。親の教育が子の幸福を指向することの確保を狙う信託思想の意図は理解できるが、この構成がその目的のために最良のものか否かにつき、疑問が残る。

c 子の幸福に関する親の優先的解釈権 子の幸福を指向した親権行使を国家が担保すれば問題が解決するというのも、楽観的に過ぎる。「子の幸福」は客観的に確定可能ではない。国家の想定する「子の幸福」と親が追求するそれとの間に対立があり得るし、子どもが自ら幸福と考えるものも親が子に押し付ける幸福と衝突し得る。そして、子が自分の幸福を自ら主張する法的手段を持たないため、事情は複雑である。親と対立すれば子は国家に保護を求めしかなく、国家の不当な介入を防禦するのに子は親を頼るほかない。ここに子・親・国家の三角関係が生じる。

そこから、子の幸福を解釈・決定する権限の所在が問題となる。この点につき、基本法六条二項が親の教育権の保障により原則的な決定は下している。親が教育権を有し、国家の介入から守られるなら、そのことは、親が具体的状況で子の幸福を決定できることを意味する。連邦憲法裁判所も、「親の意思に反して子の能力への最良の援助に配慮することは、基本法六条二項二文の国家の監視任務の行使に属さない⁽²⁴⁾」と宣言し、それを認めている。これにより、親の教育に代わり「より良い」教育を保障する権限が国家になく、国家が介入できるのは親権濫用により子の権利が脅かされる場合のみとなる。⁽²⁵⁾

このことを説明する原理として、子の幸福に関する親の優先的解釈権が語られることがある。⁽²⁶⁾ これが、親が子の幸福に関する第一次的判断権を持ち、国家の尊重を要求できるという意味なら、基本法六条二項の意図を正しく解釈し

たものと言える。ただ、この概念を提唱したオッセンビュールは、親の教育権の保護に集中するあまり、これを「最終的拘束的」解釈権の問題と捉えた⁽²⁷⁾。それに対しては、批判が加えられる。子の幸福の解釈権を親が法的に独占するなら国家の介入は不可能になるが、親権濫用で国家が介入する際には親の行為により子の幸福が脅かされることが基準となり、その限りで介入する後見裁判所に子の幸福を解釈して子に対する害悪との境界画定を行う権限が認められる。そのため、法的には親の解釈権は国家の解釈権に優位しないと指摘される⁽²⁸⁾。そのような指摘を受け、オッセンビュール自身も、後の著書では親の解釈権の優位を、「親権濫用を審査する際の司法的自己抑制を表現する」ものと説明する⁽²⁹⁾。

このように、子・親・国家の三角関係の問題は、子の幸福の解釈権の所在を抽象的に問題にしても解決しない。親の裁量を広く認めても、その裁量逸脱に対する司法的審査の問題、親権濫用の際の国家介入の問題が残る。

二 国家の監視任務

a 親権行使の義務 子を養育・教育する親の義務に関し、連邦憲法裁判所は一九六八年の判決で以下のような原則を打ち立てた。

「〔基本法六条二項による〕基本権保護は、親の自己責任性を最大限広範に承認した場合になお養育や教育と評価できる行為に関してのみ主張でき、その反対のもの、子の放任に関しては主張できない。憲法は、養育と教育の権利をこの活動の義務と結び付けることで、そのことを明らかにする。……基本法六条二項一文では権利と義務が不可分に結び付いており、義務は権利を制限する制約ではなく、この『親権』の本質規定的構成要素であり、

その限りで親権が『親の責任』と呼ばれることがあるのも正しい。そのため、基本法六条二項一文は、この自然的責任をどう果たそうとするかに関する親の自由な決定を保護しているが、この責任から逃れようとする親は保護しない。(BVerfGE 24, 116[133f.]⁽³⁰⁾)」。

このように、親権においては権利と義務が独特な形で結び付き、親権行使、それも子の幸福を指向した行使が親の義務となる。⁽³¹⁾ その義務履行を確保するのが、基本法六条二項二文の国家の監視任務で、それにより親権濫用がある場合に介入する国家の権限が憲法上承認される。さらに六条三項は、「子は、教育権者が不能に陥り、あるいは子にその他の理由から放任による非行化の危険がある場合のみ、法律に基づいて家族から引き離すことができる」と、最も強い国家の介入である親もとからの引き離しの要件を規定する。

b 国家の監視任務 監視任務が国家に教育への介入を授權すると言っても、国家はあくまで基本権としての親の教育権を尊重しなければならない。そのため、国家が介入できるのは親の著しい義務違反がある場合のみで、⁽³²⁾ 親の教育の良し悪しが問題になる限りでは介入できない。⁽³³⁾ 子どもに最善の教育を保障することが監視任務の機能ではなく、客観的危険状況から子を保護することのみがその目的である。その意味で、国家の監視任務の補充性・付随性が語られる。⁽³⁴⁾

さらに、国家が介入に際し比例性の原則を守るべきことも、一般に承認されている。⁽³⁵⁾ 国家の介入を正当化するには子の幸福への脅威が重大でなければならず、その脅威を排除する措置に関しても、最も親の教育権限を侵害しない手段を選択する義務が国家に課される。その上、監視任務は警察的・侵害的側面の他に援助的側面をも持ち、親への援助提供で親の責任の回復が可能なら、援助的措置が先行すべきであるとされる。⁽³⁶⁾

この監視任務の目的や限界についての原則は、上の一九六八年判決を先例とする連邦憲法裁判所の判例で承認されている⁽³⁷⁾。そこでは、監視任務による介入の義務が語られ、その義務が「基本権主体としての子どもが国家の保護を求める請求権を持つ」ことから導き出される⁽³⁸⁾。また、親権の正当性が「子どもが、基本法の人間像に対応した、社会的共同体の中での自己責任ある人格へと発達するのに保護と援助を必要とする」点に求められ、非常事態に国家がそうした子どもの発達を損害から保護すべきことが強調される⁽³⁹⁾。

この監視任務により国家、具体的には後見裁判所や青少年保護官庁は、子の幸福に対する脅威が存在するか否かを認定する権限を持つ。それにより国家は、親権の限界越えとの関係で子の幸福の内容を消極的に確定することを授權される⁽⁴⁰⁾。ただ、この権限はあくまで消極的確定に限られ、何が子の幸福に一致するかを個々の場合に積極的に決定する権限は国家に与えられていない。そのような枠組に限定すれば、子の幸福の確定はある程度間主観的に、実害を手掛かりに可能であろう⁽⁴¹⁾。また、連邦憲法裁判所による「親の原則的優位」の強調は、その際に大きな意義を持つ。そのため、監視任務により親の教育に国家が介入すると言っても、それは本質的には身体的な世話の領域に限られ、良心内容の伝達などの精神的働き掛けの場面には原則として適用されない。これが、親の教育権を基本権として承認した基本法の採る立場と言えよう。

c 親の監護法改革 上のような憲法上の原則を配慮して監視任務の行使の方法を規律することは、下位法規、特に親権に関する民法の規定に委ねられる問題である。その限りで、基本法の原理は形態づけ委託として下位法規の立法者に向けての効力を持つ。

この関連で、親の教育権と国家の監視任務についての議論が憲法学で七〇年代後半以降特に精力的に展開された背

景に、民法改正による親の監護法改革を求める連立与党だったSPD（社会民主党）とFDP（自由民主党）の法案が第七立法期、第八立法期に連邦議会に提出されたという事情がある。子どもが親の他律の客体でなく基本権主体である点を強調した第七立法期の草案は否決されたが、憲法上の親の教育権への配慮をうたいつつ同一内容の改革を求めて第八立法期に提出された法案は可決され、一九八〇年一月一日から施行された。⁽⁴⁴⁾

この改革で、民法上の親権の呼び名が「親の監護 (elterliche Sorge)」に改められたほか、親が教育に際して子の自己責任ある行動への増大する欲求を配慮し、子と相談すること（民法一六二六条二項）や、職業選択に関し子の適性に配慮すること（民法一六三一条一項）が記述的に規定され、さらに、後見裁判所が介入できる要件から親の責任がはずされる（民法一六六条一項）などの変化が生じた。このうち有責性要件に関しては、監視任務による介入が刑罰でなく子の保護を目的とするものであるから必要ないとする見解が一般的であったし、⁽⁴⁵⁾現在では連邦憲法裁判所による合憲判断が下されている。⁽⁴⁷⁾教育方法に関する記述的規定に関しては、これが一定の教育方法を親に強制するもので、憲法上の親権を侵害するとの見解と、⁽⁴⁸⁾独立で自己責任ある人格への子の教育が親の監護への子の参加を必要とすることを理由に違憲性の問題は生じないとの見解が対立している。⁽⁴⁹⁾

連邦憲法裁判所判例で確認された原則的な点さえ踏まえれば、立法者にかんがりの形態づけの幅が認められる。そのため、個別法規に関し問題となる点が多いが、憲法上の考察に限定する本稿では、それらの問題にはこれ以上立ち入らない。ただ、民法一六二六条に関する議論の中で主張される、上で引用した判例に関連づけて唱えられる「独立で自己責任ある人格への教育」という目標は、親権の制約として改めて考察する必要がある。

三 親の教育権に対する制約

国家の監視任務による侵害が正当化されるには、その対象となる親の行為が親の教育権の限界を踰越していることが必要となる。そのことは、教育権に一定の憲法上の限界があり、監視任務の射程の問題から独立にこの限界が画定できることを意味する。そして、監視任務と直接、間接に関連した立法・行政による侵害が、この限界との関係で問題になる。

仮に、親の教育権が親の人格的権利で、そのため基本法二条一項に挙げられた他者の権利、憲法秩序、道德律による制約の適用を受けるなら、⁽⁵⁰⁾ 国家が既存の道德律を理由に親の教育に介入でき、⁽⁵¹⁾ 良心内容を伝達する権利にまで及ぶ親の教育権の世界観的意義を没却する結果となる。このように支配的倫理観を子に強制させる構図は、親の教育を道德秩序維持の道具と把握し、親の教育権を憲法上承認した意義を無視するものである。そう考えてくれば、親の教育権の限界を画定する作業は、現実には教育権により保障される実体との関係で非常に重要となる。

a 国家の教育目標による親権の拘束？ 親の教育が自由なら、親はどのような目標に向けて子を教育しようとする自由なはずである。「身体的、精神的、社会的能力」への教育の権利を保障したワイマール憲法（一一〇条）と異なり、基本法は親の教育権を特定の教育目標と結び付けていない。親の教育権は、憲法上一定の教育目標を規定されず、教育が指向する人間的・倫理的な価値や教育目標の間で選択をなす自由という点にまず現れる。⁽⁵²⁾

にもかかわらず、一部のラント憲法は、神への畏敬、他者への配慮、祖国愛、倫理的・政治的責任、自由で民主的な信条などを教育目標とし、文言上はこれが親の教育にも妥当する。⁽⁵³⁾ これにつき一般には、基本法上の親権保障に優先的効力が帰属し、これらラント憲法の教育目標は、学校に妥当はしても、親の教育は拘束しないとされる。⁽⁵⁴⁾ た

だ、一定範囲の教育目標が親の教育にも妥当すると主張する少数説がある。ヘーバーレは、個人的教育と「政治的空間としての子どもに関わる教育を区別し、後者においては国家が親に親の責任の基準を設定できるとする⁽⁵⁶⁾。しかし、ラント憲法の教育目標の多くは実質的内容を追求しており、それに依拠することが、後述の形式的教育目標を憲法上基礎づけるヘーバーレの問題意識と合致するのかもしれない点には疑問がある。政治的教育に関わるからといって一定の実質的内容をもつ教育目標を親に法的に強制するならば、親と子の良心内容の強制となり、親の教育権や良心の自由の侵害になり得ることが意識されるべきである。

b 社会的価値と親の教育権 親の教育内容の実質的側面に関し問題となり得るのは、一般に受容されている社会的価値と親の教育との関係である。親の教育はその時々々に通用している価値観と一致する必要があるのか。逆に言えば、親は子を犯罪などの反社会的行動へ教育することが憲法上許されるのか。

親の教育の反社会倫理性を理由にした国家の介入を許すなら、その社会で妥当している価値観を認定し、それを国民に強制する国家の権限を肯定することになる。教育への介入を通じたこのような価値観強制は、良心の自由や親の教育権を明文で憲法上保障する国家に許されるはずもない。原則的には、価値観や良心内容の伝達は家族内部のプロセスで行われるべきであり、国家が介入する問題ではなく、親はあらゆる観念を子に伝達できる⁽⁵⁶⁾。

にもかかわらず、この社会的価値の問題は、親権の濫用を認定する際に裏から考慮に入り込む可能性がある。基本法二条一項の制約原理が親の教育権にも適用されることを前提としたベーターズが展開した、「親の教育は、その時の社会秩序が受容可能と考えるものの観念域の中に留まらなければならない」との原則⁽⁵⁷⁾が、彼の前提が崩れた後も、親権の内在的制約を表現するものとして広く引用される⁽⁵⁸⁾。

もちろん、この「觀念域」はあくまで外側の限界を規定するに過ぎず、積極的に一定内容の教育を要求はしない。既存の倫理秩序や自由で民主的な国家の基本秩序を基盤に子を教育する義務は否定されている。⁽⁵⁹⁾ その限りで、どう教育するかでなく、どう教育しないかについての一般的コンセンサスのみが問題となり得る。⁽⁶⁰⁾ ただ、現実にコンセンサスが存在するなら、そこから逸脱する事例はあり得ない。コンセンサスが限られた範囲でしか存在せず、国家がそれをコンセンサスと呼んで自らの行為の基準にできるかどうかの問題なのである。

この点に関しては、社会的価値それ自体による親の教育権の制約を原理的には否定するべきであろう。⁽⁶¹⁾ ただ、第三者の権利との関係では、親権の制約はあり得ると考えざるを得ない。犯罪教育が問題なのは、それが反社会的価値を伝達するからでなく、他者の法益侵害の教唆になるからと考えるべきであろう。⁽⁶²⁾ その意味で、支配的道德が「不道徳」とする行為へ親が子を教育しても、特にその教育が一定の価値体系、良心内容の伝達と関わる場合、憲法上保護されることになる。

c 形式的教育目標 それでも、子に関係した親のすべての行動が親の教育権の対象となるのではない。基本法が親の権利として保護するのはあくまで「養育と教育」である。連邦憲法裁判所も、前述のように親権が「親の自己責任性を最大限広範に承認した場合におお養育や教育と評価できる行為」⁽⁶³⁾ に関してのみ主張できるとする。そこから、「教育」概念から生ずる親権の限界が問題となる。

この点に関し、ベッケンフェルデは、親の教育権の正当化根拠を子どもが自己責任へと発達するための必要性に求め、そこから教育が教育となる基準として、形式的教育目標を設定した。すなわち、「教育は、自己決定、自己責任を行なう子どもの能力、成熟した人格を達成するよう形態づけられるべきである」との基準がそれである。⁽⁶³⁾ この議論

は、すでにそれ以前に民法学で展開されており、子どもが成人に達し教育プロセスを終了すると独立で行動できる人間として法的に扱われるため、法秩序がそのような形式的教育目標の存在を前提とする点には、ある程度の一致があった。⁽⁶⁴⁾

教育概念からアプローチせず、基本法の間人像から出発して形式的教育目標にたどり着く見解もある。連邦憲法裁判所が典型的にその方向を追究する。すでに前述の一九五八年判決で、基本法の下でも「身体的、精神的、社会的能力」という、ワイマール憲法の親権保障に付随していた教育目標が現在も妥当することを肯定した連邦憲法裁判所⁽⁶⁵⁾は、後に一九六八年判決で国家の監視任務を「基本法の間人像に対応した、社会的共同体の中の自己責任ある人格への発達」を援助する点にある親権の正当化根拠と結び付けた。⁽⁶⁶⁾ エリクセンはそれを発展させ、特定の人間像に固執せず一定の幅を保障する「基本法の間人像」に教育指導的効力が帰属することを論じ、特に基本権に関する基本法の価値内実に関連した教育を確保しようとする。⁽⁶⁷⁾ 制約を意識しつつ独立に基本権を行使する能力としての基本権成熟性という教育目標が語られる場合、⁽⁶⁸⁾ 多くは教育概念から直接導き出された形式的教育目標というより、基本法の間人像を媒介した形式的教育目標としての意義がある。

この二つのアプローチは、何も異ならないようにも映る。しかし、エリクセンとの議論に明らかな通り、ベッケンフェルデが「基本法の間人像」の媒介を拒否して概念的議論に走るのは、その人間像の解釈権限が裁判所にあり、そのため裁判所のあり方次第でこれに実質的内実も盛れるという危険性からである。実際、連邦憲法裁判所は、基本法の間人像として孤立した個人の人間像を退け、人間 (Person) の共同体関連性、共同体被拘束性を主張している。⁽⁷⁰⁾ この前提からは、基本法の間人像に関する議論はたやすく一定の実質的人格内容についての議論に転化する危険があ

る。基本法の人間像を媒介にすれば基本権成熟性の問題も形式的教育目標に取り込めるといふ利点はあるが、その点は自己決定能力の定式に包含されるとも考えられる。上の危険を意識すれば、形式的教育目標を基礎づけるのに基本法の人間像に頼ることには問題がある。

この形式的教育目標は、自己決定能力を持つ独立の人格を追求した教育を要請しつつも、その人格の内容につき開いたままにする点で、上で問題にした実質的な教育目標と異なる構造を持ち、形式的と言えり。倫理的教育についても、子が良心を獲得するよう親が教育すべきことを要請するのは不可避だが、それがあくまで形式的目標として設定されるなら、良心内容に関しては開いたまま、個人による差異を認めながら議論を進められる。その限りでこの形式的教育目標は、親の教育権の枠組を確定する上で必要であろう。

しかし、この形式的教育目標は、その意味での形式性にもかかわらず、実質的な側面も持つ。現実これを主張する論者は、この目標の存在から実質的帰結を演繹し、子が成人までに自己決定能力を獲得するために、それまでの過程で年齢に応じた独立性への配慮を要求できるとして、前述の民法一六二六条二項の改正に側面援護を行なう。⁽⁷⁾ 直接サンクションされる命令でなく、一般的宣言によりこの形式的教育目標から生ずる規範的理念像を実定化する程度なら、これはやはり、教育方法を選択する親の権利を不当に侵害するとは言えないと考えるべきであろう。

学説上、この形式的教育目標の肯定に対しては批判もある。形式的教育目標が形式的でなく実質的である点を指摘し、そのような教育目標の持つ価値づけを支えるコンセンサスが存在しないと見る見解が存在する。⁽⁸⁾ しかし、立論の方法として、形式的教育目標と内容的教育目標との上で指摘した構造の違いは意識されるべきであり、また、コンセンサスに頼る議論が結局はコンセンサスを僭称して任意の内容を強制あるいは拒否するだけになる危険性も考え

なければならぬ。また、オッセンビュールは、教育概念を問題にしても何も出てこず、親権の限界としては濫用禁止があるのみであるとする。⁷³⁾しかし、何が濫用なのかはどこかで判断されざるを得ず、形式的教育目標の議論はその判断に素材を提供するものとして適切であると思われる。

d 親権と子の基本権 形式的教育目標によっても、国家の監視任務によっても、親の教育権が侵害されるのはもはや教育と呼べない明白な親権濫用の場合に限られ、子・親・国家の三角関係は、憲法上親の一応の優位を承認することで解決されている。それに理由があることもすでに明らかである。教育というプロセスは子の人格への直接の介入で、特に子の人格内容がまだ固まっておらず、親の教育に依存している時期には、子の利益保護のため国家が介入できるなら、国家はそれを通じて若い国民の人格、良心内容、価値観を自ら決定し貫徹する権限を獲得する。これが基本権、特に良心の自由に反し、許されないことは、もはや再論する必要はないであろう。

こうした親の教育の本質から、子の基本権が親に対し直接の効力を持つことは一般に否定されている。⁷⁴⁾いかに親の教育が権力的作用で、それが親権保障を通じ法秩序により担保されようと、国民の価値観や良心内容の私的過程での伝達を確保し、国家による良心強制を防止するには、教育の早い時期における親の決定権は承認されざるを得ない。また、親に対する子の基本権という構成には、親子関係が私人間であることにより、憲法体系上の無理がある。

しかし、教育の早い時期に承認されるこの親の決定権も、子が教育の過程で未成年でありながらも次第に自己決定能力を獲得してくる段階になると、問題が生じる。そこに、子の基本権の親に対する間接的効力、子の基本権が持つ国家の法秩序に対する価値設定的原則規範としての効力が問題になる場面がある。

この問題に立ち向かうにあたり、一九七〇年の段階でベッカーは、子の成長とともに親権が後退するという原則的

構図を提唱した⁽⁷⁶⁾。そこで彼の念頭にあったのは、一定範囲で未成年者の行為能力を承認する法律上の規律であり、そうした方向を強調する親の監護法改革草案の意義であった。そのような構図に従えば、前述の改正民法一六二六条二項のような規定は当然必要とされることになる。

彼の構図は憲法学でも受け容れられる。ベッケンフェルデも、親権の憲法上の正当化根拠から親権の限界を問題にする過程で、親権は子が成熟性へと成長するに従い不要となる傾向があり、そのため段階的に法的成熟性を認める法律の憲法上の正当性は問題ないとした⁽⁷⁷⁾。連邦憲法裁判所も、一九八二年の判決で以下のようにこの構図を承認する。

「子の養育・教育の必要性が減少し、子の自己決定能力が増大していくに従い、親権に根差す法的権能は押し退けられ、最終的には子の成年でもって消滅する。そのため、段階づけられた部分的な成熟性に関する規律は、この準拠点を指向し、内容的に理由があれば、親権の侵害にならない (BVerfGE 59, 360[382])」。

この判決により、上の構図は憲法学上も確実な地歩を獲得した。部分的成熟性に関する法律に関し、親の教育権の限界として立法者が実定化できる点につき、異論はない⁽⁷⁸⁾。

この法律上の部分的成熟性承認の例として、独立営業を開始した未成年者の行為能力に関するドイツ民法典一一二条などが挙げられる。本稿の問題にとり特に重要なのは、現在も妥当する一九二一年宗教教育法 (Gesetz über die religiöse Kindererziehung) である。この法律は、両親の自由な合意で子の宗教教育につき決定されることを定める (一条) とともに、五条で、子どもが一四歳に達した場合に子どもが自ら宗教的信条を選択でき、一二歳以降は子どもの意思に反してそれ以前の宗派と違う宗派での教育ができないことが規定される⁽⁷⁹⁾。これらの規定は、六条で非宗教的世界観に関しても妥当することが明記されている。ドイツでは伝統的に一四歳前後で教会への所属を自ら確認す

る——特にプロテスタントで重要な——堅信礼（信仰告白）の儀式が行なわれるため、一四歳という一律的線引きにもドイツでは一応の根拠がある。

このように、世界観的領域での親と子の対立に関しては、自由権としての親の教育権の観点から国家の介入は望ましくないが、子が倫理的・世界観的判断能力を獲得していくにつれ、親はその判断を尊重するよう義務づけられると考えるべきであろう。親子間での対立が頻発すれば、親の権力に子を盲従させることを防ぐこのような法律的解決の道が探られる必要があるかもしれない。

e 親権の制約としての国家の学校教育任務？ 以上確認してきたように、子の良心形成が親の教育という国家から自由な私的過程に委ねられることが、親の教育権と良心の自由に対応する唯一の道である。子の幸福を確保するために例外的な場合に国家の監視任務が介入するし、自己決定主体としての独立な人格へ子を発達させることを目的としない、子の搾取のような親の行為が教育権による憲法上の保護を受けないが、それらは親の教育に干渉することを通じ国民に一定の人格、良心を押し付けることを国家に授権はしない。

しかし教育の私的性格は、子どもが就学年齢に達すると問題が生じる。親の教育と並行して学校教育が行なわれるために、親の教育と内容上異なる学校教育により子がそれまでの親の教育と違う道を歩き始めることが考えられるからである。連邦憲法裁判所も、上のように親の教育権の他の教育主体に対する優越性を語るに際し、基本法七条一項が留保される旨、明らかにする。⁽⁷⁾ 親は一般に親権を理由に就学義務を拒否できないとされている。⁽⁸⁾

そのような学校の影響自体は、子どもが成長過程で次第に親の絶対的影響力から離れて様々な社会的影響と直面することを通じ自分自身で自らの判断を形造っていく上でも、必要なことである。現代社会では、様々なメディアが子

どもの生活領域に入り込むことにより、親は子どもへの排他的影響力を持っておらず、まさにその点で、現代社会で親の教育が絶対的権力行使とならずにすんでいる。そして、親の能力を越えた知識・技能の伝達を行なう学校教育も、現代国家ではもしかすると不可欠なそのようなメディアの一つである。

しかし、国家の学校教育がそのような目的指向性を失い、特定のイデオロギーを子どもに注入する機関となれば、子どもの価値観や良心が国家から区別された社会的領域で自律的に形成されるとの原則から逸脱する。現代の公立学校は、常に国家が介入するため、そのイデオロギー操作の疑いを免れ得ない。

親は、そのようなイデオロギー的教育を行なう学校に対し、自らの教育権や良心の自由に基づく権利を持たないのであろうか。持つとしたら、どのような内容の、どのように手続的に主張できる権利を持つのか。西ドイツでは世界的領域につき一四歳以上の子どもが一定範囲の自己決定権を持つため、同様の問題がその子どもの良心の自由の問題として提起される。法律上の規律を欠くため一四歳という線引きこそできないものの、こういった問題は我が国でも同様に議論される必要があるであろう。以下、節を改め、学校領域での親の教育権の意義に関する西ドイツの議論を手掛かりに、この問題を考えていきたい。

注

(1) 親の教育権を保障する基本法六条二項は、家族に関連した六条の規定の中に置かれ、特に一項における婚姻・家族の憲法上の保護との関係が問題になる。この点に関し、親の教育権が、「独立で閉じた生活領域」としての家族の保護という文脈の中にあり、その超個人的統一体としての家族の自律性の保障を目的とすることがしばしば指摘される。Erw. Stein, *Elterliches Erziehungsrecht und Religionsfreiheit*, in: Friesenhahn/Scheuner (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts*, Bd. 2, Berlin 1975, S. 459; W. Schmitt-Glaeser, *Das elterliche Erziehungsrecht im staatlichen Reglemen-*

tierung, Bielefeld 1980, S. 36ff.; W. Geiger〔80〕, Kraft und Grenze der elterlichen Erziehungsverantwortung unter den gegenwärtigen gesellschaftlichen Verhältnissen, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14 (1980), S. 19ff.; Th. Maunz, Art. 6, in: Maunz/Dürig u. a., *Grundgesetz. Kommentar* (18. Lfg., 1980), Rn. 26h; F. Ossenbühl〔81〕, *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes. Kommentar* (18. Lfg., 1980), Rn. Erichsen〔85〕, *Elternrecht—Kindeswohl—Staatsgewalt*, Berlin 1985, S. 33; H.-W. Schlie, *Elterliches Erziehungsrecht und staatliche Schulaufsicht im Grundgesetz*, Frankfurt/M. 1986, S. 21f.; H. F. Zacher, *Elternrecht*, in: Iseae/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 6, Heidelberg 1989, S. 266f. この点が深められる。親の教育権の主体は家族で、親はただそれを行使するのみであるとの主張ほど生まれる。Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 54; U. Scheuner, K. Schlaich, in: Essener Gespräche, Bd. 14, S. 99, 119 (Diskussion)。このように見解にたがって、家族が権利主体であり得なるとの批判が提起される。E.-W. Böckenförde, *Elternrecht—Recht des Kindes—Recht des Staates*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, S. 104, S. 125 (Diskussion); W. Zeidler, *Ehe und Familie*, in: Benda/Mahhofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin 1983, S. 573. 予定調和的な家族という超個人的共同体を考え、教育権をその家族の権利とすれば、現実に親子間に存在する緊張関係は隠蔽される。そのため、子どもの良心形成にあたり発生する親との緊張関係の問題を意識する本稿では、この前提を拒否し、親の教育権と家族保護の関係という論点にもこれ以上立ち入らない。

その場合、教育権は子との関係で個々の親に帰属する基本権となるが、実は教育権の主体については複雑な問題がある。離婚後の教育権の所在、非嫡出児の父の教育権の存否、などである。ここでは一応、通常事例を前提とし、上のような特殊事例については民法上の監護権の帰属に関する規律に委ねた。

- (2) 基本法六条二項で親の養育・教育権に冠せられる「自然的」という形容詞については、一般に「これが、①国家により親に与えられた権利でなく、前国家的に存在する権利として国家が承認したもので、②子に生を与えた者が自然に、子の養育と教育の責任を引き受ける覚悟と使命を持つ」との、生物学的、心理的、社会的与件を考慮したものであることが指摘される。①=BVerfGE 60, 79(88); Ossenbühl〔77〕, *Schule im Rechtsstaat* DÖV 1977, S. 805f.; M. Abelein, *Historische Überlegung zum Elternrecht*, RdJ 1967, S. 810; Maunz, a. a. O., Rn. 22; F. Hill, *Das natürliche Elternrecht aus*

- verfassungs- und zivilrechtlicher Sicht, RdJB 1972, S. 137; Zacher, a. a. O., S. 287f. ⑨ = BVerfGE 24, 119(150); Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 805f.; ders., a. a. O. [81], S. 45ff.; Böckenförde, a. a. O., S. 69f.; Schmit-Glaeser, a. a. O., S. 35f.; Erichsen, a. a. O., S. 27f. ⑩ ⑪ ⑫ ⑬ ⑭ ⑮ ⑯ ⑰ ⑱ ⑲ ⑳ ㉑ ㉒ ㉓ ㉔ ㉕ ㉖ ㉗ ㉘ ㉙ ㉚ ㉛ ㉜ ㉝ ㉞ ㉟ ㊱ ㊲ ㊳ ㊴ ㊵ ㊶ ㊷ ㊸ ㊹ ㊺ ㊻ ㊼ ㊽ ㊾ ㊿ ㏀ ㏁ ㏂ ㏃ ㏄ ㏅ ㏆ ㏇ ㏈ ㏉ ㏊ ㏋ ㏌ ㏍ ㏎ ㏏ ㏐ ㏑ ㏒ ㏓ ㏔ ㏕ ㏖ ㏗ ㏘ ㏙ ㏚ ㏛ ㏜ ㏝ ㏞ ㏟ ㏠ ㏡ ㏢ ㏣ ㏤ ㏥ ㏦ ㏧ ㏨ ㏩ ㏪ ㏫ ㏬ ㏭ ㏮ ㏯ ㏰ ㏱ ㏲ ㏳ ㏴ ㏵ ㏶ ㏷ ㏸ ㏹ ㏺ ㏻ ㏼ ㏽ ㏾ ㏿ 㐀 㐁 㐂 㐃 㐄 㐅 㐆 㐇 㐈 㐉 㐊 㐋 㐌 㐍 㐎 㐏 㐐 㐑 㐒 㐓 㐔 㐕 㐖 㐗 㐘 㐙 㐚 㐛 㐜 㐝 㐞 㐟 㐠 㐡 㐢 㐣 㐤 㐥 㐦 㐧 㐨 㐩 㐪 㐫 㐬 㐭 㐮 㐯 㐰 㐱 㐲 㐳 㐴 㐵 㐶 㐷 㐸 㐹 㐺 㐻 㐼 㐽 㐾 㐿 㑀 㑁 㑂 㑃 㑄 㑅 㑆 㑇 㑈 㑉 㑊 㑋 㑌 㑍 㑎 㑏 㑐 㑑 㑒 㑓 㑔 㑕 㑖 㑗 㑘 㑙 㑚 㑛 㑜 㑝 㑞 㑟 㑠 㑡 㑢 㑣 㑤 㑥 㑦 㑧 㑨 㑩 㑪 㑫 㑬 㑭 㑮 㑯 㑰 㑱 㑲 㑳 㑴 㑵 㑶 㑷 㑸 㑹 㑺 㑻 㑼 㑽 㑾 㑿 㒀 㒁 㒂 㒃 㒄 㒅 㒆 㒇 㒈 㒉 㒊 㒋 㒌 㒍 㒎 㒏 㒐 㒑 㒒 㒓 㒔 㒕 㒖 㒗 㒘 㒙 㒚 㒛 㒜 㒝 㒞 㒟 㒠 㒡 㒢 㒣 㒤 㒥 㒦 㒧 㒨 㒩 㒪 㒫 㒬 㒭 㒮 㒯 㒰 㒱 㒲 㒳 㒴 㒵 㒶 㒷 㒸 㒹 㒺 㒻 㒼 㒽 㒾 㒿 㓀 㓁 㓂 㓃 㓄 㓅 㓆 㓇 㓈 㓉 㓊 㓋 㓌 㓍 㓎 㓏 㓐 㓑 㓒 㓓 㓔 㓕 㓖 㓗 㓘 㓙 㓚 㓛 㓜 㓝 㓞 㓟 㓠 㓡 㓢 㓣 㓤 㓥 㓦 㓧 㓨 㓩 㓪 㓫 㓬 㓭 㓮 㓯 㓰 㓱 㓲 㓳 㓴 㓵 㓶 㓷 㓸 㓹 㓺 㓻 㓼 㓽 㓾 㓿 㔀 㔁 㔂 㔃 㔄 㔅 㔆 㔇 㔈 㔉 㔊 㔋 㔌 㔍 㔎 㔏 㔐 㔑 㔒 㔓 㔔 㔕 㔖 㔗 㔘 㔙 㔚 㔛 㔜 㔝 㔞 㔟 㔠 㔡 㔢 㔣 㔤 㔥 㔦 㔧 㔨 㔩 㔪 㔫 㔬 㔭 㔮 㔯 㔰 㔱 㔲 㔳 㔴 㔵 㔶 㔷 㔸 㔹 㔺 㔻 㔼 㔽 㔾 㔿 㕀 㕁 㕂 㕃 㕄 㕅 㕆 㕇 㕈 㕉 㕊 㕋 㕌 㕍 㕎 㕏 㕐 㕑 㕒 㕓 㕔 㕕 㕖 㕗 㕘 㕙 㕚 㕛 㕜 㕝 㕞 㕟 㕠 㕡 㕢 㕣 㕤 㕥 㕦 㕧 㕨 㕩 㕪 㕫 㕬 㕭 㕮 㕯 㕰 㕱 㕲 㕳 㕴 㕵 㕶 㕷 㕸 㕹 㕺 㕻 㕼 㕽 㕾 㕿 㖀 㖁 㖂 㖃 㖄 㖅 㖆 㖇 㖈 㖉 㖊 㖋 㖌 㖍 㖎 㖏 㖐 㖑 㖒 㖓 㖔 㖕 㖖 㖗 㖘 㖙 㖚 㖛 㖜 㖝 㖞 㖟 㖠 㖡 㖢 㖣 㖤 㖥 㖦 㖧 㖨 㖩 㖪 㖫 㖬 㖭 㖮 㖯 㖰 㖱 㖲 㖳 㖴 㖵 㖶 㖷 㖸 㖹 㖺 㖻 㖼 㖽 㖾 㖿 㗀 㗁 㗂 㗃 㗄 㗅 㗆 㗇 㗈 㗉 㗊 㗋 㗌 㗍 㗎 㗏 㗐 㗑 㗒 㗓 㗔 㗕 㗖 㗗 㗘 㗙 㗚 㗛 㗜 㗝 㗞 㗟 㗠 㗡 㗢 㗣 㗤 㗥 㗦 㗧 㗨 㗩 㗪 㗫 㗬 㗭 㗮 㗯 㗰 㗱 㗲 㗳 㗴 㗵 㗶 㗷 㗸 㗹 㗺 㗻 㗼 㗽 㗾 㗿 㘀 㘁 㘂 㘃 㘄 㘅 㘆 㘇 㘈 㘉 㘊 㘋 㘌 㘍 㘎 㘏 㘐 㘑 㘒 㘓 㘔 㘕 㘖 㘗 㘘 㘙 㘚 㘛 㘜 㘝 㘞 㘟 㘠 㘡 㘢 㘣 㘤 㘥 㘦 㘧 㘨 㘩 㘪 㘫 㘬 㘭 㘮 㘯 㘰 㘱 㘲 㘳 㘴 㘵 㘶 㘷 㘸 㘹 㘺 㘻 㘼 㘽 㘾 㘿 㙀 㙁 㙂 㙃 㙄 㙅 㙆 㙇 㙈 㙉 㙊 㙋 㙌 㙍 㙎 㙏 㙐 㙑 㙒 㙓 㙔 㙕 㙖 㙗 㙘 㙙 㙚 㙛 㙜 㙝 㙞 㙟 㙠 㙡 㙢 㙣 㙤 㙥 㙦 㙧 㙨 㙩 㙪 㙫 㙬 㙭 㙮 㙯 㙰 㙱 㙲 㙳 㙴 㙵 㙶 㙷 㙸 㙹 㙺 㙻 㙼 㙽 㙾 㙿 㚀 㚁 㚂 㚃 㚄 㚅 㚆 㚇 㚈 㚉 㚊 㚋 㚌 㚍 㚎 㚏 㚐 㚑 㚒 㚓 㚔 㚕 㚖 㚗 㚘 㚙 㚚 㚛 㚜 㚝 㚞 㚟 㚠 㚡 㚢 㚣 㚤 㚥 㚦 㚧 㚨 㚩 㚪 㚫 㚬 㚭 㚮 㚯 㚰 㚱 㚲 㚳 㚴 㚵 㚶 㚷 㚸 㚹 㚺 㚻 㚼 㚽 㚾 㚿 㜀 㜁 㜂 㜃 㜄 㜅 㜆 㜇 㜈 㜉 㜊 㜋 㜌 㜍 㜎 㜏 㜐 㜑 㜒 㜓 㜔 㜕 㜖 㜗 㜘 㜙 㜚 㜛 㜜 㜝 㜞 㜟 㜠 㜡 㜢 㜣 㜤 㜥 㜦 㜧 㜨 㜩 㜪 㜫 㜬 㜭 㜮 㜯 㜰 㜱 㜲 㜳 㜴 㜵 㜶 㜷 㜸 㜹 㜺 㜻 㜼 㜽 㜾 㜿 㝀 㝁 㝂 㝃 㝄 㝅 㝆 㝇 㝈 㝉 㝊 㝋 㝌 㝍 㝎 㝏 㝐 㝑 㝒 㝓 㝔 㝕 㝖 㝗 㝘 㝙 㝚 㝛 㝜 㝝 㝞 㝟 㝠 㝡 㝢 㝣 㝤 㝥 㝦 㝧 㝨 㝩 㝪 㝫 㝬 㝭 㝮 㝯 㝰 㝱 㝲 㝳 㝴 㝵 㝶 㝷 㝸 㝹 㝺 㝻 㝼 㝽 㝾 㝿 㞀 㞁 㞂 㞃 㞄 㞅 㞆 㞇 㞈 㞉 㞊 㞋 㞌 㞍 㞎 㞏 㞐 㞑 㞒 㞓 㞔 㞕 㞖 㞗 㞘 㞙 㞚 㞛 㞜 㞝 㞞 㞟 㞠 㞡 㞢 㞣 㞤 㞥 㞦 㞧 㞨 㞩 㞪 㞫 㞬 㞭 㞮 㞯 㞰 㞱 㞲 㞳 㞴 㞵 㞶 㞷 㞸 㞹 㞺 㞻 㞼 㞽 㞾 㞿 㟀 㟁 㟂 㟃 㟄 㟅 㟆 㟇 㟈 㟉 㟊 㟋 㟌 㟍 㟎 㟏 㟐 㟑 㟒 㟓 㟔 㟕 㟖 㟗 㟘 㟙 㟚 㟛 㟜 㟝 㟞 㟟 㟠 㟡 㟢 㟣 㟤 㟥 㟦 㟧 㟨 㟩 㟪 㟫 㟬 㟭 㟮 㟯 㟰 㟱 㟲 㟳 㟴 㟵 㟶 㟷 㟸 㟹 㟺 㟻 㟼 㟽 㟾 㟿 㠀 㠁 㠂 㠃 㠄 㠅 㠆 㠇 㠈 㠉 㠊 㠋 㠌 㠍 㠎 㠏 㠐 㠑 㠒 㠓 㠔 㠕 㠖 㠗 㠘 㠙 㠚 㠛 㠜 㠝 㠞 㠟 㠠 㠡 㠢 㠣 㠤 㠥 㠦 㠧 㠨 㠩 㠪 㠫 㠬 㠭 㠮 㠯 㠰 㠱 㠲 㠳 㠴 㠵 㠶 㠷 㠸 㠹 㠺 㠻 㠼 㠽 㠾 㠿 㡀 㡁 㡂 㡃 㡄 㡅 㡆 㡇 㡈 㡉 㡊 㡋 㡌 㡍 㡎 㡏 㡐 㡑 㡒 㡓 㡔 㡕 㡖 㡗 㡘 㡙 㡚 㡛 㡜 㡝 㡞 㡟 㡠 㡡 㡢 㡣 㡤 㡥 㡦 㡧 㡨 㡩 㡪 㡫 㡬 㡭 㡮 㡯 㡰 㡱 㡲 㡳 㡴 㡵 㡶 㡷 㡸 㡹 㡺 㡻 㡼 㡽 㡾 㡿 㢀 㢁 㢂 㢃 㢄 㢅 㢆 㢇 㢈 㢉 㢊 㢋 㢌 㢍 㢎 㢏 㢐 㢑 㢒 㢓 㢔 㢕 㢖 㢗 㢘 㢙 㢚 㢛 㢜 㢝 㢞 㢟 㢠 㢡 㢢 㢣 㢤 㢥 㢦 㢧 㢨 㢩 㢪 㢫 㢬 㢭 㢮 㢯 㢰 㢱 㢲 㢳 㢴 㢵 㢶 㢷 㢸 㢹 㢺 㢻 㢼 㢽 㢾 㢿 㣀 㣁 㣂 㣃 㣄 㣅 㣆 㣇 㣈 㣉 㣊 㣋 㣌 㣍 㣎 㣏 㣐 㣑 㣒 㣓 㣔 㣕 㣖 㣗 㣘 㣙 㣚 㣛 㣜 㣝 㣞 㣟 㣠 㣡 㣢 㣣 㣤 㣥 㣦 㣧 㣨 㣩 㣪 㣫 㣬 㣭 㣮 㣯 㣰 㣱 㣲 㣳 㣴 㣵 㣶 㣷 㣸 㣹 㣺 㣻 㣼 㣽 㣾 㣿 㤀 㤁 㤂 㤃 㤄 㤅 㤆 㤇 㤈 㤉 㤊 㤋 㤌 㤍 㤎 㤏 㤐 㤑 㤒 㤓 㤔 㤕 㤖 㤗 㤘 㤙 㤚 㤛 㤜 㤝 㤞 㤟 㤠 㤡 㤢 㤣 㤤 㤥 㤦 㤧 㤨 㤩 㤪 㤫 㤬 㤭 㤮 㤯 㤰 㤱 㤲 㤳 㤴 㤵 㤶 㤷 㤸 㤹 㤺 㤻 㤼 㤽 㤾 㤿 㥀 㥁 㥂 㥃 㥄 㥅 㥆 㥇 㥈 㥉 㥊 㥋 㥌 㥍 㥎 㥏 㥐 㥑 㥒 㥓 㥔 㥕 㥖 㥗 㥘 㥙 㥚 㥛 㥜 㥝 㥞 㥟 㥠 㥡 㥢 㥣 㥤 㥥 㥦 㥧 㥨 㥩 㥪 㥫 㥬 㥭 㥮 㥯 㥰 㥱 㥲 㥳 㥴 㥵 㥶 㥷 㥸 㥹 㥺 㥻 㥼 㥽 㥾 㥿 㦀 㦁 㦂 㦃 㦄 㦅 㦆 㦇 㦈 㦉 㦊 㦋 㦌 㦍 㦎 㦏 㦐 㦑 㦒 㦓 㦔 㦕 㦖 㦗 㦘 㦙 㦚 㦛 㦜 㦝 㦞 㦟 㦠 㦡 㦢 㦣 㦤 㦥 㦦 㦧 㦨 㦩 㦪 㦫 㦬 㦭 㦮 㦯 㦰 㦱 㦲 㦳 㦴 㦵 㦶 㦷 㦸 㦹 㦺 㦻 㦼 㦽 㦾 㦿 㧀 㧁 㧂 㧃 㧄 㧅 㧆 㧇 㧈 㧉 㧊 㧋 㧌 㧍 㧎 㧏 㧐 㧑 㧒 㧓 㧔 㧕 㧖 㧗 㧘 㧙 㧚 㧛 㧜 㧝 㧞 㧟 㧠 㧡 㧢 㧣 㧤 㧥 㧦 㧧 㧨 㧩 㧪 㧫 㧬 㧭 㧮 㧯 㧰 㧱 㧲 㧳 㧴 㧵 㧶 㧷 㧸 㧹 㧺 㧻 㧼 㧽 㧾 㧿 㨀 㨁 㨂 㨃 㨄 㨅 㨆 㨇 㨈 㨉 㨊 㨋 㨌 㨍 㨎 㨏 㨐 㨑 㨒 㨓 㨔 㨕 㨖 㨗 㨘 㨙 㨚 㨛 㨜 㨝 㨞 㨟 㨠 㨡 㨢 㨣 㨤 㨥 㨦 㨧 㨨 㨩 㨪 㨫 㨬 㨭 㨮 㨯 㨰 㨱 㨲 㨳 㨴 㨵 㨶 㨷 㨸 㨹 㨺 㨻 㨼 㨽 㨾 㨿 㩀 㩁 㩂 㩃 㩄 㩅 㩆 㩇 㩈 㩉 㩊 㩋 㩌 㩍 㩎 㩏 㩐 㩑 㩒 㩓 㩔 㩕 㩖 㩗 㩘 㩙 㩚 㩛 㩜 㩝 㩞 㩟 㩠 㩡 㩢 㩣 㩤 㩥 㩦 㩧 㩨 㩩 㩪 㩫 㩬 㩭 㩮 㩯 㩰 㩱 㩲 㩳 㩴 㩵 㩶 㩷 㩸 㩹 㩺 㩻 㩼 㩽 㩾 㩿 㪀 㪁 㪂 㪃 㪄 㪅 㪆 㪇 㪈 㪉 㪊 㪋 㪌 㪍 㪎 㪏 㪐 㪑 㪒 㪓 㪔 㪕 㪖 㪗 㪘 㪙 㪚 㪛 㪜 㪝 㪞 㪟 㪠 㪡 㪢 㪣 㪤 㪥 㪦 㪧 㪨 㪩 㪪 㪫 㪬 㪭 㪮 㪯 㪰 㪱 㪲 㪳 㪴 㪵 㪶 㪷 㪸 㪹 㪺 㪻 㪼 㪽 㪾 㪿 㫀 㫁 㫂 㫃 㫄 㫅 㫆 㫇 㫈 㫉 㫊 㫋 㫌 㫍 㫎 㫏 㫐 㫑 㫒 㫓 㫔 㫕 㫖 㫗 㫘 㫙 㫚 㫛 㫜 㫝 㫞 㫟 㫠 㫡 㫢 㫣 㫤 㫥 㫦 㫧 㫨 㫩 㫪 㫫 㫬 㫭 㫮 㫯 㫰 㫱 㫲 㫳 㫴 㫵 㫶 㫷 㫸 㫹 㫺 㫻 㫼 㫽 㫾 㫿 㬀 㬁 㬂 㬃 㬄 㬅 㬆 㬇 㬈 㬉 㬊 㬋 㬌 㬍 㬎 㬏 㬐 㬑 㬒 㬓 㬔 㬕 㬖 㬗 㬘 㬙 㬚 㬛 㬜 㬝 㬞 㬟 㬠 㬡 㬢 㬣 㬤 㬥 㬦 㬧 㬨 㬩 㬪 㬫 㬬 㬭 㬮 㬯 㬰 㬱 㬲 㬳 㬴 㬵 㬶 㬷 㬸 㬹 㬺 㬻 㬼 㬽 㬾 㬿 㭀 㭁 㭂 㭃 㭄 㭅 㭆 㭇 㭈 㭉 㭊 㭋 㭌 㭍 㭎 㭏 㭐 㭑 㭒 㭓 㭔 㭕 㭖 㭗 㭘 㭙 㭚 㭛 㭜 㭝 㭞 㭟 㭠 㭡 㭢 㭣 㭤 㭥 㭦 㭧 㭨 㭩 㭪 㭫 㭬 㭭 㭮 㭯 㭰 㭱 㭲 㭳 㭴 㭵 㭶 㭷 㭸 㭹 㭺 㭻 㭼 㭽 㭾 㭿 㮀 㮁 㮂 㮃 㮄 㮅 㮆 㮇 㮈 㮉 㮊 㮋 㮌 㮍 㮎 㮏 㮐 㮑 㮒 㮓 㮔 㮕 㮖 㮗 㮘 㮙 㮚 㮛 㮜 㮝 㮞 㮟 㮠 㮡 㮢 㮣 㮤 㮥 㮦 㮧 㮨 㮩 㮪 㮫 㮬 㮭 㮮 㮯 㮰 㮱 㮲 㮳 㮴 㮵 㮶 㮷 㮸 㮹 㮺 㮻 㮼 㮽 㮾 㮿 㯀 㯁 㯂 㯃 㯄 㯅 㯆 㯇 㯈 㯉 㯊 㯋 㯌 㯍 㯎 㯏 㯐 㯑 㯒 㯓 㯔 㯕 㯖 㯗 㯘 㯙 㯚 㯛 㯜 㯝 㯞 㯟 㯠 㯡 㯢 㯣 㯤 㯥 㯦 㯧 㯨 㯩 㯪 㯫 㯬 㯭 㯮 㯯 㯰 㯱 㯲 㯳 㯴 㯵 㯶 㯷 㯸 㯹 㯺 㯻 㯼 㯽 㯾 㯿 㰀 㰁 㰂 㰃 㰄 㰅 㰆 㰇 㰈 㰉 㰊 㰋 㰌 㰍 㰎 㰏 㰐 㰑 㰒 㰓 㰔 㰕 㰖 㰗 㰘 㰙 㰚 㰛 㰜 㰝 㰞 㰟 㰠 㰡 㰢 㰣 㰤 㰥 㰦 㰧 㰨 㰩 㰪 㰫 㰬 㰭 㰮 㰯 㰰 㰱 㰲 㰳 㰴 㰵 㰶 㰷 㰸 㰹 㰺 㰻 㰼 㰽 㰾 㰿 㱀 㱁 㱂 㱃 㱄 㱅 㱆 㱇 㱈 㱉 㱊 㱋 㱌 㱍 㱎 㱏 㱐 㱑 㱒 㱓 㱔 㱕 㱖 㱗 㱘 㱙 㱚 㱛 㱜 㱝 㱞 㱟 㱠 㱡 㱢 㱣 㱤 㱥 㱦 㱧 㱨 㱩 㱪 㱫 㱬 㱭 㱮 㱯 㱰 㱱 㱲 㱳 㱴 㱵 㱶 㱷 㱸 㱹 㱺 㱻 㱼 㱽 㱾 㱿 㲀 㲁 㲂 㲃 㲄 㲅 㲆 㲇 㲈 㲉 㲊 㲋 㲌 㲍 㲎 㲏 㲐 㲑 㲒 㲓 㲔 㲕 㲖 㲗 㲘 㲙 㲚 㲛 㲜 㲝 㲞 㲟 㲠 㲡 㲢 㲣 㲤 㲥 㲦 㲧 㲨 㲩 㲪 㲫 㲬 㲭 㲮 㲯 㲰 㲱 㲲 㲳 㲴 㲵 㲶 㲷 㲸 㲹 㲺 㲻 㲼 㲽 㲾 㲿 㳀 㳁 㳂 㳃 㳄 㳅 㳆 㳇 㳈 㳉 㳊 㳋 㳌 㳍 㳎 㳏 㳐 㳑 㳒 㳓 㳔 㳕 㳖 㳗 㳘 㳙 㳚 㳛 㳜 㳝 㳞 㳟 㳠 㳡 㳢 㳣 㳤 㳥 㳦 㳧 㳨 㳩 㳪 㳫 㳬 㳭 㳮 㳯 㳰 㳱 㳲 㳳 㳴 㳵 㳶 㳷 㳸 㳹 㳺 㳻 㳼 㳽 㳾 㳿 㴀 㴁 㴂 㴃 㴄 㴅 㴆 㴇 㴈 㴉 㴊 㴋 㴌 㴍 㴎 㴏 㴐 㴑 㴒 㴓 㴔 㴕 㴖 㴗 㴘 㴙 㴚 㴛 㴜 㴝 㴞 㴟 㴠 㴡 㴢 㴣 㴤 㴥 㴦 㴧 㴨 㴩 㴪 㴫 㴬 㴭 㴮 㴯 㴰 㴱 㴲 㴳 㴴 㴵 㴶 㴷 㴸 㴹 㴺 㴻 㴼 㴽 㴾 㴿 㵀 㵁 㵂 㵃 㵄 㵅 㵆 㵇 㵈 㵉 㵊 㵋 㵌 㵍 㵎 㵏 㵐 㵑 㵒 㵓 㵔 㵕 㵖 㵗 㵘 㵙 㵚 㵛 㵜 㵝 㵞 㵟 㵠 㵡 㵢 㵣 㵤 㵥 㵦 㵧 㵨 㵩 㵪 㵫 㵬 㵭 㵮 㵯 㵰 㵱 㵲 㵳 㵴 㵵 㵶 㵷 㵸 㵹 㵺 㵻 㵼 㵽 㵾 㵿 㶀 㶁 㶂 㶃 㶄 㶅 㶆 㶇 㶈 㶉 㶊 㶋 㶌 㶍 㶎 㶏 㶐 㶑 㶒 㶓 㶔 㶕 㶖 㶗 㶘 㶙 㶚 㶛 㶜 㶝 㶞 㶟 㶠 㶡 㶢 㶣 㶤 㶥 㶦 㶧 㶨 㶩 㶪 㶫 㶬 㶭 㶮 㶯 㶰 㶱 㶲 㶳 㶴 㶵 㶶 㶷 㶸 㶹 㶺 㶻 㶼 㶽 㶾 㶿 㷀 㷁 㷂 㷃 㷄 㷅 㷆 㷇 㷈 㷉 㷊 㷋 㷌 㷍 㷎 㷏 㷐 㷑 㷒 㷓 㷔 㷕 㷖 㷗 㷘 㷙 㷚 㷛 㷜 㷝 㷞 㷟 㷠 㷡 㷢 㷣 㷤 㷥 㷦 㷧 㷨 㷩 㷪 㷫 㷬 㷭 㷮 㷯 㷰 㷱 㷲 㷳 㷴 㷵 㷶 㷷 㷸 㷹 㷺 㷻 㷼 㷽 㷾 㷿 㸀 㸁 㸂 㸃 㸄 㸅 㸆 㸇 㸈 㸉 㸊 㸋 㸌 㸍 㸎 㸏 㸐 㸑 㸒 㸓 㸔 㸕 㸖 㸗 㸘 㸙 㸚 㸛 㸜 㸝 㸞 㸟 㸠 㸡 㸢 㸣 㸤 㸥 㸦 㸧 㸨 㸩 㸪 㸫 㸬 㸭 㸮 㸯 㸰 㸱 㸲 㸳 㸴 㸵 㸶 㸷 㸸 㸹 㸺 㸻 㸼 㸽 㸾 㸿 㹀 㹁 㹂 㹃 㹄 㹅 㹆 㹇 㹈 㹉 㹊 㹋 㹌 㹍 㹎 㹏 㹐 㹑 㹒 㹓 㹔 㹕 㹖 㹗 㹘 㹙 㹚 㹛 㹜 㹝 㹞 㹟 㹠 㹡 㹢 㹣 㹤 㹥 㹦 㹧 㹨 㹩 㹪 㹫 㹬 㹭 㹮 㹯 㹰 㹱 㹲 㹳 㹴 㹵 㹶 㹷 㹸 㹹 㹺 㹻 㹼 㹽 㹾 㹿 㺀 㺁 㺂 㺃 㺄 㺅 㺆 㺇 㺈 㺉 㺊 㺋 㺌 㺍 㺎 㺏 㺐 㺑 㺒 㺓 㺔 㺕 㺖 㺗 㺘 㺙 㺚 㺛 㺜 㺝 㺞 㺟 㺠 㺡 㺢 㺣 㺤 㺥 㺦 㺧 㺨 㺩 㺪 㺫 㺬 㺭 㺮 㺯 㺰 㺱 㺲 㺳 㺴 㺵 㺶 㺷 㺸 㺹 㺺 㺻 㺼 㺽 㺾 㺿 㻀 㻁 㻂 㻃 㻄 㻅 㻆 㻇 㻈 㻉 㻊 㻋 㻌 㻍 㻎 㻏 㻐 㻑 㻒 㻓 㻔 㻕 㻖 㻗 㻘 㻙 㻚 㻛 㻜 㻝 㻞 㻟 㻠 㻡 㻢 㻣 㻤 㻥 㻦 㻧 㻨 㻩 㻪 㻫 㻬 㻭 㻮 㻯 㻰 㻱 㻲 㻳 㻴 㻵 㻶 㻷 㻸 㻹 㻺 㻻 㻼 㻽 㻾 㻿 㼀 㼁 㼂 㼃 㼄 㼅 㼆 㼇 㼈 㼉 㼊 㼋 㼌 㼍 㼎 㼏 㼐 㼑 㼒 㼓 㼔 㼕 㼖 㼗 㼘 㼙 㼚 㼛 㼜 㼝 㼞 㼟 㼠 㼡 㼢 㼣 㼤 㼥 㼦 㼧 㼨 㼩 㼪 㼫 㼬 㼭 㼮 㼯 㼰 㼱 㼲 㼳 㼴 㼵 㼶 㼷 㼸 㼹 㼺 㼻 㼼 㼽 㼾 㼿 㽀 㽁 㽂 㽃 㽄 㽅 㽆 㽇 㽈 㽉 㽊 㽋 㽌 㽍 㽎 㽏 㽐 㽑 㽒 㽓 㽔 㽕 㽖 㽗 㽘 㽙 㽚 㽛 㽜 㽝 㽞 㽟 㽠 㽡 㽢 㽣 㽤 㽥 㽦 㽧 㽨 㽩 㽪 㽫 㽬 㽭 㽮 㽯 㽰 㽱 㽲 㽳 㽴 㽵 㽶 㽷 㽸 㽹 㽺 㽻 㽼 㽽 㽾 㽿 㿀 㿁 㿂 㿃 㿄 㿅 㿆 㿇 㿈 㿉 㿊 㿋 㿌 㿍 㿎 㿏 㿐 㿑 㿒 㿓 㿔 㿕 㿖 㿗 㿘 㿙 㿚 㿛 㿜 㿝 㿞 㿟 㿠 㿡 㿢 㿣 㿤 㿥 㿦 㿧 㿨 㿩 㿪 㿫 㿬 㿭 㿮 㿯 㿰 㿱 㿲 㿳 㿴 㿵 㿶 㿷

- Schule, DÖV 1978, S. 490; Erichsen [79], *Verstaatlichung der Kindeswohlfahrtsentscheidung?*, 2. Aufl., Berlin 1979, S. 12; ders. [83], *Elternrecht und staatliche Verantwortung für das Schulwesen*, in: FS. f. Scupin, Berlin 1983, S. 722; Böckenförde, a. a. O., S. 56f.; Zacher, a. a. O., S. 296f.
- (∞) BVerfGE 31, 194(204f.); 47, 46(69f.). 同様に BVerfGE 7, 320(323); 24, 119(143f.); 59, 360(376f.); 60, 79(88), 119(129) 例えは初期の判決は、写真により裸体主義を宣伝する図書を青少年に手渡すことを違法として、親による保護行為が不可罰性を阻却するのみならず、また法律が、第三者への親の承諾との関係で親への違法性阻却がなく、違憲とされた。BVerfGE 7, 320.
- (∞) Vgl. R. Wimmer, *Das pädagogische Elternrecht*, DVBl. 1967, S. 811; W. Becker, *Weichendes Elternrecht——wachsendes Kindesrecht*, RdJB 1970, S. 365; Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 806; ders., a. a. O. [81], S. 44; A. Lüderitz, *Elterliche Sorge als privates Recht*, AcP 1978, S. 274; Geiger [79], *Recht des Staates und Elternrecht*, FamRZ 1979, S. 457; Böckenförde, a. a. O., S. 66, 74; Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 35, 42f.; Fehnmann [80], *Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrecht für die elterliche Mitwirkung in der Schule*, AöR 105(1980), S. 533; Schlie, a. a. O., S. 5.
- (∞) Peters, a. a. O., S. 381, 391ff.; Ossenbühl, a. a. O. [73], S. 373f.; Erichsen, a. a. O. [79], S. 24; ders., a. a. O. [83], S. 729; Fehnmann, a. a. O. [82], S. 357; Schmit-Kammer, a. a. O., S. 64. そのような場合、子の権利の代位的行使に区別される狭義の教育権が存在するものだが、Th. Oppermann, *Nach Welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentliche Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu regeln?*, Gutachten C für den 51. Deutschen Juristentag, München 1976, S. 100; Schmitt-Kammer, a. a. O., S. 19f.
- (11) 子の世界的教育に関し、前述のように連邦憲法裁判所はこれをむしろ基本法四条の内容と捉え、それに対し、自分の世界観を他者(子)に押し付ける権利の問題であるため基本法六条二項と結び付けることが必要であるとの意見が主張される。Schmitt-Kammer, a. a. O., S. 64. ただし「結び付け」されるのみそれぞれの権利に含まれてくるからで、その意味では、重要な論点ではない。
- (11) Peters, a. a. O., S. 374; Becker, a. a. O., S. 365; Maunz, a. a. O., Rn. 25e; Böckenförde, a. a. O., S. 61ff.

- (13) 親権のこの特殊な構造に鑑み、子に対する親の働き掛けが親の側から一方的に直接子に及び、子の同意に拘束されない点から、親権が「支配」であるとの意見が主張される。Böckenförde, a. a. O., S. 59f. これに対し、その「支配」概念が法に拘束された「保護権力」としての特殊な法的意味であることを認めて、批判が強う。Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 48f.; Fehnenmann, a. a. O. [82], S. 345ff. 教育が一方的作用でなく人間的出会いで、教育の成果が雰囲気的なものに依存する、ということが指摘される。
- (14) ケーレン民法典一六二七条、一六六六条参照。Vgl. BVerfGE 59, 360(376.); 61, 358(371f.); Ek. Stein, *Das Recht des Kindes auf Selbstentfaltung in der Schule*, Neuwied 1967, S. 71; Erw. Stein, a. a. O., S. 458; Oppermann, a. a. O., S. 100; Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 806; ders., a. a. O. [81], S. 50ff.; Erichsen, a. a. O. [79], S. 13; Böckenförde, a. a. O., S. 63f.; Zeidler, a. a. O., S. 573. 「十の善課」の難読は「お」 J. Gernhuber, *Kindeswohl und Elternwille*, FamRZ 1973, S. 229ff.
- (15) BVerfGE 59, 360(376f.); Erw. Stein, a. a. O., S. 458; L. Dietze, *Verfassungsfragen lernzielorientierter Curricula*, DVBl. 1975, S. 396; Oppermann, a. a. O., S. 100f.; Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 806; ders., a. a. O. [81], S. 50ff.; Fehnenmann, a. a. O. [78], S. 490; Erichsen, a. a. O. [79], S. 13; Böckenförde, a. a. O., S. 63f., 68; Maunz, a. a. O., Rn. 25; Zacher, a. a. O., S. 297f.
- (16) 社(15)の文種を引く Ek. Stein, a. a. O., S. 71; Chr. Starck, *Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht*, DÖV 1979, S. 274; Zeidler, a. a. O., S. 573; Schlie, a. a. O., S. 37.
- (17) Peters, a. a. O., S. 382, 391. 同条 Hill, a. a. O., S. 138. 以下、ターヌを引用。
- (18) Böckenförde, a. a. O., S. 61f. 同参照。
- (19) Z. B.: P. Saladin, *Rechtsbeziehung zwischen Eltern und Kindern als Gegenstand des Verfassungsrechts*, in: FS.f. H. Hinderling, Basel/Stuttgart 1976, S. 197f.
- (20) Lüderitz, a. a. O., S. 267.
- (21) Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 53f.; Erichsen, a. a. O. [83], S. 723; ders., a. a. O. [85], S. 32ff.; Schmitt-Kammerer, a. a. O., S. 20, FN. 36, S. 28f. 同職務としての親権の理解への批判は、Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 52f. への方向の先

- や、彼の目的は他のところの法律法上の範疇を教育の拒絶を意味するとして、信託思想自体が否定された。 Fehrmann, a. a. O. [780], S. 533ff.; dies., a. a. O. [82], S. 356f.
- (22) Lüderitz, a. a. O., S. 271.; Fehrmann, a. a. O. [82], S. 357.
- (23) このところの問題の非難は Fehrmann, a. a. O. [82], S. 357; Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 28f. Vgl. auch Oppermann, a. a. O., S. 100.
- (24) BVerfGE 60, 79(94). Vgl. BVerfGE 34, 165(184, 192).
- (25) Becker, a. a. O., S. 365; Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 806; ders., a. a. O. [81], S. 64ff.; Fehrmann, a. a. O. [78], S. 491; Erichsen, a. a. O. [79], S. 26f.; ders., a. a. O. [85], S. 50ff.; Starck, a. a. O., S. 274; Geiger, a. a. O. [79], S. 460; Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 54ff.; Schlie, a. a. O., S. 42; Zacher, a. a. O., S. 296f., 311ff.
- (26) Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 806; ders., a. a. O. [81], S. 64ff.; Fehrmann, a. a. O. [78], S. 491; Zacher, a. a. O., S. 311f.
- (27) Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 806.
- (28) Lüderitz, a. a. O., S. 266f.; Böckenförde, a. a. O., S. 72, 108 (Diskussionsbeitrag); D. Simon, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14, S. 131; Erichsen, a. a. O. [85], S. 50ff.
- (29) Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 64.
- (30) Vgl. BVerfGE 59, 360(376); 60, 79(88); 61, 358(372). この判決は、自ら教育の意思も能力もなりの子が養子となるところの同意を拒否するものが親権の濫用に当たるとして、その親の同意を裁判上代位する可能性を開く民法一七四七条三項を合憲としたものではない。
- (31) Peters, a. a. O., S. 386ff.; Wimmer, a. a. O., S. 811; Fehrmann, a. a. O. [80], S. 533; dies., a. a. O. [82], S. 354; Böckenförde, a. a. O., S. 71ff.; Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 45, 48f.; Maunz, a. a. O., Rn. 25j; Erichsen, a. a. O. [83], S. 723ff.; Zacher, a. a. O., S. 267.
- (32) Becker, a. a. O., S. 365. Ähnl. Böckenförde, a. a. O., S. 76ff.

- (33) Böckenförde, a. a. O., S. 76ff.; Geiger, a. a. O. [79], S. 460; Zeidler, a. a. O., S. 572; Schlie, a. a. O., S. 52ff. Vgl. BVerfGE 60, 79(94).
- (34) Erw. Stein, a. a. O., S. 462; Starck, Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen?, in: *Festgabe aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des BVerfG.*, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 511f.; Böckenförde, a. a. O., S. 74f.; Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 55ff.; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 70ff.; Zeidler, a. a. O., S. 572ff.; Erichsen, a. a. O. [85], S. 50ff.; Schlie, a. a. O., S. 52ff.; Zacher, a. a. O., S. 31f.
- (35) Erw. Stein, a. a. O., S. 462; Maunz, a. a. O. Rn. 26c; Böckenförde, a. a. O., S. 78f.; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 50ff.; Zacher, a. a. O., S. 312f.
- (36) Starck, Staatl. Organisation, S. 511f.; Böckenförde, a. a. O., S. 78f.; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 74ff.
- (37) BVerfGE 24, 119(144f.); 60, 79(88).
- (38) BVerfGE 24, 119(144). Vgl. BVerfGE 60, 79(88); 61, 358(371).判決の下の論理をキャサントールは「強調の置かぬ事」に批判し、親権の内在的限界から任務を肯定した。Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 69f. 以下は「彼の見解が家族の統一性の神話を前提してはならず、実質的な差を生ずるものにならざることを」指摘する。Zeidler, a. a. O., S. 572ff.
- (39) BVerfGE 24, 119(145).
- (40) Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 55ff.; Erichsen, a. a. O. [85], S. 50ff.
- (41) Böckenförde, a. a. O., S. 76; Erichsen, a. a. O. [85], S. 50ff.
- (42) BVerfGE 24, 119(145).
- (43) BVerfGE 7/2060.
- (44) BVerfGE 8/111.
- (45) この改革法の翻訳を「西ドイツ新監護法」シヤリ七四五号一八頁以下。制定過程につき、横田・前掲「親の教育権と國家の『監視』」(1) 参照。
- (46) Maunz, a. a. O., Rn. 26a; Böckenförde, a. a. O., S. 78; Zacher, a. a. O., S. 312f.
- (47) BVerfGE 60, 79.

- (84) Geiger, a. a. O. [80], S. 19ff.; Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 59; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 77ff.
- (85) Simon, a. a. O., S. 129ff.; Erichsen, a. a. O. [85], S. 71ff.
- (86) Peters, a. a. O., S. 381f.; Hill, a. a. O., S. 138. 伊藤公一『教育法の研究』一七頁もこれに依拠。前述のようはこの見解は、子の基本権主体性を忘れた一九世紀的家族観に基づいて克服された構図であり、一般法の制約を特別法に持ち込む点で法の一般原理からも逸脱し、現在の憲法学では支持されない。
- (87) ベータース自身は、憲法秩序や道徳律を通常よりも狭く範囲で限定し、この結果を確かならうとする。 Peters, a. a. O., S. 382f.
- (88) Peters, a. a. O., S. 382f.; Gernhuber, a. a. O., S. 233; Lüderitz, a. a. O., S. 274; Maunz, a. a. O., Rn. 25c; Böckenförde, a. a. O., S. 58; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 58ff.; Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 20ff.; Erichsen, a. a. O. [85], S. 37f.; Schlie, a. a. O., S. 40ff.
- (89) ベーレン・ウエルテン・ヌッタ憲法二二条 ノルトライン・ヴェスタルン・マールレン憲法七条。
- (90) Peters, a. a. O., S. 382; Böckenförde, a. a. O., S. 58; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 58ff.; Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 21f.; Erichsen, a. a. O. [85], S. 37f. 反対説として、ノルン・憲法上の教育目標が親の教育に次第に従うべきことを認め、見解として U. K. Preuß, Lehrplan und Toleranzgebot, RdJB 1976, S. 270.
- (91) P. Haberle, *Erziehungsziele und Orientierungswerte im Verfassungsstaat*, Freiburg i. Br./München 1981, S. 57. 同前 Zacher, a. a. O., S. 289f.
- (92) Z. B.: Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 20ff.; Erichsen, a. a. O. [83], S. 725f.
- (93) Peters, a. a. O., S. 382f.
- (94) Böckenförde, a. a. O., S. 65ff., S. 106f. (Diskussion); Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 62f.; Erichsen, a. a. O. [85], S. 50ff.; Schlie, a. a. O., S. 59ff.
- (95) Schlie, a. a. O., S. 59ff.
- (96) Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 62f. Vgl. Erichsen, a. a. O. [85], S. 50ff.; Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 8ff., 50ff.
- (97) 裸体主義の伝達を親の権限の範囲内と認めた前述の連邦憲法裁判所判決も参照。 BVerfGE 7, 320 (323).

- (62) シュタット・カムラーは、親権の限界としての國家の法秩序を語り、法秩序に対する拒否的態度の伝達は許されるが、違
法行為自体への教育許容はなげなげである。Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 20ff.
- (63) Böckenförde, a. a. O., S. 65ff. Vgl. auch Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 27; Erichsen, a. a. O. [85], S. 36f.
- (64) Gerhüder, a. a. O., S. 233; Lüderitz, a. a. O., S. 274f.
- (65) BVerfGE 7, 320(323).
- (66) BVerfGE 24, 119(144).
- (67) Erichsen, a. a. O. [83], S. 725f.; ders., a. a. O. [85], S. 40ff.
- (68) Zacher, a. a. O., S. 290. Vgl. auch Häberle, a. a. O., S. 56f.
- (69) Böckenförde, Erichsen, in: Essener Gespräche, Bd. 14, S. 110ff. (Diskussion).
- (70) BVerfGE 4, 7(15f.); st. Rspr.
- (71) Böckenförde, a. a. O., S. 65ff.; Lüderitz, a. a. O., S. 274f.
- (72) Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 8ff., 50ff.
- (73) Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 58ff.
- (74) Peters, a. a. O., S. 393ff.; v. Campenhausen, a. a. O., S. 36f.; Ek. Stein, a. a. O., S. 29; Fehrmann, a. a. O. [78],
S. 490; dies., a. a. O. [82], S. 358; Böckenförde, a. a. O., S. 64; Maunz, a. a. O., Rn. 25f.; Ossenbühl, a. a. O. [81],
S. 54ff.; Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 53; Schlie, a. a. O., S. 48ff.; Zacher, a. a. O., S. 297ff.
- (75) Becker, a. a. O., S. 365f.
- (76) Böckenförde, a. a. O., S. 65ff.
- (77) Fehrmann, a. a. O. [82], S. 358; Maunz, a. a. O., Rn. 25g.; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 54ff.; Schmitt-Kammler,
a. a. O., S. 22f.; Zacher, a. a. O., S. 297ff. Vgl. auch Erw. Stein, a. a. O., S. 462ff. なおこの点、独立性への配慮義務が
「状況に応じた親権行使」の問題か (Ossenbühl, ebd., S. 54ff.)、それともやはり「親権の後退」か (Schmitt-Kammler,
ebd., S. 22f.) に争いがある。また、シュタット・カムラーは、オッセンビュールの基本権の放射効による問題解
決 (Ossenbühl, ebd.) では不十分で、子の人格的権利は親の教育と対立し得ないし、子の身体的財産的権利のように内容

特定可能な権利にいつては国家の保護義務がある。Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 23ff.

(2) Vgl. W. Hamel, Glaubens- und Gewissensfreiheit, in: Bittermann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. 4-I, Berlin 1960, S. 63f.; v. Campenhausen, a. a. O., S. 142f. FN. 5; Erw. Stein, a. a. O., S. 472ff.; E. Fischer, *Trennung von Staat und Kirche*, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1984, S. 73f., 119f. 学校での宗教の授業に關して、この宗教教育法の解釈に現在も争いがある。この点について、後述(2)章)。

(2) BVerfGE 24, 119(143f.); 31, 194(204f.); 47, 46(69f.); 59, 360(376f.); 60, 79(88); st. Rspr.

(2) Peters, a. a. O., S. 385f.; Schmitt-Gaeser, a. a. O., S. 46ff.; Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 20ff.; Schlie, a. a. O., S. 63ff.; Hill, a. a. O., S. 138. なお、親権に基づいて就学義務を拒否する見解はない。ヘータースは、良心の自由に基づいてならざるが親権に基づいてはできないと指摘する。

第三節 親の教育権と国家の教育任務

親の教育権に關する我が国の理論は、「国民の教育権」に取り込み教師への委託に矮小化する議論に尽きはしない。すでに一九五九年、宗像教授が親の教育権を良心の自由と結び付け、君が代を拒否する権利を構成した。⁽¹⁾ この議論は教育法学に受容され、兼子教授も学校教育内容選択の自由の一環としてこれに触れる。⁽²⁾ だが、親の教育権と親・子どもとの良心の自由に基づく拒否権の論点は、良心の自由、特に行為領域でのその効果に關する我が国憲法学の理論化の遅れと相まって、要件等に關した詳細な議論は展開されていない。

さらに、親の請求権や拒否権が授業内容に及ぶ点につき、教育専門家たる教師の地位との関係で、一般に否定的に解される。しかし、世界観的内実を含む授業を強制されて子どもの良心の自由が侵害される可能性から出発する本稿の問題意識の下では、今橋教授の指摘のとおり、「教育専門的事項」での決定に対する親の教育の自由の効力こそ問

題となる。⁽³⁾

この点に関し西ドイツでは、第一節で示唆したように、イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権が主張される。⁽⁴⁾これが客観法的原理としては十分な機能を果たさず、親・子どもとの主観的権利としての構成が必要な点までは上で確認された。授業内容がある世界観との関係で寛容か否かは、世界観が多様で、世界観に対し客観的に中立であることに限界があるため究極的には前もって確定できず、寛容さの基準は、自らの世界観と相容れない世界観を強制されたと感ずる特定の親・生徒との関係で決まらざるを得ない。

それでも、そのような主観的権利の存在につき、西ドイツで現在も一致を見ていない。そのためここでは、それを論ずる前提として学校領域での親権の効力に関する議論を検討し、⁽⁵⁾最後にイデオロギー的に寛容な学校を求める基本権に関する議論の評価に進みたい。

一 学校における親権の効力

現在の西ドイツでは、学校領域で親の教育権が一定の効力を持つ点には、学説・判例上ほぼ完全な一致がある。⁽⁶⁾親の教育権をまず家庭的教育に関わる権利と把握しても、学校教育がその家庭教育を妨害し得ることに関連し、学校教育への親の教育権の効力が認められる。⁽⁷⁾

a 分離原則とその否定 このように学校領域で親の教育権の効力を認める考え方は、西ドイツでも基本法下にやっと承認された。ワイマール憲法下では、親の家庭的教育の領域と国家の学校教育の領域が厳格に分離され、学校領域では国家に排他的決定権が帰属していた。⁽⁸⁾これが分離原則 (Separationsprinzip) で、それによれば親権は校門

の所で終わるとされていた。⁽⁹⁾

しかし当時、親の教育権は厳密な意味の基本権でなく、プログラム規定に過ぎなかった。だが現在、親の教育権は基本権と認められ、基本法一条三項により直接の効力が帰属する。また、人間の尊厳と基本権を中心に置いた基本法の体系は、ワイマール憲法のそれと異なる。これらの点を指摘し、現在の通説は、ワイマール憲法下の解釈がもはや妥当せず、分離原則は基本法下で維持できないとする⁽¹⁰⁾。それを支えるのは、学校領域で効力を否定されれば親の教育権が空転するとの認識である⁽¹¹⁾。在学関係がもはや特別権力関係と理解できないなら、基本権としての親の教育権は学校での侵害に対しても主張できるはずで、現在の議論でこれを妨げるものは存在しない。

にもかかわらず、現在でも分離原則に固執する見解は存在する。それも、無反省に以前の議論へ依拠するのではなく、新たな課題を担うものとしてこの原則に期待が寄せられる。

一九七〇年にリヒターは、三分岐型学校制度や子の学校教育コースを選択する親の権利に批判の目を向けた⁽¹³⁾。彼は、この権利が下層階層差別的に作用し、伝統的な社会構成の維持に奉仕するのみであると指摘し、親の学校教育コース選択権に正当性を否定し⁽¹⁴⁾、六条で親権、七条で学校法を分けて規律する基本法の条文からもこの権利が憲法上の権利であり得ないと主張した⁽¹⁵⁾。その後彼は、学校領域の他の場面でも親権が憲法上の効力を展開しないことを理由に加え、分離原則に固執すべきことを論じる⁽¹⁴⁾。三分岐制の問題はここでは立ち入れないが、⁽¹⁵⁾彼が学校や教師を過度に信頼した教育学の立場から議論を展開し、学校が親や子どもとの世界観に介入する可能性に目を閉ざすことは、ここで指摘する必要がある。当時この問題はさほど議論の前面になく、こうした視野の限定は無理からぬものはあるが、現在の議論水準から評価すれば、彼の分離原則肯定は結論を急ぎすぎていると言わざるを得ない。

学校のイデオロギー的教化の可能性が意識される時期に、まさにその問題意識から分離原則を肯定する見解に、シュミット・カムラーの立場がある⁽¹⁶⁾。彼は、前述(第二節a)のように国家の人格的教育任務を憲法核心教育を例外に否定するが、逆に教養的教育任務に親の不当な影響が加わってその中立性が歪んだり、また親の影響により憲法核心の領域で学校が教育任務を十分に果たせなくなることを懸念し、学校教育への親の教育権の作用を否定する(S. 52, 57, 59)。もっとも彼も、学校教育が中立性を逸脱すれば子どもの基本権がそれに対抗でき、その子どもの基本権を親が行使できる(S. 63ff.)限りで、分離原則を緩和する。彼の場合、知識伝達と価値観伝達の区別がここでも問題で、知識伝達もイデオロギー的教化の道具となり得るため、教養的教育の場面で自称の中立性を理由に国家の無制限の決定権を承認することに問題は残る。

シュミット・カムラーは、学校によるイデオロギー的教化への対抗策を結局は子どもの基本権の問題とした。この点は、シュリーの一九八六年のモノグラフィ⁽¹⁷⁾にも受け継がれ、彼も原則として親の教育権が国家の学校監督の制約となることを否定する(S. 122f., 126ff.)。ただシュリーは、「子どもの人格成型を狙う学校教育が親権への直接の侵害と構成できるのは、生徒がまだ自らの見解を持たず、親と子どもの基本権の同一性がある年齢においてのみである(S. 127f.)」として、子どもの基本権のみからアプローチしても問題が十分に解決しないことを明らかに認める。

子どもの基本権から問題を立てるこの方向は、前述の宗教教育法が存在する西ドイツはもとより、子どもが判断力を獲得した以降の世界観領域での決定を子どもの事項とする考え方も一致し、本稿の立場からも基本的には評価できる。にもかかわらず、シュリーが指摘するように、子どもの判断能力が未熟な時期、特に基礎学校の時期には、学校のイデオロギー的教化に対抗する方策も、結局は親の教育権の問題と考えざるを得ない。これが、本稿がその問

題を考えるにあたり、子どもの良心の自由の考察に限定せず、親の教育権の議論に踏み込む所以である。

b 協働モデル 学校領域での親の教育権の効力は、親の学校教育コース選択権を原則上認めたと一九七二年の連邦憲法裁判所（ヘッセン進路指導段階判決で最終的に確認された）。

「ワイマール憲法を支配した国家の原則として無制限の学校高権という観念に対し、基本法は『教育』という全体的領域の中で個人権の要素を強化し、教育が学校で行なわれる限りでも親により大きな影響力を認め、これが基本法六条二項一文で基本権的に保障された地位へと凝縮した。……他方この条項は、親の排他的教育要求を含みはしない。……基本法七条一項が発点とする学校における国家の教育任務は、その領域で親の教育権の下位にあるのではなく、同列にある。子どもの一つの人格の形成を目標とするこの親と学校の共同の教育任務は、個々の権限に分解することはできない。この教育任務は、相互に有意義に関連しあった協働により果たされなければならない。

国家はこのため、学校で、子どもの教育の全体計画に対する親の責任を尊重しなければならず、教育問題における見解の多様性に対し、国家の秩序ある学校制度が受容できる限りで開かれていなければならない（BVerfGE 34, 165[183]）。」

この判決で、親の教育権と国家の教育任務が学校領域に関しそれぞれ独立で、「同列」の関係にあるとされた。この原則はその後の判例でも継承され、分離原則の拒否と同列性は学説でもほぼ一致して承認されている。⁽¹⁸⁾

それでも、この判決が強調する「親と国家の共同任務」としての教育、そして親と国家の「協働」との考え方には賛否両論がある。判決は、学校教育に際しての親と国家の関係を、権限対立でなく、協働、協力の関係とした。これ

は、基本法六条二項と七条一項の間で実践的整合を作成し、動的な関係構造の中で子どもの権利への適切な配慮を實現しようとする、学説の一派で主張される問題意識⁽²⁰⁾と一致する。しかし、問題はそれでは解決せず、仮に「協働」を強調し、学校が親の意思を配慮、尊重すべきとすれば問題が解決したと考えるなら、非常に危険なことになる。「協働」の法的帰結が国家が学校で配慮をなす義務を負うだけなら、結局は国家が授業内容の形態づけに際して優位に立ち、同列と承認した親権を「裏口から消す」⁽²¹⁾結果になるからである。「協働」の定式によっても学校と親との意見対立はなくならず、対立を想定すれば、結局は最終的決定権の所在を問題にせざるを得ない⁽²²⁾。現実には、親が学校領域でどんな権利をどんな具体的状況で持つかという「権限」問題ぬきには何も語れない。

c 三領域論 そのような観点から、あくまでも問題は権限区分にあるとする考え方が学説中になおも存在する⁽²³⁾。また、実践的整合を強調しつつも具体的事例での利益衡量の必要性を指摘する見解もある⁽²⁴⁾。その問題に関し、連邦憲法裁判所の協働モデルは何の手掛かりも提供しない。そこで手掛かりを求めて依拠されるのは、連邦憲法裁判所が同列性を主張する以前から分離原則を修正する形で展開されていた、いわゆる三領域論である。

この三領域論は、基本法六条二項と七条一項の関係で、①親が入り込めない、純粹な国家による学校教育の領域、②排他的に親に帰属する教育領域、③親の教育権と国家の教育任務が交差する領域、の三つの領域の区別から出発する⁽²⁵⁾。ただ、この区別だけでも問題は解決しない。それぞれの領域の境界線の位置を判断する基準もないし、交差領域⁽²⁶⁾③での問題解決の指針も含まれていない。一般に内的学校事務は国家の事項とされるが、それを全面的に承認して三領域論を語るなら、分離原則との差は生じてこない。

三領域論を前提に、そこから利益衡量の基準を引き出すのが、コメンタールで展開されたマウンツの理論⁽²⁷⁾である。

彼は、経済的自由に関する連邦憲法裁判所の段階理論⁽²⁸⁾ (Stufentheorie) とのアナロジーで、評価される行為が学校の領域と親の人間の・家族的教育の領域のどちらに近い所に位置するかを問い、問題が親の法圏の方に動くほど国家の影響力行使の可能性が弱まるとする。彼も、指導計画の策定などの内的学校事務を国家の領域とし、授業内容から生ずる問題には無力であるが、距離を問題にして衡量の基準を提供する努力が早くからなされた点は評価に価する。

このマウンツの見解を發展させ、同様に距離を問題にしつつ、領域の内容を組み換えて内的学校事務に関する親の教育権の意義を探るのが、ベッケンフェルデの見解⁽²⁹⁾である。彼は、①教養的教育、②生活方法教育（生活目標、職業目標、学校教育コースの選択）、③人格的・世界観的教育、の三領域を区別し、①で国家に、③で親にそれぞれ重点が帰属することを認める。②では重点が両者に異なった機能をもって帰属し、国家が教育コースを提供し、親が選択するとの図式が採られる。この理論を採用すれば、特に良心形成や価値観・世界観の伝達に関する領域で学校に対する親の優位が衡量過程で実現できる。イデオロギー的教化に親が対抗することを可能にするこのような原理的図式が持つ意義は大きい。

同様の図式は、実践的整合を語り、「協働」を重視する理論でも正当化される。エヴァースも、「国家は、組織上の措置や教育目標の決定が、子どもの人格展開や親子関係の核心領域に強く作用すればするほど、親の全体的責任に対する配慮が要請される⁽³⁰⁾」とし、どんな場合でも親の宗教的・世界観的信条、生活方法の自己決定権に配慮しなければならぬとする。これがどこまで親の具体的な権利の問題かは必ずしも明らかでないが、少なくともその手掛かりは示されている。

d 親の教育権の優位

人格的教育に留まらず、学校領域全般に互り親の教育権の優位を基礎づける試みがあ

る。親の教育の基本方向が学校でも尊重されるべきことを強調するベッカーの指摘⁽³¹⁾に始まるこの考え方は、オッセンビュールにより理論化される。一九七三年にはまた三領域論にこだわり、親の優位が現実隠蔽になると現実に指摘⁽³²⁾する彼も、一九七七年の論文⁽³³⁾では親の教育権の優位を積極的に理論化する方向に向かう。そこで彼は、親の教育権が学校領域でも憲法上の優位を享受し、それが学校で制約されるのは集団的教育の必要性からのみで、国家の教育任務によって制限されないと主張する (S. 808)。その帰結として彼は、国家の学校教育が「最大多数の親の意思に最大程度対応しなければならぬ」こと、そして家庭に子ども教育の基本的方向を決める権限が残るよう学校教育制度が形造られるべきことを要求する (ibid.)。一九八一年のモノグラフィ⁽³⁴⁾では、この親の教育権の優位は、利益衡量を前提として衡量されるものの比重に関わる (S. 110f.) もとして、原則的に維持される (S. 111ff.)。

彼の問題意識も、基本的には人格的教育における親の教育の優位を基礎づけることにある。学校の任務が第一次的には知識・技能の伝達にあることを強調しながら親の教育権の優位を問題にする彼の立場⁽³⁵⁾は、親の全般的優位を語りつつ、実はベッケンフェルデの見解とほとんど同じ所に落ち着く。このオッセンビュールの理論に対し、学校における憲法核心の伝達という観点から懸念が表明⁽³⁶⁾されたり、国家の教育任務による親の教育権の制限が肯定⁽³⁷⁾されたりすることはある。しかし、国家の教育任務が知識・技能の伝達を中核に置いたものと理解される点、そして基本法六条二項で親に「まず第一に」義務が課され、学校を含む他の教育主体が時間的・空間的限定の上で教育機能を果たすことが一般に強調されている点⁽³⁸⁾を考えれば、人格的教育任務における親の教育権の優位が、少なくとも衡量過程で尊重を要求するという意味で、学校に対しても妥当することに關し、広範な支持があると考え得る⁽³⁹⁾。連邦憲法裁判所の判例が「子どもの教育の全体計画に対する親の責任の尊重」や「親の見解の多様性に対する開放性」を語るのも、その間

題意識を受けたものと理解できる。

e 国家の教育任務の限界づけ

上のような親の教育権の優位に関する議論は、一方では学校領域での親の参加・共同決定を求める手続的な議論につながる。手続的問題を課題としない本稿ではその問題には下の集団的親権との関係で触れるに留め、この親の優位から生ずる実体的帰結の検討に進みたい。

親の様々な実体的権利・利益が関わるこの原理的考察の次元で具体的事例における衡量基準として提起されるのは、人格的教育領域からの距離や親和性を問題にする上の視点の他、国家の教育任務に対する比例性の要求である。親の権利を侵害しない他の措置で国家が追求する正当な学校目的が達成できないかが問われねばならないとされる。⁽⁴⁰⁾

そして現在、学校組織的措置のみならず、授業の方法や内容も、親の教育権に対する侵害となり得、親の防禦権を呼び起こし得ることが意識される。⁽⁴¹⁾

このような原理的考察の結論として確認できるのは、人格的教育に比重を置いて子どもへの価値観や良心形成に働き掛けることを目的とした授業を学校が行なうなら、それが親の教育権を侵害し、そこに憲法核心の伝達や事実上の不可避性などの正当な利益がある場合でも、常に侵害の程度が最も小さい手段が選択されねばならないということである。この原則は、学校領域で親の教育権の効力を語る場合、忘れられてはならない。

二 宗派的親権と教育学の親権

学校領域における親の教育権の効力に関する議論は、西ドイツでは、親と学校の緊張関係に関するその時々の教育観や政府の学校政策を反映し、様々な相の下に展開される。

a 宗派的親権

戦後初期に西ドイツで問題になったのは、ワイマール憲法下の議論を継承し、公立学校の宗派的形式と、学校形式を選択する親の権利であった。伝統的にドイツの公立学校には、カトリックまたはプロテスタントの信仰内容に依拠した「宗派学校」と、宗派混合の「共同学校」の二方向の学校形式があった。親が親権を基礎に特定の学校形式を求める権利を持つかどうか、宗教教育に関連した親の教育権という意味での「宗派的親権」という観念の下で争われた。⁽⁴²⁾⁽⁴³⁾

この論点は、基本法制定過程で親の教育権との関連で議論されたほとんど唯一の点であった。ヘレンキムゼー草案になかった現在の六条や七条のもとになる提案をしたのは、伝統的家族道徳やキリスト教教育の擁護を憲法中に盛り込むことを追求した保守勢力、CDU（キリスト教民主同盟）やカトリック政党の中央党の側で、その一環として親の宗派的学校形式決定権もそこに含められた。しかし、学校形式の問題には、ワイマール憲法の制定過程以来の意見の対立があった。教会の監督に服さない共同学校の理念を追求してきたSPDやFDPは、親権の一般的承認や、宗教の授業の公認には妥協したが、親の学校形式決定権には最終的に妥協しなかった。⁽⁴⁴⁾⁽⁴⁵⁾

この議論は、その後も続く。基本的には、基本法が特定の宗派的形式の学校を設置するよう求める権利を親に保障しないため、この学校形式決定権が否定されるのが普通で、後に連邦憲法裁判所の採用する所ともなった。⁽⁴⁷⁾ それでも、特にカトリック宗派学校に子を通わせるカトリックの親の義務が良心的義務であることを指摘し、この学校形式決定権を肯定する有力な説もある。⁽⁴⁸⁾

この論争は、六〇年代後半以降、その意義を失っていく。教育危機の叫びに端を発した学校改革により、農村部の小規模な宗派学校における教育効率の悪さを解消する必要や、さらには他宗派の宗派学校に通わざるを得ない当該地

域の宗教的少数者に対する保護の必要性などの問題から、各ラントで宗派学校を廃止する動きが活発になり、現在では多くの地域で統一的な共同学校のみしか存在しない。

これにより、宗派的親権の問題は事実上無意味になったと指摘される⁽⁴⁹⁾。しかし、学校形式の問題が終わったとは言え、信仰・良心の自由に裏付けられた親の教育権の学校領域での効力の問題は、学校のイデオロギー的教化の問題を考えば、実は終わっていない。

b 教育学的親権 宗派的親権の問題に代わり議論の表舞台に登場したのは、学校領域での参加・共同決定の権限に関する、「教育学的親権」という概念であった。初期には自治との関連で追求された親の学校参加は、学校改革の過程で教育政策に関する一般の関心が高まり、またSPDが政権を持つラントで行なわれた階級対立論を基礎にした学校の授業に保守的な親が懸念を抱き、学校のイデオロギー的教化への問題意識が表面化する時期になると、授業内容への親の発言権を確保する政治的手段としての意義を持つ。

その際、連邦憲法裁判所判例の「親と学校の共同教育任務」、「相互に有意義に関連しあった協働」という定式は、親の参加権を支持するかのような印象を与えた。例えばオッセンビュールは、そこに手掛かりを求め、親の教育権の「放射効」として、個人的親権を強化・確保する親全体の共同作用の権限としての集団的親権が憲法上基礎づけられるとする⁽⁵¹⁾。

しかし、親の教育権を集団的共同決定の権利に読み変えることに対し、憲法学は圧倒的に否定的な評価を下した。反対論拠として議会的正統性連関等も提起されるが、親権が自分の子のみに関連した個人的権利で、集団化して親の代表機関により行使することが不可能であるとの理由が、集団的親権の致命的な難点となる⁽⁵³⁾。親が教育権の集団化

に基づく共同決定により授業内容に影響を及ぼせるなら、親の多数派の意見が少数派の親・子どもに押し付けられることになるが、個人的権利としての親の教育権はまさにそのような多数者による世界観の強制から少数者を保護する意義を持つ。そのため、立法政策の問題として学校領域への親の参加を法律上様々な段階で実現するのが望ましいとされる場合が多いが、参加・共同決定の権限が基本法六条二項から直接引き出されることは一般に否定され、親の手續的参加は個人権としての親の教育権に取って代わるものであり得ないことが強調される。⁽⁶⁵⁾

こう考えれば、授業内容が問題になる場合、特にそこで世界観的要素が大きな意味を持つ場合、親の手續的権利の保障では問題は本質的には解決せず、親個人の実体的な防禦権の問題が避けて通れないことが明らかになる。

三 学校領域における親の個人的権利

a 学校選択権 個人的権利としての親の教育権の中で学校領域において最も重要とされるのは、子の通う学校を選択する親の権利である。

この親の学校選択権に関し議論の前面にあるのは、基礎学校修了以降の子の学校教育コースを選択する親の権利の問題である。この権利は、上述の連邦憲法裁判所ヘッセン進路指導段階判決で、「子どもの利益が親により最もよく代表されるであろうとの考慮に基づく」ものとして、原則的に承認された。

「子どものそれ以降の教育コースについての決定は、基本法によれば、子どもの教育の自然的管理人としての親に委ねられる。これにより、少なくとも原則上、子どもの生活が、どのみち環境的要素に大きく規定される教育可能性や能力的可能性に従って形造られるのみでなく、この点に関し家族の利益や社会観が大きな意味を持つこ

とが配慮される。(BVerfGE 34, 165[184f.])」

この親の教育コース選択権は学説上も、リヒターの批判を除いてはさしたる争いもない。⁽⁵⁷⁾

ただ、西ドイツの三分岐型学校制度の下でギムナジウムへの進学が親の希望で誰にでも認められはせず、一定の授業水準を確保するために、子どもの能力・適性の審査が必要になるとされる。この審査のあり方につき、親の先行的決定に基づき子どもが一定の要件を満たすかどうかの試験が行なわれる「消極的選抜」と、学校が自ら子どもの能力・適性を判断し、それに基づき教育コースを決定する「積極的選抜」の二つの選抜方法が区別され、親の学校教育コース選択権を保障する基本法の下で消極的選抜のみが許されるとされている。⁽⁵⁸⁾

しかし、連邦憲法裁判所で問題になった進路指導段階は、消極的選抜の枠を越えていた。この制度は、基礎学校修了時に教育コースを決定せず、その後二年間の進路指導段階（Förderstufe, Orientierungsstufe）を置き、そこでコース別授業などを行なって学校が子どもの才能診断、教育予測を行ない、その資料をもとに親との話し合いで子どもとそれ以降の教育コースを決定するもので、現実には授業コース配分等によりその後の教育コースの決定が先取りされる。これが親の教育権の侵害になるとの主張がある。その点に関し連邦憲法裁判所は、上の原則に基づき、国家による才能診断、教育予測が親の決定権を排除するなら違憲であるが、子どもの授業コース配分やその変更の際に親との意見調整が行なわれ、さらに進路指導段階修了時の教育コース決定にあたり親の意思が最終的に優位し、親と学校が食い違う場合に消極的選抜が行なわれることを条件に、ヘッセンの進路指導段階を合憲とした。⁽⁵⁹⁾ この判決は、結局は国家に許されるのが消極的選抜のみであるとの学説が承認されたものと理解される。⁽⁶⁰⁾ この問題は、三分岐型学校制度を持つ西ドイツに固有な問題で、これ以上立ち入る必要はないであろう。

以上のような親の学校選択権の論理は、宗派的親権をめぐる議論の枠内でも、公立学校として様々な宗派的学校形式を国家が提供する場合には、その中からの選択をなす権利が親に帰属するという形で受け容れられていた。⁽⁶⁾ 特定の宗派的形式の学校を要求する権利は否定されても、学校形式の多様性が当該ラントで保障される限り、親の学校選択権は宗教的・世界観的教育との関連で大きな意義をもつ。しかし、まさに国家がどのような学校制度を提供するかにその実効性が依存する所に、学校選択権による問題解決の限界がある。三分岐制に関しては、細分化のない単線型学校制度が親の学校教育コース選択権を排除するため違憲であるとの指摘はある。⁽⁶⁾ しかし、それ以上の学校制度のあり方に関する基準は憲法から引き出せない。基本的に教育任務に基づき公立学校制度を形態づける権限を国家に承認するならば、学校選択権の議論は公立学校の枠内では限界を持たざるを得ない。

私立学校が視野に入ってくれば、話は違ってくる。実際に西ドイツでは、私立学校が公立学校に代わる世界観的教育の場として意識され、そのため私立学校設置の自由が基本権として、基礎学校に関する一定の要件の他はかなり広範に保障されている。この私立学校の自由は、まさにこの世界観的教育に関連した親の教育権の強化であり、良心の自由の要請を受けたものと理解されている。⁽⁶⁾ しかし、私立学校という逃げ道が保証されるからといって、公立学校がどんなイデオロギーの教化を行ってもいいことにはならない。本稿は、あくまで公立学校を念頭に置き、私立学校の問題もここでは対象外としたい。

b 親の情報請求権 上の進路指導段階判決にあるように、連邦憲法裁判所の親と学校の「協働」の要請は、実際に学校領域の決定への代表を通じた親の参加よりも、子どもの教育に関する教師と親の意見交換と意見調整を指向した内実を持つ。そこから、学校教育コース選択権と並ぶ学校領域における親の教育権の内容として、学校・教師

に対する親の情報請求権や意見表明権、教師の情報提供義務や情報交換義務などが論じられる。⁽⁶⁴⁾ 連邦憲法裁判所も、後の判決でこれを承認した。

「親と学校の相互に有意義に関連しあった協働は、相互の了解を前提とする。親は、学校の中のできごとにつき通知されねばならない。親は、提案や批判を持ち込む可能性も必要とする。そのため、基本法六条二項から学校における事象に関する通知を求める権利を引き出せ、それを沈黙することは個人的な親の教育権の行使を侵害することがあり得る。」(BVerfGE 59, 360[381])

もっともこの判決は、この権利の形態づけを立法者の任務とし、「子どもの幸福のために必要な措置と結びついた親の情報請求権の制約」を肯定し、プレーメン学校行政法上の生徒相談員(Schülerberater)の教育権者に対する守秘義務の規定に合憲限定解釈を施した。⁽⁶⁵⁾

このような情報請求や教師との話し合いに向かう権利は、親の世界観的教育との関係で問題になることが多い。この判決に先立つ連邦憲法裁判所の性教育判決では、学校での性教育の内容や方法に関する親の情報請求権が、「学校で扱われることになるテーマについて自らの見解と信条に従って子どもにも働き掛け、そのようにして親に優越的に帰属する個人的親権を実現することができるように」認められた。⁽⁶⁶⁾ シュタルクは、「親と教師のコミュニケーションがイデオロギー的教化を行ないがちな教師の監視と中立化に有用」なことを指摘し、特に倫理的・世界観的問題についてこの話し合いを求める権利が重要であるとす。⁽⁶⁷⁾

しかし、親に実際に保障されるのがこの情報提供を求め、批判する権利のみなら、学校・教師が断固としてイデオロギー的教化を行なう場合、親には無力感しか残らない。ここではやはり、親が実体的な防禦権に訴える可能性を考

えないではすまされない。

四 イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権

学校領域で学校・教師のイデオロギー的働き掛けに対抗するための親の主観的防禦権については、西ドイツでも研究がさほど進んでいない。手掛かりとして、イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権が主張されるに留まる。客観法的側面では、国家の教育任務や教師に寛容の義務が課され、学校行政官庁も個々の教師も生徒に対する一面的にイデオロギー的な働き掛けが禁じられることには一応の一致が存在する。連邦憲法裁判所性教育判決も、学校に対する「寛容と自制の要求」や「イデオロギー的教化の禁止」を宣言した部分に⁽⁸⁸⁾続け、「個別事例においてこの限界の踰越がある場合、まず管轄の学校監督官庁にこの憲法上命令された制約が尊重されるよう配慮する義務が課されるが、親も必要な処置を開始できる⁽⁸⁹⁾」とする。しかし、この親の「必要な処置」が何を意味するか、明らかではない。

確かに、イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権は、意識的に客観法的原理でなく、親と子どもの主観的権利として構成される。この基本権を提唱したオPPERマンも、この基本権を「必要な場合には提訴可能な生徒・親の権利」であるとし、基本法二条一項、四条一項、五条一項（自由な意見表明の権利）、六条二項、七条二項、四項（学校に関する親の主観的権利・宗教の授業の拒否権、私立学校の自由、等）の基本権に基礎づける⁽⁹⁰⁾。

しかし、このイデオロギー的に寛容な学校を求める基本権の問題は、あくまでそれが学校における「寛容」の維持・保障を目的とし、「一面的イデオロギー的教化」を防止する機能のみを持つ点にある。この場合、学校が学校行政官庁や裁判所の視点から見て「寛容」と認定されれば、主観的権利の主張はそこで行き詰まる。オPPERマンがこ

の基本権を「最上位の原則」と呼ぶのも、客観法的原理としての役割が主で、違反がある場合に付随的に主観的権利の側面が認められるのみであることを図らずも表現している。この基本権をどう実現できるかを考察したアイゼルトが、結局は学校監督の役割を強調し、また利益代表機関による「授業指針委員会」の設立を提唱するに留まるのも、その困難を示す。

この困難を克服するには、イデオロギー的に寛容な学校を求める基本権を、寛容論からでなく、個人の基本権の側から構成しなおす必要がある。マウンツは、寛容な学校の原理やイデオロギー的教化の禁止に言及しながら、前述の連邦憲法裁判所のキリスト教共同学校判決を引用しつつ、「教育権者は、基本権的に保護された人格的な領域に侵害的に作用する授業素材、授業形態を拒否し、防禦することができ」と主張し、非宗教的世界観の教育施設から脱退する宗教教育法上の子どもの権利に言及して、学校がそのような「世界観の教育施設」になった場合に子どもが通学義務から免除される可能性まで示唆する⁽⁷⁴⁾。基本的には、寛容を出発点にするよりも、「人格的な領域への侵害」を手掛かりとして子ども・親の基本権を構成するマウンツの考えの方が、学校のイデオロギー的教化に対する防護策として幅広い可能性を持つ。まさに学校が寛容かどうかは、多数者の立場に立ちがちな学校行政官庁の視点からでは判断できず、ある儀式や授業により自らの良心の自由を侵害されたと考える個々の親・子どもの側から出発する必要があるからである。良心の自由に関し、「親と学校の対立の背後に、秩序を維持する学校の利益と、良心的義務づけによる宗教的・倫理的な親の『否』の対立がある場合、学校は強制を行わず、自由を与え、生徒に免除を与えなければならぬ。自由な国家は、どんな場合にも、学校でも、市民の良心を力でねじ伏せてはならない」とするガイガーの指摘が十分に考慮される必要がある。

注

- (1) 宗像誠也「教育行政権と国民の価値観」世界一九五九年一月号。この論文は、「国民一人ひとりの内奥の価値観、思想・良心の領域」を教育行政が踏み込んでほならない聖所とする。同旨、同『教育と教育政策』四六頁以下、同「教育権論の発」と発展「国民教育研究所編『全書・国民教育Ⅰ国民と教師の教育権』二〇頁以下。
- (2) 兼子仁『教育法(新版)』二〇八頁以下、同『国民の教育権』一六頁以下、六八頁以下、堀尾輝久・兼子仁『教育と人権』二七八頁以下〔兼子〕。
- (3) 今橋盛勝『教育法と法社会学』一七七頁以下。
- (4) それと関連するかは明らかではないが、伊藤教授が「中正な学校教育を要求する権利」を唱える。伊藤公一『教育法の研究』二七頁以下。ただ、その内容は必ずしも明らかでなく、結局は立法政策の問題に解消されており、憲法上の主観的権利としての基本的人権たる意義は明らかにされていない。
- (5) 国家の教育任務と親の教育権の關係に関する西ドイツの学説判例の紹介につき、序章注(29)の文献を参照。
- (6) 特記の点を強調するに類し、H. Peters, Elternrecht, Erziehung, Bildung und Schule, in: Bettemann/Nipperdey/Scheuner(Hrsg.), *Die Grundrechte*, Bd. 4- I, Berlin 1960, S. 385f.; A. F. v. Campenhausen, *Erziehungsauftrag und staatliche Schullruggerschaft*, Göttingen 1967, S. 33; M. Abelein, *Historische Überlegung zum Elternrecht*, RdJ 1967, S. 36; H. Brauburger, *Elternrecht in der Förderstufe*, RdJB 1968, S. 263; F. Hennecke, *Staat und Unterricht*, Berlin 1972, S. 184; Chr. Starck [75], *Freiheitlicher Staat und staatliche Schulhoheit*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 9(1975), S. 24; Th. Oppermann [76], *Nach welchen rechtlichen Grundsätzen sind das öffentlichen Schulwesen und die Stellung der an ihm Beteiligten zu regeln?*, Gutachten C für den 51. Deutschen Juristentag, München 1976, S. 98; H.-U. Evers [79], *Die Befugnis des Staates zur Festlegung von Erziehungszielen in der pluralistischen Gesellschaft*, Berlin 1979, S. 68f.; H.-U. Erichsen [79], *Verstaatlichung der Kindeswohlscheidung?*, 2. Aufl., Berlin/NY. 1979, S. 12f.; ders. [83], *Elternrecht und staatliche Verantwortung für das Schulwesen*, in: FS. f. H. U. Scupin, Berlin 1983, S. 722; ders. [85], *Elternrecht—Kindeswohl—Staatsgewalt*, Berlin 1985, S. 31; W. Geiger, *Recht des Staates und Elternrecht*, FamRZ 1979, S. 460; Th. Maunz, Art. 6, in: Maunz/Dürig

- u. a., *Grundgesetz. Kommentar* (18. Lfg. 1980), Rn. 25c; U. Fehrmann [80], Die Bedeutung des grundgesetzlichen Elternrecht für die elterliche Mitwirkung in der Schule, AöR 105 (1980), S. 536f.; E.-W. Böckenförde, Elternrecht — Recht des Kindes—Recht des Staates, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 14 (1980), S. 80f.; W. Schmit-Glaeser, *Das elterliche Erziehungsrecht im staatlichen Reglementierung*, Bielefeld 1980, S. 45; F. Ossenhühl [81], *Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes*, Berlin 1981, S. 44f., 122ff.
- (7) Vgl. Geiger, a. a. O., S. 460; Erichsen, a. a. O. [79], S. 13; ders., a. a. O. [83], S. 722; ders., a. a. O. [85], S. 31; Böckenförde, a. a. O., S. 80f.
- (8) W. Landé, *Staatsrechtliche Grundlagen des deutschen Unterrichtswesens*, in: Anschütz/Thoma (hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. 2, Tübingen 1932, S. 723f.
- (9) Vgl. Evers, a. a. O., S. 23f.; Erichsen, a. a. O. [79], S. 15; Ossenhühl, a. a. O., S. 18-32.
- (10) Peters, a. a. O., S. 371; R. Wimmer, *Das pädagogische Elternrecht*, DVBl. 1967, S. 812; Ossenhühl, a. a. O., S. 40; Evers, a. a. O., S. 68f.; Maunz, a. a. O., Rn. 25d; Böckenförde, a. a. O., S. 58f.; etc.
- (11) V. Campenhausen, a. a. O., S. 41; Wimmer, a. a. O., S. 812; Maunz [73], *Das Elternrecht als Verfassungsproblem*, in: FS. f. U. Scheuner, Berlin 1973, S. 424f.
- (12) 本邦の例として U. K. Preuß, *Lehrplan und Toleranzgebot*, RdJB 1976, S. 268. 本邦の例として 本邦の例として Oppermann [77], *Zum Grundrecht auf eine tolerante Schule*, RdJB 1977, S. 45.
- (13) I. Richter [70], *Die Schule auf dem Boden des Grundgesetzes*, RdJB 1970, S. 1ff.
- (14) Richter [77], *Bildungsverfassungsrecht*, 2. Aufl. (1. Aufl. 1973), Stuttgart 1977, S. 44ff., insbes. S. 64.
- (15) 親権を問題にする際、リベターが指摘するように、それが現実の上で階層固定化の役割を果たすことも忘れられべきでない。西ドイツの三分岐型学校制度(基礎学校修了後、主要学校・実科学校・大学につながるギムナジウム、に分岐)を前提とするなら、親の学校教育コース選択権は、コース選択が通常その子の才能、興味などの見極めが困難な一〇歳の段階で行なわれれば、親と同じコースを選択して社会的な階層の分裂を再生産するという結果を生みやすい。七〇年代に、総合学校や後述の進路指導段階の導入など、低い社会的階層の埋もれた才能に開花する機会を与え、階層の固定化を防ぐことと

に、自らの適性に応じた子どもの人格の自由な展開の機会を保障する改革が進められた。それに対して、親権を理由にする異議が現在まで底流で唱えられる。これらの改革は結局は人材育成を目的とするものだったが、こうした資本主義の矛盾に端を発する問題を改善する措置に対し、親権が対抗的に機能し得ることが問題となる。どのような学校教育を受けけるのが自らの自己実現に必要なかが結局は世界観の問題で、最終的に個人が自らの責任で決定すべきだから、現代社会の高学歴至上主義の観点から親権が保守的なものだを評価するのは一面的に過ぎるが、親権の持つこの改革敵対的機能も、親権を語る際に頭の中すみに置く必要がある。

- (9) A. Schmitt-Kammler, *Elternrecht und schulisches Erziehungsrecht nach dem Grundgesetz*, Berlin 1983.
- (10) H.-W. Schlie, *Elterliches Erziehungsrecht und staatliche Schulaufsicht im Grundgesetz*, Frankfurt/M. 1986.
- (11) BVerfGE 41, 29(44) ; 47, 46(72) ; 59, 360(379).
- (12) この出来以前の回廊の用語「Erw. Stein」[57]、Elderliche Mitbestimmung im deutschen Schulwesen, JZ 1957, S. 13 ; v. Campenhausen, a. a. O., S. 32f. ; Wimmer, a. a. O., S. 812f. ; Brauburger, a. a. O., S. 264. この出来以前の文題「Erw. Stein」[75]、Elterliches Erziehungsrecht und Religionsfreiheit, in : Friesenhahn/Scheuner(Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts*, Bd. 2, Berlin 1975, S. 460 ; Maunz, a. a. O. [75], S. 425ff. ; ders. [76], Lehrplan und Toleranzgebot, RdJB 1976, S. 266 ; ders., Art. 6, Rn. 27, 27a ; Oppermann, a. a. O. [76], S. 98f. ; Evers [76], Reformen des Schulverhältnissen als Grundrechtsproblem, JR 1976, S. 266 ; ders., a. a. O. [79], S. 69f. ; Fehrmann, a. a. O., S. 560ff. ; dies. [78], Bemerkungen zum Elternrecht in der Schule, DÖV 1978, S. 494 ; Starck, a. a. O., S. 25 ; ders. [76①], Organisation des öffentlichen Schulwesens, NJW 1976, S. 1376f. ; ders. [76②], Staatliche Organisation und staatliche Finanzierung als Hilfen zu Grundrechtsverwirklichungen ?, in : *Festschrift aus Anlaß des 25 jährigen Bestehens des BVerfG.*, Bd. 2, Tübingen 1976, S. 5, 12f. ; ders. [79], Staatliche Schulhoheit, pädagogische Freiheit und Elternrecht, DÖV 1979, S. 274f. ; Böckenförde, a. a. O., S. 85f. ; Schmitt-Glaeser, a. a. O., S. 45 ; Ossensühl, a. a. O., S. 100f. ; ders. [77], Schule im Rechtsstaat DÖV 1977, S. 807 ; P. Glotz/K. Faber, Richtlinien und Grenzen des Grundgesetzes für das Bildungswesen, in : Benda/Mahhofer/Vogel (Hrsg.), *Handbuch des Verfassungsrechts*, Berlin 1983, S. 1013 ; W. Zeidler, Ehe und Familie, in : Benda/Mahhofer/Vogel(Hrsg.), ebd., S. 568 ; Erichsen, a. a. O. [83],

- S. 727f.; Schlie, a. a. O., S. 130; H. F. Zaecher, Elternrecht, in: Isensee/Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 6, Heidelberg 1989, S. 306f.
- (20) Fehnmann, a. a. O. [78], S. 494; dies., a. a. O. [80], S. 560ff. Vgl. Erw. Stein, a. a. O. [57], S. 13; ders., a. a. O. [79], S. 460; Evers, a. a. O. [76], S. 266; ders., a. a. O. [79], S. 69f.; Glotz/Faber, a. a. O., S. 1013.
- (21) Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 59.
- (22) Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 808f.
- (23) Starck, a. a. O. [76②], S. 512; ders., a. a. O. [79], S. 274; Böckenförde, a. a. O., S. 85f.; Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 808f. 憲法上の自由権の保護の問題意識を前提として、Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 58f.
- (24) Oppermann, [76], S. 99f.; Evers, a. a. O. [79], S. 69; Fehnmann, a. a. O. [80], S. 560ff.; Erichsen, a. a. O. [83], S. 727f.
- (25) Vgl. Brauburger, a. a. O., S. 264; Fehnmann, a. a. O. [78], S. 492f.; Ossenbühl [73], *Erziehung und Bildung*, AöR 98 (1973), S. 369f.; ders., a. a. O. [77], S. 807; ders., a. a. O. [81], S. 109ff. Vgl. ferner Oppermann [89], *Schule und berufliche Ausbildung*, in: Isensee/Kirchhof (hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. 6, S. 362f.
- (26) Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 109f. 子どもの権利に関する議論の動向を踏まえ、Fehnmann, a. a. O. [78], S. 492f.
- (27) Maunz, Art. 6, Rn. 31a.
- (28) Vgl. BVerfGE 7, 377 (399ff.).
- (29) Böckenförde, a. a. O., S. 85ff.
- (30) Evers, a. a. O. [79], S. 72f.
- (31) W. Becker, *Neue Dimensionen des Elternrechts*, RdJB 1973, S. 211.
- (32) Ossenbühl, a. a. O. [73], S. 369f.
- (33) Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 801ff.

- (42) Ossenbühl, a. a. O. [81].
- (43) Ossenbühl, a. a. O. [77], S. 808; ders., a. a. O. [81], S. 113ff.
- (44) Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 54ff.
- (45) Fehrmann, a. a. O. [78], S. 494.
- (46) Evers, a. a. O. [79], S. 63, 71; Peters, a. a. O., S. 380; v. Campenhausen, a. a. O., S. 32f.; Wimmer, a. a. O., S. 813; Oppermann, a. a. O. [79], S. 99.
- (47) Vgl. Erichsen, a. a. O. [79], S. 14f.; ders., a. a. O. [83], S. 726ff.
- (48) Maunz, Art. 6, Rn. 31a; Erichsen, a. a. O. [79], S. 14f.; Wimmer, a. a. O., S. 813.
- (49) 特にこれを強調する見解は、Beckenförde, a. a. O., S. 88.
- (50) 宗派的親権の概念については、vgl. Erw. Stein, a. a. O. [57], S. 11; ders., a. a. O. [75], S. 461ff.; P. Feuchte/P. Dallinger, *Zum Bedeutung des „Elternrechts“ im Art. 15 II LV, BawUVBl.* 1963, S. 99ff.; v. Campenhausen, a. a. O., S. 40; Richter, a. a. O. [77], S. 50ff.; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 102f.
- (51) この問題は、公立学校と宗教の関係を問題にする次章で詳しく扱う。
- (52) Vgl. JöR N. F. 1 (1951), S. 92ff., 101ff. Vgl. ferner Peters, a. a. O., S. 371, 402; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 23ff.
- (53) この成立過程にも現れる通り、親の教育権の保障は、教会の影響力を確保するための方策として利用されてきた。国民の圧倒的多数がキリスト教徒で、幼児洗礼を通じて半ば自動的にキリスト教徒が再生産される西ドイツでは、親の教育権の保障という形で宗教教育を非国家的な領域に属させておけば、教会は、社会的領域の指導的地位にある者として、子どもの宗教教育を自らの望む形で実現する機会を獲得する。このような教会の論理は、学校教育の領域にまで入り込み、宗派学校での自らの宗派の教義および精神に従った学校教育を——特にカトリックにおいて熱心に——求めていくが、その際にも政治的には、カトリックの親にそのような宗派学校での子の教育を教会法により義務づける (cc. 1113, 1374 C. J. C.) 一方で制度的には親の教育権を要求するという、教会が裏に隠れた形で要求がなされる。このような点を考えれば、親の教育権に關する西ドイツの議論を見る際、一般的・普遍的な議論の装いの陰に隠れた教会の主張に惑わされないよう、心がけなければならない。

- (47) V. Campenhansen, a. a. O., S. 167ff.; A. Podlech, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit und die besonderen Gewaltverhältnisse*, Berlin 1969, S. 95; Böckenförde, *Das Grundrecht der Gewissensfreiheit*, VVDStRL 28(1970), S. 87, LS. 31; J. Listl, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der BRD*, Berlin 1971, S. 268ff.; Ossenbühl, a. a. O. [73], S. 733ff.; ders., a. a. O. [81], S. 102; Erw. Stein, a. a. O. [75], S. 461; Oppermann, a. a. O. [76], S. 102f.; Evers, a. a. O. [79], S. 68.
- (48) BVerfGE 41, 29(46); 41, 88(107). Vgl. auch BVerfGE 6, 309(355f.).
- (49) Maunz, Art. 6, Rn. 30.
- (50) Zeidler, a. a. O., S. 564f.; E. Fischer, *Trennung von Staat und Kirche*, 3. Aufl., Frankfurt/M. 1984, S. 122.
- (51) Erw. Stein, a. a. O. [57], S. 11f. Vgl. ders., a. a. O. [75], S. 461ff.
- (52) Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 96ff. この「良心の自由」の集団的親権や平等の意識は、Wimmer, a. a. O., S. 813ff. 及び 基本法条の「独立」集団的親権を表現する立法の義務や平等の意識は、Fehrmann, a. a. O. [80], S. 545ff.
- (53) Starck, a. a. O. [75], S. 26ff.; ders., a. a. O. [76①], S. 1379; ders., a. a. O. [76②], S. 514; ders., a. a. O. [79], S. 275; Henneke, a. a. O., S. 183; Oppermann, a. a. O. [76], S. 31, 34, 39f.; Geiger, a. a. O., S. 460; Böckenförde, *Elternrecht—Recht des Kindes—Recht des States*, S. 91ff.; Schmitt-Kammler, a. a. O., S. 60ff.; Zacher, a. a. O., S. 307f.
- (54) BVerfGE 47, 46(76); 59, 360(380f.); Starck, a. a. O. [75], S. 26ff.; ders., a. a. O. [76①], S. 1379f.; ders., a. a. O. [76②], S. 514f.; ders., a. a. O. [79], S. 275; Evers, a. a. O. [79], S. 17f.; Geiger, a. a. O., S. 460f.; Böckenförde, a. a. O., S. 91ff.; Zeidler, a. a. O., S. 565ff.; Erichsen, a. a. O. [83], S. 727; Schlie, a. a. O., S. 120; Zacher, a. a. O., S. 271.
- (55) 拙稿(53)の「良心の自由」Fehrmann, a. a. O. [80], S. 545ff.
- (56) Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 98f.; ders., a. a. O. [77], S. 806f. この「個人権」の親権の意義を強調。「取って代わること」の「良心の自由」の意義を強調。
- (57) Richter, a. a. O. [70], S. 3f.; ders., a. a. O. [77], S. 59ff.

- (15) V. Campenhausen, a. a. O., S. 34f.; Brauburger, a. a. O., S. 264f.; Hennecke, a. a. O., S. 184; Ossenbühl, a. a. O. [73], S. 372f.; ders., a. a. O. [77], S. 806; ders., a. a. O. [81], S. 122ff.; Oppermann, a. a. O. [76], S. 103; Evers, a. a. O. [76], S. 266; Starck, a. a. O. [76①], S. 1339; ders., a. a. O. [76②], S. 513f.; ders., a. a. O. [79], S. 275; Fehnmann, a. a. O. [78], 493ff.; dies., a. a. O. [80], S. 540ff.; Böckenförde, a. a. O., S. 88f.; Maunz, Art. 6, Rn. 27b, c, 28; ders., Art. 7, in: ebd., Rn. 21k; Glotz/Faber, a. a. O., S. 1014.
- (16) 日本国憲法 第 114 条 裁判官の身分。日本国憲法 第 114 条 裁判官の身分。日本国憲法 第 114 条 裁判官の身分。
- (17) BVerfGE 34, 165(191ff.).
- (18) Starck, a. a. O. [76①], S. 1339; ders., a. a. O. [76②], S. 513f.; Böckenförde, a. a. O., S. 88f.; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 132ff.; etc.
- (19) Fehnmann, a. a. O. [80], S. 540f. Vgl. Erw. Stein, a. a. O. [75], S. 461ff.
- (20) Evers, a. a. O. [76], S. 266; Starck, a. a. O. [79], S. 275; Fehnmann, a. a. O. [78], S. 493; Böckenförde, a. a. O., S. 88f.; Ossenbühl, a. a. O. [81], S. 127; Maunz, Art. 6, Rn. 28.
- (21) Peters, a. a. O., S. 428; Evers, a. a. O. [79], S. 150; v. Campenhausen, a. a. O., S. 59; Starck, a. a. O. [75], S. 30ff.; ders., a. a. O. [76②], S. 515f.
- (22) Geiger, a. a. O., S. 460ff.; Maunz, Art. 6, Rn. 210; Fehnmann, a. a. O. [80], S. 540ff.; Böckenförde, a. a. O., S. 90f.; Zaehner, a. a. O., S. 308.
- (23) BVerfGE 59, 360(384ff.).
- (24) BVerfGE 47, 46(75f.).
- (25) Starck, a. a. O. [75], S. 28ff.; ders., a. a. O. [76①], S. 1379f.
- (26) 前掲 1 頁中。
- (27) BVerfGE 47, 46(77).
- (28) Oppermann, a. a. O. [76], S. 94f. Vgl. ders., a. a. O. [89], S. 355.
- (29) Oppermann, a. a. O. [76], S. 95.

- (72) G. Eiselt, Zur Sicherung des Rechts auf eine ideologisch tolerante Schule, DÖV 1978, S. 870ff.
(73) BVerfGE 41, 29(48), 前掲²二節冒頭に引用。
(74) Maunz, Art, 7, Rn. 21m. もっとも彼³、任意の課目の不参加登録には法律の特別な規定が必要であるとす。 Ebd., Rn. 27f.
(75) Geiger, a. a. O., S. 461.

第四節 公立学校における親・子どもの良心の自由——小括に代えて——

公立学校制度の整備された現代社会において、果たして国民の良心形成は自由なのか。若い国民が義務として学校に行き、そこで教師の影響力に直接さらされなければならない現代の義務教育制度は、国民個人の良心の自由とどのような関係に立つのか。

このような問題の解決に一つの手掛かりを提供するという課題を持つ本稿では、「国民の教育権」対「国家の教育権」という論争図式を退け、学校行政官庁—教師という公権力の側が人権主体としての子ども・親に介入を行なうという現実状況を出発点に据えた。本章の考察で明らかになった通り、この学校行政官庁—教師は国家の教育任務に基づいて子どもへの働き掛けを一定範囲で授權されており、そのような国家的措置に対しては、それが子ども・親の人権を侵害するなら、子ども・親の側は憲法上の保護を享受する。このような国家の教育任務の憲法上の限界の問題に、公立学校における良心の自由の問題も位置づく。

この一定の価値観に基づく教師や学校行政官庁の影響力行使を防止する措置として、学校教育の中立性・寛容が問題にされる。国家が国民の良心の自由を保障するなら、国家が自ら一定の世界観を体现することは許されず、学校で

は子どもに一定の立場が押し付けられるのでなく、子どもが自らの立場を自由に選択できるよう素材が提供されることに限定されなければならない。しかし、学校教育が教育の名に価するためには、人格的教育を学校から排除できると考えるのも楽観的に過ぎるし、また人類のあらゆる思想的遺産を横断的に紹介するにも無理がある。寛容も、親や子どもの見解が多様であるため、学校行政官庁や教師の側には自らの寛容さを判断する基準がない。そのため、中立性や寛容は、あくまで「目標」として国家を拘束するに留まり、一定の要件が満たされるなら現実のものとなる実体的基準としての意義を持つものでないと考えるべきであろう。また、教師の中立性を強調することが、やはり中立ではあり得ない学校行政官庁に教育実務へ介入する手掛かりを与えるだけであることも、上で考察した。

まさにこういった理由から、学校における子ども・親の良心の自由の侵害は、子ども・親が自らの主観的権利に訴えて解決するしかない問題となる。その場合、子どもが判断能力をすでに獲得しており、自らの良心内容を自ら構成する能力がある場合、子どもの良心の自由のみを問題にすれば足りる。しかし現実の問題になるのは、子どもの良心内容がまだ相当程度未成熟で、そのためまさに学校による干渉に開かれている時期である。このような場合、良心形成が国家から自由な形でまず親により行なわれなければならないことを理由に、親の教育権と良心の自由が同時に問題になる。

こういったことから、西ドイツ連邦憲法裁判所も「教育権者は、基本法四条の自由権に基づいて、その者の基本権的に保護された人格的領域に侵害的に作用する国家的措置を防禦することができる」として⁽¹⁾いることはすでに上で見た。

最後に残る問題として、学校に対して親・子どもが良心の自由を主張するのに、どのような要件が必要か、どのよ

うな法的効果を生ぜしめるものなのか、という論点がある。この点については、前稿で筆者が検討した結果がそのまま利用できる。すなわち、ある授業や儀式に出席するという行為の強制が、道徳的人格の同一性を確保するための肉面的監視機関である良心を侵害し、主観的良心規範との衝突に陥る場合には、この行為義務が免除されなければならない。授業が問題になる場合、免除による不利益を防止するために、代替的授業の請求が考えられるであろう。また、このような良心の自由の主張が現実には事後的な国家賠償請求によってしかできないなら、この自由の意義が実現されているとは言い難く、立法論や実務の問題として、そのような免除や代替的措置の可能性を發展させる必要があるであろう。

西ドイツにおける学説・判例の検討からたどり着いた上の結論も、現実には西ドイツでそのまま適用されているわけではない。むしろ、良心の自由で問題にした免除や代替措置の論点が学校の問題に関して忘れられているくらいがある。以下、章を改めて、良心の自由に関して展開された結論を背景に押しやったまま展開される、国家の教育任務と親の教育権に関する具体的問題の検討に進みたい。その際、背景に押しやられた良心の自由がどのような形で意識されているかを考察することが目的となる。第二章で公立学校と宗教の関係の絡んだ論点を、第三章で学校における具体的な世界観的問題の取り扱いに関する論点を考察していく。

注

(一) BVerfGE 41, 29(47f.).

(二) 拙稿「良心の自由（一～四）」早大法研論集三九号二〇七頁以下、四〇号二五四頁以下、四一号二四七頁以下、四二号一五三頁以下。

（未完）