

ブランデンブルク州学校法にいう「LER」は、基本法に適合するか

法律学科教授 菟原 明

I. はじめに

ドイツ再統一（1990年10月3日）は、旧東ドイツが新たに五州に解体・編成され（1990年7月22日州導入法）、これらの州（以下、新州という）が基本法旧第23条に従い、ドイツ連邦共和国に「加入」することにより達成された。新州は、連邦制のもと、その固有の国家性にもとづき、州憲法の制定を果たしたが、新州の一つであるブランデンブルク州は、その他の新州の憲法が基本法第7条第3項に適合する「宗教授業」につき規律した⁽¹⁾のとは異なり、憲法上宗教授業に関する規定をおかず、これを規定することを州学校法に委ねていた⁽²⁾。1996年4月12日（日付は、文献によって相違し、ここではシュタルクによる）同州学校法（第二次学校法：1991年5月28日第一次学校改革法第26条は、宗教授業に関しては将来の州学校法を指示していた）は、第9条第2項および第3項ならびに第141条で、公立学校での宗教授業を、たんなる、任意の、教会によって行われる補充的選択科目であると規定し、これとはちがって、他方で、同法第11条第2項ないし第4項で、宗派に中立的な(konfessionsneutral)「生活形成・倫理・宗教科」(Lebensgestaltung-Ethik-Religionskunde = LER)⁽³⁾の授業を、州の教育高権により、宗派との結びつきをもたず、宗派の委託もない教師によって、宗派にとらわれず、宗教上中立に行い、これを必修科目として原則として生徒全員に対して導入しようとした⁽⁴⁾。同州学校法の定めるこのLERは、公立学校での宗教授業を正規の授業科目として保障するとともに、宗教共同体の教義と一致して、これを行うことを保障する基本法第7条第3項に違反する、として、連邦憲法裁判所において抽象的規範統制手続および憲法異議で攻撃されることとなった。連邦憲法裁判所は、2001年12月11日口頭弁論にもとづき、相互の協調的な了解を求めて和解提案(Vergleichsvorschlag)を行い、本件に対する訴訟関係人の了解を図った⁽⁵⁾。なお、この和解提案にもとづき、一方当事者であるブランデンブルク州政府は、これを基礎とする法案（学校法改正第三次法案）を州議会に提出するにいたるが、これに対して、ブランデンブルク州議会が学校法改正法案を「いっそう審議を押し進めたり、議決したりしないよう」にする仮命令を求める訴が連邦憲法裁判所に新たに提起されたが、連邦憲法裁判所は、連邦憲法裁判所法第32条第1項にもとづき、「本案手続がいまだ係属していないときに、緊急の申立は、本案としての争訟事件が、適式な方法で(in zulässiger Weise)連

邦憲法裁判所に提起され得るであろう場合にのみ許容される」として、これを却下した(2002年4月23日)⁽⁶⁾。本稿は、「ブランデンブルク宗教戦争」もしくは「新たな文化・教会闘争」⁽⁷⁾ともドラマティックに表現される、ブランデンブルク州学校法の定めたLERと、基本法第7条第3項の保障する「宗教授業」との適合性等をめぐって憲法上問題となった諸点につき摘記し、LERに否定的な見解の論拠づけを、ブレーメン条項がブランデンブルク州へ適用をみるかどうかにつき、カトリックの立場からのCh・シュタルクの意見書を、また、LERの基本法第7条第3項との関係につき、福音主義の立場からのM・ヘッケルの意見書を中心にあとづけることで、紹介することを課題とする。

註

- (1) 各州憲法条文につき、vgl. Verfassungen der deutschen Bundesländer, Beck-Texte im dtvが参照するに便利である。なお、新州憲法の註釈につきたとえば、vgl. Ch. Starck, Die Verfassungen der neuen deutschen Länder, Eine vergleichende Untersuchung (Heidelberger Forum, Heft 89), C.F. Müller 1994. 本書の改訂第2版は、J. Isensee / P. Kirchhof (Hrsg.), Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. IX, C.F. Müller 1997, S.353-402に所収されている。本書につき、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(一) 補論—」(大東法学第4巻第2号)参照。
- (2) Vgl. M. Heckel, Religionsunterricht in Brandenburg. Zur Regelung des Religionsunterrichtes und Faches Lebensgestaltung · Ethik · Religionskunde (LER), Duncker & Humblot 1998, S.19 (以下、ヘッケルの本書は、本文中に頁のみ記載する) なお、本書は、福音主義(evangelisch)を信仰する生徒および親からの憲法異議を理由づける意見書であると同時に、この問題を、包括的、詳細に検討した文献でもある。その大要は、まず、新州での宗教授業に関し考察したのち、ブランデンブルク州でのLERの法状況を特徴づけ(S.12ff.)、これに対する福音主義の立場に立つ生徒、親、宗教共同体に憲法異議が許容されることを弁証し(S.26ff.)、LERに関わる諸規定は、二重の意味で基本法第7条第3項に違反する、と説く。すなわち、①LERは、宗教授業ではないこと(S.40ff.)、②同州学校法第9条第2項および第3項は、基本法第7条第3項に適合しないこと(S.44ff.)、である。そこから、結論として、LERのような科目は、原則として許容されない(S.83ff.)し、ブレーメン条項の適用もみない(S.98ff.)、というものである。
- (3) 1992年にスタートした3年間のモデル案が試行されたが、これは、

„Lebensgestaltung- Ethik- Religionskunde“ではなくて、„Lebensgestaltung- Ethik- Religion“であった。この表記から推測されることは、当該科目がなお当初は「宗教」性を否定してはならず、後に „-kunde“ を追加にすることにより、宗教上の中立性を鮮明にするとともに、Ch・リンクが指摘するように、「組織的には州(Staat)により責任がもたれるが、内容的には宗教(および世界観)共同体によって決定される授業科目の基本法第7条第3項で確固と規定されているドイツの伝統から徹底的に関係を絶つ」(vgl. Ch. Link, „LER“, Religionsunterricht und das deutsche Staatskirchenrecht, in: J. Bohnert, C. Gramm, U. Kindhäuser, J. Lege, A. Rinke, G. Robbers (Hrsg.), Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot 2001, S.748. なお、リンクの本稿は、福音教会の憲法異議を理由づけた意見書がもととなっている: S.750、Anm.15)ことを意味するのであろう。宗教授業に関する詳細な論述につき、vgl. Ch. Link, Religionsunterricht, in: J. Listl und D. Pirson (Hrsg.), Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 2, Duncker & Humblot, 1995, S.439ff. なお、H・ケルゼンの„Reine Rechtslehre“が、„Leere Rechtslehre“と揶揄された響みに倣ってか、この LER 科目は、皮肉をこめて „Leerfach“と荘厳に呼ばれるのも稀ではないとのことである。

- (4) ブランデンブルク州学校法をめぐる法状況および成立過程につき、vgl. Ch. Starck, Religionsunterricht in Brandenburg. Art. 141 GG als Ausnahme von der Regel des Art. 7 Abs. 3 GG, in: J. Isensee, W. Rees u. W. Rübner (Hrsg.), Dem Staat, was des Staates - der Kirche, was der Kirche ist. Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag, Duncker & Humblot 1999, S.391ff.
- (5) BVerfGE 104,305.
- (6) <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/frames/2002/4/23>。仮命令につき、工藤達朗編『ドイツの憲法裁判 連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』(中央大学出版部、2002年) 170頁以下(畑尻剛担当)参照。なお、M. Heckel, Der Rechtsstatus des Religionsunterrichts im pluralistischen Verfassungssystem, Mohr Siebeck 2002, S.4ff.によれば、この和解は、①2002年7月10日学校法改正、②2002年8月1日宗教授業に関するブランデンブルク州政府法規命令ならびに③2002年8月1日教育、青少年およびスポーツ省とベルリン・ブランデンブルクの福音教会、ベルリン大司教区、ゲルリッツ司教区またマグデブルク司教区間での協定を通じて、法制化された、とのことである(本稿提出時点の2003年2月19日現在、未見)。M・ヘッケルの本書63頁以下は、2001年6月26日に、福音教会およびその信者である親の憲法

異議に関し、代理人として口頭弁論で述べた意見書である。2003年3月4日ドイツの書店より入手したM・ヘッケルの本書から、上記の情報を得ることができ、すぐにこれら3点の資料の入手方をCh・シュタルク教授にお願いしたところ、即座にこれに答えて下さり、2003年3月24日そのコピーを入手することができた。資料として訳出する（とりわけ、上記③）には紙数の関係上無理があり、別の機会に紹介できればと考えている。

- (7) U. Hildebrandt, *Das Grundrechte auf Religionsunterricht*, Mohr Siebeck 2000, S.1. 本書で、彼女は、基本法第7条第3項が、客観的憲法法の命題とみなされ得るだけでなく、同時に主観的法、すなわち、「宗教授業を求める基本権」ともみなされ得るかどうか、を詳細に検討する。

II. 連邦憲法裁判所に提起された憲法上の論点

LERの授業は、M・ヘッケルによれば、一方で、公立学校における共通の価値形成、価値志向および価値伝達に関する統一的な授業科目を追求したが、このような最初の考慮は、1990年の交以前の時代に広く遡り、他方で、1990年以後では、このLERの基本構想は、世俗的な授業と宗派的な授業の間の厳格な分離を克服するという目標を追求するものであった(S.20)。そうであるからこそ、憲法上の核心問題として、LERという新種の授業科目（必修科目；正規の授業科目）と宗教授業（選択科目；基本法上の正規の授業科目）の関係が問われることとなったのであり(S.46ff.)、CDU / CSU連邦議会院内会派、生徒、その親、宗教共同体から、ブランデンブルク学校法の関連条項の基本法違反性⁽⁸⁾が、すなわち、二大教会（カトリック教会、福音教会）およびカトリック信者と福音主義信者の親および生徒による総計4件の憲法異議ならびにCDU / CSU連邦議会院内会派の抽象的規範統制の申立によって、連邦憲法裁判所で攻撃されたのであった。

それ故にか、この問題をめぐる憲法裁判には、一方で、同州学校法の違憲性を争う、①規範統制手続を申し立てたW・ショイブレ以下、CDU / CSU連邦議会院内会派の代理人として、②生徒、親、宗教共同体の憲法異議提起者の代理人として、著名な公法学者、教会法学者が、カトリックおよび福音教会の立場から、他方で、LERの基本法適合性を支持する、すなわち、ブランデンブルク州政府の立場を支持する著名な公法学者が登場し、本件は、①LERと宗教の自由（基本法第4条）またその具体化といわれる宗教授業との関係をどのように理解するか、すなわち、LERの実体的・内容的な合・違憲性問題、②第7条第3項の例外規定であるいわゆる「ブレーメン条項」（基本法第141条）が、ブランデンブルク州に適用可能か否か、を争う憲法論争の性格もあわせもつこととなった⁽⁹⁾。

ちなみに、ブランデンブルク州側に立つ学者として、B・ピーロート、U・K・プロイス、B・シュリンクが挙げられる。また、CDU / CSU 連邦議会院内会派を代理したのが、J・イゼンゼー、F・オッセンビュールであり、カトリック教会の憲法異議を代理したのが、P・バドゥーラ、Ch・シュタルクであり、福音教会のそれは、Ch・リンクであり、福音主義に立つ生徒および親の憲法異議については、M・ヘッケル⁽¹⁰⁾である。

註

- (8) 福音主義の立場から、生徒、親、宗教共同体 (Religionsgemeinschaft) の憲法異議の許容性を主張するのは、たとえばまた、Heinrich de Wall, *Zum Verfassungsstreit um den Religionsunterricht in Brandenburg*, in: *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht* 142, (1997). S.353 (insbes.S.366)である。
- (9) Vgl. Ch. Starck, 註(3), S.391ff.; この問題につき論じる邦語文献として、ブランデンブルク州学校法の関連条文 (第9条および第11条) 訳も含む、初宿正典「いわゆるブレーメン条項の適用範囲 — 統一ドイツにおける宗教教育の新展開 —」(法学論叢第144巻第4・5号66頁以下) 参照。なお、本件に関わるブランデンブルク州学校法関係のテクストについては、たとえば、vgl. M. Heckel, *Religionskunde im Lichte der Religionsfreiheit. Zur Verfassungsmäßigkeit des LER-Unterrichts in Brandenburg*, in: *Zeitschrift für evangelisches Kirchenrecht*, Bd.44(1999), S.148 (Anm.2), S.149 (Anm.3); R. Puza, *Rechtsfragen um den Religionsunterricht und LER*, in: J. Isensee, W. Rees u.W. Rübner (Hrsg.), *Festschrift für Joseph Listl zum 70. Geburtstag*, 1999, S.413ff
- (10) Vgl. M. Heckel, 註(9), S.147 (Anm.1) u.S.150 (Anm.4).ヘッケルの本稿は、註(2)の書を補完するものであり、とりわけブランデンブルク州の側に立ったB・ピーロート等に対質する論稿でもある。

III. ブレーメン条項は、ブランデンブルク州に適用され得るか

これにつき、カトリック教会の憲法異議を根拠づける意見書を書いたCh・シュタルクの註(4)論稿が詳細な反論を展開している。彼は、本件で憲法上とりわけ問題となるのは、①州は、公立学校での宗教授業を正規の授業科目として編成することを度外視し得るかどうか、②州により責任がもたれる宗教科授業 (Religionskundeunterricht) は、憲法で要請する宗教上の国家の中立性の観点の下で、基本法と一致させられ得るかどうか、であると設定 (福音教会の憲法異議を根拠づけるCh・リンク註(3)論稿751頁も、本来の問題は、

法的争いの実体的側面にあるとして、シュタルクと同様の2点を指摘をする)し、第一の問題、いわゆる「ブレーメン条項」をめぐる問題に議論を集中しており、彼の論稿を中心に上記の①の問題をみていくこととする(以下、彼の論稿からの引用は頁数のみを記す)。

シュタルクは、まず第一に、基本法第141条にいう「1949年1月1日時点で、別段の州法上の規律が存続した州においては適用されない」との文言を援用して、ブランデンブルク州が、この決定日に、ソヴィエト占領地域の一部であった以前のマルク・ブランデンブルク地区(Provinz)における諸関係を指示することで、基本法第7条第3項の規定は、同州に適用されない、とする主張を、以下の理由から否定する¹¹⁾。

(i)基本法第141条の文言解釈と体系的解釈からする反論：①基本法にいう「州」とは、連邦国家を構成する部分国家がつねに考えられているのであり、国法上の法主体をあらわす憲法上の概念である。したがって、第141条にいう州も、この意義で州という文言を用いており、ブランデンブルク州の立場に立つB・シュリンク¹²⁾のいうように、第141条にいう州を「領域(Gebiet)」と捉えることを排除している。②基本法第141条によれば、問題となる(各)州は、前文および基本法旧第23条第1文に列挙されていた。しかし、基本法旧第23条第2文によれば、基本法は、ドイツの他の部分(新州：ブランデンブルク州しかり)では、その加入後(1990年10月3日)施行することができた。したがって、1990年10月3日以降の発効で創設された同州は、当初から基本法第7条第3項の例外条項である第141条の予想される名宛人ではない。③(a)1949年1月1日時点で存在する「マルク・ブランデンブルク地区」州の今日にまで及ぶ継続性も、旧ソヴィエト占領地区と後のDDRの諸州は、50年代の立法によって解体されたとはたといえなくとも、1968年DDR憲法によって解体され、1968年以降法律上いかなる州も旧DDRにはもはや存在していなかった、(b)1990年7月22日州導入法で創設された新州は、旧州とは一切の関係なしに創設されたのであり、統一条約また統一条約覚書もそこから出発している、(c)諸州の憲法制定も、旧DDR諸州の再建は問題とはなり得なかったことを示している、と(S. 394ff.)。なお、シュタルクは、396頁註21で、彼と同旨の者、および彼とは対立する見解の者を挙げる(また、新州への基本法第141条の効力拡張を否認する断然圧倒的な見解を主張する者とこれに反対する見解の主張者につき、リンク論文註(3), 757頁脚注48もみよ)。

(ii)基本法第141条の成立史からする反論：ある規範を解釈するのに成立史を援用することは、憲法法についても妥当する法律学上の解釈の公認された原則である、との認識を前提に、シュタルクはいう。文言と体系からする解釈の成果は、第141条の成立史を通じて確認される、と。①1947年10月21日ブレーメン憲法第32条第1項は、普通教育を行う公立学校は、非宗派別学校=共同学校(Gemeinschaftsschule)であり、「一般的には、キ

リスト教に基礎をおく聖書の歴史における宗派の拘束を受けない授業を行う」(ブレーメンでのこのような授業形態は、19世紀初頭に遡る伝統をもつといわれる)と規定するが、これが、基本法第7条第3項の例外規定の引き金となった。しかし、ハンブルク、ヘッセンおよびベルリンが、ブレーメンと同様な地位を求めたこともあって、基本法制定議会評議会は、「西ドイツ諸州」にも第141条の適用を考慮したが、しかし、東ドイツの五つの州に関連づけて考慮してはいなかったし、基本法第141条が、ソヴィエト占領地域の諸州の憲法制定や立法にも及び得るとは捉えられてはいなかった。さらに、②ソヴィエト占領権力(=全体主義体制)による諸州の憲法制定過程および立法過程への抑圧と強制による干渉の下で、1947年2月6日マルク・ブランデンブルク地区州憲法の宗教の授業に関する諸規定も、民主的な立法過程で成立したとはいえない(共産主義体制の宗教に敵対的な措置は、なにもDDRの創建にはじまったことではない)。それでは、③第7条第3項第1文と抵触する伝統をもつ州が、別の州に合併(基本法第29条の連邦領域の再編規定を参照)されたときは、どう理解されるか。この場合には、第141条の例外は、1949年1月1日に例外を享受する要件が存在した旧州の領域にだけ適用されるのであり、それ故に、第141条にいう「別段の州法上の規律」は、以前には自立していた、編入された州の領域にだけ関連する。たとえば、ブレーメン州が、ニーダーザクセン州に編入されることがあれば、第141条は旧ブレーメン州に編入後も適用されるが、このような状況は、旧DDRの州の崩壊とは比較できるものではない(S.396ff.)⁽¹³⁾

(iii)基本法第7条第3項の例外条項としての第141条、その逆ではない、とする反論：
①第7条第3項第1文は、発展史的にみれば、(a)国家と教会および世俗的事項と宗教的事項との分離、(b)州の学校が原則、という二つ前提をもつ。このような前提にたつ第7条によって、州の学校法に対する連邦憲法上の枠組み(ヴァイマル憲法の宗教に関わる諸規定を基本法の構成部分とする第140条とも関連する)が創設されたのであり、具体的には、第7条と第140条は、基本法が、文化憲法上(kulturverfassungsrechtlich)中立的ではなく、また、厳格な政教分離を採るのでもないことを実現し、これが、同時に、連邦領域での一定程度の統一性を保障するとともに、この統一性が、州の権限を制限するだけでなく、市民にとっての保障機能も有するのである。それ故に、第141条は、基本法の文化憲法上の中立性を再建する規定であり、第141条が原則規定であって、第7条第3項第1文が例外規定である、したがって、同文は可能なかぎり限定的に解釈されねばならない、とする見解は、基本法が厳格な政教分離を採用しているとの誤解にもとづく誤った見解である⁽¹⁴⁾。
②この見解は、州の学校における正規の授業科目としての宗派の宗教授業の保障の意義を無視することとなる。その理由は、以下である。(a)州の学校は、子どもを全人格的に教育

する責務を負うことから、それは、世俗的事項を超えざるを得ず、そこから、学校における宗教授業に関する規律がなされた。学校の意義と目的は、子どもやその親の要求（基本法第6条第2項）によって、彼らが、学校の知的伝達の関連性のなかで、宗教的志向も要求するかぎり、決定される。そこから、このような要求課題を解決するために、州は、学校においては、宗派的に特徴づけられた授業科目としての宗教授業が提供されることに外面的責任を負い、宗教授業に関しては、教会が内容的責任を負う、という解決の方式が採られたのであり、これによって、州は、一方で、宗派的に特徴づけられた宗教授業の要求を承認し、他方で、州の宗教的・世界観的中立性ととも、これを望まない（基本法第7条第2項）または与えられたくない（同第3項第3文）者の宗教上の自由も保持するのである。(b)以上の構想から帰結するのは、第141条の決定日の規律を付して第7条第3項第1文の宗教授業からの例外を認める「寛容規定」は、例外的性格のものであるということである。したがって、この寛容は、決定日に伝統にもとづき、また、民主制的決断にもとづき、第7条の宗教授業とは背馳する構想をもった州にのみ及ぶ。そうであれば、③ブランデンブルク州では、このような伝統も法的規律も存在しないことから、第141条の寛容規定が同州に適用される余地はない(S.400ff.)。

(iv) 統一条約も宗教授業に関する規律を含まない：①統一条約の審議の間、パーダーボルン大司教デーゲンハルトは、書簡で当時の西側代表・連邦内務大臣ショイブレ（本件では、規範統制手続申立人の一人）に、カトリック教会は、加入する新州に、基本法第7条第3項第1文の確実な適用を求めた（1990年7月30日）が、ショイブレは、新州への第141条の適用可能性を不可能であると考えており、「DDR政府代表に対して、宗教授業の基本権上の保障問題を、特別に審議対象とする必要性を感じない」旨の回答を行っていた。②1990年7月30日DDRの福音教会連盟は、当時のDDR首相ロタール・デ・メジエールに、「基本法第7条第3項は、DDRの諸州には適用されない。同条項は、同地域では停止されねばならない」旨の照会を行ったが、③本書簡受理後、教育・科学省で行われた宗教授業問題に関する会談(1990年9月5日)後、「DDRの基本法適用領域への加入後、公立学校での宗教授業を求める権利は、第7条第3項に従って保障される、という事実から出発した」、とする会談に関するプレス声明が公表された。その後も、④DDRの首相、審議代表団も福音協会連盟の見解は採らず、宗教授業に関し審議されることもなかった。それ故に、⑤統一条約は、宗教授業に関する規律を含まず、基本法第141条の適用非可能性の故に、ブランデンブルク州にも第7条第3項の一般原則が妥当する(S.403f.)¹⁵⁾。なお、シュタルクは、第7条第3項は、公立学校での宗教授業のための組織的また財政的前提を創設する、国家(州)に対する給付請求権を基礎づける¹⁶⁾、という。

(v)憲法変遷による正当化の否認：①憲法規範も社会的現実に関係づけられている以上、当該州に教会所属員は存在するか、が問われる。もし、教会所属員が存在しなければ、教会も存在しない、という社会的現実があるとき、一般的に継続的効力をもつ第7条第3項第1文の規定といえども、事実上の実体を欠くが故に適用され得ないであろう⁽⁷⁾。しかし、州民の1/3がキリスト教の宗教共同体に所属するという現実（このような数値は、SED独裁の無神論的、教会敵対的政策の注目すべき成果の現れといえる）からしても、ブランデンブルク州の状況は、このような状況にはない。ちなみに、U・ヒルデブランドは、新連邦州における二大宗派の宗教授業がおかれているこのような「少数派状況」は、見方によれば、旧連邦州におけるイスラムの宗教授業に関する問題提起と比定可能である⁽⁸⁾、という。さらに、②1996年以降、連邦憲法裁判所に対して、宗教授業に対する同州学校法に対する憲法異議も提起されており、教会も正規の授業科目としての宗教授業の実施を望んでいる。このことからすれば、第7条第3項第1文は、同州に適用されるというべきであり、憲法変遷による適用除外を正当化する論拠には根拠がない。また、③基本法第7条第3項第1文の改正または統一条約の枠内で、新州へ第141条の効力を及ぼすことも行われることはなかったのであり、どのような論拠からも、第7条第3項第1文は、同州の事実関係にとっても適合する以上、憲法変遷の余地はない(S.404ff.)。

以上のように、シュタルクは、ブランデンブルク州への「ブレーメン条項」の適用が否認されることを、憲法解釈のレベル、ブレーメン条項の成立史、統一条約審議過程の検討、さらに憲法変遷等、否認論にとって想定可能な多岐にわたる論拠づけを展開した。したがって、つぎに問われるのは、LERは、基本法にいう「宗教授業」か、ということである。

註

- (1) 本稿は、Ch・シュタルクの憲法構想の理解に資することを同時に意図している。「ブレーメン条項」のブランデンブルク州への適用を否認するのは、さらにたとえば、vgl. M. Heckel, 註(2), S.96ff.; derselbe, 註(9), S.207ff.;
- (2) Vgl. B. Schlink, Religionsunterricht in den neuen Ländern, NJW 1992, S.1008, 1011. シュリンクに賛成する者につき、vgl. U. Hildebrandt, 註(7), S.9 (Anm.41)。シュリンクに対する詳細な批判はたとえば、vgl. H. de.Wall, 註(8), 368ff.
- (3) Vgl. Ch. Link, 註(3) 751頁以下は、シュタルクとほぼ同様に、歴史的、目的論的そして体系的解釈からして、第141条のブランデンブルク州への適用を否認する。同様なのは、vgl. H. Kremser, Das Verhältnis von Art.7 Abs.3 Satz 1 GG und Art.141 GG im Gebiet der neuen Bundesländer, in: JZ 1995, S.928ff.

- (14) これにつきた例えば、vgl.L. Renck, Bekenntnis im wiedervereinigten Deutschland, in: ZRP 1999, 323ff.; derselbe, Der Streit um den Bekenntnis- und Ethikunterricht in Brandenburg und Berlin, in: Neue Justiz 2000, S.394 は、基本法第4条（信仰、良心および宗教の自由）およびこれと結びつけられる国家の宗教的中立性から出発すれば、第141条が原則規定であり、第7条第3項が例外規定と解され、その領域的適用領域は、第141条を通じて限定されるのであり、したがって、基本法は、宗教授業（Bekenntnisunterricht）を限定的に保障するにすぎず、基本法から、州の宗教授業に対する一般的包括的なプログラムは推定され得ない、との帰結が生じることを論ずる。
L・レンクの従来の立場からのこのような変更を批判するのは、vgl.H. de. Wall, 註(8), S.366ff.
- (15) また、vgl.Ch.Link, 註(3), S.756.
- (16) Vgl.Ch. Starck, in: v.Mangoldt/Klein/Starck, GG.Bd.1, Art.4 Abs.1, 2 Rdnr.18, 4. Aufl., Verl.Franz Vahlen 1999,
- (17) これにつきた、vgl.L. Renck, Staatliche Grundrechtsvorsorge und Bekenntnisunterricht, in: ZRP 1999, S.139.
- (18) Vgl.U. Hildebrandt, 註(7), S.5.

IV. LER と宗教授業との関係

ブレーメン条項が、ブランデンブルク州へ適用されないとすれば、同州は、少なくとも基本法第7条第3項という正規の授業科目として「宗教授業」を実施する義務を負うこととなる。したがって、LER と宗教授業の関係は、LER が宗教授業でなければ、基本法第7条第3項の意味での宗教授業を、ブランデンブルク州学校法が実施しなければ基本法違反となる、または、両科目を競合的に開設しないかぎりも同様である、ということであり、ブランデンブルク州が、LER にのみ固執しなければ、両者の関係をどのように調整し得るか、の問題であるといえよう（紙数も大幅に超過しており、以下、この問題については、M・ヘッケル註(2)意見書が違憲論の詳細な論拠づけを展開しており、これに拠りつつ、簡単に触れることにする）。

宗教授業は、1960 末から 70 年代から初頭にかけて、宗教授業への参加免除申請（Abmelden）の増加や、宗派に所属しない生徒数の増大現象を前に、旧州では参加者数が減少するにいたり、これに対する代替授業（例：バイエル州では「倫理学」、ニーダーザクセン州では「価値と規範」等々）の設置へと各州は向かった。これらの科目は、宗教授業に参加しない生徒を対象とし、宗教授業を廃止したり、宗教授業に優位する取り扱いを

受けるというのではなく、両者は競合関係にあった。再統一後の新州でも、さらに、SED 独裁体制下での宗教離れ現象また新・旧州を問わず、イスラム教信者の増加現象を前にして、同様の措置が執られたようである。これに対して、ブランデンブルク州では、宗教授業に代わる LER が導入され、特別の申し出があった場合にのみ、LER を補充するものとして宗教授業は行われるにすぎなかった¹⁹⁾。このように、ひとりブランデンブルク州のみが、州政府の定める詳細な LER 授業要項(die Unterrichtvorgabe für LER)のもとで、宗派中立的な LER の科目を構想するにいたった²⁰⁾。とすれば、問題は、ブランデンブルク州学校法に定める LER が、①宗教授業といえるかどうか、そうでない場合には、②ブランデンブルク州政府が、基本法第 7 条第 3 項に沿った宗教授業を LER と競合的に設置しないことが許されるかどうか、である。

(i) LER は宗教授業か：基本法第 7 条第 3 項にいう宗教授業は、その都度の宗教共同体の教義と一致して行われるのであり、このために宗教共同体との協働も必要となるが、LER での宗教授業では、これらの諸点は考慮されていない点に鑑みれば、LER は、基本法にいうそれではないといえよう (M. Heckel, 註(9), S.40ff. また、vgl.BVerfGE 74,24)。M・ヘッケルは、ブランデンブルク州学校法第 9 条第 2 項および第 3 項による「宗教授業」は、基本法第 7 条第 3 項第 1 文および第 2 文における基本法の基本権保障の意義での宗教授業ではない、という。その理由として彼は、①基本法の基本権保障の意義での宗教授業は、州(Staat)の授業ではなく、教会の授業である、②それは、州の責任のもとにはなく、また、州の学校組織の担い手としての州によって、州の授業の構成部分として提供されるのではない、③それは、基本法第 7 条第 3 項第 1 文の意義における正規の授業科目として形成されていない、④その実施は、「州の」責務であり、その事項であるとは認められない、⑤それは、州の授業職務、州の学校組織および州の学校監督に組み入れられない、等をあげる(S.44)。さらに、彼は、基本法第 7 条第 3 項第 1 文にいう宗教授業の規律は、国家の非同一性、世俗性および中立性の原理に適合する、ともいう(S.55)。その根拠として彼があげるのは、宗教授業が、宗教の自由のために創設されたのであり、州の学校での宗教教育を通じて、宗教の自由の実現に奉仕するというところにある(圧倒的な支配的見解)。そうであれば、ブランデンブルク州学校法は、二重の意味で違憲となる。まず第一に、基本法第 4 条での宗教の自由の一般的保障から、LER の科目の現下の規律の違憲性が生じる。その理由は、関係する生徒、親および宗教共同体の宗派に適合しない、それ以上にこれに矛盾するからである。このような宗教の自由に対する侵害を含むが故に、したがって、宗教における一般的な州の必修授業は、憲法上正当化されない。第二に、基本法第 7 条第 3 項の制度的形成²¹⁾から、公立学校での正規の授業科目としての宗教授業を導入しないこ

との違憲性が生じる。何故なら、州の立法者は、これによって、連邦憲法上、生徒および親に宗教授業をその宗派に一致して開設し、実施することを義務づけられるからである。したがって、ブランデンブルク州の側に立ち、規範統制手続ならびに憲法異議を否認する立場は、基本法の国家教会法システムを記述し損なっており、また、学校法へのその影響を誤認している、と批判する(S.61ff.; M. Heckel, 註(9), S.150f.; S.161)。それが故に、LERは、宗教授業ではないし、また、ブランデンブルク州の学校法に規定する LER の補充としての宗教授業も基本法に適合せず、違憲である。また、基本法および連邦法は州法に優位する（基本法第 31 条参照）ことからすれば、第 7 条第 3 項の憲法保障は、正規の科目としての宗教授業を法的、事実的にも侵害することを禁じている、といえよう。

(ii) LER と宗教授業との関係づけ：LER 導入の理由は、(a) 40 年におよぶ東ドイツでの共産主義支配の結果、西側連邦州とは異なり、東側連邦州では、宗教社会学的、精神的な転位が生じ、宗教授業に代わる新しい授業形態が必要となったこと、また、(b) 連邦領域へ、従来のカトリックまたはエヴァンゲリシユとは異質な宗教（例：イスラム、ギリシャ正教、極東の宗教等）を信仰する外国人が多数移住する等にいたった結果、宗教上の分裂・多様化が生じたこと、に求められるとしても、正規の授業科目としての宗教授業への参加を求める生徒に対して、LER への補充的参加を州学校法により義務づけることは、基本法第 4 条の生徒と親の宗教の自由の保障に違反するだけでなく、基本法第 6 条第 2 項の生徒の親の教育権の保障をも侵害し、ひいては、教会の自己決定権をも侵害することとなる。シュタルクも説くように、ブランデンブルク州を除く新州が実施しているように、「一般的に内容上、州によって責任がもたれる価値を伝達する倫理学授業(Ethikunterricht)と並んで、正規の授業科目としての宗派による宗教授業が提供されるならば、基本法第 7 条第 3 項は充足され、その結果、親ないし生徒は、この両方の提供の間で選択することができる²⁾。これは、すなわち、両科目を正規の授業科目として必修化する途である。ただし、LER の宗教授業への参加については、宗派に属する子どもは、親の申請にもとづき、それを免除され、また、逆に、それに参加する子どもには、宗派の授業が免除されることが前提となる（もっとも、宗教上の判断可能年齢とされる満 14 歳に達した子どもの場合には、本人の意思が親の意思にとって代わることはいうまでもない）。そうであれば、LER が基本法に適合的であり得るためには、ブランデンブルク州を除く新州が導入しているように、宗教授業と倫理学授業との間でいずれかを選択する必修関係(das Wahlpflichtverhältnis)にある科目として設定し、いずれかの授業を生徒が履修可能とするような制度を、宗教授業と LER との間で制度設計することである(S.82ff.)。これによって、はじめてブランデンブルク州学校法の定めは、基本法適合性を確保できるであろう。

註

- (19) R.Puza, 註(8), S.417 は、LER の科目対象は、「倫理的次元、区々の世界観や宗教の視点を特に考慮してうえでの人間の生活形成である」、という。
- (20) これにつき、vgl. R. Puza, 註(9) 408f.; また、授業要領等につき、derselbe, 註(9) S.416 ff.; G.Werner, *Ethik oder Religion? Zur Ersatzunterricht für Religionsunterricht*, in: O. Depenheuer, M. Heintzen, M. Jestaedt, P. Axer (Hrsg.), *Nomos und Ethos, Hommage an Josef Isensee zum 65. Geburtstag von seinen Schülern*, Duncker & Humblot 2002, S.43ff.
- (21) Ch. Link, *Religionsunterricht*, in: J. Listl und D. Pirson (Hrsg.), *Handbuch des Staatskirchenrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Bd.2, Duncker & Humblot, 1995, S.439.
- (22) Vgl. Ch. Starck, 註(4), S.405f. M. Heckel, 註(2), S.83ff. は、LER 授業の「宗教」という部分領域への参加の義務づけが許され、また、命じられるのは、基本法第7条第3項の意義での正規の授業科目としての宗教授業に参加しないないしは辞退申請をしているような生徒に対してだけである。…これに対して、宗教授業に参加するような生徒に対しては、州は、宗教および倫理学における授業についてのその公的教育委託や権限を、もちろんまさに、基本法が規定するような、正規の授業科目としての基本法第7条第3項の意義での宗教授業を実施することで行使する、と。また、憲法適合的解決は州と教会の協働を前提することを説くのは、vgl. Ch. Link, 註(3), S.762

V. 和解手続の途

ところで、宗教の多元化や宗教離れ現象、諸々の世界観や価値観がせめぎあい、対立する現代の多元的社会において、連邦憲法裁判所は、そのもとに提起される憲法問題に最終的な勝敗、黒白をつけることよりもむしろ、本件のように関係人相互において了解が成立する可能性があるときは、「和解(Vergleich)」という方式を採る手続で関係人間の妥協可能な解決をはかることが望まれる場合もあろう。本件でのさらなる興味を引く、連邦憲法裁判所の提起したこの憲法上の論点は、今後どのように展開していくのか、それがどのような意味を連邦憲法裁判所の権限との関連でもつのか等、その動向が注目される。

もっともすでに、このような和解提案に対して、批判的な見解を主張するのは、たとえば、S・ヴォルフである。彼は、連邦憲法裁判所の本件に関する和解提案につき、「政治的、社会的に高度の破壊力のある問題では、連邦憲法裁判所は、最終的に拘束力をもつ判断を下したくない(wollen)、という意味をはじめて表明した」のであり、また、連邦憲法

裁判所は、いずれにしても、裁判所内外の抵抗に抗しても最終的拘束力をもつ判断を行い、影響力のある社会諸集団の不満を招来する、すなわち、住民、政治および学問における裁判所の信頼の喪失をも賭ける、気構えはないように思われる、と批判的立場をとる²³⁾。これに対して、肯定する立場をとるのは、T・I・シュミットである。彼は、このような手続は、連邦憲法裁判所に係属する多数の手続を克服することに有益であるとして、その許容性、考えられる内容および限界につき検討し、目下、連邦憲法裁判所法に規定を欠くこの制度を、新たに第 29a 条として規定することを提案する²⁴⁾。このような見解の対立があるにせよ、その際に、問題となるのは、このような方式を連邦憲法裁判所が採るときは、批判的見解に連邦憲法裁判所が自覚的に対質し、この手続がもちいられるための要件また、それがもつ限界等を見定めるとともに、どのような場合に和解が可能か、その基準の精緻化等を図ることである。これをより一般化していえば、多元化した社会において発生する本件のような問題をどのように調整するかは、連邦憲法裁判所の役割というよりはむしろ、第一次的には（連邦または州）立法者の役割といえる。そのような立法者の役割に対して、重要な指針を与えるのが（憲）法ドグマーティクの責務である。そうであれば、ここに、Ch・シュタルクが「未来における法学」²⁵⁾のなかで指摘した「良き立法学は、意図された規律の基礎にある事実(Tatbestand)を認識しなければならない」とする一文のもつ重要性が変わることなく、また問われつづけるであろう。

註

- (23) Vgl. S. Wolf, Der Fall » LER « ein Paladigmenwechsel im Selbstverständnis des Bundesverfassungsgerichts? Der Vergleichsvorschlag und sein Beitrag zur pluralistischen Verfassungstheorie, in: Kritische Justiz 2002, 2. S. 250 und 252. L. Renck, Das Bundesverfassungsgericht und der Burandenburger Schulstreit, in: ZRP 2002, 7, S. 316ff. も批判的立場をとり、「学校法が、提案に従って今日は改正されるとしても、明日は異なる多数派により、再度改正されるかもしれない」、と皮肉る。なお、連邦憲法裁判所の和解提案では、州議会は、本件の関係人とはされていない。
- (24) Vgl. T. I. Schmidt, LER- Der Vergleich vor dem BVerfG, in: NVwZ 2002, 8, S. 925ff. 彼は、このような手続は、連邦憲法裁判所で過去に一度、1992 年の新連邦州における電力供給に関する手続で採られたことがあるが、一方、各州の憲法裁判所では何度も利用されていることをも指摘し、本件が初めてのケースではない(S. 926)、という。新設提案規定第 29a 条については、vgl. S. 931. 彼は、結論として、立法論上(de lege ferenda)、法的平和を再興し、威信失墜を回避し、そして、関係人の将来の諸関係を改善すると

いう、和解と結びつく利点をなおいっそう有利に実現し得るために、新設されるべき連邦憲法裁判所法第 29a 条において、和解を明文で規律することを勧める。

- (25) Vgl. Ch. Starck, Rechtswissenschaft in der Zukunft, in: Die Akademie der Wissenschaften zu Göttingen (Hrsg.), Wissenschaften 2001. Diagnosen und Prognosen, Wallstein Verl., 2001, S.50.

【参考】

I. ブランデンブルク州学校法第 141 条（本条以外の関連条文については、初宿訳を参照のこと）：

第 11 条第 2 項による生活形成・倫理・宗教科の科目は、1996/1997 年の学年度から、人的、物的、および学校組織上の可能性に応じて、徐々にまた効果的なテストの後に導入される。州学校当局は、女性または男性生徒に、親の申請に基づき、本科目における授業を、重大な正当化理由がある場合には、免除することができる。満 14 歳に達した女性または男性生徒では、自己の申請が親の申請に代わる。免除された女性または男性生徒のために、十分な授業または相当な援助が保障されねばならない。詳細は、学校に管轄権を有する省が行政規則により定める。これにつき、適宜にかつ包括的な情報に従い、学校に管轄権を有する州議会の委員会との協調が図られねばならない。本法を施行して 5 年の経過後、以上の諸規定は再審査される。

II. 連邦憲法裁判所第一部決定 (BVerfGE 104, 305) の和解提案部分訳

A

(S.306) 連邦憲法裁判所に対する 1 BvF 1/96（訳者補足：規範統制手続）、1 BvR 1697/96, 1 BvR 1718/96, 1 BvR 1783/96 および 1 BvR 1412/97（訳者補足：憲法異議手続）の諸手続における関係人が、これらの手続の対象に関し、協調的な了解 (eine einvernehmliche Verständigung) をするとする彼らの原則的な心づもりがあると表明した後、第一部は、このために以下の提案を提示した：

I.

協定 (Vereinbarung) の目指すところは、ブランデンブルク州学校法の改正を通じて、上述手続の申立人と憲法異議提起者が、これらの手続を終結させ得る表明を行うための諸前提を創り出すことである。

(S.307)

II.

協定は、一方では係属中の手続の申立人および憲法異議提起者と、他方ではブランデンブルク州政府との間で締結されるべきである。それに際して、協定当事者は、協定論旨の

確定およびその協定目標を達成するために必要な内容的形成に関し、自ら決定した別様に決定することは自由である。にも拘わらず、第一部は、以下の内容をもつ協定を提案する：

III.

ブランデンブルク州学校法第 9 条第 2 項および第 3 項、第 11 条第 2 項ないし第 4 項および第 141 条の憲法適合性に関する連邦憲法裁判所での諸手続を収束する協定

1. 連邦憲法裁判所に係属中の 1 BvF 1/96, 1 BvR 1697/96, 1 BvR 1718/96, 1 BvR 1783/96 および 1 BvR 1412/97 の手続の申立人および憲法異議提起者 —以下：申立人という—

と

2. 州首相により代理されるブランデンブルク州政府 —以下：州政府という—間の協定

前文 (Präambel)

申立人と州政府は、先述の憲法争訟手続の対象に関し、協調的な了解をすると同時に、関係人は、以上の手続を終結する表明を行うための諸前提を創り出すという連邦憲法裁判所の提案に同意する。したがって、両者は、以下の協定を締結する：

(S.308)

§ 1.

ブランデンブルク州学校法第 11 条第 2 項ないし第 4 項での生活形成・倫理・宗教科の科目に関する規律は、そのまま存続する。同科目における授業のほかに、法第 9 条第 2 項による宗教授業は、すべての学校形態および学校段階で教授され得る。補充的に、両授業科目のために、本協定第 2 条に照らして規律は講じられる。

§ 2.

(1) 州政府は、ブランデンブルク州議会に、ブランデンブルク州学校法改正法案を提出する。同法案は、以下の内容をもつこととなろう。

1. 宗教授業は、通例、最少限度 12 名の女性および男性生徒（以下、生徒と訳す）の参加者数をもつ学習集団 (Lerngruppen) において実施される。

2. 宗教授業は、基準 (regelmäßig) 授業時間に入れるべきである。時間割編成を通じて、生活形成・倫理・宗教科の科目の授業を受ける生徒が、補充的に宗教授業に参加し得ることが排除されることがあってはならない。

3. 州の (staatlich) 授業とならんで、教会もしくは宗教共同体の委託で宗教授業を教授するブランデンブルク州の教員 (Lehrkräften) には、この授業の教授は、最少集団規模 12 名の生徒が獲得されているかぎりにおいて、各週 8 授業時間まで、必修授業時間数とともに算入される；一部の時間担当する (Teilzeitbeschäftigung) ばあいには、それに応じて短縮

された範囲で算入される。上述の教師には、補習教育および社会人教育 (Fort- und Weiterbildung) ための通常の条件の下で、宗教教育上のこれら教育つき、自己の教会もしくは宗教共同体が主催する行事へ参加することができるものとする。

4. 教会もしくは宗教共同体の委託で宗教授業を教授する者が、ブランデンブルク州とは雇用関係にないばあいでも、(S.308/309) 学校協力審議会 (die schulische Mitwirkungsgrerien) の審議に参加することができる。

5. 宗教授業での生徒の成績は、教会もしくは宗教共同体が成績評価を望むかぎりにおいて、この授業を教授する者により、ブランデンブルク州学校法第 57 条の成績評価の原則に従い評価される。評点は、生徒の親の申請にもとづき、州の成績証明書 (ブランデンブルク州学校法第 58 条) に記載される；満 14 歳に達した生徒にあっては、自己の申請が親の申請に代わる。ブランデンブルク州学校法の基礎にもとづく法規命令を通じて、宗教の評点が、生徒の進級にとって、また、卒業および資格の取得にとって、どのような意味をもつのかも規定される。

6. 教会および宗教共同体の委託を受けた者が宗教授業を教授するとき、その教会および宗教共同体に、これにより生じる費用につき、予算の基準に従って州の補助金が交付される。

7. 生徒の親が、その子が、生活形成・倫理・宗教科の科目の対象領域についての価値に志向した授業を、唯一宗教授業の形式でのみ受けるべきこと、また、このような授業への出席を確証していることを、学校に対して表明している場合には、当該生徒は、生活形成・倫理・宗教科の科目における授業への参加の義務を免除される。満 14 歳に達した生徒にあっては、自己の表明が親の表明に代わる。

(2)改正法律が、2002/2003 年の学年度開始時に施行できるように、法案は、時宜にあってブランデンブルク州議会に提案される。

§ 3.

仲裁機関 (Schiedsstelle) の責務は、(S.309/310) 生活形成・倫理・宗教科の科目および宗教授業に関するブランデンブルク州学校法の諸規定の実施に関する意見の相違を取り除くことである。

§ 4.

申立人は、本協定に相応する改正法施行後一ヶ月以内に、連邦憲法裁判所に対する規範統制の申立および憲法異議を取り下げる。

B

上述憲法争訟手続の近々の終結に対する関係人すべての利益のために、申立人、異議提起

者およびブランデンブルク州政府は、自分たちにとって、本決定 A III での提案を基礎にして協調的な了解が可能と思われるかどうかを、連邦憲法裁判所に対し 2002 年 1 月 31 日までに説明することを求められる。

(署名) Papier Jaeger Haas
Hömig Steiner Hofmann-Dennhardt
Hofmann-Riem Bryde

(2003 年 2 月 19 日提出)