

憲法における家族

— E. -W. Böckenförde の所説を素材として —

古 野 豊 秋

はじめに

- 1 問題の所在
- 2 Essener Gespräche における Böckenförde の報告内容と質疑応答
 - (I) 報告のテーマとテーゼ
 - (II) 主なテーゼの説明と質疑・応答
 - (III) 小括：議論における基本的な対立点
- 3 Böckenförde の所説に対する若干の検討
 - (I) ドイツにおける実践的意義
 - (II) ドイツにおける学説上の意義
 - (III) Böckenförde の所説の国法理論上の背景

むすび

はじめに

筆者は、これまで、憲法における家族の問題に関して、ドイツおよびオーストリアの憲法裁判所の判例を素材として色々と検討し、その成果を公表してきた⁽¹⁾。

本稿では、ドイツにおける親の子どもに対する教育に関して、とくに E. -W. Böckenförde の所説を素材として、この点に関する憲法上の理論的問題点を確認し、もってわが国の問題を考える上での参考としたい。なお、ここで扱う E.-W. Böckenförde の所説は、1979年の第14回 Essener

Gespräche において「親の権利・子どもの権利・国家の権利」というタイトルで報告され、翌年の1980年に公刊されたものである⁽²⁾。

この Böckenförde の所説は、今から20数年前のものであり、すでに古典的なものとなっているが、しかし、最近の文献やドイツ連邦憲法裁判所の判決にも引用されている。その点では、彼の所説は、憲法における家族の問題を理論的に考察する場合において、基本的かつ極めて重要な意義を有するものといえる⁽³⁾。

1 問題の所在

以下では、Böckenförde の所説を検討する前に、憲法における家族、とくに親の子どもに対する教育に関する憲法上の問題の所在を探るために、ドイツ連邦憲法裁判所の2003年1月16日の第2法廷判決を紹介しておきたい⁽⁴⁾。

- 1 本件は、少年刑事手続における息子の公判手続から親（父親）を排除することを可能としている少年刑事裁判所法（JGG）51条2項について、その排除が基本法6条2項の親の権利に反するとして、父親からなされた憲法異議手続である。

ちなみに、少年は下級審の専門裁判所によって有罪判決を受けている。

2 判旨

- (1) 自分の子供の権利を国家または第三者に対して保護することは、基本法6条2項1文によって保障された親（両親）の領域に属する。そこから、憲法上、少年刑事手続における親の早期の参加の必要性が生ずる。親から参加権を剥奪し、または親を公判手続から排除する諸規定は、憲法上保障された親の権利を侵害する。
- (2) 司法手続における刑法および国家の刑罰権の行使による法的平和の確保は、親の教育権と抵触しうる憲法上の任務である。親の権利と刑

法上の法益保護の憲法の要請との抵触は、必然的に親の権利の制約に至るものではない。それは、むしろ考量によって解決されねばならない。その際、当該親の権利と刑法上の法益保護とが調和を保つようにされねばならない。

- (3) 国家の刑罰権の行使に対する権利は、確かに親の教育権の侵害を容認しうるものであるが、しかし、それは、このような侵害であっても十分に特定された法律を基礎にすることを無用にするものではない。

少年刑事裁判所法（JGG）51条2項は、次の限りで、基本法6条2項による親の教育権に一致せず、それゆえ無効である。すなわち、基本法6条2項の意味における親の責任を有する者を少年刑事裁判所の手続における審理から排除することを容認している限りにおいてである。

このような理由から、第2法廷は本件の憲法異議には理由があるとして、専門裁判所の判決を違憲として破棄し、他の区裁判所に差し戻した。

- 3 第2法廷が立脚した憲法の基準は、以下のとおりである。

- (1) 基本法は、親の教育権の行使に際し、国家の侵害（介入）に対して親を保護している。同時に、親は、子供の福祉を教育の最高の指針とすることを義務づけられている。
- (2) 司法手続における刑法および国家の刑罰権の行使による法的平和の確保は、親の教育権と抵触しうる憲法上の任務である。親の権利と刑法上の法益保護の憲法の要請との抵触は、必然的に親の権利の制約に至るものではない。それは、むしろ考量によって解決されねばならない。その際、当該親の権利と刑法上の法益保護とが調和を保つようにされねばならない。
- (3) 基本権として保障された親の権利の侵害は、十分に特定された法律による法律上の基礎を必要とする。当事者は、法状態を見通すことができなければならない。このことは、国家の刑罰権の行使に対する権

利が親の教育権の侵害を容認する限りで、親の権利の制約についてもあてはまる。

4 第2法廷からすれば、JGG51条2項はこのような憲法の基準にまったく対応していないとされる。すなわち、

- (1) 親は、基本権として保障された責任領域によって、国家または第三者に対してその子どもの権利をも保護する必要がある。このことは、少年刑事手続において自分の教育観念を主張する権利をも含んでいる。少年が自分に対してなされた行為の批判にどのように関わるのか、そして少年裁判所法および刑事訴訟法に規定された手段の枠内で、どのようにして自分に対する非難を緩和することを試みるのか、という問題は、まず第一に親の任務である教育に属するものである。親から参加権を剥奪し、または親を公判手続から排除するような規定は、憲法上保障された親の権利の侵害である。
- (2) その子どもに対する公判手続から親を排除することは、重大である。このような侵害は、少年刑事手続における親の権利の行使を妨害し、その親の助力を必要とする少年の被告人を広範囲にわたって無保護の状態に置くものである。そのような措置に対する法律上の基礎は、立法者の意思でもって当事者に明確かつ十分に知らしめなければならない。JGG51条2項は、この点を欠いている。すなわち、それは親の在廷に「疑念(Bedenken)」があるかぎり、公判廷からの排除を可能としているのである。その適用範囲は、伝統的な解釈方法では十分に明確かつ拘束力をもって定められない。立法者は、この関係で規範そのものの適用の重要な問題を取り扱うことを怠ったのである。JGG51条2項は、排除が許される手続上の状態を定めてはいないし、「疑念」を抱くにあたって、裁判官の確信にいかなる基準があるのか、この点の定めもなされていない。最後に、侵害に対する可能な代替措置、たとえば保佐人(Pfleger)の任命、あるいは国選弁護人の採用なども定められていない。

5 なお、第2法廷は、JGG51条2項の合憲解釈も規範の不明確な点からして排除されるとした。その理由は、この規範に対する憲法に一致した明確な解釈が存在しないからとされた。そして、もし合憲解釈をすれば、基本権の侵害を法律の定めに依拠させ、そして立法者に侵害それ自体の態様や範囲を確定する義務を課す法律の留保が空虚となるとされた。

6 以上の諸点を理由とした第2法廷の結論は次のとおりである。

公判廷から父親を排除する点に関しては、攻撃されている諸判決は、基本法と一致しない。なぜなら、それらは、JGG51条2項の違憲の規定に依拠しているからである。国選弁護人の採用が拒絶されたかぎりにおいて、排除によって生じた基本権侵害の重要性やそこから生ずる手続上の帰結を意識しなかった専門裁判所の諸判決は、基本法6条2項の意義について基本的な誤解をしている。彼の息子に対する有罪判決もまた基本法6条2項による父親の基本権を侵害している。親の権利は、憲法上、父親の在廷の権利を保障している。

この権利が違憲の規定を根拠にして父親から剥奪された。いずれにしても、もし父親が口頭弁論に参加し、彼の権利を行使し、彼の息子を補助する機会をもっていたなら、区裁判所は別様の判決を下す余地があったかもしれない。

7 ところで、この判決において、親の教育権の性格に関する Böckenförde の所説が引用されているのである (Rnd. 71)。ここで引用された Böckenförde の所説は、第14回 Essener Gespräche の報告において述べられている。そこでは、彼は、テーゼという形で親の教育権の定義を簡潔に示している。それによると、「親の権利は、自然的な親子の関係のうちにある、支配的、信託的 (truehänderischen) 性質をもった義務に規定された法的地位であり、それは、子どもの発育に伴って次第に消滅していく育成権限、ならびにこの権限に介入する国家に対する防御権である」(S. 64)。

ちなみに、本判決によれば、子どもに対する世話の権利や義務から、子どもの権利の国家や第三者に対する「信託」を遂行する権限が導かれるとされる(Rdn. 71)。

- 8 このような本判決の中心的論点は、まさに上述した親の教育権の性格や内容である。本判決では、このよう親の教育権が国家の刑罰権行使に対する防御権であることが真正面から示された。そして、このような判決の学説上の根拠付けとして、Essener GesprächeでのBöckenfördeの所説が引用されているのである。

そこで、以下では、このEssener GesprächeでのBöckenfördeの報告内容とそれに対する質疑応答について具体的に見ていきたい。

2 Essener Gespräche における Böckenförde の報告内容と質疑・応答

(I) 報告のテーマとテーゼ

Essener Gespräche における彼の報告のテーマは、「親の権利——子どもの権利——国家の権利——憲法上の親の権利およびそれが教育と学校に及ぼす影響に関する理論」というものである⁽⁵⁾。彼は、今回の報告内容を以下のようなテーゼの形でかなり詳細にまとめている。そこで、ここでは先ずこのテーゼの内容を個別的に紹介する⁽⁶⁾。

(1) 憲法上の親の権利の規範的基礎

- 1 親の権利は、古典的な市民的自由権には属さない。憲法上保障された権利として、それは初めてヴァイマル憲法に登場した。
- 2 親の権利と国家の教育高権は、ヴァイマル憲法では、ばらばらで互いに対立していた。親の権利の保護領域は、原則として、もっぱら家庭教

育に関わるものであった。

3 1945年以降、すべてのラントの憲法は、純粹に組織的な規律に限定されずに、親の権利を含んでいた（ベルリンは例外）。学校の分野における親の権利の具体化は、バーデン・ヴュルテンブルク、ヴュルテンブルク・ホーヘンツォーレン、ヘッセン、ノルトライン・ヴェストファーレン、ラインラント・プファルツ、ザールラントの憲法にみられる。

4 基本法の親の権利の定め（6条2項）は、ラント憲法の親の権利の定めと重なりあっている。その特徴は、次の点にみられる。

- ① ヴァイマル憲法120条の受容と修正
- ② 親の権利の基本権的性格の強化
- ③ 学校の分野へは明らかに及ばない「婚姻と家族」の条文の中への組み込み

5 ラント憲法の親の権利の定めに対して、基本法6条2項は効力が上である。それは、単なる最小限の保障ではなく、完全な保障であり、その点が基本法7条での学校高権の定めとの違いである。

(2) 基本権としての親の権利の内容と特質

(i) 親の権利の保護領域と対象

6 基本法6条2項は、純粹の、国家に対する基本権として、親の権利を保障している。

7 親の権利の保護領域は、世話（Sorge）と育成（Pflege）と並んで、教育の概念で捉えると、人格の発展の観点で他の人間に対する直接的な影響や決定の可能性をも含んでいる。従って、その保護領域は、一種の支配的地位をもっている。

(ii) 親の権利の基礎、内容、限界

8 国家との関係で、親の権利は、内容上自由権および防御権の性格をもっている。

- 9 対内的に、子どもとの関係では、親の権利は、内容上、自由権としても、また人格の自由な発展に対する親の権利の具体化としても規定されえない。
- 10 親の権利の基礎は、親の利益や人格の自由な発展ではなく、子どもの利益や人格の自由な発展である。親の権利の正当性は、たとえ教育の支配の地位としてであっても、子どもの必要性や発展の権利に由来する。
- 11 親の権利の法的拘束性や限界は、親の教育の支配が子どもの基本権と対立するということから生ずるものではない。親の権利の内的な拘束規範としてであっても、子どもの基本権は、何事も決着をつけない。
- 12 親の権利の法的拘束性や限界は、むしろ、次の点に関係している。すなわち、親の権利は、自己本位のものではなく、子どもの自由な発展や人格の発展のために存在するのであり、その点に親の権利の根拠、その内容上の目的設定、そしてその限界があるということである。
- 13 親の権利が内容上の教育目的に拘束されるということは、基本法には定められてはいない。親は、子どもの育成や教育を「自分の観念に従い、自由に形成する」権利を有する。しかし、独立および自己責任へ導くという形式上の教育目的には拘束される。
- 14 親の権利は、自ずと、子どもの加齢に伴って消滅せざるをえない。その場合、子どもの教育の必要性と自己決定に対する十分な能力は、相互に対立する。客観的な考量に基づく段階的な法律の年齢の定めは、なんら親の権利を侵害するものではない。

(iii) 義務的地位としての親の権利

- 15 親の権利は、比類のない基本権として、単に権利としてばかりではなく、同時に義務としても保障される。その義務は、(権利の)履行に対する義務として存在し、そしてその義務には、履行における義務の拘束性というものが付け加わる。親の権利は、それによって、一種の権限(Befugnis)の性格を有する。

16 親の権利は、なんら純粋な義務的地位ではない。それには、自分のための要素と義務的定め（他の者のため）の要素が結合している。自己の権利・自己の利益は、親の教育権限に対する権利において真価を發揮し、諸権利における義務の拘束および信託的地位は教育権限に由来する。

(iv) 「自然的」権利としての親の権利

17 国法秩序に先立つものと考えられている自然法は、国法秩序の中に実定化されることによって初めてその妥当性を得ることができる。

18 憲法上重要な問題は、憲法が親の権利を「自然の権利」と呼ぶことによって、自ら自然法上の親の権利概念を取り込んでいるのかどうか、そしてそれはどの程度か、あるいはそこから個々のものを受容しているのかどうか、そしてそれはどの程度なのか、ということである。この点についての基本法の明確な規範意思からして、これらの問題は生じない。

19 親の権利を「自然の権利」と呼称することは、次のことを述べるものである。すなわち、憲法制定者は、彼によって保障された親の権利を自然的な親と子どもの関係の表現と看做しているということである。その限りでは、親の権利は、国家によって創設されたのでもなければ、授權されたものでもない。それによって、親の権利は、その保障の中に含まれているもの以外に、補足的な内容を獲得するものではない。

(v) 親の権利の定義

20 親の権利は、自然的な親子の関係のうちにある、支配的・信託的な性質をもった義務に拘束された法的地位であり、それは、子どもの發育に伴って次第に消滅していく育成権限および教育権限、ならびにこの権限に介入する国家に対する防御権をその対象として持っている。

(3) 親の権利に対する国家の権利

(i) 国家の監視任務の問題と必要性

- 21 親の教育権限の法的拘束は、国家の法秩序との関係では、外面上制裁を受け、そして要求されうるものにすぎない。
- 22 親の教育権限の法的拘束の要請が子どもの法定代理人・受託者としての親に委ねられるならば、この拘束は法的拘束としては意味がない。子どもの福祉に対する「解釈の優先」が親にあると看做されるかぎり、同じことが言える。
- 23 国家の監視(基本法6条2項2文)は、親の法的拘束の要請が可能であるためには不可欠である。それは、侵害防御の反作用を越えるものであり、一種の監督権限を含むものである。

(ii) 国家の監視任務の内容と範囲

- 24 国家の監視任務は、親の教育権に対しては独立のものではなく、付随的・補充的なものである。
- 25 その付随的性質により、国家の監視任務は一種の教育信託の性質を有する。それは、子どもに対する受託者として、親の教育がなされているのか、そして親の教育の法的拘束や親の教育権の制約から生ずる教育目的や方法の限界が遵守されているのかについて監視するものである。
- 26 基本法は、親の教育権の他に、独立の、始原的な教会の教育権というものも認めていない。その限りでは、親の独立した、始原的な教育権の保障は、憲法のレベルでは完結的な性格を有する。
- 27 国家の監視任務は、基本法6条2項1文に規定された親の教育の優先性に対しては、補充的であり、競合的ではない性格を有する。
- 28 親の教育に対する国家の介入は、「良い」とか「より良い」とかが問題となる限りでは、排斥される。国家の介入の契機は、まず第一に、子どもの発育や子どもの福祉に対する危険状態である。
- 29 この危険状態に達するのが、すでに重大な侵害がある場合なのか、危険がある場合なのか、それとも重大な危険がある場合なのか、については、憲法上あらかじめ定められていない。

30 親の責任は、親の教育権への国家の介入の憲法上の必要条件ではない。これに対して、責任もないのに親の教育権を否定し、奪うことは許されない。

(iii) 国家の監視任務の方式

31 監視任務の履行の方式は、比例原則に拘束される。情報権は、子どもの発育ないし子どもの福祉の危機状態に対する根拠がある場合に初めて存在する。

32 監視任務の領域における国家の行為は、親の教育権の侵害ではなく、その支持・援助に重点を見出さなければならない。

33 国家の監視任務は、必ずしも国家の機関によって履行される必要はない。

(4) 親の教育権と国家の学校高権

(i) 親の権利の学校に及ぶ範囲

34 基本法6条2項による親の教育権は、家族の教育権である。それ自体は、家庭での教育に限定されず、子どもの全教育を包含する。

35 家族の教育権として、親の権利は学校の領域まで及ぶ。それは、学校が子どもの全教育に関わり、そしてそれに影響を及ぼすからであり、そして、その限りである。それとは関係のない学校に対する決定権や参加権は、親の権利からは生まれない。もっとも、ラント法による広範囲な保障は別である。

36 国家の学校高権は、親の権利に由来するのではなく、国家の始原的な権利である。

(ii) 学校教育と親の教育権との関係

37 公立学校は、独立の任務を遂行するのであり、親の教育権に由来する教育委託だけではない。学校の教育の役割は、教育や訓練の任務に付随

したものに限定されない。

38 公立学校の教育任務は、国家の教育高権の概念において前提されており、そして、学校の教育目的の設定をとおして殆どのラント憲法によって承認されている。このような教育任務の客観的な根拠は、多元的な社会における国民全体に対する国家の統合的作用にある。

39 学校の教育任務と親の権利は、上下関係ではなく、それらの独立による並立関係である。その関係は、それぞれ違った帰属の関係であり、その帰属は、教育領域(教養教育、人生教育、人格・世界観教育)に応じて異なった重点をもっている。

40 私立学校は、学校領域における親の権利の橋台(Widerlager)の役割をもち、そして公立学校制度に対してバランスをもたせる要素の役割をもっている。

(iii) 国家の教育作用に対する親の防御権および参加権

41 親の教育権に由来する防御権は、学校制度上の措置や学校教育の種類や内容に対してなされる。その条件は、重要な親の教育の侵害である。

42 親の教育権に由来する参加権は、学校教育と親の教育との間に協同ないし補完が存在しているために、その限りで認められる。これらの参加権は、情報権、口出し権(Mitsprachenanspruch)、決定権として現れる。

43 親の教育権は、国家の教育高権の範囲内の教育目的、教育内容または教育方法の決定の際には、なんら親の協働権・参加権や共同決定権を根拠づけるものではない。

(iv) 学校の分野における個人的、集合的な親の権利

44 基本法6条2項の意味における親の権利は、親の個人的な基本権である。その基本権に含まれている各種の権限は、代表機関(親の保護者会、親の顧問会等)によって親のため、または親に代わって行使されること

はできない。それらの権限は、意思形成における民主主義的な形式に服さない。

45 学校行政の任務や教育目的、教育内容および教育方法の確定の際の親の参加権は、個人の権利としての親の権利に由来するものではなく、学校行政や学校制度に対する国家の任務に参加する形式である。これらの参加権には、民主主義的な意思形成の形式が適用される。

(II) 主なテーゼについての説明と質疑応答

以上1から45までの彼のテーゼのうち、以下では、このシンポジウムでとくに議論の対象とされたものについて、彼の具体的な説明とそれに対する質疑応答を紹介する。

(1) 親の権利と子ども・家族の権利

1 Böckenförde は、この問題について、次のような基本的な問題提起を行っている (S.51)。

(1) 伝統的な親の権利は、民主主義的な環境における権威的秩序の法状態なのか。すなわち、子どもを親の権力の犠牲にするような、つまり子どもの基本権に拘束されない法状態なのか。

(2) それゆえ、親の権利に対しては、社会および国家による子どもの権利の厳格な保護が必要なのか。

(3) それとも逆に、伝統的な親の権利は、国家による規制や干渉に対して、家族の自律性を擁護するための不可欠の要素なのか。

(4) すべての者は、主体としての地位を有しており、子どもも人間の尊厳があり、基本権の担い手 (Grundrechtsträgerschaft) である。そのような子どもに対して、基本権としての地位をもつ親の教育権を根拠にして、直接的な決定可能性がどのようにして考えられるのか。それから、どのような帰結が生ずるのか。そこから、親の教育権の内容

や限界について、どのような帰結が生じざるをえないのか。(S.61)

(5) 親の教育権の内容上の拘束・限界の性質はどのようなものか。

このような問題提起における基本的論点は、伝統的な親権 (Elterliche Gewalt) 概念が現在にまで影響を与えているという点である。この親権概念からすれば、親の権利は子どもに対する自由権としての性質があるとされ、子どもは親の人格の発展の客体とされた。しかし、Böckenförde からすれば、基本法の下では、親の権利は子どもの利益を目指す地位であって、親の権利を制限する子どもの基本権の保護が要請されている。したがって、親の権利の法的根拠は、親の利益の自由な発展ではなく、子どもの利益、子どもの人格の発展にあるとされる (S.61~63)。

2 この Böckenförde の報告について、今回のシンポジウムの司会役である Scheuner が次のような質問をした。

Böckenförde は、親の権利を個人の権利としているが、基本法6条1項では、親の権利ではなくて家族の権利がいわれているのではないかと。個人の権利ではなく、グループの関係としてみられなければならないのではないかと。そうすれば、親の権利と子どもの権利の厳しい対立はさけられるのではないかと (S.99)。

この質問に対して、Böckenförde は次のように答えている。

基本法6条の意味での家族は、社会的な生活統一体および生活共同体として保障され、承認されているのであって、固有の権利の主体および法的人格として定められているのではない。親は家族の機関ではない。そして、家族の保護は、親が子どもの育成・教育の権利を有し、そして家族が婚姻の法形態をとおして生活共同体として存在するということによって示されるのである (S.104)。

この応答に対して、Scheuner は、さらに次のような疑問を呈している。

しかし、家族の概念には、その構成員間の対立に対する否定的な評価が含まれていないのか。基本法6条1項と2項は一緒に読まなければならない

らないのではないのか。

この疑問に対して、Böckenförde は次のように答えている。

その点については、全く反対しない。ただ、それによって問題は解決しない。そのような対立を回避しようとするれば、次のようにいうことができる。すなわち、子どもの権利に対する親の教育権の行使において、法的に重要な対立は生じえないと。それは、家族内部のものであって、親または子どもの法的領域とは全く関係がない。しかし、法的に重要な問題が存在し、そして親の教育の権限が法的拘束を免れないということ認めざるをえない場合には、直ちに、次の問題が生ずる。すなわち、誰がこの法的拘束を要求するのか。誰が保護の役割を引き受けるのかという問題である（S.104）。

- 3 なお、Böckenförde が親の権利を「信託的な性質を有する」と説明したことに対しては、Schlaich が次のような疑問を投じている。すなわち、信託（Treuhand）という概念が親の権利との関係でうまく選ばれているかどうか、この概念は、子どもとの一面的な関係で正しく過ぎないのではないのか、とくに宗教教育に関しては、親と子どもという家族から考えることは正しくはないのか（S.119）。

これに対して、Böckenförde は次のように答えている。

信託思考（Treuhandgedanke）は、親の権利が子どものためのものであり、そして子どものために行使されるものだということを示すものであり、このような思考は私には適切なものに思われる。親の地位に対する自分のための権利と親の地位から生ずる、信託的に拘束された、他人のための権利との区別は、私の考えからすれば、一歩進んだものであり、そして何か具体的なものをもたらすのである。

このことは、親権（elterliche Gewalt）の否認の問題において極めて現実的となる。親の権利が一般的に自分のためのものだということを承認することは、再び、Hans Peter のいうところの「子どもを土台とした親の自己発展」に至るであろう（S.125）。

4 また、Böckenförde が親の権利の性質について「支配的」と説明している点について、Klein は用語上問題があると批判した。これに対して、Böckenförde は、次のように反論している。

親の支配権限は、子どもの利益において与えられ、そしてそれは必要のものであり、それによって、子どもは自己発展することができる。民法学者の場合、純粹に物的支配として構成された支配概念を使用するにすぎない。そのため、もし子どもが親の要求に従わない限り、親の一方的な決定権限、実施権限を自己救済のための不変的な権利として構成しようとしている。これは、救いようがない。

公法学者の場合、そのような問題はない。その理由は、公法上の支配概念は、他者の必要性および支配される者の福祉に係わるからである。そこには、法的拘束がすでに含まれている。

重要なことは、支配権としての親の権利を単なる力から区別することである。支配と自由は、補完関係にある。支配が失わると完全な自由は達成されない。支配は、任意のものではなく、法的に拘束されるものであり、責任ある決定権である。

親の権利の法的拘束の保障機関としての国家は、不可欠のものである。そうでなければ、親の教育権限は、法的に見れば、単なる力となり、空虚なものとなってしまう (S.108)。

なお、親の教育と子どもの福祉の関係について、さらに Scheuner が次のような質問をした。

国家が親に対してなんら客観的な教育目的を提示しない場合、国家はどのようにして子どもの福祉を客観的に定めることができるのか (S.106)。

これに対する Böckenförde の答えは、次のとおりである (S.106)。

精神的な子どもの福祉、子どもの人格の発達に関する基準は、形式的な教育目的、すなわち子どもが判断能力をもつ人格を有するようになる、という自律への教育である。

子どもが親によって極端な個人主義、利己主義者、または自由思想に教育される場合でも、国家はそれを甘受しなければならない。憲法には、内容上の教育目的が定められていないからである。ただし、限界としては、基本権の保障の内在的限界というものがある。例えば、親は子どもに対して犯罪を行うように教育することは許されない。

(2) 国家の監視任務

- 1 Böckenförde は、この問題について、まず次のような問題を提起している。親の権利の法的拘束、それに対する責任が誰によって、どのような方法で請求されるのか。彼からすれば、子ども自身によってはその請求はなされえない。しかし、その請求の可能性そのものは、子どもの主体的地位に属する。そして、子どもがこのような地位を有する点において、子どもは単なる支配権の客体とならないのである (S.71)。

親の権利に対する法的拘束の請求を子どもの代わりに親が行うということは、親の権利に対する法的拘束が存在しないことを意味する。それは契約法上禁止されている自己代理と同様の性質をもつものである。

親の教育支配の法的拘束の請求にとって、国家は不可欠である。国家に課せられた権利保護および権利保障の任務によって、国家は、保証人 (Garanten)、ある意味では、子どもの主体としての地位の擁護者 (Anwalt) となるのである (S.73)。

親の教育権の行使に対する国家の監視の任務は、基本法6条2項2文で規定されている。その任務の設定は、干渉を行う国家の自己利益の表現ではなく、基本権の担い手としての子どもに対する国家の保護義務の表現である (S.73)。

- 2 この国家の監視の任務の性格については、Böckenförde は、それが親の教育権に対して独立した性格を有するのか、それとも親の教育権限の法的拘束やその限界の遵守を監視するに適した二次的・付随的性格なのかという問題を提起した。まず、前者の性格が依拠しうる根拠について、

国家の統合的機能と人間の本質的な社会関係性 (Gemeinschaftsbezo-genheit) の二つをあげている (S.74)。

しかし、Böckenförde からすれば、このような根拠は基本法に基づくものではない。彼自身の見解は、親の教育権は基本法6条2項で初めて保障され、その教育内容は親によって自由に形成されるとする連邦憲法裁判所の見解を前提にしたものである。彼によれば、基本法6条2項2文が定めている国家の監視の機能は、「自由」のものとして保障されている親の教育権に係わるものである。従って、国家の監視は、二次的、付随的性格を有するにすぎない。その内容は、家族における親の教育が行われているかどうか、この教育の法的拘束および教育の基本権の制約から生ずる教育目的および方法の限界が守られているかどうかの監視である (S.75)。国家の監視の任務がなされるのは、具体的には次の場合においてである。すなわち、親自身が自分の力や能力の点でもはや教育の任務を適切に遂行できない状態にあり、そのため子どもに害を与える恐れ、または現に害が生じている場合である (S.76)。

- 3 国家の監視任務に関する Böckenförde の報告については、Listl からその任務の必要性に関する質問がなされた。これに対する Böckenförde の答えは次のとおりである。

国家の監視の内容は、情報の入手、観察、介入であるが、その必要性の理由は、親と子どもは教育関係においては対立状況にあるという点である。親自身の法的義務が問題となる場合には、すべての保護を法定代理人としての親が主張することに任せることはできない。国家の監視装置の端緒は、子どもを成人や自己決定をなしうる状態に至らせること以上のなにもものでもない。

- 4 なお、国家の監視任務の内容と範囲に関して、Stolleis から次のような質問がなされた。

Böckenförde の場合、少年に対する福祉事業において、その介入的性格をもった警察的側面だけが基本法6条2項の憲法上の基礎をもってい

る。基本法6条1項も同じような重きを置かないと、福祉的部分と密接不可分の関係にある少年育成（Jugendpflege）が憲法上保障されないことになる（S.121）。

これに対する Böckenförde の反論は次のとおりである。

何故、少年育成が憲法上基礎づけられなければならないのであろうか。少年育成が憲法上許されることには争いはない。しかし、何故それが憲法上の地位をもたなければならないのか（S.126）。

国家の監視任務については、その基準、国家の介入の時期、子どもに対する危険の判断基準、あるいは危険概念そのものの輪郭等について、さらに Erichsen から詳細な質問がなされたが（S.102f.）、Böckenförde はそれに対しては応答していない。

(3) 国家の学校教育と親の教育の関係

1 この問題について、Böckenförde は、次のような Erichsen の見解を紹介している。

「学校の主たる任務は、専門的な知識や学識の伝達である。社会的行動の価値観や原理の伝達は、次の場合に限り学校に与えられる。すなわち、それが専門的知識や学識の伝達に必然的に結びついているか、または一般적으로および疑念のないコンセンサスによって担われている場合である。このコンセンサスが社会の価値多元主義のために問題がある限り、学校は、基本法の枠内で採用されている価値観に対する賛否についてはできる限り抑制に努めなければならない」（S.82）。

また、彼は、次のような Ossenbühl の見解も紹介している。

「国家の学校教育は、最大限、親たちの最大人数の意思に対応するように形成されなければならない」（S.82）。

2 このような見解に対して、Böckenförde は、それが学校教育を実質的に私的なものに至らせるものだとして反対している（S.82）。そして、彼は、連邦憲法裁判所の性教育決定（BVerfGE 47,46（72））⁽⁷⁾が国家

の学校教育の任務の独立性を学校高権に由来するものとしてきわめて明確に強調したものとして評価している。そして、彼は、公立学校の教育の独立性に対する客観的根拠を多元主義社会における国民全体の統一についての国家の任務に求めている (S.83f)。

要するに、Böckenförde は、学校教育と親の教育の分野は相互に独立・対等のものとして理解しているのである。

- 3 このような Böckenförde の見解、とくに学校教育における統合的機能を評価する彼の見解に対して、Erichsen は問題があるとして反対した (S.102)。

この点についての Böckenförde の反論の概要は次のとおりである。

国家の必要な統一機能の観点からは、学校の教育任務の独立性は放棄されえない。この教育任務は、個人に関連して極めて自由に保障される親の権利に対応するものとして必要である。自由の秩序一般にバランスが必要であるように、この場合でもそうである。

国民の精神的統一については、国家がそれをイデオロギー的に教義化して作り出すことが重要なのではない。重要なのは、国民の精神的態度を作るところの共通の基本的態度や立場がより一層もたらされることである。それが好適な教育制度としての学校によって支持され、仲介され、さらに推し進められない場合には、もっぱら私的な家族教育によってしか達成されえないという考えは幻想である (S.109)。

- 4 なお、Erichsen は、親の教育権と国家の教育権の関係について、さらに次のような問題を提起した (S.110)。

親がエゴイズムまたは放蕩はこの世の最高の善だという考えをもって、学校ではそれとは反対に社会との関係での態度をとくに強調している場合、子どもは一体誰の命令に従わなければならないのか。親の教育権を基本法上の人間像、それは全く包括的な定義でしかないが、そして多様な可能性でしかないが、しかしそのような人間像に義務づけることの方がより良くはないか。

これに対する Böckenförde の答えは、次のとおりである (S.111)。

基本法の人間像は、裁判所の判決によって決定される。そうでない場合は、それは単なる宣言でしかない。もし Erichsen がその人間像を示唆として、要請として考えるならば、それについてわれわれは語ることができる。しかし、Erichsen がこれを法概念として定式化する瞬間において、それは次のことを意味する。すなわち、それをある者が解釈し、適用するということであり、その一つが国家である。

このような Böckenförde の見解に対して、Erichsen は、次のように反論している (S.111)。

親の教育を基本法に示されている人間やその態度に義務づけることによって、人間の存在を一定の方向で実現するという観点において、このような義務の履行をコントロールする国家の親の教育権に対する監視が必ずしも常に正当化される、という訳ではない。

これに対する Böckenförde の答えは、次のとおりである (S.111)。

一面では、基本法の人間像は、法的拘束力をもっており、他面では、特定の態度はコントロールされえないし、要請されえない。その場合、法的拘束力は解消し、そして倫理・道徳的なアピールの問題となる。

- 5 なお、学校教育の分野において、Böckenförde が親の参加権を認めないことについて、Kremer は、それは危険な見解であり、少なくとも解釈を要するものだと非難した (S.121)。

それに対する Böckenförde の答えは次のとおりである (S.126f)。

学校の教育目的の設定に対する親の参加権は、防御権とは別物である。防御権は、親の教育権を侵害し、影響を与えるような国家の学校組織上の措置または教育内容の確定に対して、親に帰属するものである。親の権利の地位は、個人権的なものである。もし、親の教育権を拡大して学校での決定権までも含むものとすれば、それは民主主義的な意思形成手続および多数決にまで及ぶことになる。その場合には、親の権利は非常に減少し、それは参加権となって、個人の基本権としての無条件性を失

ってしまう。

- 6 さらに、教会の宗教教育権限について、Geigerはそれが家族、国家の教育権限に並んで独立して存在するとして、Böckenförde自身の見解を質した(S.117)。

これに対するBöckenfördeの答えは次のとおりである(S.122)。

教会が自分の教育権を主張することはできる。しかし、そこから次のような法的地位が生ずるものではない。すなわち、教会がカトリックまたはプロテスタントで洗礼を受けた子どもを親の意思に反して自己の教育活動に取り入れることができるような地位は生じない。その理由は、親が教育権を有しているのであり、教会がそれと並んで国法上の独自の教育権の主体であるということは承認されていないからである。教会は、親に対してその教育権の主張を押し通すことはできない。それは、国家の裁判所が認めないであろう。

(Ⅲ) 小括：議論における基本的な対立点

以上のBöckenfördeの報告に対する議論の基本的な対立点をここで簡単にまとめると、以下のようになる。

(1) 親の権利・家族の権利

これについてのBöckenfördeの見解は、伝統的な親権概念(Elterliche Gewalt)を否定し、親の権利を個人の権利の権利として理解する。そして、親の権利の性質は、「信託的なもの」であり、親の権利の法的根拠は、親の利益の自由な発展ではなく、子どもの利益、子どもの人格の発展にあるとする。なお、子どもの福祉の内容は、基本法に定めはない。したがって、親の教育に対して、国家は原則として干渉できない。

このようなBöckenfördeの見解に対しては、Scheunerは、親の権利を個人の権利と見ることに反対し、家族の権利としてみるべきだとする。な

お、Schlaich は、親の権利の「信託的性質」について、それは一面的に過ぎる。宗教教育においては、親と子どもという家族の観点が重要だとする。

ここでは、親の権利を個人的なものとしてみるか、家族的なものとしてみるかの基本的な観点の対立が存在している。

(2) 国家の監視任務

これについて、Böckenförde は、次のように捉えている。すなわち、親の教育権の行使に対する国家の監視の任務は、親の教育に対する国家の自己利益による干渉ではない。基本権の担い手としての子どもに対する国家の保護義務の性質をもつ。この国家の監視の性質は、親の教育権に対する独立した性質ではなく、二次的性質のものとする。

このBöckenfördeの見解に対しては、シンポジウムの参加者からは直接議論がなされてはいない。しかし、Böckenförde は、国家の監視任務の性質を独立した性質とする見解を紹介して⁽⁸⁾、その見解が根拠とする国家の統合的機能・人間の本質的な社会関係性というものが基本法にその根拠をもたないと批判している。そして、この国家の監視の必要性については、親の教育における法的義務が問題になる場合に、国家の監視任務が必要となるとしている。

ここでは、国家の監視任務の性質について、それが独立的性質をもつか、それとも二次的な性質しかもたないのかについて、基本的な観点の対立が存在している。

(3) 国家の学校教育と親の教育の関係

これについても、シンポジウムの参加者からは直接の議論はみられなかったが、Böckenförde は、その報告の中で、Erichsen、Ossenbühlの見解を紹介して、そのような見解が学校教育に対して私的な性質を持たせるものだとして反対している。

ちなみに、Erichsenの見解では、社会の価値多元主義においては、コ

ンセンサスのない価値観念に対して学校は抑制した態度をとらなければならないというものである。また、Ossenbühlの見解では、国家の学校教育は、最大限、親たちの最大人数の意思に対応しなければならないとされる⁽⁹⁾。

このような見解に対して、Böckenfördeは、公立学校の教育の独立性を主張し、その根拠として多元主義的社会における国民全体の統一についての国家の任務をあげている。そして、このような国家の必要な統一機能の観点からは、学校の教育任務は放棄できないし、親の自由な教育権に対応する上で必要であるとする。

なお、Kremerが、学校教育に対する親の参加権を認めるべきだとするのに対して、Böckenfördeは、親の教育権は、防御権であり、学校教育における民主主義的意思形成としての参加権ではないと反対している。

ここでは、国家の公教育の独立性と親の参加についての基本的な観念の対立がみられる。

(4) 教会の教育権について

なお、傍論であるが、教会の教育権に関する若干の議論があり、Geigerは、教会の教育権が独立の権限だと主張した。これに対するBöckenfördeの見解では、教会の教育権は、親および国家の教育権と並ぶ独立のものではないとされた。

ここでは、教会の教育権について、基本法の観点で捉えるのか否かでの対立が存在している。

3 Böckenfördeの所説に対する若干の検討

(1) ドイツにおける実践的意義

(1) BöckenfördeがEssener Gesprächeの講演で彼の所説を展開したの

は、1979年の8月である。その前月の7月18日に、ドイツの伝統的な親権（*Elterliche Gewalt*）の概念を廃止して、新たに親の世話権（*Recht der elterlichen Gewalt*）という概念を導入する民法の改正がなされた。この改正をめぐるドイツ国内の議論は非常に高まりを見せ、とくに野党やドイツのカトリック連合からは強い反対の論陣が張られた。その主な理由は、①その改正が親と子の関係を法的に規制するのではないのか、②親の権利を空洞化するのではないのか、③家族の自治を全面的に否定するのではないにしても、制約するのではないのか、というものであった。このような反対論の最大の懸念は、改正によって家族の構造が破壊されるのではないのか、というものであった⁽¹⁰⁾。

このような状況において改正された親の権利と子どもとの関係については、民法のレベルばかりでなく、憲法のレベルからも重要な議論の対象とされるに至ったのである。

先に見た Böckenförde の所説は、まさに基本法6条2項の解釈をとおして、旧来の親権（*Elterliche Gewalt*）概念を廃止した民法の改正を援護するものといえることができる。

なお、Böckenförde によれば、国家の監視任務との関係で、国家は子どもの主体としての地位の擁護者（*Anwalt*）となるとされる（S.73）。この擁護者（*Anwalt*）は、手続法のレベルでは一般に *Pfleger*, *Verfahrenpfleger* あるいは *Anwalt des Kindes* とも呼ばれるものと同一のものとして理解できる。このような手続法のレベルにおいて、親と子どもの利益が対立した場合の子どもの利益を擁護・保護する者が法律上導入されたのは、1998年7月の児童法改正法律によってである。それまでは、非訟事件において子どもの利益を擁護・保護する制度が存在していなかったことを考えると、Böckenförde の所説は、先見の明を有するものといえることができる。

(2) 2003年初頭、ザールブリュッケンで起きた子どもに対する虐待・性的暴行事件は、ドイツ全体にわたる関心と呼んだ。この事件を契機に、同年3月、ザールブリュッケンの都市同盟（*Stadtverband*）会議は、「子ど

もの福祉に危険がある場合における保護と救助」というテーマで、全ドイツからの専門家をメンバーとする委員会を設立した。そこでの報告がメモランダムで2004年に公刊され、その第3章は、次のテーマのものであった。「子どもの福祉に危険がある場合における子どもおよび少年・少女の救助に対する憲法の枠組みおよびその通常法律による実施」。

このテーマを担当したのは、C.LangensfeldとR.Wiesnerの2名である。彼らは、その報告の内、「親の権利の内容や特質」、「親の権利に対する国家の権利—国家の監視任務」に関して、Böckenfördeの所説を随所で援用している⁽¹¹⁾。

このことは、BöckenfördeがEssener Gesprächeで報告した彼の見解が24年後の2003年においてもなお実践的な意義を有していることを物語るものである。

(II) ドイツにおける学説上の意義

(1) 肯定的評価(代表例)

BöckenfördeがEssener Gesprächeで報告した彼の所説を後に他の学説が肯定的に引用・援用している例は数多く見られる。その代表的な文献は以下のとおりである。

- ・Pieroth/Schlink, Grundrechte Staatsrecht II, 19. Aufl. 2003⁽¹²⁾において、基本法6条2項に関する基本的文献としてあげられている(S. 168)。
- ・Michael Sachs (Hrsg.), Grundgesetz kommentar, 3. Aufl., 2003において、基本法6条2項に関する注釈の中で、随所に参照文献として引用されている(S. 382ff.)
- ・C. Starck (Hrsg.) GG Bonner Grundgesetz Band 1, 4. Aufl., 1999において、基本法6条2項の説明の中で、随所に参照文献として引用されている(S. 805ff.)。

- ・ E.M.v.Münch, Ehe und Familie, in: E.Benda, W.Maihofer, H.-J.Vogel (Hrsg.) 2. Aufl. 1994 において、親の権利に関する箇所では引用がされている (S.303f.)。F. Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981 では、「親の教育権の憲法の基礎」や「親の教育権と国家の監視任務」さらには「親の教育権と学校」に関する各章において、随所に援用ないし引用されている (S.39ff.)。

(2) 批判的評釈・評価（代表例）

Böckenförde の Essener Gespräche の報告に対して、ほぼ全面的に批判的な書評をしているのが、H.Lecheler である⁽¹³⁾。彼によると、Böckenförde は親の権利の義務に拘束された特質を強調しているものの、しかし、親の権利と子どもの権利の隔絶を解釈によって構成し、そのためその隔絶は、もはや実際には架橋しえないことになる。また、彼からすると、Böckenförde が親の権利を家族の保護から余りにも厳格に分離していることを批判した Scheuner の方が正当だとされる。さらに、彼からすると、親の権利の「正当性」についての Böckenförde の見解は矛盾しているとされる。その理由は、Böckenförde がその「正当性」を、一方では「子どもの権利と必要性」に見出し、他方では突如、「自然の親と子どもの関係」に見出していることにあるとされる。

なお、上述の Ossenbühl も必ずしも Böckenförde の所説に全面的に賛成している訳ではない。例えば、国家の学校教育について、連邦憲法裁判所が「単に知識の伝達に制限されない」とした点について、Böckenförde がそれは Ossenbühl の見解⁽¹⁴⁾を直接批判したものだとしたこと⁽¹⁵⁾に対して、Ossenbühl は、次のように反論している。「国家は知識だけを伝達しなければならない」というテーゼは、ナンセンスである。自分はそのようなことを言ったのではない。そのことは、その箇所を読めば誰でも分かることだ⁽¹⁶⁾。

ちなみに、上述の C. Starck (Hrsg.) GG Bonner Grundgesetz Band

1, 4. Aufl., 1999 においても、批判的な引用箇所がみられる。それは、Böckenförde が子どもに対する「支配権」として記述していることに対してである。G.Robbers からすれば、そのような記述は人を誤らせるものとされる (S. 803f.)。

(Ⅲ) Böckenförde の所説の国法理論上の背景

(1) 上述のように、Essener Gespräche での Böckenförde の報告は、20 数年経った現在でも、実践的、学說的意義を失ってはいない。そのような彼の所説を十分に理解する上では、その所説の背景にある彼の国法理論上の立場を理解する必要がある。

一般に、Böckenförde はドイツにおける国法理論において、「国家と社会の分離」を主張する、いわゆる「シュミット」学派に属するとされている。この学派では、「国家」と「社会」を分離することによって、国家権力の限界を明確に画し、それによって国民の自由を確保せんとする市民的「法治国家」原理が重視されている。

もっとも、Böckenförde 自身によれば、「国家」は、実体として「社会」と無関係に対立・対峙するものではなく、政治的決定の組織的統一体として「社会」に機能的に関係するものとして理解されている⁽¹⁷⁾。その意味では、ベッケンフェルデの国法理論は、「シュミット」学派の範疇に収まり切れない要素をもっているといえよう⁽¹⁸⁾。しかし、彼の国法理論が「国家」と「社会」を概念的に分離・区別する点では、「シュミット」学派と共通であることには変わりがない。

(2) ところで、このような「国家と社会の分離」に関する1970年代のドイツの議論について、非常に簡にして要を得た栗城教授の紹介が Böckenförde の所説を理解するうえで大変参考になる⁽¹⁹⁾。教授は、「国家と社会」を分離する思考シェーマを、「分離シェーマ」と略称されたうえ

で、この「分離シェーマ」の特徴を数多くあげられている⁽²⁰⁾。ここでは、そのうち、本稿の問題と関係する次の四点を概略して紹介する。

- (i) このシェーマでは、憲法の任務を、「国家」の組織化とならんで、「国家」と「社会」との関係との外面的関係の規制に求め、「社会」に対する「国家」の制限・限界づけとして理解される。それとの関係で、個人の基本権は、侵害防御権としてのみ理解される。
- (ii) このシェーマでは、憲法制定時点における憲法制定者の意思に厳格に拘束された憲法解釈の必要性が強調される。
- (iii) このシェーマでは、「政治的」決定ないし「公的」意義をもった決定への非「公的」主体の参加に対して消極的である。
- (iv) このシェーマでは、憲法理論に関して、ボン基本法に含まれている法治国家原理の一面的強調のうえに憲法理論を基礎づけ、形式的ないし実証主義的憲法論の意義を強調する。

(3) このような栗城教授の指摘する「分離シェーマ」の特徴を Essener Gespräche での Böckenförde の所説と対比すると、次の点で両者の共通性は極めて明瞭である。

- (i) Böckenförde の所説では、基本権としての親の権利は、個人の自由権・防御権として理解されている。この点は、上述の(2)・(i)の特徴に対応するものである。
- (ii) Böckenförde の所説では、教会の教育権の独立性が否定されている。その理由は、基本法にその根拠がないということである。このような見解は、上述の(2)・(ii)の特徴に対応するものである。
- (iii) Böckenförde の所説では、国家の学校教育に対する親の参加権が否定されている。その理由は、親の教育権は、あくまでも自由権・防御権としてのものであり、参加権として認めることは、その権利の性質を変質させてしまうということである。このような見解は、上述の(2)・(iii)の特徴に対応するものである。

(iv) Böckenförde の所説は、総じて、形式的、(基本法)実証主義的な見解である。このような見解は、上述の(2)・(iv)の特徴に対応するものである。

(4) このような国法理論上の「分離シェーマ」そのものも一般的な問題点は色々あるとしても⁽²¹⁾、少なくとも憲法における親の教育権に関する問題については、Böckenförde の所説が現代のドイツでも実践的、学説的な意義を有していることは上述のとおりである。

むすび

1 Böckenförde の所説のわが国における意義

(1) 以上、Essener Gespräche での憲法における親の教育権を中心としたBöckenförde の報告内容や質疑応答、さらには彼の所説のドイツにおける実践的、学説的意義等を縷々検討してきた。そこでの彼の所説は、その議論の広さや深さの点でも極めて緻密であり、十分な説得力を有するものである。しかし、彼の所説があくまでもドイツの基本法を前提としたものである以上、そしてドイツ固有の歴史や政治的、社会的事情のもとでの議論である以上、彼の見解がわが国においても当然通用するとはいえるものではない。

しかし、憲法における親の教育権についての理論的側面については、わが国においても彼の所説は大いに参考になるものがあると思われる。このことは、とくに次の点においてである。

(2) わが国の憲法では、「家族」に関しては24条2項の規定がある。しかし、「家族」そのものの内容規定はなされていない。まして、「親」と「子ども」の関係に関する規定も存在しない。もっぱら、夫と妻それぞれの個

人の尊厳と両性の本質的平等を要請することが中心とされている。

このようなわが国の憲法における家族、とくに「親」と「子ども」の関係を理論的に考える上で、Böckenfördeの所説は大いに注目に値する。例えば、彼が親の権利の基礎について、それを「親の利益や人格の発展ではなく、子どもの利益や人格の自由な発展」に求めている点（テーゼ・10）である。また、親の権利の法的拘束性や限界を、「親の権利は、自己本位のものではなく、子どもの自由な発展や人格の発展のために存する」ことに求めている点（テーゼ・11）である。このような彼の所説は、「子どもは天からの授かりもの」というわが国古来の伝統的考え方よりも、「子どもは天からの預かりもの」という信託的な考え方に馴染むものといえる。

ちなみに、わが国の憲法がその13条1項で、「個人の尊重」をあげていることからすれば、「子ども」もその人格の主体として尊重されるべきことはいままでもあるまい。

(3) なお、もし万一、わが国の憲法において、「親の権利」なるもののかつてのドイツの民法における「親権 (Elterliche Gewalt)」と同義で理解することがあるとすれば、それに対する異議をBöckenfördeの所説が十分に示していることはいまでもない。彼からすれば、子どもは親の権利の客体ではないのである⁽²²⁾。

ちなみに、わが国の民法上の「親権」については、その解釈がいろいろとなされているが、もし、かつてのドイツの民法における「親権 (Elterliche Gewalt)」概念と同様の理解が現在でも万一存在しているならば、そのような理解は違憲ではないのかという問題が生じうる。というのも、わが国の憲法では明文はないものの、「親の権利」を憲法上Böckenfördeの所説のように理解するならば、「親権 (Elterliche Gewalt)」という概念はそれと相反するものだからである。

2 今後の検討課題

本件の Essener Gespräche のテーマと関連したものとしては、宗教に関する親の教育権と国家の教育権の関係も重要なものの一つである。この点についての連邦憲法裁判所の決定としては、1979年のいわゆる「学校祈祷事件」⁽²³⁾および1995年のいわゆる「十字架事件」⁽²⁴⁾等が著名である。しかし、1979年の Essener Gespräche の Böckenförde の報告では、後者の事件は時期的に不可能だとしても、前者の事件については触れられて当然であったにも拘らず何ら言及はなされていないし、討論の対象にもされていない。その理由として考えられるのは、「学校祈祷事件」については、Böckenförde は別の機会に早くから批判的見解を公表している⁽²⁵⁾、彼の見解は周知の事実であったことがあげられよう。

ちなみに、後者の事件については、Böckenförde は、後に言及する機会をもっている⁽²⁶⁾。

本稿でも、これらの事件に対する Böckenförde の見解を詳細に検討すべきところ、残念ながら時間の関係でその余裕がなかった。他日を期したい。

注

- (1) (i) ドイツに関しては、以下のとおりである。
 - ・「両親による子どもの争奪と子どもの福祉」(自治研究78巻第4号 平成14年)
 - ・「子どもの出生氏における複合氏の排斥」(自治研究79巻第4号 平成15年)
 - ・「国籍の異なる両親と子どもの国籍」(『ドイツの憲法判例(第2版)』) 信山社 平成15年
- (ii) オーストリアに関しては、以下のとおりである。
 - ・「憲法における家族—オーストリアにおける Inze 事件を素材として—」『未来志向の憲法論』所収 信山社 2001年
 - ・「憲法における家族—オーストリアにおける離婚後の子どもの世話の問題について—」(法学新報 第103巻第3号 『清水 陸先生退職

記念論文集』所収 2001年)

- ・「憲法における家族—オーストリアにおける子どもの宗教教育の問題について—」『日独憲法学の創造力 上巻』（栗城寿夫先生古稀記念論集）所収 信山社 2003年
- (2) E.-W. Böckenförde, Elternrecht —Recht des Kindes— Recht des Staates. Zur Theorie des verfassungsrechtlichen Elternrechts und seiner Auswirkung auf Erziehung und Schule. in: J. Krautscheidt und H. Marré (Hrsg.) ESSENER GESPRÄCHE zum Thema STAAT UND KIRCHE, 14. 1980, S.54ff.
- (3) 本稿では、この E.-W. Böckenförde の所説全体についての紹介や理論的検討等、わが国における先行業績について、何ら触れるところがなかった。手元の資料では見当たらなかったからである。もし、先行業績が存在していたのなら、その見落としについてお詫びしなければならない。なお、部分的な紹介（文献注）については、後掲注（7）を参照。
- (4) 以下の紹介は、ドイツ連邦憲法裁判所の当該判決の Pressemitteilung に依拠している。
- (5) ここでの「子ども（Kind）」の定義について、Böckenförde はとくに明確にしていない。一般的には、広義では、満18歳未満の未成年（Minderjährige）として、狭義では、満13歳以下のいわゆる Kinder として理解されているものである。
- (6) Böckenförde, a.a.O., S.94ff.
- (7) 本決定について紹介・解説するものとして、西原博史「学校における性教育の許容性と親・子どもの基本権」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』信山社、1996年、193頁以下参照。
- (8) Böckenförde, a.a.O., S.74.
- (9) Böckenförde, a.a.O., S.82.
- (10) Vgl. Dietrich V.Simon, Die Reform des Rechts der elterlichen Sorge in: ESSENER GESPRÄCHE Zum Thema STAAT UND KIRCHE, 14. 1980, S.128.
- (11) Deutsches Institut für Jugendhilfe und Familienrecht e.V. (Hrsg.), Schutz und Hilfe bei Kindeswohlgefährdung, Saarbrücken Memorandum, S.48ff.
- (12) 15版については、邦訳が存在する。永田秀樹・松本和彦・倉田原志（訳）『現代ドイツ基本権』法律文化社、2001
- (13) H.Lecheler, FamRz 1980, Heft 9/10, S.954
- (14) Vgl. F.Ossenbühl, DÖV, 1977, S.808
- (15) Böckenförde, a.a.O., S.83, Fußnote.125.

- (16) F. Ossenbühl, Das elterliche Erziehungsrecht im Sinne des Grundgesetzes, 1981, S.104, Anm.32.
- (17) Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit, Suhrkamp, 1991, S.219f. ちなみに、この論文は、1976年にすでに発表されたものである。この論文については、次の邦訳がある。E.-W. バッケンフェルデ著／初宿正典編訳『現代国家と憲法・自由・民主制』風行社、1999、69頁以下。
- (18) 上掲、『現代国家と憲法・自由・民主制』風行社、1999、414頁、参照。
- (19) 栗城壽夫「ドイツにおける『国家と社会の分離』をめぐる議論について」『社会科学の方法』御茶の水書房、1980、12月号10頁以下。
- (20) 栗城・上掲、13頁以下。
- (21) 栗城・上掲、15頁。
- (22) Böckenförde, Essener Gespräche, S.61f.
- (23) 清水 望「信教の自由と国家の宗教的中立性」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』信山社、2003年、132頁以下、参照。
- (24) 石村 修「公立学校における磔刑像(十字架)」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』信山社、1999年、98頁以下、参照。
- (25) Böckenförde, Religionsfreiheit und öffentliches Schulgebet. Eine Auseinandersetzung mit dem Urteil des Hess.staatsgerichtshofs vom 27.10.1965. in: DÖV 1966, Heft 1-2, S.30ff.; Vorläufige Bilanz im Streit um das Schulgebet. Zum Urteil des BVerwG v. 30.11.1973. in: DÖV 1974, Heft 8, S.253ff.; Zum Ende des Schulgebetsstreits. Stellungnahme zum Beschluß des BVerfG vom 16.10.1979. in: DÖV 1980, Heft 9, S.323 ff.
- (26) Böckenförde, Staat und Religion in: VVDStRL Heft 59 (2000) S.318.