

公法判例研究(一)

村西, 良太
九州大学大学院法学府

<https://doi.org/10.15017/3904>

出版情報 : 法政研究. 71 (2), pp.249-263, 2004-10-12. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

公法判例研究 (一)

九州公法判例研究会

ドイツ語正書方改革の基本法適合性が争われた事例

一九九八年七月一四日ドイツ連邦憲法裁判所第一法廷判決、連邦憲法裁判所判例集第九八卷二一八頁以下、

BVerfGE98, 218, Urteil vom 14. Juli 1998.

村西良太

ここに紹介する判決は、ドイツにおける所謂「正書方改革」(Rechtschreibreform)の基本法適合性を巡って、争われた事例である。一九九八年夏の判決であることを考えると、些か新鮮味を欠く憾みは残るが、筆者が関心を向ける権力分立論(或いは、法律の留保理論)を検するに際して、本判決のもつ意義は今なお薄れるものでない。本稿では、本判決が言及した種々の論点のうち、とくに議会と政

府の連関を巡る説示に焦点を絞って、検討を加えたい。

【事実の概要】

一 本件事実の紹介に先立って、「正書方改革」とは何か、一言添えておこう。「正書方」とは、ドイツ語正統表記に関する規律の総括概念である。²⁾古くは一八世紀より議論が生じ、爾来情報伝達の利便性をも考慮に入れて、改訂が繰り返されてきた。本判決に関わりのある動きは、以下のとおりである。

一九九四年一月二二〜二四日 ウィーン正書方会議で、従来の正書方の再改訂を決議。

一九九五年一月三〇〜二月一日 ドイツ各州文部長官会議(Kultusministerkonferenz)を開催。一九九八年八月一日から、新たな正書方に基づき学校の授業を行うことと合意。

一九九五年十二月一四日 ドイツ各州政府首相が、これに同意。

一九九六年四月一七日 ドイツ連邦政府も、これに同意。

一九九六年七月一日 ドイツ・オーストリア・スイスその他、ドイツ語使用圏諸国が、ドイツ語正書方の新たな規律に関するウィーン共同宣言(Wiener Absichtserklärung)

rung) に調印。

二 本件正書方改革は、一方で多くの批判に晒されることになった。シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州では、一九九六年の十一月五日に、同州の教育・学問・研究および文化省(以下便宜上、文部省と記す)が、以下のような告示(Runderlaß)を行った。すなわち、一九九八年八月一日から二〇〇五年七月三日の間、同州の学校においては、前記新たな正書方によって授業を行うこと、また一九九八年七月三日までの移行期間において、既に新正書方を優先的に採用することが、そこに定められていた。

この新たな正書方規律に対して、同州において基礎学校に在籍する二人の子どもをもつ親が反発し、これに基づく授業に対して、本案訴訟と差止訴訟を提起した。しかしながら、同州の行政裁判所(九七年三月一二日)および上級行政裁判所(九七年八月一三日)は、「自らの子どもが新たな正書方に基づく授業をされない権利」を認めず、これを斥けた。そのため、これらの判決に対して憲法異議に及んだのが、本件事例である。そこで展開された主張は多岐に亙るが、概ね次のように纏めることが許されよう。

① 正書方改革には、特別な立法が必要であるところ、それを欠いている。

② したがって、新たな正書方による授業は憲法違反であり、また本件正書方改革はその内容に鑑み、比例適合性を欠く(unverhältnismäßig)ものであるところ、これを誤認した各判決は、基本法一条一項と結びつき同二条一項によって保障される一般的人格権を、侵害するものである。

③ 各判決は、学校の教育任務を決定するに際して、基本法六条二項一文より導かれる、両親の教育権の意義を、正しく理解していない。

ここで、①の主張を敷衍しておこう。基本法における法治国原理および民主主義原理が、立法者に、すべての「本質的決定」を自ら下すよう義務づけるものと解されていることは、今や周知の事柄であろう。異議申し立て人によれば、学校教育への新たな書方の導入は、右本質的決定に中るといふ。すなわち、いかなる書方にもとづいて授業を実施するかということは、教育政策ならびに学校教育の原則に関わる重大事であるところ、新たな書方の採用は、文語を幅広く習得させるという従来の教育目標を、放棄することにもなる、との主張を展開したのである(S.234ff.)。

他方、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の側は、次のように反論した。つまり、新たな正書方か、従来のそれか、いずれを用いて授業を行うかは、生徒やその親にとって、

さほど重要なテーマではないから、学校領域における正書方改革の導入 (Umsetzung) に、法律は不要だというのである (S.238.)。

三 一九九八年三月一二日に口頭弁論を終え、判決を待つのみとなった同年七月六日に、異議申し立て人は、本件異議を取り下げた。しかしながら、連邦憲法裁判所は、この取り下げを無効として、判決を下すに至った。³⁾

【判旨】 憲法異議には理由がない。

一 親の教育権侵害について

「攻撃対象となった判決は、基本法六条二項一文にもとづく異議申し立て人の基本権を、侵害するものではない」(S.244.)。

(一) 親の教育権と学校の教育任務について

両親は、他の教育機関に優位して、自己の考えに沿って子どもの教育を為す権利および義務を有するが、さりとて基本法六条二項一文は、両親に独占的な教育権を付与するものではない。学校教育の場面では、両親の教育権と学校の教育任務が衝突するが、後者が前者に従属するのではなく、両者は同格の関係にある。子どもが就学する場合、子どもの教育は、両親と学校の共同任務なのである。した

がって、両者を調和させるために、それぞれ一定程度縮減させることは、立法者に課せられた不可欠の任務である (S.244f.)。

(二) いかなる場合に親の教育権侵害が認められるか

このことに鑑みて、異議申し立て人の有する親の教育権が、侵害されたとはいえない。基本法は、言語学もしくは教育学の観点から、いかなる書方が用いられるべきかという点について、規定を置くものでないから、正書方改革の当否を憲法の尺度で判定することはできない。したがって、学校教育における正書方の変更によって、両親の教育権が侵害されるのは、一定の場合に限られよう。それは「国家が一般的に、もしくはいかなる場合においても、形成的な (gestaltend) 観点から正書方を規律することが許されない場合、そうした規律が原則的に許容されるためには、特別法による根拠が必要な場合、或いはその改革が、当事者の基本権を過度に侵害する場合」である。本件はそのいずれにも該当しない (S.245f.)。

(三) 「特別法による根拠」の要否について

上級行政裁判所が、シュレスヴィヒ・ホルシュタイン州の現行の学校法につき、とりわけその四条と一一條を、州の学校に正書方改革を導入するための根拠として十分であ

ると判示したことは、異議の対象となり得ない (S.250f.)。 (i) 法律の留保原則とは何か

右原則は、「一定の基本的な領域において、国家の活動が、形式的法律によって正統化されることを求めるものである。立法者は、すべての本質的な決定を自ら下すよう義務づけられ、他の規範定立者に委ねることを許されない。この原則によって、いつ議会の立法者による規律が必要となるかは、その時々的事实領域 (Sachbereich) および当該規律対象の特性にのみ鑑みて、判断される。その場合、憲法上の価値基準は、基本法の根本原理、とりわけそこで保障された基本権から取り出されなければならない。したがって、基本権に関連した領域において本質的とは、通常「基本権の実現にとって本質的」ということを意味する」。逆に、ある問題が政治的な争点となっているという事実、それ自体をもって本質的と判断されることにはならない。

「さらに、基本法二〇条二項に原則として規定される、組織面・機能面での権力の区別および分離は、国家の諸決定が可能なかぎり適正に、すなわち決定を為すにつき、組織・構成・機能・活動方式に鑑み、最高前提条件を有している機関によって下されることを目指すものである、ということもまた顧慮されなければならない。かかる目的は、

包括的な議会留保という形式での権力一元主義によって、効力を奪われてはならない」(傍線・引用者)。

法律の留保は、学校制度の領域にも適用されなければならない。議会の立法者による規律の要否およびその範囲は、一般に当該措置によって基本権が侵害される強度によって決せられる (S.251f.)。

(ii) 親権行使にとっての本質性

新たな正書方にもとづく授業の実施は、親権の行使にとって本質的な意義を有するものでない。本件正書方改革が齎す変更が、量的にも質的にも僅少なものであること、新たな正書方規律によって、ドイツ語正統表記の習得が容易になると認められること、また文字を介した意思疎通が損なわれるほどの影響はほとんどないことについては、異議申し立て人も否認していない。加えて、少なくとも二〇〇五年七月までは、従来の書方も誤りとされるのではなく、単に旧式のものとして認識されるにすぎないから、親権が新たな書方によって侵害されることにはならない。さらに、新しい正書方規律には、質と量の両面で、新たな大綱的学習目標 (Groblernziele) の定立に匹敵するほどの重要性を認め難く、親権にとって本質的とは言えないから、そのために特別な規律が要求されることはない。上記判断は、

「専門的知識を有することや、学校実務に近いことが、文部行政に、正書方改革の不可欠性、内容、範囲および実施時期に関する決定につき適格性を与えている、ということをも顧慮したものである」。新たな正書方導入の要否といった、教育学上・言語学上・学校実務上の問題は、州議会よりも所轄の専門行政の方に適しており、それゆえに従来ほとんど独占的に、執行権に委ねられてきたのである(S.252ff.)。

(iii) 生徒の基本権行使にとっての本質性

「新しい規律にもとづく正書方授業の実施は、当該生徒の基本権行使にとつても、そのために議会の指導的決定がもたらされなければならないという意味で、本質的とは言えない」。子どもは、基本法二条一項により、自らの素質や能力を発展させる権利を有し、右条項が同一条一項と結びつくことで、国家による授業内容の決定に際して、その人格権を考慮するよう要請することができると解される。これもまた、基本法七条一項にもとづく国家の教育任務と緊張関係に立ち、その衡量は立法者に委ねられる。シュレスイヒ・ホルシュタイン州の立法者は、学校法において、かかる任務を既に十分果たしている(S.256ff.)。

(iv) 第三者の基本権行使にとっての本質性

学校領域における正書方改革の導入は、第三者の基本権行使を顧慮しても、結局のところ、本質性を獲得できない。出版社やその他の企業にとつて、本件改革による経済的な効果が及ぶとしても、基本法一二条一項による職業選択の自由、ならびに同二条一項によって保障された経済活動の自由は、共に侵害されない。本件正書方規律は、職業活動に反射効を及ぼすにとどまり、それを規制するものとは言えないからである(S.258f.)。

二 一般的自由権もしくは一般的人格権の侵害について

「攻撃された判決は、法治国原理および基本法一条一項と結びついて、同二条一項にもとづく異議申し立て人の基本権にも、抵触するものでない」。州の告示にもとづくドイツ語正書方の新たな規律によって、基本法二条一項の一般的自由権、もしくは同一条一項と結びついた同二条一項の一般的人格権が、侵害されることはないのである(S.261f.)。

三 法律上の審問を求める権利の侵害について

「最後に、異議申し立て人の、法律上の審問を求める権利もまた、侵害されていない」。基本法一〇三条一項は、裁判所に、自らの判決を規定することとなる法解釈を、訴

訟関係者に前もって提示することまで義務づけるものでない。たとえ法的状況が論点となり、問題を孕んでいても、訴訟関係者は、原則として、すべての主張可能な法的視点を自ら考慮し、意見を述べなければならぬのである（S. 263f.）。

【評釈】

一 本判決の位置づけ

本判決は、所謂「本質性理論」に依拠して、正書方改革における立法の要否を判断している。そこで、まず初めに、本質性理論とそれを巡る議論に焦点を当て、本判決の位置づけを考えたい。

(一) 本質性理論の特色

本質性理論とは、本質的な決定はすべて、議会が自ら下さねばならず、行政に委ねてはならない、とする理論を指す。その特色として、以下の四点が挙げられる。⁶ ①留保事項が、自由および財産への侵害を越えて、拡大したこと。

②基本的政策決定、基本計画、行政組織の骨格を、議会が法定すべきとの要請を含むこと。③立法者が、行政に委ねることなく、自ら決定しなければならぬ事項は何か、という「議会留保」の理論を基礎としていること。④議会制

民主主義の理論、すなわち立法手続とその公開性が強調されること。

(二) 学校教育を巡る本質性理論

この理論は、とりわけ学校教育を巡る判決（連邦憲法裁判所および連邦行政裁判所）を通じて、発展を続けてきた。⁷ よく知られた事例としては、一九七七年の「性教育決定」が挙げられよう。そこでは、性教育の導入を行政に委ねた法律の、基本法適合性が争われた。連邦憲法裁判所は、右法律が、性教育の導入に係る決定を、学校官庁に委ねるかぎりで無効と判示している。つまり、かかる決定が「本質的」であることを認めたのである。⁸ この他に、教育内容に関わる判決として、一九八二年の「必修外国語判決」がある。連邦行政裁判所は、指導学年における必修外国語の規定は、基本法六条二項一文にもとづく両親の基本権実現にとって本質的である、との判断を示した。⁹ 粗雑な分析は避けねばならないが、教育内容に関する事項は、各人の信条もしくは世界観との密接度如何にかかわらず、本質性が肯認されてきたと論結し得るであろう。¹⁰ さて、正書方改革判決に立ち返ろう。学校の授業に正書方を持ち込む場面で、法律の留保論が問われた本判決は、従来の判例といかなる関係に立つと解するべきであろうか。

(三) 本質性理論の変容?

本判決は、学校教育の場面において、法律の留保理論が争われたという点で、右に紹介した判決と共通している。加えて、たとえば進級や退学処分、或いは入学試験といった学校制度に係る措置ではなく、教育の内容に関わる措置を巡って、法的根拠の必要性が問われている点で、その類似性は一層顕著であるように思われる。そうしたことを念頭に置いて、本判決を従来のそれと比較してみよう。むろん、本質性理論は、法律の根拠を求める指標が不明確であるとの批判に晒されつつも、今日なお判例および学説の両面で、指導的な地位を保持している。本判決も、確かに本質性理論そのものは踏襲しているから、一見すると、従来の判決の延長線上にあると考えることができそうである。しかしながら、異なった分析も可能であろう。なぜなら、従来、教育内容に関わる事項に、広く本質性が認められたのに対して、本件においては、まったく逆の結論が提示されているからである。すなわち、学校の授業に新たな正書方を導入する決定は、「本質的な」措置とは認められなかったのである。それゆえ、本判決には、むしろ次のような位置づけを与えるべきではなからうか。「結局のところ、教育政策を巡る『闘争時代』(Kampfzeiten)に生起し、

強度に拡大された本質性理論を、ふたたび基本権侵害の現実の核心領域(Kernbereich)に取り戻す兆候が、注目されなければならない。有意義に行使される(むろん厳格に民主的正統性の鎖につながれている)行政(Verwaltung)に、諸決定の裁量および大権が認められねばならない⁽¹¹⁾。すなわち、「本質性」の枠が、本判決において縮減を経験した、少なくとも、その「兆候」が認められる、と言うのである。かかる変容はいかにして生じたのか。その背景を、次の検討課題としよう。

二 権力分立論の展開

上に見た本質性理論の変容は、いかにして生じたのか。この問題を解く鍵は、前記「判旨」の傍線部にある。法律の留保論については、「本質性」なる枠の広狭に関心が集中する傾向にある。しかしながら、その幅を根底において規定しているのは、権力分立論なのではないか、と筆者は考えている。

(一) 国家任務の「適正な」遂行

「判旨」の傍線部に示された権力分立論の理解は、以下の二点で興味深い。第一に、権力分立制の目的が、国家任務の「適正な」遂行にあることを明示している点である。より具体的に言えば、各種の国家作用が、その性質に鑑み、

それを実行するのに最も適した人的・物的要素を備えた機関に配分されることを、権力分立原理の要請として捉えているのである。かかる理解は、学校の授業が依拠すべき正書方の決定には、高度の専門性ならびに学校教育の実務を踏まえた判断が求められるとして、文部行政にその適性を認める判示に結実していよう（判旨一（三）(ii)を参照のこと）。第二に、第一の事項と関連するのだが、「包括的な議会留保」を否定している点にも、注目されたい。議会制民主主義の原理は、当該任務に対する適性を度外視して、ともかくすべての決定を議会に委ねるといふ解決に流れることが多い。しかしながら、かかる民主主義の理解は、時として、先のように理解された権力分立制の目的に背馳することを、示唆しているのである。

（二）源流

こうした権力分立論の理解は、一九八四年一月一八日の連邦憲法裁判所判決を、そのまま引用して書かれている。これは、概略のみ述べれば、連邦政府が、北大西洋条約機構（NATO）のミサイル配備に対して、議会の同意を得る前に、これを容認する旨表明したことにつき、緑の党が機関訴訟を提起した事例である。すなわち、特別法による授權もないまま為された、政府の前記容認表明は、基本法

二四条一項および五九条二項一文にもとづく連邦議会の立法権を侵害するか否か、が争われたのである。これに対して、連邦憲法裁判所は、基本法五九条二項一文は、権力分立原理を規定した同二〇条二項に照らして解釈されなければならないと述べ、件の判示に及んだ¹²⁾。果たして、外交権は政府に帰属する、と論結されることになった。外交領域にあつては、変転する国際情勢を見極めた迅速な対応が求められる、ということがその論拠となつている。また、ここで取り上げた判示の中で、包括的な議会留保を否定した部分については、ミサイル配備判決よりさらに遡つて、一九七八年の連邦憲法裁判所決定に淵源する。ノルトライン・ヴェストファーレン州の原子力発電所設置許可に端を発して、右許可の根拠法の基本法適合性が問われた著名な事例である。この決定には、次のような言及があつた。基本法下における権力分立秩序は、「民主主義原理から誤つて導き出される、すべてを包括する議会留保という形式での権力一元主義によつて、効力を奪われては（unterlaufen）ならない。もつぱら議会の構成員だけが直接国民によつて選出されているという事情から、他の機関・機能が民主的正統性を欠くという結論にはならない¹³⁾」。この時点で、未だ「適正な」決定なる説示は見られないけれど

も、その基礎は既に準備されていたと言えよう。

(三) 現代的権力分立論の地平へ

一九八〇年前後の二つの判決において提示された権力分立論は、この時期に突如現出したものではなく、従来、「機能法的な」理解として継受されてきたものであった。⁽¹⁴⁾ たとえば、コンラート・ヘッセ教授は、権力分立制が、個々の権力の「構成」(Konstituierung)を目的とする積極的な原理であることを前提に、機関構造に適した機能配分の重要性を説いてきた。⁽¹⁵⁾ 国家任務の「適正な」遂行という判示は、彼の見解とまったく重なるものである。他方、包括的な議会留保の否定は、たとえばベッケンフェルデ教授の年来の所説に符合するものである。同教授は、民主的な立憲主義国家にあつては、すべての国家機能が国民に淵源するものと解されるから、民主的正統性において立法権が優位するという、立憲君主制時代の前提は、維持され得ないと古くから主張していた。⁽¹⁶⁾

このような事情を考慮に入れるならば、「適正な」決定を目指す制度原理として権力分立制を捉える理解は、長い歴史を有しているように見える。しかしながら、判例理論として観察すれば、こうした二つの判決は、権力分立論の大きな転換点になったと言つてよい。その理由は、以前の

判決と較べるとき、自ら分明となるであろう。たとえば、

一九五七年の連邦憲法裁判所判決には、次のような説示が見られる。「権力分立の原理によれば、基本法二〇条二項に規定されているように、国家権力は立法、執行権、および裁判といった個別の諸機関によって行使される。むしろこの原則は、厳格には貫徹されない。基本法は、数多の権力交差および権力の均衡形成を含んでいる。⁽¹⁷⁾ 権力の交差が随所に見られ、権力の均衡形成が行われることを理由に、権力分立原則は貫徹されることを得ないという。かかる説示から、次のことが浮かび上がる。すなわち、従前の権力分立論は、権力の集中を回避すること、換言すれば、諸権力を厳格に分離することを目的とした、消極的な原理として捉えられた。国民に最も近接した議会に、可能なかぎり広範な決定を独占させて、そこから政府を切り離すことが、権力分立制のあるべき姿と見なされたのである。それに対して、新たな権力分立論は、国家任務の「適正な」遂行のために、諸権力の協働関係を構築することを目的とした、積極的な原理として迎えられている。つまり、議会と政府が異なった機関構造を有していることに着目し、当該決定の性質に即して機能を配分することによって、国家作用を全体として適正に遂行することが、権力分立制の制度趣旨

と解されたのである。以上のように、一九八〇年前後に登場した二つの判決は、権力分立制の目的をいかに理解するかという点で、大きな転換点を形成しているのである。¹⁸⁾

三 現代的権力分立論と本質性理論

本件正書方改革を巡る判決は、権力分立制の新しい理解が、外交権という特殊な領域に限定された理論としてではなく、広く定着している現実を、示唆するものである。本稿にて詳述する余裕はないけれども、筆者は、右に紹介した権力分立論の変容を、肯定的に受け止めている。¹⁹⁾最後に、こうした現代的権力分立論が、本質性理論にいかなる影響を齎すかを確認した上で、本判決を吟味したい。

(一) 「本質的」事項の縮減

先に、権力分立制の理解が、「本質性」なる枠の幅を規定すると書いた。そのことの意味を、再び確認してから、判決の評価に入りたい。既に少し触れたように、従来の権力分立論は、議会の民主的正統性を高く評価し、可能なかぎり広範な決定を議会に委ねることで、政府の行動を抑制しようとした。その結果、「本質的」と認められる国家作用の範疇は、きわめて広いものとなった。当該措置につき、基本権の「侵害」に該当するか否かを越えて、「基本権の実現にとって本質的」であるか否かが問われ、また、

一般社会に広く影響を及ぼす重要な決定は、議会における開かれた意思形成過程を経て下されるべきことが、強調されたのである。²⁰⁾ それに対して、現代的権力分立論は、議会であれ政府であれ、それぞれの機関構造に適した機能の配分を重視している。したがって、以前と較べると、「本質的」事項とされる領域が、些かならず縮減することになった。すなわち、当該措置の基本権との連関、場合によっては、基本権の侵害性が、以前より厳格に審査されるようになったと思われるのである。²¹⁾ むろん、議会の民主的正統性を軽視ないし無視するようになった、というわけではないことに、注意が必要である。議会に適した数多の決定が、議会に委ねられることに、何の変化もない。要は、基本権との関わりが希薄であると同時に、高度の専門性が要求される決定については、政府に委ねられるべきことが確認され、結果として、「本質性」の枠が縮減を経験したということである。尤も、以上述べたような分析が、本件正書方改革判決を越えて、現代の一般的傾向と認められ得るものかどうかは、今後の判決の展開を見て判断されるべきであろう。²²⁾

(二) 正書方改革の基本権侵害性

かかる本質性理論の変容が、本判決において認められる

としても、正書方改革が基本権といかに密接に関わるかという問題は、消失することがない。むしろ、この点が厳格に審査されることは、先に述べたとおりである。これについては、次の二つの立場が、対立を見せている。一つは、正書方改革は、単なる技術的な変更にすぎない、という見解である。⁽²³⁾ すなわち、一定の価値を伴った教育内容に関する決定ではなく、また教育目標そのものを大幅に改定する取り組みでもなく、単なる書方技術の問題に留まる、との主張である。このように考える場合、生徒やその両親の基本権実現との連関は、ほとんど認められないことになるから、本件改革は本質的措置と評価されることはない。したがって、学校の授業に新たな正書方を導入するにあたって、法律の根拠は不要であるとの結論が導き出される。もう一つは、正書方改革を、とりわけ生徒の一般的人格権を侵害する所作、と捉える見解である。⁽²⁴⁾ すなわち、学校の授業を新たな正書方に依拠して実施することによって、生徒は従来と異なる正書方を学ぶことになり、一般的人格権の一内容たる「言語の不可侵性」(Integrität)を侵害されるという主張である。かかる見解に立てば、本件改革は、「本質的」と評価されることになるから、学校の授業に新たな正書方を導入するに際して、特別の法的根拠が必要であると

の結論が、提示されることになる。本判決は、基本的に前者の見解に立つものと評することができよう。⁽²⁵⁾

(三) 判決の評価

本稿では、議会と政府の関係、具体的には本質性理論に焦点を絞って、検討を行ってきた。この点につき、筆者は、本判決を支持したいと考える。すなわち、本件正書方改革の学校授業における実施を、本質的措置として認めなかった判断は、法律の留保理論としては、妥当であったと思料する。既述のように、権力分立原理が、「適正な」決定を実現するための仕組みと捉えられるのに伴って、法律による留保領域の拡大は抑えられることになった。当該措置と基本権実現との連関が、厳しく問われることになったのである。そうした流れの中で、本件正書方改革を考えるならば、特別法による根拠の必要性が否定されるのは、自然な結論と言うべきであろう。

尤も、正書方の改革を、単なる書き方の問題として割り切るのは、困難であろう。文字の読み書きは、他者とのコミュニケーションにとって不可欠であり、また知識の獲得および伝達と深い関わりをもつ。さらに、判決は本件改革の範囲が狭小なものに留まると認めしたが、たとえばそうであっても、言語は自然に発達・変遷するものであって、国

家が人為的に改定すべき事柄には属さないと主張にも、確かに聞くべきものがある。⁽²⁶⁾

しかしながら、こうした問題と、本件改革に際しての法的根拠の要否とは、分けて考察すべきではないか。法律の留保という地平で、本件改革が基本法に反することを争う場合には、それが法的根拠を要するほど、基本権の実現にとって「本質的」であることが、十分説得的に立証されねばならない。特定の世界観もしくは倫理的意義を秘めた措置であるならばともかく、本件改革において、生徒や親の基本権侵害を認めるのは困難であろう。また親の教育権について、判決にもあるように、特定の書方の採用を求める権利までこれに含まれると解することはできないから、その点でも「本質性」を認めるには及ばない。実際に、異議申し立て人は、正書方改革の不当性を訴えるに留まり、その「基本権」侵害性の立証には成功していないと言わざるを得ない。

本件正書方改革は、広く理解を得るには至らず、今なお不満の声が絶えないと聞く。⁽²⁷⁾ そうした現実が示唆する問題は決して小さくないが、しかし法的根拠の必要性という観点について言えば、これを否定した判決は妥当なものであったと考える。

(1) 本判決の評釈は、既に公にされている。参照、斎藤一久「州による新正書法の導入に関する憲法異議が理由を欠くとして退けられた事例—ドイツ語正書法改革訴訟II」自治研究七六巻三号一二九頁以下(二〇〇〇)。

(2) Vgl. BVerfGE 98, 218 (219). 以下、文中に頁数のみ記載する場合は、本判例集を指すこととする。なお、「正書法」とされるのが一般的であるところ、「正書方」と記すのが適切であるとの指摘を、手島孝名誉教授より賜った。本稿では、始終この表記を用いることにしたい。本件改革による新たな正書方の概要については、在間進編『ドイツ語「新正書法」ガイドブック』(三修社、一九九七)によって、知ることができる。

(3) 異議の取り下げにつき、連邦憲法裁判所も原則的には承認しており、その場合に判決は下されない。しかしながら、憲法異議には、「客観的憲法」(objektive Verfassungsrecht)を保護する機能もまた期待されることに鑑み、例外的に取り下げが認められないことがある。興味深い論点ではあるが、ここでの詳述は控えたい。この点につき参照、根森健「独・奥の憲法裁判所とドイツ語正書法改革—一九九八年の二つの判例に即して」自治研究七六巻四号一三一—一三二頁(二〇〇〇)。

(4) 第一項および第三項を、紹介しておく。「①学校の任務は、各自の才能、能力および素質に応じた教育(Erziehung)・職業教育(Ausbildung)に対する子どもの権利、

子どもの学校教育に対する親の権利、ならびに、個々の生徒に相応の権利と義務を有する市民たる立場への自覚を促す国家の任務、によって決定される」。「③学校は子どもに、絶えず変化する世界の中で、充足した生活を送る能力を、取得させるものとする。学校は、私的生活・家族生活および公的生活の中で責任を引き受け、自己および他者のために活動する能力を与えるものとする」。

(5) 第一項は、次のように規定する。「①基礎学校は、就学義務があり、就学可能なほどに心身の発達した生徒に、基礎知識および基礎能力を与え、すべての生徒にとって共通の教育課程の中で、さまざまな才能を發展させるものとする」。

(6) 参照、大橋洋一＝毛利透「行政立法 憲法との対話」宇賀克也＝大橋洋一＝高橋滋編『対話で学ぶ行政法』四〇―四一頁〔大橋発言〕(有斐閣、二〇〇三)〔初出二〇〇一〕。

(7) 参照、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題―本質性理論(Wesentlichkeitstheorie)を中心として―」同『現代行政の行為形式論』一四頁以下(弘文堂、一九九三)〔初出一九八五〕。

(8) Vgl. BVerfGE 47, 46 (78f.)。邦語文献として参照、西原博史「学校における性教育の許容性と親・子どもの基本権―性教育決定―」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』二四二頁以下(信山社、二〇〇三)。な

お本件は、法律の根拠を欠いた性教育の導入を違憲であると考えた連邦行政裁判所が、連邦憲法裁判所に移送した事例である。連邦行政裁判所判決については、Vgl. BVerwGE 47, 194 (197)。

(6) Vgl. BVerwGE 64, 308 (312)。

(10) また教育内容を離れても、たとえば退学処分について、その要件・権限・手続原則等が本質的事項に該当する旨、一九八一年に判示されている。同じ決定が、落第に関しては、これを本質的措施と認めなかったことと併せて、付言しておく。参照、大橋・前掲書(7)二二頁。

(11) Friedrich Hufen, Verfassungsmäßigkeit der Rechtsschreibreform, Jus 1998, S.1155。

(12) BVerfGE 68, 1 (86)。

(13) BVerfGE 49, 89 (124f.)。邦語文献として参照、高田敏「高速増殖炉型原発の設置の許可と原子力法の合憲性―カルカー決定―」ドイツ憲法判例研究会編・前掲書(8)三六九頁以下。

(14) 参照、栗城壽夫「ドイツの権力分立―権力分立の機能的理解―」比較法研究五二号三四頁以下(一九九〇)。

(15) Vgl. Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl. 1995, S. 207ff.

(16) Vgl. Ernst-Wolfgang Böckenförde, Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung, 2. Aufl.

1998, S.78ff.

(17) BVerfGE 7, 183 (188).

(18) ドイツにおける判例および学説の展開を追う上で、多くの文献を参照したが、ここではその代表的なものを掲げよう。Vgl. Hans-Detlef Horn, Gewaltenteilige Demokratie, demokratische Gewaltenteilung Überlegungen zu einer Organisationsmaxime des Verfassungsstaates, AÖR 2002, S.437ff.

(19) ドイツにおける権力分立論の展開については、近く別稿を公表する予定である。

(20) Vgl. Wolfgang Kopke, Rechtschreibreform auf dem Erlaßwege?, JZ 1995, S.876ff.

(21) Vgl. Hartmut Bauer/Christoph Möllers, Die Rechtschreibreform vor dem Bundesverfassungsgerichts, JZ 1999, S.701f.

(22) 法律の留保論を巡る最近の事例として、二〇〇三年九月二四日の連邦憲法裁判所判決が挙げられる。イスラームのスカーフを、授業中にも着用したいとの意思を表示したため、そのことを理由に教職採用を拒否された女性が、憲法異議を提起した一件である。連邦憲法裁判所は法律の留保論を前面に掲げ、スカーフの着用を理由に教職の適性を否定した点につき、十分に明確な法律の根拠が欠けているとして、女性の異議を認めた。参照、渡辺康行「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』の意味」樋口陽一

ほか編『国家と自由』八四頁以下（日本評論社、二〇〇四）。現在のところ、右判決は、「留保事項の縮減」という本稿の分析を否定するものでないと、筆者は考えているが、ここでの即断は避けたい。

(23) Vgl. Jörg Menzel, Von Richtern und anderen Sprachexperten - Ist die Rechtschreibreform ein Verfassungsproblem?, NJW 1998, S.1183. 連邦憲法裁判所は、生徒にクラスの移動を命じる措置について、法律上の根拠を求めたことはないが、正書方改革は、それにも増して基本権侵害の程度が低い」と論じている。

(24) Vgl. Wolfgang Kopke, Die verfassungswidrige Rechtschreibreform, NJW 1996, S.1081ff.

(25) 判決は、本件改革の範囲が狭小なものとことごとくを強調しており、必ずしも正書方改革を、単なる書方技術の問題と割り切る立場ではないようにも読める。参照、斎藤・前掲論文(一)一三五頁。

(26) Vgl. Jörg Menzel, BVerfGE 98, 218 - Rechtschreibreform Zur Bedeutung des B in der Staatsaufgabenlehre unter dem Grundgesetz, in: ders.(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 2000, S.653.

(27) 本判決の後、住民投票において、本件改革に反対する声が過半を占めるなど紆余曲折があり、新たな正書方の導入は一九九九年の秋まで実現を見なかったようである。参照、根森・前掲論文(3)一三四頁。また、正書方改革それ

自体を論じたものではないが、この住民（州民）投票に題材を求める文献として、参照、新村とわ「州民立法と議会立法の競合―シュレースヴィヒ―ホルシュタイン州の州民投票事例の一考察―」東北法学第一九号一八六頁（二〇〇一）。