

## イスラームのスカーフ禁止問題 — ヘッセン州憲法裁判所判決 2007 年 12 月 10 日 —

手塚 和 男

### Problem des islamischen Kopftuchverbots — Urteil des Staatsgerichtshofs des Landes Hessen vom 10. 12. 2007 —

Kazuo TEZUKA

はじめに

I. バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所判決2008年3月14日

II. ヘッセン州憲法裁判所判決 2007 年 12 月 10 日 (以上第 60 巻)

III. 連邦行政裁判所判決 2008 年 6 月 25 日

おわりに (以上第 61 巻)

#### はじめに

ドイツにおける女性イスラーム教徒のスカーフをめぐる論議は、フェレシュタ・ルディン事件がひとつの鍵となっている。この事件は、当時のバーデン・ヴュルテンベルク州法律ではスカーフを禁止するに十分な法的根拠がないという連邦憲法裁判所判決 (2003 年 9 月 24 日) を引き出すことになり、その結果は、バーデン・ヴュルテンベルク州の学校法の改正法律によるスカーフ禁止をもたらすと同時に、その法律に基づくスカーフ禁止に関する連邦行政裁判所の判決では、憲法違反ではないということになった。この事件と並行して、いくつかの州でスカーフをめぐる裁判が提訴され、判決が下され、そのほとんどがスカーフを着用する女性の敗訴に終わっている。バーデン・ヴュルテンベルク州改正学校法 (2004 年 4 月 1 日公立学校教師・2006 年 2 月 14 日幼稚園教師) と同じような対応をした州は、全部で 8 州あり、ニーダーザクセン州 (2004 年 4 月 29 日)、ザールラント州 (2004 年 6 月 23 日)、ヘッセン州 (2004 年 10 月 18 日)、バイエルン州 (2004 年 11 月 23 日)、ベルリン州 (2005 年 1 月 27 日)、ブレーメン州 (2005 年 6 月 28 日)、ノルトライン・ヴェストファーレン州 (2006 年 6 月 13 日) である<sup>1</sup>。

フェレシュタ・ルディン事件の審理経過の中で明らかにされたもう一人のスカーフ着用 of 女性教師、ドーリス・グラバーは、1995 年からスカーフを着用していたが、彼女の訴えに対するシュトットガルト行政裁判所の一審判決については、別稿<sup>2</sup>で紹介した。その際、バーデン・ヴュルテンベルク州政府はバーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所に控訴し、その判決が 2008 年 3 月 14 日に下され、一審の平等違反の判決が棄却され、スカーフを着用しての授業は禁止されることになった。このマンハイム上級行政裁判所の判決についても、検討することにしよう (I)。グレイス・パトリシア・ケリー風スカーフとは、法律家によって名付けられたドーリス・グラバーのスカーフの形状をいっている<sup>3</sup>。さらに、最近、下されたスカーフ禁止に関連する 2 つの判決を見ることにする。一つは、ヘッセン州憲法裁判所判決で、合計 5 人の裁判官の少数意見・反対意見がついているものである。これはヘッセン州公務員法第 68 条第 2 項とヘッセン州学校法第 86 条第 3 項がヘッセン州憲法に違反しないかが争われた訴訟

である(Ⅱ)<sup>4</sup>。もう一つは、2008年6月26日に下された連邦行政裁判所第2部の判決であり、その判旨は、「授業中もスカーフを着用することを宗教上の理由から義務づけられていると考える女性教員試補(レフェレンダーリン)に、公立学校における教員養成への接近は、ただ宗教的・世界観的学校平穩の抽象的な危険を予防するためという理由だけで拒否され得ない」というものである(Ⅲ)<sup>5</sup>。

## I. 2008年3月14日のバーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所判決<sup>6</sup>

主文は、以下の通りである。

「判決主文

被告の控訴に基づいて、2006年7月7日のシュトゥットガルト行政裁判所の判決-18 K 3562/ 05-は、変更される。訴えは却下される。

原告は、第1審、第2審の訴訟費用を負担する。

上告は許されない。」

判決が出されてから4日後に、以下の報道発表<sup>7</sup>が出されている。以下の通りである。

『「スカーフ紛争」：学校における宗教により動機づけられた教師の衣服は、職務上の義務違反である。

日付 2008年3月18日

要約：女性教師は、学校で目に見えて宗教上の理由からスカーフを着用する場合に、学校法によって課せられた職務上の義務に違反する。スカーフなしに学校での職務を遂行するという学校当局のこのような命令は、それ故に、合法的である。このことは、当該女性教師が、長年にわたって生徒や両親から文句をつけられることなく学校においてこのようなスカーフを着用して勤務しており、終身公務員である場合でも当てはまる。このことをバーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所(VGH)の第4部が2008年3月14日の判決で決定した。

原告は、基礎・基幹学校の女性教師で、1984年にイスラーム教に改宗した。1995年以来、彼女は職務の間宗教によって動機づけられたスカーフを着用している。2004年12月にシュトゥットガルト上級教育庁は、原告に学校における職務をスカーフなしで遂行することを命じた。この命令は、平等取扱い原則に違反するという理由でシュトゥットガルト行政裁判所によって破棄された。州の控訴に基づいて、上級行政裁判所は訴えを棄却した。

スカーフの着用によって、女性教師は学校法によって彼女に課せられた義務、生徒及び両親に対する州の中立性と宗教的学校平穩を危険にさらすことに資する、学校においては宗教的な外的な表示をしないという義務に違反している。法律による禁止の基礎をなしている抽象的な危険にさらすという構成要件は、より高次の法、とりわけ基本法に違反しない。女性教師によるスカーフの着用が学校における上述の保護法益に対して具体的な危険を引き起こすかどうかは、重要ではない。バーデン・バーデン・リヒテンタールの公立基礎学校において、行政によって文句をつけられずに、修道女服を着て世俗的教科の授業をしている3人の修道女に対する場合によってはあり得る不平等取扱いを、原告は援用することができない。詳細に理由づけられた判決は、訴訟関係者には来週送達される。

上級行政裁判所は、その判決に対する上告を許さない。上告を認めないことは、文書による判決の送達後1ヶ月以内に連邦行政裁判所への抗告によって取り消されることができる(Az.: 4 S 516/07)。」

次に判旨<sup>8</sup>を掲げておこう。

「1. 学校法第38条第2項第1文において命じられた、学校における教師による宗教的な外的表示の禁止は、抽象的な危険の構成要件に結びつける。

2. 学校における女性教師によるイスラーム教のスカーフ又はそれに匹敵する被り物の着用は、学校の宗教的中立性及び宗教的学校平穩を抽象的な危険に陥れることになる。

3. これまで苦情を述べられないままの終身公務員に対する学校法第 38 条第 2 項第 1 文の行動命令の遵守義務の例外は、法律からは推測できないし憲法上も要求されていない。

4. 比例原則（基本法第 20 条第 3 項）は、終身の公務員関係にあり、これまで苦情を述べられなかった教師に対して、個別事例ごとの審査を規定しなければならず、学校における宗教上の外的な表示の禁止をただ具体的危険の予防のためのみ許すような、補完的な法律上の規定を要求しない。

5. 学校法第 38 条第 2 項第 3 文は、憲法適合的な解釈の場合に、キリスト教の信仰の表示の平等取扱い原則（基本法第 3 条第 1 項及び第 3 項）に反する優遇を含んでいない。

6. 学校法第 38 条第 2 項第 1 文の禁止規範を実施する場合の可能な平等違反の欠陥の場合ですら、その規定によって理由付けられた行動命令に反するような教師は、したがって学校において宗教により動機付けられたスカーフを着用してもよいことの請求権を有しない。<sup>9</sup>

以上のことから「バーデン・ヴュルテンベルク州は、修道女に修道服を着て授業をさせると同時に、スカーフを着用しているイスラーム教徒の女性教師に処分をする措置を執る<sup>10</sup>」ことになった。それゆえ、ドーリス・グラバーは今後スカーフなしで授業をしなければならないのである。「リヒテンタールの修道女達は、州議会において既に一つの役割を果たした。キリスト教民主同盟にとって修道女達に対して処置をとってはならないことが重要であった。したがって、法律には、キリスト教の文化価値及び伝統の表明が学校法と矛盾しないという条項が導入された。／しかし、既に一年後に連邦行政裁判所は、修道女服は単なる伝統ではなく、スカーフと同じく信仰の表明であるということを明確にした。／昨日、いまやバーデン・ヴュルテンベルク州は、契約上拘束されているという理由で、修道女達に対して処置をとることはできないと論拠を示した。リヒテンタールの修道院学校が国家の管理に移ったとき、ひとは修道会の教師はさらに授業をすることができるということを約束した。『契約は守られなければならない“pacta sunt servanda, Verträge sind einzuhalten”』と、州の代理人のヴィンフリート・クルートは語った。／上級行政裁判所は、その論証を受け入れるつもりである。『このような特別のケースからひとは恐らく体系的に平等違反の処置を結論することができない』と裁判長のゲオルク・シェフツィクは説明した。／ところで、しかし予想外に、シェフツィクは、58 歳の彼女は 30 年以上『苦情なしに』授業をしてきたのだから、ドーリス・グラバーに対する例外規定の可能性を活動させた。『これは既に極端なケースである』とシェフツィクは言った。／グラバーの弁護士、クヌート・シュナーベルは、州の代理人がしかしながら法的不安定に注意するように警告したという提案を歓迎した。判決は次の火曜日に公表される。<sup>11</sup>

判決理由についても見ることにしよう。第一審のシュトゥットガルト行政裁判所の判決では、平等命令違反が論じられていた<sup>12</sup>。被告のバーデン・ヴュルテンベルク州が裁判に求めたことは、2006 年 7 月 7 日のシュトゥットガルト行政裁判所の判決を変更し、訴えを却下することである<sup>13</sup>。州の主張は、以下の通りである。すなわち、

「判決は、正当にも、原告は高次の法と合致する学校法第 38 条第 2 項の規定に違反しているということから出発している。しかし、[バーデン・ヴュルテンベルク] 州の行政実務は基本法第 3 条第 1 項及び第 3 項、ヨーロッパ人権保護条約第 14 条の平等取扱い命令に違反するという、判決を支えている所論は誤りである。判決が体系正義 (Systemgerechtigkeit) という判断基準の特徴において平等原則違反を想定する限りで、平等原則のこのような変種がただ立法者にだけ適用される。国家の行為の体系違反は、そのうえ、まだ平等違反の結果になっていない。行政裁判所は、事態を十分には究明しておらず、

不当にもバーデン・バーデンにおいて授業をしている修道女のケースにおいて侵害した特別の正当化理由に取り組むことをしなかった。修道女服の着用は、学校法第38条第2項に違反しない。このことは規定の第3文から明らかになる。法律による異なる取扱いに対しては、修道女服はスカーフと違い、看護師の服装のように職業上動機づけられているのだから、客観的な根拠がある。そのうえ、学校法第38条第2項第3文の留保は、連邦憲法裁判所によっても受け入れられた〔バーデン・ヴュルテンベルク〕州憲法第12条及び第15条以下の目的設定を意識的に取り上げている。キリスト教及びヨーロッパの教育価値と文化価値または伝統の表明を許すという決定を、州の立法者は、事態を平等または不平等と評価する場合に、立法者の当然の権利である決定の裁量の余地の範囲内で処理した。連邦憲法裁判所は、スカーフ問題について下された判決の中でまさに議会の評価特権を強調したのであるが、行政裁判所は、許されないほど、比較するグループについての独自の評価を立法者の評価に代え、スカーフの着用と対照的にキリスト教の修道女服の着用を認めるといふ、成立史から明らかに認められる立法者の意思を不問に付した。行政裁判所は、その限りで、裁判所によって引用された2004年6月24日の連邦行政裁判所の判決の箇所を誤解し、不当にもその箇所を援用している。判決は、いまここで原告の平等基本権と対立しているであろう憲法上の地位——国家の中立性及び両親と生徒の基本権——との対決がまったくないことに気付かされる。行政裁判所はヨーロッパ人権保護条約をも誤って適用した。平等違反の行政実務という前提から出発したい場合でさえ、このことは想定された法的効果の責任を引き受けない。『違法に平等なし (keine Gleichheit im Unrecht)』という原則によれば、原告は、法律に反してスカーフの着用が彼女に許されるということ并要求できない。行政裁判所によって引用された判決は、国家が多くの違法に行動するものの個人に対してだけ処置をとるケースにかかわっている。本ケースでは、それに反して、原告がそれ自体合法に行動するグループに寛大に認められた優遇の違法な拡大を目指している。行政の自己拘束はここにはしかし存在しない行動の裁量を前提にしている。行政裁判所によって受け入れられた方法で自己拘束が認められるならば、このことは、結局、みすみす法律からはずれること及び第一権力としての立法者の権力を奪うことを行政に許すであろう。」

以上の州の主張に対して、原告は控訴の棄却を求め、次のように主張する<sup>14</sup>。すなわち、「彼女は、攻撃された判決を擁護し、補足的に以下のように述べる。学校法第38条第2項第1文における単に抽象的なだけの危険を引き合いに出すことに基づいて、宗派の厳格な平等取扱いの命令は、行政法の実施において最高の優先順位を持たなければならない。修道女服の着用は、イスラーム教のスカーフと同様に、学校法第38条第2項第1文の禁止を受ける、外的な宗教的表示である。これに対して、バーデン・バーデンで授業をしている修道女のいる基礎学校はその他の公立学校と比べることのできない歴史的に条件付けられた例外事例である、と成功裏に異議を唱えることができない。したがって、被告の行政実務は正当化し得ない体系違反と平等取扱い命令違反である。適切にも、行政裁判所は、原告とバーデン・バーデンで授業をしている修道女の場合に問題になっているのは、比較しうる人々の集まりであると考えた。キリスト教修道会に属していることは、異なる宗教の厳格な平等取扱いからの逸脱を正当化しない。修道女服も、イスラーム教のスカーフと同じく、宗教の種類の個人的な信条の表現であり、宗教の平等取扱いの命令の例外としているヨーロッパの教育価値・文化価値という概念に該当しない。したがって、行政裁判所は正当に基本法第3条第1項、第3項及びヨーロッパ人権保護条約第14条の平等取扱い命令違反を肯定した。違法に平等なしという原則は、そのことに異議を唱えられ得ない。そうでなければ、被告はずっと憲法違反の仕方での特定の宗教グループに対して処置を執る可能性を有するのだから、そして宗教の平等取扱いの厳格な命令の遵守への原告の請求権が侵害されるのだから。判決は、さらに、憲法により規定された裁判所の法律への拘束に違反するのではなくて、連邦憲法裁判所及び連邦行政裁判所の判例を尊重する。それはともかく、原告はすでに、原告のおしゃれなスカー

フがイスラーム教のスカーフへの推論を許さないのだから、学校法第 38 条第 2 項第 1 文に違反しない。宗教上の警戒の効果 (Signalwirkung) は、そのことを根底におくことができない。また、原告によって着用されたスカーフは、それが女性の解放の拒否を表明していないのだから、イスラーム原理主義の政治的シンボルと解釈され得ない。生徒と両親に対する [バーデン・ヴュルテンベルク] 州の命じられた中立性の危険又は妨害への適不適は、抽象的な考察方法の場合でさえ否定されうる。その他の点では、学校法第 38 条第 2 項は、抽象的危険の構成要件及び具体的個別事例を注目しないことを唯一考慮することが対立する基本権の地位を適切に調整することにふさわしくないのだから、憲法違反である。法律の規律は、具体的事例において中立性を危険に陥れることを反証する可能性を規定していない。そのような危険が個別事例において排除されうるならば、女性教師の宗教の自由は、他の関係者の基本権の背後に隠れてはならない。最後に、イスラーム教のスカーフを一面的に不利に扱うことは、イスラーム教徒をこの土地の社会に統合することを困難にすることになる。」

以上が、ドーリス・グラバーの主張である。判決理由は、次のようになっている。

「26 命令は、行政裁判所の見解に反して、実体的にも正当である。というのは、学校において宗教上の理由からスカーフを着用している原告は、それ故、学校法第 38 条第 2 項第 1 文の禁止に違反するからである。この規定もそれに基づく命令も上位の法に反していない。

27 原告のスカーフは、学校法第 38 条第 2 項第 1 文の意味における宗教上の外的な表明である。原告は、したがって、明白に、自分がイスラーム教を信奉しており、彼女によって義務づけられていると感じられたイスラーム教の衣服規定を尊重する義務があると考えていることをほのめかしている。この点には、宗教的信条の表示、すなわち意識的な外界に向けられた表明がある。このような表示が宗教または意見の表明の保護によって包含されるかどうかは、この関連において、その表示の基礎をなしている動機、したがって、表示が自発的であるかどうかまたは伝えられた役割理解の意味において多かれ少なかれ強い外的強制に基づいているかどうかの問題と同様に重要でない。決定的であるのは、重要な意思表示の受取人の印象 (Empfängerhorizont) から理解されうるようなこの表示の、第三者によって感じられた説明価値である。学校法第 38 条第 2 項第 1 文は、その場合、とくに、ただそれだけではないにしても、教師が学校でまたは授業との関連で出会う、生徒と両親の擁護を考慮に入れている。

28 この基準によれば、頭髮全体を覆い隠す原告のスカーフは、宗教的な外的表明を含んでいる。確かに、原告は『イスラーム教のスカーフ』の典型的な外見には相当しないスカーフを着用している。しかし、彼女は、それによって彼女が義務づけられていると感じているイスラーム教の宗教上の衣服規定に従うためにスカーフを着用している。原告のもっぱら宗教上の動機付けを [バーデン・ヴュルテンベルク州上級行政裁判所第 4] 部は、行政手続や裁判手続が進むにつれてこれに関しての彼女独自の申し立てに鑑みて、確信している。スカーフは、このことが決定的に重要であるが、第三者の場合に、とりわけ彼女の学校の生徒達や両親の場合に、その場合に宗教上のシンボルが問題になっており、また原告はそのことによってイスラーム教を信仰しているという印象を呼び起こしている。このことは原告自身の信用できる申し立てから明白になる。すなわち、それによれば、彼女は生徒からスカーフの意義を質問される場合に、イスラーム教の信仰に起因するその拘束力を生徒達に対してみずから堂々と告白してきたし、告白している。学校におけるこのような説明や被告の代理人が口頭審理において正当に強調した学校におけるコミュニケーション上の受取人の印象 (kommunikativer Empfängerhorizont) に基づいて、生徒やその両親に原告のスカーフの宗教的動機付けがあまねく知られており、その結果、彼らに対してはそのために認めうる宗教上の外的な表示が行われる。このような印象は、さらに、原告がスカー

フを学校において常時かつ例外なしに着用しており、その結果、例えば彼女が口頭審理において（再度）指摘した、お洒落上または医学上の理由のような代替の説明がいつまでも可能ではない。ところで、生徒と両親の意識を別にして、イスラーム教の女性が宗教上の理由から髪をスカーフかまたはそれに匹敵する衣類で覆うことは、あまねくかつそれ故に公平な第三者にも知られている（vgl. VG Düsseldorf, Urteil vom 14. 08. 2007 - 2K 175/07-, Juris）。したがって、原告がスカーフに表明の性格を認めないことは適切でない。

29 スカーフの着用にある宗教上の外的表明は、学校法第 38 条第 2 項第 1 文の意味においても州の中立性または宗教上の学校平穩を脅かし、あるいは妨げることに資する。というのは、このような要件の下で理由付けられた [スカーフ着用] 禁止は、抽象的な危険という構成要件を引き合いに出すからである。州の中立性または学校平穩を具体的に脅かし、あるいはそれどころか妨げるような表明は、いまさら禁止に該当しない。禁止は、むしろ、学校の中立性や学校平穩とっての具体的な危険をまったくはじめて生じさせないために、すでに抽象的危険を予防しようとするものである。法律の条文において、このことが次の点で明らかになる。すなわち、これに相応する行動様式は、既にそれがただ上述の保護法益を脅かすことに『資する』場合に禁止していることである。個々の学校における具体的状況及びその評価の観察は、それによれば、規定されていない。このことを既に連邦行政裁判所は、学校法第 38 条第 2 項第 1 文について出された 2004 年 6 月 24 日の判決が決定した。

30 学校の宗教的中立性や宗教的学校平穩のこのように抽象的な危険は、女性教師によるイスラーム教のスカーフまたはそれに匹敵する被り物 (Kopfbedeckung) の着用によるものである。連邦憲法裁判所もこのことを別に考えている。連邦憲法裁判所は、教師が学校において、宗教的信仰の表明として認めうるようになるような宗教により動機付けられた衣服を着用するというケースを明示的に抽象的危険として分類している。学校は、さまざまな宗教上の見解が避けがたく相互にぶつかり合う場所であり、このような共存がとくに敏感な仕方では結果を生むところである (BVerfG, Urteil vom 24. 09. 2003 - 2 BvR 1436/02-, BVerfGE 108, 282, 303 = NJW 2003, 3111)。社会における宗教上の多様性の増大への現象は、学校における宗教的紛争の可能性の増大を不可避的に伴った。その場合、宗教的学校平穩に対するわずかな危険は、とりわけその子どもたちへの望まない宗教上の影響に対する格別の両親の心配から生じ得る。教師の外観における中立性の喪失は、そのような心配に預かって力があり、その限りで抽象的危険ということができる。そのことに立法者は、衣服においても明らかに持続的な教師の中立性が保障されるべきであるところの学校法第 38 条第 2 項第 1 文の行動命令によって、対処するつもりである (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. 06. 2004, a. a. O.; VG Düsseldorf, Urteil vom 14. 08. 2007, a. a. O.)。]

平等取扱い原則違反の問題については、上級行政裁判所は次のように理由付ける。すなわち、  
「46 学校法第 38 条第 2 項第 1 文の禁止規定は、基本法第 3 条第 1 項及び第 3 項第 1 文の平等取扱い原則に抵触しない。とくにキリスト教の信仰の表明の許されない優遇は、[バーデン・ヴェルテンベルク] 州憲法第 12 条第 1 項、第 15 条第 1 項及び第 16 条第 1 項に基づく教育委託の維持やキリスト教及びヨーロッパの教育価値・文化価値または伝統の相応しい表現が第 1 文による行為命令に相反しないところの学校法第 38 条第 2 項第 3 文における説明から明らかにならない。これはこの規定の憲法適合的解釈から推論される。

47 ひとつには、学校法第 38 条第 2 項第 3 文は、表現 (Darstellung) の言葉を用いているが、表明

(Bekundung) の言葉を用いていない。特定の価値を表現することは、それを論じること、議論の対象にすることを意味する (vgl. Traulsen, RdJB 2006, 116, 129)。これは、再質問及び批判の可能性を含んでいる (04.02.2004 の州議会会議における Birzele 議員の発言寄与を見よ、Plenarprotokoll (本会議議事録) 13/62, S. 4402)。中立的見地からのキリスト教・ヨーロッパの教育価値・文化価値の表現 (Darstellung) は、個人の信仰の表明 (Bekundung) とは多少異なる。表現の場合には、表現するものが一人で認めなければならない個人的な内的拘束性が重要ではないという理由で、一方は他方と何の関係もない (BVerwG, Urteil vom 24. 06. 2004, a. a. O.)。

48 次に、ここで用いられた『キリスト教』の概念は、1975年12月17日の連邦憲法裁判所決定 - 1 BvR 63/68 - (BVerfGE 41, 29) の意味において解釈されなければならない。その概念は、—— その宗教領域からの由来にもかかわらず —— 信仰内容から離れた、キリスト教・ヨーロッパ文化の伝統から生まれた価値世界を表しており、それは明らかに基本法の基礎をなしており、その宗教上の基礎付けとは無関係に有効性を要求している。これに属しているのは、例えば、不可分かつ不可侵の人間の尊厳 (基本法第1条第1項)、一般的行動の自由 (基本法第2条第1項)、すべての人間及び性別の平等 (基本法第3条) 及び消極的信仰の自由を含む宗教の自由 (基本法第4条第1項) についての見解である。その上、概念は、親切心、隣人への配慮と包括的な思い遣り及び弱者との連帯のような人道的諸価値を含んでいる。キリスト教の教育価値・文化価値の伝達の委託は、したがって学校に決して特定の信仰内容の伝達を義務づけないか、あるいは権利を与えないで、かえって基本法に基づいているすべての公務員がその宗教上の信条と無関係に無条件に賛成できるような諸価値に関係する。この意味において法律が州憲法第12条第1項、第15条第1項及び第16条第1項に言及していることも理解できる。州憲法のこれらの規定は、すでにより高次の連邦法の背景の先に、既に述べた1975年12月17日の連邦憲法裁判所の判決に鑑みて、また連邦憲法裁判所法第31条第1項及び第2項を考慮して、次のように解釈されなければならない。すなわち、それらはキリスト教の宗派混合学校 (christliche Gemeinschaftsschule) の学校形式を確定し、教育の理想として、神への畏敬、キリスト教の隣人愛の精神、すべての人間の友愛、平和を愛する心、国民と祖国への愛、道義的・政治的責任、職業上・社会的な真価の発揮、最後に自由主義的・民主主義的な考え方を挙げている (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. 06. 2004, a. a. O., BVerfGE 41, 29 [52] に関連して)。

49 もっとも、学校法第38条第2項が、第1文、第3文の大意において、イスラーム教の原則に基づくスカーフの着用を禁じ、しかしながら他の信仰の宗教により動機付けられた衣服の着用を許容するという解釈は、憲法上の要求を正当に評価していないだろう。その限りで、[裁判所第4]部は、キリスト教教会の修道服や例えばユダヤのキッパも公立学校における教師によって (もはや) 着用されてはならない、という行政裁判所の見解に同調する (Bader, a. a. O. もそうである。並びにノルトライン・ヴェストファーレン州の内容の同じ規定については、VG Düsseldorf, Urteil vom 05. 06. 2007, a. a. O.)。行政裁判所は、このことを的確に2004年6月24日の連邦行政裁判所の判決 (a. a. O.) の中にも表現されていると考えている (vgl. dazu Böckenförde, a. a. O.; Sacksofsky, a. a. O.)。それによれば、宗教的にまたは世界観的に特定の衣服の意識的な選択は、たやすく第1文の禁止に属するし、異なる信条の厳格な平等取扱い命令が学校法第38条第2項に基づく職務上の義務の実施の理由付けにおいても、実務においても考慮されなければならない。訴えられた州が、カトリックの修道女服は宗教により動機付けられていなく、職業服であることが分かるということを主張した限りで、[裁判所第4]部はそれに従うことができない。例えば医師または警察官が着用しているような典型的な職業服と違って、修道服の

着用はまさに職業の領域に限定されず、私的領域をも取り囲んでいる。訴えられた州の見解は、おそらく当該修道士の自己理解を正當に評価していないし、普通の公平な第三者の理解にも反している (vgl. Bader, a. a. O.)。

50 訴えられた州は、たしかに、憲法違反とみなされなければならないスカーフ禁止の規範理解が修道士・修道女の衣服を同時に許容する場合に、法律の公布に際して少なくとも州議会の多数派の一部の意思に合致したということ認めなければならない。このことは、議会の資料からも明らかになる (vgl. 例えば 2004 年 2 月 4 日の Dr. Reinhart 議員の発言、Plenarprotokoll 13/62, S. 4399; 法律案の委員会審議の範囲内での当時の文部大臣、Dr. Schavan の詳述、Landtags-Drucks. 13/3071, S. 3; Wacker 議員, Kleinmann 議員, Mack 議員, Hofer 議員の発言及び 2004 年 4 月 1 日の州議会会議における Dr. Schavan 文部大臣の発言、Plenarprotokoll 13/67, S. 4700, 4704, 4717, 4719)。しかしながら、法律が基本法に耐えうるような解釈が、その文言が許す限りで、法律に与えられなければならない。成立史の資料から推測されうことは、政府及び州議会に、一方でイスラーム教のスカーフと他方でキリスト教の修道服との間の法律による区別の憲法上のリスク並びに学校法第 38 条第 2 項における第 3 文の解釈の問題点が全く分かっていたということである (vgl. 2004 年 2 月 4 日の州議会会議における Kretschmann 議員の発言だけ、Plenarprotokoll 13/62, S. 4406; Dr. F. Kirchhof 教授は、証明書によると、Landtags-Drucks. 13/3071, S. 26、法律は『第 3 文を断念するならば、憲法上定まっている』と詳論した; vgl. 2004 年 4 月 1 日の州議会会議における Birzele 議員と Hofer 議員の発言も、Plenarprotokoll 13/67, S. 4714, 4717)。いかなる時点でも明らかに、スカーフと修道服の間の区別を明確に法律に取り入れることが考慮されなかった。むしろ、自覚的に、州憲法に依拠すること、したがって連邦憲法裁判所によってこの関連で与えられた憲法の解釈の方が選ばれた。それ故、立法者は、抽象的に言葉で表現された法律をスカーフと修道服の個別事例に適用することを司法に委ねた。立法者の意思は、それが追体験して理解されうる限りで、法律の解釈にとって重要な観点であるということは、一般に認められている。しかし、立法者の意思は、そもそも法律が保持する文言に現れる (vgl. VG Düsseldorf, Urteil vom 05. 06. 2007, a. a. O.)。立法者が、それ自体望ましい規定を法律に明示的に取り入れることを、その憲法適合性への疑念があり、規範制定者が憲法裁判権による法律の否決のリスクを免れたかったが故に、度外視する場合、解釈の結果に与える影響なしにはあり得ないままである。したがって、立法者自身は、裁判所に憲法適合的解釈を再び使用することを開いた (vgl. 2004 年 4 月 1 日の州議会会議における Wacker 議員の発言、Plenarprotokoll 13/67, S. 4699:『しかしながら、第 3 文がとにかく憲法適合的であり、あるいは疑わしい場合には憲法適合的に解釈されうるということが正しいと認められた』)。話題になっている規定の憲法適合的解釈が立法者の意思に反して可能でないという、口頭弁論において確認された原告の異論は、この点で既に、立法に際しははっきりと示されたリスク意識や規範の発布と定式化に際しそのことから引き出された帰結という観点から、当てはまらない。

51 原告の見解に反して、学校法第 38 条第 2 項から基本法第 3 条第 2 項及び第 3 項に違反する性による不平等取扱いは起こらない。規定は、宗教により動機付けられた衣服またはその他の外的な宗教的表明を当該教師の性とは無関係に禁止しており、女性によって着用されたイスラーム教のスカーフまたはそれに準ずる被り物に格別に向けられていない。

52 中立性の問題：紛争の対象になっている規定は、さらに、州憲法の諸規定に違反しない。

53 教師による外的宗教的表明の原則的禁止（些細な限界の彼方に）は、連邦立法者による批准に基づき基本法第 31 条によって州法に優位する、ヨーロッパ人権保護条約にも違反しない。ヨーロッパ人権保護条約第 9 条第 1 項

54 学校法第 38 条第 2 項の新規定は、ヨーロッパ共同体法またはその国内法化された連邦法に違反しない。2000 年 11 月 27 日のヨーロッパ共同体ガイドライン 2000/78/EG の形式での第 2 次共同体法を国内法化した AGG (Allgemeine Gleichbehandlungsgesetz) vom 14. 08. 2006 = 一般平等取扱い法第 24 条第 1 号によれば、特別の法的地位を考慮して州の女性公務員及び男性公務員に準用され、たしかに宗教に基づく差別を禁止するが、学校法第 38 条第 2 項のような宗教的な外見的表明に広く向けられた規定と矛盾しない。合憲的な仕方では教師に、外見的に永く続いて現れる特定の宗教団体 (Religionsgemeinschaft) または宗派 (Glaubensrichtung) への所属を示すことを禁ずるこの規定は、学校における国家と宗教の関係を規定し、教師の職業の行使に際しての教師の態度への要求を具体化している。一般平等取扱い法第 1 条の意味における——想定された——不利な点は、したがって、一般平等取扱い法第 8 条第 1 項によって正当化されるだろう。そのかぎりでは、学校法第 38 条第 2 項第 3 文の規定が上述の憲法適合的解釈において法の執行の欠缺 (Vollzugsdefizit)、それゆえ間接的な差別をねらってはいないということが強調されなければならない (vgl. BVerwG, Urteil vom 24. 06. 2004, a. a. O.)

55 異議を唱えられた職務上の命令は、その他の点でも合法であることが分かる。

56 行政裁判所の見解に反して、原告は、被告が学校法第 38 条第 2 項第 1 文の禁止規範の執行の範囲内で平等原則（基本法第 3 条第 1 項及び第 3 項）に違反すると、成功裏に反対することができない。被告は、裁判所の審理の間に、信ずるに足るように申し述べたように、違法な宗教上の外見的な表明をするすべての教師に対して同じような措置をとっている。〔裁判所第 4〕部は、学校法第 38 条第 2 項第 1 文によって書かれた禁止がすべての宗派の外見的表明に適用されるだけでなく、すべての当該教師にも同じように貫徹されねばならないという点において、行政裁判所に賛成する。禁止がただ『イスラーム教のスカーフ』またはそれに匹敵する被り物のケースにおいてだけそれに準じた命令によって貫徹され、それに対して被告の州がキリスト教の外見的な信仰表明またはその他の宗派の表明の場合に一般的にそのことを無視するならば、学校行政がすでに憲法適合的に解釈されうる単純な法律によって権限がないであろう不平等取扱いが存するだろう。

57 〔裁判所第 4〕部は、被告州の適用実務が、バーデン・バーデンの公立の基礎学校で三人の修道女がキリスト教の修道服を着て一般教養の世俗的な科目を教えているということを許しているがゆえに、平等違反の法の執行の欠缺に悩んでいるという行政裁判所の想定が適切かどうかについては、未解決のままにしておくだろう。もっとも、多くのことが次のことに肯定する。すなわち、これらの修道女に対して断固とした措置を執らないことが、当該学校における特別の状況という観点から正当化され、それ故に平等命令に違反しないということである。されど修道服を着用することには、同様に学校法第 38 条第 2 項第 1 文の意味における宗教上の外見的な表明が含まれている。その限りでは、被告は審理において、——訴答書面でも当〔裁判所第 4〕部における口頭弁論においても——異論なく、その地の学校は、1877 年に公立の女子基礎学校に変わり、1980 年に男女共学の公立基礎学校に作り替えられたキリスト教の修道院学校から成立したということを上申した。学校は、契約上の協定に基づいて、シトー会修道女・大修道院の部屋に入れられていた。また、そこの（まだ 3 名の）シスターがその授業活動を全

うすることができるという、州の契約上の義務もあった（この基礎学校の特別の状況については Bader, a. a. O. も）。したがって、一回の（特別な）契約に基づく歴史的に条件付けられた例外的ケースが問題になっているであろう。このようなめったにない事情の下で、被告が授業をしている3名のシスターに断固とした措置をとらないということが、学校法第38条第2項第1文から帰結する教師の職務義務の遂行の実践における厳格な平等取扱いの命令に反するであろう、キリスト教信仰のメンバーの系統だった優遇として現れないという想定の根拠があるであろう（vgl. Bader, a. a. O.; このような歴史上条件付けられた個別事例については、VG Düsseldorf, Urteil vom 14. 08. 2007, a. a. O.）。

58 これは最終的決定を必要としない。というのは、たとえ3名の当局により異議が出ずに学校勤務に就いている修道女に鑑みて、学校法第38条第2項第1文の禁止規範の実施に際しての平等違反の欠陥から出発しなければならないとしても、原告は、行政裁判所の見解に反して、学校で彼女の宗教上動機付けられた被り物を着用してもよいという請求権及びこのことを止めるという異議申し立てられた命令を免れているという請求権を有さないであろうからである。原告は、このような請求権の由来を、3名のシスターの法律違反の振る舞いが罰せられないということに求めることができない。禁止の違反が非難されるような人は、原則的に、等しいまたは類似の事態のために、当局により他の人々に措置がとられないということ援用することができない。というのは、基本法第3条は、通常、違法における平等取扱いの請求権を許さないからである（vgl. nur BVerfG, Beschlüsse vom 17. 03. 1959, BVerfGE 9, 213 = NJW 1959, 1075; vom 17. 01. 1979, BVerfGE 50, 142 = NJW 1979, 1445; vom 07. 04. 1981, BVerfGE 57, 29 = NJW 1981, 2112 und vom 09. 02. 2000- 1 BvR 1627/95-, Juris）。

59 連邦憲法裁判所の判決によれば、『違法における平等なし』の原則は、恣意的に若干の人々が選出され、国家主権に基づく措置によって法律のガイドラインを遵守するように仕向けられるところでのみ限界がある（vgl. たとえば、Beschluss vom 09. 10. 2000, a. a. O.）。このような例外が、とくに、たとえば建築法違反の施設に対する取り壊し命令のように裁量決定との関連において起こりうる。こうした事例においては、裁判は、官庁に、大多数の違法な建築施設の場合にただ別々に措置を講じる場合に、実質的理由を挙げることを要求する。これは、取り壊し命令の名宛人が、取り去られるべき施設の所与の（形式的及び実質的な）建築法違反の場合の落ち度のない裁量権の行使を要求することによって根拠付けられる（vgl. たとえば、BVerwG, Beschluss vom 19. 06. 1992 - 7 B 106. 91-, DÖV 1992, 748）。裁量の欠陥があるのは、ただひとりの人だけを、あるいは若干の人々を無計画な、恣意的に選出することであろう。このような構造化された侵害状況は、いまここでは、学校法第38条第2項第1文の厳格な行動命令の官庁による督促の問題の場合には存在しない。

60 義務づけられた行政の領域においても、違法における平等取扱いの原則的に拒否されるべき要求の例外は、違法における平等取扱いの要求の承認が違法性の『無効化（Neutralisierung）』に不可避であり得るような、恣意的な行政実務が執り行われる場合に、存する。これは、原告のケースでは、すでに、一方で平等取扱いの要求と他方で行政の合適法性の原則（基本法第20条第3項）との間を考量する場合に、平等取扱い原則から導き出された議論の余地のある命令の差し止め請求に関係しているであろう、多くの法益を学校法第38条第2項第1文の原告によって無視された行動命令が保障するということが決定的に重要であるために、否定されなければならない。その限りで、原告に平等取扱いの要求権が認められるならば、すなわち（教師としての）彼女と監督官庁との間の関係における学校法第38条第2項第1文違反を超えて、この規定によって狙いとされた生徒の宗教の自由（基本法第4条第1項

及び第2項)及び両親の教育権(基本法第6条第2項第1文)並びに宗教上の学校平穏を含む基本法第7条第1項によって根拠付けられた国家の教育委託(Bildungs- und Erziehungsauftrag)の保障が侵害されるだろう(vgl.このような法益の考量について、P. Kirchhof, in: Handbuch des Staatsrechts V, 2. Aufl., 2000, § 125 RdNr 87 ff.)。この関連においては、したがって、原告の主張された平等取扱い要求に対して行政の合適法性の原則が貫徹されなければならない。その他の点では、被告の恣意的な行政実務に対する手掛かりはない。

61 職務命令には、それが原告の法的地位への過大な侵害と結びついているという異議を申し立てることができない。というのは、当面、侵害の比例性の審査がすでに最終的には法律のレベルで行われるからである。比例性の原則は、たしかに、すべての国家権力に対して作用する。しかし、それはその第一の意味を立法の憲法によるコントロール(規制)の場合に表さない。行政の措置へのその[原則の]適用のために、その限りで法律により最終的には規制されていない領域における余地だけが残っているにすぎない。立法権の形成の自由の利用において発せられた法律が比例的であると思われるならば、法律適用は比例的ではないかも知れない。法律により規定され、抽象的・一般的な法律のレベルで比例的とみなされる法的効果の単なる官庁による変換は、その側では、比例性の原則を侵害できない(vgl. Grzeszick in: Maunz-Dürig, Grundgesetz, 2006, Art. 20 RdNr. 123; Sachs, Grundgesetz, 3. Aufl., 2003, Art. 20 RdNr. 148; Dreier, Grundgesetz, 2. Aufl., 2006, Art. 20 RdNr 189; Jarass/Pieroth, a. a. O., Art. 20 RdNr. 90)。

62 そのこととは無関係に、職務命令は、原告の保障された法的地位への過大な侵害と結びつかない。禁制は、とくに原告がすでに約30年来終身公務員として被告州で教職に就いていることに鑑みて、過当とはみなされ得ない。原告が1995年以来被り物を——(官庁の側からはさしあたり)異議なしで——学校勤務中着用しているという事情ですら、学校法第38条第2項第1文の行動命令を、将来、遵守することが彼女にとって受け入れがたいという想定を正当化しない。

63 行政裁判所法第154条第1項から[裁判]費用の決定が生じる。

64 上告は、行政裁判所法第231条第2項、連邦公務員基本法第127条の根拠のいずれも存在しないという理由で、許されない。

65 決定

2008年3月14日

訴訟物の費用は、裁判所費用法第47条第1項、第52条第2項により

5000ユーロ

と確定される。

決定は取り消しできない。」

以上、ドーリス・グラバーの控訴審判決を見てきた。第一審判決では、スカーフを着用して授業をすることが認められたが、控訴審判決では、敗訴に終わり、これまでのスカーフ闘争における裁判の流れを変えることはできなかった。このような流れの中で、この控訴審判決の約3カ月前に出されたヘッセ

ン州憲法裁判所の判決における反対意見を次に見ていくことにしよう。

## II. ヘッセン州憲法裁判所判決 2007 年 12 月 10 日

ヘッセン州憲法裁判所の判決<sup>15</sup>では、多数意見は、ヘッセン州公務員法第 68 条第 2 項<sup>16</sup>（「①公務員は、職務中、政治的、世界観的及び宗教的に中立にふるまわなければならない。②とりわけ、客観的にその職務遂行の中立性への信頼を侵害し、あるいは政治的、宗教的又は世界観的平穩を危うくすることに資するような、衣服、シンボルまたはその他の徴標を身に付け、あるいは使用してはならない。③第 1 文、第 2 文による前提条件の存在に関する決定に際しては、キリスト教的にかつ人道主義的に特徴付けられたヘッセン州のヨーロッパの伝統が適切に考慮されなければならない。」）とヘッセン州学校法第 86 条第 3 項（「①第 3 条第 1 項の原則を保障するために教師は、学校及び授業において政治的、宗教的及び世界観的な中立性を守らなければならない；第 8 条は、そのままである。②とくに、客観的にその職務遂行の中立性への信頼を侵害し、あるいは政治的、宗教的又は世界観的平穩を危うくすることに資するような、衣服、シンボルまたはその他の標識を身に付け、あるいは使用してはならない。③第 1 文、第 2 文による前提条件の存在に関する決定に際しては、キリスト教的にかつ人道主義的に特徴付けられたヘッセン州のヨーロッパの伝統が適切に考慮されなければならない。④公務員試補修習（Vorbereitungsdienst）にある教師にとって、所轄官庁は、申請により、第 2 文と違って、個別事例において衣服、シンボルまたは他の標識の使用を、やむを得ない公益が障害となっていない限りで、許すことができる。」）は<sup>17</sup>、ヘッセン州憲法第 9 条の信仰の自由、第 48 条第 1 項の自由な宗教実践、第 134 条の公務への平等な就任の権利または男女の平等取扱いの命令に違反しないとされた。判旨を記すことにしよう。

- 「1. ヘッセン州公務員法第 68 条第 2 項及びヘッセン州学校法第 86 条第 3 項は、信仰の自由、表現の自由、公職への平等な就任及び男性と女性の平等取扱いの基本権に違反しない。
2. 州憲法顧問（Landesadvokatur）<sup>18</sup>は憲法裁判所の抽象的規範統制手続において申立権を有している。
3. 提出された憲法上の考慮が異議申し立てられた規範の理解しうる特定の解釈に基づいていることは、抽象的規範統制手続において申請理由の表明に十分である。
4. 『措置法（„Maßnahmegesetze“）』<sup>19</sup>は、許されないし、厳格な憲法上の審査を受けない。
5. 国家は、政治的、宗教的及び世界観的な中立性を義務づけられている。この原則は、寛容命令及び感化の禁止（Beeinflussungsverbot）と同様に、公務員及びその他の公官庁の職員（öffentliche Bedienstete）によっても遵守されなければならない。
6. ヘッセン州憲法の基礎になっているのは、国家と教会の厳格な分離という反教権主義的モデルではない。しかし、勤務中の宗教の自由の行使は、制限を遵守しなければならない。立法者は、宗教の自由の基本権も課されている憲法内在的な制限の範囲内でこの制限を決める。
7. ヘッセン州公務員法第 68 条第 2 項第 3 文及びヘッセン州学校法第 86 条第 3 項第 3 文は、それらが教師及び公務員の個人的な信仰の自由を第三者の消極的信仰の自由やその他の重要な憲法法益の背後に隠れさせる場合でさえ、憲法上異議を申し立てられない。
8. どのような衣服、シンボルまたはその他の標識がヘッセン州公務員法第 68 条第 2 項及びヘッセン州学校法第 86 条第 3 項に準じて、着用または使用されてはならないかの問題については、まずは個別事例における権限ある官庁が決定する。
9. ヘッセン州公務員法第 68 条第 2 項第 3 文及びヘッセン州学校法第 86 条第 3 項第 3 文は、キリス

ト教の信仰及びキリスト教に特権を与えない。ここで用いられる『キリスト教的なるもの』の概念は、信仰内容から生じ、キリスト教・ヨーロッパの文化の伝統から生まれた価値秩序を表しており、それはヘッセン州憲法と基本法の基礎である。」

この判決には、5名の裁判官の少数反対意見がある。すなわち、クライン (Klein)、ファルク (Falk)、ギアニ (Giani)、フォン・プロットニッツ (v. Plottnitz) の少数反対意見が付され、さらにギアニ (Giani)、フォン・プロットニッツ (v. Plottnitz) はヘッセン公務員法の憲法違反を主張し、クラウス・ランゲ教授 (Prof. Dr. Klaus Lange) もヘッセン州学校法の憲法違反を主張し、他の4人の公務員法の憲法違反に同調している。反対意見によれば、連邦憲法裁判所の「判決によれば、スカーフ禁止は、明白な州の法律の根拠に基づいてのみ、基本法に違反しない。提出された規範からスカーフ禁止が一義的に推測され得ないならば、イスラーム教のスカーフ着用はヘッセン州における提出された規範によって把握された領域において禁止され得ない。これは立法者の意思と対立している。」さらに、「公務員の領域に関係するヘッセン州公務員法第68条第2項第2文における規定は、ヘッセン州憲法に違反」しており、宗教の自由の侵害は憲法違反であり、また公務員を例外なしに規制することは、平等命令違反であるとする。

裁判官、ギアニ (Giani)、フォン・プロットニッツ (v. Plottnitz) は、そのうえ、ヘッセン州公務員法第68条第2項第3文とヘッセン州学校法第86条第3項第3文も、これらの規範がキリスト教によって特徴付けられた衣服、シンボルまたはその他の標識の憲法上許されない特権化を狙いすぎているのだから、憲法違反と見なしている。

裁判官ランゲ教授 (Prof. Dr. Lange) は、さらに、ヘッセン州学校法第86条第3項第2文がスカーフ禁止の意味において、ヘッセン州憲法の最高の教育原則の一つとしてのヘッセン州憲法第56条第3項及び第4項に定める寛容命令にも違反すると主張する。「学校の平穏のためにイスラーム教のスカーフ着用を女性教師に禁止することは、寛容命令に違反する。ヘッセン州における学校教育に適用される寛容の憲法原則は、教師によってだけでなく、生徒や両親によっても尊重されなければならない。」

裁判所の報道発表<sup>20</sup>によれば、以下の通りである。すなわち、

「I. ヘッセン州公務員法第68条第2項 (国家の中立性確保のための法律の第1条第2号の文言で) 及びヘッセン州学校法第86条第3項 (国家の中立性確保のための法律の第2条第1号の文言で) の合憲性の審査のための規範統制手続において憲法裁判所は本日判決を下した。

上述の規定は、ヘッセン州憲法に違反しない。

ヘッセン州憲法は、公務員及びその他の公の職員に、勤務中、政治的、世界観的かつ宗教的に中立に振る舞うことを命じている。教師及び公官庁の職員が勤務中、職務執行の中立性への信頼を損ない、あるいは学校または職務の落ち着き・平穏を脅かすことに客観的に資するような衣服、シンボルまたは標識を着用または使用するならば憲法による中立性の命令に違反する。

この訴訟の基礎になったのは、州憲法顧問 (Landesadvokatur) の規範統制申請である。州憲法顧問はこれらの規定を憲法違反とみなし、それを無効と宣言することを求めた。申請は、失敗した。

II. 憲法裁判所は、今日の判決で、異議を申し立てられた規定はヘッセン州憲法に違反しないと判定した。それらの規定は、とくに信仰の自由 (ヘッセン州憲法 (HV) 第9条)、自由な宗教的実践 (ヘッセン州憲法第48条第1項)、公務への平等な就任の権利 (ヘッセン州憲法第134条) または女性と男性の平等取扱い命令に違反しない。

憲法裁判所は、その判決の中で、異議申し立てられた規定は特別にイスラーム教のスカーフに

向けられていないことを明確にした。むしろ、その規定は、宗教的シンボルを勤務中使用する公務員（Amtsträger）がその職務を命じられた中立性において執行しないという印象を伝えることができるようなすべての宗教上のシンボルを把握している。宗教上のシンボルを禁止するに際して、立法者は、自分の宗教を職業生活においても自由にかつ制限なく実践するという公務員と教師の基本権を第三者の基本権、例えば官庁を煩わせる市民、または女生徒及び男生徒、その両親または職場の女性同僚と男性同僚の基本権並びにその他の憲法レベルの共同体の価値と適切に調整した。

第三者の考慮されるべき基本権には、何はさておき、消極的信仰の自由が数えられる。この基本権は、宗教上のシンボルが公務員によって勤務中に着用される場合に、回避の可能性なしにそのシンボルの影響にさらされることから保護している。考量に際して考慮しなければならなかったその他の憲法上の法益は、例えば、国家の政治的、宗教的、世界観的な中立性の原則、国家の寛容命令及び感化の禁止並びに職業公務員制度の伝統的原則である。学校分野にとっては、両親の教育権、国家の教育委託並びに整備された学校経営と勤務の稼働の維持への利害であった。それにはまた学校・勤務の平穏も数えられる。

憲法裁判所の判決によれば、一方で教師と公務員の対立する基本権を他方で上述の基本権や憲法法益とともに比較検討する場合に、判断の余地は立法者の権限に属する。これは、異議申し立てられた規範によって禁止される振る舞いと結びつけられ得るところのありうる危険の評価にも当てはまる。このような判断の余地は、憲法裁判所によっても顧慮されなければならない。憲法裁判所は、ただこのような比較検討の結果が憲法により許される評価の余地の範囲内で動くかどうかを確かめることができるだけである。これを憲法裁判所はこの点に関して肯定した。

ヘッセン州憲法は、公務員とその他の公官庁の職員に勤務中に政治的、世界観的及び宗教的に中立に振る舞うことを命じている。この憲法による命令を立法者は憲法適合的に仕上げ、具体化し、その際当該連邦憲法裁判所の判例を考慮した。教師及び公官庁の職員が勤務中、職務執行の中立性への信頼を損ない、あるいは学校または職務の落ち着き・平穏を脅かすことに客観的に資するような衣服、シンボルまたは標識を着用または使用するならば憲法による中立性の命令に違反する。それ故に、立法者は憲法により、個々の公官庁の職員の個人的な動機付けに合わせることに強いられなかった。

憲法裁判所は、勤務中にスカーフを着用したかった女性公務員または教師を審判してはならなかった。憲法裁判所にはただ法律そのものだけが審査のために提出された。たしかに、法律による規制のきっかけとして、勤務中のイスラム教のスカーフの着用の法的問題点があった。立法者は、法律による禁止の定式化に際して、スカーフやその他の精確に指定された衣服、シンボルまたは標識に合わせるのではなくて、一般的な規制をした。抽象的な規範統制手続きにおいて、法律に該当するかもしれないあらゆる考えつく限りの衣服、標識またはシンボルを審査することが憲法裁判所の任務ではない。それゆえに、どのような衣服、シンボルまたは標識——たとえばイスラム教のスカーフ、バグワンの服装、これ見よがしのキリスト教の装飾品または修道女服のように——が法律による規定に基づいて禁止されるべきであるのか、具体的きっかけなしに詳細に決めることは、憲法裁判所の任務ではない。憲法に規定された権力分立の原則によれば、法律の解釈は、何をにおいてもその決定を一般の裁判所が審査するところの行政の任務である。

異議申し立てられた規範は、憲法上許されないキリスト教の特権化も含んでいない。キリスト教及び人道主義によって特徴付けられたヘッセン州の伝統は、ヘッセン州憲法の価値秩序全体に反映している。学校及び教育の分野にとって、このことは、とくにヘッセン州憲法第56条にお

ける隣人愛の言及に如実に現れている。この点に、憲法裁判所は、連邦憲法裁判所及び連邦行政裁判所と一致して、類似のケースを見ている。

### III. 憲法裁判所の5人の裁判官が反対意見を主張する。

憲法裁判所裁判官、ゲオルク・D・ファルク (Georg D. Falk), パウル・レオ・ギアニ (Paul Leo Giani), ハラルド・クライン博士 (Dr. Harald Klein), クラウス・ランゲ教授 (Prof. Dr. Klaus Lange), ルッペルト・フォン・プロットニッツ (Ruppert von Plottnitz) は、一致して、憲法裁判所の多数によって主張された見解に対抗する。多数意見は、憲法適合性の審査のために提出された規範がイスラーム教由来のスカーフの着用を禁止し、この内容及びヘッセン州憲法に違反しない。それゆえ、判決は、州の立法者によって明白に表現された規定の意図を、それによって2003年9月24日の連邦憲法裁判所の判決 (BVerfGE 108, 282) が考慮されなかったそうであるが、無視している。その判決によれば、スカーフ禁止は、明白な州の法律の根拠に基づいてのみ、基本法に違反しない。提出された規範からスカーフ禁止が一義的に推測され得ないならば、イスラーム教のスカーフ着用はヘッセン州における提出された規範によって把握された領域において禁止され得ない。これは立法者の意思と対立している。

その上さらに、公務員の領域に関係するヘッセン州公務員法第68条第2項第2文における規定は、ヘッセン州憲法に違反する。このことによって一般的に宗教により動機付けられたスカーフまたはその他の宗教的または政治的標識を着用することが禁止される。これは他の連邦州には存在せず、国家主権に基づく活動及びその他の活動によって区別することなしに、すべてのヘッセン州の公務員を一律に対象としている。消極的信仰の自由に対する基本権の衝突状況及びリスク状態は、このことを正当化するかもしれないが、一般的州の行政の領域にとりて、したがって例えば公職に就いている女性郵便配達人、土地登記所の女性専門職員または裁判所の女性中級公務員にとりて、明白ではない。ヘッセン州の職業公務員制の伝統的諸原則がヘッセン州の女性及び男性公務員の留保なしに保障された宗教の自由を制約することができるという多数派の見解が共にされるとしても、そのような侵害はいずれにせよ過当であり、したがって憲法違反である。その上さらに、立法者が公務員や職員を——同じ職域の場合でも——異なって取り扱うということは、平等命令違反である。

裁判官ギアニ (Giani), ランゲ教授 (Prof. Dr. Lange), フォン・プロットニッツ (von Plottnitz) は、ヘッセン州公務員法第68条第2項第3文とヘッセン州学校法第86条第3項第3文も、これらの規範がキリスト教によって特徴付けられた衣服、シンボルまたはその他の標識の憲法上許されない特権化を狙いすましているのだから、憲法違反と見なしている。憲法適合的解釈の方法での多数派によって想定されたこれらの規範の内容上の変更は、それがその文言、その文脈及び立法者の意図に反することで失敗に終わる。

憲法裁判所裁判官のランゲ教授 (Prof. Dr. Lange) は、さらに、ヘッセン州学校法第86条第3項第2文の解釈を立法者によって望まれたスカーフ禁止の意味において、ヘッセン州憲法に違反するとみなしている。それは、宗教の自由及び公務員への平等な就任 (Zugang) の権利と相容れないだけでなく、とくにヘッセン州憲法の最高の教育原則の一つとしてのヘッセン州憲法第56条第3項及び第4項に規定された寛容命令とも相容れない。女性教師が自分の宗教上の信条に基づいてスカーフを着用するならば、これはそれ自体だけで国家の授業の中立性を危険におとしいれること——それは、寛容命令の背景に女性教師の宗教の自由と公務への平等な就任の権利の制限を正当化することができる——ではない。学校の平穩のために、イスラーム教のスカーフ着用を女性教師に禁止することは、寛容命令にやはり違反する。ヘッセン州における学校教育

に適用される寛容 (Duldsamkeit) の憲法原則は、教師によってだけでなく、生徒や両親によっても尊重されなければならない。」

注

- 1 拙稿「イスラーム女性教師とスカーフ禁止 — シュトゥットガルト行政裁判所判決 (2006年7月7日) —」『三重大学教育学部研究紀要』第59巻 (社会科学)、2008年、115頁、127頁注13。
- 2 同前。
- 3 このような記事 (Vgl. George Stavrakis, Nächste Runde im Streit um Lehrerin mit Kopftuch, in: Stuttgarter Nachrichten vom 14. 03. 2008, <http://www.stuttgarter-nachrichten.de/stn/page/detail.php/1660738>) もみられるが、グラバーの場合のスカーフの結び方は、「海賊スカーフ (Piratentuch)」といわれていた。前掲論文、114頁参照。グレイス・ケリー・スカーフ事件といわれたものは、2007年8月14日のデュッセルドルフ行政裁判所の判決で争ったブリギッテ・ヴァイス事件である。これについては、拙稿「ドイツにおけるイスラームのスカーフ禁止」『国民主権と法の支配・佐藤幸治先生古希記念論文集 [上巻]』成文堂、2008年、252頁以下参照。なおこの判決に対する連邦行政裁判所判決については後述 (Ⅲ)。
- 4 判決の URL は、([http://web2.justiz.hessen.de/migration/rechtsp.nsf/11CD3052759E452BC12573A9003649FB/\\$File/PST\\_2016\\_Urteil.pdf](http://web2.justiz.hessen.de/migration/rechtsp.nsf/11CD3052759E452BC12573A9003649FB/$File/PST_2016_Urteil.pdf)) である。
- 5 この判決は、連邦行政裁判所に直接依頼し、大学関係者の場合には無料でメールにより送付するという制度があり、その恩恵にあずかり、入手できた。
- 6 判決文の URL は、[http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender\\_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=VGH+Baden-W%FCrttemberg&Art=en&Datum=2008-3&nr=10214&pos=6&anz=17](http://lrbw.juris.de/cgi-bin/laender_rechtsprechung/document.py?Gericht=bw&GerichtAuswahl=VGH+Baden-W%FCrttemberg&Art=en&Datum=2008-3&nr=10214&pos=6&anz=17) である。
- 7 <http://www.vghmannheim.de/servlet/PB/menu/1218216/index.html?ROOT=1153033>
- 8 A. a. O.
- 9 前掲注4。バーデン・ヴュルテンベルク州学校法第38条第2項「①第2条第1項に従った公立学校教師は、学校において、生徒や親に対する州の中立もしくは学校の政治的、宗教的もしくは世界観の平和を危険にさらすかあるいは乱すことに資する政治的、宗教的もしくは世界観的あるいはこれに類する外的表明を行ってはならない。②とりわけ教師が基本法の人間の尊厳、第3条に従った人間の同権、自由権もしくは自由主義的・民主主義的基本秩序に対立しているような印象を生徒もしくは親に与えるような外的振る舞いは禁じられる。③キリスト教的及びヨーロッパ的な教育価値・文化価値もしくは伝統の提示は、バーデン・ヴュルテンベルク州憲法第12条第1項、第15条第1項及び第16条第1項に合致し、第1文に従った行動命令に違反しない。④第1文の宗教的中立命令は、バーデン・ヴュルテンベルク州憲法第18条第1項による宗教教育に該当しない。」Art. 20 Abs. 3 GG「立法は、憲法的秩序に拘束され、執行権および裁判は、法律および法に拘束される。」(阿部・畑編『世界の憲法集 [第2版]』有信堂、1998年、258頁)
- 10 Christian Rath, Ordenstracht ja, Kopftuch nein? in: TAZ vom 15. 03. 2008 1 Kommentar. (<http://www.taz.de/1/politik/deutschland/artikel/1/ordenstracht-ja-kopftuch-nein/>)
- 11 A. a. O.
- 12 拙稿・前掲論文 (注1)、117頁参照。
- 13 注7の判決文: 14, 15 (判決の各段落に付された番号で示す)。
- 14 同上、17, 18, 19。
- 15 Staatsgerichtshof des Landes Hessen, Urteil vom 10. 12. 2007 [AktENZEICHEN: P. St. 2016], in: [http://www.staatsgerichtshof.hessen.de/migration/rechtsp.nsf/bynoteid/11CD3052759E452BC12573A9003649FB?](http://www.staatsgerichtshof.hessen.de/migration/rechtsp.nsf/bynoteid/11CD3052759E452BC12573A9003649FB?Opendocument)  
Opendocument
- 16 A. a. O.
- 17 A. a. O.; Vorbereitungsdienst = praktische Ausbildung des Anwärter auf eine beamtete Tätigkeit des mittleren und gehobenen und höheren Dienstes (<http://www.koeblergerhard.de/der/DERV.pdf>: (Kobler, Gerhard, Deutsches Etymologisches Wörterbuch, 1995))

- 18 ヘッセン州憲法裁判所法第 10 条の規定する職務で、その代理人とともに、憲法裁判所への提訴権を有する職である。ウィキペディア (<http://de.wikipedia.org/wiki/Landesanwalt>) によれば、以下の通りである。「ヘッセン州における Landesanwalt (州憲法顧問) は、その代理人とともに、ヘッセン州憲法裁判所での『公的訴人』の任務を引き受けている。したがって、『憲法顧問 (Verfassungsanwalt)』が問題なのであって、刑事訴訟手続で活動する『検察官 (Staatsanwalt)』が問題ではない。ヘッセン州の Landesanwalt (州憲法顧問) は、憲法裁判手続きの一部としての特別官庁である。/ヘッセン州憲法第 130 条第 1 項第 2 文は、憲法裁判所について語っている。『ヘッセン州憲法裁判所には、一人の公的訴人が任命される。』詳細は、憲法裁判所法に、とくにその第 10 条に規定されている。それによれば、Landesanwalt (州憲法顧問) とその代理人は、裁判官の職の能力を有さなければならない。彼らは、州議会によってその選挙期間の間選ばれる。再任は許される。現在のこの職にある人は、Arndt Peter Koeppen である。その代理人は、オッフェンバッハの弁護士、Dr. Alexander Herbert である。/Landesanwaltschaft (州憲法顧問) は、基本的には、命令に拘束されない。憲法裁判所法第 21 条によれば、Landesanwaltschaft (州憲法顧問) は、憲法裁判所へのすべての訴訟に関与することができ、独自の提案をすることができる。それゆえ、Landesanwalt (州憲法顧問) は、州憲法の遵守について監視する。例えば、Landesanwalt (州憲法顧問) は、ヘッセン州憲法の権利の剥奪の提案を主張する (憲法裁判所法第 36 条)。Landesanwalt (州憲法顧問) が州議会によって議決された法律を憲法違反とみなすならば、彼は直接議決後にそれに反対の措置を執ることができる。そのような規範統制については、そのほか、州政府、州首相及び少なくとも議員の 10 分の 1 の州議会が権限を有している。」
- 19 山田晟『ドイツ法律用語辞典 (改訂増補版)』大学書林、2001 年、414 頁「一般的事項を規定した法律ではなく、1 つまたは 2、3 の事項を規定した法律」をいう。
- 20 [http://www.staatsgerichtshof.hessen.de/C1256E20003AD625/vwContentByKey/W279RGKN716JUSZDE/\\$File/P\\_St\\_2016%20PM%20Endfassung.pdf](http://www.staatsgerichtshof.hessen.de/C1256E20003AD625/vwContentByKey/W279RGKN716JUSZDE/$File/P_St_2016%20PM%20Endfassung.pdf)