

「民主制的憲法国家」の基礎としての「宗教」の役割

——クリスティアン・シュタルクの憲法構想の理解のために——

菟原 明

- 一 課題設定
- 二 国家の世俗化と宗教および教会の自由
- 三 神学的個人主義とその国法学上の帰結
- 四 おわりに

一 課題設定

クリスティアン・シュタルクは、西ヨーロッパ諸国家を特徴づける基本的な国家類型を、「民主制的憲法国家 (der demokratische Verfassungsstaat)」という概念のもとで捉える。彼は、最近の著書⁽¹⁾に、この「民主制的憲法国家」という表題をあてている。このことからしても、彼が、この「民主制的憲法国家」を、憲法学上の検討対象としてどれほど重視しているかがわかっていうものである。それ故に、彼のいう「民主制的憲法国家」が何を意味するかを知ることとは、彼の憲法構想を理解するうえで必要不可欠な前提作業となろう。ここで、結論先取的に言えば、彼が、この民主制的憲法国家を通底する本質的な特徴として挙げるのは、①定期的に実施される普通、平等、自由および秘密選挙を

「民主制的憲法国家」の基礎としての「宗教」の役割

通じて正当化される、法的に秩序づけられた国家であること⁽²⁾、②人権の承認とそれが実効的に保護されていること、③②は権力分割的国家組織を通じて実現され、それに際し、とりわけ重要なのが、裁判官の独立⁽⁴⁾と裁判官は法と法律に従⁽⁵⁾つてのみ判断を下す、ということである。

ところで、元連邦憲法裁判所長官エルンスト・ベンダは、シュタルクのこの著書：Der demokratische Verfassungsstaat - Gestalt, Grundlagen, Gefährdungen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen 1995以下のように評する。「クリスティアン・シュタルクは、一九七一年にゲティンゲン大学公法担当教授としての活動を開始してこの方、民主制的憲法国家の基本問題や、近代的憲法国家の構想を基礎づけた哲学的・歴史的根源に関する諸々の寄稿を通じて、幾度にもわたり傑出していた。自由な民主制の憲法秩序の法比較的考察についても、われわれは、彼に多くの研究を負うている。これらの研究は、総じていえば、なおまだ十分に展開されているとはいえない国法学のこの研究領域を促進するに、与って力があつた⁽⁶⁾」、と。あるいはまた、ケルシュテン・ブラントは、同じく本書の簡にして要を得た書評のなかで、「個々の国家においては違いがあるにも拘わらず、しかし、民主制的憲法国家の基礎には、自由な、自ら責任を負う人間から出発して、そして、この人間の自由の保護を正面に据える、という統一的な理論がある。民主制的憲法国家の諸標識と基礎ならびに民主制的憲法国家を脅かすものを叙述することが、クリスティアン・シュタルクによって提起されたこの論文集の目標である。……この論文集の個々の論稿は、異なる時期にまた折にふれて書かれたものではある。しかし、それにも拘わらず、個々の論稿は、権力分割と、主要な国家目標の枠内での権利の保障とを密接に結びつけることにより、民主制的憲法国家の統一的理解を認識させ得る⁽⁷⁾」、と本書を特徴づけている。

ベンダやブラントの以上のような指摘をまつまでもなく、まさしく彼は、民主制的憲法国家の本質的構成要素について、すなわち、権力分割、基本権、国家目的そしてその哲学的・歴史的基礎について、様々な論稿のなかで言及して

いる。⁽⁸⁾ そうであれば、民主制的憲法国家を支える哲学的・歴史的基礎に関する彼の論述を知ることなくしては、彼の憲法構想をよりよく理解できないであろう。このような哲学的・歴史的基礎として彼が説いてやまないのが、民主制的憲法国家にとっての通奏低音ともいふべき、宗教上の、とりわけ近代的な宗教の自由の成立に関する問題である。シュタルクはいう。「民主制的憲法国家は、自由に、自らの責任で行為し得る人間像を前提としている。ヨーロッパ文化の本質的な要因は、聖書的・神学的出発点を、神に対する個々人の責任のうちにもつ個人の地位である。この神学的個人主義(der theologische Individualismus)は、人間主義(Humanismus)、宗教改革および啓蒙を通じて、世俗化の過程に服したのであり、この世俗化の過程に由来するのが、ヨーロッパの歴史とヨーロッパ法とを決定的に刻印づけた個人的法的地位であった⁽⁹⁾」、と。また彼は、これと同様の指摘を別の論稿でも行う。「われわれは、この主観的公権において、その根源がはるか遠く下って古典時代や旧約聖書にまで及ぶ、また、キリスト教、ルネサンスおよび啓蒙によってより広範な衝撃を得た、人間個人(das menschliche Individuum)に関するヨーロッパの法文化の根本的確信にふれる⁽¹⁰⁾」、と。本稿は、シュタルクの民主制的憲法国家を支える支柱のひとつである、この哲学的・歴史的基礎の中核ともいふべき、近代的な宗教の自由に関する彼の理解に、「国家と教会との関係⁽¹¹⁾」に関する彼の捉え方に、焦点をあてる。と同時に、この問題は、法共同体でもあるヨーロッパ連合の基礎にも関わる⁽¹²⁾。ヨーロッパ連合を構成する諸国家が、民主制的憲法国家という概念のもとに捉えられるとすれば⁽¹³⁾、これらの国家を支える法の歴史的・哲学的基礎につき、構成諸国家においてその発展に相違があるとしても、ヨーロッパの統合という目標に向けて、その比較を行うことは、換言すれば、構成諸国家の法の共通性と相違点を明らかにすることは、現在のドイツにとってきわめてアキユートな問題⁽¹⁴⁾をも提起しているといえよう⁽¹⁵⁾。周知のように、一九九七年六月ヨーロッパ連合首脳会議は、マーストリヒト条約をさらに進化させるべく、アムステルダムで新ヨーロッパ連合条約(アムステルダム条約)を採択し、これによって、共通外交、安全保障

政策に関し多数決制による意思決定領域の拡大を図った。⁽¹⁶⁾これとともに、ヨーロッパ連合は（以下、EUと略記する）、経済統合から政治的統合をも具体的な日程にのぼせようとしている。⁽¹⁷⁾このような統合が、EU構成諸国家のまた加盟希望諸国家の不均等な経済的、政治的、社会的発展や文化的、民族的な相違をも乗り越えていっそう進展していくのか、あるいは、構成諸国家間のきしみやひずみが増大していくのか、は予断を許さないにせよ、ヨーロッパ統合へ向けての動きは、一九九九年一月一日からのオイロ（EIRO）の導入にもみられるように、いずれにせよ逆進することはおそろくはあり得ないであろう。⁽¹⁸⁾

このようなヨーロッパの統合を可能とする法的、政治的条件とはなにか。その法的条件についていえば、シュタルクは、EUの中核を形成するともいうべき、経済共同体として一九五七年に創設されたヨーロッパ共同体は当初から法共同体でもあった⁽¹⁹⁾、という。そこから、統合の法的前提として、構成諸国家における法の基本原則の共通性が指摘される。この法の基本原則の共通性の基底にあるのが、ヨーロッパの法史的伝統ともいうべき、一方でのローマ法の伝統と、⁽²⁰⁾他方でのキリスト教の伝統、すなわち、ヨーロッパの国民国家に共通してみられ、それらの同一性を示す諸標識である。⁽²¹⁾

この同一性をあらわす標識こそが、個々の構成諸国家においては相違が見られるにせよ、それぞれの国家を比較可能とする「民主制的憲法国家」である。彼は、民主制的憲法国家を前述したように、「民主制的憲法国家は、定期的に実施される、普通、平等、自由そして秘密選挙を通じて正当化される、法的に秩序づけられた国家であり、そこでは人権が承認されており、また、実効的に保護されている。このような保護は、とりわけ権力分割的国家組織を通じて行われるが、とくにこれに属するのが、裁判官は、独立していることと、ただ法と法律とに従ってのみ判断を下す、ということである」⁽²²⁾、と特徴づけた。さらにこれに付け加えるに、彼は、民主制的憲法国家は、国内平和を永続的に確保するため⁽²³⁾に、市民間の社会的調整を配慮しなければならぬといひ、このような社会的調整の適切な手段として、①労働争議の

法的規制をとまなう団結の自由の保障、②累進課税、社会立法による再配分、そして、③高齢、疾病および一時的な失業に対する連帯的保険制度、を挙げる⁽²⁴⁾。そしてまた、民主制的憲法国家の構造は、自然環境を顧慮しつつ、経済成長を図る最善の前提でもある⁽²⁶⁾、という。最後に彼は、この民主制的憲法国家の標識に、主権国家間の法としての国際法の承認を付け加える。だが、彼が、以上の諸標識に劣らず民主制的憲法国家の標識として強調するのは、「国家と（諸）教会との関係」、ひいては、「宗教の自由」の問題である。この点に注目することがなければ、民主制的憲法国家の特徴づけは不完全におわる⁽²⁷⁾、と。そうであれば、一方で、EU構成諸国家の法秩序を貫流する、したがってまた、その構成諸国家の法的共同性、法の基本原則の根底にあるキリスト教の影響を知ることなくしては、また、他方で、これらの国家を特質づける民主制的憲法国家の基礎としての「国家と（キリスト教の）教会との関係」に目を向けることなくしては、換言すれば、現在の西ヨーロッパ諸国家とその法を支える哲学的・歴史的基礎の比較ぬきに、ヨーロッパの統合は考えられ得ないということであろう。それ故に、シュタルクの憲法構想をよりよく理解するためには、この問題領域に対する彼の思考がどのようなものであるか、その検討は避けて通れない。本稿では彼が、この問題領域に直截に切り込んでいる諸論稿を基礎として、この問題領域に関する彼の思考構造を追跡していくこととする⁽²⁸⁾。

なお、それに先だつてここで、彼のいうこの民主制的憲法国家に対抗する国家像を最初に提示しておくとするれば、それは当然に、民主制的憲法国家の前記の諸標識を否認する国家体制、国家秩序ということとなる。すなわち、それは、独裁国家、独裁的国家秩序であり、具体的にいえば、「社会主義国家」である。彼はいう。「社会主義国家は、その理念によれば、人々を、その自由を尊重し、確保することなく、また、法原則に拘束されることもなく幸福にする、という。マルクスとレーニンの思考に依拠する社会主義国家の理念は、民主制的憲法国家の理念とは正反対に対立する。民主制を否認する人民の名による独裁、この人民たるや、まずもって教化されねばならないのである…したがって、自由な選

挙、政党多元主義の否認、権力分割と憲法優位の否認、独裁政党の主権性、自由保障の否認、主権的政党によってその都度許可されたものの枠内での自由、である。(この社会主義国家の―引用者補足)崩壊の、その深刻な内部的原因は、自由の蔑視、すなわち、生活のあらゆる領域で自由に、自己の責任で行為する人間の原理的に存在する能力の侮蔑のうちにあった。いっさいの多元主義を拒否し、真理を所有するとかこつける中央集権的政党独裁を通じて、人間は、収用され、引き回され、禁治産者とされ、また、監視された。浄化し、体制を安定化する力を展開し得るはずの批判は、きわめて狭い限界内しか許されず、また、その範囲内でも、批判を行った社会主義者の刑事訴追と市民権の剝奪とが示しているように、批判する者にとっては、相当な危険が結びついていた。社会主義の国家教義の崩壊は、『法の主権性』の再発見を意味した⁽²⁹⁾、と。

註

(1) 彼の、一九九五年に出版されたこれまでの諸論稿を基礎とする著作は、„Der demokratische Verfassungsstaat“ (Mohr Siebeck 1995)という表題を冠せられている。

(2) 彼は、民主制的憲法国家における選挙の目的を、「国民を代表し、統合するとともに、国家権力を正当化し、統制すること」と規定する。これに「vgl. Ch. Starck, Wahlen im demokratischen Verfassungsstaat, in: H. Haller/Ch. Kopetzki/R. Novak/S. L. Paulson/B. Raschauer/G. Ress/E. Wiederin(Hrsg.), Staat und Recht, Festschrift für Günter Winkler, Springer 1997, S. 1109 u. S. 1102. 本稿でシュタルクは、民主制的憲法国家における選挙制度を、「多数代表制 (Mehrheitswahlrecht) (これは、相対的、絶対的の二類型に分かれる) と比例代表制という基本類型 (あるいはその変種と組み合わせ) のもとで捉えられると述べ、これら二制度の特質、その長短を法比較的、歴史的に論じた後、選挙法の改革についてふれる (もつとも、本稿でのこの改革論については、連合王国でのそれが主要検討対象とされている―連合王国の、とりわけヨーロッパ共同体加盟以後、現時の憲法上の問題を、一九九一年に公表された「公共政策調査研究所 (The Institut for Public Policy Research)」の「連合王国憲法草案を基礎に検討する、Ch. Starck, Eine Verfassung für das Vereinigte Königreich?, in: AöR., Bd. 119, 1994, S. 627ff. も見よ) が、そこで、ドイツの選

挙法制に対するドイツ人のメンタリテイにつき、以下のようにいう。「ドイツ人は、連立になれており、それを重視する。ドイツ人は、連立のうちに、政府レベルでの一種の政党政治上の権力分割を看取している。それ故に、統合は、選挙区においてまたは総じて選挙に際してただ比較的低い程度でしか生ぜず、むしろ、主として連立の交渉や個々の議会の決定ないしは政府の決定に際し、生じるといふべきである。この段階づけられた統合が、ドイツでは、国家権力の民主制の正当化の決定的観点であると思われる」(A. a. O., S. 1110)など。なお、本稿と同旨の内容を展開するのは、vgl. Ch. Starck, Das Wahlrecht braucht Beständigkeit - Die Legitimation der Staatsmacht im demokratischen Verfassungsstaat, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung v. 13. 2. 1997, Nr. 37/S. 11である。インコ・フォン・ツェンヒルツ内重年訳「連立政権の法律のおよび政治的諸問題(十)(十一)」(シタースターク二二二号、五八頁以下、二二二三号、二二七頁以下)を見よ。あつた、選挙制度の問題と(七) vgl. Ch. Starck, Grundrechtliche und demokratische Freiheit, in: J. Isensee/P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts, Bd. II, C. F. Müller 1987, Rdnm. 31-33 (jetzt in: Ch. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, S177f. 以下)は、本書に収録された論稿は、引用に際し本書の頁数を示す、あつた初出年度を記す); W. Höfling, Demokratische Grundrechte - Zu Bedeutungsgehalt und Erklärungswert einer dogmatischen Kategorie, in: Der Staat, Bd. 33, 1994, S. 493ff.

(c) 権力分割と(七) vgl. Ch. Starck, Stichwort Gewaltenteilung (1986), in: Ch. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, S. 11ff.; M. Reinhardt, Konsistente Jurisdiktion, Mohr Siebeck 1997, S. 7ff.

(4) 裁判官の独立の問題と(七) 法比較的観点から検討を加える(七) vgl. R. Frank (Hrsg.), Unabhängigkeit und Bindungen des Richters in der Bundesrepublik Deutschland, in Österreich und in der Schweiz. Ergebnis einer internationalen Richtertagung, 2. Aufl., Helbing & Lichtenhahn 1997.

(c) Vgl. Ch. Starck, Bindung des Richters an Gesetz und Verfassung (1976), in: Der demokratische Verfassungsstaat, S. 58ff.; ders., Gesetzgeber und Richter im Sozialstaat (1978), in: Der demokratische Verfassungsstaat, S. 265ff. 「憲法の優位」(ツェンヒルツ vgl. Ch. Starck, Vorrang der Verfassung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Ch. Starck/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, Nomos Verl., 1986, S. 11ff.)を確保する(七) 連邦憲法裁判所の果たす役割は大であるが、それが故に、他方で同時に、連邦憲法裁判所により憲法規範から引き出される結果が具体的になればなるほど、また、詳細になればなるほど立法者の政治的形成の自由が奪われることとなり、制限されるという代償が生じること、シタースタークは繰り返し警告する。(七)の(七) vgl. Ch. Starck, Verfassung und Gesetz, in: Ch. Starck (Hrsg.), Rangordnung der Gesetz. 7. Symposion der Kommission „Die Funktion des Gesetzes in Geschichte und Gegenwart“ am 22. und 23. April 1994, Vandenhoeck & Ruprecht 1995, S. 32ff., S. 38. ツェンヒルツは、彼は「憲法の枠組を性 (Rahmencharakter der Verfassung)」を強調する。(七)

どくきたとさだめ」 vgl. Ch. Starck, Die Urteilsverfassungsbeschwerde, in: H. Bogs (Hrsg.), Urteilsverfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht - Ein Grundrechts-Colloquium, Nomos Verl., 1999, S. 13f.; ders., Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichte, in: JZ 51. Jg., 1996, S. 1038ff.; ders., Zum Verhältnis des Bundesverfassungsgerichts zu den Fachgerichten, in: Recht und Politik, 32. Jg., 1996, S. 201ff. 以下の論稿で彼は、「憲法は、法律のための枠組みを意味する、すなわち、憲法は、完全に確定した法律上の規律を要求するのではなく、立法にただ限界を劃するにすぎない。…民主制的憲法国家における政治過程（強調は著者）が要求するのは、実質的な憲法問題は多数決に服させられるのであって、なんでもかでも憲法の解釈を通じて決定されるのではない、ということである」という。

(9) Vgl. E. Benda, in: DÖV 50. Jg., 1997, H. 4, S. 173. ベンダはまた、「本書の価値は、シュタルクが、近代憲法国家の諸々の基礎を認識する能力、それ故に、—彼が「はじめに」でみずから述べているように—、一般的に妥当するものを際立たせるという、彼の特別な能力を立証しているところにはっきりと現れている」(A. a. O., S. 174) ともいう。

(7) K. Brandt, in: DVBl., Nr. 18, 1996, S. 1067f.

(8) シュタルクの研究業績一覧につき、菟原明「現在ドイツ公法学研究資料—Ch. Starck 教授研究業績一覧（一九九二年十一月一日現在）」（大東法学第三卷第二号一九九四年二一七頁以下）、それ以降、一九九七年八月三一日現在までの彼の研究業績一覧につき、同「現在ドイツ公法学研究資料—Ch. Starck 教授研究業績一覧（二）（一九九七年八月三一日現在）」（大東法学第七卷第一号一九九七年三〇一頁以下）を参照。

(6) Vgl. Ch. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, S. 1; M. J. Roca, Eine europäische Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, in: JZ 52., 1997, S. 881ff. また、菟原明「クリスティアン・シュタルクの憲法構想について—ドイツ再統一に関する諸論稿を基礎として（二）—」（大東法学第六卷第一号、一九九六年）六頁註（6）参照。

(10) Vgl. Ch. Starck, Grundrechte, Rechtsstaat und Demokratieprinzip als Grundlagen des Verwaltungsverfahrens - Rechtsvergleichende Betrachtung, in: U. Beyerlin/W. Bothe/R. Hofmann/E.-U. Petersmann (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer Verl., 1995, S. 607. 彼はまた同頁で、私権と対比して主観的公権につき、「主観的公権とは、個人が自己の利益を追求するにつき、国家または公権力の他の担い手に一定の行動を要求する、公法によって個人に帰属する法の力 (Rechtsmacht) である。主観的公権は、法律を遵守することを行政に客観法的に義務づける、ということより以上のものである。主観的公権は、個人を法（＝権利）主体として承認し、国家に対して自立的に行動し、自己に関わる法律の遵守を要求する可能性を、この個人に与える」という。

(11) Vgl. G. Robbers (Hrsg.), Staat und Kirche in der Europäischen Staat, Nomos Verl., 1995. 本書は、ヨーロッパ連合構成諸国

家の国家教会法上の制度を比較し、検討するのに利便である。なお、シュタルクによれば、「国家教会法 (Staatskirchenrecht)」という言葉を最初に使ったのは、R. v. Mohl である。Vgl. Ch. Starck, Deutsches Staatskirchenrecht - Zur Neuauf-lage des Handbuchs des Staatskirchenrechts -, in: DVBl. 1997, S. 889. 亦、vgl. G. Robbers, Europarecht und Kirchen, S. 315 ff., in: J. Listl und D. Pison (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Duncker & Humblot 1994, Bd. I, 2. Aufl., S. 315.

- (12) ヨーロッパ統合の問題が、ヨーロッパ連合構成諸国家の憲法にどのような影響を及ぼしているか、の国別報告に、vgl. U. Batts/D. Th. Tsatros/D. Stefanou (Hrsg.), Europäische Integration und nationales Verfassungsrecht, Nomos Verl., 1995. 法規範とこれについての判決を比較し叙述することについて、マイン、ヨーロッパおよび国際的レベルでの基本権と人権とを関連づけて論ずるもの、G. Siedel, Handbuch der Grund- und Menschenrechte auf staatlicher, europäischer und universeller Ebene, Nomos Verl., 1996. 亦、vgl. Ch. Starck, Der Verfassungsstaat im Zentrum, in: Neue Züricher Zeitung v. 1. 11. 1995/Nr. 254. ユタルクは、「民主制的憲法国家の地位を、今日では、地域的諸単位と国際的な超国家的な諸組織との間に位置づけると捉えられるという。」

- (13) Vgl. Art. 6 Abs. 1 EUV. アムステルダム条約の同条項は、「連合は、自由、民主制、人権と基本的自由の尊重ならびに法治国家性という諸原則に基づく。これらの原則は、すべての構成国家に共通である。」と定める。第七条は、「構成国家による重大かつ持続的な上記原則違反に対するEUの制裁措置を定める。これによって、EUは、構成諸国家内部での自由で民主制的な憲法秩序を、ヨーロッパ・レベルで保障しようとする端緒を確定している。」これに、vgl. H. Steiger, Die rechtliche Ordnung Europas zwischen 1648 und 1792, in: H. Holzhauser (Hrsg.), Europa 1648-1998: Von Münster nach Maastricht. Symposium anlässlich des 350. Jahrestages des Westfälischen Friedens, LIT Verl., 1999, S. 23f.

- (14) ヨーロッパ諸条約により、ヨーロッパ共同体に移譲された高権は、連邦レベルで問題となるだけでなく、州の多くの管轄権、たとえば、放送法、学校法、教育法、自由な職業に関する法といった領域にも関わるが、とりわけ、ドイツ特有の制度としての「教会税法 (Kirchensteuerrecht)」にも影響を及ぼすおそれがある。この問題を論じるのに、vgl. Ch. Starck, Das deutsche Kirchensteuerrecht und Europäische Integration, in: O. Due/M. Lutter/J. Schwarz (Hrsg.), Festschrift für Ulrich Everling, Nomos Verl., 1995, S. 1427ff. 彼は、「EG法の租税規定は、教会税にただ周辺で関係をもち得るにすぎず、教会税はその実体において不可侵とされている」(A. a. O., S. 1432) という。何故なら、「教会は、国境を越える市場関心をもち、経済企業でもなければ、そのような活動をするものでもなっていないこと、EG権限が、教会に及ぶことは許されない」(A. a. O., S. 1433) からである。

- (15) 一方でシュタルクは、「ドイツ内部からだけでなく、ヨーロッパ「連合中心主義 (Unionzentralismus)」によっても、民主制的

憲法国家が脅かされるおそれがあることの指摘も忘れてはいない。この指摘につき、vgl. Ch. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, S. 5. これとの関連で、共同体法の優位と基本法の留保の問題につき、vgl. J. Isensee, Vorrang des Europarecht und deutsche Verfassungsvorbehalte, in: J. Burmeister (Hrsg.), Festschrift für Klaus Stern zum 65. Geburtstag, C. H. Beck 1997, S. 1261. イゼンゼーは、そこで、「ドイツの視点からすれば、共同体法の優位は、ドイツの諸国家機関によって、権力分割の枠内で拘束的に解釈される、最終的には連邦憲法裁判所を通じて拘束的に解釈される憲法の三重の留保（同意法律の留保、憲法の同一性の留保および基本権の留保をいう）引用者補足。これらの留保につき、a. a. O., S. 1252ff.）を通じて相対化される」という。ドイツ内部での法の中央集権化を押し進めている憲法上の要因として、連邦と州間の立法権配分（連邦の専属的立法権、競合的立法権、連邦の大綱立法権、連邦の原則立法権）、州の自己調整（例：州間契約、ヨーロッパ共同体法による中央集権化の過程、ドイツ再統一による新連邦州の旧州の法の継受、訓令による連邦法律の継受）および連邦憲法裁判所による基本権解釈（基本権を規準として州法律を統制すること）、州法律の基本権解釈による中央集権化）に言及するのは、vgl. Ch. Starck, Unitarisierung des Rechts im Bundesstaat, in: Bayerische Verfassungsgerichtshof (Hrsg.), Verfassung als Verantwortung und Verpflichtung. Festschrift zum 50-jährigen Bestehen des Bayerischen Verfassungsgerichtshof, Boorberg 1997, S. 229ff. 州の固有国家性を確保したうえで連邦国家性の改革問題につき、vgl. Ch. Starck, Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausfordert, in: JZ 54. Jg., 1999, S. 476ff. ちなみに、本稿は、基本法公布・施行五〇周年に関連して、「連邦国家性」、「議会制的統治体制」、「国家と市民（＝基本権問題）」および「ヨーロッパ連合」、さらに、「基本法の大綱的性格」を軸に、基本法がこれまで得てきた信頼性と将来へのその適性能力に関して、包括的に論じた論稿である。

- (16) Vgl. Art. 1 Abs. 3, Art. 11 ff. (共通外交、安全保障政策)、Art. 29ff. (刑事事項における警察、司法共助)、Art. 43ff. (それ以外の共助の強化) EUV in der Fassung des Vertrages von Amsterdam vom 2. 10. 1997. 共通外交、安全政策、警察・司法共助等を中心に本条約を解説するのはたかぎ、vgl. M. Pechstein/Ch. Koenig, Die Europäische Union-Die Verträge von Maastricht und Amsterdam, 2. Aufl., Mohr Siebeck 1998.

- (17) EUの法的性格を「国家結合 (Staatenverbund)」と特徴づけるように、vgl. P. M. Huber, Der Staatenverbund der Europäischen Union, in: J. Ipsen/H.-W. Rengeling/J. M. Mössner/A. Weber (Hrsg.), Verfassungsrecht im Wandel. Zum 180-jährigen Bestehens der Carl Haymanns Verlag KG, Carl Heymanns 1995, S. 357ff. ノーバーが、EUの法的性格を「法的な概念として特徴づける」とは、P. Kirchhof, Handbuch des Staatsrechts, C. F. Müller 1992, Bd. VII, § 183, Rdnr. 38が述べている。この「国家結合」という概念のもとに、EUの法的性格を論じたのは、BVerfGE 89, 155である。本判決につき、川添利幸「欧州連合の創設に関する条約の合憲性―マーストリヒト判決―」〔栗城・戸波・根森編集代表『ドイツの憲法判例』(信山社、一九九六年三

二五頁)「および西原博史「ヨーロッパ連合の創設に関する条約の合憲性—マーストリヒト判決—」(栗城・戸波・石村編集代表『ドイツの最新憲法判例』(信山社、一九九九年三三二頁))参照。

- (18) シュタルクは、ヨーロッパ共同体裁判所(EUGH)と連邦憲法裁判所との管轄権をめぐる問題と関連して、以下のようについて。「EUGHの管轄権が存在するかぎりにおいて、ドイツの最高裁判所は、もはや最終的決定権をもたない。このことは、原理的には連邦憲法裁判所にも妥当するが、しかし、同裁判所は、ドイツにおける基本権保護に関連して最終的保障者と理解されており、したがって、ドイツにおける派生的共同体法の適用に関するその裁判権をEUGHとの協力関係において行使しようとしている(註16参照)。……EUGHに期待し得ることは、個々の構成諸国家の歴史的に基礎づけられた相違を顧慮して、同裁判所が、国家の制度の保護を補完性(Art. 5 Abs. 2 und 3 EGV)と国家的同一性(Art. 6 Abs. 3 EVG)の観点のもとで承認し、平準化をあまりに性急に押し進めなからざるべし」(Ch. Starck, Das Grundgesetz nach fünfzig Jahren: bewährt und herausfordert, in: JZ 54. Jg., 1999, S. 483)と。また、vgl. J. Schwarze, Ist das Grundgesetz ein Hindernis auf dem Weg nach Europa?, in: JZ 54. Jg., 1999, S. 637 ff.

- (19) シュタルクは、ヨーロッパ連合とその構成諸国家とは、社会学的な意義におけると同様に法理論的な意義においても「制度」である、という。彼のいう「制度」の意義は、vgl. Ch. Starck, Die Flexibilität rechtlicher Institution, in: B. Nedelmann (Hrsg.), Politische Institutionen im Wandel, Obladen 1995, S. 43ff. ただし、彼は、「私は、基本権を、第一次的に人間の自律性を確保するのではなく、社会的秩序の発展的分化を促進する制度と特徴づけ、また、媒体とみなすルーマンの基本権構想(N. Luhmann, Grundrechte als Institution, Duncker & Humblot 1965, S. 14ff., 186ff.)に従うものではない」(A. a. O., S. 48, Anm. 5)と云う。

- (20) エッカーマン著、山下肇訳『ゲテとの対話(中)』(岩波文庫、一九九三年第二一刷)一〇二頁参照。ここでは、「ローマ法が、ちょうど水に潜る鴨みたいに、時に姿を隠すことはあっても、完全に消え失せることもなく、いつもふたたび元気な姿を現す生命の長いものとして、なかなかうまく取扱われているのがわかる。この折りに、わがすぐれたザヴィニーもまた、全面的な承認を与えられている」といわれる。

- (21) シュタルクが、主に比較の対象として取り上げるヨーロッパの国民国家とは、フランス、イギリスであるといえる。最近の論稿から一例を挙げれば、Ch. Starck, Grundrechte, Rechtsstaat und Demokratieprinzip als Grundlagen des Verwaltungsverfahrens - Rechtsvergleichende Betrachtung, in: U. Beyerlin/W. Bothe/R. Hofmann/E.-U. Petersmann (Hrsg.), Festschrift für Rudolf Bernhardt, Springer Verl., 1995, S. 599は、「本稿で扱われる三カ国(ドイツ、フランス、イギリス—引用者補足)すべての法秩序においては、基本権、法治国家原理および民主制原理は、明らかに憲法規定の位置にあるか、または、裁判所による法律の権威ある

解釈および適用の基礎にある一般的法原理として妥当している。ドイツとフランスにおける法治国家そしてイギリスにおける法の支配は、これら三方国のそれぞれ独自の法の歴史に依拠する。しかし、これらの原理は、同一の価値観念に根拠づけられており、そして、同じようなやり方で法秩序に作用している」という。法治国家原理が、ヨーロッパ共同体構成諸国家の根本的な組織原理であることを指摘するのな²² vgl. G. W. Hoffman, Grundrechte in Europa - braucht Europa einen Grundrechtskatalog?, Verl., Shaker 1995, S. 5. ホフマンによれば、基本法の意味での法治国家原理が議論されるべき、そのテーマとされるのは、権力分割原理、あらゆる国家行為の法律適合性の原則、個人の基本権の保障、確実性、法的安定性および信頼性の命令、比例原則、いわゆる司法上の基本権 (Justiz-Grundrechte) の保障を含む独立の裁判所による権利保護の保障そして社会的法治国家の構成要素としての社会国家原理の構成要素²³ である (A. a. O., S. 10)。²⁴ vgl. E. Benda, Der soziale Rechtsstaat, in: E. Benda/W. Maihofer/H.-J. Vogel (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2. Aufl., de Gruyter 1994, S. 725ff.

(22) Vgl. Ch. Starck, Das Christentum und die Kirche in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 31, S. 6f., Aschendorf Verl., Münster 1997.

(23) Vgl. Ch. Starck, Frieden als Staatsziel (1984) in: Der demokratische Verfassungsstaat, S. 213ff. 以下「憲法原明」「リステリアン・シユタルクの憲法構想について」ドイツ再統一に関する諸論稿を基礎として (補論) — (本誌第四卷第二号、一九九五年) 一五七頁以下参照。

(24) Vgl. Ch. Starck, Fn. 22, S. 7.

(25) 環境保護の問題に関連して、EU法のもとの環境基本権をも射程に入れて論ずるのはたとえば vgl. K. Bosselmann, Ökologische Grundrechte, Nomos Verl., 1998. また、現行基本法第20 a条の、将来の世代に対する自然的生活基盤の保護規定の実効性のなかに対する基本法改正提案として興味深いのは vgl. J. Kaufmann, M. Laukemann, L. Christina, Die Verankerung von Generationengerechtigkeit im Grundgesetz-Vorschlag für einen erneuerten Art. 20a GG, in: ZRP, 32. Jg., 1999, S. 432ff. 同論稿は、現行基本法第20 a条の核心的問題は、将来の世代に対する責任の具体的な形成が、生態的な持続性 (ökologische Nachhaltigkeit) の意義において実現され難いことにある、との認識のもとに、生態的持続性と同時にまた世代正義 (Generationengerechtigkeit) を基本法になぎ止めるための、全6項からなる詳細な第20 a条の新草案が提案されている (A. a. O., S. 434)。なお、同草案は、Nachhaltigkeit」という概念を軸に構想されているが、その理由の一端は、90年代以降、「Umweltschutz」という概念から、同概念へ向けての、社会科学分野でのパラダイムの転換が生じていることを考慮したうえでの提案であることに存する。

(26) Vgl. Ch. Starck, Der demokratische Rechtsstaat als europäische Erbe - Anfechtungen und Gefahr gegenwärtiger Entwicklung, in: Neue Züricher Zeitung v. 1. 11. 1995, Nr. 254, S. 28.

(27) Vgl. Ch. Starck, Fn. 22, S. 7f.

(28) その主たる彼の論稿として挙げらるべきは、① Ch. Starck, Getrennt marschieren, vereint siegen, in: Rheinischer Merkur v. 12. 7. 1996, Nr. 28, S. 17; ② ders., Das Christentum und die Kirche in ihrer Bedeutung für die Identität der Europäischen Union und ihrer Mitgliedstaaten, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 31, Aschendorf Verl., Münster 1997, S. 5ff. (Ⓐ) の新聞論稿をとりその詳細を展覧する); ③ ders., The Religious Origins of Public Law, in: Revue Européenne de droit public, Bd. 10, 1998, S. 621ff. (Ⓑ) の論稿の英訳); ④ ders., Die historischen Quellen der modernen Religionsfreiheit, in: Der demokratischen Verfassungsstaat, S. 364ff.; ⑤ ders., The Development of the Idea of Religious Freedom in Modern Times, in: Instituto de Investigaciones jurídicas (Hrsg.), La Libertad Religiosa. Memoria del IX Congreso Internacional de Derecho Caonico, Mexico 1996, S. 3-17 (Ⓒ) の論稿の英訳); ⑥ ders., Jus utrumque im Wandel der Zeiten, in: K. H. Kästner/K. W. Norr/K. Schlaich (Hrsg.), Festschrift für Martin Heckel zum siebenzigsten Geburtstag, Mohr Siebeck 1999, S. 275ff.; ⑦ ders., Religion and the State, in: Ch. Starck (ed.), Constitutionalism, Universalism and Democracy—a comparative analysis, Nomos Verl., 1999, S. 239ff. 以下、本稿における論稿を引用するに際しては、たゞ「Ch. Starck, Fn. 28, ① S.」と表記する。

(29) Vgl. Ch. Starck, Der demokratische Rechtsstaat als europäische Erbe. - Anfechtungen und Gefahren gegenwärtiger Entwicklungen, in: Neue Zürcher Zeitung v. 1. 11. 1995, Nr. 254, S. 28.

二 国家の世俗化と宗教および教会の自由

シュタルクは、前述したように、「国家と教会との関係」、ひいては宗教の自由の成立過程に注目することなくして、民主制的憲法国家の特徴づけは不完全であることを強調する。そうであれば、この国家と教会との関係は、ヨーロッパの歴史において、とりわけドイツの歴史において、どのように規定されてきたのであろうか。ドイツの著名な教会法学者でもある A・F・V・カムペンハウゼンは、この関係につき、一般的に承認されているような理論は今日でもないといえるが、①歴史的に初期の国家と教会の結合、②近世以降はじめて実現された国家と教会との分離 (Trennung)、それに際して、理念的事例では、国家と宗教共同体 (Religionsgesellschaft) との関係は、国家とその他の国家領域内

に存在する結社との関係とまったく同様である、③教会の公法上の地位と教会の自治を保持したうえでの国家領域と教会領域との切断 (Scheidung)、⁽³⁰⁾ というに三つの基本形式に還元され得るといふ。このような国家と教会との関係に規定されつつも、「信仰の自由および良心の自由は、近代の基本権宣言の人権上の根本的存立に属する」⁽³¹⁾ といわれる近代的な宗教の自由は、どのような道程を経て確立してきたのか、その歴史的発展と各国の展開はどうであったのか、に關して、シュタルクがどのように認識したのか、がまず最初に問われるであろう。この問題は、まさしくEU構成諸国家の多様性と共通性に関わる問題でもある。これにつき彼は、歴史的にみれば、概略以下のようにいい得るといふ。すなわち、①諸宗派の同権の保障から、②宗教上の寛容を経て、③近代的な宗教の自由の確立へ向けての平坦とはいえない難い道程が歩まれてきたのであり、それは同時に、その前提として、国家と教会との分離、世俗的事項と精神的事項との分離をともなったのであり、そして、それぞれの段階の方向転換への統御力を形成したのは、「戦争に対する嫌悪」と「平和への憧憬」⁽³²⁾ であつた、と。他方で、目を転じれば、このような道程は、法的にどのような制度化をみたのか、すなわち、国家と教会（および宗教の自由）とのせめぎあいの歴史のなかで、世俗的権威と教会の権威というそれぞれ別途の源泉から流出する両法秩序の関係はどのように捉えられるのか、まさしく「時代変化のなかでの両法」⁽³³⁾ の問題でもある。このような道程のうちには彼は、とりわけ民主制的憲法国家と関連して、なにを看取したのか、シュタルクの憲法構想を理解するための前提作業の一つとして、彼が説き、問題とするところをまずは跡づけていくことで、これを明らかにすることが課題となる（それに際し、本稿では、一般的に、宗教キリスト教の歴史とかその意義また各国での具体的発展等を問うのではない。このような作業は、いうまでもなく私の能力のおよぶところではない⁽³⁴⁾）。シュタルクは、近代的な宗教の自由の根源は、一方で聖書的・神学的な根源をもつにとどまらず、中世盛期における世俗的支配と教会との闘争のなかから形成され、発展してきた構造にもその基礎をおく、⁽³⁵⁾ といふ。それでは、この闘争のなかから形成

され、発展してきた構造とはなにか。これをも含めて、シュタルクの説くところは、大要以下のように再構成され得るであろう。

(a) 教会の世俗的支配からの解放の企図（「王権と教皇権 (regnum und sacerdotium)」の二元主義）

四世紀ローマ帝国にてその成立をみ、オットー皇帝治下で栄えた教会を世俗的支配に服させる「帝国教会制 (Reichskirchentum)」⁽³⁶⁾に対し、教会を世俗的支配の後見から解放しようとした改革運動の中心人物こそが、クリュニー派修道院の修道士ヒルデブランド、すなわち、後の教皇・グレゴリウス七世（在位期間一〇七三年—一〇八五年）であった。

彼は、教皇に選出された後、教皇の聖的・世俗的優位を求め、世俗的権力を教皇によって代表される聖的権力に服属させようとした。同教皇は、一方で聖職売買（シモニア）を禁止し、聖職独身制（ニコライ主義の拒否）を勧奨し、他方で国王に対するローマの権威を優位させることで、世俗権力に対してと同時に、教会組織内部における教皇の優位性を確立しようとした。⁽³⁸⁾ その主要な梃子とされたのが、とりわけ即位後の一〇七五年に公布された「教皇令 (dictatus Papae)」⁽³⁹⁾、別名「教皇令二七条」であった。ここでは、この教皇令二七条のうちH・J・バーマンが言及する諸条項を見ておこう。何故なら、シュタルクは、グレゴリウス七世のこの教皇改革につき、H・J・バーマンの説くところに基本的に依拠しているからである。

教皇令第一　ローマ教会は、主 (Herr) によってのみ基礎づけられた。

第二　ローマ司教のみが、全世界的 (ökumenisch) であると呼ばれる資格を有する。

第三　彼のみが、諸司教を罷免し、かつ、再任できる。

第四　(a) 彼の使節は、たとえ位階が下位であろうとも、教会会議においては全司教に優位し、かつ、(b) 全司教

「民主制的憲法国家」の基礎としての「宗教」の役割

に対する罷免判決を宣告することができる。

第七 (a) 彼(教皇)にのみ、その都度必要に応じて、新法を公布することが帰属する。

第九 教皇に対してのみ、すべての君主はその足に口づけすべきである。

第一〇 彼の名のためにのみ、教会ではとりなされるべきである。

第一二 彼は、皇帝を廃位する権利を有する。

第一六 いかなる教会会議も、彼の命令なくしては、汎教会会議と称されることがあってはならない。

第一七 いかなる章、またいかなる書物といえども、彼の認可なく教会法として適用され得ない。

第一八 彼の決定は、何人によっても覆され得ないが、しかし、彼は、すべての他の者の決定を覆すことができる。

第二一 すべての教会の比較的重要な事項は、彼(教皇座)に移送されねばならない。

第二七 彼は、不正な者の臣下を、その忠誠宣誓から免除することができる。

ここに見られるのは、一方で教会内部における教皇の地位の首位性を、他方で世俗的支配に対する教皇の優位性をめざす教皇の政策である。⁽⁴¹⁾ R・ツイペリウスは、これを、「この教皇令では、—後に初めて成立した概念を用いるとすれば—主権性の諸要求(Souveränitätsansprüche)が定式化されている」、⁽⁴²⁾ という。シュタルクは、教皇グレゴリウス七世によるこのような主権性要求を、H・J・バーマンにならって、「革命」と捉える、⁽⁴³⁾ それも、「西洋の最初の革命は、ひとりの人間の内面で勃発した」、⁽⁴⁴⁾ と。

しかし、この教皇革命は、必ずしも成功裡に終わったというわけではなく、「叙任権闘争」⁽⁴⁵⁾ を通じて、ドイツ皇帝との首位権(Oberherrschaft)をめぐる争いへと発展していったが、それにも拘わらず、この革命は、革命というに値

する成果をみた、とシュタルクは評価する。これらの成果について彼は、相互に密接不可分に関連する以下の諸点を挙げる。①教皇および教会は、世俗的支配から独立し、聖職位階制 (Hierarchie) および教会独自の法秩序すなわち教会法 (カノン法) のうちに現出した、個別のヨーロッパの王権を超える高度の組織的堅牢さを得たことであり、これによって、キリストに遡る「教会の自由 (libertas ecclesiae)」の世俗的土台が創設された。⁽⁴⁶⁾ ②一方で、これまでの皇帝教皇主義を廃止するとともに、他方で聖と俗の二元主義、すなわち、直接神となる要求を世俗的支配から剝奪し、この要求を教会のために主張し、貫徹しようとした。当時、教会と世俗的支配との厳格な分離を惹起することはなかったにせよ、この二元主義こそが、⁽⁴⁷⁾ 教会は、立法、法律を執行するための行政位階制と裁治権をもつとともに、教会法のうちに法学の合理的体系性を創造することで、自らのため近代国家を先取りした組織を構築することを可能としたのであった。⁽⁴⁸⁾

③世俗法 (ローマ法) と教会法という両法 (ius utrumque = beides Recht) 構想に現れている世俗法と教会法との分離は、世俗的支配と教会との分離の実効的な基礎を意味しており、後の国家と宗教との分離の基礎として、また、近代の宗教の自由の基礎として、機能することとなり得た。⁽⁴⁹⁾ ④この点に、民主制的憲法国家の「寛容 (Liberalität)」は、本質的な源をもち、近代的な宗教の自由の発展において、民主制的憲法国家という概念と現実性とが創出されることとなった。⁽⁵⁰⁾

これらの成果を規定する特質は、教会と国家との完全な一体性 (Einheit) を拒否することにより、教会と国家の分離、国家の世俗化を追求することであった、と理解することができる。ここには、まさしく、「(カトリック) 教会対世俗的支配」の対抗という二元論の構図が見て取れる。これは、世俗的権力と聖的権威という「権力分割 (Gewaltenteilung)」論を描出しているといえよう。その意味では、シュタルクのいう「民主制的憲法国家」を支える最も重要な組織原理である、「権力分割」論構想の制度的表現が先駆的に表現されている。それが故に、シュタルクは、

「民主制的憲法国家」の基礎としての「宗教」の役割

このグレゴリウス七世の教皇革命は、国家と宗教（教会）の分離と近代的な宗教の自由にとって、ルター(51)の宗教改革以上に重要な意味をもつ、と特徴づけた。何故なら、「ルター(51)の宗教改革は、『革命以前の』古い一体性思考に傾斜しており、この一体性思考を首長（*summus episcopus*）のうちに復活しており、これを三〇〇年以上の間、固定化した」からであった。

(b) 宗派の同権化

一六世紀前半の宗教改革は、各国各様の形態を採りつつも、数十年の間に、ヨーロッパの像を根本的に変えたといわれる。⁽⁵³⁾ 宗教改革によって惹起されたのは、いうまでもなくエヴァンゲリシュ（以下、福音主義と表記する）・新教対カトリック・旧教との間の信仰の分裂であり（もっとも、新教自体のなかでも、ルター派対カルヴァン派等とが対立していた）、それと同時に、カノン法との関係を絶ち、カノン法に一切の拘束性を否認することであった。⁽⁵⁴⁾ ルターの盟友メランヒトンの手になるといわれる「アウクスブルクの信条」（ルター主義の告白、一五三〇年⁽⁵⁵⁾）を支持する帝国諸身分は、シュマルカルデン同盟（一五三一年⁽⁵⁶⁾）に結集し、他方、旧教を支持する反宗教改革勢力は、トリエント公会議（一五四五年—一五六三年⁽⁵⁷⁾）に結集して、相対抗したが、ついにはこの両者の対立は、武力闘争（シュマルカルデン戦争一五四六年—一五四七年）へとも発展していった。この両者の闘争に決着をつけるべく締結されたのが、かの「アウクスブルクの宗教和議（*Augsburger Religionsfriede*）」（一五五五年）であった。⁽⁵⁸⁾

この和議は、確かに、カトリックと「アウクスブルクの信条」に加わった福音主義派の帝国法上の同権性を定めはしたが、しかし、カルヴァン派やパプテスト派等の諸宗派は、この同権性からはなお排除されたままであった。それでは、この和議でカトリックと福音主義派両者の同権性以外に、なにが確定されたのか。それは、主として以下のことである。

①信仰の自由の選択は、帝国諸身分にのみ保障され、②それぞれの領邦には、一つの宗教だけが支配する、すなわち、領邦君主は、その領土内で一つの宗派を優遇される宗派として決定する権利＝「改革権 (jus reformandi)」を与えられ、その臣民の宗派を法的拘束力をもって確定する権利をもつ。そして、それ以外の宗派の信者には、領邦外への「移住権 (jus emigrandi)」が認められた。⁽⁵⁹⁾ それ故に、③これらの確定事項から判断すれば、この和議は、属地主義すなわち「領邦が属している人に、宗教もまた属する (cuius regio eius religio = Wessen Land, dessen Glaube / Zu wessen Herrschaft man gehört, dessen Konfession muß man teilen)」の原則と、「カトリックおよび福音主義派両派の同権化の原則、という二つの原則からなっている」と捉えることができる。⁽⁶⁰⁾ シュタルクもいうように、要するに、帝国諸身分は、ローマ・カトリックと、アウクスブルク信条間で選択をなし得るにすぎない、⁽⁶¹⁾ ということであつた。したがって、その意味では、この和議は、両派の妥協の産物と位置づけられるのであり、その目標は、領邦ごとの宗教的完結性の樹立であつた。

シュタルクは、以上のことを背景にして、宗教改革の意義を総括的に以下のように捉える。この宗教改革をめぐる争いのなかで、一方で、福音主義の領邦では、領邦君主の人格のうちに、教会と世俗的支配との一体化を実現した。この一体性からの帰結の一つである福音主義的領邦での教会法の妥当根拠は、「国家の法定立高権ではなくて、領邦君主の教会権力であつた。それ故、二重の人格 (duplex persona) としての領邦君主は、一方で、その世俗的法定立権力を使用することで、国家の教会法を公布するか、または、カノン法を世俗的法へと改変する (たとえば、婚姻法) ⁽⁶²⁾ ことができ、そして他方で、その領邦教会の最高司教としてカノン法を公布し、または承認することができたのである」と。他方で、教皇制度と国際的なカトリックの聖職位階性の存続は、カトリックの君主が、ドイツでは形式上は福音主義の領邦君主と同一の地位を占めることを妨げる結果となつた。したがって、一般的にいえば、「権力分割的な、それどこ

るか両頭政治的に作用する世俗的なものと宗教的なものの二元主義は、いまや領邦君主の二重人格に縮減された」ことからすれば、宗教改革は、国家と教会との分離にとっては、例外なく不利に作用したといひ得よう。確かに、カトリック教会と国家との間には、なお二元主義の存続がみられはしたが、だが、宗教改革は、カトリック対福音主義の対抗関係の展開過程のなかで、「信仰の自由の最初の萌芽」⁽⁶³⁾を創出しもしたのであった。

(c) 同権化の拡大と寛容の開始

もつとも恐るべき戦争の一つであった宗教戦争に終止符を打った一六四八年のヴェストファリア条約⁽⁶⁵⁾は、「パッサウ条約とアウクスブルクの宗教和議の確認」を規定したArt. V §1 IPO⁽⁶⁶⁾にみられるように、アウクスブルクの宗教和議ですでに確定されていた国家教会法上の状況を確認したものでしかなかった⁽⁶⁷⁾。とはいえ、それは、「公論と統治者に宗教問題につき新たな立場をとるよう強いるものであった」⁽⁶⁸⁾というだけではなく、また、同条約の中心的機能は、ヨーロッパに、とりわけドイツとその周辺に平和を樹立することにこそあった⁽⁶⁹⁾。それと同時に、この平和樹立機能を支える土台となった国民国家の発展史から見れば、同条約は、近世ヨーロッパの誕生の時をしるすものでもあった⁽⁷⁰⁾。それでは、この条約において、具体的に宗教事項に関してどのようなことが確定されたのか、また、それを、シュタルクは、どのように評価したのであろうか。

前述したようにアウクスブルクの宗教和議が、カトリックと福音主義派との同権化を果たしたとすれば、本条約で確定されたことは、まず第一に、「信教の自由の最初の萌芽」といふべき同権化が、Art. VII §1 IPO⁽⁷¹⁾の定めるところにより改革派（カルヴァン派）に対しても拡大され、これに改革権（*ius reformandi*）も帰属することとなり、カルヴァン派が第三の宗教当事者として承認されることとなった、ということである。したがって、いうまでもなく、本条約では

それ以外の宗派は、Art. VII §2 IPOの規定からすれば、⁽⁷²⁾同権化の埒外におかれたままであった。ついで、Art. V §30-32 IPOに従って、自己の服する領邦支配者とは、別の信仰を有する臣民は、基準年とされた一六二四年一月一日（これはまた、教会財産の帰属の基準年でもあった）に行使していた自己の宗教を、その後も行使することが許された。それ以外の者に対しては、移住権が保障されたが、その者が移住権を行使せず、自己の信仰を宗派とする領邦に移住しないばあいでも、Art. VII §34 IPOの規定にもとづき「寛容である」と（*patienter tolerantur*）が要請され、その者に対して、「良心の自由（*conscientia libera* = *Gewissensfreiheit*）」の名において、自己の家庭で礼拝を行い（また、いくつかの家族によって家庭での礼拝は共同で行われ、その際、外部から聖職者が招聘されることもあった）、隣邦において自己の信仰を公けに告白すること、等々が許され、市民法上の地位においても差別されてはならない、とされた。しかし、個人の宗教の自由の核心をなすともいうべき「個人の信仰の自由」は、同条約では、いみじくも「良心の自由」と表現されることで、あくまでも宗教上の事項を決定する主体は、領邦支配者であるとする体制の存続が保持されている、といえよう。とはいえ、三つの宗派の信者にのみ限定されているとはいえ、帝国法上承認された「良心の自由」を保護するための「寛容」は、領邦支配者の宗教高権に制限を課す側面をあわせもったことからすれば、確かにそれは、「個人の宗教の自由の最初の萌芽」⁽⁷⁴⁾を意味する、と捉えることも可能であろう。⁽⁷⁵⁾しかし、以上のことをふまえたうえで、シユタルクは、ヴェストファリア条約は、宗教の自由との関連で何をもたらしたのかにつき、これを、「信仰の分裂は、宗教の自由を直接もたらすことはなかった。むしろ、まったくプラクティカルに帝国法上の宗派の同権性を通じて、ただ領邦君主の既存の権力地位が承認されたにすぎず、また、領邦水準では、支配と宗教の一体性が保持され、保障されただけであった」⁽⁷⁶⁾と総括した。

ちなみに、無い物ねだりの感は否めないが、B・ピールロートは、ヴェストファリア条約の宗教の自由を、現行ボン

基本法で測定すればざっと見て、以下一〇の欠損があるという。⁽⁷⁷⁾ すなわち、ヴェストファリア条約の宗教の自由は、(i) 自明のことながら、世界観の自由とは関係ない、(ii) 諸宗教のうちただキリスト教にのみかかわる、(iii) カトリックとプロテスタントに制限される、(iv) その際に、改宗者は、一六二四年以後は保護領域からはずれる、(v) かつ、保護領域内部において、さらに公の宗教活動 (Religionsausübung) と私の宗教活動の間で区別がなされた。(vi) 領邦内の法廷 (das forum internum) のみが保護されたにすぎず、領邦外の法廷 (das forum externum) まだが保護されたのではない。(vii) 自宅での礼拝の保障は、たんに訴え (Appell) とみなされたにすぎず、法義務ともみなされなかったし、そして、(viii) それに応じた状態にあった保障の範囲は、広範囲におよぶ例外を通じて、ことにハプスブルクの世襲領地にとって、縮減された。(ix) 帝室宮廷法院と帝室裁判所による権利保護は、当然に今日の基準からすれば雲泥の隔たりがあったし、そして、(x) 最後に、差別禁止は、移住を強いられることから保護されなかった。

(d) 宗教的寛容論の確立へ向けて

信仰の分裂と宗教戦争の体験から帰結したことは、ドイツの、とりわけプロイセンの領邦君主にとってその主要な国家目的は、領邦内で諸宗派 (カトリック、ルター、カルヴァン各派) の平和的共生 (Zusammenleben) を図り、それによって領邦内に平和を産み出し、領邦を経済的・軍事的・文化的に発展させることであり、それ故に、宗教自体からの関心の後退であった。⁽⁷⁸⁾ その梃子の一つになったのが、きわめて制限されたものであったとはいえ、近代の意味での宗教の自由へ向けての萌芽ともいうべき、ヴェストファリア条約が規定した良心の自由を保護するための「寛容」⁽⁷⁹⁾ の拡大、深化であった。⁽⁸⁰⁾ 他方で、宗教の自由の理念は、(ドイツ・プロイセンでも) 一八世紀には啓蒙哲学により、個人をその中核に位置づける基礎づけをみることとなる。⁽⁸¹⁾

それでは、この「寛容」政策は、プロイセンにおいて法的に見てどのように具体化されていったのか。⁽⁸²⁾ ①啓蒙専制君主と称されるフリードリッヒ・ヴィルヘルム二世（＝フリードリッヒ大王）治下で公布された一七八八年の宗教勅令（Religionsedikt）は、その第二条で、いわゆる三派以外の比較的小規模のキリスト教宗派（たとえば、メノナイト派、パプテスト派）や諸セクトに対しても寛容であることを求めた。⁽⁸³⁾ この宗教勅令の寛容を超えるさらなる発展は、②一七九四年プロイセン一般ラント法第二部第十一章「教会および宗教共同体の権利と義務について（Von Rechten und Pflichten der Kirchen und geistlichen Gesellschaften）」において、個人の宗教の自由領域に関して見られる。⁽⁸⁴⁾ すなわち、同章「一般原則」第一条は、「神および神の事績、信仰、そして、内面的な礼拝に関する邦（Staat）住民のもつ諸概念は、法で強制される（Zwangsgesetzen）対象とはなり得ない。」ことを前提として、その第二条では、領邦内の全住民に対し、完全な信仰の自由と良心の自由とが保障される。すなわち、「領邦内の全住民に、完全な信仰の自由と良心の自由が承認されねばならない。」と。さらに、その第三条では、「何人も、宗教問題におけるその私的意見に関し、邦の指図を受け入れる義務（schuldig）を負わない。」と。⁽⁸⁵⁾ たしかに、これらの条項に見られる個人の信仰なり、良心の自由の保障は、近代的な宗教の自由と一見すれば、遜色なきがごとくの様相を帯びてはいる。しかし、同法が前提する国家は、宗教上中立である国家ではなく、カムペンハウゼンもいうように、「いうまでもなく、いかなる国家と教会との分離も支配していない。自由主義的な、その限りにおいて近代的な宗教政策は、教会そのものにも及んではない。教会は、国家の監督と指導に服し続けた。一九世紀にいたるまで、プロイセン国家も国家の教会高権を行使していた」⁽⁸⁶⁾ ことからすれば、領邦君主を頂点にいたく国家教会制をとる国家であり、これらの条項に見られる個人の信仰なり、良心の自由の保障は、この国家体制の下で承認された自由であった。それ故に、それは、領邦君主による「寛容」の結果として承認された自由でしかなく、いまだ近代的な意味での自由権としての保障ではなかった、⁽⁸⁷⁾ といえる。

それでは、プロイセンで、このような宗教的寛容が高度の発展をみた理由は何か。A・デブウスもいうように、宗教的寛容の時代は同時にまた、まさに「他宗派の信者との交際のなかで、寛容をめぐる、絶えず入れ替わる前進と後退と結びついた粘り強い争闘の間に、ヨーロッパは啓蒙の時代に突入した。啓蒙と結びついた――また国政上の――哲学の代弁者は、精神の自由に、すなわち、個人の良心の自由および信仰の自由や、もはやたんに倫理の命ずるところとしてではなく、理性の、合理主義の命ずるところとして現れる多元的主義的な寛容に、高い価値を認め⁽⁸⁸⁾」啓蒙の時代でもあった。プロイセン、とりわけフリードリッヒ・ヴィルヘルム二世治下のプロイセン⁽⁹⁰⁾では、プロイセン一般ラント法第二部第十一章第一三条「すべての教会共同体は、その構成員に神格に対する畏敬の念、法律に対する服従、邦に対する忠誠および他の市民に対する倫理的に善なる志操を起こさせることを義務づけられる。」の規定にもみられるように、宗教問題は、宗教戦争の争闘の結果としての宗派の同権化といった問題を離れて、邦（＝国家）に忠誠な良き市民をいかにして形成し得るかという点に重点は既に移行していたといえよう。まさに、プロイセンでは他にみられないほど高度の寛容が展開された根拠は、邦（＝国家）へ服従する良き市民でありさえすれば、彼がどのような宗派に属するかは、「平和的共生」の観点からしても、問われることはない、という点にあった。

この「寛容」は、既述したように、啓蒙思想を背景に説かれる。この事態を明瞭に示す一例として、ディルタイは、カントの言によりつつ、啓蒙専制君主フリードリッヒ・ヴィルヘルム二世について以下のようにいう。「『宗教については人民に何の指図もせず、完全に自由にすることを義務と考えるという言葉にふさわしく、自ら寛容というような高慢な名を用いることを断っている君主は、自身啓蒙された者で、はじめて人類を未成年状態から、少なくとも政府の側からするそれから脱却させ、各人の良心に関するすべてのものにおいて自身の理性を自由に用いさせる者として、同時代ならびに後世から感謝の念をもって賞賛されるに値する者である。』思想の自由は国家の安寧や統一にとってなんら恐

るべきものでないということ、彼はすべての国の政府に対し実例をもって初めて示したのである。世界のあらゆる方面から、『理屈をいうな！』という叫びが聞こえてくる。ところが、世界中でただ一人の君主だけが知っている、『好きだけ、また好きなことについて論議せよ、ただし服従はせよ！』と。⁽⁹¹⁾ここに、まさしく国家の脱宗派化＝世俗化の強力な進展が、良き市民として国家に服従しさえすればよしとする「寛容」の思想の進展が、看取され得るであろう。

この啓蒙の精神に満たされた時代は、プロイセン一般ラント法にもみられるように、「寛容」の享受主体として、「個人」が不十分ながらもその法的地位を獲得した時代でもあった。この個人の法的地位を政治哲学上根拠づけたのが、自然法（＝権）論でもあった。シュタルクはいう。「国家契約論によれば、個人は、自己の宗教上の自由を、自然権として留保したのであって、支配に委ねたのではなかった。したがって、政府（Obrigkeit）は、宗教を決定する権利をもつのではなく（Jus reformandi）、それを寛容する義務を負う（officium tolerandi）」⁽⁹²⁾と。啓蒙期政治哲学においてすでに、宗教の自由は個人の権利と理解され、それは、国家に対してだけでなく、教会に対してもこの自由を保持するとされるが、ここで前提とされている「個人」とは、いうまでもなく、反キリスト者としての個人ではなく、宗教改革の経過のなかで自覚されてきたキリスト教のうちに根拠をもつ個人、神学上の個人主義にもとづく、「神と契約しているもの」としての個人である。⁽⁹³⁾

この寛容する義務を負う政府（＝邦）の国家責務（Staatsaufgaben）とは何か。それは、まず第一に、国家の世俗化＝脱宗派化を企図することで、国家のうちに、とりわけ「寛容」を媒介として、「平和」を確保することである。シュタルクはいう。「宗教改革における信仰分裂と、その後のいっそうの宗派とセクトの扇状的展開は、個々の国家において区々に進行した長期にわたる経過のなかで、世俗的支配と宗教との一体性を解体した。市民のもとに平和を保障しなければならぬ国家は、結局は宗教的寛容を、自ら司どられ、市民間に保障することを強いられた。国家の平和配

慮は、容易化され、結局は信仰分裂の哲学的所産である啓蒙を通じてはじめて可能となった。宗教上の信仰告白の啓蒙による相対化は、同時にこの信仰告白を内面化し、国家責務を世俗化した⁽⁹⁴⁾」、と。また、シュタルクは、この「寛容」の前提条件として以下にもいう。「信仰の分裂後、国家の支配と宗教の一体性を堅持することが追求された。この一体性にもとづいて、宗教戦争の体験後また啓蒙の成果として寛容の思想が貫徹された。寛容が、国家と、国家のそれとは異なる信仰をもつ者 (Andersgläubige) との関係を支配すべきとされた。それ自体宗教の真理要求と結合していた国家は、国家のそれとは異なる信仰をもつ者に対して、この「寛容」を義務づけられた。国家の寛容は、国家教会制を前提とする。国家の寛容は、いわば、国家が法上占めねばならない宗教上の地位を前提している。真理要求ぬきに寛容はなかった!⁽⁹⁵⁾」、と。ついで、第二の国家責務として彼が言及するのは、「啓蒙の観念界では、もはや宗派の保護は問題外であり、むしろ、『絶対主義』国家においては、臣民の信仰と良心を宗派から保護する」ということである⁽⁹⁶⁾。このように、国家責務もしくはは国家目的を世俗的事項に限定することで、国家は、宗派的利害を乗り越えていき、宗教事項を個人の信仰または良心の問題とする「寛容」の保障から、これを「基本権」の保障の問題とする可能性をもつこととなる。そこからまたシュタルクは、「国家の一般的な宗教法は、世俗的な枠組み秩序と化し、そこにおいて、個人の宗教の自由とその宗教制度すなわち教会の自由は、発展し得る⁽⁹⁷⁾」、という国家の宗教法レベルでの帰結も導出した。

(e) 寛容の保障から宗教の自由の保障 (ヴァイマル憲法、ボン基本法) へ

宗教上中立な国家⁽⁹⁸⁾において宗教の自由の保障は保障される⁽⁹⁹⁾、とすれば、ドイツにおいて、前述の「寛容」の保障から宗教の自由の保障への移行は、一九一八年十一月革命後のヴァイマル憲法の成立をまたねばならなかった。何故なら、いわゆるビスマルクの対カトリック教会との文化闘争後⁽¹⁰⁰⁾、宗教の自由はすでに確定的となったといわれるとしても、領

邦君主制を崩壊させ、領邦君主を教会の「最高監督者」であると同時に「首長」とする領邦教会制＝国家教会制を廃することにより、宗教上中立な国家、脱宗教化した世俗的国家を（憲法）法上実現したものが、このヴァイマル憲法であったからである。⁽¹⁰¹⁾ もっとも、すでに現実には、M・ヘッケルもいうように、⁽¹⁰²⁾ 「旧来の国家教会制は、宗派的な住民の混合、個人の宗教の自由、宗派の同格、国家理念、国家目標および国家機能の啓蒙化された世俗化、しかしまた、カトリシズムの宗教的革新とプロテスタンティズムの覚醒運動に直面して、もはや維持され得難かった」状況に陥ってはいたのであった。

それでは、ヴァイマル憲法による個人的なまた集合的な宗教の自由（＝教会の自由）の確立にいたる、ドイツにおけるその前史につきシュタルクが説くところをまずはみておこう。⁽¹⁰³⁾ ここでも、その先陣をきったのは、プロイセンである。①一八四八年三月革命の法的確認ともいうべき、一八四九年フランクフルト憲法は、ドイツ国民の基本権として、とりわけその第一四四條―第一五〇條で、個人の信仰および良心の自由の完全な保障を、また、消極的・積極的な宗教の自由や宗教上の信仰告白を理由とする市民的・公民的権利の差別的取り扱いの禁止を保障し、さらには宗教共同体の法的地位に関して、第一四七條第二項で国家教会制の廃止をも定めていた。⁽¹⁰⁴⁾ もっとも、周知のように、同憲法は施行されることはなかった。しかし、自由主義の精神が、国家と教会の関係をも捕捉し、その理念は、各ランクトの憲法や個別法において現実化されはじめたのであった。⁽¹⁰⁵⁾ ②一八五〇年プロイセン憲法は、第一二條ないし第一九條で、フランクフルト憲法の宗教条項を基本的に受け継いだが、他方で、フランクフルト憲法には存在しなかった宗教団体に対する特例措置（第一三條）を新たに規定し、また、国家教会制の廃止を否認する規定（第一四條）も存在した。③プロイセン以外の邦での信仰告白の同権化は、結局は一八六九年北ドイツ同盟の市民的・公民的關係における宗派の同権に関する法律で導入された。さらに同法は、基本権保障規定をもつものではないが、一八七一年のドイツ帝国憲法が、北ドイツ同

盟の名において、同盟の領域で妥当する法を保護する（前文）ということによって、帝国法として継続して妥当することとなった。しかし、フランクフルト憲法以外の施行された以上の諸法にあっては、個人の宗教上の自由の保障は確保されたにせよ、未だいわゆる国家教会制の廃止を定めるにはいたらなかった。⁽¹⁰⁶⁾この国家教会制の廃止が、完全な宗教の自由の保障の前提であるとすれば、これは、ドイツでは一九一八年以降にはじめて存在することとなる。

一九一九年ヴァイマル憲法は、その第一三五条ないし第一四一条で、宗教の自由および国家と教会との関係について規定した。条文にそっていえば、第一に、ドイツ憲法史上はじめて国家教会制を廃止するにいたった（第一三七条第一項）、⁽¹⁰⁷⁾第二に、近代的な意味での宗教の自由を三つのレベルで完全に保障した、すなわち、信仰告白の自由（第一三五条第一文）、宗教活動の自由または儀式の自由（第一三七条第二文）、宗教団体結成の自由（第一三七条第二項）およびその活動の自由（第一三七条第二項以下）等を保障した。⁽¹⁰⁸⁾ヴァイマル憲法のこれらの条項のうち、第一三六―第一三九および第一四一条は、現行基本法第一四〇条で、「基本法の構成部分」をなすことが確認され、現行基本法に引き継がれたことにより、現在も引き続き拘束力をもつ（信仰・良心の自由については、基本法第四条がこれを規定する。なお、第一四一条のいわゆる「ブレーメン条項」もみよ）。R・ツイペリウスは、ヴァイマル憲法下での―基本法下でも拘束力をもつ―国家教会法上の基本原則を以下五点に要約する。⁽¹⁰⁹⁾すなわち、①国家は、宗教上、世界観上中立である（参照：第一二五、第一二六、第一三七条）。②一定の権利―たとえば、徴税権―また公法上の雇用関係を基礎づける権利―が、公法上の団体であるような宗教共同体に留保される（第一三七条第五項）。③公法上の団体である宗教共同体は、州法上の（landesrechtlich）基準に従い徴税をなし得る（第一三七条第六項）。④カトリック教会の学校政策上の要請は、ヴァイマル憲法ではただ部分的に実現されたにすぎなかった（第一四七条、第一四九条）。⑤ヴァイマル憲法第一三七条第三項によれば、各宗教団体は、その事務を独立してすべての人に適用される一般法律の制約内において

処理し、管理する権利またその職務を国家または市民的自治体の協力を受けることなく賦与する権利を有する（教会の自治権の保障）。このような特徴をもつ、基本法に受容されたヴァイマル憲法の国家教会条項は、M・ヘッケルのいうように、すでにフランクフルト憲法（一八四九年）やプロイセン憲法（一八五〇年）のうちに、将来を指し示す定式化を見出していたのであった。⁽¹¹¹⁾

(f) 国家の宗教的中立性からの帰結

ヴァイマル憲法が確定し、現行基本法に受け継がれた国家の宗教上の中立性、別言すれば、世俗化された国家は、宗教共同体（＝教会）とどのような関係を取り結ぶこととなったか。⁽¹¹²⁾ 既述したように、宗教上中立な国家においては、もはや宗教的事項は国家責務（Staatsaufgaben）には属さず、寛容は宗教の自由へと同化され、宗教の自由によって克服されると同時に保持される。このような、個人の宗教の自由レベルでの、国家により容認された寛容から、宗教上中立の国家により保障される宗教の自由へのパラダイムの転換は、シュタルクによって、国家と教会との関係レベルに関しては、以下のように捉えられているといえる。⁽¹¹³⁾ ①まず第一に、国家は、国家の中立性からして、もはや国家秩序に服する人々の宗教上の欲求を内容上配慮してはならず、どのような宗教上の地位をも占めることはない。それ故に、宗教は、公序を理由として宗教の自由を法律上規律すること（もちろん、「すべての人に適用される一般法律」であることが必要である）が問題とならないかぎり、それは、基本権上保障され、国家責務の圏域から切り離される。とはいえ、②第二に、宗教的事項の私事化・個人化は、個人の宗教的欲求を充足するに必要な複合的制度的土台＝自律的な宗教的諸制度を必要とする。しかし、このような制度的土台は、宗教共同体によってのみ保持され得るか、創設され得るのであって、近代の世界観的に中立な国家は、これをなし得ない。国家の宗教的中立性の必要性から、この自律的な宗教制

度の存在に対する国家の客観的関心が生じる。宗教的関心事は、公的関心事となる。それ故に、③国家は、宗教の自由を保障するだけではなく、教会と国家との距離のあり方をも規律しなければならない。(とりわけ現)ドイツでは、アメリカ合衆国やフランス等の国家とは異なり、この距離のあり方は、国家と宗教共同体との「友好的分離」(die freundliche Trennung von Kirche und Staat)⁽¹⁴⁾として構成されている。この友好的分離は、具体的には以下の諸点を媒介して現れる。(i) 教会と宗教共同体に対する団体の地位の承認およびこれと関連して、すべての人に適用される法律の枠内での自治の保障を通じて、(ii) その構成員から税を徴収するという、国家によって支えられている教会の権能を通じて、⁽¹⁴⁾(iii) 軍隊、病院、刑事施設といった公法上の制度において、もしそのための必要があるとき、一切の強制なしに宗教上の行為を行うことの教会に対する承認を通じて、(iv) 国家と宗教共同体の間の共通の関心事の問題を、契約で規律することを可能にすることを通じて、(v) 公立学校での正規の学科目としての宗教教育の保障を通じて、その際、教会は、宗教教育の内容を規定するが、しかし、これを受けまたは参加することをだれも強制されない、(v) 大学の宗派拘束的な神学部の保障を通じて、⁽¹⁵⁾である。

(g) 総括

以上、個人の基本権としての宗教の自由またその集合的権利である教会の自由の確立過程を概観してきた。シュタルクは、そこからいったいどのような帰結を総括的に導き出したのであろうか。その第一は、個人の宗教の自由また教会の自由の確立史は、一方で聖的権力(権威)と世俗的権力(権威)の分割を通じて、国家の宗教的中立性を追求する歴史でもあった。その結果、「平和」を確保し、維持することこそが、世俗化された国家に課されたその第一の責務^{II} 国家目標とみなされたのである。これを実現するための国家の責務につき、シュタルクいう。「諸宗教や宗教上の諸制

度に照らしてみれば、国家の責務は二重である。国家は、それらの活動 (Wirksamkeit) を保障し、容易にする、そして、宗教上の諸制度が、その働き (Wirken) を通じて、国家がその法秩序を通じて確保しなければならない平和を脅かさないように監視する。国家の平和秩序は、宗教上の諸制度に対して、法的枠組み秩序として作用し、そして、基本権教義学的にいえば、宗教の自由を制限するものとして作用する。……何故なら、宗教上の内戦の結果は、世俗的権力に、そうしてまた基本権に拘束される憲法国家に、国内平和を確保する責務を増大させたからである。そのかぎりにおいて、国家とその世俗的法は、教会に優位する⁽¹¹⁶⁾、と。したがって、世俗的法たる国家法は、宗教上の個人の自由や教会の自由の行使が「平和」を脅かさないかぎり、宗教事項に関するカノン法 (教会法) に関与することは許されない。そうであれば、この点に、同一の人間・同一の生活事象を対象とする法秩序であるとはいえ、聖と俗の法的権力 (権威) の区別による分割論、権威・権力の分割論 (権力分割論の人間学的基礎については、後述三(a)を見よ) の基礎づけが、世俗国家の権力限界論・抑制論が看取され得るであろう。⁽¹¹⁷⁾

第二に、他方で、基本権としての個人の宗教上の自由保障の歴史は、個人の宗教上の私的領域に対する世俗的国家 (あるいは宗教共同体≡教会) の権力行使を、いかにして限界づけるかの確立史でもあった。そうであれば、この点に権利と権力 (権威) との観点からする領域的な権限分割論が看取され得よう (基本権論の人間学的基礎については、後述三(b)を見よ)。ここでも、人権論からする個人の宗教上の権利による、国家権力または教会権力の制限・抑制の論理が洞察され得る。この第一、第二の両者あいまって、はじめて「平和」を確保すべき宗教的に中立の国家 (これは、また民主制的憲法国家でもある) は、構成され得るのである。そこでは、一方で、世俗的権力、とりわけ一般法律の側からする宗教共同体へのコントロールが行われることにより、他方で、宗教的・形而上的観点からする世俗的権力に対する批判、コントロールが行われることにより、権力抑制の論理が作動するよう構想されているといえよう。宗教的に中

立憲国家体制（＝民主制憲国家）において、世俗的国家法と教会法という「両法」が果たすべき役割に関するシュタルクの総括をもって、本章を締めくくりにしよう。「世俗的法は、平和を確保し、人権を保障し、そして、社会的調整を配慮することによって、正義のために尽力すべきである。教会法は、国家の自由保障の枠内で、とりわけ国家の規律になじまない領域で発展する。したがって、両つの法秩序の二元主義は、それ自体正義の命令を履行するものである。」⁽¹⁸⁾

註

- (30) Vgl. Axel Freiherr von Campenhausen, Staatskirchenrecht, 3. Aufl., C. H. Beck 1996, S. 2; ders., Religionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts (HStR), C. F. Müller 1989, Bd. VI, §136, S. 372ff.
- (31) Vgl. v. Mangoldt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 4. Aufl., Verl., Franz Vahlen 1999, Art. 4 Abs. 1, 2, Rdnr. 6. ちなみに、本基本法ロシメンタールは、第三版までのそれとは異なり、新たに全三巻に組み直される「新たな始まり (Neuanfang)」をあらわしている。第二巻 (Art. 20-78) は二〇〇〇年に、第三巻 (Art. 79-146) は二〇〇一年に公刊される予定となつてゐる (Vorwort)。
- (32) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④ S. 364.
- (33) この問題を論じたのが、Fn. 28, 第⑥論文, „Ius utrumque im Wandel“である。いうまでもなく、„ius utrumque“は、本来的にはローマ法と教会の法を意味するであろうが、シュタルクが、⑥論文で問うているのは、これにとどまらずより広く、国家＝世俗的権力 (権威) と教会＝宗教的権力 (権威) の両法秩序の関係であるということからすれば、この „ius utrumque“ は、国家法とカノン法または教会法というそれぞれ独自の法という意味での両法が意味されている。ローマ市民法から分離・独立した教会の法を表記するのに、„ius canonicum“ という表現が、一二世紀以降になって一般的に用いられるようになり、それ以前では、教会事項に関する皇帝法、国王法もしくは封建法の一部を表記するのに、„ius ecclesiasticum“ という言葉が用いられていた (A. a. O., S. 283)。ピエール・アドネス著・渡辺義愛訳『カトリック神学』(白水社、一九九七年第一二刷) 一一五頁以下は、教会法につき、「教会という社会の公共の福利を確保することを目的として、しかるべき資格をそなえた教会当局によって認可され、裁定され、提示された法律の総体である」と定義されるとし、具体的にその内容につき、「事実上、教会法はさまざまな価値と範囲をもつ法律を含む。そのなか

のあるものは神の法律であり、神によって人間の本性のなかに刻みこまれたもの、もしくは聖書のなかにはっきりと啓示されたものである(神の法、自然法ないし実定法)。教会がそれらを創ったのではない。教会はそれらを入びとの記憶に新たにさせるだけである。あるいは、よくいわれることだが、それらを「提示」するだけである。もっとも、それらを具体的に適用する場合には解釈を施したり明確にしたりしなければならぬのだが。いっぽう、教会法の中には教会そのものによって定められるものもある。これらは「人間的な」法律であり、改変や翻案をまぬかれない(たとえば、ある種の礼拝様式、秘蹟の授与、結婚の妨げ、聖職者の義務などに関する法律がそうである)。これが教会法の大部分を占めるもので、狭い意味ではこれが教会法を構成するものなのである。さらに、教会はいろいろな国々に固有の民法のあるものを教会法のなかに組み入れたり、もしくは「認可」したりする(たとえば、養子縁組の場合、結婚契約の二次的効力)、という。また、教会法の解説につき、ホセ・ヨンパルト著『教会法とは何だろうか』(成文堂、一九九七年)も見よ。

- (34) 国家と教会との関係に関するコンパクトな通史として利便なのは、たとえば、vgl. R. Zippelius, Staat und Kirche. Ein Geschichtevon der Antike bis zur Gegenwart, C. H. Beck 1997; Ch. Hilgruber, Staat und Religion, in: DVBl 1999, S. 1155ff. 大部の便覧としてはたとえば、vgl. J. Listl/D. Pirson(Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl. Bd. 1, 1994, Bd. 2, 1995, Duncker & Humblot. とくに、その第一巻所収の諸論稿が、国家と教会との関係を扱う。現代にいたるまでのキリスト教の歴史については、上智大学中世思想研究所編訳／監修『新装版』キリスト教史(全十一巻、講談社)が有益である。なお、本シリーズは、現在平凡社ライブラリーに収録されている。

(35) Ch. Starck, Fn. 28, ④ S. 377.

(36) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ⑥ 279ff.

(37) Vgl. R. Zippelius, Fn. 34, S. 55ff.

- (38) A・フリッシュ著、野口洋二訳『叙任権闘争』(創文社、一九七二年)一一〇頁は、グレゴリウス七世の事績を「自由、純血、普遍、これらの三つの言葉にグレゴリウス七世が行なった仕事のすべては示されている。というのも、彼は、俗人叙任の禁止とシモニアの根絶によって世俗的権力から自由な、ニコライスムの絶滅によって肉体への隷属から解放された、教皇座の監督のもとでこの世のあまねく光り輝く教会を望んでいたからである」、と総括する。また、M・パコー著、坂口・鷲見訳『テオクラシー中世の教会と権力』(創文社、一九八五年)九六頁以下は、「グレゴリウス七世にとって、教権による統治とは、なによりもキリスト教世界の指導と諸王侯の監督とを教皇に委ねることに帰着する。彼が、霊的問題を判定する裁判者は世俗の問題をも判定するという時、彼の念頭にあるのは、教会ではなく教皇座のことである。彼にとってテオクラシーとは教皇中心のものなのである。教会の権威とローマの権威の同一化は四つの主要な議論により成り立っている。一 教皇の教会における首位権、彼の聖職者に対する完全な権力。二 国

家の首位権は、教皇がペテロの代理者であるという事実に拠るのである。…三 その上、教皇のみが主の羊の群である信徒を司牧する配慮を引き受けている。…四 このすべてから生じる帰結は、何人も不可侵の教皇を裁きえないということである」と、とグレゴリウス七世の改革理念を特徴づける。なお、パコーは、「テオクラシー」を、「テオクラシーとは、教会が世俗の諸問題について主権を保持すると考える教説のことである」（同書三頁）、と定義する。

(39) この教皇令については、たとえば、vgl. H. Hattenhauer, Europäische Rechtsgeschichte, C. F. Müller 1992, S. 202ff. ハッテンハウアーは、グレゴリウス七世が、教皇の世俗的支配という、この綱領文書を自ら起草したことは今日ではもはや疑いない（A. a. O., S. 205）と云う。

(40) H. J. Berman, (übersetzt von H. Vetter), *Recht und Revolution*, 2. Aufl., Suhrkamp 1991, S. 163f. また、J.-B. デュロゼル著、大岩誠・岡田徳一共訳『カトリックの歴史』（白水社、一九七八年第十一刷）六九頁も参照。なお、この教皇改革の詳細な研究としては、たとえば、野口洋二著『グレゴリウス改革の研究』（創文社、一九七八年）が貴重である。同書第五章にこの教皇令が全訳されている（一九四頁以下）。

(41) Vgl. H. J. Berman, *Fn. 40*, S. 86. バーマンは、同頁で以下のようにいう。「このような発展へむけての主たる原動力は、総ての西洋の教会に対する教皇の統治権（Oberhoheit）の確立と世俗的統制からの教会の独立から発していた。これは革命だった」と。

(42) R. Zippelius, *Fn. 34*, S. 55. また彼はいう。「教皇の世俗的支配者に対する優位という觀念に合致したのは、皇帝の職は教皇によって与えられ、教皇は皇帝の選出を確認しなければならず、そして、教皇は、必要な場合には、また解任し、皇帝の家臣をその忠誠宣誓から解くことができる」ということであった。…この世での神の王国というアウグスティヌスの理念であった」（A. a. O., S. 59）と。

(43) Vgl. Ch. Starck, *Fn. 28*, ①, S. 2; ders., *Fn. 28*, ②, S. 8ff.; ders., *Fn. 28*, ④, S. 168ff.; ders., *Fn. 28*, ⑦, S. 241以下。彼は、このプロセスを「革命」として最初に定式化したのは、Eugen Rosenstock-Huessy, *Die europäische Revolutionen und der Charakter der Nationen* (1931) であるという。ちなみに、H. J. Berman, *Fn. 40*, S. 168ff. は、「ヨーロッパ史上革命と呼ばれるものは、改革や進歩、また、反乱、クーデタ、反革命や独裁とは区別される四つの主要標識を有するとして、①革命の全体性（Totalität）、②迅速性、突発性、③暴力性、④二ないし三世代の世代的永続性、を挙げる。

(44) Vgl. Ch. Starck, *Fn. 28*, ②, S. 9. M. D. ノウルズ他著、上智大学中世思想研究所編訳『「新装版」キリスト教史 3 中世キリスト教の成立』（講談社、一九九一年）三三四頁は、「このグレゴリウス七世の短時日の改革は、一六世紀の宗教改革や一八世紀のフランス革命の期間の時に比較可能であるという。このグレゴリウス革命につき、同書第一三章「グレゴリウス革命」三三三頁以下参照。

(45) A・フリッシュ著、野口洋二訳『叙任権闘争』（創文社、一九七二年）六三頁、一三一頁、二七一頁等は、叙任権闘争につき、「教俗両権間の外交的軍事的な争いというよりも、対立する教会法上の諸概念がこの闘争の期間をつうじて対抗しあってきた、理念をめぐる争い」であって、「理論的性格」を帯びていたという。M・パコー著、坂口・鷲見訳『テオクラシー—中世の教会と権力—』（創文社、一九八五年）も見よ。

(46) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ③ S. 281f.

(47) この二元主義の先駆形態は、教皇グラジウス一世が四九六年にビザンティン皇帝アナスタジウスに宛てた書簡のなかで定式化した、いわゆる「二剣論」である。これに「き」vgl. J. Brand/H. Hattenhauer (Hrsg.), *Der Europäische Rechtsstaat 200 Zeugnisse seiner Geschichte*, C. F. Müller 1994, Nr. 16, S. 10.

(48) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 9は、「この体系性と教会の超国家性こそが、世俗的支配に対して教会を、後にはカトリック教会だけを組織的に自立化させたのであり、今日にいたるも東欧のギリシャ・ビザンティン教会に編入される皇帝教皇主義から、西洋のラテン教会を区別する」という。本稿に先立って同様の指摘を行っていたのは、vgl. Ch. Starck, *Die Neuordnung des Verhältnisses von Staat und Kirche im Mittel- und Osteuropa*, in: *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* (29), Aschendorf 1995, S. 74である。さらに、同頁で彼は、ラテン・カトリック的キリスト教とビザンティン・ギリシャ的キリスト教とを区別することは有益であると指摘した後で、「ラテン・カトリック的伝統によって支配されている諸国家では、国家と（諸）教会間の法的に秩序づけられた関係を構築することはいっそう容易であった。…これに反して、ビザンティン・ギリシャ的伝統における状況は、いっそう複雑であった。これらの国家では、いっまでもなく正統な (orthodox) 宗教の独占が、皇帝教皇主義と結びついて存在していた。この二つの要因は、国家と教会との分離を排除していた。総じて、国家と教会との関係は、法的規律にはなじまなかった」と。

(49) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ⑥, S. 283f. シュタルクは「カノン法と神学的基礎づけおよびカノン法の教会と教皇との制度的結びつきとが、ローマ法からカノン法を区別するその特別な根拠を示している。…両法 (ius utrumque) という概念が示唆しているのは、市民法とカノン法とは異なる権威の源から流出し、それ故、二つの法秩序がそれぞれ独自の管理と裁判権をもって妥当する。…カノン法は、教会の自立化の強力な要因であった。教会法学、教会法に関する学問が、決定的にこれに貢献した」と。

(50) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 10; ders., Fn. 28, ④, S. 377ff.

(51) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 378. 領邦君主を教会の「最高監督者」であると同時に「首長 (summus episcopus)」とする、このいわゆる領邦教会制は、ヴァイマル憲法によってはじめて廃止された。これにつき、菟原明『変革期の基本権論—E・R・フーバー研究—』（尚学社、一九九一年）一七六頁以下参照。Axel. Frhr. v. Campenhausen, *Zum Stand des Staatskirchenrechts in Deutschland*, in: *Bayerische Verwaltungsblätter* 130. Jg., 3, 1999, S. 65は「ドイツは、宗教改革以来、二つの大教会が併存してきた

た、多かれ少なかれ、あれかこれかの宗派の根絶を出来ることのなかった、ヨーロッパにおける唯一の大国である」という。

(52) イギリス等、その他の諸国での宗教改革につき、vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 10ff.

(53) Vgl. H. Hattenhauer, Fn. 39, S. 362. S. ヴァイク著、内垣・藤本・猿田訳『エラスムスの勝利と悲劇』（みすず書房、一九九八年）一九二頁は、アウクスブルクの帝国議会を評して、「このアウクスブルクの帝国議会は、ドイツの運命を決する最大の瞬間の一つであるだけではなく、さらにそれを超えて、文字通り「人類の星の時間」であり、つぎの幾世紀の推移をうちに孕んだ、あの呼びもどすすべもない歴史的な機会の一つである」という。

(54) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ⑥, S. 287ff.

(55) この「アウクスブルクの信条」については、vgl. J. Brand/H. Hattenhauer, Fn. 47, Nr. 51, S. 37. H. テュヒレ他著、上智大学中世思想研究所編訳／監修『新装版』キリスト教史 5 信仰分裂の時代』（講談社、一九九一年）一三四頁以下も参照。

(56) このシュマルカルデン同盟の意義につき、H. テュヒレ他著、前掲書は、「プロテスタントは、カトリック側の強制執行を防ぐために、一五三一年二月に一〇年間の反皇帝シュマルカルデン同盟を結んだ。皇帝は選挙によって選ばれた帝国元首ではあるが、領主としては自分たちと同等の、神の定めた為政者の一人にすぎない。従って皇帝との戦争は同等の領主間の戦争として許されると宣言した。これで法律家は、皇帝に対する抵抗権を否めまいとするルター疑念を乗り越えてしまったのである」（一三九頁）、という。

(57) ジャン・ピエール・トレル著、渡邊義愛訳『カトリック神学入門』（白水社、一九九八年）四五頁以下は、トリエント公会議を、「宗教改革に対するカトリック側の反発の大きな証であるトリエント公会議（一五四五年開会、一五六三年閉会。三つの会期と二五のセッションから成る）は、きわめて大きな足跡を残した。神学の歴史の観点から見るとき、この公会議の独創性は、それがその時代の神学の諸傾向の突き合わせの所産であるという事実のなかにある。諸傾向というのは、トマス学派、スコトゥス学派、唯名論学派、アウグスティヌス学派などであり、それらは究極的には一致に到達した。このことは、同じ信仰の統一のなかに多様性が存続しうることを示している。公会議はすでに神学の刷新をたしかに証言していたが、公会議がその理論をこしらえたわけではない」と位置づける。また、稲垣良典著『トマス・アキナス』（講談社、一九九九年）四八二頁以下も見よ。

(58) 諸田実著『フッカーの時代』（有斐閣、一九九八年）一八頁以下および一六一頁以下参照。アウクスブルクにあるウルリッヒ・アラ教会（St. Ulrich und St. Afra）は、この和議を記念して建設されたが、両派の教会が結合されている稀有な教会である。

(59) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 366ff. この移住権につき、「臣民には、彼が、良心の理由から領邦君主の信仰に従うことができなるときは、移住権が認められたが、それは、住民の定住性ということに鑑みれば、控えめな、ほとんど現実性をもち得ない権利であった」(M. Heckel, Religionsfreiheit im säkularen pluralistischen Verfassungsstaat, in: Festschrift für Martin Kriele zum 65. Geburtstag, C. H. Beck 1997, S. 294ff.) この移住権につきシュタルクと同様な見地に立ったうえで、「ドイツにおける最初

の基本権保障」である、という。

- (60) この「アウクスブルクの宗教和議」については、同じくH・テュヒレ他著、前掲書二〇三頁以下参照。また、シラーは、その著、渡辺格司訳『三十年戦史 第一部』（岩波文庫、一九八八年第二刷）二五頁以下で、この curius regio eius religio また jus emigrandi につき、「獨逸は、此のアウクスブルクの帝國議會に於いて二つの宗教と二つの政黨に分裂した。分離が今や始めて合法的になったので、今や獨逸は始めて分裂したのである。是を以て今までは新教徒は謀叛人と看做されていたが、今や同胞として取扱はれることに決定したのであり、同胞として承認されたのだと見てはならない、餘儀なくさうなのである。爾来アウクスブルクの信仰告白は加特力の信仰と肩を並べていたが、然しただ赦免された隣人といふだけで、暫定的に類似な権利もっていたのである。國會にはその信奉する宗教を領内唯一の宗教として、他宗の禮拜は一切禁止する権利が承認され、自分の宗旨が抑壓された時、人民はその國を立去ることが許諾された。今や始めてルーテルの教義は積極的な認可を受けたことにな（った）…さて、然し國內にどの宗教が行はれ、どの宗教が抑壓されるかは主權者に委任され、議會に代議員を持たなかつた人民は此の宗教和議では何等の斟酌もされなかつた。ただ加特力教が何と言つても優勢であつた寺領では、（當時すでに存在していた）新教徒に自由な禮拜が許されたが、これとても此の和議を遂行した神聖羅馬皇帝フェルディナントの個人的保證によるに過ぎず—加特力教の側から反對を受け、此の反對説と共に和議の議事録に記入され、何等の法律上の効力を有しなかつた」と述べている。

- (61) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 365; R. Zippelius, Fn. 34, S. 83ff, insbes, S. 84.

- (62) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ⑤, S. 277ff, S. 289.

- (63) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ⑥, S. 11. これを「ハイネ流に言えば、「精神の自由」、「思想の自由」の成立と捉えることも可能である。ハイネはいう。「ルターが『諸君は聖書そのものにより、あるいは道理になつた理由によって余の説に反対すべきである』という言葉をはっきりのべてから、人間の理性に聖書を説明する権利がみとめられるようになり、その理性が宗教上のすべての論争の最高の審判者とみとめられることになった。こうしてドイツにはいわゆる精神の自由が成立した。この自由はまた思想の自由ともよばれている。思想の権利があたえられ、理性の権限は正当なものとしてみとめられるようになった」（ハイネ著、伊東勉訳『ドイツ古典哲学の本質』（岩波文庫、一九九一年第二九刷七一頁）、と。

- (64) シラーは、註(60)前掲書一四頁以下で、この宗教戦争が、宗教をめぐる争いであるだけでなく、むしろ物的利害をめぐる争いであつたことを的確に捉え、以下のようにいう。「宗教が是等すべてを惹き起こしたのである。宗教によってのみ總ての出来事は可能であつたのだが、然しそれは宗教のためを思ひ、宗教のために企てられたものでは決してなかつた。私的な利益と國家の利益とが直ちに宗教と結びつかなかつたらば、神學者の聲も、民衆の聲も、かほどまで好意をもつてくれる諸候を見出さなかつたらうし、新しい教義もかほどまでに多數の、勇敢な不撓不屈の闘志を見出さなかつたらう。…君主たちは自己防衛或は勢力擴張のために闘つたの

であった。宗教の熱狂は彼等のために軍隊徴募し、民衆の財庫を開いたのであった。掠奪を働くつもりで募兵に應じた手合いは別として、民衆は、その王侯の利益のために血を流らせつつも、眞理のために血を流すのだと信じていた」と。

- (95) Vgl. Ch. Link, Die Bedeutung des Westfälischen Friedens in der deutschen Verfassungsentwicklung, in: JZ 53. Jg., 1998, S. 8. リンクは、そこで、「…ヴェストファリア条約は、ドイツの破局を意味するものでもなければ、…ドイツ憲法史における決定的な区切りをなすわけでもない…。それは、旧来の歴史過程に決着をつけ、旧の紛争を和らげ、そして、平和を維持する妥協を実行可能な憲法法の形式へともちこんだ。宗教上の対立の中心的核領域においてまさに、この対立のために必ず支払わなければならない代価は、憲法構造の世俗化であり、相争う諸宗派を超える世俗的な共存秩序と平和秩序とを創出することであった」という。なお、ヴェストファリア条約は、いくつかの平和文書からなる複合的な条約作品であり、Instrumentum Pacis Osnabrugense (Der Westfälische Frieden von Osnabrück) von 24. Oktober 1648 (IPO) と Instrumentum Pacis Monasteriense (Der Westfälische Frieden von Münster) von 24. Oktober 1648 (IPM) を含む Der Spanisch-niederländische Frieden zu Münster vom 30. Januar 1648 の主要な条文のラテン語とそのドイツ語訳の対比された資料として、たとえば、一九九八年のヴェストファリア条約三五〇周年記念事業の一つとして行われた国際シンポジウムの成果である O. M. van Kappen / D. Wyduckel (Hrsg.), Der Westfälische Frieden in rechts- und staatsrechtlicher Perspektive, in: Rechtstheorie, Bd. 29, H. 2, 1998, S. 236ff. を見よ。以下での条項の引用は、ラテン語のそのドイツ語訳による。

- (96) 国家教会法 (Staatskirchenrecht) の定義については、たとえば、vgl. D. Pirson, §1, Die geschichtlichen Wurzeln des deutschen Staatskirchenrechts, in: Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. I, 2. Aufl., Duncker & Humblot 1994, S. 3f. は、「法秩序のその他の部分から区別される領域としての国家教会法は、広く一致をみている語用からすれば、国家によって定立されるか、責任を負われる法規範の総体を集合的に表記するものであり、その対象は、宗教を顧慮しての宗教共同体の法的地位または個人の法的地位である」という。たとえば、Alexander Hollerbach, Grundlagen des Staatskirchenrechts, in: HStR. Bd. VI, 1989, §138, Rdnr. 1-5.

- (97) Art. V §1 IPO は、他の条項と同様に、きわめて長文に及ぶ規定である。ここで、最も関連性が濃いと思われる箇所を訳出しておく。「一五五二年ハッサーウで締結された条約ならびに数年後の一五五五年に締結された宗教和議は、…皇帝、選帝侯、両宗派の君主および身分の賛成一致で、その全条項において受諾され、議決され、妥当すると認められ、また、神聖で不可侵として厳守されるべきである。……」 Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 366ff.

- (98) Vgl. Axel Freiherr von Campenhausen, HStR., Bd. VI, 1989, §136, Rdnr. 14.

- (99) Vgl. H. Steiger, Die Friedenskonzeption der Verträge von Münster und Osnabrück vom 24. Oktober 1648, in: O. M. van

Kappen/D. Wyduckel (Hrsg.), Fn. 65, S. 189. また「シュタイガーは、同論文のなかで、「ヴェストファリア条約の定式は、平和を上述の三つの特質 (christiana, universalis und perpetua) を通じて内容的に形成された平和として規定しているだけでなく、それは、*pax* と *amicitia* を結びつけた」(A. a. O., S. 205)」と位置づけるとともに、結論的にそれは、「ヨーロッパの最初の重要な条約である。何故なら、当事者が、ヨーロッパにおける最初の大規模な普遍的戦争を終結させたからである。…それ故、平和構想は、一方で共通の根源すなわちキリスト教性に依拠し、他方でまた新たな要素すなわち相互の安全と保障を採用している」(A. a. O., S. 209)」²⁾。

- (70) Vgl. O. M. van Kappen/D. Wyduckel (Hrsg.), Fn. 65, S. 137. *など* vgl. D. Wyduckel, Rechts- und Staatstheoretische Voraussetzungen und Folgen des Westfälischen Frieden, Fn. 65, S. 225. ヴェストファリア講和は、「宗派的連邦主義 (ein konfessioneller Föderalismus)」の法的前提を創出したともいえる。また、同じくヴェストファリア条約三五〇周年記念シンポジウム (1994) の H. Steiger, Die rechtliche Ordnung Europas zwischen 1648 und 1792, S. 34 und S. 61, in: Heinz Holzhauser (Hrsg.), Europa 1648-1998: Von Münster nach Maastricht. Symposium anlässlich des 350. Jahrestages des Westfälischen Friedens, LIT Verl., 1999. 見よ。F. J. ヤコビは、本書八〇頁以下で、「総じていえば、いうまでもなく『ヴェストファリア条約』という宗教条約を通じて、—全キリスト教徒によって危急の場合には武力をもってしても実現すべき—頂点に皇帝と教皇とをいだけ『キリスト教徒の秩序 (ordo christianus)』という救済史的に根拠づけられた中世の世界観念は、そのすべてを包括する妥当性と正当化機能を最終的に喪失した。これに代わって、原理的に同権の諸国家と諸権力 (Staten und Mächte) の合意と国際法に依拠する秩序の観念が現れた」といふ。

- (71) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 366f.; R. Zippelius, Fn. 34, S. 86f.; H. テュヒレ他著、上智大学中世思想研究所編訳『「新装版」キリスト教史 6 『プロテスタント時代のキリスト教』(講談社、一九九一年) 一二頁以下、とくに二〇頁以下。カルヴァン派の同権化を定めた Art. VII §1 IPO の関連部分を訳出しておく。「…カトリックとアウクスブルクの宗派に所属する身分と臣民に認められる…総ての権利と特典は、また改革派と呼ばれる身分と臣民にも帰属すべきである…」。

- (72) 三派以外を排除する Art. VII §2 IPO のこれと関連する文言は、「…前記宗派を除いて、神聖ローマ帝国ではいかなる別の宗派も容認されずまたは受忍されてはならない。…」である。なお、諸セクトの禁止は、一八〇六年の神聖ローマ帝国の崩壊まで妥当した。
- (73) Art. VII §34 IPO を関連する部分につき訳出しておく。「…条約の公布後、将来その領邦支配者とは異なる信仰告白を受け入れるまたは受け入れることになるであろう臣民は、なんらの審問もされることがなくかつ一切の侵害を受けることもなく、私的に自己の家庭での礼拝を行い、隣邦 (Nachbarschaft) において幾度でも、彼等が望む場所で、公の礼拝 (Gottesdienst) に参加し、また、自分の子どもを領邦外にある自己の宗教の学校でか、家庭教師により家庭で授業を受けさせることを、寛容 (Nachsicht) をもって、

受忍される (geduldet werden) べきであり、また、妨げられるべきではない。……」

- (74) Vgl. Ch. Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd. 1: Präambel, Artikel 1 bis 19, 4. Aufl., Verl. Franz Vahlen 1999, Art. 4 Abs. 1, 2, Rdnr. 3. 西原博史『良心の自由—基本的人権としての良心的自律可能性の保障』(成文堂、一九九五年)三九五頁以下所収の「資料 Gewissensfreiheit 概念のドイツ制度史上の変遷」も見よ。

- (75) Vgl. R. Zippelius, Fn. 34, S. 116は、「ヴェストファリアの条約(一六四八)は、アウクスブルクのラント平和にほとんど新しいこととはなにも付け加えなかったが、領邦支配者の改革権 (ius reformandi) は、いままた改革派の宗派のためにも認められた。臣民に対する寛容も、いくつかの点で拡大された」という。

- (76) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 366f. もつとも、本質的に領邦君主制的構造を、統一国家の形成とは逆行的に強化していったドイツのその後の歴史と、このような構造をとることなく、統一国家を形成していったフランスの歴史において、世俗的支配と宗教とがもつた関係は、当然に異質のものとならざるを得ないであろう。フランスの宗教史については、グザヴィエ・ド・モンクロ著、波木居純一訳『フランス宗教史』(白水社、一九九七年)参照。なお、H・テュヒレ他著、上智大学中世思想研究所編『新装版』キリスト教史6 バロック時代のキリスト教』(講談社、一九九一年)二二三頁は、ヴェストファリア条約が寛容を取り込まざるを得なかった根拠として、以下のようにいう。「:ヴェストファリア条約は、ともかく帝国の存立を救いはした。しかしこの条約は帝国からそのカトリック的性格を今や決定的に奪い去った。それは、流血の戦の末に、双方とも最小限の市民的寛容を示さざるを得ないまでになり、そこから宗派同権の体制が生じたのである」と(一八六頁も参照)。これにつきまた、E・ヴァイグル著、三島憲一・宮田敦子訳『啓蒙の都市周辺』(岩波書店、一九九七年)四五頁以下の、三〇年戦争の決定的勝者となったのは領邦君主にほかならなかったことの指摘も見よ。

- (77) Vgl. B. Pieroth, Die Friedensverträge von Münster und Osnabrück und die Entwicklung von Grundrechte, in: Heinz Holzhauser (Hrsg.), Fn. 70, S. 84f.

- (78) たとえば、プロイセンでは、異宗派の領土獲得にともなう行政の集権化と軍事最優先主義が宗教上の共存政策を、国家の宗教に対する寛容政策を採らざるを得なかった点につき、L・J・ロジェ他著、上智大学中世思想研究所編訳/監修『新装版』キリスト教史7 啓蒙と革命の時代』(講談社、一九九一年)三〇八頁以下参照。

- (79) ラテン語の „tolerare“ (寛容) という言葉が、最初にドイツ語での „Toleranz“ と表現されたのは、M・ルターの一五四一年六月一二日書簡におけるものであると云うのは、vgl. A. Debuss, Das Verfassungsprinzip der Toleranz unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, Peter Lang 1999, S. 67. なお、「寛容」の歴史的発展は、vgl. ebd., S. 67 ff.; R. Zippelius, Fn. 34, S. 114ff.

- (80) モンテスキュー作、大岩誠訳『ベルシア人の手紙(下)』(岩波文庫、一九九七年第四刷)四三頁は、非寛容こそが、宗教戦争の原因だとして、「歴史は宗教戦争で満たされていることを私は認める。然し周知すべきことは、これらの戦争を生じたのは宗教が澤山あるからではなく、異教を認めない精神が、最も有力だと自負している宗教を刺戟したからだ」という。
- (81) L・J・ロジエ他著、上智大学中世思想研究所編訳／監修『「新装版」キリスト教史7 啓蒙と革命の時代』(講談社、一九九一年)一四頁は、「ドイツの文化的諸中心地が重要性を持ち始めるのは、ようやく一八世紀後半になってからでしかなく、一七五〇年以前は、イギリス、フランス、ネーデルランド連合共和国のみ、自然科学の急速な発展と哲学の革新が起こった、という。フリードリヒ二世についてはたとえば、デイルタイ著、村岡哲訳『フリードリヒ大王とドイツ啓蒙主義』(創文社、一九七五年)参照。なお、啓蒙絶対主義の功績は、プロイセンと同じくハプスブルク帝国にとっても革命の脅威を免れさせたことにまさしくある」といふ(以下) vgl. D. Merten, Die Rechtsstaatsidee im Allgemeinen Landrecht, in: F. Ebel (Hrsg.), Gemeinwohl-Freiheit-Vernunft-Rechtsstaat. 200 Jahre Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten, Walter de Gruyter 1995, S. 110.
- (82) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 367ff.; R. Zippelius, Fn. 34, S. 121ff.; Axel Freiherr von Campenhausen, §136 Religionsfreiheit, in: HStR, Bd. VI, Rdnr. 18ff.; G. Besier, Toleranz XI, in: Geschichtliche Grundbegriffe. Historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland, Bd. 6, Klett-Cotta 1990, S. 507f.
- (83) Vgl. A. Debus, Fn. 79, S. 86 ff. 「フリードリヒ二世治世(一七九二—一七八六)の「プロイセンは、宗教的寛容の保障に関して」ヨーロッパにおける模範的機能を完全に引き受けた」といふ。また vgl. Axel Freiherr von Campenhausen, §136 Religionsfreiheit, in: HStR, Bd. VI, Rdnr. 22.
- (84) Vgl. H. Hattenhauer, Allgemeines Landrecht für die Preussischen Staaten von 1794, Textausgabe, Alfred Metzner Verl., 1970, S. 543ff (以下「同法S訳出は本書以下」) 及び D. Merten, Fn. 81, S. 110 ff. 「一般ラント法の起草者は、啓蒙主義の理念と社会的現実との乖離を自覚していた」といふ。
- (85) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 367. ヌダヤ人は、以上の保障から除外されていたのであり、ユダヤ人が市民的権利との関連で法的に同一視されたのは「Edikt betreffend die bürgerlichen Verhältnisse der Juden in dem Preussischen Staat (1812)」; Art. 16 Deutsche Bundesakte (1815); §29 Abs. 2 Verfassung Kurfürstentum Hessen (1831) 及び「ドイツ基本法」。
- (86) Vgl. Axel Freiherr von Campenhausen, §136 Religionsfreiheit, in: HStR, Bd. VI, Rdnr. 22.
- (87) 同法第一三条は以下のように規定する。「すべての教会共同体は、その構成員に神格に対する畏敬の念、法律に対する服従、邦に対する忠誠および他の市民に対する倫理的に善なる志操を起しさせることを義務づけられる。」と。Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 369 は、本規定にみられるような、「国家が教会の道徳論に関心を寄せるのは、国家が教会を自己の統治権(Oberhoheit)の下に保持す

るかぎりにおいてである：一般ラント法は、教会の権利と義務を規律することによって、国家の宗教高権をはっきりと示している。これとはちがって、宗教の教義学的問題のなかでは、宗派の団体の自由以上にはるかにおよび個人の自由が認められている」と。M. Kriele, *Menschenrechte und Gewaltenteilung*, in: *Recht-Vernunft-Wirklichkeit*, Duncker & Humblot 1990, S. 192f. 以下、クリーレは、寛容と人権の相違を以下のように特徴づける。「絶対主義的義務論と共和制的法論との相違に対応するのは、寛容と人権との相違である。寛容を、権力保有者は与えまた撤回できる。寛容は、彼の思召し(Belieben)の下にある。…これとはちがって、人権は、それを尊重する権力保持者の義務が対応する、法理学上完全に妥当する権利となることを要求する。…人権を制度的に保障する権利状態が、寛容にとって替わったところではじめて、人は、毅然と歩むことができ、また、権力保持者は、人をこの権利の行使に際して服させ得ないし、将来も服させ得ないであろう。…」と。

(88) Vgl. A. Debus, Fn. 79, S. 83f. あるいはまた、R. Zippelius, Fn. 34, S. 121は、「啓蒙の時代とこの時代と共に生じた相対的な、宗派の相違に対する無関心、それどころか宗教一般に対する無関心は、ドイツにおいても転換をもたらした。そうして、今や堅固となつた領邦君主権力にもとづいて君主の裁量に依じてそれぞれ、様々な領域で広範な寛容が実施された」という。

(89) 啓蒙の定義については、カントの著名な定義：「啓蒙とは、人間が自己の未成年状態を脱却することである」(カント著、篠田英雄訳『啓蒙とは何か』岩波文庫、一九七七年第一七刷七頁)が指摘されるのが常である。ディルタイ著、村岡哲訳、註(81)七二頁で、ディルタイは、「啓蒙主義の基調は、どの国でも同様、理性の自律、知的文化の連帯性、その不断の進歩の核心および精神の貴族性である」という。なお、プロイセン一般ラント法が、カントの形而上学にどのように反映しているかにつき、vgl. P. Klaus, *Kant und das Allgemeine Landrecht*, in: F. Ruland, B. B. von Maydell, H.-J. Papier (Hrsg.), *Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag*, C. F. Müller 1998, S. 623ff.

(90) ディルタイ著、村岡哲訳、註(81)七七頁以下は、「ドイツ啓蒙主義は、はじめからフリードリヒ・ヴィルヘルム一世やフリードリヒ大王のプロイセンとすこぶる密接な関係にあった。その大部分がこの国の生み出したもので、プロイセンの堅固なプロテスタントイデオロギの地盤の上に、またその力強い義務意識と国家意識の教育のもとに特性を發揮し、プロイセンにおいて最も真摯でまたすばらしい仕事をなしたのであった。それは、プロイセン王国が創造した精巧な全行政機構の中に入り込み、教会や学校を支配し、内政の他の諸部門にも影響を及ぼし、裁判所の法廷内にも侵入し、プロイセン国家は実にドイツ啓蒙主義の制作品ともみなされるに至った。要するにプロイセン国家は、全部門にわたり啓蒙主義の精神によってみたまされたのであった」という。

(91) ディルタイ著、村岡哲訳、註(81)一六八頁参照。なお、Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 367は、「フリードリヒ大王の言葉として、「道徳に関していえば、どの宗教もそれほど他の宗教と区別されないことから、宗教はすべて政府にとってまさしく同等であり得るし、政府は、市民に対して、彼が良き市民であること以上に必要しない」を引用する。これにつきまた、vgl. G. Besier, Fn. 82,

- (62) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 368.
- (63) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 369.
- (64) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 369.
- (65) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 373.
- (66) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 368ff.
- (67) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ⑥, S. 290.
- (68) ドイツにおける世俗化問題の詳細については vgl. M. Heckl, Das Säkularisierungsproblem in der Entwicklung des deutschen Staatskirchenrechts, in: G. Dlicher u. I. Staff (Hrsg.), Christentum und modernes Recht. Beiträge zum Problem der Säkularisierung, Suhrkamp 1984, S. 35ff. M・ヘッケルは、同論文七七頁で、世俗的な、宗教上中立な国家を、「それは、宗教的問題の独自の内容的な定義と決定を、とりわけ、キリスト教国家が以前は国家教会制を通じて決定した神学的真理問題を、国家機関の権限から排除し、それを市民ないし宗教共同体に留保した国家」と特徴づける。
- (69) アメリカ合衆国およびフランスでの、革命を媒介とする人権としての近代的な宗教の自由の成立とその発展に対するシュタルクの見識につき vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, 370ff. B・ド・ソウヴィニー他著、上智大学中世思想研究所編訳／監修『「新装版」キリスト教史Ⅷ ロマン主義時代のキリスト教』(講談社、一九九一年)一二頁は、「革命はまた、次のような新しい現象を生み出した。それは世俗化された国家である。そしてこれはその定義からして、どんな宗教にも関係のない国家である。実例はまずアメリカ合衆国によって示され、そして革命後のフランスも究極的にはこの形態を採択した」という。
- (100) いわゆる「文化闘争」につき vgl. R. Zippelius, Fn. 34, S. 142ff.; R・オーベール他著、上智大学中世思想研究所編訳／監修『「新装版」キリスト教史Ⅸ 自由主義とキリスト教』(講談社、一九九一年)一六〇頁以下。文化闘争が、世俗的法とカノン法または宗教法とに与えた影響につき vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ⑥, S. 290f.
- (101) 菟原明『変革期の基本権論—E・R・フーバー研究—』(尚学社、一九九一年)一七六頁以下参照。
- (102) M. Heckel, Die Neubestimmung des Verhältnisses von Staat und Kirche im 19. Jahrhundert, in: R. Mußgnung (Red.), Entstehen und Wandel verfassungsrechtlicher Denkens: Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 15. 3. - 17. 3. 1993, Duncker & Humblot 1996 (Der Staat, Beiheft 11), S. 174.
- (103) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 371f. また、ドイツでの各憲法に現れた基本権理念の特質を、北アメリカ、フランスの諸人権宣言にみられる理念と対比しつつ検討し、そして、ドイツでの基本権の発展史を、現代の国際法レベルでの問題まで含めて展望するのは、

H. Maurer, *Idee und Wirklichkeit der Grundrechte*, in: JZ 54. Jg. 1999, S. 689ff. なお本稿は、同教授のコンスタンツ大学退職記念講演を基調とする。

(104) フランクフルト憲法の条項につき、高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』（信山社、一九九四年）一六頁以下、とくに四二頁以下参照。

(105) これれに「きたとえが」 vgl. R. Zippelius, Fn. 34, S. 140f.

(106) Vgl. M. Heckel, Fn. 102, S. 184f. 「今日にいたる一九世紀における国家教会法の基本問題は、国家の統一性と宗教共同体の多様性を満足させ、国法の相対性と教会の使命の絶対性とを調整し、内在的なもの (Immanente) へ国家教会法を制限することを保持し、そして、同時に国家教会法を宗教的なものの超越性のために開放しておく形式を見出す点にあった」ことを指摘する。

(107) ヴァイマル憲法第一三七条を中心とする、ヴァイマル憲法下での宗教条項の意義の分析につき、菟原明・前掲書一七六頁以下を見よ。また、vgl. R. Zippelius, Fn. 34, S. 150. そこで彼は、以下のようにいう、「ヴァイマル憲法の国家教会法上のモデルは、教会と国家との分離というカテゴリーによっても、なおまた国家教会高権というカテゴリーによっても適切に把握されはしない。一方で、教会は、たんなる私法上の結社へと格下げされたのではなく、公法上の団体でありつづけ、徴税権ももった。宗教の授業は、正規の学科目として規定された。さらに、宗派学校の設置も、一定の条件のもとに規定された。他方で、教会に対する国家の監督は広く撤廃された」と。

(108) シュタルクも引用する (Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 373) G. Anschütz, §106 Religionsfreiheit, in: G. Anschütz/R. Thoma (Hrsg.), *Handbuch des Deutschen Staatsrechts*, Bd. II, J. C. B. Mohr 1932, S. 681 u. S. 683によれば、「宗教の自由とは、「個人に、あらゆる宗教問題と自己との関係を任意に形成し得る、自己の宗教上、非宗教上、反宗教上の確信に従って生活し得る、これらの確信が要求することすべてをなし得る、これらの確信が禁ずることすべてをなさずともよい、これらすべての関係において国家の強制から自由である、ことを、国家により保障される可能性である。——とはいえ、国家の一般法律に対しては服従するという留保の下にはある。……一般法律という定式をもって排除されるのは、ある宗教、宗派、総じてある宗教に関連する（宗教上、反宗教上の）見解そのものに、「向けられた法律」である。

(109) Vgl. R. Zippelius, Fn. 34, S. 150ff.

(110) Vgl. M. Heckel, Fn. 102, S. 163.

(111) もちろん、近代的な国家と宗教共同体との関係の形成過程は、EU構成諸国家において各国各様な発展をみせているが、ここではドイツでのそれを問題とする。各国の発展形態については、vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 10ff.; ders., Fn. 28, ⑦, S. 242ff. Axel Frhr. v. Campenhausen, *Staatskirchenrecht*, S. 408ff. 「その階梯は、今日もなお存続している国家教会ないし国家宗教のシステム

(イギリス、デンマーク、ギリシャ) から国家と教会の徹底的な分離形式(フランス)にいたるまでにおよぶ。その間に、宗教の自由と国家と教会の分離が協働の要素と結びつけられ、契約上の合意を通じて補完的に保障されている秩序が存する」という。カムペンハウゼンは明示してはいないが、最後の類型は、当然にドイツを指すといえよう。

(112) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 374f.; ders., Fn. 28, ⑤, S. 291ff.

(113) ヴァイマル憲法下での教会と国家との分離は、「跛行的分離(hinkende Trennung)」といわれた。これにつき、菟原明・前掲書一七八頁以下および一四七頁以下を見よ。また、vgl. Axel Frhr. v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, S. 419ff.

(114) ヴァイマル憲法第一三七条第六項(現行基本法第一四〇条により現在も妥当する)の規定する教会税導入の根拠づけは、一九世紀において諸邦が、教会に自己の財源を開拓させ、邦の負担を軽減することにあつた。これによって、同時に、教会と国家との分離過程も進行したのである(Vgl. Ernst Rudolf Huber/Worfgang Huber, Staat und Kirche im 19. und 20. Jahrhundert, Bd. III, 1983, S. V)。Vgl. Ch. Starck, Fn. 14, S. 1428ff. は、「今日教会税が憲法上の保障とは関わりなく実質的に正当化されるのは、国家は宗教上中立でなければならぬという点にあり、憲法は教会を人間の宗教的次元に奉仕する制度と認めたことにある」という。というのも、近代国家は、それが世界観的に中立であるが故に、世俗的水準では配慮し得ないか、ごく限定的にししか配慮し得ない諸課題を引き受ける諸制度に関心をもつからである」と。

(115) この神学部に関する包括的な研究としてたとえば、vgl. M. Heckel, Die theologischen Fakultäten im weltlichen Verfassungsstaat, J. C. B. Mohr 1986.

(116) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ⑥, S. 291f.

(117) 両者の衝突に際しては、その調整者として「すべての人に適用される一般法律」が挙げられる。現在においても、このような友好的分離や個人の宗教の自由の保障は、つねにダイナミックな展開を示していることは、磔刑判決[BVerfGE 93, 111]石村修「公立学校における磔刑判決(十字架)」(栗城・戸波・石村編集代表『ドイツの最新憲法判例』九八頁以下)等を見れば明らかであろう。

(118) Vgl. Ch. Starck, ⑥, S. 293.

三 神学的個人主義とその国法学上の帰結

シュタルクは、一方で、世俗的国家を、他方で、個人の宗教上の自由とその集合的権利である教会の自由を担う「人間」を、憲法構想との関連でどのように位置づけたのか。この問題は、民主制的憲法国家の予定する「人間」像は、民

「民主制的憲法国家」の基礎としての「宗教」の役割

主制的憲法国家の憲法構成原理といかなる関係をもつのか、あるいは、この憲法構成原理をどのように論拠づけているのか、を問うことでもある。シュタルクは、民主制的憲法国家の予定する人間像とは、既述したように、神に対する個々人の責任にもとづく「神学的個人主義」の人間像である⁽¹¹⁹⁾、という。そして、神との関係において人間を個人と捉える、この聖書神学の人間像は、その神学上の基礎から分離され、世俗化されることにより、人間の地位は国家に対して法主体として構成されるのであり、この法的地位は、また、権力分割を通じて確保されることともなる⁽¹²⁰⁾。このような「人間」像は、具体的にどのようなものであり、それは、憲法構成原理にどのように反映しているのであろうか。

(a) 原罪論からする権力分割論の根拠づけ

権力分割論は、人間は「曲がった木材 (krummes Holz)⁽¹²¹⁾」から成長した、という洞察をもとに発展してきたと、シュタルクはいう。この曲がった木材とは、要するに、人間の歪みを、人間は歪みをもった存在となったことを意味しよう。彼は、このような人間学的見解の神学的背景を、「原罪論」に、なによりもまずアウグスティヌスの展開した「原罪論」に、「本性の堕落 (corruptio naturae)」論に求める⁽¹²²⁾。たとえば、アウグスティヌスの『神の国』第一三卷第一章「神は、諸々の自然本性の創設者であられて諸々の失陥の創設者ではあられないので、人間を真正なものとしておつくりになったのであるが、その人間は、みずから欲して醜悪となり、正当に罰を下されたので、醜悪な者、罰を下された者を生み出したのであった。わたしたちはみな、かの一人の人間なのであった。女は罪を犯すまえにこの人間からつくられ、かれはこの女をおして罪のうちに転落したのである……このゆえに、自由意志の濫用から不幸の連鎖が現れ出たのであった。それは、根基の腐敗とでもいべき原初の堕落であって、人類は、さまざまな悲惨と結び付いて、ついには終局をもたない『第二の死』の破滅まで導かれていくのである。ただ神の恩寵をおして解き放たれる者だけを

例外として―」がそうである。⁽¹²³⁾ シュタルクは、この原罪論は、キリスト教神学すべてを支配しているだけではなく、さらには哲学にも（例として、悪への傾向を人間の自由の自由に基礎づけるカント、意志の肯定としての原罪論を説くショーペンハウアーを挙げる）多大な影響を与えたという。⁽¹²⁴⁾

それでは、このキリスト教のいう原罪論から、どのような世俗的支配を組織化するための帰結が導き出されたのか。それは、端的にいえば権力（＝保持者）に対する不信・猜疑にもとづく世俗的支配の組織化であるといえよう。シュタルクは、それを二つの実例でもって例証する。⁽¹²⁵⁾ その一つは、中世の、神の恩寵を与えられた君主の義務論から導き出されるものであり、これは、ホーフェンシュタウフェン朝のフリートリッヒ二世の言述のうちに看取される。いわく、「神の恩寵によって任命された君主は、人間本性の原罪にもとづく欠陥を緩和すべき」である、⁽¹²⁶⁾ と。しかし、問題は、君主のこのような自己の義務に対する自己認識そのものから生じる。何故なら、君主は神ならぬ人であり、彼自身、他の人間同様、神の前に「原罪」を負う身にはかならずである。そうであれば、この君主が人間本性の原罪にもとづく欠陥を緩和する、ということは、ある種の形容矛盾にはかならず、人たる君主自身が、本来有し得ない権力を行使するとする権力濫用論が帰結することとなる。それ故に、神学的観点からすれば、人間の本性に、まさしく „krummes Holz“ に、より適合的な支配形態のモデルが求められるにいたるのは、理の当然といえる。ここから、この人間の本性に、より適合的なモデルとして、「権力を濫用する人間の傾向が実効的な統制を通じて相殺されることによつて、支配の墮落に対する予防措置を創設しなければならない」とするモデルが構想されてくる。

ここに、「原罪」論に定礎されたものとして、シュタルクが挙げる第二の例証が、まさしくこのモデルを詳述したともいふべき「ザ・フェデラリスト」（一七八八年）⁽¹²⁷⁾ のなかでの言述である。第五一篇「抑制均衡の理論」（J・マディソン〔ハミルトン〕二三八一―二三九頁）⁽¹²⁸⁾ はいう。「万が一、人間が天使でもあるというならば、政府などもとより必要

としないであろう。またもし、天使が人間を統治するというならば、政府に対する外部からのものであれ、内部からのものであれ、抑制など必要とはしないであろう。しかし、人間が人間の上に立って政治を行うという政府を組織するにあたっては、最大の難点は次の点にある。すなわち、まず、政府をして被治者を抑制しうるものとしなければならぬし、次に政府自身が政府自身を抑制せざるをえないようにしなければならぬのである。人民に依存しているというところが、政府に対する第一の抑制になっていることは疑いをいれない。しかし、経験が人類に教えているところに従えば、やはりこれ以外に補助的な、警戒的な措置が必要なのである」と。ここで述べられた「補助的な、警戒的な措置」とは、第九篇「連邦共和国の利点—モンテスキューの連邦共和国論」(ハミルトン四五頁)にいう「権力を政府の別々の部門に均斉よく配分すること—立法上の均衡と抑制の導入、非行のないかぎり在職しうる判事によって構成される裁判制度、人民自身に選出された議員から構成される立法部の代表制」といういわゆる権力分割システムである。このようなシステムは、古典古代にも遡源し得るが、⁽¹²⁹⁾統制、公開制、利害と議論の明瞭さを可能とすることで、「人間本性の欠陥」が作用することを低減することにより適合的なシステムであり、これは、現在では民主制と法治国家性という原理に表現される。とりわけ、権力分割システムをとまうこの法治国家性は、国家権力の形式的、内容的(＝人権)限界を意味する世俗的支配の組織化構成原理として、神学的にみれば、その制度的側面を前述第二章の聖的権力と世俗的権力の分割論に、その人間学的根源を「原罪論」に根拠をもつ、とシュタルクは構想しているのである。

(b) 神の似姿としての人間を論拠とする基本権構成

権力分割論が、神学的には、前述したような制度的、人間学的に基礎づけられるとすれば、それではつぎに、シュタルクは、人権の精神的起源をどこに求めたのか。彼は、これを、キリスト教の人間像すなわち神は人間を自己の像にな

らって創造した（＝神の似姿としての人間）、という聖書的・キリスト教的見解に求めた。⁽¹³⁰⁾ シュタルクと同様に、個々の人間の尊厳と権利の基礎を神の似姿（Gottesebenbildigkeit）に求めるのは、B・ブトアである。彼はいう。「人間は、神の被造物とみなされ、それぞれ個人として神の似姿に創造され、と同時に、他の共に生きる人間に義務づけられる。哲学的な人格概念と聖書の創造信仰との結合のうちに、人間の尊厳（Würde des Menschen—強調は著者）に関するヨーロッパ的確信の歴史的核心が存する」、と。

人間を神の似姿と捉えるキリスト教神学において、人間は、教会に結びつけられているにも拘わらず、神との関係においては個人（Individuum）と理解され、この個人は、その一回性において、霊（Seele）の不可死性を有するとともに、神に対する人間個人としての人格的責任（personliche Verantwortung）を負うのであり、この神に対する人格的責任との関連性のうちに個人の「自由」は前提される、と観念される。⁽¹³²⁾ とりわけ、中世の哲学において、キリスト教神学にいう「人間の自由」の自由概念は、形而上学的自由概念として、神関連的自由であると同時に、現世外的（außerweltlich）自由でもある、と構想された。シュタルクは、この「現世外的」な神学的自由概念が、歴史的経過のなかで、とりわけ、世俗的支配との関連において、二重に「現世内的（innerweltlich）」諸関係に影響を与えることとなった、という。すなわち、①キリスト教徒は、神に対する責任を果たし得るために、共同体に対して現世内的自由と権利を要求した。そうであれば、まさしくこの中核に位置する現世内的自由こそが、本稿第二章で論じてきた、個人の宗教の自由の、その集合的権利である教会の自由の確立史ということになる。⁽¹³³⁾ ②人間の神に対する自由の主体的地位を、その神学的基礎から分離し、これを世俗化すれば、宗教的責任性にも拘わらず、この主体的地位は世俗的支配者に対して主張され得ることとなる。シュタルクのいうこの「現世外的」自由の展開は、その論理的帰結として、両者あいまって「現世内的自由」へ向けての途を用意することになる。彼はいう。「この世俗化の過程は、世俗的支配に対す

る、また後には国家に対する法主体としての人間の地位にとって、決定的な基礎となる、といひ得る。これとともに、人は、国家に対する人間の権利にとっての連結点(Anknüpfungspunkte)をもつこととなった。最終的には、憲法国家の理念は、ここに帰せしめられる。この理念は、個人と団体は、国家に対して法的地位を保持し、また、この法的地位は、権力分割によって確保される、という点に存する⁽¹³⁴⁾、と。たしかに、人権カタログの定式化が、市民革命とその立法の産物であり、絶対君主制とこれと結合した教会に対して貫徹された成果とみなされるとしても、だが、シュタルクは、人権を、発生論的には、以上のように神の似姿としての聖書的・神学的個人主義のうちに基礎づけられるとし、これを保障する制度として権力分割を位置づけている、といえよう。現行基本法では、基本権に、すべての国家権力が拘束されるだけではなく、最終的には「連邦憲法裁判所」による憲法裁判権の行使を通じて、基本権が保障されるシステムが採用されていることは周知のことである。

(c) 隣人愛にもとづく社会的委託論

すべての人間が神の似姿として捉えられるとすれば、この点に、すべての人間の「平等」の根源も看取され得るであろう。シュタルクは、この神の似姿として創造された人間の平等から、キリスト教の本質的な使命の一つである「隣人愛(Nächstenliebe)」の命令が帰結するという。隣人愛とは何か。シュタルクは、これにつき以下のようにいう。「隣人のうちに、人は神を愛するのであり、この神は、愛の第一の目標である。隣人愛は、神のためにその根拠を標すのであり、そして、これによって、人間の形而上学的な定着を説明する。しかし、隣人は、神の愛のたんなる手段ではなく、ペルソナとしてのその特質において自己自身のために愛されるのである。これによって、このことが何を意味するか、につき何の疑義もない。すなわち、『汝は、汝の隣人を汝自身のごとくに愛しなさい』、と。自己愛は、隣人愛の範例で

ある」⁽¹³⁵⁾と。この隣人愛の命令こそが、キリスト教的慈善活動へ向けての契機となる⁽¹³⁶⁾。それは、個々の人間の隣人愛を媒介にして、さらに、個人の組織体である教会の責務となる。それは、いわゆる教会の愛の活動 (Liebestätigkeit = 慈善活動) へと展開されることとなる。J・イゼンゼーは、この間の事情を、「この隣人愛の命令は、個人倫理の次元を超えて発展し、教会とその教区の団体的責務となる。とはいえ、それ故に、隣人愛の命令は、その個人倫理的起源から切り離されないのである。教会の慈善行為 (karitative Leistungen) は、教会構成員の慈善行為のうちに基礎をもつ。個々のキリスト教徒の隣人愛は、教会という団体が活動するためのエネルギー源でありつづける」⁽¹³⁷⁾と捉える。歴史的にみれば、教会による、この慈善事業または救済事業活動が、キリスト教的理念を背景とする社会改革を支える社会運動の一環として、この隣人愛の命令にもとづき展開されるにいたるのは、伝統的な前工業社会の解体と一九世紀前半の近代工業社会の進展の間であるとされる。他方で、国(とりわけ、地方公共団体)も、一九世紀末以降、社会的配慮やその他の社会的活動を、神学的観点とは関わりなく、世俗的責務として行ってきた⁽¹³⁸⁾。困窮 (Noz) に苦しむ人間に対する福祉配慮や、また社会的事業が、キリスト教的隣人愛にもとづく愛の活動によるか、国家の世俗的観点からする社会的配慮によるかの相違はあるとしても、いずれにせよ、現在では両者間には一定の接近性と協働性がみられ、両者の限界づけは曖昧になりつつある⁽¹³⁹⁾。具体的には、①教会の愛の活動が専門職業化し、官僚制化したことにより、形式と手続きにおいて、国家(地方公共団体)の社会活動の形式との接近性が顕著であり、②国家は、法律上の規律(たとえば、連邦社会扶助法)と行政上の監督を通じて、教会の病院、高齢者ホーム、幼稚園といった慈善事業の形成に影響を及ぼし、また、教会の愛の活動に財政的援助を行うことを通じて国家と教会の協働を義務づけるようになっていく、ということである。とはいえ、シュタルクと同様、イゼンゼーも指摘するように、「基本法の指導像として先在するような憲法国家は、世俗国家である。この憲法国家は、世俗内的目標に自らを限定し、自らが憲法上

自由になし得る限定的手段を、目的合理的原理に従って、投入する。慈善活動 (karitative Betätigung) の宗教的基礎は、憲法国家の活動圏外にある。キリスト教的特質 (Proprium) は、その本質からして非国家的である。国家は、教会の慈善上の基本機能の起源に介入 (Zugriff) できな⁽¹⁴⁰⁾。「カリタス (Caritas) とデアコニー (Diakonie) は、隣人愛に (基本法上は、第四条で保障される⁽¹⁴¹⁾)、国家を義務づける社会的活動は、社会国家原理 (基本法第二〇条第一項、第二八条第一項) に、その活動の正当化根拠をもつ。現在の世俗化された国家は、この社会国家原理にもとづき正しい社会秩序を配慮することにより、市民間の社会的調整をはかるとい⁽¹⁴²⁾う責務を負うのである⁽¹⁴³⁾。

(d) 総括

以上みてきたように、シュタルクによれば、現代の民主制的憲法国家を構成する相互に密接不可分の関係にある諸要因、たとえば、権力分割論、基本権 (＝保障)、社会的委託等の精神的起源は、キリスト教の予定する人間像から導出されるものであった。ここで、基本権との関係で一点だけ指摘しておく⁽¹⁴⁴⁾とすれば、彼のいう、自由に、自らの責任で行⁽¹⁴⁴⁾為し得る「神学的個人主義」の観点からすれば、基本権のうち、自己決定・自己責任を重視する「自由権」こそが基本権論の中核を占め、いわゆる「社会権的基本権」は、このような自己決定・自己責任の原理に対する国家の過度の介入を許すものとして、きわめて限定的に解されることになるのは論理必然的であろう。もちろん、彼が、社会的基本権を限定的に解するのはこれのみを根拠とするわけではない⁽¹⁴⁴⁾。

註

(141) Vgl. Ch. Starck, Der demokratische Verfassungsstaat, S. 1.

(120) この世俗化された神学上の個人主義につき、vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 376f.

(121) B. Sutor, *Kleine politische Ethik, Leske + Budrich 1997* 47. 同書の主題説明のなかで、この „krummes Holz“ という言葉に關連して、I・カントの一文, „Aus so krummem Holze, als woraus der Menschen gemacht ist, kann nichts ganz Gerades gezimert werden.“ を引用する。

(122) 原罪論のトマス等を経ての歴史的思想史的展開につき、vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, 131f. なお、「原罪」の意義につき、稲垣良典「自然法と原罪」〔水波朗・阿南成一・稲垣良典編『自然法と宗教Ⅰ』(創文社、一九九八年)〕は、「原罪は、その言葉(原初・始源の罪 peccatum originale) からして、人類の歴史の始源において犯された罪である、という風に誤解されることが多く、じつさい『広辞苑』(第三版)でも『アダムが神命に背いて犯した人類最初の罪(旧約聖書創世記)』という用例が挙げられているが、それは、誤解であり、『原罪』の『原』は人類の第一の親アダムが犯した第一の罪が、『起源』という仕方で per originem, originaliter』その子孫であるすべての人間に伝えられた、ということを目指す言葉である……したがって、厳密に言えば、原罪は人間の自然本性に付加された超自然本性的な賜物の欠落であって、人間の自然本性そのものが原罪によって損壊されているのではない。……原罪によって人間が被っている罰とは、主要的に言えば『原初の義』という(恩寵的な)扶助を欠落して、人間の自然本性がそれ自身(だけ)に放置されている』ということに存するのであり、その意味では原罪のもとにおける人間の自然本性とはまさしく純粋な(ただの)自然本性 natura pura なのである」(四二頁以下)、と説く。

(123) アウグスティヌス、服部英次郎訳『神の国(三)』(岩波文庫、一九八三年)第二三卷第一四章二〇七頁参照。なお、同・第一三卷第二三章二三五頁以下、同、服部英次郎・藤本雄三訳『神の国(五)』(岩波文庫、一九九一年)第二二卷第一二章三〇四頁以下も見よ。アウグスティヌスにつき、E・シルソン/P h・ベーナー著、服部英次郎・藤本雄三訳『アウグスティヌスとトマス・アクィナス』(みすず書房、一九九八年)も見よ。

(124) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ② S. 13f.

(125) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ② S. 14.

(126) フリートリッヒ・ヘーゲルの言(一八三一年)とは、シュタルクが引用するところによれば (vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 14) 以下の内容である。「この状況(人間の墮落 Sündenfall)を指す)に強制されてまた少なからず神の摂理に動かされて、人民(Völker)にとって君主が蘇ったのであり、君主を通じて、罪を犯す自由は抑制され得た。君主は、生と死とに關する審判者として、いわば神の審判を執りなす者として、どのような財産を、どのような運命をまたどのような身分を誰もがつべきか、を人民に代わって決定すべきとされ、そして、彼らに委託された管理(Verwaltung)を完全に決済することができる。しかし、国王のなかの国王また支配者のなかの支配者にとりわけ要請されることは、高度に神聖な(hochheilig)教会すなわちキリストの母は、信仰の中傷者の秘密

「民主制的憲法国家」の基礎としての「宗教」の役割

の背信行為を通じてけがされることを許してはならない、ということである。君主は、キリスト教の母を世俗の剣によって公然たる敵の攻撃から護り、また、人民に平和と、そして、人民が保護された後、正義を、ふたりの姉妹のようにお互いが抱擁し合うべき諸力に従って、保持すべきである」と

- (127) A・ハミルトン・J・ジェイ・J・マディソン著、斎藤眞・中野勝郎訳『ザ・フェデラリスト』（岩波文庫、一九九九年）参照。
以下、引用は本書による。

- (128) シュタルクは、『ザ・フェデラリスト』の言述は、人間学的には「原罪論」に根ざすとしながらも、同時にそれが、「啓蒙の産物」でもあること忘れてゐるわけではなからず（Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 16）。

- (129) たとえば、『キケロー選集8』（岩波書店、一九九九年）岡道夫訳「国家について」三七頁以下、六〇頁等をみよ。

- (130) 聖書のなかでの言葉：「神は自分のかたちに人を創造された」（創世記一章二七）、「真の義と聖とをそなえた神にかたどって造られた新しき人着るべきである」（エペソ人への手紙四章二四）を見よ（以下、聖書の訳は、日本聖書協会訳による）。Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 16ff.; ders., Fn. 28, ④, S. 376ff.

- (131) B. Sutor, Fn. 121, S. 31.

- (132) シュタルクは、自由思想の基礎にあるキリスト教的個人主義につき、E・トレルチの理解（E. Troeltsch, Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen, Tübingen 1912, S. 39）を例証として挙げる（Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 16）。

- (133) シュタルクは、クーゲルにならって「クーゲル著、長谷川宏訳『歴史哲学講義（下）』（岩波文庫、一九九四年）、二〇〇頁、二〇四―二〇五頁、三〇八頁以下（第三篇近代）を参照」、キリスト教のうちに胚胎する自由思想を、国家理論と立法のなかに持ち込むに与って力があつたのは、自然法論、宗教改革、啓蒙および市民革命であることを指摘する（Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 17）。

- (134) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 17f.; ders., Fn. 28, ④, S. 376.

- (135) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 19ff. また、マタイによる福音書二二章三七―四〇、マルコによる福音書二二章二九―三一、ローマ人への手紙一三章九を見よ。

- (136) シュタルクは、E・トレルチに倣い、隣人愛の固有の意義からすれば、この愛の活動は社会的弱者の救済という意義はもたず、キリストによって伝えられ、化体された愛の神志向（Gottesgesinnung）の啓示と覚醒とを意味する、という（Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 19）。トレルチについては、佐藤眞一著『トレルチとその時代―ドイツ近代精神とキリスト教』（創文社、一九九七年）を見よ。

- (137) J. Isensee, § 59 Die karitative Betätigung der Kirchen und der Verfassungsstaat, in: J. Lisch u. D. Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, Duncker & Humblot 1995, S. 667. 同くハイヤーバーダ

„Caritas“ という言葉と „Diakonie“ という言葉は、前者がどちらかといえばカトリックの領域で、後者のそれが福音主義の領域で優勢であるとしても、もはや宗派的な相違を標してはおらず、したがって、同義として用いることができる」という (A. a. O., S. 669)。

(138) そのようなものとしてたとえば、ビスマルクの構想した社会政策の展開につき、K・E・ボルン著、鎌田武治訳『ビスマルク後の国家と社会政策』(法政大学出版局、一九七三年)を見よ。

(139) なお、シュタルクは、隣人愛の表現形態は、慈悲と慈善心 (Güte und Mildtätigkeit) であり、博愛と人間性 (Philanthropie und Humanität) は、キリスト教の隣人愛の世俗化された表現形態であるという (Ch. Starck, Fn. 18, ②, S. 20.)

(140) Vgl. J. Isensee, Fn. 137, S. 688.

(141) 教会の慈善活動の憲法 (基本法) 上の基礎づけにつきたとえば、vgl. J. Isensee, Fn. 137, S. 705ff. また、vgl. M. Heckel, Kirchen im Sozialstaat, in: Festschrift für Hans F. Zacher zum 70. Geburtstag, S. 243. ヴァッケルは「これにつき、宗教の自由と教会共同体の自己決定権の保障を挙げる (基本法第四条、第一四〇条/ヴァイマル憲法第一三七条第三項)。」

(142) シュタルクは、「社会的に拘束された自由な経済秩序」が、この国家責務としての社会的調整に先行するのであり、この経済秩序が市民の経済的福祉のための基礎であることを指摘する (Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 21)。

(143) M. Heckel, Fn. 141, S. 235ff. で、ヘッケルは、社会国家性の相競合する四つの典型的目標を指摘する。それは、①社会国家性の第一の、根本的目標は、人間に値する (menschenswürdig) 生活のための均質な扶助を通じての**困窮の克服** (Bekämpfung der Not — 強調は著者) であり、②第二のそれは、疾病、廃疾、高齢、失業、扶養者の死に際しての「生活の諸変動」に対する、ないしは戦争による損害、戦争に起因する間接的損害や共同体の危険領域に起因するその他の損害に対する、**社会保障** (soziale Sicherheit — 強調は著者) を追求する、③第三のそれは、さまざまな悪しき状態にあるグループ、たとえば、子どもの多い家族、借家人、障害者、被災地の社会的な不利な条件を除去することによる「**より多くの平等** (mehr Gleichheit — 強調は著者)」の樹立、④広範な配分 (Teilhabe — 強調は著者) を伴う**一般的な裕福さの増大** (die allgemeine Wohlstandsmehrung — 強調は著者) である。

(144) これにつきたとえば、菟原明「クリスティアン・シュタルクの憲法構想について (一)」(本誌第四卷第一号) 九一頁以下を見よ。

四 おわりに

全体的な総括として若干の点を指摘することにより、本稿を締め括ることとしよう。

「民主制的憲法国家」の基礎としての「宗教」の役割

これまでの論述から、まず第一に基本権に関していい得ることは、個人の宗教の自由やその集合的権利である教会の自由を中核とする基本権が、神の似姿としての人間の神に対する人格的自由を精神的支柱とする⁽¹⁴⁵⁾という事は、別言すれば、基本権の国家を超える脱世俗的・形而上学的性格は、世俗的国家のとりなす国家行為をつねに批判的に監視する機能を基本権のうちに含むと同時に、逆に形而上学的視点から世俗国家の国家行為を正当化する機能をも果たすこととなる、ということである。また、他方で、国家は、民主制的憲法国家の下で、憲法上保障される基本権にもとづき個人や教会が行う活動を正当化し、平和攪乱的活動に対しては、国家責務としての、世俗国家の「平和」維持機能の観点からこれを(すべての人に適用される一般法律にもとづき)統制・批判する機能を發揮することとなろう。それ故、両者の間には、つねに動態的な緊張関係が存在しており、人間と国家は、望んだとしても、自らを自らにもとづいて自己完結的に基礎づけることはできない、ということが帰結する。⁽¹⁴⁷⁾第二は、神学的個人主義の予定する人間像が、自由な、自己責任にもとづき行為する人間であるとすれば、(国家の財政的限定性とも関連するが)国家の個人に対するパターンリズムではなくて、個人の自己の生に対する自己規律の重要性が強調されることとなる。⁽¹⁴⁸⁾とすれば、そこから、教会とその構成員にとっては、この人間の自由の精神的基礎を否認するような諸要因に対して、民主制的憲法国家を脅かすものに対して、この人間の自由を擁護し、発展させることが倫理的義務となるであろう。シュタルクは、民主制的憲法国家を脅かすものとして、たとえば、世俗的領域と宗教上の領域との分離に異議を唱える原理主義(Fundamentalismus)や、福祉国家や教育国家を約束することによる救済、そして、精神的領域へその権限を押し及ぼすか、無神論を世界観的原理へと高める全体主義国家、等を挙げる。⁽¹⁴⁹⁾シュタルクは、民主制的憲法国家を脅かすものに対し対質し、民主制的憲法国家を擁護すべきことを教会とその構成員に要請する。すなわち、「教会とその構成員は、人間は、遺伝を通じて、または、経済的構造を通じて完全に規定されるとか、あるいは、人間は衝動とか記述的理解力に還元されると

か、概して人間は学問的に解決可能な課題として理解される、といった哲学的潮流とかそこから生じる精神構造と対質しなければならぬ。というのは、このような観念が貫徹されるとすれば、民主制的憲法国家が基礎をおき、また、民主制的憲法国家がその世界観的に中立の故に、ほとんど自らでは確保できない精神的基礎が喪われていくからである。教会とその信者は、形而上学的な自由概念の遺産を、そのつどの学問的認識や時代潮流に照らし合わせて、将来に向けてつねに新たに繰り返し説明し、擁護しなければならない。自由は、相互の人権の承認とコンセンサスの形成の保障者であり、条件である。他の人間も、自由の地位にあるということが、その尊厳を形成する。したがって、人間は行為の排他的客体であってはならず、いつでも同時に主体として尊重されねばならないのである⁽¹⁵⁰⁾。

さらに、国家目標との関連では、既述の国家目標としての「平和」以外にも、神の似姿に根拠づけられた自由（基本権）の保障と、隣人愛に裏打ちされた社会的委託（愛の行為）の世俗化としての社会的調整というように、キリスト教的に裏打ちされた別の国家責務が国家目標として設定されることとなる。ここには、近代国家のまた民主制的憲法国家の構造を規定するに不可欠の国家目標の三極布置構造、すなわち、「平和」、「自由」、「社会的調整」との対応関係が明瞭に見て取れる⁽¹⁵¹⁾。

最後に、キリスト教（教会）とEU（およびその構成諸国家）の関係に関するシュタルクの思考に手短にふれておく。EU構成諸国家は、連合条約の規定するように、連合の同一性の標識（Identität der Union）として、民主制的憲法国家を構成する諸要因を共有することで、そこからまたその連帯性（Solidarität）の原理も生じてくる。シュタルクはいう。「EUの構成諸国家は、この共通の同一性を、キリスト教と世俗化過程に負うており、その成果は、教会によって国家と連帯して保護されている。∴教会がもっともよくその責務を果たすのは、キリスト教的基本価値を定式化し、それを実現し、そして、それをキリスト教的人間像のための範例を通じて喧伝することによって、である⁽¹⁵²⁾」、と。しかし

ながら、他方で、シュタルクは、EU構成諸国家の国民的同一性の尊重をも強調する。このことは、民主制的憲法国家における宗教の自由の発展（集合的権利としての教会の自由を含む）の非同源性ということに鑑みれば、教会とEUとの関係では、補完性原理が働くべきことを、すなわち、EU構成諸国家の固有の法伝統が宗教的領域においても機能すべきであり、共同体法による性急な平準化によって、構成諸国家の独自性が破壊されてはならないことを意味することとなる⁽¹⁵³⁾。ここには、民主制的憲法国家を脅すものとして、EU中心主義による構成諸国家の多様性を否認するような傾向に対するシュタルクの批判的視点が看取される。

国家と教会との分離、権力分割、基本権の保障また社会的委託といった現代民主制的憲法国家の同一性・共通性を、これにつきるわけではないが、なによりも、キリスト教に、その聖書的・神学的起源に求める必要性を説く、シュタルクの見解は、これまでの論述から、概ね明らかにされ得たかと思われる。いうまでもなく、民主制的憲法国家へ向けての発展過程において、また、現代民主制的憲法国家において、教会と神学とがつねにこの国家の構成要因の脱宗教化、世俗化を促進するよう作用してき、また、作用しているわけではない、むしろ、これを妨害する阻止的作用をも営むことがあったし、営んでいることがあることも否めないであろう。だが、そうであったとしても、シュタルクのいうように、「総体的にみれば、近代世界は、キリスト教、すなわち、教会と神学なくしては考えられ得ない⁽¹⁵⁴⁾」し、また、近代世界にかぎらず、現代世界も、キリスト教の教会や神学ぬきには考えられ得ない⁽¹⁵⁵⁾ことであろう。

註

(145) ヨーロッパ文化との関連におけるこの人格概念につき、vgl. W. Kasper, *Europäisches Denken und christliche Botschaft*, in: H. Fechtrop/F. Schulze/T. Sternberg (Hrsg.), *Aufklärung durch Tradition. Symposium aus Anlaß des 90. Geburtstag von Josef Pieper im Mai 1994 in Münster*, Lit Verl., 1994, S. 111ff. そとで「カスパーは「ヨーロッパは」地理的、民族的はたまた言語的統

一体でもない。：ヨーロッパとは、精神的なもの (eine geistige Größe) なのである」ことを前提に、ヨーロッパを特徴づける人間学的伝統は、①ギリシャとその哲学に遡り、また、②①に、ユダヤ・キリスト教的伝統が付け加わることで、人間の尊厳を古典古代の人間主義以上に重視する (人間と神の似姿論) こととなり、そして、③この①と②とが総合されることで、キリスト教神学は人格概念を形成したのであり、したがって、このヨーロッパ文化にとって基礎的な概念である人格概念は、キリスト教的起源をもつ、という。

(146) キリスト教的自由と憲法上保障される自由との関係につき、vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 377.

(147) シュタルクの基本法前文の「神と人間とに対する責任 (Verantwortung vor Gott und den Menschen)」に関する言述 (Ch. Starck, Fn. 31, Präambel, Rdmm. 36-38) も見よ。

(148) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 233. シュタルクは、「国家に先行するのは、自由と平等という基本価値 (Grundwerte) — 強調は著者) である。ドイツの法的自由保障に優先するのは、個々の市民の自己決定の意欲であり、それに対する責任である。いっさいの法的平等に優先するのは、住民のうちに着した人間の平等の観念である」という。なお、シュタルクの説く「基本価値」論に関しては、vgl. Ch. Starck, Vom Grund des Grundgesetzes, Edition Interfron, Zürich 1979 [C・シュターク著、廣田健次監訳、渡辺中・酒井喜恵子共訳『西ドイツ憲法の基礎理念』(有信堂、一九八七年)]。一九七〇年代の基本価値論争をふまえて、一九九〇年代のそれを検討するのは、vgl. H. Maier, Werte-Woher und Wozu? Die Grundwertedebatte in der Bundesrepublik Deutschland 1976 bis 1999, in: Mut, 383, 1999, S. 44ff.

(149) Ch. Starck, Fn. 28, ④, S. 379.

(150) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 26; ders., Fn. 28, ④, S. 379.

(151) この国家目標の三極布置構造 (また、新たに基本法第二〇a条に組み込まれた国家目標としての自然的生活基盤の保護) に関しては、菟原明「クリスティアン・シュタルクの憲法構想について—ドイツ再統一に関する諸論稿を基礎として—」(補論—) (大東法学第四巻第二号) 一五七頁以下を見よ。国家目標につき、思想的、憲法史的、憲法規範的に包括的に論ずるものに、vgl. K-P. Sommermann, Staatsziele und Staatszielbestimmungen, J. C. B. Mohr 1997.

(152) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, 25f.

(153) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 273. シュタルクは結論として、「教会は、精神的な委託を有する。国家の世俗化の成功した過程は、世俗化されなかった教会を前提とする、そのようなものとして、教会は、ヨーロッパ諸国家の連合の政治的文化的放棄できない部分である。教会は、民主制的憲法国家の宗教的前提を想起させ、そして、そのような前提を将来のために現実化することを通じて活性さを保つのである」と。

「民主制的憲法国家」の基礎としての「宗教」の役割

(154) Vgl. Ch. Starck, Fn. 28, ②, S. 22.

(155) ドイツ連邦共和国にかぎらず、シュタルクのいう民主制的憲法国家における宗教上の現代的・将来的に喫緊に解決を迫られる課題として、各国家が抱えるイスラム教信者に対する対応問題が挙げられよう。この問題の一例として基本法第七条三項の保障する宗教の授業は、キリスト教にもとづく宗教授業に限定されるかどうか、が問われる。この問題につきたとえば、vgl. Ch. Hillgruber, Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport: die Antwort des Grundgesetzes auf eine religiöse Herausforderung, in: JZ 53. Jg., 1999, S. 538ff.; M. Heckel, Religionsunterricht für Muslime?, in: JZ 53. Jg., 1999, S. 741ff.; N. Janz und S. Rademacher, Islam und Religionsfreiheit, in: NVwZ 1999, H. 7, S. 706ff.; F. Fechner, Islamischer Religionsunterricht an öffentlichen Schulen, in: NVwZ 1999, H. 7, S. 735ff.

(一九九九年九月二九日提出)