

ドイツにおける国家の宗教的中立性の構造 ——憲法上の規範的根拠と解釈学上の効力——

山 本 和 弘

はじめに

第1章 ドイツにおける宗教法制

第1節 国家教会法の形成

- (1) ヴェイマル憲法の教会条項
- (2) 基本法への編入

第2節 国家教会法の法理

- (1) ヴェイマル憲法教会条項の意義変遷
- (2) 同格理論

第3節 国家教会法における国家の宗教的中立性

- (1) 「法廷十字架事件」決定
- (2) 「宗派混合学校事件」決定
- (3) 「学校祈禱事件」決定

小 括

第2章 同格理論の克服

第1節 同格理論に対する批判：「非同一化原理」

- (1) 「非同一化」の前提
- (2) 「非同一化」と市民の自由

第2節 同格理論への影響

第3節 連邦憲法裁判所判決における中立性概念の変容

- (1) 契機としての「教室十字架事件」決定
- (2) 「イスラム・スカーフ事件」判決

小 括

第3章 ラディカルな中立性とそれに対する応答

第1節 国家の宗教的中立性の自立化

- (1) 国家教会法と「宗教憲法」
- (2) フスターの倫理的な中立性

第2節 国家の宗教的中立性の自立化をめぐる問題

- (1) ハイニヒによる中立性議論の再定位
- (2) 方法論上の対立
- (3) 実体的効力について
- (4) 考察：基本法における中立性

結びに代えて

はじめに

本稿では、ドイツにおける国家の宗教的・世界観的中立性を検討の対象として扱う。より具体的には、ドイツにおける国家と宗教との関係、そして宗教的・世界観的中立性と基本権保障との関係である。

ドイツにおける政教関係につき、我が国では従来、国教型でも厳格分離型でもない、いわゆる中間型であるとされてきた。⁽¹⁾すなわち、一方では伝統的な支配的宗教の存在を受け入れながら、他方で国教会を禁止するといった多層的な類型である。ドイツにおいて特殊な国家と宗教との関係は、歴史的・伝統的にカトリック教会および福音主義教会を事実上の国教として扱ってきたドイツ史の影響から逃れることができなかった。⁽²⁾

このような中立性理解のもとでは、後に述べる基本法に編入されたヴァイマル憲法の教会条項の影響も受けて、国家とキリスト教会との密接なかかわり合いが容認されてきたのである。しかしこうした歴史的背景は、時代の推移に応じて時々の困難と衝突したため、中立性の内容は時宜に応じて種々の変遷を見せてきた。特に近年、宗教的多元化が激化するドイツにおいては、国家の宗教的・世界観的中立性は、多元化した宗教を信仰する個々人の基本

権に対応するため、かつてないほどの修正を迫られている。本稿では以上のような事情を踏まえて、ドイツにおける国家の宗教的・世界観的中立性、とりわけ宗教的中立性の内容の変遷を追い、それが宗教の自由という基本権保障⁽³⁾にいかなる効果を及ぼすのかを検討する。

国家の宗教的中立性、我が国に馴染みの深い言葉で言い換えれば、国家と宗教との分離、すなわち政教分離は、信教の自由を保障する国家においては広く採られている客観的法規範である。しかし我が国でもしばしば言及されるように、宗教の自由を保障する国家が宗教に対して中立であるべきという命題は、自明ではない。というのも、国家が宗教に対していかなる態度をとるか⁽⁴⁾は、国により時代により異なっている。また宗教の自由の保障が、国家と宗教との分離を論理必然的に導き出すわけではないとの指摘も故なしとし⁽⁵⁾ない。故に国家の宗教的中立性は、我が国における政教分離原則がそうであるように、普遍的な確定的内容を今日まで持ち得ず、それゆえ学説においても活発に議論されてきたのである。我が国でも政教分離を制度的保障である⁽⁶⁾とか、人権と捉えるべきである⁽⁷⁾とか、制度的保障であるか否かは本質的問題ではない⁽⁸⁾などと、種々の見解が今日なお対立していることから、その内容を確定することの困難さを看取することができる。そしてドイツにおける宗教的中立性の内容が、宗教の自由という基本権の保護領域に影響を及ぼしてきたのと同様に、我が国においても政教分離によって信教の自由そのものが規定されてきたといえる。

もっとも国家の宗教的中立性は、宗教の自由の保障をより一層確実にするためのものであり、国家が宗教的に中立であること自体が目的ではない。国家と特定の宗教が結びつくことにより、宗教の自由がいかに脅かされてきたかについては、西洋では宗教戦争を見れば火を見るよりも明らかであるし、我が国では、明治憲法体制下における国家と神道との制度的結合により、大本、創価教育学会（現：創価学会）、天理教を始めとする宗教団体が激しく弾圧された歴史がある。したがって国家の宗教的中立性は、基本権のより実

効的な保障という観点から構想され、具体化されなければならないのである。

そのために本稿は、種々の中立性の構想が対立するドイツの議論を参考に、自由を実現する中立性構想は、いかなる論拠に基づいて、どのように構築されるべきか、その一端を明らかにしようと試みるものである。

第1章 ドイツにおける宗教法制

まず第1章では、ドイツにおける宗教に関する法制、すなわち国家教会法制を概観する。その際特に、ドイツにおけるキリスト教を優遇するような法制や基本法解釈を支えた「同格理論」(Koordinationslehre)について検討する。

ドイツの政教関係は、我が国においていわゆる中間型として紹介され、国教型にも厳格分離型にも属さない特殊な類型と理解されてきた。こうした理解は、基本法140条によって基本法の構成要素であるとされたヴァイマル憲法の教会条項、カトリック教会と国家との間で締結された政教条約、そして福音主義教会と国家との間で締結された教会条約などによって形成される「国家教会法」という法領域によって支えられたものである。

こうした法領域は特に国家と教会とは同格の統治的主体であるとする「同格理論」の影響を根強く受けていた。以上のように、ドイツにおいて特殊な、「中間型の政教関係」を支えてきた国家教会法における同格理論を概観し、ドイツにおいてキリスト教が事実的にも法的にも他の宗教に比べて有利に扱われてきた歴史的・事後的・法的背景を概観し、それが基本権保障にいかなる帰結をもたらすかを、連邦憲法裁判所の諸決定を例に見てみることにしたい。

第1節 国家教会法の形成

(1) ヴァイマル憲法の教会条項

現在のドイツにおける宗教法制は、我が国の憲法学の視座からは、一見珍奇なものに映るかもしれない。ではこのような法制がドイツにおいていかに形成され、受容されてきたのか。それは、ヴァイマル憲法の教会条項の解釈を通じて、当時の国法学者、国家教会法学者によって是認されていたのである⁽⁹⁾。そしてヴァイマル憲法の教会条項は、後述するように現行基本法にヴァイマル憲法におけるそれとまったく同じ文言のまま編入され、基本法解釈、国家教会法、そして国家と宗教との関係を規定し続けた。

1555年アウグスブルクの宗教和議によって「領邦教会制」⁽¹⁰⁾が確立したドイツでは、後にカトリック教会および福音主義教会が公法上の団体として承認された⁽¹¹⁾。その結果、両教会には教会税の徴収⁽¹²⁾や宗教教育の実施といった諸々の権能が認められた。しかし帝政ドイツ期（カイザー・ライヒ期）における教会は、現在と同じく公法上の宗教団体ではあるものの、国家による監督に服していた点で、同格理論の下のもそれとは若干異なる点に注意を要する。

後に共和国が成立すると、新たに制定された憲法によって帝政ドイツ期の宗教法制は若干の修正を施されたが、教会の特権の多くは制度として引き続き保障された。たとえばヴァイマル憲法137条1項は、「国の教会は存在しない」として特定の宗教を国教化することを禁止している。他方で同条5項によって、従来公法上の団体であった宗教団体は引き続きその地位を保障され、6項では住民基本台帳に基づいて税を徴収する権能を与えられた。ヴァイマル共和制は国教会を禁止し領邦教会制を廃止したが、一方で従来公法上の団体であったキリスト教会の特権的地位を引き続き保障した⁽¹³⁾。その背景には、教会の特権的地位、特別の権能、さらには教会への国庫助成の継続を要求する政党が、国民議会で議席の多くを占めていたことが見逃されてはならない⁽¹⁴⁾。

以上のようにして、「領邦教会制そのものは廃止されたにもかかわらず、その本質的な部分は結局において維持されることになった」と評価されるように、共和国における宗教法制は、従来通りキリスト教会を事実的にも法的

にも特権化することで、領邦教会制の残滓が垣間見られるものとなったのである。そしてこうした法制はヴァイマル憲法137条に代表される、教会条項と呼ばれる一連の条項によって憲法上の制度として規定され、保障された⁽¹⁶⁾。

(2) 基本法への編入

特殊ドイツ的な宗教法制、そして国家と宗教との関係は、ヴァイマル共和制期に確立したものであった⁽¹⁷⁾。先述のようにヴァイマル共和制期の宗教法制の本質的部分は、教会条項を基本法へ編入することで、体制を一新した基本法体制下においても存置された。すなわち基本法下においてもなお、ドイツにおける国家と宗教との関係は、基本法140条によって基本法の構成要素であるとされたヴァイマル憲法の教会条項、カトリック教会と国家との間で締結された「政教条約」、そして福音主義教会と国家との間で締結された「教会条約」⁽¹⁸⁾によって規定された。そしてこれら諸規範によって規定された国家と宗教との関係を扱う国家教会法という独特の法領域が形成され、今日までドイツにおける政教関係を規律してきたのである。

第二次大戦後の議会評議会において、ナチスの台頭を許したヴァイマル憲法の構造的欠陥が深く反省されたことは言うまでもない。その一方で、そうした旧憲法の一部条項（教会条項）がそのままの形で基本法に編入されたのはなぜか。

この点について連邦憲法裁判所は、「教会建立税事件」決定において次のように述べている。すなわち、「ヴァイマル憲法における教会条項の基本法への編入は、憲法的妥協の産物である。議会評議会の議員から出された諸条件は、国家と教会との関係に関する諸規定について、いずれも多数派を見出すことができなかったため、このような妥協が避けられないものとなったのである⁽¹⁹⁾」と。

このように、基本法140条を通じてヴァイマル憲法の教会条項を、ボン基本法の構成要素として編入することについて、これを妥協の産物であるとする理解は、判例だけでなく当時の学説においても概ね共有されていた理解で

あると言える。例えば R. スメント（Rudolf Smend）は、基本法140条について、これは基本法制定作業の「困惑の帰結」であると評価した。⁽²⁰⁾

まさにこの基本法140条により編入されたヴァイマル憲法の教会条項と、先述の国家と教会との諸条約を軸として、戦後ドイツにおいてもキリスト教会の特権的地位が保持されたのである。なお国家と教会との間の諸条約は、基本法の下であってもその一部はなお有効であることが「ライヒ政教条約事件」判決において承認されている。⁽²¹⁾ 国家と教会との条約による種々の裁量の分配を認めた判断の前提には、教会を単なる宗教団体ではなく、国家同様の体系的秩序を有するある種の公的共同体とみなすという前提があるように思える。以上のような実情から、法解釈においても、キリスト教は支配的宗教であり、他の少数宗教、新興宗教、そして伝来の宗教とは異なるという前提が基本法の解釈を一定程度方向づけてきたと評価されてきたのである。⁽²²⁾

第2節 国家教会法の法理

今日のドイツ基本法体制下における宗教法制の最大の特徴は、ドイツ基本法140条を介して編入されたヴァイマル憲法の教会条項および政教条約、教会条約により形成される国家教会法と呼ばれる法領域に収斂していた。本節では、その国家教会法の下でどのような法理が形成され、それがドイツにおける国家と宗教との関係にどのように影響を及ぼしてきたのかを見ることにしたい。そのために、まず現行のドイツ基本法に編入されたヴァイマル憲法の意義は、ヴァイマル共和制におけるそれをそのまま引き継ぐものであるのか、時宜に適して変容したものとして解釈されるべきものであるのかを検討することにする。

（1）ヴァイマル憲法教会条項の意義変遷

ヴァイマル憲法の教会条項がドイツ基本法（当時のボン基本法）に編入されたことを受けて、これに対応した公法学者の一人にスメントがいる。彼の論説は、ボン基本法に編入されたヴァイマル憲法の教会条項について、その

意味内容は変化した基盤に立つものであるということを前提としている。⁽²³⁾ スメントの考察によれば、ヴァイマル憲法の教会条項は、領邦教会制の下で認められてきた教会に関する制度を引き続き保障するものとして、今後も同様に理解されるべきではなく、ボン基本法に編入された時点でその意義および内容が変化したとする。彼は言う、「状況の変化に照らして、ヴァイマル憲法を文字どおり継承した条項は、かつてのヴァイマル憲法の文脈においてもった意味とは、その現実的な効力の範囲において、意図されたというわけではないが不可避免的に別個の意味をもつ⁽²⁴⁾」と。

こうした意義変遷の背景には、かつて第三帝国の時代にあって、福音主義教会がヒトラー主導の種々の非人道的政策および教会への干渉に徹底して抵抗したという事実がある。いわゆる「ドイツ教会闘争」への積極的評価である。福音主義教会は、ドイツ的キリスト者としてナチズムに迎合し、諸教会を一元化して帝国政府の監督下に置くことおよび、ユダヤ人排斥を促進する条項を教会法に導入することに対し、徹底的に抵抗した。⁽²⁵⁾ このような帝国政府との闘争の結果、宗教的任務に由来する教会の任務を遂行するにあたっては、国家から自由であるということを次第に認めさせたのである。⁽²⁶⁾ 教会闘争は、形式的な合法性よりも、実質的な正当性の優位をもって基礎付けられ、長く法実証主義の風土に馴染んできたドイツにおいて、後に軍部やその他のナチ抵抗運動に対する有力な精神的・道義的根拠を提供することになった。⁽²⁷⁾ このようにして第二次大戦後の教会は、教会闘争の功績を受けて、また戦後の混乱が続く世相を受けて、さらにその独自性と公共性を強め、またそれを認められていったのである。

編入されたヴァイマル憲法の教会条項が、ドイツ基本法の第11章「経過規定・終末規定」に定められたことについて、連邦憲法裁判所は次のように判断している。すなわち、「編入された条項は、ドイツ連邦共和国の完全に実効的な憲法となっており、基本法の他の条項に対して、例えば段階的に劣位⁽²⁸⁾に立つものではない」と。そして「編入された教会条項と基本法に直接定め

られた他の諸規定との関係は、基本法上の秩序それ自体の関連から規律されるべきである。基本法が教会と国家の関係に関するヴァイマル憲法のすべての規定を、なかでも特に、その135条を引き継がなかったところに意義がある⁽²⁹⁾」としたことから、教会条項が占める体系上の地位自体は重要でないということである。このことから明らかなことは、ヴァイマル憲法の教会条項の編入は、形式的なものではなく、実質的な編入の意味を持つに至ったということである。⁽³⁰⁾

以上のように、教会条項によって教会の特権を維持する制度が当時のボン基本法、現在のドイツ基本法体制下においても保障されたことが学説および判例においても一定の定着を見たことが明らかになった。しかし、一部の大宗教団体（ここでは教会）とそれ以外の少数宗教団体や新興宗教団体とのあいだに国家による取扱い上の差異が現実としてあることは認めざるをえないとしても、基本法解釈においてもそれを容認するかについては、かねてより見解は一致していなかった。かつて支配的であった教会に対する優遇を積極的に評価する見解は、キリスト教会の影響力が低下し、その公共的基盤を危うくしつつあるドイツにあって、今日なお国家教会法の領域に強い影響力を残している。それではそのような積極説は、一見したところ宗教団体に対する不平等取扱いとも思える解釈を、いかなる法理に基づいて正当化してきたのか。そしてそのような学問的潮流の中で、国家の宗教的中立性は、当時いかなる理解に基づき、いかなる機能を果たしてきたのかを以下で検討したい。

（２）同格理論

ドイツにおいて、国家によるキリスト教会への特権的地位の承認と、少数宗教団体および新興宗教団体との取扱いの差異は、従来「同格理論」と呼ばれる法理によって、国家教会法上正当化されてきた。そこでまずその論拠を見ないことには、後にみるドイツにおける国家の宗教的中立性の理解や、その変遷を十分に捉えることはできない。

同格理論によれば、国家と教会との法的関係は、「二つの相互に独立の、その領域において自立的な公共組織の並行、すなわち同格の体系」として構成される⁽³¹⁾。これによりキリスト両教会は、国家と同格の共同体として法的に承認され、その活動の法的な独自性を承認されたと評価できる。

こうした国家と教会を相互に独立で自立的な、同格の共同体として把握する理論は、当時の裁判においても、実効的な法として理解されていたことがうかがえる。すなわち、1954年2月18日の連邦通常裁判所第三民事部判決によつてはじめて、同格理論は「妥当している法」(geltendes Recht)として承認されたのを契機に、連邦憲法裁判所によつても同格理論は、その実効性を承認されたのである。

連邦憲法裁判所は、「政教条約事件」判決において、「基本法140条によれば、ヴァイマル憲法の国家教会法に関する諸規定は基本法の構成部分なのであるから、ライヒ政教条約は、今日なおドイツ国(Deutsches Reich)におけるのと同様な機能を果たしている⁽³²⁾」と判示した。すなわちライヒ政教条約は、新憲法(ボン基本法)を制定し、体制を一新した当時の西ドイツにおいてもなお、ヴァイマル共和制下と同じ機能を有し、引き続き有効であることが連邦憲法裁判所によつて承認された。こうした連邦憲法裁判所の判断の背景にあるのは、国家と教会とが法的に有効な条約を締結する権能を有する、相互に独立の主体であるという前提である。したがって、「政教条約事件」判決が下された1957年の時点では、国家と教会を同格とする同格理論が実務上有効であつたことがわかる⁽³³⁾。

この同格理論の下にあつては、カトリック教会および福音主義教会ならびにその諸派は、その卓越した歴史的・文化的な存在と役割から、国家によつてもその公共性を法的に承認され、先にも述べた種々の特権的処遇を受けてきた。そのような国家と宗教との関係を正当化する根拠となつたのが、ヴァイマル憲法の教会条項であつたが、そこで扱われている宗教団体とは、第一に当然教会を前提としており、その他の少数宗教や新興宗教は、規範解釈に

際して、そこで想定されている宗教団体には含まれないと考えられていたのである。

国家教会法の領域においては、宗教団体とは原則としてカトリック教会、福音主義教会およびその諸派教会を指すのであり、少数宗教や新興宗教はそもそもその適用の前提とはされていなかった。このような前提をもとに、ドイツにおいてはキリスト教諸教会に対する特権的処遇が、事実的にも法的にも承認され正当化されてきたのである。

第3節 国家教会法における国家の宗教的中立性

上で見てきたような国家と宗教との関係にもとづいて、国家の宗教的中立性は、当初はヴァイマル憲法137条⁽³⁴⁾3項に定められた、宗教団体固有の事柄⁽³⁵⁾に対する国家による介入の抑制を指すと理解されてきた。しかし1960年代、連邦憲法裁判所の決定に登場して以来、国家の宗教的中立性に関する議論は、本格的な展開を見せるようになった。その際、当時のドイツ公法学では、国家の宗教的中立性は、「積極的中立性」であると理解されていた。

この積極的中立性とは、簡潔に言うなれば、宗教的活動に対する国家による助成をも包摂する概念である。⁽³⁶⁾この中立性理解の下では、国家が教会の活動に資する援助をし、または国家と教会とが一部において制度的に結合するような場合があったとしても、キリスト教信仰の強制がない限りは、カトリック教会および福音主義教会に属さない宗教的少数者や新興宗教を信仰する者の宗教の自由、とりわけ信仰の自由への侵害は生じないと理解されていた。ヴァイマル憲法137条5項に規定されている、公法上の地位を認可された宗教団体が、事実上長くカトリック教会、福音主義教会およびユダヤ教会に⁽³⁷⁾限られていたが、それはこうした中立性理解によって正当化されてきたのである。この積極的中立性は、M. ヘッケル⁽³⁸⁾（Martin Heckel）、K. ヘッセ⁽³⁹⁾（Konrad Hesse）、A. ホラーバッハ⁽⁴⁰⁾（Alexander Hollerbach）といった、当時の代表的な公法学者・教会法学者の間で支持され、国家の宗教的中立性に

ついて、当時の通説的理解として定着していたといつてよい。

このような中立性理解から、ドイツにおける国家と宗教との関係は、「跛行的分離」(hinkende Trennung)であるとされてきた。こうした理解は、当時の連邦憲法裁判所の判決においても見いだすことができる。以下では連邦憲法裁判所の諸決定を通じて、国家の宗教的中立性の当時の通説的理解、すなわち積極的中立性が実務上どのように理解され、解釈上どのように作用したかを見る。

(1)「法廷十字架事件」⁽⁴¹⁾決定

まず初めに、1973年の「法定十字架事件」に対する連邦憲法裁判所決定⁽⁴²⁾について検討する。本件は積極的中立性に典型的に立脚する判例として、積極的中立性の理解を得るにあたり参照に値するものである。

ノルトライン＝ヴェストファーレン州内の行政裁判所の法廷には、十字架が備え付けられており、本件の舞台であるその州都デュッセルドルフ行政裁判所においても裁判官席の机上には、キリスト像付きの十字架(磔刑像)が設置⁽⁴³⁾されていた。このような事実を受けて異議申立人らは、法廷に十字架を設置することは国家の中立性義務に反すると主張した。そしてそのような中立性義務違反によって、基本法4条1項の信仰および良心の自由ならびに告白の自由などが侵害されている旨を主張して提起されたのが本件である。

まず連邦憲法裁判所は、「行政裁判所が、十字架のない法廷での口頭弁論の実施を拒否したことは、異議申立人の基本法4条1項の基本権を侵害する」とし、十字架の前での宣誓を強制した場合、異議申立人の信仰の自由が侵害されることを認めた。しかし他方で、宣誓の対象としての十字架が宣誓を行う者の求めに応じて用意されているならば憲法上の争点になるものではないと判断⁽⁴⁴⁾した。次に法廷に設置された十字架の意味について、連邦憲法裁判所は、「創造主イエス・キリストおよび受難のシンボルとしての十字架は、古くからキリスト教信仰の象徴的具体化として通用している」としてその宗教的意味を認めた。そして、「建築物や部屋に十字架が備え付けられて

いる場合、今日なおそれによってキリスト教的観念との密接な関連性が表現されているとの印象が想起される⁽⁴⁵⁾」とした。

しかしたとえ十字架が特定の宗教上のシンボルであり、それによって特定の宗教との密接な関連性が想起されたとしても、十字架の設置によって現れてくる「同一化」の程度は、キリスト教的見解と相容れない者にとって耐え難いという程度の苦痛をもたらすものではないと判断された。その理由について連邦憲法裁判所は以下のように述べる。すなわち「単に十字架が存在しているという状態では、異なった信仰を持つ者に十字架によって象徴されている理念や制度との同一化を要求したり、または一定の積極的な行動を要求したりするものではないからである⁽⁴⁶⁾」と。以上の理由から連邦憲法裁判所は、異議申立人が十字架のない法廷で口頭弁論を実施されることを認めたが、法廷から十字架を撤去する要求を退けたのである。

本件から明らかなことは、第一に、公的施設において国家が自ら特定の宗教的シンボルである十字架を設置することは、国家教会法の法理に基づけば国家の宗教的中立性に違反しないということ、第二に、公的施設に十字架を設置することで、国家とキリスト教的見解とがある程度制度的に同一化しているとの印象をもたらしたとしても、それのみによってキリスト教を信仰しない少数者の宗教の自由が侵害されることはないということである⁽⁴⁷⁾。このことから、ドイツにおける宗教的中立性が、国家に厳格な非宗教性や、宗教色を徹底的に排除した公権力行使を課すものではないことがわかる⁽⁴⁸⁾。本決定がなされた1970年代のドイツでは、依然としてキリスト教信者が圧倒的多数を占めており、そうした事実も本決定を支えていた⁽⁴⁹⁾。このような国家と宗教との関係は、先述の通り学説においても多数派を形成し、後に見るように実務上も継承されていくのである。

(2) 「宗派混合学校事件」決定⁽⁵⁰⁾

本件は、1967年のバーデン＝ヴュルテンベルク州憲法改正によって導入されたキリスト教的性格を有する宗派混合学校（Simultanschule）の導入に

対し、子の両親によってなされた憲法異議である。⁽⁵¹⁾ 本件では、キリスト教的性格を有する宗派混合学校の設立が異議申立人の基本権、すなわち基本法4条の消極的信仰の自由と同6条の親の教育権を侵害するかどうか、またそれにより国家に義務付けられた国家の宗教的中立性に違反するかどうかが争点になったが、以下では本稿での検討に必要な範囲で概観・検討したい。⁽⁵²⁾

まず州立法者の学校制度に関する権限について、連邦憲法裁判所は、基本法7条1項によって学校制度についての監督を委託された国家は、自主的に親と並んで同等に (gleichgeordnet) 自らの教育任務を学校教育において遂行すると判断している。⁽⁵³⁾ そして教育任務の中でも学校制度の形成は、州の立法による民主的決定によってなされると判断している。⁽⁵⁴⁾ 他方で子の親には、自らの宗教的観点に基づいて子を教育する権利があると判断された。しかし州に対して自らの希望する教育を子に受けさせることを要求する権利は認められなかった。親の権利が侵害されるのは、自身と相容れない宗教的・世界観的影響に子を晒されことを強制されているときだとされた。それゆえ学校形式の決定が、州立法者の民主的な多数決原理に委ねられているとしても、「基本法7条の枠内で公布される学校制度の宗教的・世界観的形成に関するラントの諸規定は、その他の憲法法規、なかんずく基本法の基本権と調和していなければならない。特に基本法4条1項および2項の保障に注意が払われなくてはならない」と留保がつけられたのである。⁽⁵⁵⁾

以上の理由から、本件憲法異議には理由がないとされた。なお本件宗派混合学校を正当化する際に、バーデンにおける学校制度の伝統などが持ち出された点も注目⁽⁵⁶⁾に価する。

積極的宗教の自由と消極的宗教の自由との調整について、連邦憲法裁判所は、結局国家の宗教的中立性による解決を採らなかった。すなわち、宗教の自由の少数者保護という側面を認めながらも、少数者に対するキリスト教的理念への同一化や積極的行為の強制がない限り少数者への「寛容」を求め、それによる調整をしたのである。ここでは宗教的中立性は、「学校の使命が

キリスト教の宣教にあると捉えたり、その信仰の内容と関連させたりすることは許されない」という程度に理解されていたに過ぎなかったのである。⁽⁵⁷⁾

（３）「学校祈禱事件」決定⁽⁵⁸⁾

公立学校で宗教の時間外にキリスト教的な祈禱がなされたことを受けて、その中止を求める申立てと、祈禱を中止する処分に反対し祈禱を再開するよう求める申立てとが同時に審理されたのが本件である。本件の主たる争点は、第一に公立学校において宗教教育の時間外にキリスト教的な祈禱をすることが、宗教的中立性に違反するかである。そして第二に、学校での祈禱を求める者の積極的宗教の自由と学校での祈禱の中止を求める者の消極的宗教の自由との調整である。⁽⁶⁰⁾⁽⁶¹⁾

まず連邦憲法裁判所は、そもそも宗教的関わり合いが公立の（義務教育たる）宗派混合学校において許されるのかなどについて、先の「宗派混合学校事件」などを踏襲した。そして「連邦憲法裁判所によって展開された諸原則を尊重したとき、宗教的関わり合いが公立の義務教育学校において認められないものではないとすれば、その実施も基本法 7 条 1 項によって州に委ねられている枠内で行われ、その際に他の憲法上の諸原則、とりわけ当事者の基本法 4 条の基本権が侵害されていない場合、学校祈禱を実施することは原則的に憲法上異議を唱えることができない」として学校祈禱がそもそも認められないわけではないことを示した。

一方で連邦憲法裁判所は、本件の学校祈禱を基本法 4 条 1 項および同 140 条（ヴァイマル憲法 136 条 4 項）の参加を義務付けられない宗教的行為であることも認めている。⁽⁶²⁾それゆえ「学校祈禱は学校で教えるという意味での授業の一部ではないので、拘束的な教科課程の構成部分とはなりえない」のであり、その実施は、「完全な自由意思という基盤」に基づいていなければならないとした。⁽⁶³⁾そして「もっとも国家の役割は、学校祈禱のための組織的な枠組みを創設し、両親または生徒の希望に応じて認めるか、自らもこれを提起するに限られている」と判断した。⁽⁶⁴⁾

最後に、学校における沈黙する権利に他者の宗教的実践に対する優位が与えられてはならないとし、本件における相反する信仰告白の自由の調整は「寛容の要請」を考慮に入れて探求されなければならないとした。⁽⁶⁵⁾ 結果として、学校祈禱を求める異議申立てが許容され、学校祈禱の中止を求める申立ては退けられたのである。

本決定についてみても、そもそも公立の学校制度の形成について宗教的関わり合いを持ち込むことが否定されていないこと、非キリスト教徒に対する強制がない限り多数のキリスト教徒の積極的な信仰告白のためにむしろ祈禱が実施されるべきであること⁽⁶⁶⁾などから、積極的中立性が判断の前提とされていることが分かる。「学校祈禱のための正当な根拠が、宗教的な要請にあるとすれば、国は、学校祈禱を両親もしくは生徒の圧倒的な多数の希望に応えるようにしなければならない」との⁽⁶⁷⁾評価からも、当時の国家教会法の法理を看取することがきるのである。

小 括

本章では特殊な歴史的事情に基づいて形成されてきたドイツの宗教法制、国家教会法と呼ばれる法領域、そしてそれを支えた同格理論についてみてきた。なかでも基本法140条によって編入されたヴァイマル憲法の教会条項は、ドイツにおける国家教会法制をもっとも特徴付けるものの一つであった。

すなわちドイツにおける国家と宗教との関係は、主に国家と教会との関係を意味したのであり、両者は相互に独立かつ同格の関係であると理解されていたのである。その背景には、ドイツ国内では従来から国民の圧倒的多数がキリスト教徒であったこと、教会闘争の評価、第二次大戦後の混乱期における公共性の評価があり、第二次大戦後も教会は他の宗教とは異なる特権的地位を保障されたのである。そして国家の宗教的中立性もまた、同格理論の影響を色濃く受けていた。すなわち基本法によって保障された宗教の自由は、少数者保護を当然に含むものの、国家による宗教への一定の援助は、キリス

ト教会に限定されていたのである。

第2章 同格理論の克服

同格理論は、第一にドイツにおけるキリスト教的伝統の根強さや国民の圧倒的多数がキリスト教会に属するという一定の事実的背景に基づくものであった。⁽⁶⁸⁾しかし1960年代以降、社会の安定化に伴う教会の求心力の漸減や東西ドイツ統一に伴う宗教の多元化を受けて、同格理論は時代の変化に応じて克服されるものとして認識されるようになった。⁽⁶⁹⁾

本章ではそのような見解の先駆的な主張であり、その後の国家と宗教との厳格な分離を志向する学説へ影響を与えた H. クリューガー（Herbert Krüger）の「非同一化原理」（Prinzip der Nicht=Identifikation）について検討する。この原理によれば、国家は「普遍性」の領域、社会は「特殊性」の領域で把握され、両者は同一化することができない。すなわち、特殊的固有性を欠く共同体としての国家を想定することで、民族・宗教・人種といった従来の国家の紐帶的基盤を、「国家的実存」から排除するのである。

「非同一化」の構想は、以下で見るように学説のみならず、連邦憲法裁判所の判例においても広く採用され、今日なお広範な支持を得ていると言い得る。

第1節 同格理論に対する批判：「非同一化原理」

クリューガーの代表的著作である『一般国家学』⁽⁷⁰⁾において提唱された「非同一化原理」は、今日の国家教会法において、国家の中立性（ここでは特に国家の宗教的・世界観的中立性）⁽⁷¹⁾とほぼ同義に用いられてきた。そこでまず、彼の「非同一化原理」の内容や、それがいかなる論拠に立脚し、どのような国家観を前提としているかについて概観し、検討する。

（1）「非同一化原理」の前提

クリューガーが提唱した「非同一化原理」の前提として、まず社会は「特

殊性」(Besonderheit)が正当に承認された領域として把握される。そして、多元主義原理も、結局その社会に繰り入れられる形をとる。他方で、現代国家にとって必要不可欠であるところの法律は、「普遍性」(Allgemeinheit)⁽⁷²⁾の領域において把握されざるをえない。したがって彼の主張によれば、国家と社会は、それぞれ「普遍性」と「特殊性」という異なる領域であり、厳格に峻別して把握されている。そしてそのように峻別された「普遍性」の領域と「特殊性」の領域とは、同一化することが困難であるとされるのである。それでは彼によれば、「特殊性」の領域と「普遍性」の領域とは何が異なるのか、異なるそれら領域はなぜ同一化困難であるとされるのであろうか。この点につき彼は次のように述べる。

「主体として国家を思考し、それによって国家を現実化するのは、宗教、身分、民族、人種、または家柄といった特殊性における人間ではなく、普遍的固有性における人間である。ここで前提とされている人間は、あらゆる特殊性から自らを解放し、普遍的な側面を展開する人間⁽⁷³⁾である」。

すなわちクリューガーの考えでは、通常人間は様々な「特殊性」(しかもこの「特殊性」は、場合によっては人々によって異なる「特殊性」を意味する)が正当に認められる社会に生活するのであるが、国家に関する事柄について思考する際、またその思考を現実化するに際しては、彼らは彼らの種々の「特殊性」から自身を解放するのである。自らを「特殊性」から解放した人間は、「普遍性」の側面を展開することによって、公共的な意思形成過程や決定過程へと参加するのである。それではここで展開される普遍的側面について、彼の論を追ってみたい。

「このような普遍的側面は、ある一つの観点の下で、ある成果をともなって展開される。この普遍的側面は(特殊性とは異なって)、集団の他のいかなる人々とも共有することのできるものである。ここにはある状況が有する意義が示されている。いかなる状況かといえば、人間はただ単に自己理解そのものをする能力を有しているだけでなく、種々の自己理解をする能力をも

有しており、また、異なった、自ら形成し、自ら選択した固有性において、自らを把握し、行動することができる、そのような状況である⁽⁷⁴⁾」。

クリューガーが前提とする人間が展開する普遍的側面とは、単に自らの「特殊性」を捨象することによってもたらされた抽出物ではないことが分かる。なぜならば、人々は、自らの捨象するべき「特殊性」を認識することができるという点で「自己理解する能力」を有するのであるが、それだけではない。すなわちここでの人間は、さまざまな自己理解が可能であると同時に、人々の間にさまざまな種類の固有性が存在するなかで、自らが形成し、自らが選択した固有性を理解することができるのである。では人間にそのような能力が備わっていることの帰結として、何が生じるのか。

この点について、クリューガーは次のように述べる。すなわち、「このような能力を用いることによって、人々はその特殊性の存在と自由とを、おのずから確保するのである。というも、もし人々があらゆる固有性と同時に、普遍性の層を自らの中に形成しないとしたら、いかなる国家も存在しえないし、国家なくしてはいかなる自由もまた、存在しえないのである。それゆえ、自身の特殊性のみを手に入れたがる者は、自らの存在を危険にさらすことになる⁽⁷⁵⁾」と。

以上のようにクリューガーは「特殊性における人間」と「普遍性における人間」とを区別し、そのような人間のもつ能力によって、人間は自らの存在と自由をおのずから確保することになると把握した。ゆえに彼によれば、国家は特殊性の領域、特に宗教などとは「同一化」することはできないし、さらにはそのような問題には介入してはならないことになる⁽⁷⁶⁾。そうだとすれば、国家が宗教的中立性の根拠として、個人の宗教に対して無関心な態度をとるとき、かえってそれは、国家が不可知論的な見解や、無神論的な見解と「同一化」しているということもできる⁽⁷⁷⁾。したがってこの意味においては、この「非同一化原理」は少なくとも論理的な厳密性を欠くという指摘がなされている⁽⁷⁸⁾という点には、留意する必要があると言わなければならない。しか

しこの点はひとまず置くとして、以上のように国家の「非同一化(=「普遍性」)」は現実化され、保障されるのである。さらに彼は、このように把握された人間について次のように続ける。

「国家を思考する市民は、普遍的なものとして理解されなくてはならない。したがって市民は公民(Staatsbürger)として、彼らに備わっているいかなる特殊性とも同一化してはならない。むしろ市民は、その公民たる地位において、また彼らに由来するあらゆる機能のもとでそのような特殊性を徹底的に度外視しなくてはならないのである」⁽⁷⁹⁾。

「国家の存在は人間の内面に移されることになったが、その際に前提とされている人間の自発性と責任性は、自らの固有性が精神的および道徳的人格として国家において不可侵であり、安全に保護されているときにのみ期待される。彼がこうした克己の結果として、他者とともに彼が作り出した国家によって彼の特性が奪い去られるということを覚悟しなければならないとしたら、彼が普遍的かつ非個人的なものとして彼自身を理解することは期待できない」⁽⁸⁰⁾。

以上からも明らかなように、国家の存在、安全、そして自由は、国家の「非同一化」によって確保される。しかしこの「非同一化」それ自体は、「自身を普遍的なるもの」として理解する市民の能力にもっぱら依存している。そして国家の「非同一化」を現実化する市民の能力は、「国家が市民の独自性を犯さないという信頼」のみによってのみ裏付けられているとされた。ゆえに国家の「非同一化」から演繹されるこの「非同一化原理」は、特殊性を国家から排除して、その特殊性を社会に帰属させることによってこのような信頼に応えようとするものである⁽⁸¹⁾。

「人間があらゆる多様性を有しているにもかかわらず、各々の特性を気づかうことなく一つの国家において共同生活を送る、そのような可能性を、同一化されない国家の理念のみが開くのである」⁽⁸²⁾というクリューガーの言葉も、⁽⁸³⁾以上のような意味において理解されるべきだと指摘も首肯できる。

したがって、クリューガーが前提とする国家観を実現するための前提としての国家と社会との「非同一化」、およびそこから演繹される「非同一化原理」は、多様な個々人の生来の、あるいは後天的な特性を、一定の紐帶的基盤によって統合しようとするものではない。むしろそれは、多様な価値観や特性が、お互いを脅かすことなく平和的に共存することを目指す構想といわなければならない。その意味で彼の構想は、多元的社会と親和的であるといえる。次に国家の「非同一化」と、市民の自由の関係についてみてみることにする。

（２）「非同一化原理」と市民の自由

まず国家の「非同一化」と市民の自由の関係についてクリューガーは、国家の側における「同一化」は市民の側における不自由（Unfreiheit）と同義であると述べる。⁽⁸⁴⁾その理由は以下の通りである。

「国家の存在にとって非同一化原理がもつ意義は、この原理が市民たる地位に対していかなる結果をもたらすかにあらわれている。すなわち、国家が自ら実質的内容を確定するならば、その市民はこの〔国家が確定した：筆者〕内容が密接なかかわり合いをもつような領域においては、もはや選択の余地がなくなるというようなことが生じてしまう。もし国家がこのような内容について決定するならば、そのような世界観を否定する人々はその国家から自動的に排除されてしまうことになるのだから、『賛成』（Ja）ないしは『反対』（Nein）を表明する余地などまったくなくなってしまうのである。それゆえ国家の側における同一化は、市民の側における不自由と同じ意味を有するということが明らかになる。さしあたりこのことは、いかなる性格の世界観についてもあてはまる。すなわちある国家が、ある一つの宗教的信条あるいは世界観的信条と同一化されるならば、国家は自らすべての他の信条的なるものに対して不寛容に振舞うようなことをしなかったとしても、自らに誠実とはなりえないであろう」⁽⁸⁵⁾

国家と教会とを分離し、国家の「同一化」を排除することによって、宗教

および世界観の自由が根拠づけられてきたとする論者がいる。⁽⁸⁶⁾同様に「国家の側における同一化は、市民の側における不自由と同じ意味を有するということが明らかになる」⁽⁸⁷⁾といえるのである。クリューガーの思い描く国家観のもとでは、教会を始めとする宗教的なものと「同一化」し、それを、国民を統合するための紐帯や精神的基盤、さらには統治の正当化根拠としてきた中世以前の国家や、⁽⁸⁸⁾宗教的信条でないとしても特定の世界観的信条と同一化し、その世界観のもとに国民を強力に束ねていくような国家は当然に否定される。⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾

第2節 「非同一化原理」の同格理論への影響

「普遍性」としての国家と、市民らの種々の固有性や特性がひしめき合う「特殊性」としての社会が「同一化」することによって、国家は非国家的(unstaatlich)なものになってしまう。なぜならば、国家は、「特殊性」と「同一化」することによって生じる、自らの存立を下支えする社会の分裂によって自らを弱体化させるからである。⁽⁹¹⁾

この点、クリューガーの提唱した国家の「非同一化」は、今では自由を保障する国家の前提とされているとあっていいだろう。すなわち、国家の中立性は、個人の自由とそれを可能にする自由主義的国家の前提条件なのである。また今日の国家の宗教的中立性も、この「非同一化原理」に包摂される憲法原理であり、実務上も学説上もほぼ同義に用いられていることは、前にも述べた。⁽⁹²⁾実際に「非同一化」の構想は、連邦憲法裁判所の諸判決においても、国家の宗教的中立性の文脈において多く見受けられるし、「非同一化原理」は先に検討した、「⁽⁹³⁾法廷十字架事件」、「⁽⁹⁴⁾宗派混合学校事件」、および「⁽⁹⁵⁾学校祈禱事件」の諸決定においても言及されている。

また学説においては、たとえば「現存の同一化が崩壊していくことにより、国家は個人の自由を切り開き、本質的な意味において、すべての住民の共通の住処となる」との指摘がある。⁽⁹⁶⁾国家教会法における同格理論に基づい

た積極的中立性によって、国家とカトリック教会および福音主義教会とが今現在、ある程度同一化していることを前提としたうえで、時代の変遷に応じて歴史的に克服されるべき同格理論の側面が克服されることによって、宗教的に多元化したドイツ社会は、元来ドイツにおいては少数派であった、あるいはまったく異なる価値観を有した者も含めたすべての者の共通の住処となるのである。ここにも先に述べた、クリューガーの「非同一化」の構想の多元主義と親和的な側面が表されていると思われる。国家の宗教的中立性の実践的意義が、この「非同一化原理」において表明されているのである。

クリューガーによって提唱された国家と社会の「非同一化」の構想、そして、そこから演繹される「非同一化原理」は、同格理論を支持する論者に少なからず波紋を投げかけたが、それだけではない。すなわち彼の着想から、多くの論者が国家の中立性について、従来のもよりも厳格な中立性を構想するようになったのである。

国家教会法における中立性は積極的中立性であった。しかし国家教会法の法理を消極的に評価し、その前提とされた同格理論に対してなされたクリューガーの批判に着想を得て、連邦憲法裁判所の諸判決においても学説においても概ね支持され受け入れられてきた同格理論は、次第にその支持者を失うようになり、同格理論に立脚した従来⁽⁹⁷⁾の判例に対する批判も次第に強くなっていった。

実際に、連邦憲法裁判所の諸決定においてもこの原理について言及されており、国家がキリスト教会と特別密接にかかわることを容認しながらも、超えてはならない分水嶺として機能してきたと評価できるだろう。さらに、次第にこの原理に着想を得た判例・学説は、従来の中立性理解の変更を試みるのである。

第3節 連邦憲法裁判所判決における中立性概念の変容

従来連邦憲法裁判所は先述の事情を受けて、次第に自らの中立性理解に変

更を加えることになる。以下ではそうした中立性の転換の契機となった決定・判決を検討する。

(1) 契機としての「教室十字架事件」⁽⁹⁸⁾決定

本件は、バイエルン国民学校の各教室にキリスト像付きの十字架（磔刑像）が設置されていたことについて向けられた憲法異議である。⁽⁹⁹⁾教室における積極的宗教の自由と消極的宗教の自由との衝突を解消するために、連邦憲法裁判所は宗教的中立性について従来解釈とは異なる解釈を打ち出したことが特に注目される。

連邦憲法裁判所はまず宗教の自由が保障する内容について、そこには「自分が共有しない信仰に関する礼拝行為」から遠ざかる権利が含まれていると判断した。⁽¹⁰⁰⁾もっともその際、異なった宗教的信条が存在する社会においては、異なる信仰表明、礼拝行為、そして宗教的シンボルの被害を受けずに済む権利までは保障が及ばないと、保障内容の限界を規定しながらも、個人が特定の信仰、行為、そしてシンボルの影響に「回避可能性なく」晒されているような状況が、国家によって生み出されている場合には、これと区別されなければならないとした。⁽¹⁰¹⁾

次に宗教的中立性について、まずそれは基本法および基本法に編入されたヴァイマル憲法の諸規定から導き出されたとした。⁽¹⁰²⁾決定によれば、この要請は国家が国教会的な法形式を導入したり、特定の信仰を特権化し、または排除したりすることを禁じているという。というのも「異なった、あるいはまったく敵対する宗教的・世界観的信条がその内部で共存する国家は、信仰に関する問題について、中立性を自ら保つときにのみ、平和的な共生を保障することができる」のであり、「それゆえ国家は、社会における宗教的平和を自ら危険にさらしてはならないのである」。⁽¹⁰³⁾そして国家は、信者の数や当該宗教の社会的関連性を考慮に入れることなく、あらゆる宗教を平等原則に基づいて取り扱わなければならないと判断したのである。

そして国民学校に設置された本件十字架については、それがキリスト教の

精神に影響を受けたヨーロッパ文化の表出ではなく特定の宗教上の信条のシンボルであることを認めた。連邦憲法裁判所は、確かに教室に十字架を設置することによって、[十字架に象徴される理念との：筆者] 同一化やそれに敬意を表するよう強いられたり、授業自体がそれによって形成されたりしているのではないとしながらも、「生徒は授業の間、国家によって回避可能性なくこのようなシンボルと対面させられており、『十字架のもと』で学ぶことを強制されている」とした。それゆえ教室における十字架の影響力は、法廷におけるそれよりも強力な影響力を有していると判断したのである。⁽¹⁰⁴⁾

最後に学校制度の形成に関するラントの権限については、以下のように判断している。すなわちラントは学校制度を形成し、教育目標を設定する権限を有している。しかしだからといって、基本法7条1項から生じるラントの権限によって、本件異議申立人の基本権の侵害は正当化されない。それゆえ学校教育や家庭教育が衝突するのみならず、学校において生徒や親の異なった宗教的・世界観的信条もまた衝突する。留保なく保障された基本権や、他の憲法上の法益同士が衝突する法的紛争は、実践的整合の原則に基づいて解決されなければならない。そしてこの原則は、「いずれかの法的地位を優先させ、最大限に主張させるのではなく、できうる限り思いやりのある調整を要求する」⁽¹⁰⁵⁾」。

最終的に連邦憲法裁判所は、「十字架の設置は、キリスト教を信仰する親および生徒の積極的信仰の自由によっても正当化されない。積極的信仰の自由はキリスト教徒だけでなく、すべての親および生徒に等しく当然に認められている。そこから生じる紛争は、多数決原理によっては解決されえない。というのも信仰の自由という基本権は、特に少数派の保護を目的としているからである」とした上で、キリスト教を信仰する生徒が宗教の時間外でも十字架のもとで学べるようにするために、異なる信条を有する者を完全に抑圧することは、実践的整合の原則の要請と矛盾するとした。⁽¹⁰⁶⁾そして国民学校の教室に十字架を設置することを定めていたバイエルン国民学校規則13条1項

3 段は無効とされた。

本決定は十字架の意味について判断する際、「法廷十字架事件」を先例にあげている。本件と先例とで十字架の評価が異なったのは、単に設置場所による回避可能性有無のみによるのではない。むしろ本決定は、十字架に対する当事者の主観的な受け止め方ではなく、客観的に「国家の命令による十字架の設置」そのものに問題があるとした点、また住民の多数がキリスト教徒であるという事実が十字架設置の正当化事由とはならないとした点で、先例の一步先へと進み、より本質的な点で態度変更したと評価できる。⁽¹⁰⁷⁾

次に「宗派混合学校事件」では学校制度においてはキリスト教的理念のうち、文化的要素としての関連のみが認められていたが、本決定では十字架を宗教的シンボルであるとして事案を区別し許容されないとした。そして消極的信仰の自由には、異なる信仰に関する一定の行為を強制されないだけでなく、異なる宗教の上のシンボルから遠ざかることまで含めた。さらに基本法4条1項の目的は少数者保護にあるとし、従来少数者が受け入れるべき寛容の範囲を狭めたという点で先例とは異なる。⁽¹⁰⁸⁾

最後に「学校祈禱事件」との関連であるが、学校祈禱が認められたのは、それが生徒の自由意思に基づいており、不参加による不利益がなされないことが主たる理由であった。本決定はこの先例と本件を、「自由意思の有無」という点で区別した。さらに本決定は、十字架がもつ宗教的シンボルとしての意味、およびそれが生徒に与える影響力を強調し、少数者保護に注力した点で、従来の立場に比べ、より少数者保護を重視する判断をしていると評価できる。

本件決定が下された1995年という時代は、「伝統としての国教」⁽¹⁰⁹⁾が色濃く残る時代でもあったが、同時にそうした伝統の基盤が掘り崩されはじめた時代でもあった。すなわち第二次大戦後、トルコ系移民を労働力として大量に迎え入れたこと、東西ドイツの統一によって東側が西側に編入されたこと、その後のムスリム系移民の増加を受けて、ドイツ国内の宗教が、これまでド

ドイツが経験しなかったほどに多様化したのである。こうした急激な宗教的多様化によって、ドイツ国内では「伝統としての国教」と「新しい宗教」とがしばしば衝突するようになったのである。また二大教会に属する信者の数は、統計上年々減少の一途をたどっていることが、ドイツのキリスト教的伝統の基盤の掘り崩しを後押ししている。⁽¹¹⁰⁾

こうした社会状況の変化が、「伝統としての国教」と少数者にも宗教の自由を保障する基本法体制との衝突を生み、連邦憲法裁判所は、いわば「ドイツの新しい問題」に対処するために先例からの離反を決断したといっていだろう。連邦憲法裁判所が本件決定において、国家の宗教的・世界観的中立性の解釈をめぐる、初めて対立したというのもそうした背景事情を反映したからであるといえる。従来の積極的中立性は本決定以降変更され、国家と教会とが同格であるとする理論も影響力を衰えさせたと評価しても過言ではないだろう。

（２）「イスラム・スカーフ」判決⁽¹¹²⁾

本件は、公立学校の教師を志願した女性が、宗教的に動機づけられたスカーフの着用を勤務中にも望んだため、教師としての適性を欠くとして採用を拒否されたことに対してなされた憲法異議である。本件を通じて先の「教室十字架事件」で変更された宗教的中立性がいかに受け継がれ、それが基本権保障にいかに関与しているのかをみてみたい。

連邦憲法裁判所は、立法者には公職志願者の適性を判断する際の基準などを設定する権限があることを認めている。ただしその際には、教師や生徒の信仰の自由、親の教育権、国家の宗教的・世界観的中立性の要請を考慮しなければならないとしてその限界を規定した。そしてそれらの間に生ずる緊張関係は、寛容の要請をもって解決されなければならないとされた。⁽¹¹³⁾

また本決定によれば、宗教団体への所属を学校において、自らの着衣によって表明してはならないとする公務員に課された義務は、基本法 4 条 1 項および 2 項によって保障された基本権を侵害するという。また基本法 4 条の基

本権は留保なく保障されているため、その制約は憲法自身から生じなくてはならないとされている。その上さらに、「留保なく保障された信仰の自由を制約するには、十分に規定された制定法上の基礎を必要とするのである」と判断された。⁽¹¹⁵⁾

宗教的中立性について本決定では、「教室十字架事件」決定より具体的にその内容を規定している。すなわち国家の中立性義務は、国家と教会との厳格な分離という距離を置いた態度としてではなく、すべての宗派の信仰を等しく促進する、開かれた、包括的な態度として理解されなくてはならない⁽¹¹⁶⁾と。そのように理解された中立性によれば、国家は特定の宗教や世界観と同一化し、それを通じて社会における宗教的平穏 (religiöser Frieden) を自ら危険にさらしてはならないと判断された。⁽¹¹⁷⁾なお本件では、異議申立人のスカーフ着用によって学校における平穏が具体的に危険にさらされることについての根拠が不明確であり、抽象的な危険への防御のための本件スカーフ着用禁止は、制定法上の基礎を欠くため、異議申立人の基本権の介入は正当化されないとされたのである。

本決定で特筆すべきは、宗教的中立性について、すべての宗教に対して等しく信仰の自由を促進するという意味での開かれた包括的なものとして理解されるべきだとした点である。すなわち「開かれた中立性」(offene Neutralität)である。そして宗教上のシンボルに生徒が対面させられる状況を国家が作り出していた「教室十字架事件」と、基本権主体たる異議申立人のスカーフ着用が問題となった本件とを区別し、基本権の実現化に重点を置いて中立性を修正したと評価できる。⁽¹¹⁸⁾

小 括

クリューガーを先駆とする、国家と教会との密接な関わり合いを消極視する見解は、その当初は多数派を形成するに至らなかった。しかし本章で見てきたように、「ドイツの新しい問題」、すなわち一方ではドイツ国内の急激な

宗教的多元化を経験しながらも、他方で少数者がしばしば「伝統としての国教」への寛容を強いられていたという問題に対処するために、従来の中立性解釈、そしてヴァイマル憲法の教会条項を含めた基本法の条項の捉え直しが必要不可欠となったのである。クリューガーをはじめとする国家と教会との密接な関係を消極視する論者の論考は、そうした背景のもとにその価値を再評価されたのであり、実務においては連邦憲法裁判所が「教室十字架事件」決定において従来の中立性理解を変更した。

こうした態度変更を皮切りに、ドイツ公法学は従来とは異なる「開かれた中立性」をより緻密化させ、新しい問題に対処する役割を担うようになったのである。次章では、そうした学問上の理論レベルにおける、中立性の再構築について見てみることにしたい。

第3章 ラディカルな中立性とそれに対する応答

国家の宗教的中立性の理解は「教室十字架事件」において変更され、以後連邦憲法裁判所の判例上一定の定着を見せている。こうした潮流は、ドイツ公法学においても受け入れられ、新しい宗教的中立性の構想をさらに精密化させていく契機となった。またそれだけに留まらず、ドイツ公法学においては、こうした新しい宗教的中立性構想に立脚して、従来为国家教会法そのものを再構成しようという試みがなされるようになった。以下では、ドイツ公法学におけるこうした学問的潮流について概観し、国家の宗教的中立性がいかに再構成されるに至ったかを検討する。

第1節 国家の宗教的中立性の自立化

（1）国家教会法と「宗教憲法」

開かれた中立性のもとでは国家は宗教色の一切の排除を義務付けられないが、すべての宗教に対する平等な配慮を要求されるようになった。こうした潮流は、「教室十字架事件」および「イスラム・スカーフ事件」の各法廷意

見に真っ向から反対する少数意見が付され、またメディアをはじめとして、社会的にも大きな批判を集めた。⁽¹¹⁹⁾ そのような批判の背景には、ドイツにおいてはキリスト教会が伝統的に国教のように事実上考えられてきたという事情がある。⁽¹²⁰⁾ この事実は国家教会法によって法的にも支持されてきたのであり、国家とキリスト教会との法的・制度的な協力関係は、ドイツ公法学において⁽¹²¹⁾ もなお根強く支持する声がある。

一方で、開かれた中立性への変遷を好意的に受け止め、ドイツにおける国家と宗教との関係についての法的概念の再検討を試みる見解も、いまや少数派に留まらない。むしろ各論者によって、その主張に種々の相違が若干見受けられるものの、大要次の点ではそれらの主張は概ね一致している。すなわち、従来国家教会法においては、国家とキリスト教会との密接な協力関係について規定する条項、とりわけヴァイマル憲法の教会条項を中心にその制度的側面が重視されていた。しかし近年の学説は国家教会法を制度的側面ではなく、基本法4条の宗教の自由の基本権を中心に再構成しようと試みる。従来「国家教会法」と呼ばれてきた法領域を、「宗教憲法」(Religionsverfassungsrecht)と呼び改める論陣がこれである。

「宗教憲法」の論を張る者たちは、以上のように国家教会法における国家と宗教との関係を再構成しようと試みるが、そこでも国家と宗教との厳格な分離は主張されない点に注意が必要である。すなわちこの見解は、個人の宗教の自由を重視し、国家の各宗教に対する平等取り扱いを求めるのである。⁽¹²²⁾

例えばC. ヴァルター (Christian Walter) は、国家教会法を歴史的に形成された国家と教会との固有の法領域であるとする。⁽¹²³⁾ そして、「国家教会法は制度の法である」というイーゼンゼーの言葉を引き、国家教会法は、宗教に関する制度的側面を記述するものであるとする。⁽¹²⁴⁾ そしてこれに対して「宗教憲法」では、個人の宗教の自由という「基本権」を重視するとして、国家教会法と「宗教憲法」とを対置する。ヴァルターの述べるように、国家と教会という「制度」から、個人の宗教の自由という「基本権」を重視する点

に、『宗教憲法』という言葉に表現される法的概念の変化」が端的に表われているといえる。⁽¹²⁵⁾ こうした見解は、S. コリオート（Stefan Koriotoh）が、国家教会法から「宗教憲法」への法的概念の変更を端的に言い表した、「国家教会法の基本権化」⁽¹²⁶⁾（Vergrundrechtlichung des Staatskirchenrechts）という標語の立脚する考えと軌を一にするものといえよう。

このようなドイツ公法学における、国家と教会との関係についての法的概念の再検討の動機として、M. ケーニヒ（Matthias Koenig）は、キリスト教会の信者数減少にともなうその影響力の低下をあげ、それに呼応するようにドイツ社会において生じた宗教的多元化をあげる。さらに EU との関連でグローバル化にもはや抗うことができない現代国家は、その正当性と秩序の安定性を、かつてのように教会に求める必要はなくなったことを指摘する⁽¹²⁷⁾のである。そして、グローバル化にともなう宗教的多元化に対応するために、かつての国家と教会との関係を見直す必要が生じることを指摘する。具体的には、これまで以上に宗教的少数者の保護と、あらゆる宗教に対する国家による平等な対応が求められるとする。⁽¹²⁸⁾

以上のように、連邦憲法裁判所が社会的事情の変化などにより従来の中立性解釈を変更せざるをえなくなったことを受けて、ドイツ公法学もまた、ドイツにおける新しい問題への対応を試みている。各論者の間に多少の差はあるものの、いずれも個人の基本権の実現化と国家によるあらゆる宗教への平等取り扱いを国家の宗教的中立性の中に含ませていることが分かる。これらの学説や「教室十字架事件」以後の判例において、国家の宗教的中立性は、国家の具体的な義務であるとされ自立化の様相を見せている。⁽¹²⁹⁾ すなわち中立性を基本法の具体的な諸規範から切り離し、様々な論拠を通じて、その実践的な機能を再構成しようとする試みが活発になっている。こうした国家の宗教的中立性の自立化の代表としてはフスターがあげられる。

（２）フスターの「倫理的中立性」

フスターの前提 S. フスター（Stefan Huster）が構築した中立性モデル

の最大の特徴は、政治哲学としてのリベラリズムの影響を受けているという点にある。フスターの中立性モデルは、リベラルな政治哲学、とりわけ初期 J. ロールズ (John Rawls) の政治哲学⁽¹³⁰⁾に影響を受けており、これに立脚して中立性の再構成を試みる。「教室十字架事件」を契機に、「多元的な現代政治的共同体における平穏かつ公正な共存・共生」⁽¹³¹⁾という課題がドイツでの焦眉の問題となった。フスターによる国家の中立性に関する研究も、こうした時代背景および時代の要請に対応したものとして理解されなければならない。また従来の基本法解釈では具体的に中立性原理の内容を厳密に規定することができなかったことに対する消極的評価が、フスターの基底にはある。⁽¹³³⁾

フスターは、かつてのドイツにおいては共同体の統合に際して、宗教を基盤にしたことを認めつつも、現代の政治的秩序は一定の宗教的基盤に依拠する必要はないとする。⁽¹³⁴⁾したがってフスターは、国家は特定の善の観念に依拠してはならず、その意味で国家の中立性は、宗教的・世界観的中立性を包摂しながらも、さらには種々の生活様式や倫理的な立場にまで及ぶとする。⁽¹³⁵⁾

中立性の内容 このような前提に立脚し、フスターはみずからの構想する国家の中立性を、「根拠付けの中立性」(Begründungsneutralität)であるとする。⁽¹³⁶⁾すなわち、前社会的状況における個人の自由の所与性という自由主義の自明の理 (Grundaxiom) へと立ち返ることによって、フスター型の中立性へと行き着くのである。それによれば「国家による措置は、すべての市民に対して正当化できるものでなければならない」し、またこの正当化は、宗教的・世界観的な多元化という条件のもとで、すべての者が原理的に受け入れられるものでなければならないということになる。⁽¹³⁸⁾フスターの倫理的中立性の構想は、あくまでも、公権力の行使に際しては、万人にとって納得のいく理由に基づいて根拠付けられるべき点とする点で、平等志向的な公権力の事前的統制機能をもつものといえるだろう。⁽¹³⁹⁾

実体的な効果 このようにしてフスターは、みずからの中立性の内実を政治的リベラリズムの影響を受けた根拠付けの中立性であると規定する。そし

て基本法を、とりわけ基本権ドクマーティクに関する領域を、この倫理的・中立性を解釈原理として用いて解釈するのである。彼の中立性構想にしたがえば、先に検討してきた「教室十字架事件」や「イスラム・スカーフ事件」について、次のことがいえるだろう。

両事件についての連邦憲法裁判所の決定においては、十字架の設置を命ずる国民学校規則、公務員志願者の適正判断の基準、そして公務員としての教師に対しスカーフ着用を禁止する制定法上の基礎も、ラント立法者の学校制度に関する形成権限の問題であるとされた⁽¹⁴⁰⁾。こうした形成権限の行使に際し、フスターの根拠付け中立性は、キリスト教のみを優遇する学校制度・教育目標や、特定の宗教のシンボルのみを禁じ、あるいは容認するような、党派的な立法を拒絶するのである⁽¹⁴¹⁾。また、ドイツにおいて圧倒的な大宗教であり、ドイツの文化・伝統と不可分ともいえるキリスト教会と国家との密接な協力関係を消極的に評価し、そのような諸教会と、イスラム教に代表されるようなドイツにおいてこれまでまったく馴染みのなかった宗教との間の異なった取り扱いを認めない点で、きわめて平等志向的な構想であるといえる。

本節で見てきたように、学説においては、従来の国家とキリスト教会との密接な協力関係が消極的に評価され、各宗教の間の平等、個人の基本権、とりわけ宗教的少数者の宗教の自由の保護という観点から、国家の宗教的中立性を再構成しようとする試みが、現在活発になったといえる。むろん、こうした論者のすべてに共通するわけではないが、そのほとんどは従来の国家の宗教的・世界観的中立性が、基本法に定められた諸規範の解釈によっては、その内実を具体化できなかったという反省を踏まえていた。ゆえにこうした論を展開する者たちは、基本法のテキストを離れ、不文原理としての国家の宗教的・世界観的中立性を構築したのである。政治哲学から着想を得て、ドイツにおける中立性を再構成し、その具体的な内容は公権力の行使に際しての、根拠付けの中立性であると主張したフスターは、まさにそうした学問的潮流の典型的な一例である。

前章でもみてきたように、国家の宗教的・世界観的中立性は、1995年の「教室十字架事件」決定以降、国家の具体的な義務、すなわち、「社会における宗教的平穏を自ら危険にさらさない義務」⁽¹⁴²⁾を導出する根拠へとその意味を転換させる。このような国家の宗教的・世界観的中立性を自立化させる傾向に対しては、「宗教憲法」による国家と宗教との関係の再構成に共感を示す論者からも批判がないわけではない。以下では中立性を基本法から切り離し、実体的な内容をもった不文原理として規範から自立化させることに消極的な論者の主張について検討する。

第3節 国家の宗教的中立性の自立化をめぐる問題

「宗教憲法」の論を張る者たちは、国家の宗教的中立性を国家の具体的な義務を導出する根拠として理解している。そのために彼らは国家の宗教的中立性を、基本法のテキストから切り離し不文原理として構想し、その内容を独自に精密化してきた。その代表であるフスターも、アメリカの政治哲学に基づいてドイツの国家教会法を再構成した一人であった。

このように、中立性原理を基本法の個別規範から切り離して規範から自立的に構想する論者に対して、不文原理は重要ではなく、むしろ憲法の具体的な規範の解釈こそが重要であるとの批判があるのは当然である。フスター型のリベラルな憲法解釈に対するこのような批判は、日本国憲法の視点からは時代逆行的で、今やその基礎を失ったといえる同格理論や積極的中立性への逆戻りに見えるかもしれない。

しかし本稿が検討の対象としているのは、ドイツの現行憲法たるドイツ基本法であるということを、ここで今一度強調しなくてはならない。すなわち基本法の諸々の規範からも明らかなように、ドイツにおいて宗教は公的空間から排除されておらず、また一定の宗教団体と国家との協力関係も基本法自身によって明示的に認められているのである。またアメリカ流政治哲学を、特殊ドイツ的な歴史を背景に制定された基本法の解釈に手放して導入するこ

とは確かに早急にも思われるのである。

以下ではこうした論点が端的に表れている論争を追うことで、フスターの中立性モデルの現実的な問題点を指摘し、ドイツにおける国家の宗教的中立性のあるべき姿とは何かを検討してみることにした。

（1）ハイニヒによる中立性議論の再定位⁽¹⁴³⁾

フスターの問題点 H. M. ハイニヒ（Hans Michael Heinig）は、国家の宗教的中立性が憲法規範から自立化することに疑問を提示する。彼はフスターによって提示された中立性モデルについて、「一考には値する」としながらも、「基本法に特有の宗教的・世界観的中立性の試みにとって、完全にふさわしいとはいえない」として拒否するのである。⁽¹⁴⁴⁾

ハイニヒは、フスターの中立性モデルによって、「最終的には政治を宗教の影響力から解放するために、宗教の政治への影響力が制限される」とし、「まさにこの点に〔フスター型中立性の：筆者〕憲法理論上の弱点がある」と論難する。すなわち、「根拠付け中立性の要請を厳密に解釈すれば、いかなる宗教的信条も、民主的な意思形成の過程から排除されることになる。したがって宗教は、公共的空間から排除されるのである」と。⁽¹⁴⁵⁾

基本法と宗教 根拠付けの中立性は、民主制の決断的要素と意思的な要素（voluntatives Element）とを無視している点をハイニヒはあげる。ハイニヒによれば、「民主制は、理性と討議のみを意味するのではなく、意思（Wille）と決断をも意味する」のであり、「このような意思は、宗教的にも動機づけられているのである」。それゆえ基本法は、ロールズの熟議的な民主制理解に基づいた青写真から生ずるのではなく、その成立過程から見ても、意思形成過程から宗教的な動機を排除していない。またハイニヒは、なぜ民主的な意思形成の過程から宗教的に動機づけられたものだけが排除され、自由市場主義や、技術信仰といった、最終的にはイデオロギーとなりやすいものが排除されないのかについて、フスターは説明しなくてはならないとして⁽¹⁴⁶⁾いる。

したがって、「詰まるところハイニヒは、宗教的中立性の原理に消極的な⁽¹⁴⁷⁾のである」との評価も一方で正鵠を射るものといわなければならない。しかし他方で、ハイニヒ自身が「基本法に適合する宗教的・世界観的中立性の理解は、なによりもまず、憲法自身から発展させられるものである⁽¹⁴⁸⁾」としている点は、留意されなければならない。つまりハイニヒは、宗教的・世界観的中立性が憲法上の（基本法上の）個々の諸規範から独立し、不文原理として独自の様相を帯び、独自の内容を持ちつつあることの危険性を指摘しているのである。

「宗教憲法」における中立性 ハイニヒは、国家の中立性を狭い意味における法原理として理解するのではなく、憲法の具体的な規範、とりわけ宗教の自由を保障する、基本法4条と結合させる。そのような前提に立ったうえで、ハイニヒは宗教的・世界観的中立性を、「真理発見を助ける補助手段⁽¹⁴⁹⁾」、あるいは規範解釈のための「規制的観念⁽¹⁵⁰⁾」として理解するのである。ゆえにハイニヒは、「宗教的・世界観的中立性から法的に何かが導き出されることはない。ただ、憲法の具体的な諸規範からのみ導き出されるのである⁽¹⁵⁰⁾」として、それ自体が独自の意味内容を持つようになりつつある宗教的中立性を、憲法を解釈する際の補助的な地位へと押し戻そうとする。

中立性を憲法解釈の補助的手段とした理解は、次のような彼の憲法観にも依拠している。すなわち、「国家が市民の宗教に対し、世俗主義的であるべきか、それとも開かれているべきかという問題について、基本法はアンビバレントな態度をとっていない」とし、基本法は国家と宗教団体との開かれた協力関係という形態を規範的に優先しており（normative Präferenz）、このことはドイツの「宗教憲法」に基礎を置くとし、宗教的・世界観的中立性の法学的意味を考える際にはこのことを十分に考慮にいれなければならない⁽¹⁵¹⁾とする。

その上で宗教的中立性は「個々の事例ごとに具体化されなければならない、またこのような過程において、著しく対立する観点からも具体化されうる」

とする。そしてハイニヒは、「したがって中立性は、宗教政策（Religionspolitik）を一定方向に導きこそすれ、それを妨げるものではない」とし、「国家の宗教的・世界観的中立性の〔自立的に：筆者〕構想された観念はほとんど知的魅力がない」と結論する。⁽¹⁵²⁾

ドイツ基本法はその140条と結びついたヴァイマル憲法137条5項において、一定の要件を満たした宗教団体に対して公法上の地位を付与することを定め、7条3項において、宗教教育を公立学校において正規の授業科目として規定している。また連邦憲法裁判所は先にも述べたように、一部の政教条約や教会条約が今日なお有効であることを認めている。このようなことからドイツにおいては、基本法それ自体においても「宗教の公共性」が承認されているといえる。⁽¹⁵³⁾ そのような事情を踏まえれば、ハイニヒの言説は一定の説得力を有するように思えるし、また彼の言説はそうした事情を踏まえた上で理解されなければならないだろう。

以上で見てきたように、フスターとハイニヒの中立性構想の相違は、第一に解釈上の方法論、第二にそれぞれの中立性によってもたらされる実体的な効果にあった。自身の中立性を批判したハイニヒに対し、フスターは以下で見るように、自身の中立性を擁護し、さらにハイニヒの中有立性構想を批判した。以下ではフスターによるハイニヒに対する反論、そしてそれに対してなされたハイニヒによる再反論によって展開された論争を追うことで、両者の中立性構想およびその実体的効果をより明らかにし、ドイツ基本法の下で国家の宗教的中立性がいかにして構想されるべきかについての示唆を得ようと試みる。

（２）方法論上の対立

リベラルな民主的意思形成過程 まずフスターは、自らが中立性原理を憲法規範ではなく政治哲学によって構想した点について、次のように応答を試みる。すなわち、「集中的な自由への侵害に対抗する比例原則と同様に、中立性の要請は宗教的・世界観的観点における党派的な介入や、不平等取り扱

いに対する憲法規範の保護効果を示す」ものであるとする。その上で根拠付け中立性は、「国家による処置が、特定の（そして伝統的に多数派によって是認されてきた）宗教や世界観を他の考え方に対して優先させようとする、そのような根拠に支えられてはならないこと」を意味するのだとして自身の中立性の内容を明らかにする。⁽¹⁵⁴⁾

次にフスターの中立性構想がアメリカ流の政治哲学に基づいており、公共的理性を用いることで、民主制の意思形成過程から宗教的に動機づけられた意思が排除されるとの批判に対し、フスターは次のように答えている。すなわち、「憲法の土俵で議論する者は、世俗的で理性的な討議に参加しなければならない。これは文明の進歩であり容易に放棄されるべきではない」と。⁽¹⁵⁵⁾ もっともフスター自身、公共的理性のためにすべての決定から宗教的・世界観的信条や、それに由来する根拠付けを一切排除し否定しようとするのではない。フスターは、世俗的で理性的な討議に参加する者は、例えばキリスト教を他の見解を有するすべての者が普遍的に理解できるような言語に変換しなければならないという条件を提示している。⁽¹⁵⁶⁾ 以上のようにしてフスターは、宗教的中立性を哲学的な考察を通じて構想し、基本法の個別的規範から離れたところでその具体的内容を構築する自らの方法論を擁護している。

基本法の歴史的刻印 ハイニヒによれば、彼は中立性原理の存在そのものを根本的に否定したのではなく、基本法の特殊「宗教憲法的な刻印」を適切に受容した中立性の理解を支持しているのである。すなわち、フスターの側では憲法理論的に根拠付けられた中立性原理が、個々の憲法規範を理解する際のイニシアチブを握る。それに対し、原理を個々の規範に照らして再構成するといったハイニヒによる代替案は、フスターとは異なり方法論上受け入れることができるとする。この点でハイニヒの中立性原理は、憲法規範の中へと退行することになるのである。⁽¹⁵⁷⁾

公共的理性をはじめとする政治哲学を基本法解釈に導入することについて、もハイニヒは再反論を試みる。すなわち基本法の制定者はロールズを読んで

いなかったし、仮に読んでいたとしても基本法をまとめる際にそれを支持しなかっただろうと反論する。ハイニヒ曰く、「議会評議会は、『無知のヴェール』（ロールズ）のもとで開かれたのではなく、歴史的に積み重なってきた憲法の伝統と、とりわけ宗教憲法に現れているような独特の文化的な学びと経験とを背景として開かれたのである」⁽¹⁵⁸⁾。

さらにハイニヒは、フスターによる基本法の規範から自立化した中立性構想では基本法の規範の中にも妥当しないものが生じうる可能性をあげる。その上でフスターはこの事実を脇に置くことで、基本法の統一性を危うくするとの疑問を提示する⁽¹⁵⁹⁾。「良き憲法理論は……具体的な規範の集合によって証明される」。「良き憲法理論は、その都度の憲法の特種性を描きうるし、……基本法の規範にふさわしいものでなければならない」としている。さらに、このような調整がなされていない憲法理論は、「超憲法」的なものとして基本法から自立化する危険を冒していると指摘する。そして「このような危険が、まさにフスターの論説において現実化しているのである」とフスターに再反論する⁽¹⁶⁰⁾のである。

（３）実体的効力について

規範内容の確定 フスターは、ハイニヒのいう宗教的中立性が無色透明であることにより、その実体的な効力について問題が生じるとする。すなわちハイニヒは、「真理発見的な補助手段」や規範解釈のための「規制的概念」としての中立性に固執し、その内容については沈黙を通しておりいまだ答えていないと論難するのである。フスターは、ハイニヒのいう個別規範の内容、特に個別的基本権の内容は、その国々の憲法秩序によって確定されるとし、ドイツにおいては宗教の自由や平等原則、そして基本法に編入されたヴァイマル憲法の教会条項などによって導き出される中立性の要請があって初めてその意味内容が確定されると反論する。すなわちこの主張によれば、基本法の個別的規範、とりわけ基本権は、フスターのような中立性構想によってのみその内容が確定される。しかしハイニヒの中立性構想によっては、そ

のような効果が生じえず、個々の規範の意味内容は依然として不明確なままとなってしまう。フスターのハイニヒに対するこのような反論は、「内容なき中立性？」という彼の反論文のシニカルなタイトルにも顕著に表れている。

教会の利害関係からの解放 またフスターは、ハイニヒのように基本法は国家と宗教団体との協働を前提していると理解した場合、国家教会法の領域における議論にも不利益な効果が生ずるとする。その際彼は、自らの根拠付け中立性は平等原則と等しい意味を有することを再度強調する。そして根拠付け中立性モデルは、国家教会法・宗教憲法を平等取り扱いの秩序として理解するのである。そうでないと、現在の国家教会法の領域における議論は、国家とキリスト教会の利害による影響を受けやすく、その領域における議論が自由に展開されうるかについて、フスターは疑問を呈するのである。したがってこのような領域における議論を自由に展開するためには、場合によっては国家教会法における秩序指導的思考を断念せざるをえないとする。それゆえ国家とキリスト教会との協働関係を前提に制定された基本法の個別的規範から全体を導き出すのではなく、根拠付けの中立性モデルこそが正しいのだと自説を擁護する。⁽¹⁶²⁾

中立性の自由制約的機能 これに対しハイニヒは、自らの主張する個々の憲法規範と結びついた中立性構想の効果について、宗教の自由の基本権を例にとって説明している。「中立性というトボスの背後にある国家の非党派性(Unparteilichkeit)および自由の実現における平等取扱いの観念は、基本法4条1項および2項の枠内で、『自己理解の尊重』という表象を超えて、⁽¹⁶³⁾解釈学上活性化されうる」のであり、そのことは、基本法の制定者意思とも適合する⁽¹⁶⁴⁾というのである。むしろフスターのような自立化した中立性構想のもとでは、中立性の要請を援用するのみで法律上の根拠や具体的な実害を必要とせずに、個人の宗教の自由が切り詰められていると論難する。ゆえにハイニヒからすれば、フスターの中立性構想こそ、宗教の自由の保護領域を狭くする危険をはらんでいるといえるだろう。

（４）考察：基本法における中立性

以上で見てきた論争、とりわけハイニヒによる指摘には多くの得るべき示唆が含まれていると言わなければならない。公権力から宗教色を拭い去ろうとするフスターの中立性構想は、我が国の憲法学の視座からみれば受け入れやすいものに見えるかもしれない。逆に国家の宗教的中立性の哲学的な論拠による基本法からの自立化を非難し、国家教会法および「宗教憲法」の解釈に際しては、国家と宗教団体との協力関係を内包する基本法の個別的な諸規範から出発しなければならないとするハイニヒの中立性構想は、時代逆行的なものに思えるかもしれない。しかしハイニヒが別の論文⁽¹⁶⁵⁾において、かつての国家教会法ではキリスト教会をドイツ社会の精神的秩序の中心に据え置こうとしていたことを認めながらも、現在ではそのような構想はもはやありえないと述べていることから、ハイニヒの主張が単なる先祖返りではないことが分かる。伝統としての国教という観念が成り立たなくなった現在では、キリスト教会にのみ精神的秩序の統合を期待することはもはや不可能であることを、彼は自覚しているのである。またハイニヒが、国家と教会とが「同格」の関係であるとの見解に対して、今日における国家と宗教団体との関係は、国家が特定の宗教団体ではなく直接個人と向き合う関係へと再構成されなければならないと強調していることから、彼が中立性を基本法の規範に還元させることで、教会優遇的な状況を追認しようとしているのではないことが分かる⁽¹⁶⁷⁾。彼は、国内における多元化をもはや止めることができない時代にあって、基本法が保障する諸々の自由を軸に置いて中立性を捉えることで、多元主義の問題を克服しようとしていると言っているのではないだろうか。

現在の基本法体制のもとで、種々の特権的待遇を受けているのは、おおむねキリスト教会に限られている⁽¹⁶⁸⁾。しかし、これは第一に従来ドイツにおいて二大教会が支配的宗教であったことに由来するものであった。

しかし1995年の「教室十字架事件」決定以来、国家教会法における宗教団

体には、キリスト教会に属さない宗教団体も含めて解釈がなされるようになり、基本法4条1項および2項の保障する宗教の自由は、宗教的少数者の積極的な保護を含むものとして、その様相を一変させたのであった。これを契機として、ドイツ公法学においても国家教会法を「宗教憲法」と呼び改め、国家と宗教との関係、個人の基本権保障を規律する法的枠組みの再構成が試みられた。そこではキリスト教会と国家との特別密接な協力関係が消極視され、個人の、とりわけ宗教的少数者の基本権保護に視座が転換されたのであった。

こうした潮流はドイツ公法学にも影響を与え、従来の国家と教会との密接な協力関係を消極的に評価し、個人の宗教の自由の保障と、国家による各宗教への平等取り扱いを志向する傾向が次第に勢力を増し、国家の宗教的・世界観的中立性も、このような傾向を踏まえて再構成されるに至ったのである。本稿ではこうした学問的潮流の代表として、フスターの「根拠付けの中立性」を取り上げた。初期ロールズの政治哲学に影響を受けた彼の中立性構想は、公権力の行使に際しては必ず根拠付けが必要であるとし、その根拠付けに際して宗教などを持ち出してはならないとするものであった。こうしたフスターの中立性構想への批判として、ハイニヒによる反論をとりあげた。ハイニヒは、中立性とは基本法の個別的規範の束を表すある種のコードであるとし、フスターらのように中立性原理を基本法の具体的な規範から自立化させることに對し、警鐘を鳴らしたのである。

相反する中立性構想を描くハイニヒとフスターとの論争をみることで、フスターの中立性構想の弱点が明らかになった。すなわち彼の中立性構想では、宗教が民主的意思形成過程から排除されるが、基本法はそもそも宗教に一定の公共性を認めており、公的領域から排除してはいないこと、このことは基本法の制定史からみても明らかであること、さらにドイツにおいては宗教が公的領域で活動しうることを基本法自身が認めており、フスターの中立性構想のもとでは、法律上の根拠や具体的な実害がないにもかかわらず、宗

教の自由が切り詰められる危険性が潜んでいることが明らかになった。ゆえに、フスターのリベラルな中立性構想は一見するところ魅力的ではあるものの、国家の宗教的中立性は憲法の個別的規範による解釈から、事例に即してその内容を確定されるべきであると筆者は考える。ドイツ基本法は、明文で国家と宗教とのかかわり合う状況を認めている。もっともこうしたかかわり合いは、現在は公法上の団体として認可されたキリスト教会によって占められているが、基本法は公法上の団体についてキリスト教会に限定しているわけではなく、一定の要件のもとにラントが認可する権限を規定している。ゆえに例えば、今後はキリスト教会以外の宗教も広く公法上の団体としての地位を付与されるよう、認可の権限を統制するなどするといった構想のもとで、中立性原理は構築されるべきであろう。

フスターらに代表される見解は、伝統的宗教とそうでない宗教とを対等に観念する点で魅力的ではあるものの、他方で基本法に根拠を有する国家と教会との関係が消極視されることで、基本法によって保障された教会の自律権、すなわち宗教の自由の集团的側面が切り詰められていることが見逃されてはならない。ハイニヒの主張は、教会の特権を正当化するものとの見方もあるが、筆者にはむしろこのような点について警鐘を鳴らすものであるように思える。したがってハイニヒのように、基本法に根拠を有する教会の自律権などは存置したまま、他の宗教もまたそうした制度に組み込まれるような構想が構築されるべきであろう。そうした構想こそが、いかなる自由をも切り詰めることなく、多様化する宗教の自由を最大限保障することができる様に思われる。

また方法論的な観点からは次のことが説明されなくてはならない。すなわち、フスターのように基本法を離れた宗教的中立性を採用した場合、基本法の諸規範との統一性はいかに説明されるのだろうか。ハイニヒの論にあったように、基本法は宗教との関わり合いを放棄していない。日曜保護、ゼクト警告、正規科目としての宗教の授業を例にとれば、そのことは明らかであ

る。さらには民主的立法者による決定は、宗教的に中立的とそもそも言うことができるだろうか。⁽¹⁶⁹⁾

この点、すなわち中立性と宗教の自由が基本法下の民主制においていかなる連関を有するかについて、C. メラース (Christoph Möllers) が興味深い指摘をしている。彼は、中立性原理を引き合いに出すことは、宗教の自由の解釈に問題をはらんだ帰結を生むと注意を喚起する。彼によれば、自由がすべての者に等しく保障されるのと同様に、宗教の自由はすべての宗教に関わる人を保護している。そのように見ると、個人の宗教の自由には中立性のある重要な主観的要素が含まれているとする。それに対して中立性の客観的な観念は、平等な自由という観念を客体化し、その観念からある原理を作り出す。そしてこの原理は当事者らの自由の要求を超えて導入され、「主体なき権利」⁽¹⁷⁰⁾としての性質を持つ。

中立性原理を用いた解釈より生じる問題の例として、彼は「教室十字架事件」と思しき事例を用いて、以下のように指摘する。すなわち「民主的共同体が学校のような公共空間における宗教的シンボルを設置することを取り決めた場合、そのシンボルを通じて諸個人が自らの宗教の自由を侵害されていると感じるならば、このことは宗教的シンボルの設置に対抗する〔原文イタリック〕正当な論拠である。このような状況には、相対する二つの妥当する要求が備わっている」と。すなわちこの場合、当事者の積極的・消極的宗教の自由が、紛争解決に一役買うことができる唯一の妥当する要求なのである。⁽¹⁷¹⁾

しかし同様の事例において国家の宗教的中立性を援用した場合、先ほどの当事者の自由の要求を援用した場合とはまったく異なる論証がなされることになる。すなわち中立性を援用した場合には、「いかなる具体的な妥当する要求もまったくもって一枚噛んでいない場合、例えばある民主的共同体が宗教的シンボルを設置することに決めたが、個々の関係者がそれによって自らの権利を侵害されたと感じていないような場合」にもシンボルの撤去を求め

る要求を提起してしまう。⁽¹⁷²⁾すなわち国家の中立性は宗教の自由にとって、時としてパターンリッシュに作用するのである。ゆえに宗教の自由の調整が必要な紛争解決の際は、個々の事例の解決にとって有利な結果となるように、むしろ原則的決定を回避する方が好ましいとされるのである。そして、「宗教的に動機づけられた自由の要求は、上位の原理の名の下に、すなわち可能な限り画一的に評価されるのではなく、個別的事例に関係する者、行政、そして裁判所によってそれぞれの具体的な問題の関連性において評価される方がより良いのである」⁽¹⁷³⁾とする。

ここで紹介したメラースの見解は、宗教的中立性の自立化の問題を指摘し、それを「ドイツ宗教憲法による刻印」を適切に継受した基本法の規範と結びつけて理解しようとするとき、大変示唆に富むものと言わなければならない。

結びに代えて

本稿ではドイツにおける特殊な国家教会法の法理がいかにして歴史上形成され、展開され、そうした法理のもとで国家の宗教的中立性が宗教の自由の基本権保障にいかなる効果を及ぼしたかを見てきた。ドイツにおける国家の宗教的中立性は、キリスト教会の特権的待遇を正当化する積極的中立性に始まり、先述の国内の社会事情の変化を受けて、すべての宗教に等しく配慮する「開かれた中立性」へと変遷してきた。そして学説においては国家と教会との関係につき制度的結合の側面を重視する従来の国家教会法を、個人の基本権の視座から「宗教憲法」として近年再構成が試みられてきた。その際国家の宗教的中立性は、各論者によって種々の内容を与えられたのであるが、フスターに代表されるように、中立性は基本法のテキストを離れて自立化の様相を見せるようになったのである。

そこで本稿ではハイニヒの論を手掛かりに、そのような不文原理としての中立性の問題点を指摘し、中立性を基本法へと引き戻し、個々の具体的規範

との関連性から再び出発すべきであることを指摘した。そうした指摘の背景には、国家の宗教的中立性は宗教の自由という基本権の保障のための道具というべきであり、それ自体が目的化するべきではないという問題意識がある。

近年の新しい国家の宗教的・世界観的中立性の理解である「開かれた中立性」、また新たな学問的潮流の代表であるフスターの根拠付けの中立性は、⁽¹⁷⁵⁾きわめて平等指向的に構築された中立性であった。しかし各宗教への平等な配慮とは、基本法自身によって保障されたキリスト教会の自由を削減し、宗教的少数者の自由を援助することによる自由の達成度の均一化であってよいのであろうか。この点が筆者には疑問に思えてならない。むしろハイニヒのように、基本法の全体的な統一性を尊重し、基本法に根拠を有する教会の自律権等は存置したうえで、その他の宗教団体もそうした教会的地位に接近する方途を分け隔てなく開いておくことによって、キリスト教以外を信仰し、キリスト教会以外の宗教団体に所属する者たちの権利を補完することで、宗教の自由の保障は最大化されるのではないだろうか。⁽¹⁷⁶⁾「開かれた中立性」は、こうした構想のもとで理解されてこそ、宗教の自由という基本権の保障に資する形で機能するのではないだろうか。以上のように中立性を理解する立場をとった上で、メラースが言うように上位原理の名の下にいかなる妥当する要求なくして基本権が切り詰められるようなことがあるとすれば、具体的事例において当事者の自由に関する妥当する要求がいかに調整されるべきかを明らかにすることが、本稿に残された課題である。

付記：本稿の校閲中に、Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates: Eine liberale Interpretation der Verfassung, 2. unveränderte Auflage mit einer neuen Einleitung, 2017. に触れた。

- (1) 政教関係の主要形態について、芦部信喜『憲法学Ⅲ人権各論(3)』[増補版]（有斐閣、2000年）143頁以下および佐藤幸治「現代国家と宗教団体」佐藤幸治・木下毅編『現代国家と宗教団体—紛争処理の比較法的検討—』（岩波書店、1992年）25頁以下。
- (2) 渡部毅「ドイツにおける国家教会法制の特徴（一）」秋田論叢（1996年）43頁以下。
- (3) ドイツ基本法においては、宗教の自由の本質的構成要素が基本法 4 条 1 項 2 項およびヴァイマル憲法137条 2 項と結びついた基本法140条の種々の自由によって保障されている。Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20. Aufl., 1991, S. 167. 邦訳として、コンラート・ヘッセ著：初宿正典・赤坂幸一訳『ドイツ憲法の基本的特質』（成文堂、2006年）245頁。
- (4) 芦部・前掲注 1）143頁。
- (5) 林知更「『国家教会法』と『宗教憲法』の間—政教分離に関する若干の整理—」同『現代憲法学の位相—国家論・デモクラシー・立憲主義—』（岩波書店、2016年）408頁。
- (6) 最大判昭和52年 7 月13日判決（民集31巻 4 号533頁）。
- (7) 浦部法穂『憲法学教室』[第 3 版]（日本評論社、2016年）136頁以下。
- (8) 戸波江二「政教分離の法的性格」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣、1985）555頁。
- (9) Brend Jeand'Heur/ Stefan Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, S. 49.
- (10) 領邦教会制の成立やその支配原理につき、有賀弘『宗教改革とドイツ政治思想』（東京大学出版会、1966年）81頁以下、同185頁以下参照。
- (11) 宗教改革以降の教会制度史につき、Jeand'Heur/ Koriath, a. a. O., (Anm. 9), S. 31 ff.; Claus Dieter Classen, Religionsrecht, 2. Aufl., 2015, S.5 ff.
- (12) 教会税の制度について詳細は、片桐直人「ドイツにおける教会税の制度と実際」宗教法28巻（2009年）57頁以下。
- (13) ヴァイマル共和制期における宗教団体（とりわけ教会）について、ヘルマン・ヘラー（著）大野達司・山崎充彦（訳）『ヴァイマル憲法における自由と形式』（風行社、2007年）34頁以下。Axel Freiherr von Campenhausen/ Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl., 2006, S. 31 ff.
- (14) 清水望『国家と宗教—ドイツ国家教会法の再構成とその展開—』（早稲田大学出版部、1991年）66頁（表 1）参照。

- (15) 清水・前掲注14) 69頁。
- (16) 参照、石川健治『自由と特権の距離—カール・シュミット「制度体保障」論・再考』[増補版](日本評論社、2007年) 128頁以下。
- (17) 塩津徹『ドイツにおける国家と宗教』(成文堂、2010年) 36頁。
- (18) Dazu von Campenhausen/ de Wall, a. a. O., (Anm. 13), S. 141 ff.
- (19) BVerfGE 19, 206 (218). Urteil v. 14. 12. 1965.
- (20) 清水・前掲注14) 237-238頁。
- (21) BVerfGE 6, 309 ff. Urteil v. 26. 3. 1957. ライヒ政教条約につき、大澤武男『ローマ教皇とナチス』(文春新書、2004年) 80-81頁参照。
- (22) 塩津・前掲注17) は、まさにこのような国家教会法の方角性を消極的に評価したうえで、ドイツにおける社会の世俗化・多元化を根拠に、国家教会法の下での国家と宗教との関係が「揺らぎ」を見せていることを指摘する。
- (23) Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz, ZevKR, Bd. 1, 1951, S. 4 ff.
- (24) Smend (Anm. 23), S. 11.
- (25) ドイツ教会闘争について、宮田光雄『十字架とハーケンクロイツ—反ナチ教会闘争の思想史的研究—』(新教出版社、2001年)、カール・クピッシュ(著) 雨宮栄一(訳)『ドイツ教会闘争への道：近代ドイツ教会史1815年—1945年』(新教出版社、1967年)、雨宮栄一『ドイツ教会闘争の史的背景』(日本キリスト教団出版局、2013年)、河島幸夫『ナチスと教会—ドイツ・プロテスタントの教会闘争—』(創文社、2006年) 参照。
- (26) Smend, a. a. O., (Anm. 23), S. 9.
- (27) 宮田光雄『政治と宗教倫理』(岩波書店、1975年) 197頁。
- (28) BVerfGE 19, 206 (219).
- (29) BVerfGE 19, 206 (219).
- (30) 清水・前掲注14) 249頁。
- (31) 清水望「ドイツにおける宗教団体とその紛争処理」佐藤幸治・木下毅編『現代国家と宗教団体—紛争処理の比較法的検討—』(岩波書店、1992年) 198頁。
- (32) BVerfGE 6, 309 (343).
- (33) 清水・前掲注14) 309頁以下は、同判決について、国家教会法上の国家と教会との関係を刷新するものではなかったと評価する。
- (34) 「あらゆる宗教団体は、すべての人に適用される法律の制約内で、その事柄を自

- ら処理し、管理する」。Art. 137 Abs. 3 WRV.
- (35) 三宅雄彦「ドイツ国家教会法における国家の宗教的中立性—ベッカーとハイニヒの大学神学部地位論争—」法学新報120巻1・2号（2013年）467頁。
- (36) Hans Michael Heinig, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität? Zwei verfehlt Alternativen in der Debatte um den herkömmlichen Grundsatz religiös- weltanschaulicher Neutralität, in: ders., Die Verfassung der Religion: Beiträge zum Religionsverfassungsrecht, 2014, S. 133-145 (S. 133).
- (37) 塩津・前掲注17) 39頁。この点につき特に、塩津徹「ドイツにおける公法上の宗教団体—『エホバの証人』の事例を中心として—」同書109頁以下所収も参照。
- (38) Martin Heckel, Die Kirchen unter dem Grundgesetz, in: VVDStRL, Heft 26, 1968, S. 26 ff.
- (39) Hesse, a. a. O., (Anm. 3).
- (40) Alexander Hollerbach, Ideologie und Verfassung, in: Werner Maihofer (Hrsg.), Ideologie und Recht, 1969, S. 37 ff.
- (41) BVerfGE 35, 366. Beschluss v. 17. 7. 1973.
- (42) 本件を紹介する邦語文献として、井上典之「信仰の自由と法廷の宗教的シンボル—法廷における十字架事件—(BVerfGE 35, 366)」栗城壽夫・戸波江二・根森健編『ドイツの憲法判例』[第二版]（新山社、2003年）121-125頁、小林宏晨「信教の自由と裁判所法廷の十字架」政経研究34巻4号（1998年）1425-1445頁。
- (43) BVerfGE 35, 366 (367).
- (44) BVerfGE 35, 366 (368).
- (45) BVerfGE 35, 366 (374).
- (46) BVerfGE 35, 366 (375).
- (47) こうした理解は、連邦憲法裁判所が判示する以前から下級審の決定においても見受けられた。例えば1966年にニュルンベルク上級地方裁判所が下した決定がそれである。同裁判所の決定は、十字架の設置は国家による信仰の告白ではなく、単純に住民の圧倒的多数がキリスト教を信仰し、宣誓の際にはキリスト教的宣誓の方法によってそれをするに由来すると判断した。それゆえ法廷への十字架の設置は、国家の宗教的・世界観的中立性に違反しないと判断したのである。なお同決定において法廷における十字架は、国家の宗教的・世界観的中立性のみならず、法治国家原理や信仰の自由および良心の自由、ならびに信仰告白の自由と、平等原則にも違反しないと、連邦憲法裁判所の決定に比べて、積極的中立性における国家

と宗教とのかかわり合いの程度がより強く認められている。Vgl. OLG Nürnberg, Beschluss. v. 14. 7. 1966. NJW, 1966, S. 1926.

- (48) 井上典之「ドイツの Jugendreligion をめぐる憲法問題」宗教法14号(1995年) 105頁以下も参照。
- (49) 清水・前掲注14) 35頁の表によれば、西ドイツにおけるカトリック教会の信徒数は、1970年2708万人(44.6%)、1975年2714万人(44.0%)、福音主義教会の信徒数は、1970年2942万人(48.5%)、1975年2919万人(47.3%)であった。なおその他の諸教会派を含めた全体的なキリスト教徒の割合は、1970年95.3%、1975年93.6%であった。
- (50) BVerfGE 41, 29. Beschluss v. 17. 12. 1975.
- (51) ドイツにおける学校制度と宗教との関連について、西原博史『良心の自由』[増補版](成文堂、2001年)111頁以下。
- (52) 本件を紹介する邦語文献として、柳眞弘「キリスト教的性格をもつ共同学校(宗派混合学校)の憲法適合性—宗派混合学校事件—」栗城壽夫・戸波江二・根森健編『ドイツの憲法判例』[第2版](信山社、2003年)126-131頁。
- (53) BVerfGE 41, 29 (44).
- (54) BVerfGE 41, 29 (45).
- (55) BVerfGE 41, 29 (47).
- (56) 本件で問題となった宗派混合学校もヴァイマル共和制期から存在しており、同様の公教育制度が戦後も維持されていた。柳・前掲注52) 130頁。
- (57) 坂田宏「“Kruzifix-Beschluß”—ドイツ裁判例紹介：ドイツ連邦憲法裁判所制度をめぐって—」横浜経営研究17巻1号(1996年)56頁。
- (58) BVerfGE 52, 223. Beschluss v. 16. 10. 1979.
- (59) BVerfGE 52, 223 (229 ff).
- (60) BVerfGE 52, 223 (224 ff).
- (61) 本件を紹介する邦語文献として、清水望「信仰告白の自由と国家の宗教的中立性—学校祈禱事件—」栗城壽夫・戸波江二・根森健編『ドイツの憲法判例』[第2版](信山社、2003年)132-137頁。
- (62) BVerfGE 52, 223 (238). Vgl. BVerfGE 24, 236 (246).
- (63) BVerfGE 52, 223 (239).
- (64) BVerfGE 52, 223 (240).
- (65) BVerfGE 52, 223 (247).

- (66) 本件について1965年にヘッセン国事裁判所が下した判決によれば、消極的宗教の自由は無条件かつ例外なく保障されているのであり、そのような自由が制限されるようなことはあってはならないと判断している（HessStGH, ESVGH 16, 1. NJW, 1966, S. 31.）。しかし連邦憲法裁判所は、自らの決定においてヘッセン国事裁判所の消極的宗教の自由の理解についてむしろ批判的に言及している。笹川紀勝「政教分離原則と制度的保障—西ドイツ学校祈禱事件連邦憲法裁判所判決（BVerfGE, Beschl. V. 16. 10. 1979— 1 BvR 647/ 70, 7 / 24）を手がかりとして—」北星論集19巻（1981年）239頁以下参照。ヘッセン国事裁判所のこうした理解は、当時学説からも批判された。Vgl. von Campenhausen/ de Wall, a. a. O., (Anm. 13), S. 61 f.
- (67) 清水・前掲注61) 137頁。ただし同評釈では、学校祈禱が望ましくなくなったり、新たな学校祈禱の実施が望ましくなるという状況の変化があれば、それに対応する問いかけがなされるべきだとしている。
- (68) 清水・前掲注14) 35頁。
- (69) 塩津・前掲注17) 165頁以下。
- (70) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 2. Aufl., 1966.
- (71) Klaus Schlaich, Neutralität als verfassungsrechtliches Prinzip: Vornehmlich im Kulturverfassungs- und Staatskirchenrecht, 1972, S. 237.
- (72) 清水・前掲注14) 450頁。
- (73) Krüger, a. a. O., (Anm. 70), S. 160.
- (74) Ebenda.
- (75) Ebenda.
- (76) Schlaich, a. a. O., (Anm. 71), S. 34. Classen, a. a. O., (Anm. 11), S. 59. von Campenhausen/ de Wall, a. a. O., (Anm. 13), S. 96.
- (77) Alexander Hollarbach, Neutralität, Pluralismus und Toleranz in der heutigen Verfassung, in: ders., Ausgewählte Schriften, 2006, S. 300.
- (78) 清水・前掲注14) 452頁。
- (79) Krüger, a. a. O., (Anm. 70), S. 178.
- (80) Krüger (Anm. 70), S. 184.
- (81) 日比野勤「国家の『中立化』と自由な国家」法学協会編『法学協会百周年 記念論文集 1 卷—法一般・歴史・裁判—』（有斐閣、1983年）142頁。
- (82) Krüger, a. a. O., (Anm. 70), S. 181.
- (83) 日比野・前掲注81) 142頁。

- (84) Krüger, a. a. O., (Anm. 70), S. 181.
- (85) Ebenda.
- (86) Stefan Koriöth, Freiheit der Kirchen und Religionsgemeinschaften, in: Detlef Merten/ Hans Juergen Papier (Hrsg.), Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa IV, Bd. IV, Grundrechte in Deutschland- Einzelgrundrechte I, 2012, S. 621.
- (87) Krüger, a. a. O., (Anm. 70), S. 181.
- (88) Vgl. Hans Michael Heinig/ Hendrik Munsonius (Hrsg.), 100 Begriffe aus dem Staatskirchenrecht, 2012, S. 218 ff.
- (89) 近代国家においては、ナチズムによる支配がその典型的な例であろう。
- (90) 特定の宗教的信条や世界観的信条と同一化しないからといって、それらに対してまったく無関心な態度をとることが、不可知論や無神論との同一化であるとのホラーバッハの指摘は、まったく的を射た指摘であり、克服されなければならない(Hollerbach, a. a. O., (Anm. 77), S. 300.)。というのも、「国家の側における同一化＝市民の側における不自由」を防ぐために国家は「非同一化原理」のもとで、「普遍性」の領域に移されるのであるが、そのために不可知論的な見解や無神論的な見解と同一化しては、結局それは市民の不自由（ここでは特に基本法4条の積極的宗教の自由や、基本法140によって編入されたヴァイマル憲法137条の諸規定における、教会の自律権などに対する制限）を招来させるからである。そうした事態は、国家による限界超越と言わなければならないが、この点について本稿ではこれ以上扱うことはできない。
- (91) Krüger, a. a. O., (Anm. 70), S. 179.
- (92) Schlaich, a. a. O., (Anm. 71), S.237.
- (93) BVerfGE 35, 366 (375).
- (94) BVerfGE 41, 29 (53 f).
- (95) BVerfGE 52, 223 (237).
- (96) Ernst Wolfgang Böckenförde, Das Grundrecht der Gewissensfreiheit, VVDStRL, Heft. 28, 1970, S. 55.
- (97) Z. B. Friedrich von Zezschwitz, Staatliche Neutralitätspflicht und Schulgebet, JZ, 1966, S. 339 f.
- (98) BVerfGE 93, 1. Beschluss v. 5. 16. 1995.
- (99) 本件を紹介する邦語文献は数多いがさしあたり、石村修「公立学校における磔

- 刑像（十字架）」栗城壽夫・戸波江二・石村修編『ドイツの憲法判例Ⅱ』〔第2版〕（信山社、2006年）155頁以下。同「公立学校における宗教的少数者」法律時報69巻7号（1997年）74頁以下。小林晨宏「信教の自由をめぐるドイツの諸判例」宗教法19号（2000年）117頁以下。坂田宏・前掲注57）54頁以下。
- (100) BVerfGE 93, 1 (15).
- (101) BVerfGE 93, 1 (16 f.).
- (102) BVerfGE 93, 1 (17). 中立性の要請の根拠は基本法4条1項のみならず、平等原則や基本法に編入されたヴァイマル憲法の条項にも見出されるとしている。中立性の要請が単に特定の条文から必然的に導き出されるのではなく、諸条項によって複合的に成り立っていることが分かる。
- (103) BVerfGE 93, 1 (16 f.).
- (104) BVerfGE 93, 1 (18).
- (105) BVerfGE 93, 1 (21).
- (106) BVerfGE 93, 1 (24).
- (107) 塩津・前掲注17) 67頁。
- (108) 坂田・前掲注57) 59頁。
- (109) 坂田・前掲注57) 59頁。
- (110) 連邦統計局によって、カトリック教会および福音主義教会およびその他若干の宗教団体の構成員数が統計されている。Vgl. Statistisches Jahrbuch 2016. 1950年代から1990年代までの教会の構成員数の推移については、清水・前掲注14) 35頁の図表も参照。
- (111) 棟久敬「ドイツにおける公教育の中立性—国家の教育委託と公教育の中立性—」一橋法学10巻1号（2011年）405頁。本決定には3名の裁判官の少数意見が付されている。少数意見は法廷意見と同じ諸決定を引用しながら、法廷意見とは尽く対照的な判断をしている点は大変興味深い。しかし本稿ではこれ以上を扱うことができないため、ひとまず先に挙げた種々の先行研究を参照されたい。
- (112) BVerfGE 108, 282. Urteil v. 24. 9. 2003.
- (113) 本件を紹介する邦語文献として、渡辺康行「イスラム教徒の教師の志願者に対するスカーフ着用を理由とする採用拒否」栗城壽夫・戸波江二・島崎健太郎編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）123頁以下。斎藤一久「ドイツにおける多文化教育の一断面—イスラム教をめぐる問題を中心として—」早稲田法学会誌52巻（2002年）147頁以下。

- (114) BVerfGE 108, 282 (302).
- (115) BVerfGE 108, 282 (297).
- (116) BVerfGE 108, 282 (300).
- (117) BVerfGE 108, 282 (287).
- (118) 本決定のようにドイツにおける中立性は厳格分離ではなく、その内実は自由の発展と差別の禁止であるというように、「開かれた中立性」の理解は当時の公法学でも受け入れられた。Vgl. Ernst Wolfgang Böckenförde, „Kopftuchstreit“ auf dem richtigen Weg?, NJW, 2001, S. 725.
- (119) Z. B. Der Spiegel, Nr. 33, 1995, S. 22 ff.
- (120) 参照、坂田・前掲注57) 59頁。
- (121) Vgl. Heckel, a. a. O., (Anm. 38) S. 473 f.
- (122) 塩津・前掲注17) 174頁。
- (123) Christian Walter, Einleitung, in: Hans Michael Heinig/ ders. (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein Begriffspolitischer Grundsatzstreit, 2007, S. 1.
- (124) Walter (Anm. 123), S. **2** f.
- (125) 塩津・前掲注17) 180頁。
- (126) Stefan Koriath, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts in Deutschland seit der Reformation, in: Heinig/ Walter (Hrsg.), a. a. O., (Anm. 123), S. 39 ff.
- (127) Matthias Koenig, Pfadabhängigkeit und institutioneller Wandel im deutschen Religionsrecht, in: Heinig / Walter (Hrsg.), a. a. O., (Anm. 123), S. 100 f.
- (128) Koenig (Anm. 127), S. 97.
- (129) 三宅・前掲注35) 468頁。
- (130) John Rawls, Political Liberalism, 1996.
- (131) Heinig, a. a. O., (Anm. 36), S. 138.
- (132) Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates: Eine liberale Interpretation der Verfassung, 2002, S. **5** ff. 棟久・前掲注111) 413頁
- (133) 参照、三宅・前掲注35) 467頁。
- (134) Stefan Huster, Die Bedeutung des Neutralitätsgebots für die verfassungstheoretische und verfassungsrechtliche Einordnung des Religionsrechts, in: Heinig/ Walter (Hrsg.), a. a. O., (Anm. 123), S. 108 f.

- (135) Huster, a. a. O., (Anm. 132), S. 12.
- (136) Huster, a. a. O., (Anm. 132), S. 6 ff. ders., a. a. O., (Anm. 132), S. 98 ff.
- (137) Vgl. Huster, a. a. O., (Anm. 132), S. 93 f. Dazu Heinig, a. a. O., (Anm. 36), S. 138.
- (138) Heinig, a. a. O., (Anm. 36), S. 138 f.
- (139) 棟久・前掲注111) は、フスター型中立性のこうした側面を、公教育の文脈で一定程度評価する。
- (140) BVerfGE 93, 1 (21). BVerfGE 108, 282 (296).
- (141) 根拠付け中立性を公教育の文脈で検討するものとして、棟久・前掲注111) 416 頁以下も参照。
- (142) BVerfGE 93, 1 (16 f).
- (143) Hans Michael Heinig, Verschärfung der oder Abschied von der Neutralität? Zwei verfehlte Alternativen in der Debatte um den herkömmlichen Grundsatz religiös- weltanschaulicher Neutralität, JZ, 2009, S. 1136 ff. なおこの論文は、その後ハイニヒの論文集に所収され、Heinig, a. a. O., (Anm. 36). として出版された。しかし本稿では、同一雑誌上に掲載されたフスターの反論、ハイニヒの再反論という論争の流れを便宜的に明確化するため、2009年の JZ から引用することにしたい。なお念のため、JZ からの引用頁の後に、「括弧付き」で Heinig, a. a. O., (Anm. 36). における該当頁数を付しておく。
- (144) Heinig (Anm. 143), S. 1138 (S. 138).
- (145) Heinig (Anm. 143), S. 1138 (S. 139).
- (146) Ebenda.
- (147) 三宅・前掲注35) 469頁。
- (148) Heinig, a. a. O., (Anm. 143), S. 1140 (S. 144).
- (149) 参照、棟久・前掲注111) 420頁。
- (150) Heinig, a. a. O., (Anm. 143), S. 1140 (S. 145).
- (151) Ebenda.
- (152) Ebenda.
- (153) 三宅・前掲注35) 468頁。
- (154) Stefan Huster, Neutralität ohne Inhalt? Zu Hans Michael Heinig, JZ, 2010, S. 354 ff.
- (155) Huster (Anm. 154), S. 356.

- (156) Ebenda.
- (157) Hans Michael Heinig, Schlusswort Verschleierte Neutralität, JZ, 2010, S. 358.
- (158) Heinig (Anm. 157), S. 358.
- (159) Ebenda.
- (160) Ebenda.
- (161) Huster, a. a. O., (Anm. 154), S. 355.
- (162) Huster (Anm. 154), S. 357.
- (163) Heinig, a. a. O., (Anm. 157), S. 358 f.
- (164) Heinig (Anm. 157), S. 359.
- (165) Hans Michael Heinig, Kritik und Selbstkritik –Fünf Beobachtungen als Resümee-, in: Heinig/ Walter (Hrsg.), a. a. O., (Anm. 123), S. 358.
- (166) 参照、塩津・前掲注17) 182頁。
- (167) Heinig, a. a. O., (Anm. 157), S. 362.
- (168) ドイツにおいて公法上の団体として認められた団体の一覧(抄)について、塩津・前掲注17) 46頁の表を参照。
- (169) 本稿で検討した判例についても、この点は疑われなければならないだろう。
- (170) Christoph Möllers, Grenzen der Ausdifferenzierung: Zur Verfassungstheorie der Religion in der Demokratie, in: Hans Michael Heinig/ Christian Walter (Hrsg.), Religionsverfassungsrechtliche Spannungsfelder, 2015 (ZevKR, 59), S. 20.
- (171) メラースは「法廷十字架事件」と思しき事例を引き合いに出し、「関係する者の宗教の自由を保護するために十字架を設置することが望ましいような事例状況が存在することが否定されるべきではない」とする。Ebenda.
- (172) Möllers, a. a. O., (Anm. 170), S. 20 f.
- (173) Möllers (Anm. 170), S. 21.
- (174) 参照、第2章第3節(1)。
- (175) Vgl. Huster, a. a. O., (Anm. 154), S. 356.
- (176) 2000年の「エホバの証人」判決は、公法上の団体の地位の認可の要件について、新宗教やドイツに馴染みにない宗教団体にとって不利にこれを設定することは許されなかった。BVerfGE 102, 370. Urteil v. 19. 12. 2000.