

ドイツにおける基本権と教会との特殊な関係について(1)

藤井徳行* 柿本智正**

(平成8年9月20日受理)

ドイツにおける基本権と 教会との特殊な関係について(1)

昨年、連邦憲法裁判所において、公立学校の教室に十字架が設置されることの合憲性が問題とされた事例についての判断が下された(BVerfGE, 93, 1, Beschluß v. 16. Mai, 1995, なお、本判決の評釈として、石村修「ドイツ憲法判例研究四二」自治研究七二巻六号、参照)。当時、バイエルン州の国民学校の全ての教室には、十字架が設置されていた。本件は、子供を国民学校に通学させることを希望する両親が、自らの信仰するところに基づき、教室から十字架の撤去を求めた事例である。二審のバイエルン上級行政裁判所は、①十字架の設置につき、学校側が、原告にさまざまな妥協策を提示していること、②十字架の設置を通じて、原告に十字架によって体现される観念や信仰との一致を求めているのではないこと、等を理由に、原告の申立てを却下した。

連邦憲法裁判所は、①基本法四条一項から、さまざまな宗教に対する国家の中立性の原則を導き出し、②十字架をヨーロッパ文化の象徴としてではなく、特定の宗教の象徴として認定し、③十字架を教室に設置することは、さまざまな宗教・世界観を調整すべく学校に与えられた裁量の範囲を逸脱しているとし、さらに、④信仰の自由に関わる紛争は多数決原理によって解釈されるべきではなく、少数者の保護にこそ留意されねばならないとして、十字架の設置を基本法四条一項に違反するとした。なお、本判決には、ザイドル、他四名の裁判官が少数意見を述べている。

ドイツでは、初等・中等教育課程において宗教教育を受ける権利が、基本法上(七条二項)、認められており、宗教もしくは世界観の授業が正規の授業科目として存在する(同七条三項)。福音主義、カトリック両教会は、それぞれの宗教団体に属する聖職者を公立の初等・中等学校における宗教の授業の教員として派遣し、それぞれの教義に基づき授業を行っている。ここにおいては、教会は、単位の認定等を通じて、国家権力を行使するといえる。国家の支配を全く受けない団体である教会が、国家に代わって国家権力を行使するわけであるから、教会と基本権との関係が明らかにされねばならない。この点について、注目するに値する見解を最初に述べたのが、一九七二年のH. ヴェーバーの論文(Herman, Weber,

Die Grundrechtsbindung der Kirchen, ZevKR 17 [1972], S. 386ff.)ではないかと思う。

H. ヴェーバーがこの論文のもとになった報告をする少し前に、やはり同様の主題でリュフナーが報告している(Rüfner, o. Fußn. 13)。「教会の基本権拘束」という主題の問題提起が最初に為されたのは、おそらく一九六九年のゼッカーの論文(Säcker, o. Fußn. 8)においてであろう。H. ヴェーバーがゼッカーの所説に対して若干の問題意識を持ちながら、この報告の用意をしたであろうことは、想像に難くない。そしてH. ヴェーバーは、リュフナーの報告を目にするにあたって、問題の存在を改めて確認したのではなかろうか。

この問題に関する七〇年代の学説状況を整理すると、①基本権が教会を広範に拘束するものとしては、ゼッカーの論文(Säcker, aaO.)、②教会の基本権拘束は、さまざまな形で解決されねばならないとするものとして、H. ヴェーバー、ならびに E. ヴフカの論文(H. Weber, aaO, S. 386ff.; E. Wufka, Art. 33 Abs. 5 GG und das kirchliche Dienstrecht, ZevKR 16 [1971] S. 198ff.)、③教会の基本権拘束について、原則的に否定するものとして、リュフナー、カンペンハウゼン、そしてK. ヘッセの著作(Rüfner, aaO.; A. v. Campenhausen, Staatskirchenrecht, 1. Aufl. [1973]; K. Hesse Grundrechtsbindung der Kirchen?, Ausgewählte Schriften [1984], S. 502ff.)がある。

K. ヘッセは、W. ヴェーバーの見解(W. Weber, "Allgemeines Gesetz" und "für alle geltendes Gesetz", in: Festschrift für E. R. Huber [1973] S. 199)を引用して、この問題の実践的意義が、乏しいとする(K. Hesse, aaO, S. 503)。この点については、「教会の基本権拘束」について見解を異にするH. ヴェーバーも同意見であるが、やはり教会が国家権力を行使する以上、緻密な法的論証に基づき教会の基本権拘束について考察することは重要であるとヴェーバーは考えるのである(H. Weber, aaO, S. 400f)。そこで、H. ヴェーバーの論文を以下において紹介し、若干のコメントを付すことにしたいと思う。

ヘルマン・ヴェーバー：教会の基本権拘束

構成

* 兵庫教育大学第2部(社会系教育講座)

** 兵庫教育大学大学院博士(後期)課程

I) 序説：論題の定義

1) 論点の分離

- a) 教会のために基本権の効力を排除すること
- b) 国法に基づく基本権への限定

2) 論争の状況

3) 研究の手順

II) 基本権解釈学の変遷

1) タイルハーベレヒト、及びライストゥングレヒトとしての基本権の理解

2) しかし教会に対する基本権の拘束についてのこのような理解は限定されること

III) 国家教会法の基本的立場

以上本号

IV) 基本権拘束の推定

a) 基本権拘束の推定

1) 国家の任務を遂行する領域

2) 教会の内部的領域

3) 教会活動の外にある領域

4) 公法条の形成の可能性を行使する場合における基本権の拘束

5) 一般的な比較衡量の理論に対する厳密な境界設定の長所

b) 総括及び結論

1) 総括

2) 結論

以下次号

I) 序説：論題の定義

「教会の基本権拘束」—これが、私に割り当てられ、ここで取り扱わなければならない主題なのだが—は、必然的に二つの方向において限定される。：

1) 論点の分離

a) 教会のために基本権の効力を排除すること

「基本権が教会を拘束すること」は、「基本権の効力が教会に及ぶこと」とは同義ではない。したがって、今日、—詳細においてはかなり見解の相違があるにも関わらず—本質的には解明されており、肯定的な意味において解答されるべき問題、そのようなものとして、(そして、その機構の一部だけでなく) 全体的機構として、教会が憲法上の基本権カタログを引き合いに出さうかという問題は、言及されるべきではない(注1)。それにもかかわらず、この問題に答えることは、我々が論題とする領域にとっても全く重要でないわけではない。つまり、教会の基本権的地位は、(基本法一四〇条に基づき、教会の自己決定権と自己責任が制度的に定着していることと並んで)(注2)、基本権拘束のゆきすぎに対する反証として、直ちに問われることになる(注2 a)。

b) 国法に基づく基本権への限定

第二の限定は、問題になっている基本権の法的性質に関して必要なものである。つまりそのような基本権は、国法によってだけでなく、教会の内部においても考慮されうるのである。ピアソンが教会の内部の問題点について専ら取り組んだ後なので(注3)、私は、本質的に、国家教会法の側面について、また国家的—具体的には基本法に根拠を有する—基本権が教会及び教会権力を拘束する問題について限定したい。第一報告の主題の領域に属する問題—例えば、教会の自己理解に基づくならば、そもそも教会が、基本権に対して開放されているかどうかということ、教会は、教会の内部において、国家的基本権に類似した基本権、例えば、本来的に教会の内部にある思想・良心の自由を認めているか(要するに容認するか)どうかということ(注4)、世俗的な権利と教会的な権利との間における「普通法上の共通性」(注5)(あるいは、教会もその中に含まれる法的共同体の基本的表象が、教会の内部における法的理解に確かな影響を及ぼすこと)(注6)が、基本権に類似した地位を教会内部の領域において基礎づけうるかどうかということ、といった問題—を扱うならば、このような問題は、したがってすくなくとも福音主義教会法において、実定法の形成が欠如していることに直面して、確かに時折、解決するための拠り所の無い、空白の状態へと至るが、しかしながら、それ故に、教会法の原理についての議論の領域は、研究者の空想に広範な裁量を与えるものとなっている。そこで私に割り当てられた問題を扱うために、実定法という国法の低地へと立ち戻る。ただし、国法上の実定法が—明文の規定の存在が問題となる限りでは—、ここでも同じく、その解釈者を拠るべきものの無い場所に置き去りにすることに変わりはない。

2) 論争の状況

それ故やはり、教会の基本権拘束が、まさに国家教会法の地図上で最後の「空白地点」の一つとなっていることは、何ら不思議なことではない。つまり、国家教会法に関する近年のおびただしい研究叢書は、次第に、基本法の教会条項について主要な問題のほとんど全てを批判的方法理解に基づき事細かに取り上げてきている(注7)が、ここで問題となっている主題の領域を詳しく扱っている研究叢書は全く無い(注8)。また判決においても、この問題は、今まで、念のための理由付記という形でのみ取り扱われている。つまり、確かに連邦憲法裁判所は、二つの判決においてこの問題について言及してはいるが、この問題を解決することなく放置している(注9)。しかし、連邦行政裁判所第六法廷〔以後、「第六法廷」と表記する〕は、教会の職員法についての一九六七年判決

において、若干実定的に述べてはいるが、明白には全く述べていない（注10）。つまり第六法廷は、非国家的基本権がいかなる公法にも優先し、それ故、核心的領域においては、いかなる世俗の規定からも尊重される限りでは、この判決の中で、『『国家から独立したもの』として、国家が認めている教会的公的権力は、少なくとも、非国家的基本権 (staatsunabhängige Grundrechte) によって拘束されるという理解』（注11）に傾いた。そこでどのような事例において裁判所が審査を為しうるのかということが、決定的にはないが、問題となるが、第六法廷は最終的な決定を下すことを放棄しえた。何故なら、第六法廷は、諸見解が対立して今だに解決されていないことに鑑み、教会の基本権拘束についての判断を「未成熟な、そしてはやまったこと」であるとみなしていたからである。しかし裁判所が抱える不安定性は、単に——当時の判決に関して避けられなくはない——終極的決定をこのように、極めて正当な理由に基づき放棄していることからだけでなく、むしろとりわけ、〔判決において〕引用された見解が不明確性を背負いこんでいることから明らかなものとなっている。引用された見解は、国家的基本権と非国家的基本権とを区別するだけでなく、さらにそのうえ非国家的（教会的）公法を明らかに成立しうるとみなしている。ここにおいては、非国家的公法は、確かに一般的な公法の拘束を受けえないが、限定された基本権の拘束を受けなければならない。第六法廷は、基本権が「その核心的領域において、いかなる世俗の規定からも尊重されうる」限りにおいては、そのような拘束に対して好意を示しているが、その際に、第六法廷はさらに、その概要について述べられた、非国家的（またその効果において国家的権利から独立している）教会的公法が、それに加えて、国家的権利にとって重要である世俗的な法的関係を規定するという状況にあるということから、出発しているようにみえる。他の側面においては、（非国家的）教会的法が、この種の（前国家的）基本権を侵害していることの認定に対して、第六法廷がどのように想定しているのかについて、判決では、はっきりと述べられてはいない。つまり、第六法廷が国家的裁判所の手続きを通じて、明白に成立しうるとみなしている認定の内容は、今まで述べてきたことと一致する必要は全くないということである。それ故、また——充分には練られていない——裁判所の見解は、結果的に、通常とは異なった（そして全く故意にはない）効果へと至る恐れがあるが、このことをときたま文献において引用される推論、例えば、洗礼式、教会での婚姻、あるいは葬式が恣意的に拒まれうるか否かという問題は、こういった原理に基づいて、極端な事例においては、（国家的）行政法的方法に基づいて再審査可能なものとなりうるというような推論は、示している（注12）。——

連邦行政裁判所はこの主題を首尾一貫して考察し続けているが、この推論が誤っているものとしてみなされることは全くありえないのである。

3) 研究の手順

今日に到るまで、如何に全体的な問題がほとんど明らかになっていないかということ、——今回の報告と同じテーマについて、「エセナー・ゲシュプレッヒェ」において、数週間前にリュフナーが報告している（注13）が、この報告からも私は同じ印象を受けている——については、簡潔にはあるがこれまでに述べた。そしてまた、今日私が報告する範囲内においては、——時間的制約から——完成した、またあらゆる細目、及び分枝において有効な処方箋を示すことはできない。そこで問題解決のためのガイドラインだけを提起することにする。

もし教会の活動する領域の一般的確定を諦め、教会のさまざまな活動領域を厳密に区別するならば、これまでに述べてきた不明確性を伴う事態だけは、免れうる。そのことで以て、国家教会法が有する、確固たる基本的地位の検討に遡ることなくして、この主題を適切に取扱えないことは、明らかである。他の側面においては、この問題を取り扱う上で、基本権解釈学の新たな展開を全く無視するわけにはいかないことは、明らかである。基本権は防御権であるとする伝統的な見解は、ライストゥングスレヒト、及びタイルハーベレヒトとしての基本権の機能の強調を通じて、ますます補完される（また、極端な事例においては重複する）ということに、基本権解釈学の新たな展開は帰着する。そこで次のような順序で述べていくことにする。基本権解釈学の歩みを概観（Ⅱ）した後で、幾分詳細に、この論題にとって基準となる国家教会法の基本的地位（Ⅲ）を概括する。そしてこのことを前提として、——抽象的に、そして一連の明確な事例に基づき——教会の基本権拘束の問題に着手する。

Ⅱ) 基本権解釈学の変遷

1) タイルハーベレヒト、及びライストゥングスレヒトとしての基本権の理解

とりわけ連邦憲法裁判所によって確立された判決の中で展開され、今日に到るまで主張されている、「価値秩序」としての基本権の理解は、以下のことについてけっして変えることはできなかった。つまり、連邦共和国が成立してからの最初の二十年間は、国制史上の伝統と結び付いて、基本権は、以前と同様に、その核心においては、主として個人の自由を国家の干渉から保護する自由主義的自由権として、また消極的地位 (status negativus) の権利として、みなされてきたということである。

もし法律が、必要な制度的、或いは実体的な枠組を用立てないならば、自由についての基本権(Freiheitsgrundrechte)——例えば、情報の自由、養成の自由(Ausbildungsfreiheit)、或いは学問の自由——が、空洞化される恐れが生じることが稀ではないという認識は、既に以前から普及している仮説、国家は立法者として、そのような事例において、基本権に基づき基本権を具体化するために、制度的に保障することを義務付けられるという仮説、に帰着する(注14)。このような考えについては、——確かにかなり広範囲すぎるのかのような——具体化が為されている。例えば学校制度の領域においては、宗教的に(具体的には、つまりキリスト教的に)刻印付けられた公立学校の設置を国家に対して義務付けることが、信教の自由という基本権から導き出されるのが稀ではない(注15)。しかしながら、立法者のそのような義務は、以前はむしろ個別的なものとして受け取られていたし、まづ第一に、例えば、我々が基本法五条一項、六条一項、一四条——そこにおいて同じく保障されている自由権的基本権とならんで——において固定されているとみなしている、制度的保障に限定されていたのであるが(注16)、最近異なった見解が、明らかに台頭してきている。つまり、そこにおいては個人が国家行為なしには自らの基本権的自由をますます行使しえなくなるような、給付国家(Leistungsstaat)への移行という社会的背景の存在を理由として、この異なった見解は、立法府に(社会国家的に決定された)「基本権への配慮」を一般的に義務付けようとする。基本権は、その場合、「基本権が保障している効力の継続的形成」という方法で、「給付社会に対する社会的な基本権の欠如の撤廃」を通じて、立法者によって「書き加えられ、必要に応じて書き直されねばならない」ような、「成長するタイルハーベレヒト」として理解されている(注17)。そういったことの確認は、確かに今までは本質的に、単なる理論の中に留まっていた。しかしながら、ある事例——明白に法律の文言に抵触しているにもかかわらず、そして同じく歴史上の制憲者達の意思と明白に相違しているにもかかわらず、連邦行政裁判所が、基本法七条四項に基づき、私立学校が政府に助成金を請求する権利を基本権から直接導き出している事例——においては、似かよった考えが、既に実際的に、重視されている(注18)。この種の観念に内在する政治的力学は、政治的左派(とりわけウアリッヒ・K・プロイス)の新たな憲法理論に対して、明白なものとなっている。そこにおいては、「タイルハーベ」という見出語のもとで異なった価値を有する基本権の水準が区別されている。つまり、そのために、そのような基本権は、参加という(プロイスによって)基本法に内在しているとされる重要な原理(とりわけ平等に向けられた保障も)を具現化している

が、その場合に、このような基本権は、財産、及び自由という伝統的な自由主義的地位を蹂躪することに対して、結果的に奉仕している(注19)。基本法の持つ自由主義的傾向は、——仮に憲法が公認しないとしても——そのことで以て、首尾良く裏からなし崩しにされることになろう。このような見地から、新たな基本権理解に結び付けられうる危険な方向付けが既に示されている。それはともかく、もしこのような見解に基づき、——荒っぽく規定すると——社会保険法から学校法を越えて、道路交通法(移動の自由の外的制約の保障!)にまで及ぶ全体的な立法が、基本法上の基本権カタログに対して施行法律として現れなければならないのならば、新たな基本権理解は成立しえない。そしてしかしながらまた他方では下されており、それ故にまた政治的には議論の余地がありうるような、政治的決定として、立法の特性をみなす見方は、次のようなやり方で放棄された(注20)。つまり基本権カタログは、——ヘニスの図式を採用すれば——立法者がただ社会的現実性においてだけ、その登記の有無について推測する、国家の基本台帳となっている(注21)。新たな基本権理解が伝統的な基本権理解に対して優越しているということは、決して確かなものには見えない。とりわけ〔自由権と新たな基本権理解から生じた多重構造とが〕全く止揚されない場合に、本質的な基礎原理、並びにタイルハーベレヒト、及びライストゥングスレヒトの多重構造が、自由権を背景に押しやり、危険に陥れるということは、これらの理由付けを全て省みるならば、全く確かなものには見えない(注22)。

2) しかし教会に対する基本権の拘束についてのこのような理解は限定されること

ここまで基本権について簡潔に論評してきたが、これは、先にあげた見解に対する詳細な解説の代わりには当然なりえない。が、ここまでの論評は、本稿の枠内においては十分なものである。それ故、ここまでに述べられてきた新たな基本権理解が妥当する場合であっても、基本権の教会に対する拘束については問題点もほとんど変わらない。したがって、提起された問題について詳しく論究することを放棄したとしても、問題は生じない。つまりそれ故に基本権から導き出された(財政的あるいはその他の)給付義務は、基本権の本質に従って国家に向けられ、また教会に対して転用されえない。さらに法律に基づく(そして給付国家的な)行為を通じて、個人の基本権を現実的なものたらしめる秩序を造り出すことは、明らかに立法者の義務に該当する。タイルハーベレヒトとして、基本権を包括的に解釈することについては、若干、様相を異にする。——強大な社会的権力の存在に直面して、効力をまた「第三の次元」に発展させることが可能で、もちろんそれをもって——社会的権力とし

での——教会と結び付けられうるような解釈である。基本法の自由主義の本質が基本権のそのような解釈によって最終的に満たされるということは、既に示唆した。拡大した基本権解釈がこのような意味において教会に対して及ぼさざるをえない影響は、まさに、ここで確認したことを具体的に示すのに適切なものである。つまり、国法に基づく、外からの教会の「民主化」——冒頭において既に要求されているような(注23)——は、先に挙げた極端な基本権理解に固執して、基本権理解を押し進めるだけにすぎない(注24)。それでもって基本法上保障された教会の自己決定権は、階級社会的な教会の構造をも覆い隠しているのではあるが、教会の自己決定権が、教会の民主化に決定的な影響を及ぼすことは、いうまでもない。反対に、外からの「民主化」というそのような試みを拒絶することは、教会固有の自己理解に基づき、教会の構成員が教会の管理に、或いは教会行政に関与(あるいは「参加」)することが、どの程度まで合目的であるか(あるいは必要とされているか)ということとは無関係である。

他の側面において幅広い基本権解釈が、防禦権としての基本権の特質とならんでまた、法的共同体の生活を確定する「理想像的機能」を強調することに限定される限りでは、これに対しては、伝統的な基本権理解からも原理的な疑念を提起しえない。但し、それは、承認しうるような推論が伝統的な基本権理解に基づき生じる原理的な疑念から全く導き出されえないということが、明白なだけである。

Ⅲ) 国家教会法の基本的地位

基本権解釈学の最新の展開については上記のように概観したので、今度は国家教会法の基本的地位についていくぶん詳しく概観する。国家教会法上の論争点が——さらに、六十年代の初頭と異なって——広範囲に解明されてきているという事実、そして、他の領域においてと同様に、国家の憲法が国家教会法に対して基準となると解釈されうる基本的問題において、国家教会法上の論争点が、今日では再び憲法と国家教会法との統一を克服しているという事実に直面するならば(注25)、国家教会法上の論争点については、基本法の教会条項から出発しうる。つまり、教会条項の基準性及び拘束力について、延々と理論的に論議することは必要ないのである。

ここで問われている問題は、国家教会法秩序の二つの基本的支柱を正しく理解することによって決定的に規定される。二つの基本的支柱とは、一つは自己決定権の保障(ワイマール憲法一三七条三項)であり、もう一つは公法上の団体としての教会の地位(団体の性質、同一三七条五項)である。「支配的見解」として基本権の効力

の問題に関するこのような規定から明らかになるものを予めまとめるならば、以下ようになる。公法上の団体という伝統的な概念を以て、教会の特殊な地位を書き直すという、ワイマール憲法の「当惑を抱えた解決」からは、例えば一般的な基本権拘束は、生じない。団体の概念を教会に適用する場合に、団体の概念は、伝統的な、間接的な国家行政に関連した概念とは一致しない。その結果、——例えば基本権拘束といった——伝統的な意味における公法上の団体の場合に一般的に下されうる結論は、それ自体としては教会には当てはめられない(注26)。国家の基本権が教会をそのように拘束することは、教会内部の領域においてはしないし、また、存在してはならないということ、教会の自己決定権の保障から一般的に導き出される(注27)。が、その場合に、内的教会法を公法としてみなしている論者は、もちろんこの命題の理由付けに、重大な困難を抱えることになる(注28)。

それにもかかわらず、——さまざまに限定された——基本権の効力が、教会内部の領域に対しても及ぶことが、稀ではないということは、既に冒頭において言及した(注29)。しかしながら、あらゆるこの種の試みは、詳細な法的考察に耐えうるものではない。そのことを示すためには、私が別稿で展開させ、そして既にたびたび要点を示してきた、国家教会法に対する考えを簡単に概観することが必要である(注30)。しかしながら最近の文献上では私の見解への改宗者が何名か現れている(注31)にもかかわらず、私の国家教会法に対する見解は、ここでは、当然のことながら直ちに衆知のものとしては扱われえない。そういった場合に重要となる観点は、(国家の干渉を受けない)教会の内的領域と、「対外的な」、つまり、世俗の法によって規定された(そして世俗の法が当該規定を未解決のまま残している)領域における、教会の作用との間の、厳格な——連邦憲法裁判所によってもまた擁護されている(注32)——分離である。基本法一四〇条を媒介として、ワイマール憲法一三七条によって憲法上保障された内容を一から十まで全部、新ためて思い出すならば、その効果として、このような領域の分離が生じる。このような領域の分離は、他方において、教会の独立性の保障を正当に評価することを可能にするが、世俗的領域において国家が秩序を維持する任務をおろそかにすることはない。——国家の秩序に対する任務とは、もちろんそこから、教会からも(基本権を含めて)国民の法的地位を保護するという国家の義務が生じる任務である。そのことについては、基準となる憲法の条文に対する以下の解釈から、個々の点において明らかになる。

基本法上の国家教会法体系の持つ基本的支柱は、並びに我々の抱えている問題について一番初めに判断の基準となる規定は、教会の自己決定の保障(ワイマール憲法

一三七条三項)である。教会の自己決定の保障は、今日では自由権、とりわけ法人としての宗教団体及び自然人としての宗教団体の構成員の宗教の自由及び信仰告白の自由(基本法四条一項、二項)(注33)によって補完され、決定される。このような保障を以て、国家は内務に関する法廷(forum internum)を教会に開放し、教会的問題について、国家が作為を為さないことにより、不法を生ぜしめること(Ingerenz)を放棄し、このような領域において教会権力を、というよりむしろ教會的法秩序そのものを教会が刻印付ける(ausprägen)かどうかということ、教会に委ねている。そのような教会内部の法及びそのようなかたちで創造された教会権力が、国法及び国家権力とは何の関係もなく、また、国法及び国家権力からは導き出されず、そして学術用語的な意味においても自律を表すものでもないということは、今日では争いが無い(注34)。それとは反対に、教会法及び教会権力の独立性の承認は、世俗的な意味における公法、或いは高権の権力としての権限賦与を全く意味しない(注35)。確かに国家は、教会法及び教会権力を、このようなやり方で評価し、かつ、教会法及び教会権力に、相応した属性を授けうる。——しかしながら国家がそのことを為すか否かということ、教会の自己決定の対象なのではなく、むしろ国家が積極的に承認するかどうかという問題、つまり、自らの根拠をワイマール憲法一三七条三項ではなく、同一三七条五項に見出している問題なのである。そのように規定された教会内部の領域においては、独立した教会権力及び内的教会法の領域においては、国家は、いかなる影響を及ぼす可能性をも行使しない。教会固有の領域において、国家が規制を為さないことを放棄するならば、これは単に宗教の自由(Religionsfreiheit)の保障と一致するだけではない。教会固有の領域においてもまた、国家の世俗的特性は表出される。つまり秘跡の承認あるいは拒否のような、神への奉仕の秩序あるいは宗教的生活秩序の形成のような問題は、国法(そして国法によって刻印付けられた理想像)の規定する領域の外にあるということ、国家による不作為の不法(Ingerenz)の放棄は生ぜしめるのである。そのように定義される教会固有の領域は、確かに無制限ではない。教会固有の領域は、——相変わらず継続的に効力を有している——ワイマール憲法一三七条三項から生じる定式に従って、自らの限界を「全ての人に適用される法律」(“für alle geltendes Gesetz”)に対して見出している。その場合、このような——文献上、一般的には暗黙の内に前提とされている——制約定式が、国法が教会を拘束するという問題を一般的に、そして最終的に取扱うか否かということ、或いは——最近、ユリナが主張しているように——教会及び宗教団体、或いはその構成機関が、国法が規定する事実的領

域内において活動する場合に、ここにおいて、そしてこれを通じて固有の業務を遂行するものでなければ、制約定式に立ち戻る必要はないのかどうかということ、ここでは未解決のまま放置しておくことが可能である(注36)。ユリナは、このような事例において直ちに、また無制限に国法を適用する意思を示している(注37)ので、全てのものを相対化する定式に対して妥当する、「全ての人に適用される法律」として、一般法律(das allgemeine Gesetz)をみなす場合であっても、したがって、どの法律もが、教会を宗教団体として特別にはなく、国家に従属する法的主体としてみなす場合であっても、結果的には差異が生じないことは明らかである(注38)。教会の自己決定権の原則について述べるならば、一般法が教会の自己決定を制限することがある領域は、無制限では有り得ないことが、もちろん示される。つまり、そこでは、国家の法律が宗教的領域には押し入らないということ、——連邦通常裁判所の定式(注39)を以てするならば——「教会の宗教的任務、教義、福音、戒律、司教の、監督の、そして教会会議の責任、或いは司祭の義務」が、何を必要としているのかについて規定してはならないことは、議論の余地がないのである。基本法を首尾一貫して解釈する場合に、教会が支配している内的領域についても、もちろん同じことがいえる。それ故、国家の法律は、教会が自らの業務を執行する場合に、どのような決定を下すべきか、教会が組織形態を取るべきか否か、職員を雇うべきか否か、或いはどのような法的取引を教会が為すべきかということ、もはや規定してはならない。それに対して、教会が固有の業務を遂行する場合に、もし対外的な活動を為すのであれば、教会は世俗的法秩序を利用するし、また教会は、このような法秩序から、地位に従属する法的主体として(建築主として、免許保持者として、警察的義務を負担する者として、或いは、しかし——特に重要であるが——雇用者として)、把握される。そして教会は、国家の領域における他のいかなる法的主体とも同様に、このような法秩序によって拘束される。このような関係において、個別的に明らかになる難しい問題——まさに具体的な国家的法律が、教会の自由に対して引いている限界から、教会の自己決定に対する制限の憲法上の許容性を定義するという危険性だけは、既に挙げておいたが——については、たちいて論究される必要はない(注39a)。

しかしながら、教会の活動領域については、憲法に基づき、国家のいかなる影響の拡大からも免れる、そして、専ら、国家から独立した教会法によって規定される、教会内部の活動領域と、教会の内的領域を越えて、世俗の法によって規定された(そして規定されることが許される)分野へと、教会の活動が作用を及ぼしている領域とは区別されねばならないということが認識され、もう一

度強調されねばならない。このような背景から、ここで問題となっている憲法の諸規定の内、二番目の規定（ワイマール憲法一三七条五項）の異議も、さらに明らかとなる。つまり、国家の視点からは、本質的には、消極的地位の保障として表される、教会の独立性及び自己責任の保障と並んで、公法上の団体としての地位の承認（ワイマール憲法一三七条五項）によって、能動的地位が生じる。伝統的な公法上の権限（例えば、監督官庁の権限、懲戒権、公法上の作用で以て、このような領域を独立的に規律することについての自律権）の核心部分を利用する可能性が、ここでは、教会に保障されている。教会活動のこの部分的領域においては、教会は、国家から授与された地位に基づき、教会の構成員と公法上の関係にあり、国家による強制の可能性を利用することで、教会は純粋な高権的権力を行使する。つまり、教会がこのような領域を自ら規律すべく授權されている限りでは、教会は、国家の法制定権力に参与しつつ、派生的な立法的権限を行使するし、したがって純粋に（学術用語の意味において理解される）自律権の範囲において、活動する。教会は、このような〔高権的権限行使の〕可能性を利用する必要性もない。しかしながら教会は、国家によって用立てられた法形式を利用する場合には、教会は、（国法）公法の領域におけるこの部分的領域で活動し、（国法）公法であることと結び付いた拘束に、全範囲において従属する。憲法に基づく公法上の形成の形式の提供に団体の属性を見出すならば、次のことが明らかとなる。つまり、ワイマール憲法一三七条五項は、教会内部の領域とではなく、むしろ教会の活動が、世俗の法の領域へと延びているような範囲と関係があるということである。具体的には、ワイマール憲法一三七条五項は、団体の属性によって覆われた、教会活動の部分的領域においては、国家によって提供された形成の形式を利用することで、民事法（例えば民法上の雇用契約法、労働法、民事の団体法）のそれ自体適用可能な制限から免れることと、そしてその代わりに、高権的法形式を利用することを教会に対して可能にする。しかしながら教会は、法的に自由な領域においては、それで以て活動するわけではない。公法が、公法に特有の権限及び拘束と共に登場する、通常ではあらゆる団体に適用される私法の代わりだけをする。それに加えて、ワイマール憲法一三七条五項が、委ねられた法形式の個別的形成についての、学術用語の意味において理解されるべき、つまり、国家から派生する自律権を含む限りでは、さらに、国家から派生する法形成に拘束されることなくして、教会が必要としている自治法に相当するもの（例えば、教会の職員法、懲戒法、或いは公法上の組織法）を創造することを、ワイマール憲法一三七条五項は教会に対して認めている。ワイマール憲法一三七条五項に基づく授權及び制約の限界の中に、

教会の規律が保たれているのであれば、このような限界は、憲法に基づき、「全ての人に適用される法律」の地位に据えられる。それ故、教会の規律が、「全ての人に適用される法律」の代わりを為す（ワイマール憲法一三七条三項）が、教会の規律が、「全ての人に適用される法律」よりも、教会を厳密に拘束しないわけではない。簡単に言うと、つまり、国家が教会に提供した高権的権限を自律的に形成する権限が教会に与えられている限りでは、教会は「全ての人に適用される法律」自体を定立する。しかしながら、それ故、教会は、例えばこれらの法律の遵守、及びこれらの法律の遵守を保障する手続的予防処置による拘束を免れない。

同時に、団体の属性をこのように理解するならば、さらに別のことが明らかになる。つまりワイマール憲法一三七条五項は、〔教会の〕固有の領域において、教会が活動する権限を賦与することを意味するものでは決してない。教会権力を公権力として一般的に評価することも、また、教会法を公法（国法）の中へ一般的に編入することも、団体の権限に対するこのような理解とは結びつかない。それどころか、ワイマール憲法一三七条五項において教会に提供されている高権及び学術用語的な意味における自律権は、内的教会権力、及び内的教会法と併存しているが、内的教会権力、及び内的教会法の独立性は、そして、憲法に基づき、国家の影響拡大を免れる特権は、自らの存立根拠をワイマール憲法一三七条五項の中ではなく、むしろワイマール憲法一三七条三項の中に見出している。

最後に今から指摘する問題は実践的意義が乏しいのではあるが、それにもかかわらず、教会が、今日においてもまた、やはり「ベリーエンネ」（"Beliehenen"）の属性に基づく周辺的領域において、いくつかの国家的任務を遂行しているということを完全に無視すべきではないであろう（注40）。ここでは、教会は——他の公法上の団体のように、或いは、つい先程、言及したベリーエンネのように——派生的な国家権力を行使する。少なくとも、一般的理解に基づくならば、墓地の専売が為される場合には、教会は、国家から派生する任務を遂行するが（注41）、墓地行政、並びに——私立学校の領域において——教会立の私立学校における資格万能制度的活動（皮肉的な意味で）が、ここでは、若干の実践的重要性を有するだけである（注42）。それに対して、この他に教会に与えられている、身分制度（国家が戸籍局の制度を導入する以前に遡る事項についての証書の発行）における権限は、かなり古色蒼然とした特徴を有している。

1) *R. Herzog*, in: *Maunz-Düring-Herzog*, Grundgesetz. 3. Aufl. (1971), Art. 4 Rdnr. 39ff.; *R. Zippelius*, in: *Bonner Kommentar*, Art. 4 (Zweitbearbeitung) Rdne. 55; *K. Obermayer* ebd., Art. 140 (Zweitbearbeitung) Rdnr. 60; *H. Lenz*, in: *Hamann-Lenz*, Grundgesetz, 3. Aufl. (1970), Art. 19 Anm. B9 (前の版とは異なっている)、参照。更に、*H. Weber*, *Religionsgemeinschaften als Körperschaftendes öffentlichen Rechts im System des Grundgesetzes* (1966), S. 151ff., 並びに、*J. Listl*, *Das Grundrecht der Religionsfreiheit in der Rechtsprechung der Gerichte der Bundesrepublik Deutschland* (1971), S. 354ff., 参照。個々の基本権についてはその都度言及する。

2) その限りでは、*Herzog* aa0, Rdnr. 50、参照。

2a) *G. Durig*, in: *Maunz-Durig-Herzog*, Art. 1 Rdnr. 114.

3) 同時期の *D. Pirson* の報告、"Grundrecht in der Kirche" は、*ZevKR* 17 (1972) S. 358ff. を参照。

4) これについては、*R. Smend* *Graubensfreight als innerkirchliches Grundrecht*, *ZevKR* 3 (1953/54) S. 113ff. [なお、*Mensch und Staat in Recht und Geschichte. Festschrift für Herbert Klaus zur Vollendung des 70. Lebensjahres* (1954), S. 211ff. に転載されている。]; *G. Schultz-Lessdorf*, *Der Grundsatz der Glaubensfreiheit als innerkirchliches Recht*, Diss. Frankfurt 1960.

5) *P. Häberle* "Gemeinrechtliche" Gemeinsamkeiten der Rechtsprechung staatlicher und kirchlicher Gerichte, *JZ* 1966. 384ff. 参照。

6) これについては、*H. Weber*, *Auslegung und Rechtsgültigkeit der Verfassungsbefugnis nach 71c Pfarrergesetz der VELKD*, *ZevKR* 15 (1970) S. 21ff. (37)、参照。

7) 例えば、*A. Albrecht*, *Koordination von Staat und Kirche* (1965); *H. J. Brauns*, *Staatsleistungen an die kirchen und ihre Ablösung* (1970); *R. v. Drygalski*, *Die Einwirkungen der Kirchen auf den Religiousunterricht an Sculen* (1967); *J. Jurina*, *Der Rechtsstatus der Kirchen im Bereich ihrer eigenen Angelegenheiten* (1972); *Hj. Mayer-Scheu*, *Grundgesetz und Parität von Kirchen und Religionsgemeinschaften* (1970); *E. L. Solte*, *Theologie an der Universität* (1971); *H. Weber*, *Körprschaften*, aa0.

8) 最近の詳細な論究として、*H. Sacker*, *Die Grundrechtsbindung der kirchlichen Gewalt*, *DBL* 1. 1969, 5ff., 参照。過去の文献について、多くの指摘が為された。更に、*R. Herzog*, aa0, Rdnr. 48ff.; *R.*

Zippelius, aa0, Rdnr. 58; *J. Listl*, aa0, S. 418ff., 参照。

9) *BVerGE* 18, 385 (387) = *kirchE* 7, 172 (173); *BVerGE* 30, 415(422); 更に、*E. Stein*, *Zur staatskirchenrechtlichen Rechtsperchung des BVerG*, *Juristen Jahrbuch* 8 (1967/68) S. 134., 参照。

10) *BVerwGE* 28, 345 = *ZevKR* 14 (1969/69) S. 158 = *NJW* 1968, 1345, *H. ヴェーバー*の批判的な論評が付随。これに反し、賛成の方向を表すものとして、*H. Sacker*, aa0; *J. Listl*, aa0, S. 420ff.

11) *BVerwGE* 28, 345 (351) = *ZevKR* 14 (1968) S. 158f. (162)

12) このような方向にあるものとして、*H. Säcker-W. Reimann*, *Der praktische Fall : Öffentliches Recht Der streitbare Pfarrer*, *Jus* 1969, 574ff. (577, Erläuterung 25).

13) *W. Riefner*, *Die Geltung von Grundrechten im kirchlichen Bereich*, *Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche* Bd. 7, 1972

14) その点については、*五条一項 GG* の基本権に対する連邦憲法裁判所の判決が基礎となっている。特に、(放送の自由についての) *テレビ判決*, *BVerfGE* 12, 205, 参照。さらに事例ごとに詳細な指摘を為すものとして、例えば *U. Scheuner*, *Pressefreiheit*, *VVDtStRL* H. 23 (1966) S. 1ff (15. 62ff., 特に、69); *M. Heckel*, *Staat-Kirche-Kunst* (1968) S. 71ff., 参照。なお、"形成的権利" についての議論に関して、最近、包括的に扱ったものとして、*Kl.-D. Heymann-Ekkehart Stein*, *Das Recht auf Bildung.*、参照。学校の形成についての権利に関しては、*AoR* 97 (1972) S. 185ff., 並びに、連邦憲法裁判所のヌーメルスクラウス判決 (*NYJ* 1972, 1561; これについては、*JuS* 1972, 664 Nr. 1 における論者の描写を参照。) において述べられている。

15) これについては、いくつかの指摘とともに包括的に述べたものとして、*A. Hollerbach*, *Die Kirchen unter dem Grundgesetz*, *VVDtStRL* H. 26 (968) S. 57f f. (90ff.), さらに、*W. Keim*, *Schule und Religion*, 2. Aufl. (1968), S. 190ff.; *Hammel*, *Glaubens-und Gewissensfreiheit*, in: *Betterman-Nipperdey-Scheuner*, *Die Grundrechte* Bd. 4 / 1 (1969), S. 62, 88ff.; なお *M. ヘッケル*によって一般化された立場については、*M. Heckel*, *Die Kirchen unter dem Grundgesetz*, *VVDtStRL* H. 26, S. 5ff., 参照。これに基づき、国家は、宗教の自由から一般的に、教会の組織の内部での教会の活動に自由な領域を与えることを義務付けられている。(あちこちで論及されているが、とりわけ S. 29 ff., 40ff.), この種の出発点について批判的なものとして、*H. Weber*, *Schule, Staat, Religion*, *Der Staat* 8

(1969) S. 493ff. (とりわけ496f., 500)。

16) しかしこのような関係において、特にプレス of 自由について、またプレス of 自由 of 制度的保障を広範に拒絶する場合に、民主主義原理に基づき基本権を保護する措置を立法者に義務付けることの定着について、*Herzog*, aa0. Art. 5 Rdnr. 179ff. (185) einerseits, Rdnr. 11ff. andererseits.、参照。

17) そして、P. ヘーベルレは1971年の(レーゲンスブルクでの)国法学者大会において“給付国家における基本権”という主題について報告する時に(特にLeitsatzel6, 19, 24, 参照)、自らが既に以前から展開している首尾一貫した制度的基本権理解(P. *Haberle*, Die Wesensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz [1962], 2. im wesentlichen unveränderte Aufl. [1972])をまっすぐ受け継いでいる。本大会の報告及び議論は、現在、VVDtStRL H. 30 (1972) S. 7ff. において出版されている。それ以外にも、H. ヴェーバーの報告を参照、*H. Weber*, Staatsrechtslehrertagung 1971 in Regensburg, NJW 1972, 1037, 並びにDOV 1971, 733 ff. 及び, DVBL. 1972, 71ff において要約が掲載されている。ライストゥングスレヒトとしての基本権の解釈については、更に、用語法についてだけでなく実際はかなり独特である。M. クレプフェアの著作を参照、*M. Kloepfer*, Grundrechte (1970, そこに到るまでに発表された文献を詳細に整理し、そのことについて批判的に論評したものとして、*W. Kewenig*, AoR 97 (1972) S. 319f.; 問題点に関する一般的なことから、結局のところやはり、*U. Scheuner*, Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DOV 1971, 505f. 参照。

18) BVerwGE 23, 247; 27, 360; これについて批判的なものとして、*H. Weber*, Subventionierungspflicht des Staates zugunsten privater Schulen, NJW 1966, 1798ff.; 更に、*ders.*, Grundrechtlicher Anspruch auf Privatschulsubvention?, JZ 1968, 779 ff. 更なる実践的な帰結については、クレプフェアの概観を参照、*M. Kloepfer*, aa0, S. 3ff., もちろんそこでは、基本権から直接的に導き出される給付請求権は、結局、本来の意味において理解されてはいない。

19) *U. K. Preuß*, Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen (1969), 参照。あちこちで述べられているが、特に、S. 131ff. (“私有財産”の防禦のために民主主義的支配の下で全ての超個人的領域が制圧されること, S. 137), S. 146ff. (個人が自由にする権利を政治問題化するための闘争, S. 148), S. 197ff. (社会の解放及び平等化という目的で以て、社会的領域を国家に取り込むこと, S. 205f.)、参照。

20) よく似た方向でM. クリーレは、レーゲンスブルクでの国法学者大会におけるヘーベルレの主題に対して

意義を唱えている。*M. Kriele*, VVDtStRL H. 30, 160f f., 並びにヴェーバーの報告、*H. Weber*, aa0 (前掲・注17)、参照。

21) *W. Hennis*, Verfassung und Verfassungswirklichkeit, Ein deutsches Problem(1968), S. 18f.; ebd., S. 23, 参照。ヘニスと同じ意味において、そして同じ傾向で以て“社会的及び精神的計画進行表”としての憲法理解を批判している。同じ方向にあるものとして、*E. Forsthoff*, Der Staat der Industriegesellschaft, 2. Aufl. (1972), S. 144 (“全てのものがそこからしよる法学的Weltenei”としての憲法)

22) 同じ趣旨で、*W. マルテンス*はレーゲンスブルクでの国法学者大会で報告している(前掲・注17、参照)。更に、*H. H. Klein*, Die Grundrechte im demokratischen Staat, 1972, 参照。連邦憲法裁判所はヌーメルク・クラウス判決(前掲・注14、参照)においてこの問題を未解決のまま放置している。

23) 例えば、プロイスが、このような学問的アプローチを見出している。*U. K. Preuß*, Das politische Mandat der Studentenschaft (1969), プロイスによれば、教会は、いたるところでプロイスの言う学生と同じように位置付けられている。それによって団体としての活動は、“特殊な権限及び責任を有する領域”(S. 72)の中ではあちこちで生じる。民主主義的な権能賦与の要請に対するこのような学問的アプローチを首尾一貫して書き続けていくなれば、教会団体の権力にまで至らざるをえないことは、プロイスが、公的な領域について民主主義に基づき権能を賦与することをかなり強調していることを省みれば(Begriff des Öffentlichen (前掲・注19), S. 166ff., 181ff.; 更に、*St. Leibfried*, Wissenschaftsprozeß und Politische Öffentlichkeit, Kritische Justiz 1 (1968), S. 29ff. とりわけ, S. 37f.)、全く不思議なことではない(もちろんその限りでは、プロイスは首尾一貫してはいない、*Preuß*, Begriff des Öffentlichen, S. 174ff. とりわけ S. 178)。

24) このような理由から、実質的に公的である包括的地位の承認を教会が手に入れようとしていることについて注意されねばならない。*H. Weber*, Grundprobleme des Staatskirchenrechts, 1970, S. 55f., 参照。

25) とりあえずオーバーマイヤーの指摘を参照。*Obermayer*, aa0, Rdnr. 65ff., 85; 更にヴェーバーの文献紹介も、参照。*H. Weber*, ZevKR 15 (1970) S. 40, Fußn. 69.

26) このことについては、今日ではもはや議論の余地がない。最後に、マイヤー＝ショーの総括を参照。*Mayer-Scheu*, aa0, S. 186ff. mit Nachweisen.

27) とりわけ、以下の文献において明らかである。He-

rzog, aa0, Art. 4 Rdnr. 50; *H. Weber*, Körperschaften (前掲・注1), S. 150; 更に、*H. -U. Evers*, Das Verhältnis der kirchlichen zur staatlichen Gerichtsbarkeit, in: Festschrift für Erich Ruppel zum 65. Geburtstag (1968), S. 329ff. (342); *Jurina*, aa0, S. 161 f. (極端な例外的事例について限定的ではあるが); また、原則的には、*W. Rüfner*, aa0, 参照。

28) それについては、ゼッカーの理由付けが代表的である。*H. Säcker*, DVBl. 1969, 8f ゼッカーは、(彼が原則的に賛成している) 教会内部での基本権拘束を“教会固有の任務の領域”においては否定している。そしてまた、教会内部の基本権拘束に対する制限的な拒絶自体が、新たな論文においてすくなくとも相対的に表されている(前掲・注12、参照)。そうこうするうちに、ゼッカーは、内的教会法が公法として一般的に評価されるようなところに関して、基本権拘束の推定について充分に論議することなく、公法として内的教会法を一般的に評価することを放棄している。*H. Säcker*, Die Mitgliedschaft im Kirchensteuerverband, Bay VB1. 1970, 313ff. (313, Fussn. 2)

29) 前掲・注10、12、参照。

30) Körperschaften (前掲・注1)、S. 31ff., 85ff., 91ff., 108ff., 最後に包括的なものとして、*H. Weber*, Weltlich wirksame Rechtsprechung der Kirchengerichte? DVBl. 1970, 250ff. (251f.); *ders*, Grundprobleme (前掲・注24), S. 41ff., 54ff.

31) 肯定的なものとして、例えば、*W. Marthens*, öffentlich als Rechtssbegriff (1969), S. 140ff., 146ff.; *H. Quaritsch*, Zurück zur juristischen Methode im Staatskirchenrecht, NJW 1967, 764; 更に、ヴェーバーの指摘、*H. Weber*, ZevKR 15 (1970) 41, 前掲・注24、参照。特にミカートは、かなり破約から似たような学問的アプローチを採用している。*P. Mikat*, Kirchliche Streitsachen vor den Verwaltungsgerichten, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. 2 (1963), S. 315ff. 細部において、そして用語法において相違点があるものの、同じ方向にあるものとして、*Mayer-Scheu*, aa0, S. 186ff.; *Jurina*, aa0, S. 113ff., 127ff., 151ff. (とりわけ、S. 126f., 134f., 参照)、ならびにあまり厳密ではないが *E. Фишчер* の論評、*E. Fischer*, Trennung von Staat und Kirche, 2. Aufl. (1971), S. 187ff., 198 ff., 202ff. がある。

32) BVerGE 18, 385 = KirchE 7, 172.

33) これについては、*H. Weber*, Grundprobleme, (前掲・注24), S. 34ff.; *Obermayer*, aa0, Rdnr. 67; 更に、*J. listl*, Die Religionsfreiheit als Individual- und Verbandsrecht, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 3 (1969), S. 34ff. (80ff.), リ

ストルは、ワイマール憲法一三七条一項から三項の規定に代表される、基本法一四〇条において為される保障を

“基本法四条一項及び二項の宣言的開示”としてだけ把握している(どのように、*ders*, Religionsfreiheit [前掲・注1], S. 5ff.)。このことについてかなり批判的なものとして、*A. Albrecht*, in: Essener Gespräche Bd. 3, S. 135f. (Diskussionsbeitrag); *Jurina*, aa0, S. 51ff.; これに対してリストルと同じ傾向にあるものとして、*W. Schoktissek*, Die Religionsfreiheit in der Verfassungsrechtsprechung, in: Essener Gespräche Bd. 3, S. 96ff. (110f.); また、これに肯定的なものとして、*E. Fischer*, aa0 (前掲・注31)、S. 190 がある。

34) 理由付けについては、結局のところ *J. Jurina*, aa0, S. 113ff.、参照。

35) 同意見のものとして、*A. Hollerbach*, Die Kirchen als Körperschaften des öffentlichen Rechts, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche, Bd. 1 (1969), S. 46ff. (57f.); *W. Martens*, aa0 (前掲・注31), S. 145; *P. Mikat*, aa0, S. 324; *J. Jurina*, aa0, S. 121.

36) Aa0 (前掲・注7), S. 153.

37) Aa0 (前掲・注7), S. 154.

38) これについては、クヴァリチの指摘を参照、*H. Quaritsch*, Anwaltsvertretung vor Kirchebehörden, DÖV 1969, S. 276ff. (278). また、これと異なり、ほとんどの文献は、一般的法律の定義について著名なヘッケルの定式に拠っている (*J. Heckel*, Das staatskirchenrechtliche Schrifttum der Jahre 1930 und 1931, VerwArch 37 [1937] S. 280ff. [284]、参照)。更に、最近のものとして、次のようなものがある。

Mayer-Scheu, aa0, S. 173, ここでは、ヘッケルの定式を拒絶する代わりに、利益衡量の導入が図られている; *J. Jurina*, aa0, S. 40ff., 151ff., ユリナは、事例のグループ化を為すために一般的定式を作り出すことを放棄して; *H. Engelhardt*, Der Austritt aus der Kirche, 1972, S. 10f., エンゲルハルトは、さまざまな定義の間にある相違を調停する解釈を可能にしたが、結果的には、問題は未解決のままである。最終的には、*W. Weber*, Die verfassungsrechtlichen Grenzen einer gesetzlichen oder tarifvertraglichen Regelung des Verhältnisses von Verleger(Herausgeber) und Redakteur. Das Problem der inneren Pressfreiheit, Rechtsgutachten (1972), m, schr., S. 72f., ここでは、実際の協約について指摘している。

39) BGHZ 22, 383 (390) = KirchE 3, 430 (435).

39a) これについては、*H. Weber*, Grundprobleme (前掲・注24), S. 44ff., ならびに前掲・注38において挙げた文献を参照。

40) H. ヴェーバーの指摘、*H. Weber, Körperschaften* (前掲・注1), S. 56., ならびに、*Obermayer*, aa0, Rdnr. 80, 参照。

41) *Bachof*, Rechtsnatur, zulässiger Inhalt und gerichtliche Anfechtung von Friedhofsordnungen, AoR 78 (1952) S. 82ff. (83f.); *Obermayer* aa0, Rdnr. 80; *H. Quaritsch*, Kirchen und Staat. Verfassungs- und staatsrechtliche Probleme der staatskirchenrechtlichen Lehren der Gegenwart, Der Staat 1 (1962) S. 175ff., 289ff. (319) (auch in *H. Quaritsch-H. Weber*, Staat und Kirchen in der Bundesrepublik [1967] S. 265ff. [309]; *H. Sacler-H. Reimann*, JuS 1969, 576; 限定的ではあるが、*W. Jung*, Staat und Kirche im Kirchlichen Friedhofswesen, Dissertation Göttingen (1966)、参照。なお、ユンクは、教会が専売権を有する墓地の管理を 本来的な教会的公権力の行使をともなう、教会固有の任務とみなしている(*Jung*, aa0, S. 64ff.)。ユンクによれば、国家によって授けられた高権的権力の要請の下では、使用料の確定だけが結果として生じる(S. 88ff.)。そこから、墓地使用料の値上げをする権限は、結果的に(課税権や監督官庁の権限と同様に)、教会固有の任務をより良く遂行するために、団体としての特質から、国家が教会に賦与した高権的権限としてみなされるとされる(このことについては、a7を参照)。

42) その限りでは、教会の地位は、その他の私立学校の経営者の地位と区別されない。(私法上規定されている)私立学校にとって固有の領域、ならびに国家が委託した高権的任務及び権限(とりわけ試験及び資格万能制度の領域における高権的任務及び権限)の定義については、カンペンハウゼンの定義を参照、*A. v. Campenhausen*, Erziehungsauftrag und staatliche Schulträgerschaft (1967), S. 78ff. mit umfassenden Nachweisen;最近のものとしては、やはり、VGH Mannheim, NJW 1971, 2089 (ならびに、H. ヴェーバーの記述、*H. Weber*, in JuS 1972, 53 Nr. 10、参照。

※本稿作成にあたり、岡田俊幸兵庫教育大学専任講師に大変お世話になった。記してその学恩に謝す。