基本権援助と国家の宗教的中立性

棟　久　　敬※

Ⅰ　はじめに
Ⅱ　議論の前提
Ⅲ　2002年2月28日連邦行政裁判所判決
Ⅳ　2009年5月12日連邦憲法裁判所決定
Ⅴ　日本憲法学への示唆
Ⅵ　むすびにかえて

Ⅰ　はじめに

日本国憲法のもとでは、政教分離原則は、信教の自由を間接的に保障するための客観法であるという説明が従来なされてきた。そして、客観法としての政教分離原則は、国家の宗教的中立性を義務づけるものであると理解されてきた1)。そのうえで、国家の宗教的中立性には、「不介入」と「公平」という2つの意味があることが指摘されている2)。この2つの意味によって、いかなる国家行為が中立性のもとで許容され、または禁止されるのかという問題が検討されてきた。

本稿は、このように理解されてきた政教分離原則に基づいて、各人が平等に信教の自由を行使するために、国家はいかなる行為を求められ、またいかなる行為が禁止されるのかについて、「国家の中立性の要請（Neutralitätsgebot des Staates)」という観点から、検討しようとするものである。国家の宗教的中立性を

『一橋法学』（一橋大学大学院法学研究科）第13巻第1号2014年3月　ISSN 1347－0388
※　一橋大学大学院法学研究科博士後期課程
1)　例えば、赤坂正浩『憲法講義（人権)』（信山社、2011年）124頁、渋谷秀樹『憲法〔第2版〕』（有斐閣、2013年）434頁などがある。
2)　代表的なものとして、芦部信喜『憲法学Ⅲ（増補版)』（有斐閣、2000年）151-153頁、同「国家の宗教的中立性」『宗教・人権・憲法学』（有斐閣、1999年）25頁以下。

義務づける政教分離原則のもとで、国家は、いかなる行為によって信教の自由を間接的に保障することとなり、いかなる行為を禁止されるのだろうか。

政教分離原則が上記のように理解されている以上、多数派だけでなく、少数派の宗教に対しても、信教の自由を行使しうるために、可能な限り広範な機会が保障されるべきであろう。

筆者は、これまで、各人に平等な自由を保障するために国家行為を制約する、国家の中立性の要請について、とりわけ教育制度の文脈で、現代ドイツの議論を参照しつつ、検討を行ってきた[3)]。これまでの研究は、国家の中立性の要請を正当化の中立性（Begründungsneutralität）の要請であると捉え、国家行為の正当化理由が中立性に違反しないよう統制することが可能であるということを示すものであった。すなわち、基本権を侵害する国家行為は中立的なものに限られなければならず、さらに、基本権侵害の正当化においては、比例原則による統制に加えて、中立的な理由を提示することが求められるということを明らかにしてきた。

これまでの筆者の研究では、しかし、国家の中立性の要請が平等原則と親和性を持つことが明らかにされておらず、とりわけ宗教の領域で伝統的に提唱されてきた「同権の要請（Paritätsgebot）」[4)]との関係がいまだ解明されていないという課題が残されている。同権の要請とは、ごく単純に定義するならば国家が異なる宗教をそれぞれ平等に取扱わなければならないというものである。信教の自由の侵害を原則として国家は禁止されていることから、異なる宗教・非宗教との間で異なった取扱をする場合でも、その中の特定の宗教・非宗教を不利益に取扱うような方法は許容されない。同権の要請は、国家行為にこのような制約を課すものである。

そこで、本稿は、国家の中立性の要請と同権の要請との関係を究明することを通して、それぞれの要請が有する法的な意義を明らかにすることを課題とするものである。この2つの要請の距離や関係を測定し、違いを明らかにすることは、

---

3)　拙稿「ドイツにおける公教育の中立性」一橋法学10巻1号（2011年）361頁以下、および、同「公教育の中立性と客観法的統制」憲法理論研究会編『危機的状況と憲法』（敬文堂、2012年）153頁以下。

4)　同権の要請に関する先行研究として、清水望『国家と宗教』（早稲田大学出版会、1991年）482頁以下がある。

それぞれの要請がもつ意義を明らかにすることにおいても有益であろう。

同権の要請については、先行研究の示すとおり、宗教改革期以来の長い伝統を有するものであるが、本稿は、現代のドイツにおける議論を対象として、課題に応答することを目的とする。ここで議論の手がかりとして参照するのは、2002年2月28日の連邦行政裁判所判決[5]と、2009年5月12日の連邦憲法裁判所決定[6]、およびそれらの判決・決定に対する学説の評価である。これらの判決・決定はいずれも、ラントとあるユダヤ教徒の団体（Jüdische Gemeinde）との間で締結された条約に基づいて行われる財政援助（Finanzförderung）とその資金配分が、ワイマール憲法137条3項と結び付いた基本法140条により保障される宗教団体の自己決定権（Selbstbestimmungsrecht）の範囲内であるか否かが主な争点となったものである。しかし、これらの判決・決定の争点はそれにとどまるものではない。これらの判決・決定の背景には、国家の中立性の要請に基づき、ユダヤ教徒の団体間の資金配分に関して国家が介入すべきか否かという争点がさらに隠されていたのである。

これらの判決・決定は、いずれも、条約を締結し、資金の配分を委託されたユダヤ教徒の団体が、同ラント内の少数派のユダヤ教徒の団体に対しても資金を配分しなければならないと結論づけている。この点で、これらの判決・決定は、条約に基づく宗教団体への財政援助という特殊な問題を取扱ったものであり、本稿の課題とは一見すると無関係であるようにも思われる。しかし、いずれの裁判所も、事件の判断において、国家の中立性の要請および同権の要請について言及している。したがって、それぞれの裁判所が、これらの要請をそれぞれどのような関係として捉え、どのような意義を持つものとして理解しているのかを明らかにすることは、本稿の課題にとっても重要な意義を有するであろう。また、何らかの判例を素材として、その事件の背後にある国家の中立性の要請について解明を行うという手法も、現在ではそれほど珍しいことではないだろう[7]。

以下では、素材とする判決・決定の特殊性に鑑みて、まず、基本権の行使を国家が援助することとその根拠および憲法上保障されている宗教団体の自己決定権

5）　Urteil des 7. Senats vom 28. 2. 2002.
6）　Beschluss des Zweiten Senats vom 12. 5. 2009.

など、日本国憲法のもとではあまりなじみのない概念について、簡潔に紹介・検討を行ったうえで（Ⅱ)、次に連邦行政裁判所判決とその判決に対する評価について、本稿筆者の問題関心に照らして分析・検討を行う（Ⅲ)。その後、連邦行政裁判所判決から7年を経て下された連邦憲法裁判所決定がもつ固有の意義を明らかにするとともに、その決定に対する学説の評価についても同様に分析・検討を行い（Ⅳ)、最後に判決・決定およびその評価を検討することによって得られた結論は、日本の学説状況や裁判例においていかなる意義をもつものであるかについて若干の検討を行う（Ⅴ)。

Ⅱ　議論の前提

1. 基本権援助（Grundrechtsförderung)

ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法）4条1項及び2項は、周知のとおり、信仰・世界観・良心の自由、信仰告白の自由、宗教活動の自由を保障している。これらの基本権は、当然のことながら、国家から自由に宗教活動を行う自由ないしは、自らの信念に従って行動する防御権を保障するものである。しかし、ドイツにおいてはさらに、この条文および基本法に編入されたワイマール憲法の条項を根拠として、宗教団体への国家による援助が認められると一般的に理解されている。

基本法4条1項および2項は、国家からの介入に対して宗教や世界観などが自由であることを保障するものである。しかし、それにとどまらず、この条文を根拠として、国家による援助が認められると理解されているのは、基本権を行使するための前提を作り出すよう、可能な限り、国家は客観法的に義務づけられていると考えられているためである。すなわち、信教の自由を行使するための前提は、現代ではますます国家によって作り出されるようになってきている。そこで、信

7)　例えば、三宅雄彦「ドイツ国家教会法にける国家の宗教的中立性」法学新報120巻1・2号（2013年）455頁以下は、リューデマン決定（神学部における信仰からの離脱を理由とする配置転換の合憲性が問題となったもの）を契機としてドイツにおいて生じた国家の中立性をめぐる論争を検討するものである。

教の自由を行使する前提が国家に左右されるのであれば、国家は財政面での給付を行うことでこの前提を作り出すよう、より強く義務づけられるというのである[8)]。その根拠は、国家と社会の関係が変化したことにより、「国家は、今日では、実体的な資源を分配することに、その本質的な機能を有する」[9)]ということに求められる。その際に、国家は、社会に存在する非宗教的な団体と同様に、教会をはじめとする宗教団体に対しても、財政援助を認めざるをえなくなるというのである。

教会をはじめとする宗教団体にこのような財政援助を認める憲法上の根拠にはさまざまなものがあるが、伝統的には、基本法の文化国家義務と社会国家原理が提示されてきた。まず、文化国家義務により、国家は、文化が発達しうる条件を作りだすとともに、これを保障する。それは、宗教と密接に関連して存在する「国家が、このような関連性を考慮しないということになれば、国家はその固有の文化的前提を奪われることになる」[10)]からであると説明される。このような説明から、財政援助によって国家にとって固有の前提を維持することが、憲法上の課題と位置づけられ、なおかつそれは国家教会法上の特権ではないということになるのである。

さらに、基本法の社会国家原理によっても、宗教団体への財政援助は正当化される。基本法は、社会国家原理により、生存への配慮のための様々な義務を負っている。しかし、その際に、宗教団体、とりわけ「教会による慈善活動がなければ、……〔給付行為をなすべき国家の〕社会的義務（Sozialpflichtigkeit）は不十分なものにとどまる」[11)]。そこで、国家は、教会などの宗教団体へ財政援助を行うことにより、社会国家原理から生じる義務の一部を果たしている、と説明されるのである。

---

8)　Gerhard Robbers, Förderung der Kirchen durch den Staat in: Joseph Listl/Dietrich Pirson（Hrsg.）, Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. 1, 2. Aufl., 1994 S.867ff., S.876. また、Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, Bd. 7, 3. Aufl., 2009, Rn. 53. も、人々が宗教的な義務に従うことを可能にするよう、積極的に配慮する義務が基本法４条から生じると述べる。

9)　Robbers,（Fn. 8）, S.877.

10)　Robbers,（Fn. 8）, S.878.

11)　Robbers,（Fn. 8）, S.879.

また、基本法4条が国家を宗教的・世界観的に中立的であるよう義務づけていることからも、財政援助は正当化される。ドイツにおいては、国家の宗教的・世界観的中立性義務は、宗教的なことがらに対する厳格な介入禁止を求めるものとは理解されていない[12]。むしろ、「国家の宗教的・世界観的中立性は、宗教団体の援助を可能にする」[13]ものであるという理解が一般的である[14]。このことは、連邦憲法裁判所の判例においても認められている。連邦憲法裁判所の判例によれば、国家の宗教的・世界観的中立性のもとでの宗教団体への援助は、異なる確信を有するすべての市民の信仰の自由を平等に保障するような給付を行うか、または、それら全ての宗教・世界観の間での調整を行うことにより、可能なかぎりすべての宗教的確信が実現されうる余地を国家が確保しなければならないという[15]。

しかし、基本法4条から直接に給付請求権が認められるというわけではなく、上記の正当化はあくまでも国家に向けられた客観法的な義務にとどまる[16]。財政援助というかたちでの給付を認める根拠となっているのは、基本法に編入されたワイマール憲法138条1項である。ワイマール憲法138条1項は、「法律、条約または特別な権原に基づく宗教団体への国家給付は、ラントの立法により有償

12)　この点については、後述Ⅲ4.およびⅣ4.を参照。

13)　Robbers,（Fn. 8), S.879.

14)　Hans. D. Jarass, in: Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl., 2011, Art. 4, Rn. 5.; Stefan Mückl, in: Rudolf Dolzer/Christian Waldhoff/Karin Graßhof（Hrsg.), Bonner Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 1, 2008, Art. 4 Rn. 152.; Martin Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, 2. Aufl., 2008, Art. 4 Rn. 150.

15)　代表的な例として、BVerfGE 41, 29, 49（この決定については、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」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版)』（信山社、2003年）126頁以下を参照); 52, 223, 240f.（この決定については、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」同132頁以下を参照); 108, 282, 300.（この判決については、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」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）123頁以下を参照）がある。

16)　Christian Starck, in: Mangoldt/Klein/Stark, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., 2010, Art. 4, Rn. 18.; Michael Gelmann, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2009, Art. 4, Rn. 61.; Roman Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 4, Rn. 86.; Juliane Kokott, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl., 2007, Art. 4, Rn. 70f.; Ute Mager, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz, Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Rn. 29.; Campenhausen,（Fn. 8), Rn. 55.

で廃止される。これに関する諸原則は、ライヒが定める。」[17]と規定する。この条文は、一見すると国家による財政援助を今後は認めないという趣旨に読める。しかし、この条文によって廃止される国家給付は、ワイマール憲法発効時に存在していたもののみ[18]であり、今後、新たに国家給付を創設することは妨げられないと一般的に理解されている[19]。ただし、新たに国家給付を創設する際には、同時に、すべての宗教団体が平等に取扱われなくてはならないことも義務づけられる[20]とともに、国家の宗教的・世界観的中立性に違反してはならない[21]。このように、ワイマール憲法 138 条 1 項を根拠として、現在でも、ラントと宗教団体が条約を締結し、それをラント議会が承認することによって制定される法律という形式で、宗教団体への財政援助が認められている。

以上のように、基本法 4 条の客観法的内容および基本法に編入されたワイマール憲法 138 条 1 項を根拠として、国家には、信教の自由を行使するための財政給付を行うことが認められることになる。ただし、その際には、同権の要請を考慮しなければならないこともまた確認されている。次章以下で取扱う問題の前提には、基本権に対するこのような捉え方が存在しているのである。さらに、ドイツにおいては、ワイマール憲法の宗教団体に関する規定を基本法へ編入したことにより、宗教団体に特権が認められることとなった。この特権のなかでもとりわけ、

17) 訳出にあたっては、高田敏・初宿正典『ドイツ憲法集(第 5 版)』(信山社、2007 年) 141–142 頁を参照した。

18) Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 2. Aufl., 2008, Art. 138 WRV, Rn. 21.; Stefan Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2003, Art. 138 WRV, Rn. 3.; Preuß, in: Kommentar zum Grundgesetz (AK-GG), Bd. 3, 2001, Art. 140, Rn. 63.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl., Art. 138, Rn. 2.; Dirk Ehlers, in: Michael Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl., 2007, Rn. 2.

19) Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 2. Aufl., 2008, Art. 138 WRV, Rn. 22.; Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2003, Art. 138 WRV, Rn. 6.; Preuß, in: Kommentar zum Grundgesetz (AK-GG), Bd. 3, 2001, Art. 140, Rn. 63.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl., Art. 138, Rn. 2.; Ehlers, in: Michael Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl., 2007, Rn. 5.

20) Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2003, Art. 138 WRV, Rn. 6.; Preuß, in: Kommentar zum Grundgesetz (AK-GG), Bd. 3, 2001, Art. 140, Rn. 63.; Ehlers, in: Michael Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl., 2007, Art. 138, Rn. 5.

21) Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 2. Aufl., 2008, Art. 138 WRV, Rn. 23; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl., Art. 138, Rn. 2.

宗教団体の自己決定権や自己理解の射程は、次章以下で取扱う問題において重要な概念である。これらの概念も、日本ではあまり知られていないため、次節で簡潔に紹介することにしたい。

2. 宗教団体の自己決定権・自己理解

ワイマール憲法137条3項は、「いかなる宗教団体も、すべての者に適用される法律の制約内で、その事務を独立して処理および管理する。いかなる宗教団体も、国又は市町村（bürgerliche Gemeinde）の関与を受けることなく、その役職を付与する。」と定めている[22]。この規定により、いかなる宗教団体にも、自己決定権が保障されている。

⑴　自己決定権の内容

宗教団体の自己決定権は、その団体固有の事務を、国家の監督なしに、自ら独立して決定することをすべての宗教団体に保障する。まず、ここで問題となるのは、何が「固有の事務」に該当するか、ということである。宗教団体の「固有の事務」の範囲には、現在では、宗教団体自らの自己理解にしたがって、宗教団体の活動にとって不可欠と考えられるあらゆる事項が含まれ、その事項に対しては、国家の世俗的な法の介入を受けないと一般的に理解されている[23]。このような理解に基づいて、具体的には、神学的な形式での信仰内容の継承・発展、礼拝方式の規律、組織権、構成員資格の判断権、慈善事業、財産管理、経済活動、教会による難民保護（Kirchenasyl）などが宗教団体の自己決定権の保障内容として

22)　訳出にあたっては、高田・初宿、前掲註17)、141-142頁を参照した。

23)　Martin Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 2. Aufl., 2008, Art. 137 WRV Rn. 49.; Campenhausen/Peter Unruh, in: Mangoldt/Klein/Stark, Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., 2010, Art. 137 WRV Rn. 33.; Konrad Hesse, Das Selbstbestimmungsrecht der Kirchen in: Joseph Listl /Dietrich Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts, Bd. 1, 1994, S.521ff., S.542.; Gerhard Czermak, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2008, Rn. 184.; Unruh, Religionsverfassungsrecht, 2. Aufl., 2012, Rn. 151.; Claus Dieter Classen, Religionsrecht, 2006, Rn. 261.; Campenhausen/de Wall, Staatskirchenrecht, 4. Aufl., 2006, S.103. なお、Stefan Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2003, Art. 137 WRV, Rn. 28f. も同様の理解に立つが、保障内容の輪郭が曖昧になることを避けるために、宗教団体は、自らが主張する固有の事項について立証責任を負うという留保を付している。

挙げられている。このような理解の背景にあるのは、宗教的・世界観的に中立であることを義務づけられる国家は、宗教的な事項について決定してはならないという共通了解である。

以上のように、現在では、宗教団体の自己決定権は宗教団体の自己理解に基づいて決定されるという見解が定着している。しかし、最近では、この見解に対して異議を申立てる学説が登場している。それは、シュリンク（B. Schlink）[24)]によるものである。シュリンクは、個人の「自己決定」概念とそれに関連する「固有の事務」の歴史的発展を出発点として、固有の事務を次のように位置づける。すなわち、個人の固有の事務とは、他者を使用したり、他者に干渉することなく追求する限りでのものであり、いったん他者がかかわることになれば、それはもはや一個人の固有の事務とはいえないというのである[25)]。そして、このような固有の事務の捉え方は、宗教団体にも及ぶ。つまり、人々が教会に集い、教会のために協力するということによって、各個人の固有の事務はもはや存在しなくなり、そこに残されるのは教会の固有の事務だけとなる[26)]。教会をはじめとする宗教団体が自らの自己理解を通して、個人の固有の事務を奪うことによって、自らの固有の事務を確立していることを、簒奪的理解（usurpatorisches Verständnis）と呼び、シュリンクは問題視するのである。宗教団体が自らの自己理解によって固有の事務を決定する権利は、このような理解からは導き出されず、むしろ、宗教団体の固有の事務も、伝統的な固有の事務の概念によって客観的に確定しなければならないというのである。すなわち、「宗教団体の構成員が構成員の資格を持って、構成員とともに、構成員のために行うこと」[27)]こそが、宗教団体の固有の事務なのである。

シュリンクの上記の異議申し立てに対して、ノイライター（G. Neureither）は、宗教団体の固有の事務は、宗教団体が自ら決定すべきであるという趣旨の反論を展開している[28)]。ノイライターの反論の根拠となっているのは、国家の中

24） Bernhard Schlink, Die Angelegenheiten der Religionsgesellschaften, JZ 2013 S.209ff.
25） Schlink,（Fn. 24）, S.211.
26） Schlink,（Fn. 24）, S.212.
27） Schlink,（Fn. 24）, S.209.
28） Georg Neureither, Erwiderung, JZ 2013, S.1089ff.

立性と基本法2条の一般的行為自由である。まず、国家の中立性により、国家は宗教の教義などに関する定義づけを行ってはならない。国家が宗教的なことがらについて決定することができない以上、宗教団体の固有の事務は、宗教団体が自ら決定しうるということになる[29]。また、宗教団体の自己決定権は、個人の自己決定権と同様に、何を自由に行うかについて自らの意思に基づいて決定するものであるため、個人の自己決定権を保障する基本法2条1項の一般的行為自由[30]と類似した性格のものと位置づけられる[31]。

宗教団体の固有の事務について、ノイライターはこのような出発点に立ったうえで、シュリンクのように固有の事務を客観的に確定すべきであるという立場を批判する[32]。すなわち、シュリンクの立場に依拠するならば、宗教団体の固有の事務のうち、宗教団体外に影響が及ぶことがらについては固有の事務とは認められないこととなるばかりか、宗教団体の本質を見誤ることにもなりかねない[33]、と。結局のところ、宗教団体とその構成員のいずれにも共通する事務の有無を判断する基準は、相互の自由意思にしか見出しえないということになる[34]。自由意思に基づいて、両者が合意している限りでは、両当事者はともに固有の事務を保持しており、そこにはシュリンクのいうところの簒奪的な理解は存在しない[35]。ノイライターは、このようにシュリンクの理解を批判し、宗教団体の固有の事務は主観的に確定されるべきものであると結論づけている[36]。

上記のノイライターによる批判に対して、シュリンクは、自己決定とはあくま

29)　Neutreither, (Fn. 28), S.1091.

30)　基本法2条1項の一般的行為自由については、現在では、具体的な保護範囲の確定によって限定されることのない、各人が望むあらゆることを、法律上禁止されない限りで行う自由であり、制約に対しては、国家には正当な理由が要求されるとともに、比例原則に服することになると一般的に理解されている。Vgl. Michael/Morlok, Grundrechte, 3. Aufl., 2012 Rn. 441.; Dietrich Murswiek, in: Sachs, Grundgesetz, 4. Aufl., 2007, Art. 2, Rn. 52; Christian Starck, in: Mangoldt/Klein/Stark, Grundgesetz, 6. Aufl., Bd. 1., 2010, Art. 2 Abs. 1, Rn. 13.

31)　Neutreither, (Fn. 28), S.1091.

32)　Neutreither, (Fn. 28), S.1091.

33)　Neutreither, (Fn. 28), S.1092.

34)　Neutreither, (Fn. 28), S.1092.

35)　Neutreither, (Fn. 28), S.1092.

36)　Neutreither, (Fn. 28), S.1092.

でも自らの行為のみを媒介して保障されるものであって、そこに他者の行為が介在することになると、もはや自己決定ではなく、それは他者の事務を包摂し、衝突を解決するルールを設定すべきとされる宗教団体の自己決定権においても同様であるということを改めて確認したうえで、次のようにノイライターの批判に応答している[37]。すなわち、シュリンクは、先の論考で、宗教団体にその固有の事務を主観的に確定させないということも、客観的な確定を押し付けることも、宗教団体の事務が宗教団体内部にとどまるということも主張していないとして、ノイライターの批判はそもそも誤りであると応えるのである[38]。また、ノイライターの批判は、なぜ宗教団体の事務に他者の事務も包摂されるのか、さらに、事務を共同で遂行する際に、なぜ宗教団体が衝突を解決するためのルールを設定すべきなのかといったといった、シュリンク自身の問題意識に応えるには十分なものではないという評価を下している[39]。

宗教団体の固有の事務については、シュリンクの以上のような問題提起があるほかは、宗教団体が自ら決定しうるものであるという認識が一般的となっている。しかし、たとえ自らにとって必要な事務を決定することは宗教団体にしかできないとしても、構成員たる個人の自己決定が所属する宗教団体によって事実上奪われる結果として、他者決定となりうることや、宗教団体の自己決定が外部にも及ぶ場合には、ある宗教団体が他の宗教団体およびその構成員を不利益に取り扱うことも十分想定されることを考慮するならば、シュリンクの問題意識も傾聴に値するものであるように思われる。

⑵ 自己決定権の制約

以上のような論争はあるとしても、宗教団体の自己決定権が宗教団体の自己理解に基づいて確定されるということは、一般的に認められている。しかし、そのような宗教団体の自己決定権も無限定に保障されるものではない。上述の条文にもあるとおり、宗教団体の自己決定権は、「すべての者に適用される法律の制約」

37) Bernhart Schlink, Schlusswort, JZ 2013 S.1093f.
38) Schlink, (Fn. 37), S.1094.
39) Schlink, (Fn. 37), S.1094.

に服する。この制約概念がいかなるものであるかについては、ワイマール期からさまざまな議論が喚起されてきた[40]。現在では、宗教団体およびそれ以外のすべての者に等しく適用されるあらゆる法律がここに含まれると理解されている。この意味での法律とは、宗教団体に対してのみ利益ないしは不利益を与えるような特別法(Sonderrecht)であってはならず、このような特別法によって、宗教団体の自己決定権を規制することは許されないといったように理解されている[41]。例えば、クラッセン(C. D. Classen)は、ある規制措置について、審査されなければならないのは、宗教団体の特殊性に着目したものであるか否かであり、特に同権の要請から、宗教団体を規制する措置については、このような審査が行われなければならないと述べている[42]。

そして、このような法律の理解に基づいていかなる場合に制約が正当化されるのか、ということが次に問題となる。この問題については、宗教団体の自己決定権を制約するとともに、それと対立し、宗教団体の自己決定権を制約する法律によって保護される法的な利益との衡量によって制約の正当化の可否を判断すべきであるという理解が現在では一般的なものとなっている[43]。もっとも、相互に対立する利益を衡量する際には、いずれの立場も最大限実現されるよう考慮されなければならない。その点で、このような衡量は、両者の利益の間での相互作用

40) この議論の詳細については、ここで立ち入ることはできない。ワイマール期から現代までの議論の経緯については、Hesse,(Fn. 23), S.544ff.; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 1, 2008, 2. Aufl., Art. 137 WRV Rn. 59. を参照。

41) Hesse,(Fn. 23), S.553; Classen,(Fn. 23), Rn. 277.; Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2003, Art. 137 WRV, Rn. 48.; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 2. Aufl., 2008, Art. 137 WRV Rn. 60.

42) Classen, Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung, 2003, S.113.

43) Hesse,(Fn. 23), S.554; Classen,(Fn. 23), Rn. 277.; Campenhausen/Unruh, in: Mangoldt/Klein/Stark, Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., 2010, Art. 137 WRV Rn. 46.; Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 137 WRV, Rn. 49.; Morlok, in: Dreier, Grundgesetz, Bd. 3, 2. Aufl., 2008, Art. 137 WRV Rn. 63.ders., Die korporative Religionsfreiheit und das Selbstbestimmungsrecht nach Art. 140 GG/Art. 137 Abs.3 WRV einschließlich ihrer Schranken in: Heinig/Walter (Hrsg), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007, S.205f.; Jarass, in: Jarass/Pieroth, Grundgesetz, 11. Aufl., 2011, Art. 138 WRV, Rn. 9.; Unruh,(Fn. 23), Rn. 173.; Czermak,(Fn. 23), Rn. 188.

を有するものであると理解されている。さらに、ここでの衡量は、宗教団体の自己決定権を考慮するよう立法者に義務づけるほか、行政や裁判所が宗教団体の自己決定権を適切に整序（Zuordnung）しなければならないという方法で、比例原則にも拘束される44)。このように、宗教団体は、法律によって保護された利益との調整に服する以外の領域で、あらゆる宗教的な事項を決定する権利を有する。

以上のように、宗教団体は、信者にとって多大な影響力を持ち、様々な事項について決定しうる。その根拠は、基本法の基本権、すなわちワイマール憲法137条3項である。つまり、宗教団体も基本権の主体であり、名宛人ではないため、「国家から授権されておらず、〔宗教団体自らの〕権力によってのみ活動している限りにおいては」45)、基本権に拘束されることはないのである46)。そのため、宗教団体内部においては、例えば、信仰の自由を行使することも、男女の平等な取扱も問題とはならない。宗教団体の自己決定権が制約されるのは、あくまでも法律によって保護された他の利益が、自己決定権との調整を必要とする場合に限られるのである。

3. 小括

ここまでみてきたとおり、信教の自由を実現するための前提を作り出すために、国家は基本権への財政的な援助をも行うことができ、さらに、基本法に編入されたワイマール憲法137条3項により、宗教団体には対立する他の法律上の利益との調整に服するほかは、広範な自己決定権が保障され、さらに基本権に拘束されることもない。

しかし、宗教団体内部の紛争や衝突と位置づけられるか否かが疑わしい事例に

---

44) Classen, (Fn. 23), Rn. 277.; Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 2003, Art. 137 WRV, Rn. 49.; Czermak, (Fn. 23), Rn. 188.

45) Campenhausen/Unruh, in: Mangoldt/Klein/Stark, Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., 2010, Art. 137 WRV Rn. 47. 後述ⅢおよびⅣで問題となるのは、まさに、宗教団体が国家によって与えられた権力によって活動しているかという点である。この点を肯定するか否かによって、基本法4条の基本権や国家の中立性の要請の捉え方が異なったものとなるのである。

46) 前掲註45）で挙げた文献のほか、Czermak, (Fn. 23), Rn. 192.; Unruh, (Fn. 23), Rn. 175.; Campenhausen/de Wall, (Fn. 23), S.114f.; Classen, (Fn. 23), Rn. 318. を参照。

おいては、宗教団体が基本権に拘束されるか否かが問題となる。この問題は、国家から財政援助を受けると同時に、その財政資金を他の宗教団体にも配分するよう義務づけられている宗教団体が、他の宗教団体、とりわけ自らの宗教上の教義と相容れない団体を、資金配分において不利益に取り扱う場合に顕在化する。仮に、この財政資金を配分する宗教団体の義務がその内部事項ではなく、国家によって授権されたものであるとすれば、本章 1 で述べたような中立性や同権の要請に違反することとなる。そこで、次章およびⅣ章では、この問題について裁判所が下した判断について概観したうえで、それぞれの判断に対する評価を検討することとしたい。

Ⅲ 2002 年 2 月 28 日連邦行政裁判所判決[47)]

Ⅱで概観した諸概念が、具体的な事件において、どの程度の射程を有するものであるかという問題については、判例および学説において議論が分かれている。本章では、とりわけ宗教団体の自己決定権をめぐって争われた連邦行政裁判所判決について概観する。この判決は、日本では未だ紹介されておらず、また、あまり馴染みのない問題を取扱ったものであるため、本稿の問題関心から逸脱しない範囲内で、詳細にとりあげることにしたい。以下では、この判決が下されるに至った経緯（1.）を追ったうえで、判決の概要（2.）および判決に対する評価（3.）および（4.）を示し、この判決が本稿にとっていかなる意義を有するものであり、どのような課題があるのか（5.）について明らかにする。

1. 事実の概要[48)]

本件の発端となったのは、ザクセン・アンハルトとユダヤラント連盟（Landesverband）との間で締結された条約に基づいて行われることになった財政援助に対する、上告人の団体の参加請求である。

47） BVerwGE 116, 86ff.

48） 事実及び上告までの経緯については、公式判例集のほか、JZ 2002, S.1102f. を参照。以下では、公式判例集の該当箇所のみ引用する。

1994年3月23日に、ザクセン・アンハルトと本件の被上告人たるユダヤラント連盟は、ザクセン・アンハルトにおけるユダヤ教徒の団体の共同生活の再興を目的とする条約（以下、条約）を締結した。その後、同年7月5日に、ラント議会は法律により当該条約に合意した。条約13条は、〔国家給付〕（Staatsleisu-tung）という見出しで、ラントが国家給付の全額をラント連盟に支払うこと（1項）や、給付が毎月ごとに行われること（4項）を定めていた。さらに、13条1項に関する決議書（Schlussprotokoll）では、国家給付には、条約締結後に新たに誕生したユダヤ教徒の団体への補助金も含まれること、資金はそのような団体がラント連盟に所属しているか否かに関わりなく、取り分に応じて（anteilmäßig）与えられなければならないことが定められていた。

上告人は、1997年に社団登記簿に登記された団体で、ホロコーストにおいて抹殺されたハレのシナゴーグ共同体の直系の後継者であることを自認し、ユダヤ信仰の活動の援助や礼拝の遂行が自らの課題であると考えている。そして、1999年8月には、ドイツ・オーストリア・スイスの進歩主義ユダヤ連合の構成員であると認められている。

上告人は、被上告人たるラント連盟の構成員ではなく、さらに、ドイツにおけるユダヤ教徒の団体の中央組織である、ドイツユダヤ人中央評議会（Zentralrat der Juden in Deutschland ）にも属していない。それでも上告人は、ラント連盟に支払われた資金の分配の際に、自らの団体を考慮するよう要求したが、かなわなかった。そこで、上告人を国家給付へ関与させる義務がラント連盟にあることを主張し、1997年10月に訴えを提起した。

この訴えをうけて、マクデブルク行政裁判所は、1998年7月21日に、条約13条1項の決議書を根拠として、原告の財政援助への関与請求権を認める判決を下した。これに対して、ラント連盟は、判決を不服として控訴した。

ザクセン・アンハルト上級行政裁判所は、1999年11月11日の決定により、ユダヤ教の団体内で紛争を自ら調整する可能性を当事者に与えるために、手続を停止した。しかし、ユダヤ教内部での紛争の調停は実現しなかった。そこで、ザクセン・アンハルト上級行政裁判所は、2000年3月3日に、原審判決を破棄し、訴えを棄却した。これを不服として、上告人は連邦行政裁判所に上告した。

2. 判決要旨

(1) ユダヤ教団体（Jüdische Gemeinschaft）のために確定された国家給付への参加を求める上告人の訴えは、裁判所による権利救済に開かれている。そのことは、基本法92条と結び付いた基本法20条3項の司法保障義務（Justizgewährungspflicht）により明らかである。すなわち、司法保障義務は、あらゆる法的問題の決定を、国家の法に従い裁判所が行う権限を有するのである。上告人の請求の根拠は、ザクセン・アンハルトとユダヤラント連盟によって締結された条約が、議会の合意によりラント法へ変換されたものであり、国家の法である。当該条約は、13条でラントの財政給付義務を想定しており、さらに条約の構成要素たる決議書には、ラントによって支払われた資金分配に関する尺度を提供する（maßgeblich）規定を含んでいる。この規定によれば、既に存在していた団体に加えて、新たに誕生したユダヤ教徒の団体も、それがラント連盟に所属しているか否かに関わりなく、考慮されなければならない[49)]。

(2) ワイマール憲法137条3項と結び付いた基本法140条によって、上告人がユダヤ教団体に属しているか否かについて、裁判所は決定してはならないということにはならない。上告人がユダヤ教団体に属しているか否かについて判断することは、被上告人の固有の事務ではない。そのため、ワイマール憲法137条3項と結び付いた基本法140条はここには適用されえない。国家給付の分配についても同様である。そこでは、ラント連盟は、ラント法によって委ねられた国家課題を維持するにすぎない[50)]。

条約により、ラントによる財政援助の前提条件を、宗教的な内容を備えたユダヤ教団体に属している者とすることは確かに適切ではあるものの、上告人がこの前提条件を満たしているか否かの判断は、被上告人の宗教団体の自己決定権に整序されるものではない。両当事者が共通して属している宗教団体はなく、上告人がユダヤ教団体に所属しているか否かを固有の事務として決定しうるような、包括的な宗教団体も存在しない。そこで、「ユダヤ教」（Judentum）の自己理解に適合する概念が重要である。このような類概念は、異なる宗教団体を、その主要

---

49) BVerwGE 116, 86, 88f.
50) BVerwGE 116, 86, 89.

な信仰内容にしたがって統合するものではあるが、個別の宗教団体をとりまとめる組織にも、主要な教義上の権威にもかかわるものではない[51]。

(3) 法的な尺度は条約しかない。条約はユダヤ教団体について、拡張的で、ある程度多元的な理解に基礎づけられている。すなわち、それは、現存するすべてのユダヤ教を含むものである。これとは異なる理解は、国家の中立性義務により、許容されない。被上告人が、自らの自己理解に基づいて、条約によって基礎づけられたユダヤ教団体の理解とは異なる見地から、ユダヤ教団体として承認されるか否かを判断することになると、ユダヤ教団体内部の理解に基づいて、条約に定められた規定が置き換えられることとなり、条約全体の構想から生じる義務に違反する。条約上、ユダヤ教団体に属するのは、ユダヤ教団体を自認し、その信仰の理解のその時々の性質にかかわりなく、ユダヤ教のなかでユダヤ教団体として受け入れられ、承認されている者である[52]。

上告人は、自らの自己理解にしたがって、条約上のユダヤ教団体であると主張している。上告人のこのような主張に対しては、国家資金へ関与するためだけにユダヤ教団体であることを示すものである、と被上告人が反論したにもかかわらず、上級行政裁判所は、上告人のこの主張の真偽を再度追求することはなかった。上級行政裁判所はこの審査をもう一度行わなければならない[53]。

上告人による、条約上のユダヤ教団体であるとの主張の根拠は、ユダヤ教の今までにない全く新しい傾向に依拠するものではなく、進歩派ユダヤ教に分類され、リベラルなユダヤ教徒の団体を自称することである。また、1999年8月には、上告人はドイツ・オーストリア・スイスの進歩主義ユダヤ連合の構成員であることも認められている。この連合は、進歩派ユダヤ教世界連合に属するとともに、世界規模の大きなユダヤ教団体であり、宗教的傾向を有するものである。上告人がそのような団体に所属しているということは、条約上のユダヤ教団体であることを認めるのに十分な根拠を有するものである[54]。

---

51) BVerwGE 116, 86, 89f.
52) BVerwGE 116, 86, 90f.
53) BVerwGE 116, 86, 91.
54) BVerwGE 116, 86, 91f.

以上のことから、連邦行政裁判所は、宗教的内容に依拠した問題に左右される国家給付の保障であっても、裁判による権利救済の射程に含まれることを明らかにした。

3. 宗教団体の自己決定権・自己理解の射程をめぐる論争

連邦行政裁判所の以上の判決に対しては、賛同する立場からも、反対する立場からも応答があった。その第一の争点は、ラント連盟が自らの自己決定権に基づいて、ラント連盟に所属していない団体がユダヤ教徒としての性格を持つかどうかを判断しうるか、というものであった。以下では、この問題に関して対立する見解をとりあげたうえで、本稿の問題関心に照らして、いかなる立場が妥当であるのかについて検討する。

a) 宗教団体の自己決定権・自己理解による解決を図る立場

ゲルマン（M. Germann）は、まず、連邦行政裁判所が、適切な宗教上の自己理解を探求しようとした姿勢を、納得のいくものではないと批判する[55]。

彼は、このような出発点に立ったうえで、次に、本件の国家給付の受益者の範囲を確定するうえでの決定的な手がかりとして、決議書をあげている。しかし、その内容は、「ザクセン・アンハルト内のユダヤ教団体」と定めるのみで明確ではない。そこで、決議書にいうユダヤ教団体を定義づけるために、彼が次に手がかりとするのが条約の表題（Vertragsrubrum）である。そして、条約の表題にしたがってユダヤ教団体を定義づけるならば、上告人はユダヤ教団体とは位置づけられないという。それは、この基準に適合するユダヤ教団体とは、「ユダヤ教の条約締結者」（jüdischen Vertragpartner）に関連づけられる団体に限られるためである。彼のこのような理解に立脚するならば、条約が締結された後に誕生したユダヤ教徒の団体は、ラント連盟に加盟することによってのみ、条約の定める「ユダヤ教団体」の権利及び義務に関与することができるということになる[56]。このように考えるならば、連邦行政裁判所が、決議書の「資金はそのような〔条

55) Michael Germann, Anmerkung, DVBl 2002, S.988.
56) Germann,（Fn. 55）, S.988.

約締結後新たに誕生した〕団体がラント連盟に所属しているか否かに関わりなく、取り分に応じて（anteilmäßig）与えられなければならない」という文言を判決の手がかりとしたことは、条約上のユダヤ教団体の定義を誤っているということになる。また、条約は、ある団体が包括的なユダヤ教徒の団体であるということを示すメルクマールを明示していない。しかし、条約の前文がユダヤ教の共同生活の援助を目標としていることから、条約それ自体が、何がユダヤ教の共同生活にあたるかを、宗教上分類しうることを前提にしている、と彼は指摘する。そして、このような宗教上の分類は、必然的に宗教的な性質を伴うため、基本権主体の宗教的な自己理解を参照することによってのみ可能である、と彼は述べる[57]。つまり、資金配分の基準は、宗教団体の自己理解を手がかりとして得られるものであるというのである。

以上のことから、ゲルマンは、相互に競合する自己理解の間で、条約を解釈することによって、資金配分の対象を決定すべきであると主張する[58]。そして彼は、条約を解釈するならば、採用すべき自己理解は、ラント連盟のものであるという判断を下している。というのは、ラント連盟が条約締結において、ユダヤ教徒の団体を代表しているからである。しかし、連邦行政裁判所は、ゲルマンの判断には従わなかった。連邦行政裁判所は、ラント連盟の自己理解に服さないという想定によってのみ、ラント連盟の自己決定権に服する必要がないと判断した。そして、このような判断によって、ユダヤ教団体への所属の判断は、宗教団体の自己決定権の対象ではないと結論づけることとなったのである[59]。この結論により、連邦行政裁判所は、他の基準を見出さなければならないことになったが、ゲルマンによれば、その新たな基準として、上告人の自己理解を採用することはできないという[60]。なぜなら、上告人の自己理解は、条約締結者にとっては評価しうるものではないからである。

結論として、彼は、「ユダヤ教団体に分類され、国家給付への関与を請求して

57） Germann,（Fn. 55）, S.988f.
58） Germann,（Fn. 55）, S.989.
59） Germann,（Fn. 55）, S.989.
60） Germann,（Fn. 55）, S.989.

いる団体の自己理解は、通常、ユダヤ教団体として分類される他の連盟の自己理解と比較されるべきである」[61]として、本件においては、あくまでも国家が介入することなく、宗教団体の自己理解を基準とすべきであるということを強調している。このような認識に依拠するならば、裁判所が宗教団体の自己理解について判断すべきではなく、ラント連盟は自らの資金配分という任務を、ユダヤ教生活の再建という目的のために行使しさえすればよい、ということになるだろう。つまり、ラント連盟は、連邦行政裁判所がとったようなユダヤ教の多元的な理解に義務づけられることはなく、資金配分も自らの自己理解によって行うことができる。彼の以上のような議論の背景にあるのは、国家の中立性に基づいて、国家が宗教的な問題に関して自ら基準を定式化すべきではないという意識である。この点については、節を改めて検討することにしたい。

b) 宗教団体の自己決定権・自己理解による解決は不可能とする立場

マウラー(H. Maurer)は、「〔ラント〕連盟に所属する団体へ国家給付を分配することは、条約の枠内にとどまることがらであり、教会法によって規律されうる〔宗教団体の〕内部の事務である」と位置づける一方で、ラント連盟に所属していないユダヤ教団体への資金の分配については、「もっぱら国家教会法によって指示される外的な事務である」と位置づける[62]。そして、このような区分に従うならば、連邦行政裁判所が、ラント連盟を「ラント法によって委ねられた国家課題を維持する」[63]ものであると確定したことは適切であると評価する。以上のことから、ラント連盟は、資金の配分という課題を委ねられている限りでは、「宗教団体としてではなく、国家および世俗的に組織化されたものに匹敵しうる活動を国家教会法上行っている」と断定すべきである[64]として、判決の立場に賛同している。

以上のような評価を前提とするならば、その宗教団体内部にのみ関係する固有

---

61) Germann, (Fn. 55), S.989.
62) Hartmut Maurer, Anmerkung, JZ 2002, S.1105.
63) BVerwGE 116, 86, 89.
64) Maurer, (Fn. 62), S.1105.

の事務と、他の宗教団体や他の社会的団体とかかわる事項のいずれをも含む宗教団体の自己決定権のうち、後者の外的な事務については、他の宗教団体の内部にまで法的に影響を及ぼすことまでも保障するものではないということになる。マウラーも、このことを確認している[65]。

そして、宗教団体の固有の事務をこのように内的なものと外的なものとに区分するならば、次に問題となるのは、宗教団体の自己理解が資金配分の基準たりうるかということである。この問題について、彼は、宗教団体の間で異なるかあるいは競合する自己理解が存在し、それら複数の自己理解に基づいて資金配分を決定しうるということになると、ラント連盟が自らの自己理解に依拠し、条約によって課せられた義務を無に帰することになると指摘する。すなわち、「ラント連盟がその自己理解を引き合いに出し、これを〔資金配分の〕基準としうるならば、財政の『至高の支配権(golden Zügel)』を媒介として、連盟に属していない、競合するかまたはそのうえ向こうを張るようなユダヤ教徒の団体を服従させるか空転させることになるだろう」と[66]。よって、マウラーの立場に依拠するならば、宗教団体の自己理解は、特定の行為などが信教の自由の保護範囲に該当するかを確定することやその侵害が問題となっている場合には有用であるが、本件のように、国家給付が問題となっている場合には、ある特定の宗教団体の自己理解に基づいて援助を行ってはならないことになる[67]。

マウラーの上記のような評価に対して、カンペンハウゼン(A. F. von Campenhausen)は、宗教団体の自己決定権は、特定の行為が信仰に基づくものであるかといった問題を判断する際に重要な役割をもつものであるため、他の宗教団体との関係において本質的なものであるとの出発点に立ちながらも、本件判決の結論に賛同している[68]。自己決定権の内容として、彼は、他の宗教団体との関係を処理することや、正統な信仰(Rechtgläubigkeit)を自らの慣行に照らして承

65) Maurer,(Fn. 62), S.1105.
66) Maurer,(Fn. 62), S.1105.
67) Maurer,(Fn. 62), S.1105.
68) Campenhausen, Grundrechtsförderung jüdischer Gemeinden druch staatliche Leistungen in: S.Muckel (Hrsg), Kirche und Religion im sozialen Rechtsstaat: Festschrift für Wolfgang Rüfner zum 70. Geburtstag, 2003, S.69ff., S.74f.

認するか否かを決定する権限を挙げる。そのうえで、「あるユダヤ教徒の団体が同じ信仰に属するものとしての承認を受けるか否かは、当然に自己理解の問題である」[69]と位置づける。宗教団体の自己決定権をこのように理解するならば、本件判決の結論は、カンペンハウゼンにとっては相容れないものであるようにも思われる。しかしながら、彼によれば、本件において、ラント連盟の自己理解と上告人の自己理解を関連づけて、両者の調整を図るというゲルマンの上記の想定[70]は誤りであるという[71]。それは、ラント連盟の自己理解を重視するということになれば、その帰結として、資金配分もラント連盟の意のままとなるという結果を招来することとなり、国家資金によりユダヤ教徒の団体を規律に服させるという条約の意図に反する結果となるからである。

なお、ザクセン・アンハルトは、すべてのユダヤ教徒の団体に資金援助を行うことを意図していたにもかかわらず、条約上の「ユダヤ教団体」の概念が不明確であるという問題を生じさせた。この点について、カンペンハウゼンは、ユダヤ教概念を、キリスト教の概念と同様に、異なる宗教団体が主な信仰内容について合意していること、と緩やかに理解することによって、本件の資金配分の問題を解決しようとしている[72]。彼のユダヤ教団体のこのような理解は、本件判決の示した理解に近づくこととなり、上告人もユダヤ教団体に含めて理解しうる。

さらに、カンペンハウゼンは、連邦行政裁判所が、上告人がユダヤ教団体であると判断した事実[73]については、宗教団体の自己理解が重要な要素となることを認めている[74]。これに対して、ラント連盟は、条約によって資金配分を義務づけられているため、その自己理解は重要ではなく、また、資金配分への義務から、ラント連盟は神学的な判断を自制することも求められることになると評価している[75]。以上のことから、彼は「国家資金の取り分に応じた分配は、その自

69） Campenhausen,（Fn. 68), S.74.
70） Germann,（Fn. 54), S.989. 上述 a）参照。
71） Campenhausen,（Fn. 68), S.74.
72） Campenhausen,（Fn. 68), S.74f.
73） BVerwGE 116, 86, 91f.
74） Campenhausen,（Fn. 68), S.74f.
75） Campenhausen,（Fn. 68), S.75.

己決定権に服するラント連盟の固有の事務ではない」[76]と結論づけている。

また、クラッセンも、宗教団体の自己決定権が意義を有するのは、国家の法によって設定された外的な限度内にとどまることを指摘したうえで、「個別の事例において、ある概念の意義について定義づけることおよび最終的な拘束力をもって決定することに関する〔宗教団体の〕形式的な権限は、国家の法適用者に服する」と述べている[77]。自己決定権の射程をこのように限定するならば、ラント連盟の自己決定権は、条約やその同意法律に服する限りで保障されるということになる。彼はこのような前提から、本件についても、他の団体がユダヤ教的な性格を有するか否かの判断は、ある特定のユダヤ教徒の団体の固有の事務の問題、すなわち自己決定権の問題ではなく、裁判所が判断しうる問題であることを主張する[78]。

ゲルマンとクラッセンの立場は、上述のように正反対のものであるが、実は、両者の立論の背景には、財政援助の問題においても、国家は中立性と同権の要請を守らなければならないという共通の問題意識がある。それではなぜ、共通の問題意識があるにもかかわらず、全く異なる結論に至るのであろうか。この問題については、節を改めて論じることにしたい。

c) 検討

ここまで、国家による宗教団体への財政援助において、資金分配を委託された宗教団体はどのような地位に置かれるかをめぐって対立する議論を概観してきた。ここで争点となっていたのは、資金分配を委託された宗教団体であっても、その自己決定権および自己理解に基づいて、敵対する団体を考慮しないなどの方法で、資金配分を意のままにすることが可能であるのか、それとも、国家資金の分配を委託されている以上、国家に準ずる組織として活動しなければならず、その自己決定権や自己理解によって資金分配の対象を確定することはもはやできないと考えるべきであるか、ということである。

---

76) Campenhausen, (Fn. 68), S.76.
77) Classen, (Fn. 23), Rn. 261.
78) Classen, (Fn. 23), Rn. 588.

「何が宗教か」または、本件のように「いかなる団体がユダヤ教に属しているといえるのか」といった問題について、国家が積極的に確定することには、確かに、国家がその宗教と同一化していなくとも、国家公認の宗教ないしは宗教上の教義を定義づけることにより、そこから逸脱した宗教および宗教団体をあぶり出し、排除するという危険性があることを無視することはできない。しかし、本件において、連邦行政裁判所は、このような危険性を伴う定義づけを行ったわけではない。本件では、あくまでも、事実の認定において、上告人の宗教団体がこれまでにいかなる活動を行ってきたかということや、どのような団体に所属しているかということを改めて検証したにすぎない[79)]。

さらに本件では、条約上、ラント連盟に所属していない団体であっても、財政援助への関与が認められ、そのような団体も取り分に応じた配分を行うようラント連盟に義務づけている以上、資金配分において、自らの宗教上の自己理解に照らして、相容れない団体を財政援助から排除するということは認められないのではないだろうか。本件のように、財政資金の援助という宗教団体の活動にとってはきわめて重要な役割を担っている宗教団体が、その強大な役割を利用して、自らの自己理解からは受け入れられない他の宗教団体を排除するか、あるいは不利に取扱うことは容易に想定しうる。このように、外部からは、一見すると同じ宗教を信じていても、その内部の力関係において、本件のように両者に著しい不均衡がある場合には、国家が介入して判断するということも認めざるをえないのではないだろうか。

しかし、それでもなお、ラント連盟が自らの自己理解を主張するほか、学説もそれに賛同する動きがあるのは、この問題の背景に、国家が宗教の内容を確定しても良いのかという問題意識、すなわち、国家の中立性の要請により、国家は宗教的な問題にどの程度介入しうるのかという問題が隠されているからである。先にも述べたように、本件の背後には、国家の中立性の要請をいかに理解すべきであるのかという問題が存在している。そして、この問題について検討することは、本稿の問題関心にとっても極めて重要な示唆を与えるものである。以下では、節

79) BVerwGE 116, 86, 87.

を改めてこの問題について検討を行う。

4. 国家の宗教的中立性に関する２つの対立する理解

a)　国家の宗教的中立性に基づき宗教団体間の争いに関与すべきでないとする立場

ゲルマンが上述のように、宗教団体の自己理解に基づいて、資金配分の基準を確定すべきであると主張するのは、「宗教的に中立的な国家には、そのような基準を自ら確定することは許されない」という前提が背後にあるためである[80)]。そして、本件の財政援助に代表されるような基本権援助においても、国家は中立性や同権に義務づけられ、ラント連盟以外の、新たなユダヤ教団体にも平等に援助を行わなければならないことは彼も認めている[81)]。しかし、ラント連盟は、あらゆるユダヤ教徒の団体にとっての唯一の代表者（Alleinvertretung）ではなく、条約上の代表でしかない。そのため、ラント連盟との宗教上の密接な関係（Näheverhältnisse）に従って区別を行うことは、「中立的および同権的な基本権援助にとっては問題とはならない」のである[82)]。

ゲルマンは、以上のような中立性理解に立ち、宗教団体内部の衝突を伴う法的紛争に言及することは、裁判所の権限ではないと結論づける[83)]。つまり、彼によれば、国家の中立性の要請により、宗教の教義を定義づけることが国家に禁止されるのと同様に、宗教団体内部の紛争に介入する権限もまた、国家には与えられておらず（不介入の要請ないしは介入禁止としての中立性）、資金配分といった宗教団体間の平等取扱が問題となる場面においては、それぞれの宗教団体の事実上の違いを、ラント連盟のような資金配分を委託された団体が考慮することは同権の要請のもとでも許容されるということになる[84)]。

b)　国家の宗教的中立性を理由として国家が関与すべきとする立場

---

80)　Germann,（Fn. 55), S.988.
81)　Germann,（Fn. 55), S.990.
82)　Germann,（Fn. 55), S.990.. なお、ここで、ラント連盟が密接な関係の有無を判断するためのメルクマールは、構成員数といった社会的な重要性であり、宗教的に中立的なものであるという。
83)　Germann,（Fn. 55), S.990.

これに対して、クラッセンは、中立性の要請と同権の要請に違反しない限りで、宗教団体への財政援助は問題なく可能であると述べる[85)]。まず、彼はここで守られるべき中立性および同権の要請を明らかにする。中立性の要請のもとでも、一般的な基本権援助は許容されるということは先に述べたとおりであるが、その際に特定の宗教的行為のみを援助することは、国家をある特定の宗教のみと密接な関係に置くという結果を招くものであり、許容されるものではないと指摘する。彼のこのような中立性理解によれば、本件のように、特定の宗教団体のみに財政援助を行うことは許されないことになる。さらに、クラッセンのこのような中立性理解は、「論理的な帰結」[86)]として、同権の要請を導き出すことになる。もっとも、彼による同権の要請の捉え方は、ゲルマンのそれと径庭ないものである。すなわち、宗教団体の構成員数のような、事柄に即した（sachgerechte）基準にしたがった宗教団体間の区別のみが許容されるというのである[87)]。しかし、中立性の要請から論理的な帰結として同権の要請が導き出されるという、クラッセンの立場に従うならば、本件において、ラント連盟が自らの自己理解によって上告人の団体に資金を分配しなかったという事実は、同権の要請を適切に考慮したものとはいえないということになる[88)]。つまり、彼にとっては、中立性および同権の要請は、ゲルマンのようにそれぞれ別個独立の要請ではなく、密接な結び付きが認められるというところに特徴があるといえる。

以上のような、クラッセンの中立性および同権の理解に立つならば、本件のよ

84） 支配的な学説によれば、同権の要請は、歴史的意義のあるキリスト教会を優遇することや、憲法に規定された宗教団体に差異を設けることまで禁止しておらず、異なる宗教間の「型どおりの」平等取扱までを求めるものではないという。BVerfGE 19、206, 216; H.de Wall/S. Muckel, Kirchenrecht, 2012, S.85.; Unruh,（Fn. 23）, Rn. 106.; Classen,（Fn. 23）, Rn. 128. これに対して、G. Czermak,（Fn. 23）, Rn. 166は、同権の要請が宗教憲法上の概念であることは認めるものの、その内容はいまだ明らかではないとしている。

85） Classen,（Fn. 23）, Rn. 610.

86） Classen,（Fn. 23）, Rn. 127.; Martin Morlok, in: Dreier, Grundgesetz Bd. 1, 2. Aufl., 2004, Art. 4 Rn. 148.

87） Classen,（Fn. 23）, Rn. 610. および前掲註84）を参照。

88） Classen,（Fn. 23）, Rn. 611f. なお、これに対応して、Maurer,（Fn. 62）, S.1106. は、国家に対する直接の関係を前提としない場合であっても、同権の要請から、本件上告人の団体は、国家に対する直接の請求権を導出しうると述べている。彼の同権の理解は、上述の一般的な理解とは異なる性質を有するように思われる。

うに、財政援助を内容とする条約によって、ラントが特定の宗教団体と密接な関係をもつことは許容されず、国家、とりわけ裁判所が介入することが可能であるということになる。さらに、同権の要請の理解において、事実上の違いを国家が考慮しうるとしても、中立性の要請から論理的な帰結としてこの要請が導き出される以上、その要請に反するような取扱は許容されないということになるだろう。

c) 検討

本件の背景には、国家の中立性の要請に関して対立する２つの理解があることは、すでに述べたとおりである。一方では、国家が宗教的な理解について判断基準を定立することを回避するために、本件は、自己決定権および自己理解に基づいて、宗教団体内部で解決すべきであるとの立場があり、他方では、特定の宗教との密接な関係をもたらすことこそが国家の中立性の要請に違反するもので許容されず、本件はまさに、ラント連盟とザクセン・アンハルトが密接な関係にあり、宗教団体内部で解決しうるものではないという立場がある。

基本権援助という、信教の自由を実現するという目的を有する国家行為は、援助を受ける者と受けない者との間で、基本権行使に著しい差異をもたらす。国家の中立性を、各人の平等な自由を保障するための要請であり、ここから逸脱するような国家行為をあらかじめ統制する枠組みを探求するという本稿の問題関心に照らすと、基本権援助は、各人が平等に自由を行使しうるような方法でのみ許容しうると理解すべきである。本件のように、ラント連盟が、自らの自己理解に反する団体に対しては、基本権援助のための財政資金の分配を行わないということは、まさに、平等な自由の行使を妨げるものであり、宗教団体内部で解決しうる問題とはいえないのではないだろうか。そこで、国家の中立性の要請は、特定の宗教のみと密接な関係を構築してはならないと理解すべきであり、同権の要請も、その帰結として導出されると考えるべきであろう。このような理解に立つならば、ラント連盟は国家としての任務を担っている以上、自らの自己理解に反する団体に対しても資金を配分しなければならないだろう。

5. 小括

連邦行政裁判所は、上述のとおり、ユダヤ教の多元的な理解に基づき、ラント連盟に所属していないユダヤ教徒の団体にも、ユダヤ教としての宗教的性質を認めた。また、本件の判断のなかで、連邦行政裁判所は、ユダヤ教の多元的な理解以外は、国家の中立性義務を理由として認められないことも確認している。つまり、連邦行政裁判所は、宗教の理解をなるべく拡張することによって、基本権援助の門戸を開放すべきであると述べているのである。以上のような連邦行政裁判所の立場は、上述のクラッセンと同様に、国家が特定の宗教との密接な関係をもつことを問題視するものである。その意味で、連邦行政裁判所の判決は、本稿の問題関心にとっても、一定の意義があるように思われる。

しかし、この判決には、同権の要請について詳細に判断を行った形跡はみられない。そのため、学説がわずかに言及する以外には、同権の要請と国家の中立性の要請がそれぞれいかなる関係にあるのか判然としないという問題点がある。そのためもあってか、判決に対する評価においても、同権の要請について言及するものは多くない。国家の中立性の要請と同権の要請との関係を明らかにすることを通して、それぞれの持つ法的な意義を明らかにすることが本稿の課題である以上、この判決とそれに対する評価を検討するだけでは、この課題を果たしたとはいえないだろう。そこで、次章では、中立性の要請と同権の要請との関係を取扱った判例が長年にわたって蓄積されてきている連邦憲法裁判所の判例のうち、本件判決と類似した最新の事例を素材に、この課題について検討していくこととしたい。

Ⅳ 2009 年 5 月 12 日連邦憲法裁判所決定[89]

1. 事実の概要

本件も、前章の連邦行政裁判所の判決とほぼ同様の問題が争われたものである。そのため、訴訟にいたるまでの背景や事実も、基本的には同じである。しかし、

89） BVerfGE 123, 148ff.

憲法異議に至るまでの訴訟手続がやや複雑であったことと、各当事者および各当事者にかかわりのある進歩主義ユダヤ連合やドイツ連邦遵法ユダヤ教徒団体、連邦行政裁判所などの意見を連邦憲法裁判所が聴取している[90]ことを考慮して、煩を厭わず、以下で事実の概要について、簡潔に述べることとしたい。

(1) 両当事者の概要と憲法異議までの経緯

本件においても、2つの異なるユダヤ教徒の団体が登場する。一方の団体は、1993年に公法上の法人格を取得した、ブランデンブルク内で7つのユダヤ教徒の団体を束ねる「ブランデンブルクユダヤ教徒団体」である。この団体は、その後、名称を「ブランデンブルクユダヤ教徒団体ラント連盟」(Landesverband der Jüdischen Gemeinden—Land Brandenburg)(以下、ラント連盟)と変更した。構成員数は2008年の時点で約1400人である[91]。ラント連盟はドイツユダヤ人中央評議会に所属している。

もう一方の、憲法異議を申立てた団体は、1999年にポツダムで結成された正統派ユダヤ教徒の団体であり、「ブランデンブルク遵法ユダヤ教徒団体」(Verein Gesetzestreue Jüdische Landesgemeinde Brandenburg)(以下、遵法派)で、「超正統派」ユダヤ教の伝統に従った生活を営む、構成員数265人(2008年現在)の団体である[92]。遵法派は、ラント連盟やユダヤ中央評議会には所属していない[93]。遵法派は、1999年には、社団法人としての登記を行い、2004年には公法上の法人格の取得申請を行ったが、ブランデンブルク政府に却下されている[94]。

ラント連盟は、公法上の法人格を取得する以前から、ラント政府より補助金を交付されており、1998年にはブランデンブルク政府と条約締結のための交渉を

---

90) BVerfGE 123, 148, 164ff.
91) BVerfGE 123, 148, 149f.
92) BVerfGE 123, 148, 151.
93) BVerfGE 123, 148, 152.
94) BVerfGE 123, 148, 151. なお、本件訴訟終結後の2012年12月27日に、遵法派は改めて公法上の法人格の取得申請を行っている。この申請をブランデンブルク政府は拒否しておらず、遵法派にさらなる書類の提出を要求しており、現在まで承認の手続は進行中のようである。

行っていた。この交渉への参加を遵法派も求めていたが、拒否されている[95)]。条約には、本件で問題となった財政資金の管理および分配をラント連盟に委ねる規定（6条、8条1項）のほか、ユダヤ教の祝祭日やユダヤ教に基づく教育などの規定がある[96)]。条約締結交渉の間に、ラント連盟は2001年から、同連盟事務局の逸脱行為により、負債を抱えることとなったが、構成団体などからの援助を受け再建が試みられた[97)]。その後、交渉を経て、2005年1月11日には、ブランデンブルク政府との条約が締結された。当該条約は、ラント議会における承認を経て、同年4月30日には条約に関するラント法が発効し、条約も同年5月18日に発効した。この条約に基づき、ラント連盟には年間35,000ユーロが支払われることとなった[98)]。

他方で、遵法派はこの間、2000年にラント政府に財政援助を要求したものの却下された。そこで、これを不服として遵法派は、ポツダム行政裁判所へ提訴したが認められなかった[99)]。その後、同要求は、ブランデンブルク上級行政裁判所においてようやく容認された。しかし、その判決では、ラント政府による財政援助の要求はほとんどの部分が却下され、援助額はわずかなもの（2000年度のみの15,000ユーロ）にすぎなかった。そこで、改めて行政裁判所へ提訴した[100)]。これと並行して、遵法派は、条約締結後には、ラント政府への財政援助申請やラント連盟への送金を依頼したが、条約上、異議申立人には請求権は発生しないとの理由で、拒否されている[101)]。しかし、2007年末には、ラント連盟から2005年から遡って、さらに2008年以降も財政援助を行う通知がなされた[102)]。また、2008年に、ポツダム行政裁判所は、公法上の法人格取得申請および財政援助承認の訴えを却下したため、遵法派はこれを不服として提訴した[103)]。このうち、

95） BVerfGE 123, 148, 153.
96） BVerfGE 123, 148, 154ff.
97） BVerfGE 123, 148, 150f.
98） BVerfGE 123, 148, 159ff.
99） BVerfGE 123, 148, 152.
100） BVerfGE 123, 148, 152f.
101） BVerfGE 123, 148, 161f.
102） BVerfGE 123, 148, 162.
103） BVerfGE 123, 148, 152f.

財政援助承認の訴えに関する行政訴訟は、本件連邦憲法裁判所判決時点でも終結していない。さらに、遵法派はラント政府とラント連盟との条約が、基本法３条１項、３条３項、19条３項と結び付いた４条１項およびワイマール憲法137条と結び付いた140条の基本権を侵害するとして憲法異議申立を行った[104)]。

⑵　両当事者の主張と連邦憲法裁判所により聴取された意見

a)　憲法異議申立人[105)]の主張

異議申立の主張の主な内容は以下の３点である。

①条約６条[106)]および８条１項[107)]が、ラント連盟に財政資金の分配・管理を委ねた結果として、遵法派への財政援助は、ラント連盟の裁量に委ねられることとなった。そのような事態は、宗教団体の構成員数などの事柄に即した理由なしに国家が宗教団体間での差異を設定することを禁止する同権の原則に違反している[108)]。

②条約６条および８条１項は、異議申立人の宗教団体の信教の自由およびワイ

---

104)　BVerfGE 123, 148, 162.

105)　なお、本件においては、異議申立人の団体の構成員による憲法異議も申立てられていた。しかし、構成員による憲法異議は、直接の当事者性を欠くことを理由に、すべて許容されないとして、却下されている。BVerfGE 123, 148, 176f. この憲法異議については、本稿では触れない。

106)　条約６条〔ラントの補助金〕

⑴ラントは、ブランデンブルクにおけるユダヤ教団体の生活を再建・保持するために、継続的な出資に関与する。この目的を達成するために、2005年から、年20万ユーロを出資する。この金額は、従来ラント連盟に支払われてきた給付とは区別される。年間の補助金は、月ごとに12回に分けて支払われる。

⑵条約の当事者は、１項に基づく金額を５年ごとに見直すこととする。

⑶ラント連盟は、次年度の７月30日までに、宣誓を行った会計士によって審査された勘定書を提出することにより、補助金の目的に適した使途を証明する。

決議書

目的に適していない補助金の使途の部分は、ラントにより、次年度の補助金から差し引かれる。

107)　条約８条〔その他の給付〕

⑴ラント連盟は、条約６条により出資された財政給付を、たとえその団体が現在または将来ラント連盟に所属していないとしても、ラント内のユダヤ法（jüdische Religionsgesetzen）に基づくすべての団体のために管理する。ラント連盟は、全団体を財政上適切に関与させるよう義務づけられる。

108)　BVerfGE 123, 148, 162f.

マール憲法137条3項と結び付いた140条により保護される自己決定権、さらに異議申立人の構成員であるか否かを問わずユダヤ教徒個人の信教の自由を侵害するとともに、①で述べたような方法でラント連盟が財政資金を独占することにより、憲法異議申立人の所属する正統派ユダヤ教は国家により差別されている[109)]。

③①のような方法での財政援助資金の分配・管理は、基本法19条4項および20条3項に含まれる法治国家原理により憲法上許容されない[110)]。

b)　ブランデンブルク政府の反論[111)]

条約8条1項によっても、異議申立人はラント連盟への請求権を排除することにはならず、財政資金への関与請求権も同条によって認められる。また、平等取扱原則はすべての宗教団体と国家教会法上の条約を締結することを命じておらず、個々の団体の事実上の差異を考慮することは許容される。ラント連盟が異議申立人の参加義務に違反した場合には、権利救済を訴えることができる。

以上のことから、憲法異議は部分的にしか許容されず、その他の点では理由がない。

c)　ドイツユダヤ人中央評議会[112)]の弁明[113)]

どの団体がユダヤ教団体に所属しているのかという問題は、国家によって回答しうるものではなく、宗教団体の自己理解によって判断すべきである。本件においては、宗教的な問題は、ラント連盟の宗教的な自己理解を尺度とすることによって判断されなければならない。ラント連盟は、資金分配においては、国家としてではなく宗教団体としての課題を維持しているため、条約に基づく資金分配においては、その自己理解が重要である。

109)　BVerfGE 123, 148, 163.
110)　BVerfGE 123, 148, 163f.
111)　BVerfGE 123, 148, 165f.
112)　ユダヤ人の権利保護を目的として1950年に設立され、ユダヤ人の代表としてドイツ政府からの補償を受けるなどの役割を長年担ってきた。2003年には、ドイツ連邦政府と条約を締結し、毎年300万ユーロの助成を受けている。
113)　BVerfGE 123, 148, 166f.

異議申立人は、まず行政裁判所による権利保護により、国家への関与請求権を貫徹しようと試みなければならない。そのため、本件憲法異議は、すべて許容されない。

d) ドイツ進歩主義ユダヤ連合[114)]の申立[115)]

国家の中立性の観点から問題となるのは、国家はユダヤ教内部のひとつの宗派にすぎない組織と条約を締結したにすぎないのか、それとも、それ以外のユダヤ教徒の団体も、条約の当事者として条約の規定に取り込まれなければならないか、ということである。

ユダヤ教徒の団体への財政援助が基本法と一致しうるのは、当該援助がすべてのユダヤ教徒の団体に平等に与えられる場合のみである。援助に関与しうる団体の要件は、2002 年 2 月 28 日連邦行政裁判所判決によれば、ユダヤ教徒の団体であることを自認しており、その信仰の理解にかかわらず、ユダヤ教内で受け入れられ、承認されているあらゆるユダヤ教徒の団体である。

すべてのユダヤ教徒の団体を平等に取扱うという目的を達成する最も望ましい手段は、ラントがすべての現存する団体を条約の相手方として認めるか、あるいは条約締結者の団体に属していない団体の参加を条約に記すということである。しかしこれらの場合であっても、新たに誕生したユダヤ教徒の団体の参加に関する規定が置かれなければならない。

本件のように、資金配分をユダヤ教徒の団体に委ねる場合には、ラント内のすべてのユダヤ教徒の団体が適切に関与するという要請が守られるのは、資金分配を裁判所が統制しうるということによってのみである。さらに、国家による援助へのユダヤ教徒の団体の適切な関与を確保するためには、裁判所による統制および裁可が可能であるといったような、具体的な予防措置をとることが必要とされる。

ラント連盟は、資金配分において、国家の課題を果たしており、公法上の条件

114) ユダヤ教の変革のために伝統的な慣習を簡素化する改革派ユダヤ教の包括的組織であり、1997 年に設立された。

115) BVerfGE 123, 148, 167ff.

に服している。

あるユダヤ教徒の団体が資金へ関与することが、国家の手によっても十分に確保できない場合には、そのような団体には、同権の原理から、直接ラントに対して援助を求める権利を導き出すことができる。課題を限定するラントの利益はこの原理には反しない。ラントは、条約の適切な条項により、ラント連盟によって考慮されていないユダヤ教徒の団体を援助するために必要な資金がラントによって留め置かれるよう配慮することも自由に行うことができる。

条約の財政に関係しない問題についても、同様に、すべてのユダヤ教徒の団体が平等に取扱われなければならず、条約の個別の権利はすべてのユダヤ教徒の団体に平等に認められなければならない。

e)　ドイツ連邦遵法ユダヤ教徒団体[116)]の申立[117)]

ラントおよび連邦政府による、中央協議会およびその所属する団体との条約締結は、ドイツ遵法ユダヤ教徒の信教の自由および平等取扱の権利を保障していない。国家は改革派・遵法派それぞれを平等に承認しなければならない。

f)　連邦行政裁判所の声明[118)]

2002年2月28日判決（BVerwGE　116,86）を下した第7法廷は、憲法上の原則により、宗教団体への国家給付の分配を国家の課題として宗教団体に委ねることが禁止されるかについて、はっきりとした取り組みはしてこなかった。しかし、本法廷は、たとえこのような資金分配の委任によって、関係宗教団体が優遇されるとみなされるとしても、憲法上何らかの疑念が生じるとは考えていない。基本法は、すべての宗教団体を型どおりに平等に取扱うことを求めていない。許容しうる区別の基準としては、宗教団体の外見上の規模および普及、その公的な影響力の度合い、社会におけるその文化・社会政策的地位、公法上の法人としての状

116)　ユダヤ教において代々受け継がれてきた伝統的を保持し、ユダヤ律法を生活の中心に置き、これを遵守する超正統派（UrtraOrthdox）ユダヤ教徒の包括団体である。
117)　BVerfGE 123, 148, 169.
118)　BVerfGE 123, 148, 170.

態である。

2. 決定要旨

(1) 憲法異議は、①の部分のみ許容される[119)]。

ブランデンブルクとラント連盟との条約は、議会の同意により法律としての地位に高められている。そのため、その条約の規定により個々人の権利規定への直接の介入がある場合には、当該法律は憲法異議の対象となりうることは、連邦憲法裁判所の判例からも明らかである[120)]。

条約6条および8条1項は、異議申立人のラントに対する直接の請求権を排除しており、異議申立人の基本法3条および4条の基本権に直接抵触する具体的可能性がある。そのことから、異議申立人には当事者性が認められる[121)]。

異議申立人は、上述の行政裁判手続を係属中であるが、当該行政裁判において請求が認められないことは確定しており、その終結を待つことは異議申立人にとって受忍しうるものではない。そのため、すべての権利救済手段が使い果たされたということができる[122)]。また、通常、権利救済は専門裁判所による審査に求められなければならないが、本件は専門裁判所による審査に期待することなく、連邦憲法裁判所が回答しうる特殊憲法的な問題を提起するものである。これらのことから、憲法異議は補完性（Subsidarität）の原則を満たしている。また、連邦憲法裁判所法93条3項の1年以内という期間の要件も満たしている。

条約の財政援助以外のその他の規定に対する憲法異議は、許容されない[123)]。というのは、祝祭日の保障等を定める他の条約の規定[124)]により、異議申立人の

---

119) BVerfGE 123, 148, 170.
120) BVerfGE 123, 148, 170.
121) BVerfGE 123, 148, 171f.
122) BVerfGE 123, 148, 172ff.
123) BVerfGE 123, 148, 174f.
124) 条約には、財政援助規定の他に、祝祭日の保障（2条）、特別な施設における魂への配慮（Seersorge）（3条、）、学校および保育・成人教育のための施設の設立・経営権（5条）、墓地経営権（10条）、財産保護（11条）、記念碑の設立（12条）、料金の支払免除（15条）、公法上の放送局における適切な放送時間の処理に関するラントの配慮義務（16条）が定められている。

基本権侵害の可能性が認識されうるという事実は指摘されていないからである[125)]。

(2)　憲法異議は、①の部分のみ理由がある[126)]。

ブランデンブルクとラント連盟との間の条約8条1項と結び付いた両者間での条約に関する法律1条は、基本法20条3項から導き出される法治国家原理と結び付いた基本法4条1項および2項と一致しない[127)]。

基本法4条1項および2項により、宗教活動の自由および宗教団体の結成・組織の自由が保障される。この自由からは、いかなる給付請求権も生じない。しかし、国家の世界観的・宗教的中立性義務を基本権上保障するものとして、基本法4条は、宗教団体の財政援助に関して、給付権的な要素をも発揮する[128)]。

基本法4条1項、3条3項、33条3項、ワイマール憲法136条1項、4項、137条1項と結び付いた140条を概観すること（Zusammenschau）によって導き出される国家の宗教的・世界観的中立性の原則から帰結されるのは、国家が異なる宗教・世界観団体を平等原則に適合するよう取扱わなければならないということである[129)]。この原則により、国家は宗教団体を援助する際には、特定の宗教団体と同一化してはならず、または特定の信条を特権化することも禁止される。これは連邦憲法裁判所の過去の判例においても確認されてきたことである[130)]。

また、基本法20条3項の法治国家原理により、国家が非国家的な主体に高権的な課題を委ねる場合でも、それは国家の恣意を排除するとともに職務の担い手の非党派性を確保するために、その委任は限られた範囲内でのみ許容されるにすぎない。本件のように、宗教団体へ資金の配分・管理を委託することは、ラント連盟自身にその権限の限界を画定させることとなり、その結果として、遵法派が

125)　BVerfGE 123, 148, 174ff.
126)　BVerfGE 123, 148, 177.
127)　BVerfGE 123, 148, 177.
128)　BVerfGE 123, 148, 178.
129)　BVerfGE 123, 148, 178.
130)　BVerfGE 123, 148, 178. ここで引用されている過去の判例については、後掲註169）を参照。

ラント連盟に依存せざるをえなくなる。国家の中立性原理に刻印される、基本法4条に関する問題が生じうる領域では、国家はこのような状況を阻止するよう義務づけられるため、遵法派をこのような関係に陥らせることは、財政援助による基本権の実現とは相容れないばかりか、法治国家的な行政構造と一致しえない[131]。

条約8条1項の規定は基本法4条および20条から生じる要求と適合しない。条約8条1項は、ラント連盟を、すべてのユダヤ法に基づく団体で、それがたとえ現在および将来においてラント連盟に所属していなくとも、当該団体への給付を管理することを義務づけている。この規定により、異議申立人はラントに対する直接の請求権を排除されている。ラント連盟が異議申立人に対していかなる援助も行わないという形で、その義務を履行しないということになれば、異議申立人はいかなる援助も受けられないということになる[132]。

条約8条1項によれば、ラントによって提供された資金は、まずすべてラント連盟に付与され、その後、各団体へ分配される。このような委託は、ラント連盟を制度的な偏見という状況に置くこととなり、異議申立人の基本法4条の基本権を侵害する[133]。

さらに、ラントが、ラント連盟に資金分配・管理を委託する結果として、異議申立人はラント連盟が義務を履行することに頼らざるをえなくなるという点で、依存関係へと陥ることとなる。このような委託は、国家の中立性の要請および法治国家的行政組織化の要請と一致しえない[134]。

2005年1月11日のブランデンブルクとユダヤ教徒の団体との間の条約に関する法律1条は、条約8条1項と関係している限りにおいて、基本法20条3項と結び付いた4条1項および2項と一致せず、連邦憲法裁判所法95条3項1文により無効と宣言される。条約には資金の分配・管理以外の様々な規定が存在するが、条約全体の存立は、資金分配・管理規定が無効であることには左右されな

131）　BVerfGE 123, 148, 179f.
132）　BVerfGE 123, 148, 180ff.
133）　BVerfGE 123, 148, 183.
134）　BVerfGE 123, 148, 183f.

い[135)]。

ブランデンブルク政府は、国家教会法上の同権の原則により、ラント連盟に与えられた金額に並ぶ程度の財政援助を異議申立人に対して与えなければならず、そうしてこそ同権の観点に適合する[136)]。

3. 宗教団体の自己決定権・自己理解の射程

連邦行政裁判所判決と同様、本件においても、宗教団体の自己決定権とそれに基づく自己理解によって、ユダヤ教団体の範囲を画定しうるか否かが争点となっている。以下では、連邦憲法裁判所の決定に賛同する立場と、反対する立場とで、宗教団体の自己決定権および自己理解の捉え方についていかなる違いがあるのかについて、概観することにしたい。

a)　宗教団体の自己決定権・自己理解による解決を図る立場

シュヴァルツ（K. A. Schwartz）[137)]は、まず、国家が財政援助を行う際に、宗教団体の社会的意義を考慮しうることを確認する。そして、その社会的意義を考慮する際に許容しうる区別は何かという問題において、ある団体を国家給付から排除することは、基本権上の関連性を有するものではなく、そのため基本権侵害とはならないという。というのは、「信教の自由からも、平等条項からも、直接の給付請求権は導き出されえないからである」[138)]。このように、彼は、本件においては、憲法異議申立人の基本権侵害が生じていないということを出発点として、連邦憲法裁判所の決定を批判する。

連邦憲法裁判所の決定に対する彼の批判の中心は、宗教団体の自己決定権およびそれに基づく自己理解である。すなわち、「特定の宗教団体への所属ないしは特定の宗教団体における構成員の問題は、宗教団体の固有の事務であり、その神

---

135)　BVerfGE 123, 148, 185.

136)　BVerfGE 123, 148, 185.

137)　Kyrill-A. Schwarz, Die staatliche Finanzierung von Religionsgesellschaften, KuR 2009, S.241ff.; ders., Rechtsstellung jüdischer Gemeinden in den „neuen“ Bundesländern, LKV 2008, S.344ff.

138)　Schwarz, KuR 2009, (Fn. 137), S.241.; ders., LKV 2008, (Fn. 137), S.347.

学的な自己理解にしたがって処理されうる」[139]ことを、彼は強調する。彼のように、国家による財政援助も宗教団体の自己理解によって処理しうるとの立場に与するならば、競合する自己理解が存在する場合には、そのうちのいずれかのものを優先させることにより、財政援助の対象を決定しなければならないことになる。いずれの自己理解を優先するのかにつき、彼が重視するのは、宗教団体の法的な地位である。そこで彼は、「公法上の法人としての宗教団体は、基本権には拘束されない」[140]ということを手がかりとして、財政援助においても公法上の法人格をもつ宗教団体の自己理解が妥当することを指摘する。

以上のように、宗教団体の自己決定権、とりわけ公法上の法人格を有する宗教団体のそれを重視することによって、彼は、「この〔「ラントのユダヤ教徒の団体」および「ユダヤ法に基づく団体」〕概念を定義する高権（Definitionshoheit）は、公法上の法人としてのその都度のユダヤ教の条約締結者にのみ付与される」[141]という結論を導き出すのである。この見解によれば、財政援助の対象を決定しうるのはラント連盟のみであり、国家はおろか、憲法異議申立人の団体は関与しえないことになる[142]。このようなシュヴァルツの立場は、連邦憲法裁判所の決定とは大きく隔たっている。それは、中立性に義務づけられた国家における基本権実現のための財政援助という問題について、連邦憲法裁判所が「自らの立場を表明すると同時に、将来的な尺度を設定すること」[143]を回避しただけでなく、「宗教団体の自己決定権の概念に何が包摂されるのか」[144]という問いの設定をも回避したことを彼が問題視しているためである。この主張の背景には、中立性に義務づけられた国家には、宗教団体への援助において、いかなる行為が許容され、求められるか、という問題がある。この問題については、節を改めて検討することとしたい。

139）　Schwarz, KuR 2009, (Fn. 137), S.242.
140）　Schwarz, KuR 2009, (Fn. 137), S.247.; ders., LKV 2008, (Fn. 137), S.347.
141）　Schwarz, KuR 2009, (Fn. 137), S.249.
142）　事実、彼は、Schwarz, KuR 2009, (Fn. 137), S.250. において、そのことを認めている。なお、国家がこの問題について関与しうるか否かについての彼の議論の詳細は、後述本章**4**. a）を参照。
143）　Schwarz, KuR 2009, (Fn. 137), S.246.
144）　Schwarz, KuR 2009, (Fn. 137), S.247.

b） 宗教団体間の争いに国家の介入が必要であることを認める立場

上述のような決定への批判に対して、ヴェーバー（H. Weber）は、2002年の連邦行政裁判所判決を援用しながら、資金を管理するという国家課題を委ねられたラント連盟は、宗教団体の自己決定権の問題にかかわりなく、行政裁判所の統制に服することを確認する[145)]。彼のように、宗教団体の自己決定権および自己理解に対して、資金分配という国家の課題を優先させるならば、裁判所には、ラント連盟に所属していない団体にも適切に資金分配を行っているかを判断することが求められる。その際には、やはりこの問題について回答するための条約上の根拠が必要となる。しかし、ブランデンブルク政府は、「資金を適切に分配するための明確な基準が存在しない」[146)]という問題がかねてから指摘されていたにもかかわらず、そのような基準の策定を断念したまま、条約を締結するに至った。ヴェーバーの見立てによれば、その背景には、当時のブランデンブルク文部大臣が、「ユダヤ教への所属という問題の解明は、ドイツの専門部局の長（Ministerialrat）が決定することではなく、ユダヤ教内部での対話」[147)]にかかっていると表明したことがあるという。そして、ユダヤ教内部での自己理解に依拠した条約締結過程こそが、異議申立人の団体が財政援助に関与することをラント連盟に義務づけなかったことの要因であり、「新たな法的紛争の原因」[148)]となると、彼は、連邦憲法裁判所の決定よりはるか以前から指摘していたのである。その後、連邦憲法裁判所が上述のような決定を下したことは、彼にとっては当然の帰結であったのではないだろうか。

c） 検討

連邦行政裁判所判決に対する評価と同様に、本件においても、宗教団体の自己

145） Hermann Weber, Der Vertrag des Landes Brandenburg mit der Jüdischen Gemeinde-Land Brandenburg, LKV 2006, S.9ff, 13.

146） Weber,（Fn. 145）, S.14. なお、本件憲法異議において、訴訟代理人も務めたJens Robbert, Finanzielle Förderung jüdischer Gemeinden durch den Staat, NvwZ 2009, S.1211ff., 1212f. も、本文で引用したヴェーバーの議論を共有する。

147） Weber,（Fn. 145）, S.14.

148） Weber,（Fn. 145）, S.14.

決定権および自己理解の射程が問題となっていることは以上のとおりである。

シュヴァルツは、公法上の法人格を有する宗教団体の自己理解を強調することにより、資金配分の問題には国家は介入することはできず、さらに、憲法異議申立人の基本権侵害も生じていないとして、あくまでも宗教団体内部の問題へと解消しようとする。その背景には、後述のとおり、国家が宗教の内容について決定することに対する警戒感がある。さらに、自らの宗教へ所属しているか否かの判断は、宗教団体の自己決定権によって当然に保障されており、支配的な見解149)もこれを認めていることも論拠となっている。

しかし、果たして、異議申立人を財政援助から排除するような自己理解が、基本権に拘束されることなく保障されるとは考えがたい150)。財政援助は、ラント連盟に所属していない異議申立人の基本権、とりわけ信教の自由の実現を左右する問題であり、ラント連盟の自己理解のみによって排除しうるものではないであろう。さらに、ワイマール憲法137条3項は、「すべての者に適用される法律の制約内で」という留保のもとで、宗教団体の自己決定権を保障している。確かに、宗教団体の自己決定権の効力が、宗教団体の内部では、国家の法に優先することがあるとしても、本件では、ブランデンブルク政府とラント連盟との間で締結された条約がラント法へと変換されており、そこで、ラント連盟は適切に資金を分配するよう義務づけられている。このように、資金配分義務が、一般的な法律として制定されたということは、上述のとおり、宗教団体の自己理解を制約する根拠となりうる。そうである以上、ラント連盟の自己理解は、憲法異議申立人の基本権をも無視して貫徹しうるものではないのではないだろうか。

---

149)　上述Ⅱ 2. 参照。

150)　Campenhausen/de Wall, (Fn. 23), S.149.; Unruh, (Fn. 23), Rn. 178. は、宗教団体の固有の事務たる宗教団体への所属の判断が、信教の自由によって制約されうることを示唆している。また、Korioth, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, Art. 140, Rn. 32. も、同権の要請に基づき、ある宗教団体の自己理解を理由とした不平等取扱は許容されないということが、中立性の要請から導き出されるとしている。

4. 国家の宗教的中立性および同権の要請

a)　不介入の要請としての国家の宗教的中立性

シュヴァルツによる、連邦憲法裁判所の決定への批判の背景には、国家の宗教的中立性の要請に基づいて、宗教団体の財政援助の問題に国家は介入すべきではないという問題意識がある。つまり、国家が信仰やその行使を定義づけてはならないことの背景には、「世界観的に中立的な国家において〔信教の自由の行使に〕必要な保護を成立させうる」[151)]という前提がある。信教の自由を行使する前提として、宗教的・世界観的中立性を義務づけられた国家は、何が宗教であるか、何が信仰に適った行為であるか、といったことを定義してはならないというのである。

このような中立性理解から、彼は、「宗教的な基礎的問題を自ら決定するかあるいは、決定を第三者に委ねることは、国家の裁判所（Instanzen）には禁止される」[152)]として、本件のように、連邦憲法裁判所が、宗教団体の内部の問題に介入することを強く批判するのである[153)]。結局のところ、彼の理解によれば、国家は宗教に関する問題について判断してはならないため、財政資金の配分においても、宗教団体内部で影響力のある団体が、自らの自己決定権および自己理解に依拠することをも認めるということになる。

さらに、ジドー（G. Sydow）は、連邦憲法裁判所の決定により、同権の要請が、各宗派の政治的意思形成過程への平等な参加という古典的な意味から、平等な自由へと変化したことを確認しながらも、本件決定は、紛争解決を支えうるほどの尺度を提供しておらず、例外的な事例にしか通用しえないとの立場から、連邦憲法裁判所の決定を批判する[154)]。彼によれば、連邦憲法裁判所の決定は、一

---

151)　Schwarz, KuR 2009,（Fn. 137）, S.249.; ders., LKV 2008,（Fn. 137）, S.348.

152)　Schwarz, KuR 2009,（Fn. 137）, S.249f.

153)　Christoph Möllers, Der Staat als Schiedsrichter wider Willen, FAZ 13. 8. 2009, S.30. は、本件決定により、国家の機能が、重要かつ信教の自由にとっては問題ないとはいえない性質および方法で強められ、……国家は宗教内部での分配の衝突の仲裁者かつ主催者となる」ことを指摘する。メラースのこの指摘も、国家が宗教内部の問題に介入することの困難さを示唆しているように思われる。また、Christian Waldhoff, Gutachten D zum 68. Deutschen Juristentag Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität, 2010, D54. も、メラースと同様の指摘をしている。

義的に宗教団体内部の問題を解決しうる尺度を提供しなかったため、「問題は解決されたのではなく、執行権や立法権に解決するよう委ねられ」[155]ており、その際に、同権の観点に適合することをも明らかにしなければならないという結果を招いたという。

ジドーによれば、本件の連邦憲法裁判所の論拠は、条約をラント法へ変換することに対する基本権の拘束である。しかし、本件決定のように、国家教会法における基本権の意義を増大させることは、同法領域での制度的な観点をゆがめる[156]ものであるとの問題意識から、彼はなお制度的な観点を重視する。そこで彼が手がかりとするものは、シュヴァルツと同様、公法上の法人格である。公法上の法人格を、宗教的な内部紛争の尺度と位置づけることにより、彼の中立性理解も、シュヴァルツの理解に接近することになる。

以上のように、連邦憲法裁判所の立場を批判するジドーは、国家の正当性の根拠を危険に晒すことになるため、宗教的な紛争には介入すべきではないと述べる。そして、このような危険を回避する道は、「国家を、宗教的衝突においては、不介入という意味での厳格な中立性に義務づけること」[157]のみである。このような理解に立つと、中立性を義務づけられた国家は、宗教内部で暴力的な解決が図られようとしている場合を除いては、宗教的な紛争には介入すべきではないということになるだろう。そして、結論として彼は、「国家は宗教的多元性を好意的に乗り越える場合よりもむしろ、それを受け容れる場合に、宗教憲法の自由性(Freiheitlichkeit)に貢献することになる」[158]という。彼にとっては、連邦憲法裁判所の決定は、まさしく「中立性の要請を損なう」[159]ものであったのである。

---

154) Gernot Sydow, Moderator im Glaubensstreit: Der neutrale Staat in ungewohner Rolle. JZ 2009, S.1141ff., S.1142.

155) Sydow, (Fn. 154), S.1146.

156) この点こそが、今や日本でもよく知られるようになった、「国家教会法」から「宗教憲法」への転換という議論の争点となっている問題である。すなわち、信教の自由という基本権を指導原理とすべきか、従来の制度的な枠組みを保持すべきか、ということがここでの争点となっている。この問題については、林知更「『国家教会法』と『宗教憲法』の間」ジュリスト 1400 号(2010 年)93-94 頁、塩津徹『ドイツにおける国家と宗教』(成文堂、2010 年)173 頁以下、三宅、前掲註 7)、475 頁以下を参照。

157) Sydow, (Fn. 154), S.1148.

158) Sydow, (Fn. 154), S.1148.

b)　同権の要請と結び付いた国家の宗教的中立性の要請

これに対して、近年のドイツにおいて、国家の中立性を研究対象の中心としてきたフスター(S. Huster)は、ブランデンブルクとラント連盟との条約の資金分配の規定が適切であるのは、「すべてのユダヤ教徒の団体がラント連盟の構成員であり、ラント連盟によって承認されている限り」[160]でのことであることを確認する。そのため、異議申立人のように、ラント連盟とは異なる傾向を有する団体が結成されれば、「そのような団体が、国家の補助金の配分において適切に考慮されない危険性が明らかに生じる」[161]ため、連邦憲法裁判所の本件の決定は「驚くべきことではない」[162][163]。彼は、このように、連邦憲法裁判所の決定を支持する論陣を張る。つまり、「信教の自由と中立性の要請は、特定の宗教的・世界観的傾向を優遇しないことと、組織化された安全措置(organisatorische Vorkehrungen)によっても宗教団体を平等条項に方向づけられた、同権的な取扱いを確保しなければならないということを要求する」[164]ということから、異議申立人を適切に考慮しない本件条約およびラント法は違憲と判断せざるをえないのである。このような記述からも推察されるように、彼の中立性理解の核心は、特定の宗教的・世界観的確信を優遇するか差別するような方法で国家行為を正当化してはならないというところにあり[165]、中立性の要請と同権の要請とを結びつけて理解することにも親和的である。

しかし、フスターは、このように本件決定に好意的な一方で、この決定によって、「いかなる団体がユダヤ教生活に適合するものとして承認され、適切に支援されなければならないのかについて、多元性という状況において自ら決定しなければならない」[166]という困難な状況にブランデンブルクが置かれることを危惧する。というのも、このような判断は、「本来であれば、中立的な国家はなるべく

---

159)　Sydow, (Fn. 154), S.1145..

160)　Stefan Huster, Identitätskonflikte: Das Prinzip der ethischen Neutralität des Staates, in: Ginevra Cerrina Feroni/Francesco Palermo/Giampaolo Parodi/Paolo Ridola (hrsg), Turin I 60 anni della Legge fondamentale tra memoria e futuro, 2012, S. 166ff., S.186.

161)　Huster, (Fn. 160), S.186.

162)　Huster, (Fn. 160), S.186.

163)　フスターのこのような言明は、Weber, (Fn. 145), S.14. と軌を一にするものである。

164)　Huster, (Fn. 160), S.186f.

回避すべきであるはず」[167]だからである。

c)　検討

ここまで、連邦憲法裁判所決定の背後にある中立性理解の対立を概観してきた。シュヴァルツやジドーは、宗教的な内部紛争に国家が介入することを回避すべきであるという意味で、中立性の要請から、介入禁止を導き出している（フスターも部分的にはこれに同意している）。あらゆる宗教的な内部紛争に介入することには、国家による正統な宗教を確定するという危険性があるが、本件および連邦行政裁判所の事例では、基本権の実現に著しい不平等が生じるため、もはや宗教団体内部で解決しうる問題ではないことは、上で述べた。ここで着目したいのは、連邦憲法裁判所が、「国家の宗教的・世界観的中立性の原則からは、……国家が異なる宗教・世界観団体を平等原則に方向づけて取扱うことを尊重しなければならないということが導き出され」るとともに、「国家は宗教団体を援助する際には、特定の宗教団体と同一化してはならず、あるいは特定の信条を特権化してはならない」[168]と述べていることである。

上記の連邦憲法裁判所の一節は、本件において突然出現したものではない。決定原文でも引用されている[169]とおり、この一節は、連邦憲法裁判所の初期の判例から長年にわたって受け継がれているものである。シュヴァルツやジドーも、

---

165)　その際に、あらゆる宗教的・世界観的確信に対して国家がいかなる態度をとるべきか（一切かかわらないか、すべての確信に平等に接するか）という問題は、憲法から一義的に決まるものではなく、政治的な決定に委ねられる。彼の中立性論について、詳細は、Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2002, S.633ff.; ders., Der Grundsatz der religiös-weltanschaulichen Neutralität des Staates - Gehalt und Grenzen, 2004. を参照。これに対して、Germann, in: Epping/Hillgruber, Grundgesetz, 2009, Art. 4, Rn. 83. は、中立性の選択は立法者によって自由に選択されうるものではなく、ドイツにおいては、開かれた中立性（すなわち、すべての宗教・世界観に平等に接する）が優位に立ち、距離をとる中立性（一切かかわらない）は、あくまでも信教および世界観の自由への侵害を憲法上正当化する局面で用いられるにすぎないとして、フスターの中立性論を批判する。なお、フスターの中立性論を検討する邦語文献として、三宅、前掲註 7)、469 頁以下、および拙稿、前掲註 3)、一橋法学 10 巻 1 号 414 頁以下がある。

166)　Huster,（Fn. 160）, S.187.

167)　Huster,（Fn. 160）, S.187.

168)　BVerfGE 123, 148, 178.

連邦憲法裁判所の判例を外在的に批判しているわけではなく、国家が、資金配分という宗教的な内部紛争に介入することにより、正統な宗教を確立することこそが、判例のいう同一化や特権化にあたり、中立性の要請に違反するとして、本件決定を批判するのである。これに対して、フスターは、資金配分において、ラント連盟に所属していない憲法異議申立人の団体が適切に考慮されていないばかりか、資金を管理するラント連盟という特定の宗教的傾向を有する団体が優遇される結果として同一化や特権化が生じており、判例のいう中立性の要請に違反するとともに、同権的な取扱いがなされていないため、本件決定を支持するのである。このように、いずれの立場も判例に適合的に理解しうる。

しかし、本件では、宗教的な判断について、予断や偏見を持たざるをえないラント連盟に、資金の管理および配分がラントにより委ねられているということを考慮する必要があるだろう。シュヴァルツやジドーの危惧するように、国家が正統な宗教を確立し、その結果として同一化や特権化がもたらされるという事態は、本件では想定しえないのではないだろうか。むしろ、自らの信仰とは相容れない宗教団体に対して、宗教的な予断や偏見を有するラント連盟に、そこに所属しない団体に対する国家資金の配分をゆだねることは、憲法異議申立人の団体に資金が適切に配分されないといった事態を招くことになるということは、容易に想像しうる。そのため、各宗教団体の平等な自由の実現を可能にするために、国家の中立性の要請および同権の要請により、ラント連盟に資金配分をゆだねることは望ましくないといったように、「平等原則に方向づけて取扱う」ということに重点を置いて理解する方が望ましいように思われる。

169)　ここで引用されている主な判例は、教会建設税判決（BVerfGE 19, 206, 216）、バイエルンの学校への磔刑像設置判決（BVerfGE 93, 1, 17）、女性教師のスカーフ判決（BVerfGE 108, 282 299f.）である。教会建設税判決については、拙稿、前掲註3)、一橋法学10巻1号366-377頁を、磔刑像設置判決については、石村修「公立学校における磔刑像」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ（第2版）』（信山社、2006年）115頁以下を、スカーフ判決については、渡辺康行「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』」樋口陽一他編著『国家と自由』（日本評論社、2004年）、同、前掲註15)、123頁以下をそれぞれ参照。

5. 小括

連邦憲法裁判所の決定においては、長年蓄積されてきた判例のなかで、中立性をいかに位置づけるかということもまた、争点のひとつであった。

この決定により、ブランデンブルクは、新たな資金配分の方法を考案しなければならないこととなった。この文脈で、「一般的な〔すべての宗教的・世界観的なものを平等に取扱うことを要請する〕積極的中立性のモデルが、きわめて異なった中立性モデルへと発展し、そこでは、政治的に望ましいのは、〔宗教的・世界観的なものを〕排除する（ausgrenzende）中立性か、それとも積極的な中立性かについて、その時々の問題領域に特化して（sachbereichspezifische）決定することになる」[170)]あるいは、「〔国家と教会との〕協働をこれまで想定してきたシステムが〔教会へ介入しないなど〕硬化する一方で、厳格な分離モデルが〔場合によっては宗教へ介入することを認めるように〕緩和される」[171)]といったように、従来の判例が築いてきた中立性モデルの変化を本件は示唆していると、フスターは述べている。確かに、本件では、資金配分という特殊性もあり、この決定により、中立性を今後いかに捉えていくべきかという困難さが生じることは否めない。これまでの判例で問題となった事例とは異なり、基本権を実現するための資金配分をどこまで拡張すべきであるかといった困難な問題を、ブランデンブルクは解決しなければならない。このような問題においては、従来の判例どおり、積極的な中立性の立場をとっても、それとは異なる厳格な分離という意味での距離をとる中立性の立場をとっても、各団体が平等に自由を実現することは難しい。この点で、従来の判例の中立性理解が変化しつつあり、最終的な解決は政治に委ねられるというフスターの指摘は、確かに的確である。また、宗教的・世界観的に中立的な方法で、最終的な解決を政治過程に委ねることそれ自体は、連邦憲法裁判所の判例において、初めてのことではない[172)]。本件においては、平等な自由の実現という観点から、国家の中立性の要請を平等原則に方向づけて理解した

170） Huster,（Fn. 160）, S.187.〔　〕内は筆者による補足。
171） Huster,（Fn. 160）, S.187.〔　〕内は筆者による補足。
172） 例えば、学校における磔刑像判決は、新たな立法の制定をバイエルン政府に命じており（BVerfGE 93, 1, 22）、スカーフ判決も、教師のスカーフ着用の是非を各ラントの立法に委ねている（BVerfGE 108, 282, 309）。

うえで、解決を図るべきであり、条約を締結した団体に加盟していないユダヤ教徒の団体に対しても、資金配分が行われるべきであろう。

ここまで、連邦行政裁判所および連邦憲法裁判所の判断およびそれに対する評価を概観し、本稿の問題関心に照らして分析を行ってきた。しかし、これらの議論は、日本の憲法学および憲法判例の理解において、いかなる意義を有するのかという問題が、まだ残されている。最後にこの問題を、次章で検討することにしたい。

V　日本憲法学への示唆

1. ドイツと日本の違い――射程の限定

前章までは、ユダヤ教徒の団体への財政援助の問題を素材として、国家の中立性の要請および同権の要請の意義を明らかにしてきたが、ここから日本の憲法学に得られる示唆は何であろうか。まず、両国の憲法における宗教の取扱い方は全く異なるものであるため、ドイツにおける議論を無媒介に日本に適用することはできないことに留意する必要があるだろう。日本国憲法のもとでは、それがいかに歴史的・社会的に影響力のあるものであるとしても、特定の宗教と政教条約を締結することは想定されていない。日本においては、宗教的な事項はほとんど私的な事項であるという見方は、少なくとも憲法学においては、現在ではおよそ異論なく受け入れられうるだろう。

このような制約のなかで、Ⅲ・Ⅳ章で解明してきた国家の中立性の要請には、日本の憲法判例においていかなる意義を見出すことができるだろうか。以下では、この問題について、空知太神社事件判決[173)]を素材として、検討を行うことにしたい。空知太神社判決は、特定の宗教団体への援助が問題となっており、本稿がこれまで検討してきた問題と限定的にではあるが類似しており、さらに、後述のように、各宗教に対する「配慮」という方法を用いることによって、違憲性を解消している。これらの点から、空知太神社判決を素材とすることは、本稿の問題

173)　最大判 2010 年 1 月 20 日民集 64 巻 1 号 1 頁。

関心とも重なりうると考えられる。もっとも、空知太神社判決については、すでに多くの紹介や評釈があるため、事実関係や判決の詳細はそちらに譲り、以下では、本稿の問題関心と関連する憲法上の判断枠組みについてのみとりあげることにしたい。そのうえで、空知太判決の判断枠組みが、本稿で検討してきた国家の中立性の要請と適合しうるか否かについて、検討する。

2. 空知太神社事件判決の判断枠組み

空知太神社判決においては、最高裁がこれまでの政教分離訴訟とは異なり、主に憲法 89 条を根拠として憲法判断の枠組みを示していることは、周知のとおりである。最高裁は、その判決において、まず、憲法 89 条の趣旨を、「国家が宗教的に中立であることを要求するいわゆる政教分離の原則を、公の財産の利用提供等の財政的な側面において徹底させるところにあり、これによって、憲法 20 条 1 項後段の規定する宗教団体に対する特権の付与の禁止を財政的側面からも確保し、信教の自由の保障を一層確実なものにしようとしたものであ」ると位置づける。そして、「公の財産の利用提供等における宗教とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合」に違憲となることを確認する。

そのうえで、その合憲性の判断基準は、「当該宗教的施設の性格、当該土地が無償で当該施設の敷地としての用に供されるに至った経緯、当該無償提供の態様、これらに対する一般人の評価等、諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断す」るというものである。

以上のような憲法判断の枠組みに基づいて、最高裁は、「社会通念に照らして総合的に判断すると、〔町内会に、市有地を無償で集会所等の建物や鳥居および地神宮の敷地として利用させる〕本件利用提供行為は、市と本件〔空知太〕神社ないし神道とのかかわり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものとして、憲法 89 条の禁止する公の財産の利用提供に当たり、ひいては憲法 20 条 1 項後段の禁止する宗教団体に対する特権の付与にも該当する」[174)]と結論

づけている[175]。

このように、最高裁は、政教分離原則を、信教の自由の保障を確保するための国家の宗教的中立性[176]の要請と理解している。このような政教分離原則の理解は、「相対的分離」[177]と位置づけられるものであり、従来の最高裁の立場を変更するものではない[178]。ここで本稿の問題関心にとって重要なのは、最高裁の中立性の理解が、Ⅲ・Ⅳ章で検討してきた中立性理解と適合しうるかという問題である。確かに、最高裁は、国家の宗教的中立性としての政教分離原則の目的が信教の自由の確保にあると位置づけており、各人の平等な自由を確保するということに国家の中立性の要請の意義があるという本稿の問題関心と適合するように思

---

174) 〔 〕内は本稿筆者の補足。

175) 上述Ⅲ3.およびⅣ3.では、ドイツにおける宗教団体の自己理解の射程に関する議論を検討してきたが、日本国憲法のもとで政教分離原則が問題となった本件でも、最高裁は、市有地の無償提供行為の憲法適合性を判断する文脈において、町内会に包摂される氏子集団が神社において行う行事を「宗教的な意義の希薄な、単なる世俗的な行事にすぎないということはできない」としたうえで、氏子集団を「宗教的行事等を行うことを主たる目的としている宗教団体であ」ると判断している。最高裁のこのような判断に対して、蟻川恒正「政教分離と信教の自由」樋口陽一他『新版 憲法判例を読みなおす』(日本評論社、2011年) 105頁は、氏子集団の信教の自由が「再発見」されたものであると捉え、それにより、「政府の行為が政教分離に反するかどうかを判定するに当り、当該行為に利害関係を有する私人の信教の自由の価値を援用することに対しては、それが当該私人と対抗関係に立つ者の人格的利益を脅かしかねないという意味において、高度に慎重である必要がある」と批判する。

176) なお、野坂泰司「最新判例批評」判例評論622号(判例時報2090号)(2010年)172頁註3は、「先例では政教分離原則を『国家の非宗教性ないし宗教的中立性』を意味するとして、必ずしも同一の規範内容を有するものでない概念を併記していた」が、本件判決では「非宗教性」という文言が整理されたことを指摘している。また、中島宏「空知太神社事件最高裁判決と目的効果基準」宗教法31号(2012年)151頁も同旨。

177) なお、津地鎮祭事件事件判決(最大判1977年7月13日民集31巻4号533頁)の藤田、吉田、団藤、服部、環各裁判官の反対意見は、「憲法20条1項後段、同条3項及び89条に具現された政教分離原則は、国家と宗教との徹底的な分離、すなわち、国家と宗教とはそれぞれ独立して相互に結びつくべきではなく、国家は宗教の介入を受けずまた宗教に介入すべきではないという国家の非宗教性を意味するものと解すべき 」であるとし、政教分離原則は、国家の宗教への不介入の要請を定めたものであるとの理解に立っている。

178) 安西文雄「政教分離と最高裁判所判例の展開」ジュリスト1399号(2010年)62頁、清野正彦「最高裁判所判例解説」法曹時報63巻8号(2011年)158頁、同「砂川政教分離訴訟最高裁大法廷判決の解説と全文」ジュリスト1399号87頁、小泉洋一「判例批評」民商法雑誌143巻1号61頁、木村草太「空知太神社事件上告審判決」自治研究87巻4号(2011年)136頁。

われる。しかし、上記の問いに対して十分な解答を得るためには、本件において、国家の宗教的中立性に違反せず、信教の自由を間接的に保障しているというためにはいかなる手段が講じられなければならないのかという問題について、最高裁はどのように答えているかということを明らかにする必要がある。次に、この問題について、節を改めて検討することにしたい。

3. 違憲状態の解消方法

空知太判決において、最高裁は、町内会に、市有地を無償で集会所等の建物や鳥居および地神宮の敷地として利用させることは違憲であるとしたうえで、「このような違憲状態の解消には、神社施設を撤去し土地を明け渡す以外にも適切な手段があり得るというべきである」と述べている。その根拠として、最高裁は、「神社敷地として使用することを前提に土地を借り受けている本件町内会の信頼を害するのみならず、地域住民らによって守り伝えられてきた宗教的活動を著しく困難なものにし、氏子集団の構成員の信教の自由に重大な不利益を及ぼすものとなる」ことを挙げている。

そして、最高裁は、その後、差戻し後の判決[179)]において、砂川市と氏子集団との協議を経て、祠の移設や地神宮の掘りなおしなどを行ったうえで、氏子集団に有償で土地を貸与することとなった場合、氏子集団が市有地の一部である土地において鳥居や祠を維持して「年に数回程度の祭事等を今後も継続して行うことになるとしても、一般人の目から見て、市が本件神社ないし神道に対して特別の便益を提供し援助していると評価されるおそれがあるとはいえないというべきであ」るとして、市有地から神社施設を撤去することまでは求めていない。このような方法をとることにより、氏子集団の「宗教的活動に対する影響は相当程度限定されたものにとどまる」ため、「違憲性を解消する手段として合理性を有するものと解するのが相当である」と結論づけている。

以上のような最高裁の判断枠組みは、政教分離原則を国家の宗教的中立性と捉え、神社施設への市有地の無償提供を違憲とする一方で、違憲性の解消方法を判

179) 最判 2012 年 2 月 16 日民集 66 巻 2 号 673 頁。

断するにあたっては、氏子集団の信教の自由に対して「配慮」したものと理解することができる[180)]。すなわち、氏子集団に所属していない者の信教の自由を保障すると同時に、氏子集団が従来どおり、神社施設において宗教的活動を行うことをも可能にすることによって、政教分離原則のもとで、それぞれ平等な信教の自由を行使しうる余地を残すような判断枠組みを最高裁は提供していると理解しうる。そして、各人の信教の自由へのこのような「配慮」には、Ⅲ・Ⅳ章で検討した同権の要請が含意されていると理解することによって、日本の憲法判例においても、国家の中立性の要請は、各人の平等な自由を実現するために、平等原則に方向づけて理解されうるということができるのではないだろうか。

4. 小括

ここまで、ドイツにおける平等原則に方向づけられた国家の中立性の要請が、日本の憲法判例において、いかなる意義を有するものであるかについて、空知太判決とその差戻後の判決を素材として、検討してきた。そして、この判決の検討を通して、氏子集団の信教の自由へ「配慮」するような方法で違憲状態を解消するということは、ドイツにおける平等原則に方向づけられた国家の中立性の要請と適合しうるということが明らかとなった。

以上のように、日本の憲法判例においても、国家の中立性の要請は、政教分離原則という文脈において、「配慮」という手法を用いることにより、限定的ではあるものの、平等原則に方向づけて理解することが可能であるように思われる[181)]。もっとも、多数派の自由を実現する効果しか得られないような場合には、

180）　岡田幸人「最高裁判所判例解説」法曹時報65巻7号（2013年）322頁、渡辺康行「政教分離原則と信教の自由」ドイツ憲法判例研究会編『憲法の規範力と憲法裁判』（信山社、2013年）252頁も、最高裁が、氏子集団の信教の自由に配慮しつつ、市有地の無償提供から生じる違憲性を解消したものと理解する。なお、市川正人「最新判例批評」判例評論647号（判例時報2166号）（2013年）150頁は、最高裁の判断には「それなりの合理性があ」ると評価する一方で、本件の例外性を指摘し、「国公有地に宗教施設が存在する場合にすべて有償貸付への変更で合憲性が確保されるということを意味しているわけではない」ことを強調している。

181）　その他の憲法判例において、配慮が許容される場合とその限界を検討したものとして、渡辺、前掲註180)、245頁以下を参照。

「配慮」の手法が用いられるべきではないだろう。本稿の問題関心に照らすと、「配慮」は、各人の平等な自由、とりわけ多数派からは予断や偏見をもって見られやすい[182)]少数者の自由を実現する方法で用いられるべきであり、そのような方法で用いられるからこそ、平等原則に方向づけられた国家の中立性と適合しうると考えるべきであろう。

Ⅵ　むすびにかえて

本稿では、ドイツにおいて、国家が基本権行使のための前提を提供する義務があるということから、財政援助を行うことが認められていることを確認したうえで、その財政援助が特定の宗教団体に委ねられた場合にいかなる問題があるかについて、2つの事例を通して検討してきた。この作業を通して得られた結論は、中立性の要請により、国家は、基本権を実現するような措置を講ずる際にも、各人および各団体に平等な自由を保障するよう義務づけられ、社会的に多数を占め、少数派に対して予断や偏見を有する団体のみを優遇してはならず、それぞれの自由に対する「配慮」が求められるということである。そして、この結論は、宗教的な状況の異なる日本の最高裁判例の理解にとっても、意義を有するものであることは上述のとおりである。

しかし、本稿のこのような結論に対しては、⑴結局のところ、政教分離原則を最高裁の判例と同様に、緩やかな分離として理解するものではないか、さらに、⑵「予断や偏見」を審査の基準として位置づけるということは、明確性に欠けるのではないか、といった批判が想定されうる。

⑴の批判に対しては、確かに、「配慮」という方法で、それぞれが平等な援助を要請するという点で、厳格な分離を求めてきた従来の学説とは距離があるよう

182)　本件判決で言及されているような「氏子集団」に加入していないということによって、事実上および社会的な偏見の眼差しを現実に受けるということは、現代の日本社会においても数多く見受けられることである。例えば、樋口陽一『個人と国家』(集英社新書、2000年)152頁は、町内の自治会費から、町内の氏子費を醵出することに反対した住民が、「神社にお金を出すのが嫌だというなら、ここの住人として認めない」という処遇を受けていることを記している。

にも思われる。しかし、本稿は、特定の宗教団体に対してのみ援助を行うといった事態が生じていない文脈では、それぞれの宗教および信条に基づく団体が、国家からの介入なしに、自由を行使する余地を残すべきであると理解している。そして、その領域への国家の介入は、本稿の理解するような中立性の要請によっても排除されるべきであると主張することに変わりはないと応答することができる。

⑵の批判に対しては、「予断や偏見」は、主観的なものであり、裁判所が客観的に認定しうるものであるかという問題は確かに残されている。しかしながら、少数派の真に何らかの信念を有する者と、多数派の、日本においてはそれほど宗教的な帰属意識の強くない認識との距離を具体的な事案ごとに測ることによって、ある程度は予断や偏見について確定することは可能ではなかろうかと現時点では考えている。

以上のように、想定されうる批判に回答したとしても、課題はなお残されている。それは、本稿筆者が以前から、国家の中立性の要請に基づいて、公権力の行為をあらかじめ統制する枠組みを探求すること[183)]を問題意識として抱き続けてきたことと関連する。本稿で得られた結論は、前稿以前より課題としてきた、公権力の行為を「あらかじめ」統制する際に、国家の中立性の要請がいかなる意義を有するものであるかという問いについては、応答していない。本稿の結論が示唆するのは、公権力の行為が「予断や偏見」を持つとはいかなる場合かについての判断方法である。公権力の行為のなかに、このような要素が含まれているか否かを見出すためのひとつの方法は、当該行為の目的が中立性の要請に違反していないかを探り、あぶり出すことである。すなわち、国家の中立性の要請は、公権力の行為の目的[184)]を洗い出すために、どの程度機能しうるのか、ということを考察することが課題として残されている。このような考察を行うことは、もはや

183)　拙稿、前掲註3)、『危機的状況と憲法』162頁。

184)　なお、阪口正二郎「憲法上の権利と利益衡量：『シールド』としての権利と『切り札』としての権利　」一橋法学9巻3号55-56頁は、「切り札」としての権利論が、正当性のない行為理由を排除するとともに、そうした理由を政府が隠す場合には、厳格な手段審査によって、正当でない立法目的を暴き出すか、あるいはそのような目的を追求しにくくすることが可能であるとしており、本稿とは別の文脈ではあるが、公権力の行為の目的を統制するという問題意識を持つものであるといえる。

本稿の目的から明らかに逸脱するものであるため、この問題については、今後の課題としたい。