

## 留保のない基本権としての信教の自由と法律の留保に関する覚書

棟 久 敬

## Die Religionsfreiheit als vorbehaltlose Grundrecht oder mit Gesetzesvorbehalt von Art.140 GG i.V.m. Art.136 Abs.1 WRV ?

MUNEHISA, Takashi

## Abstract

Dieser Beitrag behandelt die Schranken der Religionsfreiheit. Es ist umstritten, ob die Religionsfreiheit ist das vorbehaltlose Grundrecht. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und der herrschenden Meinung ist die Religionsfreiheit vorbehaltlos gewährleistet. Daher müssten sich die Grundlagen zur Einschränkung der Religionsfreiheit aus der Verfassung selbst ergeben. In der Literatur sind demgegenüber die Rechtsprechung und die herrschende Meinung viel kritisiert. Die Religionsfreiheit finde den Gesetzesvorbehalt im Art.136 Abs.1 WRV in Verbindung mit Art.140 GG. Deshalb könnten die Gesetze vom Parlament die Religionsfreiheit einschränken(zum Beispiel Tierschutzgesetz). Das Bundesverfassungsgericht und Bundesverwaltungsgericht halten aber auch in den letzten Jahren an der bisherigen Rechtsprechung fest, und sehen Art.136 Abs.1 WRV nicht als Gesetzesvorbehalt an. Wenn das Grundgesetz auf die Hierarchisierung der Religionen verzichtet und die Religionsfreiheit stärker als WRV gewährleistet, muss Art.136 Abs.1 WRV im Rahmen der Religionsfreiheit vom Art.4 Abs.1 und 2 GG interpretiert und dadurch überlagert werden.

**キーワード** : 信教の自由, 法律の留保, ドイツ基本法, ワイマール憲法, 留保のない基本権

**Key words** : Religionsfreiheit, Gesetzesvorbehalt, Grundgesetz, Weimarer Reichsverfassung, vorbehaltlose Grundrecht

## 1. はじめに

筆者はこれまで、ドイツ連邦共和国基本法（以下、基本法）4条1項および2項<sup>1</sup>が保障する信教の自由<sup>2</sup>の保護範囲の認定方法について研究してきた<sup>3</sup>。この研究により明らかになったのは、基本権主体の宗教的な自己理解が一般的に説得力のあるものとして提示されていると認められれば、信教の自由の保護範囲に含まれるということである。この結果、ドイツにおいて、判例・通説は信教の自由の保護範囲をかなり広く解釈しているということになる<sup>4</sup>。そうすると、保護範囲に含まれる行為が他の権利や利益と衝突する可能性も大きくなるため、当

該行為の制約について検討する作業が必要となることは否定できないだろう。

他方、基本法4条1項および2項は、一般的には留保のない基本権であると位置づけられている。留保のない基本権を制約するためには、その根拠として他者の基本権かまたは憲法上保護される法益が必要とされる。つまり、信教の自由は、他者の基本権ないしは憲法上の法益との衝突の調整において必要な限りで制約されることになる。しかし、上述のとおり、信教の自由の保護範囲を拡張的に解釈するならば、騒音の防止や動物保護など他者の基本権や憲法上の法益とはいえないが重要な利益

1 基本法4条1項「信仰、良心の自由、ならびに宗教および世界観の告白の自由は不可侵である。」

同条2項「妨害されることのない宗教的活動は、保障される。」

なお、以下では本文の議論に関連する条文のみ註に掲載する。条文訳については、初宿正典訳『ドイツ連邦共和国基本法』（信山社、2018年）および高田敏・初宿正典訳『ドイツ憲法集〔第7版〕』（信山社、2016年）を参考にしたが、一部訳を変更している箇所がある。

2 後述のように、この2つの条項で保障される基本権構成要件を「信教の自由」（Religionsfreiheit）として統一的に理解することには批判もあるが、本稿では取り上げない。

3 拙稿「信教の自由の保護範囲と国家の宗教的・世界観的中立性（1）（2）」一橋法学14巻1号（2015年）165頁以下、同2号（2015年）335頁以下。

4 もっとも、判例・通説に対しては近年、学説から批判がある。拙稿、前掲註3（1）、181頁以下を参照。

との調整が必要となり、その限りで制約の問題が生じることになる<sup>5</sup>。こうした問題状況に対処するために、近年の学説や裁判例のなかには、ワイマール憲法（以下、WRV）136条<sup>6</sup>1項を根拠に、信教の自由にも法律の留保を付すことができると主張するものが多くなってきている。この考え方によれば、議会がその時々々の社会状況を考慮して制定した法律により信教の自由を制約することが可能となる。本稿は、信教の自由を制約するために法律の留保を付すべきであるか否か、付すとすればどの程度の制約が可能なのか、また、付すべきではないとすればいかにして他の権利や利益との調整を図るのかを判例や学説の検討を通して明らかにすることを目的とするものである<sup>7</sup>。

そこで以下では、まずWRV136条1項のワイマール期の解釈および基本法4条の制定過程を概観する（2）。次に、基本法4条1項および2項の制約についての連邦憲法裁判所の初期の判例の立場を明らかにし（3）、1990年代以降に登場してきた連邦憲法裁判所の判例に批判的な学説や裁判例について触れることにしたい（4）。そして最後に、その後の判例の動向と通説を踏まえて、いかなる解釈が妥当であるかを検討する（5）。

## 2. WRV136条1項の解釈と基本法4条の制定過程

### (1) ワイマール期におけるWRV136条1項の解釈

ワイマール期にはWRV136条1項はどのように解釈されていたのだろうか。現在の学説もたびたびワイマール期の解釈を参照していることや、基本法に編入された後の解釈との違いを明らかにすることからもこの問題の検討は、後述の議論においても重要な意味を有すると思われる。そこで以下では、ワイマール期の代表的な憲法学者であるG. アンシュッツ（Gerhard Anschütz）の注釈書を手がかりにWRV136条1項の解釈を概観するこ

とにしたい。

アンシュッツは、まず、WRV136条1項の「市民および公民の権利……が信教の自由の行使によって条件づけられない」とは、同条2項の「市民および公民としての権利の享受ならびに公務就任は、宗教上の信仰告白に係らしめられない」の解釈と同様に、市民および公民の権利が宗教上の信仰告白によって左右されないということの意味していると述べる<sup>8</sup>。これに対して、同項の「市民および公民の義務」について、アンシュッツは、WRV135条3文<sup>9</sup>の定める「一般的な法律の留保とそれに基づく義務」と同じ意義をもつものであると述べている<sup>10</sup>。そこで、WRV136条1項の解釈を明らかにするためには、まずは同135条3文をどのように解釈しているかを明らかにする必要がある。この点についてアンシュッツは次のように述べている。「国家の法律は宗教上の命令に優位する。国家の法律が国家の安全にとって危険な、安全または風紀を乱す、秩序に反するものとして、またはその他の理由により禁止するものは、宗教上の確信が行使されるということによっても許されない。……一般的な法律の概念は、〔WRV〕118条1項（意見表明の自由）におけるものと同じである。……〔すなわち〕ある宗教ないしは宗派に対して、とりわけ宗教に関連する（宗教的、非宗教的、反宗教的）見解そのものに対して向けられた法律ではないということである。そのような〔ある宗教に対して向けられた〕法律は……〔WRV〕135条3文により憲法違反である。」<sup>11</sup>

アンシュッツの上記の説明によれば、WRV136条1項は、特定の宗教にのみ向けられていない一般的な法律またはその法律による義務に基づき、信教の自由を制約する根拠となりうる。つまり、ワイマール期においては、WRV135条3文に明文で信教の自由にも法律の留保が定められていたことに加えて、WRV136条1項もまた信

<sup>5</sup> 拙稿、前掲註3に対する同様の指摘として、森口千弘「良心・信仰への間接的な制約と保護」西原博史・浅倉むつ子編著『平等権と社会的排除』（成文堂、2017年）157頁以下。

<sup>6</sup> WRV136条「1項：市民および公民の権利および義務が、信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：市民および公民としての権利の享受ならびに公務就任は、宗教上の信仰告白に係らしめられない。

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、〔ある者の〕権利および義務がある宗教団体への所属に関して、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とされる限りにおいてのみ、それについて問う権利を有する。

4項：何人も、教会の定める行為若しくは儀式、宗教上の実践への参加、または宗教上の宣誓方式の使用を強制されない。」

<sup>7</sup> 本稿は、個人の信教の自由を対象とし、宗教団体の自由については触れない。なお、後者の制約については、WRV137条3項が次のように定めている。「宗教団体は、各々、すべてのものに適用される法律の範囲内で、その事務を独立して処理し管理する。宗教団体は各々、国または市町村の関与を受けることなく、その役職を付与する。」

<sup>8</sup> Gerhard Anschütz, *Die Verfassung des Deutschen Reichs*, 14. Aufl., 1933, S.623.

<sup>9</sup> WRV135条「ライヒ住民はすべて、完全な信仰および良心の自由を有する。妨害されることのない宗教的活動は、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。」

<sup>10</sup> Anschütz, (Fn.8), S.623.

<sup>11</sup> Anschütz, (Fn.8), S.621f.〔〕内は筆者による補足。意見表明の自由における一般的法律につき、ワイマール期から現代までの研究として、菅沼博子「一般法律と比例原則研究序説」一橋法学17巻3号（2018年）405頁以下を参照。

教の自由に法律の留保を付すものとして解釈されていたということである。しかし、基本法4条1項および2項には法律の留保は付されておらず、なおかつWRV135条は基本法に編入されず、WRV136条が編入されるにとどまることとなった。基本法の制定過程において、なぜこのような選択が行なわれたのだろうか。次にこの問題について、本稿の問題関心に関連する限りでみていくことにしたい。

## (2) 基本法4条の制定過程とWRV136条の基本法への編入の経緯

基本法4条の原案は、1948年8月14日から23日にかけて開かれたヘレンキームゼー憲法委員会において示されていた。この原案は、告白の自由が規定されていなかったことを除いては現行の基本法4条1項および2項にほぼ対応するものだった。

この原案をもとに、1948年9月29日から議会評議会で審議が開始された。議会評議会では、上記の原案に加えて、WRV136条3項および4項、137条2項<sup>12</sup>に対応する消極的な自由も基本法4条3項および4項として定める案が審議されていた。また、この審議のなかで、ヘレンキームゼー案にはなかった告白の自由が追加された。

さらに、2項の宗教的活動の自由に法律の留保を付すか否かについても議論された。ここでは、公共の秩序によって信教の自由を制限することができる点については合意がみられた。しかし、法律の留保そのものについては削除すべきであるというズスターヘン議員の提案が多数の支持を得た。そのため、法律の留保は削除されることとなった<sup>13</sup>。

基本法4条の制定過程から明らかなのは、公共の秩序に反する場合には信教の自由を制限することは認められるが、これを法律の留保という形式で同条に規定することまでは考えられていなかったということである。

一方で、国家と教会との関係を規律する規定については、CDU/CSU、中央党、DP（ドイツ党）の共同提案として、教会の歴史的意義、WRVの教会条項や各ラントが締結した政教条約と一致するかたちで、国家と教会の関係を規律する提案がなされた。しかし、この共同提

案に対してはSPDやKPD（ドイツ共産党）の反対もあり、最終的に僅差で否決されることとなった。そこで、ズスターヘン議員はWRV137条、138条1項、139条、141条を保持する妥協案を提示した。この案をもとに審議が重ねられ、最終段階の1949年5月2日になって急遽ここに136条も含めることとなった。WRV136条3項および4項に消極的な自由に関する同様の規定があることに伴い、当初の基本法4条に含まれていた3項と4項は削除された。ここまでの審議を経て、現行の基本法140条が成立することとなった<sup>14</sup>。以上の過程を概観することで明らかとなったのは、もともとWRV136条を基本法に編入することは想定されておらず、最終段階になって突如含まれることになった<sup>15</sup>ということである。その背景には、議会評議会が審議していた基本法4条の原案に含まれていた3項と4項を削除することに対応してWRV136条が編入されたという事情がある<sup>16</sup>。

## (3) 小括

当時の代表的な見解によれば、ワイマール期には、WRV136条1項はWRV135条3文とともに、信教の自由の法律の留保としての機能を果たしていた。

しかし、基本法の制定過程において、WRV135条を基本法に編入するか否かについては審議すらされなかった。また、基本法4条1項および2項に法律の留保を付すことは支持されておらず、WRV136条が編入されたのも、消極的自由を保障する同条3項と4項を維持するためという意図があった。このような意図のもとで制定された基本法4条1項および2項とWRV136条は、その後の判例や学説においてどのように解釈されていったのだろうか。次にこの問題について検討することにした。

## 3. 連邦憲法裁判所判例における信教の自由の制約

### (1) 留保のない基本権の制約に関する判例の考え方

基本法4条1項および2項の制約について検討する前に、まず、基本法において法律の留保なしに保障されている基本権を制約するための要件についての連邦憲法裁判所の立場を、本稿の検討に必要な限りで明らかにして

<sup>12</sup> WRV137条2項「宗教団体を結成する自由は、保障する。ライヒ領域内における宗教団体の連合は、いかなる制限にも服さない。」

<sup>13</sup> ここまでの制定過程については、Parlamentarische Rat 1948-1949, Akten und Protokolle, Band 5/2: Ausschluß für Grundsatzfragen, 1993, S.621ff.; Klaus-Berto Doemming/Rudolf Füsslein/Werner Matz, Entstehungsgeschichte der Artikel des Grundgesetzes, JöR 1, 1951, S.73ff.のほか、清水望『国家と宗教』（早稲田大学出版会、1995年）200頁以下に拠った。

<sup>14</sup> ここまでの制定過程については、Doemming/ Füsslein/ Matz, (Fn. 13), S.78f., S.907のほか、清水、前掲註13、200頁以下および初宿正典「基本法第140条の成立過程について」同『日独比較憲法学研究の論点』（成文堂、2015年）119頁以下に拠った。

<sup>15</sup> なお、初宿、前掲註14、135頁は、WRV136条が基本法に編入された理由について、「今のところまったく不明である」と述べている。

<sup>16</sup> この点については、後述5.(2)で触れる。

おきたい。法律の留保のない基本権の制約については、当初、基本法2条1項の制約根拠である他人の権利、憲法秩序、道徳律や5条1項の法律の留保などを援用することができるかが問題となっていた。連邦憲法裁判所は初期の判例であるメフィスト決定<sup>17</sup>において、留保のない基本権である芸術の自由の制約に関して以下のように回答している。

芸術の自由は留保なく保障される。基本法5条3項が法律の留保を明文で定めていない以上、基本法5条2項や2条1項後段など他の憲法上の制約規定を拡大解釈あるいは類推適用することでこの自由が制約されてはならない。というのも、基本法5条3項は特別法として基本法5条のなかでも保障の領域が体系上分離されているからである。また、基本法2条1項の個別の自由権に対する補充性に反することから、同項後段の他人の権利や憲法秩序、道徳律によって芸術の自由が制約されないということも、連邦憲法裁判所の確立した判例である<sup>18</sup>。

しかし他方で、自由権は無制約に保障されるわけではない。留保のない芸術の自由は憲法それ自体によって保障されている権利や利益によって限界づけられなければならない。芸術の自由と他の憲法上の権利や利益との衝突は、基本法の価値秩序やこれに基づく価値体系を一体のものとして考慮した憲法解釈によって解決されなければならない<sup>19</sup>。

以上のように、連邦憲法裁判所は、留保のない基本権の制約においては、基本法5条2項や2条1項後段の制約規定の適用を否定したうえで、制約の根拠は、他者の基本権や憲法上の法益のように憲法それ自体から導き出さなければならないと述べている。信教の自由も留保のない基本権である以上、この考え方が妥当するといえるだろう<sup>20</sup>。しかし、留保のない基本権のうち信教の自由に限っては、関連する規定としてWRV136条1項が基本法に編入されたため、この規定が法律の留保として機能するのではないかという問題が残されることとなっ

た。連邦憲法裁判所はこの問題についてどのような立場をとっているのだろうか。次にこの問題を検討することにしたい。

## (2) 信教の自由の制約に関する判例の考え方

### i. 福音主義兄弟団事件決定<sup>21</sup>

まず、連邦憲法裁判所は、メフィスト決定のおよそ8ヵ月後に下された福音主義兄弟団事件決定においても、基本法2条1項後段や5条2項の制約規定が信仰の自由には及ばないことを確認している。そのうえで、メフィスト決定を引用しながら、信仰の自由は、芸術の自由と同様に、憲法それ自体によって限界づけられなければならないと述べている<sup>22</sup>。しかし、本件決定においては、基本法4条1項とWRV136条1項との関係、すなわち信教の自由の制約根拠をWRV136条1項から導き出すことができるか否かという問題については触れられなかった。

### ii. 刑事裁判における宣誓拒否決定<sup>23</sup>

福音主義兄弟団事件決定のおよそ半年後の本件決定において、連邦憲法裁判所は、基本法4条1項および2項とWRV136条1項との関係について判断を下した。この決定は、刑事裁判において証人として尋問された牧師が、宗教上の理由から宣誓を拒否したことを理由として20マルクの秩序罰を科せられたことが、基本法4条の侵害であるか否かが争われた事件である。本件決定において、連邦憲法裁判所は、宣誓の拒否が基本法4条1項および2項の保護範囲に含まれ、秩序罰によって信教の自由に対する制約が生じていることを認めたとうえで、基本法4条1項および2項とWRV136条1項との関係について、次のように述べた。

福音主義兄弟団決定において確認したとおり、信仰の自由は憲法それ自体によって限界づけられなければならないが、一般的な法秩序や不確かな利益衡量によって相対化されてはならない<sup>24</sup>。

宗教上の理由に基づく宣誓拒否は、WRV136条によっ

<sup>17</sup> BVerfGE 30,173. この決定について詳細は、保木本一郎「芸術の自由の憲法的統制」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003年）190頁以下を参照。

<sup>18</sup> BVerfGE 30,173,192f. ここではエルフェス判決（BVerfGE 6,32,36ff.）等が引用されている。エルフェス判決については、田口精一「国外旅行の自由と憲法による保障」ドイツ憲法判例研究会編、前掲註17、42頁以下を参照。

<sup>19</sup> BVerfGE 30,173,193.

<sup>20</sup> これに対して、Roman Herzog, in: Maunz/Dürig, Grundgesetz, 1988, Art.4, Rn.114ff. は、基本法2条1項後段の制約規定が基本法4条1項および2項にも適用されるとする。

<sup>21</sup> BVerfGE 32,98. この決定について詳細は、初宿正典「信教の自由に基づく治療拒否と刑事訴追」ドイツ憲法判例研究会編、前掲註17、115頁以下を参照。

<sup>22</sup> BVerfGE 32,98,108. なお、メフィスト決定の引用箇所は、前掲註19で示したところと同じである。

<sup>23</sup> BVerfGE 33,23. この決定についての概観として、山岸喜久治「基本権としての信教の自由と法律問題」人文社会科学論叢26号（2017年）67頁がある。

<sup>24</sup> BVerfGE 33,23,29.

でも制限することはできない。基本法制定者は、信仰・良心の自由を WRV の教会条項とは切り離し、法律の留保なく直接拘束力のある基本権として憲法の冒頭に受け入れた。そのため、WRV136 条は、かつての WRV135 条などよりも信仰・良心の自由の保障が強化されたと解釈しなければならない。WRV136 条は、基本法秩序のなかでの意義や重要性に鑑みると、基本法 4 条 1 項によって上書きされている。WRV136 条 1 項にいう公民としてのいかなる義務が、基本法 4 条 1 項の自由権に対して国家の強制力をもって貫徹されるかについては、基本法の支配の下では、基本法 4 条 1 項によってなされた価値決定によってのみ確定される<sup>25</sup>。

### (3) 小括

連邦憲法裁判所の判例は、留保のない基本権の制約は、他の基本権や憲法上の法益がなければ許されないという立場を確立している。信教の自由の制約においても判例は同様の立場をとっており、WRV136 条 1 項から法律の留保を導き出すことを否定している。WRV136 条 1 項は、基本法 4 条 1 項によって上書きされており、基本法の枠内で解釈されなければならない。このように、1970 年代以降の連邦憲法裁判所の判例は、ワイマール期よりも信教の自由を強く保障すべきであるという姿勢をとっている。

しかし、1990 年代以降、連邦憲法裁判所の判例に対して批判的な学説が有力に主張され、裁判例のなかにもこの批判に従うものが出てくる。次に、連邦憲法裁判所の判例に対して、なぜ、どのような批判が学説や裁判例によって提起されるようになったのかについて検討する。

## 4. 連邦憲法裁判所の判例に対する批判

### (1) 批判の背景

信教の自由の制約に関する上記の判例の立場は、1990 年代に入ると学説から批判を受けるようになっていく。

その一因としては、ドイツ社会の宗教的な多元化が挙げられる。この頃、東西ドイツ統一や若年層の教会離れなどからキリスト教会とりわけカトリック・福音主義教会への加入率が減少した<sup>26</sup> 反面、イスラム教徒や新興宗教団体の信者が増加していた。これにより、宗教施設の建築規制や宗教上の儀式に伴う騒音の防止、動物保護、学校教育における宗教的な服装の着用のは非などが憲法問題となっていった。

こうした問題状況に対処するために、連邦憲法裁判所の判例とは異なり、ドイツ社会における多様な宗教上の利害を調整するために、議会の制定した法律により信教の自由の制約を認めるべき、すなわち WRV136 条 1 項を根拠として信教の自由と法律の留保を付すべきとする学説が登場することになったのである。

### (2) 批判説<sup>27</sup> の登場

#### i. 基本法の制定過程<sup>28</sup>

まず、上述のように、基本法 4 条 1 項および 2 項の制定過程においては、公共の秩序によって信教の自由を制約しうることについては一致していた。法律の留保を付さなかったのはそのためであり、連邦憲法裁判所の判例はこのことを考慮していない。つまり、基本法の制定者は、基本法 4 条 1 項および 2 項に法律の留保がなくとも、他者の基本権ないしは他の憲法上の法益以外のものを根拠として信教の自由を制約しうることを認めていたということになる。さらに、WRV136 条 1 項が基本法 140 条を通して編入されている以上、これを根拠に、法律により信教の自由を制約しうるはずである。

#### ii. WRV の教会条項は完全に有効な憲法であること、憲法の統一性<sup>29</sup>

連邦憲法裁判所の判例は、上記のとおり、WRV136 条 1 項が基本法 4 条 1 項によって上書きされており、基本法の枠内で解釈されなければならないと述べている

<sup>25</sup> BVerfGE 33,23,30f. ここではがらくた置き場決定 (BVerfGE 24,236,246) 等が引用されている。

<sup>26</sup> とはいえ最新の統計 (Statistisches Jahrbuch 2018) でも、福音主義教会とカトリック教会の信者数の合計はドイツの全人口の過半数 (約 59%) を超える結果となっている。

<sup>27</sup> 後掲のほか、批判説に立つものとして、Ulrich Preuß, in: Denninger, Kommentar zum Grundgesetz, 3. Aufl., 2001, Art. 4, Rn. 28ff.; Ute Mager, in: von Münch/Kunig, Grundgesetz-Kommentar Bd. 1, 6. Aufl., 2012, Art. 4, Rn. 35ff.; Friedrich Schoch, Die Grundrechtsdogmatik vor den Herausforderungen einer multikonfessionellen Gesellschaft, in: Joachim, Verfassung-Philosophie-Kirche, Festschrift für Alexander Hollerbach zum 70. Geburtstag, 2001, S. 159ff.; Karl-Hermann Kästner, Hypertrophie des Grundrechts auf Religionsfreiheit?, JZ 1998, S. 981f.; ders., Religionsfreiheit in Zeiten des religiösen Pluralismus, ZevKR 2015, S. 17ff.; Christian Hillgruber, Der deutsche Kulturstaat und der muslimische Kulturimport, JZ 1999, S. 542f.; Axel Freiherr von Campenhausen, Religionsfreiheit, in: Isensee/Kirchhof, Handbuch des Staatsrecht, Bd. 7, 3. Aufl., 2009, Rn. 111; Arnd Uhle, Die Integration des Islam in das Staatskirchenrecht der Gegenwart, in: Heinig/Walter, Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007, S. 311ff.; Gerhard Czermak, Religions- und Weltanschauungsrecht, 2. Aufl., 2018, Rn. 136. を参照。

<sup>28</sup> 以下の説明については、Stefan Muckel, Religiöse Freiheit und staatliche Letztentscheidung, 1997, S. 226ff. を参照。

<sup>29</sup> Muckel, (Fn. 28), S. 226; ders., Schutz von Religion und Weltanschauung, in: Merten/Papier, Handbuch des Grundrechte, Bd. 4, 2011, Rn. 95.; ders., Religionsfreiheit gestern, heute, morgen, 2017, S. 24.

が、この理解は誤っている。というのも、同じ連邦憲法裁判所の初期の判例<sup>30</sup>では、基本法140条を通して編入されたWRVの教会条項は「完全に有効な憲法」であって、基本法の他の規定と同じ効力を持つものであることが確認されているからである。つまり、WRV136条1項は基本法4条1項および2項によって上書きされ、その枠内で解釈されるものではなく、基本法と同じ効力を持つものとして解釈されるべきということになる。こう解釈するならば、ワイマール期と同様に、基本法4条1項および2項に法律の留保が付されるべきであるということになる。

また、WRV136条1項を上述のように理解しなければ、宗教団体の信教の自由を法律により制約する根拠となっているWRV137条3項との整合性の問題が生じるだけでなく、信教の自由の保障とその他の教会と国家との関係について定めた国家教会法の規定とを一体のものとして理解する憲法上の伝統に反することになる。憲法の統一性という観点から、これらの規定は一体のものとして解釈されなければならない<sup>31</sup>。

### iii. 判例の審査手法の問題<sup>32</sup>

さらに、連邦憲法裁判所の判例の審査手法にも問題がある。判例によれば、信教の自由の制約は、他者の基本権または憲法上の法益がなければ正当化されない。そうすると、信教の自由の行使によって何らかの、例えば道路交通の安全、騒音の防止、建築規制などの法律上保護された重大な利益に対する侵害が生じていたとしても、それが他者の基本権や他の憲法上の法益ではないとすれば、信教の自由を制約することはできないことになる。仮にこの利益を保護するために信教の自由を制約しようとするならば、当該利益に憲法上の価値が含まれていると解釈する必要がある。しかし、このような解釈は他者の基本権や他の憲法上の法益を際限なく拡大することになってしまう。その結果、裁判所は、本来は憲法上保護される利益でないものをも憲法上保護される利益としたうえで、信教の自由との利益衡量を行なわざるを得なくなる。このような決疑論的な<sup>カスィステイツシユ</sup>衡量は、どんな利益であっても信教の自由の制約根拠となりうるという点で、信教

の自由の保障をむしろ不安定なものとするおそれすらある。

そこで、WRV136条1項を法律の留保の根拠と理解し、これにより対抗する利益を明確化し、当該利益の保護が上回る場合には信教の自由を制約すべき、ということになるのである。しかし、単に議会が多数決で制定した法律によって信教の自由を容易に制約できるのであれば、今述べた問題以上に信教の自由の保障が危ぶまれることになる<sup>33</sup>。そこで、信教の自由を制約する法律は、特定の宗教を狙いうちにするものではなく、宗教中立的な法律であるとしたうえで、こうした法律による信教の自由の規制に対して比例原則による審査を行なうべきであるというのである<sup>34</sup>。その結果として、宗教の多様化した社会において、共生のための尺度として民主的に表明された立法者の利益としての法律と信教の自由との調整を図ることで、ドイツ社会にとってなじみのない文化の統合が実現されうる<sup>35</sup>。

判例を批判する立場は、以上のような説を展開しているのである。そして、連邦行政裁判所の裁判例のなかにも、この立場に左袒するものが登場してくる。次に、この裁判例について、本稿の問題意識に関連する限りにおいてではあるが概観することにした。

### (3) 裁判例による受容

以下で概観するのは、2000年11月23日連邦行政裁判所判決<sup>36</sup>である。この判決のきっかけとなったのは、ヘッセンイスラム団体 (Islamische Religionsgemeinschaft Hessen, 以下IRHとする) が宗教上の儀式のために動物保護法4a条2項2号前段に基づき麻酔なしの蓄殺の例外的な許可を申請したが、行政庁がこれを却下したことである。これに対してIRHは、当該却下が違法であることおよび動物保護法4a条2項2号前段により行政庁はIRHに将来にわたって申請を許可するよう義務づけられていることの確認を求めたが、ダルムシュタット行政裁判所は前者については訴えを却下し、後者については認容したため、IRHと行政庁双方が跳躍上告したのが本件判決である<sup>37</sup>。

連邦行政裁判所は、まず、上記の批判説に従い、連邦

<sup>30</sup> BVerfGE 19,206,219.

<sup>31</sup> Muckel, (Fn.29), Rn.98.; Christian Stark, in: Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Bd.1, 6.Aufl., 2010, Art.4, Rn.87.

<sup>32</sup> Muckel, (Fn.28), S.235ff.

<sup>33</sup> 同様の批判として、Stefan Huster, Die ethische Neutralität des Staates, 2.Aufl., 2017, S.XXXVIIがある。

<sup>34</sup> Muckel, (Fn.28), S.230ff.; ders., (Fn.29), Rn.99f.; ders., (Fn.29), S.25. なお、ムッケルの前二者の文献の引用箇所によれば、リュート判決 (BVerfGE 7,198,210f.) は、意見表明の自由に関してこうした審査を行なうものであるとされている。

<sup>35</sup> Muckel, (Fn.29), S.25f.

<sup>36</sup> BVerwGE 112,227. この判決を紹介するものとして、倉田原志「ドイツにおける労働者の信仰の自由・覚書」立命館法学 321・322号 (2009年) 253頁がある。

<sup>37</sup> BVerwGE 112,227, 227ff.

憲法裁判所の判例には従わないと立場を表明したうえで、WRV136条1項は信仰に基づくいかなる行為形式であっても一般的な法律に従う義務を免れることはない主旨の規定であることを確認する<sup>38</sup>。つまり、WRV136条1項の定める遵法義務により信教の自由は法律上の制約、本件では動物保護法に服することになる。このように考えなければ、信仰を理由とした動物虐待などを同法により禁止することはできなくなるというのである。

そのうえで、連邦憲法裁判所の判例を次のように批判する<sup>39</sup>。

上述の宣誓拒否決定で問題となったのは、WRV136条1項ではなく同条4項であるため、信教の自由と法律の留保との関係をこの決定に基づいて理解することは適切ではなく、また国勢調査判決<sup>40</sup>ではWRV136条3項が適用されることを連邦憲法裁判所も認めている。さらに、連邦憲法裁判所もバハイ決定<sup>41</sup>において、他の憲法上の法益の保護による正当化の問題とは関わりなく、宗教的活動の自由により一般的な法律が適用されることを認めている。

本件においては、可能な限り宗教的活動の自由に重きを置いて動物保護法との利益衡量を行なうべきである<sup>42</sup>。動物保護法は特定の宗教を想定したものではなく、すべての人に向けられたものであり、例外規定も信仰に基づく真摯さを考慮している。その結果、動物保護法の例外規定は、禁止を免除しなければ当事者にとって負担となる場合のみ許可を認めるものとなっている。このように立法者が信教の自由を十分に考慮して定めた同法の規定は基本法に違反しない。これを本件に適用すると、宗教団体の強制力のある規則により蓄殺が定められてい

ない限り、動物保護法の定める例外的な許可は認められないこととなる。IRHはこうした蓄殺を命じるような宗教団体には所屬していない。

以上のことから、連邦行政裁判所はIRHの訴えを斥けた。こうして、この判決は他者の基本権や憲法上の法益を信教の自由を制約する根拠として持ち出すことなく、動物保護法という議会在議が制定した法律を信教の自由に重きを置いて解釈・適用することにより、信教の自由の制約を正当化している。その点で連邦憲法裁判所の従来の判例とは異なった判断を示しているといえる<sup>43</sup>。

#### (4) 小括

ここまで、連邦憲法裁判所の判例に対する学説からの批判とそれに従う連邦行政裁判所の判決を概観してきた。この立場は、1990年代以降のドイツ社会における宗教的な状況の変化を背景として、基本法の制定史や基本法とWRVとの関係、連邦憲法裁判所の判例とは異なる基本権制約の審査のあり方を論拠として、信教の自由が法律により制約されうることを主張していた。批判説は、急速に宗教的な多元化が進むドイツにおいて、適確かつ予測しうる方法で信教の自由とそれに対抗する利益との調整を図る任務を立法者に委ねようとするものである。この状況に連邦憲法裁判所の判例に従って対処しようとすると、批判説の示すとおり、他者の基本権や憲法上の法益が拡大し、逆に信教の自由の保障が不安定になる可能性は否定できない。また、WRV136条1項は基本法4条1項および2項によって上書きされる一方、国勢調査において国家が宗教についてたずねることを認め

<sup>38</sup> BVerwGE 112,227, 231f.

<sup>39</sup> BVerwGE 112,227, 232f.

<sup>40</sup> BVerfGE 65,1. この判決について詳細は、平松毅「自己情報決定権と国勢調査」ドイツ憲法判例研究会編、前掲註17, 60頁以下を参照。

<sup>41</sup> BVerfGE 83,341. この決定について詳細は、栗城壽夫「宗教的結社の自由と社団自治」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅱ』（信山社、2006年）122頁以下を参照。

<sup>42</sup> BVerwGE 112,227, 233ff.

<sup>43</sup> もっとも、麻薬の製造が宗教的な行為であるとして、これを禁止する法律の例外となるかが問題となったその1ヵ月後の同裁判所の判決（BVerwGE 112,314,318.）では連邦憲法裁判所と同じ立場をとっている。また、動物保護法と信教の自由との調整について、連邦憲法裁判所は2002年1月15日の判決（BVerfGE104,337）で従来の判例の立場に沿った判断を行なっている。もっとも、当時の基本法は動物保護について、連邦とラントの競合的立法権限を定めた74条1項20号が定めるのみであったため、信教の自由の制約根拠を基本法のどこに見出すのが問題となった。この判決については、近藤敦「イスラームの作法に則った屠殺の規制」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、2008年）285頁以下が詳細な検討を行なっている。なお、この判決の後、2002年7月26日に基本法20a条に国家目標規定として動物保護が挿入されることとなった。その経緯については、岡田俊幸「環境を守るための法制度」小林弘明・岡本喜裕『東アジアの経済発展と環境』（日本経済評論社、2005年）207頁以下を参照。これによって、信教の自由と動物保護との調整において法律の留保の問題が解消されたのかについては議論がある。この点につき、M・クレプファー〔赤坂正浩訳〕「動物保護の憲法問題」ドイツ憲法判例研究会編『先端科学技術と人権』（信山社、2005年）358頁は、「基本権の行使を動物保護の留保の下に置くことは、留保なしに保障された基本権の包括的な制限に至る可能性がある」と指摘している。また、浅川千尋・有馬めぐむ『動物保護入門』（世界思想社、2018年）87頁は、基本法に動物保護を挿入する議論の際に、「宗教の自由には風穴をあけるためには憲法へ『動物保護』を導入すべきであると考えられた」とことを指摘している。

ている同条3項や宗教団体の自由の法律による規制について定める WRV137 条3項などそれ以外の教会条項については効力を有するというのは WRV の教会条項を解釈するうえで一貫性がないという疑問もありうるどころである<sup>44</sup>。

以上のように、批判説は連邦憲法裁判所の判例に対して無視することのできない問題提起を行なっているとみることができる。それでは、批判説のこうした問題提起を受けて、その後の判例や学説はどのような立場をとっているのだろうか。

## 5. 現在の判例と通説の展開

### (1) 判例の展開

上記のような批判説の登場とその有力化に対する判例の応答として、以下では、連邦憲法裁判所および連邦行政裁判所の近年の判例を概観する。

#### i. 第1次イスラム・スカーフ判決<sup>45</sup>

まず、2003年連邦憲法裁判所第1次イスラム・スカーフ判決について概観する。この判決はすでに日本でも多くの先行研究が発表されているため、ここでは本稿の問題関心に関連する箇所と言及するにとどめる。

連邦憲法裁判所は、この判決のなかで、信仰の自由の制約について次のように述べている。

スカーフを着用する等、宗教的に根拠づけられた着衣のルールに従うことによって宗教団体への所属を明らかにさせないという教師としての公務員に課せられた義務は、基本法4条1項および2項によって保障された信仰の自由への侵害である。信仰の自由は留保なく保障される。その制約は第三者の基本権や憲法上の法益のように憲法それ自体から導き出されるものでなければならない。いずれにせよ、信仰の自由の制約には十分に確定された法律上の根拠が必要である<sup>46</sup>。

以上の判示からは、各ラントの立法者が法律を定めさえすれば、スカーフの着用という基本法4条1項および2項によって保障されている教師の行為を制約しうるかのように見える。しかし、同時に連邦憲法裁判所は、制約は憲法それ自体から導き出されなければならないとも述べている。さらに、この後の判示では、スカーフの着用の制約の根拠として、国家の教育委託と宗教的・世界観的中立性、生徒の消極的な信仰の自由、親の教育権などを挙げて検討している。また、連邦憲法裁判所は、法律に基づいてスカーフの着用を制限しうると述べてはいるが、ここではその根拠として WRV136 条1項には言及していない。こうしたことを考慮するならば、連邦憲法裁判所は従来どおりの立場をとっていると理解することができるだろう。

#### ii. その後の判例の展開

連邦憲法裁判所は、その後の2015年第2次イスラムスカーフ決定<sup>48</sup>でも同様の判断を継承し、女性教師のスカーフの着用と、国家の教育委託および宗教的・世界観的中立性（基本法7条1項）、親の教育権（基本法6条2項）、生徒の消極的な信仰の自由（基本法4条1項）との調整を、各ラントの立法者が寛容を考慮したうえで行なわなければならないとしている<sup>49</sup>。

また、連邦行政裁判所の近年の諸判決においても、同様の立場がとられている。例えば、ギムナジウムにおいてイスラム教の生徒が休み時間に礼拝することを求めた事例では、連邦行政裁判所は、基本法7条1項から学校の平和という憲法上の法益を導き出し、これを根拠としてイスラム教の生徒の信仰の自由の制約を正当化している<sup>50</sup>。さらに、イスラム教徒の女子生徒が学校での男女共同での水泳の免除を求めた事例においても、連邦行政裁判所は、憲法上の法益である基本法7条1項に基づく学校制度や教育内容における国家の決定権によって女子生徒の信仰の自由が制約されることを認めている<sup>51</sup>。

<sup>44</sup> もっとも、上述の連邦行政裁判所が引用するバハイ決定は WRV137 条3項に基づく宗教団体の信教の自由の制約の問題であって、本稿が検討の対象としている WRV136 条1項に基づく制約の問題ではない。そのため、WRV136 条1項により個人の信教の自由を制約しうる論拠とすることには無理があるだろう。

<sup>45</sup> BVerfGE 108,282. この判決については、渡辺康行「イスラム教徒の教師の志願者に対するスカーフ着用を理由とする採用拒否」ドイツ憲法判例研究会編、前掲註43、123頁以下が詳細な検討を行なっている。

<sup>46</sup> BVerfGE 108,282,297.

<sup>47</sup> BVerfGE 108,282,299ff.

<sup>48</sup> BVerfGE 138,296. この決定と類似の事例として、2016年10月18日連邦憲法裁判所第一法廷第二部会決定 ([https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20161018\\_1bvr035411.html](https://www.bundesverfassungsgericht.de/e/rk20161018_1bvr035411.html)) がある。この決定について検討するものとして、斎藤一久「保育園における保育者のイスラムスカーフ事件」自治研究93巻11号(2017年)144頁以下参照。

<sup>49</sup> BVerfGE 138,296,333. もっとも、本決定においてはラント学校法がキリスト教などの伝統宗教とイスラム教などとの間で不平等な取扱いを行なっていることを理由として違憲の結論が出ていること、従来の判例とは異なり比例原則を考慮した審査が行なわれていることには注意が必要である。

<sup>50</sup> BVerwGE 141,223,229. ただし、「学校の平和」が誰のいかなる利益なのか判然としない点は、別途問題となりうる。

<sup>51</sup> BVerwGE 147,362,364f. ここで言及した事例の是非など詳細な検討は他日を期したい。



### iii. 小括

以上のように、連邦憲法裁判所も連邦行政裁判所も、信教の自由は留保のない基本権であって、その制約の根拠は憲法それ自体に見出されなければならないことを繰り返し述べている。1990年代以降、学説から有力な批判があったにもかかわらず、判例はその判断を大きく変更していない。それでは、こうした有力な批判を受けて、学説は現在どのような状況になっているのだろうか。

## (2) 通説<sup>52</sup>

### i. 基本法の制定過程<sup>53</sup>

学界の通説は、まず、基本法の制定過程に着目する。確かに公共の秩序に反するような態様での信教の自由の行使は制約されることに一致はあったものの、基本法の制定者の意図は、それ以上に信教の自由の保障を強化することにあった。また、法律の留保を削除することについても基本法制定過程においては意見が一致していた。この点を重視するならば、信教の自由は留保なく保障されるべきであって、批判説は制定過程の議論を誤解している。さらに、基本法の制定過程においては、ワイマール期に法律の留保の根拠となっていた WRV135 条<sup>54</sup>を基本法に編入するか否かについては審議すらされなかったことも、この結論を支える論拠となりうる。加えて、WRV の教会条項のうち、基本法に編入することで最終的に一致したのは、WRV137 条、138 条、139 条、141 条であり、WRV136 条ではなかった。WRV136 条が基本法に編入されることとなったのは、基本権の章は簡潔にすべきという要請により、消極的な信教の自由を保障していた当初の基本法 4 条 3 項および 4 項を削除し、

その代わりに WRV136 条 3 項および 4 項を置くことになった<sup>55</sup>からである。WRV136 条 1 項が基本法に編入されたのはそれに付随してのことにすぎなかった。以上のことから、基本法制定者は、信教の自由を留保なく保障することを意図していたといえることができる。

### ii. WRV136 条 1 項の意義

とはいえ、WRV136 条 1 項は基本法に編入されており、批判説の述べる通り、連邦憲法裁判所も基本法に編入された WRV の教会条項を「完全に有効な憲法」であると明言している。では、WRV136 条 1 項は法律の留保として機能しないのであれば、いかなる意義を有するのか。この問題について、通説は WRV136 条 1 項がもともと法律の留保を定めた規定ではなく、義務の平等を国家に求めることで平等の観点から信教の自由を補うものであると説明する。つまり、WRV136 条 1 項は、宗教上の信念によって個人に権利を付与するか否かを国家が判定することを禁止するとともに、国家による義務も宗教上の信念によって左右されてはならないことを求める規定である。WRV136 条 1 項をこうした宗教に基づく差別の禁止を求める規定であると理解するならば、信教の自由に対する法律の留保の根拠として用いることはできない<sup>56</sup>。

また、通説は、WRV136 条 1 項を国家の宗教的・世界観的中立性の根拠でもあるとも理解している。基本法には、国家の宗教的・世界観的中立性を明文で義務づける規定はない。しかし、連邦憲法裁判所の判例によれば、基本法 4 条 1 項および 3 条 3 項、33 条 3 項に加えて WRV136 条 1 項および 4 項、137 条 1 項をその法的な根拠とすることができる<sup>57</sup>。WRV136 条 1 項はこうし

<sup>52</sup> 後掲のほか、Michael Kloepfer, *Verfassungsrecht*, Bd.2, 2010, Rn.56f.; Juliane Kokott, in: Sachs, *Grundgesetz*, 7.Aufl., 2014, Art.4, Rn.127ff.; Stefan Magen, in: Umbach/Clemens, *Grundgesetz*, Bd.2, 2002, Art.136 WRV, Rn.41ff.; Stefan Koriath, in: Maunz/Dürig, *Grundgesetz*, 2003, Art.140, Rn.53f.; Hans Michael Heinig/Martin Morlok, *Von Schafen und Kopftüchern*, JZ 2003, S.780f.; Kristian Fischer/Thomas Groß, *Die Schrankendogmatik der Religionsfreiheit*, DÖV 2003, S.932ff.; Christian Walter, *Religionsverfassungsrecht*, 2006, S.513ff.; ders., *Religions- und Gewissensfreiheit*, in: Dörr/Grote/Maruhn, *EMRK/GG*, 2.Aufl., 2013, Rn.136ff.; Heinig, *Was ist unter Religionsfreiheit zu verstehen?*, in: ders., *Die Verfassung der Religion*, 2014, S.116f.; Claus Dieter Classen, *Religionsfreiheit und Staatskirchenrecht in der Grundrechtsordnung*, 2003, S.51ff.; Christian Waldhoff, *Die Zukunft des Staatskirchenrechts*, in: Essener Gespräche zum Thema Staat und Kirche 42, 2008, S.68ff.; ders., *Neue Religionskonflikte und staatliche Neutralität*, 2010, D 71f.; Hendrik Munsonius, *Öffentliche Religion im säkularen Staat*, 2016, S.139f. Ute Sacksofsky, *Religiöse Freiheit als Gefahr*, *VVDStRL* 68, 2009, S.18ff.; Michael Brenner, *Staat und Religion*, *VVDStRL* 59, 2000, S.288ff. を参照。

<sup>53</sup> 以下については、Hartmut Maurer, *Die Schranken der Religionsfreiheit*, *ZevKR* 2004, S.316ff.; Morlok, in: Dreier, *Grundgesetz*, 3.Aufl., 2013, Art.4, Rn.124.; Magen, (Fn.52), Rn.43 に拠った。

<sup>54</sup> 上述 2. (1) を参照。

<sup>55</sup> *Parlamentarischer Rat, Verhandlungen des Hauptausschusses*, 1948/1949, S.745.; Doemming/Füsslein/Matz, (Fn.13), S.78f. のほか、上述 2.(2) を参照。

<sup>56</sup> Maurer, (Fn.53), S.324; Morlok, (Fn.53), Rn.124.

<sup>57</sup> この判断は初期から現代まで受け継がれている。最新の判例として、BVerfGE 138,296,338f. 国家の宗教的・世界観的中立性については、拙稿「ドイツにおける公教育の中立性」一橋法学 10 巻 1 号 (2011 年) 361 頁以下、三宅雄彦「ドイツ国家教会法における国家の宗教的中立性」法学新報 120 巻 1 号 (2013 年) 455 頁以下、山本和弘「ドイツにおける国家の宗教的中立性の構造」早稲田法学会誌 68 巻 2 号 (2018 年) 397 頁以下を参照。

た場面で完全に有効な憲法として機能しており<sup>58</sup>、法律の留保として機能するものではない。

### iii. 基本法の体系

批判説は、WRV136条1項を基本法4条1項および2項に対する法律の留保として解釈すべきであると主張している。しかし、WRV136条1項には良心の自由が含まれていない。批判説の主張するとおりであるならば、WRV136条1項にも良心の自由が規定されていなければ、基本法4条1項および2項と対応しないこととなる。ここで仮に良心の自由のみ法律の留保が及ばないとすると、基本法4条1項および2項で保障している自由の保障の程度に差が生じることとなる。こうした解釈は基本法の体系と合致しない<sup>59</sup>。

また、基本法は基本権のなかで法律の留保の有無を区別し、同時に意図的に基本権ごとに価値の重みづけをしている。基本法において留保のない基本権は、信教の自由のほか、学問の自由と芸術の自由である。これらの自由はいずれも精神的・文化的領域に関する自由であって、国家による侵害から特に保護されなければならないものである<sup>60</sup>。

以上のように基本法の体系からみても、WRV136条1項は信教の自由に対する法律の留保の根拠とはなりえないと通説は主張している。

### (3) 小括と検討

結局のところ、批判説は有力ではあるが、通説には受容されておらず、判例も上記の連邦行政裁判所判決を除いては、批判説に与するものは存在していない。

確かに、判例・通説のように信教の自由の制約の根拠をすべて憲法に見出さなければならないとすると、本来は憲法上の法益とはいえない利益すら憲法上の法益になってしまうといった解釈上の無理が生じるばかりか、

逆に容易に信教の自由が制約されてしまう結果となることは否定できない。また、憲法に根拠がなければ信教の自由を制約できないとすると、動物保護など社会において新たに発生した問題に対応することが困難となる。さらに、判例・通説は、信教の自由の制約が問題となる際には、対抗する基本権や憲法上の法益との間での実践的整合 (praktische Konkordanz)<sup>61</sup>を要求しているが、裁判官がどのような基準で両者の調整を図るのかは明らかではない<sup>62</sup>ばかりか、判断が事案に大きく左右され、結果として信教の自由の保障が不安定化するおそれもある。もっとも、判例・通説は、2003年スカーフ判決などが示すように、他者の基本権や憲法上の法益を具体化する法律によって信教の自由を制約することまで否定しているわけではない<sup>63</sup>。ここでは、議会が制定した法律が当事者を平等に取扱っているかどうか、国家の宗教的・世界観的中立性に違反していないかどうかといった観点から審査することが求められる。さらに、信教の自由を制約する法律が、信教の自由に対抗する基本権ないしは憲法上の法益を適切に具体化しているかどうか、またその法律の規制は比例的なものであるか否か、実践的整合の枠内での調整にとどまっているかを判断する必要があるだろう<sup>64</sup>。

とはいえ、批判説の主張するように信教の自由に対して法律の留保を持ち出すことには慎重でなければならない。まず、現在のドイツの社会状況において、議会が制定した法律により信教の自由の制約が可能となったと仮定しても、批判説の想定するような宗教中立的な法律による規律が行なわれる保証はない。むしろ、宗教に中立的であることを装った法律により少数者の信教の自由が制約される危険性は看過できない。こうした状況においては、議会が制定した法律は、批判説がいうところの共生のための尺度として機能しえない。そればかりか、信教の自由の制約に対して法律の留保を持ち出すことは、

<sup>58</sup> Maurer, (Fn.53), S.323.

<sup>59</sup> Morlok, (Fn.53), Rn.124. なお、この論拠の前提として、基本法4条1項および2項の保護範囲は統一的に解釈されるべきと理解されている。

<sup>60</sup> Maurer, (Fn.53), S.327.

<sup>61</sup> Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 20.Aufl., 1999, Rn.72,318.

<sup>62</sup> 同様の指摘として、Ernst Wolfgang-Böckenförde, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken, in: ders., Wissenschaft Politik Verfassungsgericht, 2011, S250.

<sup>63</sup> Morlok,(Fn.53), Rn.128. ここでの法律の留保は、Vorbehalt des Gesetzes, すなわち、基本権の制約は法律に基づかなければならないという本来の考え方である。法律の留保の2つの考え方について紹介するものとして、石川健治「2つの言語、2つの公法学—「法律の留保」の位置をめぐる」法学教室 322号 (2007年) 54頁以下を参照。

<sup>64</sup> もっとも、通説の間でもこの手法には賛否がある。前掲註63で示したとおり、モルロークはこの手法を支持するが、Walter, (Fn.52), Rn.139ff. は、法律への授権を否定し、憲法それ自体から制約の根拠を見出すべきであると主張している。また、第1次スカーフ判決の連邦行政裁判所判決もラント議会の制定する法律によらず、憲法それ自体、本件では国家の宗教的・世界観的中立性からスカーフの着用を制約しようとしている (BVerwGE 116,359,364.)。連邦行政裁判所の同判決について検討するものとして、渡辺康行「文化的多様性の時代における『公教育の中立性』の意味」樋口陽一ほか編著『国家と自由』(日本評論社, 2004年) 82-83頁がある。また、第2次スカーフ決定における同様の批判として、Sacksofsky, Kopf Tuch als Gefahr, DVBl 2015, S.804. を参照。

宗教ごとに制約されやすいものとそうでないものとの間に差異を生じさせるおそれがある。WRVの教会条項そのものが、キリスト教など伝統的な宗教団体の特権を継承するものである以上、こうした解釈も不可能とはいえないが、その解釈の結果として、キリスト教などドイツ社会において伝統的な宗教に比べて、少数者の宗教は制約を受けやすくなるといったように、宗教間での階層化が生じ、これが固定化されるとともに進行することになる。批判説の背後には、こうして伝統的なキリスト教的なるものを「文化」として優遇しようという意図が隠されている可能性は否定できない。

また、批判説は、基本法の制定過程において、公共の秩序に反する場合には信教の自由への制約が認められることに一致があったことを理由にWRV136条1項を法律の留保の根拠とすべきと主張している。しかし、公共の秩序を根拠とする制約を認めたからといって、ただちに法律の留保があるという結論に至るわけではない。両者の間には開きがある。公共の秩序を法律によって具体化することはあり得るが、それだけが公共の秩序として体现されるわけではない。

さらに、WRV136条1項が「完全に有効な憲法」であるからといって、ただちに法律の留保があるということにはならない<sup>65</sup>。上記の通り、制定過程においてWRV136条1項はまったく重視されておらず、また、現在も法律の留保として機能しているわけではない。

このように、批判説にはWRV136条1項を法律の留保と解釈する結論を導き出すうえでやや強引な点があることは否定できない<sup>66</sup>。そうであるならば、上述のように他者の基本権や憲法上の法益の解釈において無理が生じることはあるものの、信教の自由の制約根拠は憲法それ自体を柔軟に解釈し、なおかつそれを具体化する法律にのみ見出すべきではないかと考えられる。宗教はそれ

を信じる者にとっては必要不可欠なものであるが、他者からすれば奇異なものもある。社会の多数派の奇異・不快な感情によって宗教活動が左右されることがないというためにも、信教の自由の制約には寛容および慎重さが求められる。

## 6. おわりに

本稿は、信教の自由と法律の留保が付されるべきであるか否かについての検討を行ってきた。以上の検討から、現在のドイツでは、信教の自由は留保のない基本権であり、その制約は他者の基本権または憲法上の法益によらなければならないという立場が判例・通説において採用されていることが明らかとなった。ドイツ憲法学においてこうした議論が展開されているそもそもの発端は、本稿の冒頭でも述べたとおり、基本法4条1項および2項の保護範囲を拡張的・統一的に理解しているところにある。そこで、近年では保護範囲をそれぞれの自由ごとに厳密に区別していくべきであるという議論も有力になってきている<sup>67</sup>。この点については本稿では触れることができなかつたため、今後の課題としたい。

なお、2018年9月24日に、極右ポピュリズム政党AfD（ドイツのための選択）は連邦議会に基本権喪失について定める基本法18条の改正案<sup>68</sup>を提出した。この改正案は、基本法18条<sup>69</sup>のなかに宗教的活動の自由を保障する基本法4条2項を挿入するものであり、自由で民主的な基本秩序に反する宗教活動に基本権の喪失をもって対処することを意図している。その背後には、昨今急増しているイスラム教徒の移民を排除したいというきわめて差別的な動機があることは明らかである。この改正案には学説から基本法18条を適確に理解していないなどの厳しい批判があり<sup>70</sup>、また昨今の政治情勢<sup>71</sup>に鑑みると成立する見込みはない。しかし、この背景には

<sup>65</sup> Koriouth, (Fn.52), Rn.54. は、アンシュッツの見解は、WRV135条3文の解釈をWRV136条1項の義務の範囲と一致させるものであって、WRV136条1項が法律の留保として機能することを示したのではないと指摘している。

<sup>66</sup> なお、批判説は、信教の自由の保護範囲を限定的に解釈する立場と重なる。この立場については、拙稿、前掲註3、190頁註77に掲げた文献を参照。さらに、批判説のなかには本文で指摘したように、宗教間の階層化をも正当化しようとするものも少なくない。この問題については、拙稿「憲法の前提としての宗教？」宗教法37号（2018年）25頁以下で部分的に検討を行なった。

<sup>67</sup> 例えば、Böckenförde, (Fn.62), S.251f. を参照。

<sup>68</sup> BT Drucksache 19/4484.

<sup>69</sup> 基本法18条「意見表明の自由、教授の自由、集会の自由、結社の自由、信書、郵便および電信電話の秘密、所有権または庇護権を、自由で民主的な基本秩序に敵対するために濫用する者は、これらの基本権を喪失する。それらの喪失とその程度については、連邦憲法裁判所によって言い渡される。」基本権の喪失については、田口精一「ボン基本法における基本権喪失条項の意義について」法学研究37巻9号（1964年）1頁以下、山岸喜久治『ドイツの憲法忠誠』（信山社、1998年）75頁以下を参照。

<sup>70</sup> Klaus Ferdinand Gärditz, Religionsfreiheit unter dem Vorbehalt der Verwirkung?, Verfassungsblog, 2018/9/30, <https://verfassungsblog.de/religionsfreiheit-unter-dem-vorbehalt-der-verwirkung/>（2019年2月15日閲覧）

<sup>71</sup> 2019年1月現在、AfDは連邦議会の全議席（709議席）中91議席にとどまり、基本法の改正要件である3分の2には遠く及ばない。2017年連邦議会選挙とその後の政治動向については、佐藤公紀『『民主主義の新たな対立線？』—2017年ドイツ連邦議会選挙と政治動向』歴史学研究972号（2018年）48頁以下を参照。

本稿で検討してきた信教の自由の制約に関する議論があることは否定できない。こうした状況からすると、基本法4条1項および2項とWRV136条1項との関係については、今後も議論が収束することはないだろう。

なお、本稿では紙幅の関係上、日本国憲法における信教の自由と法律の留保との関係については検討すること

ができなかった。この問題について、本稿の検討がいかなる意義を有するかについては、今後の課題としたい。

※本校脱稿後、Soeren Held, Art.140 GG i.V.m Art.136 I WRV als Gesetzesvorbehalt der Religionsfreiheit, 2017に接した。