

《論文》

ドイツ教会法における公共性委託の概念

三宅 雄彦

一 問題状況と課題設定

最近のリベラリズム的思考の興隆により、宗教が私的な問題であることが、通説的な、そうでないとしても最有力の見解として、今や公法学で確立しつつあると考えても、異論はそれ程多くはなからう。その事例を作るのは、いわゆる信教の自由と政教分離の衝突である。この問いの典型は、周知の通り、神戸高専の剣道実技拒否事件だが、信仰を理由に剣道実技の履修を拒否する学生に、校長が単位不足を認定し留年／退学処分を彼に下したことの是非が問われた本事件で⁽¹⁾、闘争を禁ずる教義に従えば剣道を拒否せざるを得ない学生の自由と、特定宗教を特別扱いしてはならないという公立学校長の義務、即ち、学生側の信教の自由と校長の政教分離義務が衝突しているのである。この事件の、フランスの共和制を参考とした解釈は誠に見事である。即ち共和制では、政治や教育など共通事項が議論される公的領域と宗教や良心など個人それぞれに固有の私的領域とが一先ず区別され、公＝政治が私＝個人に不当に介入することは信教自由の侵害として、私が公を攪乱することは政教分離の違反として、把握されるという。この見解は、上記拒否事件を「衝突」の一例として美しく整理する⁽²⁾。

最高裁の如く、政教分離が信教の自由を補完するものと解釈すれば、両者を対抗的に見る思考がこれと親和的かは、検討の余地があるが、少なくとも信教の自由それ自体につき、それが個人の尊厳に基づく人権である以上、これを私的領域中に位置づけても問題はあまい。更には、この問い

を諸々の宗教団体の活動の中で検討するとしても、その活動が宗教的結社の自由、延いては信教の自由に由来する故に、この団体の活動もやはり私的領域の延長線上で処理されるであろう。宗教団体はその存在であれ活動であれ、私的な問題を構成する訳だ。とはいえ、この宗教団体は、社会福祉や学校教育や、様々な領域で社会貢献を実施してきたことは、欧米でも日本でも、周知のことだ。だがしかし、福祉や教育が共和政体の中でその担い手を育むものであることからすれば、それらが私的施設や私立学校によるとしても、宗教団体は単なる私的組織だと公法学が突き放すことは妥当でない。そこで本稿は、長く国家と宗教団体、特に教会の関係につき問うてきたドイツ教会法学での福音主義教会の位置付けについて検討する。問い自体が巨大であるから、教会法学の祖スメントに議論を絞ろう⁽³⁾。

二 基本法における教会

1 公法上の団体の概念

現行ドイツ憲法で教会を論ずるとき、ワイマール憲法が落とせない。基本法140条がワイマール憲法の該当条文を編入しているからだ⁽⁴⁾。

「1919年8月11日ドイツ憲法の136条、137条、138条、139条、141条の諸規定はこの基本法の構成部分である」。

ここでワイマール憲法137条5項と同6項を問題としよう。曰く、

「レリギオンスゲマインシャフト宗教社団は、従来もそうであった限りで、ケルベルシャフト公法団デス エッフェントリッヒェン レヒテス体であり続ける。その他の宗教社団は、その基本構成と構成員数から判断して引続き存立するときは、その申請に基づき同一の権利がこれに与えられる。複数のこの種の公法上の宗教社団が一つの団フエアファッスング体へと結合するときは、この団体も一つの公法団体である」(同137条5項1文～3文)、
「公法団体である宗教社団は、一般租税台帳に基づきラント法の規定を尺度として、租税を徴収する権利を持つ」(同137条6項)。

つまり、基本法は宗教社団に特別の優先権フエアレヒテを認めているが、しかしそれは全ての宗教社団でなく、公法団体である宗教社団に限られる。ここではまず教会が保護されるのだが、保護と非保護とを区分ける尺度としての、「公法団体」が一体何を意味するのかが問題となる。

さて、戦後のドイツ教会法学の基礎を築いた学者にスメントがいる。彼は、ドイツ福音主義教会の指導者として、教会法研究所を主宰し、福音主義教会法雑誌を創刊し、教会法につき鑑定書も多く執筆した⁽⁵⁾。このスメントは、上記の137条5項2文につき、以下の如く語る⁽⁶⁾。つまり、当初、本条項は教会に特権を付与する条文と解釈されたが、現在の基本法は勿論、ワイマール時代においてもそれは正しくない。即ち、ドイツ革命の後、従来の国家教会監督制が崩壊するものの、今後も両教会の特権を維持して、これを他の宗教団体にも拡張するというのが本条の意図なのであり、これを前提にして、1924年、公的団体の基準と特権カタログを確定する法案が作られたのである⁽⁷⁾。だがスメントは、この解釈を実証主義、形式主義として退けている。即ち、今や法治国家と平等主義はこの種の特権を許容しない筈だし、例外を許容するならばその根拠は必ずや憲法に依拠しなければならない。だがこの解釈は、旧来の国家教会制の残滓が実定憲法で確定されたと言うだけで、現行憲法秩序の本質から正当化されたとは言わない。公権力の形式的な付与だけで公法団体の概念が生まれる訳ではない⁽⁸⁾。

そうではなく、元々教会とは現行の近代憲法秩序の本質から正当化された、公的全体地位エッフェントリッヒャー ゲザムトシュタトゥスを共に支えるものとして理解するべきなのだ。即ち、実質憲法に拘らず形式憲法が教会に特権を与えた、のではなく、形式憲法が与えるのは実質憲法が求めるが故に、と見るべきなのだ。そもそも現行憲法自体が理性価値と共同目的の結合秩序なのであり、或る宗教社団の単位や建物に「教会」キルヒェの名称が、その社団の霊的職務所掌者に「牧師」プファラーや「聖職者」の称号が国家から承認されるのは、この宗教社団が現実として、憲法国家という人倫的全体生活ジットリッヒェス ゲザムトレーベンを共に支え、それ故に信頼に値し尊厳を持つものと承認されるからである⁽⁹⁾。ここに統合説と呼ばれるスメント国家学の像を想起してもよからう。つまり、価値法則なる理念に導かれ、個々人という実在が活動して、個別の国家行為を超えた国家それ自体が現前に現れてくる、という。教会までもが公共善を担う公的主体として把握されるのかもしれない⁽¹⁰⁾。結局スメントからすれば、憲法自体が肯定し保護する共同憲秩序ゲマインヴェーゼンを教会や宗教社団が積極的に担うとの、それらが持つ公共性故にこそ、現行基本法はこれらの社団を公法団体又は公的団体と呼ぶのである⁽¹¹⁾。

この公法団体の解釈は「引続き存立する」の解釈も決定するだろう。上に述べた実証主義的解釈では、特権を与える基準は実定法以外になく、故に特権を拡張する実質的な尺度が結局発見できないのだが、スメント自身は「引続き存立する」の文言にこの尺度を見出すのだ。つまりこの「引続き」とは、宗教団体の唯の外面的継続性に見えて、本当は、品位性ディグニテートや尊厳性ヴェルディヒカイトを宗教団体が持つべきことを指す、と言う。当該宗教団体が教会と比べて「真剣に取るべき特別性」を持つこと、その神学が教会の神学と科学的・自己批判的に対決していることが、スメントでは、宗教団体を公法団体と呼ぶ為の条件となる訳である⁽¹²⁾。元々、教会と他の宗教団体とを、特に名称では、等値すべきでない。もし自身の要求に固執する宗教団体ならばそれは公法団体でないもしその名に反する行動を取るものならば教会の権利は必要でない。尤も、この尊厳性規準は、公的団体性を

授与し維持する条件であり、国家が宗教団体を監督する目的でもあり、その意味で国家的介入に留意すべきであるが、公法団体という特別資格が、全体地位という憲法秩序を積極的に支える役割が、ここでも教会に期待されている⁽¹³⁾。

2 ロックム条約の意義

ところで、実証主義的公法学を精神科学から批判したスメントだが、その批判は、中間団体の廃絶の後も特定の団体の存続を実定法故に承認する見解を、憲法本質を問わぬ実証主義と彼が批判したことに顕著に現れている様に、教会法学でも矢張り妥当しているのである。スメントが実証主義の代表者に挙げるのはその師 P・シェーンだが、成る程この実証主義の基本態度は、歴史的資料を収集し整序したり、君主から自立し始めたばかりの教会を法的単位＝法人と把握したりするのは役立つ。世俗法概念は法的な思考に元々有益なのだ⁽¹⁴⁾。だが、教会をナチズムに対し無防備にしたものの一つが、法技術で形式化された、この実証主義的で形式主義的な公法概念なのである。今や教会法学は 1934 年バルメン宣言から出発しなくてはならぬ。

「教会の中で外的秩序と告白の区別は可能ではない」（第 3 命題）。

即ち教会は、単なる法的意味の教会ではなく、ライプクリステイキリストの体であり、神の御言葉が口で告知され聖餐が正しく執り行われる、キリストに呼び招かれた集会であり、この意味を踏まえた公法団体なのである。実定性でなく、法的超越性に立脚したものでこそ、教会法という訳だ⁽¹⁵⁾。

ここで登場する概念こそ、エッフェントリックハイツアンシュブルッフ公共性要求エッフェントリックハイツアウフトラーク又は公共性委託の概念である⁽¹⁶⁾。つまり、スメント曰く、教会がその究極本質に目覚めることにより、教会は国家から距離を取り、内面上の自律性を獲得するようになる。しかもそれは、教会をエキュメニズムと世俗国家へと接近せしめる⁽¹⁷⁾。ここで重要なのは後者で、全体国家が生活領域全てを悪魔化すれば教会は妥協的態度を取

止め、大戦の壊滅的破壊で人々が困窮すれば、教会が包括的な救援事業や社会事業に乗出し、理由は様々であるが国家が機能不全に陥れば、教会が国家へ援助や警告や介入^{ヒルヒェーメツク インデルヴェンチオン}を打出す。この実効的活動の全体を教会に要求することを、スメントは公共性要求と呼ぶが、この要求がまずは教会へ本質上委託されると同時に、そのことがまずは国家の側からも承認されなければならぬのである。尤もこれは、単に特権や負担の集積を課すのでも、公的団体という謎の名誉称号を与うのでも、何度も問いに付され常に引き直される停戦ラインを付すのでもない。それ以上に、具体的な任務を自由に充足せよとの具体的な要求が、キリスト教会に課されるという訳だ⁽¹⁸⁾。

さて、ニーダーザクセン州政府と同ラント教会とがロックムで締結した 1955 年教会条約の中に、スメントは公共性委託を発見する⁽¹⁹⁾。実際彼の指摘の根拠は、当のロックム条約の前文の中に確認できる。

「ニーダーザクセン州政府、及び根本規則上フニアフファッスングのニーダーザクセン福音主義ラント教会の代表者は、

ニーダーザクセン住民の福音主義の部分への共通の責任を意識し、州とラント教会の友好関係を確認し且つ促進する要望を持ち、

次の事実、即ち 1931 年 5 月 11 日のプロイセン自由国及び福音主義ラント教会の条約が、当該州並びにハノーファー福音主義＝ルター主義ラント教会及び北西ドイツ福音主義＝改革派教会の付随する最終議定書と共に、異論なく妥当することを確認し、この条約が、1919 年 8 月 11 日のドイツ憲法が求める、国家と教会の関係の自由秩序を確立する為の一步と評価し、

教会の公共性委託とその独自性について一致して、

真正の自由秩序としての諸教会の諸権利を保障する為にこの条約を更に発展させて、州と全ラント教会の関係の統一的形象化の為に以下の如く定める」⁽²⁰⁾。

この中の共通の責任、友好関係、公共性委託の概念に留意されたい⁽²¹⁾。

ここに登場する教会の公共性委託の概念は、ロックムを嚆矢として戦後教会条約の多くに登場する、ロックム定式と呼ばれるものだが、スメントが言うに、このロックム条約は、国家と教会とを分離して教会に自由を付与するワイマール時代の分離秩序の思考を拒否して、国家と教会が、同一の公共任務を負い積極的共同作業を行うという、教会の公共性委託又は公共性要求という新しい思考を採用している。成る程この条約は、特にその1条で、信仰や教会の自由を規定して、国家と教会の関係の中で、特に自由の秩序を強調するものではある⁽²²⁾。しかしそれは、互いに冷淡で無関心な態度を取る分離体制ではなく、政府と教会とが、両者の友好関係を確認し促進し、各種領域で積極的共同作業を組織して、人々への共通の責任を遂行する体制である。第三帝国に対する教会闘争、戦後の破滅からの復興努力を経た後は、教会が公共の為奉仕するという公共性要求を最早放棄できないのだ。つまり、既存の憲法体制の中で個別論点を拾い上げるのではなく、国家と教会の関係につき生じた新しい全体構想を基礎づけることに、このロックム条約の意義があるのだと、スメントは述べる訳である⁽²³⁾。

補論 エキュメニズム運動

ここで、先のエキュメニズムとスメントの関係につき触れておこう。この概念は、端的には、全キリスト教の統一運動を指すのであるが、元々は、「その頃、天下の人を戸籍に著かすべき勅令、カイザル・アウグストより出づ」(ルカ2章1説)の中の、人間が住む全地球、又は全ローマ帝国を意味する「天下」の語から派生したものであり、その後、単に「普遍教会」を意味するようになったと言われている⁽²⁴⁾。尤も、別々教会と神学で分裂したキリスト教を統一することを目的とする教会の共同作業と理解されるのは、20世紀になってからだ。つまり、一方では、布教など実践面の共同化で教会の統一を目指す「生活と実践」

世界会議が1925年にストックホルムで開催され、他方では、神学上の教説の相違を克服しようとする「信仰と職制」世界会議が1927年にローザンヌで開催され、その後1936年それぞれオックスフォードとエディンバラで第二回会議が開催され、そしてこの両世界会議が1948年にアムステルダムで合同される⁽²⁵⁾。この世界教会協議会(WCC)の創立集会に参加したのが、同じく創立されたばかりのドイツ福音主義教会の、スメントなのであった⁽²⁶⁾。

このエキュメニズム運動はどんな成果をあげていたのか。スメント曰く、世俗秩序へのエキュメニズムの問題提起に注目すべきである。37年のオックスフォード会議では、社会保障秩序と国際社会秩序、更には、教会の生存と告知の権利が危機にあるとの認識が共有され、38年のマドラス会議では、社会秩序と教会の、その全貌を現しつつあった敵が、地球上の全国家の具体的法状況に照らして告発され、39年のジュネーブ会議では特に英米の教会が中心となり、人権と中でも宗教自由の保障が全ての国家に喫緊のものとして要求される⁽²⁷⁾。そして、遂に1948年のアムステルダム世界教会協議会において、国際連合を通じ人権問題での発言の為ニューヨークに、国際問題の為のエキュメニズム委員会事務局が設立されるなど、全世界の中で法発展へのエキュメニズムの影響を継続化する試みが結実している⁽²⁸⁾。その後、当初一部が参加していた東方正教会が1961年に参加し、更に、同じ年に国際宣教協議会の合流で南半球の教会にも拡張され、加え、1968年にはカトリック教会もオブザーバー参加を果たし、完成はともかく、キリスト教統一への道程は一步ずつ進展していく⁽²⁹⁾。

そのエキュメニズムにスメントは絶大な信頼を与えていたのである⁽³⁰⁾。彼によると、ドイツ福音主義教会へのその影響は二つの方向にある。第一に、エキュメニズムが福音主義教会法を正統化することである。即ち、戦後直後当時の教会法には、ただ過去と連続しているだけの形式的「合法性」しかなく、本当は実質的「正統性」が必要である。これまでは、教会法が単に国家的構造を持つ

と措定すれば足りたが、今や狭隘な実証主義を克服し、宗教改革や初期キリスト教の時代から福音主義教会秩序の構造法則や本質を学ばねばならないのである。言わば、エキュメニズムの直観や観点や論拠の豊かさが大事なのだ⁽³¹⁾。勿論、エキュメニズムをそのまま模範とし継受せよというのではなく、福音主義教会の現在の基本問題にそのまま適用せよというでもない。そうではなく、エキュメニズムにより、己の任務への内的な自由が開かれ、己の問題のヨリ柔軟な取扱いに導かれるとスメントは言う⁽³²⁾。延いては、新秩序編制に当たり同胞に真摯に耳を傾けるようになり、お手軽な「教会国家官僚主義」から「覚^{エアヴエックンク}醒」するようになるだろう。この秩序再生の定礎と深化こそが、教会秩序の本当の正統化を齎す⁽³³⁾。

スメントがエキュメニズムを評価する第二の点は、更に以下にある。即ち、教会と国家の関係の新たな根本変化を基礎づけたことである。ナチとの教会闘争を経て、教会が最早、法実証主義が想定した如く、双面的な権利義務関係の主体として国家に対峙せぬのは明らかだが、これは、教会が、その本来的な本質を自覚するようになったことを、つまり、第三帝国との衝突により破綻した、その本質に反する筈の国家との結合関係から撤退するようになったことを、意味するのだ。言わば、恰も国内のカトリックが、封建的国家秩序からバチカンの集権化で精神本位の教会へと変遷した様に、国内の福音主義教会も、エキュメニズム教会協議会への編入を強化することで、神の言葉を告知する教会の本質を自覚して、国家と対抗するようになった訳だ⁽³⁴⁾。特定の権利や特権を維持するのではなく、エキュメニズムを模範とし、教会は世俗的公共性に向け教会の告知任務を主張しなければならぬ。結局スメントにとって、エキュメニズム運動に強く参加することは、嘗てのワイマール条項をボン基本法 140 条の中で、こうした新しい意味で評価し直し了解し直さねばならないことと同義なのである⁽³⁵⁾。

3 教会法の公共性概念

さて、スメントが力説するには、この教会の本

質は忘却されている。このことは、通説による概念理解や憲法解釈に顕著に現出しており、例えば、先の教会の公共性要求の概念が、元々教会に限定されない意見表明の自由（基本法 5 条）を教会に当てたものと理解されたり、公的団体の資格も単に私法上の主体でないものと解釈されたりする。これは偏^{ひとえ}に、公^{ダス}的なるものや公^{エッフェントリッヒヒェ}共^{エッフェントリッヒヒェ}性^{レヒト}や公^{レヒト}法^{レヒト}といった、基本的概念が、今では見失われてしまったからだ、スメントは告発するのである⁽³⁶⁾。国家とは、それを正当化する意義を自身持つが故に公的なのであり、教会とは、責任を持ち世俗世界に対峙するからこそ公的なのであり、国民も、この意義に自由／自覚的に関わるからこそ公的なのである。そうだとすれば、公共性要求も公的団体性も本当は同じ意味を持ち、即ち、世俗の政治的秩序に責任ある態度で参与するからこそ教会は、国家から公共性要求を委託され、公法団体性を付与されるのである⁽³⁷⁾。しかし従来、教会は公的であるかとのこの論点は、政治秩序の中心問題でなく行政法上の技術問題に、残念なことに矮小化されてきた。それは我々が形式主義と実証主義の法的思考に毒されたからなのだ⁽³⁸⁾。

さて、スメントには、「公共的なるものと公共性の問題について」なる論考があるが、その中で教会法上の論点には論及がないものの、これまでの検討からして、教会の位置づけと関連するのは明らかだ。勿論それは、教会理論が国家理論の一部を構成するが故になのだが⁽³⁹⁾、ここで、先に見た公共性要求に公共性概念を重ねてみることにする。さてスメントは、公共性概念の三つの意義複合体をまず分説するが、絡み合うこの三要素を全体から見ずして、この概念が持つ内容上の問題は把握できないと言う。我々もこの三要素を順に検討していく。まず一番めの要素とは、開かれているという意味での公共性である。例えば、公共性を担う公^{プブリクム}衆を形成する為に開くということでもあり、国家権力それ自体を直接／間接に開いておく、ということでもある⁽⁴⁰⁾。更に第二には、政治的生活の核心としての公共性という要素もある。元々代表制においてその最終審級は公衆なのだが、この政治単位は身体や組織を持たず、これ

を化体し組成するものこそ公共性なのだ。この公共性を人格化すればこそ公衆が出来し、公共性を表現すればこそ国家の生の原理が出現する、と、これがスメントの言説である⁽⁴¹⁾。

もう一つの第三の要素とは、事実と規範の中間の領域にあるもので、つまり、公共性概念が事実的なものから規範的なものへ高まること、近代国家が開かれた状態から任務として課された本質へ高まること、公共性概念の意味はここにあると、矢張りスメントは主張するのだ⁽⁴²⁾。難解な彼の中でもとりわけ難解だが、例えばフランス革命はこうだ。その新秩序は、非合理的封建制を廃棄し、合理的な秩序を建設するその限りで、公然性＝公衆性の秩序であるけれども、それは同時にその啓蒙主義的明証性故に、公衆や公論による裁可を要求しており、ならばそこには、正しさや正義性や必然性が出来する筈なのである。即ち、事実的なものとして、秩序への公衆の支持を求めるが故に、規範的なものとして、秩序の正しさを認めざるを得ない、と言う。勿論、公衆＝国民主権に頼ったこの種の実質的公共性の概念からは、革命の体験が遅れたドイツ故に、啓蒙の特徴が引き抜かれてしまう。即ち、何か公的と呼ばれるのは、国民の為のものだからでなくて、それが国民を超えてより高次の秩序を目的としたものだからである。言わば公論とは、国家の理念をより高次に実現したものなのである⁽⁴³⁾。

だがこのスメントのいう公共性では、教会の公共性委託という場合、これに憲法上いかなる意味が与えられるのかが、実は明確ではない。ところでこれにつき、スメントの弟子であるヘッセが補充している。彼は、公共性概念を近代憲法国家の最重要要素の一つとするのだが、師匠の論を継いで、先の第2と第3の要素、即ち、国家の生の原理である公共性と、事実と規範を媒介する公共性を必ずや結びつける第4の要素として、責任の要素がこの公共性概念にはあると述べる。公共的であるとは、全ての秩序が課 アウフガーベ 題という本質を持つことなのだ⁽⁴⁴⁾。このヘッセの説は政党に関わるものだが、我々の教会にも該当する。つまり、意見の公的表明や団体利益の主張にそのまま公共性性

格を認める訳にはいかない。全体秩序の正統性諸原理に参与して初めて、或いは全体に対する憲法による責任を果して初めて、その個人又は組織は、その責任充足の程度で様々な段階づけが存在するとはいえ、その時、公共性性格を入手し、公法的地位を獲得するといえるのだ⁽⁴⁵⁾。この全体への責任なくして、公共性は単なる事実の領域にとどまる。この意味で教会は、公共性の概念と密接に関連するという訳である⁽⁴⁶⁾。

三 教会法制の変容過程

1 マーレンホルツ学説

こうした、教会に特別な公共性要求を承認するスメントの見解が、戦後ドイツの教会法学の通説的地位を占めたことは、周知のことである⁽⁴⁷⁾。例えば、カンペンハウゼンの教会法の教科書によるなら、教会には、霊的共同体として自由な活動を通じて公共性に作用を及ぼし、神の告知を公的生活の現代的形式の中で執り行う権利があるというのだ。つまり、ワイマール憲法137条1項「国家教会は存立しない」は、国家教会制の廃棄のみならず、国家と教会の分離も求めるものだが、この分離は、国家と教会の接触それ自体の廃棄を要求してはいない⁽⁴⁸⁾。教会の拘束された国家と同様に、国家の後見から解放された教会も、その宗教的目的の実現の為にその宗教的手段の投入を図るであろう。だが、双方が教育や医療や扶助という同一の領域で活動する限りで、国家と教会の領域は、広範囲に且つ継続的に重なり合うことになる。例えば基本法7条3項は、公立学校では宗教教育が、宗教共同体の原則に一致してなされることを定めるが、これは教育分野における国家と教会との協働を明文化したものである。先のロッキン条約の公共性委託／要求も、このようなものとして理解しなければならぬ⁽⁴⁹⁾。

さて、教会の特別な公共性を承認する、通説的スメントに公然と反旗を翻したのが、ドイツ福音主義教会に附属する、その彼主催の教会法研究所で研鑽を積んだ、後の憲法裁判事マーレンホルツである⁽⁵⁰⁾。彼にすれば、戦後の教会への期待は、

ヒトラー支配や連合国の占領、両ドイツ分断や反共産主義という、消去法で獲得されたものであり、だが教会はそれを傘に、ロビー活動を通じ国政に多大な影響を持つ⁽⁵¹⁾。そこで彼は、スメントによるロッキン条約への評価に、具体的には、「責任」と「友好関係」と「公共性」の解釈に、批判を加えている。第一に、国家と教会の共通責任はただ「住民の福音主義の部分」に向かうだけで、条約はそれ以外の住民部分には配慮する訳ではない。この論及は、条約が当事者の共通項を扱うとの論理的前提に過ぎぬ⁽⁵²⁾。第二に、「友好関係」の文言も条約の具体的な内容で確認すべきで、1930年コンコルダートにもある唯の外交上の常套句でしかない。第三に、「公共性委託」も、元々は34年バルメン宣言が対ナチス抵抗の為に教会の委託は独自で独立だと表明したのが始まりであり、第三帝国時代の教会闘争の経験をただ表現しただけだ、と彼は言う⁽⁵³⁾。

教会を特別扱いはするのは、国家の非宗教性からして元々適当でない。公共性とはそもそも政治共同態の民主的基本関係を指す表現であり、教会は、その一般的共同主体であって特殊な共同主体なのではない。即ち、ロッキン条約を洗ってみても、教会の特殊性を論証する筈の、公共性概念には、労働組合や農業団体の公共性と同一意味しかない⁽⁵⁴⁾。つまりこうである。マーレンホルツ曰く、公共性概念にはそもそも、国家的という意味と一般性という意味、二重の意味が存在している。公法や公共団体と言うとき前者が想定されるが、今や重要ではない。寧ろ第二の意味の公共性、即ち、一般へと開かれていることにより、公的議論による政治決定が促され、公的批判が政府や議会に下され、公的意見＝世論が不断に作られるという意味の公共性が適切なのだ。教会が公法団体だ、教会法が公法だ、と嘗て述べたとき、それは第一の意味の公共性が重要だったからだが、教会に鐘楼や尖塔があり、街路からのアクセスが問われるとき、教会にも、御言葉を告知する教会であるが故に、公共性を問う第二の意味がここでは最適となる。即ち、教会は、他の多くの団体の中の、一つの団体でしかない訳だ⁽⁵⁵⁾。

またその属性からしても、教会に公共性特権を主張する資格はない。例えば、人口の95%がその人倫上の基準をキリスト教に置くから、教会には社会生活や精神生活で特に重要な地位が認められるとして、休日労働や刑法改革や婚姻立法などの人倫に関わる政治問題につき、他の社会組織に先立ってまず教会が国家に助言してよいのだという。元々、特殊利益でなく全体利益を実現するのが国家の任務であるが、その役目は、価値観念の多元化により次第に困難になってきている。そこで人類全体や社会全体の代弁者、教会が現れるのかもしれない⁽⁵⁶⁾。だがマーレンホルツは言う、社会の側がそうした期待をしていない。教会が主張する価値観念は社会の中の一意見でしかないし、それ故、教会の人倫価値が他の集団の価値より信頼できるということもない。その上、兵役拒否や墮胎処罰の問題など、政治的倫理的問題につき新旧教会や各種宗派の間で意見の相違がある以上、何が拘束力ある全体利益であるかを教会の中で確定するのはそもそも不可能である。結局、人間の自由と尊厳を強化する社会の前提たる、集団と価値の多元主義の中に、教会の特権が残存する余地は存在しないのである⁽⁵⁷⁾。

2 スメントによる反論

嘗ての同僚、マーレンホルツの批判にスメントは如何に応えたのか。曰く、マーレンホルツは教会と多元主義の本質を捉え損なっている。第一に、彼の立論では、教会の本質と現実に全く言及されていない。ここでスメントは三つの観点から教会の本質を整理するのであるが、それは、一つ、教会とはドイツ国民を領域と事項の観点から境界づけた一断面、即ち領域国家の亜種という意味で国民教会であること⁽⁵⁸⁾、二つ、教会とは、福音の下での生の共同体であり、他の諸団体の如く共通目的の為に集合体になろうとの意図を持つものではないこと⁽⁵⁹⁾、三つ、教会とは、社会奉仕活動を教会の主たる任務に負うとしても、それは、その愛の要請がただ隣人にのみ妥当するからでも、更には、教会が団体と違い全体利益の代弁者であるからでもなく、先の憲法137条5項に言う公法

団体の本質に由来すること、唯ここにある⁽⁶⁰⁾。それなのにマーレンホルツは、教会それ自体の本質に目も呉れずに、共通目的の為に多様な集団と階層の人間が集結した集合体であると理解し、教会存在を目的合理性に、教会活動を利益追求に還元する。それ故に、教会が「団体の中の団体」として位置づけられてしまう⁽⁶¹⁾。

この教会=団体説が誤った多元主義理解を齎すと、スメントは言う。つまり、教会が目的合理的になるなら、それは教会の地位平準化を、即ち、教会とその他の団体が共通であることを認めたことになるが、ならば、教会はその他の団体ない特別地位を要求してはならない。そんな地位は、多元主義の破壊や民主秩序の否定を齎すかもしれぬ。だが、そうした多元主義と民主主義の理解自体が間違っているのだ。元々それが要求するのは、その諸要素が比較可能であることでなく、その諸要素が徹頭徹尾比較不能である点を承認した上で、その比較不能である存在、即ち、希少で異質な存在を、尊重することである。教会が公共性要求を掲げるのは、それがより高次の存在であること、より普遍妥当な権威であうことを主張する為ではなく、寧ろ、世俗世界中の異質な存在として尊重されることを主張する為なのである⁽⁶²⁾。それなのに教会地位を平準化しようとするマーレンホルツの見解は、教会を目的合理主義で技術万能主義に囚われた社会の部品に貶めて、教会を伝統的な信徒共同体から革新的な活動集団に変えようとする。彼の多元主義には全体主義の傾きがあると、スメントは難じている⁽⁶³⁾。

当時 89 歳のこの大家の反論に臆せず、同じく当時 42 歳の若き州文化大臣マーレンホルツは、その 4 年後に詳細な再批判を、だが当のスメント本人が大往生を遂げる直前に、広く江湖に問うている。それは多岐に渡るが、教会と多元主義の理解に論点を限って見よう。まず第一に、教会を団体と見なす理解は教会の外的視点のみを語り、教会の本質というその内的視点を見落としているとスメントは言う。けれども、教会が実存的に比類ないものであることは、経験すべきこと、信仰すべきことではあっても、世俗世界を考察する場合で

は、教会を他の宗教団体と分かつ、決定的な価値を所持しないのである⁽⁶⁴⁾。しかも、教会はしかも、教会と他の団体が比較可能であることが重要なのではない。特別の属性、或いは礼拝=神への奉仕ならぬ、公共への奉仕こそが教会に特別な存在意義を与えるのだ、とマーレンホルツは強調する。だとすれば、教会の公共性要求それ自体は特別のものでありえない。つまり、公共性は元々民主憲法を持つ国家の本質的要素なのであり、教会もその一員である以上は、その委託の比較不能性をそのままに、プレスや他の通常の諸団体と同様に基本権として公共性を担うのだ⁽⁶⁵⁾。

もう一つ、多元主義批判についてもマーレンホルツは反論している。教会を団体の中の団体と見る主張が、教会の比較不能性を否定するものでないというマーレンホルツの弁明は、上で見た通りであるが、具体的な社会状況を反映せず、抽象的な弁証法的社会学でしかない多元主義概念をただ規範的に振り翳しているだけとの批判に対して、多元主義批判自体が教会の地位に興味を持たない以上、彼自身にも多元主義の全体理論を展開する意思はそもそもないと論駁している⁽⁶⁶⁾。これ自体がスメントの批判に有効な反撃であるか疑問であるものの、マーレンホルツ多元主義に全体主義の傾きがあるとの批判について、確かに、社会の中の教会の地位を批判的に検討する立場に立つなら、社会の宗教性自体を否定するネオ世俗主義の傾きは否定できないが、けれども、そうしたネオ世俗主義にできえも、教会の政治的・法的地位への自分の分析は内的連関を持たない、と彼は述べるのである⁽⁶⁷⁾。要するに、大家スメントの批判に対するマーレンホルツの反論とは、民主主義下での教会はその本質と関係なく個別利益を主張する筈だ、全体主義と言われる以前に多元主義に関心がない、というのである⁽⁶⁸⁾。

3 国家教会法と宗教法

結局、国家の中で公法団体としての教会を特別扱いするスメントと、教会にその他の利益団体と同等地位しか認めないマーレンホルツと、憲法上の教会の地位を巡り、収斂のないまま対峙してい

たのである。だがこの論争は、教会に関する成文を持たない日本国憲法の下では、教会法が無性に気になる好事家のみが知っていれば良いことなのか。本当はこの公共性委託の問いは、わが国でも重要な論点となりうる。ところでドイツでは、シュテーツキルヒエンレヒト レリギオンスフェアファッスングスレヒト 国家教会法の概念を捨てて宗教憲法法の概念を採れという学説上の主張が、周知の通り近年有力に展開されている⁽⁶⁹⁾。つまり国家教会法の名称では、キリスト教会が他の宗教団体よりも優位な立場で扱われること、市民と信徒の範囲が凡そ同一であること、即ち、国家教会法の名称では、キリスト教会が他の宗教団体よりも優位な立場で取扱われることが最初から前提とされているのである。しかし現代は、宗教組織が多元化し、宗教が放棄された時代である。つまり、今や、キリスト教のみならず他の宗教も、教会のみならず他の宗教団体も、別立てで分けて扱う必要など存在しないのである。この事態に適切なのは、宗教憲法法であって、国家教会法ではない⁽⁷⁰⁾。

この宗教憲法法の視座は、単なる名称問題ではなく、基本法全体を、或いは、基本法4条と140条の関係をどう理解するかを決定する。即ち、信仰の自由を定める同4条が個人主義的性格を持つとすれば、国家教会関係を定める同140条はこれとは全く別の構造を持つが、この4条＝人権と140条＝制度の対立は前者へと解消されていく。例えば、140条が編入するワイマール憲法136条とは、市民の権利義務の享受を信仰で決定することを禁止する規定であるのだが、これは、個人的自由を保障する基本法4条の派生型と理解されるし、同じくワイマール憲法137条が定める宗教団体の特権についても、基本法4条を拡張した集団的な宗教の自由と規律内容が重なり合う⁽⁷¹⁾。それ以上に、教会を公法団体として特別視する条項の編入を取止め、更には前文の神への言及も除去して、基本権としての基本法4条を中心とし憲法条項を整理すべきとの、憲法改正の提案も出てくる⁽⁷²⁾。この背後に、宗教を私事としてこれをエッフェントリッヒカイト 公共空間から排除するべきで、それ故、教会や宗教団体に公共性要求を持つ余地はなく、これらが国家とコオペラチオン 協働する余地もない、という教会

政策上の価値判断もあろう⁽⁷³⁾。

制度を人権に還元するこの解釈は連邦憲法裁も承認するものである。「エホバの証人」が憲法上の公法団体の地位を求めた事件において、連邦憲法裁判所は2000年12月19日判決で次のように述べる⁽⁷⁴⁾。曰く、基本法140条が編入したワイマール憲法の「キルヒエンアルティケル 教会条項」は、それともこの事件に関連する同憲法137条5項2文は、基本法の構成部分である以上、基本法の価値づけから解釈されるべきである。即ち、基本法は宗教自由をより強化して基本権カタログに組入れたのだから、教会条項もこの宗教自由の現実化から読み解かれる筈で、それ故に、同条の公法団体の地位も宗教自由を展開する手段として、或いは宗教社団の独立を強化するものとして、定礎される筈である⁽⁷⁵⁾。ここから公法団体としての宗教社団に、国家監督や国家編入は勿論、国家任務を委託することが一挙に拒否されることにも留意すべきだ⁽⁷⁶⁾。スメントの、教会条項を基本法から解釈せよとの見解は既に見たが、この憲法裁の解釈が、これとは正反対であることは強調されてよい。国家から教会を守るという自由の観点からワイマールの精神だったが、彼からは、連邦憲法裁は基本法の立場を放棄したことになるだろう⁽⁷⁷⁾。

要するに、ドイツ基本法の中の人権的なるものと制度的なるものと、一方では、キリスト教とイスラム教の共存に配慮する多元主義的な思考から、制度を人権に解消しようという「宗教憲法」の潮流と、他方では、キリスト教の伝統性を重視し人権にない制度の独自性を堅持しようという「国家教会法」の潮流が存在すると言うのである。つまり、万人がそれを主張できるのが基本権の特徴であるとすれば、公法団体の基本権化はその担い手の限定を解除することに帰結する。これこそがマーレンホルツの言う団体の中の団体という事態である。だが反対に、公共性を担う主体を伝統的教会へと限定するのならば、その主張は権利でなく特権で保護され、しかも、それは公共性への責任で枠付られ、その意味で神が人間をそこへと置き据える制度で画定される。だとすれば、この特権と責任が交錯するこの肝心要の制度なるものを、

この公共性の防壁として保全しなければならない。スメントが制度を強調するのも、この認識を踏まえてのことである。だがしかし、記述の通り、宗教憲法が国家教会法を圧倒している、即ち、マーレンホルツがスメントを凌駕している、というのである⁽⁷⁸⁾。

四 結論と今後の展望

国家と教会の関係を巡る以上の議論をまとめると次のとおりとなる。第1に、基本法によるワイマール教会条項の編入にも拘らず、特に戦後教会法学の権威スメントの国家教会法解釈を元に、神学的教会理解に基づき教会の特別な公共性委託を認める解釈が確立したこと、中でも彼自身も関与した1955年ロックム教会条約を先駆としてこの公共性委託を前提とした教会条約が戦後ドイツで普及したこと、しかもこの教会の公共性委託には、単なる団体利益の主張を超えた、全体秩序への責任というスメント独自の意味が込められていること、第2に、けれども、この通説理解に反旗を翻す見解が彼の膝元から、つまり彼の教会法研究所に属したマーレンホルツから放たれたこと、即ち、戦後社会の多元主義や国家の宗教的中立性からすれば、今や教会は唯の利益団体であり、それに特別な地位を与えるべきでなく、故に、公共性委託の概念に特殊な意味を否定するべきとされたこと、更に、基本法秩序の中で制度を権利に還元し、国家教会法の概念を宗教憲法法の概念に転換する近時の教義学の動向から見れば、教会特権を否定するマーレンホルツの方が有力であること、これである。

さて、以上の公共性要求が、わが国の解釈論にどんな意味をもつか。まず、ドイツの政教分離は、第1に、政治と宗教の関係というより——言尽くされた感もあるが——国家と宗教団体の関係を問うこと⁽⁷⁹⁾、第2に、この団体の公共性により分離の厳緩を決定することである。そうだとすれば、戦前のように神社神道に公共性を承認することを明確に否定した日本国憲法の下では、分離を緩和させる理由はない。勿論、日本国憲法20条に関

する最高裁判所の周知の判例法理では、「特定宗教と関係のある私立学校に対し一般の私立学校と同様な助成をしたり、文化財である神社、寺院の建築物や仏像等の維持保存のため国が宗教団体に補助金を支出したりすること」が列挙されて、「相当の程度をこえない」一定の「関わりあい」が承認されている⁽⁸⁰⁾。しかし、我々が検討したドイツ国家教会法の論理から説明するなら、国家と宗教とが相当の程度を超えない関係を持たざるを得ないのは、国家自らが宗教的な色彩を保持する公共的活動を行うからではなく、その公共的活動が特定宗教団体により行われているからなのである⁽⁸¹⁾。即ち、政教分離は厳格な分離でしかありえぬ、こう言うべきなのだ⁽⁸²⁾。

とはいえ、本稿が強調せずとも正統憲法学が反復して力説してきた、この厳格な政教分離の結論に対しては、次のような反論もありうる。即ち、厳格分離を困難とする理由に刑務所等での教誨活動の存在⁽⁸³⁾が失念されており、基本法140条及びワイマール憲法141条での軍隊や病院や監獄での礼拝／教誨活動の存在が忘却されている、と。成る程、これらは、自由に信仰活動を送れぬ人々にその信仰自由を守るべく、国家自らが宗教的側面を持つ活動に乗り出すものである。だが実は、上記条項は、施設内で礼拝／教誨活動を執り行う権利を教会及び宗教社団にのみ特権として認める、制度的保障なのである⁽⁸⁴⁾。反対に「エホバの証人」事件では、生徒の信仰に配慮したとしても、彼の教団の公共性を考慮しない限り政教分離の問題ではありえない。せいぜい積極的な信仰と消極的なそのの衡量が本来の問いであろう⁽⁸⁵⁾。信教自由と政教分離の衝突を語るのは社会哲学としては興味深いのが、それは、宗教団体を公共性を担えぬ日陰者呼ばわりするのみならず、憲法解釈論として論じてもただ議論を混乱させるだけだというのが⁽⁸⁶⁾、教会の公共性要求に比較法的検討を加えた、ささやかな結論である。

* 本稿は平成22年度科学研究費補助金・基盤研究C(課題番号22530026)の研究成果の一部である。

《注》

- (1) 最2小判平成8年3月8日民集50巻3号469頁。
- (2) 例えば、長谷部恭男「私事としての教育と教育の公共性」(1993年)同『憲法の理性』(東京大学出版会, 2006年)139-149頁。飯野賢一「政教分離原則と信教の自由の対抗関係——あるいはその調整の方法」愛知学院大学宗教法制研究所紀要48号(2007年)1-35頁。
- (3) 本稿に関連するスメント憲法学の詳細については、次の文献を参照。三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』(信山社, 2011年), 特に第1章。Vgl., H. Marcon/H. Strecker, Rudolf Smend, in, dies. (Hrsg.), 200 Jahre Wirtschafts – und Staatswissenschaften an der Eberhard-Karls-Universität Tübingen. Leben und Werk der Professoren, Bd. 1, 2004, S. 411-418.
- (4) Rudolf Smend, Staat und Kirche nach dem Bonner Grundgesetz (1951), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., 1994, S. 411-422, 418; Stefan Koriath, Art. 140 (2003), in: Th. Maunz/G. Dürig (Hrsg.), Grundgesetz-Kommentar, S. 1-42, 10-16; Bernd Jeand'heur/Stefan Koriath, Grundzüge des Staatskirchenrechts, 2000, S. 48f.; 清水望『国家と宗教』(早稲田大学出版局, 1991年)200-224頁。
- (5) ドイツ福音主義教会の状況におけるスメントの地位について、三宅(前掲注(3))49-51頁を参照。ドイツ福音主義教会の教会法研究所と福音主義教会雑誌については、Axel Freiherr von Campenhausen, Bemerkungen zum Kirchenrechtlichen Institut der Evangelischen Kirche in Deutschland, in: J. Isensee/J. Listl/W. Rees (Hrsg.), Dem Staate, was des Staates – der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, 1999, S. 1087-1096; Michael Stolleis, Fünzig Bände „Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht“, in: ZevKR, Bd. 50 (2005), S. 165-183.
- (6) Rudolf Smend, Zur Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an Religionsgesellschaften gemäß Art. 137 WRV, in: ZevKR, Bd. 2 (1952/53), S. 374-381.
- (7) Smend, a.a.O. (Anm. 6), S. 375.
- (8) Smend, a.a.O. (Anm. 6), S. 375f. Vgl., Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Detuschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933 (Neudruck 1987), S. 644-646; Joseph Godehard Ebers, Artikel 137, 138, 140, 141. Religionsgesellschaften, in: H. C. Nipperdey (Hrsg.), Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. 2 (1930), S. 361-425, 380f. これを延長すれば、主権と人権の対抗の中で実定憲法に承認された中間団体こそが教会なのだ、との論理も同時に否定することになる。だとすれば、スメントが実在主義と難じた、制度体保障の主唱者=C・シュミットとの対抗関係が、ここでも再現されることになろう。参照、石川健治『自由と特権の距離 [増補版]』(日本評論社, 2007年), 三宅(前掲注(3))195頁注120, 270頁。
- (9) Smend, a.a.O. (Anm. 6), S. 375f.
- (10) 参照, 三宅(前掲注(3))102-103頁。
- (11) Smend, a.a.O. (Anm. 6), S. 376f.
- (12) Smend, a.a.O. (Anm. 6), S. 377f.
- (13) Smend, a.a.O. (Anm. 6), S. 378f. Vgl., Konrad Müller, Die Gewährung der Rechte einer Körperschaft des öffentlichen Rechts an religionsgesellschaften gemäß Artl 137 Abs. V. Satz WRV, in: ZevKR, Bd. 2 (1952/53), S. 139-168, 153-162. なお, 宗教社団に公法団体の資格を付与する要件として, 基本法は, 「引続き存立する」の他に「基本構成」と「構成員数」で, 合計で3つを挙げているが, 更に不文要件が求められる場合があるという。具体的には, 当該社団が憲法上の文化基礎に合致することである。これは, ドイツの文化領域での要の価値へと国家が責任を負うこと, 或いは, 政治的共同態を精神的に定礎する制度が要ることに関わる。ワイマール憲法137条5項2文の要件にこうした「文化留保」や「国家忠誠」を追加する思想の源流は, 我々のスメントの中にある。尤も, 後述のエホバの証人事件(後掲注(74))にて連邦行政裁判所がこの不文の要件を求めたと解釈しようが, 決着がついた訳ではない。Axel Freiherr von Campenhausen, Staatskirchenrecht, 3. Aufl., 1996, S. 143-151; ders./Heinrich de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl., 2006, S. 134-140; Jeand'heur/Koriath, a.a.O. (Anm. 4), S. 166-170; Stefan Koriath, Loyalität im Staatskirchenrecht? Geschriebene und ungeschriebene Voraussetzungen des Körperschaftsstatus nach Art. 140 GG i. V. m. Art. 137 Abs. 5 WRV, in: W. Erbguth/F. Müller/V. Neumann (Hrsg.), Rechtstheorie und Rechtsdogmatik im Austausch. Gedächtnisschrift für Bernd Jeand'Heur, 1999,

- S. 221-245.
- (14) Rudolf Smend, *Rechtliche Bedeutung und Rechtsprobleme heutiger landeskirchlicher Einheit*, in: *ZevKR*, Bd. 7 (1959/60), S. 279-288, 282f.; ders., *Zum Problem des kirchlichen Mitgliedschaftsrechts*, in: *ZevKR*, Bd. 6 (1957/58), S. 113-127, 119f.; ders., *Zweihundert Jahre Göttinger Kirchenrechtswissenschaft*, in: *Brunotte-Festschrift. Evangelisch-Lutherische Kirchenzeitung*, Bd. 10 (1956), S. 236f. Vgl., Paul Schoen, *Evangelisches Kirchenrecht in Preußen*, 1903/10; ders., *Das neue Verfassungsrecht der evangelischen Landeskirchen in Preußen*, 1929.
- (15) Smend, a.a.O. (Anm. 14), S. 283f.; ders., *Wissenschafts- und Gestaltprobleme im evangelischen Kirchenrecht*, in: *ZevKR*, Bd. 6 (1957/58), S. 225-240; 三宅雄彦「政治的体験の概念と精神科学的方法(1)」早稲田法学 74 卷 2 号 (1999 年) 332-334 頁。Vgl., Götz Klostermann, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen – Rechtsgrundlagen im kirchlichen und staatlichen Recht*, 2000, S. 132-152. その他に, 基本法制定当時が自然法ルネサンスの時代だった, 旧憲法にない「神の前の責任」が基本法に規定された, という事情もある。Korioth, a.a.O. (Anm. 4), S. 17.
- (16) Vgl., Klaus Schlaich, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirchen*, in: J. Listl/D. Pirson (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 2. Aufl., Bd. 2, 1995, S. 131-180. 132f.; Klostermann, a.a.O. (Anm. 15), S. 147-152; Alfred Quervain, *Der Öffentlichkeitsanspruch des Evangelium*, 1939 (2. Aufl., 1946).
- (17) Smend, a.a.O. (Anm. 4), S. 414-416.
- (18) Smend, a.a.O. (Anm. 4), S. 416. 更には, この公共性委託は教会内部で役割分担されることになるが, この問いは, スメント説の中核の一つである職務理論の仕事である。Wolfgang Conrad, *Der Öffentlichkeitsauftrag der Kirche*, 1964, S. 84-104. 関連して, 三宅 (前掲注(3)) 45-49 頁。後掲注(46)も見よ。
- (19) Rudolf Smend, *Der Niedersächsische Kirchenvertrag und das heutige deutsche Staatskirchenrecht*, in: *JZ*, 1958, S. 50-53, 50.

ロックム条約は, 正式には「ニーダーザクセン州政府及びニーダーザクセン内の福音主義ラント諸教会の 1955 年 3 月 19 日条約」といい, ニーダー

ザクセン州政府と, 同州内の 5 つの福音主義教会, 即ち, ハノーファー福音主義・ルター派ラント教会, ハノーファー改革派教会, ブラウンシュヴァイク福音主義・ルター派ラント教会, オルデンブルク福音主義・ルター派教会, シャウムブルク・リッペ福音主義ルター派教会の間で締結された条約で, ロックム条約とは, それが締結された場である同州の^クロ^スタ^ー・^メ・^ク・^ロック^ム修道院の名前に由来する。元々ニーダーザクセン州は, それ迄のプロイセン州ハノーファー^ブロ^ウン^{シュ}ヴァ^{イク}州, ブラウンシュヴァイク州, オルデンブルク州, シャウムブルク=リッペ州から, 第二次大戦後 1946 年 11 月に新設された州である。州政府からは, 元々伝統を異にする同地区を政治的にまとめる為に, 教会, 特に, ブラウンシュヴァイクとオルデンブルクの教会からは, 強力な後盾となる政府を持たぬが故に財政基盤が弱いとの反省から, 更に, 逸早い政教分離の成果から国家からの自律を確立したものの, その後の物価上昇や通貨下落で自前の教会税では財政的にやり繰りが不能となるとの事態から (シャウムブルク=リッペ州には州政府との取決め自体がない), そのような反省や事態を打開する為に, プロイセン州政府とハノーファー教会を含む同州福音主義教会とが 1931 年 5 月 11 日に締結したプロイセン教会条約を基礎として, 新州と教会の包括的な取決めたのが, このロックム条約なのである。これは, 州議会の立法期 (4 月末) に合わせ, 国家教会法・財政・文化政策の小委員会を含めた 1955 年 1 月 20 日から 3 月 16 日迄の集中審議の後に, 同年 3 月 19 日に上記のロックムで署名され, 同州の承認法律が成立してから後, 同年 4 月 23 日に発効している。Vgl., Konrad Müller, *Der Loccumer evangelische Kirchenvertrag als Spiegel der staatskirchenrechtlichen Lage der Bundesrepublik*, in: *DÖV*, 1955, S. 421-427, 421, r. Sp.-422, r. Sp.; Ulrich Scheuner, *Die staatskirchenrechtliche Tragweite des niedersächsischen Kirchenvertrags von Kloster Loccum (1957/58)*, in: ders., *Schriften zum Staatskirchenrecht*, 1973, S. 301-336, 313-319. ロックム条約については, Jeand'heur/Korioth, a.a.O. (Anm. 4), S. 192; Schlaich, a.a.O. (Anm. 16), S. 135f; 清水 (前掲注(4)) 234-246, 302-303, 314-317 頁。

なお, ロックム条約にはスメントの間接的な影響もあると思われる。つまり, ニーダーザクセン州の当時の首相は, SPD のヒンリヒ・ヴィルヘルム・コプフだが, そこで条約締結に影響力を持ったのが, スメントの下で学位を取得し, 同じく彼

の教会法研究所に所属した、州首相官邸のコンラート・ミュラー（1912-79）だったのだ。Axel Freiherr von Campenhausen, Vorbemerkung, in: K. Müller, Staatsgrenzen und evangelische Kirchengrenzen, 1988, S. vif. Vgl., Scheuner, a.a.O., S. 314.

- (20) Nds. GVBl. Sb. I S. 369; J. Listl (Hrsg.), Die Konkordate und Kirchenverträge in der Bundesrepublik, 1987, Bd. 2, S. 108ff. その後このロックム条約は、1965年のニーダーザクセン州でのコンコルダート締結に伴い、社会保障や文化政策につき補充された。Vgl., Ernst Gottfried Mahrenholz, Das Niedersächsische Konkordat und der Ergänzungsvertrag zum Loccumer Vertrag, in: ZevKR, Bd. 12 (1966/67), S. 217-282.
- (21) Smend, a.a.O. (Anm. 19), S. 52.; Scheuner, a.a.O., (Anm. 19), S. 320. スメントは他に、このロックム条約の2条, 3条~5条等も挙げる。2条1項「州政府と教会指導部は、その関係を深める為、定期的な会合に努めるものとする。その定期的な会合は、その相互の關係に当てはまる問いを話し合う為に、何時でも提供されるものとする」その他、3条は、ゲッティンゲン大学神学部の存続に関連する規定、4条は、州内の教育大学での福音主義的宗教教育学に関連する規定、5条は、州内の学校教育における宗教教育に関連する規定である。
- (22) Smend, a.a.O. (Anm. 19), S. 51, l. Sp.; Scheuner, a.a.O. (Anm. 19), S. 321.
- (23) Smend, a.a.O. (Anm. 19), S. 51, l. Sp.-r. Sp.; Müller, a.a.O. (Anm. 19), S. 422, r. Sp.-423. l. Sp.; Scheuner, a.a.O. (Anm. 19), S. 322f. スメントは国家教会法の発展を三つの段階に分けるが、ロックムはこの第三段階の国家教会法を新たに顕在化させたものと、彼は見る。これにつき、三宅（前掲注（3））49-51頁。Vgl., Scheuner, a.a.O. (Anm. 19), S. 301-336; Konrad Hesse, Die Entwicklung des Staatskirchenrechts seit 1945 (1962), in: ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 355-455, 386-390.

このロックム定式は、本文でも述べたように戦後ドイツに普及する。シュレスヴィヒ=ホルシュタイン州（1957年）、ヘッセン州（60年）【前文】、ラインラント=プファルツ州（62年）の条約【前文】、統一後もザクセン州（94年）、テューリンゲン州（94年）【10条2項】の条約に、更にはブランデンブルク州の憲法（92年。同36条3項）にも公共性委託の概念が登場すると、報告されて

いる。尤も、クロスターマンは公共性委託の影響を見るには数は少ないし、ブランデンブルク憲法も後述の宗教教育で殆ど影響がない、と言う。Klostermann, a.a.O. (Anm. 16), S. 13, 84.

なお関連して、両独統一後の教会条約の状況にも留意すべきである。即ち上記のザクセン州、テューリンゲン州、ブランデンブルク州以外にも、ザクセン=アンハルト州（1994年）、メクレンブルク=フォアポンメルン州（1994年）が教会条約を締結しているが、特に、この後二者、別名ヴィッテンベルク条約とギュストロウ条約に、両独統一後の教会条約の特徴が顕著に現れていると論じられる。これら新5州は、東ドイツ政府が1952年に連邦を廃止して以降、両独統一時に新設されたものだが、上記の諸教会条約は、この52年以前の権利義務に連続したものとして新規に締結されていること、しかも、旧東独時代に共産主義政府により教会が徹底的に弾圧され、その経験から、信教自由や政教分離のみならず、教会の靈的任務と国家の世俗任務の異質性が強調されて、その結果、国家と教会とは、協力より寧ろ、その距離^{デスタンプ}に注目されていること、これが重要である。その点で、ヴィッテンベルク条約とギュストロウ条約は、ワイマール時代、ロックム条約に次ぐ、第三世代の条約と評価されるに至る。Vgl., Hermann Weber, Der Wittener Vertrag – Ein Loccum für die neuen Bundesländer?, in: H. Däubler-Gmelin/K. Kinkel/H. Meyer/H. Simon (Hrsg.), Gegenrede. Aufklärung-Kritik-Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 99-113; Michael Germann, Die Staatskirchenverträge der Neuen Bundesländer: Eine dritte Generation im Vertragsstaatskirchenrecht. in: S. Mückl (Hrsg.), Das Recht der Staatskirchenverträge: Colloquium aus Anlaß des 75. Geburtstages von Alexander Hollerbach., 2007, S. 91-113; Axel Freiherr von Campenhausen, Vier neue Staatskirchenverträge in vier neuen Ländern, in: NVwZ 1995, S. 757-762. これを象徴する例が、ブランデンブルク州に導入された、宗教教育に代替する「生活形成・倫理・宗教討究」を巡る憲法訴訟であった。ドイツ連邦憲法裁判所の判断は和解によって回避されたのであるが、宗教教育を正規科目に指定する基本法7条3項1文を適用するのか、この設置を免除する同141条（プレーメン条項）を適用するのか、宗教教育の代替授業たる倫理科目自体の合憲性と併せ、議論がある。齊藤一久「ブランデ

- ンブルク州の宗教代替教育 (LER) に関する和解」栗城・戸波・嶋崎編『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社, 2008年) 522-526頁, 初宿正典「いわゆるブレーメン条項の適用範囲」法学論叢 144 巻 4・5号 (1999年) 66-95頁, 菟原明「ブランデンブルク州学校法にいう『LER』は, 基本法に適合するか」大東文化大学法学研究所報 23 巻 (2003年) 1-13頁。
- (24) Reinhard Frieling, Ökumene, in: Evangelisches Staatslexikon, 4. Aufl., 2007, Sp. 1669-1676.
- (25) Dagmar Heller, Ökumenische Bewegung, in: Evangelisches Staatslexikon, 4. Aufl., 2007, Sp. 1676-1681.
- (26) Rudolf Smend, Amsterdam. Die Versammlung des Ökumenischen Rates der Kirchen, in: Göttinger Universität-Zeitung, 3. Jg. (1948), Nr. 20, S. 6-8; 関連して参照, 三宅 (前掲注(3)) 17, 29頁注28。
- (27) Rudolf Smend, Deutsches evangelisches Kirchenrecht und Ökumene, in: R. Stupperich (Hrsg.), Verantwortung und Zuversicht. Eine Festgabe für Bischof Dr. Dr. Otto Dibelius zum 70. Geburtstag am 15.5.1950, 1950, S. 179-187, 179.
- (28) Smend, a.a.O. (Anm. 27), S. 179f.; ders., a.a.O. (Anm. 26), S. 6, 1. Sp.
- (29) Dagmar Heller, Ökumenischer Rat der Kirchen (ÖRK), in: Evangelisches Staatslexikon, 2007, Sp. 1681-1684; Otto Kimmich, Die internationalen Beziehungen der Kirchen und das Recht auf freien Verkehr, in: Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. 2, 2. Aufl. 1994, S. 217-250, 238-241. Vgl., Smend, a.a.O. (Anm. 26), S. 6. r. Sp.-7, 1. Sp.
- (30) Rudolf Smend, Unsere Einordnung in die Ökumene, in: Göttinger Universitäts-Zeitung, Jg. 2 (1946/47), Nr. 2, S. 2-4.
- (31) Smend, a.a.O. (Anm. 27), S. 180-182.
- (32) Smend, a.a.O. (Anm. 27), S. 182. 興味深いのは, この自由と覚醒と対照すべきものとしてスメントが挙げるのが, 我々に馴染み深い「比較的方法」であることである。つまり, この方法は, 他国の法が, 如何なる社会的事実や如何なる精神的思考態様により基礎づけられ継続形成されてきたのだから, 或いは, 如何なる政策目標や如何なる法的技術手段により追求され達成されてきたのだから, こうした観点から検討を加えるのであり, 更には, これにより, 自国の事実状況を解明しその他の政策手段を模倣し提案するのである。しかし, エンジニアがその経験的素材を取扱う態度のように, 内的に距離を取ることに特徴を保持している。エキュメニズムは, この種の科学的発見的な方法ではないのである。Smend, a.a.O. (Anm. 27), S. 182f.
- (33) Smend, a.a.O. (Anm. 27), S. 183f. Vgl., Adolf Deißmann, Die ökumenische Erweckung, 1929. スメントは, 世界教会協議会の構造を議会と比較して検討している。曰く, 議会は, 理性的であると措定される人間の共同作業によって良い成果が成立することに信頼が寄せられて存立しており, それ故, 議会自体もその議員も完全に自由に行動することが許容されている。しかし, 「公会議」と譬えられる世界協議会は議会の正反対であり, 従ってその構成員は, 議員のように自由に決定することは許されず, 寧ろ, 相互に精霊の指導の下, 同胞として一緒に, 任務として課された道程を行き, 神に赦された目標に達しようと努力するのである。となると, ここでは構成員が従うべき派閥は却って成立してこずに, 寧ろ, 一見自由だが本当は厳格な拘束が構成員に働いて, あらゆる交渉を同胞としての暖かさが包込むことになると, スメントは言う。であるなら, この協議会の目的は確かにキリスト教の統一化要請を実現することにあるけれども, その実現は組織化によってではなく, 実現への道を容易にし, その努力への器を創出することでなされる。Smend, a.a.O. (Anm. 26), S. 7. 1948年8月22日から9月4日までのアムステルダム会議では, まず開会を祝し, 参加者全体による共同の礼拝が実施されたのだが, スメントに言わせれば, 議会と本質を異にする世界教会協議会では, こうした礼拝は, 会議開始前の唯のセレモニーと見るべきでなくて, 本当は, この公会議の生命の中心部分を成すと見るべきなのである。Smend, a.a.O. (Anm. 26), S. 6, 1. Sp., 7. 1. Sp.
- (34) Smend, a.a.O. (Anm. 27), S. 184-186.
- (35) Smend, a.a.O. (Anm. 27), S. 186. Rudolf Smend, Kirche auf dem Wege. Die Bedeutung der Tagung des Ökumenischen Rates, in: Göttinger Universitäts-Zeitung, Jg. 2 (1948), Nr. 21, S. 4f.
- (36) Smend, a.a.O. (Anm. 4), S. 420.
- (37) Smend, a.a.O. (Anm. 4), S. 420f. Vgl., Smend, Zum Problem des Öffentlichen und der Öffentlichkeit (1955), in: ders., Staatsrechtliche Ab-

- handlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., 1994, S. 462-474, 471.
- (38) Smend, a.a.O. (Anm. 4), S. 421. 尤も、この問いは、明確に指摘されてはいないが、全く看過された訳でもないとして、シュミット門下の文献をスメントは挙げている。Smend, a.a.O. (Anm. 4), S. 421, Fn. 23. ここには、シュミットは実証主義者だというスメントの理解がある。例えば、三宅（前掲注(3)）57頁注121, 114頁注14, 195頁注120。
- (39) 「国家はまさに教会に対するその立場によりその本質を決定する」。Rudolf Smend, Aussprache, in: VVDStRL, H. 26 (1968), S. 107f. このテーゼはフォルストホフに由来するという。
- (40) Smend, a.a.O. (Anm. 37), S. 465f.
- (41) Smend, a.a.O. (Anm. 37), S. 469.
- (42) Smend, a.a.O. (Anm. 37), S. 470.
- (43) Smend, a.a.O. (Anm. 37), S. 471. つまりスメントは、国民主権でなくて保守主義がドイツの公共性を育てたと述べるのだが、ここではシュタールが念頭に置かれている。Smend, a.a.O. (Anm. 4), S. 420f.
- (44) Konrad Hesse, Die verfassungsrechtliche Stellung der politischen Parteien im modernen Staat (1958), in: ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 59-93, 85f.
- (45) Hesse, a.a.O. (Anm. 44), S. 86f.; ders., Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956, S. 50f., 55, 60. 尤もヘッセ自身は、教会特権を承認する立場から、これに懐疑的な、後述のマーレンホルツに近い批判的な立場へと転換することになる。Hesse, Freie Kirche im demokratischen Gemeinwesen (1964/65), in: ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 452-474.
- (46) 以上の公共性委託と公共性概念の関係については、以下も参照せよ。Schlaich, a.a.O. (Anm. 16), S. 138-141.

なお、以上の公共性概念に関連して、ケットゲンの説も重要である。即ち彼曰く、自由主義や形式主義は国家を目的団体の如く再構成し、公法や公的なるものという質的に特別な領域を縮減させてしまうが、たといそうであっても、牧師や判事やらは唯の私人人ではなく、実定法がどうであれ、「信頼された職務」を保持する者なのであり、その点で、公的なるものと職務の範疇がその意味を失うことはない。だがしかし、教会の「公法」が職務法的な立場を再現するとしても、国家

- の側が、結社としての大衆組織と自己認識し、「^{ハイルスアッペンシュタルト}聖なる施設」としての教会を己の姿に合わせて構造化し直そうとするのであれば、即ち、国家の側が、教会と構造を共にする「^{オルトマンクデア・エムター}職務の秩序」としての自身の構造を了解し損ねて、無色透明の^{レリギオンスゲセルンシャフテン}宗教結社という範疇で満足するのであれば、教会の自己了解を見誤ること必定である、と言う。国家が^{ユヒタスマムツレヒト}真正の職務法に目覚めて初めて、教会とは余所余所しいもの、忌々しいものでなくなり、教会概念がドイツ憲法に根付くのである。つまりそれは、具体的な多様性や現実性から目を背ける実証主義を克服すること、即ち、ケルゼンの如き価値中立的な民主主義理解を超えて、そのような現実それ自体を実効あらしめることなのである。
- Arnold Köttgen, Kirche im Spiegel deutschen Staatsverfassung der Nachkriegszeit, in: DVBl, 1952, S. 485-488, 487, r. Sp.-488. ここで、ケットゲン固有の職務概念とケルゼン批判にも留意したい。三宅（前掲注(3)）257-260頁、同「職業官僚制における制度と身分」（新潟大）法政理論39巻4号（2007年）334-355頁。
- (47) これが、良く知られる、国家と教会の同^{グライヒホルトスング}格理論又は^{コオルディナチオン}協調理論である。Jeand'heur/Korioth, a.a.O. (Anm. 4), S. 49-56; Klostermann, a.a.O. (Anm. 15), S. 72-81; 清水（前掲注(4)）300-408頁。
- 連邦憲法裁判所がこのスメント説を採用したと理解されていないが、1965年2月17日決定で、「教会が、その特別な委託から導出する、そして、教会を他の諸社会的形成体から原則として区分する、そのような、教会のこの公的な法的地位と公的な実行活動によって、教会権力は国家権力ではないが公的権力となる」と、指摘している。BVerfGE 18, 385, 387. 但し、この判決が連邦行政裁判所により誤解されたとの指摘もある（BVerwGE 68, 62, 65）。Klostermann, a.a.O. (Anm. 15), S. 73. Vgl. Wolfgang Schatzschneider, Anmerkungen zu BVerfGE NJW 1984, 989, in: NJW, 1984, S. 991; Helmut Goerlich, Res sacrae und Rechtsweg — Bemerkungen zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 7.10.1983 — 7 C 44.81 in: JZ, 1984, S. 221f.
- (48) Campenhausen, a.a.O. (Anm. 13), S. 94-98; ders./de Wall, a.a.O. (Anm. 13), S. 90-92; Jeand'heur/Korioth, a.a.O. (Anm. 4), S. 48-56; Klostermann, a.a.O. (Anm. 15), S. 152-167. なお、教会委託である神の言葉の告知につき、差し当たり次を参照。三宅雄彦「公布の本質(1)」社会

科学論集107号(2003年)96-99頁。

- (49) Campenhausen, a.a.O. (Anm. 13), S. 98f.; ders./de Wall, a.a.O. (Anm. 13), S. 92-94. なぜなら、人間は、同時に市民でありキリスト者でもあるからである。しかし、この見解が、突き詰めれば国家権力を消去することになり、又は、少なくとも教会を国家権力の外側に置くことになるとされて、ヘッセを擁した連邦憲法裁判所でさえもこれを承認したことはない。Korioth, a.a.O. (Anm. 4), S. 18.

しかし、スメント学派が一枚岩であったかといえ、それは怪しい。教会の国家同格性と公共性委託を認めるヘッセにクリュガーは言う。クリュガーが題材に選んだのはヘッセの教授資格論文であるのだが、その論点は教会高権と教会の公共性の専ら二つの問題に及んでいる。まず第一の点。即ち、ヘッセが国家の教会高権の消失を肯定した点、更に、しかし教会が国法の拘束から離脱することになる訳でなくて、基本法140条・ワイマール憲法137条1項1文の「万人に妥当する法律」により教会拘束を導出した点につき、クリュガーは言う。一つめ。近代国家の本質はその全包括性にあり、それは国家権力の物的観点でない人的観点からの区別を体系的に排除するものである。だがヘッセは、宗教事項の観点でなく教会の主体性の観点を考慮し、国法服従性を教会に免除し、その特権と免除や独立を承認している。Vgl., Herbert Krüger, Besprechung von Hesse, Der Rechtsschutz durch staatliche Gerichte im kirchlichen Bereich, 1956, in: ZevKR, Bd. 6 (1957/58), S. 72-82, 72-74. 二つめ。「万人に妥当する法律」は、基本法19条1項が許容する一般法律のことでなく、政治/文化/法共同体たる国民に不可欠な法律のことで彼は喝破するが、肝腎の法律妥当の認定につき教会が教会条約で独自に判断できるとし、国家の最終的決定権を剥奪する。Krüger, a.a.O., S. 74-76. また、三宅(前掲注(3))193-194頁注113. 第二の点。即ち、ヘッセが教会の国家服従を拒んだことで、教会が国家から追放され、だが純私的な存在ともされず、どちらでもない中間の、社会の領域に置かれ、尤もその中の単なる団体とは異なる、公的地位や公法団体として、公共性要求として捉えられる点である。この地位から帰結する三つの点で問題があると、クリュガーは言う。一つめ。教会の特殊性は公共性が決定する筈なのに、ヘッセ説では肝腎の公共性の中身が不明確で、教会と団体の区別も明らかでない。二つめ。国家権力は不可避的で、教会権力

は脱退可能の回避可能とされるのだが、この教会の権力の始原性の由来が説明されていない。三つめ。国家が仕えるのは共通善、私的領域は独自利益だと言うが、どちらでもない教会領域が如何なる価値も仕えるのかも不明である。ここでもクリュガー説は、国家性配慮の不足に不満を漏らしている。Krüger, a.a.O., S. 76-80. Vgl., Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964; ders., Die Modernität des Modernen Staates, in: Verfassung und Recht in Übersee, 6. Jg. (1973), S. 5-19. このクリュガーの批判に対して、ヘッセは詳細な反論を行っている。まず、第一の、彼が国家の教会高権を否定した点への批判について、国家の教会高権の否定は確かにヘッセの主張ではあるが、けれども、それは、教会が国家の上位秩序に服従することの否定を意味しない。クリュガーが教会高権の否定と上位秩序の否定とを同一視するのは、彼の国家学が、伝統的な形式的主権概念を前提に据えるからであり、全体国家と自由国家との違いを量的にしか捉えられないからである。国家は教会主権を失ったとしても、事物的な基礎を持つ全体秩序に責任を持つのであり、教会はその国家に従わねばならないのである。Hesse, Staatskirchenrechtliche Voreiligkeiten? (1957/58), in: ders., Ausgewählte Schriften, 1984, S. 446-451, 448f.; Scheuner, a.a.O. (Anm. 19), S. 323-328. 次に、第二の、ヘッセの公共性の中身が不明であるとの批判につき、彼の公共性概念のより基礎的より一般的な議論がないのは確かだが、ヘッセが具体的な問題提起を企図したとの事情や、この概念にそれ固有の多層性や困難性付着するとの事情からすれば、やむを得ない。また、近代国家に似つかわしくない特権を教会に認めた覚えはなく、ただ、公共秩序への意味に由来する特別の地位を認めたに過ぎない。寧ろ、国家が社会かという無理な二者選択により教会の位置づけを企てたクリュガーの立論の方に問題があるのだ、とヘッセは述べる。Hesse, a.a.O., S. 449f. 更に、ヘッセは方法論的視座がクリュガー反駁に決定的だと述べる。曰く、クリュガーの見方は余りに国家一辺倒であり、法関係の後に潜む、生の関係や生の過程や生の事態に無頓着なのではないか、と。Hesse, a.a.O., S. 447f. どちらがスメント説の正統であるかにつきここでは判断できないが、だが、クリュガーが生の観点を無視したという反論は、誤謬である。この点につき、三宅(前掲注(3))177-179頁。また、クリュガーが伝統的形式的的主権概念を採用したという反論や、彼が国家と社会

- の二元論に教会を押込めたとの反論も、誤りである。この点につき、三宅（前掲注(3)）169-170頁；Krüger, a.a.O. (Staatslehre), S. 387f. なお、クリュガーの言う^{デア モデルネ シュテート}近代国家とヘッセの言う^{デア モデルネ シュテート}近代国家も別物で、前者のそれは大文字で始まるクリュガー独自の概念である点に注意。Vgl., Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 83-134; ders., Die Modernität des Modernen Staates, in: Verfassung und Recht in Übersee, 6. Jg. (1973), S. 5-19. 更なる反論はクリュガーにはないようだが、ヘッセの方に分が悪い。また、同 192-193 頁注 105, 日比野勤「国家の『中立性』と自由な国家」『法学協会百周年記念論文集』第 1 巻（有斐閣, 1983 年）137-189, 140-142 頁。
- (50) エルンスト＝ゴットフリート・マーレンホルツにつき簡単に述べる。1929 年ゲッティンゲン生まれ。法学教育をテュービンゲン大とゲッティンゲン大で受け、1957 年同大のライブホルツの指導下「議会制政党国家の中の選挙平等」で博士号を取得し、1959 年ドイツ福音主義教会・教会法研究所で 1 年間のみ研究員として勤務。当時ニーダーザクセン州首相である SPD 政治家のコプフに誘われ、彼は 1960 年から 81 年まで同州の行政及び政治に関わっている。とりわけ 1970 年から同州の A・ケーゲル内閣の官房長官として、74 年からは自ら同州議会の議員及び文化大臣として活動している。これらでは放送、教育、法務がマーレンホルツの専門領域であった。そして 1981 年から連邦憲法裁判所（第 2 法廷）の裁判官となり（94 年まで）、87 年からは副長官と第 2 法廷裁判長を兼務する。ほぼ同時期（1983-96）の同僚裁判官、ベッケンフェルデと共同の少数意見もあるが、退官した後は（後任は J・リムバッハ）、ライブニッツ協会会長、ドイツ・イスラエル法曹協会会長を務める。スメントとの関係では、1950 年彼がゲッティンゲンを退官後も 67 年までその法学部で国法学と教会法の演習を継続していたこと、更に、そのスメントが 1945 年の創設から 69 年までドイツ福音主義教会附属の教会法研究所の所長を務めていたことからするなら、マーレンホルツの、1950 年から 59 年までのゲッティンゲンの、そして、1959 年から 60 年までの教会法研究所での修行時代に、50 近い年齢差あれど、二人の何らかの接触を見ても不自然でない。Vgl., Biographie Ernst Gottfried Mahrenholz, in: H. Däubler-Gmelin/K. Kinkel/H. Meyer/H. Simon (Hrsg.), Gegenrede. Aufklärung-Kritik – Öffentlichkeit. Festschrift für Ernst Gottfried Mahrenholz, 1994, S. 995-997; Campenhausen, a.a.O. (Anm. 5), S. 1091.
- (51) Ernst Gottfried Mahrenholz, Die Kirchen in der Gesellschaft der Bundesrepublik, 2. Aufl., 1972, S. 30f. マーレンホルツは、1961 年の少年福祉法と連邦社会扶助法へのカトリック補充制原理の強い影響、同年の離婚法へのカトリックとプロテスタントの、両教会による援護があったことを指摘している。関連して、日比野勤「基本権価値論争について」芦部信喜還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣, 1985 年）843-889, 858-874 頁。
- (52) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 51), S. 38f.
- (53) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 51), S. 38f.
- (54) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 51), S. 36f., 38f.
- (55) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 51), S. 39f. Vgl., Klostermann, a.a.O. (Anm. 15), S. 92-113.
- (56) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 51), S. 41f.; ders., Kirchen als Korporationen, in: ZevKR, Bd. 20 (1975), S. 43-76, 47-49.
- (57) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 51), S. 42f. マーレンホルツによるものではないがスメント説への批判について、清水（前掲注(4)）311-323 頁。
- (58) Rudolf Smend, Grundsätzliche Bemerkungen zum Korporationsstatus der Kirchen, in: ZevKR, Bd. 16 (1971), S. 241-248.
- (59) Smend, a.a.O. (Anm. 58), S. 245.
- (60) Smend, a.a.O. (Anm. 58), S. 245f.
- (61) Smend, a.a.O. (Anm. 58), S. 241. 教会が単なる利益団体でないことにつきショイナーも強調している。Vgl., Scheuner, a.a.O. (Anm. 19), S. 322.
- (62) Smend, a.a.O. (Anm. 58), S. 246-248.
- (63) Smend, a.a.O. (Anm. 58), S. 248.
- (64) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 56), S. 44f. 更に、現代社会における教会は特殊利益の単なる主張者でしかない。教会が不動産取得税を負担するかどうか、宗派学校児童の為の通学バス助成を承認するかどうか、教会に文化基金に配分するかどうか、こうした諸利益は、教会本来の委託と関係がないではないかと言い、それとも、神的委託が世俗的な利益に直結することがあるとしても、例えば、全国の学校の時間割に宗教教育を何時間盛り込むべきかは、スポーツ団体がスポーツ教育の時間数を拡大せんとするのと同じで、委託による利益も他の世俗利益と結局違いがないではないかと言う。Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 56), S. 49f.; ders., Öffentlichkeit als Zukunft der Kirche, in: ders./J. Beckmann/H. Fries/F. Heer, Kirche ohne Zu-

- kunft, 1972, S. 137-171.
- (65) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 56), S. 45-47. なお、教会が団体であるとカトリックで了解されていたとも言うが、カトリックの教会理解は伝統的に基本権的なものであると強調するコメントに、このマーレンホルツの反論が適切であるか、疑わしい。Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 56), S. 74f., Fn. 78; Rudolf Smend, Protestantismus und Demokratie (1932), in: ders., Staatsrechtliche Abhandlungen und andere Aufsätze, 3. Aufl., 1994, S. 297-308, 300f.; ders., a.a.O. (Anm. 4), S. 413f.; 三宅 (前掲注(3)) 38, 50 頁。
- (66) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 56), S. 73f.
- (67) Mahrenholz, a.a.O. (Anm. 56), S. 74, Fn. 77. なお、マーレンホルツがここで挙げるネオ世俗主義とは、FDP が当時提出した、教会の民主主義と多元主義への同化政策を提言する「教会文書」を念頭においているようだ。彼自身は SPD なのだが、因みにクロスターマンは、その後にそのゴータスベルク綱領を見る。尤も、この綱領の立案者の一人、アドルフ・アルントの影響も見て、更にその背後にメント統合理論があるというのだからややこしい。Klostermann, a.a.O. (Anm. 16), S. 92, 96f., Fn. 121.
- (68) コメントとマーレンホルツの論争については、クロスターマンはどちらも極端であるとして批判している。Klostermann, a.a.O. (Anm. 15), S. 83-85, 90f., 113-119, 120f.
- (69) Stefan Koriath, Vom institutionellen Staatskirchenrecht zum grundrechtlichen Religionsverfassungsrecht? Chancen und Gefahren eines Bedeutungswandels des Art. 140 GG, in: M. Brenner/P. M. Huber/M. Möstl (Hrsg.), Der Staat des Grundgesetzes – Kontinuität und Wandel Festschrift für Peter Badura zum 70. Geburtstag, 2004, S. 727-747, 728; ders., a.a.O. (Anm. 4), S. 8-10; Campenhausen/de Wall, a.a.O. (Anm. 13), S. 39f.; 林知更『『国家教会法』と『宗教憲法』の間』ジュリスト 1400 号 (2010 年) 83-95, 87-94 頁。
Christoph Link, Kirchliche Rechtsgeschichte, 2. Aufl., 2010, S. 230-232.
- (70) Koriath, a.a.O. (Anm. 69), S. 728f.
- (71) Koriath, a.a.O. (Anm. 69), S. 738f. 但し、移行規定の章にある 140 条は、基本法第 1 章「基本権」に含まれないから、憲法異議の直接の対象とはならないとされている (尤も、基本法 4 条が広く解釈されるので手続法上の支障はない)。Koriath, a.a.O. (Anm. 4), S. 8-10; Jeand'heur/Koriath, a.a.O. (Anm. 4), S. 125. なお、本文でいう制度とは、実定憲法が特例として承認する規範の複合体でも中間団体でもなく、公共善を志向する前所与的な地位とこれを具体化する人間の行為、この両者の結合であると解されたい。三宅 (前掲注(3)) 45-47 頁。
- (72) Koriath, a.a.O. (Anm. 69), S. 730. 具体的には、基本法 140 条, 7 条 2 項 3 項, 141 条を廃止して、基本法 9a 条に、国家と教会の分離, 教会と宗教団体の自由の保障, 教会と宗教団体の同権化, 宗教団体の私法上の権利能力の承認を盛り込むべきという提案が、連邦議会の憲法委員会にてなされている。Koriath, a.a.O. (Anm. 70), S. 730, Fn. 9; BT-Drs. 12/6000, S. 158f.
- (73) Koriath, a.a.O. (Anm. 69), S. 730. しかし、コリオート自身の見解は必ずしもそうではない。Koriath, a.a.O. (Anm. 69), S. 736f. なお、以上の国家教会法の概念を巡る論争については次を参照せよ。Alexander Hollerbach, Staatskirchenrecht oder Religionsrecht? (1994), in: ders., Ausgewählte Schriften, 2006, S. 304-320.
- (74) BVerfGE 102, 370. この判決については、須賀博志「宗教団体に公法上の社団の地位を付与するための要件」『ドイツの憲法判例Ⅲ』(信山社, 2008 年) 515-521 頁。
- (75) BVerfGE 102, 370, 386f.
- (76) BVerfGE 102, 370, 387f. 更に、「宗教憲法」という概念にも連邦憲法裁判所は触れている。BVerfGE 102, 370, 393.
- (77) 即ち、多元主義が公共性委託さえも多元化したことになるが、更に、シュライヒによれば、連邦行政裁判所は、1971 年判決において、教会の公共性委託を初めて承認しながらも、これを教会のみならず、他の宗教社団や世界観団体にもこれが付与されると判断したと言う。Schlaich, a.a.O. (Anm. 16), S. 142f.; BVerwGE 37, 345, 363.
- (78) その結果、「国家教会法」をタイトルとする書物が絶滅しつつある。Vgl., Claus Dieter Classen, Religionsrecht, 2006; Gerhard Czermak, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2007, S. 13f., 43; Peter Unruh, Religionsverfassungsrecht, 2009, S. 21-24; H. M. Heinig/Ch. Walter (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht? Ein begriffspolitischer Grundsatzstreit, 2007. カンペンハウゼンとドゥ＝ヴァルの『国家教会法』にさえ、最新版では「ドイツと欧州の宗教憲法法の体系的叙述」の副題がついてし

- まう。Campenhausen/de Wall, a.a.O. (Anm. 13), S. 39f. 以上の「国家教会法」から「宗教憲法」への変遷とシンクロして、同格理論や強調理論（前掲注(47)）も高揚から冷却へ変遷していく。その学説と判例の考え方の展開についてツェルマクの教科書を見よ。Czermak, a.a.O., S. 45-51.
- (79) 大石眞『憲法講義Ⅱ』（有斐閣，2007年）119頁，小嶋和司『憲法学講話』（有斐閣，1982年）203-224頁。
- (80) 最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533, 538-541頁。
- (81) 逆に，宗教社団が登場しない場面では政教分離を論ずる余地はない。スカーフ着用を理由とする教員の採用拒否の合憲性が争われた例で，2003年9月24日のドイツ連邦憲法裁判決では，これは基本法4条（信教自由）の問題と把握され，ノーマルな三段階審査により処理されている。イスラム宗教団体の特権付与の事件と見るならば，基本法140条の制度的保障の問題として取り扱われる筈なのだが，同条を4条に解消する傾向が同裁判所に強いとはいえ（前掲注(78)），宗教社団の問いと見ないからこそ，140条の出番がなかったのだ。BVerfGE 108, 282, 294-314. この問いにつき，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」『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社，2008年）123-130頁，同「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』の意義」樋口陽一ほか編『国家と自由』（日本評論社，2004年）79-106頁。
- (82) 尤もこの論理からすれば，本来は国家が担当する筈の教育活動や文化活動を神道なり仏教なり特定の宗教団体が代替的に関与して，宗教団体の公共性を国家が認定する，という結論になってしまう。おそらく戦没者の慰霊も重要な社会国家的公共性の一種だろうが，この公共性を神社神道から剥奪し，どの宗教団体にでもこれに関与させないという宣言が，憲法20条の趣旨と見るのが適切である。であれば，上記の判例法理は，それでもやはり特定の宗教団体に特権を付与すると思つた
- とみるか，ドイツ国家教会法とは別の論理での理由付けを援用したとみるか，どちらかであるのだろうか。けれども，その別の論理が一体何か，私には不明確なままである。その意味では，目的効果基準を放棄して本来の厳格な政教分離へと舵を切ったといわれる平成22年1月20日最高裁判所空知太神社判決（判例時報2070号21頁）は，津地鎮祭判決と愛媛玉串料判決をそのまま援用するばかりか，当て嵌めの作業の中で「目的」と「効果」に明確に触れている以上，藤田少数意見にも拘らず上記基準を適用しなかったと断言するのは尚早に過ぎるのであり，それどころか，過度の関わりあいの定式も健在のまま政教分離の正当化に信教の自由との直接の関連を見出す言及を追加したのであるから，上記の不明確性は残ったままである。また，最1小判平成22年7月22日判例時報2087号26頁。
- (83) 例えば，大石（前掲注(79)）129頁。
- (84) Campenhausen, a.a.O. (Anm. 48), S. 124; Jeand'heur/Korioth, a.a.O. (Anm. 4), S. 19; Susanne Eick-Wildgans, Anstaltsseelsorge, in: J. Listl/D. Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., Bd. 2, 1995, S. 995-1016, 1005-1009.
- (85) つまり，信教の自由と政教分離が衝突したと見るべきではなく，寧ろ，特定の生徒の積極的な人権と他の生徒の消極的な人権との衝突があり，これが比較衡量されたとみるべきなのではないか。積極的自由権と消極的自由権は，どちらかを制度的保障といわずとも，或いは，政教分離のように特別扱いせずとも，必ずどこかで衝突するはずである。更に言えば，スカーフ事件の様な，信教の自由と政教分離の衝突が語られる事件も，ドイツ的には衝突事例と把握する必要は全くなく，実際連邦憲法裁判所も，人権同士の衝突の問題として処理している。BVerfGE 108, 282, 294-314.
- (86) この問いについては，三宅雄彦「信教の自由と政教分離」小山・新井・山本編『憲法のレシピ』（尚学社，2007年）67-75頁。Vgl., Klostermann, a.a.O. (Anm. 15), S. 60-71.

《Summary》

Der Begriff des Öffentlichkeitsauftrags
in der deutschen Staatskirchenrecht

MIYAKE Yuuhiko

Nach der Integrationslehre Rudolf Smends, die nach 1945 den entscheidenden Einfluss in der deutschen Staatskirchenrechtslehre hat, bilden nicht nur der Staat, sondern auch die Kirchen und die Religionsgemeinschaften das politische Gemeinwesen. In der Verfassung haben die Kirchen diese besondere Stellung, solange sie im Kirchenkampf gegen Nationalsozialismus und im Wiederaufbau Deutschlands in der Nachkriegszeit die bedeutende Rolle, „Öffentlichkeitsanspruch“ oder „Öffentlichkeitsauftrag“ erfüllten. Deshalb muss man die sogenannten Kirchenklauseln des Grundgesetzes nicht als bloße objektive Verfassungsnormen, sondern als Institutionsgarantien auslegen. Aber in Deutschland erlaubt die heutige Situation der Religionen nicht solche Verfassungsauslegung, weil die Privilegien der Kirchen dem Pluralismus von den verschiedenen Religionen einschließlich der moslemischen widerspricht. Es ist Gottfried Mahrenholz, der unter diesem Gesichtspunkt den Artikel 140 GG anders als Smend ausgelegt hat. Nach Smends vormaligem Kollegen sollte der Artikel 140 GG auf die subjektiven Rechte aller Religionsgemeinschaften reduziert werden. Die Kirche sei „Verband der Verbände“. Diesem entspricht die heutige Strömung von der deutschen Staatsrechtslehre, das Disziplin vom Rechtsverhältnis zwischen Staat und Kirchen nicht als „Staatskirchenrecht“, sondern als „Religionsverfassungsrecht“ zu bezeichnen. Von diesem deutschen wissenschaftlichen Zustand aus müssen Staat und Kirchen notwendig strikt getrennt sein. Solange ist es ausgeschlossen, den Artikel 20 der Japanischen Verfassung, d. h. den Staat-Religion-Trennungsklausel, flexibel zu interpretieren, der den vorkriegszeitlichen Status der öffentlichen Körperschaft der shintoistischen Gemeinschaften verfassungsrechtlich ausdrücklich verleugnet hat.

Keywords: Staatskirchenrecht, Institution, Rudolf Smend, Gottfried Mahrenholz