

基本権としての信教の自由と法律問題

—ドイツ憲法学の「三段階審査」法の発想から—

山 岸 喜久治

- [A] 序論—問題の所在
- [B] 基本権としての信教の自由
- [C] 信教の自由と国家・市民社会
- [D] 三段階審査による事例研究
- [E] むすび

[A] 序論—問題の所在

世界の憲法は、いかにして望ましい政府 (Government) と宗教 (religion) との関係を築くべきかという問題に腐心してきたが、その解決法はさまざまである。アメリカ合衆国憲法は、1791年の修正第1条で国教制度を廃止し、信教の自由をうたうことで1つの形を打ち出した。しかしほとんどの国家は、アメリカの例に倣ってはいない。しかも、アメリカと同様、①非国教制と②自由な宗教活動を保障する諸憲法においてさえ、この2つの別個の保障原理、すなわち「政教分離」と「信教の自由」の下で生起する問題はしばしば融合する傾向にあるという (Brian Landsberg/Leslie Jacobs, *Global Issues in Constitutional Law*, 2007, p.179.)。

ところで同じ「プロテスタント」の国であるドイツの「政教分離」と「信仰 (信教) の自由」との関係には、中世から現代に至るまでの国家とキリスト教教会との長い闘争の歴史がある。主なものだけでも、1517年以降のマルティン・ルターの「宗教改革」に始まり、1555年のプロテスタントとカトリックとの「アウグスブルクの和議」、1618-48年の「ドイツ30年戦争」、そして宗派につき寛容政策をとってきたプロイセンにおける1794年「一般ラント法」の制定をあげることができる (Vgl. Axel Freiherr von Campenhausen, *Religionsfreiheit*, in: Josef Isensee/Paul Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, VII, 2009, S.600ff.)。

市民社会の形成以降は、ヨーロッパ啓蒙思想と諸外国からの人権宣言の影響もあり、ナポレオン支配下のライン同盟国において信教の自由が保障され、1848年・1849年のフランクフルト (パウエル) 憲法草案 (144条・145条・148条)、1850年プロイセン憲法典 (12条)、そして1919年のワイマール憲法 (3章) の中に規範化されていった。

とりわけワイマール憲法は、重要な権限移転を実現したが、それは領邦国家からライヒ (帝国)

への規律の授権を定めるものであった。この時点から、ライヒによる信仰（信教）の自由と国家教会法の制度的規制が憲法上容認されることになった。こうしてワイマール憲法には、1849年のフランクフルト憲法と同レベルの保障が受け入れられるに至ったが、それは1850年のプロイセン憲法をモデルとしたものである。ワイマール憲法の関係条項には、以下のようなものがある（Vgl. Axel Freiherr von Campenhausen, a.a.O., S.615f.）。

<ワイマール憲法>

135条：帝国（ライヒ）のすべての住民（Alle Bewohner des Reichs）は、完全な信仰及び良心の自由を享受する。妨げられることなく宗教を實踐することは、この憲法によって保障され、国の保護を受ける。国の一般的な法律は、これによって影響を受けない。

136条1項：市民及び公民の権利・義務は、宗教の自由の行使によって条件づけられたり、制限されたりすることはない。2項：市民及び公民としての権利並びに公職への就任は、宗教上の信仰告白に関係しない。3項：何人も、自己の宗教上の信念を明らかにすることを義務づけられない。官庁は、権利・義務のある宗教団体への所属に係わり、または法律の命じる統計上の調査のために宗教団体への所属を問うことが必要な限りにおいてのみ、そのことに関して問うことができる。4項：何人も、教会の定める行為もしくは儀式、宗教の實踐への参加または宗教上の宣誓方式の使用を強制されない。

177条：現行の諸法律において、宗教的な宣誓形式の利用のもとでの宣誓履行（Eidesleistung）が定められている場合に、宗教的な宣誓形式の省略のもとで誓うこと（Schwörende）、すなわち「私は忠誠を誓う」（ich schwöre）と宣言するやり方でも、宣誓履行は有効に行うことができる。その他の点については、法律で定められる宣誓の内容は、なお影響されないままである。

137条2項：宗教団体（Religionsgesellschaft）を結成する自由は保障される。ライヒ領域内における宗教団体への結合は、何らの制限にも服さない。

124条1項：すべてのドイツ人は、刑法律に違反しない目的のために、結社（Vereine）または団体を形成する権利を有する。この権利は、予防処置（Vorbeugungsmaßregel）によって制限されることがない。宗教的な結社または団体に対して、同一の諸規程が適用される。2項：権利能力の取得は、市民法上の規定に従って、すべての結社の自由に委ねられる。権利能力の取得は、当該結社が政治的、社会政策的または宗教的目的を追求するという理由から拒絶されてはならない。

140条：国防軍への所属者に対しては、その者らの宗教的義務の履行のために、自由な時間が保障されなければならない。

149条2項：宗教の授業の賦課（Erteilung）および教会業務の遂行は、教員の意思表示に委ねられ、宗教の授業科目への参加および教会の祝典・行事への参加は、子どもの宗教教育に関し決定することのできる者の意思表示に委ねられる。

以上は、一部ワイマール憲法第2編第3章の「宗教および宗教団体」の中に定められているものであるが、このほかに次のような規定もあるので提示する（高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集』第6版2010年より）。

137条1項：国の教会は存在しない。3項：各宗教団体は、各人に適用される法律の範囲内において、独立してその事務を処理し管理する。各宗教団体は、国又は市民ゲマインデ（市町村）の関与を受けずにその役職を付与する。4項：宗教団体は民法上の一般規定により権利能力を取得する。5項：宗教団体は、従前、公法上の社団であった場合は、その後も公法上の社団とする。その他の宗教団体は、定款（Verfassung）及びその構成員数から存続が確かなものである場合は、申請に基づき同一の権利が与えられる（以下略）。6項：公法上の社団である宗教団体は、市民租税台帳に基づき、ラント（邦）法の定める基準に従って税を徴収する権利を有する。7項・8項（略）。

138条1項：法律、条約又は特別権限に基づく宗教団体に対する国の給付は、ラントの法律制定により有償でこれを廃止する。これに関する原則は、ライヒがこれを定める。2項：宗教団体及び宗教的結社が礼拝、教化及び慈善目的のために用途を指定した自己の営造物、財団その他の財産に対して有する所有権その他の権利は、これを保障する。

139条：日曜日及び国が定めた祝日は、労働休日及び精神向上日として法律により引き続き保護される。

141条：軍、病院、刑事施設又はその他の営造物において礼拝及び司牧が要望される場合は、宗教団体は、宗教的行事を行うことができる。ただし、いかなる強制も伴わない。

以上のようなワイマール憲法条項の中でも、中核的な位置を占めるのは135条である。そこでは、帝国民に信仰・良心の自由が保障されると同時に、明示的に「妨げられない宗教業務（実践）」（*ungestörte Religionsübung*）がすべての人（*für jedermann*）に憲法上保障されているのである。しかも信教の自由は、ワイマール憲法48条2項・4項によっても帝国大統領が停止命令を発することのできない7つの基本権の中の1つであった（Axel Freiherr von Campenhausen, a.a.O., S.615.）。

<現行ドイツ憲法>

戦後のドイツ連邦共和国（西ドイツ）基本法は、「基本権」の章の第4条に「信仰・良心の自由」（「信教の自由」ともいう）を定め、同時に第140条によって、ワイマール憲法の136条、137条、138条、139条および141条を自身の憲法規範の構成部分としてそのまま受け入れた。

基本法4条1項：信仰（Glauben）、良心（Gewissen）の自由、ならびに宗教的（*religiöse*）および世界観的（*weltanschaulich*）な信仰告白（*Bekenntnisse*）の自由は、不可侵である。2項：妨げられない宗教業務（*Religionsausübung*）が保障される。3項：何人も、自己の良心に反して、武器をもつ兵役（*Kriegsdienst*）を強制されてはならない。細目は連邦法がこれを定める。

基本法はしかし、4条と140条のほかにも「信教の自由」に係わる内容を多様に定めている（Vgl. Ingo von Münch/Ute Mager, Staatsrecht II, Grundrechte, 6. Aufl, 2014）。

- ・基本法3条3項：宗教的見解ゆえの差別禁止
- ・基本法6条2項：親の教育権（子の宗教的教育を含む）

- ・基本法7条2項・3項：学校における正規科目としての宗教授業（個々の教師によるこの授業の参加ならびに受け入れの自由の保障）
- ・基本法7条5項：私立の宗派学校設立の権利
- ・基本法33条3項：宗教的信条から独立した公職への就任
- ・基本法56条：連邦大統領就任の際の「神」（Gott）に言及する宗教的または言及しない非宗教的宣誓

このようにして現在では、信教の自由に関して、その定義と範囲の問題を始め、かなり複雑で錯綜した問題領域が生じ、議論と論点を十分な形で整理することがきわめて困難な状況となっている。そこで、本小論は、ドイツの基本法において歴史的にも今日的にも論争的なテーマである「信教の自由」をめぐる問題と、その論理的前提でもある「国家と宗教」との関係につき、日本の憲法学の議論のあり方にも参考となるであろうドイツの特徴を提示することにしたい。

[B] 基本権としての信教の自由

(1) 信教の自由の保障範囲

<信教の自由の保護価値>

信教（信仰・良心・世界観）の自由は何を保障しているか。つまり信教の自由の「保護価値」（Schutzgut）を考える必要がある。それは、「信仰」「良心」「世界観」という概念の意味内容に係わる問題である。しかし、それぞれの一義的な定義づけは困難であり、常識的に考えるしかないが、ドイツでは「信仰」と「良心」は通例は宗教的な色彩をもつものとみなされ、「世界観」は宗教をも包摂する「上位概念」（Oberbegriff）である。同時に、宗教は「神」の存在を認め、世界観は、それを認めないものであり、この点で対立するという（Vgl.v. Mangolt/Klein/Starck, Das Bonner Grundgesetz, Bd.1, 3.Aufl., 1985, S.421.）。

一般に、宗教や世界観は、「究極のことがらに関する人間の信念」（Überzeugungen des Menschen von den letzten Dingen）、とりわけ世界の起源とそこで人間の位置づけ、人間の生命の由来および死の意味に関する信念である（Vgl. Jörn Ipsen, Staatsrecht II, Grundrechte, 2014, S.110.）。決定的なのは、世界の総体的観点から何を「真実」（wahr）と考えるかである。したがって信教（信仰・世界観）の自由が保障するのは、理性の天分のある存在としての人間に固有の能力であり、人間を取り巻く世界を自分自身の確信（Gewissheit）、つまり「真実」（Wahrheit）の名において認識する能力である。信教の自由の保護価値は、結局、真理に対する確信であるが、それは別の（たとえば科学的）認識とは異なり、証拠または「客観的所与」（objektive Gegebenheiten）についての探究から免れる確信である。ゆえに、信教の自由で問題となる信念は、客観的には相互に排斥し合う真実欲求（Wahrheitsanspruch）に基づく個人的な確信ではあるが、個人的確信から提起される真実欲求のゆえに、個人的確信の保護には「寛容命令」（Toleranzgebot）が必ず伴う（Jörn Ipsen, a.a.O., S.110.）。

さて信教の自由は、特定の信仰に結び付けられる国家による制裁（Sanktionen）および差別

(Diskriminierungen) に対する防禦権 (Abwehrrechte)、ならびに信仰問題への国家的干渉に対抗する防禦権である (Ingo von Münch/Ute Mager, Staatsrecht II, Grundrechte, 2014, S.213.)。基本法 4 条 1 項の中で、「不可侵」(unverletzlich) と明確に書かれているので、信教の自由は、そこには国家が介入することができないところの「私的領域」(Privatsphäre) に属し、またこの基本権には、法律の委任、法律内での保障、法律による制約等の意味する「法律留保」(Gesetzesvorbehalt) の文言もないので、基本権の中で守られるべき他の法価値から原理上何らの影響も受けることはない。ただし、信教の自由に基づく行動が私的領域の限界を踏み越えた場合、またそれが社会的領域 (Sozialsphäre) での他者の行動と衝突しうる場合は、調整が必要であるが、原則上その度合いにおいてすべての人に適用される法律に服するにすぎない (Vgl. Jörn Ipsen, a.a.O., S.112.)。

<積極的信仰の自由>

信仰の自由は、信仰を形成する権利、信仰をもつ権利、その信仰を信奉し広める権利、この信仰に従って行動するという意味での「積極的信仰の自由」を内容とする (BVerfGE 32, 98/106f.; 69, 1/33f.)。信仰に従った行動の権利には、伝統的な信仰宣明 (祈祷、洗礼など) だけが含まれるのではなく、むしろ個人は自己の信仰により行動全体を調整し、自己の信仰上の確信に従って行動することが含まれる (Vgl. Geritt Manssen, Staatsrecht, II, Grundrechte, 2014, S.146.)。基本法 4 条 2 項は、「妨げられない宗教業務が保障される」と明記する。

<消極的信仰の自由>

他方、信仰の自由により、特定の宗教的信仰を拒否するという意味での「消極的信仰の自由」も保障される。自分自身の信仰について守秘ないし黙秘することもできる (BVerfGE 46, 266/267)。守秘の権利は、基本法 4 条の中には明記されていないが、ワイマール憲法 136 条 3 項は「何人も自己の宗教上の信念を明らかにすることを義務づけられない」として、その権利を保障しているのである (もっとも同項後段は、統計調査のために官庁は宗教団体への所属を質問することができる旨も規定する)。

<保障の人的範囲>

信教の自由を享有するのは誰かという基本権主体の問題がある。ワイマール憲法 135 条には「帝国の住民すべて」という文言があり、享有主体は明確であったが、基本法 4 条 1 項には明示の規定はなく、「信仰」等の信教の自由は「不可侵である」旨を述べているだけである。信教の自由は、多数説では「人権」(Menschenrecht) と考えられているため、子どもに対しても保障が及ぶ。ただし、それは親の教育権 (基本法 6 条 2 項) により制約を受け、とくに学校教育の現場では、親は「子どもを宗教の授業に参加させるかどうかについて決定する権利を有する」(基本法 7 条 2 項) ため、子の積極的または消極的信教の自由と親の権利がぶつかり合い、またより複雑な関係として、子の信仰したいあるいは信仰したくない権利と、親の信仰させたいあるいはさせたくない権利との矛盾、さらにラント (州) の学校教育高権 (基本法 7 条 1 項) との関係も絡んだ複合的な矛盾が生じるのである。

信教の自由は、法人 (宗教団体・宗教結社) に対しても認められる。基本法 19 条 3 項は、基本権は性質上適用可能な限り「法人に対しても適用される」と定めているためである。団体における

信教の自由は、人間における信仰形成の場合と同様、国家からの干渉を遮断することができなければならない。

なお、権利能力のないカトリック青年団も基本権の担い手である（BVerfGE 24, 236/247）。これに対して、宗教的目的または世界観的目的とは別の目的をもった団体（例えば、経済企業など）は、基本法4条を引き合いに出すことはできない（BVerfGE 44, 103/104）。

<信教の自由の制約>

信教の自由は、基本法が「法律による制約」を規定していないこともあり、保障の程度は高いが、「無制約というわけではない」（nicht schrankenlos）と考えられている。すでに触れたが、「あらゆる人間行動が、同胞（Mitmenschen）を傷つけてしまうことがあり、その点において法的な調整が行われなければならないため、すなわち原則上それは自由の制限を意味する」（v.Mangolt/Klein/Starck, a.a.O.,S.447.）ということである。信教の自由の制限が問題となるのは、刑法・刑事訴訟法、警察・秩序法、教育法、公務員法、租税法、社会法、教会税法などの法分野においてである。

(2) 基本権介入とその正当化

<介入の形態>

信教（信仰）の自由に対する介入は、国家が、基本権保護機能に規制を加え、もしくはそれを妨げる場合である。裁判上の手続において宗教上の宣誓を義務づけることも介入となる（BVerfG 33, 23/29f.）。宗教団体を差別的に扱うことも基本権介入となろう。

学校の教室全体にキリスト像ないしキリスト磔刑像を掲げることを求める国家の命令も、信仰の自由に対する介入となりうる。キリスト教の信仰確信を共有しない生徒が、一般的就学義務に基づいて、キリスト像の下で学ぶことを強要されることになるからである（BVerfG 93, 1/18 および『ドイツの最新憲法判例』1999年98頁〔石村修執筆〕参照）。基本権介入の推定にとって、とりわけ重視されるべきは、国家の命令が特定の信仰確信と一致するものとみなされる場合である。

そのほか、基本権への介入が認められるのは、ドイツ人でイスラム教徒の者が教職を志願したが不採用となった事例で、その理由が、授業中における頭部からのスカーフ着用にあった場合などである（VGH Baden-Württemberg, DVBl. 2001, 1534ff.）。もちろん、各人にとって国家勤務へ志願するかどうかは、自由である。しかし、信仰の確信が理由で不採用になる場合は、この措置は介入とみなされなければならない（BVerfGE 108, 282ff. および『ドイツの憲法判例 III』2008年123頁〔渡辺康行執筆〕参照）。本件において、介入が問題となった基本権条項は、基本法4条1項・2項（信仰の自由）および基本法33条2項・3項（公務就任の平等）であった。

連邦政府が、「国家的全体指導」という枠組みの中で、宗教的共同体の一部に関する批判的な情報を提供することでも、基本権介入が行われることがある。確かに、国家は原則として宗教的・世界観的中立性を義務づけられてはいるが、それにもかかわらず、連邦憲法裁判所によれば、国家には、宗教的共同体の目標・活動と公的にも論争することが認められる。しかしこの場合、一定の抑制が求められよう。意見表明は、誹謗中傷であっても、差別的なものであってもならず、またとくに間違った認識に基づく意見表明は当然許されるものではない（BVerfGE 105, 279ff. および『ドイ

ツの憲法判例 III』2008年117頁〔西原博史執筆〕参照)。

<憲法的正当化の可能性>

一般的に、法律留保が付されていない基本権の場合、それは絶対的に優越的地位に立つものであるが、他の基本権や憲法価値との調整(制約)が必要な場合がある。その際、調整的制約が憲法上正当化されるかどうかの問題となる。まずこの場合の前提は、何らかの憲法上ないし法律上の根拠があるかどうかの考慮である。たとえば基本法7条1項(学校制度における国家の授業・教育委託)が引き合いに出されることもあり、また特定公務員法上の根拠が引き合いに出されて、授業中における宗教上の衣服の着用が禁止されることもある。このような場合、児童生徒への宗教・教義の浸透が回避されることで、当該基本権は他の憲法価値によって制約を受けるということになる(BVerfGE 108, 282/294ff)。

そのほかの論点としては、宗教上の衣服の着用と、基本法33条5項(職業公務員制度の伝統的原則)、あるいは基本法6条2項1段(両親の教育権)との関係の問題などもあげられよう。

ところで、先に触れたキリスト磔刑像事例の場合、基本権介入を正当化する理由を見つけることは困難であるように思われる。公立学校において十字架を掲げることを命令することは、一般的に違法とみなされやすい。十字架の意味が多義的であったにしても、十字架は明らかにキリスト教教会の「ロゴ」であり、国家が学校のような微妙なところで、それと一律に同一視されるべきではない。たとえ生徒とその両親の多数が、キリスト教的な信仰確信を共有し、あるいは十字架の掲示を希望していたとしても、そのことは考慮要素とはならないであろう。多数派における信仰の自由の保護と、国家領域において十字架を掲げることは無関係である。信仰の確信は、他の多くの場所で生かすことができ、また示すことができる。したがってとりわけ生徒の真摯な反対がある場合には、十字架は撤去されなければならない(BVerwGE 109, 40ff.も同旨)。国家領域においては、十字架をまったく掲げないことだけが適法となるであろう(Vgl. Gerrit Manssen, a.a.O., S.92.)。

集団的信仰の自由への介入において、とくに法的根拠を提供するものは、2001年に法改正が行われてからは「結社法」の規定である。いわゆる「宗教特権」(Religionsprivileg)の廃止後は、宗教団体を結社法に基づいて禁止することが可能となった。しかし、信教の自由の特別な意義にかんがみて、禁止が合憲となるのは、憲法敵対的な企てを防止する場合だけである。そのような企てが推定されるのは、当該団体の方向性が基本法79条3項に列記された法原則(人間の尊厳、民主主義原理および法治国家原理)に敵対する場合である。なお、基本法9条1項の結社の自由はドイツ人基本権であるため、外国人結社の場合はその類推適用が行われなければならない(Vgl. Gerrit Manssen, a.a.O., S.93.)。

[C] 信教の自由と国家・市民社会

(1) 国家と教会との分離

<教会自治>

ワイマール憲法の137条は、「国家の宗教」としての「国教制」を否定した(1項)。1791年の

アメリカ合衆国憲法修正第1条が「国教制」の全廃をすでにうたっていたため、ワイマール憲法はそれに倣った形である。これによって、間接的に教会の自治が確保されることになり、ワイマール憲法137条3項は、宗教団体に対して、その団体の事務を国家から独立して処理できることを保障した。また国家は教会に対して給付を行うこともできない(138条1項)。こうして、ワイマール憲法と基本法は、教会と国家との間に「線引き」することで、信教の自由の権利行使を担保する。

<教会と租税>

ワイマール憲法下では、教会は公法上の社団という資格で、一般の課税台帳に基づきラント(邦)法の規定により租税徴収を行えるものとした(137条6項)。しかし現在では、公法上の社団である教会(カトリック教会、福音主義の教会等)に所属する者は、所得税の8%あるいは9%相当の教会税(Kirchensteuer)を自己の教会に納めなければならないが、それを徴収するのは税務当局であり、徴収された税額が後に教会に手渡されるというやり方である。(村上淳一=守矢健一/ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門』改訂第8版2012年119-120頁)。

(2) 信教の自由と市民生活

<信教の自由と日曜・祝日>

ラント(州)法による開店・閉店時間の規制は、ワイマール憲法137条に一致した基本法140条と合致する基本法4条1項によって限界づけられる。立法者は、日曜・祝日をまもり保障する義務を課されている(BVerfGE 125, 39ff.)。したがって日曜・祝日の開店は、例外的にのみ許可される。

<信仰の自由と労働関係>

基本法4条は、私法に対して重要な「放射浸透効」(Ausstrahlungswirkung)を有している。このことは、とくに労働法の分野において問題となっている。たとえば、使用者の指揮・監督権は、被用者に対して、回避可能な信仰上の葛藤に引き込む労働を割り当ててはならないという形で、制約を受けるのかどうか議論となる。しかし判例は、教会および教会相当施設においては、それらの被用者に対して信仰・道徳論の諸原則の遵守を要求する権利、およびその違反に際しては解雇される可能性を認めている(Gerrit Manssen, a.a.O., S.94.)。

<動物の保護と屠殺>

動物保護は、基本法20条aの改正によって憲法的価値となっている。それゆえこの法価値と信仰の自由との間の対立状況は、原則上もはや一方的な信仰の自由の利益を優先して解決することはできない。むしろ、実際上の合意形成を探る方法で、信仰の自由と動物保護(愛護)との間の調整がはからなければならない。

<療養施設等での司牧>

ワイマール憲法141条により、療養施設や精神病院での司牧(Anstaltsseelsorge)、すなわち聖職者によって行われる助言と援助は、特別法関係(Sonderrechtsverhältnis)における基本権適用の可能性に関係する。ワイマール憲法141条は、歴史的な経緯からみると、同法137条1項の国家と教会との分離に対する特別法として二重的な対峙方向性をもつものである。すなわち、一方で、療

養施設等での司牧は、領邦君主による教会支配を究極的に拒絶することと合致し、もはや国家の任務として把握されることができないということ、他方、国家・教会分離命令は、国家的施設におけるいかなる宗教業務（Religionsausübung）および司牧も禁止されるべきであると誤解されてはならないことである（Vgl. Ingo von Münch/Ute Mager, Staatsrecht II, Grundrechte, 6. Aufl., 2014, S.229.）。

[D] 三段階審査による事例研究

以下では、信教の自由関連の重要判例を取り上げ、中心問題となっている基本権侵犯を判断する際に、日本の憲法学にとって参考となる「三段階審査」のあり方に関し、ドイツ国法学の基本書（Gerrit Manssen, Staatsrecht II, Grundrechte, 11. Auflage, 2014）における叙述に沿って紹介する。

[事例ア]（BVerfGE 32, 98 ff. より）：Mは、要保護者遺棄罪（刑法 323 条 c）のかどにより有罪の判決を受けた。彼は、病気の妻 F に医学的な処置を配慮せず、放置したというのがその理由である。その結果、F は死亡するに至った。M と F は、医学上の処置を宗教上の理由から拒否したのであった。有罪判決は、M の基本権を侵害したか。この問題は、信仰の自由をめぐる憲法問題であり、以下のような憲法（基本権）審査プロセスを経て判断される。

1) 領域審査：基本法 4 条 1 項・2 項は、統一的な基本権として、信仰を形成し、信仰をもち、信仰を信奉し、信仰を広め、この信仰に従って行動する権利を保護する。それはまた、個人の行動全体を自らの信仰に合わせて調整し、自らの信仰上の確信に従って行動する権利をも包摂するものである。これには、特定の医学上の処置を拒否する権利も含まれる。

2) 介入審査：要保護者遺棄による M への有罪判決は、信仰に根拠をもつ行動に対する制裁である。ゆえにそれは、信仰の自由の保護領域への介入に相当する。

3) 正当化審査：信仰の自由は、留保なく保障される基本権である。制約が認められるのは、形式上・法律上の根拠に基づきコリジョン（衝突）する憲法価値（kollidierendes Verfassungsrecht）による場合だけである。刑法 323 条 c は、生命の保護および身体の不可侵に資し、したがって憲法上保護された法価値（Rechtsgut）に資する（基本法 2 条 2 項 1 段）。しかし顧慮されるべきは、F の自己決定権である。F は、自ら医学上の処置を拒否した。M と F は、二人とも基本法 4 条 1 項による基本権を理由にすることができる。それは、医学上の処置の拒絶に特別な重みを与えるのである。刑法 323 条 c を適用して M を有罪にすることは、したがって違憲である。

4) 結論：M に対する有罪判決は、この者の信仰の自由を侵害する。

[事例イ]（BVerfGE 105, 279ff. より）：連邦政府は、議会からの質問に対して、オウ運動（O-Bewegung）を「偽宗教的」で「破壊的」である「サイコセクト」（Psycho-Sekte）と呼んだ。これによって、「オウ運動」は、基本法 4 条 1 項による自らの基本権を侵害されたか。この問題に関して、連邦政府の意見表明が当該団体（運動）のもつ信仰の自由を侵害したかどうかの憲法審査は、以下のような思考プロセスを経て決定される。

1) 領域審査：まず保護領域が開かれているかどうかが問題となる。

①事物的保護領域の審査：基本法4条1項2段は、統一的な基本権として、信仰を形成し、信仰をもち、信仰を信奉し広め、この信仰に従って行動する権利を保護する。ここには、宗教上の結社の自由に対する権利も含まれる。

②人事的保護領域の審査：信仰の自由の担い手には、自然人と並んで法人や例えば「オウ運動」のようなその他の団体—この団体の目的は宗教的または世界観的な信奉の助成もしくは促進である—も含まれる。

以上から、事物的・人事的保護領域は開かれている。

2) 介入審査：連邦政府の態度表明によって、「オウ運動」は公共の場において評価を下げられることになった。態度表明のねらいは、その団体（運動）に対して新会員の徴募を困難にすることにあった。それゆえ、国家的介入が存在している。

3) 正当化審査：信仰の自由は、法律留保のない基本権であるが、衝突する憲法価値によって制約されることがある。この場合においても、形式上・法律上の根拠が原則として必要となる。しかし連邦憲法裁判所の考え方では、連邦政府の公共・情報活動に法律上の根拠が不要とされる事例もありうるという。関係する態度表明の権能は、憲法上の権限規律から直接的に導かれる。

ぶつかり合う（対立的）憲法価値—本件においてはその保護のために信仰の自由への介入が行われている—として、潜在的新会員の身体的な不可侵の権利が考慮される。また、関係者にその結社の性格についての情報が提供されることで、関係者の信仰の自由を保護することも考えに入れるべきである。しかしこの場合は、連邦政府は、過剰（やりすぎ）禁止原則（Übermassverbot）を守らなければならない。問題となるのは、本件においては、狭い意味での均衡原則（Verhältnismässigkeit）が遵守されていたかどうかである。基本法4条の保護のもとにある団体に関する態度表明は、法命令としての抑制をもって、かつ国家の宗教的・世界観的中立性原則を遵守して行われなければならない。連邦憲法裁判所は、その点に限って、「サイコセクト」としてのレッテル張りを違憲とはみなさなかったが、しかし「偽宗教的」および「破壊的」の属性は別であるとした（違憲である）。

4) 結論：したがって、「偽宗教的」や「破壊的」という意見表明は、基本法4条に基づく「オウ運動」の基本権を侵害した。

[事例ウ] (BVerfGE 33, 23ff. より)：牧師のPは、刑事裁判において証人として尋問された。Pは陳述に際して、「いっさい誓ってはならない」というマタイによる福音書第5章33-37を引いて、宣誓を拒否した。裁判所は、これに対して秩序罰（Ordnungsstrafe）を科した。刑事訴訟法70条1項の証言拒否のための法律要件は満たされていないというのがその理由である。秩序罰は、Pの基本法4条に基づく基本権を侵害したか。

1) 領域審査：信仰の自由は、自己の信仰に従って行動する権利を保護する。宣誓の拒否は、宗教上の動機によるものであり、ゆえに基本法4条1項・2項の保護のもとにある。したがって保護領域は開かれている。

2) 介入審査：秩序罰の賦課は、宗教上動機づけられた行動に制裁を加えるものであり、ゆえに信仰の自由の保護領域へ介入したことになる。

3) 正当化審査：問題となるのは、当該介入が、ワイマール憲法 136 条 4 項と一致した基本法 140 条を根拠にすることができるかどうかである。しかし、この規定は、連邦憲法裁判所によって衝突する憲法価値によってのみ制限されることがあるにすぎない。刑事訴訟法上の宣誓に関する規定は、刑事裁判の真実発見（Wahrheitsfindung）に資するものである。司法の作用能力、つまり被告人を誤った有罪判決から保護することも、衝突する憲法価値（法治国家原理、人格の自由）の保護のための措置として理解される。

問題は、具体的な事件におけるその規定の適用が憲法に適合しているかどうかである。牧師の宣誓に際して彼はマタイによる福音書の上記箇所を引用したが、それは、刑事訴訟法 70 条 1 項にいう証言拒否のための法律上の根拠から発したものとみなすことができる（BVerfGE 33, 23/34）。それゆえ、秩序罰は、基本法 4 条の特別な価値決定をさげすむものであり、違憲となる。

[事例エ]（BVerfGE 104, 337ff. より）：食肉製造販売業者の M は、外国国籍の保持者であり、厳格なスンニー派のイスラム教徒であるが、彼の宗旨仲間へ屠殺された動物の肉を供給したいと考えていた。そこで、彼は、動物の屠殺のために、動物愛護法 4 条 a 第 2 項第 2 号よる例外許可（麻酔なしの屠殺）を所轄官庁に申請した。申請は不許可となった。その理由は、スンニー派イスラム教の「強行法規」—それは、屠殺を要求し、または屠殺されていない動物の肉を食すことを禁じている—は確かめられていないというものである。動物愛護法 4 条 a 第 2 項第 2 号によれば、教義の「強行法規」性が例外的に許可されるための要件であった。例外的許可の拒否は、M の基本法 2 条 1 項からの基本権を侵害するか。

0) 序論：例外的許可の拒否は、連邦憲法裁判所によれば、基本法 2 条 1 項（一般的行為自由）に照らして評価される。基本法 12 条 1 項（職業の自由）は問題とならない。というのは、M は、ドイツ人ではないからである。M は、とりわけ信仰の自由の行使を第三者によって守られることを欲しているので、基本法 4 条 1 項もまた第一義的には審査基準ではなく、比例原則（比較衡量）の枠組みの中において審査されることになる。

1) 領域審査：基本法 2 条 1 項の一般的行為自由により、人は欲することを行い、かつ行わせる権利を有する。ここには、職業活動の範囲内における動物の屠殺も含まれる。

2) 介入審査：行政行為によって具体化された法律上の禁止は、一般的行為自由に対する介入である。

3) 正当化審査：問題となるのは、その介入が憲法的秩序によりカバーされるかどうかである。これに数えられるのは、形式的にも実質的にも憲法と一致する諸法律である。

動物愛護法の形式面での合憲性には疑う余地がまったくない。問題は、その規律が動物保護のために（基本法 20 条 a）実質的に憲法上正当化できるかどうかであり、個別的な事例においても当該適用が合憲であるかどうかである。連邦憲法裁判所は、当該拒否を違憲と判断した。動物愛護法 4 条 a 第 2 項第 2 号にいう「宗教団体性」は、人間のある集団が信仰上の確信によって結合してい

る場合には、すでに提示されているとされた。下部組織においても同様であり、当該組織に対して宗教上の拘束的命令が提示されているかどうかの問題となるのである。

4) 結論：例外的許可の拒否は、違憲である。

[E] むすび

宗教と国家との関係をめぐる問題は、現代ドイツにおいていかなる特性を有するであろうか。

第1に、国家と宗教との関係をめぐっては、戦後の基本法制定過程でも意見の対立があり、この問題について明確に規定することができなかった。「ドイツにおいては、信仰・良心の自由は、最初の基本権宣言（公布）からほとんど教会（Kirche）と国家（Staat）との関係が基本権保障との密接な関連において規律されたことで、特別なニュアンスをもっている」（v. Mangolt/Klein/Starck, Das Bonnergesetz, Bd.1, 3.Aufl., 1985, S.419.）ため、ワイマールとナチスを経た戦後のドイツはこの問題を改めて考え、総括を踏まえたくて処理する必要があったが、結局、ワイマール憲法第2編の第3章「宗教および宗教団体」の部分をそのまま基本法の一部に取り込むという消極的な態度に帰結した。これは、ドイツ史における国家と宗教との絡み合い、宗教改革と反宗教運動、政教分離原則、さらには市民的自由とそのブルジョア性などの論争問題を背景とするものであり、ドイツ憲法の妥協的性格ゆえんの結論である。

第2に、信仰の自由がドイツでは基本権（Grundrechte）として保障され、それは基本的にはキリスト教を中心に構成されているが、今日においてはそれと他の宗教との関係、あるいは他の基本権（生命の権利・親の教育監護権等）との調整およびそれと国家的・共同体的利益との調整が問題となっていることである。とくに学校教育の現場での事例が目される。

一つは、いわゆる「学校祈祷」事件がよく知られている。そこでは、その憲法上の当否の問題が激しく争われることになった。「学校祈祷」事件での連邦憲法裁判所決定（1979年10月16日）は、論旨を二転三転させたが、最終的に「消極的信仰の自由」を認めるに至った（もっとも「祈祷」は「キリスト教からの神への呼びかけ」であるとも判示されている）。このような判決の背景にはキリスト教の伝統があることはいままでもない。旧西ドイツ時代には、福音主義教会とカトリック教会の信徒は、総人口の90%を超え、統一ドイツ後も統計上は70%を保っているという。新たに編入された東側のドイツ州憲法においても、「宗教教育」がなお重視される中で、公立学校における「学校祈祷」とワイマール憲法以来の「国家の宗教的中立性」との関係が問われ続けている（「信仰告白の自由と国家の宗教的中立性」『ドイツの憲法判例』1995年〔清水望解説〕）。

二つには、教室内に掲げられた「キリスト磔刑像」をめぐる問題がある。1995年5月16日の連邦憲法裁判所は、国民学校の教室内の「キリスト磔刑像」（十字架）の撤去を求めた原告の請求を棄却した裁判所の判断を破棄し、十字架の掲示を義務づけるバイエルン州の学校教育令を違憲と判断したが、その論理は複雑なものである。

「キリスト教の文化的側面には、信者でない者に対する寛容も含まれる」。「十字架は昔も今もキリスト教の特別の信仰象徴物に属する」。「行政裁判所・行政高等裁判所のように、十字架を単に

ヨーロッパ的伝統の表現だとしてたり格別の信仰の意味をもたない護符だとしてたりするのは、キリスト教の教会の自己理解に反する仕方で十字架を冒瀆するものである」。他方「学校におけるキリスト教教育が是認できるのはその特徴的な文化的・教養的側面に関する限りであって、その信仰の真理に関してではない。「教室に十字架を取りつけることは、学校に宗教的・世界観的色彩を帯びさせることのできるこのような限界を超えたものである」。「十字架はキリスト教信仰の堅い核心を象徴するものであって、そのキリスト教信仰がとりわけ西洋世界をさまざまに形づくってきたことは確かであるが、社会の全員がこの信仰をもつわけではなく、基本法4条1項の基本権を主張する多くの者がこれを拒んでいるのである。したがって、宗派学校を除く義務教育学校に十字架を取りつけることは、基本法4条1項に違反する」(村上淳一＝守矢健一/ハンス・ペーター・マルチュケ『ドイツ法入門』第8版2012年62-63頁より)。

三つめとして、近年のキリスト教文化と異教徒との間における軋轢が問題化していることである。典型的には、イスラム教徒である教員の授業中におけるスカーフ着用問題がある。2003年の連邦憲法裁判所は、イスラム教徒の授業中のスカーフ着用を理由に教育公務員への任用を不採用にした措置に対して、「基本法4条1項および2項と調和的たりうるのは、信仰の自由の自覚的な行使が憲法的価値をもつ法益に抵触し、かつ自由な宗教活動に対する制限が明確に定められた法律の根拠に基づく場合のみであろう」として、法律的な基礎が欠けているのかどうかを審理するよう事件を連邦行政裁判所に差し戻している。結局、このケースでは、改正後の州学校法の規準に従った処分であるとされることになったが、別の同種の事件では、連邦行政裁判所は、ヨーロッパ人権規約も参照しながら、カトリック修道女の修道服での授業実施との均衡をとる形でスカーフ着用を認めている(村上＝守屋/マルチュケ前掲書65頁以下)。

第3に、国家と教会との関係におけるドイツ的なあり方の問題がある。すなわち、ドイツにおいては国家は宗教的に無色であり、教会の公共的活動に対して無関心な態度をとるというのではなく、国家がある特定の教会と一体化しつつ他の宗教団体等を弾圧するということなしに、キリスト教の教会活動の支援を行っているのである。公立の宗派学校においては宗教教育が正規の授業科目であり、また多くの国(州)立大学に神学部が置かれていること、さらに国家が教会税の徴収を代行することも看過することはできない。

しかし他方で、現在でも有効なワイマール憲法136条1項は、「市民のおよび公民的権利・義務」(Bürgerlichen und Staatsbürgerlichen Rechten und Pflichten)が信教の自由の行使によって制約されることもなければ、制限されることもない旨を定めている。このことによって、信教の自由の保障が、市民法(私法)上の権利・義務においても、公民法(公法)上の権利・義務においても何らの影響も及ぼさないということを宣言し、国家(公民権)と市民社会(市民権)とが区別された上で、それぞれのレベルにおける自主・自律的な信教の自由の位置づけが試みられている。示唆的である。

さて将来、一時的な停滞はあるにせよ、世界的なグローバル化が浸透するだろうという予測の中で、必然的に宗教的・文化的な多元化が一層進むものと予想される。このようなときにこそ、可能な限り「国家」と「市民社会」との分離を意識しつつ、「国家」の宗教的中立性のもとで「信仰と

宗教の自由」だけでなく「世界観の自由」もまた「市民社会」の中で十分に保障される必要があり、相互に論争可能な状況の創出が望まれよう。

Constitutional Guaranties of Religious Freedom in Germany

— Relationship of Religion and State under the Basic Law —

Prof. Kikuji YAMAGISHI

[A] Preface

Many European countries permit government aid to go to the teaching of religion in public and/or private schools. In Austria, Germany, and Finland, as well as parts of Eastern and Southern Europe, children attend separate religion classes according to their denomination. Elsewhere, for instance in Italy, Spain, Belgium, Portugal, there are alternative classes for those not wishing to take religion, dealing with general ethics and philosophy. But France, which zealously guards the separation of church and state, does not even allow religious symbol to be displayed in schools. What is German characteristic on the relationship between religious freedom and institutional separation of church and state in the present state of affairs in Western European?

[B] Religious freedom as the fundamental right

Article 4 of the German Basic Law grants not only freedom of belief but also the external freedom publicly to acknowledge one's belief. In this sense Article 4 (1) and 4 (2) of the Basic Law guarantee a sphere in which to express these convictions actively.

Religious freedom contains active and passive aspects. The subjects of freedom are natural persons and legal persons. Forms of intervention in religious freedom are important for the constitutional review on the cases of fundamental rights. Besides, it must be examined whether interventions in fundamental rights have a constitutional legitimacy.

[C] Religious freedom and the dualism of State- Civil Society

The relationship between state and religion can be divided into two models; First the separation of state and religion model and second the established church model. The separation model of state and religion is more democratic and liberal. Constitutional governments maintain this separate system, but non-democratic states adopt the established church system. In Germany public laws intervene in the Civil Society, and guarantee religious belief in holidays, in labor relations, in facilities and hospitals etc.

[D] Case study and triple review on unconstitutionality

Here are described the problems of the religious freedom and criminal law, the religious freedom and governmental expression, the Christ's teachings and the denial of the swearing an oath in criminal suit correspond to cases of the civil, criminal and administrative law.

[E] Conclusion

Globalization of the world will advance further in the 21 century, that is, people, things, capitals and services more and more are coming and going in the future. As a result, the Civil Society will become necessarily the Pluralistic Society. Diversification of the nations shall bring diversification of religion, religious friction between the Christian and non-Christian. To resolve problems, it is important bringing up the spirit of generosity. As the major premise, the full separation of the State and the Civil Society must be established.